مجلة القانون و العلوم السياسية

مجلة علمية دولية محكمة سداسية
تصدر عن معهد الحقوق و العلوم السياسية
بالمركز الجامعي صالحي أحمد



ردمك 2437-0452
رقم الايداع 2015/5344

العدد الثامن

جوان 2018 الموافق لرمضان 1439

مجلــة القـانـون والـعــلـوم الــسياسيــة

مجلـة دوليــة علـمية متـخصصة ســداسية

تصدر عن معهد الحقوق والعلوم السياسية بالمركز الجامعي صالحي احمد بالنعامة

العــدد الثــامـــن

جوان 2018 الـموافق ل رمضان 1439

منشورات المـــــركز الجـامعي النعـــامة

ردمك: ISSN2437-0452

رقم الايداع: 5344 /2015

بسم الله الرحمان الرحيم

توجه المراسلات الى رئيس تحرير المجلة

ص .ب65–المركز الجامعي النعامة–الجزائر

البريد الالكتروني:revuedroit2015@yahoo.com

وترسل المقالات حصريا في الارضية الوطنية للمجلات العلمية

(www.asjp.cerist.dz/en/PresentationRevue/518)

رئـــــــــــيس المـــــــجلـــــــة

أ.د. سليماني ميلود

مـــــــــديـــــر المـــــــجلـــــة

أ.د خلواتي صحراوي

رئـــــــيس التـــــــحـريـــر

د.عمـــــاري نورالـــــــدين

هيئـــــــــة التـــــــحريـــر

أ. زيدون بختة أ. سنينات عبدالله أ. حشيفه المجدوب

أ.عقون مصطفى أ. عثماني رضوان أ. مولاي محمد أمين

أ. لعلوي محمد أ العيفاوي صبرينة أ. الرافعي ربيع

الهيئـــة العـــلمية الاستشـــارية:

أ.د. جمال عثمان جبريل ج . مصر /أ.د سالم بن حمزة بن آمين.السعودية / د. بدر الجواد المملكة المغربية

أ.د. صحراوي خلواتي م.ج. النعامة / أ.د. لمطاعي نور الدين ج. الجزائر /أ د. تشوار جيلالي ج. تلمسان

أ.د. معوان مصطفى ج. س. بلعباس/ أ.د . بودالي محمد ج. س. بلعباس/ أ.د . عمار عباس ج. معسكر

أ.د. بن طيفور نصر الدين ج. تلمسان / أ.د . قوي بوحنية ج. ورقلة / أ.د . بدران مراد ج. تلمسان

أ.د.عزاوي عبد الرحمن ج. تلمسان / أ.د. دايم بلقاسم ج. تلمسان / أ. د. مسعودي يوسف ج. أدرار

أ.د. لريد محمد أحمد ج. سعيدة / أ.د.بن أحمد الحاج .ج.سعيدة/ د.حسيني مراد .ج.بشار

د.بن عيسى أحمد .ج.سعيدة / د. عويسات فتيحة ج سعيدة / د. منصوري المبروك م.ج. تمنراست

د محمدي بوزينة أمنة .ج.الشلف / د.هاملي محمد م.ج.مغنية / د. ختير مسعود ج. أدرار

د. فتحي بن جديد م.ج. غيليزان. / د. شريفي الشريف م.ج. النعامة / د. مفتاح العيد م.ج. النعامة

د. ابراهيمي سهام م.ج. النعامة /د.خليفي محمد.م.ج.النعامة / د.محمدي بدرالدين.م.ج.النعامة

د.عمراني كمال الدين م.ج.النعامة د.جدوي سيدي محمد أمين .م.ج.النعامة./ د.سمغوني زكرياء م.ج.النعامة

د.عبدلي مباركة م.ج. النعامة /د.بوفلجة عبدالرحمان م.ج.النعامة / د.حادي شفيق م.ج. النعامة

د. بوقرين عبدالحليم ج . الاغواط / د. بن سويسي خيرة م.ج .النعامة /د. حمودي محمد م.ج. تندوف

قواعد النشر في المجلة:

تفتح المجلة المجال لكل الباحثين الراغبين في نشر أعمالهم العلمية شريطة احترام القواعد التالية:

- أن يكون العمل أصيلا ولم يسبق نشره بأي من طرق النشر.
- ألا يزيد عدد صفحات المقال عن 20 صفحة ولايقل عن 10 صفحات.
- يستخدم خط أن Arabic Simplified حجم 14 للنص العربي،Roman TimesNew حجم 12 للنص غير العربي .
- أن تتضمن الصفحة الأولى من المقال اسم الباحث ورتبته العلمية والمؤسسة التابع لها (قسم، كلية، جامعة). إضافة إلى العنوان ، الهاتف، الفاكس البريد الالكتروني. وملخصين للمقال بالكلمات المفتاحية بلغتين العربية و الانجليزية .
- أن يوضع التهميش والإحالات وفق ترتيب تسلسلي في آخر المقال.
- كل الأعمال المقدمة للمجلة تخضع للتحكيم السري ولا ترجع لأصحابها سواء نشرت أو لم تنشر.
- لا تنشر المجلة أي عمل إلا بعد تقيد صاحبه بكل التعديلات التي تحددها هيئة التحكيم.
- يحق لهيئة التحرير إجراء التعديلات في الجانب الشكلي للمادة المقدمة دون المساس بالموضوع.
- ترسل الأعمال إلى المجلة عن طريق البوابة الالكترونية الوطنية للمجلات العلمية على العنوان التالي: www.asjp.cerist.dz/en/PresentationRevue/518
- الأعمال المنشورة بالمجلة لا تعبر إلا عن آراء أصحابه.

محتويات العدد

قائـــمة المحتويـــــات

1.الخلع تحت عيني الزوج د.أمجد عبد الفتاح أحمد حسان،د. حسن فلاح موسى فلاح. جامعة النجاح الوطنية.فلسطين. ...9

2.العدالة الانتقالية وإشكالية الانتقال الديمقراطي "حالة المغرب د.جواد الرباع .جامعة أكادير . المغرب.....45

3.إجراءات إيقاع الطلاق بين الزوجين "دراسة نقدية" د. بحماوي عبدالله .أ.د. بحماوي شريف .جامعة أحمد دراية –أدرار– الجزائر.....81

4.الوضع القانوني للموارد والمنشآت المائية في زمن النزاعات المسلحة .د. جيلالي الحسين . المركز الجامعي. غليزان.....94

5.الحماية القانونية لبراءة الاختراع .د. جامع مليكة .المركز الجامعي علي كافي – تندوف–.....110

6.الشخصية القانونية للجنين–دراسة مقارنة– .د. شفيق حادي. المركز الجامعي –صالحي أحمد بالنعامة–.....142

7.الآثار المادية والمعنوية للحضانة في قوانين الأسرة المغاربية د. منصوري المبروك . المركز الجامعي بتمنراست.....157.

8.الاحتلال في ظل أحكام القانون الدولي الإنساني .د.موسوني سليمة .جامعة أحمد دراية – أدرار.....174.

9.الحماية الدستورية للأشخاص ذوي الإحتياجات الخاصة .د. عيسى أحمد ،جامعة بسعيدة .....189.

10.الجرائم النووية الفرنسية في الجزائر بين الاعتراف و الإنصاف د. عبد الحق مرسلي . د.جمال قتال .المركز الجامعي بتامنغست.....217.

11.شروط تعيين الموظف العام (دراسة مقارنة) .أ. العيفاوي صبرينة .جامعة أبي بكر بلقايد– تلمسان–.....233.

12.رقابة المجلس الدستوري الجزائري على العملية التشريعية .ط.د. بيران يمينة .د. مهداوي عبد القادر .جامعة أدرار..250.

13.تحديات تمويل الجماعات الاقليمية في اطار التحول إلى الإدارة الالكترونية .شهرزاد مناصر .جامعة محمد خيضر بسكرة، د.محمد حمودي .المركز الجامعي علي كافي تندوف.....262.

14.مدى مسايرة سياسة مكافحة جرائم التسيير في المؤسسة العمومية الاقتصادية لسياسات الإصلاح الاقتصادي ط.د.خـالـفي رفـيقة . المركز الجامعي نور البشير البيض د.سعداوي محمد صغير. جامعة طاهري محمد بشار....277.

15.إخلال المصلحة المتعاقدة بتنفيذ التزاماتها التعاقدية ذات الطبيعة الفنية. أ. دبودالي محمد. جامعة جيلالي ليابس بلعباس ط.د. عروس فوزية.جامعة بشار.....299.

16.دور القاضي الإستعجالي في مجال الصفقات العمومية .ط.د . قاسمي خديجة . د. عرباوي نبيل صالح .جامعة بشار.316.

17.النقود الالكترونية كألية للوفاء الالكتروني .أ.حشيفة مجدوب .المركز الجامعي .النعامة.....337.

18.دور القضاء الجنائي في حماية المنافسة في مجال الصفقات العمومية.قوراري مصطفى.أد.بحماوي شريف جامعة بأدرار. 354.

19.حقوق آليات الرقابة على النفقات الملتزم بها في الجزائر. زياني عمر. أ.د . عدو عبد القادر.جامعة أدرار..370.

20.المركز القانوني لعقد هبة العقّار (دراسة مقارن) عبدالرحمان خلادي .جامعة سيدي بلعبـــاس .....384.

21.التزام الموثق بتقديم النصيحة والإعلام ومدى مسؤوليته .أ.طراد اسماعيل .جامعة تلمسان.....398.

22.الحق في الخصوصية كألية لكبح ممارسة حرية التعبير .درّار عبد الهادي .جامعةسيدي بلعباس.....419.

23.العقـــــــد الطبـــــــــي.العقد الطبي .د . يحي كبير .جامعة سعيدة .....413.

24.رفض تثبيت عقد الزواج العرفي لانعدام رخصة زواج الأجنبي، وحق الطفل في النسب (تعليق على قرار)

تعليق على قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 03-02-2016 تحت رقم الفهرس 16/00240 رقم الملف 0942668 عن المحكمة العليا غرفة شؤون الأسرة.عامر العـيد .كلية الحقوق جامعة تلمسان. .....442.

25.مبدأ الخدمة العمومية في البث الإذاعي في الجزائر بين التشريع و الممارس.حسين دوحاجي.جامعة .بشار...457.

26.قراءة في جديد تعريف الصفقة العمومية و تفويض المرفق العام على ضوء المرسوم الرئاسي الجديد 15-247.عماري العربي جامعة / بشار.....472.

27.المسجد كملك وقفي عام وأثر ذلك في القانون الجزائري .أ . بدري عزالدين .جامعة جيلالي ليابس، سيدي بلعباس .497.

28.المركز القانوني لربان السفينة. أريوط وسيلة .جامعة أبي بكر بلقايد- تلمسان.....513.

29.دفوع المدعى عليه في دعوى المسؤولية عن مضار الجوار غير المألوفة. الطيبي أحمد، جامعة أدرار.....533.

30.الاليات القانونية الوقائية ودورها في الحد من الجرائم البيئة. بن عبد الكبير حسان- جامعة ادرار.....547.

31.التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية .سلطان محمد شاكر .جامعة – سطيف02.....562.

32.الحبس المؤقت و أثره على مبدأ الحق في البراءة.مكي بن سرحان. جامعة سعيدة.....584.

33.قراءة قانونية بخصوص الرسم الصحي على اللحوم. إثراء للجباية المحلية، أم تضخيم للمنظومة التشريعية ؟.

مفتاح عبد الجليل جامعة البليدة 02.....601.

34.العمل العقابي في التشريع الجزائري عينونة سعودي. .جامعة سعيدة .....628.

35.التّطوّرات الحديثة للرّقابة القضائيّة على تناسب الجزاء التّأديبي.عيشوبة عمار.بجامعة . سيدي بلعباس .....648.

36.آلية إخطارالمجلس الدستوري قراءة على ضوءالتعديل الدستوري2016.عمراني احمد.جامعة البليدة2.....670.

37.مبدأ الفصل بين سلطتي الاتهام والتحقيق .دراسة مقارنة.براهيمي سميحة .بالمركز الجامعي بريكة.....686.

38.مسؤولية الناقل الجوي بين الشخصية و الموضوعية.بن طيفور عبد الباسط .جامعة تلمسان.....701.

39.جرائم اهمال الزوجة في التشريع الجزائري.حميدو دملة.جامعة البليدة -2- .....721.

40.تكييف وتفعيل التشريعات الوطنية الغابية وفق التحولات الاقتصادية و التحديات الراهنة.فقيقي عمر.جامعة سيدي بلعباس.....740.

41.تجزئة القاعدة الجنائية و أثرها على إثبات الركن المعنوي في القانون الجنائي الاقتصادي
هاني منور . د.يوسف بوشي جامعة ابن خلدون بتيارت.....755.

42. النزاعات العارضة المتعلقة بتنفيذ الاحكام الجزائية .حدادي رشيدة . جامعة سيدي بلعباس.....779.

43.المحكمة الجنائية الدولية.بـــلار محمـــــــد بومديـــن.المركز الجامعي نور البشير البيض.....788.

44.معوقات التفعيل الجبائي.تكوك نمير .جامعة– تلمسان.....802.

45.مبدأ التقاضي على درجتين في مواد الجنايات في التشريع الجزائري.تجينـــي عبـــد القـــــادر.المركز الجامعي نور البشير البيض.....821.

46.الأساس القانوني للمسؤولية الإدارية الناجمة عن عمليات التلقيح الإجباري.عسال محمد.جامعة تلمسان.....834.

47. حق الأفراد في الدفع بعدم الدستورية كآلية مستحدثة لحماية الحقوق والحريات. ابتسام فاطمة الزهراء شقاف. جامعة تلمسان..... 950.

48.البصمة الوراثية وحكمها في نفي النسب في الشريعة الاسلامية والقانون الوضعي.لعلوي جميلة.جامعة البليدة2.....961.

49.الإدراك الإستراتيجي كمدخل لفهم الأمن الوطني والإستراتيجية الدفاعية للجزائر.بلقاسمي مولود.المدرسة الوطنية العليا للعلوم السياسية–الجزائر.....984.

50,LA PROTECTION JURIDIQUE INTERNATIONALE DU LA FIGURE DE RÉFUGIÉ ENVIRONNEMENTAL.Doctorant :Abdelhadi Abdelkarim. Université Adrar.....1001

الخلع تحت عيني الزوج

1. د.أمجد عبد الفتاح أحمد حسان، استاذ مساعد في كلية القانون

جامعة النجاح الوطنية.

2. د. حسن فلاح موسى فلاح، استاذ مساعد في كلية القانون

جامعة النجاح الوطنية.

نابلس فلسطين

2019-2018

الملخص

إن الهدف الأساسي للزواج هو إيجاد حياة زوجية صحيحة وسليمة وبناء اسرة متماسكة، من أجل الوصول إلى مجتمع قوي ومتين، فلقد جاءت الاحكام الشريعة المنظمة للزواج لتحقيق هذا الهدف، ومع ذلك قد تفشل الحياة الزوجية، لذا اجازت الشريعة الاسلامية حل الرابطة الزوجية في حال استحالة استمرارها، ولقد جعل الاسلام الطلاق بيد الزوج واعطى في المقابل للزوجة الحق في مطالبة القضاء بحل الرابطة الزوجية عن طريق طلب الخلع من زوجها، وهو حق ثابت في نصوص القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة.

فالخلع نظام اسلامي له سند شرعي ، وهو يقابل الحق في الطلاق الذي يمارسه الزوج ، وأن المصلحة تقتضي وجود الخلع لتتمكن الزوجة من انهاء الحياة الزوجية دون موافقة الزوج. ولا يشترط أن يكون سبب الخلع الضرر الشديد الذي لحق بالزوجة أو الغيبة أو عدم الإنفاق، لأن هذه الأسباب تعطي الحق للزوجة بإنهاء الزواج عن طريق طلب التطليق من القضاء دون موافقة الزوج ودون أن تدفع له عوض مالي.

لذا عالج البحث الموقف الشرعي والقانوني من الخلع، وبين انواعه والمفاضلة بين هذه الانواع تمهيداً لاختيار ما يناسب المجتمع والأسرة ويحقق الأمن للزوجين واطفالها، ويزيل الشك والتخوف حول نظام الخلع الذي تم تفعيله مؤخراً في فلسطين.

وحدد البحث مجال حق الزوجة عند مباشرة الخلع؛ وخلص إلى أن المصلحة الأسرية والاجتماعية تقتضي تحديد هذا الحق ، ووضع ضوابط لمباشرته، مستندين لمبادئ الفقه الاسلامي والقوانين السائدة في فلسطين وبعض الدول العربية.

كلمات مفتاحية:

الخلع، نظام اسلامي قانوني، انواع مختلفة، حاجة المجتمع والاسرة، ضوابط تنظيمية.

Summary

The primary goal of marriage is finding a life, and properly building a cohesive family, in order to reach a strong and solid society. The Islamic sharia marriage rules are founded to achieve such goals. However, marriage life may fail, so the sharia law allows ending the marital bond in case it is impossible to continue. Islam gives the husband the authority of divorce to end a marriage. In return, the wife has the right to demand from the judiciary to dissolve the marital bond "alkhala", which is an inalienable right in the texts of the Quran and the Sunnah.

"Alkhala" is an Islamic rule that has a legitimate basis. It corresponds to the right to divorce, practiced by the husband. "Alkhala" requires the presence of benefit or interest for the wife to be able to end the marriage life without her husband's consent. This right for the woman to ask for "alkhala" does not require a reason for it to take place, such as a severe damage done to the wife or backbiting or not spending on her, because these reasons give the right to the wife to end a marriage by asking for a divorce from the judiciary without the husband's consent and without compensating him money.

The search dealt with the legitimate and legal position of "alkhala," and the trade-offs between these types to better choose what fits the community, the family and bring security to the couple and their children, and removes the uncertainty and fear about "alkhala," which has recently been activated in Palestine.
The research pointed out the rights of the wife immediately after "alkhala," and concluded that the family and social interest requires detailing this right, and pinpointing the controls surrounding it, relying on the principles of the Islamic jurisprudence, and the prevailing laws in Palestine and some Arab countries.

Keywords:

AlKhala, An Islamic legal system, Different types, The needs of society and the family, Regulatory controls.

المقدمة

كرّم الإسلام المرأة، ورفع شأنها أماً وأختاً وزوجةً وابنةً ، وجعل للمرأة قيمة وشأناً كبيراً فهي منشأت الأجيال ومربية الرجال والنساء والمجّمعة للاسرة والمساهمة في بناء المجتمع إن لم تكن هي نصف المجتمع.

هكذا عُلمنا أن ننظر الى المرأة، لا أن ننظر اليها نظرة غريزية حيوانية آنية ضيقة تخرج المرأة عن الحكمة الاساسية التي وجدت من أجلها، ولا أن ننظر اليها نظرة دونية تجعل منها كيان من الدرجة الثانية أو أقل شأن من الرجل أو أنها ناقصة العقل أو الارادة أو التدبير، فكيف يصدق هذا مع من اخترنا أن نمضي معها سنين عمرنا وأن تكون زوجاً وشريكة حياة.

ومهما ادعينا أنا نفهم حقيقة البشر واننا ادركنا تكوين وبنية المرأة والرجل فلن نكون اعلم ولا أقدر على تحقيق مصلحة المجتمع من خالق البشر والذي بين في كتابه العزيز " وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً ۚ إِنَّ فِي ذَٰلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ" (21 من سوة الروم)، والذي وضع لنا تنظيم أسري اجتماعي حقوقي محكم ومنظم، ابتدئه بالتربية الصالحة للأبناء وحسن اختيار الأزواج ثم المرور بمرحلة الخطبة وهي مرحلة التعارف الشرعي، ثم ابرام الزواج والذي لابد فيه من توافر شروط اساسية تهدف الى قيام علاقة زوجية على أسس صحيحة. والزواج هو أقوى رابطة يمكن أن تجمع بين شخصين، ولابد أن تبنى العلاقة على ما تستديم بها الحياة الزوجية. [1]

ومع كل هذه الاجراءات التي تهدف الى ايجاد حياة زوجية صحيحة وسليمة قد تفشل الحياة الزوجية، فاقرت الشريعة الاسلامية امكانية حل الرابطة الزوجية في حال استحالة استمرار الحياة الزوجية بين الزوجين؛ فقال تعالى "الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ" البقرة229، فلا يعقل أن نبقي على علاقة زوجية يكمن فيها الشر والخلاف؛ لان نتائج ذلك وعواقبه خطيرة على المجتمع، فلا يجوز أن نحشر الزوجين في الزاوية ونقول لهم اياكم أن تخطئوا بحق أنفسكم ويجب أن ترضوا بواقعكم المرير هذا.

لقد جعل الاسلام الطلاق بيد الزوج واعطى في المقابل للزوجة الحق في مطالبة القضاء بحل الرابطة الزوجية، كما يحق لها كذلك طلب الخلع من زوجها، وهو حق ثابت في نصوص القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة.

يهدف البحث الى بيان الموقف الشرعي والقانوني من الخلع، ومعالجة انواعه والمفاضلة بينها؛ تمهيداً لاختيار منها ما يناسب المجتمع والأسرة ويحقق الأمن للزوجين واطفالها، ويزيل الشك والتخوف حول نظام الخلع الذي تم تفعيله مؤخراً في فلسطين.

وتدور إشكالية هذه الدراسة حول كيفية التعامل مع حق الزوجة في مباشرة انهاء الرابطة الزوجية عن طريق الخلع؛ فهل لها القيام بذلك دون قيد أو شرط أم أن المصلحة الأسرية والاجتماعية تقتضي ضبط هذا الحق بما يحقق المصالح المنشودة منه، وهل في أراء الفقهاء المسلمين والنصوص القانونية ما يساعدنا على ضبط الخلع، أم أن الأمور مفصول فيها ولا مجال لبحثها ومناقشتها وتطوير الافكار بشأن ما ورد فيها؟

وقد آثرت لإجراء هذه الدراسة أن أقارن بين تعميم رئيس المجلس الاعلى للقضاء الشرعي الفسطيني بتطبيق قانون الخلع[2] بكل من قانون الاحوال الشخصية العثماني، وقانون الاحوال الشخصية الاردني لسنة 1976، و قانون الاحوال الشخصية المصري اضافة الى مشروع قانون الاحوال الشخصية الفلسطيني وبعض القوانين العربية[3]. ولبحث هذا الموضوع سأبين بداية مفهوم الخلع "المبحث الأول"، ثم أبين الموقف من الخلع "مبحث ثاني".

المبحث الأول: مفهوم الخلع

حتى نتمكن من الوقوف على حقيقة الخلع تمهيداً لتبنى موقفاً منه لابد من توضيح المقصود بالخلع "المطلب الأول" ثم بيان الحكمة من وجود نظام الخلع " المطلب الثاني" ومن ثم تمييز الخلع عن غيره من الأنظمة الشبيهة له" المطلب الثالث".

المطلب الأول: تعريف الخلع

لنتمكن من تحديد الموقف من الخلع لابد من تعريف معنى الخلع ولا ينفصل المعنى الاصطلاحي عن جذوره اللغوية، لذا سنبين تعريف الخلع في اللغة ثم في الاصطلاح ثم تعريف الخلع بالمفهوم القانوني.

الفرع الأول: التعريف اللغوي والشرعي للخلع

تعتبر اللغة العربية زاخرة بمعاني الكلمات والتي يوجد لها الكثير من الدلالات والإشارات والتي قد تتقاطع مع المعنى المقصود لها في الشرع الإسلامي وقد يكون لها معنى أخر منفرد ومتميز.

أولا: التعريف اللغوي

الخلع لغة خلع الشيء يخلعه خلعاً واختلعه، كنزعه، إلا أن في الخلع مهلة، وسوى بعضهم بين الخلع والنزع، ويقال خلع إمراته خُلعاً بالضم إذا ازال زوجيتها، وخالعته أزالته عن نفسها وطلقها على بدل منها له فهي خالع.[4]

وسمي خلعاً لان الله سبحانه وتعالى جعل النساء لباساً للرجال والرجال لباساً للنساء، وعند الخلع وكأن كلا منها يخلع لباس الأخر، والخَلع بالفتح معناه إزالة الثوب ونزعه حسياً.[5]

ثانياً: تعريف الفقهاء المسلمين للخلع

تعدد تعريف فقهاء الشريعة الإسلامية للخلع، فعرفه الأحناف بأنه "إزالة ملك النكاح المتوقفة على قبولها بلفظ الخلع أو ما في معناه"[6]، أما المالكية فاعتبروا أن الخلع هو "الطلاق بعوض سواء كان من الزوجة أم من غيرها من ولي أو من غيره"، والخلع لديهم يكون بعوض أو بدون عوض[7]، ومن جانبهم الشافعية اعتبروا أن الخلع هو "فرقة بين الزوجين بعوض بلفظ طلاق أو خلع كقول الرجل للمرأة طلقتك أو خالعتك على كذا"[8] وكذلك الأمر بالنسبة إلى الحنابلة فقد اعتبروا أن "الخلع هو فراق الزوج امرأته بعوض يأخذه منها أو من غيرها بألفاظ مخصوصة"[9]

فالحنفية والمالكية يرونه نوعًا من الطلاق وإزالة ملك النكاح، أما الشافعية والحنابلة فقد اشترطوا أن يقع الخلع بلفظ الطلاق أو بنية الطلاق أو بألفاظ مخصوصة، حتى يقع طلاقاً[10]

ويمكن تعريف الخلع بأنه "إبانة الزوجة على مال تفتدي به نفسها من زوجها، أو أنه فرقة بعوض مقصود لجهة الزّوج بلفظ طلاق أو خلع.[11]

ومما سبق من تعاريف يمكن بشكل بسيط إظهار أن هناك اختلافات بين الفقهاء حول تصور الخلع فمثلاً الأحناف أوردوا في تعريف الخلع عبارة انه "المتوقفة على قبولها" فهذا مؤشر على الخلع بالتراضي أو ضرورة موافقة الزوج على البدل المالي المقترح من الزوجة، والمالكية اعتبروه "طلاقا" والطلاق يكون بإرادة الزوج، فهذا الاختلاف يمكن أن يفتح لنا المجال لكي نأخذ بعين الاعتبار موقف الزوج من الخلع، أو على الأقل أن نضبط الخلع بناء على ما سبق. [12]

الفرع الثاني: تعريف القانون للخلع

يمكن أن يعرف الخلع قانوناً بأنه "دعوى ترفعها الزوجة ضد زوجها إذا بغضت الحياة معه ولم يكن من سبيل لاستمرار الحياة الزوجية، وخشيت الزوجة ألا تقيم حدود الله بسبب هذا البغض، جاز لها أن تطلب إنهاء الحياة الزوجية عن طريق الخلع، وافتداء الزوجة لنفسها برد مهرها وتنازلها عن جميع حقوقها الشرعية"[13]

ويلاحظ في هذا الشأن أن بعض القوانين التي وضعت تعريفاً للخلع قصرته على الخلع الرضائي الذي يتم بالتراضي واتفاق ارادة الزوجين من ذلك القانون الأردني الذي عرف الخلع الرضائي بأنه "طلاق الزوج زوجته نظير عوض تراضيا عليه بلفظ الخلع أو الطلاق أو المبارئة أو ما هو في معناه".[14]

كما عرف القانون العراقي الخلع بأنه "إزالة قيد الزواج بلفظ الخلع أو ما في معناه وينعقد بايجاب وقبول امام القاضي".[15] وعرفه القانون الليبي بأنه "التطليق بإرادة الزوجين لقاء عوض تبذله الزوجة بلفظ الخلع أو الطلاق". [16]

أما تعميم تنفيذ الخلع القضائي قبل الدخول أو الخلوة الفلسطيني فقد ذهب إلى تعريف الخلع القضائي قبل الدخول بأنه "دعوى تقيمها الزوجة ضد زوجها اذا ما بغضته أو كرهته وتخشى أنها لا تقيم حدود الله وأنه لا سبيل لاتمام الزواج واقامة حياة زوجية؛ وأودعت ما قبضته هي أو وليها من مهر عند اجراء عقد الزواج أو ما دفع على حساب المهر وما أخذته من هدايا قائمة وما أنفقه الزوج من أجل الزواج.[17]

من خلال ما سبق يظهر جلياً أن القوانين السابقة لم تعرف الخلع القضائي وإنما عرفت الخلع الرضائي الذي يتم باتفاق الزوجين، وهو ليس محلاً للخلاف بل على العكس فهو الأصل في حال عدم رغبة الزوجين إتمام الحياة الزوجية وقد اتفقا على تنظيم جميع الاثار المترتبة على حل الزواج ، فكان يجب على القوانين التي تبنت الخلع القضائي أن تضع تعريفاً له أو تحديدا له كما فعل تعميم تنفيذ قانون الخلع في فلسطين.

المطلب الثاني: الحكمة من الخلع

شرع الإسلام الزواج لتحقيق السكينة والطمأنينة والمودة والمحبة بين الزوجين فإن لم تتحقق هذه المعاني كان الأولى عدم استمرار الحياة الزوجية والسماح بحلها، حتى لا يتحول الاستقرار إلى دمار والرحمة إلى نقمة والمحبة إلى عداوة.[18]

ولقد أعطت الشريعة الإسلامية الزوج الحق في حل الرابطة الزوجية بالارادة المنفردة عن طريق الطلاق، ويأتي هذا الحق وفقاً لنظام اسري متكامل؛ فالزوج هو من يتحمل التكاليف المالية لهذا الزواج[19] ويلتزم بالانفاق على الزوجة والأبناء، فقال تعالى " الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى **النِّسَاءِ** بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى

بَعْضٍ وَبِمَا أَنْفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ "[20] ، فلقد راعت احكام الشريعة الإسلامية طبيعة طرفي عقد الزواج ورتبت أحكاماً بناء على ذلك، فطبيعة وتكوين المرأة يجعلها تغلب العاطفة على العقل لكونها تتأثر بوضعها النفسي والتغيرات التي تطرأ على بنيتها الجسدية، فالمرأة تحيض وتحمل وتلد وتطرأ عليها تغيرات هرمونية تؤثر على نفسيتها واختياراتها. الأمر الذي جعل الشريعة الإسلامية لا تعطيها الحق بإيقاع الطلاق إلا في حالات خاصة.[21]

ومن الحالات الخاصة الاستثنائية التي تعطى الزوجة الحق بحل الرابطة الزوجية:

1. العصمة قد تكون بيد الزوجة: وذلك عندما تشترط الزوجة ان تحتفظ بحق تطليق نفسها وهذا النوع من الشروط اجازه الفقه الحنفي اذ يمكن للمرأة تطليق نفسها دون تقاضي.

2. اللجوء الى القضاء من اجل الحكم لزوجة بتطليق زوجها متى وجدت مبررات قوية لطلبها؛ كأن يستحيل استمرار الحياة الزوجية لعدم مقدرة الزوج على أداء واجباته الزوجية أو ارتكابه افعلا شائنة تؤدي الى الاضرار بالحياة الزوجية. ومثالها أن يحكم على الزوج بعقوبة لرتكابه فعلاً شائناً منافياً للأخلاق، وبعد أن يتأكد القاضي من وجود إحدى هذه الحالات يحكم بالتطليق .

3. الطلاق بالتراضي بين الزوجين، قد يتفق الزوجين على حل الرابطة الزوجية باتفاقها، فيطلق الزوج زوجته مقابل ما تم الاتفاق عليه.

إضافة إلى الحالات السابقة قررت الشريعة الاسلامية والقوانين الوضعية اعطاء الزوجة الحق في الخلع بعد دفعها مقابل مالي لما أخذت من زوجها، وهذا الحق يقابل حق الزوج في ايقاع الطلاق بإرادته المنفردة دون موافقة زوجته ودون علمها وبدون سبب، وبعد دفعه لحقوقها المالية. [22]

ويأتي الخلع في حالة خشية الزوجة من عدم مقدرتها على تأدية واجباتها الزوجية وخشيتها ان لا تؤدي حقوق الله في زوجها، فمتى وُجِدت حاجة ماسة للزوجة لإنهاء أقدس العلاقات الإنسانية التي عملت كل الشرائع على حمايتها ومتى كان هناك حاجة لمنع شر أعظم في حال بقاء الحياة الزوجية، كقيام الزوجة

بارتكاب جريمة جنائية أو اخلاقية ماسة بالزوج، عندها يكون الخلع هو الحل المناسب لمنع هذا الشر المحدق.[23]

كما يجب التأكيد على أن الخلع لم يأتي مخالفاً لفلسفة الشريعة بل أنه يتماشى مع توجيه الشريعة للرجل بأن يفارق زوجته إذا كانت كارهة له، ولم يُجدِ معها وعظ أو هجر أو ضرب أو تحكيم؛24 وفي المقابل فلابد من الاشارة إلى أن الإسلام قد وجه النساء بأن لا تطلب إحداهن الطلاق أو التفريق إذا لم يكن عندها سبب قوي يدفعها إلى ذلك دفعا؛ حيث روي أن النبي – صلى الله عليه وسلم – قال: «أيما امرأة سألت زوجها الطلاق في غير ما بأس فحرام عليها رائحة الجنة"[25] وهذا الحديث يؤكد على أن حل الرابطة الزوجية ليس شيئاً مزاجياً فعقد الزواج عقد مقدس لكونه يأسس لبناء أسرة ومجتمع، فقرار هدم الاسرة يجب أن لا يكون قراراً متسرعاً ولا عاطفياً.

وجعلت الشريعة الاسلامية حكم الخلع البينونة وليس طلاقا رجعياً حتى تستفيد المرأة من هذا التفريق؛ وحتى لا يقوم الزوج بمراجعة زوجته التي سعت إلى الافتكاك من زوجها.[26]

المطلب الثالث: تمييز الخلع عن غيره من طرق حل الزواج

تتعدد طرق حل الرابطة الزوجية فمنها ما يسلكه الزوج ومنها ما تسلكه الزوجة، وطالما أن الخلع هو مسلك خاص بالزوجة ابتداءً فما هو الفارق بين هذه الطريقة لحل الرابطة الزوجية والطرق الاخرى.

الفرع الأول: الخلع والطلاق

يقصد بالطلاق رفع القيد وتسريح للمراة وحل من الزواج، والطلاق حق للزوج ويتم بإرادته المنفردة في عقد الزواج الصحيح سواء وقع الدخول بالزوجة ام لا، والطلاق مشروع في القرآن فقال تعالى "الطَّلاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ"27

والطلاق كتصرف قد يكون مكروهاً أو مباحاً، ولابد في الطلاق من صيغة يفهم منها قصد إيقاعه ويمكن أن يقع بكل لفظ يدل على الطلاق.[28]

فالطلاق يكون من الزوج وبارادته المنفردة المطلقة، على خلاف الخلع والذي يكون للزوجة متى خشيت أن لا تقيم حدود الله، كما قد يقوم الزوج بطلاق زوجته بعد الاتفاق معها على انهاء الحياة الزوجية والاتفاق على جميع الحقوق الزوجية بينهما، وتختلف هذه الحالة عن الخلع في كون أن الخلع يتم بدفع الزوجة للمبلغ المالي المقابل للخلع، ويكون سبب الخلع خشية الزوجة أن لا تؤدي حقوق زوجها.

الفرع الثاني: الخلع والتفريق للنزاع والشقاق

يقصد بالتفريق إنهاء العلاقة الزوجية بحكم القاضي لسبب من الأسباب المحددة بالشرع والقانون، فقد يكون سبب التفريق عدم إنفاق الزوج على زوجته فيحكم القاضي بالتفريق إن رأى أن الإبقاء على الزواج سيلحق الضرر بالزوجة.[29]

وقد يقع التفريق بسبب الضرر الذي يجعل الحياة مستحيلة سواء كان الضرر مادي كالضرب الذي يحدث كسراً أو جرحاً؛ أو معنوي كالشتم والسب الذي لا يطاق. ولا يشترط تكرار الضرر طالما أنه يجعل العشرة مستحيلة بين الزوجين فيحكم القاضي بالتفريق بعد فشل محاولات الإصلاح بين الطرفين[30]

وبسبب صعوبة إثبات الضرر الذي غالباً ما يقع ما بين الزوجين في مسكن الزوجية، فقد صدر تعميم عن ديوان قاضي القضاة الفلسطيني يعطي بموجبه القاضي الشرعي الحق في إعمال سلطته التقديرية في تقرير وجود النزاع والشقاق.[31]

وقد يقع التفريق بسبب الغيبة والحبس لكي تدفع الزوجة الضرر عن نفسها، وقد اشترط الفقه في ذلك مرور مدة زمنية تتراوح من ستة شهور الى سنتين؛ ويجب أن يبلغ الزوج بضرورة ضم زوجته إليه أو انها ستطلق منه، ولم يسمح الفقه الحنفي والشافعية بالتفريق للغيبة أو للحبس.[32]

وقد يقع التفريق للعيب الذي يمنع من تحقق أهداف الزواج كمرض العنة أو الجب والجذم والبرص الذي لا يمكن الشفاء منه ولم يكن الطرف الاخر على علم به وقت العقد ولم يرضى به بعد أن علم بوجوده، عندها يمكن للقاضي أن يحكم بالتفريق. [33]

يتضح مما سبق أن هناك طرق متعددة لإنهاء العلاقة الزوجية قررت لحماية الزوجة من الضرر اللاحق بها من استمرار العلاقة الزوجية، هذه الطرق محددة على سبيل الحصر لا يمكن للقاضي أن يحكم بالتفريق دون وجود حالة من الحالات السابقة، اما الخلع فيكون بطلب من الزوجة وبغير الحالات السابقة .

المبحث الثاني: الخلع نظام إسلامي قانوني يتماشى مع مصالح المجتمع

حتى نستطيع أن نأخذ موقفاً من الخلع لا يكفي إظهار معاني وفوائد الخلع وتميزه عن غيره بل لابد من بحث المصدر الأساسي الذي بني عليه الخلع وهو الشريعة الإسلامية وما اقره الرسول صلى الله عليه وسلم وعمل به الصحابة رضوان الله عليهم، ثم لابد من بحث مدى تماشي القوانين الوضعية مع الشريعة الإسلامية في فهم وتطبيق الخلع، ومن ثمة نبين الحاجة إلى الخلع.

المطلب الاول: الأدلة الشرعية على الخلع

إذا ما أردنا أن نعرف حكم الشريعة الإسلامية في مسألة ما؛ فلابد من الرجوع أولاً إلى القرآن الكريم ثم إلى السنة النبوية الشريفة.

الفرع الأول: الأدلة الشرعية من الكتاب

يستند الفقهاء المسلمون في تطبيق الخلع إلى قوله تعالى "الطَّلاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ وَلا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئاً إِلاّ أَنْ يَخَافَا أَلاَّ يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلاَّ يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلا تَعْتَدُوهَا وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ .[34]

واعتبر ابن كثير أن المقصود من الآية أنه لا يحل لكم أن تضاجروهن وتضيقوا عليهن، ليفتدين منكم بما أعطيتموهن من الأصدقة ، فقال تعالى " وَلَا تَعْضُلُوهُنَّ لِتَذْهَبُوا بِبَعْضِ مَا آتَيْتُمُوهُنَّ"[35] فأما إن وهبته المرأة شيئا عن طيب نفس منها فلا حرج في ذلك لقوله تعالى" فَإِنْ طِبْنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَرِيئًا" 36 وأما إذا تشاقق الزوجان ، ولم تقم المرأة بحقوق الرجل وأبغضته ولم تقدر على معاشرته ، فلها أن تفتدي منه بما أعطاها ، ولا حرج عليها في بذلها ، ولا عليه في قبول ذلك منها. [37]

وعن تحديد المقصود بقوله تعالى " فإن خفتم ألا *يقيما* حدود الله "، فالخطاب هنا موجه إلى الزوجين، فقد يقصر كليهما في إطاعة أوامر الله تعالى فيما يتعلق بواجباته تجاهه زوجه الأخر، فقد يظهر من الزوجة النشوز وإظهار بغض زوجها، حتى يخاف عليها ترك طاعة الله تعالى فيما لزمها لزوجها من الحق، ويخاف على زوجها تركه أداء الواجب لها عليه،[38] فإن كان الزوج غير مانعاً لها ما يجب عليه وهي تخاف أن تمنعه من حقوقه وأداء حقوق الله تعالى لذلك حلت الفدية له وجازت منها، فجاءت الآية فلا جناح عليهما، وإن كان الزوج غير مؤدي لحقوق الزوجة ومعاشرتها بالمعروف فلا يحق له أن يأخذ مقابل من زوجته لأنه هو من اخل بتنفيذ التزاماته ولم يقم بواجبات زوجته[39] فقال تعالى "**ولاَ تَعْضُلُوهُنَّ لِتَذْهَبُواْ بِبَعْضِ مَا آتَيْتُمُوهُنَّ**" فلا يجوز اكراههن على طلب الخلع لأخذ المال منهن. [40]

الفرع الثاني: الأدلة الشرعية من السنة النبوية المطهرة

تعتبر حادثة امرأة ثابت بن قيس الحادثة الأولى التي حكم الرسول صلى الله عليه وسلم بموجبها بالخلع، ولكن يبدوا أن هناك روايات عديدة عن هذه الواقعة فتحت المجال أمام تفسيرات وتأويلات لمفهوم الخلع وكيفية إيقاعه.

فهناك رواية عن عبد الله عن ابن عباس أن امرأة ثابت بن قيس أتت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت يا رسول الله ثابت بن قيس ما اعتب عليه في خلق ولا دين ولكني اكره الكفر في الإسلام فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم اتردين عليه حديقته فقالت نعم قال رسول الله صلى الله عليه وسلم اقبل الحديقة وطلقها تطليقه. 41

وفي رواية ثانية عن ابن عباس أن امرأة ثابت ابن قيس اختلعت من زوجها على عهد النبي صلى الله عليه وسلم فأمرها الرسول أن تعتد بحيضه. 42

وفي رواية أخرى عن حبيبة بنت سهل الأنصارية أنها كانت تحت ثابت ابن قيس بن شماس، وكان رسول الله صلى الله عليه وسلم خرج إلى الصبح فوجد حبيبة بنت سهل عند بابه في الغلس فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم من هذه فقالت أنا حبيبة بنت سهل قال ما شأنك قالت لا أنا ولا ثابت بن قيس لزوجها فلما جاء ثابت بن قيس قال له رسول الله صلى الله عليه وسلم هذه حبيبة بنت سهل وذكرت ما شاء الله أن تذكر وقالت حبيبة يا رسول الله كل ما إعطاني عندي فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لثابت بن قيس خذ منها فاخذ منها وجلست هي في أهلها. 43

وفي رواية أخرى عن عائشة أن حبيبة بنت سهل كانت عند ثابت بن قيس بن شماس فضربها فكسر بعضها، فاتت رسول الله صلى الله عليه وسلم بعد الصبح فاشتكت إليه فدعا النبي صلى الله عليه وسلم ثابتا فقال خذ بعض مالها وفارقها فقال ويصلح ذلك يا رسول الله قال نعم قال فاني اصدقتها حديقتين وهما بيدها فقال النبي صلى الله خذهما وفارقها ففعل. 44

وفي رواية أخرى عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال كانت حبيبة بنت سهل تحت ثابت بن قيس بن شماس وكان رجلا دميما فقالت يا رسول الله والله لولا مخافة الله إذا دخل على لبصقت في وجهه فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم اتردين عليه حديقته قالت نعم فردت عليه حديقته قال ففرق بينهما رسول الله صلى الله عليه وسلم . 45

وفي رواية أخرى رُويَ أنَّ جميلةَ بنتَ عبدِ اللَّهِ بنِ أبيٍّ كانت تحتَ ثابتِ بنِ قيسِ بنِ شَمَّاسٍ وَكانت تبغضُهُ وَهوَ يحبُّها فأتتِ رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت يا رسول الله لا أنا ولا ثابتٌ لا يجمعُ رأسي ورأسَهُ شيءٌ واللَّهِ لا أعتبُ عليْهِ في خلقٍ ولا دينٍولكني لَكنِّي أَكرَهُ الْكفرَ في الإسلامِ ما أطيقُهُ بغضًا إنِّي رفعتُ جانبَ الخباء فرأيتُهُ أقبلَ في عدَّةٍ وَهوَ أشدُّهم سوادًا وأقصرُهم قامةً وأقبحُهم وجْهًا فنزلتُ وكان قد أصدَقَها حديقةً فاختَلعَت منهُ بها وهو أوَّلُ خُلعٍ كان في الإسلَامِ.46

من خلال الروايات السابقة عن الرسول صلى الله عليه وسلم يظهر وجود تناقض في بعض المعطيات كاسم الزوجة فهل هي حبيبة بنت سهيل أم جميلة بنت عبد الله بن ابي ؟ كما وقع الخلاف هل تشكوا الزوجة من خلقته أم لا؟ وهل ألحق بها ضرر عن طريق الضرب ام لا؟ وهل ضربها بعد تصريحها بكراهيتها له ورفع أمرها إلى الرسول أم قبل ذلك؟

يظهر من خلال الروايات السابقة أن هذا الصحابي لم يكن يعلم بحكم الخلع، لأنه سأل الرسول صلى الله عليه وسلم "ويصلح ذلك" مما يفيد أن الصحابة لم يكونوا على علم بحكم الخلع وأن هذه هي أول حادثة تقع زمن الرسول ويحكم بها بالخلع.

كما أن دلالة الضرب من عدمها مهمة في فهمنا لحقيقة الخلع، فإن كان سبب طلب الرسول صلى الله عليه وسلم من زوجها ثابت أن يطلقها لأنه ضربها؛ إذا يجب أن يتأكد القاضي من وجود الضرر كشرط من شروط الخلع حتى يحكم للزوجة به. 47

و في بعض الرويات ما يدل على أنه كان قبيحاً مما جعلها تنفر منه، الامر الذي يستدل منه ان هناك سبب معلن وجلي وواضح بأنها لا تستطيع الاستمرار معه حتى لا تقع فيما حرمه الله، وهو عدم تمكين زوجها من الحصول على حقوقه الشرعية، فتحل عليها لعنة الله تعالى.

ويمكن الاستدلال من هذه الروايات أيضاً أن الرسول طلب منه أن يطلقها؛ أي أن يتلفظ بالطلاق ولم يحكم بإنهاء الحياة الزوجية من تلقاء نفسه، ونظراً لإطاعة الصحابة لرسول الله صلى الله عليه وسلم قام قيس بطلاقها، مما يفهم منه أن الخلع قد يكون بموافقة الزوج.

ويدور الخلع بين من يرى أنه مباح وذلك في الحالات التي تخاف المرأة أن لا تقيم حدود الله تعالى وأنها كاره لزوجها مع أن الزوج قائم بواجباته، ورأي آخر اعتبر الخلع مكروه إن كان طلب الزوجة للخلع دون سبب معلوم والذي يعني إنهاء الزواج دون سبب، لأن الأصل ان يبقى الزواج قائماً. ولا يجوز أن نُحوّل عقد الزواج ذا الرباط المقدس إلى نزوة عابرة، ومع ذلك وإن كان مكروهاً إلا أنه قد يقع لدرء مفسدة اكبر وهي العداوة والبغضاء بين الزوجين والتي قد يكون لها أثار وخيمة على الزوجين والأبناء. [48]

والحقيقة أن هناك توجه عام في الفقه الإسلامي على جواز الخلع، طالما أن الطلاق يكون بإرادة الزوج فيكون الخلع للزوجة لتفتدي به وتنال حريتها مقابل مبلغ من المال تدفعه لزوج[49]، وتكمن أهمية الخلع لحاجة الناس اليه خاصة عندما تبغض المرأة زوجها وتخشى الفتنة في دينها وخاصة بعد استحالة توفيق الأهل أو الحكم في الإصلاح بين الزوجين، كما أن إجازة الخلع فيه إزالة الضرر عن المرأة، وهذا لا يمنع كونه مكروها في حكمه؛ لأنه يقترب من الطلاق الذي هو ابغض الحلال إلى الله تعالى، وخاصة عندما يكون الزوج محباً لزوجته وراغباً بها.[50]

فالخلع يصح في الأحوال التي تبغض المرأة العيش مع زوجها؛ فيتفقان على إنهاء الحياة الزوجية مقابل أن ترد عليه ما آخذته منه [51]وهو ما يعرف بالخلع بالتراضي.

كما يمكن أن نحكم بالخلع القضائي قبل الدخول حتى ولو رفض الزوج ذلك وبمقابل أن ترد الزوجة كامل ما أخذته من زوجها، لأن إنهاء الحياة الزوجية قبل البدء الفعلي بها تكون أضراره أقل لعدم وجود اطفال وأن إنهاء الحياة الزوجية في هذه الفترة أفضل من بناء أسرة مريضة أشبعتها الخلافات منذ بدايتها. [52]

المطلب الثاني: موقف القانون من الخلع

بعد عرض موقف الشريعة الإسلامية من الخلع تبين أن الخلع نظام إسلامي أريد من خلاله إقامة التوازن بين الزوجين، ولكن النقاش لازال قائماً حول نطاق ومجال الخلع ومحدداته وحالاته وأنواعه وهذا ما ظهر جلياً في التشريعات محل المقارنة، والتي انقسمت الى من اجاز الخلع الرضائي فقط، ومن اجاز الخلع الرضائي والقضائي معا.

الفرع الأول: القوانين التي سمحت بالخلع الرضائي

الخلع الرضائي هو الخلع الذي يتم بالاتفاق بين الزوجين على أن تدفع الزوجة مقابل مالي أو ترد ما قبضته من الزوج.

أولاً: قانون الأحوال الشخصية الأردني رقم 61 لسنة 1976[53]

نظم قانون الأحوال الشخصية الأردني الخلع في المواد من 102–112، واهم ما في هذا القانون أنه نظم موضوع الخلع وأعطى تفصيلاً لكثير من أحكامه، فمن ذلك أنه اشترط لصحة المخالعة أن يكون الزوج أهلاً لإيقاع الطلاق[54] الامر الذي يفهم منه أن المقصود بهذه المواد هو الخلع بالتراضي أي برضاء الزوجين وخاصة الزوج، إذا اشترط القانون أن يكون الزوج أهلاً لإيقاع الطلاق وأن لا يكون مكرهاً أو مجنوناً أو فاقداً لارادته.

وتأكيداً على ما سبق بين القانون الأردني أن لكل من الطرفين الرجوع عن إيجابه في المخالعة قبل قبول الأخر،[55] فهذا دليل آخر على أن المقصود هو الخلع الذي يعبر طرفيه عن رضائهما به وان ارادة كل منها معتبرة وملزمة طالما وصلت الى علم الطرف الآخر، إذاً فهو يعالج الخلع الرضائي والذي لا يثير أي اشكالية طالما أن الزوجين قد تراضيا عليه ونظما علاقتهما الأسرية بعد الخلع.[56]

ولم يشر هذا القانون صراحة إلى الخلع القضائي الذي يصدره القاضي متى طلبت الزوجة ذلك كما فعلت التشريعات التي تبنت صراحة الخلع القضائي؛ مما يعني أنه غير منظم او مسموح به في هذا القانون.

ثانياً: قانون الأحوال الشخصية العثماني

لقد نظم قانون الأحوال الشخصية العثماني الخلع الرضائي وذلك في حالة الشقاق بين الزوجين والخوف من عدم إقامة حدود الله تعالى، وما يلاحظ على هذا القانون أنه جعل نتيجة الخلع الطلاق البائن، وأعطى القانون للزوجين الحق بالرجوع عن الخلع قبل موافقة الزوج الآخر على الخلع، مما يعنى أن المقصود هنا هو الخلع بالتراضي.

ثالثاً: قانون الأحوال الشخصية العراقي

لقد تبنى القانون العراقي الخلع الرضائي وذلك من خلال تعريفه للخلع [57] حيث اشترط لانعقاده ايجاب وقبول أمام القاضي[58].

رابعاً: مدونة الأسرة المغربية.[59]

لقد تبنى القانون المغربي الخلع الرضائي ونظم احكامه، الا انه اشار الى حالة اصرار الزوجة على الخلع مع رفض الزوج لذلك فيمكن في هذه الحالة تطبيق احكام الشقاق، حيث سمح القانون لاي من الزوجين رفع دعوى لمخافة الشقاق بينهما وبعد استحالة الاصلاح يمكن ان يفرق القاضي بينهما.[60]

وما يلاحظ هنا أن القانون المغربي سمح بالخلع بالتقاضي بعد استنفاذ محاولات الإصلاح وهذا ما يفهم ضمناً من نصوص هذا القانون، كما أنه لم يميز بين الخلع قبل الدخول أو بعد الدخول؛ فللحالتين نفس الأحكام.

خامساً:القانون الخليجي الموحد للأحوال الشخصية[61]

نظم هذا القانون الخلع الرضائي –والذي تدفع بموجبه الزوجة بدلاً عن حل الرابطة الزوجية–ولم ينظم أحكام الخلع القضائي ولم يأخذ بالخلع قبل الدخول، أي انه رفض الخلع القضائي جملة وتفصيلا.[62]

الفرع الثاني: القوانين التي سمحت بالخلع القضائي

أولاً: قانون الأحوال الشخصية الأردني المؤقت رقم 36 لسنة 2010

ألغى هذا القانون صراحة قانون الأحوال الشخصية لسنة 1976 [63]، حيث أضاف القانون إلى مواد الخلع المادة 102 والتي عرف بها الخلع الرضائي، وأضيفت المادة 114 والتي نظمت حالتي:

1. طلب الزوجة التفريق قبل الدخول وبعد إرجاع ما دفع وخسر الزوج، وذلك بعد أن يرفض الزوج طلب الزوجة للافتراق، ولم يجدي الصلح وفشل الحكمين من أهلها واهله في الإصلاح خلال مدة ثلاثين يوماً عندها تحكم المحكمة بفسخ العقد بين الزوجين. [64]

يتضح مما سبق أن القانون الأردني قد أخذ بالخلع القضائي قبل الدخول أو الخلوة[65] حتى ولو اعترض الزوج ولم يوافق على حل الرابطة الزوجية، وأكثر من ذلك لم يشترط القانون الأردني أي شرط للسماح للزوجة بطلب التفريق كبغض الزوج أو أنها تخشى أن لا تقيم حدود الله تعالى بهذا الزواج [66]وقد يبرر هذا الموقف ان عدم إقامة الأسرة في هذه الحالة وهذه المرحلة أفضل من قيامها على أساس من الخلاف والشقاق لذا كان موقف المشرع متساهل في شروط الخلع.

2. الحالة الثانية التي أضافها المشرع الأردني هي حال طلب الزوجة التفريق بعد الدخول متى بينت انها تبغض الحياة مع زوجها وأنه لا سبيل لاستمرار الحياة الزوجية بينهما وتخشى أن لا تقيم حدود الله تعالى بسبب هذا البغض، وافتدت نفسها بالتنازل عن جميع حقوقها الزوجية وردت عليه الصداق الذي

استلمته وبعد ان تحاول المحكمة الصلح بينهما؛ فإن لم تستطع أرسلت حكمين للإصلاح خلال مدة لا تتجاوز ثلاثين يوماً، فان لم يتم الصلح حكمت المحكمة بفسخ عقد الزواج بينهما [67]

يتضح مما سبق أن القانون الأردني قد تبنى الخلع القضائي بعد الدخول ايضاً متى صرحت الزوجة بأنها تبغض الحياة مع زوجها وأنها لا تطيق العيش معه، وفشلت كل محاولات الإصلاح بالرغم من أن الزوج قد يكون مصراً على استمرار الحياة الزوجية، فالقاضي يحكم للزوجة ويفسخ الزواج بينهما.68

ثانياً: الخلع في القانون المصري

أقر القانون المصري حق الزوجين باللجوء إلى الخلع بالتراضي، فإن لم يتم التراضي وصرحت الزوجة انها تبغض الحياة مع زوجها، وتخشى أن لا تقيم حدود الله تعالى وتنازلت الزوجة عن جميع حقوقها المالية، وردت له الصداق، حكمت المحكمة بتطليق الزوجة من زوجها، وذلك بعد محاولة الصلح وندب الحكمين وأعطتهما مهلة ثلاثة أشهر للإصلاح بينهما. 69

وما يلاحظ على القانون المصري أنه لم يميّز في طلب الخلع بين قبل الدخول وبعده، بل أعطى حكماً واحداً للحالتين، كما يتميّز القانون المصري عن الأردني بأنه أطال الفترة التي يقوم خلالها الحكمين بمحاولة الإصلاح بين الزوجين والتوصل إلى حلول بينهما إلى ثلاثة أشهر كمدة قصوى؛ بينما القانون الأردني جعلها مدة ثلاثين يوماً، ونحن نؤيد مسلك القانون المصري لان تطويل المدة قد يكون فيه فرصة لتهدئة النفوس والتروي في اتخاذ قرار إنهاء الحياة الزوجية والتفكير بإمعان بمصير الأبناء بعد حل الرابطة الزوجية.

ثالثاً: قانون الأسرة الجزائري[70]

تبنى المشرع الجزائري الخلع لقضائي بشكل واضح لا لبس فيه عندما أجاز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخلع زوجها مقابل مال تدفعه له، ولم يحدد لذلك اية قيود أو شروط إلا ما يمكن أن يأخذ من سياق الحالات الاخرى لحل الرابطة الزوجية والتي اشترط فيها محاولة الاصلاح بين الزوجين.[71]

رابعاً: مجلة الأحوال الشخصية التونسية[72]

لم ينظم القانون التونسي أحكام الخلع إلا أنه ساوى بين الزوجين في الحق بطلب الطلاق، فيحق للزوجة المطالبة بالطلاق امام القاضي كما هو الحق للزوج بالمطالبة بالطلاق وكل ما يترتب على من طلب الطلاق التعويض المادي والمعنوي لطرف الأخر عن الضرر الذي لحق به، وبذلك يكون القانون التونسي قد توسع كثيراً بحق المرأة بإنهاء الحياة الزوجية، وأراحها من دفع البدل المشترط في الخلع.73

خامساً: قانون الأحوال الشخصية الإماراتي74

نظم القانون الإماراتي الخلع بالتراضي واعتبر أنه عقداً يتم بين الزوجين، كما أنه سمح للقاضي على سبيل الاستثناء اذا ما كان رفض الزوج للخلع تعنتاً، وخيف ألا يقيما حدود الله تعالى، جاز للقاضي أن يحكم بالمخالعة مقابل بدل مناسب. الامر الذي يفهم منه انه سمح بالخلع القضائي ولكن وفقاً للسلطة التقديرية للقاضي وعلى سبيل الاستثناء. **75**

سادساً: مشروع قانون الأحوال الشخصية الفلسطيني[76]

لقد عالج مشروع قانون الأحوال الشخصية الفلسطيني الخلع،77 ونظم الخلع الرضائي والقضائي، حيث بين أنه إذا لم يتراضَ الزوجان على الخلع، ورفض الزوج الاستجابة لطلب زوجته بالخلع، فللقاضي أن يحكم لها بذلك إذا اقتنع بوجود خلاف بينهما أو سبب تستحيل معه الحياة الزوجية.78

وأهم ما يميّز موقف المشروع أنه جعل الحكم بالخلع –في حال رفض الزوج– مرهوناً بقناعة القاضي، مما يعني أنه لم يجعل حل الرابطة الزوجية وهدم الأسرة قرار منفرد للزوجة بل لابد من اقتناع القاضي بطلب الزوجة، وعندها يقرر هل هناك مجال لاستمرار الحياة الزوجية أم أن استمرارها أمر مستحيل؛ وأنه سيجلب الويلات على هذه الأسرة، ويعتبر هذا النص أفضل النصوص السابقة لكونه يقبل الخلع الرضائي ولكنه لا يتركه فقط لإرادة الزوجة وحدها، كما أن المشروع أطال الفترة الزمنية التي لا يجوز للمءحكمين أن يتجاوزوها في انجاز الصلح بين الزوجين وهي مدة أربعة شهور، وهي مدة أطول من تلك الموجودة في القانون المصري، ونحن سابقا قد أثنينا على إطالة فترة المحكمين لما لها من فوائد جليلة.79

سابعاً: تعميم تطبيق الخلع الفلسطيني الصادر عن ديوان قاضي القضاة

لقد نظم التعميم الخلع القضائي قبل الدخول فقط وهذا ما هو واضح وجلي من خلال تعريفه للخلع القضائي قبل الدخول دون الخلع القضائي بعد الدخول، كما أنه ركز في شروط الخلع على افتداء الزوجة نفسها بدفع ما قدم لها من مال قبل الدخول، وبين عناصر لائحة دعوى الخلع قبل الدخول، فعلى القاضي أن يتأكد من المدعى عليه حول قيام الزوجية والدخول بزوجته من عدمه، كل هذه الإشارات تؤكد ان التعميم لم يسمح بالخلع القضائي بعد الدخول أي أنه لم يتبنى ما جاء به كل من القانون الأردني والمصري.

المطلب الثالث:الحاجة إلى الخلع

بعد تعرضنا إلى الآراء الشرعية والقانونية من الخلع أصبح واضحاً مدى صحة وشرعية الخلع بوصفه حقاً للزوجة يمكنها من خلاله طلب إنهاء الحياة الزوجية كطريق مقابل لحق الزوج بالطلاق، ويستعمل هذا الحق عند استحالة استمرار الحياة الزوجية.80

الفرع الأول: الخلع حق للزوجة

بعد هذا الشرح لأساس وفلسفة الخلع في الشريعة الإسلامية والقوانين المقارنة تبين أن الخلع نظام إسلامي متفق على وجود أساس له في القرآن والسنة النبوية المشرفة، وللخلع صورتين خلع رضائي وأخر قضائي فالخلع الرضائي هو الأصل لكونه مبنياً على اتفاق الزوجين على إنهاء الحياة الزوجية بمقابل تدفعه الزوجة.[81] فهذا الاتفاق يدل على تفاهم وقع بين الزوجين على تقرير نهاية لحياتهم الزوجين بما يكفل مصلحتهما ومصلحة أبنائهما، وهذا الخلع متفق عليه في كل القوانين المقارنة محل الدراسة. [82]

والصورة الثانية للخلع هو الخلع القضائي والذي يحكم به القاضي للزوجة بعد توفر شروط معينة ودون موافقة الزوج، وهذا الخلع قد يكون قبل الدخول أو الخلوة أو بعد الدخول أو الخلوة، فالخلع قبل الدخول أو الخلوة يحقق المقاصد من الخلع حيث أن إنهاء الحياة الزوجية بطلب من الزوجة في هذه المرحلة ليس له

اضرار كبيرة ، ولذا جاء تعميم المجلس الاعلى للقضاء الشرعي الفلسطيني متماشياً مع هذه الغاية وموافقاً للنصوص القرآنية والسنة المطهرة ومراعياً لمصالح الناس.

إن اشتراط موافقة الزوج على الخلع يعني عملياً إلغائه، لأن الزوج سيتعسف بعدم قبوله لطلب زوجته ولو كان موافقاً على ذلك لطلقها أو قبل بالخلع الرضائي، كما أن المنطق والمصلحة تقتضي عدم اقفال الطريق امام الزوجة التي تشعر أنها لا تستطيع الاستمرار بالحياة الزوجية. وفي ذلك مخاطر ومحاذير جمة قد تكون أثارها السلبية وخيمة على الزوجين والأبناء والمجتمع.

إن إجبار الزوجة على تقديم أسباب أو مبررات من أجل الحكم لها بالخلع قد يتعارض مع الميول القلبي الذي قد لا يفهمه البعض ولا يمكن تقديره الا من الزوجة نفسها، فقد يكون الزوج كاملاً في نظر كل الناس الا في نظر زوجته، فقد تراه أقل من ذلك بكثير، كما أن ذكر الأسباب من شأنه أن يؤذي الزوج أو الابناء.

الفرع الثاني: التعليق على الخلع القضائي بعد الدخول

إن الفوائد التي أيدنا بها الخلع قبل الدخول تتقلص مع وجود دخول وتحول الزوجة من بكر إلى ثيب ووجود أبناء وحل المعاشرة وقيام الحياة الزوجية، مما يدفعنا إلى التريث بإعطاء الزوجة الحق في إنهاء الحياة الزوجية عن طريق الخلع دون موافقة الزوج، فمن الممكن أن تكون هناك حاجة لإقرار الخلع القضائي بعد الدخول وهذا ما قرره كلا من القانون الأردني والمصري بنصوص صريحة، ولكن لا بد من ابداء الملاحظات التالية:

1. ان اشتراط القوانين مجرد تصريح الزوجة عدم الرغبة في الاستمرار بالحياة الزوجية وانها تخشى أن لا تقيم حدود الله تعالى؛ يجب أن لا يكون مجرد نزوة عابرة من الزوجة بل لابد من إعطاء الصلاحية للقاضي لتقدير السبب والمبرر، فإن كانت محقة أجابها القاضي وإلا فيرد عليها دعواها، إذ أن خبرة القاضي وتجربته تمكنه من الموازنة بين طلب الزوجة انهاء

الحياة الزوجية او مكانية استمرارها، ويجب على القاضي سماع الزوج في كل الحالات من اجل تقدير مدى جدية الأسباب.

2. يجب تفعيل دور الحكمين بأن يكون لهما الصلاحية في مناقشة أسباب ومبررات الزوجة بطلب الخلع، ورفع توصيات إلى القاضي لقبول هذه الأسباب أو رفضها، إضافة إلى ضرورة تطويل الفترة الممنوحة للحكمين للإصلاح بين الزوجين إلى ستة شهور كإجراء اجباري قبل الحكم بالخلع، لكي يكون هناك فرصة كافية لمحاولة الإصلاح وهدوء الأنفس.

3. إن إعطاء الحق للزوجة يجب أن يكون استثناء لا أصلاً. ويترتب على ذلك أنه طالما أن للزوجة وسائل أخرى لحل الرابطة الزوجية فلا يجوز لها أن تلجأ إلى الخلع ابتداءً، وقد تكون هذه الطرق أقل كلفة عليها.

4. لابد ان يكون الخلع على مقابل مالي تدفعه الزوجة، ونشير هنا إلى أن البعض يعتبر أن هذا الشرط يؤدي إلى حرمان الزوجة الفقيرة من طلب الخلع، ولكن يجب أن لا ننسى أن الزوج كذلك سيتضرر من قرارها بطلب الخلع لأنه هو من دفع المهر وتكاليف الزواج وهو من سيتحمله من جديد من أجل الزواج من زوجة أخرى، كما أن تقابل الأشياء يقتضي ذلك حيث أننا نلزم الزوج بان يدفع لها كل حقوقها المالية عندما يبادر بالإرادة المنفردة الى طلاق زوجته. فمن يعتبر أن الخلع على مال فيه إهدار لحق الزوجة ومنعاً لها من مباشرته نقول له ان الخلع ليس ورقة رابحة في يد المرأة تلوّح بها متى شاءت دون أن يرتب على ذلك أي تبعات.

5. ولابد من القول للمتخوفين من الخلع أن الزوجات لن يسارعن إلى الخلع ويخربن بيوتهن بأيديهن، ففي مصر بعد ثلاث سنوات من تطبيق قانون الخلع كانت عدد القضايا المسجلة 5000 والرقم قليل بالنسبة الى عدد السكان، كما أن ضعف الروابط الاجتماعية وتدني المستوى الاقتصادي يجعل الزوجة تفكر مراراً قبل أن تطلب الخلع، فان طلبته فيكون ذلك أخف الأضرار عليها. [83]

6. كما يجب أن لا نضع سوء استعمال هذا الحق من بعض النسوة ذريعة لمنعه، فلا يزال الخلع باب رحيماً بالزوجة المتضررة من استمرار الزواج وتعسف الزوج 84.
7. ومن الافضل تقدير قيمة المبلغ المدفوع وقت الخلع لا وقت الزواج حتى تكون له قيمة حقيقية وهي ما تكبده حقيقة الزوج من خسائر.85

الخاتمة

خلصت من خلال البحث إلى النتائج والتوصيات التالية:

النتائج:

1. الخلع نظام اسلامي له سند في الآيات القرآنية و الهدي النبوي الشريف، وهو يقابل الحق في الطلاق الذي يمارسه الزوج لإنهاء الحياة الزوجية.
2. أن هناك روايات عديدة للحادثة التي وقعت زمن الرسول صلى الله عليه وسلم وأسس عليها الخلع، مما يفتح المجال أمام نقاش حالات وصور الخلع.
3. أن المصلحة تقتضي وجود الخلع لتتمكن الزوجة التي تكره الحياة مع زوجها أن تنهي الحياة الزوجية معه.

4. لا يمكن تصور اشتراط موافقة الزوج كشرط لصحة الخلع لأن في أغلب الصور سيمتنع الزوج نكاية بزوجته عن الموافقة على الخلع، لذا فالأصل عدم اشتراط موافقة الزوج على الخلع.
5. ولا يشترط أن يكون سبب الخلع الضرر الشديد الذي لحق بالزوجة أو الغيبة أو عدم الإنفاق، لأن هذه الأسباب تعطي الحق للزوجة بإنهاء الزواج عن طريق طلب التطليق من القضاء دون موافقة الزوج ودون أن تدفع له عوض مالي.

التوصيات:

1. ضرورة النص في القانون على الخلع بجميع صوره" الرضائي والقضائي قبل الدخول أو بعده"، لأنه حق للزوجة التي تبغض البقاء مع زوجها سواء قبل الدخول او بعده.
2. ربط الخلع بشروط ومبررات حتى لا يتحول الخلع من وسيلة لحماية الزوجة الى وسيلة هدم للاسرة.
3. عدم التعجل بالحكم بالخلع وانما اعطاء الوقت الكافي للزوجين لتفكير في مستقبل حياتهما الزوجية.
4. يجب أن يكون للخلع سبب موجب له، فلايجوز أن يكون إنهاء العلاقة الزوجية الأسرية الاجتماعية بقرار الزوجة وحدها وبدون مبرر يقف عنده القاضي، اذ لابد من وجود سبب مقنع يطلع عليه القاضي؛ ويقدر موقف الزوجة وحاجتها إلى الخلع.
5. لا توجد حاجة لوضع شروط أو قيود لموافقة القاضي أو رفضه للخلع، بل يرجع الامر إلى حنكة وخبرة القاضي وتحريه لمصلحة الأسرة.

الهوامش

[1] د.عبد الرحمن الصابوني، مدى حرية الزوجين في الطلاق في الشريعة الإسلامية، مكتبة دار الفكر، بلا سنة طباعة ص495. وفي نفس المعنى راجع محمد كامل عواد الجعافرة، الخلع بين الشريعة الإسلامية والقانون وتطبيقاته في المحاكم الشرعية، رسالة ماجستير في القضاء الشرعي بكلية الدراسات العليا في جامعة الخليل، السنة الجامعية 2006م، ص 10.

[2] تعميم تطبيق قانون الخلع الصادر عن ديوان قاضي القضاه– المجلس الاعلى للقضاء الشرعي المؤرخ بتاريخ 2012/2/26، والمنشور على الموقع الالكتروني www.kudah.gov.ps.

[3] قانون الأحوال الشخصية الأردني المؤقت، رقم 36 لسنة (2010) والمنشور على الموقع الإلكتروني http://www.lob.gov.jo/ui/laws/search_no.jsp?no=36&year=2010، وقانون الأحوال الشخصية الأردني المطبق في فلسطين، رقم 61 لسنة 1976، المنشور على الموقع الالكتروني http://www.lob.gov.jo/ui/laws/search_no.jsp?no=61&year=1976، وراجع مشروع قانون الأحوال الشخصية الفلسطيني، المنشور على الموقع الالكتروني http://www.kudah.gov.ps/QANON/ahwal.htm، قانون الأحوال الشخصية المصري رقم 1 لسنة 2000، المنشور على الموقع الالكتروني http://ar.wikisource.org/wiki/%D9%82%D8%A7%D9%86%D9%88%D9%86_%D8%B1%D9%82_%D9%85_1_%D9%84%D8%B3%D9%86%D8%A9_2000_-_%D9%85%D8%B5%D8%B1، قانون الأحوال الشخصية العراقي النافذ رقم 188 لسنة 1959 المعدل المنشور على الموقع الالكتروني http://www.ahewar.org/debat/show.art.asp?aid=309911.

[4] راجع ابن منظور، محمد بن مكرم المصري الأفريقي، لسان العرب، دار صادر، بيروت ، الطبعة الأولى ج8، ص 76.

وفي نفس المعنى راجع المحامي الدكتور عثمان التكروري، شرح قانون الاحوال الشخصية مكتبة دار الثقافة عمان الأردن، الطبعة الأولى 1998، ص 206.

[5] د. محمد إبراهيم الربايعة، المخالعة بين الزوجين، مكتبة عالم الكتب الحديث، اربد الأردن، طبعة 2003، ص 25.

[6] محمد أمين الشهير بابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار للحصكفي، " حاشية ابن عابدين، دار الفكر، بيروت ص 439، وفي نفس المعنى راجع المستشار احمد نصر الجندي، من فرق الزوجية، دار الكتب القانونية مصر، طبعة 2005، صفحة 12.

[7] محمد عرفه الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، مطبعة عيسى الحلبي، بدون سنة طباعة، ص 406.

[8] الآية 20 من سورة النساء، وفي الموضوع راجع د. محمد إبراهيم الربايعه، المرجع السابق، ص 15.

[9] الأستاذ هشام زوين المحامي، دعوى الخلع للمسلمين والمسيحيين واليهود طبقا لقانون إنشاء محاكم الأسرة، المركز القومي للإصدارات القانونية القاهرة،الطبعة الثامنة 2005، ص22.

[10] محمد بن أحمد بن أبي أحمد، تحفة الفقهاء، دار الكتب العلمية، بيروت، سنة النشر 1405، الطبعة الأولى الجزء الثاني 2 ص199 ،وفي نفس المعنى راجع د. محمد إبراهيم الربايعة، المرجع السابق، ص27.

[11] منصور بن يونس البهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع، عالم الكتب بيروت، بلا سنة طباعة، ص 212.

[12] المحامي الدكتور عثمان التكروري، المرجع السابق، ص 209.

[13] راجع التعريف الوارد في تعميم تطبيق قانون الخلع الصادر عن ديوان قاضي القضاة الفلسطيني، المرجع السابق.

[14][14] راجع المادة102 قانون الأحوال الشخصية الأردني المؤقت، رقم 36 لسنة (2010) والمنشور على الموقع الإلكتروني http://www.lob.gov.jo/ui/laws/search_no.jsp?no=36&year=2010، وقانون الأحوال الشخصية الأردني المطبق في فلسطين، رقم 61 لسنة 1976، المنشور على الموقع الالكتروني http://www.lob.gov.jo/ui/laws/search_no.jsp?no=61&year=1976، وراجع مشروع قانون الاحوال الشخصية الفلسطيني، المنشور على الموقع الالكتروني http://www.kudah.gov.ps/QANON/ahwal.htmي

[15] المادة 46 من قانون الاحوال الشخصية العراقي النافذ رقم188 لسنة 1959 المعدل المنشور على الموقع الالكتروني http://www.ahewar.org/debat/show.art.asp?aid=309911.

[16] المادة 48 من قانون الأحوال الشخصية الليبي لسنة 1984، المنشور على الموقع الالكتروني http://kambota.forumarabia.net/t1843-topic.

[17]راجع تعميم تطبيق قانون الخلع الصادر عن ديوان قاضي القضاة، المرجع السابق، وفي نفس المعنى راجع المستشار الدكتور عبد الفتاح مراد، شرح تشريعات الاحوال الشخصية، الاسكندرية مصر، طبعة سنة 2000،ص 27

[18] كشاف القناع عن متن الإقناع، المرجع السابق، ص 5\213.

[19] وللمهر حكمة عظيمة في التشريع الإسلامي، فجعله الشرع وجوباً لقوله تعالى "وآتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً" النساء آية رقم 4"، فالمهر ركيزة أساسية بني عليها الزواج وهو يختلف في ذلك عن مجرد الهدايا التي يقدمها الزوج إلى زوجته، وقد يعتبر

الضمان الذي يعطي للزواج طول الأمد، فطبيعة الحياة الزوجية قد تبدأ بمحبة وشغف وارتباط روحي بين الزوجين؛ سرعان ما تتحول إلى فتور وملل، وقد يبدأ الزوج بالتفكير بحل الرابطة الزوجية، إلا أن ما يعرقل تنفيذ هذا التفكير هو البعد التربوي الإيماني الذي يجعل الشخص يتنازل عن رغباته الشخصية ويستبدلها بمصلحة الاسرى فيخضع للامر الواقع ويمتنع عن حل الرابطة الزوجية ويتأقلم مع وضعه الراهن، كما قد يكون المهر –والذي يأخذ وصف التامين– مانعاً للزوج من حل الرابطة الزوجية، وقد يكون هذا المهر ضمانة للمرأة بأن الزوج لن يلهو بها لاغراض نفسية دنيئة ثم يتركها وينهي العلاقة الزوجية، فإن اختار ذلك فليعلم أنه سيدفع قيمة المهر مهما بلغ، وهو ليس عقوبة بقدر ما هو تسوية مالية بين الزوجين لاعادة التوازن الى علاقة الزوجين، ولابد من التأكيد على أن المرأة ووليها هما من يحددان المهر لا الزوج وهذا تاكيد اخر على اهمية المهر كضمان لجدية هذه الرابطة، ولا يمكن المبالغة بالقول أن المهر وحده كفيل بمنع الزوج من ايقاع الطلاق ولكن القول الصائب أن المهر يلعب دوراً في التقليل من حالات الطلاق خاصة مع ارتباطه بالبعد الديني .

[20] الآية 34 من سورة النساء.

[21] وعلى اعتبار أن لكل قاعدة استثناء فهذا لا يمنع من القول أن هناك نساء يتفوقن على الرجال في اتخاذ القرارات والصبر عند الشدة وقدرة على التحمل ما لا يوجد عند بعض الرجال، ولكن التشريع يبنى على العموم وليس على الشواذ والنوادر.

[22] القاضي مأمون محمد أبو سيف، اجتهادات قضائية في مسائل الأحوال الشخصية، عالم الكتب الحديث، اربد الأردن الطبعة الأولى 2009، ص125.

[23] إن الوصول إلى حل الرابطة الزوجية لابد أن يسبقه خطوات لابد من القيام بها ابتداء من الزوج؛ والذي يتعين عليه مراجعة نفسه والبحث في اخطائه لمحاولة اصلاحها فلعل الصبر خير له، فقال تعالى" فَإِنْ كَرِهْتُمُوهُنَّ فَعَسَى أَنْ تَكْرَهُوا شَيْئًا وَيَجْعَلَ اللَّهُ فِيهِ خَيْرًا كَثِيراً" الاية 19 سورة النساء" وبعد هذا التوجيه الرباني فإن لم يستطع الزوج الاستمرار بالحياة الزوجية ورغب بالطلاق؛ فيمكنه أن يطلق زوجته طلقة واحدة رجعية، فلعله يراجع نفسه ويرغب بالرجوع الى زوجته فيكون الباب لازال مفتوحاً قبل أن يتحول الطلاق إلى بائن.

[24] حيث روي أن عمر بن الخطاب – رضي الله عنه – أتي بامرأة ناشز قد اشتكت زوجها، فأمر بها عمر أن تبيت ليلتها في بيت كثير الزبل – ليختبر في الصباح حقيقة شعورها نحو زوجها –، فلما دعاها في الصباح، قال لها: «كيف وجدت؟ فقالت: ما وجدت راحة منذ كنت عنده إلا هذه الليلة التي حبستني، فلما قالت ذلك، قال عمر لزوجها: اخلعها ولو من قرطها» أي بأي

ثمن؛ لأنه تيقن عندئذ أنها تكرهه كراهية شديدة، ولا خير في الزواج عندئذ؛ لأنه لا يتحقق فيه معنى الإمساك بمعروف، فيتعين التفريق بإحسان، راجع د. محمد رمضان البوطي، المرأة بين طغيان النظام الغربي ولطائف التشريع الرباني، دار الفكر، دمشق، طبعة 6 سنة 2005 صفحة 17 .

25 الراوي : ثوبان مولى رسول الله صلى الله عليه وسلم | المحدث : الألباني | المصدر : التعليقات الرضية الصفحة أو الرقم | 237/2 :خلاصة حكم المحدث : إسناده صحيح

[26] يقع بالخلع طلاق بائن سواء كان بمال أو بغير مال، و تصح فيه الثلاث ولا يتوقف على القضاء، راجع المادة 278، من قانون الأحوال الشخصية العثماني المرجع السابق .

[27]الاية 229 من سورة البقرة.

[28] محمد بن شهاب الدين الرملي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، دار الفكر، ص 6\431.

[29] محمد كامل عواد الجعافرة ، المرجع السابق، ص71، راجع القاضي مأمون محمد أبو سيف، المرجع السابق، ص128.

[30] حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، المرجع السابق، ص 2\245

[31] تعميم التفريق للضرر الصادر عن ديوان قاضي القضاة، المرجع السابق.

[32] راجع القاضي مأمون محمد ابو سيف، المرجع السابق، ص150.

[33] الامام ابي عبد الله محمد بن ادريس الشافعي، كتاب الأم ، الجزء الخامس اشرف على طبعه وباشر تصحيحه محمد زهري النجار الناشر مكتبة الكليات الأزهرية بالأزهر شركة الطباعة الفنية المتحدة القاهرة الطبعة الاولى 1961، ص255.راجع المحامي الدكتور عثمان التكروري، المرجع السابق، ص 223. راجع القاضي مأمون محمد ابو سيف، المرجع السابق، ص128.

[34] الآية 229 من سورة البقرة.

[35]الآية 19 من سورة النساء.

[36] الآية 4 من سورة النساء .

[37] ابن كثير إسماعيل بن عمر بن كثير القرشي الدمشقي، تفسير ابن كثير، دار طيبة سنة النشر: 1422هـ / 2002م رقم الطبعة:المنشور على الموقع الالكتروني

http://library.islamweb.net/newlibrary/display_book.php?flag=1&bk_no=49&ID=194

[38] *محمد بن جرير الطبري، تفسير الطبري، دار المعارف ص 554، http://library.islamweb.net/newlibrary/display_book.php?flag=1&bk_no=50&ID=666، وفي نفس المعنى راجع* ***المستشار احمد نصر الجندي، من فرق الزوجية، دار الكتب القانونية مصر طبعة 2005،ص 17***

[39] الامام أبي عبد الله محمد بن ادريس الشافعي، كتاب الأم، المرجع السابق، ص197.

[40] الآية 19 من سورة النساء.

[41] محمد كامل عواد الجعافرة، المرجع السابق، ص 87. عبدالله بن عباس | المحدث : البخاري | المصدر : صحيح البخاري الصفحة أو الرقم | 5273 :خلاصة حكم المحدث] : أورده في صحيحه] وقال : لا يتابع فيه عن ابن عباس| .

[42] الامام أبي عبد الله محمد بن ادريس الشافعي، المرجع السابق، ص258. الراوي : عبدالله بن عباس | المحدث :الترمذي | المصدر : سنن الترمذي الصفحة أو الرقم | 1185 :خلاصة حكم المحدث : حسن غريب

[43] الراوي : حبيبة بنت سهل الأنصارية المحدث : ابن عبدالبر المصدر : الاستذكار الصفحة أو الرقم 5/80 :خلاصة حكم المحدث : ثابت اسناده صحيح، راجع الموقع الالكتروني

http://www.dorar.net/hadith?skeys=زوجة+قيس+بن+ثابت+اخشى+أن+لا+اقيم+حدود+الله&xclude&st=a

راجع كذلك محمد ابن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار المعرفة بيروت، الطبعة السابعة 1985، ص 68. الراوي : حبيبة بنت سهل الأنصارية | المحدث : ابن عبدالبر | المصدر: الاستذكار الصفحة أو الرقم | 5/80 :خلاصة حكم المحدث : ثابت.

44 مرجع حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، المرجع السابق، ص 2\245. ائشة أم المؤمنين | المحدث : أبو داود | المصدر : سنن أبي داود الصفحة أو الرقم | 2228 :خلاصة حكم المحدث : سكت عنه [وقد قال في رسالته لأهل مكة كل ما سكت عنه فهو صالح.

[45] محمد كامل عواد الجعافرة، ، ص89. جد عمرو بن شعيب | المحدث : الضياء المقدسي | المصدر : السنن والأحكام الصفحة أو الرقم | 5/269 :خلاصة حكم المحدث] : فيه] حجاج بن أرطأة وفيه كلام.

[46] الراوي – : المحدث : الزيلعي، المصدر : تخريج الكشاف الصفحة أو الرقم 1/144 :خلاصة حكم المحدث : أصل الحديث في البخاري، راجع الموقع الالكتروني.

http://www.dorar.net/hadith?skeys=جميلة+بنت+عبد+الله+بن+أبي&xclude&st=a.

الراوي | – : المحدث : الزيلعي | المصدر : تخريج الكشاف الصفحة أو الرقم | 1/144 :خلاصة حكم المحدث : أصل الحديث في البخاري.

[47] راجع المستشار الدكتور عبد الفتاح مراد، المرجع السابق، ص 29.

[48] محمد كامل عواد الجعافرة، المرجع السابق، ص 107.

[49] ، محمد ابن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، المرجع السابق، ص 66، راجع د. محمد عقلة نظام الاسرة في الاسلام الطبعة الاولى مكتبة الرسالة الحديثة، طبعة سنة 1983، ص 213، د. أحمد فراج حسين، أحكام الأسرة في الإسلام، منشأة المعارف الاسكندرية، طبعة سنة 1998، ص 111.

[50] محمد ابراهيم الربابعة، المرجع السابق، ص21.

[51] تفاصيل المبلغ الذي ترده الزوجة؛ وهل يجوز أن يكون بمقدار المهر أقل أو أكثر؛ وماذا لو تعثرت الزوجة ولم تستطع الوفاء به في حالات خاصة، هذه المواضيع تخرج عن نطاق البحث ويمكن الرجوع الى كتاب بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع الجزء الثالث للامام علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، الطبعة الثانية 1974، دار الكتاب العربي بيروت– لبنان، وكذلك راجع المحامي الدكتور عثمان التكروري، شرح قانون الأحوال الشخصية الطبعة الأولى 1998 مكتبة دار الثقافة عمان الأردن.

[52] ليس من الضروري عقد جلسة مصالحة بين الطرفين في الخلع الرضائي قبل الدخول، راجع القاضي مأمون محمد أبو سيف، اجتهادات قضائية في مسائل الاحوال الشخصية، عالم الكتب الحديث اربد الاردن الطبعة الاولى 2009 ص128

53 من المعروف أن قانون الأحوال الشخصية الأردني رقم 61 لسنة 1976 هو النافذ في فلسطين، وأن هذا القانون عدل في الاردن ولكن هذا التعديل لم يسري في فلسطين قانون الأحوال الشخصية (مؤقت36 / 2010
http://www.lob.gov.jo/ui/laws/search_no.jsp?no=36&year=2010

54 راجع المادة 102/أ من قانون الاحوال الشخصية المطبق في فلسطين لسنة 1976.

55 راجع المادة 103 من قانون الاحوال الشخصية المطبق في فلسطين لسنة 1976.

56 وفي هذا المعنى جاء قرار محكمة الاستئناف الشرعية الاردنية رقم 2008/173.

.1ان المدعية (م) خاطبت المدعى عليه (و) المذكور كما ورد في لائحه الدعوى (قالت يا زوجي (و) اني ابرأتك من جميع حقوقي الزوجية ومن المهرين المؤجل والمعجل وتوابع المعجل ونفقة العدة وكل حق استحقه عليك ابراءً عاماً مانعاً لكل دعوى ونزاع وحق بيننا لهذا الخصوص، وخاطب المدعى عليه (و) المذكور المدعية (م) المذكورة وانت يا زوجتي (م) مقابل هذا الإبراء فأنت طالق من عصمتي وعقد نكاحي ....

.2إن الإبراء اسم من أسماء الخلع وهو بذل المرأة العوض على طلاقها وتختص بإسقاط المرأة عن الزوج حق لها عليه وتقع بين الزوجين لإيقاع الزوج الطلاق إجابة لطلب الزوجة مقابل عوض مالي تبذله للزوج وهو تركها ما لها عليه من حقوق ماليه كالمهر المعجل والمؤجل و التوابع والنفقه .

.3وحيث ان المدعية هنا ابرأت المدعى عليه من حقوقها التي ذكرتها ليس في مقابل شئ و لم تقل ان هذا الابراء مقابل الطلاق فيكون ابراؤها مثل من ابرأ مدينه من مال عليه فتكون قد اسقطت حقها الذي في ذمة زوجها دون مقابل فلم تذكر في

إبرائها للمدعى عليه ان إبراءها مقابل ان يطلقها طلقة ثانية بائنه بينونه صغرى فإن الطلاق الذي اوقعه المدعى عليه في هذه الحالة يقع رجعياً ويبطل البدل استنادا للفقرة (ج) من المادة 102 من قانون الاحوال الشخصية . .4وان عليها العدة الشرعية اعتبارا من تاريخ الطلاق 2008/7/11م وان له الحق في ارجاعها لعصمته وعقد نكاحه خلال عدتها الشرعية وإلغاء الإبراء الوارد في الدعوى لعدم تعلقه بالطلاق بناء على التصادق والإقرار وللمواد المنوه بها في الحكم عدا المادتين 96 و99 صحيح موافق للوجه الشرعي والأصول فتقرر((تصديقه)) معدلا على هذا الوجه. اين منشور

57 راجع التعريف ص 5 من هذا البحث.

58 إنعام السلطاني، مقال بعنوان حقوق المراة ومساواتها الكاملة في كافة المجالات، العدد 3744 تاريخ 2012 / 5 / 31 الساعة 12:27 منشور على الموقع الالكتروني http://www.ahewar.org/debat/show.art.asp?aid=309911

59 عالج المشرع المغربي الخلع في المواد من 115-120، المصدر السابق.

60 راجع المواد 94 وما بعدها من مدونة الأسرة المغربية، المصدر السابق.

61 القانون الخليجي الموحد للأحوال الشخصية لسنة1997،المنشور على الموقع الالكتروني -http://www.justice .lawhome.com/vb/showthread.php?t=33050

62 راجع المادة 93 وما بعدها من القانون الخليجي الموحد للأحوال الشخصية، المصدر السابق.

63 راجع المادة 328 من قانون الأحوال الشخصية الاردني المؤقت رقم 36 لسنة (2010)، المصدر السابق.

64 راجع المادة 114 من قانون الأحوال الشخصية الأردني المؤقت رقم 36 لسنة 2010 المصدر السابق. وفي نفس المعنى راجع المستشار احمد نصر الجندي، المرجع السابق، ص 114.

65 استئناف شرعي اردني رقم 2006/64056 رقم 51.حكمت المحكمة الابتدائية بفسخ عقد الزواج بين الزوجة وزوجها بصحيح عقد الزواج الصحيح والغير مدخول بها ولا المختلي بها، خلعاً قضائياً نظير تنازل المدعية ورد ما قبضته من المهر وما تكلف به من نفقات الزواج وايداع المبلغ، ولا عدة على المدعية، طالما أن المدعى عليه امتنع عن تطليقها خلعاً رضائياً.

66 استئناف شرعي رقم 2006/64016 " ان المحكمة الابتدائية قامت بتطليق المدعية من زوجها طلقة بائنة خلعاً قضائياً، وأن عليها العدة الشرعية، حيث أقرت المدعية أنها تبغض الحياة مع زوجها وتخشى أن لا تقيم حدود الله وأن لا سبيل لاستمرار الحياة الزجية بينهما، وأنها تفتدي نفسها برد ما قبضته منه وتتنازل عن جميع حقوقها الزوجية، وبعد عجز المحكمة والحكمين عن الاصلاح وبعد تامينها المهر المعجل باسم الزوج فيعتبر حكم المحكمة صحيحاً موافقا للوجه الشرعي.

67 راجع المادة 114 من قانون الأحوال الشخصية الاردني المؤقت رقم 36 لسنة (2010)، المصدر السابق.

68 استئناف شرعي 2006/64050 رقم 45.ان الزوجة ردت ما قبضته من المهر وهو مبلغ 15000 ليرة لبنانية وبايداع قيمته في قسم الأمانات بمديرية النفقات العامة في وزارة المالية، وقيمة المبلغ بالدينار الاردني هي 4.500دينار.....، ويظهر من هذه القضية ان الزوجة طلبت تطليقها من زوجها خلعاً قضائياً وأنها تقر بأن هناك عقد زواج صحيح ودخول، وهناك تأكيد على صحة الزواج والدخول والمهر بين الزوجين، إلا أن الزوج لم يوافق على طلب الخلع لا رضائياً ولا قضائياً، فاعتبرت محكمة الاستئناف أن حكم الدرجة الاولى صحيحاً.

69 قانون الاحوال الشخصية المصري رقم 1 لسنة 2000، المنشور http://ar.wikisource.org/wiki/A9_2000

70 قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم رقم 11-84 المؤرخ ب 9 يونيو 1984، المنشورعلى الموقع الالكتروني www.joradp.dz/TRV/AFam.pdf.

71 راجع المادة 54"معدلة" من قانون الاسرة الجزائري، المصدر السابق.

72 مجّلة الأحوال الشخصيّة التونسية الأمر مؤرّخ في 13 أوت1956 المنشور على الموقع الالكتروني www.e-justice.tn/...site.../code_statut_personel_ar_01_12_2009.pdf.

73 راجع الفقرة 3 من المادة 31 من مجّلة الأحوال الشخصيّة التونسية، المصدر السابق.

74 قانون الأحوال الشخصية الاماراتي رقم(28 / 2005 المنشور على الموقع الإلكتروني http://www.gcc-legal.org/mojportalpublic/LawAsPDF.aspx?opt&country=2&LawID=3128#Section_6108.

75 راجع الفقرة 5 من المادة 110 من قانون الأحوال الشخصية الاماراتي، المصدر السابق.

76 راجع هامش رقم 3 سالف الذكر.

77 راجع المواد 189–182 من مشروع قانون الاحوال الشخصية الفلسطيني، المصدر السابق.

78 راجع المواد 184 من مشروع قانون الاحوال الشخصية الفلسطيني، المصدر السابق.

79 راجع المواد 185 من مشروع قانون الاحوال الشخصية الفلسطيني، المصدر السابق. وفي نفس المعنى راجع المستشار الدكتور عبد الفتاح مراد، المرجع السابق، ص819

80 هناك من يرى أن في تسهيل التطليق وجعله مقتصراً على شرط واحد وهو استحالة العشرة بين الزوجين بديلاً حقيقياً عن الخلع، وهو افضل للزوجة لأنه يحمي حقوقها المالية، فبدلاً من أن تدفع للزوج مقابل الخلع سوف تحتفض بكامل حقوقها المالية، راجع المستشار الدكتور عبد الفتاح مراد، المرجع السابق، ص 28.

81 بحكم الاستئناف الشرعي رقم 2006/64483 رقم 478، حكمت المحكمة الابتدائية بإيقاع طلقة واحدة بائنة خلعاً رضائياً، حيث قالت المدعية أبرأتك يا عبد الفتاح من مهري المعجل والمؤجل والتوابع ومن نفقة العدة ومن كافة حقوق الزوجية مقابل أن تطلقني طلاقاً أملك به نفسي" فأجابها فوراً وأنت يا حليمة مقابل هذا الابراء طالق من عصمتي وعقد نكاحي، حيث اعتبرت محكمة الاستئناف أن هذا الحكم صحيح وموافق للوجه الشرعي.

82 راجع المستشار احمد نصر الجندي، المرجع السابق، ص42.

[83] راجع مقال بعنوان قانون الخلع فى مصر : حصيلة ثلاث سنوات من التطبيق منشور على الموقع اللكتروني http://www.mohamoon.com/montada/Default.aspx?Action=Display&ID=2484&Type=3، وهناك من يرى خطورة الخلع؛ إذ بينت الاحصائيات أن هناك 7 حالات خلع يومياً في مصر بعد التعديلات التي طرأت على قوانين الأحوال الشخصية المصرية المعنية بالمرأة خلال العقود الثلاثة الأخيرة 1979–2009م راجع الأستاذة سيدة محمود مسئول قسم الأبحاث – باللجنة الإسلامية العالمية للمرأة والطفل تقرير منشور على الموقع الإلكتروني http://www.iicwc.org/lagna/iicwc/iicwc.php?id=990

[84] في هذا المعنى راجع د. محمد رمضان البوطي، المرجع السابق، ص144.

[85] المستشار الدكتور عبد الفتاح مراد، المرجع السابق، ص 30.

"العدالة الانتقالية وإشكالية الانتقال الديمقراطي"

حالة المغرب

جواد الرباع أستاذ باحث بكلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية أيت ملول جامعة ابن زهر اكادير. المغرب

ملخص

وتحتل قضية "العدالة لانتقالية" مركز اهتمام الباحثين والمهتمين والدارسين، على اعتبار أن العادلة أصبحت مطلبا كونيا خصوصا مع موجات الربيع العربي وقيام ثورات في كل من تونس ومصر وليبيا واليمن والمغرب، وغيرها من البلدان العربية والإسلامية والتي خرجت شعوبها من اجل الحرية والعدالة الاجتماعية والكرامة الإنسانية.

ويشكل الحديث عن "العدالة الانتقالية" في علاقتها بمسألة "الانتقال الديمقراطي" من أبرز الموضوعات الحديثة النشأة في مسار الديمقراطيات الجديدة؛ فكلا المفهومين يحيلان إلى مرحلة حاسمة في تحديد راهنية ومستقبل الأمم المتطلعة لتكريس قواعد العدالة الانتقالية.

الكلمات المفاتيح : العدالة الانتقالية، الانتقال الديمقراطي، الدمقرطة، السلطوية، الدستور،الربيع العربي

The issue of "transitional justice" is the center of interest of researchers, interested and scholars, considering that the fair has become a universal demand especially with the waves of the Arab Spring and revolutions in Tunisia, Egypt, Libya, Yemen, Morocco and other Arab and Islamic countries whose peoples came out for freedom, social justice and human dignity.

The term "transitional justice" in relation to the issue of "democratic transition" is one of the most recent issues emerging in the course of new democracies. Both concepts refer to a crucial stage in determining the future and future of nations aspiring to enshrine the rules of transitional justice.

لقد أضحت قضية الديمقراطية والدمقرطة تطرح بإلحاح أكبر في الأوساط السياسية والفكرية، فحدث أن سقطت الديكتاتوريات في جنوب أوربا بكل من البرتغال وإسبانيا منذ 1974. وهي السنة التي

يعتبرها هنتغتون Huntington بداية الموجة الثالثة للدمقرطة[1] Troisième vague de démocratisation والتي انضمت إليها أيضا دول أمريكا اللاتينية منتصف الثمانينات مع انسحاب العسكريين من الساحة السياسية، كما اتسعت دائرة الدمقرطة لتشمل بلدان أوربا الشرقية مع انهيار الأنظمة الشيوعية أو أواخر الثمانينات،بل وأيضا القارة الإفريقية: الأمر يتعلق هنا بجنوب افريقيا الذي نجح مسلسل الإصلاح فيها منذ سنة 1994 في نقل البلد إلى الديمقراطية. وقد أحصى "كاروثرز" نحو مائة دولةٍ صنّفت منذ عام 1990 وحتّى عام 2002 ضمن دوّلٍ ذات أنظمةٍ انتقاليّةٍ[2]

فهناك ما يشبه الإجماع بين منظري الديمقراطية على ضرورة تجاوز الاستقطاب السياسي الحاد والطمأنة المتبادلة بين أطراف العملية السياسية لتأمين الانتقال الآمن إلى الديمقراطية واستدامتها. على سبيل المثال يرى روبرت دال أن الديمقراطية لا يمكن أن تستقر في ظل انقسام المجتمع إلى كتلتين كبيرتين "ترى كل منهما في انتصار الأخرى خطرًا كبيرًا على قيمها العليا".[3] وفي واحدة من أهم المقالات حول شروط التحول الديمقراطي يقتبس دنكوارت رستوف مقولة أيفور جيننغز: "إن الشعب لا يمكنه أن يقرر حتى يقرر أحدهم من هو الشعب"، ويخلص منها إلى أن الشرط الوحيد الذي لا مناص منه لأي عملية انتقال ديمقراطي ناجحة هو الوحدة الوطنية. وهذا "يعني ببساطة أن الغالبية الكاسحة من المواطنين في أي ديمقراطية منتظرة يجب ألا يكون لديهم أدنى شك أو تحفظ عقلي فيما يتعلق بإلى أي الجماعات السياسية ينتمون."[4]

---

[1] – Huntington (Samuel) : la troisième vague : les démocratisations de la fin du XXème siècle, traduit par : François Burgers, nouveaux horizons 1996.

[2] – Thomas Carothers, “The End of the Transition Paradigm.” *Journal of Democracy, 13: 1, (2002)*, pp. 6-7

نقلا عن عيسى ببروك الانتخابات في المغرب محاولة في فرضية الانتقال الديمقراطي: رسالة لنيل الدبلوم الدراسات العليا جامعة القاضي عياض كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية مراكش سنة 2007-2008 ص 1 وما بعدها.

3 Robert Dahl, A Preface to Democratic Theory(Chicago: University of Chicago Press, 2006), pp. 97-98.

4 Dankwart A. Rustow, ‘Transitions to Democracy: Toward a Dynamic Model’, Comparative Politics, 2: 3 (1970), p. 351.

من جهة أخرى فإن "دونالد هورويتز" يرى أن "تحديد من هو الشعب" قد يواجه صعوبات كبيرة في المجتمعات التي تعاني انقسامات عميقة على أسس عرقية. ففي هذه الحالة، حتى لو قرر البعض "الانتماء" إلى جهة ما وكان واثقًا من قراره هذا، فقد يواجه الرفض والإقصاء. وفي مثل هذه الحالات فإن الخوف من هيمنة مجموعة منافسة قد يدفع بالبعض إلى الاصطفاف خلف الحاكم المستبد بدلًا من الدفع باتجاه الديمقراطية، أو قد يؤدي إلى تفجر حرب أهلية في حال سقوط هذا الحاكم.ويتمثل الحل هنا في توفير ضمانات مؤسسية مناسبة، مثل الحكم الذاتي أو الترتيبات الانتخابية المعقدة التي من شأنها تخفيض حدة الاستقطاب وضمان عدم هيمنة أي فئة بمفردها، سواء أكانت أغلبية أم أقلية.[5]

ومع ذلك فمن الخطأ وضع الانتقالات القديمة والجديدة في خط واحد، ويتجلى جديد الديمقراطيات الشابة في أمرين أساسيين:

الأول: في علاقتها مع الزمن: حيث لم يتطلب تأسس الديمقراطية في الأنظمة الجديدة سوى 5 أو 6 سنوات في حين تطلب الديمقراطيات الحقيقية قرنا ونصف من الزمن.

الثاني: في التوجيه أو الإدارة: ففي الانتقالات السابقة لم نكن نعلم إلى أين نتجه، كل ما هنالك هو توالي أحداث لا نضبط أسبابها ولا تفسيرها، إذ كانت الهيمنة للتكتيكات اليومية بين الفاعلين السياسيين إلى حين الوصول إلى نظام منفتح. لقد اكتشفنا إذن في السابق الديمقراطية بممارستها بدون قصد تحقيقها، أما اليوم فالفاعلين يحملون إرادة الدمقرطة وفي وقت وجيز مع ما يطرح ذلك من مشاكل[6].

لقد أدى تراكم الأبحاث والجهود النظرية لتفسير عمليات الانتقال إلى الديمقراطية إلى إنشاء ما سمّاه الباحثون مدرسة علم الانتقال الديمقراطي. غير أن مقولات الانتقال الديمقراطي وُجدت في الحقيقة قبل أن تؤسس المدرسة التي حملت هذا الاسم، وذلك بداية في كتابات توكفيل أو جون ستيورات ميل، ثم في ما بعد بظهور مدرسة أُطلق عليها "مدرسة الشرطية الاقتصادية"، وهي تنطلق من مسلَّمة مفادها أن الساكنة

---

5 Donald L. Horowitz, 'Democracy in Divided Societies', Journal of Democracy, 4: 4 (1993), pp. 18-38.

6 - Hernet (Guy) : « le concept de transition démocratique » cahiers de la fondation Abderrahman bouabib, N° 11, 1997, Page : 18.

الفقيرة غير قادرة على توفير أساس صلب للديمقراطية، فهي تشعر بحاجتها إلى ضمان العيش أكثر من حاجتها إلى الديمقراطية[7].

بناء عليه، يمكن القول إن الجديد بالنسبة إلى الانتقال الديمقراطي هو علاقته بالزمن، فإذا كانت عملية الانتقال الديمقراطي تتطلب قرنًا ونصف قرن في الديمقراطيات الرائدة، فإنها لا تستمر في الأنظمة الجديدة إلّا خمسة أعوام أو ستة أعوام[8].

يمكن اختزال شروط الانتقال الديمقراطي، أو ما يسمّيه بعض الباحثين "الجيولوجيا السياسية للانتقال"، في قيام ثقافة سياسية جديدة لدى السلطة ولدى المعارضة على حد سواء، تسمح ببناء وعي جديد بالمجال السياسي وبعلاقات السلطة داخل المجتمع. إنها "الثقافة التي تُحِلُّ التوافق والتراضي والتعاقد والتنازل المتبادل محل قواعد التسلط والاحتكار والإلغاء"[9].

إن هذه الخصوصية التي تنطوي عليها الانتقالات الحديثة، إضافة إلى راهنية مواضيع العدالة الانتقالية[10] والانتقال الديمقراطي[11] وتشعب إشكالياته، خصوصا مع تصاعد موجات الربيع العربي، والتي

---

[7]– هيرميت (غي): "سحر النظريات الخادع : حصيلة الأبحاث" ترجمة حمادي الصفي، مساهمة في ملف "مستقبل الديمقراطية في دول الجنوب" مجلة مقدمات، عدد 23/22، صيف /خريف 2001، الصفحة 70.

عيسى ببروك الانتخابات في المغرب محاولة في فرضية الانتقال الديمقراطي عيسى ببروك الانتخابات في المغرب محاولة في فرضية الانتقال الديمقراطي مرجع سابق ص 4 وما بعدها.

[8]– Hermet Guy : « Le concept de transition démocratique »,op.cit, pp 17-18.

[9]– عبد الإله بلقزيز: "الانتقال الديمقراطي في الوطن العربي،العوائق والممكنات، المسألة الديمقراطية في الوطن العربي"، مركز دراسات الوحدة العربية، الطبعة الأولى، بيروت2000 ،ص 137.

10– انظر في ذلك: تقرير الأمين العام للأمم المتحدة حول "سيادة القانون والعدالة الانتقالية في المجتمعات التي عانت أو تعاني من الصراعات"، وثيقة الأمم المتحدة رقم U.N. Doc. S/2011/634، 12 أكتوبر 2011.

Kieran McEvoy, Beyond Legalism: 'Towards a Thicker Understanding of Transitional Justice', Jornal of Law and Society, Vol. 34, No. 4, December 2007, p.439.

Louise Arbour, 'Economic and social justice for societies in transition', New York University Journal of International Law and Politics, vol. 40, No. 1, Fall 2007 ,at.1

تقرير الأمين العام للأمم المتحدة حول "سيادة القانون والعدالة الانتقالية بالنسبة للمجتمعات في مراحل الصراعات وما بعد الصراعات"، وثيقة الأمم المتحدة رقم U.N. Doc. S/616/2004 23 أغسطس 2004، فقرة (8).

– للمزيد من المعلومات حول التطور التاريخي لمفهوم العدالة الانتقالية، انظر:

ظن بعضهم أنه قادر على استشراف المستقبل، والتكهن بمسارات الأحداث ، هي التي دفعتنا إلى طرح جانب أساسي وقديم من جوانب الانتقال الديمقراطي ألا وهو "العدالة الانتقالية".

وتحتل قضية "العدالة لانتقالية" مركز اهتمام الباحثين والمهتمين والدارسين، على اعتبار أن العادلة أصبحت مطلبا كونيا خصوصا مع موجات الربيع العربي وقيام ثورات في كل من تونس ومصر وليبيا واليمن والمغرب، وغيرها من البلدان العربية والإسلامية والتي خرجت شعوبها من اجل الحرية والعدالة الاجتماعية والكرامة الإنسانية.

ويشكل الحديث عن "العدالة الانتقالية" في علاقتها بمسألة "الانتقال الديمقراطي" من أبرز الموضوعات الحديثة النشأة في مسار الديمقراطيات الجديدة؛ فكلا المفهومين يحيلان إلى مرحلة حاسمة في تحديد راهنية ومستقبل الأمم المتطلعة لتكريس قواعد العدالة الانتقالية.

هل يتحتم أن يتخذ الانتقال الديمقراطي مسارًا محددًا، أم أن هناك خيارات أخرى لمسارات التحول ومآلاته معًا؟

Ruti Teitel ,Transitional Justice Genealogy 15 ,سHarv. Hum. Rts. J. 96, 4002, Pp.94-69 .

Eric A. Posner and Adrian Vermeule' ,Transitional Justice as Ordinary Justice', Harvard Law Review, Vol. 117, No. 3 ,Jan. 2004, p.762

11 – إذا كان الانتقال الديمقراطي في حدود دلالته الاصطلاحية يفيد بكل بساطة الانتقال نحو الديمقراطية، فإنه بحمولته الإيديولوجية والسياسية يبقى من أكثر المفاهيم التباسا وأصعبها تعريفا على الإطلاق. ومرد ذلك في تقديرنا إلى أمرين اثنين:

أولا: تعدد صور وسيناريوهات الانتقال وتعدد التجارب الانتقالية نحو الديمقراطية (إسبانيا، البرتغال، أوربا الشرقية، أمريكا اللاتينية) بحيث يصعب تحديد أنموذج محدد وموحد يتم على ضوئه الانتقال نحو الديمقراطية، ومن هنا تتبع صعوبة تحديد محدد وواحد للانتقال الديمقراطي.

ثانيا:" الانتقال الديمقراطي" موضوع رهان بين الفرقاء السوسيوسياسيين، وبتعدد قناعات هؤلاء الفرقاء تتعدد رؤاهم الإستراتيجية.

يرى "أمارتيا سن" أنه ما من حاجة لمثل هذا التساؤل لأن الديمقراطية قد أصبحت بالفعل النظام المقبول بصورة طبيعية في كل أنحاء العالم تقريبًا،إذ أصبحت البينة والحجة على من ينكره ويرفضه.[12] ومن منطلق مماثل يخلص جون كين إلى أن انتشار الديمقراطية "في كل أصقاع الدنيا وبين كل الحضارات والأديان" يؤكد أنها أصبحت واقعًا قيمة كونية.[13] وقد حصلت الديمقراطية على هذه المكانة بسبب "فضائلها المتعددة" كما يقول، ومن بينها:

أولًا، القيمة الذاتية للمشاركة السياسية والحرية في حياة الإنسان؛ وثانيًا، القيمة الأداتية للحوافز السياسية في جعل الحكومات مسؤولة وخاضعة للمحاسبة؛ وثالثًا، الدور البناء للديمقراطية في تشكيل القيم وتفهم الحاجات والحقوق والواجبات.[14]

نتوخى من طرح موضوع العدالة الانتقالية خصوصا في علاقتها "بالانتقال الديمقراطي"، من خلال مقاربتنا لتجارب الانتقال الديمقراطي، كما تبلورت في العقود الأخيرة من القرن الماضي في كل من أوربا وأمريكا اللاتينية وجنوب افريقيا، لنرسم من خلالها مؤسسات الانتقال الديمقراطي التي ساهمت في ترسيخ العدالة الانتقالية (المبادئ والأسس الكبرى لهذه التجارب، (المحور الأول) ثم ماهي الإشكالات التي اعترضت التجربة المغربية نحو الانتقال الديمقراطي (المحور الثاني).

أولا: العدالة[15] والعدالة الانتقالية[16] في زمن التحولات السياسية.

---

12 Amartya Sen, 'Democracy as a Universal Value', Journal of Democracy 10: 3 (1999), p. 4.

13 John Keane, 'Humble Democracy?', .N. Ganguli Memorial Lecture, Centre for the Study of Developing Societies , Delhi, 25 February 2005 (at: http://johnkeane.net/48/topics-of-interest/humble-democracy, accessed: 30 June 2013).

14 Sen, 'Democracy as a Universal Value', p. 10

[15]– مفهوم العدالة مفهوم واسع مركب، ذو جوانب وأبعاد متعددة.ويرجع ذلك إلى أسباب كثيرة، منها تعدد المنابع والروافد التي تغذي مفهوم العادلة الاجتماعية. فالعدالة الاجتماعية فكرة فلسفية مثلما هي فكرة دينية وقيمة اجتماعية ومبدأ أخلاقي.5مزيدا من التوسع أنظر : إبراهيم العيساوي العدالة الاجتماعية والنماذج التنموية، المركز العربي للأبحاث ودراسات السياسات بيروت أبريل 2014، ص 135.

16- يمكن من خلال استقراء واقع الممارسات والتطبيقات المختلفة لمفهوم العدالة الانتقالية الحديث عن مراحل ثلاث للعدالة الانتقالية، هي: **المرحلة الأولى:** جاءت في أعقاب الحرب العالمية الثانية مباشرة، وتمثلت بشكل أساسي في محاكمات نورمبرج، تمحورت العدالة الانتقالية خلال هذه المرحلة حول فكرة التجريم والمحاكمات الدولية المترتبة عليها. وتمثلت أهم ميكانيزمات عملها في اتفاقية الإبادة الجماعية التي تم إقرارها، وإرساء سوابق لم يعد من الممكن بعدها تبرير انتهاك حقوق الإنسان باسم الاستجابة للأوامر. في هذه المرحلة، شكل مرتكبوا انتهاكات حقوق الإنسان مركز الاهتمام في مساع تحقيق العدالة. وأثناء الحرب الباردة، ركدت جهود تحقيق العدالة الانتقالية واستمر ذلك حتى انهيار للإتحاد السوفيتي.

المرحلة الثانية : حدثت بعد انهيار الإتحاد السوفيتي والتغيرات السياسية المختلفة في دول أوروبا الشرقية وألمانيا وتشيكوسلوفاكيا، وفي هذه المرحلة تم تطبيق مفهوم مُسيس وذا طابع محلي أو وطني من العدالة الاجتماعية ارتبط بالهياكل الرسمية للدولة، وهنا تجاوزت فكرة المحاكمات وتضمنت آليات أخرى مثل لجان الحقيقة، والتعويضات، أي إنه خلال هذه المرحلة صارت العدالة الانتقالية بمثابة حوار وطني بين الجناة والضحايا، وخلال هذه المرحلة برزت تجربة لجان الحقيقة في الأرجنتين وعدد من دول أمريكا اللاتينية وجنوب أفريقيا. لقد تطور المفهوم خلال الفترات الانتقالية التالية لحكم الدكتاتوريات العسكرية في أمريكا اللاتينية، جنوب أفريقيا بعد نظام الأبارتهايد وبعض الدول الأفريقية ودول شرق ووسط أوروبا في أعقاب الحرب الباردة. كان هناك توافق دولي على الحاجة لإجراءات العدالة الانتقالية للتعامل مع انتهاكات حقوق الإنسان الماضية، وهذا ما تزامن مع أهداف الدول والهيئات المانحة التي تطلبت وجود تطبيقا محكما لحكم القانون بما يسمح بالتنمية الاقتصادية. بعبارة أخرى، أعطت الموجة الثالثة للديمقراطية في أواخر الثمانينات وأوائل التسعينيات زخما وحافزا جديدا للعدالة الانتقالية، انتقل به من كونه مفهوما رابطا بين المرحلة الانتقالية للتحول الديمقراطي والعدالة (كما نشأ في أواخر الأربعينات)، إلى فضاء أوسع بحيث أضحى هذا المفهوم يتضمن منظورا أوسع يقوم على إعادة تقييم شامل للوصول بمجتمع ما في المرحلة الانتقالية إلى موقع آخر تعد الديمقراطية أحد أهدافه الأساسية.

المرحلة الثالثة: بدأت بعد إنشاء المحكمة الجنائية الدولية الخاصة بيوجوسلافيا السابقة في 1993 ، إذ أدى تكرر النزاعات إلى تكرر حالات تطبيق العدالة الانتقالية، كما ارتفعت الأصوات المنادية بالحد من الأخذ بمبدأ الحصانة ليصبح الاستثناء وليس القاعدة، وفي هذا السياق تم إنشاء المحكمة الجنائية الدولية الخاصة برواندا في 1994، ثم في 1998 تم إقرارا النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية. وقد أثرت هذه التطورات في الكثير من اتفاقيات السلام التي عقدت بعد ذلك، والتي أشارت إلى المحاكمات الدولية باعتبارها جزءا من عملية التسوية السلمية ؛ من ذلك اتفاقية أروشا المتعلقة ببوروندي، واتفاقية ليناس ماركوسيس الخاصة بساحل العاج. وفي هذه المرحلة، التي لا تزال مستمرة حتى الآن تتم الإحالة دائما إلى القانون الدولي الإنساني والقانون الدولي لحقوق الإنسان، بالإضافة إلى العودة لاستلهام نموذج محاكمات نورمبرج، لاسيما مع دخول ميثاق روما الخاص بالمحكمة الجنائية الدولية لحيز التنفيذ في 2004 وإقرار وجود المحكمة كآلية دائمة لمحاسبة مرتكبي الانتهاكات الخطيرة لحقوق الإنسان.

من الصعب تصور بناء مجتمعات واقتصاديات عربية عن الاستبداد والفكر الأحادي ، ناجعة اقتصاديا، عادلة اجتماعيا، ومستدامة، على أساس الوصفات النيوبرالية القائمة على التسويغات النيوكلاسيسكية[17] لا يمكن الفصل كلية بين منظومات فكر العدالة في الفكر السياسي المعاصر، وبين مضمون العدالة الانتقالية في صورة الجديدة المتبلورة في سياق خطابات مفاهيم الإصلاح السياسي المتداولة اليوم في العالم.ولهذا، سوف نحاول في بحثنا، تقديم جوانب من المرجعية النظرية المؤطرة لخطابات العدالة الانتقالية. وسنتوقف بصفة خاصة أمام مساهمة كل من جون راولز وأمارتيا صن، بحكم أننا نرى أن الجدل الحقوقي والسياسي السائد اليوم في موضوع العدالة الانتقالية، يستند في جوانب عديدة منه إلى الجهود النظرية والإجرائية التي جرى تطويرها في أبحاث العدالة والديمقراطية والتنمية الاقتصادية. كما يستند إلى المعطيات التدبيرية والإجرائية التي ركب المركز الدولي للعدالة الانتقالية، باعتباره فضاء مفتوحا للبحث في موضوع العدالة الانتقالية بمختلف تجاربها المتعددة والمتنوعة[18].

تعتبر أبحاث حون راولز (2002-1921) من أهم نصوص نظريات العدالة في الفكر المعاصر[19] وحاولت بناء منظورها للعدالة، في ضوء معطيات البنية الأساسية للمؤسسات الاقتصادية والاجتماعية والسياسية في المجتمعات الديمقراطية.

أما امرتن صن في كتابه فكرة العدالة[20]، فقد حاول أن يربط بين مفهوم العدالة والحرية والديمقراطية، ويخوض في إشكالات مرتبطة بكيفيات البحث في تجاوز صور الفقر والحرمان في العالم. ويتمثل السؤال المركزي في موضوع العدالة في نظره، في مواجهة الأوضاع الجائرة والمهينة للإنسان، ولا يمكن الاقتراب من هذا السؤال، إلا بفتح موضوعه على ضرورة التفكير العلمي في مواجهة الفقر؛ أي التفكير في الإجراءات المساعدة في عملية تحقيق العدالة.

17- وفقا لسمير أمين " يسمح الاقتصاد النيوكلاسيكي الذي يعتبر نفسه "محضا" بإضفاء الطابع العلمي " على الليبرالية المفرطة" كونه منفصلا عن الواقع لايهم : مثل أي خرافة هو يوظف ذريعة فحسب : أنظر 5مراد دياني: حرية –مساواة الاندماج اجتماعي المركز العربي للأبحاث ودراسة السياسات الطبعة الأولى بيروت يناير 2014.

18- كمال عبد اللطيف: "العدالة الانتقالية والتحولات السياسية في المغرب، تجربة هيئة الانصاف والمصالحة،المركز العربي للأبحاث ودراسة السياسات، سنة 2013 ص 7.

19-نشر جون راولز نظرية العدالة عام 1981، كما نشر كتاب العدالة إنصاف عام 2001، حاول فيهما تطوير تصوره للعدالة واغنائه، بل ومراجعة بعض جوانب هذا التصور.

20- امرتن صن: " فكرة العدالة، ترجمة مازن جندلي (بيروت ودبي : الدار العربية للعلوم، ومؤسسة بن راشد آل مكتوم، 2010).

تميزت أعمال راولز وأماتيا صن، على الرغم من الاختلافات القائمة بين تصور كل منهما للعدالة وكيفيات تحقيقها، بمساعيها الهادفة إلى تخليص المفهوم من الكثافة النظرية الطوباوية، التي ظلت متمركزة في تلافيف معانيه خلال تاريخ الفلسفة. وقد حاولا تخليص المفهوم من صور التعالي، وذلك بتأثير كل من تصورات فلاسفة الأنوار لمفهوم العدالة، والامتدادات التي عرفتها هذه الفلسفات في الفلسفة الماركسية[21].

الأمر المؤكد في حاصل نظرنا، أن العدالة موضوع إشكالي، بل مفهوم ملتبس، ويستمد مفهوم العدالة كنهها من طبيعتها الإلزامية المفروضة عبر منظومة قانونية شرعية، تضمن الحقوق في نطاق الوجود الاجتماعي على أساس قيمة إنسانية وحق مشروع للحياة الحرة التي أسس لها العقل لا القوة وقبل بها الجميع منظومة تحقق المساواة والإنصاف وتضمن الاستقرار والاستمرار.وهذا الإطار السياسي هو الذي تضمنه الديمقراطية كنظام اجتماعي وسياسي ويأمل من خلاله الناس في الوجود والعيش المشترك في كنف الاحترام والحرية.

لكن الديمقراطية لم تكن النظام الذي معظم أرجاء المعمورة ولا كانت المنظمات القانونية الحقوقية منظومات ذات أولوية في كثير من دول العالم؛ لقد عرف التاريخ أكثر ما عرف الأنظمة الإمبراطورية والأنظمة الملكية، وهي في معظمها أنظمة سياسية استبدادية فردية، سواء أضفت على نفسها التفويض الإلهي أو مارست القهر عنوة أو اتخذت تبرير أخر، ولم تصبح الديمقراطية مطلبا فعليا في مستوى القواعد كما في مستوى هرم السلطة السياسية. إلا مع انهيار الديكتاتوريات في العصر الحديث وبداية انتقال الكثير من البلدان والأمم إلى مسارات التحول الديمقراطي، فكان ذلك مدعاة للخوض في قضية العدالة الانتقالية[22].

نشأة وتطور مفهوم العدالة الانتقالية

[21]– كمال عبد اللطيف : "العدالة الانتقالية والتحولات السياسية في المغرب، تجربة هيئة الانصاف والمصالحة ص 11.

[22]– محمد الخراط : عندما تصبح العدالة ... إنتقالية،مجلة يتفكرون، العدد 2 خريف 2013،ص 30.

يعتبر مفهوم العدالة الانتقالية[23] من المفاهيم التي ما تزال غامضة النسبة للكثيرين، لاسيما فيما يتعلق المقطع الثاني من المصطلح؛ أي "الانتقالية" إذ يثور التساؤل هل توجد عدالة انتقالية؟ وما الفرق بينها وبين العدالة التقليدية المرتبطة؟

وهنا لابد من توضيح أن العدالة الانتقالية تختلف عن العدالة التقليدية في كونها تُعنى بالفترات الانتقالية مثل: الانتقال من حالة نزاع داخلي مسلح إلى حالة السلم، أو الانتقال من حكم سياسي تسلطي إلى حالة الحكم الديمقراطي، أو التحرر من احتلال أجنبي باستعادة أو تأسيس حكم محلي، وكل هذه المراحل تواكبها في العادة بعض الإجراءات الإصلاحية الضرورية وسعي لجبر الأضرار لضحايا الانتهاكات الخطيرة.

أي أن مفهوم العدالة الانتقالية يعني الاستجابة للانتهاكات المنهجية أو الواسعة النطاق لحقوق الإنسان، بهدف تحقيق الاعتراف الواجب بما كابده الضحايا من انتهاكات، وتعزيز إمكانيات تحقيق السلام والمصالحة والديمقراطية. أي أنها تكييف للعدالة على النحو الذي يلائم مجتمعات تخوض مرحلة من

---

[23]– تنتمي دراسات العدالة الانتقالية بشكل تقليدي إلى حقل القانون الدولي لحقوق الإنسان، ومع التطور في تطبيقات المفهوم تم توسيع مجالات دراسة المفهوم لتشمل العديد من الآليات والأهداف تنتمي للعديد من المجالات العلمية والبحثية. والآن يمتد الاهتمام بالعدالة الانتقالية عبر العديد من المجالات العلمية لاسيما مع إسهامات علماء القانون والسياسية والاجتماع والأنثروبولوجي والمؤرخين، ورجال دين، والصحفيين ونشطاء حقوق الإنسان، وتعكس هذه الممارسات والأجندات البحثية التطورات المستمرة في مفهوم العدالة الانتقالية، والظواهر المرتبطة به من قبيل جهود تحقيق العدالة، إشكالية المسؤولية/ الحصانة، ولجان الحقيقة، وجهود إعادة حكم القانون. وبصفة عامة، ينقسم المفكرون والفلاسفة المعنيون بالعدالة الانتقالية (على اختلاف تخصصاتهم) حول اثنين من الروافد الثقافية؛ الأول الفكر الليبرالي لحقوق الإنسان، أما الثاني فهو الرافد الديني. ورغم تباينهما، يشترك الرافدان في العديد من الفرضيات والاستنتاجات، وإن كان لكل منهما نقاط تميزه بل وتوجد خلافات بينية في كل رافد.

الروافد الليبرالية للعدالة الانتقالية : يقوم النهج الليبرالي للعدالة الانتقالية على الميراث الفكري لكل من جون لوك وإيمانويل كانط وجون ستيوارت ميل الداعي إلى المساواة والحرية، فضلا عن فكر جون رولز الداعي لعدالة توزيع الموارد الاقتصادية. وفيما يخص جرائم الماضي، يميز رواد الرافد الليبرالي ما بين نظريتين، أولاهما تركز على معاقبة مرتكبي الجرائم، في حين تركز الثانية على إعادة تأهيل الضحايا، والردع، وتحسين النظام الاجتماعي بصفة عامة.

الروافد الدينية للعدالة الانتقالية: فتعد "حقوق الإنسان" هدفا لها، ولكنه ليس المفهوم الأساسي المحرك، ولكن تعد "المصالحة" هي الفكرة التي تتلاقى حولها كل الروافد الدينية، وهو ما يعد أحد التطورات غير المتوقعة في الخطاب المتعلق بالعدالة الانتقالية. وإن كانت لتلك الروافد اختلافاتها البينية من الفكر الكاثوليكي وبعض الطوائف البروتستانتية واليهودية. ما يعد عفو النبي محمد – صلى الله عليه و سلم – عن أهل مكة بعد فتحها رافدا إسلاميا مهما يمكن أن يرتكز عليه مفهوم العدالة الانتقالية في البلاد الإسلامية

التحولات في أعقاب حقبة من تفشي انتهاكات حقوق الإنسان؛ سواء حدثت هذه التحولات فجأة أو على مدى عقود طويلة. بعبارة أخرى، يربط مفهوم العدالة الانتقالية بين مفهومين هما العدالة والانتقال، بحيث يعني: تحقيق العدالة أثناء المرحلة الانتقالية التي تمر بها دولة من الدول[24].

العدالة الانتقالية مصطلح حديث بدأ يتردد علي نطاق واسع في الدول العربية التي تمكنت شعوبها من الإطاحة بنظم اتسمت بالاستبداد والقمع أو بالفساد، أو بكليهما معا. والاتجاهات المعاصرة تقوم علي حقيقة أنه في البلاد التي عانت صراعات مسلحة، أو حكم نظم استبدادية أو قمعية، يجب أن يعقب انتهاء تلك الصراعات، أو زوال هذه النظم، الأخذ بمبادئ العدالة الانتقالية التي تقوم أساسا علي توثيق الانتهاكات الجسيمة لحقوق الإنسان التي تم ارتكابها في حق الوطن والمواطنين، وغيرها من صور إساءة استعمال السلطة، وكشف حقيقتها، وإعلام المواطنين بها، فضلا عن محاسبة المسئولين عن تلك الانتهاكات والتجاوزات، وتطهير مؤسسات الدولة ممن تورط في ارتكاب الجسيم من الجرائم والتجاوزات، مع إصلاح تلك المؤسسات بهدف منع تكرار مثل تلك الانتهاكات، مع القصاص العادل للضحايا، وإنصاف أهليتهم، أو تخليد ذكراهم، ووضع البرامج اللازمة لإعادة تأهيل، ودمج من هم علي قيد الحياة منهم، فضلا عن تحقيق المصالحة بين أطياف الشعب المختلفة[25].

ارتبطت العدالة الانتقالية بما هي مقاربة جديدة ظهرت في نهاية الثمانينات – بمسألة التدبير السلمي للانتقال الديمقراطي في عدد من بلدان أمريكا اللاتينية أفريقيا وأسيا. وكان ذلك يعني – من جهة– ترسيخ مؤسسات وثقافة بديلة للسلطوية التي كانت نخبها المؤثرة لا تعارض فكرة الدمقرطة، ويحيل _من جهة أخرى_ على البحث عن مخرج سياسي وقانوني لكيفية تدبير إرث العنف السياسي للسلطوية، تلك التي لم تكن منهارة كما هو الحال في وضعية الثورات الناجحة، على الرغم من الازمات التي كانت تواجهها[26].

تتميز العدالة الانتقالية عن العدالة الكلاسيكية، أي عدالة المحاكم، بلجوئها إلى مقاربة سياسية؛ حيث تتم في لحظة تاريخية محددة لم يسقط فيها النظام السابق تمامًا ولم تنتصر فيها قوى التغيير كلية. فيلجأ الأطراف لحل وسط منطقه أنه يصعب محاكمة المسؤولين عن مظالم الماضي ولاسيما عن الانتهاكات

24– هناء وحيد الغايش: " العدالة الانتقالية : قراءة مفاهيمية و معرفية" الشبكة العربية العالمية.
http://www.globalarabnetwork.com/studies/7732-2012-08-01-135319

25– عادل ماجد: العدالة الانتقالية والإدارة الناجحة لمرحلة ما بعد الثورات. المصدر: مجلة السياسة الدولية العدد 192، أبريل 2013 .

26– عبد الحي مودن: العدالة الانتقالية والسلطوية: نموذج المغرب، المركز العربي للأبحاث وتحليل السياسات،ص 3.

الخطيرة وواسعة النطاق لحقوق الإنسان، خاصة إذا كانوا لا يزالون ممسكين بجزء معتبر من السلطة، وبالتالي فالأهم هو تسهيل الانتقال نحو الديمقراطية بمنح هؤلاء المسؤولين فرصة للمساهمة في مسار الانتقال بعدم ملاحقتهم قضائيًا لأنهم لا يزالون يمسكون بقدر مهم من السلطة وبإمكانهم عرقلة التحول لو لم تُقدَّم لهم ضمانات بعدم المتابعة والزج بهم في السجون.

إن الأغلبية الساحقة لتجارب العدالة الانتقالية أخذت شكل تأسيس "لجان الحقيقة والمصالحة" تحت ضغط القوى الديمقراطية ومنظمات حقوق الإنسان المحلية والدولية التي تدعم ضحايا الانتهاكات وذويهم الذين تحولوا بدورهم إلى قوى ضغط في المجتمع سواء داخل منظمات حقوق الإنسان أو بجانبها.

وقد جاءت اللجان غالبًا في مرحلة من التطور السياسي إمّا إثر ضعف أو قرب سقوط أو انهيار نظام سابق (كالأنظمة العسكرية والدكتاتورية في أميركا اللاتينية وإفريقيا وآسيا وحتى في أوروبا)، أو في مرحلة انتقال ديمقراطي أو سياسي (كحالة جنوب إفريقيا، الأرجنتين، تشيلي)، أو في إطار استمرارية النظام القديم عندما يحل وارث جديد لذلك النظام فيريد تصفية الإرث الثقيل للماضي دون أن يعيد النظر جذريًا في قواعد سير النظام القديم (حالة المغرب). وفي حالات أخرى جاء تأسيس اللجان بدفع من المجتمع الدولي في إطار عملية بناء السلام بعد حرب أهلية (السلفادور – غواتيمالا) [27].

في ظل تطور ثقافة حقوق الإنسان التي اتخذت خلال العقود القليلة الماضية بعداً دولياً متزايداً، وانتشار الثقافة الديمقراطية بشكل عام والثقافة الحقوقية بشكل خاص، أصبحت العلاقة بين مفهوم العدالة الانتقالية والقانون الإنساني الدولي وثيقة جداً .. وإذ كان أحد أهم أهداف العدالة الانتقالية، هو التصدي للانتهاكات الجسيمة لحقوق الإنسان، يشكل المحور الأساسي للقانون الإنساني الدولي، فإنه يعني أساسا بوضع القواعد اللازمة للتصدي لتلك الانتهاكات التي تقع إبان الصراعات المسلحة الدولية منها وغير الدولية، ومحاسبة مرتكبي تلك الانتهاكات. بيد أن نطاق مفهوم العدالة الانتقالية يستوعب أموراً أكثر من ذلك، إذ إنه يغطي حالات انتهاك حقوق الإنسان في أوقات السلم أيضاً، ويشتمل على العديد من الآليات التي لا يعني بها القانون الدولي الإنساني، مثل التطهير، وإصلاح المؤسسات، والمصالحة. ويري جانب

[27]– عبد العزيز النويضي : " إشكالية العدالة الانتقالية: تجربتي المغرب وجنوب إفريقيا" مقال بمركز الجزيرة للدراسات http://studies.aljazeera.net/files/arabworlddemocracy/2013/01/201312410191634162.html

آخر من الفقه أن مفهوم العدالة الانتقالية يرتبط بصفة مباشرة بمجال العدالة الجنائية بحسبانه نشأ في ظل محاكمات نورنبرج الشهيرة، وتبلور وفقاً لمبدأ المسئولية الجنائية الفردية الذي يحكمه القانون الجنائي[28].

في مختلف الحالات التي شهدتها البلدان التي مرت بظروف تاريخية غاية في الصعوبة والتعقيد، مثل الحرب الأهلية، والنزاعات المسلحة، والحكم الشمولي التسلطي، فإن مفهوم العدالة الانتقالية ينطوي على حزمة من التدابير القضائية وغير القضائية اللازم التعويل عليها لتحقيق أهدافه.

وتستهدف لجان الحقيقة والمصالحة غالبًا تحقيق ثلاث غايات أولية:

1. حماية الحقائق التاريخية من التزييف ومعرفة حقيقة الانتهاكات :لماذا حصلت؟ ما هي حدود مسؤولية الأطراف الفاعلة) رجال السياسة، أجهزة الأمن، الجيش، القضاء، الإعلام...) وكيف حصلت؟ ومن هم الضحايا؟ وما مصيرهم اليوم؟
2. جبر ضرر الضحايا وعائلاتهم :بالاستماع لمظلمتهم، والاعتراف بمعاناتهم، والاعتذار لهم، وتعويضهم هم وذويهم وإعادة تأهيلهم، كل ذلك تسهيلاً للمصالحة والعفو .
3. القيام بإصلاحات سياسية ومؤسساتية :لضمان عدم تكرار الانتهاكات وتأسيس الديمقراطية عبر إصلاح دستوري، ومن خلال إصلاح القوانين وإصلاح المنظومة الأمنية والقضائية والإعلامية في الدولة.
4. والحق أن لجان الحقيقة والمصالحة في العالم كثيرة ومتعددة، من أشهرها تلك التي بدأت في منتصف السبعينيات من القرن العشرين في أوغندا وتبعتها أخرى في أوائل الثمانينيات في بوليفيا مرورًا بما حدث في جنوب إفريقيا منتصف التسعينيات...، حتى صار المشهور من تلك اللجان يقارب الثمانية والعشرين لجنة في مختلف بلدان العالم.
5. . تحقيق العدالة لضحايا الانتهاكات المنتظمة لحقوق الإنسان وإيجاد بديل عن وسائل الانتقام التي من شأنها أن تفاقم حدة النزاع و الخلاف بين مكونات المجتمع .

6- مسائلة الجناة و محاسبتهم عن الجرائم التي ارتكبوها بحق الشعب بغض النظر عن انتماءاتهم و مناصبهم و تقديمهم للمحاكمات العادلة التي تتماشى مع المعايير الدولية لحقوق الإنسان

7- تقديم الحقائق عن تصرفات الجناة و التجارب التي مر بها الضحايا .

---

28 -انظر:

-Louise Arbour, 'Economic and social justice for sociétés in transition', New York Université Journal of International Law and Politics, vol. 40, No. 1, Fall 2007, at. 1

8- استرداد ثقة المواطنين بمؤسسات الدولة و المساهمة في دعم و شرعية القانون و المؤسسات الديمقراطية .من خلال آليات شفافة و متنوعة و شاملة تمنع وقوع مثل هذه الانتهاكات في المستقبل .

9- التعويض عن كافة الضحايا و تمكينهم من التعافي بعد ما تعرضوا له من عنف و قمع واضطهاد و استبداد .

10 ضمان عدم تكرار هذه الانتهاكات في المستقبل؛

11 الترويج للمصالحة الفردية والوطنية وإحقاق السلام المستدام في المجتمع محل الصراعات، وتحديد ودعم الهياكل التي تسهم في تقوية وترسيخ السلم الأهلي من أجل تجنب الارتداد إلى حالة الصراع. .

أسس تحقيق مبادئ العدالة الانتقالية

لتحقيق العدالة الانتقالية و إعمال أثارها لابد من الاستناد إلى الأسس التالية :

1. الطابع الوطني لعملية العدالة الانتقالية,مع الأخذ بعين الاعتبار المصلحة الوطنية و السيادة الوطنية في حال الاستعانة بالخبرات الأجنبية .

2. المشاركة الفاعلة و الشاملة لكل أطياف المجتمع من خلال عمليات محلية مع الأخذ بعين الاعتبار مصلحة الضحايا .

3. وعي التنوع العرقي و الديني و الطائفي و احترام هذا التنوع في المجتمع و إدراك أن الجناة و الضحايا لا علاقة للعرق أو الدين أو الطائفة بهم (شخصنة الضحية و الجاني)

4. دعم الشرعية المؤسساتية من خلال إشراك عدة عناصر من الحكومة و المجتمع المدني لتدعيم ذلك

5. الشفافية و مصداقية العملية .

6. تحقيق العدالة و إصلاح أي تمزق في النسيج الوطني للدولة من خلال التركيز على المناهج البناءة و الشافية لاسترجاع قيم الكرامة و المواطنة و استرداد الثقة بالعدالة و سيادة القانون في أوساط المجتمع[29] .

[29]- المنظمة السورية للتنمية الديمقراطية (العدالة الانتقالية) نظر هذا الموقع يوم 30 شتنبر 2014 http://www.ddc-sy.org/index.php/2013-10-27-16-18-34/115-2014 -05-16-12-14-29

ثانيا : تجربة الإنصاف والمصالحة وإشكالية التحول الديمقراطي بالمغرب

تقدم الممارسات الدولية مجموعة من الحالات التي اقترن فيها التحول الديمقراطي بالعدالة الانتقالية؛ بما يوفّر تراكماً غنياً يمكن أن يفيد المنطقة العربية التي تعيش على إيقاع مخاضات عسيرة وصراعات سياسية متباينة؛ في بلورة مداخل كفيلة بطيّ صفحات صعبة من تاريخها؛ وبناء مؤسسات قادرة على الحسم مع مخلّفات المرحلة السابقة بإكراهاتها الاجتماعية والسياسية والاقتصادية.

تحيل العدالة الانتقالية إلى التحول والانتقال السياسيين، سواء تعلق الأمر بالانتقال من حالة الحرب إلى السلم؛ أو من أجواء الشمولية والاستبداد إلى الممارسة الديمقراطية. فهي وسيلة لتجاوز الإكراهات والمشكلات في مختلف أبعادها السياسية والاقتصادية والاجتماعية التي عانى جراءها الدولة والمجتمع. وآلية فعالة للتخلص من التراكمات السلبية الماضية للانتهاكات الجسيمة لحقوق الإنسان، بالصورة التي تسهم في حدوث انتقال متدرج إلى الديمقراطية بناء على أسس متينة؛ توفر شروط التسامح والمصالحة والشرعية والثقة بالمؤسسات والتعددية والاستقرار داخل المجتمع؛ بعيداً عن "ثقافة" الانتقام والتخوين والإقصاء والكراهية[30].

برزت "المصالحة الوطنية" كمفهوم مركزي مع الربع الأخير من القرن العشرين، حين تمكنت كوكبة من الدول تحقيق الانتقال الديموقراطي داخل دولها ومجتمعاتها. فبتقدير "صامويل هانتغتون" شملت الموجة الثالثة من الانتقالات أكثر من أربعين دولة في العالم تحولت من وضع سياسي شمولي إلى نظم ديموقراطية ما بين ثورة القرنفل في البرتغال (1974) ومستهل العشرية الأخيرة من القرن الماضي(1992)، وقد تعلق الأمر بدول في أميركا اللاتينية، وأقطار المنظومة الاشتراكية سابقا، وبعض البلدان الإفريقية. وحدها البلاد العربية بقيت في مجملها خارج هذه الحركية، فكما افتتحت القرن العشرين بأسئلة الاستعمار، والإصلاح، والتوق إلى الحرية، ودّعته بالأسئلة نفسها.

[30] – إدريس لكريني: المغرب وتجربة الإنصاف والمصالحة، مجلة الديمقراطية، مؤسسة الأهرام، مصر، العدد 24 أكتوبر 2006.

ينهض مفهوم "المصالحة الوطنية" على جملة مستلزمات من طبيعة سياسية وثقافية وقيمية. فمن جهة، تتحقق المصالحة في وضع سياسي موسوم بالانفتاح، والحوار، والحرية، والتسامح، كما يشترط، من جهة ثالثة، ثقافة تُنزِّل الاعتراف بالأخطاء، والبوح بالأضرار، والجهر بالانتهاكات، منزلة الصدارة في التفكير في دينامية المصالحة. ويقتضي، في مستوى ثالث، نظاماً قيمياً ناظِما للدولة والمجتمع، من سماته الوفاء بالالتزامات، وربط القول بالفعل، وتجنب تكرار الأخطاء والممارسات الجسيمة، والسعي الدؤوب إلى جعل الدولة بيتاً للجميع، دون حق الأفراد والجماعات في الاختلاف، أو تأجيج الصراعات لتعميق واقع الفتنة، وتعريض الدولة والمجتمع للضعف والتفكك. لذلك، تعدُّ المصالحة الوطنية درجة سامية في نضج المجتمع، واكتمال رُشد الدولة والمؤسسات، وتطور الثقافة السياسية، واستقامة ممارستها[31].

ليس ثمة شك أن هناك علاقةً تلازمية بين كل من " العدالة الانتقالية والمصالحة من جهة، والدّمقرطة من جهة أخرى. فالعدالة الانتقالية لازِمة للمصالحة، وهذه الأخيرة جسر ذهبي لإنجاح عملية الدمَقرطَة. غير أن الحالات الثلاث [العدالة والمصالحة والدمقرطة]متشابكة من حيث منطلقات التحقق وفلسفة المقاصد والأهداف. لذلك، يصعب استقامة حلقة منها وإنتاج آثارها الإيجابية بمعزل عن الحلقات الأخرى وتعضيد منها.

إن المصالحة وثيقة الصلة بمفهوم العدالة الانتقالية، فالمصالحة، في حقيقة الأمر، تشكل أحد أهم أهداف منظومة العدالة الانتقالية، وغايتها النهائية. تبتغي العدالة الانتقالية الوصول بالمجتمع إلى السلام الاجتماعي،ولا يمكن تحقيق ذلك إلا بتقصي جذور الخلاف والانقسام العميقة بمختلف أبعادها السياسية والاقتصادية والاجتماعية بما يسمح بتجاوز الخلاف والكراهية بصورة تسهم في الانتقال المتدرج إلى الديمقراطية على أسس متينة.

وهناك العديد من الدول التي ركزت في المراحل الانتقالية على آلية المصالحة لإعادة تحقيق السلم المجتمعي، ولعل تجربة جنوب إفريقيا توفر أفضل الممارسات في هذا الشأن، واهم ما يميز مرحلة العدالة الانتقالية في جنوب إفريقيا أنها اعتمدت على آلية خاصة لبلوغ المصالحة الوطنية تقوم أساسا على تقديم

---

[31]– محمد مالكي : عن أهمية المصالحة الوطنية في البلاد العربيةً، انظر الرابط

http://www.shaffaflibya.com/index.php?option=com_content&view=article&id=1020:&catid=212:2011-11-06-13-39-24&Itemid=201

المسئول عما ارتكبه من انتهاكات وتجاوزات أمام هيئة معرفة الحقيقة كشرط للحصول على العفو بلوغا إلى المصالحة الوطنية وكان الغرض منها تحقيق العدالة التصالحية وليس العدالة العقابية أو الانتقامية.[32]

وعموما فهناك عدة مسارات أساسية لتحقيق المصالحة الوطنية (المسار الأول) تضطلع به عادة الأحزاب والتيارات السياسية المختلفة خلال المشاورة والحوار لبلوغ التوافق والوئام الوطني بما يحقق المصالحة الوطنية، و (المسار الثاني) يقوم على أساس الحوار المجتمعي بمشاركة كافة قطاعات المجتمع المعنية، و(المسار الثالث) يتم تحت مضلة العدالة الانتقالية ويتبع مقاربة قانونية حقوقية ترمز على إنصاف الضحايا وتطبق من خلالها عدة تدابير قضائية وغير قضائية من خلال هيئات أو مفوضيات مستقلة ومحايدة، تكون غايتها أيضا تهدئة النفوس وتحقيق المصالحة الوطنية. والمتتبع لتجارب دول ما بعد الصراعات سوف يتبين أن أفضل وسيلة لبلوغ المصالحة الوطنية يحسن أن تتم عن طريق تطبيق المسارات المتقدمة ممتزجة أو على التوازي (مصالحة سياسية+ مصالحة مجتمعية + مصالحة قانونية حقوقية) استرشادا بمبادئ العدالة التصالحية[33].

ومع ذلك، يجب التنبّه إلى ما يميز تجربة المصالحة في السياق المغربي عن غيرها من التجارب والخبرات التي راكمتها شعوب العالم منذ ظهور مفهوم العدالة الانتقالية نهاية الحرب الكونية الثانية. ولأن تجربة المصالحة نشأت، وتطورت، وراكَمت نتائجها في ظل استمرارية النظام وداخل كنف مؤسساته، بل ظل النظام طرفاً مقرِّرا منذ ميلاد الفكرة وحتى المراحل الأخيرة من نفاذها .علماً أن فهمنا للنظام لا ينحصر في شخص بعينه أو أشخاص محدودين بذواتهم، بل ينصب على النظام كبنية، وكتفاعل مصالح متضامِنة أحياناً ومتنازعة أحيانا أخرى .يضاف إلى هذا المعطى النوعي محدد آخر لا يقل أهمية عنه، يتعلق باندراج التجربة المغربية في مجال المصالحة ضمن وضع انتقالي، بكل ما يمكن أن يترتب عن الأوضاع الانتقالية من صعوبات وتعقيدات[34].

32- المستشار عادل ماجد: قواعد المصالحة الوطنية في المراحل الانتقالية، تطبيق على الوضع المصري، مجلة يتفكرون العدد 2، مرجع سابق ص 84.

33- المستشار عادل ماجد: قواعد المصالحة الوطنية، مرجع سابق ص 86.

34- امحمد مالكي: "العدالة الانتقالية والتحول الديمقراطي في المغرب قراءة في تجربة هيئة الإنصاف والمصالحة، بيروت 20-21 نيسان 2012 ص 3.

وتختلف المصالحة المغربية عن أمريكا اللاتينية وجنوب أفريقيا، لكونها لم تتمك خلال مرحلة ترسيخ الدمقرطة، بل هي تمت في إطار " لبرلة السلطوية" والتي تعني الإصلاحات التي تهم توسيع حرية التعبير والتنظيم والتعددية الحزبية وإجراء انتخابات تشريعية ومحلية. إلا أن هذه الإصلاحات لا تمس صلب النظام السياسي الذي يبقى في يد حاكم مركزي غير منتخب يحتكر القرارات الإستراتيجية، ومؤسسات لا تعرف ممارسة فعلية لفصل السلط، وانتخابات لاتهدد هذه الاستمرارية السلطوية.[35]

ولقد بُذلت جهود منذ أوائل تسعينيات القرن الماضي من أجل "طي صفحة" انتهاكات حقوق الإنسان التي حصلت مند بداية الستينيات في إطار الصراع السياسي بين الملك والمعارضة اليسارية بصفة خاصة، وذلك من خلال الإفراج عن عشرات من المختفين ومئات السجناء السياسيين وسجناء الرأي سنتي 1992 و1994 تمهيدًا من الملك الحسن الثاني لإشراك المعارضة القديمة في الحكومة إعدادًا منه لانتقال العرش بسلاسة إلى ابنه محمد السادس (انتقال تم عند وفاة الملك الحسن في 23 يوليو/تموز 1999).

وفي نهاية التسعينيات تمت أيضًا بعض الإصلاحات القانونية والمؤسسية، كما تم تقديم بعض التعويضات المالية لعدد من ضحايا انتهاكات حقوق الإنسان وعائلاتهم بين 1999 و2003.

وقد أثارت نواقص المعالجة التي قام بها المجلس الاستشاري لحقوق الإنسان (الذي لم يكن مستقلاً وكان مُتحكَّمًا في عمله) منذ 1998–1999 ردود أفعال الضحايا وعائلاتهم فبادروا بتأسيس المنتدى المغربي للحقيقة والإنصاف سنة 2001 الذي يُعتبر بمثابة نقابة للضحايا. وبفضل نضالاته مسانَدًا بمنظمات حقوق الإنسان المغربية عُقدت مناظرة حول ملف الانتهاكات الجسيمة لحقوق الإنسان طالب فيها المتناظرون –من بين أمور أخرى– بتأسيس لجنة مستقلة للحقيقة والمصالحة.

وقد تمت إعادة هيكلة المجلس الاستشاري لحقوق الإنسان وعمل نشطاء حقوقيون من داخله على إقناع الملك بتأسيس "هيئة الإنصاف والمصالحة" في نهاية 2003.

تأسست الهيئة من 17 عضوًا، عدد منهم من مناضلي حقوق الإنسان إضافة لأشخاص مقربين من السلطة. وبدأت عملها رسميًا في بداية 2004 بعد أن قامت بوضع نظامها الأساسي الذي تضمن تدقيقًا وتفصيلاً للمهام المنوطة بها، وتعريفًا للانتهاكات موضوع اختصاصاتها، وطرق تنظيم سير أعمالها. وقد

35– عبد الحي المودن: إشكالات المصالحة السياسية، مجلة يتفكرون العدد 02 خريف 2013، ص 65.

صودق على هذا النظام الأساسي بموجب ظهير ملكي (قرار ملكي) نُشر في الجريدة الرسمية بتاريخ 10 إبريل/نيسان 2004.

وقد اشتغلت الهيئة خلال الفترة الزمنية الممتدة من سنة 1956 إلى نهاية سنة 1999 أي على فترة حكم الملك الحسن الثاني بصفة رئيسية (1961–1999).

وكُلِّفت الهيئة بـ:

1. التقييم الشامل لمسلسل التسوية السابق لملف الانتهاكات الجسيمة لحقوق الإنسان.
2. إثبات نوعية وجسامة الانتهاكات السابقة.
3. البحث في حالات الاختفاء القسري.
4. الوقوف على مسؤولية الدولة وغيرها في الانتهاكات الجسيمة.
5. جبر ضرر الضحايا وذوي الحقوق.
6. جبر ضرر المجتمع.
7. إعداد تقرير رسمي.
8. تنمية سلوك الحوار، وإرساء مقومات المصالحة ودعم التحول الديمقراطي.

دامت أعمال الهيئة سنتين (بداية 2004 إلى بداية 2006) عندما استقبلها الملك في 6 يناير/كانون الثاني 2006[36].

تنطوي قراءة تجربة " هيئة الإنصاف والمصالحة "المغربية في ضوء المعايير أعلاه، على وجود أخذ واستبعاد لما استقر في الممارسة الدولية ذات الصلة بتجارب العدالة الانتقالية .فمن جهة، استبعد المغرب فكرة المقاضاة، سواء الأفراد أو المؤسسات، واعتمد التحري والبحث عن الحقيقة دون أن تكون للهيئة سلطة قضائية، لي صار بعد ذلك إلى إنصاف الضحايا المتضررين من الانتهاكات الجسيمة بتعويضهم ماديا وجبر ضررهم ، وإدماجهم فرادى وجماعات ومن ثمة المصالحة مع هذه الحقبة العسيرة في تاريخ المغرب الحديث .ولتجنب تكرار انتهاكات الماضي في الحاضر والمستقبل، أقدم المغرب على إصلاحات دستورية وتشريعية ومؤسساتية، لاسيما في القطاعات الأكثر التصاقاً بمجالات حقوق الإنسان والحريات العامة . يمكن تفسير استبعاد المغرب آلية المقاضاة واعتماده نهج " الإنصاف والمصالحة"، خلافاً

36– عبد العزيز النويضي: إشكالية العدالة الانتقالية: تجربتي المغرب وجنوب إفريقيا، انظر الرابط:
http://studies.aljazeera.net/files/arabworlddemocracy/2013/01/201312410191634162.html

لتجارب كثيرة في مضمار العدالة الانتقالية، إلى المعطيات الخاصة بسياقه السياسي والاجتماعي، وطبيعة العلاقات بين مكونات مجاله العام[37]

وكلّفت الهيئة التي تشكلت من نخبة من الناشطين والمناضلين الحقوقيين والمعتقلين السياسيين السابقين برئاسة أحد ضحايا هذه الانتهاكات[38]، بمهمة مقاربة الملفات المرتبطة بالانتهاكات الجسيمة التي شهدها المغرب ما بين سنة 1956و1999.

وقد استأثرت التجربة بمجموعة من الخصوصيات، حيث تمت مقاربة الملفات في إطار نفس النسق السياسي والدستوري والإداري؛ كما لم يتم تحديد المسؤوليات الجنائية فيما يتعلق بالجناة.

جاء تشكيل الهيئة ضمن سياق اعتماد مقاربة توافقية تروم الطي النهائي لملف انتهاكات الماضي،انطلاقاً من اعتبارين، يتمثل الأول فيكون اعتماد المقاربة الجذرية من شأنه أن يعمق الفجوة بين مكونات المجتمع، ويؤثر بالسلب في مسلسل الانتقال الديمقراطي باعتباره مسلسلاً يستوجب وجود حد أدنى من التوافقات والتفاهمات بين مختلف القوى المجتمعية، أما الاعتبار الثاني فيتجسد في كون الإغلاق النهائي لملف ماضي الانتهاكات ربما لن يتحقق من دون إنصاف الضحايا وذويهم من جهة، وإحداث تصالح بين المغاربة وماضيهم ومشاركتهم في الحياة السياسية من جهة أخرى [39].

وإلى جانب مقترحات الهيئة بشأن جبر الضرر وإنصاف الضحايا عبر تعويض مادي وتأهيل صحّي واجتماعي، فقد أوصت أيضاً بجبر الضرر الجماعي للمناطق التي تضررت نتيجة انتهاكات وتهميش لحقتها خلال فترة ما سمي بـ"سنوات الرصاص". كما خلصت في تقريرها النهائي المقدّم للملك إلى بلورة مجموعة من التوصيات؛ من قبيل دعم التأصيل الدستوري لحقوق الإنسان، والإقرار بقرينة البراءة والحق في محاكمة عادلة وتعزيز مبدأ فصل السلطات"، وإقرار وتطبيق إستراتيجية وطنية لمناهضة الإفلات من العقاب، وتجريم الاختفاء القسري والاعتقال التعسفي والإبادة العنصرية، وإصلاح القضاء ودعم استقلاليته،

37- امحمد مالكي: "العدالة الانتقالية والتحول الديمقراطي في المغرب، مرجع سابق، ص 14.

38- تكونت الهيئة من رئيس هو الراحل إدريس بنزكري؛ وستة عشر عضواً؛ نصفهم من ضمن أعضاء المجلس الاستشاري لحقوق الإنسان ونصفهم الباقي من خارج المجلس.

39- إدريس لكريني: العدالة الانتقالية وأثرها على التحول الديمقراطي بالمغرب ، مقاربة لنماذج عالمية في ضوء الحراك العربي مقالة غير منشورة (المؤتمر السنوي الثالث للمركز العربي للأبحاث ودراسة السياسات تونس 30-31 مارس 2014) ص 28.

ومواصلة الانضمام إلى اتفاقيات القانون الدولي لحقوق الإنسان، واعتماد الحكامة الأمنية في تدبير الأزمات[40].

في ظل الحراك المجتمعي الذي عرفه عدد كبير من الأقطار العربية، أفرزت احتجاجات يوم 20 شباط/ فبراير 2011 التي شهدتها مختلف المدن المغربية مجموعة من الأسئلة في علاقتها بمدى جدّية الإصلاحات المختلفة، التي شرع المغرب في إجرائها في الأعوام الأخيرة، ومدى فعاليتها وأهميتها في توفير شروط دعم الانتقال الديمقراطي وأسسه، وترسيخ حقوق الإنسان، مع وجود مجموعة من مظاهر الاستهتار بالقانون ومظاهر مختلفة من الفساد[41].

جاءت حركة 20 فبراير أخيرًا، وبعد نقاش مستفيض دار حول التأثير الذي يمكن أن يمارسه الربيع العربي على المغرب، لتلغي أسطورة الاستثناء المغربي، ولتؤكد في الوقت نفسه أن المغرب جزء لا يتجزأ من الامتداد العربي، يتأثر بما يقع في جواره العربي.

هكذا، إذن، تحركت عجلة التغيير بعد أن ظن الجميع أن التجربة السياسية المغربية محصَّنة غاية التحصين، ولن تكون كغيرها في مهب رياح التغيير، لأنها تمتلك مقومات تاريخية ودينية تسندها[42].

لقد ساهمت حركة 20 فبراير في جعل فئات كثيرة من الشعب المغربي تعبّر عن مطالبها وحقوقها جهرًا لا سرًا، على عكس ما كانت تفعل من قبل. ومن جهة أخرى، جعلت وتيرةَ الإصلاح تتحرك بسرعة بعدما كانت بطيئة ومؤجلة إلى حين. ويمكن اليوم الإعلان بكل ثقة أن حركة 20 فبراير حرّكت مياهًا راكدة تحت جسر المعمار الحزبي والسياسي المغربي، وجعلت دستور 2011 يخرج إلى الوجود. ولولا ذلك، لانتظرنا أعوامًا أخرى، بدليل غياب أي إشارة تفيد بتحرك مسطرة مراجعة دستور 1996[43].

---

[40]– إدريس لكريني: العدالة الانتقالية وأثرها على التحول الديمقراطي بالمغرب نفس المرجع السابق ص 25.

41– إدريس لكريني: " الإصلاح الدستوري وحقوق الإنسان بالمغرب" مجلة مسالك الفكر والسياسة والاقتصاد عدد مزدوج 19–20/ 2012 ص 98 وما بعدها.

42–إدريس جنداري: "المسألة السياسية في المغرب من سؤال الإصلاح إلى سؤال الديمقراطية" دفاتر وجهة نظر، مطبعة النجاح الجديدة الطبعة الأولى 2013.

[43]_ عبد الرحمان علال: "دستور 2011 تأملات وإشكالات" مجلة مسالك مجلة مسالك مرجع ساب، ص 33 وما بعدها.

فقد أظهرت الاحتجاجات التي عرفها المغرب في سياق الربيع العربي، أن النظام لم يقم بتفعيل توصيات " هيئة الإنصاف والمصالحة، المتعلقة بالإصلاحات المؤسساتية، إلا تحت ضغط الشارع. وهو الأمر الذي يشير إلى بقاء تصورات النظام حول المصالحة متعلقة بميزان القوى بين الإصلاحيين والمحافظين[44].

وبالرجوع إلى دستور 2011 نجد انه يتضمن أحكاماً ومقتضيات ذات صلة بتوصيات" هيئة الإنصاف والمصالحة، كما عكست صياغة بعض مقاطعه روحَ ما أوصت وطالبت به الهيئة في تقريرها الختامي . ففي ثلاث فقرات متتالية من الديباجة، تمَّ التشديد، من جهة، على التزام المملكة المغربية ب" حماية منظومتي حقوق الإنسان والقانون الدولي الإنساني والنهوض بهما ، والإسهام في تطويرهما، مع مراعاة الطابع الكوني لتلك الحقوق ، وعدم قابليتها للتجزئ ."[45]..مع تأكيدها، من جهة أخرى، على " حظر ومكافحة كل أشكال التمييز، بسبب الجنس أو اللون أو المعتقد أو الثقافة أو الانتماء الاجتماعي أو الجهوي أو اللغة أو أي وضع شخصي، مهما كان ."لتقر، في فقرة ثالثة بأن تجعل الاتفاقيات الدولية، كما صادق عليها المغرب، وفي نطاق أحكام الدستور وقوانين المملكة، وهويتها الوطنية الراسخة، تسمو فور نشرها، على التشريعات الوطنية، والعمل على ملاءمة هذه التشريعات مع ما تتطلبه تلك المصادقة[46]".
أفردَ الدستور المغربي 2011 باباً كاملاً من اثني وعشرين فصلا للحريات والحقوق الأساسية، وقد جاء مرتباً، من حيث هندسة الدستور، بعد الباب الأول الخاص بالأحكام الخاصة، مما يؤكد الأهمية التي أولاها المشرع الدستوري لموضوع الحقوق والحريات. يُضاف إلى ذلك ما ورد في الباب الأول من مبادئ وأحكام خاصة ذات صلة بمجال الحقوق والحريات العامة، [من قبيل التنصيص على "دستورية القوانين وتراتبيتها"، تأكيدا على سمو الشرعية الدستورية[47].

وفي إطار تنزيل توصيات هيئة الإنصاف والمصالحة، أقر المشرع الدستوري مجموعة من الحقوق والحريات (الحق في العلاج، الحماية الاجتماعية، والتغطية الصحية،التعليم ،الشغل...)[48].

---

[44]– عبد الحي المودن :العدالة الانتقالية والسلطوية: نموذج المغرب، المركز العربي للأبحاث ودراسة السياسات، المركز العربي للأبحاث ودراسة السياسات (المؤتمر السنوي الثاني للعلوم الاجتماعية والإنسانية) – بحث غير منشور– ص 28.

[45]– أنظر، ديباجة الدستور، في الدستور الجديد للمملكة المغربية، " نصوص قانونية محيَّنة"، عدد 51 ، [الدار البيضاء : مطبعة النجاح الجديدة الطبعة الأولى ص 20.

[46]– نفس المرجع السابق.

47– الفصل 6 من دستور 2011.

48– الفصل الثالث والثلاثون من دستور 2011.

كما عمل المغرب على دعم الحقوق والحريات الفردية والجماعية للمواطنين والتفصيل فيها، وكذا إعادة الاعتبار إلى سلطة القضاء[49].

كما عمل المشرع على دسترة مجموعة من المؤسسات وأحداث أخرى جديدة في إطار ترسيخ الحكامة الجيدة، وترتبط الحكامة الجيدة بمبادئ الشفافية والمسؤولية، ومحاربة الرشوة، والأخلاقيات، والمحاسبة[50]. وقد جرت دسترة عدد من الهيئات التي تضمنتها فصول الدستور، بما في ذلك: المجلس الأعلى للحسابات (الفصول 147 إلى 150)؛ المجلس الاقتصادي والاجتماعي والبيئي (151الى 153)؛ المجلس الوطني لحقوق الإنسان (الفصل 161)؛ مؤسسة الوسيط (Ombudsman) (الفصل 162)؛ مجلس الجالية المقيمة في الخارج (الفصل 163)؛ الهيئة المكلَّفة بالمناصفة ومحاربة جميع أشكال التمييز (الفصل 164)؛ الهيئة العليا للسمعي البصري (الفصل 165)؛ مجلس المنافسة (الفصل 166)؛ الهيئة المغربية للوقاية من الرشوة (الفصل167)؛ المجلس الأعلى للتربية والتكوين والبحث العلمي (الفصل 168)؛ المجلس الاستشاري للأسرة والطفولة (الفصل 169)؛ المجلس الاستشاري للشباب والعمل الجمعوي (الفصل 170).

وقد جمع المشرّع الدستوري الهيئات العشر أعلاه في الباب الثاني عشر، تحت عنوان عريض غير متجانس هو: "مؤسسات وهيئات حماية الحقوق والحريات والحكامة الجيدة والتنمية البشرية والمستدامة الديمقراطية التشاركية"، وصنّفها في ثلاث خانات: الخانة الأولى تضم هيئات حماية حقوق الإنسان

---

[49]– تضمن الدستور المعدّل مجموعة من المستجدات التي تدعم هذه الاستقلالية ماليًا وإداريًا. فعلاوة على استبدال مصطلح القضاء بالسلطة القضائية في الباب السابع منه، وتأكيد استقلالية هذه السلطة عن باقي السّلطات الأخرى (الفصل107)، جرى استبدال المجلس الأعلى للقضاء بالمجلس الأعلى للسلطة القضائية الذي أصبحت تشكيلته منفتحة على مجموعة من الهيئات المستقلة، خاصة منها المجلس الوطني لحقوق الإنسان، ومؤسسة الوسيط.

[50]– احتضنت الصخيرات المناظرة الوطنية الأولى للحكامة حول موضوع "التقائية الاستراتيجيات والبرامج القطاعية" في يومي 12 و13 شباط/ فبراير 2013. وهدفت تلك المناظرة إلى إعطاء الانطلاقة الفعلية لورش تنسيق السياسات والبرامج العمومية، وتقييم مدى نجاعتها وانسجامها والتقائيتها. وتتوخى المناظرة التي تنظمها الوزارة المكلفة بالشؤون العامة والحكامة دراسة الإمكانيات والفرص المتاحة للرفع من الانسجام، والتكامل بين مختلف الاستراتيجيات والبرامج العمومية لتحسين فعاليتها ونجاعتها.

كما يشارك في هذه المناظرة، المنظَّمة بدعم من برنامج الأمم المتحدة الإنمائي ممثلون عن القطاع الخاص والنقابات والمجتمع المدني ومنظمات دولية ورجالات السياسة والاقتصاد.

والنهوض بها، وهي: المجلس الوطني لحقوق الإنسان، والوسيط، ومجلس الجالية المغربية في الخارج ثم الهيئة المكلفة بالمناصفة ومحاربة جميع أشكال التمييز؛ الخانة الثانية تضم هيئات الحكامة الجيدة والتقنين، وهي: الهيئة العليا للاتصال السمعي البصري، ومجلس المنافسة، ثم الهيئة الوطنية للنزاهة والوقاية من الرشوة ومحاربتها؛ وفي الخانة الثالثة ثلاث هيئات للنهوض بالتنمية البشرية والمستدامة والديمقراطية التشاركية، وهي: المجلس الأعلى للتربية والتكوين والبحث العلمي، والمجلس الاستشاري للأسرة والطفولة، والمجلس الاستشاري للشباب والعمل الجمعوي؛ متسائلين في الأخير عن عدم إدراج المشرّع الدستوري للمجلس الاقتصادي والاجتماعي والبيئي ضمن هيئات الحكامة العشر، بالرغم من كون قانونه الأساسي لا يختلف البتة عن قوانين بعض الهيئات الوطنية المستقلة، واختصاصاته الدستورية هي نفس اختصاصات هذه الأخيرة[51].

وعموما فإن مكاسب الهيئة ساهمت في حفر مجاري العدالة الانتقالية، والتي نفترض أنها تستدعي في الراهن السياسي، مزيدا من مغالبة المصالح الفردية واستحضار الهم الجماعي، ذلك أن تعثر العدالة الانتقالية في صيغتها المغربية يستدعي المبادرة والتعبئة السياسية، بهدف استثمار مكاسب مسلسل الإنصاف ودروب الانتقال الديمقراطي الأخرى، ما يتطلب بالدرجة الأولى استكمال عملية تفعيل توصيات الهيئة التي مازالت معلقة.

وقد وجّهت عدّة انتقادات لعمل الهيئة من حيث قصر المدة التي اشتغلت فيها والمحددة في سنة بما ظل معه عديد من الملفات خارج التسوية؛ وعدم اعتماد تحديد المسؤوليات وعدم تقديم اعتذار رسمي للضحايا؛ إضافة إلى عدم تعاون مجموعة من الأجهزة الحكومية والأمنية فيما يتعلق بتقديم المعلومات والوثائق[52].

لم تشكل الهيئة من إعلان تأسيسها قوة مادية ولا قانونية، فقد اعتبرت بمنزلة إطار استشاري، وظلت ملحقة بالمجلس الاستشاري لحقوق الإنسان. كما أنها لم تساهم في حل كثير من القضايا الواردة في

51– بوشعيب أوعبي، "دسترة هيئات الحكامة الجيدة" مقال بجريدة العلم؛ يوم 09 غشت 2011
http://www.alalam.ma/def.asp?codelangue=23&id_info=43211

[52]– إدريس لكريني: المغرب وتجربة الإنصاف والمصالحة، مجلة الديمقراطية، مؤسسة الأهرام، مصر، العدد 24 أكتوبر 2006؛ ص 197.

تقاريرها الختامي، إذ تستوعب توصياتها جملة من المعطيات بكشف الحقيقة فيس ملفات غامضة. وهناك من يأخذ عليها تغييب الحقيقة لحساب الإنصاف والمصالحة، ورغم الجهود التي بذلت لتوضيح مسارها وخياراتها. وهناك من يعتبر أن مقاربتها استندت في الغالب إلى الجانب الحقوقي، وذلك على الرغم من مختلف السجالات التي انخرطت فيهال في موضوع تداخل وتفاعل الحقوقي والسياسي في العدالة الانتقالية[53].ولكن على الرغم من أن الإصلاحات السابقة على الربيع العربي أو اللاحقة له، لم تؤد في النهاية إلى تغيير بنيوي عميق للنظام السطوي.[54]

ولا يختلف اثنان في أن الدمقرطة في المغرب لم تكتمل بعد، لكن لن يختلف اثنان في أن وعي إستراتيجية الانتقال إلى الديمقراطية حاضر بقوة، و تتوسع دائرة مناصريه، ليس بداخل المجتمع فقط، ولكن في دوائر الدولة أيضا .فالديمقراطية بحسبها سيرورة شاقة وصعبة، لاسيما في مجتمع مركب مثل المغرب، تحتاج إلى قدر يسير من الزمن، بالمفهوم التاريخي للزمن، وليس بأبعاده الطبيعية، وتحتاج أكثر إلى المراكمة المتدرجة للمكاسب، وإلى تثمين الإنجازات، وتحويلها إلى روافع للتغيير والانتقال نحو الأفضل[55].

عمومًا، رغم أن دستور 2011 أعلن مجموعة من المبادئ والحقوق التي لم تكن موجودة في الدستور السابق ، ولا يمكن لعاقل أن ينكر أهميتها كقرينة البراءة وضمان شروط المحاكمة العادلة وتَجْريم التعذيب والاختفاء القسري والاعتقال التعسفي وجميع أشكال التمييز والممارسات المهينة بالكرامة الإنسانية، والحق في الولوج إلى المعلومة وحق تقديم العرائض، رغم هذا كله، فإنه، من جهة، لم يوفر ضمانات مؤسساتية حقيقية لصون الحقوق، ومن جهة أخرى، لم يعمل على تقييد السلطة الملكية رغم الترتيبات التي أدخلها على السلطة التنفيذية. والخلاصة التي انتهينا إليها هي أن النص الدستوري الجديد لا يوفر الحد الأدنى الذي يحْدث قطيعة مع نظام السلطة الدستورية الذي يسود فيه الملك ويحكم[56].

يمكننا الجزم بكون الوثيقة الدستورية المغربية هي مجمع المتناقضات ومرتع المتضادات، إذ هي تقر ببرلمانية الدولة في حين تخول الملك باعتباره الممثل الأسمى للدولة، وفوق المؤسسات الدستورية كلها،

---

[53]– كمال عبد اللطيف: "العدالة الانتقالية والتحولات السياسية في المغرب، مرجع سابق ص 46.

[54]– عبد الحي المودن :العدالة الانتقالية والسلطوية: نموذج المغرب، مرجع سابق ص 28.

[55]– امحمد مالكي: العدالة الانتقالية والتحول الديمقراطي، مرجع سابق ص 17.

[56]_ محمد مدني:"الدستور الجديد تركيز السلطة وضعف الضمانات"، مجلة دفاتر وجهة نظر العدد 24 مطبعة النجاح الجديدة الطبعة الأولى 2011 ص 85 وما بعدها.

وظهائره[57] فوق كل القوانين الصادرة عن هذه المؤسسات، كما أنه يرأس المجلس الوزاري الذي يناقش فيه أهم النقاط الإستراتيجية للدولة[58].

خاتمة عامة

في ضوء ما سبق، يبقى التحدي المستقبلي للعدالة الانتقالية ومرحلة الانتقال الديمقراطي يتمظهر بجلاء في المعوق والإكراه السياسيين؛ إذ تُطرح إشكالية كيفية المراهنة على العمل الحزبي للقيام بدوره الكامل في تأطير وتوعية المواطن في نطاق تعددية حقيقية تعكس بشكل أو بآخر الوضوح الأيديولوجي، ونوعية البرامج السياسية المقدّمة في المعترك الانتخابي المقبل[59].

إن مفهوم الانتقال الديمقراطي، الذي هو جزء من لُحمة الدينامية المجتمعية، لا يمكن اختزاله فقط في وجود وثيقة دستورية، بل لا بد من اتخاذ إجراءات مصاحبة في اتجاه تأمين مسار الانتقال الديمقراطي وضمان مشاركة فعالة لجميع الفاعلين السياسيين، لأن من شأن هذه التدابير (سياسية، حقوقية، اجتماعية، اقتصادية، ثقافية، بيئية...) أن تعبّد الطريق لتكسير الفجوة بين النخب السياسية والمجتمع، وإعادة الثقة في مفهوم المشاركة السياسية بهدف تقويم الترهل الفكري والأيديولوجي للمشهد الحزبي المغربي، وبلورة مشاريع مجتمعية جديدة تتماشى مع الدينامية المتغيّرة للمجتمع المغربي[60].

---

[57]– الظهير الشريف أو الظهير الملكي هو مرسوم يصدره ملك المغرب بصفته سلطة عليا وممثلًا أسمى للأمّة. يوقّع الظهير بالعطف من لدن الوزير الأول ماعدا الظهائر المتعلقة بتعيين الوزير الأول والوزراء وإعفائهم – مجلس الوصاية – حالة الاستثناء – الاستفتاء –حل البرلمان – تعيين القضاة. يتميز الظهير دائما برقم 1 على اليسار بالإضافة إلى الرقمين الأخيرين هما عام الإصدار والرقم الترتيبي، ثم التاريخ الهجري والتاريخ الميلادي والموضوع، من مثل : ظهير شريف رقم 1.72.061 الصادر بتاريخ 23 محرم 1392 موافق 10 مارس 1972.

[58]– حكيم التوزاني:"الانتقال الديمقراطي بين الضمانات الدستورية والإكراهات السياسية" مجلة مسالك ، مطبعة النجاح الجديدة– الدار البيضاء– عدد مزدوج 19–20/ 2012 ص 132 وما بعدها.

[59]– نفس المرجع السابق، ص 179.

[60]– عبد العزيز فجال:"**الثابت** والمتحول في الدستور الجديد قراءة في مسارات التطبيق (محاولة قانونية لفهم معنى "التعيين" و "التنصيب" في الدستور الجديد)، مجلة رهانات العدد 23 صيف 2012، ص 15.

إن نجاح الانتقال الديمقراطي رهين بتوفير ميزان قوى يرفده ويحميه ويفتح المسارب والأنفاق أمام تدفق حركته. ومسؤولية الديمقراطيين وجميع القوى الفاعلة في المجتمع عظيمة وتاريخية[61].

الديمقراطية ليست مؤسسات وآليات مجردة فقط، بل هي ترتكز أيضًا على مدى إدراك المواطن أهمية الفعل الديمقراطي في حياته اليومية والمجتمعية. لذلك، لا يتم الانتقال الديمقراطي على مستوى البنى المؤسسية والقانونية فحسب، بل يوازيه أيضًا انتقال على المستوى الثقافي والقيمي والفكري للمجتمعات، بالقطع مع الأبوية التقليدية في إدارة الحياة المعيشية.

في جميع الأحوال، وكما يقول محمد نور الدين أفاية، فإن التجارب التاريخية تبيّن أن الثورات لا تحقق أهدافها على المدى القصير؛ فقد كان على الفرنسيين أن ينتظروا أكثر من قرن لكي تعطي الثورة الفرنسية نتائجها ومكتسبات ذات طابع الاستدامة، وأن يتغلبوا على جميع مصادر "الثورة المصادرة" والعوائق والمقاومات، السياسية والثقافية. ويظهر أن مجتمعاتنا في حاجة إلى أعوام وعقود لكي تقطع مع ترسبات الاستبداد وقوى الارتداد والانتقال من واقع الفساد والزبونية إلى منطق الاستحقاق، ومن المحسوبية إلى تكافؤ الفرص، ومن الذهنية الاستبدادية إلى المرجعة الديمقرطية، ومن إذلال الشباب والنساء إلى الاعتراف لهم بقدراتهم الكبيرة على التغير والمشاركة في الشأن العام.

عموما، فالعدالة في بعدها السياسي والمؤسسي يتصل بقضايا الحريات باعتبار الحرية ركنا أساسيا من اركان العدالة الاجتماعية.كما يتصل بقضية الحقوق السياسية، وقضايا التمكين السياسي ولا سيما عن طريق إقامة المؤسسات التي تحشد من خلالها القوى المتطلعة إلى العدالة الاجتماعية، مثل العمال والفلاحين وأرباب المعاشات والنساء والمتعطلين عن طريق المشاركة الديمقراطية في اتخاذ القرارات في مواقع العمل والإنتاج وممارستها على المستويات المحلية وعلى المستوى الرقمي.

وبالتالي، فتجارب الانتقال الديمقراطي تشترك في مواجهة تحد كبير، خصوصا في بدايتها هو ثورة التوقعات والتناسل اللانهائي للمطالب بعد طول انتظار،حيث يطالب الشارع بإشباع المطالب السياسية والاقتصادية والاجتماعية المتراكمة في اقرب وقت ممكن إن لم يكن فورا،لآن الصبر نفذ.من خلال العمل

---

[61]– عبد الإله بلقزيز:"السلطة والمعارضة المجال السياسي العربي المعاصر (حالة المغرب)"، المركز الثقافي العربي، الطبعة الأولى، 2007.

على تطويع مفهوم الديمقراطية العربية الذي يرتبط اساسا بالعدالة الاجتماعية التي اشتعل الشارع العربي مع بداية 2011 مطالبا بها[62]

لائحة المراجع:

بالعربية:

- إدريس جنداري: "المسألة السياسية في المغرب من سؤال الإصلاح إلى سؤال الديمقراطية" دفاتر وجهة نظر، مطبعة النجاح الجديدة الطبعة الأولى 2013.
- إدريس لكريني: " الإصلاح الدستوري وحقوق الإنسان بالمغرب" مجلة مسالك الفكر والسياسة والاقتصاد عدد مزدوج 19-20/ 2012 ص 98 وما بعدها.
- إدريس لكريني: العدالة الانتقالية وأثرها على التحول الديمقراطي بالمغرب ، مقاربة لنماذج عالمية في ضوء الحراك العربي مقالة غير منشورة (المؤتمر السنوي الثالث للمركز العربي للأبحاث ودراسة السياسات تونس 30-31 مارس 2014) .
- إدريس لكريني: المغرب وتجربة الإنصاف والمصالحة، مجلة الديمقراطية، مؤسسة الأهرام، مصر، العدد 24 أكتوبر 2006؛ ص 197.
- امحمد مالكي: "العدالة الانتقالية والتحول الديمقراطي في المغرب قراءة في تجربة هيئة الإنصاف والمصالحة، بيروت 20-21 نيسان 2012.
- امرتن صن: " فكرة العدالة، ترجمة مازن جندلي (بيروت ودبي : الدار العربية للعلوم، ومؤسسة بن راشد آل مكتوم، 2010).

62- التنمية الإنسانية العربية في القرن الحادي والعشرون أولوية التمكين إعداد بهت قرني،مركز دراسات الوحدة العربية ومنتدى الجامعة الأمريكية بالقاهرة، بيروت 2014.،ص 567.

- جواد الرباع: المسألة الدستورية وإشكالية الانتقال الديمقراطي حالة المغرب، مجلة تبين للدارسات الفكرية والثقافية، فصلية محكمة يصدرها المركز العربي للأبحاث ودراسة السياسيات، العدد 8 ربيع 2014؛
- حكيم التوزاني:"الانتقال الديمقراطي بين الضمانات الدستورية والإكراهات السياسية" مجلة مسالك ، مطبعة النجاح الجديدة– الدار البيضاء– عدد مزدوج 19–20/ 2012 ص 132 وما بعدها.
- رقية مصدق: "متاهات السلطة التأسيسية هل تتعايش الملكية الدستورية مع دستور تقديري؟ طبعة 1437هـ/2016 مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء؛
- سعيد بن سعيد العلوي، "الديمقراطية والتحولات الاجتماعية في المغرب"، منشورات كلية الآداب والعلوم الإنسانية بالرباط، مطبعة النجاح الجديدة– الدار البيضاء– الطبعة الأولى 2000؛
- عادل ماجد: العدالة الانتقالية والإدارة الناجحة لمرحلة ما بعد الثورات. المصدر: مجلة السياسة الدولية العدد 192، أبريل 2013.
- عبد الإله بلقزيز: "الانتقال الديمقراطي في الوطن العربي،العوائق والممكنات، المسألة الديمقراطية في الوطن العربي"، مركز دراسات الوحدة العربية، الطبعة الأولى، بيروت2000
- عبد الإله بلقزيز:"السلطة والمعارضة المجال السياسي العربي المعاصر (حالة المغرب)"، المركز الثقافي العربي، الطبعة الأولى، 2007.
- عبد الحي المودن :العدالة الانتقالية والسلطوية: نموذج المغرب، المركز العربي للأبحاث ودراسة السياسات، المركز العربي للأبحاث ودراسة السياسات (المؤتمر السنوي الثاني للعلوم الاجتماعية والإنسانية) – بحث غير منشور.
- عبد الحي المودن: إشكالات المصالحة السياسية، مجلة يتفكرون العدد 02 خريف 2013.
- عبد الرحمان علال: "دستور 2011 تأملات وإشكالات" مجلة مسالك مجلة مسالك مرجع ساب، ص 33 وما بعدها.
- عبد العزيز فجال:"الثابت والمتحول في الدستور الجديد قراءة في مسارات التطبيق (محاولة قانونية لفهم معنى "التعيين" و "التنصيب" في الدستور الجديد)، مجلة رهانات العدد 23 صيف 2012.
- كمال عبد اللطيف: "العدالة الانتقالية والتحولات السياسية في المغرب، تجربة هيئة الانصاف والمصالحة،المركز العربي للأبحاث ودراسة السياسات، سنة 2013 .
- محمد الخراط : عندما تصبح العدالة ... إنتقالية،مجلة يتفكرون، العدد 2 خريف 2013.
- محمد مدني وإدريس المغروي وسلوى الزرهوني (مشاركين) "دراسة نقدية للدستور المغربي للعام 2011 "، منشورات المؤسسة الدولية للديمقراطية والانتخابات 2012.
- محمد مدني:"الدستور الجديد تركيز السلطة وضعف الضمانات"، مجلة دفاتر وجهة نظر العدد 24 مطبعة النجاح الجديدة الطبعة الأولى 2011 .
- المستشار عادل ماجد: قواعد المصالحة الوطنية في المراحل الانتقالية، تطبيق على الوضع المصري، مجلة يتفكرون العدد 2.
- نشر جون راولز نظرية العدالة عام 1981، كما نشر كتاب العدالة إنصاف عام 2001.

- هيرميت (غي): "سحر النظريات الخادع : حصيلة الأبحاث" ترجمة حمادي الصفي، مساهمة في ملف "مستقبل الديمقراطية في دول الجنوب" مجلة مقدمات، عدد 23/22، صيف /خريف 2001.
- بالأجنبية:

- Amartya Sen, 'Democracy as a Universal Value', Journal of Democracy 10: 3 (1999),
- Dankwart A. Rustow, 'Transitions to Democracy: Toward a Dynamic Model', Comparative Politics, 2: 3 (1970) .
- Donald L. Horowitz, 'Democracy in Divided Societies', Journal of Democracy, 4: 4 (1993) .
- Eric A. Posner and Adrian Vermeule' ,Transitional Justice as Ordinary Justice', Harvard Law Review, Vol. 117, No. 3 ,Jan. 2004.
- Hernet (Guy) : « le concept de transition démocratique » cahiers de la fondation Abderrahman bouabib, N° 11, 1997.
- Huntington (Samuel) : la troisième vague : les démocratisations de la fin du XXème siècle, traduit par : François Burgers, nouveaux horizons 1996.
- John Keane, 'Humble Democracy?', .N. Ganguli Memorial Lecture, Centre for the Study of Developing Societies , Delhi, 25 February 2005 (at: http://johnkeane.net/48/topics-of-interest/humble-democracy, accessed: 30 June 2013).
- Kieran McEvoy, Beyond Legalism: 'Towards a Thicker Understanding of Transitional Justice', Jornal of Law and Society, Vol. 34, No. 4, December 2007.
- Louise Arbour, 'Economic and social justice for sociétés in transition', New York Université Journal of International Law and Politics, vol. 40, No. 1, Fall 2007, at. 1
- Louise Arbour, 'Economic and social justice for societies in transition', New York University Journal of International Law and Politics, vol. 40, No. 1, Fall 2007 ,at.1
- Mickael Vogel, « La démocratisation au Maroc (9 mars 2011-1juillet) »Les Etudes et Essai du centre Jarque Berque no ,7(novembre 2011).
- Mohamed Madani, « Mouvement sociaux : champ politique et gouvernance publique, » forum social Marocain, vol.2(2004) ;
- Robert Dahl, A Preface to Democratic Theory(Chicago: University of Chicago Press, 2006).
- Sen, 'Democracy as a Universal Value',
- Thomas Carothers, "The End of the Transition Paradigm." Journal of Democracy, 13: 1, (2002) .

الهوامش

[1] – Huntington (Samuel) : la troisième vague : les démocratisations de la fin du XXème siècle, traduit par : François Burgers, nouveaux horizons 1996.

[1] – Thomas Carothers, "The End of the Transition Paradigm." *Journal of Democracy, 13: 1, (2002)*, pp. 6-7

نقلا عن عيسى ببروك الانتخابات في المغرب محاولة في فرضية الانتقال الديمقراطي: رسالة لنيل الدبلوم الدراسات العليا جامعة القاضي عياض كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية مراكش سنة 2007-2008 ص 1 وما بعدها.

1 Robert Dahl, A Preface to Democratic Theory(Chicago: University of Chicago Press, 2006), pp. 97-98.

1 Dankwart A. Rustow, 'Transitions to Democracy: Toward a Dynamic Model', Comparative Politics, 2: 3 (1970), p. 351.

1 Donald L. Horowitz, 'Democracy in Divided Societies', Journal of Democracy, 4: 4 (1993), pp. 18-38.

[1] - Hernet (Guy) : « le concept de transition démocratique » cahiers de la fondation Abderrahman bouabib, N° 11, 1997, Page : 18.

[1]- هيرميت (غي): "سحر النظريات الخادع : حصيلة الأبحاث" ترجمة حمادي الصفي، مساهمة في ملف "مستقبل الديمقراطية في دول الجنوب" مجلة مقدمات، عدد 23/22، صيف /خريف 2001، الصفحة 70.

عيسى ببروك الانتخابات في المغرب محاولة في فرضية الانتقال الديمقراطي عيسى ببروك الانتخابات في المغرب محاولة في فرضية الانتقال الديمقراطي مرجع سابق ص 4 وما بعدها.

[1]- Hermet Guy : « Le concept de transition démocratique »,op.cit, pp 17-18.

[1]- عبد الإله بلقزيز: "الانتقال الديمقراطي في الوطن العربي،العوائق والممكنات، المسألة الديمقراطية في الوطن العربي"، مركز دراسات الوحدة العربية، الطبعة الأولى، بيروت2000 ،ص 137.

1- انظر في ذلك: تقرير الأمين العام للأمم المتحدة حول "سيادة القانون والعدالة الانتقالية في المجتمعات التي عانت أو تعاني من الصراعات"، وثيقة الأمم المتحدة رقم U.N. Doc. S/2011/634، 12 أكتوبر 2011.

Kieran McEvoy, Beyond Legalism: 'Towards a Thicker Understanding of Transitional Justice', Jornal of Law and Society, Vol. 34, No. 4, December 2007, p.439.

Louise Arbour, 'Economic and social justice for societies in transition', New York University Journal of International Law and Politics, vol. 40, No. 1, Fall 2007 ,at.1

تقرير الأمين العام للأمم المتحدة حول "سيادة القانون والعدالة الانتقالية بالنسبة للمجتمعات في مراحل الصراعات وما بعد الصراعات"، وثيقة الأمم المتحدة رقم U.N. Doc. S/616/2004 23 أغسطس 2004، فقرة (8).

- للمزيد من المعلومات حول التطور التاريخي لمفهوم العدالة الانتقالية، انظر:

Ruti Teitel ,Transitional Justice Genealogy 15 ,سHarv. Hum. Rts. J. 96, 4002, Pp.94-69 .

Eric A. Posner and Adrian Vermeule' ,Transitional Justice as Ordinary Justice', Harvard Law Review, Vol. 117, No. 3 ,Jan. 2004, p.762

1 - إذا كان الانتقال الديمقراطي في حدود دلالته الاصطلاحية يفيد بكل بساطة الانتقال نحو الديمقراطية، فإنه بحمولته الإيديولوجية والسياسية يبقى من أكثر المفاهيم التباسا وأصعبها تعريفا على الإطلاق. ومرد ذلك في تقديرنا إلى أمرين اثنين:

أولا: تعدد صور وسيناريوهات الانتقال وتعدد التجارب الانتقالية نحو الديمقراطية (إسبانيا، البرتغال، أوربا الشرقية، أمريكا اللاتينية) بحيث يصعب تحديد أنموذج محدد وموحد يتم على ضوئه الانتقال نحو الديمقراطية، ومن هنا تتبع صعوبة تحديد محدد وواحد للانتقال الديمقراطي.

ثانيا:" الانتقال الديمقراطي" موضوع رهان بين الفرقاء السوسيوسياسيين، وبتعدد قناعات هؤلاء الفرقاء تتعدد رؤاهم الإستراتيجية.

1 Amartya Sen, 'Democracy as a Universal Value', Journal of Democracy 10: 3 (1999), p. 4.

1 John Keane, 'Humble Democracy?', .N. Ganguli Memorial Lecture, Centre for the Study of Developing Societies , Delhi, 25 February 2005 (at: http://johnkeane.net/48/topics-of-interest/humble-democracy, accessed: 30 June 2013).

1 Sen, 'Democracy as a Universal Value', p. 10

[1]– مفهوم العدالة مفهوم واسع مركب، ذو جوانب وأبعاد متعددة.ويرجع ذلك إلى أسباب كثيرة، منها تعدد المنابع والروافد التي تغذي مفهوم العادلة الاجتماعية. فالعدالة الاجتماعية فكرة فلسفية مثلما هي فكرة دينية وقيمة اجتماعية ومبدأ أخلاقي.5مزيدا من التوسع أنظر : إبراهيم العيساوي العدالة الاجتماعية والنماذج التنموية، المركز العربي للأبحاث ودراسات السياسات بيروت أبريل 2014، ص 135.

1- يمكن من خلال استقراء واقع الممارسات والتطبيقات المختلفة لمفهوم العدالة الانتقالية الحديث عن مراحل ثلاث للعدالة الانتقالية، هي: **المرحلة الأولى:** جاءت في أعقاب الحرب العالمية الثانية مباشرة، وتمثلت بشكل أساسي في محاكمات نورمبرج، تمحورت العدالة الانتقالية خلال هذه المرحلة حول فكرة التجريم والمحاكمات الدولية المترتبة عليها. وتمثلت أهم ميكانيزمات عملها في اتفاقية الإبادة الجماعية التي تم إقرارها، وإرساء سوابق لم يعد من الممكن بعدها تبرير انتهاك حقوق الإنسان باسم الاستجابة للأوامر. في هذه المرحلة، شكل مرتكبوا انتهاكات حقوق الإنسان مركز الاهتمام في مساع تحقيق العدالة. وأثناء الحرب الباردة، ركدت جهود تحقيق العدالة الانتقالية واستمر ذلك حتى انهيار للإتحاد السوفيتي.

المرحلة الثانية : حدثت بعد انهيار الإتحاد السوفيتي والتغيرات السياسية المختلفة في دول أوروبا الشرقية وألمانيا وتشيكوسلوفاكيا، وفي هذه المرحلة تم تطبيق مفهوم مُسيس وذا طابع محلي أو وطني من العدالة الاجتماعية ارتبط بالهياكل الرسمية للدولة، وهنا تجاوزت فكرة المحاكمات وتضمنت آليات أخرى مثل لجان الحقيقة، والتعويضات، أي إنه خلال هذه المرحلة صارت العدالة الانتقالية بمثابة حوار وطني بين الجناة والضحايا، وخلال هذه المرحلة برزت تجربة لجان الحقيقة في الأرجنتين وعدد من دول أمريكا اللاتينية وجنوب أفريقيا. لقد تطور المفهوم خلال الفترات الانتقالية التالية لحكم الدكتاتوريات العسكرية في أمريكا اللاتينية، جنوب أفريقيا بعد نظام الأبارتهايد وبعض الدول الأفريقية ودول شرق ووسط أوروبا في أعقاب الحرب الباردة. كان هناك توافق دولي على الحاجة لإجراءات العدالة الانتقالية للتعامل مع انتهاكات حقوق الإنسان الماضية، وهذا ما تزامن مع أهداف الدول والهيئات المانحة التي تطلبت وجود تطبيقا محكما لحكم القانون بما يسمح بالتنمية الاقتصادية. بعبارة أخرى، أعطت الموجة الثالثة للديمقراطية في أواخر الثمانينات وأوائل التسعينيات

زخما وحافزا جديدا للعدالة الانتقالية، انتقل به من كونه مفهوما رابطا بين المرحلة الانتقالية للتحول الديمقراطي والعدالة (كما نشأ في أواخر الأربعينات)، إلى فضاء أوسع بحيث أضحى هذا المفهوم يتضمن منظورا أوسع يقوم على إعادة تقييم شامل للوصول بمجتمع ما في المرحلة الانتقالية إلى موقع آخر تعد الديمقراطية أحد أهدافه الأساسية.

المرحلة الثالثة: بدأت بعد إنشاء المحكمة الجنائية الدولية الخاصة بيوجوسلافيا السابقة في 1993 ، إذ أدى تكرر النزاعات إلى تكرر حالات تطبيق العدالة الانتقالية، كما ارتفعت الأصوات المنادية بالحد من الأخذ بمبدأ الحصانة ليصبح الاستثناء وليس القاعدة، وفي هذا السياق تم إنشاء المحكمة الجنائية الدولية الخاصة برواندا في 1994، ثم في 1998 تم إقرارا النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية. وقد أثرت هذه التطورات في الكثير من اتفاقيات السلام التي عقدت بعد ذلك، والتي أشارت إلى المحاكمات الدولية باعتبارها جزءا من عملية التسوية السلمية ؛ من ذلك اتفاقية أروشا المتعلقة ببوروندي، واتفاقية ليناس ماركوسيس الخاصة بساحل العاج. وفي هذه المرحلة، التي لا تزال مستمرة حتى الآن تتم الإحالة دائما إلى القانون الدولي الإنساني والقانون الدولي لحقوق الإنسان، بالإضافة إلى العودة لاستلهام نموذج محاكمات نورمبرج، لاسيما مع دخول ميثاق روما الخاص بالمحكمة الجنائية الدولية لحيز التنفيذ في 2004 وإقرار وجود المحكمة كآلية دائمة لمحاسبة مرتكبي الانتهاكات الخطيرة لحقوق الإنسان.

1- وفقا لسمير أمين " يسمح الاقتصاد النيوكلاسيكي الذي يعتبر نفسه "محضا" بإضفاء الطابع العلمي " على الليبرالية المفرطة" كونه منفصلا عن الواقع لايهم : مثل أي خرافة هو يوظف ذريعة فحسب : أنظر 5مراد دياني: حرية –مساواة الاندماج اجتماعي المركز العربي للأبحاث ودراسة السياسات الطبعة الأولى بيروت يناير 2014.

1- كمال عبد اللطيف: "العدالة الانتقالية والتحولات السياسية في المغرب، تجربة هيئة الانصاف والمصالحة،المركز العربي للأبحاث ودراسة السياسات، سنة 2013 ص 7.

1-نشر جون راولز نظرية العدالة عام 1981، كما نشر كتاب العدالة إنصاف عام 2001، حاول فيهما تطوير تصوره للعدالة واغنائه، بل ومراجعة بعض جوانب هذا التصور.

1- امرتن صن: " فكرة العدالة، ترجمة مازن جندلي (بيروت ودبي : الدار العربية للعلوم، ومؤسسة بن راشد آل مكتوم، 2010).

[1]- كمال عبد اللطيف : "العدالة الانتقالية والتحولات السياسية في المغرب، تجربة هيئة الانصاف والمصالحة ص 11.

[1]- محمد الخراط : عندما تصبح العدالة ... إنتقالية،مجلة يتفكرون، العدد 2 خريف 2013،ص 30.

[1]- تنتمي دراسات العدالة الانتقالية بشكل تقليدي إلى حقل القانون الدولي لحقوق الإنسان، ومع التطور في تطبيقات المفهوم تم توسيع مجالات دراسة المفهوم لتشمل العديد من الآليات والأهداف تنتمي للعديد من المجالات العلمية والبحثية. والآن يمتد الاهتمام بالعدالة الانتقالية عبر العديد من المجالات العلمية لاسيما مع إسهامات علماء القانون والسياسية والاجتماع والأنثروبولوجي والمؤرخين، ورجال دين، والصحفيين ونشطاء حقوق الإنسان، وتعكس هذه الممارسات والأجندات البحثية التطورات المستمرة في مفهوم العدالة الانتقالية، والظواهر المرتبطة به من قبيل جهود تحقيق العدالة، إشكالية المسؤولية/ الحصانة، ولجان الحقيقة، وجهود إعادة حكم القانون. وبصفة عامة، ينقسم المفكرون والفلاسفة المعنيون بالعدالة الانتقالية (على اختلاف تخصصاتهم) حول اثنين من الروافد الثقافية؛ الأول الفكر الليبرالي لحقوق الإنسان، أما الثاني فهو الرافد الديني. ورغم تباينهما، يشترك الرافدان في العديد من الفرضيات والاستنتاجات، وإن كان لكل منهما نقاط تميزه بل وتوجد خلافات بينية في كل رافد.

الروافد الليبرالية للعدالة الانتقالية : يقوم النهج الليبرالي للعدالة الانتقالية على الميراث الفكري لكل من جون لوك وإيمانويل كانط وجون ستيوارت ميل الداعي إلى المساواة والحرية، فضلا عن فكر جون رولز الداعي لعدالة توزيع الموارد الاقتصادية. وفيما يخص جرائم الماضي، يميز رواد الرافد الليبرالي ما بين نظريتين، أولاهما تركز على معاقبة مرتكبي الجرائم، في حين تركز الثانية على إعادة تأهيل الضحايا، والردع، وتحسين النظام الاجتماعي بصفة عامة.

الروافد الدينية للعدالة الانتقالية: فتعد "حقوق الإنسان" هدفا لها، ولكنه ليس المفهوم الأساسي المحرك، ولكن تعد "المصالحة" هي الفكرة التي تتلاقى حولها كل الروافد الدينية، وهو ما يعد أحد التطورات غير المتوقعة في الخطاب المتعلق بالعدالة الانتقالية. وإن كانت لتلك الروافد اختلافاتها البينية من الفكر الكاثوليكي وبعض الطوائف البروتستانتية واليهودية. ما يعد عفو النبي محمد – صلى الله عليه و سلم – عن أهل مكة بعد فتحها رافدا إسلاميا مهما يمكن أن يرتكز عليه مفهوم العدالة الانتقالية في البلاد الإسلامية

1– هناء وحيد الغايش: " العدالة الانتقالية : قراءة مفاهيمية و معرفية" الشبكة العربية العالمية.

http://www.globalarabnetwork.com/studies/7732-2012-08-01-135319

[1]– عادل ماجد: العدالة الانتقالية والإدارة الناجحة لمرحلة ما بعد الثورات. المصدر: مجلة السياسة الدولية العدد 192، أبريل 2013 .

1– عبد الحي مودن: العدالة الانتقالية والسلطوية: نموذج المغرب، المركز العربي للأبحاث وتحليل السياسات،ص 3.

[1]– عبد العزيز النويضي : " إشكالية العدالة الانتقالية: تجربتي المغرب وجنوب إفريقيا" مقال بمركز الجزيرة للدراسات

http://studies.aljazeera.net/files/arabworlddemocracy/2013/01/201312410191634162.html

1 –انظر:

–Louise Arbour, 'Economic and social justice for sociétés in transition', New York Université Journal of International Law and Politics, vol. 40, No. 1, Fall 2007, at. 1

[1]– المنظمة السورية للتنمية الديمقراطية (العدالة الانتقالية) نظر هذا الموقع يوم 30 شتنبر 2014

http://www.ddc-sy.org/index.php/2013-10-27-16-18-34/115-2014 -05-16-12-14-29

– [1]إدريس لكريني: المغرب وتجربة الإنصاف والمصالحة، مجلة الديمقراطية، مؤسسة الأهرام، مصر، العدد 24 أكتوبر 2006.

[1]– محمد مالكي : عن أهمية المصالحة الوطنية في البلاد العربيةً، انظر الرابط

http://www.shaffaflibya.com/index.php?option=com_content&view=article&id=1020:&catid=212:2011-11-06-13-39-24&Itemid=201

1– المستشار عادل ماجد: قواعد المصالحة الوطنية في المراحل الانتقالية، تطبيق على الوضع المصري، مجلة يتفكرون العدد 2، مرجع سابق ص 84.

1– المستشار عادل ماجد: قواعد المصالحة الوطنية، مرجع سابق ص 86.

1– امحمد مالكي: "العدالة الانتقالية والتحول الديمقراطي في المغرب قراءة في تجربة هيئة الإنصاف والمصالحة، بيروت 20–21 نيسان 2012 ص 3.

1– عبد الحي المودن: إشكالات المصالحة السياسية، مجلة يتفكرون العدد 02 خريف 2013، ص 65.

1- عبد العزيز النويضي: إشكالية العدالة الانتقالية: تجربتي المغرب وجنوب إفريقيا، انظر الرابط:
http://studies.aljazeera.net/files/arabworlddemocracy/2013/01/201312410191634162.html

1- امحمد مالكي: "العدالة الانتقالية والتحول الديمقراطي في المغرب، مرجع سابق، ص 14.

1- تكونت الهيئة من رئيس هو الراحل إدريس بنزكري؛ وستة عشر عضواً؛ نصفهم من ضمن أعضاء المجلس الاستشاري لحقوق الإنسان ونصفهم الباقي من خارج المجلس.

1- إدريس لكريني: العدالة الانتقالية وأثرها على التحول الديمقراطي بالمغرب ، مقاربة لنماذج عالمية في ضوء الحراك العربي مقالة غير منشورة (المؤتمر السنوي الثالث للمركز العربي للأبحاث ودراسة السياسات تونس 30-31 مارس 2014) ص 28.

[1]- إدريس لكريني: العدالة الانتقالية وأثرها على التحول الديمقراطي بالمغرب نفس المرجع السابق ص 25.

1- إدريس لكريني: " الإصلاح الدستوري وحقوق الإنسان بالمغرب" مجلة مسالك الفكر والسياسة والاقتصاد عدد مزدوج 19-20/ 2012 ص 98 وما بعدها.

1-إدريس جنداري: "المسألة السياسية في المغرب من سؤال الإصلاح إلى سؤال الديمقراطية" دفاتر وجهة نظر، مطبعة النجاح الجديدة الطبعة الأولى 2013.

[1]_ عبد الرحمان علال: "دستور 2011 تأملات وإشكالات" مجلة مسالك مجلة مسالك مرجع ساب، ص 33 وما بعدها.

[1]- عبد الحي المودن :العدالة الانتقالية والسلطوية: نموذج المغرب، المركز العربي للأبحاث ودراسة السياسات، المركز العربي للأبحاث ودراسة السياسات (المؤتمر السنوي الثاني للعلوم الاجتماعية والإنسانية) - بحث غير منشور- ص 28.

[1]- أنظر، ديباجة الدستور، في الدستور الجديد للمملكة المغربية، " نصوص قانونية محيَّنة"، عدد 51 ، [الدار البيضاء : مطبعة النجاح الجديدة الطبعة الأولى ص 20.

[1]- نفس المرجع السابق.

1- الفصل 6 من دستور 2011.

1- الفصل الثالث والثلاثون من دستور 2011.

[1]- تضمن الدستور المعدّل مجموعة من المستجدات التي تدعم هذه الاستقلالية ماليًا وإداريًا. فعلاوة على استبدال مصطلح القضاء بالسلطة القضائية في الباب السابع منه، وتأكيد استقلالية هذه السلطة عن باقي السّلطات الأخرى (الفصل107)، جرى استبدال المجلس الأعلى للقضاء بالمجلس الأعلى للسلطة القضائية الذي أصبحت تشكيلته منفتحة على مجموعة من الهيئات المستقلة، خاصة منها المجلس الوطني لحقوق الإنسان، ومؤسسة الوسيط.

[1]- احتضنت الصخيرات المناظرة الوطنية الأولى للحكامة حول موضوع "التقائية الاستراتيجيات والبرامج القطاعية" في يومي 12 و13 شباط/ فبراير 2013. وهدفت تلك المناظرة إلى إعطاء الانطلاقة الفعلية لورش تنسيق السياسات والبرامج العمومية، وتقييم مدى نجاعتها وانسجامها والتقائيتها. وتتوخى المناظرة التي تنظمها الوزارة المكلفة بالشؤون العامة والحكامة دراسة الإمكانيات والفرص المتاحة للرفع من الانسجام، والتكامل بين مختلف الاستراتيجيات والبرامج العمومية لتحسين فعاليتها ونجاعتها.

كما يشارك في هذه المناظرة، المنظَّمة بدعم من برنامج الأمم المتحدة الإنمائي ممثلون عن القطاع الخاص والنقابات والمجتمع المدني ومنظمات دولية ورجالات السياسة والاقتصاد.

1- بوشعيب أوعبي، "دسترة هيئات الحكامة الجيدة" مقال بجريدة العلم؛ يوم 09 غشت 2011

http://www.alalam.ma/def.asp?codelangue=23&id_info=43211

[1]- إدريس لكريني: المغرب وتجربة الإنصاف والمصالحة، مجلة الديمقراطية، مؤسسة الأهرام، مصر، العدد 24 أكتوبر 2006؛ ص 197.

[1]- كمال عبد اللطيف: "العدالة الانتقالية والتحولات السياسية في المغرب، مرجع سابق ص 46.

[1]- عبد الحي المودن :العدالة الانتقالية والسلطوية: نموذج المغرب، مرجع سابق ص 28.

[1]- امحمد مالكي: العدالة الانتقالية والتحول الديمقراطي، مرجع سابق ص 17.

[1]_ محمد مدني:"الدستور الجديد تركيز السلطة وضعف الضمانات"، مجلة دفاتر وجهة نظر العدد 24 مطبعة النجاح الجديدة الطبعة الأولى 2011 ص 85 وما بعدها.

[1]- الظهير الشريف أو الظهير الملكي هو مرسوم يصدره ملك المغرب بصفته سلطة عليا وممثلًا أسمى للأمّة. يوقّع الظهير بالعطف من لدن الوزير الأول ماعدا الظهائر المتعلقة بتعيين الوزير الأول والوزراء وإعفائهم – مجلس الوصاية – حالة الاستثناء – الاستفتاء –حل البرلمان – تعيين القضاة. يتميز الظهير دائما برقم 1 على اليسار بالإضافة إلى الرقمين الأخيرين هما عام الإصدار والرقم الترتيبي، ثم التاريخ الهجري والتاريخ الميلادي والموضوع، من مثل : ظهير شريف رقم 1.72.061 الصادر بتاريخ 23 محرم 1392 موافق 10 مارس 1972.

[1]- حكيم التوزاني:"الانتقال الديمقراطي بين الضمانات الدستورية والإكراهات السياسية" مجلة مسالك ، مطبعة النجاح الجديدة- الدار البيضاء- عدد مزدوج 19-20/ 2012 ص 132 وما بعدها.

[1]- نفس المرجع السابق، ص 179.

[1]- عبد العزيز فجال:"**الثابت** والمتحول في الدستور الجديد قراءة في مسارات التطبيق (محاولة قانونية لفهم معنى "التعيين" و "التنصيب" في الدستور الجديد)، مجلة رهانات العدد 23 صيف 2012، ص 15.

[1]- عبد الإله بلقزيز:"السلطة والمعارضة المجال السياسي العربي المعاصر (حالة المغرب)"، المركز الثقافي العربي، الطبعة الأولى، 2007.

1- التنمية الإنسانية العربية في القرن الحادي والعشرون أولوية التمكين إعداد بهت قرني،مركز دراسات الوحدة العربية ومنتدى الجامعة الأمريكية بالقاهرة، بيروت 2014.،ص 567.

إجراءات إيقاع الطلاق بين الزوجين "دراسة نقدية"

د. بحماوي عبدالله

جامعة أحمد دراية– أدرار – الجزائر

أ.د. بحماوي شريف

جامعة أحمد دراية –أدرار–الجزائر

Cherifbbm01@yahoo.fr

ملخص:

تتناول الدراسة موضوع من بين الموضوعات الإجرائية المهمة التي تناولها المشرع في قانون الأسرة وقانون الإجراءات الإدارية والمدنية، ألا وهو الطلاق باعتباره مسألة من المسائل الأسرية التي تطرح الكثير من الإشكالات، لذلك نظمها المشرع الجزائري بإجراءات تختلف بحسب أنواع الطلاق إذا كان بطلب من أحد الزوجين أو طلاق بالتراضي. هذا ويقتضي البحث التطرق إلى إجراءات الصلح والتحكيم باعتبارهما آليات بديلة لحل النزاع بين الزوجين.

الكلمات المفتاحية:

الطلاق – النفقة – الصلح – التحكيم– الزوج – القاضي

Résumé :

Le divorce est une des questions de procédure importantes du droit de la famille et du droit des procédures civiles et administratives en matière familiale qui pose de nombreux problèmes, le législateur algérien les organise selon différentes modalités selon le type de divorce, à la demande de l'un des conjoints ou d'un commun accord.

Lorsque la recherche nécessite d'aborder les procédures de réconciliation et d'arbitrage comme des mécanismes alternatifs pour résoudre le différend entre conjoints et réduire les tendances devant les tribunaux.

Mot clé :

Le divorce– Conjoints– Le législateur– Réconciliation– Arbitrage

Procédure de divorce entre époux "étude critique"

مقدمة

تنقسم القواعد القانونية إلى قواعد موضوعية تتصل بالحقوق والالتزامات، وقواعد إجرائية (شكلية) تبين الإجراءات والشروط التي تمكن الأشخاص من الوصول إلى حقوقهم، كبيان كيفية رفع الدعوى إلى المحكمة، وكيفية التحقيق في القضية والفصل فيها، وطرق ومدد الطعن في الأحكام، والإجراءات المتبعة في تنفيذها.

وتعتبر الإجراءات المدنية والإدارية النوع الثاني من القوانين الإجرائية–إلى جانب قانون الإجراءات الجزائية– الذي يختص بالإجراءات في المسائل المتعلقة بالدعاوى المدنية والإدارية.

ولا يخفى على الباحثين المراحل التي مر بها قانون الإجراءات المدنية والإدارية في الجزائر، والصعوبات التي مر بها ليصبح بهذا الشكل الجديد، نظرا لتغير الفلسفة التي كان ينتهجها المشرع الجزائري، من التوجه الاشتراكي إلى التوجه الرأسمالي بمقتضى دستوري 1989 و1996، وخصوصا تبني نظام الازدواجية القضائية.

والواقع أن المجهودات المبذولة قد توجت بصدور قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد الذي واكب التطورات التي عرفها سلك القضاء والتنظيمات القضائية المماثلة. ولا شك في أن كل عمل تعتريه بعض النقائص والعيوب، بيد أن الوقوف عليها يقتضي من الباحثين دراسة جزئية لفصوله.

هذا؛ وقد اشتمل هذا القانون على عدة مسائل من بينها المسائل المتعلقة بقضايا شؤون الأسرة، وقضايا شؤون الأسرة عديدة، إرتأ الباحثان تسليط الضوء على جزئية صغيرة منها، ولكنها كبيرة كبر القضايا المطروحة على طاولات القضاء، ألا وهي الطلاق. فما هي إجراءات الحكم به وفقا لهذا القانون؟.

ومن خلال هذه الإشكالية سنتناول وفقا لمنهج تحليلي نقدي ومقارن طرق وإجراءات الطلاق منذ رفع الدعوى من أحد الزوجين إلى غاية النطق بالحكم وتنفيذه، وذلك وفق الخطة التالية؛ إجراءات الطلاق بالتراضي (المبحث الأول)، إجراءات الطلاق بطلب أحد الزوجين (المبحث الثاني) وإجراءات الصلح والتحكيم (المبحث الثالث).

المبحث الأول

إجراءات الطلاق بالتراضي

سنبين في هذا المبحث تعريف الطلاق بالتراضي(المطلب الأول)، وبيان الإجراءات التي نص عليها المشرع الجزائري في قانون الإجراءات المدنية والإدارية(المطلب الثاني)، ثم نقد تلك الإجراءات(المطلب الثالث).

المطلب الأول

تعريف الطلاق بالتراضي

ونتناول في هذا المطلب تعريف الطلاق بالتراضي (الفرع الأول)، وبيان شروط إيقاعه (الفرع الثاني).

الفرع الأول

تعريف الطلاق بالتراضي

نص المشرع الجزائري في المادة 48 من قانون الأسرة الجزائري على أنه: ((مع مراعاة أحكام المادة 49 أدناه، يحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53 و 54 من هذا القانون))[1].

يلاحظ من نص المادة 48 أن المشرع لم يتجه إلى تعريف الطلاق في هذه المادة، وإنما حدد حالاته، وحصرها في ثلاث حالات وهي: الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج، الطلاق بتراضي الزوجين، والطلاق بطلب من الزوجة، وإن كان المشرع الجزائري قد أشار في المادة 47 من قانون الأسرة الجزائري إلى أن الطلاق يعتبر سبباً من الأسباب التي تنحل بها الرابطة الزوجية[2].

وإذا اتجهنا إلى الفقه فإننا نجده يعرف الطلاق بالتراضي على أنه :" إنهاء الرابطة الزوجية بين الزوجين بلفظ يفيد الطلاق صراحة أو ضمناً"[3]. كما يعرف بأنه " اتفاق بين الزوجين على إنهاء الرابطة الزوجية بينهما بإرادتهما المشتركة، ويتم ذلك بناء على طلب أحدهما وموافقة الآخر، أو بناء على طلبهما المشترك"[4]. فالطلاق بالتراضي إذن هو ذلك النوع من الطلاق الذي تنتهي فيه الرابطة الزوجية باتفاق الزوجين، فهو يتم بدون خصام أو نزاع، وهذا النوع من الطلاق يختلف عن أنواع الطلاق الأخرى من حيث كونه يتفق فيه الطرفان على جميع آثاره.

كما أكد المشرع الجزائري أن الطلاق بالتراضي–وباقي أنواع الطلاق الأخرى– لا تثبت إلا بحكم قضائي[5] بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي في مدة لا تتجاوز 03 أشهر.

وفي هذا السياق قررت المحكمة العليا بأنه من المقرر قانونا أن الطلاق يمكن ان يتم بتراضي الزوجين، ولا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد محاولة الصلح من طرف القاضي، ومن راجع زوجته بعد صدور الحكم بالطلاق يحتاج إلى عقد جديد، ومن ثم فإن القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد مخالفا للقانون[6].

فقد أراد المشرع الجزائري ألا يقع الطلاق خارج المحاكم، ومن ثمة التحكم في هذه الظاهرة التي أصبحت تتفاقم في المجتمع الجزائري.

المطلب الأول

شروط إيقاع الطلاق بالتراضي:

إن الطلاق بالتراضي لا يقع إلا إذا توافرت فيه الشروط التالية[7] :

- تشترط الأهلية الكاملة في الزوجين معاً.

-يشترط ألا تكون إرادة أحدهما معيب بعيب من عيوب الإرادة كالإكراه مثلاً.

-وجود طلب مشترك من قبل الزوجين وفقاً للإجراءات المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية والإدارية والتي سنبينها في المطلب الثاني.

المطلب الثاني

إجراءات إيقاع الطلاق بالتراضي

فقد نص المشرع الجزائري على إجراءات الطلاق بالتراضي في المواد من 427 إلى 435 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، والمتمثلة في:

أولاً: عريضة طلب الطلاق بالتراضي

فيجب أن يقدم طلب مشترك في شكل عريضة وحيدة موقعة من الزوجين تودع بأمانة الضبط[8].

يجب أن تتضمن العريضة الوحيدة[9] :

1- بيان الجهة القضائية المرفوع أمامها الطلب،

2- اسم ولقب وجنسية كلا الزوجين وموطن وتاريخ ومكان ميلادهما،

3- تاريخ ومكان زواجهما، وعند الاقتضاء، عدد الأولاد القصر،

4- عرض موجز يتضمن جميع شروط الاتفاق الحاصل بينهما حول توابع الطلاق.

ويجب أن ترفق مع العريضة شهادة عائلية ومستخرج من عقد زواج المعنيين[10].

كما نصت المادة 432 من نفس القانون على أنه لا يجوز تقديم طلب الطلاق بالتراضي، إذا كان أحد الزوجين تحت وضع التقديم أو ظهر عليه اختلال في قدراته الذهنية تمنعه من التعبير عن إرادته، ويتم إثبات ذلك عن طريق تقرير خبرة طبية يقدمه طبيب مختص.

كما يجب على القاضي مراجعة محتوى الاتفاق المبرم بين الزوجين، وله أن يلغي أو يعدل في شروطه إذا كانت تتعارض مع مصلحة الأولاد، أو تخالف النظام العام، ثم يضمن الاتفاق الحكم الذي يصرح فيه بالطلاق بين الزوجين[11].

ثانياً: محكمة الاختصاص

لقد عقد المشرع الجزائري الاختصاص النوعي في موضوع المسائل والمنازعات المتعلقة بالأسرة لقسم شؤون الأسرة الذي نص عليه ضمن الفصل الأول من الباب الأول من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، وجعله خاضعاً لإجراءات القواعد الموضوعية لقانون الأسرة المنصوص عليها من المادة 423 إلى 499 من نفس القانون.

يشرف على هذا القسم قاض متخصص، منحه القانون صلاحيات قاضي الاستعجال[12]، من أجل اتخاذ الإجراءات التحفظية الاستعجالية والوقائية المتعلقة بشؤون الأسرة ومنازعاتها أثناء سير الخصومة[13] .

أما بالنسبة للاختصاص الإقليمي فقد حدده المشرع في دعاوى الطلاق بالمحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مسكن الزوجية[14]، وهذا المكان في الغالب هو مسكن الزوج، ما لم يكن المسكن مؤجراً إيجاراً مشتركاً بين الزوجين، أو كانت ملكيته على الشيوع بينهما [15] .

وبالنسبة للطلاق بالتراضي فإن دعوى الطلاق ترفع حسب الاتفاق المبرم بين الزوجين أمام المحكمة التي تكون بها إقامة أحدهما وفقاً للمادة 426 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

المطلب الثالث

نقد وتقييم

إن الطلاق بالتراضي الذي أجازه المشرع الجزائري من خلال النصوص السابقة إنما يتم تجسيداً للاتفاق المتوصل إليه من قبل الزوجين[16]، ويتأكد هذا المعنى من خلال نص المادة 431 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية في فقرتها الثالثة التي تنص على أنه: ((يثبت

القاضي إرادة الزوجين، بإصدار حكم يتضمن المصادقة على الاتفاق النهائي ويصرح بالطلاق))[17].

إذن وكأن دور القاضي في الطلاق بالتراضي محصور في المصادقة على اتفاق الزوجين على الطلاق بالتراضي، إذ أنه يصرح بالطلاق ولا يحكم به (أي أنه حكم كاشف)، ومن ثمة نتساءل عن الهدف الذي يرمي إليه المشرع الجزائري من المادة السابقة عندما نص في الفقرة الأولى منها على : ((يتأكد القاضي في التاريخ المحدد للحضور، من قبول العريضة، ويستمع إلى الزوجين على انفراد ومجتمعين، ويتأكد من رضائهما، ويحاول الصلح بينهما إذا كان ذلك ممكناً)) فما الفائدة من محاولة الصلح عندما يتأكد القاضي من رضا الزوجين واتفاقهما على إيقاع الطلاق بالتراضي؟.

وتجدر الإشارة إلى أنه بموجب أحكام الشريعة الإسلامية يحق للزوج إنهاء العلاقة الزوجية بناء على إرادته المنفردة، ولا يحتاج إلى قبول الزوجة، لأن الأمر في هذه الحالة يتعلق بممارسة الحق الإرادي ولا تملك الزوجة إلا الخضوع، في حين يستطيع الزوجان في التشريع الغربي إنهاء العلاقة الزوجية بناء على إرادتهما المشتركة؛ ذلك أن هذه الشريعة لا تسمح لهما بإنهاء العلاقة الزوجية إلا إذا أثبت أحدهما تقصير الآخر بالتزامه[18].

وبالنسبة للاختصاص الإقليمي فقد تثور بعض الصعوبات حول تحديد المحكمة المختصة عندما يكون مسكن الزوجية في الخارج، وهنا يذهب بعض الفقه[19] إلى إمكانية عقد الاختصاص لمحكمة مكان تسجيل عقد الزواج في الجزائر، أو محكمة مكان تواجد مسكن الزوجية في الجزائر قبل السفر إلى الخارج.

وبعد معالجة الطلاق بالتراضي نتناول فيما يلي الطلاق بطلب من أحد الزوجين.

المبحث الثاني

إجراءات الطلاق بطلب من أحد الزوجين

ونتناول تعريفه (المطلب الأول)، ثم بيان الإجراءات الخاصة بطلب الطلاق من أحد الزوجين (المطلب الثاني).

المطلب الأول

تعريف الطلاق بطلب من أحد الزوجين

الطلاق بطلب من أحد الزوجين، إما أن يكون بطلب من الزوج وبإرادته المنفردة وفقاً لنص المادة 48 من قانون الأسرة الجزائري، أو أن يكون بطلب من الزوجة عند ما تثبت سبباً من الأسباب التي أوردتها المادة 53 من نفس القانون.

الفرع الأول

شروط الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج

تنص المادة 48 ق أ على أنه: ((مع مراعاة أحكام المادة 49 أدناه يحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج ...))

وقد قضت المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1984/12/31 بأنه من المقرر شرعا أن للزوج حق الطلاق من جانبه وحده عملا بالقاعدة الشرعية " العصمة بيد الزوج"، ومن ثم فإن القضاء بإبقاء روابط الزوجية قائمة بين الزوجين حتى بعد إبداء الزوج لإرادته في الطلاق يعد خرقا صريحا لهذه القاعدة الشرعية[20].

وعليه يجوز للزوج رفع دعوى قضائية لطلب الطلاق إذا توفرت الشروط[21] التالية:

- أن تكون الزوجة التي ترفع ضدها دعوى الطلاق مرتبطة بالزوج عن طريق عقد زواج صحيح.
- أن يكون الزوج راشداً وأهلاً لإيقاع الطلاق متمتعاً بكل قواه العقلية غير محجور عليه، بالغاً 19 عشر سنة كاملة، بمعنى أن الترخيص بزواج القاصر الذي يمنحه القاضي لا يرشد الزوج القاصر من أجل رفع دعوى الطلاق، فقد نصت المادة 437 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه : " عند ما يكون الزوج ناقص الأهلية يقدم الطلب باسمه من قبل وليه أو مقدمه حسب الحالة".

  والواقع أن هذا النص يناقض ما جاء في المادة 7 فقرة 2 من قانون الأسرة، الذي من خلاله أعطى المشرع للزوج القاصر أهلية التقاضي فيما يتعلق بآثار عقد الزواج بما فيها الطلاق.
- إجراء محاولات الصلح.

إن الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج لا يحتاج إلى تسبيب وفقاً لما قررته قرارات المحكمة العليا، وخصوصاً ما قضت به في قرارها الصادر في 1999/06/15 بقولها: " الطلاق بالإرادة المنفردة دون ذكر الأسباب يعد طلاقاً صحيحاً "[22].

ولذلك إذا ادعت الزوجة أن الزوج متعسف في طلاقه طلب إليه القاضي بيان الأسباب التي دفعته إلى طلب الطلاق، فإذا لم يبينها، أو ذكر سبباً تافهاً اعتبر الطلاق تعسفياً، وحكم للمطلقة بالتعويض.

وفي هذا الصدد قررت المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1986/04/07 بأنه " من الأحكام الشرعية أن للزوجة المطلقة طلاقا تعسفيا نفقة عدة، نفقة إهمال، نفقة متعة، وكذلك التعويض الذي قد يحكم به لها من جراء الطلاق التعسفي، وينبغي عند الحكم تحديد طبيعة المبالغ المحكوم بها لصالح المطلقة وفي أي إطار تدخل"[23].

الفرع الثاني

الطلاق بطلب من الزوجة

نص المشرع الجزائري على أنه يجوز للزوجة طلب فك الرابطة الزوجية بمقتضى التطليق، إذا توفر سبب من الأسباب الواردة في المادة 53 من ق أ، وقد أخذ المشرع الجزائري بالنظرية الواسعة في هذه الأسباب[24] عند ما نص في السبب الأخير من نفس المادة على " كل ضرر معتبر شرعاً"، كما يمكن للزوجة طلب التطليق في حالة نشوز الزوج وفقاً للمادة 55 من ق أ.

المطلب الثاني

إجراءات طلب الطلاق من أحد الزوجين

بين المشرع الجزائري – في المادة 48 من قانون الأسرة أعلاه– أن الطلاق يتم بإرادة الزوج، أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53 و54 من نفس القانون.

ولكن ما يلاحظ على قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد أنه لم يفرق بين طلب الطلاق الذي يقدمه الزوج، أو طلب التطليق الذي تقدمه الزوجة من حيث الإجراءات[25] ، فقد أخضع طلب الطلاق سواء من الزوج أو من الزوجة لنفس الإجراءات.

وقد جاء في المادة 436 من نفس القانون على أنه على من يبادر برفع دعوى طلب الطلاق من أحد الزوجين أمام قسم الأسرة أن يتقدم بعريضة وفقاً للأشكال المقررة لرفع الدعوى.

وإذا كان الزوج ناقص الأهلية يقدم الطلب باسمه، وحسب الحالة، من قبل وليه، أو مقدمه[26]، وأنه يجب على المدعي في دعوى الطلاق أن يبلغ رسمياً المدعى عليه والنيابة العامة بنسخة من العريضة المذكورة أعلاه، كما يمكن تبليغ هذه الأخيرة عن طريق أمانة الضبط وفقاً لنص المادة 438 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

المطلب الثالث

نقد وتقييم

أشرنا في إجراءات طلب الطلاق إلى أن المشرع الجزائري قد سوى في تلك الإجراءات بين دعاوى الزوج ودعاوى الزوجة، إذ أخضع كلاهما لنفس المراحل الإجرائية، مع أن تلك الدعاوى تختلف من حيث:

– دعوى طلب الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج تعتبر صحيحة دون تسبيب كما أشرنا إليه في قرار المحكمة العليا السابق، في حين أن دعوى طلب التطليق التي ترفعها الزوجة يجب أن تكون مسببة بسبب من الأسباب التي أوردها المشرع الجزائري في المادتين 53 و 55 من قانون الأسرة.

– الأسباب التي يقدمها الزوج في تسبيب دعواه أسباب مادية يمكن إثباتها بسهولة، بينما الأسباب التي تقدمها الزوجة في دعوى طلب التطليق يصعب إثباتها وبالتالي تخضع للسلطة التقديرية للقاضي، أي أن هذا الأخير لا يصدر حكماً قضائياً بواقعة الطلاق إلا إذا اقتنع بالسبب، ولذلك يذهب بعض الفقه إلى ضرورة أن تكون أحكام التطليق قابلة للاستئناف[27].

وبعد تناولنا لأنواع الطلاق بالدراسة والنقد، نتعرض في المبحث الموالي إلى إجراءات الصلح.

المبحث الثالث

إجراءات الصلح والتحكيم

وسنتطرق في هذا المبحث إلى بين الفرق بين الصلح والتحكيم (المطلب الأول)، وبيان الاجراءات (المطلب الثاني)، ونقد وتقييم (المطلب الثالث).

المطلب الأول

الفرق بين الصلح والتحكيم

الصلح إجراء وجوبي يجب على القاضي القيام به، وإذا اتجه القاضي إلى إصدار حكم قضائي بواقعة الطلاق دون القيام بإجراء محاولات الصلح، يكون ذلك الحكم معرضاً للنقض والإلغاء كلما وقع الطعن فيه أمام المحكمة العليا[28].

وقد قضت المحكمة العليا في هذا الصدد بأنه " من المقرر قانونا ان الطلاق يمكن أن يتم بتراضي الزوجين ولا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد محاولة الصلح من طرف القاضي...ومن ثم فإن القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد مخالفا للقانون[29]"

في حين لا يلجأ القاضي إلى التحكيم بين الزوجين إلا إذا لم يثبت الضرر وفقاً لما تنص عليه المادة 56 من قانون الأسرة، التي تنص في فقرتها الأولى على أنه : " إذا اشتد الخصام بين الزوجين ولم يثبت الضرر وجب تعيين حكمين للتوفيق بينهما" [30].

المطلب الثاني

بيان الإجراءات

بين المشرع الجزائري إجراءات الصلح في المواد من 439 إلى 445 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، أي حوالي 07 مواد، وذلك لما للصلح من أهمية في القضاء على المشاكل التي قد تعترض الحياة الزوجية،وقد أشار القانون أن الصلح بين الزوجين يتم في جلسات سرية، يحضرها الزوجان ومن طلبا حضوره من الأقارب ممن تكون مكانة لدى الزوجين من شأنها أن تكون سبباً في تجاوز الأزمة بينهما.

ويجب على أمين الضبط أن يخطر الزوجين – في الحال– بالتاريخ المحدد للحضور أمام القاضي، ويسلم لهما استدعاء لهذا الغرض [31] .

وتكون جلسات الصلح بحضور القاضي، ويستمع إلى الزوجين فرادى من أجل أن يبين كل منهما مآخذه على الآخر، ويستمع إليهم مجتمعين من أجل مقابلة أقوالهما، ومحاولة تقريب مواقفها.

وفي حالة غياب أحد الزوجين عن جلسة الصلح لعذر بسبب وجود مانع يتعذر أو يستحيل معه الحضور يمكن للقاضي ندب قاض آخر لسماع الزوج المتغيب في إطار الإنابة القضائية، أو تأجيل جلسة الصلح إلى موعد آخر، غير أن تغيب الزوج دون تقديم عذر مقبول يعتبر رفضاً للصلح[32] ، ويحرر القاضي محضراً بذلك.

يجب أن لا تتعدى مدة محاولات الصلح ثلاثة أشهر، وللقاضي خلال تلك المدة أن يمنح للزوجين مهلة للتفكير بعد محاولة الصلح الأولى، كما يمكنه اتخاذ ما يراه لازماً من التدابير المؤقتة بموجب أمر غير قابل للطعن.

إذا انتهت الجلسات بالصلح بين الزوجين يحرر أمين الضبط محضراً يوقعه مع القاضي والزوجين، ويودعه لدى أمانة الضبط.

أما إذا فشلت محاولات الصلح، ولم يجدها القاضي مجدية، أو امتنع أحد الزوجين عن الحضور بعد انتهاء مهلة التفكير، يشرع في مناقشة موضوع الدعوى.

ثانياً : التحكيم:

وفقاً لما تنص عليه المادة 446 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وإعمالاً للمادة 56 من قانون الأسرة أنه إذا لم يثبت أي ضرر أثناء الخصومة يجوز للقاضي أن يعين حكمين اثنين لمحاولة الصلح بينهما حكماً من أهل الزوج وحكماً من أهل الزوجة حسب مقتضيات قانون الأسرة.

يطلع الحكمان القاضي بما يعترض تنفيذ مهمتها من إشكالات، وبعد انتهاء التحكيم بالصلح بين الزوجين يحرر الحكمان محضراً بذلك، ويصادق عليه القاضي بموجب أمر غير قابل للطعن[33].

وإذا ظهر للقاضي أن مهمة التحكيم أصبحت غير مجدية، فإنه ينهي المهمة، ثم يعيد القضية إلى الجلسة لتستمر الخصومة[34].

المطلب الثالث

نقد وتقييم

من الملاحظ على الإجراءات التي نص عليها المشرع الجزائري من خلال قانون الإجراءات المدنية والإدارية في الصلح والتحكيم أن المشرع خص تلك الإجراءات بعناية كبيرة، وهو ما يؤكده عدد المواد التي خصها موضوع الصلح والتحكيم، وذلك لما للصلح من أهمية في فض النزاعات والأزمات التي تهدد كيان الأسرة الجزائرية.

خاتمة

يمكن القول أن المشرع الجزائري بتعديله لقانون الإجراءات المدنية، وذلك جعله يشمل الإجراءات الإدارية أنه قد وافق الصواب، غير أنه كان ينبغي في رأينا أن يراعي القوانين

الخاصة في بعض المسائل، ومن بينها آثار الرابطة الزوجية، وخصوصا الطلاق، حيث ينبغي مراعاة ما جاء في قانون الأسرة، لا سيما فيما يخص أهلية التقاضي، والاختصاص النوعي والإقليمي للمحاكم. وبناء على ما سبق نتوصل إلى النتائج التالية؛

– ضرورة إعادة النظر في المادة 437 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، بحيث تتكيف مع المادة 7 من قانون الأسرة.

– دعوى طلب الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج تعتبر صحيحة، في حين أن دعوى طلب التطليق التي ترفعها الزوجة يجب أن تكون مسببة بسبب من الأسباب التي أوردها المشرع الجزائري في المادتين 53 و 55 من قانون الأسرة.

– الأسباب التي يقدمها الزوج في تسبيب دعواه أسباب مادية يمكن إثباتها بسهولة، بينما الأسباب التي تقدمها الزوجة في دعوى طلب التطليق يصعب إثباتها وبالتالي تخضع للسلطة التقديرية للقاضي .

– أن المشرع خص الإجراءات المدنية والإدارية في الصلح والتحكيم بعناية كبيرة، وهو ما يؤكده عدد المواد التي خصها موضوع الصلح والتحكيم، وذلك لما للصلح من أهمية في فض النزاعات والأزمات التي تهدد كيان الأسرة الجزائرية.

---

[1] – المادة 48 من القانون رقم 84–11 المؤرخ في 09 رمضان عام 1404هـ الموافق 09 يونيو سنة 1984م، المتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم بالأمر رقم 05–02 المؤرخ في 18 محرم عام 1426هـ الموافق 27 فبراير 2005م.

[2] – المادة 47 من قانون الأسرة السابق.

[3] – بن شويخ رشيد، مذكرات في شرح قانون الأسرة الجزائري لطلبة السنة الرابعة حقوق، جامعة البليدة، السنة الجامعية 2006/2005.

[4] – تشوار جيلالي، خواطر حول بعض الجوانب في العلاقات الزوجية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، العدد 2، 2007، ص.225.

[5] – المادة 49 من قانون الأسرة السابق.

[6] – قرار رقم 498558، بتاريخ 1988/07/18.

[7] – تشوار الجيلالي، مذكرات في قانون الأسرة الجزائري لطلبة السنة الرابعة حقوق، جامعة تلمسان، السنة الجامعية 2007/2006م.

[8] – المادة 28 4 من القانون رقم 08–09 المؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق 25 فبراير سنة 2008 ، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية .

[9] – المادة 429 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية السابق

[10] – الطيب زروتي، الكامل في العرائض القضائية، طبقا للقانون 09/08، ج1، العرائض القضائية في شؤون الأسرة، مطبعة الفسيلة، الدويرة، الجزائر، 2010، ص.52.

[11] – المادة 431 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية السابق.

[12] – للمزيد راجع، بن عومر محمد الصالح، القضاء الاستعجالي في شؤون الأسرة، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة بشار، 2007/2006، ص.70 وما بعدها.

[13] – المادة 425 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية السابق.

[14] – المادة 426 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية السابق

[15] – عبد السلام ذيب، قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد ترجمة للمحاكمة العادلة (موفم للنشر – الجزائر – 2012) الطبعة الثالثة، ص 338.

[16] – يوسف دلاندة، دليل المتقاضي في مادة شؤون الأسرة (الزواج والطلاق) (دار هومة– الجزائر– 2007) الطبعة الأولى، ص62.

[17] – المادة 3/431 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية السابق.

[18] – عمر زودة، طبيعة الأحكام بإنهاء الرابطة الزوجية وأثر الطعن فيها، Encyclopédie édition، الجزائر،2003، ص.113.

[19] – عبد السلام ذيب، المرجع السابق،ص338.

[20] – قرار المجلس الأعلى رقم، 35346، بتاريخ 1984/12/31

[21] – تشوار الجيلالي، مذكرات في شرح قانون الأسرة الجزائري، ص 50.

[22] – قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، رقم 223019، بتاريخ 1999/06/15.

[23] – قرار المحكمة العليا، رقم 41560، بتاريخ 1986/04/07.

[24] – في تلك الأسباب ينظر : بن شويخ رشيد، مذكرات في قانون الأسرة، ص 42–46.

[25] – عبد السلام ذيب، قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد ترجمة للمحاكمة العادلة (موفم للنشر – الجزائر– 2012) الطبعة الثالثة، ص 343.

[26] – المادة 437 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية السابق.

[27] – تشوار الجيلالي، مذكرات في قانون الأسرة، لمرجع السابق، ص 58.

[28] – عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد– أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل (دار هومة– الجزائر– 2007) الطبعة الرابعة، ص 120

[29] – قرار رقم 49858 بتاريخ 1988/07/18. مشار إليه سابقا.

[30] – المادة 56 من قانون الأسرة السابق.

[31] – المادة 430 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية السابق.

[32] – عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد– أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل ، ص 120.

[33] – المواد 447و448 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية السابق.

[34] – المادة 449 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

الوضع القانوني للموارد والمنشآت المائية في زمن النزاعات المسلحة

د. جيلالي الحسين . المركز الجامعي. غليزان

ملخص : تعتبر الموارد المائية من بين أهم المصادر للبيئة البحرية، حيث أن التطور الذي وصل له الإنسان على المستوى العلمي والتكنولوجي ونجاحه في اكتشاف بدائل لأمور كثيرة ، إلا أنه لم يجد للمياه أي بديل وعلى الجانب الآخر من هذه الأهمية الكبيرة نجد موارد المياه محدودة وتزايدها لا يتفق أبدا مع تزايد الطلب عليها وذلك نتيجة النمو السكاني الكبير الذي يشهده العالم، ومن مخاطر التي تتعرض إليها الموارد المائية النزاعات المسلحة بمختلف أنواعها، على الرغم من أن القانون الدولي للمياه هو الذي ينظم عمليات استغلال المياه في زمن السلم، إلا أن قواعد هذا القانون لا يمكن تطبيقها في زمن الحرب الذي تسري عليها أحكام القانون الدولي الإنساني الذي من المعروف أنه يحمي فئات معينة من الأشخاص والممتلكات، ولكن الآثار المترتبة على الأعمال العدائية قد تمتد إلى المياه، ويمكن تطبيق عليها في هذه الحالات بعض القواعد التي تحظر العمليات التي تعرض المياه للخطر والقواعد الأساسية التي تحمي البيئة الطبيعية بصفة عامة مادام أن الموارد المائية تعتبر جزء من البيئة البحرية.

الكلمات المفتاحية : الموارد المائية، الاحتياجات البيئية، موارد طبيعية، موارد مائية مشتركة، النزاعات المسلحة، القانون الدولي الإنساني.

Abstract

Water resources are among the most important sources of the marine environment, Since the human and scientific development of the human being and its success in discovering alternatives to many things, but found no water alternative. On the other hand, As a result of the large populations growth in the world, and the risks to which water resources are exposed to armed conflicts of various kinds. Although international water law regulates peacetime exploitation, the rules of this law can not be applied In the time of war applicable to the provisions of international humanitarian law, which is known to protect certain categories of persons and property, but the effects of hostilities may extend to water and in such cases may be applied to certain rules prohibiting operations that endanger water and the basic rules Which protect the natural environment in general as long as water resources are considered part of the marine environment .

Key words : Water resources, Environmental needs, Natural resources, Shared water resources, Armed conflicts, International humanitariane Law.

مقدمـــــــة

الماء مصدر الحياة والنعم ورمز الخصوبة والطهارة، غير أنه يحمل أيضا المخاوف وينذر بالأخطار كما يثير الأطماع والنزاعات، وقد حولته وظائفه العديدة والضرورية جميعا إلى مورد حيوي حاول الإنسان أن ينظم استعماله وإدارته على الدوام[1]، كما تساهم البحار والمحيطات في المحافظة على التوازن البيولوجي للكرة الأرضية، ويضاف إلى ذلك الأهمية الاقتصادية الكبرى للإنسان فهي مصدر للغذاء ومصدر للطاقة، وبالرغم من ضخامتها واتساعها إلا أن المجتمع الدولي أدرك بأن البيئة البحرية قد بدأت تعاني من التلوث[2] بسبب ما يفعله الإنسان من إلقاء المواد والمخلفات ونتيجة للنزاعات المسلحة البحرية وما تسببه هذه الأخيرة من أضرار على البحار والمحيطات وكافة المناطق البحرية .

وتتعدد أسباب تلوث البيئة البحرية، من بينها ما تخلفه النزاعات المسلحة البحرية، وذلك نتيجة استخدام الأسلحة الحربية، خاصة منها الكيماوية والبيولوجية والنووية، ولا تقل الأسلحة الحربية البحرية ضررا عن هذه الأسلحة من صواريخ وقنابل التي يمكن لها أن تسبب أضرارا بليغة في مجمل الحياة البحرية، ولأنها بصورة أخرى فهي تعتبر مسؤولية المجتمع الدولي في الحماية ومكافحة التلوث ولهذا توالت الآراء حول احترام الدول والقوات المسلحة البحرية للاتفاقيات والمعاهدات الدولية التي تصب في هذا المجال، ومن بين هذه الاتفاقيات هي التي تدخل في إطار قواعد القانون الدولي الإنساني خاصة المطبقة في زمن النزاعات المسلحة البحرية والمتعلقة أساسا بحماية البيئة البحرية .

وبناء على ذلك سنتطرق في هذه الدراسة إلى **مبحثين** نتطرق في **المبحث الأول** إلى التكييف القانوني للموارد والمنشآت المائية في القانون الدولي الإنساني، أما **المبحث الثاني** سنتطرق إلى حماية الموارد المائية في القانون الدولي الإنساني.

المبحث الأول : التكييف القانوني للموارد والمنشآت المائية في منظور القانون الدولي الإنساني

نظرا لتقسيم المرافق والمنشآت في إطار قواعد القانون الدولي الإنساني المطبقة زمن النزاعات المسلحة إلى أعيان مدنية وهي المرافق التي تقدم خدمات للسكان المدنيين، وأهداف عسكرية وهي جميع المنشآت التي تستخدم في العمليات الحربية، والتساؤل المطروح يدور حول التكييف القانوني للموارد والمنشآت المائية في اعتبارها أعيان مدنية أو أهداف حربية، لذلك سنتطرق إلى تعريف الموارد والمنشآت المائية والتكييف القانوني لها .

المطلب الأول : تعريف الموارد والمنشآت المائية

يقصد بالماء العنصر الذي لا طعم له ولا لون ولا رائحة، وهو ليس ضروري للحياة فقط بل هو الحياة بعينها فهو أعظم ثروة في العالم وأصعبها أيضا، وعليه فإن للماء عدة خصائص هي أن الماء سائل شفاف لا ذوق له ولا رائحة له، وأن الماء ثروة عظيمة في الكون على الإطلاق، حيث يشكل بالنسبة للإنسان 50 إلى 70 % من وزن الجسم البشري، ويعتبر المادة الأساسية المكونة لمادة السيتوبلازم المسؤولة عن العمليات الحيوية بخلايا الجسم على غرار اعتبار أن الأمن الغذائي العالمي يرتبط ارتباطا وثيقا بأمن المياه [3] .

وتختلف مصادر المياه من بقعة جغرافية إلى أخرى لارتباطها بطبيعة المناخ السائد في الأقاليم المختلفة لدول العالم، وتختلف موارد المياه عن المنشآت المائية ولذلك سنتطرق إلى أهم مصادر الموارد المائية وأنواع المنشآت المائية، وجميعها تصنف ضمن البيئة البحرية.

أولا: مصادر الموارد المائية : توجد العديد من أنواع مصادر المياه على كوكب الأرض غير أنه يمكن إجمالها في ثلاث صور تضم مياه الأمطار والمياه السطحية والمياه الجوفية.

1.مياه الأمطار : تستخدم مياه الأمطار في العديد من المسائل الخاصة باحتياجات السكان وتعتمد في ذلك على كمية المياه التي يمكن الحصول عليها على شدة الأمطار وعلى طريقة تجميع المياه وحفظها وسبل الاستخدام ونوعية المياه المجمعة.

2.المياه السطحية : تشكل المياه السطحية النسبة الكبرى في الحصول على المياه، وتضم في مجملها الأنهار والبحيرات والأنهار الصغيرة والبحار وما يميز هذه المياه السطحية أنها يمكن أن تكون مشتركة

بين دولتين أو أكثر حيث تحدد الاتفاقيات الثنائية والمشتركة كمية المياه التي يمكن استغلالها، فالأنهار تقسم إلى نوعين الأنهار الوطنية وهي التي تقع من منابعها إلى مصابها وجميع روافدها في إقليم دولة واحدة، أما الأنهار الدولية فهي التي تفصل أو تجتاز أقاليم دولتين أو أكثر.

3.المياه الجوفية: تتواجد المياه الجوفية في طبقات الصخور في قسم من القشرة الأرضية إذ تصل مياه الأمطار والثلوج الذائبة إلى داخل الطبقات بين الصخور ومن خلال المسامات الموجودة في التربة حيث تعد مياه جوفية [4].

ثانيا: المنشآت المائية : يقصد بالمنشآت المائية الهياكل القاعدية التي تستخدم في عملية تجميع وتخزين المياه وتسييرها، ويقصد بها كذلك أية إنشاءات أو تجهيزات يقصد منها استغلال المياه سواء باستخراجها أو تجميعها أو معالجتها أو توزيعها وتطهيرها، حيث يتم انجازها من طرف الدولة أو لحسابها من أجل المنفعة العامة،وتشمل هذه المنشآت السدود ومحطات تحليه مياه البحر، ومحطات توليد الطاقة النووية المرتبطة كذلك بالمنشآت المائية، ومحطات توليد الطاقة الكهربائية المرافقة للمنشآت المائية، وتعتبر طبيعتها القانونية في القانون الدولي الإنساني على أنها أعيان مدنية [5].

1.السدود : السد هو إنشاء هندسي يقام فوق واد منخفض بهدف حجز المياه وهو من أقدم المنشآت المائية التي عرفها الإنسان، وتبنى السدود من محتويات الأرض، والصخور والخرسانة يمنع به تدفق مياه الواد أو النهر، فتخلق البحيرات الاصطناعية وتسمى الخزانات يمكن استخدامها لأغراض توليد الكهرباء توفير مياه للري والشرب، المساعدة على الملاحة والسيطرة على الفياضات، وتتنوع السدود حسب استخدامها إلى سدود الري، سدود الكهرومائية، سدود التحكم في الفياضات، سدود الملاحة [6].

2.محطات تحلية مياه البحر: نتيجة لأزمة المياه وتضاؤل المياه الصالحة للشرب في كثير من المناطق اتجهت بعض الدول إلى استخدام تقنية تحلية مياه البحر لتغطية النقص في المياه الصالحة للشرب، حيث تستخدم في هذه المحطات عدة تقنيات وعمليات من بينها العملية الغشائية التي يقصد بها فصل المياه عن الأملاح الذائبة، والعملية الحرارية حيث تغلى هذه المياه في درجات حرارة ملائمة ويكثف البخار مياه نقية [7]، مع استخدام التكنولوجيا المتطورة في تحلية المياه وهو أسلوب حديث في توفير المياه الصالحة للشرب.

المطلب الثاني : الموارد والمنشآت المائية أعيان مدنية أم أهداف عسكرية

لا يمكن فصل القانون الدولي العام عن الأحداث العالمية الجديدة والتطورات التي تمس المجتمع الدولي ومنها ظهور منازعات حول الموارد المائية كالأنهار العابرة للحدود، ما استدعى إنشاء فرع جديد من القوانين التي تنظم استخدام هذه الأنهار، فالقانون الدولي للمياه هو فرع من فروع القانون الدولي العام، بدأ يتشكل تدريجيا نتيجة تطور المعرفة العلمية بالقضايا البيئية كتحد جديد للشعوب والدول معا من جهة وتعدد المنازعات ذات الطبيعة المائية وصعوبة فضها بالطرق الودية، ومن بين مصادر هذا القانون اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار 10 ديسمبر 1982 التي عالجت بعض مقتضيات حماية البيئة البحرية، واتفاقية قانون استخدام المجاري المائية الدولية في الأغراض غير الملاحية لسنة 1997 التي تضمنت مبادئ مهمة عن العدالة والإنصاف والاستعمال المعقول للمياه المشتركة [8] .

وتضمنت اتفاقيات حقوق الإنسان القضايا المتعلقة بالمياه كاتفاقية حقوق الطفل لسنة 1989 حيث طالبت الدول الأطراف بمكافحة الأمراض وسوء التغذية عبر توفير الأغذية الكافية ومياه الشرب النقية، كما طالبت اتفاقية الأمم المتحدة للقضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة لسنة 1979 كفالة حق المرأة في الإمداد بالكهرباء والماء، ويؤكد خبراء المياه أن مفهوم حقوق الإنسان في المياه بوصفه تعبيرا عن المؤشر الاقتصادي للأمن المائي، ويمكن قياس حقوق الإنسان في المياه استنادا إلى المؤشرين اللذين أوردهما تقرير التنمية البشرية الصادر عن برنامج الأمم المتحدة الإنمائي لسنة 2006 وهما نسبة السكان الذين يستخدمون إمدادات مياه شرب نقية، ونسبة السكان الذين يستخدمون صرفا صحيا جيدا [9].

أولا: اعتبار الموارد المائية والمنشآت المائية أعيان مدنية

التساؤل الذي يطرح حول مكانة المنشآت المائية في زمن النزاعات المسلحة باعتبارها أعيان مدنية تستوجب حمايتها طبقا لقواعد القانون الدولي الإنساني، فعلاوة على الحماية العامة التي تتمتع بها الأعيان ذات الطابع المدني، فمن الضروري أن نذكر بأن الماء يتمتع كعنصر لا يمكن فصله عن البيئة بكل معايير الحماية التي تنطبق عليه، حتى بصورة غير مباشرة [10].

1.تعريف الأعيان المدنية : وفقا لما حددته المادة 52 من أحكام البرتوكول الإضافي الأول لسنة 1977 يقصد بالأعيان المدنية " كافة الأعيان التي ليست أهدفا عسكرية وأن الأهداف العسكرية هي الأعيان التي تساهم "مساهمة فعّالة" في الأعمال العسكرية حسب طبيعتها وموقعها والغاية منها أو من استخدامها،

وهي كذلك الأعيان التي ينتج عن تدميرها الكلي أو الجزئي أو الاستيلاء عليها أو تعطيلها ميزة عسكرية أكيدة "، أما الأهداف التي لا تحقق هذه المعايير تعتبر أهدافا مدنية لا يجوز استهدافها أثناء العمليات العدائية [11].

2.الموارد والمنشآت المائية أعيان مدنية : مما تقدم نخلص القول إلى أن الموارد المائية أعيان مدنية ويشكل الاعتداء عليها طبقا لقواعد القانون الدولي الإنساني اعتداء مباشر على المدنيين، فقد نصت المادة 25 من لائحة لاهاي المتعلقة بقوانين وأعراف الحرب البرية لسنة 1907 على أن تحظر مهاجمة أو قصف المدن والقرى والمساكن والمباني غير المحمية أيا كانت الوسيلة المستعملة، ومن بين قواعد الحماية للأعيان المدنية أنه لا يجوز استهداف أي من الأعيان التي لا تساهم مساهمة فعالة في الأعمال العسكرية، وبالتالي تقرر الحماية للموارد المائية شريطة ألا تستخدم في الظروف السائدة في النزاعات المسلحـــة لأغراض عسكرية وهذا ما تناولته المادة 27 من أحكام البرتوكول الإضافي الأول لسنة 1977 [12].

ثانيا: تمييز الموارد والمنشآت المائية عن الأهداف العسكرية

1.تعريف الأهداف العسكرية: يقصد بالأهداف العسكرية كل المنشآت التي تساهم بطبيعتها أو موقفها أو غرضها أو استخدامها مساهمة فعالة في العمل العسكري، وبصفة عامة كل ما هو مكرس للأغراض الحربية والتي من بينها الثكنات العسكرية ووسائل التي تستخدم في العمليات العسكرية والعتاد الحربي وجميع هياكل القوات العسكرية التي تخصص للأغراض الحربية .

2. الموارد المائية ليست أهداف عسكرية : وفقا لمبادئ القانون الدولي الإنساني فتجب على الأطراف المتحاربة أن تميز بين الأعيان المدنية كالموارد والمنشآت المائية عن الأهداف العسكرية حيث توجه عملياتها العدائية ضد الأهداف العسكرية دون سواها، وعليه ففي حالة الاعتداء على الأعيان المدنية التي لا غنى عنها مثل المواد الغذائية والمناطق الزراعية ومنشآت وموارد مياه الشرب ومنشآت الري يشكل ذلك اعتداء على السكان المدنيين، ونظرا للحماية المقررة للسكان المدنيين في زمن النزاعات المسلحة، فإن هذه الحماية لا تكتمل إلا إذا تقررت حماية خاصة بالموارد والمنشآت المائية وكافة الأشياء التي لا يمكن الاستغناء عنها لبقاء السكان المدنيين على قيد الحياة [13].

وعليه فإن أحكام القانون الدولي الإنساني قد أكدت ما انصب على الموارد والمنشآت المائية في كل من القانون الدولي للمياه والقانون الدولي لحقوق الإنسان باعتبارها أعيان مدنية تكفل لها الحماية الخاصة نظرا لعدم الاستغناء عليها في حياة المدنيين في زمن النزاعات المسلحة، والتساؤل المطروح ما هي الأسس القانونية التي عالجت حماية الموارد والمنشآت المائية في ظل قواعد القانون الدولي الإنساني، وسنحاول الإحاطة بهذا التساؤل من خلال المبحث الثاني.

المبحث الثاني : حماية الموارد المائية في إطار قواعد القانون الدولي الإنساني

تعتبر كل من قواعد لاهاي لسنة 1907 واتفاقيات جنيف لسنة 1949 والبرتوكولان الإضافيين لها لسنة 1977 أهم المصادر الأساسية لقواعد القانون الدولي الإنساني، والتساؤل المطروح هل اهتمت هذه القواعد بحماية البيئة البحرية والموارد المائية في زمن النزاعات المسلحة ؟، وللإحاطة بهذا التساؤل نتطرق إلى اتفاقية لاهاي الرابعة الخاصة بقوانين وأعراف الحرب البرية لسنة 1907 [14]، واتفاقية جنيف الرابعة الخاصة بحماية الأشخاص المدنيين في وقت الحرب لسنة 1949 إضافة إلى أحكام البرتوكول الإضافي الأول لسنة 1977.

المطلب الأول: حماية الموارد والمنشآت المائية في اتفاقيات جنيف والبرتوكول الإضافي الأول

أولا : اتفاقية جنيف الرابعة لسنة 1949: نصت المادة 53 من هذه الاتفاقية على ما يلي : " يحظر على دولة الاحتلال أن تدمر أي ممتلكات خاصة ثابتة أو منقولة تتعلق بأفراد أو جماعات أو بالدولة أو السلطات العامة أو المنظمات الاجتماعية أو التعاونية إلا إذا كانت العمليات الحربية تقتضي حتما هذا التدمير"، من خلال هذه المادة نخلص القول إلى أن هذه الاتفاقية أقرت صراحة على حماية جميع الأعيان المدنية، ومقتضيات الضرورة الحربية .

1.حماية جميع الأعيان المدنية : وهي الأعيان التي تساهم في تقديم خدمات مدنية للأشخاص المدنيين مهما كان نوعها، وعلية يحظر على دولة الاحتلال تدمير جميع المنشآت التي من بينها المنشآت المائية إلا بشرط المتمثل في حتمية العمليات الحربية التي تقضي بتدميرها على أساس أن هذه المنشآت تساهم بطريقة مباشرة أو غير مباشرة في العمليات الحربية.

2.مقتضيات الضرورة الحربية : تقتضي الضرورة الحربية طرفي النزاع على استخدام القوة المسلحة الضرورية لتحقيق الأهداف الحربية المتمثلة في شل قوة الخصم والانتصار عليه، فإذا تم ذلك يصبح ما عداه دون مبرر من مبررات الضرورة، وعليه لا يجوز تدمير الموارد والمنشآت المائية بعد تحقيق الأهداف الحربية حيث أن القانون الدولي الإنساني يرفض استخدام هذا المبدأ كتبرير قانوني بحجة تحقيق المنفعة العسكرية المطلقة، ومن بينها استعمال الأسلحة والأساليب الحربية التي من شأنها إحداث خسائر لا جدوى منها وعليه فتجب تحديد كفتي الضرورة الحربية من جهة والمتطلبات الإنسانية من جهة أخرى التي تطبق على السكان المدنيين فإنها كذلك تطبق على الأعيان المدنية التي من بينها الموارد المائية .

ثانيا: البروتوكول الإضافي الأول لسنة 1977 : جاء البرتوكول الإضافي الأول لسنة 1977 الذي تناول موضوع حماية البيئة البحرية أثناء النزاعات المسلحة تقنينا للقواعد العرفية الدولية التي تحظر استخدام وسائل أو أساليب القتال التي يتوقع منها أن تسبب أضرارا للبيئة الطبيعية بشكل عام والبيئة البحرية بشكل خاص [15] ، ولقد ذكرت القاعدة 45 من أحكام القانون العرفي على حظر استخدام أساليب أو وسائل قتال التي يتوقع منها أن تسبب أضرارا بالغة واسعة الانتشار وطويلة الأمد بالبيئة الطبيعية، ولا يستخدم تدمير البيئة كأسلوب قتال [16] .

1.اختيار أسلحة وأساليب القتال ليس حقا مطلقا: حيث أكدت الفقرة الأولى من المادة 35 من هذا البرتوكول على ما ورد في المادة 22 من لائحة لاهاي للحرب البرية لسنة 1907، وهو أن اختيار أسلحة القتال وأساليب الحرب ليست حقا مطلقا، بل هناك عدة قواعد أساسية تقيد هذا الحق، حيث يعتبر مبدأ مستقر عليه منذ سنة 1868 [17].

وقد أقرت الفقرة الثانية من هذه المادة وبصورة واضحة على مبدأ حظر أنواع معينة من الأسلحة، وأن استخدام الألغام والأسلحة الأخرى التقليدية في النزاع المسلح ضد أهداف عسكرية مرتبط بمراعاة حماية البيئة البحرية من خطر التلوث والتدمير [18].

وباستقراء الفقرة الأخيرة من هذه المادة، فإنها توحي بعدة مبادئ أساسية في حماية البيئة البحرية من بينها حظر الأعمال الانتقامية ضد البيئة الطبيعية [19]، وضرورة حمايتها حيث تحظر هجمات الردع التي تشن ضدها ومن بين المبادئ العامة التي تطبق لإدارة الأعمال العدائية على البيئة الطبيعية أنه لا يجوز الهجوم على أي جزء من البيئة الطبيعية ما لم يكن هدفا عسكريا، كما يحظر تدمير أي جزء من البيئة

الطبيعية إلا في الحالات التي تستوجبها الضرورة العسكرية، ويحظر الهجوم على هدف عسكري قد يتوقع منه التسبب بأضرار عارضة للبيئة، ويكون مفرطا في تجاوز ما ينتظر أن يسفر عنه من ميزة عسكرية ملموسة ومباشرة، وبالتالي هذه المادة تحمي البيئة الطبيعية بصورة لم تحدث من قبل، ولا تشمل الضرر الدولي فقط وإنما تشمل الخسائر الجانبية [20] .

2.حماية البيئة الطبيعية: تضمنت الفقرة الأولى من المادة 55 [21] التزام عام بحماية البيئة الطبيعية أثناء العمليات العدائيـــة التي تحدث في النزاعات المسلحـــة، ويرتبط هذا الالتزام أيضا بحمايــة المدنيين [22]،وقد عبرت التعليقات شبه الرسمية التي نشرتها اللجنة الدولية للصليب الأحمر حول أهمية موضوع البيئة الطبيعية خاصة من خلال ما ورد في المادة 55 التي أعلنت صراحة على احترام البيئة الطبيعية وقت النزاعات المسلحة [23] .

ويتضمن هذا الاحترام للبيئة الطبيعية حظر استخدام أساليب ووسائل القتال التي تسبب أو قد تسبب أضرارا بالبيئة، ومن شأن هذه الأضرار أن تهدد بقاء السكان المدنيين أو تعرض حياتهم للخطر، وهناك من يرى بأن هذه الفقرة الأولى من المادة 55 لم ترد واضحة في مجال احترام البيئة الطبيعية عكس الاتفاقيات التي تطبق في حالة السلم على غرار اتفاقية المعنية بحظر استخدام تقنيات لتغيير البيئة لسنة 1976 [24]، خاصة في حصر حماية المدنيين بالبيئة الطبيعية، فأولوية القانون الدولي الإنساني في الحماية تكمن في احترام القواعد الأساسية التي توفر الحماية للمدنيين .

3.حظر هجمات الردع ضد البيئة : نصت الفقرة الثانية من المادة 55 على النحو الآتي:" تحظر هجمات الردع التي تشن ضد البيئة الطبيعية"[25]، ويعتبر أسلوب هجمات الردع من الأساليب المستخدمة في النزاعات المسلحة البحرية خاصة في حالة القصف للسواحل والموانئ كإجراء مضاد أو ردعي للسفن الحربية، أو قصف الأنهار والمضايق البحرية لقطع الإمدادات الحربية أو استعمال أي وسيلة من شأنها أن تسبب أضرارا بليغة بالبيئة الطبيعية بمعنى عدم استهداف البيئة الطبيعية لإضعاف القوة العسكرية للجهة المعادية طالما أن البيئة الطبيعية لا تعتبر هدفا عسكريا [26] .

المطلب الثاني: آليات حماية الموارد المائية في زمن النزاعات المسلحة

رغم القوانين التي تضمنها القانون الدولي الإنساني التي تلزم الأطراف المتحاربة على كفالة الحماية العامة والخاصة للموارد المائية التي تعتبر من قبيل المواد الأساسية للسكان المدنيين، إلا أن الظروف

التي تكون سائدة في العمليات القتالية قد تؤدي إلى خرق هذه القواعد القانونية لذلك يحتاج الأمر إلى هيئات ومبادرات من المجتمع الدولي للحيلولة دون استهداف توجيه الهجمات للموارد المائية على غرار مساعي الدولة الحميدة ومحاولة إجبار الدول على تنفيذ التزاماتها القانونية اتجاه النزاعات المسلحة إلا ان الدراسة الواقعية توحي بصعوبة ذلك نتيجة للظروف السائدة في مجال النزاعات المسلحة ومحاولة كل طرف في تحقيق الأهداف الحربية، وعلى من ذلك تعمل بعض المساعي على وضع حلول للحد من الخسائر التي يمكن أن تضر بالموارد المائية .

أولا : وحدة المياه والسكن للجنة الدولية للصليب الأحمر والهلال الأحمر

اللجنة الدولية للصليب الأحمر منظمة غير متحيزة ومحايدة ومستقلة، تؤدي مهمة إنسانية في حالة النزاعات المسلحة، وتسعى هذه اللجنة إلى الوصول إلى إنقاذ أكبر عدد ممكن من الضحايا، ومن أجل تحقيق هذا الهدف تقوم بالتحاور مع جميع الأطراف المشاركة والتي لها صلة بأي نزاع مسلح، وعليه فإن اللجنة الدولية للصليب الأحمر تعتبر راعية القانون الدولي الإنساني وحارسه، إلا أنها ليست بالتأكيد ضامنة تطبيق هذا القانون لأنها ليست بهيئة تحقيق أو تحكيم، فهي دائما تؤكد طابعا الإنساني [27]، وهذا هو النهج الذي تتبعه وحدة المياه والسكن في اللجنة، حيث تتضمن أنشطتها توفير فرص الحصول على المياه والصرف الصحي والنظافة في زمن النزاعات المسلحة، وتتفاوض مع الأطراف المعنية بالنزاع حول كافة الجوانب التي تهدف في الأخير إلى توفير المياه للأشخاص المدنيين [28] .

وعليه فإن اللجنة الدولية للصليب الأحمر والهلال الأحمر ووحدة المياه والسكن تعمل على تقديم المساعدة الملموسة في زمن النزاعات المسلحة ومن بين هذه المساعدات :

1. توزيع المياه: نظرا لخطورة النزاعات المسلحة التي قد تؤدي إلى استهداف مصادر الماء أو قد يتم تدمير البنية التحتية التي تزودهم بالماء، مما ينقص هذه الحاجة الضرورية التي تؤثر بدورها في انتشار حالات الفقر والأمراض ويدفع السكان المدنيين إلى الهجرة، وفي هذه الحالة يكون دور هذه اللجنة ووحدة المياه والسكن إلى توزيع المياه الصالحة للشرب والذي يهدف إلى الحد من انتشار الأمراض والأوبئة بسبب نقص المياه [29].

ومن الأمثلة عن ذلك كثيرة حيث من بينها ما تم تقديمه من رعاية التي شملتها توفير المياه في كل من ليبيريا سنة 2003، وفي حرب الخليج حيث تم إعداد برنامج لتوزيع المياه الصالحة للشرب في أكياس

بلاستيكية وذلك لتلبية حاجات المستشفيات ومراكز الصحية، وفي السودان أزمة جنوب دارفور حيث عملت اللجنة على نقل المياه يوميا عبر الشاحنات إلى المخيمات البعيدة، وتم تركيب خزانات المياه لإمداد نحو ستة ألاف شخص بالماء الصالح للشرب .

2.إصلاح نظم معالجة وتوزيع مياه الشرب : كما تعمل اللجنة على إصلاح نظم معالجة وتوزيع مياه الشرب، حيث تشمل هذه المساعدة التشييد والهندسة وتأمين الحصول على الماء والصحة العامة وحماية البيئة كإصلاح منشآت معالجة المياه وتوزيع الشبكات أو بناء وحفر الآبار وتشييد خزانات المياه الصالحة للشرب .

3.الوساطة بين أطراف النزاع : يقوم مندوبو اللجنة الدولية للصليب الأحمر والهلال الأحمر بتقديم كافة المساعي الضرورية لضمان احترام قواعد القانون الدولي الإنساني، وذلك من خلال تقديم اقتراحات ملموسة بغية تجنب تكرار الانتهاكات، كنقل الشكاوى بين طرفي النزاع اضطلاعا بدورها كوسيط محايد وفي حالة الاعتداء على الموارد والمنشآت المائية تجب بصورة ملزمة تطبيق المساعي الملائمة لتفادي تكرار ذلك مع اتخاذ التدابير الضرورية لحمايتها وتذكير أطراف النزاع بالقواعد الأساسية الخاصة بحماية الموارد والمنشآت المائية[30]، ويجب أن تتبع النداءات العلنية التي تصدرها اللجنة الدولية للصليب الأحمر بمبادئ القانون الساري في مجال المحافظة على المياه عند الاقتضاء [31] .

ثانيا: منظمات الدفاع المدني وواجبات الدول المتنازعة

يضطلع مندوبو منظمات الدفاع المدني في إطار القانون الدولي الإنساني بمهام عدة حيث تسعى منظمات الدفاع المدني التي نظمتها أحكام البرتوكول الإضافي الأول [32]، إلى إصلاح جميع المرافق التي لا غنى عنها، وتسعى إلى الحفاظ على مخزون المياه ونظم التموين الأخرى، ومن بين المهام التي ذكرتها أحكام البرتوكول الإضافي الأول لسنة 1977 هي توفير المأوى والمؤن في حالات الطوارئ والإصلاحات العاجلة للمرافق العامة التي لا غنى عنها، والمساعدة في الحفاظ على الأعيان اللازمة للبقاء على قيد الحياة.

1.الإصلاحات العاجلة للمرافق العامة : استنادا بما سبق فإن من بين المهام الإنسانية للدفاع المدني هي ضمان الإصلاحات العاجلة للمرافق العامة التي لا غنى عنها ومنها بالتأكيد الموارد والمنشآت المائية التي تعتبر من بين هذه المرافق العامة إذ يقوم موظفو الدفاع المدني في حالة تدمير هذه الموارد والمنشآت

المائية من جراء العمليات الحربية بإجراء الإصلاحات الضرورية والفورية لضمان استمرار تقديم المياه للمواطنين .

2.توفير المأوى والمؤن في حالات الطوارئ: يعد الماء من بين المؤن اللازمة والأساسية التي لا غنى عنها لبقاء السكان المدنيين على قيد الحياة، لذلك يقوم موظفو منظمات الدفاع المدني على تقديم الماء للمدنيين باستخدام جميع الإمكانيات المتوفرة كالشاحنات والعبوات البلاستيكية وذلك في أسرع وقت، وذلك لدرء الأخطار الناجمة عن نقص المياه للسكان المدنيين [33] .

3.المحافظة على الأعيان اللازمة للبقاء على قيد الحياة: من بين هذه الأعيان الموارد المائية والمنشآت المائية بما فيها شبكات المياه الشرب والخزانات، إذ أن الاعتداء على هذه الأعيان يشكل خطرا على السكان المدنين ويتطلب حلولا فورية، لأن أي تقصير في المحافظة عليها أو تأخير إصلاحها في حالة تدميرها يشكل إساءة كبيرة للمدنيين [34] .

خاتمـــــة

إن حماية الموارد المائية هو جوهر موضوع حماية البيئة البحرية لأن هذه الأخيرة تتشكل أساسا من مصادر الموارد المائية بمختلف أنواعها، ولقد ساهمت مختلف اتفاقيات القانون الدولي الإنساني في حمايتها في زمن النزاعات المسلحة، رغم قلة القواعد التي اهتمت بموضوع حماية الموارد المائية، ويرجع ذلك أصلا إلى أن القانون الدولي الإنساني عالج الحماية بصفة عامة الخاصة بالأعيان المدنية، ومن بين النتائج المتوصل إليها ما يلي :

1.تعتبر الموارد والمنشآت المائية أعيان مدنية كقاعدة عامة وأساسية في زمن النزاعات المسلحة .

2.تفقد الموارد والمنشآت المائية صفة الأعيان المدنية إذا ساهمت بشكل مباشر أو غير مباشر في الأعمال الحربية .

3.يظهر الاهتمام الأكبر في اتفاقيات القانون الدولي الإنساني في أحكام البرتوكول الإضافي الأول لسنة 1977، ويرجع السبب في ذلك هو قلة القواعد الأساسية التي تناولت موضوع حماية البيئة البحرية .

4.هناك فرق بين الموارد المائية التي تتشكل بفعل الطبيعة، والمنشآت المائية التي تتشكل بفعل الإنسان .

5.يمكن تطبيق المبادئ الأساسية للقانون الدولي الإنساني على فرض وإلزام الدول في حماية الموارد المائية كمبدأ الضرورة العسكرية ومبدأ التمييز بين الأهداف العسكرية والأعيان المدنية، ومبدأ التناسب في عملية مباشرة الأعمال الحربية، إضافة إلى مبدأ حماية الإنسانية التي تشمل كذلك حماية البيئة الطبيعية التي نشأ فيها الإنسان.

6.يعد انتهاك قواعد القانون الدولي الإنساني الخاصة بحماية البيئة البحرية والموارد المائية جريمة حرب بناء على المادة الثامنة من نظام روما الأساسي والتي تدخل ضمن نطاق الأفعال الإجرامية التي ترتكب ضد الممتلكات التي يحميها القانون الدولي الإنساني .

الهامش :

[1] نصر الله سناء، الحماية القانونية للبيئة من التلوث في ضوء القانون الدولي الإنساني، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق جامعة باجي مختار، عنابة، 2011/2010، ص 22 .

[2] أصدرت الولايات المتحدة الأمريكية عدة قوانين خاصة بمكافحة التلوث البحري من أهمها قانون التلوث البترولي لسنة 1990، أما في فرنسا فقد أصدرت قانون بشأن التلوث العام بالزيت لسنة 1990، وقانون بشأن التلوث البحري بواسطة عمليات الدفن أو الإغراق بسبب السفن لسنة 1976، وقانون بشأن المحافظة على الحياة الإنسانية في البحر والوقاية من التلوث لسنة 1983 ، وأصدرت بلجيكا قانون بشأن الوقاية من تلوث البحر بواسطة السفن لسنة 1995 ...راجع في ذلك : نصر الله سناء، المرجع نفسه، ص 22، 23 .

[3] زناتي مصطفى، الحماية الدولية لموارد المياه والمنشآت المائية أثناء النزاعات المسلحة، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة الجزائر 1، 2015، 2016 ، ص 49.

[4] فراس زهير جعفر الحسيني، الحماية الدولية لموارد المياه والمنشآت المائية أثناء النزاعات المسلحة، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، بيروت، لبنان، 2009، ص 28.

[5] زناتي مصطفى، المرجع نفسه، ص 55.

[6] شانون لورانس، السدود والأنهار والحقوق، دليل عمل المجتمعات المتأثرة بالسدود، انك ويركس للنشر، شبكة الأنهار الدولية، الولايات المتحدة الأمريكية، 2006، ص 5.

[7] برنامج الأمم المتحدة للبيئة، خطة عمل البحر الأبيض المتوسط، اجتماع تيرانا، ألبانيا، 20/17 ديسمبر 2017، طبعة أثينا، اليونان، 2017، ص 8 .

[8] شكراني الحسين، العدالة المائية من منظور القانون الدولي، رؤى إستراتيجية، سبتمبر 2013، ص ص 79، 81.

[9] شكراني الحسين، المرجع نفسه، ص 82،83.

[10] عامر الزمالي، حماية المياه أثناء النزاعات المسلحة، المجلة الدولية للصليب الأحمر، العدد 308، 13 /10/ 1995 ص 2.

[11] أحمد بشارة موسى، الانتهاكات الجسيمة ضد المدنيين والأعيان المدنية، مجلة المفكر، مجلة الحقوق والعلوم السياسية جامعة محمد خيضر، بسكرة، الجزائر، العدد العاشر، ص 216.

[12] حماية الأعيان المدنية في القانون الدولي الإنساني، سلسلة القانون الدولي الإنساني رقم (9)، اللجنة الدولية للصليب الأحمر، 2008، ص 4.

[13] محمد فهاد الشلالدة، القانون الدولي الإنساني، منشأة المعارف الإسكندرية، مصر، 2011، ص 263، 264.

[14] محمد فهاد الشلالدة، المرجع نفسه، ص 35.

[15] علي بن يوسف بن حسين الدعيجي، الحفاظ على البيئة إبان النزاعات المسلحة، رسالة مقدمة للحصول على درجة الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، مصر، 2011، ص 247 .

نصت المادة 22 من اللائحة المتعلقة بقوانين وأعراف الحرب البرية 18 أكتوبر 1907 .

Article 22 of the Annex to the convention ; Regulations respecting the laws and customs of war on land 18/10/1907 : " The belligerent to adopt means of injuring the enemy is not unlimited "

[16] جون ماري هنكرتس، ترجمة محسن الجمل دراسة حول القانون الدولي الإنساني العرفي، إسهام في فهم واحترام حكم القانون في النزاع المسلح، اللجنة الدولية للصليب الأحمر، مارس 2005، القاعدة 45، ص 37 .

[17] إبراهيم محمد العناني، الحماية القانونية للتراث الإنساني والبيئة وقت النزاعات المسلحة، القانون الدولي الإنساني، آفاق وتحديات، الجزء الثاني، منشورات الحلبي الحقوقية، ط الأولى، 2005، ص 53 .

وردت المادة 35 من أحكام البروتوكول الإضافي الأول لسنة 1977 كالآتي: " إن حق أطراف أي نزاع مسلح في اختيار أساليب ووسائل القتال ليس حقا لا تقيده قيود ، يحظر استخدام الأسلحة والقذائف والمواد ووسائل القتال التي من شأنها إحداث إصابات أو آلام لا مبرر لها، يحظر استخدام وسائل أو أساليب القتال يقصد بها أو قد يتوقع منها أن تلحق بالبيئة الطبيعية أضرارا بالغة واسعة الانتشار وطويلة الأمد"

[18] قانة يحيى، الجهود الدولية لحماية البيئة البحرية أثناء النزاعات المسلحة، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة 1، 2014/2013. ، ص 59 .

ورد النص الأصلي على النحو الآتي :

Article 35/03 in the protocol 1 ;" it is prohibited to employ methods or means of war fare wich are intended , or may be expected , to cause widespread , long-term and severe damage to the natural environment " .

راجع كذلك :

Yaram Dinstein , Protection of the environment in international armed conflict , Max planck year book of United Nations law , Volume 5 , 2001, P 530.

[19] بوسماحة الشيخ، الأمن البيئي في الأراضي تحت الاحتلال في منظور القانون الدولي الإنساني، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ابن خلدون، تيارت، ص 5 .

[20] David Jensen and Silja Halle , Protecting the environment during armed conflict , An inventory and analysis of international law , United nations environment programme , November 2009 , P 10 .

[21] الفقرة الأولى من المادة 55 من أحكام البروتوكول الإضافي الأول لسنة 1977 على النحو الآتي:" تراعى أثناء القتال حماية البيئة الطبيعية من الأضرار البالغة واسعة الانتشار وطويلة الأمد وتتضمن هذه الحماية حظر استخدام أساليب أو وسائل القتال التي يقصد بها أو يتوقع منها أن تسبب مثل هذه الأضرار بالبيئة الطبيعية ومن ثم تضر بصحة أو بقاء السكان".

[22] قانة يحيى ، المرجع نفسه، ص 57 .

[23] تعليق اللجنة الدولية للصليب الأحمر حول الأهمية الحيوية للبيئة الطبيعية والحاجة إلى إدخال بعض قواعد حمايتها المقررة في وقت السلم إلى قانون النزاعات بقولها: " مرة أخرى هذا مقال جديد ، احترام البيئة الطبيعية حتى في وقت السلم لم يكن في دائرة الاهتمام إلا مؤخرا، لكنه اليوم في المقام الأول في ضمائر الأمم، وبما أنها في كل الأوقات مهددة

بالكوارث الطبيعية، كالجفاف أو الكوارث الإنسانية كالتلوث ، فما الذي سيحل بالإنسانية في زمن الصراعات مع كل الدمار الناتج عن أعمال الهدم الإنساني " ... راجع في ذلك : قانة يحي، المرجع نفسه، ص 57، 58.

[24] International Environment Law and naval war , Naval war college , Newport ,Rhode Island , Center for naval warfare studies , December 2000 , P 63.

[25] ورد النص الأصلي للفقرة الثانية للمادة 55 من البرتوكول الإضافي الأول على النحو الآتي :

" Attacks against the natural environment by way of reprisals are prohibited " .

[26] Yaram Dinstein , op , Cit , P 533.

[27] المادة الخامسة فقرة (ج) من النظام الأساسي للجنة الدولية للصليب الأحمر والهلال الأحمر والتي تنص على ما يلي : " ... الإطلاع بالمهام التي تسندها إليها اتفاقيات جنيف والعمل على التطبيق الدقيق للقانون الدولي الإنساني الواجب التطبيق أثناء النزاعات المسلحة وتلقي أية شكاوي بشأن ما يزعم وقوعه من انتهاكات لذلك القانون " .

[28] المياه والحرب، أنشطة اللجنة الدولية للصليب الأحمر، 16 جويلية 2009، ص 4.

[29] فراس زهير جعفر الحسيني، المرجع نفسه، ص ص 226، 229.

[30] فراس زهير جعفر الحسيني، المرجع نفسه، ص 235،236.

[31] عامر الزمالي، المرجع نفسه، ص 3.

[32] المواد 61 (أ) 7 و 10 و 12 و 14 من البروتوكول الإضافي الأول لسنة 1977.

[33] فراس زهير جعفر الحسيني، المرجع نفسه، ص 243، 244.

[34] فراس زهير جعفر الحسيني، المرجع نفسه، ص 245.

المراجـــــــع

اللغة العربية :

أولا: الكتب

1.محمد فهاد الشلالدة، القانون الدولي الإنساني ، منشأة المعارف الإسكندرية ، مصر، 2011. 2.إبراهيم محمد العناني، الحماية القانونية للتراث الإنساني والبيئة وقت النزاعات المسلحة، القانون الدولي الإنساني ، آفاق وتحديات، الجزء الثاني، منشورات الحلبي الحقوقية، ط الأولى، 2005.

3.جون ماري هنكرتس، ترجمة محسن الجمل دراسة حول القانون الدولي الإنساني العرفي، إسهام في فهم واحترام حكم القانون في النزاع المسلح، اللجنة الدولية للصليب الأحمر، مارس 2005.

4. فراس زهير جعفر الحسيني، الحماية الدولية لموارد المياه والمنشآت المائية أثناء النزاعات المسلحة منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، بيروت، لبنان، 2009.

5. شانون لورانس، السدود والأنهار والحقوق، دليل عمل المجتمعات المتأثرة بالسدود، انك ويركس للنشر شبكة الأنهار الدولية، الولايات المتحدة الأمريكية، 2006.

ثانيا: المقالات

1.بوسماحة الشيخ، الأمن البيئي في الأراضي تحت الاحتلال في منظور القانون الدولي الإنساني، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ابن خلدون، تيارت.

2.شكراني الحسين، العدالة المائية من منظور القانون الدولي، رؤى إستراتيجية، سبتمبر 2013. 3.عامر الزمالي، حماية المياه أثناء النزاعات المسلحة، المجلة الدولية للصليب الأحمر، العدد 308، 13 أكتوبر 1995 .

4.أحمد بشارة موسى، الانتهاكات الجسيمة ضد المدنيين والأعيان المدنية، مجلة المفكر، مجلة الحقوق والعلوم السياسية جامعة محمد خيضر، بسكرة، الجزائر، العدد العاشر.
5.حماية الأعيان المدنية في القانون الدولي الإنساني، سلسلة القانون الدولي الإنساني رقم (9)، اللجنة الدولية للصليب الأحمر، 2008.
6. المياه والحرب، أنشطة اللجنة الدولية للصليب الأحمر، 16 جويلية 2009.
7. برنامج الأمم المتحدة للبيئة، خطة عمل البحر الأبيض المتوسط، اجتماع تيرانا، ألبانيا، 20/17 ديسمبر 2017، طبعة أثينا، اليونان، 2017.

ثالثا: رسائل الدكتوراه

1.علي بن يوسف بن حسين الدعيجي، الحفاظ على البيئة إبان النزاعات المسلحة، رسالة مقدمة للحصول على درجة الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، مصر، 2011.
2.زناتي مصطفى، الحماية الدولية لموارد المياه والمنشآت المائية أثناء النزاعات المسلحة ، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة الجزائر 1، 2015، 2016 .

رابعا: مذكرات الماجستير

1.نصر الله سناء، الحماية القانونية للبيئة من التلوث في ضوء القانون الدولي الإنساني، مذكرة ماجستير كلية الحقوق جامعة باجي مختار، عنابة، 2011/2010.
2.قانة يحيى، الجهود الدولية لحماية البيئة البحرية أثناء النزاعات المسلحة، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة 1، 2014/2013.

خامسا: الاتفاقيات والمواثيق الدولية

1.اللائحة المتعلقة بقوانين وأعراف الحرب البرية 18 أكتوبر 1907 .
2.البروتوكول الإضافي الأول لاتفاقيات جنيف لسنة 1977.
3.اتفاقية جنيف الرابعة الخاصة بحماية المدنيين لسنة 1949.
4. النظام الأساسي للجنة الدولية للصليب الأحمر والهلال الأحمر.
5.اتفاقية لاهاي الرابعة لسنة 1907.

<u>اللغة الانجليزية</u>

1.Yaram Dinstein , Protection of the environment in international armed conflict, Max planck year book of United Nations law, Volume 5 , 2001.
2.David Jensen and Silja Halle, Protecting the environment during armed conflict, An inventory and analysis of international law, United nations environment programm 11/ 2009.
3.International Environment Law and naval war, Naval war college, Newport ,Rhode Island Center for naval warfare studies , December 2000 .
4.the protocol 1 ,1977.
5.the Annex to the convention; Regulations respecting the laws and customs of war on land 18/10/1907 .

د. جامع مليكة
أستاد محاضر قسم ب
المركز الجامعي علي كافي – تندوف–
malika_dja@hotmail.fr

الحماية القانونية لبراءة الاختراع

الملخص باللغة العربية

تتعدد صور الملكية الصناعية وتتجدد نظرا للتطورات الحاصلة في مجال تكنولوجيا الإعلام والإتصال، ومسايرة منه لهذا التوجه الجديد ومواكبة لاتفاقية الجوانب المتصلة بالتجارة من حقوق الملكية الفكرية (تريبس) التي تسعى الجزائر للانضمام إليها، عمد المشرع الجزائري إلى تكييف منظومته القانونية مع متطلبات الانضمام إلى هذه الاتفاقية، من أجل ذلك استحدث صورا جديدة لم تكن معروفة من قبل في التشريع الجزائري في مجال الملكية الصناعية، كما أدخل تعديلات جوهرية واستخلف بعض النصوص السابقة بنصوص جديدة كما هو الشأن بالنسبة لبراءة الاختراع التي نظمها بالأمر 03-07 ومرسومه التنفيذي رقم 05-275 المؤرخ في 02 غشت 2005 الذي يحدد كيفيات إيداع براءات الاختراع وإصدارها المعدل والمتمم، فإلى أي مدى وُفِق المشرع الجزائري بمقتضى هذه النصوص في توفير الحماية لصاحب البراءة؟، وهل هذه الحماية تلقائية أم متوقفة على إجراءات معينة يتعين على صاحب الحق القيام بها حتى يحظى بالحماية؟.

الكلمات المفتاحية: البراءة، الإختراع، الحماية القانونية، الحماية الدولية

Abstract in English

In view of the developments in the field of information and communication technology, and in keeping with this new trend and in keeping with the TRIPS Agreement that Algeria seeks to join, the Algerian legislator has adapted its legal system to the requirements of accession to this Convention In order to do so, he introduced new images that were not previously known in the Algerian legislation in the field of industrial property. He also made fundamental amendments and replaced some of the previous texts with new texts, as in the case of the patent organized by Order 03-07 and its decree Executive No. 05-275 of 20 August 2005, which defines the modalities of the filing of patents and their amended and completed version. To what extent does the Algerian legislator comply with these provisions in providing protection to the patent owner? Is this protection automatic or dependent on certain actions that the right holder must do? Even protected.
Keywords: innocence, invention, legal protection, international protection

المقدمـــــــــــــــــــة

الملكية الصناعية هي النظام المقرر لحماية المصنفات أو العناصر المتصلة بالنشاط الصناعي والتجاري، الذي بدأ وجوده التنظيمي بمقتضى اتفاقية باريس التي تعد حجر الأساس ومرتكز الملكية الصناعية. وتعتبر براءة الاختراع من أهم صور الملكية الصناعية نظرا لما ترتبه من آثار قانونية وسياسية واقتصادية واجتماعية تنتج عند استغلالها، فهي تعتبر "العمود الفقري للملكية الصناعية"[1] إذا ما قورنت بالرسوم والنماذج الصناعية وتسميات المنشأ. وقد صدر أول قانون لحماية المخترعين في الجزائر سنة 1966 بمقتضى الأمر 66-54 المؤرخ في 08 مارس 1966 المتعلق بشهادات المخترعين وإجازات الإختراع[2]، وذلك عقب انضمام الجزائر لاتفاقية باريس لحماية الملكية الصناعية وفقا للأمر 66-48 المؤرخ في 25 فبراير 1966[3].

ونظرا لقصور أحكام الأمر 66-54 وعدم مواكبتها للتطور الوطني والدولي، استدعى ذلك ضرورة إعادة النظر في وضع تنظيم دقيق ومحكم لإقرار ضمانات توفر حماية أكثر للمخترع، حيث كانت الشهادة الممنوحة للمخترع الجزائري في ظل الأمر السابق تمثل عرقلة للإبداع ذلك أن صاحبها لم يكن يحظى بنفس الحقوق الممنوحة للمخترع الأجنبي.

ولما كان بناء الاقتصاد الوطني دون اللجوء إلى مساعدة الدول المتقدمة في الميدان التكنولوجي يتطلب التركيز أساسا على كفاءة ومهارة المخترعين الجزائريين ووضع حد لتبعية البلاد إزاء الخارج، ونظرا لتغيير النظام الاقتصادي وتوجه البلاد نحو اقتصاد السوق يجب أن تصبح مؤسسات القطاع العام والقطاع الخاص على حد سواء تنافسية ولتحقيق هذا الغرض يجب وضع الملكية الصناعية والتجارية مكانها المناسب وتدعيم تشجيع الأنشطة الإبتكارية[4].

هذا ما دفع المشرع الجزائري إلى إلغاء أحكام الأمر السابق وإصدار المرسوم التشريعي 93-17 المؤرخ في 1993/12/07 المتعلق بحماية الاختراعات[5]، والذي صدر قبيل انعقاد مؤتمر مراكش لإنشاء المنظمة العالمية للتجارة في أبريل 1994، غير أن المشرع الجزائري ومواكبة منه لأحكام اتفاقية الجوانب المتصلة بالتجارة من حقوق الملكية الفكرية (تريبس) قام مرة أخرى بإلغاء المرسوم السابق بالأمر 03-07 المؤرخ في 19 جويلية 2003 المتعلق ببراءة الاختراع[6].

وفي ظل أحكام هذا الأمر الأخير، سنحاول الإجابة على إشكالية مفادها: هل القوانين الداخلية المتعلقة ببراءة كفيلة في توفير حماية فعالة للمخترع، أم أن الأمر يستدعي التوقيع على إتفاقيات دولية لتوفير ضمانات أكثر للمخترع؟. حيث قسمنا الدراسة إلى مطلبين، خصصنا المطلب الأول للحديث عن مضمون الحماية القانونية لبراءة الإختراع، أما المطلب الثاني فعالجنا فيه آليات الحماية القانونية لبراءة الإختراع.

المطلب الأول: مضمون الحماية القانونية لبراءة الإختراع

تعرف براءة الاختراع بأنها سند مسلم من طرف الدولة، ويكون بموجبه لصاحب الاختراع حق احتكاري مؤقت في استغلاله شريطة أن يقوم ببعض الالتزامات[7].

وقد عرف المشرع الجزائري بمقتضى الأمر 03-07 الاختراع بموجب المادة 02 منه بأنه "فكرة لمخترع تسمح عمليا بإيجاد حل لمشكل محدد في مجال التقنية"، كما عرفت الفقرة الثانية من ذات المادة براءة الاختراع بأنها "وثيقة تسلم لحماية اختراع". ويعاب على المشرع الجزائري أنه أقحم نفسه في إعطاء تعريف للاختراع والبراءة ويبقى هذا التعريف مبهم وقاصر، ذلك أن التعريف هو من مهمة الفقه واجتهادات القضاء، وهذا ما سار عليه المشرع المصري في القانون رقم 82 لسنة 2002 المتعلق بحماية حقوق الملكية الفكرية، حيث أنه لم ينص على أي تعريف للاختراع أو البراءة –وحسنا ما فعل- "ذلك أن المدلول القانوني لكلمة اختراع هي محل جدل بين المختصين نظرا لتشعب مجالاته وتعدد صوره واتساع ميادينه، مما جعل قوانين براءة الاختراع تتجنب وضع تعريف للاختراع والاكتفاء بتحديد الشروط اللازم توافرها لمنح البراءة عنه"[8] غير أن الاتجاه الغالب يذهب إلى تعريف الاختراع بأنه "التوصل إلى فكرة أصلية تم تنفيذها ماديا"[9].

ومن جهة أخرى وجد خلاف حول تحديد طبيعة البراءة، فهناك من يرى أنها عقد بين المخترع والإدارة، وهناك من يرى أنها قرارا إداريا، كما أن هناك من يعتبرها حكما قضائيا، أما المشرع الجزائري –وحسنا ما فعل- فقد اعتبرها " وثيقة تسلم لحماية اختراع" دون أن يجزم في أمره وبالتالي فإن موقفه هذا ملما بالنظريات الثلاثة المتقدمة، فيمكن اعتبارها عقدا لتوفره على إيجاب وقبول بين طالب الحماية والمعهد الوطني للملكية الصناعية الذي يمكنه رفض الطلب لعدم توفر الشروط الشكلية، كما يمكن اعتبارها قرارا إداريا نظرا للآثار المترتبة من خلال القرار الإداري في منح البراءة، وأخيرا يمكن اعتبارها حكما قضائيا ويتجلى ذلك عند رفض الإدارة طلب تسجيل الاختراع وإعطاء الحماية وفي حالة المنازعة حول الأسبقية فيثبت ذلك بناء على حكم قضائي.

الفرع الأول: شروط الحصول على براءة الاختراع

للحصول على براءة اختراع يتطلب القانون شروطا موضوعية وأخرى شكلية نتعرض إليها فيما يلي.

أولا: الشروط الموضوعية

تنص المادة 3 من الأمر 03-07 على أنه "يمكن أن تحمى بواسطة براءة الإختراع، الإختراعات الجديدة والناتجة عن نشاط اختراعي والقابلة للتطبيق الصناعي"[10].

يستفاد من المادة أن براءة الإختراع حتى تشملها الحماية، تتطلب توفر شروطا أربعة، ويضاف إلى هذه الشروط شرطا خامسا وهو شرط المشروعية، وتتمثل هذه الشروط في :

1/ أن يكون الاختراع موجودا: إن الأساس الذي تقوم عليه حماية حق المخترع والذي يمنح بمقتضاه للمخترع براءة هو وجود اختراع، فلولا وجود الاختراع لما استحق المخترع الحماية.

فحق المخترع هو ثمرة من ثمار فكر الإنسان وابتكاراته ولا يراد بالابتكار أن يكون رائعا، بل يكفي أي قدر منه أيا كانت قيمته والمهم أن يكون شيئا غير معهود من قبل، وقد ابتدعه فكر الإنسان[11].

ولا يشترط أن يكون الإختراع متعلقا بمنتجات صناعية قابلة للاستغلال، بل يكفي أن ينصرف إلى كل تطبيق جديد لطرق أو وسائل صناعية معروفة، أي كل استعمال لطرق أو وسائل صناعية معروفة في تطبيق جديد لم يكن معروفا من قبل، يضفي القانون حماية على هذا الإبتكار في الاستعمال أسوة بالابتكار الجديد في

أصله، والأمر في تقرير اعتبار ابتكار ما تطبيقا جديدا لطرق أو وسائل معروفة أم لا إنما يرجع إلى تقدير الجهات الفنية المختصة.

فلا يشترط أن يؤدي الإبتكار إلى طفرة في التقدم الصناعي، بل يكفي أن يكون جديدا في موضوعه وإتيانه بشيء أفضل أو نتاج أحسن مما هو موجودا فعلا[12]، ذلك أن تحديد المقصود بالإختراع[13] يعتبر مسالة جوهرية تظهر أهميتها أمام القضاء خاصة في حالة تقديم طلب بإبطال براءة اختراع على أساس أن موضوعها لم يرد على اختراع بالمعنى المطلوب قانونا، فعندها يكون قاضي الموضوع ملزما بتحديد المعنى المقصود من الإختراع ليتمكن من الفصل في النزاع.

ورفعا لأي التباس قد يحدث في إلحاق بعض المنجزات بالاختراع، فإن المشرع الجزائري مسايرة لمعظم التشريعات[14] نص على استبعاد بعض الأعمال من نطاق الاختراع حتى لا تعرقل البحث العلمي أو الصناعي، وهي الأعمال التي تضمنتها المادتين 7 و8 من الأمر 03-07 المتعلق ببراءة الإختراع.

2/ أن يكون الاختراع جديدا: والمراد بهذا الشرط "ليس تكرار لشرط الإختراع، فكل اختراع يستحدث يعتبر جديدا، ولكن المقصود أن يكون هذا الإبتكار الذي استحدث جديدا لم يكن معروفا من قبل، بل يكون المخترع الذي يطلب براءة الاختراع قد سبق غيره في التعريف به"[15].

ويعتبر الإختراع جديدا إذا لم يكن مدرجا في حالة التقنية، وتتضمن هذه الحالة كل ما وضع في متناول الجمهور عن طريق وصف كتابي أو شفوي أو استعمال أو أية وسيلة أخرى عبر العالم، وذلك قبل يوم إيداع طلب الحماية أو تاريخ مطالبة الأولوية بها(المادة 04 من الأمر 03-07). فيجب إذن للبحث عن الجدة مقارنة الإختراع –المطلوب حمايته– بحالة التقنية، ولهذا يجب أخذ بعين الاعتبار كافة المعلومات التي وصلت إلى الجمهور في أي مكان وأي زمان[16]. ونلاحظ أن المشرع الجزائري أخذ بمبدأ الجدة المطلقة والتي يقصد بها عدم إذاعة سر الإختراع في أي زمان ومكان.

وتفقد الاختراعات شرط الجدة بوصولها إلى الجمهور[17] قبل يوم إيداع طلب الحماية أو تاريخ المطالبة بالأولوية بشأنها، فليس المهم أن يكون الجمهور قد اطلع على الإختراع فعلا، وإنما يكفي مجرد معرفته بمضمونه، مادام أن هذه المعرفة كافية لرجل المهنة ليتمكن من صنع هذا الإختراع، وعليه فالمعيار هو قدرة رجل المهنة أو الحرفة على نقل الإختراع، وبمفهوم المخالفة إذا لم يتمكن هذا الأخير من نقل الإختراع والإطلاع على سره فإن هذا الإختراع يعد جديدا[18].

وتجدر الإشارة أن المشرع الجزائري منح للمخترع مهلة من أجل إيداع طلب الحماية بالرغم من تعرف الجمهور على الإختراع، حيث نص في المادة 4/2 من الأمر 03-07 المتعلق ببراءة الإختراع "لا يعتبر الاختراع في متناول الجمهور بمجرد ما تعرف عليه الجمهور خلال الإثني عشر شهرا التي تسبق إيداع البراءة أو تاريخ الأولوية اثر فعل قام به المودع أو سابقه في الحق طبقا للمادة 14 أدناه أو جراء تعسف من الغير إزاء المودع أو إزاء سابقه في الحق"، يستفاد من المادة أن إفشاء سر الاختراع خلال 12 شهرا السابقة عن الإيداع لا يؤثر على قابليته للبراءة فهو يعد جديدا بالرغم من تعرف الجمهور عليه.

كما أن المشرع المصري في المادة 3 من قانون حماية حقوق الملكية الفكرية[19]، قرر أن الاختراع لا يفقد شرط الجدة رغم الكشف عنه في معارض وطنية أو دولية خلال الستة أشهر السابقة عن تاريخ التقدم بطلب البراءة، ففي هذه الحالة يجوز للمخترع أن يحظى بحماية اختراعه إذا طلب ذلك في خلال الستة أشهر المتقدمة، في حين أن المشرع الجزائري أقر مدة أطول لصالح المخترع في حالة عرض اختراعه في معرض دولي رسمي أو معترف به رسميا دون أن يقوم بإيداع طلب بشأنه وهذه المدة هي ضعف المدة[20] التي أقرها المشرع المصري، وهي اثني عشر شهرا الموالية لتاريخ اختتام المعرض، فخلال هذا الأجل عليه أن يطالب بحماية اختراعه مع مطالبته بالأولوية ابتداء من تاريخ عرض موضوع هذا الاختراع (المادة 24 من الأمر 03-07).

3/ أن يكون الاختراع ناتجا عن نشاط إختراعي : يعتبر الاختراع ناتجا عن نشاط اختراعي إذا لم يكن ناجما عن حالة التقنية، أي عدم وصول المعلومات المتعلقة به إلى الجمهور وذلك قبل تاريخ إيداع طلب الحماية أو تاريخ المطالبة بالأولوية، وينبغي لتقدير هذا الشرط مقارنته بحالة التقنية[21].

وخلافا للمشرع الجزائري فإن المشرع المصري وضع شرطا آخر حيث اشترط في المادة 1/1 من قانون حماية حقوق الملكية الفكرية المصرية أن يمثل الإختراع خطوة إبداعية مسايرا في ذلك اتفاقية تريبس في المادة 27 منها، والتي "اعتنقت المفهوم الأنجلوسكسوني لمعنى الإبداع والابتكار من حيث وجوب أن يؤدي إلى إحداث طفرة في التقدم الصناعي أو أن يشكل حدثا ضخما في مجال صناعة معينة، وذلك على عكس المفهوم اللاتيني للإبتكار الذي يحدد معنى معينا له يتمثل في إيجاد شيء لم يكن موجودا من قبل أو اكتشاف شيء وإبرازه في المجال الصناعي، وذلك بغض النظر عن درجة التقدم الصناعي التي تصيب الصناعة منه أو الطفرة التكنولوجية التي تترتب بسببه "[22].

ويتم تقدير شرط النشاط الإختراعي بالنظر إلى رجل الحرفة[23] "ويعرف رجل الحرفة أو المهنة بأنه العامل التقني المتوسط في الميدان المعني بالإختراع"[24]، فينبغي إذن النظر إلى المعلومات التي يحوزها رجل الحرفة المتوسط وليس العالم النابغ أو الرجل الجاهل.

4/ أن يكون الاختراع قابلا للتطبيق الصناعي: يعتبر الإختراع قابلا للتطبيق الصناعي[25] إذا كان موضوعه قابلا للصنع أو الاستخدام في أي نوع من الصناعة (المادة 06 من الأمر 03-07)، ولا يهم ميدان انجاز الاختراع سواء أكان فيزيائيا، زراعيا أو نوويا، المهم أن يكون قابلا للتطبيق الصناعي، ويتحقق ذلك "متى أمكن تطبيقه عمليا بترجمته إلى شيء مادي ملموس بصورة يمكن معها الاستفادة منه عمليا عن طريق استعماله واستغلاله أو استثماره في أي مجال من المجالات الصناعية المتعددة "[26].

ويكون الاختراع قابلا للبراءة إذا كان موضوعه قابلا للصنع أو الاستخدام في أي نوع من الصناعة[27]، فالأمر تخييري للمخترع بمعنى أنه ينبغي أن يكون موضوع الاختراع قابلا إما للصنع، أو إلى الاستخدام في مجال الصناعة وليس لزوم أن يتوفر الإختراع على الشرطين معا، ولكن من جهة أخرى يتعين أن يكون الإختراع قابلا للصنع يوم إيداع طلب البراءة لأنه في هذا الوقت يتم تقدير مدى توفر هذا الشرط – أي التطبيق الصناعي– في الإختراع من عدمه على غرار كافة الشروط الأخرى.

ولا تهم نوعية النتائج التي حصل عليها المخترع، ولا يفرض أن يتضمن الاختراع منافع أو تقدما تقنيا بل المهم نتيجته الصناعية، كما لا تهم القيمة التجارية للاختراع لأنه يجوز اعتبار الاختراع موضوعا للبراءة ولو كان غير قابل للاستثمار التجاري نظرا لتكاليف صنعه، المهم أن يكون قابلا للتطبيق الصناعي[28].

5/ أن يكون الاختراع مشروعا: نصت المادة 8/2 من الأمر 03-07 على أنه "لا يمكن الحصول على براءة الاختراع إذا كان الاختراع مخلا بالنظام العام والآداب العامة"[29]. ومن أمثلة الاختراعات المخلة بالنظام العام والآداب العامة اختراع آلة للقمار أو لتزييف النقود أو للإجهاض...

وفكرة النظام العام والآداب العامة تختلف باختلاف الزمان والمكان، فهي فكرة فضفاضة ذلك أنه ما يمكن اعتباره مخلا بالنظام العام والآداب العامة في دولة ما، لا يمكن اعتباره كذلك في دولة أخرى.

ثانيا: الشـروط الشكليــة

بمقتضى الإجراءات المنصوص عليها في المواد 20-35 من الأمر 03-07 ، وعملا بأحكام المرسوم التنفيذي رقم 05-275 المؤرخ في 02 غشت 2005 الذي يحدد كيفيات إيداع براءات الإختراع وإصدارها[30] المعدل والمتمم[31]، فإن الشروط الشكلية لبراءة الاختراع تتمثل في:

1/ الإيـداع: يتحقق إجراء الإيداع من خلال تقديم طلب[32] إلى المصلحة المختصة والمتمثلة في المعهد الوطني الجزائري للملكية الصناعية من طرف كل من يرغب في الحصول على براءة اختراع، أو أن يرسل طلبه عبر البريد مع إشعار بالاستلام أو بأية وسيلة أخرى تثبت الاستلام[33]، ولم يلزم المشرع الجزائري المودع بأن يقدم سندا يثبت فيه صفته كمخترع، فهذا الطلب يتم تقديمه من طرف المخترع أو خلفه، الشخص الذي يثبت له أقدم أولوية، كما يتم تقديمه من طرف كل شخص طبيعي أو معنوي، وطني أو أجنبي. ويجب أن يتوفر في الطلب المقدم الشروط المحددة بالمادة 22 من الأمر 03-07.

وبخصوص تاريخ إيداع طلب البراءة فهو طبقا للمادة21 من الأمر 03-07، تاريخ استلام المصلحة المختصة على الأقل لما يأتي: استمارة طلب كتابي تسمح بالتعرف على الطالب وعلى رغبته في الحصول على براءة اختراع. **ب**- وصف للاختراع مرفقا بمطلب واحد على الأقل.

أما بالنسبة للطلب الدولي الذي حصل على تاريخ إيداع دولي بموجب اتفاق التعاون بشأن البراءات[34] والتي يشمل الجزائر كبلد معني للحصول على البراءة يعد كأنه طلب براءة مودع بتاريخ إيداعه الدولي.

2/ الفحــص: طبقا لهذا الإجراء تقوم المصلحة المختصة، وهي عمليا "المعهد الوطني للملكية الصناعية" بالتأكد من أن طلب البراءة مستوفيا لكافة الشروط التي يتطلبها الإيداع، فإذا رأت أن الطلب لم يستوف تلك الشروط، فإنها تستدعي طالب البراءة أو وكيله للقيام بتصحيح الملف في أجل شهرين، غير أنه يمكن تمديد هذا الأجل عند الضرورة بطلب من المودع أو وكيله، وعليه إذا قام طالب البراءة في الأجل المذكور بتصحيح الملف فإن الطلب المصحح يحتفظ بنفس تاريخ الإيداع الأول، أما إذا لم يقم بتصحيح الملف، فإن هذا الأخير يعتبر مسحوبا (المادة 27 من الأمر 03-07).

ولا تكتفي المصلحة المختصة بفحص الطلب من ناحية توفره على إجراءات الإيداع فحسب، بل أنها تقوم بفحص الطلب لتتأكد أن موضوعه لم يستبعد من نطاق الاختراعات، ولم يقص من الحماية القانونية على أساس أن المشرع حظر منح البراءة بشأنه، أما إذا رأت المصلحة المختصة أن موضوع الطلب مدرجا ضمن هذه الميادين فإنها تقوم بإعلام صاحب الطلب بأن طلبه لا يسمح بمنحه براءة (المادة 28 من الأمر 03-07). مع ملاحظة أن المعهد الوطني للملكية الصناعية، وهو بصدد قيامه بإجراء الفحص يدرس الطلبات من ناحيتها الشكلية، وأيضا من ناحيتها الموضوعية[35].

3/ الإصـدار: نلاحظ أن المشرع الجزائري أخذ بنظام عدم الفحص المسبق، ذلك أنه نص في المادة 31 من الأمر 03-07 المتعلق ببراءة الاختراع على أنه "تصدر براءات الاختراع ذات الطلبات المستوفية للشروط دون فحص مسبق وتحت مسؤولية الطالبين ومن غير أي ضمان سواء تعلق الأمر بواقع الاختراع أو جدته أو جدارته أو تعلق الأمر بوفاء الوصف وبدقته، وتسلم المصلحة المختصة للطالب شهادة تثبت صحة الطلب وتمثل براءة الاختراع".

فالمعهد الوطني للملكية الصناعية لا يفحص الطلب من حيث صحة الاختراع، بل أنه يراقب الملف من حيث صحة تكوينه فقط، ويبقى تسليم البراءة تحت مسؤولية الطالب وحده.

4/ التسجيـل: يتم تدوين كل براءات الاختراع على سجل خاص يمسكه "المعهد الوطني للملكية الصناعية"، وتدون البراءات حسب تسلسل صدورها مع ذكر رقمها واسم صاحبها وتاريخ الطلب والتسليم حتى يتمكن أي شخص من الاطلاع على سجل البراءات[36] التي تم تسليمها، ويمكنه الحصول على مستخرجات منه بعد تسديده الرسم المحدد (المادة 32 من الأمر 03-07).

5/ النشـر: عملا بمقتضيات المادتين 33 و34 من الأمر 03-07 يقوم المعهد الوطني للملكية الصناعية بنشر براءة الاختراع في نشرة رسمية للبراءات، كما أن المعهد يقوم بنشر براءات الاختراع والأعمال المتعلقة بتسجيلها بصفة دورية في نشرتها الرسمية، على أن تراعي في ذلك الاختراعات السرية التي نظمها المشرع في المادة 19 من الأمر 03-07.

تلك هي الشروط الشكلية الواجب توافرها في براءة الاختراع، غير أن المشرع الجزائري لم يقصر إتباع إجراءات الإيداع على من يريد الحصول على براءة اختراع أصلية فحسب، بل اشترطها أيضا في حالة إدخال تغييرات أو تحسينات أو إضافات على الاختراع، حيث نجد أن المشرع اشترط على من يريد القيام بهذه العمليات أن يستوفي نفس الإجراءات المطلوبة لإيداع الطلب وتثبت هذه العمليات بموجب شهادة تسمى شهادة الإضافة[37] تمنح للمعني الذي يمكن أن يكون مالك البراءة أو ذوي الحقوق. ولمنح شهادة الإضافة، يتعين على المعني الذي يريد إدخال تلك الإضافات أو التحسينات أو التغييرات أن يقوم بها وفقا للشكليات المحددة قانونا، في فترة محددة وهي "طوال صلاحية البراءة"، وبالتالي فإن هذه الشهادة تنتج نفس الآثار التي ترتبها البراءة الأصلية، وتنتهي بانتهاء مدة هذه الأخيرة. أما إذا كانت العمليات السابقة ترقى إلى درجة تؤهلها

للحصول على براءة اختراع، فإنه يكون لطالب هذه الشهادة إذا لم يتسلمها بعد، أن يحول طلبه إلى براءة اختراع ويكون تاريخ إيداع الطلب هو تاريخ طلب شهادة الإضافة (المادة 16 من الأمر 03-07).

الفرع الثاني: الآثار المترتبة على الحصول على براءة الإختراع

يترتب على استيفاء إجراءات الإيداع اكتساب المخترع لملكية البراءة، وهذا ما أكده المشرع الجزائري بموجب المادة 10 من الأمر 03-07، حيث وضع قاعدة عامة مفادها أن حق براءة الاختراع يرجع لصاحبه – أي المخترع- متى توفرت في هذا الاختراع الشروط المتقدمة، ويعتبر المخترع طبقا لأحكام التشريع الجزائري الراهنة من قام بإيداع طلب البراءة أو أول من يطالب بأقدم أولوية لطلب البراءة، وهذه القاعدة العامة لا تسري في حالة إثبات قضائي لانتحال الاختراع[38]. وعليه ما لم يثبت اغتصاب المودع للاختراع فإن ملكية البراءة تعود له أو إلى خلفه، غير أنه في بعض الأحيان يدق التمييز لتحديد ملكية البراءة، الأمر الذي يستوجب علينا التعرض إلى الحالتين التاليتين:

الحالة الأولى: الاختراعات التي ينجزها أصحابها خارج علاقة تعاقدية

قدمنا سالفا أن ملكية الحق في البراءة تعود للمخترع وهو عمليا يفترض أنه قام بإيداع طلب البراءة أو من يطالب بأقدم أولوية والحكمة التي ابتغاها المشرع في إقراره لهذه القاعدة هي "حماية أول من فضل كشف سر اختراعه عن طريق إيداعه لدى الهيئة المختصة"[39]، الأمر الذي ينجر عنه أن طلب الإيداع يمكن تقديمه من طرف شخص طبيعي أو معنوي، ذلك أن هذا الأخير إذا كان لا يجوز له أن يتصف بصفة المخترع فانه يجوز أن يكون مودعا ويقوم بإجراءات الإيداع بواسطة ممثله. كما أن المشرع بإقراره لهذه القاعدة قد ساعد على فض النزاعات الاحتمالية التي قد تنشأ بين شخصين أو أكثر نظرا لانجازهم نفس الاختراع، حيث يحدد الحق في البراءة بالنظر إلى تاريخ الإيداع عملا بقواعد الأسبقية، وطبقا للمادة 23 من الأمر 03-07 يجب على كل من يرغب في المطالبة بأولوية إيداع سابق لنفس الاختراع أن يقدم تصريحا للأولوية ونسخة من الطلب السابق حسب الشروط والآجال المحددة عن طريق التنظيم[40].

وإذا اشترك شخصان أو عدة أشخاص جماعيا في انجاز الاختراع، فان الحق في ملكية البراءة يعد ملكا مشتركا بينهم باعتبارهم شركاء في الاختراع أو يعد ملكا لخلفائهم، فإذا لم يكن المودع هو من قام بالاختراع فان طلبه يجب أن يرفق بتصريح يثبت بمقتضاه حقه في البراءة[41]. فالحق في ملكية البراءة يرجع للمودع أو لخلفه أو للمتنازل إليه سواء كان التنازل بمقابل أو بدونه[42]، "وعلى كل يكون الحق في البراءة للمودع أو لمن آلت إليه حقوقه، كما يجوز أن يكون صاحب الحق في البراءة شخصا طبيعيا أو معنويا خاضعا للقانون العام أو للقانون الخاص"[43].

وفي حالة انجاز اختراع من قبل شخصين لا تربطهما أية علاقة، غير أن أحدهما لم يقم بإيداع اختراعه أو تأخر في القيام بذلك، فإنه منطقيا أن ملكية البراءة تعود لمن استوفى إجراءات الإيداع وبالتالي يكون له حق

استغلال اختراع، غير أن المشرع الجزائري وحماية منه للشخص الذي يكون قد حقق اختراعا دون أن يقوم بإيداعه أو قام بذلك بعد فوات الأوان، فإنه قد وضع استثناء مفاده أنه سمح لهذا الشخص أن يستمر في مباشرة عمله بالرغم من وجود براءة اختراع.

ولما كان هذا الاستثناء يمس بحق صاحب البراءة فان المشرع الجزائري قصر تطبيقه في حالة توفر الشروط التالية فقط: – أن يكون هذا الشخص حسن النية أي لم يتوصل إلى هذا الاختراع بطرق غير شرعية أو احتيالية للحصول عليه أو معرفته، – أن يقوم هذا الشخص بصنع المنتوج أو استعمال طريقة الصنع موضوع الاختراع المحمي بالبراءة، أو أن يقوم بتحضيرات جادة لمباشرة هذا الصنع أو هذا الاستعمال (ضرورة أن يتطابق الاختراعين تطابقا تاما).

وعليه متى ثبتت هذه الشروط فانه يجوز له مواصلة نشاطه وبالتالي "يستفيد من حماية القانون الذي يضع حدا لدعوى التقليد التي يرفعها صاحب البراءة، غير أن حماية هذا الأخير تفرض أن يبقى حق استغلال الاختراع أو مواصلة استغلاله حقا شخصيا ممنوحا للمعني بالأمر دون غيره"[44]، فلا يجوز له أن يتنازل عنه أو يمنح تراخيص استغلال بشأنه، ومن جهة أخرى نلاحظ أن المشرع الجزائري ووفقا للمادة 14/2 من الأمر 03–07 قد سمح بانتقال هذا الحق وتحويله مع المؤسسة أو الشركة أو الفروع التابعة لهما واللتين حدث فيهما الاستخدام أو التحضير للاستخدام.

الحالة الثانية: الاختراعات التي ينجزها أصحابها في إطار علاقة تعاقدية

في هذه الحالة يكون انجاز الاختراع تنفيذا لالتزامات تعاقدية، وبذلك يصعب تحديد من يكون له الحق في إيداع طلب للحصول على براءة الاختراع.

فبرجوعنا إلى القانون الجزائري، نلاحظ أن المشرع قد تطرق إلى هذه المسألة بموجب المادتين 17 و18 من الأمر 03–07 المتعلق ببراءة الاختراع واعتبر المشرع أن الاختراعات المنجزة في هذه الحالة هي اختراعات خدمة[45] ويمكن تعريفها بأنها "الاختراع الذي ينجزه شخص أو عدة أشخاص خلال تنفيذ عقد عمل يتضمن مهمة اختراعيه تسند إليهم صراحة" أو هو "الاختراع الذي ينجزه شخص أو عدة أشخاص بمقتضى اتفاقية وذلك باستخدام تقنيات الهيئة و/أو وسائلها".

ولما كان "العقد شريعة المتعاقدين"[46] فانه يجوز للأطراف–الهيئة من جهة والمخترع من جهة أخرى– الاتفاق على تحديد من يحق له طلب الإيداع، أما إذا لم يوجد اتفاق فإن حق ملكية الاختراع يعود للهيئة، غير أنه إذا عبرت هذه الأخيرة صراحة عن تخليها عن هذا الحق فإنه يعود للمخترع.

تبعا لكل ما تقدم فإنه متى ثبتت ملكية البراءة وفقا للأحكام المتقدمة فإنها ترتب مجموعة من الآثار القانونية ندرسها تباعا فيما يلي.

أولا: حقوق والتزامات صاحب الحق في البراءة

بعد اكتساب صاحب الاختراع ملكية البراءة نتيجة استيفائه إجراءات الإيداع فإنه يتمتع بجملة من الحقوق، وفي المقابل يأخذ على عاتقه مجموعة من الالتزامات.

1/ حقوق صاحب البراءة: يتمتع صاحب براءة الاختراع بحقوق معنوية وأخرى مادية، إلا أن الحقوق المعنوية لم يهتم بها المشرع بصورة أساسية، وتتمثل هذه الحقوق في حق صاحب البراءة في أن يأخذ صفة المخترع[47]، أما الحقوق المادية والتي عني بها المشرع فهي تتمثل[48] في استغلال اختراعه.

حيث يكون له "حقا إستئثاريا مقصورا عليه وحده دون غيره في الاستفادة من الاختراع موضوع البراءة"[49]، ويكون ذلك بالانتفاع به ماليا بأية طريقة من الطرق المشروعة، ويترتب على ذلك أنه يحق له منع الغير من الاعتداء على اختراعه[50]. وفي هذا الخصوص فرق المشرع الجزائري بين حالتين:

الحالة الأولى: إذا كان موضوع الإختراع منتوجا: يثبت له حقه في منع الغير من القيام بصناعة المنتوج أو استعماله أو بيعه أو عرضه للبيع أو استيراده لهذه الأغراض دون رضاه.

الحالة الثانية: إذا كان موضوع الاختراع طريقة صنع: يكون له حق منع الغير من استعمال طريقة الصنع واستعمال المنتوج الناتج مباشرة عن هذه الطريقة أو بيعه أو عرضه للبيع أو استيراده لهذه الأغراض دون رضاه، ومن جهة أخرى يثبت لمالك البراءة حقه في التصرف في الاختراع سواء بالتنازل عنه للغير أو تحويله أو نقله أو رهنه ولكن اشترط المشرع الكتابة في العقود التي تتضمن هذه العمليات وقيدها في سجل البراءات حتى تكون نافذة في مواجهة الغير (المادة 36 من الأمر 03-07) "وباعتبار المتصرف إليه خلفا خاصا للمخترع فإن الحماية التي كانت مقررة للمخترع تنتقل لخلفه كما تنتقل للخلف كل الدعاوى الناشئة عن استعمال البراءة أو المتعلقة بالحق فيها"[51]، وتبعا لذلك تنتقل دعوى التقليد إلى المتصرف له إذا كان قد تم نشر هذا التصرف. ويكون لصاحب البراءة الحق في إبرام عقود تراخيص بشأن استغلال إختراعه (المادة 37 من الأمر 03-07).

والجدير بالذكر أن الحق في احتكار الاستغلال الممنوح للمخترع مقيد من عدة نواحي، **فهو مقيد من حيث الزمان:** كونه مرتبط بمدة زمنية محددة وهي عشرون سنة تسري ابتداء من تاريخ الطلب[52]، بعد انقضائها يصبح الاختراع ملكا شائعا ومباحا للجميع، مع ملاحظة أن المشرع الجزائري لم ينص على حق صاحب البراءة في تجديد حماية البراءة بعد انقضاء مدتها والحكمة في ذلك هي "عدم حرمان الاقتصاد الوطني من استعمال الاختراع والاستفادة منه"[53] وفي ذلك تغليب للمصلحة العامة على حساب المصلحة الخاصة للمخترع.

كما أنه مقيد من حيث المكان: حيث يقتصر نطاقه على حدود الدولة التي تم فيها تسليم البراءة دون أن يتعدى إلى دولة أخرى ما دام أنه لم يلتزم مبدئيا بإيداع طلب فيها وهذا ما يعرف "بمبدأ الإقليمية"، وهو ما أكدته اتفاقية باريس الخاصة بحماية الملكية الصناعية في المادة 04 منها حيث أنها اشترطت حتى يتمتع المخترع بالحماية أن يقوم بإيداع طلبه في إحدى دول الاتحاد.

غير أنه وان كان يظهر أن هناك التزام آمر يقع على عاتق المخترع يتمثل في عدم تعديه الحدود الإقليمية، فإنه من جهة أخرى يمثل حقا للمخترع حتى تحقق حماية اختراعه على أكمل وجه وذلك من خلال متابعة منتهك حقوق مالك البراءة في الدولة التي تم فيها تسليم البراءة.

وإن كان يظهر أن المشرع الجزائري أعطى لمالك البراءة الحق في منع الغير في استغلال اختراعه دون رضاه، فإنه لم يجعل هذا الحق مطلقا ولكنه أورد عليه استثناء، فالمخترع لا يستطيع أن يمنع الغير الذي قام

قبل تقديم طلب البراءة أو عند تاريخ المطالبة بالأولوية وعن حسن نية بصنع المنتوج المحمي بالبراءة موضوع الاختراع المودع، أو استخدام الطريقة المغطاة بالبراءة أو قام بتحضيرات جادة لمباشرة هذا الصنع أو الاستعمال وبالتالي يحق له الاستمرار في مباشرة عمله (المادة 14 من الأمر 03-07).

إذا كان هذا الاستثناء لا يجوز استعماله إلا إذا توفرت الشروط المحددة قانونا إلا أنه يبقى فيه مساسا بحق مالك البراءة في احتكار استغلال اختراعه.

2/ إلتزامات صاحب البراءة: تهدف قوانين البراءات إلى حث المبتكر للإسراع في الكشف عن ابتكاره للمجتمع لقاء منحه حق استئثاري على إبتكاره، فلا يحق لأي شخص استعماله دون إذن أو ترخيص من المبتكر صاحب البراءة[54]، وفي مقابل ذلك فإن التشريعات الداخلية وكذا الاتفاقيات الدولية ألقت على عاتق صاحب البراءة مجموعة من الإلتزامات.

أ. الالتـزام بدفـع الرسـوم السنويـة: زيادة على رسوم الإيداع والنشر فإن المشرع الجزائري[55] كنظيره المصري[56] ألزم صاحب البراءة بدفع رسوم سنوية تصاعدية أي تتصاعد تدريجيا بمرور السنوات إلى غاية انتهاء مدة البراءة، وإذا لم يخضع صاحب البراءة لهذا الالتزام فإن حقه في ملكية البراءة يتعرض إلى السقوط. ويظهر من الأحكام المتقدمة أن إرادة المشرع كانت ربط استمرار الحماية بدفع الرسوم، حيث أنه نص على هذا الالتزام في المادة 9 من الأمر 03-07 المتعلق ببراءة الاختراع، وهي المادة التي تحدد مدة الحماية، ومن جهة أخرى نلاحظ أن المشرع الجزائري قد راعى وضعية المخترع المالية، فألزمه بدفع رسوم ضئيلة في السنوات الأولى نظرا للمصاريف والنفقات التي تفرض على المخترع لإتمام اختراعه وتنفيذه في بداية الأمر، ولكن هذه الرسوم تبدأ تتصاعد شيئا فشيئا إلى غاية انتهاء مدة البراءة نظرا للأرباح التي يستطيع تحقيقها مالك البراءة في السنوات الأخيرة والتي تكون غالبا مثمرة.

ويرجع السبب الرئيسي في دفع الرسوم السنوية[57] في "أن المشرع أراد استبعاد البراءات عن الاختراعات التافهة حتى لا تكون عائقا للصناعة"[58].

ب. الالتزام باستغـلال الاختـراع: إذا كان مالك البراءة يتمتع بحق استئثاري في استغلال اختراعه، فإنه مقابل ذلك يقع عليه التزام باستغلاله، وترجع الحكمة في فرض هذا الإلتزام "إلى تشجيع الجهود العلمية لتحقيق التقدم الصناعي، ويظهر حق احتكار استغلال الاختراع كالحافز اللازم للتقدم الصناعي، لذا ينبغي ألا تعرقل هذا التطور"[59]. وعليه فإذا لم يقم مالك البراءة باستغلال اختراعه فإن الحماية تفقد سببها، وبذلك فإن أغلب التشريعات تفرض أن يستغل مالك البراءة اختراعه في مدة معينة وفي حالة امتناعه عن ذلك فإنه يتعرض للترخيص الإجباري. ويتعرض صاحب البراءة لنوعين من التراخيص الإجبارية:

النوع الأول: الرخصة الإجبارية لعدم الاستعمال أو لنقص فيه

إذا امتنع مالك البراءة عن استغلال اختراعه، فإنه يحق لأي شخص في أي وقت بعد انقضاء أربع سنوات، ابتداء من تاريخ إيداع طلب براءة الاختراع، أو ثلاث سنوات ابتداء من تاريخ صدورها، أن يتحصل

من المصلحة المختصة على رخصة استغلال بسبب عدم استغلال الاختراع أو نقص فيه[60]. غير أنه لا يمكن الحصول على هذه الرخصة إلا إذا تحققت الشروط الأربعة التالية:

أ – عدم الاستغلال أو عدم كفايته: لا تمنح الرخصة الإجبارية إلا في حالة عدم استغلال الاختراع أو وجود نقص في استغلاله، وذلك خلال المدة المحددة بأربع سنوات من تاريخ إيداع طلب البراءة أو ثلاث سنوات من تاريخ تسليمها، وعليه متى تحققت المصلحة المختصة من ذلك فإنها تمنح الرخصة الإجبارية.

ب – رفض منح ترخيص: يلتزم طالب الرخصة الإجبارية بإثبات أنه استحال عليه الحصول على رخصة تعاقدية من مالك البراءة بشروط منصفة، ويجب أن يتعرض طالب الرخصة إلى رفض قاطع من قبل صاحب البراءة، أو قبول من هذا الأخير ولكن بشروط غير عادلة أو مستحيلة التحقيق أو "تحديدات تمثل استعمالا تعسفيا للحقوق التي تخولها براءة الاختراع" (المادة 37 من الأمر 03-07).

ج- عدم وجود عذر شرعي (ظروف مبررة): لا تمنح الرخصة الإجبارية إذا وجد عذر شرعي أي ظروف تبرر عدم استغلال صاحب البراءة لاختراعه[61]، و"الظروف المبررة هي كل عائق جد خطير يجعل صاحب البراءة غير قادر على استثمار اختراعه بصورة جدية وفعالة في المهلة المحددة"[62].

د- قدرة طالب الرخصة على استثمار الإختراع: فالرخصة الإجبارية لا تمنح إلا إذا قدم طالبها الضمانات اللازمة لاستغلال اختراعه، أي الضمانات التي من شأنها أن تجعله يتدارك الخلل الذي أدى إلى منحه الرخصة.

ومتى توفرت هذه الشروط مجتمعة، فإنها تمكن طالب الرخصة من التقدم بطلبه إلى المصلحة المختصة، والتي تقوم باستدعاء الطرفين للاستماع إليهما، وإذا وافقت منح الرخصة فإنها يجب أن تحدد شروطها ومدتها وقيمة التعويض اللازم لصاحب البراءة ما لم يتم الاتفاق على ذلك بين الطرفين، ولا يمكن انتقال هذه الرخصة إلا مع جزء المؤسسة أو المحل التجاري المنتفع بها وذلك بعد موافقة المصلحة المختصة (المادة 42 من الأمر 03-07)، ذلك أن هذه الرخصة هي حق شخصي للمستفيد المعين من طرفها، كما أنه يجب أن يتم تسجيل الرخصة الإجبارية أو انتقالها لدى المصلحة المختصة مقابل دفع الرسم المحدد. وتجدر الإشارة إلى أنه يجوز للمصلحة المختصة التي قامت بمنح الرخصة الإجبارية تعديل شروطها بناء على طلب من صاحب براءة الاختراع أو المستفيد من الرخصة الإجبارية[63]، كما يجوز لها سحبها بناء على طلب صاحب البراءة إذا زالت الظروف التي بررت منح الرخصة الإجبارية[64].

مع ملاحظة أن المشرع أجاز منح رخصة إجبارية في حالة تبعية براءة اختراع يملكها شخص لبراءة اختراع يملكها آخر، وعليه فإذا استحال استغلال اختراع دون المساس بالحقوق المرتبطة ببراءة سابقة فإنه يجوز منح رخصة إجبارية بطلب من صاحب براءة الاختراع اللاحقة، ويكون منح هذه الرخصة في الحدود الضرورية لاستغلال الاختراع على أن يشكل تقدما تقنيا ملحوظا ومصلحة اقتصادية هامة بالنسبة للاختراع موضوع البراءة السابقة، أما إذا كان كلا الاختراعين يؤديان إلى تحقيق نفس الأهداف الصناعية فإن صاحب البراءة السابقة يستطيع الحصول على رخصة متبادلة بشروط معقولة لاستعمال الاختراع موضوع البراءة اللاحقة[65].

النوع الثاني: الرخصة الإجبارية للمنفعة العامة

يحق للوزير المكلف بالملكية الصناعية وفي أي وقت أن يمنح رخصة إجبارية لمصلحة من مصالح الدولة أو للغير الذي يتم تعيينه من طرفه لطلب براءة أو لبراءة اختراع وذلك متى وجدت حالة من الحالات المنصوص عليها في المادة 49 من الأمر 03-07 والمتمثلة في:

- عندما تستدعي المصلحة العامة وخاصة الأمن الوطني، التغذية، الصحة، أو تنمية قطاعات اقتصادية وطنية أخرى ولاسيما عندما يكون سعر المواد الصيدلانية المحمية بواسطة البراءة مخالفا ومرتفعا بالنسبة للأسعار المتوسطة في السوق.
- عندما ترى هيئة قضائية أو إدارية أن صاحب البراءة أو من هو مرخص له باستغلالها يستغل البراءة بطريقة مخالفة للقواعد التنافسية، وعندما يرى الوزير المكلف بالملكية الصناعية أن استغلال البراءة يسمح بالعدول عن هذا التصرف.

فإذا وجدت حالة من هذه الحالات، يجوز تقديم طلب لدى المصلحة المختصة مرفقا بكل الحجج التي تثبت المنفعة العامة، والتي تقوم باستدعاء الطرفين للاستماع إليهما، وتحدد شروط ومدة الترخيص وقيمة التعويض الذي يستحقه صاحب البراءة.

والرخصة الإجبارية للمنفعة العامة شأنها شأن الرخصة الإجبارية لعدم الاستغلال يتم تسجيلها لدى المصلحة المختصة وتسديد الرسم المحدد، وتكون هذه الرخصة غير استئثارية ويتم سحبها بنفس الأوضاع التي تخضع لها الرخصة الإجبارية لعدم الاستغلال. مع ملاحظة أن المشرع المصري كان أوسع نطاق في تحديد الحالات التي يجوز فيها منح التراخيص الإجبارية[66].

ثانيا: أسباب انقضاء براءة الاختراع

تنقضي براءة الاختراع بعدة أسباب نوجزها فيما يلي:

1/ انقضاء براءة الاختراع بسبب انتهاء مدتها: إذا انقضت مدة العشرون سنة التي أقرتها معظم التشريعات لحماية براءة الاختراع فإنها تسقط في الملك العام، ولا يستطيع صاحب البراءة أن يقوم بتجديدها، والحكمة من ذلك هي عدم حرمان الاقتصاد الوطني من الاستفادة من الاختراع مادام أن المخترع قام باحتكار استغلاله لمدة معينة وهذا حق له بالنظر إلى الجهود والنفقات والمصاريف التي بذلها، وبذلك منحه المشرع عشرون سنة من تاريخ إيداع الطلب بعدها يصبح الاختراع ملكا شائعا للجميع.

2/ انقضاء براءة الاختراع بسبب التخلي عنها[67]: حيث يجوز لمالك البراءة أن يتخلى كليا أو جزئيا وفي أي وقت عن مطلب أو عدة مطالب تتعلق ببراءته، وذلك بتقديم تصريح مكتوب إلى المعهد الوطني للملكية الصناعية، أما إذا تم قيد إحدى الرخص الإجبارية في سجل البراءات فإن مالك البراءة لا يستطيع قيد التخلي عنها إلا إذا قدم المستفيد من الرخصة[68] تصريحا يقبل فيه بهذا التخلي.

3/ انقضاء براءة الاختراع بسبب بطلانها: يجوز لأي شخص له مصلحة أن يتقدم إلى الجهة القضائية المختصة بطلبه قصد طلب البطلان الكلي أو الجزئي لمطلب أو عدة مطالب تتعلق ببراءة الاختراع، ويكون طلب البطلان في الحالات التالية فقط:

أ. إذا لم تتوفر في موضوع براءة الاختراع الشروط الموضوعية السابق بيانها أو كان من المنشآت أو المنجزات المستبعدة من الحماية[69].

ب. إذا لم يوصف الاختراع وصفا واضحا بما فيه الكفاية وكاملا، ويكون من شأنه أن يمكن المحترف من تنفيذه. **ج.** إذا كان الاختراع ذاته موضوع البراءة في الجزائر تبعا لطلب سابق أو كان مستفيدا لأولوية سابقة.

ومتى توفرت حالة من هذه الحالات، يجوز للمعني أن يطالب بإبطال البراءة، ومتى صدر الحكم بالإبطال وأصبح نهائيا فإنه يتعين على رافع دعوى الإبطال تبليغه إلى المصلحة المختصة حتى تقوم بقيده ونشره.

4/ انقضاء براءة الاختراع بسبب سقوطها[70]: قدمنا سلفا أن امتناع مالك البراءة على القيام بالتزامه المتمثل في تسديد الرسوم السنوية التصاعدية، يعرضه إلى سقوط حقه في ملكية البراءة، غير أن المشرع خفف من هذا الجزاء حيث منح مهلة ستة أشهر لتسديد الرسوم المستحقة، وبالتالي يستفيد من مهلة إضافية للقيام بالتزامه ولكنه في هذه الحالة ملزم بدفع غرامة عن تأخره.

ونظرا لصرامة جزاء السقوط فإن المشرع خفف منه، حيث مكن صاحب البراءة من استرجاع حقوقه بتقديمه طلبا معللا في أجل أقصاه ستة أشهر بعد انقضاء الأجل القانوني –انقضاء مهلة ستة أشهر الأولى– إلى المصلحة المختصة والتي لها أن تقرر إعادة تأهيل البراءة بعد تسديد الرسوم المستحقة ورسم إعادة التأهيل.

فضلا عن ذلك فإنه يمكن للجهة القضائية المختصة أن تحكم بسقوط براءة الاختراع بناء على طلب الوزير المعني وبعد استشارة الوزير المكلف بالصناعة، ويعود سبب الحكم بالسقوط في هذه الحالة إلى عدم تدارك صاحب البراءة عدم الاستغلال أو النقص فيه والذي أدى إلى منح رخصة إجبارية وذلك بعد انقضاء مدة سنتين على تاريخ منحها لأسباب تقع على عاتقه (المادة 55 من الأمر 03–07 المتعلق ببراءة الإختراع). هذا مع ملاحظة أن المشرع المصري وبمقتضى المادة 23 من قانون حماية حقوق الملكية الفكرية قد تبنى نفس الحكم، حيث أعطى لمكتب براءات الاختراع الحق في إسقاط البراءة إذا تبين بعد مضي سنتين من منح الترخيص الإجباري أن ذلك الترخيص لم يكن كافيا لتدارك الآثار السلبية التي لحقت بالاقتصاد القومي بسبب تعسف صاحب البراءة في استعمال حقوقه أو لممارساته المضادة للتنافس[71].

المطلب الثاني: آليات الحماية القانونية لبراءة الإختراع

يتمتع صاحب براءة الاختراع بحماية وطنية كفلتها له التشريعات الوطنية، وأخرى دولية حظته بها الاتفاقيات الدولية، وسوف نتعرض إلى هاتين الحالتين على التوالي، وذلك في الفرعين التاليين.

الفـرع الأول: الحماية القانونية للبراءة وفقا للتشريع الداخلي

يتمتع صاحب براءة الاختراع بحماية مزدوجة مؤقتة تسري طوال مدة البراءة، حيث يكون له ولمدة عشرين سنة، الحق في منع الغير من استغلال اختراعه، وتكون هذه الحماية مبنية على أساس عناصر الاختراع التي تضمنها الوصف المحدد في المطالب التي تقدم بها طالب البراءة، وبالتالي فإن الحماية تنصرف إلى هذه المطالب التي تم تقديم وصف تفصيلي بشأنها دون غيرها.

أولا: الحماية المدنية

يحظى صاحب البراءة بحماية مدنية تخوله التقدم إلى الجهات القضائية قصد المطالبة بالتعويضات اللازمة نتيجة الاعتداء على حقه في البراءة[72]، وبذلك تعتبر الحماية المدنية حماية عامة تستظل بها كافة الحقوق، وقد كفلتها كافة القوانين[73]. وإذا كان المبدأ العام يعطي لمن تقع عليه جريمة جنائية الحق في أن يطالب فاعلها بالتعويض أمام القضاء الجنائي تبعا للدعوى الجنائية أو بدعوى أصلية مباشرة أمام القضاء المدني استنادا إلى أحكام الأمر 03-07 لاسيما المادة 58 منه، وفي كلا الحالتين يجب توافر شروط الإدانة، غير أنه قد يتبين أمام القضاء الجزائي أن الأفعال موضوع الدعوى لا تكون جريمة مما ينتج عنه عدم قبول الدعوى المدنية، لكن هذا لا يمنع صاحب الحق من رفع دعوى أخرى أمام القضاء المدني على أساس المنافسة غير المشروعة استنادا إلى نص المادة 124 ق م.

ثانيا: الحماية الجزائية

يتمتع صاحب البراءة بحماية جزائية تقوم في حالة وقوع اعتداء على حقوقه المخولة له قانونا، وقد حدد المشرع الجزائري شأنه في ذلك شأن المشرع المصري أفعال الاعتداء على حقوق صاحب البراءة، وكيّف الجريمة التي يتعرض لها مالك البراءة بأنها جنحة تقليد، وبالتالي لابد أن يتوفر في هذه الجريمة أركانها والمتمثلة في الركن الشرعي، الركن المادي والركن المعنوي، ومتى تحققت هذه الأركان فإن المقلد يخضع لعقوبات معينة.

1/ أركان جريمة تقليد براءة الاختراع: تتمثل هذه الأركان في:

أ. **الركن الشرعي:** الركن الشرعي هو أن يكون هناك نص يحد الجريمة ويبين الجزاء العقابي المترتب عليها[74]. ويعتبر الركن الشرعي[75] لجنحة التقليد لبراءة نص المواد 61-62 من الأمر 03-07 المتعلق ببراءة الاختراع، ذلك أنه لا جريمة ولا عقوبة ولا تدبير أمن بغير قانون [76].

حيث عاقب المشرع الجزائري على كل مساس بحقوق صاحب البراءة بدون موافقته. ومتى تم الاعتداء طبقا لهذا المفهوم فإن المقلد يدخل في نطاق عدم المشروعية مما يستوجب تطبيق العقوبة المقررة قانونا.

تبعا لذلك فإنه حتى يكتسي الاعتداء طابعه غير الشرعي فلابد من توافر الشروط التالية:

أ1/ ضرورة وجود براءة اختراع صحيحة: يجب أن يكون صاحب البراءة قد استوفى كل الشروط القانونية للحصول على البراءة وبصفة خاصة الشكليات المتعلقة بالإيداع، وبذلك تسري الحماية القانونية من يوم إيداع الطلب، "غير أنه لا يمكن أن يعتبر مقلدا الشخص الذي يجهل وجود البراءة"[77] وبالتالي يتعين على المودع إتمام إجراءات الشهر لإعلام الغير بوجود البراءة.

وتأسيسا لذلك نجد المشرع لم يعتبر بموجب المادة 57 من الأمر 03-07 الوقائع السابقة لتسجيل طلب براءة الاختراع ماسة بالحقوق الناجمة عنها، ولا تستدعي الإدانة حتى ولو كانت إدانة مدنية، لكن الوقائع التي تحدث بعد تبليغ المقلد المشتبه به بواسطة نسخة رسمية لوصف البراءة تلحق بطلب براءة الاختراع تعتبر وقائع ماسة بحقوق صاحب البراءة على أساس أن المقلد أصبح على علم بوجودها.

تبعا لذلك فإن الأعمال التي تقع بعد إيداع طلب البراءة، أو بعد إتمام إجراءات الشهر أو بعد تبليغ الغير بالنسخة الرسمية تعتبر أعمالا مشكلة لجنحة التقليد، حيث يتطلب قيام جنحة التقليد أن تكون البراءة موجودة وصحيحة لم تنقض بأي سبب من أسباب الانقضاء السابق بيانها.

أ2/ عدم وجود أفعال مبررة: لا يعتبر مقلدا من يقوم عند تاريخ إيداع طلب البراءة أو تاريخ الأولوية المطالب بها عن حسن نية بصنع المنتوج أو استعمال طريقة الصنع موضوع الاختراع المحمي بالبراءة كون أن المشرع سمح له بمواصلة نشاطه[78]، كما لا يعتبر مقلدا الشخص الذي يستفيد من رخصة سواء أكانت اتفاقية أو جبرية واستغلالها في حدود ما ورد في العقد[79].

أ3/ عدم استنفاد حق صاحب البراءة: إن حقوق صاحب البراءة لا تمتد إلى الأعمال التي تخص المنتوج الذي تشمله البراءة بعد عرضه في السوق شرعا[80].

كما أن المشرع الجزائري استثنى من حقوق صاحب البراءة بعض الأعمال المحددة قانونا كالأعمال المؤداة لأغراض البحث العلمي فقط، واستعمال وسائل محمية ببراءة على متن البواخر والسفن الفضائية أو أجهزة النقل الجوية أو البرية الأجنبية التي تدخل المياه الإقليمية أو المجال الجوي أو التراب الوطني دخولا مؤقتا أو اضطراريا، فهذه الأفعال مستثناة من الحماية بنص صريح[81] ولا يستطيع مالك البراءة أن يدعي أنه تعرض لاعتداء على أساسها.

ب. الركن المادي: هو أن يقع من المجرم الأمر المادي المكون للجريمة، سواء أكان هذا الأمر ايجابيا أم سلبيا، فعلا أصليا أم اشتراكيا، جريمة تامة أم شروعا[82].

يتمثل الركن المادي لجنحة التقليد في كل الأفعال التي من شأنها أن تمس بالحق الإستئثاري لصاحب البراءة، والمتمثل في احتكار استغلال اختراعه، وبالتالي متى تم هذا الاستغلال دون رضاه فإنه يعد اعتداء على حقه في البراءة مما يستلزم العقوبات المقررة قانونا، ويمكن أن نرد صور الركن المادي إلى الأفعال التالية:

ب1/ أفعال اعتداء مباشرة: وهي عبارة عن الأفعال التي تنصب على براءة الاختراع موضوع الحماية الجنائية، ويمكن أن تتخذ إحدى الصور التالية:

الصورة الأولى: تقليد المنتوج موضوع البراءة[83]: ويتحقق التقليد في هذه الحالة بصنع المنتوج موضوع البراءة أي تحقيقه ماديا، وبذلك فإن المشرع في هذه الحالة يعاقب على صنع المنتوج حتى ولو لم يتم استعماله، "فالنقل المادي للمنتوج المحمي بالبراءة يكون العنصر الجوهري لجنحة التقليد المرتكبة عن طريق الصنع"[84]، وهذا النقل المادي قد يكون نقلا كليا أو نقلا جزئيا، ويشترط في التقليد الجزئي أن يكون الجزء المقلد مبينا في المطالبات التي تقدم بها صاحب البراءة، أي أن يكون مشمولا بالحماية القانونية (الجنائية) ذلك أن الحماية تتحدد على أساس المطالبات.

كما يتحقق التقليد في هذه الصورة باستعمال المنتوج المحمي بالبراءة مادام أن هذا الاستعمال تم دون موافقة صاحب البراءة، كما يمكن متابعة المقلد على أساس تقليده المنتوج موضوع البراءة إذا قام ببيعه أو عرضه للبيع أو استيراده متى تم ذلك بدون رضا صاحب البراءة.

مع ملاحظة أن المشرع المصري نص في المادة 32/1 من قانون حماية حقوق الملكية الفكرية على أنه "... يعاقب كل من قلد بهدف التداول التجاري موضوع اختراع منحت براءة عنه..." وبذلك نلاحظ أن المشرع المصري اشترط أن يكون الهدف من التقليد هو التداول التجاري وبذلك يجب أن يكون الغرض من صنع المنتوج موضوع البراءة أو استعماله هو تسويقه، وبالتالي نلاحظ أن المشرع الجزائري في هذا الشأن كان أوسع نطاق من المشرع المصري، حيث أنه عاقب المقلد على صنع المنتوج أو استعماله حتى ولو لم يكن هدفه من خلال هذا الصنع أو الاستعمال هو تحقيق التداول التجاري[85]، كما عاقب على البيع أو العرض للبيع أو الاستيراد بوصفها أفعالا مستقلة عن الصنع أو الاستعمال، أي أنه لم يشترط أن يكون الصنع أو الاستعمال من أجل البيع أو العرض للبيع أو الاستيراد[86]، وفي ذلك اختلف عن المشرع المصري الذي عاقب على التقليد إذا كان الهدف منه التداول التجاري.

الصورة الثانية: استعمال الطريقة موضوع البراءة[87]: مما لا شك فيه أن صاحب البراءة يحظى بالحماية على أساس اختراعه لطريقة صنع مادام أن هذه الطريقة تتوفر فيها الشروط المطلوبة في الاختراع[88]. ويقصد بالطريقة مجموعة العناصر الكيمياوية أو الميكانيكية المستعملة للحصول على شيء مادي يسمى "الناتج" أو المنتوج، أو على أثر غير مادي يسمى النتيجة[89]، ويلاحظ أن الطريقة وحدها تكون محلا للبراءة دون الناتج بالذات إذ يجوز لأي شخص استعمال طريقة أخرى للحصول على نفس الناتج أو للوصول إلى نفس النتيجة، بينما يمنع استعمال نفس الطريقة للحصول على المنتوج ذاته أو للوصول إلى نفس النتيجة [90].

تبعا لذلك فإن كل اعتداء على حقوق صاحب البراءة باستعمال طريقة الصنع يعتبر جنحة تقليد، قرر لها المشرع الجزائري العقوبات اللازمة، وتتمثل عمليات التقليد التي تدخل في نطاق هذه الصورة في استعمال المنتوج الناتج مباشرة عن هذه الطريقة[91]، أو بيعه أو عرضه للبيع أو استيراده.

والجدير بالذكر أن المشرع الجزائري وبموجب المادة 59 من الأمر 03-07، وعلى غرار نظيره المصري[92]، قد وضع قرينة بسيطة مفادها أن المنتوج المطابق الذي يصنع بدون رضا صاحب البراءة يعتبر منتوجا حصل عليه بالطريقة التي تشملها البراءة وذلك على الأقل في إحدى الحالتين الآتيتين:

- عندما يكون موضوع البراءة طريقة صنع تتعلق بالحصول على منتوج جديد.
- عندما يوجد احتمال كبير بأن المنتوج المطابق حصل عليه بالطريقة التي تشملها البراءة وأن صاحب البراءة لم يستطع برغم الجهود المبذولة شرح الطريقة المستعملة.

مفاد ما تقدم أن المشرعين الجزائري والمصري قد وضعا قرينة مؤداها أن المنتج المطابق المدعى بتقليده قد تم الحصول عليه باستخدام الطريقة المشمولة بالبراءة، ويجب لتوافر هذه القرينة أن يثبت المدعي صاحب البراءة أن المنتج المطابق الذي يدعي بأنه مقلد قد تم الحصول عليه باستخدام ذات الطريقة التي تضمنتها البراءة والمشمولة بالحماية فإن لم يلجأ إلى هذا الطريق من طرق الإثبات أو عجز عن الإثبات بهذا الطريق، جاز له أن يثبت أنه قد بذل الجهد المعقول للكشف عن الطريقة التي استخدمت في إنتاج المنتج المطابق إلا أنه لم يتمكن من ذلك وإذ يرد الإثبات في الحالتين على واقعة مادية، فإنه يكون جائزا بكافة الطرق القانونية بما في

ذلك البينة والقرائن، ولكن لا يجوز اللجوء إلى اليمين الحاسمة لانطواء واقعة الحلف على جريمة تقليد[93]. أما إذا عجز المدعي في إثباته لعناصر القرينة بأي من الطريقتين، فإن هذه القرينة البسيطة تنتفي مما يتعين على المحكمة رفض دعواه، في حين إذا نجح في إثباته لعناصر القرينة، فإن ذلك يعتبر دليلا على وجود جنحة التقليد، وباعتبارها قرينة بسيطة[94] فإنه يجوز للمدعى عليه أن يدفع المسؤولية عن نفسه[95]، بإثباته أن الطريقة التي استخدمها في الحصول على المنتوج المدعى بتقليده تختلف عن الطريقة التي تضمنتها البراءة المملوكة للمدعي والمشمولة بالحماية ويكون له إثبات ذلك بكافة الطرق القانونية، وإذا عجز عن ذلك فإنه يقوم دليل كامل على تقليد المنتوج، على أن تراعي المحكمة المصالح المشروعة للمدعى عليه عند اعتمادها لأية أدلة تطلبها، وذلك بعدم الفصح عن أسراره الصناعية والتجارية[96].

ب$_2$/ أفعال الاعتداء غير المباشرة: وهي الأفعال التي تنصب على منتوج مقلد وقد أوردها المشرع الجزائري في نص المادة 62 من الأمر 03-07 المتعلق ببراءة الاختراع[97]، حيث نص على أنه "يعاقب بنفس العقوبة التي يعاقب بها المقلد كل من يتعمد إخفاء شيء مقلد أو إخفاء عدة أشياء مقلدة أو بيعها أو يعرضها للبيع أو يدخلها إلى التراب الوطني".

يستفاد من نص المادة أن المشرع الجزائري لم يفرق من حيث العقوبة، بين المقلد الذي يرتكب فعل من الأفعال المباشرة وذلك الذي يرتكب فعلا غير مباشر، فكلاهما يخضعان لنفس العقوبة.

وتتمثل أفعال الاعتداء غير المباشرة المكونة للركن المادي في:

إخفاء شيء مقلد أو إخفاء عدة أشياء مقلدة[98]: كل من يقوم بإخفاء شيء أو عدة أشياء مقلدة يعتبر مرتكبا لجنحة التقليد، ويستوجب العقوبة المقررة لذلك، وحتى تتم مؤاخذة المقلد على فعله في هذه الحالة يجب أن يكون الإخفاء قد تم عمدا، أي أن المعتدي قام بفعل الاعتداء وهو على علم بأمر تقليده، ومتى ثبت ذلك فيمكن مساءلته.

بيع الأشياء المقلدة أو عرضها للبيع: ساوى المشرع الجزائري بين من يقوم ببيع الأشياء المقلدة ومن يقوم بعرضها للبيع فكلاهما يستحقان نفس العقوبة، حيث عاقب على مجرد العرض للبيع "ويقصد بالعرض وضع المنتجات أمام الجمهور، أي المستهلكين كوضعها في المحل التجاري أو إرسال عينات منها للتجار أو للمستهلك تمهيدا لبيعها"[99]، وبذلك فإن جنحة التقليد تقوم بمجرد عرض المنتوج حتى ولو لم يتم بيعه.

هذا وإن كان موقف المشرع الجزائري بخصوص بيع المنتوج أو عرضه للبيع واضحا بمقتضى نص المادة 32/$_3$ من المرسوم التشريعي رقم 93-17 الملغى، حيث نصت المادة 32/$_3$ من المرسوم على أنه "... ويعد مقلدين كذلك من يتعمدون إخفاء شيء مقلد أو إخفاء عدة أشياء مقلدة ببيعها أو عرضها للبيع أو إدخالها إلى التراب الوطني"، حيث يفهم من نص المادة أن الفاعل قد قام بأفعال الإخفاء أو البيع أو العرض للبيع عمدا أي عن قصد، ذلك أن مصطلح العمد في هذه المادة يصلح تطبيقه على كل الأفعال الواردة فيها، وهذا خلافا لنص المادة 62 من الأمر 03-07 المتعلق ببراءة الاختراع، حيث أن مصطلح العمدية الوارد في النص يصلح تطبيقه على فعل إخفاء شيء أو عدة أشياء مقلدة دون باقي الأفعال الأخرى، وبذلك ننبه المشرع الجزائري إلى

تدارك نص المادة 62 من الأمر 03-07 بالتعديل على النحو التالي "يعاقب بنفس العقوبة التي يعاقب بها المقلد كل من يتعمد إخفاء شيء مقلد أو إخفاء عدة أشياء مقلدة أو بيعها أو عرضها للبيع أو إدخالها إلى التراب الوطني"، وهكذا يصلح مصطلح العمدية لتطبيقه على فعل البيع والعرض للبيع وكذا إدخال المنتوج إلى التراب الوطني، وهذا شيء منطقي فحتى يمكن مؤاخذة المقلد عن فعله فلابد أن يكون عالما بأن المنتوج الذي يقوم بتسويقه هو منتوج مقلد.

إدخال المنتوج المقلد إلى التراب الوطني: فمن يقوم بهذا الفعل يعاقب بنفس العقوبة المقررة للمقلد شريطة أن يتوفر لدى الفاعل صفة العمدية أي القصد.

ج. الركن المعنوي: الركن المعنوي هو أن يتوافر في المجرم مسؤوليته عن الأمر الذي وقع منه، والذي نص على تجريمه وعقابه وذلك بتوافر عناصر المسؤولية الأدبية في شخصه من حيث الإدراك والإرادة، ومن حيث الخطأ العمدي أو غير العمدي، ومن حيث ارتكاب الأمر بغير حق يستعمله أو واجب يؤديه[100]. وتعتبر جريمة التقليد من الجرائم العمدية التي يجب أن يتوافر لدى المقلد نية الاعتداء وهذا ما أكده المشرع الجزائري بمقتضى نص المادة 61 من الأمر 03-07 المتعلق ببراءة الاختراع، حيث نص على أنه "يعد كل عمل متعمد يرتكب حسب مفهوم المادة 56 أعلاه جنحة تقليد". غير أنه ينبغي في هذا الخصوص أن نفرق بين أمرين:

بالنسبة لأفعال الاعتداء المباشرة: هذه الأفعال تمس بحقوق صاحب البراءة بطريقة مباشرة، إذا قام المقلد بفعل من هذه الأفعال فإنه يعتبر أنه قام بذلك عن قصد، وبالتالي فإن عنصر القصد في هذه الصورة مفترض قد أعفي المدعي من إثباته، فالمشرع وضع قرينة مفادها أن البراءة معلومة لدى الكافة بمجرد قيدها في سجل البراءات ونشرها في النشرة الرسمية من طرف المصلحة المختصة "المعهد الوطني للملكية الصناعية"، كما أن هذه المصلحة تقوم بنشر براءات الاختراع والأعمال المتعلقة بقيدها في نشرتها الرسمية وذلك بصفة دورية[101]، وبذلك يفترض علم الغير بالبراءة ومتى وقع فعل الاعتداء استلزم المقلد العقوبة المقررة ولا يستطيع دفع العقوبة عن نفسه بإثبات حسن نيته (المادة 61/2 من الأمر 03-07).

إذن بمجرد إثبات صاحب البراءة أن فعلا من الأفعال المباشرة قد مس بحقوقه فإن جنحة التقليد تقوم دون الحاجة إلى البحث في نية المقلد ودون الحاجة إلى إثبات صاحب البراءة حصول ضرر فعلي له نتيجة هذا الاعتداء، فهذا الضرر مفترض أيضا يقوم بمجرد وجود فعل الاعتداء.

بالنسبة لأفعال الاعتداء غير المباشرة: نلاحظ أن المشرع الجزائري اشترط منذ البداية ضرورة توفر عنصر القصد لمتابعة المقلد وذلك بصريح النص القانوني للمادة 62 من الأمر 03-07:"...كل من يتعمد...".

فضلا عن ذلك فإن المشرع المصري على غرار المشرع الجزائري اشترط أن يكون الفاعل على علم بالأفعال غير المباشرة المكونة للركن المادي وهذا بصريح النص القانوني[102] "... مع علمه بذلك"، وعليه فإن القصد (أي سوء النية لدى المقلد) أمر مفترض في أفعال الاعتداء غير المباشرة أيضا، إلا أن المقلد يستطيع أن يدفع العقوبة عن نفسه بإثبات حسن نيته وفي هذا تختلف هذه الأفعال عن أفعال الاعتداء المباشرة. هذا ويضيف المشرع المصري فعلا آخرا يعتبر مكونا لجنحة التقليد، وذلك بمقتضى نص المادة 32/1 في بندها

الثالث حيث نص على أنه "يعاقب... كل من وضع بغير حق على المنتجات أو الإعلانات أو العلامات التجارية أو أدوات التعبئة أو غير ذلك، بيانات تؤدي إلى الاعتقاد بحصوله على براءة اختراع".

2/ العقوبات المقررة في جريمة التقليد لبراءة: متى قامت جنحة التقليد بتوافر أركانها فإن المقلد يستوجب العقوبات المقررة قانونا، وتتمثل العقوبات التي تفرض على المقلد في التشريع الجزائري[103]، في الحبس من ستة (06) أشهر إلى سنتين وبغرامة من مليونين وخمسمائة ألف دينار (2.500.000 دج) إلى عشرة ملايين دينار (10.000.000دج) أو بإحدى هاتين العقوبتين، أما التشريع المصري[104] فقد فرض عقوبة الغرامة والتي لا تقل عن عشرين ألف جنيه، ولا تتجاوز مائة ألف جنيه، دون أن ينص على عقوبة الحبس، إلا في حالة العود [105] فعندها يعاقب المقلد بالحبس لمدة لا تزيد على سنتين مقترنة مع الغرامة التي لا تقل عن أربعين ألف جنيه ولا تتجاوز مائتي ألف جنيه . مع ملاحظة أن المشرع الجزائري لم ينص على عقوبة المقلد في حالة العود و اكتفى بإيراده لتلك العقوبات دون أي تحديد سواء ارتكب المقلد فعله لمرة واحدة أو عدة مرات، وترك الأمر للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع في هذه المسألة، وبذلك فإنه في بعض الأحيان يمكن أن يحكم القاضي ونظرا للوقائع التي تحيط بالقضية المعروضة أمامه بعقوبة على مقلد ارتكب الجنحة لأول مرة تكون في مجملها مساوية للعقوبة التي حكم بها على مقلد عائد، مما يجعل في هذا الحكم إجحاف في حق المقلد المرتكب للجنحة لأول مرة، ولتفادي ذلك ينبغي على المشرع الجزائري أن ينص صراحة على موقفه بخصوص المقلد العائد، ذلك أن معاقبة هذا الأخير بنفس العقوبة المقررة لارتكابه الفعل لأول مرة لا يكفي لردعه.

والجدير بالذكر أن المشرع المصري قد نص على عقوبات تكميلية في المادة 32/2 من قانون حماية حقوق الملكية الفكرية تتمثل في مصادرة الأشياء محل الجريمة والأدوات التي استخدمت في التقليد، ونشر الحكم الصادر بالإدانة في جريدة يومية واحدة أو أكثر على نفقة المحكوم عليه، وبذلك فإن هذه العقوبات التكميلية تساعد في تحقيق الردع، حيث أن المصادرة ترمي إلى منع المقلد من الاستمرار في استغلال الاختراع، كما يساعد النشر في جبر الضرر المعنوي الذي لحق بصاحب البراءة حيث أن من شأنه إعلام الغير بالجنحة المرتكبة. إلا أنه خلافا للمشرع المصري، فإن المشرع الجزائري لم ينص على العقوبات التكميلية بالرغم من أنها – وكما سبق القول– تساعد في تحقيق الردع وبذلك كان من الواجب النص عليها، لذلك نلاحظ أن المشرع الجزائري بخصوص موقفه هذا قد خانه التفكير، ذلك أن عدم النص على المصادرة يعني بقاء الأشياء المقلدة والتي تعتبر محلا لجنحة التقليد متداولة في السوق بالرغم من أنها تمثل جسم الجريمة، وتبعا لذلك كان يتعين على المشرع الجزائري النص على عقوبة المصادرة والحكم بها حتى ولو تمت تبرئة المتهم.

الفـرع الثانـي: الحماية القانونية للبراءة وفقا للاتفاقيات الدولية

من المتفق عليه أن حماية الاختراعات تقف عند حدود الدولة التي تم فيها تسجيل البراءة عملا بمبدأ السيادة الإقليمية، غير أن تداول المنتجات لا يمكن حصر نطاقه داخل حدود الدولة التي تم فيها التسجيل الأمر الذي يجعل المخترع يتعرض لتقليد اختراعه في بلد آخر، وبالتالي فإذا رغب صاحب البراءة أن يحظى اختراعه

بالحماية في دولة أخرى فعليه أن يقوم بتسجيله في تلك الدولة، "الأمر الذي يفرض على صاحب الاختراع أن يسجل اختراعه في كل دولة يرغب حماية اختراعه فيها"[106].

ولما كانت الحماية الداخلية غير كافية نظرا لاقتصارها على الحدود الإقليمية للدولة التي تم فيها تسجيل تلك الاختراعات، فإن ذلك أدى إلى التفكير في إيجاد حماية دولية للاختراعات ويتحقق ذلك عن طريق إبرام اتفاقيات دولية في هذا المجال، غير أننا سنقصر الدراسة على اتفاقيتين فقط هما اتفاقية باريس لحماية الملكية الصناعية، واتفاقية الجوانب المتصلة بالتجارة من حقوق الملكية الفكرية "تريبس".

أولا: الحماية القانونية للبراءة وفقا لاتفاقية باريس

أبرمت اتفاقية باريس بشأن حماية الملكية الصناعية في باريس بتاريخ 20 مارس 1883[107]، وانضمت إليها الجزائر بمقتضى الأمر 66-48 المؤرخ في 25 فبراير 1966، وصادقت عليها بمقتضى الأمر 75-02 المؤرخ في 09 يناير 1975. والجدير بالذكر أن اتفاقية باريس تطبق أحكامها على الملكية الصناعية بأوسع معانيها بما فيها براءات الاختراع.

1/ المبادئ التي تقوم عليها الاتفاقية: تقوم اتفاقية باريس على المبادئ التالية:

أ. مبدأ المعاملة بالمثل: يتمتع رعايا كل دولة من دول الاتحاد[108] في جميع دول الاتحاد فيما يتعلق بحماية الملكية الصناعية بالمزايا الممنوحة أو التي تمنحها في المستقبل قوانين تلك الدول لمواطنيها مع عدم الإخلال بالحقوق المنصوص عليها بصفة خاصة في هذه الاتفاقية، حيث يكون لهم ما لهؤلاء المواطنين من حق في الحماية أو التظلم من كل مساس بحقوقهم شرط إتباع الشروط والأوضاع المفروضة على المواطنين.

وحتى يتمتع صاحب البراءة في دول الاتحاد بالحماية فإنه لا يجوز أن يفرض عليه أي قيد بالإقامة أو التوطن في الدولة التي يطلب الحماية فيها[109]. والجدير بالذكر أن الاتفاقية لم تقصر حق الاستفادة من مبدأ المعاملة الوطنية على الأشخاص الذين يتمتعون بجنسية إحدى دول الاتحاد فحسب، وإنما أعطت هذا الحق أيضا لرعايا الدول غير المنضمة للاتحاد بشرط إقامتهم في إحدى دول الاتحاد أو يكون لهم منشآت صناعية أو تجارية فعلية أو جدية[110] وليست مجرد منشآت صورية ووهمية[111].

ب. مبدأ الحق في الأولوية: يعني هذا المبدأ أنه يجوز لمودع الطلب استنادا إلى أول طلب يودعه على الوجه القانوني في إحدى الدول المتعاقدة أن يتمتع بمهلة 12 شهرا ليطلب الحماية في أي دولة متعاقدة أخرى [112]، وتسري هذه المهلة اعتبارا من تاريخ الإيداع الأول ولا يدخل يوم الإيداع في احتساب المدة[113]، فلا يمكن أن يحتج ضده بطلبات تم إيداعها بعد عملية الإيداع الأول.

إلا أن مباشرة حق الأولوية يشترط أن يكون موضوع الإيداعات اللاحقة مشابهة لموضوع الإيداع الأول، وهذا لا يعني أن يكون الوصف الوارد في الإيداعات اللاحقة محررا بنفس الكلمات والألفاظ الواردة في الإيداع الأول، ولكن يشترط أن تكون الطلبات اللاحقة مستندة إلى الطلب الأول. ومتى قدمت هذه الطلبات بهذا المعنى فإنها لا تتأثر بأي حدث يقع خلال هذه الفترة مثل نشر الاختراع، "ومن بين أهم المزايا العملية لهذا الحكم أن مودع الطلب الذي يلتمس الحماية في عدة بلدان لا يضطر إلى تقديم كل طلباته في وقت واحد وإنما يتمتع

بمهلة 12 شهرا لاختيار البلدان التي يرغب في اكتساب الحماية فيها ولاتخاذ التدابير الضرورية لهذا الغرض بكل عناية"[114]. وبذلك فإن تسجيل الاختراع في دولة من دول الاتحاد يجعله يتمتع بالحماية في باقي دول الاتحاد ولمدة 12 شهرا ولا يجوز للغير أن يطلب تسجيله في أي دولة من دول الاتحاد، وعليه فإن كل تسجيل له يعتبر باطلا وكل استغلال له في دول الاتحاد يعتبر تعديا.

ويفهم من الأحكام المتقدمة، أنه حتى يحظى الاختراع بالحماية فإنه يكون لصاحب البراءة مهله 12 شهرا من تاريخ الإيداع الأول من أجل تسجيل اختراعه في الدول التي يرغب حماية اختراعه فيها واتخاذ التدابير اللازمة بهذا الخصوص، وإلا سقط حقه في الحماية في تلك الدول إذا ما انقضت تلك المهلة.

ج. مبدأ استقلال البراءات: تنص المادة 4 مكرر 2 من اتفاقية باريس أنه "تكون البراءات التي تتطلب من رعايا دول الاتحاد في مختلف هذه الدول مستقلة عن البراءات التي منحت عن نفس الاختراع في الدول الأخرى سواء كانت هذه منضمة أو غير منضمة إلى الاتحاد". مفاد هذا النص أن براءات الاختراع الممنوحة عن نفس الاختراع في مختلف دول الاتحاد تكون مستقلة عن بعضها البعض، وتأسيسا لذلك فإن منح البراءة في دولة من دول الاتحاد لا يلزم دولة أخرى من دول الاتحاد أن تمنح البراءة لذلك الاختراع، كما أن رفض براءة الاختراع أو إلغاؤها أو شطبها في دولة من دول الاتحاد لا يكون سببا لدولة أخرى من دول الاتحاد يجعلها ترفض منح البراءة.

فالبراءات التي تمنح من عدة دول سواء أكانت منضمة أم لا للاتفاقية، تعتبر مستقلة عن بعضها البعض ولا تأثير لهذه البراءات عن بعضها البعض فكل واحدة منها تحيا حياتها القانونية الخاصة بها وفقا لتشريع كل دولة منحت البراءة فيه، سواء تعلق الأمر ببطلانها أو سقوطها أو مدة حمايتها القانونية، وعليه فإن انقضاء البراءة بأي سبب من أسباب الانقضاء في دولة معينة لا أثر له في الدولة الأخرى.

2/ أهم ما تضمنته اتفاقية باريس لحماية الملكية الصناعية من أحكام: احتفظت الاتفاقية لصاحب البراءة بحقه المعنوي والمتمثل في ذكر صفته كمخترع في البراءة[115]، إضافة إلى حقه المادي المتمثل في استغلال اختراعه (المادة 5/2-أ من اتفاقية باريس لحماية الملكية الصناعية).

وقد كفلت الاتفاقية حماية مؤقتة لبراءات الاختراع التي تعرض في المعارض الدولية الرسمية أو المعترف بها رسميا، والتي تقام على أراضي أية دولة منها وذلك طبقا للتشريع الداخلي للدولة المعنية (المادة 11/1 من اتفاقية باريس لحماية الملكية الصناعية). ونظمت الاتفاقية مسألة التراخيص الإجبارية، فأعطت لكل دولة عضو الحق في منح تراخيص إجبارية ولكن يكون ذلك ضمن قيود وشروط عادلة.

فيجوز لكل دولة رأت تعسفا من قبل صاحب البراءة بخصوص استعماله لحقوقه الإستئثارية كعدم الاستغلال مثلا، أن تمنح تراخيص إجبارية وذلك بعد مضي ثلاث سنوات من تاريخ منح البراءة، غير أن هذه التراخيص لا تمنح متى قدم صاحب البراءة أعذارا شرعية، وإذا انقضت مدة السنتين عن منح الترخيص الإجباري دون أن يتدارك صاحب البراءة التعسف الحاصل من قبله فإن الحق في البراءة يتعرض للسقوط[116]، إلا أنه يكون لدول الاتحاد إما مد المهلة الممنوحة إلى ستة أشهر على الأقل أو النص على إعادة العمل بالبراءة

التي سقط الحق فيها لعدم دفع الرسوم المقررة، وتكون جميع الإجراءات خاضعة للشروط المنصوص عليها في التشريعات الداخلية لهذه الدولة[117]. وأخيرا فإن الاتفاقية لم تعتبر أن استخدام وسائل النقل الدولي مساسا بحقوق مالك البراءة (المادة 5 مكرر 3 من اتفاقية باريس لحماية الملكية الصناعية)، والغرض من ذلك تجنيب وسائل النقل الدولي على اختلاف أنواعها برية، وبحرية وجوية من أن تكون محلا لمنازعات قضائية، قد تؤدي إلى حجز أو مصادرة الوسائط المستعملة في النقل الدولي كالقطار أو السفينة أو الطائرة، وذلك عندما يكون الاختراع محل النزاع داخلا في جسم واسطة النقل المستعملة ذاتها أو في أجزائها الإضافية الأخرى[118].

ثانيا: آليات الحماية القانونية للبراءة وفقا لاتفاقية تريبس

تعتبر اتفاقية تريبس[119] من الاتفاقيات التي تديرها منظمة التجارة العالمية، هذه المنظمة تعتبر الخلف القانوني لمنظمة الجات والتي مر قيامها عبر ثمانية جولات منذ عام 1947، حيث تناولت هذه الجولات مختلف جوانب الاقتصاد من تجارة وزراعة ومنسوجات وملابس وخدمات واستثمار وحقوق ملكية فكرية. وآخر هذه الجولات، هي جولة أورجواي 1986/12/20-1993/12/15 والتي شاركت فيها 97 دولة، ووقعتها 125 دولة.

وتعتبر هذه الجولة الأخيرة من أكبر الجولات التي كان من نتائجها إنشاء منظمة التجارة العالمية في مراكش (المغرب) بتاريخ 1994/04/15 وكانت العضوية في هذه المنظمة متاحة لكل دولة عضو في اتفاقية الجات لعام 1947 وتقبل نتائج جولة الأورغواي ولكل دولة أخرى، وقد تم إنشاء ثلاث مجالس بموجب هذه الاتفاقية وهي: مجلس تجارة السلع: الاتفاق العام للتعريفات الجمركية والتجارة (**GATT**)، مجلس تجارة الخدمات: الاتفاق العام بشأن تجارة الخدمات (**GATS**)، مجلس الملكية الفكرية: اتفاق الجوانب المتصلة بالتجارة من حقوق الملكية الفكرية، وهي ما تعرف باتفاقية تريبس والتي تم استحداثها في جولة الأورغواي.

وقد لقي اتفاق تريبس في بداية الأمر معارضة من قبل الدول النامية على أساس "أن الحماية ستكون فائدتها مقصورة على الدول المتقدمة[120] دون النامية كون أن معظم أصحاب حقوق الاختراع والامتيازات هم من الدول المتقدمة وإن مثل هذه الحماية سوف تعيق حركة التجارة ما بين الدول، مع العلم أن رفع الحواجز التجارية من أهم مبادئ منظمة التجارة العالمية"[121].

1/ المبادئ التي تقوم عليها اتفاقية تريبس: حيث تقوم الاتفاقية على المبادئ التالية:

أ. المعاملة الوطنية: بمقتضى هذا المبدأ الوارد في المادة 3 من اتفاقية تريبس[122]، يلتزم كل البلدان الأعضاء بمنح مواطني البلدان الأخرى الأعضاء معاملة لا تقل عن المعاملة التي تمنحها لمواطنيها فيما يتعلق بحماية الملكية الفكرية مراعية في ذلك الاستثناءات التي وردت في اتفاقيات أخرى طبقا لنص المادة المذكورة.

ب. مبدأ الدولة الأولى بالرعاية: بمقتضى هذا المبدأ يتمتع مواطنو كل دولة عضو بالمنظمة بذات الميزات والامتيازات والحصانة والتفضيلات التي تمنحها إحدى الدول الأعضاء لمواطني الدولة العضو الأخرى وذلك فيما يتعلق بالمواضيع التي هي محل التنظيم بموجب اتفاقية تريبس (المادة 04 من اتفاقية تريبس).

2/ منهج حماية براءات الاختراع وفقا لاتفاقية تريبس: تحمي اتفاقية تريبس الاختراعات سواء أكانت منصبة على المنتج النهائي أو طريقة الصنع في كافة ميادين التكنولوجيا، ولكن اشترطت أن تكون هذه الاختراعات جديدة وتنطوي على خطوة إبداعية وقابلة للاستخدام الصناعي، وتحظى الاختراعات بالحماية بغض النظر عن مكان الاختراع أو المجال التكنولوجي وسواء أكانت المنتجات مستوردة أم منتجة محليا (المادة 27/1 من اتفاقية تريبس)، غير أن هذه الحالة يرد عليها بعض الاستثناءات، حيث أعطت الاتفاقية للدول الحق في استبعاد الإختراعات المخلة بالنظام العام والأخلاق الفاضلة أو إلحاق الضرر بالحياة أو بالصحة البشرية أو الحيوانية أو النباتية أو البيئة (المادة 27/2 من اتفاقية تريبس). كما أن المادة 27/3 من اتفاقية تريبس أتاحت للدول الأعضاء إمكانية أن تستثني من قابلية الحصول على براءات الاختراع طرق التشخيص والعلاج والجراحة اللازمة لمعالجة البشر أو الحيوانات والنباتات باستثناء الأحياء الدقيقة، الطرق البيولوجية لإنتاج النباتات أو الحيوانات خلاف الأساليب والطرق البيولوجية والبيولوجية الدقيقة، كما أن الاتفاقية ألزمت الدول الأعضاء بمنح الحماية على أساس براءات الاختراع أو أي نظام آخر فريد لأصناف النباتات.

أ. **الحقوق الممنوحة لصاحب البراءة:** أعطت الاتفاقية بموجب المادة 28 لصاحب البراءة حق منع الغير من استغلال المنتج أو عملية الصنع موضوع البراءة دون موافقته، كما أعطته الحق في التنازل عن براءة الاختراع للغير أو تحويلها أو إبرام عقود تراخيص بشأنها. كما أجازت الاتفاقية للدول الأعضاء أن تورد استثناءات تحد من الحقوق المطلقة المخولة لصاحب البراءة، بشرط أن تراعي في وضعها هذه الاستثناءات المصالح المشروعة لصاحب البراءة (المادة 30 من اتفاقية تريبس). كما نظمت الاتفاقية مسألة التراخيص الإجبارية والحدود والشروط التي يتعين منح هذه التراخيص في ظلها (المادة 31 من اتفاقية تريبس).

ب. الحماية المقررة وفقا لاتفاقية تريبس: نصت المادة 33 من اتفاقية تريبس على أنه "لا يجوز أن تنتهي مدة الحماية الممنوحة قبل انقضاء عشرين سنة تحسب اعتبارا من تاريخ التقدم بطلب الحصول على البراءة"، أما بالنسبة للجزاءات الجنائية التي ألزمت الاتفاقية الدول بفرضها في حالة الاعتداء على البراءة هذا الاعتداء الذي يشكل جريمة تقليد أضفت عليها الاتفاقية صفة العمدية، وتتمثل الجزاءات في الحبس أو الغرامات المالية المهم في كل ذلك أن تكون للعقوبة المقررة القدرة على توفير رادع من شأنه الحد من هذه الجرائم، إضافة إلى عقوبات تكميلية[123] تتمثل في حجز السلع المستعملة في ارتكاب الجريمة، مصادرتها وإتلافها.

الخاتمـــــــــة

أقر المشرع الجزائري لبراءة الإختراع صورتان من الحماية، حماية مدنية تتمثل في تمكين صاحب الحق من التقدم إلى الجهات القضائية، والمطالبة بالتعويض من جراء الضرر الذي لحق به، وتعتبر هذه الحماية بمثابة المظلة التي تستظل بها كافة الحقوق مهما كان نوعها، وهذا ما أكده المشرع الجزائري في المادة 124 ق م ج "كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه ويسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض".

وبالرغم من إقرار المشرع الجزائري لهذه الحماية العامة إلا أنها تبقى غير فعالة، والسبب في ذلك يرجع إلى حجم العائد المالي الذي يجنيه المقلد نتيجة ارتكابه لجريمة التقليد، وهو ما يجعله لا يهتم بالتعويض الذي

سيدفعه عند قيام مسؤوليته المدنية، وبالتالي لا يمنعه من تكرار جرمه إذا كان الجزاء هو مبلغ من المال، كما أن حصول المضرور على حقه طبقا لقواعد المسؤولية المدنية يأخذ وقتا طويلا، كل هذه الأسباب جعلت الصورة الأولى للحماية غير فعالة، واستدعت بالضرورة وجود صورة أخرى لها وهي الحماية الجنائية.

وحسنا فعل المشرع الجزائري بإقراره للحماية الجنائية لبراءة الإختراع، وتوقيعه لجزاءات وعقوبات رادعة وزجرية يحقق بمقتضاها الغرض من العقوبة .

ولما كان استغلال الحقوق المشمولة بالحماية لا يقتصر عند حدود الدولة التي تم فيها إبداع المصنف أو ابتكار الاختراع، بل يتعداه إلى خارج حدود الدولة التي تم فيها ذلك الإبداع أو الابتكار، فإنه وضمانا منه لتوفير الحماية على نحو فعال، قام المشرع الجزائري بالتوقيع على معاهدات دولية لتجسيد الحماية على المستوى الدولي، منها: اتفاقية باريس بشأن الملكية الصناعية، اتفاقية واشنطن الخاصة بالتعاون بشأن البراءات.

وحرصا منه على تمكين الجزائر من تكييف منظومتها القانونية لحماية الملكية الفكرية مع متطلبات انضمامها للمنظمة العالمية للتجارة، قام المشرع الجزائري باستحداث الأمر 03-07 المتعلق ببراءة الإختراع ونصوصه التنظيمية، فتعتبر هذه النصوص حديثة ومتطورة، إلا أن هذا لا يمنع من وجود بعد الهنات والنتائج تؤخذ على المشرع الجزائري، والتي توصلنا إليها من خلال هذه الدراسة، والتي نأمل من المشرع أخذها بعين الاعتبار عند الصيرورة إلى تعديل هذه النصوص، حتى تكفل للمبدعين والمخترعين حقوقا عادلة ومحمية، وهذه النتائج هي:

1/ يعاب على المشرع الجزائري أنه أقحم نفسه في إعطاء تعريف للاختراع والبراءة ويبقى هذا التعريف مبهم وقاصر، ذلك أن التعريف هو من مهمة الفقه واجتهادات القضاء

3/ نناشد المشرع بتعديل نص المادة 62 من الأمر 03-07 المتعلق ببراءة الاختراع، حتى يشمل مصطلح "العمد" كل الصور الواردة في المادة، وذلك على النحو التالي "يعاقب بنفس العقوبة التي يعاقب بها المقلد كل من يتعمد إخفاء شيء أو عدة أشياء مقلدة أو بيعها أو عرضها للبيع أو إدخالها إلى التراب الوطني".

4/ من المقرر أنه حتى تكون العقوبة عادلة ألا يخضع العائد في جريمة التقليد لنفس العقوبة التي ارتكب فيها الفعل أول مرة، لما لهذا الأمر من إجحاف في حق مرتكب الجريمة لأول مرة، لذلك ننبه المشرع الجزائري إلى ضرورة النص صراحة على عقوبة العود في جريمة التقليد لبراءة اختراع.

5/ لم يعن المشرع الجزائري بتسليط العقوبات التكميلية، كالمصادرة ونشر الحكم وإتلاف الأشياء محل الجريمة على المقلد في جريمة التقليد لبراءة اختراع، في الوقت الذي نص عليها المشرع المصري في المادة 32/3 من قانون حماية حقوق الملكية الفكرية المصري، ولا يخفى على أحد الأهمية التي تحققها هذه التدابير من ردع وإعلام الغير بالجريمة، وبالتالي كان من الواجب النص عليها.

6/ علق المشرع الجزائري حماية براءة الاختراع على إجراء التسجيل، حيث نص في المادة 57 من الأمر 03-07 المتعلق ببراءة الاختراع أن الوقائع السابقة لتسجيل طلب براءة الاختراع لا تعتبر ماسة بالحقوق الناتجة عنها ولا تستدعي الإدانة حتى ولو كانت إدانة مدنية.

الهوامش والمراجع

1- د. فرحة زراوي صالح، الكامل في القانون التجاري، القسم الثاني، نشر وتوزيع ابن خلدون، بدون بلد نشر، بدون سنة النشر. ص. 03.

2- الأمر 66-54 المؤرخ في 08 مارس 1966 المتعلق بشهادات المخترعين وإجازات الإختراع، ج. ر. ع. 19.

3- الأمر 66-48 المؤرخ في 25 فبراير 1966 المتضمن إنضمام الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية إلى إتفاقية باريس المؤرخة في 20 مارس 1883 المتعلقة بحماية الملكية الصناعية، ج. ر. ع. 16.

4- د. فرحة زراوي صالح، المرجع السابق، ص. 10.

5- المرسوم التشريعي رقم 93-17 المؤرخ في 07 ديسمبر 1993 المتعلق بحماية الإختراعات، ج. ر. ع. 81.

6- الأمر 03-07 المؤرخ في 19 جويلية 2003 المتعلق ببراءة الاختراع، ج. ر. ع. 44.

7- André françon, Cour de propriété littéraire, Artistique et industrielle, Edition litec, paris, 1999, p. 11.

8- بلحمري فؤاد، بولعراس مختار، خولة حسان وآخرون، حماية براءة الاختراع في التشريع الجزائري، مذكرة نهاية التخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، الدفعة 13، السنة 2005/2004 ، ص. 14.

9- د. صلاح زين الدين، الملكية الصناعية والتجارية، الطبعة الأولى، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، سنة 2000، ص. 32.

10- تقابل المادة 3 من الأمر 03-07 نص المادة 1/1 من قانون حماية حقوق الملكية الفكرية المصري حيث تنص على انه "تمنح براءة اختراع طبقا لأحكام هذا القانون عن كل اختراع قابل للتطبيق الصناعي، ويكون جديدا، ويمثل خطوة إبداعية وسواء كان الإختراع متعلقا بمنتجات صناعية جديدة أو بطرق صناعية مستحدثة أو بتطبيق جديد لطرق صناعية معروفة ".

11- بلحمري فؤاد، بولعراس مختار، خولة حسان وآخرون، المرجع السابق، ص. 13.

12- المرجع نفسه، ص. 13.

13- فالمعروف أن المدلول القانوني لمصطلح الإختراع هو محل جدول بين المختصين نظرا لتشعب مجالاته وتعدد صوره و اتساع ميادينه وبالتالي نلاحظ أن معظم التشريعات قد تجنبت وضع تعريف له، إلا انه يمكن تعريفه بأنه " عمل الإنسان الذي يؤدي إلى كشف ما كان غير معروف سابقا " أو " عمل الإنسان الذي يؤدي إلى إنشاء شيء جديد" أنظر بخصوص هذه التعاريف – د. فرحة زراوي صالح، المرجع السابق، ص. 47.

14- مع ملاحظة أن كل تشريع سيبعد بعض المنشآت من الاختراع أو يحظر منح البراءة ينشاها طبقا للاعتبارات التي يراها تتعلق بالصالح العام أو غيره ذلك من الاعتبارات ،وعلى سبيل المثال انظر المادة 02 من قانون حماية الملكية الفكرية المصري.

15- د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الثامن، الطبعة الثالثة الجديدة، منشورات الحلبي الحقوقية، بدون بلد النشر، سنة 1998، ص. 556.

16- د.فرحة زراوي صالح ،المرجع السابق ،ص. 50.

17- علم الجمهور بالاختراع قد يكون بفعل المخترع نفسه دون أخذه الاحتياطات اللازمة لعدم كشفه، كما قد يعلم الجمهور بأمر الاختراع من طرف الغير.

18- العبرة في تقدير شرط الجدة هو بيوم الإيداع،

V.en ce sens Albert Chavanne, Jean-Jacques Burst, Droit de la propriété industrielle, 5eme édition, Dalloz delta, paris,1998, p. 48.

19- القانون رقم 82 لسنة 2002 المتعلق بحقوق الملكية الفكرية المصري.

20- أنظر على سبيل المقارنة المادة 2/4 من المرسوم التشريعي رقم93-17 حيث كان المشرع يمنح لصاحب الاختراع مهلة 6 أشهر من تاريخ عرض الاختراع في المعرض الدولي من اجل طلب حماية اختراعه وبالتالي تساوت أحكام هذه المادة مع المادة 3 من قانون حماية حقوق الملكية الفكرية المصري.

21- Albert Chavanne, Jean-Jacques Burst, op.cit, p. 53.

22- د. جلال وفاء محمدين ، الحماية القانونية للملكية الصناعية، دار الجامعة الجديدة للنشر الأزاريطة، الإسكندرية، سنة 2000، ص. 68.

23- أنظر المادة 20/2 من المرسوم التشريعي رقم 93-17 التي بين فيها المشرع الجزائري بوضوح أنه يجب أن يكون وصف الإختراع الذي يضعه حين طلب البراءة واضحا حتى يتسنى لرجل الحرفة تنفيذه، كما أكده المشرع الجزائري بمقتضى المادة 3/22 من الأمر 03-07 .

24- د.فرحة زراوي صالح ، المرجع السابق ص. 70.

25- تبنى المشرع المصري هذا الشرط بمقتضى نص المادة 1/1 من قانون حماية حقوق الملكية الفكرية المصري .

26- د. صلاح زين الدين، المرجع السابق، ص. 37.

27- وهذا ما تؤكده أيضا اتفاقية باريس الخاصة بحماية الملكية الصناعية في مادتها 1/3 بأنه "تؤكد عبارة الملكية الصناعية بأوسع معانيها فلا يقتصر تطبيقها على الصناعات والتجارة بالمعنى الدقيق بل يشتمل الشؤون المتعلقة بالصناعة الزراعية والاستخراجية وجميع المنتجات المصنوعة أو الطبيعية كالأنبذة والحبوب وأوراق التبغ والفواكه والمواشي والمعادن والمياه المعدنية والبيرة والزهور والدقيق".

28- د. فرحة زراوي صالح، المرجع السابق، ص. 76.

29- كما نص المشرع المصري في المادة 2 من قانون حقوق الملكية الفكرية المصري على أنه "لا تمنح براءة اختراع بالنسبة للاختراعات التي يكون من شأن استغلالها المساس بالأمن القومي أو الإخلال بالنظام العام أو الآداب العامة".

30- المرسوم التنفيذي رقم 05-275 المؤرخ في 02 غشت 2005 الذي يحدد كيفيات إيداع براءات الإختراع وإصدارها ج. ر. ع. 54.

31- عدل وتمم بالمرسوم التنفيذي رقم 08-344 المؤرخ في 26 أكتوبر 2008 ج. ر. ع. 63.

32- حددت المادتين 03 و04 من المرسوم التنفيذي رقم 05-275 المعدل والمتمم الوثائق والمعلومات التي يجب أن يتضمنها طلب إيداع البراءة.

33- المادة 02 من المرسوم التنفيذي رقم 05-275 المعدل والمتمم.

34- صادقت الجزائر على معاهدة التعاون بشأن البراءات المبرمة في واشنطن بتاريخ 19 يونيو 1970 والمعدلة في 28 سبتمبر 1979 وفي 03 فبراير 1984 ، بموجب المرسوم الرئاسي رقم 99-92 بتاريخ 15 أبريل 1999، كما صادقت على لائحته التنفيذية، وانضمام الجزائر لهذه الاتفاقية فيه بعض المزايا ذلك أن حماية المخترع على أساس اتفاقية باريس فقط لا يمكن من توفير الحماية القانونية اللازمة، حيث أن المخترع يمكن تقليده في دول غير أعضاء في اتفاقية باريس، أما انضمامها إلى اتفاقية واشنطن وهي عبارة عن اتفاقية مكملة لاتفاقية باريس كونها تدور حول الإيداع الدولي لطلبات الاختراع، حيث مكنت صاحب الاختراع من أن يحظى بالحماية في عدد كبير من الدول من خلال إيداعه لطلب واحد بأية لغة لدى المصلحة المختصة في إيداع الطلبات في الدولة المتعاقدة ، ولدى المكتب الدولي للويبو، ويحدد في طلبه الدول الذي يريد أن يحظى اختراعه بالحماية فيها من بين الدول المتعاقدة. كما عالجت هذه الاتفاقية مسألة البحث الدولي لمعرفة مدى استيفاء الاختراع موضوع طلب الإيداع للمعايير

الدولية في شأن منح البراءات، وتطرقت أيضا إلى مسألة الفحص التمهيدي الدولي والذي يتضمن وجهة نظر أولية وغير ملزمة عن إمكانية إصدار براءة عن الاختراع المطالب بحمايته، حيث يجوز لطالب الإيداع في مرحلة الفحص التمهيدي أن يعدل طلبه الخاص بالإيداع.

35- فمن الناحية الشكلية تفحص الطلب من حيث استيفائه للإجراءات المطلوبة قانونا، أما من الناحية الموضوعية فهي تراقب الطلب من حيث أن موضوعه لم يستبعد من الحماية (راجع في هذا الصدد المواد 6-8 والمادة 3 من الأمر 03-07 المتعلق ببراءة الاختراع).

36- وقد حددت المادة 30 من المرسوم التنفيذي رقم 05-275 المعدل والمتمم البيانات التي يتعين قيدها في سجل البراءات، ولمزيد من التفاصيل بشأن إجراءات التسجيل في سجل البراءات راجع المواد 31- 34 من المرسوم التنفيذي السابق.

37- أنظر المادة 15 من الأمر 03-07 المتعلق ببراءة الاختراع، وأنظر المادة 01/2 من قانون حماية حقوق الملكية الفكرية المصري الذي أجاز فيها المشرع المصري الحصول على براءة مستقلة عن كل تعديل أو تحسين أو إضافة يرد على اختراع سبق وأن منحت عنه براءة إذا ما توفر في هذا التعديل أو التحسين أو الإضافة شروط الجدة والإبداع والقابلية للتطبيق الصناعي.

38- المادة 13 من الأمر 03-07 المتعلق ببراءة الاختراع.

39- د. فرحة زراوي صالح، المرجع السابق، ص. 125.

40- وهذا ما عمد إليه المشرع الجزائري عندما حدد هذه الشروط والآجال بنص المادة 05 من المرسوم التنفيذي رقم 05-275 المعدل والمتمم.

41- أنظر المادة 10/2،3 من الأمر 03-07 المتعلق ببراءة الاختراع.

42- ويتصور التنازل بمقابل أن يكون العقد بيعا، أما إذا كان بدون مقابل فإن العقد هبة.

43- د. فرحة زراوي صالح، المرجع السابق، ص. 126.

44- المرجع نفسه، ص. 129.

45- أنظر على سبيل المقارنة المادة 7 من قانون حماية حقوق الملكية الفكرية المصري.

46- راجع المادة 106 ق م ج المعدل والمتمم.

47- أعطى المشرع الجزائري للمخترع الحق في ذكر صفته كمخترع وذلك بنص المادة 10/3 من الأمر 03-07 المتعلق ببراءة الاختراع، كما أن المشرع المصري قد احتفظ أيضا بهذا الحق لصالح المخترع ويظهر ذلك من خلال نص المادة 7 من قانون حماية حقوق الملكية الفكرية المصري.

48- أنظر المادة 11 من الأمر 03-07 المتعلق ببراءة الاختراع.

49- د. صلاح زين الدين، المرجع السابق، ص. 115.

50- تنص المادة 10 قانون حماية حقوق الملكية الفكرية المصري أنه "تخول البراءة مالكها الحق في منع الغير من استغلال الاختراع بأية طريقة".

51- أنور طلبة، حماية حقوق الملكية الفكرية، المكتب الجامعي الحديث، الأزاربطة، الإسكندرية، بدون سنة نشر، ص. 145.

52- وهي نفس المدة التي أقرها المشرع المصري لصاحب البراءة طبقا لنص المادة 09 من قانون حماية حقوق الملكية الفكرية.

53- د. فرحة زراوي صالح، المرجع السابق، ص. 136.

54- د. جلال وفاء محمدين، الإطار القانوني لنقل التكنولوجيا، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، سنة 2001، ص. ص. 35،36 .

55- أنظر المادة 37 من الأمر 03-07 المتعلق ببراءة الاختراع.

56- أنظر المادة 11 من قانون حماية حقوق الملكية الفكرية المصري التي تنص على أنه "يستحق رسم عند تقديم طلب براءة الاختراع كما يستحق رسم سنوي يتدرج بالزيادة اعتبارا من السنة الثانية وحتى انتهاء مدة حماية البراءة".

57- إن الإلتزام بدفع الرسوم السنوية له عدة مبررات منها أن المشرع فرض رسوم في كافة الميادين ويدخل من ضمنها مجال الاختراعات، كما يمكن اعتبار هذا الإلتزام مقابلا للحماية التي يحظى بها صاحب البراءة.

58- د. فرحة زراوي صالح، المرجع السابق، ص. 139.

59- المرجع نفسه، ص. 144.

60- أنظر المادة 38/1 من الأمر 03-07 المتعلق ببراءة الإختراع، وانظر في نفس المعنى المادة 23/ رابعا من قانون حماية حقوق الملكية الفكرية المصري، حيث يضيف المشرع المصري من بين الحالات التي يجوز فيها منح الرخص الإجبارية حالة توقف صاحب البراءة عن استغلالها لمدة تزيد عن السنة بدون عذر مقبول.

61- وقد نص المشرع الجزائري على ذلك صراحة بمقتضى المادة 38/3 من الأمر 03-07 المتعلق ببراءة الإختراع.

62- د. فرحة زراوي صالح، المرجع السابق، ص. 171.

63- المادة 44 من الأمر 03-07 المتعلق ببراءة الإختراع.

64- المادة 45 من الأمر 03-07 المتعلق ببراءة الإختراع.

65- "يظهر أن حكمة المشرع كانت قبل كل شيء حماية المصلحة العامة للمجتمع الذي يهمه استغلال الاختراع ليستفيد منه تقنيا، وحماية المصلحة الخاصة لصاحب البراءة في حالة تبعيتها لبراءة ثانية يملكها الغير وعلى هذا الأساس أجاز اللجوء إلى الترخيص الجبري" أنظر د.فرحة زراوي صالح، المرجع السابق، ص. 174.

66- لمزيد من التفاصيل أنظر المادة 23 من قانون حماية حقوق الملكية الفكرية المصري.

67- أنظر المادة 51 و52 من الأمر 03-07 المتعلق ببراءة الإختراع.

68- وقد تكون هذه الرخصة الإجبارية إما لعدم الاستغلال أو لنقص فيه أو للمنفعة العامة.

69- بالنسبة للمنشآت والاختراعات المستبعدة من الحماية، راجع المادتين 7 و8 من الأمر 03-07 المتعلق ببراءة الإختراع.

70- المادة 54 من الأمر 03-07 المتعلق ببراءة الإختراع.

71- لقد نص المشرع المصري على أسباب انقضاء براءة الاختراع في نص المادة 26 من قانون حماية حقوق الملكية الفكرية المصري.

72- أنظر المواد 56-60 من الأمر 03-07 المتعلق ببراءة الاختراع.

73- حيث نصت المادة 124 ق م ج على أنه "كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه ويسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض" ، كما نصت المادة 163/1 ق م مصري على أنه "كل خطأ يسبب ضررا للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض".

74- الإمام محمد أبو زهرة، الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي، دار الفكر العربي، القاهرة، سنة 1998، ص. 132.

75- يعتبر الركن الشرعي في القانون المصري نص المادة 32 من قانون حماية حقوق الملكية الفكرية المصري.

76- راجع المادة 1 ق ع ج المعدل والمتمم.

77- د. فرحة زراوي صالح، المرجع السابق، ص. 180.

78- أنظر المادة 14 من الأمر 03-07 المتعلق ببراءة الإختراع، والمادة 10 البند 02 من قانون حماية حقوق الملكية الفكرية المصري.

79- أنظر المواد 37-48 من الأمر 03-07 المتعلق ببراءة الإختراع، والمواد 10/2، 23، 24 من قانون حماية حقوق الملكية الفكرية المصري.

80- أنظر المادة 12/2 البند الأول من الأمر 03-07 المتعلق ببراءة الإختراع، والمادة 10/2 من قانون حماية حقوق الملكية الفكرية المصري.

81- أنظر المادة12/3 من الأمر 03-07 المتعلق ببراءة الإختراع، والمادة 10/3 من قانون حماية حقوق الملكية الفكرية المصري، مع ملاحظة أن المشرع المصري كان أوسع نطاق في تحديده الأفعال التي لا تمثل اعتداء على حقوق صاحب البراءة.

82- الإمام محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص. 132.

83- أنظر المادة11/1 من الأمر 03-07 المتعلق ببراءة الإختراع.

84- د. فرحة زراوي صالح، المرجع السابق، ص. 177.

85- وفي هذا الخصوص نلاحظ أن المشرع وفقا لنص المادة 12/1 من الأمر 03-07 اعتبر أن الحقوق التي تثبت لصاحب البراءة تشمل الأعمال الصناعية أو التجارية.

86- المهم في ذلك أن تتم كل هذه الأفعال بدون موافقة ولا رضا من صاحب البراءة.

87- أنظر المادة11/2 من الأمر 03-07 المتعلق ببراءة الإختراع.

88- مثلا اختراع جهاز جديد للتدفئة أو التبريد، بمعنى أن النتيجة المتمثلة في التدفئة أو التبريد تم التوصل إليها بطريقة جديدة تختلف عن الطريقة التي كانت معروفة وبالتالي يحظى صاحبها بالحماية.

89- د. فرحة زراوي صالح، المرجع السابق، ص. 62.

90- المرجع نفسه، ص. 63.

91- أما إذا كان المنتوج ناتجا عن طريقة أخرى جديدة فلا عقاب لأنه لا توجد جريمة تقليد.

92- المادة 34 من قانون حماية حقوق الملكية الفكرية المصري.

93- أنور طلبة، المرجع السابق، ص. 156.

94- أنظر المادة 59/1 من الأمر 03-07 المتعلق ببراءة الإختراع.

95- أنظر المادة 59/2 من الأمر 03-07 المتعلق ببراءة الإختراع، والمادة 34/2 من قانون حماية حقوق الملكية الفكرية المصري.

96- أنظر المادة 59/3 من الأمر 03-07 المتعلق ببراءة الإختراع، والمادة 34/3 من قانون حماية حقوق الملكية الفكرية المصري.

97- نص المشرع المصري على أفعال الاعتداء غير المباشرة المادة 32/2 من قانون حماية حقوق الملكية الفكرية المصري على أنه "كل من باع أو عرض للبيع أو للتداول أو استورد أو حاز بقصد الاتجار منتجات مقلدة مع علمه بذلك..." وبالتالي فقد نص المشرع المصري صراحة على ضرورة توفر العلم لدى المقلد الذي يقوم بالأفعال المتقدمة.

98- المادة 62 من الأمر 03-07 المتعلق ببراءة الإختراع.

99- د. فرحة زراوي صالح، المرجع السابق، ص. 178.

100- الإمام محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص. 132.

101- المادة 33-35 من الأمر 03-07 المتعلق ببراءة الإختراع.

102- المادة 32/1 البند الثاني من قانون حماية حقوق الملكية الفكرية المصري.

103- المادة 61/2 من الأمر 03-07 المتعلق ببراءة الإختراع.

104- المادة 32/1 من قانون حماية حقوق الملكية الفكرية المصري.

105- المادة 32/2 من قانون حماية حقوق الملكية الفكرية المصري.

106- د. صلاح زين الدين، المرجع السابق، ص. 167.

107- عدلت إتفاقية باريس بشأن الملكية الصناعية ببروكسل بتاريخ 14 ديسمبر 1900، وواشنطن في 02 يونيو 1911 ولاهاي في 06 نوفمبر 1925 ولندن في 02 يونيو 1934 ولشبونة في 31 أكتوبر 1958 واستكهولم في 14 يوليو 1967.

108- تنص المادة 1/1 من اتفاقية باريس على أنه "يشكل من الدول التي تنطبق عليها هذه الاتفاقية اتحاد لحماية الملكية الصناعية".

109- المادة 2/2 من اتفاقية باريس لحماية الملكية الصناعية.

110- المادة 3 من اتفاقية باريس لحماية الملكية الصناعية.

111- وبالتالي يظهر أن الشخص المعنوي أيضا يحظى بالحماية التي توفرها اتفاقية باريس على غرار الشخص الطبيعي.

112- د. صلاح زين الدين، المرجع السابق، ص. 173.

113- المادة 4/ج من اتفاقية باريس لحماية الملكية الصناعية.

114- د. صلاح زين الدين، المرجع السابق، ص. 173.

115- المادة 4 مكرر 3 من اتفاقية باريس لحماية الملكية الصناعية.

116- المادة 5/4 -أ من اتفاقية باريس لحماية الملكية الصناعية.

117- المادة 5 مكرر 2 من اتفاقية باريس لحماية الملكية الصناعية.

118- د. صلاح زين الدين، المرجع السابق، ص. 176.

119- تم التوقيع على اتفاقية تريبس بمراكش في 15 أبريل 1994، ودخلت حيز التنفيذ في 01 يناير 1995، "وقد بلغ عدد الدول الأعضاء في منظمة التجارة العالمية بما فيها ملحق اتفاقية تريبس المتعلقة بالجوانب المتصلة بالتجارة من حقوق الملكية الفكرية حتى ديسمبر عام 1999 (135) دولة، منها 09 دول عربية هي: الإمارات العربية المتحدة، دولة البحرين، تونس، جيبوتي، قطر، الكويت، مصر، موريتانيا، وتوجد حاليا عدة طلبات تحت الدراسة في منظمة التجارة العالمية مقدمة من: السعودية، سلطنة عمان، الجزائر، الأردن، السودان، لبنان، اليمن، وقد حصلت على وضع مراقب بالمنظمة كل هذه الدول من أصل 36 دولة، وقد اجتازت الأردن مرحلة التفاوض وحصلت على موافقة المنظمة في 02 نوفمبر سنة 1999، ولن تضاف إلى قائمة الدول الأعضاء إلا بعد اجتياز المراحل الوطنية اللازمة داخل الأردن ثم تقديم وثائق الانضمام والتصديق". أنظر د. نواف كنعان، حق المؤلف، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، سنة 2004، ص. 05.

120- أما الدول المتقدمة والتي لقيت اتفاقية تريبس كل الدعم من قبلها، فكانت حجتها في دعوتها حماية حقوق الملكية الفكرية إلى أن التعدي على هذه الحقوق من شأنه أن يحرم المالكين الحقيقيين لها من الموارد المالية لحقوقهم والذي يشكل المقابل لما بذلوه من جهد ومال في سبيل الوصول إلى مثل هذه الإبداعات كما أن مثل هذا الحرمان يقلل من فرص القيام بأبحاث جديدة، وذلك أن الاتفاقية من بين المواضيع التي تتناولها التخفيضات الجمركية، إزالة القيود والعوائق الجمركية على الواردات (للمزيد من المعلومات أنظر الدليل الالكتروني للموقع العربي www. Arablaw info. Com، تاريخ الإطلاع 2016/11/25).

121- أنظر الدليل الالكتروني للموقع العربي www. Arablaw info. Com

122- تم التوقيع على اتفاقية تريبس بمراكش في 15 أبريل 1994، ودخلت حيز التنفيذ في 01 يناير 1995، "وقد بلغ عدد الدول الأعضاء في منظمة التجارة العالمية بما فيها ملحق اتفاقية تريبس المتعلقة بالجوانب المتصلة بالتجارة من حقوق الملكية الفكرية حتى ديسمبر عام 1999 (135) دولة، منها 09 دول عربية هي: الإمارات العربية المتحدة، دولة البحرين، تونس، جيبوتي، قطر، الكويت، مصر، موريتانيا، وتوجد حاليا عدة طلبات تحت الدراسة في منظمة التجارة العالمية مقدمة من: السعودية، سلطنة عمان، الجزائر، الأردن، السودان، لبنان، اليمن، وقد حصلت على وضع مراقب بالمنظمة كل هذه الدول من أصل 36

دولة، وقد اجتازت الأردن مرحلة التفاوض وحصلت على موافقة المنظمة في 02 نوفمبر سنة 1999، ولن تضاف إلى قائمة الدول الأعضاء إلا بعد اجتياز المراحل الوطنية اللازمة داخل الأردن ثم تقديم وثائق الانضمام والتصديق". أنظر د. نواف كنعان، المرجع السابق، ص. 05.

123- وهذا ما تجاهله المشرع الجزائري.

الدكتور/ شفيق حادي.
أستاذ محاضر/ المركز الجامعي –صالحي أحمد بالنعامة–

الشخصية القانونية للجنين–دراسة مقارنة–

ملخص:
تنشا الشخصية القانونية للإنسان بتمام ولادته حيا و انفصاله عن أمه و تثبت الحياة بالصراخ أو غيره من المظاهر الواضحة و الدالة عليها، و تنتهي هذه الشخصية بوفاته، غير أن المرحلة التي تسبق ولادة الانسان عندما يكون في الرحم أي عندما يكون جنينا يكتسب خلالها هذا الأخير مركزا قانونية يستمده من أهلية الوجوب التي يتمتع بها.
فالجنين من الممكن أن تتم الهبة أو الوصية لصالحه، كما أنه يوقف تقسيم الإرث إلى حين ولادته أحيانا و يحفظ له نصيبه في أحيان أخرى، كما أن الجنين يتمتع بحقوق تتعلق بحقه في الصحة و حقه في البقاء حيا، بل أن التشريعات قد خصصت نصوصا بأكملها في ظاهرها تخاطب المرأة الحامل و لكنها في باطنها ترمي إلى حماية الجنين.
إن الوقوف على ما سبق يتطلب بداية الوقوف على المفهوم القانوني للحمل و على نوعية الأهلية القانونية التي يتمتع بها الجنين و خصائصها.
كلمات مفتاحية: الشخصية القانونية، الجنين، أهلية الوجوب، مرحلة الحمل.

Résumé:
La personnalité juridique de l'homme est créée par sa naissance et sa séparation avec sa mère et sa vie est prouvée par des cris ou d'autres manifestations évidentes qui se terminent par sa mort. Toutefois, le stade précédant la naissance de l'humain lorsqu'il est dans le ventre, c'est-à-dire lorsque le fœtus acquiert ce dernier Ce qui découle de sa diligence raisonnable.
Le fœtus peut recevoir un don ou un testament en sa faveur; il arrête parfois la division de l'héritage jusqu'à sa naissance et épargne parfois sa part. Le fœtus a des droits liés au droit à la santé et au droit de survivre. Le visage de la femme enceinte, mais à l'intérieur, conçu pour protéger le fœtus.
S'en tenir à ce qui précède nécessite de commencer par se pencher sur le concept juridique de grossesse et sur la qualité de la capacité juridique dont bénéficie le fœtus et ses caractéristiques.
Mots clés: La personnalité juridique ; le fœtus ; la capacité de jouissance ; la grossesse .

مقدمة.

تنشا الشخصية القانونية للإنسان بتمام ولادته حيا و انفصاله عن أمه و تثبت الحياة بالصراخ أو غيره من المظاهر الواضحة و الدالة عليها ، و تنتهي هذه الشخصية بوفاته و لكن للجنين أيضا شخصية قانونية ذات طبيعة خاصة إذ أن ثبوتها يقتضي ولادته حيا و لكن قبل هذا هي قائمة و موجودة و دليل ذلك هو استحقاقه لبعض الحقوق سواء في الشريعة الإسلامية أو في بعض القوانين الوضعية، كالميراث و الهبة لصالحه و الوصية له و الوقف و حتى الاشتراط لمصلحته كعقد التأمين عليه مثلا عند المشرع الفرنسي.

إذا فالشخصية القانونية للجنين قائمة طيلة وجوده في رحم أمه و هي تأخذ طابعا مؤقتا لا يكتسب التمام إلا بعد الولادة و نحن نرمي من خلال هذا البحث إلى الإجابة عن الإشكالية التالية: متى تنشأ الشخصية القانونية للجنين وما هي خصائصها؟ أو بصيغة أخرى: متى يكون الجنين أهلا لاكتساب الحقوق و كيف يتم ذلك؟.

و الإجابة عن هذه الإشكالية تقتضي الوقوف على تحديد زمن الحمل أو بعبارة أخرى متى تصدق تسمية الجنين عليه و متى تنتهي، فالحمل قد يطول و يأخذ زمنا غير طبيعي و هو ما يسميه الأطباء بالحمل الكاذب، كما سنحاول تحديد نوعية أهلية الجنين و خصائصها و مادامت هذه الأخيرة غير تامة فلابد من التعريج على مسألة الولاية على الجنين.

و قد ارتأينا تقسيم هذا البحث إلى قسمين رئيسيين أولهما خصصناه لتعريف مرحلة الحمل و متى تكون بدايتها و متى تنتهي و حاولنا كذلك الوقوف من خلال هذا الجزء الأول على أقل مدة الحمل و أقصاها و هذا له علاقة وطيدة بحق الجنين في النسب و بالتالي حقه في الميراث، فلا يمكن مثلا توريث جنين ولد بعد الزمن المحدد كحد أقصى لوفاة مورثه أو ولد قبل الزمن الأدنى لذلك.

أما القسم الثاني فقد خصصناه لتسليط الضوء على أهلية الجنين من خلال الوقوف على تحديد نوعيتها و خصوصياتها بحكم أنها تختلف عن أهلية الإنسان أو الشخص الطبيعي، و كيف يمكن تصور اكتساب الجنين لهذه الأهلية بالرغم من أنه لا يزال

مخلوقا غير مكتمل ، و طبعا الحديث عن أهلية الجنين يجرنا للحديث عن مسألة الولاية عليه.

أولا: التحديد الزمني لفترة الحمل.

إن الفترة الزمنية التي يقضيها الجنين في بطن أمه منذ اللحظات الأولى لتكونه تسمى بفترة الحمل، ومن خلال هذا القسم سنحاول الوقوف على حدود مدة الحمل وكذا على زمن بدايته ونهايته لما لهذا من علاقة وطيدة بهذا البحث.

1/- حدود مدة الحمل.

المقصود بحدود مدة الحمل هو الزمن الأدنى وكذا الزمن الأقصى لهذا الحمل، أي منذ متى نعتبر ما في الرحم حملا وإلى متى يبقى كذلك؟.

أ/- أقل مدة الحمل.

يتفق فقهاء المذاهب الإسلامية على أن أقل مدة الحمل ستة أشهر(1) ويدل على ذلك **قوله تعالى ﴿ وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ ﴾** [2] **وقوله تعالى ﴿ وَحَمْلُهُ وَفِصَالُهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا ﴾**[3]. فالآية الأولى حددت مدة الرضاعة بأربعة وعشرون شهرا والآية الثانية حددت مدة الرضاعة والفصـــــال[4] بثلاثين شهرا، فإذا أنقصنا منها مدة الرضاعة بقيت ستة أشهر.

إن الطب المعاصر يؤكد هذه الحقيقة الشرعية والعلمية تأكيدا تاما وذلك من خلال التجارب العلمـــــية والملاحظات الطبية، فقد ثبت طبيا أن أقل مدة يمكن أن يعيش فيها الجنين إذا ولد هي ستة أشهر منذ حمل أمه به وقل أن يعيش مثل هذا المولود[5].

ذكر البيهقي وغيره عن أبي حرب بن الأسود الديلي أن عمر بن الخطاب (ض) أتى بامرأة قد ولدت لستة أشهر، فهمّ برجمها، فبلغ عليّا بن أبي طالب (ض)، فقال: ليس عليها رجم، فبلغ ذلك عمر (ض) فأرسل إليه فسألـــــــه فقال: ﴿ **وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ** ﴾ وقـال ﴿ **وَحَمْلُهُ وَفِصَالُهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا** ﴾ فستة أشهر حمله وحولين تمام الرضاعة، لا حد عليها، فخلـــي عنها[6].

إذا يستشف مما سبق أن الشريعة الإســـلامية و دون أجهزة طبية أو تجارب علمية و بدقة متناهية حددت المدة الدنيا للحمل بستة أشهر أي أنه لا يمكن للجنين الخروج على الحياة إذا لم يكمل هذه المدة كأقل تقدير في رحم أمه، و بالفعل لا يمكن لمولود

العيش إذا انفصل عن أمه قبل هذه المدة و حـــددت الزمن الأقصى لبقاء الجنين في بطن أمه بعشرة أشهر و لا يعرف حسب علمي بقاء جنين في الرحم أكثر من هذا الزمن.

بالنسبة لموقف المشرع الجزائري من مسألة أقل مدة الحمل يلاحظ بأنه قد تبنى رأي جمهور الفقهاء وجعلها ستة أشهر بنصه في المادة 42 من قانون الأسرة " أقل مدة الحمل ستة أشهر وأقصاها عشرة أشهر (10)"[7].

وقد قضت المحكمة العليا في الجزائر فصلا في الملف رقم 57756 بقرار مؤرخ في 1990/01/22 بضرورة نفي نسب ولد، ولد خلال مدة تقل عن 6 أشهر عن أبيه وهذا تطبيقا للنص المذكور أعلاه[8].

ب/- أقصى مدة الحمل.

لقد اختلف الفقهاء في تحديد أقصى مدة الحمل فمنهم من قال بخمس سنوات ومنهم من قال بأربع سنوات كالشافعية وظاهر المذهب عند الحنابلة، ومنهم من حددها بسنتين كالأحناف والثوري، في حين أن البعض الآخر قال سنة واحدة هلالية كبعض علماء الإمامية، وهنالك من قال بأن أقصى مدة الحمل هي تسعة أشهر، وقد قال الأستاذ إبراهيم فوزي عضو المحكمة الدستورية العليا في الجمهورية السورية " هذه الأقوال إذا استثنينا منها من قالوا أن أكثر مدة الحمل تسعة أشهر أو عشرة، فإن بقية الأقوال لا تستند على أدلة علمية أو واقعية، وإن البحث في هذا الموضوع ليس من شأن علماء الشريعة وإنما القول فيه لعلماء الطب والطبيعة"[9].

ويمكن القول بأنه ولو أن مدة الحمل العادية 280 يوما إلا أنها قد تطول إلى 300 يوما وأما ما زاد عن ذلك فغير عادي وموجب للاشتباه[10].

يقول الدكتور محمد علي البار معقبا على أقوال الفقهاء السابقين الذين يذكرون قصصا في طول مدة الحمل لثلاث وأربع سنوات أنها حكايات خرافية ولا سند لها من الصحة مطلقا[11].

ويرى بأن هذه الظاهرة المتمثلة في استمرار الحمل و طول مدته تسمى بالحمل الكاذب، إذ أن المرأة تعتقد جازمة بأنها حامل و هي ليست كذلك فتنتفخ بطنها بالغازات لمدة معينة ثم تحمل فعلا دون أن تشعر بأي تغير و هذا طبعا أمام انعدام وسائل

الكشف عن الحمل في ذلك العصر وباحتسابها لمدة الحمل الوهمي و إضافتها لمدة الحمل الحقيقي الذي جاء لاحقا تجد بأن حملها قد استغرق وقتا طويلا، وهذا ما أعطى حسب تحليله بعض الصدق لهذا النوع من الروايات.

و حسب رأينا الشخصي هو تحليل قابل للأخذ به، لأنه يعتبر التفسير الأقرب لاعتقاد البعض في ذلك العصر ببقاء الجنين في الرحم زمنا طويلا قد يصل إلى سنوات، و العلوم الطبية من خلال أجهزة الأشعة و غيرها قد نفت نفيا مطلقا استمرار الحمل لسنوات كما كان الاعتقاد سائدا من قبل.

وقد أخذ المشرع الجزائري بمدة 10 أشهر كأقصى مدة للحمل بنصه "أقل مدة الحمل ستة أشهر(6) وأقصاها عشرة أشهر(10)"(12).

2/- تحديد زمن بداية الحمل.

إن تحديد زمن بداية الحمل يكتسي أهمية كبرى بالنسبة لمسألة الشخصية القانونية للجنين كونه يعتبر أمرا لازما وضروريا لتحديد زمن نشأة مركزه القانوني، والمقصود ببداية الحمل هو نشوء ما يصدق عليه اسم الجنين.

أ/ بداية الحمل عند الفقهاء.

ما ذهب إليه الغالبية من فقهاء المذاهب هو أن الجنين يصدق عليه الحمل منذ بداية التلقيح أو الإخصاب، أي مع تكون النطفة الأمشاج وقد ذهب إلى هذا الرأي فقهاء المالكية والأحناف وبعض الشافعية والإمامية، ويجب أن نميز بين بدء الحماية الجنائية وهي الزمان الذي يحرم إسقاطه وتجب فيه الدية، وبين بدء الحمل بمعنى صدق الاسم عليه، وكذلك بين صدق الإنسان فإنه لا يصدق عليه تسمية إنسان عند الكثير إلا بعد ولوج الروح،أي بعد أن تنفخ فيه الروح إلا أن صدق الجنين يتحقق من المراحل الأولى فالحماية الجنائية المتمثلة أساسا في تحريم إجهاضه تبدأ عند بعضهم من مرحلة العلقة (الظاهرية وبعض المالكية) ومن مرحلة المضغة عند البعض (أكثر الشافعية وبعض الحنابلة وبعض الزيدية) وبعد ولوج الروح (الأحناف وبعض الحنابلة) إلا أن هذا لا يعني عدم صدق تسمية الجنين عليه (13).

ويرى فريق آخر من الفقهاء أن الحمل هو البويضة الملتصقة في جدار الرحم وهي لا تلتصق في حائط الرحم إلا بعد اثني عشرة يوما أو ثلاثة عشر يوما من التلقيح أي

أن الحمل يبدأ بتمام زراعة البويضة الملقحة في حائط الرحم، ذلك أن البويضة الملقحة تبقى ثلاثة أيام في قناة الرحم بعد التلقيح وتهبط بعد ذلك إلى الرحم فتمكث فيه عشرة أيام، وبعد هذه المدة تلتصق بحائط الرحم ويطلق الفقهاء على هذه العملية عملية الزراعة (14).

ب/- بداية الحمل عند الأطباء والمشرعين.

كل شيء يبدأ ببساطة بالتحام حيوان منوي ببويضة مكونين خلية حجمها واحد على عشرة من الميليمتر ووزنها غير معرف، ومن هذه الخلية تولد ملايير الخلايا الأخرى ولكل واحدة منها وظيفة محددة وخاصة بها، وتكفي تسعة أشهر تقريبا للانتقال من خلية بسيطة إلى طفل وزنه ثلاثة كيلوغرامات)15(.

يبدأ الحمل بالتلقيح، ومعنى التلقيح هو اندماج الحيوان المنوي مع البويضة، وينتج مبيض المرأة عادة بويضة واحدة كل شهر، ويحدث التبويض في الفترة بين اليوم الثاني عشر والسادس عشر من بدء الطمث، وفي أغلب الأحوال يكون التبويض في اليوم الرابع عشر)16(.

ما سبق ذكره هو زمن بداية الحمل عند الأطباء، أما عند رجال القانون فإن تحديد هذه البداية يكتسي أهمية قصوى لاسيما في جرائم الإجهاض والاعتداء وسريان الأحكام المتعلقة بالجنين بصفة عامة.

ويعتمد القانون في الغالب في تحديد بداية زمن الحمل على ما توصل إليه الطب الحديث في هذا الشأن، ويرى أصحاب نظرية التلقيح أن بداية الحمل تكون في اللحظة التي يتم فيها تلقيح البويضة بالحيوان المنوي، وبالتالي فإن الحمل في مفهوم هذه النظرية هو البويضة الملقحة، في حين ذهب البعض الآخر إلى أن بداية الحمل تكون اعتبارا من استقرار البويضة الملقحة في الرحم أي بعد حوالي ثلاثة عشرة يوما من التلقيح، وهذه تسمى بنظرية الزراعة كونها ترى بأن الحمل يبدأ بعد زراعة البويضة الملقحة واستقرارها وأخذها مكانها في الرحم وقد ثم اعتناق هذه النظرية من طرف قانون الخصوبة البشرية وعلم الأجنة الصادر في إنكلترا 1990(17).

3/- علامات نهاية الحمل.

نهاية الحمل تعني انتفاء صفة الجنين وظهور صفة الإنسان وبالتالي الانتقال من الأحكام المتعلقة بحماية الجنين إلى الأحكام المتعلقة بحماية الإنسان، وطبعا الفرق شاسع وهام بينهما من حيث الآثار و النتائج، ويمكن الوقوف على أهمية هذا الفرق بالمقارنة مثلا بين الإجهاض وهو ما يمكن وصفه بقتل الجنين، وبين قتله بعد ولادته حيا وهو ما يعني قتل الإنسان أو قتل طفل حديث العهد بالولادة كما ذهبت إليه بعض التشريعات.

أ/- نهاية الحمل عند الفقهاء.

يرى غالبية الفقهاء المسلمين أن الحمل ينتهي بخروج الجنين كاملا، أي أن فترة الحمل تبقى قائمة مادام الجنين في بطن أمه ولو بجزء منه، وقد خالفهم في هذا الحنفية الذين قالوا بانتهاء الحمل بخروج أغلب الجنين(18).

أما فقهاء القانون فقد انقسموا إلى ثلاثة أراء بخصوص تحديد زمن نهاية الحمل وهذه الآراء هي كالآتي:

"- يرى أصحاب الرأي الأول أن الجنين لا يكتسب وصف الإنسان إلا بعد انفصاله عن أمه كاملا.

- أما أصحاب الرأي الثاني فهم يرون أن انتهاء فترة الحمل واكتساب الجنين لما يسمى بالوجود القانوني للإنسان، يكفي فيها خروج جزء منه.

- في حين أن أصحاب الرأي الثالث فيرون أن مجرد بداية المخاض وإحساس الأم بآلام الوضع يكسب الجنين صفة الإنسان ويعتبر نهاية لمرحلة الحمل"(19).

أما المشرع الإنجليزي فقد اعتبر الانفصال التام للجنين عن أمه نهاية لمرحلة الجنين إلا أنه رغم هذا قد فرق بين الاعتداء على الجنين قبل استعداده للبقاء وسماها إجهاض وبين الاعتداء على الجنين القابل لأن يولد حيا وسماها جريمة تدمير الطفل Child destruction وهي جريمة وسط بين القتل والإجهاض، أي أنه فرق بين نوعين من الجنين في حالة الاعتداء عليه.

ب/- نهاية الحمل في القانون.

لقد تناولت بعض التشريعات مسألة نهاية الحمل وحددتها، فقد نصت المادة 155 من القانون الجزائي الكويتي على أنه " يعتبر المولود إنسانا يمكن قتله متى نزل من

بطن أمه سواء في ذلك تنفس أو لم يتنفس وسواء كانت الدورة الدموية مستقلة أم لم تكن، كان حبل سرته قطع أم لم يقطع "[20]، ونصت المادة 29 فقرة 10 من القانون المدني المصري على ما يلي يعد مرتكبا لهذه الجريمة كل من تعمد تدمير حياة الطفل القابل لأن يولد حيا وأفضى ذلك إلى موته قبل انفصاله حيا، يعاقب مرتكب هذه الجريمة بالسجن مدى الحياة" وقد حددت المادة الأولى من هذا القانون مفهوم قابلية الجنين للحياة ونصت على أن بلوغ الحمل الأسبوع الثامن والعشرين كاف للقول بتوافرها[21].

ثانيا: المركز القانوني للجنين.

الشخصية القانونية على العموم هي مجموعة الحقوق التي تكتسب من طرف الإنسان وكذا مجموعة الالتزامات المترتبة على عاتقه اتجاه الآخرين ويتوجب أن يكون متمتعا بأهلية تسمح له بالتصرف في حقوقه وأداء التزاماته، ولكن التساؤل المطروح هو هل للجنين شخصية قانونية؟ وما هي خصائصها ومميزاتها؟ وإذا كانت له فعلا شخصية فهل يتوفر على أهليته؟ أم هو بحاجة إلى مساعدة في هذا الشأن؟

1/- نشأة الشخصية القانونية للجنين وخصائصها.

من خلال هذا الفرع سوف نحاول تناول نشأة شخصية الجنين وخصائصها التي تميزها عن شخصية الإنسان بعد الولادة.

أ/- نشأة شخصية الجنين.

يمر الجنين أساسا عبر ثلاثة مراحل تبدأ الأولى منها مع بداية الحمل وتستمر إلى غاية الأربعين يوما (بداية التخلق) وخلالها لا يكتسب شيئا مقررا للأحياء، فأغلب الفقهاء المسلمين ماعدا الإمام الغزالي اعتبروا أن النطفة لا تعد ذات حياة محترمة، أما المرحلة الثانية والتي تمتد من بعد الأربعين يوما إلى غاية نفخ الروح (نهاية الأربعة أشهر الأولى) فخلالها يبدأ خلق الجنين في الظهور، وأما المرحلة الأخيرة فتبدأ من ساعة نفخ الروح إلى غاية الولادة وخلالها يعتبر الجنين كائنا حيا بكل ما للحياة الإنسانية من حصانة وحماية[22].

ولكن فقهاء القانون اختلفوا فيما بينهم بخصوص تحديد الزمن أو الوقت الذي يكتسب فيه الجنين الشخصية القانونية، وانقسموا بآرائهم و نظرياتهم في هذا الشأن إلى ثلاثة آراء:

– الرأي الأول: يرى بأن الشخصية القانونية لا تثبت للجنين إلا إذا تمت ولادته حيا لأنه عبارة عن جزء من أمه وليس مستقلا ويسندون في هذا على قول الفقهاء أن الجنين لا يرث إلا إذا ولد حيا(23).

– الرأي الثاني: يرى أصحابه أن الجنين يتمتع بالشخصية القانونية كون أن هذه الأخيرة تعني صلاحية اكتساب الحق وليس الاكتساب الفعلي له، وهو ما ينطبق على الجنين بحسب رأيهم مادام أن القانون منحه قابلية اكتساب بعض الحقوق كالميراث والوصية(24).

– الرأي الثالث: يرى أصحاب هذا الرأي أن الأصل في اكتساب الشخصية القانونية هو ولادة الجنين وانفصاله حيا، إلا أن القانون حسبهم قد خرج عن القاعدة ووضع استثناءا بإثبات الشخصية للجنين إلا أنها ذات أهلية ناقصة(25).

ب/– مميزات شخصية الجنين.

يعترف المشرع على سبيل الاستثناء للجنين بشخصية محدودة يثبت له بمقتضاها بعض الحقوق أهمها الحق في ثبوت نسبه لأبيه، وله كذلك الحق في الإرث حيث يوقف للحمل أوفر النصيبين من تركة المتوفى على تقدير أنه ذكر أو أنثى، وتجوز أيضا الوصية للجنين ويمكن الاشتراط لمصلحته كاستفادته من عقد تأمين أبرمه شخص لفائدته(26).

يعرف الدكتور إدريس العلوي شخصية الجنين على أنها صفة يقررها القانون بمقتضاها يكون للجنين أهلية اكتساب الحقوق في حدود تتماشى مع استتاره وعدم استكماله، وأنه محتمل وغير محتمل ظهوره(27).

ونصت المادة 16 من القانون المدني الفرنسي على ضرورة احترام الكائن البشري فور بداية حياته، ويشمل مفهوم الكائن البشري الجنين(28).

وهذه العبارة التي استعملت في صياغة هذه المادة لا تدع مجالا للشك بأن المقصود بها هو الجنين، ويؤكد هذا التفسير القانون المتعلق بتنظيم الإجهاض لسنة 1975 والذي استعمل نفس العبارة وهو ما أكده كذلك المجلس الدستوري الفرنسي(29).

وقضت محكمة النقض الفرنسية أن الجنين يعتبر مولودا ما دامت مصلحته تقتضي ذلك وأنه لا يمكن الإضرار بمصلحته بإرجاع حقوقه إلى يوم ولادته وحرمانه من حق مكتسب من يوم وفاة والده(30).

إذا من خلال هذا التعريف يتبين أن شخصية الجنين تتميز وتختلف عن مفهوم الشخصية القانونية للإنسان بسبب عدم ظهور الجنين وعدم اكتماله، أي أن شخصية الجنين يمكن اعتبارها ذات طابع خاص يتميز بالنقص مقارنة بما تتمتع به الشخصية القانونية للإنسان، و مرجع هذا هو ذلك الفرق الموجود في الطبيعة البشرية بين الإنسان الكامل و الجنين.

2/- أهلية الجنين و مسألة الولاية عليه.

من خلال هذا القسم سوف نحاول إبراز خصوصية أهلية الجنين و التطرق لموف بعض التشريعات من مسألة الولاية عليه.

أ/-أهلية الجنين.

يتمتع الجنين بأهلية وجوب محدودة للحقوق المالية التي تقررها له الشريعة الإسلامية فيحتفظ له بحصته في الميراث، والوصية، والوقف والهبة من الوالدين أو الأقرباء أو الغير(31).

الأصل في الشريعة الإسلامية أن تثبت للجنين بعض الحقوق التي لا تستلزم قبولا، فله الحق في أن يثبت نسبه من أبويه، وهذا ما ذهب إليه المشرع الجزائري من خلال المادة 40 من ق.أ.ج. فهو ينسب لأبيه متى ولد من زواج شرعي ولم ينفي نسبه، ومتى ولد لستة أشهر كحد أدنى للحمل وإلى عشرة أشهر كحد أقصى وهذا بموجب المواد 42 و43 من نفس القانون(32).

وللجنين الحق في الميراث وله الحق أن يوصى له، وقد أجاز له قانون الأسرة الجزائري الهبة لفائدته وما من شك في أن الذي يقبلها عنه هو وليه أو وصيه(33).

ويفرق الفقهاء بين أهلية الوجوب وأهلية الأداء، فأهلية الوجوب هي صلاحية الشخص لاكتساب الحقوق والتحمل بالالتزامات، وأما أهلية الأداء فهي صلاحية الشخص للتعبير عن إرادته تعبيرا يرتب القانون عليه آثارا قانونية، وبهذا الشكل تثبت أهلية الوجوب للشخص قبل ولادته أي عندما يكون جنينا(34).

والمشرع الجزائري نص في المادة 25 ق.م.ج على" تبدأ شخصية الإنسان بتمام ولادته حيا وتنتهي بموته.

على أن الجنين يتمتع بالحقوق التي يحددها القانون بشرط أن يولد حيا"(35).

وقد رأت المحكمة العليا في الجزائر أن تمتع الجنين بحقوقه المدنية واكتسابه أهلية الوجوب خاضعا لشرط الولادة حيا، وتتلخص وقائع هذه القضية في أن السيدة ب.ذ رفعت دعوى ضد شركة التأمين طالبت من خلالها إلزام هذه الأخيرة بتمكين ولدها القاصر ب.م من التعويضات عن وفاة والده نتيجة حادث مرور كونه كان جنينا في رحمها لحظة وفاة أبيه، وبتاريخ 1981/10/13 أصدرت المحكمة الابتدائية حكما يقضي برفض الدعوى، وعلى إثر استئناف المدعية في هذا الحكم، صدر قرار عن مجلس قضاء الجلفة قضى بتأييد هذا الحكم، وبعد الطعن بالنقض صدر القرار المذكور أعلاه عن المحكمة العليا والتي رأت أن قضاة المجلس أساءوا تطبيق القانون وخالفوا مقتضيات المواد 2/25 و124 من القانون المدني"(36).

إذا فالمحكمة العليا بموجب القرار المذكور أقرت قيام الحق في التعويض لفائدة الجنين مادام أنه قد ثبت وجوده لحظة وقوع الضرر، ولكن هذا الحق لا يكون قابلا للاكتساب إلا بعد ولادته حيا أما إذا مات قبل الولادة فإن هذا الحق يزول ولا يرتب أي أثر كحصول الورثة عليه مثلا، وهذا ما يبرز تميز شخصية الجنين، فهو يكتسب الحق و لكنه يبقى موقوفا ينتظر ولادته حيا لينتقل إليه بصورة تامة.

ب/- الولاية على الجنين.

الولاية هي تدبير الكبير الراشد شؤون القاصر الشخصية والمالية، والقاصر من لم يستكمل أهلية الأداء سواء أكان فاقدا لها كغير المميز أم ناقصها كالمميز وعرفها الحنفية بأنها تنفيذ القول على الغير شاء أم أبى(37).

قال بعض فقهاء الحنفية والشافعية أن الوصية للجنين تحتاج إلى القبول، ويقبل عنه من تثبت له الولاية عليه بعد ولادته، لأن الوصية لا تتقرر إلا بعد ولادته حيا، وأما الفقهاء الذين قالوا بصحة الوصية للجنين دون قبول فاستندوا في ذلك على تشابهها مع الميراث وبأنها لا تحتاج إلى قبض وهذا كله يكشف عن أن الجنين لا وصاية عليه لأنه غير موجود تحقيقا(38).

ويشترط في الوصي أو الولي أن يكون بالغا فلا تثبت الولاية للصبي لأنه لا يهتدي إلى وجوه المصلحة والمنفعة، وأن يكون عاقلا فيحسن التصرف في حق نفسه ولا يتأخر في هذا بالنسبة لشؤون غيره، وأن يكون مسلما فلا ولاية لغير المسلم على المسلم، وأن يكون عادلا فلا ولاية لفاسق والمقصود بالعدالة اجتناب المعاصي الكبيرة أو الكبائر وعدم الإصرار على الصغائر(39).

أما القوانين الوضعية فقد خالفت الفقه الإسلامي في هذا الشأن، ففي القانون المصري يحوز للأب أن يقيم وصيا للحمل المستكن، كما يمكن أن يتم تعين هذا الوصي من المحكمة وهو ما ذهب إليه كذلك القانون السوري(40).

إلا أن هذه القوانين التي أجازت تعيين الولي للجنين لم تبين حدود صلاحياته، وعما إذا كان مجرد أمين يحفظ مال الجنين إلى غاية خروجه من بطن أمه، أم أن له صلاحية القبول نيابة عنه في بعض العقود كالهبة والتصرف في أمواله في البيع وغيرها، وفي مصر أصدر وزير العدل منشورا يوجب فيه ضرورة الإسراع بتعيين ولي على الحمل المستكن وهذا حتى لا يترتب على التأخر في ذلك وقوع ضرر يمس مصلحة الجنين وحتى لا تترك أمواله بدون حصر أو قبض أو غيرها من التصرفات التي تقتضي السرعة(41).

لقد تناول المشرع الجزائري مسألة الولاية بصفة عامة في المواد 87 و88 و89 من قانون الأسرة، ولم يشر خلالها إلى الولاية على الجنين.

خاتمة.

من خلال ما تم تناوله في ثنايا هذا البحث بمحاولة الوقوف على أراء المشرعين والفقهاء والباحثين والدارسين بخصوص المركز القانوني للجنين، يتبين بأن هذا المخلوق قد تمت إحاطته بقواعد وتدابير من شأنها أن تحول دون اعتباره مجرد كتلة لحمية لا قيمة لها مادامت لم تتحول إلى إنسان كامل وهذا بعد الولادة طبعا ولكنها في نفس الوقت لم تعتبره بمثابة إنسان يستحق كامل الحقوق وهذا يرجع إلى الطبيعة الخاصة للجنين في حد ذاته بوصفه كائنا مستترا ومحتمل الوجود وغير مستقل بذاته وهذا ما جعل شخصيته القانونية مثيرة للاختلاف والنقاش، فلم يتم الاتفاق حول وجودها أصلا إذ يرى البعض من فقهاء القانون بأنه لا شخصية للجنين، ولا يمكن تصورها، أما من قالوا بثبوتها فقد انقسموا إلى من رأى تعليق قيام هذه الشخصية على شرط ولادة الجنين حيا، وإلى من رأى استحقاق الجنين لشخصية قانونية ذات أهلية ناقصة تقتصر على أهلية وجوب.

وما يجب التوقف عنده كذلك بخصوص تميز الشرع الإسلامي وتفوقه هو توصل علماء الإسلام وفقهاؤه إلى تحديد أقل مدة الحمل بـ 6 أشهر بناءا على قوله تعالى " وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ " وقوله تعالى في موضع آخر من القرآن الكريم " وَحَمْلُهُ وَفِصَالُهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا " وبالتالي فقد حدد القرآن الكريم مدة الرضاعة بعامين وجعل الحمل والرضاعة كليهما خلال 30 شهرا وبحذف الأولى من الثانية تتبقى 6 أشهر التي تمثل أقل مدة الحمل وهي نفس المدة التي توصل إليها العلم الحديث مؤخرا.

ويكتسي تحديد مدة الحمل أهمية قصوى فيما يتعلق بحقوق الجنين ولا سيما مسألة النسب والذي يعتبر من أهمها على الإطلاق، فهو الضامن لباقي الحقوق كالحق في الميراث والوصية غيرهما، و هي طبعا كلها حقوق تثبت الشخصية القانونية للجنين.

و ما يمكن استخلاصه مما سبق أن الشخصية القانونية للجنين قائمة و لو بصورة مؤقتة إل حين ولادته حيا و أنه يكتسب أهلية وجوب ناقصة، كما أن هذا الموضوع بحاجة إلى المزيد من الدراسة و الإثراء.

(1): **علي الشيخ إبراهيم المبارك**، حماية الجنين في الشريعة والقانون– دراسة مقارنة–، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية مصر 2009، ص 39.

(2): **سورة البقرة**، آية 233.

(3): **سورة الأحقاف**، آية 15.

(4): "**فصاله**": معناها فطامه أي توقيف الرضاعة الطبيعية عن الرضيع.

(5): **سعيد بن منصور موفعة**، الموسوعة الفقهية للأجنة والاستنساخ البشري من الناحية الطبية والشرعية والقانونية، ج1، دار الإيمان للطباعة والنشر والتوزيع، الإسكندرية، مصر، 2005، ص 433.

(6): **ابن قيم الجوزية**، تحفة المودود بأحكام المولود، دار الوعي، الجزائر، 2006، ص 181.

(7): **قانون الأسرة الجزائري، الصادر بموجب القانون رقم 11/84، المؤرخ في 1984/06/09، المعدل والمتمم.**

(8): **القرار منشور في المجلة القضائية للمحكمة العليا بالجزائر، في العدد 2 لسنة 92، ص71.**

(9): **علي الشيخ إبراهيم المبارك**، المرجع السابق، ص 46.

(10): **أحمد أبو الروس**، الموسوعة الجنائية الحديثة، ج4، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، مصر، 1997، ص 595.

(11): **علي الشيخ إبراهيم المبارك**، المرجع السابق، ص 48.

(12): **المادة 42 من قانون الأسرة االجزائري.**

(13): **علي الشيخ إبراهيم المبارك**، المرجع السابق، ص 53.

(14): **المـــرجع نفســـه**، ص 53.

(15): **HOUDART Philippe,** « la merveilleuse histoire de la vie », MAGAZINE : le myster de la Vie, DIDIER – QUEBECER, Paris, cahier 2, octobre 95, p4 .

(16): **أسامة رمضان الغمري**، الجرائم الجنسية والحمل والإجهاض من الوجهة الطبية الشرعية، دار الكتب القانونية، المحلة الكبرى، مصر، 2005، ص 68.

(17): **علي الشيخ إبراهيم المبارك**، المرجع السابق، ص54.

(18): ينظر: **المرجع نفسه**، ص54.

(19): ينظر: **علي الشيخ إبراهيم المبارك**، المرجع السابق ، ص55.

(20): **القانون رقم 16 لسنة 1960، المتضمن إصدار قانون الجزاء الكويتي.**

(21): **علي الشيخ إبراهيم المبارك**، المرجع السابق، ص 55.

(22): **أميرة عدلي أمير عيسى خالد**، الحماية الجنائية للجنين في ظل التقنيات المستحدثة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية مصر، 2005،، ص164.

(23): **علي الشيخ ابراهيم المبارك**، المرجع السابق، ص 60.

(24): **المرجع نفسه**، ص 60.

(25): **المرجع نفسه**، ص 60.

(26): **محمد حسين منصور**، نظرية الحق، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2004، ص11.

(27) : **مفتاح محمد أقزيط**، الحماية المدنية والجنائية للجنين بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الكتب القانونية، المحلة الكبرى، مصر، 2006، ص 40.

(28) : **Art 16**: «La loi assure la primauté de la personne, interdit toute atteinte à la dignité de celle-ci et garantit le respect de l'être humain dès le commencement de sa vie», **C.Civ**

(29) : **عزيز فضل الله**، الحماية القانونية للجنين في ظل التطورات العلمية الحديثة، بحث لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والإقتصادية والإجتماعية، جامعة سيدي محمد بن عبد الله، فاس، المغرب، 2002- 2003، ص 91.

(30) Civ 24 avril 1929: «… Attendu que d'autre part, l'enfant conçu est considéré comme étant déjà né entant que son intérêt l'exige et qu'on ne saurait, sans nuire à son intérêt reporter au jour de sa naissance seulement le bénéfice d'un droit qui lui est acquis dés la mort de son père sauf à ne produire d'effet définitif que s'il naît viable ».

(31) : **لعسري عباسية**، حقوق المرأة والطفل في القانون الدولي الإنساني، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، ص96.

(32) : **علي علي سليمان**، النظرية العامة للالتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، ط 8، 2008، ص53.

(33) : **المرجع نفسه**، ص53.

(34) : **مفتاح محمد أقزيط**، المرجع السابق، ص 48.

(35) : **القانون المدني الجزائري، الصادر بموجب الأمر رقم 58/75، المؤرخ في 1975/09/26، المعدل والمتمم.**

(36) : **القرار الصادر عن م.ع.ج في 10-10-1984 فصلا في الملف 35511 (المنشور في المجلة القضائية لسنة 1990 عدد2 ص53).**

(37) : **وهبة الزحيلي**، الفقه الإسلامي وأدلته، ج7، دار الفكر، دمشق، سوريا، ط 6، 2028، ص 705.

(38) (: **علي الشيخ إبراهيم المبارك**، المرجع السابق، ص 68.

(39) : ينظر :**وهبة الزحيلي**، المرجع السابق، ص714.

(40) : **المرجع نفسه**، ص 69.

(41) : **المرجع نفسه**، ص69.

الآثار المادية والمعنوية للحضانة في قوانين الأسرة المغاربية

(دراسة تحليلية مقارنة)

د. منصوري المبروك أستاذ محاضر "أ"
معهد الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق
المركز الجامعي بتمنراست
البريد الإلكتروني: mansourielmabrouk@ yahoo.fr

الملخص:

تتناول هذه الدراسة الآثار المادية والمعنوية للحضانة في قوانين الأسرة للدول المغاربية، لما لها من أهمية بالغة في تنشئة الطفل المحضون في مجتمع عربي مسلم، إضافة إلى كونها تمس جيل المستقبل. لذلك فهي تتعلق بحصر وتوضيح هذه الآثار في قوانين الأسرة المغاربية، من أجل الوقوف قدر المستطاع على مدى تقارب وتباعد هذه القوانين وإيجاد الحلول الممكنة لمختلف الإشكاليات التي تطرأ في هذا المجال. وهي دراسة تتيح الفرصة للقارئ للاطلاع على هذه الآثار.

Résumé :

L'étude traite les effets matériels et immatériels du droit de la garde – la hadana- aux droits de la famille des Etats maghrébins. Elle revêt une importance primordiale par rapport à la progression de l'enfant dans une société arabo-musulmane. Ainsi, elle est relative à la future génération. Cette étude tente de clarifier ces effets sur les lois de la famille, en visant, dans la limite de possible, les divergences et les convergences des législations afin de trouver des solutions aux problèmes souvent évoqués dans le domaine. Cette étude permet au lecteur d'avoir une idée sur ces effets.

المقدمة:

يعد الحق في الحضانة من أهم الحقوق التي أقرتها الشريعة الإسلامية وبعدها القوانين الوضعية فالطفل المحضون في حاجة ماسة إلى من يرعاه ويقوم بشؤونه، ويقوم على أمره، يحفظ حياته ويحقق

مصالحه. وتتقدم الأم في ترتيب الحاضنين يليها الأب فقرابتها من النساء[1]، حسب قوانين الأسرة في الدول المغاربية. وللحضانة تعريفان: تعريف لغوي وآخر اصطلاحي.

يقال في اللغة حضن فلان الصبي؛ أي جعله في حضنه. والحضن لغة صدر الإنسان أو أعضاؤه وما بينهما، وحضن الطائر بيضه؛ أي ضمه إلى نفسه وتحت جناحه، وأيضا المرأة إذا حضنت ولدها تسمى المرأة الحاضنة.

والحضانة في اصطلاح الفقهاء هي: " تربية الطفل ورعايته والقيام بجميع شؤونه في سن معينة، ممن له الحق في ذلك من أقاربه المحارم"[2]. والحضانة بالنسبة للفقه المالكي حسب الفقيه ابن عرفة تتمثل في: "... حفظ الولد في مبيته ومؤونته ولباسه ومضجعه وتنظيف جسمه..."[3].

لقد عرف فقهاء القانون الحضانة بأنها تربية ورعاية الطفل والقيام بمختلف شؤونه من ملبس وطعام ونوم بالإضافة إلى الاهتمام بنظافته إلى غاية وصوله سنا معينة، من الأشخاص الذين لهم حق تربيته عملا بأحكام المواد المنصوص عنها في دول المغرب العربي[4].

حيث حددت المادة 62 من قانون الأسرة الجزائري معنى الحضانة[5] بأنها: "... رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا..." بينما تتمثل الحضانة في مدونة الأسرة المغربية طبقا لنص المادة 163 بأنها: "...حفظ الولد مما قد يضره، والقيام بتربيته ومصالحه...".

وعلى غرار القانون الجزائري والقانون المغربي سارت مجلة الأحوال الشخصية التونسية على نفس النهج، فقد عرفت الحضانة من خلال نص المادة 54 بأنها: "...حفظ الولد في بيته والقيام بتربيته".

يتضح مما سبق أن قوانين الأسرة لدول المغرب العربي، تبنت نفس المفهوم للحضانة، بل وضعت نفس التعبير ما دام أن الحضانة تهدف إلى حماية المحضون والسهر على رعايته، إلا أن المشرع الجزائري توسع نوعا ما في تعريف الحضانة حيث نص على كل ما له علاقة بحاجيات الطفل من مختلف الجوانب الدينية والتربوية والخلقية والصحية وحتى المادية.

هذا وقد اتفقت قوانين الأسرة للدول المغاربية جميعا إلى إسناد حضانة الولد حال قيام الرابطة الزوجية إلى الأبوين معا دون تفاضل بينهما، أما في حالة انحلال العلاقة الزوجية، فإن مبدأ مصلحة المحضون هو الكفيل بإسناد الحضانة إلى الأم أو الأب أو إلى أحد الأقارب[6].

انطلاقا مما تقدم، عندما تثبت الحضانة للشخص تترتب عليها آثار معنوية كحماية صحة المحضون أو الاعتناء بأخلاقه، وهي آثار لا علاقة لها بالمال، وآثار مادية ترتبط بجوانب مادية، كأجرة الحضانة

والرضاع أو التعويض عن الأضرار، كبدل الإيجار[7]. ففيما تتمثل هذه الآثار؟ وهل قوانين الأسرة في الدول المغاربية كفلت الحماية القانونية للمحضون؟

وما ينبغي الإشارة إليه أيضا، هو أن معالجتنا لهذا الموضوع يجب أن تكون دراسة تحليلية مقارنة، وذلك تماشيا مع طبيعة الموضوع، بحيث نقوم بعرض المادة القانونية مع إبراز مزاياها وسلبياتها وأن تكون المقارنة محصورة فقط بين قانون الأسرة الجزائري ومدونة الأسرة المغربية ومجلة الأحوال الشخصية التونسية، بطريقة بسيطة تتماشى مع الغرض الذي ترمي إليه الدراسة ألا وهو إيجاد مادة علمية تتعلق بهذا الموضوع.

للإجابة عن هذه الإشكالية اعتمدت الخطة الآتية:

المطلب الأول: الآثار المادية للحضانة.
الفرع الأول: السكنى.
الفرع الثاني: النفقة.
الفرع الثالث: أجرة الحضانة والرضاعة.
المطلب الثاني: الآثار المعنوية للحضانة.
الفرع الأول: آثار مضمون الحضانة.
الفرع الثاني: آثار علاقة المحضون بأبويه.

المطلب الأول: الآثار المادية للحضانة.

تتطلب ممارسة الحضانة تكاليف مالية معتبرة، تتمثل في أجرتي الحضانة والرضاع، بالإضافة إلى ذلك نجد أن المرأة الحاضنة تنفق من وقتها ومن جهدها للقيام بشؤون الطفل المحضون، وللقيام بهذا الواجب على أحسن وجه، تحتاج إلى الإقامة معه تحت سقف واحد، حتى تتمكن من حفظ المحضون وتربيته[8].

ينتج عن إسناد الحضانة إلى من يستحقها قانونا عدة آثار ذات طابع مادي[9]، إذ اعتبرت قوانين الأسرة للدول المغاربية الحضانة حقا مشتركا للزوجين أثناء قيام العلاقة الزوجية، فقد نصت المادة 164 من مدونة الأسرة المغربية على ما يلي: " الحضانة من واجبات الأبوين ، مادامت علاقة الزوجية قائمة ".

وقد سار على هذا النهج المشرع التونسي حيث نصت المادة 57 (نقحت بالقانون عدد 49 لسنة 1966 المؤرخ في 03 جوان 1966) من مجلة الأحوال الشخصية على أن: "الحضانة من حقوق الأبوين مادامت الزوجية مستمرة بينهما".

أما المشرع الجزائري فلم ينص بتاتا على أن حق حضانة الطفل يرجع للأبوين مادامت الحياة الزوجية قائمة، وذلك خلافا للقانونين المغربي والتونسي، الذان تطرقا لهذه المسألة أعلاه.

وفي حالة انتهاء الرابطة الزوجية وأسندت حضانة الطفل إلى الأم، استحقت هذه الأخيرة أجرة الحضانة والرضاع، إضافة إلى إمكانية حصولها على حكم قضائي من أجل توفير السكنى وكذلك نفقة توسعة الأعياد للأولاد[10].

الفرع الأول: أجرة الحضانة والرضاع.

إن اجرتا الحضانة والرضاع تختلف اختلافا كبيرا عن النفقة المادية ومشتملاتها وعليه سنتناول في هذا الصدد في الأول أجرة الحضانة، وفي الأخير أجرة الرضاع.

أولا: أجرة الحضانة.

سبقت الإشارة في مقدمة البحث إلى أن الحضانة من واجبات الأبوين حال قيام الرابطة الزوجية، لكن الأب في هذه الحالة هو وحده المكلف بإعالة الأسرة (الأم[11] والأطفال[12])، وفقا للأحكام العامة للنفقة في قوانين دول المغرب العربي.

يجمع الفقه الإسلامي في هذا المجال أن الأم لا تستحق أجرة الحضانة مع صغيرها إذا كانت هي الحاضنة أثناء قيام العلاقة الزوجية، وكذلك إذا كانت الزوجة معتدة من طلاق رجعي فقط وليس من طلاق بائن؛ لأنها في هذه الحالة تأخذ نفقة العدة، وبالتالي لا يصح لها أن تجمع بين نفقة العدة وأجرة حضانة ولدها من زوجها[13].

أما أذا كانت الزوجة الحاضنة معتدة من وفاة زوجها، ففي هذه الحالة تستحق أجرة حضانة طفلها الصغير؛ لأنها لا تستحق النفقة من الناحية الشرعية من عدة الوفاة، أما إذا كانت الحاضنة غير الأم فهي تستحق أجرة الحضانة ما لم تكمن متبرعة، ولما كانت أجرة الحضانة تعود لخدمتها لمصلحة المحضون

فتبقى دينا صحيحا قائما في ذمة الأب أو من تجب عليه نفقة المحضون، لا يسقط إلا بالإبراء أو الأداء[14].

ومنه يمكن القول إن استحقاق أجرة الحضانة يستوجب الأداء الفعلي لممارستها؛ بمعنى أن يكون الطفل المحضون في كنفها وجب ألا تتركه عند أفراد أسرتها كأمها أو أختها أو خالتها؛ لأن هذا الفعل يعرضها إلى فقدان حقها في ممارسة الحضانة[15].

وبالرجوع إلى قوانين الدول المغاربية في هذا المجال نجد أنها لم تساير الفقه الإسلامي من جهة، واختلفت وتباينت فيما بينها من جهة أخرى، فقد نصت المادة 167 من المدونة المغربية التي جرى نصها كالآتي: " لا تستحق الأم أجرة الحضانة في حالة قيام الزوجية أو في عدة الطلاق الرجعي "

هذا ولم ينتهج المشرع المغربي نهج المذهب المالكي في هذه الأحكام حينما نص في الفقرة الأولى من المادة 168 من المدونة على أن: " أجرة الحضانة ومصاريفها على المكلف بنفقة المحضون وهي غير أجرة الرضاعة والنفقة ".

يفهم من هذه الفقرة أن المشرع المغربي قد فرض أجرة الحضانة على المكلف بنفقة المحضون، إلا أنه يعاب عليه أنه لم يوضح عناصر تقدير أجرة الحضانة كما هو الشأن لمشتملات النفقة.

هذا وقد ذهب المشرع المغرب إلى أكثر من ذلك عندما رتب أجرة الحضانة للأم في حالة انحلال العلاقة الزوجية إذا طلبت ذلك، خاصة إذا علمنا أن أجرة الحضانة هي مقابل الاشتغال بها فعلا، لهذا السبب فقد رتب القضاء في المغرب: " أن الحاضنة التي تتواجد خارج المغرب وولدها داخله ليست لها الصفة للمطالبة بتلك الأجرة متى أثبت الأب فعلا هذا الوضع "[16].

ولقد سارت مجلة الأحول الشخصية التونسية على نفس النهج من خلال المادة 56 التي نصت على أن: " مصاريف شؤون المحضون تقام من ماله إن كان له مال وإلا فمن مال أبيه..."

يتضح من نص المادة السابقة، أنه إذا كانت الحاضنة شخصا آخر غير أم المحضون، فإنها تستحق أجر عن خدمة شؤون المحضون، من غسل ثياب وطبخ وتمريض، إلى غير ذلك مما جرى عليه العرف[17].

وأما إذا كانت الحاضنة أم المحضون، فإنها لا تستحق أجرة، عملا بأحكام المادة 65 من مجلة الأحوال الشخصية، على أساس قيامها بتلك الشؤون (خدمة الطفل المحضون)، إنما يندرج ضمن

الواجبات المفروضة عليها بصفتها أما للمحضون، سواء كان ذلك حال قيام العلاقة الزوجية أو عند انحلالها سواء بالطلاق أو التطليق أو الخلع أو موت[18].

أما بالنسبة لقانون الأسرة الجزائري وبعد التمعن في المواد 75، 76، 77، 78 يبدو أنه لم يضع أي مادة تتعلق بأجرة الحضانة أو مصاريف تتعلق بخدمة شؤون المحضون من طبخ وغسيل الثياب ونظافته...الخ. ليترك التساؤل قائما في القول بأجرة الحاضنة من عدمها[19]، مما يتعين علينا الرجوع إلى الفقه الإسلامي طبقا لنص المادة 222 من قانون الأسرة.

ثانيا: أجرة الرضاع.

إضافة إلى أجرة الحضانة تستحق الأم الحاضنة أجرة الرضاع متى طلقت، مصداقا لقوله تعالى: (فإن أرضعن لكم فأتوهن أجورهن)[20]. وذلك من أجل حماية حق الولد في الرضاع من جهة، ودفع الضرر عن الرضيع من جهة ثانية؛ لأن حالة انفصال الزوجين مع وجود الأبناء الرضع يزيد في تأجج الصراع فيما بينهما.

انطلاقا مما سبق، فقد بينت البحوث الطبية المعاصرة أن جسم الرضيع يحتاج إلى حليب الأم في هذه المرحلة؛ لأنه يتفق وحالة الطفل النفسية والجسمية، وحليبها أنسب إليه من حليب غيرها كحليب الغنم والبقر[21].

بالعودة إلى النصوص القانونية في الدول المغاربية، نجد أن المدونة المغربية هي الوحيدة التي نصت في المادة 54 الفقرة الرابعة على الرضاعة التي اعتبرتها من الحقوق الواجبة على الأم عند الاستطاعة، حيث يفهم من ذلك إسقاط أجرة الرضاع بعدم الاستطاعة.

إلا أن المشرع المغربي في هذا الصدد سكت ولم يوضح طريقة تقدير أجرة الرضاع، مما يعني أنه ترك المسألة للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع، ما لم يوجد اتفاق بين الأم الحاضنة والأب[22].

هذا وقد ساير المشرع التونسي المشرع المغربي، ملمحا في مجلة الأحوال الشخصية عن أجرة الرضاع من خلال المادة 48 التي نصت على ما يلي: " على الأب أن يقوم بشؤون الإرضاع بما يقتضيه العرف والعادة إذا تعذر على الأم إرضاع الولد ".

أما بالنسبة للمشرع الجزائري كعادته لم يتطرق إلى أجرة الرضاع ولم يعتبر الرضاع من الحقوق الواجبة على الأم، مما يجرنا إلى المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري، واستنادا على ذلك. يرى المالكية أن

الرضاع واجب على الأم شرعا وقضاء حال قيام العلاقة الزوجية أو في حالة الطلاق الرجعي، وإذا كانت مطلقة طلاقا بائنا فلا رضاع عليها إلا إذا أرادت ذلك أو في حالة الضرورة كعدم تقبل الطفل ثدي المرضعات.

وفي هذا الصدد يذهب الأحناف إلى أنه من الواجب على الأم إرضاع طفلها شرعا لا قضاءا وزيادة على ذلك أنها لا تستحق أجرة الرضاع في حالة قيام الرابطة الزوجية، أو كانت في عدة طلاق رجعي، أما إذا كانت مطلقة طلاقا بائنا فأنها تستحق أجرة الرضاع مثلها مثل الأجنبية[23].

وفي الأخير يمكن القول إن أجرتا الحضانة والرضاع هي غير السكنى أو بدل الإيجار وتختلف عن نفقة المحضون التي سنتناولهم في الفرع الثاني وفقا لهذا الترتيب.

الفرع الثاني: سكنى المحضون ونفقته.

بعد إسناد الحضانة لأحد الحاضنين، يحتاج هذا الأخير إلى مكان لممارستها إضافة إلى مبلغ من المال ينفقه على الطفل المحضون. ولمعالجة هذا الموضوع قسم هذا الفرع إلى نقطتين هما: مسكن الحضانة ونفقة المحضون.

أولا: مسكن الحضانة.

لم يعد مسكن الحضانة يعتبر عنصرا من عناصر النفقة، بل أصبحت تكاليفه مستقلة عن النفقة، كأجرة الرضاع والحضانة وغيرها.[24] فقد ذهبت قوانين الأسرة في الدول المغاربية إلى ذلك من خلال المادة 72 من قانون الأسرة الجزائري التي نصت على ما يلي " ...يجب على الأب أن يوفر لممارسة الحضانة سكنا ملائما للحضانة، وإن تعذر ذلك فعليه دفع بدل الإيجار". والمادة 168 من مدونة الأسرة المغربية التي جرى نصها على النحو التالي: "... يجب على الأب أن يهيئ لأولاده محلا لسكناهم, أو أن يؤدي المبلغ الذي تقدره المحكمة لكرائه...". هذا وقد سارت مجلة الأحوال الشخصية التونسية على نفس النهج، عندما نصت في المادة 56 على ما يلي: "...وإذا لم يكن للحاضنة مسكن فعلى الأب إسكانها مع المحضون ".

بعد الإطلاع على النصوص القانونية السابقة، يتضح لنا أن المشرع في دول المغرب العربي أوجب على الأب أن يهيئ لأطفاله المحضونين محل سكن لممارسة الحضانة سواء كانت الأم هي الحاضنة أو غيرها، تفاديا لتعريضهم للخطر وللتشرد والضياع[25].

فمسكن الحضانة وفقا لقوانين الأسرة المغاربية مقرر لفائدة جميع الأبناء الذين هم في سن الحضانة، سواء كانوا ذكورا أو إناثا، لذلك يتعين على قاضي الأسرة في هذه الدول حالة ما إذا أسند حضانة الأولاد إلى أمهم ولم يكن لها مسكن خاص بها أن يضمن هذا الحكم مسكن ممارسة الحضانة، وله أن يأذن في هذا الصدد إما بإبقاء الأم الحاضنة بمحل الزوجية[26] مع خروج الزوج من هذا البيت؛ لأن الزوجة من الناحية الشرعية أصبحت أجنبية عنه.

وبناءا على ذلك يترتب على لأم الحاضنة بموجب ذلك الحكم حق البقاء في المسكن أو يقوم الأب باستئجار بيت لممارسة الحضانة، وحينها يلزم هذا الأخير بالاستمرار في دفع مبلغ الإيجار، أو بإلزامه بأن يؤدي لها بدل الإيجار لفائدتها ولفائدة المحضون[27].

ثانيا: نفقة المحضون.

تستوجب الحضانة مصاريف مستقلة عن مشمولات النفقة أثناء قيام العلاقة الزوجية كنفقة الإهمال ونفقة الزوجة الحامل وغيرها من النفقات، مقابل مصاريف ختان الطفل وزواج البنت القاصرة على سبيل المثال، والأصل أن تقام نفقة المحضون من ماله إن كان له مال أو من مال والده[28]، طبقا لقوانين الأسرة المغاربية[29].

وبعد الاطلاع على قوانين الأسرة في الدول المغاربية، نجد أن المشرع الجزائري لم ينص بتاتا على نفقة المحضون[30] عكس المشرعين المغربي والتونسي، حيث نصت المادة 167 من المدونة المغربية على ذلك: " أجرة الحضانة ومصاريفها على المكلف بنفقة المحضون وهي غير أجرة الرضاع ..." والمادة 56 التي جرى نصها على النحو التالي: " مصاريف شؤون المحضون تقام من ماله إن كان له مال وإلا فمن مال أبيه..." .

وبالرجوع إلى النصوص القانونية في الدول المغاربي الخاصة بالنفقة عامة، نجد أن المشرع الجزائري نظم نفقة الأب على أبنائه في المواد 75، 76، 77 من قانون الأسرة، وبالنسبة المشرع المغربي فقد نص على ذلك في المواد من 198 إلى 202 من المدونة المغربية[31]، أما المشرع التونسي فقد نظم ذلك في المواد 46، 47، 48 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية.

حيث يتضح من المواد السابقة، أن نفقة المحضون تجب على الأب وتستمر إلى سن معينة، فقد قضت المادة 65 من قانون الأسرة الجزائري ببلوغ الذكر 10 سنوات والأنثى ببلوغها سن الزواج وللقاضي أن يمددها بالنسبة للذكر إلى 16 سنة بطلب من الأم الحاضنة على ألا تكون متزوجة للمرة الثانية[32].

وفي حالة عجز الأب تجب نفقة الأولاد على الأم إذا كانت قادرة طبقا لنص المادة 76 من قانون الأسرة الجزائري[33].

فبالنسبة للمدونة المغربية تستمر نفقة الأولاد الذكور حتى بلوغهم سن الرشد، أو إتمام الخامسة والعشرين بالنسبة للأبناء الذين يتابعون دراستهم، أما نفقة البنات فهي لا تسقط إلا بحصولها على كسب أو بزواجها ولا تسقط نفقة المعاقين والعاجزين عن الكسب بتاتا عملا بأحكام المادة 198 من مدونة الأسرة المغربية. وإذا عجز الأب عن الإنفاق كليا أو جزئيا، وجب على الأم إن كانت موسرة نفقة الأولاد بمقدار ما عجز عنه الأب وفقا لنص المادة 199 من ذات المدونة.

أما فيما يخص المجلة التونسية، فتستمر نفقة الأولاد حتى بلوغهم سن الرشد أو حتى نهاية مراحل تعليمهم على ألا يتجاوز سنهم خمسة وعشرين سنة، وتستمر نفقة البنت إلى غاية حصولها على عمل أو إلى غاية زواجها، ولا تسقط نفقة الأبناء المعاقين والعاجزين عن العمل عملا بأحكام المادة 46 من المجلة التونسية. وفي حالة عجز الأب عن الإنفاق وكانت الأم موسرة تتقدم عن الجد في الانفاق طبقا لنص المادة 47 من ذات المجلة.

وفي الأخير تتمثل نفقة المحضون في الغذاء والكساء والعلاج وأجرة خادمه إن كان له خادم وما يعد من الضروريات في العادة والعرف عملا بأحكام المادة 78 من قانون الأسرة الجزائري، والمادة 50 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية. وأضافت المادة 189 من المدونة المغربية تعليم الأولاد.

المطلب الثاني: آثار الحضانة المعنوية.

تشكل الحضانة إحدى الأسس التي تقوم عليها الأسرة، سواء كان ذلك أثناء الرابطة الزوجية أو بعد انحلالها؛ لأنها تتعلق بالأطفال القصر جيل الغد والمستقبل، وتستحسن الهيئات الاجتماعية والنفسية إسناد حضانتهم إلى من يحسن رعايتهم ويحمي مصالحهم وصحتهم ويتقن تربيتهم ويسهر على القيام بشؤونهم العامة.

وتأسيسا على ذلك، فإن كل اتفاق لا يتصل بمصلحة المحضون يعد لاغيا، وذلك حتى لا يؤثر معنويا على المحضون، سواء تلك المتعلقة بمضمون الحضانة، أو المتعلقة بعلاقة المحضون بأبويه.

الفرع الأول: الآثار المتعلقة بمضمون الحضانة.

إن الأهداف الأساسية لممارسة الحضانة في الأصل هي ذات طبيعة معنوية، وفقا لما أشارت له قوانين الأسرة في الدول المغاربية التي أشرنا لها سابقا، وهو ما يرمي إليه الفقه الإسلامي[34] وعليه سنتناول دراسة هذا الفرع في نقطتين هما: تنشئة المحضون وفق المثل العليا للمجتمع، والاعتناء بصحة الطفل المحضون.

أولا: تنشئة المحضون وفق المثل العليا للمجتمع.

من الأهداف الأساسية للحضانة تنشئة المحضون تنشئة تتوافق مع مجتمع أبيه، إذ تتمثل هذه الأهداف في تنشئة الأولاد وفق المثل السامية والعليا في المجتمع؛ أي أن ينشأ الولد المحضون تنشئة مكارم الأخلاق في مجتمع إسلامي تصطبغ فيه مبادئ الشريعة الإسلامية السامية[35].

وفي هذا الصدد صح عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال: " أن الولد يولد على الفطرة وأن أبواه يهودانه أو ينصرانه أو يمجسانه ". يفهم من هذا الحديث النبوي الشريف أن الوالدان بمقدورهما تربية أبنائهما على أي ديانة سواء كانت يهودية أو نصرانية أو وثنية أو غيرها من الديانات، والحديث لا يخص الوالدين فقط وإنما قد تنصرف إلى أي حاضن آخر غيرهما.

انطلاقا مما سبق، نجد أن المشرع الجزائري اعتبر اختلاف العقيد الدينية بين الأب والأم كسبب من أسباب سقوط الحق في الحضانة إذا لم تقم الأم الحاضنة بتربيته على دين أبيه[36]، عملا بأحكام المادة 62 من قانون الأسرة الجزائري.

وعلى العكس من قانون الأسرة الجزائري، فإن مدونة الأسرة المغربية لم تشر إلى شرط الدين في إسناد الحضانة إلى الأم غير المسلمة، وإنما اكتفت فقط بالنص بصفة عامة إلى القدرة على تربية المحضون وصيانته ورعايته دينا[37] وصحة وخلقا وعلى مراقبة دراسته[38] طبقا لأحكام المادة 3/173 من المدونة.

وفي هذا المجال نصت المادة 59 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية على أنه: " إذا كانت مستحقة الحضانة من غير دين أب المحضون فلا تصح حضانتها إلا إذا لم يتم المحضون الخامسة من عمره، وألا يخشى عليه أن يألف غير دين أبيه، ولا تنطبق أحكام هذا الفصل على الأم إن كانت هي الحاضنة".

ثانيا: الاعتناء بصحة المحضون.

بداهة أن يكون من بين الآثار المعنوية للحضانة الاعتناء بصحة الطفل المحضون إلى أن يصبح إنسانا قادرا على القيام بشؤونه، وعلى تحمل مسؤوليته مسؤولية كاملة داخل المجتمع الذي يقطن فيه.

وتتجلى مظاهر الاعتناء بصحة المحضون بطريقة واضحة من خلال ما تضمنته قوانين الأسرة في الدول المغاربية، التي نصت على حقوق الأطفال المحضونين تجاه آبائهم إلى حين بلوغهم سن الرشد القانوني أو انتهاء مدة الحضانة.[39]

بالإضافة إلى نصوص أخرى تضمنتها قوانين الأسرة للدول المغاربية، كالمادة 62 من قانون الأسرة الجزائري التي جاء فيها: "الحضانة هي رعاية الولد وتعليمة والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا". وكذلك المادة 163 من المدونة المغربية التي نصت على: " الحضانة حفظ الولد مما قد يضره والقيام بتربيته ومصالحه.

على الحاضن، أن يقوم قدر المستطاع بكل الإجراءات اللازمة لحفظ المحضون وسلامته في جسمه ونفسه، والقيام بمصالحه في حالة غيبة النائب الشرعي، وفي حالة الضرورة إذا خيف ضياع مصلحة المحضون". أما المادة 54 من مجلة الأحوال الشخصية فقد نصت فقط على أن: " الحضانة حفظ الولد في مبيته والقيام بتربيته".

بعد الإطلاع على النصوص القانونية السابقة، نجد أن المشرع المغربي مقارنة مع المشرع الجزائري والتونسي قد وسع في مجال الاعتناء بصحة الطفل المحضون وحمايته جسميا ونفسيا، حيث أوجبت المادة 2/163 على الحاضن أن يقوم قدر المستطاع باتخاذ الإجراءات اللازمة لحماية الطفل المحضون[40].

وفي الأخير بعد أن تعرضنا إلى الآثار المعنوية للحضانة المتعلقة بمضمون الحضانة، فهناك آثار أخرى لا تقل أهمية عن سابقها تتصل بعلاقة الطفل المحضون بأبويه، لها وقع كبير على نفسية المحضون ومستقبله.

الفرع الثاني: الآثار المتعلقة بعلاقة المحضون بأبويه.

بعد فك الرابطة الزوجية بالطلاق أو التطليق أو الخلع، نلاحظ في الكثير من الأحيان من الناحية الواقعية أن كلا من الأبوين يبذل ما في وسعه لاستمالة الأطفال إليه، حتى وإن دعته الضرورة إلى استعمال وسائل غير مشروعة للوصول إلى مبتغاه، الشيء الذي يؤثر سلبا على أفكار وعقول الأطفال.

وعليه يجب على الأبوين تدبر قوله تعالى: " لا تضار والدة بولدها ولا مولود له بولده"[41]، يفهم من هذه الآية أنه يتعين على الوالد ألا يستغل تعلق الوالدة بأولادها للإضرار بها، وألا تستغل هي الأخرى حب الأب لأبنائه للإضرار به[42].

وفي هذا الإطار، لقد تنبه المشرع في الدول المغاربية إلى أن الحضانة قد تسند إلى أحد الأبوين دون الآخر، وعليه قرر المشرع في هذه الدول أنه يجب على من أسند له حق الحضانة أن يمكن الطرف الآخر من زيارة الطفل المحضون، ولمعالجة هذا الموضوع سنتناول في الأول تقرير حق الزيارة، ثم تنظيم هذا الحق.

أولا: تقرير حق الزيارة.

نص المشرع في دول المغرب العربي، على هذا الحق من خلال المادة 64 من قانون الأسرة الجزائري التي جرى نصها على النحو التالي: "... وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة ". والمادة 180 من مدونة الأسرة المغربية التي نصت على ما يلي: " لغير الحاضن من الأبوين حق زيارة واستزارة المحضون ". والمادة 66 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية التي جاء فيها: " الولد متى كان عند أحد الأبوين لا يمنع الآخر من زيارته ومن تعهده، وإذا طلب نقله إليه للزيارة فكلفة الزيارة عليه ".

انطلاقا من النصوص المغاربية السابقة، تشكل زيارة الأم لأبنها المسندة حضانته لأبيه، أو زيارة الأب لأبنه المسند حضانته لأمه، خير أداة للحفاظ على صلة الرحم والمحافظة على إبقاء التوازن العاطفي بين المحضون وأبيه وأمه، إضافة إلى ذلك فإن حق الزيارة هو وسيلة يمكن صاحب هذا الحق، لمواصلة أعمال رقابة المحضون من حيث حسن تربيته والاطمئنان لمستوى العناية التي يحظى بها من قبل الحاضن، والقيام بعامة شؤونه طبقا لما تتطلبه مهام الحضانة[43].

وحسب النصوص المغاربية، هي حق لمن لم تسند له مهمة الحضانة، بحيث لا يمكن حرمانه من هذا الحق إلا لأسباب خطيرة لها علاقة بضمان سلامة الطفل المحضون، وهي كذلك واجب محمول على من له هذا الحق للحفاظ على التوازن العاطفي للمحضون.

هذا وقد قرر القضاء المغربي: " أن صلة الرحم بين الأم وابنها مسألة تتضمن عنصر الاستعجال الذي لا يحتاج إلى إثبات، ولو تعلق الأمر بأم أجنبية لا تدين بشريعة الإسلام، ومن ثمة يكون قاضي الأمور المستعجلة مختصا بتقرير الزيارة "[44].

ثانيا: تنظيم حق الزيارة.

يعد الاتفاق على تنظيم زيارة المحضون بين الأبوين مظهرا حضاريا يبين مدى وعيهما وحرصهما الكبير على مصلحة أولادهما المحضونين، خاصة إذا كان ذلك خارج ساحة القضاء، حيث يكون الأطفال هم المستفيدون من تلك الزيارة، ولما له من آثار إيجابية على نفسية وسلوك المحضون.

وفي هذا الصدد لم ينص المشرع الجزائري والمشرع التونسي على هذا الاتفاق، عكس المشرع المغربي الذي تحدث عن ذلك من خلال نص المادة 181 من المدونة التي جاء فيها ما يلي: " يمكن للأبوين تنظيم هذه الزيارة باتفاق بينهما، يبلغانه إلى المحكمة، الذي يسجل مضمونه في مقرر إسناد الحضانة ".

هذا وقد تضمنت المادة 182 من نفس المدونة في حالة عدم اتفاق الأبوين تحدد المحكمة في قرار إسناد الحضانة، فترات الزيارة وتضبط الوقت والمكان بما يمنع قدر المستطاع التحايل في التنفيذ.

ومن هذا المنطلق، إذا حكم قاضي شؤون الأسرة في الدول المغاربية، حضانة الأولاد إلى أحد الأبوين، تعين عليه في المقابل تنظيم حق الطرف الآخر في زيارة أولاده المحضونين، مراعيا في ذلك مباعدة مواعيد تلك الزيارات وموضحا أيضا مكان ممارستها وفقا لمصلحة المحضون من ناحية، ومصلحة أبويه من ناحية أخرى.

أما إذا تعارضت مصلحة المحضون مع مصلحة أبويه تعين حينها تقديم مصلحة الطفل المحضون على مصلحة أبويه، ويتولى قاضي شؤون الأسرة في الدول المغاربية تكييف حق زيارة الطفل المحضون اعتمادا على معطيات تتصل بسن المحضون وظروف لها علاقة بمن حكم له القضاء بحق الزيارة، ومقر إقامته المعتاد ومدى بعده عن مسكن الحاضن. ويجب في كل الأحوال مراعاة مصلحة المحضون.

وعليه فللقاضي على سبيل المثال أن يقرر بأن تتم الزيارة في مقر مسكن الحاضن إذا كان الطفل المحضون رضيعا، وإذا تجاوز المحضون تلك المرحلة، لقاضي شؤون الأسرة كذلك أن يأذن لصاحب حق الزيارة بالخروج مع المحضون خاصة أيام العطل والأعياد كما هو معمول به في الواقع المعاش[45].

وفي الأخير يمكن القول، بألا توجد قاعدة عامة يتعين الرجوع إليها في تنظيم حق الزيارة اعتمدها المشرع في دول المغرب العربي، ولعل السبب في ذلك يعود إلى اختلاف حالات ووضعية الأطفال المحضونين، واختلاف المعطيات المتصلة بسنهم وظروفهم النفسية والصحية والتعليمية.

فتنظيم زيارة الطفل الرضيع تختلف عن زيارة المحضون الذي هو في سن الدراسة؛ لأن احتياجات المحضون الرضيع تختلف اختلافا كبيرا عن احتياجات المحضون الذي هو في سن الدراسة. وتنظيم زيارة الأب المقيم خارج كل دولة من دول المغرب العربي الكبير سواء كانت الجزائر أو المغرب أو تونس؛ أي الدول محل الدراسة.

الخاتمة:

وفي ختام هذا الموضوع، المقدم بعنوان آثار الحضانة المادية والمعنوية في دول المغرب العربي، نتمنى من المولى عز وجل، أن نكون قد أعطينا هذا البحث حقه من الدراسة، وإن كان التقصير واردا، فإن مرد ذلك يعود إلى المسائل التي يثيرها موضوع البحث. التي تتطلب المزيد من الدراسات المعمقة والمتخصصة في هذا المجال، أضف إلى ذلك أن أي عمل من الأعمال لا يخلو من النقص.

لقد كان الغرض من دراسة هذا الموضوع، معرفة مدى درجة تقارب وتوافق قوانين الأسرة في دول المغرب العربي، من أجل الوصول إلى قوانين مغاربية متكاملة وموحدة. هدفها المحافظة على مصلحة المحضون، وتنشئته في مجتمع عربي إسلامي متماسك، قد يساهم في توحيد الدول المغاربية، طبقا لديباجة الدستور الجزائري: " إن الجزائر أرض الإسلام وجزء لا يتجزأ من المغرب العربي الكبير ". وديباجة الدستور المغربي: " المملكة المغربية دولة إسلامية ذات سيادة كاملة، لغتها الرسمية هي اللغة العربية، وهي جزء من المغرب العربي الكبير". والمادة الثانية من الدستور التونسي التي جاء فيها: " الجمهورية التونسية جزء من المغرب العربي الكبير تعمل لوحدته في نطاق المصلحة المشتركة ".

ومن خلال هذه الدراسة تبينت لنا النتائج التالية:

- أن المشرع الجزائري لم ينص في قانون الأسرة الجزائري، على أجرتي الحضانة والرضاع كما فعل ذلك المشرع المغربي والمشرع التونسي.
- كما اتضح لنا أيضا أن المشرع المغربي والمشرع التونسي، لم يوضحا مشتملات أو ما تتضمنه أجرتي الحضانة والرضاع.
- إضافة إلى ذلك لاحظنا أن المشرع في دول المغرب العربي، قد أوجب على قاضي شؤون الأسرة عندما يحكم بأحقية الحضانة لأي طرف، أن يضمن هذا الحكم مسكن الحضانة، لفائدة الأطفال المحضونين أو أن يحكم ببدل الإيجار إذا لم يكن للأم الحاضنة مسكن.

- تبين لنا كذلك من هذه الدراسة، أن نفقة المحضون مستقلة تماما على النفقة الغذائية، كنفقة الإهمال، ونفقة الزوجة الحامل...الخ.
- كما اتضح لنا أن قانون الأسرة الجزائري، ومجلة الأحوال الشخصية التونسية، لم ينصا على الاتفاق على تنظيم زيارة المحضون بما يراعي مصلحته، كما هو الشأن في مدونة الأسرة المغربية.

ومن خلال الملاحظات السابقة نقترح على المشرع في دول المغرب العربي التوصيات الآتية:

- يجب على المشرع الجزائري، أن يساير المشرع المغربي والمشرع التونسي، وأن يدرج ضمن قانون الأسرة نصا قانونيا يتعلق بأجرتي الحضانة والرضاع.
- يتعين على المشرع في الدول المغاربية، أن يضع نصوصا قانونية يوضح من خلالها عناصر تقدير أجرتي الحضانة والرضاع كما هو الشأن بالنسبة للنفقة الغذائية عندما نص صراحة على مشتملات النفقة الغذائية.
- يجب على المشرع الجزائري أيضا، إضافة نص قانوني يتضمن نفقة المحضون كما فعل المشرع المغربي والمشرع التونسي.
- يتعين على المشرع التونسي والمشرع الجزائري، أن يحذو حذو المشرع المغربي، وأن يدرجا ضمن قانونيهما نصا قانونيا يتضمن اتفاق الأبوين على تنظيم حق الزيارة كما فعل ذلك المشرع المغربي.

قائمة الهوامش والمراجع:

(1)- انظر، أحمد شامي، قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحدث التعديلات، دراسة فقهية ونقدية مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2010، ص 300.

(2)- انظر، عمر عبد الله، أحكام الشريعة الإسلامية في الأحوال الشخصية، دار المعارف، 1963، ص 599. أنظر، أيضا، محمد كمال الدين إمام وجابر عبد الهادي سالم الشافعي، مسائل الأحوال الشخصية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2003، ص 489.

(3)- انظر، ميارة الفاسي، شرح على تحفة الحكام، الجزء الأول، دار الفكر، بدون سنة، ص 569. أنظر، كذلك، الشيخ صالح عبد السميع الآبي الأزهري، جواهر الإكليل شرح مختصر خليل في مذهب الإمام مالك إمام دار التنزيل، المجلد الأول، دار الفكر، بدون سنة، ص 408.انظر أيضا، زكي الدين شعبان، الأحكام الشرعية للأحوال الشخصية، الطبعة الأولى، مطبعة دار التأليف، القاهرة، 1960، ص 613.

(4)- انظر، محمد الشافعي، قانون الأسرة في دول المغرب العربي، (سلسلة البحوث القانونية 16)، الطبعة الأولى، المطبعة والوراقة الوطنية، مراكش، 2009، ص 125 – 126.

(5)- انظر، عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق، الطبعة الأولى، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2007، ص 356.

(6)- انظر، محمد الشافعي، الزواج وانحلاله في مدونة الأسرة، (سلسلة البحوث القانونية 24)،الطبعة الثالثة، المطبعة والوراقة الوطنية، مراكش، 2005، ص 128.

(7)– انظر، محمد الكشبور، أحكام الحضانة دراسة في الفقه المالكي وفي مدونة الأسرة، (سلسلة الدراسات القانونية المعاصر07)، الطبعة الأولى، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، 2004، ص 121.

(8)– انظر، محمد اللجمي، قانون الأسرة، الطبعة الأولى، الشركة التونسية للنشر وتنمية فنون الرسم، تونس، 2008، 475.

(9)– انظر، محمد الشافعي، الزواج وانحلاله في مدونة الأسرة، المرجع السابق، ص309.

(10)– انظر، محمد الشافعي، الزواج وانحلاله في مدونة الأسرة، نفس المرجع السابق، ص 309.

(11)– تجب نفقة الزوج على الزوجة بمجرد الدخول بها، طبقا لنص المادة 74 من قانون الأسرة الجزائري التي نصت على ما يأتي: " تجب نفقة الزوجة على زوجها بالدخول بها....". والمادة 194 من مدونة الأسرة المغربية التي جرى نصها على النحو الآتي: " تجب نفقة الزوجة على زوجها بمجرد البناء وكذا دعوته للبناء....". وكذللك المادة 38 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية التي جاء نصها كما يلي: " يجب على الزوج أن ينفق على زوجته المدخول بها....". للمزيد من التفصيل في هذا المجال، أنظر، محمد الكشبور، الوسيط في قانون الأحوال الشخصية، الطبعة الرابعة، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، سنة 1999، ص 236 وما يليها.

(12)– بالنسبة لنفقة الأولاد فهي كذلك تجب على الأب قبل الأم وذلك وفقا لنص المادة 75 من قانون الأسرة الجزائري والمادة 198 من مدونة الأسرة المغربية، وكذلك المادة 47 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية بمفهوم المخالفة التي جرى نصها على النحو التالي: " الأم حال عسر الأب مقدمة على الجد في الإنفاق على ولدها ".

(13)– أنظر، أحمد شامي، المرجع السابق، ص 326. أنظر، كذلك باديس ديابي، صور وآثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة، دار الهدى، عين مليلة الجزائر، 2010، ص 155.

(14)– انظر، أحمد شامي، نفس المرجع، ص 326.

(15)– انظر، محمد الشافعي، الزواج وانحلاله مدونة الأسرة، المرجع السابق، ص 310.

(16)– نقلا عن، محمد الكشبور، أحكام الحضانة دراسة في الفقه المالكي وفي مدونة الأسرة، الطبعة الأولى، المرجع السابق، ص 135.

(17)– انظر، محمد اللجمي، المرجع السايق، ص 476.

(18)– انظر، محمد اللجمي، نفس المرجع، ص 477.

(19)– انظر، باديس ديابي، المرجع السابق، ص 156.

(20)– سورة الطلاق الآية رقم 06.

(21)– انظر، العربي بختي، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2013، ص 146.

(22)– انظر، محمد الشافعي، الزواج وانحلاله في مدونة الأسرة، المرجع السابق، ص 311.

(23)– انظر، العربي بختي، المرجع السابق، ص 145.

(24)– انظر، محمد الشافعي، أحكام الحضانة دراسة في الفقه المالكي وفي مدونة الأسرة، المرجع السابق، ص 153.

(25)– انظر، محمد الشافعي، الزواج وانحلاله في الأسرة، المرجع السابق، ص 312.

(26)– انظر، محمد اللجمي، المرجع السابق، ص 478.

(27)– انظر، محمد اللجمي، نفس المرجع ، ص 478 – 479.

(28)- انظر، باديس ديابي، صور وآثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة، دار الهدى، الجزائر، 2012، ص 153.

(29)– انظر، محمد اللجمي، المرجع السابق، ص 475.

(30)– انظر، بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، الطبعة الأولى، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2008، ص 259.

(31)– انظر، محمد الكشبور، أحكام الحضانة دراسة في الفقه المالكي وفي مدونة الأسرة المغربية، المرجع السابق، ص141.

(32)– انظر، كمال لدرع، مدى الحماية القانونية للطفل في قانون الأسرة الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، العدد 01، 2001، ص 41.

(33)– انظر، يوسف دلاندة، دليل المتقاضي في مادة شؤون الأسرة (الزواج والطلاق)، دار هومة للطباعة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2007، ص 72 – 73.

(34)– انظر، محمد الكشبور، أحكام الحضانة دراسة في الفقه المالكي وفي مدونة الأسرة، المرجع السابق، ص 122.

(35)– انظر، محمد الكشبور، أحكام الحضانة دراسة في الفقه المالكي وفي مدونة الأسرة، نفس المرجع، ص 121 – 122.

(36)– انظر، أعراب بلقاسم، مسقطات الحق في الحضانة في قانون الأسرة الجزائرية والفقه الإسلامي المقارن، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، العدد 01، 1991، ص 150.

(37)– تنص المادة 54 من مدونة الأسرة المغربية على ما يلي: " للأطفال على أبويهم الحقوق التالية:

ف/6 – التوجيه الديني والتربية على السلوك القويم وقيم النبل المؤدية إلى الصدق في القول والعمل، واجتناب العنف المفضي إلى الإضرار الجسدي والمعنوي، والحرص على الوقاية من كل استغلال يضر بمصالح الطفل..."

(38)– انظر، محمد الشافعي، قانون الأسرة في دول المغرب العربي، المرجع السابق، ص 134.

(39)– راجع المواد الآتية: المادة 65 من قانون الأسرة الجزائري، والمادة 209 من مدونة الأسرة المغربية.

(40)– انظر، محمد الكشبور، أحكام الحضانة دراسة في الفقه المالكي وفي مدونة الأسرة، المرجع السابق، ص 123.

(41)– سورة البقرة، الآية رقم 231.

(42)– للمزيد من التفصيل راجع، ابن كثير، تفسير القرآن العظيم: الجزاء الأول، دار الكتب العلمية، بيروت، 1971، ص 272. أنظر، كذلك، السيد قطب، في ظلال القرآن، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 1971، ص 371 وما يليها. انظر، أيضا أبو عبد الله محمد (القرطبي)، الجامع لأحكام القرآن، دار التراث العربي، بيروت، 1965، ص 259.

(43)– انظر، محمد اللجمي، المرجع السابق، ص 485.

(44)– مقتبس عن، محمد الكشبور، أحكام الحضانة دراسة في الفقه وفي مدونة الأسرة، المرجع السابق، ص 126.

(45)– انظر، محمد اللجمي، المرجع السايق، ص 486 – 487.

الاحتلال في ظل أحكام القانون الدولي الإنساني

The occupation in international humanitarian law

د.موسوني سليمة

أستاذ محاضر – ب

جامعة أحمد دراية – أدرار

ملخص:

من خلال هذه الدراسة سنسلط الضوء على الاحتلال باعتباره نزاع مسلح دولي، وذلك بموجب البروتوكول الإضافي الأول لعام 1977 الملحق باتفاقيات جنيف الأربعة لعام 1944. كذلك سنحاول التركيز على مفهوم المبدأ الذي يخضع له الاحتلال والقائل: " بأن الحكومة الشرعية لها السيادة وليست لها السيطرة الفعلية، في حين المحتل له السيطرة الفعلية وليس له السيادة".

الكلمات المفتاحية: الاحتلال – النزاع المسلح الدولي – الحرب – القانون الدولي الإنساني – دولة الاحتلال

Summary:

From this study we will hav the lights on the occupation, because it is an international armed conflict according to the 1977 protocol.

Furthermone, we will try to focus on the principal on which the occupation obeys saying that : the legitimate government has the sovereignty, and not the actual power, while the occupier has the actual power but not the sovereignty.

Key words: the occupation-the international armed conflict-the war-the international humanitarian law-the occupying power

مقدمة

قي أعقاب الحروب النابليونية، بدأت الشعوب الأوربية تفكر في وضع قواعد تنظم الحروب لتنقص من بشاعتها، ولكنها لم تتوصل إلى ذلك باستثناء بعض القواعد القليلة وغير الكافية، حتى نهاية القرن التاسع عشر، ففي سنة 1899 تم بلهاي التوصل إلى اتفاق يحتوي على تنظيمات للحرب في البر والبحر، والحد من الوسائل المستعلمة للقتال .

وفي سنة 1907 أضيفت للاتفاق السابق قواعد أخرى جاءت بها الاتفاقيات المبرمة في هذا التاريخ بلهاي، أيضاً وجاء بروتوكول جنيف لعام 1925 والمعروف ببروتوكول الغاز، الذي يمنع استعمال

الغازات السامة والقاتلة في الحروب، وفي سنة 1949 تم التوصل بجنيف إلى وضع أربع اتفاقيات. وفي سنة 1977 تم التوصل إلى بروتوكولين إضافيين إلى اتفاقيات جنيف السالفة الذكر.

إن هذه الاتفاقيات كانت ومازالت سارية المفعول ليس كنصوص تعاهدية فحسب بل كأعراف دولية تنطبق على كل النزاعات المسلحة، وقرار الجمعية العامة للأمم المتحدة2032 رقم الصادر بتاريخ 18/12/1972 دلالة واضحة على ذلك، إذ دعت فيه أطراف كل نزاع مسلح إلى مراعاة القواعد الإنسانية الدولية الواجبة التطبيق، خاصة الموجودة منها في اتفاقيات 1899 و1907 ، وكذا اتفاقيات جنيف الأربعة لعام 1949 والبروتوكولين الإضافيين الملحقين بها لعام1977 .

وعلى اعتبار الاحتلال نزاع مسلح دولي بموجب البروتوكول الإضافي الأول لعام 1977 ، وعلى اعتباره كذلك خاضع للمبدأ القائل : " بأن الحكومة الشرعية لها السيادة ولسيت لها السيطرة الفعلية، في حين المحتل له السيطرة الفعلية وليس له السيادة"، فإن هذا يقودنا لطرح الإشكالية التالية:

ما المقصود بالاحتلال؟ وهل هناك قانون متعلق بهذا الاحتلال؟ وإن كان كذلك فما مدى ترابطه وتعلقه بالقانون الدولي الإنساني؟

وفي سبيل الإجابة على هذه التساؤلات، قسمنا الدراسة إلى مبحثين: المبحث الأول خصصناه للتعرف على كل ما يتعلق بالاحتلال من مفهومه ونظرة القانون الدولي الإنساني له، وبداية ونهاية ونطاق سريان القواعد القانونية المطبقة أثناء الاحتلال، أما المبحث الثاني فخصصناه للتطرق إلى النظام القانوني للاحتلال، وفي الأخير وكخاتمة توصلنا إلى بعض النتائج، وعلى ضوء هذه الأخيرة اقترحنا بعض التوصيات التي نأمل أن تكون على قدر من الصواب.

المبحث الأول :مفهوم الاحتلال

على اعتبار الاحتلال واقعة مادية مهما طالت مدته، فإنه لا يفرض ولاء سكان الإقليم المحتل إلى دولة الاحتلال، وعلى ذلك فإن تصرفات المحتل التي تضر بالمواطنين هي تصرفات باطلة وغير مشروعة وتشكل جريمة دولية[1].

وانطلاقاً من هذا ما المقصود بالاحتلال في ظل قواعد ونصوص القانون الدولي الانساني؟ وما هي المبادئ التي تحكمه؟ وما هي أنواعه؟

وللإجابة على هذه التساؤلات سنخصص مطلبين اثنين للإجابة عليها.

المطلب الأول: تعريف الاحتلال وفقاً لقواعد القانون الدولي الإنساني

في هذا المطلب سنتناول تعريفاً للاحتلال وفقاً لنصوص اتفاقية لهاي لعام 1907 من جهة، ووفقاً لنصوص اتفاقيات جنيف لعام 1949 من جهة ثانية.

الفرع الأول :الاحتلال وفقاً لنصوص اتفاقية لهاي لعام1907

تنص المادة 42 من لائحة لهاي الملحقة باتفاقيات لهاي لعام 1907 على أنه: " تعتبر أرض الدولة محتلة حين تكون تحت السيطرة الفعلية لجيش العدو، ولا يشمل الاحتلال سوى الأرض التي يمكن أن تمارس فيها هذه السلطة بعد قيامها"[2].

فمن خلال هذه المادة، يتضح بأنه لكي يعتبر الإقليم محتلاً يجب أن يصبح فعلاً تحت سلطة قوات العدو، وبما أن الاحتلال لا يشمل إلا المناطق التي تثبت فيها السلطة ويصبح بالإمكان مباشرتها، لذلك يجب عدم الخلط بين الاحتلال بوصفه هذا وبين مجرد الغزو، أي اقتحام اقليم العدو، أو الدخول فيه مع استمراره في القتال وقيام المقاومة في ذات الإقليم، إذ لا تترتب للغازي حقوق المحتل طالما أنه لم يتوصل للسيطرة تماماً على الإقليم والقضاء على كل مقاومة فيه . ولهذه التفرقة أهمية خاصة بالنسبة لحالة الشعب القائم في وجه المحتل، حيث لا تثبت لأفراد هذا الشعب صفة المحاربين وما يتبعها من حقوق[3].

ومن ثم فإنه وطبقاً للمادة 42 من لائحة لهاي، يؤخذ بمبدأ السلطة الفعلية فمنطوق هذه المادة واضح بشكل كافي، إذ أن تعريف الاحتلال لا يتركز على تصور الأطراف المعنية الذاتي للوضع، بل الى حقيقة واقعة ملموسة وموضوعية متمثلة في خضوع أرض فعلياً لسيطرة سلطة جيش الاحتلال .لكن المحكمة العسكرية في نورمبرغ أوضحت لدى نظرها في قضية الرهائن ضرورة عدم قراءة مبدأ السلطة الفعلية على نحو حصري، إذ يكفي أن تكون قوات الاحتلال قادرة على السيطرة المادية على أي جزء من البلد وفي أي وقت ترغب فيه[4].

الفرع الثاني :الاحتلال وفقاً لنصوص اتفاقيات جنيف لعام 1949

لم تتضمن اتفاقيات جنيف لعام 1949 تعريفاً للاحتلال، وإن كانت الاتفاقية الرابعة الخاصة بحماية المدنيين تشمل نصوصاً يمكن أن تطبق أيضاً على الأراضي المحتلة (المواد من 27 إلى 34)،

وتشتمل كذلك نصوصاً تنطبق تحديداً على الأراضي المحتلة (المواد من 47 إلى 78) وهي مكملة للائحة لهاي لعام1907 [5].

وتنص المادة الثانية المشتركة بين اتفاقيات جنيف الأربعة لعام 1949 على أن الاتفاقيات تنطبق في جميع حالات الاحتلال الجزئي أو الكلي لإقليم أحد الأطراف السامية المتعاقدة حتى لو لم يواجه هذا الاحتلال مقاومة مسلحة.

ولقد ورد بشرح اللجنة الدولية للصليب الأحمر لاتفاقية جنيف الرابعة أن مصطلح الاحتلال كما هو مستخدم في هذه الاتفاقية له معنى واسع من معناه في المادة 42 من اللائحة الملحقة باتفاقية لهاي لعام 1907، وقد تبنت الدائرة الأولى للمحاكمة التابعة للمحكمة الجنائية الدولية ليوغسلافيا سابقاً وجهة النظر هذه، حيث قدمت تعريف للاحتلال من شقين، فقد اعتبرت أنه وتحقيقاً لأغراض المادة 42 من لائحة لهاي تكون السيطرة الفعلية على الإقليم مطلوبة، لكن ومراعاة للأغراض المتعلقة لحقوق الأفراد بوصفهم كمدنيين، تصبح حالة الاحتلال قائمة بمجرد وقوعهم في قبضة دولة الاحتلال[6].

الفرع الثالث :أنواع الاحتلال

هناك نوعين من الاحتلال :احتلال سلمي (مؤقت) واحتلال حربي (عسكري).

أولاً :الاحتلال المؤقت

الاحتلال المؤقت، ويمسى أيضاً بالاحتلال السلمي مؤداه أن تلجأ دولة إلى احتلال جزء من إقليم دولة أخرى أو بعض مدنها رغماً عنها لإكراهها على الوفاء بالتزام ما أو التسليم بما هو مطلوب منها.

ويكون هذا الاحتلال مشروعاً إذا كان منصوص عليه في معاهدة بين دولتين كجزاء تلجأ إليه إحداهما لتطبيقه إذا لم تف الأخرى بتعهداتها، وهذا ما نصت عليه المادة 43 من معاهدة" فرساي "من أنه في حالة إخلال ألمانيا بإحدى التزاماتها المقررة في هذه المعاهدة، يكون لدول الحلفاء أن تقوم فوراً باحتلال أجزاء معينة من إقليم" الراين "وقد حدث بالفعل تنفيذاً لهذا النص أن احتلت الجيوش الفرنسية والبلجيكية سنة 1923 لأجزاء من إقليم ألمانيا، وأدى ذلك إلى إرغامها على أداء تعويضات الحرب التي التزمت بها بموجب معاهدة فرساي.

أما إذا كان الاحتلال لا يستند إلى شرط سابق بين دولتين انتفت عنه صفة المشروعية[7].

ثانياً :الاحتلال الحربي

إن الجزء الأساسي من النظام المتعلق بالاحتلال الحربي(العسكري) مدرج في كل من:

- اللائحة الملحقة باتفاقية لهاي الرابعة المؤرخة في عام1907 ،والخاصة بقوانين وأعراف الحرب، وذلك في المواد من 42 إلى56 .

- اتفاقية جنيف الرابعة لعام 1949 والمتعلقة بحماية المدنين أثناء النزاعات المسلحة، وذلك في المواد من 27 إلى 34 ومن 47 إلى78 .
- البروتوكول الإضافي الأول لعام 1977 المتعلق بحماية ضحايا النزاعات المسلحة، وذلك في المواد: 63 ،68 ،69 ، 71 .

لكن فيما يتعلق بالاحتلال السلمي، فانه ليس مدرج ضمن هذه المواد الأمر الذي يعتبر نقطة اختلاف بينه وبين الاحتلال الحربي، ومن ثم لا بد من التميز بين حالات الاحتلال الحربي سواء في حالة الحرب، أو الهدنة، أو بعد الاستسلام وحالات الاحتلال السلمي التي تكون في الغالب بعد عقد اتفاق[8].

المطلب الثاني : مراحل الاحتلال واهم المبادئ التي تحكمه

إن الاحتلال حالة مؤقتة وإن طالت مدته له بداية ونهاية، مما يستتبع بأن هناك نطاق لتطبيق القواعد القانونية المتعلقة بالاحتلال، كما أن هناك مبادئ أساسية يجب مراعاتها من قبل دولة الاحتلال.

الفرع الأول : مراحل الاحتلال (نطاق الاحتلال)

في الفترة التي تشهد احتلالا سواء كان كلياً أو جزئياً على إقليم دولة ما، يجب أن تطبق القوانين المتعلقة بالاحتلال، وعليه متى يبدأ الاحتلال؟ ومتى تصبح قوانين الاحتلال منطبقة؟ ومتى ينتهي العمل بها؟

وسيتم الإجابة على هذه التساؤلات فيما سيأتي:

أولا : بداية الاحتلال

تعد أرض ما محتلة عندما تكون تحت السيطرة أو الإدارة الفعلية لدولة الاحتلال وذلك وفقاً لنص المادة 42من لائحة لهاي لعام1907 ، ومن تم تصبح قوانين الاحتلال منطبقة حينما تصبح أرض ما _ أثناء نزاع مسلح _ تحت سيطرة عدو السلطة التي كانت تسيطر على هذه الأرض قبل النزاع، وتنطبق هذه القواعد أيضاً على كل حالة من حالات الاحتلال الحربي حتى لو لم تواجه بمقاومة مسلحة، ولا يكون هناك بالتالي نزاع مسلح[9]، كما أنها تطبق في حالات الاحتلال الجزئي أو الكلي على حد السواء.

ثانياً :انتهاء الاحتلال

إن الاحتلال ينتهي عندما ينسحب المحتل من الإقليم أو يدفع خارجه، ومن ثم فإن القانون المتعلق بالاحتلال وحسب نص المادة 06 الفقرة الثانية من اتفاقية جنيف الرابعة لعام1949 ، يوقف تطبيقه بعد عام واحد من انتهاء العمليات الحربية بوجه عام[10]، ومع ذلك تلتزم دولة الاحتلال بأحكام مواد هذه الاتفاقية :من 01 إلى 12 و 27 ومن 29 إلى 34 و 47 و 49 و 51و 52 و 53و 59 إلى 77 و

143، وذلك طوال مدة الاحتلال ما دامت هذه الدولة تمارس وظائف الحكومة في الأراضي المحتلة، وبعبارة أخرى يتوقف تطبيق قانون الاحتلال في اللحظة التي ينتهي فيها وجود سيطرة فعلية على الإقليم الخاضع للاحتلال، ذلك أنه بدون سيطرة فعلية لا يوجد احتلال، ويتوقف أيضاً تطبيق هذا القانون عندما تظل قوات الاحتلال السابقة موجودة في الأراضي التي كانت خاضعة لها، لكن السلطة لم تعد في يد دولة الاحتلال، فهي مسألة واقع فحسب.

وما هو ملاحظ على نص المادة 06 أنها لم تتطرق إلى حالات الاحتلال التي لم تقابلها مقاومة عسكرية، ولكن عند اعتماد البروتوكول الإضافي الأول الملحق باتفاقيات جنيف لعام1949 ، وبالخصوص المادة 03 فقرة ب التي تنص على أنه : "يوقف تطبيق هذه الاتفاقيات والبروتوكول عند نهاية الاحتلال أياً كانت أسبابه"، وعليه فبالنسبة للدول الأطراف في البروتوكول باتت المناقشات الدائرة حول تحديد الإيقاف العام للعمليات الحربية غير مجدية، ومن ثم تترتب نهاية الاحتلال على عدة ظروف حقيقية أو قانونية متنوعة، يمكن تقسيمها إلى عدة فئات :استئناف العمليات العدائية بشكل تعجز فيه قوات الاحتلال عن السيطرة الفعلية على الأراضي أو انسحاب قوات الاحتلال بإرادتها أو بغير إرادتها، أو في حالة إبرام اتفاق يمنح قوات الاحتلال وضعاً جديداً[11].

الفرع الثاني :المبادئ الأساسية الواجب مراعاتها من قبل دولة الاحتلال

تعد المادة 43 من لائحة لهاي لعام 1907 نصاً أساسياً في هذا الشأن، حيث تنص على ما يلي : "إذا انتقلت سلطة القوة الشرعية بصورة فعلية إلى يد قوة الاحتلال، يتعين على هذه الأخيرة قدر الإمكان، تحقيق الأمن والنظام العام وضمانه، مع احترام القوانين السارية في البلاد، إلا في الحالات القصوى التي تحول دون ذلك.

وهناك أربعة مبادئ أساسية تحكم الاحتلال، تتمثل في:

- لا تكتسب قوة الاحتلال أية سيادة على الأراضي المحتلة.
- أن الاحتلال حالة مؤقتة، وتعد حقوق قوة الاحتلال في الأراضي المحتلة مجرد حقوق انتقالية يصاحبها التزام يتجلى في احترام القوانين القائمة وقواعد الإدارة.
- يتعين على قوة الاحتلال ألا تمارس سلطتها لخدمة مصالحها الخاصة، أو الوفاء بحاجة سكانها، ولا يجوز لها في أي حال من الأحوال استغلال سكان الأراضي الواقعة تحت سيطرتها أو مواردها أو أصولها الأخرى لصالح أرضها أو سكانها هي.
- يتعين على قوة الاحتلال في ممارسة سلطاتها أن تضع في الاعتبار المصلحتين المتعارضين التاليتين :

- ❖ الضرورة العسكرية.
- ❖ مصالح السكان المدنيين.

المبحث الثاني :النظام القانوني للاحتلال

يتميز هذا النظام في خطوطه العريضة بمبدأين هامين هما :وجوب احترام حقوق الفرد و المحافظة على وضع الأراضي والقوانين على ما هو عليه.

المطلب الأول :أثر الاحتلال بالنسبة لسكان الأرض المحتلة.

كما سبق معنا فإنه على سلطة الاحتلال احترام حقوق الأفراد سكان الإقليم المحتل، وفي المقابل فعلى الأفراد أن يلتزموا بعدم القيام ببعض الأفعال التي تعد من قبيل الأعمال العدائية الموجهة ضد قوات الاحتلال.

وانطلاقاً من هذا، فيما تكمن واجبات سلطة الاحتلال؟ وما هي الأفعال المحظورة حظرا تاماً على هذه السلطة؟

وستتم الإجابة على هذين التساؤلين فيما يلي:

الفرع الأول :واجبات سلطة الاحتلال

ذكرت واجبات سلطة الاحتلال في كل من لائحة لهاي (وهي قانون عرفي) وفي المواد من 27 إلى 34و 47 و 78من اتفاقية جنيف الرابعة التي تكمل لائحة لهاي، وفضلاً عن ذلك تنطبق المواد من 13 إلى 26 من اتفاقية جنيف الرابعة على الأشخاص المحميين في الأراضي المحتلة، وأيضاً على رعايا الدول الأطراف في النزاع أي رعايا سلطة الاحتلال.

فعلى سلطة الاحتلال احترام حياة سكان الإقليم وشرفهم وأملاكهم ومعتقداتهم وأن تكفل لهم مباشرة عباداتهم، ومحظور على دولة الاحتلال أن تكفلهم بحلف يمين الولاء لها، أو أن ترغمهم على الإدلاء بمعلومات على جيش دولتهم أو عن وسائل دفاعه[12].

وكذلك لا يجوز لسلطة الاحتلال أن تطلب إلى السكان من الخدمات إلا ما يلزم لسد حاجات جيش الاحتلال، ويشترط ألا تؤدي هذه الخدمات إلى إلزامهم بالاشتراك في الأعمال الحربية ضد وطنهم، فيجوز مثلاً تكليفهم بنقل المؤن اللازمة لجيش الاحتلال، أو بإيواء بعض أفراد هذا الجيش أو بإعادة المنشآت التي تهدمت أثناء القتال إلى حالتها كالطرق والكبارى وما شابهها[13]، لكن لا يجوز تشغيلهم في إنجاز طرق عسكرية جديدة لجيش الاحتلال، كما لا يجوز إطلاقاً إرغامهم على الاشتراك في أي عمل من أعمال الحرب ضد دولتهم[14].

ويتعين على سلطة الاحتلال في سبيل قيامها بواجباتها تجاه السكان المدنيين أن تقوم بعدد من الترتيبات من بينها:

- تجميع الجرحى والمرضى و الغرقى وتقديم الرعاية لهم دون تمييز بغض النظر عن الطرف الذي ينتمون إليه وذلك وفقاً للمادة 16 وما يليها من اتفاقية جنيف الرابعة.
- معاملة الأشخاص الموجودين تحت سيطرتها معاملة إنسانية، و ذلك حسب المادة 27 من اتفاقية جنيف الرابعة
- عدم إرغام الأشخاص المحميين على الخدمة في قواتها المسلحة، وفقاً للمادة 51 من اتفاقية جنيف الرابعة.
- ضمان الإمدادات الغذائية والطبية للسكان، حسب المواد55 ،56 ، 57 من اتفاقية جنيف الرابعة.
- الموافقة على عمليات الإغاثة لصالح سكان الأرض المحتلة، إذا كان السكان كلهم أو قسم منهم لا تصلهم المؤن الكافية، وذلك وفقاً للمادة 59 من اتفاقية جنيف الرابعة.
- توزيع شحنات الإغاثة على سكان الأرض المحتلة دون تحويل مسارها أو مصادرتها لصالحها، وذلك بناء على المادة 60 من اتفاقية جنيف الرابعة.
- السماح للجمعية الوطنية للصليب الأحمر أو الهلال الأحمر بمواصلة أنشطتها بما يتفق مع مبادئ الحركة الدولية، وذلك وفقاً للمادة 63 من اتفاقية جنيف الرابعة.
- احترام الملكية الثقافية [15]، وهذا ما ورد في المادة 56 من لائحة لهاي.

ويقابل واجبات سلطة الاحتلال نحو سكان الاقليم المحتل التزام هؤولاء بألا يقوموا بأي عمل عدائي ضد سلطة الاحتلال كالاعتداء على أفرادها، وكإيصال معلومات لسلطات البلاد الأصلية عن تحركات جيش الاحتلال، وإلا تعرضوا لتوقيع أقصى العقوبات، على أنه في حالة وقوع عمل عدائي ضد السلطات المحتلة لا يجوز توقيع العقاب إلا على ذات الفاعلين، فلا يجوز توقيع جزاءات جماعية من أي نوع على مجموع السكان باعتبارهم متضامنين أو مسؤولين بالتضامن عن الفعل العدائي الذي يرتكبه أحد الأفراد أو بعضهم[16]، وذلك حسب المادة 50 من لائحة لهاي لعام1907 .

الفرع الثاني : ما يحظر على سلطة الاحتلال حظر تاماً

ويحظر على سلطة الاحتلال حظراً مطلقاً ما يلي:

- النقل الجبري للأشخاص المحميين إلى أي مكان خارج الأرض المحتلة، ومهما كانت الأسباب، وذلك حسب المادة 49 الفقرة الأولى من اتفاقية جنيف الرابعة التي تنص على أنه : "يحظر النقل

الجبري الجماعي أو الفردي للأشخاص المحميين أو نفيهم من الأراضي المحتلة إلى أراضي دولة الاحتلال أو إلى أراضي أي دولة أخرى، محتلة أو غير محتلة، أيا كانت دواعيه".

- نقل وترحيل دولة لجزء من سكانها المدنيين إلى الأراضي التي تحتلها مهما كانت دواعي هذا النقل، سياسة كانت أم عنصرية ...إلخ وذلك بناء على الفقرة الأخيرة من المادة 49 من اتفاقية جنيف الرابعة.

وقد جاء هذا الحظر نتيجة لقيام بعض الدول بنقل وطنييها إلى أقاليم خاضعة لاحتلالها، لما ينجز عن هذا الإجراء من نتائج خطيرة، إذ قد يؤدي إلى إذابة الكيان القومي للسكان الأصليين[17].

- أخذ الرهائن [18]وذلك وفقاً للمادة 34 من اتفاقية جنيف الرابعة.
- القيام بأعمال الاقتصاص ضد الأشخاص المحميين وممتلكاتهم.
- إجبار الأشخاص المحميين على الخدمة في القوات المسلحة لسلطة الاحتلال وهذا ما نصت عليه المادة 51 من إتفاقية جنيف الرابعة.
- تغيير وضع الموظفين أو القضاة في الأراضي المحتلة، أو أن توقع عليهم عقوبات أو تتخذ ضدهم أي تدابير تعسفية إذا امتنعوا عن تأدية وظائفهم وذلك حسب المادة 54 من اتفاقية جنيف الرابعة.

المطلب الثاني :أثر الاحتلال بالنسبة للسيادة الإقليمية للأرض المحتلة.

كما مر معنا، فإننا نكون بصدد احتلال عندما تكون أرض ما تحت السيطرة أو الإدارة الفعلية لسلطة الاحتلال، لكن هذا لا يعني انتقال ملكية هذه الأرض إلى دولة الاحتلال مادامت الحرب قائمة ولم تنته بالاتفاق على ضم الإقليم إلى هذه الدولة، ولا يجوز قانونا لدولة الاحتلال أن تعلن من جانبها عن ضم الإقليم إليها على اثر احتلالها له ومثل هذا الإعلان لو صدر لا يترتب عليه أي أثر قانوني، لأن الضم لا يكون صحيحاً إلا بالاتفاق عليه عند عقد الصلح، وعلى ذلك تحتفظ الدولة صاحبة الإقليم بحقوق سيادتها عليه، إنما على دولة الاحتلال أن تتولى عنها ممارسة هذه الحقوق أثناء مدة الاحتلال [19]، ذلك أن الاحتلال يخضع للمبدأ القائل : "بأن الحكومة الشرعية لها السيادة وليست لها السيطرة الفعلية، في حين أن المحتل له السيطرة وليس له السيادة".[20]

وانطلاقاً من هذا سنخصص الفرع الأول لكل ما يتعلق بالقوانين والنظام الإداري والقضائي للأرض المحتلة، أما الفرع الثاني فسيتم التطرق فيه إلى ما يتعلق بممتلكات الأرض المحتلة ومواردها.

الفرع الأول : فيما يتعلق بالقوانين والنظام القضائي والإداري للأرض المحتلة

بموجب المادة 43 من لائحة لهاي، يقع على سلطة الاحتلال استعادة الأمن والنظام العام والحياة الاقتصادية والاجتماعية للدولة المحتلة إلى أقرب شكل كانت عليه قبل الاحتلال.

أولاً :إدارة الإقليم المحتل

وجود السلطة الفعلية على الإقليم في يد دولة الاحتلال، يقتضي قيامها بإدارته طالما بقيت في يدها هذه السلطة، وتلجأ دولة الاحتلال عادة إلى طريقتين هما :إما إبقاء الإدارة القائمة في الإقليم وقت الاحتلال على ما هي عليه، و الإشراف عليها و توجيهها تبعا لما تقتضيه مصالح الدولة المحتلة ، و إما استبدال هذه الإدارة بأخرى.

وعلى سلطة الاحتلال في أي من الحالتين أن تبدأ عملها باتخاذ الإجراءات الكفيلة بإعادة وتثبيت النظام في الإقليم حتى تأخذ الحياة العامة مجراها الطبيعي[21].

ثانياً :اختصاص المحتل القضائي والقيود الواردة عليه

المبدأ الأساسي الذي استقرت عليه أحكام القانون الدولي وانتهى إليه الفقه والعمل الدوليان وكرسته الاتفاقيات الدولية ذات العلاقة، هو استمرار الاختصاص القضائي لدولة السيادة في الإقليم المحتل، وعليه استمرار المحاكم الأصلية في الأراضي المحتلة بأداء وظيفتها العادية، وأنه لا يجوز أن تتدخل سلطة الاحتلال في مرفق القضاء وأن القضاة لهم الحرية الكاملة في إصدار أحكامهم، وهذا ما أكدته المادة 43 من لائحة اتفاقية لهاي الرابعة، وكذلك المادة المادة 54 من اتفاقية جنيف الرابعة لعام1949 .

في حين نجد المادة 60 من اتفاقية جنيف الرابعة لعام 1949 قد أعطت لسلطة الاحتلال الحق في إنشاء محاكم عسكرية يخضع لها سكان الإقليم المحتل، والتي تختص بالنظر في نوعين من الجرائم وهما:

- الجرائم الموجهة ضد جيش الاحتلال و التي يحددها القانون العسكري لجيش الاحتلال.
- الجرائم المنصوص عليها في قانون العقوبات التي تعلنها سلطة الاحتلال بمقتضى الفقرة الثانية من المادة 64 من اتفاقية جنيف الرابعة.

نجد المادة 66 من اتفاقية جنيف الرابعة اشترطت شروطاً معينة يلزم توافرها في المحاكم التي تنشئها سلطة الاحتلال، وهذه الشروط تتمثل في:

- أن تكون هذه المحاكم عسكرية.
- أن تكون غير سياسية.
- أن تشكل بطريقة نظامية.
- أن تعقد جلساتها في الإقليم المحتل[22].

ثالثاً :الاختصاص التشريعي للمحتل والقيود الواردة عليه.

القاعدة أن عمل التشريع وتعديلة وإلغائه هو من أعمال السيادة، تختص به الدولة صاحبه الإقليم، وبناء على ذلك لا يجوز لسلطة الاحتلال أن تباشر أي اختصاص تشريعي وهذا ما أكدته قواعد لائحة اتفاقية لهاي الرابعة وعلى الأخص المادة 43 منها، وكذلك الفقرة الثانية من المادة 64 من اتفاقية جنيف الرابعة لعام1949 .

الفرع الثاني : فيما يتعلق بممتلكات الأرض المحتلة ومواردها

أولاً : فيما يتعلق بالممتلكات الخاصة

القاعدة أنه لا يجوز مصادرة الممتلكات الخاصة ولكن هناك استثناءان،الاستثناء الأول يكمن في أنه إذا تمثلت الأشياء التي صودرت في أجهزة للاتصال أو وسائل للنقل يلزم فقط إعادتها بعد إحلال السلم، والاستثناء الآخر هو أن تكون هذه الأشياء مطلوبة للوفاء باحتياجات جيش الاحتلال وفي جميع الأحوال يتعين على المالك تلقي تعويض عادل، وهذا ما نصت عليه المادة 55 من اتفاقية جنيف الرابعة.

ثانياً :فيما يتعلق بالممتلكات العامة

هناك نوعان من الممتلكات العامة، ممتلكات عامة منقولة وأخرى ثابتة.

تصبح الممتلكات العامة المنقولة التي يمكن استخدامها للأغراض العسكرية غنائم حرب (المادة 53 من لائحة اتفاقية لهاي)، وتصبح عند الاستيلاء عليها من ممتلكات دولة الاحتلال، ولكن لا يجوز الاستيلاء على الأغذية والإمدادات الأخرى التي تملكها الدولة، وخاصة الإمدادات الطبية، إلا إذا تم الوفاء باحتياجات سكان الإقليم المحتل، وهذا وفقا لنص الفقرة الثانية من المادة 55 من اتفاقية جنيف الرابعة.

وفيما يخص الممتلكات العامة الثابتة، فالقواعد أكثر صرامة، إذ نجد المادة 55 من لائحة اتفاقية لهاي تنص على أنه لا يجوز لسلطة الاحتلال أن تستولي على الممتلكات الثابتة التي تخص الدولة المحتلة[23].

خاتمة:

من خلال ما تطرقنا إليه فيما يخص الاحتلال وفق أحكام القانون الدولي الإنساني، تمكنا من استخلاص النتائج التالية:

- أن الاحتلال واقعة مادية، ومهما طال أمده لا يفرض ولاء من الشعب المقهور إلى المحتل، وبناء على ذلك فإن تصرفات المحتل التي تضر بالمواطنين هي تصرفات باطلة وغير شرعية وتشكل جريمة دولية، يجب المعاقبة عليها ومساءلة سلطة الاحتلال.

- أن الاحتلال وضع مؤقت لا ينفي السيادة عن الحكومة الشرعية على الإقليم المحتل، لكن يمنح حقوقاً انتقالية لدولة الاحتلال حتى تتمكن من استعادة الأمن والنظام العام، وكذا استعادة الحياة الاقتصادية والاجتماعية إلى أقرب شكل كانت عليه قبل الاحتلال.
- أن النظام القانوني المتعلق بالاحتلال يتميز في خطوطه العريضة بمبدأين هامين هما :وجوب احترام حقوق الفرد والمحافظة على وضع الأراضي والقوانين على ما هو عليه.
- تقوم قواعد الاحتلال على جملة قواعد مستمدة من القانون الدولي الإنساني، وحديثا على قواعد أخرى استمدت من قواعد القانون الدولي لحقوق الإنسان.

ومن خلال هذه النتائج المستخلصة وفي ضوء الأحداث التي يشهدها عالمنا المعاصر، فإنه يمكن اقتراح بعض التوصيات:

- السعي لتكثيف الجهود الدولية من أجل الابتعاد قدر الإمكان عن الاحتلال سواء كان كلياً أو جزئياً، حتى لو كان كوسيلة لحل النزاعات الدولية لأنه لا ينجم عنه إلا الدمار والخراب سواء في الجانب البشري أو المادي.
- صحيح أن النظام القانوني للاحتلال يكفل من خلال نصوصه حماية للأفراد المدنيين داخل الإقليم المحتل، لكنها تبقى مع ذلك قاصرة لعدم وجود آليات فعالة لتطبيق ومراقبة تطبيق هذه النصوص، لذلك نقترح إنشاء آليات لضمان تفعيل هذه الحماية، ولعله من أنجع هذه الآليات ما يلي:

1. تفعيل دور الدول التي ليست طرفاً في الاحتلال وأيضاً دور المنظمات الدولية سواء العالمية منها أو الاقليمية.
2. خضوع المرتكبين لمخالفات جسيمة للنظام القانوني للاحتلال إلى متابعات جزائية، سواء ضمن المحاكم الجنائية الوطنية، أو على مستوى محاكم جنائية دولية.
3. لا بد من اتخاذ التدابير الناجعة لكبح ومنع ترحيل دولة الاحتلال لمواطنيها إلى الإقليم المحتل، لما ينجر عن ذلك من إذابة للكيان القومي للسكان الأصليين.
4. ينبغي تنقيح القوانين التي تحكم الاحتلال، حتى تكون أكثر جدوى وفاعلية واحتراما لحقوق الإنسان أثناء قيام حالة الاحتلال.

الهوامش:

1) عبدالله سليمان سليمان، المقدمات الأساسية في القانون الدولي الجنائي، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ص 275.

2) المادة 42 من لائحة لاهاي الرابعة المؤرخة في 1907، والمتعلقة بقوانين وأعراف الحرب.

3) علي صادق أبو هيف، القانون الدولي العام، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، ص 722 و723.

4) مختارات من المجلة الدولية للصليب الأحمر، 2004، ص 30 و 31.

5) مجلة القانون الدولي الإنساني الصادرة عن اللجنة الدولية للصليب الأحمر، العدد 25، 2003.

6) مختارات من المجلة الدولية للصليب الأحمر، مرجع سابق، ص 33.

7) علي صادق أبو هيف، مرجع سابق، ص 672.

8) مختارات من المجلة الدولية للصليب الأحمر.

9) الموقع الالكتروني للجنة الدولية للصليب الأحمر:

www.icrc.org/web/ara/site arao.

10)مختارات من المجلة الدولية للصليب الأحمر، مرجع سابق، ص 33 و34.

11)المرجع ذاته، ص 165 و 166.

12)أنظر المواد من 44 إلى 47 من لائحة لهاي لعام 1907.

13)علي صادق أبو هيف، مرجع سابق، ص 725.

14)أنظر المادة 52 من لائحة لهاي، والمادة من اتفاقية جنيف لسنة 1949.

15)مجلة القانون الدولي الإنساني، مرجع سابق، ص 50.

16)علي صادق أبو هيف، مرجع سابق، ص 725.

17)عباس هاشم السعدي، مسؤولية الفرد الجنائية عن الجريمة الدولية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2002، ص 155 156.

18)أنظر الموقع الالكتروني للجنة الدولية للصليب الأحمر.

19)علي صادق أبو هيف، مرجع سابق، ص 723.

20)محمد بو سلطان وحمادي بكاي، القانون الدولي العام وحرب التحرير الجزائرية، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، ص 135.

21)أنظر المادة 43 من لائحة لهاي لعام 1907.

22)سامر أحمد موسى، الحماية الدولية للمدنيين في الأقاليم المحتلة،مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة بسكرة، 2005، ص 89.

23)مجلة القانون الدولي الإنساني، مرجع سابق، ص 59.

الاحتلال في ظل أحكام القانون الدولي الإنساني

The occupation in international humanitarian law

د.موسوني سليمة

أستاذ محاضر – ب

جامعة أحمد دراية – أدرار

ملخص:

من خلال هذه الدراسة سنسلط الضوء على الاحتلال باعتباره نزاع مسلح دولي، وذلك بموجب البروتوكول الإضافي الأول لعام 1977 الملحق باتفاقيات جنيف الأربعة لعام 1944. كذلك سنحاول التركيز على مفهوم المبدأ الذي يخضع له الاحتلال والقائل: " بأن الحكومة الشرعية لها السيادة وليست لها السيطرة الفعلية، في حين المحتل له السيطرة الفعلية وليس له السيادة".

الكلمات المفتاحية: الاحتلال – النزاع المسلح الدولي – الحرب – القانون الدولي الإنساني – دولة الاحتلال

Summary:

From this study we will hav the lights on the occupation, because it is an international armed conflict according to the 1977 protocol.

Furthermone, we will try to focus on the principal on which the occupation obeys saying that : the legitimate government has the sovereignty, and not the actual power, while the occupier has the actual power but not the sovereignty.

Key words: the occupation-the international armed conflict-the war-the international humanitarian law-the occupying power

مقدمة

قي أعقاب الحروب النابليونية، بدأت الشعوب الأوربية تفكر في وضع قواعد تنظم الحروب لتنقص من بشاعتها، ولكنها لم تتوصل إلى ذلك باستثناء بعض القواعد القليلة وغير الكافية، حتى نهاية القرن التاسع عشر، ففي سنة 1899 تم بلهاي التوصل إلى اتفاق يحتوي على تنظيمات للحرب في البر والبحر، والحد من الوسائل المستعلمة للقتال .

وفي سنة 1907 أضيفت للاتفاق السابق قواعد أخرى جاءت بها الاتفاقيات المبرمة في هذا التاريخ بلهاي، أيضاً وجاء بروتوكول جنيف لعام 1925 والمعروف ببروتوكول الغاز، الذي يمنع استعمال الغازات السامة والقاتلة في الحروب، وفي سنة 1949 تم التوصل بجنيف إلى وضع أربع اتفاقيات. وفي سنة 1977 تم التوصل إلى بروتوكولين إضافيين إلى اتفاقيات جنيف السالفة الذكر.

إن هذه الاتفاقيات كانت ومازالت سارية المفعول ليس كنصوص تعاهدية فحسب بل كأعراف دولية تنطبق على كل النزاعات المسلحة، وقرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 2032رقم الصادر بتاريخ 18/12/1972 دلالة واضحة على ذلك، إذ دعت فيه أطراف كل نزاع مسلح إلى مراعاة القواعد الإنسانية الدولية الواجبة التطبيق، خاصة الموجودة منها في اتفاقيات 1899 و1907 ، وكذا اتفاقيات جنيف الأربعة لعام 1949 والبروتوكولين الإضافيين الملحقين بها لعام1977 .

وعلى اعتبار الاحتلال نزاع مسلح دولي بموجب البروتوكول الإضافي الأول لعام 1977 ، وعلى اعتباره كذلك خاضع للمبدأ القائل : " بأن الحكومة الشرعية لها السيادة ولسيت لها السيطرة الفعلية، في حين المحتل له السيطرة الفعلية وليس له السيادة"، فإن هذا يقودنا لطرح الإشكالية التالية:

ما المقصود بالاحتلال؟ وهل هناك قانون متعلق بهذا الاحتلال؟ وإن كان كذلك فما مدى ترابطه وتعلقه بالقانون الدولي الإنساني؟

وفي سبيل الإجابة على هذه التساؤلات، قسمنا الدراسة إلى مبحثين: المبحث الأول خصصناه للتعرف على كل ما يتعلق بالاحتلال من مفهومه ونظرة القانون الدولي الإنساني له، وبداية ونهاية ونطاق سريان القواعد القانونية المطبقة أثناء الاحتلال، أما المبحث الثاني فخصصناه للتطرق إلى النظام القانوني للاحتلال، وفي الأخير وكخاتمة توصلنا إلى بعض النتائج، وعلى ضوء هذه الأخيرة اقترحنا بعض التوصيات التي نأمل أن تكون على قدر من الصواب.

المبحث الأول :مفهوم الاحتلال

على اعتبار الاحتلال واقعة مادية مهما طالت مدته، فإنه لا يفرض ولاء سكان الإقليم المحتل إلى دولة الاحتلال، وعلى ذلك فإن تصرفات المحتل التي تضر بالمواطنين هي تصرفات باطلة وغير مشروعة وتشكل جريمة دولية[1].

وانطلاقاً من هذا ما المقصود بالاحتلال في ظل قواعد ونصوص القانون الدولي الانساني؟ وما هي المبادئ التي تحكمه؟ وما هي أنواعه؟

وللإجابة على هذه التساؤلات سنخصص مطلبين اثنين للإجابة عليها.

المطلب الأول: تعريف الاحتلال وفقاً لقواعد القانون الدولي الإنساني

في هذا المطلب سنتناول تعريفاً للاحتلال وفقاً لنصوص اتفاقية لهاي لعام 1907 من جهة، ووفقاً لنصوص اتفاقيات جنيف لعام 1949 من جهة ثانية.

الفرع الأول :الاحتلال وفقاً لنصوص اتفاقية لهاي لعام1907

تنص المادة 42 من لائحة لهاي الملحقة باتفاقيات لهاي لعام 1907 على أنه: " تعتبر أرض الدولة محتلة حين تكون تحت السيطرة الفعلية لجيش العدو، ولا يشمل الاحتلال سوى الأرض التي يمكن أن تمارس فيها هذه السلطة بعد قيامها"[2].

فمن خلال هذه المادة، يتضح بأنه لكي يعتبر الإقليم محتلاً يجب أن يصبح فعلاً تحت سلطة قوات العدو، وبما أن الاحتلال لا يشمل إلا المناطق التي تثبت فيها السلطة ويصبح بالإمكان مباشرتها، لذلك يجب عدم الخلط بين الاحتلال بوصفه هذا وبين مجرد الغزو، أي اقتحام اقليم العدو، أو الدخول فيه مع استمراره في القتال وقيام المقاومة في ذات الإقليم، إذ لا تترتب للغازي حقوق المحتل طالما أنه لم يتوصل للسيطرة تماماً على الإقليم والقضاء على كل مقاومة فيه . ولهذه التفرقة أهمية خاصة بالنسبة لحالة الشعب القائم في وجه المحتل، حيث لا تثبت لأفراد هذا الشعب صفة المحاربين وما يتبعها من حقوق[3].

ومن ثم فإنه وطبقاً للمادة 42 من لائحة لهاي، يؤخذ بمبدأ السلطة الفعلية فمنطوق هذه المادة واضح بشكل كافي، إذ أن تعريف الاحتلال لا يتركز على تصور الأطراف المعنية الذاتي للوضع، بل الى حقيقة واقعة ملموسة وموضوعية متمثلة في خضوع أرض فعلياً لسيطرة سلطة

جيش الاحتلال .لكن المحكمة العسكرية في نورمبرغ أوضحت لدى نظرها في قضية الرهائن ضرورة عدم قراءة مبدأ السلطة الفعلية على نحو حصري، إذ يكفي أن تكون قوات الاحتلال قادرة على السيطرة المادية على أي جزء من البلد وفي أي وقت ترغب فيه[4].

الفرع الثاني :الاحتلال وفقاً لنصوص اتفاقيات جنيف لعام 1949

لم تتضمن اتفاقيات جنيف لعام 1949 تعريفاً للاحتلال، وإن كانت الاتفاقية الرابعة الخاصة بحماية المدنيين تشمل نصوصاً يمكن أن تطبق أيضاً على الأراضي المحتلة (المواد من 27 إلى 34)، وتشتمل كذلك نصوصاً تنطبق تحديداً على الأراضي المحتلة (المواد من 47إلى 78) وهي مكملة للائحة لهاي لعام1907 [5].

وتنص المادة الثانية المشتركة بين اتفاقيات جنيف الأربعة لعام 1949 على أن الاتفاقيات تنطبق في جميع حالات الاحتلال الجزئي أو الكلي لإقليم أحد الأطراف السامية المتعاقدة حتى لو لم يواجه هذا الاحتلال مقاومة مسلحة.

ولقد ورد بشرح اللجنة الدولية للصليب الأحمر لاتفاقية جنيف الرابعة أن مصطلح الاحتلال كما هو مستخدم في هذه الاتفاقية له معنى واسع من معناه في المادة 42 من اللائحة الملحقة باتفاقية لهاي لعام 1907 ، وقد تبنت الدائرة الأولى للمحاكمة التابعة للمحكمة الجنائية الدولية ليوغسلافيا سابقاً وجهة النظر هذه، حيث قدمت تعريف للاحتلال من شقين، فقد اعتبرت أنه وتحقيقاً لأغراض المادة 42 من لائحة لهاي تكون السيطرة الفعلية على الإقليم مطلوبة، لكن ومراعاة للأغراض المتعلقة لحقوق الأفراد بوصفهم كمدنيين، تصبح حالة الاحتلال قائمة بمجرد وقوعهم في قبضة دولة الاحتلال[6].

الفرع الثالث :أنواع الاحتلال

هناك نوعين من الاحتلال :احتلال سلمي (مؤقت) واحتلال حربي (عسكري).

أولاً :الاحتلال المؤقت

الاحتلال المؤقت، ويمسى أيضاً بالاحتلال السلمي مؤداه أن تلجأ دولة إلى احتلال جزء من إقليم دولة أخرى أو بعض مدنها رغماً عنها لإكراهها على الوفاء بالتزام ما أو التسليم بما هو مطلوب منها.

ويكون هذا الاحتلال مشروعاً إذا كان منصوص عليه في معاهدة بين دولتين كجزاء تلجأ إليه إحداهما لتطبيقه إذا لم تف الأخرى بتعهداتها، وهذا ما نصت عليه المادة 43 من معاهدة "فرساي "من أنه في حالة إخلال ألمانيا بإحدى التزاماتها المقررة في هذه المعاهدة، يكون لدول الحلفاء أن تقوم فوراً باحتلال أجزاء معينة من إقليم" الراين "وقد حدث بالفعل تنفيذاً لهذا النص أن احتلت الجيوش الفرنسية والبلجيكية سنة 1923 لأجزاء من إقليم ألمانيا، وأدى ذلك إلى إرغامها على أداء تعويضات الحرب التي التزمت بها بموجب معاهدة فرساي.

أما إذا كان الاحتلال لا يستند إلى شرط سابق بين دولتين انتفت عنه صفة المشروعية[7].

ثانياً :الاحتلال الحربي

إن الجزء الأساسي من النظام المتعلق بالاحتلال الحربي(العسكري) مدرج في كل من:

- اللائحة الملحقة باتفاقية لهاي الرابعة المؤرخة في عام1907 ،والخاصة بقوانين وأعراف الحرب، وذلك في المواد من 42 إلى56 .
- اتفاقية جنيف الرابعة لعام 1949 والمتعلقة بحماية المدنين أثناء النزاعات المسلحة، وذلك في المواد من 27 إلى 34 ومن 47 إلى78 .
- البروتوكول الإضافي الأول لعام 1977 المتعلق بحماية ضحايا النزاعات المسلحة، وذلك في المواد: 63 ،68 ،69 ، 71 .

لكن فيما يتعلق بالاحتلال السلمي، فانه ليس مدرج ضمن هذه المواد الأمر الذي يعتبر نقطة اختلاف بينه وبين الاحتلال الحربي، ومن ثم لا بد من التميز بين حالات الاحتلال الحربي سواء في حالة الحرب، أو الهدنة، أو بعد الاستسلام وحالات الاحتلال السلمي التي تكون في الغالب بعد عقد اتفاق[8].

المطلب الثاني : مراحل الاحتلال واهم المبادئ التي تحكمه

إن الاحتلال حالة مؤقتة وإن طالت مدته له بداية ونهاية، مما يستتبع بأن هناك نطاق لتطبيق القواعد القانونية المتعلقة بالاحتلال، كما أن هناك مبادئ أساسية يجب مراعاتها من قبل دولة الاحتلال.

الفرع الأول : مراحل الاحتلال (نطاق الاحتلال)

في الفترة التي تشهد احتلالا سواء كان كلياً أو جزئياً على إقليم دولة ما، يجب أن تطبق القوانين المتعلقة بالاحتلال، وعليه متى يبدأ الاحتلال؟ ومتى تصبح قوانين الاحتلال منطبقة؟ ومتى ينتهي العمل بها؟

وسيتم الإجابة على هذه التساؤلات فيما سيأتي:

أولا : بداية الاحتلال

تعد أرض ما محتلة عندما تكون تحت السيطرة أو الإدارة الفعلية لدولة الاحتلال وذلك وفقاً لنص المادة 42 من لائحة لهاي لعام1907 ، ومن تم تصبح قوانين الاحتلال منطبقة حينما تصبح أرض ما _ أثناء نزاع مسلح _ تحت سيطرة عدو السلطة التي كانت تسيطر على هذه الأرض قبل النزاع، وتنطبق هذه القواعد أيضاً على كل حالة من حالات الاحتلال الحربي حتى لو لم تواجه بمقاومة مسلحة، ولا يكون هناك بالتالي نزاع مسلح[9]، كما أنها تطبق في حالات الاحتلال الجزئي أو الكلي على حد السواء.

ثانياً :انتهاء الاحتلال

إن الاحتلال ينتهي عندما ينسحب المحتل من الإقليم أو يدفع خارجه، ومن ثم فإن القانون المتعلق بالاحتلال وحسب نص المادة 06 الفقرة الثانية من اتفاقية جنيف الرابعة لعام1949 ، يوقف تطبيقه بعد عام واحد من انتهاء العمليات الحربية بوجه عام[10]، ومع ذلك تلتزم دولة الاحتلال بأحكام مواد هذه الاتفاقية :من 01 إلى 12 و 27 ومن 29 إلى 34 و 47 و 49 و 51و 52 و 53و 59 إلى 77 و143 ، وذلك طوال مدة الاحتلال ما دامت هذه الدولة تمارس وظائف الحكومة في الأراضي المحتلة، وبعبارة أخرى يتوقف تطبيق قانون الاحتلال في اللحظة التي ينتهي فيها وجود سيطرة فعلية على الإقليم الخاضع للاحتلال، ذلك أنه بدون سيطرة فعلية لا يوجد احتلال، ويتوقف أيضاً تطبيق هذا القانون عندما تظل قوات الاحتلال السابقة موجودة في الأراضي التي كانت خاضعة لها، لكن السلطة لم تعد في يد دولة الاحتلال، فهي مسألة واقع فحسب.

وما هو ملاحظ على نص المادة 06 أنها لم تتطرق إلى حالات الاحتلال التي لم تقابلها مقاومة عسكرية، ولكن عند اعتماد البروتوكول الإضافي الأول الملحق باتفاقيات جنيف لعام 1949، وبالخصوص المادة 03 فقرة ب التي تنص على أنه : "يوقف تطبيق هذه الاتفاقيات والبروتوكول عند نهاية الاحتلال أياً كانت أسبابه"، وعليه فبالنسبة للدول الأطراف في البروتوكول باتت المناقشات الدائرة حول تحديد الإيقاف العام للعمليات الحربية غير مجدية، ومن

ثم تترتب نهاية الاحتلال على عدة ظروف حقيقية أو قانونية متنوعة، يمكن تقسيمها إلى عدة فئات :استئناف العمليات العدائية بشكل تعجز فيه قوات الاحتلال عن السيطرة الفعلية على الأراضي أو انسحاب قوات الاحتلال بإرادتها أو بغير إرادتها، أو في حالة إبرام اتفاق يمنح قوات الاحتلال وضعاً جديداً[11].

الفرع الثاني :المبادئ الأساسية الواجب مراعاتها من قبل دولة الاحتلال

تعد المادة 43 من لائحة لهاي لعام 1907 نصاً أساسياً في هذا الشأن، حيث تنص على ما يلي :"إذا انتقلت سلطة القوة الشرعية بصورة فعلية إلى يد قوة الاحتلال، يتعين على هذه الأخيرة قدر الإمكان، تحقيق الأمن والنظام العام وضمانه، مع احترام القوانين السارية في البلاد، إلا في الحالات القصوى التي تحول دون ذلك.

وهناك أربعة مبادئ أساسية تحكم الاحتلال، تتمثل في:

- لا تكتسب قوة الاحتلال أية سيادة على الأراضي المحتلة.
- أن الاحتلال حالة مؤقتة، وتعد حقوق قوة الاحتلال في الأراضي المحتلة مجرد حقوق انتقالية يصاحبها التزام يتجلى في احترام القوانين القائمة وقواعد الإدارة.
- يتعين على قوة الاحتلال ألا تمارس سلطتها لخدمة مصالحها الخاصة، أو الوفاء بحاجة سكانها، ولا يجوز لها في أي حال من الأحوال استغلال سكان الأراضي الواقعة تحت سيطرتها أو مواردها أو أصولها الأخرى لصالح أرضها أو سكانها هي.
- يتعين على قوة الاحتلال في ممارسة سلطاتها أن تضع في الاعتبار المصلحتين المتعارضين التاليتين :

❖ الضرورة العسكرية.

❖ مصالح السكان المدنيين.

المبحث الثاني :النظام القانوني للاحتلال

يتميز هذا النظام في خطوطه العريضة بمبدأين هامين هما :وجوب احترام حقوق الفرد و المحافظة على وضع الأراضي والقوانين على ما هو عليه.

المطلب الأول :أثر الاحتلال بالنسبة لسكان الأرض المحتلة.

كما سبق معنا فإنه على سلطة الاحتلال احترام حقوق الأفراد سكان الإقليم المحتل، وفي المقابل فعلى الأفراد أن يلتزموا بعدم القيام ببعض الأفعال التي تعد من قبيل الأعمال العدائية الموجهة ضد قوات الاحتلال.

وانطلاقاً من هذا، فيما تكمن واجبات سلطة الاحتلال؟ وما هي الأفعال المحظورة حظرا تاماً على هذه السلطة؟

وستتم الإجابة على هذين التساؤلين فيما يلي:

الفرع الأول :واجبات سلطة الاحتلال

ذكرت واجبات سلطة الاحتلال في كل من لائحة لهاي (وهي قانون عرفي) وفي المواد من 27إلى 34 و 47 و 78من اتفاقية جنيف الرابعة التي تكمل لائحة لهاي، وفضلاً عن ذلك تنطبق المواد من 13 إلى 26 من اتفاقية جنيف الرابعة على الأشخاص المحميين في الأراضي المحتلة، وأيضاً على رعايا الدول الأطراف في النزاع أي رعايا سلطة الاحتلال.

فعلى سلطة الاحتلال احترام حياة سكان الإقليم وشرفهم وأملاكهم ومعتقداتهم وأن تكفل لهم مباشرة عباداتهم، ومحظور على دولة الاحتلال أن تكفلهم بحلف يمين الولاء لها، أو أن ترغمهم على الإدلاء بمعلومات على جيش دولتهم أو عن وسائل دفاعه[12].

وكذلك لا يجوز لسلطة الاحتلال أن تطلب إلى السكان من الخدمات إلا ما يلزم لسد حاجات جيش الاحتلال، ويشترط ألا تؤدي هذه الخدمات إلى إلزامهم بالاشتراك في الأعمال الحربية ضد وطنهم، فيجوز مثلاً تكليفهم بنقل المؤن اللازمة لجيش الاحتلال، أو بإيواء بعض أفراد هذا الجيش أو بإعادة المنشآت التي تهدمت أثناء القتال إلى حالتها كالطرق والكبارى وما شابهها[13]، لكن لا يجوز تشغيلهم في إنجاز طرق عسكرية جديدة لجيش الاحتلال، كما لا يجوز إطلاقاً إرغامهم على الاشتراك في أي عمل من أعمال الحرب ضد دولتهم[14].

ويتعين على سلطة الاحتلال في سبيل قيامها بواجباتها تجاه السكان المدنيين أن تقوم بعدد من الترتيبات من بينها:

- تجميع الجرحى والمرضى و الغرقى وتقديم الرعاية لهم دون تمييز بغض النظر عن الطرف الذي ينتمون إليه وذلك وفقاً للمادة 16 وما يليها من اتفاقية جنيف الرابعة.
- معاملة الأشخاص الموجودين تحت سيطرتها معاملة إنسانية، و ذلك حسب المادة 27 من اتفاقية جنيف الرابعة

- عدم إرغام الأشخاص المحميين على الخدمة في قواتها المسلحة، وفقاً للمادة 51 من اتفاقية جنيف الرابعة.
- ضمان الإمدادات الغذائية والطبية للسكان، حسب المواد55 ،56 ، 57 من اتفاقية جنيف الرابعة.
- الموافقة على عمليات الإغاثة لصالح سكان الأرض المحتلة، إذا كان السكان كلهم أو قسم منهم لا تصلهم المؤن الكافية، وذلك وفقاً للمادة 59 من اتفاقية جنيف الرابعة.
- توزيع شحنات الإغاثة على سكان الأرض المحتلة دون تحويل مسارها أو مصادرتها لصالحها، وذلك بناء على المادة 60 من اتفاقية جنيف الرابعة.
- السماح للجمعية الوطنية للصليب الأحمر أو الهلال الأحمر بمواصلة أنشطتها بما يتفق مع مبادئ الحركة الدولية، وذلك وفقاً للمادة 63 من اتفاقية جنيف الرابعة.
- احترام الملكية الثقافية [15]، وهذا ما ورد في المادة 56 من لائحة لهاي.

ويقابل واجبات سلطة الاحتلال نحو سكان الاقليم المحتل التزام هؤولاء بألا يقوموا بأي عمل عدائي ضد سلطة الاحتلال كالاعتداء على أفرادها، وكإيصال معلومات لسلطات البلاد الأصلية عن تحركات جيش الاحتلال، وإلا تعرضوا لتوقيع أقصى العقوبات، على أنه في حالة وقوع عمل عدائي ضد السلطات المحتلة لا يجوز توقيع العقاب إلا على ذات الفاعلين، فلا يجوز توقيع جزاءات جماعية من أي نوع على مجموع السكان باعتبارهم متضامنين أو مسؤولين بالتضامن عن الفعل العدائي الذي يرتكبه أحد الأفراد أو بعضهم[16]، وذلك حسب المادة 50 من لائحة لهاي لعام1907 .

الفرع الثاني : ما يحظر على سلطة الاحتلال حظر تاماً

ويحظر على سلطة الاحتلال حظراً مطلقاً ما يلي:

- النقل الجبري للأشخاص المحميين إلى أي مكان خارج الأرض المحتلة، ومهما كانت الأسباب، وذلك حسب المادة 49 الفقرة الأولى من اتفاقية جنيف الرابعة التي تنص على أنه : "يحظر النقل الجبري الجماعي أو الفردي للأشخاص المحميين أو نفيهم من الأراضي المحتلة إلى أراضي دولة الاحتلال أو إلى أراضي أي دولة أخرى، محتلة أو غير محتلة، أيا كانت دواعيه".

- نقل وترحيل دولة لجزء من سكانها المدنيين إلى الأراضي التي تحتلها مهما كانت دواعي هذا النقل، سياسة كانت أم عنصرية ...إلخ وذلك بناء على الفقرة الأخيرة من المادة 49 من اتفاقية جنيف الرابعة.

وقد جاء هذا الحظر نتيجة لقيام بعض الدول بنقل وطنييها إلى أقاليم خاضعة لاحتلالها، لما ينجز عن هذا الإجراء من نتائج خطيرة، إذ قد يؤدي إلى إذابة الكيان القومي للسكان الأصليين[17].

- أخذ الرهائن [18]وذلك وفقاً للمادة 34 من اتفاقية جنيف الرابعة.
- القيام بأعمال الاقتصاص ضد الأشخاص المحميين وممتلكاتهم.
- إجبار الأشخاص المحميين على الخدمة في القوات المسلحة لسلطة الاحتلال وهذا ما نصت عليه المادة 51 من إتفاقية جنيف الرابعة.
- تغيير وضع الموظفين أو القضاة في الأراضي المحتلة، أو أن توقع عليهم عقوبات أو تتخذ ضدهم أي تدابير تعسفية إذا امتنعوا عن تأدية وظائفهم وذلك حسب المادة 54 من اتفاقية جنيف الرابعة.

المطلب الثاني :أثر الاحتلال بالنسبة للسيادة الإقليمية للأرض المحتلة.

كما مر معنا، فإننا نكون بصدد احتلال عندما تكون أرض ما تحت السيطرة أو الإدارة الفعلية لسلطة الاحتلال، لكن هذا لا يعني انتقال ملكية هذه الأرض إلى دولة الاحتلال مادامت الحرب قائمة ولم تنته بالاتفاق على ضم الإقليم إلى هذه الدولة، ولا يجوز قانونا لدولة الاحتلال أن تعلن من جانبها عن ضم الإقليم إليها على اثر احتلالها له ومثل هذا الإعلان لو صدر لا يترتب عليه أي أثر قانوني، لأن الضم لا يكون صحيحاً إلا بالاتفاق عليه عند عقد الصلح، وعلى ذلك تحتفظ الدولة صاحبة الإقليم بحقوق سيادتها عليه، إنما على دولة الاحتلال أن تتولى عنها ممارسة هذه الحقوق أثناء مدة الاحتلال [19]، ذلك أن الاحتلال يخضع للمبدأ القائل : "بأن الحكومة الشرعية لها السيادة وليست لها السيطرة الفعلية، في حين أن المحتل له السيطرة وليس له السيادة".[20]

وانطلاقاً من هذا سنخصص الفرع الأول لكل ما يتعلق بالقوانين والنظام الإداري والقضائي للأرض المحتلة، أما الفرع الثاني فسيتم التطرق فيه إلى ما يتعلق بممتلكات الأرض المحتلة ومواردها.

الفرع الأول : فيما يتعلق بالقوانين والنظام القضائي والإداري للأرض المحتلة

بموجب المادة 43 من لائحة لهاي، يقع على سلطة الاحتلال استعادة الأمن والنظام العام والحياة الاقتصادية والاجتماعية للدولة المحتلة إلى أقرب شكل كانت عليه قبل الاحتلال.

أولاً :إدارة الإقليم المحتل

وجود السلطة الفعلية على الإقليم في يد دولة الاحتلال، يقتضي قيامها بإدارته طالما بقيت في يدها هذه السلطة، وتلجأ دولة الاحتلال عادة إلى طريقتين هما :إما إبقاء الإدارة القائمة في الإقليم وقت الاحتلال على ما هي عليه، و الإشراف عليها و توجيهها تبعا لما تقتضيه مصالح الدولة المحتلة ، و إما استبدال هذه الإدارة بأخرى.

وعلى سلطة الاحتلال في أي من الحالتين أن تبدأ عملها باتخاذ الإجراءات الكفيلة بإعادة وتثبيت النظام في الإقليم حتى تأخذ الحياة العامة مجراها الطبيعي[21].

ثانياً :اختصاص المحتل القضائي والقيود الواردة عليه

المبدأ الأساسي الذي استقرت عليه أحكام القانون الدولي وانتهى إليه الفقه والعمل الدوليان وكرسته الاتفاقيات الدولية ذات العلاقة، هو استمرار الاختصاص القضائي لدولة السيادة في الإقليم المحتل، وعليه استمرار المحاكم الأصلية في الأراضي المحتلة بأداء وظيفتها العادية، وأنه لا يجوز أن تتدخل سلطة الاحتلال في مرفق القضاء وأن القضاة لهم الحرية الكاملة في إصدار أحكامهم، وهذا ما أكدته المادة 43 من لائحة اتفاقية لهاي الرابعة، وكذلك المادة المادة 54 من اتفاقية جنيف الرابعة لعام1949 .

في حين نجد المادة 60 من اتفاقية جنيف الرابعة لعام 1949 قد أعطت لسلطة الاحتلال الحق في إنشاء محاكم عسكرية يخضع لها سكان الإقليم المحتل، والتي تختص بالنظر في نوعين من الجرائم وهما:

- الجرائم الموجهة ضد جيش الاحتلال و التي يحددها القانون العسكري لجيش الاحتلال.
- الجرائم المنصوص عليها في قانون العقوبات التي تعلنها سلطة الاحتلال بمقتضى الفقرة الثانية من المادة 64 من اتفاقية جنيف الرابعة.

نجد المادة 66 من اتفاقية جنيف الرابعة اشترطت شروطاً معينة يلزم توافرها في المحاكم التي تنشئها سلطة الاحتلال، وهذه الشروط تتمثل في:

- أن تكون هذه المحاكم عسكرية.
- أن تكون غير سياسية.
- أن تشكل بطريقة نظامية.
- أن تعقد جلساتها في الإقليم المحتل[22].

ثالثاً :الاختصاص التشريعي للمحتل والقيود الواردة عليه.

القاعدة أن عمل التشريع وتعديلة وإلغائه هو من أعمال السيادة، تختص به الدولة صاحبه الإقليم، وبناء على ذلك لا يجوز لسلطة الاحتلال أن تباشر أي اختصاص تشريعي وهذا ما أكدته قواعد لائحة اتفاقية لهاي الرابعة وعلى الأخص المادة 43 منها، وكذلك الفقرة الثانية من المادة 64 من اتفاقية جنيف الرابعة لعام1949 .

الفرع الثاني : فيما يتعلق بممتلكات الأرض المحتلة ومواردها

أولاً : فيما يتعلق بالممتلكات الخاصة

القاعدة أنه لا يجوز مصادرة الممتلكات الخاصة ولكن هناك استثناءان،الاستثناء الأول يكمن في أنه إذا تمثلت الأشياء التي صودرت في أجهزة للاتصال أو وسائل للنقل يلزم فقط إعادتها بعد إحلال السلم، والاستثناء الآخر هو أن تكون هذه الأشياء مطلوبة للوفاء باحتياجات جيش الاحتلال وفي جميع الأحوال يتعين على المالك تلقي تعويض عادل، وهذا ما نصت عليه المادة 55من اتفاقية جنيف الرابعة.

ثانياً :فيما يتعلق بالممتلكات العامة

هناك نوعان من الممتلكات العامة، ممتلكات عامة منقولة وأخرى ثابتة.

تصبح الممتلكات العامة المنقولة التي يمكن استخدامها للأغراض العسكرية غنائم حرب (المادة 53 من لائحة اتفاقية لهاي)، وتصبح عند الاستيلاء عليها من ممتلكات دولة الاحتلال، ولكن لا يجوز الاستيلاء على الأغذية والإمدادات الأخرى التي تملكها الدولة، وخاصة الإمدادات الطبية، إلا إذا تم الوفاء باحتياجات سكان الإقليم المحتل، وهذا وفقا لنص الفقرة الثانية من المادة 55 من اتفاقية جنيف الرابعة.

وفيما يخص الممتلكات العامة الثابتة، فالقواعد أكثر صرامة، إذ نجد المادة 55 من لائحة اتفاقية لهاي تنص على أنه لا يجوز لسلطة الاحتلال أن تستولي على الممتلكات الثابتة التي تخص الدولة المحتلة[23].

خاتمة:

من خلال ما تطرقنا إليه فيما يخص الاحتلال وفق أحكام القانون الدولي الإنساني، تمكنا من استخلاص النتائج التالية:

- أن الاحتلال واقعة مادية، ومهما طال أمده لا يفرض ولاء من الشعب المقهور إلى المحتل، وبناء على ذلك فإن تصرفات المحتل التي تضر بالمواطنين هي تصرفات باطلة وغير شرعية وتشكل جريمة دولية، يجب المعاقبة عليها ومساءلة سلطة الاحتلال.
- أن الاحتلال وضع مؤقت لا ينفي السيادة عن الحكومة الشرعية على الإقليم المحتل، لكن يمنح حقوقاً انتقالية لدولة الاحتلال حتى تتمكن من استعادة الأمن والنظام العام، وكذا استعادة الحياة الاقتصادية والاجتماعية إلى أقرب شكل كانت عليه قبل الاحتلال.
- أن النظام القانوني المتعلق بالاحتلال يتميز في خطوطه العريضة بمبدأين هامين هما : وجوب احترام حقوق الفرد والمحافظة على وضع الأراضي والقوانين على ما هو عليه.
- تقوم قواعد الاحتلال على جملة قواعد مستمدة من القانون الدولي الإنساني، وحديثا على قواعد أخرى استمدت من قواعد القانون الدولي لحقوق الإنسان.

ومن خلال هذه النتائج المستخلصة وفي ضوء الأحداث التي يشهدها عالمنا المعاصر، فإنه يمكن اقتراح بعض التوصيات:

- السعي لتكثيف الجهود الدولية من أجل الابتعاد قدر الإمكان عن الاحتلال سواء كان كلياً أو جزئياً، حتى لو كان كوسيلة لحل النزاعات الدولية لأنه لا ينجم عنه إلا الدمار والخراب سواء في الجانب البشري أو المادي.
- صحيح أن النظام القانوني للاحتلال يكفل من خلال نصوصه حماية للأفراد المدنيين داخل الإقليم المحتل، لكنها تبقى مع ذلك قاصرة لعدم وجود آليات فعالة لتطبيق ومراقبة تطبيق هذه النصوص، لذلك نقترح إنشاء آليات لضمان تفعيل هذه الحماية، ولعله من أنجع هذه الآليات ما يلي:

1. تفعيل دور الدول التي ليست طرفاً في الاحتلال وأيضاً دور المنظمات الدولية سواء العالمية منها أو الاقليمية.

2. خضوع المرتكبين لمخالفات جسيمة للنظام القانوني للاحتلال إلى متابعات جزائية، سواء ضمن المحاكم الجنائية الوطنية، أو على مستوى محاكم جنائية دولية.
3. لا بد من اتخاذ التدابير الناجعة لكبح ومنع ترحيل دولة الاحتلال لمواطنيها إلى الإقليم المحتل، لما ينجر عن ذلك من إذابة للكيان القومي للسكان الأصليين.
4. ينبغي تنقيح القوانين التي تحكم الاحتلال، حتى تكون أكثر جدوى وفاعلية واحتراما لحقوق الإنسان أثناء قيام حالة الاحتلال.

الهوامش:

1) عبدالله سليمان سليمان، المقدمات الأساسية في القانون الدولي الجنائي، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ص 275.
2) المادة 42 من لائحة لاهاي الرابعة المؤرخة في 1907، والمتعلقة بقوانين وأعراف الحرب.
3) علي صادق أبو هيف، القانون الدولي العام، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، ص 722 و723.
4) مختارات من المجلة الدولية للصليب الأحمر، 2004، ص 30 و 31.
5) مجلة القانون الدولي الإنساني الصادرة عن اللجنة الدولية للصليب الأحمر، العدد 25، 2003.
6) مختارات من المجلة الدولية للصليب الأحمر، مرجع سابق، ص 33.
7) علي صادق أبو هيف، مرجع سابق، ص 672.
8) مختارات من المجلة الدولية للصليب الأحمر.
9) الموقع الالكتروني للجنة الدولية للصليب الأحمر:

www.icrc.org/web/ara/site arao.

10)مختارات من المجلة الدولية للصليب الأحمر، مرجع سابق، ص 33 و34.
11)المرجع ذاته، ص 165 و 166.
12)أنظر المواد من 44 إلى 47 من لائحة لهاي لعام 1907.
13)علي صادق أبو هيف، مرجع سابق، ص 725.
14)أنظر المادة 52 من لائحة لهاي، والمادة من اتفاقية جنيف لسنة 1949.
15)مجلة القانون الدولي الإنساني، مرجع سابق، ص 50.
16)علي صادق أبو هيف، مرجع سابق، ص 725.
17)عباس هاشم السعدي، مسؤولية الفرد الجنائية عن الجريمة الدولية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2002، ص 155 156.

18)أنظر الموقع الالكتروني للجنة الدولية للصليب الأحمر.

19)علي صادق أبو هيف، مرجع سابق، ص 723.

20)محمد بو سلطان وحمادي بكاي، القانون الدولي العام وحرب التحرير الجزائرية، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، ص 135.

21)أنظر المادة 43 من لائحة لهاي لعام 1907.

22)سامر أحمد موسى، الحماية الدولية للمدنيين في الأقاليم المحتلة،مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة بسكرة، 2005، ص 89.

23)مجلة القانون الدولي الإنساني، مرجع سابق، ص 59.

الحماية الدستورية للأشخاص ذوي الإحتياجات الخاصة

الدكتور/بن عيسى أحمد ،أستاذ محاضر"أ" ،كلية الحقوق والعلوم السياسية،جامعة دكتور مولاي الطاهر بسعيدة ،الجزائر

ملخص:

يشكل الدستور وثيقة أساسية تضمن حقوق الأفراد على أساس مبدأ المساواة و عدم التمييز ، بما فيها فئة ذوي الإحتياجات الخاصة.

أقر المشرع الجزائري دسترة حقوق الأشخاص ذوي الإحتياجات بما يعطي أكثر ضمانه لممارسة حقوقهم و الرقابة عليها ،و توافقا مع المنظومة الدولية لحقوق هاته الفئة .

الكلمات المفتاحية :

فئة ذوي الإحتياجات الخاصة ، الدستور ، مبدأ المساواة و عدم التمييز،الحقوق الأساسية ، الرقابة الدستورية.

Abstract:

The Constitution is a fundamental document guaranteeing the rights of individuals on the basis of the principle of equality and non-discrimination, including the category of persons with special needs.

The Algerian legislator passed the Constitution of the Rights of Persons with Disabilities, which gives the most guarantee for the exercise of their rights and control, in accordance with the international system of rights of this category.

key words :

The category of people with special needs, the constitution, the principle of equality and non-discrimination, basic rights, constitutional control.

مقدمة :

يشكل الأشخاص ذوي الإحتياجات الخاصة فئة من المجتمع لها مجموعة من الخصوصيات التي تختلف عن الأشخاص الأسوياء. و لها من المقومات ما يجعل قدرتها على الإندماج في المجتمع رغم المعوقات التي تطالها سواء في إطارها الذاتي المرتبط بها،أو في شخصيتهاأو تلك المتصلة بالمجتمع و المحيط .

و لا زالت حقوق الأشخاص ذوي الإحتياجات محل تطور عبر الدول وفقا للتحولات المجتمعية و كذا ما تقتضيه أوجه الإهتمام بهاته الفئة .

لذا فقدكانت عبر العصور محل تطور و ان كانت في فترات معينة مهمشة و غير معترف بها نتيجة النظرة السلبية لهاته الفئة .

إلا أن المنظمومة القانونية أعطت إهتماما متزايدا لهاته الفئة عبر فترات متعددة كانت بدايتها مع تأسيس المجتمع الدولي الحديث ،و بروز المنظمات الدولية و تطور النظرة لهاته الفئة بما يحفظ حقوقها .

إتجه المجتمع الدولي نحو الإهتمام بهاته الفئة مع بداية تأسيس الأمم المتحدة. عبر إقرار المواثيق الدولية كالإعلان العالمي لحقوق الإنسان الذي يعتبر لبنة أساسية أولى في تدوين و تدويل الحقوق الأساسية للأفراد و أرست توجهات المنظمات الدولية بعد ذلك نحو إقرار العديد من الصكوك الدولية الخاصة بالأشخاص ذوي الإحتياجات. ترسيخا لمبادئ حقوق الإنسان وصولا إلى تبني إتفاقية خاصة بهاته الفئة و هي إتفاقية حقوق الإنسان للأشخاص ذوي الإعاقة لسنة 2006 التي دخلت حيز التنفيذ سنة 2008

و نظرا لإقرار هاته المواثيق الإلتزامات الدولية على الدول ال موجودة في المنظومة الدولية بشكل بما فيها المنظمة للمنظمات الدولية و التي إعتمدتهاته الصكوك الدولية بما جعلها تلتزم بإقرارها في تشريعات الأساسية المختلفة و المنظمة لمجالات الحياة للأفراد بما فيهم الأشخاص ذوي الإحتياجات الخاصة.

و نظرا لخصوصيةهاته الحقوق. فقد دأبت الدول على تضمينها في دساتيرهابإعتبارأن الدستور وثيقة تسمو على القوانين ،و لها قيمة بالمقارنة مع القوانين المنظمة لحقوق الأفراد داخل المجتمع ،و لإعطاءأكثر فعالية ضمانات أسايسيه لهاته الفئة على غرار فئات أخرى كالطفولة و المرأة ...وغيرها .

إتجهت الجزائر نحو الدخول في منظمة الحقوقية الدولية و التصديق على المواثيق الدولية المنظمة لحقوق الإنسان و ضمنتها في تشريعات الإسية و إلتزمت بها في حدود النظام العام الإجتماعي الخاص بالمجتمع الجزائري و بما يتوافق مع الشريعة الإسلامية و مبادئ الدولة.

و تشكل فئة ذوي الإحتياجات بالجزائر و التي يعطيها المشرع الجزائري مصطلح ذوي الإعاقة جزء من المجتمع ،و قد رسمت الجزائر سياسة إجتماعية و تضامنية مع هاته الفئة تطورت لأن تصل إلى مقاربة حقوقية تضمن حقوق لهاته الفئة و عدم إنتهاك أو تعسف في ممارستها.

أقرت الجزائر العديد من الحقوق لهاته الفئة في الدساتير المختلفة منذ الإستقلال في إطار العام مرتكزة على مبدأ المساواة بين المواطنين عدم التمييز على أساس الظرف الإجتماعي بما فيه الإعاقة مع ضمان و إقرار الحقوق الأسيا سية لهاه الفئة بالتساوي مع الأفراد الأخرين في المجتمع.

و لما كانت الجزائر في صلب المنظومة الدولية الحقوقية فقد واكبت التحولات الدولية في تطور حقوق هاته الفئة عبر إصدارها للقانون 02-09 المتعلق بحقوق الأشخاص ذوي الإعاقة و ترقيتهم حتى قبل صدور الإتفاقية الدولية سنة 2006 ،و إصدارها للعديد من النصوص القانونية التي تعطي الإمتيازات و تحفظ حقوق هاته الفئة .

و تماشيا مع تطور حقوق فئة ذوي الإحتياجات فقد تبنت الجزائر دسترة حقوقهم عبر التعديل الدستوري الأخير بنصها صراحة في المادة 72 على ضرورة قيام الدولة بتسهيل إستفادة هاته الفئة من الحقوق الأساسية للأفراد ، إلى جانبإقرار الدستور لمبدأ المساواة و عدم التمييز في المادة 32 .

إلى جانب ذلك فإن الأشخاص ذوي الإحتياجات الخاصة يتمتعون بنفس الحقوق الدستورية للأفراد في المجتمع على أساس المساواة.إلا ما كان إستثناءا للمصلحة العامة أو لخصوصية شخصية الفرد .

إن دسترة حقوق الأشخاص ذوي الإحتياجات الخاصة يعتبر ضمانة أساسية لممارسة حقوقهم و إقرارا من المشرع الدستوري لحقوقهم و لبنة أساسية في إعطاء أكثر دفعا لأجل اعتماد نصوصية قانونية أكثر فعالية لتكفل هذا الحق الدستوري.

و يهدف هذا المقال إلى تسليط الضوء على حقوق هاته الفئة الدستورية ،و تحديد المفاهيم المرتبطة بها، و الأسس التي يتم إقرار الحقوق على أساسها ،مع إبراز هاته الحقوق الدستورية و تحليل مضامين المواد التي جاءت بها .

خاصة و أن أهمية الموضوع واضحة بإعتبار أن التسليط القانوني على هاته الفئة يكاد يكون معدوما بإعتبار أن الإهتمام بها غالبا ما ينصب على المجال الطبي و الإجتماعي .

و قد إستعنت بالمنهج الوصفي بشكل واسع في كتابة هذا المقال نظرا لطبيعة البحث كونه يسلط الضوء على الإطار التحلي الوصفي للحقوق و كذا المفاهيم المرتبط بها ،و مضامينها و أليات الرقابة عليها ،مع تحديدنا لحدود المقال في تناول الحماية الدستورية للأشخاص ذوي الإحتياجات الخاصة ووسائلها دون سواه من التطرق لعناصر خارج إطار الموضوع .

إتبعب في هذا البحث خطة ثنائية لأجلإطفاء التوازن و تسهيل عملية الإستعاب للموضوع .مع إستعانتي بمراجع متعددة ،خاصة مع تعلق بالنصوص القانونية المختلفة و التي تثري الموضوع و تخدمه،بالإضافة إلى كتب و مقالات متجددة و متنوعة .

المبحث الأول:المحددات المفاهمية للحقوق الدستورية للأشخاص ذوي الإحتياجات الخاصة

01- تحديد المفاهيم الإصطلاحية المتعلقة بفئة ذوي الإحتياجات الخاصة :

تاريخيا أطلق تطور المصطلح المتصل بفئات الأشخاص ذوي الإحتياجات فكان في الماضي يسمون "المقعدين"ثم أطلق عليهم كلمة " ذوي العاهات " على إعتبار أن كلمة الإقعاد توحي بإقتصار تلك الفئة على مبتوري الأطراف أو المصابين بالشلل ، وأما العاهة فهي أكثر شمول بمدلول الإصابة المستديمة ، ولما تطورت النظرة إليهم على أنهم ليسوا عاجزين وإن المجتمع هو الذي عجز عن إستيعابهم أو تقبلهم أو عن الإستفادة مما قد يكون لديهم من مميزات أو مواهب أو صفات أو قدرات يمكن تنميتها وتدريبها بحيث يتكيفون مع المجتمع رغم عاهاتهم [1].

بل ربما فاقو غيرهم ممن نطلق عليهم تجاوزا (أسوياء) ، أي عندما أدرك المجتمع أنه هو المسئول عن تلك العوائق التي تمنعهم من التكيف معه عندئذ أصبحت المراجع العملية والهيئات المتخصصة تسميهم (المعاقين أو المعوقين) ، بمعني وجد عائق يعوقهم عن التكيف وبهذا المفهوم أصبحت كلمة معوق لا تقتصر على المعاقين عن عمل والكسب إنما تشمل المعاقين عن التكيف نفسيا و إجتماعيا مع البيئة ، إما بسبب إصابتهم بعاهات أو إنحرافات سلوكية ، وإما بسبب ما تفرضه عليهم البيئة .[2]

كما أطلق مصطلح الفئات الخاصة بشكل كبير في مجال دراسة العلوم الإجتماعية والنفسية[3]، وهو اصطلاح يطلق عادة على فئة أو مجموعة من الناس الذين تنطوي شخصياتهم على سمات وخصائص غير سوية قد تعمل على إعاقة نموهم وتفاعلهم النفسي والإجتماعي مما يحول بينهم وبين المساهمة الإيجابية في الحياة.[4]

ويرى البعض أن مفهوم الإعاقة والمعاقين هو نفسه مفهوم الفئات الخاصة ودرجات الكثير من التعريفات على الخلط بينهما ولكن في حقيقة الأمر أن الإعاقة هي لا سواء سلبي بينما تتضمن مفهوم الفئات الخاصة الأسواء السلبي و الأسواء الإيجابي بمعنى أن فئات المتفوقين عقليا والموهوبين وذوي المهارات الخاصة المتفردة يدخلون ضمن الفئات الخاصة بجانب الفئات الأخرى التي أصيبت بإعاقات مختلفة.[5]

02- موقف المشرع الجزائري من المفهوم الإصطلاحي.

تماشيا مع المواثيق الدولية فقد أقر المشرع الجزائري في التشريعات الأساسية التي تنظم حقوق هاته الفئة تسمية "الأشخاص ذوي الإعاقة " ،و هي نفسها التسمية التي تم إدراجها على مستوى الإتفاقية الدولية لحقوق الأشخاص ذوي الإعاقة التي صدرت سنة 2006 و دخلت حيز التنفيذ سنة 2008 ،و في نفس السياق فقد أدرج المشرع في القانون 02-09 هذا المصطلح .

إلا أن إقرار الدستور الحالي في المادة 72 فقرة ثالثة لمصطلح ذوي الإحتياجات جعل هناك عدم تطابق في إقرار التسمية لهاته الفئة ، و يتفق الغالبية على أنها فئة يعوقها المجتمع لكي تصبح أكثر إندماجا و إستقلالا أما بنظرته أو وسائله ،و إما أنها تعيق نفسها بإرادتها الناتجة عن التكوين الجسمي أو العقلي بعدم سعيها لذلك .

إلا أننا في هذا الصدد نقر بأن مصطلح ذوي الإعاقة هو الأصل بنتيجة إقراره دوليا على أن فئة ذوي الإحتياجات الخاصة تضم الأشخاص المعاقين و الفئات الضعيفة الأخرى المسنين و العاجزين نتيجة الأمراض و غيرهم و تضم حتى الفئات التي تحتاج إهتمام خاص بها نتيجة تفقها على المجتمع في حد ذاتها كالأذكياء أو اصحاب المهارات الخاصة

03- تعريف الأشخاص ذوي الإحتياجات الخاصة

يمتد تعريف الأشخاص ذوي الإحتياجات الخاصة الى المصطلح الذي تم إقراره دوليا و كذا تبنيه من طرف المشرع الجزائري و يتعلق الأمر بالأشخاص ذوي الإعاقة بما يجعل تعريفه يمتد لهاته الفئة ،فأما على مستوى

المواثيق الدولية المتنوعة فقد شمل تعريف هاته الفئة الى التفصيل في مسببات الإعاقة[6] على غرار تعريف منظمة الصحة العالمية، و كذا الإعلان الخاص بحقوق المعوقين الصادر عن الجمعية العامة للأمم المتحدة في09 ديسمبر لسنة1975و ربطه بالقصور الوظيفي و كذا إعاقة المحيط و المجتمع للشخص في قيامه على قدم المساواة مع الأخرين بوظائفه العادية، في حين كان للإتفاقية الأمريكية بشأن إزالة كافة أشكال التمييز ضد الأشخاص المعاقين 07 جوان 1999 نظرة في تعريفها تتعلق بالضعف البدني أو العقلي أو العصبي بما يمتد إلى أسباب حدوث الإعاقة التي تجعله الشخص من فئة ذوي الإحتياجات الخاصة .[7]

غير أن إقرار الإتفاقية الدولية لحقوق الإنسان للأشخاص ذوي الإعاقة و تخليه عن مصطلح ذوي الإحتياجات الخاصة اعطى تعريفا يتوافق مع هذا المصطلح و يمتد إلى إتجاه تطور على المدى البعيد و جعله اكثر مرونة فالإتفاقية الدولية لم تعط تعريفا دقيقا "للشخص المعاق" بل أشارت في ديباجة الإتفاقية إلى أن للإعاقة مفهوم تطوري وبذلك أرادت أن تفتح المجال إلى توسيع المجال لكل الأشخاص الذين قد تؤدي حالة ما إلى جعلهم يصنفون داخل إطار هذه الفئة، كما أنها كباقي المواثيق الدولية تعبر عن الإتجاه العام للحماية الذي يؤدي إلى توجيه الدول التي تصادق على الاتفاقية من أجل وضع الضمانات القانونية الكافية في هذا الإطار لحماية المعوقين من خلال التشريعات الداخلية كآلية للتنفيذ ,وبذلك فإن الإتفاقية لم تعرف الإعاقة بشكل صريحبل أنها تعترف بها في الديباجة.[8]

إلا أننا في هذا الصدد نذكر التعريف الذي جاءت به الإتفاقية الدولية لذوي الإعاقة حيث إعتبرت أن "الأشخاص ذوي الإعاقة":<<كل من يعانون من عاهات طويلة الأجل بدنية أو عقلية أوذهنية أو حسية؛ قد تمنعهم لدى التعامل مع مختلف الحواجز من المشاركة بصورة كاملة وفعالة في المجتمع على قدم المساواة مع الآخرين>>.[9]

يمكن أن نستشف من مضمون هذا التعريف أنها أعطت الحد الأدني للأشخاص الذين يمكن أن تعطى لهم الحماية كمعاقين ،وتنطوي هذه الإشارة على فهم أن الدول تستطيع أن توسع نطاق سلسلة الأشخاص المحميين[10]

ب– تعريف فئة ذوي الإحتياجات الخاصة في التشريع الجزائري:

على غرار التشريعات الداخلية للدول فإن المشرع الجزائري قد قام بتعريف ذوي الإحتياجات الخاصة من خلال قانون الصحة وترقيتها و القانون المتعلق بحماية الأشخاص المعوقين و ترقيتهم.

1- تبنى المشرع الجزائري مصطلح الأشخاص ذوي الإعاقة بدل ذوي الإحتياجات الخاصة و على هذا الأساس فقد أقر ضمن التشريعات المتصلة بهاته الفئة سواء على المرتبطة بالمجال الصحي بإعتباره الأساس في تصنيف الإعاقة[11]،و كذا الوقاية منها أو تلك الخاصة بحماية هاته الفئة.

و تعتبر الإتفاقية الدولية لحقوق الأشخاص ذوي الإعاقة الصادرة سنة 2006 و التي دخلت حيز التنفيذ سنة 2008 بمثابة الإطار الدولي الذي يعتبر أداة توجيه للدول الأطراف فيها لسياستها الداخلية لحماية الأشخاص الذين يعانون من إعاقات متنوعة، سواء من خلال وضع التشريعات المتعددة التي توفر الحماية القانونية و تعطي الحقوق لهذه الفئة، أو من خلال جملة الإجراءات التي تعبر عن السياسة الإجتماعية للدول في بناء نظام قانوني متصل بهؤلاء الأشخاص بما يؤدي إلى تنفيذ الإلتزامات التي تقع على عاتق الدول في مجال تجسيد هذه الاتفاقية على المستوى الداخلي .

و قد أدرج فصلا كاملا في هذا الإطار بعنوان "تدابير حماية الأشخاص المعوقين" في مضمون القانون رقم 05-85 المؤرخ في 16 فبراير 1985المتعلق بالصحة و ترقيتها.[12]

و في نفس السياق و في إطار إهتام المشرع الجزائري بحماية فئة ذوي الإعاقة و قد تم إصدارفي سنة 2002تشريعا خاصة بفئة المعوقين وهو القانون 09/02 المتعلق بحماية الأشخاص المعوقين و ترقيتهم،وبذلك قد سبقت صدور الإتفاقية الدولية لذوي الإعاقة الصادرة عن الجمعية العامة في سنة2006 و التي دخلت حيز التنفيذ سنة2008 ،مما يدل على أن الجزائر كانت ملتزمة دائما إتجاه هذه الفئة من خلال التزاماتها العامة في إطار الإتفاقيات الدولية الخاصة بحقوق الإنسان و التي تضمنت الإشارة إلى حقوق المعوق في شكلها العام كالإعلان العالمي لحقوق الإنسان لسنة 1948و العهد الدولي الخاص بالحقوق السياسية و المدنية و العهد الدولي الخاص بالحقوق الإقتصادية و الإجتماعية لسنة1966 ،بالإضافة إلى الإتفاقيات والإعلانات ذات الصلة بحقوق الإنسان بشكل عام و قد عرف القانون 02-09 المؤرخ في 8 ماي 2002 المتعلق بحماية الأشخاص المعوقين و ترقيتهم،كتشريع متخصص في مجال حماية الأشخاص ذوي الإعاقة ،و قد جاء في إطار تكريس الدولة

لسياستها في إطار حقوق الإنسان بما يؤدي إلى حماية الفئات الخاصة، حيث إعتبر وفق المادة الثانية منه بأن المعوق هو كل شخص"مهما كان سنه و جنسه يعاني من إعاقة أو أكثر ،وراثية أو خلقية أو مكتسبة تحد من قدراته على ممارسة نشاط أو عدة نشاطات أولية في حياته اليومية الشخصية و الإجتماعية نتيجة إصابة وظائفه الذهنية أو الحركية أو العضوية الحسية." [13]

كما أنه أضاف عند تحديده للمنحة المالية التي تقدم للشخص المعوق في إطار المساعدة الإجتماعية صفة المعوق " للأشخاص ذو العاهات و المرضى الذين يبلغ سنهم ثماني عشر سنة على الأقل المصابون بمرض مزمن و معجز" [14]وإعتبر أن هؤلاء الأشخاص يدخلون في إطار التعريف السابق الذكر في المادة الثانية من نفس القانون، و هذا يقودنا للقول بأن المشرع وسع من دائرة الأشخاص الذين يمكن أن تعطى لهم صفة المعاق سواء في حالة كان متمتعا بصحته و يعاني من عاهة مستديمة، أو يعاني من إصابة بمرض مزمن يؤدي إلى إعاقته عن تأديته لوظائفه العادية .

المطلب الثاني:مفهوم الحقوق الدستورية للأشخاص ذوي الإحتياجات الخاصة

المقصود منها هي تلك الحقوق التي تقرها وثيقة الدستور و تتضمن جملة من الحقوق الخاصة لفئة معينة ليس لها نفس خصوصية الأفراد الأخرين للمجتمع ،و تثبت لهم بصفتهم ينتمون لأشخاص ذوي الإحتياجات دون سواهم من الفئات الأخرى التي قد يطالها الدستور .

و بالتالي هي حقوق يتم اقرارها دستوريا لشخص له صفة المعاق و يمارسها في اطار قانوني ، بما يسمح له بالاندماج في المجتمع و المشاركة في فعالياته بشكل عادي و باستقلالية و دون تمييز و بحماية قانونية .

و لا يعن إقرار الدستور للحقوق الأساسية للأشخاص ذوي الإحتياجات الخاصة دون سواهم بأنهم غير معنيين بالحقوق الأخرى ذات الطابع السياسي و الإجتماعي و الإقتصادي و الثقافي، بل على العكس فهم يمارسون حقوقهم السواء بقدر المساواة مع الأخرين من اقرانهم في المجتمع كأشخاص عاديين في حدود طاقاتهم و

إمكانياتهم التي تؤهلهم لذلك ، مع وجوب ممارسة حقوق استثنائية تخصهم كفئة خاصة في والمجتمع ،و هذا لا يعتبر تمييزا في حد ذاته بل هو غير ذلك بإعتبار أن الدستور من أقر ذلك .

الفرع الأول:خصائصها

- إن إقرار الحقوق الدستورية للأشخاص ذوي الإحتياجات بكل فئاتها السياسية و الثقافية و الإقتصادية و الإجتماعية ،المراد منها هو إعطاء فرصة للأفراد من هاته الفئة لأجل ممارسة حقوقهم بشكل مستقل و نتاجا لتحقيق مبدأ المساواة بين الأفراد داخل المجتمع.
- إن هاته الحقوق هي خاصة بفئة الأشخاص ذوي الإحتياجات دون سواهم نظرا لخصوصيتهم العقلية و الفيزيولوجية و مقوماتهم غير المتكافئة مع الأخرين
- إن هاته الحقوق لا تثبث للأشخاص إلا وفقا لشروط قانونية خاصة كالحالة الجسمية أو العقلية و التي يقرها القانون . .
- إن هاته الحقوق هي جزء لا يتجزأ من ممارسة الحقوق الأخرى ،و هي متلاصقة معها فلا يمكن أن نتصور وجودها في منعزل عن الحقوق الدستورية الأخرى .
- إن ممارسة هاته الحقوق هي وسيلة فعالة لأجل إعطاء إستقلالية لهاته الفئة و ادماجها في المجتمع بما يتوافق مع خصوصيتها .

الفرع الثاني:الأساس الدولي لحقوق الأشخاص ذوي الإحتياجات الخاصة

أقرت العديد من الصكوك الدولية المعنية بحقوق الأفراد و التي يدخل فيها حقوق الأشخاص المعاقين بشكلعام، كالإعلان العالمي لحقوق الإنسان لعام 1948 و العهدين الدوليين لعام 1966 ،بالإضافة إلى إتفاقيات أخرى ذات مضمون خاص .[15]

إلا أنه ولما كانت الأشخاص ذوي الإعاقة تعتبر من بين الفئات أكثر تهميشا في المجتمعات نظرا لعدم قدرتها على الدفاع على حقوقها وإبعادها في الغالب من آليات الرقابة الدولية التي تشكل الإطار العام للإلتزامات التي تقع على الدول و الحكومات في تطوير و ترقية الحقوق الأساسية للأفراد ،فكان لزاما صياغة إتفاقية خاصة و التي جاءت نتيجة مجهودات قامت بها الأمم المتحدة ،و المنظمات غير الحكومية عبر مسيرة تكللت بإقرار إتفاقية

الأمم المتحدة في سنة 2006 و التي دخلت حيز التنفيذ عام 2008 ،والتي تعتبر متخصصة تشتمل على جملة من الحقوق و الإلتزامات الدولية في مجال حماية هذه الفئة، و تأكيدا على الإتفاقيات الدولية الخاصة بحقوق الإنسان والتي تشكل مصادر للقانون الدولي لحقوق الإنسان،و قد ساهمت في إثراء التعاون الدولي من خلال آليات الرقابة في مجال حقوق الإنسان و تبني الدول في تشريعاتها الداخلية لحقوق هؤلاء الأشخاص.[16]

وقد جاء في ديباجة الإتفاقية التأكيد على المبادئ العامة لحقوق الإنسان التي كانت قبل إقرار هذه الأخيرة و الإشارة لوضعية الأشخاص ذوي الإعاقة في العالم، لتبرز في المادة الأولى و الثانية منها الغرض من هذه الإتفاقية و تبين المصطلحات المتصلة بمضمون مواد الإتفاقية، أما المادة الثالثة و الرابعة فقد جاءت بالمبادئ الأساسية التي تقوم عليها و الإلتزامات العامة للدول الأعضاء ، أما المادة الخامسة فقد أكدت عل مبدأ المساواة كأساس لإقرار أي حقوق ما، ليتم إقرار الفئات المستضعفة من ذوي الإعاقة في المادة السابعة و هم الأطفال و النساء ،و التأكيد على إذكاء الوعي من خلال التدابير المقترحة في الإتفاقية، بالإضافة إلى إمكانية الوصول من خلال الوسائل الممكنة في ذلك، و إلى جانب ذلك أقرت في مضمون موادها الحقوق المدنية و السياسية للأشخاص ذوي الإعاقة بشكل عام و الحقوق الإقتصادية و الإجتماعية .[17]

و إلى جانب ذلك تم إقرار العدد من المواثيق الدولية ذات الصلة بالمعاقين كان أبرزها الإعلان الخاص بحقوق المعوقين الصادر عن الجمعية العامة للأمم المتحدة في09 ديسمبر لسنة1975،و الإعلان الخاص بالمتخلفين عقليا لسنة1971 ،بالإضافة إلى الإتفاقيات ذات الطابع الإقليمي التي إحتوت في مضمونها بعض المواد المتعلقة بالأشخاص المعاقين ،غير أن الإتفاقية الأمريكية بشأن إزالة كافة أشكال التمييز ضد الأشخاص المعاقين المؤرخة في 07جوان 1999 كانت أبرز وثيقة جهوية إهتمت بهاته الفئة في إطار خاص .[18]

المبحث الثاني:المبادئ الدستورية في إقرار الحقوق الأساسية للأشخاص ذوي الإحتياجات

لا يختلف الأمر عندما يتعلق الأمر بالضمانات الدستورية لممارسة الحقوق في إعمال المبادئ العامة لذلك بإعتبارها تشكل الأساس الدستوري لإقرار هاته الحقوق و التي يتم التنصيص عليها دستوريا و تعد من مقومات لممارسة الحقوق و الحريات العامة، و هي معيار الرقابة السياسية و القضائية التي يتم إعمالها في حالة إنتهاك أي حق من الحقوق الأساسية لأفراد مهما كانت إنتمائهم .

و تكتسي هاته المبادئ أهمية بالغة في المنظومة الدستورية لأي دولة، فهي لها قيمة كبيرة كونها متضمنة في أسمى وثيقة قانونية للدولة و تعد إلتزاما من طرف النظام السياسي لتحقيقها و جعلها أساس دولة القانون و تنعكس عليها أسس أخرى لا تقل أهمية .

الفرع الأول:مبدأ التوازن

مما لا شك فيه فئة الأشخاص ذوي الإحتياجات الخاصة هي جزء من المجتمع ،و بالتالي فإن إقرار لها حقوق و إعطاء ضمانات لممارستها دون غيرها او إستثناءا عن الأخرين بعد إعمال مبدأ أساسي و هو عدم التوازن بين القيم الدستورية و بين إقرار الحقوق .إلا أن ذلك ممكن في خضم و جود الضرورة الإجتماعية لبعض الفئات تقتضي أن يؤسس المشرع الدستوري لها حقوق و يعطيها ضمانات لممارستها إستثناءا على الأفراد داخل المجتمع بما يجعل الأمر غير ضار للأخرين من جهة و يوازن في حفظ الحقوق الأساسية للأفراد .[19]

و إلى جانب ذلك فإن الأمر يتعلق بالتناسب بين ممارسة الحقوق التي يضمنها الدستور و يكفل طريقة ممارستها التشريع بأنواع بما يجعل التوفيق بين إعتبارات المصلحة العامة و ما ينجر عنها في ذلك ،و بين القدرة على المساس بهذا الحق ،فالأمرلا يعني إهدارا لهذا الأخير و في نفس الوقت ليس بالضرورة عدم إستمرارية تسيير مؤسسات الدولة التي تطبق و تنفذ هاته الحقوق لصالح من يتم إقرارها له .

فالتناسب يعتبر أساس لهاته التوازنات التي تكون مرجوة لإقرار هاته الحقوق الدستورية بما يجعل مصلحة العامة للدولة و التي هي مفرغة في إرادة المشرع و الهدف من الإقرار الدستوري لها حتى لا يكون هناك سلطة مطلقة له تجعل منه مهدرا و مغتصبا و منتهكا لهاته الحقوق . بما يجعله يقدرها وفقا لسلطته و رغباته من جهة و بين ضوابط تجعل هاته الحقوق و الحريات تمارس في اطارها الدستوري و القانوني و يكون لها الفعالية في ذلك دون ان يتم الرقابة عليها على أسس غير دستورية .[20]

الفرع الثاني:مبدأ المساواة و عدم التمييز

يتعلق الأمر بمبدأ تم تدوينه في بداياتالتأسيس الحديث الدستوري و الدولي للحقوق الإنسان عبر ما أقرته إعلانات و دساتير الدول بعد الثورات التي قامت لأجل الحرية و المساواة على غرار الثورة الفرنسية 1789 و إعلان حقوق المواطنين الفرنسي 1971 ، و صولا إلى المواثيق الدولية التي تبنت مبدأ المساواة في مضمون

بنودها و جعله أساس الحقوق حتى أصبح مبدأ متأصلا و متجذرا لدرجة الإطلاق ، و غالبا ما يندرج مبدأ المساواة في مفهومه العام لإتجاهين بين المساواة في القانون التي تهدف إلى المساواة المادية بين المواطنين دون تمييز على أساس ما، و ذلك بالتنصيص عليها دستوريا و قانونيا و ، بين المساواة امام القانون الذي تقتضي معه مؤسسات و مرافق الدولة ان تدعل تطبيق القانون أمامها بالمساواة .[21]

و يكتسي مبدأ المساواة قيمة دستورية كبيرة نظرا لأهميته وما يمكن ان ينجر عليه في تطبيقاته غير انه مختلف في مدى وجود هاته القيمة في ظل تضارب الآراء الفقهية التي جانب منها أن مبدأ المساواة على غرار الفقيه جون جاك روسو الذي يرى بأن " المساواة ضرورية و غاية كل نظام تشريعي ، لأن الحرية لا تقوم بدونها " أما الفقيه "هوريو" فأعتبر المساوة لها أهمية خاصة لتحكمها في مختلف الحريات الأخرى " و لذا فقد اصبح التنصيص الدستوري عليها من موجبات اي مشرع بل لا يخلو اي دستور من هذا المبدأ ، و على الرغم من هذا الزخم الذي إكتساه مبدأ المساواة في الدساتير الحديثة إلا أنه يقبله في إتجاه أخر عدم توازن و ثبات في الإجتهادات الخاصة بالقضاء الدستوري الذي يرتكز في تفسيره لمبدأ المساواة على الرغم من أن القاضي ملزم بالتفسير وفقا للقاعدة الموجودة امامه و المنصوص عليها دون سواها إلا انه يخالف في ذلك في عدة أراء على غرار إعتباره ان المساواة المقصود منها عدم التمييز المحصور في أمثلة تتعلق بالعرق و الجنس و اللون ... غير كافية بما يجعل توسيع المساواة لغير ذلك.[22]

الفرع الثالث:تكريس مبدأ المساواة و عدم التمييز في الدستور الجزائري

كرس المشرع هذا المبدأ في جميع الدساتير الجزائرية [23] وصولا إلى الدستور الحالي المعدل و ذلك بتضمين المادة 32 هذا المبدأ بإعمال قاعدة المساواة في القانون في مايلي "كل المواطنين سواسية أمام القانون ، و لا يمكن أن يتذرع بأي تمييز يعود سببه الى المولد او العرق او الجنس أو الرأي أو أي شرط او ظرف أخر شخصي أو إجتماعي "[24]

و على الرغم من أنهم يتم وضع صفة الإعاقة كمعيار للتمييز بين الناس ،إلا أنه يستشف من توسيع قراءة المادة بأن المعايير التي جاء بها المشرع على سبيل الأمثلة و ليس الحصر لأن التمييز يدخل في نطاق جميع هاته المعايير بما فيها الظرف الإجتماعي أو حتى المولد أو غيره "

و على غرار ذلك فإن التمييز يرتبط بشكل وثيق بالمساواة بإعتبار أن تطبيق مبدأ المساواة يؤدي بالضرورة إلى عدم التمييز بما يجعل التصاق المادة بين الأفراد بعدم التمييز.

و تبعا لذلك فقد أقر كذلك المشرع الدستوري مبدأ المساواة أمام القانون بتضمين المادة 31 ذلك كمايلي " تستهدف المؤسسات ضمان المساواة كل المواطنين و المواطنات في الحقوق و الواجبات يازالة العقبات التيتعوق تفتح شخصية الإنسان و تحول دون مشاركة الجميع الفعلية في الحيالة السياسية و الإقتصادية و الإجتماعية و الثقافية ".[25]

و هذا ما ينطبق في رأيي على فئة الأشخاص ذوي الإحتياجات الخاصة كون أن التمييز و عدم المساواة قد يكون على أساس الإعاقة التي يعاني منها الشخص بما يجعل تطبيق هذا المبدأ قاصر أمام أمر مثل هذا .

و في نفس السياق عن التمييز.[26]

يرتبط عدم التمييز بمبدأ المساواة و يتعرض له الأشخاص عند ممارسة حقوقهم الدستورية خاصة ما تعلق بالتمييز على الأساس الإجتماعي .

على الرغم من إحراز تقدم غير مسبوق على الصعيد الدولي في تعزيز الحماية القانونية للأفراد ومجموعات الأفراد ضد التمييز، و إقرار الدساتير في خضم تدوينها لمبدأ المساواة على ضمان عدم التمييز على أسس متعددة تضيق و تتوسع وفقا للتطبيقات و الواقع .

فإن التقارير الواردة من جميع أنحاء العالم تؤكد أن الأعمال والممارسات التمييزية لم تتحول بعد إلي ذكرى من الماضي.[27]

و التنصيص الدستوري على عدم التمييز ينتحصر في ذكر المعايير التي يعتبر تمييزا في نظر المشرع بما يجعل التمييز يلتصق بتطبيق المساواة بما يجعل عدم تطبيق المساواة تمييزا سواء أمام القانون واو عند تطبيق القانون عبر مؤسسات الدولة ، إلا ان ذلك مردود عليه فأحيانا رغم أن الدستور يغطي بالنص القانوني لضمان ممارسة الحق ،إلا أن طبيعة الفئة المستهدفة في ذلك تجد نفسها غير قادرة على ممارسته نظرا لخصوصيتها . و ذا يقودنا الأمر الى اعتبار عدم التمييز كقاعدة دستورية لا تختلف في منهج تطبيقها عن مبدا المساواة كأ صل إذا لم نقل أصلا ان نتائج تطبيقه هي تعتبر عدم تمييز في حد ذاتها .

والتمييزمتعدد الوجوه ولايوجد في هياكل الدول أو الهياكل العامة فحسب،بل أيضا في المجتمع المدني بشكل عام

وهكذا فقد يؤثر التمييز بدرجات متفاوتة على طريقة معاملة الأشخاص في كافة مجالات المجتمع،مثل السياسة و التعليم والعمل والخدمات الإجتماعية والطبية والإسكان والنظام التأديبي وإقامة العدل على وجه العموم.[28]بالإضافة إلى إنفاذ التشريعات الوطنية.[29]

المطلب الثاني:دسترة حقوق الأشخاص ذوي الإحتياجات

أقر التعديل الدستوري لسنة 2016 طبقا للقانون 16-01 ضمانات دستورية للأشخاص ذوي الإحتياجات الخاصة بداية من الإطار العام لذلك عبر الديباجة التي تضمن تكريس الحقوق و الحريات العامة للأفراد في المجتمع .خاصة ما تعلق القدرة على تحقيق العدالة الإجتماعية و المساواة و ضمان الحرية لكل فرد ، والحد من الفوارق الإجتماعية .

و إلى جانب الحقوق العامة التي يتمتع بها الأفراد داخل المجتمع و التي تضمنتها موادالدستور .

الفرع الثاني: الحقوق الدستورية الخاصة والعامة

01- الحقوق الدستورية الخاصة

هي تلك الحماية التي يقرها الدستور لفئة ذوي الإحتياجات الخاصة بشكل خاص دون سواهم من الآخرين في المجتمع،و قد أتسس المشرع الدستوري لأول مرة لحقوق بشكل مباشرة بإقراره نصوص خاصة بالدستور لهاته الفئة ،أبانت عن رؤية جديدة نحو تحقيق المساواة و تكافؤ الفرص بين الأفراد و رعاية هاته الفئة بشكل خاص نظرا لخصوصيتها و إقرار حقها الدستوري ضمانا لعدم إنتهاكه و تفعيلا لتطبيقه و تنفيذه على مستوى المؤسسات و التشريعات بإعتبار أن الدستور الوثيقة الأسمى في القوانين و التي يتفرع عليها القوانين تنظيما لحقوق الأفراد .

وفي هذا الإطار تضمنت المادة 66 من الدستورالحالي المعدل ضمان الدولة للرعاية الصحية للمواطنين، كما تتكفل الدولة بالوقاية من الأمراض الوبائية و المعدية و معالجتها ،كما تسهر الدولة على توفير شروط للعلاج للأشخاص المعوزين بما يجعل الأشخاص ذوي الإحتياجات ضمان للرعاية الصحية ضمن المنظومة الصحية للدولة عبر مؤسسات و هياكل الصحة العمومية و الخاصة.[30]

إلى جانب ذلك حضيت فئة ذوي الإحتياجات الدستورية في إطار إقرار الحقوق و ضمانتهالدستورية لها في المادة 72 ضمن الإطار العام لحماية الأسرة من طرف الدولة المجتمع بفقرة خاصة تتضمن عمل الدولة على تسهيل إستفادة الفئات الضعيفة من ذوي الإحتياجات الخاصة من الحقوق المعترف بها لجميع المواطنين و إدماجها في الحياة الإجتماعية ،و هذا ما ينجر عليه تطبيق مبدأ المساوة بين المواطنين بغض النظر عن خصوصية فئة معينة من المجتمع .[31]

كما تضمن الدولة إلى جانب ذلك في إطار إقرار الحقوق للأفراد ظروف معيشية للمواطنين الذين لم يبلغو سن العمل و الذين لا يستطون القيام به ، و الذين عجزو عنه نهائيا و بالتالي فان فئة ذوي الإحتياجات غالبا ما يكون لهم عجز يسبب لهم عدم القدرة على العمل او إعالة انفسهم او أهلهم بما يستدعي مساعدتهم من طرف الدولة و التكفل بهم و بعوائلهم[32]

02- الحقوق الدستورية العامة :

كما أنه و إلى جانب هذه الحقوق المتصلة مباشرة بالأشخاص ذوي الإعاقة فإنه و تجسيدا لحق المساواة بين الأفراد في الدستور،فإنللأشخاص ذوي الإحتياجات الخاصةالحق في التمتع بجميع الحقوق التي أقرها هذا الأخير و المتضمنة في الفصل الرابع من الدستور الجزائري لسنة 1996 بعنوان "الحقوق و الحريات" والمتمثلة في المواد من 29-59ومنها:<< حق المساواة أمام القانون بدون تمييز،الحق في الجنسية ،حق السلامة البدنية و المعنوية،حق الرعاية الصحية،حرية المعتقد ،حرية الرأي ،حرية التجارة و الصناعة،حرية الإبتكار الفكري و الفني و العلمي،حق حرمة الحياة و الاتصالات الخاصة وحرمة المنزل ،حق تكوين الجمعيات والإجتماع و الأحزاب السياسية،الحق في ممارسة الحقوق المدنية و السياسية كالإنتخاب و الترشح ،الحق في التعليم و التكوين المهني،الحق في العمل،الحق في الثقافة ،الحق في تولي الوظائف على قدر المساواة ،الحق في العمل و التأمين

الاجتماعي و التقاعد ،الحق في النسب و الإرث ...و جميع الحقوق التي يقرها الدستور و التشريعات الأساسية للدولة .>>.[33]

المطلب الثالث:الرقابة الدستوريةعلى حقوق الأشخاص ذوي الإحتياجات الخاصة عن طريق المجلس الدستوري[34]

تأخذ الرقابة على حقوق الإنسان بشكل عام دستوريا إلى الجهات القضائية ممثلة في هيئة عليا كالمحكمة الدستورية أو إلى الجهات القضائية العادية للدولة عبر الدعاوي المتنوعة سواء كانت ممارستها عن طريق الدعوى المباشرة أو الأصلية او عن طريق الدفع الفرعي بما يؤدي إلى إلغاء القانون أو إستبعاد تطبيقه في قضية الحال،و في نفس الإطار تأخذ الرقابة شكلا أخر أكثر مرونة و هو الجهات ذات الطابع السياسي التي تعمل على ذلك عبر أطر قانونية تحدد اختصاصاتها و مجلات الرقابة و جهات الإخطار لها .[35]

وفي هذا السياق توكل الرقابة السياسية إلى هيئة محددة دستوريا و هي المجلس الدستوري و الذي يختص في النظر في مدى دستورية القوانين العضوية و العادية و كذا المعاهدات الدولية و يقر بعدم دستوريتها إذا كانت مخالفة للدستور، و تكون أما قبلية وقائية قبل صدور القانون أو بعدية بعد صدوره .

- **دور المجلس الدستوري في حماية حقوق الإنسان ذوي الإحتياجات الخاصة**

لما كان المجلس الدستوري ينظر في مدى دستورية القوانين و المعاهدات الدولية [36]فإن التشريعات الأساسية التي تصدرها السلطة التشريعية و التنفيذية أو التي تتضمن الحقوق و الحريات العامة للأفراد بما فيها حقوق الأشخاص ذوي الإحتياجات الخاصة،و كذا المعاهدات و الإتفاقيات و غيرها من المواثيق الدولية التي تحوي ايضا الحقوق الأساسية لهاته الفئة و تعطي إلتزام للدول لإقرارها و الرقابة عليها و تضمينها في قوانينها .[37]

فإن المجلس الدستوري يقوم بصيانة و حماية حقوق الأشخاص ذوي الإحتياجات إستنادا للدستور و تطبيقا للمبادئ الأساسية فيه كحق المساواة و الحقوق و الحريات المتفرعة عليه.

و يعد المجلس الدستوري هيئة ذات طابع دستوري توكل لها مهمة الرقابة على دستورية القوانين و المعاهدات وفقا لأليات حددها الدستور.

شكل المجلس الدستوري لبنة أساسية في عملية الرقابة و لذا تم إقرار تأسيسه في الدساتير الجزائرية إبتداءا من دستور 1963 الذي جعل عضويته بسبعة أعضاء مقسمة بين السلطتين التنفيذية و التشريعية و عضو عن السلطة التنفيذية على أن إخطاره مخول دستوريا لرئيس الجمهورية و المجلس الوطني ، وعلى خلاف ذلك فقد كان دستور 1976 خاليا من أي تأسيسأو إشارة للمجلس الدستوري ، أما دستور 1989 و نظرا للتحولات في النظام السياسي الجزائري .فقد تم إعادة تأسيس المجلس الدستوري مع تغيير في تعيين و إنتخابأعضائه بسبعة أعضاء مقسمين بين تعيين رئيس الجمهورية لثلاث أعضاء و عضوين منتخبان عن المجلس الشعبي الوطني و عضوا منتخبان من المحكمة العليا ، على ان عملية الإخطار مخولة لرئيس الجمهورية و رئيس المجلس الشعبي الوطني [38]

أما التعديل الدستوري لسنة 1996 فقد وسع من إختصاصاته الرقابية لتمتد للقوانين العضوية و مدى دستوريتها ، و كذلك الزيادة في عدد الأعضاء ال تسعة مقسمين بين ثلاثة يعينهم رئيس الجمهورية بما فيهم الرئيس و عضوين عن المجلس الشعبي الوطني و عضوين عن مجلس الأمة ، وعضو منتخب من مجلس الدولة و عضو منتخب من المحكمة العليا ،و أعطى حق الإخطار للمجلس لكل من رئيس الجمهورية رئيس مجلس الأمة و رئيس المجلس الشعبي الوطني.

أما التعديل الدستوري لسنة 2016 و المتضمن من خلال القانون 16-01 فقد أعطى للمجلس الدستوري توسيعا في العضوية و كذا الإختصاصات و جهات الإخطار .

فمن حيث العضوية فقد أصبح المجلس يتكون من 12 عضوا بين التعيين و الإنتخاب ، فيتم تعيين بأربعأعضاء بما فيهم الرئيس ونائبه من طرف رئيس الجمهورية و يتم إنتخاب إثنين من المجلس الشعبي الوطني و إثنان من مجلس الأمة و اثنان من المحكمة العليا و أخرين من مجلس الدولة .[39]

وأما جهات الإخطار له فقد خولها الدستور لكل من رئيس الجمهورية و رئيس مجلس الأمة و رئيس المجلس الشعبي الوطني و الوزير الأول .كما وسعا بإعطاء الحق لـ50 نائبا أو ثلاثين عضو من مجلس الأمة

ووسع الدستور مجال الإخطار عندما يتعلق الأمر بالحقوق و الحريات العامة للأفراد و ذلك بإعطاء حق الإخطار عن طريق الإحالة من المحكمة العليا أو مجلس الدولة في حالة أنه إحدى أحد الأطراف في المحاكمة أمام جهة قضائية أن الحكم التشريعي الذي يتوقف عليه مأل النزاع ينتهك الحقوق و الحريات التي يتضمنها الدستور.[40]

خاتمة :

إن إقرار الضمانات الدستورية لفئة الأشخاص ذوي الإحتياجات الخاصة و تخصيص لها مواد تتضمن إقرارا بحقوقها و أليات للرقابة على ممارستها يجعل أكثر المشرع الجزائري يدفع إلى إقرار التشريعات الأساسية التي تمارس من خلالها هاته الحقوق الدستورية .

فالدستور يعتبر وثيقة أساسية و تسمو بمضامينها على النصوص القانونية الأخرى، و هذا ما يقودنا لإعتبار أن هذا التطور في إقرار هاته الحقوق من إخراجها من إطارها العام. وصولا إلى دسترها طبقا للتعديل الدستوري لسنة 2016 مؤشرلوجودإرادة لدى الدولة في إخراج هاته الفئة من زخم المجتمع الذي لا يعترف لها بخصوصيتها في حقوقها نظرا لمعاناتها من التهميش.

إن اقرار الحقوق الدستورية لهاته الفئة يعتبر لبنة أساسية في تطوير أدوات ضمان ممارستها فالمادة 72 و إن تضمنت ما يمكن أن تقوم به الدولة لهاته الفئة من تسهيلات ،إلا أنها لم تعط إلتزاما واضحا من طرف الدولة إتجاه هاته الأخيرة بما يجعل إقرار الحقوق الدستورية في إطاره العام لم يخرج عن المألوف و ما كان من إقرار لا يعد سوى تعتبير عن إرادة مستقبلية في وضع ضماناتأساسية و أكثر إلتزاما من مؤسسات الدولة في إقرارها و تطبيقها ،فالحقوق الدستورية لهاته الفئة لا تخرج في ممارستها عن الحقوق الأساسية للأفراد تماشيا مع مبدأالمساواة و عدم التمييز.

إن من الأهمية أن تيم تضمين الدستور لحقوق هاته الفئة بشكل إيجابي، كون أن هاته الخطوة تعتبر تطورا في نظرة المشرع الدستوري. و التي قد يتم إعتمادها مستقبلا في إلتزامات دستورية أكثر فعالية بما يكفل حماية حقوق هاته الفئة و إعطائها الوسائل اللازمة لممارستها و الرقابة عليها إتجاه أي تعسف أو إنتهاك .

---

[1] للتفصيل أكثر حول تناول المصطلح/ السيد عتيق،الحماية القانونية لذوي الإحتياجات الخاصة "دراسة جنائية مقارنة "،دار النهضة العربية ، القاهرة ،2010،ص 19-20

[2] السيد عتيق،المرجع السابق،ص 19-20

[3] السيد عتيق،المرجع السابق،ص 27-28-29

تعددت المفاهيم حول مصطلح الإعاقة فيمكن النظر إليها على أنها ضرر أو خسارة تصيب الفرد نتيجة الضعف أو العجز بحيث تحد أو تمنع الفرد من أدائه لدوره (تتوقف على عوامل ثقافية اجتماعية جنسية ـ العمر).

وهي تمثل الجانب الاجتماعي للضعف أو العجز ونوع درجة الإعاقة والتي تؤثر في القيم أو الاتجاهات و التوقعات التي تراعي فيها البيئة الاجتماعية للأفراد.

هي "عجز يتدخل في أنشطة الحياة اليومية. بمعنى أنها النقص أو القصور المزمن أو العلو المزمنة التي تؤثر على قدرات الشخص فيصير معوقا سواء كانت الإعاقة جسمية أو حسية أو عقلية أو اجتماعية، الأمر الذي يحول بين الفرد وبين الاستفادة الكاملة من الخبرات التعليمية والمهنية التي يستطيع الفرد العادي الاستفادة منه، كما تحول بينه وبين المنافسة المتكافئة مع غيره من الأفراد العاديين.

فهي تؤثر على قدرات الشخص (جسميا أو نفسيا) فيصبح نتيجة لذلك غير قادر على أن يتنافس بكفاءة مع أقرانه الأسوياء.

ويعرف المعوق بأنه:

<< الشخص الذي يتدنى مستوى أدائه عن أقرانه بشكل ملحوظ في مجال من مجالات الأداء وبشكل يجعله غير قادر على متابعة الآخرين إلا بتدخل خارجي أو بإجراء تعديل .كلي في الظروف المحيطة به>>

عبد الرحمان عيسوي ،سيكولوجية الإعاقة الجسمية والعقلية مع سبل العلاج والتأهيل ، دار الراتب الجامعية ، بيروت ، 1997، ص8

كما يعرف المعوق على أنه:

<<هو المصاب بإعاقة مزمنة أو حادة والتي ترجع إلى :

1- الضعف الجسمي أو العقلي أو تركيبة من الضعف الجسمي والعقلي .

2- احتمال استمرارها غير محدد .

3- ينتج عنها قصور أساسي في ثلاثة مجالات أو أكثر من أنشطة الحياة الأساسية (رعاية نفسه ، أسلوب التعبير والتقبل ، التعلم ، الحركة ،التوجيه الذاتي، الاستقلالية ،كفاية نفسه اقتصاديا).

4- تظهر على الشخص حاجته إلى مجموعة من أوجه الرعاية الشاملة أو العلاج أو الخدمات التي تستمر مدى الحياة "<<

أنظر في ذلك:

- عبد المحي محمود صالح ، متحدو الإعاقة من منظور الخدمة الاجتماعية ، دار المعرفة الجامعية ،القاهرة 1999، ص 56.

- بدر الدين كمال عبده ومحمد السيد حلاوة، الإعاقة السمعية والحركية ، المكتب العلمي للكمبيوتر والنشر والتوزيع ، الإسكندرية ، 1998 ، ص 15.

كما عرفه مؤتمر السلام العلمي و التأهيل المهني حضسسضسسبأنه "كل شخص يختلف عمن يطلق عليه لفظ سوى أو عادي جسميا أو حسيا أو عقليا أو نفسيا ،أو إجتماعيا إلى الحد الذي يتوجب معه عمليات تأهيله حتى يحقق أقصى قدر ممكن من التوافق تسمح به قدراته المتبقية "

عرفته الموسوعة الطبية بأنه " كل عيب صحي أو عقلي يمنع من أن يشارك تجربة في نواحي النشاط الملائمة لعمره ، كما يولد إحساسا لدى المصاب بصعوبة الإندماج في المجتمع عندما يكبر "

و يعرف أيضا "هو كل فرد يختلف عمن يطلق عليه لفظ سوي في النواحي الجسمية أو العقلية أو الإجتماعية إلى الدرجة التي تستوجب التأهيل الخاصة حتى يصل الى أقصى ما تسمح به قدراته ومواهبه"

زكي زكي حسين زيدان ، الحماية الشرعية و القانونية لذوي الإحتياجات الخاصة ، دار الكتاب القانوني، مصر،15،2008، ص 16- 17-18

[4] للتفصيل أكثر حول تناول المصطلح/ السيد عتيق،الحماية القانونية لذوي الإحتياجات الخاصة "دراسة جنائية مقارنة "،دار النهضة العربية ، القاهرة ،2010،ص 19-20

[5] السيد عتيق،المرجعالسابق،ص 27-28-29

[6] تتعدد الأسباب المؤدية الإعاقة وإن كان لا تخرج عن الإطار العام لحدوث الإعاقة عند الأشخاص البالغين إلا ما كان منها يتصل بها من الفئة العمرية و التي تستثني الحوادث المتصلة بالعمل ،و إن كان هناك حالات ممكنة إذا ما تم إستعمال الأطفال في العمالة* خاصة و يمكن أن نوجز أسبابها في مايلي :

– أسباب خلقية أو وراثية: و هي ناتجة عن حدوث الإعاقة أثناء مرحلة الحمل سواء كان ذلك تأثرا بالأم و ما ينعكس على الطفل في هذه المرحلة خاصة تناول الأدوية ،بالإضافة إلى إتصال الإعاقة بالطفل بعد ولادته نتيجة للأعمال الطبية المرافقة لهذه العملية أو حدوث إصابة له مباشرة بعد ذلك.

– أسباب مكتسبة:تحدث في مرحلة النمو و هي ترتبط بعوامل ذاتية ترتكز على التغذية أو الإصابة بالأمراض المعدية أو المزمنة أو إقترانها بالبيئة، خاصة المتعلقة بالأمراض النفسية و العقلية بما يرافقها من أسباب للإنحراف كالإدمان على الحبوب المهلوسة و المخذرات و الممنوعات بشكل عام ،أما العوامل الموضوعية للإعاقة خاصة عند الأطفال فيمكن أن تتصل بحوادث المرور بشكل خاص أو الحوادث العادية التي يمنك أن تنتج عنها حدوث إعاقة نتيجة أعمال منزلية أو أثناء الدراسة ...وغيرها.

راجع أيضا المادة 04 من المرسوم التنفيذي رقم 17–187 المؤرخ في 03 جوان 2017 المتعلق بكيفيات الوقاية من الإعاقة.

أنظر في ذلك:– سعيد حسني العزة ،التربية الخاصة لذوي الإعاقات العقلية والبصرية والسمعية والحركية، الدار العلمية الدولية،الأردن،2007،ص10 و ما بعدها.

رونالد الينجورت ،تطور الوليد و الطفل الصغير سوياً و غير سوي،مركز الكتب الأردني،عمان،ب س،ص12

– إقبال محمد بشير ،الرعاية الطبية والصحية والمعوقين،المكتب الجامعي الحديث،القاهرة،2003،،ص05

– وفيق صفوت مختار ،سيكولوجية الأطفال ضعاف العقول،دار العلم والثقافة للنشر والتوزيع تاريخ النشر،2005،ص20

– عصام الصفدي ،إعاقة الحركية والشلل الدماغي،دار اليازوري العلمية،عمان،2007،ص 56

– عادل عبد الله محمد ،إعاقات العقلية،دار الرشاد،عمان،2004،ص30 ومابعدها

– ابراهيم عبدالله فرج ،الإعاقة،مكتبة العبيكان،المملكة العربية السعودية،2007،ص42

[7]تتنوع المقاربات المتعددة في المواثيق الدولية التي تعنى بحقوق المعوقين النمط السائد في محاولة لإعطاء تعريف دقيق للإعاقةو منها :

تعريف ميثاق الثمانينات الصادر عن المؤتمر الرابع للتأهيل المنعقد في 26 جوان لسنة 1980 ببونبيج بكندا :

يعتبر هذا الميثاق بأن الإعاقة هي :<< حالة تحد من مقدرة الفرد على القيام بوظيفة واحدة أو أكثر التي تعد من العناصر الأساسية لحياتنا اليومية من قبيل العناية بالذات أو ممارسة العلاقات الإجتماعية و النشاطات الإقتصادية وذلك ضمن الحدود التي تعتبر طبيعية وقد تنشأ الإعاقة بسبب خلل جسدي أو عصبي أو عقلي ذي طبيعة فسيولوجية أو سيكولوجية أو تتعلق بالتركيب البنائي للجسم >>.

للتفصيل حو التعريفات المتنوعة للإعاقة أنظر:عدنان الجازولي ،الإعاقة في التشريعات الحديثة دراسة لبعض التجارب الوطنية في دول العالم الإسلامي ،ص من 1إلى 13:متوفر على الموقع الإلكتروني www.gulfkid.com

وفي نفس السياق عرفت منظمةالصحةالعالميةعام 1980 الإعاقةكالتالي:

- الخلل : أي فقد أو شذوذ في التركيب أو في الوظيفة السيكولوجية أو الفيزيولوجية.
- العجز: عدم القدرة على القيام بنشاط بالطريقة التي تعتبر طبيعية بسب بالخلل.

➢ العاهة أوالإعاقة: نتيجة للخلل أو العجز يتقيد نشاط الشخص بالنسبة لأداء مهمة معينة.

السيد رمضان، إسهامات الخدمة الإجتماعية في مجال رعاية الفئات الخاصة ، الإسكندرية: دار المعرفة الجامعية ، 1995 ، ص 135.

ب- عرف الإعلان الخاص بحقوق المعوقين الصادر عن الجمعية العامة للأمم المتحدة في09 ديسمبر لسنة 1975:

:<< كل شخص عاجز على أن يؤمن بنفسه بصورة كلية أو جزئية ضرورات حياته الفردية أو الإجتماعية العادية بسب قصور خلقي أو غير خلقي في قدراته الجسمانية أو العقلية>>.[7]

ج- أما تعريف التوصية رقم 99 لسنة 1992الصادرة عن مؤتمر العمل الدولي التابع لمنظمة العمل الدولية المتضمنة "التأهيل المهني للمعوقين" فقد عرفته على أنه<< فردا إنخفضت درجة كبيرة إحتمالات تأمين عمل مناسب الإحتفاظ به نتيجة قصور عقلي أو بدني >> .[7]

كما عرف قرار الجمعية العامة96/48 الخاص بالقواعد الموحدة بشأن تكافؤ الفرص للمعوقين لسنة 1993 :

في المادةالمادة17 من القرار96/48 العجز بأنه: << عددا كبيرا من أوجه التقصير الوظيفي المختلفة التي تحدث لدى أية مجموعة من السكان في جميع بلدان العالم ، و قد يتعوق الناس بإعتلال بدني أو ذهني أو حسي ،أو بسبب أحوال طبية أو مرض ما عقلي ما و هذه الإعتلالات أو الأحوال أو الأمراض يمكن أن تكون بطبيعتها دائمة أو مؤقتة.>>

أما المادة 18 من نفس القرار 96/48فعرفت العوق على أنه:<< فقدان القدرة كلها أو بعضها على إغتنام فرصة المشاركة في حياة المجتمع على قدم المساواة مع الآخرين وتصف كلمة العوق تلاقي المعوق مع بيئته والغرض من هذا المصطلح

هو تأكيد تركيز الإهتمام على ما في البيئة وفي الكثير من الأنشطة الإجتماعية المنظمة مثلا: الإعلام و الإتصال والتعليم ،من عيوب تمنع المعوقين من المشاركة الآخرين على قدم المساواة.>>

راجع: قرار الجمعية العامة96/48 الخاص بالقواعد الموحدة بشأن تكافؤ الفرص للمعوقين لسنة 1993

في حين الإتفاقية الأمريكية بشأن إزالة كافة أشكال التمييز ضد الأشخاص المعاقين 07 جوان 1999:

عرفتالإعاقة بأنها:<< يعني الضعف البدني أو العقلي أو العصبي – سواء كان دائماً أم مؤقتاً – الذي يحد من القدرة على أداء واحد أو أكثر من الأنشطة الأساسية للحياة اليومية والذي يمكن أن تسببه أو تزيد من خطورته البيئة الإقتصاديةوالإجتماعية.>>.

راجع :الإتفاقية الأمريكية بشأن إزالة كافة أشكال التمييز ضد الأشخاص المعاقين 07 جوان 1999

الفرع الأول:مفهوم الإعاقة في ضوء تعريف الإتفاقية الدولية لذوي الإعاقة لسنة 2008و التشريع الجزائري.

أ- تعريف الإتفاقية الدولية لذوي الإعاقة لسنة 2008.

[8] أنظر ديباجة الإتفاقية الدولية لحقوق لأشخاص ذوي الإعاقة .

[9] المادة 01 من الاتفاقية الدولية لحقوق الأشخاص ذوي الإعاقة.

[*10] تعتبر الإتفاقية الدولية لحقوق الأشخاص ذوي الإعاقة الصادرة سنة 2006 و التي دخلت حيز التنفيذ سنة 2008 بمثابة الإطار الدولي الذي يعتبر أداة توجيه للدول الأطراف فيها لسياستها الداخلية لحماية الأشخاص الذين يعانون من إعاقات متنوعة، سواء من خلال وضع التشريعات المتعددة التي توفر الحماية القانونية و تعطي الحقوق لهذه الفئة، أو من خلال جملة الإجراءات التي تعبر عن السياسة الإجتماعية للدول في بناء نظام قانوني متصل بهؤلاء الأشخاص بما يؤدي إلى تنفيذ الإلتزامات التي تقع على عاتق الدول في مجال تجسيد هذه الاتفاقية على المستوى الداخلي .

[10] المادة 89 من القانون رقم 05-85 مؤرخ في 16 فبراير 1985 المتعلق بالصحة و ترقيتها.

[11] يخضع تصنيف الإعاقة إلى إختلافات حسب طبيعة هذه الأخيرة و تختص اللجان الطبية بالإعتراف بصفة المعوق وتحيد نسبتها ،وفي هذا الصدد تم إنشاء لجنتين طبيتين على المستوى الولائي و الوطني تختص الأولي في البث في الملفات المتعلقة بتحديد نسبة الإعاقة في مدة ثلاث أشهر ويتم الطعن فيها أمام اللجنة الوطنية المكونة على مستوى الوزارة طبقا للمرسوم التنفيذي03-175 المؤرخ في 14أبريل2003.

وهي ذات أهمية من أجل إقرار الحقوق المناسبة للشخص المعاق سواء كان بالغا أو غير بالغ بما يعد في فئة الطفولة خاصة ما تعلق بالامتيازات المالية و التأمين الصحي .

وفي هذا الإطار حددت المادة الثانية 02 من المرسوم التنفيذي رقم 82-180 المؤرخ في 15 مايو سنة 1982 يتعلق بتشغيل المعوقين و إعادة تأهيلهم المهني أصناف المعوقين بـ:

- القاصرون حركيا القصور الجراحي، و التقويمي، و العصبي، و إصابات داء المفاصل.
- القاصرون حسيا المكفوفون، و الصم البكم، و الأشخاص المصابون باضطرابات النطق.
- القاصرون المزمنون العاجزون عن التنفس و أصحاب المزاج النزيفي ، أو مرض السكر، أو القلب
- مختلف القاصرين بدنيا، و لاسيما ضحايا المخلفات الناتجة عن حادث عمل أو مرض مهني.

بالإضافة إلى ذلك ما جاء به التشريع الجزائري وعلى الرغم أنه لم يشر بشكل واضح إلى تصنيف المعوقين إلا أن المرسوم التنفيذي رقم 59/80 المؤرخ في 11مارس 1980 المتضمن إحداث المراكز الطبية التربوية والمراكز المتخصصة في تعليم الأطفال المعوقين وتنظيمها وسيرها يذكر أسماء هذه المراكز التي يخصص كل واحد منها لفئة من الفئات .

ورغم أن هذا المرسوم راعى فئات مهمة وهي المتخلفون عقليا ، الإنفعاليين ، المعوقين حركيا ، المعوقين بصريا ، المعوقين سمعيا، إلا أنه أهمل فئات أخرى مثل : متعددو الإعاقة ، وذوي إضطرابات اللغة والكلام ،أما عن ذوي الأمراض المزمنة فإن هناك مرسوم تنفيذي آخر يحدد قواعد إنشاء المؤسسات الإستشفائية المتخصصة ويذكر من بينها طب الأطفال ، أمراض المسالك البولية والكلى ، أمراض وجراحة القلب ، الجهاز الحركي ،طب الأمراض العقلية ، جراحة الأعصاب ، أمراض السرطان ، إعادة تربية الأعضاء والتكييف الوظيفي ...إلخ.

راجع:المرسوم التنفيذي رقم 59/80المؤرخ في 11مارس 1980 المتضمن إحداث المراكز الطبية التربوية والمراكز المتخصصة في تعليم الأطفال المعوقين وتنظيمها وسيرها.

راجع أيضا حول تصنيف الأشخاص ذوي الإعاقة :

عبد المجيد عبد الرحيم ، تنمية الأطفال المعوقين ، دار غريب للطباعة والنشر والتوزيع ، القاهرة ، 1997، ص 21- 22.

- محمد سيد فهمي والسيد رمضان ، الفئات الخاصة من منظور الخدمة الإجتماعية ، المكتب الجامعي الحديث ، الإسكندرية ، 1999، ص 122

[12] جاء القانون رقم 85-05 المؤرخ في 16 فبراير 1985المتعلق بالصحة و ترقيتها، في إطار يتضمن الإحاطة بمجال الصحة و تنظيم العمل الصحي بشكل عام، و قد تعرض في الفصل التاسع منه من الباب الثاني إلى "تدابير حماية الأشخاص المعوقين" .

حيث عرفت المادة 89 منه المعوق بأنه :

<< يعد شخصا معوقا كل طفل أو مراهق أو شخص بالغ أو مسن مصاب بمايلي:

- إما نقص نفسي أو فيزيولوجي.
- وإما عجز ناتج عن القيام بنشاط تكون حدوده عادية للكائن البشري.
- وإما عاهة تحول دون حياة اجتماعية أو تمنعها. >>

[13] المادة 02 من القانون 09/02 المتعلق بحماية الأشخاص المعوقين و ترقيتهم المؤرخ في 08 ماي 2002.

[14] المادة 7 فقرة4 من القانون 09/02المتعلق بحماية الأشخاص المعوقين و ترقيتهم المؤرخ في 08 ماي 2002.

[15] راجع في ذلك :الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لعام 1948 و العهدين الدوليين لعام 1966

[16] راجع : إتفاقية الأمم المتحدة في سنة 2006 و التي دخلت حيز التنفيذ عام 2008

[17] راجع :إتفاقية الأمم المتحدة في سنة 2006 و التي دخلت حيز التنفيذ عام 2008

[18] راجع عل التوالي :

- الإعلان الخاص بحقوق المعوقين الصادر عن الجمعية العامة للأمم المتحدة في09 ديسمبر لسنة1975
- الإعلان الخاص بالمتخلفين عقليا لسنة1971
- الإتفاقية الأمريكية بشأن إزالة كافة أشكال التمييز ضد الأشخاص المعاقين المؤرخة في 07جوان 1999

[19]لوافي سعيد، الحماية الدستورية للحقوق و الحريات السياسية في الجزائر ، مذكرة ماجستير غير منشورة ورقيا ،جامعة محمد خيضر بسكرة ، الجزائر ، دفعة 2010/209 ، ص 65

[20]لوافي سعيد، المرجع السابق ، ص 65

[21]محمد منير حساني ، الحماية الدستورية لمبدأ المساواة في النظام الجزائري ، مجلة دفاتر السياسة و القانون ، العدد الخامس عشر ، جوان 2016، جامعة ورقلة ، ص 190

[22]أنظر : محمد منير حساني، المرجع السابق ، ص 190 إلى غاية ص 194

[23] راجع في ذلك : دساتير الجزائر على التوالي 1963-1976-1989

[24] المادة 32 من الدستوري الحالي الجزائري المعدل .

[25] المادة 34 من الدستوري الحالي الجزائري المعدل .

[26] فقد أعطى المجلس الدستوري في تفسير عن حقوق المرأة قبل التعديل الدستوري لسنة 2008 حول ممارسة المرآة لحقوقها السياسية و إعتبر أن اعطاء الأفضلية للمرأة في المجالس المنتخبة يعد تمييزا و خرقا لمبدأ المساواة و سمت بعد ذلك في تعليقه على بمناسبة وضع نص دستوري يتعلق بضمان تمثيل نسبي للمرأة في الإنتخابات بما يجعل هذا التضارب يتعلق بواقع يتقرر بسياسة تفسير مختلفة تتوافق مع حدوده في ذلك و تطبيقا للمصلحة العامة أحيانا و إعمالا لإختلاف المراكز القانونية للأشخاص في إطار أخر.

– محمد منير حساني، المرجع السابق ، ص 190 الى غاية ص 194

و في رأينا الخاص لا يمكن اعتبار تضمين الدستور مواد خاصة بفئات تمييز عن غيرها كون انه يعتبر تمييز ايجابي يخضع لمعايير تتعلق بالالتزامات الدولية من جهة و تسهيلا للتعجيل بإيجاد أطر لحفظ حقوق هاته الفئة خاصة و أن المشرع يهدف من وراء ذلك الى الدفع بالأفراد لقبول وضع لو ترك لهم بحرية لما تم قبوله نتيجة الاعراف او عدم الوعي السياسي او نتيجة العوائق الاجتماعية و الدينية احيانا، و مثال ذلك ما نص عليه الدستور الجزائري في المادة 31 مكرر سنة 2008 بإقراره توسيع التمثيل لصالح المرأة في المجالس المنتخبة و هذا ما تم تجسيدة في القانون 12–03 المتعلق بتوسيع حظوظ المرأة في المجالس المنتخبة و ذلك تطابقا مع ما احتوته الاتفاقية الدولية المتعلقة بالقضاء على التمييز العنصري ضد المرأة لسنة 1979 و المصادق عليها من طرف الجزائر .

راجع في ذلك : المادة 35 من الدستور الحالي المعدل بالقانون 16–01

الإتفاقية الدولية للقضاء على التمييز العنصري ضد المرأة

القانون 12–03 المتعلق بتوسيع حظوظ المرأة في المجالس المنتخبة .

[27] راجع في ذلك ،دليل بشأن حقوق الإنسان خاص بالقضاة والمدعين العامين والمحامين، حقوق الإنسان في مجال إقامة العدل،ص 571 ،متوفر على الموقع الإلكتروني helibrary.umn.edu/arab/MHRJPL13ar.pdf:، تم الإطلاع عليه يوم 2017/01/13 على الساعة 21:00 مساءا.

راجع أيضا : المواد 01– 02– 13–55–76 من ميثاق الأمم المتحدة

[28] أنظر: دليل بشأن حقوق الإنسان خاص بالقضاة والمدعين العامين والمحامين، حقوق الإنسان في مجال إقامة العدل،ص 569 ،متوفر على الموقع الإلكتروني helibrary.umn.edu/arab/MHRJPL13ar.pdf:، تم الإطلاع عليه يوم 2017/01/13 على الساعة 21:00 مساءا.

[29]إعتمد ما لا يقل عن 40 بلداً تشريعات تتناول حقوق الأشخاص ذوي الإعاقة. بعض هذه التشريعات يحظر التمييز باعتبار ذلك هدفه الرئيسي؛ وتتناول قوانين أخرى الواجب الإيجابي للدولة والمجتمع المتمثل في ضمان

رفاهية الأشخاص ذوي الإعاقة وإمكانية وصولهم إلى الدعم الاجتماعي. ويوجد في بلدان كثيرة هذان النوعان

من التشريع كلاهما.

فقانون الأمريكيين ذوي الإعاقة، مثلاً، يحظر التمييز ضد الأشخاص ذوي الإعاقة في العمل، والخدمات العامة، والنقل العام، والأماكن العمومية. ففي سياق العمل، يحظر القانون أساساً التمييز ضد المؤهلين من الأشخاص ذوي الإعاقة الذين يستطيعون أداء الوظائف المطلوبة من شاغل الوظيفة أو الراغب في شغلها، سواء بترتيبات معقولة، لا تحمِّل رب العمل صعوبات باهظة، أو بدونها.

في الهند، إعتمد قانون الأشخاص ذوي الإعاقة)تكافؤ الفرص، وحماية الحقوق، والمشاركة التامة(لعام 1995 نهجاً أوسع مجالاً: وهو يستخدم لغة غير تمييزية في عدد من المجالات ويؤيد التمييز الإيجابي أيضاً لصالح الأشخاص ذوي الإعاقة بواسطة نظام حصص، يحفظ عدداً معيناً من الأماكن للأشخاص ذوي الإعاقة في برامج التدريب والعمل لكيانات تنتمي إلى القطاعين العام والخاص. ويقدم أيضاً حوافز إلى المؤسسات التي تشجع تعيين الأشخاص ذوي الإعاقة والمعاملة التفضيلية بواسطة امتيازات وإعانات ومنح.

في عام 1996 اعتمدت كوستاريكا القانون رقم 7600 بشأن المساواة للأشخاص ذوي الإعاقة. ويفرض هذا القانون التزامات واضحة على الدولة للنهوض بحقوق الأشخاص ذوي الإعاقة، ويضمن المساواة في مجالات مثل التعليم والصحة والعمل.

للتفصيل حول ذلك أنظر : دليل البرلمانيين الموسوم بـ "الإعاقات" الصادر عن الاتحاد الدولي البرلماني بالإشتراك مع الأمم المتحدة (الأمانة العامة"إدارة الشؤون الاقتصادية و الاجتماعية) ومفوضية الأمم المتحدة لحقوق الإنسان ، مطبعة س ر أو– كونديك ، جنيف بسويسرا،2007،ص50

[30]المادة 66 من الدستور الحالي المعدل .

[31]المادة 72 من الدستور الحالي المعدل .

[32]المادة 73 من الدستور الجزائري الحالي المعدل .

[33] راجع: المواد من 32 إلى 73 من الدستور الجزائري الحالي المعدل المتضمنة الحقوق و الحريات العامة للأفراد.

يتمتع الأشخاص ذوي الإحتياجات الخاصة بنفس الحقوق التي يتم إقرارها للأشخاص العاديين الا ما كان منهم خاص بهم كفئة خاصة :

راجع على سبيل المثال لا الحصر :

- القانون 16–10 المتعلق بالإنتخابات
- القانون 12–03 المتعلق بتوسيع التمثيل الخاص بالمرأة في المجالس المنتخبة
- القانون 12–06 المتعلق بالجمعيات.
- القانون رقم 85–05 مؤرخ في 16 فبراير 1985المتعلق بالصحة و ترقيتها.
- المرسوم التنفيذي رقم 82– 180المؤرخ في 15 مايو سنة 1982 يتعلق بتشغيل المعوقين و إعادة تأهيلهم المهني.
- القانون 09/02المتعلق بحماية الأشخاص المعوقين و ترقيتهم المؤرخ في08 ماي 2002 المتمم.

– القوانين العامة:

- الأمر 165 – 66 المؤرخ في 08 جوان1966 المتضمن قانون العقوبات الجزائري المعدل و المتمم.
- الأمر 75–58 المؤرخ في26 سبتمبر1975 المتضمن القانون المدني الجزائري المعدل و المتمم .
- القانون 11/83المؤرخ في 02 جويلية 1983المتعلق بالتأمينات الإجتماعية للعمال الأجراء المعدل و المتمم.
- القانون 11/83المؤرخ في 02 جويلية 1983المتعلق بالتقاعد المعدل و المتمم.
- القانون رقم 11–84المؤرخ في 9 يونيو1984 المتضمن قانون الأسرة المعدل و المتمم
- القانون 04–05 المؤرخ في 27 فبراير 2005 التضمن قانون تنظيم السجون و إعادة الإدماج الإجتماعي للمحبوسين.
- 07– القانون 03–06 المؤرخ في 15جوان 2006المتضمن القانون الأساسي للوظيفة العامة.
- 08–القانون رقم 04/18المتعلق بالوقاية من المخذرات و المؤثرات العقلية وقمع الاستعمال و الاتجار غير المشروعين بها.

[34] نظرا للتحولات الإقتصادية و السياسية و الإجتماعية و الثقافية التي شهدها المجتمع الجزائري فقد كان لزاما مواكبة المجتمع الدولي في إيجاد مكانزمات جديدة للرقابة على حقوق الإنسان و حمايتها من الإنتهاكات المتكررة خاصة في الأزمات الأمنية التي تحدث أحيانا لأسباب متعددة و لذا فقد تم إقرار اللجنة الوطنية لترقية و حماية حقوق الإنسان سنة 2004 التي تقوم بمهامها خاصة معا تعلق بالرقابة، إلا أن التحولات المؤسساتية التي شهدتها الساحة الدولية في مجال الرقابة على حقوق الإنسان و التي تكللت بتأسيس مجلس حقوق الإنسان التابع للأمم المتحدة ،و الذي يعتبر لبنة جديدة في مسار الرقابة على إنتهاكات حقوق الإنسان .

راجع في ذلك :القانون04–09 المتعلق باللجنة الوطنية لترقية و حماية حقوق الإنسان و الذي تم إلغائه بموجب القانون 16–13 المتعلق بالمجلس الوطني لحقوق الإنسان.

و قد سبق ذلك صدور القانون 16 –01 المتضمن التعديل الدستوري لدستور 1989 المعدل سنة 1996 و ذلك بتنصيصه على تأسيس المجلس في المادتين 198 و199 مع تحديد الأطر العامة لإختصصاته و الجهات التي يتبع لها.

المادة 03 من القانون 16–03 المتعلق بالمجلس الوطني لحقوق الإنسان

تضمن الدستور الحالي المعدل بالقانون 16–01 في المادة 198 ما يلي " يؤسس مجلس وطني لحقوق الإنسان يدعى في صلب النص " المجلس " ويوضع لدى رئيس الجمهورية ضامن الدستور .

يتمتع المجلس بالإستقلالية الإدارية والمالية .

كما تضمنت المادة 199 من الدستور أيضا ما يلي " يتولى المجلس مهمة الرقابة والإنذار المبكر والتقييم في مجال إحترام حقوق الإنسان .

يدرس المجلس دون المساس بصلاحيات السلطة القضائية كل حالات إنتهاك حقوق الإنسان التي يعاينها أو تُبلّغ إلى علمه ،ويقوم بكل إجراء مناسب في هذا الشأن ، ويعرض نتائج تحقيقاته على السلطات الإدارية المعنية وإذا إقتضى الأمر على الجهات القضائية المختصة .
يبادر المجلس بأعمال التحسيس والإعلام والاتصال لترقية حقوق الإنسان .
كما يبدي آراء وإقتراحات وتوصيات تتعلق بترقية حقوق الإنسان وحمايتها .
يعدّ المجلس تقريرا سنويا يرفعه إلى رئيس الجمهورية وإلى البرلمان وإلى الوزير الأول
تضمن الدستور الجزائري الحالي المعدل و المتمم جملة من المبادئ و الأسس التي تحكم الحقوق و الحريات الأساسية
جاء تأسيس المجلس الوطني لحقوق الإنسان طبقا للقانون 16-13 كمواكبة لهذا التطور المؤسساتي الدولي من جهة، و تعزيزا للحماية و الرقابة على أي إنتهاكات تتعلق بحقوق الإنسان و تميز مضمون هذا القانون هو توسيع إختصاصات هذا المجلس و بنيته العضوية التي تبرز مدى إهتمام الدولة بإعطاء الإستقلالية لهذا المجلس و مده بكل سبل الدعم المؤدي إلى حماية و ترقية حقوق الإنسان بالجزائر و الرقابة على اي إنتهاكات قد تجارها في المستقبل .
و قد نصت المادة 02 من القانون 16-13 المؤرخ في 03 نوفمبر 2016 على أن المجلس هيئةمستقلةيوضعلدىرئيس الجمهوريةضامنالدستور،ويعملعلىترقيةوحماية حقوقالإنسان مع تمتع المجلسبالشخصيةالقانونية و الإستقلاليةالماليةوالإدارية.
للأفراد في المجتمع بداية من الديباجة لاسيما الفقرة 10 و 11 و 12.
للتفصيل في ذلك راجع ديباجة الدستور الجزائري الحالي المعدل و المتمم، و أيضا المواد: 32-37.
[35]تختلف الدساتير في تحذيذ الجهة التي تقوم بإخطار المجلس الدستوري على سبيل المثال في فرنسا يكون الاخطار لرئيس الجمهورية و رئيس الجمعية الوطنية و رئيس مجلس الشيوخ أو ستين عضوا من غرفتي البرلمان.
عمار عباس، دور المجلس الدستوري في تكريس مبدأ سمو الدستور،مقال منشور بمجلة المجلس الدستوري ، تصدر عن المجلس الدستوري الجزائري ،عدد:01،سنة 2013،ص 65-66
[36] تأخذ الرقابة على دستورية القوانين أحوال متعددة فقد تكون داخلية او خارجية و ذلك بان يشوب القانون الصادر عيب يتعلق طريقة صدوره او الإختصاص ،أو خرق للاجراءات او خرق للدستور إو إساءة لاستعمال السلطة للجهة التشريعية له ،و تمتد الرقابة الى قضائية تقوم بها الجهات القضائية التابعة للدولة او سياسية تقوم بها هيئة سياسية :
راجع حول الرقابة في مجال حقوق الإنسان و كذا إختصصات المجلس الدستوري الجزائري :
بوسطلة شهر زاد و مدور جميلة ، مبدأ الرقابة على دستورية القوانين و تطبيقاتهافي التشريع الجزائري ،مقال منشور في مجلة الإجتهاد القضائي، تصدر عن كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة بسكرة ، العدد :04 ، ص 345 الى 352
[37] يتمتع المجلس الدستوري بإختصصات أخرى غير تلك المتعلقة بالرقابة على دستورية القوانين العضوية و العادية و كذا مطابقة النظام الداخلي للمجلس الشعبي الوطني و مجلس للدستور ،و كذا المعاهدات مع كون ان هاته الرقابة قبلية و لاحقة ايضا للتشريعات ، كما تكون اختيارية عندما تتعلق بالقوانين العادية و

التنظيمات ووجوبية عندما يتعلق الامر بقوانين عضوية،غيرأنه ايضا يتمتع بإصلاحية قاضي انتخابات فيتولى مراقبة صحة الانتخابات التشريعية و الرئاسية و الاستفتاءات و يتلقى الطعون المقدمة في شانها و يعلن نتائجها النهائية مع تخويله الدستور صلاحية تمديد مهلة الترشح في حالة وفاة احد المترشحين للرئاسيات في الدور الثاني ،اما اختصصه الاستشاري فيتمثل في لجوء رئيس الجمهورية لاستشارته قبل اقدامه على اعلان بعض الحالات التي قد تمس بحقوق و حريات الافراد كحالة الحصار او الطوارئ و ابداء رايه في مشروع التعديل الدستوري الذي لا يعرض على الاستفتاء الشعبي ، كما يقوم المجلس الدستوري باعلان حالة شغور منصب رئيس الجمهورية في حالة استقالته او مرضه او وفاته .

راجع في ذلك / عباس عمار ، المرجع السابق ، ص72

راجع المواد :182-183-184-185-186-187-188-189-190-191من الدستوري الجزائري الحالي المعدل

[38] راجع في ذلك على التوالي : دستور 1963،دستور 1976، دستور 1989

[39] المادة 183من الدستوري الجزائري الحالي المعدل

[40]المادة 186-187-188 من الدستوري الجزائري الحالي المعدل

عنوان المقال: الجرائم النووية الفرنسية في الجزائر بين الاعتراف و الإنصاف

French Nuclear Crimes in Algeria, Recognition or Justice

د. عبد الحق مرسلي

أستاذ محاضر قسم أ

المركز الجامعي بتامنغست

mosliabdelhak@gmail.com

د. جمال قتال

أستاذ محاضر أ

المركز الجامعي بتامنغست

djamaltam03@gmail.com

الملخص:

تعد التفجيرات النووية في الصحراء الجزائرية من أهم الأحداث التي عرفها تاريخ المعاصر في شمال إفريقيا، بالنظر إلى اعتبارها أول تجربة من هذا الحجم من الأضرار في المنطقة من جهة و من جهة أخرى للغموض الذي يكتنفها لاسيما في مسؤولية الدولة الفرنسية عن إصلاح الأثار الصحية و البيئية المترتبة عنها. و طالما تنكرت السلطات الاستعمارية الفرنسية لهذه المسؤولية لكن أمد هذه الأضرار و هوية ضحاياها الذين يعتبر الكثير منهم فرنسيين جنسية تمكنوا بعد ضغط في الجبهة الداخلية الفرنسية من وضع قانون يعترف بهم لكن لا ينصفهم كلهم، و منه يبقى هذا الملف محل نظال طويل لتعديل تلك القوانين و إلحاقها بتحريك المسؤولية الدولية الفرنسية.

الكلمات المفتاحية:

التجارب النووية الفرنسية، مسؤولية الفرنسية، قانون موران، تعويض ضحايا الجارب النووية، الاعتراف.

Abstract :

French nuclear tests in algerian sahara, is one of the more important event known in the north africa during the twenty century, regarding to its damages and to the remaining responsibility of France for the health and environmenal effects. The

colonial State has long denied it responsibility but the stength of the damages and the identity of victims, who are generally frenchs, make a great influence on France to adopt a law about the indemnisation of the nuclear tests victims, but not all. They have to struggle more and more in order to amend the law of Morin and to estabilish the international responsibility of France.

Keywords:

French nuclear tests, internaional responsibility of France, law of Morin.

مقدمة:

لقد تميز القرن العشرين ببعض الأحداث و التطورات التي شهدتها البشرية سواء بشأن وسائلها أو تنظيمها، فشهد الحروب العالمية، المنظمات الدولية، الاكتشافات العلمية، و الأسلحة النووية. و الملاحظ أن هذه الأسلحة قد لعبت دورا أساسيا في رسم معالم العلاقات الدولية ابتداء من النصف الثاني من القرن الماضي، حيث اشتد سباق التسلح بهذا النوع من أسلحة الدمار الشامل، لكونه وسيلة لا ترد و أثارها المدمرة لا تعد، و بالتالي مجرد حيازتها هو ضمان لحماية أمن الدول من العدوان الخارجي، و بهذا الشأن قيل "إن أردت تجنب الحرب فاستعد لها".

و رغبة في حصولها على الردع النووي وبعد تقهقر مكانة فرنسا العسكرية بغزوها خلال الحرب العالمية الثانية أجرت فرنسا تجارب نووية في عدة مواقع في مستعمراتها السابقة، كانت بدايتها من الصحراء الجزائرية، أين خلفت أضرار بليغة و خسائر جسيمة بالسكان و البيئة في تلك المناطق. و نفذت فرنسا سبعة عشر تجربة نووية معلنة في الجزائر، كانت منها السطحية و منها الباطنية، و بعضها خلال الثورة التحريرية و أخرى بعد الاستقلال، ومن خلال ظروف إجراءها و وسائل تنفيذها يظهر الهدف الانتقامي الإجرامي للسلطات الاستعمارية الفرنسية.

و لا تختلف كل النظم القانونية المتحضرة في تجريم هؤلاء الذين يرتكبون جرائم لا تزول أثارها بمرور مئات السنين، و لا تتطهر أماكن اقترافها إلى بعد قرون من الزمن. و ليس من العدالة السكوت عن تعويض تلك المعاناة التي كابدها سكان لا فائدة لهم من المخاطرة تلك التي هددت و دمرت حياتهم و ممتلكاتهم، و حتى عند الحديث عن تعويض الضحايا لا يجدون لهم نصيبا مما يحق لهم إلا إن كانوا فرنسيين بجنسيتهم أوروبيين بأصلهم ثم أن يقدموا أدلة على وقائع لم يعلموا بها في زمن بعيد عن التطور الذي نعرفه في وسائل التواصل الحديثة.

و لا شك أن أخف تكييف للتفجيرات النووية الفرنسية في الصحراء الجزائرية قد لا يعفيها من المسؤولية الدولية عن جرائم لا زالت تشهد على بشاعته الطبيعة المنهكة في المواقع التي استغلتها بغير وجه حق، و

منه تطرح الإشكالية التالية نفسها في هذا الإطار: ما هي المتابعات القانونية الممكنة ضد السلطات الفرنسية لتحمل مسؤوليتها بسبب التجارب النووية في الصحراء الجزائرية؟

للإجابة عن هذه الإشكالية و الإلمام بمختلف أطراف الموضوع ارتأينا توزيع الدراسة في مبحثين: الأول نتناول فيه السياق العام للتجارب النووية الفرنسية في الصحراء الجزائرية، و نخصص الثاني لتناول الجزاءات والمتابعات القانونية الممكنة.

المبحث الأول: المسار التاريخي للتفجيرات النووية الفرنسية في الصحراء الجزائرية

بدأت أولى خطوات التهديد الذي يتربص ببقاء الإنسانية بإعلان الولايات المتحدة الأمريكية من موقع "ترينيتي" في 16 جويلية 1945 عشية نهاية الحرب العالمية الثانية عن مرحلة جديدة في العلاقات الدولية و إستراتيجية القوى الكبرى،[1] عمادها السباق نحو التسلح بالقنبلة النووية التي لا تمثل سلاحا فعال بقدر ما هو أداة لحفظ الأمن الوطني بتفعيل آلية الردع. و لم تمر إلا سنوات حتى انتقل عدد الدول التي حققت الردع النووي من دولة واحدة نهاية الحرب العالمية الثانية إلى خمسة دول معلنة بعد عشرين سنة، كانت أخرها فرنسا عندما فجرت أول تجربة نووية لها في منطقة رقان بالصحراء الجزائرية في 13 فيفري 1960.

المطلب الأول: مشروع التفجيرات النووية الفرنسية في الصحراء الجزائرية

كانت أوى الخطوات التي اتخذت في تجسيد المشروع النووي الفرنسي هي إنشاء محافظة الطاقة الذرية الفرنسية في أكتوبر 1945، و التي ورد في أمر إنشائها تحديد أهدافها المتمثلة في استغلال الطاقة الذرية في الأغراض العلمية و الصناعية و الدفاع الوطني، « de la science, de l'industrie et de la défense nationale ». و كانت البداية بشكل سري بعد الحرب العالمية الثانية التي خرجت منها فرنسا منهكة على جميع الأصعدة و لم تكن أولياتها الأساسية في بداية الأمر، إلا أن المختبرات التابعة للقوات البرية شرعت في دراسة السلاح الذي استخدم في هيروشيما من طرف الولايات المتحدة الأمريكية، و في بداية الخمسينات سنة 1952 توصلت بريطانيا إلى إجراء أول تجربة نووية لها و لم تمر إلا سنة واحدة قفزت التكنولوجيا العسكرية الأمريكية و السوفياتية إلى مرحلة القنبلة الهدروجينية، حينها كانت فرنسا في ورطة عسكرية في الفيتنام حتى وقعت معركة " ديان بيان فو " و محاصرة الجيش الفرنسي، طالبت فرنسا من الولايات المتحدة الأمريكية التدخل باستعمال قنبلة نووية لفك الحصار على الجيش الفرنسي فكان الرد بالرفض الأمر الذي أضعف الموقف الفرنسي و زاد من رغبتها في الاستقلال الدفاعي عن التحالف الخارجي.[2]

و بعد تولي الجنرال "دوغول" نهاية الخمسينات السلطة من جديد سرّع و وسع من وتيرة الأبحاث و الجهود للحصول على السلاح النووي الفرنسي و تمكن من تحقيق إجماع وطني فرنسي حول أهمية المشروع النووي

لحماية المصالح الحيوية للدولة، لاسيما بعد عزوف الولايات المتحدة الأمريكية و بريطانيا عن تقديم المساعدة التقنية لها، بل و الضغط عليها لوقف مشروعها النووي،[3]

الأمر الذي دفعها للبحث عن التعاون لدى الكيان الصهيوني، لاشتراكهم في الأهداف و التهديدات،[4] فالثورة الجزائرية و القضية الفلسطينية زادت من تلاحم العلاقات العسكرية بين السلطات الفرنسية و الصهيونية و رغبتهم المشتركة في ردع المد و التضامن بين الشعوب الطامحة إلى التحرر.[5]

و في هذا الإطار التاريخي تم إنشاء المركز الصحراوي للتجارب العسكرية سنة 1957 و مركز التجارب العسكرية بالواحات، حيث بدأ التحضير للتفجيرات النووية. و الجدير بالذكر أن ملف التجارب النووية الفرنسية في الصحراء الجزائرية يسوده نوع من الغموض و الاختلاف بين مختلف الباحثين في الموضوع بالنظر إلى تكييفه بالسري دفاع من طرف السلطات الفرنسية، و بالرغم من ذلك فهي تصرح بإجراء سبعة عشر تجربة نووية في الجزائر، أربعة في منطقة "حمودية" على بعد 50 كلم جنوب "رقان" و ثلاثة عشر في منطقة "إن أيكر" على 150 كلم شمال " تمنراست ".

و فيما يلي قائمة التجارب النووية الفرنسية التي فجرتها في رقان و هي في مجملها سطحية:

1- اليربوع الأزرق: 13-02-1960، 2- اليربوع الأبيض: 01-04-1960، 3- اليربوع الأحمر: 27-12-1960، 3- اليربوع الأخضر: 25-04-1961. [6]

أما التفجيرات الباطنية التي أجرتها فرنسا في عين أيكر شمال تامنغست فهي حسب الترتيب التالي:[7]

1-Agate : 1961-11-07

2- Béryl : 1962-05-01

3- Emeraude : (Georgette) 1963-03

4- Améthyste: 1963-03-30

5- Rubis: 1963-10-20

6-Opale (Michèle) : 1964-02-14

7- Turquoise: 1964-11-28

8- Topaze: 1964-06-15

9- Corindon: 1965-10-01

10 - Saphir (Monique) : 1965-02-27

11 - Tourmaline: 1965-12-0113

12 - Jade: 1965-05-30

13- Grenat: (Carmen) 1966-02-16

و مما يجدر اللإشارة إليه هو أن عدد التفجيرات النووية التي أجرتها فرنسا في الصحراء الجزائرية تحوم حولها مجموعة من الشكوك من حيث صدقها و دقتها، بحيث اعتبرتها معلومات سرية خاصة بالدفاع الوطني، و لم ترفع عنها السرية بعد، بالرغم من المطالبات الحثيثة من عديد الجهات، خاصة من طرف ضحايا التفجيرات النووية، و الكثير من المهتمين و الحقوقيين المنشغلين بالضغط على السلطات الفرنسية من أجل تحمل مسؤوليتها.

المطلب الثاني: التكييف الإجرامي للتفجيرات النووية الفرنسية في الصحراء الجزائرية.

بإجرائها للتجارب النووية في الصحراء الجزائرية تكون فرنسا قد اقترفت مجموعة من الانتهاكات التي تحظرها الاتفاقيات و الأعراف الدولية، و التي تثبّت لا محالة مسؤوليتها أمام القضاء الوطني و الدولي، بالنظر إلى خطورة و طبيعة الجرائم الدولية من جهة، و إصرار السلطات الفرنسية على عدم تحمل تبعات أفعالها و إحقاق حقوق الضحايا من جهة أخرى، و يمكن إجمال التجاوزات التي ارتكبت من طرف السلطات الفرنسية في الصحراء الجزائرية عند تنفيذ التفجيرات النووية السبعة عشر التي لا تنكرها فرنسا في ما يلي:

أولا: التفجيرات النووية جريمة حرب

بالرجوع إلى الظروف التي نفذت فيها التجارب النووية العسكرية في الجزائر كانت الثورة الجزائرية قد مر على اندلاعها أكثر من خمسة سنوات، كحركة تحررية معترف بها دوليا تطالب بالاستقلال و وقف الاحتلال الفرنسي للجزائر، و تتمتع بكل الامتيازات التي يعترف بها القانون الدولي الساري المفعول حينها، خاصة في ظل الاتفاقيات التي التزمت بها فرنسا، و التي يمكن إجمال أهمها من تلك التي تفرض إلتزامات دولية على الدول بشأن النزاعات المسلحة أو التجارب النووية في ما يلي:

1- اتفاقية لاهاي الثانية المتعلقة بقوانين و أعراف الحرب البرية لسنة 1899 و انضمت إليها فرنسا في سنة 1900.

2- ميثاق محكمة نورمبرغ لسنة 1945 و التي وقعت عليه في 8-8-1945.

3- اتفاقية منع و قمع جريمة الإبادة الجماعية لسنة 1948 و انضمت إليها في 14-10-1950

4- اتفاقيات جنيف الأربعة لسنة 1949 التي انضمت وصادقت عليهم فرنسا في 28-06-1951

5- الاتفاقية الأوروبية حول عدم تقادم الجرائم ضد الإنسانية و جرائم الحرب لسنة 1974 التي صادقت عليها في 25-01-1974.

و في هذا الإطار الإتفاقي الملزم للسلطات الفرنسية التي ينص دستورها الخاص بالجمهورية الخامسة المعتمد في 4 أكتوبر 1958 أن: " المعاهدات و الاتفاقات المعتمدة والمصادقة عليها قانونيا بمجرد نشرها تسمو على القوانين بشرط تطبيقها من الطرف الأخر".[8]

و بإجراء السلطات الفرنسية لتجارب نووية عسكرية خطيرة في إقليم دولة مستعمرة، تكافح في إطار حركة تحررية ضد المستعمر، تكون قد ارتكبت الجرائم التالية التي تنص عليها المواثيق السابقة:

أولا: الاعتداء على الحياة والسلامة البدنية، وبخاصة القتل بجميع أشكاله، والتشويه، والمعاملة القاسية:

طالما ادعت فرنسا بأن الحرب في الجزائر هي نزاع مسلح غير دولي لا تنطبق عليه اتفاقيات جنيف الأربعة، لكن تتناسى ما تمنحه هذه الاتفاقيات من حقوق و حماية لضحايا النزاعات المسلحة غير الدولية كما كانت تدعيه فرنسا و هذا بالرغم الاعتراف الدبلوماسي الذي كانت تحظى به الثورة الجزائر عند إجراء التجارب النووية، فابتداء من سنة 1960 إلى غاية أفريل 1961 اعترفت بالحكومة المؤقتة الجزائرية ما لا يقل عن 25 دولة.[9] و لا شك في جسامة الأضرار لتي لحقت المناطق المأهولة في رقان من حيث الأضرار الصحية و الوفيات و العاهات الغريبة و التي لا تزال أثارها إلى غاية اليوم.

ثانيا: استعمال أسرى جيش التحرير الوطني في التجارب العلمية:

يعتبر معتقلي الثورة الجزائرية من أسرى الحرب حسب القانون الدولي الإنساني الساري المفعول، بحيث جاء في نطاق تطبيق اتفاقية جنيف الثالثة الخاصة بمعاملة الأسرى من حيث الأشخاص الذين يعدون أسرى.[10] " ... – أفراد المليشيات الأخرى والوحدات المتطوعة الأخرى، بمن فيهم أعضاء **حركات المقاومة المنظمة**، الذين ينتمون إلى أحد أطراف النزاع ويعملون داخل أو خارج إقليمهم، حتى لو كان هذا الإقليم محتلا، على أن تتوفر الشروط التالية في هذه المليشيات أو الوحدات المتطوعة، بما فيها حركات المقاومة المنظمة المذكورة:

أ– أن يقودها شخص مسؤول عن مرؤوسيه،

ب– أن تكون لها شارة مميزة محددة يمكن تمييزها من بعد،

ج– أن تحمل الأسلحة جهرا،

د– أن تلتزم في عملياتها بقوانين الحرب وعاداتها

و لاشك أن جيش التحرير الوطني الجزائري يستجيب لهذه الشروط خاصة بعد انعقاد مؤتمر الصومام و كذلك توقيع الحكومة المؤقتة على اتفاقيات جنيف الأربعة الخاصة بحماية ضحايا النزعات المسلحة في 20-06-1960 وبالتالي يتمتع الأشخاص المأسورين منه بالحقوق المنصوص عليها في اتفاقية جنيف الثالثة، خاصة و أنه يعتبر من الانتهاكات الجسيمة التي تحرك المسؤولية الدولية لدول الحجز،" يعتبر انتهاكا جسيما لهذه الاتفاقية، وعلى الأخص، لا يجوز تعريض أي أسير حرب للتشويه البدني أو التجارب الطبية أو العلمية من أي نوع كان مما لا تبرره المعالجة الطبية للأسير المعني أو لا يكون في مصلحته...".[11]

و تداولت العديد من الشهادات من استعمال عدد كبير من المجاهدين الجزائريين المسجونين في الغرب الجزائري كفئران تجارب لقياس تأثير التفجير النووي على جسم و صحة الإنسان، و ثارت هذه القضية من جديد بعد نشر صورة من صور التجارب و فيها مجموعة ممن تدعي فرنسا بأنهم دمى و في من خلال

المظهر الخارجي يظهر بأن بعضهم بشر بحسب بعض المختصين في الطب الشرعي ثم توالت الردود و التعليقات الفرنسية بأنهم جثث فقط دون أن تقدم هويتهم.[12]

ثانيا: التفجيرات النووية جريمة ضد الإنسانية

يقصد بالجرائم ضد الانسانية وفقا لما ورد في الاتفاقيات الدولية ذات الصلة كل الانتهاكات الواسعة لحقوق الإنسان الأساسية التي تستهدف السكان المدنيين على نطاق واسع و ممنهج، كالتقتيل، الترحيل الإجباري، التعذيب، الاغتصاب، العبودية و المساس بالسلامة البدنية و الصحية. و لا شك أن التفجيرات النووية الفرنسية هي صورة من صور تلك الجرائم حيث أثبتت العديد من الشهادات على استعمال السكان المدنيين كفئران تجارب لم يتم إعلامهم بالتفجيرات ثم بادروا بقياس مدى تأثير التجربة النووية على صحتهم، بحيث تشير بعض التقارير الصادرة عن مؤسسات فرنسية أن السلطات الفرنسية قد أخضعت 24.000 شخص لاختبار الإشعاع.[13]

و من المسلم به في باب الجرائم ضد الانسانية أن معيارها "النطاق الواسع و الأعمال الممنهجة"، و ربما لا نحتاج إلى دليل لإثبات النطاق الواسع للتفجيرات النووية الفرنسية في الصحراء الجزائرية و هي استعملت مواقع 17 تفجير مصرح بها فقط، و زمنيا امتدت طيلة ستة سنوات، أما باعتبار هذه الجرائم أعمال ممنهجة تسقطها في خانة الجرائم ضد الإنسانية، فلا تنكر فرنسا أن مشروعها النووي الذي يرجع إلى نهاية الحرب العالمية الثانية كان يتجه إلى استغلال أراضي غير أوروبية في هذه التجارب، التي لا تستطيع إجراءها في أراضيها بالنظر إلى الأثار الخطيرة التي تترتب عنها، و منه اتجهت إلى أرض هي تدري بقرب نهايتها فيها، بسبب الضربات التي كانت تتلقاها من الثورة الجزائرية، فهو ضرب من ضروب الانتقام و شكل من أشكال الاستنزاف ضد السكان المدنيين.

و في هذا السياق طالبت السلطات الجزائرية سنة 1999 من الوكالة الدولية للطاقة الذرية من أجل التدخل لإنجاز دراسة علمية موضوعية تحدد فيها أثار و مخلفات التجارب الفرنسية في صحرائها ابتداء من 1960، و منه واقت الوكالة خاصة و أنها قبل أربعة سنوات من ذلك سنة 1995 أصدرت قرارا تلح فيه على تحمل الدول التي أجرت تجارب نووية بالتحكم في أثارها و ردها إلى حالتها و تطهيرها، فعينت خمسة خبراء كان من بينهم فرنسيين، و استخلصوا بعد قياسهم لمدى انتشار الإشعاعات النووية إلى أن المواقع لا تزال إلى حد تاريخ الزيارة الميدانية و كتابة تقريرهم، بأن مواقع التفجيرات لا تزال إلى حد الساحة ملوثة بأثار خطيرة على الإنسان و الكائنات الحية.[14]

و يضاف إلى ذلك أن السلطات الفرنسية عند إتمام تجاربها في الصحراء الجزائرية لم تلتزم بما يفترض إجراؤه من تطهير المواقع و تنبيه السكان المدنيين، بل أكثر من ذلك تركت العتاد و الأدوات و المراكب الملوثة في أماكن التفجيرات، فقط ادعت أنه تم دفنها، في حين العديد منها يترامى الآن في مواقع التجارب،

في متناول السكان المدنيين، و ماشيتهم، لاسيما في عين أيكر أين وقع حادث Béryl في 10-05-1962 ، أين لم يتم التحكم في الانفجار فانفلتت أثار التجارب و الانفجارات الباطنية إلى الخارج مما سبب كارثة بيئية كبيرة، و مع هذا لم تبادر السلطات الفرنسية بتطهيرها أو تقديم معلومات للسلطات الجزائرية للحد من ضحاياها،[15] مما يؤكد النية الإجرامية الانتقامية المستهترة بالروح البشرية.

ثالثا: التفجيرات النووية الفرنسية جريمة عدوان على الجزائر

من المعلوم أن التجارب النووية الفرنسية في ظرفها الزمني قسمين، الأول وقع أثناء الثورة التحريرية ابتداء من 13 فيفري 1960 والثانية وقع بعد استرداد السيادة الوطنية ابتداء من 05 جويلية 1962، أما الأول فقد تطرقنا إلى الجرائم الفرنسية كدولة احتلال و الجرائم التي ارتكبتها، و أما القسم الثاني فهي تلك التفجيرات الثلاثة عشر حسب المصادر الفرنسية، و التي وقعت بعد استقلال الجزائر و استرجاع سيادتها على إقليمها الوطني من سنة 1962 إلى غاية سنة 1966، و بالتالي فإن فرنسا مبدئيا انتهكت السيادة الجزائرية طيلة أربعة سنوات باستعمالها في التفجيرات النووية.

و لعل السلطات الفرنسية تمسكت باتفاقيات "إفيان" التي وقعت عليها الحكومة المؤقتة الجزائرية و السلطات الفرنسية و التي بموجبها سمحت للحكومة الفرنسية باستغلال بعض المواقع و المطارات و المناطق إلا أن الجريمة باقية متكاملة الأركان بالرغم من نص اتفاقية إفيان على ذلك، و الدليل على ذلك أن هذا النص ورد في فقرتها الأخير تتنازل الجزائر لفرنسا بـ"استعمال بعض المطارات و المواقع والمناطق و المنشئات العسكرية التي تكون ضرورية لها"، و هذا لا يعني بتاتا استعمالها في تفجيرات نووية خطيرة تترتب عليها أثار صحية و بيئية خطيرة. و منه فرنسا لم تحترم الرخصة الممنوحة لها بموجب اتفاقية إفيان التي تحصر الاستعمال في المسائل الضرورية لها في الأنشطة العسكرية العادية.

وبالرجوع إلى التزامات فرنسا الدولية في باب جريمة العدوان نجدها وقعت على ميثاق محكمة نورنمبرغ لسنة 1945 الذي كان يسمي جريمة العدوان جريمة ضد السلام و التي عرفها بكونها " توجيه أو تحضير أو إعلان أو متابعة حربا عدوانية أو حربا خلافا لما تنص عليه المعاهدات أو التطمينات أو الاتفاقات أو المشاركة في أي مخطط أو مؤامرة من أجل ارتكاب عمل من الأعمال السابقة الذكر".[16]. و في نفس السياق ينص ميثاق الأمم المتحدة على التزام الدول باحترام السيادة المتساوية بين جميع أعضاء الأمم المتحدة،[17] و يعتبر المساس بالسيادة الوطنية للدول من الأعمال التي تقتضي تدخل من مجلس الأمن إن اقتضت الضرورة بموجب الفصل السابع الذي يحل عند "وقوع التهديد بالسلم أو الإخلال به أو كان ما وقع عملا من أعمال العدوان".[18]

المبحث الثاني: مسؤولية فرنسا عن التفجيرات النووية والمتابعات الممكنة.

إن تحديد الجرائم و الوقوف على أركانها و مقترفيها ليس غاية في ذاته وإنما هو أداة لإصلاح الضرر و معاقبة الفاعلين وتحميل المسؤوليات و إسنادها إلى مرتكبيها، و بالرجوع إلى السياق الزمني و الإقليمي للتفجيرات النووية الفرنسية في الصحراء الجزائرية نجد أن المسؤولية الجنائية و المدنية بالتعويض تتوزع بين نوعين من القضاء الدولي إضافة إلى الجهات القضائية الوطنية و التي بدورها تخضع لقاعدة التطور و ظهور أدوات قانونية جديدة يحكمها مبدأ عدم رجعية القانون.

المطلب الأول: مسؤولية فرنسا الدولية عن التفجيرات النووية

لقد نصت قواعد القانون الدولي العرفية منها و التعاهدية منها على شروط المسؤولية الدولية للدول عن الأعمال التي يرتكبها موظفوها و تخالف قواعد القانون الدولي العام، و تتمثل هذه الشروط في: – أولا: الإخلال بالالتزام الدولي – و ثانيا: إسناد العمل غير المشروع إلى الدولة، – و ثالثا: الضرر الذي يلحق بشخص القانون الدولي.

أما بالنسبة للشرط الأول المتعلق خرق الالتزام الدولي فالسلطات الفرنسية قد وقعت و صادقت على العديد من الاتفاقيات الدولية الملزمة لها في مجال القانون الدولي الإنساني و التي رأيناها في الفقرات أعلاه، منها اتفاقيات جنيف الأربعة حول ضحايا النزاعات المسلحة، و اتفاقية منع و قمع جريمة الإبادة الجماعية و غيرها و التي بالمصادقة عليها تتحمل مسؤولية انتهاكها، بالإضافة إلى المسؤولية على انتهاك الأعراف الدولية الملزمة خاصة تلك التي تتعلق بحقوق الإنسان الأساسية كتلك المرتبطة بحق الإنسان في الحياة و في السلامة الجسدية و التي انتهكتها السلطات الفرنسية بالإقدام على التفجيرات النووية في الصحراء الجزائرية.

و أما بالنسبة لشرط إسناد العمل غير المشروع إلى الدولة فلا تنكر السلطات الفرنسية أن التجارب النووية هي مشروع دولة سخرت له موارد بشرية معتبرة و ميزانيات ضخمة، و بالتالي تلك الأعمال تم إسنادها إلى الدولة و ليس إلى الأشخاص الطبيعية التي ارتكبته فعليا.

ثم أن الشرط الثالث المتمثل في إثبات الضرر المترتب عن العمل غير المشروع إثباتاه باقية إلى تاريخ كتابة هذا الدراسة، فالأضرار التي ألحت الضحايا المدنيين و الأمراض التي أصابتهم السكان و المحرقة التي دمرت البيئة الطبيعية في مناطق التفجير لا تزال قائمة تشهد على الإجرام الفرنسي في الصحراء الجزائرية.

و الملاحظ أن شروط المسؤولية الدولية في تحميل فرنسا تبعة التفجيرات النووية في الصحراء الجزائرية، و منه يجوز المطالبة بها أمام القضاء الدولي إن لم تكن الطرق الودية كفيلة بذلك، فمن حق الدولة الجزائرية مبدئيا رفع قضية التعويض أمام القضاء الدولي عن تلك الجرائم التي ارتكبت أثناء التفجيرات النووية و عن خرق اتفاقيات إفيان و العدوان على الأراضي الجزائرية و انتهاك حقوق الأسرى و السكان المدنيين و غيرها.

و في هذا الإطار يمكن المطالبة بمسؤولية فرنسا ليس فقط على أساس العمل غير المشروع الذي ارتكبته أثناء التفجيرات النووية، و إنما قد تتحمل المسؤولية بإصلاح الضرر و التعويض و رد الحال إلى ما كان عليه حتى و إن ادعت فرنسا بمشروعية ذلك، فهناك حل في القواعد العرفية و الاتفاقية لقانون المسؤولية الدولية الذي يؤسسها على المخاطر أو الضرر، بحيث يعفي الطرف المتضرر من إثبات لا مشروعية الفعل الضار، وأفضل المجلات التي تنطبق فيها التجارب النووية و غزو الفضاء و النقل الجوي و البحري و البحث العلمي و اكتشاف الفضاء، فحتى و لو كان الفعل لا يعارض قواعد القانون الدولي إلا أنه لا يعفي مرتكبه من التعويض و إصلاح الأضرار المترتبة عن تلك الأفعال التي يجني منها مصالح معتبرة، و بالتالي في فرنسا مسؤولة عن تجاربها النووية و على الأثار البيئية المترتبة عن ذلك حتى و لو ادعت بمشروعيتها.

و في هذا الصدد لم تترك السلطات الفرنسية الباب مفتوح لهذه المطالبات القضائية بحيث اتخذت مجموعة من التدابير القانونية من أجل الحيلولة دون تحميلها المسؤولية عن جرائمها الاستعمارية بما فيها تفجيراتها النووية في الصحراء الجزائرية، نذكر من بينها:

أولا: عدم سريان هذه الكثير من النصوص القانونية التي تتعلق بالتفجيرات النووية الفرنسية في الصحراء الجزائرية عند إجراء هذه التجارب تطبيقا لمبدأ عدم رجعية القوانين، و تعمدت فرنسا عدم التصديق إليها كي لا تتحمل مسؤولية جرائمها النووية، إلا بعد بلوغ أهدافها الاستراتيجية، و نذكر من بين تلك الاتفاقيات الدولية:

1- معاهدة حظر تجارب الأسلحة النووية في الجو وفي الفضاء الخارجي وتحت الماء المؤرخة في 27 جانفي 1963.

2- معاهدة تحريم وضع الأسلحة النووية والأسلحة الأخرى ذات التدمير الشامل على قاع البحار أو أرض المحيطات وفي التربة تحتهما المؤرخة في 03 أكتوبر 1970

3- معاهدة الحظر الكلي للتجارب النووية المؤرخة في 24 سبتمبر 1996.

ثانيا: تحفظ فرنسا عند ايداع وثائق التصديق على النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية على عدم اختصاص المحكمة فيما يخص المسائل التي تدخل ضمن مجال الدفاع الوطني و هذا ما دفعت به فرنسا سنة 1974 عندما رفعت استراليا و نيوزلندا دعوى ضدها لجبرها على وقف تجاربها النووية في المحيط الهادي.

رابعا: النص في اتفاقيات "ايفيان" على الإبقاء على القوات الفرنسية في بعض المواقع دون التنصيص على التجارب النووية، لعلها تستفيد من الغموض الذي يكتنف النص الوارد في هذه الاتفاقية.

و في هذا الإطار لا يمكن السلطات الجزائرية التمسك و المطالبة بالمسؤولية الدولية الفرنسية إلا بالضغط من أجل إحالة القضية أمام التحكيم الدولي، و الذي يقتضي موافقة فرنسا باختصاصه مبدئيا، لأنه يختلف عن القضاء الدولي ذو الاختصاص التلقائي، و بالتالي لا بد من فتح الملف و إحالته وديا أمام جهات التحكيم الدولية للحصول على تعويضات من السلطات الفرنسية خاصة ما تعلق منها بتعويض ضحايا التفجيرات من السكان و الأسرى و الالتزام بالقضاء على كل مخلفات التجارب النووية و تطهير المواقع، و الاستناد في ذلك إلى ما نصت اتفاقية افيان نفسها عند تحديدها قواعد الفصل في المنازعات بين الدولتين " تحل فرنسا والجزائر المنازعات التي تحدث بينهما سواء بالمصالحة أو التحكيم. وذلك في حالة عدم وجود إتفاق لرفع الدعاوى أمام القضاء".

و تتضمن المسؤولية الدولية للدولة الفرنسية في إصلاح الضرر عن طريق إجراء من الإجراءات التالية: – رد الحالة إلى ما كان عليه– التعويض – الترضية بالاعتذار أو غيره، و لعل السلطات الفرنسية ملزمة بالتطهير و رد مواقع التفجيرات النووية إلى الحالة التي كانت عليها من قبل إجراءها و هذا أمر ليس ممكنا على إطلاقه، بالنظر إلى التطور العلمي و التقني الذي بلغته البشرية من جهة و طبيعة أثار الإشعاعات النووية من جهة أخرى.

المطلب الثاني: المسؤولية الجنائية الفردية عن التفجيرات النووية الفرنسية

لا تكتمل العدالة بشأن التفجيرات النووية الفرنسية في الصحراء الجزائرية إلا بضم المسؤولية الجزائية للقادة العسكريين و المدنيين الذين أمروا بارتكاب الجرائم النووية، لاسيما تلك التجاوزات الخطيرة التي لحقت بالأسرى و السكان المدنيين، والتي تطرقنا إليها أعلاه، لكن فرنسا، التي دائما تضع نفسها في موقع أكبر الديمقراطيات في العالم و أعلى صوت مدافع عن حقوق الانسان، أصدرت قانون خاص بالعفو أو بعبارة أفصح " اللاعقاب " صدر في 31 جويلية 1968، لا يسمح بمتابعة هؤلاء القادة الفرنسيين أمام القضاء عن الجرائم التي ارتكبها الفرنسيين في الجزائر أثناء الثورة التحريرية.[19]

و في هذا الصدد يمكن للجمعيات و لضحايا الجرائم الفرنسية في الجزائر بما فيها التفجيرات النووية المطالبة بإلغاء القانون الخاص بالعفو لأنه يتعارض مع الدستور الفرنسي الذي ينص على سمو المعاهدات الدولية التي صادقت عليها الدولة الفرنسية على القوانين الوطنية، و بالتالي يمكن إلغاؤه و رفع العفو عن مجرمي الحرب الفرنسيين الذين ارتكبوا جرائم حرب في الجزائر و غيرها من المستعمرات. هذا بالإضافة إلى الالتزاماتها الدولية الأخرى في إطار اتفاقيات جنيف الأربعة التي ورد فيها " لا يجوز لأي طرف متعاقد أن يتحلل أو يحل طرف أخر من المسؤوليات التي تقع عليه أو على طرف متعاقد أخر فيما يتعلق بالمخالفات المشار إليها في المادة السابقة".[20]

و لا يمكن أن نتصور من الناحية القانونية متابعة هؤلاء المجرمين أمام القضاء الوطني الجزائري بالنظر إلى ما تنص عليه اتفاقيات "افيان" من عدم جواز متابعة الفرنسيين و الجزائريين عن الجرائم المرتكبة بمناسبة الثورة الجزائرية و الأحداث التي وقعت في الجزائر ما بين 1954-1962، بحيث تنص : " لن يستطيع أحد القيام بأي إجراء قضائي أو تأديبي أو خاص بالأمن أو عمل أي تمييز بسبب ما يلي: - الآراء التي تعلن بمناسبة الأحداث المفاجئة في الجزائر قبل يوم استفتاء تقرير المصير. - الأعمال التي ارتكبت بمناسبة نفس هذه الأحداث قبل يوم إعلان وقف إطلاق النار...".

و من جهة أخرى لا يمكن أن نتخيل أن مجلس الأمن كان بإمكانه أن يتدخل ضد فرنسا و أن ينشأ محاكم جنائية دولية خاصة كتلك التي أنشأها سنة 1993 في رواندا أو سنة 1994 في يوغسلافيا، لمتابعة مجرمي الحرب و مرتكبي الجرائم ضد الإنسانية، و مرد ذلك هو حق النقض الذي تحوزه فرنسا. و هذا ما جعل العديد من الجهات الدولية تأكد على ضرورة تعديل النظام الأممي غير العادل الذي يكرس سياسة "الكيل بمكيالين" كثمرة مسمومة للتوزيع غير المنصف لحق النقض بين الأمم و الدول و الذي يتعارض مع ميثاق الأمم المتحدة التي من بين أهم مبادئها "المساواة في السيادة بين الدول".

و في نفس السياق مبدئيا لا يمكن اللجوء إلى المحكمة الجنائية الدولية التي تختص زمنيا إلا بالجرائم الدولية التي ارتكبت بعد نفاذ اتفاقية روما الخاصة بالنظام الأساسي بالمحكمة للدولية،[21] هذا مع العلم أن فرنسا كانت من أولى الدول التي وقعت على النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية وكان ذلك في 18 جويلية 1998 وصادقت عليها في 09 جوان 2000 و أصدرت قانون للتعاون مع المحكمة الجنائية الدولية في 26 فيفري 2002. و منه لا يمكن متابعة القادة الفرنسيين عن تلك الجرائم إلا بتعديل نظامها الأساسي للمحكمة.

و لقد فسح النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية المجال من أجل تعديله، بشروط معينة، و حدث ذلك عند تعديل هذا النظام بإضافة مواد خاصة بجريمة العدوان و حظر بعض الأسلحة و غيرها سنة 2015. لذا فمن الحلول الممكنة انضمام دول ضحايا الجرائم الاستعمارية من أجل تعديل هذا النظام و الضغط في مؤتمرات المراجعة من أجل وضع استثناء مماثل لما نص عليه في ميثاق "نورمبرغ" سنة 1945، أين اعتمد استثناء على مبدأ عدم رجعية القوانين يخص تلك الجرائم الدولية الخطيرة التي من بينها جرائم الحرب و الجرائم ضد الإنسانية و الجرائم ضد السلام.

وهناك إمكانية أخرى لمتابعة مجرمي الحرب الفرنسيين و المتمثلة في مقاضاتهم وفق لمبدأ الاختصاص العالمي في مجال جرائم الحرب و الجرائم ضد الإنسانية بحيث هناك بعض التشريعات الوطنية الجنائية التي تنص على إمكانية معاقبة مرتكبي تلك الجرائم الدولية الخطيرة بغض النظر عن جنسيتهم ومكان ارتكاب الجريمة و هوية الضحايا، وذلك بناء على ما ورد في اتفاقيات جنيف الأربعة الخاصة بحماية ضحايا

النزاعات المسلحة و الالتزام الذي تضعه على عاتق الدول في احترام الاتفاقيات الخاصة بالقانون الدولي الإنساني و إلزام الغير باحترامها.[22]

ومن الدول التي تنص في تشريعاتها على هذا الاختصاص العالمي في تشريعاتها الداخلية في متابعة مجرمي الحرب هي بلجيكا بموجب قانون صادر في 1993/06/16 و إسبانيا بموجب القانون الصادر سنة 1995،[23] ولهذا يجوز للضحايا الجزائريين رفع دعاوى قضائية في هذه الدول عندما يكون على أراضيها مجرمي الحرب الفرنسيين.

الخاتمة:

قد تقوم المسؤولية الدولية لفرنسا عن التفجيرات النووية في الصحراء الجزائرية على أساس العمل غير المشروع أو عدم المشروعية بحيث تتوفر الشروط الثلاث لقيامها من إخلال بالتزام دولي و إسناد الفعل لشخص للدولة الفرنسية و إلحاق ضرر بشخص دولي ذو سيادة. و حتى و إن بذلت فرنسا كل ما في وسعها من أجل غلق كل المنافذ القانونية لمسائلتها عن الأضرار التي ألحقتها بالجزائر جراء هذه التجارب الخطيرة، و حاولت رفع اللامشروعية عن تلك الجرائم، فإنها تتحمل المسؤولية على أساس المخاطر الذي اعتمده القانون الدولي و يسمح بالمطالبة بالتعويض بدون إثبات الطابع غير المشروع.

إلا أن مسؤولية فرنسا لا تتوقف عند هذا الحد بل تقوم على أساس أحكام القانون الدولي الإنساني و القانون الدولي الجنائي، بحيث تتحمل فرنسا المسؤولية الدولية بالتعويض عن استخدام الأسرى الجزائريين كفئران تجارب، و إلحاق أضرار بالسكان المدنيين المقيمين في مناطق التجارب النووية، فضلا على أن فرنسا تتحمل المسؤولية الدولية على عدم معاقبة قادتها عن تلك الجرائم الدولية.

و مع أن القادة الفرنسيين الذين أمروا أو شاركوا في الجرائم النووية الفرنسية في الجزائر أكثرهم قد لقي حتفه، بحكم العقود التي انقضت منذ إجراءها، فالجزائر بحاجة إلى تحميل فرنسا المسؤولية الدولية لتطهير المواقع و وقف ضحاياها الذين لا ينتهوا و أثار التجارب النووية لا تزال باقية في المواقع يستهلكها الحيوان و يستعملها الإنسان بشكل مباشر و غير مباشر.

و على صعيد أخر يقع على فرنسا يقع التزام تعويض كل من تضرر من التفجيرات النووية في الصحراء الجزائرية خاصة بتعديل المرسوم التنظيمي المتعلق بتطبيق قانون "موران" بتوسيع قائمة الأمراض التي يحتمل الإصابة بها جراء التفجيرات النووية و وضع قرينة السببية بين التواجد في منطقة التجارب و الإصابة المرضية بحيث من الصعب إثبات العلاقة السببية بين المرض و التجربة النووية في غياب متابعة طبية و ملف طبي. لذا فعلى فعاليات المجتمع المدني أن تواصل في ممارسة الضغط على الحكومة الفرنسية

لتعديل قانون التعويض عن التجارب النووية الفرنسية لسنة 2010 بشكل يتوافق و إمكانيات الإثبات المتاحة لضحايا التفجيرات، و اتباع تجربة القانون الأمريكي في ذلك.

الإحالات:

1 -Robert E. Hermes, and William B. Strickfaden, A New Look at Trinitite Nuclear Weapons Journal, Issue 2, 2005, p 2.

2 - Dominique Mongin, Genèse de l'armement nucléaire français ; Revue historique des armées, 262 /2011, p 4.

3 - MM. JEAN-MICHEL BOUCHERON et JACQUES MYARD, Les enjeux géostratégiques des proliférations, RAPPORT D'INFORMATION DÉPOSÉ en application de l'article 145 du Règlement PAR LA COMMISSION DES AFFAIRES ÉTRANGÈRES Enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 18 novembre 2009, p 79.

4 -Comment la France a aidé Israël à avoir la bombe, Le Figaro, Publié le 07/05/2008.

5- د. مسرية نقادي، التجارب النووية الفرنسية في الصحراء الجزائرية مقاربة اجتماعية تاريخية، مجلة الدراسات التاريخية، العدد 21، المجلد 14، ص 328.

6- International Atomic energy Agency, Radiological conditions at the former French nuclear tests sites in Algeria, preliminary assessment and recommendations, Printed by the IAEA in Austria, March 2005, p 7.

7 - ibid, p 12

8- ARTICLE 55 de la constitution française de 4 octobre 1958 :

« Les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie. »

9- محمد بجاوي، الثورة الجزائرية و القانون، ترجمة علي الخش، دار الرائد للكتاب، الطبعة الثانية، 2005، ص 180.

10- حسب المادة 4 من اتفاقية جنيف الثالثة الخاصة بمعاملة أسرى الحرب.

11- حسب المادة 13 من اتفاقية جنيف الثالثة الخاصة بمعاملة أسرى الحرب.

12 -Farid Abdelouahab, Pierre Haski et Pascal Blanchard**,** Reggane 1960: comment une photo ambiguë est devenue l'icône d'un crime de la France, Publié le 29 mars 2018, https://www.nouvelobs.com

13- الوناس يحي، التفجيرات النووية الفرنسية في الصحراء الجزائرية، معالجة قانونية للأثار البيئية، مجلة العلوم القانونية والسياسية، العدد 3، جوان 2011، ص 39.

14 - International Atomic energy Agency, Radiological conditions at the former French nuclear tests sites in Algeria, preliminary assessment and recommendations, Printed by the IAEA in Austria, March 2005: " … The immediate area surrounding the Taourirt Tan Afella mountain is nominally restricted, particularly the area adjoining the entrance to the E2 tunnel, which was fenced off in 1965, although intermittent grazing by animals such as camels, goats and donkeys occurs throughout the region. Vegetation is very sparse. Runoff water from the area seeps into underground aquifers used for both stock water and, in In Ekker some 5 km distant, for drinking

water. There is evidence of scavenging of materials such as iron rails within the fence surrounding the E2 tunnel lava flow area. For the purposes of dose assessment, it is assumed that nomadic camel and goat herders spend ten days per year in the immediate vicinity of the site outside the original fence, and that some persons and animals occasionally venture inside the fence in the vicinity of the E2 tunnel entrance. The principal exposure pathways from residual radionuclides from the tests are: — External radiation, particularly in the vicinity of ejected lava; — Inhalation of dust; — Ingestion of dust; — Ingestion of water containing leached material; — Ingestion of products (primarily milk and meat) from livestock that intermittently graze in the area. 5.2.3. Adrar Tikertine experi … The Pollen experiments caused dispersion of plutonium in fine particulate form over a wide area in a southwesterly direction from the tower position of the Adrar Tikertine experimentation site (p 29)….. The concentrations originally estimated for the Adrar Tikertine site appear to have been substantially reduced by wind and water transport.(p 37)

15 - Patrice Bouveret , France-Algérie : un héritage radioactif empoisonné, revue Dynamiques Internationales, Numéro 7 octobre 2012, p 4

16- حسب المادة 6 من ميثاق المحكمة العسكرية لنورمبرغ.

17- تنص المادة الثانية من ميثاق الأمم المتحدة " تعمل الهيئة و أعضاؤها في سعيها وراء المقاصد المذكورة في المادة الأولى وفقا للمبادئ التالية: ... – تقوم الهيئة على مبدأ المساواة في السيادة بين جميع أعضاءها...".

18- أنظر نص المادة 39 من ميثاق الأمم المتحدة.

19 – والذي جاء في المادة الأولى منه:

« Sont amnistiés de plein droit toutes infractions commises en relation avec les événements d'Algérie et sont réputés commises en relation avec la guère d'Algérie toute infraction commises par des militaires servant en Algérie. »

20 – حسب ما جاء في المادة 148 من الاتفاقية الرابعة من اتفاقيات جنيف لسنة 1949 .

21 – وهذا ما لم تكن الدولة قد أصدرت إعلانا حسب الفقرة الثالثة من المادة الثانية عشر من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية و التي جاء فيها: إذا كان قبول الدولة غير طرف في هذا النظام الأساسي لازما بموجب الفقرة الثانية جاز لتلك الدولة بموجب إعلان يودع لدى مسجل المحكمة أن تقبل ممارسة المحكمة اختصاصها فيما يتعلق بالجريمة قيد البحث وتتعاون الدولة القابلة مع المحكمة دون أي تأخير أو استثناء وفقا للباب التاسع.

22 -Mourice Torrili, Le droit international humanitaire, Presse universitaire de France , 1ere édition, Paris, 1985 , p 119.

23 -Eric David, Les principes du droit des conflits armés, Bruylant, Bruxelles, 1994, p 644.

قائمة المراجع:

1- ميثاق المحكمة العسكرية لنورمبرغ للمحكمة العسكرية 1945

2- ميثاق الأمم المتحدة المؤرخ في جوان 1945

3- الاتفاقية جنيف الرابعة لخاصة بحماية المدنيين في وقت الحرب لسنة 1949

4- النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية المؤرخة في 17-07-1989

5- اتفاقية جنيف الثالثة الخاصة بمعاملة أسرى الحرب

6- الوناس يحي، التفجيرات النووية الفرنسية في الصحراء الجزائرية، معالجة قانونية للأثار البيئية، مجلة العلوم القانونية والسياسية، العدد 3، جوان 2011.
7 – د. مسرية نقادي، التجارب النووية الفرنسية في الصحراء الجزائرية مقاربة اجتماعية تاريخية، مجلة الدراسات التاريخي، العدد 21، المجلد 14 .
8- محمد بجاوي، الثورة الجزائرية و القانون، ترجمة علي الخش، دار الرائد للكتاب، الطبعة الثانية، 2005.
9-Les accords d'Evian, déclaration générale des deux délégations, du 18 -03-1962
10- La constitution française de 4 octobre 1958
11-Comment la France a aidé Israël à avoir la bombe, Le Figaro, Publié le 07/05/2008.
12- Dominique Mongin, Genèse de l'armement nucléaire français ; Revue historique des armées, 262 /2011.–
13- Eric David, Les principes du droit des conflits armés, Bruylant, Bruxelles, 1994.
14- Farid Abdelouahab, Pierre Haski et Pascal Blanchard, Reggane 1960: comment une photo ambiguë est devenue l'icône d'un crime de la France, Publié le 29 mars 2018, https://www.nouvelobs.com
15- International Atomic energy Agency, Radiological conditions at the former French nuclear tests sites in Algeria, preliminary assessment and recommendations, Printed by the IAEA in Austria, March 2005.
16- MM. JEAN-MICHEL BOUCHERON et JACQUES MYARD, Les enjeux géostratégiques des proliférations, RAPPORT D'INFORMATION DÉPOSÉ en application de l'article 145 du Règlement PAR LA COMMISSION DES AFFAIRES ÉTRANGÈRES, Enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 18 novembre 2009.
17- Mourice Torrili, Le droit international humanitaire, Presse universitaire de France , 1ere édition , Paris, 1985.
18- Patrice Bouveret , France-Algérie : un héritage radioactif empoisonné, revue Dynamiques Internationales, Numéro 7 octobre 2012
19-Robert E. Hermes, and William B. Strickfaden, A New Look at Trinitite Nuclear Weapons Journal, Issue 2, 2005.

شروط تعيين الموظف العام (دراسة مقارنة)

العيفاوي صبرينة

التخصص :القانون العام

أستاذ مساعد "أ"

المؤسسة :المركز الجامعي صالحي أحمد النعامة – الجزائر–

طالبة دكتوراه بكلية الحقوق و العلوم السياسية جامعة أبي بكر بلقايد– تمسان–

العنوان الالكتروني:sabrinalaifaoui1@gmail.com

الملخص باللغة العربية:

يعتبر الموظف العام بمثابة حجر الزاوية في أي دولة كانت ،حيث أن هذه الأخيرة لا تستطيع أن تحقق الرقي والاستمرارية إلا عن طريق النهوض بنظام قانوني يكفل للموظف العام مجموعة من الحقوق والواجبات تساعده على أداء وظيفته على أكمل وجه ، فمن هو هذا الموظف العام ؟وما هي الشروط الواجب توافرها لإمكانية تولية الوظائف العامة ؟

Résume

Le fonctionnaire est considéré comme la pièce essentielle de tout etat qui ne peut concrétiser le progrès et la continuité que par la promotion ou l'amélioration d'un système juridique qui garantira au fonctionnaire des droits et des devoirs lui permettant sa fonction pleinement.

Donc qui est ce fonctionnaire ?et quelles sont les conditions requises pour lui permettant d'accomplir sa fonction.

مقدمة

من المسلم به أن الدولة باعتبارها شخص معنوي عام لا تستطيع أن تقوم بأعباء تسيير وتنظيم أجهزتها الإدارية إلا عن طريق أشخاص طبيعيين يمثلونها و يقومون بممارسة المهام الموكلة اليهم ،هؤلاء الأشخاص يطلق عليهم " **الموظفون العموميون** "،و قد ارتبط مفهوم الوظيفة العمومية بمفهوم الدولة الحديثة خاصة مع تزايد عدد أنشطتها من أجل إشباع الحاجات العامة للأفراد، هذا الأمر يتطلب معه بذل الكثير من التنظيم للتوصل إلى الطريقة الجيدة لتوفير الخدمات الأساسية والرفاهية للمواطنين.

و لتفصيل أكثر سنحدد مفهوم الموظف العام باعتباره تلك الأداة الأساسية المسيرة لنشاطات الإدارة في مبحث أول ،ثم سنتكلم عن شروط تعيينه في كل من القانونين الجزائري و المصري في مبحث ثان.

المبحث الأول: مفهوم الموظف العام

قبل الخوض في شروط تعيين الموظف العام سنتطرق بإيجاز إلى تعريف الموظف العام تعريفا فقهيا قضائيا ثم تشريعيا ،اختلفت الدول في وضع تعريف للموظف العام و مرد ذلك اختلاف الانظمة السياسية و الاقتصادية و الادارية لكل دولة و نتيجة لذلك اختلف الفقه و القضاء و التشريع في تعريف فكرة الموظف العمومي ، فقد نجد احيانا ان تعريف الموظف العام يختلف حتى في الدولة الواحدة عند تعديل او الغاء القوانين او انتهاج سياسة معينة ، نتيجة لذلك عزفت التشريعات الوظيفية عن وضع تعريف جامع مانع للموظف العام تاركة عبئ ذلك للفقه و القضاء.[1]

المطلب الأول: التعريف الفقهي

بذل الفقه جهدا كبيرا في مجال تعريف الموظف العام خاصة مع إحجام بعض التشريعات المقارنة على ادراج هذا التعريف ، لكن قبل الحديث عن أهم المحاولات الفقهية لتعريف الموظف العام سنحاول أن نبين مدلول الوظيفة العامة والموظف العام في اللغة ، وذلك الماما بكافة جوانب هذا المصطلح فمن الناحية اللغوية يقصد **بالوظيفة من كل شيء** :ما يقدر له في كل يوم من رزق او طعام او علف او شراب و جمعها الوظائف و الوظف ، ووظف الشيء على نفسه ،ووظفه توظيفا :اي الزمها اياه[2]

اما من الناحية الاصطلاحية فقد تعددت المحاولات الفقهية لتعريف الموظف العام في ظل اغفال المشرع عن إعطاء تعريف للموظف العام اول هذه المحاولات الفقهية وأقدمها من الناحية التاريخية محاولات الفقه الإداري الفرنسي ، حيث كان سباقا في وضع تعريف لمفهوم الموظف العام و برز في ذلك اتجاهين[3]:

الأول: فقد وسع من مفهوم الموظف العام ،حيث استند إلى ما جاء في النصوص التشريعية و إلى أحكام القضاء ،حيث عرف الفقيه موريس هوريو الموظف العام بأنه :" **كل من يشغل وظيفة في الكادر الدائم في إحدى المصالح العامة التي تديرها الدولة سواء كان نائبا عن السلطة العامة او مستخدما او عاملا او مساعدا**"[4].وقد عرف الفقيه "دوجي الموظف العام بأنه " **كل شخص يساهم بطريقة دائمة في إدارة مرفق عام مهما كانت طبيعة الأعمال التي سيقوم به**[5] "

أما الثاني: فقد حاول التضييق وحصر تعريف الموظف العام و ذلك في انتماء هذا الأخير إلى تدرج إداري يشغل إحدى درجاته[6] ، و قد عرفه الفقيه "فالين waline" بأنه :" **كل من يتولى وظيفة دائمة مدرجة في الكادرات الإدارية العامة ،و يساهم في إدارة مرفق عام مباشرة** "[7] ،أما الفقيه "**آندري دولوبادبر** على أنه " **ذلك الشخص الذي يتولى وظيفة دائمة في كادر المرفق العام**" [8]

من خلال التعريفات السابقة يمكن القول بأن الموظف العام الوظيفة هو ذلك الشخص الذي يشغل المنصب الوظيفي ،و أن يكون هذا المنصب له دور في ادارة أي مرفق عام بمعنى المساهمة في تسيير شؤون الدولة ثم ضرورة أن يكون هذا المنصب مدرجا في السلم الوظيفي.

من التعريفات السابقة يمكن القول انها اجمعت على ضرورة توافر ثلاثة شروط للقول بوجود الموظف العام و هي:

5

الشرط الأول: شغل وظيفة عامة بصفة دائمة : و يقصد بذلك ان يشغل الموظف العام الوظيفة بشكل دائم و مستقر و يقوم ذلك على دائمية الوظيفة ذاتها ، و استمرارية الموظف في شغلها ،كما يتعين ان تكون الوظيفة مدرجة في هيكل اداري و مقررة بصفة دائمة،

الشرط الثاني: المساهمة في إدارة مرفق عام:_و يقصد بذلك ان تكون الوظيفة التي يشغلها الموظف العام خاضعة لسلطة ادارية عامة سواء كانت اقليمية او مرفقية.

الشرط الثالث: أن يكون التعيين في الوظيفة من السلطة العامة المختصة : و يقصد بذلك ان يصدر هذا التعيين من قبل جهة مختصة قانونا و ان يكون قرار التعيين صحيحا، فلا يعد موظفا عموميا من يقوم بالاستيلاء على الوظيفة العمومية دون قرار بالتعيين كالموظف الفعلي[9] فمجرد تسليم العمل او تقاضي الراتب لا يكفي لاعتبار هذا المترشح موظفا الا اذا صدر قرار صحيح بتعيينه[(10)]

أما الفقه المصري فقد استقر على أن الموظف العام هو :"**كل شخص يعهد إليه بعمل دائم من خدمة أحد المرافق العامة بتولي إدارتها او أحد أشخاص القانون العام الإقليمية او المرفقية وذلك بتوليه منصبا دائما يدخل في نظام التنظيم الإداري للمرفق العام**"[(11)]

من خلال التعريفات السابقة يمكن القول بأن الفقه تبنى معيارين أساسيين في تعريف الموظف العام هما ضرورة شغل وظيفة عامة بصفة دائمة أي وجود وظيفة شاغرة او منصب شاغر، و أن تكون هذه الوظيفة الشاغرة في مرفق عام تابع لأحد مرافق الدولة.

المظلب الثاني: التعريف التشريعي للموظف العام

اختلفت تشريعات الدول في تعريف الموظف وذلك بالنظر للأنظمة الإدارية السارية فيها حيث تعتمد كل دولة على مجموعة من العناصر في تعريفها للموظف العام ،فنجد المشرع الفرنسي وصف الموظف العام على أنه ذلك الشخص الذي عين في وظيفة بدوام كامل و على النحو المنصوص عليه في رتبته في التسلسل الهرمي لإدارات الدولة و السلطات الادارية المستقلة و المؤسسات العامة

للدولة"[12]،ومن خلال النص السابق نرى أن المشرع الفرنسي إعتمد نفس الشروط التي اعتمد عليها الفقه نذكر منها ما يلي:[13]

- أن تكون الوظيفة دائمة.
- أن تكون الخدمة في مرفق عام وإداري وأن يخرج من دائرة الموظفين العموميين والخاضعون لقانون الوظيف العمومي رجال القضاء ، ورجال الجيش والعاملون في مرافق ومنشآت عامة ذات طابع صناعي او تجاري ،بمعنى أن صفة الموظف العام تكتسب فقط بالنسبة للموظفين الخاضعين فقط للقانون الأساسي للوظيفة العامة، فنجد القضاة يخضعون في تأديتهم لمهامهم للقانون الأساسي للقضاة.

أما بالرجوع للتشريع المصري يقول الدكتور سليمان الطماوي ان كل القوانين السابقة لم تضع تعريفا للموظف العام انما اقتصرت على تحديد نطاق تطبيق القانون العام في مجال الموظفين فقط[14] و بالرجوع للقانون رقم 81 لسنة 2016 المتضمن قانون الخدمة المدنية في المادة الاولى منه قام بتحديد النطاق الذي تسري فيه أحكام هذا القانون فقط دون اعطاء تعريف للموظف العام أي مجال تطبيق هذا القانون حيث نصت على ما يلي:

"يعمل بأحكام القانون المرافق في شأن الخدمة المدنية ، وتسري أحكامه على الوظائف في الوزارات و مصالحها و الأجهزة الحكومية و وحدات الادارة المحلية و الهيئات العامة و ذلك مالم تنص قوانين او قرارات انشائها على ما يخالف ذلك"[15]

و من خلال نص هذه المادة نلاحظ أن المشرع المصري حاول تعريف الموظف العام بتحديد المجال الذي يشغله في الوزارات و مصالحها و الأجهزة الحكومية وحدات الادارة المحلية و الهيئات العامة [16]، تاركا تفصيل تعريف الموظف للقضاء الإداري عند النظر في منازعاته.

و يمكن اعتبار أن المشرع المصري تبنى في تعريفه للموظف العام المعايير السابقة الذكر مع الاعتماد على الأحكام القضائية التي جاءت مفسرة للمادة الاولى من قانون الخدمة المدنية التي حاولت تعريف الموظف مكتفية بتحديد نطاق سريان أحكام ذلك القانون.

وقبل الحديث عن موقف المشرع الجزائري من تعريف الموظف العام نحاول اعطاء نبذة عن تاريخ الوظيفة العامة في الجزائر ، ففي مرحلة الاستعمار كانت تطبق القوانين الفرنسية منها قانون الوظيفة العامة الفرنسي لسنة 1946 وكانت الوظيفة العامة حكرا على الفرنسيين فقط ،و لم يمكن الجزائريون من الالتحاق بالوظيفة العامة الا في سنة 1956 اين اضيفت بعض النصوص القانونية تسمح لهم بذلك ، و استمر الوضع الى غاية صدور قانون جديد للوظيفة العامة في فرنسا سنة 1959 و امتد تطبيقه في الجزائر و الذي استمر العمل به الى غاية الاستقلال ، و بعد الاستقلال تعارض تياران حول طبيعة الإصلاحات التي تتطلبها القوانين التي كانت معمول بها في السابق ، فطالب اتجاه بضرورة الإبقاء على النظام الفرنسي بما يتسم به من دقة ، و طالب اتجاه آخر بمقاطعة التشريع الفرنسي كلية وإيجاد نظام آخر يتماشى وفلسفة الدولة المستقلة ويعزز من مبدأ السيادة ، ولقد حسم القانون 62- 157 الصادر في 31 ديسمبر 1962 الأمر فقضى بالمحافظة على التشريع الفرنسي إلا ما كان منه يتنافى مع السيادة الوطنية، و العمل بمقتضى قانون الوظيفة العامة وقانون العمل والتمييز بين الموظفين والأجراء [17] .

بعد ذلك قامت الحكومة الجزائرية في سبتمبر 1965 بتشكيل لجنة عليا تتكون من ممثلين عن وزارة المالية والداخلية بهدف وضع قانون أساسي للوظيفة العامة ينظم المؤسسات الإدارية ذات الطابع الإداري، وقد تم ذلك بإعداد مشروع وعرضه على مختلف الإدارات والوزارات وتمت مناقشة على مستوى مجلس الثورة ثم صدر في جوان 1966 وهو يعد اول قانون للوظيفة العمومية في الجزائر بعد الاستقلال و هو المرسوم رقم 133/66 [18] .

بعد ذلك استحدث المشرع الجزائري القانون الأساسي العام للعامل سنة 1978 [19] و قد جاء هذا القانون في ظل مرحلة من التباين بين قطاع الوظيفة العامة والقطاع الاقتصادي وحاول وضع

الأسس والقواعد العامة التي يقوم عليها عالم الشغل بهدف توحيد معالم وأبعاد النظام القانوني الذي يحكم جميع العاملين بغض النظر عن القطاع الذي ينتمون اليه حيث حاول توحيد القوانين الأساسية المطبقة على قطاع الوظيفة العامة و القطاع الاقتصادي.

جاء بعد ذلك القانون الأساسي النموذجي لعمال المؤسسات والإدارات العامة سنة 1985 وأبرز ما جاء به هذا المرسوم هو محاولته وضع تصنيف موحد يسري على أغلب القطاعات كسابقه، غير أنه وبعد صدور هذا المرسوم ظلت المؤسسات الاقتصادية تعيش وضعا ونظاما متميزا خاصة في مجال الأجور وذلك بسبب خضوع علاقة العمل في هذا القطاع إلى الاتفاقيات الجماعية للعمل و لم يستطع القانون الأساسي النموذجي بدوره القضاء على ظاهرة الازدواجية في عام الشغل حيث ظل التباين واضح بين القطاعين، من خلال ما سبق يمكن القول ان المشرع الجزائري حاول اخضاع القطاع و القطاع الخاص الى نظام قانوني موحد لكنه فشل في ذلك من الناحية العملية حيث بقي الاختلاف قائما بين القطاعين، واخيرا صدر القانون الاساسي للوظيفة العامة سنة 2006 و هو القانون المعمول به الى غاية اليوم.

و بالرجوع لتعريف المشرع الجزائري للموظف العام فقد حذا حذو المشرعين الفرنسي و المصري فقد اعتمد نفس الشروط السابقة التي يتوجب توافرها لقيام صفة الموظف حيث نصت المادة الرابعة من القانون الأساسي للوظيفة العامة بأنه " يعتبر موظفا كل عون عين في وظيفة عمومية دائمة في رتبة في السلم الإداري ، الترسيم هو الإجراء الذي يتم من خلاله تثبيت الموظف في رتبته"[20].

من خلال هذا النص يمكن القول بأن المشرع الجزائري هو الآخر اعتمد على مجموعة من العناصر عند تعريفه للموظف العام او الشخص القائم بأداء الوظيفة منها ما يلي:

- صدور قرار بالتعيين في الوظيفة العمومية.
- صدور قرار آخر بالترسيم في إحدى درجات الوظيفة.
- أن يتعلق قرار التعيين والترسيم بإدارة مرفق عام للدولة.

أما نص المادة 02 من نفس القانون، حصر فيها المشرع الجزائري نطاق تطبيق هذا القانون على الموظفين الذين يمارسون نشاطاتهم في المؤسسات والإدارات العمومية ، و قد بين المقصود بالمؤسسات والإدارات العمومية في مضمون الفقرة 2 من نفس المادة و هي:

- المؤسسات العمومية.
- الإدارات المركزية في الدولة والمصالح غير المركزة التابعة لها.
- الجماعات الإقليمية.
- المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري.
- المؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي والثقافي والمهني.
- المؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي والتكنولوجي.
- كل مؤسسة عمومية يمكن أن يخضع مستخدموها لأحكام هذا القانون الأساسي.

و بناء على ما سبق يعتبر موظفا عموميا كل عون يعين في رتبة دائمة ، و أن يرسم هذا الأخير في رتبته وأن يتم تعيينه في أحد المؤسسات المذكورة أعلاه ، إلا أنه استثنى فئة القضاة والمستخدمون العسكريون والمدنيون للدفاع الوطني ومستخدمو البرلمان من الخضوع لأحكام هذا الأمر تاركا المجال للقوانين الخاصة بهذه الفئة [21].

اضافة الى ماسبق اعتمد المشرع الجزائري تعريف آخر للموظف العام بنوع من التفصيل في القانون رقم 01/06 المؤرخ في 20 فبراير 2006 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته حيث نصت المادة الثانية منه على أن الموظف العام هو ذلك الشخص الذي يشغل منصبا تشريعيا او تنفيذيا او إداريا او قضائيا او في أحد المجالس الشعبية المحلية المنتخبة ،سواء أكان معينا او منتخبا دائما او مؤقتا مدفوع الأجر او غير مدفوع الأجر بصرف النظر عن رتبته او أقدميته، و كل شخص آخر يتولى ولو مؤقتا وظيفة او وكالة بأجر او بدون أجر و يساهم بهذه الصفة في خدمة هيئة عمومية او مؤسسة عمومية او أية مؤسسة أخرى تملك الدولة كل او بعض رأسمالها او أية مؤسسة أخرى تقدم خدمة عمومية ،كل شخص آخر معرف بأنه موظف عمومي او من في حكمه طبقا للتشريع والتنظيم المعمول بهما[22] .

وما يلاحظ من خلال هذا التعريف هو أن المشرع الجزائري حاول أن يوسع من مفهوم الموظف العام ليشمل طائفة جديدة غير تلك الطائفة التي وردت في نص المادة 4 من الأمر 03/06، و يمكن أن يكون الغرض من هذا التوسيع هو اسباغ حماية أكثر على المال العام فنجد أن صفة الموظف العام امتدت لتشمل حتى فئة القضاة و النواب في المجلس الشعبي الوطني و كذلك أعضاء مجلس الأمة و

حتى أعضاء المجلس الشعبي الولائي و المجلس الشعبي البلدي دون مراعاة لأدوات التوظيف سواء عن طريق التعيين او عن طريق الانتخاب.

المطلب الثالث: التعريف القضائي

لعب مجلس الدولة الفرنسي دورا هاما في مجال تطوير قواعد القانون العام و قواعد القانون الاداري و قد حاول وضع مدلول للموظف العام عند نظره لعدة منازعات طرحت امامه حيث اكد على ضرورة توافر مجموعة من العناصر للقول بوجوده منها شغل الموظف للمنصب بصفة دائمة و ان يثبت في ذلك المنصب في احدى الهياكل الادارية[23] .

كما قد حاول القضاء الإداري المصري تعريف الموظف العام في أحد أحكام المحكمة الإدارية العليا التي قررت ما يلي: " أن المقومات الأساسية التي تقوم عليها فكرة الموظف العام تتلخص في أن يكون تعيين الموظف بأداة قانونية لأداء عمل دائم في خدمة مرفق عام تديره الدولة او أحد أشخاص القانون العام"[24]،و جاء في حكم آخر للمحكمة الإدارية العليا تعليق مفاده ما يلي :"وغني عن البيان أنه ليس كل من تمنحه الدولة مرتبا يعتبر موظفا عاما ،فصفة الموظف العام لا تقوم بالشخص ولا تجري عليه أحكام الوظيفة العامة ، إلا إذا كان معينا في عمل دائم في خدمة مرفق عام تديره الدولة او السلطات الإدارية بطريق مباشر"[25]

و نستشف من مضمون هذا الحكم أن القضاء تبنى هو الآخر نفس الشروط التي اعتمدها الفقه و التشريع حيث وضح نقطة هامة مفادها أن صفة الموظف العام لا تلحق بالشخص الذي يشغل الوظيفة الا اذا توافرت العناصر الأخرى المكملة له كأن يشغل وظيفة دائمة و أن يصدر بحقه قرار التعيين و أن تكون هذه الوظيفة في الوزارات او أحد مصالحها او الأجهزة الحكومية ووحدات الادارة المحلية و الهيئات العامة.

اما القضاء الجزائري فلم يهتم بوضع تعريف للموظف العام انما حاول التمييز بين الموظف الدائم و العون المتعاقد.

المبحث الثاني: شروط تعيين الموظف العام.

اختلفت التشريعات الوظيفية في وضع معيار معين يتم من خلاله اختيار الموظفين العموميين فالتعيين في الوظيفة العامة هو حق مكفول دستوريا لمن تتوافر فيهم شروطها وذلك بالنظر لأهمية الوظائف العامة في إدارة و تسيير المرافق العامة للدولة ،و فيما يلي نتطرق لأهم الشروط الواجب توافرها لتولي شغل الوظائف العامة الواردة في تشريعات الوظيف العمومي ، في مصر و فرنسا ثم نتطرق لموقف المشرع الجزائري من هذه الشروط.

المطلب الأول :شروط التعيين في التشريعين المصري و الفرنسي

اضافة الى بلوغ السن القانونية للتوظيف و المقدرة ب 18 سنة تطرق المشرع المصري في قانون الخدمة المدنية المصري [26]إلى مجموعة من الشروط التي يجب توافرها لتعيين الموظف العام و هي:

أولا: الجنسية:

يشترط فيمن يعين في إحدى الوظائف أن يكون متمتعا بالجنسية المصرية او جنسية إحدى الدول العربية التي تعامل جمهورية مصر العربية بالمثل بالنسبة إلى تولي الوظائف العامة[27].

من خلال مضمون هذا النص نجد أن المشرع المصري لم يفرق بين المواطنين او الأجانب ،حيث أجاز أن يتولى غير المصري شغل الوظيفة العامة ولكن يشترط أن تكون دولة هذا الأجنبي تعامل الرعايا المصريين بالمثل فيما يخص شغل الوظائف العامة ،ولكن شغل الوظائف العامة يتم اللجوء إليه إلا في حالات استثنائية بالنسبة للأجانب ، فالأصل أن أصحاب الجنسية المصرية الأصلية لهم الحق في تولي الوظائف العامة.

و المشرع الفرنسي هو الاخر اعتبر الجنسية شرط اساسي للتولي الوظائف العامة في فرنسا [28] بالنسبة للفرنسيين و حتى مواطنو الدول الاعضاء في الاتحاد الأوروبي وفقا للشروط المنصوص عليها

في قانون الوظيفة العامة الفرنسي ، باستثناء الوظائف التي لها علاقة بسيادة الدولة الفرنسية فهي تقتصر على الفرنسيين فقط [29].

ثانيا:حسن السيرة :

نصت عليه الفقرة الثانية من المادة 14 من قانون الخدمة المدنية المصري و وضحت المحكمة الإدارية العليا المقصود بالصلاحية الأخلاقية ضمن أحد أحكامها .[30]

و يعتبر هذا الشرط من بين الشروط التي أدرجتها أغلب تشريعات الوظيف العمومي بالنظر لما لهذه الوظيفة من أمانة تقع على عاتق الموظف و التي لا يمكنه أن يؤديها إلا إذا كانت أخلاقه وسمعته عالية.

ثالثا: ألا يكون قد سبق الحكم عليه بعقوبة جنائية:

و ذلك في إحدى الجرائم الواردة بقانون العقوبات او بعقوبة مقيدة للحرية في جريمة مخلة بالشرف او الأمانة ،و هو ما قررته المحكمة الإدارية العليا في احد أحكامها "[31]، وقد اعتبره المشرع من الشروط الجوهرية و اللازمة لتولي الوظيفة ،حيث أن الموظف الذي يحكم عليه أثناء خدمته بعقوبة في جناية او جريمة مخلة بالشرف يترتب عليه الإنهاء المباشر لوظيفته.

و يقصد بالجريمة المخلة بالشرف أو الأمانة تلك التي تشين وتلوث سمعة مقترفها وتزعزع مكانته بين الناس كالسرقة والنصب وخيانة الأمانة ، ولكن المشرع المصري استثنى من ذلك بموجب الفقرة الفقرة 3 المادة 20 من قانون الخدمة المدنية الشخص الذي رد إليه اعتباره[32].

و هو اخذ به المشرع الفرنسي عندما اوجب على الشخص المترشح للوظيفة اثبات حسن سيرته في وعدم ارتكابه لأي سلوك جنائي يتنافى و مقتضيات الوظيفة العامة و ان تكون صحيفة السوابق العدلية خالية من ذلك[33] .

رابعا: عدم فصله من الخدمة تأديبيا:

اشترط المشرع المصري لتولي الوظيفة العامة ألا يكون المترشح قد سبق الفصل من الخدمة بقرار او حكم تأديبي نهائي ما لم تمض على صدوره أربع سنوات على الأقل ، فهذا الشرط يتعلق بمن سبق تعيينه في الوظيفة ثم فصل منها بناء على قرار تأديبي نتج عن ارتكابه لخطأ جسيم يفقده الصلاحية لشغل تلك الوظيفة او أية وظيفة أخرى لمدة أربع سنوات من تاريخ الفصل التأديبي ، وبعد مرور هذه المدة يجوز له أن يتقدم لطلب أية وظيفة [34].

خامسا :استيفاء اشتراطات شغل الوظيفة :

بالرجوع الى قانون الخدمة المدنية المصري نجد أن المشرع قد اشترط فيمن يعين في الوظائف العامة أن ي يستوفي اشتراطات شغل الوظيفة "[35]، ومفاد ذلك أن يستجيب المرشح لشغل الوظيفة لكافة الشروط المدرجة في الإعلان المخصص لها ، وبالتالي يتحتم أن تتوافر في المترشح كافة متطلبات شغل الوظيفة من مؤهل علمي وخبرة ... إلخ.

سادسا: اللياقة الصحية :

يشترط لمن يترشح لشغل الوظيفة أن يتمتع من الناحية الصحية باللياقة الكاملة التي تؤهله للقيام بأعباء الوظيفة ،و أن يكون خاليا من أية أمراض و تختلف درجة اللياقة الصحية المطلوبة من وظيفة إلى أخرى ،فهناك بعض الوظائف التي تتطلب لياقة صحية عالية كالوظائف التي تعتمد على العمل الشاق و التدريب الرياضي و التربية البدنية ،في المقابل توجد بعض الوظائف التي لا تتطلب درجة عالية من اللياقة الصحية إذ يمكن شغلها حتى بالنسبة للأشخاص المعوقين مثل الوظائف الكتابية ،[36]و ترجع صلاحية تقدير هذه اللياقة الصحية إلى المجلس الطبي المختص[37] .

و هو نفس ما نص عليه المشرع الفرنسي في حيث اعتبر ان الياقة الصحية شرط اساسي لتولي الوظائف العامة في فرنسا مع الاخذ في الاعتبار امكانية تعويض اصاب الاعاقة [38].

سابعا :اجتياز الامتحان المقرر لشغل الوظيفة :

اشترطت الفقرة السابعة من المادة 14 من قانون الخدمة المدنية المصري ضرورة اجتياز الامتحان المقرر لشغل الوظيفة لمن يعين في إحدى الوظائف التي يتم تحديدها بموجب القانون.

ثامنا: أداء الخدمة العسكرية او الإعفاء منها :

هذا الشرط لم يرد في قوانين التوظيف المتعاقبة المصرية ولكنه جاء في القانون رقم 505 لسنة 1955 المتعلق بالخدمة العسكرية والوطنية المعدل بالقانون رقم 127 لسنة 1980 ، الذي فرض على كل من يتقدم لتولي الوظيفة بعد أن يتم 18 سنة من عمره يجب أن يكون حاملا لبطاقة الخدمة العسكرية والوطنية [(39)].

و هو اخذ به المشرع الفرنسي حين اشترط على المترشح للوظيفة ان يكون قد ادى الخدمة الوطنية او عفي منها بشكل قانوني ، اما غير الفرنسيين فاشترط ان يكونوا في وضعية قانونية مع دولهم فيما يخص الخدمة الوطنية [40]

المطلب الثاني : شروط التعيين في القانون الجزائري

تطرق المشرع الجزائري على غرار المشرعين الفرنسي و المصري الى مجموعة من الشروط التي يجب أن تتوافر في الشخص المتقدم الى شغل المنصب الوظيفي ، و هي نفس الشروط تقريبا المتضمنة في التشريعين السابقين للوظيفة العامة ، و قد خصص لها المشرع الجزائري الفصل الاول من الباب الرابع ضمن المواد من 75 الى 78 من الأمر 06-03 المتضمن القانون الأساسي للوظيفة العامة حيث يجب أن تتوافر الشروط التالية لتولي الوظيفة العامة:

- أن يكون جزائري الجنسية(لم يشترط المشرع الجنسية الأصلية).
- أن يكون متمتعا بكافة حقوقه المدنية.
- أن تخلو صحيفة السوابق القضائية من اية متابعات تتنافى و طبيعة الوظيفة المراد شغلها.
- أن يكون في وضعية قانونية اتجاه الخدمة الوطنية.
- أن تتوافر فيه السن القانونية و أن لا تقل عن 18 سنة

.

- القدرة البدنية و الذهنية التي تتماشى مع طبيعة الوظيفة المراد شغلها .
- مع امكانية اشتراط اجراء فحص طبي للتوظيف في بعض اسلاك الموظفين

كما مكن القانون الأساسي الادارات من وضع شروط خاصة تتماشى و طبيعة منصب الشغل و ذلك بموجب المادة 77 ، على أن توضحها القوانين الأساسية لبعض الأسلاك.

الخاتمة:

من خلال دراستنا للموظف العام و شروط تعيينه يتضح أن التشريعات المقارنة لم تعط تعريفا للموظف العام تاركة عبئ تعريفه للفقه و القضاء كما سبق و أن وضحنا ،و من خلال تلك التعريفات يتبين أيضا أنها عرفت الموظف العام تعريفا شبه موحدا مع اختلاف طفيف بين تلك التشريعات ،أما بالنسبة لشروط تعيينه هي الأخرى كانت موحدة بالنسبة لكل التشريعات مع اختلاف طفيف أيضا كالسوابق التأديبية مثلا، فمنها ما تعلق بحالته المدنية و منها ما تعلق بحالته الصحية و الجسدية ،حيث تعتبر هذه الشروط في نظرنا مناسبة و ضرورية لشغل وظيفة في الدولة لضمان استمرارية المرفق العام و تقديم خدمة نوعية للمواطن.

قائمة المراجع و المصادر":

1- اثيرت هذه المسألة في المؤتمر الذي عقد في فينا من 19 إلى 24جوان 1933 المؤتمر الدولي الخامس للعلوم الإدارية ، حيث ناقشوا عدة مسائل منها فكرة وضع تعريف موحد للموظف العام بحيث يكون هذا التعريف مرجعا لجميع الدول.قد اقترح بعض المؤتمرون بأن يطلق اصطلاح الموظف العمومي Fonctionnaire على كل فرد تعهد له وظيفة حكومية، يكون مرتبط بأدائها بالحكومة، سواء كانت هذه الحكومة مركزية أو محلية و تكون هذه الرابطة خاضعة= لأحكام القانون العام، يطلق اصطلاحا العامل Ouvrier على كل فرد يلتحق بالقطاع العام، بواسطة عقد إيجار، تكون رابطته بالإدارة تخضع لأحكام القانون الخاص، ويغلب على نشاطه المجهود اليدوي أو الصناعي، و ان يطلق اصطلاح المستخدم Employeur على كل من يخرج عن هذين الصنفين، لكن في النهاية لم يتوصل المؤتمرون إلى إجماع متفق عليه حول وضع تعريف عالمي لمفهوم الموظف العمومي تركوا أمر تعريف الموظف لكل دولة على حدى و ذلك نتيجة لاختلاف انظمتها السياسية و الاقتصادية و الادارية، انظر في ذلك دكتور بلعرابي عبد الكريم ،الحالات القانونية لانهاء خدمة الموظف العمومي في القانون الجزائري ،مجلة دفاتر السياسة و القانون الصادرة عن جامعة ورقلة، العدد16 جانفي 2017 ص 196.
2- معجم لسان العرب لابن منظور من موقعwww.alwaraq.net /lisanSrchoneutf8 بتاريخ 2018/11/17
3- أ/سليم جديدي، سلطة تأديب الموظف العام في التشريع الجزائري ، دراسة مقارنة ،دار الجامعة الجديدة ،الإسكندرية 2011 ص37.
4- سليم جديدي ، المرجع السابق، ص 37

5- د/علي جمعة محارب، التأديب الإداري في الوظيفة العامة ، دراسة مقارنة في النظام العراقي والمصري والفرنسي والإنجليزي ، دار الثقافة للنشر ، الأردن ،2004 ، ص 68

6- أ/ سليم جديدي ، نفس المرجع، ص 38.

7- د/علي جمعة محارب ، المرجع السابق ، ص 68-69 و الدكتور بوضياف أحمد ، الجريمة التأديبية للموظف العام في الجزائر، المؤسسة الوطنية للكتاب ،الجزائر 1986 ص 45.

8- André De Laubadère: Traite élémentaire de droit administratif 2eme ed 1957 p640

9- يقصد بالموظف الفعلي الشخص الذي صدر قرار غير سليم بتعيينه او لم يصدر قرار بتعيينه مثل رئيس احدى الكليات الذي تم تعيينه بالانتخاب ثم تبين بعد ذلك ان الانتخاب غير سليم ، او الموظف الذي يصل الى سن التقاعد و مع ذلك يستمر في ممارسة الوظيفة، دكتور سليمان الطماوي ، مبادئ القانون الاداري ،الجزء الثاني ، دار الفكر العربي ،القاهرة ص285

10- د مازن راضي ليلو ،القانون الاداري ،منشورات الاكاديمية العربية في الدنمارك ،2008 ص109.

11- علي جمعة محارب ،المرجع السابق، ص 70.

12- Article 2 Loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'Etat Modifié par LOI n°2016-483 du 20 avril 2016 - art. 32

13- أنظر في ذلك، أ/محمد أحمد عبد الله محمد ، الوظيفة العامة ، المكتب الجامعي ، الحديث الإسكندرية ، 2015، ص 19.

14- د سليمان الطماوي ، مبادئ القانون الاداري، الكتاب الثاني نظرية المرفق العام و عمال الادارة العامة ، دار الفكر العربي 1977،ص605

15- المادة الاولى من قانون الخدمة المدنية رقم 81لسنة 2016 ، المؤرخ في اول نوفمبر 2016، الجريدة الرسمية العدد43 مكرر " أ "،

16- نصت المادة الثانية من قرار رئيس مجلس الوزراء رقم 1216 لسنة 2017 بإصدار اللائحة التنفيذية لقانون الخدمة المدنية الصادر بالقانون رقم 81 لسنة2016 ،الجريدة الرسمية العدد 21 مكرر في 27 مايو 2017 على مايلي: يقصد في تطبيق أحكام هذا القانون بالكلمات و العبارات التالية المعنى المبين قرين كل منها: الموظف: كل من يشغل احدى الوظائف الواردة بموازنة الوحدة و يقصد بالوحدة :الوزارة او المصلحة او الجهاز الحكومي او المحافظة او الهيئة العامة.

17- د عمار عوابدي ، النشاط الاداري ، محاضرات قسم القانون العام لأكاديمية العربية المفتوحة الدانمارك ،ص18

18- الأمر رقم 133/66 المؤرخ في 2 جوان 1966 المتضمن القانون الأساسي للوظيفة العامة، الجريدة الرسمية العدد الجريدة الرسمية عدد46.

19- القانون رقم 12/78 المؤرخ في اول رمضان عام 1398 الموافق ل 5 غشت 1978 يتضمن القانون الاساسي العام للعامل العدد 32.

20- الأمر رقم 03/06المتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العامة، ،المؤرخ في 15يوليو2006، الجريدة الرسمية رقم 46.

21- انظر في ذلك الفقرة 3 من المادة 2 من القانون 03/06 المتعلق بالوظيفة العمومية

22- و هو نفس التعريف الوارد في المادة 2 اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد المعتمدة بموجب القرار رقم 55-61 المؤرخ في ديسمبر 2000. عن الجمعية العامة للأمم المتحدة

23- Haïtham SAKR les droits et libertés du fonctinnaire dans les jurisprudences du conseil d'état libanais et du conseil d'état français، thèse pour le doctorat en droit, 2008 , page 20

24- د/ حمدي عطية مصطفى عامر ،أحكام الموظف العام في النظام القانوني والوضعي والإسلامي ، مكتبة الوفاء القانونية الإسكندرية ، 2015 ، ص23

25- أنظر في ذلك حكم المحكمة الإدارية العليا، جلسة 1970/12/13 السنة السادسة عشر قضائية ، نقلا عن د/حمدي عطية /مصطفى عامر ،المرجع السابق ، ص 24

26- قانون الخدمة المدنية رقم 81 لسنة 2016.

27- لفقرة الاولى من المادة 14 من قانون الخدمة المدنية.

28- Article 5 Loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires .Modifié par Loi n°2005-843 du 26 juillet 2005 - art. 10 JORF 27 juillet 2005

[1] Article 5 bis Loi n° 83-634 Modifié par Loi n°2005-843

29- تضمن حكم المحكمة الإدارية العليا ، الطعن رقم 600 السنة16 قضائية جلسة09 أبريل 1972ما يلي: "السيرة الحميدة والسمعة الحسنة هي تلك المجموعة من الصفات والخصال التي يتحلى بها الشخص فتكسبه الثقة بين الناس وتجنبه السوء وما يمس الخلق ، أي أنها تلتمس أصلا في الشخص نفسه فهي لصيقة به ومتعلقة بسيرته وسلوكه ومن مكونات شخصيته ومن هذا المنطلق لا يؤاخذ المرء إلا بسلوكه هو لا بسلوك أبيه او ذويه طالما لا ينعكس شيء منه على سلوكه . ، نقلا عن د/ حمدي عطية مصطفى عامر ، ص85.

30- تضمن حكم المحكمة الإدارية العليا ، الطعن رقم 924 ، جلسة 19أفريل1969ما يلي" شرط عدم الحكم على الشخص الذي يعين في خدمة الحكومة في جناية او في جريمة مخلة بالشرف هو شرط صلاحية لتولي الوظائف العامة و الاستمرار في شغلها "،نقلا عن د/حمدي عطية مصطفى عامر ص86.

31- في حين نصت الفقرة الثالثة من المادة 20 من قانون العاملين المدنيين بالدولة رقم 47 لسنة 1978 الملغى على أنه" ومع ذلك فإذا كان الحكم مشمولاً بوقف تنفيذ العقوبة جاز تعيين العامل بعد موافقة السلطة المختصة ،و إذا كان قد حكم عليه لمرة واحدة فلا يحول دون التعيين إلا إذا قدرت لجنة شئون العامليين بقرا ر مسبب من واقع أسباب الحكم وظروف الواقعة أن تعيين العامل يتعارض مع مقتضيات الوظيفة او طبيعة العمل.

32- Article 5 Loi n° 83-634 Modifié par Loi n°2005-843 .

33- انظر الفقرة 4 من المادة 14من قانون الخدمة المدنية رقم 81 لسنة 2016: 4

34- أنظر الفقرة السادسة من المادة 14 من قانون الخدمة المدنية رقم 81 لسنة 2016.

35- أ/محمد أحمد عبد الله محمد ، المرجع السابق ، ص ،35.

36- أنظر الفقرة الخامسة من المادة 14 من قانون الخدمة المدنية رقم 81 لسنة 2016.

37- Article 5 Loi n° 83-634 Modifié par Loi n°2005-843

38- د/حمدي عطية مصطفى عامر ، المرجع السابق ، ص95.

39- Article 5 et Article 5 bis Loi n° 83-634 Modifié par Loi n°2005-843.

رقابة المجلس الدستوري الجزائري على العملية التشريعية

ط.د. بيران يمينة

د. مهداوي عبد القادر

مخبر القانون والمجتمع، جامعة أدرار

ملخص:

لقد أثبت المجلس الدستوري الجزائري في العديد من المناسبات قدرته على حماية الدستور، رغم القيود التي تقف أمامه، فهو يقوم بدور أساسي في حماية المبادئ العامة الدستورية، و تكريس مكاسب الديمقراطية في الجزائر.

إلا أنه في الواقع العملي يواجه المجلس الدستوري الجزائري مجموعة من العراقيل التي تحول دون أداء وظيفته الرقابية على أكمل وجه، أهمها هيمنة السلطة التنفيذية على صناعة التشريع، وتقييد صلاحياته في مجال الإخطار والتدخل التلقائي.

الكلمات المفتاحية: المجلس الدستوري، الإخطار، التشريع، التدخل التلقائي، الرقابة الدستورية.

Abstract :

The Algerian Constitutional Council has, on many occasions, proved its ability to protect the Constitution, despite its limitations. It plays a fundamental role in protecting constitutional principles and enshrining the gains of democracy in Algeria.

In practice, however, the Algerian Constitutional Council is faced with a series of obstacles that prevent it from performing its supervisory function to the fullest extent. The most important of these is the hegemony of the executive Authority over the legislation and the restriction of its powers of notification and automatic intervention.

Key Words : Constitutional Council, referral, Legislation, automatic intervention , Constitutional control

مقدمة:

منح الدستور الجزائري للمجلس الدستوري عدة صلاحيات، منها ما يتعلق برقابة النصوص التشريعية من حيث مدى دستوريتها ومطابقتها للدستور، كما أنه يسهر على تطبيق القواعد المتعلقة بتوزيع الاختصاص بين السلطتين التشريعية والتنفيذية، زيادة إلى كونه يسهر على صحة عمليات الاستفتاء، وانتخاب رئيس الجمهورية، والانتخابات التشريعية.

انطلاقا مما سبق نحاول في هذه الدراسة مناقشة إشكالية دور المجلس الدستوري الجزائري في حماية المبادئ الدستورية و تكريس مبادئ الديمقراطية، بالتطرق لرقابة المجلس الدستوري على العملية التشريعية.

اعتمدنا في دراستنا على المنهج التحليلي بتحليل العديد من النصوص الدستورية والقوانين التي تتعلق بالسلطة الرقابية للمجلس الدستوري الجزائري.

و قد تناولنا هذا الموضوع في محورين تطرقنا في المحور الأول لرقابة المطابقة، بينما خصصنا المحور الثاني لرقابة الدستورية.

المحور الأول: رقابة المطابقة

تعرف رقابة المطابقة بالرقابة الوجوبية، وهي تخص طائفتين من النصوص التشريعية، ويتعلق الأمر بالقوانين العضوية والنظام الداخلي لكل من غرفتي البرلمان.

ويقصد بالرقابة الوجوبية تلك الرقابة السابقة عن إصدار التشريع، وهي إجبارية الإجراء والمضمون، وسميت برقابة المطابقة لضرورة اتفاقها مع الدستور روحا وشكلا[1]، وهو ما عبر عنه المجلس الدستوري بقوله: "نظرا لكون مفهوم المطابقة للدستور، يجب أن يكون معلوما بكيفية صارمة، فإنه يتعين من هذه الوجهة على النظام الداخلي للمجلس الشعبي الوطني بأمانة في أحكامه عن الخطة البيانية المضمنة في القواعد الدستورية التي يستنبط منها جوهره"[2].

وطبقا لنص المادة 186/ 2/ 3 والتي جاء فيها: « يبدي المجلس الدستوري، بعد أن يُخطره رئيس الجمهورية، رأيه وجوبا في دستورية القوانين العضوية بعد أن يصادق عليها البرلمان.

كما يفصل المجلس الدستوري في مطابقة النظام الداخلي لكل من غرفتي البرلمان للدستور، حسب الإجراءات المذكورة في الفقرة السابقة »[3].

حيث أننا نجد أن هذه المادة تطرقت لذكر المجالات التي يُخطر فيها المجلس الدستوري وجوبيا، كما ذكرت الأشخاص المخولين بإخطاره، لذلك سنتطرق في هذا العنصر لرقابة المطابقة الوجوبية للقوانين العضوية، ورقابة المطابقة الوجوبية للنظامين الداخليين لغرفتي البرلمان.

1- رقابة المطابقة الوجوبية للقوانين العضوية.

أطلق المؤسس الدستوري على بعض النصوص القانونية تسمية "القوانين العضوية"، وهذا الوصف كان يهدف من ورائه المؤسس الدستوري إلى وضع مجموعة من القوانين والمحددة في الدستور على سبيل الحصر، في مركز خاص مقارنة بالقوانين الأخرى، لكونها ترمي إلى توضيح بعض أحكام الدستور، أو استكمالها تفاديا للحشو فيه وإعطائه حجما أكبر[4]. وقد أضيفت هذه الطائفة من القوانين لتجنيب التعديلات المتكررة لها، وما ينتج عنها من عدم استقرار قانوني وتسيب العمل التشريعي وما يترتب عنه من آثار[5].

وتعتبر القوانين العضوية فئة من القوانين التي تم استحداثها في دستور 1996 تماشيا مع الدستور الفرنسي، وهي تخص مواضيع محددة في الدستور، وقد خصها المشرع بإجراءات خاصة، من ضرورة المصادقة عليها من قبل الأغلبية المطلقة للنواب وأعضاء مجلس الأمة، إضافة إلى خضوعها إلى للمراقبة المطابقة الوجوبية من طرف المجلس الدستوري قبل صدورها، بعد إخطار رئيس الجمهورية بشأنها[6].

وتظهر خصوصية القوانين العضوية من خلال الأغلبية الخاصة التي اشترطها الدستور للمصادقة عليها، وهو ما أدرجته المادة 141 من التعديل الدستوري الحالي، والتي بينت أيضا طائفة من القوانين العضوية، والنصاب المشروط للمصادقة عليها وضرورة خضوعها لرقابة المطابقة من المجلس الدستوري[7]، ولذلك فإن القوانين العضوية توجد في مرتبة أعلى من القوانين العادية رغم صدورهما من نفس السلطة، ويرجع سبب هذا السمو إلى طبيعة المواضيع المخصصة لها وإجراءات إعدادها، فالمجالات التي تتناولها متعلقة بتنظيم السلطة ومرتبطة بالدستور، وعليه يجب أن تكون مطابقة له[8].

كما أن خصوصية القوانين العضوية تظهر من خلال السلطة المخولة بحق إخطار المجلس الدستوري بشأنها، إذ أن هذا الإجراء يملكه رئيس الجمهورية دون غيره من الهيئات أو الأشخاص، ويستمد هذا الحق من الدستور، حيث نجد المادة 186/2/ 3 نصت على ذلك صراحة، فهي رقابة إلزامية تحُرَّك من قِبل رئيس الجمهورية الذي يلتزم بإحالة القانون العضوي المصادق عليه في البرلمان إلى المجلس الدستوري قبل إصداره، عن طريق رسالة توجه إلى رئيسه[9]. فالإخطار الوجوبي يتحدد من خلال طبيعة القانون المصوت عليه من البرلمان، فإن كان القانون عادي سقطت ضرورة الإخطار عنه من السلطات المخول لها حق الإخطار، وإن كان القانون عضويا، تحولت حرية الإخطار واجبا والتزاما قبل إصدار القانون، على عاتق رئيس الجمهورية[10].

ويعود السبب في جعل هذا الإجراء من اختصاص رئيس الجمهورية منفردا دون غيره من الأشخاص الآخرين لكونه المخول بإصدار القوانين، كما أنه هو حامي الدستور[11]، وهذا يتطلب أن يقوم

بكل إجراء من شأنه المساس بهذا الدور الذي يلعبه هذا من جهة، ومن جهة أخرى لكون الدستور ألزم بأن تكون الرقابة قبلية عن إصدار القانون[12]، فهي رقابة واجبة وحتمية لا يمكن أن يستغنى عنها أو يتهاون بشأنها، ذلك لأن القوانين العضوية تعد بمثابة الامتداد لما هو في الدستور، لذلك وجب أن تتطابق مع روح الدستور، ولا يتسنى ذلك إلا بمراقبتها من هيئة متخصصة في دراسة القانون العضوي شكلا ومضمونا. وهو ما عبر عنه المجلس الدستوري في رأيه المتعلق بمراقبة مطابقة الأمر المتضمن القانون العضوي المتعلق بنظام الانتخابات للدستور بقوله: "واعتبارا أن كل قانون، لاسيما العضوي منه، يجب ألا تتخطى أحكامه الحدود الدستورية حتى لا تتعارض مع روح الدستور ذاته"[13].

ولكننا إذا أمعنا النظر في نص المادة 186/ 2 من الدستور والتي جاء فيها: « يبدي المجلس الدستوري، بعد أن يُخطره رئيس الجمهورية، رأيه وجوبا في دستورية القوانين العضوية بعد أن يصادق عليها البرلمان»، نجد أن المؤسس الدستوري قد أخطأ القول أن المجلس الدستوري يبدي رأيه في "دستورية" القوانين العضوية، ونحن نعلم أن رقابة المطابقة هي الرقابة الواجبة التطبيق في هذه الحالة لا رقابة الدستورية.

فالرقابة الدستورية تعني تبعية القانون للدستور، بمعنى أن البرلمان ملزم بعدم اتخاذ قواعد قانونية مخالفة للدستور وغير متوافقة معه، مع إمكانية اتخاذ التدابير التشريعية المناسبة، حتى وإن لم يتطرق لها الدستور. بينما رقابة المطابقة تعني التأكد من خضوع القانون للدستور، وهذا يستوجب مطابقة القانون للدستور، بأن يكون شبه صورة طبق الأصل عنه، وعدم مخالفة الدستور من مقدمته إلى أحكامه، وهو ما جعل المجلس الدستوري يصرح في العديد من أحكامه بعدم مطابقة بعض القواعد القانونية للدستور لعدم التنصيص عليها صراحة فيه[14].

2- رقابة المطابقة الوجوبية للنظامين الداخليين لغرفتي البرلمان.

نصت المادة 3/186 من التعديل الدستوري الحالي على أنه: «كما يفصل المجلس الدستوري في مطابقة النظام الداخلي لكل من غرفتي البرلمان للدستور، حسب الإجراءات المذكورة في الفقرة السابقة»[15]. وهذا يعني أن النظام الداخلي لكل من غرفتي البرلمان يخضع لرقابة المطابقة، مثل القوانين العضوية، ولعل السبب في ذلك يرجع إلى كون كل غرفة من البرلمان حرة في وضع نظامها الداخلي بكل استقلالية، دون مشاركة لهيئات أخرى، وهذا يعني أنه لا يمكن للسلطة التنفيذية مثلا (الوزارة المكلفة بالعلاقة مع البرلمان) أن تتدخل أو تستشار، فذلك يعد مساسا بمبدأ الفصل بين السلطات[16]، كما أنها لا تخضع للإصدار من قبل رئيس الجمهورية، مما يفتح المجال لتضمين النظام الداخلي لغرفتي البرلمان أحكاما قد تمس بالتوزيع الدستوري للسلطات، وبالتالي إمكانية الاعتداء على اختصاصات السلطات الأخرى[17]. وهو

ما تناوله المجلس الدستوري في رأيه المتعلق بمطابقة النظام الداخلي للمجلس الشعبي الوطني للدستور بقوله: " نظرا لكون محرر الدستور، أقام مبدأ الفصل بين السلطات باعتباره عنصرا أساسيا في تنظيم السلطات العمومية، ونظرا لكون مثل هذا الاختيار يترتب عليه أن كل سلطة لها صلاحية تنظيم عملها الداخلي وضبطه... ونظرا لكون رقابة المطابقة هذه، مانعة لرقابة الدستورية... المخصصة للمعاهدات، والقوانين، والتنظيمات، وكون محرر الدستور بتوخيه هذا الفرز كان قصده أن يترك بالفعل للمجلس الشعبي الوطني صلاحية ضبط نظامه الداخلي بواسطة لائحة أو عقد خاص وحيد الطرف، من غير القانون والتنظيم، ونظرا لكون الفقرة الأولى من المادة 109 من جهة أخرى، تجعل من اختصاص القانون معالجة المضامين الخاصة بتنظيم المجلس الشعبي الوطني وعمله، وكون هذه المضامين مبعدة من النظام الداخلي للمجلس الشعبي الوطني لأنها تمتد إلى اختصاصات سلطات أخرى، وهي تتطلب من هذه الوجهة، تعاون هذه السلطات وتدخلها"[18].

فالملاحظ هنا أن رأي المجلس الدستوري قد بين بدقة سبب وجوب خضوع النظام الداخلي لغرفتي البرلمان للرقابة القبلية الوجوبية، لمنع تعدي سلطة على أخرى، ولعدم تجاوز حدود النظام الداخلي لغرفتي البرلمان بالتطرق لمواضيع هي في الأساس من اختصاص القانون، وهو ما يعد تجاوزا لاختصاصاته وتَعدٍ على الاختصاص المشترك بينهم وبين الحكومة. فالهدف من إخضاع النظام الداخلي للبرلمان لرقابة المجلس الدستوري هو منع أن يُتخذ النظام الداخلي من لدن البرلمان ذريعة لتوسيع اختصاصاته أو التعدي على اختصاصات الحكومة أو عرقلة نشاطها[19].

وقد نصت المادة 3/132 على أن: «يعد المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة نظامهما الداخلي ويصادقان عليهما»[20].

ويُعَدُ النظام الداخلي لغرفتي البرلمان مصدرا أساسيا لطريقة سير العمل داخل البرلمان وتنظيمه والكيفية التي تتم بها إجراءاته، وهو يستمد مصدره من الدستور، والقوانين العضوية، وكذا القوانين العادية، ويخضع النظامان الداخليان لغرفتي البرلمان للرقابة الوجوبية الإلزامية القبلية من قبل المجلس الدستوري، بعد إخطاره من قبل رئيس الجمهورية، وتظهر الإلزامية والوجوبية من خلال المادة 3/2/186 من التعديل الدستوري، والتي أحالت فيها الفقرة الثالثة إلى الفقرة التي تسبقها والمتعلقة بالإخطار الوجوبي لرئيس الجمهورية للمجلس الدستوري بشأن القوانين العضوية[21]، فألزمت هذه المادة بإتباع نفس الإجراءات، وأن تكون هذه الرقابة قبل الشروع في تطبيق النظام الداخلي، وهو ما أكدته المادة 3 من النظام المحدد لقواعد عمل المجلس الدستوري، والتي جاء فيها: «يفصل المجلس الدستوري في مطابقة النظام الداخلي لكل من

غرفتي البرلمان للدستور قبل الشروع في تطبيقه، برأي وجوبي طبقا للفقرة 3 من المادة 186 من الدستور، خلال الأجل المنصوص عليه في الفقرة الأولى من المادة 189 من الدستور»[22].

ويختص المجلس الدستوري حين فحصه لمدى مطابقة النظامين الداخليين لغرفتي البرلمان للدستور، مراقبته من حيث الإجراءات المتبعة عند وضعه، ومحتوى نصوصه، وشكله، وتأشيراته...، أي أنه يراقب النص التنظيمي من كل النواحي، ليكون منسجما مع الدستور والقانون العضوي المنظم للعلاقات بين البرلمان والحكومة. وهو ما ورد في رأي المجلس الدستوري عند نظره في مطابقة النظام الداخلي لمجلس الأمة للدستور، عندما تطرق لبعض المصطلحات التي لا تنسجم مع القانون العضوي 99- 01 بقوله: " فيما يخص مصطلح "اختصاصات" *الوارد في المادة 20 (الفقرة الأولى) من النظام الداخلي، موضوع الإخطار:* اعتبارًا أن مجلس الأمة باستعماله مصطلح "اختصاصات" في الفقرة المذكورة أعلاه، فإنه لم يعبر بأمانة عن المصطلح المقابل له الوارد في المادة 13 (الفقرة الثانية) من القانون العضوي رقم 99-02 المؤرخ في 20 ذي القعدة عام 1419 الموافق 8 مارس سنة 1999 الذي يحدد تنظيم المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة وعملهما وكذا العلاقات الوظيفية بينهما وبين الحكومة." وقد وجه له انتقادات أيضا فيما يخص استعماله لمصطلح "الدورات" و"الدورة " الواردتين في المادة 63 من النظام الداخلي، موضوع الإخطار، يكون قد أضفى معنى مغايرًا للمعنى المقصود من محتوى هذه المادة التي تفيد "الجلسات"، لأن ذلك يعد مخالفا للمادة 16 من القانون العضوي المذكور أعلاه"[23].

وهذا ما يؤكد أن رقابة المطابقة بالنسبة للنظام الداخلي لغرفتي البرلمان لا تنحصر في مطابقته للدستور فحسب، بل وتمتد أيضا للقوانين العضوية، ولعل السبب في ذلك يرجع لكون النظامين الداخليين في مرتبة أقل من حيث التدرج الهرمي للقوانين، لذلك فهي ملزمة بألا تتعارض مع ما هو أعلى منها درجة هذا من جهة، ومن جهة أخرى باعتبار القانون العضوي يعد مطابقا للدستور، فهذا يجعل من النظام الداخلي ملزما بألا يتعارض مع القوانين العضوية التي هي نسخة عن الدستور، وإلا عدَّت هذه الأنظمة مخالفة للدستور. إضافة إلى أن القوانين العضوية والعادية تتشارك في وضعها العديد من الهيئات والسلطات، فإن تعارضت القوانين الموضوعة من كل هذه السلطات مع النظامين الداخليين لغرفتي البرلمان فهذا يعد اعتداء على إرادة السلطات الأخرى، فكيف للنظام الداخلي الموضوع من قبل هيئة واحدة أن يخالف نظام اتحدت في وضعه عدة إرادات.

المحور الثاني: رقابة الدستورية

إضافة إلى رقابة المطابقة التي يقوم بها المجلس الدستوري هناك نوع آخر من الرقابة وهي رقابة الدستورية، والتي تخص مجالات محددة من النصوص القانونية، وقد تناولت هذا النوع من الرقابة المادة

1/186 من التعديل الدستوري، والتي جاء فيها: «... يفصل المجلس الدستوري برأي في دستورية المعاهدات والقوانين والتنظيمات»[24]، وهي رقابة اختيارية تشمل المعاهدات والقوانين العادية والتنظيمات، غير أن هذا النوع من الرقابة لا يحرك إلا إذا أخطرت إحدى الجهات المحددة في المادة 187 من التعديل الدستوري[25]، فهي لا تسلط على النصوص إلا بناء على طلب إحدى هذه الجهات نتيجة التشكيك في دستورية نص ما، وفي غياب هذا الإخطار لن يكون هناك رقابة حتى وإن كان هناك أحكام في نص ما مخالفة للدستور[26].

إضافة إلى كون هذه الرقابة يمكن أن تكون سابقة عن القانون كما يمكن تطبيقها بعد أن يدخل القانون حيز التطبيق، وهي لا تطبق على كامل النص وإنما تطبق على حكم من أحكامه، إلا في حالة عدم فصله عن باقي الأحكام، وفي هذه الحالة يتم إعادة النص الذي تضمن الحكم المخطر عنه إلى الجهة التي تقدمت بالإخطار[27].

1- الرقابة على دستورية المعاهدات.

يقصد بـ" المعاهدة "الاتفاق الدولي المعقود بين الدول في صيغة مكتوبة والذي ينظمه القانون الدولي، سواء تضمنته وثيقة واحدة أو وثيقتان متصلتان أو أكثر ومهما كانت تسميته الخاصة[28]. ونظرا للأهمية التي تتمتع بها المعاهدات في هرم تدرج القوانين فقد أقر الدستور خضوعها للرقابة من طرف المجلس الدستوري، وهو ما أكدته المادة 1/186 من التعديل الدستوري السابق ذكرها أن من بين المجالات التي تنصب عليها الرقابة الدستورية الاختيارية، هي الرقابة على المعاهدات، والتي تكون سابقة أو لاحقة عن دخول المعاهدات حيز التطبيق[29]، وبرجوعنا للمادة 111 من التعديل الدستوري نجدها تنص على أن: « يوقع رئيس الجمهورية اتفاقيات الهدنة ومعاهدات السلم.

ويتلقى رأي المجلس الدستوري في الاتفاقيات المتعلقة بهما.

ويعرضها فورا على كل غرفة من البرلمان لتوافق عليها صراحة»[30]، من خلال نص هذه المادة يعجز القارئ عن معرفة ترتيب الأحداث، هل قصد واضع الدستور أن الأحداث هذه متزامنة أو متتالية، فالقول أن رئيس الجمهورية " يوقع ويتلقى ويعرض" إذا كانت تفيد التزامن فهذا أمر غير منطقي، فلا يعقل أن يقوم الرئيس بالتوقيع مع تقديم نص المعاهدة للمجلس الدستوري لإبداء رأيه فيها وفي نفس الوقت تقدم أمام البرلمان للموافقة عليها، وإن كانت المادة المذكورة تفيد التوالي فلا يعقل أن يوقع الرئيس ثم يطلب رأي المجلس الدستوري ثم يعرضها على البرلمان للموافقة، فما الجدوى من الخطوات اللاحقة إذا قام رئيس الجمهورية بالتوقيع على المعاهدة.

فالحرص على الدستور يستدعي عرض المعاهدة على المجلس الدستوري لإبداء الرأي بشأنها، ثم تعرض على البرلمان للموافقة عليها، لتنتهي بالتوقيع عليها من قبل رئيس الجمهورية. كما أن هذه المادة تؤكد على أن رئيس الجمهورية هو من يقوم بإخطار المجلس الدستوري بشأنها.

2- الرقابة على دستورية القوانين العادية.

يمثل القانون العادي مجموعة من القواعد القانونية العامة، المجردة والملزمة، الصادرة عن البرلمان طبقا للإجراءات التشريعية المألوفة، في حدود الاختصاصات المخولة له في الدستور[31].

فهي النصوص التشريعية الصادرة عن البرلمان بناء على مشروع قانون تقدمت به الحكومة، أو اقتراح قانون تقدم به النواب أو أعضاء مجلس الأمة، في المجالات المحددة في الدستور. بمعنى أنها عبارة عن مجموع النصوص التشريعية التي يصدرها البرلمان وتتم الموافقة عليها في كلا غرفتي البرلمان بمشاركة السلطة التنفيذية، طبقا للقواعد المعمول بها دستوريا[32].

وقد نصت المادة 1/186 من التعديل الدستوري على أن المجلس الدستوري يفصل برأي في دستورية القوانين[33]، ويكون ذلك بناء على إخطار من إحدى الجهات المخولة بحق الإخطار وهم كما ذكرتهم المادة 187 يتمثلون في كل من: رئيس الجمهورية أو رئيس مجلس الأمة أو رئيس المجلس الشعبي الوطني أو الوزير الأول،كما يمكن إخطاره من خمسين (50) نائبا أو (30) عضوا في مجلس الأمة[34].

وهذا يعني أن المجلس الدستوري إذا ما قامت إحدى هذه الجهات بإخطاره بشأن أحكام معينة من قانون رأت أنه يتعارض وأحكام الدستور فإن المجلس الدستوري يقوم بفحص الأحكام التي أُخطر بشأنها، ويرى إن كانت لا تخالف أحكام الدستور. بيد أنه إن لم يتم إخطاره فإن الرقابة لا تُفعّل حتى وإن وجدت أحكام مخالفة للدستور.

وقد نصت المادة 189/ 1 على أنه: «يتداول المجلس الدستوري في جلسة مغلقة، ويعطي رأيه أو يصدر قراره..»[35]، وهو ما يعني أن المجلس الدستوري حين نظره في دستورية أحكام نص ما يعطي رأياً أو يصدر قرارًا، كما نصت المادة 1/191 على أنه: «إذا ارتأى المجلس الدستوري أن نصا تشريعيا أو تنظيميا غير دستوري، يفقد هذا النص أثره من يوم قرار المجلس»[36]، فهنا نلاحظ أن هذه المادة تؤكد على أن المجلس الدستوري يعد مشرعا من خلال كونه قادر على تغيير القانون أو إلغاء قانون ولكن هذه الصلاحية لا يمكن أن تفعل إلا إذا تم إخطار المجلس الدستوري من الجهات المخول لها حق الإخطار.

وتعد الرقابة على دستورية القوانين رقابة اختيارية مخول فيها الإخطار لإحدى السلطات المذكورة في المادة 187 من الدستور[37]، وقد تكون سابقة عن إصدار القوانين من طرف رئيس الجمهورية وفي هذه الحالة يفصل فيها المجلس الدستوري "برأي"، أو لاحقة عن إصدار القانون فيفصل فيها المجلس الدستوري "بقرار".

3- الرقابة على التنظيمات.

نصت المادة 186/ 1 من التعديل الدستوري الحالي على أن المجلس الدستوري يفصل في دستورية التنظيمات برأي قبل أن تصبح واجبة التنفيذ، وبقرار بعد دخولها حيز التنفيذ[38].

وقد خول الدستور للسلطة التنفيذية حق إصدار التنظيمات، فنصت المادة 143 من الدستور على أن: « يمارس رئيس الجمهورية السلطة التنظيمية في المسائل غير المخصصة للقانون.

يندرج تطبيق القوانين في المجال التنظيمي الذي يعود للوزير الأول»[39].

والنصوص التنظيمية حسب نص المادة المذكورة محددة بنوعين هما: السلطة التنظيمية المستقلة الصادرة عن رئيس الجمهورية في المجالات غير المحددة للقانون وتعرف بالمراسيم الرئاسية، والسلطة التنظيمية المشتقة الصادرة عن الوزير الأول والمنحصرة في تطبيق القوانين، وتعرف بالمراسيم التنفيذية[40]، وهو ما يدفعنا للتساؤل عن نوع التنظيم المقصود بالرقابة في نص المادة 186 من التعديل الدستوري، عل هي التنظيمات الصادرة عن رئيس الجمهورية؟ أم التنظيمات الصادرة عن الوزير الأول؟ مع العلم أن الرقابة الدستورية على التنظيمات لم تطبق على أرض الواقع منذ تأسيس المجلس الدستوري.

وفي هذا الصدد نشير إلى أن الدستور قد حدد مجالات القانون المخصص للهيئة التشريعية، وجعل الباب مفتوحا للسلطة التنفيذية بأن تشرع في ما دون ذلك من مجالات عن طريق التنظيم كما وضحت ذلك المادة 143 أعلاه. إذ أنه لرئيس الجمهورية الحق في ممارسة السلطة التنظيمية في المسائل غير المخصصة للقانون، أي تلك التي لا يختص بها البرلمان.

وعليه فلا شك أن الرقابة الدستورية سوف تنصب على هذا النوع من التنظيمات، وهو ما أكده الأمين العام السابق للمجلس الدستوري "أحمد بن هني"، والذي رأى أنه حري بالمجلس الدستوري رقابة النصوص الكاشفة أو المبينة للتنظيم المستقل، على أن يمارسها على النصوص التي تطبق القوانين الموافق عليها من طرف البرلمان، لأن هذه الأخيرة تكشف عن الرقابة الشرعية، أكثر منها عن الرقابة الدستورية، وبالتالي فإن النظر فيها يكون من اختصاص القضاء الإداري بنظر مدى شرعيتها[41].

خاتمة:

ما يمكن استخلاصه من خلال دراستنا لهذا الموضوع هو أن المجلس الدستوري الجزائري يعتبر مؤسسة دستورية مهمة في العملية التشريعية من خلال الدور الذي يلعبه في مجال الرقابة، وهو بهذا يؤكد على أهمية المهمة التي كلفه بها المؤسس الدستوري الجزائري في أغلب الدساتير التي عرفتها الجزائر منذ استقلالها وإلى الآن، في 1963 و1989 و1996، وكذا التعديل الدستوري 2016، حيث كلف صراحة بالسهر على حماية الدستور، إضافة إلى الصلاحيات العديدة، والتي تجسد مبدأ سمو الدستور.

وما لمسناه من خلال التعديل الدستوري الحالي هو تدارك المؤسس الدستوري للأخطاء التي وقع فيها في الدساتير السابقة بتحديده للأشخاص المخول لهم إخطار المجلس الدستوري بتوسيعه لدائرة الإخطار لتشمل السلطات الثلاث التنفيذية والتشريعية والقضائية ولو بصفة غير مباشرة. حيث قام بتوسيع جهات إخطاره إلى الوزير الأول وعدد محدد من أعضاء البرلمان، زيادة على الاستفادة من التجربة الفرنسية لإمكانية طعن المواطنين في النصوص غير الدستورية، عن طريق القضاء.

وفيما يتعلق بحجية قرارات وآراء المجلس الدستوري فقد نصت المادة 191 على أنها "نهائية، وملزمة لكل السلطات العمومية والإدارية والقضائية"؛ إضافة إلى وضع أجلين لإصدار المجلس الدستوري لقراراته وآرائه، حيث تم تمديد مدة العشرين يوما التي كانت محددة في دستور 1996 لثلاثين يوما، على انه في حالة الاستعجال يخفض هذا الأجل إلى عشرة أيام بناء على طلب من رئيس الجمهورية. إضافة إلى الأجل المحدد في الدفع بعدم الدستورية والمحدد بأربعة أشهر والذي يمكن أن يمدد إذا اقتضى الأمر ذلك.

كما أن قرارات المجلس الدستوري وآراءه كان لها الفضل الكبير في جودة التشريعات التي تصدر عن البرلمان، إضافة إلى التزامها الحدود التي رسمها لها الدستور، فالمجلس الدستوري ساهم وبشكل فعال في حماية الدستور، من خلال دوره الرقابي، إلا أنه ما يؤخذ عليه هو أن الرقابة لا يمكن أن تقوم إلا في حال إخطار المجلس الدستوري وهو ما يعاب عليه، فحماية الدستور تستدعي أن يكون المجلس الدستوري بالمرصاد لأي معاهدة أو قانون أو تنظيم أو نظام داخلي أو أي تشريع يمس بالدستور، وهو ما لم يتحقق بعد.

المراجع و الهوامش:

[1]– غريبي فاطمة الزهراء، أصول القانون الدستوري والنظم السياسية، الطبعة الأولى، دار الضحى للنشر والإشهار، الجزائر، سنة 2015، ص 269.

[2]– رأي رقم 01/ رق/ م د/ 89، المؤرخ في 28 غشت 1989 المتعلق بمراقبة تطابق النظام الداخلي للمجلس الشعبي الوطني للدستور.

[3]– المادة 186/2/ 3 من التعديل الدستوري لسنة 2016.

[4]– عبد القادر شربال، قرارات وآراء المجلس الدستوري في تأويل أحكام الدستور الجزائري، دار هومة، الجزائر، بدون سنة، ص 35– 36.

[5]– مسراتي سليمة، المرجع السابق، ص 129.

[6]– أنظر: المادتين 141، و186/ 2 من التعديل الدستوري لسنة 2016

[7]– أنظر: المادة 141 من التعديل الدستوري.

[8]– مسراتي سليمة، نظام الرقابة على دستورية القوانين في الجزائر على ضوء دستور 1996 و اجتهادات المجلس الدستوري الجزائري(1989–2010)، دار هومة، الجزائر، 2012 ، ص 131.

[9]– أنظر: المادة 186/ 2/ 3، والمادة 8 من النظام المحدد لقواعد عمل المجلس الدستوري، الصادر في 4 شعبان عام 1437هـ الموافق 11 مايو سنة 2016، الجريدة الرسمية العدد (29).

[10]– جلول هزيل، الصفة والمصلحة في المنازعة الدستورية – دراسة مقارنة– ، رسالة ماجستير في القانون العام، جامعة تلمسان،سنة 2013– 2014، ص 160.

[11]– أنظر: المادة 2/84 من التعديل الدستوري الحالي.

[12]– وهو ما أكدته أيضا من النظام المحدد لقواعد عمل المجلس الدستوري، سابق الذكر.

[13]– رأي رقم 02 ر.أ.ق عضـ / م.د المؤرخ في 27 شوال عام 1417 الموافق 6 مارس سنة 1997، يتعلق بمراقبة مطابقة الأمر المتضمن القانون العضوي المتعلق بنظام الانتخابات للدستور.

[14]– مسراتي سليمة، المرجع السابق، ص 136.

[15]– المادة 186/ 3 من التعديل الدستوري لسنة 2016.

[16]– فوزي أوصديق، فصول دستورية، دار الخلدونية، الجزائر، سنة 2012، ص 14.

[17]– عبد القادر شربال، المرجع السابق، ص 37.

[18]– رأي رقم 01/ رق/ م د/ 89، المؤرخ في 28 غشت 1989 المتعلق بمراقبة تطابق النظام الداخلي للمجلس الشعبي الوطني للدستور، والذي عنونه بـ: "قانون يتضمن النظام الداخلي للمجلس الشعبي الوطني "

[19]– رشيد المدور، مراقبة دستورية الأنظمة الداخلية للبرلمان المغربي – مقاربة في الخصائص والمنهج، الطبعة الأولى، مطبعة طوب بريس، المغرب، سنة 2008، ص 26– 27.

[20]– المادة 186/ 3 من التعديل الدستوري لسنة 2016.

[21]– أنظر:المادة 186/2/ 3 من نفس التعديل الدستوري

[22]– المادة 3 من النظام المحدد لقواعد عمل المجلس الدستوري، سابق الذكر.

[23]– رأي رقم 09 / ر.ن.د/ م د/ 99 مؤرخ في14 شعبان عام 1420 الموافق 22 نوفمبر سنة 1999 يتعلق بمراقبة مطابقة النظام الداخلي، المعدل و المتمم، لمجلس الأمة للدستور.

[24]– المادة 186/ 1 من التعديل الدستوري لسنة 2016، والمادة 5 من النظام المحدد لقواعد عمل المجلس الدستوري، سابق الذكر.

[25]– أنظر المادة 187/ 1/ 2 من التعديل الدستوري، والتي حددت الأشخاص الذين يحق لهم إخطار المجلس الدستوري في كل من: رئيس الجمهورية أو رئيس مجلس الأمة أو رئيس المجلس الشعبي الوطني أو الوزير الأول،كما يمكن إخطاره من خمسين (50) نائبا أو (30) عضوا في مجلس الأمة.

[26]– صالح بلحاج، مرجع سابق، ص 319.

[27]– المادة 6 من النظام المحدد لقواعد عمل المجلس الدستوري، سابق الذكر.

[28]– المادة 2 من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات الدولية التي اعتمدت من قبل المؤتمر الأمم المتحدة بشأن قانون المعاهدات الذي عقد بموجب قراري الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 2166 المؤرخ في 5 كانون الأول/ديسمبر 1966، ورقم 2287 المؤرخ في 6 كانون الأول/ديسمبر 1967، وقد عقد المؤتمر في دورتين في فيينا خلال الفترة من 26 آذار/مارس إلى 24 آيار/مايو 1968 وخلال الفترة من 9 نيسان/ابريل إلى 22 آيار/مايو 1969، واعتمدت الاتفاقية في ختام أعماله في 22 أيار/مايو 1969، وعرضت للتوقيع في 23 أيار/مايو 1969، ودخلت حيز النفاذ في 27 كانون الثاني/يناير 1980، وانضمت إليها الجزائر بتحفظ بموجب المرسوم الرئاسي رقم 87– 222، مؤرخ في 23 أكتوبر 1987، الجريدة الرسمية العدد 42.

[29]– أنظر: المادة 186/ 1من التعديل الدستوري لسنة 2016.

[30]– المادة 111من التعديل الدستوري لسنة 2016.

[31]– رابحي أحسن، مبدأ تدرج المعايير القانونية في النظام القانوني الجزائري، أطروحة دكتوراه في القانون، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، بن عكنون، الجزائر، سنة 2005– 2006، ص 210.

[32]– مسراتي سليمة، المرجع السابق، ص 116، بتصرف.

[33]– المادة 186/ 1 من نفس التعديل الدستوري.

[34]– المادة 187/ 1/ 2 من التعديل الدستوري لسنة 2016.

[35]– المادة 189/ 1من التعديل الدستوري لسنة 2016.

[36]– المادة 191/ 1 من التعديل الدستوري لسنة 2016.

[37]– انظر: المادة 187 من التعديل الدستوري لسنة 2016.

[38]– المادة 186 من التعديل الدستوري لسنة 2016.

[39]– المادة 143 من التعديل الدستوري لسنة 2016.

[40]– عبد القادر شربال، المرجع السابق، ص 41.

[41]– مسراتي سليمة، المرجع السابق، ص 124، 125.

تحديات تمويل الجماعات الاقليمية في اطار التحول إلى الإدارة الالكترونية

شهرزاد مناصر

طالبة دكتوراه علوم، شعبة القانون تخصص تنظيم إداري.

قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية

جامعة محمد خيضر بسكرة،

البريد الإلكتروني: ch.droit@gmail.com

محمد حمودي

استاذ محاضر –أ–

قسم الحقوق، معهد الحقوق والعلوم السياسية

المركز الجامعي علي كافي تندوف

البريد الالكتروني:tasfaout01@yahoo.fr

ملخص:

يعد مشروع الإدارة الالكترونية من المشاريع الضخمة والتي تحتاج إلى أموال طائلة لكي تضمن له النجاح والاستمرار، وتوفير الأجهزة والأدوات اللازمة والبرامج الالكترونية وتحسين مستوى البنية التحتية للإدارة الاقليمية، وتحديثها من وقت لآخر، وتأهيل العنصر البشري، مما يستدعي توفير التمويل الكافي لهذا المشروع.

الكلمات المفتاحية: الادارة– تحديات– الكترونية– الاقليمية– التمويل– البنية.

Abstract

The electronic management project is a huge project that requires large sums of money to ensure its success and continuity, providing the necessary tools and tools, electronic programs, improving the level of local administration infrastructure, updating them from time to time, and rehabilitating the human element.

Keywords: Administration - Challenges - Electronic - Regional - Finance - Structure.

مقدمة:

لقد كان للإدارة المحلية نصيب من برامج العصرنة التي انتهجتها الجزائر من أجل التكفل الأفضل باحتياجات المواطن، غير أن الانتقال من مرحلة الإدارة التقليدية إلى الإدارة الالكترونية توفير الموارد المالية اللازمة التي تمكنها من إكمال المشوار حتى النهاية ولا يؤدي إلى قطع العملية في منتصفها.

فمشروع الإدارة الالكترونية من المشاريع الضخمة والتي تحتاج إلى أموال طائلة لكي تضمن له الاستمرار والنجاح وبلوغ الأهداف المنشودة، إذ تعتبر الموارد المالية من العوامل المهمة والمؤثرة في قرار تبني الإدارة الالكترونية وتتمثل أهمية هذه الموارد في تغطية التكاليف المترتبة على هذا القرار، لذلك يجب على صناع القرار التخطيط المالي الرشيد، ورصد المخصصات لضمان الكافية المالية لتطبيق الإدارة الالكترونية.

ومنه نطرح **الإشكالية** التالية : مدى كفاية مالية الجماعات الاقليمية لتغطية التحول السليم إلى الإدارة الالكترونية؟

المبحث الأول: تمويل الجماعات الاقليمية لمشروع الإدارة الالكترونية

يتم الحصول على المتطلبات المالية اللازمة لتطبيق نظم وأساليب الإدارة الالكترونية من التمويل المحلي الذي يعرف على انه:" كل الموارد المالية المتاحة والتي يمكن توفيرها من مصادر مختلفة لتمويل التنمية المحلية على مستوى الجماعات الاقليمية بصورة تحقق اكبر معدلات للتنمية عبر الزمن، وتعظم استقلالية الجماعات الاقليمية عن الحكومة المركزية في تحقيق تنمية منشودة[1]، وسنتعرض في هذا المبحث إلى المصادر التي تتخذها الإدارة المحلية لدفع تكلفة مشروع الإدارة الالكترونية كمطلب أول، والمشاكل التي تعترض تمويل مشروع الإدارة الالكترونية في مطلب ثان.

المطلب الأول: مصادر تمويل الإدارة الالكترونية الاقليمية

تعبر مصادر التمويل مشروع الإدارة الالكترونية عن كل المصادر المالية المتاحة التي يمكن توفيرها على مستوى الجماعات الاقليمية ، ويمكن تقسيمها إلى:

الفرع الأول: موارد مالية توفرها الجماعات الاقليمية ذاتيا: تمثل الجباية المحلية الجزء الأكبر من الإيرادات المالية للجماعات الاقليمية، أضف إلى ذلك بعض المداخيل الخاص بأملاكها والخدمات التي تقدمها، ويمكن تقسيم الإيرادات المالية الداخلية للجماعات الاقليمية على النحو التالي:

أولا–الإيرادات الجبائية: وتنقسم بدورها حسب الجهة المستفيدة منها إلى:

1– الضرائب المحصلة لصالح البلديات دون سواها: يضم هذا الفرع الأنواع التالية من الضرائب:

أ– **الرسم العقاري:** يتم فرض هذا الرسم على الملكيات المبنية أو غير المبنية[2]، بالنسبة للملكيات المبنية ينتج أساس فرض الضريبة من ناتج القيمة الإيجارية الجبائية لكل متر مربع للملكية المبنية، في المساحة الخاضعة للضريبة[3]، ويحدد أساس فرض الضريبة بعد تطبيق معدل تخفيض يساوي 2 % سنويا، مراعاة لقدم الملكية المبنية[4]، ففي حال الملكيات غير المبنية فيفرض عليها مهما كانت طبيعتها مادامت غير معفية صراحة، وينتج الأساس الضريبي لهذا الرسم من حاصل القيمة الإيجارية الجبائية للملكيات غير المبنية المعبر عنها بالمتر المربع أو بالهكتار الواحد حسب الحالة تبعا للمساحة الخاضعة للضريبة[5].

ب– **رسم التطهير:** أسس هذا الرسم بموجب القانون رقم 80–12 المؤرخ في 31 ديسمبر 1980 المضمن قانون المالية لسنة 1981، لفائدة البلديات التي تشغل فيها مصلحة رفع القمامة المنزلية فهو مرتبط باستفادة أصحاب الملكية المبنية من رفع القمامة يوميا[6].

ج– **الضرائب غير المباشرة:** على عكس الرسم العقاري ورسم التطهير التي تعتبر ضرائب مباشرة تحصل لفائدة البلديات كليا هناك بعض الأنواع الأخرى من الضرائب غير المباشرة نوجزها فيما يلي:

* **الرسم على الرخص العقارية:** يختلف حسب طبيعة العملية إما يخص البناء، التهديم، تقسيم الأراضي المطابقة، أو شهادة التجزئة.

* **الرسم على الذبح:** هو ضريبة وحيدة تفرض على مالك الحيوان عند الذبح أو استيراد اللحم من الخارج، تعتبر من أضعف مصادر الجباية المحلية، ولا يدفع الرسم إلا على الجزء من اللحم الذي يكون صالحا للاستهلاك، ويتم تحصيل هذا الرسم عن كل كيلوغرام من الوزن الصافي للحم الحيوانات المذبوحة، وتختلف التسعيرة حسب كون اللحم ناتجا محليا عن الذبح أو مستوردا[7].

* **رسم الإقامة:** تدخل فيه البلديات المصنفة محطات سياحية أو حمامات معدنية، يطبق على الأشخاص غير المقيمين في البلدية.

* **الرسم الخاص بالإعلانات والملصقات المهنية:** يفرض حسب طبيعة الإعلان والملصقات.[8]

2- الضرائب المحصلة لصالح البلديات، والولايات والصندوق المشترك للجماعات المحلية:

يقصد بها تلك الضرائب التي يقسم عائدها على كل الجماعات الاقليمية وميزانية الدولة وبعض الصناديق وتضم:

أ- **الضريبة على الاملاك:** يسكل الاساس الضريبي لهذه الضريبة من القيمة الصافية لجميع الممتلكات والحقوق والقيم الخاضعة للضريبة.

ويحدد توزيع الضريبة علىالاملاك كما يلي :

- 60% إلى ميزانية الدولة.
- 20% إلى ميزانية البلديات.
- 20% إلى حساب التخصيص الخاص رقم050 - 302 بعنوان" الصندوقالوطني للسكن".[9]

ب- **الرسم على القيمة المضافة:** يعتبر الرسم على القيمة المضافة ضريبة عامة على الاستهلاك تخص العمليات ذات الطابع الصناعي والتجاري والحرفي والحر، ويقصى من مجال تطبيق هذا الرسم العمليات ذات الطابع الفلاحي أو الخدمات العامة غير التجارية.

وتوزع عوائد هذه الضريبة كما يلي:

- 5 % من إجمالي الحصيلة لصالح البلديات.
- 10 % لصالح الصندوق المشترك.
- 85 % لصالح ميزانية الدولة.[10]

ج- الدمغة الجبائية على السيارات: يخضع لها كل من يملك سيارة سواء كان شخصا طبيعيا أو معنويا، ويعود ناتج هذه الضريبة إلى الدولة بنسبة 20 % والصندوق المشترك للجماعات المحلية بنسبة 80%.[11]

د- الرسم على أرباح المناجم: تخضع له كل المؤسسات التي تشغل المناجم المعدنية، ويرجع ما نسبته 3% لصالح الجماعات الاقليمية.

ثانيا- الموارد المالية المحلية الخارجية وغير الجبائية: قد تلجأ الإدارات المحلية إلى موارد أخرى خارجية تساعدها على تجاوز مشكلة قلة مواردها الذاتية، وتتجلى أهم هذه الموارد في ما يلي:

1-إعانات الدولة: تعد إعانات الدولة من أهم الموارد المالية التي تعتمد عليها الجماعات الاقليمية بعد الموارد الجبائية، وتهدف هذه الإعانات إلى تحقيق التوازن وتقليص الفوارق بين الموارد المالية المتاحة للهيئات الاقليمية من طرف الصندوق المشترك للجماعات الاقليمية ومخططات البلدية للتنمية[12].

أ-التعويض عن التخفيض أو إعفاء الجنائي: يكون في حالة تدخل الدولة يتضمن إعفاء أو تخفيضات في نسبة الضريبة أو إلغاءها بموجب قانون المالية بهدف جلب المستثمرين الأجانب، وهو ما ورد من خلال المادة 5 من قانون البلدية 11-10 حيث وبموجب قانون المالية لسنة 2009 تقرر إلغاء جملة من الضرائب المحلية منها الدفع الجزافي مما ألزم السلطة المركزية التعهد بتغطية الخسائر المالية التي مست موارد البلديات، ويقدر مبلغ هذا التخصيص لسنة 2014 بـ: 94,8 مليار دج كما يلي : 57,16 مليار دج لفائدة البلديات، 1,10 مليار دج لفائدة الولايات، 6,7 مليار دج لفائدة صندوق التضامن والضمان للجماعات المحلية.

ب- مسح الديون: كانت نتيجة العجز الذي دخلت فيه تقريبا كل البلديات مع بداية التسعينات على إيفاء نفقاتها، ومع تراكم هذا العجز تحول إلى مديونية خانقة فكان على الدولة من الضروري التخفيف من هذا العجز بمسح الديون المتراكمة على البلديات.

إن ما يلاحظ على مختلف الإعانات التي تمنحها الدولة أو الولاية أو الصندوق ترفق غالبا بتعليمات تحدد مجال استغلالها دون مراعاة احتياجات البلدية الضرورية والمستعجلة، فلا يترك للبلدية حق تحديد الأولويات وفقا لخططها التنموية أو احتياجاتها، وهذا الأمر من شأنه أن يقلل من أهمية ودور الإعانات في تحقيق التنمية المحلية والتكفل بالأعباء والمهام المخولة لها قانونا، ولهذا نقترح مراعاة أولويات البلدية عند تسجيل الإعانات في شكل مشاريع[13].

2- إعانات صندوق التضامن والضمان للجماعات المحلية: تم إنشاء الصندوق المشترك للجماعات المحلية بموجب المرسوم التنفيذي 86-266 المؤرخ في 14 نوفمبر 1986[14]، بهدف تقليص احتياجات الجماعات الإقليمية من الموارد المالية، وتم إصلاح الصندوق من خلال المرسوم التنفيذي 14-116 المؤرخ في 14 مارس 2014 المتضمن إنشاء صندوق التضامن والضمان للجماعات المحلية، طبقا للمادة 2 من المرسوم هو مؤسسة عمومية ذات طابع إداري تتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي، يوضع تحت وصاية وزير الداخلية، تتكون موارد الصندوق من حصص الضرائب والرسوم المحددة في القوانين الجبائية.

يجسد الصندوق التضامن ما بين الجماعات المحلية من خلال دفع المخصصات لفائدة الآتية الجماعات تخصيص إجمالي للتسيير 60 % ، تخصيص إجمالي للتجهيز والاستثمار: 40 % .

أ- **تخصيص التسيير:** يوجه التخصيص الإجمالي للتسيير إلى قسم التسيير بميزانيات البلديات والولايات ويتضمن هذا التخصيص[15]: منح التوزيع العادل والمتساوي، تخصيص الخدمة العمومية، إعانات استثنائية ، إعانات التكوين والدراسات والبحوث.

ب-تخصيص الخدمة العمومية: وهي إعانة موجهة إلى تدعيم خدمات المرافق العمومية، خاصة التي تعرف صعوبات مالية وعجز في تمويلها[16].

ج- **تخصيص الموجه للتجهيز والاستثمار:** ويوجه خاصة إلى المناطق الواجب ترقيتها، يسمح التخصيص الإجمالي للتجهيز والاستثمار للجماعات المحلية بانجاز برامج تجهيز واستثمار بهدف المساعدة في تطويرها وخاصة تطوير المناطق الواجب ترقيتها، ويتضمن التخصيص الإجمالي للتجهيز والاستثمار [17].

3- **القروض:** تعرف القروض بأنها مبلغ من المال تحصل عليه الدولة أو البلدية عن طريق الالتجاء إلى الجمهور أو المصاريف أو غيرها من المؤسسات المالية مع التعهد برد المبلغ المقترض ودفع الفوائد طول مدة القرض وفقا لشروطه[18].

إن اللجوء إلى الاقتراض وهو الوسيلة التي رخصها المشرع للبلديات طبقا للمادة 179 من قانون البلدية[19]، غير أنه قيد حق اللجوء إلى الاقتراض باعتباره موردا من موارد ميزانية البلديات، وذلك شريطة توجيهه لانجاز مشاريع منتجة لمداخيل، غير أن مشروع الإدارة الالكترونية من المشاريع الموجهة لتقديم خدمة السكان وترقية الخدمات المقدمة وتحقيق رضا للجمهور وتحسين مستوى الأداء الوظيفي للجماعات الاقليمية وبالتالي فهي لا تقدم أي إنتاج، كما أن نتائج الإدارة الالكترونية غالبا بعيد الأثر.

مما يعني إن لجوء الإدارة المحلية للاقتراض من اجل دعم مشاريع الإدارة الالكترونية الخدماتية مستبعد غالبا، ذلك أن مشاريع الإدارة الالكترونية مشاريع خدماتية بحته هدفها تحسين نوعية الخدمات المقدمة للجمهور، دون استهداف مشاريع منتجة لمداخيل إلا انه على المدى البعيد تساهم في تقليل نفقات الإدارة المحلية، إلا أنه إذا كانت الإدارة المحلية بصدد مشروع استثماري في مجال الإدارة الالكترونية مثلا فان المشرع يبيح لها اللجوء إلى الاقتراض.

4-الهبات والوصايا: لقد خول قانون البلدية طبقا للمادة 171 منه حق البلديات في قبول الهبات والوصايا بأعباء أو شروط أو تخصيص بعد موافقة جهة الوصاية حتى يتم جردها وإدراجها في الميزانية، وتشكل الهبات الوصايا مصدرا خارجيا يساهم يشكل ايجابي في تعزيز المركز المالي للبلديات حيث تتكون هذه المساهمات من الحصيلة التي يتبرع بها المواطنون أو مؤسسات وطنية بصفة مباشرة أو غير مباشرة في تمويل ميزانية البلدية.

يشترط أن لا تكون مشروطة ولا تمس باستقلالية البلدية ويتم المصادقة عليها من طرف الوالي[20]، إذا كانت الهبات والوصايا وطنية أما إذا كانت أجنبية تخضع لموافقة وزير الداخلية، وتجدر الإشارة إلى أن الوصايا والهبات تعتبر موارد استثنائية لا يعتمد عليها في تمويل ميزانية البلدية كمصدر كبير.

5-إعانات المخططات البلدية للتنمية: هناك إعانات أخرى تمنحها الدولة، تتعلق بانجاز برامج التنمية والتجهيز عن طريق اعتماد برامج تنموية للقضاء على التدهور الاقتصادي والاجتماعي الذي تعاني منه الإدارة المحلية كبرامج التنمية الصناعية وبرامج نفقات التجهيز المحلي[21]، حيث تستفيد البلدية من إعانات مالية عن طريق المخططات البلدية للتنمية السنوية منها والمتعددة السنوات التي أنشأت بموجب المرسوم التنفيذي رقم73-166 المؤرخ في 09 أوت 1973، الذي جاء بالبرامج والمشاريع التي تخص البلدية في مجال القاعدي للتجهيزات الضرورية للمواطنين، التي توسعت أكثر من خلال قانون المالية لسنة 2001 لتحسين الإطار المعيشي للمواطن، ويتم تمويل هذه المخططات من ميزانية التجهيز للدولة، عن طريق رخص البرامج ممنوحة من الوزير المكلف بالمالية.

المطلب الثاني: مشاكل التمويل مشروع الإدارة الالكترونية.

تعتبر مشاكل التمويل أولى العقبات التي تواجه الجماعات الاقليمية في كافة مراحلها منذ بداية نشأتها إلى الآن، فالعجز المستمر الذي تعاني منه موازنات اغلب البلديات انعكس بشكل مباشر على مستوى التنمية المحلية فبالإضافة إلى محدودية الإيرادات المالية المحلية، فان الجماعات الاقليمية بصفة عامة مثقلة بالديون[22]، إن من أهم المشاكل التي تواجه تحول الجماعات الاقليمية من الوجه التقليدي إلى الوجه الالكتروني عدم كفاية مواردها المالية، الأمر الذي يحول دون تحول كلي وسليم ، ويعود ضعف وعدم كفاية الموارد المالية إلى الأسباب التالية:

- **ضعف وقلة المردودية الجبائية للجماعات الاقليمية:** تعاني الإدارة المحلية من صعوبات عديدة في تمويل مصادرها المالية، يمكن إرجاعها بالدرجة الأولى إلى ضعف المصادر الجبائية، فعلى الرغم من الدور الذي تلعبه الجباية الاقليمية على المستوى الاقتصادي والاجتماعين إلا أنها تبقى تعاني من المشاكل التي تحول دون تحقيق أهدافها، وهذا راجع إلى ضعف مصادرها التي تشكل نسبة كبيرة من مجموع العوائد المحلية[23]، وترجع ضآلة الموارد الجبائية إلى ما يلي:
- الغش والتهرب الاجتماعي.
- قلة المشاريع الاقتصادية على المستوى الاقليمي.
- كثرة الإعفاءات على المستوى الاقليمي.

كما ان من اسباب ضآلة عائدات نظام الجباية الاقليمية استأثار الدولة على أكبر حصص من الموارد الجبائية عن طريق احتفاظها لنسب مرتفعة، كما تستحوذ على اهم المارد الجبائية ومن أمثلتها

الضريبة على المناجم والتي تعود ايراداتها بنسبة 90 % الى خزينة الدولة و10% فقط إلى الجماعات الاقليمية[24].

– **صعوبة الاستفادة من الهبات والوصايا:** فعندما تستفيد بلدية من بلدياتنا من دعم مادي من بلدية أجنبية أغنى منها بكثير يتمثل في منحها جهاز سكانير على سبيل المثال تجد البلدية الجزائرية نفسها أمام إجراءات جمركية وأخرى إدارية تجعلها لا تستلم الجهاز المذكور إلا بعد مشقة وربما بعد مرور سنة من وصوله الميناء أو أكثر[25].

– **اتساع الإنفاق:** تتعدد صلاحيات الجماعات الاقليمية في الجزائر، فأغلب البلديات تعاني من مشاكل في تغطية المصاريف المالية المتزايدة بموارد محدودة، حيث انتقت مديونية البلديات من 5 مليار دينار جزائري في سنة 1995 إلى 22 مليار دينار جزائري لتصل إلى 48 مليار دينار جزائري سنة 2006 وهذا فيما يتعلق بـ 990 بلدية فقط، حيث تقوم بمهام عديدة تتمثل أهمها في:

– التهيئة والتنمية الاقليمية: حيث تعد البلدية مخططها التنموي وتبادر وتشجع كل فرد من شأنه تطوير الأنشطة الاقتصادية.

– التعمير والهياكل القاعدية والتجهيز: وهذا مثلا من حيث التزويد بوسائل التعمير .

– **قدم المرافق الأساسية وعدم كفايتها:** إن أغلب البلديات محملة بأعباء كثيرة نتيجة قدم المرافق الأساسية والتي تحتاج إلى أموال طائلة، وهذه المرافق الأساسية هي المهام الأولى للجماعات الاقليمية، ولذلك فهي تحتاج إلى زيادة الإنفاق العام لإقامتها أو التوسيع فيها وتجديدها بما يتلاءم وظروف كل مجتمع، فلا تزال العديد من المدن الجزائرية تعاني من ضعف المرافق الأساسية وانعدامها في بعض المناطق، مما يتطلب من الولايات والبلديات زيادة الإنفاق العام لتغطية العجز.

– **هيمنة تكاليف أجور الموظفين على نفقات التسيير:** حيث يبلغ عدد موظفي البلديات 312009 عون[26] ، يترتب على البلديات دفع مستحقاتهم المالية، حيث يحدد المعيار المرجعي المقبول على المستوى الوطني عموما بـ: 45 % من النفقات الإجمالية للتسيير، إلا أن اغلب البلديات الجزائرية تفوق هذا المعدل لتتراوح بين 50 و60 %.

وقد منح التكفل بزيادات أجور مستخدمي الجماعات الاقليمية تخصيص يقدر بـ 65,97 مليار دج لفائدة الميزانيات الاقليمية، لغرض التكفل بزيادات الأجور لما يتجاوز 258000 عون بالإدارة الإقليمية، قسمت إلى 58,02 مليار دج لمستخدمي البلديات، و 1,95 مليار دج للمستخدمين المسجلين في الميزانيات اللامركزية للولايات.

– **زيادة الاعتماد على إعانة الحكومة المركزية والقصور في الصناديق الخاصة:** فجماعتنا الاقليمية عاشت منذ الاستقلال في ظل كفالة الدولة المالية ولم يرد لها أن ترقى إلى مستوى التأثير في محيطها بصفة تسمح لها بان تكون على نفس الخط في القدرة والحيوية مع الدولة التي تمثل امتدادا لها[27]. عجز

الموارد والمخصصات المالية بالموازنة عن الوفاء بالتزامات الحكومة تجاه المواطنين مما ترتب عليه انخفاض جودة الخدمات الحكومية المقدمة والتركيز على الكم وليس الكيف، وقد أدى ذلك إلى فقدان الثقة بين المواطنين.[28]

– **زيادة النفقات الاقليمية التي لا تصاحبها زيادة في الإيرادات:** إذ أن التزايد الكبير لعبئ المديونية والتي لا يرجع سببها إلى الزيادة في الاحتياجات في الاستثمارات المنتجة بل لتغطية المصاريف أو النفقات العادية للتشغيل، وضمن هذا المسعى كذلك أولت الدولة عناية خاصة لإعادة صياغة المالية والجباية المحليتين باعتبار أنهما تشكلان الشرط المسبق لأي إصلاح للجماعات الاقليمية، ومن بين الإجراءات العملية التي قامت لها ما يلي[29]:

– تطهير ديون البلديات التي بلغت ما بين 2000 و2007 قيمة 22.9 مليار دينار جزائري

– تكفل ميزانية الدولة بالانعكاسات المالية للزيادات في أجور عمال الجماعات الاقليمية التي بلغت 18.4 مليار دينار جزائري

– الزيادة في حصص البلديات من مداخيل بعض الضرائب والرسوم .

– الزيادة في مخصصات المعادلة لتعويض نقص المداخيل الجبائية التي ارتفعت من 5.5 إلى 25 مليار دينار جزائري في 2008.

– توافر مستوى مناسب من التمويل بحيث يمكن التمويل الإدارة من إجراء صيانة دورية وتدريب للكوادر والموظفين والحفاظ على مستوى عال من تقديم الخدمات ومواكبة أي تطور يحصل في إطار التكنولوجيا والإدارة الالكترونية على المستوى العالم[30].

–التخطيط المالي الرشيد ورصد المخصصات الكافية: وهذا يعني إعادة النظر في نظام الأولويات وتوفير الأموال الكافية لإجراء التحول المطلوب وفقا لإطار زمني ملائم للظروف العامة وخصوصيات كل دولة[31].

المبحث الثاني: حتمية التحول إلى الإدارة الالكترونية من اجل ترشيد النفقات.

تعتبر المقدرة المالية للدولة العنصر المهم في تحديد مقدار الإنفاق الواجب صرفه[32]، الأمر نفسه ينطبق على الجماعات الاقليمية فمتى توفرت الاعتماد المالية اللازمة لتنفيذ المشروع الإدارة الالكترونية بات بمقدورها تغطيت نفقات متطلبات التحول الإدارة الالكترونية (مطلب أول)، كل ذلك طمعا أو رغبة في تحقيق أهداف الإدارة الالكترونية والتي يعدد تقليل الإنفاق العمومي احد أهم أهدافها(مطلب ثاني).

المطلب الأول: أوجه الإنفاق الاقليمي في ظل الإدارة الالكترونية

لضمان نجاح تطبيق الإدارة الالكترونية في الجماعات الاقليمية فانه يجب توفير البنية التحتية لتكنولوجيا المعلومات والاتصالات، وما تشتمله هذه البنية من الأجهزة والمعدات والبرامج وأساليب وغيرها، كما يجب إجراء صيانة دورية وتدريب للكوادر والموظفين، والحفاظ على مستوى عال من تقديم الخدمات

ومواكبة أي تطور يحصل في إطار التكنولوجيا والإدارة الالكترونية على المستوى العالم[33]، لذا فان أوجه الإنفاق الاقليمي في ظل الإدارة الالكترونية تشمل:

1-**تكاليف المباشرة** : والتي تتمثل في تكلفة شراء الأجهزة والمعدات والتسهيلات الأخرى، وتكلفة برمجيات النظام .

نفقات خاصة بالاحتياجات التقنية: وتتمثل أوجه الإنفاق على برامج ومشروعات الإدارة الالكترونية في الأصول التكنولوجية من شبكات محلية وعالمية وتكلفة إنشاء قواعد بيانات والمعلومات وبناء بنوك للمعلومات إلى بنية تحتية مطورة للشبكات[34]، توفير البنية الأساسية والمحتوى المعلوماتي والبرامج، وتكاليف تقديم الدعم والتسهيلات لاستخدام الوسائط الإلكترونية[35].

فقد أنفقت الولايات المتحدة الأمريكية ملبغ 48 بليون دولار عام 2002على تكنولوجيا المعلومات، ثم ارتفعت إلى 52 بليون عام 2003، بالإضافة إلى تكلفة وسائل الدفع الالكترونية مثل: الكروت الممغنطة التي تستخدم في الحصول على الخدمات الالكترونية وتكلفة تدريب العاملين على الأساليب الالكترونية المتبعة للحصول على الخدمات الذاتية المقدمة على شبكة الانترنت[36].

في حين يعتبر إنفاق الجزائر عموميا والجماعات الاقليمية على وجه التحديد في هذا المجال ضئيلا جدا.

نفقات المعدات الصلبة: اقتناء الأجهزة حيث تمثل الأجهزة والتقنيات اللازمة لإنجاح المشروع، من المتطلبات الضرورية لضمان نقل المعلومات إلكترونيا مع ضمان سريتها ودقتها وصحتها ومصداقيتها، وتنفيذ المعاملات والخدمات عن بعد باستخدام الشبكات الالكترونية وإتاحتها للاستخدام على أوسع نطاق ممكن .

2- **التكاليف غير المباشرة:** وتتمثل في تدريب العاملين وتكلفة صيانة المعدات وتامين المباني[37]، وهي :

- **نفقات خاصة بالاحتياجات البشرية:** كثيرا ما تلجأ الإدارة الاقليمية إلى توظيف طاقات بشرية متخصصة في مجال الإدارة الالكترونية مما يقتضي توفير المناصب المالية لها، فكثيرا ما تمثل وتكلفة الحصول على موظفين بمهارات جديدة وجيدة عائقا هاما تؤثر على قرار التبني[38].

- **تكاليف تأهيل الموارد البشرية** : إن التحول إلى الإدارة الالكترونية يستلزم إجراء تدريب للموظفين لموظفي الإدارات الاقليمية للحفاظ على مستوى عال من تقديم الخدمات ومواكبة أي تطور يحصل في إطار التكنولوجيا على مستوى العالم[39]، بلغت تكاليف التدريب التي تدفعها المؤسسات الأمريكية سنة 1992 حوالي 45 مليار دولار، وفي سنة 1998 ارتفعت فاتورة التدريب بحسب المجلة لتصل إلى 60,7 مليار دولار سنويا [40].

نفقات خاصة بالهياكل الإدارية : استحداث وحدات جديدة خاصة بهذه التطبيقات.

نفقات عمليات الصيانة: صيانة الأجهزة والبرامج الالكترونية ، وتحديث الحاسبات والبرمجيات [41].

وفي إطار جهود الجزائر في مجال عصرنة الإدارة سعت الدولة لدعم الجماعات الاقليمية في الإنفاق على التحول إلى الإدارة الالكترونية، حيث يعتبر البرنامج الخماسي(2010-2014) للاستثمارات العامة الذي اقره رئيس الجمهورية برنامجا طموحا رصد له مبلغ 286 مليار دولار لتحقيق الإنعاش الاقتصادي، حيث شمل هذا البرنامج مختلف المجالات والأصعدة على المستوى الإداري والاجتماعي والاقتصادي والبشري، حيث تضمن البرنامج المحاور الأساسية التالية: تحسين التنمية البشرية(40%) البنية التحتية (30%) تطوير الاقتصاد الوطني (20%) تحسين الخدمة العامة (10%)[42].

ورغم ذلك فان التقييم المبدئي للفترة الممتدة بين 2009-2013 وهي الفترة التي من المفروض أن يتم فيها تهيئة البنية التحتية لتنفيذ إستراتيجية الجزائر الالكترونية وولوج المواطن الجزائري إلى مجتمع المعرفة، أوضح أن الجزائر لا زالت تعاني بعض التأخر في استخدامات التكنولوجيات، وتداول المعلومات التي تعتبر أساس لبناء مجتمع المعرفة[43].

المطلب الثاني : اثر الإدارة الالكترونية في تقليل نفقات الإدارة الاقليمية

إذا كان الهدف من الإدارة الالكترونية في إداراتنا الاقليمية بشكل عام هو تحقيق رضا المواطن المحلي عن أداء الإدارة الاقليمية وتحسين وتجويد الخدمات الإدارية المقدمة له، فان خفض الإنفاق الاقليمي من خلال انخفاض تكلفة الخدمات الإدارية المقدمة يعد من ضمن الأهداف الرئيسية الدافعة لتبني خيار التحول نحو الإدارة الالكترونية.

فأداء الإدارة الاقليمية لخدماتها بالطرق التقليدية سبب تحملها لتكاليف كبيرة نظرا لارتفاع إثمان وأسعار الموارد اللازمة للقيام بالخدمة، حيث تستهلك إعدادا كبيرة من الأوراق، بالإضافة إلى المستندات والأدوات المكتبية، كما أن مستخدمي البلديات يستهلكون 70 % من ميزانية التسيير[44]، لذا على الإدارات الاقليمية العمل على خفض تكاليفها من اجل الاهتمام بعمليات التنمية، وكذا من اجل التجسيد الفعلي للمقاربة الجديدة التي انتهجتها الدولة في الإدارة المالية، والتي تتعلق بترقية المال العام ومعالجة كل منافذ الفساد من خلال ترشيد الإنفاق المحلي ومحاربة الفساد بشكل تشاركي[45].

وقد بلغت سنوية التوفير المحققة في التكاليف المباشرة وغير المباشرة المرتبطة بعملية تجديد جواز السفر 85 % التكلفة المباشرة، أما في التكلفة غير المباشرة فبلغت 88 % وهما نسبتان مرتفعتان تعبران عن تحقيق الفائدة المرجوة من تطوير خدمة تجديد جواز السفر الكترونيا[46]، ويعمل استخدام الإدارة الالكترونية ترشيد الإنفاق المحلي من خلال ما يلي:

- **خفض تكاليف الأدوات المكتبية:** إن استخدام الإدارة الالكترونية يسهم في تقليل استخدام الأوراق بشكل ملحوظ مما يؤثر ايجابيا على عمل الإدارة[47]، حيث تم إلغاء 15 وثيقة واقتصاد 12 مليار دينار جزائري سنويا.

– **خفض تكاليف الاتصال:** حيث يمكن استخدام الانترنت كعامل مساعد لتخفيض تكاليف الاتصالات الخاصة بالعمل، كاستخدام البريد الالكتروني بدلا من البريد العادي لإرسال وثائق.

– **خفض تكاليف العملية الانتخابية:** إذ يسهم اعتماد أنظمة التصويت الالكتروني خفض التكاليف المالية المترتبة عن الانتخابات بشكل ملحوظ، بحيث يمكن الاستغناء عن أطنان من الورق المستخدم في عملية التصويت، واستخدام الكوادر البشرية المؤطرة للعملية الانتخابية بكل عقلانية ضمن الموارد المتاحة، إلى جانب حفظ تكاليف كل تفاصيل العملية الانتخابية بطريقة مدروسة[48].

– **مساندة برامج التطوير الاقتصادي:** وذلك عن طريق تسهيل التعاملات بين القطاع الحكومي والقطاع الخاص.

– **توفير مساحات الأبنية:** حيث تعتمد الإدارة الالكترونية على الأرشيف الالكتروني والبريد الالكتروني والمفكرات الالكترونية والرسائل الصوتية ونظم متابعة الآلية، مما يقلل استخدام الأوراق الأمر الذي سوف يعالج مشكلة تعاني منها اغلب المؤسسات في عملية الحفظ والتوثيق مما يؤدي إلى عدم الحاجة إلى أماكن خزن يتم الاستفادة منها في أمور أخرى[49].

خاتمة:

إن التحول من الأسلوب التقليدي في إدارة الجماعات الاقليمية إلى أسلوب الإدارة الالكترونية سعيا لتحسين ظروف معيشة السكان وضمان أكبر قدر من الاستقرار والانسجام الاجتماعي من خلال السهر على تقديم خدمة عمومية ذات نوعية جيدة ترقى إلى مستوى تطلعات المواطنين، سعيا لتطوير سبل التواصل والحوار بين الإدارة العمومية والمتعاملين، يتطلب مبالغ طائلة، إذ لا بد أن تتوفر مالية البلديات على مستوى التمويل المناسب للمضي قدما في هذا المشروع.

ورغم قيام الدولة بتخصيص غلاف مالي لإجراء تحول سليم للجماعات الاقليمية إلى الوجه الالكتروني في تقديم الخدمات، اذ قامت وزارة الداخلية والجماعات المحلية تخصيص غلاف مالي بقيمة 465 مليار دينار جزائري لإجراء أكثر من 60000 عملية تحسين لظروف معيشة السكان منها: التزويد بالمياه ، هياكل الشباب والتربية والصحة، فك العزلة وإنشاء الهياكل الإدارية، إلا ان ضعف ميزانية البلديات كان سبب في وراء تأخر عمليات العصرنة المخطط لها لذا نقترح التوصيات التالية:

– إجبارية قيام البلديات بمسؤولياتها كاملة في رعاية وترقية وتثمين ممتلكاتها وفي ترشيد نفقاتها والابتعاد عن كل مظاهر سوء التسيير والتبذير في الإنفاق.

– تقديم وتنفيذ الخدمات آليات اعتمادا الشكل الالكتروني بدلا من الشكل التقليدي، وهذا ما سيؤدي إلى تقليق الانفاق وبالتالي وفرة في ميزانية الجماعات الاقليمية .

– خفض تكلفة الأداء العمليات الإدارية نتيجة خفض تكلفة إعداد وتداول المستندات الورقية باستخدام البريد الالكتروني ووسائل الحفظ الالكترونية.

– ان العائد من تطبيق الإدارة الالكترونية هو عائد غير مباشر وخاصة في المراحل الأولى للتطبيق لارتفاع الاستثمارات في عناصر البنية التحتية التكنولوجية.

الهوامش

[1] عبد المطلب عبد المجيد، التمويل المحلي والتنمية المحلية، الدار الجامعية، الإسكندرية، 2001، ص 23.

[2] وهو مفروض لصالح البلديات لتستفيد من ناتج هذا الرسم كاملا، تطبيقا لأحكام المادة 43 من القانون 91-25 المؤرخ في 18 ديسمبر 1991 المتضمن قانون المالية لسنة 1992.

[3] وقد حدد المشرع الملكيات المبنية الخاضعة للضريبة بـ: المنشآت الموجهة لاسكان الاشخاص وايداع الاموال أو تخزين المواد، المنشآت التجارية الواقعة في محيط المطارات والموانئ ومحطات السكك الحديدية ومحطات الحافلات بما في ذلك توابعها متمثلة في المخازن والمعامل اليدوية وورشات الصيانة، أرضية البيانات بأنواعها والاراضي التي تشكل توابع مباشرة ضرورية، الأراضي غير مزروعة المستعملة استعمالا تجاريا أو صناعيا مثل الورشات، وأماكن تخزين السلع والمواضيع الأخرى.

[4] غير أنه لا يمكن أن يتجاوز هذا التخفيض حدا أقصاه 40 %.

ويحسب الرسم بتطبيق معدل قدره 3% بالنسبة للملكيات المبنية بمعنى الكلمة، غير أنه بالنسبة للملكيات المبنية ذات الاستعمال السكني المملوكة من طرف أفراد طبيعيين وغير مشغولة سواء بصفة شخصية أو عائلية أو عن طريق الكراء، فهي تخضع لمعدل مضاعف قدره 10%. كما أن الأراضي التي تشكل ملحقات للملكيات المبنية تخضع هي الأخرى لهذا الرسم بمعدل:

. 5% عندما تقل مساحتها أو تساوي 500 م^2

. 7% عندما تفوق مساحتها 500 م وتقل أو تساوي 1000 م^2

. 10% عندما تفوق مساحتها 1000 م^2

[5] ويحسب الرسم بالنسبة للملكيات غير المبنية المتواجدة في المناطق غير العمرانية بمعدل 5%، أما بالنسبة للأراضي العمرانية فإن المعدل يطبق على النحو التالي:

. 5% عندما تقل مساحتها أو تساوي 500 م^2

. 7% عندما تفوق مساحتها 500 م وتقل أو تساوي 1000 م^2

. 10% عندما تفوق مساحتها 1000 م^2

. بالإضافة إلى 3% بالنسبة للأراضي الفلاحية.

[6] ويتم احتساب هذا الرسم وفقا لمادة 263 مكرر 2 من قانون الضرائب المباشرة والرسوم المماثلة معدلة بموجب المواد 28 من قانون المالية لسنة 1997 و 15 من قانون المالية لسنة 2000 و 11 من قانون المالية لسنة 2002، كما يلي:

– ما بين 500 إلى 1000 دج على كل محل ذو استعمال سكني.

– ما بين 1000 و10000 دج على كل محل ذو استعمال مهني أو تجاري أو حرفي أو ما شابه.

– ما بين 5000 و 20000 دج على كل أرض مهيئة للتخييم والمقطورات.

– ما بين 10000 و 100000 دج على كل محل ذو استعمال صناعي أو تجاري أو حرفي أو ما شابه ينتج كميات من النفايات تفوق الأصناف المذكورة أعلاه، وتحدد الرسوم المطبقة في كل بلدية بقرار من رئيس البلدية بناء على مداولة المجلس الشعبي البلدي وبعد استطلاع رأي السلطة الوصية

[7] الشريف رحماني، أموال البلديات الجزائرية، الاعتلال العجز والتحكم الجيد في التسيير، دار القصبة للنشر، الجزائر، 2000، ص 64.

[8] عبد القادر بابا ، مكي عمارية، دور الجباية المحلية في تمويل ميزانية الجماعات المحلية، دراسة حالة بلدية مستغانم، مداخلة في إطار الملتقى الدولي الأول : اللامركزية الجبائية ودورها في تمويل الجماعات المحلية، واقع واستشراف، جامعة سعد دحلب، البليدة 10–11 جوان 2013.

[9] المادة 282 من قانون الضرائب المباشرة والرسوم المماثلة.

[10] فطيمة بن عبد العزيز ، فاطمة الزهراء قاسي ، عناصر المالية المحلية والرقابة عليها، مداخلة في إطار الملتقى الدولي الأول: اللامركزية الجبائية ودورها في تمويل الجماعات المحلية، واقع واستشراف، جامعة سعد دحلب، البليدة 10–11 جوان 2013.

[11] العربي غويني، إصلاح الإدارة المحلية كطريق لتحقيق التنمية المحلية في الوطن العربي مع الإشارة لحالة الجزائر، النشر الجديد الجامعي ، الجزائر، 2016، ص 41.

[12] ابتسام عميور، نظام الوصاية الإدارية ودورها في ديناميكية الأقاليم، مذكرة الماجستير في الحقوق، فرع الإدارة العامة وتسيير الأقاليم، قسنطينة، 2012، ص 51.

[13] محمد رحموني، مصادر مالية مزانية البلدية في التشريع الجزائري، مجلة القانون والمجتمع، المجلد 01، العدد01، تصدر عن مخبر القانون والمجتمع جامعة أدارار، 2014، ص 197.

[14] المرسوم التنفيذي 86–266 المؤرخ في 04 نوفمبر 1986، الجريدة الرسمية عدد 45، المؤرخة في 05 نوفمبر 1986، ص 1838.

[15] المادة 7 من المرسوم التنفيذي 14–166 المؤرخ في 24 مارس 2014، يتضمن إنشاء صندوق التضامن والضمان للجماعات المحلية ويحدد مهامه وتنظيمه وسيره، الجريدة الرسمية عدد 19 المؤرخة في 02 أفريل 2014، ص 5.

[16] القرار الوزاري رقم 1207، المؤرخ في : 2014/10/20، الذي يحدد كيفيات حساب تخصيص الخدمة العمومية لسنة 2014.

[17] المادة 12 من المرسوم التنفيذي 14–166، سالف الذكر، ص 06.

[18] محمد رحموني ، مرجع سابق، ص 193.

[19] تلجأ البلدية إلى الاقتراض من أجهزة مصرفية عمومية ويعد الصندوق الوطني للتوفير والاحتياط من بين أهم المصارف المكلفة بإبرام عقود القروض مع البلديات، وبعد إلغاء مبدأ التخصيص المصرفي تعددت الأجهزة التي تبرم عقود مع الجماعات الإقليمية.

[20] المادة 56 من قانون البلدية، في حين حددت المادة 57 اجل 31 يوما للوالي من تاريخ المداولة بالولاية للإعلان عن قراره.

[21] رحمة شكلاط، إشكالية التمويل المركزي واستقلالية الجماعات المحلية، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، العدد الأول، كلية الحقوق العلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2011، ص 104.

[22] جمال يرقي، الجباية المحلية والصندوق المشترك للجماعات المحلية في الجزائر ودورها في التنمية المحلية، مجلة دراسات افريقية ، ص 68.

[23] نصر الدين بن شعيب، مصطفى شريف ، الجماعات المحلية ومفارقات التنمية المحلية في الجزائر، مجلة الباحث ، العدد الأول، الجزائر ، ص 165.

[24] نور الدين يوسفي، الجباية المحلية ودورها في تحقيق التنمية المحلية في الجزائر، دراسة تقيمية للفترة 2000-2008 مع دراسة حالة ولاية البويرة، مذكرة ماجستير في العلوم الاقتصادية، كلية العلوم الاقتصادية وعلوم التسيير والعلوم التجارية، جامعة البويرة، 2010، ص 145.

[25]سليم صمودي، الجماعات المحلية في مواجهة تحدي الانتقال من التنمية المحلية إلى الاقتصاد المحلي، دار علي بن زيد، بسكرة، الجزائر، الطبعة الأولى، 2017، ص 108.

[26] وذلك حسب احصائيات المديرية العامة للوظيفة العمومية لسنة 2014، متاحة على الموقع http://www.dgfp.gov.dz تاريخ الزيارة: 2017/01/24.

[27] سليم صمودي، مرجع سابق، ص 18.

[28] سمية مروان، الحكومة الالكترونية ودورها في تحسين أداء الإدارات الحكومية، مكتبة القانون والاقتصاد، الطبعة الأولى، الرياض، المملكة العربية السعودية، 2014، ص 71.

[29] نور الدين حاروش وآخرون، الخدمة العمومية المحلية كمؤشر للتنمية المستدامة، دار الأمة، الجزائر، 2017، ص 23.

[30] العربي بوعمامة ورقاد حليمة، الاتصال العمومي والإدارة الالكترونية رهانات ترشيد الخدمة العمومية، مجلة الدراسات والبحوث الاجتماعية، العدد09، جامعة الوادي، 2014، ص 38.

[31] نعيم إبراهيم الظاهر، الطريق نحو الحكومة الالكترونية، رؤية متكاملة، عالم الكتاب الحديث، الأردن، 2014، ص 14

[32] محمد بن عزة، عبد اللطيف شليل، أثار برامج الإنفاق العام على النمو الاقتصادي، المجلة الجزائرية للاقتصاد والإدارة، العدد05، 2014، ص 51.

[33] العربي بوعمامة ورقاد حليمة، الاتصال العمومي والإدارة الالكترونية رهانات ترشيد الخدمة العمومية، مجلة الدراسات والبحوث الاجتماعية، العدد09، جامعة الوادي، 2014، ص 38.

[34] عمر موسى جعفر القريشي، أثر الحكومة الالكترونية في الحد من ظاهرة الفساد الإداري، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، لبنان، 2015، ص 81.

[35] عبد الحكيم بن أحمد الفارسي، تجربة بلدية مسقط في تحسين الخدمات والتنمية الرقمية المتكاملة، ورقة عمل مقدمة في مؤتمر: دور الحكومة الالكترونية في تحقيق الإدارة الرشيدة، مسقط 12-14 ديسمبر 2010، مجلة الإداري، العدد127، معهد الإدارة العامة، سلطنة عمان،2011، ص 138.

[36] إيمان عبد المحسن زكي، الحكومة الالكترونية مدخل إداري متكامل، المنظمة العربية لتنمية الإدارية، القاهرة، 2009، ص 69.

[37] عادل حرحوش الفرجي، الإدارة الالكترونية مرتكزات فكرية ومتطلبات تأسيس العملية، الطبعة الثانية، المنظمة العربية للتنمية الإدارية، القاهرة، 2010، ص 156.

[38] غسان فيصل عبد، معوقات تبني الحكومة الالكترونية، دراسة لآراء عينة من موظفي عدد من الدوائر الحكومية في محافظة صلاح الدين، مجلة تكريت للعلوم الإدارية والاقتصادي، المجلد 3، العدد 8، جامعة تكريت، 2007، ص 6.

[39] محمد القدوة، الحكومة الالكترونية والإدارة المعاصرة، دار أسامة للنشر والتوزيع، الأردن، 2010، ص 40.

[40] نوال بوكعباش، تأثير تنمية الموارد على تنمية الإدارة المحلية في الجزائر، دراسة حالة ولاية جيجل، رسالة ماجستير في العلوم السياسية والعلاقات الدولية، كلية العلوم السياسية والإعلام،جامعة الجزائر 3، 2010-2011، ص 69.

[41] نور الدين حامد ونور الهدى بورغدة، أثر تطبيق الإدارة الالكترونية على فعالية الأداء الوظيفي بدائرة الموارد البشرية بمؤسسة تكرير البترول – سونطراك سكيكدة، مجلة الأصيل للبحوث الاقتصادية والإدارية، العدد2،جامعة عباس لغرور خنشلة، 2017، ص 187.

[42] فتيحة فرطاس، عصرنة الإدارة العمومية في الجزائر من خلال تطبيق الإدارة الالكترونية ودورها في تحسين الخدمة المواطنين، مجلة الاقتصاد الجديد، المجلد 02، العدد15، 2016، ص 313- 314.

[43] سهام موسي، مساهمة في بناء نموذج قياس اثر المحاذاة الاستراتيجية لتكنولوجيا الانترنت على اداء المؤسسات الصغيرة والمتوسطة، دراسة عينة من المؤسسات الصغيرة والمتوسطة بالمنطقة الصناعية العلمة ولاية سطيف، اطروحة دكتوراه تخصص علوم التسيير، كلية العلوم الاقتصادية والتجارية وعلوم التسيير، جامعة محمد خيضر بسكرة، 2013-2014، ص 136.

[44] على محمد، مدى فاعلية دور الجماعات المحلية في ظل التنظيم الإداري الجزائري، مذكرة ماجستير تخصص قانون الإدارة المحلية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2011-2012، ص 112.

[45] العياشي عجلان، آليات ترشيد الأداء التمويلي لصندوق التضامن والضمان للجماعات المحلية لتعزيز التمويل المستدام للتنمية التشاركية المحلية، أعمال الملتقى الوطني الأول حول التسيير المحلي بين إشكاليات التمويل وترشيد قرارات التنمية المحلية – البلديات نموذجا- يومي 8-9 نوفمبر 2016، ص 27.

[46] حليمة بزار، الحكومة الالكترونية، عرض وتقييم تجربة الحكومة الالكترونية البحرينية، مجلة الشريعة والاقتصاد، المجلد 7، العدد 13، ص 183.

[47]علاء عبد الرزاق السالمي، الإدارة الالكترونية، دار وائل للنشر، الأردن، 2008، ص 38.

[48] أحمد أمين فورار، الديمقراطية التشاركية وأدواتها الرقمية منطلقات نظرية وتطبيقات عملية، مجلة البحوث والدراسات، المجلد 15، العدد01، 2018، ص 284.

[49] علاء عبد الرزاق السالمي، مرجع سابق، ص 38.

مدى مسايرة سياسة مكافحة جرائم التسيير في المؤسسة العمومية الاقتصادية لسياسات الإصلاح الاقتصادي

La mesure dans laquelle la politique de lutte contre les délits de gestion dans l'institution économique publique est conforme aux politiques de réforme économique

الطالبة : خـــالـــفي رفـــيقـة

السنة الثالثة دكتوراه طور ثالث تخصص علوم جنائية

المركز الجامعي نور البشير البيض

khalfirafika8@gmail.com

المشرف الدكتور : سعداوي محمد صغير

أستاذ محاضر أ – كلية الحقوق –

جامعة طاهري محمد بشار

ملخص:

أُختيرت المؤسسة العمومية الإقتصادية كنموذج تنموي طموح لتنفيذ جملة الإصلاحات الاقتصادية التي باشرتها الدولة الجزائرية ابتداء من سنة 1988 ، فأصبحت بذلك الأداة التي تراهن عليها الدولة عند قيامها بأي إصلاح اقتصادي هذا الأخير الذي تزامن معه تراث فقهي و تشريعي كثيف تميز به التشريع الجزائري بغية مسايرة مجموعة الإصلاحات التي اصطدمت هي الأخرى بجملة من العوائق التي مست المؤسسة العمومية الإقتصادية عصب الاقتصاد الجزائري و أضعفت من قدراتها التنموية و هي جرائم التسيير التي ترتكب داخل كيانها و من قبل مسيريها .

الكلمات المفتاحية :

المؤسسة العمومية الاقتصادية، جرائم التسيير، سياسة اقتصادية، سياسة جنائية.

Résumé:

L'institution publique économique a été choisie comme un modèle ambitieux de développement pour la mise en œuvre des réformes économiques initiées par l'Etat algérien à partir de 1988, devenant ainsi l'instrument sur lequel l'État est en train de miser lorsqu'il entreprend une réforme économique de ce dernier, qui coïncide avec une jurisprudence et une tradition législative riches qui distinguent La législation algérienne afin de suivre le rythme de l'ensemble des réformes, qui ont également été entravées par un certain nombre d'obstacles qui ont affecté l'institution publique économique, l'épine dorsale de l'économie algérienne et affaibli ses capacités de développement, à savoir les crimes de gestion commis au sein de sa propre entité et par ses facilitateurs .

Mots-clés:

Entreprise publique économique, délits de gestion, politique économique, politique criminelle.

مقدمة :

تعتبر السياسة الاقتصادية في الدولة كل ما يتعلق باتخاذ القرارات الخاصة بالاختيار بين الوسائل المختلفة التي يملكها المجتمع لتحقيق أهداف اقتصادية و اجتماعية معينة و البحث عن أفضل الطرق الموصلة لتحقيق هذه الأهداف ، أو تعتبر كذلك التدخل الحكومي في الميدان الاقتصادي من أجل تحقيق أهداف معنية ، إذ أن السياسة الاقتصادية و الحفاظ عليها و على أطرها هو ما يسعى المشرع إلى الحفاظ عليه بالدرجة الأولى ، و بالنتيجة فإن السياسة الجنائية للدولة سوف ترتبط ارتباطا وثيقا بالسياسة الاقتصادية ؛ أي أن العناصر الأساسية للسياسة الجنائية من تحديد للمصالح الجديرة بالحماية ، التجريم ، والعقاب سوف تختلف باختلاف النظام الاقتصادي المتبع في الدولة . فالسياسة الجنائية هي إحدى مظاهر سيادة الدولة و هي الوسيلة التي تقوم بواسطتها بآداء وظيفتها من خلال المحافظة على امن الأفراد و أمن ممتلكاتهم وحماية المجتمع من آفة الجريمة بمختلف أنواعها، و حماية الاقتصاد و مؤسسات الدولة عن طريق وضع نصوص جزائية لكل من تخول له نفسه المساس باستقرار المجتمع و أمنه [1] .

فالجزائر كغيرها من الدول التي كانت تعاني من وطأة الأزمة الاقتصادية العالمية اختارت الإصلاحات الاقتصادية عشية الاستقلال نموذجا تنمويا طموحا بغية بناء قاعدة صناعية ثقيلة و القضاء على التخلف الذي ورثته عن الفترة الاستعمارية الطويلة فاختارت المؤسسة العمومية الاقتصادية كأداة لتنفيذ هذا النموذج ، فأصبحت بذلك الأداة التي تراهن عليها الدولة عند قيامها بأي إصلاح اقتصادي الشيء الذي نجم عنه – الاعتماد المفرط على المؤسسة – تراث فقهي و تشريعي كثيف تميز به التشريع الجزائري عن باقي القوانين المقارنة ، و من هذا المنطلق سوف نحاول معالجة الشق المتعلق بجرائم التسيير في المؤسسة العمومية الاقتصادية و سياسات مكافحتها و مدى مسايرتها لسياسات الإصلاح الاقتصادي خلال فترة الاستقلالية و الخوصصة في المبحثين الأول و الثاني مرورا قبل ذلك بنبذة مختصرة عن الإصلاحات قبل الفترتين السالفتين الذكر في مبحث تمهيدي و **هذا كله للإجابة على الإشكالية التالية** : إلى أي مدى وفق المشرع الجزائري في سياسته الجنائية المنتهجة لمواجهة جرائم التسيير و الحد منها في المؤسسة العمومية الاقتصادية و هل أتت جميع الإصلاحات أكلها ، أم أن طابع سوء التسيير اضعف من قدراتها الاقتصادية في القيام بالمهام المنوطة بها و الخطة المسطرة لها من قبل الدولة ؟؟؟

[1] عثامنية لخميسي ، عولمة التجريم و العقاب ، دار هومة ، طبعة 2008 ص 128 .

مبحث تمهيدي: نبذة عن الإصلاحات قبل فترة الاستقلالية و الخوصصة :

مرّت الجزائر في فترة الستينات و السبعينات بظروف جد صعبة لما تكبدته من خسائر بشرية و مادية إبان الاستعمار و التي انعكست آثارها السلبية في ما بعد ، الأمر الذي دفع المشرع الجزائري – إضافة إلى قانون العقوبات – إلى إصدار العديد من النصوص القانونية (الجزائية) تضمنت تجريم بعض الأفعال التي ظهرت تبعا لظروف البلاد الاقتصادية و التي كان من شأنها المساس بالاقتصاد الوطني والتنمية الاقتصادية فبعد صدور قانون العقوبات بموجب الأمر 156/66 أثناء مرحلة التسيير الذاتي للمؤسسات الجزائرية أنداك و الذي لم يتضمن الإشارة إلى جرائم التسيير (أو الجرائم الاقتصادية) التي يمكن أن ترتكب خلال هذه الفترة من النمط الاقتصادي المتبع من طرف الدولة الجزائرية ، سارع المشرع الجزائري إلى تصحيح الوضع من خلال الأمر 180/66 المؤرخ في 21 يونيو 1966 المتضمن إحداث مجالس قضائية خاصة بقمع الجرائم الاقتصادية[2]

هذا الأمر الذي أُستحدث خصيصا لقمع الجرائم التي تمس بالثروة الوطنية و الخزينة العامة و الاقتصاد الوطني ؛ و قد استمر العمل خلال هذه الفترة التي تخللها فراغ قانوني في قانون العقوبات بهذا الامر إلى حين تعديل قانون العقوبات بالأمر 47/75 المؤرخ في 17 يونيو 1975 [3] ، هذا الأخير الذي أدمجت فيه الجرائم الاقتصادية من خلال الباب الثالث المُحرر بعنوان " الاعتداءات الأخرى على حسن سير الاقتصاد الوطني " .

تمت الإشارة إلى المؤسسة العمومية الاشتراكية لأول مرة من خلال المادة 119 المعدلة بموجب الامر السالف الذكر و هذا مسايرة منها للنهج لاشتراكي الذي كان سائدا آنذاك بموجب الامر 74/71 المؤرخ في 1971/11/16 المتعلق بالتسيير الاشتراكي للمؤسسات [4] .

جاءت فترة إعادة الهيكلة بموجب المرسوم 242/80 المؤرخ في 1980/10/04 المتعلق بإعادة هيكلة المؤسسات هذه الفترة التي تميزت بفوضى التسيير التي آلت إليها المؤسسات الاقتصادية بعد تداخل الصلاحيات و ضعف التأهيل و الكفاءة و فقدان المؤسسة لطاقاتها و التدهور في نتائجها و ظروف عملها ، حيث طبعت السلوكيات المشبوهة سلوكات بعض المسيرين و كثرت جرائم سوء التسيير و التبديد العمدي لأموال الدولة ما دفع بسلطة إعادة الهيكلة إلى القول بضرورة تعديل قانون العقوبات خاصة و ان ظاهرة تبديد المال العام قد استفحلت من طرف المسيرين العموميين الذين كانوا يفلتون من المتابعة الجزائية في غالب الأحيان بسبب الغموض الذي كان يكتنف المادة 421 من الامر 47/75 المعدل و المتمم لقانون العقوبات.

تم التعديل بموجب القانون 04/82 المؤرخ في 1982/02/13 [5]المعدل و المتمم لقانون العقوبات حيث جرمت المادة 421 الفعل الذي يكون صادرا عن إرادة و لم يتخذ صاحبه أو لم يحاول اتخاذ التدابير اللازمة المختصة به قصد تجنب الخسارة او لوضع حد لها ... و قد كيّف الفقه هذه الأفعال تحت مظلة جرائم سوء التسيير .

---

[2] الجريدة الرسمية العدد 54 لسنة 1966 .
[3] الجريدة الرسمية العدد 53 لسنة 1975 .
[4] الجريدة الرسمية العدد 101 لسنة 1971 .

و الملاحظ في هذا الشأن ان سلطة إعادة الهيكلة استعملت نص المادة 421 المعدل كوسيلة لإصلاح و تطهير واسعة للقطاع العمومي لدرجة اعتقد البعض ان وظيفة المادة هي وظيفة سياسية بامتياز [6] .

لكن بالرغم من التعديل الجديد الذي جاء به القانون 04/82 و إحالة العديد من مدراء المؤسسات العمومية إلى المحاكم بتهمة التبديد و سوء التسيير المنصوص و المعاقب عليها بنص المادة 421 ؛ إلا ان فعالية هذا النص لم تأتي أُ كلها فاتسعت دائرة الفساد و تطورت أساليبه خاصة في العهدة التي تلت فترة التصنيع التي اعتمدتها الدولة عن طريق الاستثمارات الهائلة و المكلفة ، و الاستيراد المتزايد للمنتجات و الخدمات المتنوعة ما نتج عنه تبديد و تبذير للأموال العمومية و الإسراف كنتيجة لسوء التسيير الذي تميزت به المؤسسات آنذاك بالرغم من محاولات السلطة الحاكمة الحد من تفشي الظاهرة [7] .

المبحث الأول: فترة استقلالية المؤسسة العمومية الاقتصادية :

باشرت السلطات العمومية ابتداء من سنة 1988 عقب أحداث 5 أكتوبر 1988 جملة من الإصلاحات الاقتصادية اندرجت في إطار تكييف وظائف الدولة مع التحولات الاقتصادية العالمية الجديدة على غرار العولمة و اقتصاد السوق .

فحتى ترقى المؤسسة العمومية الاقتصادية إلى الهدف المرجو منها كان مضمون الإصلاح يتمحور حول:

– ضمان استقلالية التسيير: لذلك وجب إعطاؤها نوعا من الاستقلالية الإدارية و المالية التي تعطيها نوعا من المرونة و الحرية تستطيع من خلالها تقديم خدمة أحسن وبتكلفة أقل .

– إيجاد هيئات مسيرة للمؤسسة تكون فعالة و مسؤولة : و ذلك عن طريق مجلس الإدارة باعتباره الجهاز المفضل لإدارة المؤسسة و الذي ينبغي تزويده بالسلطات و المسؤوليات الضرورية عن طريق تشكيلته التي يجب أن تقتصر على أشخاص ذوي صلة فعلية بنشاطات المؤسسة ؛ و عن طريق الهيئة المسيرة (المدير) الذي يجب أن يكون مسؤولا عن تحقيق الأهداف المتفق عليها [8] .

المطلب الأول : الأشكال القانونية للمؤسسة العمومية الاقتصادية المستقلة : تبنّت الجزائر مبدأ الاستقلالية للمؤسسات الاقتصادية بموجب القانون التوجيهي للمؤسسة رقم 01/88 المؤرخ في 12 يناير 1988[9] .

---

[5] الجريدة الرسمية العدد 7 لسنة 1982 .

[6] عجة الجيلالي المؤسسة العمومية الاقتصادية من اشتراكية التسيير إلى الخوصصة ، دار الخلدونية ، ص 155

[7] حاحة عبد العالي ، الاليات القانونية لمكافحة الفساد الإداري في الجزائر ، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه علوم في الحقوق ، تخصص قانون عام ، 2012 / 2013 ، ص 45 .

[8] ضريفي نادية ، تسيير المرفق العام و التحولات الجديدة ، دار بلقيس الجزائر ص 111 112 .

[9] الجريدة الرسمية العدد 02 لسنة 1988 .

ورد التعريف التشريعي للمؤسسة العمومية الاقتصادية المستقلة في كل من القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية ، و القانون التجاري المحدد للقواعد الخاصة المطبقة على المؤسسات العمومية الاقتصادية[10] .

حيث جاء في القانون التوجيهي " تشكل المؤسسة العمومية الاقتصادية في إطار التنمية الوسيلة المفضلة لإنتاج المواد والخدمات و تراكم رأس المال ، و تعمل هذه المؤسسة في خدمة الأمة و التنمية وفق الدور و المهام المنوطة بها ، وتتمتع بالشخصية المعنوية التي تسري عليها قواعد القانون التجاري إلا إذا نص صراحة على أحكام قانونية خاصة " [11].

ميزها المشرع عن غيرها في مفهوم نص القانون 01/88 عن :

1 الهيئات العمومية بصفتها أشخاصا معنوية خاضعة للقانون العام ومكلفه بتسيير الخدمات العمومية ؛

2 الجمعيات و التعاونيات و التجمعات الأخـرى [12] .

في حين عرفها القانون التجاري بالنص :" المؤسسات العمومية الاقتصادية أشخاص معنوية تخضع لقواعد القانون التجاري ، وتؤسس هذه المؤسسات في شكل شركة مساهمة أو في شكل شركة محدودة المسؤولية " [13] .

جاء مبدأ الاستقلالية لتحقيق جملة من الأهداف نذكر منها ما تعلق ببعث أشكال تنظيم و تسيير جديدة خاصة على مستوى قمة المؤسسة وذلك بغرض تحسين فعاليتها سواء على مستوى نموها الخاص أو على مستوى مساهمتها في التنمية الاقتصادية و الاجتماعية للدولة و هو ما يعرف بمبدأ استقلالية التنـظيم أو التسيير .

كما صنفها المشرع الجزائري من خلال الأمر 01/88 إلى شركات مساهمة أو شركات ذات مسؤولية محدودة تملك الدولة و / أو الجماعات المحلية فيها مباشرة أو بصفة غير مباشرة جميع الأسهم أو الحصص ويتوقف الاختيار بين أحد الشكلين على ميدان عملها و أهميته في التنمية الاقتصادية [14] ، ومن هذا المنطلق سوف نفرق بين الشكلين و الهيكل التنظيمي لكل منهما .

فبالنسبة لشركة المساهمة التي تعتبر النموذج الأمثل لشركات الأموال و أهمها على الإطلاق من حيث الضخامة و القدرة الاقتصادية التي يحتاج نشاطها إلى رؤوس أموال ضخمة ، حيث نمت بشكل واسع حتى كادت تحتكر الشؤون الاقتصادية للدولة كنشاطات البنوك و التأمين[15] .

تتميز شركة المساهمة بوجود عدة هيئات بها للإدارة ، فمجلس الإدارة الذي يتولى إدارة الشركة لتحقيق الغرض الذي تكونت من أجله ، و يتألف هذا المجلس من سبعة أعضاء كحد أدنى و أثني عشر عضوا كحد أقصى من بينهم ممثلان بقوة القانون[16]، و هناك الجمعية العامة التي تتكون من جميع المساهمين بالشركة و هي تعتبر السلطة العليا فيها تجتمع مرة كل سنة على الأقل وذلك لمناقشة تقرير مجلس الإدارة و اعتماده عن كل سنة مالية

---

[10] القانون رقم 04/88 المؤرخ في 12 يناير 1988 المتضمن القانوني التجاري المحدد للقواعد الخاصة المطبقة على المؤسسات العمومية الاقتصادية.

[11] راجع نص المادة 03 من القانون 01/88

[12] راجع نص المادة 04 من القانون 01/88 .

[13] راجع نص المادة 02 من القانون 01/88

[14] المادة 05 من القانون 01/88

[15] محمد حزيط المسؤولية الجزائية للشركات التجارية في القانون الجزائري و القانون المقارن دار هومة للطباعة . ص 123

[16] المادة 26 من القانون 01/88

، حيث نصت المادة 23 من القانون 01/88 على أنه " تمارس الأجهزة التي تؤهلها لذلك صناديق المساهمة المعنية صلاحيات الجمعية العامة العادية أو الاستثنائية " .

إضافة إلى المدير العام الذي يشرف بصفة شخصية و حسب الحالة على المديرية العامة للمؤسسة العمومية الاقتصادية بناء على قاعدة وحدة الإدارة [17].

أما عن الشركة ذات المسؤولية المحدودة فهي مزيج من شركات الأشخاص و شركات الأموال معا ، يحتوي نظامها على ثلاث أجهزة رئيسية و هي الجمعية العامة التي تضم الشركاء جميعا تختص بكل ما يخرج من سلطات المدير ، تنعقد مرة واحدة على أقل في كل سنة مالية لفحص و اعتماد حسابات الشركة ، كذلك مجلس المراقبة الذي ينتخب من قبل الجمعية العامة للمؤسسة يضم في عضويته ممثلا عن العمال المنتخبين وفقا للشروط المنصوص عليها في الأمر 74/71 المؤرخ في 16 نوفمبر 1971 ، ثلاثة أعضاء تعينهم الجمعية العامة العادية ، و عضو بقوة القانون تعينه الدولة [18]، و أخيرا المسير الذي يعد أحد أجهزة الشركة و الممثل الشرعي لها ، تحدد الصلاحيات المفوضة إليه ضمن القانون الأساسي للمؤسسة ، هذا الأخير الذي يعد حسب الشكل المنصوص عليه في القانون التجاري [19].

المطلب الثاني : تجليات السياسة الجنائية لمواجهة جرائم التسيير في المؤسسة العمومية الاقتصادية المستقلة :

ثار نقاش مهم حول مخاطر المسؤولية الجزائية و التشريع العقابي المتشدد الذي كان سائدا قبل هاته الفترة ، و الذي لا يمكن للمسير من خلاله تحقيق أهداف استقلالية المؤسسة العمومية الاقتصادية الذي كرسه القانون 01/88 المتضمن القانون التوجيهي للمؤسسة ، فعمد المشرع الجزائري إلى تعديل قانون العقوبات من خلال القانون رقم 26/88 المؤرخ في 1988/07/12 [20] والذي ألغى بموجبه جريمة سوء التسيير المنصوص عليها في المادة 421 من قانون العقوبات ، وذلك حتى يتلائم هذا الأخير أكثر و قوانين الاستقلالية من جهة ، و من جهة أخرى و انطلاقا من نص المادة 05 من القانون 01/88 و نص المادة 02 و 12 من القانون 04/88 فقد عمل المشرع على سن مواد ونصوص قانونية خاصة تهدف إلى حماية هذه الشركات وذممها المالية من تصرفات مسيريها وذلك بإضفاء وصف الطابع الجزائي عليها و تجريمها .

الفرع الأول : سياسة التجريم : أمام الإلغاء الكلي لجريمة سوء التسيير المنصوص عليها في المادة 421 من قانون العقوبات بموجب القانون 26/88 المؤرخ في 12 يوليو 1988 أبقى المشرع على كل من المواد 119 و 422 و 422 مكرر مع تعديلها بطبيعة الحال و هذا حفاضا منه على منطق قانون العقوبات الذي يحرص كل الحرص على تفادي تعريض الأموال العمومية للخطر ؛

---

[17] المادة 31 من القانون 01/88 .
[18] المادة 29 من القانون 88 /01
[19] المادة 10 من القانون 88 /01
[20] الجريدة الرسمية العدد 28 لسنة 1988

إضافة إلى هذا و كغيره من المشرعين فقد عمل المشرع الجزائري على سن نصوص قانونية تهدف إلى حماية الشركات التجارية (شركة المساهمة ، و الشركة ذات المسؤولية المحدودة) التي تعتبر شكلا من أشكال المؤسسة العمومية الاقتصادية المستقلة التي تخضع في تنظيمها إلى القانون التوجيهي للمؤسسات و كذا أحكام القانون التجاري بالمفهوم العام باستثناء بعض أحكامه [21]، و انطلاقا من فكرة المسير في المؤسسة العمومية الاقتصادية الذي يعتبر أهم عنصر فيها ، فإنه يعد في نفس الوقت أخطر عنصر بحيث يتوفر على قدر كبير من الخبرة و الذكاء ما يمكنه من إخفاء معالم الجريمة التي يأتيها ، هذه الجريمة التي عُرفت بمصطلح الاستعمال التعسفي لأموال الشركة والتي عرّفت بأنها " استعمال أموال أو اعتماد الشركة من المسير بسوء نية استعمالا مخالفا لمصلحة الشخص المعنوي من أجل تحقيق مصلحة شخصية سواء كانت مباشرة أو غير مباشرة "[22].

يهدف تجريم الاستعمال التعسفي لأموال الشركة إلى حماية الشركات التجارية من أفعال مسيريها ، فالشركة هي الضحية الأولى و الأساسية للتعسف المعاقب عليه وقد حصر المشرع الجزائري هذه الجريمة في شخص مسيري شركات المساهمة و الشركات ذات المسؤولية المحدودة في الباب الثاني المتعلق بالأحكام الجزائية للقانون التجاري وذلك بموجب المواد 800 فـ4 و فـ5 ، 811 فـ3 و فـ4 .

و تحتل جريمة التعسف في استعمال أموال الشركة صدارة اهتمام الباحثين و الممارسين لما تثيره من إشكالات قانونية و عملية ، و باعتبارها الأكثر شيوعا كذلك لأنها تطال مال الشركة بالمقارنة مع الجرائم الأخرى المتعلقة بإدارة و تسيير الشركات التجارية المنصوص عليها في القانون التجاري ومنها :

- ✓ عدم وضع سندات المحاسبة في كل سنة مالية [23] .
- ✓ عدم تقديم سندات المحاسبة للشركاء[24].
- ✓ نشر أو تقديم ميزانية غير مطابقة للواقع [25] .
- ✓ توزيع أرباح صورية [26] .

لم ينص المشرع الجزائري على جريمة التعسف في استعمال ممتلكات الشركة في قانون العقوبات و إنما نص عليها في القانون التجاري و ذلك أسوة بالمشرع الفرنسي [27].

أ – الشركة ذات المسؤولية المحدودة : حصر المشرع صفة الجاني في جريمة استعمال أموال الشركة بالنسبة للشركات ذات المسؤولية المحدودة في مسيريها دون سواهم طبقا لنص المادة 800 فـ4 ، فـ5 من القانون التجاري .

---

[21] الطيب بلولة، قانون الشركات ، سلسلة القانون في الميدان ، ترجمة إلى العربية محمد بن بوزه ، الطبعة الثانية BERTI Editions، ص 284 .

[22] تعريف أشير إليه في : زكري ويس ماية الوهاب ، جريمة الاستعمال التعسفي لأموال الشركة ، رسالة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون، جامعة للإخوة منثوري قسنطينة ، 2004 /2005 . ص 3

[23] المادة 801 ف 1 ق تجاري بالنسبة لشركة .م .م ، و المادة 813 فـ1 بالنسبة لشركة المساهمة .

[24] المادة 801 فـ3 ق تجاري بالنسبة لشركة .م . م ، و المادة 819 بالنسبة لشركة المساهمة .

[25] المادة 800 فـ3 . ق تجاري بالنسبة لشركة م .م ،811 فـ2بالنسبة لشركة المساهمة .

[26] المادة 800 فـ2 ق تجاري بالنسبة لشركة م .م ،811 فـ1 بالنسبة لشركة المساهمة .

[27] أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي الخاص (جرائم الفساد ، جرائم المال و الأعمال ، جرائم التزوير) الجزء الثاني الطبعة 15 دار هومة. ص 210 .

ويكون المسير شخصا واحدا أو عدة أشخاص طبيعيين ، و قد يكون شريكا أو تم اختياره خارج الشركاء ، وقد يكون معينا من قبل الشركاء في القانون الأساسي أو بعقد لاحق حسب الشروط المنصوص عليها في المادة 582 فـ1 من القانون التجاري [28] .

تقوم الجريمة إذا توافر الركن المادي المتمثل في استعمال الممتلكات أو اعتماد مالي أو السلطات أو الأصوات استعمالا مخالفا لمصلحة الشركة و الركن المعنوي المتمثل في القصد العام الذي يتحقق بتوافر سوء النية و هو أن يأتي المسير عن وعي و إرادة بفعله لأغراض شخصية بصفة مباشرة أو غير مباشرة و هو يعلم أن فعله مخالف لمصلحة الشركة ، أما القصد الخاص فيتمثل في تحقيق مصلحة شخصية .

ب – شركة المساهمة : حصر المشرع صفة الجاني في جريمة استعمال أموال الشركة بالنسبة لشركات المساهمة في كل من رئيس الشركة و القائمين بإدارتها(أعضاء مجلس الإدارة) و المديرين العامين طبقا لنص المادة 811 فـ3 و ف 4 من القانون التجاري . و الأصل أن يتولى إدارة شركة المساهمة مجلس إدارة [29] ينتخب من بين أعضائه رئيسا يتولى تحت مسؤوليته الإدارة العامة للشركة و يمثلها في علاقتها مع الغير[30]؛ ومن الجائز أن يتولى إدارة شركة المساهمة مجلس مديرين [31] يمارس وظائفه تحت رقابة مجلس المراقبة [32] .

تقوم الجريمة إذا توافر كل من الركن المادي و المعنوي الذين تم الإشارة إليهما في ما تعلق بالشركة ذات المسؤولية المحدودة .

الفرع الثاني : سياسة العقاب :

شدد المشرع الجزائري في الأحكام الجزائية المنصوص عليها في القانون التجاري بالنسبة للمخالفات التي تتعلق بالشركات ذات مسؤولية المحدودة و كذا شركات المساهمة ، في حين ترك السلطة التقديرية لقاضي الحكم بخصوص تطبيق العقوبة و خيّره في الأخذ بإحدى العقوبتين المنصوص عليهما في المادتين 800 و 811 من القانون التجاري كما سوف يتم توضيحه .

أ – الشركة ذات المسؤولية المحدودة : تنص و تعاقب المادة 800 من القانون التجاري بالسجن [33] لمدة سنة إلى خمس سنوات و بغرامة من 20.000 دج إلى 200.000 دج أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط :

– مسيري الشركات ذات المسؤولية المحدودة الذين استعملوا عن سوء نية أمولا أو قروضا للشركة ،استعمالا يعلمون أنه مخالف لمصلحة الشركة تلبية لأغراضهم الشخصية أو لتفضيل شركة أو مؤسسة أخرى لهم فيها مصالح مباشرة أو غير مباشرة .

---

[28] راجع المادة 576 من القانون التجاري .
[29] راجع المادة 610 من القانون التجاري .
[30] راجع المادة 638 من القانون التجاري .
[31] راجع المادة 644 من القانون التجاري .
[32] راجع المادة 643 من القانون التجاري .
[33] الأصح الحبس و ليس السجن

– مسيري الشركات ذات المسؤولية المحدودة الذين استعملوا عن سوء نية الصلاحيات التي أحرزوا عليها أو الأصوات التي كانت تحت تصرفهم بهذه الصفة استعمالا يعلمون أنه مخالف لمصالح الشركة تلبية لأغراضهم الشخصية أو لتفضيل شركة أو مؤسسة أخرى لهم فيها مصالح مباشرة أو غير مباشرة .

ب – شركة المساهمة : تنص و تعاقب المادة 811 من القانون التجاري بالحبس من سنة واحدة إلى خمس سنوات و بغرامة من 20.000 دج إلى 200.000 دج أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط :

–رئيس شركة المساهمة أو القائمين بإدارتها أو مديريها العامين الذين يستعملون عن سوء نية أموال الشركة او سمعتها في غايات يعلمون أنها مخالفة لمصلحتهاّ لأغراض شخصية أو لتفضيل شركة أو مؤسسة أخرى لهم فيها مصالح مباشرة أو غير مباشرة .

– رئيس شركة المساهمة أو القائمين بإدارتها أو مديريها العامين الذين يستعملون عن سوء نية و بهذه الصفة مالهم من السلطة أو حق في التصرف في الأصوات استعمالا يعلمون أنه مخالفا لمصالح الشركة لبلوغ أغراض شخصية أو لتفضيل شركة أو مؤسسة أخرى لهم فيها مصالح مباشرة او غير مباشرة .

المبحث الثاني : خوصصة المؤسسة العمومية الاقتصادية :

ظهر مفهوم الخوصصة في الجزائر لأول مرة سنة 1995 ، حيث كانت الإشارة الصريحة للخوصصة عبر الأمر 22/95 المؤرخ في 26 أوت 1995 المتعلق بخوصصة المؤسسات العامة[34]و الذي عُدل بالأمر 12/97 المؤرخ في 19 مارس 1997 [35] ، ليلغى بعد ذلك بالأمر 04/01 المؤرخ في 20 أوت 2001 و المتعلق بتنظيم المؤسسات العمومية الاقتصادية و تسييرها و خوصصتها[36] .

عرفت المادة الأولى من الأمر 22/95 الخوصصة في فقرتها الثانية على أنها " القيام بمعاملة أو معاملات تجارية تتجسد :

– إما في تحويل ملكية كل الأصول المادية أو المعنوية في مؤسسة عمومية أو جزء منها ، أو كل رأسمالها أو جزء منه لصالح أشخاص طبيعيين أو معنويين للقانون الخاص ؛

– و إما في تحويل تسيير مؤسسات عمومية إلى أشخاص طبيعيين أو معنويين تابعين للقانون الخاص وذلك بواسطة صيغ تعاقدية يجب أن تحدد كيفيات تحويل التسيير وممارسته و شروطه " .

لكن الملاحظ أن المشرع سرعان ما تخلى عن هذا التعريف و عن هذا الإطار التشريعي الذي يعتمد بالأساس في تطبيقه عن طريق نقل الملكية أو عن طريق تحويل التسيير وذلك من خلال الأمر 04/01 الذي ألغى جميع الأحكام المعارضة له لا سيما الأمر 22/95 معرفا بذلك الخوصصة في المادة الثالثة عشر منه على أنها " كل

[34] الجريدة الرسمية العدد 48 لسنة 1995 .
[35] الجريدة الرسمية العدد 15 لسنة 1997 .
[36]الجريدة الرسمية العدد 47 لسنة 2001 .

صفقة تتجسد في نقل الملكية إلى أشخاص طبعيين أو معنويين خاضعين للقانون الخاص من غير المؤسسات العمومية و تشمل هذه الملكية :

– كل رأسمال المؤسسة أو جزء منه ، تحوزه الدولة مباشرة أو غير مباشرة و / أو الأشخاص المعنويين الخاضعون للقانون العام ، وذلك عن طريق التنازل عن أسهم أو حصص اجتماعية أو اكتتاب لزيادة في الرأسمال

– الأصول التي تشكل وحدة استغلال مستقلة في المؤسسات التابعة للدولة " .

المطلب الأول : الطبيعة القانونية للمؤسسات المعنية بالخوصصة : كانت الدولة مالكة للمؤسسة العمومية سنة 1971 ، فأصبحت مساهمة تستثمر اسمها عن طريق صناديق المساهمة سنة 1988 ، لكن ابتداء من سنة 1995 ابتعدت الدولة نوعا ما بعد أن ألغت صناديق المساهمة لتنقل ملكية رؤوس أموالها التجارية للشركات القابضة ، لتتخلى عن هذه الأخيرة سنة 2001 وتعوضها بشركات تسيير المساهمات ، ومن هنا سوف نتطرق إلى تطور تسيير رؤوس الأموال التجارية التابعة للدولة أو كيفية تطور تسيير المؤسسات العامة في ظل ظاهرة الخوصصة .

الفرع الأول : تعديل سنة 1995 : بعد ثماني سنوات من إنشاء صناديق المساهمة تم حلها و إحلال الشركات القابضة محلها كونها لم تستطيع التموقع في السوق الوطنية و كانت بعيدة عن إنجاز الأهداف المتوخاة منها ؛ فصناديق المساهمة كانت من أول الطرق التي اعتمدتها الدولة في تسيير مؤسساتها العامة الاقتصادية بعد أن شكلت هذه الأخيرة في شكل شركات تجارية حيث اعتبرت صناديق المساهمة الممثل الشرعي و الوحيد في ممارسة الدولة حقها على ملكية رأس المال العام و اعتبرتها عونا ائتمانيا لها [37] و قد تمثل دور هذه الصناديق أساسا في تسيير و استثمار رأس المال التابع للدولة الموجودة في المؤسسات العمومية .

لكن بصدور الأمر 25/95 المؤرخ في 25 سبتمبر 1995 المتعلق بتسيير رؤوس الأموال التجارية التابعة للدولة [38]استبدلت صناديق المساهمة بالشركات القابضة التي أخدت المشعل لتسيير رؤوس الأموال التجارية التابعة للدولة وذلك بإلغاء القانون 01/88 المؤرخ في 12 يناير 1988 و المتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية باستثناء البابين الثالث و الرابع منه ، وبالتالي انتقلت ملكية الأسهم التي كانت تملكها الدولة والتي كانت تستثمرها صناديق المساهمة إلى الشركات القابضة .

و قد نظم المشرع الجزائري الشركات القابضة العمومية في شكل شركات مساهمة تحوز فيها الدولة رأسمالا كاملا و / أو تشترك فيه الدولة و أشخاص معنويون آخرون تابعون للقانون العام ، بحيث تتولى تسيير رؤوس الأموال التجارية التابعة للدولة و إدارتها [39] وتتكون أصولها أساسا من قيم منقولة في شكل أسهم و سندات مساهمة و شهادات استثمار وأي سند آخر يمثل ملكية الرأسمال أو الديون في المؤسسات التابعة لها .

[37] المادة 12 من القانون 01/88 المتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية.

[38] الجريدة الرسمية العدد 55 سنة 1995 .

[39] المادة 05 من الأمر 25/95 المتعلق بتسيير رؤوس الأموال التجارية التابعة للدولة .

تولت الشركة القابضة العمومية مهام استثمار الأسهم و المساهمات و القيم المنقولة الأخرى المحولة إليها و جعلها أكثر مردودية وذلك عن طريق تطوير استراتيجيات و سياسات الاستثمار و التمويل في الشركات التابعة لها وكذا أية سياسة لإعادة هيكلة المؤسسات و إعادة انتشارها هذا من جهة، ومن جهة أخرى يجب أن تسهر على الحفاظ على استقلال الذمة المالية للشركات التجارية التابعة لها [40].

يتولى إدارة الشركات القابضة جهازين أساسين حسب الأمر 25/95 هما مجلس المديرين و مجلس المراقبة [41]يتم تعيين مجلس المديرين و أعضاء مجلس المراقبة من طرف الجمعية العامة لمدة 6 سنوات قابلة للتجديد ويتم اختيارهم من ضمن المهنيين الذين تتوفر فيهم الصفات و الكفاءة و التجربة المطلوبة في مجالات النشاط المعنية .

يأخذ اسم المدير العام الوحيد ؛ الشخص الذي يمارس الوظائف المنوطة بمجلس المديرين ، هذا الأخير الذي يخول عند الاقتضاء المدير العام الوحيد الصلاحيات الأوسع كي يتصرف في كل الظروف باسم الشركة القابضة العمومية التي يمثلها إزاء الغير [42] .

و الملاحظ أن المشرع الجزائري قد تبنى نظام الشركات القابضة مثله مثل المشرع المصري و اللبناني بعد فشل صناديق المساهمة في تحقيق سياسة التنمية و في إنشاء محيط تنافسي ، حيث أوكلت لها مهام اقتصادية معتبرة من خلال المشاركة في تنفيذ السياسة الاقتصادية للحكومة [43] .

لكن علاقة الخضوع و التبعية للسلطة التنفيذية (الحكومة) وعدم الاستقلالية التي عانت منها الشركات القابضة جعلتها مقيدة في أعمالها و قراراتها ، ما أدى إلى إخفاقها و فشلها في تحقيق السياسة الاقتصادية للدولة ، و عليه و بعد هذا الفشل الذريع تقرر حلها رسميا بموجب الأمر 04/01 المؤرخ في 20 أوت 2001 و المتعلق بتنظيم المؤسسات العمومية الاقتصادية و تسييرها و خوصصتها لتعوض بشركات تسيير مساهمات الدولة .

الفرع الثاني : تعديل سنة 2001 : شهدت سنة 2001 إنشاء شركات تسيير مساهمات الدولة والتي كان عددها 28 شركة تم تجميعها في 11 شركة و 04 شركات محلية مكلفة بتسيير المناطق الصناعية ، و بهذا أصبحت شركات تسيير المساهمات الطريقة الجديدة التي تمارس عن طريقها الدولة حقها في تسيير ممتلكاتها في المؤسسات العمومية الاقتصادية [44] بحيث استعادت الدولة دورها كمساهم في رأس مال المؤسسة الاقتصادية حيث نصت المادة الثالثة من الأمر 04/01 على أنه : " تحوز الدولة أو أي شخص معنوي آخر خاضع للقانون العام ، تمثيلا لرأسمالها الاجتماعي مباشرة أو غير مباشرة أموالا عمومية في شكل حصص أو أسهم أو شهادات استثمار أو سندات مساهمة أو أي قيم منقولة أخرى في المؤسسات العمومية الاقتصادية " .

---

[40] أنظر المادتان 9 و 10 من الأمر 25/95 .

[41] أنظر المادة 11 من الأمر 25/95 .

[42] أنظر المادتان 12 و 13 من الأمر 25/95

[43] المادة 08 من الأمر 25/95

[44] منية شوايدية ،خوصصة المؤسسات العامة في التشريع الجزائري و المقارن دار الجامعة الجديدة الإسكندرية – طبعة 2018 ,ص 1116

كما أعتبر المشرع المؤسسة العمومية الاقتصادية شركات تجارية تحوز فيها الدولة أو أي شخص معنوي آخر خاضع للقانون العام أغلبية رأسمال الاجتماعي مباشرة أو غير مباشرة ، وهي تخضع للقانون العام " [45] وجعلها تخضع من حيث إنشائها و تنظيمها وسيرها للأشكال التي تخضع لها شركات رؤوس الأموال المنصوص عليها في القانون التجاري [46] بمعنى أصبحت تأتي في شكل شركات مساهمة دون الشركات ذات المسؤولية المحدودة وهذا عكس ما كان عليه الحال في القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية رقم 01/88 في مادته الخامسة التي كانت تنص على : " المؤسسات العمومية الاقتصادية هي شركات مساهمة أو شركات محدودة المسؤولية ..."

لكن ورجوعا إلى الأمر 04/01 فالملاحظ أنه ميز بين حالتين و هما :

– حالة المؤسسة العمومية الاقتصادية و التي تخضع بشكل عام لقواعد لقانون التجاري المتعلقة بشركات الأموال المنصوص عليها في الفقرة الأولى من المادة الخامسة السالفة الذكر ؛

– و حالة المؤسسات العمومية المكلفة بتسيير مساهمات الدولة و التي تخضع في هذه الحالة حسب الفقرة الثالثة من المادة الخامسة من الأمر 04/01 لأشكال خاصة للإدارة و التسيير عن طريق التنظيم بموجب المرسوم التنفيذي رقم 283/01 المؤرخ في 24 سبتمبر 2001 المتضمن الشكل الخاص بأجهزة إدارة المؤسسات العمومية الاقتصادية و تسييرها [47] إذ نصت المادة الأولى من هذا المرسوم على أنه يحدد الشكل الخاص بأجهزة إدارة المؤسسات العمومية الاقتصادية و تسييرها التي تحوز فيها الدولة أو أي شخص معنوي آخر خاضع للقانون العام مجموع الرأسمال الاجتماعي بصفة مباشرة أو غير مباشرة و ذلك تطبيقا لأحكام الفقرة الثالثة من المادة 05 من الأمر 04/01 ، على أنه يتخذ مجلس مساهمات الدولة بموجب لائحة ، قرار إخضاع مؤسسة عمومية اقتصادية ما للشكل الخاص المحدد في المرسوم السالف الذكر [48]هذا المجلس الذي يؤسس و يوضع تحت سلطة رئيس الحكومة الذي يتولى رئاسته [49] .

ومن هذا المنطلق تم استبدال الشركات القابضة بمؤسسات مكلفة بتسيير مساهمات الدولة ، و هو القالب القانوني الجديد الذي حل محل الشركات القابضة الذي يتولى تسيير القيم المنقولة المشكلة للرساميل الاجتماعية للمؤسسات العمومية الاقتصادية .

تدار المؤسسات العمومية المكلفة بتسيير مساهمات الدولة وفق أشكال خاصة تختلف عما هو جاري به العمل في القانون التجاري بشأن شركات الأموال ، و تتمثل الأشكال الخاصة للإدارة و التسيير كما هي محددة في المرسوم 283/01 في الجمعية العامة ومجلس المديرين [50] ، يتكون مجلس المديرين من عضو إلى ثلاثة أعضاء

[45] المادة 02 من الأمر 04/01

[46] الفقرة الأولى من المادة 05 من الأمر 04/01 .

[47] الجريدة الرسمية العدد 55 لسنة 2001 .

[48] المادة الثانية من المرسوم التنفيذي رقم 283/01

[49] المادة الثامنة من الأمر رقم 04/01 .

[50] المادة 03 من المرسوم التنفيذي رقم 283/01 .

من بينهم الرئيس ، هذه التشكيلة يقررها مجلس مساهمات الدولة حسب مهام المؤسسة العمومية الاقتصادية و طبيعتها و حجمها ، و يكون الاختيار حسب الكفاءة و التجربة الآزمتان .

أما الجمعية العامة فتتكون من ممثلين مفوضين قانونا من مجلس مساهمات الدولة ، حيث تفصل في كل المسائل المتعلقة بحياة المؤسسة باستثناء قرارات التسيير العادي [51].

المطلب الثاني : تجليات السياسة الجنائية لمواجهة جرائم التسيير في ظل خوصصة المؤسسات الاقتصادية :

على الرغم من خضوع المؤسسة الاقتصادية لأحكام القانون التجاري بموجب الإصلاحات التي أدخلت منذ سنة 1988 وصولا إلى الأمر 25/95 المؤرخ في 25 سبتمبر 1995 المتعلق بتسيير رؤوس الأموال التجارية التابعة له و الذي أشار صراحة إلى تطبيق أحكام القانون التجاري المتعلقة بالمسؤولية المدنية و الجزائية لأجهزة شركات رؤوس الأموال على أعضاء مجلس المديرين و مجلس الإدارة و كذا أعضاء مجلس المراقبة في الشركات القابضة العمومية و المؤسسات العمومية الاقتصادية حسب صلاحيات كل منهم [52] إلا أنه من النادر العثور على أمثلة للعقاب عليها و لعل السبب في ذلك واضح يعود أساسا إلى تكييف الأفعال التي تشكل جريمة الاستعمال التعسفي لأموال الشركة طبقا للأحكام الجزائية للقانون التجاري تكييفات أخرى لجرائم منصوص عليها في قانون العقوبات لاسيما المادة 119 من القانون 26/88 المؤرخ 12 يونيو 1988 المعدل والمتمم للأمر 156/66المؤرخ في 8 يونيو 1966 .

الفرع الأول : سياسة التجريم :

تعتبر جريمة اختلاس الأموال العمومية كأهم جرائم التسيير في ظل الخوصصة ، حيث نصت المادة السالفة الذكر على أنه يتعرض القاضي أو الموظف أو الضابط العمومي الذي يختلس أو يبدد أو يحتجز عمدا و بدون وجه حق أو يسرق أموالا عمومية أو خاصة أو أشياء تقوم مقامها أو وثائق أو سندات أو عقود أو أموال منقولة وضعت تحت يده سواء بمقتضى وظيفته أو بسببها للعقوبات المقررة في نفس المادة و أضافت في فقرتها الثانية أنه يتعرض كذلك للعقوبات نفسها " كل شخص تحت أي تسمية ، و في نطاق أي إجراء يتولى و لو مؤقتا وظيفة أو وكالة بأجر أو بدون أجر و يسهم بهذه الصفة في خدمة الدولة أو الجماعات المحلية أو المؤسسات أو الهيئات الخاضعة للقانون العام أو المؤسسات الاقتصادية العمومية أو أي هيئة أخرى خاضعة للقانون الخاص تتعهد بإدارة مرفق عام يختلس أو يبدد أو يحتجز عمدا و بدون وجه حق أو يسرق أموالا عمومية أو خاصة أو أشياء تقوم مقامها أو وثائق أو سندات أو عقود أو أموال منقولة وضعت تحت يده سواء بمقتضى وظيفته أو بسببها ".

[51] المادتان 04 و 05 من المرسوم 283/01 .
[52] المادة 26 من الأمر 25/95 .

و لقد جاءت هذه الصياغة الجديدة لنص المادة 119 تماشيا مع قانون توجيه المؤسسات العمومية المؤرخ في 1988/01/12 والذي أقر استقلالية المؤسسات العمومية الاقتصادية و التي سار العمل بها إلى غاية تعديل سنة 2001 و الذي سوف يتم شرحه لاحقا .

تميزت هذه المرحلة من تطبيق المادة 119 من قانون العقوبات في ظل القانون 26/88 باستبدال عبارة " الشبيه بالموظف " – و التي جاء بها المشرع ضمن إعادة النظر في صفة الجاني في جريمة الاختلاس بموجب الأمر 47/75 المؤرخ في 17 جوان 1975 المعدل و المتمم لقانون العقوبات – بعبارة " من يتولى وظيفة أو وكالة " و الذي يقصد به كل شخص ، تحت أي تسمية و في نطاق أي إجراء يتولى وظيفة أو وكالة بأجر أو بدون أجر و يساهم بهذه الصفة في خدمة الدولة أو الجماعات المحلية أو المؤسسات أو الهيئات الخاضعة للقانون العام أو المؤسسات الاقتصادية العمومية أو أي هيئة أخرى خاضعة للقانون الخاص تتعهد بإدارة مرفق عام [53].

و في هذا السياق أظهرت وزارة الداخلية في دراسة لها حول ظاهرة اختلاس الأموال العمومية أن عملية التحول من الاقتصاد الموجه إلى اقتصاد السوق تشكل المناخ الملائم لنمو و انتشار الجريمة الاقتصادية خصوصا ظاهرة اختلاس الأموال العمومية ، حيث عاينت الضبطية القضائية وجود أكثر من 1753 قضية اختلاس بين 1993 إلى 1997 ، و أثبتت الإحصائيات تورط أكثر من 18% من الإطارات الوطنية في هذا النوع من الجرائم ما يفيد ضعف الإجراءات المتخذة لمحاربة هذه الجريمة بالرغم من مبادرة السلطة إلى إعلان الحرب على الفساد الاقتصادي و شن حملة الأيادي النظيفة و التي انتهت إلى تبرئة أغلب الإطارات محل المتابعة [54] .

ومن هذا المنطلق و بدافع إعادة الاعتبار إلى فئة الإطارات و المسيرين سارع المشرع إلى تعديل المادة 119 من قانون العقوبات بموجب القانون 09/01 المؤرخ في 26 جوان 2001 [55] .

تميزت هذه المرحلة بتكريس عبارة " **من يتولى وظيفة أو وكالة**" ، حيث أصبح المقصود بمن في حكم الموظف " كل شخص تحت أية تسمية و في نطاق أي إجراء يتولى و لو مؤقتا وظيفة أو وكالة بأجر أو بدون أجر و يسهم بهذه الصفة في خدمة الدولة أو الجماعات المحلية أو المؤسسات أو الهيئات الخاضعة للقانون العام " و قد تزامنت هذه الصياغة الجديدة لنص المادة 119 مع صدور الأمرين 25/95 المتعلق بتسيير رؤوس الأموال التجارية التابعة للدولة ؛ و الامر 04/01 المتعلق بتنظيم المؤسسات العمومية الاقتصادية و تسييرها و خوصصتها ، الذين كرسا سياسة التوجه الاقتصادي الحر لكن بصدور القانون 01/06 المؤرخ في 20 فبراير 2006 المعدل و المتمم لقانون العقوبات [56] ألغى المشرع فعل الاختلاس بمختلف صوره و ذلك بإلغائه لنص المادة 119 ق ع التي كانت تجرم هذا الفعل و نقل محتواه إلى المادة 29 من قانون مكافحة الفساد بالنسبة للموظفين العموميين و المادة 41 بالنسبة للاختلاس في القطاع الخاص .

---

[53] أحسن بوسقيعة ، المرجع السابق ، ص 27 .
[54] عجة جيلالي ، المرجع السابق ، ص 355
[55] الجريدة الرسمية العدد 34 سنة 2001 .
[56] الجريدة الرسمية العدد 14 سنة 2006 .

الفرع الثاني : سياسة العقاب : بعد الإلغاء الصريح لكل من الأمر 22/95 المؤرخ في 26 أوت 1995 المتعلق بخوصصة المؤسسات العمومية ، و كذا الأمر 25/95 المؤرخ في 25 سبتمبر 1995 المتعلق بتسيير رؤوس الأموال التجارية التابعة للدولة بموجب نص المادة 42 في الفصل الحادي عشر من الأمر 04/01 المؤرخ في 20 أوت 2001 المتعلق بتنظيم المؤسسات العمومية الاقتصادية و تسييرها و خوصصتها [57] و هو النص الساري به العمل حاليا والذي جعل من المؤسسات العمومية الاقتصادية شركات تجارية تخضع من حيث إنشاؤها و تنظيمها و سيرها للأشكال التي تخضع لها شركات رؤوس الأموال المنصوص عليها في القانون التجاري [58]طرأت التعديلات التالية :

أ تعديل 26 جوان 2001 بموجب القانون 09/01 : و في ظل التشريع السابق [59] عدلت المادة 119 من قانون العقوبات بموجب القانون 09/01 المؤرخ في 26 جوان 2001 [60]و أهم ما يميز هذا النص أنه اشتمل على عدة نقاط نلخصها في الآتي :

1 / تحديد صفة الفاعل أو صفة الجاني في جريمة الاختلاس و جعلتها في شخص القاضي أو الموظف أو الضابط العمومي، و كل من يتولى وظيفة أو وكالة و لو مؤقتا بأجر أو بدون أجر على عكس ما كانت عليه غداة صدور قانون العقوبات سنة 1966 و ماشاب من قصور التعريف التقليدي للموظف الذي لم يكن يشمل القسط الأوفر من الأشخاص الذين وضع المال العام بين يديهم كمسيري للشركات الوطنية آنذاك .

2/ رفع قيمة المال المختلس إلى 10 مليون دينار جزائري و التشديد من العقوبة إلى حد السجن المؤبد ، و إلى 5 مليون دينار جزائري و التشديد من العقوبة و جعلها تتراوح بين السجن المؤقت من 10 سنوات إلى 20 سنة و تكييف الفعل على أساس أنه جنحة إذا كان المال المختلس أقل من مليون دينار جزائري و جعل العقوبة تتراوح بين الحبس من 1 سنة إلى 5 سنوات ، أما إذا كان المال المختلس يعادل أو يفوق مليون دينار جزائري و يقل عن 5 مليون دينار جزائري فالعقوبة تراوحت بين الحبس من سنتين إلى 10 سنوات .

3 / حذف تحريك الدعوى العمومية المتعلقة بالجرائم المنصوص عليها في المادة 119 و المواد 119 مكرر أو 119 مكرر 1 أو 128 مكرر أو 128 مكرر 1 و التي ترتكب إضرارا بالمؤسسات العمومية الاقتصادية التي تملك الدولة كل رأسمالها أو ذات الرأسمال المختلط إلا بناء على شكوى من أجهزة الشركة المعنية المنصوص عليها في القانون التجاري و في القانون المتعلق بتسيير رؤوس الأموال التجارية [61].

ب استحداث القانون 01/06 المؤرخ في 20 فبراير2006 : هو القانون المتعلق بالوقاية من الفساد و مكافحته [62] ، الذي أصبح يحكم فعل الاختلاس بمختلف صوره بعد إلغاء المادة 119 من قانون العقوبات التي كانت تجرم

---

[57] الجريدة الرسمية العدد 47 لسنة 2001.
[58] راجع المادتان 02 و05 من الأمر 04/01.
[59] الأمرين 22/95 و25/95 قبل إلغاءهما في 20 أوت 2001 بموجب الأمر 04/01 أين عدلت المادة 119 في 26 جوان 2001 .
[60] الجريدة الرسمية العدد 34 لسنة 2001.
[61] راجع الفقرة الثالثة من نص المادة 119 من نفس القانون .
[62] الجريدة الرسمية العدد 14 لسنة 2006.

هذا الفعل و نقل محتواها إلى المادة 29 بالنسبة للموظفين العموميين و المادة 41 بالنسبة للاختلاس في القطاع الخاص في حين مازال فعل الإهمال يخضع لقانون العقوبات في نص المادة 119 مكرر منه.

ويرى الدكتور أحسن بوسقيعة في هذا الشأن أنه كان أولى بالمشرع إلغاء المادة 119 مكرر قانون العقوبات بدورها و نقل محتواها إلى القانون المتعلق بمكافحة الفساد كما فعل بالنسبة لفعل الاختلاس[63] .

و لقد ثار نقاش حول ما إذا كانت المؤسسات العمومية الاقتصادية تخضع لأحكام المادة 119 من القانون 09/01 المؤرخ في 26 جوان 2001 المعدل و المتمم لقانون العقوبات بعد ما جاء النص في فقرتها الثانية غامضا نوعا ما وذلك بذكره لعبارة المؤسسات فقط دون توضيحات أخرى ، لكن منذ صدور قانون الوقاية من الفساد ومكافحته لم يعد هذا الإشكال مطروحا بعدما نص المشرع صراحة على خضوع المؤسسات العمومية الاقتصادية لأحكام القانون الجديد من خلال نص المادة 2 منه .

وتجدر الإشارة أنه بصدد تجريم فعل الاختلاس بموجب المادة 29 من قانون الفساد التي تناولت صور عديدة لاختلاس الأموال أو السندات أو أوراق مالية عمومية أو خاصة أو أي أشياء أخرى ذات قيمة أو تبديدها أو احتجازها بدون وجه حق من قبل الرئيس أو أعضاء مجلس الإدارة أو المديرين العامين ببنك أو مؤسسة مالية عمومية في التشريع الجزائري ، هذا الفعل أيضا معاقب عليه بموجب نصوص خاصة تضمنها قانون النقد و القرض المؤرخ في 26 أوت 2003 المعدل و المتمم ذلك بموجب المادتين 132 – 133 التي نص فيهما المشرع على جنحة الاختلاس أو التبديد أو الاحتجاز بدون وجه حق [64].

و لقد أدخل المشرع الجزائري تعديلا على العقوبات المقررة لجريمة الاختلاس في قانون الفساد ، وذلك بتخفيض العقوبات السالبة للحرية و تغليظ الجزاءات المالية هذا بالإضافة إلى إدراج أحكام خاصة بالإعفاء من العقوبات و تخفيضها بالمقارنة مع ما كان مقرر في نص المادة 119 الملغاة ، هذا و قد عرفت عقوبة الموظف المختلس في نص المادة 29 من قانون الفساد عقوبات أصلية و تكميلية ، أما إذا كان الجاني رئيسا أو عضو مجلس الإدارة أو مديرا عاما للبنك أو مؤسسة مالية يطبق عليه الأمر 03 /11 المؤرخ في 26 أوت 2003 المعدل والمتمم بالأمر 04/10 المؤرخ في 26 أوت 2010 المتعلق بالنقد و القرض [65]؛ هذا الأخير الذي تضمن عقوبات أشد من تلك المقررة في القانون 01/06 في حالة ما إذا كانت قيمة المال المختلس تعادل أو تفوق 10.000.000.00 دج .

و الملاحظ أنه في ظل القانون 01/06 المؤرخ في 20 فبراير 2006 المتعلق بمكافحة الفساد أن متابعة جرائم الفساد لا تخضع بوجه عام لأية إجراءات خاصة ، عكس ما كانت عليه في ظل التشريع السابق ، حيث كانت

---

[63] أنظر أحسن بوسقيعة المرجع السابق . ص 31 .

[64] نجار الويزة – التصدي المؤسساتي و الجزائي لظاهرة الفساد في التشريع الجزائري . دراسة مقارنة طبعة 2018 دار الجامعة الجديدة .الإسكندرية . ص 450 .

[65] الجريدة الرسمية العدد 52 لسنة 2003 .

الفقرة الثالثة من المادة 119 من القانون 09/01 المعدل و المتمم لقانون العقوبات تعلق تحريك الدعوى العمومية عندما يتعلق للأمر بالمؤسسات العمومية الاقتصادية التي تملك الدولة كل رأسمالها أو المؤسسات ذات رأس المال المختلط على شكوى من أجهزة المؤسسة المعنية المنصوص عليها في القانون التجاري و في القانون المتعلق بتسيير رؤوس الأموال التجارية للدولة .

ج تعديل قانون الإجراءات الجزائية بموجب الأمر 02/15 المؤرخ 23 يوليو 2015 : استحدث الأمر 02/15 المؤرخ في 23 يوليو 2015 المعدل و المتمم للأمر 155/66 المؤرخ في 08 يونيو 1966 و المتضمن قانون الإجراءات الجزائية مسألة الشكوى المسبقة من خلال نص المادة 6 مكرر الجديدة منه على أنه " لا تحرك الدعوى العمومية ضد مسيري المؤسسات العمومية الاقتصادية التي تملك الدولة كل رأسمالها أو ذات الرأسمال المختلط عن أعمال التسيير التي تؤدي إلى سرقة أو اختلاس أو تلف أو ضياع أموال عمومية أو خاصة إلا بناء على شكوى مسبقة من الهيئات الاجتماعية للمؤسسة المنصوص عليها في القانون التجاري و في التشريع الساري المفعول ، يتعرض أعضاء الهيئات الاجتماعية للمؤسسة الذين لا يبلغون عن الوقائع ذات الطابع الجزائي للعقوبات المقررة في التشريع الساري المفعول " [66].

و الظاهر من خلال هذا النص أن المشرع أحيا المادة 119 من قانون العقوبات الملغاة كما سلف الذكر و التي سبق و أن أدرجت بها فقرتين تشترط الأولى الشكوى المسبقة من طرف أجهزة المؤسسات العمومية الاقتصادية لتحريك الدعوى العمومة من أجل أعمال التسيير و تنص الثانية على تعرض أعضاء أجهزة الشركة الذين لا يبلغون عن الأفعال الإجرامية للمتابعة الجزائية .

و بالرجوع إلى مجال تطبيق المادة 6 مكرر من الأمر 02/15 المعدل و المتمم لقانون الإجراءات الجزائية فإن المشرع قد تبنى صراحة تجريم أعمال التسيير ضد مسيري المؤسسات العمومية الاقتصادية التي تؤدي إلى السرقة أو اختلاس أو تلف أو ضياع أموال عمومية أو خاصة ، لاسيما أنه كان فيه لغط إعلامي كبير ينادي بإخراج أعمال التسيير من دائرة التجريم .

و المؤسسات المعنية بالشكوى المسبقة من خلال نص المادة 06 مكرر هي نوعين : المؤسسات العمومية الاقتصادية التي تملك الدولة كل رأسمالها من جهة و المؤسسات ذات الرأسمال المختلط من جهة أخرى .

و المشرع بتقييده لسلطة النيابة العامة بتحريك الدعوى العمومية في جرائم التسيير الخاصة بالمؤسسات العمومية الاقتصادية يكون قد أغلق الباب أمام الرسائل المجهولة التي تم في العديد من الحالات تحريك الدعوى العمومية بناء عليها ، حيث من خلال تبنيه هذا القيد القانوني أضفى نوعا من الشرعية و المصداقية في المتابعة بدلا من فتح المجال لمتابعات جزائية ارتجالية قد تنتهي بالبراءة أو إلى عدم الإثبات بناء على الرسائل المجهولة التي يكون الغرض من ورائها الانتقام الشخصي هو الدافع أكثر من الغرض في حماية المال العام ، و في ذات الوقت عمد

[66] الجريدة الرسمية العدد 40 لسنة 2015 .

المشرع إلى غلق المجال أمام التقارير الأمنية و التحريات التي تعدها الضبطية القضائية سواء كانت شرطة أو درك أو مصالح أمن عسكري في المتابعات الجزائية بشأن الجرائم المرتكبة بالمؤسسات العمومية الاقتصادية لأن القيد القانوني موجود و المتمثل في وجوب وجود شكوى من قبل الهيئات الاجتماعية للمؤسسة المنصوص عليها في القانون التجاري و في التشريع الساري المفعول مهما يكن المبلغ المختلس [67].

خاتمة:

اتجهت الإصلاحات الإقتصادية في الجزائر في نهاية الثمانيات إلى الاهتمام بالمؤسسة العمومية الإقتصادية المنتجة للسلع و الخدمات وذلك بإعادة النظر في أساليب تسييرها وتنظيمها عن طريق تمكينها من الظهور في أشكال قانونية جديدة مثل شركات الأسهم و الشركات ذات المسؤولية المحدودة ، و إعطائها استقلالية في التسيير عن طريق إدارة شؤونها دون أي تدخل من طرف الوصاية الوزارية ؛ كل هذا كان نتيجة حتمية لفوضى التسيير التي آلت إليها المؤسسات الإقتصادية في بداية الثمانينات بعد تداخل الصلاحيات و ضعف التأهيل و الكفاءة و السلوكات المشبوهة التي ظهرت على بعض المسيرين أين استفحلت ظاهرة تبديد الأموال بسبب غموض التدخل الجزائي لقانون العقوبات من خلال نص المادة 421 و التي إنتُقدت من طرف شراح القانون لعدم جدواها .

فبعد الإلغاء الكلي لنص المادة 421 و منه لجريمة سوء التسيير أبقى المشرع على كل من المواد 119 و 422 و 422 مكرر و هذا حفاظا على منطق قانون العقوبات الذي يحرص على حماية الأموال العمومية من الخطر مدعما ذلك بتحريم الاستعمال التعسفي للأموال الشركة من خلال نصوص القانون التجاري بهدف حماية الشركات التجارية التي هي في الأخير مؤسسات عمومية اقتصادية من أفعال مسيريها الذين يتوفرون على قدر كبير من الخبرة و الذكاء ما يمكنهم من إخفاء معالم الجريمة مشددا بذلك في الأحكام الجزائية بالنسبة للمخالفات التي تتعلق بشركات المساهمة و الشركات ذات المسؤولية المحدودة .

جاءت الخوصصة كأسلوب اقتصادي تسييري جديد ظهرت بوادره سنة 1995 و ترسخت سنة 2001 من خلال الأمر 04/01 عن طريق إنشاء شركات تسيير مساهمات الدولة و التي أصبحت تمارس من خلالها الدولة حقها في تسيير ممتلكاتها في المؤسسات العمومية ، إلا أن ظاهرة أو جريمة اختلاس الأموال العمومية انتشرت بشكل غير مسبوق ، أين وجدت مناخا خصبا و ملائما لنموها في عملية التحول من الاقتصاد الموجه إلى اقتصاد السوق بالرغم من تجريمها بموجب نص المادة 119 من قانون العقوبات .

و تصديا من المشرع للظاهرة ؛ استحدث القانون 01/06 المتعلق بالوقاية من الفساد و مكافحته للتصدي لكافة أنواع الفساد ؛ أين أصبح يحكم فعل الاختلاس بكل صوره بعدما أصبحت المؤسسة العمومية الإقتصادية هي

[67] نائب بوحامة فايزة التعليق على المادة 06 مكرر من قانون الإجراءات الجزائية – مقال منشور بالشبكة المعلوماتية– الانترنت - بتاريخ 2015/12/21 .

الأخرى تخضع لأحكامه من خلال نص المادة الثانية منه مُخفضا بذلك من العقوبات السالبة للحرية و مُغلظا في الجزاءات المالية .

أما في الجانب الإجرائي فقد اشترط المشرع الشكوى المسبقة لتحريك الدعوى العمومية بخصوص جرائم التسيير الشيء الذي يُنم صراحة عن تجريم أعمال التسيير ضد مسيري المؤسسات العمومية الإقتصادية بعد اللغط الإعلامي الكبير الذي كان ينادي بسياسة رفع التجريم عن فعل التسيير التي تؤدي بأي حال من الأحوال إلى ضياع الأموال العمومية و بالنتيجة فإن جميع الإصلاحات الاقتصادية قُوبلت بإصلاحات تشريعية اهم ما يقال عنها انها ضخمة ، حاول من خلالها المشرع الجزائري حماية و صيانة الأموال العمومية من التلف و الضياع و التبديد و الاختلاسات و ذلك عن طريق فرض قيود رقابية و جزاءات قانونية صارمة سرعان ما اصطدمت بالواقع العملي الذي طغى عليه طابع سوء التسيير في جميع الجوانب الامر الذي اضعف من قدرة المؤسسات العمومية الاقتصادية في القيام بالمهام المنوطة بها و الخطة المسطرة لها من قبل الدولة .

النـــتائج :

- ✓ عدم تطوير مناهج التخطيط و التسيير و الإبقاء على ما كان موروثا من المدرسة الاستعمارية .
- ✓ عدم ابتكار طرق حديثة تتماشى مع التطور الذي شهدته المؤسسة العمومية الاقتصادية فيما يخص تكوين الإطارات المسيرة .
- ✓ عدم الاهتمام بالاطار المسير و الممارسات المركزية و احتكار السلطة في اتخاذ القرارات المصيرية الشيء الذي أضعف دوره التسييري و جعله سلبيا في أغلب الأحيان .
- ✓ انتشار الفساد في الدرجات الوظيفية العليا للإدارة و ذلك من خلال جرائم الصفوة أو جرائم ذوي الياقات البيضاء الذين يستغلون سلطاتهم لخرق القوانين و الأنظمة .
- ✓ ضعف دور القضاء في محاربة الجريمة خاصة الجريمة الاقتصادية التي تنتهي فيها المتابعات الجزائية ضد مرتكبيها في معظم الحالات بأحكام بالبراءة .
- ✓ ضعف الوازع الديني و الأخلاقي لدى بعض الإطارات المسيرة .
- ✓ الشروع في إصدار التشريعات و القوانين و تداخلها و ما يشوبها من تناقض و غموض و نقص و تعارض .
- ✓ كثرة التعديلات التي تطال هذه التشريعات ما يؤدي إلى خلل في المنظومة القانونية و عجزها ما يؤدي إلى تعطيل و عدم تطبيق الكثير من القوانين او عدم تفعيلها بشكل مناسب للتصدي للظاهرة .
- ✓ إيجاد نوع من المشروعية المصطنعة لحماية الفساد الاقتصادي و الجرائم الاقتصادية بصفة خاصة و ذلك عن طريق التراخي و التسامح في ملاحقة المسيرين من خلال الدعوة إلى رفع الطابع الجزائي عن فعل التسيير .

التوصيات :

- ✓ سن قوانين صارمة أو تعديل القوانين القائمة بما يتماشى مع خطورة الظاهرة الاجرامية و تأثيرها على الاقتصاد الوطني .
- ✓ التطبيق بصرامة كذلك للقوانين و تنفيد الاحكام القضائية خاصة ما تعلق منها بالعقوبة السالبة للحرية .
- ✓ تفعيل القيم الأخلاقية في اكتساب الإرادة القوية و الصادقة من قبل المسيرين و المسؤولين في خدمة المؤسسة و السهر على حماية أموالها من الضياع .
- ✓ ضرورة تطوير قانون العقوبات في ضوء السياسة الجنائية المعاصرة و الاتجاهات العلمية الحديثة و الأساليب الفنية المتطورة لمكافحة الجريمة الاقتصادية .

المراجع :

- ✓ أحسن بوسقيعة ، الوجيز في القانون الجزائي الخاص (جرائم الفساد / جرائم المال و الأعمال / جرائم التزوير) الجزء الثاني الطبعة 15 .
- ✓ الطيب بلولة ، قانون الشركات ، سلسلة القانون في الميدان ، ترجمة إلى العربية محمد بن بوزه ، الطبعة الثانية BERTI Editions ،
- ✓ عثامنية لخميسي ، عولمة التجريم و العقاب ، دار هومة 2008 .
- ✓ عجة الجيلالي ،المؤسسة العمومية الاقتصادية من اشتراكية التسيير إلى الخوصصة ، دار الخلدونية .
- ✓ محمد حزيط ، المسؤولية الجزائية للشركات التجارية في القانون الجزائري و القانون المقارن دار هومة للطباعة .
- ✓ منية شوايدية ، خوصصة المؤسسات العامة في التشريع الجزائري و المقارن دار الجامعة الجديدة الإسكندرية ، طبعة 2018 .
- ✓ ضريفي نادية ، تسيير المرفق العام و التحولات الجديدة ، دار بلقيس الجزائر .
- ✓ نجار الويزة ، التصدي المؤسساتي و الجزائي لظاهرة الفساد في التشريع الجزائري . دراسة مقارنة طبعة 2018 دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية .

الاطروحات :

- ✓ حاحة عبد العالي ، الاليات القانونية لمكافحة الفساد الإداري في الجزائر ، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه علوم في الحقوق ، تخصص قانون عام ، 2012 / 2013 .
- ✓ زكري ويس ماية الوهاب ، جريمة الاستعمال التعسفي لأموال الشركة ، رسالة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون، جامعة للإخوة منثوري قسنطينة ، 2004 /2005 .

الشبكة المعلوماتية :

✓ نائب بوحامة فايزة ، التعليق على المادة 06 مكرر من قانون الإجراءات الجزائية ، مقال منشور بالشبكة المعلوماتية بتاريخ 2015/12/21 .

القوانين / المراسيم / الأوامر :

– القانون 04/82 المؤرخ في 1982/02/13المتضمن تعديل قانون العقوبات الجريدة الرسمية العدد 7 لسنة 1982 .

– الأمر 180/66 المؤرخ في 21 يونيو 1966 المتضمن إحداث مجالس قضائية خاصة بقمع الجرائم الاقتصاديةالجريدة الرسمية العدد 54 لسنة 1966 .

– الأمر 47/75 المؤرخ في 17 يونيو 1975 المعدل لقانون العقوبات الجريدة الرسمية العدد 53 لسنة 1975.

– الأمر 74/71 المؤرخ في 1971/11/16 المتعلق بالتسيير الاشتراكي للمؤسسات الجريدة الرسمية العدد 101 لسنة 1971 .

– القانون رقم 01/88 المؤرخ في 12 يناير 1988 المتضمن القانون التوجيهي للمؤسسة العمومية الاقتصادية الجريدة الرسمية العدد 02 لسنة 1988 .

– القانون رقم 04/88 المؤرخ في 12 يناير 1988 المتضمن القانوني التجاري المحدد للقواعد الخاصة المطبقة على المؤسسات العمومية الاقتصادية الجريدة الرسمية العدد 02 لسنة 1988.

– القانون رقم 26/88 المؤرخ في 1988/07/12 المتضمن تعديل قانون العقوبات الجريدة الرسمية العدد 28 لسنة 1988

– الأمر 22/95 المؤرخ في 26 أوت 1995 المتعلق بخوصصة المؤسسات العامةالجريدة الرسمية العدد 48 لسنة 1995 .

– الأمر 12/97 المؤرخ في 19 مارس 1997 المعدل للامر 22/95 المؤرخ في 26 أوت 1995 الجريدة الرسمية العدد 15 لسنة 1997 .

– الأمر 04/01 المؤرخ في 20 أوت 2001 المتعلق بتنظيم المؤسسات العمومية الاقتصادية و تسييرها و خوصصتهاالجريدة الرسمية العدد 47 لسنة 2001 .

– الأمر 25/95 المؤرخ في 25 سبتمبر 1995 المتعلق بتسيير رؤوس الأموال التجارية التابعة للدولة الجريدة الرسمية العدد 55 سنة 1995 .

– القانون 01/06 المؤرخ في 20 فبراير 2006 المتعلق بمكافحة الفساد الجريدة الرسمية العدد 14 لسنة 2006

– المرسوم التنفيذي رقم 283/01 المؤرخ في 24 سبتمبر 2001 المتضمن الشكل الخاص بأجهزة إدارة المؤسسات العمومية الاقتصادية و تسييرها الجريدة الرسمية العدد 55 لسنة 2001 .

– القانون 09/01 المؤرخ في 26 جوان 2001 المتضمن تعديل قانون العقوبات الجريدة الرسمية العدد 34 سنة 2001 .

– القانون 01/06 المؤرخ في 20 فبراير 2006 المعدل و المتمم لقانون العقوبات الجريدة الرسمية العدد 14 سنة 2006 .
– الأمر 04/10 المؤرخ في 26 أوت 2010 المعدل و المتمم للأمر 11/03 المتعلق بالنقد و القرض الجريدة الرسمية العدد لسنة 2004 .
– الأمر 02/15 المؤرخ في 23 يوليو 2015 المعدل و المتمم للأمر 155/66 المؤرخ في 08 يونيو 1966 و المتضمن قانون الإجراءات الجزائية الجريدة الرسمية العدد 40 لسنة 2015 .

مقال بعنوان:

إخلال المصلحة المتعاقدة بتنفيذ التزاماتها التعاقدية ذات الطبيعة الفنية .

الدكتور: بودالي محمد
أستاذ تعليم عالي
جامعة جيلالي ليابس بلعباس
الطالبة: عروس فوزية
دكتوراه Lmd تخصص عقود إدارية
جامعة طاهري محمد بشار
arous_fouzia@hotmail.com

الملخص:

تعتبر الصفقات العمومية الأداة القانونية الأكثر فعالية لتنفيذ مخططات التنمية الوطنية ومن أهم أساليب الإنفاق العام لإنجاز المشاريع، هذه الأعمال التي تتطلبها المصلحة العامة تشكل اللبنة الأولى لكل انطلاقة اقتصادية للبلاد، ومن أجل كل ذلك تحظى المصلحة المتعاقدة في هذا المجال بامتيازات وسلطات متميزة في كافة مراحل الصفقة العمومية، والتي تتجلى أكثر أثناء تنفيذ الصفقة العمومية، وفي مقابل ذلك تلتزم بتنفيذ التزاماتها العقدية ومنها تلك الالتزامات ذات الطابع الفني، فإن لم تلتزم بذلك فتكون قد امتنعت عن القيام بواجب تعاقدي من شأنه أن يرتب مسؤوليتها العقدية تجاه المتعاقد معها قوامها التعويض عن أي ضرر يصيبه من جراء ذلك.

الكلمات المفتاحية: إخلال، المصلحة المتعاقدة، تنفيذ، التزامات فنية.

Résumé :

Les marchés publics sont considérés comme des instruments juridiques et les principaux moyens de dépenses publiques pour la réalisation des projets. Ces tâches, d'intérêt public, constituent le noyau de tout lancement économique. Et pour cela, la partie contractante bénéficie d'avantages et de privilèges dans l'ensemble des étapes des marchés publics, qui se manifeste durant l'exécution du marché. En conséquence, elle s'engage à respecter ses engagements y compris de nature technique. Si elle ne s'y conforme pas, elle doit s'abstenir d'exécuter une obligation contractuelle qui imposerait sa responsabilité contractuelle envers le contractant sur la base d'une indemnisation pour tout dommage subi à la suite de celle-ci.

Mots- clés : Manquement, service contractant, exécution, obligation technique

مقدمـــة:

يرتب العقد الإداري شأنه شأن كل عقد آثاراً في مواجهة أطرافه تتمثل في الحقوق والالتزامات المتبادلة[1] دون تفرقة بين الإدارة والمتعاقد معها، وتبعا لذلك، فإن إخلال الإدارة بتنفيذ التزاماتها الناشئة عن العقد يُشكل في جانبها خطأ عقديا، ونظرا لتعدد التزامات الإدارة حسب طبيعة العقد هناك التزامات تعد رئيسية ومن ثم فإن رصدها من شأنه إتاحة الفرصة للوقوف على صور الخطأ في مرحلة تنفيذ الصفقة العمومية [2].

وإذا كان قد تقرر للإدارة جملة من السلطات والامتيازات الاستثنائية في مواجهة المتعاقد معها تحت تبرير اتصال عقودها بالمرفق العام، فإن القضاء الإداري وخوفا منه من تعسف الإدارة ومن افتقادها لأحد أهم وسائل تسيير وتشغيل المرافق العامة بنفور الأفراد وعزوفهم عن التعامل معها، فقد أقر وفي مقابل تلك الامتيازات الممنوحة للمصلحة المتعاقدة جملة من الحقوق للمتعاقد مع الإدارة، وهي الحقوق التي لا مثيل لها في العقود الخاصة[3] والتي تعتبر في نفس الوقت التزامات تقع على عاتق المصلحة المتعاقدة، وإذا أخلت بذلك فيعتبر إخلال بالتزام عقدي يرتب مسؤوليتها العقدية تجاه المتعاقد معها.

كما أن الإدارة في العقد الإداري تتمتع بسلطات لا نظير لها في العقد المدني وذلك انطلاقا من ارتباط العقد الإداري بالمرفق العام واحتياجاته المستمرة، فإذا مارست الإدارة هذه السلطات على نحو مشروع مستهدفة الصالح العام، فهنا لا يُعتبر أنها ارتكبت خطأ ولا تقوم مسؤوليتها العقدية، ولكن إذا مارست سلطاتها على نحو غير مشروع فإن ذلك يُشكل في جانب الإدارة خطأ يثير مسؤوليتها العقدية [4] .

فالقواعد التي تحكم آثار العقد الإداري تختلف عن تلك المتعلقة بآثار العقد المدني خاصة فيما يتعلق بمدى حقوق وسلطات الإدارة إزاء المتعاقدين معها، فلا تنطبق على هذا العقد قاعدة " **العقد شريعة المتعاقدين**" بالصورة المعروفة بها في القانون الخاص، وذلك لأن الإدارة كطرف في العقد الإداري إنما تستهدف تشغيل

المرافق العامة ورعاية المصلحة العامة التي يجب أن تفضل عند التعارض مع المصلحة الخاصة[5]، إلا أن ذلك لا يسمح للإدارة أن تخالف الشروط المنصوص عليها في العقد الإداري.

والمعلوم أن الغرض الأساسي من إبرام الصفقة العمومية هو تنفيذها، ونظرا لكون المصلحة المتعاقدة تمتاز بمركز أسمى من مركز المتعامل المتعاقد معها، فقد تتعسف في تنفيذ الالتزامات الملقاة عليها مسببة في ذلك أضرارا للمتعاقد معها، وبالتالي فإن المتعاقد يلتزم مع المصلحة المتعاقدة بتنفيذ الصفقة التي ارتبط بها تطبيقا لشروطها غير أن المصلحة المتعاقدة تلتزم هي الأخرى بألا تعيق تنفيذ الصفقة أو تضع العراقيل في سبيله، فإذا لم تقم بهذا الالتزام فإنه يعتبر خطأ عقديا في جانبها [6].

ونظرا لكون التزامات الإدارة هي في نفس الوقت حقوقا للمتعاقد معها، وإيمانا منا أنه بتوافر ركن الخطأ تقوم مسؤولية الإدارة وتلزم بتعويض المتعاقد معها عن الضرر الذي أصابه من جراء ذلك، فإنه يلزم لتوضيح مكانة الخطأ العقدي في الالتزامات الفنية الملقاة على عاتق الإدارة أن نسقط الضوء على الإشكالية الآتية: **على أي أساس يمكن للإدارة أن تتحمل مسؤوليتها العقدية في التزاماتها الفنية اتجاه المتعاقد معها نتيجة ارتكابها خطأ عقدي؟.**

وترتيبا على ما تقدم، فقد يكون من الملائم التصدي ومعالجة موضوع هذه الدراسة، من خلال بحث المقصود بالالتزامات الفنية للمصلحة المتعاقدة (أولا)، ثم التطرق إلى صور إخلال الإدارة بالتزاماتها الفنية (ثانيا).

أولا: المقصود بالالتزامات الفنيـــة للمصلحة المتعاقدة.

إن الطبيعة المميزة للعقد الإداري التي ميزت الإدارة بمجموعة فريدة من الامتيازات والسلطات اللازمة لضمان سير وانتظام المرفق العام، لم تغير من كون المصلحة المتعاقدة طرفا في تعاقد يوجب عليها عددا من الالتزامات هي أيضا لازمة لذات الهدف الذي تقررت بشأنه امتيازات الإدارة، وبدون التزامات الإدارة وإلزامها بتنفيذها لا يمكن للعقد الإداري أن ينفذ ويحقق أهدافه، فإن كانت التزامات الإدارة هي بعض واجباتها حيال

المتعاقد معها فإنها في ذات الوقت هي بعض حقوق المتعاقد لا يتسنى له التمتع بها إلا بإلزام الإدارة بإتباعها تحت رقابة القضاء [7].

وإذا كان للمصلحة المتعاقدة حق التحرر من التزاماتها التعاقدية في بعض الحالات، فإن سطتها ليست مطلقة إذ يقع عليها التزام أن تعمل على تنفيذ الصفقة بمجرد إبرامها مع مراعاة طبيعة الصفقة، وبالتالي لا تستطيع المصلحة المتعاقدة ولا يحق لها أن تفسخ العقد لمجرد التحلل مما يفرضه عليها من التزامات وإلا تعرضت للمسؤولية العقدية، ولا يكفي أن تنفذ العقد وإنما يتعين عليها عند تنفيذه احترام كافة الشروط الواردة به لا فيما يتعلق بالالتزامات الأصلية فحسب ولكن فيما يتعلق بكافة الالتزامات، كما يجب عليها أن تنفذ التزاماتها العقدية بطريقة سليمة، وهذا لا يقتضي أن تلتزم بالاعتبارات الفنية المسلم بها وفقا لطبيعة العقد فحسب، ولكن يجب عليها أيضا أن تحترم مقتضيات حسن النية [8].

بالإضافة إلى أن الالتزامات الفنية التي تقع على عاتق المصلحة المتعاقدة والتي تعتبر من الحقوق الجوهرية التي يتمتع بها المتعاقد معها، هي التزامات تتمتع بالطابع الفني وأنها غير مالية معنى ذلك أن الالتزامات الفنية لا تتمثل في المقابل المالي بل تتعلق بقيام المصلحة المتعاقدة بمنحه موقع التنفيذ والمخططات والتراخيص اللازمة وغيرها والتي يحتاجها المتعامل المتعاقد لمباشرة تنفيذ الصفقة العمومية.

وبعد أن يصبح العقد نهائيا فإن أول التزام يقع على المصلحة المتعاقدة صاحبة المشروع هو تمكين المتعامل المتعاقد من الشروع في تنفيذه للصفقة العمومية، وذلك عن طريق تمكينه من الوسائل اللازمة لذلك ووضعها تحت تصرفه بمجرد استكمال إجراءات المصادقة [9].

والأصل أن تنفذ المصلحة المتعاقدة العقد كله وإذا كان لها الحق في أن تنقص الكمية المتعاقد عليها أو أن تزيد فيها، فإن ذلك منوط بتوافر شروط معينة أما فيما عدا تلك الشروط، فإنه من اللازم أن تمكن المصلحة المتعاقدة المتعاقد معها من تنفيذ التزاماته بتمامها [10]، وتطبيقا لذلك أكد مجلس الدولة الفرنسي في قضية "Sté ouvrière des carrières" على أنه لا يجوز للمصلحة المتعاقدة بغير خطأ أو تقصير من المتعاقد، أن

تسحب جزءا من العملية لتعهد به إلى متعهد آخر أو أن تنفذ العمل بنفسها، فتحول بين المتعاقد وبين تنفيذ التزاماته العقدية [11]، كما أنه لا يحق لها– دون سبب هام يتعلق بمقتضيات الصالح العام– أن توقف تنفيذ الصفقة.

وتلتزم المصلحة المتعاقدة باحترام المدد المقررة في تنفيذ الصفقة، وإذا كان الأصل أن المدد يقصد بها عادة المتعاقدون، وبهذا المعنى لا تكون ملزمة إلا لهم فإنه يحدث أن ينص في العقد صراحة على أن المدة ملزمة للمصلحة المتعاقدة كما هي ملزمة للمتعاقد معها وحينئذ يتعين على المصلحة المتعاقدة احترام المدد المحددة للتنفيذ، وهذه الحالة لا صعوبة فيها، ولكن يحدث أن يرد شرط المدة عاما أو يأتي العقد خاليا من تحديد مدد للتنفيذ وفي هذه الحالة يقرر مجلس الدولة الفرنسي أن ثمة مددا معقولة لتنفيذ الصفقة يتعين على الإدارة احترامها، وبالتالي فإنها لا تستطيع أن تتسبب بتصرفها في إطالة مدد التنفيذ إلى ما يجاوز الحد المعقول دون أن تعرض نفسها للمسؤولية، ويحدد مجلس الدولة الفرنسي مدة التنفيذ بمراعاة ظروف العمل المطلوب تنفيذه ومدى كفاية الجهة المتعاقدة أو المتعاقد، و لا يتعين احترام المبدأ السابق فيما يتعلق بالمدة الإجمالية لتنفيذ الصفقة فحسب بل إنه يسري أيضا على المدد المخصصة لتنفيذ الالتزامات الجزئية الواردة في الصفقة، ومثال ذلك واجب المصلحة المتعاقدة في احترام المدد المقررة لبدء التنفيذ كموعد تسليم الموقع لملتزم الأشغال العامة[12].

والتزام طرفي الصفقة باحترام مدة التنفيذ ضرورة يقتضيها ضمان السير الحسن للمرفق العام باستمرار وانتظام، وذلك من خلال إنجاز الصفقة في المواعيد المحددة، بالإضافة إلى ما يعود من فائدة على المتعاقد الذي يجري حسابات مسبقة من حيث حصر احتياجاته وتحضير الإمكانيات اللازمة، وكل تأخير في مدة التنفيذ سيعرضه للخسارة لا محالة.

كما أن المصلحة المتعاقدة ملزمة باحترام الصفقة ككل بمعنى أنها لا تستطيع أن تقوم بأي عمل يتعارض مع صفتها كمتعاقدة، أو يعرض المتعاقد معها لأعباء ومتاعب في تنفيذه لالتزاماته العقدية [13]، وهذا المسلك

متفرع على التزام المصلحة المتعاقدة باحترام مبدأ حسن النية في تنفيذ الصفقات العمومية، لأنه لا يتفق وحسن النية أن تزيد المصلحة المتعاقدة بعملها في أعباء المتعاقد معها بدلا من أن تساعده على التنفيذ [14].

والمعلوم أن الصفقة العمومية كأصل عام يتم تنفيذها بطريقة تتفق مع ما يستوجبه حسن النية في التنفيذ والالتزام بمبدأ حسن النية في التنفيذ يلزم بعدم الانحراف عن السلوك المعتاد أو المألوف، وكل خروج عنه يعتبر إخلالا بالمبدأ ويشكل خطأ عقديا يستوجب التعويض ممن تسبب في إلحاق الضرر بالمتعاقد، فيجب على المصلحة المتعاقدة أن تنفذ التزاماتها التعاقدية بطريقة سليمة حيث لا يقتصر الالتزام على تنفيذ ما ورد في الصفقة فقط بل يتناول أيضا ما هو من مستلزماتها [15].

وهذا ما أقره المشرع الجزائري في القانون المدني من خلال المادة 107 " **يجب تنفيذ الصفقة طبقا لما اشتمل عليه وبحسن النية، ولا يقتصر تنفيذ الصفقة على التزام المتعاقد بما ورد فيه فحسب بل يتناول أيضا ما هو من مستلزماته وفقا للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام...**" [16]، وهذا مبدأ أصيل في القانون يطبق في العقود الإدارية شأنها في ذلك شأن العقود المدنية.

غير أن وجوب تنفيذ العقد بما يتفق وحسن النية لا يتنافى مع تميز العقود الإدارية بطابع خاص مناطه احتياجات المرافق العامة، وتغليب المصلحة العامة على المصالح الخاصة وهذه الفكرة هي التي تحكم روابط العقد الإداري وينبني عليها أن للإدارة سلطة إنهاء العقد أو تعديله إذا قدرت أن المصلحة العامة تقتضي ذلك وليس للطرف الآخر إلا الحق في التعويض [17].

ويترتب على التزام المصلحة المتعاقدة بتنفيذ الصفقة بحسن نية وجوب ألا تعتقد أن تميزها بالكثير من الامتيازات التي يتطلبها تغليب الصالح العام، يمكنها من إهدار حقوق المتعاقد معها، بحيث لابد أن لا يصل إلى الحد الذي يخل بتوازنه المالي، وإلا كان للطرف الآخر في هذه الحالة المطالبة بالتعويض، إذ أنها تتقيد دوما بحسن النية في التنفيذ أو الجنوح في تفسير الصفقة نحو الانتصار لما تراه من رأي، ومن المتعين في مقام

تفسير الصفقة البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ، إذ العبرة هنا إنما تكون بالإرادة الحقيقية على أن تكون هي الإرادة المشتركة للمتعاقدين، ومن العوامل التي يستهدى بها القاضي للكشف عن النية المشتركة بين الطرفين ما يرجع إلى طبيعة التعامل، حيث يختار القاضي المعنى الذي تقتضيه الصفقة، ذلك أن الأصل في تفسير العقود –مدنية كانت أو إدارية– أنه إذا كانت عبارة العقد واضحة فلا يجوز الانحراف عنها، أما إذا كانت غير واضحة فيلزم تَقَصي النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ مع الاستهداء في ذلك بطبيعة التعامل وما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين وفقا للعرف الجاري في المعاملات [18].

وتجدر الإشارة إلى أن تنفيذ الصفقة العمومية يحتاج موافقة جهات أخرى، كتراخيص الحفر والردم وتراخيص البناء وغيرها من التراخيص ذات الأثر الفعال في بدء تنفيذ الأعمال محل التعاقد، ولا شك أن الكثير من العقود الإدارية تلقي على المتعاقد مع الإدارة عبء الحصول على تلك التراخيص من الجهات المختصة، إلا أن الحصول عليها لا يكون في الغالب الأعم ميسرا وفي المواعيد المحددة، فقد يتعذر إصدار التراخيص أصلا وقد يتأخر إصداره بما ينعكس على مدة التنفيذ بل على التنفيذ بكامله، وكل ذلك يضر بمصلحة المرفق العام لذا وجب تدخل الجهة الإدارية لتيسير حصول المتعاقد عليها وتذليل أية عقبات تصادفه في هذا الشأن [19].

ثانيا: صور إخـلال الإدارة بالتزاماتـها الفنيـــة.

تقوم مسؤولية الإدارة العقدية على أساس الخطأ في حالة إخلال المصلحة المتعاقدة بالتزاماتها التعاقدية عن طريق إساءة استعمالها لسلطاتها الاستثنائية التي تتمتع بها وتجعلها تتميز عن غيرها من العقود المدنية والتجارية [20].

ومن هذا المنطلق، فإن المصلحة المتعاقدة تلتزم بتنفيذ التزاماتها العقدية ومنها تلك الالتزامات ذات الطابع الفني، فإن لم تلتزم بذلك فإنها تكون قد امتنعت عن القيام بواجب تعاقدي من شأنه أن يرتب مسؤوليتها تجاه المتعاقد معها قوامها التعويض عن أي ضرر يصيبه من جراء ذلك.

وعلى كل حال، فإن تحديد الالتزامات التعاقدية ذات الطبيعة الفنية التي تقع على كاهل المصلحة المتعاقدة يعتبر أمرا صعب المنال بعكس الوضع بالنسبة للالتزامات ذات الطبيعة المالية ولكنه ليس مستحيلا، حيث تظهر مخالفة الإدارة لالتزاماتها الفنية إذا لم تقم بتنفيذ التزاماتها كاملة، وإما أنها لم تقم بتنفيذ التزاماتها الفنية على نحو سليم، وأخيرا قد تتأخر الإدارة في تنفيذ تلك الالتزامات.

1- <u>عدم قيام الإدارة بتنفيذ التزاماتها</u>.

أقر المشرع الجزائري للمصلحة المتعاقدة كسلطة عامة جملة من السلطات والامتيازات لا يتمتع بمثلها المتعاقد معها، و ذلك بقصد تحقيق المصلحة العامة، وفي هذا الإطار نشير إلى أنه لا يمكن للمصلحة المتعاقدة في هذا الإطار التملص من الالتزامات التي يفرضها عليها العقد إلا عند ممارستها لبعض الامتيازات التي قررها لها القانون، وضمن الشروط التي رسمها لها في ذلك.

ولعلى أول التزام يقع على عاتق المصلحة المتعاقدة هو العمل على تنفيذ الصفقة بمجرد إبرامها مع مراعاة الإجراءات الواجب احترامها في هذا المجال [21]، لاسيما إخضاع الصفقة العمومية للرقابة الخارجية المسبقة، من أجل الحصول على تأشيرة اللجنة المختصة في أقرب الآجال، وهذا حسب ما تقتضيه المادة 178 من المرسوم الرئاسي 247/15 المتضمن قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام [22]، وأن تمكن المتعاقد من البدء في تنفيذ الصفقة العمومية، وذلك بأن تضع تحت تصرفه جميع الوسائل اللازمة لهذا التنفيذ[23].

وغنى عن البيان أن الإدارة لا تلتزم بتنفيذ الالتزامات الرئيسية الناشئة عن الصفقة فحسب، وإنما تلتزم كذلك بكافة الالتزامات المشتملة عليها، ومقتضى ذلك هو التزام جهة الإدارة بأن تسلم للمتعاقد الأصناف التي كانت محلا للتعاقد جميعها بالحالة التي كانت عليها وقت انعقاد العقد [24].

والمعلوم أنه رغم التزام الإدارة بمعاونة المتعاقد في الحصول على التراخيص اللازمة لتنفيذ الصفقة قد لا ينص عليها صراحة، إلا أن تقاعس المصلحة المتعاقدة عن القيام بهذا الواجب خاصة عندما يطلبه منها المتعاقد يرتب مسؤوليتها، ويجعل سلطتها التقديرية في مجال تمديد مدة الصفقة عند تأخر صدور الترخيص لعدم تقديم مساعدتها في ذلك، سلطة مقيدة لا خيار أمامها سوى الاستجابة لتمديد المدة المناسبة والتي تتناسب مع مقدار خطأها الناتج عن عدم الالتزام بمعاونة المتعاقد في تيسير حصوله على التراخيص اللازمة لتنفيذ

الصفقة [25]، وإذا كانت هناك أعباء مالية إضافية على المقاول تتحمل الإدارة جزءا منها [26]، ومن ثم فإن امتناعها عن ذلك يشكل في جانبها خطأ عقديا يثير مسؤوليتها العقدية، تُسأل عنه إذا ترتب عليه ضرر [27].

فكل حيلولة بين المتعاقد وبين تنفيذ التزاماته من قبل المصلحة المتعاقدة يجب أن يكون هدفه المصلحة العامة فقط، على أنه تكون المصلحة المتعاقدة ملزمة بالإفصاح عن ذلك صراحة بواسطة أداة قانونية (قرار إداري) [28].

2- عدم تنفيذ الإدارة لالتزاماتها الفنية على نحو سليم.

إذا كانت المصلحة المتعاقدة ملزمة بتنفيذ التزاماتها العقدية كاملة فإن الأمر لا يقف عند هذا الحد بل يتعين عليها أن تنفذ هذه الالتزامات بطريقة صحيحة، تتفق ما يوجبه مبدأ حسن النية المشار إليه سابقا، وهذا المبدأ استقر عليه مجلس الدولة المصري فذهبت المحكمة الإدارية العليا بمصر في حكمها الصادر في 1999/2/23، إلى أنه: "**من المبادئ المسلمة أن العقود تخضع لأصل عام من أصول القانون يقضي بأن يكون تنفيذها بطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية، وهذا الأصل مطبق في العقود الإدارية شأنها في ذلك شأن العقود المدنية، وبمقتضاه يلتزم كل طرف من طرفي العقد بتنفيذ ما اتفق عليه، فإن حاد أحدهما عن هذا السبيل كان مسؤولا عن إخلاله بالتزامه العقدي، ووجب حمله على الوفاء بهذا الالتزام**" [29].

وعلى هذا الأساس فإن التقيد بالمبدأ المشار إليه سابقا (مبدأ حسن النية)، في العقود الإدارية، أولى وأوجب لارتباطها بوجه المصلحة العامة الذي تتطبع به هذه العقود ولا تنفك عنها، ومقتضى ذلك أنه يتعين على طرفي الصفقة العمومية أن يقوما بتنفيذ التزاماتهما على نحو يتفق مع ما يوجبه مبدأ حسن النية، وبالتالي فإذا كانت المصلحة المتعاقدة قد أعطت وعدا للمتعاقد معها عند إبرام الصفقة، وتعاقد على هذا الأساس، فإن ذلك الوعد يغدو من الالتزامات العقدية ويتعين على المصلحة المتعاقدة الوفاء به والإخلال به يثير مسؤوليتها العقدية، و ومن جهة أخرى قد تخطئ المصلحة المتعاقدة في إعداد الصفقة بوجود أخطاء فنية في الرسومات

المقدمة منها، أو في تقدير حجم الأعمال المتعاقد عليها، والأكثر خطورة هو مخالفة الإدارة في فهم المشروع ذاته، أو عدم كفاية تحديد التزامات المتعاقد معها [30].

كما قد يتمثل خطأ الإدارة أيضا في تنفيذ الصفقة في مكان آخر غير المتفق عليه وقد يلحق بالمتعاقد ضرر ينشئ له الحق في التعويض، وفي هذا الصدد انتهت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمصر إلى أن: "**موقع التنفيذ لا يعتبر داخلا في نطاق الخدمة أو العمل، كما أنه لا يعد من وسائل أو طرق التنفيذ ومن ثم فإن سلطة الإدارة في التعديل لا تمتد إليه لخروجه عن النطاق الجائز لها قانونا وبهذه المثابة فإنه يكون من العناصر الأساسية التي يراعيها المتعاقد عند إقباله على التعاقد والتي يضعها في حسبانه وتقديره وإذا كان الأمر على هذا النحو فإن موقع التنفيذ لا يجوز تناوله بالتعديل بعد تمام التعاقد**"، بيد أنه إذا اضطرت الإدارة لتغيير موقع العمل وثبت عدم صلاحية الموقع الجديد ثم عادت إلى الموقع الأصلي، وقامت الإدارة مقابل ذلك بمنح المتعاقد معها مهلة إضافية جديدة بسبب تغير الموقع والعودة إلى الموقع الأصلي وتمنحه المقابل المالي لما تكبده من جراء ذلك، فإنه لا يكون له الحق في المطالبة بالتعويض عن نقل الموقع ثم العودة للموقع الأصلي [31].

وبالتالي فإن المصلحة المتعاقدة تلتزم بتمكين المتعاقد معها من تنفيذ التزامه التعاقدي وذلك عن طريق تسليمه الموقع المتفق عليه في الصفقة، إذ لا يكفي لإعفاء الإدارة من التزامها بتسليم موقع العمل مجرد القيام بذلك، بل يجب أن يكون هذا الموقع خاليا من الموانع التي تحول دون قيام المتعاقد مع الإدارة من البدء في التنفيذ سواء كانت تلك الموانع قانونية أو مادية، ويعين على الإدارة تسليم موقع العمل في الموعد المحدد حتى لا يؤثر على زمن تنفيذها [32].

وعندما يشرع المتعاقد في التنفيذ فإنه يكون هناك ثمة التزام على عاتق الإدارة يتمثل في قيامها بتقديم المواد الضرورية اللازمة لقيام المتعاقد بتنفيذ الصفقة، ففي هذه الحالة يتعين أن تكون هذه المواد مطابقة

لمواصفات العقد، وأن تكون ملائمة لتنفيذ الأداء المطالب به المتعاقد، ويدخل في هذا الالتزام قيام الإدارة بمنح المتعاقد معها التصاريح أو التراخيص اللازمة لتنفيذ الصفقة، ومن ثم فإن امتناعها عن ذلك يشكل في جانبها خطأ عقديا، يثير مسؤوليتها العقدية، كما أن المصلحة المتعاقدة يقع عليها التزام آخر ألا وهو تسليم العمل طبقا لنصوص العقد وبصورة تسمح للمتعاقد أن يؤدي التزاماته العقدية بطريقة سليمة، ففي فرنسا قضى بالمسؤولية العقدية للإدارة، لأنها لم تسلم عمل ملائم للوجهة التي يجب أن يكون عليها، كما تقررت مسؤولية الإدارة في إطار عقد امتياز استغلال موقف السيارات، لأن عدد الأماكن كان أقل من المنصوص عليه في العقد، ورأى المتعاقد أن حقوقه قد تقلصت، وقد يظهر خطأ المصلحة المتعاقدة أثناء تنفيذ الصفقة في عدم تسليم بيانات صحيحة للمتعاقد معها، إلا أن مجرد المعلومات البسيطة لا ترتب مسؤوليتها العقدية، ويتعين على المتعاقد أن يتحرى من المعلومات والبيانات المطلوبة والمتعلقة بتنفيذ الصفقة، ومن ثم فلا تثور مسؤولية الإدارة العقدية إلا بالنسبة للخطأ الجسيم في هذا الخصوص [33].

3- تأخر الإدارة في تنفيذ التزاماتها الفنية.

سبقت الإشارة إلى أن المدة في تنفيذ الصفقة تعتبر شرطا أساسيا وجوهريا وذلك سواء بالنسبة للمصلحة المتعاقدة أو المتعاقد معها، على أساس أن الصفقة العمومية ترتبط ارتباطا وثيقا بسير المرفق العام، بل إن الهدف من إبرامها هو الحفاظ على سير المرفق العام بانتظام واطراد، ومن ثم فإن أي خلل في تنفيذ الصفقة ينعكس بدوره على المرفق الذي أبرم العقد من أجله [34].

وتبعا لذلك فإنه ولئن كان يتعين على المتعاقد مع الإدارة احترام المدد الواردة في العقد وإلا تعرض لجزاءات توقعها المصلحة المتعاقدة مباشرة عليه، ودون حاجة إلى اللجوء للقضاء الإداري، فإنه في مقابل ذلك تلتزم الإدارة هي الأخرى باحترام المدد المحددة للتنفيذ، وعلى ذلك فإن مدة التنفيذ واحترامها في نطاق العقد الإداري إنما يعد الترجمة الفعلية لمبدأ سير المرافق العامة بانتظام واطراد، وذلك بغرض تحقيق خدمة دائمة

ومنتظمة للمنتفعين بخدمات تلك المرافق العامة، وباستقراء أحكام القضاء الإداري يتبين أن الصور التي يأخذها تأخر الإدارة في تنفيذ الصفقة العمومية متنوعة، وكثيرا ما يعبر عنه بتأخير الإدارة أو تراخيها ويستعمل مجلس الدولة الفرنسي تعبيرات مختلفة لتكييفها، فقد ترد بعبارة تأخير أو نقص وأحيانا ترد بعبارة بطء الإدارة في تنفيذها لالتزاماتها العقدية، ولهذا قضى مجلس الدولة الفرنسي بتوافر ركن الخطأ في جانب الإدارة عندما تأخرت في تسليم المقاول الرسومات الخاصة بالمبنى المُعاد بناؤه وفي حالة تأخرها في تسليم الموقع، وكذلك في تأخيرها تسليم تصاريح مواد البناء واللازمة لإنجاز المقاول لالتزاماته العقدية [35].

وفي تحديد إطار مسؤولية المصلحة المتعاقدة في هذا الشأن ذهبت المحكمة الإدارية العليا بمصر إلى أن: "... العقد الإداري يولد في مواجهة الإدارة التزامات عقدية أهمها أن تمكن المتعاقد معها من البدء في العمل فإذا لم تقم بهذا الالتزام وتراخت عنه، فإن هذا يشكل خطأ عقدي في جانبها يخول للمتعاقد معها الحق في طلب فسخ العقد، فضلا عن استحقاقه للتعويض الجابر مما أصابه من أضرار" ويكون تقدير القاضي لتأخر الإدارة في الوفاء بالتزامها تسليم الموقع حسب مقتضيات القضية المعروضة أمامه والمدة المحددة الواجب التنفيذ خلالها من قبل المتعاقد معها [36].

كما أن تراخي المصلحة المتعاقدة في اتخاذ الإجراءات المنصوص عليها في الصفقة في الوقت المناسب ضمانا لحسن سير المرفق العام بانتظام يعد خطأ تتحمل المصلحة المتعاقدة تبعته، أما إذا لم تتضمن نصا يحدد مدة معينة لالتزام معين أو تنفيذه، في هذه الحالة يتدخل القاضي الإداري مقررا مدة مناسبة أو معقولة لتنفيذ الصفقة العمومية [37].

معنى ذلك أن المصلحة المتعاقدة يقع عليها التزام بإعطاء الأمر بالشروع في التنفيذ فعدم إصدارها لهذا الأمر يعد إخلالا بالالتزام التعاقدي وكذلك لو تأخرت في تسليمه موقع العمل أو الأجهزة والمواد وغيرها، فكل تأخير في ذلك والذي يترتب عنه وقف العملية لمدة تتجاوز الحد المعقول يعد إخلالا بالتزامات المصلحة

المتعاقدة التعاقدية، وتستوجب مسؤوليتها أمام المتعاقد بخصوص ما قد يلحق به من أضرار وتطبيق ذات الحكم لو تأخرت في تسليمه الرسومات الهندسية والمخططات البيانية أو رخص الحصول على مواد البناء.

خاتمة

بعد التعرض لدراسة إشكالية الخطأ العقدي في الالتزامات الفنية للصفقة العمومية يتضح لنا بجلاء مدى حجم الضمانات الممنوحة للمتعاقد مع الجهة الإدارية، باعتباره طرف ضعيف في الصفقة العمومية، فالإدارة تمارس السلطات المخولة لها أثناء تنفيذ الصفقة العمومية، إلا أن ذلك لا يعني تمتعها بسلطات مطلقة تؤدي إلى إلحاق أضرار بالمتعامل المتعاقد معها مما يوجب قيام مسؤوليتها العقدية تجاه المضرور.

كما أن الاعتراف بركن الخطأ الموجب لمسؤولية الإدارة يفتح المجال أمام الأفراد لمطالبة الدولة والإدارة العامة بالتعويض عن الأضرار الناجمة من أعمالها، وحتى يتمكن المتعاقد معها من أداء المهام الموكلة إليه على أكمل وجه، وبدون تفريط وهدر لحقوق الأفراد المتعاقد معهم، وذلك لأن النظم القانونية العالمية المختلفة اعتبرت مبدأ مسؤولية الإدارة عن أعمالها أمر ضروري، من أجل حماية حقوق المتعاقدين معها وحرياتهم في مواجهة امتيازات السلطة العامة التي تتمتع بها الإدارة.

ومن خلال دراستنا لمجال الخطأ العقدي في الالتزامات الفنية اللازم لقيام مسؤولية الإدارة يتضح أن الالتزامات ذات الطابع الفني إذا قامت الإدارة بمخالفتها ترتب قيام مسؤوليتها العقدية، فإما أن الإدارة لم تقم بتنفيذ التزاماتها كاملة، وإما أن الإدارة لم تقم بتنفيذ التزاماتها الفنية على نحو سليم، وأخيرا قد تتأخر الإدارة في تنفيذ تلك الالتزامات.

وفي الأخير يمكن القول أن المصلحة المتعاقدة وهي تتمتع بسلطاتها الواسعة أثناء تنفيذ الصفقة العمومية يجب أن تمارسها ضمن الحدود المعقولة حتى يمكن الحفاظ على الحد الأدنى للحقوق ومصالح المتعاقد، وأن يكون تدخلها بالقدر المعقول وإلا انقلبت سلطاتها إلى سلطات تعسفية، مما يؤدي ذلك لقيام مسؤوليتها العقدية تجاهه، وتمكنه من المطالبة بالتعويض.

الهوامش:

(1)- **سامي حسن نجم الحمداني: أثر العقد الإداري بالنسبة إلى الغير**، الطبعة الأولى، المؤسسة الحديثة للكتاب، بيروت، 2012 ص. 6.

(2)- **حمدي حسن الحلفاوي: ركن الخطأ في مسؤولية الإدارة الناشئة عن العقد الإداري**، الطبعة الأولى، دون دار نشر، مصر 2002، ص. 289.

(3)- **عادل بوعمران: النظرية العامة للقرارات والعقود الإدارية**، دار الهدى للطباعة والنشر، الجزائر، 2010، ص. 114.

(4)- حمدي حسن الحلفاوي، مرجع سابق، ص. 290.

(5)- **ماجد راغب الحلو: العقود الإدارية**، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2015، ص. 155.

(6)- نفس المرجع، ص. 158.

([7])- **حمدي ياسين عكاشة: العقود الإدارية**، مطبعة سامي، مصر، 1998، ص. 263.

([8])- **زكريا المصري: العقود الإدارية ما بين الإلزام القانوني والواقع العملي**، الطبعة الأولى، دار الفكر والقانون، مصر، 2014 ص. 64.

([9])- **حسين درويش عبد العال، النظرية العامة في العقود الإدارية**، الطبعة الأولى، مصر، 1983، ص. 103.

(10)- **سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية**، دار الفكر العربي، مصر، 2011، ص. 545.

(11)- نفس المرجع، ص. 545.

([12])- نفس المرجع، ص. 547.

([13])- زكريا المصري، مرجع سابق، ص. 66.

([14])- سليمان محمد الطماوي، مرجع سابق، ص. 547.

([15])- حسين درويش عبد العال، مرجع سابق، ص. 105.

[(16)]- الأمر رقم 75-58، مؤرخ في 26 ديسمبر 1975، يتضمن القانون المدني الجزائري، المعدل و المتمم، ج.ر.ج.ج، ع 78.

[(17)]- ماجد راغب الحلو، مرجع سابق، ص. 158.

[(18)]- حمدي ياسين عكاشة، مرجع سابق، ص. 290.

[(19)]- نفس المرجع، ص. 287.

[(20)]- **محمد ماهر أبو العينين: العقود الإدارية وقوانين المزايدات والمناقصات**، الكتاب الثاني، تنفيذ العقد الإداري، دار أبو المجد للطباعة، مصر، 2003، ص. 58.

[(21)]- حمدي حسن الحلفاوي، مرجع سابق، ص. 292.

[(22)]- المرسوم الرئاسي رقم 15-247، مؤرخ في 16 سبتمبر 2015، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام ج.ر.ج.ج، ع 50، بتاريخ 20 سبتمبر 2015، ص.39.

[(23)]- **إبراهيم الشارف الطاهر تفونة: الصعوبات التي تواجه تنفيذ العقد الإداري (دراسة مقارنة)**، دار المطبوعات الجامعية، مصر 2011، ص. 53.

[24])– حمدي حسن الحلفاوي، مرجع سابق، ص. 293.

[25])– حمدي ياسين عكاشة، مرجع سابق، ص. 287–288.

[26])– **حورية بن أحمد: دور القاضي الإداري في حل المنازعات المتعلقة بالصفقات العمومية**، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير تخصص القانون العام، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، بتلمسان، 2011، ص. 98.

[27])– حمدي حسن الحلفاوي، مرجع سابق، ص. 299.

[28])– **سمير صادق: العقد الإداري في المبادئ الإدارية العليا**، الهيئة المصرية العامة للكتاب، مصر، 1991، ص. 180.

[29])– حمدي حسن الحلفاوي، مرجع سابق، ص. 295.

[30])– نفس المرجع، ص. 297.

[31])– نفس المرجع، ص. 297.

[32])– **عبد العزيز عبد المنعم خليفة: المسؤولية الإدارية في مجال العقود والقرارات الإدارية**، دار الفكر الجامعي، مصر، 2007 ص. 96.

[33])– حمدي حسن الحلفاوي، مرجع سابق، ص. 298–299.

[34])– نفس المرجع، ص. 304.

[35])– نفس المرجع، ص. 305.

[36])– بن أحمد حورية، مرجع سابق، ص. 98.

[37])– حمدي حسن الحلفاوي، مرجع سابق، ص.306.

دور القاضي الإستعجالي في مجال الصفقات العمومية

الطالبة: قاسمي خديجة **د. عرباوي نبيل صالح**

كلية الحقوق والعلوم السياسية

بشار **أستاذ محاضر *أ***

جامعة بشار

ملخص:

يعتبر الاستعجال في مادة الصفقات العمومية إجراء استثنائيا استحدته المشرع في قانون الإجراءات المدنية والإدارية غرضه حماية مقتضيات الشفافية في الصفقة العمومية من خلال حماية قواعد الاشهار والمنافسة التي يفرضها المرسوم الرئاسي 247/15 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية.

فالمشرع اوجد تقنية أكثر فعالية من خلال استحداثه دعوى جديدة لمواجهة المنازعات الناشئة عن خرق تلك المبادئ وجعلها منازعة من منازعات القضاء الاستعجالي قبل او بعد ابرام الصفقة العمومية، ومنح قاضي الاستعجال سلطات واسعة غير مألوفة في المنازعات العادية.

كلمات مفتاحية: منازعات الصفقات العمومية، المنافسة، الاشهار، سلطات قاضي الاستعجال.

Résumé :

Le référé en matière de marches publics est une mesure exceptionnelle introduite par le législateur dans la loi des procédures civiles et administratives pour assurer le plus possible la protection des règles et des principes de la passation des marchés publics telles que les règles de publicité de concurrence et d'égalité édictées par le décret présidentiel 15/247 portant l'organisation des marchés publics.

Les mots clé : le contentieux des marchés publics, concurrence, publicité, prérogatives du juge de référé.

مقدمـــــة:

للصفقات العمومية أهمّية كبيرة في تنفيذ المشاريع العمومية وإنجاز برامج التّنمية فقد أعطى المشرّع هذا النّوع من العقود إطاراً تنظيما يتمثل في المرسوم الرئاسي 247/15 مؤرخ في 02 ذي الحجة عام 1436 الموافق 16 سبتمبر سنة 2015 المتضمّن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام ، وبما أنّ الصفقات العمومية تعتبر الأداة الأساسية لتنفيذ مخطّطات التّنمية على المستوى الوطني أو المحلّي خاصة مع الإقرار بالتّوجه نحوى انفتاح السّوق، فقد *أقر* المشرع سياسة قانونية جديدة قائمة على مبدأ حرية المنافسة بين المتعاملين مع حياد الإدارة في اختيار أحسن المتعاقدين، مع ضرورة توفير الضمانات الكافية الّتي يكون هدفها حسن تنفيذ الأطراف المتعاقدة لالتزاماتهم مع عدم المساس بحقوقهم التعاقدية، كما أنّ الإدارة تقوم في مواجهة المتعاقد بحقوق وسلطات خاصة تختلف عن الحقوق الّتي يقرّرها القانون الخاص، وبالموازاة فقد أعطى المشرّع ضمانات للطرف المتعاقد فأهم ما جاء في المرسوم الرئاسي السّالف الذكر هو تكريس لحق الطعن في قرارات المصلحة المتعاقدة، فنجد أنّ المشرّع قد عمد إلى وضع آليات قانونية لتسوية النّزاعات في مجال الصفقات العمومية كضمانة لحماية الطرف المتعاقد سواء قبل إبرام الصفقة أو أثناء التّنفيذ، ومن هنا تخضع مختلف الصفقات العمومية في مراحل إبرامها أو تنفيذها إلى رقابة القاضي الإداري، أو الاستعجالي حيث يعدّ القضاء الاستعجالي الإداري من أكثر المواضيع الّتي نالت خطوة قانونية فائقة تجلّت في عدد المواد المنظّمة له مقارنة بقانون الإجراءات المدنية الملغى ، وتسلسل أحكامه بدءاً بقاضي الاستعجال وسلطاته ومروراً بالإجراءات المتّبعة أمامه مع العلم أنّ حالات الاستعجال متعدّدة منها الحالات القصوى ومنها العادية أو البسيطة والّتي تندرج تحتها حالات الاستعجال ذات الطّابع المالي وأهمّا الاستعجال في مادّة العقود الإدارية والصفقات العمومية، في حين تعدّ هذه الحالة من المسائل الجديدة الّتي قنّنها المشرع الجزائري لأول مرّة في القانون 09/08 الصادر في 2008/02/25 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، رغم أنّ هذه الخطوة جاءت متأخّرة مقارنة بنظيره الفرنسي الذي كرّس الاستعجال في مجال العقود الإدارية منذ 1992 بمقتضى

القانون 10/92 المؤرخ في 04 يناير 1992 تطبيقا لتعليمة الاتحاد الأوروبي تحت عنوان طعن ورقابة، إلاّ أنّه يعدّ اتجاها محمودا يؤكّد إرادة المشرّع الجزائري في تطوير المنظومة القانونية.

وعليه تتّضح أهمّية موضوع تسوية منازعات الصفقات العمومية في الجانب الاستعجالي، لما له من علاقة وطيدة بالجانب العملي كون أنّ الصفقة العمومية لها صلة مباشرة ووثيقة بالخزينة العمومية، فالصفقة تكلف خزينة الدّولة اعتمادات مالية ضخمة بحكم تعدّد وتنوّع الهيئات الإدارية من جهة (الدّولة، ولاية بلدية، مؤسسة إدارية، هيئة عمومية ...) وبحكم تنوع الصفقات العمومية من جهة أخرى (صفقة أشغال عامّة، خدمات، دراسات).

كما سبق وأن ذكرنا أنّ الصفقة تضطلع بدور أساسي، نظراً لصلتها الوثيقة بالخزينة العمومية، فهذا الغلاف الذي سيموّل مشاريع تنموية ضخمة يحتاج إرفاقه بإجراءات قانونية سريعة تكفل مشروعية الصفقة من جهة، وتضمن حماية المال العام من جهة أخرى، وهو ما يعرف بالتدابير الاستعجالية، وبقدر الأهمية الّتي يمتاز بها الاستعجال في مجال الصفقات العمومية إرتأينا توضيحها من خلال طرح الإشكالية التالية:

ما الدّور الّذي يلعبه القاضي الاستعجالي في مادّة الصفقات العمومية؟

ومن خلال هذه الإشكالية ندرج التساؤلات التالية:

ما هو الإستعجال قبل التعاقد، فهل هو مجردّ تقليد إيمائي لما هو مكرّس في القانون الفرنسي أم أنّه تدبير ينفرد بخصوصية معينة؟

ما هو نطاق إختصاص القاضي الاستعجالي في هذا المجال، هل ينحصر فقط في مرحلة ما قبل الإبرام أم يمتد إلى مرحة التنفيذ؟

ما مدى رقابة القاضي الاستعجالي في هذا المجال فهل هي ضمانة كفيلة لحماية الصفقة أم هي مجرّد حاجز يعرقل سير المرفق العام؟

هل وفق المشرع الجزائري في هذا المجال؟

وللإجابة على هذه التساؤلات ارتأينا تقسيم الموضوع الى مبحثين نتناول في الأول اختصاص القاضي الاستعجالي قبل التعاقد، أما الثاني فنتعرض فيه الى اختصاص القاضي الإستعجالي بعد التّعاقد.

المبحث الأول: اختصاص القاضي الاستعجالي قبل التعاقد.

كأصل عام فإنّ كل القرارات المنفصلة عن الصفقة العمومية والصادرة في إطار إبرام هذه الأخيرة هي محل لدعوى الإلغاء، غير أنّه يمكن رفع دعوى استعجالية بشأن هذه القرارات، إذ سمح القانون الفرنسي بإخطار القاضي الإداري[i] وفي هذا الشّأن أصدر مجلس الدولة الفرنسي قرار بتاريخ 22 جوان 2001 يوقف تنفيذ قرار إستبعاد شركة ""bourbonnaise للأشغال والبناء من إبرام الصفقة، وعلى غرار القانون الفرنسي فإنّ قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري كرّس هذه الإمكانية من خلال الفصل الخامس تحت عنوان "الاستعجال في مادة إبرام العقود والصفقات العمومية[ii] "، حيث نصّت المادة 946 من ذات القانون على ذلك واضعة المبدأ في فقرتها الأولى بقولها "يجوز إخطار المحكمة الإدارية بعريضة وذلك في حالة الإخلال بالتزامات الإشهار أو المنافسة الّتي تخضع لها عمليات إبرام العقود والصفقات"

المطلب الأول: ماهية الاستعجال قبل التعاقد في الصفقة العمومية

قبل الخوض بالدراسة في مجال تعريف الدعوى الاستعجالية في مادّة الصفقات العمومية لابد من الوقوف على تعريف القضاء الاستعجالي بصفة عامّة.

حيث جرت عادة المشرع الجزائري ألا يقحم نفسه في جدل وضع تعريفات دقيقة جامعة مانعة لكثير من المواضيع القانونية، بل يترك هذه المهمة لكل من الفقه والقضاء، ومنها موضوع الحال القضاء الإداري المستعجل، فهو لم يعطي أي تعريف للقضاء الاستعجالي الإداري في قانون الإجراءات المدنية الإدارية[iii]، لأنّ التعارف تبقى من المفروض من إختصاص الفقه والقضاء، وخاصّة أنّ تعريف المشرع للأمور يقيّد القاضي ويجعله حبيس النّص الأمر الذي يعرقل سلطته التقديرية في تحديد الاستعجال وحالاته التي لا يمكن وضعها تحت الحصّر مهما إتّسع التعريف فهذا السّبب وغيره من الأسباب جعلت كل من الفقه والقضاء يبحثان عن وضع تعريفات جامعة مانعة للاستعجال الإداري، ومن نافلة هذه الأسباب يمكن تعريف القضاء الاستعجالي"أنّه إجراء يكون الهدف منه الفصل بأقصى سرعة ممكنة في القضايا المستعجلة وفي الحالة الّتي تثير فيها السّندات والأحكام إشكالات تتعلق بتنفيذها، لكن فقط بطريقة مؤقتة دون المساس بأصل الحق[iv] ".

الفرع الأول: تعريف الاستعجال ما قبل التعاقد في مادة الصفقات العمومية

إنّ المتمعن لهذا المصّطلح القانوني ذو الطّابع المركّب، يجد أنّه جامع لمصطلحين هما القضاء الإستعجالي من جهة، والصفقة العمومية من جهة أخرى، فبدمج المصطلحين يمكن تعريف القضاء الإستعجالي قبل التعاقد في مجال الصفقات العمومية بأنّه: ""إجراء قضائي تحفظي مستعجل خاص ذو

أصل أوروبي، الهدف منه حماية قواعد العلانية والمنافسة بشكل فعّال قبل إتمام الصفقة العمومية، وذلك عن طريق إعطاء القاضي سلطات واسعة وغير مألوفة في الإجراءات القضائية الاستعجالية العامّة"".

فمن خلال هذا التّعريف قد تتّضح لنا مجموعة من الخصائص يتميّز بها الاستعجال قبل التّعاقد التالية:

تقنية قضائية قبل تعاقدية: يتّم تحريك هذه الدعوى في مرحلة الإبرام، لأنها تهدف إلى الحدّ من المخالفات التي تمسّ قواعد العلانية والمنافسة، بحيث لها دور وقائي من جهة، وتحول دون ارتكاب المخالفات للقواعد والإجراءات القانونية الواجب إتباعها من قبل المتعاملين وتساعد على اِكتشافها واِستجّلائها من جهة أخرى.

دعوى استعجالية تخول للقاضي الإداري سلطات هامّة: يتمتّع القاضي الإداري وهو بصدد الفصّل في الدعوى الاستعجالية بسلطات واسعة غير معروفة في النّظام القانوني العام للقضاء الإداري، تتمثل هذه السّلطات في الأمر Injonction والوقف Suspension والإلغاء L'annulation ولكنّه لا يمكن له منح التعويض.

دعوى قضاء مستعجل: يوكل النّظر في هذه الدعوى إلى التّشكيلة الجماعية المنوط بها البتّ في دعوى الموضوع.

يبتّ القاضي الاستعجالي في الموضوع: القاعدة العامّة أنّ القاضي الاستعجالي لا يمسّ بأصل الحق وإنّما يتّخذ التّدابير الاستعجالية الفورية والضّرورية فقط، إلاّ أنّه في هذه الدعوى يفصل فيها بصفة استعجالية موضوعية أي ينظر في جوهر الموضوع[٧].

الفرع الثاني: النّظام القانوني الاستعجالي قبل التعاقد

نتطرّق في هذا الفرع لمجالات تطبيق هذه الدعوى، وكذا الضّمانات القانونية الّتي تتحصّن بها الدعوى الاستعجالية وأسباب تدخّل القاضي الإداري بناءً على الدعوى.

أولا: مجالات تطبيق الدعوى الاستعجالية

إنّ الأحكام الخاصة بهذه الدعوى يمكن أن تثار في مادّة إبرام العقود أو الصفقات العمومية وهذا ما جاء به الفصل الخامس من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

الصفقات العمومية: إنّ القانون الفرنسي السّالف ذكره 92-10 المؤرخ في 1992/01/04 قد منح إمكانية إثارة الدعوى الاستعجالية الموضوعية قبل التّعاقد على عقود التوريد والأشّغال العامّة فقط، وذلك إذا تجاوزت القيمة المحدّدة لتطبيق أحكام العلانية والمنافسة ذات الفضل الأوروبي، لكن بعد ذلك

نصّت المادّة ل 5 من القانون المؤرخ في 1993/01/25 على إمكانية إثارة هذه الدعوى الاستعجالية يشمل مخالفات العلانية والشّفافية المرتكبة عند إبرام كل الصفقات العمومية وبغضّ النّظر عن قيمتها.

أمّا بالنّسبة للقانون الجزائري وفي إطار الجهود الرامية لإضفاء الشّفافية على إبرام الصفقات العمومية، فقد تمّ وضع نصوص تسدّ الفراغ وتعمل على تدعيم الشّفافية، إذ تسّمح للقاضي الاستعجالي التدخّل قصد تأجيل إبرام الصفقات في الحالات التي لم تُحترم فيها الإجراءات المسبقة المتعلقة بإجراءات الإشّهار والمنافسة، وفي ذلك قد رعيت المصلحة العامّة وعدم عرقلة الإدارة في نشاطها وذلك بأن لا يتجاوز هذا التأجيل أكثر من20 يوم.

العقود الإدارية: سبقت الإشارة إلى تعريف العقد الإداري، ومع ذلك يقصد بإبرام العقود الإدارية عقود إمتياز المرافق العامة، إذ يجب أن تكون مستوفية لجميع شروط عقود القانون العام والتي قد تكون محل دعوى استعجالية، وهذا ما نصّت عليه المادة 946 من ق.إ.م.إ بقولها "يجوز إخطار المحكمة الإدارية بعريضة، وذلك في حالة الإخلال بالتزامات الإشهار أو المنافسة التي تخضع لها عمليات إبرام العقود الإدارية والصفقات العمومية"

لكن ما تجدر الإشارة إليه أنّ المشرع لم يحدّد طائفة العقود الخاضعة لنطاق تطبيق الدعوى الاستعجالية قبل التّعاقد.

ثانيا: الأسباب الأساسية والمؤدّية لرفع الدعوى

لمّا كان الهدف الأساسي من هذه الدعوى هو حماية مبادئ العلانية والشفافية والمساواة بين المتعهّدين، وكل خرق لقواعد المنافسة عند إبرام العقود والصفقات العمومية، إلا أنّنا نجد القضاء الفرنسي قد توسّع في مجالات الخرق بغض النّظر عن الإشّهار والمنافسة إلى حالات أخرى نذكر منها[vi]:

القواعد المتعلّقة بالعلانية والمدد: إنّ القواعد المتعلّقة بالعلانية في الشّكليات الجوهرية والإلزامية والّتي يترتّب على الإخلال بها إمكانية إثارة الدعوى الاستعجالية، وبالتالي تعتبر خرقاً لقواعد العلانية حالة عدم تضمين الإعلان لمختلف البيانات الجوهرية والّتي يفرضها القانون إضافة لذلك عدم مراعاة نشر الإعلانات لمختلف البيانات الجوهرية والتي يفرضها القانون، إضافة لذلك عدم مراعاة نشر الإعلانات لدى الجهات الرسمية والمحدّدة بموجب القانون وهي الجرائد اليومية وكذلك إذا تعلّق الأمر بتجاوز المدّة المحدّدة بموجب القانون وهي الجرائد اليومية، وكذلك إذا تعلّق الأمر بتجاوز المدّة المحدّدة بموجب القانون من أجل إستلام العروض.

اختيار إجراء وطريقة إبرام الصفقات العمومية: القاعدة العامّة أنّ الصفقات العمومية تبرم وفق أسلوب المناقصة(طلب العروض)، وبأسلوب التّراضي كطريق إستثنائي وفقا لما يحددّه القانون .

يؤدي استخدام إحدى هاتين الطّريقتين في غير موضعها إلى خرق إلتزامات المنافسة، كأن تَستّخدم الإدارة طريقة التّراضي في غير الحالات المحددّة على سبيل الحصّر وهذا ما نصّت عليه المادّة 49و50 من المرسوم الرئاسي 247/15السّالف الذكر.

المواصفات والخاصيات التقنية: يجب ألا تكون إحدى المواصفات أو الخصوصيات التقنية تنطوي على عنصر تفضيلي لأحد المرشّحين على حساب آخرين، وإستناداً لذلك قرّر مجلس الدّولة الفرنسي أنّ وضع مواصفات (معايير إختيار المتعامل المتعاقد) أكثر تعقيداً من المواصفات المنصوص عليها في القانون من شأنه أن يؤدّي إلى خرق مبدأ المساواة بين المتعهّدين وحصّر المنافسة بين أشّخاص دون الآخرين.

عدم احترام الإدارة للبنود المنصوص عليها في دفتر الشروط: إذ هذا القبيل يشكّل خرقا وتجاوزاً واضحاً بإلتزامات المنافسة بين المتعاملين.

التّماطل في سريان العروض: بحيث يؤدّي إلى تشويه المعطيات الاقتصادية لهذه العروض ممّا يبيّن أنّه خرق لقواعد المنافسة.

قبول الإدارة العروض رغم عدم إحترامها لبعض الأوضاع القانونية: إذا كان تَغاضي الإدارة عن هذه الأوضاع لا يمسّ بإلتزامات المنافسة، فهي لا تُشكّل خرقاً يؤدي لتحريك الدعوى الاستعجالية، أي لا يمكن الطّعن فيها عن طريق هذه الدعوى، بل على المدّعي أن يتّجه نحو الطّرق الأخرى للقضاء.

المطلب الثاني: سلطات القاضي الاستعجالي في مجال الصفقات العمومية

إنّ قانون الإجراءات المدنية والإدارية، قد منح للقاضي الإداري الاستعجالي في مادة إبرام الصفقات العمومية سلطات واسعة ومتعدّدة تمكّنه من رقابة الإدارة العامّة في مرحلة إبرام الصفقة العمومية، بحيث تتجسّد هذه السلطات في حالة ثبوت المخالفة في حق الإدارة.

الفرع الأول: السّلطات التّحفظية للقاضي الاستعجاليLes mesures provisoires

يتمتع القاضي الإداري بمجموعة من السّلطات التّحفّظية الهامّة التي تؤهله للفصل في الدعوى الاستعجالية، نتطرق لها فيما يلي:

يملك القاضي الإداري طبقا للمادة 946 من ق.إ.م.إج ، سلطة الأمر وفرض الغرامة التهديدية، ووقف كل القرارات والإجراءات المتّصلة بعملية الإبرام، ونحاول شرح كل سلطة على حدا.

أولا: سلطة الأمر L'injonction:

هي سلطة تمنح للقاضي الإداري قصد إلزام الإدارة للقيام بعمل معين أو الامتناع عنه، ومن المستقر عليه في فرنسا والجزائر منذ زمن طويل أنّ القاضي الإداري لا يستطيع إلزام الإدارة بأن تقوم أو تمتنع عن أراءها وأن يحل محلها من أجل القيام بعمل يكون من صميم إختصاص الإدارة، إضافة إلى عدم إمكانية توجيه تهديدات مالية، وهذا ما أكّد عليه م.د.ف في حكمة الصادر في29-01-1970والّذي جاء فيه: "...حيث أنّه ليس لمجلس الدّولة أن يوجه أوامر للإدارة "، لكن المشرع الفرنسي تدارك هذا الوضع بعد ذلك ليتدخّل في 08-02-1995 حيث أصدر قانون04-01-1995 الّذي أجاز للقاضي الإداري توجيه أوامر للإدارة ولكن ضمن حدود، فلا يوجه القاضي الأمر للإدارة إلاّ إذا إقترن حكمه بإجراء يجب إتخاذه من جانبها، كأن يأمر الإدارة بإعادة نشر الإعلان إذا كان غير مشروع.[vii]

أمّا بالنّسبة للقاضي الإداري الجزائري لا يستطيع توجيه أوامر للإدارة لحملها على تنفيذ أحكامه، رغم عدم وجود أي نص قانوني يمنعه من ذلك، وهذا ما أكّده م.د.ج في قراره الصّادر في 08-03-1999 والذي جاء فيه: "... حيث أنّه لا يمكن للقاضي الإداري أن يأمر الإدارة ..."[viii]

ولكن بصدور ق.إ.م.إج الّذي جاء بأحكام تؤكّد على إمكانية توجيه القاضي الإداري أوامر للإدارة من خلال المادة 946 منه: "يمكن للمحكمة الإدارية أن تأمر المتسبّب في الإخلال بالإمتثال لإلتزاماته، وتحدّد الأجل الذي يجب أن يتمثل فيه". وبالتالي لا يوجد أي مبرر قانوني للقاضي الإداري بعدم توجيه أوامر للإدارة من أجل الامتثال لإلتزاماتها فيما يخص المنافسة والشّفافية في إبرام العقود الإدارية والصفقات العمومية، كأن يأمرها بنشر الإعلان عن الصفقة في الصحف اليومية أو إعادة نشره مستوفيا لبياناته الإلزامية أو يوجه لها أمر بقبول مرشح محروم أو مستبعد من دخول المناقصة دون وجه حق، ممّا يجعل القاضي الاستعجالي يسلّط الضوء على جوهر الحق ليستنبط منه ما مدى مخالفة الإدارة لإلتزامات الإشهار والمنافسة، بحيث يعد خروجا عن طبيعة القضاء الاستعجالي والمتمثلة في عدم المساس بأصل الحق.

وبالتّالي يعدّ تدعيما لدور القاضي الإداري، فقد جعل له ق.إ.م.إ سلطة توجيه تدابير تنفيذ ضدّ الأشخاص المعنوية العامة إستنادأ للمواد من 978 إلى 988 من هذا القانون.

ثانيا: سلطة الوقفSuspension :

يتّمتع القاضي الإداري في هذه الدعوى بسلطة وقف إبرام الصفقات العمومية ووقف تنفيذ أي قرار يتصل بها، وهي سلطة مهمة وخطيرة في نفس الوقت لأنّها تعمل على شلّ العملية العقدية، أما فيما يتعلق بالشروط الواجب توافرها لتقرير هذا الوقف هو وجود أسباب جدية تبيح له إتّخاذ هذا القرار أمّا فيما يخص صعوبة إصلاح القرار الذي ينتج عن تنفيذ القرار المتصل به، إذ م.د.ف قرّر صراحة عدم إشتراطه ضمن الشروط الضرورية لذلك، لأنّه بتقرير هذا الشرط يؤدي إلى الحدّ من فعالية سلطات القاضي الإداري ويضع عليه قيودا تتعلّق بضرورة وجود الضّرر، وهذا ما نصت عليه المادة 946/ف الأخيرة من ق.إ.م.إ: "ويمكن لها كذلك بمجرد إخطارها أن تأمر بتأجيل إمضاء العقد إلى نهاية الإجراءات ولمدة لا تتجاوز عشرين (20) يوما "، يعني القاضي يقف كل الإجراءات المتعلقة بالصفقة، ويخضع هذا الإجراء للسّلطة التّقديرية الكاملة للقاضي الاستعجالي الّذي يستطيع أن يرفض هذا الوقف لعدم وجود أسباب جدية لدى المدعى .وسبق التّعرّض لهذه السلطة كنظام إجرائي هو قف تنفيذ القرارات خاصة إذا صدر في حق المتعهّد قرار يخل بقواعد المنافسة والإشهار، أمّا في الحالة الّتي لم يصدر أي قرار في حقّه وتبيّن له أن إجراءات الصفقة مخالفة لمبادئ الحرية والإشهار، فالقاضي إذا قبل الطّلب يأمر بالوقف وذلك لتفادي إبرام العقد مع من إختارته الإدارة لأنّه إذا أبرمت الصفقة وشرع في تنفيذها فإنّه قد يصعب فيما بعد تفادي الآثار المترتبة عن ذلك.

الفرع الثاني: سلطة القاضي الإداري في الحكم بالغرامة التّهديدية للإجبار الإدارة على تنفيذ أوامرها:

أولا: تعريف الغرامة التهديدية: Astreint

هي إجراء الهدف منه ضمان تنفيذ الأحكام القضائية، حيث أنّ القاضي يستطيع بناءاً على هذا الإجراء أن يأمر المدين بتنفيذ إلتزامه عينيا خلال مدّة معيّنة، فإذا تأخّر كان ملزما بدفع غرامة تقدّر على أساس مبلغ معيّن عن كلّ فترة زمنية من الإخلال بالالتزام.

كان م.د.ف يرفض الحكم بالغرامة التهديدية على الإدارة في حالة إمتناعها عن تنفيذ أحكامه، وهذا ما جاء في قراره المؤرخ في 27-01-1933"...حيث أنّه إذا كان للقاضي الحق في بيان الحقوق والإلتزامات المتقابلة للأطراف وكذا التّعويض المستحق، فإنه لا يمكن أن يتعدّى ذلك ويتدخل في تسيير المصالح العامة، ويوجه تحت التهديد بعقوبات مالية...."[ix]

أمّا بالنّسبة للقاضي الإداري الجزائري فقد أكّد في العديد من أحكامه عدم جواز الحكم على الإدارة بالغرامة التهديدية وفقا لإجتهاد الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا سابقا ومجلس الدولة حاليا[x].وهذا ما أكد عليه قرار م.د.ج بتاريخ 10-04-2000 والذي جاء فيه: " ...حيث أنّه في الوضع الحالي للتّشريع والإجتهاد القضائي لا يمكن النّطق ضدّ الولاية أو البلدية بغرامة تهديديه "[xi].حيث يستند مجلس الدولة والغرفة الإدارية بالمحكمة العليا في تبرير رفضها للنطق بالغرامة التهديدية على ما يلي:

ثانيا: الغرامة التهديدية غير مبرّرة ضدّ الإدارة.

يجب على العارض رفع دعوى التّعويض في حالة رفض الإدارة تنفيذ الإلتزام القضائي لصالحه.

عدم إستناد الغرامة التهديدية إلى أيّ نصّ قانوني ولا يمكن التصريح بها ضدّ الإدارة.

في الوضع الحالي للتشريع والإجتهاد القضائي، لا يمكن الحكم بالغرامة التهديدية.

إلاّ أنّه بمجرد صدور قانون الإجراءات المدنية والإدارية خول للقاضي الإداري سلطة فرض الغرامة التهديدية في حالة إمتناع الإدارة عن تنفيذ الإلتزام بعمل أو الإمتناع عنه دون مبرر شرعي.

ومن ذلك الغرامة التهديدية وسيلة قانونية أقرّها المشرع الجزائري صراحة في نص المواد 980 الى986 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وقد إستقر الفقه والقضاء في الجزائر على أنها: "مبلغ مالي يوقّعه القاضي الإداري على المدين الممتنع عن تنفيذ الالتزام الواقع على عاتقه بمقتضى سند تنفيذي، بناءاً على طلب الدائن"، فالغرامة التهديدية بهذا المعنى تهديد مالي هدفه الضّغط على الإدارة الممتنعة عن تنفيذ إلتزامها بأداء مبلغ من المال عن كل فترة زمنية عن كل تأخير وهو ما يمكن أن يحمّلها على الإلتزام بمبادئ الإشّهار والعلانية.

وهو ما تؤكده المادة 980 من ق.إ.م.إ على انه "يجوز للجهة القضائية الإدارية المطلوب منها إتّخاذ أمر بالتنفيذ ...أن تأمر بغرامة تهديديه مع تحديد تاريخ سريان مفعولها"

وفي هذا الشّأن نصت المادّة 946 / 4 و5 على ""أنّه يمكن للمحكمة الإدارية أن تأمر المتسبب في الإخلال بالإمتثال لإلتزاماته وتحدّد الأجل الذي يجب أن يمتثل فيه .

ويمكن لها أيضا الحكم بغرامة تهديديه تسري من تاريخ إنقضاء الأجل المحدد ...."""

وما يستنتج من هذه الفقرة أنّ المشرع قد منح القاضي الاستعجالي السلطة التقديرية في فرض الغرامة من عدمه في حال إنقضاء الأجل المحدد دون تنفيذ الإدارة لإلتزامها.

الفرع الثالث: السلطات القطعية للقاضي الاستعجالي (Les mesures définitives)[xii]

تتضمن السلطات القطعية سلطة تأجيل إمضاء الصفقة، وسلطة إبطال بعض الشروط التعاقدية، وسنتعرض لكل سلطة على حدا.

أولا: سلطة تأجيل إمضاء الصفقة:

بمجرّد إخطار المحكمة الإدارية بالدعوى في حالة الإخلال بإلتزامات الإشهار والمنافسة فأنه يمكنها أن تأمر بتأجيل إمضاء العقد، ويقصد بإمضاء العقد في هذا المجال توقيع الإتّفاقية، بين المصلحة المتعاقدة والمتعامل المتعاقد الّذي تمّ إختياره دون إحترام إجراءات المنافسة والإشهار، وبالتّالي فقد خولت المادة 946 للقاضي سلطة تأجيل أو تعليق إمضاء الصفقة إلى غاية إتمام الإجراءات ولمدة لا تتجاوز عشرين (20)يوم[xiii]، ويعدّ هذا التأجيل وسيلة ضغط على الإدارة لتنفذ التزاماتها .

ثانيا: سلطة إبطال بعض الشروط التعاقدية[xiv]

هذه السّلطة من صنع القضاء الإداري الفرنسي، حيث تمكن القاضي الإداري الاستعجالي أن يبطل بعض الشروط التي تسري على العقد الذي سوف يتّم إبرامه، إذا كانت هذه الشروط تنطوي على عنصر تفضلي، إذ السلطات التي يتمتع بها القاضي الإداري الاستعجالي في إتّخاذ الإجراءات القطعية من شأنها أن تعطيه سلطة للبث في الموضوع وهذا يختلف عن سلطات القاضي في نطاق الدعوى الاستعجالية العادية، وأهمّ شروطها أنّ القاضي عندما ينظر في طلبات الأفراد يقوم بإجراء تحقيق أو إنتداب خبرة أو إثبات حالة، يجب عليه أن لا يعيق القرار الإداري، كما يجب أن لا يتطرق إلى موضوع الدعوى الرّئيسية الّتي تظلّ سلمية حتىّ تفصل فيها محكمة الموضوع، والهدف منها إيجاد دعوى فعاّلة يتم بواسطتها فصل في موضوع النّزاع محاط بحالة من الاستعجال ممّا ينتج عنه أنّ هذا القضاء ليس قضاء استعجالي بالمعنى القانوني للمصطلح، وإنما هو أسلوب خاص من القضاء أعدّه المشرع في سبيل معالجة بعض المشاكل التي يمكن أن تطرأ عند تبادل الإيجاب والقبول في معرض إبرام الصفقات العمومية .

إلاّ أنّه أمام كل هذه الإمتيازات المتعدّدة والمتنوّعة الممنوحة للقاضي الإداري بموجب هذه الدعوى فقد ثار نقاش في فرنسا حول تكييف هذه الدعوى، هل تنتمي إلى القضاء الكامل أم قضاء الإلغاء ؟

إستقرّ الرّأي على اعتبارها من قبيل دعاوى القضاء الكامل، لأنّها تجمع بين يدي القاضي الإداري سلطات كاملة، علما أنه في هذه الدعوى لا يحق له أن يبت في طلبات التعويض، لأن ذلك يبقى تماما من إختصاص قضاء القانون العام، حسب تعبير المحكمة الإدارية المدنية "ليل ":

(…le contentieux de l'indemnisation reste entièrement un contentieux de droit commun…..)[xv].

في الحقيقة إنّ هذا الإتّساع في سلطات القاضي الإداري قد دفع بالبعض إلى طرح إشكالية جوهرية، تتمثل فيما إذا كان بمستطاع قاضي الدعوى المستعجلة أن يبت بما لم يطلبه الخصوم، إذا كان يشكل هذا الطلب نتيجة منطقية لما طلبوه ؟

نعم يمكنه ذلك، كأن يطلب مثلا وقف إبرام العقد فيقوم القاضي الإداري بوقف كل القرارات المتّصلة بإبرام هذا الأخير، بإعتباره يشكل نتيجة منطقية لعملية الوقف.

أمّا فيما يخص إجبار السلطة المختصة بإبرام الصفقات العمومية، أن تلتزم بالإجراءات الّتي أمر بها القاضي في مجالي العلانية والمنافسة، فيجب أن تكون مقترنة بإحتمال فرض غرامة تهديديه على الإدارة، وإلاّ فإن إجراء الأمر لن يكون له أي فعالية.

المبحث الثّاني: إختصاص القاضي الاستعجالي بعد التّعاقد

إذا كان إختصاص القضاء الإداري بمنازعات الصفقات العمومية شامل بكل ما يتّعلق بتكوينها أو تنفيذها، فإنّه يمتّد أيضا ليشمل الطّلبات الاستعجالية المتّصلة بمنازعاته، وأيضا كلّ ما يتفرّع عن منازعات العقد، وإختصاص المحكمة الإدارية بالفصّل في الطّلبات المستّعجلة متفرّع من إختصاصها بالّنظر في الموضوع الأصلي، ومادامت مختصّة بالنّظر في الأصل فهي مختصّة بنظر الفرع أي الطّلب الاستعجالي دون أن يحتّج أمامها بأنّ الفصل فيه يمسّ أصل الحق أو موضوع النّزاع، لأنّها وحدها مختصّة بالفصل في هذا الموضوع.

ولابد أن نشير هنا إلى أنّ الطلبات الاستعجالية لا نقصد بها وقف التّنفيذ المرتبط بدعوى الإلغاء[xvi] وإنّما هي طلبات متّصلة بالعقد، إذ يمكن للقاضي الإداري في حالة توافر عنصر الاستعجال وعدم المساس بأصل الحق أن يقضي بإتّخاذ التّدابير التّحفّظية وفي إطار دعوى القضاء الكامل.

المطلب الأوّل: الدعوى الاستعجالية في منازعات الصفقات الخاضعة لولاية القضاء الكامل

إنّ المنازعات المتعلّقة بتنفيذ الصفقة العمومية في جانبها الاستعجالي، نادرة الوقوع نظراً لطبيعتها الوقتية، بإعتبار أنّ المنازعات التي نتجرّ عن تنفيذ العقد أو ما يتّصل بهذا التنفيذ تؤول إلى إختصاص القضاء الكامل، لأنّه المجال الأصلي بشأن المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية وبإعتباره هو المختص في تقدير وتقرير التّعويض الكامل لإصلاح الأضرار المادية أو المعنوية التي أصابت الحقوق الشّخصية المكتسب، وبهذا يكون لقاضي الموضوع النّظر والفصل في هذه الدعوى لما يملك من سلطات واسعة

وكاملة، على غرار القاضي الاستعجالي الّذي له حق النّظر إلاّ فيما تعلّق منها بالأمور الفنية أو التّقنية كإجراء خبرة ... إلخ.

وعلى ما سبق ذكره سنقوم بالتّفصيل والدراسة لهذا من خلال الفروع التالية:

الفرع الأوّل: المنازعات المستّعجلة للصفقات العمومية الخاضعة للقضاء الكامل

تخضع منازعات الصفقات العمومية في شقّها الاستعجالي لولاية القضاء الكامل وذلك وفقاً للاعتبارات التالية:

أكدّنا فيما سبق بأنّ منازعات الصفقات العمومية تنتمي للقضاء الكامل فيختص القضاء الإداري بنظر كافّة ما يكون قد صدر بشأن تلك العقود من قرارات وإجراءات باعتبارها من العناصر المتفرّعة عن المنازعات الأصلية في حدود اختصاصها الكامل طالما لم يسقط الحق بمضيّ المدّة، ويشمل اختصاص القضاء الإداري جميع الظّروف وما يتفرّع عن المنازعة الأصلية من طلبات فرعية وأمور مستّعجلة[xvii] وهذا إعمالا لمبدأ أنّ من يختّص بالأصل ينسحب اختصاصه إلى الفرع، وقد استقر قضاء مجلس الدّولة المصري على هذا الرّأي حيث ذهبت المحكمة الإدارية العليا في هذا الشّأن إلى أنّه " غني هذا البيان أنّ إختصاص جهة القضاء الإداري بالفصل في المنازعات المتعلّقة بالعقود الإدارية إختصاص شامل مطلق لأصل تلك المنازعة وما يتفرّع عنها أنّ الطّلبات المستّعجلة، فما دامت المحكمة مختصّة بنظر الأصل فهي تختص بنظر الفرّع أي الطلّب المستعجل المتفرّع عن العقد الإداري ...."[xviii].

الفرع الثاني: بعض تطبيقات المنازعات المستعجلة للصفقات العمومية الخاضعة للقضاء الكامل.

إن الطّلبات المستّعجلة في منازعات الصفقات العمومية تكّتسي أهمية قصوى بالنّظر إلى خصوصية هذه المنازعات التي يعدّ الوقت عاملاً مؤثّرا فيها، وذلك لإعتبارات عدّة، فعقد الأشغال العامّة مثلا يثير عدّة إشكاليات تستوجب التّدخل لإتّخاذ إجراءات مستّعجلة لا تحتمل التأخير، مثل إثبات الأوضاع المادية التي يخشى زوالها أو التّحقق من قيام القوّة القاهرة التي يمكن أن يتمسّك بها مستقبلاً كسبب يجعل المتعاقد يتحلّل من إلتزاماته أو تقديم طلب إجراء خبرة لإعتماده كأساس للمطالبة بالمطالبة بالتعويض[xix].

ولقد أثبت الواقع العملي في بعض الحالات اللّجوء إلى القضاء المستّعجل في المنازعات المتعلّقة بتنفيذ الصفقات العمومية: كطلب المتعاقد مع الإدارة من القاضي تعيين خبير كإجراء مستّعجل لفحص وإثبات ما قام به من أعمال لصالح الإدارة المتعاقدة قام بتسليمها إليها وذلك عندما ترفض الإدارة صرف

مستحقّاته المالية (المقابل المالي) كلّياً أو جزئياً عن تنفيذه لتلّك الأعمال، والمثال على ذلك إصدار الغرفة الإدارية بمجلس قضاء قسنطينة قرار استعجالي بتاريخ 2001/03/30 بتعيين الخبير(ب، م) لأجل معاينة الأشغال التي أنجزها المدّعي وتقدير قيمتها نقدا وألزم هذا الخبير بالقيام بمهمته خلال 3 أشهر من تاريخ توصله بعلم اليقين[xx].

وهذا ما سيتّم شرّحه في الفرع الثّاني تحت عنوان القرارات الصّادرة بشأن الدعوى الاستعجالية في منازعات الصفقات العمومية الخاضعة لولاية القضاء الكامل.

كما أكّدت المحكمة الإدارية العليا بمصر على إختصاصها بنظر الإذن بالحجز التّحفّظي حماية للحقوق النّاشئة عن العقد تأسيساً على أنه ليس من شّك في هذا الطلب الّذي يعتبر من الإجراءات التّحفّظية العامّة التي تستهدف حماية الحق النّاشئ عن العقد الإداري والّذي يستّنهض ولاية القضاء الكامل للقضاء الإداري بوصفه ينبثق عن رابطة عقدية ويدخل في منطقة العقد[xxi].

وترتيباً لما سبق فإنه يجوز طلب الإذن بالحجّز التّحفّظي في منازعات الصفقات العمومية من رئيس المحكمة الإدارية بإعتبارها الجهة الإدارية المختصّة بالفصل في أصّل الحق، حيث يكون بوسعه أن يأمر بالإجراءات الوقتية والتّحفّظية في مواجهة المتعاقد بناءاً على طلب الإدارة كأن تأمر بتنفيذ بعض الأشغال أو وقف تنفيذها أو إلزام المقاول بتقبُّل المواد اللاّزمة لتنفيذ العقد، كما يمكن للمحكمة بناءاً على طلب الاستعجال أن تحكم للمتعاقد بوقف تنفيذ ما تتّخذه الإدارة ضدّه من إجراءات تعاقدية إذ ترتّب على تنفيذها أضرار يتعذّر تداركها[xxii].

وتخضع إجراءات الحجز التّحفظي في منازعات الصفقات العمومية للأحكام العاّمة المقرّرة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية ومن ذلك للمواد التالية:

المادة 646: "الحجز التحفظي هو وضع أموال المدين المنقولة المادية والعقارية تحت يد القضاء ومنعه من التّصرف فيها، ويقع الحجّز على مسؤولية الدائن""(في هذه الحالة الإدارة).

المادة 647: ""يجوز للدّائن، بدين محقق الوجود، حال الأداء، أن يطلب بعريضة مسببة، مؤرخة وموقّعة منه أو ممّن ينويه، إستصدار أمر بالحجز التّحفظي على منقولات أو عقّارات مدينه، إذا كان حاملاً لسند دين أو كان لديه مسوغات ظاهرة ترجّح وجود الدّين، ويخشى فقدان الضّمان لحقوقه"" .

المادة 648: "يجوز الحجّز التّحفّظي، خلال وجود دعوى أمام قاضي الموضوع بمذكّرة إضافية تضّم إلى أصّل الدعوى للفصل فيهما معا وبحكم واحد، دون مراعاة الأجل المنصوص عليه في المادّة 662 أدناه".

المادة 649: "يتم الحجّز التّحفّظي بموجب أمر على عريضة من رئيس المحكمة التي يوجد بدائرة إختصاصها موطن المدين أو مقرّ الأموال المطلوب حجّزها.

يلزم رئيس المحكمة بالفصل في طلب الحجّز في أجل أقصاه خمسة (5) أيام من تاريخ إيداع العريضة بأمانة الضبط".

ونستنتج مما سبق أن طلب الإذن بالحجّز التّحفظي في منازعات العقود الإدارية ليس طلب وقف متفرّع عن دعوى الإلغاء، ولا يهم في هذا الشّأن أن يصفه صاحب الشأن بأنه وقف تنفيذ، إذ العبرة في وصف الطّلب بحقيقته وجوهره وهدفه حسبما يظهر من أوراق الدعوى على حسب التّكييف القانوني الصّحيح، وبناءاً عليه إنتهت المحكمة إلى نظر طلب وقف التّنفيذ في الحدود والضّوابط المقرّرة في الطلبات المستّعجلة[xxiii].

المطلب الثاني: الدعوى الاستعجالية في منازعات الصفقات الخاضعة لولاية القضاء الكامل

تعتبر دعوى القضاء الكامل تلك الدعوى الّتي يحرّكها أصحاب الشّأن والمصلحة من الأشّخاص إلى جهة القضاء المختص للمطالبة بالتعويض عمّا أصابهم من أضرار، أو للمطالبة بحقوق عقدية في مواجهة السّلطات الإدارية المتعاقدة، ويكون للقاضي المختص بالنّظر والفصل في هذه الدّعوى سلطات ووظائف واسعة وكاملة، بحيث يملك سلطة الحكم بإصلاح الحال والتّعويض للمضرور عمّا أصابه من ضرر جرّاء الأعمال الإدارية الضّارة، ومن أهم دعاوى القضاء الكامل دعاوى العقود الإدارية .

كما أنّ الأستّاذ "مفتاح خليفة عبد الحميد" أبدى رأيه بخصوص هذا الموضوع فقال ""ولاية القضاء الكامل في مجال العقود الإدارية واختصاصه في هذا الشّأن مطلق وشامل لأصل تلك المنازعة وما يتفرّع عنها، حيث ينعقد الاختصاص للقضاء الكامل متى توافرت في تلك المنازعة حقيقة العقد الإداري، أو كانت متفرّعة عنه[xxiv]، ومنح هذا الإختصاص للقاضي يستّتبعه لزوماً اختصاصه بالفصل فيما ينبثق عن هذه المنازعات التي تنشأ أثناء التّنفيذ، من أمور مستّعجلة ما دام القانون لم يسّلبه ولاية الفصل فيها.

إلاّ أنّ إختصاص القاضي الاستعجالي في منازعات الصفقات الخاضعة لولاية القضاء الكامل يستلزم توافر مجموعة من الشروط، وهي نفسها الشّروط الواجب توافرها في الاستعجال الإداري، إلاّ أنّنا إرتأينا عرضها أو معالجتها في شكل تطبيقات وهذا ما سنبيّنه في الفرع الأول من هذا المطلب، لنخصص الفرع الثّاني للقرارات الصادرة بشأن الدعوى الاستعجالية في منازعات الصفقات العمومية الخاضعة لولاية القضاء الكامل.

الفرع الأوّل: شروط قبول الدعوى الاستعجالية في منازعات الصفقات العمومية الخاضعة لولاية القضاء الكامل.

يتعيّن لقبول الطّلب المستّعجل في منازعات تنفيذ الصفقات العمومية، وكذا لتأكيد جدارته، توافر مجموعة من الشّروط ليُنظر فيه بولاية القضاء الكامل، وفي هذا الشّأن إرتأينا عرض هذه الشّروط في شكل تطبيقات لنتفادى بذلك تكرار الشّروط العامّة للاستعجال، وذلك عندما نتطرّق لشروط الاستعجال قبل التّعاقد وكذا نظام وقف التّنفيذ كإجراء أساسي في الاستعجالي قبل التّعاقد.

أولاً فيما يخص تطبيقات توافر شرط الاستعجال: المقصود بالاستعجال هو الخطر المحّدق بالحق المطلوب رفعة بإجراء وقتي، ويتحقّق ركنا لاستعجال إذا إستبان لقاضي الأمور المستّعجلة أنّ الإجراء الوقتي المطلوب منه هو إتّخاذ محافظة على الحق الذي يخشى زواله ولا يتحمّل الإنتظار حتى يُعرض أصل النّزاع على قضاء الموضوع[xxv].

وفي مفهوم المحكمة العليا (الغرفة الإدارية) فإنه لا وجود لحالة الاستعجال إذا كانت المدّة الفاصلة بين الوقائع وتاريخ رفع الدعوى طويلة وهذا ما قرّرته في إستئناف إداري مؤرخ في 16 ماي 1981 لقضية مؤسسة (أ،ع، ب) ضد الوالي ووزير الداخلية حيث أنّ الشّركة الطّاعنة لم تلجأ إلى القضاء الاستعجالي لتعيين خبير من أجل معاينة حالة الأشغال التي أنجزتها لصالح ولاية ... وتقييمها إلاّ بعد مرور شهرين من فسخ الصفقة معها من قبل الإدارة وإسنادها إلى مقاول آخر وذلك أنّ الوقائع المادية المراد معاينتها وتقييمها تكون قد تغيّرت بفعل الأشغال التي إنطلقت فيها خلال شهرين كاملين[xxvi].

ولقد جاء في المادّة 924 /1 من قانون إ.م.إ أنه "عندما لا يتوافر الاستعجال في الطلب أو يكون غير مؤسّس يرفض قاضي الاستعجال هذا الطلب بأمر مسبب...".

إنّ عنصر الاستعجال شرط أساسي لقبول دعوى الاستعجال، ويعتبر من النّظام العام أي لا يصوغ لطرفي الخصومة الإتفاق على وجود حالة استعجال من عدمها[xxvii].

ثانيا: فيما يخص تطبيقات شرط توافر أسباب جدّية:

لقد عرّف مجلس الدّولة الفرنسي توافر أسباب جدّية كشرط لقبول الدعوى الاستعجالية بأنّها "...تلك الّتي تعطي من أوّل وهلة أكبر فرصة ممكنة لكسب الدعوى..."[xxviii]،وإعتبر قانون الإجراءات المدنية والإدارية شرط الأسباب الجدّية شرط الفوق العادة فهو عنصر حاضر ولو أنّه لم ينّص عليه بخصوص رفع دعوى استعجالية أمام القاضي الإداري بولاية القضاء الكامل لكنه فعل ذلك في نص المادة

919 منه بشأن رفع دعوى استعجالية أمام قضاء الإلغاء وعليه فإنّه أبقى على تقدير جدّية الأسباب التي أنبنى عليها الطلب المستّعجل للقاضي وذلك بالقدر الّذي يسّمح له بتكوين عقيدته فيه[xxix].

ثالثا: فيما يخص شرط عدم المساس بأصل الحق:

ألزم قانون الإجراءات المدنية والإدارية قاضي الاستعجال بأن لا يمسّ بأصل الحق وذلك بمقتضى المادة 918 منه، إلاّ أنّنا لا نجد في الفقه القانوني الجزائري من يعرّف أصل الحق ولكنّه يعتمد على غير ذلك في قرار شهير صادر عن المحكمة العليا مؤرخ في 1985/11/18 والّذي ينص في منطوقه على ما يلي: " إن المقصود بأصل الحق الذي يمتنع قاضي الأمور المستّعجلة عن المساس به هو السّبب القانوني والّذي يحدّد الحقوق والإلتزامات كل من الطرفين قبل الآخر، فلا يجوز أن يتناول هذه الحقوق والإلتزامات بالتّفسير والتّأويل الّذي من شأنه المساس بموضوع النزاع القانوني بينهما ...بل يتعيّن عليه أن يترك جوهر النّزاع سليماً ليفصل فيه قاضي الموضوع المختّص دون غيره".[xxx]

ولقد سمحت الفرصة (للمحكمة العليا الغرفة الإدارية سابقا) لتكرس بصرامة إرادة قانون الإجراءات المدنية والإدارية المتعلّقة بعدم المساس بأصل الحق حيث إعتبر أنّ المطالبة بالدّيون النّاتجة عن تنفيذ الأشّغال المنجزة في إطار صفقة عمومية تتعلّق بأصل الحق ومن ثمّة تخرج عن إختصاص القاضي الاستعجالي[xxxi].

ولقد أكّد القضاء المغربي في العديد من المناسبات على إعتبار النزاعات المتعلّقة بالعقود الإدارية والصفقات العمومية لا يختص بالنّظر فيها قاضي المستّعجلات الإداري إذا كان البتّ فيها يمسّ بالجوهر وذلك تطبيقا للمواد 7 و19 من القانون رقم 41-90 المحدث بموجبه المحاكم الإدارية.[xxxii]

رغم ذلك فإن القاضي يمكنه أن يطلّع على مستندات وأوراق الخصوم المتعلّقة بأصل الحق وهو يفصل في ذلك ليحسم النّزاع لكن ليتوصّل إلى معرفة أي من الطرفين أجدر بالحماية القضائية وإتّخاذ الإجراء الوقتي.

الفرع الثّاني: القرارات الصادرة بشأن الدعوى الاستعجالية في منازعات الصفقات العمومية الخاضعة لولاية القضاء الكامل.

قبل التطرّق لنماذّج قرارات قضائية صادرة في هذا الشّأن، لابد أن نعرّج على إجراء الخبرة كونه الأكثر شيوعاً في الواقع العملي، فنجد في الغالب أنّ معظم القرارات القضائية الصّادرة بخصوص منازعات تنفيذ الصفقات العمومية هي قرارات صادرة بصدد إجراء الخبرة، تعدّ الخبرة القضائية أحد طرق

الإثبات حيث يحتاجها العمل القضائي، كلّما صادف النّزاع المطروح مسألة تتطلّب عليها معلومات فنّية بعيدة عن المجال الأصل لثقافة القاضي، حيث أجاز هذا القانون لهذا الأخير تكليف أشّخاص فنّيين مختصّين للقيام بها.[xxxiii]

والجدير بالإشارة هو أنّ الخبرة في مجال قضاء الشّرعية تكاد تنعدم عكس ما هو عليه الأمر في القضاء الكامل، والواقع العملي يثير بعض الخصوصية لها [xxxiv]، ولقد جعل ق.إ.م.إ، إجراء الخبرة إختياري سواء أمر بها القاضي من تلقاء نفسه أو بطلب من الخصوم بغية تعيين خبير أو عدّة خبراء من نفس التّخصّص أو من تخصّصات مختلفة، أمّا في الأمور المستعجلة فإنّ القاضي يأمر في الغالب تعيين خبير بناءاً على طلب أحد الأطراف كطلب أصّلي وليس فرّعي .

ولقد أصدرت الغرفة الإدارية بمجلس قضاء قسنطينة قراراً تمهيدياً بتاريخ 2002/03/30 في قضية (ب.أ) ضدّ مدير جامعة متنوري بتعيين السيّد (ب.م.ش) خبيراً أُسندت له مهمّة الإنتقال إلى الأشغال ومعاينتها مادّياً وتحديد الأشغال الّتي أُنجزت من قِبل المدّعي (مقاول) حسب طلبات الخدمة وتقدير قيمتها نقداً.[xxxv]

وإذا تبيّن للقاضي أنّ النّتائج الّتي بنى عليها الخبير تقريره غير كافية، له أن يتّخذ جميع الإجراءات اللاّزمة كما له أن يأمر باستكمال التّحقيق، أو بحضور الخبير أمامه ليتلقّى منه الإيضاحات والمعلومات الضّرورية.[xxxvi]

وهذا ما قضى به فعلاً مجلس الدّولة في قراره المؤرّخ في 1999/12/20 قضية رئيس المندوبية التنفيذية بعين التّين ولاية ضدّ بن "حركو محمد الطّاهر" والّذي جاء فيه """إنّ الخبير إرتكب أخطاء في مراجعة المبالغ ...كما إعتمد على نسب مئوية لتوزيع المبلغ ...نجدها فاقت نسبة مئة بالمئة كلّ ذلك يشكّل خرقاً للقانون وخلافاً للمعطيات المقدّمة للخبير وكذا نصوص الصفقة ...

قبل الفصل ،تعيين ...الخبير في الحسابات للقيام بالمهمّة التّالية:

إستدعاء الطّرفين، والإطّلاع على الوقائع وتحديد مبلغ مراجعة الأسّعار، وللخبير مهلة ثلاثة أشهر لوضع تقريره لدى كتابة ضبط مجلس الدّولة".

خاتمة

مما سبق ذكره يتضح لنا أنّ المشرع الجزائري كرّس تقنية القضاء الاستعجالي قبل التعاقد، إلاّ حفاظا على الحقوق من الإندثار فنظمّه بمقتضى المادّتين 946و947 وكان للأولى بالغ الأثر في تنفيذ أحكام المرسوم الرئاسي247/15 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وخاصة المادّة الثالثة منه.

وهكذا إتّضح لنا مجال تطبيق الدعوى الاستعجالية في الصفقة العمومية، والذي جاء من أجل تحقيقا لشفافية ومساواة أكثر عند إبرامها، والّذي أكّدنا أنّه يكون في الحالات الّتي لم يُحترم فيها الإجراءات المسبقة المتعلّقة بإجراءات الإشهار والمنافسة مراعاة لتكافؤ الفرص وحصول الإدارة على أكبر عدد ممكن من المتعهدين حماية للمصلحة العامة وحفاظ على الخزينة العمومية، أمّا فيما يخص إختصاص القاضي الاستعجالي بعد التّعاقد يتمثّل في طلبات متصلة بالعقد، ويتحقق إختصاص القاضي الاستعجالي في حالة توفر مجموعة من الشروط كعنصر الاستعجال، وعدم المساس بأصل الحق إذ يقضي بإتّخاذ تدابير تحفظية، بحيث خلصنا إلى أنّ المنازعات الإدارية المتعلّقة بصفقة العمومية تكون أثناء الإبرام خاضعة لولاية قضاء الإلغاء هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن المنازعات المتعلقة بالتنفيذ تخضع لولاية القضاء الكامل .وهذا تحت عنوان القضاء الاستعجالي .

الهـــــــــــوامش:

[i] Bergeal(Catherine), Lenica(Frédéric): contentieux de marchés public, imprimerie nationale, édition paris, 2004, p42.

[ii] راجع في هذا الشأن المواد من 917 إلى 948 من ق إ.م.إ 09/08 المؤرخ في 25 فبراير 2008، ج.ر، العدد21 سنة 2008

[iii] Mérignhac, ordonnances sur requête et des référés, 2ème partie, les référés, Toulouse, soubiron éditeur, 1924, p7

. (منقول عن لحسن آث ملويا: المنتقى في الإستعجال، دار هومة، الجزائر، سنة2007، ص 12.

[iv] مختار مهند نوح: الإيجاب والقبول في العقد الإداري، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، سنة2005، ص846

[v] مهند مختار نوح، المرجع السابق، ص847.

[vi] مهند مختار نوح: مرجع سابق، ص869.

[vii] مهند مختار نوح: مرجع سابق، ص874 .

[viii] قرار م. د. ج الصادر بتاريخ 1999/03/08 في قضية بورطل رشيد والي ولاية ميلة ومن معه، نقلا عن الحسين بن شيخ آث ملويا، المنتقى في قضاء الاستعجال الإداري، مرجع سابق، ص 268.

[ix] سعيد سليماني: دور القاضي الإداري في معالجة منازعات عقود الإدارة، مجلة كلية الحقوق، العدد الرابع، جامعة تلمسان الجزائر، سنة 2007، ص228.

[x]لحسين بن شيخ آث ملويا: دروس في المنازعات الإدارية –وسائل المشروعية–، ط2، دار هومة، الجزائر2006، ص222.

[xi]سعيد سليماني: المرجع السابق، ص 229 .

[xii]-Patricia Grelier Bessmann: le mémento des marchés publics des travaux, éditions eurolles ,parais , ,2002 p133

[xiii]Article L 551-4: "le contrat ne peut être signé à compter de la saisie du tribunal administratif et jusqu'a la notification au pouvoir adjudicateur de la discision juridictionnelle"

[xiv]Patricia Grelier Bessmann: le mémento des marchés publics des travaux, op. cit,p133

[xv]حسين فريجة، الاستعجال الإداري في أحكام القضاءالاداري الجزائري، مجلة المدرسة الوطنية للإدارة، العدد 26، الجزائر، 2003، ص 26 .

[xvi]مصطفى أبو زيد فهمي: قضاء الإلغاء (شروط القبول –أوجه الإلغاء)، (د. ط)، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، سنة2001، ص25.

[xvii]سهام عبدلي: دعوى القضاء الكامل، مذكرة لنيل الماجستير في القانون العام فرع الإدارة العامّة، جامعة أمّ البواقي2008–2009،ص25

[xviii]قرار المحكمة الإدارية العليا طعن رقم 605 لسنة 23 ق جلسة 1980/01/26 نقلا عن: عبد المنعم عبد العزيز خليفة، العقود الإدارية وتسوية المنازعات قضاء وتحكيما، ص 316.

[xix]Droit-marco. blogspot.com15 :تمت زيارة هذا الموقع يوم 2014/04/25 على الساعة 20

[xx]قرار إستعجالي صادر عن مجلس قضاء قسنطينة (الغرفة الإدارية رقم 01/258 المؤرخ في 2002/03/30 بين (ب.أ) ومدير جامعة قسنطينة غير منشور.

[xxi]جمال عباس عثمان: النظرية العامة وتطبيقاتها في مجال إلغاء العقود الإدارية المكتب العربي، الإسكندرية، 2006، 3 ص 277.

[xxii]عبد المنعم عبد العزيز خليفة: تنفيذ العقود الإدارية وتسوية منازعاتها قضاء وتحكيما، المرجع السابق، ص: 317 و318.

[xxiii]عبد المنعم خليفة عبد العزيز: المرجع السابق، ص317و318.

[xxiv]خليفة عبد الحميد مفتاح: المعيار المميّز للعقد الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، سنة 2007، ص249 .

[xxv]حسين طاهري: قضاء الإستعجال فقها وقضاء مدعما بالاجتهاد القضائي المقارن دار الخلدونية، 2005، ص: 7 و8.

[xxvi]قرار المحكمة العليا (الغرفة الإدارية)إستئناف إداري رقم 237/23 صادر بتاريخ 16 ماي 1981، قضية مؤسسة (أ. ع. ب) ضدّ الوالي ووزير الداخلية نقلا عن شيهوب مسعود، المبادئ العامّة للمنازعات الإدارية، هيئات وإجراءات، ج1، ديوان المطبوعات الجامعية، 2009، ص138.

[xxvii]طاهري حسين: المرجع السابق، ص42.

[xxviii]راجع في هذا الشّأن المادة 918 من ق.إ . م. إ. ج.

[xxix]عبد المنعم خليفة عبد العزيز: مرجع سابق، ص 138.

[xxx]قرار المحكمة العليا رقم 35444 المؤرخ في 1985/12/18 المجلة القضائية للمحكمة العليا لسنة 1990 عدد 1، ص 46.

[xxxi]بلعابد عبد الغني: الدعوى الاستعجالية الإدارية وتطبيقاتها في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، فرع المؤسسات السياسية والإدارية، جامعة متنوري قسنطينة، 2007، 2008، ص21.

[xxxii]رشيدة المساوي: نزاعات الصفقات العمومية بعد إبرام العقد، مقال منشور على الموقع الإلكتروني: http: // messaoui jeeran. com.

[xxxiii]نعيمة تراعى، نصر الدّين هنوني، تقديم رشيد خلوفي: الخبرة القضائية في مادّة المنازعات الإدارية، ط، دار هومة، سنة2009، ص10.

[xxxiv]Pastorel(Jean-Paul): L'expertise Dans le Contentieux Administratif, éd LGDJ, 1994, p5, 29.

[xxxv]قرار تمهيدي صادر عن الغرفة الإدارية بمجلس قضاء قسنطينة رقم 05/579 بتاريخ 2002/03/30 بتعيين خبير وإسناد المهام له قضية (ب،أ) ضدّ جامعة متنوري (غير منشور تمّ الإطّلاع عليه فقط).

[xxxvi]راجع المادّة 141 من ق. إ. م. إ أحالت إليها المادّة 858 منه.

النقود الالكترونية كألية للوفاء الالكتروني

أ.حشيفة مجدوب

أستاذ مساعد قسم * أ*

معهد الحقوق والعلوم السياسية

المركز الجامعي صالحي أحمد–النعامة

ملخص

إن ظهور التجارة الالكترونية وانتشارها أفرز طرقا جديدة للوفاء بالالتزامات الناشئة عن تلك العمليات التجارية فظهرت وسائل الدفع الالكترونية التي تمثل حجر الزاوية لنجاح وتطور هذا النوع من التجارة ،ومن بين هذه الوسائل النقود الالكترونية والتي لا تعتبر امتدادا للنقود التقليدية بل هي وسيلة مستحدثة للوفاء بالالتزامات ليس في نطاق التجارة الالكترونية فحسب بل حتى في نطاق التعاملات النقدية ،وعليه نتناول في هذا المقام المقصود بالنقود الالكترونية وطبيعتها القانونية .

الكلمات المفتاحية : الوفاء الالكتروني / النقود الالكترونية

Résumé.

L’apparition du commerce électronique et son développement a engendré de nouvelles stratégies et des procédés permettant de garantir la fidélité aux engagements qui découlent de ce type d’opérations commerciales. Pour développer encore ce commerce, un ensemble de moyens de paiement électronique sont apparus et représentent la pierre angulaire de ce commerce dont la monnaie électronique qui ne constitue pas une extension de la monnaie traditionnelle mais une forme nouvelle de fidélité dans le cadre du commerce électronique mais aussi

au niveau des échanges monétaires. Nous allons dans ce sens traiter principalement de la signification de la monnaie électronique

Mots-clés : La fidélité électronique/ La monnaie électronique .

مقدمة.

لقد مرت البشرية بتطورات كثيرة ومتنوعة في مجال التبادل بين الأفراد حيث كان التعامل في البداية يتم بينهم عن طريق المقايضة ، ونتيجة لعيوب هذا النظام ظهرت النقود التقليدية وأصبح الأفراد يتداول النقود الصادرة عن البنوك المركزية ،إلا أن الإقبال الواسع على الدخول إلى عالم المعلوماتية وما أفرزه من بزوغ لوسائل الدفع الالكترونية التي تحتم التعامل بها لمجابهة مقتضيات التجارة الالكترونية ، ومن بين هذه الوسائل النقود الالكترونية التي تعتبر الوسيلة الوحيدة التي نشأت خصيصا لتسوية معاملات التجارة الالكترونية عبر الانترنت والتي يتم فيها نقل النقود من شخص إلى شخص أخر دون المناولة اليدوية ، إذ تعد من أبرز مظاهر التطور الحاصل في مجال الوفاء ،والتي لاقت رواجا كبير لدى الأفراد والمؤسسات المالية لتسوية المعاملات التجارية نظرا لمزاياها المتعددة وعلى الرغم من إيجابيات التعامل بالنقود الالكترونية إلا أن ذلك لم يواكبه تنظيم قانوني يناسبها مما خلف العديد من الإشكاليات القانونية التي تثار عند استخدامها ، ومن هذا المنطلق يطرح الإشكال الأتي : ما المراد بالنقود الالكترونية باعتبارها أسلوب وفاء مستحدث؟

وللخوض في هذا الموضوع تم تقسيمه إلى مبحثين ،المبحث الأول تضمن مفهوم النقود الالكترونية والمبحث الثاني تمحور حول الطبيعة القانونية للنقود الالكترونية .

المبحث الأول :مفهوم النقود الالكترونية .

يطلق على النقود الالكترونية مسميات عدة فمن الفقهاء من سماها بالوحدات الالكترونية ومنهم من عبر عنها بالمال الافتراضي وآخرون سموها بالنقود الرمزية، وإن كانت جميع تلك المسميات تنصب في معنى واحد إلا أن الاختلاف كان واضحا بين الفقهاء عند تعريفهم للنقود، هذه الآلية التي تتميز بمجموعة من الخصائص تميزها عن نظيراتها في مجال الدفع الالكتروني ، كما أن التعامل بها يقتضي وجود ثلاثة أطراف (مصدر، مستهلك ، تاجر) ، بالإضافة إلى أن البيئة التجارية ذات النمط الالكتروني أوجدت عدة أنوع لها.

وللبحث في مفهوم النقود الالكترونية فإننا نقسم هذا المبحث إلى مطلبين المطلب الأول: نخصصه لدراسة تعريف النقود الالكترونية وخصائصها ، والمطلب الثاني نتناول فيه: أنواع النقود الالكترونية والأطراف المتعاملة بها.

المطلب الأول: تعريف النقود الالكترونية وخصائصها.

النقود تغيرت من نمطها التقليدي المعروف باعتبارها أداة ورقية أو معدنية ذات مقياس ومن حقيقة ملموسة ذات قيمة رسمية صادرة عن الدولة إلى شكل إلكتروني جديد ، هذا الشكل الجديد لابد من تعريفه في الفرع الأول وذكر أهم خصائصه في الفرع الثاني .

الفرع الأول :تعريف النقود الالكترونية .

سنحاول في هذا الفرع التطرق إلى تعريف النقود الالكترونية من الناحية التشريعية وكذا من الناحية الفقهية.

أولا: تعريف النقود الالكترونية في الاصطلاح التشريعي.

إن مختلف التشريعات الناظمة لقواعد التجارة الالكترونية لم تعرف النقود الالكترونية تاركة هذا الأمر للفقه ، إلا أن المفوضية الأوربية عرفتها في سنة 1998 بأنها " قيمة نقدية مخزنة بطريقة الكترونية على وسيلة الكترونية لبطاقة أو ذاكرة كمبيوتر مقبولة كوسيلة دفع من قبل متعهدين غير المؤسسة التي أصدرتها ،ويتم وضعها في متناول المستخدمين لاستعمالها كبديل عن العملات النقدية الورقية أو المعدنية وذلك بهدف إحداث تحويلات الكترونية لمدفوعات ذات قيمة محددة " **(1)**

كما عرفها القرار الأوربي رقم 2000/46 الصادر في 18 ديسمبر 2000 بأنها " قيمة نقدية مخلوقة من المصدر مخزنة على وسيط الكتروني ، وتمثل إيداعا ماليا ، تكون مقبولة كوسيلة دفع من قبل الشركات المالية غير الشركات المصدرة "

كما عرفها البنك المركزي الأوربي على أنها " مخزون الكتروني لقيمة نقدية على وسيلة تقنية يستخدم بصورة شائعة للقيام بمدفوعات لمتعهدين غير من أصدرها دون الحاجة إلى وجود حساب بنكي عند إجراء الصفقة وتستخدم كأداة محمولة مدفوعة مسبقا "**(2)**

يرى الكثير من الفقهاء أن تعريف البنك المركزي الأوربي للنقود الالكترونية هو الأقرب للصواب لأنه استهل تعريفه للنقود الالكترونية بأنها قيمة نقدية وبالتالي يستبعد بطاقة الاتصال الهاتفي من هذا النوع من النقود عكس تعريف المفوضية الأوربية وكذا التوجيه الأوربي الذي يؤخذ عليهما انه ينقصهما الدقة في تعريفهما للنقود. **(3)**

ثانيا: تعريف النقود الالكترونية من الناحية الفقهية.

اختلف الفقهاء في تعريف النقود الالكترونية إلى اتجاهين اتجاه موسع واتجاه مضيق .

1/ الاتجاه الموسع .

ذهب أنصار هذا الاتجاه عند تعريفهم للنقود الالكترونية على أنها تشمل كل أنظمة الدفع الالكترونية إذ يعرفها بعض القائلين بهذا الاتجاه على أنها " تلك النقود يتم تداولها عبر الوسائل الالكترونية " ويعرفها جانب أخر منهم على " أنها النقود التي تستخدم في تسوية المشتريات التي تتم من خلال شبكة الانترنت " ويعطي جانب أخر منهم تعريفا أخر لهذا النوع من النقود على أنها " وسيلة من وسائل الدفع الإلكتروني التي تتم عبر وسيط الكتروني "**(4)**

إلا أن ما يعاب على هذه التعريفات أنها وسعت من مفهوم النقود الالكترونية لأنها تضمنت مفهوم وسائل الدفع الالكتروني وليس النقود الالكترونية فقط.

2/ الاتجاه المضيق .

حاول بعض الفقهاء تعريف النقود الالكترونية تعريفا لا يشمل أو لا يحوي عناصر تشمل وسائل الدفع الأخرى ، فعرفها البعض على أنها " قيمة نقدية مخزنة على وسيلة إلكترونية مدفوعة مسبقا وغير مرتبطة بحساب بنكي وتحظى بقبول واسع من غير من قام بإصدارها وتستعمل كأداة دفع لتحقيق أغراض مختلفة " وذهب رأي أخر من أنصار هذا الاتجاه وعرف النقود الإلكترونية بأنها " أرقام عشوائية مفردة متصلة بعملة معينة تصدر وتخزن في صورة نبضات كهرومنغناطسية في ذاكرة الحاسب الآلي للمستهلك القائم بالدفع إلى جهاز الحاسب الآلي للتاجر المتلقي " **(5)**

ما يلاحظ على هذا الاتجاه أنه حاول تعريف النقود الالكترونية بالنظر إلى خصائصها الفنية.

– مما سبق يمكن تعريف النقود الالكترونية بأنها عملة نقدية تتمثل في وحدات إلكترونية ذات قيمة مالية تحفظ وتتداول إلكترونيا وتتمتع بقوة إبرائية مصدرها اتفاق المتعاملين بها .

الفرع الثاني: خصائص النقود الالكترونية.

من التعاريف السابقة يمكن استنباط أهم خصائص النقود الالكترونية وهي:

1/ النقود الالكترونية لها قيمة نقدية .

أي أنها تحتوي على وحدات نقدية لها قيمة مالية تمكن حاملها من شراء السلع والخدمات فهي تتمتع بقوة إبراء في التعاملات مثلها مثل النقود التقليدية كما أن هذه الخاصية تميزها عن بطاقات الاتصال الهاتفي التي لا تعتبر من قبيل النقد الالكتروني حيث أن القيمة المخزنة عليها عبارة عن وحدات اتصال هاتفي وليست قيمة نقدية قادرة على شراء السلع والخدمات. **(6)**

2/ النقود الالكترونية مخزنة على وسيلة الكترونية .

إن هذه الخاصية تعتبر من أهم خصائص النقود الالكترونية لأنها تتميز بها على النقود القانونية التي تعد عبارة عن وحدات مسكوكة ومطبوعة ، أما النقود الالكترونية فهي عبارة عن بيانات مشفرة يتم وضعها على وسائل إلكترونية في شكل بطاقات بلاستكية أو على ذاكرة الكمبيوتر. **(7)**

3/ النقود الالكترونية غير مرتبطة بحساب بنكي .

هذه الخاصية تتميز بها النقود الالكترونية على وسائل الدفع الأخرى ،حيث أن بطاقات الدفع مرتبطة بحسابات بنكية على خلاف النقود الالكترونية التي لا يشترط ارتباطها بحساب بنكي ، إذ ما على الراغب في الحصول عليها إلا القيام بشرائها من مصدرها ومن ثم يكون حرا في شراء السلع والخدمات من المتاجر المتعاملة بها ليقوم أصحاب المتاجر بتغيير الوحدات المخزونة إلى نقود تقليدية ، أي أن التاجر لا يحتاج إلى الاتصال بمصدرها لكون عملية الدفع قد تمت مسبقا بين العميل والجهة المصدرة. **(8)**

4/ النقود الالكترونية لها صفة القبول العام .

النقود الالكترونية تشترك مع وسائل الدفع الأخرى في صفة القبول العام إذ يتعين أن تكون مقبولة من طرف الأفراد والمؤسسات

وأن لا يقتصر استعمالها على مجموعة من الأفراد والمؤسسات أو يكون لمدة محدودة من الزمن ، كما أنه لا يعتبر من قبل النقد الالكتروني إذا كان مصدره ومن يقبله هو جهة واحدة مثل بطاقة الاتصال الهاتفي .

5/ النقود الالكترونية وسيلة وفاء .

يجب أن تكون النقود الالكترونية صالحة للوفاء بالالتزامات كشراء السلع والخدمات ، إذ أن اقتصار وظيفتها على شراء نوع معين من السلع دون غيره لا يعطيها وصف النقود الالكترونية بل يطلق عليها هنا وصف البطاقة الالكترونية ذات القرص الواحد. **(9)**

6/النقود الالكترونية ملائمة للتجارة الالكترونية .

إن النقود الالكترونية جاءت لمجابهة إفرازات التجارة الالكترونية ،حيث أن من بين مميزاتها أن لديها القابلية للانقسام إلى وحدات صغيرة تمكن حاملها من تحويلها بسهولة إلى أجزاء صغيرة وإجراء أكبر عدد من العمليات المالية . **(10)**

7/ النقود الالكترونية نقود خاصة .

إن النقود القانونية يتم إصدارها من قبل البنوك المركزية على عكس النقود الالكترونية التي تصدر من طرف شركات أو مؤسسات مالية يطلق عليها جهة الإصدار ، ولهذا يطلق على هذه النقود اسم النقود الخاصة حيث أن كل جهة إصدار تقوم بإصدار النقود الالكترونية الخاصة بها والتي تختلف عن نقود المؤسسات الأخرى .

8/ النقود الالكترونية سهلة الاستخدام والحمل .

إن حامل النقود الالكترونية يستطيع سداد قيمة مختلف مشترياته بمجرد إصدار الأمر على الحساب الآلي دون الحاجة لملئ الاستمارات المعقدة التي تصاحب استخدام بطاقات الائتمان ، كما تتميز هذه الآلية بسهولة حملها نظرا لخفة وزنها وصغر حجمها**(11)**

المطلب الثاني : أنواع النقود الالكترونية والأطراف المتعاملة بها .

للنقود الالكترونية عدة أنواع كما أن الواقع العملي فرض وجود ثلاثة أطراف وسنحاول تبيان أنواعها في الفرع الأول والأطراف المتعاملة بها في الفرع الثاني .

الفرع الأول : أنواع النقود الإلكترونية .

تتعدد أشكال النقود الإلكترونية حسب المعايير الآتية :

أولا : تقسيم النقود الالكترونية حسب معيار الوسيلة .

تقسم النقود الالكترونية بحسب الوسيلة المستخدمة لتخزين القيمة النقدية عليها إلى بطاقات سابقة الدفع والقرص الصلب والوسيلة المختلطة .

1 البطاقات سابقة الدفع .

وهي عبارة عن بطاقات بلاستكية مثبت عليها كومبيوتر صغير مزود بذاكرة إلكترونية تخزن فيها وحدات نقدية الكترونية سائلة تحمل رقما تسلسليا وكذا تاريخ انتهاء صلاحيتها تكون هذه النقود الإلكترونية مشفرة من الجهة التي أصدرتها ولها مفتاح خاص يمنح للمتعامل بها. **(12)**

2/ القرص الصلب .

يطلق على هذا النوع بالنقود الشبكية وفيها يتم تخزين النقود على القرص الصلب للكمبيوتر الشخصي لحامل النقد الالكتروني ليقوم هذا الأخير باستخدامها عبر شبكة الانترنت متى أراد على أن يتم خصم ثمن ما اقتناه من سلع وخدمات في ذات الوقت من القيمة المخزنة على ذاكرة الكمبيوتر .

3/ الوسيلة المختلطة .

هذا النوع هو خليط مركب من النوعين السابقين حيث يتم في هذا النوع شحن القيمة النقدية الموجودة على بطاقة الالكترونية سابقة الدفع على ذاكرة الكمبيوتر الذي يقوم بقراءتها و بثها عبر شبكة الانترنت إلى الحاسب الآلي لصاحب المتجر ليقوم بخصم ما أشتراه الحامل . **(13)**

ثانيا : تقسيم النقود الالكترونية حسب معيار القيمة .

تقسم النقود الالكترونية حسب هذا المعيار إلى ما يلي :

1/ نقود إلكترونية ضعيفة القيمة .

وهي النقود التي لا تحوي ذاكرتها على قيمة كبيرة وبالتالي تستخدم للوفاء بالسلع والخدمات المنخفضة القيمة.

2/ نقود إلكترونية ذات قيمة متوسطة .

وهي النقود التي تحتوي ذاكرتها على قيمة متوسطة أي أن الوحدات النقدية المخزنة بها تقابل مبالغا نقدية متوسطة.

إن ما يلاحظ لحد الآن أن النقود الالكترونية لا تحتوي على وحدات نقدية ذات قيمة كبيرة. **(14)**

ثالثا: تقسيم النقود الالكترونية حسب معيار المتابعة والرقابة .

تقسم النقود الالكترونية حسب هذا المعيار إلى نقود مسماة ونقود غير مسماة.

1/ النقود الإلكترونية المسماة .

وهي النقود التي تتميز بكونها تحتوي على المعلومات الشخصية للشخص الذي قام بسحبها من البنك في بداية التعامل، وهنا البنك يستطيع تعقب حركة وحدة النقد الذي أصدره في السوق الالكتروني.

2/ النقود الالكترونية غير المسماة .

وهي تستخدم تماما كالأوراق النقدية من حيث كونها لا تحوي معلومات توضح هوية الساحب الأصلي لها فهي لا تترك وراءها أثر على هوية من انتقلت منه ومن انتقلت إليه. **(15)**

رابعا : تقسيم النقود الالكترونية حسب أسلوب التعامل بها .

تقسم النقود الالكترونية حسب هذا المعيار إلى ما يلي :

1/ نقود إلكترونية شبكية .

وهي النقود التي تحفظ وحداتها الرقمية داخل القرص الصلب للجهاز الخاص بالمستهلك، وإذا أراد هذا الأخير شراء السلع والخدمات يتم خصم قيمتها عند انتهائه من شراء السلع والخدمات.**(16)**

2/ المحفظة الإلكترونية .

هي عبارة عن وحدات رقمية تنتقل من شخص إلى أخر بطريقة فنية ، وتتم عملية السداد بها عن طريق تخزين الوحدات الرقمية على بطاقة إلكترونية تسمى بالبطاقة الذكية وذلك من خلال تثبيت كمبيوتر صغير عليها والذي بدوره يكون قادرا على تخزين المعلومات وأداء الكثير من العمليات الحسابية، هذه البطاقة تستخدم في مختلف عمليات الشراء والخدمات عبر الانترنت أونقاط البيع التقليدية بشرط وجود قارئ الكتروني مناسب للبطاقة ،على أن تسجل مختلف العمليات التي تمت من خلالها عبر الشريحة الموجودة بداخلها . **(17)**

الفرع الثاني : الأطراف المتعاملة بالنقود الالكترونية .

إن الأطراف المتعاملة بالنقود الالكترونية تتمثل في الجهة التي أصدرتها وكذا حاملها أو المستهلك بالإضافة إلى التاجر الذي قبل التعامل بها .

أولا : الجهة المصدرة للنقود الإلكترونية .

إذا كانت البنوك المركزية هي الجهة الوحيدة المخولة بإصدار النقود القانونية ،فإن البنوك والمصارف هي التي لها القدرة على إصدار النقود الالكترونية دون غيرها من المؤسسات الأخرى ، وهذا هو الرأي السائد بين دول الاتحاد الأوربي فقد خلص تقرير المعهد النقدي الأوربي إلى التوصية بقصر إصدار النقود الالكترونية على المؤسسات الائتمانية أي أن المؤسسات غير المصرفية لا يجوز لها إصدار النقود الإلكترونية ويرجع ذلك إلى الرغبة في ضمان استقرار سوق النقود الالكترونية هذا من ناحية ،ومن ناحية أخرى تدعيم الثقة في مؤسسات النقد الالكتروني عن طريق التأكيد على أن إخفاق أي منها لن يؤثر تأثيرا فعليا على تطور هذه الوسيلة الجديدة ، إلا أن هناك اتجاها أخر يرى بضرورة السماح للمؤسسات غير المصرفية بإصدار النقود الالكترونية وذلك بغرض توجيه نظم الدفع الالكترونية نحو مزيد من التطور وكما قلنا سابقا أن الاتحاد الأوربي قد تبنى الاتجاه الأول الذي قصر أمر إصدار النقود الالكترونية على البنوك إلا أن اللجنة الأوربية سنة 1998نشرت مقترحا بتعديل التعريف الخاص بمؤسسات الائتمان حتى يسمح للمؤسسات غير المصرفية بإصدار النقود ، أما في الولايات المتحدة الأمريكية فإن الوضع مختلف لكون المشرع الأمريكي أعطى مدلولا واسعا للمؤسسة التي تقوم بإصدار النقود الالكترونية لتشمل (البنوك ، جمعيات المدخرات ، مؤسسات الائتمان ،وكذا كل شخص يمسك الحساب العائد للمستهلك سواءا بصفة مباشرة أو غير مباشرة أو الذي يصدر أداة

الوصول ويوافق على تزويد المستهلك بخدمات نقل الأموال الكترونيا) أي أن المشرع الأمريكي فسح المجال أمام المؤسسات المالية الأخرى غير البنوك للعمل في إصدار النقود الالكترونية . **(18)**

ثانيا : المستهلك .

المستهلك هو مستخدم النقود الالكترونية أو حامل البطاقة التي تحتوي على القيمة المالية المخزونة بداخلها بهداف شراء السلع والخدمات ، والعميل أو الحامل يقع عليه التزام بسداد قيمة الوحدات الإلكترونية إلى الجهة التي تولت إصدار هذا النوع من النقود عن طريق تسديد نقود حقيقية، كما يجب عليه المحافظة على الوحدات الالكترونية والرقم السري ، كما يقع عليه عبء إخطار الجهة المصدرة لها في حالة ضياع أو سرقة النقود الالكترونية .

ثالثا :التاجر .

إن الطرف الثالث من الأطراف المتعاملة بالنقود الالكترونية هو التاجر الذي قبل التعامل بالبطاقة الالكترونية ، والذي يمتلك الجهاز الذي تمرر بداخله ليتم استقطاع قيمة السلع والخدمات المبيعة إلى حامل البطاقة ، وبالتالي يعتبر التاجر وسيطا بين المستهلك والجهة المصدرة للبطاقة . **(19)**

المبحث الثاني : الطبيعة القانونية للنقود الالكترونية .

إن تحديد الطبيعة القانونية للنقود الالكترونية كان مثار جدل بين الفقهاء حيث أثير التساؤل حول مدى اعتبارها امتدادا للنقود الالكترونية أم هي شكل من جديد من أشكال النقود ، وهل التنظيم الذي يحكم النقود التقليدية كاف للتطبيق على النقود الالكترونية أم أنها تحتاج لنظام قانوني جديد الأمر الذي يدفعنا للتطرق إلى الاختلافات الفقهية حول الطبيعة القانونية لهذا النوع من النقود في المطلب الأول وفي المطلب الثاني نتطرق إلى ما مدى اعتبار النقود الالكترونية نقودا قانونية.

المطلب الأول : الاختلافات الفقهية حول الطبيعة القانونية للنقود الالكترونية .

تضاربت مواقف الفقهاء حول الطبيعة القانونية للنقود الالكترونية ، فبعض من الفقهاء اعتبروها إحدى صور النقود العادية والبعض الأخر اعتبرها نوعا جديدا من أنواع النقود .

الفرع الأول :النقود الالكترونية أحد صور النقود العادية

ينطلق أصحاب هذا الرأي من كون النقود الالكترونية تتوفر فيها خصائص النقود العادية التي يستخدمها الأفراد ولكنهم إنقسموا إلى ثلاث اتجاهات .

الاتجاه الأول : النقود الالكترونية صيغة غير مادية للنقود العادية .

يرى أصحاب هذا الاتجاه أن النقود لا تمثل القيمة ذاتها ، وإنما هي رمز يمثل القيمة، ,وأن هذه الرمزية تطورت حيث كانت بدايتها بالمقايضة ومن ثم العملة المعدنية ثم العملية الورقية التي تطورت مع التطور التكنولوجي ،ويرون أن الفرق بين النقود الإلكترونية والنقود التقليدية يكمن في الشكل ،إذ أن النقود الالكترونية هي صيغة لا مادية للنقود الورقية .

لكن ما يعاب على هذا الرأي أنه يثير مشاكل واقعية تتجلى في كون النقود التقليدية التي تدفع لشحن البطاقات بالنقود الالكترونية لا تخرج من النظام النقدي وإنما تبقى داخل أطره وتضاف إلى أصول الجهة التي أصدرت النقود الالكترونية وهو ما يجعلنا أمام ازدواج في الكتل النقدية فالنقود هنا موجودة في البطاقة وفي حساب جهة الإصدار وبالتالي يمكن لكل من العميل والمصدر استخدامها في أن واحد ، كما أن النقود العادية تستخدم في المعاملات المادية على عكس النقود الالكترونية التي تستخدم في العالم الافتراضي والعالم المادي . **(20)**

الاتجاه الثاني : النقود الالكترونية تعد من قبيل الشيكات السياحية .

اعتبر أنصار هذا الاتجاه أن النقود الالكترونية تعد من قبيل الشيكات السياحية ،والشيك السياحي هو عبارة عن صك تقوم البنوك بإصداره يتضمن أمرا بالدفع صادر من بنك إلى فرع له أو مرسل له في الخارج لأمر المستفيد (المسافر) الذي يزود بخطاب من البنك الساحب يحمل توقيع هذا المسافر لمضاهاة هذا التوقيع على التوقيع الذي يوضع على الشيك عند دفع قيمته بحيث إذا تطابق التوقيعان تصرف له قيمة الشيك .

فالنقود الالكترونية حسب رأي هذا الاتجاه تعد من قبيل هذا النوع من الشيكات نظرا للتشابه والتماثل بينهما في عدة نقاط فكلاهما لا يرتبطان بأي حساب مصرفي إذ يتم الدفع مباشرة لحامل أي منهما دون وساطة المصدر ،كما أنهما يصدران في صورة فئات محددة القيمة نظير مبلغ نقدي يدفع مقدما إلى جهة الإصدار ،كما أنهما يتشابهان في كونهما لهما القابلية للتداول عن طريق التظهير .

لكن ما يعاب على هذا الاتجاه أن النقود الالكترونية تختلف عن الشيكات السياحية في كون هذه الأخيرة يستلزم فيها الإفصاح عن هوية مستخدمها لأنها تحمل توقيع حاملها وبالتالي يقع على البنك الذي يريد دفع قيمة الشيك التأكد من هوية حامله، على عكس النقود التي لا يستلزم فيها الإفصاح عن هوية المتعامل بها ، كما أن النقود الالكترونية تستخدم في المجال المادي والافتراضي عكس الشيكات السياحية التي تستخدم في المجال المادي فقط ، بالإضافة إلى أن الشيكات السياحية تصدر بفئات محددة ذات قيمة ثابتة غير قابلة للانقسام إلى وحدات صغيرة عكس النقود الالكترونية التي من خصائصها القابلية للتجزئة إلى وحدات صغيرة. **(21)**

الاتجاه الثالث : النقود الالكترونية أحد أشكال النقود المصرفية .

يرى أنصار هذا الرأي أن النقود الالكترونية لا تعدو عن كونها شكلا من أشكال النقود القيدية لان هذه الأخيرة عبارة عن قيود على الحبر والورق والنقود الالكترونية ليست إلا صورة لهذه القيود مخزنة على دعامة الكترونية حيث في كليهما يودع العميل جزءا من ممتلكاته لدى مؤسسة الإصدار ، كما أن التقرير الصادر عن البنك المركزي الأوربي أصدر تقريرا أشار فيه إلى أن الوحدات الالكترونية المخزنة في البطاقة الذكية أو ذاكرة الكمبيوتر تشبه وديعة النقود تحت الطلب كما أن كليهما يحتويان على وسيلة دخول تسمح للمستخدم بإجراء مختلف العمليات المتعلقة بالوفاء ،كما إن كليهما يحوي على وسيلة تتضمن سرية الحساب وعدم تمكن الغير من الدخول إليه . **(22)**

إلا أن اعتبار النقود الالكترونية أحد صور النقود المصرفية أمر منتقد لاختلاف نطاق استخدام كل منهما فالنقود الالكترونية تستخدم في التعاملات المنخفضة القيمة عكس النقود المصرفية التي تستخدم في التعاملات المرتفعة القيمة ، كما أن الودائع تحت الطلب ترتبط بحساب مصرفي عكس النقود الالكترونية التي من أهم مميزاتها عدم ارتباطها بحساب مصرفي ، بالإضافة إلى أن النقود الإلكترونية يتم التعامل بها بواسطة دعامة الكترونية على عكس الودائع تحت الطلب التي تمكن المتعامل بها من استخدامها من خلال سحب الشيكات على المصرف . **(23)**

الفرع الثاني : النقود الالكترونية شكل جديد من أشكال النقود .

يرى بعض الفقهاء أن النقود الالكترونية ذات طبيعة خاصة لا يمكن ردها إلى أي شكل من أشكال النقود التقليدية وحتى تعتبر كذلك لابد من توفر مجموعة من المقومات الأساسية وهي :

1/ أن تعمل كوحدة لقياس القيمة .

يجب أن تعمل النقود الالكترونية كوحدة حساب مثلها مثل النقود التقليدية للتعبير عن أسعار السلع والخدمات ومن ثمة يمكن أن تستعمل كعملة للدفع وبالتالي مستخدمي هذا النوع من النقود يكون لديهم الثقة لتعامل بها ما دامت قيمتها موازية لقيمة النقود الالكترونية فالتاجر لن يقبل التعامل بها ما لم يقتنع أنها تعادل ما قام ببيعه من سلع وخدمات وإن كانت هذه النقود تختلف عن النقود في كونها تتجسد في صورة نبضات يمكن استخدامها كوحدة حساب وبالتالي التاجر الذي يقبل الوفاء بها يكون متأكدا من أن الوحدات تعادل قيمة النقود العادية التي دفعها المستهلك للبنك . **(24)**

2/ أن تكون مجسدة في أداة نقدية .

إن النقود الالكترونية هي عبارة عن جيل جديد من وسائل الدفع ،إذ أن النقد ليس قيمة في حد ذاته بل رمز للقيمة اعتاد الأفراد على مساواته بها والنقود الالكترونية هي نقود عادية ولكنها تطورت بفضل التقدم العلمي والتكنولوجي فهي تختلف عنها من حيث الشكل ولكنها يتحدان من حيث المضمون . **(25)**

3/ أن تستخدم كوسيلة دفع .

إن النقود الالكترونية تعتبر وسيلة دفع بحيث لا يعد التاجر الذي تلقاها من المستهلك دائنا لمصدرها ، أي أن التاجر قد قبض ثمن السلع والخدمات التي حصلها عليها المستهلك منه عندما قام المستهلك بتحويل النقود الالكترونية إليه ، وما على التاجر إلا مطالبة جهة الإصدار بتحويلها إلى نقود عادية ،كما أن من أهم خصائص النقود الالكترونية عدم ارتباطها بأي حساب مصرفي وهو ما يجعل من المستهلك حرا في التصرف فيها أو تحويلها دون الرجوع إلى جهة الإصدار. **(26)**

لكن ما تجدر الإشارة إليه إلى أن بعض الفقهاء اعتبرها وسيلة تبادل وليست وسيلة دفع فالتاجر عندما استلم النقود الالكترونية نظير السلع والخدمات التي حصل عليها المستهلك منه فلا يزال أمامه إمكانية المطالبة بإجراء دفع لاحق اتجاه كل من المستهلك والمصدر الذي يقع على عاتقه ضمان هذه المطالبة ، أما الدفع النهائي فيؤدي إلى إنهاء المطالبات بين جميع أطراف عملية البيع. **(27)**

المطلب الثاني :النقود الالكترونية نقود قانونية.

إن النقود القانونية هي النقود الأساسية التي استمدت قوتها من قوة القانون وقبول الأفراد لها قبولا عاما والبنوك المركزية هي الجهة الوحيدة المخولة لإصدارها وتصدر في شكل ورقي أو معدني متميزة بقوتها الابرائية باعتبارها وسيلة دفع وللوقوف على مدى اعتبار النقود الالكترونية نقودا قانونية حاولنا استعراض موقف بعض التشريعات الغربية والعربية من هذا الأمر .

الفرع الأول: المركز القانوني للنقود الالكترونية في التشريعات الغربية .

سنقتصر في هذا الفرع على دراسة موقف كل من المشرع الأمريكي والفرنسي في مدى اعتبار النقود الالكترونية نقودا قانونية .

أولا: المركز القانوني للنقود الالكترونية في التشريع الأمريكي .

تختص الحكومة المركزية في الولايات المتحدة الأمريكية بإصدار النقود التي تستخدم في تسوية جميع أنواع الديون ووفقا للقانون الأمريكي الصادر سنة 1862 والذي نص على " كل من وضع أو اصدر أو تداول أو أنفق أية سندات أو شيكات أو عملات أو حزمة أو غيرها من السندات المالية التي تقل قيمتها عن دولار أمريكي واحد بقصد تداولها كنقود أو استلامها أو استخدامها بدلا من النقود القانونية للولايات المتحدة الأمريكية يعاقب بالحبس بمدة لا تزيد على ستة أشهر أو الغرامة أو بهما معا "

من خلال عرض هذه المادة يطرح التساؤل الجوهري الأتي :هل الحظر الوارد في هذه المادة يشمل النقود الالكترونية ، وبناءا على ذهب جانب من الفقه على أن التعامل بالنقود الالكترونية لا يدخل ضمن الحظر الوارد في هذا القانون لكونها تفتقد إلى الخصائص

المادية للعملة الأمريكية ، ورأى جانب أخر من الفقه إلى القول بضرورة توفر شرطين لكيلا تدخل هذه النقود في الحظر الوارد في المادة أعلاه وهذين الشرطين هما :

1/ أن تكون قيمة الوحدة المصدرة من وحدات النقد الالكتروني أقل من دولار واحد .

2/ أن يكون طرحها للتداول الغرض منه تسوية التبادلات الالكترونية التي عجزت وسائل الدفع التقليدية عنها .

من خلال ما رأيناه فإن إصدار النقود الالكترونية يعد أمر مشروعا بالرغم أنها لا تمثل ولا تعتبر العملة الرسمية التي تصدر من الحكومة المركزية الأمريكية . **(28)**

ثانيا : المركز القانوني للنقود الالكترونية في التشريع الفرنسي .

لقد نصت المادة الخامسة من القانون الصادر في 4اوت 1993 على أنه " يختص البنك المركزي الفرنسي وحده بإصدار عملات ورقية تكون مقبولة كنقود قانونية ذات قوة إبراء مطلقة " كما وضع المشرع الفرنسي في نص المادة 442 من قانون العقوبات حماية خاصة لتلك النقود حيث جاء في هذه المادة " يعاقب كل من طرح أي رمز من الرموز النقدية في دائرة التداول بغرض استبدالها بالعملات الورقية أو المعدنية التي تمثل النقود الرسمية في فرنسا بالسجن خمس سنوات وغرامة 75 ألف يورو "

من خلال استعراض نص المادتين السابقتين نلاحظ أن النقود الالكترونية لا تدخل في إطار الحظر الوارد فيهما وبالتالي إصدار

هذا النوع من النقود لا يشكل خرقا للنقود القانونية في فرنسا . **(29)**

الفرع الثاني : : المركز القانوني للنقود الالكترونية في التشريعات العربية .

سنتناول في هذا الفرع المركز القانوني للنقود الالكترونية في التشريعين المصري والجزائري .

أولا: المركز القانوني للنقود الالكترونية في التشريع المصري .

إن البنك المركزي المصري هو وحده المخول بإصدار النقود القانونية وتحديد مواصفاتها ، أما فيما يخص النقود الإلكترونية فيعود أمر إصدارها إلى ذات البنك أو من يرخص له بإصدارها ولذلك وضع البنك المركزي المصري مجموعة من المعايير يجب مراعاتها من قبل البنوك التي ترغب في استعمال هذا النوع من النقود وهذه المعايير هي :

1/ أن يقتصر إصدار وسائل الدفع الالكترونية على الجنيه المصري فقط .

2/ أنه يشترط لإصدار النقود الالكترونية الاتصال المباشر بين مصدر البطاقة والبنك المركزي لحمايتها من التزييف والاحتفاظ بقاعدة بيانات مركزية توفر شروط الأمان للمتعاملين بها .

وتأسيسا على ذلك يمكن القول أن عملية إصدار النقود الالكترونية في مصر لا يعتبر أمرا محظورا. **(30)**

ثانيا : المركز القانوني للنقود الالكترونية في التشريع الجزائري .

إن إصدار النقود القانونية في الجزائر هو اختصاص أصيل للبنك المركزي حيث نصت المادة 2 من القانون 03-11 على ما يلي

" يعود للدولة امتياز إصدار العملة النقدية عبر التراب الوطني ويفوض ممارسة هذا الامتياز للبنك المركزي دون سواه الذي يدعى في صلب النص ضمن علاقاته مع الغير "بنك الجزائر" ويخضع لإحكام هذا الأمر "**(31)**

كما أن المادة 7 من ذات الأمر منعت كل شخص من أن يصدر أو أن يضع قيد التداول أي وسيلة محررة بالدينار الجزائري كوسيلة دفع عوض العملة الوطنية .

ومن هنا يطرح التساؤل الأتي : هل إصدار وتداول النقود الالكترونية يشمله الحظر الوارد في المادة 7 من قانون النقد والقرض ؟

بالرجوع إلى نص المادة 69 من قانون النقد والقرض التي نصت على " تعتبر وسائل الدفع كل الأدوات التي تمكن كل شخص من تحويل الأموال مهما كان السند أو الأسلوب التقني المستعمل "

كما أن المادة 6 من القانون 18-05 المتعلق بالتجارة الالكترونية قد عرفت وسيلة الدفع بأنها " كل وسيلة دفع مرخص بها طبقا للتشريع المعمول به تمكن صاحبها من القيام بالدفع عن قرب أو عن بعد عبر منظومة الكترونية "**(32)**

كما تضيف المادة 12 من النظام 05-07 المتضمن أمن أنظمة الدفع " في حالة ما إذا اعتبر بنك الجزائر بأنه لا يتوفر في إحدى وسائل الدفع على الضمانات الأمنية الكافية يمكنه بعد استشارة السلطة المكلفة بالمراقبة اتخاذ قرار توقيف إدخال وسيلة المعنية في هذا النظام "**(33)**

يترتب على ما سبق أن إصدار النقود القانونية في الجزائر على غرار باقي الدول هو اختصاص أصيل للبنك المركزي وأن إصدار النقود الإلكترونية في الجزائر لا يعد أمر ممنوعا بشرط توفر الضمانات التي حددتها مختلف القوانين وأن يتم ذلك تحت مراقبة البنك المركزي باعتباره الجهة الوحيدة المخولة بالرقابة على مختلف وسائل الدفع .

الخاتمة .

خلص هذا البحث إلى أن النقود الالكترونية جاءت نتيجة للتطور التكنولوجي وما حمله في طياته من انجازات علمية وتقنية ، حيث أن هذه الآلية أضحت البديل الأمثل للنقود التقليدية نظرا لما تتميز به من مزايا جعلت الأفراد يلجاؤون لها لسداد احتياجاتهم ، هذه الآلية اختلفت جهة إصدارها حسب ما تسمح به تشريعات مختلف الدول ، فالتشريعات الأوربية تعطي الحق للبنوك حق

إصدارها دون غيرها ، وهناك دول توسع من جهة الإصدار ليشمل إلى جانب البنوك مؤسسات أخرى غير مصرفية وإصدار النقود الإلكترونية يجب أن تراعى فيه الشروط التي تضعها البنوك المركزية .

ولكن رغم مزايا النقود الالكترونية ودخولها حيز التعامل بين الأفراد إلا أن ذلك لم يصاحبه مرافقة تشريعية كافية حتى يطمئن المتعامل بها للحماية التي قررها القانون ،ولهذا لابد من ضرورة الدمج بين التطور التقني والمرافقة التشريعية لمسايرة التغيرات التي أحدثها التقدم التكنولوجي على هذه الآلية عن طريق سن قوانين جديدة ناظمة لوسائل الدفع الالكترونية عامة والنقود الالكترونية خاصة .

قائمة المراجع المعتمدة.

1/ علي عبد المحسن الجبوري ، الوسائل الحديثة للدفع في إطار التجارة الالكترونية ،دار النهضة العربية ، القاهرة ، الطبعة الأولى 2019 ، ص 62

2/ كوثر سعيد عدنان خالد وسميحة مصطفى القليوبي ،حماية المستهلك الالكتروني ، دار الجامعة الجديدة ،الإسكندرية ، الطبعة الثانية 2016 ،ص 585

3/ نهى خالد عيسى الموسوي وإسراء خضير مظلوم الشمري ، النظام القانوني للنقود الالكترونية ، مقال منشور بمجلة العلوم الإنسانية ، جامعة بابل ، العراق ، العدد 6 سنة 2014 ،ص 266

4/ علي عبد المحسن الجبوري، المرجع السابق ، ص 62

5/ حوالف عبد الصمد ، النظام القانوني لوسائل الدفع الإلكتروني ، أطروحة دكتوراه ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ،جامعة تلمسان ، السنة الجامعية 2014-2015 ،ص 141

6/ أحمد عبد العليم العجمي ، نظم الدفع الالكترونية وانعكاساتها على سلطات البنك المركزي ،دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية طبعة 2013 ، ص 93

7/ عبد الصبور عبد القوي علي مصري ، التجارة الالكترونية والقانون ، دار العلوم للنشر والتوزيع ، مصر، الطبعة الأولى 2010 ،ص 72

8/ علي عبد المحسن الجبوري، المرجع السابق ، ص 65

9/ شريف محمد غنام ، محفظة النقود الالكترونية رؤية مستقبلية ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية طبعة 2007 ،ص 36

10/ عبد الصبور عبد القوي علي مصري ، ص 72

11/ أحمد عبد العليم العجمي ، المرجع السابق ،ص 98

12/ شريف محمد غنام ، المرجع السابق ، ص 114

13 / شيماء جودت مجدي عبادة منصور ، أحكام التعامل بالنقود الالكترونية وأثره على المعاملات المعاصرة ، رسالة ماجستير، الجامعة الإسلامية بغزة ، فلسطين ،سنة 2015 ،ص 12

14/ عبد الصبور عبد القوي علي مصري ، المرجع السابق ،ص 72

15/ شيماء جودت مجدي عبادة منصور ، المرجع السابق ، ص 12

16/ علي عبد المحسن الجبوري، المرجع السابق ، ص 71

17/ محمد سامي الشوا ، الوفاء (الدفع) الالكتروني ، مقال منشور بمجلة الحقوق كلية الحقوق –البحرين ، المجلد الثالث ، العدد الأول سنة 2016 ، ص 71

18/ أحمد السيد لبيب إبراهيم ، الدفع بالنقود الإلكترونية ، أطروحة دكتوراه ، قسم القانون التجاري جامعة المنصورة ، مصر ، السنة الجامعية 2006 ،2007 ، ص 170

19/ علي عبد المحسن الجبوري، المرجع السابق ، ص 70

20 / أحمد عبد العليم العجمي ، المرجع السابق ،ص 112

21/ علي عبد المحسن الجبوري، المرجع السابق ، ص 77

22/ حوالف عبد الصمد ، المرجع السابق ، ص 165

23/ أحمد السيد لبيب إبراهيم ، المرجع السابق ، ص 107

24/ عبد المنعم السيد علي ونزار سعد الدين العيسى ،النقود والمصارف والأسواق المالية ، دار حامد للنشر والتوزيع ، الأردن الطبعة الأولى ، سنة 2004 ، ص42

25/ حوالف عبد الصمد ، المرجع السابق ، ص 169

26/ أحمد السيد لبيب إبراهيم ، المرجع السابق ، ص 132

27 / حوالف عبد الصمد ، المرجع السابق ، ص 169

28/ أحمد عبد العليم العجمي ، المرجع السابق ،ص 143

29/ علي عبد المحسن الجبوري، المرجع السابق ، ص 83

30/ أحمد السيد لبيب إبراهيم ، المرجع السابق ، ص 132

31/ الأمر رقم 03-11 المؤرخ في 26 أوت 2003 المتعلق بالنقد والقرض ، الجريدة الرسمية ، العدد 52

32/ النظام رقم 05-07 المؤرخ في 28 أوت 2005 المتضمن أنظمة الدفع ، الجريدة الرسمية ، العدد 37

33/ القانون رقم 18-05 المؤرخ في 10 ماي 2018 المتعلق بقانون التجارة الالكترونية ، الجريدة الرسمية ، العدد 28

الطالب : قوراري مصطفى

المشرف : الأستاذ الدكتور بحماوي شريف

جامعة : أحمد دراية بأدرار

الإيميل : gourarimustapha@gmail.com

دور القضاء الجنائي في حماية المنافسة في مجال الصفقات العمومية

الملخص :

تعتبر الصفقات العمومية نوعا من التصرفات القانونية التي تصدرها الإدارة في إطار أداء الوظيفة الإدارية وتحقيق الخدمة العمومية وتسيير المرافق العامة . وبغية ضمان إطار تنافسي لعملية إبرام الصفقات العمومية وتنفيذها ، وضع المشرع آليات من شأنها تدخل القاضي الإداري للرقابة على مشروعية القرارات وصحة الاجراءات المتعلقة بالمنافسة ، كما حتم تدخل القاضي الجنائي لمحاكمة الأشخاص المسؤولين عن ارتكاب الفعل المجرم .

الكلمات المفتاحية :

منافسة ، صفقات عمومية ، قاضي إداري ، ممارسات غير مشروعة ، قاضي جنائي

Résumé

Les marchées publiques sont un type de poursuites intentées par l'administration dans l'exercice de fonctions administratives, la réalisation de services publics et la conduite de services publics. Afin de garantir un cadre concurrentiel au processus et à la mise en œuvre des marchées publiques, le législateur a mis au point des mécanismes faisant appel au juge administratif pour contrôler la légalité des décisions et la validité des

procédures de concurrence, ainsi que pour engager des poursuites contre les responsables de l'infraction par le juge pénal.

Mots clés : marchées publiques – juge administratif – juge pénal

مقدمة

تعد الصفقات العمومية الوسيلة القانونية التي تعتمدها الإدارة في تنفيذ سياستها التنموية والاقتصادية والاجتماعية ، وتعد أهم نوع من أنواع العقود الإدارية والتي تتميز عن غيرها من عقود القانون الخاص بوجود طرفين غير متكافئين من عدة جوانب، لاسيما من حيث الامتيازات والسلطات الممنوحة للإدارة باعتبارها مصلحة متعاقدة في مواجهة المتعاقد معها.

وتجسيدا لسياسة الدولة ، والمتمثلة في ضرورة ترشيد النفقات العمومية وهذا من منطلق سياسة الحكم الراشد لاسيما في ظل الأزمة المالية الحالية ، كان لابد من تعزيز آليات الرقابة الإدارية والقضائية على الصفقات العمومية ، ولعل هذه النقطة كانت من أولى المسائل التي حظيت بالاهتمام في ضوء المرسوم رقم 15-247 [1].

وبصدور قانون الوقاية من الفساد ومكافحته [2]، تم التأسيس لعدة جرائم مرتبطة بالصفقات العمومية أوكت مهمة التصدي لها للقضاء الجنائي عن طريق منح القاضي الجنائي سلطة اتخاذ التدابير اللازمة ومباشرة الإجراءات التي يراها كفيلة بردعها بغية تعزيز الشفافية والنزاهة للوصول إلى منافسة شريفة عند إبرام الصفقات العمومية . وتبعا لذلك قمنا بطرح الاشكالية المتمثلة في مدى نجاعة المقاربة الجنائية لحماية المنافسة في الصفقات العمومية والتصدي للممارسات المنافية للمنافسة في هذا المجال .

وللإجابة عن هذه الإشكالية قمنا بالتركيز على المحورين الآتيين:

المبحث الأول : مفهوم التجريم في الصفقات العمومية

المبحث الثاني : تجريم الأفعال المنافية للمنافسة في للصفقات العمومية

تعتبر الصفقات العمومية أهم مجال تتحرك فيه الأموال العمومية لتنفيذ أهداف وبرامج ومخططات التنمية المحلية والوطنية ، وهي بذلك تشكل مجالا حيويا للفساد مما دفع بالمشرع إلى التدخل لإحاطتها بحماية خاصة نظرا لعدم نص المشرع الجزائري في المرسوم رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام على الجانب الردعي لمخالفة أحكامه .

وقبل التطرق لمختلف الأفعال التي يمكن أن تكون محلا لارتكاب جرائم تتعلق بالصفقات العمومية والمساس بمبدأ المنافسة فيها ، لا بد أن نتطرق أولا إلى مفهوم التجريم في الصفقات العمومية

المبحث الأول : مفهوم التجريم في الصفقات العمومية

المطلب الأول : تعريف التجريم :

الفرع الأول : التجريم لغة واصطلاحا

أولا : في اللغة : من مصدر جرم ، يقال جرم الرجل أي : أذنب [3]

ثانيا : في الاصطلاح :

أما اصطلاحا فيقصد منه : التدخل لردع فعل معين بعقوبة تتمثل في الحبس ، ويرتبط الأمر بتطور المجتمع ، وبالواقع الاجتماعي البشري[4] .

ولقد حاول المشرع التوسع في مجال التجريم قصد حصر كل أنواع الفساد وصوره وهو ما سعى لتحقيقه وذلك بإدراج كافة التجاوزات التي يمكن أن تطال مجال الصفقات العمومية ، كما انتهج سياسة عقابية متميزة في معالمها اتسمت باستقلالها عن قانون العقوبات وقد اعتمدت أساسا على تجنيح الجنايات في إطار إصلاح العدالة ، كما أولى العناية الكاملة للقواعد الاجرائية التي تضمن

الوصول إلى كشف ملابسات الجريمة وعقاب مقترفها مؤكدا على دورها في تفعيل القواعد الموضوعية .[5]

فغاية المشرع الجنائي من تجريم الأفعال المنافية للأخلاق بصفة عامة ، وللأخلاق التي تفرضها طبيعة المنافسة للظفر بالصفقة هو أخلقة الحياة المالية والاقتصادية ، والفاسد هو من يسمح لنفسه الحصول على مال أو منفعة لنفسه غير مشروعة من خلال الصفقات غير المشروعة التي يعقدها بموجب وظيفته الشرعية والتي لا تؤمن له مثل هذه المداخيل في الحالات العادية [6].

وقصد التوفيق بين الحماية الردعية للصفقات العمومية والأمن القانوني للمقررين العموميين برزت الحاجة لتأطير تدخل القاضي الجنائي ، إذ أن هذا الأخير هو المكلف بمحاكمة الأشخاص المسؤولين عن ارتكاب الأفعال المجرمة .

فمن خلال تجريم منح امتيازات غير مبررة في مجال الصفقات العمومية على سبيل المثال ، أراد المشرع دفع المشتري العمومي إلى التخلي عن الممارسات التفاضلية من خلال نقل المسؤولية من الإدارة إلى المتصرفين باسمها . فلو أن الإدارة كشخص معنوي تكون وحدها المسؤولة ، فإن القاضي الإداري لن يقوم بمعاقبة مرتكب فعل منح الامتياز غير المبرر ، إذ أن الآليات القانونية المقررة لحماية الصفقات العمومية وفق القضاء الإداري لا تنصب إلا على فحص مشروعية الصفقة في حد ذاتها أما مبرم الصفقة فلا يطاله أي عقاب .

كما أن القضاء الإداري لم يكن يتهم بالسلوك الخاطئ مصدر المنح غير المشروع للصفقة ، فهو يتهم بتسليط الجزاء على العمل الإداري دون أثر على من أصدره [7].

فالقاضي الإداري لا يهتم بمساءلة القائم على إبرام الصفقة غير القانونية ، الأمر الذي حدى بالبعض للقول بأن لا فائدة من وضع نظام رقابة إذا أفلت مرتكب من العقاب [8].

الفرع الثاني : أهداف التجريم في الصفقات العمومية

يمكن القول بأن وراء كل جريمة حق معتدى عليه ، إذ يعتبر صاحبه الضحية التي تضررت من وقوعها ، ولما كانت الصفقات العمومية مجالا خصبا للفساد بشتى أشكاله وأنواعه ، كان

لا بد من تدخل المشرع تارة للوقاية من الاخلال بالضوابط التي تحكم هذا المجال بإنشائه لهيئات تسهر على تقوية الرقابة المقررة وضمان الشفافية في حركة الأموال ، واستحداث جرائم خاصة من شأنها تأطير الحماية الجنائية للصفقات العمومية من جهة ودرء الشبهة عن الموظف العمومي كتجريم تلقي الهدايا إذ ارتأى من ورائها سد كل السبل المؤدية إلى تحويل أداء الوظيفة الإدارية عن مقاصدها المشروعة .

ولعل أبرز الأهداف التي يمكن الوقوف عليها في هذا الصدد هو صون المال العام من الأفعال المضرة بالاقتصاد الوطني وبالمصلحة العامة والثقة العامة والحؤول دون الإضرار بخزينة الدولة [9].

ولن يتأتى ذلك إلا بإخضاع منح الصفقات العمومية وتنفيذها لإطار قانوني صارم يستلزم اللجوء لإجراءات إبرام للصفقات تتسم بالشفافية والحياد ، كما تؤدي بطبيعتها إلى تحجيم محاولات الغش وجعلها صعبة المرام [10].

المطلب الثاني : آثار التجريم في مجال الصفقات العمومية

الفرع الأول : الأثر الإيجابي

إن بحث الآثار المترتبة عن التجريم في هذا الإطار، يجرنا إلى تسليط الضوء على السياسة الجنائية للمشرع والنتائج التي ينوي الوصول إليها من خلال سنه للنصوص التجريمية .

فبالنظر إلى الثغرات التي يمكن تترتب عن آليات الرقابة المالية والإدارية ، فإن القاضي الجنائي الذي يفصل في النزاع وينطق بعقوبة جنائية ضد أحد المسيرين العموميين الذين تصرفوا خرقا لواجبات النزاهة والحياد والحيطة التي يفرضها قانون الصفقات العمومية من شأنه أن يسد من نقائص رقابة القضاء الإداري القاصرة عن حماية المنافسة فيها ، ويعمل على تعزيز تلك الآليات الرقابية مما يوفر ضمانة كبيرة لحسن استعمال المال العام وكذا تهذيب الشراء العمومي .

الفرع الثاني : الأثر السلبي

يمكن القول بأن القاضي الجنائي يتدخل لتقييم أعمال الموظفين المتدخلين في عملية الشراء العمومي ، خاصة وأن مختلف الفاعلين في مجال الصفقات العمومية يولون اهتماما كبيرا للآثار

الإدارية التي تترتب عن ممارساتهم دون الأخذ بعين الاعتبار الآثار الجنائية خصوصا وأن القاضي الجنائي يتمتع بصلاحيات واسعة في هذا المجال .

ولعل قيام التجريم في الصفقات العمومية قد يكون مرده خطأ إداري على اعتبار أن منح الصفقة العمومية نتيجة مخالفة القانون قد يكون ناتجا عن خطأ بعيدا عن كل إخلال بواجبات الحياد والنزاهة .

فالعقاب الجزائي على أساس الخطأ في مجال الصفقات العمومية يشكل خطرا كبيرا بالنسبة للمتعامل في الشراء العمومي لحد وقوف ذلك عائقا أمام إبرام العديد من الصفقات العمومية لعدم إحساسه بالأمن القانوني .

ويمكن الإشارة أيضا إلى أن نصوص التجريم في الصفقات العمومية مرتبطة بنصوص القانون الذي ينظم الصفقات العمومية ، وذلك لتحديد المفاهيم المستعملة فيها ، إذ لا يعد النص الجنائي نصا قائما بحد ذاته بل هو نص مجزأ يحيل على نصوص تشريعية وتنظيمية .

فالقانون الجنائي قانون ردعي بالدرجة الأولى ن غير أنه مبني على مبدأ الشرعية الجنائية التي تفرض على المشرع صياغة النصوص بدقة ووضوح تفاديا لإعمال السلطة التقديرية المفرطة للقاضي الجنائي وذلك لتوفير الاستقرار والأمن القانونيين [11].

المبحث الثاني : تجريم الأفعال المنافية للمنافسة في للصفقات العمومية

لقد تبين عدم كفاية آليات الرقابة الإدارية والرقابة المالية الموضوعة لضمان حرية الوصول للطلبات العمومية وتحقيق المساواة بين المترشحين والشفافية والحياد في منح الصفقات العمومية مما جعل المشرع يتدخل من أجل إحاطتها بحماية خاصة .

وقد صدر قانون الوقاية من الفساد ومكافحته [12] لتعزيز احترام المعايير التي ينبغي أن تؤسس عليها الصفقات العمومية ، فذكر في المادة التاسعة منه على أنه : " يجب أن تؤسس الإجراءات المعمول بها في مجال الصفقات العمومية على قواعد الشفافية والمنافسة الشريفة وعلى معايير موضوعية . ويجب أن تكرس هذه القواعد على وجه الخصوص :

- علانية المعلومات المتعلقة بإجراءات إبرام الصفقات العمومية .

- الإعداد المسبق لشروط المشاركة والانتقاء .
- معايير موضوعية ودقيقة لاتخاذ القرارات المتعلقة بإبرام الصفقات العمومية .
- ممارسة كل طرق الطعن في رحالة عدم احترام قواعد إبرام الصفقات العمومية .

والجدير بالذكر أن هذا القانون أسس لتجريم بعض الأفعال النافية للمنافسة في الصفقات العمومية من جهة ، وأعاد تصنيف بعض الجرائم المرتبطة بالصفقات العمومية من جهة أخرى .

ومن جملة الجرائم التي أشار إليها المشرع في مضمون قانون الوقاية من الفساد ومكافحته والمرتبطة بالصفقات العمومية ، جنحة المحاباة و جنحة استغلال نفوذ الأعوان العموميين للحصول على امتيازات غير مبررة بالإضافة إلى صور الرشوة في الصفقات العمومية كجريمة قبض العمولات من الصفقات العمومية و جريمة أخذ الفوائد بصفة غير قانونية و جريمة تلقي الهدايا [13]. غير أننا سنركز على الجريمتين الأوليين لأن المقام لا يتسع لتفصيل كافة الجرائم المدرجة في هذا الإطار.

المطلب الأول : جنحة اعطاء امتيازات غير مبررة في مجال الصفقات العمومية (المحاباة)

تتميز هذه الجريمة عن باقي جرائم الفساد بأنها جريمة خاصة بمجال التعامل في الصفقات العمومية ، وهذا بخلاف جرائم الفساد العامة ، كجريمة الرشوة ، أو جريمة استغلال النفوذ مثلا غير المرتبطة بنشاط محدد ، وبذلك تتمتع جريمة المحاباة بخصوصية في مختلف أركانها ، بحيث يظهر نصها التجريمي في شكل كتلة تجريمية وليس نصا تجريميا قائما بذاته ، ذلك أن المادة 26 من القانون رقم 06-01 سالف الذكر المجرمة للمحاباة تحيل إلى الأحكام التشريعية والتنظيمية المتعلقة بحرية الترشح والمساواة بين المترشحين وشفافية الإجراءات في مجال الصفقات العمومية ، وبالتالي يظهر نص التجريم كنص مجزأ غير حصري ، بحيث لا يمكن تطبيقه دون الرجوع إلى النصوص القانونية التي أشير إليها آنفا [14].

الفرع الأول: أركان الجريمة

يستفاد من استقراء الفقرة 01 من نص المادة 26 [15] من القانون المتعلق بالوقاية من الفساد و مكافحته أن منح امتيازات غير مبررة للغير من موظف عمومي بمناسبة إبرام عقد أو تأشير أو مراجعة لعقد أو اتفاقية أو صفقة أو ملحقا يشكل جريمة يعاقب عليها القانون سالف الذكر لمخالفته الأحكام التشريعية و التنظيمية الجاري العمل بها.

و سنحاول أن نستعرض أركان هذه الجنحة من صفة مرتكبها إضافة إلى الركن المادي الذي يحدد مظهر الجريمة وذلك بإتيان الجاني سلوكا مخالفا به الأحكام التشريعية و اللوائح التنظيمية ثم نبين مدى توافر الركن المعنوي لقيام هذه الجريمة .

أولا : صفة الجاني

وهو الركن المفترض في هذه الجريمة ، بحيث وضحت المادة الثانية الفقرة "ب" من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته المقصود بالموظف العمومي ، على اعتبار أن هذا الأخير هو الذي يقوم بارتكاب الركن المادي للجريمة الذي يتحلل إلى النشاط الإجرامي و النتيجة و العلاقة السببية بين السلوك والنتيجة الجرمية .

وقد عرف قانون الوقاية من الفساد من خلال المادة 2 فقرة ب من القانون رقم06 -01 المؤرخ في 20 فيفري 2006 الموظف العمومي ، وهو تعريف مستمد من المادة 02 – الفقرة أ – من اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد المؤرخة في 31 أكتوبر 2003 .

1-كل شخص يشغل منصبا تشريعيا أو تنفيذيا أو إداريا أو قضائيا أو في أحد المجالس الشعبية المحلية المنتخبة وسواء كان معنيا أو منتخبا ، دائما أو مؤقتا ، مدفوع الأجر ، بصرف النظر عن رتبته أو أقدميته.

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

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

ثانيا : قيام الركن المادي للجريمة

الركن المادي للجريمة هو مظهرها الخارجي[16] الذي يشكل الجانب المادي المحسوس الذي يخرج بالجريمة من عالم الباطن في نفس من فكر في ارتكابها إلى عالم الواقع .

ويقصد به إتيان الفعل المجرم المعاقب عليه كما أنه يؤخذ بحسب ما هو وارد بنص التجريم الموجود بالضرورة ، ذلك أنه بدون وجود هذا الركن لا يمكن اعتبار الفعل أو الترك جريمة تطبيقا لمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات . و الركن المادي يقوم أساسا على وجود فعل أو سلوك ، يتنوع ويختلف باختلاف الجرائم على تعددها وكثرتها. فقد يكون الفعل إيجابيا أو سلبيا ، كما يمكن أن يكون لحظيا أو مستمرا ، كما يمكن أن يكون مفاجئا أو جاء نتيجة الاعتياد على القيام به ، كما قد يكون مشكلا من فعل واحد أو من سلسلة من الأفعال .

ومن ثم فإن الفعل المادي المكون لهذا الركن يختلف حسب تصنيف الجرائم ، هذا التصنيف المستمد أساسا من نوع الفعل المادي المكون للجريمة. و يمكن القول أن الركن المادي للجريمة هو مادياتها ، وكل ما يتصل بها ويدخل في تعريفه القانوني ، وتكون له طبيعة مادية.

ويتحقق الركن المادي لجنحة المحاباة حسب المادة 26 في فقرتها الاولى من القانون رقم 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته ، بإقدام الجاني على المنح عمدا للغير امتيازا غير مبرر عند ابرام عقد أو اتفاقية أو صفقة عمومية أو ملحق أو تأشيره أو مراجعته مخالفا بذلك الأحكام التشريعية أو اللوائح التنظيمية المتعلقة بحرية الترشح والمساواة بين المترشحين وشفافية الاجراءات .

ويمكن تعريف المحاباة على أنها: " تفضيل مترشح لصفقة عمومية على مترشح أخر دون وجه حق لتحقيق مصالح معينة ، ما يخل بمبدأ المساواة بين المترشحين للصفقات العمومية .

الغرض من الجريمة [17]:

لا تقوم الجريمة لمجرد خرق الأحكام القانونية وذلك بقيام الموظف العمومي بإبرام عقد أو صفقة أو اتفاقية أو ملحق أو مراجعتها أو التأشير عليها مخالفة للتشريع والتنظيم المعمول به في مجال الصفقات العمومية ، بل يجب أن يكون الغرض من النشاط إفادة الغير بامتيازات غير مبررة ، كما يشترط أن يكون الغير هو المستفيد من هذا النشاط . فإذا إستفاد منه الجاني جاز أن يكون الفعل رشوة .

فمخالفة الأحكام القانونية واللوائح التنظيمية ، تعد من الأخطاء المهنية التي يحاسب عليها الموظف من قبل السلطة المكلفة بالرقابة أو السلطة الوصية ، وإنما يشترط زيادة على ذلك أن يكون الهدف من مخالفة هذه النصوص هو تفضيل أحد المتنافسين على غيره ، مثل تعمد زيادة تنقيط العروض التقنية والمالية بالنسبة لأحد المتنافسين على الصفقة بصفة غير مستحقة.

ثالثا : الركن المعنوي

جريمة المحاباة تعد من الجرائم العمدية ، التي تتطلب لقيامها توافر القصد الجنائي العام والخاص.

فبالنسبة للقصد العام ، والذي يتمثل في وعي الجاني حالة إتيانه الوقائع المجرمة أنه ينتهك القانون يتمثل في اتجاه إرادة الجاني إلى مخالفة الأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها في مجال الصفقات العمومية ، مع العلم بأن هذا الفعل مجرم قانونيا.

ويتحقق الركن المعنوي في علم الموظف وإدراكه واتجاه نيته إلى مخالفة التشريع المتعلق بالصفقات العمومية من أجل منح امتيازات غير مبررة لأحد المتنافسين.

الفرع الثاني : العقوبة المقررة للجريمة

أولا :العقوبات الأصلية [18] :

أ- بالنسبة للشخص الطبيعي :

يعاقب المشرع على جريمة المحاباة في المادة 26 " بالحبس من سنتين (02) إلى عشر (10) سنوات ، وبغرامة من مائتي ألف دينار 200.000 دج إلى مليون1.000.000 دج."

_ كل موظف عمومي يمنح عمدا للغير امتيازا غير مبرر عند إبرام أو تأشير عقد أو اتفاقية أو صفقة أو ملحق مخالفة للأحكام التشريعية والتنظيمية المتعلقة بحرية الترشح والمساواة بين المترشحين وشفافية الإجراءات.

ب : بالنسبة للشخص المعنوي :

لقد أقر المشرع الجزائري المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي على كل جرائم الفساد، بما فيها جريمة المحاباة ، وذلك بأن يكون الشخص الاعتباري مسؤولا جزائيا عن الجرائم المنصوص عليها في هذا القانون وفقا للقواعد المقررة في قانون العقوبات في المادة 53 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته .

وقرر المشرع الغرامة المالية كعقوبة أصلية والتي تساوي من مرة (01) إلى خمس (05) مرات الحد الأقصى للغرامة المقررة للشخص الطبيعي في القانون الذي يعاقب على الجريمة . وحسب المادة 53 من قانون مكافحة الفساد، أي غرامة تتراوح ما بين 1.000.000 دج و 5.000.000 دج.

نشير إلى أن المشرع أقر المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي عن جرائم الصفقات العمومية ، حيث نص على المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي في القانون رقم 04-15 المؤرخ في2004/11/10 المعدل والمتمم لقانون العقوبات بنص المادة 51 مكرر والتي تقضي" باستثناء الدولة والجماعات المحلية والأشخاص المعنوية الخاضعة للقانون العام يكون الشخص المعنوي مسؤولا جزائيا عن الجرائم التي ترتكب لحسابه من طرف أجهزته وممثليه الشرعيين عند ما ينص القانون على

ذلك". وأن المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي لا تمنع مساءلة الشخص الطبيعي كفاعل أصلي أو شريك.

بالرجوع إلى النص المذكور نجد أنها حصرت مجال المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي من القانون الخاص، حيث استثنت منها الدولة والجماعات المحلية والأشخاص المعنوية الخاضعة للقانون العام.

ثانيا : العقوبات التكميلية :

تحت عنوان " العقوبات التكميلية " أشار المشرع إلى أنه" في حالة الإدانة بجريمة أو أكثر من الجرائم المنصوص عليها في هذا القانون ، يمكن الجهة القضائية أن تعاقب الجاني بعقوبة أو أكثر من العقوبات

التكميلية المنصوص عليها في قانون العقوبات."

ولقد حدد المشرع مقدار العقوبات المقررة حسب طبيعة كل من الشخص الطبيعي والشخص المعنوي .

- **أ : بالنسبة الشخص الطبيعي :**

نجد أن العقوبات التكميلية المنصوص عليها في قانون العقوبات والتي أشار إليها المشرع في المادة 50 من القانون رقم 06 -01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته تتمثل في :

- **" الحجر القانوني /الحرمان من الحقوق الوطنية و المدنية و العائلية /تحديد الإقامة /المنع المؤقت من ممارسة مهنة أو نشاط ....."**

ب - بالنسبة للشخص المعنوي

لقد أشار المشرع في الباب المكرر من الكتاب الأول من قانون العقوبات تحت عنوان العقوبات المطبقة على الأشخاص المعنوية إلى العقوبات التكميلية المطبقة على الأشخاص المعنوية في الفقرة 02 من المادة 18 مكرر وهي :

- حل الشخص المعنوي /غلق المؤسسة أو فرع من فروعها لمدة لا تتجاوز خمس سنوات / الإقصاء من الصفقات العمومية لمدة لا تتجاوز خمس سنوات / المنع من مزاولة نشاط مهني او اجتماعي بشكل مباشر او غير مباشر نهائيا لمدة لا تتجاوز خمس سنوات / مصادرة الشئ الذي استعمل في ارتكاب الجريمة او نتج عنها /تعليق و نشر حكم الإدانة / الوضع تحت الحراسة القضائية

المطلب الثاني : جنحة استغلال نفوذ الأعوان العموميين للحصول على امتيازات غير مبررة

لقد نص المشرع في الفقرة الثانية من المادة 26 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته على هذه الجريمة ووضح صفة الأشخاص الذين يمكن أن يرتكبوها .

وجدير بالذكر أن نشير إلى أن المشرع قام بإلغاء المادة 128 مكرر بموجب المادة 71 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته ، وقام بتعويضها بالمادة 26 في الفقرة 06 من نص المادة 72 من ذات القانون .

وسنحاول دراسة مضمون هذا المطلب بالتطرق إلى أركان الجريمة أولا ، ثم نتطرق إلى العقوبة المقررة لهذه الجريمة ثانيا .

الفرع الأول : أركان الجريمة

تقتضي هذة الجريمة توافر صفة خاصة في مرتكبها بالإضافة إلى الركن يحدد مادياتها وأخيرا الركن المعنوي .

أولا : صفة الجاني

اشترط المشرع صفة معينة في الجاني أي أن يكون إما تاجرا أو صناعيا أو حرفيا أو مقاولا من القطاع الخاص بمعنى أن يكون عونا اقتصاديا من القطاع الخاص، عدل عن اشتراط صفة معينة بأن أضاف بصفة عامة كل شخص طبيعي أو معنوي . فالمطلوب هنا أن يكون الجاني عونا اقتصاديا خاصا ولا يهم إن كان شخصا طبيعيا أو معنويا يعمل لحسابه أو لحساب غيره .

وباستقراء الفقرة 02/26 [19] نجد أن لا جدوى من تخصيص التاجر أو الصناعي أو الحرفي أو المقاول من القطاع الخاص بالذكر ما دام أن أي شخص سواء كان طبيعيا أو معنويا من القطاع الخاص يمكن أن يتعرض للمساءلة من جراء ابرامه لعقد أو صفقة مع الدولة أو الجماعات المحلية أو المؤسسات أو الهيئات العمومية الخاضعة للقانون العام أو المؤسسات العمومية الاقتصادية ذات الطابع الصناعي والتجاري .

وبالنسبة للشخص الطبيعي فهو كل شخص يقوم عقد مع المؤسسات والهيئات العمومية، ويحوز على صفة تاجر أو حرفي، وعادة ما يتم التعاقد معهم بشأن إنجاز بعض الأشغال أو تقديم خدمات بسيطة مثل ما يتعلق بأشغال الترميم أو اقتناء تجهيزات للإدارة.

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 .

ثانيا : الركن المادي للجريمة

يكتمل الركن المادي للجريمة بإبرام الجاني سواء كان شخصا طبيعيا أو معنويا عقدا أو صفقة مع الدولة أو الجماعات المحلية أو المؤسسات أو الهيئات العمومية الخاضعة للقانون العام أو المؤسسات العمومية الإقتصادية ذات الطابع الصناعي والتجاري ، والإستفادة 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[20] أو التموين .

الغرض من الجريمة :

لقد وضحت العبارة الأخيرة من نص الفقرة الأخيرة من المادة 26 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته ".....من أجل الزيادة في الأسعار التي يطبقونها عادة أو من أجل التعديل لصالحهم في نوعية المواد أو الخدمات أو آجال التموين" ما يرمي إليه الأشخاص المذكورون في مستهل الفقرة الثانية من المادة سالفة الذكر من جراء الاستفادة من سلطة أو تأثير أعوان الهيئات المذكورة .

ثالثا : الركن المعنوي للجريمة

تستلزم هذه الجريمة توافر القصد الجنائي العام المتمثل في علم الجاني بنفوذ أعوان الدولة مع إرادته استغلال هذا النفوذ لمصلحته ، كما تتطلب القصد الجنائي الخاص المتمثل في نية الحصول على امتيازات مع العلم أنها غير مبررة .

الفرع الثالث : العقوبة المقررة للجريمة

من أجل مواجهة المشرع لهذه الجريمة ، رصد لها نفس العقوبات المقررة لجريمة المحاباة سواء ما تعلق منها بالعقوبات الأصلية أو بالعقوبات التكميلية وكذا الأحكام المتعلقة بالمشاركة والشروع والتقادم في هذه الجريمة، وعلى الظروف المشددة والإعفاء من العقوبات وتخفيفها .

خاتمة :

مما سبق ذكره ، يمكن القول أن ميدان الصفقات العمومية كان ولا يزال المجال الخصب لابتداع الممارسات الممنوعة بالنظر إلى حجم الأموال المرصودة للمشاريع الموجهة للتنمية في شتى المجالات . لذلك كان لابد من تدخل المشرع لوضع سياسة جنائية تجمع بين الوقاية والتجريم للحد من هذه الممارسات ، خصوصا وأنه كرس عدة آليات تهدف في مجملها إلى حماية المنافسة في الصفقات العمومية عبر مختلف مراحلها .

هذه الآليات مكنت من تدخل القاضي الإداري في حالة وجود خرق للالتزامات المقررة لحماية المنافسة في الصفقات العمومية ، بالإضافة إلى تدخل القاضي الجنائي بدوره في هذا المجال لا سيما في ظل تنامي مفهوم التجريم الذي يلعب دور المحفز والمقوي لآليات الرقابة المالية والإدارية و الذي أصبح بمقتضاه القاضي الجنائي يتمتع بصلاحيات واسعة لضمان الردع للممارسات المخلة بواجبات النزاهة في ممارسة الوظيفة العامة .

وفي الأخير يمكن القول أنه بالرغم مما تثيره بعض نصوص التجريم في مجال الصفقات العمومية من تحفظات ، إلا أن تدخل القاضي الجنائي من شأنه تقوية الرقابة على عملية إبرام الصفقات العمومية .

الهوامش :

1- المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المؤرخ في 02 من ذي الحجة عام 1436الموافق ل 16 سبتمبر سنة 2015 المتضمن لتنظيم الصفقات وتفويضات المرفق العام ، ج ر ع 50 .

2- قانون رقم 06-01 المؤرخ في 21 محرم عام 1427 الموافق ل20 فبراير 2006 المتضمن الوقاية من الفساد ومكافحته ، ج ر ع 14 .

3- قاموس المعاني www.almaany.com .

4- رقراقي محمد زكريا ، الحماية القانونية لقواعد المنافسة في الصفقات العمومية ، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة جيلالي اليابس ، سيدي بلعباس ، 2014/2013 ، ص 249 .

5- فتحي وردية ، جريمة تلقي الهدايا ، مداخلة ملقاة بمناسبة تنظيم الملتقى الدولي حول الوقاية من الفساد ومكافحته كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة جيلالي اليابس ، سيدي بلعباس ، يومي 24 و25 أبريل 2013 ، ص 55 .

6- ماري حلو رزق ، جرائم الفساد في الصفقات العمومية ، مداخلة ملقاة بمناسبة تنظيم الملتقى الدولي حول الوقاية من الفساد ومكافحته في الصفقات العمومية ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة جيلالي اليابس ، سيدي بلعباس ، يومي 24 و25 أبريل 2013 ، ص 90 .

7- محمد بودالي ، نظم الرقابة البرلمانية ، المالية والإدارية على الصفقات العمومية ، مداخلة ملقاة بمناسبة تنظيم الملتقى الدولي حول الوقاية من الفساد ومكافحته في الصفقات العمومية ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة جيلالي اليابس ، سيدي بلعباس ، يومي 24 و25 أبريل 2013 ، ص 04 .

8- رقراقي محمد زكريا ، المرجع السابق ، ص 250 ، نقلا عن : Picard Etienne , La résponsabilité Pénal dans les marchée publics de travaux , RDI , oct –dec 1998,P 467.

9- تبون عبد الكريم ، الحماية الجنائية للمال العام في مجال الصفقات العمومية (دراسة مقارنة) ، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه علوم تخصص قانون عام ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان ، 2017 / 2018 ، ص 90 .

10- محمد بودالي ، المرجع السابق ، ص 03 .

11- علة كريمة ، الركن المادي لجريمة المحاباة في مرحلة إبرام الصفقة ، مداخلة ملقاة بمناسبة تنظيم الملتقى الدولي حول الوقاية من الفساد ومكافحته في الصفقات العمومية ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة جيلالي اليابس ، سيدي بلعباس ، يومي 24 و25 أبريل 2013 ، ص 19 .

12- القانون رقم 06-01 المؤرخ في 20 فبراير 2006 ، ج ر ع 14 .

13- فتحي وردية ، جريمة تلقي الهدايا ، مداخلة ملقاة بمناسبة تنظيم الملتقى الدولي حول الوقاية من الفساد ومكافحته في الصفقات العمومية ، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة جيلالي ليابس ،يومي 24و25 أبريل 2013 ص 04 .

14- علة كريمة ، المرجع السابق ، ص 02 .

15- و هي المادة التي عوضت المادة 128 مكرر 01 الملغاة بموجب المادة 71 من القانون المتعلق بالوقاية من الفساد و مكافحته رقم 06-01

16- عبد الله أوهايبية ، شرح قانون العقوبات الجزائري ، ط1 ، موفم للنشر ، الجزائر ، 2009 ، ص 224.

17- أحمد مجحودة ، أزمة الوضوح في الإثم الجنائي في القانون الجزائري والقانون المقارن،ج 2 ،ط 2 ،دار هومة ، الجزائر ، 2004 ، ص 816 ،817 .

18- ويقصد بالعقوبات الأصلية تلك التي يجوز الحكم بها دون أن تقترن بها أية عقوبة أخرى .المادة 02/04 من الأمر رقم 156/66 مؤرخ في 18 صفر عم 1386 الموافق 08 يونيو 1966 المتضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم.

19- أحسن بوسقيعة ، الوجيز في القانون الجزائي الخاص ، ج2 ، ط10 ، دار هومة ، الجزائر ، ص 128.

20- المادة 78 /03 من المرسوم الرئاسي رقم15-247 المتضمن تنظيم الصفقات وتفويضات المرفق العام .

آليات الرقابة على النفقات الملتزم بها في الجزائر

- زياني عمر طالب باحث في الدكتوراه حقوق
- أ . ذ: عدو عبد القادر، أستاذ التعليم العالي
- كلية الحقوق والعلوم السياسية – جامعة أحمد دراية – أدرار

ملخص:

الرقابة كآلية قانونية تحقق التأمين والمحافظة على المال العام، و الرقابة على الأموال العمومية عرفتها معظم الأنظمة السياسية، خصوصا بعدما توسعت أدوار الدولة ومسؤولياتها في مراقبة المرفق العام ، ما ترتب عليه التقيد بالقانون في صرف النفقات من قبل الهيئة المسيرة للمال العام، وهو أمر يحقق الأمن المالي ويحدٌ من التبذير والنفقات غير المجدية.

Abstract:

370Supervision as a legal mechanism is to achieve insurance and preservation of public funds. Supervision and control over public funds. Were known by various political regimes, mainly after that the government roles and responsibilities were enlarged in having control over public funds. That results in respect of lows in expense payment by the institutions that are in charge of public funds. This matter guarantees money security and prevent false wasting of funds.

مقدمة:

لا يمكن أن يتطور المجتمع إلا بضوابط النظام العام الذي تقتضيها مرونة التطور المستمر، وهو أمر لا شك تسعى إليه الدولة الحديثة، حتى يتسنى لها بسط سلطانها بصورة قانونية وسليمة تحاكي نمط التطور الذي يسعى إليه الإنسان باعتباره فرد من المجتمع الايجابي، وحتى تتحقق ايجابية المجتمع، لا بد من جهة أن يبث ثقافة قانونية تفيد بتوقيع الجزاء على المخالفين لأدبيات الحياة العامة. وأهم قاعدة تعمد إليها الدولة في ذلك هي الرقابة على الأموال العمومية، التي هي بمثابة حياة المجتمع و الدولة و أساس استمراريتها.

وقد عرفت المجتمعات القديمة نظام الرقابة، من المصريين إلى الإغريق وبلاد الرافدين، وقد صاحب تطور الرقابة على الأموال العمومية تطور الدولة من حامية لأمنها الداخلي والخارجي، إلى دولة متدخلة في جوانب الحياة الاقتصادية والاجتماعية، وبعد أن شهدت رؤوس الأموال تضخما كان من المفروض على الدولة الحديثة أن تصنع نظاما يحافظ على تلك الأموال الضخمة، التي تمكنها من تلبية الحاجيات العامة لمواطنيها، ويزيد من قيمتها الإضافية في القوة والتطور المستمر.

إن الأزمات الاقتصادية المتكررة التي مرت بها الدول عبر تاريخها، فرض عليها تطوير أجهزتها الرقابية في المجال المالي، وابتداء من العصر الحديث ظهرت نماذج في هذا المجال، وكان أولها النموذج الفرنسي الذي أوجد هيئة مختصة للرقابة على المال العام. حيث أنشأ الملك "**سانت لويس**" نظام غرف المحاسبة وعلى رأسها غرفة محاسبة باريس عام **1256**، والتي بدورها شهدت مراحل تطور متعددة وانتهت بنظام الرقابة القضائية عام **1807** والذي تمارسه محكمة المحاسبات. وفي سنة **1866** تم انشأ هيئة الرقابة المالية في انجلترا، وبموجب قانون الميزانية الصادر عام **1921** في الولايات المتحدة الأمريكية أُنشِئتْ هيئة عليا للرقابة المالية. وتوالت فيما بعد إنشاء هيئات رقابية مالية في الدول العربية في كل من سوريا ومصر ولبنان[1] ، أما في الجزائر شهد مجال الرقابة المالية الذي كان وليد مرحلتين اثنتين، الأولى هي مرحلة الاستعمار الفرنسي، حيث كان لوزير المالية صلاحيات تعيين المراقب المالي بمشاركة وزير الداخلية، وذلك تبعا لخضوع النظام القائم في الجزائر آنذاك للوصاية المشتركة لكل من وزير المالية ووزير الداخلية، المتمتعان بالصفة السيادية على التنظيم الإداري والمالي لكل من وزارة الداخلية ووزارة المالية[2].

أما في الجزائر المستقلة، فقد سار المشرع الجزائري في مجال تعيين أعضاء مكتب المراقب المالي وفق الإجراءات التي كانت سارية إبان التواجد الفرنسي، ضمن هذا المنظور سنحاول طرح الإشكالية الآتية:

- إلى أي حد يمكن للقانون وللقانون وحده، أن يحقق حماية كافية على النفقات الملتزم بها؟.
- هل الرقابة على الاموال العمومية في الجزائر حققت أهدافها؟ أم أنها تحتاج إلى آليات قانونية جديدة أكثر ردعاً وصرامة؟.

سنحاول معالجة هذه النقاط وفق الخطة الآتية:

المطلب الأول: الإطار المفاهيمي للرقابة المالية.

المطلب الثاني: الوسائل القانونية ومدى تحقيقها للحماية على النفقات العمومية.

المطلب الثالث: مدى فعالية النصوص التشريعية.

إن حماية الأموال العمومية تقتضي وسائل قانونية من خلالها تجسد الدولة حماية حقيقية لمواردها المالية وتطلع بالمهام المنوطة بها في هذا المجال، والوسيلة الأنجع في هذا المجال هي آليات الرقابة التي تمارسها الدولة على الجوانب المالية، حيث يرى الباحثون أنها متعددة من الناحية النظرية ومختلفة الأساليب من ناحية الممارسة، فهي من حيث الأنواع تنقسم إلى رقابة مالية من حيث التوقيت الزمني، ورقابة مالية من حيث الموضوع.

المطلب الأول: الإطار المفاهيمي للرقابة المالية.

أولا: تعريف الرقابة المالية:

تعرف الرقابة المالية بأنها "مجموعة الإجراءات التي تمارسها أجهزة معينة من أجل المحافظة على الأموال العامة وضمان حسن تحصيلها وإنفاقها بدقة وفعالية واقتصادية وفقا لما أقرته السلطة التشريعية بالموازنة والقوانين المالية الأخرى ووفقا للخطط الموضوعة للجهات الخاضعة للرقابة. و الرقابة " **لغة** " هي " المحافظة و الانتظار" فالرقيب يعني "المحافظ أو المنتظر. **أما** "**اصطلاحا**": فقد أوجد الباحثون تعاريف متعددة منها الرقابة المالية، وذلك تبعا للوظيفة التي ينظر اليها من خلالها والأهداف الواجب تحقيقها والأجهزة التي تقوم بها[3].

وعرَّفَها **المؤتمر العربي الأول** للرقابة المالية بأنها "منهج علمي شامل يتطلب التكامل والاندماج بين المفاهيم الاقتصادية والمحاسبة والإدارية، تهدف إلى التأكد من المحافظة على الأموال ورفع كفاية استخدامها".

بينما يرى آخرون بأن الرقابة هي مجموعة الإجراءات والوسائل المتبعة في مراقبة التصرفات المالية، وتقييم أعمال الأجهزة الخاضعة للرقابة، وقياس مستوى كفاءتها وقدرتها على تحقيق الأهداف الموضوعة، والتأكد من أن الأهداف المحققة هي ما كان يجب تحقيقه، وأن تلك الأهداف تحققت وفق الخطط الموضوعة وفي الإطار الزمني الموضوع لها[4]. و يعرفها البعض بأنها الإشراف والتوجيه من جانب سلطة خارجية مستقلة عن المشروع، من أجل التعرف على كيفية سير العمل في الجهة الخاضعة للرقابة والتأكد من أن الموارد المتاحة المالية والبشرية والمادية قد أُستُخدِمَت وفقا لما هو مخطط لها.

ثانيا: أنواع الرقابة المالية.

هناك أنواع متعددة من الرقابة، من بينها الرقابة المالية، وهي أيضا ينظر إليها من زوايا متعددة بحيث توجد رقابة جوهرها الزمن ومن ذلك الرقابة السابقة على التنفيذ والرقابة المعاصرة للتنفيذ ورقابة لاحقة للتنفيذ.

1- **الرقابة المالية السابقة:** هي تلك التي يكون مجالها الزمني سابق لإتخاذ الإجراءات التنفيذية المُفضية إلى صرف الأموال العامة، ولا يحق لأي جهاز تنفيذي الشروع في إنفاذ الالتزام أو دفع أي أموال مهما كان المشروع، إلا بموافقة الجهة المختصة قانونا بالرقابة قبل صرف النفقة العمومية. وهو أمر يدرأ الأخطاء وشبهة الفساد، وهي بذلك تسمى بالرقابة المانعة أو الرقابة الوقائية، وتتعلق أساسا بموضوع الإنفاق العمومي، وليس الإيرادات العامة، ولا تكتف الرقابة السابقة بهذا فحسب، وإنما تمتد إلى فحص الوثائق والمستندات المتعلقة بكل نوع أو عملية إنفاق، مع مراعاة أن عملية الالتزام قد وافقت التشريعات واللوائح والنظام المالي القائم في الدولة.

2- **الرقابة المالية المعاصرة:** يختص بهذا النوع من الرقابة أجهزة خاصة في الدولة، وجوهر مهامها رقابة ومتابعة السلطة التنفيذية من حيث عملها المالي سواء من حيث الإيرادات أو النفقات العامة، وهو عمل يدخل في العادة في اختصاص اللجان البرلمانية المنبثقة عن السلطة التشريعية، ومن ميزات هذا النوع من الرقابة أنها مستمرة وشاملة، وكثيرا ما تكتشف الأخطاء فور وقوعها وهو أمر يساعد على تصحيح تلك الأخطاء بصورة سريعة.[5]

3- **الرقابة المالية اللاحقة:** يكون هذا النوع من الرقابة على الوثائق والمستندات والدفاتر للمحاسبية والبيانات الحسابية الختامية، وأيضا على المؤسسات العامة، ومختلف الأنشطة الاقتصادية عند نهاية كافة العمليات الخاضعة للرقابة، وذلك من أجل متابعة جميع المخالفات التي تكون قد وقعت، وتأخُذ هذه الرقابة أيضا أشكالا متعددة، فبالإضافة إلى المراجعة الحسابية لجميع العمليات المالية العمومية، فهي تسمى أيضا رقابة كاشفة للمخالفات المالية، وتغطي الرقابة اللاحقة الإيرادات والنفقات العامة على العكس من الرقابة السابقة التي تتعلق فقط بالنفقات. وهنا يتجلى الاختلاف الزَمَني بين أنواع الرقابة سواء السابقة أم اللاحقة، أم الآنية، و من مزايا الرقابة اللاحقة أنها تكون في فترة انتهاء جميع مراحل العمليات المالية وظهور معالمها، الأمر الذي يمكنها من كشف الأخطاء والانحرافات بشكل دقيق، كما أنها تمكن من اتمام الدراسات المتعلقة بالعمليات المالية دونما تعطيل الأنشطة، وتحقق الرقابة اللاحقة أيضا ودون تدخل اختصاصات السلطة التنفيذية من القيام بالمراجعة لما تم من قبل، وتجدر الاشارة إلى أنه من شأن هذا النوع من الرقابة تحقيق جملة من النتائج المتمثلة

في تحديد الخسائر المالية الحاصلة، ومحاسبة المتسببين في ذلك، وهو ما من شأنه أن يمنع حدوث ذلك في المستقبل.

ومن مساوئ الرقابة اللاحقة، أنها لا تحقق الحد النهائي لمنع الأخطاء والتلاعب بالأموال العامة قبل وقوعها ، ذلك لأنها تتم بعد تنفيذ العمليات المالية. كما أن المجال الزمني الذي تُبَاشرُ فيه قد لا يحدد مسؤولية المتورطين بدقة، الأمر الذي يؤدي الى صعوبة توقيع العقاب على المخالفين. أما من حيث طبيعتها فهي عملية جرد لما سبق حدوثه من عمليات مالية ليس إلا.

المطلب الثاني: الوسائل القانونية ومدى تحقيقها للحماية على النفقات العمومية.

لا شك أن عمليات الإنفاق تزداد باستمرار وذلك تبعا لحركية المجتمع في مختلف المجالات، وهو أمر يزيد أعباء جديدة تضاف إلى أدوار الدولة المختلفة، هذا الأمر في حد ذاته يرتبط جوهريا بشرعية الإنفاق، والتي بدورها تتطلب رقابة المراقب المالي التي تكون قبلية، ورقابة بعدية تتم ممارستها على ميزانية المؤسسات العمومية والهيئات ذات الطابع الإداري ومراكز البحث والتنمية والمؤسسات ذات الطابع الصناعي والتجاري والمؤسسات ذات الطابع العلمي والتكنولوجي والمؤسسات العمومية الاقتصادية عندما تُكَلَّف بإنجاز عملية ممولة من ميزانية الدولة.[6]

وقد كانت عملية الرقابة ومنذ الاستعمار الفرنسي للجزائر تُسْنَدُ إلى المراقب المالي، بإعتباره المكلف أساسا برقابة مدى مشروعية وشرعية الإنفاق، حيث إنه من الناحية القانونية يكون من صلاحياته الرقابة الإجبارية على مشاريع الالتزام بالنفقات والأعمال ذات الآثار المالية، وتنصبُّ مهامه الإدارية على رقابة مشاريع الالتزامات، وذلك بالنظر إلى المركز القانوني للمراقب المالي، حيث يعينه الوزير المكلف بالمالية، ومن ثم فإنه يكون خاضعا للوزير. بحيث أن طريقة تعينه تشكل نقطة هامة، خصوصا من حيث استقلاليته من جهة، ومن جهة أُخرى، كونه يتمتع بصلاحيات متعددة وجِد مهمة، ترسم الحدود التي يلتزم بها أثناء تأديته لمهامه، فهو يمارس رقابة سابقة على النفقات الملتزم بها، ومن أجل ذلك يعينه الوزير المكلف بالمالية طبقا لنص المادة 04/ف1 من المرسوم التنفيذي 92-414 المعدل والمتمم، كما تنص المادة 60 من القانون 90-21 المتضمن قانون المحاسبة العمومية على أنه "يعين المكلفون بممارسة وظيفة مراقبة النفقات المستعملة من قبل الوزير المكلف بالمالية"[7] ، وتبعا لذلك فإنها تتخذ جملة من المهام يمكن بيانها فيما يلي:

أ- **مهام المراقب المالي:** هي كثيرة وأهمها، أنه يراقب الأنشطة الإدارية ذات الطابع المالي ويُسدي جميع الإرشادات سواء للمسيرين أم الآمرين بالصرف، خصوصا وأن المراقب المالي يتمتع بمعرفة واسعة في المجال الرقابي التقني المتخصص حسب طبيعة عمله، أي رقابة النفقات الملتزم بها، ومنشؤها المشاريع المنشئة للالتزام ومدى مطابقتها للقوانين والتشريعات المعمول بها وبالرجوع إلى

نص المادة 09 من المرسوم 92-414 المعدل والمتمم نجدها تحدد تلك العناصر من خلال صفة الآمر بالصرف أو المفوض عنه، وأيضا المطابقة التامة للقوانين والتنظيمات المعمول بها، والإطار القانوني للنفقة، والذي لا يمكن بأي حال من الأحوال أن تغطي غيره من المشاريع الأخرى، كما لا يمكن أن تباشر المشاريع دونما وجود اعتماد مالي مسمى لها قانونا ومطابقة مبلغ الالتزام لمتطلبات المشروع بأكملها، و على الإدارة صاحبة المشروع أن تُؤَشِر على جميع وثائق ومستندات المشروع كتأشيرة لجان الصفقات، والتي تصبح إلزامية قبل الالتزام بمبالغ تلك الصفقات،[8] وتعد هذه الالتزامات جوهرية لا يمكن مخالفتها وفق مقتضيات القانون، وهنا نكون أمام رقابة مالية من حيث الموضوع، ذلك أنها تتعلق بالتصرفات ذات الآثار المالية، أي مدى مشروعية تلك التصرفات وبالتالي تنصب رقابة المشروعية على طبيعة التصرفات، ونعني بذلك المشروعية الشكلية التي تهتم بالعضو أو الهيئة التي تَصدُر عنها التصرفات المالية، بينما تنصب المشروعية الموضوعية على التصرفات ومضامينها، ومن ثم إذا كانت الرقابة تهدف إلى تحقيق المطابقة بين التصرفات والمواقف، وبين قاعدة موضوعة مسبقا، فإن تلك الرقابة يكون إهتمامها متعلقا بجوانب المشروعية في حد ذاتها. وبعدما شهد علم المالية والمحاسبة تطوراً وأَخَذَ بمبادئ مخططات الميزانيات السنوية، فإن تلك الرقابة صارت تجمع بين رقابتي المحاسبة والمشروعية.

ب- **الالتزامات الاحتياطية :** تعد "استثناء" على ما يمارسه المراقب المالي من خلال إتباعه إجراءات تتمحور أساسا حول رقابة الالتزامات وهو ما يُستَقرأ من خلال نص المادة "03" من المرسوم التنفيذي 92-414 ، المتعلق بالرقابة السابقة للنفقات حيث "يمكن أن تحدد كيفيات ملائمة للرقابة مثل إجراء الالتزامات الاحتياطية بالنسبة لبعض القطاعات أو بعض أنواع النفقات بقرار من الوزير المكلف بالمالية. وعموما يكون هناك تبسيط لإجراءات صرف بعض النفقات غير المتسمة بالضخامة، تخفيفا للعبء على المسيرين، ومقابل هذا يأشر المراقب المالي على الالتزام بصورة إجمالية وهو ما أكدته المادة "03" من القرار المؤرخ في 05 ماي 2011، والمحدد لإجراء الالتزامات الاحتياطية كما يلي: "الالتزام الاحتياطي هو إجراء يسمح للآمر بالصرف بالالتزام بالنفقة دون تبرير سابق". أي في هاته الحالة لا يحتاج المراقب المالي إلى ما يثبت صرف النفقة، لأن الالتزام في هذه الحالة كان قد خضع للتأشيرة المسبقة للمراقب المالي. وفي حالة ما إذا اكتشف المراقب المالي بعض المخالفات أو ما يثير الشكوك حول صرف النفقة العمومية، فله الحق في الامتناع عن التأشيرة وبصفة نهائية مع تسجيله ذلك الرفض، ويُرسل تقريره المفصل حول المسالة الى الوزير المكلف بالمالية".

ج- **دور المراقب المالي في مجال المحاسبة العمومية:** يفرض المركز القانوني للمراقب المالي إجراءات تتسم بنوع من الصرامة، وذلك نظرا لما تستوجب وظيفته من جهة، ومسؤوليته المباشرة على صرف النفقات العمومية وتنفيذ الالتزامات القانونية والمالية، ومن هنا لا بد له من لعب دور المحاسب

حتى يتسنى له التدقيق في حساب الالتزامات، ومعرفة الاتجاه والالتزام الذي تَمَّ صرفها فيه، ومن ثم فمسك المراقب المالي للمحاسبة العمومية يمنحه دورا إلى جانب المصلحة المعنية بالنفقة العمومية، ويضفي على رقابته في حد ذاتها الفاعلية اللازمة، والتسيير الحسن للمال العام، مع ضرورة اطلاع الوزير المكلف بالمالية بسير النفقات والميزانية، وفي هذا نصت المادة 27/ف4 من المرسوم التنفيذي 92-414 على أنه تحدد إجراءات وكيفيات ومحتوى محاسبة الالتزام بالنفقات بقرار من الوزير المكلف بالميزانية. ومن المعلوم أيضا أن المراقب المالي هو مستشار مالي للمصالح التي يراقبها. ورقابته تلك هي رقابة إدارية، ومنح التأشيرة للآمر بالصرف الملتزم بالنفقة طبقا للقوانين الجاري بها العمل، وهناك من القرارات الخاضعة لتأشيرة المراقب المالي وهي الجداول الاسمية التي تكون عند إقفال السنة المالية. و الجداول الأصلية التي عند بداية السنة، وأيضا الجداول الأصلية المعدلة المعدة عند قفل السنة المالية. وأيضاً القرارات المتضمنة نفقات التسيير أو التجهيز وغيرها من القرارات المتعلقة بالنفقة على أن يكون كل التزام بالنفقة مسندا قانونا بسند الطلب أو الفاتورة الشكلية، ما لم يتعد المبلغ المبين في قانون الصفقات العمومية، والتي تتطلب وثائق كالفاتورة وسند الطلب وغيرها، وكل قرار وزاري يتضمن تحويل اعتمادات أو منح تفويض بالاعتماد أو إعانات مالية وهو ما أوردته المواد 5-6-7 من المرسوم التنفيذي رقم 92-414 المؤرخ في 14 نوفمبر 1992 المتعلق بالرقابة السابقة للنفقات العمومية، وقد تترتب على المراقب المالي مسؤولية جزائية و أو من ينوبه وذلك جراء إخلال لجان الصفقات العمومية بواجب الرقابة الخارجية باعتباره أحد أعضائها.

ويبقى دور المراقب المالي محوريا من حيث الإقراء وتحليل النصوص التشريعية والتنظيمية، خصوصا تلك المبادر بها من طرف المديرية العامة للميزانية ومالها من آثار، سواء على ميزانية الدولة أم ميزانيات الجماعات المحلية والهيئات العمومية، ومن واجبه أيضاً إسداء النصائح خصوصا في مجال ترشيد النفقات وكيفيات صرفها، وفق التشريع والتنظيم المعمول بهما، مع تقديم النصح للآمر بالصرف من حيث علم المالية وذلك ما أقرته النصوص المختلفة من القانون 90-21 في المادة 58/ف4 والمادة 23/ف4 من المرسوم 92-414 والمادة 10/ف12 من المرسوم التنفيذي 11-381 المتعلق بمصالح المراقبة المالية.

"تقديم نصائح للآمرين بالصرف على المستوى المالي قصد ضمان نجاعة النفقات العمومية وفعاليتها".

أما آجال تنفيذ الرقابة المسبقة على النفقات الملتزم بها فقد نصت المادة 14 من المرسوم 92-414 على أنه "يجب أن تدرس وتفحص ملفات الالتزام التي يقدمها الآمر بالصرف والخاضعة للرقابة السابقة في آجل أقصاه 10 أيام. وطبقاً لنص المادة "15"، فان الآجال المنصوص عليها في المادة 14 تسري بدءا من تاريخ استلام مصالح الرقابة المالية لاستمارة الالتزام.

أما ما تعلق بالرفض الصريح والمعلل فإنه يترتب عليه إيقاف سريان الآجال المذكورة، أي آجال "10" أيام.

ثانيا: تأشيرة المراقب المالي.

تشكل تأشيرة المراقب المالي وسيلة إجبارية لتدخل المراقب المالي قبل صرف النفقة العمومية، ذلك لأنها تمكنه من سلطة التدخل للرقابة، ملتمسا من تدخله ذلك مدى خضوع عملية صرف النفقة لقواعد الشرعية، وإستعمال المشرع الجزائري مصطلح التأشيرة دلالة على استخدام النفقة وفقا لروح القانون والتصرف القانوني، ومن ثم تحوز النفقة القوة القانونية وتصبح قابلة للدفع، غير أنه يمكن للمراقب المالي الرفض، ولكن لا يكون رفضه مطلقا، وإنما هي مرحلة من أجل تصحيح الأخطاء التي يمكن أن يقع فيها الآمر بالصرف، وطبقا لنص المادة "11" من المرسوم 92-414 فان الحالات التي يكون فيها الرفض مؤقتا هي:

- اقتراح التزام مشوب بالمخالفة لتنظيم قابلة للتصحيح.
- انعدام أو نقصان الوثائق الثبوتية المطلوبة.
- نسيان بيان هام في الوثائق المرفقة.

ومن هنا يكون للآمر بالصرف رخصة زمنية لتدارك الأخطاء التي وقع فيها وتصحيحها، أما بالنسبة للأخطاء والتجاوزات التي لا يمكن استدراكها وتصحيحها، أو في حالة الرفض المؤقت لمرتين فإن الرفض يصبح نهائيا، وموضوعه غير قابل للتصحيح، وهي حالة نصت عليها المادة "12" من المرسوم 92-414 والمتمثلة فيما يلي:

- عدم مطابقة اقتراح الالتزام للقوانين والتنظيمات المعمول بها.
- عدم توافر الاعتمادات أو المناصب المالية.
- عدم التزام الآمر بالصرف بالملاحظات المدونة في مذكرة الرفض المؤقت.

وطبقاً لنص المادة "13/ف3" لا يجب أن يكون الرفض المؤقت المبلغ من طرف المراقب المالي للآمر بالصرف مكررا.

ولقد ألزم المشرع المراقب المالي على ضرورة معاينة جميع الأسباب التي أدت إلى الرفض، ومهما كانت طبيعته مؤقت أو نهائي، ومن خلال المادة "13" من ذات المرسوم "يطَّلع المراقب المالي في النص الأصلي في الحالات المنصوص عليها في المادتين 11 و 12 على كل أسباب الرفض، غير أن المشرع من خلال التعديل الذي مس المرسوم 92-414 المتعلق بالرقابة السابقة للنفقات بواسطة المرسوم 09-374 أكد أن الأسباب الموجبة للرفض، لا بد من الاطلاع عليها مرة واحدة، وذلك من خلال تعديل المادة "13" تفاديا لركود الملفات المتعلقة بالالتزامات وصرف نفقاتها.

– أما إذا كان رفض المراقب المالي للتأشير على النفقة نهائيا، فإنه يمكن للآمر بالصرف أن يتغاضى عن ذلك وتحت مسؤوليته بمقرر معلل يعلم به الوزير المكلف بالميزانية وهذا ما نصت عليه المادة "18" [9] من المرسوم رقم 92–414. ويتم إرسال ملف موضوع التغاضي مباشرة وحسب كل حالة إلي الوزير أو الوالي أو رئيس المجلس الشعبي البلدي المعني، ولا يمكن أن تحصل حالة التغاضي في حالة الرفض النهائي و يعلن عنه وفقا لنص المادة 19 من ذات المرسوم بالنظر لما يلي:

– صفة الآمر بالصرف.

– عدم توافر الاعتمادات أو انعدامها.

– انعدام التأشيرات أو الآراء المسبقة المنصوص عليها في التنظيم المعمول به.

– انعدام الوثائق الثبوتية التي تتعلق بالالتزام.

– التخصيص غير القانوني للالتزام بهدف إخفاء إما تجاوز للاعتمادات وإما تعديلا لها أو تجاوز لمساعدات مالية في الميزانية [10] .

غير أنه لا بد من التساؤل عن مسألة التغاضي ورفض التأشيرة، بين كل من الآمر بالصرف والمراقب المالي، ففي حالة ما إذا امتنع المراقب المالي عن التأشير امتناعا نهائيا أي هي حالة توقف المشروع، ومن ثمَّ تتولد حالة الانسداد وتفاديا لهاته الحالة، فإن الآمر بالصرف يخوله القانون اللجوء إلى حالة التغاضي مع تحمل مسؤوليته كاملة في صرف النفقة وإبلاغ الوزير بتلك الحالة بتقرير دقيق، ويظهر من خلال ذلك امتيازات السلطة العامة وإتمام متطلبات المصلحة العامة.

المطلب الثالث: مدى فعالية النصوص القانونية.

أولا: لقد نص المؤسس الدستوري في دستور 2016 المعدل والمتمم في المادة 192 "يتمتع مجلس المحاسبة بالاستقلالية ويكلف بالرقابة البعدية لأموال الدولة والجماعات الإقليمية والمرافق العمومية وكذلك رؤوس الأموال التجارية التابعة للدولة".

يساهم مجلس المحاسبة في تطوير الحكم الراشد والشفافية في تسيير الأموال العمومية، ووفق هذا فإن مجلس المحاسبة له صلاحيات قضائية ويتشكل في إطار غرف ذات اختصاص وطني، وغرف ذات اختصاص إقليمي وهي بذاتها تنقسم إلى فروع وغرفة الانضباط في المجال المالي وتمارس الغرف ذات الاختصاص الوطني وغرفة الانضباط صلاحيات قضائية [11] ، بينما الغرف ذات الاختصاص المحلي فوظيفتها الرقابة البعدية للمصالح العمومية التابعة لاختصاصها من حيث المسائل المالية، ومن ثم ليست لها صلاحيات قضائية، كما هي الحال بالنسبة للغرف ذات الاختصاص الوطني وعددها ثمانية غرف، وهي:

1– المالية.

1– السلطة العمومية والمؤسسات الوطنية.

2- الصحة والشؤون الاجتماعية والثقافية.
3- التعليم والتكوين.
4- الفلاحة والري.
5- المنشآت القاعدية.
6- التجارة والبنوك.
7- الصناعات والمواصلات.

أما الغرف الإقليمية فهي تسعة تمارس مهامها وفق التوزيع الإقليمي،

1- عنابة.
2- قسنطينة.
3- تيزي وزو.
4- البليدة.
5- الجزائر.
6- وهران.
7- تلمسان.
8- ورقلة.
9- بشار.

وهي تراقب الفروع التابعة للغرفة الإقليمية، الجماعات المحلية التي تدخل في إطار اختصاص كل منها وكافة المرافق والهيئات العمومية التابعة لتلك الجماعات أو التي تتلقى مساعدات هي مسجلة بإسمها [12] .

- آليات سير مجلس المحاسبة:

يمارس مجلس المحاسبة رقابته على أساس الوثائق المقدمة أو في عين المكان أو عن طريق التبليغ أو بطريقة فجائية طبقا للمادة "14".

صلاحيات مجلس المحاسبة:

من المعلوم أن قضاة مجلس المحاسبة لهم سلطة التحري، وحق الاطلاع، وهو حقٌ منحه المشرع لقضاة مجلس المحاسبة، من أجل أداء مهامهم على الوجه الأكمل، خاصة وأن مجال عملهم يقتضي التدقيق في المجال المالي والمحاسبي، كما أن له صلاحيات في الاستماع إلى أي موظف تابع للمصلحة الخاضعة للرقابة، غير أن قُضاة مجلس المحاسبة قد يصطدمون أحيانا وأثناء التحقيق، بإلتزامات قانونية للموظفين والأعوان العموميين، بحجة طاعة الرئيس لمرؤوسه والسر المهني، وهو ما قد يدفع العون العمومي إلى الاحتجاج بها أمام القاضي، وهي حالة تؤدي إلى العمل الرقابي، وبناء على هذا وتفاديا لهكذا إشكالات، فإن المشَرع قد رفع الحرج عن الأعوان والموظفين العموميين أمام ما يتطلبه عمل قضاة

مجلس المحاسبة، وأوجب عليهم الاحترام والاستجابة لقضاة مجلس المحاسبة عند إجراء آليات الرقابة على مصالحهم، وإعفاهم من مقتضيات واجب التحفظ أو السر المهني [13].

ثانيا: دور المفتشية العامة للمالية في مجال الرقابة.

لقد تم إنشاء المفتشية العامة للمالية بموجب المرسوم رقم 80-53 المؤرخ في 01 مارس 1980 [14] . وتم تحديثه تبعا في سنة 1992 و 2008، حيث أن المرسوم التنفيذي رقم 92-32 [15] يتعلق بتنظيم الهياكل المركزية للمفتشية العامة للمالية، أما المرسوم التنفيذي رقم 92-33 [16] مهامه تحديد المصالح الخارجية للمفتشية العامة للمالية ويقوم أيضا بضبط اختصاصاتها، وتتشكل المفتشية العامة المالية من هياكل مركزية للرقابة والتقويم وجوهر اختصاصها ممارسة الرقابة على نشاط الإدارات والمصالح المركزية وهي تمتد عبر التراب الوطني في شكل هياكل محلية دورها رقابة المصالح المحلية.

صلاحيات المفتشية العامة للمالية: هناك صلاحيات متعددة للمفتشية العامة للمالية والمتمثلة في ما يلي: الرقابة على التسيير المالي والمحاسبة للمصالح التابعة للدولة، والجماعات الإقليمية والهيئات والأجهزة والمؤسسات الخاضعة لقواعد المحاسبة العمومية، وهيئات الضمان الاجتماعي وجميع الهيئات التابعة للدولة، والتي تتلقى منها مساعدات مالية والهيئات العمومية، وتتجسد مهام المفتشية العامة للمالية في الرقابة، التقويم، التدقيق، التحقيق والاطلاع على سير الرقابة الداخلية ومدى فعالية مصالح التدقيق الداخلي، ومراقبة تطبيق شروط التشريعات المالية والمحاسبية، وتسيير الأموال، وإبرام الصفقات العمومية وتنفيذها ، وشروط تعبئة الموارد، وتسيير الميزانية ومراقبة مجالات صرف المساعدات التي تقدمها الدولة والجماعات الإقليمية.

مجال التفتيش و نتائجه:

يقتضي انجاز المهام وفق مقتضيات التنظيم وحسن الانجاز، الحق في الاطلاع على جميع العمليات المالية التي يجريها المسيرون والمحاسبون، وأيضاً الحق في استجواب أي مسؤول أو عون في الإدلاء بشهادته و تقديم الأموال والقيم التي بحوزته، وتقديم كل وثيقة كدليل إثبات، وهو ما أكدته المادة "7" من المرسوم التنفيذي رقم 08-272 وبيان وإجابةً للمفتشين الماليين، وليس لأي عون أو مسؤول في المصلحة الامتناع عن الحديث للمفتشين في مجال عمله بداعي المحافظة على السر المهني، أو إخفاء أي وثيقة بحجة سرية الوثائق ، وفي حال مواجهة المفتشين بسلوك امتناع وإخفاء حقائق، يحق لهم تحرير محاضر في أجل ثمانية أيام بعد أن يكونوا قدَّموا إعذارات لأعلى سلطة في السلم الإداري أو السلطة الوصية باعتبارها السلطة المالكة لحق التأديب [17] .

بينما في حال التسيير، فانه لا يحق للمفتشين التدخل في مجال التسيير ولا مراجعة الحسابات التي تكون قد تمت تصفيتها من قبل. وفي نهاية عمل المفتشية العامة للمالية، فإنها تقدم تقريرا يتضمن جميع ما قامت به من معاينات، وما سجلت من ملاحظات حول مدى فعالية الهيئة المراقبة في مجال قطاعها

المالي ومدى امتثالها للقوانين والتنظيمات الجاري بها العمل في هذا المجال بالضبط. وتبلغ المفتشية تقريرها ذاك لمصالح المراقبة التي عليها الإجابة على التقرير في غضون شهرين كأقصى حد، أما التقرير النهائي الذي يُبلَّغ للسلطة الوصية، فإن المفتشية هي المختصة بإعداده، إلا أن هناك من يرى بأن الدور الرقابي للمفتشية العامة للمالية قد لا يكون دقيقا وذلك من خلال إمتناع بعض الهيئات عن رقابتها واقتصارها فقط على إعداد تقارير لا تحمل أي جزاءات، وأيضا افتقارها إلى آليات التنسيق مع هيئات رقابية أخرى لتوحيد جهودها، من أجل تحقيق حماية بالغة الأهمية للأموال العمومية[18] .

خاتمة.

إن الغاية المتوخاة من هذه الدراسة تتمثل في محاولة إبراز أهمية الرقابة بصورها المختلفة على الأموال العمومية وآليات الرقابة لم تكن مقصورة على دولة معينة أو مجتمع معين، وإنما قد شهدتها مختلف الدول خصوصا بعد أن اتسع دور الدولة وتحميلها مسؤولية المحافظة على أموال مواطنيها والأموال العمومية وإستثمارها في المشاريع التنموية المهمة في حياة المجتمع.

إن فرض آليات الرقابة على النفقات الملتزم بها، تقتضي ضرورة إتباع الإجراءات القانونية التي تكفل الحماية للقائمين عليها من جهة، ومن جهة أخرى تحديد مسؤوليات المسؤولين والمأمورين قانونا بصرفها وفق آليات التنمية المستديمة ونظير الاحتياج، خصوصا في عصرنا الحالي الذي يشهد فيه العالم ضائقات مالية واقتصادية من حين لآخر.

ويقع على عاتق المشرع الجزائري على غرار مشرعي العالم وضع رزنامة قانونية من أجل تحقيق الرقابة المالية لنتائجها الملموسة، مع العلم أن الوضع في الجزائر ما يزال في حاجة إلى المزيد من الرقابة الصارمة، والأدوات القانونية الرادعة التي من شأنها قطع الطريق على صور الفساد المتشعبة وعلى المفسدين وفق أساليب الردع العام.

1. محمد رسول العمري: الرقابة المالية العليا - دراسة مقارنة - ط1 – منشورات الحلبي الحقوقية – 2005 – بيروت لبنان – ص139 وما يليها.
2. المرسوم 50-1413 المؤرخ في 13 نوفمبر 1950 المتضمن تنظيم الإدارة العمومية المتعلق بالنظام المالي في الجزائر.
3. مختار الصحاح – ص 225 . نقلا عن محمد رسول العمري. : الرقابة المالية العليا - دراسة مقارنة – ص 19.
4. محمد رسول العمري: المرجع السابق. ص 19 – 20
5. الدكتور عادل أحمد حشيش : أساسيات المالية العامة ، دار النهضة العربية ، بيروت، 1992 ؟، ص328.
6. المادة 2 مكرر من المرسوم التنفيذي 92-414 المؤرخ في 14 نوفمبر 1992 المتعلق بالرقابة السابقة للنفقات التي يلتزم بها، المعدل والمتمم بالمرسوم التنفيذي رقم 09-374 المؤرخ في 16 نوفمبر 2009.
7. يزيد محمد أمين: الرقابة السابقة على النفقات الملتزم بها في الجزائر – ص11/10.
8. يزيد محمد أمين: المرجع السابق، نقلا عن شلالي رضا: تنفيذ النفقات العمومية ، مذكرة ماجستير كلية الحقوق ، بن عكنون جامعة الجزائر ، 2001-2002، ص 27/26.
9. يزيد محمد أمين: المرجع السابق – ص 58 – 61 وما يليها.
10. بلعروسي أحمد التيجاني: قانون المحاسبة العمومية – دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع – الجزائر – 2011 – ص 80.
11. يلس شاوش بشير: المالية العامة – المبادئ العامة وتطبيقاتها في القانون الجزائري – ديوان المطبوعات الجامعية – 2013 – ص 304.
12. يلس شاوش بشير: المرجع السابق – ص 305 – 306.
13. يلس شاوش بشير: المرجع السابق – ص 308.
14. المرسوم رقم 80-53 المؤرخ في 01 مارس 1980 – ج ر ع10 لسنة 1980.

15. المرسوم التنفيذي رقم 92-32 المؤرخ في 20 يناير 1992 المتعلق بتنظيم الهياكل المركزية للمفتشية العامة للمالية – ج ر ع06 لسنة 1992.
16. المرسوم التنفيذي رقم 92-33 المؤرخ في 20 يناير 1992 المتعلق بتنظيم المصالح الخارجية للمفتشية العامة للمالية.
17. يلس شاوش بشير: المرجع السابق – ص 300 – 301.
18. بودالي محمد: نظم الرقابة المالية والإدارية على الصفقات العمومية – الملتقى الدولي حول الوقاية من الفساد ومكافحته في الصفقات العمومية – يومي 24 و 25 أبريل 2013 – كلية الحقوق والعلوم السياسية – جامعة سيدي بلعباس – الجزائر – ص11.

المركز القانوني لعقد هبة العقّار
(دراسة مقارنة)

الأستـــــــــــــــــاذ: عبد الرحمان خلاّدي
باحث في سلك دكتوراه علوم، تخصّص قانون خاص
بكلية الحقوق والعلـــــــــــــــــوم السياسية،
جامعة جيلالي ليابس سيدي بلعبـــــاس (الجزائر).

ملخّص:

لمّا كانت هبة العقّار عقد بالغ الخطورة والتّأثير على ذمّة الواهب من حيث تجريده جزءً أو كلاًّ من ماله العقّاري بدون مقابل، فإنّ التّشريعات الوضعية لم تتّفق في تحديد مركزه القانوني بين من شرّعه ضمن تقنينه المدني وبين من وضعه ضمن تقنينه الأُسري؛ وتبعا لذلك فقد تباين تنظيمه من لدنهم ممّا نتج عنه اختلاف موافقهم إزاءه بين من ينظر إليه بنظرة التحفّظ والاحتياط مع دعوة للإقلال من إبرامه، وبين من ينظر إليه نظرة تشجيع معزّز بالإقدام على إتيانه في الأساس.

الكلمات المفتاحية: هبة عقّار، التّقنين المدني، قانون الأسرة، ذمّة الواهب، المركز القانوني.

Absract:

Since the deed donation of property is a very serious contract and affects the grantor in terms of stripping part or all of his property free of charge. The positive legislations did not agree to determine its legal center between its legislator within civil legalizing and his maker within family legalizing. Accordingly, the organization varied from them, resulting their disagreement between those who view it with a view of reserve and precau-

sion with an invitation to reduce it, and between those who view it as an encouragement promoted basically by adopting it.

Keywords: deed donation of real property, Civil legalization, Family Law, custody of the grantor, Legal Center.

مقدّمـــة:

لمـّا كانت هبة العقّار تصرّف قانوني يكتسي بالغ الأهمّية نظراً لما يترتّب عليه من آثار خطيرة تطال ملائة الواهب وتنتقص من ذمّته المالية، باعتبار أنّه يتجرّد عن بعضٍ أو كلٍّ من ماله العقّاري الذي نتج عنه – بالتّبعية – تأثير معتبر على وضعيته المالية وعلاقاته الشّخصية؛ كان عليه لزاماً إعمال واجب التأنّي و التدبّر العميق قبل السّعي إلى إتيانه، علاوة الإحاطة والتوصّل علماً بآثاره ونتائجه، كون أنّه – في الأصل – عقد تبرّعي خطير يشكّل حدثاً ملفتاً حال حياته حيث ينتقص من ثروته ويسبّب ضرراً لغيره جراء إبرامه.

ولمّا كان كذلك، سارعت مختلف التّشريعات المدنية إلى ترسيخ الحماية اللاّزمة لمن يريد مباشرته وذلك بتسييجه بتنظيم قانوني يُخطره إن كان قد تسرّع في إصداره؛ بالتّشديد – ابتداءً – على أن يأتي رضائه وأهليته تامّين لا يعتريهما أدنى عيب يحول دون انعقاده، وبحماية غيره من تصرّفه هذا الذي قد يلحق ضرره كلاًّ من قرابته الواجب الإنفاق عليهم وغرمائه وورثته انتهاءً.

وباستقراء النّصوص المنظّمة لعقد هبة العقّار في مختلف التّشريعات الوضعية، نجد أنّها قد اختلفت في تنظيمها له ضمن أنظمتها القانونية بين كلّ من التّقنين المدني وقانون الأحوال الشّخصية، ولكلّ مبرّراته وحُججه في ذلك، فلم كلّ هذا التّباين في تحديد مركز عقد هبة العقّار؟

وهل كان ثمّة داعٍ لأن يشرّع ضمن قانون الأحوال الشّخصية، أم كان من الواجب أن تُسنّ مواده ضمن موقعه الطّبيعي بين العقود المسمّاة !!

وما هي أهمّ النّتائج التي من الممكن أن تترتّب على الاختلاف في تحديد مركزه في الأخير؟.

على هذا الأساس، سنحاول ضمن هذه الورقة البحثية تحديد مركز عقد هبة العقّار تبعا للنّصوص المنظّمة له ضمن مختلف التّشريعات الوضعية، حيث نجد أنّ هذا الأخيرة تختلف في وضعها له؛ فبينما ارتأت بعضها تنظيمه في دائرة قانون الأحوال الشّخصية، ذهبت أخرى إلى تصنيفه ضمن نطاق تقنينها المدني، لذا استلزم الحال بداءةَ تحديد ضابط اعتبار ما يدخل ضمن طائفة الأحوال الشّخصية أو ضابط ما يتعلّق بالأحوال المالية (أوّلا)، ليتسنّى تبيان اختلاف التشّريعات في تصنيف هذا العقد ضمن التّقنين المدني بوصفه عقدا مالياً، أو ترتيبه ضمن قانون الأحوال الشّخصية على اعتبار أنّه من المسائل التي تتعلّق بالشّخص وحالته المدنية (ثانيا)، حتى إذ فرغنا من ذلك برزت أهمّ الآثار المترتّبة على الاختلاف في تحديد مركزه انتهاءً (ثالثا).

أوّلا: ضابط اعتبار ما يدخل في زمرة الأحوال الشّخصية أو المالية

يرجع تقسيم المسائل القانونية أو ما يعرف " بالأحوال " إلى أحوال شخصية أو عينية إلى عهد بعيد، وكان قد ظهر ابتداء في أواخر القرن الثّاني عشر ميلادي على يد مدرسة المحشيين والمحشيين اللاّحقين[1] إبّان ظهور "نظرية الأحوال" في الفقه الإيطالي، حيث انتقد الفقهاء المؤسّسون لها بعدم وضعهم لحدود فاصلة للتّفرقة بين الأحوال المالية والأحوال الشّخصية، ومذْ ذاك الزّمن شاع استعمال اصطلاح الأحوال العينية أو الشّخصية، واستمر استخدامهما حتى عصرنا الحالي في مختلف النّظم القانونية اللاّتينية والأنجلوسكسونية والعربية على حدّ سواء[2].

وعلى الرّغم من الانتشار الواسع لاستعمال هذين المصطلحين، إلا أنّهما بقيا – مع ذلك – يكتنفهما الغموض في تحديد معنيهما تحديداً وظيفيا بحسب استعمالهما في نطاق القانون.

ومع ذلك لم يتمكّن فقهاء القانون المدني من وضع مفهوم منضبط جامع ومانع لهما، وكلّ ما أمكنهم، هو سرد المسائل التي تدخل في نطاقهما، ولا شكّ أنّه أمر يختلف باختلاف نظرة الدّول إليهما، فما يعتبر من الأحوال الشّخصية في بلد ما قد يعدّ مسألة مالية في بلد مغاير[3].

وليس أدلّ على ذاك التّباين مثالاً، اختلاف نظرة النّظم إلى عقد هبة العقّار، ففي حين اعتبرته بعض الدّول من قبيل مسائل الأحوال العينية مثل مصر وفرنسا – ومن اقتفى أثرهما –

على اعتبار أنّه يتعلّق بالأحوال العينية، اتّجهت دول أخرى إلى الاعتداد به من قبيل الأحوال الشّخصية على اعتبار اتّصاله بروابط الأسرة[4] كما هو الحال في الجزائر وتونس واليمن.

هذا، ولم تكن الأحوال الشّخصية وحدة مستقلّة في الدّراسات الفقهية الإسلامية، بل كانت تُبحث في أبواب متعدّدة ومتفرّقة، ولم تكن قد شرّعت في تقنين واحد يلمّ من أقوال الفقهاء ما هو أكثر ملائمة للمصلحة الزّمنية المعيشة، علاوة على أنّ القضاء الشّرعي كان يستند في إصدار أحكامه إلى النّصوص الفقهية المدوّنة في بطون أمّهات المؤلّفات الفقهية وشروحها المعتمدة وكذا توسّل الفتاوى الصّادرة عن الأوّلين في المسائل المختلف فيها.

وقد وُجد في تعدّد مصادر القضاء واختلاف الأحكام ما قد يجعل الرّوابط الأسرية غير مستقرّة وحقوق الأشخاص ضمنها غير مضمونة، فكان ذلك دافعا للتّفكير بوضع تقنين يجمع فيه شتات أهمّ الأحكام الفقهية المتّفق عليها، سواء اقتبست من مذهب واحد، أو استمدّت من مذاهب متعدّدة، لأجل هذا، تمّ تقنين مدوّنات للأحوال الشّخصية في البلدان العربية تبعا لتحقيق هذا الغرض في الأخير[5].

بيْد أنّه خلافا لما سار عليه فقهاء الإسلام الأقدمين[6]، لم يكن لفظ الأحوال الشّخصية يُراد منه مجموعة الأمور المميّزة للشّخص عن غيره فضلا عن تلك الرّابطة إيّاه بعائلته، وإنّما هو اصطلاح قانوني مستحدث جاء إثر تقسيم الحقوقيين الأحوال إلى شخصية تُفيد كلّ مّا يتّصل بالإنسان وشخصه كالزّوجية وما يترتّب عنها، والنّفقة والنّسب وما ينشأ عنهما وغير ذلك من الأمور المتعلّقة بالحالة المدنية، وأخرى عينية تتعلّق بالأحوال المالية أساسا[7].

وإبرازاً لهذا المفهوم، انبرت محكمة النّقض المصرية موضّحة التّفرقة بين المصطلحين في حكم صادر عنها بتاريخ 21 جوان 1934، حيث قضت بأنّ مصطلح الأحوال الشّخصية هو في الأساس " مجموعة ما يتميّز به الإنسان عن غيره من الصّفات الطّبيعية أو العائلية التي رتّب القانون عليها أثراً قانونيا في حياته الاجتماعية، ككون الإنسان ذكراً أو أنثى، وكونه زوجاً أو أرملا أو مطلّقا أو أباً أو ابناً شرعيّا، أو كونه تامّ الأهلية أو ناقصها لصغر سنّ أو عته أو جنون، أو كونه مطلق الأهلية أو مقيّدها بسبب من أسبابها القانونية.

أمّا الأمور المتعلّقة بالمسائل المالية، فكلّها بحسب الأصل من الأحوال العينية، وإذن فالوقف والهبة والوصيّة والنّفقات على اختلاف أنواعها ومناشئها من الأحوال العينية لتعلّقها بالمال واستحقاقه، غير أنّ المشرّع المصري وجد أنّ الوقف والهبة والوصيّة – وكلّها من عقود التبرّعات – تقوم غالبا على فكرة التصدّق المندوب إليه ديانة، فألجأه هذا إلى اعتبارها من قبيل مسائل الأحوال الشّخصية، كما يخرجها من اختصاص المحاكم المدنية التي ليس من نظامها النّظر في المسائل التي قد تحوي عنصراً دينيا ذا أثر في تقرير حكمها.

على أنّ أيّة جهة من جهات الأحوال الشّخصية إذا نظرت في شيء ممّا تختصّ به من تلك العقود، فإنّ نظرها فيه بالبداهة مشروط بإتباع الأنظمة المقرّرة قانونا لطبيعة الأموال الموقوفة والموهوبة والموصى بها"[8].

نفس المعنى أكدّه قضاء المحاكم الشّرعية آنذاك، حيث ذهب إلى عدم معرفة الفقه الإسلامي لمصطلح الأحوال الشّخصية، وهو ما نوّه عنه بمقتضى حكم لها مفاده " الأحوال الشّخصية عبارة غير معروفة في الفقه الإسلامي؛ ولكنّ القوانين الوضعية حدّدتها بالشّؤون المتعلّقة بالحالة والأهلية والولاية والحقوق الآيلة عن الإرث والوصيّة"[9].

على هذا الأساس، فإنّ مفهوم الأحوال الشّخصية يرجع تكوينه إلى ثلاث مجموعات يتناولها بالدّراسة وهي:

الأولى: المسائل المتعلّقة بالحالة المدنية للشّخص وأهليته المدنية، وكذا نظام الولاية على ماله.

الثّانية: المسائل المتعلّقة بأسرة الشّخص.

الثّالثة: المسائل المتعلّقة بالحقوق الآيلة عن الوصايا والميراث.

واتّساقا مع هذا التّوجه، فإنّ عقد الهبة عموما – وهبة العقّار على وجه الخصوص – بوصفه باب التبرّعات، يرجع تكوينه – على نحو ما سبق تحليله – إلى المسائل المالية أساسا، ذلك أنّه عقد مالي ناقل للملكية، والأَوْلى وضعه ضمن مكانه الطبيعي بين العقود المسمّاة حيث يلي البيع والمقايضة، ولعلّ هذا الأمر هو ما دفع بالمشرّع المصري بأن يتراجع عن اعتبار عقد

الهبة من مواضيع الأحوال الشّخصية، وينظمّ أحكامه ضمن تقنينه المدني الجديد[10].

ثانيا: تنظيم عقد هبة العقّار ضمن التّقنين المدني أو في مدوّنة الأحوال الشّخصية

تباينت مواقف التّشريعات بخصوص تصنيف عقد الهبة عموما (وهو نفس الموقف الذي يشمل هبة العقّار)، فمن التّشريعات من نظّمها ضمن تقنينه المدني كالتّشريع الفرنسي وكذا المصري ومن نهج نهجه كالأردني والعراقي والكويتي واللّيبي والسّوري وغيرهم؛ بخلاف التّشريع الجزائري واليمني والتّونسي الذين نظّموا أحكامه ضمن تقنيناتهم للأحوال الشّخصية، ولكلٍّ اعتباراته وأسانيده. ولبيان هذا المنحى، من المفيد التطرّق إلى بحث اعتبار عقد هبة العقّار من مسائل الأحوال الشّخصية ابتداءً، ثمّ التعرّض إلى دراسة اعتبار نفس العقد من قبيل المسائل المالية انتهاءً على النّحو الآتي:

أ- اعتبار عقد هبة العقّار من مسائل الأحوال الشّخصية

اتّجهت بعض التّشريعات العربية ممثّلة في التّشريع الجزائري واليمني والتّونسي إلى تقنين عقد الهبة عموما – بما في ذلك هبة العقّار– ضمن قوانينها للأحوال الشّخصية، ولعلّه يرجع السّبب في ذلك إلى ما يأتي:

– حِرْصُ المشرّعين على أن يستمدّوا أحكام عقد هبة العقّار من الشّريعة الإسلامية ومدارس فقهها المجيد، تبعا لكافة مواضيع قانون الأحوال الشّخصية من زواج وطلاق ونسب وميراث ووصيّة وحُبُس.

– لا يعتبر قانون الأحوال الشّخصية – أو ما اصطلح عليه بقانون الأسرة من لدن المشرّع الجزائري – قانونا خاصّاً، والقانون المدني قانونا عاما؛ غاية ما في الأمر إنّما جاء الأوّل مكمّل للثّاني بدليل إحالة أحدهما على الآخر في العديد من المواد. ومع ذلك فليس من الممكن القول بأنّ القانون المدني قانون عام وقانون الأسرة قانون خاص[11] بأحوال الشّخص استناداً إلى المبدأ القاضي " بأنّ الخاص يلغي العام "، كما لا يمكن أيضا اعتبار قانون الأسرة قانونا خاصّا بالنّسبة للقانون المدني، إذ لا يمكن تصوّر إلغاء قانون الأسرة لأحكام وردت في الشّريعة العامّة.

وعليه، فلا مجال هنا لتطبيق هذا المبدأ، فضلا عن عدم إمكانية القول بأنّ الثّاني لاحق للأوّل يعمل به دون اعتبار لهذا الأخير[12].

– عقد هبة العقّار يقوم أساسا على فكرة التبرّع المندوب إليه شرعا، لأنّ الدّافع إليه طلب رضى المولى عزّ وجل والطّمع في ثوابه، فيترك تنظيمه لمدارس الفقه الإسلامي الذي ما فتئ وأنْ أَحْكَمَ مفصّلا جزئياته بشكل مستفيض[13].

واعتبارا لذلك، ذهب البعض إلى الاعتقاد بأنّ عنصر الدّيانة في عقد هبة العقّار عنصر أصيل لا يخلو أيّ جزء من جزئياته منها، ومحلّ تنظيمه – إذن – يجب أن يكون ضمن قانون الأحوال الشّخصية على اعتباره القانون الوحيد المستمدّ أحكامه من الفقه الإسلامي، " ويبدو أنّ هذا ما جعل المشرّع يعتبرها [أي الهبة] من مسائل الأسرة من بين التبرّعات التي تجري في أغلبها بين أفراد الأسرة باعتبار أنّ لها ارتباطا وثيقا وعرفيا بالتديّن وما يتطلّب ذلك من التمسّك الشّديد بمبادئ الشّريعة الإسلامية وتعاليمها السّمحة ..."[14].

– التّأصيل للأحكام الموضوعية لهبة العقّار من الفقه الإسلامي بامتياز، اعتباراً للأدّلة الشّرعية التي استمدّت منها وهي: القرآن وآثار السنّة وإجماع الأمّة و دلائل المعقول، فالواقع – بحسب قول البعض– " أنّ مصادر أحكامها مأخوذة كلّها تقريبا من الفقه الإسلامي...، ومستمدّة في أغلبها من المذهب المالكي الجاري به العمل منذ قرون، وهذا لا يعني أنّها لا تأخذ من المذاهب الأخرى، فهناك أحكام هامّة استمدّت من الرّأي المتّفق عليه عند جمهور الفقهاء ..."[15].

– تطبيق أحكام الشّريعة الإسلامية على عقد هبة العقّار ضرورة اقتضتها طبيعة الأشياء، ذلكم أنّ تشريع العقد المذكور من الفقه الإسلامي استرداد للذّات الإسلامية، لأنّ الشّريعة – عقيدة وأخلاق وفقه – تعتبر من أهمّ مقوّمات الشّخصية العربية؛ وإذا كان من أهمّ أركان الوحدة العربية وحدة الثّقافة، فمن أهمّ الأسباب لتوحيد الثّقافة أن تتوحّد القوانين، والفقه الإسلامي يشكّل بذلك أهمّ رافد من روافد التّراث الثّقافي للأمّة العربية[16].

ب– اعتبار عقد هبة العقّار من مسائل الأحوال المالية

لمّا كانت الهبة عموما وهبة العقّار على وجه الخصوص عقداً له من الأهمّية والتّأثير البالغ على ذمّة الواهب من حيث تجريده من ماله (منقولا كان أو عقّاراً) دون عوض، وعلى اعتباره من المعاملات العينيّة، فقد عدّها البعض من المسائل المالية يضطلع القانون المدني بتنظيم أحكامها، ولعلّه يرجع السّبب في هذا القول إلى ما يأتي:

– هبة العقّار عقد مالي عيني شأنه في ذلك شأن بقيّة العقود الأخرى، وقد كان موقف التّقنين المدني المصري الملغى من عدم الاهتمام بتنظيم عقد الهبة منتقداً من لدن الفقه، ممّا اضطرّه إلى تدارك هذا الوضع في القانون المدني الجديد، حيث نظّم أحكامه تنظيما شاملا ووضعه في مكانه بين العقود الأخرى[17].

– موقع عقد هبة العقّار الأصلي هو التّقنين المدني ... " وكان الأوْلى نقل الهبة من هذا الموضع [يقصد به قانون الأحوال الشّخصية] إلى مكانها الطّبيعي بين العقود المسمّاة، فتلي البيع والمقايضة، وأنْ تنظّم تنظيما شاملاً من ناحية الشّكل ومن ناحية الموضوع"[18]، وهذا هو ما قام به المشرّع المصري ضمن التّقنين المدني الحالي[19].

واتّساقا مع هذا القول، علّلت المذكّرة الإيضاحية للمشروع التّمهيدي للتّقنين المدني المصري موقف المشرّع المصري من وضع عقد الهبة في التّقنين المدني بالقول " أهمّ تجديد استحدثه المشرّع في عقد الهبة أنّه أورد أحكامها كاملة في الشّكل والموضوع، والتّقنين الحالي (السّابق) يكاد يقتصر على إيراد أحكامها في الشّكل ولم يذكر من أحكامها الموضوعية إلاّ الشّيء القليل، وقد نظر المشرّع في ذلك إلى أنّ الهبة عقد مالي كسائر العقود، فينبغي أن يستوفي التّقنين المدني أحكامها جميعا وأن يضعها في مكانها بين العقود الأخرى، لا كما فعل التقنين الحالي (السّابق) وقد انتبذ بها مكانا لا يخطر على البال"[20].

ثالثا: الآثار المترتّبة على الاختلاف في تحديد مركز عقد هبة العقّار

تمخّض الفصل في تنظيم عقد هبة العقّار بين ضمّه إلى قانون الأحوال الشّخصية والاعتداد به من قبيل المسائل الشّخصية لدى بعض البلدان، أو تصنيفه في زمرة المسائل العينية

المالية وتنظيمه ضمن التّقنين المدني لبلدان أخرى، آثار ونتائج تترتّب عليه وتختلف باختلاف التّصنيف المختار.

وهذه الآثار المترتّبة على وضع عقد الهبة عموما – وهبة العقّار تبّع لها في الحكم – ضمن قانون الأحوال الشّخصية أو الأحوال العينية هي مربط التّفرقة من ناحية تنازع القوانين في نظام القانون الدّولي الخاص. فإذا كان عقد الهبة دوليا بأنْ كان يتضمّن في جوهره لعنصر أجنبي كأن يكون طرفاه أو أحدهما مختلفي الجنسية، أو كان المال الموهوب في موطن غير موطن الواهب، أو كان سبب الهبة فعلا ضارّاً أو نافعا وقع في الخارج، فإنّه يمكن للواهب – بحسب بعض التّشريعات المقارنة المعتدّة بهذا العقد من قبيل العقود المالية وإخضاعه من ثمّة لقانون الإرادة – أن يختار قانونا أجنبيا يطبّق على تبرّعه بالهبة، هذا بخلاف التّشريع الجزائري الذي أعتدّ بعقد الهبة عموما – وهبة العقّار تبعٌ لها في الحكم – من قبيل الأحوال الشّخصية، وأخضعه بالتّالي لا سيما فيما يتعلّق بالحالة المدنية للشّخص الواهب وأهليته[21] لقانون جنسية هذا الأخير وقت إبرام عقد الهبة، بحيث لا يمكنه اختيار قانون أجنبي في هذا الصّدد، وهذا فرق هام وجب أخذه بعين الاعتبار[22].

وقد أوضح المشرعّ الجزائري هذا العنصر مؤكّداً ذلك حينما أضاف إلى الوصيّة، الهبة والوقف وذكر بأنّ قانون جنسية الواهب أو الواقف وقت انعقاد الهبة أو الوقف هو الذي يسري على المعاملة، وهذا ما بيّنته المادة 16 من قانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 جوان 2005 المعدّل والمتمّم للقانون المدني بقولها: " يسري على الميراث، والوصيّة، وسائر التصرّفات التي تنفّذ بعد الموت قانون جنسية الهالك أو الموصي أو من صدر منه التصرّف وقت موته.

ويسري على الهبة والوقف قانون جنسية الواهب أو الواقف وقت إجرائهما ".

بيْد أنّه فيما يرتبط بتكييف المال الموهوب وكذا الالتزامات التّعاقدية الواردة ضمن عقد الهبة المنصبّ على العقّار[23]، فإنّه يسري على الأوّل قانون الدولة الكائن بها، ويسري على الثّانية قانون موقع العقّار[24]، وهذا ما أشارت إليه المادّتان 1/17[25] و 4/18[26] من نفس القانون. وكذلك هو الحال فيما يختصّ بشكل نفس التّصرف، فهو يبقى خاضعا – بحسب نصّ المادة

19 من ق م ج [27] – لقانون البلد الذي تمّ فيه، كما يجوز أن يخضع لقانون الموطن المشترك للمتعاقدين أو لقانونهما الوطني المشترك أو للقانون السّاري على أحكامه الموضوعية.

ومع ذلك، فلقد لوحظ على اعتبار عقد هبة العقّار من مسائل الأحوال الشّخصية عدّة اعتبارات تمحورت حول ما يأتي:

– عدم اعتبار عنصر الدّيانة في عقد الهبة عموما – بما في ذلك هبة العقّار – باستثناء ما اقترن منه بقصد القُربى لله تعالى، حيث يتحوّل التبرّع بالهبة حينئذ إلى تبرّع بنيّة القُربى كالصّدقة مثلا، التي شرّعها المشرّع المغربي ضمن مدوّنتة للحقوق العينية من خلال المادّتين 290[28] و291[29].

– استطراداً لما سبق، فإنّ التبرّع بالهبة عموما – وهبة العقّار على وجه الخصوص – إذا خالطها عنصر الدّين بأنْ أعطى الواهب عطيّته يبتغي منها المثوبة من الله تعالى، أو أخرج من ماله على وجه القُربة، فإنّ هذا الالتزام يخرج من كونه التزاما مدنيا إلى اقتصاره على التزام طبيعي محض لا يقضى به استناداً إلى أنّ التبرّع الوارد على وجه القُربى لا يقضى به في الصّحيح من الشّرع[30].

– تشريع عقد الهبة عموما – وهبة العقّار تبعٌ لها في هذا الحكم – ضمن موقعه الطّبيعي بوصفه عقداً ماليا يزيد من الاهتمام به، فضلا عن ترتيب آثار عملية عليه من خلال " اكسابه قوة وصلابة في الإلزام على النّحو الذي ينبغي أن يكون لعقد هو – وإن كان تبرّعا – ملزم للمتعاقدين كسائر العقود"[31].

خـاتمة:

إنتهاءً وقد انتظم البحث في آخره، حرّي بنا – في الأخير – عرض أهم النّتائج المتوصّل إليها من خلاله على النّحو الآتي:

– تضاربت توجّهات مختلف التّشريعات المدنية بخصوص تحديد مركز عقد هبة العقّار بين من

سنّ مواده ضمن تقنينه المدني، وبين من خالف ذلك بتشريع أحكامه في قانونه الأُسري ولكلّ اعتباراته وفلسفته التي بنى عليها اعتقاده في الأساس.

– فمن رأى بأن يُموقِعه ضمن قانونه للأحوال الشّخصية كان نظره في ذلك بأن تقتبس أحكامه من مدارس الفقه الإسلامي تبعا للقانون المذكور المستوحى أساسا من الشّريعة الإسلامية، هذا فضلا عن أن يتسنّى له المحافظة – من ثمّة – على عنصر الدّيانة فيه، لا يوضع ضمن تقنينه المدني المقتبس عن تقنينات غربية قد تشكّل تعارضا وتصادما معه في الأخير.

– ومن دافع على أن يُموقِع في نطاق دائرة تقنينه المدني، كانت حجّته في ذلك أنّ الطبيعي في موضوع التصرّف بهبة العقّار وما شابهها من تصرّفات، هو الشّريعة العامّة باعتباره عقداً ماليا محضا؛ من ثمّة فالقانون المدني هو مرماه واختصاصه بتنظيم أحكامه في الأساس.

– وبين هذا التوجّه وذاك، يتوضّح – رجحانا – ضرورة إلحاق تنظيم أحكام عقد الهبة عموما – وهبة العقّار على وجه الخصوص – بالتّقنين المدني أسوة بما استقرّ عليه الوضع تشريعاً في مجمل التّقنينات المدنية العربية والأجنبية، بعلّة أنّ هذا التصرّف بوصفه باب التبرّعات وأساسها، هو في الأصل هو عقد مالي كبقيّة العقود، فيجب – من ثمّة – أن تنظمّ الشّريعة العامّة أحكامه وأن يُموقَع في مكانه الطّبيعي بين العقود المسمّاة فينظّم تنظيماً كاملاً من ناحية الشّكل والموضوع وفقا لما استقرّ عليه الفقه الإسلامي ولا تعارض البتّة في ذلك.

الهوامش:

[1]– حامد زكي، أصول القانون الدولي الخاص المصري، مكتبة عبد الله وهبة، مصر، ط 3، 1944، ص. 64.

[2]– أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص الإسلامي المقارن، دار النهضة العربية، د د ط، 1989، ص. 638.

[3]– عبد الرحمن جابر جاد، القانون الدولي الخاص العربي، ج 2، معهد الدراسات العربية العالية بجامعة الدول العربية، مصر، 1960، ص. 145.

[4]– هشام علي صادق، تنازع القوانين، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1990، ص. 634.

[5]– عبد الكريم شهبون، شرح مدّونة الأحوال الشخصية، ج 1، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، المغرب،

ط 3، 2000، ص. 21.

[6]– قسّمت المسائل في الفقه الإسلامي إلى قسمين: فإمّا مسائل تتعلّق بأمور الآخرة وهي العبادات، وإمّا أمور تتعلّق بالأحوال الدّنيوية وهي بدورها تنقسم إلى مناكحات ومعاملات وعقوبات. أنظر في الصدد المادّة الأولى من مجلّة الأحكام العدلية، وفي شرحها راجع: علي حيدر، دُرَر الحكام شرح مجلّة الأحكام، تعريب: فهمي الحسيني، م 1، دار عالم الكتب للطباعة والنّشر والتّوزيع، الرياض، طبعة خاصة، 2003، ص. 17–18.

[7]– محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، الدار الجامعية للطباعة والنّشر، د ب ط، ط 4، 1983، ص. 28.

[8]– نقض مدني صادر في: 1944/06/21، مجموعة عمر 4، رقم: 200، ص. 454؛ وهو منشور أيضا في مجلة المحاماة الشّرعية، السنة 8، ص. 329.

[9]– حكم محكمة شبين الكوم الشّرعية الجزئية، صادر في: 1948/10/02، نقلا عن: أحمد رفعت خفاجي، رابح لطفي جمعة، قضاء الأحوال الشّخصية، مكتبة النّهضة المصرية، د ب ط، 1960، ص. 434.

[10]– أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود التي تقع على الملكية (الهبة والشركة والقرض والدخل الدائم والصلح)، ج 5، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ط 3، 1998، ص. 23–24.

[11]– أنظر في العلاقة بين القانون المدني وقانون الأسرة: عبد العزيز سعد، الزّواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، دار البعث، قسنطينة، الجزائر، ط 2، 1989، ص. 31 وما يليها.

[12]– محمد بن أحمد تقية، دراسة عن الهبة في قانون الأسرة الجزائري مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية والقانون المقارن، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، ط1، 2003، ص. 54.

[13]– خالد سماحي، النّظرية العامّة لعقود التبرّعات، دراسة مقارنة، بحث مقدم لنيل درجة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2012–2013، ص. 67.

[14]– محمد بن أحمد تقية، المرجع السابق، ص. 9.

[15]– المرجع نفسه، ص. 10.

[16]– صوفي أبو طالب، مستقبل الأمّة الإسلامية ودور الشّريعة الإسلامية، مجلّة الأمن والقانون، كلّية شرطة دبي، م 2، ع 2، السنة 2، يوليو 1994، ص. 21؛ وأنظر في أسباب تأخر المشرّع الجزائري في تشريع قانون للأسرة لأكثر من 22 سنة بعد استقلال البلاد: ساسي بن حليمة، خواطر حول قانون الأسرة الجزائري، مجلّة الأحداث القانونية التّونسية، كلّية الحقوق والعلوم السياسية بتونس، ع 3، السداسي 1990/1، ص. 09–10.

[17]– أحمد عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص. 24؛ محمد كامل مرسي باشا، شرح القانون المدني الجديد، العقود المسماة، ج 2، مطبعة لجنة البيان العربي، د ب ط، ط 2، 1952، ص. 6.

[18]– راجع الفصل الثّالث المعنون بالهبة من الباب الأوّل الموسوم بـ: العقود التي تقع على الملكية، المواد: 486 إلى 504 من القانون رقم 131 لسنة 1948 الصّادر في: 16 يوليو 1948، المتعلّق بإصدار القانون المدني المصري المعدل والمتمم، وأنظر: أسامة أحمد شتات، القانون المدني حسب أحدث التعديلات، دار الكتب القانونية، مصر، 2006، ص. 150 وما يليها.

[19]– أحمد عبد الرزّاق السّنهوري، المرجع السابق، ص. 24.

[20]– أنظر: مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، ج 4، مطبعة دار الكتاب العربي، القاهرة، د س ط، ص. 241؛ وقد أشار إليه أيضا أحمد عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص. 24، هامش رقم: 1.

[21]– طبقا لنص المادة 1/10 من ق م ج التي نصّت على أنّه " يسري على الحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم قانون الدّولة التي ينتمون إليها بجنسيتهم ".

[22]– محمد بن أحمد تقية، المرجع السابق، ص. 307. و في هذا الصدد يُشار إلى أنّ هناك عديد القوانين الحديثة التي تأخذ بقانون الجنسية في كافة مسائل الأحوال الشّخصية؛ فمن التّشريعات الأجنبية مثلا: القانون الدولي الخاص البولندي الصادر سنة 1965؛ القانون الدولي الخاص النّمساوي الصادر سنة 1979؛ القانون الدولي الخاص المجري الصادر سنة 1979؛ القانون الدولي الخاص الإسباني الصادر سنة 1974. ومن التّشريعات العربية أيضا: قانون تنظيم العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي رقم 5 لسنة 1961؛ القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976؛ قانون المعاملات المدنية الإماراتي رقم 5 لسنة 1985؛ القانون المدني اليمني رقم 19 لسنة 1992 وغيرها، أنظر في هذا الشّأن: علي عبد الرحمن علي قطيط، تنازع القوانين في الوصيّة، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الدولي الخاص، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، ط 1، 2011، ص. 61 وما يليها.

[23]– أنظر بخصوص توزيع الاختصاص بين قانون الموقع وقانون الإرادة إذا كان السّبب النّاقل للملكية هو العقد: بلقاسم أعراب، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، دار هومة للطباعة والنّشر والتّوزيع، بوزريعة، الجزائر، 2001، ص. 291؛ محمد سعادي، القانون الدولي الخاص وتطبيقاته في النّظام القانوني الجزائري، دار الخلدونية للنّشر والتوزيع، الجزائر، ط1، 2009، ص. 133-134.

[24]– أنظر في بيان قاعدة خضوع العقّار لقانون موقعه، واختصاص القضاء الجزائري في الفصل في النزاع المتعلّق بالعقّارات الموجودة في الجزائر دون امتداد اختصاصه للفصل في النّزاع المرتبط بعقّارات موجودة في الخارج: علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، د م ج، بن عكنون، الجزائر، ط4، 2006، ص. 93 ما يليها؛

ISSAD Mohand, Droit international privé, T II, Les règle matérielle, 2em éd, O. P.U, Algérie, 1984, pp. 18-19.

[25]– التي قضت بأنّه " يخضع تكييف المال سواء كان عقّاراً أو منقولا إلى قانون الدولة التي يوجد فيها".

[26]– التي نصّت على أنّه " غير أنّه يسري على العقود المتعلّقة بالعقّار قانون موقعه".

[27]– القائلة بكون أنّه " تخضع التّصرفات في جانبها الشّكلي لقانون المكان الذي تمّت فيه.

ويجوز أيضا أن تخضع لقانون الموطن المشترك للمتعاقدين أو لقانونهما الوطني المشترك أو للقانون الذي يسري على أحكامها الموضوعية".

[28]– التي عرّفت الصّدقة بأنّها " تمليك عوض لملك، ويقصد بها وجه الله تعالى ".

[29]– التي أكّدت بأنّ الصّدقة تأخذ نفس أحكام الهبة باستثناء حكمين مختلفين، بقولها " تسري على الصّدقة أحكام الهبة مع مراعاة ما يلي:

– لا يجوز الاعتصار في الصّدقة مطلقا.

– لا يجوز ارتجاع الملك المتصدّق به إلاّ بالإرث".

[30]– خالد سماحي، المرجع السابق، ص. 70.

[31]– مقتطع من المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري، أنظر: مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، المرجع السابق، ص. 241؛ وقد أشار إليه أيضا أحمد عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص. 24، هامش رقم: 1.

التزام الموثق بتقديم النصيحة والإعلام ومدى مسؤوليته

أ.طراد اسماعيل، طالب دكتوراة علوم تخصص قانون خاص بكلية الحقوق والعلوم السياسية(جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان(الجزائر)

ملخص

الموثق ضابط عمومي مهمته الأساسية توثيق العقود واعطائها الصبغة الرسمية، ولكن يقع على عاتقه واجب والتزاما قانونيا هاما هو التزام النصح والاعلام للزبون، حيث ان الموثق مهني محترف وعالم بأحكام القوانين والتشريعات ، ويلتزم بتبصير الزبون وإعلامه بكل ما قد يترتب عن اتفاقاته التي يرغب في توثيقها من أثار، وأيضا بيان الإحتياطات والوسائل التي يتطلبها أو يمنحه له القانون ، وذلك ليكون تصرفه واتفاقه منسجما مع القوانين والتنظيمات التي تسري عليها ، فواجب الإعلام والنصح للموثق يعد إذن إلتزاما أساسيا، ومكملا لإلتزام إضفاء الصيغة الرسمية على العقود، ولكن اخلال الموثق بهذا الالتزام يرتب مسؤوليته القانونية، اتجاه زبائنه وعملائه الذي طالما يطرح العديد من المشاكل والتعقيدات القانونية خاصة فيما يخص طبيعته القانونية وأساسه القانوني.

الكلمات المفتاحية: الموثق –الزبون– التزام النصح والإعلام–العقود– المسؤولية القانونية–

Abstact :

The notary officer whose main task is to document the contracts and give them an official form, but has a duty and a significant legal obligation is the obligation to advise and inform the client. The notary is a professional and an expert knows legal and regulatory provisions. He undertakes to enlighten the client and to inform him of all that may result from the agreements and act that it documents the effects, As well as the statement of the precautions and means required or granted by law, so that his conduct and agreement in line with the laws and regulations that apply to them, The duty of information and advice to the notary is therefore a fundamental obligation, complementing the obligation to formalize contracts, The breach of this obligation, however, places its legal responsibility on its customers and clients, which has long posed many problems and legal complications, especially with regard to its legal nature and legal basis.

Keywords: Notary - Customer - Obligation to advice and information - Contracts – Legal responsibility -

مقدمة

إن الحياة الإجتماعية والإقتصادية تزداد تطورا يوما بعد يوم،وتتشعب معهامعاملات الأفراد واختلافها، وبالتالي تشتد الحاجة إلى ضبط هده المعاملات في صيغة قانونية رسمية أمام شخص له

صفة رسمية، وتوثيقها لديه، ومن هنا حرصت التشريعات على وضع نظام لتوثيق التصرفات القانونية التي تتم بين الأفراد، فقد أصبح للموثقفأصبح لزاما وجود موثق دورا كبيرا في استقرار المعاملات ، وتحقيق الأمن التعاقدي، فالموثق باعتباره ضابطا عموميا يضطلع بخدمة قانونية أساسية تتمثل في تلقي العقود أو الإتفاقات وتجسيد إرادة الأفراد المتعاقدة، وافرغها في شكل رسمي، حيث إنه من جهة يضمن حرية التعاقد ويحقق من جهة أخرى الأمن القانوني، وهذه المهمة الرسمية التي يضطلع بها الموثق ، فإنها طبعا لا تسند إلا إلى اشخاص يتمتعون بالكفاءة القانونية والتجربة المهنية الضرورية حيث وضع المشرع ضوابط وشروط خاصة بحيث لا يحصل على مهنة الموثق إلا من توافرت لديه هذه الشروط ، واستطاع اجتياز هذه الإختبارات المحددة قانونا[1]، ومن هنا يلعبالموثق دورا هاما واساسي فهو يضفي على العقود الصيغة الرسمية التي تعادل في قوتها القوة ذاتها التي تتمتع بها الاحكام القضائية النهائية، بيد أن التزام الموثق بإضفاء الصفة الرسمية على العقود، فإن كان يعد الإلتزام القانوني الأساس الذي يقع على عاتق الموثق، إلا أنه هناك التزام اخر فرضه المشرع عليه بصفته مهني محترف ، فيلتزم الموثق بتقديم النصح والإعلام للمتعاقدين وتبصيرهم بكل ما يترتب على معاملاتهم من اثار.وعليه فإنه يقع على عاتق الموثق واجب والتزام بالنصح والإعلام، ويعتبر أحد الواجبات المهنية التي لها صلة وثيقة بواجبه في إضفاء الصفة الرسمية للعقود والإتفاقات التي يتلقاها،لأن أساس مهنة التوثيق هو ضمان توفير الائتمان والثقة بين المتعاقدين، ذلك ما جعل المشرع يفرض على الموثق التزام الإعلام والنصح للأطراف المتعاقدة وإلا كان مسؤولا تجاههم، وهو ما نصت عليه المادة 12 من قانون تنظيم مهنة التوثيق رقم 06-02 المؤرخ في 20 فبراير 2006 التي نصت أنه "يجب على الموثق أن يتأكد من صحة العقود الموثقة، وأن يقدم نصائحه إلى الأطراف، قصد انسجام اتفاقاتهم مع القوانين التي نسري عليها ، وتضمن تنفيذها.

كما يعلم الموثق الأطراف بمدى التزاماتهم وحقوقهم، ويبين لهم الأثار والالتزامات التي يخضعون لها، الإحتياطات والوسائل التي يتطلبها أو يمنحها لهم القانون لضمان نفاذ إرادتهم."

وفقا لهذه المادة لا يقتصر وظيفة الموثق في تحرير العقود وكتابتها في شكل رسمي، بل تمتد لتشمل واجبه بإسداء النصح والمشورة للأطراف المتعاقدة، مبينا لهم اثار ونتائج التصرف المقبلين على توثيقه. خاصة وأن الموثق ملزما بضمان وسلامة العقود والتصرفات القانونية التي يتولى تحريرها الأمر الذي أدى إلى تزايد الحاجة إلى دور الموثق في النصح والاستشارة كأهم التزام قانوني يقع على عاتقه، ولكن في حالة اخلال الموثق بهذا الإلتزام فإنه قد يرتب مسؤوليته، وبهذا فإنه يتبين أن التزام الموثق بالنصح والإعلام يعتبر إلتزاما واقعا على الموثق يرتب اخلاله به مسؤوليته وضمانة ممنوحة للأطراف المتعاملة مع مرفق التوثيق .

وهو ما يجعلنا نطرح الاشكالية التالية ونتساءل هل يلزم الموثق بواجب النصح للأطراف المتعاقدة؟ وإذا كان التزام الموثق بالنصح والإعلام يقع على عاتقه، فهل يشمل هذا الالتزام جميع جوانب ومقتضيات العمل التوثيقي، أم أنه يقتصر في نطاق محدد حدده القانون؟وهل اخلال الموثق بالتزام النصح للزبائن يعتبر خطئا ومن ثم يرتب مسؤوليته؟

وفي ضوء هذه الاشكالية نرصد مدى التزام الموثق بالنصح والإعلام، وعملا على إيضاح هذا الالتزام على الوجه الصحيح واعطائه التكييف القانوني بما يتماشى مع طبيعة العمل التوثيقي، فسوف نتطرقلدراسة هذا البحث من خلال ضبط تعريفه وأساسه القانوني في مبحث أول، وإلى مضمونه ومدى حدوده في مبحث ثاني.

المبحث الأول: ماهية التزام الموثق بالنصح والاعلام

إن دراسة ماهية التزام الموثق بالنصح والإعلام يتطلب بداية ضبط مفهومه من خلال تعريفه وتمييزه عن غيره من الانظمة القانونية المشابهة له وذلك في مطلب أول، وإلى بحث الطبيعة القانونية والتأصيل القانوني لالتزام الموثق بالنصح والاعلام في مطلب ثاني.

المطلب الأول: مفهومالتزام الموثق بالنصح والاعلام

تحديد مفهوم التزام الموثق بالنصح يستوجب تعريفه(فرع أول)، ومن ثم مقارنته عن غيره من الأنظمة القانونية المشابهة له(فرع ثاني).

الفرع الأول: تعريف التزام الموثق بالنصح

ا–لغة: النصح أو النصيحة تعني تقديم النصح والاستنصاح والمشورة والاستشارة فمعناهما معنى النصح، وغالبا ما تسمى المشورة والاستشارة بالنصيحة، وإن كانت النصيحة لا تقدم إلا بناءا على طلب المستنصح[2].

2– اصطلاحا : الالتزام بتقديم النصيحة والاعلام أو المشورة(devoir de conseil)الالتزام بالنصح والإعلام نجد في عدة مجالات وتجسد أكثر في مجال عقود الخدمات، حيث تجسد أكثر في المهن التي تحترف تقديم خدمات ذهنية كالمهن الحرة، وإن المشرع فرض هذا الإلتزام في نطاق محدود من أجل إعادة التوازن بين المتعاقدين، خاصة إذا كان المتعاقد الأخر مهني ويشكل طرف قوي، فيقع عليه التزام بالإعلام،وان الالتزام بالإعلام أو الالتزام بالتبصير يتجسد أكثر في المهن الحرة والتي أساسها تقديم خدمات ذهنية للزبائن، فإذن الشخص المهني تتوفر لديه كميات هائلة من المعلومات المتعلقة بما يتعامل عليه بحكم مهنته أو تخصصه، فهو بالتالي أقدر على تقديم استشارات تمكن الزبون من معرفة حقوقه والتزاماته التي يمكن أن تترتب عن التصرف الذي يريد الإقبال عليه. فهو التزام يقع على عاتق كل المهنيين كأصحاب الحرف والمنتجين، وهو التزام وليد اجتهاد القضاء الفرنسي[3].

لم يعرف قانون تنظيم مهنة التوثيق رقم 06-02 المؤرخ في 20 فبراير 2006، التزام الموثق بالنصح والإعلام بل اكتفى فقط بالنص والتأكيد على وجوب هذا الإلتزام فنصت المادة 12 منه "يجب على الموثق أن يتأكد من صحة العقود الموثقة، وأن يقدم نصائحه إلى الأطراف، قصد انسجام اتفاقاتهم مع القوانين التي تسري عليها ، وتضمن تنفيذها.

كما يعلم الموثق الأطراف بمدى التزاماتهم وحقوقهم، ويبين لهم الأثار والالتزامات التي يخضعون لها، الإحتياطات والوسائل التي يتطلبها أو يمنحها لهم القانون لضمان نفاذ إرادتهم."

يتضح من هذه المادة أن الموثق بصفته ضابط عمومي ليس مجرد كاتب أو محرر للعقود في شكل رسمي بل هو مهني ملم بقواعد المهنة والنصوص والأحكام والقانونية، مما يلزمه تبصير ونصح الأطراف وتنويرهم بغية تطابق اتفاقاتهم وعقودهم مع النصوص القانونية السارية المفعول.

فمن هذا المنطلق، عُرف التزام الموثق بتقديم النصح وتبصير الأطراف المتعاقدة هو" قيامه أثناء عملية تحرير وتوثيق العقد باطلاعهم على مضمون التصرف، وأثاره العقدية والقانونية المترتبة عنه، بأن يبين لهم بوضوح حقوقهم والتزاماتهم الشخصية والمالية المتبادلة، بشكل يمكنهم من أخذ الاحتياطات والوسائل التي يتطلبها أو يمنحها كل طرف، لضمان تنفيذ التزامه في المستقبل، وحتى تكون للعقد المحرر حجية كاملة تجاه الغير[4].

ويمكن أن نستخلص تعريفالالتزام الموثق بالنصح بأنه التزام قانوني عام يقع على عاتق الموثق بتقديم معلومات ونصائح واستشارات قانونية للزبائن عن موضوع عقد أو معاملةيريد ابرامها وايضاح الحقوق والالتزامات وكذا الأثار القانونية التي تترتب عنها.

فيكون دور الموثق هنا دورا ايجابيا حيث إنهيعمل علىتنبيه الأطراف إلى خطورة التصرفاتالقانونية المقبلين على ابرامها والمسائل والآثار التي يجهلها أو يتجاهلها أطراف العقد، فالموثق ضابط عمومي ورجل قانون محترف ولديه كل الكفاءة والإمكانيات بتلقي عقود واتفاقات الأطراف،وتقديم استشارات قانونية تنور بها الزبون، بحيث يحيط إحاطة كاملة بحقوقه والتزاماته، ويكون على بينة واطلاع على مختلف أثار وجوانب التصرف أو العقد المراد ابرامه.

الفرع الثاني: تمييز الالتزام بالنصح والإعلام عن غيره من الأنظمة القانونية المشابهة

ان ضبط مفهوم الالتزام بالنصح والإعلام للموثق يتطلب تمييزه عن غيره من الأنظمة القانونية، ومنها الالتزام بالإعلام قبل التعاقد (أولا) وتقديم المشورة(ثانيا).

أولا-عن الإلتزام بالإعلام قبل التعاقد:

الالتزام بالإعلام قبل التعاقد هو التزام عام فرضه المشرع لصالح الطرف الضعيف المستهلك فهو التزام سابق على التعاقد يتعلق بالتزام أحد المتعاقدين بأن يقدم للمتعاقد الأخر عند تكوين العقد البيانات اللازمة لايجاد رضا سليم كامل متنور على علم بكافة تفصيلات هذا العقد.

وبهذا المعنى فإن التزام الموثق بالإعلام والنصح يختلف نوعا ما عن الالتزام بالإعلام أو الالتزام بالتبصير في مجال عقود الاستهلاك، حيث إن التفرقة تظهر في النقاط التالية:

–التزام الموثق بتقديم النصح والإعلام يكون الهدف منههو تقديم الاستشارة أو النصيحة للزبون من الموثق بصفته من أهل الخبرة في مجال القانون، حيث يلجؤ إليه الزبون من أجل تنويره بمقتضيات والآثار القانونية المترتبة عن العقد الذي يريد توثيقه، في حين إن الالتزام العام المرتبط بكل عقود الاستهلاك وهو التزام قبل تعاقدي بإعلام المستهلك بالبيانات الضرورية، وهو التزام عام سابق على التعاقد يهدف إلى تنوير المستهلك بالشروط والأوصاف المتعلقة بالسلعة أو الخدمة محل العقد وهو بالتالي –بحسب الراي الراجح –ليس التزاما عقديا وليس التزاما خاصا للقيام بعمل محدد أو بالامتناع عن عمل محدد متفق عليه بين الدائن والمدين.

– يختلف الالتزامان من حيث طبيعة ومصدر كل منهما ، حيث يعتبر الالتزام بتقديم النصح التزاما يقع على عاتق الموثق بتقديم معلومات ونصائح واستشارات قانونية للزبائن عن موضوع عقد أو معاملة لا يريد ابرامها وهو لاينشأ إلا في مرحلة تالية لإبرام العقد ، ويمكن أن يكون محل دفع اتعاب عن الاستشارة، وبالتالي فهو التزام عقدي يكون تنفيذه تنفيذا لمحل التزام أصلي في العقد.

بينما الالتزام قبل التعاقدي بالإعلام التزام عام سابق على التعاقد ، يجد مجاله في المرحلة قبل التعاقدية، ويستمد وجوده من مبادىء القانون وأحكامه، ولذلك فهو التزام غير عقدي، كما إنه ليس له مقابل.

–أما من حيث الهدف فإن تقرير التزام الموثق بتقديم الاستشارة والنصيحة، هو توجيه الزبون ومساعدته في اتخاذ قرار نهائي بصدد العقد أو التصرف القانوني الذي يريد ابرامه أو المسالة موضوع الاستشارة. في حين أن الهدف من الالتزام قبل التعاقدي بالإعلام، هو إحاطة المقبل على التعاقد بكافة المعلومات والبيانات المتعلقة بالسلعة أو الخدمة محل العقد المزمع إبرامه، عملا على إيجاد رضا حر سليم منتج لإرادة خالية من العيوب.

– كما يختلف الالتزامان أيضا من حيث محلهما حيث يتمثل محل الالتزام قبل التعاقدي بالإعلام في قيام المدين بإخطار الدائن بكافة البيانات المتعلقة بالعقد المراد إبرامه وتفصيلاته، والتي من شأنها التأثير على رضائه بينما يتمثل محل الالتزام بتقديم النصيحة، في تقديم معلومات محددة في العقد، ولازمة لأجل عملية معينة يحددها المتعاقدان سلفا في مجالات متخصصة.

–أما من حيث شخص المدين بالالتزام ، فلا أهمية خاصة لشخص المدين بالالتزام قبل التعاقدي بالإعلام ، بوصفه التزاما عاما يمكن تطبيقه على عدد كبير من أنواع العقود ، بينما في الالتزام بتقديم النصح والإعلام، نجد أن شخص المدين له اعتبار في التعاقد،حيث ان الموثق بوصفه محترفا ، وصاحب خبرة في مجال القانون، وأن خبرته القانونية وتفوقه في هذا المجال يمثلان الدافع الحقيقي لطلب الزبون تقديم النصيحة والاستشارة من الموثق حول معاملة قانونية تدخل في اختصاص هذا الأخير مثل طلب الإستشارة من أجل ابرام عقد بيع لعقار.

– وأخيرا من حيث المسؤولية ، فإنه خلافا للالتزام بتقديم النصح والاعلاملموثق فان إخلال المدين للالتزام قبل التعاقدي بالإعلام، لا يثير أي مسؤولية عقدية، فالمسؤولية هنا مجالها الرضا ، ويمكن طلب إبطال العقد لعيب في الرضا ، بالإضافة إلى طلب التعويض وفقا لأحكام المسؤولية التقصيرية.

ثانيا–تمييز التزام الموثق بالنصح والإعلام عن تقديم المشورة:

الاستشارة والاشارة مأخوذتان من الأصل الرباعي شاور ، ففي اللغة أشار عليه أمره ونصحه ودله على وجه الصواب، وشاوره في الأمر طلب منه المشورة، والشورى الامر الذي يشاور فيه ، لقوله تعالى" وشاورهم في الامر "[5].

قال ابن منظور[6] "وشاوره مشاورة وشوارا، واستشارة طلب منه المشورة واشار الرجل يشير اشارة: إذا أراد ما بيده...واشار بالراي ، واشار يشير: إذا ما وجه الراي".

وبنا على ما سبق يمكن أن نخلص بأن الإستشارة القانونية هي عبارة عن بحث أو دراسة لنقطة قانونية يتقدم بها شخص يسمى طالب الاستشارة إلى المستشار القانوني من أجل استجلاء وبيان حكم القانون في قضية معينة[7].

كما ان الاستشارة القانونية تدخل في مهام الموثق، حيث يمكنه في حدود اختصاصه وصلاحياته تقديم استشارات قانونية بناءا على طلب الزبائن دون أن يؤدي ذلك حتما لتحرير عقد[8].

وان تقديم الإستشارة القانونية لا يختلف عن التزام الموثق بالإعلام والنصح ، من حيث أن كلاهما تدخل في اختصاص الموثق حيث يقدم الموثق استشارة قانونية حول ابرام عقد أو تصرف قانوني، لكن يختلفان بالإعتماد على معيار وقت نشوء الالتزام ووقت المطالبة بتنفيذه . حيثان الالتزام بالنصح والإعلام للموثق هو التزام يكون قبل أو اثناء إبرام العقد حيث يعطي الموثق للأطراف المتعاقدة النصائح والتوجيهات اللازمة لابرام التصرف القانوني الذي يمكن أن يبرم أو يبرم في المستقبل ، أما تقديم الاستشارة فإنها تكون عادة عند طلب الزبون لأخذ رأي الموثق حول قضية أو عقد معين دون أن يؤدي ذلك إلى تحرير عقد.

المطلب الثاني: التأصيل القانوني لالتزام الموثق بتقديم النصح والاعلام

التزام الموثق بالنصح والاعلام التزام نص عليه المشرع الجزائري حيث نصت عليه المادة 12 من القانون رقم 06-02 المتضمن تنظيم مهنة الموثق، أما مضمون ومقتضيات التزام الموثق بالنصح ، فترك تنظيمه وشرحه للفقه والقضاء، وفي ضوء ذلك تناول الفقه والقضاء هذا المضمون من خلال النظر إلى مشروعية الالتزام بالنصيحة فتولاه بإعتباره التزاما تعاقديا صميما يقع على عاتق الموثق، ودراسة هذا الموضوع يتطلب دراسة لزوم الالتزام بالنصح ، ثم بحث طبيعته القانونية.

الفرع الأول: الأساس القانوني لالتزام الموثق بالنصح والإعلام

لقد اختلف الفقه في أساس إلتزام الموثق بالنصح والإعلام فهنا ظهر عدة اتجاهات فقهية ، فهناك من اعتبر التزام الموثق بالنصح التزام أدبي يقع على عاتق الموثق بحكم وظيفته(أولا)، وهناك من اعتبره قائما على أساس عقد ضمني بين الموثق وزبونه(ثانيا)، ونتطرق لدراسة هذه الأراء الفقهية فيما يلي:

أولا:التزام الموثق بالنصح أساسه عقد ضمني بين الموثق والزبون:

ذهب هذا الرأي إلىأن أساس التزام الموثق بالنصح والإعلام هو وجود عقد ضمني بين الزبون والموثق، يلزم بمقتضاه هذا الأخير بأن يقدم إليه النصائح الضرورية مقابل اتعاب معقولة[9].

وما يبين الطبيعة التعاقدية لالتزام الموثق بالنصح فإنه عندما يتوجه الزبون إلى مكتب الموثق من أجل التعاقد، فإن ذلك يندرج في دائرة الإيجاب والقبول بين الموثق وأطراف العقد، فعندما يفتح الموثق مكتبا عموميا للتوثيق، ويضع لوحة اشهارية خارج مكتبه وداخله، فإن ذلك يعتبر إيجابا أو دعوة للجمهور لمن يرغب في الاستفادة من خدمات الموثق واضفاء الرسمية على العقود التي يود ابرامها، وأن لجوء أطراف العقد إلى الموثق على هذا الأساس هو بمثابة قبول لإيجاب أو عرض الموثق، وبذلك فإن شروط العقد قائمة كما إن المشرع حدد سلفا الأتعاب والرسوم التوثيقية المستحقة عن كل عقد، لذلك يكون الموثق مسؤولا في حالة امتناعه عن تقديم نصائحه لزبائنه.

وان الطبيعة التعاقدية لا تبدو واضحة في عمل الموثق، فالموثق لا يستطيع رفض توثيق عقد اذا طلب منه زبون طالما انه كان متطابقا مع القانون من جهة ، ومن جهة أخرى فإن مقابل الأتعاب الذي يتقاضاه الموثق له طبيعة تنظيمية حددها القانون ولا يملك الأطراف أي حرية في مناقشتها[10].

ثانيا. التزام الموثق بالنصح التزام أدبي:

ذهب بعض الفقهاء[11]إلى اعتبار التزام الموثق بالنصح والإعلام الى أنه واجبا أدبيا يجد أساسه في طبيعة مهنة التوثيق نفسها. فتدخل الموثق ضروري لضمان الأمن القانوني لاتفاقات الأطراف، وهو الهدف الذي يريده المتعاقدون من خلال إفراغ ارادتهم في شكل رسمي، فيقع على عاتق الموثق واجب أدبي تفرضه أعراف المهنة، حتى وإن لم ينص عليه القانون، ومن هذا المنطلق فيلتزم الموثق بتقديم النصيحة والإعلام لجميع العقود التي يحررها ، فيقدم الموثق نصائحه حتى بالنسبة للزبائن الذين لا يودون ابرام عقد توثيقي،

أي أنهم يطلبون خدمة الموثق من أجل الاستفسار والتنوير حول قضية معينة أو مسألة قانونية محددة، ويكون الموثق في كل هذه الحالات ملزما بتقديم النصح والإعلام .

وان الموثق يمارس مهنة بصفة مستقلة عن الافراد، حيث ان الدولة منحته جزءا من صلاحياتها وهو افراغ اتفاقات الأفراد في شكل رسمي، ومن هنا يظهر دور الموثق بصفته ضامن للأمن القانوني والتعاقدي بين الافراد.

الفرع الثاني: موقف التشريع والقضاء من طبيعة التزام الموثق بالنصح والإعلام

أولا- موقفالتشريع:

الموثق ضابط عمومي أوكله المشرع مهمته توثيق العقود واعطائها الصبغة الرسمية، لكنه يعتبر كذلك من أعوان القضاء ومن رجال القانون، يفترض فيه العلم والكفاءة والحيطة، وبالتالي أوجبه القانون التزامه بواجب النصح، وهي من القواعد الآمرة المكرسة في قانون التوثيق02/06 بموجب المادة 12 منه ومن قبلها قانون التوثيق السابقرقم 27/88 المؤرخ في 12 جويلية 1988 [12]حيث نص في المادة 07 منه بقولها" يجب على الموثق ان يقدم نصائح وان يتأكد من صحة وفعالية العقود الموثقة أو المحررة..."

وتجدر الإشارة إلى أن الأمر رقم 70-91المؤرخ في17شوال1390الموافق ل15 ديسمبر1970 يتضمن تنظيم التوثيق[13] المادة 4 "يقدم الموثقون نصائحهم الى الأطراف لتكون اتفاقات هؤلاء منسجمة مع القوانين التي تخضع اليها ويقومون بتأمين تنفيذها ويعلمون الاطراف بمدى التزاماتهم وما لكل منهم من حقوق ويشرحون لهم جميع الآثار والإلتزامات التي سيخضعون لها ويبينون لهم أخيرا الاحتياطات والوسائل التي يتطلبها أو يمنحها لهم القانون لضمان تنفيذ إرادتهم".

وإن قانون فانتوز رقم 25 المتعلق بقانون التوثيق الفرنسي والذي أخذت عنه معظم التشريعات المقارنة[14]بما فيها نظام التوثيق الجزائري فإنه لم يشر إلى التزام الموثق بإسداء النصيحة الى الزبائن، ولكن التزام الموثق بتقديم النصح والإعلام أصبح التزاما أساسيا يقع على عاتق الموثق إضافة إلى التزام باضفاء الرسمية على عقود واتفاقات الأفراد ، كما انه يقع على عاتق الموثق التزام النصح حتى ولم يفرغ لتلك العقود في شكل رسمي.

ثانيا – دور القضاء في ضبط التزام الموثق بالنصح والأعلام :

لقد لعب القضاء الفرنسي دورا لا يستهان به في مجال تفسير أحكام القانون، ولكن ظهر تدخل القضاء اكثر في مجال عقود الاستهلاك، من خلال تفسير القواعد العقدية تفسيرا يسمح بإنشاء التزامات غير منصوص عليها صراحة في نصوص القانون، حيث اعتمد القضاء الفرنسي على محتوى نص 1135 من القانون المدني الفرنسي، التي تقابلها نص المادة 107 مدني جزائري، التي تقرر وجوب تنفيذ العقد

ليس فقط على اساس ما ورد به من التزامات، ولكن أيضا وفقا لما يعد من مستلزماته، أي وفقا للقانون والعرف والعدالة وطبيعة الالتزام.

ولقد اعتبر القضاء الفرنسي أن التزام الموثق بالنصح لا يرتبط بالعقد الذي يجمعه مع الزبون، بل يعتبر واجبا مهنيا مثل التزامه باضفاء الرسمية، معتمدا في ذلك على روح وفحوى قانون فانتوز ، والأسباب المذكورة في مقدمة مشروعه، والتي تقر وتؤكد بأن الموثق هو ضابط عمومي ناصحا محايدا للأطرافوليس مجرد كاتبا أو محررا لإتفاقات الاطراف.

كما قضت محكمة استئناف روان[15] في سنة 1841. بان "الموثقين مستشارين لا يمكن الإستغناء عنهم من الأطراف إلى جانب محررين لإرادتهم".

كما اتجهت محكمة النقض الفرنسية في قرارها المؤرخ في 03 اوت 1958 الصادر عن الغرفة المدنية "الموثقين ليسوا من أجل مهمة اعطاء الصبغة الرسمية للعقود التي يحررونها، فإن محتوى فحوى القانون الذي يخضعون له، أنه عهد لهم بدور أسمى ولا يقل اهمية، فإنه اعتبرهم مستشارين لا غنى للأطراف عنهم"[16].

المبحث الثاني: مضمون إلتزام الموثق بالنصح ومدى مسؤوليته القانونية

انتهينا أن التزام الموثق بالنصح والأعلام يعني اعلام الموثق المتعاقد وتنويره بمحتوى العقد الذي يريد ابرامه وتحذيره من مخاطره والآثار القانونية المترتبة عليه، وهذا في النهاية من أجل تحقيق نتيجة تتمثل أن يتعاقد الشخص عن بصيرة جلية تجعل رضائه حرا مستنيرا، وهذا ما يحقق بدون شك الأمن القانوني للعملية التعاقدية، وهو ما يفرض على الموثق تحت طائلة مسؤوليته تحرير عقود صالحة وأكيدة، وخاصة مع غياب تعريف قانوني لواجب الإلزام بالنصح، فإن المحاكم فسرت ليس مضمونه فحسب بل كذلك محتوى الواجب، فاتجهت محكمة النقض الفرنسية في قرارها المؤرخ في 11 أكتوبر 1966، بأن الموثق ملزم بتوضيح للأطراف ويضمن فعالية وصحة العقود المحررة من طرفه[17].

المطلب الأول: مضمون التزام الموثق بالنصح والإعلام:

واجب النصيحة يعتبر الزام عام بالإعلام يلزم اذن الموثق من جهة بضمان صحة العقود التي يتلقاها(الفرع الأول) ومن جهة أخرى يضمن فعالية هذه الإتفاقات بإحداث الأثر القانوني الذي يريده المتعاقدون من خلال افراغ ارادتهم في شكل رسمي(الفرع الثاني).

الفرع الأول: الموثق ضامن لصحة العقود التوثيقية

وان المقصود بالتزام الموثق باسداء النصح للمتعاقدين، هو أن يقوم اثناء عملية التعاقد باطلاعهم على مضمون العقد وأثاره، وأن يبين لهم بوضوح التزاماتهم وحقوقهم. وهذا ما قضت به محكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر في 26 يناير 1988.ولقد ذهب القضاء الفرنسي إلى أبعد من ذلك فوسع من نطاق

واجب النصح فجعله يشمل جميع الأنشطة التوثيقية، فواجب النصح من واجبات الموثق بل أصبح مستقلا عن وظيفة الرسمية، ولا تكتمل ضمانة الموثق لصحة العقود التوثيقية التي يتولى تحريرها إلا إذا روعيت الضوابط القانونية التالية:

أولا: ملائمة العقود مع العملية القانونية:

إن الموثق ضابط عمومي مفوض من قبل الدولة أوكله المشرع مهمة افراغ اتفاقات الأفراد في شكل رسمي، وهذه المهمة تفرض على الموثق أن تكون جميع المعاملات الموثقة ، والتي تلقاها من ذوي الشأن أن تكون مطابقة ومنسجمة مع النصوص والأحكام القانونية، وهذا بدوره ما يفرض على الموثق الإلمام بجميع مقتضيات القانون، لأن هذا الأخير رجل قانون محترفبالنظر إلى وظيفته، يفترض فيه العلم بجميع قواعد وأحكام القانون، ولا يمكنه الجهل بأحكامه.

والموثق بصفته رجل قانون فإنه يفترض فيه علمه بقواعد القانون وتعديلاته وإلا تعرض للخطأ مما يعرض مسؤوليته[18].فالتكوين والمعرفة القانونية حتمية لا مفر منها بالنسبة للموثق، وهذا ما تفرضه المادة 18 من قانون التوثيق رقم 06-02 المؤرخ في 06 فبراير 2006. التي تنص" يجبعلى الموثق تحسين معارفه ومداركه العلمية".

فالموثق اذن يجب عليه البحث في مدى صحة السندات المقدمة إليه والشروط القانونية من حيث الإلتزامات المترتبة، وكذلك تطبيق القانون ومسائل التزامات الأطراف.فعلى سبيل المثال عند تحريره لعقد بيع عقار ملزم بطلب مجموعة من الوثائق والتراخيص المطلوبة قانونا، وذلك تحت طائلة بطلان العقد مع تعريضه المسؤولية، فمثلافي المجال البيئي وتجسيدا لواجب الإعلام والنصح فإنه يتعين على الموثقفي حالة تلقيه لعقد بيع قطعة أرضية مخصصة للبناء أن يوجه الأطرافإلى الهيئات المعنية للحصول على الرخص والاطلاع على المعلومات المتعلقة بالأخطار الكبرى قبل امضاء عقد البيع، والغرض من ذلك معرفة مدى امكانية البناء أو إعادة البناء على تلك القطعة.

لأنه تطبيقا لأحكام المادة 19 من قانون 04-20 المؤرخ في 25 ديسمبر 2004 يتعلق بالوقاية من الأخطار الكبرى وتسيير الكوارث في اطار التنمية المستدامة[19]. وعليهيمكن أن تخضع بعض القطع الأرضية للمنع وبالتالي يستحيل على المشتري الحصول على رخصة البناء أو شهادة التعمير وأن هذه المسألة تمس بطبيعة التزام الموثق كضامن لفاعلية العقد[20].

ثانيا . التأكد من حقوق الاطراف المتعاقدة:

إن توضيح الموثق للأطراف القانون الذي ينطبق على الواقعة محل التعاقد، يلزمه في مرحلة ثانية التحقق من محتوى العقد وطبيعته والبحث عن مدى صحة أركانه وأنه غير مشوب بالغش في حالة اخفائه لتصرف أخر.فلابد على الموثق التحقق من مدى توافر أهلية الأطراف وانصراف ارادتهم إلى تحرير العقد.

وإن الإلتزام بالنصح يحمل الموثق في المعاملات العقارية بواجب اخر وهو التأكد والتحري عن الوضعية القانونية للعقار، والتيقن من أنه غير مثقل برهون أو تكاليف، وهذا ما اكدته محكمة دوي الفرنسية Douai في حكمها الصادر بتاريخ 21 ماي 1973.

ويعتبر هذا الالتزاممن بين الإلتزامات الهامة الملقاة على عاتق الموثق في مجال المعاملات العقارية،والتي ينبغي على الموثق البحث عنها، وهي التحقق والتأكد من أصل الملكية العقارية والوضعية القانونية للعقار الذي يريد الأطراف التعامل بشأنه، كما هو الشأن في عقد البيع، فهنا الموثق بصفته ضابط عمومي لابد عليه أن يضمن صحة العقود الناقلة للملكية، والتأكد من وجود حق الملكية للبائع، هذه المراقبة تكون بوجود عقود أصول الملكية.

ولقد اتجه القضاء إلى أن مراقبة الموثق وتفحصه لحق الملكية يقتصر فقط في الأمور التي تدخل ضمن صلاحياته المهنية، ومن ثم لا تلزمه الإنتقال إلى عين مكان تواجد العقار من أجل المراقبة المادية، فواجبه يقتصر فقط حول مراقبة حق الملكية من خلال تفحصعقد ملكية البائع[21].

كما اضافة الى ذلك يجب على الموثق مراقبة سلسلة التصرفات المتتابعة الواردة على العقار فيجب على الموثق تنبيه الأطراف بوجود شروط مدرجة في عقود الملكية وتؤثر على التصرف.

وان التحقق من حقوق الملكية يجب على الموثق أن يتصل بالمصالح الإدارية المختصة مثل مصالح المحافظة العقارية ومسح الأراضي للإطلاع على البطاقة العقارية للعقار محل التصرف،ليتأكد من مدى خضوع العقد لإجراءات التسجيل والشهر، وسلامته من أي رهن أو تخصيص أو امتيازات أخرى تجعل العقار مثقلاوتجعل التصرف فيه خطرا على زبائنه، فلو علم الموثق بوجود رهن أو أن العقار محل التصرف مثقل بتكاليف، ولم يقم بواجب تقديم النصح للأطراف،واعلام المشتري بخطورة الآثار التي قد تترتب عن شراءهلهذا العقار، والمتمثلة في حق الدائنين المرتهنين من التنفيذ على العقار، يكون في هذه الحالة الموثق مخلا بالتزامه بنصح المتعاقدين وهو ما يرتب مسؤوليته، أما إذا قام المشتري بشراء العقاروتسليم الثمن إلى البائع بعد اعلامه من طرف الموثق، وتوقيع العقد بدعوى أنه قام بالتحريات بنفسه، فإن هذا الأخير يتحمل تبعة عمله، ولا مجال لمسائلة الموثق بإخلاله بواجبه، وهذا ما سارت عليه محكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر بتاريخ 25 نوفمبر 1971[22].

ويجب على الموثق لضمان صحة العقود الرسمية التي يتولى توثيقها، تفحصحقيقة وصلاحية ارادة ممثلي الأطراف المتعاقدة، ففي حالة ادراج وكالة في العقد. فيجب على الموثق التأكد من صلاحية الوكيل في تمثيل ارادة موكله، حيث إن بطلان الوكالة يمكن أن تؤدي إلى بطلان التصرف الذي انصبت حوله الوكالة وبالتالي إلى بطلان العقد الذي وهو ما يرتب مسؤولية الموثق محرر العقد[23].

ثالثا. مراقبة هوية الاطراف المتعاقدة ومطابقتها للأصلية:

ان ضمان صحة العقد وفعاليته، يفرض على الموثق اجراء تحقيق ومراقبة لهوية الأطراف بحد ذاتهم فيجب عليه بداية التحقق من هوياتهم، فالموثق يقع عليه التزام هو واجب التأكد من صحة العقود الموثقة، حيث تنص المادة 12 فقرة 01 من قانون التوثيق " يجب على الموثق أن يتاكد من صحة العقود الموثقة..."

فلا بد على الموثق التأكد من صحة الوثائق المقدمة إليه من أجل اعداد العقود التوثيقية، فالأصل أن حسن النية مفترض في جميع الأطراف، ولكن يجب على الموثق أن يأخذالحيطة الواجبة، ولهذا السبب يتعين على الموثق أن يتحرز من الزبائن من خلال اشتراط تقديم الوثائق الأصلية مرفقة ببيانات الهوية.

والإلتزام بمراعاة صحة العقود هو التزام أصيل يضطلع به الموثق من حيث قيامه بمراقبة شروط العقد المتلقى لديه قبل واثناء انجازه، شكلا ومضمونا، من خلال التأكد من صحة العقد الرسمي، والتقيد بضوابطها الشكلية المحددة في التشريع والتنظيم والعرف.

واجب النصح الزام أخلاقي معنوي وقانوني،فهو التزام معنوي لأنه يرتبط بوجود مهمة ووظيفة الموثق، وواجب قانوني لأنه نص عليه قانون التوثيق ، كما إن نص المادة 09 من قانون التوثيق الفرنسيرقم 25 فانتوز تفرض على الموثق الزام النصح بكل حيادية، بمعنى لا يجب عليه محاباة طرف على اخر، فيقدم نصائحه لكلا الطرفين في سبيل منه إلى اتفاقهما، لتحقيق التوازن العقدي، رغم أن مصالحهما متضاربة فيما بينهما، كما ان واجب النصح لا يقتصر على زبائن الموثق، بل يمتد إلى كل اطراف العقد، مهما كانت مصالحه، فيكون مسؤولا في حالة محاباته طرف على أخر، فالموثق لا يمكنه ان يكتفي بتدخله في ابرام العقد وتوثيقه باتخاذ الإجراءات القانونية اللازمة ، بل يجب عليه قانونا أن يزود الزبون على كل التعليمات والنصائح التي من شانها حماية حقوقه، أو تجنبه الأضرار.

كما إن القانون في مجال النصح والاعلام منع الموثق من تلقى العقود التي يوجد فيها أحد أفراد عائلته.وعليه فيدخل ضمن واجب النصح التزام الموثق بتوجيه المتعاقدين وتنويرهم بالنصائح الكافية في المجال الضريبي ببيان الواجبات التي يمكن أن تفرض على أطراف العقد مثل الرسوم الجبائية أو رسوم التسجيل، وكذا كل عواقب التأخير في الأداء، مع ما يمكن أن يطالهم من ممارسة الغير لحقوق يخولها لهم القانون، كالشفعة، أو حق الافضلية، فالموثق وفقا لنصوصوأحكام قانون التسجيل ملزم بنصوص قانونية أن يطلع الأطراف على المقتضيات القانونية التي تعاقب على كل نقص في القيمة أو اخفاء للحقيقة تهربا من أداء واجبات التسجيلويبين لهم الغرامات المطبقة على كل تملص من أداء الواجبات المفروضة عليهم.

رابعا–فعالية العقود:

الموثق ضامن لفاعلية العقود التي يحررها، فيجب عليه بالنتيجة البحث عن إرادة الأطراف المتعاقدة لتحقيق اثارها القانونية، فالعقد يكون فعلا وفقا لاجتهاد المحاكم هو العقد الذي يتوافر مع ارادة المتعاقدين.
فالموثق لا تقتصر مهمته في تحرير عقود صحيحة، ولكن يجب عليه كأحد التزاماته المهنية تحرير عقود فعالة تحقق اثارها الشخصية والمادية. وهذا لحماية ارادة الأطراف وعلى إطلاع تام بنتائج العقود المراد تحريرها[24].

فيجب على الموثق البحث على النوايا الحقيقية للمتعاقدين، والعمل على افراغها في شكل رسمي يتوافق والأحكام التشريعية. وعليه فإن الموثق باحترامه لمبدأ النصح وتحقيق عقود فعالة فإنه يكون قد حقق حماية لإرادة الأطراف عن طريق تنويرهم وتبصيرهم بنتائج واثار العقود التي أبرموها.

وفي هذا الصدد نشير أن محكمة النقض الفرنسية[25] قضت بموجب قرار لها الصادر في 1976/05/12 بنقض حكم محكمة الإستئناف باريس في قضية ضد موثق بخصوص عدم اخطاره زبونه بأثار عقد البيع المثقل برهن رسمي، حيث أن محكمة الإستئناف بباريس اعتمدت على دفوع الموثق بقوله أن المدعي(مشتري العقار) يعد مثقفا لكونه مهندس وأنه محترف في المعاملات، لكن محكمة النقض نقضت القرار وجاء في حيثيات قرارها أن القرار مشوب بالقصور في التسبيب لكونه لم يستخلص العناصر التي تبين قيام الموثق بالتزامه في اعلام المدعي بالإلتزامات المثقلة للعقار.

إن فعالية العقود كالتزام ينبغي على الموثق تحقيقه كمستشار قانوني للأطراف **أن يبحث عن فعالية أو جدوى العقد:**وذلكعن طريق البحث على نية الأطراف الحقيقة ، فيجب على الموثق اكتشاف ما يرمي إليه الأطراف قبل تدوين ذلك بالعقد، وبالتالي فإن الشكل القانوني لإنجاز ذلك أو الصياغة القانونية يجب أن تكشف عن الهدف المنشود أو سبب العقد، فينبغي على الموثق اخطار الأطراف بخطورة التصرفات (في حالة اخفاء عقد بيع في شكل عقد هبة أو اخفاء المبالغ المتفق عليها في عقد صوري مثلا اعتراف بدين).

أما **مسألة استعمال تقنيات قانونية خاصة للإعلام** تثار هذه المسألة في حالة انتقال الملكية العقارية، فالموثق بصفته محترف في مجال مادة قانون التعمير والعقار فيجب عليه البحث عن كل ما يتعلق بحركية الملكية العقارية والإلتزامات المثقلة بها، فيجب على الموثق طلب الوضعية العقارية للعقار قبل تحرير العقد. فيمكن في أي لحظة يقع رهن على العقار محل البيع.

وقد قضى بأن الموثقين مطالبين مهنيا بتنوير الأطراف حول النتائج واثار عقودهم، ولا يمكن انكار مبدأ مسؤوليتهم بحجة أنهم لم يقوموا إلا بإضفاء الرسمية التي تلقوها.

فالموثق قاضي ودي للعقود أو قاضي الإرادة فبالتالي وهو يقوم بواجب النصح للمتعاقدين، لا يحق له أن ينصح طرف دون أخر، ولا أن يغلب مصلحة أحدهما على الأخر، بل يجب عليه التحلي بالحياد التام، لا

يخضع سوى لضميره والقانون، وهذا لتحقيق التوازن العقدي بين مصالح الأطراف المتعاقدة وبالتالي يضمن الأمن القانوني للعقود وبالتالي يقلل المنازعات أمام القضاء[26].

المطلب الثاني:حدود التزام الموثق بالنصح ومدى مسؤوليته القانونية

ان الإلتزام بالنصح والإعلام قد يتقل كاهل الموثق بصفته ضابط عمومي مهمته افراغ ارادة الأفراد في شكل رسمي ، حيث انه في سبيل تحقيق هذا الإلتزام لفائدة ومصلحة الزبون ابتداء من اللحظة التي تقدم فيها إلى مكتبه إلى غاية انتهاء تدخله وبالتالي فإنه يجب تحديد نطاق التزام الموثق بالنصح والإعلام (فرع أول) والحالات التي تعفي الموثق من التزام النصح والاعلام(فرع ثاني)

الفرع الأول: حدود التزام الموثق بالنصح والإعلام

إذا كان القانون ألزم الموثق بالقيام بواجب النصح ، فقد اختلف بشأن حدود هذا الأخير، فالتساؤل الذي يطرح هنا هو هل يعتبر التزام الموثق بتقديم النصائح والإرشادات لزبائنه التزام عام ومطلق بحيث عليه أن يوضح للزبائن كل العناصر الجوهرية والفرعية للمعاملة، أم ثمة حالات يعفى فيها من هذا الإلتزام ؟

-التزام يتعلق بجميع النشاط التوثيقي:

واجب النصح والاعلام إلزام للموثقين في مواجهة زبائنهم، فيفرض عليهم هذا الواجب كيفما كانت طبيعة تدخل الموثق المهنية. وبصفة طبيعية يتعين على الموثق تقديم واجب النصح بمناسبة تحرير العقد الرسمي أي قبل توقيع العقود وليس بعدها، القرار المبدئي لمحكمة النقض الفرنسية الغرفة المدنية المؤرخ في 21 جويلية 1921[27] الذي كمل مبدأ الرسمية الذي قرر أن" الموثقين دورهم هو اضفاء الصفة القانونية لاتفاق الأطراف والصيغة الرسمية، كما ان لهم مهمة شرح للزبائن نتائج والاثار المترتبة عن عقودهم التي أبرموها.

<u>هل يرتبط الزام النصح بخبرة الزبون أم لا:</u> ذهب جانب من الفقه إلى أن واجب النصح مرتبط ارتباطا وثيقا بمدى خبرة الزبون بغض النظر عن مستواه الثقافي، فقد يتوفر هذا الأخير لدى شخص ولكن لا خبرة له في مجال المعاملات المالية، في حين هناك فئة لا ثقافة لها، وتتوفر على خبرة واسعة في هذا المجال. وعليه فإن الموثق لا يكون ملزما بأن يقدم لهذه الفئة الاخيرة النصائح والارشادات.

وقد قررت محكمة النقض الفرنسية بأن واجب النصح له علاقة بخبرة الزبون القانونية، فالموثق لا يكون ملزما بتقديم النصيحة حول أشياء يعلمها هذا الزبون، أو كان من المفروض عليه العلم بها.

حيث عرضت على المحكمة قضية تتعلق بأحد قدماء المحافظين العقاريين الذي أقرض مبلغا من المال مقابل رهن، غير أنه لم يقم بتقييد هذا الأخير في المحافظة العقارية لضمان قرضه، وقد ردت المحكمة دفعه المتمثل في كون الموثق لم يخطره بضرورة القيام بهذا الاجراء.

كما إن هذا الإلتزام تبدو أهميته أكثر خاصة بالنسبة للزبائن الذين لا يحسنون القراءة ولا الكتابة فإن القضاء الفرنسي أقر بالتزام الموثق بنصحهم عندما يتعلق الأمر بأشخاص أميين لا يعرفون القراءة والكتابة، أو بأشخاص مسنين أصبحوا بحكم السن غير قادرين على تقدير نتائج تصرفاتهم.

هذا وقضت أيضا محكمة النقض الفرنسية أن الموثق لا يمكنه التملص من واجب النصح، لا بخبرة الشخصية للزبائن، ولو حتى كان الزبون بحذ ذاته موثق. كما إنه لا يمكن اعفاء الموثق من هذا الالتزام حتى ولو حضر مع الزبائن مستشار قانوني آخر محامي أو موثق، في هذه الحالة حضور هذا المستشار يكون لتنوير الأطراف.فقضت محكمة النقض الفرنسية في هذا الاطار أن حضور مستشار شخصي الى جانب الزبائن لا يعفي الموثق من الزام النصح[28].

وإن إدراج بند في العقود يعفي الموثق من مسؤوليته من الزام النصح، وذلك بإدراجهم بندا في العقود يشيرون فيه إلى أن الاتفاق تم بين الطرفين دون تدخل الموثق و مشاركته، غير أن القضاء لم يعتد بهذا البند واعتبره باطلا وعديم الجدوى، لأنه يضمن العقد مقتضيات لصالحه وهو شرط لمصلحته مما يجعله باطلا[29].

<u>حالات اعفاء الموثق منالإلتزام بالنصيحة والإعلام:</u>

يمكن حصر حدود تطبيق التزام الموثق في حالات معينة أوجدها التطبيق العملي وأقرها القضاء وتتمثل هذه الحالات فيما يلي:

1-ارادة الزبون بالتعاقد: ففي مجال مسؤولية الموثق قضت الغرفة الثانية لمحكمة النقض الفرنسية في حكم صادر بتاريخ 21 نوفمبر 2001[30]، بأن الموثق لا يعد مخلا بالتزامه بالإعلام بالنصيحة، لحظة أنه أعلم زبونه ببقاء بعض الالتزامات التقنية لوكيل عقاري، رغم ذلك أبدى الزبون تمسكه بالتعاقد وتحمله مسؤولية قراره باستعمال عبارة "قراري بالتعاقد يعد أمرا شخصيا وأتحمل كل ما ينتج عن ذلك".يتبين من خلال هذا الحكم أن قرار المشتري الأخير يعد حدا لالتزام الاعلام والنصيحة للموثق.

2- علم العامة بالعيب: إضافة إلى ارادة الطرف الأخر بالتعاقد، ودائما في مجال مسؤولية الموثق، قضت الغرفة الأولى المدنية لمحكمة النقض الفرنسية في حكم صادر لها بتاريخ 18 ديسمبر 2001، بأن الموثق لا يعد مخلا بالتزامه بالاعلام وبالنصيحة، عندما يكون العيب معلوما لدى العامة، كعلم السكان المجاورين بوجود نزاع قضائي على حديقة عقار أقدم موثق على ابرام عقد بيعه لفائدة مشتري ادعى بمسؤولية الموثق الذي لم يعلمه بذلك، فلا ضرورة إلى نصيحة أو إعلام شخص يود شراء سيارة فيما لو كانت سياحية أو نفعية ، لأن مثل هكذا توجيه يعد مالوفا لدى العامة.

الفرع الثاني: مدى مسؤولية الموثق عن تخلفه عن واجبه بتقديم النصح والإعلام

اخلال الموثق بإلتزام النصح والإعلام ليس بمنئى عن المسؤولية إذا لم يقدم النصائح الكافية لزبونه، لأن هذا الالزام واجب تفرضه طبيعة مهنة التوثيق وأعرافها، لكن ما هو أساس مسؤولية الموثق عن اخلاله بالتزام النصح والإعلام؟

أولا- مدى التزام الموثق بالنصح والإعلامتجاه الزبون التزام بتحقيق نتيجة أو ببدل عناية:

اختلف الفقه في طبيعة واجب الموثق بالنصح والاعلام فيما إذا كان التزاما بنتيجة أم بوسيلة ، وان معرفة ما إذا كان التزام الموثق بالنصح والإعلام التزام بوسيلة أو بلوغ غاية أو نتيجة، يرتب بلا شك معرفة طبيعة مسؤولية الموثق والقواعد القانونية الواجب التطبيق عليها، فهل يعتبر الموثق التزامه بتحقيق نتيجة محددة اتجاه زبونه أم ان التزامه ببذل العناية والحرص دون أن يكون ملزما بتحقيق النتيجة ويعتبر مؤذيا لإلتزامه في حالة بذله تلك العناية وإن لم تتحقق النتيجة المرجوة ويسمى في هذه الحالة إلتزاما بوسيلة[31].

واختلف الفقه حول مدى التزام الموثق بالنصح والإعلام فعل هو التزام ببذل عناية أو تحقيق نتيجةنعرض لكلا الرايين في فقرتين مستقلتين ثم نبين الرأي المختار في الفقرة الثالثة وكما يلي :

1 :- الاتجاه القائل بأن الالتزام بالنصح والإعلام التزام ببذل عناية

يذهب الرأي السائد في الفقه إلى أن الالتزام بالنصح والإعلام للموثق هو التزام ببذل عناية، ويستند أصحاب هذا الرأي في تدعيم وجهة نظرهم إلى الأسانيد الآتية :-

أ/أن الالتزام بالنصح والإعلام للموثق يتضمن الشروط التي وضعها الشراح لكون الالتزام ببذل عناية والتي تتمثل في أن النتيجة المطلوبة من الالتزام هي نتيجة احتمالية وليس محققة الوقوع، وأن يكون للدائن دور في تحقيق هذه النتيجة أو منعها.

ومن ثم يرى أنصار هذا الرأي أن الالتزام بالنصح والإعلام للموثق يستجمع الشروط المطلوبة للالتزام ببذل عناية ، لأن الموثق يهدف من وراء النصح والاعلام للزبون تجنيبه ما قد يقع من خطورة ابرامه التصرف ولكنه لا يضمن الوصول إلى هذه النتيجة.

ب.أن الالتزام بالنصح والإعلام للموثق يقتصر على الإدلاء ببيانات موضوعية وهادفة عن الشيء محل التعاقد وبنود العقد الذي سيتم إبرامه ، ومن ثم لا ينتظر من المدين أن يحل محل الدائن في اتخاذ قراره بالتعاقد من عدمه ، ولا ينتظر منه أيضا أن يضمن النتيجة النهائية للعملية العقدية.

ويبرر جانب من الفقه ذلك بأنه طالما لم يوجد نص صريح في القانون فإن الموثق يكون قد أوفى به إذا بذل في تنفيذه من العناية كل ما يبذله الشخص العادي.

2 :الالتزام بالنصح والإعلام للموثقهو التزام بتحقيق نتيجة

يرى البعض أن الإلتزام بالنصيحة للموثق،قد يكون أحيانا إلتزام بتحقيق نتيجة،وذلك في بعض العقود، حيث إن الموثق مجرد ناصح مستشار بتحقيق نتيجة، فهو يكون ملتزما فيما يتعلق بالشروط الخاصة

بفعالية العقد.التزاما بتحقيق نتيجة فيما يتعلق بالصحة القانونية،إزاء المضمون العقدي[32]، وبمعنى أخر فإن العلة من وراء التزام الموثق بتحقيق نتيجة تكمل في طبيعة العمل والنشاط التوثيقي، حيث إنه في جميع حالاته يغلب عليه عنصر اليقين والتأكيد على عنصر الإحتمال في تحقيق النتيجة، ونتيجة لذلك فإن التزام الموثق بتحقيق نتيجة يظهر في جميع مراحل تحرير واعداد العقد التوثيقي، فهو يلتزم بتحرير العقد والقيام بالإجراءات القانونية الواجبة قانونا في ذلك العقد من تسجيل واشهار ومن ثم تمكين الأطراف من نسخة أو مستخرج من ذلك العقد، فتخلف الموثق عن تنفيذ التزامه يعتبر مخلا ومن ثم مسؤولا[33].

ثانيا :-الطبيعة المزدوجة لإلتزام النصح والإعلام للموثق

ان الإلتزام بالإعلام والتبصير للموثق التزام ذو طابع خاص، وذلك يرجع إلى طبيعة وظيفة التوثيق حيث إن هذا الإلتزام يضيق ويتسع تبعا لنوع العقد ومدى المعرفة العلمية أو العملية لدى اطرافه[34]، فالأصل فيه حسب ما استقر عليه رأي الفقه هو ان الالتزام المهني للموثق تجاه ذوي الشأن يكون في الأصل التزاما ببذل عناية، حيث تنطبق عليه الشروط الفاصلة بين الالتزامين وهو أن النتيجة المطلوبة من الالتزام هي نتيجة احتمالية غير محققة الوقوع . وان يكون للزبون دور في تحقيق هذه النتيجة أو منعها .

ومن ثم فان الالتزام بالنصح والإعلاملموثقيستجمع الشروط المطلوبة للالتزام ببذل عناية ، لأن الموثق يهدف من وراء النصح والإعلام تجنيب المتعاقد التعرض للخطورة ولكنه لا يضمن الوصول إلى هذه النتيجة، لأن الموثق يلتزم بأن يقدم لطالب الإستشارة النصائح اللازمة لإعداد وتحرير العقد، فهو يقوم بتنوير وارشاد الزبون إلى ما يجب عليه أن يتبعه ويتحمله من نتائج وآثار في العقد الذي يود تحريره، وأيضا الضمانات القانونية المتاحة.

ولكن قد يتدرج الالتزام بالنصح والإعلام للموثق من حيث القوة من التزام بوسيلة إلى التزام بنتيجة استثناء بحسب عدة عوامل ، منها خطورة وحداثة العقد أو وضعية طرفي العقد، ففي بعض الأحوال يكون هذا الالتزام التزاما بتحقيق نتيجة حيث يجد مجاله الخصب في العقود التي يكون فيها اختلال في المراكز العقدية وخاصة العقود التي يكون فيها المدين شخص محترف أو مهني أو صانع أو منتج . فالالتزام بالنصح والإعلام للموثقفيها يكون التزاما بتحقيق نتيجة . لأن أساس وجود هذا الالتزام هو لعلاج الاختلال في هذه المراكز، فعدم التساوي هو الذي أوجد قرينة لا تقبل إثبات العكس على علم هذا المتعاقد المحترف أو الصانع أو التاجر أو المهني.فلا يكفي للتحلل من الالتزام هنا بإثبات القيام ببذل عناية الشخص المعتاد، وعليه فالتزام الموثق بالنصيحة هو التزام ببدل عناية الموثق المعتاد التي يتعين على المضرور إثباتها بكافة طرق الإثبات، ويكون للقاضي الكلمة في تقرير مدى كفاية ما قدمه الموثق من ارشاد وايضاح وتحذير للمتعاقد، وله في سبيل ذلك الإستعانة بكافة العناصر المختلفة التي تساهم في إبراز النصيحة.

هذا وقد اتجه القضاء الفرنسي ذلك في مجال افتراض علم الموثق بكافة المعلومات والبيانات المتعلقة بالعقار محل البيع[35].حيث إن القضاء وسع في فكرة التزام الموثق بتحقيق نتيجة وذلك نظرا لعدم كفاية القواعد القانونية التقليدية في المسؤولية المدنية لتوفير الحماية الفعالة للزبون والتي تجد مكانها في نص المادة 1135 من القانون المدني الفرنسي، ومن ثم اعتنق القضاء فكرة الخطأ الاحتمالي دون سند من القانون، وذلك من أجل توفير الحماية للشخص العادي من أجل الحصول على حقه ، خاصة وأن الموثق رجل قانون.

الخاتمة:

ان التزام الموثق بالنصح والإعلام هو من صميم مهام الموثق الذي يسعى جاهدا لدرأ أي نزاع ويحول دون التدخل اللاحق للقاضي، حيث يلتزم الموثق بتقديم نصائحه وارشاداته إلى زبائنه، وهذا الإلتزام وليد أو مستمد من وظيفة الموثق الرسمية التي خولها القانون للموثق ألا وهي اضفاء الصفة الرسمية، غير أن دراستنا لهذا الإلتزام تجعلنا نلاحظ أن المشرع الجزائري خصص مادة وحيدة في قانون تنظيم مهنة الموثق رقم 06-02 المؤرخ في 06 فبراير 2006، وهي نص المادة 13 منه ، في حين أن هذا الإلتزام يطرح العديد من النزاعات أمام القضاء ويعرض الموثقين للمتابعة القضائية وهو ما يعرقل السير الحسن للعمل التوثيقي، حيث أن كان هذا الإلتزام أي –التزام الموثق بالنصح والإعلام– وليد اجتهاد القضاء الذي وسع في فكرة التزام الموثق بالنصح ، فإنه يتعين على المشرع ضبط هذا الإلتزام بوضع نظام قانوني خاص به ويتلائم مع مقتضيات العمل التوثيقي ، حيث ان الموثق لا يستطيع تبصير العملاء وتقديم النصيحة في كل ما يتعلق بالعناصر الجوهرية والفرعية في كل معاملة أو اتفاق، والسبب في ذلك هو تعدد الإجراءات اللازمة لإضفاء الصيغة الرسمية على المعاملات، فضلا عن ذلك فإن الموثق أيا كانت خبرته ودرايته بجوانب القانون فإنه يستحيل عليه الإلمام بجميع المخاطر التي قد تترتب على العملية القانونية التي يتدخل في ابرامها .

لذلك كان لزاما أن يتدخل المشرع بوضع نظام قانوني خاص بالتزام الموثق بنصح واعلام الزبون، وذلك عن طريق وضع القواعد اللازمة لضبط العلاقة بين الموثق والزبون على نحو افضل.

الهوامش:

1- أنظر المادة 05 وما يليها من القانون المنظم لمهنة الموثق رقم 06-02 المؤرخ في 20 فبراير 2006 ، ج ر عدد 14 ، الذي عرف الموثق على النحو التالي" الموثق ضابط عمومي، مفوض من قبل السلطة العمومية، يتولى تحرير العقود التي يشترط فيها القانون الصبغة الرسمية وكذا العقود التي يرغب الاشخاص إعطائها هذه الصبغة."

–المرسوم التنفيذي رقم 242/08 المؤرخ في 03 أوت 2008، المحدد لشروط الإلتحاق بمهنة الموثق وممارستها ونظامها التاديبي وقواعد تنظيمها، ج ر عدد 45، المؤرخة في 06 أوت 2008.

2- محمد خالد مراد، الاستشارة القانونية" ألية تكوين الرأي القانوني" بدون دار للنشر، طرابلس ، لبنان،سنة 2000، ص02.

3- CA Rouen 21 janvier 1841.Sirey 1841,2,253; la cour de Rouen jugeaitque " les notairesont les conseilsque la loielle-meme a donnés aux parties qui sontobligées de se confier a eux"; cite par Agnès DUPONT, le devoir de conseil en matiere de guaranties, DEA soutenu en Universite Robert SCHUMAN,Faculté de Droit;2002,p5.

4- أ حمان بكاي ، العقد التوثيقي، مقال منشور بمجلة الموثق ، عدد 07 ، جويلية 1999 ، ص 26 ، د. مقني بن عمار، مهنة التوثيق في القانون الجزائري، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، مصر، طبعة 2013، ص 104.

5- القرأن الكريم (سورة الشورى 38).

6- محمد بن محمد مكرم الأنصاري المعروف بابن منظور، لسان العرب، مادة "شور"، أنظر حسن ضياء عتر، الشورى في ضوء القران والسنة، دار البحوث للدراسات الإسلامية واحياء التراث، دبي، الأمارات العربية المتحدة، الطبعة الأولى، 2001، ص28.

7- الخامس بن بوعبيد فاضيلي، خصوصيات منهج الإستشارة القانونية، مجلة القانون والأعمال، عدد 04 ، أفريل 2016، المغرب، منشور في موقع www.droitententreprise.org

8 - تنص المادة 13 من قانون التوثيق رقم 06-02 المؤرخ في 20 فبراير 2006 على أنه" يمكن الموثق أن يقدم في حدود اختصاصه وصلاحياته استشارات، كلما طلب منه ذلك، واعلام الأطراف بحقوقهم والتزاماتهم وكذا الآثار المترتبة عن تصرفاتهم، دون ان يؤدي ذلك حتما إلى تحرير عقد.

9- سار في ركاب التشريعات التي وضعت نصوصا صريحة بهذا الإلتزام نص المادة 12 من قانون التوثيق الجزائري 02/06، الفقرة 3 من الفصل الاول من ظهير 04 ماي 1925 المتعلق بالتوثيق العصري المغربي فقد الزمت الموثق بان يقدم للأطراف كل النصائح والإرشادات الضرورية وان يطلعهم على محتوى ونتائج العقود المراد تحريرها، وقانون التوثيق المصري رقم 68 لسنة 1947 حيث نصت المادة 10 الفقرة الأولى منه يجب على الموثق قبل توقيع ذوي الشأن على المحرر المراد توقيعه، أن يتلو عليهم الصيغة الكاملة للمحرر ومرفقاته وأن يبين لهم الأثر المترتب عليه، دون أن يؤثر في إرادتهم ويوقع هو واصحاب الشأن المحرر والمرفقات.

10- بلحو نسيم، الطبيعة القانونية لمسؤولية الموثق المدنية، مقال منشور في مجلة الفكر، جامعة محمد خيضر بسكرة، ص333.

11- Henri Senamaud, devoir de conseil des notaires rédacteurs d'actes et la responsabilité née de leur silence, op.cit,p.46.أشار اليه د.محمد الربيعي، المرجع السابق، ص70.

Edouard Clerc, cité par Henri Senamaud, devoir de conseil des notaires rédacteurs d'actes et la responsabilité née de leur silence, Thèse; Toulouse 1924, PARIS, p.45.
-Brise Marcel, Essai sur le rôle fiscal du notaire, Thèse, Paris, 1937, p.499.
-Pierre de Gandt, La responsabilité civile des notaires en matière de prêts hypothécaire, thèse, Lille, 1919, P.97.
أشار اليه: د.محمد الربيعي، الأحكام الخاصة بالموثقين والمحررات الصادرة عنهم، مكتبة المعرفة،مراكش، المغرب، الطبعة الأولى، 2008، ص70.

12 -انظر ، ج.ر، عدد 28 /1988، سنة 1988، ص 1035.

13 – أنظر، ج. ر، عدد، 1970/107، سنة 1970، ص 1615.

14- قانون رقم 25 فانتوزVentose السنة الحادية عشر الصادر في 16 مارس 1803.

-La loi du 25 ventose an XI; Cf.Jur.gen., V^0 Notaire – notariat.

15 - "Les notaires conseils désintérssés des parties aussi bien que rédacteurs impartiaux de leur volonté.

-Rouen 21 janvier 1841,Sirey 1841, 2, 253. Cité par: Agnès Dupont, le devoir de conseil en matière de garanties, DEA soutenu université Robert SCHUMAN,2002,p.5.

16-

"Les notaires n'ont pas seulement pour mission de donner un caractère d'authenticité aux actes qu'ils rédigent; dans son esprit et dans ses motifs mêmes, la loi qui les institue a entendu leur conférez un rôle plus digne et plus élevé, elle les considère comme les conseils désintéressés des parties".

17-

-le notaire est tenu d'éclairer les parties et de s'assurer de la validité et de l'efficacité des actes rédigés par lui"

18-

Le notaire est un juriste professionnel qui, devant connaitre le droit positif, ne saurait commettre une erreur de droit (Civ. 1, 6 fevr. 1980, D 80, inf.271.-6 mai 1980, B. 1, n^{0}270.,-Civ. 3, 29 juin 1994, GP 95, 1,pan. 22. Cite par:

Philippe le Tourneau, LoicCadiet, droit de la responsabilité ,Dalloz action,,1998. p630.

19-أنظر قانون 04-20 المؤرخ في 25 ديسمبر 2004 يتعلق بالوقاية من الأخطار الكبرى وتسيير الكوارث في اطار التنمية المستدامة، ج ر عدد 84 المؤرخة ب29 ديسمبر 2004.

20 –أ بردان رشيد، مجلة الموثق ، عدد 04 ديسمبر 2015، ص38.

21-Civ. 1re, 13 nov.1991, no 89-15.011, Defrénois 1992, art.35212, no 17, cité par. J. de POULPIQUET.op. cit., p.36.

21– د–محمد الربيعي ، المرجع السابق، ص76.

22–

La nullitéd'une procuration entraîne la nullité de l'actequ'ellepermet de réaliser et donc la responsabilité du notairerédacteur (Civ. 2 mars 1948, D. 1948.256 ; Civ., 2 nov.1955, JCP N 1957.II. 9732).cité par. J. de POULPIQUET.op. cit., p. 37.

24-

-Philippe le Tourneau, LoicCadiet, op.cit, p630.

25- أشار اليه : فاضل رابح، طبيعة المسؤولية التوثيقية ومجال تطبيقها، مقال منشور في مجلة الموثق، عدد 08سنة 2002، ص25.

26–مقني بن عمار ، المرجع السابق، ص105.

27-

Civ. 21 juillet 1921 (DP 1925. 1. 29), « Les notaires, institués pourdonner aux conventions des parties les-formes légales et l'authenticité qui en est la conséquence, ont également pour mission de renseigner les clients sur les conséquences des engagements qu'ilscontractent », cité par. J. de POULPIQUET.op. cit., p.39.

28-

CF. J. de POULPIQUET.op. cit., p.40.

29-أنظر : ملف رقم 375903 قرار بتاريخ 13 ديسمبر 2006 قضية(أ–م) ضد (ع–أ) ومن معه:موثق–مسؤولية مدنية تعويض المادة 8 ق 88–27" تقوم مسؤولية الموثق ويلزم بالتعويض في حالة عدم قيامه بدوره القانوني الإيجابي المتمثل في التأكد من صحة العقود الموثقة ونصح الطرفين بما يحقق انسجام اتفاقهما والقوانين السارية.

[30]-أنظر :

- Cité par: BORE.(j). les limites du devoir de conseil du redacteur d'actes,L.G.D.I.,2001.P.139.

[31] – أحمد شعبان محمد طه، المسؤولية المدنية عن الخطأ المهني، دار الجامعة الجديدة، الأسكندرية، مصر،2015، ص267.

[32]- أحمد محمد محمد الرفاعي، الحماية المدنية للمستهلك، دارالنهضةالعربية،القاهرة 1994 ، ص،19.

[33] – بلحو نسيم،المقال السابق، ص347.

[34] –د ابراهيم سامي زيدان، المسؤولية المدنية للموثق بين النظرية والتطبيق، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية مصر، 2017، ص262.

[35] – د ابراهيم سامي زيدان، المرجع السابق، ص 263.

الحق في الخصوصية كألية لكبح ممارسة حرية التعبير.

The right to privacy is a mechanism to limit the exercise of freedom of expression.

درّار عبد الهادي – السنة الثالثة 03 دكتوراه ل.م.د – التخصص: القانون العام المقارن.
المؤسسة المستخدمة: جامعة جيلالي ليابس – سيدي بلعباس–.
البريد الالكتروني: derrarm@hotmail.fr

الملخص:

تعد حرية التعبير من بين أهم الحريات الفكرية أكثر الحريات ممارستا من قبل الأفراد، مستندين في ذلك على النصوص القانونية الدولية أو الوطنية. ولكن هذه الحرية ليست مطلقة وأنما لها حدود وضوابط تطبيقا لمبدأ تنتهي حريتك عندما تبدأ حرية الاخرين، بإعتبار الأخرين أيضا لهم حقوقهم الخاصة بهم تحت مظلة ما يسمى بحق الخصوصية وما ينرج تحتها.

الكلمات المفتاحية: حرية التعبير، حق الخصوصية، الحريات الفكرية، حدود التعبير.

Summary:

Freedom of expression is one of the most important intellectual freedoms exercised by individuals, based on international or national legal texts. But this freedom is not absolute, but it has limits and limits in the application of the principle of your freedom ends when the freedom of others begins, considering that others also have their own rights under the law to privacy and under it.

key words : Freedom of expression , The right to privacy, Intellectual, freedom, Limits of expression.

مقدمة

يعتبر الحق في التعبير الركيزة الأساسية في النظم الديمقراطية ولها أهمية كبيرة لإرتباطها بالجانب المعنوي للإنسان الذي لن يشعر بوجوده إلا إذا منحت له فرصه التعبير عن رأيه لغيره من بني جنسه، الأمر الذي يساهم في تقويم المجتمع وكشف لكافة الممارسات التي تنتهك الحقوق والحريات.

وبالمقابل فإن حرية التعبير ليست مطلقة، فالإنسان يملك الحق في التعبير عن رأيه طالما أن ذلك يتم في إطار المشروعية الذي تحددها الدساتير والمقوانين ومن بين هذه الضوابط التي تكبح أو تقف حاجزا أمام حرية التعبير الحق في الخضوصية أو ما يطلق عليه بعض الفقهاء بالحياة الخاصة للأفراد التي تعد من بين الحقوق المتعلقة بكيان الإنسان وحده وليصقة بشخصيته ووجوده السوي وحياته الخاصة، والتي هي في الأصل من المسائل التي لا تقبل المساس أو الخوض فيها.

وإن تعريف الحق في الخصوصية أو الحياة الخاصة بشكل دقيق جامع مانع ليس ميسورا خاصة وأن الحياة الخاصة عباره عن مصطلح له دلالات وأبعاد مختلفة بإختلاف البيئة الإجتماعية، ولكن هنالك محاولات في تعريف الحياة الخاصة ومفاذها أن الحياة الخاصة هي كل العناصر التي تتصل بعواطف الشخص وعلاقته مع الأخرين، وهي تشمل إحترام أسراره الخاصة وإحترام حالته الصحية والحياة المهنية وكل ما يتصل بالجانب المعنوي والمادي للإنسان.

أمام هذين الحقين حق حرية التعبير وحق الخصوصية أو حق الحياة الخاصة الذين يستمدا مشروعيتهما من النصوص الدستورية، فكيف يمكن صيانة الحق في الخصوصية أما الأفراد الذين يتمتعون بحرية التعبير؟ أو بطريقة أخرى كيف يمكن التوفيق والموازنة بين الحق في حرية التعبير وحق الخصوصية ؟

بعد هذا السؤال سوف نعتمد على المنهج التحليلي والإستدلالي للإجابة على هذا الطرح وسوف يتم تناوله في نقطتين على التوالي:

المبحث الأول : مفهوم حرية التعبير ومدى مشروعية ممارستها

المبحث الثاني: نطاق كبح حرية التعبير في مجال حق خصوصية الأفراد

المبحث الأول: مفهوم حرية التعبير ومدى مشروعية ممارستها.

إن حرية التعبير عن الرأي هي حق أساسي لكل إنسان، ولا يجوز حرمان أي شخص من ممارسة حقه في هذه الحرية.

و الإنسان حر في التعبير عن رأيه، هو مسؤول بذاته عما يعبر عنه، من أراء وأفكار وتوجهات سياسية أو إفتصادية أو إجتماعية أو ثقافية أو غيرها . ولذلك، يجب أن لا يُسِيء إستخدام هذه الحرية، ولا يتجاوز عند ممارستها لها حدود المحافظة على الاداب والاخلاق والصحة العامة، وامن المجتمع والدولة، وحقوق وحريات الدولة .[1]

و نظرا لأهمية ممارسة هذه الحرية، فقد اقرت بها معظم الدساتير العالم، ضمن حدود القانون، ودون ان تحدد الأهداف من التقييد القانوني لها، اما بعضها الاخر، فقد نص عليها كحق لكل انسان بصفة عامة .

نجد ان الدستور الجزائري، قد كلف هذا الحق لكل مواطن بصفة خاصة، حيث نصت المادة (48) منه، على ان الحريات التعبير ...مضمونة للمواطن[2] .

حرية التعبير تعني إفساح المجال وتمكين كل إنسان في أن يعبر عن وجهة نظره وما يجول في فكره بمختلف وسائل التعبير شفاهة أو كتابة في قضية خاصة أو عامة الغاية منه تحقيق الخير والمصلحة للأمة والإنسانية.[3]

وبهذا فإن حرية التعبير هي أن يعلن الإنسان عن جملة أفكاره وقناعاته التي يعتقد فيها الصواب والصلاح له ولغيره، وبإعتبار حرية التعبير حقا فهو يَنتُج عن عضوية الإنسان داخل المجتمع الإنساني – لأنه لا يستطيع العيش بمَعزَل عن المجتمع – بإعتباره جزءا منه ومسؤولا مكلفا فيه وهو مدعو للإسهام برأيه لإثراء التجربة الإنسانية وتحصينًا لها من العثرات والنواقص.[4]

و أخيرا يمكننا القول ان اغلبية الدول اقرت بالحق في حرية الرأي والتعبير عنه في دساتيرها بشكل صريح وواضح، باستثناء دولة واحدة اقرت بهذا الحق في نظامها الأساسي للحكم بشكل ضمني (وهي : السعودية)

والبعض من هذه الدساتيير، اقرت بهذا الحق لكل مواطن، بصفة خاصة (وهي دساتيير دول الاردن والجزائر والسودان، سوريا، العراق وليبيا والمغرب وموريتانيا، واليمن) .

و هذه الدساتير تتشابه مع الإعلان العالمي لحقوق الانسان (1948) والعهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية (1966)، من ناحية اقرارها بهذا الحق، ولكنها تختلف مه هذين الميثاقين، من ناحية انهما اقرا بهذا الحق لكل شخص بصفة عامة . وانهما حددت الأهداف من القيود القانونية التي تخضع لها ممارسة هذه بصورة حصرية (و هي إحترام حقوق أو سمعة الأخرين، وحماية الأمن الوطني أو النظام العام أو المصلحة العامة والصحة العامة أو الأخلاق .)[5]

في حين ان اغلبية الدساتيير اقرت بالحق في حرية الرأي والتعبير في حدود القانون. وأن تحدد الأهداف من القيود القانونية التي تخضع لها ممارسة هذه الحرية. ومن بين هذه القيود حق الافراد في الخصوصة أو حق الأفراح في الحياة الخاصة[6]

المبحث الثاني: نطاق كبح حرية التعبير في مجال حق خصوصية الأفراد.

إن نطاق الحق في الحياة الخاصة ليس مطلقا ولكن يجب تحديد الموضوع هذا الحق لأن موضوعه يتضمن حالات كثيرة من الحق في المسكن والحياة العاطفية والحياة الزوجية، والذمة المالية للشخص ومهنة الشخص ... وغيرها، وكذلك الاشخاص الذين تشملهم هذه الحماية وهل يشمل الموظفين فقط أم يشمل عامة الناس.

مادام الفقه لم يتفق على تعريف جامع لموضوع الحياة الخاصة لذلك نرى ان الفقه القانوني حاول تعداد بعض الحالات التي تعد من أهم مواضيع الحياة الخاصة والمتفق عليها بديهيا والمواضيع الاخرى المختلف عليها وسنتناول في أدناه أهم المواضيع المتفق عليها على أنها من صميم الحياة الخاصة المرتبطة بالنشر عن طريق التعبير والصحافة لكونه مجال بحثنا.

أولا: حرمة المسكن.

تعتبر حرمة المسكن من أهم عناصر الحق في حرمة الحياة الخاصة للإنسان المتفق عليها بإعتبار أن مسكن الشخص بمثابة مستودع خصوصياته وأسراره، بحيث تستمد حرمة المسكن من صاحبه، ففي المسكن ينفرد المرء بذاته وبأسرته وبالمقربين إليه بعيدا عن عيون وإسماع الأخرين وهذا أساس تسمية المسكن، بذلك أن الإنسان يجد فيه السكينة ويعيش فيه متحررا من القيود التي تكبله في الحياة الإجتماعية[7]

ولن تنفرد القوانين الوضعية بالنص على حرمة المسكن بل يعتبر هذا الحق من أبرز تطبيقات الحق في حرمة الحياة الخاصة في الشريعة الاسلامية على إعتبار أن المسكن هو مستودع أسرار ومعقل خصوصيات الشخص ولابد أن يعيش فيه آمنا من تطفل الأخرين أو إطلاعهم على عوراته، وقد تقررت هذه الحرمة في نصوص القران الكريم والأحاديث النبوية الشريفة التي تمنع الانسان من التلصص على بيت غيره أو دخوله بغير إذن، وتقرر حق ساكينه في مقاومة الإعتداء الذي يقع على مترلهم بإستراق النظر وغيره، والقصد من ذلك هو المحافظة على خصوصيات وعورات الناس[8]. ومن القران الكريم ما يؤكد ذلك : قال الله تعالى : " يأيها الذين آمنوا لا تدخلوا بيوتا غير بيوتكم حتى تستأنسوا وتلموا على أهلها ذلكم خير لكم لعلكم تذكرون فإن لم تجدو فيها أحدا فلا تدخلوها حتى يؤذن لكم وإن قيل لكم إرجعوا فإرجعوا هو أزكى لكم والله بما تعملون بصير " ومن الحديث النبوي الشريف " ومن إطلع في بيت قومه بغير إذنهم ففقعوا عينه فلا دية ولا قصاص"، ويقول كذلك " ومن نظر الى دار جاره فكانما نظر الى كوة من النار"[9]

و يبدو أن الامر كذلك في القانون الجزائري ولا سيما أنه أحاط المسكن بحماية دستورية وأخرى جنائية فالمادة 47 من الدستور التي تنص على أن:" تضمن الدولة عدم إنتهاك حرمة المسكن. فلا تفتيش إلا بمقتضى القانون، وفي إطار إحترامه.

وإضافة إشتراط أن يكون أمر التفتيش مكتوب وصادر عن السلطة القضائية المختصة".

ومن مفهوم المادة التي تقضي بعدم إنتهاك حرمة المسكن، ولا يمكن تفتيش المنازل إلا بمقتضى القانون، ويتم بأمر مكتوب صادر عن السلطة القضائية المختصة. [10]

و قد وجدت هذه المادة صداها في كل من قانون الإجراءات الجزائية وكذا قانون العقوبات، بالنسبة بقانون الإجراءات الجزئية في المادة 44 تقضى بأنه لا يجوز لضابط شرطة القضائية الإنتقال إلى مساكن المتهمين لإجراء تفتيشها إلا بإذن مكتوب صادر من وكيل الجمهورية أو قاضي التحقيق، ويجب إستظهار هذا الأمر قبل الدخول إلى المنزل والشروع في التفتيش، وتنجز هذه العملية تحت إشراف مباشر للقاضي الذي اذن به.

كما نصت المادة 47 من قانون الاجراءات الجزائية على أنه لا يجوز البدء في تفتيش المساكن قبل الساعة الخامسة صباحا ولا بعد الساعة الثامنة مساءا، إلا اذا طلب صاحب المنزل ذلك.

وإذا دلت هذه الإجراءات على شيء، فتدل على أن المشرع الجزائري وفَر الحماية القانونية للمسكن، نتيجة للمحافظة على أسرار وخصوصيات قاطنيه ولا يجوز أن يكون محل ممارسة حرية التعبير من قبل الأفراد ولا من قبل المختصين –الصحفيين–

أما قانون العقوبات في القسم الرابع المعنون بالاعتداء الواقع على الحريات الفردية وحرمة المنازل والخطف من الباب الثاني في المادة 295 على أن كل من يدخل فجأة أو خدعة أو يقتحم منزل مواطن عقوبته الحبس من سنة إلى خمس سنوات وبغرامة من 20000الى 100000 د.ج بما تقتضي المادة 135 وفي القسم الخاص بإساءة إستعمال السلطة، على أن كل موظف في السلك الإداري أو القضائي وكل ضابط شرطة وكل قائد أو أحد رجال القوة العمومية دخل بصفته المذكورة منزل أحد المواطنين بغير رضاه وفي حالات المقررة في القانون وبغير الإجراءات المنصوص عليها فيه يعاقب بالحبس من شهرين إلى سنة وبغرامة من 20000 الى 100000 د ج دون الاخلال بتطبيق المادة 107 بهذه النصوص يكون قانون العقوبات وفّر حماية كافية لحرمة المسكن بمقتضى نصوصه السابقة، سواء في مواجهة الفرد او في مواجهة الموظف العام

و من خلال الاطلاع على الكثير من النصوص القانونية اتضح ان المشرع الجزائري يعتد بالمسكن المشغول فعلا وان يكون سند الحيازة مشروعا وهذا ما أكدته المادة 15 من قانون العقوبات الجزائري وما تجدر الاشارة اليه في هذا المقام هو ان المشرع الجزائري في هذا القانون المدني تناول ضمن نصوصه

احكام تحمي خصوصيات الغير بالنسبة للمسكن، وتمثل ذلك في فتح مطلات، والمادة 709 وما بعدها من القانون المدني الجزائري، السكنات وهذه المادة وغيرها تستهدف الحيلولة دون اطلاع الجار على خصوصيات واسرار جاره، وهذا دليل على اعتبار ان المسكن عنصر من عناصر الحياة الخاصة للفرد في القانون الجزائري [11]

ثانيا / الحق في حرمة الحياة العائلية والزوجية والعاطفية .

من المتفق عليه ان الحياة العاطفية للشخص تعد من صميم حياته الخاصة، ومن ثم لا يجوز المساس بها عن طريق حرية التعبير بوسائل النشر في الصحف أو بأية وسيلة اخرى، كما ان الحياة الزوجية تعد من اهم مواضيع الحياة الخاصة سواء كانت تعلقت بالزواج او الطلاق او البنوة او الخطبة ولذلك لا يجوز ممارسة حرية التعبير في هذه المواضيع بنشر معلومات عن الزواج بوصفه زواجا ناجحا او زواجا غير ناجح، وكذلك الزواج الجديد وكذلك الحياة العاطفية للاشخاص فانها تعد من صميم الحياة الخاصة ولا يجوز نشرها وقد استقر القضاء الفرنسي على ذلك، وقد قضت محكمة النقض الفرنسية بعدم جواز نشر المغامرات العاطفية لفتاة صغيرة السن وذلك لان الحياة العاطفية للفتيات تعد من اخص امور الحياة الخاصة ولا يجوز نشرها للجمهور سواء اكانت حقيقية ام غير حقيقية (من نسج الخيال) وكذلك لا يجوز نشر ما يتعلق بالطلاق واسبابه لان ذلك يعتبر من خصوصية الافراد ولا يجوز المساس بتلك الخصوصية، وكذلك لا يجوز نشر ما يتعلق بالحمل دون موافقة صاحبة الشأن لان ذلك ايضا من الخصوصية.[12]

و هذا ما اكده المشرع الجزائري باعتبار الحياة الزوجية والعائلية والعاطفية عنصرا من عناصر الحياة الخاصة، وبالتالي لا يجوز الكشف او التطفل على أسرارها إلا بموافقة صاحب الشأن، من خلال صريح العبارة في المادة 30 من قانون العقوبات " أما البيانات التي لها صفة العلانية مثل شهادة الميلاد او شهادة الوفاة فيجوز نشرها لان القانون يضفي عليها صفة العلانية، فيجوز نشرها في الصحف اذا وجدت حاجة لذلك".[13]

ثالثا / الحالة الصحية والرعاية الطبية.

تعتبر الحالة الصحية للشخص وما يعتريه من أمراض من الأمور التي تدخل في نطاق حياة الانسان الخاصة بلا منازع، فلا يجوز ممارسة حرية التعبير في ما يصيبه من امراض، او تصويره وهو على فراش المرض الا بعد الحصول على موافقته،[14] كما لا يجوز نشر الصورة التي التقطت له وهو في هذه الحالة بدون اذنه. وهذا ما اكدته المادة 301 من قانون العقوبات الجزائري " يعاقب بالحبس من شهر الى ستة اشهر وبغرامة من 20000 الى 100000 دج الاطباء والجراحون والصيادلة والقابلات وجميع الاشخاص المؤتمنين بحكم الواقع او المهنة او الوظيفة الدائمة او المؤقتة على اسرار ادلي بها إليهم او افشوها في غير الحلات التي يوجب عليهم في القانون افشاؤها ويصرح لهم بذلك" نفس الشيء بالنسبة للمادة 24 من التشريع الصحي[15] في الجزائر رقم 18–11 كما تقتضي هذه المادة على ان كل الاطباء، وجراحو الاسنان والصيادلة ملزمين بالسر المهني الا في الحالات الاستثنائية المنصوص عليها قانونا، وكذلك المادة 226 من نفس التشريع قد مدت هذه الاحكام –اي الالتزام بالكتمان لاسرار الحياة الصحية للمريض– الى كل مساعدين او عاملين بالمستشفيات، وحتى طلبة المعاهد ومدارس التكوين الشبه الطبي وغيرهم ممن يتصل عملهم بحالة المريض الصحية، ولهذا التوسع اهمية بالغة للطب ولارتباطه الوثيق بحياة الانسان الخاصة بأدق تفاصيلها للأطباء مما ينعكس على سمعة الشخص وعائلته [16]

رابعا / الذمة المالية للشخص.

ان الذمة المالية للشخص تعد من اهم امور حياته الخاصة ونشر وإيداع اي معلومات والتعبير عنها بإفشاء هذه الالتزامات والحقوق المالية الحاضرة والمستقبلية للشخص بدون موافقته يعد انتهاك لحياته الخاصة ويستوي في هذا الشان ان يكون الكشف والتعبير عن عناصر هذه الذمة بصورة مباشرة، وذلك بنشر حجم العمليات المالية التي يقوم بها الشخص، أو بصورة غير مباشرة وذلك بنشر رقم الضريبة المفروضة عليه، حيث يكون من السهل حينها معرفة عناصر الذمة المالية لنفسها وقد حرص المشرع الجزائري على تحريم افشاء الاسرار المتعلقة بالذمة المالية للشخص وإعتبرها من مقومات الشخصية، وثمة العديد من النصوص المختلفة التي تحمي سرية الذمة المالية، منها قواعد العامة المنصوص عليها في القانون العقوبات ولا سيما المادة 301 التي تقضي بالسر المهني لجميع الاشخاص المؤتمنين بحكم الواقع

او المهنة او الوظيفة الدائمة او المؤقتة، وكذا المادة 48 كما قضت المادة 37 من القانون العام للعامل بنفس المبدا الا وهو السر المهني للعامل.[17]

إلا انه استثناءا يمكن الخروج عن القاعدة المذكورة اذا تعلق الامر بالوقاية من تبييض الاموال او تمويل الإرهاب ومكافحته، عندئذ لا يعد السر المهني او البنكي ضد المسيرين اذ ما أعلنو على الذمة المالية للمشتبه فيهم طبقا للمادة 22 من القانون المتعلق بالوقاية من تبييض الاموال وتمويل الإرهاب ومكافحته، وكذلك نفس الاستثناء وارد في المادة 04 من القانون المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته على ان يقوم الموظف العمومي باكتتاب تصريح عن ذمته المالية، وهذا لضمان الشفافية وخاصة حماية المال العام.

خامسا / الحياة السياسية للشخص ومعتقداته الدينية

إن الإنسان حر بالمشاركة مع اي حزب أو مع أي شخصية سياسية، ويحق له التصويت لصالح الشخصية السياسية التي يرها يخدم المصالح المشروعة للوطن أو المصالح التي يراها مفيدة ولكن يجب عدم الكشف عن ذلك لأن حرية التصويت تحميها الدساتير والقوانين في معظم الدول، فقد قضي بأن نشر صورة شخص يمسك بطاقة الانتخاب والصورة تكشف عن اسم الشخص الذي اعطى له صوته يعد إعتداء على حياته الخاصة

و نصت المادة 52 من الدستور الجزائري لسنة 2016 على إن حق انشاء الاحزاب السياسية معترف به ومضمون، ونعتقد ان الآراء السياسية تعد أحد وأهم مظاهر حرمة الحياة الخاصة في الجزائر حيث انها تعبر عن جانب هام في الحياة الخاصة وهو السرية، هذا اذا ما كان صاحب الرأي السياسي يرغب في عدم الإفصاح عنه ونشره ويظل محتفظا به لنفسه ليدلي به في الإستفتاءات والإنتخابات العامة

أما فيما يخص المعتقدات الدينية للشخص ذهب كل من الفقه والقضاء في فرنسا إلى إعتبارها من الأمور التي تدخل في نطاق حرمة حياته الخاصة، ومن ثم فهي عنصرا من عناصر الحق في حرمة الحياة الخاصة، وذلك تأسيسا على أن النظام الفرنسي علماني يعطي الشخص الحرية في أن يعتنق من

الديانات ما يشاء أو لا يعتنق أي ديانة على الاطلاق، إذ أن الإعتقاد الديني مسألة نفسية تقوم بين الإنسان وربه ومن ثم يجب حماية الشخص ضد اي ضغط او اكراه ديني، وسرية العقيدة ضد الفضولية وتطفل الغير وليس من حق أحد أن يسأله عن معتقداته، حيث يحق للفرد إخفاء معتقداته لتكون سرا خاصا به لا يلزم أن يبوح به لأحد. [18]

أما المعتقد الديني في النظام القانوني الجزائري وعلى أساس هذا النظام الأخير الذي يتصف بأنه ديني وليس علماني، وهذا طبقا للمادة الثانية من الدستور التي تقضي بأن يتصف بأنه ديني وليس علماني، طبقا للمادة الثانية من الدستور التي تقضي بأن الإسلام دين الدولة لا تعتبر العقيدة الدينية عنصرا من عناصر حرمة الحياة الخاصة، ذلك لأنه يفترض ان كل جزائري يعتنق الإسلام، كما ان في كثير من الأحوال يجب على الفرد أن يفصح عن ديانته خاصة وان المادة 42 من الدستور الجزائري 2016 تحمي حرية المعتقد، وبالتالي العقيدة الدينية في الجزائر تدخل في نطاق الحياة العامة من حيث واجب إعلانها، أما من حيث درجة الإيمان والتطبيق والتربية الدينية في حد ذاتها تعتبر من حرمة الحياة الخاصة لكل فرد، وأن قانون العقوبات لم يكرس ضمانات لهذا وفسر هذا بأن الدستور قد أكد بأن دين الدولة هو الإسلام.[19]

الخاتمة.

وفي الأخير نشير إلى أنه لا يمكن التسليم بقيام حرية التعبير وممارستها من قبل الأفراد على حساب حرمة الحياة الخاصة أو الحق في الخصوصية، لأن الحياة الخاصة حرمة لا تمس لمجرد الحق في حرية التعبير إذ أن تلك الحياة محمية دستوريا وجنائيا.

و الحقيقة أن ذلك لا يعني الإنقاص من أحد الحقين على حساب التانية على أساس أن أحدهما أهم من الأخر، وإنما إقامة نوع من التوازن أو التوفيق بينهما وتحديد مجال ممارسة كل منهما ومن تم حرية التعبير تنتهي حيت تبدأ حرية الأخرين، ذلك لأن الحماية التي كفلها الدستور لحرية التعبير تنحسر إذا ما فقدت الحرية قيمتها أو إقترنت ممارستها بمخاطر تهدد حريات الأخرين.

إذن فحرية التعبير لابد أن تمارس ضمن الحدود المرسومة لها دون إفراط وإسراف ودون أن تشكل تهديدا لخصوصيات الأفراد وأسرارهم المالية والصحية والأهم من ذلك العاطفية.

الهوامش والمراجع:

[1] سهيل حسين الفتلاوي، موسوعة القانون الدولي –حقوق الانسان–، الطبعة الاولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الاردن، 2007، ص154ومايليها.

[2] المادة 48 من دستور 2016 التي تنص :" حريات التعبير، وإنشاء الجمعيات، والإجتماع، مضمونة للمواطن".

[3] إن حرية التعبير هي أحد المبادئ التي أرساها الإسلام ورسخها منذ البداية الأولى للدعوة الإسلامية وكانً نهجاً نبويا انتهجه الرسول صلى الله عليه وسلم والخلفاء الراشدون من بعده.

[4] يعقوب عبد الحليم موسى، حرية التعبير الصحفي في ظل الأنظمة السياسية العربية– دراسة تحليلية مقارنة للصحف والقوانين السودانية والأردنية–، دار مجدلاوي للنشر والتوزيع، الخرطوم –السودان–، 2003، ص376.

[5] إيجنيو غالياردونيه ودانيت غال وتياغو ألفيس بنتو وغابرييلا مارتينيز ساينز، الإتجاهات العالمية في حرية التعبيروتنمية وسائل الإعلام–تركيز خاص على الوسائل الرقمية–، منظمة الأمم المتحدة للتربية والعلم والثقافة،منشورات اليونسكون، ص71 ومايليها

[6] علي محمد نعمة الذبحاوي، دور القضاء الإداري والدستوري في حماية حرية التعبير، مركز الدراسات العربية، بيروت– لبنان، 2017، ص135.

[7] غالب صيتان مجحم الماضي، الضمانات الدستورية لحرية الرأي والتعبير والحرية الشخصية وإمكانية إخضاعهما للتشريعات العقابية، دراسة مقارنة، الطبعة 01، دار التقافية للنشر والتوزيع، عمان–الأردن–، 2016، ص35 ومايليها.

[8] محمد نصر محمد، حق الإنسان في حماية حياته الخاصة في القانون الدولي والتشريعات الداخلية، ط01، مكتبة القانون والإقتصاد، الرياض–السعودية–، 2013، ص76

[9] غالب صيتان مجحم الماضي، المرجع السابق، ص55.

[10] إيهاب عبد المطلب، الدفوع في جرائم المخدرات، الطبعة 1، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة–مصر، 2015، ص137

[11] علي أحمد حاج حسين العباسي، حقوق الإنسان بين التشريع الإسلامي والقوانين الوضعية: دراسة فقهية مقارنة،، مكتبة القانون والإقتصاد، الرياض–السعودية–، 2013، ص124

[12] طارق كمال، الأسرة ومشاكل الحياة العائلية، الطبعة 01، دار شباب الجامعة, 2005، ص145.

[13] أبي النصر مبشر الطرازي الحسيني، المرأة وحقوقها في الإسلام، دار الكتب العلمية، بيروت–لبنان–،2001، ص46

[14] جلال خضر عبدالله، النظام القانوني للمسؤولية العقدية للطبيب الجراح اتجاه المريض، الطبعة 01، دار المعتز للنشر والتوزيع، لبنان، 2017، ص65.

[15] المادة 24 من قانون الصحة الجزائري رقم 18-11 المؤرخ في 18 شوال 1439 الموافق ل 02 يوليو 2018 المتعلق بقانون الصحة:" لكل شخص الحق في احترام حياته الخاصة وسر المعلومات الطبية المتعلقة به، باستثناء الحالات المنصوص عليها صراحة في القانون. ويشمل السر الطبي جميع المعلومات التي علم بها مهنيو الصحة.

يمكن أن يرفع السر الطبي من طرف الجهة القضائيةالمختصة.

كما يمكن رفعه بالنسبة للقصر أو عديمي الأهلية بطلب من الزوج أو الأب أو الأم أو الممثل الشرعي".

[16] نور يوسف حسين، ركن الخطأ في المسئولية المدنية للطبيب: دراسة في القانونين اليمني والمصري، الطبعة01، دار الفكر والقانون، المنصورة-مصر-، 2014، ص162.

[17] دكتور هاني خميس، العولمة والحياة اليومية، مكتبة الأجلو المصرية،مصر، 2004،ص88.

[18] نجم عبود مهدي السامرائي، مبادئ حقوق الإنسان (الكتاب محكم علمياً) (سلسلة الرسائل والدراسات الجامعية)،دار الكتب المصرية، بيروت-لبنان-،2005 ،ص113

[19] حسن الصفار، التعددية والحرية في الإسلام : بحث في حرية المعتقد، الطبعة 05، مركز الحضارة لتنمية الفكرالإسلامي،بيروت لبنان،2017 ص149.

الدكتور كبير يحيي

أستاذ محاضر بجامعة مولاي الطاهر(سابقا)

كلية الحقوق و العلوم السياسية سعيدة

نائب رئيس لجنة الشؤون القانونية و الحريات بالمجلس الشعبي الوطني الجزائر

عنوان المقال: العقـــــــــد الطبـــــــــــي

الملخص:

ان حياة الفرد هي بمثابة درب يتخللها مشاكل مختلفة باختلاف مصدرها و اهم شيء في الحياة هو صحة الانسان التي يجب العناية بها بتوفير كل سبل الوقاية لها وكذا توفير العلاج المناسب لها وفي حالة المرض يتم اللجوء الى المصحات سواء كانت عامة اوخاصة او الطبيب هذا الطبيب الذي يربطه بالمريض عقد طبي غايته بدل العناية اللازمة لشفاء المريض وتحقيق عافيته .

Abstract:

The life of the individual is a path through which different problems vary according to their source. The most important thing in life is the health of the human being, which must be taken care of by providing all means of prevention as well as providing appropriate treatment. In the case of illness, resorts are resorted to both public and private, The patient shall have a medical contract for which he shall pay the necessary care for the recovery and recovery of the .patient

مقدمـــــــــــة:

إن حياة الفرد هي بمثابة درب،تتخللها مشاكل مختلفة باختلاف مصدرها،ومن أهم المشاكل التي يخشى منها الفرد هي حالته الصحية،التي تقتضي عليه في حالة مرضه اللجوء إلى الطبيب.

المريض حين إقباله على الطبيب لطلب العلاج،فهو إما أن يتوجه إلى المستشفى أو المصحة العمومية،كما قد يختار و يتوجه إلى الطبيب الخاص،فيقصده إلى مخدعه الطبي أو عيادته الخاصة.

بمعنى أن العلاقة التي تربط بين الطبيب و المريض في الحالة الأولى،تختلف عن الحالة الثانية(1).

وكان في الماضي القريب لا يفرق القانون بين هاتين العلاقتين و يجعل أحكامهما على قدم المساواة،إلى غاية صدور قرار "مارسيي"الشهيربتاريخ20ماي1936عن محكمة النقض الفرنسية"الغرفة المدنية"الذي أحدث ثورة في الميدان الطبي،كونه أصبح يعترف بوجود عقد يربط بين الطبيب و المريض.

ومؤدى ذلك ان بين المريض و الطبيب الخاص،عقد حقيقي،و أن المفهوم الذي كان سائدا في القضاء الفرنسي قبل سنة 1936بإعتبار أن مسؤولية الأطباء تقصيرية حتى في حالة وجود عقد و اتفاق بين الطرفين لم يعد له معنى بعد صدور قرار "مارسيي"(2).

ولقد تبنت معظم التشريعات هذه الفكرة،بما فيها التشريع الجزائري،خاصة بعد انتشار ظاهرة الطب الحر أو الخاص،في الآونة الأخيرة،بشكل مفزع،لدرجة أن أصبح يزاحم بل قد يتعدى خدمات القطاع العام،وحتى الدول المتقدمة منها في بعض الأحيان،فلقد أصبح اليوم من بين العقود الأكثر استعمالا،فاتساع مجال استعماله بين الأفراد،أخد يثير الكثير من الانشغالات القانونية،و المشاكل العلمية،علما أنه عقد ينصب على أقدس مخلوق على وجه الأرض ألا وهو الإنسان(3).

ومن هنا نطرح التساؤل التالي:ماهي الطبيعة القانونية للعقد الطبي وما خصائصه؟

أولا:الطبيعة القانونية للعقد الطبي.

إن تنظيم العلاقة بين الطبيب و المريض و تحديد طبيعتها القانونية صعبة جدا،فلم يتطرق القانون المدني و لا القوانين الأخرى لهذه الطبيعة،مما اضطر الفقه إلى محاولة سد هذا الفراغ معتمدا على المصادر العامة للالتزامات و النظريات العامة للعقود.

فمنهم من يراه بأنه عقد وكالة ومنهم من يصنفه بأنه عقد عمل والبعض الآخر يجزم بأنه عقد مقاولة له أحكام خاصة.

1_ العقد الطبي عقد وكالة:

بالقدر الذي يتشابه العقد الطبي مع عقد الوكالة في بعض أحكامه،فإنه يختلف عنه في أحكام أخرى.

أ_ أوجه التشابه بين العقدين:

ذهب فريق من الفقهاء إلى تحديد طبيعة العقد الطبي كونه عقد وكالة.

وعقد الوكالة هو"عقد بمقتضاه يفوض شخص شخصا آخر للقيام بعمل شيء لحساب المكل و باسمه"(4).

فطرفي عقد الوكالة هما الموكل و الوكيل،وعلى الموكل أن يلتزم في حدود ما وكل إليه للقيام به لحساب موكله و باسمه.

فيرى أنصار هذا الرأي أن الموكل في العقد الطبي(المريض)يوكل الطبيب(الوكيل) للقيام بأعمال علاجية بغية شفائه، فبين الطبيب والمريض علاقة تعاقدية تدرج ضمن أحكام عقد الوكالة،ويذهبون لأبعد من هذا،إذ يقسمون طبيعة الخدمة المقدمة إلى نوعين:

_ فإذا كانت الخدمة المقدمة ذات طبيعة مادية فتطبق قواعد إيجار الخدمة.

_ أما إذا كانت طبيعة الخدمة المقدمة ذات طبيعة معنوية تطبق قواعد الوكالة(5).

غير انه يستحيل تصور العقد الطبي أنه بمثابة عقد وكالة نظرا للانتقادات الموجه لأصحاب هذا المذهب.

ب_ أوجه الاختلاف بين العقدين:

انتقد الرأي القائل أن العقد الطبي عقد وكالة في عدة جوانب من أهمها:

_ إن الطبيب لا يلتزم لموكله(المريض)للقيام بما وكل إليه أمام الغير،ولا يلتزم الغير في مواجهته،إذ يقوم بتقديم أعمال شخصية و تقديم خدمات كإجراء الفحوصات و التشخيصات باسمه وليس لغيره أو موكله كما هو الأمر في عقد الوكالة،إذ يتم ذلك بصفة محددة(6).

_ إن عقد الوكالة عقد تبرعي بدون مقابل إلا إذا كان هناك اتفاق مخالف لذلك،غير ان الغالب في العقود الطبية هي عقود بعوض(7).

_ إن عقد الوكالة يقتضي أن يكون قيام أعمال مفوضة للوكيل لحساب الموكل،غير أن الطبيب عند قيامه بأعماله تكون المذاخيل و الأتعاب لحسابه وليس لحساب الغير(8).

_ إن الوكيل مجبر أن يمد الموكل بالمعلومات الضرورية عما وصل إليه في تنفيذ الوكالة و أن يقدم له حسابا عنها،غير أن الطبيب غير مجبر بأن يمد المريض بكل المعلومات المتعلقة بتنفيذ أعماله،بل له أن يخبره فقط بالمعلومات المتعلقة بمرضه(9).

لهذا و نظرا للانتقادات الموجه لأنصار هذا الطرح،تم هجر هذا الرأي ليحل محله طرح آخر،باعتبار أن العقد الطبي عقد عمل.

2_ العقد الطبي عقد عمل:

يتشابه العقد الطبي مع عقد العمل في بعض أحكامه،ويختلف عنه في البعض الآخر.

أ_ أوجه التشابه بين العقدين:

هناك من يرى أن العقد الطبي بمثابة عقد عمل نظرا للعلاقة الرابطة بين الطبيب و المريض.

ولقد عرفت المادة 2من القانون 90_11 المتعلق بعلاقة العمل باعتبار العامل الأجير"كل شخص يؤدي عملا يدويا أو فكريا مقابل مرتب في إطار التنظيم و لحساب شخص آخر،طبيعي أو معنوي،عمومي أو خاص يدعى المستخدم"(10).

وبالمقارنة بين العلاقة التي تربط بين المريض و الطبيب و بين العامل و المستخدم يتضح لأن الطبيب يلتزم بالقيام بعمل خاضع للإشراف و الرقابة،وعليه أن يبدل جهدا و عملا يدويا و فكريا مقابل أتعاب،في إطار منظم و لحساب شخص.

ب_ أوجه الاختلاف بين العقدين:

بالرغم من تشابه العقدين،إلا أنه يجب الإشارة إلى أن العقد الطبي قد ينقلب إلى عقد عمل في حالة لو كان الطبيب خاضع لإشراف عميله،و أن هذا الإشراف و الرقابة يكون من الناحية الإدارية فقط،مع بقاء الطبيب مستقلا من الناحية الفنية،كحالة إذا ما كان الطبيب يعمل في مستشفى مثلا،أو كان طبيبا خاصا لأحد الأشخاص الطبيعيين أو الاعتباريين،هنا قد تأخذ صورة الطبي مفهوم عقد عمل(11).

غير أن الطبيب قد يباشر عمله دون إشراف و لا رقابة من مستخدمه كحالة العيادة الخاصة،هنا يتنافى مفهوم عقد العمل مع العقد الطبي(12).

لهذا انتقد أيضا هذا الرأي، مما سمح ببعض الفقهاء الآخرين،على اعتبار العقد الطبي عقد مقاولة.

3_ العقد الطبي عقد مقاولة:

يتشابه العقد الطبي مع عقد المقاولة في كثير من أحكامه،إلا انه يختلف عنه في البعض الآخر.

أ_ أوجه التشابه بين العقدين:

هناك جانب آخر من الفقه،وعلى رأسه الأستاذ عبد الرزاق السنهوري،يرى أن العقد بين الطبيب والمريض هو عقد مقاولة.

المقاولة"عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئا أو أن يؤدي عملا مقابل أجر يتعهد به المتعاقد الآخر"(13).

غير أن الأستاذ السنهوري(14)يميز المقاولة التي يعتبر بها العقد الطبي،عن بقية المقاولات بما يلي:

_ إن التزام الطبيب هو التزام ببدل عناية لا بتحقيق نتيجة،فالطبيب إنما يتعهد بعلاج المريض دون أن يلتزم بشفائه،أما غالبية عقود المقاولة فان المقاول يلتزم فيها بتحقيق نتيجة،فمقاولات تشييد الأبنية مثلا يتعهد بها المقاول بإنهاء البناء حسب المواصفات المطلوبة مما يتطلب تحقيق عناية.

_ إن المؤهلات الشخصية لطبيب هي محل إعتبار في التعاقد معه،لذلك العقد ينتهي بموته،كما لا يحق أيضا لطبيب أن يوكل أمر معالجة المريض إلى غيره من الأطباء،في حين يستطيع المقاول في كثير من

عقود المقاولة أن يقاول من الباطن(15)،كما ان عقد المقاولة لا ينتهي تلقائيا بموت المقاول كما ينتهي العقد مع الطبيب بمجرد وفاته(16).

_ عند فسخ العقد الطبي يلتزم فاسخ العقد أن يعوض الطرف الآخر،دون أن يعوض المريض مافات الطبيب من كسب لو أتم العمل،على خلاف عقود المقاولة التي يوجب فيها القانون على رب العمل تعويض ما فاته من كسب لو أتم العمل،وهو مانصت عليه المادة 566من القانون المدني الجزائري(17).

ب_ أوجه الإختلاف بين العقدين:

بالرغم من أن هناك جانب كبير من الفقه العربي يؤيد رأي الأستاذ السنهوري في إعتبار أن العقد الطبي هو عقد مقاولة ذو أحكام خاصة،غير أن هذه الأحكام الخاصة–في اعتقادنا– بحد ذاتها تخرج العقد الطبي من دائرة عقد المقاولة،كون الطابع المميز لها في هذه الأحكام الخاصة،فمن باب الأولى أن لا يصنف و لا يعتبر عقد مقاولة،ويبقى العقد هو عقد طبي هذا من جهة. ومن جهة أخرى،فهناك من يرى أن عقد المقاولة عقد اقتصادي و تجاري بالدرجة الأولى و يهدف إلى توزيع الأشياء و البضائع،ومن تم فهو ينصب تماما على أعمال تختلف تماما عن المهن الحرة التي هي أعمال فكرية بالدرجة الأولى مثلها مثل العقود الطبية(18). .

كما أن المقاول يعتبر تاجر في حين أن الطبيب ليس تاجرا(19).

و في الختام نخلص إلى أنه بالرغم من تضارب الآراء الفقهية حول الطبيعة القانونية للعقد الطبي إلا أنه يبقى عقدا يتميز بأحكام و خصائص متميزة عن سائر العقود(20).

ثانيا:خصائص العقد الطبي.

من خلال التطرق لطبيعة القانونية للعقد الطبي،يتضح بأنه يتميز بخصائص معينة.فهو عقد شخصي و مدني،عقد ملزم لجانبين و قابل للفسخ،و أنه عقد معاوضة و مستمر.

1_ العقد الطبي عقد شخصي و مدني:

إن العقد الطبي يعتبر عقدا شخصيا و مدنيا.

أ_ عقد شخصي:

في العقد الطبي نجد ان المريض يختار الطبيب الذي يتولى مهمة علاجه،وفقا لما له من مؤهلات،فالمريض يضع ثقته في الطبيب الذي يتولى علاجه باختياره الحر ماعدا في مستشفيات القطاع العام أو حالة الاستعجالات القصوى.

و لقد نصت الفقرة الثانية من المادة 80من المرسوم92-276المتعلق بأخلاقيات مهنة الطب على ضرورة احترام حق المريض في حرية اختياره لطبيب أو جراح الأسنان(21).

ولقد أكد الأستاذ السنهوري على هذه الاعتبارات بقيام العقد الطبي على مؤهلات شخصية التي هي محل اعتبار في التعاقد مع الطبيب.

ب_ عقد مدني:

إن مهنة الطب مهنة حرة،و أن العقد الطبي لا يخرج عن نطاق العقود المدنية،ولا يمكن تصنيفه ضمن العقود التجارية.

فالطبيب ليس تاجرا،كون التاجر هو" كل من يباشر عملا تجاريا و يتخذه حرفة معتادة له"(22)والطبيب عمله يتمثل في تقديم العلاج الصحي و الارشادات الطبية،التي هي بعيدة كل البعد عن الأعمال التجارية و لا يمكن تصنيف أعماله من قبيل الأعمال التجارية لا بحسب الموضوع و لا بحسب الشكل(23).

الطبيب عند حصوله على مقابل الأتعاب لا يمكن تفسير ذلك على ذلك تاجر،إنما يتحصل على الأتعاب مقابل الجهد المبذول من طرفه فقط،وليس بغرض الحصول على الفوائد و المضاربة على رأس المال كما هو الحال عند التاجر،إذ يمنع أي عمل طبي يكون الغرض منه جني الأرباح(24).

2_ العقد الطبي عقد ملزم لجانبين:

إن العقد الطبي عقد ملزم لجانبين و قابل للفسخ.

أ_ عقد ملزم لجانبين:

إن العقد الملزم لجانبين هو العقد الذي يرتب على عاتق المتعاقدين التزامات متقابلة و مرتبطة بعضها البعض(25).

ويرى المشرع الجزائري أنه تكون بصدد عقد ملزم لجانبين متى تبادل المتعاقدان الالتزام لبعضهما البعض(26).

فالعقد الطبي يلقي على عاتق الطرفين التزامات متقابلة،إذ يلتزم الطبيب بعلاج المريض و بدل العناية اللازمة و المطلوبة،وبالمقابل يقع على عاتق المريض التزام بمد الطبيب كافة المعلومات المتعلقة بمرضه،ودفع ثمن العلاج(27).

لذا فالعقد الطبي يعد عقد ملزم لجانبين.

ب_ عقد قابل للفسخ:

الفسخ هو جزاء يترتب على امتناع أحد المتعاقدين عن تنفيذ ما التزم به،ولقد نصت المادة 119من التقنين المدني"في العقود الملزمة لجانبين،إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه،جاز للمتعاقد الآخر بعد اعذاره للمدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو فسخه،مع التعويض في الحالتين إذا اقتضى الحال ذلك"(28).

غير انه لا مجال لتعريض حياة المريض للخطر بفسخ العقد في أي وقت كان،خاصة في حالة الاستعجال و الضرورة فلا يمكن ترك المريض أمام الخطر اللاحق به(29).

3_ العقد الطبي عقد معاوضة و مستمر.

من خصائص العقد الطبي أنه عقد معاوضة و مستمر.

أ_عقد معاوضة:

عقد المعاوضة هو العقد الذي يأخذ فيه المتعاقد مقابل لما يعطي(30).وكما نعلم فان الطبيب بمقابل تقديمه للعلاج و النصائح اللازمة للمريض،يلزم بالمقابل مع هذا الأخير ثمن العلاج.ولا مانع من أن يقدم الطبيب علاجا مجانيا لزميل له أو لأشخاص تحت كفالته أو لطلبة الطب،وإن مثل هذا التصرف لا يخرج العقد الطبي من كونه عقد بعوض،إذ العلاج المقدم مجانا لزملاء إنما بغرض المجاملة فقط.

ويبقى الأصل أن يتحصل الطبيب على قيمة مقابل تنفيذ التزامه،بحيث لا يفتقر عند تنفيذ ماالتزم به نتيجة الأتعاب المحصل عليها(31).

ب_عقد مستمر:

العقد المستمر(الزمني)هو الذي يكون فيه عنصر الزمن عنصرا جوهريا،حيث تقاس به التزامات المتعاقد أو محل العقد،فتكون التزامات المتعاقدين مقترنة بزمن،وقد يكون العقد المستمر محدد المدة أو غير محدد المدة(32).

فالمريض حينما يعالجه الطبيب ليس بمعنى أن العقد قد انتهى بمجرد انتهاء الفحص،بل العلاج يتطلب مهلة و مدة طويلة لبلوغ الهدف المرجى تحقيقه ألا وهو الشفاء(33).

فالعقد الطبي ليس كعقد البيع أين يستلم المشتري شيء المبيع،وفي نفس الوقت و فورا يدفع ثمنه.بل انه يتطلب مدة الزمن،لأن عملية العلاج عادة ما تتبع بعملية مراقبة مستمرة خاصة في العمليات الجراحية و أن أثر العلاج يتطلب مدة و زمنا معينا (34).

الخاتمة:

من خلال دراستنا للعقد الطبي،أنه لا يكاد يختلف كثيرا عن بقية العقود من حيث التكوين و الآثار المترتبة عنه،لكنه يتميز عن غيره من العقود كونه،يرد على جسم الإنسان.

وانطلاقا من هذه الفكرة،يتعين الإشارة إلى أن المريض عادة ما يكون ضحية الأعمال الطبية،خاصة في الآونة الأخيرة أين أصبح العقد الطبي من العقود الأكثر استعمالا.

ولا يخفى على أحد أن المريض لم يعد يجد تلك الطمأنينة أو الراحة التي يتوخاها من خلال توجهه إلى الطبيب،بل أصبح تخوفه من الأخطاء الطبية تفوق خوفه من مرضه الذي يعاني منه،مما يسبب زوال الثقة الرابطة بينه و بين طبيبه،التي هي أساس العقد الطبي.

الهوامش:

1- عشوش كريم،العقد الطبي،دار هومة،الجزائر،2007،ص.7.

2- Cass .civ20mai1936.D.P.1936.

3- عشوش كريم،المرجع السابق،ص.8.

4- المادة 571من القانون المدني الجزائري.

5- René et jean savatier,jean maire Auby ,et H.pequignot.p.213.

6- أنظر المادة 571من القانون السالف الذكر.

7- أنظر المادة 581من نفس القانون.

8- أنظر المادة 571من نفس القانون.

9- أنظر المادة 577،القانون نفسه و المادة43من المرسوم التنفيذي92_276المؤرخ في 6جويلية 1992،المتضمن مدونة أخلاقيات مهنة الطب.

10- قانون رقم 90_11المؤرخ في 21أفريل1990 المتعلق بعلاقات العمل.

11- محمد فهر شقفة،المسؤولية المدنية المترتبة عن عمل الطبيب،مجلة المحامون السورية،العدد الثالث و الرابع،1971،ص.77.

12- أحمد شكري السباعي،مسؤولية الأطباء المدنيةبالمغرب،مكتبة الأمنية،الرباط،1989،ص.137.

13- المادة 549من القانون المدني الجزائري.

14- عبد الرزاق السنهوري،الوسيط في شرح القانون المدني الجديد،الجزء الأول،المجلد الأول،منشورات الحلبي الحقوقية،بيروت،1998،ص.18.

15- المادة 564من القانون السالف الذكر.

16- المادة 569من نفس القانون.

17- عبد الرزاق السنهوري،المرجع السابق،ص.20.

18- أحمد شكري السباعي،المرجع السابق،ص.141.

19- Savatier ,Auby et perquignot,op,cit,p214

20- عشوش كريم،المرجع السابق،ص.18.

21- المرسوم التنفيذي،السالف الذكر.

22- أنظر المرسوم التنفيذي،السالف الذكر.

23- أنظر المادة الأولى من القانون التجاري الجزائري.

24- أنظر المادتين الثانية و الثالثة من القانون التجاري.

25- أنظر المادة 28من مدونة أخلاقيات الطب.

26- Gabriel Marty et pierre raynaud,droit civil-Tome2,1volume-les obligations-éditions syre-paris1962-p.49.

27- أنظر المادة 55من القانون المدني الجزائري.

28- M .M.Hannouz etA.R.Hakem-precis de droit médical-office des publications universitaires-alger1992-p.35.

29- محمد حسنين،الوجيز في نظرية الالتزام-مصادر الالتزام و أحكامها في القانون الجزائري-،المؤسسة الوطنية لنشر و التوزيع،الجزائر،1983،ص.17.

30- عشوش كريم،المرجع السابق،ص.23.

31- Louis du bouis-la prescription médicale-presses universitaires d'Aix- Marseille 1trimestre 1999-P.58.

32- Marty et Raynaud-op.cit.p.58.

33- Savatier ,Auby et perquignot,op,cit,p213

34- Louis du bouis, op .cit.p.169.

رفض تثبيت عقد الزواج العرفي لانعدام رخصة زواج الأجنبي، وحق الطفل في النسب (تعليق على قرار)

تعليق على قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 03-02-2016 تحت رقم الفهرس 16/00240 رقم الملف 0942668 عن المحكمة العليا غرفة شؤون الأسرة.

من إعداد السيد: **عامر العـــيد** طالب دكتوراه، كلية الحقوق جامعة تلمسان.

البريد الالكتروني: laidameur202@gmail.com

ملخص البحث:

إن آثار أحكام القضاء، تتعدى في بعض الأحيان أطراف النزاع إلى خلق وضع اجتماعي معقد، يتطلب الدراسة لمعالجته، وهكذا فقد صدرت عدة أحكام وقرارات عن القضاء الجزائري، انتهت بعدم تثبيت عقد زواج عرفي، احد أطرافه غير جزائري، بحجة انعدام الرخصة الإدارية المطلوبة، مع ما لذلك من آثار وخيمة لاسيما على الأطفال،

إذ يبقى الطفل بناء على هذه الأحكام والقرارات من غير نسب، بالرغم من إقرار القضاء بصحة شروط العقد الموضوعية، وبالرغم من اعتراف والد الطفل به، لمجرد انعدام رخصة إدارية، وهو ما دفعنا للتعليق على إحدى هذه القرارات لمعالجة الموقف والبحث له عن حل.

résumé

Les effets des jugements du pouvoir judiciaire dépassent parfois ceux des parties au conflit pour créer une situation sociale complexe qui appelle une étude, plusieurs décisions ont été rendues par la cour suprême algérienne, qui ont abouti à ne pas rendre valide par jugement un contrat de mariage traditionnel ou l'une des parties n'est pas algérienne, pour cause que la partie non algérienne de contrat na pas obtenu l'autorisation administrative, malgré les graves conséquences sur l'enfant.

L'enfant reste sans filiation a son père étranger a cause de ses jugement, en raison de l'absence de l'autorisation administrative, malgré le fait que le tribunal a reconnu la validité des clauses de fond du contrat, et malgré la reconnaissance du père de l'enfant, ce qui nous a amené à commenter l'une de ces décisions pour remédier à la situation et cherchez une solution.

مقدمـــة:

حدد المشرع الجزائري أركان عقد الزواج بالمادة 09 من قانون الأسرة، ونص صراحة على أن ركن عقد الزواج هو الرضا، ونص بمقتضى المادة 09 مكرر على أن باقي المقتضيات هي شروط زواج، ورتب على انعدام ركن الرضا البطلان، في حين رتب على انعدام الشروط القابلية للإبطال[1].

كما حدد القانون الجزائري طرق إبرام عقد الزواج بأحكام المادة 18 بالنص على ان الزواج يبرم أمام الموثق، او أمام ضابط الحالة المدنية، مع مراعاة أحكام المادتين 09 و09 مكرر المحددتان للأركان والشروط، ونص المشرع على ان عقد الزواج يثبت بمستخرج من سجل الحالة المدنية، وفي حالة عدم تسجيله يثبت بحكم قضائي، طبقا لاحكام المادة 22 من قانون الاسرة.

وان كان الزواج العرفي قديما منتشر بشكل كبير، نظرا للمستوى الثقافي الذي كان سائدا في المجتمع، فان هذه الظاهرة تزايدت بشكل ملحوظ في السنوات الاخيرة، لاسيما بعد تعديل قانون الاسرة سنة 2005، اعتبارا لظهور بعض القيود الإجرائية التي فرضها المشرع على الازواج، لاسيما ما تعلق منها بالرخص، وهو ما دفع بعض الازواج لابرام عقود الزواج بشكل عرفي، ثم السعي الى تثبيت الزواح بحكم، للالتفاف على هذه القيود، وطرح الامر على القاضي لمراقبة مدى توفر اركان العقد، وتثبيته.

وقد انتشر هذا النوع من الزواج بشكل كبير لتفادي رخصة الزوجة الثانية، ورخصة زواج القاصر، ورخصة زواج الأجنب[2].

واذا كان عقد زواج القاصر او زواج الرجل بامراة ثانية لم يلق اي اشكال يذكر، على اعتبار ان القضاة في كامل انحاء الجمهورية يثبتون هذا النوع من الزواج العرفي، على قاعدة ان الزواج شرعي، مستهلك، ولم يعد للرخصة اي معنى او جدوى تراد[3]، فان تثبيت الزواج الذي احد طرفيه جزائري والآخر أجنبي قد اثار اختلافا بين القضاة في مستوى أعلى هرم الجهاز القضائي بالمحكمة العليا، وقضاة الموضوع بالمحاكم والمجالس القضائية، إذ ان المحكمة العليا قد استقر اجتهادها على ان هذا النوع من العقود " زواج طرف الجزائري بالاجنبي" لا يمكن تثبيته، وانتهت الى ابطال كل القرارات والاحكام التي قضت بتثبيت هذا النوع من الزواج، ولا شك ان اثار هذه القرارات لا تنعكس على الطرفين فقط، وانما ينصرف اثرها الى الاطفال الناتجين عن مثل هذه العلاقة.

ومن هذا المنطلق، فقد انتهى قضاة مجلس قضاء وهران الى تثبيت عقد زواج جزائرية بسوري، بناء على قاعدة ان الزواج تم ووقع فيه الدخول، ونتج عنه طفل، وان الرخص لم يعد لها اي دور، وامروا بتثبيت الزواج وتسجيل العقد بالحالة المدنية، وإلحاق نسب الطفل، في حين راى قضاة المحكمة العليا ان رخصة زواج الاجنبي ضرورية، وان عدم الحصول عليها يؤدي الى رفض تثبيت الزواج العرفي، وانتهوا الى إلغاء القرار وبالتبعية لذلك كل اثاره، بما فيها إلحاق نسب الطفل.

نعرض فيما يلي للرأيين، بالتحليل والنقاش القانوني، بعد عرض موجز للوقائع، على أن نبرز رأينا في الموضوع بعد تحليل الموقفين.

عرض موجز للوقائع والإجراءات

بتاريخ 16-11-2012 صدر عن محكمة وهران قسم شؤون الاسرة حكم تحت رقم الفهرس 14237-12 قضى بعدم قبول دعوى تثبيت زواج عرفي، فتم استئنافه.

و بتاريخ 01-04-2013 اصدر مجلس قضاء وهران، غرفة شؤون الاسرة، قرارا تحت رقم الفهرس 13-01285 جاء في منطوقه: " إلغاء الحكم المعاد، وحال التصدي من جديد القضاء باثبات الزواج العرفي المنعقد بتاريخ 20-09-2011 بتلمسان بين المدعو إ غ المولود بتاريخ.... بحمص سوريا، ابن د وص، والمسماة ب ح ر المولودة بتاريخ.... بتلمسان لابيها ح وامها ف، مع امر ضابط الحالة المدنية المختص بتسجيل هذا الزواج في سجلاته المعدة لهذا الغرض، والتأشير به على هامش عقدي ميلاد الطرفين، والحاق نسب الابن .... المولود في .... بتلمسان الى ابيه، مع امر ضابط الحالة المدنية بتسجيله في سجل الحالة المدنية والدفتر العائلي لوالديه."

بتاريخ 28-05-2013 طعن النائب العام لدى مجلس قضاء وهران بالنقض في القرار، فأجابت المحكمة العليا بقرارها بتاريخ 03-02-2016 تحت رقم الفهرس 16-00240 بما يلي:

" عن الوجه الوحيد المأخوذ من مخالفة القانون

بدعوى ان قضاة المجلس في قرارهم المنتقد، قضوا بتثبيت الزواج العرفي، بين رجل أجنبي وجزائرية، مخالفين بذلك المادة 31 من قانون الأسرة، التي تشترط رخصة من الإدارة المختصة، لإتمام رسمية عقد

الزواج، وان الادارة كما يظهر من عريضة الطاعنين قد رفضت طلب المعنيين، وبقضاء قضاة المجلس بتثبيت الزواج يكونون قد خالفوا القانون.

حيث من المقرر قانونا وفقا للمادة 31 من الامر رقم 05-02 المؤرخ في 27-02-2005 المعدل والمتمم لقانون الاسرة، يخضع زواج الجزائريين بالاجانب من الجنسين الى احكام تنظيمية.

ولما تبين من دعوى الحال ان المطعون ضده إ غ سوري الجنسية، والمطعون ضدها ب ر جزائرية الجنسية، وزواج جزائرية باجنبي يخضع لاجراءات ادارية وتنظيمية خاصة، وبقضاء قضاة المجلس في قرارهم المنتقد بتثبيت زواج المطعون ضدهما رغم ان طرفي العقد من جنسيتين مختلفتين، جزائرية وسورية، يكونون قد خالفوا القانون، لاسيما المادة 31 من قانون الاسرة، مما يتعين الاستجابة للوجه المثار، ومن خلاله نقض القرار المطعون فيه".

وبذلك يكون قضاة المحكمة العليا قد ايدوا قرار المحكمة، ونقضوا قرار المجلس، وان القضاة انقسموا بذلك حول مبدأين قانونيين، يتعين ان نعرض لهما فيما يلي:

المطلب اول: عرض الموقفين.

فرع أول: الرأي القائل بضرورة تثبيت هذا النوع من الزواج، الحجج والاثار.

أ- الحجج

يستند القضاة القائلين بان الزواج العرفي بين الجزائري ذكرا كان او انثى و الاجنبي ذكرا كان او انثى، يتم تثبيته بشكل عادي كباقي عقود الزواج العرفية استناد الى احكام المادة 22 من قانون الاسرة للاسباب التالية:

1- ان المادة 31 من قانون الاسرة، وكل المواد التي تشترط رخصة الزواج، هي مواد تتحدث عن الاجراءات السابقة لعقد الزواج، اي قبل ان يبرم العقد، في حين ان مسالة تثبيت الزواج العرفي هي مسالة لاحقة للزواج، على اعتبار ان الزواج قد تم، والدخول قد وقع،
2- ان حكم تثبيت الزواج العرفي هو حكم كاشف للزواج، وليس منشئا له، فالزواج قائم فعلا، وموجود، ومنتج لكل اثاره من شرعية العلاقة بين الطرفين، ومن حقوق كل منهما على الاخر،

ومن حق نسب الاطفال الى والدهم، وحقهم عليه بالنفقة والحضانة والتربية والرعاية، الى ما لذلك من اثار الزواج.

3- ان ركن الزواج الركين هو الرضا، وان باقي المقتضيات هي شروط صحة، وان الرخصة هي مجرد اجراء اداري يتعلق بعلاقة الشخص الاجنبي بالدولة، ولا يتعلق بعلاقته بالطرف الجزائري كزوج، ذلك ان علاقة الفرد بغيره تختلف تمام الاختلاف عن علاقته بالدولة التي ينتمي اليها، بل ان من القضاة من يرى انه حتى وان تم طرد هذا الشخص من تراب الجمهورية فلا مانع من تثبيت الزواج العرفي حفاظا على حقوق الطرف الجزائري.

4- ان الزواج يتم امام جماعة المسلمين، وعادة يتم أمام إمام، وان هذا الاخير يراعي الشروط الشرعية في الزواج لاسيما الدينية منها، وان جماعة المسلمين لا يمكن ان تجتمع على تزويج اجنبي غير جدي في الزواج.

5- ان تثبيت الزواج من شانه ان يحمي الطرف الضعيف في العلاقة كلها وهو الطفل الناتج عن الزواج، وإلحاق نسبه بوالده، لاسيما اذا كان الاب هو الطرف الاجنبي كما في حالة القرار محل التعليق.

ب-الآثار:

يترتب على حكم تثبيت الزواج العرفي اثرين هامين على الاقل، هما إلحاق نسب الأطفال، وفتح المجال للاجنبي ان يتجنس بالجنسية الجزائرية بالزواج بشروط معينة، ونعرض للأثرين فيما يلي:

1- إلحاق نسب الأطفال:

وهو في نظر هذا القسم من القضاة اهم اثر على الإطلاق، ذلك ان النسب هو ناتج الزواج الشرعي، واثره المباشر، و إلحاق نسب الطفل الى رجل معين، مهما كانت جنسيته، هو احياء له، وليس اصعب على طفل ان يبقى ينتسب الى والدته دون والده، بالرغم من ان والده معروف،

وبالاضافة الى ان إلحاق النسب هو اثر لتثبيت الزواج العرفي من الاجنبي، الا ان هذا الاثر في حقيقة الامر هو الدافع الاصلي للقضاة لتثبيت هذا الزواج اعمالا لقاعدة احياء الولد[4].

2- فتح المجال للاجني للتجنس بالجنسية الجزائرية

ذلك ان احكام المادة 9 مكرر من قانون الجنسية الجزائري[5]، نصت صراحة على انه يمكن للأجنبي اكتساب الجنسية الجزائرية بالزواج من جزائري او جزائرية بموجب مرسوم، متى توفرت الشروط الاتية:

– ان يكون الزواج قانونيا وقائما فعليا منذ ثلاث سنوات على الاقل عند تقديم طلب التجنس.

– الاقامة المعتادة والمنتظمة بالجزائر مدة عامين على على الاقل.

– التمتع بحسن السيرة والسلوك.

– اثبات الوسائل الكافية للمعيشة.

ولاشك ان تثبيت الزواج العرفي، يحول طبيعة هذا الزواج الى زواج قانوني، ويسمح للاجنبي بالتالي بامكانية الحصول على الجنسية الجزائرية.

فرع ثاني: الراي القائل بضرورة رفض تثبيت هذا الزواج– الحجج والاثار

أ– الحجج

حجة من يدعم هذا الراي من القضاة، لاسيما قضاة المحكمة العليا، تتلخص فيما يلي:

1– ان رخصة زواج الاجنبي هي رخصة ادارية نص عليها القانون، ويتعين احترامها وهي شرط لابرام عقد الزواج، كما هو ثابت من القرار محل الطعن.

2– استقر اجتهاد المحكمة العليا على هذا الرأي، ومن الاسباب الواردة في قرار اخر[6] الاستناد الى المادة 73 من قانون الحالة المدنية،

وقد جاء في حيثية القرار " ان المادة 73 من قانون الحالة المدنية توجب على ضابط الحالة المدنية، او الموثق، حين تحرير عقد الزواج، ان يبين فيه استيفاءه للشروط المنصوص عليها في قانون الاسرة، فضلا عن البيانات التي عددتها المادة المذكورة، منها البيان الرابع، وهو الترخيص بالزواج المنصوص عليه بموجب القانون عند الاقتضاء، ولما كان البين من المنشور رقم 02 المؤرخ في 11–02–1980 الموجه من وزير الداخلية الى ولاة الجمهورية، والذي يمنع فيه ضابط الحالة المدنية من تسجيل اي زواج، احد طرفيه اجنبي، قبل الحصول على رخصة ادارية مسلمة من طرف الوالي المختص، فانه لا يمكن تثبيت هذا الزواج، والامر بتسجيله في سجلات

الحالة المدنية، الا اذا استوفت الدعوى لشرط الترخيص المطلوب طالما ان التسجيل بالحالة المدنية مرتبط بشرط مانع وجب تحققه،

3- جاء في الحيثية ايضا، " .. وهذا الشرط[7]، وان كان لا يؤثر على صحة العقد وانعقاده، ولكنه ضروري لتوثيق العقد، وتسجيله.." اي ان احكام قانون الحالة المدنية تقف عائقا في وجه القاضي في تثبيت عقد الزواج العرفي متى كان احد اطرافه اجنبيا.

4- دواعي المصلحة العامة وضروريات الامن العام، اذ جاء في الحيثية ايضا" ...تقتضيه المصلحة العامة، وتفرضه ضرورات الامن العام.." ذلك ان الجهة المخولة في التحقيق في مدى أهلية الشخص الأجنبي للزواج بالطرف الجزائري، ومدى جديته، ومدى توفر الشروط المطلوبة لزواجه، هي الجهة الادارية[8]، وان هذه الجهة لها امكانيات اكبر من القاضي، وان الزواج العرفي تحايل على هذه الجهة وصلاحياتها، وتثبيت الزواج العرفي من القضاء يؤدي الى الاخلال بعمل هذه الجهة، وقد يصل الامر الى المساس بالمصلحة العام وضروريات الامن، ان تبين ان هذا الاجنبي غير مقبول على التراب الوطني او معادي له او اي شيئا من هذا القبيل.

ب- الاثار

لا شك ان رفض تثبيت الزواج العرفي من الاجنبي لانعدام الرخصة الادارية له آثار وخيمة جدا، على طرف العلاقة الجزائري، وبالخصوص على الاطفال الناتجين عن العلاقة ان وجدوا، كما في قضية الحال.

1- الآثار على الطرف الجزائري من العلاقة .

يبقى العقد العرفي ساري المفعول، على اعتبار ان موضوع الدعوى كان التثبيت، وان عدم التثبيت لا يتعدى الى حل العلاقة الزوجية العرفية، ولا الى اعتبارها علاقة غير شرعية، ومرد هذا التحليل الى كون دعوى اثبات الزواج العرفي بين الجزائريين – دون وجود طرف اجنبي – يبنى على اساس دراسة مدى توفر اركان و شروط الزواج، من رضا وولي وصداق وشاهدين، وان القاضي ان عاين انعدام ركن الزواج او شروطه، يقضي برفض تثبيت الزواج لسبب موضوعي، كأن تكون العلاقة غير شرعية مثلا، ومن ثمة فانه يقر بعدم وجود الزواج، أما ان رفض تثبيت الزواج لانعدام الرخصة، كما ذهب اليه هذا الجانب من القضاء، فان القاضي يعاين ان الزواج صحيحا، ثم يرفض تثبيته لعدم وجود الرخصة، وبالتالي فالزواج

موجود وسليم وينقصه الاجراء الشكلي، ويبقى الطرف الجزائري من العلاقة معلقا، وهي نتيجة تبدو غير منطقية، ولها اثار اخرى بدورها، كما سيأتي شرحه لاحقا.

2- الاثار على الاطفال

ينصرف اثر عدم تثبيت الزواج العرفي الى الاطفال بشكل خطير، بل ومأساوي في بعض الاحيان، ففي قضية الحال، امر مجلس قضاء وهران بتثبيت الزواج العرفي، وإلحاق نسب الطفل، وانتهت المحكمة العليا الى نقض وابطال القرار، وايدت حكم المحكمة الابتدائية التي كانت قد رفضت دعوى اثبات الزواج وإلحاق النسب برمتها، وقررت المحكمة العليا ان النقض يكون دون حالة، ومن ثمة فان نسب الطفل قد سقط عنه.

والمعروف ان ضابط الحالة المدنية لا يقوم بتسجيل الطفل باسم والده الا بوجود عقد الزواج الاداري، ولا يمكنه ان يسجل الطفل دون هذا العقد حتى ولو اعترف به والده، فيسجل الطفل باسم والدته، ويصبح كانه معدوم النسب من جهة الاب.

مطلب ثاني: رأينا حول الموضوع

وان كان لكل راي من الرأيين الذين تطرقنا لهما دوافعه ومبرراته، الا اننا نميل الى تاييد الراي القائل بضرورة تثبيت الزواج العرفي، وان كان احد طرفيه اجنبيا، مع انعدام الرخصة، وان مرد ذلك الى ثلاثة اسباب على الاقل، نراها على جانب من الاهمية، اولها حق الطفل، والاثار الوخيمة المترتبة على عدم تثبيت زواج والديه، وما نراه من أولوية لهذا الحق على ضرورة احترام الاجراءات التي تفرضها الدولة، وثانيهما كون حق الدولة في حماية المجتمع وصيانة أمنه، ودواعي المصلحة العامة والامن العام، لا تتعارض على الاطلاق مع تثبيت الزواج العرفي مع الاجنبي، والثالث ان الرخصة الادارية تنظم العلاقة بين الاجنبي والدولة، ولليست ركنا في عقد الزواج، وهو ما نعرض له فيما يلي:

فرع اول: حق الطفل ضرورة تملي تثبيت الزواج العرفي:

توصلنا عند دراسة اثار الراي القائل بعدم تثبيت الزواج العرفي الذي احد طرفيه اجنبي، مع انعدام الرخصة الادارية، الى ان المحكمة العليا انتهت الى نقض القرار بدون احالة، وان الحكم الابتدائي كان قد

رفض الدعوى الاولى برمتها، والتي تضمنت طلب تثبيت الزواج العرفي، مع إلحاق نسب الطفل، وان المجلس كان قد الغى هذا الحكم، وامر بالتثبيت الزواج، مع إلحاق نسب الطفل، ومن ثمة فان الوضع سيعاد الى ما كان عليه، وان الطفل بالتالي سيظل ينسب الى والدته، بالرغم من ان الزواج سليم من الناحية القانونية الموضوعية، بل وحتى من الناحية الشرعية، على اعتبار ان الزواج امام جماعة المسلمين يقتضي ان يكون الزوج مسلما.

ولا شك ان الزواج العرفي الذي ينتج عنه الابناء، يخلق واقعا ماديا يتعين علاجه، بالحفاظ على حقوق الطفل، وهو الطرف الضعيف في العلاقة، فلا يعقل ان يبقى من دون نسب، في حين ان نسبه معلوم من شخص موجود ومعروف، وان هذا الشخص يعترف به، ويقرب بنسبه اليه،

ان الاثر الذي انتهينا اليه في الدراسة، بخصوص الراي القائل بعدم جواز تثبيت هذا النوع من الزواج، أفضى الى حيثية بقرار المحكمة العليا تبدوا لنا غير منطقية، اذ جاء في الحيثية ما يلي: " ولما كان البين من المنشور رقم 02 المؤرخ في 11-02-1980 الموجه من وزير الداخلية الى ولاة الجمهورية والذي يمنع فيه ضابط الحالة المدنية من تسجيل اي زواج، احد طرفيه اجنبي، قبل الحصول على رخصة ادارية مسلمة من طرف الوالي المختص، فانه لا يمكن تثبيت هذا الزواج، والامر بتسجيله في سجلات الحالة المدنية، الا اذا استوفت الدعوى لشرط الترخيص المطلوب طالما ان التسجيل بالحالة المدنية مرتبط بشرط مانع وجب تحققه، وهذا الشرط وان كان لا يؤثر على صحة العقد وانعقاده، ولكنه ضروري لتوثيق العقد، وتسجيله، تقتضيه المصلحة العامة، وتفرضه ضرورات الامن العام مما يجعل الوجه سديدا"

وهكذا فقد ربط القرار بين صحة العقد، والإجراء الشكلي المتضمن الحصول على الرخصة قبل قيد الزواج في سجلات الحالة المدنية، وتعدى بهذا الإجراء في اللزومية من ضابط الحالة المدنية الى القاضي، واستنتج ان القاضي بدوره ملزم بعدم تثبيت الزواج، حاله حال ضابط الحالة المدنية، بالاستناد الى منشور وزارة الداخلية، ونرى ان هذا الاستنتاج غير سديد لما يلي:

1- ان القاضي ليس كضابط الحالة المدنية، بل عليه ان يعالج الحالة المطروحة عليه من كل جوانبها، وان يعمل بمبدأ تحقيق العدل، وقاعدة إحياء الولد احد ابرز صور العدل في قضايا الزواج.

2- ان القاضي سيجد نفسه في إشكال قانوني عملي، فمن ناحية قد قرر ان عقد الزواج صحيح وسليم، ولا ينقصه الا الرخصة الادارية، ثم يقرر رفض تثبيت الزواج على هذا الاساس، فان قرر والد الطفل رفع دعوى النسب، وطلب إلحاق نسب ابنه اليه بالاقرار، فانه من ناحية اخرى يجد نفسه مجبرا على إلحاق نسب الطفل الى والده، على اساس انه لا يوجد اي شيء يعيقه وان النسب ليس معلقا على الرخصة، حتى وان كان الأب أجنبيا، ومن ثمة سيجد القاضي نفسه في تناقض، يأمر من جهة بعدم تثبيت الزواج، ثم يقرر إلحاق النسب، ويجد صاحب الشأن وضابط الحالة المدنية صعوبة إن لم نقل استحالة في قيد طفل عقد زواج والديه غير مقيد، ويضيع حق الطفل بسبب رخصة ادارية.

فرع ثاني: دواعي المصلحة العامة والامن العام، لا تتعارض على الإطلاق مع تثبيت الزواج العرفي مع الأجنبي.

نرى ان تثبيت الزواج العرفي مع الاجنبي لا يتعارض على الاطلاق مع المصلحة العامة والامن العام، للاسباب التالية:

1- ان علاقة الزواج لا تأثير لها اطلاقا على عمل مصالح الادارة والامن، وانه يمكن لهذه المصالح اتخاذ كل الاجراءات اللازمة ضد الزوج الاجنبي، بما في ذلك حبسه او ابعاده، مع تثبيت زواجه من الطرف الجزائري، ونرى بالعكس من ذلك، ان تثبيت زواجه هو اقتصاص منه اكثر، وهو حماية للطرف الجزائري ومحافظة على حقوقه، ما دامت العلاقة قد تمت وانتهى الامر، وان اعادة الحال الى ماكان عليه اصبح مستحيلا، فحماية الطرف الجزائري اصبح اكثر من ضروري، بل وحتى تحميل الطرف الاجنبي المسؤولية لاسيما النسب والنفقة، والتعويضات ان اقتضى الامر، وهو امر يقتضي تثبيت الزواج وليس رفض تثبيته.
2- ان مسالة احتمال تمسك الزوج الأجنبي بعقد زواجه لطلب التجنس بالجنسية الجزائرية، هو سبب غير جدي في حقيقة الامر، على اعتبار ان المشرع الجزائري راعى في حالة التجنس شرط الجدية، وان السلطة التقديرية تبقى للسلطات الجزائرية حتى ولو كان عقد الزواج صحيحا، ومتوفرا على جميع الاركان والشروط بما في ذلك شرط الرخصة، ويمكن للسلطات الجزائرية رفض منحه الجنسية، اي ان الجنسية ليست نتيجة مباشرة للزواج.

3- ونرى اكثر من ذلك انه، حتى وان كان الطرف الجزائري من العلاقة متواطئ مع الطرف الاجنبي بغرض الاضرار بالامن الوطني، فانه يتعين تثبيت الزواج لحماية الطفل الناتج عن العلاقة، فهذا الاخير ولد من طرف جزائري ولو كان مجرما، وولد على التراب الجزائري، و من مصلحة المجتمع ان يحمل هذا الطفل نسبا، وان يعيش بكل حقوقه، على اعتبار انه لا ذنب له فيما اقترف والداه، وان رفض تثبيت عقد الزواج بينهما، هو في النهاية عقاب له عن فعل لا دخل له فيه، وهي حالة تتنافى مع مبدا العدالة، ويأنف المجتمع الجزائري ان يعيش بينه طفل يدعي ان حقه مهضوم.

ان تثبيت الزواج في نظرنا يحمي الطفل ويفتح المجال واسعا امام السلطات لاتخاذ ما تراه من اجراءات وعقاب في حق والديه.

فرع ثالث: الرخصة الإدارية تنظم العلاقة بين الأجنبي والدولة و ليست ركنا في عقد الزواج.

سبق للمحكمة العليا ان توصلت في قرار لها منشور بالمجلة القضائية للمحكمة العليا[9]، ان رخصة الزواج المطلوبة من بعض الموظفين، لا تعد ركنا من اركان العقد، وجاء في قرارها المبدئي ما يلي:" الرخصة الادارية بالزواج، الممنوحة من بعض الجهات الوصية لموظفيها واسلاكها، لا تعد ركنا من الاركان المنصوص عليها بالمادة 09 من قانون الاسرة."

وجاء في الوجه الثاني للطعن بالنقض، ضد قرار كان قد ايد حكما قضى بتثبيت زواج عرفي اشترط فيه القانون ضرورة حصول الزوج على رخصة ادارية، وان هذا الاخير لم يفعل ما يلي:

" بدعوى ان الطاعن تمسك بالدفوع القانونية التي اثارها طيلة مراحل المرافعة، سواء على مستوى المحكمة ام على مستوى المجلس، واكد المدعي في الطعن بان طلب المدعية في الوقت الحالي يتعارض مع نص المادة 21 من قانون الاسرة والمادتين 73و 77 من قانون الحالة المدنية، التي تشترط الاذن والترخيص من الجهة الوصية التي ينتمي اليها المدعي في الطعن، وانه في غياب الرخصة يعد عقدا باطلا، لان الرخصة تعد شرطا في صحة العقد، وليس صحة الزواج، والقضاء بخلاف ذلك يعد مخالفة لعنصر قانوني وارد في المادة 21 من قانون الاسرة"

وقد اجابت المحكمة العليا انذاك على هذا الوجه بما يلي:

" حيث ان القرار المطعون فيه لم يخرق المادة 21 من قانون الاسرة، كما انه لم يخرق القانون، وذلك لان الرخصة التي يدعي الطاعن بكونه لم يحصل عليها من الجهة الوصية التي يعود إليها، وبالتالي لا يمكن له الزواج.

لكن، حيث ان رخصة الزواج، التي تمنحها بعض الجهات الوصية لموظفيها وأسلاكها لا تعد عنصرا أساسيا في الزواج، ***ولا تعد ركنا من الأركان التي نصت عليها المادة 09 من قانون الاسرة***، بل هي رخصة ادارية يتعلق امرها بالموظف والإدارة لا غير، مما يجعل الوجه الثاني هو الاخر غير وجيه يتعين رفضه"

وان كان الامر هنا يتعلق بالرخص الادارية الخاصة بالجزائريين، الا ان الفكرة العامة واحدة، اذ ان الامر يتعلق في نهاية الامر برخصة ادارية لا علاقة لها باركان الزواج، وان كانت الرخصة المعنية في هذا القرار تنظم العلاقة بين الموظف الجزائري والجهاز الذي ينتمي اليه، فان الرخصة الخاصة بالاجنبي تنظم العلاقة بين الشخص الأجنبي والدولة ولا علاقة لها باركان الزواج.

والملاحظ ان وجه الطعن هو نفسه المادة 73 من الحالة المدنية، وقد رفضته المحكمة العليا، في حين هي من اعتمد عليه في القرار محل التعليق، ومن ثمة نرى ان القرار الذي اعتبر ان الرخصة لا علاقة لها باركان الزواج، ما دام الدخول قد تم، وترتبت عن الزواج اثاره، انسب الى التطبيق، ويسمح بالحفاظ على حقوق الطفل والطرف الجزائري في العلاقة، وبالتالي فانه يتعين في نظرنا تثبيت عقد الزواج العرفي دون الالتفات الى عدم وجود رخصة زواج الأجنبي.

خاتمة:

نخلص في نهاية هذا البحث، الى انه، ونظرا لضرورة مصلحة الطفل، وتطبيقا لقاعدة إحياء الولد، وضرورة حماية الطرف الجزائري في العلاقة، يمكن ان يقضي القاضي الجزائري بتثبيت عقود الزواج العرفية التي احد أطرافها أجنبيا، متى توفرت الشروط الموضوعية لعقد الزواج، لاسيما مراعاة ما نص عليه البند الأخير من المادة 30 من قانون الأسرة الجزائري، والتي تمنع زواج المسلمة من غير المسلم، بالإضافة الى توفر ركن الرضا و باقي الشروط المنصوص عليها بالمادتين 09 و09 مكرر من قانون الأسرة، على اعتبار ان النيابة العامة طرف أصلي في دعاوى الأسرة، وهي على اطلاع على الملف،

ويمكنها اتخاذ أي إجراء تراه ضد الطرفين، لاسيما ما يتعلق بالمتابعات الجـزائية التي يتيحها القانون 08-11 المؤرخ في 25-06-2008 المتضمن قانون شروط دخول الأجانب الى الجزائر وإقامتهم فيها وتنقلهم فيها، ودون أي تأثير على عقد الزواج وأثاره.

الهوامش

1. راجع المادة 33 وما بعدها من قانون الأسرة الجزائري.
2. ورد تنظيم رخصة زواج الأجنبي بالمنشور الصادر عن وزير الداخلية بتاريخ 11-02-1980تحت رقم 02، وتم اعادة تنظيمها بمقتضى التعليمة الصادرة عن وزير الداخلية والجماعات المحلية والتهيئة العمرانية، بتاريخ 25-11-2018 تحت رقم 09، بمسمى " تنظيم اصدار رخصة الزواج المختلط".
3. استقر اجتهاد المحكمة العليا على تثبيت الزواج العرفي في هذه الحالات، وهناك عديد القرارات المنشورة في هذا الخصوص بالمجلة القضائية للمحكمة العليا، راجع على سبيل المثال لا الحصر القرار 14-06-2006 المجلة القضائية للمحكمة العليا – العدد الاول 2007 ص 461 .
4. راجع في قاعدة إحياء الولد ما يلي:

- د- أوان عبد الله الفيضي – البصمة الوراثية المفهوم والمشروعية- دار الكتب القانونية، دار شتات للنشر – مصر والامارات 2017 ص180،

ويشير المؤلف الى ان علماء الشريعة الاسلامية اخذوا في اثبات النسب بالمعقول حيث قالوا:" أصول الشرع وقواعد القياس الصحيح يقتضي اعتبار الشبه في إلحاق النسب، فالشارع متشوف إلى اتصال الأنساب، وعدم انقطاعها، ولهذا اكتفى في ثبوتها بأدنى الأسباب، من شهادة المرأة الواحدة على الولادة، والدعوى المجردة مع الإمكان، وظاهر الفراش...".

- أنظر هذا الامر ايضا في مؤلف – ناذر بوشاشي – اثبات النسب واثبات الأبوة بالوسائل العلمية في القانون الجزائري – منشورات بغدادي – الجزائر ص 20 (رأي مذهب الإمام أبو حنيفة حول فكرة إحياء الولد)

- وقد اخذ القضاء الجزائري بهذه القاعدة بشكل مكثف ومتعدد، فقد صدرت عدة قرارات عن المحكمة العليا انتهت بتثبيت النسب بشكل فيه كثير من التسامح، وقد ورد في حيثية قرار للمحكمة العليا صادر بتاريخ 15-12-1998 تحت رقم 202430 منشور بالمجلة القضائية للمحكمة العليا العدد الخاص " الاجتهاد القضائي لغرفة الاحوال الشخصية" 2001 ص77 ما يلي" ... كما ان إثبات النسب يقع التسامح فيه ما أمكن لأنه من حقوق الله، فيثبت حتى مع الشك وفي الأنكحة الفاسدة، طبقا لقاعدة إحياء الولد...."
- وجاء في قرار اخر ايضا، صادر بتاريخ 28-10-1987 ملف رقم 172333 المجلة القضائية للمحكمة العليا، العدد الاول 1997 ص 42 ما يلي: " من المقرر شرعا أنه يمكن إثبات النسب بالزواج والإقرار والبينة وشهادة الشهود ونكاح الشبهة والأنكحة الفاسدة والباطلة تطبيقا لقاعدة **أحياء الولد لأن ثبوت النسب يعد أحياء له ونفيه قتلا له** .

ولما كان ثابتا أن قضاة المجلس لما قضوا برفض سماع شهادة الأقارب في دعوة إثبات الزواج ، والنسب بحجة أن الحكم حاز قوة الشيء المقضي فأنهم بقضائهم كما فعلوا اخطئوا في تطبيق القانون لأن حجية الشيء المقضي فيه لا تطبق في هده الحالة كإثبات الزواج والنسب وأنه يمكن إثبات الزواج والنسب بطرق عدة على غرار العقد الصحيح طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية مما يستوجب نقض القرار المطعون فيه.

5. الأمر 70-86 المؤرخ 15-12-1970 المتضمن قانون الجنسية المعدل والمتمم.
6. قرار صادر بتاريخ 04-07-2018 فهرس رقم 01301-18 غير منشور، وجاء في حيثياته ما يلي" ان المادة 73 من قانون الحالة المدنية توجب على ضابط الحالة المدنية، او الموثق، حين تحرير عقد الزواج، ان يبين فيه استيفاءه للشروط المنصوص عليها في قانون الاسرة، فضلا عن البيانات التي عددتها المادة المذكورة، منها البيان الرابع، وهو الترخيص بالزواج المنصوص عليه بموجب القانون عند الاقتضاء، ولما كان البين من المنشور رقم 02 المؤرخ في 11-02-1980 الموجه من وزير الداخلية الى ولاة الجمهورية، والذي يمنع فيه ضابط الحالة المدنية من تسجيل اي زواج، احد طرفيه اجنبي، قبل الحصول على رخصة ادارية مسلمة من طرف الوالي المختص، فانه لا يمكن تثبيت هذا الزواج، والامر بتسجيله في سجلات الحالة المدنية، الا اذا استوفت الدعوى لشرط الترخيص المطلوب طالما ان التسجيل بالحالة المدنية مرتبط بشرط مانع وجب تحققه، وهذا الشرط، وان كان لا يؤثر على صحة العقد وانعقاده، ولكنه ضروري لتوثيق العقد، وتسجيله تقتضيه المصلحة العامة، وتفرضه ضرورات الأمن العام.."

7. الرخصة الإدارية.

8. الوالي.

9. المجلة القضائية للمحكمة العليا– العدد الاول 2007، ص461

مبدأ الخدمة العمومية في البث الإذاعي في الجزائر بين التشريع و الممارسة.

إعداد الأستاذ : حسين دوحاجي

صحفي محترف بمؤسسة الإذاعة الجزائرية– محطة النعامة الجهوية.

وأستاذ مشارك بكلية العلوم الإنسانية و الاجتماعية،جامعة طاهري محمد– بشار

الإيميل:douhadji.1977@gmail.com

الملخص:

تخضع مهام الخدمة العمومية في الإعلام المرئي و المسموع لطبيعة البرامج و الخدمات التي تقدمها القنوات الإعلامية، لتستجيب من خلالها لحاجيات الجمهور الواسع بدون أن تكون لها أهداف الربح .

و ترتبط مهام الخدمة العمومية بمقتضيات الديمقراطية و المتطلبات الاجتماعية و الثقافية و بضرورة المحافظة على التعددية بما في ذلك التعددية الإعلامية، بل و تشجع على الشراكة مع المتعاملين الخواص بما يشكل مرجعا للمصداقية و النوعية و الإبداع بالنسبة لكل البرامج

و في ميدان الإعلام ظهر مفهوم الخدمة العمومية في وسائل الأعلام لأول مرة في بريطانيا بعد إنشاء مؤسسة BBC في 1926، و لهذا أصبح مقرونا بالإذاعة و التلفزيون و ليس بالصحافة المكتوبة.

والإذاعة الجزائرية مدعوة كلها وفق أحكام النصوص التشريعية المنظمة لعملها إلى الاضطلاع بمهمات ثلاث هي الإعلام، التثقيف و الترفيه، و هي تسعى عبر سياستها البرامجية إلى الالتزام بذلك مولية اهتماما كبيرا للنهوض بالإنتاج المحلي باعتباره وسيلة للتعبير عن الخصوصية الثقافية المهددة في عصر الإعلام الجماهيري و الالكتروني بمخاطر تنميط الأذواق و الثقافات.

وتسعى هذه الورقة إلى رصد ومتابعة تجليات مدى تحقيق الإذاعة الجزائرية لمبدأ الخدمة العمومية انطلاقا من النصوص التشريعية وصولا إلى الواقع الميداني، حيث تدور إشكالية الدراسة حول مدى تكريس مبدأ الخدمة العمومية في البث الإذاعي الجزائري من خلال التشريع والتنظيم وكذلك من خلال ما تبثه الإذاعة من محتويات ومضامين برامجية.

و تكمن أهمية الدراسة في محاولة كشف وتفسير مظاهر التوافق بين الجانب التشريعي من خلال استعراض التطور التاريخي للنصوص التنظيمية التي نصت على مبدأ الخدمة العمومية في مؤسسة الإذاعة الجزائرية

كمرفق عمومي وكذا الجانب الميداني من خلال تحليل مضامين الشبكة البرامجية لإحدى قنواتها و كيف يمكن أن تحقق محاور البث الإذاعي للمحطة على اختلافها وتنوعها مبدأ الخدمة العمومية.

Les fonctions du service public dans les médias visuels et audiovisuels sont soumises à la nature des programmes et services fournis par les médias afin de répondre aux besoins du grand public sans objectifs lucratifs .Les fonctions du service public sont liées aux exigences de la démocratie, ,sociales et culturelles, Ce pluralisme des médias, et encourage même le partenariat avec les operateurs privés, comme une référence pour la crédibilité, la qualité et la créativité pour tous les types de programmes.

Dans le domaine des médias, le concept de service public est apparu dans les médias pour la première fois en Grande-Bretagne après la création de la BBC en 1926, et s'est donc associé à la radio et à la télévision et non à la presse écrite.
La radio algérienne est invitée, conformément aux dispositions des textes législatifs organisant son travail, à accomplir les trois tâches des médias, de l'éducation et du divertissement et à promouvoir la production locale comme moyen d'expression de la vie culturelle menacée à l'ère des médias et du risque électronique. Le stéréotype des goûts et des cultures.

Cet article cherche à surveiller et contrôler la conformité du service public des textes législatifs à la réalité du terrain, où le problème de l'étude tourne autour du dévouement du principe du service public dans la radio algérienne par la législation et la réglementation, ainsi que par le contenu des programmes.

L'importance de l'étude réside dans la tentative de découvrir et d'expliquer la compatibilité entre le volet législatif en examinant l'évolution historique des textes réglementaires qui stipulent le principe du service public dans la Société algérienne de radiodiffusion en tant qu'établissement public, ainsi que l'aspect sur le terrain par l'analyse du contenu de programme d'un de ses canaux.
Et comment les canaux de diffusion de la station différents et divers peuvent atteindre le principe du service public.

مقدمة

ظل القطاع العمومي للإعلام الإذاعي في الجزائر يقتصر على الإذاعة الوطنية بقنواتها الأربعة، فكانت نموذجا للإعلام المركزي و هو ما أدى إلى إهمال حاجات المواطن الإعلامية في المناطق النائية غير أن الوضع تغير بعد صدور قانون الإعلام لسنة 1990 والذي تضمن عدة نقاط إيجابية أهمها تأكيد المادة 02 على حق المواطن في الإعلام، و في ظل التغيرات التي أفرزتها التعددية السياسية كان لزاما على القطاع الإذاعي و الذي لا يتطلب استثمارات كبرى أن يقترب أكثر من المواطن و هكذا أصبح فتح قنوات إذاعية محلية أمرا ملحا و هذا ما شرعت فيه المؤسسة الوطنية للإذاعة من خلال افتتاح عدة محطات إذاعية منتصف 1991 بهدف فك

العزلة الثقافية والإعلامية عن المناطق الداخلية و النائية و تغطية الأخبار المحلية و إبراز الثقافة الشعبية من منطقة لأخرى نظرا للدور المهم الذي تلعبه في نشر الوعي و تشجيع التعايش السلمي و التكامل مع قضايا التنمية المحلية، و تسعى الإذاعة بقنواتها المحلية أساسا إلى تقديم خدمة عمومية إعلامية ترقى إلى مستوى تطلعات المواطن انطلاقا من دورها كمرفق عمومي بالدرجة الأولى .

والإذاعة الجزائرية مدعوة كلها وفق أحكام النصوص التشريعية المنظمة لعملها إلى الاضطلاع بمهمات ثلاث هي الإعلام، التثقيف و الترفيه، و هي تسعى عبر سياستها البرامجية إلى الالتزام بذلك مولية اهتماما كبيرا للنهوض بالإنتاج المحلي باعتباره وسيلة للتعبير عن الخصوصية الثقافية المهددة في عصر الإعلام الجماهيري و الالكتروني بمخاطر تنميط الأذواق و الثقافات.

و قد أكدت مختلف التشريعات المتعلقة بالقطاع السمعي بالجزائر على ضرورة أن تضطلع هذه الوسائل بمهمة تحقيق مبدأ الخدمة العمومية و من ذلك الإذاعة الجزائرية على غرار و سائل الإعلام الأخرى و هو ما تضمنه دفتر الشروط في إطار تحديد المهام المنوطة بمؤسسة الإذاعة و التي تصب معظمها في إطار أداء الخدمة العمومية ، ومنه سنحاول من خلال هذه الورقة رصد ومتابعة تجليات مدى تحقيق الإذاعة الجزائرية لمبدأ الخدمة العمومية انطلاقا من النصوص التشريعية وصولا إلى الواقع الميداني

وعليه يمكن أن نتساءل: ما مدى تكريس مبدأ الخدمة العمومية في البث الإذاعي الجزائري من خلال التشريع والتنظيم وكذلك من خلال ما تبثه الإذاعة من محتويات ومضامين برامجية؟

نعتمد في هذه الدراسة على المنهج المسحي من خلال مسح جملة التشريعات و القوانين الناظمة لسير مهام مؤسسة الإذاعة وكذا القوانين المنظمة لقطاع الإعلام في الجزائر، كما نعتمد كذلك منهج تحليل المضمون من خلال تحليل مضامين الشبكة البرامجية لإحدى قنوات المؤسسة،ونستعين كذلك بالمقابلة لدعم الجانب التطبيقي في الدراسة والتي شملت كل من مدير المحطة وكذا مسؤولة الإنتاج والبرمجة في المحطة.

وتشمل الدراسة عدد من العناصر أبرزها:

– مفهوم الخدمة العمومية والمرفق المرفق العمومي .

– المبادئ الأساسية التي تحكم المرفق العمومي.

– تجليات مبدأ الخدمة العمومية من خلال النصوص التنظيمية للإذاعة الجزائرية ومختلف قوانين الإعلام في الجزائر.

– تحليل مضامين أنموذج من الشبكات البرامجية لمحطة النعامة الجهوية .

الفرع الأول: مفاهيم عامة حول المرفق العمومي و الخدمة العمومية في البث الإذاعي.

01- مفهوم الخدمة العمومية

ليس هناك اتفاق على تفسير مرجعي لمفهوم الخدمة العمومية على اعتبار أن هذا المجال مرتبط بالقيم التي تقوم عليها كل دولة، كما أنه خاضع للتطور الذي تفرضه تكنولوجيا الاتصال الحديثة.

و التفسير التقليدي يعتبر أن مهام الخدمة العمومية في الإعلام المرئي و المسموع تخضع لطبيعة البرامج و الخدمات التي تقدمها القنوات العمومية، لتستجيب من خلالها لحاجيات الجمهور الواسع بدون أن تكون لها أهداف الربح.

و ترتبط مهام الخدمة العمومية بمقتضيات الديمقراطية و المتطلبات الاجتماعية و الثقافية وبضرورة المحافظة على التعددية بما في ذلك التعددية الإعلامية، بل و تشجع على الشراكة مع المتعاملين الخواص بما يشكل مرجعا للمصداقية و النوعية و الإبداع بالنسبة لكل أنواع البرامج. (1)

كما يستمد مفهوم الخدمة العمومية من مفهوم المرفق العام في القانون الإداري و يقصد بالمرفق العام "ذلك المشروع الذي بواسطته يتولى شخص إداري القيام بعمل لتحقيق المنفعة العامة، أو يقصد به إشباع حاجة عامة و ذلك بسبب طبيعته....." (2)

و إذا كان هذا التفريق يركز على وظيفة المرفق العمومي و هي المنفعة العامة ، فإنه يمكن إيراد تعريف أشمل لمفهوم المرفق العام حيث يرى سليمان الطماوي أن المرفق العام هو : "مشروع يعمل باطراد أو انتظام ، تحت إشراف رجال الحكومة بقصد أداء خدمة عامة للجمهور مع خضوعه لنظام قانوني معين "(3)

و في ميدان الإعلام ظهر مفهوم الخدمة العامة في وسائل الأعلام لأول مرة في بريطانيا بعد إنشاء مؤسسة BBC في 1926، و لهذا أصبح مقرونا بالإذاعة و التلفزيون و ليس بالصحافة المكتوبة، ونظام الخدمة العامة الذي نالت بفضله BBC شهرة عالمية و مصداقية لدى جمهورها يرتكز أساسا على المبادئ العامة التي إذا انعدمت فقد المفهوم دلالته و هي كونه:

- ملكية للمجموعة الوطنية.

- يعكس الثقافة الوطنية بجميع مقوماتها وخاصة اللغة و القيم الحضارية.

- يعكس إجماعا وطنيا على المسائل الأساسية و الجوهرية.

- يمول نفسه بنفسه بغرض الحماية من أي ضغوط سياسية أو تجارية.

- يتجه إلى جميع المواطنين بغض النظر عن موقعهم الجغرافي أو الاجتماعي.

– يقوم بوظيفة الإعلام و التربية و الترفيه.

– الروح المهنية لدى المبلغين. (4)

02– مفهوم المرفق العمومي.

تتمثل محاولات تعريف المرفق العمومي في اتجاهين أساسيين:

اتجاه يركز على المعيار العضوي(الشكلي)وهو ما يسمى بالمرفق العمومي–مؤسسة –

و اتجاه يركز على المعيار المادي (الموضوعي) وهو ما يسمى بالمرفق العمومي – نشاط–

المعيار العضوي: المرفق العمومي– المؤسسة:

من هذا المنظور يقصد بالمرفق العمومي الأجهزة الإدارية أو المؤسسات الإدارية بشكل عام، فالمظهر العضوي هو الذي يبدو هنا فحيث توجد مؤسسة إدارية يوجد مرفق عمومي.

المعيار المادي: المرفق العمومي – نشاط–

يقصد بالمرفق العمومي، من هذا المنظور كل نشاط شرع فيه بهدف تحقيق مصلحة عامة إذن: نشاط المرفق العمومي يتميز عن النشاط الخاص، فالأول تحركه المصلحة العامة (l'intérêt général) و يجب أن لا يهتم بتحقيق ربح مادي، أما الثاني فتحركه المصلحة الخاصة و ذلك سعيا وراء تحقيق الربح. (5)

وعليه فالمرفق العمومي هو كل نشاط يباشره شخص عمومي قصد إشباع مصلحة عامة.

03–المبادئ الأساسية التي تحكم سير المرفق العمومي:

يتفق معظم فقهاء القانون الإداري على مبادئ أساسية تحكم تسيير المرفق العمومي وهي (6):

مبدأ استمرارية المرفق العمومي: أي أن المرفق العمومي يقدم خدمة بصورة منتظمة ومستمرة لا يمكن أن تنقطع إلا لوقت قصير لأسباب قاهرة ثم تعود للانتظام كخدمات الكهرباء والغاز... ، و لهذا أجمع الفقهاء على أن الاستمرارية هي أحد المبادئ الأساسية التي تحكم المرفق العمومي.

أ–**مبدأ المساواة أمام المرفق العمومي:** ويقصد به التزام المرافق العمومية بتقديم خدماتها للمنتفعين دون تمييز ، و يتجلى ذلك من خلال مظهرين أساسيين أولهما هو مساواة جميع المرتفقين أمام سير المرفق العمومي، أي أنه على المرفق العمومي تقديم نفس الخدمات لجميع المرتفقين، أما ثانيهما فهو المساواة في الالتحاق بالمرفق العمومي.

ب–مبدأ تكييف المرفق العمومي: بما أن متطلبات و حاجيات المجتمع تتطور بالضرورة فيجب على المرفق العمومي أن يدخل التغييرات اللازمة لتلبية المتطلبات الجديدة، أي أن كل التغيرات التي تحدث في المجتمع يجب على السلطة الإدارية أن تكيف نشاطها معها، وفي الحالة العكسية، سيؤدي ذلك إلى انصراف المواطنين عنه، بالتالي توقف المرفق العمومي وهذا ما يعبر عنه بمبدأ التكيف المستمر.

ج–مبدأ حياد المرفق العمومي:عادة ما يفهم مبدأ حياد المرفق العمومي كنتيجة لمبدأ المساواة أمام المرفق العمومي بالنسبة لكل المواطنين، لكن الحياد في مفهومه العادي هو عدم أخذ المرفق في اتجاه معين، وهو عدم الالتزام لجانب جهة معينة أو أخرى، و بهذا المعنى فإن الحياد يذهب إلى أبعد من المساواة.

د–مبدأ مجانية المرفق العمومي: يرتبط مبدأ مجانية المرفق العمومي بفكرة أساسية مقتضاها أن الخدمات التي يقدمها ضرورية جدا ، لذا يجب أن يكون تأمينها بصفة مجانية، و بالتالي تعتبر المجانية من النتائج المترتبة عن الصالح العام، و لكن التطور في العدد الكبير للمرافق العمومية أدى إلى تطور كبير في نفقات الدولة و نفقات جماعاتها من جهة و متطلبات المردودية و الربح التي أصبحت تفرض نفسها أكثر فأكثر من جهة أخرى، جعلت من العسير تطبيق هذا المبدأ على مجال واسع، ولهذا يعتبر البعض أن المجانية لا يمكنها أن تكون مبدأ مشتركا لكل المرافق العمومية بمختلف أنواعها و بالتالي فإذا كان هذا المبدأ ممكن التطبيق في المرافق العمومية الإدارية فإنه غير ذلك في المرافق العمومية التجارية والصناعية لأن هذه الأخيرة تجلب مصادرها المالية الأساسية من الثمن الذي يدفعه المرتفقون .

و الخلاصة أن الخدمة العامة أو المرفق العمومي نشاط تمارسه الدولة بشكل مباشر من خلال مؤسسات تابعة لها (وطنية أو محلية...) أو تحت إشرافها وذلك من أجل تلبية حاجة لها علاقة بالمصلحة العامة. (7)

الفرع الثاني: مبدأ الخدمة العمومية في الإذاعة الجزائرية من خلال التشريع.

لا يختلف اثنان على أن مفهوم الإذاعة كمرفق عمومي في الجزائر يعتبر مفهوما جديدا، بل يلفه الغموض بالنسبة للكثير من الناس، فالحديث عن الإذاعة كمرفق عمومي في الجزائر يصطدم بقضية دلالية شائكة، ذلك أن كلمة "عمومي" في اللغة العربية يمكن أن تكون محل ليس فكلمة "العام أو العمومي" والتي تقابلها" الخاص أو الخصوصي" تحيل بالضرورة على ما هو من مشمولات الحكومة أو الدولة ،بل أنه يستعمل كمرادف للمفهومين السابقين في كثير من الأحيان.

والمقصود بهيئة الإذاعة العمومية الهيئة الموجهة إلى العموم، والتي يمولها ويراقبها العموم ،و الجدير بالذكر أن الإذاعة الجزائرية مدعوة كلها وفق أحكام النصوص التشريعية المنظمة لعملها إلى الاضطلاع بمهمات ثلاث هي الإعلام والتثقيف والترفيه، و هي تسعى عبر سياستها البرامجية إلى الالتزام بذلك مولية اهتماما كبيرا

بالنهوض بالإنتاج المحلي باعتباره وسيلة للتعبير عن الخصوصية الثقافية المهددة في عصر الإعلام الجماهيري الالكتروني بمخاطر تنميط الأذواق و الثقافات .

01-الخدمة العمومية في الإذاعة الجزائرية من خلال التشريع

أكدت مختلف التشريعات المتعلقة بالقطاع السمعي بالجزائر على ضرورة تطبيق مبدأ الخدمة العمومية في الإذاعة الجزائرية على غرار و سائل الإعلام الأخرى و من خلال ما تم التأكيد عليه ضمن دفتر الشروط من مهام منوطة بمؤسسة الإذاعة و التي تصب معظمها في إطار أداء الخدمة العمومية، فقد نصت المادة (3) من دفتر الشروط :

"يجب على المؤسسة أن تتصور حصصها و تبرمجها و تبثها بهدف اقتراح الأخبار و الإثراء الثقافي و الترفيه على مختلف فئات المستمعين و ذلك بحسب المهمة الثقافية و التربوية و الاجتماعية المسندة لها بموجب مهمتها كخدمة عمومية ".

و احتوى المرسوم رقم 86-146 المؤرخ في أول يوليو 1986 المتضمن إنشاء مؤسسة الإذاعة الوطنية ، في مادته (4) ما يلي:

"تتولى المؤسسة الخدمة العمومية للبث الإذاعي و تمارس احتكار بث البرامج الإذاعية في كامل التراب الوطني".

كما نصت المادة (2) من المرسوم التنفيذي رقم 91-103 المؤرخ في 20 أفريل 1991 " تخضع المؤسسة العامة للإذاعة المسموعة لالتزامات الاستمرارية و تكييف الخدمة العمومية ضمن الشروط والكيفيات المحددة في دفتر الشروط العامة ..."

تسهر الدولة على توفير الوسائل الضرورية و الشروط الملائمة للمؤسسة العمومية للإذاعة المسموعة لكي تقوم بالتنفيذ الداخلي للمهمة الموكلة إليها، و ذلك قد ضمان استمرارية الخدمة العمومية للبث الإذاعي السمعي ".

كما تنص المادة 03 من نفس المرسوم "يتعين على المؤسسة العمومية للإذاعة المسموعة أن تقوم بنفسها بالخدمة العمومية، و لا يعطي هذا الواجب إمكانية لجوئها تحت مسؤوليتها، إلى ممولين خارجيين جزائريين كانوا أو أجانب، على أن تحتفظ المؤسسة بالتحكم الكامل بمهمتها" (8) .

جاء كذلك في المادة 05 من المرسوم رقم 86-146 المؤرخ في الفاتح يوليو 1986 ما يلي:" تتمثل مهمة المؤسسة فيما يأتي:

-المساهمة في تربية المواطنين وتعبئتهم من أجل تحقيق الأهداف الوطنية والدفاع عن مصالح البلاد والثورة.

-المساهمة في رفع المستوى الثقافي والتكويني لدى المواطنين.

-المساهمة في التسلية و التنشيط الثقافي.

-المساهمة في نشر ذخائر الثقافة الوطنية والتعريف بالتراث الثقافي الوطني والفنون الشعبية "..

ومنه يظهر جليا أن كل ما سبق ذكره يدخل في سياق الخدمة العمومية لوسائل الإعلام التي تسعى لنشر الثقافة والتوعية بين المواطنين، الحفاظ على قيمهم ومقوماتهم الوطنية ورفع مستواهم التكويني.

أ-الخدمة العمومية في قانون الإعلام 1982:

بداية عندما نتحدث عن الخدمة العمومية في مختلف قوانين الإعلام فإن الإذاعة الجزائرية كمؤسسة عمومية بالضرورة مشمولة بذلك باعتبارها إحدى تلك الوسائل.

الإعلام العمومي عبارة عن مرفق عام وظيفته الأساسية هي الخدمة العمومية، كونه أولا موجه لكافة الناس دون استثناء ويستفيد منه الجميع بالتساوي، كما أنه يقدم خدمات مجانية بدون غرض ربحي وهي الصفات التي أقرها قانون 82-01 ،وسنحاول هنا استعراض عدد من هذه المواد وتحليلها لاستخراج المفهوم الذي كرسه المشرع الجزائري للخدمة العمومية من خلال هذا النص.

حيث جاء في المادة الأولى " الإعلام قطاع من قطاعات السيادة الوطنية"وهذا وحده كاف لتأكيد أنه قطاع لا يتحكم فيه أي شخص أو مؤسسة لغرض شخصي أو من أجل منفعة ذاتية،ف كل جزائري يتمتع بالجنسية له الحق في الاستفادة من خدمات الإعلام.

وجاء في الفقرة الثالثة من نفس المادة ا يلي:" ترجمة لمطامح الجماهير الشعبية،يعمل الإعلام على تعبئة كل القطاعات وتنظيمها لتحقيق الأهداف الوطنية ".

وهنا يتجلى أن هدف الإعلام هو خدمة مطامح الجماهير بل هذه المطامح هي السبب في وجوده، كما أن هدفه هو تحقيق الأهداف الوطنية أو ما يصطلح عليه قانونيا بالصالح العام.

وجاء في المادة الثامنة من نفس القانون :" تعتبر مؤسسات الإعلام الوطنية ذات طابع اجتماعي وثقافي"، أي أن الغرض من وجود هذه المؤسسات هو خدمة المواطنين وليس تحقيق الربح وهذا هو جوهر الخدمة العمومية التي تجعل وسائل الإعلام وسيلة لخدمة الصالح العام .

كما جاء في المادة 29 أول ذكر لمصطلح الخدمة العمومية بهذه الصيغة وهي المرة الوحيدة التي ذكر فيها هذا المصطلح في قانون

82-01، حيث جاء نص المادة في فصل معنون بـ: إنتاج وتوزيع الإعلام المكتوب والمصور :" تتولى الدولة احتكار الخدمة العمومية للإذاعة والتلفزة الوطنية ..."

حيث أكد المشرع على أن الدولة هي التي تسير قطاع السمعي البصري في الجزائر، وتحتكر الخدمة العمومية

في إطارها، لكن الملاحظ أنه قصر فهم معنى الخدمة العمومية وحصرها فقط في إطار الإذاعة و التلفزة الوطنية.

وفي نفس القانون أي 82-01 المتعلق بالإعلام جاءت المادة 122 لتؤكد:" لا يشكل النقد البناء الرامي إلى تحسين و تنظيم المصالح العمومية وسيرها جريمة من جرائم القذف"، وهذا يعني أن المشرع فتح الباب أمام الصحفيين للإسهام في تحسين مستوى الخدمة العمومية من أجل ترقية قطاع الإعلام (9).

والملاحظ من خلال الحديث عن الخدمة العمومية في قانون 82-01 تصريحا وتلميحا أن المشرع الجزائري لم يتحدث عنها مباشرة سوى في موضع واحد كما سبق ذكره ، ومرد ذلك لكون الإعلام آنذاك كان كله في يد السلطة يعني أنه إعلاما عموميا وبالتالي هدفه الأساس هو الخدمة العمومية.

ب-الخدمة العمومية في قانون الإعلام 1990:

جاء في المادة 05:" تشارك عناوين الإعلام وأجهزته السابق ذكرها في ازدهار الثقافة الوطنية وفي توفير ما يحتاج إليه المواطنون في

مجال الإعلام والاطلاع على التطور التكنولوجي والثقافة والترفيه في إطار القيم الوطنية وترقية الحوار بين ثقافات العالم..."، وهي دعوة من السلطة لكافة وسائل الإعلام العمومية والخاصة التي تملكها الدولة أو الجمعيات والأحزاب والأشخاص من أجل المشاركة في خدمة حق المواطن في الإعلام من خلال توفير كل ما يحتاج إليه وهذا جوهر الخدمة العمومية.

كما جاء في المادة 13:" تتولى أجهزة الإذاعة الصوتية المسموعة التابعة للقطاع العام في قناتها المتخصصة في بث الثقافات الشعبية، التكفل باستعمال كل اللهجات الشعبية للتبليغ وترسيخ الوحدة الوطنية والقيم العربية الإسلامية في المجتمع الجزائري"،وهذا بالتأكيد من مهام الخدمة العمومية التي تقوم على أساس المساواة بين كل المواطنين والسعي لخدمة الثقافات والقيم الوطنية للمجتمع،بلا تمييز ولا إهمال أي خصوصية من خصوصيات المجتمع، وهنا ركز المشرع الجزائري على الثقافة واللهجات الشعبية و القيم العربية الإسلامية ، وهو نص صريح التأكيد ضمن هذا القانون على مبدآ الخدمة العمومية في البث الإذاعي .

من جهة أخرى أكدت على ضرورة استشارة ذوي الاختصاص عند نشر دورية متخصصة موجهة للأطفال:" يجب على مدير النشرية المخصصة للأطفال أن يستعين بهيئة تربوية استشارية من ذوي الاختصاص"، بمعنى أن المشرع لم يهمل خصوصيات مختلف فئات المجتمع وهو أيضا من ركائز الخدمة العمومية.

في الباب السادس المتعلق بالمجلس الأعلى للإعلام جاءت ثلاث فقرات في المادة 59 التي تحدد مهام المجلس الأعلى للإعلام ،حيث نجد عبارة" يسهر على إتقان التبليغ والدفاع عن الثقافة الوطنية بمختلف أشكالها ويروجها لاسيما في مجال الإنتاج ونشر المؤلفات الوطنية"، وهذا كما سبق ذكره جوهر الخدمة العمومية.

كما جاء ذكر مصطلح الخدمة العمومية واضحا في فقرة أخرى من نفس المادة في السياق الخاص بتحديد قواعد الإعانات حيث تشير الفقرة إلى مهمة من مهام المجلس الأعلى للإعلام وهي " *يحدد قواعد الإعانات المحتملة، والمساعدات التي تمنحها الدولة للأجهزة الإعلامية التي تخولها صلاحيات الخدمة العمومية"، بمعنى أن الدولة تساهم بدعم مالي لفائدة النشريات من أجل ضمان الخدمة العمومية في وسائل الإعلام، حيث يمكن للإعلام الخاص أن يحيد عن وظيفته كونه يبحث أساسا عن الربح وهذه الفقرة تبين حرص الدولة على ضمان الخدمة العمومية ولو بتقديم مساعدات للصحف و النشريات التي يملكها الخواص.

كما جاء في فقرة ثالثة من المادة 59 كذلك التي تحدد مهام المجلس الأعلى للإعلام ما يلي:" يجمع كل المعلومات الضرورية من الإدارات والأجهزة المكلفة بالخدمة العمومية في الإعلام، أو من جهاز إعلامي أو مؤسسة صحفية لتأكيد التزامات كل منها..." (10) ، وهو ما يؤكد حرص المشرع على مبدأ لخدمة العمومية، حيث جعل من مهام المجلس الأعلى للإعلام مراقبة وجمع المعلومات عن مدى التزام الصحف بهذا المبدأ .

ج-الخدمة العمومية في القانون العضوي للإعلام 2012:

جاء في المادة 02 من هذا القانون عبارة " يمارس نشاط الإعلام بحرية في إطار أحكام هذا القانون العضوي، و التشريع التنظيمي المعمول بهما، و في ظل احترام.. و ذكر مجموعة مبادئ منها:- مهام والتزامات الخدمة العمومية"، وهنا يبرز جليا أن مبدأ الخدمة العمومية من مهام ومبادئ ممارسة الإعلام في الجزائر.

كما جاء في المادة 5 :" تساهم أنشطة الإعلام على الخصوص فيما يأتي ...الاستجابة لحاجات المواطن في مجال الإعلام والثقافة والتربية والترفيه والمعارف العلمية والتقنية"، وهذا كما سبق الذكر جوهر الخدمة العمومية.

في المادة 10 شدد المشرع على كل نشرية دورية للإعلام العام جهوية أو محلية أن:" تخصص نسبة 50 بالمائة على الأقل من مساحتها التحريرية لمضامين تتعلق بالمنطقة التي تغطيها"،أي أن يكون جوهر كل نشرية هو خدمة المواطن من خلال الإعلام وهو كذلك من مبادئ الخدمة العمومية أي عدم الاقتصار فقط على المحتوى الإشهاري والترويجي الذي هدفه الربح.

وجاء أيضا في المادتين 68 و70 حديث عن الصالح العام الذي هو ضروري في مضمون المنتج الإلكتروني من صحافة مكتوبة أو
سمعي بصري، حيث تنص المادة 68 على: " يتمثل نشاط الصحافة المكتوبة عبر الأنترنت في إنتاج مضمون أصلي موجه للصالح العام..."

كما جاءت المادة 70 بنفس الصيغة تقريبا:" يتمثل النشاط السمعي البصري عبر الأنترنت في إنتاج مضمون أصلي موجه للصالح العام.."

كذلك في المادة 59:"النشاط السمعي البصري مهمة ذات خدمة عمومية"،"تحدد كيفيات الخدمة العمومية عن طريق التنظيم.." (11)

و هو نص صريح ومباشر على مبدأ الخدمة العمومية في السمعي البصري والذي من ضمنه البث الإذاعي.

د- الخدمة العمومية في قانون النشاط السمعي البصري 2014:

و ردت الإشارة إلى مبدأ الخدمة العمومية في عدة مواضع من هذا النص ونذكر منها مثلا:

ما ورد في "الفصل الثاني" تحت مسمى" تعاريف " المادة 07 الخدمة العمومية للسمعي البصري : هي نشاط للاتصال السمعي البصري ذات المنفعة العامة التي يضمنها كل شخص معنوي يستغل خدمة للاتصال السمعي البصري في ظل احترام مبادئ المساواة و الموضوعية و الاستمرارية والتكيف"، وهو تعريف واضح وصريح لمدلول الخدمة العمومية ومقصودها في نص هذا القانون في وسائل الإعلام السمعية البصرية والتي منها الإذاعة.

ورد كذلك في" الباب الثاني":بعنوان "خدمات الاتصال السمعي البصري "، الفصل الأول: خدمات الاتصال السمعي البصري التابعة للقطاع العمومي:

المادة 08: يتشكل القطاع العمومي للسمعي البصري من الهيئات والمؤسسات الأخرى التي تمتلك فيها الدولة كافة الأسهم وتضطلع في إطار المنفعة العامة بمهام الخدمة العمومية"، وهو كذلك تنصيص صريح ضمن تعريفه للقطاع السمعي البصري على أنه يشمل كل المؤسسات التي تقوم بمهام الخدمة العمومية وطبعا في القلب منها الإذاعة المسموعة.

كذلك ورد في المادة 10: "يجب على الأشخاص المعنويين الذين يستغلون خدمات الاتصال السمعي البصري التابعة للقطاع العمومي في إطار مهامهم للخدمة العمومية إعداد برامج موجهة للمجتمع بجميع مكوناته للمساهمة في تلبية حاجاته في مجال الإعلام والتربية والثقافة والترفيه"، وهو كذلك تأكيد صريح على الأشخاص المعويين المستغلين لخدمات السمعي البصري على الاضطلاع بمهمة الخدمة العمومية فيما يقدمونه من مضامين ومنها مضامين الإذاعة المسموعة.

ورد كذلك في المادة 5 "يجب على الأشخاص المعنويين الذين يستغلون خدمات البث الإذاعي التابعة للقطاع العمومي ضمان مهام الخدمة العمومية من طرف القنوات الإذاعية المنشأة عن طريق التنظيم"

و هو أهم نص جاء صريحا يؤكد على ضرورة اضطلاع القنوات الإذاعية المستغلة لخدمات البث الإذاعي بمهمة ضمان الخدمة العمومية.

ورد كذلك في المادة 48"يتضمن دفتر الشروط العامة لاسيما الالتزامات التي تسمح بـ:- إنتاج وبث بيانات ذات المنفعة العامة"(12).

وهو كذلك تنصيص على الخدمة العمومية في السمعي البصري ومنه الإذاعة والتي من مدلولاتها ومرادفاتها كلمة المنفعة العامة.

الفرع الثالث :مفهوم الإعلام المحلي والإذاعات و المحلية:

بما أننا سنخصص الجانب الميداني من الدراسة لإحدى القنوات المحلية للإذاعة الجزائية حري بنا أن نقف بداية على بعض المفاهيم المرتبطة بالإعلام المحلي والإذاعة المحلية.

مفهوم الإعلام المحلي: يرتبط الإعلام المحلي بالبيئة المحلية شكلا ومضمونا من حيث الإرسال أو التوزيع أو الاستقبال و البرامج والنتائج، ذلك أنه يبث و يستقبل ضمن نطاق البيئة المحلية كما أن مضمونه و النتائج المترتبة عليه تتعلق بالمجتمع المحلي.

و الإعلام المحلي هو:" كل وسيلة من وسائل الاتصال الجماهيرية التي تبث برامجها على المستوى المحلي للمجتمع فهي بذلك تهتم بمعالجة القضايا الاجتماعية والاقتصادية وغيرها "ومن أبرز هذه الوسائل الإذاعات المحلية (13).

وتصنف المحطات الإذاعية بحسب المعيار الجغرافي أو وفقا لقوة إرسالها إلى أربعة أنواع أساسية:

-الإذاعات المحلية. -الإذاعات الإقليمية أو الجهوية .

-الإذاعات الوطنية أو المركزية. -الإذاعات الدولية .

وما يهمنا هنا هو نوعين أساسيين هما: المحلية ، و الإقليمية أو الجهوية.

1.الإذاعة المحلية: يأخذ مفهوم المحلية فيها بعدا جغرافيا أو إداريا و يأتي البعد الثقافي بدرجة ثانية في تحديد ما هو محلي و يتم تجسيده عبر البرامج والمضامين الإعلامية.

عرفها سعد لبيب على أنها "تلك الوسيلة التي تقوم بخدمة مجتمع محدود ومتناسق من الناحية الجغرافية و الاجتماعية و الثقافية على أن لا تحده حدود جغرافية حتى تشمله رقعة الإرسال المحلي" .

بمعنى أن الإذاعة المحلية لا شأن لها بالتقسيمات الإدارية و التخطيطية التي قد تصطلح عليها الحكومة في فترة زمنية معينة، و هي تتجه لتقوية الروابط بين أعضاء المجتمع المحلي المتجانس الذي تخدمه و تقوم بربط

علاقات وثيقة بين أفراده و توحد اهتماماتهم المشتركة ، و بذلك فإن أهداف الإذاعة المحلية ليست واحدة و إنما تخضع للمفهوم الذي يعطيه النظام السياسي للإعلام المحلي(14).

2.الإذاعة الإقليمية أو الجهوية: وهنا نشير إلى أن هناك خلط كبير بين الإذاعة المحلية والإقليمية عند الكثير، فعلى حد رأي عبد المجيد شكري فقد أدى هذا إلى الخطأ في اسم بعض الإذاعات،بحيث يعرفها في كتابه " الإذاعة المحلية لغة العصر "بأنها" إذاعة تخاطب مجتمعات تعيش داخل إقليم محدد طبقا للتقسيم الإداري للدولة، فقد يفصل بين هذه الأقاليم حاجزا أو أكثر مثل حواجز اللغة و الدين ، وحواجز جغرافية مما يجعل كل إقليم مستقل بحد ذاته"

والإذاعة الإقليمية تبث برامجها من عاصمة الإقليم،وتقدم برامج وخدمات تهم أبناء الإقليم بأسره،وفي نفس الوقت نجد بالضرورة في كل إقليم مجتمعات محلية متناسقة، ويمكن أن تنشأ بينها إذاعات محلية صغيرة.(15)

الفرع الرابع : مبدأ الخدمة العمومية في إذاعة النعامة الجهوية

بداية ينبغي الإشارة إلى أشغال اليوم الدراسي الذي عقد بالجزائر العاصمة حول موضوع "الخدمة العمومية في وسائل الإعلام" بتاريخ 2012/09/03 والذي نظمته الإذاعة الجزائرية بالتعاون مع هيئة الإذاعة البريطانية(bbc)،حيث استعرض ممثلون عن وسائل إعلامية أجنبية من ألمانيا و بريطانيا و إسبانيا و فرنسا و تونس في مداخلاتهم تجارب بلدانهم في الحقل الإعلامي مشددين على ضرورة "الفصل بين الخدمة العمومية و الخدمة الحكومية"، وأجمع ممثلو هذه الإذاعات على أن الخدمة العمومية يجب أن تستجيب لتطلعات المواطنين من مستمعين و مشاهدين، وأردف المتدخلون أن الخدمة العمومية تقتضي "احترام" المستمع و المشاهد وكذا أخلاقيات المهنة إضافة إلى تقديم "مادة إعلامية متوازنة و محايدة تحترم الخصوصية و الموضوعية مع عدم التركيز على طرف دون الآخر".

و يأتي هذا اليوم الدراسي ضمن البرنامج التكويني المسطر من طرف الإذاعة الجزائرية لفائدة إطاراتها بالتعاون مع البي بي سي و الذي يرمي إلى "تحضير الإذاعة الجزائرية للمنافسة في ظل الحراك الذي تشهده الساحة الإعلامية السائرة نحو الانفتاح"على القطاع الخاص في مجال السمعي البصري، وقد عرف اليوم الدراسي الذي شارك فيه إعلاميون و إطارات من الإذاعة الجزائرية بمختلف قنواتها الوطنية و الجهوية نقاشات مستفيضة أثرت الموضوع و أضاءت عدة جوانب منه.

وهو دليل على مدى اهتمام القائمين على المؤسسة بموضوع الخدمة العمومية والذي ظل محورا للنقاش في العديد من الملتقيات والندوات الوطنية و الجهوية التي نظمها المؤسسة لقائدة إطاراتها في سبيل تكوينهم و رسكلتهم وتوسيع النقاش معهم حول موضوع تكريس مبدأ الخدمة العمومية في الإذاعة الجزائرية بمختلف قنواتها.

01- نبذة تعريفية عن إذاعة النعامة الجهوية:

تقع إذاعة النعامة الجهوية بساحة أول نوفمبر بوسط عاصمة الولاية النعامة، تتربع على مساحة إجمالية تقدر بـ: 118.400م2 ، تم إنشاؤها بموجب قرار يحمل رقم :0519 الصادر بتاريخ 1998/05/13، انطلق أول بث تجريبي لها بتاريخ 1999/05/25 تحت إشراف المندوبية الجهوية للجنوب الغربي و قد حدد الحجم الساعي للبث في البداية بأربع ساعات من التاسعة صباحا إلى الواحدة زوالا بطاقم إذاعي يتكون من 10 موظفين و بإمكانيات تقنية محدودة و بسيطة، وبتاريخ 2002/01/16 دشنت الإذاعة بصفة رسمية من طرف رئيس الحكومة في ذلك العهد، و ارتفع عدد عمالها إلى 17 موظفا و في بداية 2003 دعمت المحطة بجهاز إرسال جديد بقوة 10 كيلواط و مجال تغطية يقدر بحوالي 250 كلم على الموجتين الارتداديتين 90.9 ميغاهيرتز شمالا و 104 ميغاهيرتز جنوبا .

و بتاريخ 2004/12/22 تم تزويد الإذاعة بأجهزة رقمية من نوع ONATR2000112 تسهيلا لعمل الطاقم الإعلامي للمحطة قصد تقديم مادة إعلامية ذات جودة عالية ، و ابتداء من 2005/01/01 انطلق العمل بهذه التجهيزات الرقمية الحديثة، و في هذه المرحلة تم توسيع الحجم الساعي للبث إلى 12 ساعة وبلغ إجمالي عدد موظفيها إلى 27 موظف و 20 آخرين بالقطعة، و مع التطورات و استقطاب الإذاعة لأعداد كبيرة من المستمعين بفضل برامجها الجوارية المتنوعة تقرر في 2007/01/16 تمديد البث الإذاعي للمحطة إلى17 ساعة يوميا و ذلك من الساعة السابعة صباحا إلى غاية منتصف الليل .

و في شهر جويلية من نفس السنة 2007 حقق الطاقم الإذاعي للمحطة التحدي بالبث على مدار 24/24 ساعة .

تبث المحطة على موجات FMموزعة على تسع مناطق عبر إقليم الولاية ، و كذلك على الساتل NSS7 باستقطاب أفقي تردد MH12735 ترميز 16638 ، و للمحطة موقع على شبكة الانترنيت : www.radionaamafm.com ،بلغ عدد موظفي المحطة مع مطلع العام 2012 إلى 42 موظف و ست(6) متعاونين بنظام القطعة.

02- الخدمة العمومية في إذاعة النعامة الجهوية

تبرز الخدمة العمومية في إذاعة النعامة الجهوية من خلال ما تقدمه من مادة إعلامية سواء تعلق الأمر بالمواعيد الإخبارية أو الفترات التنشيطية أو البرامج المختلفة، و من خلال الاطلاع وتحليل مضامين جداول الشبكة البرامجية سواء الموسمية أو الخاصة بشهر رمضان أو تلك الخاصة بالفترة الصيفية، يمكن أن نلمس جليا تحقيق مبدأ الخدمة العمومية في مضامين ماتبثه المحطة، وعموما يمكن تقسيم المحاور الكبرى للبث كالتالي:

أ- **المحور الإعلامي:** يشمل الأخبار اليومية و الحصص الإخبارية.

ب- **المحور الاجتماعي و الديني:** مجموعة الحصص ذات الطابع الاجتماعي و الإرشادي.

ج- **المحور الثقافي: التربوي و التاريخي:**الحصص الثقافية والتربوية و التاريخية.

د- **المحور الرياضي:** الأخبار الرياضية ، التحاليل و التعاليق الرياضية.

هـ- **محور الترفيه و المنوعات:** فترات تنشيطية ، منافسات، منوعات غنائية.

وللوقوف ميدانيا على مدى تكريس مبدأ الخدمة العمومية بإذاعة النعامة الجهوية اخترنا المقابلة كأداة للبحث قصد التعرف على حيثيات الموضوع وجوانبه المختلفة وقد ركزنا أسئلة خمسة (5) رأينا أنها تفي بالغرض وهي كالآتي:

1.ماذا تعني لكم الخدمة العمومية في الإذاعة الجزائرية وفي محطة النعامة الجهوية بالخصوص ؟

2.كيف تسعون إلى تكريس مبدأ الخدمة العمومية في إذاعة النعامة الجهوية ؟

3.ماهي أبرز البرامج والفقرات الإذاعية التي تعكس تكريس مبدأ الخدمة العمومية في إذاعة النعامة الجهوية ؟

4.ما مدى تفاعل الجمهور مع مبدأ الخدمة العمومية بإذاعة النعامة الجهوية؟

5.كيف تنظرون إلى مستقبل وتطور مبدأ الخدمة العمومية بإذاعة النعامة الجهوية ؟

المقابلة المذكورة شملت كل من:

– السيدة مرابط فريدة المكلفة بقسم الإنتاج والبرمجة باعتبار هذا القسم هو الذي توكل إليه مهمة تقديم المقترحات البرامجية والإنتاج الإذاعي الذي يشكل المادة الموجهة للبث على مستوى المحطة و كانت بتاريخ 2017/11/25. (16)

–الأستاذ محي الدين عبد الرحيم مدير المحطة باعتباره المسؤول الأول والمباشر على تنفيذ الخط الافتتاحي والسياسة الإعلامية للمحطة و كانت بتاريخ 2017/11/30. (17)

وعموما يمكن تلخيص محتوى المقابلتين قيما يلي:

ج1: بداية موضوع الخدمة العمومية لم يتفق حول مفهومه إلى اليوم القائمين على السياسات الإعلامية للإذاعة بشكل دقيق و محدد، و قد كان محل نقاش منذ ما يزيد عن الأربع سنوات من خلال ندوات و ورشات عمل متخصصة شارك فيها خبراء وإعلاميون بالإضافة إلى مدراء مختلف قنوات الإذاعة الجزائرية ؛وقد تناولت هذه الندوات بشكل مستفيض محاور عدة تدور حول إشكالية رئيسية هي:كيف يمكن للإذاعة الجزائرية أن تكون عامة (موجهة لجميع فئات المجتمع) وفي نفس الوقت عمومية(ملك للدولة) ؟

وبحثت هذه الورشات سبل تطوير مبدأ الخدمة العمومية في المؤسسة حسب وضعية المؤسسة ونطاق تواجدها الجغرافي ومراعاة طبيعة النظام السياسي للبلد ،وقد تمت الاستعانة بتجربة مؤسسةBBC البريطانية كنموذج رائد في هذا الميدان مع مراعاة الفوارق المختلفة المتدخلة في الميدان حسب خصوصية كل مؤسسة وبلد وجغرافية السكانية ،وتم الإنفاق على ضرورة تكريس التوصيات المتوصل إليها في محتوى ومضامين الشبكات البرامجية لمختلف قنوات الإذاعة الجزائرية من خلا توسيع الفضاء الخدماتي في هذه الشبكات.

أما بالنسبة للمفهوم في رأيي فهو بكل بساطة"أي نشاط تقدمه الإذاعة يهدف إلى خدمة المواطن دون تلقي مقابل مادي".

العمومية كذلك تبرز من مصدر تمويل المؤسسة الذي هو الخزينة العمومية وبالتالي أموال الشعب التي تخدمه هو بالدرجة الأولى.

ج2: تكريس مبدأ الخدمة العمومية يتجلى من النظرة الأولى للشبكة البرامجية التي تعكس هذا المنظور بكل وضوح من خلال الشبكات البرامجية السنوية الثلاث (العادية ،الصيفية ، والرمضانية) والتي تتضمن برامج وفقرات متنوعة تراعي رغبات المواطن المحلي ومتطلبات الفترات الزمنية التي تغطيها ، وأكثر ما يتجلى ذلك في

الفترات التنشيطية الخدماتية(خدمات الصباح: مثال مناوبة الصيدليات هي خدمة عمومية بحته)،والأمثلة كثيرة :مثال الإعلان عن حملات التلقيح هدفها الصحة العمومية وهي بالتالي خدمة عمومية،مثلا في لقاء إعلامي مع مدير الصحة هدف الإذاعة هو الوقوف على ما تقدمه الهياكل الصحية من خدمات للمواطن وليست هذه الهياكل في حد ذاتها،وذلك من منطلق مبدأ الخدمة العمومية.

– يكرس مبدأ الخدمة العمومية كذلك من خلال الحملات الموسمية والاستثنائية ذات الطابع التوعوي (التلقيح ضد الأمراض ،مخاطر الغاز ، حوادث المرور،حملات التضامن...) ، كذلك الومضات الموجهة (ترشيد الكهرباء ،عدم تبذير الماء...).

الخدمات والإعلانات المجانية غير المحددة بمواعيد (إعلانات الزمر الدموية، أبحاث في فائدة العائلة، إعلان عن ضياع ،مواعيد الجنائز وإعلانات الوفاة والتعازي...)

– كذلك الندوات و البلاطوهات الخاصة في المناسبات المختلفة.

– التركيز على المباشر وفتح الخطوط الهاتفية أمام المواطن المحلي .

– فتح المجال أمام الشركاء العموميين و الخواص لتقديم الخدمات المختلفة التي يحتاجها المواطن المحلي .

ج3:أبرز ما يكرس مبدأ الخدمة العمومية هي البرامج المختلفة المشكلة لمحاور البث (المحور الإعلامي، المحور الاجتماعي، الديني، الترفيهي،الرياضي....) وعموما تشكل البرامج ذات الطابع الخدماتي والتي تحقق مبدأ الخدمة العمومية مانسبته46 بالمئة من مجموع الشبكة البرامجية للمحطة، و يمكن تلخيص المحاور العامة للبث و التي تقدم أساسا خدمة عمومية كالتالي:

1.المحور الإعلامي : البرامج ذات الطابع الإخباري (من البلديات ، ملفات التنمية ، المستهلك، منبر الآراء ...)

2.المحور الإجتماعي و الديني : البرامج الإجتماعية منها (عين على المجتمع ، لحظة صفاء ، شباب45 ، طبيب العائلة ، نبض القلوب...) و الدينية منها (تنوير السائلين، الإعجاز العلمي في القرآن و السنة ، أحاديث الصباح....)

3. المحور الثقافي ،التربوي و التاريخي:الحصص الثقافية(نادي الإبداع، مواهب..) والتربوية(شؤون تربوية..)و التاريخية(من ذاكرة الثورة..).

4.المحور الرياضي: الأخبار الرياضية ، التحاليل و التعاليق الرياضية(من الملاعب ، الحقيبة الرياضية ، نتائج و تعاليق رياضية ...).

5.**محور الترفيه و المنوعات:** فترات تنشيطية، منافسات، منوعات غنائية(س ج ، آش تقول ، حلو ومالح ، أرقام و أنغام ،ألو ألغاز..)

ج4: تفاعل الجمهور مع الخدمة العمومية بإذاعة النعامة الجهوية تعكسه المشاركة القوية في مختلف البرامج التفاعلية و التجاوب الملحوظ من خلال الملاحظات و التقييم و سبر الآراء و الاهتمام بما تقدمه الإذاعة، و يبرز تفاعل الجمهور مع الإذاعة من خلال التواصل والمشاركة في البرامج المباشرة والتفاعلية ومن مؤشرات ذلك:

– تسجيل مابين 30إلى 35 مكالمة هاتفية في هذه البرامج.

–بعض البرامج ذات الطابع التنافسي والتثقيفي يصل عدد المتصلين إلى 60 متصل في البرنامج الواحد ولمدة 52 دقيقة.

– معدل الاستماع للإذاعة عن طريق الانترنت وصل خلال شهر أكتوبر 2017 مثلا إلى أزيد من 7500 مستمع، بينما تجاوز خلال نفس الشهر من العام 2013 حوالي 29200 .

ج5: بالنسبة لمستقبل الخدمة العمومية أرى أنها أصل وأساس استمرار وتطور المحطات الجهوية، ونجاحها مرتبط بمدى تكريس مبدأ الخدمة العمومية،وهذا من خلال تحقيق مفهوم الجوارية ببعديها الجغرافي (اهتمامات المواطن في محيطه الجغرافي المحلي) والعاطفي (ارتباطه العاطفي بقيمه الحضارية والروحية)، وبالنسبة لمستقبل الخدمة العمومية بإذاعة النعامة الجهوية يضمنه الحفاظ على المكتسبات المحققة و تطوير تصورات فريق العمل الإذاعي للخدمة العمومية و غرس روح العمل الجماعي و التنسيق بين مختلف أقسام المحطة.

استنتاجات الدراسة: أهم النتائج المتوصل إليها من خلال الدراسة:

بالنسبة للجانب التشريعي: أكدت مختلف التشريعات المتعلقة بالقطاع السمعي بالجزائر على ضرورة تطبيق مبدأ الخدمة العمومية في الإذاعة الجزائرية على غرار و سائل الإعلام الأخرى و هو ما يتجلى من خلال ما تم التأكيد عليه ضمن دفتر شروط المهام منوطة بمؤسسة الإذاعة و التي تصب أساسا في إطار أداء الخدمة العمومية، وكذلك مختلف المراسيم التي تنظم سير مصالح مؤسسة الإذاعة الجزائرية، كما تجلى ذلك أيضا في مختلف القوانين التي جاءت لتنظم قطاع الإعلام سواء تلميحا أو تصريحا بداية قانون 82 و قانون 90 والقانون العضوي 2012 وانتهاء بقانون النشاط السمعي البصري 2014 .

بالنسبة للجانب المضاميني:

-تكريس مبدأ الخدمة العمومية يتجلى من خلال مختلف الشبكات البرامجية، وأكثر ما يتجلى في الفترات التنشيطية الخدماتية (خدمات الصباح:مثال مناوبة الصيدليات)، مثال: الإعلان عن حملات التلقيح هدفها الصحة العمومية و هي بالتالي خدمة عمومية.

-يكرس مبدأ الخدمة العمومية كذلك من خلال الحملات الموسمية والاستثنائية ذات الطابع التوعوي (التلقيح ضد الأمراض ،مخاطر الغاز ، حوادث المرور،حملات التضامن ....)، كذلك الومضات الموجهة (ترشيد الكهرباء ،عدم تبذير الماء...) .

-كذلك الندوات و البلاطوهات الخاصة في المناسبات المختلفة، والتركيز على المباشر وفتح الخطوط الهاتفية أمام المواطن المحلي .

- فتح المجال أمام الشركاء العموميين و الخواص لتقديم الخدمات المختلفة التي يحتاجها المواطن المحلي .

-تشكل البرامج ذات الطابع الخدماتي والتي تحقق مبدأ الخدمة العمومية مانسبته 46 بالمئة من مجموع الشبكة البرامجية للمحطة.

-يبرز تفاعل الجمهور مع الخدمة العمومية بالإذاعة من خلال التواصل والمشاركة في البرامج المباشرة والتفاعلية، ومن مؤشرات ذلك تسجيل مابين 30إلى 35 مكالمة هاتفية في هذه البرامج، و بعض البرامج ذات الطابع التنافسي والتثقيفي يصل عدد المتصلين إلى 60 متصل في البرنامج الواحد .

- معدل الاستماع للإذاعة عن طريق الانترنت وصل خلال شهر أكتوبر 2017 مثلا إلى أزيد من 7500 مستمع، بينما تجاوز خلال نفس الشهر من العام 2013 حوالي 29200 .

- الخدمة العمومية هي أصل وأساس استمرار وتطور المحطات الجهوية، ونجاحها مرتبط بمدى تكريس مبدأ الخدمة العمومية، ويضمن ذلك الحفاظ على المكتسبات المحققة و تطوير تصورات ونظرة فريق العمل الإذاعي لمبدأ لخدمة العمومية.

خاتمة

باعتبار الإذاعة الجزائرية مرفقا عموميا وفقا للتشريع المنظم لها و طبقا لدفتر الشروط ، فهي تضطلع بواجب أداء الخدمة العمومية من إعلام وتثقيف و ترفيه ،وفق المبادئ التي تحكم سير المرفق العمومي، و الإذاعات الجهوية كإحدى قنوات هذه المؤسسة و جزء لا يتجزأ من هيكلها التنظيمي العام تضطلع بدورها بنفس المهمة في أداء واجب الخدمة العمومية للمجتمع المحلي ضمن الإطار الجغرافي الذي تمتد فيه .

و من خلال استعراضنا ألهم البرامج المنبثقة عن الشبكة البرامجية لإحدى قنوات الإذاعة الجزائرية (إذاعة النعامة الجهوية)، فإن الإذاعات الجهوية في الجزائر تقوم أساسا على مبدأ تقديم الخدمة العمومية من منظور

أن مهام الخدمة العمومية في الإعلام المرئي و المسموع تخضع لطبيعة البرامج و الخدمات التي تقدمها القنوات العمومية، لتستجيب من خلالها لحاجيات الجمهور الواسع بدون أن تكون لها أهداف الربح، وذلك من منطلق أنها مرفق عمومي بالدرجة الأولى، وانطلاقا من هذا المفهوم و وفقا لما تسعى الإذاعة الجزائرية إلى تكريسه من خلال ما تبثه من برامج وفقرات مختلفة ومتنوعة فان مبدأ الخدمة العمومية جزء أصيل ومن صميم مهام هذه المؤسسة.

الهوامش :

(1)- بيير ألبير، أندري جان تود سك، ترجمة محمد قدوش، تاريخ الإذاعة و التلفزة ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ،1984 .

(2)- رياض عيسى، نظرية المرفق العام في القانون المقارن، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، 1984، ص 12.

(3)-حماد محمد شطا، تطور وظيفة الدولة نظرية المرافق العامة،الكتاب الأول (الجزائر)، ديوان المطبوعات الجامعية،ص87.

(4)- عبد الحميد شكري ،الإذاعات المحلية لغة العصر، دار الفكر العربي، القاهرة ، مصر،1987، ص 58.

(5)- ناصر لباد، الوجيز في القانون الإداري، الطبعة الأولى، سطيف ، الجزائر،2006،ص 178.

(6)- ناصر لباد، الوجيز في القانون الإداري، مرجع سابق، ص186.

(7)- عبد الحميد الهرقام ،الإذاعة والتلفزيون مرفقا عموميا في الوطن العربي ، مجلة إتحاد الإذاعات العربية ، العدد3، 2004 ،ص08.

(8)- مرسوم 91-103، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية،عدد19،السنة 28،التاريخ 24 أفريل91 .

(9)- قانون الإعلام 28-01، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية،عدد6،السنة 19،التاريخ 09 فبراير82.

(10)- قانون الإعلام 90-07، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية،عدد14،السنة 27،التاريخ 04 أفريل 1990.

(11)- قانون عضوي للإعلام 12-05، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية،عدد، السنة 49،التاريخ 15 جانفي 2012 .

(12)- قانون النشاط السمعي البصري 14-04،الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية،عدد16،السنة 51،التاريخ 23 مارس 2014 .

(13)- رشيد فريح، الإذاعة الجزائرية بين الخدمة العمومية والتوجه التجاري، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر،20099 ، ص9 .

(14)- رشيد فريح ،الإذاعة الجزائرية بين الخدمة العمومية والتوجه التجاري، مرجع سابق، ص29 .

(15)- رشيد فريح ، الإذاعة الجزائرية بين الخدمة العمومية والتوجه التجاري، مرجع سابق،ص 30.

(16) - مقابلة مع السيدة فريدة مرابط،المكلفة بقسم الإنتاج والبرمجة بإذاعة النعامة الجهوية، بتاريخ 2017/11/25.

(17)- مقابلة مع الأستاذ محي الدين عبد الرحيم، مدير إذاعة النعامة الجهوية، بتاريخ 2017/11/30.

قراءة في جديد تعريف الصفقة العمومية و تفويض المرفق العام على ضوء المرسوم الرئاسي الجديد 15-247:

عماري العربي / طالب دكتوراه سنة رابعة
جامعة طاهري محمد / بشار – كلية الحقوق والعلوم السياسية (قسم : الحقوق)
الهاتف: 0658.85.49.26 – البريد الالكتروني: larbiesgn@gmail.com

الملخص:

يشكل قطاع الصفقات أداة محورية في رسم التطلعات الاستراتيجية التي تساهم في تحقيق أهداف السياسة العامة للدولة. لهذا يبقى التكيف الدائم مع المحيط الاقتصادي و القانوني من الضروريات.

يعتبر المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام آخر الاصلاحات التي يسعى من خلالها الناظم مسايرة البنيان الاقتصادي و الاجتماعي.

إن مفهوم الصفقة العمومية من منظور التشريعات السابقة و مقارنته بما تضمنه قانون الصفقات العمومية الجديد يفيد باستنساخ نفس المعايير مع بعض التغييرات و التعديلات.

الكلمات المفتاحية: الصفقات العمومية، تفويضات المرفق العام، المرسوم الرئاسي 15-247.

Abstract :

Aujourd'hui, les marchés publics sont de plus en plus utilisés dans la perspective stratégique, visant à poursuivre des divers objectifs de politiques publiques.En effet une adaptation constante à l'évolution de l'environnement économique et juridique s'impose.

La reforme la plus récente vienne avec le décret présidentiel 15-247 tente de parfaire cette transformation profonde de la structure économique et sociale.

L'étude analytique de la notion « marché public » prévue dans l'ancienne règlementation des marchés publics d'une part, et sa comparaison en quelques aspects avec le nouveau code d'autre part, a montré qu'ils partagent les mêmes critères, avec quelques modifications et amendement.

Mots clés : Marchés publics – délégation de service publics – décret présidentiel 15-247.

مقدمة :

مما لا شك فيه أن الصفقات العمومية تشكل أحد أهم الوسائل لأجل إشباع الحاجيات العمومية بالدرجة الأولى من قبل الإدارة ومختلف المصالح العمومية في الدولة، والتي نص تنظيم الصفقات العمومية على خضوعها لأحكامه، وذلك في مختلف النصوص القانونية التي تدرجت زمنيا، مع الاختلاف بينها في إدراج المؤسسات العمومية المعنية بخضوعها لأحكام تنظيم الصفقات العمومية.

فقد عرفت الجزائر صرحا تنظيميا للصفقات العمومية منذ 1967 اول قانون منظم للصفقة العمومية تلته جملة من النصوص القانونية لم يعرف فيها المشرع استقرارا من خلال مرسوم 1982 ثم المرسوم 1991 في ظل الإصلاحات التي عرفتها الجزائر، فالمرسوم 02-250 عرف تعديلين في سنة 2003 و 2008 ثم تلاه المرسوم 10-236 الذي هو الآخر لحقه ثلاث تعديلات 2011، 2012 و 2013 لكن سرعان ما استبدل بالمرسوم الرئاسي الأخير 15-247.

وقد تضمن المرسوم الرئاسي الحالي جملة من القواعد الجديدة التي أدخلها المشرع الجزائري بموجبه ومن أهمها النص ولأول مرة على تفويضات المرفق العام، وكذا الاهتمام بمجال الاستثمار وعلاقة الصفقات العمومية بالاستثمار ودورها في التنمية الاقتصادية طبقا لما ورد في المادة 66 من قانون المالية بهدف توسيع قاعدة الانتاج الصناعي و الفلاحي و السياحي، مما وسع معه المشرع الجزائري مجال ودور الصفقات العمومية.

غير أن البحث في موضوع الصفقات العمومية يعد من البحوث الصعبة والمعقدة، ويرجع ذلك أساسا إلى تعدد الاختصاصات الداخلة فيه وكذا تعقيد وغموض وعدم تجانس أو تعارض الكثير من النصوص القانونية والمصطلحات التي تحكم هذا الميدان.

فالمتتبع للإطار المفاهيمي و المعايير التي اعتمدها الناظم من خلال القوانين السابقة، يكتشف مدى تأثر تعريف الصفقة العمومية في بعض المراحل الزمنية التي صاحبتها التعديلات، بسبب الحركية الاقتصادية و كثرة الأحداث التي أثرت في هذا النظام القانوني طبقا للتصورات المجسدة للقرار العمومي في سعيه لتلبية الحاجيات الاجتماعية واستهداف تحقيق النمو الاقتصادي والتنمية الاقتصادية، و ارتباطا بالظروف الاجتماعية الاقتصادية والسياسية من جهة، وبقدرات المنظومة القانونية و التشريعية في الارتقاء بآلية الصفقات العمومية للحوكمة والابتعاد عن منافذ الفساد بكل أشكاله، من جهة أخرى.

لهذا يمكن وصف الإصلاحات الجديدة التي أحدثها المشرع بالنقلة النوعية الهامة في المرسوم الرئاسي 15-247 [1]، من خلال إعادة تعريف الصفقات العمومية وفق النظرة الجديدة تماشيا مع تحقيق نجاعة الطلب العمومي من جهة و حوكمة الصفقات العمومية من جهة أخرى، و بالتالي رسم جديد لمجال التطبيق و شموليته للصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام، فضلا على تبني مبدأ شمولية مبادئ الطلب العمومي في كل العقود التي تبرمها المصلحة المتعاقدة مهما كان مبلغها[2]، و التي يكون محلها أموالا عمومية[3].

الإشكالية :

إلى أي مدى قد وفق المشرع في وضع تعريف للصفقة العمومية يتماشى مع متطلبات الحوكمة و ترشيد الإنفاق العام من جهة، و تكريس مرونة على مجال التعاقد الإداري في مجال الطلب العمومي من جهة أخرى؟

سنتناول الإجابة على هذه الاشكالية من خلال اتباع الخطة التالية :

المبحث الأول: المعايير التي اعتمدها المشرع في تعريف الصفقة العمومية

المطلب الأول: تطور الاطار المفاهيمي للصفقة في تشريعات الصفقات

المطلب الثاني: المعايير المعتمدة في تعريف الصفقة بين الاستنساخ و التجديد على ضوء المرسوم الرئاسي الجديد 15-247-

المطلب الثالث: أهمية تحديد مدلول الصفقة العمومية

المبحث الثاني: تفويض المرفق العام كأسلوب مستحدث في المرسوم الجديد.

المطلب الأول: ظهور تفويض المرفق العام

المطلب الثاني: إخضاع تفويضات المرفق العام لأحكام المرسوم 15-247 كآلية لحماية المال العام.

المبحث الأول المعايير التي اعتمدها المشرع في قانون الصفقات العمومية

إن كلمة "صفقة" لغة هي العقد أو البيعة ويقال صفقة رابحة أو خاسرة[4]، أما في الاصطلاح فكلمة "صفقة" دلالة على نقل السلع أو الخدمات من شخص لآخر، كما يتضمن المفهوم أيضا صيغة تجارية بحته احتكرتها اللغة الاقتصادية وتداولته كمصطلح خاص بعالم المال والأعمال[5].

أما الصفقات العمومية في المفهوم الاصطلاحي فهي صورة من صور العقود الإدارية، لكن تطلق تسمية الصفقات العمومية على العقود ذات الأهمية، و يبقى اصطلاح العقد الإداري وارد على تلك العقود المعتادة و التي ليست لها أهمية كبيرة و غطاء ماليا يماثل ما هو معمول به في الصفقات العمومية[6].

إن كل من المشرع والقضاء[7] قدم تعريفا للصفقة العمومية كنوع من أنواع العقود الإدارية، في حين تم الإشارة إلى مصطلح العقد الإداري في المادة 804 في فقرتها الرابعة من القانون رقم 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي جاء فيها: " خلافا لأحكام المادة 803 أعلاه، ترفع الدعاوى وجوبا أمام المحاكم الإدارية في المواد المبينة أدناه:

2- في مادة الأشغال العمومية، أمام المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان إبرام العقد أو تنفيذه.

3-في مادة العقود الإدارية، مهما كانت طبيعتها، أمام المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان إبرام العقد أو تنفيذه....".

أما بخصوص التعريف التشريعي للصفقات العمومية فقد شهد اختلاف في صياغته في ظل النصوص المنتظمة للصفقات العمومية بين مرحلة و أخرى[8]، تدرّج وتطوّر بتطور مراحل الدولة الجزائرية طبقا للتصورات المجسدة للقرار العمومي في سعيه لتلبية الحاجيات الاجتماعية واستهداف تحقيق النمو الاقتصادي والتنمية الاقتصادية، و ارتباطا بالظروف الاجتماعية الاقتصادية والسياسية من جهة، وبقدرات المنظومة القانونية والتشريعية في الارتقاء بآلية الصفقات العمومية للحوكمة والابتعاد عن منافذ الفساد بكل أشكاله[9].

المطلب الأول: تطور تعريف الصفقة العمومية في القانون الجزائري

عرفت المادة الأولى من الأمر 67-90 الصفقات العمومية كما يلي" إن الصفقات العمومية هي عقود مكتوبة تبرمها الدولة أو العمالات أو البلديات أو المؤسسات والمكاتب العمومية قصد انجاز أشغال أو توريدات أو خدمات ضمن الشروط المنصوص عليها في هذا القانون". ولعل أهم ما ميّز نظام الصفقات العمومية خلال تلك الفترة هي تجسيد طابع الدولة المصنعة والمستثمرة والزارعة، من خلال ما كان يعرف بالثورات الصناعية والزراعية والتربوية والثقافية والصحية، أي أن تلك المرحلة كانت فيها النفقات العمومية هي الفاعل الأساسي للقيام بالحاجيات المجتمعية، والأمر هاهنا لا يتعلق بسرد تاريخي لتلك المرحلة بقدر ما يتعلق بالبحث عن بذور إهدار النفقات العمومية والتأسيس لعدم التوازن بين فواعل المجتمع، بحيث تم تغليب القطاع العام ومنحه الفرص الكاملة والشمولية في التصرف في المال العام، مع تقليص مساهمات ودور القطاع الخاص والتضييق عليه في غياب مجتمع مدني حقيقي لعل ذلك مرتبط أيضا بانعدام الوعي في الحفاظ على المال العام، وكذلك التوجه إلى الصناعات المصنعة باستغلال موارد قطاع المحروقات كأساس للمال العام، وهو ما أسس أيضا لذهنية الاعتماد على التمويل الريعي، واعتبار أن المال العام هو عائدات الجباية البترولية دون بقية الموارد الأخرى.

كما عرفت المادة الرابعة من المرسوم 82-145 المؤرخ في 10 أفريل 1982 المتعلّق بالصفقات الّتي يبرمها المتعامل العمومي الصفقات العمومية على أنها: " صفقات المتعامل العمومي عقود مكتوبة حسب مفهوم التشريع الساري على العقود، ومبرمة وفق الشروط الواردة في هذا المرسوم قصد إنجاز الأشغال أو اقتناء المواد والخدمات". تعتبر هذه الفترة من أصعب الفترات في مسيرة الدولة الجزائرية بعد الأزمة الاقتصادية الخانقة، وبعد انكشاف زيف شعارات من أجل حياة أفضل، فأدى ذلك إلى إعادة النظر في الإطار القانوني للصفقات العمومية، وتم إصدار المرسوم التشريعي 145/82. و من مستجدات هذا المرسوم هو رفع السقف من 2000 دج الى 500.000 دج، و إعطاء الأولوية في التعاقد إلى الصيغ التفاوضية على حساب الصيغ التنافسية و التي جاءت مرتبة ثانيا، بالنظر إلى كون أغلب المؤسسات تابعة للدولة، إلى جانب النص صراحة إلى أن التراضي هو القاعدة عندما يتعلق الأمر بمتعامل اقتصادي، و هذا ما جعله محل انتقاد في مجال حماية المال نتيجة اهمال مبدأ المنافسة[10].

و لقد تماشى المرسوم التنفيذي رقم 91-343 المؤرخ في 9 نوفمبر 91 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية مع سابقيه كثيرا، وتضمنت المادة الثالثة منه تعريفا للصفقات العمومية كما يلي: " الصفقات العمومية عقود مكتوبة حسب التشريع الساري على العقود ومبرمة وفق الشروط الواردة في هذا المرسوم قصد إنجاز الأشغال واقتناء المواد والخدمات

لحساب المصلحة المتعاقدة ". من منطلق ترتيب الأولويات، فإن هذه المرحلة التي عرفت إجمالا بمرحلة المأساة الوطنية (تعرض الإطار المؤسسي للدولة وللمجتمع برمته لتحديات العنف والتحطيم والتخريب في ظل انهيار واسع للقطاع العمومي، وتغيير قواعد التوجه الاقتصادي والمالي، في إطار اتفاقيات إعادة الهيكلة المبرمة مع صندوق النقد الدولي والهيئات المالية والخضوع للمديونية الدولية التي بلغت 34 مليار دولار)، فكان لابد من إيجاد إطار قانوني في تلك المرحلة يتعلق بالنفقات العمومية تجسد في المرسوم التنفيذي 343/91.

و بالرجوع إلى المرسوم الرئاسي 02-250 ، نجد أن المادة الثالثة منه قد عرفت الصفقات العمومية بقولها: "الصفقات العمومية عقود مكتوبة في مفهوم التشريع المعمول به، تبرم وفق الشروط المنصوص عليها في هذا المرسوم قصد إنجاز الأشغال واقتناء المواد والخدمات والدراسات لحساب المصلحة المتعاقد ". و من مستجدات هذا المرسوم في مجال ترشيد المال العام أنه أعطى تفسير مغايرا للمعيار العضوي في المادة 2 منه، بحيث وسع من مجال الرقابة على الصفقات العمومية ليشمل كل الصفقات الممولة من المال العام.

ثم بعد صدور المرسوم الرئاسي 10-236 المعدل و المتمم تم تعريف الصفقة في نص المادة الرابعة منه على أنها : " عقود مكتوبة في مفهوم التشريع المعمول به تبرم وفق الشروط المنصوص عليها في هذا المرسوم، قصد إنجاز الأشغال واقتناء اللوازم و الخدمات والدراسات لحساب المصلحة المتعاقدة ". عرفت هذه الفترة زيادة حجم الانفاق و برامج الاستثمارات العمومية و رصدت لها مبالغ ضخمة لتجسيدها ، تمثلت في ثلاث برامج أساسية:

- برنامج دعم الإنعاش الاقتصادي (2001-2004)[11]: تم رصد غلاف مالي قدر ب 525 مليار دولار من أجل توفير السكن، فتح مناصب شغل توفير المنشآت القاعدية عبر التراب الوطني لجلب المستثمرين الأجانب و المحليين، لذلك فهو يعتبر أهم مشروع يوضع حيز التنفيذ بالنظر إلى المجالات الكثيرة والقطاعات الحيوية التي طالها و خصص لها مبالغ مالية ضخمة لتنفيذها، بحيث كان لقطاع الأشغال العمومية الحصة الأكبر قدرت ب 4503 مليار[12] و هو ما يجعل الصفقات العمومية محرك رئيسي لتنفيذ هذا المخططات خلال هذه الفترة.
- البرنامج التكميلي لدعم النمو الاقتصادي (2005-2009): لقد تم رصد غلاف مالي مقدر ب 4202,7 دينار جزائري، مع تقسيم هذا البرنامج إلى خمسة برامج فرعية. كل هذه المشاريع التنموية التي برمجت من خلال البرنامج التكميلي لدعم النمو، و التي أنجزت بواسطة الصفقات العمومية، قدمت مردودا معتبرا في جميع القطاعات كالصحة و التعليم و البنى التحتية و تحسين الظروف المعيشية ، لتواصل الجزائر مسارها التنموي و تنفيذ مشاريعها.
- برنامج التنمية الخماسي (2010-2014) : تضمن هذا البرنامج استكمال المشاريع الكبرى الجاري انجازها خاصة في قطاعات السكة الحديدية و الطرق و المياه ، إضافة إلى إطلاق مشاريع جديدة في مختلف القطاعات، بحيث استلزم تنفيذ هذه المشاريع تمويل الدولة بميزانية شاملة، تم تكريس غلاف مالي معتبر جدا قدر ب 286 مليار دولار.

و قد كان لقطاع الصفقات العمومية الأثر البالغ في المساهمة في نجاح تلك البرامج ، من خلال المنشآت الكبرى و البنى التحتية و الهياكل القاعدية التي تم إنجازها عن طريق الصفقات العمومية، وهو ما أدى إلى عدم استقرار نظام الصفقات العمومية، فتم إيجاد المرسوم الرئاسي 250/02 ، والذي عرف العديد من التعديلات والتغييرات بما يؤشر على عدم استيعاب هذه الآلية لحجم الأموال العمومية المرصودة والمرتبطة أساسا بالارتفاع المذهل في عائدات الجباية البترولية، فكان التعديل الثاني بالمرسوم الرئاسي 236/10.

أما تعريف الصفقة في ظل المرسوم الرئاسي الجديد 15-247 فقد جاء في نص المادة الثانية منه على أنها "**عقود مكتوبة في مفهوم التشريع المعمول به، تبرم بمقابل مع متعاملين اقتصاديين وفق الشروط المنصوص عليها في هذا المرسوم، لتلبية حاجات المصلحة المتعاقدة في مجال الأشغال واقتناء اللوازم والخدمات والدراسات**".

وهو التعريف الذي يمكن إبداء بشأنه بعض الملاحظات في صياغته الجديدة، والمعايير التي اعتمدها في تحديد مفهوم الصفقة، وهذا يتطلب تجزئة النص وتقطيع أوصاله الى جمل مستقلة بعضها عن بعض الآخر وبيان مضمونها ثم جمعها في معنى مترابط ضمن الاطار العام لتحديد مفهوم الصفقة العمومية:

المطلب الثاني: المعايير المعتمدة في تعريف الصفقة بين الاستنساخ و التجديد على ضوء المرسوم الرئاسي الجديد -15-247-

من خلال القراءة الظاهرية للتعريف الذي حملته المادة الثانية بخصوص الصفقة العمومية المشار إليها أعلاه يبدو أن هذا النص يحمل شقا ثابتا مقارنة بالتعريفات السابقة و هو ما يوحي باستنساخ المعايير التقليدية في التعريفات السابقة، و جزء آخر من التعريف يتسم بالحداثة و التغيير، و هو ما يقودنا بالوقوف على خلفيات ومبررات التوجه الجديد للناظم في المعايير المعتمدة لتحديد مدلول الصفقة.

1-اعتماد المعيار الشكلي Critère formel :

إذا كان التعبير عن إرادة الإدارة يتسم بالطابع الموضوعي ، فإن ذلك لا يمنع من أن تبرم عقدها خارج كل صيغة، و دون أن يؤثر ذلك على شرعية العقد، و بالتالي يستطاع القول أن العقود الإدارية كما العقود المدنية لا تعتبر من حيث الأصل من قبيل العقود الشكلية، و إنما يكفي اتفاق الإرادتين لكي تولد الحقوق و الالتزامات. لذلك فغن المبدأ العام (المتفق عليه فقها و قضاء في فرنسا و مصر) يتجسد في عدم إلزام الإدارة باستخدام الصيغة المكتوبة عند إبرامها لعقودها إلا عندما يفرضها القانون صراحة[13].

و بناء عليه يلاحظ أن استنساخ المشرع للمصطلحات الدالة على الطابع الكتابي[14] للصفقة، من خلال عبارة: "**عقود مكتوبة في مفهوم التشريع المعمول به**" وعبارة "**وفق الشروط المنصوص عليها في هذا المرسوم**"، أي وجوب إفراغ عقود الصفقات العمومِية في شكل مستندات مكتوبة ، تحدد حقوق و التزامات الأطراف المتعاقدة وفقا لشكليات محددة بموجب النصوص القانونية المتعلقة بتنظيم الصفقات.

ويقصد بالكتابة طبقا لنص المادة 02 الكتابة الإدارية العادية على ورق عادي موقع من قبل أطراف الصفقة العمومية ومختوم ويحمل تاريخا معينا[15]، مع احتوائه على مجموعة من البيانات على سبيل الإلزام، حددها المرسوم15-247[16].

غير أن التحول من نمط التسيير الإداري التقليدي إلى النمط الإلكتروني أصبح ضرورة حتمية التي يجب أن تسعى إلى تطبيقها كل دولة عصرية، و بالتالي الحديث عن بداية ذوبان الكتابة الورقية بالمفهوم التقليدي في زخم التكنولوجيا. فالمعاملات الإلكترونية أحدثت انقلابا في مفاهيم وأساليب الإدارة لاسيما في مجال العقود الإدارية بصفة عامة و الصفقات العمومية بشكل خاص. وفي هذا السياق جاء المشرع الجزائري ولأول مرة في المرسوم الملغى رقم 10-236 بالنشر الالكتروني للصفقات العمومية وخصص له الباب السادس تحت عنوان " **الاتصال وتبادل المعلومات بطريقة الكترونية** " ، غير أنه لم يخصص له إلا مادة واحدة عقيمة[17]، على عكس المرسوم الجديد الذي أعطى مساحة معتبرة و أبدى اهتمام متزايد من أجل تعزيز التعامل بالطريق الإلكتروني لمسايرة التطورات التكنولوجية[18].

و قد تأثر المشرع الجزائري في ذلك بالمشرع الفرنسي الذي اعتمد مبدأ نزع الطابع المادي عن الصفقات العمومية (Dématérialisation des marchés publics)، و التي يقصد بها إمكانية إبرام صفقات عمومية بالطريق الإلكتروني، إما باستعمال الرسائل الإلكترونية أو استخدام أرضية على شبكة الأنترنيت[19]. هذا التوجه الذي ينبئ عن عزم السلطات العمومية على وضع الصفقات العمومية ضمن المجالات المعنية بسيرورة الانتقال التدريجي، بحيث تضمن المرسوم الجديد بوادر الانتقال من الإدارة الورقية إلى الإدارة الإلكترونية في هذا المجال[20] و هو ما يقودنا إلى التوجه نحو إعطاء مفهوم جديد للكتابة مغاير عما يعتمده المشرع حاليا.

الملاحظة التي يمكن إبدائها في هذا الشأن أن الإعلان الإلكتروني غير ملزم للمصالح المتعاقدة عكس الإعلان الصحفي والإعلان في النشرة الرسمية للمتعامل العمومي ويتضح ذلك من إستعمال المشرع لكلمة "**يمكن**" في المادة 204 من المرسوم الرئاسي الأخير رقم 15-247في الفقرة الثالثة ، و هو عكس ما يتجه نحوه المشرع الفرنسي في هذا المجال، بحيث أنه تحت تأثير قانون الاتحاد الأوروبي (التعليمة رقم 2014/24 ، الصادرة عن البرلمان الأوروبي)، و ضعت فرنسا مخطط زمني من أجل نزع الطابع المادي عن الصفقات العمومية عن طريق الأمر رقم 15-899[21] المؤرخ في 23 جويلية 2015 ، و المرسوم رقم 16-360 [22]المؤرخ في 25 مارس 2016 المتضمن قانون الصفقات العمومية ، متبوعة بمجموعة من المقررات آخرها صادر بتاريخ 12 أفريل 2018. كلها تصب نحو بداية التزام الادارة ابتداء من 01 أكتوبر 2018 بالنشر الكترونيا لكل طلبات العروض التي تساوي قيمتها أو تتجاوز 25.000 أورو[23].

2- اعتماد المعيار الموضوعي أو المادي Critère matériel :

حافظ المشرع الجزائري في المادة 02 من المرسوم الجديد على تعداد أنواع الصفقات العمومية والتي تضمنها المرسوم الرئاسي الملغى باستخدام عبارة : "**في مجال الأشغال واقتناء اللوازم والخدمات والدراسات**". وهو التعريف الذي أكدته كذلك المادة 29 من نفس المرسوم، ينطوي على الحاجات التي يمكن أن تكون موضوع الصفقة، و هي:

1- صفقة إنجاز الأشغال la réalisation de travaux

2 – صفقة اقتناء اللوازم l'acquisition de fournitures

3 – صفقة إنجاز الدراسات la réalisation d'études

3 – صفقة تقديم الخدمات la prestation de services

إن حصر الحاجات التي تعتبر بمفهوم المرسوم صفقة جاءت محددة، بمعنى إبعاد إطلاق صفة الصفقة على كل العقود التي تبرمها المصلحة المتعاقدة و تخرج عن نطاق ما حدده المرسوم، فضلا عن الحالات التي نص عليها صراحة بعدم إخضاعها لأحكام الصفقات، و بالتالي استثنائها من مجال تطبيق قانون الصفقات العمومية[24].

3- اعتماد المعيار المالي Critère financier :

إن وضع المشرع لمعايير الصفقات العمومية من خلال التنظيم المتعلق بهذه الأخيرة يزيل الإبهام في تحديد طبيعة العقود المبرمة فيما إذا كانت تعتبر صفقة أم لا. فاستنادا إلى المعيار المالي المحدد لقيمة الصفقة يكون من غير المنطقي أن تخضع الإدارة في كل عقودها مهما بلغت العتبة المالية إلى "**الإجراءات الشكلية Procédures formalisées**" [25] التي تتسم بالتعقيد و طول الأمد، على عكس العقود التي يقل فيها الحد المالي عما حدده المرسوم الرئاسي 15-247 و التي تخضع في طرق إبرامها إلى ما يسمى ب "**الإجراءات المكيفة Procédures adaptées**"[26]، لتجنب إرهاق الإدارة و إجبارها على التعاقد وفق قانون الصفقات العمومية.

فالناظم قد حافظ على هذا المعيار في تحديد مفهوم الصفقة و تمييزها عن باقي العقود، و هو الذي تضمنه النظام القانوني السابق للصفقات العمومية، مع الإشارة إلى الاختلاف في تحديد العتبة المالية في كل مرحلة رافقت النظام القانوني المتبع. و هو ما يعد أمرا طبيعيا أخذا بعين الاعتبار المتغيرات الاقتصادية المتحركة التي تؤثر مباشرة على قيمة العملة المحلية، و ما يصاحبها من آثار جانبية على معدل التضخم و ارتفاع الأسعار.

بمفهوم المرسوم الرئاسي 15-247 تم تحديد السقف المالي في نص المادة 13 الذي رفع من العتبة المالية التي كانت أقل في ظل المرسوم 10-236 الملغى[27]، بقولها: "كل صفقة عمومية يساوي فيها المبلغ التقديري لحاجات المصلحة المتعاقدة اثني عشر مليون دينار أو يقل عنه للأشغال أو اللوازم، وستة ملايين دينار للدراسات أو الخدمات ، **لا تقتضي وجوبا إبرام صفقة عمومية وفق الإجراءات الشكلية المنصوص عليها في هذا الباب**، وبهذه الصفة تعد المصلحة المتعاقدة إجراءات داخلية لإبرام هذه الطلبات وعندما تختار المصلحة المتعاقدة أحد الإجراءات الشكلية المنصوص عليها في هذا المرسوم فإنه يجب عليها إبرام الطلب بنفس هذا الإجراء".

يبدو الهدف من وراء رسم حد مالي أدنى لاعتبار العقد صفقة عمومية ليخضع لقانون الصفقات العمومية هو ترشيد النفقات، فكلما كان المبلغ كبير تحملت الخزينة أعباءه ووجب أن يخضع العقد لأصول أحكام إجرائية تكشف للجمهور وتعلن من حيث الأصل، كما تخضع لأطر رقابة محدودة.

غير أنه تجدر الإشارة إلى أن استثناء العقود المنصوص عليها في المادة أعلاه من الإجراءات الشكلية المتبعة في الصفقات العمومية بمفهوم التنظيم يصب في هدف إضفاء مرونة أكثر على عملية الإبرام و تخفيف الإجراءات لا غير. فهذا لا يعني اعفائها من الالتزام باحترام المبادئ الأساسية للصفقات العمومية المنصوص عليها في المادة 05 من نفس المرسوم، كما يجب أن تكون محل إشهار ملائم واستشارة متعاملين اقتصاديين مؤهلين كتابياً لانتقاء أحسن عرض من حيث المزايا الاقتصادية[28]. وبالتالي، على الرغم من إعفاء المنظم المصلحة المتعاقدة من الخضوع لإجراءات إبرام الصفقات العمومية في الصفقات المذكورة أعلاه، إلا أنه أخضعها لذات المبادئ التي تقوم عليها الصفقات وهذا لضمان نجاعة الطلب العمومي و حسن استعمال المال العام.

4- اعتماد المعيار العضوي Critère organique :

تعتبر الصفقة عقد كباقي العقود من حيث وجود طرفي العلاقة التعاقدية، و هي المقاربة التي عبر عنها المشرع في نص المادة 02 من المرسوم 15-247 السالفة الذكر من خلال تبيان أطراف العلاقة العقدية في الصفقة العمومية. هذه العلاقة التي تنشأ على شكل صفقة أو عقد بين كل من "**المصلحة المتعاقدة**" من جهة، و "**المتعاملين الاقتصاديين**" من جهة أخرى كمصطلح مستحدث بموجب هذا المرسوم.

فعلى ذكر الجانب العضوي في تحديد مفهوم الصفقة و مجال التطبيق، جاءت المادة 06 من المرسوم 15-247 تحدد كقاعدة عامة المصلحة المتعاقدة المقصودة في نص المادة 02 السالفة الذكر، و تحديد الجهات التي تعتبر عقودها المبرمة صفقات عمومية، و بالتالي تخضع لأحكام هذا المرسوم و الإجراءات الشكلية الواجبة التطبيق. والعكس صحيح بالنسبة للعقود التي لا يكون أحد الجهات المحددة بموجب المادة 06 طرفا فيها، تكون مستثناة من مجال تطبيق قانون الصفقات العمومية، و هو ما سنتناوله لاحقا فيما يخص العقود المستثناة من مجال تطبيق قانون الصفقات).

تنص المادة 06 من المرسوم الرئاسي 15-247 على مايلي : "لا تطبق أحكام هذا الباب إلا على الصفقات العمومية محل نفقات :

- الدولة؛
- الجماعات الإقليمية؛
- المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري؛
- المؤسسات العمومية الخاضعة للتشريع الذي يحكم النشاط التجاري، عندما تكلف بإنجاز عملية ممولة كليا او جزئيا بمساهمة مؤقتة او نهائية من الدولة أو من الجماعات الإقليمية.

و تدعى في صلب النص "المصلحة المتعاقدة".

لقد شهدت هذه المادة تطورات و تحولات عديدة عبر التاريخ التشريعي لقانون الصفقات العمومية في الجزائر من 1967 إلى 2015. و بالرجوع إلى المرسوم الرئاسي 15-247 الساري نجد أن المشرع اختزل نوعا ما هذه الهيئات[29].

أ-الدولة كطرف في الصفقة : المقصود بالدولة هنا كأحد أهم أشخاص القانون العام ، السلطة المركزية، أي المفهوم الضيق و ليس المفهوم الواسع الذي نعرفه في القانون الدستوري[30] . و ينطوي تحت مفهوم الإدارة المركزية عادة على المصالح الإدارية الموجودة في قمة الهرم الإداري، و تشمل رئاسة الجمهورية، الوزارة الأولى، الوزارات و مصالحها الخارجية التابعة لها على مستوى الولايات (المديريات التنفيذية مثل مديرية التربية، مديرية التجارة، مديرية السياحة، مديرية الأشغال العمومية،...إلخ)[31].

ب-الجماعات الإقليمية : تنص المادة 16 من دستور 1996 المعدل و المتمم على ما يلي : "الجماعات الإقليمية للدولة هي البلدية والولاية". و هي تمثل مظهر الإدارة المحلية (اللامركزية) في الجزائر، و هي مجموعة إقليمية متمتعة بالشخصية المعنوية و تحدث بموجب قانون.

ج-المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري: عرف المشرع المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري في المادة 02 من الأمر 06-03 المتعلق بالقانون الأساسي للوظيفة العمومية كما يلي :

"يقصد بالمؤسسات والإدارات العمومية، المؤسسات العمومية والإدارات المركزية في الدولة والمصالح غير الممركزة التابعة لها والجماعات الإقليمية والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري والمؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي والثقافي والمهني والمؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي والتكنولوجي وكل مؤسسة عمومية يمكن أن يخضع مستخدموها لأحكام هذا القانون الأساسي"

إن المؤسسات العمومية هي أسلوب من أساليب تسيير المرافق العامة لإشباع حاجات الجمهور، تتمتع بالشخصية المعنوية مستقلة عن الدولة، و هي نوعان بحسب وسيلة الانشاء و الامتداد : مؤسسة عمومية وطنية ، ومؤسسة عمومية محلية[32]. لهته المؤسسات ميزانية خاصة تعد غالبا على نمط ميزانية الدولة، وتلحق بها وتجري عليها أحكامها[33] ، وتعتبر أموالها بحسب الأصل من الأموال العامة. و هي تتميز عن المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي و التجاري من حيث طبيعة النشاط التي تمارسه كلا منهما و القانون الذي تخضع له كل فئة، فحيث يكون النشاط خدمة عامة نكون بصدد هيئة عامة ذات طابع إداري ، وحيث يكون النشاط من نوع الأنشطة الاقتصادية التي ينبغي إدارته بالوسائل التجارية نكون بصدد مؤسسة عمومية ذات طابع صناعي و تجاري أو مؤسسة عمومية اقتصادية.

غير أن هذا التمييز ليس معيارا حاسما لأن المؤسسات العمومية التجارية و الصناعية و إن كانت تخضع لأحكام القانون التجاري فإن هذا الخضوع جزئيا يتعلق بعلاقات الانتاج و البيع و لكنها تبقى خاضعة لأحكام القانون الإداري و قواعد سير المرافق العامة فيما يتعلق بعلاقتها مع الدولة. كما أن المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية يمكن أن تخضع في بعض الحالات لأحكام القانون الخاص، عندما تتجرد من معيار السلطة العامة و تتعامل وفق أساليب القانون الخاص، خاصة في ظل التحولات و الحركية الاقتصادية التي تشهدها الجزائر.

د- المؤسسات العمومية الخاضعة للتشريع الذي يحكم النشاط التجاري عندما تكلف بإنجاز عملية ممولة كليا أو جزئيا بمساهمة مؤقتة أو نهائية من الدولة أو من الجماعات الإقليمية:

أن أغلب التعريفات للمؤسسة العمومية المقصودة في الفقرة السابقة[34] تقوم على مصطلح "الهيئة" وذلك نتيجة الخلط الذي وقع فيه المشرع الجزائري في الترجمة بين "الهيئة" و"المؤسسة"، هذه الأخيرة التي يتضح لنا تعريفها جليا من خلال ما جاء به الأمر 01-04 المؤرخ في أول جمادى الثانية عام 1422 الموافق ل 20 أغسطس سنة 2001، يتعلق بتنظيم المؤسسات العمومية الاقتصادية وتسييرها وخوصصتها في تعريفه للمؤسسة العمومية الاقتصادية في مادته الثانية على النحو التالي: "المؤسسات العمومية الاقتصادية هي شركات تجارية تحوز فيها الدولة أو أي شخص معنوي آخر خاضع للقانون العام، أغلبية رأس المال الاجتماعي مباشرة أو غير مباشرة. وهي تخضع للقانون العام."

فالمشرع الجزائري قد استخدم مصطلح "مؤسسة" للهيئات العمومية الإدارية المشار إليها سابقا كطرف في الصفقة، وكذا للمؤسسة العمومية الاقتصادية. ونتيجة لهذا الاستعمال الخاطئ أفرز لنا خلطا ونقلا غير صحيح لما استعمل في النظام الفرنسي حيث أطلق هذا الأخير مصطلح « Etablissement » على الهيئة بينما أطلق مصطلح « Entreprise » على المؤسسة. و رغم وجود عدة معايير[35] للتمييز بينهما، إلا أنه و لإزالة اللبس سنقوم بمقارنة بسيطة بين المؤسسة العمومية الاقتصادية والهيئات العمومية ليتضح لنا الأمر:

-تنشأ المؤسسة العمومية الاقتصادية بعقد توثيقي طبقا لما جاء في المادة 05 من الأمر 01-04 بينما تنشأ الهيئات العمومية بمرسوم؛

-المؤسسة العمومية الاقتصادية تمتاز بخصائص مختلفة (المتاجرة – العمومية) فإنها تخضع لأحكام ومبادئ مستمدة من القانون التجاري كتاجر، وكشخص عام تستمد بعض الأحكام والمبادئ من القانون العام حسب المادة 02 من الأمر 01-04 ، ومنه فهي تخضع تارة لأحكام القانون التجاري وتارة أخرى لأحكام القانون العام بينما تخضع الهيئات العمومية للقانون العام.

إن المطلع على القانون والمراسيم الحديثة التي خصت فئة المؤسسات العمومية تجدها تستعمل مصطلح "مؤسسة" في تقسيماتها، لذا نعتبر أن القانون التوجيهي 88-01 هو القانون الوحيد الذي استعمل عبارة "هيئة"، وجاء ذلك من خلال بابه الثالث، بحيث نجد كلمة "هيئة" عوض "مؤسسة"، و ميز بين المؤسسات العمومية الاقتصادية والهيئات العمومية ذات الطابع التجاري و الصناعي من جهة و بين الهيات العمومية ذات الطابع الإداري من جهة أخرى[36].

فمن خلال هذا التمييز البسيط بين المؤسسة العمومية الاقتصادية والهيئة يمكننا استخلاص أن مصطلح مؤسسة هو أقرب للاقتصاد منه للقانون، يطلق فقط على المؤسسة العمومية الاقتصادية. و قد استخدم الناظم نفس المصطلح "مؤسسة عمومية" كأحد أطراف الصفقة في المرسوم الرئاسي في المادة 06 للتعبير عن المؤسسة من منظور اقتصادي من خلال عبارة: "المؤسسات العمومية الخاضعة للتشريع الذي يحكم النشاط التجاري"، و هو التعريف الذي يتطابق إلى حد بعيد مع المادة 02 من الأمر 01-04 ، كما أنه تفاديا للاستعمال المكثف للمصطلحات التي استخدمها في

المرسوم الرئاسي الملغى 10-236 ، التي تثير الخلط بين أنواع المؤسسات، اختزل "المؤسسات العمومية الاقتصادية" من جهة و "المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي و التجاري" من جهة أخرى تحت اسم المؤسسات التي يخضع نشاطها لنفس القانون و هو القانون التجاري.

و في هذا السياق تجدر الإشارة إلى عدم استقرار الناظم في مجال الصفقات العمومية على اعتبار المؤسسة العمومية الاقتصادية طرفا في الصفقة عندما تكون ممولة كليا أو جزئيا من طرف الدولة، بحيث أنه نص عليها بموجب المرسوم الرئاسي 10-236، ثم استثناها بموجب المرسوم الرئاسي 13-03 الذي عدل المرسوم 10-236 ، ليعود و يدرجها ضمن المرسوم الرئاسي الجديد 15-247.

وعليه فإن مختلف النصوص المتعلقة بالصفقات العمومية استبعدت المؤسسة العمومية الاقتصادية من مجال تطبيقها ، وهو حال الأحكام التي عالجت هذا الجانب في نص المرسوم الرئاسي رقم13-03 والمتضمن تنظيم الصفقات العمومية. و في هذا الإطار هناك من يؤيد هذا الاستثناء و يرى فيه استرجاع المؤسسة العمومية الاقتصادية قدرتها للتعاقد بكل حرية في إطار أحكام القانون المدني والقانون التجاري، غير أن الحاجة إلى حماية المال العام الذي ينفق عبر قنوات الصفقات العمومية يعتبر مبررا أقوى من سابقه، و هو ما استدعى وضع ضوابط إلى جانب شمولية المبادئ الأساسية في جميع الصفقات و العقود في إطار حوكمة الصفقات و ترشيد الإنفاق العام.

5-معيار الأجر (المقابل المالي) كمعيار جديد:

يظهر جليا من خلال الصياغة الجديدة التي تضمنتها المادة 02 المشار إليها سابقا، المتضمنة تعريف الصفقات العمومية استحداث الناظم لعبارة "**تبرم بمقابل**" « **passés à titre onéreux** » في تعريفه للصفقة. إن استخدام المشرع لهذا المصطلح الجديد يقودنا إلى القول باستحداث معيار آخر تبناه الناظم في المرسوم الرئاسي الجديد يتطلب الخوض في خلفياته و مبرراته.

للوقوف على مدلول هذه العبارة ينبغي الرجوع إلى النظام القانوني الفرنسي الخاص بالعقود الإدارية بصفة عامة و نظام الصفقات العمومية على وجه الخصوص، نظرا لتأثر المشرع الجزائري بمضامينه و محتواه. فالبرجوع إلى قانون الصفقات العمومية الفرنسي[37] نجد أن هذا المصطلح قد تضمنته المادة الرابعة منه على النحو التالي :

Art 04 : « Les marchés sont les contrats conclus **<u>à titre onéreux</u>** par un ou plusieurs acheteurs soumis à la présente ordonnance avec un ou plusieurs opérateurs économiques, pour répondre à leurs besoins en matière de travaux, de fournitures ou de services ».

انطلاقا من هذا التصميم القانوني للمشرع الفرنسي القائم على الأجر (La rémunération) كمعيار، تم تعريف الصفقة العمومية على أنها العقود التي يحصل فيها المتعاقد على الأجر مباشرة من طرف الإدارة مقابل تنفيذه للبنود التعاقدية[38]. و هو المعيار الذي يعتبر في فرنسا حاسما للتمييز بين الصفقات العمومية و بين تفويضات المرفق العام. هاته الأخيرة التي يختلف فيها عنصر الأجر عن الصفقة، بحيث يرتبط الأجر فيها إلى حد كبير بنتيجة استغلال المرفق، يتحصل عليه المفوض إليه نتيجة لعائدات استغلال المرفق من طرف المنتفعين به و ليس من الإدارة مباشرة[39].

و لقد جرى الفقه على اعتبار الأجر (La rémunération) عنصرا لتعريف العقدين، فعُرفت الصفقات العمومية على أنها:" العقد الذي يُدفع فيه الأجر بواسطة السعر **(prix)** " ، وعُرف تفويض المرفق العام على أنه:" العقد الذي يدفع فيه الأجر بواسطة الإتاوات **(redevances)** التي يدفعها المرتفقون. واعتبر الفقه أن غياب السعر دليل على انعدام الصفقة[40].

و قد عمد المشرع الجزائري شكليا على تمييز الصفقة العمومية عن عقود تفويضات المرفق العام التي استحدثها لأول مرة في هذا المرسوم الجديد 15-247، بحيث تضمن جزئين منفصلين: جزء للصفقات العمومية وجزء لتفويض المرفق العمومي، ندرك من ورائها أن المشرع أنهى الخلط الدائر في بعض الأوساط الفقهية من اعتبار لبعض عقود تفويض المرفق العمومي خاصة عقد الامتياز على أنها صفقة عمومية[41].

المطلب الثالث: أهمية تحديد مدلول الصفقة العمومية

ولما كانت الصفقات العمومية تبرم بطرق خاصة وتحكمها إجراءات معّقدة وتخضع لأنواع كثيرة من الرقابة، وأّنها تتيح لجهة الإدارة ممارسة جملة من الامتيازات أو السلطات، وجب حينئذ وبالنظر لهذه الأسباب خاصة إعطاء تعريف للصفقات العمومية، حتى يتسّنى معرفة العقود التي تبرمها جهة الإدارة والمعنية بطرق الإبرام وبإجراءاته المحددة تنظيما والمعنية بالرقابة المحددة في قانون الصفقات العمومية بأنواعها المختلفة. و بناء على ذلك فإن إعطاء تعريف للصفقات العمومية يمكننا من الناحية القانونية من معرفة العقود الإدارية المشمولة بقانون الصفقات العمومية[42].

مما لا شك فيه أن تحديد الإطار المفاهيمي للصفقة العمومية من منظور قانون الصفقات العمومية يكتسي أهمية خاصة في مجال الرقابة القضائية، بالنظر إلى دور هذه الأخيرة في تكريس حماية المال العام و مراقبة مدى شرعية الصفقات المبرمة وفق أحكام المرسوم 15-247، بين القاضي الجزائي و القاضي الإداري.

باعتبار أن نزاعات الصفقات العمومية تؤول إلى القاضي الإداري صاحب الاختصاص الأصيل طبقا للقواعد المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أساس المعيار العضوي كأصل عام، و المعيار المادي كمعيار ثان فيما يخص منازعات بعض الصفقات العمومية، و هذا استنادا إلي نص المادة 02 من المرسوم 15-247 عند ما يتعلق الأمر بالصفقات العمومية التي تبرمها المؤسسات العمومية الخاضعة للتشريع الذي يحكم النشاط التجاري، عندما تكلف بإنجاز عملية ممولة كليا أو جزئيا بمساهمة مؤقتة أو نهائية من الدولة أو من الجماعات الإقليمية.

من جهة أخرى، إن القاضي الجزائي الناظر في جرائم الصفقات العمومية بمفهوم قانون الفساد 06-01[43] يتوجب عليه الإلمام التام بالمصطلحات المرتبطة بالصفقات وطرق ابرامها وتحديد مفهوم الموظف العمومي ، هاته المصطلحات التي تنتمي أصلا إلى فرع القانون الإداري ، وهنا يجد هذا القاضي نفسه أمام خيارين ، أولهما الرجوع إلى قانون الصفقات العمومية باعتباره القانون الأصل في تحديد هذه المفاهيم، وثانيهما تحديد موقع هذه المصطلحات بالنظر إلى الغاية المنشودة من النص الجنائي على ضوء المصلحة محل الحماية.

وعليه، يكتسي تحديد مفهوم الصفقة و تحديد مختلف الإجراءات التي يجب إتباعها و المبادئ التي يجب مراعاتها في مجال الصفقات العمومية أهمية بالغة بالنسبة للقاضي الجزائي. غير أن ما تجدر الإشارة إليه هو أن القاضي الجزائي في فحصه لمشروعية الصفقة العمومية (L'examen de la légalité du marché public) غير ملزم بالتكييف الاداري لهذه العقود الإدارية (Indépendance du juge face aux qualifications contractuelles administratives)44، سواء ذلك الذي اعتمدته الإدارة (المصلحة المتعاقدة) كأساس في تحديد الإجراءات الواجبة التطبيق أثناء الإبرام، أو ذلك التكييف الذي توصل إليه القاضي الاداري بمناسبة نظره أو فصله في نزاع متعلق بصفقة.

و في الحقيقة أن نطاق تلك المبادئ يشمل كل النفقات العمومية، مهما كانت بسيطة، فمادامت تشكل جزء من المال العام و جبت حمايتها تحقيقا للمصلحة العامة، لأن مناط الحماية هنا هي النفقة العمومية محل الصفقات بغض النظر عن شكل العقد الذي يتضمنها. و هو ما جعل من المشرع أن يشمل جميع العقود الإدارية التي تنطوي على المال العام بالمبادئ الأساسية المتعلقة باحترام مبدأ المساواة، و حرية المنافسة و شفافية الاجراءات ، التي نصت عليها المادة 05 من المرسوم الرئاسي 15-247.

المبحث الثاني : تفويضات المرفق العام كأسلوب تعاقد إداري جديد

يبقى استحداث تقنية التعاقد عن طريق تفويض المرفق العام و إدراجها في قانون الصفقات العمومية في الجزائر من المسائل القانونية الجديرة بالدراسة. و بهذا المقام فإنه من الأهمية بمكان الوقوف على ماهية تفويضات المرفق العام على ضوء المرسوم الرئاسي 15-247 باعتباره أسلوبا جديدا للتعاقد تبناه المشرع الجزائري ضمن استراتيجية انفتاح الإدارة على الخارج و تعزيز الشراكة بين القطاع العام و القطاع الخاص كمفهوم جديد للإدارة الحديثة في مجال تسيير المرفق العام، و تمييزه عن الصفقة العمومية.

المطلب الأول : ظهور فكرة تفويض المرفق العام «L'émergence de la notion Délégation de service public »

بالرغم من أن معالم ظهور فكرة تفويض المرفق العام امتدت تاريخيا إلى بداية القرن 19 ، إلا أن المفهوم الحديث للتسيير المفوض والشراكة بين القطاعين العام والخاص نشأ في بداية الثمانينات من القرن الماضي في فرنسا، أين تم تطوير نماذجه. و في سياق التطورات التي شهدتها توسيع فكرة المرفق العام في فرنسا[45]و تنويع سبل استغلاله رافقه تكريس المشرع الفرنسي لفكرة تفويض المرفق العام من خلال سن القانون رقم 122-93 الصادر بتاريخ 1993/01/29 المتعلق بالوقاية من الفساد ودعم شفافية الحياة الاقتصادية و الإجراءات العمومية[46] أو ما يعرف بقانون " Sapin"، الذي يعتبر الإطار المرجعي القانوني لفكرة تفويض المرافق العامة. بموجب هذا القانون تم اخضاع تفويض المرفق العام إلى اجراءات التنافس التي تحكم الصفقات العمومية.

غير أن الانتقاد الذي وجهه الفقه في فرنسا لقانون " Sapin" هو غياب تعريف لتفويضات المرفق العام، مما شكك في مرجعيته نظرا للغموض الذي شاب مجال هذا النوع من العقود بالتحديد[47]، إلى غاية ظهور قانون "

MURCEF"[48] الذي تضمن تعريفا تشريعيا لهذه الفكرة في المادة 03 منه، و هو التعريف الذي ارتبط بالمفهوم الفقهي للمرفق العام[49]، عرف كما يلي :

تفويض المرفق العام هو العقد الذي من خلاله يعهد شخص معنوي عام تسيير مرفق عام بكل مسؤولياته، إلى المفوض إليه سواء كان شخص معنوي عام أو خاص، بمقابل مالي يتحصل عليه مباشرة من عائدات استغلال المرفق. يمكن للمفوض إليه أن يكلف بإنجاز منشآت أو اقتناء ممتلكات ضرورية لسير المرفق.

Article 03 de Loi n° 2001-1168 : « Une délégation de service public est un contrat par lequel une personne morale de droit public confie la gestion d'un service public dont elle a la responsabilité à un délégataire public ou privé, dont la rémunération est substantiellement liée aux résultats de l'exploitation du service. Le délégataire peut être chargé de construire des ouvrages ou d'acquérir des biens nécessaires au service ».

باعتبار فرنسا مهد نظرية الامتياز فقد ارتبطت فكرة تفويضات المرفق العام (Délégation de service public) فيها بفكرة الامتياز(Concession)، ليكون نظرية جديدة في تسيير المرفق العام والذي وإن كان لا يختلف في جوهره عن الامتياز رغم بعض الخصوصيات وشمولية تفويض المرفق العام، و هو ما يفسر موقف المشرع الفرنسي في آخر تعديل للأمر رقم 65-2016[50] المتعلق بعقود الامتياز الذي نص صراحة في المادة 59 منه على استبدال عبارة "تفويض المرفق العام" بعبارة "عقد امتياز" التي تضمنها التقنين العام للجماعات المحلية «CGCT »في المادة L.1425-1 [51]. أما في بعض الدول وخاصة منها الدول الانجلوسكسونية فقد تطور الامتياز إلى ما يعرف اليوم بعقود البوت«BOT » [52].

أما المنضمات الدولية و منها الأمم المتحدة ، فقد ذهبت في العقد الأخير من القرن العشرين، إلى وضع دراسات و توصيات من خلال لجانها و هيئاتها تتعلق بالاستثمارات في القطاع الخاص ، لاسيما في مشاريع البنى التحتية و دور القطاع الخاص في تمويلها. و على الرغم من أن دول العالم تنتمي إلى تيارين مختلفين في المجال القانوني ، إحداهما الأنجلوسكسوني و الثاني تيار القانون الروماني "اللاتيني"، إلا أن إحدى لجان و هيئات الأمم المتحدة « CNUDCI » ، قد توصلت في دورتها الثالثة و الثلاثين من شهر جويلية عام 2000 ، إلى وضع تقرير تم تبيينه كإطار و مرجع لعمليات بناء و استثمار مشاريع البنى التحتية في دول العالم، بالرغم من التفاوت والاختلاف في المدارس القانونية[53].

أما بالنسبة للجزائر فقد كانت الهيمنة في النهج الاشتراكي تعود للدولة، حيث لا يسمح هذا النظام بإشراك الخواص في تسيير المرافق العامة، إلا أنه مع تغير النظام الاقتصادي وتبني النظام الرأسمالي الذي يرتكز على النهج الاقتصادي الحر وانسحاب الدولة من الساحة الاقتصادية والاكتفاء بالدور الرقابي، بدء التفكير في إشراك القطاع الخاص في تسيير المرافق العامة بغية تطويرها وتخفيف العبء عن الدولة وربح النفقات، ويعد عقد الامتياز من أهم الأساليب التي تكفل هذا الأمر.

لهذا تطورت الشراكة بين القطاع العام والخاص في تسيير المرفق العام بشكل كبير بسبب عدة اعتبارات، وأخذت عدة أشكال ومفاهيم قانونية وإن كانت تنطلق كلها من فكرة الامتياز الذي تعود إليه كل الأنواع من حيث التطبيق، لكن الاختلاف يكمن في التقنية والتسمية والوجه القانوني لباقي العقود.

المطلب الثاني: إخضاع تفويضات المرفق العام لأحكام المرسوم 15-247 كآلية لحماية المبادئ الأساسية

أول مرة استعمل مصطلح تفويض المرفق العام كان في قانون الولاية والبلدية لسنة 1990 ، وتلتها قوانين أخرى، ثم في القانون المتعلق بالمياه رقم 05-12 في نص المادة 101 منه[54]. هذا الأخير الذي يعتبر الإطار القانوني لتطبيق هذا النوع من العقود على خدمات المياه والتطهير، و الذي شهد نجاح عدة نماذج و فشل تجارب أخرى[55]. كما تم استخدام هذا المصطلح في قانون البلدية 11-10 في المادة 150[56] و في الفصل الرابع تحت عنوان "الامتياز و تفويض المصالح العمومية"[57].

و مما لا شك فيه أن استعمال المشرع الجزائري لمصطلح تفويض المرفق العام لم يكن مطابقا للمفهوم الفرنسي لتفويض المرفق العام بل أعطاه مفهوما جزائريا خالصا وخاصا. ففي القانون 12-05 المتعلق بالمياه تناول هذا القانون عقدين أساسين لتسيير مرفق المياه وهما :عقد الامتياز وتفويض مرفق المياه والرخصة[58]. و انطلاقا من التأصيل التاريخي لفكرة تفويض المرفق العام كما رأينا في فرنسا، نجد أن عقد الامتياز هو نوع من عقود تفويض المرفق العام و تطور ليصل بالشكل الذي هو عليه حاليا، و هو ما يؤدي بنا إلى القول أن مكانة هذا النوع الجديد من العقود في التشريع الجزائري أصله عقد الامتياز الذي تبنته الدولة كوسيلة مفضلة لتسيير المرفق العام منذ بداية فتح السوق على الاستثمار الخاص سنة 1989 في عدة قطاعات[59].

و قد تعددت التعريفات القضائية و الفقهية في تحديد الاطار المفاهيمي للامتياز (Concession) إلا أننا نكتفي بما أخذ به الدكتور سليمان الطماوي، الذي اعتبره "عقد إداري يتولى الملتزم –فردا كان أو شركة– بمقتضاه و على مسؤوليته، إدارة مرفق عام اقتصادي و استغلاله مقابل رسوم يتقاضاها من المنتفعين، مع خضوعه للقواعد الأساسية الضابطة لسير المرافق العامة فضلا عن الشروط التي تضمنها الإدارة عقد الامتياز"[60].

و عرف جانب من الفقه في الجزائر عقد الامتياز بأنه : عقد أو اتفاق ، تكلف الإدارة المانحة سواء كانت الدولة أو الولاية او البلدية بموجبه شخصا طبيعيا (فرد) أو شخصا معنويا من القانون العمومي (بلدية مثلا) او من القانون الخاص (شركة مثلا) يسمى صاحب الامتياز، بتسيير و استغلال مرفق عمومي لمدة محددة ، و يقوم صاحب الامتياز بإدارة هذا المرفق مستخدما عماله و أمواله و متحملا المسؤولية الناجمة ذلك، و في مقابل القيام بهذه الخدمة أي تسيير المرفق العمومي، يتقاضى صاحب الامتياز مقابل مبلغ مالي يحدد في العقد يدفعه المنتفعين بخدمات المرفق[61].

أما في مجال الصفقات العمومية فيعتبر المرسوم رقم 15-247 أول نص عام في الجزائر يعرف عقود تفويض المرفق العام ويحدد أنواعه ليؤكد على نظام التفويض كوسيلة أساسية لتسيير المرافق العمومية وهذا في الباب الثاني منه في المواد من207 الى210. وبالرغم من الاختصار الشديد وما يعتريه من نقص إلا أنه خطوة إيجابية لتوحيد النظم القانونية المتعلقة بالمرفق العام ،خاصة من حيث التعريف والأنواع والتي سبقتنا إليه تشريعات مقارنة عديدة.

و قد عرف تنظيم الصفقات العمومية تفويض المرفق العام بشكل عام في نص المادة 207 منه بقولها : "**يمكن الشخص المعنوي الخاضع للقانون العام المسؤول عن مرفق عام ، أن يقوم بتفويض تسييره إلى مفوض له وذلك مالم يوجد حكم تشريعي مخالف.**

يتم التكفل بأجر المفوض له ، بصفة أساسية من استغلال المرفق العام.

وتقوم السلطة المفوضة التي تتصرف لحساب شخص معنوي خاضع للقانون العام بتفويض تسيير المرفق العام بموجب اتفاقية.

وبهذه الصفقة، يمكن السلطة المفوضة ان تعهد للمفوض له إنجاز منشآت أو اقتناء ممتلكات ضرورية لسير عمل المرفق العام".

وفقا لمضمون هذا نص المادة أعلاه يمكن القول أن عقد تفويض المرفق العام شأنه شأن عقود الصفقات العمومية، يرتكز على ازدواجية عنصرين: الأساس الأول **عضوي (Organique)** يتمحور حول الأطراف التي تخضع لتنظيم الصفقات العمومية في إبرامها لعقد التفويض، و الثاني **موضوعي مادي (Matériel)** يجد أساسه من فكرة خطر الاستغلال **(Le risque d'exploitation)** و موضوع العقد **(L'objet de contrat)** الخاضع لتنظيم الصفقات العمومية.

1- من حيث الأطراف : إنَ تفويض المرفق العام باعتباره عقدا، يفترض وجود أطراف متعاقدة وهي السلطة المفوضة مانحة التفويض[62] والمفوض له المكلف بتسيير واستغلال المرفق العام.

فالسلطة المفوضة هي مانحة التفويض فهي بذلك شخص معنوي خاضع للقانون العام، يمكن أن تكون الدولة أو الجماعات المحلية أو المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري التي تكون مسؤولة عن تنظيم وتسير المرفق.

المفوض له هو صاحب التفويض، الذي يتولى تسير واستغلال المرفق العام على أحسن صورة حتى يتحقق الهدف المرجو، وهو تحقيق المنفعة العامة حيث لا يوجد شكل قانوني خاص به فيمكن أن يكون المفوض له شخصا طبيعيا أو معنويا[63].

2- من حيث الموضوع : يجب أن يكون محل عقد التفويض هو تسيير واستغلال المرفق العام وتشغيله وفقا للهدف من إنشائه، وذلك من طرف صاحب التفويض لكن تحت إشراف ورقابة السلطة مانحة التفويض.

يقتضي أسلوب التعاقد أن ترد مخاطر التشغيل على عاتق صاحب التفويض[64] أما إذا أراد هذا الأخير تقاسم مسؤولية المرفق ومخاطره مع السلط المفوضة فيلجأ إلى أسلوب الوكالة المحفزة أو عقود التسيير[65].

على هدي ما سبق، يمكن استنتاج شروط تفويض المرفق العام ، كما يلي:

- الشرط الأول : يجب أن ينصب محل التفويض على مرفق عام، ويجب أن يكون محل التفويض مرفقاً عاماً قابلاً للتفويض، فلا يجوز تفويض المرافق التي ترتبط بوظائف الدولة الجوهرية، وهي التي يطلق عليها اسم المرافق السيادية Les services régaliens ، كما هو الحال في مرفق الشرطة ومرفق الدفاع.

– الشرط الثاني : يجب أن يترتب عن التفويض نشوء علاقة تعاقدية بين الشخص المعنوي العام القائم بالتفويض والشخص المفوض له.

– الشرط الثالث : يجب أن يتضمن اتفاق تفويض المرفق العام استغلال المرفق العام ، و إدارته لا نقل ملكيته، وبهذا المعنى فإن عملية التفويض لا تقود إلى خصخصة المرفق Privatisation du service ، بل إن الإدارة تحتفظ دائماً بسيادتها عليه، وكل ما في الأمر أن المتعاقد يدير هذا المرفق ويستغله فترة زمنية محدودة بدلاً من الإدارة العامة.

–الشرط الرابع : وأن يرتبط المقابل المالي للمفوض إليه بنتائج الاستغلال على شكل اتاوات « Redevances» ، و هو ما يجعل المفوض له يتحمل المخاطر المرتبطة باستغلال المرفق العام « Le risque d'exploitation».

فإذا كان المشرع قد أخضع عقود تفويض المرفق العام كأسلوب تعاقدي إداري جديد لنفس الأحكام المطبقة على الصفقات العمومية لأن ما يجمعهما أكثر مما يفرقهما. إلا أن هذا لا يعني تطابقهما من الناحية الفنية، كما أنه يمكن استخلاص الفرق الجوهري بينهما من خلال اعتماد معيار الأجر كأساس لتكييف طبيعة العقد، و بالنتيجة التمييز بين الأحكام و الإجراءات المطبقة على كل عقد، و بصورة أدق تحديد مجال تطبيق قانون الصفقات العمومية.

غير أن الملاحظة العامة التي يمكن أن نبديها في هذا الخصوص في ظل المرسوم الجديد هي أن صرف وإنفاق المال العام مقيد بضرورة احترام المبادئ الأساسية المنصوص عليها في المادة 05 من هذا المرسوم[66]، وذلك مهما كانت الوسيلة القانونية في التعاقد، سواء على شكل صفقة أو تفويض مرفق عام، و مهما كان مبلغ العقد، وبذلك يكون المشرع قد ارتقى بتنظيم الصفقات العمومية، حيث رسخ قيم الشفافية وعزز آليات المنافسة بمبادئ أخرى كعدم التمييز والمساواة و النزاهة و طرق الطعن كدعامات لدولة الحق والقانون.

وبهذا يكون المشرع قد أنهى الجدل القائم حول عدم اخضاع هذا الشكل من العقود ذات الطابع الاداري على شكل امتياز، لمبدأ التنافس في كثير من الحالات التي كانت تتمتع فيها الادارة بنوع من الحرية في التعاقد وامتلاكها السلطة التقديرية في الاختيار دون اللجوء لقواعد المنافسة والشفافية وفي بعض الأحيان اللجوء إلى أسلوب التراضي وفق ما تمليه بعض القوانين، وهو ما اعتبر منفذا للتلاعب بالمال العام تحت عنوان هذه العقود التي يتوجب من خلالها الموازنة بين تحقيق المصلحة العامة و حسن تسيير المرفق العام.

كذلك الحال كانت عليه عقود تفويض المرفق العام في فرنسا، فالنصوص القانونية الفرنسية لم تكن تقيد اختيار المتعاقد مع الإدارة، بل كانت تملك الإدارة السلطة التقديرية في الاختيار دون اللجوء لقواعد المنافسة والشفافية، لكن مع صدور قانون « Sapin» 1993 حاول هذا القانون تقييد حرية الإدارة واشتراط مراعاة المنافسة والشفافية في منح الامتيازات، و اعتبر خرق هذه القواعد من قبيل الجرائم الماسة بقواعد المنافسة والنزاهة في قانون الصفقات العمومية، لا سيما جنحة المحاباة، وأكدت على ذلك جميع النصوص القانونية والتنظيمية التي تلته بنصوص صريحة، آخرها الأمر رقم 65–2016 الصادر في 29 جانفي 2016، المتعلق بعقود الامتياز[67].

الخاتمة :

خلاصة القول أن الصفقات العمومية هي من أكثر العقود أهمية و قد جاء القانون الجديد لتحقيق مجموعة من الأهداف من أهمها التخفيف من حدة الإجراءات البيروقراطية التي تعرفها عملية إبرام الصفقات العمومية، زيادة على إدماج عقود تفويضات المرافق العامة ضمن تنظيم الصفقات العمومية في إطار السياسة الاقتصادية للدولة الرامية للتنازل عن تسيير بعض المرافق و المؤسسات العمومية لصالح القطاع الخاص.

يتبين لنا من خلال الدراسة أهمية موضوع الصفقات العمومية على ضوء المرسوم الجديد 15-247، وذلك كون الصفقات العمومية تتسم بحساسية كبيرة خاصة في ظل الوضع الاقتصادي الراهن الذي تعرفه الجزائر، ويبدو جليا أن المشرع الفرعي قد تأثر إلى حد بعيد بهذه العوامل بما يكفل تحقيق التوازن بين تنفيذ البرامج التنموية عن طريق الصفقات و تعزيز الشراكة بين القطاع العام و الخاص من جهة، و بين الحفاظ على النظام القانوني الذي يضمن حوكمة الصفقات العمومية و ترشيد الانفاق.

و أهم مظاهر التأثر على المستوى التنظيمي تجلت في التصميم القانوني لتعريف الصفقة العمومية، التي نراها أعطت البعد الاقتصادي و القانوني لعقود الصفقات العمومية بما يمكن اعطائها الوصف الذي تستحقه و هو اعتبارها من قبيل عقود الأعمال العامة (Les contrats publics d'affaires)، كما أن هذا التعريف الجديد أنهى الجدل القائم حول الفصل بين الصفقة العمومية كعقد إداري و بين بعض العقود الأخرى، على رأسها و أشهرها عقد الامتياز الذي أخذ شكل تفويض المرفق العام.

كما أن المشرع لأول مرة ميز بين العقود التي تهف تلبية حاجات المرفق العام والتي تخضع لأحكام الصفقة العمومية و العقود التي تهدف إلى تسيير و استغلال المرفق العام التي أخضعها لأحكام التفويض المرفق العام، غير أن الملاحظة العامة التي يمكن أن نبديها في هذا الخصوص في ظل المرسوم الجديد هي أن صرف و إنفاق المال العام مقيد بضرورة احترام المبادئ الأساسية ، و ذلك مهما كانت الوسيلة القانونية في التعاقد، سواء على شكل صفقة أو تفويض مرفق عام ، و مهما كان مبلغ العقد، و بذلك يكون المشرع قد ارتقى بتنظيم الصفقات العمومية حيث رسخ قيم الشفافية وعزز آليات المنافسة بمبادئ أخرى كعدم التمييز و المساواة و النزاهة و طرق الطعن كدعامات لدولة الحق والقانون.

و في الأخير، نخلص إلى القول بأن تحديد مفهوم للصفقة هو بمثابة مفتاح أساسي في يد الأجهزة الرقابية بكافة أنواعها (إدارية أو قضائية، داخلية أو خارجية) ، إذ لا يمكن لأي جهاز رقابي أن يمارس رقابته في فحص مدى مطابقة العقد بصفة عامة للأحكام التشريعية و التنظيمية المعمول بها في مجال الطلب العمومي، لا سيما أحكام المرسوم الرئاسي 15-247 مالم يحدد طبيعة هذا العقد ، هل ينطبق عليه وصف الصفقة العمومية أو تفويض مرفق عام؟، و هل يخضع للإجراءات الشكلية أو الخاصة؟ و هو ما يقتضي الرجوع إلى تحديد المفاهيم و من تم تحديد الاجراءات الواجب اتباعها من طرف المصلحة المتعاقدة.

1 – المرسوم الرئاسي 15–247 المؤرخ في 16–09–215 يتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويض المرفق العام، ج ر: رقم 50 الصادرة في 20 سبتمبر 2016.

2 – المادة 9 من المرسوم الرئاسي 15–247 :" لا تخضع المؤسسات العمومية لأحكام إبرام الصفقات العمومية المنصوص عليها في هذا الباب. ومع هذا يتعين عليها إعداد إجراءات إبرام الصفقات حسب خصوصياتها، على أساس مبادئ حرية الاستفادة من الطلب والمساواة في التعامل مع المرشحين وشفافية الإجراءات، والعمل على اعتمادها من طرف هيئاتها الاجتماعية".

3 – المادة 11 من المرسوم 15–247 : " كل هيئة غير خاضعة لقواعد المحاسبة العمومية ولأحكام هذا المرسوم مهما كان وضعها القانوني تستعمل أموالا عمومية بأي شكل كان، ملزمة بإعداد إجراءات إبرام الصفقات، على أساس مبادئ حرية الاستفادة من الطلب والمساواة في التعامل مع المرشحين وشفافية الإجراءات، والعمل على اعتمادها من طرف هيئاتها المؤهلة". ويقصد هنا كل الهيئات غير الخاضعة لقواعد المحاسبة العمومية ولقانون الصفقات العمومية ولكن تستعمل أموالا عمومية، فهي تبقى ملزمة أيضا باحترام مبادئ الطلب العمومي.

4 – قاموس ومعجم المعاني، عربي عربي، الموقع الإلكتروني (Tweets about. Almaany. Com).

5 – فاروق حجي مصطفى، "**مفهوم الصفقة في لغة الشرع والسياسة**"، موقع الأوان 2006 (www. Alawma. Org.).

6 – علاء الدين عشي " **مدخل القانون الإداري**" ، دار الهدى عين مليلة – الجزائر – 2012 – ص 293.

7 – بالنسبة لمجلس الدولة الجزائري فانه عرف الصفقة العمومية في قرار له غير منشور، المؤرخ في 17–12–2002 ، تحت رقم 6215 ، والذي جاء فيه:" ... وحيث أنه تعرف الصفقة العمومية بأنها عقد يربط الدولة بالخواص حول مقاولة أو انجاز مشروع أو أداء خدمات...".

8 – إن تنظيم الصفقات العمومية مر بعدة مراحل منذ الاستقلال، كما يلي:

- الأمر 67–90 المؤرخ في 17 جوان 1967 الجريدة الرسمية عدد52 لسنة 1976.
- المرسوم 82–145 المؤرخ في 10 افريل 1982 الجريدة الرسمية عدد 15 لسنة 1982.
- المرسوم التنفيذي 91–434 المؤرخ في 9 نوفمبر 1991 الجريدة الرسمية 57 لسنة 1991.
- المرسوم الرئاسي 02–250 المؤرخ في 24 جويلية 2002 الجريدة الرسمية 52 لسنة 2002.
- المرسوم الرئاسي 10–236 المؤرخ في 7 اكتوبر 2010 الجريدة الرسمية 58 لسنة 2010.
- وصولا إلى إصدار آخر مرسوم رئاسي رقم 15–247 المؤرخ في 16 نوفمبر 2015 الجريدة الرسمية 50 لسنة 2015.

9 – يتضح من خلال النّصوص السابقة والتي صدرت في حقب زمنية مختلفة و في مراحل اقتصادية وسياسية مختلفة على مدى إصرار المشرّع الجزائري على إعطاء تعريف للصفقات العمومية وإن اختلفت صياغته بين مرحلة وأخرى ، و ذلك لارتباطها بالمال العام و لما لها من أهمية في اقتصاد البلاد، اضافة إلى الأسباب الآتية :

1–إنّ الصفقات العمومية تخضع لطرق إبرام خاصة ولإجراءات في غاية من التعقيد، لذا وجب إعطاء تعريف لها لتمييزها عن باقي العقود الأخرى.

2–إنّ الصفقات العمومية تخضع لأطر رقابية خاصة داخلية وخارجية.

3–إنّ الصفقات العمومية تخول جهة الإدارة مجموعة من السلطات الاستثنائية غير المألوفة في عقود أخرى. (عمار بوضياف– شرح تنظيم الصفقات العمومية، المرجع السابق، ص 37).

10 – غيتاوي عبدالقادر، " **دور قانون الصفقات العمومية في ترشيد الإنفاق العام**"، مداخلة في إطار المشاركة في الملتقى الدولي الموسوم بالصفقات العمومية و تفويض المرفق العام في ظل المرسوم الرئاسي 15–247 و التشريعات المقارنة، جامعة محمد بوضياف – المسيلة يومي: 18–19 أكتوبر 2016، ص 04.

11 – تم الإعلان عن برنامج الإنعاش الاقتصادي من طرف رئيس الجمهورية بمناسبة خطابه في افتتاح الندوة الوطنية لإطارات الأمة بتاريخ 26 أفريل 2001 ، يهدف إلى دعم إنعاش التنمية في البلاد لسنوات ما بين 2001–2004 ، اضافة إلى اعتماد مخطط استعجالي لتمية ولايات الجنوب.

[12] – دحماني عبد الكريم، "**تمويل نفقات الاستثمار العمومي للدولة، دراسة حالة برامج دعم النمو الاقتصادي**"، مذكرة لنيل شهادة ماجيستير في الحقوق، الدولة و المؤسسات العمومية، 2011–2012 ، ص 60.

[13] - مهند مختار نوح، "**الإيجاب و القبول في العقد الإداري (دراسة مقارنة)**"، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الثانية، 2013، دمشق (سوريا)، ص 408.

14 – يرجع سبب اشتراط الكتابة و التأكيد عليها في مختلف القوانين المنظمة للصفقات العمومية لسببين إثنين:

1–أن الصفقات العمومية أداة لتنفيذ مخططات التنمية الوطنية و المحلية و مختلف البرامج الاستثمارية، لذا يجب ان تكون مكتوبة؛

2–إن الصفقات العمومية تتحمل اعبائها المالية الخزينة العامة، فهي ترتبط بقواعد المحاسبة المالية العمومية التي تشترط الكتابة.

15 – عمار بوضياف، "**شرح تنظيم الصفقات العمومية**"، جسور للنشر والتوزيع، الطبعة الثالثة، 2011، ص 59.

16 – المادة 95 من المرسوم 15–247 : "يجب أن تشير كل صفقة عمومية إلى التشريع المعمول بهما و إلى هذا المرسوم. و يجب أن تتضمن على الخصوص البيانات الآتية: ....."

17 – المادة 174 من المرسوم الرئاسي 10–236 الملغى.

18 – عزز المرسوم الرئاسي الجديد 15–247 من سبل عصرنة الإدارة في مجال الصفقات العمومية و خصص القسم الأول و الثاني من الفصل السادس لأحكام التعامل الإلكتروني في هذا المجال (المواد من 203 إلى 206).

19 – خيرة مقطف، مداخلة بعنوان "**المعاملات الالكترونية في مجال الصفقات العمومية**" الملتقى الوطني السادس حول "دور قانون الصفقات العمومية في حماية المال العام "، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة د.يحي فارس المدية يوم 20 ماي 2013,ص 04.

20 – تنص المادة 204 /02 من المرسوم 15–247 : " كل عملية خاصة بالإجراءات على حامل ورقي يمكن ان تكون محل تكييف مع الإجراءات على الطريقة الإلكترونية"

21 - Ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics, JORF N° 0169 du 24 juillet 2015

[22] - Décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics JORF n°0074 du 27 mars 2016 texte n° 28.

[23] - Mes Laurent FROLICH et Justine DEUBEL, Avocats « Une dématerialisation generalisée à compter du 1er octobre 2018 », article publié sur la page : http://www-village-justice.com/marchés-publics-une-dematerialisation-generalisée-compter-1er-octobre-2018,28419.html , consulté le : 13/03/2018.

24 – المادة 07 من المرسوم 15–247 : " لا تخضع لأحكام هذا الباب، العقود الآتية:....."

25 – **الإجراءات الشكلية** هي إجراءات معينة بدقة لضبط أغلب آليات إبرام الصفقات العمومية فيما أسماها بالإجراءات الشكلية، بحيث يجب أن يرتبط إبرام وتطبيق الصفقات بشكليات محددة وبعينها ولا بد منها لصحتها، وإلا اعتبرت لاغية، بداية من تحديد للحاجات بصورة عقلانية، صادقة ودقيقة، ومهما كانت طبيعة الصفقة أو موضوعها (أشغال، لوازم،

دراسات أو خدمات) ومهما كان مداها، ومهما كان نمط إنجازها (صفقة بحصة وحيدة، أو محصصة، عقد برنامج، صفقات طلبات، صفقة بأقساط، صفقة عمالة) وعلى حسب تعقيدها أو تعقيد مواصفاتها التقنية، ثم تحضير دفتر شروط يؤشر عليه، وكذلك مهما كان نمط الإبرام إما على أساس القاعدة: طلب عروض أو تبعا للاستثناء ممثلا في التراضي، ثم إيداع العروض وكيفياته، فتح الأظرفة وشروطه، تقييم العروض ومعاييره، فترة الطعون وكيفياتها وأنواعها وتسوية النزاعات، تفعيل الرقابة الخارجية للجنة الصفقات، الرقابة المالية المسبقة للنفقات الملتزم بها (مشروع الصفقة)... كل ذلك بخصوصياته وحتى الفترات البينية اللازمة كشروط للمرور من نقطة إلى نقطة موالية ضمن معالم هذا الميكانزيم، حدد ملامحها ناظم الصفقات العمومية في إخراجه الأخير لمنظومة الصفقات. والقصد من هذا هو إخضاع نفقات الصفقات العمومية لمبادئ حرية الوصول للطلب العمومي وشفافية الإجراءات والمساواة في معاملة المرشحين.

26 – كل العقود التي تبرمها الإدارة يكون مبلغها أقل من السقف المالي المحدد في نص المادة 13 من المرسوم 15-247 لا تقتضي وجوبا إبرام صفقة عمومية وفق الاجراءات الشكلية، فيمكن أن تعد المصلحة المتعاقدة إجراءات داخلية لإبرام هذه الطلبات، بمعنى تحديد أو إعداد إجراءاتها الداخلية المعتمدة من طرفها في شكل أشبه ما يكون بنظام داخلي عليها إتباعه بشأن الإجراءات المكيفة. غير أنه إذا ما اعتمدت المصلحة المتعاقدة في هذا على أحد الإجراءات الشكلية الشكلية، أو أكثر فإنه يجب عليها مواصلة الإبرام بنفس الشكل.

27 – لا نكون أمام صفقة معينة تخضع إجراءات إبرامها للمرسوم الرئاسي 10- 236 (الملغى) إلا إذا تعلق الأمر بقيم مالية محددة و مبينة في المادة 06 منه، فهذا الأخير حدد عتبة مالية بوجودها نكون أمام صفقة و تحرر الإدارة المعنية من الخضوع لإجراءات الإبرام المحددة في هذا المرسوم، بقولها : "كل عقد أو طلب يساوي مبلغه ثمانية ملايين دينار جزائري أو يقل عنه لخدمات الأشغال أو اللوازم و أربعة ملايين دينار لخدمات الدراسات أو الخدمات، لا يقتضي و جوبا إبرام صفقة في مفهوم هذا المرسوم" .

28 – المادة 14 من المرسوم 15-247 .

29 – في ظل المرسوم الرئاسي الملغى 10-236 المعدل و المتمم بموجب المرسوم الرئاسي 12-23 بتاريخ 2012/01/18، ج.ر عدد 04 بتاريخ : 2012/01/26 والمتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ثم تعديله بموجب المرسوم الرئاسي 13-03 بتاريخ 2013/01/13 ، ج.ر عدد 02 صادرة بتاريخ: 2013/01/13 والمتضمن تنظيم الصفقات العمومية. كانت الهيئات المعنية كالآتي : الهيئات الوطنية المستقلة – الولايات – البلديات – المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري – مراكز البحث التنمية و المؤسسات العمومية الخصوصية ذات الطابع العلمي والتكنولوجي و المؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي و الثقافي و المهني و المؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي والتقني و المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي و التجاري، عندما تكلف بإنجاز عملية ممولة كليا أو جزئيا، بمساهمة مؤقتة أو نهائية من الدولة.

30 – الدولة في القانون الدستوري هي : الشعب ، الإقليم، السلطة، أي شعي يقطن رقعة جغرافية معينة و يخضع لسلطة سياسية.

31 – عمار بوضياف، "**التنظيم الإداري في الجزائر**"، جسور للنشر و التوزيع ، الطبعة الأولى 2010 ، ص 49.

32 – يتم إنشاء المؤسسات العمومية الوطنية من قبل السلطات الإدارية المركزية المختصة (الوزير الأول/الوزير) مثل : الجامعات، المستشفيات الجامعية ، الدواوين الوطنية،...الخ. وبناء عليه فإن إنشاء المؤسسات العمومية الوطنية يبقى أصلا من اختصاص التنظيم، ماعدا مجال فئات المؤسسات الذي يعود لاختصاص القانون؛ أما المؤسسات العمومية المحلية يتم إنشاؤها بمداولة المجالس الشعبية و الولائية، مثل المؤسسات العمومية الولائية و المؤسسات العمومية البلدية.

33 – فريجة الحسين، "**شرح القانون الإداري، دراسة مقارنة**"، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الأولى 2010 الجزائر، ص 212.

34 – المشار إليها في المطة الثالثة من المادة 06 من المرسوم الرئاسي 15-247 باعتبارها هيئة عمومية ذات طابع إداري.

35 – اختلف الفقه في تحديد المعيار الواجب اتباعه للتمييز بين النوعين ، طرحت عدة معايير منها : معيار الخضوع لأحكام القانون الخاص، معيار الربح، معيار طبيعة النشاط، المعيار القضائي). انظر مسعود شيهوب، محاضرات في المنازعات الإدارية ، غير منشورة، ص 15.

36 – الهيئات العمومية ذات الطابع الإداري حسب ما جاء في المادة 43 من القانون 88-01 أن "الهيئات العمومية الإدارية تخضع للقواعد المطبقة على الإدارة، ولمبدأ التخصص."

تتمتع هذه الهيئات بنفس النظام المالي والحسابي المطبق على الإدارة ما لم توجد قاعدة خاصة مرتبطة باستقلالية سيرها وتسييرها...."

كذالك نجد لبسا كبير بالنسبة للدارس في التفرقة بين الهيئات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري الذي نص عليه القانون 88-01 والمؤسسات العمومية الاقتصادية، فالمادة 44 من القانون 88-01 تزيل نوعا ما اللبس القائم، والتي تنص: "عندما تتمكن هيئة عمومية من تمويل أعبائها الاستغلالية جزئيا أو كليا عن طريق عائد بيع إنتاج تجاري، ينجز طبقا لتعريفه معدة مسبقا، ولدفتر الشروط العامة الذي يحدد الأعباء والتقيدات التي تعود على عاتق الهيئة والحقوق والصلاحيات المرتبطة بها، وكذا عند الاقتضاء حقوق وواجبات المستعملين فإنها تتخذ تسمية "هيئة عمومية ذات طابع صناعي وتجاري"

[37] - Ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics - Texte en vigueur depuis le 1er Avril 2016.

[38] - Stéphane Braconnier, « **Précis du droit de la commande publique** », Edition LE MONITEUR, Antony, 2017, P 112.

[39] - FLORIAN Linditch, « **Le droit des marchés publics** », Dalloz, 5ème édition 2009, P20.

[40] - MAUGÜE Christine, « **La Distinction Entre Marchés Publics et Délégation de Service Public en Droit Français et en Droit Communautaire** », Petites affiches, 02 février 2000 n° 23, P. 26.

41 – نادية ضريفي، مداخلة بعنوان : "توسيع مجال الصفقات العمومية و إعادة هيكلة و تنظيم إجراءات إبرام الصفقات العمومية" في اليوم الدراسي التكويني المتعلق بالصفقات العمومية في ظل المرسوم الرئاسي 15-247 ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ،جامعة محمد بوضياف- المسيلة، ص 05.

42 – محاضرات الأستاذ الدكتور عمار بوضياف – مادة القانون الإداري – المحور العقود الإدارية / الصفقات العمومية – ص 03.

[43] - قانون 06-01 المؤرخ في 20 فبراير 2006 ، المتعلق بالفساد و مكافحته، المعدل و المتمم، ج رقم 14 بتاريخ 2006.03.08 ، عدل بموجب : الأمر رقم 10-05 المؤرخ في 2010.08.26 ، ج ر عدد 50 بتاريخ 2010.12.01 وعرف تعديل اخر بموجب القانون 11-15 المؤرخ 2011.08.02 ، ج ر عدد 44 بتاريخ 2011.08.10 .

[44] - Catherine Prebissy-Schnall, «La pénalisation du droit des marchés publics», Librairie Générale de Droit et de jurisprudence –L.G.D.J, édition2002, Paris, page 246.

[45] - François WILINSKI, « **L'évolution du droit de la commande publique en France et en Italie à l'aune du partenariat public-privé** », THÈSE Pour obtenir le grade de Docteur en Droit, L'Université Lille 2 – Droit et Santé, soutenue publiquement le 12 décembre 2015, P 73.

[46] - Loi n° 93-122 du 29/01/1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques, JORF n° 25 du 30/01/1993.

[47] - FLORIAN Linditch, Op cit, P 21.

[48] - Loi n° 2001-1168 du 11 décembre 2001 portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier, J.O. 12 décembre 2001.

[49] - Grégory Kalfleche, « **Des marchés publics à la commande publique** », L'évolution du droit des marchés publics. Droit. Université Panthéon-Assas Paris 2, 2004, P162. https://hal.archives-ouvertes.fr/tel-01423737.

[50] - Ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession, JORF n°0025 du 30 janvier 2016 texte n° 66.

[51] - Au IV de l'article L. 1425-1 du code général des collectivités territoriales, les mots : « une délégation de service public » sont remplacés par les mots : « un contrat de concession ».

[52]- LYONNET DU MOUTIER (M), « **Financement sur projet et partenariat Public-Privé : La relation entre concédant et concessionnaire dans les BOT d'infrastructure** », Revue trimestrielle, politique et management public, Volume 21, N° 01, mars 2003, P5.

53 – علي عبد الأمير قبلان، "**أثر القانون الخاص على العقد الإداري**"، مكتبة زين الحقوقية و الأدبية، الطبعة الثانية 2014، الجزء الثاني، بيروت – لبنان ،ص 354.

[54] – قانون رقم 05–12 مؤرخ في 04 أوت 2005 المتعلق بالمياه، ج.ر عدد 60 الصادرة بتاريخ 04 سبتمبر 2005 معدل و متمم بموجب القانون رقم 08–03 المؤرخ في جانفي 2008 ، ج.ر عدد 04 الصادرة بتاريخ 27 جانفي 2008 ، معدل ومتمم بموجب الأمر رقم 09–08 المؤرخ في 22 جويلية 2009 ، ج.ر عدد 44 ، الصادرة بتاريخ 22 جويلية 2009.

جاء نص المادة 101 منه كالتالي : "يمكن الدولة منح امتياز تسيير الخدمات العمومية للمياه لأشخاص معنويين خاضعين للقانون العام على أساس دفتر شروط ونظام خدمة يصادق عليهما عن طريق التنظيم، كما يمكنها تفويض كل أو جزء من تسيير هذه الخدمات لأشخاص معنويين خاضعين للقانون العام أو القانون الخاص بموجب اتفاقية"

55 – لقد تم تجسيد أسلوب التسيير المفوض لخدمات المياه والتطهير لأول مرة بالجزائر العاصمة، وذلك بناء على الاتفاق المبرم بين الجزائرية للمياه والديوان الوطني للتطهير من جهة والشركة الفرنسية المسماة «Suez–Environnement» ، وذلك بمبلغ العقد قدر ب 552.295 مليون أورو، وقد توج ذلك باستحداث فرع "سيال" في شكل شركة ذات أسهم تمتلك الجزائرية للمياه 20 بالمائة منها، بينما يمتلك الديوان الوطني للتطهير النصف المتبقي، وقد دخل هذا العقد حيز التنفيذ منذ 08 مارس 2006 و ذلك لمدة خمس سنوات) 02 (و ستة أشهر، بعد أن تم اختيار الشريك الفرنسي عن طريق التراضي. و من المفيد التنويه في هذا الإطار إلى أنه بعد انتهاء أجال العقد في أفريل 2011 تم تجديده في سبتمبر من السنة نفسها لمدة خمس سنوات انقضت في شهر أوت 2016. (صدراتي عدلان "**حوكمة المياه كخيار استراتيجي لتحقيق أهداف التنمية المستدامة: دراسة مقارنة بين الجزائر وكندا**"، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في العلوم الاقتصادية وعلوم التسيير، كلية العلوم الاقتصادية وعلوم التسيير، جامعة فرحات عباس، سطيف، 2013/2012 ، ص 193).

56 – المادة 150 من القانون 11–10 المتعلق بالبلدية: " يكيف عدد وحجم المصالح المنصوص عليها في المادة 149 أعلاه، حسب إمكانيات ووسائل و احتياجات كل بلدية.

و يمكن تسيير هذه المصالح.....عن طريق الامتياز أو التفويض"

58 – نادية ضريفي، " **المرفق العام بين ضمان المصلحة العامة و هدف المردودية حالة –عقود الإمتياز–**"، أطروحة دكتوراه في الحقوق ،قسم القانون العام، جامعة الجزائر 1 –، 2012/2011 ، ص 83.

59 – عرف تبني الامتياز في تسيير المرفق في عدة قطاعات في الجزائر عبر عدة مراحل زمنية، أهمها:

–مرفق المياه (القانون 12–05)؛

– الطرق السريعة: المرسوم التنفيذي 96–308 المؤرخ في 18 سبتمبر 1996 المتعلق بمنح امتيازات الطرق السريعة؛

– خدمات النقل البحري: المرسوم التنفيذي رقم 08–57 الذي يحدد شروط منح الامتياز استغلال خدمات النقل البحري وكيفيا ته ، وكذا المرسوم التنفيذي رقم 08–58 الذي يحدد مبلغ حقوق امتياز استغلال خدمات النقل البحري؛

– توزيع الكهرباء و الغاز: من خلال القانون 02–01 و المرسوم التنفيذي 08–114 المحدد لكيفيات منح امتيازات توزيع الكهرباء والغاز ؛

–القانون 03–02 الذي يحدد القواعد العامة للاستعمال و الاستغلال السياحيين للشواطئ؛

–القانون 01–11 المتعلق بالصيد البحري و تربية المائيات؛

–المرسوم التنفيذي 09–19 المؤرخ في 20 جانفي 2009 يتضمن تنظيم نشاط جمع النفايات الخاصة.

60 – سليمان الطماوي، "**الأسس العامة للعقود الإدارية– دراسة مقارنة–**" دار الفكر العربي، الطبعة 2011، ص 106.

61 – عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، المرجع السابق ، ص 98.

62 – محمد محمد عبد اللطيف، "**تفويض المرفق العام**"، دار النهضة العربية، مصر، 2000 ، ص9 .

63 – محمد محمد عبد اللطيف، نفس المرجع ، ص 109.

64 – مروان محي الدين القطب، "**طرق خصخصة المرافق العامة، دراسة مقارنة**"، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2009 . ص 442

65 – انظر المادة 210 من المرسوم 15–247.

66 – المادة 209 من المرسوم 15–247 : " تخضع اتفاقيات تفويض المرفق العام ، لإبرامها إلى المبادئ المنصوص عليها في المادة 05 من هذا المرسوم".

[67] - Article 01 de L'Ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession : « Les contrats de concession soumis à la présente ordonnance respectent les principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures. Ces principes permettent d'assurer l'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics ».

المسجد كملك وقفي عام وأثر ذلك في القانون الجزائري

أ . بدري عزالدين

طالب دكتوراه بكلية الحقوق والعلوم السياسية،

جامعة جيلالي ليابس، سيدي بلعباس.

بريد إلكتروني : azzedineab2@gmail.com

الملخص :

تقتضي طبيعة المسجد باعتباره ملك وقفي عام، أن يكون له وجود مستقل بذاته حتى عن متولي إدارته، إضافة إلى تمتعه باستمرارية وديمومة تُبقي على أبدية منفعته للمجتمع، فلا يمكن لواقفه أن يرجع عن وقفه أو أن يجعله مؤقتاً بمدة، تنتهي بانتهائها صفة المسجد كملك وقفي عام.

الكلمات المفتاحية : المسجد، الوقف العام، الأبدية.

Abstract:

The disposition of the mosque as a public trust requires that it has an independent existence, until on the assuming of its administration. In addition to the trust relishes by continuity and permanence which trust keeps on its benefits to society.

So, it can't to retreat on the trust or concede temporarily suspend it.

Key words : the mosque, public trust, continuity.

مقدمة :

لقد كان للمؤسسة الدينية دورها الأساسي في حياة المجتمع الجزائري، سيما المسجد الذي كان عبر التاريخ بمثابة المرفق العام الذي تولى عدد من النشاطات، بداية من نشاطه الروحي والتربوي ونهاية عند نشاطه الدفاعي ضد الغزو الاسباني، ثم الفرنسي بعد ذلك؛ في صورة مدارس، وجوامع، وربّاطات وزوايا منتشرة على الأرض الجزائرية؛ ففي عهد الأيالة العثمانية التي لم يكن لها سياسة تعليمية تذكر، تكفَّل المسجد بهذا بداية من التعليم الابتدائي إلى غاية التعليم الذي يوصف بالعالي.

أما بعد الاستقلال فلم تعرف الأوقاف بما فيها المساجد الاهتمام الذي يليق بها، نتيجة ضبابية الرؤية التشريعية التي سلكتها الدولة الجزائرية، آنذاك، وزادتها عتمة مخلَّفات الاحتلال الفرنسي من انتهاكات طالت الأملاك الوقفية والمساجد، وألقت بظلها حتى على واقعها اليوم، وإن بدأت الترسانة القانونية لقطاع الأوقاف تأخذ شكلها المحكم، سيما بعد صدور قانون الأوقاف سنة 1991، الذي جاء حمايةً للوقف ورعايةً له ثم عمارةً واستغلالاً له، وفقاً لتعديلاته المتلاحقة، فما هي مكانة المسجد، اليوم، بوصفه ملكًا وقفياً عاماً في نظر القانون الجزائري ؟

وللإجابة عن هذه الاشكالية تم تقسيم هذه الدراسة إلى مبحثين، في المبحث الأول تم التعرض لمفهوم المسجد كملك وقفي عام وأثر ذلك على ديمومته، ثم معالجة مسألة مدى استقلالية المسجد كملك وقفي عام، في مبحث ثانٍ، هذان العنصران اللذان لهما علاقة لصيقة بعمارة المسجد ورعايته وحمايته بوصفه وقفاً عاماً.

المبحث الأول : المسجد كملك وقفي عام وأثر ذلك على ديمومته

في البداية، من خلال هذا المبحث، يتم التطرق لمفهوم المسجد كملك وقفي عام في المطلب الأول، ثم المضي بعد ذلك إلى ديمومة أو أبدية المسجد كملك وقفي عام في المطلب الثاني.

المطلب الأول : مفهوم المسجد كملك وقفي عام

في هذا المطلب يتم التطرق، قبل الخوض أكثر في الموضوع، إلى مفهوم المسجد كأحد الأملاك الوقفية العامة؛ وذلك بالتعرض، بدايةً، لتعريفه لغةً وفقهاً وقانوناً في الفرع الأول، ثم التعرض لتعريف الوقف لغةً وفقهاً وقانوناً، كفرعٍ ثانٍ مع الإشارة لعلاقة المسجد بهذا المفهوم.

الفرع الأول : مفهوم المسجد

تم اشتقاق اسم المسجد من السجود؛ وهو أشرف أفعال الصلاة لشدة قرب العبد من ربه في تلك الحالة، فقيل مسجد، ولم يقولوا : مركع[1]؛ فالمسجد بيت الله الذي قال فيه عزّ وجلّ : « وَأَنَّ المسَاجِدَ لله فَلَا تَدْعُوا مَعَ اللهِ أَحَداً»[2]، وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « أحب البلاد إلى الله تعالى مساجدها»[3].

المسجد لغة : الموضع الذي يسجد فيه، ثم اتّسع المعنى إلى البيت المُتّخذ لاجتماع المسلمين لأداء الصلاة فيه[4]، فالمسجد من سَجَدَ يَسْجُدُ سجودًا أي وضع جبهته بالأرض، وقوم سُجَّدُ وسجود، والمَسْجَدُ والمسجِد الذي يسجد فيه؛ فكل موضع يتعبد فيه فهو مَسجِدٌ [5]، أما الجامع فهو نعت للمسجد، سمّي بذلك؛ لأنه يجمع أهله؛

ولأنه علامة للاجتماع، فيقال : المسجد الجامع، ويجوز : "مسجد الجامع" بالإضافة، بمعنى مسجد اليوم الجامع، ويقال للمسجد الذي تُصلَّى فيه الجمعة، وإن كان صغيراَ؛ لأنه يجمع الناس في وقت معلوم[6].

والمسجد في الاصطلاح الفقهي هو المكان الذي أُعِدّ للصلاة فيه على الدوام، وأصل المسجد شرعاً كل موضع من الأرض يُسجد لله فيه، لحديث جابر رضي الله عنه، عن النبي صلى الله عليه وسلم : « وجعلت لي الأرض مسجداً وطهوراً، فأيُّما رجل من أمتي أدركته الصلاة، فليصلِّ »، وهذا من خصائص نبيّنا صلى الله عليه وسلم وأمّته[7].

أما المسجد في الاصطلاح القانوني فإنه يعرَّف، وفقاً لما جاء في المرسوم التنفيذي رقم 13-377 المتضمن القانون الأساسي للمسجد، على أنه بيت الله يجتمع فيه المسلمون لأداء صلاتهم وتلاوة القرآن الكريم وذكر الله ولتعلم ما ينفعهم في أمور دينهم ودنياهم[8]؛ والقول أن المسجد بيت الله ومكان عبادته وذكره يطبعه بهالة القداسة والاحترام الواجبة له، فضلاً عن كونه مكاناً لتعلم رواده ما ينفعهم في دينهم ودنياهم؛ والتعلم قد يصل في أحيان كثيرة إلى الواجب الشرعي[9]، ويزيد المرسوم التنفيذي رقم 13-377 المذكور أعلاه على هذا معرفاً المسجد على أنه مؤسسة دينية اجتماعية، وإن كان ما يهمنا في هذه الدراسة هو المسجد كوقف عام؛ حيث يعرفه المرسوم ذاته وفقاً لهذا الطرح على أنه وقف عام، لا يؤول أمره إلا للدولة المكلفة شرعاً والمسؤولة عن حرمته وتسييره واستقلاليته في أداء رسالته وتجسيد وظائفه[10]؛ فالوقف لا بد له من ولاية أو نظارة، وتتضمن هذه النظارة التسيير المباشر للوقف، برعايته، وعمارته، واستغلاله، وحفظه، وحمايته، تبعاً لما جاء في المرسوم التنفيذي رقم 98-381 المحدد لشروط إدارة الأملاك الوقفية[11]؛ فالناظر في نهاية الأمر هو الذي يتولى إدارة الأملاك الوقفية[12]، غير أنه من خلال صياغة المادة الثالثة من القانون الاساسي للمسجد، المذكور أعلاه، يبدو أن المشرع قد استثنى المسجد من نظام الولاية المعروف على الأملاك الوقفية العامة؛ واعتبر أن الدولة هي المكلفة شرعاً به والمسؤولة عن حرمته وتسييره واستقلاليته كملك وقفي عام.

الفرع الثاني : مفهوم الوقف وعلاقته بالمسجد

الوقف في لغة العرب مصدر وقف ويدل على كثير من المعاني، منها الحبس والمنع، تقول، وقفت الدابة أو السيارة إذا حبستها عن السير، كما تقول : وقفت عن السير إذا منعت نفسك عنه، ومنها الاطلاع، تقول، وقف على معنى كذا أي اطلع عليه، ووقفته على ذنبه، وعلى سوء صنيعه، أي أطلعته عليه[13]

عرَّف المالكية الوقف بأنه : "حبس العين عن أي تصرف تمليكي، ويتبرع بريعها لجهة خيرية، تبرعاً لازماً"[14]، كما عُرّف على مذهب الامام ابي حنيفة بأنه حبس العين على ملك الواقف والتصدق بمنفعتها على جهة من جهات البر في الحال أو في المآل[15]، ويُعرَّف أيضاً على أنه حبس مال يمكن الانتفاع به، مع بقاء عينه، بقطع التصرف في رقبته من الواقف وغيره، على مصرف مباح موجود، أو بصرف ريعه على جهة بر وخير، تقرباً إلى الله تعالى[16]؛ فلم يتفق الفقهاء على تعريف واحد للوقف من حيث الاصطلاح الشرعي، واختلفت عباراتهم في تعريفهم للوقف، بل واختلف المضمون في كثير من الأحيان، وذلك تبعاً لاختلافهم في المذاهب ووجهة نظرها في الوقف من حيث لزومه وعدمه، وتأبيده، ومصير العين الموقوفة وغير ذلك[17]، ويبدو أنَّ أَجْمَعَ تعريفٍ لمعاني الوقف عند الذين أجازوه أنه حبس العين، وتسبيل ثمرتها، أو حبس عين للتصدق بمنفعتها[18]، واتفق العلماء في وقف المساجد أنها من باب الإسقاط والعتق، لا ملك لأحد فيها، وأن المساجد لله تعالى[19].

أما بالنسبة للاصطلاح القانوني للوقف في التشريع الجزائري؛ فقد نصت المادة 213 من قانون الأسرة على أن الوقف هو حبس المال عن التملك لأي شخص على وجه التأبيد والتصدق[20]، وعرفه القانون 91-10 المتعلق بالأوقاف في المادة الثالثة منه على أنه حبس العين عن التملك على وجه التأبيد والتصدق بالمنفعة على الفقراء أو على وجه من وجوه البر والخير[21]، فيما عرف قانون التوجيه العقاري الأملاك العقارية الوقفية على أنها الأملاك العقارية التي حبسها مالكها بمحض إرادته ليجعل التمتع بها دائماً تنتفع به جمعية خيرية أو جمعية ذات منفعة عامة سواء أكان هذا التمتع فورياً أو عند وفاة الموصين الوسطاء الذين يعينهم المالك المذكور[22]، ولقد صنَّف القانون 91-10 المذكور أعلاه الأوقاف إلى نوعين؛ وقفٌ عام ووقفٌ خاص[23]، وتعتبر المساجد أهم الأوقاف العامة؛ حيث وضعها المشرع على رأس الأوقاف العامة المصونة بموجب المادة الثامنة من القانون 91-10 المتعلق بالأوقاف المعدل والمتمم، المذكور أعلاه.

يلاحظ من خلال التعاريف السابقة سيما القانونية منها أنها تشترك في نقطة أساسية، مرتبطة بمحل الوقف، مفادها حبس العين عن التملك على وجه التأبيد؛ بما يقتضي أن يكون لها وجوداً مستقلاً بذاتها عن الغير، بما في ذلك عن متولّي إدارتها، وتمتعها باستمرارية وديمومة تُفيد أبدية منفعتها للمجتمع، سيما بالنسبة لوقف المسجد؛ فلا يمكن لواقفه أن يرجع عن وقفه أو أن يجعله مؤقتاً بمدة، تنتهي بانتهائها صفة المسجد كملك وقفي.

المطلب الثاني : الديمومة الأثر الحتمي للمسجد كملك وقفي عام

في بداية هذا المطلب، وكفرع أول، نتطرق لمدى ديمومة أو أبدية المسجد كملك وقفي عام مقارنة بالملكية العامة، ثم نتطرق بعد ذلك، كفرعٍ ثانٍ، لمفهوم استبدال الأوقاف وعلاقته بمبدأ أبدية المسجد.

الفرع الأول : مدى ديمومة المسجد كملك وقفي مقارنة بالملك العام

إن الأبدية التي يتصف بها الوقف، لا سيما المسجد هي صفة لصيقة به كملك وقفي عام، فلا يمكن مقارنتها بالاستمرارية النسبية التي تعرفها الأملاك العامة، مثلاً، المستمدة من صفتها العمومية؛ والصفة العمومية للمال العام ليست أبدية؛ حيث يفقدها بزوال المنفعة العامة؛ بخلاف الوقف؛ فإنه متصف بالأبدية ولا تزول عنه هذه الصفة أبداً؛ إلا إذا خربت أو تعطلت منافعها؛ فتستبدل في الحالات التي حددها القانون؛ كما في المادة 24 من قانون الأوقاف، فتنتقل صفة الأبدية إلى العين الجديدة[24]؛ فالمساجد تبقى قائمة، كما يثبت الواقع، حتى بعد زوال الدول التي شُيِّدت في عصرها، لكن يختلف الأمر بالنسبة للأملاك العامة؛ التي غالباً ما يتم إدراجها ضمن الأملاك الوطنية العمومية بقرار إداري انفرادي لا غير، وعلى إثر ذلك تضيق سلطة الهيئة العمومية على أملاكها المخصصة للنفع العام؛ لتمنع من التصرف فيها تصرفات ناقلة للملكية طالما كان تخصيصها قائماً، وبإلغاء تخصيصها تزول صفة عموميتها، ما يجعلها تدخل في إطار الأملاك الوطنية الخاصة؛ ليسري عليها ما يسري على باقي الأملاك الوطنية الخاصة؛ فيكون للأشخاص العامة أن تملكها ملكية عادية كملكية الأفراد لأموالهم، ومن ثمّة التصرف فيها وفقاً لما تقتضي القواعد القانونية السارية المفعول، سيما القوانين والتنظيمات الموجهة لهذه الأملاك إلى أغراض التقدم الاقتصادي والاجتماعي والثقافي، كما تنص على ذلك المادة 80 من قانون الأملاك الوطنية؛ فهذه الأملاك تؤدي، في جوهرها، وظيفة امتلاكية ومالية[25]؛ بالتالي فالصفة العمومية ليست دائمة، خلافاً لما عليه المسجد كملك وقفي عام وما يلحق به؛ فإن صفة الأبدية لصيقة به، ويكتسبها بمجرد الشروع في بنائه؛ نتيجة عقد شكلي صادر بالإرادة المنفردة، يُقيد وجوباً بعقد لدى الموثق تبعاً لنص المادة 41 من القانون رقم 91-10 المتعلق بالأوقاف المعدل والمتمم، المذكور أعلاه؛ فالمشرع اشترط اخضاع عقد الوقف للرسمية، الأمر الذي يتفق مع ما نصت عليه المادة 324 مكرر 01 من القانوني المدني، بما أن عقد وقف المساجد يتمحور حول حق عيني عقاري؛ فيجب أن يفرغ، تحت طائلة البطلان، في شكل رسمي؛ وهذا ما أيده قرار الغرفة العقارية للمحكمة العليا في 23 ماي 1997 الذي جاء فيه : " من المقرر أن العقود التي يأمر القانون بإخضاعها إلى الشكل الرسمي يجب تحت طائلة البطلان أن تحرر على الشكل الرسمي"، وهذا يدل دون مجال للشك أن العقود الواردة على عقار بما فيها عقد الوقف الوارد على عقار يجب أن يحرر في شكل رسمي

تحت طائلة البطلان[26]، أما بالنسبة لما جاء في نص المادة 35 من القانون 91-10 المذكور أعلاه من أن إثبات الوقف يكون بجميع طرق الاثبات القانونية والشرعية، فينبغي أن تفهم بأنها تكريس للرغبة في الكشف واسترجاع الأملاك الوقفية التي تعرضت للضياع أو تغيير طبيعتها، خاصة في الفترة الاستعمارية وبعد الاستقلال[27]؛ وهذا في حقيقته ما هو إلا تجسيد لمبدأ ديمومة الوقف، سيما منها المساجد التي تكتسي أهمية بالغة بين باقي أنواع الأوقاف؛ فحماية لها استحدث المشرع ما يسمى بوثيقة الإشهاد المكتوب لإثبات الملك الوقفي، بموجب المرسوم التنفيذي رقم 336/2000 المتضمن إحداث وثيقة الأشهاد المكتوب[28]، والتي على إثرها يتم إصدار شهادة رسمية خاصة بالملك الوقفي محل الإشهاد من قبل المصالح غير الممركز لقطاع الأوقاف والشؤون الدينية المختصة إقليمياً[29]، التي تم تحديد محتواها بموجب القرار المؤرخ في 26 ماي 2001[30]؛ مما يمكن من استرجاع الأملاك الوقفية المختلفة، وإضفاء الطابع الرسمي عليها، وإعادتها لممارسة دورها المجتمعي الدائم المنوط بها.

الفرع الثاني : أثر مفهوم الاستبدال على بقاء المسجد وديمومته

وفي نفس السياق، المتعلق ببقاء الوقف وديمومته، لا يجوز قانوناً التصرف في أصل الملك الوقفي المنتفع به، بأية صفة من صفات التصرف سواء بالبيع أو الهبة أو التنازل أوغيرها[31]، ويسري هذا طبعاً على المسجد كملك وقفي؛ فقد ذهب الشافعية إلى القول بعدم جواز بيع المساجد وإن خربت؛ فإن وُقِف مسجداً فخرب المكان وانقطعت الصلاة فيه لم يعد إلى المالك، ولم يجز التصرف فيه، لأن ما زال الملك فيه لحق الله تعالى[32]، كما لا يحل شرعاً استبداله بإجماع الفقه المالكي[33]، فالإمام مالك رحمه الله قد منعه منعاً باتاً إذا كان محل الوقف مسجداً، وذلك متفق عليه بين الأئمة ما عدا أحمد فإنه يُجَوِّز استبدال مسجد بأرض مسجد[34]، وعند دراسة المادة 24 من القانون 91-10 المتعلق بالأوقاف المعدل والمتمم، فإننا نجد أنها تنص على عدم جواز تعويض عين موقوفة أو استبدالها بملك آخر، إلا في حالات ضيقة جدًا، فكيف بوقف المسجد، وهذه الحالات هي :

- حالة تعرض الوقف للضياع أو الاندثار.
- حالة فقدان منفعة الملك الوقفي مع عدم امكان إصلاحه.
- حالة ضرورة عامة كتوسيع مسجد أو مقبرة أو طريق عام في حدود ما تسمح به الشريعة الإسلامية.
- حالة انعدام المنفعة في العقار الموقوف وانتفاء إتيانه بنفع قط، شريطة تعويضه بعقار مماثل أو أفضل منه.

ولا تُثْبَتُ هذه الحالات إلا بقرار من السلطة الوصية بعد المعاينة والخبرة؛ ويجدر بالذكر أن هذه الحالات المحددة أعلاه لم تنص صراحة على حالة وقف المسجد، كما أنها لا تنسجم حقيقة مع استبداله، إذا دعت الضرورة لذلك، سيما الفقرة الثالثة من هذه المادة، لذا يبدو أن في تعديل هذه المادة ما يبرره؛ خاصة وأن بعض الفقه الاسلامي قد اتجه إلى جواز الاستبدال، مع العلم أن المادة الثانية من القانون 91-10 المتعلق بالأوقاف قد نصت على الرجوع إلى أحكام الشريعة الاسلامية في غير المنصوص عليه؛ فهذا مذهب الامام أحمد خالف المذاهب الأخرى كلها في المسجد فأجاز استبداله، وذلك ما لم يقله غيره، وله في ذلك نظر واقعي سليم[35]؛ فقد أجاز بيع المسجد إذا صار غير صالح للغاية المقصودة منه، كأن ضاق على أهله، ولم يمكن توسيعه حتى يسعهم، أو خربت الناحية التي فيها المسجد، وصار غير مفيد، ولا نفع منه، ففي كل هذه الأحوال يباع المسجد، ويصرف ثمنه في إنشاء مسجد آخر يحتاج إليه في مكانه[36].

المبحث الثاني : مدى استقلالية المسجد كملك وقفي عام

من خلال هذا المبحث نتطرق للطبيعة المتميزة للمسجد كملك وقفي عام في المطلب الأول، ثم نتطرق لاكتفاء المسجد بذاته كوقف عام، كمطلب ثان.

المطلب الأول : الطبيعة المتميزة للمسجد كملك وقفي عام عن الملكية العامة

من الواجب التعرض، بدايةً، لمفهوم الملكية العامة بين الشريعة الاسلامية والقانون الجزائري كفرعٍ أولٍ، ليتسنى بعد ذلك التعرض للطبيعة المستقلة للمسجد بوصفه وقف عام، مقارنة بالملكية العامة، كفرع ثانٍ.

الفرع الأول : الملكية العامة بين الشريعة الاسلامية والقانون الجزائري

ولو بلمحة موجزة ينبغي الاشارة لمفهوم الملكية العامة في الاسلام، قبل التطرق لمفهوم الملكية العامة في التشريع الجزائري حالياً؛ سيما وأن الشريعة الغراء سبقت في تفرقتها، من جهة، بين الملكية الفردية والملكية العامة كل القوانين الوضعية، ثم وضعت، من جهة ثانية، معيار التخصيص للمنفعة العامة كأهم المعايير للتمييز بين الأملاك العامة، وفرّقتها إلى قسمين، الأولى هي الأموال التي تديرها الدولة باسم جماعة المسلمين، وفيها ما يخرج عن نطاق التملك كالماء، والكلأ والنار لارتباطها المطلق بالنفع العام؛ فهي في حكم ما يشترك بين الناس، ما يقتضي عدم تملكها، والاكتفاء فقط بالانتفاع على شرط عدم الاضرار، وفيها ما هو مخصص للنفع العام؛ فلا يجوز تملكها ما دام تخصيصها قائماً، كالطرق، الجسور، القناطر، وأراضي الحمى وغيرها، أما

القسم الثاني من الأملاك فهي الأموال المملوكة للدولة ذاتها، باعتبارها شخصا معنوياً، أي الأموال التي نسبت لبيت المال؛ فلها حق التصرف فيها، ويمكن تبعا لهذا ان تكون محلاً للتعاقد، أو استغلالها والانتفاع بثمارها، وقد أخضعت الشريعة الإسلامية القسم الأول من المال العام إلى قاعدة عدم جواز التصرف فيه ومن ثمة عدم جواز اكتسابه بالتقادم أو الحجز عليه[37].

أما بالنسبة للمشرّع الجزائري، فلقد سلك تماشياً مع الانفتاح الاقتصادي والسياسي الذي عرفته البلاد، بموجب دستور 1989، النهج التقليدي في تقسيم الملكية العامة؛ القائم على التفريق المزدوج لها، الأمر الذي لم يتغير إلى اليوم؛ حيث تنص المادة 20 من الدستور الحالي بموجب تعديله الأخير على أن الأملاك الوطنية تتكون من الأملاك العمومية والخاصة التي تملكها الدولة والولاية والبلدية[38]، وإن كان من الجدير أن نلاحظ، خلافاً لهذا، تمسك المشرع الجزائري في المادة 688 من القانون المدني بالصياغة القديمة، التي لم يمسها التعديل، المعبرة أكثر عن وحدة أملاك الدولة الموروثة عن الايديولوجية الاشتراكية بما لا يتماشى مع النهج المتبنى حالياً؛ هذا النهج الذي ينسجم تماماً مع ما جاء به، فيما بعد، القانون 30/90 المتضمن قانون الأملاك الوطنية، وفقاً لما يقتضي دستور 1989 الذي أحدث تحوّلات جذرية، وجب الانسجام معها؛ حيث أقر هذا القانون مبدأ ازدواجية الأملاك العامة من خلال المادة 02 منه[39]؛ التي نصت على أن الأملاك الوطنية تشتمل "على مجموع الأملاك والحقوق المنقولة والعقارية التي تحوزها الدولة وجماعاتها الاقليمية في شكل ملكية عمومية أو خاصة"؛ بما يتفق مع النظرية التقليدية للأموال العامة التي كان قد تبناها المؤسس الدستوري الجزائري لتوهِ آنذاك، معتمدًا على معيار التخصيص للنفع العام للتفريق بين نوعي الملكية الوطنية[40]، معتبراً الأملاك الوطنية العمومية هي الأملاك التي لا يمكن أن تكون محلاً لملكية خاصة بحكم طبيعتها أو غرضها[41]، والمصونة بمبدأ عدم قابليتها للتصرف ولا للتقادم ولا للحجز[42]، فيما تم في المقابل تعريف الأملاك الوطنية الخاصة على أنها تلك الأملاك التي تؤدي وظيفة امتلاكية ومالية[43]؛ فملكية الدولة لها أشبه بملكية الأفراد.

الفرع الثاني : الطبيعة المستقلة للمسجد كملك وقفي عام

بعد الاشارة لمفهوم الملكية العامة يتبادر إلى ذهن المتلقي فكرة مفادها، في أي خانة يمكن وضع المسجد؟ فهل ينبغي أن نصنّفه في عداد الأملاك الوطنية، سيما وأن الغاية المتوخاة منه هي المصلحة العامة؛ بواسطة أداء خدمة عمومية الهدف منها ترقية قيم الدين الاسلامي[44]؛ فهو بهذا مرفق عام، والأملاك الموضوعة لفائدة هذا الأخير ينبغي، جدلاً، أن نصنّفها أملاكاً للدولة حسب مفهوم المادة 688 من القانون المدني؛ التي تعتبر أموال الدولة هي "العقارات والمنقولات التي تخصص بالفعل أو بمقتضى نص قانوني لمصلحة عامة، أو لإدارة،

أو لمؤسسة عمومية أو لهيئة لها طابع إداري"؛ وهذا ما يبدو للوهلة الأولى أنه ينسجم مع مفهوم المسجد كملك وقفي، سيما نتيجة الضبابية التي أفرزتها المرحلة الاستعمارية؛ بمصادرة الأوقاف وتحويلها عن وجهتها أو ضمها للأملاك العمومية، بما في ذلك أكثر الأوقاف قداسة المساجد، متجاهلين طبيعتها القانونية المتميزة التي كان ينبغي مراعاتها، مما أسفر على ذلك تناقص في أعدادها، وتراجع في دورها الحضاري، الشيء الذي استمر حتى إبان الاستقلال؛ سيما وأن المرسوم 64-283 المتضمن نظام الأملاك الحبسية العامة[45]، لم يعطِ تعريفاً واضحاً للأملاك الوقفية يميزها عن باقي الأملاك التي التبست بها، جراء سياسات الاحتلال الفرنسي البائدة المتعاقبة عليها، مما أثر حتما في المساجد بشكل مباشر، نتيجة ما تعرضت له الكثير منها من انتهاكات، فلم يبقَ لبعضها وجود إلا في كتب التاريخ، وفي احسن الأحوال صودرت أوقافها؛ فتراجعت عائدات تمويلها، وتناقصت فعاليتها الحضارية تبعاً لذلك.

في الحقيقة، بدأت الأملاك الوقفية تلقى مكانتها بعد النص عليها دستورياً من خلال المادة 18 من دستور 1989[46]،وفي ضوء هذا التوجه صدر القانون 90-25 المؤرخ في 18 نوفمبر 1990 المتضمن التوجيه العقاري[47]؛ الذي صنّف الأملاك العقارية، بموجب المادة 23 منه، إلى أملاك وطنية؛ أملاك خاصة؛ وأملاك وقفية، ومن خلال هذا يمكن تصنيف الوقف بالقطاع المستقلّ عن القطاعين الحكومي والخاص؛ فالوقف ملكيّة من نوع خاص، يتمتع بالاستقلالية[48]، والمساجد أهم هذه الأملاك العقارية الوقفية، سيما وقد وضعها المشرع على رأس ما يسمى بالأوقاف المصونة، في المادة الثامنة من القانون 91-10 المتعلق بالأوقاف، المعدل والمتمم[49]، حماية لها من جميع أنواع الاستلاء؛ حيث يدمج المسجد وما يلحق به من مرافق ضمن الأملاك الوقفية العامة بمجرد الشروع في بنائه[50]، ليحبس نهائياً عن تملك الأشخاص الطبيعيين والاعتباريين[51]؛ فلا يجوز للواقف بعد ذلك التصرف في وقفه، كما لا يجوز له الرجوع فيه، برأي جمهور الفقهاء، فمتى صدر من أهله مستكملاً شرائطه لزم الوقف، وانقطع حق الواقف أو الموقوف عليه أو الناظر عن الرقبة فلا يتصرف أحدهم في عين الوقف تصرفاً ينقصه، أو يخل بمقصده[52]، وحتى القائلين بعدم لزوم الوقف يستثنون المسجد من ذلك ويرون أنه وقفاً لازماً[53]؛ فبمجرد إنشاء الوقف تتأسس الشخصية المعنوية للوقف وتكون كل الأعيان الموقوفة مملوكة لهذه الشخصية التي لها ذمة مالية، واستقلال عن الأشخاص الذين أسسوها (الواقفين)، وعن الأشخاص الذين أسست لمصلحتهم (الموقوف عليهم)، وحتى عن الأشخاص الذين يتولون إدارتها (النُظّار)[54].

المطلب الثاني : المسجد ملك وقفي عام مكتفٍ بذاته

يفترض في المسجد كملك وقفي عام أن يكون مكتفٍ بذاته، حتى يستطيع أداء دوره المجتمعي المنوط به بكل استقلالية؛ وهذا على الصعيد المالي والإداري، اللذان نتعرض لهما تباعاً في الفرعين الآتيين.

الفرع الأول : المسجد كوقف عام يفترض أنه مكتفٍ بذاته مالياً

فضلاً عن ما سلف، إن الاستقلالية التي يكتسبها الوقف العام بما في ذلك المسجد مبعثها تمتع هذا الأخير بشخصية حكمية تفصله عضوياً عن الغير بما في ذلك الإدارة العمومية التي تتولى الإشراف عليه؛ هذا جوهر الاختلاف بين المسجد كملك وقفي والملكية العامة كما رأينا؛ حيث يتمتع المسجد بكيانه الحكمي بمجرد الشروع في بنائه؛ بحكم ادماجه ضمن الأملاك الوقفية العامة؛ التي تتمتع بالشخصية المعنوية، بمقتضى المادة 05 من قانون الأوقاف المذكور سلفاً[55]، وتبقى الأملاك العامة تابعة للأشخاص المعنوية الاقليمية المتمثلة في الدولة والولاية والبلدية، تتولى تسييرها واستغلالها، وفي مقابل ذلك ينبغي على الدولة المكلفة شرعاً والمسؤولة عن حرمة المسجد وتسييره واستقلاليته في أداء رسالته وتجسيد وظائفه، بوصفه وقف عام تبعاً لنص المادة الثالثة من القانون الأساسي للمسجد[56]، أن تسعى إلى احترام تلك الاستقلالية؛ بحمايته من الاستغلال الايديولوجي والسياسي من طرف أجهزتها العمومية وممثليها على المستوى المركزي والمحلي لصالح أهداف خارجة عن وظائف المسجد السامية، كما يجب حمايته من الأطراف والمجموعات التي تحاول ضمه لصالحها إيديولوجياً؛ الشيء الذي يخل بمكانته التي يستمدها من وصفه مسجداً لجميع الجزائريين، تفصله عنهم المسافة نفسها باختلاف فئاتهم، فلا ينبغي له أبداً النزول من منبره العالي، ليصبح طرفاً فاعلاً وسط الايديولوجيات المتصارعة؛ لذا فعلى الإدارة العمومية بحكم مسؤوليتها، طبقاً للمادة الثالثة من القانون الأساسي للمسجد، أن تعمل على خدمة المسجد بوصفه وقف عام لا أن يخدمها؛ لأنه ليس من عداد وسائلها كالأموال العامة التي تملكها؛ فالمسجد باعتباره وقف عام تخرج ملكيته عن ملكية الدولة وغيرها من الأشخاص، إضافة إلى أن هناك جانب من الفقه الاسلامي يقول بانتقال ملكية الوقف بما في ذلك المسجد إلى الله تعالى؛ هذا الافتراض المعنوي يضفي على المسجد وغيره من الأوقاف قداسة روحية كبرى، لا ينبغي المساس بها باستغلاله في غير خدمة المجتمع والدين الاسلامي.

في الجانب الآخر، نجد أن المشرع نص على تكليف المصالح غير الممركزة لقطاع الشؤون الدينية والأوقاف بحماية المسجد باعتباره ملك وقفي، على غرار باقي الأملاك الوقفية المختصة بها إقليمياً[57]؛ وأناط بسلك وكلاء الأوقاف مراقبة ومتابعة تسيير وإدارة الأملاك الوقفية والسهر على صيانتها واقتراح تدابير ترميمها[58]، ثم وضع تكاليف صيانة المساجد وترميمها وتنظيفها وحراستها وتجهيزها على عاتق الدولة بالنسبة

لجامع الجزائر والمساجد التاريخية والرئيسية، وعلى عاتق الولاية بالنسبة للمساجد الوطنية، وعلى عاتق البلدية بالنسبة للمساجد المحلية ومساجد الاحياء[59]، وإن كان الواقع العملي على خلاف ذلك؛ حيث غالباً ما تمول تلك الأشغال بواسطة جمع التبرعات داخل المساجد، أو من عوائد أوقافها الضئيلة؛ ليبقى المسجد كملك وقفي مرتبط في شأن صيانته وترميمه وتجهيزه بالسلطات العمومية المختلفة، التي تظل نفقاتها احتمالية أشبه بالمساعدات إن وجدت، فيما لا يمكن اعتبار جمع التبرعات، التي نص عليها القانون الأساسي للمسجد، وسيلة تكفي لقيام المسجد بدورٍ حضاري يذكر، مع تراجع ثقافة الوقف على المسجد التي كانت سائدة في الماضي[60]؛ الأمر الذي يتوجب معه تشجيع الوقف على المساجد من جديد، بوضع آليات ناجعة له[61] تحفز المجتمع والأفراد على السير قدماً في هذا الشأن، مما يضمن للمسجد استقلاليته وحرمته وفعاليته في أداء دوره المجتمعي.

الفرع الثاني : المسجد كوقفٍ عام يفترض أنه مكتفٍ بذاته إدارياً

من خلال نظرة عامة في أقوال الفقهاء حول الوقف وأحكامه؛ نلاحظ أنهم يجعلون للوقف ذمة مالية مستقلة عن ذمة الغير، وإن لم يعبروا عنها بالشخصية المعنوية بالمصطلح الحالي؛ إذ الآثار والنتائج المترتبة عنها، هي ذاتها التي توصل إليها القانون الوضعي في العصر الحالي[62]، ويترتب عن كون المسجد يتمتع بالشخصية المعنوية، كغيره من الأوقاف الأخرى، عدد من النتائج قررها القانون بموجب المادة 50 من القانون المدني التي تنص على تمتع الشخص المعنوي، بما في ذلك المسجد، بجميع الحقوق إلا ما كان منها ملازماً لصفة الانسان، وذلك في الحدود التي يقررها القانون؛ فيكون له ذمة مالية مستقلة عن الذمة المالية للجهة التي أنشأته؛ أي عن الواقف والموقوف عليهم وناظر الوقف إذا اقتضى الأمر ذلك؛ حيث تكون ذمته المالية وعاءً لحقوقه والتزاماته المترتبة على نشاطه[63]، وبما أن مقتضى أهلية الأداء التمتع بالتمييز والإرادة؛ فإنه لا بد له من نائب عنه يتولى تمثيله والتعبير عن إرادته؛ ولقد درج الفقه على أن تكون الولاية على الأوقاف من اختصاص ناظر الملك الوقفي والذي يتصرف باسم الوقف ويتقاضى باسمه[64]، كما أثبت الواقع العملي أنه يمكن لنظارة الشؤون الدينية بالولاية أن تترافع باسم الوقف في حدود اختصاصها الإقليمي[65]، فمنذ أن تولت تسيير الشأن الديني إدارات عمومية في تنظيم مركزي ومحلي، أصبح لهاتين الأخيرتين دور أساسي في التقاضي باسم الوقف أو المسجد الذي هو موضوع الدراسة الحالية، وبذلك فإن الممثل الحقيقي للوقف في القانون الجزائري هو وزير الشؤون الدينية والأوقاف، وهو الذي يتقاضى باسمه، كما خول له أن يفوض هذه السلطات للهيئات[66] الأخرى التابعة له إدارياً، وبمقتضى المادة 50 من القانون المدني أيضاً فإن للمسجد أهليه؛ كانت

أهلية وجوب أو أهلية أداء[67]؛ تُمكِّنه أن يتملك بعوض أو بغير عوض، وله حق التعاقد والتقاضي، وغير ذلك من السلطات التي تخوله إياه القوانين والأنظمة وقانونه الأساسي[68]، وفي الأخير نصت المادة 48 من قانون الأوقاف المعدل والمتمم، المذكور سلفاً، على موطن الملك الوقفي الذي يعقد به الاختصاص القضائي؛ حيث تتولى المحاكم التي يقع في دائرة اختصاصها محل الوقف أو المسجد، النظر في المنازعات المتعلقة به.

إن تمتع المسجد بالشخصية القانونية بخروجه عن ملك واقفه والمنتفعين منه والمكلفين بإدارته يزيد من قداسته الروحية، ويعطى له مكانة مرتبطة بالله تعالى لا بالأشخاص كيفما كانوا، كما أنها تضفي عليه الطابع المؤسسي الذي يمكن معه توظيف أساليب التنظيم الإداري والمالي، والتخطيط له، حتى يبلغ الأهداف المطلوبة منه مجتمعياً، التي يتم بعد ذلك تقييمها وتقويمها دورياً.

الخاتمة :

تطرقنا في مضمون هذه الدراسة لموضوعٍ غاية في الأهمية وهو المسجد بوصفه وقفاً عاماً، وما تولد عن ذلك من وضعية قانونية، تعلقت باستقلالية المسجد، من جهة، وأبديته من جهة أخرى؛ هذان المفهومان وكأنهما مبدئين لإدارة المسجد؛ يضمن المبدأ الأول منهما وجوداً مستقلاً للمسجد عن الواقف والموقوف عليهم، وحتى عن متولي إدارته؛ الممثلة في وزارة الشؤون الدينية والأوقاف على المستوى المركزي، وجهاتها غير الممركزة على المستوى المحلى؛ هذه الاستقلالية التي تعطي لوظائف المسجد معناها الديني والمجتمعي، بعيدًا عن الاستلاء عليه وتوجيهه لخدمة بعض الميولات الفردية والفئوية؛ وبهذا يكون على الإدارة العمومية، دون تحيز طبعاً، ضمان استقلالية المسجد في أداء رسالته وتجسيد وظائفه، أما فيما يخص مبدأ الديمومة أو الأبدية؛ فهو المفهوم الذي يضمن بقاء منفعة المسجد دائمة تتخطى حياة من وقفه أو وقف عليه، بل وتتعدى حتى حياة الدولة التي أنشأ في ظلها؛ لأن المسجد يستمد بقاءه من بقاء عبادة الله على هذه الأرض، لا من بقاء المرفق العام الذي يشرف عليه، لذا كان من المجدي دراسة هاتين النقطتين بشيء من التفصيل في هذه الدراسة، التي أفضت إلى عدد من الاقتراحات، هي :

- ضرورة النص صراحة، تجسيداً لمبدأ أبدية المسجد، على عملية استبداله بملك وقفي آخر يوضع للغرض ذاته، إذا فقد المسجد الغاية المقصودة منه، سيما وقد ذهب بعض الفقه الاسلامي في هذا الاتجاه.

- تبني آليات حديثة لتشجيع الوقف على المساجد، دعماً لمبدأ استقلاليته كملك وقفي عام.
- التوسع في المفهوم المؤسسي للمسجد؛ بإعطاء له طابعاً تنظيمياً حديثاً، يتجاوز المفاهيم التقليدية في تسيير المساجد.

وفي الأخير، ينبغي الاشارة إلى أن المسجد أقدم المؤسسات وأقلها حظاً من عملية التحديث والتطوير، لذا من الواجب، اليوم، أن تعطى له المكانة التي تليق به كمُنتِجٍ للقيم، عن طريق فتح آفاق للبحث أرحب في شأن المسجد كملك وقفي عام، ثم كمرفق عام يتولى تقديم خدمة عمومية مضمونها تنمية قيم الدين الاسلامي.

1 محمد بن عبد الله الزركشي، إعلام السّاجد بأحكام المساجد، لجنة إحياء التراث الإسلامي، الطبعة الرابعة، القاهرة، 1996، ص 28.

2 قرآن كريم، الآية 18 من سورة الجن، المصف برواية ورش عن الإمام نافع.

3 أبا الحسن مسلم إبن الحجاج، مختصر صحيح مسلم مج 1، دار نوبوليس، لبنان، 2011، ص 149.

4 سعد بن علي بن وهف القحطاني، المساجد، مؤسسة الجريسي للتوزيع والإعلان، الرياض، ص 03.

5 أبو الفضل جمال الدين ابن منظور، لسان العرب، الجزء السادس، دار الابحاث، الطبعة الأولى، 2008، ص 163.

6 سعد بن علي بن وهف القحطاني، مرجع سابق، ص 05.

7 سعد بن علي بن وهف القحطاني، مرجع سابق، ص 04.

8 الفقرة الأولى من المادة 02 من المرسوم التنفيذي رقم 13-377 المؤرخ ف 09 نوفمبر 2013 المتضمن القانون الأساسي للمسجد، الجريدة الرسمة عدد 58.

9 عبد الكريم بكار، حول التربية والتعليم، دار القلم، الطبعة الثالثة، دمشق، 2011، ص 137.

10 المادة 03 من المرسوم التنفيذي رقم 13-377 المؤرخ ف 09 نوفمبر 2013 المتضمن القانون الأساسي للمسجد، مرجع سابق.

11 المادة 07 من المرسوم التنفيذي رقم 98-381 المؤرخ في 01 ديسمبر 1998 المحدد لشروط إدارة الأملاك الوقفية وتسييرها وحمايتها وكيفيات ذلك، الجريدة الرسمية عدد 90.

12 المادة 33 من القانون رقم 10/91 المؤرخ في 27 أفريل 1991 المتعلق بالأوقاف، جريدة رسمية عدد 21، الذي عدّل وتمّم بموجب القانون رقم 07/01 المؤرخ في 22 ماي 2001، جريدة رسمية عدد 29، ثم عدّل وتمّم بموجب القانون 10/02 المؤرخ في 14 ديسمبر 2002، الجريدة الرسمية عدد 83.

13 محمد مصطفى شلبي، أحكام الوصايا والأوقاف، الدار الجامعية للطباعة والنشر، الطبعة الرابعة، بيروت، 1982، ص 302.

14 وهبة الزحيلي، الفقه الاسلامي وأدلته، الجزء الثامن، دار الفكر، الطبعة الثانية، دمشق، 1985، ص 155.

15 محمد مصطفى شلبي، مرجع سابق، ص 304.

16 وهبة الزحيلي، ص 154.

17 منذر عبد الكريم القضاة، أحكام الوقف، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2011، ص 43.

18 محمد أبو زهرة، محاضرات في الوقف، دار الفكر العربي، القاهرة، 1972، ص 39.

19 وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص 156.

20 المادة 213 من القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 جوان 1984 المتضمن قانون الأسرة، الجريدة الرسمية عدد 24، المعدل والمتمم بموجب الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فيفري 2005، الجريدة الرسمية عدد 15.

21 المادة 03 القانون رقم 10/91 المؤرخ في 27 أفريل 1991 المتعلق بالأوقاف المعدل والمتمم، مرجع سابق

22 المادة 31 من القانون 90-25 المؤرخ في 18 نوفمبر 1990 المتضمن قانون التوجيه العقاري، جريدة رسمية عدد 49.

23 المادة 06 القانون رقم 10/91 المؤرخ في 27 أفريل 1991 المتعلق بالأوقاف المعدل والمتمم، مرجع سابق.

24 محمد الأمين بلميلود، الحماية المدنية والجنائية للأملاك الوقفية، دار الأيام للنشر والتوزيع، عمان، 2017، ص82.

25 المادتين 03 و 80 من القانون 90-30 المؤرخ في 01 ديسمبر 1990 المتضمن الأملاك الوطنية، الجريدة الرسمية عدد 52، المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 08-14 المؤرخ في 20 جويلية 2008، الجريدة الرسمية عدد 44.

26 لهزيل عبد الهادي، آليات حماية الأملاك الوقفية في التشريع الجزائري، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الوادي، السنة الجامعية 2015/2014، ص 111.

27 لهزيل عبد الهادي، مرجع سابق، ص 111.

28 المرسوم التنفيذي رقم 2000-336 المؤرخ في 26 أكتوبر 2000، المتضمن إحداث وثيقة الإشهاد المكتوب لإثبات الملك الوقفي وشروط وكيفيات إصدارها وتسليمها، الجريدة الرسمية عدد 64.

29 المادة 05 من المرسوم التنفيذي رقم 2000-336 المؤرخ في 26 أكتوبر 2000، المتضمن إحداث وثيقة الإشهاد المكتوب لإثبات الملك الوقفي وشروط وكيفيات إصدارها وتسليمها، مرجع سابق.

30 القرار المؤرخ في 26 ماي 2001 المحدد لشكل ومحتوى الشهادة الرسمية الخاصة بالملك الوقفي، الجريدة الرسمية عدد 31.

31 المادة 23 من القانون رقم 10/91 المؤرخ في 27 أفريل 1991 المتعلق بالأوقاف المعدل والمتمم، مرجع سابق.

32 أبو اسحاق الشيرازي، المهذب في فقه الامام الشافعي، الجزء الثالث، دار القلم، الطبعة الأولى، دمشق، 1996، ص 689.

33 الشيخ حمدون، دراسة تأصيلية لقضايا معاصرة في أحكام الوقف، كلية العلوم الاجتماعية والاسلامية، جامعة أدرار، السنة الجامعة 2005/2004، ص 109

34 محمد أبو زهرة، مرجع سابق، ص 154.

35 محمد أبو زهرة، مرجع سابق، ص 160.

36 محمد أبو زهرة، مرجع سابق، ص 158.

37 ينظر : حنان ميساوي، آليات حماية الأملاك الوطنية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، السنة الجامعية 2015/2014، ص 17 وما يليها.

38 المادة 20 من الدستور الصادر بموجب القانون 16-01 المؤرخ في 06 مارس 2016، المتضمن التعديل الدستوري، الجريدة الرسمية عدد 14.

39 المادة 02 من القانون رقم 90-30 المؤرخ في 01 ديسمبر 1990 المتضمن قانون الأملاك الوطنية، المعدل والمتمم، المرجع السابق.

40 المادة 12 من القانون رقم 90-30 المؤرخ في 01 ديسمبر 1990 المتضمن قانون الأملاك الوطنية، المعدل والمتمم، المرجع السابق.

41 المادة 03 من القانون رقم 90-30 المؤرخ في 01 ديسمبر 1990 المتضمن قانون الأملاك الوطنية، المعدل والمتمم، المرجع السابق.

42 المادة 04 من القانون رقم 90-30 المؤرخ في 01 ديسمبر 1990 المتضمن قانون الأملاك الوطنية، المعدل والمتمم، المرجع السابق.

43 الفقرة 02 من المادة 03 من القانون رقم 90-30 المؤرخ في 01 ديسمبر 1990 المتضمن قانون الأملاك الوطنية، المعدل والمتمم، المرجع السابق.

44 الفقرة 02 من المادة الثانية من المرسوم التنفيذي رقم 13-377 المؤرخ في 09 نوفمبر 2013 المتضمن القانون الأساسي للمسجد، مرجع سابق.

45 المرسوم رقم 283/64 المؤرخ في 17 سبتمبر 1964 المتضمن نظام الاملاك الحبسية العامة، جريدة رسمية عدد 35.

46 دستور 1989 الصادر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 89-18 المؤرخ في 28 فيفري 1989، الجريدة الرسمية عدد 09.

47 القانون رقم 25/90 المؤرخ في 08 نوفمبر 1990 المتضمن التوجيه العقاري، جريدة رسمية عدد 49.

48 محمد الأمين بلميلود، مرجع سابق، ص 81.

49 القانون رقم 10/91 المؤرخ في 27 أفريل 1991 المتعلق بالأوقاف، المعدل والمتمم، مرجع سابق.

50 المادة 28 من المرسوم التنفيذي رقم 377/13 المؤرخ في 09 نوفمبر 2013 المتضمن القانون الأساسي للمسجد، مرجع سابق

51 المادتين 03، 05 من القانون10/91 المؤرخ في 27 أفريل سنة 1991 المتعلق بالأوقاف، المعدل والمتمم، مرجع سابق.

52 محمد كمال الدين إمام، جابر عبد الهادي سالم الشافعي، مسائل الأحوال الشخصية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2007، ص 516.

53 محمد كمال الدين إمام، جابر عبد الهادي سالم الشافعي، مرجع سابق، ص 515.

54 الشيخ حمدون، مرجع سابق، ص 102.

55 القانون10/91 المؤرخ في 27 أفريل سنة 1991 المتعلق بالأوقاف، المعدل والمتمم، مرجع سابق.

56 المادة 03 من المرسوم التنفيذي رقم 377/13 المؤرخ في 09 نوفمبر 2013 المتضمن القانون الأساسي للمسجد، مرجع سابق.

57 المادة 02 من المرسوم التنفيذي رقم 200/2000 المؤرخ في 26 جويلية 2000، المحدد لقواعد تنظيم مصالح الشؤون الدينية والأوقاف في الولاية وعملها، جريدة رسمية عدد 47

58المادة 28 من المرسوم التنفيذي رقم 411/08 المؤرخ في 24 ديسمبر 2008 المتضمن القانون الأساسي الخاص بالموظفين المنتمين للأسلاك الخاصة بالإدارة المكلفة بالشؤون الدينية والأوقاف، جريدة رسمية، عدد 73.

59 المادة 29 من المرسوم التنفيذي رقم 377/13 المؤرخ في 09 نوفمبر 2013 المتضمن القانون الاساسي للمسجد، مرجع سابق.

60 المثال الواضح في هذا الشأن ما أوقفه الصالح باي من أملاك عقارية كثيرة جداً على جامع سيدي الكتاني بقسنطينة، وحذا حذوه الكثير من أعيان المنطقة، ويمكن الاطلاع على حجم هذه الأوقاف بالرجوع إلى سجل صالح باي للأوقاف، الذي تم اكتشافه

في الثمانينات من القرن الماضي. أنظر : فاطمة الزهراء قشي، سجل صالح باي للأوقاف، دار بهاء الدين للنشر والتوزيع، قسنطينة، 2009، ص 19 وما يليها.

61 كالتسهيلات والإعفاءات الضريبية وغيرها، ينظر في هذا الشأن : أسامة عمر الأشقر، تطوير المؤسسة الوقفية الإسلامية في ضوء التجربة الخيرية الغربية، دار النفائس للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، عمان، 2012.

62 محمد الأمين بلميلود، مرجع سابق، ص 95

63 محمد الصغير بعلي، القانون الإداري، مرجع سابق، ص 40.

64 لعروسي محمد الأخضر، المنازعات الناشئة عن الأملاك الوقفية، مذكرة ماجستير، كلية العلوم الإسلامية، جامعة الجزائر (01)، السنة الجامعية 2013/2013، ص17

65 حازم صليحة، نظام الولاية على الأملاك الوقفية في ظل التشريع الجزائري، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر (01)، السنة الجامعية 2011/2011، ص 95

66 لعروسي محمد الأخضر، مرجع سابق، ص17.

67 محمد الصغير بعلي، القانون الإداري، مرجع سابق، ص 40

68 محمد الأمين بلميلود، مرجع سابق، ص 99.

اسم الباحث: أريوط وسيلة.

الرتبة العلمية: دكتوراه في القانون الخاص.

الهيئة:جامعة أبي بكر بلقايد– تلمسان– ، كلية الحقوق، قسم القانون الخاص.

العنوان : 9 شارع معطى الله بشير لطفي 2 ، الرمشي ، تلمسان.

البريد الالكتروني: wassila.transport@yahoo.fr

ملخص:

يعتبر الربان أهم أشخاص الملاحة البحرية، و نلمس هذه الأهمية عندما تكون السفينة في عرض البحر في منأى عن سلطات الدولة و رقابة المجهز، هذا ما يخوله مركزا قانونيا فريدا ليس له مثيل في البر، كون علاقات العمل على متن السفينة تختلف عن علاقات العمل البري. ومن هنا المركز الوظيفي الخاص به يجعل من تحديد الإطار القانوني لعقد استخدامه محاطا بالغموض من جهة و من جهة أخرى هذا المركز الوظيفي يجعله يتمتع بسلطات استثنائية كي يتمكن من الوفاء بالالتزامات الملقاة على عاتقه و هذا ما يزيد صعوبة تحديد مركزه القانوني الأمر الذي دفع بنا لتوضيح هذا الغموض في طيات هذا البحث.

الكلمات المفتاحية:

ربان، مجهز، عقد عمل، مركز وظيفي، مركز قانوني.

Abstract :

The capitain is considered the most important navigatort , this importance is felt when the vessel is at sea and is not in the hands of the state authorities and thebcontrol of the state autorities and the control of the supplier.This gives him a unique legal status that has no parallel in hand,the fact that the shipselationships on the ship are different from the land_based relationships .Hence his special carees status makes it possible to define the legal framework for holding his use surrouded by ambiguity one the hand, and one the other hand this career status makes him enjoy exception al powers enabling it to fulffill its obligations this makes it mor difficult to determine its legal status. Tis prompted us to clarify this ambiguityin the folds of this research.

Key words :

Capitain, equiped ,employment , fonctional center ,legal status .

مقال بعنوان : المركز القانوني لربان السفينة.

أريوط وسيلة.[1]

مقدمة:

يعد الربان أهم أشخاص الملاحة البحرية على ظهر السفينة، كيف لا وهو من يتولى قيادتها ليس من الناحية الفنية فحسب و إنما من الناحيتين الإدارية و القانونية أيضا.

و تظهر أهمية هذا الشخص في الحالة التي تكون فيها السفينة في عرض البحر، بعيدة عن سلطات الدولة والرقابة المباشرة للمجهز. وهذا المركز الخاص للربان ليس له مثيل في البر، ذلك أن قيادة السفينة في عرض البحر يؤدي على خضوع علاقات العمل لقواعد قانونية خاصة تختلف عن القواعد القانونية

التي تحكم العمل البري ، ذلك لأن الرحلة البحرية قد تطول مما قد يعرض الربان لمشاكل و عقبات هذا جعل الربان يكتسب مركزا قانونيا فريدا ومميزا. وبالتالي المركز الوظيفي الخاص له يجعل من تحديد الإطار القانوني لعقد استخدامه محاطا بالغموض.

كما أنه بحكم سلطاته المتعددة تتولد لديه جملة من الواجبات و الالتزامات التي عليه تنفيذها والوفاء بها، خاصة تلك الأعمال التي يقوم بها في حالات الضرورة كالاقتراض من أجل إصلاح السفينة و إبرام عقود لصالح المجهز متى كان الاتصال بهذا الأخير غير ممكن.
و لأنه يقود سفينة محملة ببضائع، من واجبه نحو أصحابها أن يضمن وصولها إلى بر الأمان سالمة، لكن بالمقابل قد يضطر في ظروف استثنائية لرمي جزء منها في البحر لإتمام عمليات الإنقاذ أو بيع جزء منها إذا كان الاتصال بهم غير ممكن.

وعليه فإن انفراد الربان بمركز وظيفي مميز، جعله يتمتع بسلطات استثنائية تمكنه من الوفاء بالالتزامات الملقاة على عاتقه و هذا من أهم المشاكل التي تزيد من صعوبة الوقوف على مركزه القانوني مما دفع بنا لطرح الإشكال التالي:

كيف ينشأ المركز القانوني لربان السفينة و ما هي طبيعة العلاقات التي تترتب على نشوئه؟

سنحاول الإجابة على هذه التساؤلات وفقا للخطة التالية:

المبحث الأول: طبيعة عقد عمل الربان.
المبحث الثاني: طبيعة علاقات الربان.

المبحث الأول: طبيعة عقد عمل الربان.

يرتبط الربان بمالك السفينة أو مجهزها بعلاقة عقدية تطلق عليها تسمية " عقد العمل البحري"، هذا ويعد الربان من البحارة فيما يتعلق بعقد العمل المبرم بينه و بين المجهز، غير أن هذا العقد محاط بكثير

من المشاكل و الغموض و ذلك راجع لتداخل سلطات الربان عند تنفيذه لعقد عمله و التي يمارسها بحكم خبرته و كفاءته.

المطلب الأول: عقد استخدام الربان.

لم يتعرض المشرع الجزائري لتعريف عقد العمل البحري ، بل اكتفى بتعريف بعض عناصر العقد حيث عرف رجل البحر على أنه: " كل شخص يعمل في خدمة السفينة و مقيد في سجل رجال البحر"[2] و عني بتعريف الربان كونه قائد السفينة و رئيس طاقمها.و أمام سكوت المشرع عن تعريفه نجد الفقه أعطى له تعريفات عديدة.[3]

و لتحديد طبيعة عقد استخدام الربان لابد من التطرق لعدة عناصر كما سنفصل فيه في الفرعين التاليين.

الفرع الأول: تكييف عقد عمل الربان وشروطه.

يعتبر عقد تعيين الربان عملا تجاريا من جانب المجهز متى كانت السفينة مخصصة للنقل إلا أن هذا العقد يعتبر مدنيا فيما يخص ربان السفينة.[4]

وبغض النظر عن ضرورة توافر بعض الشروط الموضوعية المعروفة والتي لا داعي لذكرها في هذا المقام لا بد بالمقابل أن تتوافر مجموعة من الشروط الشكلية في عقد استخدام الربان، بحيث أوجب القانون أن يكون هذا العقد مكتوبا[5].

حيث تنص المادة 428 فقرة "ز" من القانون البحري على مايلي: " يتعين على المجهز: .....

–ز– اعداد عقود كتابية للبحارة ".

ومن جهتها نصت المادة 8 من المرسوم التنفيذي رقم 05_102 المحدد للنظام النوعي لعلاقات عمل المستخدمين الملاحين [6] على ما يلي: " تبدأ علاقة عمل المستخدمين الملاحين لسفن النقل البحري أو التجاري أو الصيد البحري ابتداء من ابرام عقد توظيف مكتوب".

وما يستخلص من هذا النص أنه لا وجود لعلاقة عمل دون إبرام عقد توظيف مكتوب ، و بالتالي تعد الكتابة شرطا لبدأ سريان علاقة العمل أي تعد شرطا واقفا لنفاذ العقد.

كما أن المادة 11 من نفس المرسوم التنفيذي 05–102 أوجبت أن يتضمن عقد التوظيف على الخصوص جملة من البيانات وهي:

- اسم مجهز السفينة و عنوان شركته وموطنه،
- تعريف المستخدمين،
- الوظيفة الواجب القيام بها على متن السفينة،
- تاريخ التوظيف بالنسبة للعقود ذات مدة محددة وغير محددة، وتاريخ انتهاء العقد بالنسبة للعقود ذات مدة محددة،
- مدة فترة التجربة بالنسبة للعقود ذات مدة غير محددة،
- الأجور و التعويضات المرتبطة به عند الاقتضاء، و في حالة الأجر حسب نظام الحصة حساب الدخل الواجب توزيعه وكذلك حصة المستخدمين الملاحين المعنيين في مستخدمين ملاحين صيادين.

وجاء في نص المادة 12 من ذات المرسوم المذكور أعلاه أن نماذج عقود توظيف المستخدمين الملاحين تحدد بقرار مشترك بين الوزيرين المكلف بالبحرية التجارية و الصيد البحري والعمل بالنسبة للمستخدمين الملاحين الصيادين[7].

ولا شك أن الحكمة من اشتراط الكتابة في العقد هو تقرير الحماية للبحارة التي يأتي على رأسهم الربان بحيث يحفظ حقوقهم و يضمن له بذلك حسن سير عملهم على متن السفينة على أكمل وجه.

و تجدر الإشارة إلى أن المجهز هو من يقوم بتعيين الربان ، غير أن حريته في تعيينه مقيدة بمبدأ " التأهيل القانوني للربابنة " أي كل شخص مؤهل لقيادة السفينة يعد مسؤولا عنها بما في ذلك ضابط الملاحة والمهندسين البحريين الذين يتشكل منهم طاقم السفينة.[8] وسنفصل في هذه النقطة لاحقا عندما نصل بالحديث عن المؤهلات المهنية للربان طالما أن اكتساب المركز القانوني الخاص له مرهون بهذه الشهادات.

ونظرا لأهمية المركز القانوني للربان لا مناص من التعرض ولو بإيجاز لانقضاء عقد عمله كفرع مستقل الشيء الذي ينفي عنه صفته و ينهي مهامه.

الفرع الثاني: انقضاء عقد عمل الربان.

على العموم فإن عقد عمل الربان قد ينتهي عند توافر أحد الأسباب التالية:

- العزل بواسطة المجهز:

إن كانت سلطة المجهز في تعيين الربان مقيدة فإن له بالمقابل حق عزله في أي وقت، وذلك راجع إلى أن هذا
الأخير يتمتع بسلطات واسعة في مباشرته لعمله والذي يتم جانبه الأكبر بعيدا عن المجهز ومن ثم كان حق منح هذا الحق للمجهز إذا ما فقد الثقة في الربان.

وعليه بحكم قيادته للسفينة يسيطر سيطرة كاملة على مصالح المجهز، فهو لا يخضع لرقابة فعلية من المجهز لأنه يقود السفينة في عرض البحر بعيدا عن رقابته. لهذا منح له حق العزل و يضاف إلى ذلك أن السفينة تعد في حد ذاتها ثروة كبيرة لا يصح أن تبقى في يد من لا يأتمنه المجهز، كما أن الربان نائب قانوني للمجهز و يسأل عن أعماله بما لا يتصور معه الإبقاء عليه إذا ما وجد المجهز في أفعاله وتصرفاته ما يخل بتلك النيابة.[9] فالمادة 583 من القانون البحري صريحة في هذا المجال" يمثل الربان المجهز بحكم القانون".

على أنه إذا كان عزل الربان تعسفيا فإنه يكون له الحق في التعويض، وسكوت المشرع الجزائري في تقريره مثل هذا الوضع يؤدي إلى الرجوع للقواعد العامة المتعلقة بالوكالة بأجرة.[10]

وعليه إذا اهتزت ثقة المجهز في الربان جاز له إقصاؤه و عزله على هذا الأساس متى صدر منه تصرف يخل بها و يضعف منها.

- استقالة الربان:

تعد الاستقالة طريقة قانونية و شرعية لفسخ العقد و انتهاء علاقة العمل و لكن ممارسة حق الاستقالة ليس مطلقا
ولكن مقيد بعدة قيود تنظيمية ، فهي حق نسبي لا يجوز التعسف في استعماله.[11]

وعليه إذا كانت سلطة المجهز في عزل الربان على هذا النحو من الإطلاق، ففي المقابل لا يستطيع الربان الاستقالة من عمله في أي وقت يشاء، بمعنى لا يتصور أن يستقيل أثناء الرحلة البحرية، بل لا بد من الانتظار حتى إتمامها إلا إذا كان ذلك راجع لسبب خارج عن إرادته أو لعذر قاهر كالمرض مثلا أو عاهة تجعل منه عاجزا عن إتمام رحلته البحرية.

- وفاة الربان:

تعد الوفاة سببا لا إراديا لإنهاء علاقة عمل الربان، وعليه إذا توفي الربان خلال الرحلة البحرية يحل محله أعلى

ضباط السطح رتبة حتى يعين ربان جديد للسفينة محله مع ضرورة إعلام المجهز.[12]

هذه هي الأسباب التي تؤدي في الغالب إلى انتهاء العلاقة العقدية بين الربان و المجهز و التي تؤدي إلى زوال مركزه القانوني كربان.ولا يفوتنا أن نتحدث عن المؤهلات والشهادات التي على أساسها يتم تعيين الربان كقائد للسفينة و الإقدام على التعاقد معه لمنحه الثقة الكاملة و الاطمئنان على الرحلة البحرية التي يديرها.

المطلب الثاني: مؤهلات الربان.

لا بد أن يكون الربان مؤهلا بدنيا و مهنيا حتى يستأمن على السفينة وما تحمله من أشخاص و بضائع وثروات هائلة، لأنه على هذا الأساس يتم تعيينه و التعاقد معه و ساعتها ينشأ مركزه القانوني المميز.

الفرع الأول: المؤهلات البدنية للربان.

في مجال العمل البحري، مقاييس اللياقة البدنية ثابتة بموجب نص قانوني خاص بحيث لا تخضع للسلطة التقديرية لرب العمل أو لطبيب العمل.
ومن منطلق أن العمل البحري محفوف بمخاطر عديدة مما يتطلب توفير الأمن للأشخاص و البضائع المنقولة على متن السفينة، فإنه لا يجوز إبرام عقد عمل بحري مع الربان إلا إذا توافرت فيه مجموعة من شروط اللياقة البدنية والعقلية التي يحددها القانون.
حيث تنص أحكام القانون البحري على أنه: " كل شخص يرغب في ممارسة مهنة بحار، يجب أن تتوفر الشروط المطلوبة و أن يكون:.... ذا لياقة بدنية....."[13]
بمعنى أن يكون نموه طبيعيا و أن يكون معافى من الأمراض العضوية و الوظيفية التي تمنعه أو تعيقه من القيام بمهامه أثناء أدائه لقيادة السفينة.

وعلى هذا الأساس يجرى له كشف طبي يشمل اختبار البصر، أمراض العظام و المفاصل، أمراض الجهاز التنفسي و إلى غير ذلك من الأمراض التي تعرقل أداء مهمته.

وقد حدد الملحق الوزاري المشترك المتضمن شروط الأهلية البدنية لممارسة وظيفة البحري على متن السفن قائمة الأمراض و الإصابات التي تتعارض مع وظائف البحري على متن السفن.[14]
نذكر من بين هذه الأمراض: الأمراض المعدية، مرض السل، أمراض الجهاز الرئوي، أمراض الحساسية، الإصابات بالأورام الخبيثة، التسممات المزمنة....إلخ. والقائمة محددة بالتفصيل في ملحق القرار المهمش أدناه.[15]

و في نفس الصدد نجد المادة 07 من المرسوم التنفيذي 05-102 المحدد للنظام النموذجي لعلاقات عمل المستخدمين الملاحين تنص على ما يلي: " يخضع المستخدمون الملاحون لسفن النقل البحري و التجاري و الصيد البحري في مجال العمل، لمراقبة طبية دورية للتأكد من لياقتهم البدنية لممارسة مهنة البحار طبقا للتشريع و التنظيم المعمول بهما".

و ما يستشف من هذه المادة أنه بالإضافة لضرورة توافر شروط اللياقة البدنية المطلوبة عند الترشح لوظيفة بحار و الأمر يمس الربان بالطبع كونه من البحارة، فإنه هناك رقابة دورية الهدف منها التأكد من استمرار هذه اللياقة أثنا القيام بالوظائف و ممارسة المهنة,

كما ند المادة 2 من القرار الوزاري المشترك السابق ذكره على أنه " يجب على كل شخص يرغب في ممارسة مهنة بحار أن يتمتع بصحة كاملة و أن يكون خاليا من جميع الأمراض و الإصابات التي يمكن أن تجعله عاجزا عن الملاحة أو أن يكون خطرا على أعضاء الطاقم الآخرين والمسافرين".

و يفضل أن يكون الطبيب ملما بمشاكل كل الملاحة البحرية و شروط العمل على متن السفن للتحقق من إمكانية ممارسة البحار لهذا العمل.[16]

إذن الأهلية البدنية شرط لابد من توافره حتى يتمكن الربان من ممارسة مهنته على متن السفينة ناهيك عن شرط الجنسية وبلوغه سن الثامنة عشرة من عمره.
ولا بد عليه أن يكون مؤهلا للقيام بمهمة بحار، وله من الشهادات والكفاءة التي تخوله قيادة السفينة و استئمانه عما فيها من بضائع و أشخاص.

الفرع الثاني: المؤهلات المهنية للربان.

إن تتعين المجهز للربان ليس مطلقا بل هو مقيد بضرورة حصول هذا الأخير على مؤهلات معينة تثبت كفاءته للعمل.

فالقانون اشترط على كل من يمارس هذه المهنة أن يكون حاصلا الشهادات اللازمة لتأهيله لأداء وظيفته على السفينة، على أنه لا يجوز استخدام أشخاص غير مؤهلين و إلا عدت السفينة حينئذ غير صالحة للملاحة البحرية مما يوجب مسؤولية المجهز.[17]

حيث جاء النص على شرط المؤهل المهني في نص المادة 386 / د من قانون البحري المذكورة آنفا، على أن يتم تحديد شروط التأهيل المهني و الحصول على الشهادات البحرية المطابقة، بموجب مرسوم يتخذ بناء على تقرير الوزير المكلف بالبحرية التجارية،[18]وحتى تكون السفينة صالحة للملاحة البحرية لا بد من توافر شرط الكفاية الفنية في بحارتها.[19]

على نفس النسق صدر المرسوم التنفيذي رقم 02- 143 المحدد للشهادات و شهادة الكفاءة الخاصة بالملاحة البحرية و شروط إصدارها [20]جاء على ضوء الاتفاقية الدولية لسنة 1978 الخاصة بمستويات التدريب و إصدار الشهادات و أعمال النوبات للعاملين في البحر[21]حيث حدد شروط الحصول على الشهادات و ذلك بتحديد أنواع الملاحة البحرية سواء كانت تجارية أو خاصة بالصيد البحري أو نزهة و كذا الاتصالات اللاسلكية.

ومن هنا تظهر الخصوصية التي يتميز بها العمل البحري، كون القانون وضع مجموعة من القيود و الشروط لممارسة مهنة البحار على وجه العموم والربان على وجه الخصوص كون هذا الأخير يرأس طاقم السفينة و يتولى قيادتها و إدارتها، لذا موازاة مع خطورة المهمة التي يتولاها قائد السفينة أوجب حصوله على شهادات تؤهله للقيام بهذا العمل.[22]

بعد أن ألقينا الضوء على الإطار القانوني لعقد استخدام الربان و تأصيل هذا الإطار وبيان سنده التشريعي، و كذا الوقوف على شروطه الشكلية دون التطرق لشروطه الموضوعية، وكذا الأسباب التي تؤدي في الغالب إلى انقضائه و بالتالي زوال المركز القانوني للربان الذي ينشا بنشوء العقد في حد ذاته.

وبعد أن عرجنا على الشروط البدنية و المهنية والتي تعد قيدا على سلطة المجهز في تعيين الربان و التعاقد معه و بالتالي منح الضوء الأخضر لنشوء المركز القانوني للربان ما يرتبه من سلطات و اختصاصات ليس هذا فقط بل تنجر عنه جملة من الروابط والعلاقات، هذا ما دفع بنا للبحث في طبيعة علاقة الربان بالمجهز و الشاحنين في المبحث الثاني.

المبحث الثاني: طبيعة علاقات الربان.

إن المركز القانوني و الوظيفي للربان يعتريه الغموض و عدم الوضوح في علاقته مع المجهز و الشاحنين خصوصا، لهذا سنعرض المبحث علاقة الربان بالمجهز كمطلب أول و علاقته بالشاحنين كمطلب ثان.

المطلب الأول: علاقة الربان بالمجهز.

على الرغم من أن الربان يرتبط بالمجهز بواسطة علاقة تعاقدية إلا أنها من نوع خاص، ففي بعض المرات نجده تابعا له تبعية غير مطلقة و في مرات أخرى نجده ممثلا قانونيا له، لكن الغموض الذي يعتري هذه العلاقة يدفعنا للتعرض لمختلف الآراء الفقهية حول المسألة في فرع أول وموقف المشرع الجزائري من هذه المسألة في فرع ثان.

الفرع الأول: الاختلاف الفقهي حول طبيعة علاقة الربان بالمجهز.

أثار تحديد الطبيعة القانونية لعلاقة الربان بالمجهز جدلا كبيرا لا يزال محتدما حتى اليوم،[23] ومرد هذا الجدل إلى مواطن عديدة ، إذ نجد الربان بالرغم من أنه يمثل السلطة العامة في أدق اختصاصاتها[24]، إلا أنه لا يمكن الجزم بالقول أنه موظف عام أو سلطة عامة لأن هذا القول لا يتفق مع صفته كتابع للمجهز ووكيل عنه ، كما أنه لا يمكن أن يكون هناك موظف عام يعينه المجهز أو يعزله، و من جهة أخرى فإن الربان و إن كان تابعا للمجهز فإن هذه التبعية غير مطلقة إذ لا سلطة لهذا الأخير عليه فيما يتعلق بقيادة السفينة.

والخلاف القائم يدور حول مسالة طبيعة العلاقة التي تربط الربان بالمجهز هل هي عقد عمل أو عقد وكالة. خاصة و نحن نجد الربان أحيانا يقوم بدور النائب القانوني للمجهز في بعض الاختصاصات التجارية. بل أكثر من ذلك فإنه يجد نفسه في مركز النائب عن المجهز و عن أصحاب البضائع و الشاحنين دون وجود أي اتفاق و ذلك عندما تتعرض السفينة للخطر أثناء الرحلة البحرية للخطر، فإنه ملزم بإنقاذ ما يمكن إنقاذه من البضائع المشحونة. مما يتطلب منه إنفاق مصروفات لأجل ذلك يحق له أن يطالبهم بها.[25]

كما أنه تحقيقا لمصالح المجهز والشاحنين و عند وجود خطر، فقد يتم التضحية ببضائع أثمن و كذا السفينة طبقا لقواعد الخسائر المشتركة.[26]

وأمام كل هذه الخلافات و الجدل لامفر من عرض مختلف هذه الآراء الفقهية للخلوص لأرجحها و أصحها.

_ الرأي الأول: علاقة الربان بالمجهز علاقة عمل.

من أبرز الآراء التي قيلت بخصوص تلك المسألة ما ذهب إلى أن الربان يرتبط مع المجهز بعقد عمل[27] فيكون بمثابة أجير لدى المجهز تربطه به علاقة تبعية، بمعنى أنه حين يقوم بعمله على متن السفينة يكون مشابها لدور العامل حين يخضع لسلطة رب العمل.

لكن يؤخذ على هذا الرأي أن اعتبار الربان مجرد عامل تربطه علاقة عمل مع المجهز هو تكييف قاصر، لأنه لا يقوم بأعمال مادية فحسب بل يقوم بأعمال قانونية، في حين أن عقد العمل لا يكون إلا في الأعمال المادية دون القانونية.[28]
بدليل أن الربان يقوم بأعمال قانونية تخرج عن نطاق عقد العمل حيث أنه يمكنه التعاقد مع البحارة في الظروف الاستثنائية، كما أنه يمارس الوظيفة التجارية لحساب المجهز.

_ الرأي الثاني:علاقة الربان بالمجهز هي علاقة وكالة.

اتجه أنصار هذا الرأي إلى الاعتقاد بأن الربان يرتبط مع المجهز بعقد وكالة [29]، حيث يعد وكيلا للمجهز ونائبا عـــنه و يمثله أمام القضاء،و حسب هذا الرأي لا يعد الربان عاملا لدي المجهز وإنما يرتبط معه بعلاقة وكالة.

إلا أنه يعاب على هذا الرأي أنه يتجاهل ما يقوم به الربان أعمال مادية لا يمكن اعتبارها ملحقة باختصاصاته وتابعة لها، كما أن الوكالة لا تنعقد إلا باتفاق أطرافها، إلا أن الربان يستمد سلطته في تمثيل المجهز من القانون دون الحاجة لاتفاق على ذلك في عقد العمل البحري.

_ الرأي الثالث: علاقة الربان بالمجهز عمل قانوني شرطي(الرأي الراجح).

يذهب أصحاب هذا الرأي إلى أن الربان لا يعتبر ممثلا للمجهز إلا بعد إبرام عقد العمل، و من هنا هو مرتبط معه بعلاقة قانونية شرطية، أي أن إبرام عقد عمل الربان يعتبر بمثابة شرط يؤدي تحقيقه إلى إسناد مركز قانوني معين للربان.
بحيث لا يترتب على العقد المبرم سوى إسناد مركز قانوني موضوعي محدد ابتداء و هو إسناد مركز الربان إلى شخص معين.

ومن هنا و حسب هذا الرأي فإن الربان يعد نائبا قانونيا للمجهز بحيث يستمد نيابته من القانون مباشرة لا العقد المبرم بينهما. من منطلق أن العقد المبرم بينهما ما هو إلا " عقد قانوني شرطي " لتطبيق نظام تكفل القانون بتحديده مسبقا لا يملك الأفراد أي حرية في تعديله.

و ما يؤخذ على هذا الرأي أنه أخرج الرابطة بين الربان و المجهز عن طبيعتها القانونية الصحيحة، كونها علاقة تعاقدية تقوم على الرضا لكن لها أحكام خاصة لأن الربان يمثل المجهز و ينفذ أوامره.[30]

الفرع الثاني: موقف المشرع الجزائري من علاقة الربان بالمجهز.

أمام الاختلافات و التضاربات الفقهية حول المسألة ارتأينا أن نوضح و نعرض موقف المشرع من هذه العلاقة.
حيث بتصفحنا للمواد القانونية نجد أن المشرع منح للربان صفتين أولاهما كمستخدم لدى المجهز عندما يمارس أعمالا مادية يرتبها عقد العمل في ذمته، ويعد من جهة أخرى وكيلا للمجهز و ممثلا له و مناط نيابته القانون لا عقد العمل.

هناك عدة نصوص قانونية تثبت الصفة الأولى للربان أي كونه مستخدم لدى المجهز، حيث نجد نص المادة 384 من القانون البحري حين عرفت البحار فإنها اعتبرته كل شخص يعمل في خدمة السفينة و مقيد في سجل البحر، و اعتبرت الربان قائد الطاقم ورئيسه .
كما نجد نص المادة 411 من نفس القانون تثبت هذه العلاقة حيث نصت على أن طاقم السفينة يتكون من الربان و الضباط و البحارة الآخرين و الأشخاص العاملين في خدمة البحر.

و برجوعنا لنص المادة 412 من القانون البحري نجدها تدل أيضا على أن الربان مستخدم لدى المجهز حيث نصت على ما يلي:" يوضع الطاقم تحت السلطة المباشرة لربان السفينة الذي يتم تعيينه من المجهز طبقا للأحكام الخاصة بالأهلية.
وفي نفس الصدد تنص المادة 428 من نفس القانون التي ألزمت المجهز بإعداد عقود توظيف كتابية للبحارة الذي يأتي الربان على رأسهم.

و نجد المرسوم التنفيذي 05-102 المذكور سابقا الذي جاء ليحدد النظام النوعي لعلاقات عمل لعلاقات عمل المستخدمين الملاحين لسفن النقل البحري أو التجاري أو الصيد البحري يبرز أن العلاقة هي علاقة عمل.
من المواد المذكورة نستنتج أن المشرع استخدم مصطلح علاقة عمل طاقم السفينة المكون بالطبع من البحارة و الربان.

زيادة على كون الربان عامل بحري مستخدما من قبل الربان تجمع بينهما علاقة عمل فإنه يعد وكيلا عن المجهز و ممثلا له و هذه صفته الثانية التي أضفاها عليه القانون،و قد استقر الرأي بين جميع الفقهاء على اعتبار الربان ممثل أو نائب قانوني للمجهز.[31]
فبتصفحنا لأحكام القانون البحري و بدءا بالمادة 460 منه نجدها جاءت صريحة بنصها على أنه:" يعد الربان الرئيس السلمي لجميع أفراد الطاقم و يمثل المجهز على متن السفينة".

و يمكن أن نستشف صفة الوكيل من خلال نص المادة 577 من ذات القانون التي جاء فيها: " يكون المجهز مسؤولا عن أعماله و أعمال و كلائه في البر والبحر الذين يساعدونه في استغلال السفينة...."
و إذا ربطنا النص الثاني بالأول نجده يقصد الربان بهذه المادة و يدخله ضمن ممثلي المجهز.

وقد جاء نص المادة 583 صريحا أيضا في اعتباره الربان ممثلا للمجهز حيث نصت المادة على أنه يمثل الربان المجهز بحكم القانون خارج الأماكن التي تقع فيها مؤسسته الرئيسية أو الفرع و ذلك في إطار الاحتياجات العادية للسفينة والرحلة.
كما أعطت المادة 584 من ذات القانون الحق للربان أن يستدين باسم المجهز، و أن يعقد باسمه عمليات القرض على أن يكون ذلك في الحالة التي تكون فيها هذه العمليات حتمية لتغطية و حماية

الحمولة و لاستمرار الرحلة بصفة عامة، و إذا علم المجهز و لم يقدم الوسائل والتعليمات اللازمة أو عندما يتضح بأن الاتصالات مع المجهز غير ممكنة.

وفي حالة حصول نزاع يتعلق بالسفينة و الرحلة خارج الأمكنة التي تقع فيها المؤسسة الرئيسية للمجهز أو يقع فيها فرع لها، يقوم بتمثيل المجهز أمام القضاء سواء أكان مدعيا أو مدعى عليه، إلا إذا عين المجهز لهذا الغرض ممثلا آخر عنه.[32]

إذن كلما تعلق الأمر بالأعمال الفنية كقيادة السفينة مثلا هي علاقة عمل بموجب عقد العمل البحري، أما بالنسبة للاختصاصات الإدارية و التجارية كإبرام عقود النقل مثلا تعد وكالة قانونية نص عليها القانون صراحة وفقا لشروط وحدود معينة.

المطلب الثاني: علاقة الربان بالشاحنين.

من واجب الربان أن يعتني بشكل مناسب بالبضائع التي في عهدته و أن يفعل ما هو ضروري من أجل المحافظة عليها و هي على ظهر السفينة أثناء الرحلة.[33]
إذ قد تستدعي بعض الربان إلى القيام ببعض التصرفات لصالح الشاحنين[34] و هذا ما جعل البعض يتساءل عن طبيعة العلاقة التي تربطه بهم.

الفرع الأول: الاختلاف الفقهي حول علاقة الربان بالشاحنين.

عند تعرض السفينة للخطر يكون لربان السفينة الحق في اتخاذ أي إجراء من أجل المحافظة على السفينة و البضائع، فمثلا عند نقل البضائع الخطيرة وجد الربان أنه أثناء الرحلة أن أحد العبوات الخطرة يصدر عنها دخان، فهنا عليه إلقاؤها في البحر.
و عند انقطاع رباط الشحنة هنا يتعين عليه اللجوء إلى أحد الموانئ من أجل تفادي الرياح و إصلاح الرباط من أجل استكمال الرحلة.

ونظرا لما للربان من سلطات استثنائية على الشحنة اختلف الفقه حول هذه المسألة أي حول تحديد الطبيعة القانونية لعلاقة الربان بالشاحنين و ونجد الفقهاء عبروا عن آرائهم على النحو التالي:

- ذهب رأي أول إلى اعتبار وجود وكالة ضمنية صادرة من الشاحنين للربان مفادها التزام هذا الأخير باتخاذ كافة

الإجراءات التي تقتضيها المحافظة على حقوق ذوي الشحنة.

و ما يؤخذ على هذا الرأي أنه لا يمكن تحميل إرادة المتعاقدين قصدا لم تتصرف إليه [35] و يعد هذا الرد منطـــــــقيا و صحيحا لحد ما.

- في حين ذهب رأي ثان إلى القول بأنه لا علاقة قانونية بين كل من الربان والشاحنين، لكن الأول مسؤول أمـــام

المجهز و الأخير مسؤول أمام الشاحنين استنادا لعقد الشحن المبرم بينهما.

- و يذهب رأي ثالث و هو الراجح من بين الآراء الفقهية إلى اعتبار الربان نائب عن الشاحنين بنص القانون.

و أيا كانت طبيعة العلاقة القانونية التي تربط الربان بالشاحن فالنتيجة واحدة و هي أنه ملزم قانونا بالمحافظة على الشحنة البحرية و ملزم أيضا أمام أصحابها استنادا إلى قواعد المسؤولية التقصيرية فضلا عن مسؤولية مالك السفينة أو مجهزها طبقا لقواعد المسؤولية التعاقدية.[36]

وتفريعا على ذلك فإن الشاحنين يلتزمون بنتائج الأعمال التي يقوم بها الربان لصالحهم ، ويحق للربان أن يطالبهم بكل المصروفات التي أنفقها ، كما يجوز له أن يتقاضى باسمه كونه ممثلا لهم.

والواقع أن تمثيل الربان للشاحنين ضرورة لا مناص منها إذا روعي أن سندت الشحن تتضمن عادة شرط الإذن مما يتعذر معه معرفة أصحاب البضائع المستحقين لها و الرجوع إليهم في كل أمر يتعلق بها.[37]

الفرع الثاني: السند القانوني لعلاقة الربان بالشاحنين.

لقد أملى القانون على الربان عدة التزامات تجاه الشاحنين ، فمن واجبه أن يعتني بالبضائع التي بعهدته و عليه أيضا أن يقوم بكل الأعمال الضرورية مثل التهوية ، كما أن من واجبه أيضا أن يتخذ

الإجراءات المعقولة لمنع وقوع خسائر أو تلف البضائع، إذا ما وقع حادث و التي لا يكون مالك السفينة مسؤولا عنها في الأصل بموجب سند الشحن.
وعليه أن يراعي قواعد التستيف المتعارف عليها حفاظا منه على البضائع و مراعيا توازن السفينة و أن يفصل بين البضائع التي إذا شحنت متلاصقة أو في نفس القطاع تتسبب في فساد البضائع الأخرى أو تتأثر برائحتها أو قد تتفاعل معها و تشتعل.[38]

وبرجوعنا لأحكام القانون البحري نجد المادة 591 تنص على ما يلي: " يجب أن بسهر الربان خلال الرحلة البحرية على حفظ السفينة في حالة جيدة للملاحة و كذلك أمن الأشخاص المبحرين على متنها و حفظ الحمولة".

و من نص المادة السابقة نجد أن المشرع ألزم الربان اتخاذ كافة الإجراءات الضرورية و العاجلة التي تتطلبها مصلحة أصحاب الحق في البضاعة.
إذ قد تشمل تثبيت البضائع و حزمها كي يحول دون حركتها أثناء الرحلة البحرية ، ووضع خشب تستيف فواصل بين البضائع لتماسكها و توزيع الأحمال و السماح بمرور تيارات الهواء لتهويتها.[39]

و المادة 587 من القانون البحري تعزز ما قيل سابقا و توضح واجب الربان تجاه الشاحنين العلاقة التي تربطه بهم حيث جاء فيها: " يجوز للربان في خالة الاستعجال أن يتخذ جميع التدابير التحفظية خلال الرحلة لحفظ حقوق المجـــــهز و المسافرين و ذوي الحق في الحمولة ، و يعد الربان بالتالي كمسير أعمال المسافرين و ذوي الحقوق في الحمولة.

كما أن المادة 590 من ذات القانون جاءت تنص على واجب الربان في حفظ الحمولة و تفريغها إذ ألزمه بالسهر على أن يكون تحميل البضاعة ورصها و تفريغها متممة مع حفظ الاستقرار السليم للسفينة و قابليتها للملاحة وأمنها. و في هذا حفظ لبدن السفينة و طاقمها و الأشخاص المبحرين على متنها و حمولتها و البيئة البحرية.

كما نجد المادة 599 من القانون البحري على ما يلي: " يتعين على الربان أن يتخذ جميع التدابير الضرورية لحماية السفينة و البضائع و الأشخاص المبحرين على متنها من الضرر".

و ما يمكن قوله حول هذه المسألة أن المشرع عندما يلزم الربان بالتزامات قانونية، فهو يخاطبه بوصفه " النائب القانوني عن المجهز الذي يمثله أمام القضاء" و لا شك أن كافة الالتزامات الخاصة بالمحافظة على الرسالة البحرية هي التزامات تنقل أصلا ومباشرة على عاتق المجهز و بالتالي الربان لتمتعه بصفة النيابة القانونية التي أضفاها عليه المشرع.[40]

و يمكن إجمال ما قيل سابقا في أن هناك بعض الظروف تدفع الربان كي يقوم ببعض التصرفات الشاحنين، فمثلا عندما تصبح السفينة غير صالحة للملاحة أثناء السفر ة تعذر عليه إصلاحها وجب عليه استئجار سفينة أخرى لنقل البضائع إلى المكان المقصود، لهذا يذهب الرأي الغالب إلى اعتبار الربان ممثل قانوني لكل من له مصلحة من الرحلة البحرية ، ولو تطلب منه الأمر القيام بعمل مستقل لصالح الشاحنين و نيابة عنهم.

خاتمة:

في الأخير يمكننا الخروج بالنتائج التالية:

- يرتبط الربان في تنفيذه لعقد عمله المبرم بينه و بين المجهز و ما يتبع ذلك من ممارسة سلطاته الاستثنائية بقيدين ، أحدهما زماني يتمثل في الوقت الذي تستغرقه السفينة لتبلغ ميناء الوصول و الآخر مكاني هو ظهر السفينة.
- عقد العمل المبرم بين المجهز و الربان يجعل من الأول رب عمل للثاني غلا أن تبعية الثاني للأول ليست مطلقة.
- إن القانون منح للربان صفتين في علاقته مع المجهز و هما صفة المستخدم لدى المجهز و حينها سيمارس أعمالا مادية يرتبها عقد العمل في ذمته، و صفة الوكيل مصدرها القانون لا العقد.
- يذهب الرأي الغالب إلى اعتبار الربان ممثل قانوني للشاحنين و ذلك من منطلق الواجبات المفروضة عليه من اجل حماية الشحنة و الرحلة البحرية ككل.

الهوامش:

[1]متحصلة على شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، تخصص قانون بحري و النقل، جامعة أبو بكر بلقايد ، تلمسان(مخبر القانون البحري والنقل).

[2]- الأمر رقم 76- 80 المؤرخ في 29 شوال عام 1936 الموافق ل 23 أكتوبر 1976 و المتضمن القانون البحري (جريدة رسمية رقم 29 المؤرخة في 10 أبريل 1977)، المعدل والمتمم بالقانون رقم 98-05 المؤرخ في 1 ربيع الأول 1419 الموافق ل 25 يونيو 1998 (جريدة رسمية رقم 47 مؤرخة في 27 يونيو 1998).

[3]- إذ عرفه الدكتور جمال الدين عوض مثلا على أنه :" كل عقد بين المجهز والربان وكل عقد بين المجهز والعامل يكون موضوعه العمل على ظهر السفينة تحت إدارة الربان.
[4]- إيمان الجميل، الربان (المركز القانوني، حقوق والتزامات ، مسؤوليات و سلطات)، طبعة أولى،المكتب الجامعي الحديث للنشر، مصر، 2013، ص 13.
[5]- هذا بخلاف عقد العمل البري الذي يجوز انعقاده بطريقة كتابية أو شفهية ومن ثم يمكن إثباته بكافة الطرق والوسائل الممكنة كالبينة و اليمين وشهادة الشهود إلى ما ذلك.
[6]- مرسوم تنفيذي رقم 05-102 يحدد النظام النوعي لعلاقات عمل المستخدمين الملاحين لسفن النقل البحري أو التجاري أو الصيد البحري المؤرخ في 15 صفر عام 1426 الموافق ل 26 مارس 2005 (جريدة رسمية رقم 22 المؤرخة في 18 أفريل 2006).
[7]- راجع بهذا الشأن القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 18 أبريل 2006 المحدد لنموذج عقد توظيف المستخدمين للنقل البحري و التجاري و القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 21 سبتمبر 2006 المحدد للنموذج عقد توظيف المستخدمين الملاحين للصيد البحري.
[8]- محمود شحماط ، المختصر في القانون البحري الجزائري، دون طبعة، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، 2010، ص 43، 44.
[9]- عبد الرحيم محمد عبد الله عوض العمودي، المركز القانوني للربان و سلطاته، دون طبعة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2005،ص 31، 32.
[10]- محمود شحماط، المرجع السابق، ص44.
[11]- أحمية سليمان، التنظيم القانوني لعلاقات العمل في التشريع الجزائري(علاقة العمل الفردية)، الجزء الثاني، دون طبعة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2002، ص 336،337.
[12]- هذا حسب نص المادة 582 من القانون البحري.

[13]- المادة 386 /ج من القانون البحري.
[14]- هو القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 26 صفر عام 1404 الموافق ل 01 ديسمبر 1983 المحدد لشروط الأهلية البدنية لممارسة وظيفة البحري على متن السفن.

[16]- وهيب الأسبر، القانون البحري(السفينة، أشخاصها، عقد النقل البحري)، بدون طبعة، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2008، ص113.
[17]- عبد الفضيل محمد أحمد، القانون البحري الخاص،طبعة أولى، دار الفكر والقانون، المنصورة،2011، ص 202.
[18]- حسب نص المادة 387 من القانون البحري.
[19]- إيمان الجميل، أشخاص الملاحة البحرية، طبعة أولى، مكتبة الوفاء القانونية للنشر، الإسكندرية، 2010، ص 225.
[20]- المرسوم التنفيذي رقم 02-143 المؤرخ في 3 صفر عام 1423 / ل 16 أفريل 2002
[21]- حررت هذه الاتفاقية في لندن في 07 جويلية 1978 و عدلت سنة 1995 و انضمت إليها الجزائر بموجب المرسوم 88-88 المؤرخ في 09 رمضان 1408 الموافق ل 26 أبريل 1988 ،(جريدة رسمية عدد 17 لسنة 1988).
[22]- جلال وفاء محمدين ، قانون التجارة البحرية، دون طبعة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 1997، ص 175، 176.
[23]- مصطفى كمال طه، أساسيات القانون البحري،(دراسة مقارنة)، طبعة ثانية، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2012، ص 141.
[24]- و يظهر ذلك من خلال سلطتي التوثيق و التحقيق الممنوحتين للربان حيث تكون السفينة في عرض البحر بعيدة عن سلطات الدولة و هذا ليستطيع أن ينفذ التزامه بحفظ النظام و الأمن على متن السفينة.
[25]- هذا ما جاء في نص المادة 587 من القانون البحري .

[26]- حسب ما نصت عليه المادة من القانون البحري.
[27]- محمد فريد العريني، محمد سيد الفقي، القانون البحري والجوي، طبعة أولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2005، ص 250.
[28]- مصطفى كمال طه، المرجع السابق، ص141.
[29]- محمد فريد العريني ، محمد سيد الفقي، نفس المرجع، ص 250.
[30]- مصطفى كمال طه، المرجع السابق، ص141.
[31]- إيمان الجميل، الربان، المرجع السابق، ص20.
[32]- المادة 588 من القانون البحري.
[33]- عبد الرحيم محمد عبد الله عوض العمودي، المرجع السابق، ص 109.
[34]- مصطفى كمال طه، المرجع السابق ، 143.

[35]- عبد الرحيم محمد عبد الله عوض العمودي، المرجع السابق، ص 111.
[36]- عبد الرحيم محمد عبد الله عوض العمودي، نفس المرجع، نفس الصفحة.
[37]- مصطفى كمال طه، المرجع السابق، ص 143.
[38]- عبد الرحيم محمد عبد الله عوض العمودي، المرجع السابق ، ص 109،110.
[39]- عبد الرحيم محمد عبد الله عوض العمودي، نفس المرجع، ص 109.
[40]- إيمان الجميل، الربان ،المرجع السابق، ص22

قائمة المراجع:

الكتب:

- أحمية سليمان، التنظيم القانوني لعلاقات العمل في التشريع الجزائري، (علاقة العمل الفردية)، الجزء الثاني، دون طبعة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2002.
- إيمان الجميل، الربان(مركز قانوني، حقوق والتزامات، مسؤوليات وسلطات) ، طبعة أولى، المكتب الجامعي الحديث للنشر، مصر، 2013.
- إيمان الجميل، أشخاص الملاحة البحرية، طبعة أولى، مكتبة الوفاء القانونية للنشر، الإسكندرية ،2010.
- عبد الرحيم محمد عبد الله عوض العمودي، المركز القانوني للربان وسلطاته، دون طبعة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2005.
- عبد الفضيل محمد أحمد، القانون الخاص البحري، طبعة أولى، مكتبة الوفاء القانونية للنشر، المنصورة 2011.
- محمد فريد العريني، محمد سيد الفقي، القانون البحري و الجوي، طبعة أولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2005.
- محمود شحماط، المختصر في القانون البحري الجزائري، دون طبعة، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، 2010.
- مصطفى كمال طه، أساسيات القانون البحري،(دراسة مقارنة) ، طبعة ثانية، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2012.
- وهيب الأسبر، القانون البحري، (السفينة، أشخاصها، عقد النقل البحري)، بدون طبعة، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2008.

النصوص القانونية:

- الأمر رقم 76-80 المؤرخ في 29 شوال1336 الموافق ل 23 أكتوبر 1976 و المتضمن القانون البحري المعدل والمتمم بالقانون رقم 98-05 المؤرخ في فاتح ربيع الأول 1419 الموافق ل 25 يونيو 1998 .
- مرسوم تنفيذي رقم 05-102 يحدد النظام النوعي لعلاقات عمل المستخدمين الملاحين لسفن النقل البحري أو التجاري أو الصيد البحري المؤرخ في 15 صفر 1426 الموافق ل 26 مارس 2005 .
- المرسوم التنفيذي رقم 02-143 المؤرخ فيي 03 صفر 1423 الموافق ل 16 أفريل 2002.
- القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 18 أفريل 2006المحدد لنموذج عقد توظيف المستخدمين للنقل البحري و التجاري ة القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 21 سبتمبر المحدد لنموذج عقد توظيف المستخدمين الملاحين للصيد البحري.

دفوع المدعى عليه في دعوى المسؤولية عن مضار الجوار غير المألوفة

الطيبي أحمد، طالب دكتوراه- مخبر القانون والمجتمع-

قسم الحقوق

كلية الحقوق والعلوم السياسية

جامعة أدرار

tayebiavoca@gmail.com

أ.د كيحل كمال أستاذ التعليم العالي- مخبر القانون والمجتمع-

قسم الحقوق

كلية الحقوق والعلوم السياسية

جامعة أدرار

ملخص:

يهدف هذا المقال إلى دراسة الدفوع الموضوعية لدعوى المسؤولية عن مضار الجوار غير المألوفة، التي يمكن للجار المدعى عليه إثارتها أمام المحكمة من أجل دحض مسؤوليته.

وقد تبين من خلال هذا البحث أن دعوى المسؤولية عن مضار الجوار غير المألوفة لها دفوع خاصة بها تميزها عن غيرها من دعاوي المسؤولية المدنية كالدفع بسبق الوجود، والدفع بانتفاء صفة الجار، والدفع بعدم تجاوز المضار الحد المألوف. كما أن لها دفوع موضوعية عامة كالدفع بالتقادم، والدفع بانتفاء علاقة السببية، والدفع بمشروعية الأنشطة.

وقد تبين أيضا أنه يمكن للجار أن يدفع مسؤوليته كليا أو جزئيا بإثبات خطأ المضرور، لكنه لا يمكن أن يدحض مسؤوليته بإثبات خطأ الغير وبإثبات القوة القاهرة أو الحادث المفاجئ، لأن المسؤولية عن مضار الجوار غير المألوفة تقوم بمجرد حدوث الاضرار وتجاوزها أعباء الجوار المألوفة.

الكلمات المفتاحية : مضار الجوار غير المألوفة، الدفوع ، أسبقية الوجود، دعوى المسؤولية، المسؤولية المدنية.

Summary:

The purpose of this paper is to review the substantive objections raised with respect to the liability action for ordinary neighborhood nuisances, which may be invoked by the neighbor in court to rebut liability.

In this study, it was found that the liability action for the ordinary inconveniences of the neighborhood had its own exceptions which distinguished it from other actions in civil liability,

such as the existence exception, the exception of the absence of neighbor status and the exception of damage not exceeding the normal limit.
It also has general exceptions, such as the exception of presumption, the exception of the absence of a causal link, and the exception of the legitimacy of activities.
It has also been shown that the neighbor may rebut his responsibility in whole or in part by proving the fault of the victim, but he can not refute this responsibility by proving the fault of third parties, or force majeure, or fortuitous event, because liability for neighborhood damage exists as soon as the damage occurs.

Key words: substantive exceptions - ordinary neighborhood annoyances - liability action - civil liability

مقدمة

يحق للجار المضرور الذي يتعرض لمضايقات أو إزعاجات من قبل جاره أن يلجأ إلى المحكمة لرفع دعوى قضائية ضد جاره[1]، وذلك للحصول على التعويض عن الأضرار الناتجة عن تلك المضايقات أو الإزعاجات[2]، ولكي تقبل دعواه من قبل المحكمة– ومن ثمة الحكم له بالتعويض– يتوجب عليه إثبات عناصر المسؤولية المدنية عن مضار الجوار غير المألوفة وهي: نشاط أو فعل الجار، والضرر، وعلاقة السببية بينهما.

وإذا كان يحق للجار المضرور طرح ادعائه على القضاء فإنه في المقابل يحق للجار المدعى عليه دفع هذا الادعاء بعدة دفوع[3]. ولكن لما كانت المسؤولية عن مضار الجوار غير المألوفة تعد صورة مستقلة عن صور المسؤولية المدنية الأخرى، وذات قواعد واحكام خاصة تميزها عن تلك الصور، فهل دفع هذه المسؤولية يتقرر وفقا للقواعد العامة للمسؤولية المدنية أم ان هناك دفوع خاصة بها؟

للإجابة على هذا التساؤل يتوجب علينا التطرق إلى دفع هذه المسؤولية وفقا للقواعد العامة (مطلب أول)، ثم إلى الدفوع الخاصة بدعوى المسؤولية عن مضار الجوار غير المألوفة (مطلب ثاني).

المطلب الأول: دفع المسؤولية عن مضار الجوار غير المألوفة وفقا للقواعد العامة.

وفقا للقواعد العامة لدفع المسؤولية يمكن للمدعى عليه أن يدفع مسؤوليته المدنية بتقادمها(فرع أول)، أو بنفي أحد أركانها ، كأن يدفع بانتفاء علاقة السببية بين الفعل والضرر(فرع ثاني)، أو أن يدفع بمشروعية النشاط أو الفعل(فرع ثالث).

الفرع الأول: الدفع بتقادم مضار الجوار غير المألوفة.

اختلف الفقه حول طبيعة هذا الدفع فبعض الفقه[4] يرى بأن الدفع بالتقادم هو من الدفوع الموضوعية لأنه يتعلق بأصل الحق لكونه يوجه إلى ذات الحق حينما يزعم انقضاؤه بالتقادم، كما أن الحكم الصادر بقبول الدفع بالتقادم يترتب عليه إنهاء النزاع على أصل الحق المدعى به، وهذا الحكم يحوز حجية الشيء المقضي به فلا يجوز تجديد النزاع أمام المحكمة التي أصدرت الحكم أو أمام أي محكمة أخرى[5] ، بينما ذهب جانب اخر من الفقه [6] إلى أن الدفع بالتقادم هو من الدفوع المتعلقة بعدم القبول[7] لأنه لا يوجه إلى ذات الحق المدعى به ولا يوجه إلى إجراءات الخصومة، وإنما يوجه إلى الوسيلة التي يحمي بها صاحب الحق حقه وما إذا كان من الجائز استعمالها أم أن شرط هذا الاستعمال غير متوفر.

وفيما يتعلق بتقادم دعوى المسؤولية عن مضار الجوار غير المألوفة، فإن القانون المدني الجزائري لم يتضمن نصا حول تقادم هذه الدعوى، لذلك يتعين الرجوع إلى القواعد العامة لتقادم دعوى المسؤولية المدنية[8]. فبالرجوع إلى نص المادة 133 من القانون المدني الجزائري[9] نجد أن مدة التقادم هي 15 سنة من وقوع الفعل الضار، سواء علم المضرور بالضرر وبمحدثه أو لم يعلم[10]، فإذا لحقت مضار غير مألوفة بالجار وجب عليه أن يقيم دعواه عن تلك المضار خلال خمسة عشر سنة من تاريخ وقوع الفعل الضار[11]، فإن لم يرفع الجار المضرور الدعوى خلال هذه المدة ورفعها بعدها تقادمت الدعوى وأصبح بإمكان المدعى عليه أن يدفع بتقادم دعوى المسؤولية عن مضار الجوار غير المألوفة[12]. ولا يجوز للمحكمة أن تثير التقادم من تلقاء نفسها، بل يجب أن تقضي به بناء على طلب المدعى عليه، أو أي شخص له مصلحة فيه ولو لم يتمسك به المدعى عليه، ويجوز التمسك بالتقادم في أي مرحلة من مراحل الدعوى ولو أمام الجهة الاستئنافية[13].

والجدير بالذكر أن الفقه الإسلامي لا يعرف نظام التقادم كما نعرف، إذ أن الحقوق بمقتضى الفقه الاسلامي لا تسقط عملا بالقاعدة الفقهية " لا يسقط حق أمرئ وإن قدم"، غير أن فقهاء المذهبين الحنفي والمالكي قد قرروا عدم سماع الدعوى بعد مرور مدة معينة حددها بعضهم بثلاثين عاما وآخرون بثلاثة وثلاثين عاما وفريق ثالث بستة وثلاثين عاما، وفي عهد السلطان سليم العثماني تقرر تحديد هذه المدة بخمسة عشرة سنة[14]، وبهذه المدة أخذت مجلة الأحكام العدلية في مادتها (1660)[15].

الفرع الثاني: الدفع بانتفاء علاقة السببية بين فعل الجار والضرر.

وفقا للقواعد العامة للمسؤولية المدنية يمكن للمدعى عليه أن يدفع مسؤوليته بنفي علاقة السببية، أي بإثبات السبب الأجنبي الذي يشمل القوة القاهرة أو الحادث المفاجئ، وخطأ أو فعل المضرور، وخطأ أو فعل الغير، وذلك حسب المادة 127 من ق.م.ج.[16] ، لكن بالنسبة للمسؤولية عن مضار الجوار غير المألوفة

فإن الأمر يختلف، بحيث أنه لا يمكن للجار المدعى عليه أن يدحض مسؤوليته بإثبات القوة القاهرة أو الحادث المفاجئ، لأن الحادث الذي يعتبر قوة قاهرة يشترط فيه أن يكون غير ممكن التوقع ومستحيل الدفع، وهذا الشرط ليس له مجال في مضار الجوار غير المألوفة لأن سبب حدوثها يكون متوقع وممكن الدفع[7]، فمثلا صاحب المصنع لا يمكن أن يجهل أن قيامه بتشغيل مصنعه – رغم مراعاته للقوانين واللوائح المعمول بها ورغم حصوله على ترخيص بمزاولة النشاط – يسبب للجيران مضايقات تتمثل في الصخب و الضوضاء الناتجة عن تشغيل الآلات والماكينات وفي الروائح الكريهة والأدخنة السوداء والغازات الخانقة.

كذلك لا يمكن للجار المدعى عليه أن يدفع مسؤوليته عن مضار الجوار غير المألوفة كليا أو جزئيا بإثباته أن الضرر إنما يرجع إلى خطأ الغير، إذ تقوم مسؤوليته على أساس الضرر وليس على أساس الخطأ[8]. وقد قضت محكمة فرساي Versailles بأن إثبات الخطأ ليس ضروريا من أجل تقرير مسؤولية المالك عن sمضار الجوار، فتتقرر تلك الأخيرة حتى ولو كانت المضار ترجع إلى خطأ ليس منسوب إليه وإنما ينسب إلى شخص الغير، فمالك المنزل الذي تم بنائه حديثا يكون مسؤولا عن المضايقات غير المألوفة للجوار الناجمة عن الضوضاء الناتجة عن التصادم والارتطام الراجع إلى انعدام العوازل الصوتية بين الحوائط المتجاورة[9].

وقضت محكمة "إكس"Aix بمسؤولية رب العمل عن الاضرار غير المألوفة التي لحقت بالجيران، والناتجة عن خطأ من جانب المقاول الذي قام بأعمال البناء– والذي لا تربطه علاقة تبعية برب العمل– وانتهت برفض طلب رب العمل المتمثل في إعفائه من المسؤولية، تأسيسا على أن نظرية مضار الجوار تفرض عليه التعويض عن تلك الاضرار غير المألوفة التي تلحق بالجيران[10].

وقد أيد جانب من الفقه المصري[11] ما ذهبت إليه محكمة إيكس السالفة الذكر بحيث يرى أن رب العمل لا يمكنه دفع مسؤوليته عن مضار الجوار غير المألوفة بإثبات خطأ المضرور، وذلك نظرا للطبيعة الخاصة والمستقلة لمضار الجوار غير المألوفة، والتي تجد أساسها في فكرة تحمل التبعة، ومن ثم، فإن رب العمل هو الذي يستفيد من عملية البناء على أرضه، فيتعين عليه أن يتحمل مغارمها، وبالتالي لا يستطيع أن يدفع مسؤوليته بإثبات فعل الغير.

غير أنه في المقابل يمكن للجار المدعى عليه أن يدفع مسؤوليته عن مضار الجوار غير المألوفة– كليا أو جزئيا– بإثبات خطأ المضرور[12]، فالتقصير والإهمال في أخذ الاحتياطات والتدابير اللازمة والضرورية من جانب الجار المضرور، من أجل تفادي الأضرار، يتيح للمدعى عليه إمكانية دفع مسؤوليته كليا أو جزئيا بقدر مساهمة المضرور في الضرر، بغض النظر عن الأساس الذي تقوم عليه تلك المسؤولية، لكن بشرط

أن تكون هناك علاقة السببية بين خطأ المضرور والضرر الذي لحق به[13]. ولهذا اعتبر القضاء أن بناء مسكن بالقرب من المطار يعد سببا للإعفاء الجزئي من المسؤولية، تأسيسا على أن قيام الشخص بهذا البناء يكون قد عرض نفسه للمخاطر، مما يستوجب عدم الحكم له بتعويض كامل. وهذا ما قضت به محكمة باريس وهي بصدد مسؤولية مستغل المطار عن الضوضاء الناتجة عن إقلاع وهبوط الطائرات، حيث وزعت المسؤولية واعتبرت أن قيام الشخص بالبناء بجوار المطار يكون قد عرض نفسه لمخاطر الملاحة الجوية، مما يستوجب عدم الحكم له بتعويض كامل[14].

ويقع عب إثبات خطأ المضرور على عاتق المدعى عليه الذي حدث منه الضرر، فإذا اثبت أن خطأ المضرور هو السبب الوحيد للضرر، فيعفى كلية من المسؤولية. وإذا أثبت أن خطأ المضرور ساهم جزئيا في إحداث الضرر، فإنه يعفى من المسؤولية في حدود تلك المساهمة.

وهكذا فإن دعوى المسؤولية عن مضار الجوار غير المألوفة تختلف عن غيرها من دعاوى المسؤولية المدنية بحيث أنه في دعاوي المسؤولية المدنية يمكن للمدعى عليه أن يدفع مسؤوليته بإثبات القوة القاهرة أو الحادث المفاجئ، أو بإثبات فعل المضرور، أو بإثبات فعل الغير، أما في دعوى المسؤولية عن مضار الجوار غير المألوفة فإنه لا يمكن للمدعى عليه أن يدفع مسؤوليته إلا بإثبات فعل أو خطأ المضرور.

الفرع الثالث: الدفع بمشروعية الأنشطة.

قد تكون أنشطة الجار محدث الضرر مشروعة، وهنا يثار التساؤل التالي: هل يمكن لهذا الأخير أن يدفع مسؤوليته عن طريق الاحتجاج بمشروعية أنشطته أم أنه لا يمكنه ذلك؟

استقر الفقه والقضاء على أن مشروعية الأنشطة مصدر الاضطرابات لا تعفي من المسؤولية عن مضار الجوار غير المألوفة الناتجة عن سير العمل فيها، والتي تجاوزت من حيث شدتها و استمراريتها الحد المألوف و المتسامح فيه بين الجيران[15].

فحصول شخص على ترخيص إداري بممارسة مهنة أو نشاط معين وعدم مجاوزته حدود هذا الترخيص لا يعفيه من المسؤولية عن المضار غير المألوفة، لأن الترخيص الإداري لا يسبغ على فعله وصف الإباحة، لذلك فإن وجود وثائق إدارية من الجهات المختصة، لا تعطي للجار محدث الضرر حق التمسك بالترخيص بقصد إعفائه من المسؤولية، لأنها تمنح تحت شرط مراعاة حقوق الاخرين[16].

ورغم أن المشرع الجزائري لم ينص صراحة في المادة 691 من ق.م على أن الترخيص الإداري لا يعفي من المسؤولية عن مضار الجوار غير المألوفة[17]، إلا أن القضاء الجزائري قرر بأن الترخيص الاداري لا يعفي من المسؤولية، وهو ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قرار لها جاء فيه:" ... لا يحق لمالك العقار

التمسك بالرخص ومطابقة الأشغال لقواعد العمران قصد إعفائه من مسؤولية مضار الجوار غير المألوفة، لأن هذه الرخص تسلم تحت شروط مراعاة حقوق الغير"[18].

كذلك احترام الجار للقوانين و اللوائح المعمول بها واتخاذه جميع الاحتياطات اللازمة و الاكثر حداثة بما يتفق والسلوك المألوف لا يعفيه من المسؤولية عن المضار التي تتجاوز الحد المألوف. فالشخص الذي يقوم بتشييد جدار يحجب الضوء والهواء عن مسكن جاره لا يمكنه أن يدحض مسؤوليته عن مضار الجوار غير المألوفة بحجة أنه راعى القوانين واللوائح المعمول بها– حصوله على ترخيص وعدم مجاوزته حدوده– لما في ذلك من إخلال بالحقوق المتجاورة[19].

ويبدوا ان ما ذهب إليه هذا الجانب من الفقه والقضاء جدير بالأخذ به وذلك لأن المسؤولية عن مضار الجوار غير المألوفة تقوم على أساس الضرر وليس على أساس الخطأ، ومن ثمة فإنه لا يمكن للجار المدعى عليه في دعوى المسؤولية عن مضار الجوار غير المألوفة أن يدفع بأنه استعمل حقه استعمالا مشروعا دون تعسف ودون قصد الاضرار بالغير، و أنه احترم القوانين واللوائح المعمول بها و اتخذ جميع الاحتياطات اللازمة، و أنه تحصل على ترخيص إداري لممارسة نشاطه.

المطلب الثاني: الدفوع الموضوعية الخاصة بدعوى المسؤولية عن مضار الجوار غير المألوفة

وهي الدفوع التي تميز دعوى المسؤولية عن مضار الجوار غير المألوفة عن غيرها من دعاوي المسؤولية المدنية، وتتمثل هذه الدفوع في: الدفع بسبق الوجود(فرع أول)، والدفع بانتفاء صفة الجار(فرع ثاني)، والدفع بعدم تجاوز المضار الحد المألوف(فرع ثالث).

الفرع الأول: الدفع بسبق الوجود.

لو افترضنا أن هناك مصنع أو منشأة مقلقة للراحة موجودة في منطقة ما، ثم يأتي شخص يبني مسكنا بجوار تلك المنشأة أو المصنع، ويتضرر من الضجيج أو الأدخنة أو الغبار أو الروائح الكريهة المنبعثة منها، ورفع الجار المستجد دعوى المسؤولية على صاحب المصنع او المنشأة، فهل يمكن للمدعى عليه أن يدفع المسؤولية بالادعاء بالأسبقية؟ أي بأنه أسبق من المدعي في الوجود في ذلك المكان، أو بعبارة أخرى هل سبق الوجود يعفي من المسؤولية؟

لقد اختلف الفقه والقضاء حول هذه المسألة فمنهم من وسع من نطاق فكرة سبق الوجود الفردي ومنهم من ضيق منها ، وسنتعرض لهذه الاتجاهات على النحو التالية:

أولا: الاتجاه الذي يوسع من نطاق فكرة سبق الوجود.

ذهب جانب من الفقه الفرنسي القديم [20] إلى القول بأن سبق الوجود الفردي يعفي من المسؤولية عن مضار الجوار غير المألوفة، فلو أقام شخص مصنعا في منطقة نائية و خالية ثم جاءوا أشخاص اخرين و سكنوا تلك المنطقة، فإنه لا يمكن لهؤلاء المطالبة بالتعويض عن الأضرار التي تصيبهم من جراء تشغيل ذلك المصنع؛ كالضجيج و الغبار و الروائح الكريهة المنبعثة من هذا المصنع، لأن مثل ذلك يعد من الأمور المألوفة في المناطق الصناعية، علاوة على ذلك أن هؤلاء الجيران الجدد حينما أقدموا على البناء بجوار المصنع كان لديهم علم مسبق بما سيتعرضون له من مضايقات و إزعاجات فيكونوا قد أخطأوا بإقدامهم على البناء، ضف إلى ذلك فإن هؤلاء الجيران هم الذين يتحملون مخاطر اختيارهم لتلك المنطقة؛ أي انهم قبلوا ضمنيا للمخاطر.

وقد أخذت بعض المحاكم الفرنسية بوجهة نظر هذا الاتجاه، إذ قضت بأن الشخص الذي يقدم على شراء منزل بجواره منزل اخر تمارس فيه الدعارة فلا يجوز له طلب التعويض لعلمه المسبق بما سيحل به من أضرار[21]. كما قضت محكمة ليون الفرنسية برفض طلب التعويض عن الأضرار الناتجة عن سير العمل في منشأة صناعية مجاورة على أساس أن المنشأة مصدر المضايقات كانت موجودة قبل قيام الجار ببناء مسكن له على أرضه[22]. لكن هذا الاتجاه انتقد انتقادا شديدا من قبل جمهور الفقه والقضاء في فرنسا على أساس مجافاته لقواعد العدالة، وتعارضه مع القواعد العامة في القانون.

وفي مصر فقد ذهب بعض الفقه[23]إلى تأييد فكرة سبق الوجود الفردي بحيث يرى أن الجار الذي يستجد على المالك لا يحق له أن يطلب تعويضا عن مضار الجوار و لو كانت غير مألوفة، لأنه هو الذي سعى إلى جوار المالك وهو يعلم مسبقا بما في هذا الجوار من مضار، فيكون قد ارتضى بهذا الوضع ضمنا.

وقد استند هذا الرأي إلى نص المادة 63 من مرشد الحيران؛ والتي تنص على أنه:" إن كان لأحد دار يتصرف فيها تصرفا مشروعا فأحدث غيره بجواره بناء مجددا، فليس للمحدث أن يتضرر من شبابيك الدار القديمة ولو كانت مطلة على مقر نسائه، بل هو الذي يلزمه دفع الضرر عن نفسه"[24].

والشيء الاخر الذي استند إليه هذا الرأي هو أن نظرية مضار الجوار غير المألوفة أخذها المشرع من أحكام الشريعة الإسلامية، ومعظم فقهاء هذه الأخيرة يأخذون بمبدأ سبق الوجود الفردي، ومما كتب في هذا المجال:" أن إقدام المالك على إقامة منزل بجوار مصنع يعتبر رضاء منه بما قد يصيبه من ضرر هذا المصنع وآذاه، وعليه يكون بذلك متنازلا عن حقه لعلمه بالضرر وإقدامه عليه"[25].

غير أن هذا الاتجاه تم انتقاده من طرف الفقه المصري في مجموعه[26] على أساس أن ما ذهب إليه هذا الأخير من شأنه أن يضع الجار المستجد أمام أحد ثلاث أمور: إما أن يختار نفس نوع الاستغلال

الذي اختاره جاره القديم الذي سبقه إلى المكان، وإما أن يتحمل المضار غير المألوفة دون أن يكون له الحق في المطالبة عن الاضرار، وإما أن يترك المنطقة ويذهب إلى منطقة أخرى.

ثانيا: الاتجاه الذي يضيق من نطاق فكرة سبق الوجود.

يرى هذا الاتجاه أن سبق الوجود لا يعفي من المسؤولية عن مضار الجوار غير المألوفة إلا إذا كان سبقا جماعيا بحيث يكون من شأنه أن يصبغ الحي أو المنطقة بطابع خاص؛ صناعي أو تجاري أو سكني هادئ، فإذا كان الحي أو المنطقة ذات طابع صناعي فإنه لا يمكن للجار– الذي يقيم منزلا للسكنى الهادئة– أن يتضرر من ضجيج المصانع والأدخنة والروائح المنبعثة منها لأنها تعد من قبيل الأضرار المألوفة لطالما أن الحي أو المنطقة يسودها الطابع الصناعي ذات الصبغة الجماعية، أما إذا كانت المنطقة ذات طابع سكني ثم يأتي شخص يقيم مصنعا فيها فإن الأخير يسأل عن الاضرار الناجمة عن المصنع، لكون أن الصخب والضجيج والأدخنة والغبار والروائح المقززة الصادرة منه تعد من قبيل الأضرار غير المألوفة لطالما أن الطبيعة السائدة في الحي أو المنطقة هي الطبيعة السكنية[27].

وقد ايدت بعض المحاكم هذا الاتجاه بحيث قضي بالتعويض للجار الذي يتضرر من الغبار المتطاير من المصنع المجاور له باعتبار ذلك ضررا غير مألوف بحسب طبيعة الحي[28].

ويبدوا هذا الاتجاه هو الاقرب للصواب ويتماشى مع قواعد العدالة، فإقدام شخص على إقامة منزل بجوار منشأة صناعية لا يمكن له المطالبة بالتعويض عن الأضرار الناتجة عن تشغيل المنشأة الصناعية، وذلك لعلمه المسبق بالضرر وإقدامه عليه، مما يجعله راضيا بالأضرار التي تصيبه.

وبناء على ذلك فإن المدعى عليه صاحب المنشأة الصناعية يحق له دحض مسؤوليته عن مضار الجوار غير المألوفة إذا اثبت أنه الاسبق في الوجود.

الفرع الثاني: الدفع بانتفاء صفة الجار في شخص المضرور(المدعي) أو في شخص المسؤول(المدعى عليه).

حينما ترفع دعوى المسؤولية عن مضار الجوار غير المألوفة ضد الجار المدعى عليه أول شيء يتأكد منه هذا الأخير هو توافر صفة الجار في الشخص المضرور والمسؤول، وذلك لأنها شرط لقيام هذه المسؤولية، وهذا ما يستفاد من صريح نص المادة 2/691 من القانون المدني الجزائري حيث جاء فيها " وليس للجار أن يرجع على جاره ... وإنما يجوز له ..." .

فإذا تبين للمدعى عليه عدم توافر صفة الجار في شخص المضرور، أو المسؤول، أو في أي منهما فإنه يحق له أن يدفع أمام المحكمة بانتفاء صفة الجار لتفادي صدور حكم ضده يلزمه بدفع تعويض عن الأضرار غير المألوفة. وبذلك يكون قد دحض مسؤوليته عن مضار الجوار غير المألوفة.

ويقصد بالجار في هذا المقام كل من يشغل مكانا في نطاق الجوار بغض النظر عن صفته وكونه مالكا أو مستأجرا أو شاغلا بسيطا للعين، وبغض النظر عن الفترة الزمنية التي يتم خلاله شغل المكان[29].

وبناء على ذلك فإنه لا يمكن للجار المدعى عليه أن يثير دفع شكلي بانعدام صفة الجار في المدعي أو المدعى عليه – على أساس المادة 13 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية[30] التي تشترط الصفة لرفع الدعوى– بحكم عدم توافر صفة المالك في المدعي أو المدعى عليه لأن صفة المالك ليس شرطا لرفع دعوى المسؤولية عن مضار الجار غير المألوفة، فصفة الجار كما اسلفنا لا تقتصر على المالك وحده بل تشمل جميع الأشخاص المتواجدين في نطاق الجوار أيا كانت صفتهم(ملاك، أصحاب حق انتفاع أو حق سكني، مستأجرين، او مجرد شاغلين للمكان) ولو لم تتوافر فيهم صفة الملكية.

الفرع الثالث: الدفع بعدم تجاوز المضار حد المألوف.

يعتبر هذا الدفع من أهم الدفوع الموضوعية المتاحة للجار المدعى عليه لدرأ مسؤوليته عن مضار الجوار غير المألوفة. فلقيام هذه المسؤولية لابد أن تكون الأضرار المدعاة ناتجة عن مضار تجاوز حد المضار المألوفة للجار، وذلك ما عناه المشرع الجزائري في الفقرة الثانية من المادة 691 ق.م بقوله:" وليس للجار أن يرجع على جاره في مضار الجوار المألوفة التي يمكن تجنبها وإنما يجوز له أن يطلب إزالة هذه المضار إذا تجاوزت الحد المألوف ...".

فإذا كانت المضار التي يشكو منها الجار مألوفة وعادية، وقام هذا الأخير برفع دعوى ضد جاره للحصول على التعويض فإنه يمكن للجار المدعى عليه أن يدفع مسؤوليته بعدم تجاوز المضار الحد المألوف، والمحكمة المعروض عليها النزاع ستنظر في هذا الدفع المثار أمامها، فإذا تبين لها أن المضار فعلا لم تتجاوز حد المألوف فإنها ستستجيب لهذا الدفع ومن ثمة ستقضي برفض دعوى المدعي لعدم التأسيس، وذلك لعدم توفر أحد شروط المسؤولية عن مضار الجوار غير المألوفة وهو تجاوز المضار للحد المألوف، فالحياة المشتركة بين الناس تقتضي وجود قدر معين من الأضرار قبل نهايته لا يكون للجار حق التضرر منه، وأن التسامح بين الجيران يفرض على الجار أن يتحمل جاره الحد الذي تدعو إليه ضرورة الجوار[31].

وفكرة الضرر غير المألوف هي فكرة نسبية وليست مطلقة، ومن ثم فإنه يجب توافر ظروف معينة حتى يمكن القول بعدم مألوفية الضرر، فما يعد ضررا مألوفا في وقت قد لا يعد كذلك في وقت آخر، وكذلك تتحكم ظروف المكان والزمان في تحديد طبيعة الضرر، فما يعتبر مألوفا في ناحية مكتظة بالمصانع أو المحلات العامة يعتبر غير مألوف في ناحية هادئة خصصت للمساكن دون غيرها[32]، وترتيبا على ذلك فالضرر لا يكون غير مألوف إلا إذا بلغ درجة معينة تجاوز الحد المألوف بحسب ظروف الزمان والمكان.

ولقد خول المشرع الجزائري للقاضي تقدير مستوى الضرر وما إذا كان مألوفا أو غير مألوف، إذ نصت المادة 691 من القانون المدني الجزائري على أنه: "... وعلى القاضي أن يراعي في ذلك العرف وطبيعة العقارات وموقع كل منها بالنسبة إلى الآخرين والغرض الذي خصصت له".

ويكون المشرع بذلك قد وضع أمام القاضي معيارا مرنا لتقدير ما إذا كان الضرر مألوفا أم غير مألوف وعلى القاضي أن يتكيف مع الظروف المختلفة ويواجه الحاجات المتغيرة ويستجيب لمقتضيات كل منها[33].

والظروف والاعتبارات التي وردت في المادة 691 السالفة الذكر جاءت على سبيل المثال لا الحصر، ومن ثم فإنه يمكن للقاضي أن يستعين بظروف أخرى تكون محل اعتبار عند تقديره للضرر متى كانت منتجة في هذا الشأن، ومن بين هذه الظروف أو الاعتبارات الوضع الصحي للمضرور أو ما يسمى بالظروف الخاصة بالمضرور[34]. وتقدير ما إذا كان الضرر يعد ضررا مألوفا أو غير مألوف، يعتبر مسألة واقع يترك التقدير فيها لقاضي الموضوع[35].

خاتمة:

يستخلص من خلال ما سبق النتائج التالية:

-لا يمكن للجار المدعى عليه أن يدفع بانعدام الصفة في المدعي على أساس أنه ليس مالك للعقار لكون صفة الجار لا تقتصر على المالك وحده بل تشمل المالك والمستأجر والحائز.

-يمكن للجار ان يدفع مسؤوليته عن مضار الجوار غير المألوفة بإثبات خطأ الجار المضرور لكنه لا يمكن أن يدفع مسؤوليته بإثبات خطأ الغير وبإثبات القوة القاهرة او الحادث المفاجئ، لكون ان مسؤولية الجار هي مسؤولية موضوعية تقوم بمجرد حدوث الاضرار وتجاوزها اعباء الجوار المألوفة.

-لا يمكن للمدعى عليه في دعوى المسؤولية عن مضار الجوار غير المألوفة أن يدفع بأنه استعمل حقه استعمالا مشروعا دون تعسف ودون قصد الاضرار بالغير، وأنه احترم القوانين واللوائح المعمول بها و اتخذ جميع الاحتياطات اللازمة، وأنه تحصل على ترخيص إداري لممارسة نشاطه.

-إن دعوى المسؤولية عن مضار الجوار غير المألوفة لها دفوع خاصة بها تميزها عن دعاوي المسؤولية المدنية الأخرى تتمثل في: الدفع بسبق الوجود، والدفع بانتفاء صفة الجار، والدفع بعدم تجاوز المضار حد المألوف.

وانطلاقا من هذه النتائج فإننا نوصي بما يلي:

-ضرورة التدخل التشريعي من أجل وضع نص خاص يبين حالات دفع المسؤولية عن مضار الجوار غير المألوفة وهي: إذا لم تتوافر صفة الجار في الجار المضرور أو الجار المسؤول، إذا لم تتجاوز المضار حد المألوف، إذا كان الجار المسؤول له أسبقية الوجود، إذا كان الضرر بفعل أو خطأ المضرور.

- وجب على المشرع الجزائري الاسراع في تعديل المادة 691 من القانون المدني، وذلك بحذف كلمة " مالك" وجعل مكانها كلمة " جار" لأن صفة الجار لا تقتصر على الماك وحده بل تشمل المالك والمستأجر والحائز والمنتفع.

الهوامش

1. في هذا الصدد تنص المادة 03 فقرة 1 من الأمر رقم 08-09 المؤرخ في 25 فبراير سنة 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج.ر، عدد 21، سنه 2008 على أنه:" يجوز لكل شخص يدعي حقا رفع دعوى أمام القضاء للحصول على ذلك الحق أو حمايته "؛ المادة 609 من القانون المدني، وتنص المادة 691 من الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975 يتضمن القانون المدني، ج.ر، عدد رقم 30 لسنة 1975، المعدل والمتمم على أنه:" ... وليس للجار أن يرجع على جاره في مضار الجوار المألوفة، غير أنه يجوز له أن يطلب إزالة هذه المضار إذا تجاوزت الحد المألوف ...".

2. هذه المضايقات أو الإزعاجات هي ما يطلق عليها بمضار الجوار غير المألوفة ونذكر على سبيل المثال : الصخب والضوضاء الناتجة عن تشغيل الآلات والماكينات، والروائح الكريهة والغبار والأتربة والأدخنة السوداء المنبعثة من المنشأة الصناعية...الخ.

3. سيتناول هذا البحث دراسة الدفوع الموضوعية التي يمكن للجار المدعى عليها إثارتها امام المحكمة لدحض مسؤوليته المدنية عن مضار الجوار غير المألوفة، وبالتالي لا يدخل في نطاق بحثنا الدفوع الشكلية والدفوع المتعلقة بعدم القبول ماعدا الدفع بالتقادم،الذي سنتطرق له إلى جانب هذه الدفوع الموضوعية.

ويقصد بالدفوع الموضوعية الاعتراض على موضوع الدعوى. أنظر: عباس العبودي، شرح أحكام قانون أصول المحاكمات المدنية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2006، ص 277. أو هي دفاع يوجه ضد مزاعم المدعي للقول أنها غير مؤسسة. أنظر: عبد سلام ذيب، قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد ترجمة للمحاكمة العادلة، موفم للنشر، الجزائر، 2009، ص69. وهناك من عرفها بأنها الدفوع التي توجه إلى ذات الحق المدعى به كأن ينكر وجوده أو يزعم سقوطه أو انقضائه. أنظر: صلاح الدين محمد شوشاري، شرح قانون أصول المحاكمات المدنية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الاردن، 2010، ص 128. وهناك من عرفها بأنها الوسائل الفنية التي حددها القانون ومنحها للمدعى عليه لدفع الادعاء الموضوعي المقدم ضده

من المدعي أومن يقوم مقامه. أنظر: أحمد خليل، قانون المرافعات المدنية دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2004 ، ص 327. وعرفته المادة 48 من الأمر رقم 08-09 السالف الذكر كما يلي:" الدفوع الموضوعية هي وسيلة تهدف دحض ادعاءات الخصم. ويمكن تقديمها في أي مرحلة كانت عليها الدعوى".

عرفت المادة 49 من الامر السالف الذكر الدفوع الشكلية بأنها: " كل وسيلة تهدف إلى التصريح بعدم صحة الإجراءات وانقضائها أو وقفها".

4. أحمد خالدي، التقادم وآثاره في القانون المدني الجزائري على ضوء اجتهاد المحكمة العليا ومجلس الدولة، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2016، ص 96؛ السيد عبد الوهاب عرفه، الشامل في المرافعات المدنية الدعوى المدنية وإجراءاتها، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة ، 2009، ص 74-75؛ ؛ صلاح الدين محمد شوشاري، مرجع سابق، ص 128.

5. وهذا على خلاف الدفوع الشكلية فالحكم الصادر بقبول الدفع الشكلي لا يمس بأصل الحق، وبالتالي لا يترتب عليه انهاء النزاع، وانما يترتب عليه انقضاء الخصومة أمام المحكمة، كما هو الحال بالنسبة للحكم الصادر بقبول الدفع بعدم الاختصاص أو ببطلان ورقة التكليف بالحضور.

6. أحمد أبوالوفا، نظرية الدفوع في قانون المرافعات، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، 2008، ص 17؛ أحمد السيد صاوى، شرح قانون المرافعات، المؤسسة الفنية للطباعة والنشر، مصر، 2004، ص 289؛ عبد السلام ذيب، مرجع سابق، ص 78.

7. عرفت المادة 67 من الامر السالف الذكر الدفع بعدم القبول بأنه: " الدفع الذي يرمي إلى التصريح بعدم قبول طلب الخصم لانعدام الحق في التقاضي، كانعدام الصفة وانعدام المصلحة والتقادم وانقضاء الأجل المسقط وحجية الشيء المقضي فيه، وذلك دون النظر في موضوع النزاع".

8. التقادم بصفة عامة هو مضي مدة معينة من الزمن، وهو وسيلة تؤدي إلى زوال الحق إذا ما سكت صاحبه عن المطالبة به أو استعماله مدة معينة وتمسك من له مصلحة في هذا الزوال به. أنظر: أحمد خالدي، التقادم وآثاره في القانون المدني الجزائري على ضوء اجتهاد المحكمة العليا ومجلس الدولة، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2016، ص 15.

9. أنظر الماد 133 من الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني، ج.ر عدد رقم 30 لسنة 1975، المعدل والمتمم.

10. وهذا على خلاف القوانين العربية – كالقانون المدني المصري، والقانون المدني العراقي، والقانون المدني السوري، والقانون المدني الليبي – التي تميز بين إذا كان المضرور قد علم بالضرر ومحدثه، فتكون مدة التقادم خلال ثلاث سنين من يوم هذا العلم، و بين ما إذا لم يكم قد علم بالضرر ولا بمحدثه، فتكون مدة التقادم خمسة عشر (15) سنة من يوم وقوع الفعل غير المشروع. أنظر: علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2006، ص208.

11. تحسب مدة التقادم بالأيام لا بالساعات، ولا يحسب اليوم الأول وتكمل المدة بانقضاء آخر يوم منها، وذلك ما قررته المادة 314 ق.م، والمدة تحسب بالتقويم الميلادي لا الهجري وذلك عملا بنص المادة 3 ق.م، وعند احتساب مدة التقادم فإنه لا يعتد بعدد أيام الشهور أو عدد أيام السنين التي تقع خلال مدة التقادم، إذ أن التقادم يحتسب من تاريخ معين، دون الاعتداد بعدد الأيام الفعلية التي تقع خلال هذه المدة. أنظر: أحمد خالدي، التقادم وآثاره في القانون المدني الجزائري على ضوء اجتهاد المحكمة العليا ومجلس الدولة، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2016، ص 57. وينقطع التقادم بالمطالبة القضائية ولو رفعت الدعوى إلى محكمة غير مختصة وبالتنبيه أو الحجز، وذلك ما نصت عليه المادة 317 ق.م .

12. حينما ينتهي الجار المدعى عليه من مناقشة الجانب الشكلي للدعوى يتطرق إلى مناقشة الموضوع، وأول ما يتأكد منه هو المدة القانونية لرفع الدعوى، فإذا تبين له أن المدعي رفع الدعوى خارج الآجال القانونية – وهي 15 سنة – فإنه يجوز له أن يدفع بتقادم الدعوى.

13. أنظر: المادة 321 من الأمر رقم 58/75 السالف الذكر المتضمن القانون المدني.

14. عبد الله تركي حمد العيال الطائي، الضرر البيئي وتعويضه في المسؤولية المدنية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت– لبنان، 2013، ص 126.

15. تنص هذه المادة على أنه:" لا تسمع الدعاوي الغير العائدة لأصل الوقف للعموم كالدين والوديعة والعقار الملك والميراث والمقاطعة في العقارات الموقوفة أو التصرف بالاجارتين والتو90.لية المشروطة والغلة بعد تركها خمسة عشرة سنة". أنظر: جمال عبد الغني مدغمش، مجلة الأحكام العدلية، دار الاسراء، عمان–الاردن، 2005، ص1

16. المادة 127من الأمر السالف الذكر المتضمن القانون المدني تنص على:" إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب لا يد له فيه كحادث مفاجئ أو قوة قاهرة، أو خطأ صدر من المضرور أو خطأ من الغير كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر، مالم يوجد نص قانوني أو اتفاق يخالف ذلك ".

17. فيصل زكي عبد الواحد، أضرار البيئة في محيط الجوار والمسؤولية المدنية عنها، رسالة دكتوراه في الحقوق، جامعة عين الشمس، مصر، 1989، ص 769.

18. عطا سعد محمد حواس، المسؤولية المدنية عن أضرار التلوث البيئي في نطاق الجوار، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2011، ص 564.

19. C.A : Versailles, 18 janv. 1988, Juris–Data, no. 040670. نقلا عن عطا سعد محمد حواس، المرجع السابق، ص 564

20. Civ, 23–2–1976, D,S, 77, 1, R, 108. نقلا عن عبد الرحمان علي حمزة، ص466.

21. عبد الرحمان علي حمزة، مضار الجوار غير المألوفة والمسؤولية عنها، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006، ص466.

22. يقصد بخطأ المضرور أو فعل المصاب أن المدعى عليه وهو من وقع منه الفعل الضار، قد اشترك بفعله مع فعل المضرور في إحداث الضرر. أنظر: محمد صبري السعدي، النظرية العامة للالتزام، دار الهدى، الجزائر، 2011، ص116.

23. شرين محمد خضر القاعود، مضار الجوار غير المألوفة والمسؤولية الناشئة عنها، رسالة دكتوراه في الحقوق، جامعة القاهرة، مصر، ب.س.ن، ص 368.

24. Paris, 27–2–1961 مشار إليه في فيصل زكي عبد الواحد، مرجع سابق، ص 789. نقلا عن عبد الرحمان علي حمزة، مضار الجوار غير المألوفة والمسؤولية عنها، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006، ص 462.

25. فيصل زكي عبد الواحد، مرجع سابق، ص 792؛ عطا سعد محمد حواس، دفع المسؤولية عن أضرار التلوث، مرجع سابق، ص26.

26. بلحاج العربي، الحقوق العينية في القانون المدني الجزائري، دار هومه، الجزائر، 2016، ص 142.

27. وهذا على خلاف المشرع المصري الذي قرر صراحتا بأن الترخيص الاداري لا يعفي من المسؤولية عن مضار الجوار غير المألوفة، وذلك في نص المادة 2/807 من ق.م.

28. قرار رقم: 410719 ، صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 2007/09/12. مشار إليه في جمال سايس، الملكية العقارية في الاجتهاد القضائي الجزائري، ج2، منشورات كليك، الجزائر، 2014، ص669.

29. قرار رقم 404069 صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 2007/06/13، مجلة المحكمة العليا، العدد01، الجزائر، 2008، ص197.

30. DEMOLOMBE, cours de code napoléon, T. 12. 5 Ed, 1872. P. 155, N° 659.

مشار إليه في: محمد محي الدين ابراهيم سليم، الظروف الخاصة بالجار المضرور ومدى تأثيرها على مبدأ المسؤولية أو مقدار التعويض، مجلة البحوث القانونية و الاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة المنوفية، عدد 6، سنة 1994، ص 355.

31. ALGER. 22-2-1898. S. 99. 2. 107.

32. Lyon , 6- 11- 1903, civ., 18-2-1907, 1, 385.

33. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، حق الملكية، ج8، ط3، نهضة مصر، مصر، 2011، ص 700.

34. مشار إليه في محمد محي الدين ابراهيم سليم، مرجع سابق، ص 358.

35. الشيخ علي الخفيف، الملكية في الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي، القاهرة، 2013، ص 106.

36. من بينهم: عبد الوهاب محمد عبد الوهاب، المسؤولية عن الاضرار الناتجة عن تلوث البيئة، رسالة دكتوراه في الحقوق، جامعة القاهرة، 1994، ص 614؛ فيصل زكي عبد الواحد، مرجع سابق، ص 699؛ رمضان أبو السعود، الوجيز في الحقوق العينية الاصلية، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، 2006، ص 68؛ أنور السلطان، نظرية التعسف في استعمال حق الملكية، مجلة القانون والاقتصاد، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، مارس 1947، العدد الاول، السنة السابعة عشر، ص 125؛ عبد المجيد مطلوب، التزامات الجوار، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي و القانون الوضعي، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة عين الشمس، يوليو 1976، العدد الثاني، السنة الثامن عشر، ص505.

37. Caballero, (F.), Essai sur la notion juridique de nuisance, thèse, Paris, 1981, p. 261 ; Cosmas, (y), Les troubles de voisinage, thèse, Paris, 1966, p. 65.

وفي الفقه المصري نذكر مثلا: محمد لبيب شنب، موجز في الحقوق العينية الأصلية، دار النهضة العربية، القاهرة، ب.س.ن، ص 240؛ رمضان أبو السعود، مرجع سابق، ص 68؛ عبد المجيد مطلوب، مرجع سابق، ص 505.

38. Cass. Civ, 22- 10 – 1964. D. 65 ,344.

39. عطا سعد محمد حواس، المسؤولية المدنية عن أضرار التلوث البيئي في نطاق الجوار، مرجع سابق، ص 261.

40. المادة 13 فقرة1 من الامر رقم08-09 السالف الذكر- المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية- على أنه " لا يجوز لأي شخص التقاضي ما لم تكن له صفة، وله مصلحة قائمة أو محتملة يقرها القانون...".

41. عبد الرحمان علي حمزة، مضار الجوار غير المألوفة والمسؤولية عنها، دار النهضة العربية، القاهرة-مصر، 2006، ص 415.

42. محمد محي الدين ابراهيم سليم، الظروف الخاصة بالجار المضرور ومدى تأثيرها على مبدأ المسؤولية أو مقدار التعويض، دراسة مقارنة في اطار نظرية مضار الجوار غير المألوفة، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة المنوفية، مجلة نصف سنوية محكمة، العدد6، س الثالثة، ابريل 1994، ص 331.

43. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، حق الملكية، ج8، الطبعة الثالثة، نهضة مصر، مصر، 2011،ص 697؛ عبد المجيد محمود مطلوب، التزامات الجوار، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، مجلة

العلوم القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة عين الشمس، يوليو 1976، العدد الثاني، السنة الثامنة عشر، ص 84؛ محمد حسين منصور، الحقوق العينية الأصلية، ب.د.ن، 2003، ص 32.

44. عبد الرحمان علي حمزة، مرجع سابق، ص 230.

45. نبيل ابراهيم سعد، الحقوق العينية الأصلية، دار المعرفة الجامعية، مصر، 1999، ص 60.

اللقب والاسم : بن عبد الكبير حسان

طالب دكتوراه كلاسيك بكلية الحقوق والعلوم السياسية – جامعة ادرار

عضو في فرقة بحث تابعة لمخبر القانون والمجتمع بكلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة ادرار

البريد الالكتروني :hba83@gmail.com

عنوان المقال :

الاليات القانونية الوقائية ودورها في الحد من الجرائم البيئة

– ملـخص المقال –

إن الجزائر كغيرها من الدول السائرة في طريق النمو، والتي تسعى جاهدة من أجل الوصول إلى مستوى ركب الدول الصناعية اعتمدت مجموعة من الآليات الاقتصادية والبرامج التنموية والمخططات التكنولوجية الاستراتجية من أجل تحقيق تنمية إقتصادية شاملة ، لكنها لم تراعي في هذا الجانب التنمية المستدامة لمواردها الطبيعية التي أصبحت مهددة بالنضوب ، إلا أن الجزائر ونظرا للخطر الايكولوجي الذي أصبح يهددها غيرت من وجهتها التنموية الاقتصادية المحضة إلى خلق توازن بين التنمية الاقتصادية والتنمية البيئية ، ولهذا اعتمدت مجموعة من الآليات القانونية ونخص بالذكر الاليات القانونية الوقائية من أجل النهوض بهذا القطاع الحساس والهام في الجزائر ، وتنقسم هذه الآليات الى آليات قانونية وقائية عامة و آليات قانونية وقائية خاصة وأظهرت هذه الآليات فعاليتها في الحد من الاستنزاف الخطير لموارد الطبيعية.

Résumé

Algérie, comme les autres pays nouvellement industrialisés dans la voie de la croissance, qui cherche à atteindre le niveau des pays industriels installés a adopté un ensemble de mécanismes économiques et des programmes de développement et des programmes technologiques stratégiques afin de parvenir à un développement économique global, mais n'a pas pris en compte cet aspect du développement durable des ressources naturelles qui sont les feuillus menacés Toutefois, l'Algérie et compte tenu du risque écologique, qui est devenu menacé par le changement de destination du développement économique Ahadjdh pour créer un équilibre entre le développement économique et le développement de l'environnement, ce qui a adopté un ensemble de mécanismes juridiques et qualifia les mécanismes juridiques De prévention pour la promotion de ce secteur sensible et important en Algérie est divisée en ces mécanismes à des mécanismes de prévention et juridiques généraux et des mécanismes juridiques et de prévention spéciaux a montré que ces mécanismes soient efficaces pour réduire l'épuisement grave des ressources naturelles

مقدمة :

لقد عمد المشرع الجزائري بعد مصادقته على الاتفاقيات الدولية الخاصة بحماية البيئة على وضع مجموعة من الاليات القانونية من اجل النهوض بهذا القطاع الذي اضحى يشكل خطرا على استقرار الدولة في الجانب الايكولوجي وحتى في الجانب الاقتصادي بحيث اصبحت بعض الموارد الطبيعية تستنزف بفعل الاستغلال المفرط والغير العقلاني مما جعل الدولة تتدخل من اجل انقاض ماتبقى من مواردها الطبيعية ، ووضع استتراتيجية وتخطيط محكم وذلك عن طريق وضع محموعة من الاليات منها الاليات القانونية لحماية مواردها الطبيعية بحيث تم سن ترسانة من القوانين لتنظيم وحماية البيئة في الجزائر .

لقد أقر المشرع الجزائري مجموعة من النصوص والقواعد القانونية وهذه القواعد والنصوص تتصف وتتوزع على نوعين من القواعد فهناك قواعد قانونية وقائية وهناك قواعد قانونية ردعية، وسوف تقتصر دراستنا على القواعد القانونية الوقائية فقط .

ان الموضوع الذي نحن بصدد معالجته يطرح اشكالية مفادها الى أي مدى استطاعت الاليات القانونية الوقائية الحد من الجرائم الايكولوجية ؟

لمعالجة هذا الموضوع ارتأينا اعتماد المنهج التحليلي الوصفي مقسمين الموضوع الى محورين في المحور الاول سوف نعالج فيه القواعد القانونية الوقائية العامة وفي المحور الثاني القواعد القانونية الوقائية الخاصة .

المطلب الأول: القواعد القانونية الوقائية الخاصة

لقد أقر المشرع الجزائري مجموعة من القواعد القانونية الوقائية وهي تلك القواعد التي تقي من الوقوع في الضرر أي لديها دور وقائي، وتعتبر من الناحية الإدارية كرقابة قبلية خولها القانون للإدارة الوصية أو التي تشرف على مراقبة الأجهزة المختصة في حماية وتسيير الموارد الطبيعية من حيث ضبط جميع التصرفات التي تعود بالضرر على الموارد الطبيعية .

فبالنسبة إلى القواعد القانونية الخاصة الوقائية فلقد خول المشرع الجزائري إلى الإدارة أو الأجهزة المختصة في تسيير وحماية الموارد الطبيعية مجموعة من الصلاحيات والسلطات تستعملها الإدارة للوقاية من الوقوع في الضرر أي تمنع من الوقوع في الضرر قبل الحدوث ومن الوسائل الإدارية نجد سلطة الضبط الإداري الذي يعتبر كأحد الآليات القانونية الذي نص عليه المشرع من أجل تحقيق المبادئ العامة[1] التي يهدف قانون

البيئة إلى تحقيقها ومن بين الوسائل الخاصة القانونية التي نص عليها المشرع نجد نظام الترخيص ونظام الحضر وسوف نقوم بتوضيح هاتين النقطتين بالتفصيل

الفرع الأول- نظام الترخيص :

يعتبر الترخيص من الآليات القانونية التي جاء بها المشرع الجزائري من أجل الوقاية من الوقوع في الإعتداء على الموارد الطبيعية، فالحماية أو الرقابة التي يمارسها نظام الترخيص عن طريق الأجهزة الإدارية هي رقابة قبلية أي قبل الوقوع في الضرر فهو أسلوب أو وسيلة تقي من الإعتداء على الموارد الطبيعية، ولهذا نجد المشرع يشترط الترخيص في بعض النشاطات وإنشاء ومزاولة بعض المنشآت الصناعية التي تكون أو يُحتمل أن تسبب إعتداء أو تلويث للبيئة ومواردها الطبيعية .

فالترخيص يعتبر عملا من أعمال الإدارة القانونية فهو ذلك الإذن الصادر عن الإدارة لممارسة أو مزاولة نشاط معين بذاته. إذاً من أجل ممارسة النشاط مرهون بموافقة الإدارة وذلك عن طريق منح الترخيص والذي يعتبر الإذن المسبق من طرف السلطات المختصة والتي تسمى بالسلطة الضابطة في القانون الإداري[2]

كما أعتبر أسلوب الترخيص على أنه إشتراط الإدارة وطبقاً لنصوص القانون والتنظيم على الأفراد ترخيص معيناً إن هم أرادوا ممارسة نشاط معين، كما لو أراد الأفراد ممارسة حق التجمع أو إقامة مسيرة فمن حق الإدارة أن تفرض عليهم الحصول على رخصة قبل القيام بالنشاط. وإلاَّ كان عملهم مشوباً بعيب في مشروعيته .

والرخصة الإدارية من حيث طبيعتها تعد قراراً إدارياً أي تصرف إداري إنفرادي[3]

ومن التراخيص المتعلقة بحماية الموارد الطبيعية والتي قام المشرع الجزائري بالنَص عليها نجد ما يلي:

أولا- الرخص العمرانية ودورها في حماية الموارد الطبيعية :

لقد أدى التوسع العمراني في الجزائر إلى احتلال نسبة كبيرة من الأراضي الزراعية والغابية منها، فأدى البناء وخاصة الفوضوي منه إلى إحتلال رقعة واسعة من الأراضي حتى ولو كانت على حساب الأراضي المخصصة للفلاحة والنباتات، وهذا الأمر أثر تأثيراً سلبياً على البيئة ومواردها الطبيعية وهذا بسبب الإعتداء الغير القانوني على المساحات الخضراء والمسطحات المائية كذلك المخصصة للموارد الطبيعية .

ومن أجل الحد من هذه التصرفات العشوائية والحريات المطلقة في مجال البناء. وتنظيم إستغلال الأراضي. وتوفير أكثر حماية للموارد الطبيعية قام المشرع بالنص على رخصة البناء كشرط ضروري وهام وأوّلي من أجل القيام بأي نشاط خاص بالبناء .

لقد إشترط قانون التهيئة والتعمير[4] ونصوصه التنفيذية رقم 175/91 و176/91 المعدلة والمتممة الحصول على رخصة البناء والتي تمنحها الإدارة المختصة قبل الشروع في إنجاز أو القيام بأي بناء سواءاً كان جديداً أو ترميم أو تعديل يدخل على البناء ويختلف صدور هذه الرخصة من إدارة إلى أخرى حسب الإختصاص القانوني لكل إدارة مانحة لهذه الرخصة .

ومن الأمثلة بخصوص القوانين التي نصت على رخصة البناء في مجال حماية البيئة نجد قانون حماية البيئة في إطار التنمية المستدامة 10/03 ينص على وجوب أن تخضع عمليات البناء واستغلال وإستعمال البنايات والمؤسسات الصناعية والتجارية والحرفية والزراعية إلى مقتضيات حماية البيئة ومواردها الطبيعية وتفادي إحداث التلوث الجوي والحد منه .

أما القانون المتعلق بحماية الساحل وتنميته 02-02 [5] إشتراط مراعاة علو المجمعات السكنية والبناءات الأخرى المبرمجة على مرتفعات المدن الساحلية والتقاطيع الطبيعية.

لقد حدد المرسوم 91-175 الشروط التي يجب توفرها للحصول على رخصة البناء وهذه الشروط تختلف من حالة إلى أخرى فبالنسبة للحالة الأولى وهذا في حالة تواجد المخطط التوجيهي للتهيئة PDAU ومخطط شغل الأراضي P.O.S فإنه لابد على صاحب البناية إحترام ما جاء في هذين المخططين ويقدم الطلب إلى رئيس البلدية ويدرس الطلب من قبل مصالح التعمير لدى البلدية ويصدر القرار في غضون 3 أشهر من تاريخ تقديم الطلب.

أما الحالة الثانية وهذا في حالة عدم تواجد مخطط شغل الأراضي فإن البلدية في هذه الحالة تقوم بإرسال الملف إلى مديرية التعمير بالولاية لدراسة الملف وإبداء وتقديم رأيها فيما يخص منح رخصة البناء ويلتزم رئيس البلدية بالقرار الذي تتخذه مديرية التعمير[6]

كما إشترط هذا المرسوم في الجانب التشكيلي تقديم دراسة مسبقة من قبل مكتب دراسات مختص يبين فيه مدى تأثير هذا البناء والمشروع على البيئة ومواردها الطبيعية وهذا إن دل على شيء فإنما يدل على رغبة المشرع في إقحام البعد البيئي في مجال منح رخصة البناء التي تعتبر كأحد الآليات والتقنيات الحديثة في الحد

من التوسع العمراني الغير المنظم والذي أصبح يهدد موارد الطبيعة من خلال إستعمال بعض الأراضي الفلاحية كأراضي مخصصة للبناء مما جعل بعض الموارد الطبيعية تنقضي بفعل هذا التوسع العمراني .

ثانيا – رخصة إستغلال المنشآت المصنفة :

يقصد بالمنشآت المصنفة حسب القانون 03-10 المتعلق بحماية البيئة على أنها تملك المصانع والمنشآت والمشاغل ومقالع الحجارة والمناجم وبصفة عامة المنشآت التي يستغلها أو يملكها كل شخص طبيعي أو معنوي عمومي أو خاص والتي تسبب في أخطار على الصحة العمومية والنظافة والأمن والفلاحة والأنظمة البيئية والموارد الطبيعية والمواقع والمعالم والمناطق الساحلية أو قد تسبب في المساس براحة الجوار[7]

من خلال نص المادة نستنتج أن المشرع لم يقم بتقديم تعريف واضح ومفصل للمنشآت المصنفة وإنما قام بتعداد المنشآت المصنفة والمتمثلة في المصانع والورشات والمشاغل ومقالع الحجارة والمناجم وجميع المنشآت التي يستخدمها أو يملكها شخص معنوي أو طبيعي تعود بالضرر على البيئة ومواردها الطبيعية وبعد القيام بعملية التصنيف والتعداد المتعلق بالمنشآت المصنفة أخضع المشرع عملية إستغلال ونشاط هذه المنشآت إلى الترخيص أو التصريح[8] .

فالترخيص يكون خاص بالمنشأة الأكثر خطورة على البيئة وموارد الطبيعة ويمكن للوزير المكلف بالبيئة أن يمنح هذه الرخصة في حالة المشاريع الضخمة أو المنشآت التي لديها تأثير كبير على البيئة والموارد الطبيعية ولقد إشترط القانون مجموعة من الإجراءات للحصول على الترخيص نذكر منها على سبيل الإختصار :

- تقديم طلب ترخيص إلى الهيئة المختصة يوضح فيه جميع المعلومات المتعلقة بصاحب المنشأة وتبيين موقعها وطريقة عمل المنشآة .
- قيام مكتب الدراسات المعتمد من قبل وزارة البيئة بدراسة مدى تأثير المشروع على البيئة وموارد الطبيعة .
- قيام الهيئة المختصة بتحقيق عمومي حول مدى تأثير هذه المنشأة على البيئة وموارد الطبيعة وذلك عن طريق موظفين مؤهلين قانوناً ويتم تعليق الإعلان للجمهور في مقر البلدية لإبداء رأيهم وبعد ذلك يتم إرسال نسخة من طلب الرخصة إلى المصالح المحلية المعنية بالبيئة والري والفلاحة والصحة والحماية المدنية ومفتشية العمل ومديرية التعمير والبناء والصناعة والسياحة من أجل إبداء رأيهم ويتم الرد في غضون 60 يوماً، وبعدها يقدم التحقيق إلى مقدم الطلب ويقدم له جميع الملاحظات والتحفظات الخاصة

بالمنشأة في غضون 22 يوم وبعد ذلك يرسل الملف إلى الوالي أو رئيس البلدية حسب إختصاص كل واحد منهم من أجل منح أو رفض منح الترخيص بشرط أن يكون مبررا ويمكن للمعني تقديم طعن ولكن لا يمكن للمعني أن يزاول نشاطه إلا بعد منح الترخيص له[9].

أما فيما يخص التصريح فهو الذي يمنح للمنشأة الأقل خطرا على البيئة ومواردها الطبيعية ولا نجدها من إختصاص الوزير المكلف بالبيئة وهذا لأن هذه المنشأة لا تسبب أي خطر كبير على البيئة وليس لها تأثير على الموارد الطبيعية ونجدها من إختصاص رئيس المجلس الشعبي البلدي، وإجراءات منح التصريح سهلة وبسيطة وغير معقدة فما على صاحب المنشأة إلا أن يقدم طلب لرئيس المجلس وموقع إنجاز المنشأة ومزاولة نشاطها وكيفية نشاطها.

ويقوم رئيس المجلس الشعبي البلدي رفقة مصالح التعمير لدى البلدية بدراسة الملف والطلب المقدم من قبل صاحب المنشأة من حيث مدى تأثيره على البيئة فإذا وجد ذلك من إختصاصه منح التصريح لصاحب المنشأة أما إذا رأى ذلك ليس من إختصاصه وإنما من إختصاص الهيئات المكلفة بمنح الترخيص رفع الملف إلى الهيئات المختصة وطبق إجراءات الترخيص التي تم ذكرها سابقاً ويقوم بإعلام المعني بذلك حتى يتسنى له القيام بإجراءات الطعن المخولة له قانونا[10]

ثالثا – رخصة إستعمال واستغلال الغابات:

رغبة من المشرع في حماية الغابات الخضراء من الإستغلال والإستعمال المفرط والغير العقلاني لمواردها ومحاولة منه تنظيم إستغلال هذه الموارد إستحدث المشرع آلية من أجل حماية الموارد الغابية تتمثل في رخصة إستغلال وإستعمال الغابات .

ونظراً للدور الذي تلعبه الغابة في الحفاظ على إنجراف وإنهيارات التربة ومن أجل حماية الغابات بصفة والغابات التي تصنف كمعطيات طبيعية[11].

لقد ميز القانون العام للغابات بين الإستعمال والإستغلال[12] وبين شروط وإجراءات كل منهما، فالإستعمال الغابي خص به الأشخاص المقيمين داخل الغابة وحصره في بعض المنتجات لقضاء الحاجات المنزلية وتحسين مستوى معيشتهم، وبسَّط المشرع الإجراءات بهذا الخصوص بالنسبة للإستعمال الغابي من قبل المقيمين داخل الغابة ولم يشترط الرخصة في عملية الإستغلال أما بالنسبة للإستغلال الغابي الذي يكون من وراءه أهداف إقتصادية والمتمثلة في قطع الأشجار، ولقد إشترط المشرع مجموعة من الشروط من أجل منح رخصة الإستغلال– لابد على المتعاقد أن يقدم ملف تام بعد تقديم تعهد مسبقاً

ـ كما تقوم الإدارة بوضع دفتر الشروط تحدد فيه الشروط الواجب توفرها في المتعاقد وتحدد كذلك الأشجار المراد قطعها ووقت قطعها والوسائل المعتمدة في القطع مع إحترام مواسم القطع وكذلك القيام بعملية الرقابة بعد عملية القطع .

ـ كما يتم تحديد الغابات التي يتم فيها القطع ويتم ذلك من قبل مديرية الغابات المنّاحة للرخصة دون أن تنسى مبدأ إستدامة هذا المورد الحساس[13]

لقد ساهمت رخصة إستعمال وإستغلال الغابات بشكل كبير في الحماية والحفاظ على موارد الغابات وذلك من حيث تنظيم وتحديد وحصر إستغلال الغابات بشكل يضمن إستدامة لهذا المورد .

رابعا– رخصة الصيد :

رغبة من المشرع في حماية الموارد الحيوانية والتي تعتبر أحد أنواع الموارد الطبيعية سن المشرع بهذا الخصوص مجموعة من التشريعات كان الغرض منها حماية الفصائل الحيوانية من الإنقراض وجعلها تتكاثر بشكل طبيعي للحفاظ على إستدامتها[14].

ومن أجل ذلك إشترط المشرع الرخصة من أجل صيد بعض الحيوانات وهذا من أجل تنظيم إستعمال وإستغلال الحيوانات بشكل عقلاني ومستدام فمن خلال الإطلاع على قانون الصيد[15] يتضح لنا الشروط الواجب توفرها لممارسة نشاط الصيد ومن الشروط ما يلي

أ : لابد أن تتوفر لدى الصياد رخصة للصيد أو إجازة الصيد تمنحها له الهيئات المعنية مثل الوالي أو رئيس المجلس الشعبي البلدي حسب الحالة .

ب : أن يكون منخرطا في إحدى جمعيات الصيادين المعتمدين .

ج : أن يكون الصياد حائزا على وثيقة تأمين عن الأخطار المحْتملة والتي يمكن أن تصيبه من جراء الأسلحة التي يستعملها في الصيد .

د : تحدد صلاحية الرخصة ب 10 سنوات قابلة للتجديد ولا يسمح لصاحبها من التنازل عنها أو إعارتها أو كرائها .

كما نصت القوانين الأخرى التي تنظم بعض الموارد الطبيعية على إشتراط الرخصة مثل القانون المتعلق بالمياه 05-12 إشترط الرخصة من أجل إستغلال الموارد المائية من طرف شخص طبيعي أو معنوي ويكون ذلك عن طريق عقد يبرم بين طالب الإستغلال والهيئة المشرفة على قطاع الموارد المائية .

كما نجد قانون المناجم 01-10 يشترط الرخصة من أجل القيام بأعمال التنقيب والاستكشاف على الثروات المعدنية والتي تسلم من قبل الوكالة الوطنية للمتلكات المنجمية[16] .

لقد ساهم نظام الترخيص بشكل كبير في توفر نوع من الحماية للموارد الطبيعية وخاصة الموارد الغير المتجددة والمهددة بالإنقراض ولكن يحتاج هذا الترخيص إلى آليات ردعية تساعده من أجل تحقيق تنمية مستدامة للموارد الطبيعية .

الفرع الثاني- نظام الحظر والإلزام :

لقد إستحدث المشرع الجزائري آلية جديدة من أجل حماية الموارد الطبيعية وأعطى لها صيغة قانونية إلزامية معتمداً على ذلك بإستخدام صفة الأمر وهذا ما نلمسه في قانون البيئة بحيث جاءت أغلب مواده على صفة الأمر فنجد بعض القواعد القانونية جاءت بأسلوب الحضر والذي يتمثل في إجراء قانوني إداري يقصد من وراءه منع القيام بنشاط معين فهو إجراء أو عمل سلبي يتمثل في الإمتناع، أما نظام الإلزام فهو عمل إيجابي يهدف من وراءه القيام بعمل أو إجراء قانوني معين وهذا ما سوف نوضحه بالتفصيل

أولا- نظام الحظر:

لقد قدم الباحثون تعريفا قانونيا لنظام الحظر والذي يقصد به الوسيلة التي تلجئ إليها سلطات الضبط الإداري يكون الهدف منه منع القيام ببعض التصرفات بسبب الحظر الذي ينجر عن ممارسته فهو يعتبر من الأعمال الإنفرادية التي تقوم بها الإدارة بحكم السلطة العامة التي خولها القانون للإدارة[17]

أما الحظر الخاص بالموارد الطبيعية يتمثل في منع أي تصرف لديه خطورة ويسبب ضررا بأحد الموارد الطبيعية .

لقد جاءت أغلب القوانين البيئية بمواد وقواعد قانونية آمرة تحضر وتمنع بعض التصرفات التي تمس بالموارد الطبيعية وهذا ما يتجلى في نصوص ومواد وقوانين حماية البيئة بحيث يحضر أي عمل من شأنه أن يضر بالتنوع الطبيعي أو كل مساس بالمجالات المحمية الطبيعية[18]

كما منع قانون حماية البيئة إتلاف البيض والأعشاش وتشويه الحيوانات الغير الأليفة والفصائل النباتية الغير المزروعة والمحمية وكذا نقلها و أو إستعمالها أو عرضها للبيع أو شرائها حية أو ميتة وهذا من أجل التنوع البيولوجي الذي جاء قانون البيئة لحماية الصيد بنصوص قانونية آمرة تحضر كل تصرف يضر بها[19] .

كما يمنع قانون الصيد عند تساقط الثلوج أو في الليل أو في فترات تكاثر الطيور والحيوانات كما يمنع إصطياد الأصناف المحمية أو القبض عليها، والأصناف المحمية[20] .

كما تم منع أي نشاط صناعي جديد أو بناءات أو منشآت يقام على الساحل أو المناطق المحمية والمواقع الإيكولوجية[21].

كما منع قانون المياه بناء أو تشييد أو أي تصرف ينجز من خلاله المساس بالوديان أو البحيرات وجميع المسطحات المائية، كما يمنع تفريغ المياه القدرة في الآبار والحفر والينابيع وأماكن الشرب العمومية والوديان، وإستخدام مواد سامة وغير صحية في المنابع المياه التي يتم الشرب منها والتزود بمياهها .[22]

يعتبر نظام الحظر من الآليات القانونية التي إستخدمها المشرع من أجل حماية الموارد الطبيعية من الإعتداء والمساس بها وهي أسلوب رقابي سابق أي يمنع من وقوع الضرر قبل حدوثه ولقد أثبتت هذه الآلية نجاعتها في الحفاظ وحماية الموارد الطبيعية .

ثانيا– نظام الإلزام :

يعتبر نظام الإلزام من الآليات والوسائل الحديثة التي إعتمدها المشرع ونص عليها من أجل حماية الموارد الطبيعية من شتى صور الإعتداء فهي نظام عكس الحظر فهو عمل إيجابي يتمثل في القيام أو إتيان تصرف معين،فلقد خول القانون للإدارة أسلوب الإلزام بمعنى إلزام الأشخاص القيام بتصرفات تهدف إلى حماية الموارد الطبيعية وهذا الإلزام الخاص بالموارد الطبيعية يعتبر أحد صور الإلزام التي نص عليها القانون الإداري والذي يشمل مجالات مختلفة ومتنوعة .

ولهذا الغرض جاءت مجموعة كبيرة من القواعد القانونية الآمرة تهدف إلى حماية الموارد الطبيعية من الإعتداء عليها وتوفير تنمية مستدامة للموارد الطبيعية ومن القوانين نجد قانون حماية البيئة في مجال حماية الهواء والجو بحيث ألزم الوحدات الصناعية إتخاذ كل التدابير اللازمة للتقليص أو الكف عن إستعمال المواد المتسببة في التأثير على طبقة الأوزون والغلاف الجوي[23]

أما فيما يخص تسيير النفايات فقد ألزم القانون كل منهج للنفايات أو جائزا لها بإحترام وإتخاذ كل الإجراءات الضرورية ليتفادى إنتاج النفايات بأقصى قدر ممكن لاسيما النفايات الغير القابلة للإنحلال البيولوجي[24]

كما نص القانون المتعلق بحماية الشاطئ 03-02 على مجموعة من الإلتزامات التي يجبر على المتعاقد المكلف بكراء وإستخدام الشاطئ أن يحترمها والتي تهدف إلى الحفاظ على الحالة الطبيعية للشاطئ وتنمية مستدامة تضمن إستفادة الأجيال المقبلة بها .

من خلال عرضنا لأهم الوسائل القانونية الخاصة نستنتج أن المشرع كان يهدف من وراء إستخدام وإستحداث هذه الآليات والمتمثلة في نظام الترخيص ونظام الحظر والإلزام هو توفير أكثر حماية للموارد الطبيعة المتاحة وضمان إستدامتها كما أن هذه الآليات في الحقيقة من خلال الإحصائيات المقدمة أظهرت نجاعتها من حيث أن بعض الفصائل الحيوانية والنباتية لم تنقرض وبقيت محمية كما أننا نجد بعض الموارد المائية والمسطحات المائية ما زالت حية في الجزائر كما تحتاج هذه الآليات المتمثلة في نظام الترخيص والحظر والإلزام إلى آلية لتساعده على الوصول إلى أعلى مستوى من الحماية المقررة لموارد الطبيعة تتمثل في آلية الردع والعقاب وهما آليتان مكملتان للرسائل القانونية العامة .

المطلب الثاني- القواعد القانونية الوقائية العامة :

لقد تم معالجة وتوضيح وتبيين الآليات القانونية والوسائل القانونية الخاصة والمتمثلة في نظام الترخيص ونظام الحظر والمنع وهذان الآليتان يحتاجان إلى وسائل تكميلية من أجل تحقيق الأهداف التي يرتجيها المشرع من خلال خلق وإستحداث هذه الآليات ومن الوسائل التكميلية الوقائية العامة نجد كل من نظام التقرير ونظام دراسة التأثير، وهذان النظامان يعتبران من الوسائل والطرق القانونية العامة التي تقي من الوقوع في الضرر الماس بالبيئة وموارد الطبيعية، وهما نظامان خول لهما القانون سلطة الرقابة البعدية والتي تقوم بها الإدارة المعنية والمكلفة بتسيير ورقابة أحد الموارد الطبيعية وكذلك يتم ذلك عن طريق الشخص المعني الذي يزاول نشاط معين خاص أو متعلق بالموارد الطبيعية وهذا ما نلمسه أو نجده في نظام التقارير الذي يرسله الشخص صاحب المنشأة إلى الهيئات المعنية من أجل متابعته ورقابته ومن أجل التفصيل والشرح أكثر أرتأينا تقسيم هذا المطلب إلى فرعين نشرح فيهما كل موضوع على حدا، فبالنسبة للفرع الأول سوف نعالج فيها نظام التقارير أو التقرير، سوف نوضح فيه مفهومه والقوانين التي نصت على تطبيقه وتبيين إجراءات تطبيقه أما في لفرع الثاني فسوف نوضح فيها نظام دراسة التأثير بحيث نوضح فيه نظام دراسة التأثير وبعدها نقوم بذكر وسرد القوانين التي نصت على تطبيق إجراءاته .

الفرع الأول– نظام التقرير:

لقد نص المشرع على إقرار نظام التقارير في مجال حماية الموارد الطبيعية والغرض منه هو توفير حماية وقائية للموارد الطبيعية والسهر من أجل ضمان إستدامتها، فهو أسلوب من أساليب الرقابة الإدارية البعدية بمعنى بعدما تمنح الإدارة للشخص المعني الترخيص بالقيام ومزاولة نشاطه تأتي السلطة الإدارية المختصة المانحة للرخصة من أجل الإستغلال لتقوم بدور الرقابة سواء بنفسها أو عن طريق الشخص المعني الذي يقوم بمزاولة النشاط وذلك عن طريق إرسال تقارير سنوية أو شهرية للإدارة الوصية التي تقوم بعملية الإشراف والتوجيه والرقابة .

لقد جاء نظام التقرير ليكمل نظام الترخيص لأن الأول يعتبر من صور الرقابة البعدية أي نظام التقرير أما نظام الترخيص فيعتبر من صور الرقابة السابقة أو القبلية .

إذاً فالمقصود بنظام التقرير هو إلزامية تقديم تقرير من قبل صاحب المنشأة أو صاحب المشروع بشكل دوري ومنتظم يبين فيه ويوضح فيه وضعية نشاط المؤسسة، فهو نظام يفرض رقابة بعدية ومتابعة المشروع بعد منح رخصة النشاط فهو يجعل الإدارة أكثر إطلاعاً ومراقبة ومتابعة للمشروع ومن خلال هذا التقرير تتخذ الإدارة الإجراءات الواجب إتخاذها إتجاه هذه المؤسسة سواءاً بالسلب أو بالإيجاب .

ويعتبر نظام التقرير في مجال حماية الموارد الطبيعية أحد صور نظام التقرير الذي نص عليه القانون الإداري إلا أن هذا الصنف من التقارير خاص بالموارد الطبيعية التي جاء المشرع من خلال إستحداث هذه الآلية والتي تعتبر من الأساليب الحديثة التي تم إعتمادها من قبل الإدارة التي تهدف إلى تحقيق التنمية المستدامة في مجال حماية الموارد الطبيعية .

لقد جاءت مجموعة من القوانين المهتمة بحماية الموارد الطبيعية تنص على آلية التقرير وهذا في مختلف المجالات، فبالنسبة لقطاع المياه نصَّ القانون على ضرورة أن يقدّم الأشخاص الطبيعيين أو المعنويين الحائزين على رخصة إستغلال الأملاك العمومية الطبيعية للمياه أو أصحاب الإمتياز أو المفوض لهم الخدمات العمومية للماء والتطهير وأصحاب إمتياز إستغلال مساحات السقي أن يقدّموا تقارير دورية للسلطة المكلفة بنظام تسيير المورد يوضحون فيه جميع المعلومات والمعطيات المتعلقة بنشاطهم خلال فترات زمنية محددة قانونا[25] .

أما بخصوص أصحاب عقد الإمتياز في مجال قطاع المياه فلقد نص القانون على ضرورة أو إلزامية تقديم تقرير سنوي للسلطة المختصة المانحة للإمتياز يبين فيه مدى إلتزام المؤسسة بتنفيذ بنود وشروط العقد المبرم بين المؤسسة وشركة المياه[26] .

ـ أما في مجال الطاقة والمناجم فلقد نص قانون المناجم على ضرورة تقديم تقرير دوري سواءاً كان سنوي أو شهري حسب الحالة يبين فيه المتعاقد النشاطات التي يقوم بها صاحب رخصة إستغلال المناجم، ويقدم إلى الوكالة الوطنية للجيولوجيا والمراقبة المنجمية وفي حالة الإمتناع يعاقب صاحب عقد الإمتياز الممتنع[27] .

ـ وكذلك في مجال تسيير النفايات ألزم القانون تقديم تقرير عن الوضعية المتعلقة بالنفايات من قبل مستخدميها أو الحائزين عليها يتضمن الإجراءات التي تم إتخاذها بخصوص تسيير النفايات[28] .

لقد أظهر نظام التقرير نجاعته من خلال توفير حماية للموارد الطبيعية والحفاظ عليها وضمان إستدامتها في الجزائر

الفرع الثاني– نظام دراسة التأثير:

من الآليات الحديثة القانونية التي إستحدثها المشرع في مجال حماية البيئة ومواردها الطبيعية نجد نظام دراسة التأثير والذي يعتبر من الوسائل القانونية الوقائية العامة التي تهدف إلى فرض رقابة سابقة تُخوِل للإدارة الوصية على المشروع لمتابعة وتقديم دراسة التأثير على البيئة ومواردها الطبيعية، فهو يهدف إلى معرفة وتقدير الإنعكاسات المباشرة والغير المباشرة للمشاريع القائمة على التوازن البيئي .

من خلال الإطلاع على قانون حماية البيئة في إطار التنمية المستدامة يتجلى لنا التعريف القانوني لنظام دراسة التأثير والذي يقصد به" تخضع مسبقاً وحسب الحالة لدراسة التأثير أو لموجز التأثير على البيئة مشاريع التنمية والهياكل والمنشآت الثابتة والمصانع والأعمال الفنية الأخرى، وكل الأعمال وبرامج البناء والتهيئة التي تؤثر بصفة مباشرة أو غير مباشرة فوراً، ولاحقاً على البيئة لاسيما كل الأنواع والموارد والأوساط والفضاءات الطبيعية والتوازنات الإيكولوجية وكذلك على الإطار ونوعية المعيشة "[29] .

يعتبر نظام دراسة التأثير من الأنظمة الشاملة والعامة وأكثر إتساعا من نظام التقرير إذ يشمل جميع المنشآت والأعمال والمصانع وأي عمل يقوم به في مجال البناء والتهيئة ومن هنا تتجلى لنا مدى الأهمية البالغة لنظام دراسة التأثير والذي على أساسه قام المشرع بتخصيص ووضع منظومة قانونية وإصدار تشريع خاص بدراسة التأثير يتمثل في المرسوم التنفيذي 90–78 والذي قام بتقديم تعريف لدراسة التأثير بحيث عرفه على أنه إجراء قبلي يخضع إليه جميع أشغال وأعمال التهيئة والمنشآت الكبرى التي يمكن بسبب أهمتها وأبعادها وآثارها أن تُلحق ضررا مباشراً بالبيئة ولاسيما الصحة العمومية والفلاحة والمساحات الطبيعية والحيوان والنبات[30].

والمفهوم الذي يمكن أن يقدم بهذا الخصوص بأنه دراسة تقام من قبل هيئة مختصة في مجال حماية الموارد الطبيعية يكون أو يتم فيها دراسة المنشأة المُراد النشاط بها وتبيين مدى تأثيرها وإنعكاساتها على البيئة والموارد الطبيعية ليتم في الأخير البحث عن الحلول والآليات من أجل الوصول إلى نتائج إيجابية في مجال حماية البيئة ومواردها الطبيعية .

لقد قام المشرع من خلال المرسوم التنفيذي 90-78 بتحديد المنشآت والهياكل التي لا تخضع لنظام دراسة التأثير والتي لا تشكل خطر على الموارد البيئية الطبيعية ومن خلال هذا التحديد وحصر المشاريع والمنشآت التي لا تخضع لنظام دراسة التأثير تسهل عملية التحكم وتسيير هذا الملف من قبل المشرفين والأجهزة الإدارية المختصة في الرقابة على هذا المجال[31] .

ومن الشروط التي تتضمنها محتوى دراسة التأثير حسب ما تم تحديدها من قبل المشروع نجد ما يلي:

- تقديم موجز مفصل عن طبيعة ونوع النشاط المراد القيام به وعن المكان المراد القيام بمزاولة النشاط فيه ومدى تأثر المكان بالنشاط الممارس فيه .
- تقديم نسب وإحصائيات توضح مدى تأثر البيئة ومواردها الطبيعية بالمشروع المراد إقامته .
- تُقدم هذه الدراسات من قبل مكاتب الدراسات التي تم إعتمادها من قبل وزارة البيئة إلى السيد الوالي ليقوم بعدها بتحويلها إلى الوزارة المعنية .
- لقد أثبت نظام دراسة التأثير نجاعته من خلال وقاية البيئة وموارد الطبيعية من العديد من الأزمات البيئية التي كادت تحيط بالبيئة وموارد الطبيعية ولكن بفضل نظام دراسة التأثير تم توقيف هذا الخطر الذي يكاد يدمر موارد الطبيعية .[32]

خاتمة

ان الاليات التي تم اعتمادها من قبل المشرع بخصوص حماية الموارد الطبيعية من شتى صور الاعتداء عليها سواء اكان ذلك عن طريق الاستغلال المفرط والغير العقلاني للموارد الطبيعية من جهة ومن جهة اخرى التعدي الخطير على البيئة عن طريق التلوث البيئي بأنواعه الثلاث التلوث البري والبحري والجوي ، ساهمت بشكل مقبول في الحد من الاعتداء الواقع على البيئة إلا ان هذه المساهمة لم تصل الى المستوى المطلوب والمبرمج من قبل الدولة ومن الحلول والاقتراحات التي نراها مناسبة للنهوض بهذا القطاع مايلي :

- ان الاليات الوقـائية تتصف بالأسلوب الوقائي واللين وبالتالي تحتاج الى الية تكميلية تساعدها على تحقيق الاهداف المرجوة والمتمثلة في حماية الموارد الطبيعية .
- تفعيل ودعم الاجهزة الادارية للقيام بالدور المنوط بها بحيث نلمس نوع من القصور من قبل هذه الاجهزة المكلفة بتطبيق السياسات والاستراتيجيات المخصصة لقطاع الموارد الطبيعية بحيث لو قامت بدورها بأحسن وجه وتم دعم هذه الاجهزة لأثبتت نجاعتها .
- تدعيم الاليات الوقائية باليات تكميلية ردعية توجب العقاب لكل معتدي على الموارد الطبيعية من اجل الوصول الى نتائج ايجابية بهذا الخصوص ولحققنا الاهداف المرجوة والمتمثلة في حماية البيئة .

الاحالات والهوامش :

1 – أنظر المادة 03 من قانون رقم 03–10 مؤرخ في 19 جمادي الأولى عام 1424 الموافق ل 19 يوليو سنة 2003 يتعلق بحماية البيئة في إطار التنمية المستدامة ج ر عدد 2003/43.

2 – عبد الغني بسيوني عبد الله، القانون الإداري، دراسة مقارنة لأسس ومبادئ القانون الإداري وتطبيقاتها في مصر، الإسكندرية، منشأة المعارف، سنة 1991، ص 385 .

3 – عمار عوابدي، القانون الإداري، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، 1990، ص 407 .

4 – قانون رقم 04–05 المؤرخ في 27 جمادى الثانية سنة 1425 هـ الموافق ل 14 غشت 2004 المعدل والمتمم للقانون 09–29، المؤرخ في 14 جمادى الأولى 1411 هـ الموافق ل 01 ديسمبر 1990 المتعلق بالتهيئة والتعمير.

5 – المادة 13–14 من القانون 02–02، المؤرخ في 05 فبراير 2002، المتعلق بحماية الساحل وتنميته، ج ر، عدد 10، سنة 2002.

[6] – أنظر المواد 03 و 04 و 05 من المرسوم 91–175، المؤرخ في 28 ماي 1991، المتعلق بالقواعد العامة للتهيئة والتعمير .

[7] – المادة 18 من القانون 03–10، المؤرخ في 19 يوليو 2003، المتعلق بحماية البيئة في إطار التنمية المستدامة ، السابق الذكر.

[8] – المادة 19 من القانون نفسه.

9 – المادة 102 من القانون 03–10 ،المتعلق بحماية البيئة في إطار التنمية المستدامة ، السابق الذكر.

10 – المادة 23 من المرسوم التنفيذي رقم 98–339، المؤرخ في 03 نوفمبر 1998 الخاص بالتنظيم المطبق على المنشأة المصنفة والمحددة قائمتها، ج ر، عدد 82 ، سنة 1998 .

11 – –CATHERINE ROCHE,l'essentiel du droit de l'environnement ,collection carrés rouge,Gualino Editeur, paris, 2001,P: 44 .

12 – المواد 34 و 35 و 36 من القانون 84–12، المؤرخ في 23 يونيو 1984، المتضمن النظام العام للغابات المعدل والمتمم بالقانون رقم 91–20، المؤرخ في 02 ديسمبر 1991 .

13 – أنظر المادتين 45 و 46 من قانون 84–12، المؤرخ في 23 يونيو 1984، المتضمن قانون الغابات، المعدل والمتمم بالقانون رقم 91–20، المؤرخ في 02 ديسمبر 1991.

14 –MICHEL PRIEUR, droit de l''environnement,précis, droit public scence politique, Dalloz delta,4 édition 2001, PAGE 339.

15 – القانون 04–07 ، المؤرخ في 14 أوت 2004، المتعلق بالصيد ، ج ر، عدد 51، سنة 2004.

16 – أنظر المواد 94–95 من القانون 01–10 المتعلق بالمناجم .

17 – عمار عوابدي، المرجع السابق، ص 407 .

18 – المادة 33 من القانون 03–10 المتعلق بحماية البيئة في إطار التنمية المستدامة، السابق الذكر.

19 – المادة 40 من القانون نفسه .

20 – المادة 25 و 54 من القانون 07–04 المتعلق بالصيد ، السابق الذكر.

21 – المادة 09–11–30 من القانون 02–02 المتعلق بحماية الساحل وتنميته ، السابق الذكر.

22 – المادة 46 من القانون 05–12 المتعلق بالمياه السابق الذكر .

23 – المادة 46 من القانون 03–10 المتعلق بحماية البيئة في إطار التنمية المستدامة ، السابق الذكر.

24 – المادة 06 من القانون 01–19 المتعلق بتسيير النفايات ، السابق الذكر.

25 – المادة 21 من القانون 01–19 المتعلق بتسيير النفايات ، السابق الذكر.

26 – المادة 66 و 77 من القانون 05–12 المؤرخ في 4 سبتمبر 2005 المتعلق بالمياه، السابق الذكر.

27 – المادة 109 من القانون نفسه.

28 – المادة 101 من قانون 01–10 المتعلق بالمناجم ، السابق الذكر.

29 – المادة 15 من القانون 03–10 المتعلق بحماية البيئة في إطار التنمية المستدامة، السابق الذكر.

30 – المادة 02 من المرسوم التنفيذي 90–78 ، المؤرخ في 27–02–1990، المتعلق بدراسة التأثير على البيئة .

31 – المادة 06 من المرسوم نفسه .

سلطان محمد شاكر

طالب دكتوراه كلية الحقوق والعلوم السياسية

جامعة – سطيف 2

التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية

ملخص المقال

يختص القضاء الإداري وحده دون غيره بجميع المنازعات الإدارية ومن بينها منازعات العقود الإدارية (مع مختلف الاطراف سواء وطنيين او اجانب) بما له من سلطة القضاء الكامل،وبطبيعة الحال قد ينجم عن العقد الإداري منازعات تنشأ بين طرفيه تستلزم ضرورة إنهائها، ، ومن هنا ظهر التحكيم كوسيلة مُثلى سرعة لحسم مثل هذه المنازعات خروجاً عن الأصل العام في اختصاص القضاء الإداري بنظر منازعات هذه العقود، فالتحكيم يحقق التوازن بين السلطة العامة المسئولة عن تحقيق العدالة في المجتمع وبين إرادة الأفراد والشركات في اختيار محكم له خبرة في مجال النشاط الذي يتعلق به النزاع، وبذلك يفتح الأبواب من أجل تهيئة مناخ صالح للاستثمار، وعليه كان حرص وإصرار الطرف المتعاقد مع الدولة على ضرورة إدراج شرط التحكيم في العقود المبرمة بينهما ولو على حساب عدم إتمام التعاقد[1]، كذلك ظهر التحكيم كضمانة إجرائية لتشجيع الاستثمار، وهذا نتيجة نزول الدولة ميدان التجارة، وتدخلها في الحياة الاقتصادية, ورغبتها في تحقيق التنمية الاقتصادية، وإشباع الحاجات العامة إلى ظهور علاقات بينها وبين أشخاص القانون الخاص الوطنية أو الأجنبية، مما ترتب عليها قبول فكرة التحكيم في حال ما قد ينشأ من منازعات تترتب على تلك التعاقدات

ARTICLE SUMMARY

Solely Management court is responsible for all Management disputes including contracts Managementdisputes. (With various parties whether national or foreign)with its full authority of the judiciary. Naturally disputes may issues by the Managementcontracts, that disputes entail the needs to end it.Hence the arbitrage has emerged as an ideal way to resolve such disputes. This is departure from the administrative general principle in the field of Management court considering those contracts disputes. Arbitration achieves a balance between public authorities; as a responsible for achieving justice in society and between the will of the individuals and companies.In selecting an arbitrator who has an experience in the field of the activitythat concerns the conflict. And thus opens the door to create an appropriate atmosphere forinvestment, accordingly it Was keen and the insistence of the contracting party with the state on the need to include an arbitration clause in the contracts concluded between them, even at the expense of non-completion of contracting. Also arbitration has appeared as collateralguarantees to encourage investment. This results by state support intervention to commerce field and the economic life, desiring to reach the economic development. And satisfies the public needs to the emergence of relations between them and the people of national or foreign private law,which is mandatoryto the acceptance of the arbitration idea in the case that may arise from disputes which is imposed on those contracts.

مقدمة

تلجأ الدولة بصدد قيامها بالتزاماتها إلى العديد من الأساليب ، فهي تلجأ إلى إصدار قرارات إدارية بغرض إحداث أثر قانوني مشروع استنادا لما تملكه من سلطة إصدار هذه القرارات بمقتضى القوانين واللوائح .

ويختص القضاء الإداري وحده دون غيره بجميع المنازعات الإدارية ومن بينها منازعات العقود الإدارية (مع مختلف الأطراف سواء وطنيين أو أجانب) بما له من سلطة القضاء الكامل،وبطبيعة الحال قد ينجم عن العقد الإداري منازعات تنشأ بين طرفيه تستلزم ضرورة إنهائها، ، ومن هنا ظهر التحكيم كوسيلة مُثلى سرعة لحسم مثل هذه المنازعات خروجاً عن الأصل العام في اختصاص القضاء الإداري بنظر منازعات هذه العقود، فالتحكيم يحقق التوازن بين السلطة العامة المسئولة عن تحقيق العدالة في المجتمع وبين إرادة الأفراد والشركات في اختيار محكم له خبرة في مجال النشاط الذي يتعلق به النزاع، وبذلك يفتح الأبواب من أجل تهيئة مناخ صالح للاستثمار، وعليه كان حرص وإصرار الطرف المتعاقد مع الدولة على ضرورة إدراج شرط التحكيم في العقود المبرمة بينهما ولو على حساب عدم إتمام التعاقد[2]، كذلك ظهر التحكيم كضمانة إجرائية لتشجيع الاستثمار، وهذا نتيجة نزول الدولة ميدان التجارة، وتدخلها في الحياة الاقتصادية, ورغبتها في تحقيق التنمية الاقتصادية، وإشباع الحاجات العامة إلى ظهور علاقات بينها وبين أشخاص القانون الخاص الوطنية أو الأجنبية، مما ترتب عليها قبول فكرة التحكيم في حال ما قد ينشأ من منازعات تترتب على تلك التعاقدات، فاللجوء إلى التحكيم من شأنه أن يؤدي إلى تخفيف العبء عن القضاء، وسرعة الفصل في المنازعات بعيداً عن التعقيدات وطول الإجراءات أمام القضاء . وعلى الرغم من أهمية التحكيم وضرورته في هذا المجال، إلا أنه لاقى كثيراً

من الاعتراضات من جانب الفقه والقضاء مابين مؤيد ومعارض، وهذا ما سيتم التطرق له بايجاز على النحو التالي :

المبحث الأول :: ماهية العقد الإداري وعناصره

المبحث الثاني مدى مشروعية التحكيم في العقود الإدارية الداخلية .

المبحث الثالث : مدى مشروعية التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي

المبحث الأول: ماهية العقد الإداري

يطلق تسمية العقد في اللغة على أنه:الجمع بين أطراف الشيء وربطها وضده الحل، ويستعمل أيضا بمعنى:إحكام الشيء وتقويته ومن معنى الربط الحسي بين طرفي الحبل أخذت الكلمة للربط المعنوي للكلام، أو بين الكلامين ومن معنى الأحكام والتقوية الحسية للشيء التزاما[3]،وقد استقر الفقه والقضاء الإداريين على تعريف العقد الإداري بأنه العقد الذي يبرمه شخص معنوي عام بقصد تسيير مرفق عام أو تنظيمه، وتظهر فيه نية الإدارة في الأخذ بأحكام القانون العام، ومناط ذلك أن يتضمن العقد شروطاً استثنائية وغير مألوفة في القانون الخاص، أو يخول المتعاقد مع الإدارة الاشتراك مباشرة في تسيير المرفق العام[4].

يعرف سليمان الطماوي العقد الإداري بأنه ذلك العقد الذي يبرمه شخص معنوي عام بقصد تسيير مرفق عام أو تنظيمه وتظهر فيه الإدارة في الأخذ بأحكام القانون العام، وأن يتضمن العقد شروط استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص، أو أن يخول المتعاقد مع الإدارة الاشتراك مباشرة في تسيير المرفق العام"

ورغم اختلاف الفقه والقضاء الإداريين حول وضع تعريف للعقد الإداري إلا انه يبقى التعريف الذي وضعته المحكمة الإدارية العليا في مصر هو التعريف المتداول والذي جاء فيه أن العقد الإداري هو:« العقد الذي يبرمه شخص معنوي من أشخاص القانون العام بقصد إدارة مرفق عام ، أو بمناسبة تسييره وأن تظهر فيه الأخذ بأسلوب القانون العام وذلك بتضمين العقد شرطا أو شروطا غير مألوفة في العقود القانون الخاص».[5]

يتضح من هذا التعريف أن العقد الإداري يقوم على ثلاثة عناصر وهي:- الأول:- أن تكون الإدارة أو أي شخص معنوي عام طرفاً في العقد، الثاني :- أن يتصل العقد بمرفق عام تسييراً وتنظيماً، الثالث :-إتباعها لأسلوب القانون العام وذلك من خلال تضمين العقود شروطاً استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص .

وإذا كانت العقود الإدارية تحظى بهذا الاهتمام في مجال دراسات وأبحاث القانون الإداري فإن ثمة ملاحظة أساسية تفرض نفسها دائما ، وتعد المدخل الطبيعي لدراسة النظم التي تحكم عقود الإدارة وبالذات الدول ذات النظام اللاتيني ، حيث تمييز بين نوعين من العقود تتولى جهة الإدارة إبرامها.

النوع الأول: عقود الإدارة التي تخضع لأحكام القانون الخاص

النوع الثاني: عقود الإدارة التي تخضع لأحكام مبادئ القانون الإداري.

إذن فعقود الدولة تنقسم من الناحية الفنية وتبعا للأهداف التي تسعى هذه العقود لإدراكها الى :

عقود دولة تهدف إلى تحقيق المصالح الاقتصادية والسياسية للدولة مع صعوبة تكييفها بأنها من العقود الإدارية نظرا لتخلف المعايير التي يضعها القانون الإداري لإضفاء هذا الوصف على هذه العقود.

إلى جانب هذا النوع من عقود الدولة فإن هناك طائفة أخرى منها تتوافر بشأنها جميع المعايير المتطلبة من أجل إلحاق هذا الوصف بها على نحو يمكن معه أن يطلق عليها عقود الدولة ذات الطبيعة الإدارية أو عقود الدولة الإدارية. (6)

ويقرر الفقه والقضاء الإداري بصدد التمييز بين نوعي العقود السالفة الذكر نتائج أساسية هامة ، فكلاهما يخضع لنظام قانوني وقضائي مختلف، فالعقود المدنية التي تبرمها الإدارة تخضع للقضاء العادي وتطبق عليها أحكام القانون المدني، أما العقود الإدارية فإنها تخضع للقضاء الإداري وتطبق عليها أحكام القانون الإداري.(7)

**أنواع العقد الإداري من حيث طبيعة النشاط:

ينقسم العقد الإداري إلى عدة أنواع ، لذلك فإننا سوف نركز على إبراز أهم أنواع تلك العقود من خلال التطرق إليها بالاتي :

1-عقد الأشغال العامة :

يعرف عقد لأشغال العامة le marche des travaux publics على أنه « اتفاق بين الإدارة واحدة

المقاولين يقوم بمقتضاه هذا الأخير "entrepreneur "بمقابل إنشاء ، أو صيانة عقارات معينة لحساب الإدارة تحقيقا لمنفعة العامة ».

2- عقد التوريد : يعرف عقد التوريد "le marché des fournitures "(على أنه اتفاق بين شخص معنوي من أشخاص القانون العام وفرد أو شركة يتعهد بمقتضاه الفرد، أو الشركة بتوريد منقولات معينة للشخص المعنوي اللازمة لمرفق عام مقابل ثمن معين"(8)

3- عقد تقديم الخدمات وعقد الدراسات :

أ/ عقد تقديم الخدمات : يعرف عقد تقديم الخدمات" le marché de présentation" على أنه اتفاق بين الإدارة وشخص آخر (طبيعي أو معنوي) قصد تقديم خدمات المرفق العام في إدارته وتسييره مثل: أن تلجأ الجامعة إلى التعاقد مع مؤسسة للتنظيف قصد السهر على تنظيف الأقسام والمدرجات وحماية المحيط"[9].

ب/ عقد الدراسات :يعرف عقد الدراسات le marché d'études على أنه (اتفاق بين الإدارة العامة والشخص الأخر (طبيعي أو معنوي) من ذوي الخبرة والاختصاص يتم بمقتضاه القيام بالدراسات واستشارات تقنية في ميدان معين لصالحها ،[10] وما يمكن ملاحظته ان المشرع الجزائري قد أخذ بالمعيار العضوي في تحديد العقود الإدارية سواء طبقا لنصوص خاصة ببعض الحالات أو بموجب نصوص قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

ومن ثم فالعقد الذي يبرمه الأفراد أو الهيئات الخاصة لا يعد إداريا، وضرورة أن تكون الإدارة طرفا في العقد أمر له مبرره في أن قواعد القانون الإداري إنما وجدت لتحكم نشاط الإدارة[11].

إن كل ما تبرمه الإدارة من عقود لم تكتسب الصفة الإدارية، فالإدارة إلى جانب إبرامها لتلك العقود تبرم أيضاً عقوداً مدنية إذا رأت أن مصلحتها تقتضي ذلك، ويعتبر العقد إدارياً بالإضافة إلى كون الإدارة طرفاً فيه أن يكون على علاقة مباشرة مع المرفق العام[12]، وأن تتسم هذه العلاقة بالدقة والوضوح الكاملين, ويمكن أن تتمثل العلاقة بتسيير أو تنفيذ المرفق كعقود الالتزام، أو اشتراك المتعاقد في تسيير المرفق العام, أو أن يكون العقد وسيلة لتنفيذ المرفق العام، وتتمثل هذه الحالة من خلال مساهمة العقد في تسيير المرفق وتنفيذه بحيث لا يمكن أن يقدم المرفق خدماته دون وجود هذا العقد، وكمثال على ذلك ما قرره مجلس الدولة الفرنسي في قضية السيدة Gulord حيث اعتبر أن عقود القرض المُبرمة من

قبل مصرف التسليف العقاري الفرنسي مع المرحلين الفرنسيين من تونس إنما تعتبر عقوداً إداريةً لأن محلها تنفيذ مرفق عام لمساعدة المرحلين الفرنسيين عن تونس[13].

فالمرفق العام le service public هو النشاط الذي تتولاه الدولة أو الأشخاص العامة الأخرى مباشرة، وان تعديه إلى الآخرين كالأفراد أو أشخاص المعنوية الخاصة ولكن تحت إشرافها ومراقبتها وتوجيهيها وذلك لإشباع حاجات ذات نفع عام تحقيقا للصالح العام[14]

المبحث الثاني:مدى مشروعية التحكيم في العقود الإدارية الداخلية .

تختلف النظم القانونية في طرق معالجتها للتحكيم في العقود الإدارية من نظام لأخر، فمنها من أجاز التحكيم في العقود الإدارية ومنها من منع التحكيم في تلك العقود، والبعض علق جوازه على شرط معين.

المطلب الأول :الاتجاه المعارض للتحكيم في منازعات العقود الإدارية

يعارض جانب من الفقه الأخذ بنظام التحكيم كوسيلة قانونية لفض المنازعات التي قد تنشأ بين الدولة والطرف الخاص المتعاقد معه بحجة مخالفته لسيادة الدولة، ذلك أن

القضاء يمثل مظهرا من مظاهر السيادة غير القابلة للتصرف ولا يجوز للدولة أن تتنازل عن مقومات السيادة لشخص من أشخاص القانون الخاص .

كما أن قيام هيئة تحكيم بالنظر في المنازعات بين المستثمر مثلا والدولة سيستدعي بالضرورة مناقشة وتقييم أعمال الدولة، وفي ذلك إعتداء وتدخل في الشؤون الداخلية للدولة، فمثل هذه القرارات ينبغي أن تصدر من محاكم الدولة وطبقا لقوانينها الوطنية.[15]

إن معظم النزاعات التي تثور في عقود الإدارية مبعثها تمسك الدولة بضرورة توفير المزيد من المرونة في النظام العقدي الذي يربطها مع المتعاقد الأخر، لكي يتمكن من تقبل التغييرات الجذرية في الظروف السياسية أو الاقتصادية أو الاجتماعية في البلاد، في حين أن الشركات تتمسك عادة باستقرار هذه الروابط واستمرارها دون تعديل أو تبديل فيها.

وذهب هذا الاتجاه إلى عدم إمكان اللجوء إلى التحكيم كوسيلة لتسوية المنازعات التي تنشأ عن العقود الإدارية، فلا تصلح هذه المنازعات لأن تكون محلاً للتحكيم، ونجد تأييداً لهذا الاتجاه سواءً في الفقه أو القضاء أو حتى في التشريع .

الفرع الأول : **موقف الفقه**

* في الفقه الفرنسي :

الفقيه الكبير ريفيرو RIVERO قدم تبريرا يتمثل في إعتبار معنوي ، هو أن الدولة وجب أن تكون قدوة للأفراد ، فلا يصح تملص الدولة من الخضوع لرقابة القضاة الذين قامت بتعينهم للفصل في المنازعات ، كما لايصح أن تتنازل الأشخاص القانونية العامة عن مكانتها السامية المتميزة وتقبل الخضوع لهيئة خاصة.[16]

* في الفقه الجزائري :

أما في الفقه الجزائري و من خلال بعض الاجتهادات والآراء الفقهية فقد تمسك بعض الفقه بعدم جواز التحكيم في هذه المنازعات انطلاقا من فكرة القدوة والمثل ، فإذا كانت الدولة نفسها تتهرب من سلطة القضاة الذين أقامتهم للبت في منازعات مواطنيها ، فكيف لهؤلاء أن يثقوا في العدالة ؟

وقد استند الفقه المعارض للتحكيم لعدة حجج تبرر موقفه على النحو التالي :

أولاً :- تعارض التحكيم مع مبدأ سيادة الدولة والاختصاص الأصيل لقضائها [17] .

, وقد استند أنصار الاتجاه المعارض للتحكيم في منازعات العقود الإدارية إلى المواد 7و 8 و 9 من قانون مجلس الدولة الجزائري [18]، والتي تقابلها المادة 10 من قانون مجلس الدولة المصري لتأييد وجهة نظرهم

ثانيا :- تعارض التحكيم مع فكرة النظام العام [19].

ثالثا :- أهلية الأشخاص المعنوية العامة مقيدة بما يمنحه القانون لها [20].

رابعا:-اصطدام التحكيم بالأسس والمبادئ الجوهرية التي تقوم عليها نظرية العقد الإداري:

خامسا:- انطواء التحكيم على إمكانية خلافة أحد الطرفين للآخر في حقوقه والتزاماته.[21]

الفرع الثاني : **موقف القضاء**

يعتبر القضاء الفرنسي رائد الاتجاه المعارض للجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية، فقد قضى مجلس الدولة الفرنسي في أكثر من حكم ببطلان شرط التحكيم الوارد في العقود الإدارية ،مع ملاحظة ان أحكام القضاء العادي قد اكدت أن نطاق الحظر يقتصر على العقود الإدارية الداخلية ولا يمتد إلى العقود الدولية، ويكتفي لجعل شرط التحكيم المنصوص عليه في عقد ما صحيحاً إثبات وجود عقد دولي تم إبرامه بناءً على الاحتياجات، وبالشروط التي تتفق مع أعراف التجارة الدولية.

*موقف القضاء الجزائري من التحكيم في العقود الإدارية الداخلية:

بعد صدور تعديل قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد رقم 09/08 فإن القانون نص صراحة في المادة 975 على عدم أهلية الأشخاص العامة لطلب التحكيم ، وبهذا يكون قد سد باب الجدل الفقهي وحتى القضائي ، فلا إجتهاد مع النص .

الفرع الثالث : **موقف التشريع**

أولا: موقف المشرع الفرنسي من التحكيم في العقود الإدارية

فالقاعدة العامة التي وضعها هي منع الأشخاص الاعتبارية للقانون العام من الاتفاق على التحكيم، ولا يمكن أن يكون هناك استثناء على هذه القاعدة العامة إلا بناء على قانون " Seul une loi peut apporte une exception à cette interdiction"

ثانيا– موقف المشرع الجزائري من التحكيم في العقود الإدارية :

تبنت الجزائر موقفا سياسيا وأيدولوجيا معارضا للتحكيم بشكل عام ،وظهر ذلك جليا بنص قانوني واضح يحظر على الأشخاص المعنوية العامة اللجوء إلى التحكيم ولا يجيزه في منازعات العقود الإدارية الداخلية ، وذلك بموجب المادة 442 من قانون الإجراءات المدنية

الجزائري ، وعاد المشرع لتأكيد هذا الإتجاه في قانون الإجراءات المدنية والإدارية رقم 08-09 الصادر حديثا في نص المادة 1006 ، أو بسكوت المشرع في أحيان أخرى أو إحالة أطراف النزاع إلى القضاء أو المصالحة ،أما بالنسبة للمشرع التونسي فقد حظر صراحة التحكيم في العقود الإدارية الداخلية، وقد جاء نصها في الفقرة 5 من المادة 7 من المجلة التونسية للتحكيم على ما يلي: "لا يجوز التحكيم: ...خامسا: في النزاعات المتعلقة بالدولة والمؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية والجماعات المحلية، إلا إذا كانت هذه المنازعات ناتجة عن علاقات دولية، اقتصادية كانت أو تجارية، أو مالية، وينظمها الباب الثالث من هذه المجلة".

المطلب الثاني :الاتجاه المؤيد لإمكان اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية

على النقيض من الاتجاه السابق ذهب اتجاه آخر إلى إجازة الاتفاق على التحكيم في منازعات العقود الإدارية، فقد وجد هذا الاتجاه تأييداً من الفقه والقضاء في مواجهة الاتجاه الآخر .

وفيما يلي نعرض لموقف الفقه المؤيد لهذا الاتجاه في فرع أول ، ثم أعرض لموقف القضاء في فرع ثانٍ .

الفرع الأول :**موقف الفقه المؤيد للتحكيم في العقود الإدارية**

ذهب أغلب الفقه إلى تأكيد الاتفاق على اللجوء إلى التحكيم لحسم المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية، فقد ذهب البعض إلى القول بأنه لا يوجد تعارض مابين التحكيم والاختصاص الأصيل للقضاء، فهيئة التحكيم تلتزم بناءً على ما يقضي به قانون المرافعات باحترام المبادئ الأساسية التي تخضع لها الدعاوى أمام القضاء، ولا يجوز لها مخالفة

القواعد الآمرة المتعلقة بالنظام العام، وفي حالة خروجها على هذه الضوابط يجوز للطرف الذي صدر الحكم ضده الطعن في حكم التحكيم بالبطلان[22] .

وهذا ما اتجه الفقه الفرنسي وكذا الفقه المصري إلى تأييد إمكان لجوء الإدارة إلى التحكيم في العقود الإدارية،أما الفقه اللبناني فيذهب جانب منه[23] إلى إجازة التحكيم في العقود الإدارية الداخلية بالاستناد إلى الفقرة الثانية من المادة (795) من قانون أصول المحاكمات المدنية لسنة 1983 المعدلة بالمادة (1) من المرسوم التشريعي رقم (20) لسنة 1985،

الفرع الثاني :**موقف القضاء المؤيد للتحكيم في منازعات العقود الإدارية**

بالنسبة للقضاء الإداري الفرنسي فقد كان يحظر على أشخاص القانون العام اللجوء للتحكيم في منازعات العقود الإدارية التي تكون طرفاً فيها، إلا أنه سمح باللجوء للتحكيم في حالة وجود نص تشريعي أو اتفاق دولي يُرخص للشخص المعنوي العام بذلك في مسألة محددة بالذات.

أما بالنسبة للقضاء المصري، فقد اتجه مجلس الدولة في بعض أحكامه وبعض فتاويه لتأييد الالتجاء إلى التحكيم في العقود الإدارية .

الفـرع الثالث :**موقف التشريع**

استقر القضاء الإداري الفرنسي على مبدأ حظر لجوء الدولة وأشخاص القانون العام إلى التحكيم لحسم منازعاتها إلا بنص تشريعي صريح يجيز بذلك

و تتضمن بعض التشريعات العربية أحكاماً مماثلة تجيز للدولة والأشخاص المعنوية العامة إبرام اتفاقات التحكيم، كالمشرع اللبناني[24] ، والمشرع السعودي وكذا إلى السوري[25] .

المبحث الثالث :مدى مشروعية التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي

اليوم يتجدد دور الدولة بشكل آخر في التجارة الدولية، من خلال مشاركتها المباشرة في أشكال جديدة من العقود مما جعلها منافسا قويا للأفراد والشركات الكبرى العملاقة، ومع إنشاء المنظمة العالمية للتجارة، أصبحت عقود الدولة تمثل جزءا أساسيا من الإقتصاد العالمي، الأمر الذي أعطى لها منظورا جديدا.[26]

وعليه فقد تم إبرام العديد من الإتفاقيات التي من شأنها إزالة الحظر الوارد على حرية الدولة وأشخص القانون العام في اللجوء إلى التحكيم في نطاق العلاقات التجارية الدولية، فضلا عن دور المشرع الوطني في هذا المجال.

المطلب الأول :ماهية العقد الإداري الدولي ومبررات التحكيم في منازعاته

الفرع الأول: **مفهوم العقد الإداري ذي الطابع الدولي**

والعقد الإداري الدولي هو عقد تبرمه الدولة بوصفها سلطة عامة أو يبرمه شخص معنوي من رعايا الدولة مع شخص طبيعي أو معنوي من رعايا دولة أخرى، وقد يكون موضوعه إستغلال الثروات الطبيعية للدولة، حيث تبرم مع دولة أخرى تعاقدا بهذا الصدد لعدم إمتلاكها تقنية علمية تمكنها من ذلك.[27]

الفرع الثاني: **مبررات اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي**

1- خوف المستثمر الأجنبي من حياد القضاء الوطني، وتحيزه للدولة التابع لها في حال عُرِض عليه نزاع بمناسبة عقد متصل بالتنمية الاقتصادية أو الاجتماعية وبسيادة الدولة[28].

2-خوف المستثمر الأجنبي من تمسك الدولة بالحصانة القضائية.

3- رغبة الدولة في تشجيع الاستثمار وجذب رؤوس الأموال الأجنبية اللازمة لتمويل التنمية الاقتصادية.

4- زكّت ضرورات التجارة الدولية التحكيم كوسيلة لفض منازعات العقود الإدارية

المتصلة بها.

المطلب الثاني :موقف التشريعات من جواز التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي

الفرع الأول:- التشريعات الوطنية التي أجازت التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي

موقف التشريع الفرنسي :

يلاحظ أن المشرع أجاز التحكيم في جميع العقود الدولية التي تبرمها الدولة والمقاطعات والمؤسسات العامة بما فيها العقود الإدارية ذات الطابع الدولي والعقود المدنية والتجارية

2- موقف المشرع المصري :

حسم المشرع المصري مسألة قبول التحكيم في العقود الإدارية الوطنية والعقود الإدارية ذات الطابع الدولي وذلك بقانون التحكيم رقم (27) لسنة 1994 والمعدل بالقانون رقم (9) لسنة 1997،

3 – موقف المشرع الجزائري:

ساير المشروع الجزائري الإتجاه العام، حيث بقي يؤكد على جوازية التحكيم الدولي، حيث تنص المادة 1006 على أنه: " لا يجوز للأشخاص المعنوية العامة أن تطلب التحكيم، ماعدا في علاقاتها الإقتصادية الدولية أو في إطار الصفقات العمومية".

المطلب الثالث :موقف القضاء من التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي

الفرع الأول **:موقف قضاء الدولة النظامي من التحكيم**

أولاً:- الوضع في فرنسا:-

وقد أدى التناقض بين موقف القضاء العادي وقضاء مجلس الدولة إلى تدخل المشرع الفرنسي للحد من نطاق تطبيق القاعدة التي تمسك بها مجلس الدولة بشأن عدم جواز التحكيم في العقود الإدارية، وأصدر القانون رقم (19) أغسطس 1986 الذي أجاز في مادته التاسعة للدولة, وللمقاطعات، والمؤسسات العامة بقبول شرط التحكيم في العقود المبرمة مع الشركات الأجنبية كاستثناء من حكم المادة (2060) من القانون المدني الفرنسي[29].

ثانياً:- الوضع في مصر:-

أجاز القضاء العادي المصري – حتى قبل صدور القانون رقم (9) لسنة1997 المعدِّل للقانون رقم (27) لسنة 1994 – لجوء الدولة وأشخاص القانون العام إلى التحكيم في العقود المبرمة مع الأشخاص الطبيعية أو المعنوية الأجنبية

ثالثاً:- موقف القضاء الجزائري من التحكيم في العقود الإدارية الدولية.

لقد ساير القضاء الجزائري موقف المشرع المجيز للتحكيم في العقود الإدارية الدولية التي تكون الدولة الجزائرية أو إحدى هيئاتها العامة طرفا فيها.

فقد رضيت الجزائر بالتحكيم في كثير من عقودها التجارية الدولية[30]، وعلى سبيل المثال نأخذ عينة من هذه العقود، حيث أنه في سبعة عشر عقد (17) من عقود التجارة الدولية فإن عشرة (10) عقود تضمنت شرطا تحكيميا يحيل إلى تحكيم غرفة التجارة الدولية، وأربعة عقود فقط أحالت النزاع للقضاء، ثلاثة منها للقضاء الجزائري وواحد للقضاء الإنجليزي.[31]

الفرع الثاني : **موقف قضاء التحكيم من التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي**

أثبت العمل الدولي برفض إنكار الدولة المتعاقدة إدراج شرط التحكيم الذي سبق لها قبوله بدعوى عدم جواز الاتفاق على التحكيم في منازعات العقود الإدارية وفقاً لقوانينها الوطنية، واعتبرته إخلالا بمبدأ حسن النية في المعاملات الدولية.

الخاتـــمـــــة :

أدى نزول الدولة ميدان التجارة، وتدخلها في الحياة الاقتصادية, ورغبتها في تحقيق التنمية الاقتصادية، وإشباع الحاجات العامة إلى ظهور علاقات بينها وبين أشخاص القانون الخاص الوطنية أو الأجنبية، مما ترتب عليها قبول فكرة التحكيم في حال ما قد ينشأ من منازعات تترتب على تلك التعاقدات، وعلى الرغم من أن التحكيم أصبح من الوسائل الأساسية لحل مثل هذه المنازعات، إلا أن الوضع لم يكن بهذه السهولة في المجال الإداري، فقد لاقى هذا النظام هجوماً كبيراً ومعارضة من جانب الفقه والقضاء، حيث انقسمت الآراء الفقهية، وتضاربت الأحكام القضائية بين مؤيد ومعارض، واختلفت التشريعات الوطنية حول مشروعية آلية حسم المنازعات الإدارية، فعلى الرغم من هذه الاعتراضات، إلا أن المتغيرات الاقتصادية والاجتماعية فرضت على الدولة قبول اللجوء إلى التحكيم لحسم تلك المنازعات والتي معظمها تتعلق بالعقود الإدارية (الوطنية أو الدولية) .

قائمة التهميش:

(1). أ.د/ حفيظة السيد الحداد، الاتفاق على التحكيم في عقود الدولة ذات الطبيعة الإدارية ، دار المطبوعات الجديدة، سنة 2001، ص 6 وما بعدها .

(2). نفس المرجع، ص 6 وما بعدها .

[3]– مفهوم العقد.مأخوذ من موقع www. molousa alamontada. net تاريخ الزيارة 26 أفريل 2013.

[4] أ.د/ عمر حلمي و أ.د/ رمضان بطيخ، العقود الإدارية ،(الأحكام العامة والاختصاص القضائي) ، دراسة مقارنة، الجزء الأول، دار النهضة العربية، سنة 2004، ص 12.

– حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر بتاريخ 1993/2/9 ، الطعن رقم (3713) لسنة 33 ق، مجموعة المبادئ التي قررتها في العقود الإدارية، إصدار المكتب الفني بمناسبة اليوبيل الذهبي لمجلس الدولةالمصري، ص 98.

– حكم المحكمة الدستورية العليا بتاريخ 1994/6/20، السنة 15 ق، القضية رقم (6) تنازع، مجموعة الأحكام التي أصدرتها المحكمة من أول يوليو 1993 حتى آخر يونيو 1995، الجزء السادس، ص 875 –880 .

[5]–الزين عزري، الأعمال الإدارية ومنازعتها، مطبوعات مخبر الاجتهاد القضائي وأثره على حركة التشريع، الجزائر، 2010، ص 32.

[6]–د/ حفيظة السيد الحداد ، الأتفاق على التحكيم في عقود الدولة ذات الطبيعة الإدارية وأثرها القانون الواجب التطبيق ،دار المطبوعات الجامعية ،2001ص3–4.

[7]–د/ جابر نصار ، العقود الإدارية، ، دار النهضة العربية ، 2000،ص 25.

[8]–محمد فؤاد عبد الباسط، العقد الإداري، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2006، ص 544.

[9]– محمد الصغير بعلي، العقود الإدارية، دار العلوم، الجزائر، 2005، ص 23–24.

[10]– نفس المرجع، ص 24.

[11]– د/ جابر جاد نصار، المرجع السابق ،ص 33.

[12]– يعرف المرفق العام من ناحيتين، فهو من الناحية الشكلية يعني الهيئة أو المنظمة التي تمارس النشاط، ومن الناحية الموضوعية يعني الخدمة أو النشاط الذي يشبع حاجة جماعية، أ.د/ جابر جاد نصار ،العقود الإدارية ، المرجع السابق، ص 39 . فهو كل نشاط يتولاه أحد الأشخاص المعنوية العامة بهدف تحقيق النفع العام.

[13]– د/ حسين شحادة الحسين، التحكيم في العقود الإدارية، دراسة في القانون السوري، بحث مقدم إلى المؤتمر العلمي السنوي السادس عشر، مؤتمر التحكيم التجاري الدولي بعنوان (أهم الحلول البديلة لحل المنازعات التجارية) الذي نظمه مركز الإمارات للدراسات والبحوث الإستراتيجية، كلية الحقوق, جامعة الإمارات العربية المتحدة في الفترة من 28–30 أبريل 2008م. منشور على الموقع الالكتروني:–

http://slconf.uaeu.ac.ae/arabic_research.asp

[14]– مازن ليلو راضي، دور الشروط الاستثنائية في التمييز العقد الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2002، ص 43.

[15]– دريد محمود السامرائي: الاستثمار الأجنبي– المعوقات والضمانات القانونية–، الطبعة الأولى، مركز دراسات الوحدة العربية، بيروت، لبنان، 2006، ص 340.

[16]– JEAN RIVERO , personnes morales de droit public et Arbitrage . Revue de l 'arbitrage, 1973. p 268

[17]–أ.د/ محسن شفيق، " التحكيم التجاري الدولي "، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 1997، ص40 .

[18]– أنظر المواد 7. 8. 9. من المرسوم 01/98 التي تحدد إختصاص مجلس الدولة الجزائري .

[19]– استند الفقه المصري المعارض إلى نص المادة (501) من قانون المرافعات المدنية والتجارية قبل إلغائها بقانون التحكيم المصري رقم (27) لسنة 1994 والتي قضت بأنه لا يجوز التحكيم في المسائل التي لا يجوز فيها الصلح، وأيضاً نص المادة (551) من القانون المدني المصري والتي تنص على " عدم جواز الصلح في المسائل المتعلقة بالنظام العام" .

[20]– المستشار حمدي ياسين عكاشة، موسوعة العقود الإدارية والدولية، منشأة المعارف، سنة 1998م ، ص 139 .

[21] – د/ جورجي شفيق ساري ، مدى جواز لجوء الدولة إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية ، دار النهضة العربية، سنة 1999م، ص 112.

[22] – Jean RIVERO, " Personnes morales de droit public et arbitrage ", Rev – arb, 1973, no2, p. 268 .

[23] أ.د/ إبراهيم نجار، البنود التحكيمية في عقود الإدارة اللبنانية ، المجلة اللبنانية للتحكيم، عدد (7)، لسنة 1999، ص 8.

[24] أ.د/ محيي الدين القيسي، العقود الإدارية وخصائصها وإمكانية التحكيم فيها دعماً للاستثمار الدولي في ضوء القانون الجديد في منازعات العقود الإدارية في لبنان ، بحث منشور بمجلة التحكيم العربي، سلسة إصدارات المركز اليمني للتحكيم والتوفيق، الطبعة الأولى 2003م ، ص 101 .

[25]– د/ حسن شحادة الحسين، التحكيم في العقود الإدارية، دراسة في القانون السوري ، بحث مقدم إلى المؤتمر العلمي السنوي السادس عشر، مؤتمر التحكيم التجاري الدولي بعنوان (أهم الحلول البديلة لحل المنازعات التجارية) الذي نظمه مركز الإمارات للدراسات والبحوث الإستراتيجية، كلية الحقوق, جامعة الإمارات العربية المتحدة في الفترة من 28–30 أبريل 2008م، منشور على الموقع الالكتروني:–

http://slconf.uaeu.ac.ae/arabic_research.asp

[26]– د/ أحمد صالح علي مخلوف ، اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات عقود التجارية الدولية، دار النهضة العربية، 2001، ص 293.

[27]– راجع د/ حفيظة السيد حداد، العقود المبرمة بين الدولة والأشخاص الأجنبية، دار النهضة العربية، سنة 1996 ص 37.

[28] د/ غسان علي علي، الاستثمارات الأجنبية ودور التحكيم في تسوية المنازعات التي قد تثور بصددها، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، سنة2004م، ص 281 .

[29]– Conseil d Etat, Avis du 6 mars 1986, Rev – arb , 1992 , no 2 , p. 397 .

[30]– الجدير بالملاحظة أن الطرف الجزائري في عقود التجارة الدولية هو غالبا مصلحة حكومية، لأن التجارة الخارجية كانت إلى وقت قريب محصورة بيد الدولة عبر الشركات الوطنية لمملوكة من الدولة.

[31]– د/ عبد الحميد احدب، موسوعة التحكيم ،الجزء الأول، بدون ناشر وسنة نشر، ص 266.

الحبس المؤقت و أثره على مبدأ الحق في البراءة

مكـي بن سـرحان: طالب دكتوراه، كلية الحقوق جامعة سعيدة

رقم البريد الإلكتروني: meki.benserhane @ gmail.com

ملخص

يعتبر قانون الإجراءات الجزائية حامي الحريات و الحقوق الفردية أثناء ممارسة الدعوى العمومية الرامية إلى اقتضاء حق النيابة العامة وكيلة للمجتمع و الدولة في العقاب، و ذلك ما اعتبره فقهاء القانون الجنائي بمثابة الشطر الثاني المتعلق بالشرعية الجزائية الذ يكمل الشطر الأول المتعلق بشرعية التجريم و العقاب تحت قاعدة " لا جريمة و لا عقوبة أ تدابير امن إلا بنص "، و يعتبر الحق في البراءة او قرينة ى البراءة من أهم الحقوق و المبادئ التي توجب رعايتها أثناء سير الدعوى العمومية، لا سيما مرحلة التحقيق بمعرفة قاضي التحقيق، الذي يعد اكثر السلطات القضائية اتساعا للاختصاصات و فق إجراءات توصف بأنها خطيرة نظرا لبثها في الحقوق و الحريات و التأثير عليها من خلال إجراءات مؤقتة و تحفظية، قد تصل إلى قيد و سلب حرية المتهم على ذمة التحقيق بموجب امر بإيداعه الحبس المؤقت، و الذي يعتبر في جوهره متعارضا مع بدأ الحق في البراءة الذي تضمنته المواثيق و المعاهدات الدولية و الدساتير الوطنية و قوانين الإجراءات الجزائية الوطنية، ذلك أنه ليس من صلاحيات أية جهة قضائية أن تقيد حرية المتهم غير قاضي الموضوع– بمناسبة إصداره لحكم في الدعوى يتضمن القضاء بعقوبة سالبة للحرية – بناء على ما تتضمنه المحاكمة النهائية من إجراءات وجاهية و استعراض للدليل و التدقيق فيه و دحضه من قبل المتهم ودفاعه.

و يعتبر نظام الحبس المؤقت من بين العقبات أمام مبدأ قرينة البراءة خلال مرحلة التحقيق، ذلك أنه يحد من حرية الفرد، لذلك توجب أن يكون هو الاستثناء و حرية المتهم أثناء التحقيق القاعدة العامة، و لذلك جعل له المشرع ضوابط من خلال تعيين الجهة القائمة عليه و تحديد مدته و أسبابه، و قبول الأمر الصادر بشأنه للطعن بالاستئناف امام جهة عليا – غرفة الاتهام– و إنشاء نظام للتعويض عنه في حالة الضرر الناتج بسببه في حالة البراءة أو انتفاء وجه الدعوى.

و في هذا الصدد توجب أن نشير إلى أن مبدا الحق في البراءة لا يجب إطلاقه من دون قيد أو شرط، ذلك ان نظام الحبس المؤقت قد يكون ضروريا اتجاه بعض المجرمين اللذين يرتكبون أبشع الجرائم المروعة في حق المجتمع و الأفراد، كما قد يكون حماية للمتهم نفسه، و لذلك توجب التوفيق بين النظامين من خلال قضاء تحقيق محايد و نزيه، و قبل ذلك يتمتع بأعلى قدر من الاحترافية و المهنية.

Résumé

La procédure pénale est sœur jumelle de la liberté, ainsi elle est le garant de liberté et des droits individuels dans l4éxercice du parquet général de l'action.

Elle est considérée par la doctrine comme le revers du principe de légitimité sous la règle « il n'y a pas d'infraction ou de sanction ou mesures de sureté sans texte », ainsi la présomption d'innocence et considéré comme un des principaux droit à respecter notamment pendant l'instruction, n'est-ce pas le juge d'instruction le plus détenteur de pouvoir.

Cette liberté se voit menacer par les mesures de détention, or la détention préventive est une mesure exceptionnelle et priver une personne de sa liberté ne peut être effective que si la personne est condamnée par le juge du fond.

La détention préventive ne peut être ordonnée que dans le cas des faits extrêmement dangereux ou comme protection des personnes apriori L'accusé lui-même.

مـقدمـة

تعتبر الجريمة تهديدا لسلامة المجتمع و أمنه،[1] و بهدف القضاء عليها و مكافحتها نص المشرع على الأفعال التي تعتبر جرائم و قرر لها العقوبات المستحقة لها من خلال قانون العقوبات، و جعل إجراءات الدعوى العمومية كوسيلة لاقتضاء حق المجتمع و الفرد في العقاب من خلال قانون الإجراءات الجزائية، الذي نص على إجراءات التقاضي أمام كل جهة قضائية في الميدان الجزائي، و ذلك ما يعرف بمبدأ الشرعية الجنائية ، التي تعتمد أساسا على فكرتي شرعية الجرائم و العقوبات[2] من جهة، و شرعية الإجراءات الجزائية من جهة اخرى.[3]

و فكرة الشرعية العقابية، و حق المجتمع في اقتضاء حقه من الجاني عن طريق الدعوى العمومية بواسطة النيابة العامة، كان لا بد من استكمالها بفكرة شرعية الإجراءات التي تهدف إلى اتباع طرق

قانونية مشروعة للوصول إلى محاكمة عادلة و منصفة، و فق قواعد تتوخى صون كرامة الإنسان و الحفاظ على حقوقه الأساسية بما في ذلك الحق في الحرية.

و لعل من اهم المبادئ التي حرصت قواعد قانون الإجراءات الجزائية و قانون العقوبات مراعاتها المبدأ المتعلق بالحق في البراءة أو قرينة البراءة، تحت قاعدة:" المتهم بريء حتى تثبت إدانته " و لا يكون ذلك إلا من جهة قضائية مختصة و فق إجراءات قانونية صحيحة، في إشارة إلى محاولة التشريع الجنائي إلى التوفيق بين مصلحة المجتمع و حمايته و بين حماة الحريات و حقوق الأفراد حتى لو كانوا ضمن دائرة الاتهام، و أصبحت مسألة الحفاظ على الحق في البراءة مسألة دستورية تضمنها دساتير الدول التي تعتبر بمثابة العقد الاجتماعي الأساسي بين أفراد الدولة، كما تضمنتها المواثيق الدولية و على رأسها الإعلان العالمي لحقوق الإنسان.[4]

و الحق في البراءة و حق المتهم في التمتع بحريته إلى أن تتم محاكمته بموجب محكمة مختصة و بموجب قواعد قانونية إجرائية سليمة، قد تعترضه بعض المعوقات أو العقبات التي من شانها أن تحد من هذه الحرية و لو بصفة مؤقتة أثناء تحقيق الجرائم و البحث عن أدلتها، و لعل أهم ما مرحلة يمكنها أن تمس بحرية المتهم و حقه في التمتع بها، مرحلة التحقيق الابتدائي بمعرفة قاضي التحقيق الذي يمكنه أن يصدر من الأوامر التحفظية أو المؤقتة ما يتعارض مع مبدأ الحق في البراءة، و لعل أخطرها ما خوله المشرع بإصدار أمر الحبس المؤقت، و الذي يعتبر بمثابة قيد للحرية قبل صدور حكم من قاضي الموضوع المختص بإصدار الأحكام المتضمنة عقوبات سالبة للحرية في حالة إدانة المتهم.

و تتمحور إشكالية البحث حول مدى تأثير الأمر بالحبس المؤقت الصادر عن قاضي التحقيق على مبدأ الحق في البراءة؟ و ما هي الضمانات التي خولها المشرع الجزائري للمتهم للدفاع عن حقه في البراءة في ظل إصدار أمر يتضمن حبسه مؤقتا؟

و سيتم تناول الموضوع من خلال الخطة التالية:

المبحث الأول: ماهية الحبس المؤقت.

المبحث الثاني: أثر الحبس المؤقت على الحق في البراءة.

خاتمة.

المبحث الأول: ماهية الحبس المؤقت

يعتبر قاضي التحقيق الهيئة القضائية المناط بها مهمة التحقيق في الجرائم طبقا لقواعد قانون الإجراءات الجزائية[5] الجزائري و خوله المشرع سلطات واسعة في التحقيق – من اللحظة التي يتصل بالقضية بموجب طلب افتتاحي من وكيل الجمهورية[06] – ابتداء من استجواب المتهم إلى اتخاذ أمر من اوامر التصرف في الملف بإحالته على جهات الحكم في مواد الجنح و المخالفات أو الأمر بإرسال المستندات إلى النائب العام في مواد الجنايات،[07] أو الأمر بألا وجه للمتابعة إذا انتفت أركان الجريمة و أدلتها، و يمكن ان تتخلل إجراءات التحقيق بين بدايتها و نهايتها بأمر من أوامر التصرف، بعض الأوامر التحفظية التي يتخذها قاضي التحقيق ضد المتهم و لعل أهمها و أخطرها الأمر بحبسه مؤقتا.

المطلب الأول تعريف الحبس المؤقت

يعرف الحبس المؤقت على أنه تدبير مانع للحرية يقضي بوضع المدعى عليه في السجن لمدة غير محدودة قد تمتد إلى ما بعد التحقيق أي حتى مثوله أمام المحكمة أو صدور الحكم، و قد تنتهي أثناء التحقيق أو بعده باتخاذ إجراءات إخلاء سبيله.[8]

و تم تعريفه على أنه سلب حرية المتهم مدة من الزمن تحددها مقتضيات التحقيق و مصلحته وفق ضوابط قررها القانون و هو ليس عقوبة على الرغم من اتحاده في طبيعته مع العقوبات السالبة للحرية، ذلك أنه لم يصدر به حكم الإدانة.[9]

و تم تعريفه على أنه أمر من أوامر التحقيق يصدر عمن منحه المشرع هذا الحق متضمنا وضع المتهم في مؤسسة إعادة التربية لبعض التحقيق أو كله قاصدا سلامة التحقيق.[10]

و تم تعريفه على انه إجراء استثنائي يسلب بموجبه قاضي التحقيق بقرار مسبب حرية المتهم بجناية أو جنحة معاقب عليها بالحبس، بإيداعه المؤسسة العقابية بناء على مذكرة إيداع لمدة محددة قابلة للتمديد وفقا لما قرره القانون.

و هو إيداع المتهم الحبس خلال فترة التحقيق كلها أو بعضها إلى ان تنتهي محاكمته.[11]

و يرى جانب من الفقه انه أمر من أوامر التحقيق يهدف إلى المحافظة على أدلة الجريمة خوفا من ضياعها و فقدانها.

و الحبس المؤقت باعتباره قيد لحرية المتهم قبل المحاكمة فإنه يحدث له أذى و يعطيه وصفا قريبا من المحكوم عليه، كونه يتعرض لشخصه و سمعته بعزله عن محيطه و وسطه الطبيعي، حتى رأى بعض الفقهاء أنه يعطله عن إعداد دفاعه بشكل يمكنه من دحض التهمة عنه، ذلك أ نه لا يساوي بينه و بين متهم آخر تم الإفراج عنه على الرغم من تمتعهما بنفس المبدأ المتعلق بالبراءة إلى حين ثبوت التهمة على كل منهما.[12]

و الهدف من تشريع الحبس المؤقت في غالب الأحيان ما يكون لضرورة التحقيق و ضمان سلامته من خلال وضع المتهم تحت تصرف العدالة تستدعيه للتحقيق وقت ما احتاجت غلى ذلك للسير في إجراءات الملف، و الوقوف بينه و بين تغيير أدلة الجريمة و معالمها او التأثير على أطرافها كالشهود و الضحايا.

كما يعتبر الحبس المؤقت احيانا حماية للمتهم في حد ذاته من مخاطر الانتقام منه، و على سلامته الجسدية، أو دون عودته للجريمة من جديد، و قد يكون سببا من أسباب تهدئة مزاج المجتمع من شعوره ببشاعة و فظاعة الجريمة.

و أخذ المشرع الفرنسي بنظام الحبس المؤقت و جعله ممكنا للمحافظة أدلة الجريمة المادة وأو لمنع الضغط على الشهود أو للمحافظة على الطابع و المزاج العام للمجتمع خوفا من الاضطراب الذي تحدثه الجريمة بالنظام العام، او لوضع حد للجريمة أو خوفا من العودة إليها، أو بقاء المتهم تحت تصرف القضاء، و حددت المادة 144 من قانون الإجراءات الجزائية الفرنسي أنه لا يتم اللجوء إليه إلا إذا كان الوسيلة الوحيدة لتحقيق الأهداف السالفة الذكر و أن إجراءات الرقابة القضائية قد لا تكون كافية لتحقيق ذلك. [13]

و قد أخذ به المشرع الجزائري من خلال المادة 123 من قانون الإجراءات الجزائية و ما يليها، و جعله أمرا استثنائيا لا يمكن اللجوء إليه إلا في حالة عدم كفاية إجراءات الرقابة القضائية، و جعل له أسسا بموجب المادة 123 مكرر[14] و التي يؤسس عليها و تتمثل في انعدام موطن مستقر للمتهم او عدم تقديمه ضمانات كافية للمثول أمام القضاء أو إذا كانت الأفعال محل التحقيق خطيرة، أو إذا كان الإجراء الوحيد للمحافظة على أدلتها، أو لمنع الضغط على الضحايا و الشهود، أو لتفادي وقوع الجريمة من جديد.

المطلب الثاني: شروط إصدار أمر الحبس المؤقت

باعتبار الحبس المؤقت إجراء تحفظي استثنائي لا يتم اللجوء إليه إلا في حالة الضرورة، فإنه لا بد من توافر شروط قانونية لقاضي التحقيق لإصداره، و لا يمكن أن يتجاوزها هذا الأخير و إلا كان امره باطلا، سواء من الناحية الإجرائية أو الموضوعية جاز لغرفة الاتهام باعتبارها جهة رقابة على قاضي التحقيق أن تلغيه.

أ/ الشرط المتعلق بنوع الجريمة: يتخذ قاضي التحقيق إجراء الحبس المؤقت في مواد الجنح و الجنايات، و لا يجوز أن يؤمر به في مواد المخالفات إذا ما عرضت على التحقيق الابتدائي،[15] و ذلك بحسب نص المادة 124 من قانون الإجراءات الجزائية التي أقرت انه لا يجوز في مواد الجنح حبس المتهم مؤقتا إذا كان مقيما في الجزائر و لا يتجاوز الحد الأقصى للعقوبة 03 ثلاث سنوات، و استثنى من ذلك الجرائم التي أدت إلى الوفاة أو ترويع للنظام العام للمجتمع، و مع ذلك فإنه لا يجوز أن تتجاوز مدته شهرا.

و أما التشريع الفرنسي فإنه كذلك نظم إجراءات الحبس المؤقت، و جعلها قصرا على مواد الجنايات و مواد الجنح ، و حدده في مواد الجنح بأن لا يتخذ إلا إذا كانت الجنحة عقوبتها تساوي او تفوق 03 ثلاث سنوات، و لم يأمر به في مواد المخالفات، و ذلك ما تضمنه نص المادة 143-1 من قانون الإجراءات الجزائية Art. 143-1 CPPF « sous réserve des dispositions de l'article 137, la détention provisoire ne peut être ordonnée ou prolongée que dans l'un des cas ci-après énumérés 1°- la personne mise en examen encourt une peine criminelle. 2°- la personne mise en examen encourt une peine correctionnelle d'une durée égale ou supérieure à trois ans d'emprisonnement ».

ب/ الشرط المتعلق باستجواب المتهم: لا يمكن ان يأمر قاضي التحقيق بحبس المتهم مؤقتا إلا إذا تم استجوابه و توجيه التهمة إليه، و يتضمن توجيه التهمة إبلاغه بالوقائع المنسوبة إليه و تكييفها القانوني بوصفها جنحة أو جناية، و لا يتصور أن يصدر قاضي التحقيق أمرا بالوضع رهن الحبس المؤقت في حق متهم فار أو غير موجود أمامه، و لكن أجاز له القانون أن يصدر امرا بالقبض عليه طبقا لنص المادة 119 من ق إ ج.

و يجب التنويه غلى ان مهمة إصدار أمر الوضع رهن الحبس المؤقت في التشريع الجزائري من اختصاص قاضي التحقيق طبقا لنص المادة 123 و ما يليها من ق إ ج، و أما في التشريع الفرنسي فإنه سحب هذا الاختصاص من قاضي التحقيق و أناطه بقاضي الحريات و الحبس و ذلك ما نصت عليه

المادة 145 من قانون الإجراءات الفرنسي المستحدثة بموجب القانون رقم 2000-516 المؤرخ في 15 جوان 2000 في مادته 52. [16]

ج/ الشرط المتعلق بالمدة و تسبيب الأمر: يجب أن لا تعدى مدة الحبس المؤقت ما هو مقرر طبقا للقانون، الذي فصل في كل حالة بناء على الوقائع المرتكبة و محل المتابعة، و سعيا للتخفيف من طول امد الحبس المؤقت، خاصة في مواد الجنايات جاء المشرع الجزائري بالأمر رقم 15-02 الذي عدل من مدده بحيث تم تخفيفها و لا يمكن بأي حال من الأحوال في مواد الجنح أن تتجاوز 08 ثمانية أشهر، و في مواد الجنايات فإن مدته 04 أشهر يمكن ان يمددها قاضي التحقيق مرتين لمدة أربعة 04 أشهر في كل مرة طبقا لنص المادة 125 -1، و يجوز تمديدها لثلاث 03 مرات بأربعة أشهر في كل مرة إذا تعلق الأمر بجناية معاقب عليها لمدة تساوي أو تفوق 20 عشرين سنة أو بالسجن المؤبد أو الإعدام، و يمكن لغرفة الاتهام بطلب من قاضي التحقيق في حال استنفاذ آجال فترات تمديده أن تمدد الحبس المؤقت إلى مدة لا تتجاوز 04 أشهر، و لها في بعض الأحوال أن تمدد الحبس المؤقت 04 مرات إذا اقتضت ضرورات التحقيق ذلك في مواد الجنايات.[17]

و تجدر الإشارة غلى أنه يتوجب على قاضي التحقيق أن يسبب امره على إحدى الأسباب الواردة في نص المادة 123 مكرر من قانون الإجراءات الجزائية، و أن ينبه قاضي التحقيق من تقرر حبسه احتياطيا بأن له مهلة 03 أيام ابتداء من يوم صدوره للطعن فيه بالاستئناف أمام غرفة الاتهام التي لها أن تؤيد الأمر أو تلغيه و تقرر الإفراج عن المتهم المحبوس مؤقتا.

د/ الشرط المتعلق بوجود دلائل كافية على نسبة الجريمة للمتهم: لا يكفي لقاضي التحقيق أن تكون الوقائع المحالة إليه تشكل جنحة أو جناية أو أن المتهم لم يقدم ضمانات كافية لمثوله امام القضاء، بل عليه ان تتوافر لديه كافة المعطيات الدالة على وجود مظنة كبيرة لنسبة الوقائع محل المتابعة للمتهم، و لا يكون ذلك إلا من خلال وجود دلائل كافية تثبت ذلك، و يخضع ذلك للسلطة التقديرية لقاضي التحقيق، الذي يقدر الوقائع و مدى نسبتها للمتهم، ليقرر بشأنها إيداع المتهم رهن الحبس المؤقت، و تعتبر سلطة القاضي التقديرية من أهم العناصر التي تؤدي به إلى اللجوء لهذا الإجراء الخطير المتعارض مع مبدأ قرينة البراءة، و حرية الأشخاص قيد التحقيق، و هو ما جعل الأنظار توجه نحو قضاة التحقيق من أجللا الابتعاد عن اللجوء لهذا الإجراء إلا في الحالات الاستثنائية أو القصوى، و ذلك بأن جعله المشرع إجراء استثنائيا لا يؤمر به إلا إذا لم تكن إجراءات الرقابة القضائية كافية.

المبحث الثاني: أثر الحبس المؤقت على الحق في البراءة.

أقرت كافة التشريعات الجنائية العالمية ضمانات للمتهم أثناء سير الدعوى العمومية، خاصة خلال فترة التحقيق القضائي الذي يعد في المواد التي تسلك مسلكه أهم مرحلة، كونه يؤسس لفترة المحاكمة النهائية التي من شأنها أن تقرر المركز القانوني النهائي للمتهم باعتباره شخص مدان و محكوم عليه أو شخص تم تثبيت براءته التي ولد و هي حق لصيق به.

و السرعية الجزائية بشقيها الأول المتعلق بشرعية التجريم و العقاب، و الثاني المتعلق بشرعية الإجراءات المتخذة في سبيل اقتضاء العقاب، هي التي تحدد السبيل الذي يجب أن يلتزم به القائمون على تنفيذ القواعد الإجرائية و المخاطبون بها[18]، و يقتضي ذلك أن كل إجراء يتخذ في الدعوى العمومية،[19] خاصة ذلك الموجه ضد المتهم لقيد حريته أو لمحاكمته يجب أن يقوم على أساس افتراض براءته و أن يعامل وفقا لذلك.[20]

المطلب الأول: تعريف الحق في البراءة

الحق في البراءة يعني ان يفترض في أصلا أنه بريء، و قد تم تعريفه من خلال الفقه على أنه:" لا تجوز معاملة أي شخص بوصفه مدانا ما لم يصدر حكم قضائي بإدانته"[21]، و تم تعريفه على أن أصل البراءة يقصد به ألا يجازى الفرد عن فعل أسند إليه ما لم يصدر ضده حكم بالعقوبة من جهة ذات ولاية قانونية،[22] و قد تضمنت هذا المبدأ أهم المعاهدات و الاتفاقيات الدولية نظرا لأهميته خاصة ضد النظم الاستبدادية التي لا تعير اهتماما لحقوق الإنسان و المحاكمات الجزائية، و من ذلك ما نص عليه الإعلان العالمي لحقوق الإنسان سنة 1948 من خلال المادة 11-1، و تضمنه العهد الدولي للحقوق المدنية و السياسية المؤرخ في 16 ديسمبر 1966 من خلال المادة 14-2، و نصت عليه الاتفاقية الأوربية لحماية حقوق الإنسان و حرياته الأساسية لسنة 1950 في مادتها السادسة 06، و الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان في المادة 2/8 و الميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان و الشعوب في المادة 1/7.

و يعد الحق في البراءة من الحقوق الأساسية التي لا يجب مخالفتها، و يترتب على ذلك الحق في التعويض، و قد نص المشرع الفرنسي على أن لكل شخص الحق في احترام قرينة براءته و أن المساس بها يخوله التعويض في مواجهة من قام بالتعدي عليها،[23] و يجد مبدأ قرينة البراءة أهم تطبيقاته من خلال قانون الإجراءات الجزائية الذي يعتبر قانون حماية الحريات و تنظيمها في مجال المحاكمات الجزائية،

حتى قيل بأن قواعده تتميز بخائص و مميزات أهمها الحياد و النزاهة، و تحيط الحريات و الحقوق الفردية بسياج من الضمانات تمنع من الاعتداء عليها أو انتهاكها أو إساءة استعمال السلطة ضدها.[24]

و تطرقت محكمة النقض المصرية إلى وصف للحق في البراءة بوصف دقيق يخدم معنى الحريات و الحقوق الأساسية للفرد في مواجهة سلطة الدولة في العقاب، بحيث أكدت على أن أصل البراءة من المبادئ الأساسية في الإجراءات الجنائية يقوم عليه حق الدفاع، الذي يعلو على حقوق النيابة العامة ممثلة المجتمع، التي لا يضيرها تبرئة مجرم بقدر ما يؤذيها و يؤذي العدالة معا إدانة بريء.[25]

و قد حضي هذا المبدأ باهتمام كبير في القانون الدولي، و من طرف فقهاء القانون الجنائي حتى اختزل بعضهم مفهوم الشرعية بشطريها العقابي و الإجرائي في مبدأ الحق في البراءة،[26] و يعتبر القضاء هو الحارس الأساس لهذا المبدأ كونه مخول للنظر فيما مدى نسبة الوقائع المجرمة لمرتكبها بناء على قواعد الانصاف و العدالة و طبقا لمقتضيات المحاكمة العادلة.

و تترتب على اعتماد مبدأ الحق في البراءة للمتهمين في الدعوى الجزائية عدة نتائج و آثار أهممها الحرص على ضمان حرية المتهم و كرامته الإنسانية عبر كافة مراحل الدعوى العمومية من بدايتها إلى نهايتها خاصة ما تعلق بقيد حريته قبل صدور الحكم الفاصل في الموضوع، و المتعلق بالحبس المؤقت الذي يجب أن يؤسس على أعلى درجات الحيطة و الحرص و الالتزام بقواعده القانونية، كما يترتب على اعتماد الحق في البراءة إلقاء عبء الإثبات على خصومه من النيابة العامة و الطرف المضرور، و لا يلزم أبدا بإيجاد سبيل و دليل براءته لأنها الأصل فيه، و يترتب على ذلك أيضا الوصول إلى ادلة الجريمة بطرق مشروعة، إذ لا يكفي تحصيلها بأية وسيلة كانت، بل لا بد أن تنتج أدلة إسناد وقائع الأفعال المجرمة إلى المتهم من طريق قانوني و مشروع تحترم فيه إجراءات تحصيله، بعيدا عن أي خرق للقواعد الإجرائية المعتمدة طبقا لقانون الإجراءات الجزائية، و من ذلك الابتعاد عن تعذيب المتهم لاستصدار إقرار بارتكابه الجريمة.[27]

كما أنه يتوجب أن تكون الأحكام القضائية في المواد الجزائية معتمدة على الأدلة القطعية التي من شأنها ان تدل على نسبة أركان الجريمة إلى المتهم، بدلا من اعتمادها على مجرد الشك أو الاستنتاج الذي يفسر لصالح المتهم، إعمالا لنبدأ الحق في البراءة.

المطلب الثاني: الحبس المؤقت إجراء يمس بالحق في البراءة

يعتبر الحبس المؤقت كما تم تعريفه إجراء استثنائي تقوم بموجبه سلطة التحقيق قيد حرية المتهم على ذمة التحقيق مؤقتا بموجب أمر إيداعه الحبس لبعض التحقيق أو جزئه، و هو بذلك يعتبر إجراء يتعارض من حيث المبدأ مع الحق في البراءة، لأنه يسلب حرية الإنسان و هو في مرحلة التحقيق و البحث عن أدلة الجريمة و أركانها و مدى نسبتها له، أو بالأحرى مرحلة الاتهام التي تفترض عدم اليقين بارتكابه للجريمة محل التحقيق، مما يعطي انطباعا إلى أن الحبس المؤقت عبارة عن عقوبة مسبقة قبل ثبوت التهمة في حقه بموجب تحقيق نهائي من جراء محاكمة نهائية أمام قاضي الموضوع، التي تستوجب مبدأ الوجاهية بين الخصوم و استعراض الدليل و الدفوع الشكلية و الموضوعية.[28]

و إن نظام الحبس المؤقت كونه مقيدا لحرية المتهم قبل محاكمته و ونظرا لحده من مبدأ قرينة البراءة، وصف من الفقه الجنائي بأقبح الأوصاف من قبيل أنه نظام وحشي مشكوك في شرعيته، و أنه يعبر عن وحشية القانون في أبلغ صورها، كما تم تكييفه على انه بداية للعقوبة من دون حكم قضائي، و بالرغم من ذلك فإن معظم قوانين الإجراءات الجزائية لمختلف الدول لا زالت تعتمده، و ما المحاولات المتكررة لتعديله أو إعادة تنظيمه لم تتجاوز مسألة السلطة المختصة بإصداره مثل ما فعل المشرع الفرنسي بأن سحب اختصاص إصدار امر الحبس المؤقت من قاضي التحقيق إلى قاضي الحريات و الحبس ابتداء من سنة 2000، و من ضمن هذه المحاولات ما قام به المشرع الجزائري من خلال أمر 15-02 الصادر بتاريخ: 23 جويلية 2015 الذي أعاد ترتيب مدة الحبس المؤقت و الجرائم المسموح به فيها، و جعله أمرا استثنائيا لا يسار إليه إلا إذا لم تكن إجراءات الرقابة القضائية كافية، كما أنه جعله بمدد بسيطة في مواد الجنح، و أمرت السياسة العقابية بتوجيه من وزارة العدل في كثير من المناسبات العامة قضاة التحقيق إلى الابتعاد عن إجراءاته إلا في حالة الضرورة القصوى.[29]

و ما يمكن قوله بشأن الحبس المؤقت و علاقته بقرينة البراءة أنه فعلا يعتبر من الإجراءات الخطيرة خلال سير الدعوى العمومية قبل مرحلة المحاكمة النهائية التي تهدد الحرية الشخصية للمتهم، و أن الإفراط فيه من قبل قضاة التحقيق من شأنه أن يؤثر على الحريات الفردية و يقيدها في أبشع صورها، لكنه من ناحية موضوعية و عملية و بحكم الممارسات القضائية عمليا فإنه أحيانا يكون أكثر من ضرورة في الحفاظ على أدلة الجريمة و معالمها أو حماية للمتهم نفسه من خطر الانتقام، أو من تفاقم الجريمة و تعقدها ببقائه حرا طليقا، و لذلك كان لا بد من التوفيق بين مبدأ الحق في البراءة و نظام الحبس المؤقت

عبر ضمانات قانونية و عملية من شأنها أن تجعل هذا الأخير في إطار قانوني يمكنه أن يخدم حق البراءة.

المطلب الثالث: ضمانات حماية الحق في البراءة في مواجهة الحبس المؤقت

بما أن الحبس المؤقت إجراء ظرفي مؤقت يمس بحرية المتهم كان لزاما أن يحاط بنوع من الضوابط التي تحد من أثره المطلق و تجعله مقيدا بشكل يخدم الصالح العام للمجتمع و لا يؤثر على حق الفرد في حريته الشخصية، و هو ما يتعلق بالضمانات التي أقرتها التشريعات الإجرائية الجزائية للحفاظ على مركز المتهم و براءته المفترضة إلى حين مرحلة المحاكمة، و لعل أهم الضمانات التي جاءت في هذا الصدد ما يلي:

01- إن اكبر ضمانة قررها قانون الإجراءات الجزائية أن جعل أمر الحبس المؤقت يصدر عن جهة قضائية تتمتع بالاختصاص و الحياد و النزاهة، و في التشريع الجزائري يصدره قاضي التحقيق الذي يعتبر قاضيا مختصا في مجال عمله مهمة الرئيسية التحقيق و البحث في الجرائم، و يقف موقفا في تحقيق القضايا يخدم الصالح العام لتحقيق العدالة، فهو يحقق لصالح المتهم و ضده، كما أن غرفة الاتهام طبقا لنص المادة 192 من قانون الإجراءات الجزائية[30] يمكنها كذلك إصدار أمر الحبس المؤقت بمناسبة نظرها لملف الإيداع بخصوص استئناف أمر قاضي التحقيق الرامي إلى توقيع إجراءات الرقابة القضائية أو الإفراج دون أي تدبير مؤقت، و لا يكون ذلك مقبولا إلا من النيابة العامة[31] التي لها حق استئناف أوامر قاضي التحقيق التي لم تستجب لالتماسات الوضع رهن الحبس المؤقت دون الأطراف المدنية أو الضحايا اللذين لا علاقة لهم بملف الإيداع.

و في التشريع الفرنسي فإن أمر اصدار تدبير الوضع بالحبس المؤقت أصبح بعد سنة 2000 من اختصاص قاضي الحريات و الحبس Le juge des liberté et de la détention الذي قررت المادة 137-1 من قانون الإجراءات الفرنسي على أن قرار الوضع في الحبس المؤقت و تمديده و الإفراج عن الخاضع له يتم من طرف قاضي الحريات و الحبس.[32]

02- إن من بين الضمانات التي منحت للمتهم و حقه في البراءة أن المشرع جعل امر الحبس المؤقت ضد المتهم قيد التحقيق أمرا استثنائيا لا يجوز اللجوء إليه إلا إذا كانت إجراءات الرقابة

غير كافية، و ذلك ما تضمنته نص المادة 123 من ق إ ج، و التي جعلت الأصل أن يبقى المتهم حرا أثناء التحقيق القضائي في فقرتها الأولى.

03- و من بين الضمانات كذلك أن المشرع جعله في القضايا التي توصف على انها على درجة كبيرة أو معقولة من حيث الخطورة، و التأثير على الرأي العام، فلم يجعله مقبولا في مواد المخالفات على فرض أنها جرائم بسيطة، كما لم يسمح به في الجنح التي تساوي أو تقل عقوبتها الحبس النافذ لمدة 03 ثلاث سنوات.

04- و قد قرر المشرع ضمانة قانونية أخرى تتعلق بوجوب تسبيب أمر الوضع رهن الحبس المؤقت على إحدى الأسباب المبينة بنص المادة 123 مكرر من ق إ ج، و المذكورة على سبيل الحصر.

05-كما أن من بين الضمانات المخولة للمتهم في مواجهة الحبس المؤقت هي أن الطرف المصدر لهذا الأمر ذاته إذا رأى أن أسبابه زالت و لم تعود موجودة، و ليس هناك مبرر للاستمرار فيه جاز له أن يعدل عنه بإصدار قرار الإفراج، أو العودة إلى إجراءات الرقابة القضائية.

06- بالإضافة إلى ذلك يمكن القول أن نظام الرقابة الإلكترونية الذي اعتمده المشرع بموجب أمر 15-02 ليعزز فعالية إجراءات الرقابة القضائية يعد إحدى الضمانات للحد من الحبس المؤقت، ذلك ان هذا الأخير يأتي بعد فشل إجراءات الرقابة القضائية في الوفاء بالغرض المطلوب.[33]

07- و من بين الضمانات التي شرعت للمتهم في مواجهة الحبس المؤقت تمتعه بالحق في استئناف الأمر الصادر بشأنه في مهلة 03 أيام ابتداء من يوم صدوره، طبقا لنص المادة 123 مكرر فقرة أخيرة من قانون الإجراءات الجزائية.

08- كما أن المشرع لم يجعل مدة الحبس المؤقت مطلقة بل حددها تبعا لنوع الجريمة، بحيث قصرها في الجنح لمدة شهر واحد 01 في الجنح التي لا تفوق عقوبتها 03 سنوات، و نتج عنها وفاة إنسان، و فيما عداها تحدد بأربعة 04 أشهر يمكن تمديدها مرة أخرى لتصبح 08 أشهر، و أما في مواد الجنايات فيمكن أن تصل إلى 32 شهرا لضرورة التحقيق.

09- و قد أجاز القانون طلب الإفراج من المتهم بنفسه أو تلقائيا يلجأ إليه قاضي التحقيق من تلقاء نفسه، أو بناء على طلب وكيل الجمهورية طبقا لنص المادة 126 من ق إ ج.

10- كما أقر المشرع نظام التعويض عن الحبس المؤقت في حالة القضاء ببراءة المتهم أو صدور امر بانتفاء وجه الدعوى لصالحه، و قد أقر ذلك الدستور و قانون الإجراءات الجزائية من خلال نص المادة 137 مكرر و ما يليها، بحيث أقرت حق المتهم الذي حبس حبسا مؤقتا غير مبرر خلال متابعة جزائية، إذا لحقه ضررا ثابتا، و أنشأ لذلك لجنة تعويضات، يقع على عاتق خزينة الدولة الوفاء بها.[34]

خـاتـمـة

و ختاما يمكن القول أن الحق في البراءة حق مقدس من الحقوق الأساسية للفرد أثناء الإجراءات الخاصة بالمتابعات الجزائية الرامية إلى اقتضاء الدولة لحق العقاب من خلال ممارسة الدعوى العمومية، و التي توجب أن يتم خلالها صون كرامة الفرد المتهم و الحفاظ على حقه في الحرية ما لم يصدر بشأنها حكم قضائي عن جهة مختصة وفق إجراءات قانونية، تعبيرا عن الحق في المحاكمة العادلة و المنصفة طبقا لمقتضيات الشرعية الجزائية، غير أنه و إن حدث أن دعت مقتضيات التحقيق و ضرورات كشف الحقيقة و البحث عن العدالة تقييد هذه الحرية مؤقتا بموجب إصدار أمر يتضمن حبسه مؤقتا توجب أن يكون الملاذ الأخير من بين التدابير الممنوحة لسلطات التحقيق للحفاظ على أدلة الجريمة وملابساتها، و أن لا يلجأ إليه بإفراط مما يجعله قاعدة عامة في حين انه و طبقا للقانون يشكل الاستثناء، كما توجب على الجهة المصدرة له العدول عنه متى زال سببه دونما استحياء من الرجوع إلى الحق و الأصل و هو الحق في البراءة و صون الحرية الفردية بدلا من احتجازها و تقييدها، إلا أنه و في حقيقة الواقع و بداعي الإنصاف و الحياد كان لزاما من الاعتراف لنظام الحبس المؤقت بنجاعته أحيانا في الجرائم الخطيرة التي تروع أمن المجتمع و تؤثر في انطباعه و مزاجه العام، بحيث لا يمكن أن نجعل من افتراض الحق في البراءة أمرا مطلقا بحيث يكون للفرد نوع من السمو تحت ذريعته على القوانين و المجتمع يفعل ما يشاء مبررا عدم قيد حريته بهذا المبدأ، و منه توجب التوفيق بين مبدأ الحق في البراءة لصالح حريات الأفراد و تطبيق نظام الحبس المؤقت لصالح المجتمع و الدولة و لا يكون ذلك إلا من خلال تطبيقاتهما من خلال قضاء مستقل و محايد و محترف قبل كل ذلك.

هوامش البحث:

1/ الإمام أبو زهرة، الجريمة و العقوبة في الفقه الإسلامي- الجريمة، دار الفكر العربي، ص 21.

2/ المادة الأولى من الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 8 يونيو 1966 يتضمن قانون العقوبات الجزائري:" لا جريمة و لا عقوبة أو تدابير امن بغير قانون". و المادة 111-2 من الكاتب الأول من قانون العقوبات الفرنسي: « La loi détermine les crimes et les délits et fixe les peines applicables a leurs auteurs… »

3/ أحمد فتحي سرور، الوسيط في الإجراءات الجنائية – الكتاب الأول، دار النهضة العربية، القاهرة، طبعة 2016، ص 123.

4/ الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر عن هيئة الأمم المتحدة في العاشر ديسمبر 1948 في المادة 11-1 منه:" كل شخص متهم بجريمة يفترض أنه بريء إلى أن يثبت ارتكابه لها قانونا في محاكمة علنية تكون قد وفرت له فيها جميع الضمانات اللازمة للدفاع عن نفسه".

5/ هناك من التشريعات الإجرائية من فصلت بين جهة التحقيق و الاتهام مثل التشريع الفرنسي و التشريع الجزائري، زو أسندت مهمة التحقيق لقاضي التحقيق كأول درجة و غرفة الاتهام او غرفة التحقيق كما يسميها المشرع الفرنسي كثاني درجة، بنما هناك تشريعات اخرى جمعت بين سلطة التحقيق و الاتهام و جعلت من بين سلطات النيابة العامة الرئيسية التحقيق في الجرائم، و مثال ذلك المشرع المصري الذي خول للنيابة العامة تحقيق الجرائم و الأمر بالإجراءات التحفظية و المؤقتة.

6/ المادة 38 من قانون الإجراءات الجزائية الجزائري:" تناط بقاضي التحقيق إجراءات البحث و التحري و لا يجوز له أن يشترك في الحكم في قضايا نظرها بصفته قاضيا للتحقيق و إلا كان الحكم باطلا. و له في سبيل مباشرة مهام وظيفته أن يستعين مباشرة بالقوة العمومية. و يختص بالتحقيق في الحادث بناء على طلب من وكيل الجمهورية أو شكوى مصحوبة بادعاء مدني ...".

7/ طبقا للتشريع الفرنسي فإن قاضي التحقيق يمكنه أن يصدر أمرا بإحالة المتهم مباشرة على محكمة الجنايات في مواد الجنايات دون اللجوء إلى إجراءات إرسال المستندات إلى النائب العام الذي يحيل الملف على غرفة الاتهام التي تصدر قرار الإحالة على محكمة الجنايات كما هو معمول به في التشريع الجزائري، و بذلك يلاحظ أن المشرع الفرنسي عدل عن إجراء إرسال المستندات.

8/ عاطف النقيب، أصول المحاكمات الجزائية- دراسة مقارنة، دار المنشورات الحقوقية، الدكوانة، ال طبعة الأولى 1993، ص 527.

9/ عبد الرحمان خلفي، الإجراءات الجزائية في التشريع الجزائري و المقارن، دار بلقيس، الجزائر، الطبعة الثالثة، 2017، ص 382.

10/ هشام عبد الحميد الجميلي، الوافي في التحقيق الجنائي و أعمال النيابة العامة من الوجهة العملية، نادي القضاة، القاهرة، طبعة 2015، ص 381.

11/ مأمون محمد سلامة، الإجراءات الجنائية في التشريع المصري، الجزء الأول، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005،649.

12/ أحمد فتحي سرور، المرجع السابق، ص 1058.

13/ Art. 144 PPF, Code de Procédure Pénale, 51°eme Edition, Dalloz, Edition 2010, P 430.

14/ الأمر رقم 15-02 مؤرخ في 7 شوال عام 1436 الموافق 23 يوليو سنة 2015، يعدل و يتمم الأمر رقم 66-155 المتضمن قانون الإجراءات الجزائية، الصادر في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الصادرة بتاريخ 7 شوال عام 1436 الموافق 23 يوليو سنة 2015، العدد 40، الصفحة 28.

15/ التحقيق في المواد المخالفات جوازي إذا طلبه وكيل الجمهورية من قاضي التحقيق بناء على طلب افتتاحي، و ذلك ما نصت عليه المادة 66 من قانون الإجراءات الجزائية الجزائري.

16/ و ذلك سعيا من المشرع الفرنسي إلى الاتجاه إلى التخلي تدريجيا عن نظام قاضي التحقيق، الذي رأى كثير من الفقه أنه نظام غير مجدي، كونه يبث في الدعوى بموجب إجراءات خطيرة تمس حرمة الحياة الخاصة و هو يعتنق فكرة الاتهام و متأثرا بضرورات التحقيق، و اقترح أن يحل محله قاضي مهمته مراقبة التحقيق الذي تجريه النيابة العامة، و تبقى صلاحيات الحبس المؤقت في يد قاضي الحريات و الحبس. راجع في ذلك: أحمد فتحي سرور، المرجع السابق، ص 876.

17/ المادة 125 مكرر من قانون الإجراءات الجزائية الجزائري.

18/ وعدي سليمان علي المزوري، ضمانات المتهم في الدعوى الجزائية، دار الحامد للنشر و التوزيع، عمان، الطبعة الأولى، 2009، ص 49.

19/ و من مظاهر الشرعية الجزائية أن قانون الإجراءات الجزائية إذا خالفت قواعده هذا المبدأ – الشرعية الجزائية – فإن جزاؤه عدم الدستورية، و من ذلك ما قضت به المحكمة الدستورية العليا خلال فحصها مدى دستورية النص المتعلق بعدم نقل عبء الإثبات على عاتق المتهم، و قضت بأن عبء الإثبات يظل على عاتق النيابة العامة دوما، و يكون للمتهم الحق في دحض هذه الأدلة، و بالتالي فإن النص لم يخاف المادة 77 من دستور سنة 2012 المتعلق بالمحاكمة العادلة و المنصفة، قرار المحكمة الدستورية العليا المصرية بتاريخ: 12 ماي 2013. راجع في ذلك: أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية، المرجع السابق، طبعة 2016، ص 131.

20/ أحمد فتحي سرور، الشرعية و الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1977، ص 105.

21/ أحمد فتحي سرور، المرجع السابق، ص 133.

22/ شنة زواوي، الحماية القانونية لقرينة البراءة – دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة سيدي بلعباس، السنة الجامعية 2011-2012، ص 08.

23/ المادة 1/90 من القانون المدني الفرنسي المعدلة بموجب القانون المؤرخ في 15 جوان 2000، التي نصت في فقرتها الأولى على أن لكل شخص الحق في احترام قرينة براءته، و في الفقرة الثانية قررت حقه غي التعويض عن التعدي عليها.

24// عبده جميل غصوب، الوجيز في قانون الإجراءات الجزائية- دراسة مقارنة، المؤسسة الجامعية للدراسات و للنشر و التوزيع، بيروت، الطبعة الأولى، 2011، ص 15.

25/ نقض 25 يناير 1965، مجموعة الأحكام للسنة القضائية 16، رقم 21، ص 38. و نقض 15 فبراير سنة 1984، السنة 35، رقم 31، ص 153.

26/ Karel Vasak, La convention européenne des droit du l'homme, Paris, 1964.

27/ زروقي عاسية،

28/ عبده جميل غصوب، المرجع السابق، ص 55.

29/ راجع في ذلك الأمر رقم 15-02 المؤرخ في 23 جويلية 2015 يعدل و يتمم الأمر رقم 66-155 المتضمن قانون الإجراءات الجزائية القسم السابع المتضمن الحبس المؤقت من الباب الثالث المتضمن جهات التحقيق من المادة 123 و ما يليها.

30/ المادة 192 فقرة 01 من قانون الإجراءات الجزائية بموجب القانون رقم 01-08 المؤرخ في 26 جوان 2001:" إذا كانت غرفة الاتهام قد فصلت في استئناف مرفوع عن أمر صادر من قاضي التحقيق في موضوع حبس المتهم مؤقتا فسواء أيدت القرار أم ألغته و أمرت بالإفراج عن المتهم أو باستمرار حبسه أو أصدرت أمرا بإيداعه السجن أو القبض عليه فعلى النائب العام إعادة الملف بغير تمهل إلى قاضي التحقيق بعد العمل على تنفيذ الحكم ...".

31/ المادة 170 من قانون الإجراءات الجزائية:" لوكيل الجمهورية الحق في أن يستأنف أمام غرفة الاتهام جميع أوامر قاضي التحقيق. و يكون هذا الاستئناف بتقرير قلم كتاب المحكمة و يجب أن يرفع في ثلاثة 03 أيام من تاريخ صدور الأمر".

32/ قاضي الحريات و الحبس في التشريع الفرنسي هو قاض يختص بإجراءات الحبس المؤقتة و ما يتعلق بها، و هو قاض حكم برتبة رئيس محكمة أو نائب اول له، يعين من قبل رئيس المحكمة الابتدائية، و لا يجوز له أن ينظر قضايا في الحكم سبق أن نظرها في موضوع الحبس و الحريات.

33/ المادة 125 مكرر1 المستحدثة بموجب الأمر رقم 15-02 في الفقرة 03:" يمكن لقاضي التحقيق أن يأمر باتخاذ ترتيبات من أجل المراقبة الإلكترونية للتحقق من مدى التزام المتهم بالتدابير المذكورة في 1و2 6 و 9 و10 أعلاه..." و التدابير المذكورة تتعلق بالرقابة القضائية.

34/ إقرار المشرع بمبدأ التعويض عن الحبس المؤقت غير المبرر الذي رتب أضرارا للمحبوس يعد بمثابة اعتراف منه بقسوة الإجراء و تناقضه مع الحريات و الحقوق الفردية، و اعتراف ببعض التجاوزات التي يمكنها أن تحدث بمناسبة تطبيق هذا النظام الخطير الذي يقيد الحرية قبل المحاكمة.

قراءة قانونية بخصوص الرسم الصحي على اللحوم .

إثراء للجباية المحلية، أم تضخيم للمنظومة التشريعية ؟.

الإسم : مفتاح

اللقب : عبد الجليل

الدرجة العلمية : طالب دكتوراه

المؤسسة : جامعة البليدة 2 علي لونيسي – كلية الحقوق و العلوم السياسية- مخبر القانون و العقار.

البريد الالكتروني :meftahabdeldjallil1@gmail.com

قراءة قانونية بخصوص الرسم الصحي على اللحوم .

إثراء للجباية المحلية، أم تضخيم للمنظومة التشريعية ؟.

من إعداد مفتاح عبد الجليل

جامعة البليدة 2.

ملخص :

تعتبر الجباية المحلية الشغل الشاغل للدولة في الوقت الحالي الذي يعرف تراجعا في أسعار البترول مما أدى إلى تراجع عائدات الجباية البترولية التي تعتبر المورد الاساسي لميزانية الدولة الامر الذي انعكس سلبا على ميزانيات البلديات في الجزائر و التي كانت تتغذي بطريقة غير مباشرة من تلك العائدات البترولية دون مبالاتها بمصادر تمويلها الذاتية و التي تعتلي صدارتها مداخيل الضرائب و الرسوم المخصصة لها .

إن المنظومة التشريعية الخاصة بالجباية المحلية في الجزائر تتسع ل 23 ضريبة و رسم منها ما هو مخصص كليا إلى ميزانية البلدية، ومنها ما هو مخصص جزئيا لها.

و يعتبر الرسم الصحي على اللحوم من بين الرسوم العائدة كليا إلى ميزانية البلديات بمنظار المشرع ، و الذي نضمه في 23 مادة قانونية ابتداء من المادة 446 إلى غاية المادة 468 من قانون الضرائب غير المباشرة ،لكن الواقع يثبت أنه ليس للبلديات من عائدات ذات الرسم إلا الاسم (الرسم الصحي على اللحوم) بدون جدوى المداخيل وهذا راجع لعدة أسباب على رأسها التشريع المتضمن ذات الرسم .

من خلال هذه الورقة البحثية نود التطرق إلى مدى فاعلية الرسم الصحي على اللحوم في ميزانية البلديات في الجزائر عن طريق الوقوف على طبيعته

القانونية ،و كذا دوره في إثراء ميزانية البلدية ، و أهم الاختلالات التي

تواجه تطبيق الرسم حتى يؤدي دوره كما أراده له المشرع لإثراء ميزانية البلديات في الجزائر .

الكلمات المفتاحية :

الضرائب غير المباشرة (Impôts indirects)، الرسم (taxe)، الرسم الصحي على اللحوم (Taxe sanitaire sur la viande)، الجباية المحلية (fiscalité locale)، ميزانية البلدية (communale budget)

Résumé

La perception des impôts locaux est actuellement la principale préoccupation de l'État. On parle de baisse des prix du pétrole, ce qui a entraîné une baisse des recettes provenant des recettes pétrolières, principale ressource du budget de l'État, ce qui a eu un impact négatif sur les budgets des municipalités en Algérie,

qui se nourrissaient indirectement à partir de ces recettes pétrolières. Avec ses propres sources de

financement, qui sont en tête des recettes fiscales et des frais qui leur sont alloués.

Le système législatif pour la collecte locale en Algérie se compose de 23 taxes et impôts, qui sont entièrement imputés au budget municipal, y compris en partie.

La taxe sanitaire sur la viande est l'un des droits qui appartiennent entièrement au budget des municipalités aux yeux du législateur, que nous incluons dans 23 articles juridiques allant de l'article 446 à l'article 468 de la loi sur les impôts indirects. Mais la réalité prouve que les municipalités n’ont pas le produit de la taxe sauf le nom (taxe de sanitaire sur la viande) sans bénéfice de revenu, et ce pour plusieurs raisons, notamment la législation relative à la même taxe.

Dans cet article, nous voudrions discuter de l'efficacité du schéma de la taxe sanitaire sur la viande dans budget de municipalités algériennes en
Précisant sa nature juridique et son rôle dans l'enrichissement du budget de la municipalité, ainsi que les principaux déséquilibres qui affectent l'application du dessin jusqu'à ce qu'elle remplisse son rôle comme elle le souhaitait. Législateur pour enrichir le budget municipal en Algérie.

مقدمة :

يعد ذبح الحيوانات لغرض الاستهلاك من تشريع ديننا الاسلامي الحنيف وهذا مصداقا لقوله تعالى في سورة المائدة : "حرمت عليكم الميتة و الدم ولحم الخنزير و ما أهل لغير الله به و المنخنقة و الموقوذة والمتردية والنطيحة وما أكل السبع إلا ما ذكيتم و ما ذبح على النصب و أن تستقسموا بالأزلام ذلكم فسق، اليوم يئس الذين كفروا من دينكم فلا تخشوهم و اخشون اليوم أكملت لكم

دينكم و اتممت عليكم نعمتي و رضيت لكم الاسلام دينا ، فمن اضطر في مخمصة غير متجانف لاثم فإن الله غفور رحيم" الآية .

أما في التشريع الوضعي فتم سن تشريعات و قوانين توافق الشرع وهذا حفاضا حلى السيرورة الحسنة لعملية ذبح الحيوانات في إطار منظم يحمي كل من المنتج و المستهلك في نفس الوقت ويحمي الثروة الحيوانية نفسها.

و من المعلوم أن الرسوم الجبائية هي مبالغ محددة قانونا يدفعها المواطن لغرض استفادته من خدمة عمومية ،و تعد عمليات ذبح الحيوانات في إطار منظم من قبيلها.

وما دام أن عملية ذبح الحيوانات المخصصة للاستهلاك بمختلف أنواعها تعد من قبيل الاعمال المنظمة بمقتضى القانون ، و تخضع لإجراءات قانونية إلزامية تضفي عليها المشروعية ،التي تمكنها من أن تصبح موجهة للاستهلاك من طرف الجمهور ومحمية من سائر تبعات كل أشكال الرقابة التي قد تطالها في كل وقت من الاوقات.

وكمقابل للخدمات المتعلقة بالذبح تم استحداث رسم جبائي يسمى بالرسم الصحي على اللحوم[1]، و هو من قبيل الرسوم المحلية المخصصة لفائدة ميزانية البلديات كون أن هذه العملية من أكثر العمليات المتداولة عبر الاقليم الوطني ما دام الاسلام دين الدولة بمقتضى نص الدستور الجزائري[2] . يرجى أن يكون هذا الرسم من أهم الرسوم التي من شأنها إثراء ميزانية البلديات إذا تم التكفل بها على أحسن ما يرام، والعكس صحيح . ولهذا فإن موضوع دراستنا سيكون حول دور هذا الرسم في التشريع الجبائي الجزائري من خلال طرح الاشكال الاتي :

ما مدى فاعلية الرسم الصحي على اللحوم ، و ما تأثيره في ميزانية البلدية ؟.

1- الرسم الصحي على اللحوم:

يعد الرسم الصحي على اللحوم ضريبة غير مباشرة يحصل لفائدة البلديات[3] تم استحداثه بموجب قانون الضرائب المباشرة و الرسوم المماثلة يخضع له ذبح الحيوانات من قبيل الخيليات و الجمليات والبقريات و الضأنيات والعنزيات [4].

لقد نصت المادة 446 من قانون الضرائب غير المباشرة على أن ذبح الحيوانات المبينة أدناه يخضع لرسم مخصص لفائدة البلديات ضمن الاشكال و تبعا للكيفيات المحددة كالاتي :

- الخيليات : الحصان و الفرس و البغل و البغلة و العير و الحمار و الأتان و العير الفحل .
- الجمليات : الجمل و الناقة و الفصيل .
- البقريات :الثور المخصي و الثور الفحل و البقرة و العجل و العجل الصغير و العجلة .
- الضأنيات : الكبش الفحل و الضأن و النعجة و الخروف الرضيع .
- العنزيات : التيس و الماعز والجدي [5].

من خلال استقراءنا لمحتوى المادة 446 من قانون الضرائب غير المباشرة المذكورة أعلاه نلاحظ أن المشرع صنف الحيوانات محل الذبح و المعنية بفرض الرسم عليها عند كل عملية ذبح بغض النظر عن مكان ذبحها ، إلا أن الامر الذي نراه غير طبيعي في تشريع ذات المادة هو صدارة المادة المذكورة عند تحديدها لفئة الحيوانات المعنية بالذبح و المتمثل في فئة الخيليات .

صحيح أن الخيليات (الحصان ، الفرس ، المهر) تصح لأن تكون محلا للذبح و استهلاك لحمها لا يشوبه أي مانع شرعي أو قانوني ، إلا أن ذبح الحمير والبغال بمختلف فصائلها يحتل صدارة الحيوانات القابلة لعملية الذبح بمقتضى ذات المادة ما استوقفنا عند مبتغى النص مع العلم أن عملية ذبح هذه الحيوانات يكاد ينعدم إن لم نقل أنه منعدم تماما ، و من هذا نرى أنه لا يمكن بأي حال من الاحوال جعله صدارة الحيوانات المعنية بعملية الذبح كون أن الاجدر لاحتلال صدارة الحيوانات المعنية بالذبح هو الضأنيات ، العنزيات ، ثم البقريات ، بحكم

أنها الحيوانات الاكثر عرضة للذبح ،والاكثر انتاجا للحوم المستهلكة في المجتمع ،أما بالنسبة للخيليات و غيرها اللائق بها أن تكون في آخر النص كون أن عملية ذبحها و كذا استهلاك لحمها يبقى استثناء يستوجب إجراءات خاصة وفي حالة دعت الضرورة لذبحها، أو في حالة استعمالها لغرض الاستهلاك الحيواني ، أو في ظل احترام الاديان بالنسبة لاستهلاك الاجانب غير المسلمين للحوم .

و بهذا نرى أن صياغة ذات المادة تحتاج إلى إعادة النظر حتى تكون تشريعا مبني على معطيات واقعية مجدية لذات الرسم.

2 – المكلفين بدفع الرسم :

يدفع الرسم من قبل مالك اللحم عند الذبح ،

أو من قبل التاجر بالتضامن مع مالك اللحم إذا تم الذبح بواسطة التاجر.[6]

و من خلال نص المادة 447 من قانون الضرائب غير المباشرة نلاحظ أن المشرع حدد المكلفين بدفع الرسم على سبيل الحصر. مالك اللحم إذا قام بالذبح بنفسه ،أو مالك اللحم بالتضامن مع التاجر إذا تم الذبح بواسطة هذا الأخير بغض النظر على الطبيعة القانونية للمكلفين من حيث أنهما أشخاص طبيعيين أو معنويين .وهذا ما يحسب لصالح المشرع في تحديده اللازم للمكلفين حتى لا يوسع من دائرتهم و بالتالي يصعب تحصيل ذات الرسم .

لكنه و بالنظر إلى ذات المادة يستشف أن جميع عمليات الذبح سواء تمت في المذابح العمومية أو خارجها معنية بدفع الرسم، وهذا ما ساقنا إلى نص المادة 84 من القانون 88-08 المتضمن قانون الطب البيطري و حماية الصحة الحيوانية والتي نصت على أنه:" يمنع منعا باتا ذبح الحيوانات الصالحة للقصابة إذا تمت خارج المذابح أو الاماكن التي تعينها السلطات المحلية لهذا الغرض"[7].

لذلك و بمقاربة نص المادة 447 من قانون الضرائب غير المباشرة المذكورة أعلاه إلى نص المادة 84 من القانون 88-08 نلاحظ أن النص الاول حدد المكلفين بدفع الرسم و لم يتضمن تحديد مكان الذبح، وفي هذا إشارة إلى أن الذبح لا يقتصر على المذابح العمومية بل في أي مكان آخر مثل البيوت مادام أن المكلف قام بالتصريح بغية دفع الرسم وفي هذا حماية قانونية لتحصيل الرسم ،أما النص الثاني فمنع الذبح خارج المذابح العمومية و الاماكن المرخصة للذبح من قبل السلطات المحلية وفي هذا حماية قانونية للصحة العمومية ، الامر الذي يشكل تضارب قانوني بين مضمون قانون الضرائب المباشرة و الرسوم المماثلة و قانون الطب البيطري وحماية الصحة الحيوانية.

إن تطبيق نص المادة 447 من قانون الضرائب غير المباشرة يستوجب آليات رقابية من طرف إدارة الضرائب تقوم بمراقبة كل عمليات الذبح اليومية أينما تمت وهذا لغرض تحصيل ذات الرسم، إلا أن الواقع يثبت عكس مبتغى المادة حيث أن الاليات المتاحة لضمان الحرص

على ذبح الحيوانات لم تعد مجدية حتى في مجال ذبح الحيوانات القاصبة المخصص للبيع وهذا من خلال حصيلة الرسم المسجلة في ميزانية البلديات التي نرى أن معظمها لا تأبه بتسجيل أي مبلغ لهذا الرسم سوى اسمه في مدونة ميزانيتها، فما بالك بمراقبة عمليات الذبح خارج المذابح أي في البيوت و التي تعد من قبيل العمليات العادية و الروتينية في المجتمع الجزائري في ظل انعدم احصاء الثروة الحيوانية و تنظيم آليات بيعها وانتقال ملكيتها ....الخ ، وبهذا يبقى النص حبرا على ورق محسوب على ميزانية البلدية دون جدوى .

و في جانب آخر متعلق بعملية الرقابة للمصالح التقنية التابعة لمصالح التجارة و المتمثلة في لجان الرقابة و حماية المستهلك نصت المادة 11 من القانون 09-03 على أنه : "يجب أن يلب كل منتوج معروض للاستهلاك الرغبات المشروعة للمستهلك من حيث طبيعته وصنفه و منشئه ومميزاته الأساسية و تركيبته ونسبة مقوماته اللازمة وهويته وكمياته وقابليته للاستعمال و الأخطار الناجمة عن استعماله كما يجب

أن يستجيب المنتوج للرغبات المشروعة للمستهلك من حيث مصدره و النتائج المرجوة منه و المميزات التنظيمية من ناحية تغليفه وتاريخ صنعه والتاريخ الاقصى لاستهلاكه وكيفية استعماله و شروط حفظه والاحتياطات المتعلقة بذلك و الرقابة التي أجريت عليه [8].

إن الغرض من القيام بعمليات الرقابة من طرف فرق مصالح مديريات التجارة هو حماية المستهلك بالدرجة الاولى وقمع الغش، وهو في ذات الوقت اجراء وقائي تقوم به ذات المصالح التي يناط بها كشف الغش عن طريق اجراء عمليات المطابقة و التي عرفها المشرع من خلال نص المادة 5 من القانون 88-08 على أنها :" استجابة كل منتوج موضوع للاستهلاك للشروط المتضمنة في اللوائح الفنية ، وللمتطلبات الصحية والبيئية و السلامة والأمن الخاصة به ".

و يترتب عن مخالفة نص المادة 84 من القانون 88-08 المذكورة آنفا و المتعلقة بعملية الذبح العشوائي خارج الاماكن المخصصة له بمقتضى النص العقوبات التي نص عليها القانون و المتمثلة في

مصادرة اللحم المعروض للاستهلاك واخضاع عينات منه للتحليل المخبري للتأكد من سلامته وفي حالة عدم مطابقة المنتوج يتم حجزه بغرض تغيير اتجاهه ،أو إعادة توجيهه ،أو اتلافه دون الاخلال بالمتابعة الجزائية المنصوص عليها في أحكام هذا القانون[9] .

– إن تغيير اتجاه المنتوج (اللحم) عند مصادرته لأي سبب من الاسباب و بحجة عدم مطابقته ، وفي حالة ثبوت صلاحيته يتم إرساله إلى هيئات ذات منفعة عامة (الجمعيات الخيرية المعتمدة ، دور العجزة ، مراكز الطفولة المسعفة ...الخ)لاستعماله لغرض مباشر وشرعي ، أو اعادة توجيهه بإرساله إلى هيئة لاستعماله لغرض شرعي بعد تحويله، و تعد كل هذه الاجراءات من قبيل الجزاءات المترتبة على عدم احترام اجراءات ذبح الحيوانات المنصوص عليها قانونا ، لكن إذا كانت هذه الاخيرة إجراءات لغرض حماية المستهلك دون الرسم الصحي ، فما مصير الرسم الصحي على هذه اللحوم في حالات المصادرة بحجة عدم مطابقة الاجراءات الخاصة بالذبح؟! ، لا سيما و أن المشرع لم يبين في

هذه الحالة كيفية تحصيل الرسم و من المكلف بدفع هذا الرسم الصحي و لا كيفية إخطار الجهات المعنية بتحصيل ذات الرسم عند مصادرة اللحوم وتغيير وجهتها إما للاستهلاك المباشر للمنفعة العامة أو إعادة التحويل واستعمالها لغرض شرعي، أو حتى اتلافها في حالة عدم المطابقة دون الاخلال بالمخالفات والعقوبات المنصوص عليها بمقتضى نص المادة 68 من القانون 09-03[10] و ما يليها بدون ذكر مصير الرسم الصحي وبذلك يبقى بدون فاعلية حبرا على ورق مرة أخرى .

3- وعاء الرسم الصحي على الذبح:

لقد نصت المادة 448 من قانون الرائب غير المباشرة على كيفية تحديد وعاء هذا الرسم و الذي يفرض على الوزن الصافي للحيوانات المذبوحة إلا ما أستثني منها بمقتضى النص و المتمثل في عملية الذبح الناتجة عن تطبيق أمر

صادر عن الجهات المخولة قانونا و المتمثلة في البياطرة الصحيين في حالة وجود خطر يهدد الصحة العمومية[11].

إن الوزن الصافي الذي يتخذ أساسا لحساب الرسم في المذابح التي يتم وزن الحيوانات فيها قبل الذبح فقط يحدد بتطبيق النسب المئوية الاتية على الوزن الحي كالتي :50%عن الضأنيات و الخيليات و الجمليات ، 50% عن الثيران المخصية و الثيران و الفحول ، 55% عن العجول.

أما بالنسبة إلى الوزن الصافي الخاضع للضريبة في القرى التي لا توجد بها مذابح أو وسائل للوزن فيحدد ذات الرسم عن طريق الاوزان المتوسطة التالية:

البقريات غير العجول ب 120 كغ ، العجول 44 كغ ،الضأنيات و العنزيات ب 12 كغ، الخيليات الاخرى غير الحمير 110كغ ، الحمير ب 30 كغ أما الجمليات فيحدد وزنها في هذه الحالة ب 110 كغ .

من خلال ما تطرقنا إليه أعلاه بخصوص منع عملية الذبح خارج المذابح بمقتضى نص المادة 84 من القانون 88-08 ، و بالنظر إلى ما نصت عليه

المادة 451 من قانون الضرائب غير المباشرة نلاحظ أن ذات المادة تحمل تناقضا قانونيا صريحا لسابقتها المادة 84 من القانون 88-08 على النحو التالي :

فالمادة 88 من القانون 88-08 تمنع الذبح خارج المذابح بينما تنص المادة 451 من قانون الضرائب غير المباشرة على كيفية تحديد الوزن الخاضع للرسم في حالة ما إذا تم الذبح في أماكن لا تتوفر على المذابح وهذا ما نراه تناقضا بين النصين، فالأول يمنع الذبح خارج المذابح، أما الثاني فيفرض الرسم على الذبح خارج المذابح. وبذلك يعطيه صبغة قانونية و من ثم فأي القانونين واجب التطبيق . وما مصير ذات الرسم عند تضارب القوانين ؟

4- مبلغ الرسم :

تحدد تعرفة الرسم على اللحوم الطازجة من مصادرها حسب فئة الحيوانات المذكورة أعلاه ب 10 دج للكيلوغرام [12].

من خلال استقراءنا تعرفة الرسم نرى أن المشرع ساوى بين جميع الحيوانات المعرضة للذبح التي يفرض على عملية ذبحها الرسم الصحي على اللحوم وهذا ما نراه إجراء غير منطقي حين يساوي عملية الذبح المشروعة للحيوانات بعملية ذبح الحيوانات المحرمة التي تكون في الاصل استثناء لعمليات الذبح المرخص بها مع اخضاعها لشروط واجراءات وتوجيهات خاصة كأن تخضع لرسم ذو مبلغ مضاعف مقارنة بعملية الذبح العادية و التي تستهدف الحيوانات الحلال شرعا .

يعد هذا الرسم من قبيل الرسوم التصريحية ، حيث يتولى مالك اللحم أو تاجر تقديم تصريح إلى قابض الضرائب المختلفة المختص إقليميا خلال 24 ساعة أين يسدد مبلغ الرسم الواجب الاداء [13].

إن المشرع من خلال نص المادة 455 من قانون الضرائب غير المباشرة ألزم المكلف بتقديم تصريح إلى إدارة الضرائب المختصة إقليميا خلال 24 ساعة أين يسدد مبلغ الرسم لكننا نرى أن الواقع يثبت انعدام الاليات القانونية و حتى

المادية للقيام بهذا التصريح و المتمثلة في بعد المسافة بين مكان تواجد المكلفين و إدارة الضرائب في ظل انعدام قباضات الضرائب عبر بلديات الوطن إلا ما كان منها مقرا للولاية أو الدائرة بمقتضى التنظيم الهيكلي لإدارة الضرائب خاصة في مناطق الجنوب أين تزيد تتباعد المسافات مع انعدام و قلة وسائل النقل ، فضلا عن ضآلة قيمة الرسم محل التصريح ، ومن هنا نرى أنه لا فاعلية لعملية التصريح بالذبح في ضل الواقع المعاش وبهذا يكون ذات النص باق خام على أصله بين ثنايا أوراق المنظومة التشريعية .

5- تحديد تعرفة الرسم :

لقد حددت تعرفة الرسم الصحي على الذبح ب 10 دج للكغ عن اللحوم الطازجة أو المبردة أو المطبوخة أو المملحة أو المصنعة التي مصدرها الحيوانات الاتية : الخيول ، الابل ،الماعز، الأغنام ،البقر[14] .

من خلال تطرقنا لدراسة ذات المادة المتعلقة بتحديد تعرفة الرسم الصحي على اللحوم لاحظنا أن المشرع جعل قيمة واحدة للرسم الصحي على اللحوم تسري

على جميل الحيوانات القابلة للذبح و المذكورة آنفا بمقتضى نص المادة 446 من قانون الضرائب غير المباشرة ،إلا أن الأمر الذي وددنا التطرق إليه هو غرض المشرع من تفصيل حالات اللحم من طازج و مبرد و مطبوخ .....الخ مادام أن مبلغ الرسم واحد فأين تكمن الفائدة من تلك التفصيل ما دامت عملية الذبح هي العملية التي تستوجب دفع الرسم ومبلغ الرسم ثابت ،أم هناك حالات أخرى يريد المشرع ذكرها مع فرض قيمة للرسم مغايرة للقيمة المحددة بنص المادة 452 من قانون الضرائب غير المباشرة و هذا ما لم نلاحظه في النص المتعلق بتحديد تعرفة هذا الرسم وبالتالي يبقى النص مثقلا بتفصيل لا معنى له غير إثقال المنظومة التشريعية المتعلقة بذات الرسم .

الخاتمة :

من خلال تطرقنا إلى النظام القانوني المتعلق بفرض الرسم الصحي على اللحوم وطرق وآليات تحصيله في المنظومة التشريعية بمختلف مصادرها توصلنا إلى أن الرسم الصحي على اللحوم يصح لأن يكون مصدرا من صادر

الجباية المحلية في الجزائر بامتياز نظرا لضرورة الاستهلاك الواسع للحم من مختلف مصادره الحيوانية ، لكن ما يعاب عنه هو قصر التشريع في تنظيم فرض وتحصيل ذات الرسم كون أن تطابق النصوص التشريعية ضرورة لحماية ذات الرسم لكي تؤدي الغرض الذي شرع من أجله والعكس صحيح في حالة انعدام التكامل بين نصوص المنظومة التشريعية ، بالإضافة إلى أن تشريع ذات الرسم يكون بناء على معطيات اجتماعية واقعية معاشة تراعي خصائص المجتمع الجزائري بصفة عامة و الوسط المحلي بصفة خاصة من حيث استهلاك اللحوم لا بناء على معطيات نظرية لا أثر لها في المجتمع كما رأينا أنفا " ذبح البغل ، البغلة ،الحمار و الاتان " وهذا ما يسجل سلبا على التشريع القانوني لهذا الرسم من الجانب الأدبي، ناهيك عن الجانب الوظيفي لتفعيل نص قانوني الغرض منه إثراء ميزانية البلديات و بالتالي يبقى الرسم الصحي على اللحوم حبيس الادراج بدون جدوى المبتغى يعيق الصحة المالية للبلديات مثقلا كاهل المنظومة التشريعية فالأجدر به إما التطبيق والتفعيل وإلا الحذف

والالغاء ، حتى يكون صحيحا اعتباره مصدرا من مصادر الجباية المحلية وإلا كان عالة على الجباية المحلية و بالأخص ميزانية البلديات في الجزائر .

التوصيات :

من خلال عرض التشريع الخاص بالرسم الصحي على اللحوم ، و لغرض تفعيل تشريعه بغية تحقيق أهداف المشرع المتمثلة في إثراء ميزانية البلديات و كذا المحافظة على النظام العام (الصحة العمومية) نقدم التوصيات التالية :

- إعادة صياغة النص القانوني المتمثل في نص المادة 446 من قانون الضرائب غير المباشرة بما يتلاءم مع الواقع ولا يتعارض مع الشرع .
- ضرورة مراجعة النصوص القانونية بما يتوافق بعضها بالآخر (قانون ض م ر م ، قانون حماية المستهلك وقمع الغش ، القانون المتضمن نشاط الطب البيطري وحماية الصحة الحيوانية).
- إعادة النظر في تحديد وعاء ذات الرسم بما يتماشى وطبيعة المجتمع الجزائري و الامكانات المتواجدة للمصالح المكلفة بتحصيل هذا الرسم

من خلال مراجعة نصوص المواد من 448 الى 451 على التوالي من قانون الضرائب غير المباشرة.

- إعادة النظر في صياغة نص المادة 452 من قانون الضرائب غير المباشرة المتضمنة تعرفة الرسم الصحي والتي تقدر ب 10 دج على اللحوم الطازجة أو المبردة أو المطبوخة أو المملحة أو المصنعة التي مصدرها الحيوانات : الخيول ، الابل ، الماعز ، الاغنام ، البقر .
- إعادة النظر في كيفية التصريح بالذبح من طرف المكلفين بدفع الرسم المنصوص عليه بموجب المادة 455 من قانون الضرائب غير المباشرة .

الإحالات و الهوامش :

[1] المادة 468 من الامر 104/76 ، مؤرخ في 9 ديسمبر 1976 ، يتضمن قانون الضرائب غير المباشرة ، ج ر ج ج د ش ، العدد

[2] المادة رقم 2 من القانون رقم 16-01 ، مؤرخ في 6 مارس 2016 ، المتضمن التعديل الدستوري ، ج ر ج ج د ش ، العدد 14 ، بتاريخ 7 مارس 2016 .

[3] شخار نعيمة ، تحليل و تقييم الجباية المحلية في الجزائر ، مجلة دراسات جبائية، العدد 1، ديسمبر 2012 ، ص 122 .

[4] أنظر المادة 446 من الأمر 76- 104، مؤرخ في 9 ديسمبر 1976، المتضمن قانون الضرائب غير المباشرة المعدل و المتمم.

[5] الأمر 76-104 ، نفس المصدر.

[6] أنظر المادة 447 من الأمر 76-104، المتضمن قانون الضرائب غير المباشرة، نفس المصدر.

[7] المادة رقم 84 من القانون رقم 88- 08، مؤرخ في 26 يناير 1988، يتعلق بنشاطات الطب البيطري وحماية الصحة الحيوانية، ج ر ج ج د ش ، العدد 4 .

[8] القانون 09-03 ، مؤرخ في 25 فبراير 2009 ، يتعلق بحماية المستهلك و قمع الغش ، ج ر ج ج د ش ، العدد 15 .

[9] أنظر المادة 58 من القانون رقم 09-03 ، نفس المصدر .

[10] أنظر المادة 68 من القانون 09-03 ، مصدر سابق

[11] أنظر المادة رقم 448 من الامر 76-104 ، المؤرخ في 9 ديسمير 1976 ، المتضمن قانون الضرائب غير المباشرة ، المعدل و المتمم ، مصدر سابق

[12] أنظر المادة 452 من الأمر 76-104 ، نفس المصدر .

[13] أنظر المادة 455 من الأمر 76-104، نفس المصدر .

[14] أنظر المادة 452 من الامر 76-104 ، مصدر سابق .

قائمة المصادر و المراجع :

- القرآن الكريم.

المصادر القانونية:

- القانون رقم 16-01 ، مؤرخ في 6 مارس 2016 ، المتضمن التعديل الدستوري ، ج ر ج ج د ش ،العدد 14 ، يتاريخ 7 مارس 2016 .

- الأمر رقم 76- 104، مؤرخ في 9 ديسمبر 1976، يتضمن قانون الضرائب غير المباشرة المعدل و المتمم.

- القانون رقم 88-08، مؤرخ في 26 يناير 1988، يتعلق بنشاط الطب البيطري وحماية الصحة الحيوانية، ج ر ج ج د ش، العدد 4، بتاريخ 27 يناير 1988.

- القانون رقم 09-03، مؤرخ في 25 فبراير 2009، يتعلق بحماية المستهلك و قمع الغش، ج ر ج ج د ش، العدد15، مؤرخ في 08 مارس 2009.

- القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 21 فبراير سنة 2009 ، يحدد تنظيم المصالح الخارجية للإدارة الجبائية و صلاحياتها .

المقالات :

- شخار نعيمة ، تحليل و تقييم الجباية المحلية في الجزائر ، مجلة دراسات جبائية، العدد 1، ديسمبر 2012 .

الاسم واللقب: عينونة سعودي.

الدرجة العلمية: السنة الرابعة دكتوراه علوم.

التخصص: نظم ومؤسسات عقابية.

الوظيفة: أستاذة مؤقتة بجامعة الدكتور الطاهر مولاي سعيدة.

المؤسسة: جامعة الدكتور مولاي الطاهر.

البريد الإلكتروني:

MALIKASAOUDI75@GMAIL.COM

عنوان المقال: العمل العقابي في التشريع الجزائري.

الملخص باللغة العربية:

يُعتبر نظام العمل العقابي أحد أهم البرامج الإصلاحية المُتبعة أثناء التنفيذ العقابي، نتيجة للدّور الفعال الذي حققه ومازال يُحققه في إعادة تربية وتأهيل المحكوم عليهم من أجل إعادة إدماجهم اجتماعياً ومهنياً بعد الإفراج. تبعاً للسياسة العقابية الرامية للتفريد العقابي من جهة، والمساهمة في تطوير اقتصاد الدولة من جهة أخرى.

RESUME :

LE SYSTEME DE TRAVAIL PUNITIF EST CONSIDERE COMME L'UN DES REFORME LES PLUS IMPORTANTS ADOPTES LORS DE L'EXECUTION PUNITIVE, EN RAISON DU ROLE EFFICACE QU'IL A JOUER DANS LA REEDUCATION ET LA REHABILITATION DES CONDAMNES, AFIN DE LES REINSERE SOCIALEMENT ET PROFESSIONNELLEMENT APRES LEUR LIBERATION. EN FONCTION DE LA POLITIQUE PUNITIVE VISANT A ISOLER DE MANIERE PUNITIVE D'UNE PART, ET A CONTRIBUER AU DEVELOPPEMENT DE L'ECONOMIE D'ETAT D'AUTRE PART.

المقدمة:

تعتبر المؤسسة العقابية المكان الذي يُودع فيه المحكوم عليهم لتنفيذ عقوبة سالبة للحرية صادرة عن جهة مختصة قانوناً، بغية تأهيلهم سلوكياً ومهنياً وتربوياً ليكونوا أعضاء صالحين في المجتمع.[1] ويُعرفها المشرع الجزائري في القانون 05-04 على أنها "...**هي مكان للحبس تنفد فيه وفقا للقانون العقوبات السالبة للحرية، والأوامر الصادرة عن الجهات القضائية، والإكراه البدني عند الاقتضاء...**[2]

تحتوي المؤسسات العقابية على قوة بشرية هائلة تسعى الدول إلى تجنيد كل إمكانياتها وطاقتها البشرية عن طريق تشغيل المحبوسين طيلة مدة سلب الحرية، من أجل بناء اقتصاد وطني قوي مواكبة في ذلك التطور السريع الذي عرفه العالم في هذا الميدان، فبعدما كان الهدف من العقاب هو الإيلام والزجر والانتقام بحيث يعتبر جزء من العقوبة، أصبح مع تطور السياسة العقابية يهدف إلى إصلاح وتأهيل المحكوم عليهم، ليُصبح بمثابة وظيفة إنسانية واجتماعية هدفها النفع العام للمحبوسين والمجتمع معاً، فهو وسيلة من وسائل إدماج المحبوسين في المجتمع بعد الإفراج عنهم، لذلك وجب استغلال كل الطاقات البشرية التابعة لمختلف القطاعات بما فيها قطاع السجون. وعليه ففيما يتمثل نظام العمل العقابي في التشريع الجزائري؟

نظم المشرع الجزائري نظام العمل العقابي في المواد من 96 إلى 99 من القانون 05_04،[3] واعتبره أحد أهم الأساليب العقابية المتبعة والهادفة إلى تأهيل المحكوم عليهم من أجل إعادة إدماجهم إجتماعياً بعد الإفراج.

لدراسة هذا النظام سنتطرق إلى معرفة ماهية نظام العمل العقابي ضمن المبحث الأول نعالج فيه مفهوم العمل العقابي والأغراض المستهدفة منه، ونخصص المبحث الثاني لأحكام نظام العمل العقابي نعالج فيه شروط وطرق تنظيم العمل العقابي.

المبحث الأول: ماهية نظام العمل العقابي

يخضع المحكوم عليه أثناء التنفيذ العقابي إلى مجموعة من الأساليب العقابية، ويَتبع المشرع الجزائري في ذلك نظام الاحتباس التدريجي للاستفادة من هذه الأنظمة، فيُعد نظام العمل العقابي أحد هذه الأساليب العقابية، بحيث يستفيد المحكوم عليه من هذا النظام في مرحلة لاحقة للأنظمة التمهيدية.

المطلب الأول: مفهوم نظام العمل العقابي

تزامن ظهور العمل العقابي تبعاً للتطور التاريخي للعقاب الجنائي، بحيث مرّ هذا النظام بعدة مراحل مختلفة مواكباً في ذلك التغيرات التي طرأت على التنفيذ العقابي نفسه، هذا ما يجعل أحكام هذا النظام تتغير بتغير أهداف العقوبة.

الفرع الأول: لمحة تاريخية عن نظام العمل العقابي

إن نظام العمل العقابي في العصور القديمة كان يتمثل في الأشغال الشاقة كتكسير الحجارة ورَصْف الطرق وقطع الأشجار[4] وغير ذلك من الأعمال، وكانت أرجل المحكوم عليهم تُقيد بقيود حديدية لمنع هروبهم، هذا بالنسبة للمحكوم عليهم في جرائم جسيمة بعقوبات السجن أو الحبس لمدة طويلة، أما بالنسبة للمحكوم عليهم بالحبس لمدة قصيرة في جرائم بسيطة فيلتزمون بالعمل

بالمؤسسات الحكومية في أعمال أقل جهد، وهذا كله تزامنا مع أغراض العقوبة السالبة للحرية في العصور القديمة، والتي كانت تهدف للإيلام أو التعذيب لتحقيق الردع والانتقام من الجاني.[5]

كانت السجون في القرن السادس عشر تهدف إلى إيواء المتشردين والمتسولين والكسالى، فتُلتزم هذه الفئة بالعمل فأطلق عليها تسمية سجون العمل، وقد عرف هذا النوع من السجون في هولندا وانجلترا فاعتبرت وسيلة لإجبار هؤلاء الاشخاص على العمل، ثم أصبح العمل العقابي عقوبة اضافية إلى جانب العقوبة السالبة للحرية.[6]

أما بتطور السياسة العقابية الحديثة أصبح العمل العقابي يهدف إلى إصلاح وتأهيل المحكوم عليهم، فلم يعد العمل تكملة للعقوبة السالبة للحرية، بل أصبح من واجب الدولة أن تدبر العمل المناسب للمحكوم عليه كحق له في التأهيل، فأصبحت ووظيفة العمل العقابي إنسانية واجتماعية تعود بالنفع على المحبوس والمجتمع معاً، فيُحقق له العديد من المزايا كحقه في الأجر والضمانات الاجتماعية والتعويض عن إصابات العمل ويقع عليه واجب القيام بالعمل مادام في استطاعته أن يؤديه، ولذا يتعرض لجزاء تأديبي إذا أخل بواجب العمل.[7] وقد أكدت مجموعة قواعد الحد الأدنى لمعاملة المساجين في المواد من 71 إلى 76 على الشروط الخاصة للعمل، كما أكدت على هذا النظام عدة مؤتمرات دولية منها مؤتمر بروكسل عام 1837 ومؤتمر لاهاي عام 1950، كلها أوّصت بضرورة العمل العقابي وإلزام الدولة بتنظيمه واعتباره وسيلة لتأهيل المحكوم عليه.

وحسب وجهة رأي الباحث فيجب منح المحكوم عليه حرية اختيار العمل الملائم لمؤهلاته ورغباته، حتى يُساهم من جهة في تأهيله وإصلاحه، ومن جهة أخرى استفادة الدولة والمجتمع من خبرته في هذا العمل.

الفرع الثاني: تعريف العمل العقابي

يقصد بالعمل العقابي تشغيل المحكوم عليهم بعقوبات سالبة للحرية في الأعمال التي تعينها الإدارة العقابية دون توقف ذلك على قبول منهم، ويتم ذلك وفقا للشروط التي تضعها تلك الإدارة دون أن يكون لهم أي حق في الاعتراض على تلك الشروط أو مناقشتها، فهو ليس نشاط مكمل للعقوبة ولا عقوبة اضافية وإنما هو وسيلة أو أسلوب من أساليب المعاملة العقابية يهدف إلى التأهيل والإصلاح.

ينشأ هذا النظام التزام على المحكوم عليه بهذا العمل كغيره من الاساليب العقابية الأخرى، كما يهدف إلى التأهيل، ومن ثم يصبح هذا النظام حق للمحكوم عليه، كما يشكل إلتزام عليه.

أولا: نظام العمل العقابي التزام على المحكوم عليه

يلتزم المحكوم عليه بالعمل العقابي، وترجع الصفة الالزامية له كونه احدى وسائل المعاملة العقابية التي يفرضها القانون فلا يمكنه رفضها، فيتحدد بعدها نوع العمل وأسلوب ووسائل تنفيذه وشروطه، فهو نظام يفرض على جميع المسجونين على اختلاف فئاتهم باستثناء الغير قادرين كالمرضى.

ثانيا: نظام العمل العقابي حق للمحكوم عليه

يبقى المحبوس–بالرغم من العقوبة السالبة للحرية–مواطن كسائر المواطنين يتمتع بجميع الحقوق من بينها الحق في العمل، كما له الحق في التأهيل والإصلاح وهو مغزى السياسة العقابية

الحديثة، فمن حق كل محبوس سلك سبيل الجريمة التمتع بالإصلاح والتأهيل ويتحقق ذلك بالعمل العقابي.

كيّف المشرع الجزائري نظام العمل العقابي على أنه التزام يلتزم به المحكوم عليه لكونه أحد أساليب المعاملة العقابية التي تهدف إلى الاصلاح والتأهيل من أجل إعادة إدماج المحبوسين داخل المجتمع بعد الإفراج، فيصبح المحكوم عليه مؤهلاً قادر على القيام بعمل يمكنه من العيش وسد حاجيته وحاجيات أسرته.[8]

المطلب الثاني: أغراض العمل العقابي

يشكل العمل العقابي أحد أساليب المعاملة العقابية التي تهدف إلى تأهيل المحكوم عليه وإصلاحه، كما تهدف إلى تحقيق أغراض أخرى هي كالتالي:

الفرع الأول: الغرض العقابي

ظهر العمل العقابي مع ظهور العقوبة السالبة للحرية، فقد كان هذا النظام يتسم بالمشقة والقسوة عندما كان الغرض من العقوبة الزجر والانتقام، إذ يُلزمون بأعمال التجديف في السفن وحفر المناجم والعمل في المستعمرات، ومن ثم اعتبر العمل حق خالص للدولة تفرضه إن شاءت، وهو حق لا يقابله التزام في مواجهة المحكوم عليه وبالتالي لا يستحق عنه أجرا.[9]و لهذا اعتبر العمل العقابي وسيلة تكميلية للعقوبة السالبة للحرية، ونتيجة لتطور أغراض ذهبت النظم العقابية الحديثة إلى استبعاد الإيلام من بين أغراض العمل العقابي واقتصاره في العقوبة السالبة للحرية وعدم اعتبار

العمل أحد عناصر العقوبة،[10]فنظام العمل يكفل إعادة تأهيل المحكوم عليه من عدة نواحي، ويساهم في درأ المحكوم عليه عن البطالة والملل ويقيه شر الاضطراب النفسي والعقلي ويرفع معنوياته.

يُعد نظام العمل فرصة للتدريب على حرفة معينة فكلما أجادها وأتقنها كلما حصل على فرص أوسع للعمل الشريف بعد انتهاء عقوبته، وذلك بالقضاء على أهم العوامل التي قد تدفعه للإجرام، فالعمل داخل المؤسسة يساعد المحكوم عليه على الادخار من الأجر الذي يتقاضه، وبتالي الوفاء بالتزاماته الناجمة عن الجرم المرتكب كالغرامات المالية والتعويضات المدنية، وهذا ما يزيل عدة أعباء تلاحقه بعد خروجه من المؤسسة، كما قد يساهم في إقامة مشروع صغير،[11]هذا ما أكد عليه المشرع الجزائري في القانون 05_04، على أن تتولى إدارة المؤسسة العقابية توزيع المكسب المالي للمحبوس على ثلاث حصص متساوية، بحيث تدفع الحصة الأولى كضمان لدفع الغرامات والمصاريف القضائية والاشتراكات القانونية عند الاقتضاء، أما الحصة الثانية فهي قابلة للتصرف تخصص لاقتناء المحبوس حاجاته الشخصية والعائلية، أما الحصة الثالثة فيحتفظ بها كاحتياط تسلم للمحبوس عند الإفراج عنه،[12]فنظام العمل يولد في نفس المحكوم عليه التقدير والاحترام لمعنى الحياة المنظمة والتحكم في توجيه نشاطه، فمن خلال الاعتياد على ممارسة العمل في أوقات معينة والراحة في أوقات أخرى، وهذا ما أكدت عليه مجموعة قواعد الحد الأدنى لمعاملة المسجونين.[13]

الفرع الثاني: الغرض الاقتصادي

يحقق نظام العمل العقابي غرض اقتصادي من خلال تحقيق وزيادة الإنتاج، وبتالي زيادة الربح مما يعود بالفائدة على المؤسسة العقابية ونزلائها على حد السواء، وإن كان لا يشكل هدفاً في حد ذاته، فلا يجوز أن يكون الربح خالياً من هدف التأهيل والإصلاح (الغرض السالف الذكر) خاصة

من ناحية إهمال التكوين والتدريب المهني والاقتصار على الأعمال المتعلقة بالسلع، لأن هذا الأخير يرتكز على تشغيل المحكوم عليهم لأطول وقت في مقابل أجر أقل، وإذا ما تم تغليب الجانب التأهيلي للمحكوم عليهم على الجانب الاقتصادي يجعل من دافعوا الضرائب يتحملون نفقات أناس مجرمون.[14]

أكدت مجموعة قواعد الحد الأدنى لمعاملة المساجين على ذلك، فأكدت على أنه لتحقيق صالح المسجونين وتدريبهم المهني يجب ألا يكون العمل ثانويا بالنسبة للرغبة في تحقيق ربح مالي من صناعة ما في المؤسسة، هذا ما جعل تدمر طائفة من أصحاب المصانع ورجال الأعمال في فرنسا والولايات المتحدة الأمريكية من جراء منافسة منتجات السجون لمنتجاتهم،[15]والحقيقة أن الأخذ بفكرة المنافسة أمر مبالغ فيه، لأنه بالمقارنة بين العملين فنجد فروق واسعة بينهما لا من حيث الخبرة، العمال، الإنتاج...إلخ.

الفرع الثالث: الغرض النظامي

يلعب نظام العمل دور بالغ الأهمية في حفظ النظام داخل المؤسسة العقابية واستقراره، وهذا ما أثبته الواقع من خلال ما شهدته من اضطرابات خطيرة وصلت لحد الفوضى، عندما استجابت الإدارة العقابية في الولايات المتحدة الأمريكية وفرنسا لمطالب أصحاب المصانع بإلغاء العمل العقابي داخل المؤسسات العقابية،[16]وبهذا برز دور العمل في حفظ النظام الداخلي، فالتعطل عن العمل يتيح للمحكوم عليهم فرصة التفكير في الحالة السيئة التي آل إليها_البعد عن الأسرة، قساوة المؤسسة العقابية، سلب حريته وانقطاعه عن المجتمع_هذا ما يؤثر عل الحالة النفسية للمحبوس مما يجعله يتمرد على النظام المطبق بالمؤسسة العقابية، وبتالي يؤثر على الإدارة العقابية بحيث

تصبح منهمكة بالجانب الرقابي لمواجهة التمرد والعصيان داخل المؤسسة العقابية، ويظهر الغرض النظامي للعمل من عدة نواحي:[17]

1_نظام العمل داخل المؤسسة العقابية يحول بين المحكوم عليه وبين الاستجابة لأوهام الفراغ والبطالة والتمرد على أوضاع المؤسسة العقابية.

2_يغرس نظام العمل في نفوس المحكوم عليهم حب النظام مما يفتح أمام المؤسسة العقابية فرص تنفيذ برامجها الإصلاحية والتأهيلية في جو يسوده النظام.

3_هذا النظام يدعم الثقة بين المحكوم عليه والإدارة العقابية مما يجعل التعاون والاحترام المتبادل.

المبحث الثاني: أحكام نظام العمل العقابي

اعتبر المشرع الجزائري نظام العمل العقابي أحد الاساليب العقابية المنتهجة داخل المؤسسة العقابية، وقد نظم أحكامه في المواد من 96 إلى 99 من القانون 05_04.[18]

المطلب الأول: شروط العمل العقابي

إن غرض العمل العقابي في تطور مواكبا غرض العقوبة السالبة للحرية، والتي أصبحت تهدف للتأهيل والإصلاح، وبما أن العمل العقابي أحد الأساليب الرامية لتحقيق ذلك، فلا بد من توافر مجموعة من الشروط التالية.

الفرع الأول: أن يكون العمل العقابي منتجا

لكي يساهم العمل العقابي في بلوغ غرض التأهيل، فلا بد أن يكون منتجا أي له قيمة مادية محسوسة، وإلا لن يساهم في تأهيل المحكوم عليهم، فمن الناحية المعنوية فليس من شأنه ممارسة عمل تافه لمجرد ملأ الفراغ وتأدية عمله مجبرا على ذلك، فحتما سيولد لديه الإذلال والتكاسل والنفور، وينقص من قيمة العمل الشريف، أما إذا كان هذا الجهد المبذول له قيمة وفائدة، فهذا ما ينمي لديه الرغبة في العودة إلى مجتمعه كعضو فعال له فائدة وليس عالة عليه، أما من الناحية المادية فإن تحقيق العمل باعتباره وسيلة لكسب الرزق، الأمر الذي يدفع المحكوم عليه لإتقانه ويتخذه وسيلة للرزق بعد الإفراج،[19]

اعتبر المشرع الجزائري نظام العمل من أهم وسائل إعادة تربية المحبوسين المحكوم عليهم، فثم إنشاء مكتب وطني لأشغال التربية بموجب الأمر رقم 73_17،[20]يهدف إلى تنفيذ كل الأشغال وتقديم كل خدمة بواسطة اليد العاملة الجزائرية في إطار تربية المساجين و ترقيتهم الاجتماعية، كما يساهم في صنع وتسويق كل المواد التقليدية والصناعية التي تنتجها ورشات المؤسسات العقابية.

تشمل إيرادات المكتب على عائد الأشغال والمبيعات والخدمات، وفقا للمواد03 و14 من هذا الأمر، على أن تسلم للمحبوس الذي اكتسب كفاءة مهنية من خلال عمله أثناء قضائه لعقوبته شهادة عمل يوم الإفراج عنه.[21]هذا ما يساهم في إعادة إدماج المحكوم عليه، كما أن المحبوس يتمتع بجميع الحقوق والاستفادة من الضمان الاجتماعي وكذا تحديد ساعات العمل وأيام الراحة الأسبوعية.[22]

بلغ عدد المعينين للعمل بالبيئة المغلقة أكثر من 32136 محبوس خلال سنة 2011. ويتم العمل على مستوى مختلف المرافق و ورشات المؤسسات العقابية مثل: المطبخ، المخبزة، المغسلة، ورشات النجارة و الحدادة، الدهن، التلحيم، النسيج، الميكانيك، لخياطة وغيرها من النشاطات.[23]

الفرع الثاني: أن يكون العمل العقابي متنوعا

يعني أن يكون العمل العقابي على عدة أنواع وفقا لعدة اعتبارات كاختلاف قدرات ومهارات المحكوم عليهم، وكذا ميولهم ورغباتهم، مع الأخذ بعين الاعتبار البيئة التي سوف تستقبلهم بعد الإفراج، فيجب أن تتنوع الأعمال بين زراعية وصناعية من أجل تحقيق الإصلاح والتأهيل للمحكوم عليه مع ضرورة اختيار المحكوم عليه للعمل الملائم ورغباته وميوله وذلك بالاعتماد على ما تقرره لجنة تطبيق العقوبات لأنها أدرى على اتخاذ القرار المناسب وفقا للمعلومات المتوفرة لديها، كما أن هذا التنوع في العمل لابد أن يلائم احتياجات البلاد لكي يتيسر للمحكوم عليه إيجاد وممارسة عمل بعد الإفراج، وبهذا الشكل يتحقق تأهيل المحكوم عليهم مما يجنبهم البطالة بالإضافة إلى ملائمة منتجاتهم لسوق العمل مما يوفر دخلا ماديا وفير.[24]و هذا ما نستخلصه من الأمر 73_17،[25] كأعمال الطبخ والبناء والنجارة والخياطة التصليح الميكانكي ...إلخ.

الفرع الثالث: أن يكون العمل العقابي مماثلا للعمل الحر

يجب أن يكون العمل العقابي مماثل للعمل الحر الذي يمارس خارج المؤسسة العقابية، لأن تحقيق الغاية منه والمتمثلة في الإصلاح والتأهيل لا يتحقق إلا إذا كان مماثل للعمل الحرّ، والتماثل يظهر من حيث وسائله ووسط أدائه وظروف العمل من ساعات وأوقات الراحة والعمل ووسائل

السلامة المهنية، فلا يمكن تدريب المحكوم عليه على عمل يدوي بينما يتم في الخارج بواسطة آلات.[26]

أكدت مجموعة قواعد الحد الأدنى لمعاملة المساجين على ضرورة مماثلة الأعمال داخل المؤسسة العقابية لتلك الأعمال خارج المؤسسة العقابية من أجل إعداد السجناء.[27]وهذا ما يبرز من خلال القانون 05_04 الذي أكد على ضرورة استفادة المحبوس المعين للقيام بعمل ما أو خدمة معينة من أحكام تشريع العمل والحماية الاجتماعية المطبقة على العمال الأحرار ما لم يتعارض ذلك مع وضعه كمحبوس.[28]

تتولى إدارة السجون دفع أقساط الاشتراك التي تتراوح بين 2 بالمائة و7 بالمائة إلى الصندوق الوطني للتأمينات الاجتماعية للتأمين ضد حوادث العمل والأمراض المهنية،[29]ويستفيد المحبوس المرخص بالعمل من يوم راحة في الأسبوع ومن أيام العطل، على أن لا تتعدى مدة العمل اليومي للمحكوم عليه في جميع الأحوال مدة عمل العامل الحرّ، بالإضافة إلى الاستفادة من صندوق الضمان الاجتماعي، طبقا لأحكام القرار الوزاري المتعلق بكيفية استعمال اليد العاملة.[30]

الفرع الرابع: أن يكون العمل العقابي بمقابل

تحقيقا لأغراض العمل العقابي على أكمل وجه، لابد أن يكون لهذا العمل مقابل يتلقاه المحكوم عليه من إدارة المؤسسة العقابية، وهذا لكي لا يشعر النزيل بان الغرض هو الإيلام وبتالي يعزف ولا يتجاوب معه، فهذا المقابل يشعر المحكوم عليه بقيمة عمله وجهده.[31]ثار جدل فقهي[32]حول الطبيعة القانونية لهذا المقابل فيما إذا كان منحة من الدولة أم حق للمحكوم عليه.

ذهب الرأي الأول إلى اعتباره منحة أو مكافأة تقدمها الدولة للمحكوم عليه تحقيقا للمصلحة العامة لانتفاء العلاقة التعاقدية فهو ملزم بالعمل لأنه يدخل في إطار المعاملة العقابية.

أما الرأي الثاني فذهب إلى اعتبار المقابل بمثابة أجر، فالعمل هو حق للمحكوم عليه لا مجرد التزام، فليس من الضروري وجود تعاقد بين الإدارة والمحكوم عليه وبتالي فهذا المقابل هو بمثابة أجر، وهذا ما نصت عليه مجموعة قواعد الحد الأدنى لمعاملة المساجين،[33]بحيث أكدت على ضرورة مكافأة السجناء على عملهم وفقا لنظام أجور منصف.

اعتبر المشرع الجزائري مقابل نظام العمل العقابي مكافأة وليس أجرا يتلقاه المحبوس، فهو بمثابة منحة تقدم للمحكوم عليه تشجيعا على مجهوده،[34]وتختلف نسبة المنحة من محبوس لأخر، وهذا ما أشار إليه القانون 05_04 والتي أحالت أحكام هذه المنح إلى القرار المشترك بين وزير العدل حافظ الأختام والوزير المكلف بالعمل،[35]الذي حدد نسب المنح المالية للمحبوس تتراوح نسبتها ما بين 20 و60 بالمائة من الأجر الوطني الأدنى المضمون، فصنفت اليد العاملة العقابية إلى ثلاث فئات مختلفة، فالفئة الغير مؤهلة حددت لها نسبة 20 بالمئة، الفئة المؤهلة حددت النسبة 40 بالمئة والفئة المتخصصة 60 بالمئة. كما منع المشرع الجزائري الإشارة في الإجازات والشهادات المسلمة للمحبوسين على أنهم تحصلوا عليها أثناء فترة حبسهم.[36]

المطلب الثاني: طرق تنظيم العمل العقابي

يتخذ العمل العقابي عدة أساليب سواء داخل المؤسسة العقابية أو خارجها، تبعا لإشراف السلطة العقابية على عمل المحكوم عليه، فيتنوع التشغيل تبعا للمجالات المتاحة فقد يتبع فيه نظام الأجرة،

المقاولة، التوريد أو الاستغلال المباشر. فقد يكون لحساب الدولة كالعمل في بناء الطرق أو في أعمال الصيانة أو التصليح أو الأعمال الزراعية أو الصناعية أو الحرفية أو الفنية أو أعمال الخدمات العامة.[37]

الفرع الأول: نظام المقاولة

تعهد الدولة بموجب هذا النظام إلى أحد المقاولين يتولى إدارة العمل العقابي واستثماره، بحيث يتولى المقاول إحضار المواد الأولية والمعدات المستخدمة في التصنيع وكذا المشرفين على المحكوم عليهم ويحصل على الإنتاج كاملا ليتولى تصريفه بالشكل الذي يراه مناسباً، ويكون ذلك بدفع مقابل كأجر للمسجونين الذين يعملون تحت إشرافه، وبذلك يخفف هذا النظام الأعباء المادية على الدولة، وكذا المخاطر الاقتصادية لعملية الإنتاج والخسائر.[38]

إلا أن السياسة العقابية الحديثة هجرت هذا النظام لكونه يمنح للمقاول سلطة الإشراف الإداري والفني على العمل داخل المؤسسة العقابية، فهو يسعى إلى تحقيق أكبر إنتاج ممكن مما يؤدي إلى إهمال تدريب المحكوم عليهم وتأهيلهم، فالمقاول يختار الأعمال المحققة لأكبر عائد اقتصادي ولا يأخذ بعين الاعتبار مصلحة المحكوم عليه، وقد انتهى العمل بهذا النظام في فرنسا منذ 1927/04/01 تاريخ أخر عقد مبرم بهذا الصدد.[39]

الفرع الثاني: نظام الاستغلال المباشر

تتولى في ظل هذا النظام الإدارة العقابية بالإشراف الكامل على أعمال المحكوم عليهم وتتحمل كافة النفقات المالية من أجور وآلات وأدوات وكل ما يلزم للإنتاج، ثم تسوق هذا الإنتاج لحسابها،[40] وتأخذ بعين الاعتبار تأهيل المحكوم عليه ولو أدى ذلك إلى خسارة مادية، ويتم العمل عادة في مجالات الطباعة أو صناعة الأثاث، كما يمكن العمل في المزارع، وهذا ما يأخذ به المشرع المصري كنمط لتنظيم العمل العقابي.[41]

أكدت على هذا النظام مجموعة قواعد الحد الأدنى لمعاملة المساجين بقولها:"**من المفضل أن تقوم مصلحة السجون بإدارة مصانعها ومزارعها إدارة مباشرة وليس عن طريق متعهدين خصوصيين...**"[42]

الفرع الثالث: نظام التوريد

يحاول هذا النظام التوفيق بين النظامين السابقين بالجمع بين مزايا النظامين وتجنب عيوبهما، فتتعاون الدولة مع أحد المقاولين الذي يتعهد بإحضار المواد الأولية والآلات والفنين ليتولى المقاول الحصول على الإنتاج وتسويقه لحسابه، وتحصل الدولة على مبلغ من المال من صاحب العمل مقابل الأيدي العاملة، فهذا النظام يعطي للمؤسسة العقابية حق اختيار المحكوم عليهم المكلفون بأداء هذه الأعمال وفقا لمقتضيات تأهيلهم، وفي المقابل لا يشجع رجال الأعمال على قبول مثل هذه العقود لحرمانهم الإشراف الكامل على رؤوس أموالهم مما يؤدي إلى سوء الإنتاج وتعريضهم لخسائر مادية كبيرة.[43]

يأخذ المشرع الجزائري بنظام الاستغلال المباشر في تنظيم العمل العقابي داخل المؤسسات العقابية، وتتولى إدارة المؤسسة العقابية بتحصيل المبلغ المالي لصالح المحبوس عن عمله، والمتكون من ثلاث (03) حصص،[44] ويتولى المكتب الوطني لأشغال التربية تسويق كل النشاطات الخاصة بالصناعة التقليدية أو الصناعات في الورش الخارجية، استغلال الأراضي المخصصة للمؤسسات العقابية وبيع إنتاجها، القيام بكل عملية خاصة بالأموال المنقولة والعقارات والمعدات المالية والصناعية، والمتعلقة بالصناعة التقليدية والعمليات التجارية.[45]

نستنتج أن نظام الاستغلال المباشر هو أنجح الأنظمة الرامية لتأهيل وإصلاح المحكوم عليهم، وذلك حتى لا يصبح الربح المادي الهدف الرئيسي للعمل العقابي وإنما هدف تأهيلي، هذا ما يشجع نظام العمل داخل المؤسسات العقابية.

خـاتمـة:

يُعد نظام العمل العقابي من أنجح الأساليب العقابية المطبقة أثناء تنفيذ العقوبة السالبة للحرية، نتيجة للدور الفعال الذي حققه ومازال يحققه في إعادة تربية المحكوم عليهم من أجل إعادة إدماجهم اجتماعياً في اطار السياسة العقابية المبنية على أساس تفريد العقوبة هذا من جهة، والمساهمة في تطوير اقتصاد الدولة من جهة أخرى، ويظهر ذلك جلياً من خلال اتفاقيات المبرمة مع العديد من الهيئات منها المديرية العامة للصناعات التقليدية والحرف بتاريخ 2009/10/23، بحيث ثم تنظيم صالونات خاصة للتعريف بمنتوجات اليد العاملة العقابية والترويج بنشاطاتها التربوية والتكوينية للتحضير لمرحلة ما بعد الإفراج عنهم كما أقيمت خمس (05) صالونات في سنة 1996، 1997، 2000، 2007، 2009،وشاركت المؤسسات العقابية في الصالونات المحلية والتظاهرات الدولية

منها الصالون الإفريقي للصناعات التقليدية والحرف بتاريخ 2009/07/08، الصالون الوطني الأول للنشاط المصغر المنظم من طرف وزارة التضامن الوطني والأسرة والجالية الوطنية بالخارج خلال الفترة الممتدة من 24 إلى 27 ديسمبر 2009.[46]

يُواجه نظام العمل العقابي داخل المؤسسات العقابية العديد من الصعوبات والعراقيل، التي تُعيق ممارسة هذا النظام بالمؤسسات العقابية، وترجع هذه المعوقات إلى طبيعة المؤسسة العقابية نفسها من عدة نواحي كالموقع الجغرافي، الهندسة المعمارية، ظروف السلامة والأمن، طريقة التسيير والتنظيم، نمط ونوعية العمل المقدم بالمؤسسة العقابية، وقد ترجع هذه الصعوبات إلى النزلاء أنفسهم ومدى اقتناعهم بالعمل كوسيلة للتأهيل، وعدم تقبل المجتمع لتشغيلهم.[47]

ينبغي مواجهة هذه العراقيل والصعوبات التي تعيق سير هذا النظام بمايلي:

- ✓ ترك الحرية التامة للمحكوم عليه في اختيار العمل الذي يتلائم ورغباته.
- ✓ اختيار نوع العمل العقابي الملائم لمؤهلات وقدرات المحكوم عليه، لضمان الجدية والنوعية في الأداء والإنتاج الأمر الذي يساهم في اقتصاد الدولة من جهة، وتحسين قدرات المحكوم عليه من جهة أخرى.
- ✓ توفير الهياكل المادية المستحدثة لتطوير نوعية الانتاج وعدم الاقتصار على الوسائل والآلات اليدوية والغير مستحدثة.
- ✓ توسيع النشاط العقابي إلى خارج المؤسسة العقابية كالمصانع والمؤسسات العمومية، مع تنويع في العمل المقدم للمحكوم عليهم وعدم الاقتصار على أعمال الزراعة والبناء.

قائمة الهوامش والمراجع:

[1] –يتفق هذا التعريف ومفهوم المؤسسة العقابية الوارد في المادة 02 من قانون المؤسسة العامة للإصلاح الاجتماعي والمادة 01 من قانون السجون المصري؛ أنظر رجب علي حسين، تنفيذ العقوبة السالبة للحرية دراسة مقارنة، دار المناهج للنشر والتوزيع، عمان الأردن، الطبعة الأولى، سنة 2011، ص 55.

[2] –المادة 25 من القانون رقم 05–04 المؤرخ في 27 ذي الحجة 1425 هـ الموافق 06 فيفري 2005 م، المتضمن قانون تنظيم السجون وإعادة الإدماج الاجتماعي للمحبوسين، ج.ر.عدد 12، الصادر بتاريخ 13 فيفري 2005 م.

[3] –القانون 05_04 السالف الذكر.

[4] _ناصر بن محمد المهيزع، خصخصة المؤسسات العقابية، أبحاث الندوة العلمية، النظم الحديثة في إدارة المؤسسات العقابية والإصلاحية، أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، من 19_1999/04/21، ص.136.

[5] _إسحاق إبراهيم منصور، موجز في علم الإجرام وعلم العقاب، ديوان المطبوعات الجامعية بن عكنون، الجزائر، الطبعة الرابعة، سنة 2009، ص 191؛ أنظر كذلك خوري عمر، السياسة العقابية في القانون الجزائري دراسة مقارنة، دار الكتاب الحديث القاهرة، بدون طبعة، سنة 2009 م، ص 304.

[6]– BETTAHAR TOUATI , ORGANISATION ET SYSTEME PENITENTIAIRES EN DROIT ALGERIEN OFFICE NATIONAL DES TRAVAUX EDUCATIFS 1ERE EDITION , ALGERIE 2004 P 66 .

[7] _إسحاق إبراهيم منصور، المرجع السابق، ص 191؛ أنظر كذلك عمر خوري، المرجع السابق، ص 304.

[8] –المادة 160 من القانون 05–04 السالف الذكر.

[9] _للإشارة أن المشرع المصري اتجه إلى إقرار عقوبة الأشغال الشاقة باعتبارها أقصى العقوبات السالبة للحرية ليتم تغيير التسمية إلى السجن المؤبد في حال العقوبة المؤبدة وباسم السجن المشدد إذا كانت الأشغال الشاقة المؤقتة؛ أنظر كذلك النجار محمد حافظ، حقوق المسجونين في المواثيق الدولية والقانون المصري، دار النهضة العربية، مصر، بدون طبعة، سنة 2012م، ص 459.

[10] _محمد عبد الله الوريكات ، أثر الردع الخاص في الوقاية من الجريمة في القانون الأردني دراسة مقارنة، دار وائل للنشر عمان، الأردن، الطبعة الأولى، سنة 2007م، ص 233.

[11] _نظير فرج مينا، الموجز في علمي الإجرام والعقاب، ديوان المطبوعات الجامعية بن عكنون، الجزائر، بدون طبعة وسنة النشر، ص 209؛ أنظر كذلك إسحاق إبراهيم منصور، المرجع السابق، ص 192.

[12] _المادة 98 من القانون 05_04 السالف الذكر.

[13] _المادة 3/71، 4 من مجموعة قواعد الحد الأدنى لمعاملة المسجونين.

[14] _محمد حافظ النجار، المرجع السابق، ص 465.

[15] _محمد حافظ النجار، المرجع السابق، ص 466؛ أنظر كذلك المادة 2/72 من مجموعة قواعد الحد الأدنى لمعاملة المساجين السالفة الذكر.

[16] _أحسن مبارك طالب، العمل الطوعي لنزلاء المؤسسات الإصلاحية، أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، الطبعة الأولى، سنة 2000، ص 165.

[17]– علي عبد القادر القهوجي، سامي عبد الكريم، المرجع السابق، ص 252، 253.

[18] –القانون 05_04 السالف الذكر.

[19] _محمد حافظ النجار، المرجع السابق، ص 463؛ أنظر كذلك القهوجي علي عبد القادر، سامي عبد الكريم محمود، المرجع السايق، ص 31.

[20] –الأمر 73_17 المؤرخ في 3 أبريل 1973 المتضمن إحداث المكتب الوطني لأشغال التربية وتحديد قانونه الأساسي.

[21] –المادة 99 من القانون 05_04 السالف الذكر.

[22] –الأمر 66–183 المؤرخ في 12 يونيو 1966 المتعلق بالتعويض عن حوادث العمل و الأمراض المهنية و القرار الوزاري المشترك المؤرخ في17 يونيو1970 المتعلق بحوادث العمل و الأمراض المهنية الخاصة بالمعتقلين.

[23] –_ وزارة العدل، المديرية العامة لإدارة السجون وإعادة الإدماج، المرجع السابق، ص 13.

[24] _محمد عبد الله الوريكات، مبادئ علم العقاب، دار وائل للنشر عمان، الأردن، الطبعة الأولى، سنة 2009م، ص 232.

[25] _المادة 03 من الأمر 73_17 السالف الذكر.

[26] _رجب علي حسين، المرجع السابق، ص 119.

[27] _ المادة 1/71 من مجموعة قواعد الحد الأدنى لمعاملة المساجين السالفة الذكر.

[28] _المادة 160 من القانون 05_04 السالف الذكر.

[29] _ وزارة العدل، المديرية العامة لإدارة السجون وإعادة الإدماج، سياسة إعادة الإدماج التحدي من الانحراف إلى الإصلاح، سنة 2012، ص 07.

[30] – قرار وزاري مشترك مؤرخ في 26 يوليو 1983 يتضمن كيفيات استعمال اليد العاملة في السجون من طرف المكتب الوطني للأشغال التربوية.

[31] _عمار عباس الحسيني،، الردع الخاص العقابي ونظم المعاملة الإصلاحية، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، سنة 2013م، ص 167.

[32] _غنام محمد غنام، حقوق الإنسان في السجون، دار الفكر العربي والقانون للنشر والتوزيع المنصورة، مصر، بدون طبعة، سنة 2011م، ص 192.

[33] _المادة 76 من مجموعة قواعد الحد الأدنى لمعاملة المساجين السالفة الذكر.

[34] _المادتين 97 و98 من القانون 05_04 السالف الذكر.

[35] _المادة 1 من القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 10 ذو القعدة 1426هـ الموافق ل 12 ديسمبر 2005 م يحدد جدول نسب المنحة المالية التي تتلقاها اليد العاملة العقابية؛ المادة 162 من القانون 05_04 السالف الذكر.

[36] _المادة 163 من القانون 05_04 السالف الذكر.

[37] – أكرم عبد الرزاق المشهداني، نشأت بهجت البكري، موسوعة علم الجريمة والبحث الإحصائي الجنائي في القضاء والشرطة والسجون، دار الثقافة للنشر والتوزيع عمان،الطبعة الأولى 2009، ص 558.

[38] _عمار عباس الحسيني ، المرجع السابق، ص 168.

[39] _عمار عباس الحسيني، المرجع السابق، ص 168.

[40] _يتم تسويق المنتجات على المرافق العامة أو في الأسواق الحرة.

[41] _علي عبد القادر القهوجي، سامي عبد الكريم، المرجع السابق، ص 365.

[42] _المادة 73 من مجموعة قواعد الحد الأدنى لمعاملة المساجين السالفة الذكر.

[43] _محمد مصباح القاضي، المرجع السابق، ص 366.

[44] _المادتين 97 و98 من القانون 05_04 السالف الذكر.

[45] _المادة 03 من الأمر 73_17 المؤرخ في 1973/04/01 المتضمن إحداث المكتب الوطني لأشغال التربية وتحديد القانون الأساسي.

[46] _ وزارة العدل، المديرية العامة لإدارة السجون وإعادة الإدماج، المرجع السابق، ص 13.

[47] _ مبارك أحسن طالب، أثر السجن في سلوك النزيل، أكاديمية نايف للعلوم الأمنية، الرياض، العدد 226 سنة 1999م، ص من 161 إلى 166.

التّطوّرات الحديثة للرّقابة القضائيّة على تناسب الجزاء التّأديبي

عيشوبة عمار

طالب دكتوراه بجامعة الجيلالي ليابس – سيدي بلعباس –

تحت إشراف الدكتور ميلوى الزين

Aichoubaammar1@gmail.com

ملخّص:

تتناول هذه الدّراسة التّطوّرات القضائيّة الحديثة لرقابة تناسب الجزاء التّأديبي؛ أي التّناسب بين الخطأ التّأديبي المرتكب من الموظف العام والعقوبة المقرّرة لهذا الخطأ .

هذا التّناسب الذي يفترض أن تراعيه سلطات التأديب، وخصوصا في ظلّ عدم حصر الأخطاء التّأديبيّة وورودها على سبيل المثال، الأمر الذي استدعى من القضاء فرض رقابته على هذا المجال حتّى يتمكّن من توفير أكثر الضّمانات للموظّف العام في مواجهة السّلطات التّقديرية الواسعة الممنوحة للسّلطات التّأديبيّة.

الأمر الذي استوجب منا التّطرق لمفهوم التّناسب الذي يقتضي من السّلطات التّأديبيّة أن لا تغلو في اختيارها للعقوبة التّأديبيّة شدّة أو تساهلا، وإنّما عليها أن تتّخذ ما يكون لازما وضروريا لمواجهة الخرق القانوني، وكذا ما فيه القدر المتيقّن من المعقوليّة لردع الموظّف المخالف.

لنتتبع بعد ذلك التّطوّرات القضائيّة التي مست رقابة التناسب في القضاء الإداري المقارن، ومن ثم القضاء الإداري الجزائري، هذا الإتّجاه الحديث من الرّقابة الذي جعل **مبدأ التّناسب** من المبادىء العامة للقانون، الذي يلزم السّلطة التّأديبيّة دون حاجة إلى نصّ تشريعي يقرّه.

الكلمات المفتاحية : مبدأ التناسب، الرقابة القضائية للتناسب، المبادىء العامة للقانون.

Résumé

Cette étude prend en charge les évolutions judiciaires modernes, pour un contrôle adéquat aux mesures disciplinaires, c’est la proportionnalité entre la faute disciplinaire commise par le fonctionnaire; la sanction infligée pour cette faute.

Cette proportionnalité qu’est prétendue être sous l’égide des autorités disciplinaires, surtout si on ne cerne pas les fautes disciplinaires et leur acté à titre d’exemple, chose qui a obligé la justice à imposer son contrôle dans ce domaine.

afin qu'elle puisse disposer d'une sécurité pour le fonctionnaire public à l'affrontement des autorités disciplinaires.

C'est la raison pour laquelle nous avons été conduits au concept de proportionnalité, qui demande des autorités disciplinaires, pour le choix de la sanction disciplinaire de n'être ni sévère ni tolérant, mais lui doit de prendre tout ce qui est nécessaire, et indispensable afin d'affronter la transgression de la loi et conséquent tout ce qui est sûr pour être logique, pour punir le fonctionnaire contra venant.

Nous pour suivons par la suite les évolutions judiciaires qui ont touché le contrôle proportionnel dans la justice administrative comparée , et de la justice administrative algérienne d'où cette nouvelle orientation de contrôle , qui a fait du **principe de la proportionnalité** l'un des principes généraux de la loi, qui responsabilise l'autorité disciplinaire sans pour autant recourir à un texte l'législatif.

Mots clés : Le pouvoir discrétionnaire, principe de la proportionnalité, Le contrôle judiciaire de la proportionnalité, les principes généraux de la loi.

مقدّمة:

إنّ خصوصيّة نظام التّأديب في مجال الوظيفة العامّة، فرض ضرورة الإعتراف للإدارة – السّلطة التّأديبيّة – بقدر كبير من السّلطة التّقديريّة للرّبط بين الخطأ الصّادر من الموظّف العام والجزاء المناسب له بهدف تقويم سلوكات هذا الأخير المخالفة للقانون، وردع غيره من الموظّفين الذين قد يرغبون في انتهاج نفس السّلوك.

ذلك أنّ مجال الوظيفة العامّة، مجال يصعب معه حصر المخالفات المرتكبة في إطاره، الأمر الذي يستحيل معه بالتّبعيّة أن يوضع لكلّ خطأ مهني عقوبة تأديبيّة تقابله، ولكن حريّة التّصرّف الممنوحة للإدارة قد تجعلها تخطأ في تقديراتها أو تسيئ استعمالها، وخصوصا في ظلّ التّفاوت الكبير فيما بينها بصدد تقدير العقوبات المناسبة لذات الأخطاء.

هذا الوضع فرض ضرورة تدخّل القاضي الإداري لبسط رقابته على هذا النّوع من القرارات – القرار التّأديبي – لتحديد مدى تناسب هذه العقوبات المقرّرة، على اعتبار عدالة هذه الرّقابة التي توفّق بين حماية حقوق الموظّفين وحرّياتهم من جهة، وضمان حقوق الإدارة وفاعليّتها من جهة ثانية.

ممّا يستدعي معه البحث لتحديد مفهوم تناسب القرار التّأديبي، وكذا تتبّع التّطوّرات التي شهدتها الرّقابة القضائيّة على التّناسب في المجال التّأديبي، كما يقتضي معرفة مدى مسايرة القضاء الإداري الجزائري لهاته التّطورات القضائيّة الحديثة ؟

إنّ تسليط الضّوء على التّطوّرات القضائيّة الحديثة لرقابة تناسب القرار التّأديبي، والتي جاءت خطوة خطوة، بين مؤيّد ومعارض له أهميّة بالغة، وذلك لإبراز الدّور الذي يلعبه القاضي الإداري في مجال المشروعيّة باعتماده على المبادئ العامّة للقانون، التي تلزم الإدارة دون الحاجة إلى نصّ صريح يقرّها، كما هو الحال " لمبدأ التّناسب" الذي يعتبر نظام التّأديب في الوظيفة العامّة المجال الخصب لإعماله، حرصا منه على توفير أكبر الضّمانات لحماية الحقوق والحريّات. زيادة على الكشف عن آخر النّظريّات – نظرية الغلو، نظرية الخطأ الظاهر في التقدير – والأحكام القضائيّة المستجدّة في رقابة تناسب القرار التّأديبي.

وقصد الإجابة على الإشكالية محل البحث تمّ اعتماد خطّة من مطلبين:

سيتم تحديد مفهوم التّناسب – الجانب النّظري – (المطلب الأول). ثمّ نتطرق للتّطوّرات الحديثة التي وصلت إليها الرّقابة القضائيّة على التّناسب – الجانب التّطبيقي – (المطلب الثّاني).

المطلب الأوّل: مفهوم التّناسب

إن الوصول إلى مفهوم التناسب في القرار التأديبي يقتضي التطرق إلى البحث عن مدلول هذه الفكرة وذلك من خلال تعريفها لغويا واصطلاحا(الفرع الأول). ثم تمييزها عما يشابهها من المصطلحات، وهو ما سنتاوله في (الفرع الثاني).

الفرع الأوّل: التّعريف بفكرة التّناسب

إن الوقوف على المقصود من التّناسب في القرار التّأديبي يقتضي الأمر التّطرّق إلى معناه اللّغوي (أوّلا) ثمّ إلى معناه الاصطلاحي (ثانيا).

أوّلا: التّعريف اللّغوي

أ- معناه في اللّغة العربية

التّناسب هو أصل كلمة " نسب " والنّسب يعني القرابة، وانتسب واستنسب أي ذكر نسبه، وناسبه شاركه في نسبه[1]، وفلان (يناسب) فلان فهو (نسيبه) أي قريبه، وبينهما (مناسبة) أيّ مشاكلة[2].

والنّسبة تعني الصّلة أو القرابة، وفي علم الرّياضيّات تعني نتيجة مقارنة إحدى كميّتين من نوع واحد بالأخرى، والتّناسب أيّ التّشابه[3].

ب- معناه في اللّغة الفرنسيّة:

تشير قواميس اللّغة الفرنسيّة إلى أنّ كلمة التّناسب " La proportionnalité " تعني في فحواها العلاقة أو جعله متناسبا أو متكافئا[4].

وهكذا يتبيّن أنّ تعبير التّناسب في اللّغة يمكن استخدامه للدّلالة على أكثر من معنى، وإن كان يجمع بينهما أنّها تعبّر جميعا عن علاقة ما أو رابطة معيّنة بين شيئين أو أمرين، تتّصف بالتّوافق أو التّوازن أو الملائمة.

ثانيا: التّعريف الفقهي

على اعتبار أن تقديم التعاريف وظيفة تناط بالفقه، فسيتم التطرق من خلال هذه النقطة من موضوع الدراسة إلى التعاريف التي أوردها الفقه الإداري بخصوص مفهوم التناسب، سواء في الفقه الاداري العربي(أ) أو الفقه الاداري الفرنسي (ب).

أ- تعريف التناسب في الفقه الاداري العربي

يعرّف الدّكتور **محمّد أبو يونس** التّناسب حيث يقول: " إنّ مقتضى التّناسب في المجال التّأديبي أو الإداري بصفة عامّة هو أن لا تغلو السّلطة المعنيّة بتوقيع الجزاء في اختياره، وإنّما عليها أن تتّخذ ما يكون على وجه اللّزوم ضروريا لمواجهة الخرق القانوني أو المخالفة الإداريّة وما يترتّب على اقترافها من آثار، وما فيه القدر المتيقّن من معقوليّة لردع المخالف وزجر غيره على أن يرتكب ذات الفعل "[5].

ويرى الدّكتور **مصطفى فهمي** " أنّ مبدأ التّناسب يتجسّد عندما يبسط القضاء الإداري رقابته على السّبب في القرار الإداري فيما يتعلّق بالمرحلة الثّالثة [6] منه ".

أمّا الأستاذة **مايا محمد نزار أبو دان** فتعرّف التّناسب على أنّه " تقدير الواقعة في أهميّتها ومدى تبرير القرار الذي أصدرته الإدارة، على أساس أنّ الادارة تملك في الأصل وزن مناسبات العمل وتقدّر أهميّة النّتائج التي تترتّب على الوقائع الثّابت قيامها "[7].

وتضيف الدّكتورة **سلوى حسين حسن رزق** أنّ مبدأ التّناسب يقتضي من القاضي الإداري أن يعمل رقابته على تقدير السّلطات الإداريّة خطورة الأفعال التي صدر بشأنها القرار، وهل وفّقت في تقدير أهميّتها على الوجه السّليم أم لا ؟ فلا يقبل أن يكون الفعل المرتكب بسيطا أو تافها في حين قدّرته الإدارة على أنّه غاية في الجسامة والخطورة أو العكس[8].

أمّا في الفقه الإداري الجزائري يمكن الأخذ بما ذهب إليه الأستاذان عبد العالي حاحة، وأمال يعيش تمام أنّ مبدأ التّناسب فكرة رئيسيّة من أفكار القانون الإداري مكوّنة من ثلاثة عناصر وهي:

1- القرار الصّادر (قرار التأديب الصّادر ضدّ الموظّف).

2- الحالة الواقعيّة (مثلا: مخالفة الموظّف لأخلاقيات الوظيفة العامّة).

3- الغاية المستهدفة (ضمان سير المرافق العامّة بانتظام وإطراد).

ب- تعريف التناسب في الفقه الاداري الفرنسي

يعرّف **VEDEL** التّناسب بأنّه: " ذلك السّلوك الذي تلتزم الإدارة بموجبه أن لا تفرض على الأفراد أعباء وأضرارا أكثر ممّا تطلبه مهمّة المحافظة على المصلحة العامّة المنوط بها تحقيقها ".

وفي هذا الصّدد يضرب الفقيه **BRIBANT** مثلا في تعريف الفقهاء للتّناسب بقوله " **لا يجب أن نطلق النّار على العصفور، أو نقتل ذبابة بمطرقة** "[9].

أمّا الفقيه **PIERRE. MOOR** لاحظ أنّ مبدأ التّناسب قد استعمل من قبل القاضي الإداري من أجل رقابة القرارات ذات الصّفة الاستنسابية، وبهذا المعنى يسمح مبدأ التّناسب بتجاوز التّناقض بين رقابة المشروعيّة ورقابة الملاءمة، وبشكل ما من نتائجه أن يبيّن نطاق حريّة التّقدير المتروكة للإدارة، ويرى أنّ مبدأ التّناسب ينقسم إلى ثلاث قواعد:

1 – **قاعدة الكفاية La règle de l'aptitude:** حيث أنّ الوسيلة المختارة يجب أن تكون كافية لتحديد الهدف المقصود.

2– **قاعدة الضّرورة La règle de nécessité**

3– **قاعدة التّناسب بالمعنى الضيّق La règle de la proportionnalité au sens étroit** وهي توازن بين جسامة نتائج التّدبير المتّخذ على الحالة الواقعيّة للمواطن والنّتيجة المتوقّعة من وجهة نظر المصلحة العامّة[10].

الفرع الثاني: تمييز التناسب عما يشابهه من المصطلحات

إن فتح المشرع المجال واسعا للسلطة التأديبية لإعمال سلطتها التقديرية حيال تقدير خطورة الأخطاء المرتكبة من الموظف العام، وما يناسبها من عقوبة تأديبية بما يتلاءم والظروف والاعتبارات التي ارتكب فيها الخطأ التأديبي. يوحي بأن هناك تداخلا وتماثلا بين التناسب والملاءمة(أولا). و السلطة التقديرية(ثانيا). ومن هنا وجب علينا التمييز بين التناسب وأهم المصطلحات المشابهة له.

أولا: التناسب و الملاءمة

الملاءمة هي أكثر المفاهيم التي تتداخل مع مصطلح التناسب، الأمر الذي جعل الكثير من الفقهاء يجمعون بين المفهومين.

فالملاءمة في الاصطلاح القانوني بوجه عام هي توافق العمل القانوني مع ظروف الزمان والمكان والاعتبارات المحيطة بإصداره من كافة جوانبه.

أما في مجال القرارات الادارية فتعني توافق القرار مع الظروف الخاصة التي استوجبت اصداره من حيث الزمان والملابسات المصاحبة لذلك، حتى يصدر القرار ملائما لكل هذه الظروف، كاصداره في الوقت المناسب والكيفية المطلوبة[11].

وترى **الدكتورة سعاد الشرقاوي** " أن تناسب الجزاء(الأثر) مع الخطأ يعني الملاءمة "، وهو نفس المعنى الذي تبناه الدكتور محمد زكي النجار.

وقد ذهب **الدكتور السيد محمد ابراهيم** في تعريفه للملاءمة " بأنها التناسب "[12].

وفي نفس الصدد يقول **الدكتور نوفال العجارمة** " أن الملاءمة صفة تعني التناسب بين سبب القرار ومحله وفي مجال التأديب تعني التناسب بين الذنب الإداري(السبب) وبين الجزاء ومقداره(المحل)[13].

غير أن التناسب يعني ألا تغلو السلطة المعنية بتحديد الجزاء في اختياره، ولا تركب متن الشطط في تقديره وإنما عليها أن تتخير ما يكون على وجه اللزوم ضروريا لمواجهة الخرق القانوني، وما يترتب عليه من آثار[14].

أي تقدير العقوبة التأديبية نوعا ومقدارا بما يتوافق وجسامة وخطورة المخالفة المرتكبة، الأمر الذي يؤدي بالنتيجة إلى تحقيق ملاءمة مقبولة أو ظاهرة بينهما[15].

ومن خلال التعاريف التي سبق ذكرها يتضح أن الملاءمة أوسع نطاقا من التناسب، حيث أن التناسب يعتبر أحد عناصر الملاءمة كونه يندرج في أحد جوانبها أو مقتضياتها، غير أن ذلك لا يعني انعدام أي تأثير بينهما فقد يكون القرار التأديبي ملائما وغير مناسب في آن واحد، فقد يحدث أن يصدر القرار في الظروف والملابسات المحيطة و بالكيفية المطلوبة، إلا أنه لا يراعي مبدأ التناسب في حال أصدرته السلطة التأديبية غير مراعية لأهمية الوقائع (الأخطاء المرتكبة) ومدى تناسبها مع العقوبة التأديبية الموقعة على الموظف العام (المحل).

وخلاصة ما تقدم أنه لا يوجد تطابق تام بين اصطلاحي الملاءمة والتناسب، فالتناسب هو أحد جوانب الملاءمة في القرار التأديبي ويتجلى في حدوث توافق بين السبب والمحل. ويقول **الدكتور السيد محمد ابراهيم** " إن مبدأ التناسب في التأديب، قد ولد من رحم الملاءمة والتي تتعلق بالصلة بين العمل القانوني وبين ظروف إصداره، فالتناسب يشير إلى الصلة الداخلية بين بعض مكونات القرار الاداري أو أركانه؛ وبالتحديد بين سببه ومحله"[16]؛ أي أن العلاقة بينهما هي علاقة جزء بكل.

كما أن التناسب من المبادىء القانونية العامة التي يتوجب على السلطة التأديبية احترامها دون حاجة إلى نص صريح يقرها، فالقاضي الاداري يلغي القرار التأديبي المخالف لهذا المبدأ لمخالفته القانون، وليس لعدم ملاءمته[17].

ثانيا: التناسب والسلطة التقديرية

إن السلطة التقديرية هي ذلك الحق الممنوح من المشرع للإدارة للمفاضلة بين أمرين أو أكثر، على أن هذا لا يعني مطلقا أن أحد الأمرين مشروع، والآخر على خلاف ذلك.

فالسلطة التقديرية هي تمتع الادارة بقسط من حرية التصرف عندما تمارس اختصاصاتها القانونية، بحيث يكون للادارة اتخاذ التصرف أو الامتناع عن اتخاذه، أو اختيار الوقت الذي تراه مناسبا للتصرف، أو اختيار السبب الملائم[18].

ويرى الدكتور **ماجد راغب الحلو** بأن السلطة التقديرية " حق إعمال الإدارة حرية الاختيار في ممارسة الاختصاص، فعندما يترك القانون للإدارة حرية التصرف في شأن من الشؤون يقال أن لها سلطة تقديرية، أما عندما يقيد حريتها فإن اختصاصها في هذا الأمر يكون اختصاصها مقيدا ".

ويضيف قائلا أنه يتنازع أمر السلطة التقديرية اعتباران: أحدهما يستلزمه وهو الكفاءة الإدارية، والآخر يستنكره ويتمثل في الحقوق الفردية[19] .

أما الأستاذ **LAUBADERE** يرى بأنّه توجد سلطة أو صلاحية تقديرية عندما تكون السلطة الادارية حرة في اتخاذ أكثر من قرار ولها الإختيار من بين هذه القرارات، وبمعنى آخر عندما لا يكون تصرفها محددا بالقانون[20] .

في حين أن الفقيه **HOURIOU** فيرى " أنه لا توجد قرارات تقديرية بل توجد بعض السلطات التقديرية للإدارة ، والتي توجد أكثر أوأقل في جميع القرارات، وأن السلطة التقديرية هي بصورة أساسية **سلطة تقدير ملاءمة الاجراءات الادارية** "[21].

أما الاستاذ BINOIT " تكون صلاحية الادارة تقديرية إذا كانت الجهة الادارية صاحبة الاختصاص حرة في تقدير مدى ممارستها إذا توافرت الشروط التي تبرر ذلك قانونا "[22].

والأستاذ BOUNNARD يرى في هذا الصدد " أن سلطة الادارة تكون تقديرية، حينما يترك لها القانون الذي يمنحها اختصاصات معينة بصدد علاقتها مع الأفراد؛ الحرية في أن تتدخل أو تمتنع عن التدخل ووقت هذا التدخل، وطريقته، ومضمون القرار الذي تصدره في هذا الشأن "[23].

من خلال جملة التعاريف هذه نلمس أن البعض منها يخلط بين السلطة التقديرية والتناسب، وذلك مرده حسب رأينا إلى تمتع سلطات التأديب بسلطات تقديرية واسعة في تقدير مدى تناسب الخطأ الذي ارتكبه الموظف والعقوبة التي تقابله، وهل أن ذلك السلوك يعد خطا أم لا.

كما أنه لا يمكن الحديث عن فكرة التناسب في القرار التأديبي إذا لم تمنح سلطات التأديب قدرا واسعا من حرية تقدير ما هو مخالف لمقتضيات الوظيفة العامة من عدمه، لأن الأخطاء والمخالفات في مجال الوظيفة العامة واردة على سبيل المثال لا الحصر، على خلاف ماهو عليه الأمر في قانون العقوبات، حيث أنه لا يمكن معاقبة الشخص على فعل ارتكبه لم يرد بشأنه نص يجرمه سابق لحدوثه.

إن غالبية الفقه يجمع على وجود تمايز بين المصطلحين – مبدأ التناسب ، مصطلح السلطة التقديرية – بحيث يؤكد الدكتور **محمد سيد أحمد محمد** على وجود فرق بين المصطلحين، وأن التناسب لا يغدو سوى مظهر من مظاهر السلطة التقديرية الواسعة الممنوحة للإدارة، ويقول في هذا الصدد أن التناسب يعني تقدير أهمية السبب ومدى توافقه مع محل القرار الاداري؛ أي الاجراء المتخذ، فهو جزء من كل ويمثل أحد أهم تصرفات الادارة في مجالها التقديري، وليس هو التصرف الوحيد الذي تعمل فيه الادارة حريتها "[24].

إن هذا الرأي يعدا مقبولا ويمكن الاعتداد به، لأن التناسب يقتضي من سلطة التأديب أن تقدر أهمية السبب ومدى توافقه مع محل القرار التأديبي المتخذ؛ أي التناسب جزء من جملة التقديرات التي تتمتع بها الإدارة[25]، ومن هنا تتضح العلاقة الوطيدة بين السلطة التقديرية وتناسب القرار التأديبي.

المطلب الثاني: تطور الرقابة القضائية على تناسب الجزاء التأديبي

إن رقابة التناسب لم تكن دفعة واحدة ومحل اتفاق بين جميع الأقضية، وانما مرت بتطورات عديدة إلى أن أضحى مبدأ التناسب من المبادئ العامة للقانون دون الحاجة إلى النص الذي يقره، ويعترف به صراحة سواء في القضاء الاداري المقارن (الفرع الأول). أو من خلال معرفة مدى مسايرة القضاء الاداري الجزائري لهذه التطورات القضائية الكبرى(الفرع الثاني).

الفرع الأول: تطورات الرقابة القضائية على تناسب الجزاء التأديبي في القضاء الإداري المقارن

إذا كان من المألوف القول بأن على من يتولى توقيع الجزاء أن يراعي التناسب بين الخطأ المرتكب من الموظف والعقوبة المقررة له، وعدم الغلو أو التساهل في تقديرها، خاصة عندما يمنح المشرع لسلطات

التأديب سلطة تقديرية واسعة، حيث لا يطبق " مبدأ لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص "، وليس ثمة تحديد للأخطاء التأديبية والعقوبة المقررة لكل مخالفة[26].

فإن القضاء الإداري وهو يمارس وظيفته في الرقابة على القرارات التأديبية، أمام وضع يتطلب منه التدخل كلما اتضح أن هناك عدم تناسب بين حدي القرار التأديبي– السبب والمحل–، وقد اطلق على هذا الاتجاه الحديث، والذي كان نتاج تطورات متتالية والتي كان للقضاء الإداري المصري سبق الفضل فيها " **قضاء الغلو**" (أولا)، كما عرف له تطبيقات عدة في القضاء الإداري العربي على غرار القضاء الأردني[27] واللبناني[28]، ثم في القضاء الإداري الفرنسي من خلال " **نظرية الخطأ الظاهر في التقدير** " (ثانيا).

أولا: تطبيقات رقابة التناسب في القضاء الإداري العربي

أثرنا أن نعالج تطورات رقابة التناسب في القضاء الاداري العربي (أولا) كونه كان السباق في الوصول الى فكرة تناسب الجزاء التأديبي من خلال نظرية الغلو التي أنشاها القضاء الإداري المصري .

أ– رقابة القضاء الإداري المصري لتناسب الجزاءالتأديبي

مر القضاء الاداري المصري في رقابته لمدى تناسب الجزاء التأديبي بمرحلتين، ففي أولاهما أنكر على نفسه حق الرقابة(1)، وبعد ذلك عدل عن هذا الموقف(2).

1– إنكار القضاء المصري إعمال رقابته على تناسب الجزاء التأديبي

بادىء ذي بدء لابد من الاشارة إلى أن القضاء الاداري المصري في بداية عهده لم يكن يقر بالرقابة على تناسب الخطأ المرتكب من الموظف مع العقوبة المقرر له، حيث قضت محكمة القضاء الاداري المصري بأنه: " ليس للقضاء الاداري أن يتدخل بالرقابة على مدى صلاحية الموظف وتناسب الجزاءات مع المخالفات المنسوبة إليه إذ أن ذلك من الملاءمات التي تنفرد الإدارة بتقديرها بلا معقب عليها في ذلك حيث تخرج عن نطاق رقابة القضاء"[29].

وعموما فإن اختيار العقوبة المناسبة في حق الموظف المخطىء هو سلطة تقديرية بيد سلطة التأديب ولا يملك القضاء فرض رقابته عليها، الأمر الذي يفتح المجال واسعا للسلطات التأديبية في تأثيم سلوكات وأفعال الموظفين، ورصد العقوبات المقرة لها على سبيل الحصر في قانون الوظيفة العامة .

ومبرر هذا الاتجاه أن القضاء الاداري لا يمكنه أن يتعدى صلاحياته للبحث في أهمية أو خطورة السبب، وتقدير مدى التناسب بينه وبين الإجراء المتخذ على أساسه؛ أي محل هذا القرار ومضمونه.

لأن القضاء الإداري بهذا التعدي يكون قد خرج على مقتضى وظيفته، وتدخل في صميم العمل الإداري ومن ثم يغدو الرئيس الأعلى لجهة الإدارة[30].

ومن بين الحجج التي صاغها هذا الإتجاه أن تقرير أهمية الواقعة وتناسبها، تقدير شاق ودقيق يقتضي التوغل في ظروف الواقعة وملابساتها، وظروف مرتكب الواقعة، وسلوكه وماهيته، ودوافعه، كما يقتضي دراسة ظروف العمل في المحيط الذي حدثت فيه الواقعة، وهو أمر يرى فيه أنصار هذا الاتجاه عدم توافره لدى القاضي الاداري[31].

2- قبول القضاء المصري إعمال رقابته على تناسب القرار التأديبي

تراجع القضاء الإداري المصري عن موقفه بخصوص رقابة التناسب، فقد لحقه تطور ملحوظ في هذا الصدد سابقا بذلك مجلس الدولة الفرنسي.

إن هذا التطور بدأت بوادره بحكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في عام 1961 والتي قررت أن عدم الأخذ بمبدأ التناسب بين الخطأ التأديبي المرتكب من الموظف العام والعقوبة الموقعة على مرتكبها، هو مخالفة تشوب القرار التأديبي وتوجب إلغاءه، اعتبارا لمقتضيات العدالة وإقامة التوازن بين اعتبارات الصالح العام وحقوق الموظف، والتي جاء في حكمها بأنه: " ولئن كانت للسلطة التأديبية ومن بينها المحاكم التأديبية سلطة تقدير خطورة الذنب الإداري وما يناسبه من جزاء بغير معقب عليها في ذلك إلا أن مناط مشروعية هذه السلطة – شأنها كشأن أي سلطة تقديرية أخرى – ألا يشوب استعمالها غلو ومن صور هذا الغلو عدم الملاءمة الظاهرة بين درجة خطورة الذنب الإداري وبين نوع الجزاء ومقداره، ومعيار عدم المشروعية هو معيار موضوعي قوامه درجة خطورة الذنب الإداري لا تتناسب البتة مع نوع الجزاء ومقداره[32].

وبالتالي فإن المحكمة الادارية العليا المصرية من خلال **قضائها الحديث** تؤكد على ضرورة و لزوم مد الرقابة القضائية على ما تصدره مجالس التأديب من جزاءات، كتطبيق هام لمبدأ لرقابة القضائية على تناسب القرار التأديبي، وضمانة هامة للمحالين على تلك المجالس[33].

ب- رقابة القضاء الإداري الأردني تناسب الجزاء التأديبي

سار القضاء الاداري الأردني على نهج القضاء المصري، حيث هو الآخر كذلك مر بمرحلتين على النحو التالي بيانه:

1- الموقف السلبي للقضاء الأردني من رقابة التناسب في مجال التأديب

لم تأخذ محكمة العدل العليا الأردنية في البداية بمبدأ التناسب تاركة أمر تقدير ملاءمة التصرف لسلطة التأديب في الحالات التي تتمتع بها بسلطة تقديرية واسعة، حيث قضت في حكم لها بأن: " ... **تقدير العقوبة الواجب فرضها متروك أمره للمجلس التأديبي دون رقابة عليه من محكمة العدل العليا** "[34].

2- **الموقف الايجابي من رقابة التناسب في مجال التأديب**

عدلت محكمة العدل العليا الأردنية عن موقفها السلبي من رقابة التناسب بداية من عام 1979، واقتدت بالقضاء الإداري المصري باشتراطها لمشروعية القرارات التأديبية الصادرة بحق الموظفين أن لا يكون هناك غلو في توقيع العقوبة التأديبية، أي أن يكون هناك تناسب ما بين الفعل المرتكب والعقوبة الموقعة على مرتكبه، حيث جاء في أحد أحكام محكمة العدل العليا الأردنية: " **إذا غالت السلطة التأديبية في فرض العقوبة التأديبية**، بحيث يكون ضربا من ضروب اساءة استعمال السلطة مما ينطبق معه **إلغاء ذلك القرار** "[35].

ج- رقابة القضاء الإداري المغربي لمدى تناسب الجزاء التأديبي

تأثر القضاء الاداري المغربي هو الآخر بالتطورات القضائية لرقابة التناسب، حيث أنكر على نفسه الولوج لهذا النوع من الرقابة(1)، ليقر بعد ذلك بأحقيته برقابة التناسب في فترة لاحقة(2).

1- رفض القضاء الإداري المغربي لرقابة التناسب

قرر القضاء الإداري المغربي في عديد الأحكام القضائية الصادرة عنه بأن اختيار العقوبة المناسبة في حق الموظف هو سلطة تقديرية بيد الادارة، ولا يملك القضاء فرض رقابته عليها، وهذا ماجاء في أحكام المجلس الأعلى بتاريخ 1987/05/28 على أنه: " ليس من اختصاص المجلس الأعلى مراقبة قساوة أو عدم قساوة العقوبة المتخذة من طرف الادارة في حق الموظف وحيث يستنتج من كل ما سبق أن القرار

المطعون فيه كان مؤسسا قانونا ولم يكن متسما بأي شطط في استعمال السلطة مما يجب معه رفض طلب الالغاء "[36].

2-قبول القضاء الاداري المغربي لرقابة التناسب

ولكن ما لبث أن عدل القضاء الاداري المغربي عن موقفه القاضي برفض رقابته على مبدأ التناسب حيث أقرت المحكمة الادارية بمراكش بتاريخ 24/04/ 2002 بأنه: " إذا كانت الادارة تتمتع بسلطة تقديرية في اتخاذ العقوبة التأديبية المناسبة في حق الموظف لا حسب خطورة الأفعال المنسوبة إليه، فإنها تخضع لرقابة القضاء الإداري في غلو أو خطأ في التقدير بين العقوبة المتخذة والمخالفة المرتكبة من طرف الموظف "[37].

ثانيا: موقف مجلس الدولة الفرنسي من رقابة التناسب

يعود الفضل في بزوغ فكرة التناسب في القضاء الاداري لمجلس الدولة الفرنسي كآلية يحد بها من السلطة التقديرية الممنوحة للإدارة، إلا أنه رفض إعمال هذه الآلية في مجال القرارات التأديبية(أ)، إلا أنه سرعان ما عدل عن موقفه السلبي بخصوص رقابة التناسب(ب).

أ- الموقف السلبي لقضاء مجلس الدولة الفرنسي من رقابة التناسب

تواترت أحكام مجاس الدولة الفرنسي الرافضة لفكرة بسط القاضي الاداري رقابته على مدى تناسب الجزاء التأديبي من عدمه، على أساس أن اختيار العقوبة التأديبية من الملاءمات المتروكة للسلطة التأديبية التي لا يعقب عليها المجلس، وامتد متمسكا بهذا الموقف إلى غاية سنة 1987.

حتى أن بعض الفقه الفرنسي – الأستاذ **DREFUS** مثلا – والذي يرى بأن القانون يجهل تماما مبدأ التناسب، وإن كان القضاء الفرنسي يستعمل أدوات قريبة منه للحيلولة دون تعسف الادارة في استعمال حقها في مجال التأديب[38].

إن التمسك بهذا الموقف من شأنه أن يمس حتما بالضمانات المقررة للموظف العام في مواجهة السلطات التي تتمتع بها السلطة التأديبية، والتي قد تتخذ جزاء ممعنا في الشدة. أو جزاء فيه من التساهل ما ينقص من فاعلية الادارة، لأن النظام التأديبي ليس إلا وسيلة لضمان سير المرافق العامة بانتظام واطراد.

ب- الاتجاه الحديث لقضاء مجلس الدولة الفرنسي من التناسب

يعتبر حكم **LEBON** نقطة التحول في قضاء مجلس الدولة الفرنسي بخصوص مدى رقابته لتناسب الجزاء التأديبي، وقد استعمل في هذا الشأن " **نظرية الخطأ الظاهر في التقدير**" لمد رقابته على الجزاء المتبقي من السلطة التقديرية التي تتمتع بها سلطات التأديب .

ولقد سبقت اصدار حكم **LEBON** بعض المؤشرات التي ساعدت بصورة ضمنية مجلس الدولة الفرنسي على بسط رقابته على تناسب الجزاء التأديبي[39].

وتتلخص وقائع القضية " في أن السيد **LEBON** مدرس في أكاديمية بمقاطعة(**TOULOUSE**) اتهم بارتكابه أفعالا واشارات مخلة بالحياء مع تلاميذه في الفصل، والتي على أساسها عوقب بالإحالة إلى المعاش

ليرفع دعوى ضد قرار الإحالة أمام مجلس الدولة الفرنسي الذي رفضه، وخلص بتاريخ 1978/06/09 إلى أن هذا الفعل ثابت ويشكل خطأ يبرر عقوبة الإحالة إلى المعاش، دون أن يشوب ذلك غلط بين أو خطأ ظاهر في التقدير"[40].

ويرى الأستاذ **AUBY** بأن القضاء الفرنسي أصبح يمارس هذا النوع من الرقابة على الرغم من غياب النصوص القانونية التي تأمر الإدارة بإقامة التناسب بين الخطأ المرتكب من الموظف العام والعقوبة التأديبية الصادرة ضده، ويؤكد على أن هذا **الاتجاه الحديث لمجلس الدولة الفرنسي** يعد بمثابة إدخال ضمانة تأديبية جد هامة في ميدان القانون التأديبي باعتباره حامي الحقوق والحريات[41].

ومن هنا تظهر انعكاسات تطور القضاء الإداري بتوفير أكثر الضمانات والحقوق للأفراد من خلال الدور الخلاق الذي يتميز به عن القضاء العادي، هذا التطور الذي تمخض عنه مبدأ التناسب، والذي أصبح يلزم السلطات التأديبية دون الحاجة الى نص يقره، ويعتمد عليه القاضي الإداري كضابط للحد من تعسف الادارة بسلطتها التقديرية، التي تزداد مرونة واتساعا مع توسع وازدياد نشاط الادارة في ظل الدولة الحديثة.

الفرع الثاني: تطور الرقابة القضائية على التناسب في القضاء الإداري الجزائري

سنحاول من خلال هذه الجزئية معرفة موقف القضاء الاداري الجزائري من رقابة التناسب، سواء قبل تطبيقاته الصريحة بشأن هذه الرقابة(أولا)، أو بعد موقفه الايجابي من رقابة التناسب(ثانيا).

أولا: رفض القضاء الإداري الجزائري لرقابة تناسب الجزاء التأديبي

انتهج القضاء الإداري الجزائري مسلك مجلس الدولة الفرنسي وذلك بامتناعه عن رقابة تقدير أهمية الوقائع وتناسبها مع مضمون القرار التأديبي؛ أي أن القاضي الاداري الجزائري لم يتجاوز في رقابته حد التأكد من ماديات القرار إلى تكييفها القانوني، دون رقابة خطورة وأهمية الوقائع المرتكبة من الموظف العام ومدى تناسبها مع العقوبة الموقعة[42].

ومن القائلين بهذا التوجه الأستاذ **العربي زروق** بقوله: " وبمراجعة أحكام مجلس الدولة الجزائري لم نجد لها – الأساليب الحديثة في الرقابة ومنها التناسب – أثرا كبيرا في تطبيقاته توحي بتبني المجلس لها، وبذلك المفهوم والمعنى التي هي عليه في القضاء الاداري الفرنسي، وذلك نظرا لعدم تأثر القاضي الجزائري بهذا التطور والاجتهاد القضائي حيث يبقى في نظرنا معاديا لرقابة الملاءمة نظرا للفواصل البعيدة بينه وبين الإدارة ... "[43].

حيث أقر القضاء الاداري الجزائري بأن عملية تناسب القرار التأديبي مسألة من اختصاص السلطة التقديرية للإدارة، ولا يمكن للقضاء التدخل في هذه المسائل.

ثانيا: الموقف الايجابي للقضاء الإداري الجزائري من رقابة التناسب

يظهر بأن مجلس الدولة الجزائري قد تخلى هو الآخر عن موقفه المعارض فيما يخص رقابة أهمية وخطورة الأفعال المنسوبة إلى الموظف وما مدى تناسبها مع العقوبة التأديبية الصادرة في حقه.

لكن الملاحظ أن القضاء الاداري الجزائري، وإن لم يعترف صراحة بتبنيه هذا المبدا – مبدأ التناسب – إلا أن هذا لا يعني عدم مسايرته للتطورات القضائية الحديثة في هذا المجال، حيث نجده أخذ ببعض أحكام نظرية التناسب في القرار التأديبي أسوة بالقضاء الاداري المصري والفرنسي. وفيما يلي نورد بعض التطبيقات القضائية المدعمة لهذا الموقف الحديث للقضاء الإداري الجزائري من رقابة التناسب.

أ- تطبيقات رقابة التناسب في مرحلة وحدة القضاء

ومن بين احدى التطبيقات القضائية الصادرة في مرحلة وحدة القضاء، القرار الصادر في1985/12/07 عن الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى سابقا- مجلس الدولة حاليا- في قضية (ب، م، ش) ضد (وزير الداخلية والمدير العام للأمن الوطني)، والذي أقر فيه أن السلطة المخول لها صلاحية التأديب لم تجانب الصواب في تقديرها لمدى تناسب العقوبة مع الخطأ الصادرمن الموظف . وهذا ما يظهر من خلال القرار القاضي بأن: " من المقرر قانونا أن الأخطاء التأديبية تشمل كل تقصير من الموظف في ممارسة الوظيفة والأفعال المرتكبة خارج الوظيفة ... ومن ثم فإن الإدارة باتخاذها قرار عزل الموظف الذي كان قد انتهج سلوكا لا يتماشى وصفته كعون من أعوان الشرطة، والذي كان في نفس الوقت قد خرق التزام الاحترام والطاعة للسلطة الرئاسية. و بالتالي قد التزمت بتطبيق القانون وكان قرارها سليما، ولما كانت الأخطاء المهنية المرتكبة من الموظف كافية لتبرير عزله، فإن الإدارة كانت محقة بقرارها بتسليط الجزاء "[44].

وبالتالي يعتبر مجال الوظيفة العامة- التأديب- أول مجال طبق فيه رقابة التناسب، ولكن وكما سبق الإشارة إلى ذلك أنه لم يورد القضاء الاداري الجزائري ألفاظا وعبارات صريحة تدل على الأخذ بهذا التوجه الحديث- رقابة التناسب – فرقابة التناسب من خلال هذا النص جاءت ضمنية وذلك بالتصريح " **بسلامة القرار** "، وكذا عبارة " **الأخطاء المرتكبة كافية لتبرير توقيع هذه العقوبة بالذات** "[45].

ب- تطبيقات رقابة التناسب في مرحلة الإزدواجية

وقد تجسدت هذه المرحلة من خلال الاجتهادات القضائية لمجلس الدولة الجزائري الذي طبق رقابة التناسب في مجال القرارات التأديبية، ومن بين هذه التطبيقات القرار الصادر عنه في 1999/07/26 والذي تتلخص وقائعه في أن موظف يشغل منصب مقتصد بقطاع التربية والتعليم توبع بجريمة انشاء محل للفسق، وأدين بعقوبة سالبة للحرية بشهرين حبسا نافذة وغرامة قدرها 2000 دج .

فاستانف الموظف أمام مجلس الدولة الجزائري والذي جاء في فحوى قراره المذكور أعلاه:

" وحيث ومن جهة أخرى فإن من الثابت فقها وقضاء أن رقابة القاضي الاداري لا تمتد إلى تقدير نسبة درجة العقاب المسلط إلا إذا تبين له عدم التلازم الواضح بين نسبتي الخطأ والعقوبة، وهو أمر غير متحقق في قضية الحال بالنظر إلى خطورة الخطأ الثابت في حق المستأنف.

وحيث بات في ضوء ما تقدم أن العقوبة المسلطة على العارض قائمة على أساس سليم من الواقع والقانون "[46].

وهذا الموقف الحديث من رقابة التناسب نستخلصه أيضا من قرار حديث لمجلس الدولة الجزائري والذي جاء فيه: " حيث أنه إذا كان القاضي الجزائي يقدر الأخطاء المرتكبة طبقا لقانون العقوبات، فإن السلطة التأديبية – تحت رقابة القاضي الاداري – تقدر الأخطاء المرتكبة حسب متطلبات المرفق العام.

حيث أن الافعال المنسوبة ارتكابها إلى الطاعن تشكل فعلا خطأ تأديبيا خطيرا يطلق عليه وصف الدرجة الثالثة حيث أن **العقوبة المسلطة عليه** جاءت في مستوى **خطورة هذه الأفعال** "[47].

وفي الحكم المذكور أعلاه لو تبين لمجلس الدولة الجزائري أن العقوبة المسلطة على الموظف لم تكن في مستوى خطورة الأفعال المرتكبة منه لقضى بإلغاء القرار المتضمن تلك العقوبة على أساس عدم ملاءمة وتناسب الخطأ التأديبي الصادر من الموظف. كما أن هذا الحكم الصادر عن مجلس الدولة الجزائري يوحي بأن القضاء الإداري الجزائري يتجه شيئا فشيئا نحو اعترافه بمبدأ التناسب كضابط موضوعي يلزم السلطة التأديبية حال توقيعها للجزاء التأديبي.

وتضيف الأستاذة سماح فارة في هذا الشأن قائلة أنه لايوجد ما يمنع القاضي الإداري الجزائري من توسيع اجتهاده، لأن التطور يحدث خطوة خطوة كما هو الحال عليه في مصر وفرنسا، ولم تكن هذه الرقابة الحديثة – رقابة تناسب الجزاء التأديبي – دفعة واحدة[48].

وهو ما نأمل من خلال هذه الدراسة الوصول إليه، بحيث يحذو المشرع الجزائري نحو ما أخذ به القضاء الاداري المصري، ومن ورائه القضاء الاداري الفرنسي من ضرورة الاقرار بمبدأ التناسب كضمانة هامة للموظف العام حال توقيع العقوبة التأديبية .

خاتمة:

سعيا من الفقه الاداري لإزالة الغموض واللبس عن مفهوم التناسب، تقدم هذا الأخير بجملة من التعاريف لتحديد نطاق هذا المبدأ وبيان عناصره، والتي أوردنا أهمها.

إن تحديد مفهوم التناسب في القرار التأديبي يقتضي كذلك تمييزه عما يشابهه من مصطلحات كالسلطة التقديرية التي اتضح أن علاقتها بالتناسب علاقة جزء بالكل، أما الملاءمة فتبين أنها تستغرق التناسب فكلما كان القرار التأديبي مناسبا كان أكثر ملاءمة.

إن الدور الخلاق للقضاء الإداري جعل هذا المبدأ يعرف له تطبيقات قضائية عديدة، سواء من خلال " نظرية الغلو" في القضاء الإداري المصري الذي كان له السبق في الإقرار بهذا المبدأ في مجال التأديب خاصة، و" نظرية الخطأ الظاهر" في القضاء الإداري الفرنسي، وذلك حرصا من القضاء الإداري على إقامة التوازن بين فاعلية الإدارة وضمان عدم هدر حقوق الموظف المحال على سلطة التأديب، وتماشيا كذلك مع خاصيتي التطور وقضائية النشأة التي يمتاز بها القانون الإداري.

كما أن مبرر هذا النوع من الرقابة أن السلطة التقديرية الواسعة الممنوحة لسلطات التأديب ليست سلطة تحكمية مطلقة، بل لابد لأي عمل إداري أن لا يخرج عن نطاق المشروعية، الأمر الذي جعل السلطات التأديبية تتقيد بمبدأ التناسب – باعتباره من المبادىء العامة للقانون – حتى لا تغلو في تقدير الجزاء، ولو في غياب النص القانوني الذي يقره .

أما عن موقف القضاء الإداري الجزائري فلم يقر صراحة بتبنيه هذا الإتجاه القضائي الحديث، رغم بعض المحاولات التي تلمح بتوجهه نحو ما حذى إليه القضاء الإداري المقارن في رقابته لتناسب القرار التأديبي حتى يستجيب لآمال وتطلعات الموظفين.

كما أن هذه الاجتهادات لا تكفي وحدها، بل يستلزم الأمر تدخل المشرع بأن يدرج الغلو، أو فكرة الخطأ الظاهر في التقدير في التناسب كعيب مستقل ضمن العيوب التي تكون مبررة لإلغاء القرار التأديبي، فيتم حسم الخلاف الفقهي حول تحديد طبيعة عيب عدم تناسب القرار التأديبي، وكذا تحقيق الإستقرار في الأحكام القضائية في هذا الشأن.

الهوامش:

[1]– لسان العرب، ابن منظور، المجلد الأول، دار صادر، بيروت، بدون سنة نشر، ص 755.

[2]– مختار الصحاح، محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي، الطبعة التاسعة، دار عمار، عمان، 2005، ص 321 .

[3]– ابراهيم مصطفى وآخرون، المعجم الوسيط، ص 916.

[4]– خليفة سالم الجهمي، ملامح التطورات الحديثة في الرقابة على السلطة التقديرية للإدارة (رقابة التناسب)، على الرابط الالكتروني :

salem.wordpress.com http://khalif

على الساعة: 20.00، بتاريخ : 2016/07/08، ص 03.

[5]– محمد باهي أبو يونس، الرقابة القضائية على شرعية الجزاءات الإدارية العامة، دار الجامعة الحديثة، الاسكندرية، مصر 2000، ص 113.

[6]– يقصد بالمرحلة الثالثة من رقابة سبب القرار الاداري " رقابة التناسب "؛ أي رقابة أهمية وخطورة الوقائع ومدى تناسبها مع العقوبة التأديبية الموقعة على الموظف، كاستثناء عن القاعدة العامة حيث كان دور القاضي يقتصر على رقابة الوجود المادي للوقائع كمرحلة أولى وتكييفها القانوني كمرحلة ثانية، دون البحث في مدى ملاءمة وتناسب القرار التأديبي خاصة والقرار الإداري عامة .

[7]– مايا محمد نزار أبو دان، الرقابة القضائية على التناسب في القرار الاداري " دراسة مقارنة بين فرنسا ومصر ولبنان " المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2011، ص 09.

[8]– أثارت مسألة مدى حق القاضي الإداري في بسط رقابته على تناسب القرار الإداري من عدمه جدلا فقهيا واسعا فمنهم من يؤيد فرض هذا النوع من الرقابة، ومنهم من يعترض عليها ولكل وجهة نظره التي يدافع عنها .

[9]– نقلا عن عمراوي حياة، الضمانات المقررة للموظف العام من خلال المساءلة التأديبية في ظل التشريع الجزائري، مذكرة ماجستير في العلوم القانونية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، الجزائر، الموسم الجامعي 2011– 2012 ، ص 37.

[10]– حنان حجال، رقابة التناسب في اجتهاد القضاء الإداري (دراسة مقارنة بين لبنان وفرنسا)، رسالة أعدت لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون العام، الجامعة الإسلامية في لبنان، خلدة، حزيران، لبنان، 2005، ص 12.

[11]– رفيق بومدين، الوسائل القضائية للرقابة على التناسب في القرار التأديبي، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة محمد بوضياف، المسيلة، الجزائر، الموسم الجامعي 2014– 2015، ص 31.

[12]– سماح فارة، التوجه الحديث لقضاء الإلغاء: رقابة التناسب، مجلة التواصل في الاقتصاد والإدارة والقانون، وهران، الجزائر العدد42، جوان 2015، ص 90.

[13]– نوفال العقيل العجارمة، سلطة تأديب الموظف " دراسة مقارنة "، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط 01، عمان ، الأردن 2007 ، ص141.

[14]– بدري مباركة، الجانب الإجرائي للنظام التأديبي في الوظيفة العامة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة جيلالي اليابس، سيدي بلعباس، الموسم الجامعي 2010– 2011، ص 339.

[15]– رفيق بومدين، المرجع السابق، ص 34.

[16]– السيد محمد ابراهيم، الرقابة القضائية على ملاءمة القرارات التأديبية، مجلة العلوم الإدارية، تصدر عن كلية الحقوق القاهرة، 2007، العدد02، ص93. لمزيد من التفصيل مرابط خديجة، الرقابة القضائية على القرارات التأديبية الصادرة ضد الموظف العام، مذكرة ماجستير، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الموسم الجامعي 2011– 2012، ص57.

[17]– سامي جمال الدين، قضاء الملاءمة والسلطة التقديرية للإدارة، دار الجامعة الجديدة، مصر، بدون سنة نشر، ص 259.

[18]– تتنازع أمر السلطة التقديرية اعتباران، أحدهما يستلزمه وهو الكفاءة الإدارية، والآخر يستنكره يتمثل في الحقوق الفردية.

[19]– ماجد راغب الحلو، القضاء الإداري، المكتبة القانونية لدار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 1995، ص 55.

[20]– نقلا عن مصلح الصرايرة، مدى تطبيق محكمة العدل العليا للمبادىء التي أقرها القضاء الإداري في رقابته على السلطة التقديرية للإدارة، مجلة العلوم الاقتصادية والقانونية، دمشق، العدد الأول، 2009، ص166.

[21]– نفس المرجع، ص166.

[22]– أمزيان كريمة، دور القاضي في الرقابة على القرار المنحرف عن هدفه المخصص، مذكرة ماجستير، جامعة الحاج لخضر باتنة ، الجزائر، الموسم الجامعي 2010– 2011، ص 102.

[23]– فيصل عبد الحفيظ الشوابكة، محمد سعيد الشباب، رقابة محكمة العدل الأردنية على سلطة الإدارة في التقدير، مجلة دفاتر السياسة والقانون، جانفي 2014، ص269.

[24]– سماح فارة، المرجع السابق، ص89.

[25]– رفيق بومدين، المرجع السابق، ص31.

[26]– سلوى حسين حسن رزق، المبادىء الدستورية للعقوبات الجنائية والتأديبية، دار الفكر والقانون، المنصورة، القاهرة، مصر 2012، ص 148.

[27]– عدلت محكمة العدل العليا الأردنية عن موقفها في عام 1979، باشتراطها لمشروعية القرارات التأديبية ألا يكون هناك غلو في توقيع العقوبة التأديبية، أي أن يكون هناك تناسب. للاستزادة يراجع مصلح الصرايرة، المرجع السابق، ص 188.

[28]– منذ 1979 كذلك اتجه القضاء الإداري اللبناني– مجلس شورى الدولة اللبناني– نحو بسط رقابته على تناسب القرار التأديبي، للاستزادة يراجع رفيق بومدين، المرجع السابق، ص 56؛ مايا محمد نزار أبودان، المرجع السابق، ص 139.

[29]– محكمة القضاء الاداري المصري، رقم 1079، لسنة 06 ق، بتاريخ 1953/05/07.

[30]– سامي جمال الدين، المرجع السابق، ص 269؛ محمد أبو ضيف باشا خليل، النظام التأديبي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، بدون سنة نشر ص 122.

[31]– سلوى حسين حسن رزق، المرجع السابق، ص 151؛ عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الضمانات التأديبية في الوظيفة العامة، دار الكتب القانونية، المحلة الكبرى، مصر، 2004، ص 69.

[32]– حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية، رقم 563، بتاريخ 1961/11/11، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الادارية العليا، السنة السابعة ، ص 27. وهو نفس الحكم الذي تبنته المحكمة في حكم صدر عنها رقم 2935، بتاريخ 1992/02/08؛ حكم المحكمة الادارية العليا المصرية، رقم 3161، لسنة 35 ق، بتاريخ 02/29/ 1992. لمزيد من الأحكام القضائية يراجع خالد عبد الفتاح محمد، الموسوعة الشاملة في شرح النظام التأديبي للعاملين المدنيين بالمدونة والقطاع العام والكوادر الخاصة (في ضوء أحكام المحكمة الإدارية العليا المصرية حتى عام 2003)، العالمية للتجليد والنشر، مصر ط 02، 2004، ص 930.

[33]– عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الضمانات التأديبية في الوظيفة العامة، دار الكتب القانونية، المحلة الكبرى مصر 2004 ص 69.

[34]– مصلح الصرايرة، المرجع السابق، ص 188.

[35]– نفس المرجع، ص 189.

[36]– مليكة الصروخ، القانون الإداري (دراسة مقارنة)، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، ط 07، بدون سنة نشر ص 566.

[37]– حكم المحكمة الادارية المغربية، رقم 123، بتاريخ 04/24/ 2002؛ قرار المجلس الأعلى المغربي، رقم 136، بتاريخ 1997/02/13.

[38]– كمال رحماوي، تأديب الموظف في القانون الجزائري، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2004، ص 99.

[39]– خلف فاروق، رقابة القضاء الإداري على مبدأ التناسب مابين العقوبة التأديبية والخطأ المهني الصادر عن الموظف العام المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، تصدر عن جامعة الجزائر، العدد02، 2011، ص 100.

[40]- C.E 09 juin 1978, LEBON, REC, p 245.

[41]– لعلام محمد المهدي، دور القاضي الإداري في رقابة تناسب الجزاء التأديبي، المجلة المصرية للدراسات القانونية والاقتصادية، مصر، العدد04، مارس 2015، ص 112، للاستزادة ينظر عبد العالي حاحة وأمال يعيش تمام، الرقابة على تناسب القرار الإداري ومحله في دعوى الإلغاء، مجلة منتدى القانون، تصدر عن جامعة محمد خيضر، بسكرة، الجزائر، العدد الخامس، 2010، ص 138 .

[42]– بن علي عبد الحميد، طرق انقضاء العقوبة التأديبية الصادرة ضد الموظف " دراسة مقارنة "، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، الموسم الجامعي 2010– 2011، ص 111.

[43]– سماح فارة، المرجع السابق، ص 97.

[44]– قرار المجلس الأعلى سابقا، الغرفة الإدارية، رقم 42568، 1985/12/07 . أشار إليه عبد العالي حاحة وأمال يعيش تمام، المرجع السابق، ص 143 .

[45]– لعلام محمد المهدي، المرجع السابق، ص 115.

[46]– مجلس الدولة الجزائري، الغرفة 04، بتاريخ 1999/07/26، فهرس 371، نقلا عن لحسن بن شيخ آث ملويا، المنتقى في قضاء مجلس الدولة، الجزء الأول، دار هومة، الجزائر، 2002، ص 183 وما بعدها.

[47]– قرار مجلس الدولة الجزائري، الغرفة الثانية، رقم 010077، الصادر بتاريخ 2003/05/20. نقلا عن دادو سمير الانحراف في استعمال السلطة في القرارات الإدارية، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، الجزائر، الموسم الجامعي 2011– 2012، ص 96 .

[48]– سماح فارة، المرجع السابق، ص 98.

عنوان المقال: آلية إخطارالمجلس الدستوري
قراءة على ضوءالتعديل الدستوري2016.

الطالب: عمراني احمد.
طالب سنة ثانية دكتوراه
تحت اشراف د/ شريط وليد
تخصص دولة ومؤسسات، جامعة البليدة2علي لونيسي
البريدالالكتروني : amranihmaida@gmail.com

الملخص:

لقد أوكلت الرقابة على دستورية القوانين في الجزائر، الى هيئة مستقلة تدعى بالمجلس الدستوري ليتكفل بالسهرعلى إحترام الدستور، وضمان سموه وذلك بالتدخل لمراقبة دستورية المعاهدات والقوانين والتنظيمات، والنظام الداخلي لغرفتي البرلمان، وبالتالي فهو يعمل على مراقبة السلطتين التشريعية والتنفيذية، إضافة الى مهام استشارية أخرى نص عليها الدستور، وعليه فان تحريك هذه الرقابة ليست عملية تلقائية بالمجلس الدستوري، بل تتم بموجب آلية الاخطار، وتخضع لإجراءات وجهات محددة دستوريا لتفعيلها.

الكلمات المفتاحية: الرقابة الدستورية، رقابة المطابقة، المجلس الدستوري، الاخطار، الدفع بعدم الدستورية.

Rèsumé:

La fonction de contrôle constitutionnel en algérie a été confiée a un organe indépendant appelé le conseil constitutionnel pour assurer le respect de la constitution en intervenant pour contrôle la constitutionnalité des traitès,des lois et règlements et du règlement interieur des deux chambres du parlement,La censure nest pas un processus automatique du consiel constitutionnel,elle est effectuèe dans

le cadre du mècanisme de notification est soumise a des procèdures et a des points de vue constitutionnellement dèfinis.

مقدمة:

تكريسا لمبدأ سمو الدستور، اقر المؤسس الدستوري في الجزائر فكرة الرقابة الدستورية في كل الدساتير التي عرفتهم الجزائر منذ الاستقلال، باستثناء الفترة الفاصلة بين جوان1965 وتبني دستور 1989، وقد أوكلت مهمة الرقابة الدستورية الى هيئة تدعى المجلس الدستوري وتدعم هذا المسعى من خلال دستور 1996، وقد أسس المجلس الدستوري ليتكفل بالسهر على احترام الدستور[1]، وضمان سموه وذلك بالتدخل لمراقبة دستورية المعاهدات والقوانين والتنظيمات والنظام الداخلي لغرفتي البرلمان، وبالتالي فهو يعمل على مراقبة السلطتين التشريعية والتنفيذية إضافة الى مهام استشارية أخرى نص عليها الدستور.

وقد تكون الرقابة على دستورية القوانين سابقة أو لاحقة وفق ما تراه السلطات التي خولها المؤسس الدستوري صلاحية اخطار المجلس الدستوري[2]، وعليه فان تحريك هذه الرقابة ليست عملية تلقائية بالمجلس بل تخضع لإجراءات وجهات محددة دستوريا.

والاشكالية التي تطرح من خلال ما تقدم:

كيف يتم اخطار المجلس الدستوري؟ وما الجهات المكلفة بذلك وما الأثر الذي يرمي اليه المؤسس الدستوري من خلال توسيع جهات الإخطار؟

نعرض في هذه الورقة البحثية دراسة آلية تحريك المجلس الدستوري من خلال التطرق الى مفهوم آلية الإخطار في المطلب الأول، ثم الجهات التي أنيطت لها مهمة اخطار المجلس الدستوري قبل وبعد التعديل الدستوري 2016، في المطلب الثاني.

المبحث الأول: مفهوم الإخطار

يمثل الإخطار الآلية القانونية التي بموجبها يتم تحريك المجلس الدستوري، لممارسة مهامه الرقابية، والمتمثلة في فحص مدى مطابقة وعدم خرق كل من المعاهدات والقوانين والتنظيمات للدستور، ولتسليط

الضوء على هذه الآلية المهمة لعمل المجلس الدستوري، سوف نقدم تعريف الإخطار في (المطلب الأول)، ثم نتناول موضوع الإخطار في (المطلب الثاني)، ونخصص المطلب الثالث لاجراءات الإخطار

المطلب الأول: تعريف الإخطار لغة واصطلاحا:

يمكن تعريف مصطلح الاخطار من الناحية اللغوية والناحية الاصطلاحية كالآتي :

الفرع الأول: الإخطار لغة:

معنى إخطار في قاموس المعجم الوسيط: فعل (خ ط ر) (مصدر أخطر)، وقع إخطاره بالحادث: إعلامه، إبلاغه.

إخطار جمع إخطارات: إشعار أو إعلام كتابي أو شفوي، رسالة قصيرة، ونقول تسلّم إخطارا بموعد نظر قضيته.

الفرع الثاني: الإخطار اصطلاحا

يقصد بالإخطار اصطلاحا: هو ذلك طلب أو رسالة المقدمة من الهيئة المختصة بالإخطار من أجل طلب النظر في دستورية القوانين، كما قد تعني كلمة الاخطار في الأنظمة الأخرى تحريك الدعوى لرقابة دستورية قانونا ما. [3]

المطلب الثاني: موضوع الاخطار:

يمارس المجلس الدستوري نوعين من الرقابة، تتمثل الأولى في رقابة المطابقة على القوانين العضوية والنظام الداخلي لكل من غرفتي البرلمان، والرقابة الثانية على رقابة الدستورية المعاهدات والقوانين والتنظيمات، وسوف نتناول هذين النوعين من الرقابة بشيء من التفصيل.

الفرع الأول: رقابة المطابقة:

تعتبر رقابة المطابقة ،رقابة اجبارية يقوم بها المجلس الدستوري على النصوص القانونية المحددة حصرا بواسطة الدستور ،ولا يمكن أن يتم إصدارها وبدء العمل بها الا بعد مرورها على رقابة المجلس الدستوري، وتتمثل في الرقابة على القوانين العضوية [4]والنظام الداخلي لغرفتي البرلمان[5]، ويمارس المجلس الدستوري هذه الرقابة وجوبا قبل صدورها و/أو نشرها، على اعتبار أن القوانين العضوية يتولى رئيس الجمهورية إصدارها

ونشرها في الجريدة الرسمية، بينما لا تخضع الأنظمة الداخلية لغرفتي البرلمان لإجراء الإصدار، تطبيقا لمبدأ استقلالية البرلمان والفصل بين السلطات، حيث يتم نشرها بمجرد الموافقة عليها[6].

تتجه رقابة المطابقة الى التأكد من احترام القوانين العضوية والأنظمة الداخلية للبرلمان للشروط الشكلية والموضوعية المحددة في الدستور، نظرا لان موضوعاتها محددة في نص الدستور على سبيل الحصر، وزيادة على ذلك فان احكام القوانين العضوية تعد مكملة للدستور لأنها تتناول موضوعات مرتبطة بتنظيم السلطات والحياة السياسية والنظام المالي والامن الوطني[7].

رقابة المطابقة لا تخص حكما أو أحكاما محددة، بل تتجه الى كامل النص المعروض على رقابة المطابقة، ولا تقتصر على موضوع النص بل تتعداه الى إجراءات اعتماده[8]، يترتب على رقابة المطابقة النتائج التالية[9]:

– لابد من اصدار المجلس الدستوري رأيه بمطابقة النص للدستور، وفي هذه الحالة يتولى رئيس الجمهورية إصداره.

– إذا صرح المجلس الدستوري أن حكما أو أحكاما من القانون العضوي غير مطابقة للدستور، وأن هذه الاحكام لا تأثر على صلاحية النص للتطبيق أمكن رئيس الجمهورية اما اصدار النص أو طلب مداولة جديدة حول النص.

– إذا صرح المجلس الدستوري أن حكما أو أحكاما من القانون العضوي غير مطابقة للدستور، وأن هذه الاحكام لا يمكن فصلها عن باقي النص، لا يصدر النص ويعاد للمجلس الشعبي الوطني بهدف تعديله بما يتطابق مع ورأي المجلس الدستوري مع ضرورة عرضه من جديد على رقابة المطابقة من طرف المجلس الدستوري.

وبخصوص الأنظمة الداخلية لغرفتي البرلمان فان نتيجة رقابة المطابقة اما قبول النص أو التصريح بعدم مطابقته للدستور، وفي هذه الحالة يتعين عرضه من جديد على الغرفة التي أصدرته من أجل تعديله وعرضه من جديد على المجلس الدستوري لمطابقته للدستور. [10]

<u>الفرع الثاني</u>: رقابة الدستورية:

وتسمى بالرقابة الاختيارية وتشمل الرقابة المسلطة على القوانين العادية والمعاهدات والتنظيمات ، ومعنى ذلك أن هذه النصوص تخضع لرقابة المجلس الدستوري، فقط بناءا على طلب من احدى السلطات الدستورية المخولة لذلك، نتيجة التشكيك في دستوريتها ،وفي غياب هذا الطلب ، ليس هناك رقابة دستورية ولو كان النص قد تضمن أحكاما مخالفة للدستور، كما يمكن أن تكون الرقابة الدستورية على القوانين **سابقة** أو **لاحقة** على صدور القوانين، يتم ذلك **برأي** يصدره المجلس الدستوري في حالة الرقابة السابقة و**بقرار** في حالة الرقابة اللاحقة، وتكون الرقابة الدستورية بالنسبة للمعاهدات الدولية **سابقة** عن التصديق عليها[11]، يترتب على التصريح بعدم دستورية معاهدة أو اتفاق أو اتفاقية عدم التصديق عليها، طبقا لنص المادة 190من دستور 1996المعدل عام2016 بموجب القانون 16-01 [12]،كما يترتب عن التصريح بعدم دستورية حكم من نص تشريعي أو تنظيمي فقدان هذا النص أثره، ابتداء من يوم قرار المجلس الدستوري طبقا لنص المادة 191من دستور 1996المعدل عام 2016[13].

المطلب الثالث: إجراءات اخطار المجلس الدستوري:

يقوم المجلس الدستوري بمجموعة من الإجراءات، تبدأ باستقباله لرسائل الاخطار الواردة اليه من الجهات المحددة دستوريا باخطاره، والذي يحدد نظامه الداخلي شكل الاخطار وما يجب أن تتضمنه رسالة الاخطار، بالإضافة الى كل من مرحلة التحقيق والاجتماع الى غاية تبليغ رأيه أو قرار، الى الجهة التي تقدمت برسالة الاخطار ونشره في الجريدة الرسمية، وسوف نفصل في هذه الإجراءات كالتالي:

الفرع الأول: شكل وكيفية الاخطار:

أولا: شكل رسالة الاخطار:

يخطر المجلس الدستوري برسالة توجه الى رئيسه، وترفق رسالة الاخطار بالنص الذي يعرض على المجلس الدستوري لإبداء رأيه فيه أو اتخاذ قرار بشأنه **[14]**، وتسجل رسالة الاخطار لدى الأمانة العامة للمجلس الدستوري في سجل الاخطار ،ويسلم اشعار باستلامها، ويشكل التاريخ المبين في الاشعار بالاستلام بداية سريان الأجل المحدد في المادة 189من القانون 16-01 المتضمن التعديل الدستوري [15]،وذلك بتداول المجلس في جلسة مغلقة في غضون ثلاثون يوما (30يوما) بدلا من 20 يوم، التي كانت في السابق قبل التعديل دستور1996 (حسب المادة 167) ، من تاريخ الاخطار وعليه الفصل في موضوع الاخطار.

ثنيا: كيفية اخطار المجلس الدستوري:

يتم اخطار المجلس الدستوري من قبل الجهات المحددة دستوريا في المواد 187 و188 من الدستور، والمتمثلة في كل من رئيس الجمهورية ورئيسي غرفتي البرلمان والوزير الأول، كما يمكن أن يخطر من قبل نواب المجلس الشعبي الوطني، أو أعضاء مجلس الأمة، طبقا لنص كل من المادة 187(الفقرة2) من الدستور، وأيضا المادة 10 من النظام المحدد لعمل المجلس الدستوري ،التي فصلت في كيفية اتصال أعضاء البرلمان بالمجلس وإخطاره بالقول " يجب أن تتضمن رسالة الإخطار، الحكم أو الأحكام موضوع الإخطار والتبريرات المقدمة بشأنها، ويجب أن ترفق رسالة الاخطار بقائمة أسماء وألقاب وتوقيعات نواب المجلس الشعبي الوطني أو أعضاء مجلس الأمة أصحاب الإخطار، مع اثبات صفتهم عن طريق إرفاق الإخطار بنسخة من بطاقة النائب أو عضو مجلس الأمة، وتودع رسالة الإخطار من قبل أحد المخطرين المفوضين، لدى كتابة ضبط المجلس الدستوري".

وقد بينت المادة 11من النظام المحدد لعمل المجلس الدستوري كيفية إعلام كل من رئيس الجمهورية ورئيس مجلس الأمة ورئيس المجلس الشعبي الوطني والوزير الأول، بالحكم أو الأحكام التي أخطر بشأنها من قبل النواب أو أعضاء مجلس الأمة، وكذا التبريرات المقدمة من قبلهم، كما يجب أن يعلم رئيس الجمهورية بالإخطار قبل أن يصدر القانون[16].

وقد أوضحت المادة 12 من النظام المحدد لعمل المجلس الدستوري، أنه في حالة ما أخطر المجلس الدستوري أكثر من إخطار بشأن نفس الحكم أو الأحكام، يصدر رأي واحد في موضوع الإخطار.

كما يمكن أن يخطر المجلس الدستوري في إطار الرقابة البعدية عن طريق الدفع بعدم الدستورية [17]،هذه الآلية التي استحدثها المؤسس الدستوري في التعديل 2016 ،والتي تم تأجيل العمل بها الغاية التكفل الفعلي بها وتوفير جميع الظروف اللازمة لتنفيذ احكامها، وسترى النور هذه الآلية حسب نص المادة 215 من الدستور في سنة 2019 [18]، وقد نصت المادة 188 أيضا من هذا التعديل على الجهة التي يمكن لها اخطار المجلس الدستوري في حالة تفعيل آلية الدفع بعدم الدستورية بالقول "يمكن إخطار المجلس الدستوري بالدفع بعدم دستورية القوانين،بناء على **إحالة** من المحكمة العليا او مجلس الدولة،عندما يدعي احد الأطراف في المحكمة امام جهة قضائية،ان الحكم التشريعي الذي يتوقف عليه مآل النزاع الذي ينتهك الحقوق والحريات التي يضمنها الدستور".

الفرع الثاني: مرحلة التحقيق في الإخطار:

يتولى رئيس المجلس الدستوري بمجرد تسجيل رسالة الاخطار، إجراءات التحقيق وذلك بتعيين مقررا من بين أعضائه ليتكفل بالتحقيق في الملف، وتحضير مشروع الرأي أو القرار، مع العلم أن رئيس المجلس الدستوري يتمتع بسلطة تقديرية في تعيين العضو المقرر الذي لا يعلن عن اسمه [19]، ويخول النظام المحدد لعمل المجلس الدستوري من المواد(14 الى 17) للعضو المقرر أن يجمع كل المعلومات والوثائق المتعلقة بالملف، كما يمكنه أن يستشير أي خبير يختاره، ويسلم المقرر بعد انتهاء أشغاله الى رئيس المجلس الدستوري، والى كل عضو في المجلس نسخة من الملف موضوع الإخطار، مرفقة بالتقرير الذي أعده ومشروع الرأي أو القرار.

الفرع الثالث: الاجتماعات المجلس:

يجتمع المجلس الدستوري بناءا على استدعاء من رئيسه[20]، ولا يمكنه الفصل في أي قضية، الا بحضور النصاب القانوني (10 أعضاء)، ويتداول المجلس في جلسة مغلقة، ويبدي اراءه ويتخذ قراراته، بأغلبيه أعضائه الحاضرين، وفي حالة تساوي الأصوات يكون صوت الرئيس مرجحا، ويوقع الأعضاء الحاضرون وكاتب الجلسة محاضر جلسات المجلس الدستوري، ولا يجوز أن يتطلع عليها الا أعضاء المجلس، وكما يوقع الرئيس المجلس والأعضاء الحاضرون أراء وقرارات المجلس، وتكون معللة وتصدر باللغة العربية خلال 30يوما الموالية.

الفرع الرابع: تبليغ ونشر آرأء أو قرارات المجلس الدستورى

أولا: التبليغ: ويبلغ الرأي الى رئيس الجمهورية، كما يبلغ الى رئيس المجلس الشعبي الوطني أو رئيس مجلس الأمة إذا كان الإخطار صادر من أحدهما، أو الى الجهة صاحبة الاخطار، وفي حالة الدفع بعدم الدستورية يبلغ بقرارالى رئيس المحكمة العليا أو رئيس مجلس الدولة[21].

ثانيا: النشر: يقوم المجلس الدستوري بتعليل أراءه وقراراته المحررة باللغة العربية، ثم ترسل هذه الأراء والقرارات إلى الأمين العام للحكومة لنشرها في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، وتكون أراء المجلس الدستوري وقرارات نهائية وملزمة لجميع السلطات العمومية والسلطات الإدارية والقضائية[22] ، كما يمكن أن نشير للملاحظة أنه منذ 1995 و قرارات وآراء المجلس الدستوري، تنشر في نشرية سنوية يصدرها

المجلس تحت عنوان "أحكام الفقه الدستوري الجزائري" وهي متوفرة كذلك على موقعه على شبكة الانترنت (www.conseilconstitutionnel-dz.org).

المبحث الثاني: الجهات اخطار المجلس الدستوري

حدد المؤسس الدستوري الجزائري منذ تبنيه فكرة الرقابة على دستورية القوانين، واسنادها الى المجلس الدستوري، جهات محددة على سبيل الحصر، والتي من خلالها يمكن للمجلس الدستوري تحريكه و بسط رقابتة على الأحكام التي تخالف الدستور والتصدي لها، ويمكن القول أن هذه الجهات تباينت أطرافها من دستور الى آخر ، الا أن حل التعديل الدستوري الأخير لسنة 2016، أين وسع من جهات الاخطار السابقة (رؤساء المؤسسات الدستورية) لتشمل الوزير الأول وعدد من البرلمانيين ، بالإضافة الى حق الافراد في الدفع بعدم الدستورية ،ونتعرض لكل هذا من خلال التطرق الى جهات اخطار المجلس الدستوري قبل تعديل 2016 في (المطلب الأول)، ثم نتناول الجهات المستحدثة في ظل تعديل الدستوري2016 (المطلب الثاني).

المطلب الأول: جهات اخطار المجلس الدستوري قبل التعديل دستوري2016

قد أسند المؤسس الدستوري مهمة اخطار المجلس الدستوري، منذ الاستقلال وتبني الرقابة على دستورية القوانين في الجزائر الى غاية دستور 1996وقبل آخر تعديل له، الى رؤساء مؤسسات دستورية دون ان تتعداهم الى جهات اخري، هذا ما سوف نفصلة من خلال دراسة الجهات المقررة لاخطار المجلس الدستوري في جل الدساتير التي عرفتهم الدولة الجزائرية.

الفرع الأول: جهات اخطار المجلس الدستوري في ظل دستور1963:

بصدور أول دستور للدولة الجزائرية، حيث تبنى واضعوا دستور1963 [23]، فكرة الرقابة الدستورية، وذلك بإنشاء هيئة تدعى المجلس الدستوري، مهمتها الفصل في دستورية القوانين والاوامر التشريعية، ويتولى اخطار المجلس الدستوري كل من رئيس الجمهورية أو رئيس المجلس الوطني[24]، حسب ما نصت عليه المادة 64من الدستور ،لكن كل المجلس الدستوري والدستور نفسه الذي أسس له لم يعرف للتطبيق طريقا بتجميد الدستور بعد مدة لم تتجاوز في اقصى حدودها الثلاثة أسابيع من صدوره وذلك بتعطيل العمل به بتاريخ 03 أكتوبر 1963 طبقا للمادة 59منه ،على أساس الخطر الوشيك وهذا على اثر الاضطرابات الداخلية التي كانت بها

الدولة آنذاك وكذا النزاعات الحدودية مع المغرب ،واستمر الحال الى غاية ما حدث في 19جوان 1965 والذي ادي الى الإلغاء الرسمي للدستور بموجب الأمر رقم 65الصادر في 10جويلية 1965 وطيلة هذه الفترة لا دستور ولا رقابة عليه[25].

الفرع الثاني: جهات اخطار المجلس الدستوري في دستور 76:

جاء دستور 22 نوفمبر ،1976 ليتجاهل تماما النص على المجلس الدستوري، ومنه على الرقابة على دستورية القوانين، وما أبقي عليه في هذا الصدد بعض البنود العامة، كالمادة 111 في فقرتها الثالثة التي نصت على أن رئيس الجمهورية ** يحمي الدستور ** لكن دون تفصيل، فأوكلت لرئيس الجمهورية مهمة حماية الدستور دون ميكنزمات وبالتالي ظلت سلطته التقديرية في ذلك واسعة[26]، رغم أن المؤتمر الخامس لحزب جبهة التحرير الوطني والمنعقد ما بين 19 و22 ديسمبر 1983 ،انتبه ودعا في احدى توصياته الى انشاء هيئة عليا للفصل في دستورية القوانين واحترام الدستور وسموه[27] .

ولمحاولة سد غياب المجلس الدستوري ورقابته على نص الدستوري ، أتت بعض المواد الدستورية لتحل محل المجلس الدستوري،كالنص في المادة 186 على الرقابة السياسية التي تمارس من قبل الحزب والدولة ، ومن المفارقات الغريبة أنه كيف أن الحزب الواحد هو السلطتين التشريعية والتنفيذية معا ،ويراقب نفسه في الان ذاته ،بالإضافة أيضا الى مانصت عليه كل من المادة 150 والمادة 187من دستور76 على الرقابة الشعبية التي تمارس من قبل المجالس المحلية والوطنية والعمالية ، وكذا المادة 190التي تنص على رقابة مجلس المحاسبة الا ان كل هذه المجالس لا تغني في حقيقتها عن الرقابة على دستورية القوانين .

الفرع الثالث: جهات إخطار المجلس الدستوري في دستور89:

وعلى إثر أحداث أكتوبر 1988 عادت فكرة الرقابة على دستورية القوانين للظهور بجدية وجسدت في دستور1989، أين أقر انشاء مجلس دستوري تحت تأثير النظام الفرنسي أنيطت به مهمة الرقابة على دستورية القوانين والتنظيمات ومراقبة الانتخابات التشريعية والرئاسية وتقديم الاستشارة لدى رئيس الجمهورية لتطبيق بعض التدابير الدستورية [28]، وقد أوكلت مهمة اخطار المجلس الدستوري في ظل دستور 89 الى كل من رئيس الجمهورية والى رئيس المجلس الوطني الشعبي وهذا حسب ما ورد في نص المادة 156منه.

الفرع الرابع: جهات إخطار المجلس الدستوري في دستور 96 (وقبل آخر تعديله لسنة 2016) :

عرف المجلس الدستوري في ظل دستور 1996 توسيع في مجال الإخطار وذلك على إثر انشاء مجلس الأمة كمؤسسة دستورية جديدة الى جانب المجلس الشعبي الوطني المكلفين بالتشريع، وقد أوكلت لرئيس مجلس الأمة مهمة اخطار المجلس الدستوري الى جانب كل من رئيس الجمهورية ورئيس المجلس الشعبي الوطني حسب نص المادة 166من دستور 96.[29]

الفرع الخامس: تقييم جهات الاخطار قبل التعديل الدستوري 2016:

يمكن أن نستشف وندرك جملة مثبطات دولة القانون في الجزائر والتي تعد قيود على المجلس الدستوري والتي تعوق فعاليته وشفافيته ونزاهته، حيث منح الدستور الحظ الأوفر لدعم رئيس الدولة بكل الطرق المباشرة وغير المباشرة على حساب المجلس الدستوري وذلك من جهتين:[30]

-من حيث تشكيلة المجلس الدستوري:

منذ تأسيس المجلس الدستوري لأول مرة في الدستور 1963 وحتى آخر تعديل لسنة 2008، ظل يطغى على تشكيلة المجلس الدستوري التفوق التنفيذي لرئيس الجمهورية على حساب أي اعتبار آخر، وذلك من خلال تعيين رئيس الجمهورية لثلاثة (03) أعضاء في المجلس الدستوري بما فيهم رئيس المجلس ،بالإضافة الى العضوين المقترحين من قبل المحكمة العليا ومجلس الدولة اللذين سبقى لهما وأن عينوا في مناصبهم بموجب مرسوم رئاسي،هذا يعطي دافعا لهيمنة السلطة التنفيذية وينقص من استقلالية المجلس الدستوري في بسط رقابته وأداء المهمة الموكلة إليه، بكل نزاهة وشفافية ودون أي ضغط أوميول في إتخاذ قراره .

-من حيث جهة المخطرة للمجلس الدستوري:

إن إقتصار إخطار وتحريك المجلس الدستوري على ثلاث رؤساء لمؤسسات دستورية (رئيس الجمهورية ،ورئيس المجلس الشعبي الوطني ،ورئيس مجلس الأمة)، ودون تحديد إختصاص الإخطار كل واحد منهم، في المجال التشريعي أصبح دافعا للاتكالية، بإستثناء القوانين العضوية والأنظمة الداخلية لغرفتي البرلمان التي أخضعها المؤسس الدستوري الى الرقابة الإلزامية قبلية، وقد تكون هذه الاتكالية إما بقصد أو بدونه حيث تعد جوازيه الإخطار من جهة، وتمييعه بين الرؤساءالثلاث من جهة أخرى، من أهم ما يعوق دور المجلس الدستوري تقنيا ويحد من فعاليته في التصدي للقوانين المخالفة للدستور.

المطلب الثاني: الجهات اخطار المجلس بعد التعديل الدستوري 2016

إن من أهم التجديدات التي جاء بها القانون 16-01، والتي تضمنتها المادتين 187و188 [31] ،إضافة جهات جديدة لإخطار المجلس الدستوري ،والتي تعزز من عمل المجلس وبسط رقابته على الأحكام المخافة للدستور والتصدي لها ، بالإضافة الى تجسيد دولة القانون ، فعلاوة على الجهات السابقة التي نص عليها دستور 1996، في صياغته الأولى ونعني بذلك كل من رئيس الجمهورية ،ورئيس المجلس الشعبي الوطني ،ورئيس مجلس الأمة،تم منح حق الإخطار الى كل من الوزير الأول، والى50نائب من المجلس الشعبي الوطني أو 30عضو من مجلس الامة، بالإضافة الى ما نصت عليه المادة 188 بإضافة الدفع بعدم الدستورية بناءا على إحالة من المحكمة العليا أو مجلس الدولة.

الفرع الأول: حق الوزير الأول في الاخطار

قد أضاف المؤسس الدستوري للوزير الأول حق الإتصال بالمجلس الدستوري وإخطاره، عملا بمبدأ توازن بين السلطات، وثنائية الاخطار من كل سلطة في الدولة (التنفيذية، التشريعية، القضائية)، فضلا عن إمكانية أن يتم اقتراح قانون من قبل 20نائب من المجلس الشعبي الوطني أو20 عضوا من المجلس الأمة، وفي هذه حالة يستطيع أن يتصدى الوزير الأول للاقتراحات التي يرى أن فيها خرقا للدستور.

الفرع الثاني: حق البرلمانين في الاخطار

حق اخطار المجلس الدستوري من قبل أعضاء البرلمان، يتحدد ب50 نائب أو30عضو من مجلس الامة، فهذا الحق يعد تقدما كبير في طريق تحرير البرلمان وتفعيل دور النواب بما فيهم المعارضة في الغرفتين، حيث ورد النص على حق المعارضة البرلمانية المتعلقة بتحريك رقابة الدستورية في الفقرة 06من المادة 114من الدستور، بتأكيد على حق المعارضة في الاخطار طبقا لأحكام المادة187الفقرة2/3 من الدستور بخصوص القوانين التي صوت عليها البرلمان ،ويستوي في ذلك أن يكون القانون المصوت عليه هو في الأصل مشروع قانون مقدم من الحكومة ،أواقتراح قانون مقدم من البرلمانيين .

الفرع الثالث: حق الطعن بعدم الدستورية للمتقاضين

وسع المؤسس الدستوري حق الطعن للمتقاضين، حيث يمكن إخطار المجلس الدستوري بالدفع بعدم الدستورية بناء على إحالة من المحكمة العليا أو مجلس الدولة، عندما يدعي أحد الأطراف في المحاكمة أمام جهة قضائية أن الحكم التشريعي الذي

يتوقف عليه مآل النزاع، ينتهك الحقوق والحريات التي يضمنها الدستور، على أن تحدد شروط وكيفيات تطبيق هذه الفقرة بموجب قانون عضوي، كما سيستدعي ذلك إدخال تعديلات على قوانين الإجراءات المدنية والإدارية والجزائية حتى تتكيف مع هذا المعطى الجديد.

المطلب الثالث: آجال الفصل في الاخطارات وآثار المترتبة عليها

الفرع الأول: **آجال الفصل في الإخطارات المقررة دستوريا:**

أولا: في حالة الاخطار من قبل الجهات المحددة في المادة 187 من الدستور

لقد حدد المؤسس الدستوري أجلين للفصل وإصدار قرارات وآراء المجلس الدستوري، حيث تم تمديد مدة العشرين (20) يوما التي كانت في دستور 1996 إلى ثلاثين (30) يوما في التعديل 2016، وذلك لمنح المجلس الدستوري مهلة كافية للفصل في الإخطارات الموجهة إليه، كما أجاز المؤسس الدستوري على أن يخفض هذا الأجل لعشرة(10) أيام[32]، في حالة وجود طارئ بناءا على طلب من رئيس الجمهورية، عوض الوزير الأول كما كان مقترحا في مشروع التعديل الدستوري لسنة 2014.

ثانيا: في حالة الاخطار عن طريق الإحالة من السلطة القضائية

عندما يخطر المجلس الدستوري من قبل السلطات القضائية المتمثلة في المحكمة العليا أو مجلس الدولة، عن طريق الدفع بعدم الدستورية على أساس المادة 188، فعليه أن يصدر قراره خلال الأشهر الأربعة (4) التي تلي تاريخ إخطار، ويمكن تمديد هذا الأجل مرة واحدة لمدة أقصاها أربعة (4) أشهر، بناء على قرار مسبّب من المجلس، ويبلّغ إلى الجهة القضائية التي أحالت الإخطار[33].

الفرع الثاني: آثار قرارات وآراء المجلس الدستوري

يبث المجلس الدستوري في كافة المجالات التي تندرج ضمن صلاحياته بآراء أو قرارات كاشفة، فهي تعلن عن دستورية أو عدم دستورية أو عن مطابقة أو عدم مطابقة الأحكام المعروضة عليه للدستور، وبالنسبة لآراء وقرارات المجلس الدستوري فقد تناولها نص المادة 191 من القانون16-01 التي تقابلها 169 من دستور96 الذي يقضي بانه " **اذا ارتأى المجلس الدستوري أن نصا تشريعيا أو تنظيميا غير دستوري، يفقد هذا النص أثره ابتداءه من يوم قرار المجلس.**

إذا اعتبر نص تشريعي ما غير دستوري على أساس المادة 188 أعلاه، فان هذا النص يفقد أثره ابتداءا من اليوم الذي يحدده قرار المجلس الدستوري.

تكون آراء المجلس الدستوري وقراراته نهائية وملزمة لجميع السلطات العمومية والسلطات الإدارية والقضائية".

ومن هذا المنطلق فان قرارات وآراء المجلس الدستوري غير قابلة لأي وجه من أوجه الطعن بما في ذلك طلب إعادة النظر، باستثناء حالة طلب تصحيح خطأ مادي ، فهي آراء وقرارات تكاسي الصبغة النهائية ،وذات النفاذ الفوري ، وتلزم كل السلطات العمومية ،كما أنها ترتب بصفة دائمة كل آثارها ، ما لم يتعرض الدستور للتعديل ،وطالما أن الأسباب التي تؤسس منطوقها مازالت قائمة.[34]

خاتمة:

ان الإصلاحات الدستورية التي جاء بها المؤسس الدستوري الجزائري، في القانون 16-01 المتعلق بالتعديل دستور 1996، وخصوصا في مجال الرقابة الدستورية، أعطت دعما كبيرا وفعليا لمبادئ الديمقراطية التشاركية وبناء دولة القانون التي تقوم على حماية الحقوق والحريات ومبدأ سمو الدستور والفصل بين السلطات ،وتجلى ذلك من خلال توسيع جهات الاخطار، والتي انصبت على منح أعضاء البرلمان حق الاخطار ،فلكل من 50نائبا في المجلس الشعبي الوطني و30عضوا في مجلس الأمة أن يقدموا اخطارا للمجلس الدستوري في حالة وجود حكم و أحكام مخالفة للدستور، بما فيهم أعضاء المعارضة والتي تعطي قفزة نوعية ،في تحرير البرلمان وضمان عدم تملص النصوص غير الدستورية ،وتفعيل دور النواب بما فيهم المعارضة في الغرفتين وبذات الوقت تشكل تعميقا للديمقراطية النيابية ،والحد من هيمنة الأغلبية البرلمانية ،وقد مكن المؤسس الدستوري أيضا الوزير الأول من حق الاخطار عملا بمبدأ التوازن بين السلطات في الدولة وحماية لاختصاصاته الدستورية ،كما وسع المؤسس الدستوري حق الطعن للمتقاضين ،حيث يمكن اخطار المجلس الدستوري بالدفع بعدم الدستورية بناءا على احالة من المحكمة العليا أو مجلس الدولة، وبهذه الآلية التي تمثل ضمانة حقيقية لحماية للحقوق والحريات التي أقرها الدستور لأفراد،وفي الأخير يمكن القول أن المؤسس الدستوري قد عمق حقيقتا من المبادئ التي ترمي اليها دولة القانون،وعلى رأسهاحماية الحقوق والحريات الافراد وحماية مبدأسمو الدستور.

الهوامش:

1 - المادة 182من القانون رقم16-01المتعلق بالتعديل الدستور1996، المؤرخ في 06مارس 2016، الجريدة الرسمية العدد14الصادرة في 07مارس2016.

2 - شربال عبد القادر، قرارات المجلس الدستوري في تأويل احكام الدستور الجزائري، دار هومة، الجزائر، دون سنة طبع، ص39.

3 - مسراتي سليمة، اخطار المجلس الدستوري، رسالة ماجستير في القانون الدستوري، جامعة الجزائر،2000، ص7.

4 - نصت المادة الأولى من النظام المحدد لعمل المجلس الدستوري 2016 "يفصل المجلس الدستوري في مطابقة القوانين العضوية للدستور قبل صدورها...".

5 - ما نصت عليه المادة 186 الفقرة 3 من القانون 16-01المتعلق بتعديل دستور1996، وأيضا المادة 3 من النظام المحدد لعمل المجلس الدستوري بالقول "يفصل المجلس الدستوري في مطابقة النظام الداخلي لكل من غرفتي البرلمان للدستور قبل الشروع في تطبيقه برأي وجوبي...".

6 - بوكرا إدريس، المبادئ العامة للقانون الدستوري والنظم السياسية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر،2016، ص233.

7- سعيد بوشعير، المجلس الدستوري الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر،2012، ص67.

8 - بوكرا إدريس، المرجع السابق، ص234.

9 - بوكرا إدريس، المرجع نفسه، ص234.

10- سعيد بوشعير، المرجع السابق، ص73

11- صالح بلحاج، المؤسسات السياسية والقانون الدستوري في الجزائرمن الاستقلال الى اليوم، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الثانية، الجزائر،2015، ص318،319.

12- نصت المادة190 من القانون16-01 "إذا ارتأى المجلس الدستوري عدم دستورية معاهدة أو اتفاق، أو إتفاقية، فلا يتم المصادقة عليها ".

13-المادة 191من القانون 16-01.

14-المادة 08 و09 من النظام المحدد لعمل المجلس الدستوري سالف الذكر.

15- بينت المادة 189من الدستور أنه بعد اخطار المجلس الدستوري من قبل الجهات المكلفة دستوريا بالاخطار، يتداول المجلس الدستوري في جلسة مغلقة، ويعطي رايه او يصدر قراره في ظرف ثلاثون (30) يوما من تاريخ الاخطار، وأضاف المؤسس الدستوري انه في حال وجود طارئ، وبطلب من رئيس الجمهورية، يخفض هذا الاجال الى عشرة(10) أيام.

16- بينت المادة 189من الدستور أنه بعد اخطار المجلس الدستوري من قبل الجهات المكلفة دستوريا بالاخطار، يتداول المجلس الدستوري في جلسة مغلقة، ويعطي رأيه أو يصدر قراره في ظرف ثلاثون (30) يوما من تاريخ الاخطار، وأضاف المؤسس الدستوري أنه في حال وجود طارئ، وبطلب من رئيس الجمهورية، يخفض هذا الاجال الى عشرة(10) أيام.

17- وقد وضحت المادة 189 سالفة الذكر انه عند اخطار المجلس الدستوري عن طريق احالة من السلطات القضائية كما هو مبين في المادة 188 من الدستور أي في حالة الدفع بعدم الدستورية، فان قراره يصدره في الأشهر الأربعة التي تلي الاخطار، ويمكن تمديد هذا الاجل الى أربعة أشهر أخرى بناء على قرار مسبب من المجلس يبلغ الى الجهة القضائية صاحبة الاخطار.

18- نصت المادة215 من الدستور 2016 انه "ريثما يتم توفير جميع الظروف اللزمة لتنفيذ احكام المادة 188 من الدستور وعملا على ضمان التكفل الفعلي بذلك، فان الآلية التي نصت عليها هذه المادة سوف توضع بعد اجل ثلاث (3) سنوات من بداية سريان هذه الاحكام.

19- شربال عبد القادر، المرجع السابق، ص 32.

20- أكدت المادة 18 من النظام المحدد لعمل المجلس، بأن يترأس الجلسات رئيس المجلس الدستوري، في حالة غياب أو حصول مانع رئيس المجلس الدستوري يمكن لنائبه أن يترأس رئاسة الجلسة بدلا عنه، وفي حالة اقتران المانع للرئيس المجلس ونائبه يرأس الجلسة العضو الأكبر سنا.

21- المادة 25 و26 من النظام المحدد لعمل المجلس الدستوري لسنة 2016.

22- المادة 24 و27 من النظام المحدد لعمل المجلس الدستوري لسنة 2016.

23- دستور10سبتمبر 1963

24- المادة 64 من الدستور 1963

25- غربي فاطمة الزهراء، المرجع السابق، ص 272

26- غربي فاطمة الزهراء، المرجع السابق، ص 272

27- مولود ديدان، القانون الدستوري والنظم السياسة، دار بلقيس، الجزائر، طبعة2015، ص 118.

28 - سعيد بوشعير، النظام السياسي الجزائري، دراسة تحليلية لطبيعة النظام الحكم في ضوء دستور1996-السلطة التشريعية والمراقبة-، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزء الرابع، الجزائر،2013، ص199

29 - نصت المادة 166 من دستور 1996على الجهات المكلفة ياخطار المجلس الدستوريبالقول "يخطر مجلس الدستوري رئيس الجمهورية أو رئيس مجلس الأمة اورئيس المجلس الشعبي الوطني" وتقابلها في التعديل الدستوري لسنة 2016 المادة 187.

30- غربي فاطمة الزهراء، المرجع السابق، ص291

31- أنظر ما نصت علية كل من المادة 187 و188 من التعديل الدستوري لسنة 2016.

32- المادة 189 الفقرة الأولى من القانون 16-01 المتعلق بالتعديل دستور 2016.

33 - المادة 189 الفقرة الثانية من القانون 16-01 المتعلق بالتعديل دستور 2016.

34 - شربال عبد القادر، المرجع السابق، ص 33.

مبدأ الفصل بين سلطتي الاتهام والتحقيق
دراسة مقارنة

الأستاذة براهيمي سميحة
طالبة دكتوراه
أستاذة مكلفة بالدروس بالمركز الجامعي بريكة
العنوان الالكتروني: brahimisamiha6000000@gmail.com

ملخص

يمثل مبدأ الفصل بين سلطتي الاتهام و التحقيق احد مبادئ الإجراءات الجنائية التي تحقق ضمانات الحرية الفردية ذلك إن الجمع بين هاتين السلطتين في يد هيئة واحدة يؤدي إلى استبدادها فالسلطة المطلقة مفسدة و في المسالة الجنائية إذا توقف كل شيء على شخص واحد يملك وحده الحق في الاتهام و جمع الأدلة وتقديرها و الفصل فيما ينسب إلى المتهم فانه من الواضح أن هذا الشخص يملك الأضرار بالمتهم أو الحكم لصالحه و قد اختلفت النظم القانونية في تحديد السلطة المختصة بالتحقيق فاتجهت التشريعات إلى تخويل هذه الوظيفة للقضاء و اتجه البعض الأخر إلى تخويلها للنيابة العامة و يرجع هذا الاختلاف إلى ارتباط هذا الموضوع بالنظام السياسي و الاجتماعي و الاقتصادي السائد في الدولة .

Résumé

Le principe de la séparation entre les deux actes d'accusation et l'enquête est l'un des principes des procédures pénales qui garantissent les garanties de la liberté individuelle. La combinaison de ces deux pouvoirs entre les mains d'un seul corps conduit à son totalitarisme. L'autorité absolue est corrompue et pénale si tout dépend d'une personne seule qui a le droit de charger et Recueillir des preuves, estimer et juger ce qui est attribué à l'accusé, il est clair que cette personne a le préjudice du défendeur ou de se prononcer en sa faveur
Les systèmes juridiques différaient dans la détermination de l'autorité compétente pour enquêter. Les législations ont délégué cette fonction au pouvoir judiciaire et d'autres l'ont délégué au ministère public. Cette différence est due à la connexion de cette question au système politique, social et économique qui prévaut dans l'État

مقدمة:

إن التشريعات عموما في كل الدول تسن بهدف حماية الأفراد و حماية ممتلكاتهم من الاعتداءات كما تضمن السير الحسن للمعاملات فيما بينهم كما أن التشريعات تتطور بتطور الأمم و المجتمعات و لكل تشريع مبادئه التي يقوم عليها .

و التشريع الجنائي يعتبر إحدى هذه التشريعات و التي يقوم على مبدأ "لا جريمة و لا عقوبة إلا بنص" فجاء قانون الإجراءات الجنائية لحماية حقوق كل من المتهم و المجتمع في آن واحد فهو يهتم بتوفير الضمانات المختلفة للأفراد في جميع مراحل الدعوى الجنائية, و التحقيق الابتدائي هو المرحلة الأولى في الدعوى الجنائية و الهدف الأساسي منه هو الوصول إلى الحقيقة بتمحيص الأدلة واستظهار مدى توافر الدلائل الكافية حول نسبة الجريمة إلى المتهم و تتخذ سلطة التحقيق من اجل الوصول إلى هذا الهدف مجموعة من الإجراءات تنطوي على المساس بحقوق و حريات الأفراد. و يحرص قانون الإجراءات الجزائية على أن يقتصر هذا المساس على القدر الضروري و اللازم للكشف عن الحقيقة, فضلا عن توفير الضمانات اللازمة للمتهم حتى يتمكن من الدفاع عن نفسه.

وعلى ذلك يسعى قانون الإجراءات الجنائية دائما إلى تحقيق التوازن بين حق الدولة في العقاب . الذي يدعوا إلى اتخاذ بعض الإجراءات الماسة بحرية المتهم، و حق هذا الأخير في الحرية الفردية. الذي يقتضي إحاطة ما يتعرض له من إجراءات بضمانات يكفل عدم التعسف في المساس بحريته و كفالة حقه في الدفاع عن نفسه. وإن عدم توفير الضمانات للمتهم أثناء خضوعه لإجراءات التحقيق، قد يكون له اثر سيئ على القيام بعملية تأهيله اجتماعيا مستقبلا, بل إن المجتمع نفسه قد يساهم مع المتهم في خلق فرصة الجريمة و دفعه إليها، كل ذلك يقتضي أن يعهد بالتحقيق إلى جهة لها الحيدة و الاستقلال، ما يوفر للمتهم كفالة حقه في الدفاع عن نفسه حتى يكون نتيجة التحقيق موضع الثقة من الرأي العام و المتهم و القضاء، و لا يتحقق ذلك إلا بالفصل بين سلطتي الاتهام و التحقيق، بإعطاء سلطة الاتهام للنيابة العامة و سلطة التحقيق للقضاء.

و على ذلك يعد مبدأ الفصل بين سلطتي الاتهام و التحقيق احد مبادئ الإجراءات الجنائية التي تحقق ضمانات الحرية الفردية، ذلك أن الجمع بين هاتين السلطتين في يد هيئة واحدة يؤدي إلى استبدادها، و من هنا فان مبدأ الفصل بين سلطات القضاء الجنائي هو ضمان لحياد القضاء الجنائي.

وبالتالي الإشكالية المطروحة تتمحور حول مدى تطبيق مبدأ الفصل بين وظائف القضاء الجنائي في التشريعات المقارنة؟ و المشكلة الرئيسية بالنسبة لتطبيق هذا المبدأ هي مركز النيابة العامة، و اختصاصاتها و علاقتها بالسلطة التنفيذية بقاضي الحكم، و على وجه الخصوص علاقتها بقاضي التحقيق.

للإلمام بالجوانب المختلفة للموضوع قسمنا دراستنا إلى مبحثين بحيث قسمنا كل مبحث إلى مطلبين على النحو الأتي :

مقدمــة

المبحث الأول: التعريف بوظيفتي الاتهام و التحقيق

المطلب الأول: ماهية وظيفة الاتهام

المطلب الثاني: ماهية وظيفة التحقيق

المبحث الثاني: مبدأ الفصل بين وظيفتي التحقيق و الاتهام

المطلب الأول: مبدأ الفصل بين الإبقاء و الإلغاء

المطلب الثاني: موقف التشريعات من الفصل بين سلطتي الاتهام و التحقيق

خاتــمة

المبحث الأول: التعريف بوظيفتي الاتهام و التحقيق

مفهوم وظيفة الاتهام:

إن وظائف القضاء الجنائي تختلف فيما بينها في الطبيعة والمضمون والهدف، كما تختلف كل وظيفة عن الأخرى من حيث الدور الذي تلعبه في الدعوى الجنائية ونقلها من مرحلة إلى أخرى حتى تنتهي بالحكم البات الفاصل بموضوعها وتنفيذه.

فسلطة الاتهام تحرك الدعوى الجنائية ,وتتولى سلطة التحقيق جمع الأدلة وتقدير مدى توافرها ضد المتهم بينما تقوم سلطة المحاكمة بالبحث عن الحقيقة المطلقة والفصل في الدعوى الجنائية في ضوء ما

توصل إليه، بينما يقوم قاضي التنفيذ بالإشراف على تنفيذ الحكم وهذا ما يتطلب تحديد كل وظيفة من وظائف القضاء الجنائي وبيان دورها في الدعوى الجنائية.

وفي ضوء ما تقدم سنقوم بتقسيم هذا المبحث إلى مطلبين على النحو التالي: [1]

المطلب الأول: ماهية وظيفة الاتهام.

الاتهام بمعناه الواسع عبارة عن ما يتم اتخاذه من إجراءات الدعوى الجنائية المتعلقة بتوجيه التهمة إلى متهم معين، سواء عن طريق تحريك الدعوى الجنائية من خلال صحيفة الاتهام أو قرار الإحالة الافتتاحي السابق على التحقيق كما في فرنسا، أو سواء كان ذلك من خلال توجيه الاتهام صراحة إلى المتهم أثناء القيام بإجراءات التحقيق الابتدائي أو خلال انتهاء أعمال التحقيق الابتدائي والإحالة إلى المحاكمة وذلك لاستكمال مباشرة الدعوى الجنائية في مرحلتها الأخيرة الخاصة بالمحاكمة. [2]

الفرع الأول: تعريف الدعوى العمومية ومباشرتها.

لم تنص مختلف التشريعات ولم تحدد ما هو أول إجراء يبدأ به في تحريك الدعوى تاركا ذلك للفقة والقضاء, غير أن مختلف التشريعات منحت هذه السلطة للنيابة رغم وجود الضبطية ومختلف الهيئات المتعاونة معها.

وقد حدد المشرع الجزائري مباشرة الدعوى العمومية في الشطر الأول من المادة 29 ق إج التي تنص على ما يلي «تباشر النيابة العامة الدعوى العمومية باسم المجتمع وتطالب بتطبيق القانون وهي تمثل أمر كل جهة قضائية»

– ويرى البعض أن المقصود بتحريك الدعوى العمومية هو بداية الإجراءات او نقطة البداية والقيام بأول عمل إجرائي الذي يعتبر محركا للدعوى المنشئة للخصومة الجزائية.

أولا: المقصود بتحريك الدعوى العقابية.

ويقصد بتحريك الدعوى العمومية [3] إجراء الاستدلال والبحث أو الادعاء من الطرف المدني ، أي بيان اللحظة التي يبدأ منها افتتاح الدعوى كنشاط إجرائي، وهو ما يفترض انتقال الدعوى من حال السكون الذي كانت عليه إلى حالة الحركة وبالتالي اتخاذ أي إجراء من الضبطية القضائية يعتبر تحريكا للدعوى العمومية.[4]

غير أنه يثور الخلاف في الفقه حول طبيعة الإجراء الذي تتحرك به الدعوى العمومية, فقد اشترط البعض أن يكون الإجراء قضائيا ويستبعد كافة أعمال الضبطية والبحث والتحري والاستدلال ,وهذا يقودنا إلى البحث عن توجه المشرع الجزائري في تحديد لحظة تحريك الدعوى العمومية.

بالرجوع الى المادة الأولى من ق ا ج الجزائري التي تنص على ما يلي:«الدعوى العمومية لتطبيق العقوبة بحركها ويباشرها رجال القضاء...إلخ»[5]

ثانيا: مفهوم مباشرة الدعوى العمومية.

هي متابعة الدعوى منذ لحظة إدخالها في حوزة المحكمة أو التحقيق وتعني مباشرة كافة الإجراءات الصادرة عن النيابة بوصفها ممثلة للمجتمع كتقديم الطلبات وإبدائها الاستئناف، والطعن في الأحكام.

وإذا كانت هناك بعض الأطراف ستشارك النيابة الحق في تحريك الدعوى وذلك عن طريق الشكوى...إلخ، فإن سلطة مباشرة الإجراءات قد منحت للنيابة وحدها، رغم أن المشرع يضع قيودا على النيابة العامة في بعض حالات تحريك الدعوى مثل الدعاوى التي تتطلب الشكوى أو الإذن ولكن مع جميع هذه الحالات الاستثنائية يبقى للنيابة العامة حق مباشرة الدعوى العقابية بل ملزمة بذلك وهو ما نصت عليه المادة 29 ق إج.[6]

الفرع الثاني: القائم بوظيفة الاتهام.

لقد اتفقت اغلب التشريعات على إسناد وظيفة الاتهام إلى النيابة العامة باعتبارها أعلى جهاز في القضاء الجنائي وبالتالي يجب تحديد النيابة العامة من خلال معرفة تشكيلها وخصائصها.

أولا: تشكيل النيابة العامة.

ويقصد به الجهاز التنظيمي من الناحية الهيكلية والوظيفة، وهناك ثلاث درجات, المحكمة الابتدائية، والمجلس القضائي, والمحكمة العليا، وباعتبار النيابة العامة هي خصم في الدعوى العمومية وهي ممثلة على مستوى الدرجات الثلاث.

ثانيا: خصائص النيابة العامة.

تتميز النيابة العامة بالخصائص التالية:

1- **التبعية التدريجية:** ينبغي أن يكون للرئيس سلطة الإدارة والإشراف والرقابة، ورئيس النيابة العامة هو وزير العدل، ويتضح من نص المادة 30 أن أعضاء النيابة مسئولون أمام وزير العدل وخاضعون لرقابته و إشرافه من الناحية الإدارية والوظيفية. (7)

2- وحدة النيابة العامة وعدم قابليتها للتجزئة: والنيابة هي وحدة واحدة حيث يمكن أن يحل أي عضو من أعضاء النيابة محل آخر في تمثيل هذه الأخيرة، حيث يمكن لعضو معين تحريك الدعوى وعضو ثاني يقوم بمباشرتها وعضو ثالث يقدم الطلبات أثناء المحاكمة وعضو رابع يطعن في الحكم بمعنى أن كل إجراء يقوم به عضو يعتبر كأنما قام به بقية الأعضاء.

3- استقلالية النيابة العامة: بمعنى أن النيابة العامة تتمتع بقدر كبير من الحرية والاستقلالية في أداء مهنتها خاصة اتجاه قضاء الحكم ,حيث أنه أثناء المحاكمة تقدم النيابة العامة طلباتها فلا يملك لقاضي الحكم أن يطلب من النيابة التنازل عن الدعوى.

4- عدم مسؤولية أعضاء النيابة العامة: القاعدة العامة أن أعضاء النيابة العامة لا يسألون عن تصرفاتهم والإجراءات المتخذة من قبلهم في الدعوى العمومية.

5- عدم جواز رد أعضاء النيابة العامة: تنص المادة 55 من ق إ ج على ما يلي: «لا يجوز رد رجال القضاء أعضاء النيابة العامة» وهذا عكس قضاة الحكم الذين يجوز ردهم إذا توفر سبب من الأسباب المنصوص عليها في المادة 554 (ق إ ج) (8)

المطلب الثاني: ماهية وظيفة التحقيق.

الدعوى الجنائية قبل أن ترفع إلى القضاء للفصل فيها تمر بمرحلة التحقيق الابتدائي بغية الكشف عن حقيقة الأمر فيها والتنقيب عن مختلف الأدلة التي تساعد على تقدير صلاحية عرض الأمر على القضاء وفي سبيل ذلك يتخذ القائم بالتحقيق مجموعة من الإجراءات تتسم بالطابع القهري أو الجبري في مباشرتها وتمس في كثير من الأحيان حقوق وحريات الأفراد.

الفرع الأول: تعريف التحقيق الابتدائي وخصائصه.

أولا: تعريف التحقيق الابتدائي.

التحقيق في اللغة مصدر حق، وحق الأمر: صح وثبت وصدق وحقق الأمر: أثبته أو عرف حقيقته، فيقال حقق الظن، وحقق القول والقضية.

والتحقيق في الأمر معناه بذل الجهد فيه للكشف عن حقيقة أمره.

والتحقيق الابتدائي هو مجموعة من الإجراءات القضائية التي تباشرها سلطات التحقيق بالشكل المحدد قانونا بغية تمحيص الأدلة والكشف عن الحقيقة قبل مرحلة المحاكمة. (9)

ثانيا: خصائص التحقيق الابتدائي.

بما أن التحقيق الابتدائي يعد مجموعة من الإجراءات التي تباشرها هيئة قضائية مختصة ,فإن هذه الأخيرة تتميز بثلاث خصائص رئيسية وسنذكرها في النقاط التالية:

1- سرية التحقيق بالنسبة للغير:

إذا كان المبدأ في مرحلة المحاكمة هو علنية المحاكمة، فإن المبدأ في التحقيق الابتدائي هو عدم علانيته سواء أكان هذا التحقيق يجري بواسطة النيابة العامة أو قاضي التحقيق أو مستشار التحقيق, ويقصد بعدم علانية التحقيق مباشرته في غير حضور الجمهور، أما الخصوم فإن القاعدة بالنسبة إليهم هي علانية التحقيق أو مباشرته في حضورهم.

ولا يترتب على عدم مراعاة شرط العلانية بطلان إجراءات التحقيق، فحضور الجمهور لا يبطل التحقيق وإنما يؤدي إلى التهوين من قيمة الدليل إذا ما قدرت المحكمة أن العلانية أثرت على قيمة الدليل.(10)

2- **علانية التحقيق بالنسبة للخصوم:**

قاعدة علانية التحقيق مقررة للخصوم إعمالا لحقهم في الدفاع عن أنفسهم, وذلك بالرد على الأدلة التي تقدم ضدهم وتقييدها، والطعن في الإجراءات التي تباشر على نحو غير سليم, والاستثناء عن هذه القاعدة يكون في حالتين, الحالة الأولى تتعلق بالضرورة والثانية بالاستعجال. (11)

3- تدوين التحقيق:

تدوين التحقيق أمر لازم حتى يكون حجة على الكافة، وتكون إجراءاته أساسا صالحة لما يبنى عليها من نتائج، فالكتابة تنأى عن الشك وتدعوا إلى الثقة فيها. فمن المستحيل الاعتماد على ذاكرة المحقق التي لابد أن تخونه بمرور الوقت.

الفرع الثاني: القائم بوظيفة التحقيق.

إن القائم بالتحقيق يؤدي رسالة كبرى، فيها الكثير من المشقة والجهد إذ يقوم بالموازنة بين الأدلة وتحديد احتمالات البراءة والإدانة أو بالأحرى يوازن بين حق الدولة في العقاب و قرينة البراءة المفترضة للمتهم وفق لمبدأ الشرعية الإجرائية، بحيث يجب أن تكون له من الكفاية والاستقلال, بحيث يكفل للمتهم دفاعه وهذا لا يتحقق إلا إذا روعي في القائم بالتحقيق صفات وشروط يجب توافرها فيه.

أولا: الشروط الواجب توافرها في القائم بالتحقيق.

ثانيا: استقلال القائم بالتحقيق.

أولا: الشروط الواجب توافرها في القائم بالتحقيق.

المهمة التي يقوم بها المحقق مهمة شاقة وكبيرة وتتطلب فيه أن يكون على درجة من الكفاءة تمكنه من أداء رسالته أداء محمودًا وهي كالأتي:

1- التكوين المهني للمحقق.

2- المعلومات القانونية للمحقق.

3- الثقافة العامة للمحقق.

4- حياد المحقق وتجرده والحياد يقصد به حرية الذهن من كل تعصب , وصفة التجريد تعني أن المحقق يجب أن يجرد نفسه من كل تأثير يقع عليه.

5- الإيمان بمهمته في إظهار الحقيقة.

6- الهدوء والضبط النفس والبعد عن التسرع في الحكم على قيمة الدليل.

7- سرعة التصرف وقوة الملاحظة.

8- حفظ الأسرار.

ثانيا: استقلال القائم بالتحقيق.

يجب أن يتوافر للقائم بالتحقيق الاستقلال التام عند مباشرته المهمة ولا يعني هذا الاستقلال التحكم والاستبداد في الرأي والحكم وإنما يعني أن يقوم بأداء رسالته بحرية تامة ووفق لاقتناعه الحر السليم ,ويقتضي ذلك الاستقلال التام عن السلطات التي يتصل عملها بالدعوى الجنائية، ونعني بذلك السلطة التنفيذية من ناحية وسلطات القضاء الجنائي من ناحية ثانية.[12]

المبحث الثاني: مبدأ الفصل بين سلطتي التحقيق والاتهام.

يقصد بهذا المبدأ أن يمنح سلطة الاتهام لجهة خاصة مغايرة للجهة التي تتولى مهمة التحقيق الابتدائي، وهذا ما اتبع في فرنسا حيث أنيطيت مهمة الاتهام لجهاز النيابة العامة, بينما عهد بالتحقيق الابتدائي إلى قاضي متخصص أطلق عليه اسم قاضي التحقيق.

المطلب الأول: مبدأ الفصل بين الإبقاء والإلغاء.

نعالج أولا مفهوم أو مدلول المبدأ و شروط تطبيقه ثم نعرض بعد ذلك حجج المؤيدين والرافضين لهذا المبدأ.

الفرع الأول: مفهوم المبدأ وشروط تطبيقه.

يقصد بمبدأ الفصل بين سلطتي الاتهام والتحقيق أن يتولى الاتهام جهة غير الجهة التي تتولى التحقيق الابتدائي ويعبر هذا المبدأ عن قواعد ثلاث: الأولى قاعدة التشكيل، والثانية قاعدة التخصص أما الثالثة فهي قاعدة استقلال أداء العمل.

أولا: قاعدة التشكيل.

مؤدى هذه القاعدة أنه لا يجوز لنفس الشخص أن يباشر في نفس الدعوى وبالتتابع أكثر من وظيفة من الوظائف المختلفة للقضاء الجنائي، فلا يجوز لعضو النيابة العامة الذي باشر الاتهام في دعوى أن يكون هو قاضي التحقيق الذي يحقق فيها، يرجع ذلك إلى أن وظيفة النيابة العامة بطبيعتها تتعارض مع وظيفة التحقيق، وبالتالي لا يجوز للقاضي أن يمارس على التوالي هاتين الوظيفتين في نفس الدعوى، ويشترط لتطبيق هذه القاعدة أن يشارك القاضي شخصيا في أعمال الاتهام سواء بالتوقيع على الطلب .

ثانيا: قاعدة التخصص.

مقتضى هذه القاعدة انه لا يجوز لنفس الشخص أن يمارس أكثر من اختصاص في آن واحد، فلا يجوز أن يباشر التحقيق من طرف النيابة العامة، كما لا يجوز أن يختص قاضي التحقيق من تلقاء نفسه بتحريك الدعوى العامة, ومن ثم لا يجوز لقاضي التحقيق أن يباشر اختصاصه إلا بعد طلب النيابة العامة أو شكوى مصحوبة بالادعاء المدني.

ثالثا: قاعدة استقلال أداء العمل.

فيما يتعلق بهذه القاعدة، فإن مبدأ الفصل بين سلطتي الاتهام والتحقيق يقتضي أن تباشر كل سلطة من هاتين السلطتين باستقلال تام، فينبغي أن يكون القاضي المختص بالتحقيق مستقلا عن النيابة العامة في إدارته للتحقيق, كما يجب أن تمارس هذه الأخيرة وظيفتها أمامه بكل استقلال.[13]

الفرع الثاني: المفاصلة بين نظام الفصل بين سلطتي الاتهام والتحقيق والجمع بينهما.

انقسم الفقه في تحديد مدى تأثير الفصل بين سلطتي الاتهام والتحقيق على حياد سلطة التحقيق، فمنهم من دافع عن مبدأ الفصل و رأى فيه ضرورة لتوفير الحياد المطلوب في سلطة التحقيق , و منهم من ٍ رأي أن الحياد يمكن توافره في ظل الجمع بين سلطتي الاتهام والتحقيق ولكل فريق حججه وبراهينه.

وسنعرض كما يلي الحجج المؤيدين لنظام الجمع بين سلطتي الاتهام والتحقيق، ونبين كذلك حجج المعارضين لهذا النظام .

أولا: حجج المؤيدين لمبدأ الفصل بين سلطتي الاتهام والتحقيق.

يعتمد أنصار مبدأ الفصل بين جهتي القيام بالاتهام والتحقيق بصفة عامة وفي الفقه الفرنسي بصفة خاصة على تأييد وجهة نظرهم على وجوب إسناد كل من سلطتي التحقيق والاتهام إلى جهتين مستقلتين أو منفصلتين عن بعضهما على العديد من الحجج القائمة أساسا على الحرص التام على توفير كل من عناصر الحيدة والنزاهة في عمليتي الاتهام والتحقيق فضلا عن الحرص على الحقوق والحريات الأساسية للمتهمين ولكافة أطراف الدعوى الجنائية ، هذا بالإضافة إلى الاختلاف من حيث الطبيعة بين وظيفتي الاتهام والتحقيق برغم تمثيلها لمرحلتين متعاقبتين من إجراءات الدعوى الجنائية، سنورد ذلك[14] في العناصر التالية:

1- حيدة ونزاهة التحقيق

2- الفصل بين سلطتي الاتهام والتحقيق ضمان لحقوق وحريات الأفراد

3- تولي القاضي وظيفة التحقيق ضمانة كبيرة للأفراد

4- مبدأ الفصل بين سلطتي الاتهام والتحقيق وتجسيد للشرعية الإجرائية

5- الفصل بين سلطتي الاتهام والتحقيق يؤدي إلى حسن إدارة القضاء

6- مبدأ الفصل يكفل الرقابة المتبادلة بين جهتي التحقيق والاتهام.

ثانيا: الرافضون لمبدأ الفصل بين سلطتي الاتهام والتحقيق.

يمثل هذا الرأي مجموعة من القوانين وعلى الخصوص القانون السوفياتي والياباني والبلجيكي، المصري والحجج المستند إليها ما يلي:

1- إن الفصل بين سلطتي الاتهام والتحقيق يترتب عليه تأثير سير العدالة سواء بالإدانة أو بالبراءة.

2- إن وجود عدة هيئات تختص وتعرض عليها الأدلة قد تؤدي إلى تفتيت الحقيقة وتشتيتها واختلافها ويخلق ثغرات في التحقيق المنشود.[15]

3- يحقق هذا المبدأ من وجهة نظر مؤيديه بصورة كاملة مبادئ تبسط إجراءات العدالة الجنائية والإسراع في تحقيقها وفاعليتها.[16]

4- يذهب أنصار مبدأ الجمع إلى عدم التسليم بأن تطبيق المبدأ المذكور يهدر الحياد الواجب للمحقق, وذلك أن النيابة في إجرائها التحقيق تراعي دائما الفصل بين وظيفتها كسلطة تحقيق وبين وظيفتها كسلطة الاتهام, بان تضمن العدالة التامة بأدلة الاتهام والدفاع على السواء، ولا تتأثر بوظيفتهما لسلطة اتهام في قيامها بالتحقيق ولا يترتب على ذلك بطلان ما تتخذه من إجراءات.[17] فالخشية من عدم حياد الشخص الذي يتولى الاتهام والتحقيق معا، موروثه من النظام القديم، حيث كان ينظر لأعضاء النيابة العامة أنهم خدام الملكية Supports de la royauté.[18]

5- مبدأ الجمع لا يخالف مبدأ الشرعية الإجرائية.، وعليه فإن الجمع بين سلطة النيابة والتحقيق هو خروج عن المألوف في اغلب التشريعات وإهدار لأحد المبادئ الأساسية وفي بعض القوانين تراجعت عنها مثل المشروع المصري تراجع عن ذلك وعاد إلى الأصل وهو الفصل بينهما.

المطلب الثاني: موقف التشريعات من الفصل بين سلطتي الاتهام والتحقيق

لم تسر التشريعات على وتيرة واحدة بشان الفصل بين سلطتي الاتهام والتحقيق، فمنها من خول النيابة العامة سلطة الاتهام والتحقيق، ومنها من جعل الاتهام من اختصاص النيابة العامة وأسند التحقيق لجهة أخرى، وقد تباين موقف المشرع المصري والفرنسي والجزائري من ذات الموضوع سنعرض لموقف هذه التشريعات تباعًا.

الفرع الأول: موقف المشرع المصري

النظام الذي كان معمولاً به سابقا في مصر هو أن نظام النيابة العامة هي الجهاز الأساسي الذي يملك القيام بوظيفتين معًا (المتابعة والتحقيق) لكن بعد بضع سنوات أصبحنا نرى ظهور نظام النائب العام

الاجتماعي هذا النظام الحديث كان بعد مروره بعدة تطورات في القضاء المصري. هذا النظام لم يكن يعكس إلا القرارات السياسية فلم يكن النائب العام ينطق بالعقوبات الجنائية.[19]

وفي ظل قانون تحقيق الجنايات الأهلي الصادر في 13 نوفمبر 1883 اخذ المشرع المصري بمبدأ الفصل بين سلطتي الاتهام والتحقيق فخول قاضي التحقيق مباشرة التحقيق بناء على طلب النيابة العامة أو بناء على شكوى المدعي بالحق المدني أو من تلقاء نفسه في أحوال التلبس.

وقد تم العدول عن هذا النظام فأصبحت النيابة العامة تجمع بين سلطتي الاتهام والتحقيق، وعند صدور قانون تحقيق الجنايات لسنة 1904 جعل النيابة العامة سلطة تحقيق واتهام وأعطاها الحق في طلب إجراء التحقيق بواسطة قاضي في مواد الجنايات والجنح.

نستنتج مما تقدم أن المشرع المصري تردد كثيرا بين الأخذ بمبدأ الفصل بين سلطتي الاتهام والتحقيق والجمع بين هذه الوظائف إلى أن أستقر في الأخير إلى الجمع بين سلطتي الاتهام والتحقيق.[20]

الفرع الثاني: موقف المشرع الفرنسي.

يرتكز مبدأ الفصل بين سلطتي الاتهام والتحقيق – في فرنسا– على دعامتين أساسيتين، الأولى أن توضع وظيفة التحقيق بين يدي قاضي و الثانية أن يباشر هذا القاضي دوره باستقلال تام، دون خضوع لأي سلطة لاسيما سلطة الاتهام والواقع أن المشرع الفرنسي لم يصل إلى هاتين الدعامتين دفعة واحدة بل مر بمراحل عديدة منذ ظهور مبدأ الفصل وحتى قانون الإجراءات الجنائية الحالي الصادر في 1958.

وتجدر الإشارة أن نظام الفصل بين سلطتي الاتهام والتحقيق لم يسلم من انتقادات الفقهاء الفرنسيين ومرجع ذلك في –نظرنا – إلى الروح العامة للفقهاء الفرنسيين الذين يميلون للتجديد ويبحثون عنه بكل الطرق أما فرنسا في مجموعها واصلت الاستمرار في تطبيق مبدأ الفصل حين السلطات وهو ما يظهر بوضوح في تطبيق المشرع له منذ ظهور المبدأ وحتى قانون الإجراءات الجنائية الحالي.[21]

الفرع الثالث: موقف المشرع الجزائري.

إن التشريعات الإجرائية الجزائية تتغير بتغير الحريات وتزداد حفاظًا وصوابا كلما تغير المجتمع نحو الرقي والتقدم وزيادة الثقافة القانونية وإن استقلال جهة التحقيق وانفصالها كان يتدرج حتى وصل إلى ما هو عليه والذهاب إلى مبدأ الفصل يؤدي إلى تحقيق هدفين أساسيين, الأول قانوني والثاني سياسي, فالهدف القانوني يتجلى في كون أن الخبرة والتخصص في الوظائف ينشئ تجربة عالية ويؤدي إلى فدائية أكثر في الإجراءات وسرعتها و[22]تحقيق الهدف المنشود وهو تحقيق العدالة.

– ويمكن أن نستنتج من خلال ما سبق أن النيابة تتمتع كطرف في الدعوى بمركز قانوني ممتاز، وهذا ما يزيد من صعوبة دور قاضي التحقيق عند بحثه عن أدلة البراءة والاتهام في نفس الوقت وبصفة مجردة.[(23)]

الخاتمة:

لقد توصلنا من خلال هذه الدراسة إلى عدد من النتائج والمقترحات، ولعله من المفيد إبراز أهمها على النحو التالي:

1– تكشف هذه الدراسة عن أهمية الفصل بين سلطتي الاتهام والتحقيق، نظرًا لتعارض وظائف النيابة العامة عن وظيفة التحقيق، هنا التعارض ينتج عن طبيعة هذه الوظائف ومبدأ العدالة الذي لا يسمح بان يكون القاضي خصمًا وحكما في نفس الدعوى، ذلك أن ممارسة وظيفة الاتهام تخلق لديه فكرًا مسبقًا غير ملائم، ومنه فان المخاطر التي تعتري الحياد هي السبب الرئيسي لتبرير الفصل بين وظيفتي الاتهام والتحقيق فالحيدة تعد أحد مبادئ الهامة التي تكفل للمتهم حقه في الدفاع عن نفسه، إذ يعد أبرز الوسائل التي تحقق التوازن في مرحلة التحقيق الابتدائي بين حق الدولة في العقاب وحق المتهم في الحرية.

2– لهذه الاعتبارات اتجهت معظم الأنظمة الإجرائية إلى تبني نظام قاضي التحقيق حيث نجد أن القانون الإجرائي الفرنسي كان مهد لهذا النظام والنموذج الأمثل الذي اعتمدنا عنه في معظم القوانين التي تطبق مبدأ الفصل بين سلطتي الاتهام والتحقيق مثل القانون الجزائري.

الهوامش:

1– د. اشرف رمضان عبد الحميد، حياد القضاء الجنائي، دار أبو المجد للطباعة بالهرم، القاهرة، 2007، الطبعة الأولى، ص 23.

22

2- د. سدران محمد خلف، سلطة التحقيق الابتدائي في التشريع الكويتي ، رسالة دكتوراه، أكاديمية الشرطة، 1985، ص124.

3- أ. فضيل العيش، شرح قانون الإجراءات الجزائية (بين النظري والعملي) مطبعة البدر، 2006، ص 26-27.
4- د.سلمان عبد المنعم، أصول الإجراءات الجزائية، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، ص 223.
5- قانون رقم02-22 المؤرخ في 20 ديسمبر 2006، دار الجزائر ، طبعة 2007.،دار بلقيس الجزائر
6-أ. فضيل العيش، مرجع سابق، ص 28.
7- أ. عمر خوري، شرح قانون الإجراءات الجزائية، محاضرات ألقيت على طلبة الحقوق، جامعة يوسف بن خدة، كلية الحقوق، الجزائر، السنة الجامعية 2009/2008، ص 11.
8- أ. خموري عمر، المرجع السابق، ص 11-12.
9- د. اشرف رمضان عبد الحميد، قاضي التحقيق في القانون الجنائي المقارن، 2007، الطبعة الأولى، ص26.
10- د. محمد زكي أبو عامر، الإجراءات الجنائية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية 2008، ص 518-519.
11- د. محمد ابو علا عقيدة، حرج قانون الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية ، 2008، الطبعة الثالثة، ص 415-416.
12- د. اشرف رمضان عبد الحميد، المرجع السابق، ص 57-68.
13- د. اشرف رمضان عبد الحميد، حياد القضاء الجنائي، دار أبو المجد للطباعة بالهرم، القاهرة، 2007، الطبعة الأولى، ص 84.
14- د. سدران محمد خلف، المرجع السابق، ص130.
15-أ. فضيل العيش، المرجع السابق، ص 60-61.
16- Esper (B) : la séparation des fonction des justices répressive ‘’travaux et rechercher de l’université de paris ‘’ P.U.F .1973.p 20 et 5.
17- د. اشرف رمضان عبد الحميد، حياد القضاء الجنائي، دار أبو المجد للطباعة بالهرم، القاهرة، 2007، الطبعة الأولى، ص 23.
18-Charles (2) : Hastaire du droit pénal ; P.U.F .paris 1963.p 61.
19-Dr . Medhat Ramadan, les séparation entre la fonction de poursuite et les fonctions d’instruction et de jugèrent en matière pénale. Nice 1985 .p 140.
20- د. عبد الإله محمد سالم النواسة، ضمانات المتهم أثناء التحقيق الابتدائي، رسالة دكتوراه، جامعة عين الشمس، 2000، ص 204.
21- د. أشرف رمضان عبد الحميد، قاضي التحقيق، المرجع السابق، ص 110.
23-أ. فضيل العيش ، مرجع سابق، ص 160-161

مسؤولية الناقل الجوي بين الشخصية و الموضوعية

الطالب: بن طيفور عبد الباسط

جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان– كلية الحقوق–

مخبر قانون البحري و النقل

الملخص:

شكلت اتفاقية وارسو الأصلية لسنة 1929 البناء الأساسي في التوحيد القانوني لقواعد النقل الجوي الدولي، وكان لها أعمق الأثر في خدمة الجماعة الدولية في هذا المجال.

إلا أنه بمرور الوقت و مع تطور العناصر التكنولوجية و الاجتماعية و الاقتصادية للنقل الجي الدولي، بات من الضروري تنقيح نظام وارسو و تحديثه بما يواكب التغيرات الجذرية في أطر و بنيا و طبيعة الطيران المدني و الاقتصاد العالمي.

الكلمات المفتاحية: الناقل الجوي، مسؤولية، تعويض، الخطأ، الإياتا ، القضاء الأمريكي، الإيكاو.

Abstract:

The original Warsaw Convention of 1929 constituted the fundamental construction of the legal unification of international air transport regulations and had the greatest impact on the international community's service in this area.

However, over time, with the development of the technological, social and economic components of international transport, it became necessary to revise and modernize the Warsaw system in keeping with the radical changes in the framework, structure and nature of civil aviation and the global economy.

Key words: Air carrier, Liability, Compensation, Error, IATA, American judiciary, ICAO.

مقدمة:

أصبح النقل الجوي في عصر السرعة و العولمة الوسيلة الرئيسية لنقل المسافرين إلى المحطات المنتشرة حول العالم، نظرا لما تمتاز به الطائرات عن وسائل النقل الأخرى من إمكانات تساعدها على تخطي المسافات بسرعة فائقة، و لأنها تعد الوسيلة الأكثر أمنا و تحقيقا لاشتراطات السلامة[1]، خاصة بعد تطور صناعة الطائرات و تطور وسائل الأمان بداخلها.

رغم كل ما سبق ذكره، فإنه لا يستبعد تعرض مستخدمي الطائرة للخطر، إذ نحن بصدد دراسة آلات سخرها الإنسان لخدمته، يمكنها في أي حال من الأحوال أن تضر بالقائمين عليها أو بالآخرين. لذا كان من الضروري إيجاد نظام قانوني يحدد مسؤولية الناقل الجوي عن الأضرار التي تصيب ركابها.

إن الأمر ليكون أسهل لو كنا بصدد نقل داخلي يتم بين أرجاء الدولة الواحدة، إذ تخضع أحكام المسؤولية في هذه الحالة، لنصوص القانون الداخلي أو الوطني. غير أن عالمية الطيران المدني المتمثلة في التغيير المكاني عبر كل أقطار المعمورة، صعب الأمر نوعا ما لاختلاف القوانين و القواعد التي تنظم الطيران المدني؛ الأمر الذي سيؤدي لا محالة إلى تنازع القوانين و تباين المفاهيم القانونية التي تخضع لها وسائل النقل الجوية.

وبذلك تعتبر مسؤولية الناقل نقطة من أهم النقاط التي يثيرها عقد النقل الجوي، الأمر الذي لفت انتباه المجتمع الدولي بضرورة تنظيم و توحيد تلك المسؤولية ، فانبثقت الكثير من الاتفاقيات الدولية التي تنظم و تؤطر هذا المجال، بداية من اتفاقية وارسو 1929[2]، ببروتوكولاتها المعدلة لها، وصولا إلى اتفاقية مونتريال 1999[3]، كلها عملت على التوفيق بين طرفي عقد النقل الجوي (الناقل و المنقول)، من حيث العمل على تشجيع الطيران بصفته التجارية، و حماية العملاء المنقولين بإقرارها حدودا قصوى للمتضررين من النقل الجوي.[4]

إلا أنه بتنوع الاتفاقيات الدولية و تشعب أحكام النقل الجوي، برز إشكال قانوني مهم في دراسة أحكام مسؤولية الناقل الجوي و هو كالآتي: **ما هو الأساس القانوني الذي تبنى عليه مسؤولية الناقل الجوي؟ و هل حقيقة أنا هذا التباين كان له أثر في التوفيق بين مصالح كل من الناقلين و مستخدمي هذه الوسيلة من النقل؟**

للإجابة على هذه التساؤلات ارتئينا أن نقسم بحثنا إلى شقين اثنين:

نعالج في الأول: مسؤولية الناقل الجوي المبنية على أساس الخطأ

لنتناول بالدراسة في الشق الثاني: المسؤولية الموضوعية للناقل الجوي عن الأضرار التي تلحق بالركاب.

المبحث الأول: المسؤولية الناقل الجوي المبنية على أساس الخطأ

كان النقل الجوي في بداية ظهوره محفوفا بمخاطر كبيرة لم يستطع العلم رغم تقدمه السيطرة عليها سيطرة كاملة، و كان يحتاج إلى الدعم و المساندة لتثبيت أقدامه.[5] لذلك اتجهت ارادة المؤتمرين على قواعد النقل الجوي إلى تبني قدر معقول من القواعد الخاصة بالمسؤولية التي تؤدي إلى تطوير صناعة النقل الجوي الوليدة و لا ترهق الناقلين الجويين، ولهذا فقد أقاموا المسؤولية على أساس نظرية الخطأ و ليس نظرية الخطر.

المطلب الأول: أساس المسؤولية و مداها قبل اتفاقية وارسو 1929

لم يكن أساس مسؤولية الناقل الجوي واضحا قبل اتفاقية وارسوا لسنة 1929 الخاصة بتوحيد قواعد النقل الجوي الدولي و البروتوكولات المعدلة لها. فقد كان هذا الأساس يختلف من دولة إلى أخرى و من نظام قانوني لآخر:

أولا/: مسؤولية الناقل الجوي في الأنظمة الأنجلو سكسونية

حيث تطبق محاكم هذه الدول مبادئ الشريعة العامة على الناقل الجوي،[6]ذلك لعدم توفرها على تشريع منظم لمسؤولية الناقل.[7] فيتوقف أساس المسؤولية وفقا لهذه المبادئ على صفة الناقل و موضوع النقل، فإذا كان الناقل من طائفة الناقل الخاص الذي يتولى نقل الأشخاص أو البضائع بناءا على اتفاق خاص في كل حالة على حده، و بالشروط التي يضعها دون وجود أدنى التزام عليه بقبول النقل، في هذه الحالة لا تنعقد مسؤوليته إلا إذا وقع إهمال من جانبه و أقام المضرور الدليل عليه.[8] لذلك فهو لا يلتزم إلا ببذل درجة العناية العادية التي يتعين على الرجل العاقل الحريص في مثل هذه الظروف أن يبذلها.[9]

أما إذا كان الناقل يدخل ضمن طائفة الناقل العام، وهو الشخص الذي يتعهد لقاء مقابل بتلبية جميع طلبات النقل التي تقدم له دون تمييز بين بعضها و البعض الآخر، و كان محل العقد متعلقا بنقل الأشخاص، فإن مسؤولية الناقل تعتبر مسؤولية تقصيرية أساسها عدم بذل العناية الواجبة، والمتمثلة في الإهمال الذي يتعين على الراكب إقامة الدليل عليه، فالناقل في هذه الحالة ملتزم ببذل أقصى درجات الحيطة و العناية،[10] فإن بذلها فلا مسؤولية عليه، أما إذا ثبت عدم بذله لها، فإن مسؤوليته تنهض عن الضرر الذي يلحق بالركاب أثناء فترة النقل، وتأسس حين إذن مسؤوليته عن الإهمال.[11] و العلة في اعتبار مسؤولية ناقل الأشخاص، في كل من القانون الانجليزي و الأمريكي، من قبيل المسؤولية التقصيرية ترجع إلى أن التزام الناقل بضمان سلامة الركاب لا يتولد عن عقد النقل و إنما عن القانون مباشرة.[12]

مما سبق يتضح أن مؤيدي هذا الاتجاه يعتبرون أن المسؤولية هنا أساسها الخطأ الواجب الإثبات، بيد أن مسؤولية الناقل الجوي تعتبر مسؤولية تقصيرية أساسها الالتزام ببذل العناية المعقولة أثناء عملية النقل، حيث يجب على الناقل اتخاذ كافة التدابير اللازمة لسلامة نقل الركاب و البضائع. و في حالة إخلاله بالتزامه لابد و أن يثبت المضرور ذلك بإقامة الدليل على إهمال الناقل.

ثانيا/: مسؤولية الناقل الجوي في الأنظمة اللاتينية(القانون الفرنسي نموذجا)

و هو الذي يعبر عن اتجاه دول القانون المكتوب، و في مقدمتها فرنسا التي كانت محاكمها تطبق القواعد العامة في القانون المدني، و أحكام المسؤولية الخاصة بعقد النقل البري، على قضايا المسؤولية الناشئة عن عمليات النقل الجوي[13]، والتي تعتبر مسؤولية الناقل عقدية أساسها الخطأ المفترض

في جانب الناقل، الذي لا يلتزم معه الراكب أو الشاحن بإقامة الدليل على خطأه، و إنما يكتفي بإثبات نشوء الالتزام و عدم القيام بتنفيذ التزامه. [14]

لقد طبق القانون الفرنسي وفقا للقواعد العامة على النقل الجوي نفس نظام المسؤولية الذي يسري في النقل البري و البحري. و لهذا أخضع الناقل الجوي لمسؤولية شديدة لا يستطيع درأها إلا إذا أثبت السبب الأجنبي الذي أدى إلى وقوع الضرر.

إن نظام المسؤولية كهذا، لا يراع كون الطيران لا يزال في بداية عهده، له ظروف خاصة تختلف عن ظروف وسائل النقل التقليدية الأخرى، وأنه ينبغي وضع قواعد خاصة تلائم النقل الجوي كوسيلة حديثة للنقل[15]. فتدخل المشرع الفرنسي و أصدر تشريع الملاحة الجوية في 1924/05/31،[16] تولد عنه نظامين للمسؤولية: نظام قانوني، و نظام اتفاقي. و في كلا النظامين كانت المسؤولية محددة بحد أقصى.

أ- النظام القانوني: تطبق القواعد العامة المنصوص عليها في القانون التجاري على عقد النقل الجوي، وهو ما يظهر من نص المادة 41 من تشريع الملاحة، و التي تنص على مسؤولية الناقل الجوي عن هلاك و تلف البضاعة والحوادث التي تصيب الركاب، إلا إذا أقام الدليل على أن الضرر يرجع إلى حادث يستحيل دفعه(القوة القاهرة)، أو نتيجة إهمال أو خطأ في الراكب(المضرور).

ب-النظام الاتفاقي: وفيه أجاز تشريع الملاحة للناقل الجوي أن يحول الالتزام بنتيجة إلى التزام ببذل عناية، و ذلك بإباحته اتفاقات عدم المسؤولية التي تتعلق بمخاطر الجو و الأخطاء الملاحية، مع ابقاء الحظر على اتفاقات اعفاء الناقل من المسؤولية.[17]

المطلب الثاني: مسؤولية الناقل الجوي في اتفاقية وارسو و بروتوكول لاهاي

لما كانت الأنظمة التي تحكم مسؤولية الناقل الجوي من حيث أساسها و طبيعتها و أركانها تختلف باختلاف القوانين الوطنية، فقد وقع على عاتق المؤتمرين لعقد اتفاقية وارسوا واجب ليس باليسير، إذ كان عليهم أن يختاروا النظام الأنسب و الأسلم لضمان التوازن بين الناقلين الجويين و مستخدمي النقل الجوي.

أولا/: مسؤولية الناقل الجوي في ظل اتفاقية وارسو 1929

أمام هذه الاتجاهات المختلفة للأنظمة القانونية في الدول المكونة للجماعة الدولية، لم يشأ المشرع الدولي في اتفاقية وارسو و هو بصدد بناء نظام مسؤولية الناقل الجوي أن يأخذ بالأساس الموضوعي لهذه المسؤولية لكي لا يثقل كاهله بمسؤولية تتحقق حتما بمجرد وقوع الضرر، حيث لا يجذي التذرع بعد ارتكاب الخطأ أو بالقوة القاهرة أو بفعل الغير، بل أراد أن يترك له منافذ يفلت منها من كل المسؤولية،

لاسيما وأن الصناعة الجوية كانت و لازالت آنذاك في بداية عهدها محفوفة بمخاطر عديدة لم يتوصل العلم رغم تقدمه إلى السيطرة عليها سيطرة كاملة، و أن فرض مثل هذا الأساس آنذاك، يشكل عرقلة للملاحة الجوية الناشئة بدل تطويرها و تحسينها و ضمان استمراريتها و نموها. كما رفض تأسيس مسؤولية الناقل الجوي على الخطأ التقصيري، الواجب الاثبات لأن ذلك قد يؤدي إلى إهدار مصالح المتضررين إذا ما عجزوا عن إثبات خطأ الناقل الجوي.[18]

بهذا كان لابد لاتفاقية وارسو أن تأخذ موقفا يؤدي إلى القضاء على هذا الاختلاف و التباين، فوضعت هذه الاتفاقية نظاما موحدا لمسؤولية الناقل الجوي هدفت من ورائه إقامة التوازن بين المصالح المتعارضة للناقلين الجويين من ناحية، و لمستعملي الطائرة من ناحية أخرى، و يقوم هذا النظام على المبادئ التالية:

1. أن مسؤولية الناقل تقوم على أساس الخطأ المفترض، و بالتالي فإن المسافر لا يلتزم وفقا لهذا النظام بإقامة الدليل على خطأ الناقل.[19]
2. أن اتفاقية وارسو لم تحمل الناقل الجوي التزاما بتحقيق نتيجة بل حملته التزاما ببذل عناية كما هو الحال في النظرية الأمريكية[20]، و بالتالي يجوز للناقل أن يثبت عكس القرينة السابقة و يتنصل من المسؤولية إذا أثب أنه و تابعوه قد اتخذوا كافة الاحتياطات اللازمة لتجنب وقوع الضرر، أو أن المضرور قد تسبب أو ساهم في إحداث هذا الضرر[21] (المادتين 20،21).
3. بطلان كل شرط يهدف إلى إعفاء الناقل من المسؤولية[22]، أو يجعل مبلغ التعويض أقل من الحد المقرر بالاتفاقية و هو مبلغ 125 ألف فرنك في مواجهة كل راكب، و مبلغ 250 فرنك عن كل كيلوغرام من البضائع و الأمتعة[23] (المادتين 22،23).
4. لا يستفيد من هذا النظام الناقل سيئ النية، ويعتبر الناقل سيئ النية في ظل هذه الاتفاقية في حالتين هما:

أ- إذا ثبت أن الضرر كان راجعا إلى غشه أو خطأ من جانبه يعد وفقا لقانون المحكمة المعروض عليها النزاع معادلا للغش.[24]

ب-إذا تخلفت وثائق السفر أو إذا لم تشتمل على البيانات الالزامية التي حددتها الاتفاقية.[25]

كخلاصة، يمكن القول أن مسؤولية الناقل وفقا لاتفاقية وارسو هي عقدية، أساسها الخطأ المفترض في الناقل أو تابعيه. و أن هذه المسؤولية محدودة بمبلغ معين، عدا حالات الغش أو الخطأ المساوي له.

ثانيا/: أساس مسؤولية الناقل الجوي في البروتوكول لاهي 1955 المعدل لاتفاقية وارسو[26]

لقد اعتبرت المحاكم نظام المسؤولية الذي وضعته الاتفاقية بمثابة ضمان لمصالح الناقلين الجويين. و لم تخف دهشتها ازاء بقائه و حمايته لمصالحهم، و تحديد مسؤوليتهم بمبلغ يقل بكثير عن ذلك الذي يحصل عليه ضحايا وسائل النقل الأخرى[27]، في وقت لم يعد فيه النقل الجوي" لهوا لمحبي المغامرة" أو "موقوفا على طبقة متميزة"، بعد أن تناقصت الأخطار الجوية و أمكن حصرها في أضيق نطاق بحيث أصبحت الطائرة الأكثر أمنا من وسائل النقل الأخرى و أشد منافسة لها، و بعد أن تأكدت السلامة الجوية كمبدأ يسود الطيران التجاري و لم تعد ضربا من ضروب الخيال[28].

لذا راحت هذه المحاكم تنقب عن وسيلة تحمي بها ضحايا حوادث الطيران و تشدد عن طريقها مسؤولية الناقل الجوي. فوجدت ضالتها في النصوص التي تضفي على الناقل سوء النية، وحاولت التوسع في تفسيرها على النحو الذي يحقق الهدف الذي تتوخاه.[29] فجاءت هذه التفسيرات متعارضة أحيانا، بل وحملت في ثناياه أحيانا أخرى، على حد تعبير الأستاذ **مانكيفتس**، بذور تعديل قضائي لأحكام الاتفاقية[30].

تعرض هذا الموقف للانتقاد من جانب المحاكم القضائية، إذ من شأنه أن يؤدي إلى تداعي القواعد الدولية الموحدة التي وضعتها الاتفاقية، أو الى اعتبارها مجرد كتابة على ورق بحيث تصبح معه، على حد تعبير العلامة **جتريدج** Gutteridge ، بمثابة قوقعة جوفاء مجردة من كل فائدة.[31] فدعت الضرورة إلى تعديل اتفاقية وارسو على نحو يزيد من الحماية المقررة للمسافرين و الشاحنين، و يقضي على الخطأ المفترض و الأسباب التي تؤدي إلى اختلاف المحاكم في تفسير النصوص الموحدة التي وضعتها هذه الاتفاقية.[32] الأمر الذي تجسد في لاهاي بتاريخ الثامن و العشرين من شهر سبتمبر عام 1955، والذي أصبح واجب النفاذ في الفاتح من أوت عام 1963.

غير أن هذا البروتوكول لم يعدل من أساس المسؤولية، بل ظلت هذه الأخيرة (المسؤولية) قائمة على أساس الخطأ المفترض[33].

من جهة أخرى أجاز أيضا للناقل الجوي أن يدرج في عقد النقل شرطا يعفيه من المسؤولية عن الأضرار الناشئة عن العيب الذاتي في البضاعة. كما وضع كذلك تعريفا ضيقا للخطأ المساوي للغش، وخفف أخيرا من الجزاءات الموقعة على الناقل الجوي سيء النية، فقصرها على حرمانه من التمسك بالحد الأقصى للتعويض الذي حددته الاتفاقية[34]، ولكنه أباح له الحق في الاعفاء من المسؤولية عن طريق اثبات اتخاذه كل الاجراءات الضرورية لتلافي وقوع الضرر[35].

بهذا يمكن القول بأن هذا التعديل ما هو إلا انتصار للناقلين الجويين على حساب مصلحة الركاب و الشاحنين، إذ لم يقدم هذا البرتوكول أي ميزة للمسافرين أو الشاحنين سوى رفع الحد الأقصى للتعويض الذي يلتزم به الناقل في مواجهة الراكب إلى 250 ألف فرانك بوان كاريه.[36]

المبحث الثاني: المسؤولية الموضوعية الناقل الجوي عن الأضرار التي تلحق بالركاب

لقد تبين مع مرور الوقت أن الحماية المخولة للراكب و المتمثلة في عدم حاجته إلى اثبات الخطأ لأنه مفترض مع حق الناقل الجوي، هي حماية مصطنعة أو ظاهرية أكثر مما هي فعلية ما دام استطاع هذا الأخير التحلل من المسؤولية عنه بكل سهولة، فيكفي أن يثبت أنه بذل العناية العقولة أو استحال عليه بدلها لكي يفلت من المسؤولية و يحرم الراكب من أي تعويض. لذلك تم التوجه نحو المسؤولية الموضوعية التيىنادت بها العديد من القوانين الوطنية لبعض الدول كسويسرا[37] و ألمانيا و يوغوسلافيا و تشيكوسلوفاكيا سابقا، فحواه بناء مسؤولية الناقل الجوي على أساس فكرة المخاطر و تحمل التبعة.[38] أي أن تكون مسؤولية الناقل مسؤولية مادية موضوعية. فيكون مسؤولا بقوة القانون عن الضرر الذي يصيب المسافر بمجرد حدوث الضرر و إثباته، و بتواجد العلاقة السببية بينه و بين نشاط الناقل. فلا يستطيع هذا الأخير التحلل من المسؤولية إلا إذا أثبت أن الضرر كان نتيجة لخطأ المصاب نفسه.[39]

المطلب الأول: اتفاق مونتريال 1966 و بروتكول جواتيمالا 1971 مرحلة انتقالية من المسؤولية الشخصية إلى الموضوعية

سنحاول أن نبرز الدور الذي لعبه اتفاق مونتريال 1966 في تحويل المسؤولية من الشخصية إلى الموضوعية ، و نبين كيف تماشى بروتوكول جواتيمالا سيتي 1971 مع هذا التحول.

أولا/: اتفاق مونتريال 1966 و المسؤولية الموضوعية

لم يكن الأساس الخطئي لمسؤولية الناقل الجوي الذي يهدر حقوق الراكب ليستمر طويلا أمام تصاعد موجة التيارات المعادية له، و المتعطشة إلى حماية ضحايا حوادث الطيران[40]، خاصة الولايات المتحدة الأمريكية التي أظهرت حرصا شديدا في توفير الحماية اللازمة لركاب النقل الجوي[41]، وذلك ما كانت تراه مفتقدا في ظل نظام المسؤولية المقرر في اتفاقية وارسو 1929، الذي جاء خصيصا لحماية الناقل الجوي من خلال جعل مسؤوليته مجرد مسؤولية خطئية و محدودة. و قد ظهرت بوادر رفض الولايات المتحدة لهذا النظام في أعقاب الحرب العالمية الثانية[42]، و ازداد حدة بعد سنة 1955 تاريخ توقيع بروتوكول لاهاي[43]، لتفصح عن رغبتها في الانسحاب من اتفاقية وارسو بسبب أساس المسؤولية و هزالة التعويضات الممنوحة للراكب، و ذلك في مذكرة أرسلتها إلى الحكومة البولندية بتاريخ 15 نوفمبر 1965 تطبيقا للمادة 39 من اتفاقية وارسو[44]، بعد أن رفضت التصديق على بروتوكول لاهاي رغم التوقيع عليه، بل لم يتم تقديم هذا البروتوكول إلى مجلس الشيوخ الأمريكي إلا في جويلية عام 1959.[45]

خشية أن يصبح انسحاب الولايات المتحدة نافذا، وهو ما يصيب الطيران المدني الدولي في مقتل، حيث تمثل هذه الدولة وحدها 60% من حجمه، كانت المنظمة الدولية للطيران المدني ICAO تبذل

جهودا مضنية لتجاوز الأزمة التي حلت بالنقل الجوي الدولي، فدعت إلى عقد اجتماع خاص لهذا الغرض في فبراير 1966 إلا أنه باء بالفشل بالنظر لتباعد وجهات النظر بين أطرافه.[46]

من جانبه سارع الاتحاد الدولي للناقلين الجويين IATA (و هو منظمة غير حكومية) إلى إقناع مجموعة من شركات الطيران في بعض الدول بعقد اتفاق مع مجموعة أخرى من شركات الطيران الأمريكية تقبل بمقتضاه نظاما جديدا لمسؤولية الناقل الجوي الدولي و توافق عليه هيئة الطيران المدني الأمريكية CAB.

بالفعل، فقد تم توقيع هذا الاتفاق من 33 شركة طيران بمدينة مونتريال في 4 ماي 1966 و اعتمدته هيئة الطيران الأمريكية في 13 ماي 1966، أي قبل أن يصير قرار الانسحاب نهائيا بيوم واحد، و بالتالي فإن الولايات المتحدة الأمريكية قد عدلت عن قرار انسحابها في 15 ماي 1966. انضم إلى هذا الاتفاق حتى قرب نهاية القرن العشرين ما يزيد عن 125 شركة طيران تعمل مع الخطوط الدولية المنتظمة من بينها شركة الخطوط الجوية الجزائرية،[47] علاوة عن 300 شركة تعمل على الخطوط الداخلية في معظم دول العالم.[48]

يقرر هذا الاتفاق رغم صدوره عن أشخاص لا يصدق عليه وصف الدولة، أحكاما تختلف اختلافا جذريا عن تلك التي وضعتها الاتفاقية في مجال المسؤولية عن نقل الركاب[49]. تجسدت هذه التغييرات في رفع سقف التعويض الذي يلتزم به الناقل إلى75 ألف دولار لكل راكب في حالة وفاته أو إصابته بأي أذى جسماني آخر، متضمنة المصاريف القضائية و أتعاب المحاماة، أو 58ألف دولار أمريكي غير متضمنة المصاريف و الأتعاب المذكورة.[50]

وإن كان هذا الحد المترفع الذي يعادل نحو 7 أضعاف حد المسؤولية المقرر في الاتفاقية الأصلية،[51] يمثل مكسبا حقيقيا لجمهور المسافرين الأمريكيين، إلا أن الحصول عليه يضل مجرد احتمال و يبقى نيله مرهونا بقيام مسؤولية الناقل الجوي و عدم تمكنه من التحلل منها بسهولة. تجسيدا لذلك، غاير اتفاق مونتريال من نظام المسؤولية الخطئية المعتمد في اتفاقية وارسو حين ألقى بالناقل في حظيرة المسؤولية الموضوعية، فطبقا لنص المادة الأولى فقرة ثانية من الاتفاق: "ليس للناقل، فيما يختص بدعاوى التعويض الناشئة عن وفاة أو جرح الركاب أو إصابته بأي أذى جسماني آخر، أن يتمسك بأي دفع مما ورد في المادة 20 من اتفاقية وارسو أو تعديلها في بروتوكول لاهاي 1955".

بمقتضى هذه المادة لم يعد باستطاعة الناقل الجوي أن يقيم الدليل على أنه قد اتخذ كل الاحتياطات اللازمة لتفادي وقوع الضرر أو أنه استحال عليه اتخاذها لكي يدفع عنه المسؤولية. ففكرة الخطأ هجرت لفائدة فكرة الخطر، و بالتالي فإن مسؤولية الناقل الجوي تنهض بقوة القانون بمجرد وقوع الضرر و لا يستطيع التخلص منها إلا بإثبات خطأ المضرور وحده[52].

نظام المسؤولية الموضوعية هذا يتحدد بثلاثة ضوابط هي كالآتي:

أ- أن يكون النقل دوليا في مفهوم اتفاقية وارسو- أي أن يكون النقل بين دولتين كل منهما طرف فيها أو بين نقطتين تقعان في إقليم دولة واحدة طرف مع وجود محطة توقف على إقليم دولة أخرى حتى ولو كانت غير طرف في الاتفاقية.

ب- أن يكون الناقل الذي نفذ عملية النقل طرفا في الاتفاق. و يستوي في ذلك أن يكون ممن وقعوا على الاتفاق في 4 ماي 1966 أو أن يكون قد انضم إليه فيما بعد(المادة3).

ت- أن تكون بداية الرحلة أو نهايتها واقعة في إقليم الولايات المتحدة الأمريكية، أو كان متفقا على وجود مرسى جوي داخل اقليم هذه الدولة. هذا الضابط تكمن فيه – في واقع الأمر- العلة في إصدار هذا الاتفاق و هو توفير أكبر في حماية ممكنة للراكب الأمريكي فقط، إذ الغالب الأعم أن الركاب في الرحلات الدولية التي تبدأ أو تنتهي أو تتوقف في إقليم هذه الدولة أمريكيون.[53]

بالرجوع إلى أرض الواقع، إن كان اتفاق مونتريال قد رفع الحد الأقصى للتعويض الذي يلتزم به الناقل الجوي في مواجهة المسافر، إلا أنه مع ذلك كان محدود النطاق و الأثر. فمن ناحية أولى، فإن اتفاق مونتريال محدود جغرافيا من حيث لا يسري على كل نقل جوي دولي تنطبق عليه شروط اتفاقية وارسو. ولكنه ينطبق على النقل الجوي الدولي وفقا للمفهوم العام لاتفاقية وارسو، ولكن بشرط أن تكون أي من نقطة القيام أو الوصول واقعة على إقليم الولايات المتحدة الأمريكية. ومن ناحية ثانية، يلاحظ أن اتفاق مونتريال لا يسري في كل الأحوال التي تكون فيها نقطة القيام أو الهبوط في الولايات المتحدة الأمريكية، وإنما يسري فقط، في هذه الحالة بين الشركات الأطراف في الاتفاق نفسه.

بهذه الأحكام يكون اتفاق مونتريال المعول الذي يهدم الحركة التوحيدية في مجال النقل الجوي الدولي، إذ أصبح من الواضح أن طبيعة مسؤولية الناقل الجوي يمكن أن تختلف باختلاف رحلات طائراته، بل باختلاف نقطة القيام و وصول الركاب في رحلة واحدة من رحلاتها[54]، فأصبح هناك نظامان متعارضان للمسؤولية أحدهما يأخذ بالمسؤولية الشخصية و الثاني يأخذ بالمسؤولية الموضوعية، و بذلك تطبق معاملة مزدوجة على راكبي الطائرة الواحدة.[55]

ثانيا/: تبني المسؤولية الموضوعية وفقا اتفاقية جواتيمالا 1971 المعدل لاتفاقية وارسو1929

لما كان اتفاق مونتريال لسنة 1966 ينطوي على ازدواجية في طبيعة المسؤولية التي تخل بالمساواة بين المسافرين، و يتضمن نوعا من التمييز بالنسبة لركاب الرحلات "من / إلى / عبر أراضي الولايات المتحدة الأمريكية"،[56] فإنه في الحقيقة قد هدم أحكام اتفاقية وارسو، ذلك التشريع الدولي الذي جمع من حوله أغلبية دول العالم، الأمر الذي أملى على المشرع الدولي مراجعتها بشكل يبعث فيها من جديد الصبغة التوحيدية لأحكام مسؤولية الناقل الجوي على الصعيد الدولي.[57]

لهذا كان اتفاق مونتريال 1966 بمثابة صفارة انذار للمنظمة الدولية للطيران المدني من أجل إعادة النظر في نظام المسؤولية المقرر في اتفاقية وارسو، لاسيما من حيث طبيعتها و الحد الأقصى للتعويض، إذ سرعان ما طرحت هذه المشكلة أمام اللجنة القانونية لهذه المنظمة في اجتماعها السادس عشر، الذي انعقد بباريس في سبتمبر 1967 و التي عهد بها إلى لجنة فرعية تضم العديد من خبراء الطيران التجاري لدراستها و إيجاد الحلول المناسبة و الدائمة.[58] هذه اللجنة في اجتماعاتها التي تمت في نوفمبر 1967 و سبتمبر 1969 وجدت نفسها مخيرة بين أمرين على درجة كبيرة من التباين و الاختلاف: إما الإبقاء على طبيعة مسؤولية الناقل الجوي كما تفهمها اتفاقية وارسو المعدلة ببروتوكول لاهاي 1955، أي مسؤولية عقدية مفترضة مع رفع الحد الأقصى للتعويض، وإما جعل هذه المسؤولية موضوعية مع رفع حد أقصى للتعويض لا يمكن تجاوزه و هو الحد الوارد في اتفاقية مونتريال 1966.[59]

كان على هذه اللجنة أن تضع نصب عينيها ضرورة أن تحرز هذه التعديلات المقترحة موافقة عالمية بما يتوافق و يتلاءم مع التقدم الذي أحرزته تكنولوجيا الطيران و بما يوفره في ضوء هذا التقدم، حماية معقولة و متوازنة لكل من المسافر و الناقل الجوي.[60] و في اجتماعها السادس عشر المنعقد في مارس سنة 1970 بمونتريال، وافقت اللجنة القانونية الإيكاو ICAO بأغلبية كبيرة على المشروع الذي تقدم به الوفد النيوزلندي بإحلال المسؤولية الموضوعية للناقل على الأضرار اللاحقة بالمسافرين و أمتعتهم محل المسؤولية العقدية مع رفع الحد الأقصى للتعويض.[61]

و في المؤتمر الدبلوماسي الذي انعقد في جواتيمالا سيتي في الفترة من 9 فبراير إلى 8 مارس 1971، و الذي حضره وفود 55 دولة مشاركة و هو عدد أقل من نصف عدد الدول الأعضاء في الICAO آنذاك، تم تبني المشروع النيوزلندي بشكل رسمي و التوقيع على البروتوكول في 08-03-1971.[62]

على الرغم من عدم دخول هذا البروتوكول حيز التنفيذ حيث تم إلغائه بصدور اتفاقية مونتريال 1999، إلا أنه في الواقع أضاف تعديلات جوهرية على أحكام المسؤولية المنصوص عليها في اتفاقية وارسو و بروتوكول لاهاي[63]. إذ جعل المسؤولية موضوعية قائمة على أساس الخطر، فيكفي وقوع الضرر لتنهض مسؤولية الناقل الجوي عن الضرر الناجم عن وفاة الراكب أو إصابته بجرح أو أي أذى بدني آخر، و لا يستطيع التخلص منها إلا إذا أثبت أن الضرر راجع إلى الحالة الصحية للراكب(مادة 1/17)، أو أن الراكب قد تسبب أو ساهم بخطئه في إحداث الضرر(مادة 21)[64]. و أيضا المسؤولية عن الأضرار الناشئة عن هلاك أو فقد أو تلف للأمتعة سواء كانت مسجلة أو غير مسجلة، حيث سوت الفقرة الثالثة من المادة 17 بين هذه النوعين من الأمتعة. فهي مسؤولية موضوعية قائمة على الخطر لا

الخطأ، فلا يستطيع الناقل الجوي التحرر من المسؤولية إلا إذا أثبت أن هلاك أو فقد أو تلف هذه الأمتعة مرده طبيعتها أو عيب ذاتي فيها[65].

رتّب هذا التغيير في أساس المسؤولية اختلافا في مضمون التزام الناقل الجوي في مواجهة الركاب أو أمتعتهم في النظام الجديد عما هو عليه في نظام وارسو القديم، فالناقل الجوي يلتزم بضمان سلامة الركاب حتى يصل إلى غايته سليما معافى. و هو التزام قانوني مستقل عن العقد الذي يربط الراكب مع الناقل الجوي . كما يلتزم بضمان سلامة الأمتعة من الهلاك أو الفقد أو التلف.[66] وهذا الالتزام بدوره يجد مصدره في القانون و ليس في عقد النقل، فيسأل الناقل الجوي عن تحقيق نتيجة هي وصول أمتعة الركاب سالمة إلى مطار الوصول حيث يستردها و لا يشفع له أن يتذرع بانتفاء خطئه، لأننا بصدد مسؤولية موضوعية قائمة على فكرة الخطر و ليس مسؤولية شخصية قائمة على الخطأ.[67]

أما المسؤولية عن الأضرار الناشئة عن هلاك أو ضياع أو تلف البضاعة، و كذا المسؤولية عن الأضرار الناشئة عن التأخير في نقل الأشخاص و الأمتعة و البضائع، فقد ظلت كما هو مقرر في المادة 20 من اتفاقية وارسو متى أثبت أنه هو تابعيه قد اتخذوا كافة الاحتياطات الضرورية لمنع وقوع الضرر أو كان من المستحيل عليهم اتخاذها.[68]

إن المسؤولية الموضوعية التي أخذ بها بروتوكول جواتيمالا سيتي محدد بمبالغ قصوى للتعويض غير قابلة للتجاوز في جميع الأحوال، سواء كان الضرر ناتجا عن خطأ عادي أو عن عمد أو امتناع من جانب الناقل الجوي وتابعيه بقصد إحداثه، أو عدم مراعاة الشكليات الخاصة بوثائق النقل[69]. وبذلك عكس ما هو مقرر في نظام المسؤولية المؤسس على الخطأ في اتفاقية وارسو كما تم تعديلها في بروتوكول لاهاي، حيث يحرم الناقل الجوي من تحديد المسؤولية إذا ارتكب غشا أو خطأ معادلا له أو إذا لم يصدر مستندات النقل أو أغفل بعض بياناتها الجوهرية.

إذن لم يخرج بروتوكول جواتيمالا سيتي عن تأكيد مطالب الولايات المتحدة الأمريكية الرامية إلى تبني المسؤولية الموضوعية لهذا اصدم بمعارضة العديد من الدول التي لم تكن مستعدة بعد لهجر المسؤولية الخطئية.

إن بروتوكول جواتيمالا سيتي الذي جاء بهذا التعديل الجوهري في طبيعة مسؤولية الناقل الجوي الدولي للأشخاص، لم يكتب له أن يدخل حيز التنفيذ بعد، بسبب شروط تطبيقه المستعصية التحقيق[70]، لكنه من الثابت أن الاتجاه إلى تشديد مسؤولية الناقل الجوي للأشخاص على أساس فكرة المخاطر قد تأكدت، ولعل هذا التطور الجديد لطبيعة هذه المسؤولية في ضوء الانجازات التي حققتها تكنولوجيا الطيران، من شأنه أن يخدم النقل الجوي في حد ذاته من خلال توافقه مع الظروف الدولية المعاصرة.

المطلب الثاني: اتفاقية مونتريال 1999 و الحل التوفيقي

اكتملت حلقات التطور في نظام المسؤولية التي تمت في كنف الإيكاو ICAO بتوقيع أربعة بروتوكولات إضافية في مونتريال بتاريخ 1975/09/25، يتعلق الرابع منها بتعديل المسؤولية في نقل البضائع وجعلها مسؤولية موضوعية مثلها مثل المسؤولية في نقل الأشخاص[71]، بينما اختصت البروتوكولات الثلاث الأولى بإحلال حقوق السحب الخاصة D.T.S كوحدة نقدية محل الفرنك الذهبي Franc Poincaré الذي اتخذته اتفاقية وارسو و البروتوكولات المعدلة لها كأساس لحساب التعويض.[72]

توقفت بعد سنة 1975 و لسنوات عديدة كل المحاولات لتغيير المسؤولية، إذ أصبحت المسؤولية ميدان غير مشجع للإرادات الحسنة. لكن مع بداية التسعينات سيشهد نظام مسؤولية الناقل الجوي صحوة هامة تمثلت في اتخاذ مجموعة من شركات الطيران لتدابير جريئة و متطورة إما بصورة انفرادية أو جماعية، لم تتردد من خلالها في التأسيس لنظام المسؤولية الموضوعية متنازلة بذلك عن الدفوع المتاحة لها بموجب المادة 20 من اتفاقية وارسو.

لقد ظهرت الحاجة إلى تحديث و توحيد اتفاقية وارسو و البروتوكولات المتصلة بها باتخاذها تدابير جماعية لتحقيق المزيد من التوافق و التقنين لبعض القواعد التي تحكم النقل الجوي الدولي من خلال اتفاقية جديدة. و هكذا بدأت منظمة الطيران المدني الدولي أشغالها سنة 1996 التي أعطت اتفاقية دولية جديدة في 1999، هي اتفاقية مونتريال.[73]

وخوفا من أن تحصد الاتفاقية نفس النتائج التي حصدها بروتوكول جواتيمالا سيتي و التي حالت دون تطبيقه، فقد عمدت إلى الأخذ بنظام المسؤولية على مستويين، المستوى الأول يتضمن المسؤولية الموضوعية لشركات الطيران[74]. فالناقل الجوي يسأل بطريقة أتوماتيكية إلى حدود مبلغ 100.000 وحدة حقوق سحب خاصة على كل راكب (م1/21)، ولا يستطيع التحلل من المسؤولية أو التخفيف منها إلا إذا أثبت أن المضرور قد تسبب أو ساهم بخطئه في إحداث الضرر (م20). بمعنى آخر فإن الضحايا يستفيدون في حالة انتفاء خطئهم من حق أتوماتيكي في التعويض يصل إلى 100.000 وحدة حقوق سحب خاصة على كل متضرر.

أما المستوى الثاني فيقوم على الخطأ المفترض الجوي متى كانت قيمة الضرر تفوق هذا المبلغ. إلا أن هذه المسؤولية الخطئية هي ضيقة النطاق بحيث لا يتحرر الناقل الجوي منها بإقامة الدليل على أنه و تابعيه قد اتخذوا التدابير اللازمة لتفادي وقوع الضرر أو أنه استحال عليهم اتخاذها كما هو الشأن في النظام القديم، ولكنه يستطيع أن يدفعها متى أثبت أن الضرر لم ينشأ عن الإهمال أو الخطأ أو الامتناع من جانبه أو من جانب تابعيه ووكلائه (م2/21/أ)، أو أن هذا الضرر نشأ فقط عن الإهمال أو الخطأ أو الامتناع من جانب الغير (م2/21/ب).[75]

يلاحظ أن اتفاقية مونتريال و إن تبنت مبدأ المسؤولية الخطئية في الحالة التي تتجاوز فيها التعويضات المطالب بها قيمة 100.000 وحدة حقوق سحبة خاصة على كل راكب، فإنها قد ألقت عبئ إثبات الخطأ على عاتق الناقل الجوي، وحسنا فعلت، لأن العكس يؤدي إلى نتائج سلبية تتمثل في سلوك مسطرة قضائية طويلة و معقدة من قبل المضرور لإثبات الخطأ، مع العلم أن حوادث الطيران هي عادة معقدة و تتسم بصعوبات تقنية. إذن فبناء المسؤولية على فكرة الخطر هو الأفضل من أجل حماية مصالح الركاب و حصر فترة رفع الدعاوى.[76]

و من حسنات هذه الاتفاقية أيضا هو امكانية الحصول على تعويضات كاملة تغطي كل الضرر. و يتحقق ذلك لأن الركاب و ذوي حقوقهم لم يعودوا ملزمين بإثبات الغش أو الخطأ الجسيم لتجاوز حدود المسؤولية المقررة كما هو الشأن في النظام القديم.

وبذلك تكون اتفاقية مونتريال قد أخذت في نقل الركاب بنظام المسؤولية على مستويين لم يكن معمولا به في ظل الأنظمة السابقة. فقد أخذت اتفاقية وارسو 1929و بروتوكول لاهاي 1955 بمبدأ المسؤولية الخطئية و تبني اتفاق مونتريال 1966 و جواتيمالا سيتي 1971 مبدأ المسؤولية الموضوعية.

بهذا أصبحت مسؤولية الناقل الجوي بمقتضى التعديلات الأخيرة مسؤولية موضوعية قائمة على أساس الخطر و تقلصت المسؤولية القائمة على أساس الخطأ، ولم يعد لها من وجود إلا في الحالات التالية:

الحالة التي تتجاوز فيها التعويضات عن ضرر الوفاة أو الجرح أو أي أذى بدني آخر يلحق بالركاب قيمة 100.000 وحدة حقوق سحب خاصة على كل راكب، حيث يستطيع الناقل الجوي دفع مسؤوليته متى أثبت أن الضرر لم ينشأ عن الإهمال أو الخطأ أو الامتناع من جانبه أو من جانب تابعيه ووكلائه، أو أن الضرر نشأ فقط عن الإهمال أو الخطأ أو الامتناع من جانب الغير. وحالة المسؤولية عن الأضرار التي تلحق بالأمتعة غير المسجلة للراكب. وحالة المسؤولية عن التأخير في نقل الركاب أو الأمتعة أو البضائع.

كان من المرغوب أن تحتفظ الاتفاقية بالحالتين الأخيرتين و هي أن تأخذ بالمسؤولية المدنية على الخطأ دون الحالة الأولى، فتجعل المسؤولية في نقل الركاب مسؤولية موضوعية بغض النظر عن قيمة التعويضات المطالب بها و ذلك لإضفاء حماية مطلقة على الراكب، لكن الاتفاقية لم تفعل ذلك، لأنها مقيدة بأسباب أخرى، منها محاولة الحفاظ على بعض مصالح الناقلين الجويين و تفادي تضارب مواقف الدول بشأن الأساس الموضوعي للمسؤولية في نقل الركاب. و مع ذلك فإن الإبقاء على المسؤولية الخطئية في نقل الركاب في الحدود التي رسمتها الاتفاقية لن يزيح بساط الحماية من تحت قدمي الراكب.[77]

الخاتـــــمة:

إن كثرة التعديلات التي تعرضت لها اتفاقية وارسو 1929 مما أخل بوحدة القواعد التي يخضع لها النقل الجوي الدولي، و بالنظر للارتفاع المتواصل في مستوى المعيشة و انخفاض قيمة العملات الوطنية و تدني القدرة الشرائية للحدود القصوى للتعويضات المستحقة للمضرورين من حوادث الطائرات، وقيام شركات الطيران بل و الحكومات فرادى برفع هذه الحدود و مضاعفتها على نحو أخل بالمساواة بين الناقلين و بمصلحة الراكب على السواء، فإنه تأمينا لمصالح مستهلكي خدمة النقل الجوي الدولي و الحاجة إلى الحصول على التعويض العادل على أساس مبدأ جبر الضرر، ورعاية لمصالح الناقلين و تأمين انتظام الخدمة، تقرر تحديث أحكام مسؤولية الناقل الجوي بإرساء قواعد جديدة أكثر مسايرة لأوضاع النقل الجوي وظروفه الراهنة و أكثر تحقيقا للتوازن بين المصالح المختلفة بوضع قواعد دولية جديدة موحدة تنظم مسؤولية الناقل الجوي، وهو ما تم بالتوقيع على اتفاق مونتريال 1999.

الهوامش:

[1] https://www.bfmtv.com/international/n-ayez-pas-peur-l-avion-reste-moyen-de-transport-le-plus-sur-975959.html visité le: 25/01/2019 à 11.05.

[2] عقد المؤتمر في مدينة وارسو من 4 إلى 12 أكتوبر 1929، بحضور 33دولة، انتهى بالتوقيع على اتفاقية لأجل توحيد بعض القواعد المتعلقة بالنقل الجوي، دخلت حيز التنفيذ في 13 فبراير 1933، صادقة عليها الجزائر بمقتضى المرسوم 64-74 المؤرخ في 2 مارس 1964.ج.ر. رقم 26 سنة 1964.

[3] صدرت في 28 ماي 1999، وهي اتفاقية خاصة بتوحيد بعض قواعد القل الجوي الدولي، دخلت حيز التنفيذ في الرابع من نوفمبر عام 2004.

[4] أحمد رشاد السلام، التحكيم في منازعات القانون الجوي، دار النهضة العربية، الطبعة(بدون)، القاهرة، 2014، ص: 55.

[5] عائشة فضيل، مسؤولية الناقل الجوي في نقل الركاب والبضائع، MKB de presse، الطبعة الأولى، الدار البيضاء، 2014،ص: 138

[6] عيسى غسان ربضي، مسؤولية الناقل الجوي الدولي عن الضرر الواقع على الأشخاص و أمتعتهم-دراسة مقارنة-، دار الثقافة، ط1، الأردن، 2008، ص: 79.

[7] كان هناك قانون خاص بالملاحة الجوية في انجلترا قبل ابرام اتفاقية وارسو و هو air navigation act 1920 غير أن هذا القانون لم يكن يتضمن نصوصا خاصة بمسؤولية الناقل الجوي في مواجهة الركاب و الشاحنين. راجع، محمد فريد

العريني، القانون الجوي النقل الجوي الداخلي و الدولي، دار المطبوعات الجديدة، الطبعة(بدون)، الاسكندرية، 1999، ص ، ص: 178.

[8] عدلي أمير خالد، **عقد النقل الجوي في ضوء قانون الطيران المدني الجديد، دار المطبوعات الجامعية، الطبعة(بدون)، الاسكندرية، 1996، ص:** 66.

[9] عائشة فضيل، المرجع السابق، ص: 139.

[10] حفيظة السيد الحداد، القانون الجوي، دار النهضة العربية، الطبعة (بدون)، الاسكندرية، السنة (بدون)، ص: 140

[11] القضاء الأمريكي يمنح للمضرور إمكانية التمسك بقرينة تخفف عبئ الاثبات الملقى على عاتقه، ويلقي على عاتق الناقل تبعة تقديم ايضاحات عن الحادث. فإذا عجز عن ذلك، يلتزم بتعويض المضرور. تعرف هذه القرينة بقاعدة Res Ipsa Loquitur .

[12] محمد فريد العريني، المرجع السابق، ص: 177.

[13] محمد فريد العريني، جلاء وفاء محمدين، القانون الجوي الملاحة الجوية و النقل الجوي، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، 1998،ص: 372

[14] وهيبة بن ناصر، المسؤولية المدنية عن حوادث النقل الجوي في القانون الجزائري، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2014، ص: 107.

[15] عائشة فضيل، المرجع السابق، ص:140.

[16] Loi du 31 mai 1924 relative à la navigation aérienne. https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=LEGITEXT000006074982&dateTexte=20101130 visité le 09-12-2018 a 14 : 29

[17] عبد المجيد خلف منصور العنزي، أساس مسؤولية الناقل الجوي و حالاتها، بحوث مؤتمر " الطيران المدني في ظل التشريعات الوطنية و الاتفاقيات الدولية، دبي، من تاريخ 23-2012/4/25، ص: 18.

[18] عائشة فضيل، المرجع السابق، ص: 141.

[19] راجع المواد 17،18،19 من اتفاقية وارسو 1929.

[20] أحمد رشاد السلام، المرجع السابق، ص:58

[21] سميحة القليوبي، القانون الجوي، دار النهضة العرية، القاهرة، ص: 190.

[22] محمد فريد العريني، جلاء وفاء محمدين، المرجع السابق، ص: 374.

[23] لم تمض سبع سنوات على انضمام الولايات المتحدة إلى اتفاقية وارسو حتى أصبحت هذه الاتفاقية محل انتقاد كبير في الأوساط القانونية الأمريكية. ففجرت قضية Froman لأول مرة مشكلة تحديد مسؤولية الناقل الجوي عن الأضرار التي تلحق المسافرين في حوادث النقل الجوي التي تخضع للاتفاقية.

تتلخص وقائع القضية في حادث جوي لشركة بان أمريكية، أدى إلى وفاة و إصابة العديد من الركاب من بينهم الفنانة Jan Froman ، حيث تم الحكم على الناقل بالحد الأقصى للتعويض الوارد في الاتفاقية وارسو، إلا أن هذا التعويض لم يكن كافيا حتى لتغطية نفقات العلاج الباهظة، مضافا إليها خسائر التعطل عن العمل و عدم قدرتها على العودة مرة أخرى إلى نشاطها المهني.

Ross, known as JAN FROMAN, v. pan American airways, 299 N.Y 88,85 N.E 2d 880 {1949}

https://casetext.com/case/ross-v-pan-american-airways-1 اطلع عليه بتاريخ: 2019/01/03 على الساعة: 15:03.

[24] المادة 25 من اتفاقية وارسو: " لا يكون للناقل حق لاستفادة من أحكام هذه الاتفاقية التي تعفيه من مسؤوليته أو تحد منها، إذا كان الضرر ناشئا عن تدليس منه أو عن خطأ يعتبر معادلا للتدليس وفقا لقانون المحكة المعروض عليها النزاع".

[25] راجع (المواد 3،4،9) من اتفاقية وارسو 1929 التي تتكلم بتفصيل دقيق عن البينات الواجب توفرها في كل من تذكرة السفر و مستند النقل الجوي.

[26] صادقت الجزائر على هذا البروتوكول بمقتضى المرسم رقم 64-74 المؤرخ في 2مارس 1964.ج.ر. رقم 26 سنة 1964

[27] حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص: 143.

[28] محمد فريد العريني، المرجع السابق، ص: 183

[29] عبد المجيد خلف منصور العنزي، المرجع السابق، ص: 22.

[30] Mankiewicz, La convention de Varsovie et le droit comparé, R.F.D.A, 1969, p.147.

منقول عن: محمد فريد العريني، جلاء وفاء محمدي، المرجع السابق، ص: 376.

[31] Gutteridge, le droit comparé, introduction a la méthode comparative dans la recherche juridique et l'étude du droit, ouvrage traduit par les étudiants de l'institut de droit comparé de l'université de paris, sous la direction de M.R. David, paris , L.G.D.J. 1953, p. 135.

منقول عن: محمد فريد العريني، المرجع نفسه، ص: 143.

[32] حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص: 143.

[33] وهيبة بن ناصر، المرجع السابق، ص: 110.

[34] المادة 13 من بروتوكول لاهاي 1955:" لا تسري حدود المسؤولية الواردة في المادة 22، إذا ثبت أن الضرر قد نشأ عن فعل أو امتناع من الناقل أو تابعيه أو وكلائه بقصد إحداث ضرر، أو برعونة مقرونة بإدراك أن ضرر سينجم عن ذلك في الغالب....".

[35] عدلي أمير خالد، المرجع السابق، ص: 64 .

[36] المادة 22 من بروتوكول لاهاي 1955 تقول: " في حالة نقل الأشخاص، تكون مسؤولية الناقل قبل كل راكب محدودة بمبلغ مائتين و خمسين الف فرنك".

[37] القانون السويسري الصادر في السابع و العشرين من يناير عام 1920 بشأن تنظيم الملاحة الجوية.

[38] حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص: 140

[39] أحمد رشاد السلام، المرجع السابق، ص: 56.

[40] عائشة فضيل، المرجع السابق، ص:153

[41] يرجع حرص الولايات المتحدة الأمريكية على حماية ركاب الطائرة ضحايا حوادث النقل الجوي إلى استقرار النظم الديمقراطية في الدول الغربية ووقوفها إلى جانب الطرف الضعيف في الحياة الاقتصادية و انصافه بكفالة حقوقه لاسيما حقه في التعويض عن الأضرار اللاحقة به بسبب الأنشطة الى يزاولها الطرف القوي في العلاقة، كما هو الشأن بالنسبة لجمهور المسافرين إزاء شركات النقل.

[42] بعد الحرب العالمية الثانية، ومع التقدم الذي حظى به الطيران المدني، غدت الحاجة ملحة إلى تغيير نظام المسؤولية الذي تبنته الاتفاقية و القائم على نظرية الخطأ، و بحدود المسؤولية المتواضعة فيه، إذا ما قيست بما تجنيه شركات الطيران من ربح كبير، و في نفس الوقت ارتفاع مستويات معيشة كثير من شعوب دول العالم و ما صاحبه من انخفاض في قيمة النقود و ارتفاع معدلات التضخم. فاروق أحمد زاهر، القانون الجوي قانون الطيران التجاري وفقا للتشريع الدولي الموحد و القانون المصري، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005، ص: 94.

[43] توقيع الولايات المتحدة الأمريكية على بروتوكول لاهاي 1955 كان بعد نحو 9 أشهر من تاريخ صدوره، وتم ذلك باعتبار أنه استجاب من حيث مقدار التعويض عن الأضرار اللاحقة بالمسافرين لاقتراح المندوب الأمريكي لكنه بمرور السنين بدا جليا عدم كفاية هذا المقدار و لا انسجام طبيعة مسؤولية الناقل الجوي مع الحماية الواجب توفريها للركاب، انظر: فاروق زاهر، المرجع السابق، ص: 155. دلال يزيد، مسؤولية الناقل الجوي للأشخاص في النقل الجوي الداخلي و الدولي، رسالة دكتوراه، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، 2010، ص: 53.

[44] تقتضي المادة 39 ما يلي:

1. لكل من الأطراف السامية المتعاقدة أن يتحلل من أحكام الاتفاقية بإخطار إلى حكومة جمهورية بولونيا و عليها إبلاغ أمر الإخطار فورا إلى حكومة كل من الأطراف السامية المتعاقدة.
2. يولد هذا التحلل من الاتفاقية آثاره بعد ستة شهور من الإخطار به وتقتصر هذه الآثار على الطرف الذي تقدم بالإخطار."

[45] يذكر أنه من الأسباب التي أدت إلى رفض هذا البروتوكول في الولايات المتحدة وقوع كارثة جوية أودت بحياة أولاد أحد أعضاء مجلس الشيوخ مما حدا بهذا المجلس إلى إعلان سخطه على الحدود القصوى في اتفاقية وارسو و بروتوكول لاهاي أنظر:

Lowenfeld and Mendelsohn, The United States and the Warsaw convention, 80 Harvard law review 1967, p 515-516.

نقلا عن جلاء وفاء محمدين، تشديد مسؤولية الناق الجوي عن الأضرار الحاصلة للمسافرين(دراسة في القضاء الأمريكي، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 1995، ص: 22.

[46] دلال يزيد، المرجع السابق، ص: 53.

[47] بالرجوع إلى تذكرة السفر للخطوط الجوية الجزائرية air Algérie تجد تنصيصا صريحا على امكانية خضوع النقل الجوي الدولي لأحكام هذا الاتفاق، إذا ما كانت نقطة الاقلاع، أو الوصول أو الرسو واقعة في إقليم الولايات المتحدة الأمريكية.

[48] فاروق أحمد زاهر، المرجع السابق، ص:94

[49] محمد فريد العريني، المرجع السابق، ص: 180

[50] محي الدين اسماعيل علم الدين، القانون الجوي، جامعة محمد الخامس، المغرب، 1980، ص: 104.

[51] الحد الأقصى للتعويض في وارسو هو 125000 فرنك و هو ما يعادل 8300 دولار أمريكي، أي قيمة التعويض في بروتوكول لاهاي بعد مضاعفتها أصبحت 250000 فرنك ما يعادل 16600 دولار.

[52] الناقل الجوي في ظل أحكام ذلك الاتفاق لم يستطع دفع مسؤوليته إلا بإثبات أن خطأ المضرور أو الحالة الصحية للراكب هي سبب الضرر، و نجد أنه في قضية Margrave V. British air ways سنة 1986 ، أين تمكنت الشركة التخلص من مسؤوليتها استنادا إلى السبب المباشر proximate cause، إذ تتلخص وقائع القضية في قيام المذكورة برفع دعوى ضد الشركة بإصابتها بآلام شديدة بالظهر بسبب جلوسها في وضع غير مريح داخل الطائرة التابعة لتلك الشركة و التي تعطلت بسبب إخطار السلطات المحلية للشركة بوجود قنبلة على متن الطائرة، وقد دفعت الشركة المالكة للطائرة مسؤوليتها بأن الحالة الصحية للراكب هي السبب المباشر لإصابتها و قد قبلت جنوب نيويورك هذا الدفع و قضت بإعفاء الناقل من المسؤولية. راجع

U.S. District Court for the Southern District of New York – 643 F. Supp. 510 (S.D.N.Y. September 10, 1986

https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/643/510/1908902/ اطلع عليه بتاريخ: 2019/01/06 على الساعة: 22:08.

[53] فاروق أحمد زاهر، المرجع السابق، ص: 100.

[54] جلاء وفاء محمدين ، المرجع السابق، ص: 31 .

[55] وهيبة بن ناصر، المرجع السابق، 112.

[56] عائشة فضيل، المرجع السابق، ص: 154

[57] طالب حسن موسى، القانون الجوي الدولي، دار الثقافة، الطبعة الأولى، عمان، 2005، ص: 145.

[58] H. Mickiewicz, le protocole de Guatemala city du 08 mars 1971, p15ets.

[59] دلال يزيد، المرجع السابق، ص: 66.

[60] محمد فريد العريني، جلاء وفاء محمدي، المرجع السابق، ص: 241

[61] في الحقيقة يعد أول من بادر بالدعوة لتبني المسؤولية الموضوعية للناقل الجوي هو الوفد السويدي الذي تقدم بمشروع يتضمن ذلك في سنة 1966في مؤتمر الإيكاو، الذي انعقد بمونتريال إلا أنه قوبل بالرفض نظرا لعدم اتفاق الوفود المشاركة حول الحد الأقصى للتعويض الذي تضمنه المشروع. راجع محمد حسن دياب، المرجع السابق، ص: 202،203.

[62] حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص: 144.

[63] عبد الفضيل محمد أحمد، القانون الخاص الجوي، دار الفكر و القانون المنصورية، ص: 309.

[64] المادة 21 من بروتوكول جواتيمالا سيتي: "إذا أثبت الناقل أن خطأ الشخص الذي يطالب بالتعويض قد سبب الضرر أو أسهم في إحداثه، يعفى الناق من المسؤولية قبل هذا الشخص كليا أو جزئيا بقدر ما سبب هذا الخطأ الضرر أو أسهم في إحداثه."

[65] وهيبة بن ناصر، المرجع السابق، ص: 113.

[66] عائشة فضيل، المرجع السابق، ص: 155.

[67] أبو زيد رضوان، تطور طبيعة و مدى مسؤولية الناقل الجوي الدولي للأشخاص و نظم التأمين عليها، مجلة العلوم القانونية و الاقتصادية، عين شمس، العدد1، سنة 1974.

[68] محمود أحمد الكندري، النظام القنوني للنقل الجوي الدولي وفق اتفاقية مونتريال لعام 1999(تحديث نظام وارسو)، مجلس النشر العلمي، الكويت، 2000،ص: 219.

[69] المادة 22 (1/أ) من بروتوكول جواتيمالا سيتي : " في حالة نقل الأشخاص تكون مسؤولية الناقل محدودة بمبلغ مليون و خمسمائة ألف فرنك، لمجموع المطالبات المقدمة مهما كان سندها للتعويض عن الضرر المترتب على وفاة راكب أو إصابته بدنيا. و إذا كان قانون المحكمة المعروض عليها النزاع يجيز أن يحدد التعويض في صورة دفعات دورية، فلا يجوز أن تزيد القيمة الرأسمالية المكافئة لتلك الدفعات عن مليون و خمسمائة ألف فرنك."

[70] يشترط لدخول بروتوكول جواتيمالا حيز التنفيذ إيداع وثائق التصديق عليه من ثلاثين دولة بشرط أن تمثل شركات الطيران التابعة لخمسة دول من بينها 40%على الأقل من حجم عمليات النقل الجوي، ولما كان الناقلون الجويون الأمريكيون في ذلك الوقت يمثلون أكثر من هذه النسبة، فإن نفاذ و نجاح هذا البروتوكول يعتمد اعتمادا جوهريا على تصديق الولايات المتحدة عليه، و هو ما لم يحدث إلى يومنا هذا، وذلك بسبب فرض البروتوكول في المادة 4 منه قيدا على إجراءات التصديق بحيث لا يمكن أن يكون هذا البروتوكول نافذا إلا إذا قامت نفس الدولة المصادقة عليه بإقرار كل من اتفاقية وارسو و أيضا بروتوكول لاهاي 1955، وهو ما يمثل سبب عزوف الولايات المتحدة عن التصديق على بروتوكول جواتيمالا كونها تعارض مقررات بروتوكول لاهاي و لم تصادق عليه. انظر: جلاء وفاء محمدين، المرجع السابق، ص: 37-38.

[71] المادة 3/18 من بروتوكول مونتريال رقم 4 لخاص بتعديل اتفاقية وارسو 1929 و بروتوكول لاهاي 1955: " مع ذلك فإن الناقل لا يكون مسؤولا إذا أثبت أن دمار أو ضياع أو تلف البضائع قد نتج فقط عن واحد أو أكثر مما يلي:

أ- طبيعة البضاعة أو العيب الذاتي فيها

ب- سوء تغليف البضاعة من جانب شخص غير الناقل أو تابعيه أو وكلائه

ت- عمل من أعمال الحرب و النزاع المسلح.

ث- عمل من أعمال السلطة العامة قامة به بشأن دخول البضاعة أو خروجها أو عبورها."

[72] يتعلق بروتوكول مونتريال الأول بتعديل اتفاقية وارسو الأصلية، و يتعلق البروتوكول الثاني بتعديل اتفاقية وارسو المعدلة ببروتوكول لاهاي 1955، بينما يتعلق الثالث بتعديل اتفاقية وارسو المعدلة ببروتوكول لاهاي و بروتوكول جواتيمالا سيتي 1971، إذ دخل كل من البروتوكول الأول و لثاني من مونتريال 1975 حيز النفاذ في 1996/02/15، والرابع في 1998/06/14، أما الثالث فلم يدخل حيز التنفيذ مادام أنه مرتبط ببروتوكول جواتيمالا الذي لم يدخل بحد ذاته حيز النفاذ. راجع دلال يزيد، المرجع السابق، ص: 68.

[73] عاطف محمد الفقي، تطور مسؤولية الناقل الجوي وفقا لاتفاقية مونتريال 1999، دار النهضة العربية، القاهرة، ص:19.

[74] عائشة فضيل، المرجع السابق، ص: 159.

[75] محمود جواد عبد الهادي، مسؤولية الناقل الجوي الدولي و الداخلي للأشخاص(دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، القاهرة، ص: 47.

[76] جلاء وفاء محمدين، المرجع السابق، ص: 110.

[77] عائشة فضيل، المرجع السابق، ص: 160.

جرائم اهمال الزوجة في التشريع الجزائري

حميدو دملة

كلية الحقوق و العلوم السياسية

جامعة البليدة –2– لونيسي علي

البريد الالكتروني: hamidoudemla@gmail.com

ملخص:

تعد جرائم الإهمال العائلي من أخطر الجرائم التي تفتك بالأسرة و تهدد استقرارها و تماسكها، و تعد المرأة او الزوجة طرفا اصليا في العلاقة الأسرية و طرفا أساسيا في ضمان استقرار العائلة.

لذلك وجبت حمايتها و حفظ حقوقها باعتبارها زوجة فقد شرع لها الدين الإسلامي جملة من الحقوق التي عمل المشرع الجزائري بدوره على ضمانها لها، منها حقوقها المادية و المتمثلة في الصداق، النفقة،.. و حقوقها المعنوية المتمثلة في احترامها و حمايتها و رعايتها... و في هذا المقال سندرس بعض الجرائم الماسة بحقوق المرأة باعتبارها زوجة مُهمَلة من قِبل زوجها الذي يستلزم عليه احترام هذه الحقوق و رعاية زوجته و عدم اهمالها.

Résumé :

L’abondance et la negligence familiale est l'un des graves crimes qui détruit à la famille et menace sa stabilité et son renforcement.....La femme mariée est l'un des facteurs essentiels quant à la rigidité et l'authenticité de la famille et joue un role important pour sa continuité. Pour ce faire, il ya lieu de préserver et garantir les droits de cette femme mariée dont l'Islam lui a accordé divers droits et que le projet Algérien à son tour lui a aussi réservée et garantit à savoir droits physiques tel la dote , et ainsi que ses droits moraux tels que le respect, la protection, et le soutien. Et dans ce récit , nous allons étudié quelques crimes commis contre la femme délaissée et négligée par son mari dont la mission

primordiale est le devoir de s'occuper de sa femme, lui accorder toute l'importance en lui préservant ses droits et la chérir.

مقدمة:

قال الله تعالى: ﴿ **وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ**﴾[1]، هذه الآية الكريمة توضح أن أساس العلاقة الزوجية هو الصحبة و الاقتران و الأنس و التآلف، و ذكر المشرع الجزائري أنه من أهداف الزواج تكوين أسرة أساسها المودة و الرحمة و التعاون و احصان الزوجين و المحافظة على الأنساب..

و أضاف في نص المادة 3 من قانون الأسرة الجزائري[2] أن الأسرة تعتمد في حياتها على الترابط و التكافل و حسن المعاشرة و التربية الحسنة و حسن الخلق و نبذ الآفات الاجتماعية....

و بما أن الأسرة هي الخلية الأساسية لتكوين المجتمع لابد أن تقوم على مجموعة من الحقوق و الواجبات التي يجب على طرفي العلاقة الالتزام بها.

و من الحقوق و الواجبات المتبادلة المحفوظة للزوجين شرعا و قانونا نذكر:

- المحافظة على الروابط الزوجية و واجبات الحياة المشتركة
- المعاشرة بالمعروف و تبادل الاحترام و المودة و الرحمة
- التعاون على مصلحة الاسرة و رعاية الأولاد و حسن تربيتهم.....

و قد حث ديننا الحنيف الزوجين على وجوب تبادل الاحترام و تحمل كل منهما واجباته و حفظ حقوق الطرف الآخر، و بما أن المرأة او الزوجة هي الطرف الأضعف في هذه العلاقة لابد للزوج ان يراعي ضعفها هذا، و ان يعمل على رعايتها و مراعاتها و في ذلك قال الرسول صلى الله عليه و سلم: **{ و استوصُوا بالنساء خيراً فإنهن خُلِقْن من ضلع، و إن أعوج شيء في الضلع أعلاه، فإن ذهبت تقيمه كسرته، و إن تركته لم يزل أعوج فاستوصوا بالنساء خيراً}**[3]، و هذا الحديث دليل على وجوب التعامل مع المرأة بود و حب و اهتمام و رعاية....

و المشرع الجزائري كفل للزوجة حقوقها و جرم حتى فعل اهمالها من قبل زوجها، و في ذلك سنرى كيف تعامل المشرع مع جرائم اهمال الزوجة من قِبل زوجها.

و الإشكالية المطروحة هنا هي:

ما المقصود بإهمال الزوجة؟ و كيف تعامل المشرع الجزائري مع جرائم اهمال الزوجة؟

و ما هي الآثار المترتبة عن هذا الإهمال؟

و للإجابة على هذه الأسئلة نقسم الموضوع كما يلي:

- مفهوم اهمال الزوجة
- جرائم اهمال الزوجة
- الآثار المترتبة عن اهمال الزوجة

المطلب الأول: مفهوم اهمال الزوجة

قبل دراسة أي جريمة لابد من التعرف عليها، و ننطلق بداية من البحث في المقصود بالإهمال بصفة عامة ثم إهمال الزوجة بصفة خاصة ، ثم التطرق لأنواع الإهمال و أسبابه و الأساس الشرعي و القانوني لتجريم هذه الأفعال.

أولا–تعريف اهمال الزوجة

- الإهمال لغة: من اهمل اهمالا، همل الشيء أي طرحه جانبا و لم يستعمله او يقم به، عمدا أو نسيانا أو سهوا "اهمل واجباته"، و همل الأمر لم يُحكمه، همل الجمال: تركها بلا راعي، همل الحرف: ترك تنقيطه.[4]

و أهمل أمره: لم يُحكمه، و الهَمَل أيضا: الماء الذي لا مانع له، و أهملت الشيء: خليت بينه و بين نفسه.[5]

الإهمال اصطلاحا: يعرف الإهمال عند الفقهاء على أنه: عدم الانضباط، عدم التقيد و الالتزام و هو اللامبالاة و قلة الاعتناء...[6]

و يُعرف الإهمال أيضا على أنه ذلك السلوك الذي ينبئ عن عدم الاهتمام او التخلي عن الالتزامات المادية و المعنوية الملقاة على عاتق الشخص المسؤول عن نفسه او عن غيره.[7]

و التعريف الشامل للإهمال هو أنه سلوك سلبي ناشئ عن اخلال الجاني بواجبات الحيطة و الحذر التي تفرضها قواعد القانون او الخبرة الإنسانية العامة و عدم حيلولته تبعا لذلك، دون ان يفضي تصرفه الى احداث النتيجة الجرمية سواء توقعها او كان عليه توقعها لكنه لم يقبلها و كان بإمكانه الحيلولة دون حدوثها.[8]

- الزوجة لغة: الزوج الفرد الذي له قرين، و الزوج الاثنان،...و زوج المرأة بعلها و زوج الرجل امرأته.[9]

و الزوجة هي الأنثى التي يربطها برجل عقد زواج شرعي و رسمي صحيح و هي شريكة حياة الزوج.

ثانيا-أسباب الإهمال:

ان لكل ظاهرة سبب و للإهمال الأسري بين الزوجين بصفة خاصة أسباب عديدة نلخصها فيما يلي:

- اهمال أحد الزوجين لمسؤولياته الأسرية المتعارف عليها او المتفق عليها
- تخلي احد الزوجين عن بعض او كل مسؤولياتهما المادية و المعنوية
- قضاء الزوج معظم الوقت خارج العمل الرسمي بعيدا عن زوجته و أسرته
- تجاهل أحد الزوجين رغبات أو طلبات أو حاجات الآخر
- اهمال قواعد الشريعة الإسلامية في الحياة الزوجية
- القوة و الشدة المفرطة او اللين الزائد في المعاملة بينهما
- بناء العلاقة على أساس الاتهام و الشك
- التنافس بين الزوجين لاحتلال كل منهما مكان الآخر.[10]

ثالثا-أساس تجريم الإهمال:

ان كل فعل مجرم له أساس قانوني و شرعي جُرِم بفعله، و جريمة الإهمال او جرائم اهمال الزوجة لها أسسها الشرعية و القانونية، منها قوله الله تعالى: ﴿...**وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ** ..﴾[11] و للمعاشرة بالمعروف صور عدة، من بينها استشارتها في أمور البيت، الممازحة و الملاطفة، و الاغضاء عن بعض نقائصها و مساعدتها في اعمال البيت خاصة وقت مرضها او كثرة اعمالها و ذلك اقتداءا بالرسول صلى الله عليه و سلم[12]، و مراعاة المشاعر و الاحسان و تدبير شؤون الاسرة و واجب الانفاق على الزوجة و حق الفراش، و غيرها من الأمور التي تضفي على حياة الزوجين السعادة و الاستقرار.[13]

و قد أوصى الرسول صلى الله عليه و سلم بالمرأة في حديثه: **(استوصوا بالنساء خيرا..)**[14]، و قوله صلى الله عليه و سلم: **(كلكم راع و كلكم مسؤول عن رعيته)**[15] و للنساء على الرجال حقوق و في ذلك قوله عز و جل: ﴿ **وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ ، وَلِلرِّجَالِ عَلَيْهِنَّ دَرَجَةٌ ، وَاللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ**﴾[16].

و لا يجوز للزوج أن يؤذي زوجته مصداقا لقوله تعالى:﴿.. **فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ ۚ وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِتَعْتَدُوا..**﴾[17].

الكثير من الآيات و الأحاديث تبين ان عقد الزواج هو عقد يوجب على الزوج حقوقا للمرأة كما يوجب على المرأة حقوقا للزوج للحفاظ على سلامة العلاقة الزوجية.

وقد توافق المشرع الجزائري مع أحكام الشريعة الإسلامية طبقا للمادة 36 من قانون الأسرة الجزائري و كذلك أكد المشرع الجزائري في تعريفه للزواج انه من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة و الرحمة و التعاون...[18]

رابعا- أنواع الإهمال :

فيما يخص أنواع الإهمال نكتفي بالحديث عن الأنواع التي لها علاقة بالجرائم محل الدراسة، بحيث سنرى نوعين من الإهمال، و هي الإهمال المادي و الإهمال المعنوي.

1) - الإهمال المادي للزوجة:

و يقصد بالإهمال المادي للزوجة اعمال الإهمال التي تمس حقوق الزوجة المادية متمثلة في حقها في النفقة، اذ أن هذه الأخيرة حق للزوجة يقع على عاتق زوجها، و هي توفير ما تحتاج اليه من طعام و مسكن و خدمة و دواء و كساء.

و في ذلك قال عز و جل: ﴿ **لينفق ذو سعة من سعته ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله لا يكلف الله نفسا إلا ما آتاها**﴾[19].

و عن رسول الله صلى الله عليه و سلم: **(اتقوا الله في النساء فإنكم ان أخذتموهن بأمانة الله، و استحللتم فروجهن بكلمة من الله، و لهن عليكم رزقهن و كسوتهن بالمعروف)** [20].

فمن أسس قوامة الرجل على المرأة الانفاق، فيجب عليه ان ينفق على زوجته في طعامها و شرابها و مسكنها و كسوتها و علاجها، فكل ذلك من النفقة و على حسب طاقته.[21]

و نصت المادة 74 من قانون الأسرة الجزائري على ما يلي: "**تجب نفقة الزوجة على زوجها بالدخول بها أو دعوتها اليه ببينة مع مراعاة أحكام المواد 78 و 79 و 80 من هذا القانون**".

اذن اتفق قانون الأسرة الجزائري مع الشريعة الإسلامية في كون النفقة حق للزوجة على زوجها حتى و ان كانت غنية، و تستحق النفقة بالدخول بها بناءا على عقد صحيح او بدعوة الزوج الى الدخول ببينة.

2) الإهمال المعنوي للزوجة:

المقصود بالإهمال المعنوي للزوجة هو عدم الاهتمام بها والتخلي عنها و عدم رعايتها و التكفل بها و هجرها و تركها دون أي سبب جدي.

فالزوجة لها جملة من الحقوق غير المالية و التي ترتبط بالجانب المعنوي من حقوقها المصونة شرعا و قانونا، فلا يحق للزوج مثلا ان يستهين برابطة الزوجية و يتخلى عن واجباته و يلقيها على عاتق زوجته.

و على الزوج ان يبذل جهده في حسن معاملة زوجته، و ان يستشيرها في الأمور المتعلقة بتسيير شؤون الأسرة ذلك لأن الحياة الزوجية تقوم على المشاركة في إدارة البيت و تنظيم النسل و تربية الأولاد..[22]

و نأخذ جريمة التخلي عن الزوجة كمثال على فعل التخلي و الإهمال المقصود للزوجة.

المطلب الثاني: جرائم اهمال الزوجة:

جرائم اهمال الزوجة هي أفعال التخلي التي تكون في حق الزوجة و تمس حق من حقوقها الشرعية

و فيما يلي سنتطرق الى جريمتي التخلي عن الزوجة و جريمة عدم تسديد النفقة المقررة للزوجة.

أولا–جريمة التخلي عن الزوجة:

في دراسة هذه الجريمة سنتطرق للتخلي عن الزوجة قبل تعديل قانون العقوبات و التي كانت تسمى "بجريمة التخلي عن الزوجة الحامل" و بعد التعديل أصبحت جريمة "التخلي عن الزوجة". و سنرى الفرق بينهما و الغاية المفترضة من هذا التعديل.

1) الحمل كركن لقيام الجريمة

من مظاهر المعاشرة بالمعروف و المعاملة الحسنة التي حث عليها ديننا الحنيف ان يراعي الزوج زوجته خاصة في فترة الحمل و ان يعمل على مساندتها و الاعتناء بها و مساعدتها و تيسير كل ما فيه نفع لها.

و يمكن تعريف جريمة اهمال الزوجة الحامل على انها اهمال الزوج لزوجته التي ثبت حملها منه و أظهر تخليا ظاهرا عن التزاماته تجاهها، لذلك فإن هجر الزوجة و تركها دون سبب جدي اعتبرها المشرع الجزائري جريمة يتابع عليها الزوج.

حيث نصت المادة 330 فمن قانون العقوبات الجزائري[23] في فقرتها الثانية على أنه : "**يعاقب بالحبس.....الزوج الذي يتخلى عمدا عن زوجته مع علمه بحملها و لذلك لغير سبب جدي...**"

و تقوم هذا الجريمة على الأركان الاتي ذكرها:

الركن المادي:

يكون بتوفر العناصر التالية:

-**قيام علاقة زوجية:** لابد من وجود عقد زواج صحيح و رسمي مقيد في سجلات الحالة المدنية فلا مجال للحديث عن هذه الجريمة في حالات الزواج العرفي.

-**حمل الزوجة:** ان تكون الزوجة المتخلى عنها حامل فيستوجب على الزوجة صاحبة الشكوى ان تثبت حملها و تثبت علم الزوج به بكافة طرق الاثبات.

-**ترك محل الزوجية:** و ذلك بمغادرة الزوج لمحل الزوجية و ترك زوجته الحامل وحدها و ان يستمر التخلي لمدة تتجاوز الشهرين.[24]

الركن المعنوي:

هذه الجنحة من الجرائم العمدية تتطلب لقيامها توافر القصد الجنائي بعنصريه العلم و الإرادة، و ذلك يتحقق بعلم الزوج بحمل زوجته و مع ذلك يتخلى عنها عمدا، الا ان المشرع الجزائري جعل وجود سبب جدي مبررا للتخلي عن الزوجة الحامل.[25]

و عاقب المشرع الجزائري على هذا الفعل بالحبس من شهرين الى سنة و بغرامة مالية من 25.000 دج الى 100.000 دج.

2) اسقاط الحمل لتكوين الجريمة

نصت المادة 330 من القانون رقم 15-19[26] في فقرتها الثانية على انه: "**يعاقب بالحبس..... الزوج الذي يتخلى عمدا و لمدة تتجاوز شهرين عن زوجته و ذلك لغير سبب جدي.**"

يظهر من خلال هذا التعديل ان المشرع الجزائري أسقط شرط حمل الزوجة لقيام الجريمة لتصبح بذلك هذه المادة قد جاءت لحماية الزوجة و هذا ما أكده تشديده للعقوبة بحيث تضاعفت بعد ما كان يعاقب عليها بالحبس من شهرين الى سنة لتصبح من 6 أشهر الى سنتين، و نفس الشيء بالنسبة للغرامة التي كانت من 25.000 دج الى 100.000 دج لتصبح من 50.000 دج الى 200.000 دج.

بالتالي لقيام هذه الجريمة و متابعة الزوج بها يكفي فقط لتوافر العناصر التالية:

-قيام الرابطة الزوجية بعقد زواج صحيح و مسجل في سجلات الحالة المادية

-التخلي عن الزوجة و اهمالها عمدا

-تجاوز مدة الإهمال للشهرين دون وجود سبب جدي

اذن هذا النص المُعدل هو مقرر لحماية الزوجة بصفة خاصة بغض النظر عن كونها حامل او بوجود او عدم وجود أولاد، فقد جاء التعديل نتيجة للتعديلات التي مست قانون العقوبات بهدف تحقيق حماية اكبر للمرأة بصفة عامة و الزوجة بصفة خاصة.

و في الفقرة الأخيرة من المادة 330 من قانون العقوبات نص المشرع الجزائري على أن هذه الجريمة لا تتخذ إجراءات المتابعة فيها إلا بناءا على شكوى الزوج المتروك، و اشتراط عنصر الشكوى هنا هو من أجل مصلحة الزوجة المتروكة بغرض حمايتها من الإهمال و نظرا لخصوصية العلاقة الزوجية.

و قد تكون الشكوى كتابة او شفاهة اذ لا يُشترط فيها شكلا خاصا، و ان كان الزواج عرفيا وجب تسجيله وفقا لأحكام المادة 22 من قانون الأسرة ثم تقديم الشكوى، فلابد من تقديم نسخة من عقد الزواج لإثبات العلاقة الزوجية.

و متى قُدمت الشكوى تمكنت النيابة العامة من مباشرة إجراءات التحقيق و رفع الدعوى مباشرة.[27]

ثانيا-جريمة عدم تسديد النفقة المقررة للزوجة:

باعتبار ان النفقة هي من أولى الحقوق المالية للزوجة فإن اهمال هذا الحق يُعد جريمة يعاقب عليها القانون.

و حتى تقوم هذه الجريمة لابد من توافر الشروط الاتي ذكرها:

- ✓ **العقد الصحيح:** أي ان يكون الزواج صحيحا شرعا و قانونا و مكتمل الأركان و الا فانه لا نفقة فيه.
- ✓ **الدخول بالزوجة:** بمعنى حصول الخلوة الصحيحة بالزوجة، فامتناع الزوجة عن الدخول او امتناعها عن الانتقال الى منزل الزوجية يحرمها من النفقة.
- ✓ **ان لا تكون الزوجة ناشزة:** بأن تترك دار الزوجية بلا مسوغ شرعي.[28]

بتوفر هذه الشروط تقوم الجريمة مع توافر الأركان التالية:

1) الركن الشرعي:

و هو نص المادة 331 من قانون العقوبات و المتضمن لجريمة عدم تسديد النفقة "**يعاقب بالحبس.....كل من امتنع عمدا، و لمدة تجاوز الشهرين عن تقديم المبالغ المقررة لإعالة أسرته، و عن أداء كامل قيمة النفقة المقررة عليه للزوجة....رغم صدور حكم ضده بإلزامه بدفع النفقة اليهم...**"

2) الركن المادي:

يتضح من نص المادة ان هذا الركن بدوره يستلزم توافر العناصر الاتية:

- ✓ **عدم دفع مبلغ النفقة كاملا،** فدفع جزءا منها لا يمنع من قيام الجريمة.
- ✓ **انقضاء مدة الشهرين:** اشترطت المادة ان يتواصل الامتناع عن أداء النفقة مدة الشهرين، و تثير مسألة الشهرين إشكالات:

-متى تبدأ مدة سريان المهلة؟ أجاب الأستاذ "احسن بوسقيعة" انه يبدأ حساب مهلة الشهرين من تاريخ انقضاء مهلة 15 يوما المحددة في التكليف بالوفاء و لا يكون قابلا للتنفيذ الا بعد تبليغه رسميا وفقا للمادة 406 من قانون الإجراءات المدنية الجزائري و ما يليها و انقضاء آجال المعارضة و الاستئناف التي يبدأ سريانها من تاريخ التبليغ.[29]

اما الاحكام المشمولة بالنفاذ المعجل و الأوامر الاستعجالية تكون قابلة للتنفيذ رغم المعارضة و الاستئناف، فالمستفيد من منها يُعفى من اجراء التلبيغ الرسمي للحكم و يبقى ملزما بتبليغ الحكم الممهور بالصيغة التنفيذية الى المحكوم عليه، و تكليفه بالوفاء طبقا للمادة 612 و ما يليها من قانون الإجراءات المدنية.[30]

-**مسألة تواصل المهلة و انقطاعها:** لم يفصل المشرع الجزائري في ما اذا كان من اللازم ان تكون مهلة الشهرين متصلة ام منقطعة، الا ان بعض الفقهاء يرى ان مهلة الشهرين المطلوبة لا يشترط فيها ان تكون متواصلة او منقطعة ففي الحالتين تقوم الجريمة.

-**هل يشترط انقضاء مهلة الشهرين يوم تقديم الشكوى أم أنه يكفي أن تكون هذه المهلة قد انقضت يوم تحريك الدعوى العمومية؟** المعمول به في القضاء الجزائري ان قبول الشكوى معلق على انقضاء مهلة الشهرين عند تقديمها، أي ان انقضاء مهلة الشهرين شرط لتحريك المتابعة القضائية من أجل تسديد النفقة.[31]

-**مسألة المستجدات التي تحدث بعد انقضاء المهلة:** يقصد بهذه المستجدات مثلا تسديد المدين للنفقة كاملة بعد انقضاء الأجل، صدور حكم قضائي يترتب عليه إلغاء النفقة كما لو صدر حكم يقضي بإبطال الزواج، تنازل المستفيد من النفقة...فلا أثر للمستجدات، الا أن صفح الضحية بعد دفع المبالغ المستحقة للنفقة يضع حدا للمتابعة الجزائية.[32]

3) الركن المعنوي:

يعتبر فعل عدم دفع النفقة جنحة متى كان عمديا، و اعتبر المشرع الجزائري عدم الدفع عمديا بقوله "...**و يفترض ان عدم الدفع عمديا مالم يثبت العكس**" و على المتهم اثبات العكس ولايمكنه الاستناد الى احدى الوقائع الاتية لذلك:

-الاعسار الناتج عن سوء السلوك.

-الكسل و هو تهاون من المدين[33].

-السُكر، فالمدين ينفق أمواله على السكر بدلا من الوفاء بمبالغ النفقة.

الا أنه يمكن للمدين أن يثبت العكس اذا أثبت ان سبب عدم الدفع راجع لأسباب خارجة عن ارادته دون ارتكاب أي خطأ او اهمال او تهاون.[34]

والعقوبة المقررة لهذه الجريمة طبقا للمادة 331 من قانون العقوبات هي الحبس من ستة أشهر الى ثلاث سنوات و غرامة من 50.000 دج الى 300.000 دج و يجوز الحكم بالعقوبات التكميلية المقررة للجنح المنصوص عليها في المادة 330 من نفس القانون.

و نص المشرع الجزائري على ان صفح الضحية بعد دفع المبالغ المقررة يضع حدا للمتابعة الجزائية.

المطلب الثالث-الآثار المترتبة عن اهمال الزوجة:

يؤثر الإهمال على العلاقة الزوجية تأثيرا جسيما، بحيث يعود بالآثار السلبية على الزوجين و على الاسرة و المجتمع كافة، و في حالات الإهمال يلجأ الزوجين الى انهاء زواجهما من خلال فك الرابطة الزوجية.

ولأن الإهمال قد يؤثر على الزوجة المتضررة فتصاب بالأمراض النفسية كالقلق او الاكتئاب و غيرها فقد

أجاز الشرع الطلاق بقوله تعالى: ﴿**فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ**﴾[35] و ذلك عند استحالة مواصلة الحياة الزوجية و عدم قيام الزوجين او احدهما بواجباته كما يجب، و للمرأة ان تطلب فك الرابطة الزوجية عن طريق التطليق او الخلع و ذلك لأسباب.

فبالنسبة للتطليق فقد نصت المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري على أنه: "**يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب التالية: ... عدم الانفاق بعد صدور الحكم بوجوبه ما لم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج ...الغيبة بعد مضي سنة بدون عذر ولا نفقة... كل ضرر معتبر شرعا...**" أو ان تخلع زوجها لانها لم تعد تطيقه او يهملها و يسيء معاملتها و ذلك دون موافقته و بمقابل مالي.

فالتخلي عن الالتزامات الزوجية سبب رئيسي لطلب فك الرابطة الزوجية باعتبار ان التخلي يرتب أضرار مادية و معنوية على الزوجة قد يستحيل معها مواصلة الزواج.

و فك الرابطة الزوجية كنتيجة متوقعة للاهمال، تؤثر سلبا على حياة افراد الأسرة المرتبطة بطرفي العلاقة و فور وقوع مثل هذه التصرفات يؤدي حتما الى تصدع الأسرة و انتشار الطلاق بأنواعه في المجتمع،هذا الأخير الذي يصبح مهددا بالتفكك و انتشار مختلف الآفات الاجتماعية، و بما أن الأسرة هي القاعدة التي يقوم عليها المجتمع فبالتالي سنواجه مجتمع مبني على قاعدة هشة.

خاتمة:

من خلال دراسة جرائم اهمال الزوجة المادية و المعنوية توصلنا الى ان المشرع الجزائري أولى عناية خاصة للزوجة و عمل على حمايتها من كافة أنواع الجرائم التي تحول دون اكتسابها لحقوقها المكفولة شرعا قبل ان يكفلها لها القانون.

غير أنه لم يُوضح المقصود بالسبب الجدي كمبرر او سبب للإهمال ، و أيضا بالنسبة للمدة لم يتكلم عن قطع مدة الشهرين و معاودة استئناف الحياة الزوجية ثم إعادة اهمال الزوجة مجددا.

إلا انه و على العموم يمكن القول ان المشرع الجزائري انتهج سياسة حكيمة في حماية الأسرة عموما و المرأة خصوصا.

الهوامش:

1. سورة الروم، الآية 21
2. القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09-06-1984، المتضمن قانون الأسرة ، المعدل و المتمم بموجب الأمر رقم: 02-05 المؤرخ في 27 فبراير 2005، الجريدة الرسمية رقم 15.
3. أخرجه البخاري و الترمذي
4. جبران مسعود، الرائي، معجم لغوي عصري، دار العلم للملايين، مؤسسة ثقافية للتأليف و الترجمة و النشر، بيروت لبنان، الطبعة السابعة، 1992، مادة "أهمل"، ص 151
5. ابن منظور، لسان العرب،المجلد السابع، دار صادر، بيروت، حرف الهاء ، مادة "همل"، ص 93
6. م.م.جواد احمد البهادلي، الإهمال و آثاره الشرعية-دراسة بين القانون و الشريعة-، مجلة الكوفة للعلوم القانونية و السياسية، العراق، العدد الثاني، 2009، ص 176
7. عمامرة مباركة، الإهمال العائلي و علاقته بالسلوك الاجرامي للأحداث، بحث مقدم لنيل شهادة الماجستير في العلوم القانونية، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2010-2011، ص19
8. عادل يوسف الشكري، المسؤولية الجنائية الناشئة عن الإهمال، دراسة تحليلية تطبيقية مقارنة، دار الكتب القانونية، مصر، 2011، ص 69
9. ابن منظور، لسان العرب، المجلد السابع، دار صادر بيروت، حرف الزاي، مادة "زوج"، ص75،76
10. أحمد أباش، حماية الأسرة، منشورات الحلبي الحقوقية،بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 2012، ص71-72
11. سورة الطلاق الآية 19
12. ناصح علوان، آداب الخطبة و الزواج و حقوق الزوجين، دار السلام، ص61-62
13. عطاء الله غريبي، الحقوق الزوجية في الشريعة الإسلامية و القانون الجزائري، حوليات جامعة الجزائر1، العدد 23، الجزء الأول، 2018، ص 544
14. صحيح الجامع، الصفحة او الرقم 960
15. رواه البخاري، رقم 7138
16. سورة البقرة، الآية 228

17.سورة الطلاق، الآية 231
18.المادة 4 من قانون الأسرة الجزائري 02-05
19.سورة الطلاق، الآية 7
20.رواه الامام مسلم، أشار اليه الامام الشوكاني، نيل الأوكار، ج6، ص 237
21.أحمد عمر هاشم، الاسرة في الإسلام، دار قباء للطباعة و النشر و التوزيع، 1998، ص 82
22.عطاء الله غريبي،ن نفس المرجع، ص 545
23.الأمر 66-156 المؤرخ في 8 يونيو 1966 الجريدة الرسمية رقم 94 المتضمن قانون العقوبات المعدل و المتمم بالقانون رقم 09-01 المؤرخ في 25 فبراير 2009 و بالقانون رقم 14-01 المؤرخ في 4 فبراير 2014 جريدة رسمية رقم 7
24.نبيل صقر، الوسيط في جرائم الأشخاص، دار الهدى للطباعة و النشر و التوزيع، عين مليلة ، الجزائر، سنة 2009، ص 243
25.أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي الخاص، الجزء الأول، دار هومه للطباعة و النشر، الطبعة السابعة، سنة 2014، ص 172
26.القانون رقم 15-19 المؤرخ في 18 ربيع الأول عام 1437 الموافق ل 30 ديسمبر 2015 المعدل المتمم للأمر 66-156 المؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق ل 8 يونيو 1966 و المتضمن لقانون العقوبات الجزائري، الجريدة الرسمية رقم 71
27.لحسين بن الشيخ آث ملويا، المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية، الجزء الأول، دار هومه للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر، الطبعة الثالثة، 2011، ص368
28.أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي الخاص، الجزء الأول، دار هومه للطباعة و النشر و التوزيع الجزائر، الطبعة السابعة عشر، 2014، ص 181
29.أحسن بوسقيعة، المرجع السابق، ص 183
30.أحسن بوسقيعة، نفس المرجع ص183
31.أحسن بوسقيعة، نفس المرجع، ص 185
32.لحسين بن شيخ آث ملويا، المنتقى في القضاء الجزائي، دار هومه للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر،ص 66
33.لحسين بن شيخ آث ملويا، المنتقى في القضاء الجزائي، نفس المرجع، ص67
34.لحسين بن شيخ آث ملويا، المنتقى في القضاء الجزائي، المرجع نفسه، ص67
35.سورة الطلاق، الآية 229

عنوان المقال: تكييف وتفعيل التشريعات الوطنية الغابية وفق التحولات الاقتصادية و التحديات الراهنة.

اللقب: فقيقي

الاسم: عمر

الصفة: طالب دكتوراه كلية الحقوق جامعة الجيلالي اليابس سيدي بلعباس

الالكتروني البريد: ofiguigui@yahoo.fr

الملخـــــص:

إن التحولات الاقتصادية التي عرفتها الجزائر خلال السنوات الأخيرة، من تدني في أسعار المحروقات ،أدى إلى التفكير في الاعتماد على آليات وحلول بديلة خارج المحروقات ونظرا لما تزخر به الجزائر من ثروات طبيعية غنية و متنوعة(غابات ، بحار ، صحاري ، سهوب ، جبال ،واحات ، حيوانات....)، أصبح من الضروري فتح مجال الاستثمار العقلاني في هده الثروات الواعدة من خلال منتجاتها و مكتسباتها من (خشب ، فلين ، حلفاء ، نباتات عطرية و طبية ، مناظر طبيعية ، مناطق رطبة ، مجالات محمية ،الصيد ، عقارات غابية ...)، كما يمكن استغلال هده الثروات من الجانب الاستثمار السياحي البيئي مثل غابات الاستجمام والتنزه والحظائر الوطنية و المحميات الطبيعية....وجلب السياح من الداخل و الخارج ، وبالتالي نكون قد خلقنا ثروة بديلة عن المحروقات، حتى نضمن لأنفسنا و للأجيال القادمة اقتصاد مستقر ،متنوع و مزدهر.

و للتحقيق دلك لا بد من تكييف وتفعيل الآليات القانونية و المؤسساتية المتعلقة بالغابات وفق هدا التوجه الاقتصادي الجديد، الذي يعتمد أساسا على خلق الثروة من خلال الثروات المتاحة، و دفع عجلة التنمية في إطار التنمية المستدامة، و مع مراعاة كذلك التحديات الراهنة التي تواجه البيئة من تغيرات مناخية ،وإزالة الغابات والتصحر والاحتباس الحراري و تدهور التنوع البيولوجي وتفاقم ظاهرة التلوث بأنواعه.

الكلمات المفتاحية:المنتجات الغابية ، غابات الاستجمام ، الاستغلال، المعايير البيئية ، التنمية المستدامة.

Résumé: Les changements économiques que l'Algérie a connus ces dernières années avec les prix bas du carburant ont conduit à penser à recourir à des mécanismes et solutions alternatifs en dehors des hydrocarbures et à l'abondante richesse naturelle de l'Algérie (forêts, mers, déserts, steppes, montagnes, oasis , Animaux ...), il est devenu nécessaire d'ouvrir le champ des

investissements rationnels dans cette richesse prometteuse à travers ses produits et son acquisition de (bois, liège, alliés, plantes aromatiques et médicinales, paysages, zones humides, zones protégées, chasse, ...), et peut être exploitée cette richesse des investissements touristiques tels que les forêts récréatifs et randonnées pédestres, parcs nationaux et réserves naturelles…

En attirant des touristes nationaux et étrangers, nous avons ainsi créé une richesse alternative pour les hydrocarbures, de manière à assurer pour nous-mêmes et pour les générations futures une économie stable, diversifiée et prospère.

Pour y parvenir, il est nécessaire d'adapter et d'activer les mécanismes juridiques et institutionnels liés aux forêts conformément à cette nouvelle orientation économique, qui repose principalement sur la création de richesses à travers les ressources disponibles et la promotion du développement dans le cadre du développement durable. Changement climatique, déforestation désertification et conservation et valorisation de la biodiversité et de la pollution.

مقدمـــــــــة

على غرار الدور الذي تلعبه الغابات من الجانب البيئي و دلك من خلال المحافظة على الموارد المائية والمساهمة في استقرار المناخ ، والمحافظة على التنوع البيولوجي ، ومقاومة التصحر والانجراف المائي ، وامتصاص غاز ثاني أكسيد الكربون والغازات السامة الأخرى ، كما تساهم كذلك في تلطيف الجو وطرح الأكسجين وهي موطن للحياة البرية و المائية العذبة (1)....كما للغابات دورا اقتصاديا هاما ودلك من خلال استغلال أراضيها ومنتجاتها من خشب وفلين ، حلفاء ، نباتات طبية و عطرية و استخراج الزيوت و المطاط منها ، ومنتجات أخرى كالرمال و الحجارة ...والصيد المرخص، كما لها أفاق واسعة وواعدة في فتح فظاءاتها للتنزه والاستجمام في المناطق التي تتوفر على مناظر خلابة كالحظائر الوطنية و المحميات الطبيعية...كما يمكن استغلال و استعمال أراضيها للاستصلاح في إطار عقود الامتياز (كغرس الأشجار المثمرة ، وإنشاء المشتلات الخاصة ، وتربية الحيوانات الصغيرة كتربية النحل ، تربية الدواجن..).

وتبعا للتحولات الاقتصادية التي فرضتها أزمة تدني أسعار البترول في العالم ، لجأت الجزائر إلى توجه اقتصادي جديد وبديل عن البترول ، وهو التفكير و البحث عن ثروات بديلة ومتاحة عن البترول ، اذ تعتبر الغابات من بين أهم هاته الثروات.

ونظرا للإمكانيات والمؤهلات الكبيرة التي تتوفر عليها الجزائر في جلب الاستثمار من سياحة بيئية وجبلية وعلمية...واستغلال الأراضي و المنتجات، بغرض تحقيق الاكتفاء الذاتي والتصدير إلى الخارج مع توفير مناصب شغل دائمة و مؤقتة.

وللتحقيق دلك لابد من تكييف وتفعيل تشريعات وتنظيمات المتعلقة بهدا المجال، وفق هده التحولات الاقتصادية مع مراعاة المعايير البيئية والتنمية المستدامة و مراعاة كذلك التحديات البيئية الراهنة من تغيرات مناخية ، التصحر ، الاحتباس الحراري ، التنوع البيولوجي .

طرح الإشكالية : ما مدى فعالية وكفاية التشريعات و التنظيمات المتعلقة بالاستثمار في قطاع الغابات في الجزائر ؟

وتتفرع منها الإشكاليات الفرعية التالية :

– ما هو المفهوم القانوني للغابات وفق التشريع الجزائري؟

– ما هي آليات الاستثمار واستغلال الأراضي والمنتجات الغابية التي أقرها المشرع الجزائري؟

للإجابة على هاته الإشكاليات اعتمدنا على المنهج التحليلي و الوصفي من خلال تحليل النصوص القانونية التي أخذ بها المشرع الجزائري.

المبحث الأول: مفهوم الغابات

تعتبر الغابات إقليم من الأقاليم النباتية المتواجدة في العالم، بالإضافة إلى إقليم السهوب و إقليم الصحراء كما يمكن تعريفها لغويا واصطلاحا وقانونا كما يلي:

المطلب الأول : تعريف الغابات

الفرع الأول : التعريف اللغوي

الغابة لغة تعني الأجمة ذات التشجير المكثف لأنها تغيب ما فيها، و الغابة من الرماح ما طال منها، وكان لها أطراف ترى كأطراف الأجمة (2)

الفرع الثاني :التعريف الاصطلاحي

الغابة هي منطقة واسعة من الأراضي تحوي أعداد كبيرة من الأشجار و النباتات الخشبية الأخرى ، وهي تغطي حوالي 30% من مساحة الأرض ، توجد الغابات في جميع أنحاء العالم ، وهي تزود الإنسان بالكثير من الموارد الطبيعية ، توفر الغابات موطنا للكثير من الأنواع النباتية و الحيوانية و تشكل نظاما بيئيا معقدا.(3)

الفرع الثالث: التعريف القانوني

أ- تعريف الغابات طبقا لقانون 12/84

اعتمد المشرع الجزائري في قانون الغابات 12/84 في تعريف الغابات على معياريين أساسيين وهما المعيار العددي و المعيار الجغرافي المناخي ، وجاء دلك عبر المادتين الثامنة والتاسعة نص المادة الثامنة (يقصد بالغابات جميع الأراضي المغطاة بأنواع غابية على شكل تجمعات غابية في حالة عادية) و جاء نص المادة التاسعة ليكمل التعريف (يقصد بالتجمعات الغابية في الحالة العادية كل تجمع يحتوي على الأقل: - 100 شجرة في الهكتار في الواحد في حالة نضج ، في المناطق الجافة و الشبه جافة.

-300 شجرة في الهكتار الواحد في حالة نضج في المناطق الرطبة و الشبه رطبة).(4)

ب- تعريف الغابات طبقا لقانون التوجيه العقاري 25/90

أدخل المشرع الجزائري الأراضي الغابية ضمن القوام التقني للأملاك العقارية ، طبقا لقانون التوجيه العقاري فعرفها في المادة :13 منه على أنها (كل أرض تغطيها غابة تفوق كثافتها 300 شجرة في الهكتار الواحد في المناطق الرطبة و الشبه رطبة و 100 شجرة في المنطقة القاحلة والشبه قاحلة على أن تمتد مساحتها الكلية إلى ما يفوق10 هكتارات متصلة).(5)

ج- تعريف الغابات طبقا للمرسوم التنفيذي رقم 115/2000 المحدد لقواعد إعداد مسح الأراضي الغابية الوطنية.

نصت المادة الرابعة من المرسوم التنفيذي 115/2000 (أن كل أرض أحراج تتشكل من غابة أو أكثر إما في حالتها الطبيعية إما بفعل التشجير على مساحة

تفوق 10 هكتارات متصلة و تشمل على الأقل ما يلي :

- 100 شجرة في الهكتار الواحد في حالة نضج في المنطقة القاحلة و الشبه قاحلة

- 300 شجرة في الهكتار الواحد في حالة نضج في المنطقة الرطبة و الشبه الرطبة.) (6)

وقد جاء هدا القانون بأشياء جديدة فلأول مرة يرد تعبير غابة بصيغة المفرد، كما استعمل مصطلح أحراج، ويتضح أن مفهوم الغابة في القانون الجزائري قد خضع للتطور و التعريف الأخير قد أضاف عناصر هامة إلى سابقيه و أصبح المعنى أكثر شمولية، أما بالنسبة للأراضي ذات الطابع الغابي والتكوينات الغابية الأخرى فقد أشار إليها المشرع من خلال المادة07 : من النظام العام للغابات 12/84 المعدل والمتمم.

المطلب الثاني: التعريف القانوني للأراضي الرعوية و الأراضي الصحراوية

الفرع الأول: التعريف القانوني للأراضي الرعوية

عرفت المادة 11 من قانون التوجيه العقاري رقم **25/90** الأراضي الرعوية (هي كل أرض يغطيها عشب طبيعي كثيف أو خفيف يشمل على نباتات ذات دورات نباتية سنوية أو متعددة السنوات ، وعلى شجيرات أو أشجار علفية ، تستغل مدة سنوات في رعي الحيوانات).(7)

الفرع الثاني: التعريف القانوني للأراضي ذات الوجهة الرعوية

تعتبر الأراضي ذات الوجهة الرعوية حسب المادة 13 من نفس القانون على أنها (كل أرض عارية تساوي نسبة الأمطار فيها أو تفوق 100 ملم ، وهي وليدة مراعي سابقة تدهورت أو التي يمكن إحياؤها و بعث الأنواع النباتية السابق بيانها فيها من جديد بفضل استخدام تقنيات ملائمة) (8)

الفرع الثالث: التعريف القانوني للأراضي الصحراوية

عرفتها المادة 18: (هي كل أرض تقع في منطقة تقل نسبة الأمطار فيها عن 100 ملم) من قانون التوجيه العقاري. (9)

كما أدرج المشرع الجزائري من خلال القانون 10/03 المتعلق بالبيئة في إطار التنمية المستدامة و دلك حسب المادة 39 التي أسست مقتضيات حماية البيئة في الأوساط الصحراوية حسب المادة 63 على إلزامية إدراج في مخططات مكافحة التصحر الانشغالات البيئية.(10)

ويضم هذا الإقليم الأصناف النباتية المتآلفة مع الجفاف وارتفاع الحرارة التي تحمل مجاري الأودية والمناطق التي توجد بها مياه باطنية قريبة من سطح الأرض خاصة في الواحات وهناك مناطق خالية من الحياة النباتية ، كما أن الأنواع المنتشرة في هذا الإقليم محدودة ,لا تتجاوز بضعة أنواع معظمهما مجردة من الأوراق فروعها قصيرة ، وتكتر بها الأشواك للتغلب على الجفاف والتصحر وجذورها طويلة بحثا عن المياه الباطنية واهم هذه التشكيلات النخيل في الواحات والدرين ، العناب و الطر فاء ونشاط الرعي فيها محدود والزراعة محصورة في مناطق الاستصلاح المعتمدة على السقي بالمياه الجوفية,التي توسعت مساحتها بصورة محسوسة في عشر سنوات الأخيرة.

المبحث الثاني : استغلال المنتجات الغابية وغابات الاستجمام

تتربع الجزائر على مساحة من الغابات تقدر بحوالي 4 ملايين و خمسة مئة ألف هكتار، وهي عبارة عن أراضي غابية و أراضي ذات طابع غابي و تكوينات غابية أخرى، تتميز بالتنوع، حيت تتكون من عدة أصناف نباتية (الصنوبريات والفلين بأنواعه الأخضر ،الفلين ،الأرز الأطلسي ...)وثروة حيوانية غنية من حيوانات برية والطيور (كالغزال ، الحبار ، الحجل..)

وبها حوالي 3136 من النباتات الطبية (11) ونباتات أخرى تستعمل أوراقها في استخراج الزيوت والمستحضرات العطرية...بالإضافة إلى مؤهلات وقدرات أخرى من خلال المنتجات الغابية كالخشب والفلين والحلفاء والثمار الغابية كالخروب ،اللنج..واستعمال أراضيها لغرس الأشجار المثمرة و إنشاء مشاتل متخصصة و تربية الحيوانات الصغيرة...والصيد.

وعلى أساس هده القدرات والمؤهلات تم التخطيط لإستراتيجية تخص قطاع الغابات أفاق عام2035، الذي بفضله أصبحت الدولة تراهن على هدا القطاع ضمن هدا التوجه الاقتصادي الجديد ودلك من خلال تفعيل جميع الآليات القانونية المتعلقة بالاستثمار واستغلال المنتجات الغابية و استغلال غابات الاستجمام.

المطلب الأول : استغلال الغابات حسب النظام العام للغابات

نصت المادة 34 و 35 من النظام العام للغابات من خلال القانون 12/84 المعدل و المتمم

وحسب المادة 34 منه ((يتمثل الاستغلال داخل الأملاك الغابية الوطنية بالنسبة للسكان الدين يعيشون داخلها أو بالقرب منها في استخدام هده الأخيرة وبعض منتجاتها لحاجاتهم المنزلية و تحسين ظروف معيشتهم)) (12) ومن خلال هده المادة رخص المشرع الجزائري للسكان القاطنين داخل الغابات أو المجاورين لها الحق في استعمال بعض المنتجات الغابية

للسد حاجياتهم المنزلية كحطب التدفئة وتحسين ظروف معيشتهم من خلال الترخيص

بغرس وزراعة بعض الأراضي الغابية الفارغة وتربية الحيوانات الصغيرة كتربية النحل والدواجن...

كما نصت المادة 35((ترتب أنواع الاستغلال المرخص بها على عدة أصناف منها على الخصوص تلك المتعلقة ب:

- بالمنشات الأساسية للأملاك الغابية الوطنية

- بالمنتجات الغابية

- بالمرعى

- ببعض النشاطات الأخرى الملحقة والمرتبطة بالغابة ومحيطها المباشر.

- بتثمين أراضي جرداء أو ذات طبيعة سبخيه عن طريق تطوير الأنشطة الغير ملوثة المعلن عن أولويتها في المخطط الوطني)).

الفرع الأول: شروط الترخيص بالاستغلال حسب المرسوم التنفيذي 87/01

قبل صدور هدا المرسوم صدر مرسوم أخر قبله تحت رقم 170/89 المؤرخ في 05 سبتمبر 1989 يتضمن الموافقة على الترتيبات الإدارية العامة و الشروط التقنية لإعداد دفاتر الشروط المتعلقة باستغلال الغابات و بيع الحطب المقطوع منها و منتجاته، حيث تناول أساليب بيع المنتجات الغابية (13) ، البيع

عن طريق المزاد أو عن طريق التعاقد بالتراضي ، والبيع بالمناقصة والمزايدة والبيع بالالتزام المختوم ، كما تناول كذلك رخص الاستغلال (وقت القطع ، ظروف القطع ، أجل القطع و التفريغ)

حدد المرسوم التنفيذي رقم 87/01 المؤرخ في 5 ابريل 2001 شروط وكيفيات الاستغلال في أطار أحكام المادة 35 من القانون 12/84 المتعلق بالنظام العام للغابات.

حيث عرف الاستصلاح من خلال المادة الثانية ،على أنه هو كل عمل استثماري يهدف إلى جعل أراضي الأملاك الغابية الوطنية منتجة وتتمينها عن طريق الأعمال التالية:

- غرس الأشجار المثمرة و الأعلاف والأشجار الغابية

- إنشاء مشتلات خاصة

- التربية الصغيرة للحيوانات

- تصحيح السيول

- طرق الوصول إلى المساحات

- مجموع العمليات اللازمة للاستعمال العقلاني و الأفضل لأراضي الأملاك الغابية الوطنية.

وقد منح المشرع من خلال المادة 3 من هدا المرسوم التنفيذي صلاحيات تحديد و تثبيت حدود المساحات والأراضي القابلة لاستصلاح إلى الوزير المكلف بالغابات ، بناء على تقرير تقدمه إدارة الغابات على أساس مقاييس تقنية واقتصادية (14).

الفرع الثاني : منح الترخيص

كما يستلزم على الراغبين في الاستصلاح داخل الأملاك الوطنية تقديم طلباتهم إلى إدارة الغابات المختصة إقليميا ، ويتم فحص الملفات من طرف لجنة فحص الطلبات ، تحدد تشكيلتها و سيرها بقرار وزاري مشترك من الوزير المكلف بالمالية و الوزير المكلف بالفلاحة ، وبعدها يعد الترخيص الذي يخول استغلال نشاطات الاستصلاح بمقرر من إدارة الغابات طبقا لنتائج الفحص ، وبعدها تسلم إدارة الغابات

الترخيص بالاستغلال الذي لا يعد حقا عينيا ، ويجري تنفيذ هدا الترخيص طبقا لدفتر الشروط كما يؤدي إلى دفع إتاوة طبقا للتشريع و التنظيم المعمول به.

الفرع الثالث: مدة الترخيص

وقد حددت المادة 11 من هدا المرسوم مدة الاستغلال حسب كل نشاط وقد حددتها كمايلي :

- نشاطات تربية الحيوانات 20سنة.

- إنشاء بساتين الأشجار المثمرة 40 سنة.

- المغروسات الغابية 90 سنة (15).

ويمكن تجديد الترخيص باستغلال على أساس طلب كتابي يقدمه المستفيد الى لجنة الفحص ودلك قبل ثلاثة أشهر من انتهاء صلاحياتها.

الفرع الرابع: سحب الترخيص

يمكن أن يسحب الترخيص بالاستغلال وفقا لطلب الإدارة في حالة عدم امتثال المستفيد بعد اعذارين إلى بنود دفتر الشروط لاسيما تلك المتعلقة بانجاز برنامجها الاستصلاحي ضمن الشروط والآجال المحدد، كما يمكن أن تسحب في أي وقت ، إما بموافقة الطرفين وإما بمبادرة من المستفيد الذي يتولى الإشعار بدلك مسبقا بستة أشهر.

ويمكن لإدارة أن تعلن سحب الترخيص بالاستغلال قبل الأجل المحدد ادا كانت هناك ضرورة لانجاز هياكل قاعدية أو إقامة تجهيزات المنفعة العمومية ويحق للمستفيد في هده الحالة الاستفادة من تعويض تحدد مبلغه مصالح أملاك الدولة.

وقد نصت المادة 15 منه أنه في حالة وفاة المستفيد يمكن أن يستفيد ورثته أو ذوو حقوقه بالاحتفاظ لفائدتهم من الترخيص باستغلال القطعة.

كما أقصى هدا المرسوم من الاستفادة من رخص الاستغلال و الاستصلاح كل طالب قام

باستصلاح غير قانوني أو ثبت أنه تسبب في حرائق الغابات كما استثنت كل قطعة من الأملاك الغابية من منح رخصة الاستغلال والتي تجردت من غطائها النباتي نتيجة استصلاح غير قانوني أو حريق و يتعين على إدارة الغابات اتخاذ جميع الإجراءات اللازمة لإعادة تكوين الغطاء النباتي الأصلي.

كما منعت المادة 18: بيع القطع الأرضية محل الترخيص بالاستغلال أو كرائها أو كرائها من الباطن حسب كيفيات هدا المرسوم تحت طائلة سحب الترخيص بالاستغلال، كما تخضع هده الأراضي محل الاستغلال إلى النظام العام للغابات ، و لا يمكن التنازل عنها بأي حال من الأحوال(16).

المطلب الثاني: الترخيص باستغلال غابات الاستجمام

تبعا لما تزخر بها غاباتنا من مناظر خلابة ومواقع سياحية جميلة من مغارات وكهوف وشلالات وجبال و مناطق رطبة وحظائر وطنية و محميات طبيعية...ولتثمين هده المواقع السياحية وجعلها مناطق تجلب السياح من الداخل و من الخارج، يستلزم تهيئتها وتوفير الخدمات الضرورية لضمان راحة زائريها.

وتطبيقا للمادة 35 من القانون 12/84 المتضمن النظام العام للغابات المعدل والمتمم صدر المرسوم التنفيذي رقم 368/06 المؤرخ في 19/ أكتوبر 2006 الذي يحدد النظام القانوني لرخصة استغلال غابات الاستجمام وكذا شروط وكيفيات منحها.

الفرع الأول: تعريف غابات الاستجمام

يقصد بغابات الاستجمام حسب هدا المرسوم كل غابة أو جزء منها أو تشكيلة غابية طبيعية كانت أو مشجرة ، مهيأة أو ستهيأ ، تابعة للأملاك الغابية الوطنية و مخصصة للاستجمام والراحة و التسلية و السياحة البيئية.

الفرع الثاني : النظام القانوني لرخصة استغلال غابات الاستجمام

تعتبر رخصة الاستغلال عقدا إداريا يؤهل بموجبه استغلال غابة الاستجمام لأغراض الراحة و التسلية ، ويخضع استغلال غابات الاستجمام للنظام العام للغابات ، ولا يمكن أن يكون موضوع أي صفقة و تتضمن رخصة استغلال غابات الاستجمام تحديد المحيط ، موضوع رخصة الاستغلال.

الفرع الثالث: مدة رخصة استغلال غابات الاستجمام

نصت المادة 06 من هدا المرسوم على مدة استغلال غابات الاستجمام وحددها ب20 سنة كأقصى حد على أساس نشاطات الاستجمام والراحة و التسلية المقررة و يمكن تجديدها بناء على طلب المستفيد كما يترتب على هده الرخصة دفع إتاوة تحدد طبقا للتشريع و التنظيم المعمول به (17).

المطلب الثالث: كيفيات وشروط استغلال غابات الاستجمام

اشترط المشرع الجزائري من خلال هدا المرسوم المادة 09 ضرورة توقيع المستفيد على

دفتر شروط خاص تعده اللجنة المحدثة (18) بموجب أحكام المادة 17 من هدا المرسوم وتختلف كيفيات استغلال غابات الاستجمام حسب ما ادا كانت غابة الاستجمام المعنية قد تمت

تهيئتها من قبل الدولة أو الجماعات الإقليمية ، أو أنها لم تكن موضوع أية تهيئة و أن التهيئة تعود للمستفيد من رخصة الاستغلال ، فان كانت غابات الاستجمام المهيأة من قبل فان مجمل الأعباء التي هي على عاتق المستفيد تحدد في دفتر الشروط الخاص أما بالنسبة للغابات الاستجمام التي لم تهيأ بعد يجب على المستفيد قبل منح عقد رخصة استغلال غابات الاستجمام أن يعد مخططا لتهيئة غابة الاستجمام المعنية والدي يبين فيه مجموع المنشآت و التجهيزات أو شغل الأراضي ، مع مراعاة كل التدابير الخاصة بالمحافظة على الأملاك الغابية المعنية و حمايتها .

وفي كلتا الحالتين يمكن أن يلزم المستفيد من رخصة الاستغلال بالمساهمة في المحيط موضوع رخصة الاستغلال في التكفل الكلي أو الجزئي بالأعمال التالية:

– صيانة المنشآت المخصصة لحماية الغابات

– صيانة المنشآت حماية الأراضي و إصلاحها الكائنة داخل الغابة

– تجديد التشجير الغابي

– احترام قدرة استيعاب الأماكن(19)

الفرع الأول: شروط منح رخصة استغلال غابات الاستجمام

يتعين على كل شخص طبيعي أو معنوي الراغبين في الحصول على رخصة استغلال غابات الاستجمام تقديم طلبا بدلك إلى إدارة الغابات المختصة إقليميا كما تنشأ لجنة ولائية تحت رئاسة الوالي تكلف بدراسة طلبات منح رخص استغلال غابات الاستجمام تتولى أمانتها الإدارة المكلفة بالغابات و التي تحدد تشكيلتها و عملها بموجب قرار وزاري مشترك بين

الوزير المكلف بالغابات و الوزير المكلف بالأملاك الوطنية و الوزير المكلف بالجماعات

المحلية ومن مهامها كذلك الموافقة على المستفيدين وتوافق على مخططات التهيئة وتعد مشاريع دفتر الشروط.

وتقوم الإدارة المكلفة بالأملاك الوطنية المختصة إقليميا بإعداد عقود رخص استغلال غابات الاستجمام وتكون على أساس أشغال اللجنة المكلفة بدراسة طلبات منح رخص الاستغلال بعد الموافقة على مخطط التهيئة وإعداد دفتر الشروط الخاص و توقيعه من طرف المستفيد.

الفرع الثاني : مراقبة رخصة الاستغلال

يقوم أعوان إدارة الغابات بالرقابة المنتظمة لمعاينة كل مخالفة لأحكام هدا المرسوم والإخلال بالالتزامات المنصوص عليها في دفتر الشروط وعند الاقتضاء مع المنشآت و التجهيزات و شغل الأراضي المقررة في مخطط التهيئة المصادق عليه حيت يوجه أعذار لصاحب الرخصة يحدد له أجل التقيد بالتعليمات المطلوبة بعد استشارة اللجنة المشرفة.

وفي حالة عدم امتثال صاحب الرخصة بالتعليمات الموجهة له في الآجال المحددة له تعلن إدارة الغابات تعليق النشاط وتبقى مسؤولية المستفيد قائمة خلال فترة تعليق النشاط.

وبعد مرور مدة ستة أشهر ولم يتقيد المستفيد من الرخصة بالتعليمات تعلن إدارة الغابات سحب رخصة الاستغلال.كما لا يمكن لإدارة المكلفة بالأملاك أن تقرر سحب رخصة الاستغلال قبل انقضاء الأجل إلا إذا اقتضت ضرورة المنفعة العامة دلك(20).

وفي حالة سحب الرخصة بموجب أحكام المادة 22 يحق للمستفيد أن يتحصل على تعويض تحدده مصالح إدارة الأملاك الوطنية على أساس الأشغال المنصوص عليها في دفتر الشروط الخاص والتي أنجزها المستفيد.

الخاتمـــــــة:

تعتبر الغابات ملك المجموعة الوطنية مثلما نص عليه الدستور الجزائري(21) ،و ينبغي إدراجها في إطار تحسين الحياة المعيشية للمواطن و الارتقاء بالاقتصاد الوطني للتقليل من الاستيراد ، فالغابات الجزائرية غنية بتنوعها البيولوجي ومصدرها متجدد للرأسمال و تدخل ضمن المجالات الحيوية الغير مستغلة ، مما يستلزم علينا وفق التوجه الاقتصادي الجديد الذي يرتكز أساسا على خلق الثروة و تثمين جميع الثروات المتاحة و الواعدة ، لدى انتهجت الجزائر ضمن إستراتيجية أفاق 2035 للغابات ووفق مخطط عمل الحكومة واذ يعتبر الحديث عن اقتصاد الغابات الرهان الكبير والتحدي الذي تحمله المديرية العامة للغابات من خلال تفعيل جميع الآليات والتشريعات المتعلقة في الاستثمار في قطاع الغابات و محاولة جلب المستثمرين في هدا المجال ودلك بتنظيم الصالون الوطني للاستثمار يومي 25/24 ديسمبر 2017 بتلمسان تحت شعار((القدرات الغابية و فرص الاستثمار)).

وللإجابة على الإشكالية المطروحة يتضح من خلال هده الدراسة المتواضعة أن تفعيل هاته المراسيم المتعلقة بالاستثمار في قطاع الغابات لازال يسير بوتيرة بطيئة بالرغم من صدورها في سنوات سابقة ، حيت استفاد المستثمرون لحد الآن على تسعة رخص استغلال غابات الاستجمام وهو عدد ضئيل مقارنة بالمؤهلات الكبيرة التي تزخر بها الغابات الجزائرية مما يتطلب كذلك تعديل بعض التشريعات لعدم مواكبتها للتحولات الاقتصادية المتسارعة وعدم تماشيها مع التحديات البيئية الراهنة وفي الأخير يمكن أن نقول أن اقتصاد الغابات في الجزائر تعتبر أحد مفاتيح التنمية المستدامة مع مراعاة احترام المعايير البيئية و التحديات البيئية التي تواجهها .

الهوامـــــش:

1- نصرالدين هنوني ، الوسائل القانونية و المؤسساتية لحماية الغابات في الجزائر ، مطبوعات الديوان الوطني 1- للأشغال التربوية، الجزائر ، 2001 ص8.

2- ابن منظور ، لسان العرب ، الجزء الثامن ، الطبعة الأولى، بدون دار نشر ، بدون ت ، ص 153.

3 – أطلس الطبيعة ، ترجمة عماد الدين أفندي ، مراجعة سائر بصمة جي ، شركة دار الشروق العربي للطباعة و النشر.

4- أنظر المادة الثامنة و التاسعة ،من قانون النظام العام للغابات، رقم 12/84 المعدل و المتمم ،و المؤرخ في:1984/06/23.

5- المادة 13، من قانون التوجيه العقاري ،رقم 25/90 ،المؤرخ في 1991/11/18، ج ر رقم 49.

6- أنظر المادة الرابعة، من المرسوم التنفيذي رقم 115/2000 ،المحدد للقواعد مسح الأراضي الغابية الوطنية، المؤرخ في 2000/05/24 ،ج ر رقم 30.

7- أنظر المادة إحدى عشر، من قانون التوجيه العقاري ،رقم 25/90 ،المؤرخ في 1991/11/18، ج ر رقم 49.

8- أنظر المادة 13 من قانون التوجيه العقاري ،رقم 25/90 ،المؤرخ في 1991/11/18، ج ر رقم 49.

9- أنظر المادة الثامنة عشر من قانون التوجيه العقاري.

10- أنظر المادة 39 و 63 ،من القانون المتعلق بالبيئة في اطار التنمية المستدامة ، رقم 10/03 المؤرخ في 19 /يوليو/2003 (ج ر 43) مؤرخة في 2003/07/20.

11-. الصالون الوطني للاستثمار في الغابات يومي 25/24 ديسمبر 2017 بتلمسان تحت شعار (القدرات الغابية و فرص الاستثمار).

12- أنظر المادة 34. من قانون النظام العام للغابات، رقم 12/84 المعدل و المتمم ،و المؤرخ في:06/23/ 1984.

13- أنظر المرسوم رقم 170/89 المؤرخ في 05 سبتمبر 1989 يتضمن الموافقة على الترتيبات الإدارية العامة و الشروط التقنية لعداد دفاتر الشروط المتعلقة باستغلال الغابات وبيع الحطب المقطوع منها ومنتجاته.

14- أنظر المادة 03 من المرسوم التنفيذي رقم 87/01 المؤرخ في 5 أبريل 2001 الذي يحدد كيفيات الترخيص بالاستغلال، التنفيذي رقم 368/06 المؤرخ 19 أكتوبر 2006 الذي يحدد النظام القانوني لرخصة استغلال غابات الاستجمام وكذا شروط و كيفيات منحها ، ج ر العدد 67.

15- أنظر المادة 11 من المرسوم التنفيذي رقم 87/01 المؤرخ في 5 أبريل 2001 الذي يحدد كيفيات الترخيص بالاستغلال.

16- أنظر المادة 18 من المرسوم التنفيذي رقم 87/01 المؤرخ في 5 أبريل 2001 الذي يحدد كيفيات الترخيص بالاستغلال.

17- أنظرالمادة 06 ، من المرسوم التنفيذي رقم 368/06 المؤرخ 19 أكتوبر 2006 الذي يحدد النظام القانوني لرخصة استغلال غابات الاستجمام وكذا شروط و كيفيات منحها ، ج ر العدد 67.

18- أنظر المادة 09 ،. من نفس المرسوم .

19- أنظر المادة 17 ، من نفس المرسوم.

20- أنظر المادة 22 من نفس المرسوم.

21- أنظر المادة 18 من دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية ،سنة 1996 ، المعدل و المتمم.

تجزئة القاعدة الجنائية و أثرها على إثبات الركن المعنوي

في القانون الجنائي الاقتصادي

The fragmentation of the criminal rule and its impact on proving the moral element

In economic criminal law

هاني منور (باحث دكتوراه حقوق - سنة ثالثة)

تخصص التجريم في قانون الاعمال

د.يوسف بوشي

أستاذ محاضر أ

كلية الحقوق والعلوم السياسية-جامعة ابن خلدون بتيارت- الجزائر

ملخص:

إنّ صياغة القواعد الجنائية من طرف المشرع له من الأهمية ما يحقّق إعمال شروط تحقّيق العدالة الجنائية، لا سيما في الجرائم التي يشملها القانون الجنائي الاقتصادي.

فطابع المرونة الذي يعتري البنيان القانوني في شق التجريم والعقاب في المادة الاقتصادية لضرورات اقتضتها حاجة الدول لحماية النظام العام الاقتصادي أفرز عن أزمة وضوح لمضمون وفحوى هذه النّصوص، خاصة إذا ما تعلّق الأمر بمسألة الاثبات الجنائي للركن المعنوي في هذا النوع من الجرائم.

الكلمات المفتاحية: القاعدة الجنائية، البنيان القانوني، النظام العام، البنيان الاقتصادي، التجريم، العقاب، العدالة الجنائية.

Abstract:

The drafting of criminal rules by the legislature is of paramount importance in achieving the realization of conditions for the achievement of criminal justice, especially in crimes covered by economic criminal law.

The flexibility of the legal structure in criminalizing and punishing the economic component of the necessities required by States to protect public economic order has given rise to a clear crisis

of content, especially when it comes to the issue of criminal proof of moral subject in this type of crime.

Keywords: criminal rule, legal structure, public order, economic structure, criminalization, punishment, Criminal justice.

مقدمة:

إذا كان من المستقر أن تستجيب صياغة النّصوص القانونية المتعلّقة بالجرائم الاقتصادية إلى حماية قواعد النّظام الاقتصادي العام[1] أو النُّظم الاقتصادية التي تشكل البنيان الاقتصادي[2]، بحيث تكشف في ذلك على الرغبة في اعمال الملائمة بين ضرورات الثّبات النّسبي للقاعدة القانونية الجنائية وبين متطلّبات المرونة التي يستلزمها المجال الاقتصادي[3]، فإنّه بات من الضروري التسليم بوضوح القاعدة الجنائية في المادة الاقتصادية كشرط لتطبيق مبدأ الشرعية الجنائية.

إن شمول القاعدة الجنائية للجانب المادي المرتبط بالجريمة و كذ الجانب المعنوي المرتبط بالمجرم له من الأهمية ما يحقّق متطلّبات العدالة الجنائية خاصة فيما يتعلّق بقواعد الإثبات الجنائي لمحاولة الموازنة بين حق الدولة في العقاب وبين مراعاة حقوق الأفراد خاصة في مجال الجرائم التي يحكمها القانون الجنائي الاقتصادي، حيث يتعذر استظهار و استخلاص الركن المعنوي للجريمة بقصد إدانة المتهم.

إنّ خصوصية الركن المعنوي في القانون الجنائي الاقتصادي تكمن في مظاهر تراجعه و تقلصه إلى درجة يسمح معها القانون بتجاوز إثباته، خاصة في ظل أزمة وضوحه في صلب القواعد الجنائية، الأمر الذي يستدعي الكشف عن طبيعة هذا الغموض وإشكالاته في القواعد التي تحكم الجرائم الماسّة بحرمة الاقتصاد الوطني**(المبحث الأول)** مع ضرورة الوقوف على موقف المشرع الجزائري من آلية تجزئة القواعد الجنائية التي تصطدم إلى حد ما مع قواعد العدالة الجنائية**(المبحث الثاني).**

المبحث الأول

أزمة وضوح القاعدة الجنائية في القانون الجنائي الاقتصادي وإشكالاتها

لا شك أنّ التحديد الذي لا يحبّذه فقهاء القانون المدني ويريدون استبعاده في صياغة القاعدة القانونية هو التفصيل الدقيق الذي يحبس القواعد القانونية المدنية في قوالب جامدة، لا تتفق مع التطور السريع للحياة الاقتصادية و الاجتماعية، الذي يغيّر كثيرا من

قواعد التعامل، كما ينشئ قواعد جديدة تبعا للمستحدثات، وهو في كل الأحوال ليس على نفس الوضع عندما يتعلق الأمر بالقواعد القانونية الجنائية.[4]

الأمر الذي يُحَتِّم في دراسة خصوصية الركن المعنوي في الجرائم الاقتصادية التَّعرض إلى واجب المشرع في التقيُّد بمبدأ شرعية التجريم والعقاب عند صياغة القواعد الجنائية في المادة الاقتصادية، لاسيما في جانبها المعنوي**(المطلب الأول)** والكلام عن إشكالات تراجع الركن المعنوي في ظل مرونة التشريع الجنائي الاقتصادي**(المطلب الثاني)**.

المطلب الأول: أزمة مبدأ الشرعية في تطلّب وضوح الركن المعنوي في القواعد الجنائية

إنّ ماهية الركن المعنوي تعبِّر عن الخطأ الجنائي بمفهومه الواسع، إذ تتنازعه في ذلك نظريتان هما : النظرية النّفسية، والنّظرية المعيارية، بحيث ترتكز الأولى على العلاقة النّفسية التي تربط الفاعل والواقعة الاجرامية النّاتجة عن نشاطه، في حين أنّ النّظرية المعيارية قوامها أنّ الإثم هو حكم موضوعي على مسلك الفاعل مضمونه لوم هذا السلوك لمخالفته للواجب الذي تفرضه القاعدة القانونية الجنائية[5].

ولا يمكن استظهار هذه العلاقة المعبّرة عن الاثم الجنائي المتعلّق بالجاني كمسلك نفسي معنوي، إلاّ من خلال مطابقة الواقعة الاجرامية لعناصر النموذج الاجرامي الذي تتبناه القاعدة الجنائية، سواء أثناء صياغتها أو من حيث كيفيات تطبيقها من طرف القاضي الجنائي، فتظهر بذلك مواطن الغموض التي بإمكانها أن تعتري عملية الاثبات الجنائي في شقه المعنوي، وهو ما نقصده بمصطلح أزمة وضوح القاعدة الجنائية والتي لا يمكن الوقوف على مضمونها إلاّ من خلال التطرق إلى مفهوم الركن المعنوي**(الفرع الأول)** ثم الكلام عن إشكالية وضوح تطلّب الركن المعنوي في القاعدة القانونية الجنائية**(الفرع الثاني)**.

الفرع الأول: مفهوم الركن المعنوي في القانون الجنائي الإقتصادي

تحديد مفهوم الركن المعنوي للجريمة مقدّمة لاَ غِنَى عنها لتحديد إشكالية وضوح القاعدة الجنائية في القانون الجنائي الاقتصادي، فالمبدأ المستقرّ في الأصول العامة للقانون الجنائي هو ألّا جريمة بدون ركنها المعنوي[6]، غير أن المشرع الجزائري كغيره من التشريعات لم يعرف الركن المعنوي سواء في قانون العقوبات[7] أو النّصوص الجنائية الأخرى المتفرقة التي تشمل الجرائم الاقتصادية، لكن اكتفى بذكر عبارات تدل على ذلك، مثل ذكر عبارة العمد، أو بسوء نية، أو بقصد، وكلّها دلالات على الركن المعنوي، في صورة الخطأ القصدي**(أولا)**،

وكذا ذكر عبارات الخطأ وعدم الاحتياط أو عدم الانتباه أو عدم مراعاة الأنظمة كصورة ثانية معبّرة عن الركن المعنوي في صورة الخطأ غير القصدي(**ثانيا**). أو الحالات التي يتجاوز فيها الجاني النّتيجة المرجوّة من سلوكه الاجرامي(**ثالثا**)، مع محاولة ابراز مظاهر ضعف الركن المعنوي التي تعبّر عن خصوصيته(**رابعا**).

أولا: الخطأ الجنائي القصدي في الجريمة الاقتصادية

الخطأ القصدي الجنائي هو (**علم وارادة**)[8]. **فالخطأ القصدي هو"إتجاه إرادة الجاني إلى ارتكاب الجريمة، مع علمه**[9] **بأركانها وعناصرها التي يتطلّبها القانون"**[10].

كتطبيق لذلك ما أخذ به المشرع الجزائري في جنحة العالم بأسرار الشركة، والتي تعدّ من قبيل الجرائم الاقتصادية المؤاخذ عليها جزائيا في الجرائم المتعلقة بالبورصة، إذ جمع المشرع بصريح النص[11] بين عنصري العلم والإرادة لتحقق صورة العمد أو الخطأ القصدي في الفقرة الأولى من المادة 60 من المرسوم التشريعي المؤرخ في 23 ماي 1993 فاشترط علم الجاني الذي تتوفر لديه بمناسبة ممارسته مهنة أو وظيفة على معلومات امتيازيه عن منظور مصدر سندات أو منظور تطور قيمة منقولة ما، وإرادة ارتكاب السلوك من خلال انجاز عمليات غير مشروعة في سوق البورصة.

ثانيا: الخطأ الجنائي غير المقصود في الجريمة الاقتصادية

يمكن تعريف الخطأ غير المقصود على **"أنّه سلوك أو امتناع يخالف واجبات الحيطة والحذر، يرتّب المسؤولية الجزائية لفاعله في حالات معينة لما يترتب عليه من ضرر، ويتمثل الخطأ في نشاط إرادي يُفضي إلى نتيجة غير مقصودة من الجاني سواء لانتفاء علمه كلّية بصلاحية نشاطه لإحداث هذه النّتيجة مع وجوب توقع ذلك، وإمّا لتوافر علمه بإمكان صلاحية نشاطه لإحداث النتيجة"**[12].

ثالثا: الخطأ الجنائي المتجاوز القصد في الجريمة الاقتصادية

وفي هذه الحالة يتخذ الخطأ الجنائي صورة متميزة عن الصورتين السابقتين، حيث تتجه الإرادة إلى نتيجة محدّدة ومع ذلك تقع نتيجة أخرى أشدّ جسامة لم يردها الجاني، ولم يكن يسعى إليها، ومع ذلك فإنها تنسب إليه ويتحمل المسؤولية الجنائية عنها[13].

ولقد جرى الفقه على تسمية هذه الصورة (**ما وراء العمد**)أو (**النتائج متجاوزة قصد الجاني**)، فالمشرع في هذه الحالة إنمّا يقرر مساءلة الجاني عن النتيجة في حالة تجاوزها القدر المحدّد على أساس قدر مفترض من (**الخطأ**) يضاف إلى (**العمد**) المتوفر بالفعل الاجرامي الموجه لإحداث الواقعة الاجرامية المقصودة أصلا من الجاني[14].

ويمكن تعليل القول على ذكر مسألة تعدد صور الركن المعنوي أنّ كل صورة من صور الخطأ الجنائي السابقة تعدّ كشرط جوهري لقيام المسؤولية الجنائية، فمحور الاشتراك ينصبّ حول مدى **توافر عنصر الإرادة من عدمها**، و يبقى وجه الاختلاف يحدّده **موضع ونطاق الإرادة**، حيث لا تشمل في الخطأ غير المقصود سوى الفعل أمّا في القصد الجنائي فإنّها تشمل الفعل والنتيجة على حدّ سواء[15]، وفي صورة الخطأ المتجاوز تتعدى الإرادة حدود النّتيجة التي يريدها الجاني الى نتيجة أخرى أوسع نطاقا تتحدّد بمدى جسامة الآثار المترتبة عن الفعل.

رابعا: خصوصية الركن المعنوي في القانون الجنائي الاقتصادي

الظاهر أنّ إسقاط التفرقة بين الخطأ القصدي والخطأ غير المقصود في نصوص التجريم الاقتصادي ينطلق من تحليل مُختلِف لمضمون الركن المعنوي[16]، إذ أن فكرة التفرقة بين الخطأ القصدي والخطأ غير المقصود تفقد أهميتها في مجال التجريم الاقتصادي، كَون أنّ العدوان على قواعد النّظام الاقتصادي العام يرتّب على السّواء ضررا أكيدا أو يهدّد بالأقلّ بوقوعه[17]. وهو ما يعطي للركن المعنوي خصوصيته في القانون الجنائي الاقتصادي إذ لا يتقيّد بالأحكام العامة التي تخضع لقانون العقوبات أي المقرّرة في القانون العام[18].

فلا يثور أي خلاف إذا ما نص المشرع على صورة الركن المعنوي للجريمة الاقتصادية، ولكن الاشكال في حالة سكوت المشرع عن ذلك، حيث تطرأ مظاهر غير مألوفة تعطي خصوصية لقواعد و اجراءات المتابعة في الجريمة الاقتصادية غير تلك الأحكام التي تحكم قانون العقوبات، لا سيما في جانبها المعنوي.

لهذا بات من الضروري الافصاح عن تلك المظاهر المعبرة عن ضعف و تراجع الركن المعنوي في القانون الجنائي الاقتصادي أثناء عملية الاثبات الجنائي في جانبها المعنوي، سواء أثناء صياغة القاعدة الجنائية(أ) أو في حالات تطبيقها (ب).

أ: ملامح ضعف الركن المعنوي أثناء صياغة القاعدة الجنائية

لعلّ عبارة مونتسكيو التي يقول فيها" أنه عندما يفترض القانون فهو يعطي للقاضي قاعدة ثابتة، ولكن عندما يفترض القاضي فإنّ الأحكام تصبح تحكمية"[19].
هذا ما يجعل من افتراض الركن المعنوي يختلف بحسب نطاقه، فقد يكون أساس الافتراض في الركن المعنوي التشريع ذاته، إذ يعرف على "أنه مجمل الحالات التي يحتمل فيها المشرع توافر الإثم الجنائي، لوجود مظاهر يكون على أساسها من المقبول افتراض سوء النية، وتحميل صاحبها عبء إثبات عكسها، ويمكن ردها الى حيازة أشياء معينة، أو اتخاذ مواقف

تثير شكوكا حول مسلك المتهم"[20].ينصرف هذا النوع من الافتراض للركن المعنوي الى مضمون القاعدة الجنائية في جانبها الموضوعي (كقاعدة موضوعية)، بحيث ينبني هذا الافتراض على الصلة بين وقوع السلوك الاجرامي المعاقب عليه والجانب الذهني والنفسي الذي يربط بين الفاعل والنشاط المادي، فلا يكون في مقدور الجاني أن يثبت عكس هذا الافتراض الذي افترضه المشرع[21].

لكن يبقى الاشكال عالقا في حالات تفويض السلطات المخول لها صياغة القواعد القانونية الجنائية إلى سلطات أخرى عن طريق التفويض، وهو ما سنخصه بالتحليل في المطلب الثاني من هذا البحث.

ب: مظاهر ضعف الركن المعنوي أثناء تدخل القاضي الجنائي

قد يكون أساس الافتراض في الركن المعنوي القضاء، إذ لا يعدو أن يكون مجرد (قاعدة إثبات) ترتكز عليها النيابة العامة بحيث لا يزيد عن كونه مجرد نقل لعبء الاثبات من على كاهل النيابة العامة إلى الفاعل مرتكب الجرم، **خروجا على حكم أصيل من الأحكام العامة في الاثبات الجنائي وهو (افتراض البراءة) وليس (افتراض الخطأ)**، على مراعاة أن يكون في حدود ضيقة وبشروط معينة في مجال جرائم العمد[22]، بينما ينصرف في معظم الاحوال الى قبوله في الجرائم غير العمدية[23].

القاعدة أنه" لا افتراض إلاّ بنص". فكون أنّ القاضي لم يعد مجرد أداة لإدارة العدالة الجنائية من حيث إِعْمَال صلاحياته في تفسير النصوص وفهم علّتها قبل تطبيقها لا يكسبه سلطة تعديل قواعد المسؤولية الجنائية إلى المسؤولية المفترضة، وإن كان يجوز له استخلاصها واستنباطها بما لا يتنافى مع المقرر قانونا في إطار الشرعية الجنائية، فيحقّ له الاعتماد على القرائن المادية كأساس لافتراض الركن المعنوي للتغلب على صعوبة إثبات القصد الجنائي[24].

إذا فالافتراض القضائي يجعل للقاضي الجنائي سبيلا للبحث في استخلاص مقاصد حسن النية من عدمها المتعلقة بالجاني بحسب الظروف الشخصية والظروف الموضوعية التي تحيط بالواقعة الاجرامية، ولا يسعه إلا أن يطبق مضمون ما جاءت به القاعدة الجنائية في إطار التفسير الضيق، وإن كان يجوز له استثناء البحث في تلك الدلائل المادية والمعنوية التي تكون غامضة في صياغتها اللفظية أو في فحواها.

إنّ استخلاص القرائن واستنتاجاتها مهمة تقع على عاتق القضاء الجنائي، خاصة فيما يتعلق بالركن المعنوي كجانب يربط بين ماديات الفعل ونفسية المجرم، خاصة في الجرائم الاقتصادية التي تعتبر معاقب عليها بمجرد إتيان السلوك فقط، وفقا لاعتبارات حماية المصالح العامة للدولة، أو لاقترانها بفكرة الخطر الجنائي الذي يستوجب التجريم المجرّد

الصرف(قانوني بحت)، والتي تحتم وجوب إعمال حق الدولة في العقاب بمجرد وقوع الأفعال المادية.

إذا ما يفرق القرينة كقاعدة موضوعية عن نظيرتها كقاعدة إثبات أنه في الحالة الاولى تكون القرينة أكثر تجردا[25] من العناصر الشخصية، بدليل أن المشرع يضع قاعدة عامة، تستبعد كل امكانية لإثبات العكس، كما يصرف فيها النظر للاعتبارات التي تتعلق بالجاني أو الفاعل مرتكب الجرم، إذ تكون القرينة أساسا أحد مبررات قاعدة التجريم، أي أنها تسهم في الاثبات بحكم القانون وقوته، إلى درجة أن المشرع يعاقب على الواقعة التي تأكد حدوثها دون النظر إلى ما إذا كانت الواقعة الاخرى التي ترتبط بها بالضرورة قد حدثت بالفعل[26].

الفرع الثاني: إشكالية وضوح تطلّب الركن المعنوي في القاعدة القانونية الجنائية

إنّ أول ما يميّز القاعدة القانونية أَصَالَةً من حيث خصائصها أنّها تقوم على عنصرين أو مدلولين : فهي **فرض وحكم**، يعبّر العنصر الأول على الظاهرة أو الواقعة التي هي إن تحقّقت رتّبت آثارا معيّنة، في حين أنّ عنصر الحكم هو الظاهرة التي تتولّد عن الواقعة الأولى أي النّتيجة التي تعقب تحقّق عنصر الفرض[27].

و يصلح مثالا لذلك ما جاء في نص المادة 431 من قانون العقوبات الجزائري " يعاقب بالحبس من سنتين إلى خمس سنوات وبغرامة من 20.000 دج إلى 100.000 دج كل من : 1- يغش مواد صالحة لتغذية الإنسان أو الحيوانات...."فباستقراء ما جاء في صياغة هذه القاعدة القانونية الاقتصادية يمكن القول أنّ عنصر الفرض يكمن في النّشاط أو السلوك الذي مفاده فعل الغش في المواد، فهذا العنصر إن تحقق بتحقق الفعل نتج عنه عنصر الحكم المعبّر عن الأثر القانوني المتمثل في الجزاء الجنائي المقدّر حسب ما ورد في القاعدة الجنائية مفاده الحبس والغرامة.

أي بهذا تأخذ القاعدة القانونية الجنائية نفس الخصائص التي تقوم عليها القواعد القانونية في مجملها من حيث العمومية والتجريد والكتابة، غير أنّ القاعدة الجنائية مع ذلك تعتبر متميّزة عن القاعدة القانونية غير الجنائية في طبيعة إلزامها، ففي حين يكون الزام القاعدة القانونية غير الجنائية مرتبطا بوضعية العلاقة القانونية التي لم يتفق الأطراف على خلافها (بشرط أن لا يكون ذلك مخالفا للنّظام العام)، فإنّ الزام القاعدة الجنائية هو الزام مطلق، لا يبيح الإتفاق على خلافه بين الدولة والجانح أو المجرم، فالقاعدة الجنائية متميّزة بنوع جزائها الذي يصيب الإنسان في حياته أو في حريته أو في ماله، بالإضافة إلى إصابته في كرامته وشرفه، ولذلك تولّدت الحاجة إلى تقرير مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات[28].

فالمشرّع عند ممارسته لحقّه في التّجريم والعقاب يتعيّن عليه أن يتجنّب التّعارض بين النّصوص المثبتة للجرائم والعقوبات، حفظا لمقتضيات المصلحة العامة من جهة وكذا صون حقوق وحريات الأفراد وعدم الانحراف إلى أهداف أخرى تعارض مبدأ الشرعية[29]. (هذا من جهة)

فالمشرع مثلا إذا حدّد العناصر المعنوية في قاعدة جنائية لحماية حقّ من الحقوق المالية أو الإقتصادية عن طريق تطلّب صورة من صور الركن المعنوي، فلا يمكنه فيما بعد أن يأتي بقاعدة آخرى في نص آخر تثير اللّبس أو الغموض في ماهية هذا القصد الجنائي، ولو كان ذلك في طريق استخلاصه أو استظهاره أمام القاضي الجزائي.

ومثل ذلك ما يُعَاب على صياغة تطلّب صورة الركن المعنوي في جريمة اصدار شيك بدون رصيد في التشريع الجزائري، إذ أنّه ورد في نص المادة[30] 374 من قانون العقوبات أنّ هذه الجريمة تقوم على سوء النية أي عن طريق العمد" يعاقب بالحبس من سنة إلى خمس سنوات وبغرامة لا تقل عن قيمة الشيك أو عن قيمة النّقص في الرصيد: 1- كل من أصدر **بسوء نيّة** شيكا لا يقابله رصيد قائم..."، لكن واقع الحال من خلال التطبيق العملي في الجانب القضائي يوحي بأنّ القضاة يسترسلون في افتراضه على نحو معيّن.

حيث استقّر القضاء الجزائري على أنّ سوء النيّة مفترض بمجرد أن يكون رصيد الساحب غير كافٍ، ومن ثمّ أي إهمال من جانب الفاعل أو تغافل يعرضه للعقاب[31]، بالرغم من صراحة النّص أو القاعدة الجنائية المُفَصِّلة للجانب المعنوي القائم في الجريمة في مواجهة الجاني.

ومن جهة أخرى فإنّ مبدأ الشرعية يهدف إلى تحقيق حصر التجريم والعقاب في نصوص القانون المكتوب، على اعتبار ان التجريم في حكم الاستثناء من قاعدة الإباحة التي هي الأصل، فما دام التجريم يأتي على خلاف الأصل يجب أن يكون معلوماً، وخير وسيلة للعلم به أن يكون مكتوبا، وفي متناول كل الناس الإطلاع عليه، فالسلوك الاجرامي هو فعل ما نهى القانون عنه أو الامتناع عن فعل أمر به القانون، ومؤدّى ذلك وجوب أن تكون رغبة المشرع في الأمر صريحة وبموجب نصوص واضحة[32].

لهذا يجب أن يكون بيان العنصرين المادي والمعنوي يمثل الحدّ الأدنى المطلوب في كل قاعدة تجريم تتوخّى الوصول إلى تطبيق صحيح لمبدأ الشرعية، والواقع أنّ أغلب التشريعات تُولي اهتماما موفور ومشهود في بناء وتفصيل كل ما يتعلّق بالعنصر المادي

للجريمة إلى حد تضمين النّص لدلالات واضحة تسمح بالإفصاح والحصر المسبق للعناصر المؤلّفة للنموذج الاجرامي التي تتوافق مع مقتضيات السياسة الجنائية[33].

ففي جريمة الرشوة مثلا يحرص المشرع على ابراز العناصر التي تؤلف النموذج الاجرامي في (صفة الموظف العام) وفي(فكرة الزمن الذي توافرت فيه شروط الرشوة)و(فكرة المقابل)بالإضافة إلى عنصر(طلب المزية أو قبولها)، أمّا فيما يخص اهتمام المشرع في تجسيد وتحديد العناصر الذّاتية أو النّفسية اللاّزمة لبلورة النموذج الاجرامي، ففيه نقص فادح نظرا للصعوبات التي يتلقّها المشرع الذي يتراءى له أنّ بيان العنصر المادي أو الوقائع المادية للجريمة يُظهر ضمنيا الجانب النفسي للفاعل، هذا من جهة ومن جهة أخرى فإنّ الفقه قد دأب على رؤية موضوعية للقاعدة القانونية بوجه عام تتحقق في استبعاد النوايا[34].

أمّا في الجرائم الجمركية على اختلاف وصفها مخالفات أو جنح و جنايات، يقوم المشرع عند صياغته النصوص التجريم المتعلقة بشأنها باستظهار وتحديد العناصر المكوّنة للنّموذج الاجرامي، كتحديد الإقليم أو مكان وقوع الجريمة، وتحديد قائمة البضائع[35] المحظورة، وكذا التعريف بوسائل النّقل[36] الخاصة بالبضاعة محل الغش أو التّجريم، والتّعريف بالحقوق والرسوم[37]...الخ تفصيلا دقيقا، دون أن يكلف نفسه عناء تفصيل الجانب المعنوي الذي يربط نفسية المجرم أو الفاعل بماديات الجريمة، حيث يكتفي باستبعاد حسن النية أي الركن المعنوي بل يفرض على القضاة عدم جواز تبرئة أي مخالف مسبقا، وكأن المشرع يسعى إلى حماية المصالح الإقتصادية العامّة دون حمايته لحقوق وحريات الأفراد الذين يكونون في ظروف و وضعيات مختلفة (حسب ما سيتم التطرق إليه في الفصل الثاني من الباب الثاني من هذه الدراسة)، و في هذا إهدار بمقتضيات العدالة الجنائية.

إذ يكاد يجُمع موقف التشريعات العقابية على أنّ النّص على مبدأ الشرعية لا يتجاوز دلالة(لا جريمة ولا عقوبة بدون نص) وهذه مسلّمة تجاوزتها الأحداث، إذ أنّ المطلوب في الوقت الحاضر ليس مجرد ذكر الجريمة أو عقوبتها وإنّما ذكر أوصاف الواقعة المجرمة وعقوباتها بشكل يمنع الالتباس، إذ لا يوجد إلا عدد قليل من التشريعات[38] التي بلورت المبدأ في وجوب تعيين العناصر المؤلفة للوقائع المجرمة تعيينا دقيقا، مثل التشريع التركي في قانون العقوبات لسنة 1926، والمشرع السويسري في قانون العقوبات لسنة 1937، والمشرع النمساوي في قانون العقوبات لسنة 1974.

المطلب الثاني: تراجع تحديد عنصر الركن المعنوي في ظل مرونة التشريع الجنائي الاقتصادي

يرى فقهاء القانون الجنائي بتخلّف وضوح القاعدة الجنائية في مادة الجرائم الاقتصادية، حيث يتعمّد المشرع الإبهام واستعمال الصيغ النّاقصة التي لا تسمح باكتساب اليقين، وأخذ فكرة واضحة عما يريده المشرع[39].

و من أجل مواجهة أزمة مبدأ الشرعية وتجاوز الانتقادات التي تعترضه، بحجة أنّه مبدأ جامد يعجز عن مواكبة واستيعاب حركة التطور داخل المجتمع، لا سيما في جانبها الاقتصادي، يلجأ المشرع إلى عدة أساليب للحدّ من جمود هذا المبدأ، فيستخدم أسلوب تجزئة القاعدة الجنائي **(الفرع الأول)**، وأسلوب القاعدة على بياض **(الفرع الثاني)**، و هذا بقصد خلق مجال مناسب للقضاء الجنائي تساعده على التطبيق العملي للقواعد الجنائية المستخدمة في أسلوب الصياغة المرن[40]، والسؤال المطروح هل أنّ المشرع الجزائري انتهج نفس الآلية في القانون الجنائي الاقتصادي **(الفرع الثالث)**.

الفرع الأول: تجزئة القاعدة الجنائية و الخروج عن مبدأ الانفراد التشريعي

تتميّز القاعدة الجنائية بشقين هما : عنصر التجريم المستوحى من عنصر الفرض، وشق الجزاء الذي يعبّر عن عنصر الحكم أو طبيعة الجزاء الجنائي، كما أنّ كلا الشقين في القاعدة الجنائية مرتبط بعلاقة منطقية وزمنية، فالجزاء يستتبع آليا انتهاك شق التكليف الذي يحمل قالب التجريم، أمّا العلاقة الزمنية فأساسها أنّ العقاب يتبع زمنيا الانتهاك الفعلي لشق التجريم[41].

فإذا كان الأصل في القواعد الجنائية هي اشتمالها على شقي التكليف والجزاء في نص واحد، فإنّ الاستثناء هو افتراق هذان الشقين على أكثر من نص، بحيث يتولى أحد النّصوص الجنائية معالجة شق التجريم، فيما يتولى نص جنائي آخر في قانون آخر شق الجزاء أو العقوبة[42].

وكأحد صور تجزئة القاعدة الجنائية هو ما يكون عن طريق **التفويض**، بمعنى " أن يعهد صاحب الاختصاص الأصيل إلى شخص آخر أو هيئة أخرى بممارسة جانب من اختصاصاته وفقا للشروط الدستورية أو القانونية المقرّرة لذلك، ويكون التفويض تشريعيا إذا عهدت السلطة التشريعية ببعض اختصاصاتها إلى السلطة التنفيذية في الحدود التي ينص عليها الدستور، على أن يكون في موضوعات محدّدة ولمدة زمنية محدّدة[43].

بمعنى أنّ المؤسسة الأصيلة التي يُعهد لها سن القوانين من طرف الدستور تفويض جزء من صلاحياتها للسلطة التنفيذية تَجَنُّبًا لاغتصاب الصلاحيات بين المؤسسات حسب ما

يحدّده مبدأ الفصل بين السلطات، ويطلق على هذه الآلية وصف **آلية التفويض التشريعي**، لاسيما في حالات الحماية الجزائية المقرّرة للنّظام الاقتصادي العام.

فأغلب التشريعات الإقتصادية في العالم تميل نحو التفويض التشريعي في قضايا التموين والتسعير، لما تتمتع به هذه القضايا من طبيعة خاصة. فالتشريع السوري مثلا قد نص في المادة 34 من قانون التموين والتسعير أنه "يجوز لوزير التموين أن يفرض على مخالفة أحكام القرارات التي يصدرها لهذا القانون عقوبات لا يتجاوز الحد الأدنى إن وجد عنه في المادة 30، وبشرط ألا يزيد الحد الأدنى إن وجد عنه في المادة 532، وفي حالة إغفال النص على العقوبة في القرار تطبق على المخالف العقوبة الواردة في المادة 30 من هذا القانون". ويعتبر هذا التفويض نموذجي لأنّه يشمل التجريم والعقاب معا[44].

كذلك المشرع المصري قد أتاح آلية التفويض التشريعي في مواد التموين والرقابة على النّقد وتثبيت الأسعار كوسيلة لتحديد مضمون التجريم، مثل المرسوم بقانون رقم 95 في 04 أكتوبر سنة 1945 الخاص بشؤون التموين، فقد نصت المادة الأولى منه على أنّه"يجوز لوزير التموين لضمان تموين البلاد ولتحقيق العدالة في التوزيع أن يتخذ بقرارات يصدرها بموافقة لجنة التموين العليا كل التدابير الآتية كلّها أو بعضها..."، ومن قبيل ذلك تفويض وزير التجارة والصناعة بإصدار القرارات المنفّذة لقانون المناجم والمحاجر المصري[45].

الفرع الثاني: أسلوب تجزئة القاعدة الجنائية (النصوص على بياض في القانون الجنائي الاقتصادي)

يمكن الفصل بين مصطلح القاعدة الجنائية المجزأة وبين القاعدة على بياض، ويكمن الفرق في أنّ كِلا النّوعين من القواعد يتصف بخاصية التجزئة التي تطغى على وصفها، إلاّ أنّ المشرع في القواعد الجنائية على بياض قد يكتفي بتحديد الجزاء في النّص الجنائي، و يُحيل في نفس الوقت شق التكليف أو التجريم إلى نص جنائي آخر لم يتحدّد وقته بعد[46]، أي أنّه يصدر في وقت لاحق.

أي بمعنى أنّ التفويض التشريعي تحدّده آلية **التفويض**، لكنّ النصوص على بياض تحدّدها الآلية القانونية التي تكون عن طريق **الإحالة** لأحد شقي القاعدة القانونية إلى أكثر من نص واحد، فقد تكون الاحالة إلى نص تنظيمي يحمل في نصوصة قواعد لها طابع جزائي، أو يمكن إحالة شق التجريم إلى اتفاقيات أو معاهدات دولية.

لكن من مفرزات عيوب هذه الآلية ما يشهده الواقع التشريعي من خطر بالغ على حقوق وحريات الأفراد في كثير من الدول على اختلاف سياساتها الجنائية، لا سيما في المادة

الاقتصادية وما يتعلق بها من حماية يضطلع بها القانون الجنائي تجاوزات خطيرة لمبدأ الشرعية، حيث يتعمّد المشرع السكوت عن تحديد النموذج القانوني للواقعة الاجرامية، ممّا يتولد معه صعوبة استيعاب القاعدة الجنائية للعناصر الذاتية للجريمة، والذي أخذ منعطفا جديدا مع معطيات الواقع التشريعي الذي صار يُسلّم بفكرة **(القاعدة الجنائية على بياض)**أو **(القانون الناقص)**، حيث يكتفي المشرع بتحديد العقوبة، ويترك تحديد المعيار الجنائي إلى السُّلطة التنفيذية التي قلّ ما تكون وَفَيَّة لالتزامات الوضوح في تحديد ماهية الوقائع المجرمة، سواء في عناصرها المادية أو عناصرها الذاتية.[47]

المطلب الثاني

تقييد التفسير الموسع للقضاء في مادة الجرائم الاقتصادية

يظلّ مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات هو المحور الأساسي الذي يدور عليه التنظيم القانوني الآمر في المجال الاقتصادي، شأنه شأن الجرائم الأخرى، ومن المعلوم أنّ لهذا المبدأ نتائج هامّة تُلقي بضلالها من السلطة التي تحدد نصوص التجريم إلى القاضي الجنائي المنوط به أمر تأويلها وتفسيرها[48].

وإن كان المستقر في الأحكام العامّة لقانون العقوبات التقليدي هو عدم جواز توسع القاضي الجنائي في تفسير القواعد الجنائية، **فهل يصلح ذلك إسقاطا على القواعد الجنائية التي تحمي النظام العام الاقتصادي للدولة في جانبه المعنوي؟**

الأصل أنّه لا يجوز للقاضي الجنائي أن يتوسع في تفسير نصوص التجريم إذا صدرت غامضة أو معيبة في صياغتها، كما وليس له أيضا إكمال نصوص التجريم إذا ما تخلف أحد شقيها الموضوعي والمعنوي في تعريف الجريمة أو تحديد العقاب المقرر لها، ولا يجوز من باب أولى أن يلجأ إلى التفسير بطريق القياس عند انعدام النص، لكن هذه القاعدة لم يكن لها أن تستمر على جمودها مع التطور الهام المقترن بظروف الواقع الاجتماعي المتغيّرة، واعتبارات المصلحة العامة المتعدّدة، فأفسحت مكانا بجوارها لنظرية التفسير الكاشف[49].

لقد اكتفت محكمة النّقض المصرية بالتحقّق من انصراف إرادة الجاني إلى ارتكاب الجرم في المادة الاقتصادية أو الامتناع عن مباشرته مع العلم بماهية الفعل او الامتناع وذلك في جميع الحالات التي يطلق المشرع فيها نص التجريم على نحو لا يستفاد منه صراحة اشتراطه صورة معينة من صور القصد[50]، فقضت بأنّ المادة الثانية من القرار الوزاري رقم 504 لسنة 1945 بأنّه... اذا كانت التهمة المسندة إلى الطاعن هي امتناعه عن بيع سلعة مسعرة بالسعر المقرّر، فهذا الامتناع يعاقب عليه سواء أكان مقصودا به طلب سعر يزيد على

السعر المحدد أم لم يكن[51]، وقضت بأنّ جريمة الامتناع عن بيع سلعة مسعرة تقوم سواء أنكر البائع وجودها أو امتنع عن بيعها، وسواء كان الامتناع عن البيع مطلقا أو لشخص معين، وسواء قصد البائع الى كسب الحرام أم لم يقصد الى ذلك[52]، وقضت أيضا بأن القانون لا يوجب توفر قصد جنائي خاص في جريمة حيازة صاحب المخبز ومديره ردة غير ناعمة وغير نظيفة[53]، وأنّ قيام جريمة صنع خبز مخالف للمواصفات المعتادة لا يتطلب قصدا جنائيا خاصا[54].

الفقه يختلف حول اشكالية التفسير المقيد للقاضي في نصوص المادة الاقتصادية، حيث يرى الاستاذ ميلدر أنّه يجب أن يكون مفهوما لدى القاضي أنّ نصوص قانون العقوبات الاقتصادي تصدر على وجه السرعة ولا تخلو في الغالب من الأخطاء، فلا يسوغ له أن يتبع بشأنها التفسير الحرفي أو الدقيق[55].

لكن ومع ذلك يميل القضاء إلى التقيّد بالتفسير اللفظي لنصوص القوانين الاقتصادية، من غير تصرف في ألفاظ الصياغة القانونية الصادرة عن السلطة المختصة، وجوهر ذلك هو المحافظة على ما تبتغيه جملة القواعد الآمرة للنظام العام الاقتصادي المشمولة بالجزاء[56]. فمهما بلغ التفسير للنصوص الجزائية الاقتصادية من اتساع فلا يجوز أن يصل الى حد الأخذ بالقياس أو تطبيق النص على حالات أو أشخاص لم يذكرهم المشرع صراحة[57].

وهذا الاختلاف في وجهات النّظر وعدم استقرار أحكام وقرارات القضاء يعبّر عن مدى خطورة التفسير الموسع للنّصوص للقواعد الاجرائية الجنائية في المادة الاقتصادية على مبدأ شرعية الجرائم والعقوبة، لا سيما فيما يتصل بالجانب المعنوي كعنصر يكمل البناء القانوني للجريمة التي تثور بمناسبتها المسؤولية الجنائية في حق مرتكب الفعل.

المبحث الثاني: موقف المشرع الجزائري من آلية تجزئة القواعد الجنائية في المادة الاقتصادية

أمّا عن موقف المشرع الجزائري من أسلوب تجزئة القاعدة القانونية الجنائية في مجال حماية النّظام الاقتصادي العام فتظهر ملامحها من خلال تبنّي أسلوب تجزئة القاعدة الجنائية عن طريق الاحالة إلى السلطة التنظيمية التي تُكْسِبُهَا صراحة النّصوص الدستورية للسلطة التنفيذية كإجراء بديل عن آلية التفويض التشريعي **(المطلب الأول)** إلى جانب اعتماد آلية التفويض التشريعي لتحديد الجرائم الاقتصادية عن طريق اعتماد التشريع على بياض **(المطلب الثاني)** .

المطلب الأول : أسلوب تجزئة القاعدة الجنائية عن طريق الاحالة إلى السلطة التنظيمية

المؤسس الدستوري ومن خلال تصفّحنا للنّصوص الدستورية نجده قد منح السلطة التنفيذية آلية سن القواعد القانونية في مادة المخالفات مُطلقاً، وهذا ما يُستشفُّ بالمعنى أو المفهوم المخالف للفقرة 7 من المادة 140 للدستور الجزائري (يشرع البرلمان في الميادين التي يخصصها له الدستور، وكذلك في المجالات الآتية:...7- القواعد العامّة لقانون العقوبات والإجراءات الجزائية، لاسيما تحديد الجنايات والجنح، والعقوبات المختلفة المطابقة لها...)، وسكت عن المخالفات، وفي ذلك تصريح ضمني بجواز تدخل السلطة التنفيذية في سنّ النّصوص التجريمية وكذا عقوباتها في مادة المخالفات على إطلاقها، بحيث تشمل في ذلك المخالفات الاقتصادية.

هذا الكلام يقودنا إلى التساؤل حول طبيعة هذا التّدخل للسلطة التنفيذية في سياسة التجريم والعقاب في مادة المخالفات؟ و هل يقتصر هذا التدخل على المخالفات دون الجرائم الأخرى كالجنح والجنايات في الجرائم الاقتصادية؟ و ما مدى دستورية ذلك؟

لا شك أنّه من خلال استقراء النصوص، لا سيما نص المادة 142 الذي يقرّ لرئيس الجمهورية بأن يشرع بأوامر في المسائل العاجلة في حالة شغور المجلس الشعبي الوطني أو خلال العطل البرلمانية، و نص المادة 143 الذي يتيح لرئيس الجمهورية ممارسة السلطة التنظيمية في المسائل غير المخصصة للقانون، يزول الغموض بوضوح عن طبيعة هذا التدخل، إذ لا يعدو أن يكون **سلطة تنظيمية** كإجراء دستوري بديل عن آلية التفويض التشريعي، أعطاها المؤسس الدستوري للسلطة التنفيذية ممثلة في رئيس الجمهورية على اعتباره رأس قبة نظام الدولة للتشريع في ظل المسائل غير المخصصة للقانون، عن طريق التشريع بأوامر في الظروف العادية، وفي الحالات الاستثنائية، بما يوحي دون أدنى شك بامكانية تدخل السلطة التنفيذية في رسم السياسة الجنائية للجرائم التي تمس بالنّظام الاقتصادي حتىّ في الجرائم الاقتصادية التي تأخذ وصف الجنح والجنايات.

وما يبرر هذا القول أنّ أغلب القوانين التي تأخذ طابع حماية النّظام الاقتصادي داخل الدولة قد صدرت بموجب آوامر، منها مثلا 05-06 المتعلق بمكافحة التهريب الذي جاء يحمل في صلبه أغلب جرائم التهريب التي تأخذ وصف الجنايات، والأمر 69-170 الصادر في 1969/12/31 المتضمن جرائم الصرف، وجرائم المسير كجنح التفليس أو المشابهة لها التي يرتكبها الشخص الطبيعي بوصفه تاجرا أو التي يرتكبها الشخص المعنوي قد وردت في القانون التجاري الذي أصدره رئيس الجمهورية بأمر رقم 75-59 المؤرخ في سنة 1975...الخ.

لعلّ ما يعزّز صحة القول حول **طبيعة السلطة التنظيمية التي تبنّاها المؤسس الدستوري في تكريس فكرة تجزئة القواعد الجنائية هو قبول المشرع الجزائري بمنح جزء من صلاحياته الدستورية في شكل سلطات تنظيمية تعكف عليها الهيئات التنفيذية، مثل** ما أجازه المشرع في نص المادة 10 مكرّر من قانون مكافحة تبييض الاموال وتمويل الارهاب التي جاء فيها " تتولى السلطات التي لها صلاحيات الضبط و/أو الاشراف و/أو المراقبة التي يتبعها الخاضعون، **سن تنظيمات** في مجال الوقاية من تبييض الأموال وتمويل الارهاب ومكافحتهما، ومساعدة الخاضعين على احترام الواجبات المنصوص عليها في هذا القانون"، أي أنّ القانون نفسه الذي هو من صنع واختصاص السلطة التشريعة كمؤسسة أصيلة قد أجاز بمنح هذه السلطة التنظيمية لكل سلطة لها صلاحيات الضبط والمراقبة و الاشراف والتي ما تكون عادة تنتسب إلى الجهات التنفيذية أو حتّى سلطات الضبط شبه قضائية لسن تنظيمات في مجال القانون الجنائي الاقتصادي على الوصف الذي يشمل الوقاية من جميع الجرائم الاقتصادية بوصفها مخالفات أو جنح او جنايات.

ومثل ذلك ما ورد في المادة 07 من القانون 13-06 المتعلق بشروط ممارسة الأنشطة التجارية المعدّلة لأحكام المادة 21 من القانون 04-08 المؤرخ سنة 2004 الخاص بتحديد المقر الاجتماعي للشركة التجارية بوصفها مستثمر أولي، إذ يكون ذلك من خلال قرار وزاري مشترك عن طريق سلطة التنظيم والتي نصت في آخر فقرة على مايلي " ...تحدد أحكام الفقرة 02 من هذه المادة عند الاقتضاء بقرار مشترك بين الوزير المكلف بالاستثمار والوزير المكلف بالتجارة والوزير المكلف بالمالية"[58].

إنّ تدخل السلطة التنفيذية بهذا الشكل في شق التجريم عند صياغة القواعد الجنائية في المادة الاقتصادية لدرجة وضع حماية جزائية بوصف جرائم الجنايات والجنح فيه اصطدام صريح بمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات، خاصة أنّ السلطة التنفيذية تولي اهتماما بالغا لمقتضيات المصلحة العامة أكثر مما توفر ذلك لحماية الحقوق والحريات الذي من المفروض أن يكون بموجب التشريع، ولهذا فإنّ السلطة التنفيذية لا تولي اهتماما بالغا لإبراز العناصر المعنوية الدّالة على الركن المعنوي في القاعدة الجنائية بقدر ما يهمُّها الجانب الموضوعي في توصيف النشاط المجرم وما يلحقه من عناصر، أي أنّها تعالج فكرة الجريمة دون شخصية المجرم.

ويمكن القول عموما أن موقف المشرع الجزائري قد اعتمد في بداية الوهلة الأولى من خلال قانون العقوبات لسنة 1956 على موقف قانون المشرع الفرنسي، موقف المشرع الفرنسي في قانون العقوبات لسنة 1810 إذ أورد في المادة الاولى (لا جريمة ولا عقوبة أو تدبير

أمن بغير قانون) دون تفصيل للعناصر الذاتية أو المعنوية التي تربط الجانب النفسي للمجرم بالجريمة، إلاّ أنّ المشرع الفرنسي قد تدارك هذا الفراغ وعدم الوضوح في القاعدة القانونية الجنائية من خلال صياغة المادة 111 في فقرتها الثالثة من قانون العقوبات لسنة 1992 والتي جاء نصها كالتالي " **لا أحد يعاقب من أجل جناية أو جنحة لا تكون عناصرها محدّدة بالقانون ولا من أجل مخالفة لا تكون عناصرها محدّدة بالتنظيم**"، ولا شك في أنّ التعديل في صياغة المادة السابقة هو التحوّل عن حالة التذبذب وعدم الوضوح التي كان يعيشها الاجتهاد القضائي الفرنسي بشأن نصوص التجريم التي لم تعنى عناية بالغة فيما يتعلق بالعناصر الذاتية في الواقعة الاجرامية، سواء تعلق الامر بالخطأ القصدي أو غير القصدي.[59]

أماّ عن مدى دستورية آلية التفويض التشريعي بالمعنى القانوني السليم الذي يكرسه مبدأ سموّ القواعد الدستورية فإنّنا نعتقد أنّه لم يتحدّد بالشكل الصريح في التجربة الدستورية الجزائرية إلاّ من خلال دستور 1963 من خلال مادته 58 والتي نصت على مايلي " لرئيس الجمهورية أن يطلب من المجلس الوطني التفويض له لمدة محدودة، حق اتخاذ تدابير ذات صبغة تشريعية، عن طريق أوامر تشريعية تتخذ في مجلس الوزراء، وتعرض على مصادقة المجلس الوطني في أجل أقصاه ثلاثة أشهر"، لكن غاب ذلك في كل بقية الدساتير الأخرى المتعاقبة، حيث كان آخر تعديل دستوري سنة 2016 بموجب القانون 16-01، إلاّ في حدود تلك السلطات التنظيمية التي يقرّها الدستور للجهات التنفيذية، والتي يعتبر أخطرها السلطة التنظيمية التي مُنحت لرئيس الجمهورية في مجال سن القوانين، لا سيما في شق التجريم في المادة الاقتصادية، كما سبق بيانه أعلاه، حيث أنّها تقيد الحريات الفردية في مجال وضع السياسة العامة الإقتصادية على شكل مقتضب يصادر الحقوق والحريات، كيف لا وقد أعطى مجال واسع في شق التجريم الاقتصادي الذي يأخذ وصف الجنايات والجنح لرئيس الجمهورية عن طريق ما يصدره من أوامر. وإن كان ذلك حسب ما يبدو أنّه جاء مخيب لمضمون نص المادة 41 من الدستور الجزائري التي تعمق بعد الحماية في مجال الحقوق والحريات الفردية بقولها " يعاقب القانون على المخالفات المرتكبة ضد الحقوق والحريات وعلى ما يمس سلامة الانسان البدنية والمعنوية ".

المطلب الثاني: اعتماد آلية القواعد الجنائية على بياض كأسلوب لتجزئة القاعدة الجنائية.

تبرز فكرة النّصوص الجنائية على بياض أو ما يعرف بالقانون النّاقص على اعتبار أنّ القاعدة الجنائية تكون غير مشمولة بشقي التكليف والجزاء، حيث يتولى المشرع وضع الجزاء فيما يُحيل شق التّكليف أو التجريم إلى نص جنائي آخر مثل ما ذهب إليه المشرع الجزائري في

قانون مكافحة التهريب من خلال نص المادة[60] 16 بشأن عقوبة المصادرة بحيث أحال المشرع تحديد كيفيات تخصيص البضائع المصادرة عن طريق عملية إحالة ذلك إلى هيئات السلطة التنفيذية حسب نص الفقرة 02 من المادة" ... تحدد كيفيات تخصيص البضائع المصادرة **عن طريق التنظيم** ".

وكذا ما ورد في نص المادة[61] 394 مكرر 8 من القانون 16-02 المتضمن تعديل قانون العقوبات، بحيث وضع المشرع مقدار العقوبة للفاعل مقدم خدمات الأنترنيت بمناسبة ارتكابه لجريمة المساس بأنظمة المعالجة الآلية للمعطيات، فيما أحل شق التجريم أو التكليف لنص جنائي آخر تضمنه قانون رقم 09-04 المؤرخ في 14 شعبان عام 1430 الموافق 05 غشت سنة 2009 المتضمن القواعد الخاصة للوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الاعلام والاتصال ومكافحتهما.

و كذا م ورد في نص المادة[62] 87 من قانون حماية البيئة والتنمية المستدامة " تطبق الأحكام الجزائية المنصوص عليها في قانون المرور على المخالفات المتعلّقة بالتلوث الناتج عن تجهيز المركبات "، فالمشرع وضع مقدار العقوبة المحدد للجزاء الجنائي في صُلب النص الجنائي الذي ينتمي إلى قانون المرور، في حين ترك شق التجريم للقاعدة الجنائية التي تنتمي قانون حماية البيئة والتنمية المستدامة.

كما يمكن للمشرع أن يحيل شق التجريم في النصوص على بياض على اتفاقيات ومعاهدات دولية مثل ما جاء في نص المادة[63] 93 من قانون حماية البيئة والتنمية المستدامة " يعاقب بالحبس من سنة واحدة إلى خمس سنوات وبغرامة من مليون دينار إلى عشرة ملايين دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط، كل ربّان خاضع لأحكام المعاهدة الدولية للوقاية من تلوث مياه البحر بالمحروقات والمبرمة بلندن في 12 مايو سنة 1954 وتعديلاتها، الذي ارتكب مخالفة للأحكام المتعلّقة بحظر صب المحروقات أو مزيجها في البحر"، حيث تولّى المشرع وضع العقوبة فيما أنّ شق التجريم يُأخذ من نّص المعاهدة التي جاءت تحمي النّظام العام البيئي في هذا الاطار.

خاتمة:

إن اعتماد المشرع على آلية تجزئة القواعد الجنائية، بما يمنح تدخل السلطات التنفيذية في صياغة نصوص التجريم في القانون الجنائي الاقتصادي يصطدم لا محالة بمبدأ شرعية الجرائم و العقوبات، وفي ذلك إهدار لمقتضيات تحقيق العدالة الجنائية، حيث أن الدولة تحاول أن تسعى لحماية النّظام العام الاقتصادي دون أن تدخر جهدا لحماية حريات

وحقوق الأفراد في معاملاتهم الاقتصادية إذا ما تطلّب الأمر حماية المصالح العامّة.(هذا من جهة).

ومن جهة أخرى فإنّنا نرى بعدم دستورية تجزئة القواعد الجنائية في المادة الاقتصادية، ما دام أن المؤسس الدستوري لم يكلف نفسه عناء التنصيص الصريح على ذلك، فكان بوسع المؤسس الدستوري الجزائري أن يخطو خطوة جريئة في تبني آلية التفويض التشريعي حسب ما كان معمول به في دستور 1963، وبهذا يزيل الغموض الذي يكتنف صياغة القواعد الاقتصادية الجنائية، والتي غالبا ما تكون بتدخل من السلطات التنفيذية، حتى في أخطر الجرائم الاقتصادية.

يجب كذلك أن يولي المشرع عناية إلى اعتماد الصياغة القانونية الواضحة في الاشارة إلى الدلائل المعنوية داخل صلب القواعد الجنائية في الجرائم الاقتصادية بنفس التفصيل الذي يحبذه ويعتمده في ابراز العناصر المادية المرتبطة بالنموذج الاجرامي للواقعة، حتى يسهل من مهمة القاضي الجنائي في استخلاص الدليل المعنوي المناسب الذي يتقرّر به الحكم بالإدانة على الجاني مرتكب الفعل.

قائمة المراجع

أولا: المراجع العامة

1. أحسن بوسقيعة،الوجيز في القانون الجزائي الخاص،الجزء الثاني،دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع،الطبعة الثانية عشر،الجزائر،2012 .
2. أحمد مجحودة،أزمة الوضوح في الاثم الجنائي،الجزء الاول،دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع،الطبعة الثانية،الجزائر،2004 .
3. أحمد مجحودة،أزمة الوضوح في الاثم الجنائي،الجزء الثاني،دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع،الطبعة الثانية،الجزائر،2004 .
4. أحمد محمد عبد العاطي محمد،النظرية العامة لجرائم الاعتداء على البيئة،دراسة مقارنة بين القانون الجنائي والفقه الاسلامي،دار النهضة العربية،القاهرة،مصر،2017 .
5. عصام عفيفي، حسين عبد البصير، تجزئة القاعدة الجنائية (دراسة مقارنة في القانون الوضعي والفقه الجنائي الإسلامي)، دار النهضة العربية، القاهرة، ط 1، 2003، ص 102.
6. بوشي يوسف، الأحكام الموضوعية العامّة في القانون الجنائي الاقتصادي (دراسة مقارنة)، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، مصر، 2019.

7. سليمان عبد المنعم،النظرية العامة لقانون العقوبات،دراسة مقارنة،منشورات الحلبي الحقوقية،بيروت ،لبنان،2003 .
8. عبد الرحمان خلفي،أبحاث معاصرة،القانون الجنائي المقارن،دار الهدى،عين مليلة،الجزائر،2014 .
9. عبد العظيم مرسي وزير،افتراض الخطأ كأساس للمسؤولية الجنائية،دراسة مقارنة في النظامين اللاتيني والانجلوأمريكي،دار النهضة العربية،القاهرة،مصر،1988 .
10. عبود السراج،شرح قانون العقوبات الاقتصادي في التشريع السوري والمقارن،جامعة دمشق،سوريا،بدون سنة نشر.
11. محمود داوود يعقوب،المسؤولية في القانون الجنائي الاقتصادي،الأوائل للنشر والتوزيع والخدمات الطباعية،الطبعة الأولى،سوريا،2001 .
12. عبد الرؤوف مهدي، الجرائم الاقتصادية في القانون المقارن،الاحكام العامة والاجراءات الجنائية،الجزء الاول،مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي،،القاهرة،مصر،الطبعة الثانية،1979 .
13. محمود نجيب حسني،النظرية العامة للقصد الجنائي،دراسة تأصيلية مقارنة للركن المعنوي في الجرائم العمدية،دار النهضة العربية،القاهرة،مصر،الطبعة الثالثة،1988.
14. نبيل مدحت سالم،الجرائم الاقتصادية،دراسة تحليلية للبنيان الاقتصادي القانوني في التشريع العقابي المصري،مكتبة سيد عبد الله وهبه،مصر،1973 .

ثانيا: البحوث والمقالات العلمية

1. نوفل علي عبد الله الصفو، أساليب الصياغة القانونية للنصوص الجنائية (دراسة مقارنة)، مجلة الشريعة والقانون، كلية الحقوق، جامعة الامارات العربية المتحدة، العدد 62، 2015.
2. حيدر غازي فيصل، تكامل القاعدة الجنائية كلية القانون، الجامعة المستنصرية، بدون سنة نشر.

ثالثا: النّصوص القانونية

أ. الدستور الجزائري:

1. قانون رقم 16-01 مؤرخ في 26 جمادي الاولى عام 1437 الموافق 6 مارس سنة 2016، يتضمن التعديل الدستوري، الجريدة الرسمية عدد 14 ، الصادرة يوم الاثنين 27 جمادي الاولى عام 1437 الموافق 7 مارس سنة 2016.

ب. القوانين:

1. قانون رقم مؤرخ في 14 رمضان عام 1434 الموافق 23 يوليو 2013، يعدل ويتمم القانون 04-08 المؤرخ في 27 جمادي الثانية عام 1425 الموافق 14 غشت سنة 2004 والمتعلق بشروط ممارسة الأنشطة التجارية، ج ر العدد 39، 22 رمضان عام 1434 الموافق 31 يوليو سنة 2013.
2. قانون رقم 17-04 مؤرخ في 19 جمادي الأولى عام 1438 الموافق 16 فبراير سنة 2017، يعدل ويتمم القانون 79-07 المؤرخ في في 26 شعبان عام 1399 الموافق 21 يوليو 1979، المتضمن قانون الجمارك.
3. القانون 16-02 المؤرخ في 19 يونيو سنة 2016، ج ر 37 المؤرخة في 22 يونيو سنة 2016، المتضمن تعديل الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 08 يونيو 1966، المتعلق بقانون العقوبات الجزائري.
4. قانون قانون رقم 03-10 مؤرخ في 19 جمادي الاولى عام 1424 الموافق 19 يوليو سنة 2003، يتعلق بحماية البيئة في اطار التنمية المستدامة، الجريدة الرسمية عدد 43، الصادرة بتاريخ 20جمادي الاولى عام 1424 الموافق 20 يوليو سنة 2003.
5. القانون رقم 09-04 مؤرخ في 14 شعبان عام 1430 الموافق 05 غشت سنة 2009 يتضمن القواعد الخاصة للوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الاعلام والاتصال ومكافحتهما.

ج. الأوامر التشريعية:

1. الأمر رقم 66-156 مؤرخ في 8 يونيو 1966، ج ر 49 المؤرخة في 11-06-1966، المعدل والمتمّم، المتعلّق بقانون العقوبات الجزائري، ج ر العدد 47 المؤرخة في 25 شعبان عام 1430 الموافق 16 غشت سنة 2009.
2. الأمر رقم 05-06 مؤرخ في 23 غشت سنة 2005، يتعلق بمكافحة التهريب، المعدل والمتمم.

د. المراسيم التشريعية:

1. المرسوم التشريعي رقم 93-10 المؤرخ في 23 ماي 1993 المتعلق ببورصة القيم المنقولة، المعدل والمتمم بالأمر رقم 96-10 المؤرخ في 14 جانفي 1996، وبالقانون رقم 03-04 المؤرخ في 17 فيفري 2003.

الهوامش:

1. تختلف طبيعة النّظام العام الاقتصادي من مجتمع إلى أخر باختلاف طبيعة البنيان الاقتصادي، أو بالأحرى باختلاف طبيعة المصالح الاقتصادية التي تسود هذا البنيان، فيدور النّظام العام الاقتصادي في البنيان الرأسمالي بصفة أساسية حول الملكية الخاصة لوسائل الانتاج التي تستتبع نمطا معينا للانتاج والتوزيع فيقوم على مبدأ الحرية الاقتصادية وتحقيق أفضل الظروف للمنافسة الحرّة، ولذلك تعتبر الحرية الاقتصادية نواة التنظيم القانوني الآمر في هذا البنيان، ويدور النّظام العام الاقتصادي في البنيان الاشتراكي حول الملكية الاجتماعية لوسائل الإنتاج، ولذلك يحتوي التنظيم القانوني الآمر تخطيطا شاملا للانتاج والتوزيع يسعى إلى تحقيق أقصى قدر ممكن من الاشباع لحاجات أفراد المجتمع عن طريق التحكم في مفعول القوانين الموضوعية للبنيان الاقتصادي، فالنّظام العام الاقتصادي إذاً هو من يرسم في مجمل أحكامه ملامح السياسة الاقتصادية للدولة، نبيل مدحت سالم،الجرائم الاقتصادية،دراسة تحليلية للبنيان الاقتصادي القانوني في التشريع العقابي المصري،مكتبة سيد عبد الله وهبه،مصر،1973، ص 14 وما يليها.

[2]- عرفت العلوم الاجتماعية اصطلاح البنيان الاقتصادي في وقت حديث نسبيا، بحيث انصرف مفهومه في بداية الأمر إلى " النِّسب والعلاقات التي تُميّز كُلاً اقتصاديا قائما في مكان وزمان معينين"، بحيث يُشِير مصطلح الكلّ إلى العناصر المكونة للكلّ الاقتصادي والتي تضمّ (السكان والطبيعة والفن الانتاجي)، فيما يتضمن مصطلح النّسب والعلاقات تلك الرابطة بين الكلّ الاقتصادي أي الموارد الطبيعية وبين العنصر البشري، كالنّسب بين فروع الانتاج المختلفة والنّسبة بين الاستهلاك والادخار وعلاقات التوزيع...الخ، مقتبس عن : نبيل مدحت سالم، المرجع السابق، ص 9 وما يليها.

[3] - نبيل مدحت سالم، المرجع السابق، ص 26.

[4]- أحمد مجحودة،أزمة الوضوح في الاثم الجنائي،الجزء الأول، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع،الطبعة الثانية،الجزائر،2004 ، ص 124.

[5]- عبد العظيم مرسي وزير، افتراض الخطأ كأساس للمسؤولية الجنائية (دراسة مقارنة في النّظامين اللاتيني والانجلوأمريكي)، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1988 ، ص 7، ص 8.

[6] - ناصر حسين العجمي، الجزاءات الادارية العامة في القانون الكويتي و المقارن، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2010، ص 284.

[7] - عبد الرحمان خلفي، محاضرات في القانون الجنائي العام، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، عين مليلة، الجزائر، 2010 ، ص 135.

[8] - محمود نجيب حسني، النظرية العامة للقصد الجنائي (دراسة تأصيلية مقارنة للركن المعنوي في الجرائم العمدية، ط3، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1988، ص 27؛ محمود داوود يعقوب،المسؤولية في القانون الجنائي الاقتصادي،الأوائل للنشر والتوزيع والخدمات الطباعية،الطبعة الأولى،سوريا،2001، ص 44 وما بعدها.

[9]- القصد الجنائي هو علم بالوقائع المكونة للجريمة، وتوقع للنتيجة ثم اتجاه الارادة الى ارتكاب الفعل، وليست ارادة النتيجة وغيرها من الوقائع المكونة للجريمة عنصر من عناصر القصد الجنائي، ذلك هو تحديد فكرة القصد الجنائي كما يراه القائلون بنظرية العلم، فالارادة لا سيطرة لها على احداث النتيجة، وإنما تقتصر سيطرتها على الفعل، ذلك أن حدوث النتيجة هو ثمرة لقوانين طبيعية حتمية لا سيطرة لارادة الانسان عليها، أما اتيان الفعل فهو الذي يمكن أن يكون ثمرة للارادة اذا ما اتجهت الى التأثير على أعضاء الجسم والى جعلها تأتي الحركات العضوية التي يفترضها الفعل، وترتيبا على ذلك فإن النتيجة لا يمكن ان تكون موضوعا للارادة، لان الارادة تفترض السيطرة على سبيل تحقيق النتيجة، أي تفترض السيطرة على سبيل تحقيقها واستطاعة عدم احداثها وفقا لمشيئة صاحب الارادة، وقد أعطى (أكسنر) نظرية العلم صياغة جديدة، قال فيها أن جوهر القصد هو نوع التقييم الذي يسبغه الجاني على الحق الذي يحميه القانون، فهو يقدره بأقل من قيمته الاجتماعية التي يقررها القانون له، فعلى الرغم من توقعه أنه سيهدر الحق، فهو يقدم على الفعل مقدرا أن قيمة الحق لديه أقل من أن تثنيه عن فعله، فجوهر القصد اختلاف بين تقييم القانون للحق وتقييم الجاني له، وهو تقييم يسبغ اللوم على نفسيته، وقد أطلق أكسنر على هذه الصياغة تعبير (نظرية التقدير)، وان كانت هي نفسها نظرية العلم، محمود نجيب

حسني،النظرية العامة للقصد الجنائي،دراسة تأصيلية مقارنة للركن المعنوي في الجرائم العمدية،دار النهضة العربية،القاهرة،مصر،الطبعة الثالثة،1988 ، ص 31 .

[10]- أحمد محمد عبد العاطي محمد، النظرية العامة لجرائم الاعتداء علبى البيئة(دراسة مقارنة بين القانون الجنائي والفقه الاسلامي)، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع ، مصر، ص 139.

[11] - الفقرة 1 من المادة 60 من المرسوم التشريعي رقم 93-10 المؤرخ في 23 ماي 1993 المتعلق ببورصة القيم المنقولة، المعدل والمتمم بالأمر رقم 96-10 المؤرخ في 14 جانفي 1996، وبالقانون رقم 03-04 المؤرخ في 17 فيفري 2003، " يعاقب بالحبس من ستة 06 أشهر إلى خمس سنوات ، وبغرامة قدرها 30.000 دج، ويمكن رفع مبلغها إلى أربعة أضعاف مبلغ الربح المحتمل تحقيقه، دون أن تقل هذه الغرامة عن مبلغ الربح نفسه، أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط: كل شخص تتوفر له بمناسبة ممارسته مهنته أو وظيفته، معلومات امتيازية عن منظور مصدر سندات أو وضعيته، أو منظور تطور قيمة منقولة ما، فينجز بذلك عملية أو عدة عمليات في السوق أو يتعمد السماح بإنجازها، إما مباشرة أو عن طريق شخص مسخر لذلك، قبل أن يطلع الجمهور عن تلك المعلومات".

[12]- سليمان عبد المنعم، النظرية العامة لقانون العقوبات (دراسة مقارنة)، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2003، ص 558.

[13]- أحمد عوض بلال، المذهب الموضوعي وتقلص الركن المعنوي للجريمة(دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1988، الطبعة الأولى، ص 327.

[14]- أحمد محمد عبد العاطي محمد، المرجع السابق، ص 162.

[15]- محمود داوود يعقوب، المرجع السابق، ص 111.

[16]- نبيل مدحت سالم، المرجع السابق، ص 71.

[17] - نبيل مدحت سالم، المرجع السابق، ص 61.

[18] - محمود محمود مصطفى، المرجع السابق، ص 113.

[19]- عبد الرؤوف مهدي، المسؤولية الجنائية عن الجرائم الاقتصادية في القانون المقارن، مصر، 1976، ص 182.

[20]- بوشي يوسف، مرجع سابق، ص 267؛ أحمد عوض بلال، الذهب الموضوعي وتقلص الركن المعنوي للجريمة(دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص 226.

[21]- عبد العظيم مرسي وزير، المرجع السابق، ص 129.

[22]- مرسي وزير، المرجع السابق، ص 134.

[23]- عبد العظيم مرسي وزير، المرجع نفسه، ص 134 وما بعدها.

[24]- بوشي يوسف، المرجع السابق، ص 271؛ محمود داوود يعقوب، المرجع السابق، ص 72 وما بعدها؛ أحمد عوض بلال، المرجع السابق، ص 159، ص 258 وما بعدها.

[25]- "هناك فرق بين التجرد من الخطأ وبين افتراض الخطأ، فالأخير يلزم بشأنه ارادة حرة وواعية كما يلزم ألا يكون الفاعل قد وقع في غلط لا يمكن تجنبه، أما الاول فلا عبرة فيه الا بقيام علاقة السببية بين النشاط والنتيجة المعاقب عليها..."، عبد العظيم مرسي وزير، المرجع السابق، ص 125 وما بعدها.

[26]- عبد العظيم مرسي وزير، المرجع السابق، ص 128.

[27]- محمد الصغير بعلي، المدخل للعلوم القانونية (نظرية الحق – نظرية القانون)، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، الجزائر، 2006، ص 10.

[28]- أحمد مجحودة، المرجع السابق، ص 125.

[29]- نوفل علي عبد الله الصفو، أساليب الصياغة القانونية للنصوص الجنائية (دراسة مقارنة)، مجلة الشريعة والقانونون، كلية الحقوق، جامعة الامارات العربية المتحدة، العدد 62، 2015، ص 61.

[30]- الفقرة الأولى من المادة 374 " يعاقب بالحبس من سنة إلى خمس سنوات وبغرامة لا تقل عن قيمة الشيك أو عن قيمة النقص في الرصيد: 1- كل من أصدر **بسوء نية** شيكا لا يقابله رصيد قائم وقابل للصرف أو كان الرصيد أقل من قيمك الشيك أو قام بسحب الرصيد كله أو بعضه بعد اصدار الشيك أو منع المسحوب عليه من صرفه..."، الأمر رقم 66-156 مؤرخ في 8 يونيو 1966، ج ر 49 المؤرخة في 11-06-1966، المعدل والمتمّم، المتعلّق بقانون العقوبات الجزائري.

[31]- جنائي 12-01-1971، نشرة القضاة 1971، ص 69، مقتبس عن : أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي الخاص، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، الطبعة الرابعة عشر، ج1، ص 346.

[32]- أحمد مجحودة، المرجع السابق، ج1، ص 125 وما بعدها.

[33]- أحمد مجحودة، المرجع السابق، ص 130 وما بعدها.

[34]- أحمد مجحودة، المرجع السابق، ص 130 وما بعدها.

[35]- الفقرة ج من المادة 5 المعدلة بالمادة 02 " البضائع : كل المنتجات والأشياء التجارية وغير التجارية وبصفة عامة جميع الأشياء القابلة للتداول والتملّك"، قانون الجمارك رقم 17-04.

[36]- الفقرة ي من المادة 05 المعدلة بالمادة 02 " كل حيوان أو آلة أو سيارة أو أية وسيلة نقل أخرى أستعملت بأية صفة كانت، أو أعدت لنقل البضائع محل الغش أو التي يمكن أن تستعمل لهذا الغرض "، قانون الجمارك رقم 17-04.

[37]- الفقرة و من المادة 05 المعدلة بالمادة 02 " الحقوق الجمركية وجميع الحقوق والرسوم والأتاوى أو مختلف الاخضاعات الأخرى المحصلة من طرف إدارة الجمارك باستثناء الأتاوى والإخضاعات التي يحدد مبلغها حسب التكلفة التقريبة للخدمات المؤداة"، قانون رقم 17-04 مؤرخ في 19 جمادي الأولى عام 1438 الموافق 16 فبراير سنة 2017، يعدل ويتمم القانون 79-07 المؤرخ في في 26 شعبان عام 1399 الموافق 21 يوليو 1979، المتضمن قانون الجمارك.

[38]- أحمد مجحودة، المرجع السابق، ج1، ص 127.

- أحمد مجحودة، المرجع السابق، ص 127.[39]

[40]- نوفل علي عبد الله الصفو، أساليب الصياغة القانونية للنصوص الجنائية، كلية الحقوق، جامعة الموصل، ص 66، ص 67، ص 68.

[41]- حيدر غازي فيصل، تكامل القاعدة ألجنائية كلية القانون، الجامعة المستنصرية، ص2.

[42]- عصام عفيفي، حسين عبد البصير، تجزئة القاعدة الجنائية (دراسة مقارنة في القانون الوضعي والفقه الجنائي الإسلامي)، دار النهضة العربية، القاهرة، ط 1، 2003، ص 102.

[43]- بوشي يوسف، الأحكام الموضوعية العامّة في القانون الجنائي الاقتصادي (دراسة مقارنة)، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، مصر، 2019، ص 156 وما يليها.

[44]- عبود السراج، شرح قانون العقوبات الاقتصادي في التشريع السوري والمقارن، دمشق، سوريا، ص 149.

[45]- محمود محمود مصطفى، المرجع السابق، ص 75.

[46]- بوشي يوسف، المرجع السابق، ص 188.

[47]- أحمد مجحودة، المرجع السابق، ص 133 وما بعدها.

[48]- نبيل مدحت سالم، المرجع السابق، ص 37.

[49]- نبيل مدحت سالم، المرجع السابق، ص 37، ص 38، ص 39.

[50]- نبيل مدحت سالم، المرجع السابق، ص 44.

[51] - نقض 19 مايو سنة 1953، مجموعة أحكام النقض، س 4 رقم 312، ص 861، مقتبس عن: محمود محمود مصطفى، المرجع السابق، ص 86.

[52] - نقض 24 مارس سنة 1952، مجموعة أحكام النقض س3 رقم 233، ص 227، مقتبس عن: محمود محمود مصطفى، المرجع السابق، ص 86.

[53] - نقض 1951/2/6 مجموعة أحكام النقض س 2، رقم 222، ص 603، مقتبس عن: نبيل مدحت سالم، مرجع سابق، ص 45.

[54] - نقض 1966/6/20، مجموعة أحكام النقض س 17، رقم، 851، ص 824، مقتبس عن: نبيل مدحت سالم، مرجع سابق، ص 45.

[55] - محمود محمود مصطفى، الجرائم الإقتصادية في القانون المقارن (الأحكام العامة والاجراءات الجنائية)، مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي، مصر، الطبعة الثانية، 1979، ص 83.

[56] - نبيل مدحت سالم، المرجع السابق، ص 40، ص 42.

[57] - عبود السراج، المرجع السابق، ص 141.

[58]- المادة 07 من قانون رقم مؤرخ في 14 رمضان عام 1434 الموافق 23 يوليو 2013، يعدل ويتمم القانون 04-08 المؤرخ في 27 جمادي الثانية عام 1425 الموافق 14 غشت سنة 2004 والمتعلق بشروط ممارسة الأنشطة التجارية، ج ر العدد 39، 22 رمضان عام 1434 الموافق 31 يوليو سنة 2013.

[59] أحمد مجحودة، المرجع السابق، ص 128.

[60]- الأمر رقم 05-06 مؤرخ في 23 غشت سنة 2005، يتعلق بمكافحة التهريب.

[61]- المادة 394 مكرر 8 " دون الاخلال بالعقوبات الادارية المنصوص عليها في التشريع والتنظيم الساري المفعول، يعاقب بالحبس من سنة إلى ثلاث سنوات وبغرامة من 2.000.000 دج إلى 10.000.000 دج أو باحدى هاتين العقوبتين فقط مقدم خدمات الأنترنت بمفهوم المادة 02 من القانون رقم 09-04 مؤرخ في 14 شعبان عام 1430 الموافق 05 غشت سنة 2009 يتضمن القواعد الخاصة للوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الاعلام والاتصال ومكافحتهما، القانون 16-02 المؤرخ في 19 يونيو سنة 2016، ج ر 37 المؤرخة في 22 يونيو سنة 2016، المتضمن تعديل الأمر رقم 66-156 تامؤرخ في 08 يونيو 1966، المتعلق بقانون العقوبات الجزائري.

[62]- المادة 87 من القانون رقم 03-10 مؤرخ في 19 جمادي الاولى عام 1424 الموافق 19 يوليو سنة 2003، يتعلق بحماية البيئة في اطار التنمية المستدامة، الجريدة الرسمية عدد 43، الصادرة بتاريخ 20جمادي الاولى عام 1424 الموافق 20 يوليو سنة 2003.

[63]- المادة 93 من القانون رقم 03-10 المتعلق بحماية البيئة في اطار التنمية المستدامة.

النزاعات العارضة المتعلقة بتنفيذ الاحكام الجزائية

السيدة حدادي رشيدة

طالبة دكتوراه

كلية الحقوق جامعة سيدي بلعباس

ملخــص:

عبر هذا المقال الذي اعتمدنا فيه على المنهج التحليلي حاولنا تسليط الضوء على ما سماه المشرع الجزائري بالمادة 14 من قانون 04/05 المتعلق بتنظيم السجون و إعادة الإدماج الاجتماعي للمحبوسين – بالنزاعات العارضة المتعلقة بتنفيذ الاحكام الجزائية– ، و هي نفسها النزاعات التي اطلق عليها تسمية – الصعوبات في التنفيذ– طبقا لنص المادة 371 من قانون الاجراءات الجزائية و كذا –اشكالات التنفيذ– طبقا لنص المادة 596 عندما اشار الى حالة النزاع حول هوية المحكوم عليه .

و يعتبر هذا الموضوع من المسائل الاجرائية المهمة ، ذلك ان التحكم في الاجراءات معناه ضمان لحقوق الفرد و حريته و ضمان لعدم اهدار الحق لمجرد خطا اجرائي و عليه تطرقنا الى ماهية هذه النزاعات العارضة و مجالها و ميزناها عن غيرها من النظم .

Dans cet article basé sur la méthode analytique nous avons essayé de mettre en évidence ce que le législateur a appelé par l'article 14 de la loi 05/04 portant code de l'organisation pénitentiaire et de la réinsertion sociale des détenus – les incidents contentieux relatifs à l'exécution des sentences pénales –. Et c'est les mêmes contentieux qu'il a appelé– difficultés d'exécution– selon les dispositions de l'article 371 du Code de procédure pénale et – incident d'exécution – conformément à l'article 596 lorsque l'identité d'un condamné fait l'objet d'une contestation.

Ce sujet traite l'une des questions de procédure Importantes, car maitriser les procédures c'est garantir les droits et libertés de la personne, veiller à ce que ses droits ne soient pas bafoués en raison d'une simple erreur de procédure, et c'est pour cela que nous avons consacré cette

étude au traitement de ces incidents conflictuels et leur étendue, tout en les spécifiant des autres domaine.

مــقدمـة

المبدأ في الاحكام عامة انها قابلة للتنفيذ بمجرد اكتسابها قوة الشيء المقضي فيه، و يعني التنفيذ بهذا المفهوم اخضاع الحكم موضوع التنفيذ لإجراءات مرتبة لآثارها في مواجهة المحكوم عليه .

لكن قد يعترض تنفيذ الحكم بشكل عام بعض الاشكالات تحول دون تنفيذه كليا او جزئيا و لأجل ذلك و تطبيقا لمبدأ شرعية الاجراءات اوجد المشرع وسيلة قانونية تتيح للمنفذ ضده منازعة الحكم الصادر في مواجهته لمخالفته لقواعد القانون و لوجود عيب في التنفيذ و هذا ما جاء بنص المادة 14 من قانون 04/05 المتعلق بقانون تنظيم السجون و اعادة الادماج الاجتماعي للمحبوسين و المادة 371 من قانون الاجراءات الجزائية و كذا المادة 596 من نفس القانون .

لقد اخترت البحث في مسالة "النزاعات العارضة المتعلقة بتنفيذ الاحكام الجزائية" لما يثيره هذا الموضوع من مسائل جديرة بالدراسة و اشكالات في الميدان.

و الاشكالية المطروحة في هذا البحث تتمثل في طرح التساؤلات التالية: ما هي النزاعات العارضة ؟ و ما هي طبيعتها و ما هي مجالات تطبيقها؟

و للإجابة على الإشكاليات المطروحة و لبلورة موضوع بحثنا عمدنا إلى وضع خطة من خلال تقسيم ثنائي يتكون من مبحثين: فكان المبحث الاول عن ماهية النزاعات العارضة و المبحث الثاني عن مجالها.

أما فيما يتعلق بالمنهج العلمي الموظف في هذا البحث فإننا نرى طبيعة الموضوع الذي نتناوله يفرض إستعمال المنهج التحليلي .

المبحث الأول: ماهية النزاعات العارضة على تنفيذ الاحكام الجزائية

سوف اتطرق في هذا المبحث الى تعريف النزاع العارض في التنفيذ الخاص بالأحكام الجزائية و الى مضمونه و كذا مسالة تكييفه و تمييزه عن غيره من النزاعات المشابهة.

المطلب الأول: تعريف النزاعات العارضة على تنفيذ الاحكام الجزائية

لقد نص المشرع الجزائري على هذه النزاعات بالفقرة الاولى من المادة 14 من قانون 04/05 و أطلق عليها مصطلح –النزاعات العارضة– بينما سماها –بالصعوبات في التنفيذ– بالمادة 371 من قانون الاجراءات الجزائية و سماها في المادة 596 من نفس القانون – اشكالات التنفيذ – عندما يتعلق الامر بالنزاع المتعلق بهوية المحكوم عليه .

لم يتطرق المشرع الجزائري من خلال نصه على النزاعات العارضة سواء بقانون الاجراءات الجزائية او بقانون تنظيم السجون و اعادة الادماج الاجتماعي للمحبوسين الى اعطاء تعريف لها و اذا رجعنا الى الفقه نجده يعرف بما يعبر عنه بالإشكال بالتنفيذ بكونه " منازعة قانونية او قضائية اثناء التنفيذ تتضمن ادعاءات يبديها المحكوم عليه او الغير لو صحت لأثرت في التنفيذ اذ يترتب على الحكم فيها ان يصبح التنفيذ جائزا او غير جائز ، صحيحا او باطلا" (1)

و عرفه الفقه ايضا بأنه " منازعة تتعلق بالقوة التنفيذية للحكم، فهي تشمل كل دفع بإنكار قوة الحكم في التنفيذ و تتسع تبعا لذلك للوقائع التي تحول قانونا دون التنفيذ او تستوجب تأجيله او تعديله" (2)

قد عرفه الأستاذ محمود نجيب حسني بأنه:" نزاع في شأن القوة التنفيذية للحكم من حيث وجود هذه القوة أو من حيث الكيفية التي يتعين أن يجري بها التنفيذ"

و عرفه الدكتور محمود كبيش بكونه" يتسع ليشمل منازعات متعلقة بالتنفيذ دون أن تتضمن نعيا على السند التنفيذي أي الحكم كتنفيذ العقوبة على غير المحكوم عليه أو النزاع حول أهلية المحكوم عليه كإصابته بالجنون قبل أو أثناء التنفيذ أو التنفيذ بغير العقوبة المحكوم بها سواء من حيث نوعها أو كمها أو عدم تطبيق قاعدة جب العقوبات أو قاعدة عدم تجاوز العقوبات السالبة للحرية حدودا معينة.

و عليه و لكي نكون امام نزاع عارض لا بد من توفر الشروط التالية:

1- ان يتعلق الامر بنزاع قضائي : بمعنى ان يكون النزاع بين الشخص المعني بالتنفيذ و بين السلطة القائمة بالتنفيذ

2- ان يتعلق النزاع بشرعية تنفيذ الحكم الجزائي: و معناه ان يتم مناقشة شروط صحة التنفيذ و ان يهدف الى تأجيله او منعه او تعديله كالنزاع حول تقادم العقوبة ، او ادعاء المحكوم عليه بانقضاء العقوبة السالبة للحرية.

و لقد اثارت مسالة التكييف القانوني للنزاعات العارضة او ما يطلق عليه بالإشكال في التنفيذ جدلا فقهيا فهناك من يرى انها دعوى عمومية و هناك من يرى بأنها مرحلة من مراحل الخصومة الجزائية و هناك من يرى بكونها دعوى عمومية تكميلية و لكن من خلال النصوص المنظمة لهذه النزاعات يتبين لنا بأنها دعوى قضائية لها طابع خاص اذ لا تعد طريقا من طرق الطعن و لا اثر من آثاره و انما هي مرحلة من مراحل الخصومة الجزائية مستقلة بذاتها.

المطلب الثاني: تمييز النزاعات العارضة عن غيرها من النظم المشابهة

قد يختلف النزاع العارض في تنفيذ الحكم الجزائي ببعض المفاهيم لكونه يدخل ضمن تطبيقاته لذلك كان و لا بد من التفرقة بينه و بين النظم المشابهة.

الفرع الاول: النزاع العارض ليس طريقا من طرق الطعن

لا يعد النزاع العارض طريقا من طرق الطعن سواء العادية او غير العادية لكون المشرع الجزائري قد نص على هذه الاخيرة بقانون الاجراءات الجزائية على سبيل الحصر لا المثال ، كما ان الغاية من الطعن هو مناقشة عيوب الحكم بينما قرر النزاع العارض من اجل مناقشة عيوب التنفيذ ، و يوصف الطعن بكونه مرحلة من مراحل الدعوى الجزائية بينما يعد النزاع العارض دعوى مستقلة بذالها او كما وصفها البعض دعوى تكميلية، كما ان الطعن يرتبط بمواعيد منصوص عليها قانونا على خلاف النزاع العارض الذي لا يتقيد بمواعيد ، و لا يرتبط النزاع العارض بأطراف الدعوى اذ يجوز رفعه من الغير الذي يتضرر من التنفيذ على عكس الطعن .

الفرع الثاني: النزاع العارض ليس معناه وقف تنفيذ الحكم

يعد وقف تنفيذ الحكم اثرا من آثار الطعن في الاحكام سواء عن طريق المعارضة او الاستئناف او الطعن بالنقض على عكس النزاع العارض الذي يعد نظاما قائما بذاته اذ الهدف منه الطعن في التنفيذ للحيلولة دونه او ارجائه او تعديله فالهدف منه استظهار عيوب التنفيذ لجعله متفقا مع القانون عكس الطعن في الحكم الذي يناقش صحة الحكم ذاته لجعله متفقا مع القانون.

الفرع الثالث : النزاع العارض ليس من قبيل تصحيح خطا مادي او تفسير الحكم

نصت المادة 14 من قانون 05-04 المتعلق بتنظيم السجون و إعادة الإدماج الاجتماعي للمحبوسين في فقرتيها الرابعة و الخامسة على انه تختص الجهة القضائية التي اصدرت الحكم بتصحيح الأخطاء المادية الواردة فيه ، و تختص غرفة الاتهام بتصحيح الأخطاء المادية و الفصل في الطلبات العارضة المتعلقة بتنفيذ الأحكام الصادرة عن محكمة الجنايات.

هناك من يعتبر تصحيح الخطأ المادي و تفسير الاحكام من قبيل الاشكالات في التنفيذ و هناك من يرى انه لا يمكن اعتبارها كذلك فالغاية من تصحيح الخطأ المادي او تفسير الغموض الوارد بالحكم هو استكمال تكوين السند القضائي من اجل اعداده للتنفيذ اما النزاع العارض يعد منازعة في التنفيذ .

المبحث الثاني: مجال النزاعات العارضة على تنفيذ الاحكام الجزائية

ينحصر مجال هذه النزاعات اما في نزاع حول وجود الحكم القابل للتنفيذ او حول مدى اتفاق التنفيذ مع الحكم او في النزاع حول اتفاق التنفيذ مع قـــواعد القوانين المنظمة له.

المطلب الأول: النزاع العارض المرتبط بالسند التنفيذي

ان السند التنفيذي هو ذلك الحكم او القرار الذي تصدره جهة قضائية و يكون مشمولا بالنفاذ و يأخذ النزاع العارض المرتبط بالسند التنفيذي احدى الصور التالية:

1- **النزاع حول وجود الحكم:** كأن يصدر الحكم ممن لا ولاية له او كأن يصدر الحكم في واقعة لم ترفع بها الدعوى او كان صادرا ضد شخص متوفي .

2- **النزاع حول فقدان السند التنفيذي:** يمكن للسند التنفيذي ان يتعرض للفقدان سواء أكان حكما او قرار مما يتعذر معه تنفيذ الحكم و نص المشرع على هذه الحالات في المواد 538، 539، 540 و 541 من قانون الاجراءات الجزائية و عليه اذا شرعت النيابة العامة في التنفيذ دون النسخة الاصلية او صورة رسمية للحكم حق للمنفذ ضده الاستشكال على الحكم.

3- **النزاع المتضمن الغاء الحكم محل التنفيذ:** بمعنى زوال الوجود القانوني للحكم و بالتالي فبمجرد الغاء الحكم محل التنفيذ يصبح التنفيذ غير ممكن لانعدام السند التنفيذي و بالتالي يمكن الاستشكال على اساس الغاء الحكم بالمعارضة او الاستئناف او النقض.

4- **سقوط الحكم:** فإذا باشرت النيابة العامة اجراءات التنفيذ بموجب حكم سقط بانقضاء الدعوى العمومية فان هذا التنفيذ يستند الى سند غير موجود و يحق في هذه الحالة للمنفذ عليه الاستشكال.

المطلب الثاني: النزاع العارض المتعلق بقابلية الحكم للتنفيذ

هناك اساب اخرى متعلقة بقابلية الحكم للتنفيذ و من صورها

1- **صدور قانون اصلح للمتهم:** نصت المادة 02 من قانون العقوبات على انه " لا يسري قانون العقوبات على الماضي إلا ما كان منه اقل شدة" و عليه اذا صدر قانون اصلح للمتهم قبل صيرورة الحكم نهائيا و باشرت النيابة العامة الى التنفيذ دون مراعاة هذه النقطة القانونية حق للمنفذ ضده الاستشكال في التنفيذ لعدم جواز تنفيذه.

2- **عدم اكتساب الحكم للقوة التنفيذية:** بمعنى ان يكون الحكم غير نهائي لعدم انقضاء مواعيد الطعن فيه او لعدم الفصل فيه فيحق في هذه الحالة للمنفذ ضده الاستشكال من اجل وقف تنفيذ الحكم الصادر ضده.

3- **وقف تنفيذ الحكم:** اذا صدر الحكم مع وقف التنفيذ الجزئي او الكلي طبقا لمقتضيات المادة 592 من قانون الاجراءات الجزائية و باشرت النيابة العامة التنفيذ حق للمنفذ ضده الاستشكال لإيقاف القوة التنفيذية للحكم لكونها معلقة على شرط.

4- **تنفيذ حكم الاعدام قبل رفض طلب العفو:** و هو ما نصت عليه المادة 155 من قانون 04/05 المتعلق بتنظيم السجون و اعادة الادماج الاجتماعي للمحبوسين بقولها " لا تنفذ عقوبة الاعدام إلا بعد رفض طلب العفو " و عليه لا يمكن للنيابة العامة مباشرة التنفيذ إلا بعد استنفاذ كافة اجراءاته و يحق للمنفذ ضده الاستشكال في التنفيذ لكون اجراءاته لم تكتمل بعد.

5- **تعدد السندات التنفيذية:** اذا تعددت السندات التنفيذية الصادرة على شخص واحد متعلقة بجريمة واحدة و صار كل سند حائز لقوة الشيء المقضي فيه و باشرت النيابة العامة الى تنفيذها جاز للمنفذ ضده الاستشكال لكون العبرة بالحكم الاسبق الذي اصبح نهائيا و لا عبرة للأحكام التي تلته .

المطلب الثالث: النزاع العارض المرتبط بالمحكوم عليه

و يأخذ هذا الاستشكال الصور التالية:

1- **عدم قدرة المحكوم عليه على تحمل الحكم:** و هذا نظرا

أ- **لمرضه او جنونه :** فإذا ثبت اصابة المحكوم عليه بمرض خطير يتنافى مع وجوده في الحبس و ثبت ذلك قانونا بتقرير طبي وفقا لما نصت عليه المادة 16 من قانون 04/05 جاز للمنفذ ضده الاستشكال في الحكم و الاستفادة من التأجيل المؤقت لتنفيذ الاحكام السالبة للحرية.

ب- **المحكوم عليه امرأة حامل او مرضعة:** طبقا لنص المادة 16 فقرة 07 و 17 الفقرة الاولى من قانون 04/05 اذا كانت المحكوم عليها حامل او مرضعة فانه يتم تأجيل الحكم مؤقتا و اذا ما لجأت النيابة العامة الى تنفيذ الحكم يحق للمنفذ ضدها الاستشكال استنادا الى نص المادتين المنوه عنهما اعلاه.

2- **هوية المحكوم عليه:** ان المنازعة في هوية المحكوم عليه تكون سببا من اسباب الاستشكال و يأخذ ذلك عدة صور و منها :

أ- **انتحال المتهم هوية شخص آخر** : فقد ينتحل المتهم هوية شخص آخر اثناء مراحل التحقيق او المحاكمة للتهرب من تنفيذ الحكم عليه و يستوجب هنا اللجوء الى دعوى النزاع العارض لأجل الفصل في هوية المتهم.

ب- **انتحال شخص هوية المتهم:** يمكن لشخص ان ينتحل هوية المتهم و الاستشكال يتمثل هنا في كون النيابة العامة عند التنفيذ تجد نفسها امام متهم لم تحرك ضده الدعوى العمومية و هو الشخص المنتحل و متهم حقيقي لم يمثل امام المحكمة اصلا و في هذه الحالة يحق الاستشكال على التنفيذ للأسباب المبينة اعلاه.

ت- **شخص له نفس هوية المتهم:** قد يطرح الاستشكال في التنفيذ ايضا في حالة وجود شخص له نفس هوية المتهم الحقيقي من حيث الاسم و اللقب و تاريخ الميلاد و لكن يقع الاختلاف مثلا في اسم الوالدين او مقر اقامته و بالتالي يحق للمنفذ ضده الاعتراض على التنفيذ.

المطلب الرابع: النزاع العارض المرتبط بتطابق التنفيذ مع القانون

تماشيا مع مبدأ الشرعية لا يكون التنفيذ سليما اذا كانت العقوبة المنفذة هي ذاتها المحكوم بها من حيث مقدارها فإذا كان التنفيذ معيبا لا يتفق و مواضيع القانون تعلق الامر بنزاع عارض.

و يأخذ الصور التالية:

1- **النزاع حول مقدار العقوبة:** لقد نظم المشرع الجزائري بنص المادة 13 من قانون 04/05 كيفية احتساب بداية و نهاية مدة العقوبة و عليه اذا لم تقتطع مدة الحبس المؤقت من مدة العقوبة المحكوم بها جاز للمحكوم عليه ان يقدم نزاعا عارضا للقيام بعملية الخصم .

2- **النزاع حول كيفية التنفيذ:** تنفذ العقوبات السالبة للحرية و الاوامر الصادرة عن الجهات القضائية و الاكراه البدني في الاماكن المحددة بالمادة 25 من قانون 04/05 و هي المؤسسات العقابية و التي تأخذ شكل البيئة المفتوحة او شكل البيئة المغلقة و تضم هذه الاخيرة مؤسسات الوقاية و مؤسسات

اعادة التربية و مؤسسة اعادة التأهيل فإذا ما تم التنفيذ خلافا لهذه القواعد كان للمحكوم عليه أن يستشكل في تنفيذ هذه الأحكام .

الخـــــــــــــــاتمة

تعد المكنة التي اوجدها المشرع الجزائري الى و هي " النزاعات العارضة على تنفيذ الاحكام الجزائية" انعكاس لما توصلت اليه المواثيق الدولية المتعلقة بحقوق الانسان و كذا وسيلة في يد المحكوم عليه لحمايته و درء الضرر الذي يمكن ان يلحق به من جراء سوء التنفيذ او الخطأ فيه و وسيلة ايضا في يد القضاء لمجابهة حيل المحكوم عليه الرامية الى التهرب من تنفيذ العقوبة السالبة للحرية.

و من الناحية العملية لا يوجد تطبيق واسع في الجهات القضائية للنزاعات العارضة لكون الموضوع يتسم بالحداثة و لعدم المام المشرع بالموضوع من كل جوانبه و يتضح ذلك من خلال قلة النصوص المعالجة له و التي جاءت متفرقة بقانون الاجراءات الجزائية و قانون تنظيم السجون اعادة الادماج الاجتماعي للمحبوسين.

و عليه كان من الواجب وضع نصوص واضحة لضبط احكامه و طرق تقديمه و الفصل فيه.

الهوامش و المراجع:

(1)أحمد عبد الظاهر الطيب، اشكالات التنفيذ في المواد الجنائية، مطبعة وهبة حسان القاهرة، الطبعة الرابعة لسنة 1994، صفحة 01

(2)الدكتور محمود كبيش، الاشكالات في تنفيذ الاحكام الجزائية ،دار النهضة العربية ، طبعة 2008، صفحة 07

(3)محمود نجيب حسني ، شرح قانون الاجراءات الجنائية ، دار النهضة العربية ، مصر ، طبعة سنة 1978.

(4)عبد الفتاح مراد ، اشكالات التنفيذ الجنائية ، شركة البهاء للبرمجيات والكمبيوتر والنشر الالكتروني مصر2008.

الرسائل و مذكرات:

(5)مشير العايشة ، اشكالات التنفيذ في الاحكام الجزائية ، مذكرة تخرج لنيل شهادة المدرسة العليا للقضاء 2006.

قاسم قويدر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير فرع قانون جنائي – جامعة الجزائر 1 كلية الحقوق بن عكنون – السنة الجامعية 2013-2014.

القوانين:

(1)قانون 04/05 المتعلق بقانون تنظيم السجون و اعادة الادماج الاجتماعي للمحبوسين.

(2)الامر 66-155 المتضمن قانون الاجراءات الجزائية المعدل و المتمم.

(3) الامر 66-156 المتضمن قانون العقوبات المعدل و المتمم.

المحكمة الجنائية الدولية

أ.بـــلار محمـــــــــد بومديـــن

طالـــــب دكتـــــوراه سنـة الثانية

تخصـــــص علـــــوم جنائيــة

المركز الجامعي نور البشير البيض

(معهـد الحقـوق والعلوم السياسية)

البريد الالكتروني : bellarmed13@gmail.com

ملخص:

المحكمة الجنائية الدولية تأسست سنة 2002 كأول محكمة قادرة على محاكمة الأفراد المتهمين بجرائم خطيرة و بشعة على المجتمع الدولي ، كما تعمل هذه المحكمة على إتمام الأجهزة القضائية الموجودة ، فهي لا تستطيع أن تقوم بدورها القضائي ما لم تبدي المحاكم الوطنية رغبتها أو كانت غير قادرة على التحقيق أو الإدعاء ضد تلك القضايا فهي بذلك تمثل المآل الأخير كما تقتصر قدرة المحكمة على النظر في الجرائم المرتكبة بعد 01 يوليو 2002 تاريخ إنشائها ، عندما دخل نظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية حيز التنفيذ.

الكلمات المفتاحية :

القضاء الجنائي الدولي ، المدعى العام ، جريمة العدوان –الأمم المتحدة.

Résumé:

La Cour pénale internationale (CPI) a été créée en 2002 en tant que première juridiction capable de poursuivre des personnes accusées de crimes graves et odieux contre la communauté internationale .Le Tribunal s'emploie également à compléter le système judiciaire en place et ne peut jouer son rôle judiciaire que si les juridictions nationales ont exprimé leur souhait ou été incapables d'enquêter. En dernier recours, le Tribunal ne peut intenter des poursuites que pour les crimes commis après le 1er juillet 2002, à la date de son établissement au moment de l'entrée en vigueur du Statut de la Cour pénale internationale.

Les mots clés:

La Cour pénale internationale, le procureur général, le crime d'agression - les Nations Unies.

مقدمة :

تعتبر العدالة الدولية من أهم الأسس التي يقوم عليها القانون الدولي المعاصر ، فقد عرفت الإنسانية على مر التاريخ حروبا و أزمات دولية ، أدت إلى وقوع انتهاكات جسيمة للقانون الدولي الإنساني أو قانون حقوق الإنسان ، و هو ما دفع الجماعة الدولية للبحث عن سبل كفيلة بردع تلك التجاوزات و محاسبة الأفراد الذين تسببوا في إلحاق الضرر ليس فقط بضحاياهم فقط و إنما أيضا المساس بالأمن الإنساني .

إن متابعة و ملاحقة المجرمين و تقديمهم للمحاكمة بغض النظر عن مكان ارتكابهم لجرائمهم أو الحصانات الممنوحة لهم تعتبر من النتائج الهامة التي تحسب للعدالة الدولية التي أظهرت قدرتها على محاكمة كبار المسؤولين عن الجرائم الدولية

و هو الأمر الذي قد تعجز عنه المحاكم الوطنية في الكثير من الأحيان.

و لتطبيق الجزاء الجنائي و تحقيق الأثر الرادع لا بد من تهيئة الإطار القانوني و المؤسستي من أجل وقف تلك الجرائم و منع قيامها و حماية الأفراد و الشعوب خاصة أن المجتمع الدولي قد تخلى عن شريعة الغاب و ما تحمله من معاني الانتقام

و الثأر و أخذ حق باليد و قطع أشواطا في طريق التحضر و الاحتكام إلى سلطة القانون.

لقد ظهر القانون الدولي الجنائي بغرض التصدي لهكذا أوضاع فأرسى مجموعة من القواعد الموضوعية المتضمنة توصيفا للجرائم الدولية و المعاقبة عليها ، و تشمل التدابير اللازمة لمنع تهديد ركائز النظام الاجتماعي الدولي و من ذلك إقامة قضاء دولي جنائي و الذي عرف سوابق تاريخية متتالية إلى أن تأسست المحكمة الجنائية الدولية بموجب اتفاقية روما لعام 1998 المتضمنة نظمها الأساسي لتكون هيئة مكملة للولايات القضائية الجنائية الوطنية.

و من هنا يمكن طرح الإشكال التالي :

ما هو النظام القانوني و القضائي للمحكمة الجنائية الدولية الدائمة ؟

و للإجابة عن هذا الإشكال، قمنا بتقسيم خطة البحث إلى مبحثين سوف نتطرق في المبحث الأول إلى مفهوم المحكمة الجنائية الدولية أما في المبحث الثاني تطرقنا إلى اختصاصات المحكمة الجنائية الدولية و إجراءات المحاكمة فيها و علاقة المحكمة بالأمم المتحدة.

المبحث الأول : مفهوم المحكمة الجنائية الدولية.

إذا كان تبلور فكرة إنشاء محكمة جنائية دولية دائمة لم يتم إلا في العقد الأخير من القرن ال20 ، فإن المجتمع الدولي شهد تطورات متوالية لإرساء هذه الفكرة و معاقبة مرتكبي أشد أنواع الجرائم خطورة و لعل أبعد هذه المحاولات محاكمة

إمبراطور ألمانيا سنة 1919، أما أقرب هذه المحاولات و أهمها إنشاء المحاكم الجنائية المؤقتة و المتمثلة في محكمة نوربورج و طوكيو 1945 و 1946 و محكمتي يوغسلافيا و روندا 1993و 1994 بسبب الحروب الأهلية ،و هذه المحاكم الجنائية ذات المهام الخاصة وضعت الخطوط العريضة لإنشاء محكمة جنائية دولية دائمة و إقرار نظام أساسي في المؤتمر الدبلوماسي بروما سنة 1998(1).

المطلب الأول :نشأة و تعريف المحكمة الجنائية الدولية .

رغم الانتقادات الموجهة للمحاكم الجنائية المؤقتة بعد الحرب العالمية الثانية إلا أنها تعتبر الخطوات الأولى لإنشاء جهاز قضائي جنائي دولي دائم يتولى مهمة محاكمة الأشخاص المتهمين بارتكاب انتهاكات جسيمة لقواعد القانون الدولي الإنساني و من هنا سوف نتطرق إلى ما يلي :

الفرع الأول : مراحل إنشاء المحكمة الجنائية الدولية .

إن أول من نادى بإنشاء قضاء جنائي دولي هو الفقيه السوسري (مواننيه) عام 1872 لمواجهة الجرائم المرتكبة ضد الشعوب، و هي محكمة تتألف من خمسة قضاة يعين ثلاثة منهم من طرف الدول المتحاربة أما الباقون فيتم اختيارهم من طرف الدول المحايدة، كما جرت محاولة إنشاء محكمة دولية لمواجهة الإرهاب على إثر الحادث الذي أدى إلى مقتل ملك يوغسلافيا اسكندر الأول و وزير خارجية فرنسا علم 1934 و بناء على طلب فرنسا شكل مجلس عصبة الأمم لجنة كانت مهمتها صياغة اتفاقيتين الأولى خاصة بمحاربة الإرهاب و الثانية تأسيس محكمة جنائية دولية لهذا الغرض، غير أن هذا المشروع لم يتجسد على أرض الواقع، رأت العديد من الدول منها بريطانيا أن فكرة إنشاء محكمة جنائية دولية دائمة أمر مقبول نظريا لكنه عمليا يصطدم بفكرة الإجماع الدولي خاصة رفض الإتحاد السوفياتي لهذه الفكرة التي يرى أنها تتعارض مع سيادته، و كانت فرنسا هي العنصر الدائم الوحيد في مجلس الأمن الذي يؤيد تلك الفكرة عام 1950 وفي العام الموالي شكلت الجمعية العامة للأمم المتحدة لجنة خاصة مكونة من ممثلي سبعة عشرة دولة مهمتها صياغة معاهدة للإنشاء تلك المحكمة و قدمت تقريرها الأول عام 1951

و لم يتم اعتماده لأسباب سياسية ليتم تغيير أعضاء اللجنة و تشكل لجنة جديدة قدمت تقريرها النهائي عام 1953 لكن أرجئ اعتماده لوقت لاحق لأن الأمر كان مرتبط بانتهاء لجنة القانون الدولي من أعمالها فيما يخص مشروع الجرائم ضد السلم و أمن البشرية و مشكلة تعريف العدوان (02).

و يلاحظ أن الآراء قد تعددت حول كيفية إنشاء تلك المحكمة، **الرأي الأول** يرى إقامة المحكمة عن طريق تعديل المادة 92 من ميثاق الأمم المتحدة و استحداث غرفة جزائية في محكمة العدل الدولية، أما **الرأي الثاني** فيرى أنصاره إنشاء محكمة جنائية دولية بموجب قرار صادر عن الجمعية العامة للأمم المتحدة، أما **الرأي الثالث** فيرى ضرورة إنشاء المحكمة بموجب معاهدة دولية و هو الرأي الذي ساد أخيرا في تقرير اللجنة النهائي أي طريقة اتفاقية الدولية التي يبرمها مؤتمر دبلوماسي

دولي تحت رعاية الأمم المتحدة ،و على الرغم من أن الجمعية العامة قد أصدرت قرارها رقم : 3314 عام 1974 المتعلق بتعريف جريمة العدوان إلا أن الأمين العام لم يدعو اللجنة المشار إليها ،و مع ذلك فإن لجنة القانون الدولي قد طلب منها دراسة المشروع بموجب قرار أصدرته الجمعية العامة عام 1989 ،و بناءا على ذلك درست اللجنة هذا المشروع في الفترة بين عام 1990 حتى عام 1994 على الرغم من أن القرار كان يتعلق بتجارة المخدرات إلا أن لجنة القانون الدولي راحت تدرس في مشروع إنشاء محكمة جنائية دولية دائمة و على ضوء المشروع الذي أنجزته اللجنة عام 1994 قامت الجمعية العامة بتكليف لجنة خاصة لمتابعة المشروع ثم شكلت لجنة تحضيرية عام 1995 لإنشاء المحكمة الجنائية الدولية، و قد قررت الجمعية العامة في قرارها رقم :207/51 المؤرخ في : 17ديسمبر 1997 أن تجتمع اللجنة التحضرية في عامي 1997 و 1998 من أجل صياغة المشروع الذي تمكنت اللجنة من إنهائه في أفريل عام 1998 و تقديمه إلى المؤتمر الدبلوماسي المنعقد في روما بين 15 جوان 1998، و تم إقرار المشروع بتاريخ:17 جويلية 1998 و كانت السنغال أول دولة تصادق على معاهدة روما و لم تدخل المعاهدة حيز النفاذ إلا بتصديق الدولة الستين (60)طبقا للمادة 126 من النظام الأساسي المذكور أعلاه ، و بناءا عليه دخلت المعاهدة حيز النفاذ بتاريخ الأول من جويلية عام 2002 و قد تضمن النظام الأساسي 128 مادة (03).

الفرع الثاني:تعريف المحكمة الجنائية الدولية .

المحكمة الجنائية الدولية هي هيئة قضائية دولية دائمة و مستقلة، تتمتع بالشخصية القانونية و ولاية عالمية (04)أوجدها المجتمع الدولي لمقاضاة مرتكبي أشد الجرائم المحتملة جسامة بمقتضى القانون

الدولي أي جرائم الإبادة الجماعية و الجرائم الأخرى ضد الإنسانية و جرائم الحرب ،و هي مكملة للمحاكم الوطنية غير القادرة أو غير الراغبة في مقاضاة مرتكبي مثل هذه الجرائم السابقة الذكر.

المطلب الثاني:خصائص المحكمة الجنائية الدولية .

تتميز المحكمة الجنائية الدولية بمجموعة من الخصائص و هي :

1-أنها هيئة قضائية مستقلة دائمة تهدف لمحاكمة مرتكبي أخطر الجرائم المهددة للسلم و الأمن الدوليين.

2-أنها تختص بمعاقبة الأفراد الذين يرتكبون الجرائم الدولية التي حددها النظام الأساسي .

3-أنها تتصف بالديمومة، و لا تنتهي بانتهاء المهمة التي أنشأت من أجلها مثل المحاكم الجنائية المؤقتة.

4-أنها تملك اختصاصا مكملا للقضاء الوطني، و ليس بديلا عنه بمعنى أن الاختصاص يعود بالدرجة الأولى إلى المحاكم الوطنية و في حالة عجزها عن القيام بهذا الدور تتدخل المحكمة الجنائية الدولية .

5-أنها تستند في وجودها إلى اتفاق تم بين الدول صاحبة السيادة، قررت التعاون للتصدي لمرتكبي الجرائم كما أن النظام الأساسي كرس مبدأ استبعاد الحصانة التي يتمتع بها المسؤولون في الدولة (05).

المطلب الثالث:هيكلة المحكمة الجنائية الدولية.

بينت المادة 34 من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية تشكيلة هذه الأخيرة و عددت الأجهزة التي تتكون منها و هي على التوالي :

الفرع الأول : العنصر البشري للمحكمة .

تتكون المحكمة من 18 قاضيا ، و يجوز لهيئة الرئاسة نيابة عن المحكمة ، أن تقترح زيادة عدد القضاة على أن تبين الأسباب التي من أجلها يعتبر ذلك أمرا ضروريا و ملائما ، و يقوم المسجل فورا بتعميم هذا الاقتراح على جميع الدول الأطراف(6) .

و يتم انتخاب القضاة لدورات مدتها 09 سنوات غير قابلة للتجديد و يتم الانتخاب على أساس أغلبية ثلثي أصوات الدول الأعضاء، كما يمكن انتخاب القضاة من بين مواطني الدول الأعضاء باللائحة الأساسية فقط على أنه لا يمكن اختيار قاضيين من دولة واحدة (7).

الفرع الثاني:العنصر المادي للمحكمة

تتكون المحكمة من أربعة أجهزة هي :هيئة الرئاسة ، الشعب التمهيدية و الابتدائية و الاستئنافية ، ومكتب المدعي العام ، و قلم كتاب المحكمة ، و تقوم جمعية الدول الأطراف بممارسة الرقابة الإدارية على هيئة الرئاسة و المدعي العام و المسجل و تقرير عدد القضاة.

أولا :هيئة الرئاسة.

تتكون هيئة الرئاسة من الرئيس و نائباه الأول و الثاني ، ينتحب الرئيس و نائباه بالأغلبية المطلقة للقضاة ، و يعمل كل من هؤلاء لمدة ثلاثة سنوات أو لحين انتهاء مدة خدمته كقاض ، و يجوز إعادة انتخابهم مرة واحدة و يقوم النائب الأول للرئيس بالعمل بدلا من الرئيس في حالة غيابه أو عدم تنحيته ، و يقوم النائب الثاني بالعمل بدلا من الرئيس في حالة غياب كل من الرئيس و النائب الأول للرئيس (8).

تتمثل مهمة هيئة الرئاسة في الإدارة السليمة للمحكمة باستثناء مكتب المدعي العام ، و المهام الأخرى الموكولة إليها وفق النظام الأساسي للمحكمة ، و على هيئة الرئاسة و هي تضطلع بمسؤوليتها أن تنسق مع المدعي العام و تلتمس موافقته بشان جميع المسائل موضع الاهتمام المتبادل(9).

ثانيا : الشعب و الدوائر.

إن المحكمة الجنائية الدولية مكونة من ثمانية عشر(18) قاضيا منتخبين من طرف جمعية الدول الأطراف و موزعين على ثلاثة (03) شعب هي : الشعبة التمهيدية و الشعبة الابتدائية و الشعبة الاستئنافية ، و تمارس الوظيفة القضائية داخل كل شعبة من الشعب عن طريق الدوائر ، و تتألف شعبة الاستئناف من الرئيس و أربعة (04) قضاة آخرين و تتألف الشعبة الابتدائية من عدد لا يقل عن ستة (06) قضاة و الشعبة التمهيدية كذلك تتكون من عدد لا يقل عن ستة (06) قضاة ، و يكون تعيين القضاة بشعب على أساس طبيعة المهام التي ينبغي أن تؤديها كل شعبة و مؤهلات و خبرات القضاة المنتخبين في المحكمة بحيث تضم كل شعبة مزيجا ملائما من الخبرات في القانون الجنائي و الإجراءات الجنائية وفق القانون الدولي (10).

ثالثا:مكتب المدعي العام .

يعمل مكتب المدعي العام بصفة مستقلة بوصفه جهازا منفصلا من أجهزة المحكمة ، و يكون المكتب مسؤولا عن تلقي الإحالة و أية معلومات موثقة عن جرائم تدخل في اختصاص المحكمة ، و ذلك لدراستها و تحليلها و الاضطلاع بمهام التحقيق و المقاضاة أمام المحكمة ، كما يتولى المدعي العام رئاسة المكتب ، و يتمتع المدعي العام بالسلطة الكاملة في تنظيم و إدارة المكتب و مرافقه و موارده الأخرى ، و يقوم بمساعدة المدعي العام نائب مدع عام واحد أو أكثر يناط بهم الاضطلاع بأية أعمال يكون مطلوبا من المدعي العام الإضلاع بها بموجب النظام الأساسي و يكون المدعي العام و نوابه من جنسيات مختلفة و يضطلعون بوظائفهم على أساس التفرغ و ينتخب المدعي العام بالاقتراع السري بالأغلبية المطلقة لأعضاء جمعية الدول الأطراف (11)، كما ينتخب نواب المدعي العام بنفس الطريقة

من قائمة مرشحين لكل منصب مقرر شغله من مناصب المدعي العام ، و يتولى المدعي العام و نوابه مناصبهم لمدة تسعة (09)سنوات ما لم يتقرر لهم وقت انتخابهم مدة أقصر، و لا يجوز إعادة انتخابهم (12).

رابعا: قلم كتابة المحكمة.

اعملا بترتيبات المادة 43 من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية : يتولى قلم كتابة المحكمة تزويد هذه الأخيرة بالخدمات ، و يرأسه مسجل يتولى ممارسة مهامه تحت سلطة رئيس المحكمة ، و ينتخبه القضاة بالأغلبية المطلقة بطريق الاقتراع السري ، و عليهم أن ينتخبوا نائب المسجل بالطريقة ذاتها بناءا على توصية من المسجل ، و يشغل المسجل منصبه لمدة خمسة (05) سنوات قالبة للتجديد مرة واحدة و يشغل نائب المسجل منصبه لمدة 05 سنوات أو لمدة أقصر حسب ما تقرر الأغلبية المطلقة للقضاة و قبل القيام بمهامهما يقدم المسجل و نائبه تعهد رسميا بنفس الصيغة المقررة للمدعي العام (13).

و يتمتع قلم المحكمة بمسؤوليات فيما يتصل بالضحايا و الشهود ، يكون قلم المحكمة مسؤولا عن أداء المهام التالية :إخطار أو إشعار الضحايا أو ممثلهم القانوني ، مساعدتهم في الحصول على المشورة القانونية و تنظيم تمثيلهم القانوني و تقديم الدعم و المساعدة و المعلومات الكافية إلى ممثليهم القانونيين بما في ذلك التسهيلات لكي يؤدوا واجبهم مباشرة ، كما يكون المسجل أيضا مسؤولا عن الأمن الداخلي للمحكمة بالتشاور مع هيئة الرئاسة و المدعي العام، فظلا عن الدولة المضيفة و يقوم المسجل بوضع قاعدة للبيانات تحتوي على جميع تفاصيل كل القضايا المعروضة على المحكمة مع حماية البيانات الشخصية الحساسة ، و تكون المعلومات التي تحتوي عليها قاعدة البيانات متاحة للجمهور بلغات عمل المحكمة (14).

المبحث الثاني:اختصاصات المحكمة الجنائية الدولية و إجراءات المحاكمة فيها.

يعرف الاختصاص بأنه الصلاحية لقيام بالعمل، أما الاختصاص القانوني الدولي فيعني سلطة المحاكم الدولية في الفصل في المنازعات الدولية طبقا لقواعد القانون الدولي و على هذا الأساس سوف نتطرق في هذا المبحث إلى اختصاصات المحكمة الجنائية الدولية و كذلك إلى إجراءات المحاكمة أمامها كما سوف نتطرق إلى العلاقة بين المحكمة الجنائية الدولية و منظمة الأمم المتحدة .

المطلب الأول : اختصاصات المحكمة الجنائية الدولية.

تتمثل اختصاصات المحكمة الجنائية الدولية في الاختصاص الزماني ، و الإختصاص المكاني ، والاختصاص الشخصي ، و الاختصاص الموضوعي :

الفرع الأول:الاختصاص الزماني و المكاني للمحكمة.

بالنسبة للاختصاص الزماني للمحكمة و هو مستقبلي و لا يسري على الجرائم التي ارتكبت قبل سريان المعاهدة التي بين الدولة و المحكمة، أما بالنسبة لاختصاص المكاني، فالمحكمة تختص بالجرائم التي تقع في إقليم الدولة التي تكون طرفا في النظام أما إذا وقعت الجريمة على إقليم دولة ليست طرفا في النظام فلا تختص المحكمة إلا إذا قبلت الدولة اختصاص المحكمة (15).

الفرع الثاني:الاختصاص الشخصي و الموضوعي.

أولا:الاختصاص الشخصي.

تمارس المحكمة اختصاصها تجاه الأشخاص الذين يرتكبون جرائم بعدم دخول النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية حيز التنفيذ (المادة 24 من نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية) و بالتالي لا يمكن محاكمة أي شخص عن جرائم ارتكبها قبل ذلك (مبدأ عدم الرجعية الشخصية) و مع ذلك لا يمكن للمحكمة أن تمارس اختصاصها تجاه الأشخاص الذين كان عمرهم أقل من 18 سنة وقت ارتكاب

الجريمة (المادة26 من نفس النظام المذكور أعلاه) و تمارس المحكمة اختصاصها في الأحوال الآتية : (المواد 13-15 من نفس النظام المذكور أعلاه، بإحالة الدعوى إلى المدعي العام من الدولة طرف في النظام الأساسي أو بإحالة الدعوى إلى المدعى العام من مجلس الأمن بتطبيق للفصل السابع من ميثاق الأمم المتحدة أو إذا فتح المدعي العام تحقيقا من تلقاء نفسه بخصوص معلومات خاصة بالجرائم التي تدخل في اختصاص المحكمة و كما يجوز للدولة غير الطرف وفقا للفقرة 03 من المادة 12 من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية بموجب إعلان يودع لدى سجل المحكمة أن تقبل ممارسة هذه المحكمة لاختصاصاتها فيما يتعلق بالجريمة قيد البحث على أن تتعاون الدولة غير طرف مع المحكمة دون أي تأخير و استثناء وفقا لأحكام الباب التاسع من هذا النظام الخاص بالتعاون الدولي و الولاية القضائية أما بالنسبة لوقف إجراءات التحقيق و الملاحقة يمكن وقف إجراءات التحقيق و الملاحقة لمدة 12 شهرا بمقتضى قرار صادر عن مجلس الأمن بالتطبيق للفصل السابع من الميثاق (ميثاق الأمم المتحدة) (16).

ثانيا:الاختصاص الموضوعي.

يشمل اختصاص المحكمة الجرائم التالية :

(المواد من 5إلى9 من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية) جريمة إبادة الجنس البشري و الجرائم ضد الإنسانية و جرائم الحرب و جريمة العدوان حيث تمارس المحكمة اختصاصها تجاه هذه الجرائم حيثما يتم إقرار تعريف لها و بشروط اللازمة لممارسة المحكمة لهذا الاختصاص و إن اختصاص المحكمة يمتد وفقا للمادة 2/8 أيضا إلى الجرائم التي ترتكب خلال المنازعات المسلحة غير ذات الطابع الدولي مثل تلك المنصوص عليها في المادة 3 المشتركة من اتفاقية جنيف لعام 1949 (كأخذ الرهائن و الاعتداء على السلامة الجسدية أو على الحياة أو على كرامة الإنسان) و غيرها من الأفعال التي تخالف القوانين و الأعراف المطبقة على تلك المنازعات أو على كرامة الإنسان (17).

المطلب الثاني:إجراءات التحقيق و المحاكمة أمام المحكمة الجنائية الدولية .

تتمثل إجراءات التحقيق و المحاكمة أمام المحكمة الجنائية الدولية فيما يلي:

الفرع الأول:إجراءات التحقيق.

يحتوي الباب الخامس من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية إجراءات التحقيق و الملاحقة المواد (53-61) من النظام الأساسي المذكور أعلاه و تتلخص أحكامه فيما يلي:يحق للمدعى العام أن يفتح تحقيقا إذا كانت هناك أسباب جدية تؤيد احتمال ارتكاب الشخص للجريمة و إن الشخص موضوع

التحقيق يتمتع بالعديد من الحقوق منها ألا يشهد ضد نفسه و ألا يعترف بأنه مذنب و لا يخضع لأي إكراه أو تهديد أو أن يكون معه مترجم و هيئة دفاع و أن يتم التحقيق معه في حضور محاميه....) (18).

تختص دائرة المحاكمة التمهيدية ببعض الأمور منها :إصدار الأوامر اللازمة لسير التحقيق و كفالة حماية الحياة الخاصة للمجني عليهم و الشهود و السماح للمدعي العام بإجراء تحقيق فوق إقليم دولة ما، إصدار أوامر القبض على الشخص ما و أوامر مثوله أمام المحكمة ...)

الفرع الثاني: إجراءات المحاكمة.

يحتوي الباب السادس من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية القواعد الخاصة بالمحاكمة في المواد 62-76 من النظام الأساسي المذكور أعلاه و الضمانات القانونية لحماية المتهم و إن تكون المحكمة عادلة في حضور المتهم مع مراعاة المبادئ السابقة ذكرها أعلاه و تصدر حكمها عند الاختلاف بالأغلبية المواد 63 و ما بعدها من النظام الأساسي السالف الذكر(19).

المطلب الثالث:العلاقة بين المحكمة الجنائية الدولية و منظمة الأمم المتحدة .

إن المحكمة الجنائية الدولية الدائمة تعد نتاجا فقهيا لجهود المنظمة الدولية للأمم المتحدة و تحديدا الجمعية العامة للأمم المتحدة لجنة القانون الدولي و حسب نظام الأساسي للمحكمة اختصت بالنظر في الجرائم الجنائية الدولية التي تتمثل في ما يلي :

1-جريمة الإبادة الجماعية .

2- جرائم ضد الإنسانية .

3-جرائم الحرب.

4-جريمة العدوان.

و بالتأكيد فإن المنظمة الدولية المتحدة توآزر المحكمة الجنائية الدولية و تساعدها على النهوض والارتكاز في تحقيق غايتها النبيلة التي انبثقت من أجلها .

إن الاتفاق المبرم بين المنظمة الدولية للأمم المتحدة و بين المحكمة الجنائية الدولية يؤكد على وجود علاقة قانونية بينهما و يعتبر الاتفاق المنظم للعلاقات القائمة بينها و بالتالي هناك تأكيدات على وجود

علاقة بين العدالة و الحفاظ على السلم الدولي الأمر الذي ظهر من خلال المؤسستين الدوليتين تلتزمان بالاحترام المتبادل لنظامهما القانونية مع التأكد إلى وجوب التعاون لتسهيل مباشرة مسؤولياتهما باستقلالية تامة.

كما أن التأكد على وجود علاقة بين المحكمة الجنائية الدولية و مجلس الأمن وفق لما ورد في مواد النظام الأساسي للمحكمة في نواحي متعددة و مختلفة سواء ما يتعلق بفعاليات أو سلطات مجلس الأمن اتجاه المحكمة و العكس صحيح و لا مكان للتشكيك في مدى استقلالية و حيوية المحكمة الجنائية الدولية (20).

إن القول بأن اختصاص المحكمة الجنائية الدولية تكميلي لاختصاص الدول في معاقبة مرتكبي الجرائم الدولية يؤدي إلى تأكيد مبدأ سيادة الدول و التي لها الأسبقية و أولوية في الحكم و الجزاء وفقا للقضاء الجنائي الوطني، و من هنا فإن مبدأ التكاملية يتعارض و يقف في وجه إحالة الدعوى من مجلس الأمن إلى المحكمة الجنائية الدولية من دون موافقة و رضا الدولة و قبولها لاختصاص المحكمة الجنائية الدولية (21).

و من أجل تحقيق احترام مبدأ السيادة و مبدأ التكاملية يحق للمحكمة الجنائية الدولية أن ترفض أية إحالة مرفوضة من الدول و ذلك حتى تصنع المحكمة الجنائية الدولية اعتبارا لمبدأ التكاملي و كذلك اعتبارا لمجلس الأمن للأمم المتحدة عند تقديرها أو إصدارها لقرار الإحالة دون موافقة الدولة المعنية أو رضاها عن التدخل المحكمة في محاكمة الجرائم موضوع قرار الإحالة للدعوى المعينة .

و في هذا الصدد يمكن لمجلس الأمن (الأمم المتحدة) أن يطلب من المحكمة الجنائية الدولية فتح تحقيق في حالة إعلامها عن قضية الإحالة في جرائم دولية تستدعي ذلك، على أساس أن قضية الإحالة الجرمية من الجرائم التي تنظر فيها المحكمة وفقا لنص المادة 5 من نظامها الأساسي(اتفاقية روما) (22).

لقد جاء في النظام الأساسي للمحكمة روما و في المادة الثانية تنظيم العلاقة بين المحكمة و الأمم المتحدة بموجب إتفاق تعتمده جميع الدول الأطراف في النظام الأساسي للمحكمة و يبرمه مع الأمم المتحدة بعد ذلك رئيس المحكمة نيابة عنه ،و في المادة الثالثة من النظام الأساسي بأن :

1-يكون مقر المحكمة في (لاهاي) بهولندا الدولة المضيفة.

2- تعقد المحكمة مع الدولة المضيفة اتفاق المقر تعتمده جميع الدول الأطراف و يبرم بعد ذلك مع رئيس المحكمة نيابة عنهم.

3-للمحكمة الجنائية أن تعقد جلساتها في أي مكان آخر عندما ترى ذلك مناسبا و بعد ذلك على النحو المنصوص عليه في النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية (23).

إن ما تقدم يعني أن تنظيم العلاقة بين المحكمة الجنائية الدولية و الأمم المتحدة يكون باتفاق لإقامة الصلة المطلوبة للتعاون الوظيفي بين المنظمتين أو المؤسستين مع المحافظة في نفس الوقت على استقلال المحكمة و هنا يثار السؤال الذي هو هل أن المحكمة تتمتع بالشخصية القانونية الدولية حتى تتمكن من إبرام اتفاقية مع الدول و المؤسسات الدولية الأخرى .

و الإجابة تكون بالإيجاب لأن وفقا للقانون الدولي فإن المحكمة تمتع بالمعايير الخاصة بالشخصية القانونية بكونها تتسم بالموصفات التالية :

1-حق الاتفاق الدائم بين الدول.

2-وجود هيكل تنظيمي لها.

3-التعبير الواضح و بصورة كافية في الأهداف و المقاصد بين المنظمة و الدول الأعضاء فيها .

4-وجود صلاحيات قانونية في النظام الأساسي يمكن ممارستها على الصعيد الدولي.

5-أهداف و مقاصد قانونية تسعى المنظمة إلى تحقيقها.

كما أن المحكمة الجنائية الدولية تتعاون مع منظمة الأمم المتحدة في مجالات عدة مثل إذا كان للكشف عن معلومات أو مستندات أو تقديم أشكال تعاون أو مساعدة من شأنه أن يعرض سلامة موظفي الأمم المتحدة الحاليين أو السابقين إلى الخطر أو يضر على النحو الآخر بأمن عمليات أو أنشطة الأمم المتحدة بصفة خاصة باتخاذ تدابير حماية ملائمة(24).

إن التعاون بين مجلس الأمن التابع للأمم المتحدة و المحكمة الجنائية يكون أيضا وفقا للفقرة ب من المادة 13 من النظام الأساسي عندما يكون مجلس الأمن متصرفا بموجب الفصل السابع من ميثاق الأمم المتحدة ،عندما يحيل إلى المدعي العام للمحكمة الجنائية، حالة ارتكبت فيها على ما يبدو جريمة أو أكثر من الجرائم المشار إليها في المادة 5 من النظام الأساسي للمحكمة ،فإن الأمين العام يحيل على الفور إلى مقرر مجلس الأمن و بشكل خطي إلى المدعي العام مشفوعا بالمستندات و المواد الأخرى التي تكون وثيقة صلة بقرار مجلس الأمن و كذلك تحال عن طريق الأمين العام المعلومات المطلوبة التي تقدمها المحكمة الجنائية الدولية إلى مجلس الأمن و وفقا للنظام الأساسي و القواعد الإجرائية و قواعد الإثبات(25).

الخاتمة:

خطت العدالة الجنائية الدولية خطوات عملاقة نحو تحقيق فكرة الردع الجنائي، و ملاحقة المتهمين في أشد الجرائم جسامة و أخطرها على أمن و سلام البشرية و يبقى أن تحقق الأهداف و الأغراض التي أنشات من أجلها المحكمة الجنائية الدولية، مرهون بمستوى التعاون الدولي في مجال تسليم و ملاحقة المجرمين ،و في نهاية دراستنا المتواضعة توصلنا بأن نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية قد وفق إلى حد كبير في حصر و تنظيم اشد الجرائم الدولية خطورة و المحددة في المادة الخامسة من النظام كما أن المحكمة الجنائية الدولية قد وفقت نوعا ما في التصدي و محاكمة مرتكبي أخطر الجرائم الدولية على البشرية جمعاء.

التوصيات:

1-توسيع الاختصاص الموضوعي للمحكمة ليشمل جرائم الإرهاب الدولي و جرائم الاتجار بالمخدرات لأنها جرائم خطيرة تهدد المجتمع الدولي.

2-ضرورة استبعاد وجود قرار صادر عن مجلس الآمن بخصوص جريمة العدوان في المادة الثامنة مكرر ، مفاده وقوع عمل عدواني ارتكبته الدول المعنية لكي لا تصبح المحكمة تحت سيطرة مجلس الأمن.

الهوامش:

1-عفاف شارف ، الاختصاص الموضوعي للمحكمة الجنائية الدولية ،مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماستر ،كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة محمد خيضر ، بسكرة،الجزائر ،2015،2014 ،ص4.

2-محمد حسن القاسمي ، إنشاء المحكمة الجنائية الدولية،مجلة الحقوق الكويتية ، العدد الأول ، 2003،ص65.

3-ونوفي جمال ، مقدمة في القضاء الجنائي الدولي، بدون طبعة،دار هومة للنشر و التوزيع ، الجزائر ،2015 ، ص 113، 114.

4-وسيلة شابو ، المحكمة الجنائية الدولية (القواعد الإجرائية)، بدون طبعة،دار هومة،للنشر و التوزيع، الجزائر، 2018، ص10.

5-عفاف شارف ، المرجع السابق، ص 12،13.

6-أنظرالمادة 36 من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية .

7-هيمداد مجيد علي المرزاني و عبد الغفور كريم علي ، نشأة و تكوين المحكمة الجنائية الدولية و نص اتفاقية روما الأساسي ،ط1،مكتبة زين الحقوقية و الأدبية ، لبنان ، 2016، ص24.

8-أنظر المادة 38 من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.

9-أنظر المادة 38 فقرة 02 من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.

10- ونوفي جمال ، مقدمة في القضاء الجنائي الدولي، المرجع السابق ، ص132.

11–المرجع نفسه ، ص 133 .

12–أنظر المادة 42 من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.

13– وسيلة شابو ، المحكمة الجنائية الدولية (القواعد الإجرائية)، المرجع السابق ،ص 23 .

14– ونوفي جمال ،المرجع السابق ، ص136 .

15–لندا معمر يشوي،المحكمة الجنائية الدولية و اختصاصها ، دار الثقافة للنشر و التوزيع ، عمان ، الأردن ،2010، ص110 و ما يليها .

16–محمد حمد حلبي، المركز القانوني الأسرى الحرب في القانون الدولي الإنساني ، دار النهضة ، القاهرة ، مصر، 2001 ،ص500.

17–على عبد القادر القهوجي ، القانون الدولي الجنائي ، أهم الجرائم الدولية ، منشورات الحلبي الحقوقية،لبنان ،2001 ص80.

18–محمود شريف بسيوني ، وثائق المحكمة الجنائية الدولية،معهد الدولي لحقوق الإنسان ، جامعة دي بول، شيكاغو، ط1،دار الشروق ، القاهرة ، مصر، ص128.

19–المرجع نفسه،ص128.

20–عبد الفتاح بيومي حجازي ،دار الفكر الجامعي . الإسكندارية ،مصر ،2006،ص7.

21–محمود شريف بسيوني،المرجع السابق ص208.

22–هيمداد مجيد علي المرزاني و عبد الغفور كريم علي ، نشأة و تكوين المحكمة الجنائية الدولية ، المرجع السابق ، ص33.

23–محمود شريف بسيوني ، المرجع السابق ،ص19.

24–زياد عيتاني ،المحكمة الجنائية الدولية و تطور القانون الدولي الجباني ، منشورات الحلبي الحقوقية ، لبنان ، 2009 ص286.

25– هيمداد مجيد علي المرزاني و عبد الغفور كريم علي ، المرجع السابق ،ص36.

تكوك نمير

السنة الثالثة دكتوراه ، تخصص القانون العام المعمق

جامعة ابوبكر بلقايد ، كلية الحقوق و العلوم السياسية – تلمسان–

teknoumeir@gmail.com:

معوقات التفعيل الجبائي

ملخص:

يعتبر الإصلاح والتحديث في أي مجال من العمليات المستمرة والمتواصلة ، تفرضها التحولات الاقتصادية و السياسية و الاجتماعية و المالية سواء على المستوى المحلي أو المستوى العالمي ، لذلك تسعى كل الدول إلى التحديث والتجديد بإصلاح أنظمتها و منها النظام الجبائي ليواكب هذه التقلبات.

ومن اجل تكريس هذه الإصلاحات و للوقوف على نجاعة و فعالية النظام الضريبي وتقييم مردوديته ، لا بد من تشخيص و دراسة دقيقة لأهم العوامل المعيقة و التي تحول دون بناء نظام جبائي فعال يضمن تحقيق الأهداف المرجوة منه ، ثم اقتراح بعض الإجراءات الواجب إتباعها لتحسين مردوديته.

الكلمات المفتاحية :

النظام الجبائي، الفعالية، المكلف بالضريبة، التهرب الجبائي، الضغط الجبائي، الازدواج الضريبي، الفساد الاقتصادي .

Résumé :

La réforme et la modernisation dans n’importe quel domaine sont des opérations continues, imposées par les transformations économiques, politiques, sociaux et financières, tant au niveau local qu’au niveau mondial, donc tous les états vont vers la modernisation et la rénovation à travers la réforme de leurs systèmes telle que le système fiscal pour la mise à jour avec ces fluctuations.

Et pour consacrer ces réformes et évaluer la rentabilité de se système, il est nécessaire de diagnostiquer et d’examiner soigneusement les facteurs les plus importants qui empêchent la mise en place d’un system fiscal efficace pour atteindre les objectifs souhaités, et puis proposer certains procédures à être suivie pour améliorer son rendement.

Mots clés : système fiscal , efficacité , le contribuable, évasion fiscale, pression fiscale, la double imposition, la corruption économique .

Summary :
Reform and modernization in any field are continuous operations, imposed by economic, political, social and financial transformations, both locally and globally, so all states are moving towards modernization and renovation in through the reform of their systems such as the tax system for updating with these fluctuations.
And to devote these reforms and evaluate the cost-effectiveness of the system, it is necessary to diagnose and carefully examine the most important factors that prevent the establishment of an effective tax system to achieve the desired objectives, and then propose certain procedures to be followed to improve its performance.
Key words: tax system, efficiency, the taxpayer, tax evasion, tax burden, double taxation, economic corruption

مقدمة :

إن المرحلة الاقتصادية التي مرت بها دول العالم الثالث بما فيها الجزائر ، قد وضعت هذه الأخيرة أمام مسؤولية التعجيل أكثر من ذي قبل في التنمية الاقتصادية والبحث عن أهم السبل والوسائل لتوجيه الاقتصاد الوطني وإدارته ، فأصبح من الضروري التوسيع أكثر في الموارد المالية من اجل تحقيق الإنعاش الاقتصادي .

وبما أن الجباية تلعب دورا كبيرا في الرفع من عملية التنمية الاقتصادية باعتبارها احد أهم المصادر الأساسية لتمويل ميزانية الدولة ، فان تطوير تحصيلها مرهون بمدى نجاح الإصلاحات الجبائية .

ومن اجل تكريس هذه الإصلاحات لابد من دراسة دقيقة لأهم العوامل المعيقة و التي تحول دون بناء نظام جبائي فعال يضمن تحقيق الأهداف المرجوة منه ، باعتبار ان هذا الاخير لا يسلم من عوائق وعراقيل تحول دون فعاليته واستمراره، بشكل من شأنه الانحراف عن التوقعات والنتائج المخطط لها مسبقاً.

من خلال ما سبق يمكن صياغة التساؤلات التالية تكون منطلقا لموضوع مقالنا و هي تتمحور حول :

– من هو المتسبب في عدم نجاعة أو فعالية النظام الجبائي ؟

–وما هي هذه المعوقات أو العراقيل التي تحد من تحقيق أهداف الجباية التي وضعت من أجلها ؟

ولعلنا سنحاول الإجابة عن ما سبق من خلال مبحثين .

-الأول نتطرق فيه إلى المعوقات بفعل المكلف بالضريبة .

-الثاني نتطرق فيه إلى المعوقات بفعل السياسة الجبائية المنتهجة .

المبحث الأول: المعوقات بفعل المكلف بالضريبة.

يلعب المكلف أو الممول دوراً كبيراً في التحصيل الجبائي، لأنّ احترامه لقواعد فرض الضريبة والوعاء الضريبي و معدلات الضريبة ومعرفته بكل ما يتعلق بالنظام الجبائي ومحاولة تطبيقه للقوانين والخضوع لأوامر الإدارة الجبائية، كل ذلك يساهم في نجاعة وفعالية النظام الجبائي.

غير أن الواقع المعاش يعكس غير ذلك بفعل الممارسات التي يقوم بها المكلف بالضريبة، والتي من أهمها الغش والتهرب الضريبيين، وغياب الحضارة والوعي الجبائي.

المطلب الأول: الغش أوالتهرب الجبائي.

إن تصور ظاهرة الغش الجبائي وما ينتج عنها من آثار سلبية يستدعي تحديد الظاهرة بشكل دقيق، ومعالجتها من أسبابها والتي تعتبر كثيرة ومتعددة.

فيعتبر الغش الجبائي أحد وجهي التملص من الاقتطاعات الإجبارية بمعارضة ومخالفة صريح التشريعات والقوانين و الإجراءات الجبائية للتخفيف من حدة العبء الجبائي جزئيا أو كليا، وتحميله إلى جهات أخرى.

إنه من الصعب تحديد مفهوم الغش الضريبي تحديداً دقيقاً لتباين التشريعات الجبائية من دولة إلى أخرى، واختلاف وجهات نظر كتاب وعلماء المالية، إذ أن تحديده يستند إلى إلتحام آراء رجال القانون والاقتصاد ومختصي الجباية[1] فعرِّف على أنه: « مخالفة القوانين الجبائية بهدف الإفلات من الاقتطاعات أو تقليل حجم الوعاء الضريبي»[2].

وعرّفه (André Barilari) بأنه: «الامتناع أو التخفيض بطريقة غير شرعية عن دفع الضرائب المستحقة، ونماذجه متنوعة جدا كالأخطاء الإدارية في التصريحات، تخفيض الإيرادات، تضخيم النفقات»[3].

وقد كتب جون جاك نوّي (Jean-Jacques Neuer): « الغش الجبائي ينجم عن إخفاء قسم من الضرائب أو تعظيم جزء من التكاليف، وهو ما يوصف بالسلوك الإجرامي»[4].

أما التهريب الجبائي فهو خلاف الغش فقد عرّف على أنه: « تخلص المكلف من العبء الملقى عليه كليا أو جزئيا دون أن يعكس عبئه على الغير»[5].

ويكمن الفرق بين التهرب والغش الجبائيين في كون الأول يُستند إليه باستغلال الثغرات والفجوات الموجودة في التشريع التي تشكل منفذ له، لتدنية الأعباء الجبائية المستحقة عليه، و هنا لا مسؤولية له ، أي لا يعاقب عليه القانون[6]. أما الغش الجبائي فهو التملص بصفة إرادية من القانون، بانتهاج سبل التزوير والتدليس، ويكون صاحبه مسئولا أمام القانون، وفي حالة اكتشافه يتحمل غرامات وعقوبات مادية ومعنوية.

* أوجه التشابه والاختلاف بين الغش والتهرب الجبائيين

أ-أوجه التشابه : - كلاهما يؤدي إلى تدنية العبء الجبائي.

- كلاهما ناجم عن انعدام الحس المدني.

- كلاهما ناجم عن سوء نية.

ب- أوجه الاختلاف : - الغش يتم بمخالفة صريح التشريع، وهو خلاف التهرب.

- الغش يوقع على المكلف عقوبة على خلاف التهرب فهو مشروع.

الفرع الأول-أركان الغش

مما سبق ذكره من تحديد مفهوم الغش الجبائي يتبين أنه يرتكز على ركنين وهما الركن المعنوي والركن المادي وهما كالتالي:

أولا–الركن المعنوي: ويعني قصد المكلف ومدى وعيه عند مباشرة اختراق القوانين وارتكاب المخالفات، فالإدارة الجبائية تعمل جاهدة على التثبت من قصد المكلف إن كان بحسن أو

بسوء نية؟، ويتجلى إثبات سوء النية من خلال عدم تقديم التصريحات أو إهمالها، وكذلك

بعدم الرد على توضيح الإرادة أو عن طريق أهمية الإخفاء وتكراره[7].

ثانيا–الركن المادي: ويقصد به الفعل محل الإخلال واختراق القوانين الجبائية، فلا يكون هناك فعل غش ما لم يتجاوز تأسيس الاقتطاع مبلغه الحقيقي، نتاجا لتطبيق الأحكام القانونية، أو نتيجة اتفاق مع الإدارة الجبائية.

الفرع الثاني–طرق وأساليب الغش

لقد اختلفت وتنوعت أساليب الغش باختلاف وتباين الأنشطة الممارسة، وتتلخص كل الطرق في نمطين: الأول يهتم بتعظيم التكاليف والنفقات، والثاني يتمثل في تدنية المداخيل، ونوجزها كالآتي:

أولا–تجنب الاقتطاع: فيعمل المكلف إلى تجنب الاقتطاعات من خلال تجنبه الواقعة المنشئة للاقتطاع، كأن يتجنب المنتج ممارسة الأنشطة المفروض عليها اقتطاعات عالية، أو كما يتجنب المستهلك طلب المنتجات المفروض عليها اقتطاعات عالية أيضا، وقد يستطيع الممول تجنب دفع الضريبة من خلال استغلال نقاط الضعف السائدة في التشريع، أو استغلال التضارب بين بنود التشريع واللائحة التنفيذية وبعض الإجراءات التنفيذية التي تصدرها وزارة المالية، وفي سبيل ذلك يلجأ للاستعانة بأهل الخبرة والاختصاص، وبالتالي لا تصدر عليه أي عقوبة للعدم ارتكابه أي خطأ[8].

ومما هو جدير بالاحتمال أن تكون هذه الثغرات القانونية طبيعة إرادية من المشرع بغية توجيه القطاعات الاقتصادية إلى ما تصبو إليه السياسة الاقتصادية عامة والجبائية خاصة.

ثانيا– تحميل العبء الجبائي إلى جهات أخرى: إذ يقوم الممول القانوني بتحميل العبء المفروض عليه أو المستحق أو المسدد في اتجاه المراحل التالية أو السابقة للإنتاج أو تداول للسلع والخدمات محل الإخضاع[9]، ويكون تحميل عبء هذه الاقتطاعات بالزيادة في الأسعار المطبقة من طرفهم أثناء فترة التوسع.

ثالثا– تخفيض القيمة الرأسمالية : حيث يعمد الخاضعون للاقتطاع وخاصة المنتجين إلى تخفيض الأصول المالية والمادية محل الإخضاع بما يعادل القيمة الرأسمالية الحالية للاقتطاع المستحق خلال العمر الإنتاجي المتوقع أو في الرفع من نفقات وتكاليف الخصم[10].

رابعا– التمرد الصريح ضد الإدارة الجبائية: وهو ما يؤدي غالبا إلى الصراع المسلح للإطاحة بالنظام السياسي والاقتصادي القائم[11].

الفرع الثالث–أسباب الغش الجبائي

إن النظر الدقيق في الغش الجبائي ومعرفة أسبابه ودوافعه أمر غاية في الأهمية، فعلى الرغم من أن أسبابه كثيرة ومتعددة تختلف باختلاف التشريعات المالية والأوضاع السائدة في المجتمع، إلا أنه يمكن ذكر جملة منها وهي كالآتي:

أولا–الأسباب الاقتصادية: تشكل الأوضاع الاقتصادية دورا في الغش الجبائي فتتناسب مقاومة المكلفين عكسا والحالة الاقتصادية، فتقل وقت الازدهار والرخاء الاقتصادي، وترتفع وقت الكساد والضعف[12]، إذ أنه من الواضح أن الأزمات المالية والاقتصادية للمكلف تجعله يتمادى في التملص والتهرب جزئيا أو كليا، في حين أن بعضا من ذوي الدخول البسيطة يسدّدون المستحقات الجبائية بصورة سليمة.

ثانيا–الأسباب السياسية: إن النظام الجبائي يعكس الطبيعة الاقتصادية والسياسية والاجتماعية للمجتمع، وتكمن أهميته في حاجة الدولة إلى موارد مالية تواجه بها السياسة الإنفاقية العامة، فزيادة الاقتطاعات لتجسيد سياسة اقتصادية واجتماعية ما تنافي رغبات وطموحات المجتمع، تجعل المكلفين يحاولون بشكل

من الأشكال محاولة التملص من هذه الاقتطاعات رغبة منهم في عدم التجسيد، لاعتقادهم بعدم رشاد هذه السياسة، وبالتالي تزداد مقاومتهم أكثر كلما فقدوا ثقتهم في سلطة متخذي القرار (الرئيس، الوزير)[13].

ثالثا–الأسباب الأخلاقية: تعتبر سلوكيات وتصرفات العنصر الجبائي (الفردية والجماعية) أحد أسباب الغش الجبائي، فكلما زادت درجة الوعي الجبائي للأشخاص الطبيعيين والمعنويين قلّ الغش، وكلما كان الوعي ضعيفا كان الباعث النفسي إلى التهرب قوياً وملموساً، ويقصد بالوعي مدى قناعة المكلف بتسديد ما عليه من التزامات تجاه الإدارة الجبائية، لذا توجب على الإدارة الجبائية أن تعمل على بناء جسور الثقة بينها وبين العنصر الجبائي، ذلك لما له من أثر على تحسين العلاقة وبالتالي زيادة الحصيلة الجبائية.

ومن جهة أخرى، فإن قلة درجة الوعي وسلوكيات العناصر الجبائية تخلق صعوبات ومشاكل تعترض سير الإدارة في تحديد الوعاء وتقدير مبلغ الاقتطاعات، مما يبعد بالضرورة تطبيق العدالة الجبائية، وكذلك ضعف سلوكيات موظفي الإدارة الجبائية من خلال عدم الالتزام بأخلاقيات المهنة، تقبلهم للرشاوى، وغياب الرقابة العامة، كلها تعد لحساب التهرب والمهربين.

رابعا–الأسباب القانونية: إن صياغة التشريع الجبائي وما يمتاز به من تعقد في التركيبة القانونية (وجود كم هائل من النصوص القانونية)، وصعوبة تسيير الاقتطاعات،يعتبر باعثاً ومحفزاً للغش الجبائي، فهناك كثرة الاقتطاعات (ضرائب على الدخل، الرسوم، إتاوات...) ووجود ثغرات في التشريع (قوانين الإعفاءات والتخفيضات) من شأنها المساهمة في التملص من الواجبات الجبائية، وهذا ما يؤخذ على الأنظمة الجبائية في الدول النامية[14].

كما أن عدم استقرار الأنظمة الجبائية وكثرة التغييرات والتصحيحات التي تطرأ عليها من حين لآخر بإدخال أحكام جديدة وإلغاء أخرى، لا يمكن العناصر الجبائية ولا موظفي الإدارة من استيعاب مضمون النظام الجبائي[15].

كما أن نظام العقوبات المفترض تطبيقه على المخالفات (غش، تأخير) الذي من شأنه أن يردع محاولات إفلات ديون الاقتطاع، ظل غائباً.

الفرع الرابع –تصنيفات الغش الجبائي:

يمكن تقسيم الغش الجبائي إلى عدة أصناف من حيث درجة تركيبه (تعقده) والمكان والمشروعية وهي:

أولا–من حيث درجة تركيبه (تعقده): وفي هذه الحالة نجد نوعين وهما الغش البسيط والغش المركب.

1–الغش البسيط: وهو اقتران سوء النية بالفعل محل الغش،وغاية العنصر الجبائي في ذلك التخلص من الاقتطاع المؤسس، وذلك بمحاولة خداع الإدارة الجبائية من خلال تقديم تصريحات خاطئة كانت أم ناقصة، أما حصول الغش دون نية قصد يعدّ من قبيل الغش الخطأ.

2–الغش المركب: ويعتمد العنصر الجبائي في هذا النوع إلى استعمال طرق تدليسية بنية القصد من خلال تقديم وثائق وفواتير مزورة، والامتناع عن تقديم تصريح للإدارة الجبائية ومسح كل الأدلة ترقبا لأي مراقبة جبائية. ويختلف الغش المركب عن البسيط بتوافره على العناصر التالية: عنصر النية، عنصر التدليس، والعنصر المادي.

ثانيا–من حيث المكان: ويشمل نوعين محلي ودولي وهما:

1–الغش المحلي: ويكون عند قيام العنصر الجبائي بالعزوف عن دفع المستحق الجبائي داخل وطن إقامته.

2–الغش الدولي: ويكون محله خارج الحدود السياسية للوطن الأصلي للعنصر الجبائي و يمارس من قبل الأشخاص الطبيعيين والمعنويين المتواجدين في مقرات اجتماعية خارج الحدود الوطنية[16]، كأن يتم التلاعب في التصريح بأسعار الصفقات التجارية.

ثالثا–من حيث المشروعية: ينقسم الغش الجبائي من حيث مشروعيته إلى غش جبائي مشروع وآخر غير مشروع.

1-الغش الجبائي المشروع: ويعني تخلص العناصر الجبائية من المستحقات الجبائية للاستفادة من الثغرات والفجوات الموجودة في القانون، إذن فالعنصر الجبائي يتصرف في إطار قانوني من خلال سلسلة الإعفاءات و التخفيضات، ومن أمثلة ذلك أن تلجأ بعض الشركات إلى توزيع أرباحها على شكل أسهم مجانية لصالح مساهميها للتخلص من أداء الضريبة على إيرادات القيم المنقولة، وذلك في حالة عدم النص القانوني على تناول مثل هذه الأوعية (الأسهم)[17].

2-الغش الجبائي غير المشروع: ويعني التخلص من دفع الاقتطاعات بالمخالفة الصريحة لصريح القوانين الجبائية بالتحايل والتدليس والتزوير واستعمال المزور في البيانات والتصريحات تجاه الإدارة الجبائية في مرحلتي تحديد الوعاء أو التحصيل، فيكون عند التحصيل مثلا بتعمد العنصر الجبائي لإخفاء أمواله (كليا أو جزئيا) حتى يتعذر على الإدارة الجبائية أن تستوفي مبلغ الاقتطاع المستحق.

المطلب الثاني: غياب الحضارة والوعي الجبائي.

إن غياب الإحساس والوعي الجبائي الخاص بالمكلف خاصة والمجتمع عامة لها تأثير مباشر على كل الأعوان الجبائيين (المكلفين). فضعف المستوى الأخلاقي و انعدام الوعي و تسيد ثقافة الفساد الجبائي واستمرارها وغياب التحضر الضريبي ، تعتبر أهم المحفزات لارتكاب التحايلات والمخالفات المتعددة للتملص من الضريبة . وهذا لجهل الكثير من الأفراد للدور الذي تلعبه الضريبة في الدول الحديثة وكذا لفقدان الثقة في السلطة الجبائية، أثرت هذه النقائص على مدى إقبال المكلفين للالتزام بواجباتهم الجبائية باعتبار أن وعي الفرد لمهام الدولة ودورها يحددان بالوعي المدني والجبائي.

و يكون الإحساس باللاعدالة من جهتين: الأولى، من حيث الضريبة المدفوعة أين يحس المكلفون أنهم يدفعون بأقساط أكبر من قدرتهم التساهمية وبأكثر من اللازم، وأنهم خاضعين بقيم إضافية تجعلهم يتجنبون الضريبة كأصحاب النفوذ مثلا. وجهة ثانية، غياب العدالة في توزيع موارد الدولة والاستفادة من ريوع الدولة.

إن تحسين الوعي الجبائي يعتبر من الأولويات التي تمر عبر تكثيف جهود الاتصال و العمل على تربية المكلف وخلق علاقة بناء على مبدأ العلاقات الإنسانية وتجنب الحساسية...[18] ، وهذا بهدف إقناع المواطن بالمنفعة الاقتصادية والاجتماعي للضريبة وليكتسب نظرة إيجابية للنظام الضريبي ونظرة سلبية للغش عامة والغش الجبائي خاصة.

إن المكلف يجب أن يكو ن ذو إحساس مكيف بالحضارة لإرساء قيم وعدالة اجتماعية تسمح له بتقبل الضريبة التي هي سعر الحياة الحضارية في المجتمعات الحضارية المتطورة.

المبحث الثاني: المعوّقات بفعل السياسة المنتهجة.

إن ثقل الاقتطاعات الجبائية (الضغط) تفرض على العنصر الجبائي حتمية تقليل العبء إلى أدنى حدوده الممكنة، بغض النظر عن المقدرة التكليفية، ومبدأ العدالة في تأسيس هذا الاقتطاع.

ولقد بيّنت تجارب الشعوب أن كل عنصر جبائي سواء بالبلدان المتطورة أو النامية يعمل جاهدا للتخلص من العبء الجبائي بالسبل كافة، فالموظف (العامل الأجير) يطالب بزيادة الأجر لينقل العبء إلى رب العمل وهذا الأخير يحمّله إلى تكلفة السلعة المنتجة، ليحملها التاجر في الأخير إلى ثمن البيع[19].

إن ارتفاع العبء الجبائي يدلي بآثار ونتائج سيئة تصيّر من السياسة الجبائية أداة للتفكك المالي والاقتصادي والاجتماعي والسياسي حيث يقول Tabatoni: « إن التحفيز الوحيد المؤكد للجباية المثقلة هو التحفيز على الغش».وتتجلى مظاهر المعوقات الجبائية هنا في الازدواج الضريبي وعدم استقرار النظام الجبائي وتعقّد النظام الجبائي والفساد الاقتصادي.[20]

المطلب الأوّل: الازدواج الضريبي.

طرحت فكرة العدالة الجبائية عدة مسائل منها ظاهرة الازدواج الضريبي التي حظيت باهتمام كبيرة على الصعيد المحلي والدولي من أجل تفاديها وسعيا وراء تحقيق التوزيع العادل للعبء الضريبي لذلك هذه الظاهرة تثار عند إقرار أي نظام جبائي.

الفرع الأول: مفهوم الازدواج الضريبي.

لما كان كتاب المالية العامة لا يتفقون على تعريف محدد لظاهرة الازدواج الضريبي فإن معظمهم يعرّفونه بأنه: « خضوع المال نفسه لأكثر من مرة لضريبة من نفس النوع ونفس الشخص في نفس المدة»[21].

من خلال التعريف السابق يتحقق الازدواج أو التعدد الضريبي بتوافر الشروط الآتية مجتمعة:

- أن يكون الممول واحدا.
- أن يكون المال الخاضع للضريبة واحدا.
- أن تكون الضريبتان أو الضرائب من نوع واحد أو متشابهة على الأقل.
- أن تكون المدة التي تدفع عنها الضرائب واحدة.

ويجرد بنا أن نميز بين الازدواج الضريبي القانوني والازدواج الضريبي الاقتصادي، فإذا فرضت ضريبة على أرباح شركة مساهمة، وأخرى على مساهميها في تلك الأرباح، لم يكن هناك ازدواج ضريبي من الناحية القانونية لتميز شخصية الشركة عن شخصية المساهمين.

أما من الناحية الاقتصادية، فإن هناك ازدواجية لأن المساهمين هم الذين يتحملون في النهاية كلتا الضريبتين[22].

الفرع الثاني: أنواع الازدواج الضريبي.

يختلف نوع الازدواج الضريبي من حيث مكان الوقوع (داخلي، خارجي)، ومن حيث إرادة المشرع من عدمه (مقصود، غير مقصود) ويلي تفصيلها كالآتي:

أولا–من حيث مكان الوقوع:

ويكون الازدواج في هذه الحالة إما داخليا (محليا) أو خارجيا (دوليا).

1–الازدواج الضريبي الدولي: يرجع هذا النوع من الازدواج إلى أن كل دولة لها السيادة في أن تضع نظامها المالي وفقا لحاجاتها ونظمها دون مراعاة للتشريعات الجبائية عند غيرها من الدول، ولهذا ينشأ الازدواج والتعدد طالما أن هذه التشريعات في الدول متباينة المبادئ[23]. إن هذه الظاهرة لها أهميتها

الخاصة كونها تمثل عقبة أمام انتقال عناصر الإنتاج بين مختلف الدول، وهذا ينعكس بشكل سلبي على التوزيع الأمثل والعادل للموارد البشرية والطبيعية في إطار الاقتصاد الدولي، والسبب وراء هذه الظاهرة يكمن في توسيع الدول في فرض الضرائب بهدف زيادة إيراداتها العامة[24].

2-الازدواج المحلي (الداخلي): هو ذلك الازدواج الذي يتم داخل حدود الدولة الموحدة ويتوفر بالشروط سالفة الذكر، نتيجة لتعدد السلطات المالية بحيث قد تفرض الحكومة المركزية ضريبة معينة ثم تقو م السلطات المحلية بفرض نفس الضريبة. ونجد هذا النوع يتحقق في الدول الفيدرالية مثل الولايات المتحدة الأمريكية، بحيث إذا فرضت الحكومة المركزية على وعاء ضريبي، ثم قامت ولاية من الولايات بفرض نفس الضريبة على نفس الوعاء، فهنا يتحقق الازدواج الضريبي الداخلي، ونفس التفسير يطبق على الدولة البسيطة الموحدة[25].

ثانيا-من حيث إرادة المشرع:

هناك نوعين من الازدواج هما:

1-الازدواج المقصود: يتضح من اسمه أن المشرع قام بفرضه بإرادته وعلمه بنتائجه وذلك لتحقيق متطلبات السياسة الجبائية من أجل تحقيق أهداف مالية واقتصادية واجتماعية إضافة إلى تأمين إيرادات الهيئات المحلية.

فالأغراض المالية تتمثل في تمويل الخزينة العامة للدولة بالإيرادات اللازمة لدفع العجز. وتتمثل الأغراض الاقتصادية في توجيه المشروعات نحو الاستثمار المرغوب فيه ودعمه أما الأغراض الاجتماعية فتتحقق

عن طريق فرض ضرائب على رأس المال بحيث تزيد من أعباء الطبقات الغنية دون الطبقات الفقيرة بالإضافة إلى الضرائب التصاعدية، كل ذلك يهدف إلى توزيع الدخول بطريقة عادلة.

2-الازدواج غير المقصود: ويعني بأن الضرائب التي يتم فرضها ستؤدي إلى الازدواج دون أن يدرك المشرع ذلك، ويحدث ذلك على الغالب بسبب الخلل في التشريع، وعدم توزيع الاختصاص الضريبي بصورة دقيقة بين السلطات المركزية والسلطات المحلية أو عدم وجود اتفاقيات دولية لمنع هذا الازدواج.

الفرع الثالث : سبل معالجة الازدواج الضريبي.

نظرا لما يسببه الازدواج الضريبي من آثار سلبية على الممول وعلى الاقتصاد الوطني، فان جلّ التشريعات تهدف إلى الحد منه بالقضاء على أسبابه.

أولا-أسباب الازدواج الضريبي:

سواء على الصعيد الداخلي أو الصعيد الدولي تعود أسبابه إلى عوامل اقتصادية واجتماعية ومالية، ومن هذه الأسباب:

- تزايد حجم النفقات العامة مما يدفع الدولة إلى التوسع في فرع الضرائب.
- رغبة الدول في تخفيف العبء النفسي على الأشخاص من خلال ارتفاع معدلات الضرائب وتقسيمها (المعدلات) على أكثر من شريبة متشابهة.
- التوسع في الأخذ بمبدأ شخصية الضريبة مما يتطلب فرض الضريبة على كافة الدخل دون مراعاة مصدره.
- الحركة القوية لحركة رؤوس الأموال الأجنبية وسهولة انتقال اليد العاملة بين الدول.
- اختلاف التشريعات الجبائية وعدم التنسيق بينها[26].

ثانيا-سبل معالجة الازدواج الضريبي:

تتم معالجة الازدواج الضريبي على المستوى الداخلي من خلال قيام الدول بعدم فرض الضرائب إلا على الأموال الواقعة على أراضيها وما يتحقق داخل حدودها من أرباح، أو أنه في حالة امتداد سلطاتها الجبائية إلى الخارج أن تقوم بخصم من ضرائبها ما يدفع من ضرائب عن نفس الأموال والأرباح في الخارج.

أما فيما يتعلق بالازدواج الضريبي الدولي، فيتم علاجه من خلال الاتفاقيات الدولية التي من شأنها أن تخفف أو تلغي حدة التعدد الضريبي الدولي، فقد تكون هذه الاتفاقيات ثنائية أو متعددة أطراف بين هيئات دولية، بحيث تلتزم الدولة الموقعة عليها لمعالجة التعدد الضريبي الدولي بصفته يشكل عائقا أمام حرية تنقل رؤوس الأموال بين مختلف الدول[27].

المطلب الثاني: تعقد النظام الجبائي وعدم استقرار تشريعاته.

بالإضافة إلى الازدواج الضريبي ، فان النظام الجبائي لا يسلم من عوائق أخرى تثبط من نجاعته و هي راجعة أصلا إلى كثرة التعقيدات التي يتسم بها هذا النظام و التي قد ترجع أساسا إلى كثرة التشريعات المنظمة له و عدم استقرارها و هذا ما سنحاول التطرق له في ما يلي :

الفرع الأول – تعقد النظام الجبائي

يكمن تعقد النظام الجبائي في كثرة عدد الضرائب والمعدلات وطرق حسابها، فالمكلف مثلا يصرح بمدخول أقل كلما كان معدل الإخضاع مرتفعا، هذه الوضعية أفضت بجعل النظام الجبائي غير عادل وفتح الثغرات للمكلفين من أجل تجنب الضريبة، فالمكلفون يجدون أعذارا مناسبة أمام تساؤلات الإدارة الضريبية، وهذه الأخيرة تجد صعوبة في المراقبة بسبب تعقد وتنوع النماذج المستعملة من جهة، ومن جهة أخرى أن المكلف يجد نفسه أمام أعوان تنقصهم الكفاءة وبوسائل هشّة، وهذه ميزة أغلب الدول النامية.

إن الاقتطاع الذي تفرضه الإدارة الجبائية على المكلف له آثار كبيرة على أداء واجباته الجبائية وكذلك آثار وخيمة على الاقتصاد الوطني ككل. والثابت أن ارتفاعه يدعو أكثر إلى التهرب أو الغش خاصة مع تدني مستوى الدخل الوطني، وعدم تناسب الأسعار مع القدرات التساهمية للأفراد، وبالتالي يعتبر كحالة نتجت عن حجم الاقتطاعات الجبائية التي فاقت الحد المعقول و هذا يجعل النظام الجبائي في مواجهة قاعدة المعدلات تقتل المجاميع.

الفرع الثاني: عدم استقرار التشريع الجبائي.

يعاني النظام الجبائي في الجزائر على الخصوص، من مشكلات من شأنها أن تعوق تطبيق السياسة الجبائية ككثرة التعديلات المستمرة والمتعددة من خلال قوانين المالية العادية والتكميلية، فضلا عن أن بعض الصياغات القانونية غير الواضحة بشكل دقيق لهذه القوانين وكثرة بنود بعضها أدى إلى عدم وضوح الرؤية لدى الأطراف الفاعلة في المنظومة الجبائية وخلق نوع من التدبدب في تنفيذ واستمرارية المنظومة التشريعية الجبائية.

لقد أظهرت الكثير من الدراسات التي تناولت هذا الموضوع أن مشكلة عدم الفعالية للنظام الجبائي تكمن في عدم قدرته على التخلص من عادة التعديلات المستمرة بمناسبة إعداد قوانين المالية، رغم ان هذه الإجراءات الجبائية تضمنت بعض الاتجاهات الإيجابية للنظام الجبائي كتخفيض نسبة الضريبة على أرباح الشركات وتخفيض معدلات الرسم على القيمة المضافة وإلغاء الازدواج الضريبي على المداخيل المتأتية من توزيع الدخول .

المطلب الثالث: الفساد الاقتصادي.

كانت الأزمة الاقتصادية العالمية لسنة 1929 نتاجا إلى زيادة حدة المضاربة في البورصة قصد الحصول على ربع سريع وسهل خلافا لقوانين السوق، وكان القرن التاسع عشر شاهدا على الفضائح العديدة في البلدان الرأسمالية التي كان زعماؤها رجال السياسة وأصحاب البنوك ووكلاء البورصات حيث أن

الانحراف الأخلاقي هو الرافد الذي يغذي ظاهرة الفساد التي تحول دون فعالية النظام الجبائي، مشجعة التهرب الضريبي الذي يمارس وفق طرق مشروعة، إذ يفضي إلى امتيازات جبائية لغير مستحقيها، مما يهدر أهداف السياسة الضريبية ومن صور هذا الفساد: البيروقراطية، المحسوبية، الرشوة، استغلال النفوذ السياسي والمناصب لخدمة المصالح الخاصة، وجود السوق السوداء...الخ، وبالتالي تعتبر ظاهرة الفساد الاقتصادي عائقاً أمام فعالية النظام الجبائي، لذا يجب مكافحتها بالبحث عن جذور نشأتها والقضاء عليها.[28]

وتقوم مكافحة الفساد هنا على طريقتين، الأولى على أساس العقاب والثانية على أساس الوقاية، وهناك تكامل بين الطرفين، ودرجت الدول النامية على تطبيق الطريقة الثانية "العقاب" دون التطرق لأصول وجذور المشكلة، فالعلاج الجذري للفساد هو إزالة أسبابه وأولها المادية، ففي البلدان النامية يلاحظ أن معظم المرتشين يقعون ضحية للفساد بسبب افتقارهم للحد الأدنى من الدخل، فإذا ما ارتفعت الأجور والرواتب، وتم تعزيز معايير الشفافية والمحاسبة في العمل، فقد تختفي بعض مظاهر الفساد. أما تعامل الدول المتقدمة مع قضايا الفساد فيتسم بالمعالجة الجذرية، وهو الأمر الذي يؤدي إلى كبح جماح الفساد، لأن هناك منظومة متكاملة من المؤسسات قادرة على كشف أي انحرافات أو إساءات استخدام السلطة، فهذه الدول تؤمن بأن القضاء على الفساد لا يتم ذاتياً من

داخل الحكومة، بل من خارجها.

ولا يمثل الفساد في الدول المتقدمة ظاهرة عامة، لأنه لا يصمد أمام المؤسسات المعنية بالمحاسبة والمساءلة القضائية، ويلاحظ كذلك أن حكومات بكاملها تستقيل مجرد أنه أشيع أن بعض أعضائها متورطون في قضايا الفساد. وهذا يرجع إلى أن مؤسسات المجتمع المدني في هذه الدول "الصحافة والجمعيات غير الحكومية" تتمتع بحيوية تستمدها من دساتير بلدانها وقوانينها، ومن التقاليد الديمقراطية التي ترسخت فيها التي تمكنها من محاربة الفساد. أما الفساد في الدول النامية فإنه أكثر حجماً وانتشاراً

على عكس الدول المتقدمة التي يبقى فيها الفساد مجرد حالات فردية، ويواجه لدى حصوله بأقصى حملات التشهير إعلامياً ويلاحق الفاسدون والمفسدين قضائياً وسياسياً، مهما علا شأنهم السياسي أو الاقتصادي[29].

الخاتمة:

رغم التطور الذي شهده النظام الجبائي في مختلف الجوانب و ما صاحبه من زيادة في المردودية المالية لمختلف الضرائب إلا أن النتائج المتحصل عليها لم تكن كافية لتحقيق الأهداف الإستراتيجية المتمثلة في إحلال الجباية العادية محل الجباية البترولية، مما يتطلب إجراءات فورية ومستدامة من شأنها رفع من كفاءة الإدارة الضريبية لتصبح أكثر قدرة على التكيف مع المتغيرات المتسارعة التي يعرفها الاقتصاد العالمي ، الإقليمي و المحلي خاصة في ظل عقد اتفاقية الشراكة الأورو متوسطية مع الاتحاد الأوروبي و التي دخلت حيز التنفيذ في الفاتح من سبتمبر 2005 ، و كذا العمل على الاستجابة لمتطلبات الانضمام للمنظمة العالمية للتجارة ، و للرفع من مردودية النظام الجبائي الجزائري في ظل هذه البيئة يجب العمل على تحديثه وفقا لما يلي:

– العمل على إجراء تغييرات جذرية لبعض الضرائب و الرسوم حيث أن بعضها قديم ولم يعدل أو يحين , كما أن هناك قصور في إجراءات التبليغ و المتابعة و التحصيل.

– الحد من التهرب و الغش الضريبي بتبسيط النظام الجبائي و تحديثه.

– ممارسة الإدارة الضريبية لصلاحياتها في تحصيل بعض الضرائب والرسوم المحلية.

– تطوير الكفاءة في الموارد البشرية و في الأجهزة المالية العمومية.

– توفير الوسائل و الإمكانيات الحديثة في التعاملات الجبائية.

– العمل على إحداث ثقة بين المكلف بالضريبة و الإدارة ، وهذا من جهة عن طريق تكريس العدالة بفرض الضرائب على الفئات الممتلئة ماليا و إعفاء الفئات المعسرة ، و من جهة أخرى إعادة تقسيم العائدات المتأتية عن الجباية و توجيهها لخدمة الفئات المعوزة و الفقيرة، ووضع إستراتيجية حقيقية و ملموسة على أرض الواقع لخدمة المرافق العامة .

الـــــــــهـــــــــوامـــــــــش:

1. André Margairaz, La fraude fiscale et ces succédanés, éd. Vaudoise Lausanne, 1977, p 16.

2. L-Mehl Et Beltrame, Science et technique fiscales, Thémis, paris, France,1984, p 687.

3. André Barilari, Lexique fiscale, PUF, France, 1984, p 13.

4. Jean-Jacques Neurer, Fraude fiscale internationale. Presses Universitaires de France (PUF) , France,1985, p 154 .

5. حسن عواضة، عبد الرؤوف قطيش، المالية العامة والموازنة والضرائب، دار الخلود للصحافة 1995، ص 391.

6.نصيرة يحياوي، الغش والتهرب الجبائيين، رسالة ماجستير، معهد العلوم الاقتصادية، جامعة الجزائر 1998، ص 44.

7. فلاح محمد ، التهرب الجبائي وتأثيره على دور الجباية في التنمية الاقتصادية، مذكرة ماجستير في العلوم الاقتصادية، جامعة الجزائر، 1997، ص ص 146- 147.

8. Nicolas Reichen, Impôt ‘’Evasion, soustraction et fraude fiscale et blanchiment des capitaux’’, l’expert comptable, Suisse, 2002, p 706.

9. سعيد عبد العزيز عثمان، شكري رجب العشماوي، اقتصاديات الضرائب،الدار الجامعية،طبعة 2007، ص 154.

10. Jean Claude Martinez, La fraude fiscale, op.cit., p 71.

11. فلاح محمد ، السياسة الجبائية، المرجع السابق، ص 97.

12. فوزت فرحات، المالية العامة والتشريع الضريبي العام، لحسون للنشر والتوزيع والتوزيع، بيروت، الطبعة الاولى، 1997، ص 78.

13. فوزت فرحات، المرجع السابق، ص 79.

14. الحاج طارق، المالية العامة، دار صفاء للنشر والتوزيع، الأردن، 1998، ص 84.

15. فلاح محمد، السياسة الجبائية، المرجع السابق، ص 79.

16. نصيرة يحياوي، المرجع السابق، ص 51.

17. غازي عناية، المالية العامة والتشريع الضريبي، دار الآفاق، عمان، الأردن، 1998، ص 181.

18. Brahimi Abdelhamid, L'économie algérienne, OPU, Alger, 1991, p 472.

19. شامية أحمد زهير، خالد الخطيب، المالية العامة ، دار زهران للنشر و التوزيع، عمان، طبعة 1997، ص 213.

20. فلاح محمد ، السياسة الجبائية، المرجع السابق، ص 72.

21. زينب حسن عوض الله، مبادئ المالية العامة، الدار الجامعية، بيروت،لبنان، 1998، ص 180.

22. فوزي عبد المنعم،المالية العامة و السياسة المالية، منشأة المعارف،الاسكندرية، مصر،1985 ، ص 229.

23. فوزي عبد المنعم، المرجع السابق، ص 231.

24. ناصر مراد، فعالية النظام الضريبي وإشكالية التهرب، أطروحة دكتوراه، معهد العلوم الاقتصادية الجزائر، 2001، ص 164.

25. بريشي عبد الكريم، فعالية النظام الجبائي في ظل توجيه الاقتصاديات المحلية نحو العولمة، مذكرة ماجستير، كلية العلوم الاقتصادية، جامعة تلمسان، ص 97.

26. بريشي عبد الكريم، مرجع سابق، ص 99.

27. فوزي عطوي، المالية العامة، النظم الضريبية وموازنة الدولة ،منشورات الحلبي الحقوقية, طبعة 2003، ص 270.

28. قويدر نبق ، أثر النظام الجبائي على سلوك المكلف بدفع الضريبة ، مذكرة ماجستير كلية العلوم الاقتصادية ، جامعة عمار ثليجي، الاغواط ، 2009 ، ص 44 .

29 صخر عبد الله الجنيدي،مكافحة الفساد الضريبي، مقال منشور بمجلة الوطن، راماالله، فلسطين، ص 17.

مبدأ التقاضي على درجتين في مواد الجنايات في التشريع الجزائري

أ.تجينـــــي عبـــد القـــــــادر

طالـــب دكتـــوراه سنـــــة ثانية

تخصـــــص علـــوم جنائيـــــة

المركز الجامعي نور البشير البيض

(معهـد الحقـوق والعلوم السياسية)

الهاتـــف : 06.59.66.15.15

البريد الالكتروني : tedjiniavocat32@gmail.com

ملخص

نظرا لمصادقة الدولة الجزائرية على العديد من الاتفاقيات الدولية التي كرست نظام التقاضي على درجتين في مادة الجنايات أحدث المشرع الجزائري عدة تغييرات ليتماشى مع هاته المبادئ و كان أبرزها التعديل الدستوري لسنة 2016 إذ أنه و في نص المادة 160 منه جاء بمسألة التقاضي على درجتين في مواد الجنايات و لتفعيل هذا المبدأ تم إجراء تعديل على قانون الإجراءات الجزائية بموجب القانون رقم : 07/17 المؤرخ في : 27 مارس 2017 و خلاله تم إنشاء محكمتي جنايات الأولى ابتدائية و الثانية استئنافية مقرهما المجلس القضائي و بالتالي أصبح الأشخاص المتابعين بجنايات بموجب قرار الإحالة الصادر عن غرفة الاتهام يمارسون حق التقاضي على درجتين في مادة الجنايات.

الكلمات المفتاحية :محكمة الجنايات الابتدائية –محكمة الجنايات الاستئنافية–دستور 2016 –إجراءات التقاضي على درجتين .

Résumé

Compte tenu de la ratification par l'État algérien de plusieurs conventions internationales consacrant le système judiciaire à deux degrés en droit pénal, le législateur algérien a introduit plusieurs modifications pour se conformer à ces principes, dont la plus importante était l'amendement constitutionnel de 2016. Dans le texte de l'article 160, Afin de mettre en œuvre ce principe, une modification a été apportée au Code de procédure pénale par la loi n ° 17/07 du 27 mars 2017, au cours de laquelle les tribunaux pénaux de première et de deuxième instance ont été mis en place. Chambre d'accusation pour avoir exercé le droit de litige à deux degrés dans le sujet de crimes.

Les mots clés:

Tribunal pénal de première instance - Appel Cour pénale - Constitution de 2016 - Procédures contentieuses à deux degrés.

مقدمة

يتوجب على الدولة بعد مصادقتها أو انضمامها إلى العهدين الدوليين لحقوق الإنسان الالتزام بتنفيذ بنودها و تجسيدها في تشريعاتها الداخلية المختلفة ، مع قبول المهام الأخرى للأجهزة التي أنشأها هذان العهدان من أجل المراقبة و التنفيذ ، و التزام الدول بما ورد في العهدين الدوليين يدخل ضمن إطار المادتين (55)و(56)من ميثاق الأمم المتحدة ، اللتان تنصان على الالتزام القانوني الذي يفرضه الميثاق على الدول الأعضاء لتتعاون فرادى أو جماعات مع هيئة الأمم المتحدة ، من أجل تحقيق الاحترام العالمي و الفعال لحقوق الإنسان و الحريات الأساسية للجميع، بلا تمييز بسبب العرق أو الجنس أو اللغة أو الدين**(1)** فالهدف الأساسي لهذا التعاون في نهاية المطاف هو التكريس الحقيقي للحقوق و الحريات ، و لا يأتي ذلك إلا بالتزام الدول بتعهداتها**(2)** .

و تعتبر الجزائر من الدول السباقة التي صادقت على العهدين الدوليين لحقوق الإنسان ، و ضمنت نصوصهما بقوانينها الداخلية المختلفة،ففي إطار إصلاح العدالة قامت الدولة الجزائرية بالعديد من الإصلاحات خاصة فيما يتعلق بمسألة التقاضي على درجتين في مواد الجنايات .

إذ أنه و بالرجوع إلى نص المادة14 من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية و السياسية نجدها تنص على حق الإنسان في التقاضي على درجتين أمام القضاء الجزائي ، أدخل الدستور الجزائري الصادر في:

2016 هذا المبدأ في مادته 160(**3**) إذ نصت على ما يلي "تخضع العقوبات الجزائية إلى مبدأي الشرعية و الشخصية .

يضمن القانون التقاضي على درجتين في المسائل الجزائية و يحدد كيفية تطبيقاتها"(**4**).

و هذا ما دفع بالمشرع الجزائري أن يقوم بتعديلات في قانون الإجراءات الجزائية لإصلاح نظام محكمة الجنايات و الذي كان يجعل المحاكمة الجنائية على درجة واحدة فقط تتميز بالاعتقال قبل ثبوت التهمة بإصدار ما يسمى بالأمر بالقبض الجسدي قبل المحاكمة في الجرائم الموصوفة جنايات مما يمس بحرية الأشخاص و قرينة البراءة المقدسة في الدستور(**5**).

إن القانون رقم : 07/17 المؤرخ في : 2017/03/27 المعدل و المتمم للأمر رقم : 155/66 المؤرخ في :1966/06/08 المتضمن قانونا الإجراءات الجزائية جسد فكرة التقاضي على درجتين خاصة في نص المادة 2 فقرة7 منه إذ نصت على:" أنه لكل شخص محكوم عليه الحق في أن تنظر في حكمه جهة قضائية أعلى"و بالتالي تم إنشاء محكمة الجنايات الابتدائية و محكمة الجنايات الاستئنافية على مستوى كل مجلس قضائي اختصاصهما الفصل في الأفعال الموصوفة جنايات و كذا الجنح و المخالفات المرتبطة بها ، و بالتالي أصبح الطعن بالاستئناف جائز في مواد الجنايات بعدما كان منعدما في القانون السابق،و السؤال الذي يطرح نفسه ما هي الحكمة من مبدأ التقاضي على درجتين و ما هي أهم التعديلات التي جاء بها القانون رقم:07/17 ؟

و للإجابة على هذا الإشكال سنتناول ذلك من خلال المباحث التالية:

المبحث الأول : مفهوم التقاضي على درجتين في مواد الجنايات.

المبحث الثاني : الحكمة من وراء إقرار المشرع الجزائري لمبدأ التقاضي على درجتين في مواد الجنايات و أهم التعديلات التي طرأت عند تجسيد هذا المبدأ .

المبحث الأول : مفهوم التقاضي على درجتين في مواد الجنايات.

نظرا لخطرة الحماية الجنائية من حيث ما تلقيه من تابعات ثقيلة على أطراف الخصومة الجنائية ، فقط أحاط الشارع ممارستها أمام القضاء الجنائي بجملة من ضمانات تستهدف مجتمعة تأكيد حسن سير العدالة الجنائية دون الجور على حقوق و حرية الأفراد ،فالقاضي مهما على شأنه و تراكمت خبرته ، ليس معصوما من الخطأ ، فيحدث أحيانا أن يصدر أحكاما تجانب الصواب سواء كان فيما يتعلق بتكييف

الوقائع أو بتطبيق نصوص القانون ، و من هنا يكفل الشارع في غالبية الدول ضمن ضمانات أخرى ضمانة هامة تتصل بحق التقاضي على درجتين(6) .

و من هنا سوف نتطرق إلى تعريف التقاضي على درجتين ، و خصائصه و كذلك إلى قيمة التقاضي على درجتين خاصة في المسائل الجزائية .

المطلب الأول:تعريف و خصائص مبدأ التقاضي على درجتين .

الفرع الأول : تعريف مبدأ التقاضي على درجتين .

كما هو متعارف عليه في مجال البحث العلمي ، أنه و قبل الدخول في تفاصيل أي موضوع لابد من مقدمة تعريفية لكلمات هذا الموضوع لغة (أولا)و اصطلاحا (ثانيا) .

أولا:المفهوم اللغوي و الاصطلاحي لحق التقاضي على درجتين.

أ- المفهوم اللغوي

سنبين فيما يأتي و باختصار المعنى اللغوي لكل من كلمة حق التقاضي و أيضا الطعن و أخيرا الاستئناف و ذلك على النحو التالي:

-**حق التقاضي** :حيث قيل أن الحق نقيض الباطل ، و جمعه حقوق و الحق هو الأمر المقضي فيه بالعدل فيقال:إحتقا أي اختصما و التحقا بالتخاصم ، أما التقاضي فيصدره القضاء بمعنى الحكم و منه القاضي و الذي معناه في اللغة "القاطع للأمور المحكوم فيها" (7) .

الطعن :و الطعن في لغة العرب تعني القدح ، فيقال :طعن في نسبه أي قدح فيه (8) كما استخدم بمعنى الطعن بالرمح أي خزه

استئناف :التقاضي على درجتين بمعناه الدقيق هو الاستئناف و المادة اللغوية لكلمة الاستئناف (أنف)و منها أنف و الجمع أنف و أناف و أنوف،و يقصد بالاستئناف الابتداء :ما ورد في لسان العرب استئناف الشيء ابتداؤه إذ ابتدأه.

ب-المفهوم الاصطلاحي.

عرفه فقهاء القانون الجنائي على أنه : "طريق طعن عادي في الأحكام الصادرة من محاكم الجنح و المخالفات في الدعوى الجنائية و المدنية ، و يهدف لطرح الدعوى على محكمة أعلى درجة لإعادة الفصل فيها،و هذا تطبيقا لمبدأ التقاضي على درجتين الذي يعد أحد أهم مبادئ نظام الإجراءات الجنائية الحديث (9) .

الفرع الثاني:خصائص التقاضي على درجتين في المسائل الجزائية .

ينطوي التقاضي على درجتين في المسائل الجزائية على العديد من الخصائص التي تميزه عما يشابهه ، سيما عن الاستئناف الدائري ، و انطلاقا لما قدم يمكن القول أن التقاضي على درجتين يتحقق بالاستئناف أمام جهة قضائية أعلى و أوسع (أولا)

و بإعمال مبدأ الأثر الناقل (ثانيا).

أولا:الاستئناف أمام جهة قضائية أعلى و أوسع.

يتوجب في إطار إعمال التقاضي على درجتين ، أن تقرر النصوص الإجرائية الوطنية حق الاستئناف في الأحكام الجزائية الابتدائية أمام جهات قضائية أعلى درجة و أوسع تشكيلة الأمر المستند أساسا من الفكرة الموضحة سابقا ، و القائمة على الخطأ المحتمل و السلامة المفترضة فالخطأ عادة ما يحتمل في حكم القاضي الفرد قليل الخبرة و على النقيض من ذلك ، دائما ما تفترض مسبقا السلامة في القرار الجماعي الصادر عن مستشارين ذوي خبرة ، الأمر الذي يضمن فحص القضاء للقضية المعروضة على مرحلتين كحد أدنى ، و منه يفترض أن تكون جهة الاستئناف ، منفصلة و لها صلاحية المراقبة على أعمال الجهة مصدرة الحكم محل الاستئناف التدريجي و بالرجوع إلى نصوص قانون الإجراءات الجزائية الجزائري نجد أن المشرع يكرس مبدأ التقاضي على درجتين بكل تحفظ في إطار مادتي الجنح و المخالفات ، عن طريق إمكانية استئناف الحكم الصادر عن رئيس قسم الجنح أو المخالفات بالمحكمة ، و هو قاضي فرد ، أمام الغرفة الجزائية المتواجدة على مستوى مجلس القضاء ، و الناظرة في الاستئناف جماعية مكونة من رئيس و مستشارين (10) .

ثانيا : الاستئناف بإعمال مبدأ الأثر الناقل .

إضافة إلى خاصية الاستئناف أمام جهة قضائية أعلى و أوسع يجب أيضا في إطار إجراءات الاستئناف التدريجي احترام ما يسمى بمبدأ الأثر الناقل ، الذي مفاده نقل موضوع النزاع من الدرجة الأولى إلى الدرجة الثانية ، ليتم الفصل فيه من جديد من حيث القانون و الموضوع و الإجراءات الأمر الذي لا يمكن تكريسه إلا بنقل ملف القضية من الدرجة الأولى إلى الدرجة الثانية ، و منه ينظر قاضي الاستئناف في القضية من حيث أطرافها و موضوعها الأصلي ، فيقرر إما إلغاء الحكم و التصدي من جديد بالبراءة أو الإدانة ، أو يكتفي بالتعديل فيه ، كما يستشف من نصوص المشرع الجزائري ذات الصلة ، أنه لا يمكن لقاضي الاستئناف أن يؤيد الحكم محل الاستئناف لمجرد عدم حضور المستأنف ، بل يجب في ذلك ، إعادة طرح الوقائع و مناقشتها من حيث الثبوت و الوصف القانوني (11) .

المطلب الثاني:قيمة مبدأ التقاضي على درجتين.

أهمية مبدأ التقاضي على درجتين تتجلى عندما تتعدد اعتباراتها، فهناك قيمة الاعتبارات التاريخية و أخرى لاعتبارات قانونية و أخيرا قيمة عالمية .

الفرع الأول :قيمة تاريخية .

شهد مفهوم هذا المبدأ في فرنسا تطورا عميقا حيث نشأ هذا المفهوم في العصور الوسطى في ظل القانون الفرنسي القديم كآلية سياسية لتكريس سيادة المحاكم الملكية على المحاكم الإقطاعية و الكنسية باعتبار أن الملك هو المصدر الوحيد للسيادة و قد انتصبت المجالس الملكية مؤلفة من قضاة مكلفين بالإشارة على الملك في الغرض و هو سر بقاء تسمية المستشارين ، أما في الشريعة الإسلامية فقد عرفت مبدأ التقاضي على درجتين من خلال سنة فعلية لرسول الله أقرت مبدأ الطعن على الأحكام و ذلك في "واقعة الزبية"(12) .

الفرع الثاني:قيمة قانونية.

جاءت المادة 160 من دستور 2016 بما يلي: "تخضع العقوبات الجزائية إلى مبدأ الشرعية و الشخصية ، يضمن القانون التقاضي على درجتين في المسائل الجزائية و يحدد كيفيات التقاضي على درجتين يحقق اعتبارات العدالة عن طريق مراجعة سلامة الأحكام الصادرة و خلوها من الأخطاء ، خاصة إذا كانت هذه الأحكام تمس حياة المحكوم عليه أو حريته أو شرفه و اعتباره و تقديم أخطاءها و استكمال كل نقصان في محكمة أول درجة ، حيث تعد بمتابعة إقرار دستوري لهذا المبدأ و هذا نظرا لخطورة تلك الأحكام الصادرة عن محكمة الجنايات التي قد تصل إلى الإعدام و السجن المؤبد ، لما ترتب من أثار جسيمة فإن اعتبارات العدالة و المصلحة العامة للمجتمع في محاسبة الجاني الأصلي بمقدار جرمه و براءة البريء (13) بهدف الوصول للحقيقة و تطبيق صحيح القانون و من ذلك كانت قاعدة التقاضي على درجتين إحدى ضمانات تحقيق العدالة الجنائية و المحاكمة المنصفة .

الفرع الثالث:قيمة عالمية.

مبدأ التقاضي على درجتين –ذو قيمة عالمية عندما نصت عليه المادة 14 فقرة 05 من العهد الدولي للحقوق المدنية و السياسية الصادر عن الجمعية العامة للأمم المتحدة في :1966/12/19 على أن : "لكل شخص أدين بجريمة اللجوء وفقا للقانون إلى محكمة أعلى لكي تعيد النظر في قرار إدانته و في العقاب الذي حكم به "(14) .

المبحث الثاني: الحكمة من وراء إقرار المشرع الجزائري لمبدأ التقاضي على درجتين في مواد الجنايات و أهم التعديلات التي طرأت عند تجسيد هذا المبدأ .

المطلب الأول: الحكمة من وراء إقرار المشرع الجزائري لمبدأ التقاضي على درجتين في مواد الجنايات.

إن الحكمة من وراء تبني المشرع لمبدأ التقاضي على درجتين في مادة الجنايات هي تجسيد للمبادئ الدستورية التي تبناها التعديل الدستوري لسنة:2016 بإلغاء الأحكام الإجرائية السابقة و التي كانت تنص على أنه لا يجوز الطعن في أحكام محكمة الجنايات إلا بطريق النقض أو التماس إعادة النظر **(15)**.

و بالتالي فإن المحكمة العليا كانت محكمة قانون و لا تفصل في الموضوع تماما.

و عندما يتم الطعن بالنقض في أحكام محكمة الجنايات آنذاك فإنه لا يعاد النظر في موضوع القضية من جديد و إنما ينظر إلى حكم قضاة محكمة الجنايات هل طبقوا صحيح القانون أم لا ؟

و بالتالي فإن التقاضي أمام محكمة الجنايات كان على درجة واحدة ، إلا أنه و عند تعديل قانون الإجراءات الجزائية بموجب القانون رقم :07/17 المؤرخ في : 2017/03/27 جاء المشرع الجزائري بمسألة التقاضي على درجتين و قد ظهر ذلك جاليا خاصة في نص المادة 248 منه و التي نصت على ما يلي " يوجد بمقر كل مجلس قضائي ،محكمة جنايات ابتدائية

و محكمة جنايات استئنافية ، تختصان بالفصل في الأفعال الموصوفة جنايات و كذا الجنح و المخالفات المرتبطة بها .

تنظر محكمة الجنايات الابتدائية في الأفعال المذكورة في الفقرة الأولى أعلاه ، المحالة عليها بقرار نهائي من غرفة الإتهام

تكون أحكام محكمة الجنايات الابتدائية قابلة للاستئناف أمام محكمة الجنايات الاستئنافية"**(16)**.

و عليه أصبحت أحكام محكمة الجنايات الابتدائية يتم استئنافها خلال 10 أيام من تاريخ النطق بالحكم أمام محكمة الجنايات الاستئنافية و عليه جسد مبدأ التقاضي على درجتين لأول مرة في الجزائر.

و من هنا يتضح أن هذا المبدأ مبني على أساسين الأول منطقي و الثاني قانوني بحت.

الفرع الأول :الأساس المنطقي.

يستشف من خلال أنه لما كان من الواجب أن يكون الاستئناف في مواد الجنح و المخالفات التي تشكل أقل خطورة من الأفعال الجنائية كان من الواجب أن يكون هناك استئناف في المواد الجنائية التي هي أكثر عقوبة من الجنح و المخالفات و قد تصل فيها الأحكام إلى عقوبة الإعدام.

الفرع الثاني :الأساس القانوني.

فيظهر جليا في نص المادة 248 من القانون رقم : 07/17 المؤرخ في :2017/03/27 المعدل و المتمم لقانون الإجراءات الجزائية و التي حددت محكمة الجنايات الابتدائية و كذا محكمة الجنايات الاستئنافية و كذا نوع القضايا التي لهما حق الولاية عليها .

–**المطلب الثاني:**أهم التعديلات التي جاء بها المشرع الجزائري لإقرار مبدأ التقاضي على درجتين في مواد الجنايات .

لتكريس مبدأ التقاضي على درجتين في مواد الجنايات جاء المشرع الجزائري في القانون:07/17 بجملة من التعديلات نذكر منها ما يلي:

الفرع الأول: إنشاء محكمتي الجنايات و تشكيلتهما و استئناف أحكام محكمة الجنايات الابتدائية.

أولا :إنشاء محكمتي الجنايات.

توجد على مستوى كل مجلس قضائي محكمتان جنائيتان ، محكمة جنايات ابتدائية و أخرى استئنافية ، تختص الأولى بالنظر في الجنايات و الجنح و المخالفات المرتبطة بها المحالة عليها بقرار نهائي من غرفة الإتهام و تختص الثانية بالفصل في استئناف قرارات محكمة الجنايات الابتدائية(**17**)و هذا ما تم النص عليه في المادة 02/248 من قانون الإجراءات الجزائية . لمحكمة الجنايات ولاية عامة من حيث الحكم جزائيا على كل من بلغ سن الرشد الجزائي يوم ارتكاب الواقعة و لا يجوز لها القضاء بعدم اختصاصها كما أنها تتقيد بما ورد من اتهام في قرار غرفة الإتهام و هذا ما ورد في نصوص المواد : 249،251 و 250 من ق إ ج (**18**).

– ثانيا: تشكيلتي محكمتي الجنايات.

لقد جاء المشرع الجزائري بنظام جديد لمحكمتي الجنايات في القانون رقم : 07/17 إذ أنه عدل من تشكيلتهما و ذلك ما ورد في نص المادة 256 و ما يليها من قانون الإجراءات الجزائية ، ففي محكمة الجنايات الابتدائية جعل التشكيلة تتكون من قاضي برتبة مستشار بالمجلس رئيسا على الأقل و يساعده قاضيان بدون تحديد رتبة و 04 محلفين (المادة 258 من ق إ ج)أما على مستوى محكمة الجنايات الاستئنافية فجعلها تتشكل من قاضي برتبة رئيس غرفة بالمجلس القضائي على الأقل رئيسا و من قاضيين مساعدين و 04 محلفين ، كما أنه يمثل النيابة العامة و النائب العام أو ممثله

و يتولى تدوين بيانات الجلسة أمين ضبط(**19**) ضف إلى ذلك القاضي الاحتياطي و المحلفين الإحتياطين المادة 259 من

ق إ ج و يتم تعيين القضاة بأمر من رئيس المجلس القضائي ،فإذا كان عدد القضاة غير كافي فإنه يمكن انتداب قاضي أو أكثر من مجلس قضائي آخر و ذلك بقرار مشترك من رئيسي المجلسين القضائيين ، أما القضاة الاحتياطيين فإن رئيس المجلس في نفس الأمر يعين قاضيين أو أكثر.

و كاستثناء قام المشرع الجزائري بجعل تشكيلة محكمة الجنايات تتكون من القضاة فقط دون المحلفين و ذلك في ثلاثة أنواع من الجرائم و هي : جرائم الإرهاب و جرائم المخدرات و جرائم التهريب و ذلك نظرا للخصوصيات التي تتميز بها هاته الجرائم .

ثالثا:الطعن بالاستئناف في الأحكام الصادرة عن محكمة الجنايات الابتدائية.

لقد أقر المشرع الجزائي في هذا التعديل بحق الاستئناف في أحكام محكمة الجنايات الابتدائية و ظهر ذلك جليا في نص المادة 313 من قانون الإجراءات الجزائية إذ أنه يحق للمتهم أو النيابة العامة أو الطرف المدني أو المسؤول المدني عن الحقوق المدنية توقيع استئناف خلال 10 أيام منذ اليوم الموالي للنطق بالحكم و يتم التصريح بالاستئناف كتابيا أو شفويا أمام أمانة ضبط المحكمة التي أصدرت الحكم محل الطعن فيه بالاستئناف أو أمام كاتب المؤسسة العقابية إذا كان المتهم محبوسا على أن يوقف تنفيذ الحكم المستأنف إلى حين فصل محكمة الجنايات الاستئنافية فيه **(20)**.

الفرع الثاني:استحداث وظيفة عون الجلسة و الجمع بين التسبيب و الاقتناع الشخصي .

أولا :استحداث وظيفة عون الجلسة.

لقد جاء المشرع الجزائري بوظيفة جديدة خلال تعديله لقانون الإجراءات الجزائية هاته الوظيفة تتمثل في عون الجلسة إذ أنه يكون تحت تصرف الرئيس في سير المحاكمة و هذا ما نصت عليه المادة 257 من قانون الإجراءات الجزائية بقولها :"يعاون محكمة الجنايات بالجلسة أمين الضبط يوضع تحت تصرف الرئيس عون الجلسة ".

ثانيا:الجمع بين التسبيب و الاقتناع الشخصي .

التعديل الذي جاء في القانون رقم :07/17 هو ضرورة تسبيب أحكام محكمة الجنايات مع إعداد ورقة لذلك تسمى ورقة التسبيب ، و هي ورقة ملحقة بورقة الأسئلة (المادة 08/309 من ق إ ج) ، و تبعا لذلك أبقى المشرع على نظام الاقتناع الشخصي في إصدار أحكام محكمة الجنايات بعيدا عن الأدلة القانونية**(21)**.

الفرع الثالث:التغيير من نظام طرح الأسئلة من قبل المحامين و إلغاء مسألة القبض الجسدي.

أولا: التغيير من نظام طرح الأسئلة من قبل المحامين لأطراف الدعوى.

لقد أدخل المشرع الجزائري تعديلا جديدا تمثل في مسألة طرح الأسئلة الموجهة من قبل دفاع أطراف الدعوى الجنائية إذ أنه و خلال القانون السابق كان يتم طرح الأسئلة من طرف دفاع أطراف الدعوى عن طريق رئيس المحكمة الجنائية إلا أنه و خلال التعديلات الأخيرة في ظل القانون رقم : 07/17 أصبح يسمح بطرح الأسئلة من قبل المحامين بصفة مباشرة لأطراف الدعوى الجنائية دون اللجوء إلى السيد رئيس المحكمة الجنائية.

ثانيا:إلغاء مسألة القبض الجسدي.

لقد جاء المشرع الجزائري خلال التعديلات الواردة في القانون رقم : 07/17 بمسألة جد مهمة تمثلت في إلغاء القبض الجسدي عن المتهم المتابع ،بجناية قبل المحاكمة ، إذ انه و في القانون السابق فإن المتهم المتابع بجناية يمثل أمام محكمة الجنايات و هو موقوفا لأنه يتم القبض عليه جسديا قبل أية محاكمة ، لكن و خلال القانون الحالي ألغي هذا الأمر و أصبح المتهم يمثل أمام محكمة الجنايات بالوضعية التي أحالته غرفة الإتهام بها ، فإن كان موقوفا فإنه يمثل على هاته الوضعية و إذا كان طليقا فإنه يمثل أمام محكمة الجنايات بهاته الوضعية كذلك، لكنه إذا حكم عليه بعقوبة سالبة للحرية عند نهاية المحاكمة فإنه يتم القبض الجسدي عليه مباشرة و يودع بالمؤسسة العقابية .

خاتمة:

يعتبر الحق في استئناف الأحكام الجنائية جزء من حقوق الإنسان التي تضمنتها جل مواثيق حقوق الإنسان هذا فضلا عن الدساتير و التشريعات الوطنية .

فلقد أقرت الحق في الاستئناف العديد من الاتفاقيات الدولية نذكر من بينها على سبيل المثال المادة 14 فقرة 5 من العهد الدولي للحقوق المدنية و السياسية و التي نصت على : " لكل شخص أدين بجريمة حق اللجوء للقانون إلى محكمة أعلى لكي تعيد النظر في قرار إدانته و في العقاب الذي حكم به عليه".

و تماشيا مع إقرار هذا الحق ، نص التعديل الدستوري الذي تبنته الجزائر بموجب القانون :01/16 المؤرخ في :2016/03/06 في المادة 160 منه على ضمان التقاضي على درجتين في المسائل الجزائية ، و استنادا إلى هذا النص الدستوري تم تعديل قانون الإجراءات الجزائية الجزائري بموجب القانون رقم :07/17 المؤرخ في : 27مارس2017 و الذي بموجبه تم استحداث محكمة الجنايات الابتدائية و محكمة

الجنايات الاستئنافية لضمان مبدأ التقاضي على درجتين في مواد الجنايات ، و الذي يتيح الفرصة للمحكوم عليه بعرض قضيته من جديد أمام محكمة أعلى درجة من المحكمة التي أصدرت الحكم عليه لاستكمال ما يكون قد ظهر في تحقيق الدعوى الجنائية من نقص أو قصور و تصويب ما قد وقعت فيه محكمة الجنايات الابتدائية من أخطاء.

و في الأخير وكتوصيات و لتكريس مبدأ التقاضي على درجتين يجب على المشرع الجزائري القيام بما يلي:

1-يجب تغيير مركز محكمة الجنايات الابتدائية و عدم وضعه بنفس الجهة التي توجد فيها محكمة الجنايات الاستئنافية ، و ذلك من أجل إعطاء ضمانة أكثر لمبدأ المحاكمة العادلة و لتطبيق نص المادة 08/1 من قانون رقم :07/17 و بالتالي يجب تعديل نص المادة من 248 من ق إ ج .

2-يجب إعطاء محكمة الجنايات الاستئنافية دورها الطبيعي و ذلك بإعادة النظر في الوقائع و القانون للحكم المستأنف فيه لا إعادة محاكمة جنائية جديدة.

3-ضرورة تسريع الإجراءات القضائية و ذلك بمحاولة تعديل مبدأ التحقيق على درجتين في مواد الجنايات كما فعل المشرع الفرنسي و ذلك بإسناده لمسألة التحقيق في مواد الجنايات إلى قاضي التحقيق فقط دون اللجوء إلى غرفة الإتهام.

4-ضرورة تكوين المحلفين تكوينا قانونيا من خلاله يتسنى لهم فهم القضايا المطروحة أمامهم .

5-على المشرع الجزائري التقيد بضرورة عدم الجمع بين التسبيب و الاقتناع الشخصي خلال إصدار أحكام محكمتي الجنايات الابتدائية و الاستئنافية .

الهوامش:

(1)محمد المجدوب، النظرية و المنظمات العالمية و الإقليمية و المتخصصة ،الطبعة الثامنة 2006 ،منشورات الحلبيالحقوقية ، بيروت ، ص339.

(2)باية عبد القادر، العهدان الدوليان لحقوق الإنسان بين الالتزام و التحفظ، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع ،الجزائر2014- ص-23.

(3)لخلف شريف ،إصلاح محكمة الجنايات في إطار قانون 07/17 – الجزائر 2017/2016 ،ص1.

(4)دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية،دار بلقيس للنشر، 2016 ،ص36.

(5)لخلف شريف ،المرجع السابق ، ص 1.

(6)أسامة حسنين عبيد ، محكمة الجنايات المستأنفة ، ط 1 ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، مصر ، 2009 ، ص1.

(7)بن أحمد محمد ، التقاضي على درجتين في الجنايات بين الواقع و القانون ، بدون طبعة ، دار الجامعة الجديدة ، مصر 2017 ، ص 21 ، 22.

(8)ابن منظور ، لسان العرب ، المجلد10 ، دار صادر ، بيروت ، لبنان ، 1962 ، ص 96 ، 113

(9)فؤاد جحيش ، التقاضي على درجتين في المسائل الجزائية بين الدسترة و الدستورية ، مجلة المنار للبحوث و الدراسات القانونية و السياسية ،العدد 03 ، 2017 ، ص203 ، 204 .

(10)فضيل العيش ، شرح قانون الإجراءات الجزائية بين النظري و تطبيقي ، الجزء الثاني ، منشورات أمين ، الجزائر ص 371.

(11) فؤاد جحيش ، المرجع السابق ، ص204.

(12) بن عودة نبيل ، التقاضي على درجتين أمام محكمة الجنايات في التشريع الجزائري ، مجلة حقوق الإنسان و الحريات العامة ، العدد ، 04 ، 2017 ، ص 69 .

(13)دستور 2016 ، ج ر ع رقم :14 المؤرخ في 07 مارس 2016 ، ص 1.

(14) أنظر المادة 14 فقرة 5 من العهد الدولي للحقوق المدنية و السياسية الصادر عن الجمعية العامة للأمم المتحدة .

(15)العربي شحط محمد الأمين ، قراءة في الأحكام الجديدة للقضاء الجنائي في قانون الإجراءات الجزائية ، دفاتر السياسة و القانون ،ص214.

(16)قانون الإجراءات الجزائية ،مطبوعات الديوان الوطني للأشغال التربوية و التمهين ، الطبعة التاسعة،الجزائر، 2018،ص104.

(17)عبد الله أوهابية ،شرح قانون الإجراءات الجزائية الجزائري ،طبعة 2017 /2018 ،دار هومة للنشر و التوزيع ، ص89-90.

(18) المرجع نفسه ، ص 90 – 91.

(19) العربي شحط محمد الأمين ،المرجع السابق ، ص 218.

(20)لخلف شريف، المرجع السابق ،ص02.

(21)عبد الرحمان خلفي ،نظرة للسياسة الجنائية المقارنة (سلسلة أبحاث جنائية معمقة) ،الطبعة الأولى، 2018 ،ص569.

الأساس القانوني للمسؤولية الإدارية الناجمة عن عمليات التلقيح الإجباري.

ط.د عسال محمد

كلية الحقوق والعلوم السياسية– جامعة تلمسان

الملخص:

يعتبر التلقيح الإجباري التزام قانوني تفرضه الدولة من أجل تحقيق المصلحة العامة المتمثلة في وقاية المجتمع من الأمراض المعدية كالسل وشلل الأطفال والحصبة وغيرها.

وإذا كان التلقيح الإجباري يعتبر عملا طبيا، قد يترتب عليه في بعض الحالات أضرار جسيمة تمس الشخص الذي خضع له، وفي غياب اجتهاد قضائي صادر عن القاضي الإداري الجزائري في هذا المجال نطبق من المفروض اجتهاده في مجال المسؤولية عن المرافق الاستشفائية العمومية بصفة عامة.

غير أن مسؤولية هذه المرافق والقائمة على أساس الخطأ لا يحقق حماية قانونية كافية للمضرور، مما أدى بالفقه الفرنسي إلى المطالبة بتقرير مسؤولية الدولة دون خطأ تجاه المضرور المنتفع بخدمات مرفق التلقيح على أساس تشبيه المنتفعين بالمعاونين للمرفق.

الكلمات المفتاحية: التلقيح الإجباري، وقاية، الأمراض المعدية، المرافق الاستشفائية العمومية، المسؤولية الإدارية على أساس الخطأ، المسؤولية الإدارية بدون خطأ.

Résumé :

La vaccination obligatoire est une obligation légale imposée par l'État pour réaliser l'intérêt public de protéger la société contre les maladies infectieuses telles que la tuberculose, la poliomyélite, la rougeole et autres.

Donc, si la vaccination obligatoire est considérée comme un acte médical, elle peut causer dans certains cas un préjudice grave à la personne qui l'a subie.

En l'absence d'un jugement rendu par le juge administratif algérien, nous appliquons sa jurisprudence dans le domaine de la responsabilité des hôpitaux publics en général.

Cependant, la responsabilité des établissements hospitaliers pour la vaccination obligatoire sur la base de l'erreur n'offre pas une protection juridique suffisante aux victimes, ce qui a conduit la doctrine française à revendiquer la responsabilité de l'état sans erreur envers la personne lésée qui bénéficie des services de l'hôpital en tant qu'assistants.

Mots clés : La vaccination obligatoire, prévention, maladies infectieuses, hôpitaux publics, la responsabilité administrative basée sur l'erreur, la responsabilité administrative sans erreur.

مقدمة:

لقد عرف مفهوم الصحة تطورا ملحوظا لاسيما مع تقدم المجتمعات البشرية، حيث اتجه مفهومها عند الإغريق نحو الصحة الشخصية، أي بمعنى آخر اهتمام الفرد بنظافته وتغذيته، ومع مرور الزمن تطور المفهوم وأخذ بعدا اجتماعيا، باعتبار أن الإنسان يعيش في مجتمعات يؤثر فيها وتؤثر فيه ببعض العلل والأسقام أو اكتساب بعض العادات الصحية[1].

ولقد تم تكريس الحق في الصحة في العديد من المواثيق والإعلانات الدولية والإقليمية وكذلك الدساتير الوطنية في شتى أنحاء العالم، فعلى المستوى الدولي صار مطالبا به من خلال الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الذي أصدرته الجمعية العامة للأمم المتحدة بتاريخ 10 ديسمبر 1948 في المادة 25 الفقرة 01 حيث يؤكد هذا الإعلان الحق في الصحة من خلال إشباع الحاجات الضرورية المتمثلة في المأكل، الملبس، السكن والعيش الكريم[2].

كما أن الحق في الصحة مضمون بشكل فعلي في العهد الاجتماعي والاقتصادي والثقافي المقترح للدول من طرف الأمم المتحدة سنة 1966م، والذي اعتمدته الجزائر سنة 1989م، وفي نفس الاتجاه أكد إعلام "ألما-أتا" على حق الجميع في بلوغ أرفع مستوى صحي ممكن، ومن واجب الحكومات أن تعتبر هذه المهمة أحد الأهداف الاجتماعية الهامة للغاية[3].

أما على مستوى القانون الجزائري، فيعتبر ضمان الحماية الصحية من المبادئ المكرسة دستوريا حيث كرسته المادة 54 من الدستور الجزائري التي تنص كما يلي: "لكل مواطن الحق في الحماية الصحية،

تضمن الدولة الوقاية ومكافحة الأوبئة والأمراض[4]، وقد تم تفعيل هذا الحق على مستوى النصوص التشريعية المتعلقة بالصحة حيث عرفته المادة 25 من قانون حماية الصحة وترقيتها على أنه "مجموع التدابير الوقائية والعلاجية والتربوية والاجتماعية التي تهدف إلى المحافظة على صحة الأفراد والجماعة وتحسينها"[5].

كما نصت المادة 55 من قانون حماية الصحة وترقيتها على خضوع السكان للتلقيح الإجباري للوقاية من الأمراض المعدية، ومن ثمة فان عدم القيام بالتلقيح الإجباري يعرض الشخص الذي لم يقم به إلى توقيع العقوبات المنصوص عليها قانونا، وإن كانت هذه المسألة تخرج عن نطاق دراستنا، فإنه من الواجب أن نشير إلى أن المشرع الجزائري قد أغفل الإشارة إلى الآثار القانونية التي قد تترتب عن الأضرار الناجمة عن عمليات التلقيح الإجباري، لاسيما أن عدد ضحايا الأخطاء في تزايد، حيث أن نسبة واحد بالمائة من الخطأ المرفقي الاستشفائي يعني خسارة حياة إنسان أو تغيير في طريقة حياته.

الأمر الذي يطرح إشكالية مسؤولية المرافق الاستشفائية التي قامت بعمليات التلقيح الإجباري سواء في حالة ثبوت الخطأ المرفقي أو بدون وجود الخطأ، لاسيما وأن موقف القاضي الإداري الجزائري من هذه المسألة غير معروف، وهذا على خلاف موقفه بخصوص المسؤولية الإدارية للمرافق الاستشفائية العمومية بوجه عام.

وعلى ضوء ذلك ارتأينا تقسيم دراسة البحث كما يلي:

المبحث الأول:مسؤولية المستشفيات العامة على أساس الخطأ المرفقي في مجال التلقيح الإجباري.

المبحث الثاني: مسؤولية الدولة بدون خطأ في مجال التلقيح الإجباري.

المبحث الأول: مسؤولية المستشفيات العامة على أساس الخطأ المرفقي في مجال التلقيح الإجباري.

يعتبر المرفق الاستشفائي العمومي مسؤول من الناحية القانونية أثناء تقديم الخدمات للمرضى عن الأضرار المترتبة سواء عن الأخطاء التي تكتسي صبغة طبية أو عن الأخطاء المتعلقة بتسيير شؤون المرفق العام الطبي.

ومن هذا القبيل، سيتم تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين، حيث سنتطرق في المطلب الأول إلى تعريف الخطأ المرفقي في مجال التلقيح الإجباري، بينما سنتطرق في المطلب الثاني الى حالات الخطأ المرفقي في مجال التلقيح الإجباري.

المطلب الأول: تعريف الخطأ المرفقي في مجال التلقيح الاجباري.

إن الأخطاء المرتكبة داخل المرفق الاستشفائي العمومي من قبل تابعيه (أطباء أو ممرضين) أثناء القيام بمهامهم أو بمناسبتها تأخذ في معظم الحالات صفة الخطأ المرفقي الاستشفائي، ومن ثمة سيتم تقسيم هذا المطلب إلى فرعين، حيث سنتطرق في الفرع الأول إلى التعريف التشريعي ، بينما سنعالج في الفرع الثاني التعريف الفقهي والقضائي.

الفرع الأول: التعريف التشريعي. لم يعرف المشرع الجزائري الخطأ المرفقي، وإنما لجأ أحيانا إلى إبراز معالمه عن طريق تعريف سلبي، حيث اعتبر خطأ الموظف مرفقيا إذا كان غير منفصل عن المهام الموكلة إليه، تمييزا له عن الخطأ الشخصي الذي يعتبر منفصلا عن مهامه[6]، هذا ما يستخلص من المادة 31 من الأمر 03/06 المتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العامة، كما قرر في نصوص خاصة الأوضاع التي يعتبر فيها خطأ الموظف مرفقيا بأن يكون مرتكبا أثناء الوظيفة أو بمنابستها مثلما فعل في المادة 144 من قانون 01/11 المتعلق بالبلدية.

وفي هذا الصدد يصرح الأستاذ عوابدي: "اكتفى المشرع بالتقرير والنص على أن خطأ الإدارة المرفقي يكون كذلك إذا ما ارتكب خلال تأدية مهام الوظيفة العامة أو بمناسبتها، ولم يبين شأنه في ذلك شأن كل مشرع في مختلف النظم القانونية العالمية المقارنة متى يكون الخطأ داخل وخلال الوظيفة العامة أو بمناسبتها[7]، ولذلك يستنتج بأن المشرع ترك هذه المهمة إلى جهود كل من الفقه والقضاء.

الفرع الثاني: التعريف الفقهي والقضائي. يبدو أن الفقه والقضاء متفقان على صعوبة تعريف الخطأ المرفقي، إلا أنه يمكن تعريفه إما بالسلب، وذلك بتمييزه عن الخطأ الشخصي، أو عن طريق التعرض لأنواعه المختلفة بجرد مختلف الأفعال التي تكون الخطأ المرفقي[8].

ولقد اتجه بعض الفقه إلى تعريف الخطأ المرفقي بالرغم من صعوبة تحديده، حيث عرفه الأستاذ "فالين" (Valine) بأنه: "الخطأ الذي لا يمكن فصله عن المرفق العام"، ويقول الأستاذ "فيدل": "أن الخطأ المرفقي هو الإخلال بالالتزام في أداء الخدمة، وليس في الوسع تعداد مختلف الأخطاء الوظيفية إلا بدراسة مختلف الخدمات التي تؤديها المرافق العامة، والخطأ يكون فعلا إيجابيا (Action)، كما يمكن أن يكون امتناعا (Abstention) ويمكن أن يكون متعمدا أو مجرد إهمال ورعونة"[9].

ويفضل البعض بأن يقصد من وراء عبارة "الخطأ المرفقي" بوجه عام "السبب المعيب للمرفق" أو "الخطأ المرتكب أثناء سير المرفق"[10]، إلا أن الأمر ليس بهذه السهولة، فأخطاء الإدارة تتعدد بالنظر إلى مصدر الخطأ حيث يكون في صورة خطأ صادر عن شخص معين أو مجهول.

كما قام الفقيه "أودنت" (Odent) بالتمييز أيضا بين الأخطاء المجهولة الناتجة عن السير السيء والأخطاء المعلومة (Signées) المنسوبة للموظفين لكنها لا تنفصل عن المرفق[11].

وفي هذا الصدد يميز مجلس الدولة الفرنسي بين خطأ المرفق العام، كخطأ مجهول و"الخطأ المرفقي" الذي يشمل النوعين معا (معلوم – مجهول)[12].

وعلى العموم، فإن الفقه الإداري لا يرى في تحديد الخطأ المرفقي صعوبة معينة من حيث سهولة إسناد المسؤولية إلى الإدارة التي يتبعها الموظف، كما أن القضاء الإداري وضع قاعدة بمقتضاها يكفي لانعقاد مسؤولية الإدارة أن يعمل الشخص لحسابها قانونا أو في الواقع، حيث جسد مجلس الدولة الفرنسي هذه القاعدة، حيث سوى بين أن يكون مرتكب الخطأ موظفا بالمعنى الكامل للكلمة أو مجرد مكلف أو حتى مسجون يعمل لحسابها[13].

كما اعتبر مجلس الدولة الجزائري في قراره المؤرخ في 2003/03/11 بمناسبة قضية "م، خ" ضد مستشفى بجاية أن: "عدم مراقبة الآلات المستعملة من طرف أعوانه تشكل خطأ للمرفق العام"[14].

ومن ثمة فإن مشكلة التمييز بين الخطأ المرفقي والخطأ الشخصي قد تكون شائكة في كثير من الحالات لاسيما وأن الخطأ المرفقي في جوهره هو خطأ يرتكبه موظفوا الإدارة[15]، وبالتالي فقد تم وضع عدة معايير فقهية وقضائية في هذا الخصوص وفقا لما يلي:

1- في المجال الفقهي: يقدم الفقه الإداري في فرنسا ومصر والجزائر عدة معايير للتمييز بين الخطأين، ومن بين هذه المعايير مايلي[16]:

أ- معيار الأهواء الشخصية: ينسب هذا المعيار إلى الفقيه "لافريير" (Laferrière)، ويعتبر المعيار النموذجي باعتبار أنه قدم حلا مناسبا للتمييز بين الخطأين الشخصي والمرفقي، وبين بدقة الحدود الفاصلة بينهما، وارتكز في تحليله على قرار (Laumonnier Carriol).

ولقد كتب الأستاذ "لافرير" موضحا مذهبه هذا قائلا: "إذا كان العمل الضار موضوعيا وإذا كشف موظفا وكيلا للدولة معرضا لارتكاب أخطاء، وليس إنسانا بضعفه وأهوائه وغفلته فيبقى العمل إداريا، وبخلاف ذلك إذا انكشفت شخصية الموظف في أخطاء مادية أو اعتداء مادي أوغفلة فينسب الخطأ للموظف وليس للوظيفة[17].

ومن جهة فإن هذا المعيار يعتمد على عنصر الباعث النفسي للطبيب أو الممرض الذي يهدف من وراء عمله الإضرار بالمريض وليس تحقيق العلاج أو الوقاية من المرض المعدي، كما هو الشأن في قيام الطبيب بتلقيح الطفل ضد مرض الدرن الرئوي عند منطقة الكتف الأيسر بإبرة خاصة، ولكن بطريقة عشوائية وغير سليمة مما يؤدي إلى حدوث مضاعفات معينة للطفل، كما أن الطبيب الذي لا يقوم بتعقيم منطقة التلقيح فيتسبب بإهماله إلى إلحاق الضرر بالطفل، يكون قد ارتكب خطأ شخصيا ينسب إليه ولا ينسب للمرفق الطبي.

ب- معيار النية أو العمد: ينسب إلى الفقيه "هوريو" (Houriou) بعد أن تخلى عن معيار الخطأ الجسيم، وقد تراجع عن موقفه هذا أثناء إبداء ملاحظاته سنة 1905 حول قرار (Zimmerman)، حيث اعتبر الخطأ شخصيا إذا كان للعون إرادة مخالفة للقانون أو لأغراض المرفق[18].

كما هو الشأن في عدم احترام الطبيب للجرعة المناسبة من اللقاح الوقائي ضد مرض الدرن الرئوي، مما يؤدي إلى إصابة الطفل بالمرض نفسه، كما أن الطبيب الذي يقوم بتلقيح الطفل بلقاح (TDAP) خلال سنتين من إعطاء اللقاح ضد الكزاز، فيتسبب بإلحاق ضرر للطفل يكون قد ارتكب خطأ شخصيا، لأنه تصرف بإرادة مخالفة للقانون الذي يمنع إعطاء اللقاح في هذه الحالة.

ج- معيار جسامة الخطأ: وينسب إلى الفقيه "جيز" (Jèze) الذي اعتبر الخطأ الشخصي أساس الخطأ الجسيم للموظف، والذي ينطوي على غلط مادي أو قانوني جسيم، أو ارتكاب جريمة، أما إذا كان الخطأ ليس بهذه الجسامة فإنه يعد خطأ مرفقيا تسأل عنه الإدارة التي يتبعها هذا الموظف[19].

كما هو الشأن في الطبيب الذي يقوم بعملية التلقيح الإجباري لطفل يعاني من ارتفاع شديد لدرجة الحرارة فيتسبب في القتل الخطأ نتيجة عدم أخذ الحيطة والحذر.

2- في المجال القضائي: أما القضاء فلم يحاول أن يضع معيارا مجردا للتمييز بين الخطأين الشخصي و المرفقي، كما أنه لم يتبع معيارا محددا من المعايير الفقهية، وباستعراض أحكامه في هذا الصدد يتضح لنا أنه قد فرق بين نوعين من التصرفات، تصرفات تتخذ خارج نطاق الوظيفة، وأخرى تتم داخلها، واعتبر الخطأ الشخصي متوافرا في كل مرة يقع فيها خطأ الموظف خارج نطاق الوظيفة، وعلى العكس من ذلك، فقد اشترط لكي ترتب الأخطاء التي يرتكبها الموظف داخل الوظيفة مسؤوليته الشخصية أن تتسم بطابع من الجسامة بحيث لا يمكن تبريرها بأي حال من الأحوال، أو أن تكون عمدية[20].

ولذلك أصبح من المستحسن لدى الفقه الإداري الإشارة إلى صور الأفعال التي اعتبرها القضاء الإداري من قبيل الخطأ المرفقي.

المطلب الثاني: حالات الخطأ المرفقي في مجال التلقيح الإجباري.

يشير الأستاذ "محيو":إلى "إن أساتذة القانون وكذا أعضاء المحاكم متفقون حول التقرير بأنه من الصعب تعريف الخطأ المصلحي، فهو مرتبط بالحالة..."[21]، ونظرا لتعدد الحالات التي يمكن أن تشكل أخطاء مرفقية تشوب السير العادي للإدارة بحيث لا يمكن حصرها بسهولة، اعتاد الفقه والقضاء على تصنيفها حسب الفرضيات الآتية[22].

ومن ثمة سيتم تقسيم هذا المطلب إلى ثلاث فروع، حيث ستنطرق في الفرع الأول إلى حالات السير السيئ للمرفق العام، بينما سنتطرق في الفرع الثاني إلى حالات عدم سير المرفق العام، وأخيرا سنتطرق في الفرع الثالث إلى حالات سير المرفق العام ببطء.

الفرع الأول: حالات السير السيئ للمرفق العام (Les cas où le service publique a mal fonctionné): طبقا للقواعد العامة للمسؤولية عن نشاط المرفق الطبي، فإن هذا الأخير قد يسأل كذلك على أساس الخطأ البسيط، إذا ما كان الضرر ناتجا عن سوء تنظيم أو سوء إدارة المرفق، أو عن سوء تقديم العناية والرعاية اللازمة للمريض بصفة عامة[23].

ونظرا لعدم وجود أي اجتهاد صادر عن القاضي الإداري الجزائري في مجال التلقيح الإجباري، فإن اجتهاده في مجال المسؤولية عن المرافق الطبية بصفة عامة يطبق من المفروض كذلك هنا، والذي اشترط لإقامة المسؤولية على أساس الخطأ البسيط، أن يكون الضرر ناتجا عن سوء تنظيم أو سوء إدارة المرفق[24].

ويتمثل سوء تنظيم المرفق في مجال التلقيح الإجباري، في سوء صيانة الأجهزة داخل المرفق الطبي أو سوء استعمالها، ذلك أن الأجهزة لها دور رئيسي في وظيفة العلاج أو الوقاية، لذلك يتعين على المرفق الطبي أن يحافظ على حسن أداء هذه الأجهزة، كما هو الشأن في احترام شروط تخزين اللقاحات، وتعقيم الأدوات المستعملة في التلقيح.

كما أخذ القضاء الإداري الفرنسي بفكرة الخطأ المقدر، وقضي بأن وفاة طفلين أثناء القيام بعملية التطعيم الجماعي، يدل على اختلال في سير المرفق العام وبالتالي تنعقد مسؤولية الإدارة[25]، وتقوم هذه الفكرة على أساس استنتاج الخطأ المرفقي من مجرد وقوع الضرر ذاته، فهذه الفكرة تعتبر من قبيل القرائن وأن اللجوء إليها ليس إلا استعمال للقرائن القضائية متى كانت قاطعة الدلالة على حدوثه[26].

الفرع الثاني: حالات عدم سير المرفق العام (Les cas où le service publique n'a pas fonctionné): وتنتج هذه الحالات عن اتخاذ الإدارة لموقف سلبي عن طريق امتناعها من إتيان تصرف معين يدخل ضمن واجبات يمليها عليها القانون، ويتخذ هذا الصنف من الأخطاء حالات عديدة فقد يتمثل في الامتناع عن تنفيذ القوانين واللوائح[27].

كما هو الشأن في امتناع إدارة المستشفى عن استقبال أحد المرضى لعدم كفاية الأسرة، أو عدم قيام المستشفى بمناوبة الاستعجالات[28]، أو امتناع المستشفى عن توفير اللقاحات المناسبة للأطفال للوقاية من الأمراض المعدية.

الفرع الثالث حالات سير المرفق العام ببطء (Les cas où le service publique a fonctionné tardivement): وهي أحدث صورة من صور الخطأ المرفقي التي عرفها قضاء مجلس الدولة الفرنسي، كون هذا التطور يوسع من دائرة اقتضاء المتضرر للتعويض[29]، وترتبط هذه الحالات بعنصر متروك لتقدير الإدارة وهو اختيار وقت تدخلها، بحيث تبطئ في أداء الخدمة أكثر من اللازم، وبغير مبرر مقبول[30].

كما هو الشأن في تباطؤ المرفق الطبي لأداء خدماته لاسيما في المواعيد الطبية المتعلقة بعملية التلقيح الإجباري للأطفال، حيث يجب احترام الرزنامة المسطرة من طرف وزارة الصحة والسكان، أو إهمال الممرض إخطار رئيس المصلحة في الوقت الملائم عن المضاعفات التالية لإجراء عملية التلقيح مباشرة، فمجرد إثبات التقصير من قبل الممرض في العمل المطلوب، يكفي لانعقاد مسؤولية المرفق الطبي[31]. ومن ثمة إذا كان أساس مسؤولية المرافق الاستشفائية العمومية يقوم على الخطأ كأصل عام، فهناك حالات يصعب

فيها إثبات الخطأ ، مما دفع بالقضاء والفقه إلى البحث عن أساس آخر لمسؤولية المستشفى عن أنشطته الضارة.

المبحث الثاني: مسؤولية الدولة بدون خطا في مجال التلقيح الإجباري.

لقد تبنى القضاء الإداري الفرنسي هذه المسؤولية، وأقامها على أساس فرضيتين وهما المخاطر ومبدأ المساواة أمام الأعباء العامة[32]، وفي هذه الحالة فان الدولة هي التي تسأل عن الأضرار التي يمكن أن تحدث داخل المرافق الاستشفائية العمومية لاسيما عن عمليات التلقيح الإجباري، على الرغم من عدم ارتكاب المرفق الطبي لأي خطأ، وذلك على أساس المخاطر.

وكنتيجة لذلك سيتم تقسيم هذا المبجث إلى مطلبين اثنين، حيث سنخصص المطلب الأول إلى مفهوم نظرية المخاطر، بينما سنخصص المطلب الثاني إلى التطبيق العملي لنظرية المخاطر في مجال التلقيح الإجباري.

المطلب الأول: مفهوم نظرية المخاطر.

إن المسؤولية بدون خطأ وجدت لتسهل على الضحية الحصول على التعويض، وذلك من خلال إعفائه من إثبات الخطأ الذي أرهقه، وإعفاء القاضي من عبء اللجوء إلى قرينة الخطأ[33].

وتقوم نظرية المخاطر على فكرة مفادها أن ما يلحق الأفراد من أضرار نتيجة قيام الإدارة بأنشطة خطيرة، فمن أنشأ مخاطر ينتفع منها فعليه أن يتحمل تبعات الأضرار الناجمة عنها ولو لم يصدر أي خطأ منه ما دام الغرم بالغنم[34].

وعلى هذا الأساس نجد أن القضاء الإداري الفرنسي لم يعترف بنظرية المخاطر في مجال مسؤولية الإدارة إلا على سبيل الاستثناء،كما أن القضاء الإداري الفرنسي أسس هذه المسؤولية على ركنين هما ركن

الضرر والعلاقة السببية بين نشاط الإدارة والضرر، دون حاجة إلى أن يكتسي هذا النشاط وصف الخطأ سواء كان ثابتا أو مفترضا.

ولقد تعددت صور نظرية المخاطر استناد إلى الرأي الفقهي والتطبيق القضائي، والتي يمكن حصرها في أهم صورها المتمثلة في المخاطر المهنية «Risques professionnelles»، حيث وسع القضاء الفرنسي من مفهوم المخاطر المهنية لتشمل عمال الإدارة والموظفين المسخرين للقيام بخدمة عامة، والمعاونين العرضيين للمرافق العامة كالمتبرعين بالدم، فهؤلاء جميعا لهم الحق في المطالبة بالتعويض عن الاضرار اللاحقة بهم جراء مساهمتهم في تسيير المرفق العام[35].

المطلب الثاني: التطبيق العملي لنظرية المخاطر في مجال التلقيح الإجباري.

لقد طالب الفقه الفرنسي قبل صدور قانون 1964 بإقرار مسؤولية الدولة دون خطأ اتجاه المضرور المنتفع بخدمات مرفق التلقيح، على أساس تشبيه المنتفعين بخدمات مرفق التلقيح الإجباري بالمعاونين للمرفق[36] ، ومن ثمة فإن منازعات التعويض الناتجة عنها لها طابع خاص، فلا يمكن القول بأن المضرور قد قبل مخاطر التلقيح مسبقا لأنه ملزم قانونا بالقيام به[37].

وفي المقابل وتفاديا لرفع دعاوى عديدة في هذا الصدد، فإنه يجب أن يتسم الضرر في نظام المسؤولية بدون خطأ في مجال التلقيح الاجباري بالخصوصية (Spécial) والجسامة غير العادية (Anormale) وإذا كان هذا الشرط لا يثير إشكالات كبيرة لأن النصوص القانونية قد حددت التلقيحات الإجبارية، فإن الإشكال الذي يطرح نفسه يتمثل في معرفة الجهة المسؤولة عن الأضرار التي تترتب عن التلقيحات الإجبارية في حالة ما إذا تمت تلك التلقيحات خارج المرفق الطبي كالعيادات الخاصة، أو المنزل بواسطة طبيب العائلة[38].

إن هذه المسألة قد أثارت جدلا كبيرا في فرنسا، طالما أن المشرع في القانون الصادر سنة 1964 اشترط لمساءلة الدولة ضرورة إجراء هذه التلقيحات في مراكز معتمدة من قبل الدولة، وإذا كان معظم الفقهاء الفرنسيين وعلى رأسهم الفقيه " سافاتيه" قد اعتبروا ان عبارة " مركز معتمد" تسمح باقامة مسؤولية الدولة سواء تم التلقيح في مرفق طبي عام، أو في عيادة خاصة، أو في البيت عن طريق طبيب العائلة، فإن القضاء الإداري الفرنسي لم يسمح بإقامة مسؤولية الدولة إلا إذا تم التلقيح في مرفق طبي عام على أساس أنه مركز معتمد[39].

ولكن بعد صدور قانون سنة 1985 في فرنسا، تم تعديل الفقرة الأولى من المادة 10 من قانون الصحة العامة الفرنسي، وأصبحت الدولة وليس المرفق الطبي مسؤولة عن جميع الأضرار الناتجة عن التلقيحات الإجبارية سواء تمت في المراكز المعتمدة من الدولة، أو في العيادات الخاصة للأطباء[40].

أما بخصوص موقف القضاء الجزائري من نظرية المخاطر في مجال التلقيح الإجباري فبالنظر إلى المادة 04 من المرسوم رقم 63-88 المتضمن بعض أنواع التلقيح الإجباري المعدل والمتمم بالمرسوم رقم 85-282 فإن الخيار قد ترك للمعني بالأمر لإجراء التلقيح الإجباري في المكان الذي يراه، سواء كان ذلك في المرافق الطبية ويثبت ذلك في الدفتر الصحي أو في أي مكان آخر ويثبت ذلك بواسطة تقديم شهادة طبية تثبت إجراء التلقيح على الوجه الصحيح[41]، ومعنى ذلك أن الدولة هي المسؤولة عن الأضرار الناتجة عن التلقيح الإجباري أيا كانت الجهة التي قامت بالتلقيح الإجباري، وفي هذا تحقيق للعدالة لأن التلقيح الإجباري قد فرضته الدولة وليس الجهة التي قامت بالتلقيح من أجل تحقيق المصلحة العامة.

خاتمة:

يعتبر التلقيح الإجباري التزام قانوني تفرضه الدولة من أجل تحقيق المصلحة العامة المتمثلة في وقاية المجتمع من الأمراض المعدية كالسل والشلل والحصبة وغيرها، والتي يمكن أن تعيق نمو الأفراد وتؤدي إلى وفاتهم في أغلب الأحوال.

وإذا كان التلقيح الإجباري يعتبر عملا طبيا، فقد يترتب عليه في بعض الحالات أضرار جسيمة تمس الشخص الذي خضع له، وفي غياب اجتهاد قضائي صادر عن القاضي الإداري الجزائري في هذا المجال يطبق من المفروض اجتهاده في مجال المسؤولية عن المرافق الاستشفائية العمومية بصفة عامة، والذي اشترط فيه لاقامة مسؤولية المرافق الاستشفائية العمومية توافر الخطأ الجسيم عندما يتعلق الأمر بالعمل الطبي، كما يمكن أن يسأل المرفق الاستشفائي العمومي كذلك على أساس الخطأ البسيط إذا كان الضرر ناتجا عن سوء تنظيم المرفق الطبي.

غير أن مسؤولية المرافق الاستشفائية العمومية عن عمليات التلقيح الإجباري، والقائمة على أساس الخطأ لا يحقق حماية قانونية كافية للمضرور الذي يجد نفسه في أغلب الحالات في وضعية يصعب عليه فيها إثبات ركن الخطأ، مما أدى بالفقه الفرنسي إلى المطالبة بتقرير مسؤولية الدولة دون خطأ تجاه المضرور المنتفع بخدمات مرفق التلقيح على أساس تشبيه المنتفعين بالمعاونين العرضيين للمرفق.

ولتكريس حماية أكثر للمضرور ينبغي تبني فكرة صندوق تعويض الحوادث الطبية، والذي يستحسن فيه أن يمول عن طريق الاقتطاع الرمزي من رواتب الأطباء من جهة، وتشارك فيه الدولة من جهة أخرى، فهو نظام تعويض جماعي يفسح المجال للتعويض في غياب الخطأ، وبالتالي فهو يساهم في تبسيط الإجراءات لضحايا الحوادث الطبية في الحصول على تعويض لجبر أضرارهم.

الهوامش:

[1] نادية عمر، العلاقات بين الأطباء والمرضى، دراسات في علم الاجتماع الطبي، الإسكندرية، بدون دار نشر، سنة 1993م، ص 50.
[2] قندلي رمضان، الحق في الصحة في القانون الجزائري، مقال منشور في مجلة السياسة والقانون، العدد 06، سنة 2012، جامعة بشار، ص 220.
[3] قندلي رمضان، المرجع السابق، ص 220.
[4] دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية لسنة 1996، منشور بموجب المرسوم الرئاسي رقم 96-438 المؤرخ في 1996/12/07 والمتعلق بإصدار نص تعديل الدستور المصادق عليه في استفتاء 1996/11/28م، ج ر، عدد 76.
[5] القانون رقم 85-05 المؤرخ في 16 فيفري 1985 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها المعدل والمتمم بالقانون رقم 90-17 المؤرخ في 31 جويلية 1990 المنشور في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، عدد 35 لسنة 1990.
[6]أنظر كفيف الحسن،النظام القانوني للمسؤولية الإدارية على أساس الخطأ، دار هومة، الجزائر، 2014، ص 102.
[7]د. عمار عوابدي، النظرية العامة في المنازعات الإدارية في النظام القضائي الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الرابعة، سنة 2005م، ص 130.
[8] أنظر: أحمد محيو، محاضرات في المؤسسات الإدارية، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الرابعة، سنة 2006م، ص ص 214 – 215، أنظر كذلك: د. محمد سليمان الطماوي، القضاء الإداري، دار الفكر العربي، القاهرة، سنة 1986، ص 141.
[9]كفيف الحسن، المرجع السابق، ص 103.
[10]Jacqueline Moran, Deviller, Cours de droit administratif, 3ème édition, Montchrestien, Paris, 2005, p 771.
[11] د. محمد سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 141.
[12]Jacqueline Moran, Deviller,op.cit, p 771.
[13] أنظر: د. محمد مصطفى حسن، خصائص مسؤولية الإدارة في القضاء الإداري الفرنسي، دراسة مقارنة، مجلة إدارة قضايا الحكومة، العدد الرابع، ديسمبر 1972، ص 1048.
[14]مجلس الدولة، 2003/03/11، "م غ ضد مستشفى بجاية، مجلة مجلس الدولة، عدد 05، 2004، ص 208.
[15] رياض عيسى، الأساس القانوني لمسؤولية الإدارة، دراسة مقارنة، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية، معهد الحقوق، بن عكنون، الجزائر، العدد 2، 1993، ص 416.
[16] د. محمد سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 120 وما بعدها.
[17]كفيف الحسن، المرجع السابق، ص 133
[18] د. رشيد خلوفي، قانون المسؤولية الادارية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2001، ص 10 – 11.
[19]أنظر، رياض عيسى، المرجع السابق، ص 415.
[20] د. خلوفي رشيد، المرجع السابق، ص 09 وما بعدها.
[21] د. أحمد محيو، المرجع السابق، ص 215.
[22] ينسب هذا التصنيف إلى الفقيه "دويز" (Duez)، أنظر د. محمد سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 143.
[23] أنظر: د. بدران مراد، أساس المسؤولية عن الأضرار المترتبة عن عمليات التلقيح الإجباري، ملتقى وطني حول المسؤولية الطبية، يومي 23 و24 جانفي 2008، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، ص 04.
[24] د. أحمد محيو، المرجع السابق، ص 219، أنظر كذلك: د. مسعود شيهوب، المسؤولية عن المخاطر وتطبيقاتها في القانون الإداري، دراسة مقارنة، ديوان المطبوعات الجامعية، 2000، ص 218.
[25] د. محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ص 25.
[26]د. محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، الجزء 1، مطبعة جامعة القاهرة، سنة 1978، ص 371.
[27] د. محمد سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 146 وما بعدها.
[28] برابح يمينة، المسؤولية القانونية الناجمة عن عمليات نقل الدم، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2016، ص 355.
[29] سليمان حاج عزام، المسؤولية الإدارية للمستشفيات العامة، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2011، ص 30.
[30] د. عطاء الله بوحميدة، الوجيز في القضاء الإداري، دار هومة، الجزائر، 2011، ص ص 270 – 271.
[31] د. بدران مراد، المرجع السابق، ص 04.
[32]لحسين بن شيخ آث ملويا، دورس في المسؤولية الإدارية، المسؤولية بدون خطأ، دار الخلدونية، الطبعة الأولى، 2007م، ص 05.
[33]عيساني رفيقة، المسؤولية الطبية أمام القضاء الإداري، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، سنة 2008م، ص 228.
[34]د. سمير دنون، الخطأ الشخصي والخطأ المرفقي في القانونين المدني والإداري، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، لبنان، 2009م، ص 88.
[35]د. مسعود شيهوب، المرجع السابق، ص ص 6 – 7.
[36]د. حمدي علي عمر، المسؤولية دون خطأ للمرافق الطبية العامة، دار النهضة العربية، 1995، ص 230.
[37]أنظر أحكام المرسوم رقم 69-88 المؤرخ في 1969/06/17 المتضمن بعض أنواع التلقيح الإجباري المعدل والمتمم بالمرسوم رقم 85-282 المؤرخ في 1985/11/12.

[38]René Savatier, Responsabilité de l'état des accidents de vaccination obligatoire reconnus, Mélanges offerts, Marcel waline, 1974, p 751.

[39]Tribunal administratif de Paris, 2 février 1972, Recueille, p 376, conseil d'état, 28 Janvier 1970, Recueil, p 130.

[40]د. بدران مراد، المرجع السابق، ص 09.

[41] المرجع نفسه، ص 09.

الاسم واللقب: ابتسام فاطمة الزهراء شقاف.
البريد الإلكتروني: chekkafibtissem@gmail.com
المؤسسة: جامعة أبي بكر بلقايد – تلمسان.

حق الأفراد في الدفع بعدم الدستورية كآلية مستحدثة لحماية الحقوق والحريات.

ملخص:

حاول المؤسس الدستوري بموجب التعديل الدستوري لسنة 2016 تكريس آلية جديدة تتعلّق بالرقابة عل دستورية القوانين وذلك لصالح الأفراد بإمكانية ممارسة حق الدفع بعدم الدستورية أمام القضاء لحماية حقوقهم وحرياتهم المضمونة دستوريا، وتجسيدا لذلك أصدر البرلمان مؤخرا القانون العضوي رقم 18-16 المحدّد لشروط وكيفيات تطبيق الدفع بعدم الدستورية.
الكلمات المفتاحية: الدفع بعدم الدستورية، المجلس الدستوري، الحقوق والحريات، المتقاضين.

Abstract:

Under the constitutional amendment of 2016, the constitutional council attempted to devise a new mechanism for monitoring the constitutionality of laws in favor of individuals with the possibility of exercising **the exception of unconstitutionality** before the judiciary to protect their constitutional rights and liberties, as a reflection of this, the parliament recently passed the Organic Law N°18-16, which defines the conditions and modalities of the application of the **exception of unconstitutionality.**
Key Words: the exception of unconstitutionality- constitutional council- rights and liberties- litigant

مقدمة:

يعتبر إقرار الدفع بعدم الدستورية بموجب المادة 188 [1] في التعديل الدستوري الحالي لسنة 2016 خطوة إيجابية في مسار تفعيل الرقابة الدستورية، وتحقيق العدالة الدستورية وحماية حقوق

الأفراد وحرياتهم الأساسية، على غرار ما هو معمول به في العديد من الأنظمة الدستورية والقانونية المقارنة[2]، يتسنّى بموجبها لكل من له صفة، الدفع بعدم دستورية قانون معيّن عن طريق الادعاء أمام القضاء بأنّ القانون الذي يطبق على النزاع المعروض أمامه يمس بالحقوق والحريات التي يكفلها الدستور، وهو ما يعدّ في الواقع سابقة في سياق التطور الدستوري الجزائري، بحيث لم تسبقه (أي تعديل 2016) إلى ذلك أي تجربة دستورية عرفتها البلاد من قبل.

وتجسيدا لهذا الإصلاح الدستوري، أصدر البرلمان مؤخرا القانون العضوي المحدّد لشروط وكيفيات تطبيق الدفع بعدم الدستورية[3].

وبناء على ما سبق نطرح الإشكالية التالية: ما مدى تحلّي آلية الدفع بعدم الدستورية من صون حقوق وحريات الأفراد وتمكينهم من المشاركة في تنقية المنظومة القانونية من القوانين المخالفة للدستور؟

ولمعالجة هذه الإشكالية سنقسم هذه المداخلة إلى مطلبين؛ ينتناول في المطلب الأول: ماهية الدفع بعدم الدستورية، أمّا المطلب الثاني: سنخصصه لمعرفة شروط قبول دعوى الدفع بعدم الدستورية.

المطلب الأول: ماهية الدفع بعدم الدستورية.

لقد استحدث المؤسس الدستوري آلية جديدة للرقابة على دستورية القوانين في المنظومة القانونية الجزائرية تتمثل في الدفع بعدم دستورية القوانين بمقتضى التعديل الدستوري لسنة 2016، أين تمّ منح الأفراد حق الإخطار بالدفع بعدم دستورية نصّ قانوني وفق المادة 188 منه – سابق الإشارة إليها – في الفصل الأول من الباب الثالث تحت عنوان "الرقابة" متأثرا في ذلك بالعديد من التجارب على رأسها التجربة الفرنسية، وعليه سنتناول في هذا المطلب مفهوم الدفع بعدم الدستورية (الفرع الأول)، وطبيعته القانونية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: مفهوم الدفع بعدم الدستورية.

هناك عدّة تعاريف قيلت في تعريف الدفع بعدم الدستورية، نحاول أن نذكر منها: "الدفع بعدم الدستورية هو وسيلة من وسائل الدفاع التي يسعى أحد الخصوم من خلالها الاعتراض على النص التشريعي المزمع تطبيقه بواسطة إحدى الجهات القضائية نظرا لمخالفته الدستور"[4]، "كما يقصد بالدفع بعدم دستورية نصّ قانوني تلك الطعون التي يتوجه بها أحد الخصوم بصدد نزاع قضائي أمام

محاكم مخصوصة بشروط وضوابط..."[5]. ويعرف أيضا أنّه "إجراء يتقدّم به المدعي في دعوى موضوعية أمام إحدى المحاكم الموضوعية، ويطعن بمقتضاه بعدم دستورية نصّ أو نصوص قانونية لها ارتباط بالدعوى الرائجة أمام المحاكم المذكورة وفقا للمسطرة القانونية المعمول بها حسب كل تشريع"[6].

وعرفه المجلس الدستوري الفرنسي بأنّه "حق يخول كل طرف في رفع دعوى أمام المحكمة المدنية أو الإدارية أو الجنائية بأن يطلب – إذا أراد – مطابقة القانون الذي سيطبّق عليه في الدعوى للدستور بواسطة مذكرة مستقلة، طالما أنّ القاضي لا يمكنه أن يثير تلقائيا هذا الدفع"[7].

وبناء على ما سبق يمكن القول أنّ الدفع بعدم دستورية القوانين هو منازعة قانون ساري المفعول وذلك بمناسبة نزاع معروض أمام القضاء لا يعتبر مطابق للدستور. وقصد التأكد من ذلك تمّ إحالته على رقابة المجلس الدستوري للنظر في ذلك باعتباره صاحب الاختصاص.

وبالتالي فالدفع بعدم الدستورية هو نوع من الرقابة يتمّ بعد دخول القانون حيّز النفاذ ويدفع به أحد الخصوم في قضية معروضة أمام القضاء كوسيلة للدفاع عن نفسه، بحجة أنّ القانون الذي ينوي القاضي تطبيقه في القضية هو غير دستوري، عندها يوقف القاضي النظر في النزاع، على أن يحال القانون على المجلس الدستوري الذي يبث بقرار معلّل وتكون الإحالة من طرف المحكمة العليا أو مجلس الدولة – حسب طبيعة النزاع[8].

كخلاصة لما سبق يعتبر الدفع بعدم الدستورية وسيلة دفاعية يحق بمقتضاها للخصوم ذوي الصفة والمصلحة الطعن في دستورية النص التشريعي أمام الجهة القضائية التي تتجه لتطبيقه في النزاع المعروض عليه، وذلك بهدف استبعاد الحكم به عليهم، عن طريق إمّا إلغائه (كما هو الحال في فرنسا[9] والجزائر)، أو الامتناع عن تطبيقه (مثلا هو مطبق في الولايات المتحدة الأمريكية)، متى يثبت مخالفته للدستور.

وتجدر الإشارة إلى أنّ فرنسا تعدّ من أولى الدول التي أدخلت آلية الدفع بعدم الدستورية في نظامها الدستوري[10]، وذلك بموجب المادة 61 [11] من التعديل الدستور لسنة 2008 بإضافة فقرة جديدة لها تقضي بتطبيق نظام الرقابة اللاحقة على دستورية القوانين من خلال الدفع بواسطة المتقاضين أمام محاكم الموضوع، وبناء على ذلك صدر القانون العضوي سنة 2009، الذي يسمي هذه الرقابة "المسألة الدستورية ذات الأولوية"

"la question prioritaire de constitutionnalité".

وبالمقابل وإدراكا من المؤسس الدستوري الجزائري للأهمية البالغة لآلية الدفع بعدم الدستورية في تحقيق دولة القانون عن طريق كفالة الحقوق والحريات، نصّ بعدم الدستورية في تحقيق دولة القانون عن طريق كفالة الحقوق والحريات، نص التعديل الدستوري لسنة 2016 بموجب المادة 188

منه على الأخذ بهذا الأسلوب وبذلك لم يعد حق إحالة القوانين غير الدستورية على المجلس الدستوري قاصرا على الطبقة السياسية فقط بل أصبح حقا للمتقاضين كذلك[12].

الفرع الثاني: الطبيعة القانونية للدفع بعدم الدستورية.

عديدة هي الأسئلة التي تطرح بشأن الطبيعة القانونية للدفع بعدم الدستورية، وبالتحديد التساؤل عن كونه يعد مسألة أولية أم مسألة فرعية؟ وعن كونه يعدّ دفعا شكليا أم دفعا موضوعيا؟ وكذا التساؤل عن كونه يعدّ من الدفوع المتعلقة بالنظام العام التي يمكن إثارتها في أية مرحلة كانت عليها الدعوى أم لا؟

فبالنسبة للإشكال الأول: إذا اعترض إحدى الجهات القضائية حال نظرها في نزاع معروض عليها وجود دفع من أحد الأطراف بعدم دستورية القانون المراد تطبيقه للفصل في هذا النزاع، فكيف سنتعامل معه، هل على أساس أنّه مسألة أولية يدخل في نطاق اختصاصها بحثها والبث فيها، وهذا تطبيقا لقاعدة قاضي الأصل هو قاضي الفرع، أم سنتعامل معه على أساس أنّه مسألة فرعية يتعيّن عليها عدم التطرق إليها لأنّها من اختصاص جهة أخرى يؤول لها وحدها مسألة نظرها والفصل فيها؟.

وللإجابة على هذا التساؤل نشير إلى أنّ المادة 188 من التعديل الدستوري الحالي أنّ المؤسس الدستوري أختار طريق الدفع الفرعي لتحريك الرقابة القضائية على دستورية القوانين، حيث لا ترفع دعوى أصلية مباشرة لإلغاء القانون لعدم الدستورية، وإنّما تثور مسألة عدم دستورية القانون أثناء نظر قضية أصلية معروضة أمام إحدى المحاكم، حيث يفترض أن يكون نزاع مطروح أمام محكمة مدنية أو إدارية... سواء درجة أولى أو درجة استئناف، وأنّ هناك قانون معيّن مطلوب تطبيقه في هذا النزاع، بحيث يقوم أحد الأطراف بطريقة دفاعية بالدفع بعدم دستوريته.

ويلاحظ أنّ المؤسس الدستوري أبقى الرقابة الدستورية من اختصاص المجلس الدستوري، فليس لهيئات القضاء العليا أن تفصل في دستورية أو عدم دستورية القانون وإنّما تتأكد من جدية الدفع فقط، ثمّ تحيله إلى المجلس الدستوري.

أمّا بالنسبة للإشكال الثاني: نقسم الدفوع بحسب القوانين الإجرائية إلى ثلاثة أنواع وهي: الدفوع الشكلية (الإجرائية)، الدفوع الموضوعية، والدفوع بعدم القبول، والدفع بعدم الدستورية أبعد من أن يكون دفعا شكليا أو دفعا بعدم القبول، وذلك لأنّه دفع لا يستهدف المنازعة في صحة إجراء أو أكثر من الخصومة المنظورة أمام جهة قضائية معيّنة، ولذلك فهو ليس دفعا شكليا من جهة، وليس

من جهة أخرى دفعا بعدم القبول لأنّ دستورية القانون المستند إليه في تأسيس طلبات الخصوم لا تعدّ شرطا لقبول الدعوى شكلا[13].

بينما لما كان الهدف القريب والمباشر للدفع بعدم الدستورية هو منع تطبيق نص تشريعي الفصل في النزاع يتوقف عليه، فإنّ ذلك قد يجعل من ادعاءات وطلبات الخصم الآخر – في حال ثبوت عدم الدستورية – تفقد أساسها القانوني، ومن ثمّ فإنّ موضوع الدعوى سيكون مبدئيا غير مؤسس، ممّا يتعيّن رفضها لعدم التأسيس، وبذلك فإنّ مثير الدفع بعدم الدستورية سيتمكن من دحض ادعاءات خصمه، وهو ما يجعل بلا شكّ من الدفع دفعا موضوعيا وهو ما قد تبنته المحكمة الدستورية العليا المصرية في قرارها المؤرخ في 12 فيفري 1994، بحيث أوضحت فيه[14] (إنّ الدفع بعدم الدستورية ليس من قبيل الدفوع الشكلية أو الإجرائية، بل يتغير في مضمونه ومرماه مقابلة النصوص التشريعية المطعون عليها بأحكام الدستور ترجيحا لها على ما عداها...).

أمّا بالنسبة للإشكال الأخير، فإذا كان الدفع بعدم الدستورية متعلقا بالنظام العام فيترتب على ذلك أنّه يجوز للقاضي إثارته من تلقاء نفسه ولو لم يتمسك به أحد أطراف الدعوى، أمّا إذا لم يكن الدفع متعلقا بالنظام العام فلا يمكن للقاضي إثارته إذا لم يتمسك به أحد الخصوم، وهذا ما تبناه المؤسس الدستوري في المادة 188 من التعديل الدستوري الحالي، بحيث حصر حق الدفع فقد لأطراف النزاع، إلاّ أنّ الفقه الحديث يقرّ بأهمية منح القاضي ممارسة حق الدفع، ذلك أنّه يعوج بالنفع على حق المتقاضين ويصونها، ويؤكد الفقه الفرنسي هذا الطرح باعتبار أنّ الاعتداء على الحقوق والحريات التي يحميها الدستور تعدّ من الأمور المتعلقة بالنظام العام، وبالتالي يجوز للقاضي أو النيابة العامة إثارتها مباشرة ومن تلقاء نفسها[15].

ومهما يكن الخلاف حول طبيعة هذه الآلية فإنّ إقرارها الحق للأفراد في الدفع بعدم دستورية القوانين التي تنتهك الحقوق والحريات يعتبر تطورا جديد في الرقابة على دستورية القوانين في الجزائر.

المطلب الثاني: شروط قبول دعوى الدفع بعدم الدستورية.

نظم المشرع قواعد وشروطا قبول الدفع بعدم الدستورية في القانون العضوي رقم 18-16 – سابق الإشارة إليه –، بشأن تطبيق المادة 188 من التعديل الدستوري الحالي، وتضمن القانون شروط شكلية (الفرع الأول)، يجب أن تتوافر في الدفع بعدم الدستورية كما اشترط القانون ضرورة توافر شروط موضوعية (الفرع الثاني) لقبول الدفع بعدم الدستورية.

الفرع الأول: الشروط الشكلية.

يجب أن ترفع دعوى الدفع بعدم الدستورية بموجب عريضة منفصلة عن الدعوى الأصلية، ويشترط فيها الكتابة، وهذا ما نصّ عليه المشرع في المادة 6 من القانون العضوي رقم 18-16 بقولها: "يقدّم الدفع بعدم الدستورية تحت طائلة عدم القبول، بمذكرة مكتوبة ومنفصلة ومسببة". ويتبيّن من نصّ هذه المادة أنّ الشروط الشكلية يجب أن تتوافر سواء قدم الدفع أمام محاكم أول درجة أو محاكم استئناف أو المحكمة العليا أو مجلس الدولة وإلاّ حكم بعدم القبول.

وما ينبغي الإشارة إليه أنّه جاء في مسودة القانون العضوي للدفع بعدم الدستورية كلمة "مستقلة" بل "منفصلة" وقد اعتبر المجلس الدستوري أنّ كلمة "مستقلة" و"الاستقلالية" غير دستورية، باعتبارهما صفتين متلازمتين للهيئات والسلطات التي أقرّ لها الدستور صفة الاستقلالية كما ورد في عدّة مواد من الدستور (156، 176، 188...)، وبما أنّ المعنى الذي يقصده المشرع مغاير للمعنى الذي ذكرناه فقد اقترح المجلس لفظا "منفصلة" بدل "مستقلة"[16].

ويقصد بشرط "التسبيب" تبيان عدم دستورية النصّ المطعون فيه، ويكون التعليل كافيا، حتى تتمكن المحكمة من مراقبة جدية الدفع بمعنى أن تتضمن أوجه الخرق أو انتهاك الحقوق التي يتضمنها الدستور، كما يجب أن تتضمن العريضة تحديد النص المطعون فيه بدقة هل يتعلّق بمادة أو بند، فقرة. وهذا الشرط يسهل عملية فحص الدفع، وتمكين المحكمة المشار أمامها البث فيه في أقصر الآجال[17].

إضافة إلى هذه الشروط يخضع الدفع بعدم الدستورية للشروط الشكلية المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية والإدارية من حيث تقديمه من صاحب المصلحة والمواعيد المقررة قانونا[18].

الفرع الثاني: الشروط الموضوعية.

باستقراء ما جاء أساسا في مضمون المادة 188 من التعديل الدستوري الحالي، فإنّنا نلاحظ بأنّ ثمّة ضوابط وقيودا يتعيّن أن يستوفيها الدفع بعدم الدستورية، حتى يمكن قبوله في الموضوع، ويمكن ردّ هذه الضوابط الموضوعية إلى ما يلي:

1- أن يكون محل الدفع بعدم الدستورية متعلقا بحكم تشريعي:

قرّر المؤسس الدستوري بمقتضى المادة 188 من التعديل الدستوري الحالي بأنّ الدفع بعدم الدستورية يجب أن ينصبّ على "حكم تشريعي"، ونفس العبارة وردت في المادة 8 من القانون العضوي رقم 18-16 – سابق الإشارة إليه – فماذا يقصد به؟

المقصود بالأحكام التشريعية التي يمكن بشأنها تقديم دفع بعدم الدستورية ينصرف بالأساس إلى الأحكام السارية النفاذ التي تستمد وجودها وتجد مصدرها في كل من التشريعات التي يسنّها البرلمان والأوامر التشريعية التي يصدرها رئيس الجمهورية، ولكن بعد أن استحدث دستور 1996 ما يعرف بالقوانين العضوية، فهل يمكن اعتبارها من قبيل الأحكام التشريعية التي تقبل إمكانية الدفع بعدم دستوريتها؟

لا شكّ أنّ القوانين العضوية كالقوانين العادية، تعتبر ذات طبيعة تشريعية، وهذا بموجب المادة 141 من التعديل الدستوري الحالي بقولها: "إضافة إلى المجالات المخصصة للقوانين العضوية بموجب الدستور، يشرع البرلمان بقوانين عضوية في المجالات التالية...". غير أنّه وبالنظر إلى أنّ حقوق الأشخاص وواجباتهم الأساسية، لاسيما نظام الحريات العموميين وحماية الحريات الفردية وواجبات المواطنين تدخل في صميم القانون العادي، بموجب المادة 1/140 – وليس القانون العضوي من جهة، ولأنّ هذا الأخير من جهة أخرى يخضع وجوبا لرقابة مطابقة النص مع الدستور من طرف المجلس الدستوري قبل صدوره حسب نصّ المادة 141 الفقرة الأخيرة من التعديل الدستوري الحالي، فإنّ ذلك جعل الكثير من الفقه الدستوري [19] يستبعد إمكانية قبول المجلس الدستوري مجددا في مدى دستوريتها في حال توصله بدفع (أو أكثر) يطعن فيها بعدم الدستورية.

2- أن يتوقف مآل النزاع القضائي على الحكم التشريعي المدفوع بعدم دستوريته:

نصّ المادة 188 من التعديل الدستوري على أن يكون الحكم التشريعي على الدفع حاسما في سير الخصومة، وهذا ما عبّر عنه المؤسس الدستوري بصيغة "يتوقف عليه مآل النزاع" للدلالة على أهميته الأكيدة في حسم النزاع القائم، بينما لم ينصّ المؤسس الدستوري الفرنسي على هذا القيد في المادة 61-1 المتعلقة بمسألة الأولوية الدستورية حيث تكفل المشرع بتضمينه صراحة في القانون العضوي رقم 2009-1523 المتعلق بشروط تطبيق هذه المسألة بحيث جاء في نصّ المادة 23-2 منه أنّ الدفع يجب أن يمس جوهر وأساس النزاع، ويستفاد من عبارة "الحكم التشريعي الذي يتوقف عليه مآل النزاع" الواردة في المادة 188 التي أسست لجواز دفع الأشخاص بعد دستورية الأحكام التشريعية التي يرون فيها انتهاكا للحقوق والحريات التي يضمنها الدستور عدّة أمور هي:

- أن تكون لمقدّم الدفع بعدم الدستورية مصلحة شخصية وقائمة في إثارته أمام محكمة الموضوع ولتكون مصلحة شخصية ومباشرة لابدّ أن يكون هو المعني شخصيا بأن يطبق عليه الحكم التشريعي الذي مآل النزاع يتوقف عليه من جهة، ولتكون من جهة أخرى مصلحة قائمة وحالة وليست محتملة[20].

– أن يكون الدفع بعدم الدستورية الذي يتمّ إثارته جديا، ويرى الفقه[21] أنّ المقصود بجدية الدفع هو انعدام نية الكيد وإطالة أمد التقاضي، وتتحدّد مدى جدية الدفع لما يكون الفصل في مسألة الدستورية منتجا، أي أن يكون الحكم التشريعي المطعون في دستوريته متصلا بموضوع النزاع، وأن يكون الحكم بعدم الدستورية مفيدا للطاعن.

وجدير بالذكر أنّ قيام قاضي الموضوع بفحص الدفع المقدم من الخصوم بعدم الدستورية تجاه نص معيّن، إنّما هو اعتراف من المؤسس الدستوري بدور المحاكم عامة في الإسهام في اكتشاف العيب الذي يشوب النص القانوني، ويجعله غير دستوري، لكن هذا الإسهام لا يرقى إلى الفصل في مدى دستورية القانون محل النظر، ويبقى المجلس الدستوري صاحب الاختصاص الأصل في البث في مسألة دستورية:

– انتهاك الحكم التشريعي للحقوق والحريات التي يضمنها الدستور:

يتبيّن من نصّ المادة 188 من التعديل الدستوري وكذا نصّ المادة 2 من القانون العضوي رقم 18–16 المحدّد لشروط وكيفيات تطبيق الدفع بعدم الدستورية أنّ المشرع لم يطلق للأفراد حرية التمسك بالقواعد الدستورية، بل حدّدها في القواعد التي تكفل الحقوق والحريات، أي أنّ الأمر يتعلّق فقط بالنص التشريعي التي يتضمن انتهاكا للحقوق والحريات التي يمكن أن يتمسك بها المتقاضين في مخاصمة القانون، هذا ما يدفعنا إلى طرح عدّة تساؤلات، أهمّها هل يقتصر الأمر هنا على قائمة الحقوق والحريات التي عددها المؤسس الدستوري في الدستور بمفهومه الشكلي، بمعنى الوثيقة الرسمية المكتوبة؟ أم يمتدّ إلى مجموعة الحقوق والحريات التي يتضمنها الدستور في مفهومه المادي؟ أي كل القواعد القانونية ذات المضمون الدستوري وبمختلف درجاتها، وفي أي مصدر من مصادر القانون الدستوري وجدت، حتى العرفية منها؟[22].

وتبقى الإجابة عن الإشكاليات السابقة مرهونة على حسب الموقف الذي سيتخذه المجلس الدستوري ويتبناه بخصوص ما يجب أن يفسر به مصطلح الدستور الوارد في المادة 188 من التعديل الدستوري والمادة 2 من القانون العضوي رقم 18–16، هل يفسره وفقا للنظرية الشكلية التي تحصره في القواعد والأحكام الواردة في الوثيقة الرسمية سارية النفاذ؟ أم يأخذ بالنظرة الموضوعية التي تأبى تقييد الدستور فيما تضمنته الوثيقة الرسمية، وعلى ضوء ذلك سيتحدّد – شيقا أو اتساعا – نطاق الحماية الدستورية التي سيوفرها المجلس الدستوري للحقوق والحريات بموجب آلية الدفع بعدم الدستورية.

الخاتمة:

وخلاصة لما تقدّم إنّ تبنّي المؤسسة الدستوري آلية الدفع بعدم الدستورية يعد وجها جديدا من أوجه الإخطار الذي كان قاصرا على الطبقة السياسية، كما أنّها تشكل نقلة نوعية وثورة حقيقية في مجال الحقوق والحريات، ومكسبا للأفراد في الدفاع عن حقوقهم وحرياتهم وتحصيلها من أي انتهاكات، فبموجبها سيتمّ تقريب الفرد من مؤسسات الدولة، كما سيشارك في العملية التشريعية ولو بطريقة غير مباشرة.

ويبقى المؤشر الرئيسي لنجاعة هذه الآلية هو القيمة المضافة التي سيقدمها المجلس الدستوري كقاضي لتثبيت وترسيخ الحقوق والحريات الأساسية في الثقافة القانونية الجزائرية.

الهوامش:

(1) – بقولها: "يمكن إخطار المجلس الدستوري بالدفع بعدم الدستورية بناء على حالة من المحكمة العليا او مجلس الدولة، عندما يدعي أحد الأطراف في المحكمة أمام جهة قضائية أن الحكم التشريعي الذي يتوقف عليه مال النزاع ينتهك الحقوق والحريات التي يضمنها الدستور.

تحدد شروط وكيفيات تطبيق هذه الفقرة بموجب قانون عضوي".

(2) – كالمادة 61–01 من الدستور الفرنسي لعام 1958 المعدل بموجب القانون رقم 2008–724 المؤرخ في 23 جويلية 2008، متوفر على الرابط التالي:

http://www.legifrance.gouv.fr/affichtexte.do?idtexte=jeRFTEXTET000019237256categorielien=id.

والفصل 133 من الدستور المغربي لعام 2011 الصادر بموجب ظهير شريف رقم 91–1–1 مؤرخ في 29 يوليو 2011، ج.ر. رقم 5964 مكرر بتاريخ 30 يوليو 2011.

(3) – القانون العضوي رقم 18-16، المؤرخ في 02 سبتمبر 2018، المحدّد لشروط وكيفيات تطبيق الدفع بعدم الدستورية، ج.ر. رقم 54.

(4) – عصمت عبد الله الشيخ، مدى استقال القضاء الدستوري في شأن الرقابة على دستورية التشريعات، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003، ص 130.

(5) – عليان بوزيان، آلية الدفع بعدم الدستورية وأثرها في تفعيل العمالة الدستورية، مجلة المجلس الدستوري، ع.02، 2013، الجزائر، ص 71.

(6) – عبد الحق بلفقيه، قراءة في الفصل 133 من الدستور، الدفع بعدم الدستورية، مقال متوفر على الموقع الإلكتروني:

http://www.hespress.com/opinions/235230.html

جمال رواب، الدفع بعدم دستورية القوانين قراءة في نص المادة 188 من الدستوري الجزائري، مجلة الدراسات الحقوقية، مجلد4، ع.1، جامعة مولاي الطاهر، سعيدة، 2016، ص 35 وما بعدها.

(7) – Debré (J.L) : "Qu'est ce que la question prioritaire de constitutionalité http://www.conseil-constitutionnel.fr/français/vidéos2010/qu'est ce que la question prioritaire de constitutionalité.48275.html-Roussillon(M).le conseil constitutionnel", Dalloz, 4ème édition, 2001, p 32.

(8) – جمال رواب، الدفع بعدم دستورية القوانين قراءة في نص المادة 188 من الدستوري الجزائري، مجلة الدراسات الحقوقية، مجلد4، ع.1، جامعة مولاي الطاهر، سعيدة، 2016، ص 35 وما بعدها.

(9) – حسب نصّ المادة 62 الفقرة الثانية التي تنصّ على أنّ "النصّ الذي يصرح بعدم دستوريته على أساس المادة (61-1) يعتبر لاغيا اعتبارا من تاريخ نشر قرار المجلس الدستوري أو من تاريخ لاحق يحدّده هذا القرار...".

(10) – مع الإشارة إلى أنّ فرنسا هي البلد الأوروبي الوحيد حتى عام 2008 الذي لا يسمح دستوره بالرقابة على دستورية القوانين، فكيف يكون من حق الفرنسيين الادعاء المباشر أمام محكمة العمل الأوروبية وأمام المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان في حين أنّهم محرومون من اللجوء إلى المجلس الدستوري، لمزيد من التفاصيل انظر شريف يوسف خاطر، المسألة الدستورية الأولوية، دراسة مقارنة، دار الفكر والقانون، المنصورة، 2010، ص 5.

(11) – L'Article 61-1 de la Constitution Française disposé que : "Lorsque, à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction, il est soutenu qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la constitution garanti, le conseil constitutionnel peut être saisi de cette question sur renvoi du conseil d'état ou de la cour e cassation qui se prononce dans un délai déterminé. Une loi organique détermine les conditions d'application d U présent article"

(12) – كمال حمريط، الدفع بعدم دستورية القوانين في التعديل الدستوري الجزائري 2016، مقال متوفر على الموقع الإلكتروني:

47347Diae.net اطلع عليه بتاريخ 12-04-2018

(13) – عادل ذواوي، الدفع بعدم الدستورية كآلية لحماية المكلفين بالضريبة في الجزائر، – بعد التعديل الدستوري لسنة 2016، مجلة العلوم القانونية والسياسية، ع.16، جوان 2017، ص 337.

(14) – متوفر على الموقع الإلكتروني: http://www.adelamer.com/vb/shouthread.php?13773

(15) – عثمان الزياني، المواطن والعدالة الدستورية، حق الأفراد في الدفع بعدم الدستورية في ظل الفصل 133 من دستور 2011، سلسلة المعارف القانونية والقضائية، المحكمة الدستورية بالمغرب، نحو رؤية استشرافية، منشورات مجلة الحقوق، ع.21، الرباط، 2014، ص 87.

(16) – رأي المجلس الدستوري رقم 03 أ.ر.ق.ع/م.د/18 مؤرخ في 2 أوت 2018، المتعلق بمراقبة مطابقة القانون العضوي الذي يحدّد شروط وكيفيات تطبيق الدفع بعدم الدستورية، ج.ر. رقم 54.

(17) – جمال العزوزي، تأملات أولية في مشروع القانون التنظيمي المتعلق بالدفع بعدم دستورية القوانين، المجلة المغربية للحكامة القانونية والقضائية، مطبعة الأمنية، الرباط، ع.1، 2016، ص 112.

(18) – المادة 13 من القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فيفري 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج.ر. رقم 21.

(19) – عليان بوزيان، المرجع السابق، ص 85.

(20) – عادل ذواوي، المرجع السابق، ص 344.

(21) – رمزي طه الشاعر، النظرية العامة للقانون الدستوري، ط3، دار النهضة العربية، القاهرة، 1983، ص 58.

(22) – جمال مقراني، الإخطار بين دستور 1996 ودستور 2016، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، المجلد 11، ع.2، ص 359.

البصمة الوراثية وحكمها في نفي النسب
في الشريعة الاسلامية والقانون الوضعي

من إعداد :

لعلوي جميلة

طالبة دكتوراه أحوال شخصية

كلية الحقوق والعلوم السياسية البليدة2

البريد الالكتروني:fatna_hadil@yahoo.fr

الملخص:

ان التطور العلمي والتقني الذي يشهده العالم يؤثر على جميع القواعد القانونية عموما، ويزداد تأثيره في مجال الإثبات خاصة لأهمية هذا المجال، اذ أصبح تأثيره واضحا في طرق الإثبات، فقد أدى تطور العلوم الطبية بعد الاكتشافات العلمية المذهلة في ميدان علم الهندسة الوراثية الجينية والحمـــض النووي وغيرها إلى ظهور أدلة علميــة جديدة لم تكن موجودة سابقا .

وتعد البصمة الوراثية اكتشاف علمي حديث لم يكن له وجود سابقا ،ولكن أصبح الآن حقيقة واقعية ملمــوسة أثبتت نجاحها وأخذت دورها الفعلي كدليل علمي يمكن أن يطمئن إلى نتائجها العلمية.

Résumé;

Le développement scientifique et technique en témoigne le monde affecte toutes les règles juridiques en général, et d'accroître son influence dans le domaine de la preuve spéciale de l'importance de ce domaine, puisque son impact est clair dans les moyens de preuve est devenue, il a permis le développement de la science médicale après les découvertes scientifiques étonnantes dans le domaine de la science et du génie génétique génétique, l'ADN et d'autres à l'émergence de nouvelles preuves scientifiques ne sont pas préexiste.

La découverte de l'ADN de la science moderne n'existait pas auparavant, mais est maintenant devenu une réalité concrète avérée être couronnée de

succès et a pris le rôle réel des preuves scientifiques peuvent être assurés des résultats scientifiques.

المقدمة:

ان علم البصمات تطور تطورا كبير فلم تقتصر البصمة على أصابع اليد فقط، بل توصّل علماء الأدلة الجنائية إلي التعرّف على الشخص من بصمات عينيه و أذنيه و أسنانه. ولا يزال علم البصمات يتقدم بسرعة مذهلة من أجل الوصول إلى تحقيق المطابقة بين الحقائق العلمية الواقعية والقانونية تحقيقا للعدالة ، وان التقدم العلمي اكتشف عدة خصائص أخرى أسهل وأدق وأشد حسما من جميع البصمات السابقة، ولعل البصمة الوراثية (L'empreintegénétique) أصبحت الآن أشهر هذه الخصائص أو البصمات من أجل التعرف علي هوية الشخص ومن ثم التوصل إلي معرفة مقترفي الجرائم وإلحاق نسب الأبناء بآبائهم.

-01-

ولقد أصبح موضوع البصمة الوراثية يكتسي أهمية كبرى، حيث أضحى وسيلة علمية ضرورية ومسلم بها علميا وطبيا ، كما أن المشرع الجزائري كغيره من التشريعات العربية اعتمد هذه الوسيلة بموجب التعديل الجديد لسنة 2005، وذلك من خلال منحه القاضي صلاحية اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات او نفي النسب، والإشكال المطروح ما المقصود بالبصمة الوراثية وماهي مجالات استخدامها؟ وما هو حكم الشريعة الاسلامية والقانون الوضعي من نفي النسب بالبصمة الوراثية؟ وللإجابة على هذه الإشكالية سنعالج مفهوم البصمة الوراثية وأهميتها ومجالات استخدامها(المبحث الأول) ثم حكم نفي النسب بالبصمة الوراثية في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي (المبحث الثاني).

المبحث الأول: مفهوم البصمة الوراثية و أهميتها ومجالات استخدامها

البصمة الوراثية ومدى الاحتجاج بها من القضايا المستجدة التي اختلف فيها فقهاء العصر ,وتنازعوا في المجالات التي يستفاد منها وتعتبر حجة يعتمد عليها كليا أو جزئيا، وقد شاع استعمال البصمة الوراثية في الدول الغربية وقبلت بها عدد من المحاكم الأوربية وبدأ الاعتماد عليها مؤخرا في البلدان الإسلامية ، لذا كان من الأمور المهمة للقضاة معرفة حقيقة البصمة الوراثية ومدى حجيتها في إثبات او نفي النسب ، وقد تطورت الأبحاث في مجال الطب وتم اكتشاف محتويات النواة والصفات الوراثية التي تحملها الكروموسومات والتي يتعذر تشابه شخصين في الصفات الوراثية – عدا التوائم المتشابهة – وهي أكثر دقة وأكثر توفراً من بصمات الأصابع حيث يمكن أخذ المادة الحيوية الأساسية لنستخرج منها البصمة الوراثية من الأجزاء التالية : 1- الدم 2 – المني 3 – جذر الشعر 4 – العظم اللعاب 6 – البول 7- السائل الأمينوسي (للجنين) .

إن مصادر البصمة الوراثية موجودة في النواة من كل خلية في جسم الإنسان والجسم يحتوي على

ترليونات من الخلايا ، وكل خليـــة تحتضن نواة هي المسئولة عن حياة الخلية ووظيفتها وكل نواة تحتضن المادة الوراثية بداية من الخواص المشتركة بين البشر جميعهم أو بين سلالات متقاربة وانتهاء بالتفصيلات التي تختص بالفرد وتميزه بذاته بحيث لا يطابـــق فرداً آخر من الناس ومصدر البصمة موجود على شكل أحماض أمينية (DNA) وتسمى الصبغيات لأن من خواصها أنها تلون عند الصبغ ويطلق عليها أيضاً " الحمض النووي " لأنها تسكن في نواة الخلية وهي موجودة في الكروموسومات، وهذه الكروموسومات منها ما هو مورث من الأب والأم ومنها ما هو مستجد بسبب الطفرة الجديدة .

وسنتطرق في هذا المبحث إلى تعريف البصمة الوراثية وخصائصها (المطلب الأول)، ثم بيان أهميتها وأهم مجالات استخدامها (المطلب الثاني).

المطلب الأول: تعريف البصمة الوراثية وأهميتها

اولا: تعريف البصمة الوراثية :

ونتطرق في هذا لكل من التعريفين اللغوي والاصطلاحي للبصمة الوراثية وكذا التعريف القانوني.

-02-

التعريف اللغوي : البصمة مشتقة من البُصْم وهو : فوت ما بين طرف الخنصر إلي طرف البنصر يقال مـا فارقتـك شـبراً، ولا فتـراً، ولا عتبـاً، ولا رتبـاً، ولا بصـماً، ورجـل ذو بصـم أي غلـيظ البصـم[1]. وبصم بصماً : إذا ختم بطرف إصبعه. والبصمة أثر الختم بالإصبع [2]،فالبصمة عند الإطلاق ينصرف مدلولها إلى بصمات الأصابع وهي : الانطباعات التي تتركها الأصابع عند ملامستها سطحها مصقولاً ، وهي الأصل لأشكال الخطوط الحلمية التي تكسو جلد الأصابع وهي لا تتشابه إطلاقاً حتى في أصابع الشخص الواحد .

التعريف الاصطلاحي : من خلال التعريف اللغوي يتضح لنا أن البصمة الوراثية مركب وصفي من كلمتين: البصمة والوراثية والمقصود بالأولى سبق بيانه، أما الوراثية فهي مجموع الصفات الفيزيولوجية والتشريحية والعقلية المتشابهة أوالمتفرقة بين الأفراد الذين تربطهم صلة قرابة،والمتوارثة من جيل إلى آخر،وبالتالي يقصد بالبصمة الوراثية اصطلاحا ما يتوارثه الأبناء عن آبائهم من صفات تحدد هويتهم بدقة وتميّزهم عن غيرهم. فهي الجينات الوراثية التفصيلية التي تدل على هوية كل إنسان بعينه، والتي تتحكم في صفات الشخص الجينية التي يختص بها كل فرد دون سواه [3]،فهي وسيلة تمتاز بالدقة في التحقق من النسب البيولوجي، والتحقق من الشخصية[4] ، ولا يمكن للبصمة الوراثية للشخص أن يتشابه فيها مع غيره، بل لا يتشابه حتى في أصابع الشخص الواحد. وهي التي تحدد هوية الشخص عن طريق

تحليل جزء أو أجزاء من الحمض النووي المعروفبأي.دي.أن "A.D.N" ، وهي المادة أو الشفرة الوراثية التي يحملها الإنسان بالوراثة عن أبيه وأمه في خليته الجينية[5].

فالبصمة معجزة الله في خلقه، ذلك أن البشر مع التشابه في الخلق، هناك اختلاف في البصمات أي في البنية الجينية التفصيلية، لا يتطابق إنسان مع غيره فيها تطابقا تاما، حيث ينفرد ببصماته وصفاته الفيزيولوجية والبيولوجية، منها ما هو ظاهر على سطح جسمه (كأصابع اليد، والقسمات، وشكل العظام...)، ومنها ما قد يفرزه الجسم (كاللعاب، ورائحة العرق وغيرها). وقد أشار القرآن الكريم إلى بصمة رائحة العرق في سورة يوسف في قوله تعالى: {إني لأجد ريح يوسف لولا أن تفندون} [6].

ذلك أن كل شخص يحمل في خليته الجينية 46 كروموزوما،يرث نصفها وهي 23 كروموزوما من أبيه، و23 كروموزوما من أمه بواسطة البويضة، مما ينتج عنه كروموزوما خاصا به مع بقاء التشابه معهما في بعض الوجوه العلمية (أي في الصفات الوراثية)، وإنما جاءت خليطا منهما[7]، لقوله تعالى: {إنا خلقنا الإنسان من نطفة أمشاج} [8]، وقوله تعالى: {سنريهم آياتنا في الآفاق وفي أنفسهم حتى يتبين لهم أنه الحق[9]). وقوله تعالى: {وفي أنفسكم أفلا تبصرون} [10]، وكذا قوله تعالى: {ومن آياته أن خلقكم من تراب ثم إذا أنتم بشر تنتشرون}.[11]فتلك هي إذن آية البصمة الوراثية، وما تحمله في خفاياها من معجزات وأسرار الحامض النووي والجينات أي المورثات [12].

-03-

التعريف القانوني:القانون لم يعرف البصمة الوراثية بالرغم من ان بعض التشريعات نصت عليها في قوانينها الداخلية ،واقرار العمل بها في المحاكم كدليل نفي أواثبات في المجالات المدنية والجنائية ، ولكن بعض فقهاء القانون حاولوا وضع تعريف لها وادق تعريف لها هو تعريف ابو الوفا محمد ابو الوفا ابراهيم،فقد عرفها بانها:(الصفات الوراثية التي تنتقل من الاصول الى الفروع،والتي من شانها ان تحدد شخصية كل فرد عن طريق تحليل جزء من حامض الدنا الذي تحتوي عليه خلايا جسده).

ثانيا: أهمية وخصائص البصمة الوراثية

يتبين لنا مما تقدم أهمية البصمة الوراثية كما تتضح أهم خصائصها وميزاتها، فمن أهم فوائد معرفة بصمات الأصابع الاستدلال بها علي مرتكبي الجرائم.

وذلك من خلال ما ينطبع من بصماتهم علي الأجسام المصقولة في محل الجريمة، فهي قرينة قوية في التعرف على الجناة، ولقد تجاوزت الاكتشافات الطبية الحديثة معرفة هذه الخاصية من جسم الإنسان إلى اكتشاف خواص كثيرة فيه وإدراك مدى تأثير تلك الخواص في الوراثة عن طريق أجزاء من جسم الإنسان.

وقد دلت الاكتشافات الطبية أنه يوجد في داخل النواة التي تستقر في خلية الإنسان (46) من الصبغيات (الكروموسومات) وهذه الأخيرة تتكون من المادة الوراثية – الحمض النووي الريبوري اللأكسجيني – والذي يرمز إليه بـ (دنا) أي الجينات الوراثية. وكل واحد من الكروموسومات يحتوي على عدد كبير من الجينات الوراثية قد تبلغ في الخلية البشرية الواحدة إلى مائة ألف مورثة جينية تقريباً، وهذه المورثات الجينية هي التي تتحكم في صفات الإنسان والطريقة التي يعمل بها، إضافة إلى وظائف أخرى تنظيمية للجينات.

و أثبتت التجارب الطبية الحديثة بواسطة وسائل تقنية في غاية التطور والدقة، أن لكل إنسان جينوماً بشرياً يختص به دون سواه، لا يمكن أن يتشابه فيه مع غيره أشبه ما يكون ببصمة الأصابع في خصائصها، بحيث لا يمكن تطابق الصفات الجينية بين شخص وآخر حتى وإن كانا توأمين.

ولهذا أطلقت عبارة (بصمة وراثية) للدلالة على تثبيت هوية الشخص أخذاً من عينة الحمض النووي المعروف بـ (دنا) الذي يحمله الإنسان بالوراثة عن أبيه وأمه، إذ أن كل شخص يحمل في خليته الجينية (46) من صبغيات الكروموسومات ، يرث نصفها وهي (23) كروموسوماً عن أبيه بواسطة الحيوان المنوي ، والنصف الأخر وهي (23) كروموسوماً يرثها عن أمه بواسطة البويضة وكل واحد من هذه الكروموسومات والتي هي عبارة عن جينات الأحماض النووية المعروف باسم (دنا) ذات شقين ويرث الشخص شقاً منها عن أبيه والشق الأخر عن أمه فينتج عن ذلك كروموسومات خاصة به لا تتطابق مع كروموسومات أبيه من كل وجه،ولا مع كروموسومات أمه من كل وجه وإنما جاءت خليطاً منهما، [13]وبهذا الاختلاط اكتسب صفة الاستقلالية عن كروموسومات أي من والديه مع بقاء التشابه معهما في بعض الوجوه ، لكنه مع ذلك لا يتطابق مع أي من كروموسومات والديه.

-04-

وأن علماء الطب الحديث يرون أنهم يستطيعون إثبات الأبوة أو البنوة لشخص ما أو نفيه عنه من خلال إجراءات الفحص على جيناته الوراثية، حيث قد دلت الأبحاث الطبية التجريبية على أن نسبة النجاح في إثبات النسب أو نفيه عن طريق معرفة البصمات الوراثية يصل في حالة النفي إلى حد القطع، أي بنسبة 100 %، أما في حالة الإثبات فأنه يصل إلى قريب من القطع وذلك بنسبة 99 % تقريباً.

وطريقة معرفة ذلك أن يؤخذ عينة من أجزاء الإنسان بمقدار رأس الدبوس من البول أو الدم أو الشعر أو المني أو العظم أو اللعاب أو خلايا الكلية أو غير ذلك من أجزاء جسم الإنسان، وبعد أخذ هذه العينة يتم تحليلها وفحص ما تحتوي عليه من كروموسومات – أي صبغيات – تحمل الصفات الوراثية وهي الجينات.

فبعد معرفة هذه الصفات الوراثية الخاصة بالابن وبوالديه يمكن بعد ذلك أن يثبت بعض هذه الصفات الوراثية في الابن موروثة له عن أبيه لاتفاقهما في بعض هذه الجينات الوراثية فيحكم عندئذ بأبوّته له، أو يقطع بنفي أبوّته له. وكذلك الحال بالنسبة للأم ، وذلك لأن الابن – كما تقدم – يرث عن أبيه نصف مورثاته الجينية، بينما يرث عن أمه النصف الآخر. فإذا أثبتت التجارب الطبية والفحوصات المخبرية وجود التشابه في الجينات بين الابن وأبويه، ثبت طبياً بنوته لهما، وقد تثبت بنوته لأحد والديه بناء على التشابه الحاصل بينهما في المورثات الجينية بينما يُنفى عن الآخر منهما، بناء على انتقاء التشابه بينهما في شتى المورثات الجينية [14].

<u>المطلب الثاني</u>: مجالات استخدام البصمة الوراثية

على الرغم من مرور وقت قصير على اكتشاف بصمة الجينات، إلا أنها استطاعت عمل تحويل سريع من البحث العلمي النظري إلى العلم التطبيقي، الذي يستخدم حول العالم وخصوصا في الحالات التي عجزت وسائل الطب الشرعي التقليدية التي لا نجد لها حلا مثل قضايا إثبات البنوة ضمن مسائل النسب ومختلف الجرائم جنسية كانت كالاغتصاب أم غير جنسية، وجرائم القتل والسطو وغيرها.

كما يمكن بالفعل استقصاء الأجنة البشرية للتعرف على حقائق كانت تبدو لوقت غير بعيد مستعصية، إذ أصبح من الممكن التأكد من هوية المفقودين، وكذا التعرف على ضحايا الكوارث والكشف عن هوية الجثث التي تفحمت أو تحللت وتعذر معرفة أصحابها، كما أمكن للفرد اليوم البحث عن جذوره ورسم شجرته العائلية. إضافة إلى أنها أصبحت أداة هامة في تطوير الاقتصاد بجميع مجالاته ووسيلة لشركات التأمين في اختيار زبائنها. فضلا عن استخدامها في مجالها الأصلي الخصب وهو المجال الطبي المحض، لتشخيص الأمراض الوراثية عند الأجنّة والأطفال حديثي العهد بالولادة، والكشف عن الجينات الحاملة للمرض الوراثي، ومعالجتها لمنع استمرار العامل الجيني المورّث للمرض [15].

-05-

وبناء على ما تقدم يرى المختصون في المجال الطبي وخبراء البصمات أنه يمكن استخدام البصمات الوراثية في مجالات كثيرة ، غير أنهم يرجعون استخدامها بشكل كبير وعلى نطاق واسع في مجملها إلى مجالين رئيسين هما : المجال الجنائي ومجال إثبات النسب.

أولا: المجال الجنائي

ان مجال التحقيق الجنائي والكشف عن الجريمة مجالا واسعا يدخل ضمنه مسائل الكشف عن هوية المجرمين في جرائم القتل والضرب والجرح والسرقة، وكذا جرائم الاغتصاب والزنا، وفي حالات الاختطاف بأنواعها، وكذا حالة انتحال شخصيات الآخرين... ونحو هذه المجالات الجنائية.

ونظرا للحداثة النسبية لطريقة فحص ADN واعتبارها وسيلة إثبات في النظم القانونية والقضائية المقارنة، فإنه لا يوجد نص خاص في الجزائر بتشريع أو بتنظيم هذه الوسيلة الجديدة في الإثبات.

ومع ذلك يمكننا اللجوء إلى النصوص القانونية المختلفة لاسيما قانون حماية الصحة وترقيتها، وقانون الإجراءات المدنية والإدارية، وقانون العقوبات، وغيرها،ففي ما يتعلق بكيفية انتزاع الأنسجة أو الأعضاء، يمكننا الرجوع إلى المواد 161 إلى 168 من القانون رقم 05/85 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها المعدل والمتمم. حيث نصت المادة 162 منه على أنه " لا يجوز انتزاع الأنسجة أو الأعضاء البشرية من أشخاص أحياء، إلا إذا لم تُعرّض هذه العملية حياة المتبرع إلى الخطر، وتُشترط الموافقة الكتابية على المتبرع بأحد أعضائه. وتُحرّر هذه الموافقة بحضور شاهدين اثنين، وتودع لدى مدير المؤسسة و الطبيب رئيس المصلحة ".

وبشأن احترام حرمة الأشخاص الجسمية نصت المادتين 34 و44 من المرسوم التنفيذي رقم 276/92 المؤرخ في 1992/06/06 المتضمن أخلاقيات مهنة الطب.

كما نجد قانون العقوبات المعدل والمتمم بالقانون رقم 09- 01 الصادر في 2009، قد شدّد هو الآخر في مسائل نزع الأنسجة والأعضاء أو الاتجار فيها بموجب المواد من 303 مكرر 17 إلى 303 مكرر 25 منه.

وهكذا نجد القانون الجزائري قد ساير توافق القوانين التي تجيز عمليات أخذ الدم، وأجاز صراحة الأخذ بهذه العمليات واعتبارها كدليل إثبات في المسائل الجنائية. فنجده قد خصّص قسما للبيولوجيا الشرعية، حيث تم تدشين مخبر الـADN بمناسبة عيد الشرطة بتاريخ 2004/07/22. إذ يّعد هذا الإنجاز خطوة هامة في تكريس وتشجيع العمل بالبصمة الوراثية في مجال الإثبات الجنائي لمسايرة تطور التقنية العلمية ومواكبة الدول المتقدمة في هذا المجال.

-06-

ويشرف على هذا القسم تقنيين وباحثين مختصين في علم البيولوجيا والوراثة، وتتجلى مهمة هذا المخبر في البحث عن الأدلة عن طريق التحاليل المخبرية والتي يتركها الجاني في مسرح الجريمة. وبتعبير آخر يقوم المخبر كذلك بتحليل عينات الدم كما نصت عليه المادة 25 من قانون تنظيم حركة

المرور بالإضافة إلى المني ، والشعر والبول واللعاب، ويتم هذا التحليل بواسطة مناهج وعمليات مخبرية متطورة، وهناك آفاق مستقبلية تدور حول إنشاء بنك معلوماتي لذلك، مع العلم أنه يوجد بنك خاص لبصمات الأصابع في أي مركز للشرطة مثلما هو معمول به في الولايات المتحدة الأمريكية[16].

و أن القانون الجزائري جعل مهمة جلب عينات للمخبر من الدم، البول، اللعاب أو الشعر...الخ من أجل تحليلها من قبل مصالح الشرطة التي تقوم عن طريق مختصين في مسرح الجريمة،وأن الفحص لا يُجرى إلا في مخابر الشرطة الفنية العلمية ولم ينص القانون الجزائري على مجالات استعمال البصمة الوراثية.[17]

ثانيا: مجال النسب

أعطت الشريعة الإسلامية للنسب مزيداً من العناية، وأحاطته ببالغ الرعاية [18]،ولاشك أن من أبرز مظاهر العناية بالنسب في الإسلام أن الله تعالى امتنّ على عباده بأن جعلهم شعوباً وقبائل ليتعارفوا[19]، فقال تعالى: {يا أيها الناس إنا خلقناكم من ذكر وأنثي وجعلناكم شعوباً وقبائل لتعارفوا إن أكثركم عند الله اتقاكم}[20]. ولا تتحقّق معرفة الشعوب والقبائل وما يترتب على ذلك من تعارف وتآلف إلا بمعرفة الأنساب وحفظها عن الاشتباه والاختلاط.

ولذلك عُني الإسلام بتنظيم العلاقة بين الرجل والمرأة ضماناً لسلامة الأنساب، فحرّم كل اتصال جنسي لا يتّم على أصول شرعية يحفظ لكل من الرجل والمرأة ما يترتّب عنه من آثار، وما ينتج عنه من أولاد. فأبطل جميع أنواع العلاقات التي تعارفت عليها بعض الأمم والشعوب التي انحرفت عن شرائع الله السماوية، ولم يُبح الإسلام سوى العلاقة القائمة على النكاح الشرعي بشروطه المعتبرة، أو بملك اليمين الثابت، ومن مظاهر عناية الإسلام بالنسب أنه شدّد النكير ، وبالغ في التهديد للآباء والأمهات حين يُقدمون على إنكار نسب أولادهم الثابت ويتبرّؤون منهم، أو حين ينسبون لأنفسهم أولاداً ليسوا منهم، وفي هذا يقول النبي صلى الله عليه وسلم : " أيّما امرأة أدخلت على قوم من ليس منهم فليست من الله في شيء، ولن يُدخلها الجنة، وأيّما رجل جحد ولده وهو ينظر إليه، احتجب الله منه يوم القيامة، وفضحه على رؤوس الأولين والآخرين"[21].

وهكذا أصبحت مشكلة إثبات او نفي النسب من المشكلات الاجتماعية التي تشغل اهتمام الفقه والقضاء، ومع التقدم العلمي المذهل في تطبيقات الهندسة الوراثية باتت قضية إثبات او نفي النسب بالبصمة الوراثية و تداعياتها من القضايا التي تحتاج إلى اجتهاد فقهي وتشريعي وقضائي عاجل.وذلك في حالة الحاجة إلى إثبات البنوة أو الأبوة لشخص ما أو نفيه عنه،

وكذا ما يتعلق بتمييز المواليد المختلطين في المستشفيات، أو الاشتباه في أطفال الأنابيب، أو عند التنازع في طفل مفقود، أو طفل لقيط. إضافة إلى حالات اتهام المرأة بالحمل من وطء شبهة، أو زنا أو غير ذلك.

ويتم الحصول على البصمة الوراثية من مختلف خلايا أو أنسجة الجسم البشري، بحيث إذا أثبتت التحاليل الطبية المخبرية وجود تشابه في الجينات بين الابن وأبويه، ثبت بيولوجيا وطبيا بنوته لهما. وإن لم يوجد أي تشابه في الجينات الوراثية انتفى بيولوجيا وطبيا بنوّته لهما[22].

على اعتبار أن مادة البصمة الوراثية (الحمض النووي) (A.D.N)، تصمد طويلا أمام عوامل الزمن المختلفة، إذ يمكن الوصول إليها حتى بعد مرور مئات السنين على موت الشخص، ومن هنا تتجلى الفائدة العظيمة لهذا الاكتشاف العلمي في تحديد النسب[23].

<u>المبحث الثاني</u>: حكم نفي النسب بالبصمة الوراثية في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي

إن تطرّقنا لمفهوم البصمة الوراثية ومجالات استخدامها، يظهر لنا بشكل جليّ أهمية هذه التقنية في مجال النسب، الأمر الذي يدفعنا للتعرف إلى حكم نفي النسب بالبصمة الوراثية في الشريعة الإسلامية (المطلب الأول) وفي القانون الوضعي (المطلب الثاني) .

<u>المطلب الاول</u>: حكم نفي النسب بالبصمة الوراثية في الشريعة الإسلامية

لا خلاف بين الفقهاء المعاصرين على عدم استخدام البصمة الوراثية في التحقق من صحة النسب الثابت ، ولكن إذا شك الزوج في نسب ولده ولا دليل لديه على زنا زوجته . فهل يصح نفي النسب بالبصمة الوراثية إذا جاءت النتائج تؤكد ذلك ويكتفى بها أم لا بد من اللعان أيضا؟ وإذا تعارضت أقوال الزوج مع نتائج التحليل وطالب إجراء اللعان فهل يجاب إلى طلبه؟ أم يستغنى عنه بالبصمة الوراثـــية؟

أولا:عرض الأدلة

اختلف الفقهاء المعاصرون في العمل بالبصمة الوراثية مع وجود اللعان وسنتطرق إلى عرض أرائهم على النحو التالي:

الرأي الأول:لا ينتفي النسب الثابت بالفراش الصحيح إلا باللعان فقط، ولا يجوز تقديم البصمة الوراثية على اللعان ، وهذا رأي عامة الفقهاء المعاصرين[24]، وهو ما أقره المجمع الفقهي الإسلامي لرابطة العالم الإسلامي بمكة المكرمة، وقد جاء في القرار السابع بشأن البصمة الوراثية و مجالات الاستفادة منها في الدورة السادسة عشر التي عقدت في (5- 2002/01/10) بمكة المكرمة، ما يلي :" لا يجوز شرعا

الاعتماد على البصمة الوراثية في نفي النسب، و لا يجوز تقديمها على اللعان " [25]،و من أصحاب هذا الرأي من قال أنه يمكن الاستعانة بالبصمة الوراثية للتقليل من حالات اللعان إذا اطمأن الزوج لذلك[26].

-08-

الرأي الثاني: يرى أن البصمة الوراثية تحل محل اللعان ، لأن نتائجها يقينية إذا أثبتت أن الولد ليس من الزوج فينتقي من الزوج بالبصمة الوراثية دون اللعان، لأن اللعان هو الاستثناء و ليس القاعدة حيث يقول أحدهم: " إذا ثبت يقينا بالبصمة الوراثية أن الحمل أو الولد ليس من الزوج فما وجه إجراء اللعان؟ صحيح لا يزال الحق مع الزوجة في المطالبـــــــة باللعان لنفي الحد عنها، لاحتمال أن يكون حملها بسبب وطء بشبهة[27] ".

الرأي الثالث:يرى أن الطفل لا ينفي نسبه باللعان إذا جاءت البصمة الوراثية تؤكد صحة نسبه للزوج و لو لاعن، و ينفى النسب باللعان فقط إذا جاءت البصمة الوراثية تؤكد قوله و تعتبر دليلا تكميليا. و قريبا من هذا الرأي قال بعضهم: "إن التحاكم إلى البصمة الوراثيـــة، جائز إذا كان الطلب من الزوجة، لأنه يحقق براءتها ،و طمأنينة الزوج،و نسب الولد، أما إذا كان من الزوج فلا يجاب إليه إلا إذا وافقت الزوجة ، لأنه يضيع حقها في الستر الذي يكون باللعان"[28].

ثانيا: عرض الأدلة

نتناول أدلة كل الآراء السابقة كالآتي:

<u>أدلة المانعين استعمال البصمـــــة الوراثية في نفي النسب مطلقا</u>: استدل هذا الفريق بالكتاب و السنة و المعقول:

من الكتاب: قال الله تعالى:{ وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنْفُسُهُمْ فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَـعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ (6) وَالْخَامِسَةُ أَنَّ لَعْنَةَ اللَّهِ عَلَيْهِ إِنْ كَانَ مِنَ الْكَاذِبِـينَ (7) } [29].

وجه الدلالة: أن الآية ذكرت أن الزوج إذا لم يكن له شاهد إلا نفسه فيلجأ للعان و إحداث البصمة بعـد الآية تزيد على كتاب الله، و قد قال النبي:" مَنْ أَحْدَثَ فِي أَمْرِنَا هَذَا مَا لَيْسَ فِيهِ فَهُوَ رَدٌّ ".

من السنة: قول النبي(ص): " هُوَ لَكَ يَا عَبْدُ بْنَ زَمْعَةَ، الْوَلَدُ لِلْفِرَاشِ وَلِلْعَاهِرِ الْحَجَرُ .ثُمَّ قَالَ لِسَوْدَةَ بِنْتِ زَمْعَةَ: احْتَجِبِي مِنْهُ، لمَّا رَأَى مِنْ شَبَهِهِ بِعُتْبَةَ، فَمَا رَآهَا حَتَّـى لَقِيَ اللَّهَ ".

وجه الدلالة:أن الرسول أهدر الشبه البين و هو الذي يعتمد على الصفات الوراثية، و أبقى الحكم الأصلي و هو " الولد للفراش" فلا ينفي النسب إلا باللعان فحسب [30].

و استدلوا أيضا بحديث:عن أنس بن مالك قال:إن هلال بن أمية قذف امرأته بشريك بن سمحاء، فلاعنها فقال رسول الله(ص):"أبصروها فإن جاءت به أبيض سبطا قضيء العينين فهو لهلال بن أمية وإن جاءت به أكحل جعدا حمش الساقين فهو لشريك ابن سمحاء ".

وجه الدلالة: أنه إذا نفى الزوج و لدا من زوجته ولد على فراشه فلا إلا قول القـــافة، ولا تحليل البصمة الوراثية لأن ذلك يعارض حكما مقررا و هو إجراء اللعان بين الزوجين، ولذلك ألغى الرسول (دليل الشبه)

بين الزاني والولد الملاعن عليه، وهذا الذليل يعتمد على الصفات الوراثية فهو أشبه بالبصمة الوراثية و مع ذلك يقوم على معارضة الأصل الذي نزل به القرآن في إجراء اللعان .

قال إبن القيم تعليقا على الحديث السابق:«أن فيه إرشادا منه إلى اعتبار الحكم الحكم بالقافة، و أن للشبه مدخلا في معرفة النسب،وإلحاق الولد بمنزلة الشبه،وإنما لم يلحق بالملاعن لو قدر أن الشبه له، لمعارضة اللعان الذي هو أقوى من الشبه له ».

-09-

من المعقول:استدل القائلون بعدم جواز نفي النسب بموجب نتائج البصمة الوراثية من المعقول بعدة أوجه، منها:

إن الأحكام الشرعية الثابتة لا يجوز إلغائها، أو إبطال العمل بها إلا بنص شرعي يدل على نسخها، و هو أمر مستحيل(مع حكم اللعان)،ولأنه لو أقرت الزوجة بصدق زوجها فيما رماها به من الفاحشة فإن النسب يلحق بالزوج و لا ينفى عنه إلا باللعان، و لأن اللعان يشرع لدرء الحد أن الحمل منه، و لكنها زنت بعد الحمل، فيريد أن يدرأ الحد عن نفسه باللعان، فلا يجوز منعه من هذا الحق الثابت له شرعا، فكيف يجوز إلغاء حكم شرعي بناء على نظريات طبية مظنونة [31].

إن العمل باللعان تنفيذا لأمر الله تعالى، فله صفة تعبدية، بخلاف البصمة الوراثية التي تقوم على معرفة الحقيقة المجردة .

أننا لا نستطيع أن نعتمد على البصمة فحسب و نقيم حدا على الزوجة، بل لا بد من البينة ، فكيف تقدم البصمة الوراثية على اللعان و لا نقدمها على الحد؟

أن اللعان يغني عن البصمة الوراثية، فلم تكن الأمة في حرج من أمرها في هذا الشأن و قد نظم الإسلام عملية اللعان و وضع العلماء لها الضوابط و الشروط التي تكفل مقاصد الدين من تشريع اللعان، فلم يكن للناس حاجة في البصمة الوراثية لنفي النسب الذي حماه الإسلام و أحاطه بعناية بالغة [32].

لو فتح باب الاعتماد على البصمة الوراثية لنفي النسب و الاكتفاء بها دون اللجوء إلى اللعان لأدى ذلك إلى حالات خطيرة من حيث استسهال هذا اللجوء، و التساهل في نفي النسب، الذي تترتب عليه مفاسد عظيمة .

نص الفقهاء على أنه إذا تراجع الزوج الملاعن عن نفي نسب الولد له جاز له ذلك لزوال الشبهة التي من أجلها أقدم على اللعان، وينبني على هذا أنه ليس من الحكمة على الإطلاق ترك اللجوء إلى البصمة الوراثية في تثبيت النسب أو إلغائه بين المتلاعنين ابتداء ، و التضييق عليهم في اللجوء إلى اللعان الذي يترتب عليه اللعن والغضب من الله تعالى، فالأولى الاحتياط في مثل هذا، و بما أنه يوجد البديل الأخف، كان من الحكمة اللجوء إليه [33].

أن الشريعة أعظم من أن تبنى أحكامها على مخالفة الحس و الواقع، فإن الشرع أرفع قدرا من ذلك، و الميزان الذي أنزله الله للحكم بين الناس بالحق يأبى ذلك كل الإباء.فلو استلحق رجلا من يساويه في السن وادعى أنه أبوه فإننا نرفض ذلك، لمخالفة العقل و الحس، فلا يمكن أن يتساوى أب و ابن في السن مع أن الاستلحاق في الأصل مشروع. وقد رد جماهير العلماء دعوى امرأة مشرقية تزوجها مغربي فلم يلتقيا،

ثم أتت بولد، وادعته للمغربي فالحس و العقل يجمعان على أن الولد لا يكون لزوجـــها المغربي، و هذا النفي ليس تقدما على قوله: «الولد للفراش». إنما لمخالفة ذلك لصريح العقل و الحس [34].

أدلة القائلين بتقديم البصمة الوراثية على اللعان مطلقا: استدل القائلون بجواز الاعتماد على البصمات الوراثية في نفي النسب والاستغناء بها عن اللعان أوتقديمها عليه عند التعارض،بالكتاب والسنة والمعقول:

من الكتاب: قال الله تعالى: { وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنْفُسُهُمْ فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ (6)}[35] .

وجه الدلالة:أن الزوج يلجأ إلى اللعان لنفي النسب عند فقد من يشهد له بما رمى به زوجته من أن الحمل ليس منه، فمع التقدم العلمي في هذا الميدان لم يبق الزوج و حيدا لا سند له ، بل أصبح معه شاهد[36].

من السنة:ما رواه بن عباس في قصة هلال ابن أمية،قول النبي:«أبصروها فإن جاءت به أكحل العينين سابغ الأليتين خدلج الساقين فهو لشريك بن سحماء فجاءت به كذلك فقال النبي لولا ما مضى من كتاب الله لكان لي ولها شأن».

وجه الدلالة:أن النبي جعل الشبه دليلا على نفي النسب، لأن المرأة جاءت بالولد على الوصف الذي ذكره النبي، و اعتباره للشبه دليلا عليه نفي النسب هو إشارة إلى اعتبار البصمة الوراثية دليلا يترتب عليه نفي النسب أيضا [37].

من المعقول: استدلوا من المعقول بعدة أدلة ، أهمها:

أن اللعـــان هـــو الاســـتثناء و لـــيس القاعـــدة، فـــلا يلجـــأ إليـــه إلا عنـــد انعـــدام الـــدليل مـــع الـــزوج، إذ الأصـــل هـــو البينـــة أو الشـــهادة، فـــإذا أثبتـــت البصـــمة الوراثيـــة صـــحة قـــدف الـــزوج لزوجتـــه بالزنـــا أو نفـــي النســـب، فـــلا وجـــه لإجـــراء اللعـــان، لأن البصـــمة بينـــة بمثابـــة الشهادة [38].

إن قضـــية اللعـــان قضـــية كبيـــرة جـــدا، لأن اللعـــان يقـــع بالشـــهرة و الافتضـــاح فلـــذلك إذا مـــا ثبـــت نفـــي النســـب بواســـطة البصـــمة الوراثيـــة فهـــذا لا يوجـــد فـــي اللعـــان، لأن إثبـــات النســـب بالبصـــمة الوراثيـــة إنمـــا فـــي قضـــية خاصـــة و هـــي الاخـــتلاط، و أمـــا النســـب بالبصـــمة الوراثيـــة إنمـــا جعلـــت فـــي قضـــية خاصـــة و هـــي قضـــية الاخـــتلاط، و أمـــا نفـــي النســـب فهـــو المعتمد بالبصمة الوراثية [39].

الفقهـــاء القـــدامى اعتمـــدوا علـــى حقـــائق ثابتـــة إذا تـــوفرت انتفـــى النســـب دون الحاجـــة إلـــى اللعـــان، كـــولادة الزوجـــة لأقـــل مـــن ســـتة أشـــهر مـــن العقـــد أو الـــدخول، أو فـــي حالـــة عـــدم أهليـــة الـــزوج للإنجـــاب، و بنـــاء عليـــه فـــإن الحقـــائق العلميـــة المعاصـــرة تعامـــل معاملـــة الحقـــائق التـــي اعتمـــد الفقهـــاء القـــدامى عليهـــا فـــي نفـــي النســـب. و الأخـــذ بالبصـــمة الوراثيـــة لا يبطـــل اللعـــان، لأن اللعـــان لـــه ملابســـات وظـــروف معينـــة إذا تـــوفرت أخـــذ بـــه، و هنـــا ظروف اللعان غير متوفرة، لقيام الدليل العلمي المادي [40].

و اعترض على هذا الاستدلال بعدة اعتراضات، منها:

القول بأن اللعان هو الاستثناء و لا يلجأ إليه إلا عند فقد البيئة، فهو صحيح، و لكن البينة التي يطالب القادف بإثباتها هنا هي بينة على الزنا، و ليس على نفي النسب، لأنه لا يلزم من ثبوت الزنا نفي النسب، بل إذا أراد الزوج نفيه بعد إقامة البينة على زنا زوجته لا ينتفي عنه إلا باللعان، ما دام يولد لمثله وولد الطفل على فراشه، و إذا ثبت أن النسب لا ينتفي عنه إلا باللعان، ما دام يولد لمثله وولد الطفل على فراشه، و إذ اثبت أن النسب لا ينتفي بإقامة البينة على زنا الزوجة، و أنه لا بد من إجراء اللعان فمن باب أولى لا ينتفي بالبصمة الوراثية [41].

-11-

إن مقصد الشارع في تشريع اللعان هو سد أبواب الخوض في الأعراض و النسب، حتى لا تتعرض للاضطراب و الفوضى، حيث أن من أراد نفي نسب ولد ثابت بالفراش، ليس أمامه إلا اللجوء إلى اللعان، الذي لو تطرق إليه لوجد فيه من التأثير على الجانب الشخصي و الاجتماعي و الأسري، بحيث لا يقدم عليه إلا في حالات الضرورة القصوى، فمن يكون مستعدا لأربع شهادات بأن ذلك الحمل ليس منه أو أن زوجته زنت، ثم الخامسة اللعنة و الغضب من الله عليه إن كان من الكاذبين؟ [42].

القول بالاستغناء بالبصمة الوراثية عن اللعان في نفي النسب، فيه حرمان للزوجة من حقها في مطالبته بإجرائه، لدفع الحد و العار عليها و هو حق ثابت .

أدلة القائلين بإجراء اللعان مع عدم نفي النسب إذا ثبت بالبصمة الوراثية: استدلوا على ذلك من الكتاب و السنة و المعقول، كذلك:

من الكتاب: قوله تعالى:{ وَيَدْرَأُ عَنْهَا الْعَذَابَ أَنْ تَشْهَدَ أَرْبَعَ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الْكَاذِبِينَ (8) وَالْخَامِسَةَ أَنَّ غَضَبَ اللَّهِ عَلَيْهَا إِنْ كَانَ مِنَ الصَّادِقِينَ (9) }[43] .

وجه الدلالة: إن الآية ذكرت درء العذاب، و لم تذكر نفي النسب، ولا تلازم بين اللعان و نفي النسب، فيمكن أن يلاعن الرجل و يدرأ عن نفسه العذاب و لا يمنع أن ينسب الطفل إليه إذا ثبت ذلك بالبصمة الوراثية [44].

و أيضا استدلوا بقوله تعالى:{ادْعُوهُمْ لِآبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ} [45].

وجه الدلالة : إن ألحاق نسب الطفل بأبيه مقصد عظيم من مقاصد الشريعة، فإذا أثبتت البصمة الوراثية نسب الطفل و أراد الأب نفيه لأوهام و شكوك أو للتهرب من النفقة أو لأي غرض آخر- مع ضعف الذمم في هذا الزمان- فإن العدل يقتضي أن نلحق الطفل بأبيه، و لا نمكن الأب من نفيه باللعان، لئل>> ا يكون سببا في ضياع الطفل .

مـــن الســـنة: قـول النبـي «و أيمـا رجـل أنكـر ولـده و قـد عرفـه، احتجـب الله منـه يـوم القيامة، و فضحه على رؤوس الأشهاد » .

وجـــه الدلالـــة: فإنكـار النسـب باللعـان بعـد إثباتـه بالبصـمة الوراثيـة يؤكـده منطـوق الحـديث و يـدعم هـذا الـرأي قـول الفقهـاء بمنـع الـزوج عـن اللعـان إذا غلـب علـى ظنـه أنـه منـه، أو لـم يتأكـد أنـه للزانـي، جـاء فـي روضـة الطـالبين: « إذ أتـت بولـد يمكـن أن يكـون منـه، لكنـه رآهـا تزنـي و احتمـل كونـه مـن الزنـا، فلـيس لـه نفيـه»[46] و جـاء فـي المغنـي:«و أمـا إذا أتـت زوجتـه بولـد فشـك فيـه مـن غيـر معرفتـه لزناهـا، فـلا يحـل لـه قـذفها، ولا لعانهـا، لمـا تقـدم مـن حـديث الفـزاري. و كـذلك إن عـرف زناهـا، ولـم يعلـم أن الولـد مـن الزانـي، ولا وجـد دلـيلا عليـه، فلـيس لـه نفيـه، لأن الولـد للفـراش و للعـاهر الحجر»[47].

-12-

فيسـتدل بمـنعهم الـزوج عـن نفـي الولـد باللعـان إذا لـم يكـن متأكـدا أن الحمـل مـن الزانـي و لـو رآهـا تزنـي، فكيـف إذا كـان الأمـر مقطوعـا بـه فـي إثبـات الولـد لـه بقرينـة قاطعـة كالبصـمة الوراثيـة، فعنـدها لا يحـق لـه مـن بـاب أولـى. فاللعـان وجـد لنفـي النسـب نتيجـة رؤيـة الـزوج زوجتـه أو الاشـتباه بـذلك، انسـجاما مـع الأدلـة الـواردة التـي تقـوم بعـدم إدخـال مـا لـيس منـه فـي نسـبه و لكـن البصـمة الوراثيـة قطعـت فـي صـحة النسـب لـه، فـلا يكـون نفيه عنه باللعان منسجما مع تشوف الشارع إلى ثبوت الأنساب .

من المعقول: استدل على ذلك بعدة أدلة منها:

أن اللعان الذي شرع رفعا للحرج عن الأزواج لا تعرف فيه الحقيقة فقد يقضي إلى ظلم الطفل بحرمانه من النسب و إلى ظلم الزوجة بالطعن في عرضها إذا لم يكن الزوج ممن يتقي الله خاصة في عصرنـا الذي قل فيه الوازع الديني و لم يعد للأسرة قدسيتها .

إن اللعـان أصـبح لا يجـدي فـي زمـن فسـدت فيـه كثيـر مـن الـذمم، و ضـعف فيـه الـوازع الـديني و أن الأخـذ بالوسـائل العلميـة خاصـة تحليـلDNA، بوصـفها شـهادة قاطعـة للنـزاع و منصـفة للأبنـاء، و محققـة لمصـلحتهم، وواضـعة للعدالـة موضـعها الصـحيح، حيـث تـردع المتطـاولين علـى الشـرف وحفـظ الأنسـاب، و الأيمـان التـي يحلـف بهـا الزوجـان فـي اللعـان كانـت رادعـة للنـاس فـي عصـور كـان الخـوف فيهـا مـن الله يـردع النـاس عـن ارتكـاب المظـالم و ظلـم النسـاء و الأولاد أمـا اليـوم أصـبح لا يعبـأ الكثيـرون بحدود الله ولا الأيمان الغموس [48].

الـــرأي المختـــار: قبـل ذكـر الـرأي الـذي يغلـب علـى الظـن ترجيحـه، يجـد ربـي أن أشـير إلى أمرين اتفق عليهما الباحثون المعاصرون في هذه المسألة، و هما:

لا خلاف بين الفقهاء في أن الزوج إذا لاعن و نفي نسب الطفل و جاءت النتيجة تؤكد قوله، أن النسب ينتفي و يفرق بينهما ، لكن الزوجة لا تحد، لوجود شبهة اللعان و الحدود تدرأ بالشبهات.

لا خلاف بين الباحثين في المسألة أن الزوجين لو رضيا بإجراء البصمة قبل اللعان للتأكد و إزالة الشبهة أن ذلك يجوز في حقهما، بل استحسن بعض الفقهاء عرض ذلك على الزوجين قبل اللعان[49].

هذا، و الذي أميل إليه لي راجحا، هو ما ذهب إليه أصحاب الرأي الثالث و الذين قالوا بإعمال اللعان مع الأخذ بنتائج البصمة الوراثية إذا كانت مثبتة للنسب و تعطيل أثر اللعان في هذا الجانب، بشرط أن يتم إجراء تحاليل البصمة الوراثية بطلب من الزوجة أو بموافقتها.

و الذي جعلني أميل إلى هذا الرأي أنه بدا لي رأيا وسطا بين الرأيين الأول و الثاني كما أنه راعى أكثر مصلحة الطفل في إثبات نسبه و عدم ضياعه. و إضافة إلى ما استدل به أصحاب هذا الرأي فقد ترجح لي للأسباب التالية:

1- أن نتيجة تحاليل البصمة الوراثية لا تخرج عن وجود احتمالين اثنين فقط:

أ) أن تكون نتيجتها موافقة لطلب الزوج بنفي النسب، ففي هذه الحالة لا مسوغ لتقديم العمل بالبصمة الوراثية و ترك اللعان المنصوص عليه في كتاب الله على الزوجة و على الولد كذلك بخلاف البصمة الوراثية و الستر أحد مقاصد تشريع اللعان، و لا تتحقق هذه الحالة غالبا إذا كان طلب إجراء البصمة الوراثية بيد الزوجة أو بموافقتها.

ب) أن تكون نتيجتها مخالفة لطلب الزوج بنفي النسب، أي أن البصمة الوراثية تثبت نسب الطفل إلى الزوج، ففي هذه الحالة لا ينتفى نسب الطفل حتى و لو لاعن الزوج، لأن الشارع يتشوف لإثبات النسب رعاية لحق الصغير خاصة و أن نتائج البصمة الوراثية دقيقة ويقينية.

و تتحقق هذه الحالة غالبا إذا استجاب القاضي لطلب الزوجة بإجراء تحاليل البصمة الوراثية على أساس أنها لا تفعل ذلك إلا إذا كانت مستيقنة من براءتها، و تطلب اللجوء إلى وسيلة علمية مقطوع بها، تدفع التهمة بها عن نفسها، و تحفظ بها حقها، و لا تتعدى على حق إنسان آخر، فهي تطلب بالاحتكام إلى البصمة الوراثية أمور ثلاثة في غاية الأهمية شرعا:

الأمـــر الأول: بـــراءة نفســـها مـــن التهمـــة المنســـوبة إليهـــا، و هـــي جازمـــة بأنهـــا تهمـــة كاذبـــة، و هذا أمر يحرص عليه الشارع: ألا يتهم بريء بما ليس فيه.

الأمر الثاني: إثبات نسب ولدها من أبيه، و هذا حق للولد، و الشارع يتشوف إلى إثبات الأنساب ما أمكن و حفظ الأنساب من الضروريات الشرعية الخمس.

الأمر الثالث: إراحة نفس الزوج، وإزاحة الشك من قلبه، بعد أن يثبت له بالدليل العلمي القطعي: أن الولد الذي اتهمها بنفيه منه هو ابنه حقا ، و بذلك يحل اليقين في نفسه محل الشك، والطمأنينة مكان الريبة [50].

2-إذا أصـــر الـــزوج علـــى قـــذف زوجتـــه بـــاقتراف الفاحشـــة و عـــدم الاكتـــراث بنتـــائج الفحـــص الجينـــي لاحتمـــال أن تكـــون زوجتـــه قـــد زنـــت بعـــد الحمـــل أو قبـــل أن تعلـــق مـــن زوجهـــا، فحينئـــذ يجـــري القاضـــي بينهمـــا اللعـــان و يحكـــم بالفرقـــة الأبديـــة دون أن يمـــس ذلك بشيء من حقوق المولود معنوية كانت أو مادية.

3-إذا رفضـــت الزوجـــة الخضـــوع للفحـــص الجينـــي فيـــومئ موقفهـــا هـــذا إلـــى تأكيـــد اتهامـــات الـــزوج فللقاضـــي حينئـــذ أن يفســـره لصـــالح الـــزوج و مـــن ثـــم يـــأمر بالملاعنـــة لنفـــي الحمل [51].

<u>المطلب الثاني</u>: حكم نفي النسب بالبصمة الوراثية في القانون الوضعي

سنتطرق الى حكم نفي النسب في كل من القانون وكذا في موقف القضاء.

<u>اولا –في القانون</u>:

ســـبق و أن ذكرنـــا أن الـــنص الوحيـــد فـــي قـــانون الأســـرة الجزائـــري الـــذي يحمـــل إشـــارة ضـــمنية إلـــى إمكانيـــة الاســـتعانة بالبصـــمة الوراثيـــة فـــي مجـــال تحقيـــق الهويـــة لإثبـــات الأبـــوة أو الأمومـــة، هـــو المـــادة **40** المعدلـــة بـــالأمر **02/05** فـــي معـــرض ســـرد الطـــرق القانونيـــة التـــي يثبـــت بهـــا النســـب الشـــرعي، حيـــث جـــاء فـــي الفقـــرة الأخيـــرة منهـــا أنـــه يجـــوز للقاضـــي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب [52].

و لكـــن مـــا يعاتـــب علـــى هـــذا الـــنص، و ممـــا يجعلـــه ناقصـــا، هـــو أنـــه أجـــاز اللجـــوء إلـــى الطـــرق العلميـــة لإثبـــات النســـب فقـــط، بمعنـــى أنـــه يســـتنتج مـــن وراءه، و بمفهـــوم المخالفـــة بأنـــه لا يجـــوز اللجـــوء إلـــى هـــذه الوســـيلة إذا كـــان الأمـــر يتعلـــق بنفـــي النســـب، و مـــن ثـــم يبقى الأمر مقتصرا على اللجوء إلى اللعان فقط لنفي النسب؟

و لكـــن بمـــا أنـــه أبـــاح المشـــرع اللجـــوء إلـــى هـــذه الوســـيلة فـــي مســـألة النســـب، فإنـــه مـــن الأحرى أن تطبق في كلتا الحالتين، سواء تعلق الأمر بنفي النسب أو إثباته [53].

و هـــذا رأي فـــي محلـــه، ولـــه ســـند شـــرعي و قـــانوني، لأنـــه طالمـــا اقتنـــع المشـــرع الجزائـــري بـــالطرق العلميـــة لإثبـــات النســـب فـــي المـــادة **2/40**، فإنـــه كـــان يستحســـن الاعتمـــاد عليهـــا

في جميع حالات تنازع النسب إيجابا أو سلبا، لتحقيق العدالة الحقيقية بصورة أوسع نطاقا، لأن نتائج البصمة الوراثية يقينية قطعية، كما أن أهم حالات الأخذ بها هي في حالة اللجوء إلى إجراء اللعان لنفي النسب، و هنا يجوز للقاضي أن يطبق اللعان وفقا للنصوص الشرعية و القانونية للتفريق بين الزوجين، كما يستطيع في نفس الوقت أن يأمر بإجراء اختبارات البصمة الوراثية الجينية للوصول إلى حقيقة نسب الولد البيولوجي، التي قد تؤيد الزوج في طلبه اللعان، أو قد تدل على خلاف قوله، و ربما مدعاة لعدوله عن اللعان[54] .

هذا و إن لم يتعرض المشرع الجزائري- كما بينت آنفا- صراحة لمسألة نفي النسب بالبصمة الوراثية أو الطرق العلمية ، فإن نص المادة **41** من قانون الأسرة، و الذي جاء فيه:«ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا و أمكن الاتصال و لم ينفه بالطرق المشروعة» [55] لم يحدد هذه الطرق المشروعة على سبيل الحصر و إنما ترك المجال مفتوحا لنفي النسب بكل طريق يؤدي إلى نفيه سواء مما هو مذكور في النصوص أو غيرها، زيادة على ذلك أن اللعان طريق شرعي مثلا و مع ذلك لم ينص عليه القانون و إنما اعتمده القضاء طريقا لنفي النسب، إعمالا لنص المادة **222** من نفس القانون و التي تحيل إلى أحكام الشريعة الإسلامية في كل ما لم يرد النص عليه في ذات القانون [56].

و لخطورة و أهمية هذه المسألة الدقيقة و الحساسة جدا في موضوع إثبات أو نفي النسب في حالة اللعان، و ما يترتب عليه من نتائج على حق الولد في النسب لأبيه لاحتمال كذب الزوج في اتهامه من جهة.

بالإضافة إلى أن هذه التهمة تمس شرف الزوجة و تؤثر على حقوقها و حقوق و لدها المادية و المعنوية.

و لذلك فإن من حقها أن تدفع التهمة عن نفسها إن كانت متأكدة من براءتها بكافة الطرق القانونية والشرعية بما في ذلك الوسائل العلمية لثبوت النسب،إن كانت هذه الوسائل تفيد في ثبوت أو نفي النسب و هو حق مشترك بين الزوجين معا.والهدف من اللجوء إلى هذه الوسيلة هو في المقام الأول لرد الاعتبار للزوجة (في حالة البراءة)، و في المقام الثاني و هو الأهم و يتعلق الأمر بثبوت نسب ابنها من الزوج الذي لاعنها و اتهمها بالزنا. لأنه لا يجوز تضييع حقوق الطفل بمجرد إدعاء قد يكون كاذبا من الزوج[57].

ثانيا :موقف القضاء

بالرغم من أن المشرع الجزائري لم ينص صراحة على حكم استخدام الطرق العلمية والبصمة الوراثية في دعاوي نفي النسب ، إلا أن قضاء المحكمة العليا قد استقر على أن دعوى اللعان تحول دون التذرع بالطرق العلمية .

وهذا ثابت من خلال قرارها الصادر بتاريخ 2009/10/15 والذي جاء فيه: "حيث انه يتبين بالرجوع إلى الحكم المستأنف والقـــرار المطعون فيه أن المطعـــون ضده رفع دعواه ضد الطاعنة طالبا تعيين خبير مختص في علم الهندسة الوراثية الجينية وتكليفه بإجراء خبرة طبية لفك الشفرة الوراثية للولد (ا) الذي يذكر المطعون ضده نسبه إليه ، والقول ما إذا كان ذلك الولد من صلبه ام لا وفي حالة ما إذا كان الولد ليس من صلبه الحكم بإسقاط نسبه عنه وإلغاء شهادة ميلاده....

وحيث انه ما دام ان المطعون ضده قد التجأ إلى دعوى اللعان فلا يجوز له الـــتذرع بإتباع أحكام المادة 40 من قانون الأسرة في صياغتها الجديدة التي تنص على انه يثبت النسب بالزواج الصحيح والإقـــرار .... وانه يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب.

حيث انه وبذلك يتعين أن يمتد القرار المطعون فيه إلى الحكم المستأنف فيه الذي عين خبيرين وغفل عن مسألة سبق الفصل التي أثارتها الطاعنة ،على أن يكون النقض بدون إحالة"[58].

يتضح من خلال هذا القرار أن قضاة المحكمة العليا قد اخذوا برأي الفقهاء الذين ذهـــبوا إلى عدم جواز تقديم البصمة الوراثية خاصة والطرق العلمية بصفة عامة على اللعان.

غير أن البعض [59]قد رأى في هذا القرار والذي جاء فيه انه:"يحول رفع دعوى اللعان دون التذرع بالطرق العلمية لإثبات النسب) وكأنه بمفهوم المخالفة لهذا الحكم يقتضي قبول الدليل العلمي اذا ما بـــودر به ابتداء ".

الخاتمة:

لقد لعبت البصمة الوراثية دورا هاما في حل الكثير من القضايا ، ولم تعد حكرا على أهل الطب والبيولوجيا ،بل امتدت إلى رجال الفقه والقانون ، وأضحت أسلوبا ناجحا في فض الكثير من المنازعات القضائية ومنها قضايا النسب ،فالعلم غير من طرق الإثبات وأصبح يقدم أساليب أكثر نجاعة وسرعة في كشف الحقائق ومنها تحديد البصمة الوراثية للأشخاص الذي أضحى سيد الأدلة نظرا لدقة نتائجهـــــــا. وتوصلنا من خلال هذا البحث إلى مدى أهمية الاحتجاج بالبصمة الوراثية وخلصنا إلى جملة من النتائج والتوصيات .

أولا-النتائج:

1-إن كل إنسان ينفرد بمنط خاص في التركيب الوراثي ولا يشاركه اي شخص اخر في العالم ويطلق على هذا النمط البصمة الوراثية.

2-البصمة الوراثية تتسم بعدة خصائص ومن بينها التفرد والثبات وعدم التغير والقدرة على تحمل الظروف ولذلك من الممكن تخزينها فترت طويلة.

3-تبين لنا انه يمكن الاعتماد على البصمة الوراثية في التحقيق الجنائي واعتبارها وسيلة لإثبات الجرائم .

4-لا يجوز استخدام البصمة الوراثية للتأكد من الأنساب الثابتة ،لذلك لا يجوز نفي النسب الثابت شرعا .

5-لقد سنت الشريعة الإسلامية طريقا واحدا لنفي النسب الثابت وهو اللعان وهو ما سار عليه القانون والقضاء.

6-خلصنا إلى أن القول بإحلال البصمة الوراثية محل اللعان في نفي النسب قول باطل لما فيه من المصادمة بين النصوص الشرعية الثابتة ومخالفة ما أجمعت عليه الأئمة.

7-اتضح لنا انه يمكن الاستفادة من البصمة الوراثية في مواضيع كثيرة من بينها:

*في إثبات نسب الولد أو نفيه عند الشك في نسب المولود أو عند ادعاء مجهول النسب .

*في تحديد نسب المولود عند اختلاطه بغيره في المستشفيات أو في دور الحضانة أو نحوها.

*في تحديد أبوة المولود عند التنازع في مجهول النسب وفي حالة الاشتباه في أطفال الأنابيب.

*يمكن عن طريق البصمة الوراثية منع اللعان أو إيجابه.

*في حالة اشتراك شخصين أو أكثر في اغتصاب امرأة فحملت فينتسب الطفل إليه.

*تحديد شخصية المتوفين في حالات الحروب أو الهدم ،أو الحريق من خلال فحص الجثث.

8-إمكانية الأخذ بالبصمة الوراثية في نفي النسب دون الاستغناء عن اللعان لكون أن العمل باللعان له صفى تعبدية فهو تنفيذ لأمر الله تعالى على خلاف البصمة الوراثية التي تقوم على كشف ومعرفة الحقيقة.

9-ترجح الرأي الذي أجاز اللجوء إلى اللعان مع الأخذ بنتيجة البصمة الوراثية إذا كانت مثبتة للنسب وتعطيل اثر اللعان في هذا الجانب،بشرط أن يتم إجراء تحاليل البصمة الوراثية بطلب من الزوجة أو بموافقتها.

10-إذا تمت إجراءات تحليل البصمة الوراثية وفقا للشروط العلمية و والعملية والضوابط الشرعية والقانونية ، فان من شان ذلك أن يوفر الحماية لحرمة الحياة الخاصة.

ثانيا-التوصيات:

1 -تكوين خبراء مختصين ومحلفين في التحاليل الجينية على مستوى المحاكم.

2 - وضع تعديل يجعل التحاليل الجينية ضمن الإجراءات الملزمة ويشمل هذا التعديل كل من القانون المدني وقانون الصحة وقانون الإجراءات المدنية والإدارية ،وقانون العقوبات لكي تستجيب للتطورات العلمية الحديثة ،وكذا ضرورة إلزام الزوج بالخضوع لإجراء تحليل البصمة الوراثية مع تحمل الدولة تكلفة هذا التحليل.

3-الحد من انتشار ظاهرة الزواج العرفي .

4-فتح مخابر محلية أو جهوية مختصة بإجراء تحاليل البصمة الوراثية ومجهزة بأحدث التقنيات والكفاءات البشرية ذات الخبرة.

الهوامش:

[1] ابن منظور جمال الدين محمد بن مكرم، لسان العرب، ج12، دار صادر، بيروت، بدون تاريخ نشر، ص50.

[2] إبراهيم أنيس وزملائه: المعجم الوسيط، ج 1، مطابع قطر الوطنية ، قطر، 1985 م ، ص 60.

[3] المجمع الفقهي الإسلامي: الدورة 16، مكة المكرمة، 2002، أعمال الندوة الفقهية الحادية عشر للمنظمة الإسلامية للعلوم الطبية حول الوراثة والهندسة الوراثية والجينوم البشرى والعلاج الجيني * رؤية إسلامية، المنعقدة بالكويت في أكتوبر 1998،الكويت، المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية، 1421 هـ/ 2000 م، ص105.

[4] وهبة الزحيلي، البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها، مجلة نهج الإسلام، العدد 88، 1423هـ/ 2002م، سوريا، ص 58، 63.

[5] سعد الدين مسعد هلالي، البصمة الوراثية وعلاقتها الشرعية – دراسة فقهية مقارنة، لجنة التأليف والتعريب والنشر، جامعة الكويت، الكويت، 1421 هـ/ 2000م، ص 29 .

[6] سورة يوسف الاية94.

[7]أول من اكتشف الكروموزومات التي تحمل الصفات الوراثية هو العالم الألماني ويلهام والدير عام 1863م، غير أن هذا الاكتشاف لم يتطور إلا في سنة 1965م باستخدام التقنيات المستحدثة البيولوجية المعاصرة. راجع، أحمد شرف الدين، هندسة الإنجاب والوراثة في ضوء الأخلاق والشرائع، ص 41.

[8] سورة الإنسان، الآية 02. ومعنى الأمشاج هو الاختلاط.

[9] سورة فصلت، الآية 53.

[10] سورة الداريات، الآية 21.

[11] سورة الروم، الآية 20.

[12] سمي الحامض النووي (ADN) بهذا الاسم نظرا لوجوده وتركزه في أنوية خلايا جميع الأجسام الحية،بدء من البكتيريا والفطريات والحيوانات إلى الإنسان، وهو اختصار للاسم العلمي.

[13] عبد الهادي مصباح،الاستنساخ بين العلم والدين، الطبعة الثانية، الدار المصرية اللبنانية، بيروت،1419 هـ / 1999م، ص 105

[14]. انظر البحث الكامل لـ سفيان العسولي، البصمة الوراثية ومدى حجيتها في إثبات البنوة، بحث ضمن أعمال الندوة الفقهية الحـادية عشر للمنظمة الإسلامية للعلوم الطبية حول الوراثة والهندسة الوراثية والجينوم البشرى والعلاج الجيني– رؤية إسلامية،المنعقدة بالكويت في أكتوبر1998، الكويت،المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية، 1421 هـ/ 2000 م.

[15] مصلح بن عبد الحي النجار، البصمة الوراثية في الفقه الإسلامي، مجلة البحوث الفقهية المعاصرة، العدد 65، 1425هـ/ 2005م، السعودية، ص151 و162.

[16]مجلة الشرطة الجزائرية: عدد خاص، جويلية 2003، ص29.

[17] مخبر الشرطة العلمية والفنية، قسم البيولوجيا الشرعية،مركز الجزائر.

[18] بن صغير مراد: مشكلات المسؤولية الطبية الناجمة عن التلقيح الاصطناعي وأثره على الرابطة الأسرية، مجلة الحقيقة، العدد الخامس عشر، 2010، الجامعة الإفريقية– أدرار (الجزائر)، ص 27.

[19] سورة المؤمنون ، الآيات رقم 5، 6، 7.

[20] رواه أبو داود في سننه (2/ 279) والنسائي في سننه (179/6).

[21]ياسين بن ناصر الخطيب، ثبوت النسب، الطبعة الأولى، دار البيان العربي، جدة، 1407 هـ /1987 م، ص 10.

[22] وجدي عبد الفتاح، بصمة الجينات والطب الشرعي، مجلة العربي، العدد 441، أغسطس 1995، الكويت، ص 85.

[23] عبد الرشيد محمد امين قاسم ،البصمة الوراثية وحجيتها،مجلة العدل،السعودية،العدد1425،23 ،ص66–67.

[24] قرارات المجمع الفقهي الاسلامي بمكة (الدورات من الاولى الى السابعة عشر،القرارت من الاول الى الثاني بعد المائة)،طبعة الثانية رابطة العالم الاسلامي،مكة المكرمة ،ص344.

[25] خليفة على الكعبي،البصمة الوراثية واثرها على الاحكام الفقهية (دراسة فقهية مقارنة)،طبعة الاولى،دار النفائس،عمان ،الاردن، 2006 ،ص443.

[26]سعد الدين مسعد الهلالي، البصمة الوراثية وعلاقتها الشرعية،دراسة فقهية ،طبعة الثانية ،مكتبة وهبة،القاهرة،2010،ص358.

[27]يوسف القرضاوي،اثبات النسب بالبصمة الوراثية حق للمرأة لا للرجل،مجلة التقرير الفقهي،مركز بن ادريس الحلي للدراسات الفقهية، النجف الاشرف،العراق، عدد الاول،2007،ص13.

[28]سورة النور الايتين 06–07.

[29]عبد الرشيد محمد امين قاسم ،المرجع السابق،ص69.

[30]عمر بن محمد السبيل،البصمة الوراثية ومدى مشروعية استخدامها في النسب والجناية ،الطبعة الاولى،دار الفضيلة، الرياض، 2002،ص43.

[31]بندر بن فهد السويلم،البصمة الوراثية واثرها في النسب،مجلة العدل،السعودية،عدد1429،37هـ،ص154.

[32]عارف علي عارف القره داغي،مسائل شرعية في الجينات البشرية،طبعة الاولى،دار الكتب العلمية،بيروت،والجامعة العربية الاسلامية ،ماليزيا،2012،ص166–167.

[33]عبد الرشيد محمد امين قاسم ،مرجع السابق،ص73.

[34]سورة النور الاية رقم 06..

[35] خليفة علي الكعبي،مرجع السابق،ص444.

[36]سهير سلامة حافظ الاغا،قوادح النسب في ضوء علم الوراثة المعاصر،رسالة ماجستير في الفقه المقارن،كلية الشريعة والقانون ،الجامعة الاسلامية،غزة،2010،غير منشور،ص94.

[37]عبد الرحمن احمد الرفاعي،البصمة الوراثية واحكامها في الفقه الاسلامي والقانون الوضعي (دراسة فقهية مقارنة)، طبعةالاولى ، منشورات الحلبي الحقوقية،بيروت،2013،ص711.

[38]خليفة علي الكعبي،مرجع السابق،ص446..

[39] سهير سلامة حافظ الاغا،مرجع سابق،ص92-93.

[40] عبد الرحمن احمد الرفاعي،مرجع سابق،ص712.

[41] علي محي الدين القره داغي وعلي يوسف المحمدي،فقه القضايا الطبية المعاصرة دراسة فقهية طبية مقارنة الطبعة الثانية،دار البشائر الاسلامية،بيروت،2006 ،ص356.

[42]سورة النور الايتين رقم 8-9.

[43] عبد الرشيد محمد امين قاسم ،مرجع السابق،ص71.

[44] سورة الاحزاب الاية 05.

[45] النووي يحي بن شرف ابو زكريا محي الدين (ت676)، روضة الطالبين وعمدة المتين تحقيق زهير الشاويش الجزء الثامــن، طبعة الثالثة ،المكتب الاسلامي،ننبيروت،1991،ص330-331.

[46]ابن قدامة موفق الدين،المغني،(ت620)،تحقيق رائد بن صبري بن ابي علفة،بيت الافكار الدولية،بيروت ،لبنان،2004،ص156-157.

[47]حسني محمود عبد الدايم،البصمة الوراثية ومدي حجيتها في الاثبات دراسة مقارنة بين الفقه الاسلامي والقانون الوضعي،طبعة الثانية دار الفكر الجامعي،الاسكندرية،2011،ص809-810.

[48]عبد الرشيد محمد امين قاسم ،مرجع السابق،ص72.

[49] يوسف القرضاوي،مرجع سابق،ص14.

[50] زبيدة اقروفة،الاكتشافات الطبية والبيولوجية واثرها على النسب (دراسة فقهية قانونية)،دار الامل،تيزي وزو ،2012،ص338.

[51] المرجع نفسه،ص308.

[52] جيلالي تشورا،نسب الطفل في القوانين المغاربية للاسرة بين النقص التشريعي والتنقيحات المستحدثة،مجلة العلوم القانونية والادارية كلية الحقوق،عدد2005،3،ص16

[53] العربي بلحاج،بحوث قانونية في قانون الاسرة الجزائري الجديد ،ديوان المطبوعات الجامعية ،الجزائر،2014،ص243.

[54] قانون11/84،،ص912.

[55] الرشيد بن شويخ،الطرق الشرعية والقانونية لثبوت النسب أو نفيه،مجلة العلوم القانونية والدارية،كلية الحقوق،جامعة تلمسان،عدد3 2005،ص43-44.

[56] المرجع نفسه،ص44.

[57] جمال سايس ، الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية ،الجزء الثالث، الطبعة الأولى ،منشورات كليك ،الجزائر ،2013 ص149.

[58] زيبري بن قويدر ،النسب في ظل التطور العلمي والقانوني (دراسة مقارنة) ،رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص،كلية الحقوق والعلوم السياسية،جامعة تلمسان 2011-2012 ،غير منشورة،ص279.

الإدراك الإستراتيجي كمدخل لفهم الأمن الوطني والإستراتيجية الدفاعية للجزائر

بلقاسمي مولود

طالب في طور الدكتوراه تخصص دراسات دولية

المدرسة الوطنية العليا للعلوم السياسية–الجزائر

Belgacemi mouloud@yahoo.com

الملخص :سنحاول من خلال هده الدراسة تحليل مدخل الإدراك الإستراتيجي كأهم مدخل لفهم الإستراتيجية الأمنية والدفاعية للجزائر، من منطلق أن العقيدة الأمنية والعسكرية إطار مرجعي ومنطلق لبناء الإدراكات والتصورات لدى القيادات الوطنية، فالإرث التاريخي للدولة ومعطيات البيئة الأمنية الداخلية والخارجية تأثر على العملية الإدراكية وعلى مواقف الدولة من الناحية العملية، ومن الناحية النظرية يقدم لنا مدخل الإدراك إطارا تحليليا لتفسير كيفية بناء الإستراتيجية الأمنية والدفاعية للدولة وكيفية تفسير بعض مواقف الجزائر اتجاه أزمات المنطقة

ومنه يمكن القول أن الموقف الدفاعي للجزائر اتجاه أزمات المنطقة وخاصة تجاه الأزمة الليبية كان من منطلق مرجعية العقيدة الأمنية والدفاعية للدولة وخاصة في إطار مبدأ وعقيدة عدم التدخل في

الشؤون الداخلية للدول، فمن خلال هده العقيدة تشكلت مجموعة من المواقف الدفاعية، إلا أن الإدراك الإستراتيجي يفرض مرونة وتكيف مع التحولات والمستجدات إضافة إلى القدرة على إستشراف إتجاهات الأحداث والتطورات، مما يفرض إعادة بناء منطلقات ومرجعيات العملية الإدراكية على المستوى الإستراتيجي.

الكلمات المفتاحية: الإدراك– الإستراتيجية الدفاعية– الأمن الوطني– عدم التدخل

Strategic Perception Introduction to understanding the security and defense strategy of Algeria

In this study we will attempt to analyze the introduction of strategic perception as the most important input to understanding the security and defense strategy of Algeria, From the standpoint of The security doctrine is a frame of reference for the construction of perceptions of the national leadership of Algeria. The historical heritage of the state and the security environment are influenced by the perception process and the state's orientations in practice. at the theoretical level, the entrance to cognition is an analytical framework for how to build the country's security and defense strategy and how to explain Algeria's positions towards regional crises.

The defensive position of Algeria towards the crises of the region, especially towards the Libyan crisis was based on the reference to the security and defense doctrine of the state in particular within the framework of the principle and doctrine of non-interference in the internal affairs of States, the doctrine of security has formed a set of defensive positions, 'but the strategic perception imposes on the state more adapted to the geopolitical transformations, as well as the ability to anticipate the trends of events and developments,

which necessitates the reconstruction of the premises and references of the process of strategic perception.

Keywords: perception – defense strategy – national security – non-intervention

الإدراك الإستراتيجي كمدخل لفهم الإستراتيجية الأمنية والدفاعية للجزائر

مقدمة:

تشهد المنطقة العربية تحولات جيوسياسية بسبب الإضطرابات الإجتماعية وتداعياتها الأمنية خاصة مع إنهيار كثير من دول ودخول أخرى مرحلة من الهشاشة والضعف لتظهر مع دلك تهديدات وتحديات، لتدخل المنطقة العربية بصفة عامة ومنطقة شمال إفريقيا بصفة خاصة مرحلة فوضى أمنية بالإضافة إلى تدخلات إقليمية ودولية ضمن حسابات إستراتيجية، ومنه فكل دولة تسعى إلى بناء إستراتيجية أمنية ضمن مواقف دفاعية أو هجومية من منطلق العقيدة الأمنية لكل دولة وحسابات الربح والخسارة ما يعني أن الإدراك يعتبر عامل أساسي في بناء تصور إستراتيجي للتعامل مع التحولات الإقليمية، ضمن هده المعادلة وهدا الوضع تجد الجزائر نفسها أمام مجموعة من التحديات والتهديدات

التي يفرض عليها تعزيز إستراتيجيتها الأمنية بصفة عامة والدفاعية بصفة خاصة من مدخل إدراكها لما يحيط بها في البيئة الإستراتيجية، فالإدراك الإستراتيجي لأي دولة يبنى من منطلق عقيدتها الأمنية والعسكرية وتصورها للتهديدات التي تحيط بها وكيفية التعامل معها من منطلق مقوماتها الجيواستراتيجية ومنه فالدراسة ستحاول معالجة إشكالية تتمثل في:

كيف يمكن لمدخل الإدراك الإستراتيجي تفسير الإستراتيجية الدفاعية للجزائر؟

وما هو الإطار المرجعي لهده العملية الإدراكية

وما تطبيقاتها في السياسة الخارجية الجزائرية؟

وعليه ومن خلال الإشكالية والمنهج المتبع يمكن تقسيم الدراسة إلى مجموعة من المحاور:

المبحث الأول: منطلقات العقيدة الأمنية الجزائرية

المبحث الثاني: عقيدة ومبادئ الدولة كمرجعية للإدراك الإستراتيجي

المبحث الثالث: عدم التدخل في العقيدة الدفاعية للجزائر

المبحث الرابع: إشكالية الإدراك الإستراتيجي ومعضلة الإستشراف

مفاهيم أساسية:

1. الإدراك الإستراتيجي:

مما جاء في اللغة العربية أن الإدراك عبارة عن تمثل حقيقة الشيء عند المدرِك يشاهد بها ما به يدرك، فهو عبارة عن كمال حاصل في النفس، وهذه الإدراكات معنى يخلقه الله تعالى في تلك النفس المدركة، ويجب معرفة أن الإدراك على معنيين، الأول: وهو مرتبة من مراتب العلم، أي وصول مثال المعلوم إلى النفس المدركة، والمعنى الثاني: هو مطلق الإدراك أي كل عمليات وصول العلم ومراتبه فالأول هو الإدراك والثاني هو مطلق الإدراك، وهذا يمثل ما نعبر عنه بالقوة العالمة أو العارفة في الإنسان[1]، ويعتبر مفهوم الإدراك المتغير الثاني بعد التصور ليصبح الإدراك عملية ربط بين البيئة التي تحيط بصانع القرار وبيئته النفسية[2].

كما يمكن فهم الادراك باعتباره عملية استقبال وتنظيم وتفسير وترجمة المدخلات التي ترد إلى الفرد من البيئة المحيطة، ويقول الكاتب "أحمد صقر عاشور" أن الادراك هو الطريقة التي يرى بها الفرد العالم المحيط به ويتم ذلك عن طريق استقبال المعلومات وتنظيمها وتفسيرها، وتكوين مفاهيم ومعاني خاصة، وترى الكاتبة "راوية حسن" أن الإدراك هو العملية التي يقوم من خلالها الفرد بتنظيم وتفسير إنطباعاته الحسية لكي يقوم بتفسيرات لمعاني البيئة التي يوجد فيها، فلا يوجد فرد يرى الواقع كما هو ولكن ما يفعله يعتبر تفسير لما يراه ويدركه والذي نطلق عليه الواقع.[3]

أما التصور فهو نشاط ذهني معرفي طبيعي للعقل يسعى لمعالجة وفهم موضوع ما دون أن يكون هذا الموضوع بالضرورة حقيقي، وتكون طريقة المعالجة لهذه الموضوعات تبدو حقيقية واقعية[4]

ومنه يمكن القول أن الإدراك الإستراتيجي هو المعرفة التي يجب أن تتوفر عند كل تنظيم لتفسير القضايا والظواهر وتحليلها والتنبؤ بمستقبلها وطريقة التعامل معها من منطلق الفرص والتهديدات بما يضمن الإستمرار والتطور والتكيف مع البيئة الإستراتيجية، فهو إطار منهجي للتفكير يحقق توازنا بين القدرات والأهداف والإستعداد للمستقبل[5]

2. الإستراتيجية الدفاعية:

من منطلق أن أساس مفهوم الأمن الوطني هي الإستراتيجية الدفاعية للدولة تعرف على أنها مجموعة المبادئ الأساسية التي تعتمدها الدولة لتفسير وتعريف مقتضيات الأمن الوطني بمختلف مستوياته، وتعرف أيضا بأنها التدابير والمبادرات التي تأخذها أو لا تأخذ بها الحكومات فيما يتعلق بصنع القرار والأهداف الإستراتيجية مثل متى وكيف تفوَّض القوات المسلحة الوطنية، أي أنها سياسة الاستعمال الأمثل للقوات المسلحة لضبط الأمن في الداخل والأمن القومي للبلاد في الخارج وهي ليست من مسؤولية رئيس الجمهورية لوحده حتى في البلدان الأكثر استبدادا، حيث يشترك الرئيس أو رئيس الوزراء في وضعها مع طاقم أمني يضم قيادة الجيش ومسؤولي الأجهزة الأمنية المختلفة.[6]

ويرتبط هدا المفهوم بمفهوم الأمن العسكري وهو وليد الفكر العسكري وبوجود القوة العسكرية وهذا النوع من القوة لا يتمتع بطابع الثبات، ويتغير بتغير الوسائل العسكرية والتكتيكية، والأمن العسكري محصلة إندماج القوة الأمنية مع القوة العسكرية لتحديد مسار السياسة الدفاعية للدولة، وهو يعني السياسة الهادفة إلى رسم وتطوير كل الوسائل التي تضمن تأمين المحافظة على الوطن وسيادته وأمنه الوطني وله علاقة بإرادة القيادات والحكام بمواجهة كل خطر يهدد أمن الدولة ومصالحها الحيوية[7].

المبحث الأول: منطلقات العقيدة الأمنية والعسكرية الجزائرية

تعرف العقيدة الأمنية على أنها مجموعة المبادئ والخبرات والقيم التي تشكل أسس الإستراتيجية الأمنية وتعتبر الإطار المرجعي لسلوك الدول، ومن ضمن العقيدة الأمنية نجد العقيدة العسكرية التي تهتم بالقضايا العسكرية من خلال رؤية المؤسسات العسكرية والقوات المسلحة وفلسفتها اتجاه طريقة تعاملهل ودورها في حالة السم والحرب، ويعتبر العامل التاريخي أهم العوامل في تحديد وتطور العقيدة الأمنية

الجزائرية إضافة إلى موقعها الإستراتيجي فهي تجمع بين الأبعاد الإسلامية، المغاربية، العربية المتوسطية، الإفريقية والطاقوية، بحيث يمكن تقسيم مراحل تبلور هده العقيدة بثلاث مراحل رئيسية:

- العقيدة الأمنية الجزائرية ما بين 1962-1991:

والتي تميزت بالتأثير الكبير لحركات التحرر في إفريقيا وأمريكا اللاتينية وآسيا وبهدا مواصلة الفكر الثوري وتقوية الإستقلال والسيادة الوطنية سواء في الداخل أو الخارج، بالإضافة إلى توتر العلاقات الجزائرية المغربية على خلفية مطالب المغرب في التراب الجزائري والتي كانت سببا في نشوب حرب مسلحة عرفت بحرب الرمال في 1963 وشكلت هده السابقة منعرجا في إدراك التهديدات وتبلور السياسة الدفاعية الجزائرية لتعتبر المغرب تهديدا للأمن الوطني.[8]

وما بلور العقيدة العسكرية في هده المرحلة أيضا التصور الجزائري إتجاه الدائرة العربية والإشكاليات الشرق الأوسطية وخاصة القضية الفلسطينية كأحد ثوابث السياسة الخارجية الجزائرية، يضاف إلى دلك بعض التوترات كحرب لبنان 1981 و1983 وقصف إسرائيل سنة 1985 لمنظمة التحرير الفلسطينية في تونس والقصف الأمريكي لليبيا سنة 1986 كل هدا جعل الجزائر تدرك مدى إرتباط الجناح الشرقي للوطن العربي بأمنها الوطني، إلا أن الجزائر في هده المرحلة (العشرية السوداء) إنشغلت بالحفاظ على أمن وإستقرار الدولة للخروج من الأزمة الاقتصادية التي تعصف بها في ظل ظروف إقليمية كحرب الخليج الثانية سنة 1991[9]

- العقيدة الأمنية الجزائرية من 1991 إلى 2001:

في نهاية الثمانينات واجهت الجزائر أزمة داخلية ناتجة عن إنهيار أسعار البترول والدخول في صراع مسلح مع جماعات متطرفة، ولمواجهة هده الأزمة قامت الجزائر بإصلاحات واسعة على المستوى السياسي والإقتصادي والعسكري مع تبني دستور 23 فيفري 1989 الذي كرس التعددية الحزبية وإقتصاد السوق والإنسحاب الجيش من الساحة السياسية، فتحددت مهمات الجيش في الدفاع عن السيادة الوطنية وسلامة التراب والمجال البري والبحري والجوي طبقا للمادة 24 -25 من دستور 1986 و 1996[10].

شهدت هده المرحلة تحولات جدرية وأزمات كادت أن تعصف بالدولة الجزائرية، وكل هدا أثر بشكل كبير على العقيدة الأمنية العسكرية للجزائر لتصب كل إهتماماتها على ضمان إستمرارية بقاء الدولة والحفاظ على أمنها الوطني ووحدة ترابها، وخاصة في ظل تنامي التهديدات والتحديات الإقليمية

وخاصة في ظل التوتلر مع المغرب وإنتشار الجمعات الإرهابية والهجرة غير الشرعية والتهريب في منطقة الساحل الإفريقي، وتشكلت هده العقيدة من خلال مجموعة من الأحداث والتحولات والمحطات التاريخية

- العقيدة الأمنية الجزائرية من 2000 إلى 2010:

من خلال حربها ضد الإرهاب مما أكسبها خبرة في مجال مكافحة الإرهاب، وعلى هدا نادت الجزائر المجموعة الدولية للعمل على إيجاد إستراتيجيات ووسائل دولية لمحاربة الإرهاب كتهديد عابر للقارات وبهدا كسبت الجزائر خبرة وإهتمام دولي في مجال مكافحة، فقد شاركت الجزائر بصفة ثنائية أو متعددة في إطار المجهودات الأمريكية الجزائرية في تبادل المعلومات، تدريب وتجهيز القوات الأمنية وتطوير إستراتيجية عملية ضد الإرهاب وخاصة في إطار عملية "المسعى النشط" التي نظمها الحلف في إطار الحوار المتوسطي والموجه لمحاربة الإرهاب في المنطقة.، ومبادرة دول الصحراء لمكافحة الإرهاب في مارس 2004[11].

وبالتالي فالعقيدة العسكرية هي محصلة تصورات وممارسة وإرث تاريخي وقدرات عسكرية وإقتصادية ومعطيات طبيعية يفرضها الموقع الجغرافي، ومنه فإن عناصر العقيدة العسكرية الجزائرية تتمثل في:

- ✓ تأمين الحدود وحمايتها والحفاظ على وحدة التراب الوطني وسلامته بانتهاج الخيارات العسكرية الدفاعية وعدم المساس بسيادة أي دولة.
- ✓ السعي نحو تعزيز التعاون على المستوى الإقليمي والدولي من أجل تحقيق الأمن والدفاع مثل مصادقة الجزائر على "ميثاق الإتحاد الإفريقي لعدم الإعتداء والدفاع المشترك" سنة 2007.

المبحث الثاني: عقيدة ومبادئ الدولة كمرجعية للإدراك الإستراتيجي

يقوم الإدراك الإستراتيجي الجزائري في سياسته الخارجية على مجموعة من المبادئ والمنطلقات، يرجع أصلها إلى المواثيق الوطنية المختلفة، بدءًا بمواثيق الثورة (بيان أول نوفمبر ميثاق الصومام، وميثاق طرابلس)، وصولا إلى مواثيق الدولة الجزائرية، المتمثلة في ميثاق الجزائر ودساتير: 1963، 1976، 1989 و1996، فهي ترتكز في تعاملها مع القضايا الدولية على مبادئ منصوص عليها في المعاهدات والمواثيق الدولية ومبادئ القانون الدولي، فالمواقف الجزائرية وإدراكها ينبع دائما من

سيادة الدول على إقليمها، وللدولة صلاحية استغلال ثرواتها الطبيعية والمعدنية والسلامة الترابية ضف إلى ذلك إن مبادئ الدبلوماسية الجزائرية قائمة في الأساس على مبدأ التعاون بين الدول سواء في الإطار الثنائي، أو المتعدد والأطراف أو مع المنظمات الإقليمية والدولية، بالإضافة إلى تكريس مبدأ حسن الجوار وتعزيز العلاقات بين الدول.

وهده المبادئ من خلال دستور 1989 في الفصل الثالث من المادة25 ينص على أن: تمتنع الجزائر عن اللجوء إلى الحرب من أجل المساس بالسيادة المشروعة للشعوب الأخرى وحريتها، وتبذل جهدها لتسوية الخلافات الدولية بالوسائل السلمية، والمادة 26: الجزائر متضامنة مع جميع الشعوب التي تكافح من أجل التحرير السياسي والاقتصادي، والحق في تقرير المصير، وضد كل تمييز عنصري. والمادة 27: تعمل الجزائر من أجل دعم التعاون الدولي، وتنمية العلاقات الودية بين الدول، على أساس المساواة، والمصلحة المتبادلة، وعدم التدخل في الشؤون الداخلية، وتتبنى مبادئ ميثاق الأمم المتحدة وأهدافه[12]، وقد بقيت هده المبادئ والمنطلقات ثابتة رغم تغير الرؤساء والأشخاص.

فالإدراك الإستراتيجي نابع من مبادئ وثوابت الثورة الجزائرية وخاصة بيان 01 نوفمبر 1954، فهذا البيان يعكس التوجهات الكبرى للسياسة الخارجية وهذا ما اكسبها مكانة مرموقة في المجال الدبلوماسي على الساحة الدولية فلم تتغير هذه التوجهات رغم تغير الرجال في حكم الدولة، وسبب هذا الاحترام والمكانة الدولية يرجه الى عدة عوامل أهمها:

- قداسة مبادئ الثورة التحريرية وابعادها الدولية على حركات التحرر.
- موقع الجزائر كبلد يمتاز بعمقها العربي والإسلامي والافريقي والمتوسطي.
- الدعم المطلق لمبدأ حق الشعوب في تقرير مصيرها وقضايا التحرر سواء إقليميا او دوليا والثبات على ذلك.

كما تبنت الجزائر معظم مبادئ المنظمات الدولية والإقليمية كمنظمة الأمم المتحدة وجامعة الدول العربية ومنظمة الوحدة الافريقية، والتي تقوم على مبادئ عدم التدخل في الشؤون الداخلية للدول وعلاقات حسن الجوار وحل النزاعات الدولية بالطرق السلمية وعدم اللجوء الى القوة، وذلك يكون من خلال عملية الوساطة ومبدأ التعاون، وهو ما يفسر تمسك الجزائر بمبادئ عالمية في دبلوماسيتها[13].

ومن جهة أخرى هناك مجموعة من الإنتقادات لهده المبادئ وخاصة مع التحولات الدولية والاقليمية مما وضع الدولة أمام مجموعة من الثوابت في ظل بيئة إستراتيجية أمنية ومصالح متغيرة ومتعددة المتغيرات، وطرحت إشكاليات مدى قدرة وإدراك هده الثوابت في المحافظة على الأمن الوطني وإمكانية تعديل هده المبادئ وفق تغير مفهوم الأمن الوطني والمصالح الإستراتيجية، فمن غير المعقول أن تتغير البيئة الإستراتيجية وتبقى المبادئ ثابتة ومستمدة من إطار، فالسياسة الدولية في وقتنا الراهن تحكمها متغيرات القوة وتوازن القوى والتكتلات الإقتصادية والتحالفات العسكرية فمن الصعوبة أن تحافظ الدولة على أمنها الوطني دون بناء منظومة أمنية فعالة من منطلق إدرؤاكها الإستراتيجي لإمكانياتها ومعادلة الفرص والتهديدات.

فالعقيدة العسكرية هي محصلة تصورات وممارسة وإرث تاريخي وقدرات عسكرية وإقتصادية ومعطيات طبيعية يفرضها الموقع الجغرافي، ومنه فإن عناصر العقيدة العسكرية الجزائرية تتمثل في:

- ✓ تأمين الحدود وحمايتها والحفاظ على وحدة التراب الوطني وسلامته بانتهاج الخيارات العسكرية الدفاعية وعدم المساس بسيادة أي دولة.
- ✓ السعي نحو تعزيز التعاون على المستوى الإقليمي والدولي من أجل تحقيق الأمن والدفاع مثل مصادقة الجزائر على "ميثاق الإتحاد الإفريقي لعدم الإعتداء والدفاع المشترك" سنة 2007[14].

المبحث الثالث: عدم التدخل في العقيدة الدفاعية للجزائر

ويرى المحللين العسكريين والباحثين الأكاديميين أن العقيدة العسكرية تحمل الصفة الدفاعية بشكل عام، وهو ما يدل على أننا لا نقوم بأي تحركات عسكرية إلا إدا كنا معرضين لتهديد وهجوم عسكري، وفي حالة الهجوم من العدو يكون الطرف الاخر مجبر على الدفاع أولا ثم الإنتقال لمرحلة حسم المعركة، والعملية الدفاعية رهينة تكامل الأسلحة مع التجهيزات القتالية والتمارين والخطط القتالية وطرق تنفيذ الاعمال الدفاعية بشكل مباشر، وبهذا الخصوص فإن استخدام الوسائل القتالية الجديدة من قبل الوحدات المدافعة رفعت من مستوى قدرتها على القتال، وأدت إلى ظهور اشكال جديدة في الدفاع وجعلتها أكثر فاعلية وثبات.[15]

إستمدت الجزائر عقيدتها الأمنية من مبادئها الدستورية، ففي حين لم ينص دستور 1963 على مبدأ عدم التدخل في الشؤون الداخلية للدول، نص دستور 1976 في الفصل السابع والذي يتضمن مبادئ السياسة الخارجية في مادتيه 90-93 على مبدأ عدم التدخل من خلال أن الجزائر تناضل من أجل السلم والتعايش السلمي وذلك وفاءا لمبادئ عدم الإنحياز، ودعم التعاون الدولي، أما دستور 1989 فقد نصت المادة 27 من الفصل الثالث تحت عنوان الدولة أن الجزائر تعمل من أجل دعم التعاون الدولي، وتنمية العلاقات الودية بين الدول والمساواة والمصلحة المتبادلة، بالإضافة إلى تبنيها مبادئ ميثاق الأمم المتحدة، ولقد تم تكرير نفس المادة في نص المادة 28 من الفصل الثالث في دستور 1996، ولم يشهد تعديل 2016 تغييرا في العقيدة العسكرية وتماشيا مع موقف الدبلوماسية الجزائرية التي تلتزم موقف الحياد الإيجابي.[16]

ومنه منطلق أن السياسة الخارجية الجزائرية تعتمد على مبدأ أساسي وهو عدم التدخل في الشؤون الداخلية للدول، كما أنها تعتمد في بناء أي سلوك خارجي على عقيدة عسكرية تعتبر دفاعية

وليست هجومية ولهذا فالجزائر لا تتدخل ولا تسمح للآخرين بالتدخل في شؤونها،[17] ليصبح بعد الأزمة الجزائرية الإرهاب الأولوية الرئيسية لمذهب الدفاع في الجزائر، ومن هذا المنطلق وفي إطار إستراتيجية جديدة سعت الجزائر إلى الحصول على الأسلحة، وتنويع الموردين وتحديث الأنظمة التكنولوجية المتطورة والرفع من جاهزية القوات المسلحة، فالجيش الوطني الشعبي مسؤول عن المحافظة على الاستقلال الوطني والدفاع عن السيادة الوطنية ووحدة وسلامة أراضي البلاد، وحماية الفضاء البري والجوي ومختلف مناطق المجال البحري كما نصت عليه دساتير الدولة[18].

وتثار إشكالية التدخل العسكري الجزائري خارج الحدود إستنادا إلى التغيرات الإقليمية في الجوار الجغرافي في ليبيا وتونس ودول الساحل وتداعياتها على الأمن الوطني الجزائري، بالرغم من أن هذا التدخل سيفتح المجال للجماعات الإرهابية والإجرامية بضرب الأمن الوطني[19]، ولهدا تسعى لتفعيل طاقاتها الدفاعية لضمان أمنها في ظل بيئة إقليمية ودولية متغيرة مع الحفاظ على مبادئها التاريخية وخاصة عدم التدخل في الشؤون الداخلية للدول كأساس لعقيدتها الدفاعية.

المبحث الرابع: إشكالية الإدراك الإستراتيجي ومعضلة الإستشراف

يبقى الإدراك الإستراتيجي تصور نظري لبناء العقيدة الأمنية للدولة، لتأتي أهمية قدرة الدولة على توظيف مقوماتها كعامل أساسي في تطبيق إستراتيجية أمنية ودفاعية للدولة من خلال ما تمتلكه من مقومات جيواستراتيجية، فالمنطلق هو الإدراك ثم لسرعة الأحداث والتحولات الدول مجبرة على إدخال مفهوم الإستراتيجي ليكون لها القدرة الإستشراف والتنبؤ.

إن الدول القوية هى الأمم التي تدرك ما يحيط بها من تغيرات عالمية وتعي التناقضات والصراعات، وهذه الأمم المتقدمة تسعى لصنع مستقبلها، أما الأمم الضعيفة فهي التي لا تستطيع إدراك التغيرات المحيطة بها، والتى تبقى رهينة للمصادفات أو للتدخلات الخارجية، ذلك لأنها لا تمتلك إستراتيجية شاملة، وينبغي إدراك أمرين أساسين فيما يتعلق بأهمية الدراسات المستقبلية: الأول أن الدراسات المستقبلية باتت من الحتميات وضرورية لفهم التغيرات السريعة وأهميتها لترشيد عملية صناعة القرارات، والأمر الثانى الذى يتعين إدراكه هو أن هذه الدراسات تقوم على مناهج بحث وأدوات فحص مقننة أو شبه مقننة، وتحظى بالإهتمام في الأوساط العلمية ومعاهد ومراكز بحثية وجمعيات علمية راقية يجب الإشارة إلى أنه ليس الهدف المباشر للدراسات المستقبلية هو التخطيط أو وضع إستراتيجيات فقط بل وتوفر لهيئات التخطيط والاستراتيجيات قاعدة معرفية الضرورية لصياغة الاستراتيجيات ورسم الخطط. فهو عمل قائم بذاته، يأخذ وقته اللازم ويستعمل المنهجيات المتعارف عليها، ويحناج لمقومات لتحقيق الأهداف، وواقع الدراسات المستقبلية في العالم العربي والإسلامي يؤكد الضعف والانحسار والمحدودية وغياب التشجيع على اقتحام الباحثين لهذا النوع من الدراسات في الوقت الذي تتعقد فيه المتغيرات الداخلية والخارجية وتتضارب إستراتيجيات القوى العظمي لمزيد من مناطق النفود[20].

من ركائز أي سياسة خارجية في وقتنا الراهن الاستشراف والتنبأ، والاستشراف كعلم في الدراسات السياسية يجنب صانع القرار الوقوع في الأخطاء عن طريق استراتيجية شاملة قائمة على التخطيط والتنفيذ، وتقديم بدائل وتشخيص سيناريوهات معينة، فانتهاج أي سياسة أو سلوك لدولة قائم على العلم، فقد عرفت الجزائر تراجع كبير في سياستها الخارجية على عكس نشاطها في فترة السبعين و الثمانين من القرن الماضي، وكل هدا راجع إلى محدودية دور المشاركة في صنع القرارات من خلال النخب العلمية سواء كانت رسمية في البرلمان بغرفتيه أو غير رسمية داخل الأوساط الشعبية، ولهدا يجب

فتح الباب أمام النخب الرسمية وغير الرسمية للمشاركة في صنع السياسة الخارجية للبلاد، من أساتذة جامعيين و باحثين ومفكرين و مثقفين يساهمون في تقديم الاستشارات لمسئولي السياسة الخارجية، بحيث نلاحظ في الجزائر ضعف الرلمان وعدم على مناقشة السياسة الخارجية للدولة والنخب الغير الرسمية بما فيها الجامعة ومراكز البحث لا يستمع لها، فهناك سوء في إدارة السياسة الخارجية للبلاد نتيجة لغياب عنصر الاستشراف وغياب استراتيجية شاملة على المدى الطويل تخطط لإثبات وجود الدولة الجزائرية في كل المجالات كقوة إقليمي[21].

فالجزائر يصعب عليها النجاح إدا لم تكن لها نظرة مستقبلية نظرة مستقبلية، والدليل على دلك بعد مرور أكثر من 14 سنة من حكم نفس الادارة لم نرى الجزائر قوية بالرغم من البحبوحة المالية التي وفرها إرتفاع أسعار النفط إلى معدلات قياسية، كدلك إن التغيرات الإقليمية والدولية وخاصة الحراك العربي كان بمثابة مجال لإختبار السياسة الخارجية الجزائرية التي هي رهينة ثوابت صلبة، إضافة إلى الإفتقاد لإستراتيجية التكيف مع الظروف المحيطة بالبلاد، فمن الصعوبة إدارة سياسة خارجية لدولة مثل الجزائر بمبادئ ثابتة لا تتغير، إضافةّ إلى غياب الاستشراف في سياسة الجزائر الخارجية، فيجب على الجزائر إشراك أهل الاختصاص لصنع سياسة خارجية متكاملة ووضع نظرة استراتيجية استشرافية شاملة تمكنها من لعب دور محوري في النسق الدولي[22].

خاتمة:

إن لمدخل الإدراك الإستراتيجي أهمية كبيرة في تفسير وتحليل الإستراتيجية الأمنية والدفاعية للدولة، وسوء الإدراك يحد من القدرة الوطنية على حماية الأمن الوطني للدولة، فخيارات السياسة الخارجية تبنى على إدراك صانعي القرار والقيادات الوطنية، إذ لا يكفي مقومات قوة الدولة وأوضاعها السياسية والاقتصادية فقط، ولكنها تتأثر وبشكل أساسي على أساس تصوُّر وإدراك القيادات الوطنية وصانعي القرار لهذه العوامل المختلفة وأثرها في تحديد خيارات السياسة الخارجية وتتطوَّر هذه التصورات

عبر فترة طويلة من الزمن متأثِّرة بخبرات صانع القرار والعقائد العامة والتقاليد السائدة في المجتمع ويتَّضِح أثر هذه التصورات على قرارات السياسة الخارجية من الأبحاث التي أُجريت حول السياسة الخارجية النرويجية، حيث وجد أن هناك علاقة مباشرة بين مفاهيم وتصورات النخبة الحاكمة وبين سلوك السياسة الخارجية.

فالسياسة الخارجية ترتكز على مجموعة من الأهداف الوطنية التي تسعى الدولة لتحقيقها، وهي تمثل المبادئ العامة التي تتحكم في سلوكيات الدولة أو هي النشاط السياسي لصانع القرار الرامي إلى التعامل مع البيئة الخارجية بما يخدم المصالح الوطنية، ويترجم ذلك في مجموعة من الاستراتيجيات والقرارات التي تشكل سلوك الدولة مع محيطها الخارجي.

ومنه يمكن القول أن الإدراك الإستراتيجي كمدخل لفهم الإستراتيجية الأمنية والدفاعية للجزائر يعطينا القدرة على تحليل وتفسير مواقف الدولة إتجاه قضايا وأزمات المنطقة، فالموقف الدفاعي للجزائر اتجاه الأزومة الليبية نابع من ثوابت الدولة وعقيدتها الأمنية خاصة عدم التدخل في الشؤون الداخلية للدول وعدم مشاركة الجيش الشعبي الوطني خارج الحدود الوطنية، إلا أن الإدراك الإستراتيجي في مفهوم النظري يتغير بتغير البيئة الأمنية الإستراتيجية مما يغير في منطلقات الإدراك وعليه وإسقاطا على موقف الجزائر اتجاه الازمة الليبية على سبيل المثال

فالموقف يحمل الكثير من المخاطر من خلال عدم القدرة على توقع ما ستؤول إليه الأزمة وتداعياتها وخاصة مع تدخلات قوى إقليمية ودولية كثيرة بحكم، بالإضافة إلى أن هناك مشكلة وقت فكلما زادت عمر الأزمة الليبية كلما أنتجت تهديدات يصعب إدلالها كتقوية الجماعات المسلحة الإرهابية بفعل حركة السلاح وتقوية جماعات الجريمة المنظمة بفعل عائدات الفدية أو عائدات تجارة المخدرات والإتجار بالبشر، ويمكن لتراكم هذه التهديدات يؤدي إلى إنهيار كثير من الدول في منطقة الساحل الافريقي وشمال إفريقيا، مما يفرض على الجزائر تغيير مستوى إدراكها الإستراتيجي من منطلق أنه لا يمكن العمل بمستوى إدراك لمرحة وببيئة أمنية معينة ومواصلة العمل بهدا الإدراك رغم التاحولات الأمنية الجدرية في ظل إنهيار دول وظهور حسابات إستراتيجية إقليمية ودولية جديدة.

قائمة الهوامش والمراجع:

1- بليل عبدالكريم، "مفهوم الإدراك"، موقع شبكة الألوكة، دراسات شرعية، تاريخ النشر 21/10/2009، تاريخ الإطلاع 2016/10/16، الموقع الإلكتروني: http://www.alukah.net

2- محمد السيد سليم، مرجع سبق ذكره، ص 398

3- مصطفى كريم، "الإدراك ... مفهومه وأهميته وخطواته"، موقع مفكرة الإسلام، تاريخ النشر الجمعة 25 ديسمبر 2009، تاريخ الإطلاع 2016/10/18، الموقع الإلكتروني: www.islammemo.cc

4- عباس علي العلي ، "مفهوم التصور والتخيل دراسة في المصطلح"، موقع الحوار المتمدن، تاريخ النشر / 10 / 2013 26، العدد 4254، تاريخ الإطلاع 2016/10/20، الموقع الإلكتروني:

http://www.ahewar.org

5- عادل البديوي، لادراك الاستراتيجي للولايات المتحدة الأمريكية دراسة في المبادئ الجيوبوليتيكيا، عمان: دار الجنان للنشر والتوزيع، 2016، ص 39-40

6- عبد الحفيظ العز، سالم مخطارية، "ثورات الربيع العربي وتأثيرها. على. العقيدة القتالية والسياسة الدفاعية في الجزائر"، مقال منشور موقع الجزائرية للأخبار، تاريخ النشر 21-11-2016، تاريخ الإطلاع 24-12-2016، الموقع الإلكتروني:

http://www.dzayerinfo.com/ar/security/

7- وليد عبد الحي وآخرون، مرجع سبق ذكره، ص 243

8- عبد العزيز لزهر، السياسة الأمنية الجزائرية 1962-2010، مجلة ستراتيجيا لدراسات الدفاع والإستقبالية، العدد01، السداسي الأول 2014، ص 129- 131

9- نفس المرجع، ص 131-136

10- مرسوم رئاسي رقم 89-18 مؤرخ في 28 فبراير 1989 المتعلق بتعديل الدستور، الجريدة الرسمية (الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية)، العدد 09، مارس 1989، ص 238

11- عبد العزيز لزهر، مرجع سبق دكره، ص 142-143

12- الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، دستور 1989، الموقع الرسمي لرئاسة الجمهورية الجزائرية، تاريخ الاطلاع، 2015/11/17، الموقع الإلكتروني:

http://www.el-mouradia.dz/arabe

13 -Mohamed Redha Bougherira, "Algeria s foreign policy 1979- 1992: continuity and or change", European studies research institute, June 1999, p 130

14- منصور لخضاري،"السياسة الأمنية الجزائرية: المحددات-الميادين-التحديات"، مرجع سبق دكره، ص 128

15- وليد خالد أحمد، مفهوم الدفاع في العقيدة العسكرية الدفاعية، بجريدة القادسية، العدد 01، 1993، تاريخ النشر 2015، تاريخ الإطلاع 2016/11/05، للإطلاع الإلكتروني:

www.kitabat.com

16- بوحنية قوي، الجزائر والتهديدات الأمنية الجديدة من مكافحة الإرهاب إلى هندسة الأمن، لبنان: دار الحامد للنشر والتوزيع، 2017، ص 202-203

17- رمضان حملات، "العقيدة العسكرية الجزائرية دفاعية وليست هجومية"، صحيفة الحوار، تاريخ النشر 2014، تاريخ الإطلاع 2016/12/2، الموقع الإلكتروني: http://elhiwardz.com

18 -Abderrahmane Mebtoul, "L'Armée algérienne face aux nouveaux enjeux géostratégiques mondiaux", le journal le matin Algérie, 29 Oct 2013, Date d'accès 2/12/2016, Site Web http://www.lematindz.net/news

19- الياس أبو جودة، "مفهوم الأمن البشري في إطار التهديدات العالمية الجديدة"، مجلة الدفاع الوطني، العدد 74، تشرين الأول 2010.

20- محمد أحمد الصغير علي عيد ، إستشراف المستقبل العربي، مقال منشور بموقع الأوان من أجل الثقافة، تاريخ النشر 2016/08/31، تاريخالإطلاع 2016/12/18، الموقع الإلكتروني :

http://www.alawan.org/article13440.html

21- المحرر، السياسة الخارجية الجزائرية وغياب الإستشراف، مقال منشور بموقع السياق العربي، تاريخ النشر غير موجود، تاريخ الإطلاع 2016/12/17، الموقع الإلكروني:

http://arabcontext.com

22- المرجع نفسه.

LA PROTECTION JURIDIQUE INTERNATIONALE DU LA FIGURE DE RÉFUGIÉ ENVIRONNEMENTAL

- Doctorant :Abdelhadi Abdelkarim
- Faculté de droit et sciences politiques .Université Ahmed Draya Adrar. Karimdroit01@gmail.com

Résumé : Au cours des dernières décennies, la situation de l'environnement dans toute la planète s'aggravant de plus en plus, la population mondiale a été victime de tragédies écologiques

pour les siècles d'exploration de la nature par l'homme. En 2005, l'Université des Nations Unies a publié un rapport qui a prédit que d'ici 2010 le monde aurait plus de 50 millions réfugiés. Il arrive que, malgré l'augmentation du nombre de migrants écologiques, il n'y a, jusqu'à présent, aucune réglementation internationale capable de faire face à cette situation. Le présent Cet article analysera le concept de réfugié et réfugié environnemental, ainsi que difficultés pour la reconnaissance des migrants écologiques en tant que réfugiés, proposer des solutions au problème des réfugiés environnementaux. L'objectif global de cette le travail est donc de réveiller les érudits et les opérateurs de la loi pour la pertinence du sujet, ainsi que de fomenter le débat à la recherche de solutions au problème abordé ici.

Mots clés: RÉFUGIÉS ENVIRONNEMENTAUX; TUTELLE LÉGALE DROIT L'ENVIRONNEMENT ÉQUILIBRÉ INTERNATIONAL; DROIT ÉCOLOGIQUE.

Abstract: In recent decades, as the environmental situation around the globe is getting worse, the world's population has been the victim of environmental tragedies

for centuries of exploration of nature by man. In 2005, the United Nations University released a report that predicted that by 2010 the world would have more than 50 million refugees. Sometimes, despite the increase in the number of ecological migrants, there is, so far, no international regulation to cope with this situation. The present This article will analyze the concept of refugee and environmental refugee, as well as difficulties in the recognition of ecological migrants as refugees, propose solutions to the problem of environmental refugees. The overall objective of this work is therefore to awaken scholars and law enforcers for the relevance of the topic, as well as to foment the debate in search of solutions to the problem addressed here.

Key words: ENVIRONMENTAL REFUGEES; LEGAL TUTELLE LAW INTERNATIONAL BALANCED ENVIRONMENT; ECOLOGICAL LAW.

I INTRODUCTION

Dans les dernières décennies, la situation de l'environnement autour de la planète vient aggravation, la population mondiale a été victime de tragédies écologiques causées par des siècles d'exploration de la nature par l'homme - tels que les tremblements de terre, les tsunamis, le niveau de la mer, les pluies acides, la hausse de la température de la Terre, etc. - les catastrophes naturelles impact non seulement sur la nature elle-même, mais aussi directement sur la vie humaine.

En 2005, l'Université des Nations Unies a publié un rapport le nombre de personnes déplacées de leur lieu d'origine catastrophes environnementales, la prédiction était que d'ici 2010, le monde aurait plus de 50 millions réfugiés. Il arrive que, malgré l'augmentation du nombre de migrants écologiques, il n'y a, jusqu'à présent, aucune réglementation internationale capable de faire face à cette situation.

Il convient de souligner que le statut de réfugié n'est même pas reconnu pour ces tragédies environnementales, ce qui entrave grandement la protection juridique de ces internationalement.

Le présent travail commence par l'analyse du concept de réfugiés, à travers le faits qui ont influencé la création de cette catégorie d'individus sur la scène internationale, ainsi comme analysant ses règles en droit international. Enfin, la définition comme base pour déterminer qui sont les réfugiés environnementaux et de la réglementation internationale les concernant.

Ensuite, il sera difficile de reconnaître la notion de réfugié environnemental dans le domaine du droit international, afin de discuter de certaines propositions pour surmonter le problème présenté.

Le but de cet article est de réveiller les universitaires et pertinence et l'urgence du sujet et à la arrêtée des instruments juridiques susceptibles déprotéger et garantir les droits fondamentaux des soi-disant réfugiés environnementaux, ainsi que débat dans la recherche de solutions, à la fois dans le cadre du droit international et dans le qui concerne la prévention même des tragédies écologiques, pour les questions abordées ici.

II DE LA NOTION DE RÉFUGIÉS AU CONCEPT DE RÉFUGIÉS ENVIRONNEMENT

A Le concept de réfugiés en droit international

En 1951, après les horreurs de la Seconde Guerre mondiale, le monde Il y avait des milliers de personnes qui avaient abandonné tout ce qu'ils savaient - et même le qu'ils avaient conquis en termes matériels - et déplacé vers des pays étrangers à la recherche de

un endroit où ils pourraient vivre en paix et à l'abri de la persécution raciale, religieuse et politique et idéologique. En réponse à cette situation, la Convention des Nations Unies sur Convention relative au statut des réfugiés, également connue sous le nom de Convention de Genève1951[1.]

La Convention a consolidé les instruments juridiques qui existaient déjà problème des réfugiés au niveau international, en établissant des normes minimales traitement. Il prévoyait également des mesures relatives à la disponibilité de documents, y compris un document de voyage spécifique réfugiés sous la forme d'un passeport.

La Convention de 1951 a établi le principe de non-refoulement ("non-retour"),Aucun pays ne peut renvoyer ou expulser un réfugié contre ce principe[2].

la volonté de la même, à un territoire où il subit la persécution.

En outre, la Convention de Genève définit qui bénéficiera de cette notion qui a émergé en droit international, la figure du réfugié. Selon le Genève, 1951, art. (1) (a) (2), le terme réfugié s'applique à toute personne:

Que, à la suite d'événements survenus avant le 1er janvier 1951, et craignant d'être persécuté pour des raisons de race, de religion, de nationalité, l'appartenance à un certain groupe social ou une opinion politique, est à l'extérieur du pays qu'il a la nationalité et ne peut pas ou, à cause de cette peur, ne veut pas demander la protection de ce pays; ou que, s'il n'est pas un ressortissant et le pays dans lequel il avait sa résidence habituelle après ces événements, ne peut pas ou, à cause d'une telle peur, il ne reviendra pas.

Il convient de noter que jusqu'en 1966 ce concept de réfugié ne couvrait que les victimes de événements survenus avant le 1er janvier 1951 et habitant un Cependant, plus d'une décennie après la publication d'une telle norme internationale, besoin d'étendre cette définition à toute personne conflits et persécutions. Quand, alors, un protocole sur le statut de Les réfugiés, approuvés par l'Assemblée générale des Nations Unies, sont entrés en vigueur force en octobre 1967.

Avec la ratification du Protocole, les pays signataires ont commencé à appliquer comme prévu dans la Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés sans limite de dates et d'espace géographique.

En 2010, le Haut Commissaire des Nations Unies aux droits de l'homme (HCR) Le HCR) représentait 10,55 millions de réfugiés sous sa responsabilité dans le monde, Il y a eu une augmentation de 153 000 réfugiés au cours de l'année 2009. Cependant, ces plus de dix millions de réfugiés assistés par le HCR il n'y a pas de dossier de réfugiés impacts environnementaux.

B Qui sont les réfugiés environnementaux

En 2005, un rapport a été publié par l'Université des Nations Unies avec l'Institut des Nations Unies pour l'environnement et laen 2010, la planète compterait plus de 50 millions de réfugiés environnementaux. En outre, malgré le nombre alarmant de personnes considérées dans cette situation, à ce jour il n'y a pas réglementation sur le sujet[3].Lors de la Conférence internationale sur l'environnement, les migrations forcées et Vulnérabilité sociale, organisée par l'Université des Nations Unies en octobre 2008, Il a été signalé que le monde avait déjà 25 millions de réfugiés environnementaux et que cette nombre devrait augmenter à 200 millions d'ici l'année 2050[4].

Il convient d'ajouter que même le terme «réfugié» ne peut être appliqué aux migrants l'environnement, et n'a aucun fondement dans la Convention des Nations Unies sur les réfugiés.

Cette large interprétation de la notion classique de Au niveau international, les réfugiés environnementaux ne sont plus que des migrants caractéristiques des réfugiés à la suite de catastrophes environnementales. Deuxième informations sur le site Web du HCR, les migrants seraient ceux qui décideraient de principalement pour des raisons économiques, pour améliorer les perspectives pour leurs familles. D'un autre côté, les réfugiés sont ceux qui sont obligés de déménager pour sauver leur vie ou de préserver leur liberté, sans aucune protection de leur propre État ou même menacé de persécution.

Les réfugiés sont des personnes qui n'ont reçu aucune aide et bienvenue de la part de d'autres pays, serait condamné à mort ou à une vie dans la clandestinité, sans subsistance et sans droits.

La définition de réfugié contenue dans la Convention de Genève de 1951 est assez seulement les personnes qui sont persécutées vertu de leur race, religion, nationalité, appartenance à un certain groupe social ou opinions politiques. Il est donc déduit qu'une telle définition de la façon dont elle est posée n'a comme étant étendu à ceux considérés comme des réfugiés environnementaux.

Au niveau régional, il y a la Convention de l'Organisation de l'Unité Africaine de 1969 (OUA) qui prévoit une définition plus large du réfugié, ce qui permet d'inclure migrants dans la catégorie des réfugiés. La Convention de l'OUA prévoit que réfugié qui traverse les frontières nationales, en raison de catastrophes causées par indépendamment de l'existence de la peur de la persécution[5].

Même en raison de la pertinence et de l'urgence du problème des réfugiés environnementaux, très peu a été fait par les États et les Nations Unies pour résoudre ce problème. Le sujet a été limité aux discussions académiques, n'ayant pas été norme internationale a été publiée afin d'étendre le concept traditionnel de des réfugiés. En 1985, le Programme des Nations Unies pour l'environnement (PNUE ou (PNUE) a développé le concept de ce que seraient les réfugiés environnementaux, avec base sur la définition élaborée par l'un de ses chercheurs, Essam El Hinnawi[6.]

Pour Essam El Hinnawi, les réfugiés environnementaux sont les personnes qui : « ceux qui sont forcés de quitter leur lieu de vie temporairement ou de façon permanente à cause d'une rupture environnementale (d'origine naturelle ou humaine) qui a mis en péril leur existence ou sérieusement affecté leurs conditions de vie »[7].

C'est ce concept qui a servi de paradigme pour réfugiés environnementaux, mais la même chose n'a jusqu'à présent pas amparo international, par conséquent sans aucune validité légale, restant seulement reconnue dans la portée académique.

Pour l'Organisation Internationale pour la Migration, « on désigne par migrants environnementaux, les personnes et groupes de personnes qui, pour des raisons impérieuses liées à un changement environnemental soudain ou progressif influant négativement sur leur vie ou leurs conditions de vie, sont contraintes de quitter leur foyer habituel ou le quitter de leur propre initiative, temporairement ou définitivement, et qui, de ce fait, se déplace à l'intérieur ou à l'extérieur de leur pays ou en sortent »[8].

III DIFFICULTES POUR LA RECONNAISSANCE DE LA NOTION DE REFUGIE DROIT DE L'ENVIRONNEMENT EN DROIT INTERNATIONAL

Il est indéniable que le droit à l'environnement est le droit fondamental de l'être humain et qui compose la notion de dignité de la personne humaine, il est impossible de parler dans la dignité de la personne humaine si cet individu n'est pas inséré dans un habitat sain. En outre, l'impact des activités humaines sur l'environnement, causant un déséquilibre dans tout le système environnemental.

Tous les continents connaissent le phénomène de réchauffement ou de changement climatique. Cependant ils n'ont pas tous les mêmes capacités de faire face aux effets néfastes de ces anomalies climatiques sur l'environnement. C'est la raison pour laquelle en cas de catastrophe naturelle on observe une plus grande vulnérabilité des populations des pays pauvres tels qu'Haïti ou les îles du Tuvalu, Kiribati et les îles Maldives dont les cas sont les plus connus[9].

Alors pourquoi il n'y a toujours pas de tutelle légale du réfugié environnemental international La réponse à cette question n'est pas si simple, mais elle passe par une série des facteurs complexes et interconnectés, du manque d'intérêt des États, au risque de affaiblissement de la notion de réfugié et de sa protection juridique internationale.

Il convient de souligner que le présent travail ne vise pas à épuiser

difficultés soulignées par la consolidation de la notion de réfugié environnemental dans le contexte du droit international, mais analysera les principaux obstacles protection juridique de cette catégorie de migrants, dans le but non seulement de les pointer, mais présenter également un point de vue critique sur le sujet.

A La Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés

La grande préoccupation qui a imprégné l'élaboration de la Convention de Genève a été la protection des réfugiés de la seconde guerre mondiale, l'objectif était de promouvoir la stabilité L'Europe, tout en résolvant le problème des plus de 40 millions de personnes forcés de quitter leur lieu d'origine à cause des régimes totalitaires qui dominés le continent européen pendant la première moitiés du XXe siècle[10].

Une décennie après l'adoption de la Convention relative au statut des réfugiés, nouveaux flux de réfugiés d'Afrique et d'Asie démontré que la persécution idéologique et raciale n'étaient pas des problèmes observés exclusivement dans les régimes totalitaires de l'Europe dans le contexte de la Seconde Guerre mondiale et que si la définition de réfugié restait Convention, un tel concept serait totalement inadéquat et une protection juridique serait complètement inoffensif compte tenu de la réalité des victimes de la persécution proliférée dans le monde.

Ainsi, en 1966, lors de l'élaboration du Protocole sur le statut des réfugiés, continué à être de protéger les victimes de la persécution politique, raciale et ethnique.

Cependant, l'objectif était d'éliminer les limitations temporelles et géographiques contenues dans La Convention de Genève.

La Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés est la 1951, la Protocole est de 1966, il est noté que les deux précèdent la préoccupation internationale avec l'environnement, étant donné que l'aggravation des conditions environnementales de la planète est un problème récent, se concentrant uniquement sur les deux ou trois dernières décennies. Par exemple, le problème environnemental n'existait même pas au niveau international, limitant ces normes des droits de l'homme à s'occuper des victimes de la persécution idéologique, c'est pourquoi son contenu est tellement restreint.

Il se trouve que, à ce jour, il n'y a pas eu de nouveau protocole ou convention sur la protection juridique internationale des réfugiés afin de contextualité et, par conséquent, de nombreux pays, ainsi que les Nations Unies Nations (HCR) - comprendre qu'il n'y a pas de base légale pour l'inclusion du migrant environnemental (ou climat - comme certains l'appellent) dans le concept de réfugié,

> il n'y a aucune garantie que les victimes de catastrophes environnementales recevront assistance et protection

B L'affaiblissement du régime international de protection des réfugiés

Le HCR fait valoir que la renégociation internationale de la notion de réfugié entraînerait un affaiblissement de leur régime de protection, compromettant système de protection internationale mentionné Cependant, il apporte très souvent une assistance morale, matérielle aux victimes de catastrophe écologique en dehors de toute obligation conventionnelle ou juridique qui le pousse à cette tâche. Les statistiques font état de plus de 23 millions de réfugiés pris en charge par le HCR aujourd'hui dont ceux de l'environnement. Sont souvent inclus parmi ces refugies, les déplacés environnementaux à l'issu de catastrophe même si cela n'entre pas dans le champ d'action du HCR[11].

. Vu la Convention de 1951, Protocole de 1966, représente une réalisation historique dans le domaine des droits de l'homme.

La protection du migrant environnemental ne justifierait pas un tel risque. On fait valoir que puisque le problème des réfugiés est déjà très critique dans l'inclusion d'une autre catégorie de personnes bénéficiant d'une protection juridique accordée à ceux qui sont considérés comme des réfugiés, pourrait conduire à l'effondrement du régime le droit international humanitaire, compte tenu de la difficulté de distinguer les l'impact environnemental des migrants pour des raisons socio-économiques, ce qui conduirait à abri humanitaire international, qui serait avantages concrets pour les victimes de la dégradation de l'environnement et nuirait qui avaient déjà droit au statut de réfugié.

C Le fardeau économique et social

Les grandes puissances mondiales ont connu ces dernières années de graves crises problèmes financiers, aggravés l'année dernière. Lorsque l'économie est en déclin, tous les secteurs de la société souffrent, l'inflation augmente, les droits sociaux sont souvent suspendus - ou même couper -, augmente le niveau de chômage, etc. Face à ce scénario dans des pays tels que les États-Unis, le Portugal, la Grèce, l'Italie, L'Espagne, entre autres,

quel intérêt ces pays auraient-ils à étendre la protection juridique?

les réfugiés à inclure les migrants environnementaux dans cette catégorie?

Cependant, une conséquence logique de l'extension de la définition mentionnée serait croissance du nombre de personnes qui demanderaient l'asile au grand monde la recherche de meilleures conditions de vie, non seulement en ce qui concerne un environnement de qualité et pour vous et votre famille, mais aussi pour le mieux économie[12]. Par conséquent, accorder un refuge aux migrants environnementaux nécessiterait appelé pays développés un financier, social, économique, cadre institutionnel et politique extrêmement coûteux en tant que pays bénéficiaire, cela ne les intéresse pas, puisqu'ils n'ont même pas réussi - dans beaucoup garantir les droits fondamentaux des populations locales.

En outre, les populations des pays riches seraient difficilement la possibilité de demander l'asile à d'autres nations pour des raisons environnementales, les réfugiés environnementaux se produisent généralement dans les pays sans prévenir les catastrophes naturelles et qui, pour la plupart, n'ont pas fournir l'aide humanitaire et sociale dont les victimes ont besoin.

Ainsi, il est clair qu'il n'est pas dans l'intérêt des pays plus développés protection normative internationale spécifique qui garantit les droits fondamentaux de ceux qui sont dans la condition de migrant environnemental.

Il convient d'ajouter que puisque l'ONU est un organe politique dans lequel les États sont représenté, ce corps reflétera les intérêts de la même, ce qui justifie la résistance des Nations Unies en reconnaissant le réfugié pour des raisons environnementales.

D Les barrières culturelles et ethniques

Un autre problème pour l'acceptation des réfugiés, quelle que soit leur nature, est le barrières culturelles et ethniques entre eux et les pays d'accueil.

Au départ, l'intégration de ces réfugiés dans d'autres États est difficile à préserver pleinement le multiculturalisme et la multiethnicité tout en des personnes, des groupes de réfugiés[13].

En général, la simple assimilation des groupes de réfugiés à l'ordre contexte juridique, politique, culturel et social de l'Etat de réception, par conséquent ceux qui l'asile prévu ils acquièrent des droits individuels, cependant, ils perdent le droit d'être les gens[14].

En outre, à la suite de l'attentat terroriste du 11 septembre à New York, différences et les préjugés ont créé encore plus d'obstacles à la réception de réfugiés. Selon Rossa na Reis Rocha et Julia Bertino Moirera, réfugiés et immigrants menaces et menaces pour les sociétés d'accueil (en particulier, mais pas seulement, en ce qui concerne le maintien de l'identité nationale).

des mesures pour répondre et prévenir cette invasion des immigrés en limitant de plus en plus d'opportunités de refuge.

IV QUELQUES PROPOSITIONS POUR SURMONTER LE PROBLÈME DE TRAITEMENTREFUGEE ENVIRONNEMENTALE INTERNATIONAL LÉGAL

De ce qui précède, il est déduit que les normes actuellement droit international capable de protéger les victimes des catastrophes écologiques qui sont contraints de quitter leur lieu d'origine à la recherche de conditions de vie minimales, lorsque leur pays n'est pas en mesure de fournir de telles conditions de vie.

Cependant, quel que soit le choix de l'ONU et des pays développés de ne pas traiter la question des réfugiés environnementaux, c'est un problème actuel et urgent qui ne peut être ignorés, et la nécessité de rechercher une solution qui harmonise Le droit international en vigueur avec la nécessité de protéger juridiquement les migrants impacts environnementaux.

A Politiques préventives

Comme mentionné plus haut dans ce document, les catastrophes écologiques avoir la capacité de générer des réfugiés environnementaux dans les pays qui manquent pour prévenir les catastrophes naturelles, et n'ont pas non plus le fournir l'aide humanitaire et sociale dont les victimes ont besoin.

Ainsi, les migrants ne seraient pas débattus pour des raisons environnementales s'il y avait politique globale de prévention des catastrophes. Étant d'une grande importance l'implication de l'ONU, à travers tous ses organes, afin de renforcer les politiques environnementales.

En confrontant les différentes positions, on peut dire que les facteurs à l'origine de la migration sont multiples. En dehors du climat et de l'environnement, certains auteurs estiment que « Les implications du changement

climatique sont si grandes pour les interventions d'urgence que l'on en oublie parfois l'autre facette du défi : le développement ». Ils précisent aussi qu' « Il est largement reconnu que la plupart des personnes déplacées vivent au niveau ou en dessous du seuil de pauvreté et que les groupes à faible revenu sont touchés de manière disproportionnée par les désastres d'origine climatique. En outre, en dehors des désastres, un vaste éventail de conséquences également associées au changement climatique affaiblissent la résilience, en particulier celle des groupes dépendant de l'agriculture de subsistance, et accentuent par là-même encore les vulnérabilités. Ces conséquences deviennent alors un facteur d'amplification de la migration rurale-urbaine, même si les questions climatiques sont largement masquées par des explications « économiques » de ces flux migratoires et que ces deux groupes de migrants finissent souvent par s'installer dans les mêmes taudis »[15].

Un autre point pertinent est qu'une fois les situations des populations entières d'un pays à la suite de la dégradation de l'environnement, il n'est pas nécessaire barrières ethniques et culturelles des pays d'accueil, car il n'y aura même pas besoin de pays d'accueil, car ces groupes resteront dans leur Et cela aura sa reconnaissance internationale maintenue, étant également maintenue son la culture, l'ethnicité et leur identification en tant que peuple.

B Les droits environnementaux écologiquement équilibrés protection internationale des réfugiés environnementaux.

La dégradation de l'environnement naturel, provoquée ou accélérée par l'action humanitaire, est un facteur reconnu de l'augmentation des migrations forcées, non seulement sur le territoire de l'État, mais également au-delà de ses frontières. Le nombre croissant de réfugiés environnementaux peut également être considéré comme un indicateur important de l'ampleur et de l'ampleur de la dégradation de l'environnement mondial[16].

Le droit écologiquement équilibré à l'environnement a été proclamé dans le Déclaration de Stockholm de 1972, devenant une universalité, ayant été réitérée Déclaration de Rio de Janeiro de 1992, étant considéré comme droit fondamental de la personne humaine.

Il ne fait aucun doute que la vision écologique de l'environnement approche équilibrée est axée sur les intérêts de la communauté, que ce soit au niveau droit fondamental de la personne humaine, fondé sur le principe de dignité de la personne humaine.

Par conséquent, il n'y a pas de vie digne sans le droit à l'environnement garanti. écologiquement équilibré, et il n'est pas possible d'admettre que les victimes de tragédies environnementales, en particulier dans les pays sous-développés où l'Etat ne peut pas avoir droit à l'environnement écologiquement équilibré.

Par conséquent, afin de garantir la réalisation du droit à l'environnement dont écologiquement équilibré, il est nécessaire de fournir une assistance et de les sans-abri et les personnes déplacées de leur pays d'origine en raison de catastrophes naturelles, ce droit a servi de base à l'obligation éthique et juridique de protéger et de protéger ces réfugiés sur la scène internationale, alors que des mesures préventives globales ne sont pas prises capable de prévenir les tragédies écologiques[17].

C Relocalisation des réfugiés dans leur pays d'origine

Une autre solution importante est celle qui favorise, autant que possible, catastrophes environnementales d'une telle ampleur que d'inciter les gens hors de leur habitat - la réaffectation de ces migrants dans leur propre pays, dans un prévu[18].

Ce type de délocalisation entraîne moins de traumatismes pour la population touchée il ne sera pas obligé de se détacher de ses origines, de son territoire, de son droit, coutumier, historique, culturel et ethnique. De plus, puisque ces victimes écologiques nedroit international pour bénéficier des privilèges des réfugiés et immigrer illégalement dans d'autres pays à la recherche de meilleures conditions environnementales.

la relocalisation proposée évite l'immigration illégale de ces personnes et problèmes qui en découlent, tels que la marginalisation, l'exclusion ethnique, préjudice dans le pays bénéficiaire.

Il est donc avantageux pour les pays développés de contribuer financièrement pour la restructuration des pays touchés par une grave dégradation de l'environnement, afin d'éviter le flux d'immigrants illégaux qui aggravent encore les problèmes économiques. pays

V CONCLUSIONS

La notion de réfugié se pose en droit international après la seconde guerre Monde, compte tenu du fait que beaucoup de gens, pour sauver leur vie, étaient quitter leur patrie pour échapper à la persécution promue par les régimes totalitaires, étant nécessaire de demander l'asile politique dans d'autres nations.

Ainsi, en 1951, en réponse à cette situation, la Convention des Nations Unies sur relative au statut des réfugiés, également connue sous le nom de Convention de Genève 1951, en vue de garantir une protection juridique internationale aux réfugiés Guerre mondiale Il arrive que, le concept de réfugié n'a pas évolué pour suivre la réalité actuelle de la planète, restant statique et limité seulement aux victimes de la persécution politique, ethnique et idéologique. Cependant, il existe une nouvelle catégorie de migrants, avec des caractéristiques de réfugiés, qui sont forcés de quitter leur foyer - et souvent leu origine - en raison de catastrophes environnementales, et qui n'ont aucune protection juridique niveau international.

Il est clair qu'il y a une résistance de la part des États relation avec la reconnaissance du migrant environnemental en tant que réfugié, faisant partie des dans la doctrine pour la consolidation d'un tel concept, le manque de soutien juridique de la Convention de Genève pour la reconnaissance des réfugiés environnementaux le risque de l'affaiblissement du régime international des réfugiés, la charge économique et sociale les barrières culturelles et ethniques entre les victimes et les États hôtes.

En tout cas, bien que les migrants environnementaux n'aiment pas cadre juridique international spécifique, c'est un problème actuel qui doit être résolu par organismes internationaux compétents, faute de quoi des millions de personnes seront exclues et les marges de toute forme de protection légale. Ainsi, nous avons cherché à proposer des solutions à la question des réfugiés environnementaux aujourd'hui.

Parmi les solutions mentionnées figure la promotion d'une politique de préservation environnement préventif afin de prévenir de nouvelles victimes de tragédies naturelles. En outre, a été identifié comme la meilleure alternative pour la réinstallation de ces réfugiés, la réinstallation, pays d'origine afin d'éviter d'autres traumatismes permettre la préservation de leurs caractéristiques culturelles et ethniques

Enfin, il a été suggéré comme une alternative légale pour la protection internationale du réfugié l'obligation éthique et juridique des États et garantir les droits et les conditions de vie minimum à ceux qui ont été poussés à de leur lieu d'origine à la suite de catastrophes écologiques, environnement écologiquement équilibré fondé sur la protection du principe de dignité de la personne humaine.

VI REFERENCES

[1] UNITED NATION UNIVERSITY - UNU. As Ranks of "Environmental Refugees" Swell Worldwide, Calls Grow for Better Definition, Recognition, Support. Tokyo: Press Release - Institute for Environment and Human Security – UNU, October, 2005. p.1.

[2] Convention sur le statut des réfugiés Le 28 juillet 1951, la Conférence de plénipotentiaires des Nations Unies sur les réfugiés et les apatrides, convoquée par l'Assemblée générale des Nations Unies Résolution 429 (V) de l'Assemblée générale des Nations Unies Daté du 14 décembre 1950Date d'entrée en vigueur: 22 avril 1954, conformément aux dispositions de l'article 41.

[3] Tom Clark. The rights and expulsion Giving content to the concept of asylum International journal of refugee law Vol 4 NO2 1992 p189.)

[4] UNITED NATION UNIVERSITY - UNU. As Ranks of "Environmental Refugees" Swell Worldwide, Calls Grow for Better Definition, Recognition, Support. Tokyo: Presser Release - Institute for Environment and Human Security – UNU, October, 2005. p.1.

[5] Selon l'OIM, "les prévisions pour l'avenir varient de 25 millions à 1 milliard de migrants environnementaux d'ici 2050, qu'ils se déplacent soit à l'intérieur de leurs pays, soit de manière permanente ou temporaire, 200 millions étant l'estimation la plus largement citée." ORGANISATION INTERNATIONALE POUR LA MIGRATION - OIM. Un Nexo complexe. Disponible à l'adresse suivante: <http://www.iom.int/complex-nexus#estimates>. Consulté le 18 avr. 2017.

[6] Patrick Gonin et Véronique l'assailli-Jacob .les réfugiées de l'environnement une nouvelle catégorie de migrants forcés ?.revue européenne des migrations internationales.vol.18.N1.2012.p4.)

[7] ELhinnaoui.Essam. Environnemental refugiées .Nairobi :United Nations Environnent programme UNEP 1985.pp04.05).

[8] BROWN Oli, « migration et changement climatique », Rapport de l'OIM 2008.

[9] Børge BRENDE et Didier BURKHALTER « La communauté internationale a déjà développé des réponses face à de nombreux aspects des désastres, du changement climatique et de la mobilité humaine. Toutefois, pour que les progrès se poursuivent, il est essentiel de rapprocher les différents thèmes du débat afin d'élaborer une réponse exhaustive qui anticipe également les futurs défis associés au changement climatique. Par le biais de l'initiative Nansen, les Gouvernements de Norvège et de Suisse contribuent à la définition de futures réponses aux déplacements liés aux désastres ». Ils affirment aussi que « Le 12 mars 2015, l'État insulaire du Vanuatu, dans l'océan Pacifique, a été frappé par un cyclone tropical de catégorie 5. Ce phénomène, le plus puissant qui ait été observé sur ces îles, a touché 166 000 habitants, laissant 75 000 d'entre eux sans abri adapté et 110 000 sans accès à l'eau potable. Les prévisions indiquent que ces événements climatiques extrêmes, jusqu'alors sans précédent, pourraient devenir la norme plutôt qu'une exception. À travers le monde, les risques à déclenchement soudain tels que les séismes, les inondations, les glissements de terrain et les tempêtes tropicales ont déplacé environ 165 millions de personnes entre 2008 et 2013. Par conséquent, les risques à déclenchement soudain et à déclenchement lent liés au climat, associés à l'urbanisation rapide, à la croissance démographique ainsi qu'aux vulnérabilités sociales et à la pauvreté préexistantes, devraient selon toute attente intensifier le déplacement et la migration au cours des années à venir, y compris au-delà des frontières nationales. Au regard de la corrélation entre changement climatique et migration, les États ont préparé le terrain lorsqu'ils se sont accordés sur le paragraphe 14(f) du Cadre de Cancun pour l'adaptation

en décembre 2010, s'exhortant eux-mêmes à adopter des « mesures propres à favoriser la compréhension, la coordination et la coopération concernant les déplacements, les migrations et la réinstallation planifiée par suite des changements climatiques, selon les besoins, aux niveaux national, régional et international ». B. BRENDE et D. BURKHALTER Avant-propos de la Revue Migrations Forcées N° 49 Juin 2015, p.4).

[10] حساوي نجوى مصطفى،حقوق اللاجئين الفلسطينيين بين الشرعية الدولية والمفاوضات الفلسطينية الإسرائيلية،مركز الزيتونة للدراسات والاستشارات،ط1،بيروت، ص 14.

[11] Gamine F., "How they became the human face of climate change. Research and policy interactions in the birth of the 'environmental migration' concept", in Piquet, E., Becloud A. et De Guchteneire P. (eds.), *Migration and Climate Change*, UNICCO Publishing, Cambridge University Press, Cambridge, 2011, p. 225.

[12] (ibid. 145).

[13] Jean-Jacques Parfait Poumo Leumbe. Les déplaces environnementaux : problématique de la recherche d'un statut juridique en droit international THÈSEPOUR L'OBTENTION DU GRADE DE DOCTEUR DE L'UNIVERSITÉ DE LIMOGES *Discipline : Droit public* Français.2015.p13.

[14] BUHAUG H., « climate not to Blame for African Civil Wars », Oslo, Centre for the Study of Civil
War/Peace Research Institute Oslo(PRIO), edited by Turner B.L., Arizona State University, August
2010.

[15] G. BOYER et M. MCKINNON, « Le développement et les risques de déplacement», Revue Migrations Forcées N° 49 Juin 2015, p.21 .

[16] Jacobson Jodi environmental refugees :Yardstick of habitability world watch paper 86 Washington :world watch institute nov1988 p08.

[17] Jean-Jacques Parfait Poumo Leumbe. Les déplaces environnementaux : problématique de larecherche d'un statut juridique en droit international.opcit.p21).

[18] ROCHA, Rosanna Reis; MOREIRA, Julia Bettino International refugee regime: Changes and challenges. Journal of Sociology and Politics, Curitiba, v. 18, no. 37, out / 2010, p. 17-30.


رقم الإيداع 2015/5344
ردمك 0452-2437