

كلية الحقوق والعلوم السياسية
جامعة عبد الرحمان ميرة-بجاية



المجلة الأكاديمية
للبحث القانوني

مجلة سداسية متخصصة محكمة: السنة الثانية عشر/المجلد 12/العدد 03-2021

رد م د: 0087-2170
رد م د الإلكتروني: 2588-2287
رقم الإيداع القانوني: 2010-57
جميع حقوق النشر محفوظة ©

الناشر: كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية

العنوان : طريق تيشي، ابوداو ، بجاية.

بجاية، 06000، الجزائر

الهاتف/ فاكس: 034/81.68.34

البريد الإلكتروني للكلية: fdsp.bejaia@gmail.com

هيئة تحرير المجلة

مدير النشر: الأستاذ الدكتور أيت منصور كمال، عميد كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بجاية.
رئيس التحرير: الأستاذ بري نور الدين، أستاذ، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة بجاية.

اللجنة العلمية الاستشارية للمجلة:

- الأستاذ الدكتور زوايمية رشيد، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية.
- الأستاذ الدكتور صدام فيصل كوكز المحمدي، جامعة الفلوجة، العراق.
- الأستاذ الدكتور عائض سلطان البقي، معهد الإدارة العامة الرياض، السعودية.
- الأستاذ الدكتور محمد حسن القاسي، جامعة الامارات العربية المتحدة.
- الأستاذ الدكتور محمد خليل يوسف ابو بكر، جامعة الزيتونة، عمان، الأردن.
- الأستاذ الدكتور جيل ماثيو، جامعة بول سيزار مارسيليا، فرنسا.
- الأستاذ الدكتور لويس كادي، جامعة السربون، باريس 1 فرنسا.
- الأستاذ الدكتور فليب ديلباك، جامعة السربون، باريس 1 فرنسا.
- الأستاذ الدكتور بودريوه عبد الكريم، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية.
- الأستاذ الدكتور أيت منصور كمال، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية.
- الأستاذ الدكتور كايس شريف، جامعة مولود معمري، تيزي وزو.
- الأستاذ الدكتور إقلولي محمد، جامعة مولود معمري، تيزي وزو.
- الأستاذة الدكتورة إقلولي ولد رايح صافية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو.
- الأستاذ الدكتور خلفي عبد الرحمان، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية.
- الأستاذة الدكتورة إقروفة زوييدة، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية.
- الأستاذ الدكتور دحماني عبد السلام، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية.
- الأستاذ الدكتور قبايلي طيب، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية.
- الدكتور أحمد محمود المساعدة، جامعة المجعة، المملكة العربية السعودية.
- الدكتورة أمال كامل محمد عبد الله، جامعة السلطان قابوس، سلطنة عمان.
- الدكتور نجيب بن عمر عوينات، جامعة جندوبة، تونس.
- الدكتور معيفي لعزیز ، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية.

المراجعة اللغوية:

- الدكتورة: برازة وهيبية، أستاذة محاضر "أ"، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بجاية (اللغة العربية)
- الدكتورة: أيت تفتاي حفيظة، أستاذة محاضر "أ"، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تيزي وزو (اللغة العربية)
- الدكتورة: هارون نوره، أستاذة محاضرة "أ"، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بجاية (اللغة العربية)
- الأستاذ: صدام فيصل كوكز المحمدي، أستاذ، جامعة الفلوجة، العراق. (اللغة الانجليزية).
- الأستاذ: بري نور الدين، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بجاية (اللغة الفرنسية).
- الدكتور: أوسيدهوم يوسف، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بجاية (اللغة الفرنسية).
- الدكتور: تعولت كريم، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بجاية (اللغة الفرنسية).

أمانة تحرير المجلة:

- د. أسياخ سمير، أستاذة محاضر "أ"،
- بن موهوب فوزي، أستاذ مساعد "أ"،

عنوان أمانة التحرير:

كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية، طريق تيشي، ابوداو، بجاية.

الهاتف/فاكس: 034/34.68.81

البريد الإلكتروني للمجلة: revue.academique@yahoo.fr

الإطلاع على المجلة:

يمكن الإطلاع على المقالات المنشورة في المجلة بالنص الكامل والوصول المفتوح " Open Access et full-text " على الرابطين التاليين:

<https://www.asjp.cerist.dz/en/PresentationRevue/72>

http://univ-bejaia.dz/Fac_Droit_Sciences_Politiques/revues-de-la-faculte

التعريف بالمجلة

المجلة الأكاديمية للبحث القانوني هي مجلة علمية دولية سداسية متخصصة في المجال القانوني، تصدر عن كلية الحقوق والعلوم السياسية لجامعة عبد الرحمان ميره، بجاية. منذ نشر العدد الأول منها في جوان 2010، ركزت المجلة على نشر جميع الأبحاث العلمية والأكاديمية في المجال القانوني بثلاث لغات: العربية والفرنسية والإنجليزية. تهتم المجلة بنشر الدراسات المحترمة لمعايير النشر الدولية من أصالة و أمانة علمية. وهي مفتوحة للأكاديميين والباحثين المتخصصين في المجال القانوني بفروعه المختلفة. وهي مهتمة بالبحث والدراسات القانونية، والتعليقات على النصوص القانونية، والأحكام و القرارات القضائية، وتعمل على تطوير الثقافة القانونية على نطاق واسع. وهي موجودة منذ إنشائها سنة 2010 على الموقع الإلكتروني لجامعة بجاية والبوابة الجزائرية للمجلات العلمية.

<https://www.asjp.cerist.dz/en/PresentationRevue/72>

مقاييس وقواعد النشر

يتم اعداد المقالب برنامج مايكروسوفت وورد Microsoft office في ورقة حجم A4 على أن تكون هوامش الصفحة 2 سم من كل الجوانب ويكون قياس رأس وأسفل الورقة 1 سم، تبدأ الفقرة بفراغ 1 سم، وقياس الفراغ بين الأسطر يكون 1 سم دون مضاعفته أو المباعده بين الفقرات، كما يكتب المؤلف المعلومات المدونة في رأس الورقة En-tête ويرقم المقال في أسفل الورقة كما هو مدون في Template على أن لا يتعدى عدد الصفحات 25 ولا يقل عن 8 باحترام الترتيب التسلسلي.

تكتب العناوين الرئيسية (الملخصات، الكلمات المفتاحية، المقدمة، المباحث والخاتمة) بالبنط العريض قياس 18 وتكتب العناوين الثانوية بالبنط العريض قياس 16) ويطلب من المؤلف الالتزام بالتوجيهات التالية أثناء تحرير مقاله:

1- عنوان المقال بلغة المقال: يدون المؤلف العنوان بلغة المقال في بداية الصفحة، يكون مركز في المنتصف بخط Simplified Arabic وبالبنط العريض قياس 18.

2- المعلومات الشخصية للمؤلف (المؤلفين): يدون المؤلف (المؤلفون) معلوماته الشخصية على الشكل التالي:

يكتب الاسم واللقب وجامعة الانتماء مباشرة تحت العنوان، بخط Simplified Arabic وبالبنط العريض قياس 16).

ثم يقوم بإحالة إلى هامش الصفحة الأولى أين يدون فيه الرتبة، مخبر البحث أو القسم، الكلية، الجامعة، المدينة، الرمز البريدي، البلد والبريد الإلكتروني. (أنظر Template)، وذلك بخط Simplified Arabic قياس 12.

كما يجب ذكر المؤلف المراسل وهو البريد الإلكتروني لمرسل المقال من حسابه على البوابة ASJP.

3- الملخص بلغة المقال: يحرر المؤلف ملخصا بلغة المقال في الصفحة الأولى وذلك بخط Simplified Arabic، قياس 14 على أن لا يتعدى مئة(100) كلمة.

4- الكلمات المفتاحية بلغة المقال: تدون الكلمات المفتاحية بلغة المقال في الصفحة الأولى وتكتب بخط Simplified Arabic قياس 14 على أن لا تتعدى خمسة (05) كلمات ويفرق بينها بوضع فاصلة.

5- العنوان باللغة الانجليزية: يحرر المؤلف عنوانا باللغة الانجليزية، يكتب بالبنط العريض بخط Times New Roman قياس 16.

6- الملخص باللغة الانجليزية: يحرر المؤلف ملخصا باللغة الانجليزية، يكتب بخط Times New Roman قياس 14 على أن لا يتعدى مئة(100) كلمة.

7- الكلمات المفتاحية باللغة الانجليزية: يحرر المؤلف كلمات مفتاحية باللغة الانجليزية تكتب بخط Times New Roman قياس 14 على أن لا تتعدى خمسة (05) كلمات ويفرق بينها بوضع فاصلة.

8- العنوان باللغة الفرنسية: يحرر المؤلف عنوانا باللغة الفرنسية ويكتب بالبنط العريض بخط Times New Roman قياس 16.
9- الملخص باللغة الفرنسية: يحرر المؤلف ملخصا باللغة الفرنسية، يكتب بخط Times New Roman قياس 14 على أن لا يتعدى مئة (100) كلمة.

10- الكلمات المفتاحية باللغة الفرنسية: يحرر المؤلف كلمات مفتاحية باللغة الفرنسية يكتب بخط Times New Roman قياس 14 على أن لا تتعدى خمسة (05) كلمات ويفرق بينها بوضع فاصلة.

11- مقدمة: عبارة عن إحاطة شاملة بالموضوع وتنتهي بطرح إشكالية والمنهجية المتبعة وتحرر بخط Simplified Arabic قياس 14.

12- متن المقال: يتم تقسيم المقال حسب المنهجية المعتمدة في البحث القانوني والمتبعة من طرف المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، حيث يعتمد طريقة التفرع بين المباحث والمطالب والفروع، أو طريقة أولا، 1، أ.

- المبحث الأول: العنوان الرئيسي يكون مركز إلى اليمين ويحرر بخط Simplified Arabic وبالبنط العريض قياس 18. يحرر مضمون المبحث بخط Simplified Arabic قياس 14.

- المطلب الأول: العنوان الثانوي يكون مركز إلى اليمين ويحرر بخط Simplified Arabic وبالبنط العريض قياس 16. يحرر مضمون المطلب بخط Simplified Arabic قياس 14.

- الفرع الأول: العنوان الثانوي يكون مركز إلى اليمين ويحرر بخط Simplified Arabic وبالبنط العريض قياس 16. يحرر مضمون الفرع بخط Simplified Arabic قياس 14.

كما يمكن اعتماد المنهجية التالية مع احترام نفس الشكليات المعتمدة في الطريقة السابقة الذكر

أولا-.....:

-1.....:

أ-.....:

13-خاتمة: العنوان الرئيسي يكون مركز الى اليمين ويحرر بخط Simplified Arabic وبالبنط العريض قياس 18.

تكون الخاتمة عبارة عن حوصلة للنتائج العلمية المتوصل اليها، يحرر مضمونها بخط Simplified Arabic قياس 14.

14- تهميش المراجع: يجب أن يكون كل اقتباس كامل وصحيح ومرقم، تكتب (بتطبيق أسلوب references notes de bas de page) بخط simplified arabic مقاسه 12 بالنسبة للهوامش بالعربية و Times New Roman مقاسه 12 بالنسبة للغات الأجنبية وذلك على الشكل المبين أسفله، بالنسبة للمجلات¹، للكتب²، للملتقيات³، النصوص القانونية⁴، وباللغات الاجنبية⁷، ⁵revue, ⁶ouvrage, ⁸seminaire.

للمزيد من التوضيحات حول شكل المقال أنظر قالب إعداد المقال Template

المتوفر في تعليمات للمؤلف على الرابط التالي:

<https://www.asjp.cerist.dz/en/PresentationRevue/72>

يتحمل أصحاب المقالات مسؤولية الآراء المعبر عنها في مقالاتهم

¹ المؤلف، "عنوان المقال"، اسم المجلة، المجلد، العدد، السنة، الصفحة.

² المؤلف، عنوان الكتاب، الناشر، مكان النشر، سنة النشر، الصفحة.

³ المؤلف، "عنوان المقال"، اسم الملتقى، الجهة المنظمة، التاريخ، ص.

⁴ قانون رقم 90-11، مؤرخ في 21 أفريل 1990، متعلق بعلاقات العمل، معدل ومتمم، ج ر عدد 17، الصادر في 25 افريل 1990.

⁵ Auteur, « titre de l'article », titre de la revue, Volume, Numéro, année, p.

⁶ Auteur, titre de l'ouvrage, édition, éditeur, collection, ville d'édition, année de l'édition, p ..

⁷ Décret exécutif n° 91-104 du 20 avril 1991 érigeant l'agence nationale télégraphique de presse « Algérie presse service » en établissement public à caractère industriel et commercial, JORA n° 19 du 24 avril 1991.

⁸ Auteurs, « Faut-il bruler le code du travail », Colloque organisé par la Faculté de Droit et des Sciences économiques de Montpellier, le 25 avril 1986, p.

UNIVERSITE ABDERRAHMANE MIRA - BEJAIA
FACULTE DE DROIT ET DES SCIENCES POLITIQUES



Revue Académique
de la Recherche Juridique

RARJ

Revue Semestrielle Spécialisée Référencée/ Douzième Année/Volume12/N° 03-2021

Editeur : Faculté de droit et des sciences politiques,
Université Abderrahmane Mira, Béjaia.
Adresse : Route nationale n°9, Abouaou, Béjaia,
06000, Algérie.
Téléphone/fax : 034/81.68.34
E-mail : fdsp.bejaia@gmail.com

P-ISSN : 2170 - 0087
E-ISSN : 2588-2287
Dépôt légal n° 57-2010

Comité Editorial

Directeur de la Publication

Pr. AIT MANSOUR Kamal, Doyen de la Faculté de Droit et des Sciences Politiques, Université Abderrahmane Mira, Bejaia.

Rédacteur en Chef

Pr. BERRI Noureddine, Professeur, Faculté de Droit et des Sciences Politiques, Université Abderrahmane Mira, Bejaia.

Comité scientifique :

- Pr. ZOUAÏMIA Rachid, Université Abderrahmane Mira, Bejaia,
- Pr. SADAM Fayçal Koukiz Almouhamadi, Université Al Fallujah, Irak,
- Pr. AIED Soltane Elbakami, Institut d'Administration générale, Arabie Saoudite,
- Pr. MOHAMED Hacen Elkacimi, Université des Emirats Arabes-Unies,
- Pr. MOHAMED Khallil Youcef Aboubaker, Université El-Zaytouna, Jordanie
- Pr. GILES Mathieu, Université Paule Sézame, Marseille III, France,
- Pr. LOÏC Cadiet, Université Paris I, Panthéon-Sorbonne, France,
- Pr. DELEBECQUE Philippe, Université Paris I, Panthéon-Sorbonne, France,
- Pr. BOUDRIOUA Abdelkrim, Université Abderrahmane Mira- Bejaia,
- Pr. AIT MANSOUR Kamal, Université Abderrahmane Mira- Bejaia,
- Pr. KAIS Cherif, Université de Tizi-Ouzou,
- Pr. IGALOULI Mohamed, Université de Tizi-Ouzou,
- Pr. IGALOULI née OULD RABAH Safia, Université de Tizi-Ouzou,
- Pr. KHELFI Abderrahmane, Université Abderrahmane Mira- Bejaia,
- Pr. IGROUFA Zoubida, Université Abderrahmane Mira- Bejaia,
- Pr. DAHMANI Abdeslam, Université Abderrahmane Mira- Bejaia,
- Pr. KEBAILI Tayeb, Université Abderrahmane Mira- Bejaia,
- Dr. AHMED Mahmoud Almasa'deh, Université Majmaah, Arabie Saoudite,
- Dr. AMAL FADAL Mohamed Abdullah, Université Kabous, Oman,
- Dr. NAJIB Ben Amer Aouinat, Université Djandouba, Tunisie,
- Dr. MAIFI Laziz, Université Abderrahmane Mira- Bejaia.

Révision linguistique

- Pr. SADAM Fayçal Koukiz Almouhamadi, Université Al Fallujah, Irak, (Anglais).
- Pr. BERRI Noureddine, Université Abderrahmane Mira- Bejaia, (Français).
- Dr. OUSSIDHOUM Youcef, Université Abderrahmane Mira- Bejaia, (Français).
- Dr. TAOUILT Karim, Université Abderrahmane Mira- Bejaia, (Français).
- Dr. BERRAZA Ouahiba, Université Abderrahmane Mira- Bejaia, (Arabe).
- Dr. AIT-TAFATI Hafida, Université Mouloud Mammeri, Tizi-ouzou, (Arabe).
- Dr. HAROUNE Noura, Université Abderrahmane Mira- Bejaia, (Arabe).
-

Secrétariat Technique

- Dr. ASSIAKH Samir, MCA, Université de Bejaia.
- Mr. BENMOUHOU B Fawzi, Université de Bejaia.

Description de la revue

La Revue Académique de Recherche Juridique, est une revue scientifique internationale, semestrielle, spécialisée dans le domaine juridique, éditée par la faculté de droit et des sciences politiques de l'Université Abderrahmane Mira- Bejaia. Depuis la publication du premier numéro en juin 2010, la revue s'intéresse à la publication de toutes les recherches scientifiques et académiques dans le domaine juridique en trois langues: arabe, français et anglais. Le périodique publie des études respectant les normes internationales de publication : authenticité, originalité et éthique. Elle est ouverte aux universitaires et chercheurs spécialisés dans le domaine juridique dans ses diverses branches. Elle s'intéresse aux recherches et études juridiques, commentaires sur les textes juridiques, jugements et arrêt, et concours au développement de la culture juridique à grande échelle. Elle est d'accès libre depuis sa création en 2010 sur Algerian Scientific Journal Platform asjp.cerist.dz.

Ethique de publication

Le comité de rédaction de la revue appelle à l'adhésion aux règles éthiques de la recherche scientifique et au respect des chartes, lois et coutumes régissant ce domaine, et s'engage à exploiter les efforts de tous les acteurs dans la publication et la rédaction de la Revue afin d'atteindre cet objectif.

Règles de publication

Instructions aux Auteurs

Pour plus de détails, voir, Template sur le lien suivant :

<https://www.asjp.cerist.dz/en/PresentationRevue/72>

Guide pour les Auteurs

Disponible sur le lien suivant

<https://www.asjp.cerist.dz/en/PresentationRevue/72>

Mot du rédacteur en chef

C'est avec un très grand plaisir que je présente à nos lecteurs, ce nouveau numéro de la RARJ contenant plusieurs articles de divers horizons juridiques, allant du droit économique au droit international, en passant par le droit pénal interne et du droit de l'environnement. Les analyses fournies dans ce numéro ont la particularité d'être d'actualité et à la fois, théorique et pratique. L'article du Professeur Zouâmia, par exemple, qui traite le sujet de la crise des autorités administratives indépendantes en Algérie, ou comme celui du Docteur Éric Stéphane MVAEBEME, qui traite le sujet du contentieux de la régulation dans les Etats d'Afrique subsaharienne francophone et ce à travers les cas du Cameroun et de la Côte d'Ivoire (En français). Dans le même goulet, un autre auteur a essayé de se faire entendre à travers l'analyse originale du sujet de la promotion juridique du genre au Cameroun ; étude engagée par le docteur Pacôme Vouffo (En français), en plus des études brillantes du docteur Maïfi Laziz sur les avantages fiscaux prévus par la loi des investissements en Algérie, et celle du Docteur El-Daldjaoui de l'Université Sharajah sur la nature juridique du délit fiscal. Le numéro contient également quelques études intéressantes du droit comparé, du droit international et du droit de la famille.

La RARJ, à travers ce nouveau numéro (03/2021), vous offre donc la possibilité de sillonner ces horizons juridiques en vous souhaitant une très bonne lecture.

Le rédacteur en chef

Pr. N. BERRI

Les opinions émises dans les articles publiés par la Revue n'engagent que leurs auteurs

الفهرس

زوايمية رشيد

13..... أزمة سلطات الضبط المستقلة في القانون الجزائري

زقموط فريد

41..... الاختصاص التنظيمي الممنوح لسلطتي ضبط قطاع الإعلام

بولجة نادية، حسين نورة

58..... الحماية الجزائرية للأمن الاقتصادي من الغش الضريبي

جمال قرناش

73..... المجلس الوطني للاستثمار: آلية لترقية الاستثمار أم عقبة تعترض سبيله؟

معيفي لعزیز

84..... المزايا الضريبية المعتمدة في القانون رقم 16-09 المتعلق بترقية الاستثمار ودورها في تحقيق التنمية الاقتصادية

بن سعادة نبيل، العايب سامية

88..... المنافسة في الصفقات العمومية بين مظاهر التكريس وعوائق التطبيق

أومجد مخلوفي حياة

112..... حدود حرية التعاقد في عقود التوزيع الاستثنائية

حلفاية زهية

126..... دولة القانون مابين التنظير والتطبيق

بن سعيد صبرينة، نویری سامية

141..... أثر عقلنة عمل البرلمان على التشريع المالي في الجزائر

إكرام دربال، صايش عبدالمالك

158..... استقرار القواعد الدستورية

ميمونة سعاد

174..... الأحزاب السياسية ودورها في تكريس التداول السلمي على السلطة: المجال الإنتخابي نموذجا

ريم مراحي

198.....التسوية الإدارية للعقارات غير المطالب بها.....

صدام فيصل كوكز المحمدي، مصطفى محمد منصور العبدلي

225.....انتفاء المسؤولية المدنية عن تداول البيانات الطبية، دراسة قانونية تطبيقية مقارنة.....

سقني سميرة، حمليل نواره

261.....مدى تطبيق فكرة مضار الجوار غير المألوفة في الإرتقاقات.....

عسالي عبد الكريم

279.....حياد قاعدة الإسناد الوطنية ؟ -دراسة في ضوء القانون رقم 05-10-.....

خالدة أوقاسي

295.....نطاق الحق في الحياة الخاصة في القوانين الوضعية.....

قرباس حسن

313.....التزام شركة التأمين بالنصيحة تجاه المؤمن له -دراسة مقارنة بين القانون الجزائري والفرنسي-.....

أحلام بوكربوعة

334.....آليات مكافحة الإرهاب في الساحل الإفريقي في إطار الدبلوماسية الأمنية الجزائرية.....

حبارة فواتح

358.....الإلتزام بالمطابقة المادية، "قراءة في نص المادة 35 من اتفاقية فيينا 1980".....

يخلف نسيم

الحدود البحرية بين تونس والجزائر على ضوء اتفاقية 2011 وتأثيرها على التقسيم البحري مع

إيطاليا..... 374.....

معزیز عبد السلام

399.....اللجوء في إفريقيا: واقع الظاهرة وقصور الحماية.....

مصطفى العطاوي

409.....النظام القانوني الدولي لمكافحة الإتجار غير المشروع بالمخدرات عبر البحر: أي فعالية؟.....

صبحي رفيق

433.....تسوية منازعات مصائد الأسماك البحرية أمام المحكمة الدولية لقانون البحار.....

ظاهير رابح

دور المفوضية السامية لحقوق الإنسان في حماية وترقية حقوق الإنسان "نشاط المفوضية في إفريقيا نموذجاً..... 457.....

مصطفى نوعي

التطور الوظيفي لقوات حفظ السلام وفق ميثاق منظمة الأمم المتحدة..... 469.....

محمد المختار ولد بلاتي

حقوق الإنسان في موريتانيا بين النصوص المعيارية والمؤسسات الحمائية..... 487.....

زهير بن شريف

الضرر النووي الناجم عن الاستخدام السلمي للطاقة النووية..... 504.....

نوال معزوزي

الحق في بيئة سليمة ودور القاضي الإداري في حمايته..... 520.....

سامي قريدي، بوبكر عبد القادر

المسألة البيئية في ظل السيادة والتدخل الدولي..... 538.....

تغريب رزيقة

السرقة العلمية وفقا للقرار رقم 1082 لسنة 2020 المحدد للقواعد المتعلقة بالوقاية من السرقة العلمية ومكافحتها..... 551.....

سقلاب فريدة

المسؤولية العقدية للمورد الإلكتروني في القانون الجزائري..... 564.....

جبالى منير، موكة عبد الكريم

حماية المستهلك في العمليات البنكية الإلكترونية..... 580.....

بن محاد وردية

حق العدول كضمانة أساسية لحماية المستهلك في العقود الإلكترونية..... 607.....

بطاش عبلة

علاقة المنظومة القانونية للصحة في الجزائر بالمحددات الاجتماعية..... 624.....

قادري نسيمة

عن أساليب التحقيق الخاصة المتعلقة بالجريمة الإلكترونية ذات البعد الاقتصادي: أية فعالية؟..... 642.....

الصادق هاني، محمد الأخضر كرام

الرقمنة ودورها في التصدي للانحراف بالسلطة في أعمال الإدارة المحلية الجزائرية(الواقع والمتطلبات)..... 659.....

أكلي نعيمة

الطلاق المنشئ: دراسة تحليلية نقدية وفقا لأحكام قانون الأسرة الجزائري.....683

هاجر عبد الدايم، أمانة تازير

الوقف الإسلامي في التشريع الجزائري: التنظيم والحماية.....697

نادية علي، حسن محمد سميان، فراس بحر محمود

مشروعية التوارث بين الموتى جماعياً "حالة الغرقى والهدمى و الحرقى إنموذجاً"، دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون.....715

تريكي دليلة

تكريس بعض بنود المعاهدات الدولية في التشريعات الداخلية وتأثيرها على الأمن الأسري.....734

عبد العزيز شملال

حرمة الحياة الخاصة بين الحماية و ضرورة الوقاية من الفساد.....750

بوضياف عادل

العقوبات البديلة للعقوبة السالبة للحرية النافذة في التشريع الجزائري بين التكريس و التراجع.....555

أحمد عبد الصبور الدلجاوي

الطبيعة القانونية للجريمة الضريبية.....773

بركان عبد الغاني

الاستثمار المسؤول: آلية لتفعيل أبعاد التنمية المستدامة.....793

برازة وهيبة

الترخيص لاستغلال المنشآت المصنفة كآلية لتحقيق التنمية المستدامة.....811

سليمان مراد

ترقية الطاقات المتجددة لتحقيق أهداف التنمية المستدامة.....829

عبد الجليل زرقوق، إيمان قلال

التعسف بين الأغلبية و الأقلية المساهمة في شركة المساهمة.....840

سميشي فاتن

مدى فعالية شرط الاحتفاظ بالملكية كضمان في عقد الاعتماد الإجاري.....857

شنتوفي عبد الحميد

نظام الأشهار الالكتروني في الصفقات العمومية وفقا للقانون

الجزائري.....874

بوضياف عادل

890.....العقوبات البديلة للعقوبة السالبة للحرية النافذة في التشريع الجزائري بين التكريس و التراجع.

إبراهيم بودوخة، آمال بلمولود

911.....القواعد العلمية للوساطة ودورها في حل النزاعات الأسرية.

بن بخمة جمال

934.....إشكالية الإثبات في القانون التجاري: الدفاتر الالكترونية نموذجا.

رشدي خميري، مراد عمران

944.....جريمة الإهمال الواضح

Éric Stéphane MVAEBEME

Le contentieux de la régulation dans les Etats d'Afrique subsaharienne francophone.
Les cas du Cameroun et de la Côte d'Ivoire.....967

Pacôme VOUFFO

La promotion juridique du genre au Cameroun999

Akkache Fadila

Négociations collectives et inégalités salariales en Algérie1024

أزمة سلطات الضبط المستقلة في القانون الجزائري

زوايمية رشيد⁽¹⁾

(1) أستاذ، مخبر البحث حول فعالية القاعدة القانونية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم القانون العام، جامعة عبد الرحمان ميرة، 06000، بجاية، الجزائر.

البريد الإلكتروني: rachid.zouaïmia@univ-bejaia.dz

المخلص:

أدى تفكيك احتكارات الدولة وفتح قطاعات كاملة من النشاط الاقتصادي والمالي أمام الاستثمار الخاص إلى إنشاء سلطات الضبط المستقلة التي تترجم الانتقال من دولة الرفاهية إلى الدولة الضابطة. ومع ذلك، فإن نموذج سلطات الضبط المستقلة المستورد من القانون الفرنسي يخضع لتقلبات عميقة يجعله يبتعد تماما عن النموذج الأصلي. فتجد السلطات الضابطة نفسها في وضعية تبعية مثبتة إزاء السلطة التنفيذية عندما لا يتم تهميشها ببساطة مما يجعلها تؤدي مجرد وظيفة تجميلية. وعليه يتبين التراجع عن مفهوم الضبط الاقتصادي المستقل الذي يحل محله الضبط الإداري في سياق إحياء الدولة الاستبدادية التي تتصرف بمثابة الوصي على الاقتصادي والمجتمع على حد سواء.

الكلمات المفتاحية:

سلطات الضبط المستقلة، الدولة الضابطة، التبعية، عدم فعالية القاعدة القانونية، الضبط الاقتصادي، الضبط الإداري، الوظيفة التجميلية.

تاريخ إرسال المقال: 2021/09/26، تاريخ مراجعة المقال: 2021/12/15، تاريخ نشر المقال: 2021/12/31.

لتهميش المقال: زوايمية رشيد، "أزمة سلطات الضبط المستقلة في القانون الجزائري"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد 12، العدد 03، السنة 2021، ص ص. 13-40.

المقال متوفر على الرابط التالي: <https://www.asjp.cerist.dz/en/PresentationRevue/72>

* المؤلف المراسل: زوايمية رشيد، rachid.zouaïmia@univ-bejaia.dz

The crisis of independent regulatory authorities in Algerian law.

Summary:

The dismantling of state monopolies and the opening up of entire sections of economic and financial activity to private investment led to the creation of independent regulatory authorities which marked the transition from the welfare state to the regulatory state. However, the model of independent regulatory authorities as imported from French law undergoes such a twist that it has only a distant relationship with the structures of origin. The independent regulatory authorities find themselves in a state of proven dependence on the executive when they are not simply sidelined, so that the formula only serves a decorative function. We come to the questioning of the notion of independent economic regulation, which is replaced by administrative regulation in the context of the return of the authoritarian State which stands as guardian of both the economic field and society.

Keywords:

Independent regulatory authorities, Regulatory state, Dependence, Ineffectiveness of the rule of law, Economic regulation, administrative regulation, Decorative function.

La crise des autorités de régulation indépendantes en droit algérien.

Résumé :

Le démantèlement des monopoles étatiques et l'ouverture de pans entiers de l'activité économique et financière à l'investissement privé aboutit à la création d'autorités de régulation indépendantes qui marquent le passage de l'Etat providence à l'Etat régulateur. Toutefois, le modèle des autorités de régulation indépendantes tel qu'importé du droit français subit une torsion telle qu'il n'a plus qu'un lointain rapport avec les structures d'origine. Les autorités de régulation indépendantes se retrouvent dans un état de dépendance avérée à l'égard du pouvoir exécutif lorsque qu'elles ne sont pas tout simplement mises à l'écart, de sorte que la formule ne remplit plus qu'une fonction décorative. On en arrive à la remise en cause de la notion de régulation économique indépendante à laquelle se substitue une régulation administrative dans le cadre du retour de l'Etat autoritaire qui s'érige en tuteur tant du champ économique que de la société.

Mots clés:

Autorités de régulation indépendantes, Etat régulateur, Dépendance, Ineffectivité de la règle de droit, Régulation économique, Régulation administrative, Fonction décorative.

مقدمة:

أدى تفكيك احتكارات الدولة وفتح قطاعات كاملة من النشاط الاقتصادي والمالي أمام الاستثمار الخاص إلى إنشاء سلطات الضبط المستقلة التي تترجم الانتقال من دولة الرفاهية إلى الدولة الضابطة. على عكس ما يوحي انسحاب الدولة من الحقل الاقتصادي إن الانتقال من دولة الرفاهية إلى الدولة الضابطة لا يعني انقضاء تدخل السلطة العمومية في المجال الاقتصادي بسبب أن اقتصاد السوق لا ينبني بصورة آلية بموجب القانون إنما يقتضي جملة من الأدوات المؤسساتية والقانونية لضمان التوازن بين المصالح المتناقضة ومواجهة الاحتكارات التي تهدد اقتصاد السوق وحرية المنافسة. فإرافق تحرير معظم قطاعات النشاط تغير نوعي في أساليب وفتيات تدخل الدولة في الاقتصاد إذ يتجسد من جهة في فتح النشاطات على المنافسة ومن جهة ثانية في حلول الضبط الاقتصادي محل التوجيه الاقتصادي عن طريقة إحداث سلطات ضابطة مستقلة وهو ما يهدف إلى تكريس أحد المبادئ الأساسية لاقتصاد السوق المتمثل في ضمان الفصل بين الدولة كمتعامل ومنتج والدولة بصفتها ضابطة للسوق على مستوى الجهاز الإداري.

يسمح إنشاء سلطات الضبط المستقلة بتجاوز وضعية تناقض المصالح التي تتواجد فيها الدولة التي ترتدي ثياب المنتج عن طريق المساهمة في رأسمال المؤسسات العمومية الاقتصادية وثياب السلطة الضابطة وذلك بالنظر إلى استقلاليتها إزاء السلطة التنفيذية للتصرف بحياد في معاملتها للمتعاملين الاقتصاديين في القطاع العام والقطاع الخاص. يضاف إلى ذلك أنه من منظور تعاليم الفعالية تستجيب سلطات الضبط المستقلة لما تمليه التطورات السريعة للأسواق وذلك من عدة زوايا : فتنشك من خبراء و متخصصين في ميدان النشاط وذلك خلافا للإدارة التقليدية كما تسمح بمشاركة الفاعلين الاقتصاديين والاجتماعيين في عملية صنع القرار وذلك بالنظر إلى تشكيلتها حيث تتألف من مهنيين بالإضافة إلى الخبراء كما تمارس اختصاصاتها في جوار القطاع الذي تشرف على ضبطه وهو ما يجعل منها في وضعية اتصال مباشر بالأعوان الاقتصاديين مما يساهم في القضاء على المسافة الشاسعة التي تفصل بين الإدارة والأعوان الاقتصاديين. ويضاف إلى ذلك أنه بالنظر إلى تخصصها تستطيع السلطة الضابطة مواجهة التغيرات التقنية السريعة التي تشهدها الأسواق والتكيف السريع مع الأوضاع الجديدة وما تمليه من تنظيمات وإجراءات وتدابير.

في الحقيقة لم يتم تنفيذ الإصلاحات على أرض الواقع حيث اكتفت السلطات العمومية بسن النصوص القانونية دون تطبيقها في الميدان مع إحياء الدولة الاستبدادية التي تهيمن على الاقتصاد الوطني بصورة شبه كلية. نتيجة لهذا الوضع وجدت السلطات العمومية نفسها أمام معضلة تدور حول إشكالية التوفيق بين متناقضين: قيام الدولة الاستبدادية المركزية التي لن تتراجع عن دورها بمثابة الوصي على الاقتصادي والمجتمع على حد سواء من جهة وإنشاء سلطات الضبط الاقتصادي التي يفترض أن تتمتع بالاستقلالية تجاه السلطة المركزية من جهة ثانية.

يتمثل الحل المعتمد من قبل السلطات العمومية في التراجع عن آلية السلطات الضابطة المستقلة عن طريق إفراغها من مضمونها الأصلي وذلك من الجانبين العضوي والوظيفي بالإضافة إلى الاتجاه نحو تكليف الهيئات التقليدية المألوفة بالوظيفة الضبطية. نتيجة لهذا الوضع تمر سلطات الضبط المستقلة بأزمة حادة ذات طابع مزدوج: أزمة مرتبطة باضمحلال استقلاليتها التي تميزها عن باقي الهياكل الإدارية من جهة (المبحث الأول)، أزمة الفعلية بالنظر إلى تهميشها من دائرة الضبط الاقتصادي لحساب المؤسسات المألوفة في المنظومة القانونية الوطنية من جهة أخرى (المبحث الثاني).

المبحث الأول: أزمة اضمحلال عنصر الاستقلالية لدى سلطات الضبط المستقلة

يعتبر عنصر الاستقلالية من أهم مميزات سلطات الضبط المستحدثة في المجال الاقتصادي والمالي والذي يسمح لها بأداء المهام الموكلة إليها دون خضوع لضغوطات السلطة التنفيذية¹. يعتبر عنصر الحياد من بين العوامل الأساسية التي تبرر إنشاء سلطات الضبط المستقلة بالنظر إلى عجز الدولة عن مواجهة ظاهرة تناقض المصالح بين صفة المساهم في العديد من المؤسسات الاقتصادية وصفة السلطة العامة المكلفة بضبط النشاط الاقتصادي والمالي. لذا ومن أجل ضمان مبدأ الحياد في معاملة المتعاملين الاقتصاديين بات من الضروري الفصل بين الدولة المنتجة والدولة الضابطة وذلك عن طريق إنشاء سلطات الضبط المستقلة التي تضمن حياد السلطات العمومية نتيجة الاستقلالية التي تميزها عن باقي الهياكل الإدارية المألوفة. غير أن الفحص الدقيق والمتمعن للنصوص القانونية يثبت تراجع السلطات العمومية عن عنصر الاستقلالية الذي يميز سلطات الضبط² وذلك عن طريق إنشاء السلطة الضابطة لدى الوزير المكلف بالقطاع

¹ أنظر، ديب نذيرة، استقلالية سلطات ضبط المستقلة في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، تخصص قانون المسؤولية المهنية، جامعة تيزي وزو، 2012، قلوثة سامية، مدى استقلالية السلطات الإدارية المستقلة. دراسة مقارنة، مذكرة الماجستير في تخصص القانون الإداري المعمق، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2016-2017، حسيني مراد، "استقلالية سلطات الضبط في المجال الاقتصادي"، مجلة الحقيقة، جامعة أدرار، المجلد 12، عدد 4، 2013، صص 561-599، منصور داود، "الاستقلالية العضوية لسلطات ضبط النشاط الاقتصادي والمالي في الجزائر"، مجلة المعيار، المركز الجامعي بتيسمسيلت، عدد 08، 2013، صص 144-157، غربي أحسن، "نسبية الاستقلالية الوظيفية للسلطات الإدارية المستقلة"، مجلة البحوث والدراسات الانسانية، جامعة 20 أوت 1955، سكيكدة، المجلد 9، العدد 2، 2015، صص 237-270، أعراب أحمد، في مدى دستورية السلطات الادارية المستقلة في الجزائر، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم، تخصص القانون، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2021، صص 202-316،

² Voir, Noureddine BERRI, Azedine AISSAOUI, « Quel avenir pour la régulation indépendante en Algérie ? », in *Effectivité de la norme juridique, Mélanges en l'honneur du Professeur ZOUAÏMIA Rachid*, éd. Berri, Béjaia, 2019, pp.74-96,

إرزيل الكاهنة، "نحو التراجع عن السلطات الإدارية المستقلة الضابطة للنشاط الاقتصادي في القانون الجزائري"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، المجلد 11، عدد 1، 2017، صص 483-504.

(المطلب الأول) وتوسيع تشكيلتها لممثلين عن السلطة التنفيذية (المطلب الثاني) وأخيرا عن طريق تكريس وضعية اللأ استقرار بالنسبة لأعضاء التشكيلة الجماعية (المطلب الثالث).

المطلب الأول: إنشاء السلطة الضابطة لدى الوزير المكلف بالقطاع

انتهج المشرع الجزائري طريقة غير مألوفة في الأنظمة المقارنة وذلك عن طريق إحداث البعض من سلطات الضبط المستقلة لدى الوزير المشرف على القطاع. وهو الشأن في عدة مجالات مما يدفع إلى التساؤل عن الآثار المترتبة عن مثل هذه الوضعية بالنسبة للسلطات المعنية.

الفرع الأول: تطبيقات فنية إنشاء السلطة الضابطة لدى الوزير

قام المشرع بإنشاء ثلاث سلطات ضابطة لدى الوزير المكلف بالقطاع ويتعلق الأمر بكل من مجلس المنافسة وسلطة ضبط سوق التبغ والمواد التبغية وسلطة ضبط الصفقات العمومية وتقويضات المرفق العام.

1- مجلس المنافسة

تم إنشاء مجلس المنافسة بموجب الأمر المؤرخ في 25 يناير 1995 حيث تنص المادة 16 منه على أن "ينشأ مجلس للمنافسة يكلف بترقية المنافسة وحمايتها. يتمتع مجلس المنافسة بالاستقلال الإداري والمالي"³. بمناسبة إلغاء النص التشريعي واستبداله بالأمر المؤرخ في 19 يوليو 2003، تم وضع مجلس المنافسة لدى رئيس الحكومة. فتنص المادة 23 من الأمر رقم 03-03 على أن "تنشأ لدى رئيس الحكومة سلطة إدارية مستقلة تدعى في صلب النص مجلس المنافسة، تتمتع بالشخصية القانونية والاستقلال المالي"⁴. وبعد مضي خمس سنوات تراجع المشرع عن هذه الأحكام وأصبح المجلس مرتبطا بالوزير المكلف بالتجارة إذ تنص المادة 23 بعد التعديل على أن "تنشأ سلطة إدارية مستقلة تدعى في صلب النص مجلس المنافسة تتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي، توضع لدى الوزير المكلف بالتجارة"⁵.

³ أمر 95-06 مؤرخ في 25 يناير 1995 يتعلق بالمنافسة، جرج عدد 9 مؤرخ في 22 فبراير 1995 (ملغى).

⁴ أمر رقم 03-03 مؤرخ في 19 يوليو 2003 يتعلق بالمنافسة، جرج عدد 43 مؤرخ في 20 يوليو 2003، معدل ومتمم بالقانون رقم 08-12 المؤرخ في 25 يونيو 2008، جرج عدد 36 مؤرخ في 2 يوليو 2008، معدل ومتمم بالقانون رقم 10-05 مؤرخ في 15 غشت 2010، جرج عدد 46 مؤرخ في 18 غشت 2010.

⁵ أنظر، بن بخمة جمال، الهيئات المكلفة بحماية المنافسة في القانون الجزائري، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم، تخصص القانون، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2019، كحال سلمى، مجلس المنافسة وضبط النشاط الاقتصادي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، تخصص قانون الأعمال، جامعة أمحمد بوقرة، بومرداس، 2009، بومراو سفيان، دور مجلس المنافسة في القانون الجزائري، مذكرة لنيل على شهادة الماجستير في القانون، تخصص الهيئات العمومية والحكومة، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2016.

2 - سلطة ضبط سوق التبغ والمواد التبغية

تنص المادة 33 من قانون المالية لسنة 2001 على تعديل قانون الضرائب غير المباشرة وذلك بإضافة المادة 198 التي تنص على إنشاء سلطة ضبط سوق التبغ والمواد التبغية لدى الوزير المكلف بالمالية⁶. وبعد تعديلها بموجب قانون المالية التكميلي لسنة 2009، تنص المادة 198 من قانون الضرائب غير المباشرة على أن "تنشأ لدى الوزير المكلف بالمالية سلطة ضبط سوق التبغ والمواد التبغية"⁷.

تطبيقاً للنص التشريعي، صدر المرسوم التنفيذي رقم 04-331 يتضمن تنظيم نشاطات صنع المواد التبغية واستيرادها وتوزيعها والذي ينص على أن "تحدد قواعد السير الداخلي لسلطة ضبط سوق التبغ والمواد التبغية بموجب قرار من الوزير المكلف بالمالية"⁸، وهو ما يثبت علاقة التبعية للسلطة الضابطة إزاء الوزير⁹.

3 - سلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام

ينص المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015 على إنشاء سلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام لدى وزير المالية¹⁰. فتنص المادة 213 من المرسوم الرئاسي السالف الذكر على أن "تنشأ لدى الوزير المكلف بالمالية سلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام تتمتع باستقلالية التسيير. وتشمل مرصدا للطلب العمومي وهيئة وطنية لتسوية النزاعات"¹¹.

⁶ قانون رقم 06-2000 مؤرخ في 23 ديسمبر 2000 يتضمن قانون المالية لسنة 2001، جرج عدد 80 مؤرخ في 24 ديسمبر 2000.

⁷ المادة 19 من الأمر رقم 09-01 المؤرخ في 22 يوليو 2009 يتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2009، جرج عدد 44 مؤرخ في 26 يوليو 2009.

⁸ المادة 44 من المرسوم التنفيذي رقم 04-331 المؤرخ في 18 أكتوبر 2004 يتضمن تنظيم نشاطات صنع المواد التبغية واستيرادها وتوزيعها، جرج عدد 66 مؤرخ في 20 أكتوبر 2004، معدل ومتم بالمرسوم التنفيذي رقم 19-122 المؤرخ في 9 أبريل 2019، جرج عدد 25 مؤرخ في 17 أبريل 2019، معدل ومتم بالمرسوم التنفيذي رقم 21-171 المؤرخ في 28 أبريل 2021، جرج عدد 33 مؤرخ في 5 مايو 2021.

⁹ أنظر، حمادي زويبر، "الطابع الوهمي لسلطة ضبط سوق التبغ والمواد التبغية في القانون الجزائري"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، المجلد 11، العدد 04، 2020، صص 202-214.

¹⁰ مرسوم رئاسي رقم 15-247 مؤرخ في 16 سبتمبر 2015 يتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، جرج عدد 50 مؤرخ في 20 سبتمبر 2015.

¹¹ أنظر، نموشي حبيبة، "سلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام"، مجلة البحوث في العقود و قانون الأعمال، جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة، المجلد 3، العدد 1، 2018، صص 78-97، بن جيلاني عبد الرحمان، "انتقاء استقلالية ونجاعة سلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام في الجزائر (قراءة في نص المادة 213 من المرسوم الرئاسي =

الفرع الثاني: الآثار المترتبة عن إنشاء السلطة الضابطة لدى الوزير

ينتج عن وضع سلطات الضبط المستقلة لدى الوزير المكلف بالقطاع علاقة تبعية للهيئة المعنية إزاء السلطة التنفيذية حيث بمجرد إحداث الهيئة لدى وزارته يعتبرها بمثابة هيكل تابع للوزارة التي يشرف عليها. هكذا تخضع سلطات الضبط المستقلة إلى ممارسة وصاية خفية من قبل الوزير المعني وذلك دون أن ينظمها القانون. نتيجة لهذا الوضع، ينبغي التمييز بين الوصاية القانونية المألوفة والمنصوص عليها في النصوص القانونية والوصاية الخفية التي تمارس خارج الإطار القانوني وذلك بمجرد وضع الهيئة المستقلة لدى الوزارة¹². على سبيل المثال، وفي مادة المنافسة، نسجل ترسيخ الوصاية الخفية نتيجة النص في أحكام المادة 33 من الأمر رقم 03-03 على أن "تسجل ميزانية مجلس المنافسة ضمن أبواب ميزانية وزارة التجارة، وذلك طبقاً للإجراءات التشريعية والتنظيمية المعمول بها"، الأمر الذي يؤدي إلى اعتبار الوزير المكلف بالتجارة بمثابة السلطة الوصية على مجلس المنافسة.

فيما يخص لجنة الإشراف على التأمينات، تتبلور الوصاية الخفية التي يمارسها الوزير المكلف بالمالية على السلطة الضابطة عن طريق تطبيق أحكام المادة 209 من قانون التأمينات والتي تنص على أن "تشأ لجنة إشراف على التأمينات التي تتصرف كإدارة رقابة بواسطة الهياكل المكلفة بالتأمينات لدى وزارة المالية" مما يعني أن الأعوان المكلفين بالشؤون الإدارية لدى لجنة الإشراف على التأمينات لا يتبعون للجنة حيث يزاولون المهام الموكلة إليهم تحت السلطة الرئاسية لوزير المالية¹³. وهو ما يتنافى ومقتضيات الاستقلالية التي تتطلب أن يخضع الأعوان المستخدمون من طرف السلطة الضابطة للسلطة الرئاسية لرئيس الهيئة الضابطة. وفي حالة عدم إمكانية إجراء عملية التوظيف من قبل السلطة الضابطة بسبب عدم تمتعها بالشخصية المعنوية كما هو الحال بالنسبة للجنة الإشراف على التأمينات، توجد طرق قانونية مألوفة في قانون الوظيفة العمومية وتتمثل فيما يلي:

رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتقويضات المرفق العام"، مجلة الاستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، جامعة المسيلة، المجلد 04، العدد 02، 219، صص 1101-1116.

¹² Voir, Rachid ZOUAÏMIA, *Les autorités de régulation indépendantes face aux exigences de la gouvernance*, Editions Belkeise, Alger, 2013, p. 176.

¹³ أنظر، فارح عائشة، ضبط نشاط التأمين في القانون الجزائري، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم، تخصص القانون، جامعة مولود معمري، تيزي وزو 2017، بلجدوي بسمة، تنظيم وضبط قطاع التأمين، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم تخصص القانون، جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة، 2016-2017،

Rachid ZOUAÏMIA, « Le statut juridique de la commission de supervision des assurances », *Idara*, vol. 16, n° 1, 2006, pp. 27-59.

- وضعية القيام بالخدمة: تنص المادة 130 من القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية على أنه "يمكن وضع الموظفين التابعين لبعض الرتب في حالة القيام بالخدمة لدى مؤسسة أو إدارة عمومية أخرى غير التي ينتمون إليها ضمن الشروط والكيفيات المحددة في القوانين الأساسية الخاصة"¹⁴.

- وضعية الانتداب: تتمثل في "حالة الموظف الذي يوضع خارج سلكه الأصلي و/أو إدارته الأصلية مع مواصلة استفادته في هذا السلك من حقوقه في الأقدمية وفي الترقية في الدرجات وفي التقاعد في المؤسسة أو الإدارة العمومية التي ينتمي إليها"¹⁵،

في كل من الحالتين يخضع الموظف العمومي للسلطة الرئاسية التي يمارسها رئيس هيئة الانتماء بينما فيما يتعلق بالموظفين المستخدمين من طرف لجنة الإشراف على التأمينات يبقى المعنيون تحت السلطة الرئاسية التي يمارسها رئيس الهيئة الأصلية وهو ما يمس باستقلالية الهيئة الضابطة حيث لا تتحكم في موظفيها الذين يتلقون الأوامر والتعليمات من الإدارة الأصلية.

المطلب الثاني: توسيع تشكيلة السلطة الضابطة لممثلين عن السلطة التنفيذية

سجل مبدأ الفصل بين السلطات امتدادا ملحوظا في عدة مجالات حيث بالإضافة إلى الفصل بين السلطات التشريعية والتنفيذية والقضائية، عرف تطبيقات غير منتظرة ضمن الإدارة العمومية وذلك عن طريق الفصل بين السلطة التنفيذية وسلطات الضبط المستقلة¹⁶. وفي هذا السياق تقتضي استقلالية السلطات الضابطة الفصل بين هذه الهيئات والسلطة التنفيذية وذلك من جانبين :

- من الجانب العضوي، يتعين ضمان الفصل بينهما عن طريقة تعيين خبراء وأخصائيين لا ينتمون إلى الجهاز التنفيذي ضمن تشكيلة السلطة الضابطة بالإضافة إلى ضمان استقرار الأعضاء لمدة محددة مسبقا عن طريق فنية العهدة غير القابلة للإلغاء،
- من الجانب الوظيفي، ينبغي ضمان تحديد اختصاصات السلطة الضابطة التي تمارسها بصفة حصرية وبكل سيادة بعيدا عن تدخل السلطة التنفيذية.

¹⁴ أمر رقم 03-06 مؤرخ في 15 يوليو 2006 يتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية، جرج عدد 46 مؤرخ في 16 يوليو 2006، المادة 5 من المرسوم التنفيذي رقم 20-373 المؤرخ في 12 ديسمبر 2020 يتعلق بالوضعيات القانونية الأساسية للموظف العمومي، جرج عدد 77 مؤرخ في 20 ديسمبر 2020.

¹⁵ المادة 133 من الأمر رقم 03-06 المؤرخ في 15 يوليو 2006 يتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية السالف الذكر، المادة 19 من المرسوم التنفيذي رقم 20-373 المؤرخ في 12 ديسمبر 2020 يتعلق بالوضعيات القانونية الأساسية للموظف العمومي السالف الذكر.

¹⁶ Voir, Pierre de MONTALIVET, « L'extension de la séparation des pouvoirs dans les organisations publiques et privées », *Revue Française de Droit Administratif*, n° 4, 2015, p. 766.

من الناحية العملية وبالرجوع إلى النصوص القانونية نلاحظ عدم فعالية مبدأ الاستقلالية حيث تقوم السلطات العمومية بتشويهه حسب طريقتين: تعيين ممثلين عن الوزارة المعنية بالقطاع ضمن تشكيلة السلطة الضابطة، الاستيلاء على السلطة الضابطة بصورة كلية.

الفرع الأول: تعيين ممثلين عن الوزارة المعنية بالقطاع في تشكيلة السلطة الضابطة

تتمثل الطريقة الأولى التي تشوه فكرة السلطة الضابطة المستقلة في تعيين ممثلين عن الوزارات المعنية بالقطاع ضمن التشكيلة الجماعية للهيئة المكلفة بضبط النشاط. وهو الشأن بالنسبة لكل من اللجنة المصرفية ولجنة الإشراف على التأمينات.

1 - اللجنة المصرفية

بمقتضى أحكام المادة 106 من قانون النقد والقرض في صياغتها الأصلية تتكون اللجنة المصرفية من:

- المحافظ، رئيساً،
- ثلاثة (3) أعضاء يختارون بحكم كفاءتهم في المجال المصرفي والمالي والمحاسبي،
- قاضيين (2) ينتدبان من المحكمة العليا، يختارهما الرئيس الأول لهذه المحكمة بعد استشارة المجلس الأعلى للقضاء¹⁷.

على إثر تعديل قانون النقد والقرض بموجب الأمر رقم 10-04 المؤرخ في 26 غشت 2010، تغير الوضع وأصبحت تتشكل اللجنة المصرفية وفقاً لأحكام المادة 106 بعد تعديلها من:

- المحافظ، رئيساً،
- ثلاثة (3) أعضاء يختارون بحكم كفاءتهم في المجال المصرفي والمالي والمحاسبي،
- قاضيين (2) ينتدب، الأول من المحكمة العليا ويختاره رئيسها الأول وينتدب الثاني من مجلس الدولة ويختاره رئيس المجلس، بعد استشارة المجلس الأعلى للقضاء،
- ممثل عن مجلس المحاسبة يختاره رئيس هذا المجلس من بين المستشارين الأولين،
- ممثل عن الوزير المكلف بالمالية.

¹⁷ أمر رقم 03-11 مؤرخ في 26 غشت 2003 يتعلق بالنقد والقرض، جرجج عدد 52 مؤرخ في 27 غشت 2003، معدل ومتمم بالأمر رقم 09-01 المؤرخ في 22 يوليو 2009 يتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2009، جرجج عدد 44 مؤرخ في 26 يوليو 2009، معدل ومتمم بالأمر رقم 10-04 المؤرخ في 26 غشت 2010، جرجج عدد 50 مؤرخ في أول سبتمبر 2010، متمم بالقانون رقم 13-08 المؤرخ في 30 ديسمبر 2013 يتضمن قانون المالية لسنة 2014، جرجج عدد 68 مؤرخ في 31 ديسمبر 2013، معدل ومتمم بالقانون رقم 16-14 المؤرخ في 28 ديسمبر 2016، يتضمن قانون المالية لسنة 2017، جرجج عدد 77 مؤرخ في 29 ديسمبر 2016، معدل ومتمم بالقانون رقم 17-10 المؤرخ في 11 أكتوبر 2017، جرجج عدد 57 مؤرخ في 12 أكتوبر 2017.

2 - لجنة الإشراف على التأمينات

بالنسبة للجنة الإشراف على التأمينات التي تم إنشاؤها بموجب قانون التأمينات على إثر تعديله خلال سنة 2006¹⁸، تنص المادة 209 مكرر من النص التشريعي على أن "تتكون لجنة الإشراف على التأمينات من خمسة (5) أعضاء من بينهم الرئيس، يختارون لكفاءتهم، لاسيما في مجال التأمين والقانون والمالية". وتتكون اللجنة من:

- الرئيس،

- قاضيين (2) تقترحهما المحكمة العليا،

- ممثل (1) عن الوزير المكلف بالمالية،

- خبير (1) في ميدان التأمينات يقترحه الوزير المكلف بالمالية.

إذا بحثنا في النصوص القانونية الفرنسية التي تمثل القانون المرجعي بالنسبة للمشرع الجزائري، نلاحظ تكريس وضعية التمثيل للسلطة التنفيذية لدى البعض من سلطات الضبط المستقلة وذلك عن طريق تعيين "محاظف الدولة" في تشكيلة الهيئة (commissaire du gouvernement). غير أن الممثل عن السلطة التنفيذية لا يشارك في المداولات إلا كملاحظ وعليه لا يتمتع بحق التصويت عند عرض المسائل المبرمجة في جدول الأعمال والتي تتطلب اتخاذ قرارات¹⁹. يختلف الأمر في القانون الجزائري بحيث يتمتع ممثل الوزير بالعضوية الكاملة ضمن تشكيلة السلطة الضابطة ويشارك في المداولات ويتمتع بحق التصويت. وعليه، تتلشى ظاهرة الميزة الأساسية لسلطة الضبط والمتمثلة في عنصر الاستقلالية إذ تسمح النصوص القانونية بمشاركة ممثلين عن السلطة التنفيذية في اتخاذ القرارات.

¹⁸ أمر رقم 95-07 مؤرخ في 25 يناير 1995 يتعلق بالتأمينات، جرجج عدد 13 مؤرخ في 18 مارس 1995، معدل ومتمم بالقانون رقم 06-04 المؤرخ في 20 فبراير 2006، جرجج عدد 15 مؤرخ في 12 مارس 2006، معدل ومتمم بالقانون رقم 06-24 المؤرخ في 26 ديسمبر 2006 يتضمن قانون المالية لسنة 2007، جرجج عدد 85 مؤرخ في 27 ديسمبر 2006، معدل ومتمم بالأمر رقم 08-02 المؤرخ في 24 يوليو سنة 2008 يتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2008، جرجج عدد 42 مؤرخ في 27 يوليو سنة 2008، معدل ومتمم بالأمر رقم 10-01 المؤرخ في 26 أوت 2010 يتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2010، جرجج عدد 49 مؤرخ في 29 غشت 2010، معدل ومتمم بالقانون رقم 11-11 المؤرخ في 18 يوليو 2011 يتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2011، جرجج عدد 40 مؤرخ في 20 يوليو 2011، معدل ومتمم بالقانون رقم 13-08 المؤرخ في 30 ديسمبر 2013 يتضمن قانون المالية لسنة 2014، جرجج عدد 68 مؤرخ في 27 ديسمبر 2013.

¹⁹ Voir, Hubert DELZANGLES, « L'indépendance des autorités administratives indépendantes chargées de réguler des marchés de services publics : éléments de droit comparé et européen », *Droit et Société*, vol. 93, n°2, 2016, p. 311.

الفرع الثاني: الاستيلاء الكلي للسلطة التنفيذية على الهيئة الضابطة

تتمثل الطريقة الثانية في استيلاء السلطة التنفيذية كلية وبصورة شاملة على الهيئة الضابطة من حيث تشكيلتها. وهو الوضع بالنسبة لسلطة ضبط سوق التبغ والمواد التبغية حيث تتكون من الوزير المكلف بالمالية رئيسا، ممثل عن وزارة الدفاع الوطني، ممثل عن وزارة الداخلية والجماعات المحلية والتهيئة العمرانية، ممثل عن وزارة الصحة والسكان وإصلاح المستشفيات، ممثل عن وزارة الفلاحة والتنمية الريفية، ممثل عن وزارة التجارة، ممثل عن وزارة الصناعة، ممثل عن وزارة البيئة، ممثل عن قيادة الدرك الوطني، ممثل عن المديرية العامة للأمن الوطني، ممثل عن المديرية العامة للضرائب، ممثل عن المديرية العامة للجمارك.

في هذه الحالة لم تكتف السلطات العمومية بتعيين ممثل عن السلطة التنفيذية بل تمنح كل المناصب لفائدة ممثلين عن تلك السلطة التنفيذية وهو ما يشوه فكرة السلطة الضابطة المستقلة من زاويتين:

- أولا من زاوية الاستقلالية التي يتعين ضمانها لفائدة السلطة الضابطة تجاه السلطة التنفيذية حيث يكلف وزير المالية برئاسة سلطة ضبط سوق التبغ والمواد التبغية بالإضافة إلى تمثيل عدة وزارات ضمن التشكيلة الجماعية للهيئة،

- ثانيا من خلال وسيلة التمثيل للوزارات والتي تتناقض ومقتضيات الضبط الاقتصادي التي تقتضي تعيين خبراء في المجال المخصص للسلطة الضابطة بدلا من موظفين تابعين للإدارات المركزية.

المطلب الثالث: إشكالية استقرار وضعية الأعضاء

يسجل من مظاهر استقلالية السلطات الضابطة فنية العهدة التي لا يجوز طيلة مدتها إنهاء مهام أعضاء الهيئة، إلا في ظروف استثنائية. وبالتالي تعتبر مسألة الولاية وعدم قابليتها للإلغاء من بين المعايير الرئيسية لتقييم استقلالية سلطات الضبط المستقلة.

بالرجوع إلى القانون المقارن يرى جانب من الفقه أنه "يفترض في عدم قابلية أعضاء السلطة الضابطة للعزل أثناء فترة العهدة ألا يجوز للسلطات المختصة في تعيينهم إنهاء مهامهم بصورة تقديرية"²⁰ وذلك من أجل تجنب وقوع الهيئة المعنية تحت هيمنة السلطة التنفيذية. وفي هذا الصدد، تعتبر عدم قابلية العضوية للإلغاء طيلة العهدة من أفضل ضمانات استقلالية أعضاء الهيئة الضابطة إزاء السلطة السياسية.

فيما يخص وضعية السلطات الضابطة في القانون الجزائري نميز بين حالتين: حالة تكريس فنية العهدة بموجب بعض النصوص القانونية وحالة حرمان أعضاء السلطة الضابطة من الاستقادة بالعهدة.

²⁰ « L'indépendance des autorités pendant la durée de leur mandat suppose qu'ils ne soient pas librement révoqués par les autorités de nomination », Jean-Philippe KOVAR, «L'indépendance des autorités de régulation financière à l'égard du pouvoir politique», *Revue française d'administration publique*, vol. 143, n° 3, 2012, p. 661.

الفرع الأول: الاستقرار الظاهري لوضعية الأعضاء

يستفيد أعضاء عدة سلطات ضابطة من فنية العهدة التي تختلف مدتها باختلاف الهيئات المعنية. على سبيل المثال يتمتع أعضاء اللجنة المصرفية بعهدة لمدة 5 سنوات قابلة للتجديد مرة واحدة. بالنسبة لمجلس المنافسة، تم تحديد عهدة الأعضاء بصورة غير مباشرة حيث تنص المادة 4/25 من الأمر رقم 03-03 المعدل والمتمم على أن "يتم تجديد عهدة أعضاء مجلس المنافسة كل أربع (4) سنوات في حدود نصف أعضاء كل فئة من الفئات المذكورة في المادة 24 أعلاه"، وهو ما يفيد أن العهدة المقررة للأعضاء مجلس المنافسة تقدر بثماني (8) سنوات باستثناء نصف الأعضاء الذين يتم تعيينهم عند تنصيب المجلس والذين تقدر عهدهم بأربع (4) سنوات.

فيما يتعلق بأعضاء مجلس سلطة ضبط البريد والاتصالات الإلكترونية يتم تعيينهم لمدة ثلاث (3) سنوات قابلة للتجديد مرة واحدة²¹ بينما يستفيد أعضاء لجنة تنظيم عمليات البورصة ومراقبتها من عهدة لمدة أربع (4) سنوات²². فيما يتعلق بسلطات الضبط التابعة لقطاع الإعلام كرس المشرع فنية العهدة لأعضاء كل من سلطة ضبط الصحافة المكتوبة²³ وسلطة ضبط السمعي البصري وتقدر بست (6) سنوات غير قابلة للتجديد²⁴. من خلال فحص النصوص القانونية التي تكرر فنية العهدة لفائدة أعضاء سلطات الضبط المستقلة نلاحظ عدم اهتمام المشرع الجزائري بأشكالية عدم قابلية العهدة للإلغاء باستثناء حالة أعضاء سلطة ضبط السمعي البصري ورئيس لجنة تنظيم عمليات البورصة ومراقبتها. فيما يتعلق بسلطة ضبط السمعي البصري

²¹ أنظر، فارح عائشة، "المركز القانوني لسلطة ضبط البريد والاتصالات الإلكترونية على ضوء القانون رقم 18-04"، مجلة العلوم القانونية والسياسية، جامعة الشهيد حمة لخضر بالوادي، المجلد 10، عدد 2، 2019، صص 392-411،

Noureddine BERRI, *Les nouveaux modes de régulation en matière de télécommunications*, Thèse de Doctorat en sciences, spécialité droit, Université Mouloud Mammeri, Tizi-Ouzou, 2014.

²² المادتان 21 و22 من المرسوم التشريعي رقم 93-10 المؤرخ في 23 مايو 1993 يتعلق ببورصة القيم المنقولة، جرج عدد 34 مؤرخ في 23 مايو 1993، معدل ومتمم بالأمر رقم 96-10 المؤرخ في 10 يناير 1996، جرج عدد 3 مؤرخ في 14 يناير 1996، معدل ومتمم بالقانون رقم 03-04 المؤرخ في 17 فبراير 2003، جرج عدد 11 مؤرخ في 19 فبراير 2003، (استدراك جرج عدد 32 مؤرخ في 07 مايو 2003)، متمم بالقانون رقم 17-11 المؤرخ في 27 ديسمبر 2017 يتضمن قانون المالية لسنة 2018، جرج عدد 76 مؤرخ في 28 ديسمبر 2017.

²³ قانون عضوي رقم 12-05 مؤرخ في 12 يناير 2012 يتعلق بالإعلام، جرج عدد 02 مؤرخ في 15 يناير 2012. أنظر، مزيان هشام، ضبط نشاط الإعلام في القانون الجزائري، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه علوم، تخصص حقوق، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2021.

²⁴ قانون رقم 14-04 مؤرخ في 24 فبراير 2014 يتعلق بالنشاط السمعي البصري، جرج عدد 16 مؤرخ في 23 مارس 2014. أنظر، عيدن رزيقة، "ملاحظات نقدية حول التأطير القانوني لسلطة ضبط السمعي البصري"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، المجلد 7، عدد 02، 2016، صص 364-383.

تنص المادة 60 من القانون رقم 04-14 المؤرخ في 24 فبراير 2014 على أن "تحدد عهدة أعضاء سلطة ضبط السمعي البصري بست (6) سنوات غير قابلة للتجديد. لا يفصل أي عضو من أعضاء سلطة ضبط السمعي البصري إلا في الحالات المنصوص عليها في هذا القانون"²⁵. أما فيما يخص لجنة تنظيم عمليات البورصة ومراقبتها تنص المادة 21 من المرسوم التشريعي المتعلق ببورصة القيم المنقولة على أنه يعين رئيس اللجنة لمدة نيابة تدوم أربع (4) سنوات. وورد في النص التطبيقي للنص التشريعي أنه يعين الرئيس "بمرسوم تنفيذي يتخذ في مجلس الحكومة"²⁶. وتنص المادة 3 من نفس المرسوم التنفيذي على أن "تنتهي مهام الرئيس بنفس الطريقة. غير أنه لا يمكن أن تنتهي مهامه أثناء ممارسته النيابة إلا في حالة ارتكاب خطأ مهني جسيم أو لظروف استثنائية تعرض رسميا في مجلس الحكومة"²⁷.

هكذا يتطور التباين بين وضعية أعضاء سلطة ضبط السمعي البصري ورئيس لجنة تنظيم عمليات البورصة ومراقبتها من جهة والذين يتمتعون بعهدة غير قابلة للإلغاء وأعضاء السلطات الضابطة الأخرى من جانب آخر والذين اكتفت النصوص القانونية بتحديد مدة عهدهم دون الإشارة إلى عدم إمكانية عزلهم أثناء فترة النيابة.

الفرع الثاني: اللأ استقرار الواقعي للأعضاء

بالرجوع إلى أحكام النصوص القانونية السالفة الذكر نلاحظ تراجع المشرع عمّا تم تكريسه في قانون الإعلام لسنة 1990 والذي ينص على أن "مدة العضوية في المجلس الأعلى للإعلام ست (6) سنوات غير قابلة للإلغاء أو التجديد"²⁸. على سبيل المثال تنص المادة 25 من الأمر المتعلق بالمنافسة على أن "يعين رئيس المجلس ونائبا الرئيس والأعضاء الآخرون لمجلس المنافسة بموجب مرسوم رئاسي". وتضيف الفقرة الثانية من نفس المادة: "وتنتهي مهامهم بالأشكال نفسها"، مما يعني إمكانية إنهاء مهام الأعضاء قبل انتهاء

²⁵ على سبيل المثال في حالة مخالفة أحد أعضاء التشكيلة الجماعية أحكام النص التشريعي المتعلقة بحالات التنافي (المادة 68) أو في حالة صدور حكم نهائي بعقوبة مشينة ومخلة بالشرف ضد أحد أعضاء سلطة ضبط السمعي البصري (المادة 69).
²⁶ المادة 2 من المرسوم التنفيذي رقم 94-175 المؤرخ في 13 يونيو 1994 يتضمن تطبيق المواد 21 و22 و23 من المرسوم التشريعي رقم 93-10 المؤرخ في 23 مايو 1993 والمتعلق ببورصة القيم المنقولة، جرجج عدد 41 مؤرخ في 26 يونيو 1994.

²⁷ أنظر، زوار حفيفة، لجنة تنظيم ومراقبة عمليات البورصة كسلطة إدارية مستقلة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، تخصص الإدارة والمالية، جامعة الجزائر، 2003-2004.

²⁸ المادة 73 من القانون رقم 90-07 المؤرخ في 3 أبريل 1990 يتعلق بالإعلام، جرجج عدد 14 مؤرخ في 4 أبريل 1990، معدل بالمرسوم التشريعي رقم 93-13 المؤرخ في 26 أكتوبر 1993 يخص بعض أحكام القانون رقم 90-07 المؤرخ في 3 أبريل 1990 والمتعلق بالإعلام، جرجج عدد 69 مؤرخ في 27 أكتوبر 1993 (ملغى).

العهد المقرر لهم وهو ما يشوه فكرة العهدة التي تصبح مجرد قاعدة شكلية أمام السلطة التقديرية التي يتمتع بها رئيس الجمهورية في عزل أعضاء السلطة الضابطة قبل انقضاء عهدهم.

فيما يتعلق بأعضاء لجنة تنظيم عمليات البورصة ومراقبتها وخلافا لما ورد بالنسبة للرئيس، تنص المادة 6 من المرسوم التنفيذي رقم 94-175 السالف الذكر على أن "يعين أعضاء لجنة تنظيم عمليات البورصة ومراقبتها بقرار من الوزير المكلف بالمالية حسب التوزيع المحدد في المادة 22 من المرسوم التشريعي رقم 93-10 المؤرخ في 23 مايو 1993 والمتعلق ببورصة القيم المنقولة. وتنتهي مهامهم بالطريقة نفسها"، وهو ما يوحي بإمكانية إلغاء العهدة وعزل الأعضاء قبل انتهاء عهدهم. ولتبرير هذا التحليل يمكن الرجوع إلى وضعية أعضاء سلطة إدارية مستقلة تم إحداثها خارج المجال الاقتصادي والمالي وهي الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحة إذ ينص المرسوم الرئاسي رقم 06-455 المؤرخ في 22 نوفمبر 2006 المعدل والمتمم²⁹ في المادة 5 منه على أن "تضم الهيئة مجلس يقظة وتقييم يتشكل من رئيس وستة (6) أعضاء يعينون بموجب مرسوم رئاسي لمدة خمس (5) سنوات قابلة للتجديد مرة واحدة. وتنتهي مهامهم حسب الأشكال نفسها". من الناحية العملية تم تعيين أعضاء مجلس اليقظة والتقييم بمرسوم رئاسي مؤرخ في 14 سبتمبر 2016³⁰ وبعدها أنهيت مهام الرئيس بموجب مرسوم رئاسي مؤرخ في 6 مايو 2019 أي قبل انتهاء عهده التي تسري إلى غاية سبتمبر 2021³¹.

نتيجة لهذه الممارسة الميدانية ومقارنة بين الوضعية القانونية لأعضاء سلطة ضبط السمعي البصري ورئيس لجنة تنظيم عمليات البورصة ومراقبتها من جهة وأعضاء السلطات الضابطة الأخرى من جهة ثانية، نستنتج أن انعدام النص على عدم قابلية العهدة للإلغاء يعني إمكانية تراجع السلطات العمومية عن إجراء التعيين للمدة المحددة وذلك بصورة تقديرية. وهو ما يتناقض ومقتضيات العهدة بالمعنى القانوني الدقيق ويجعل أعضاء السلطات الضابطة في وضعية اللأ استقرار.

أخيرا، لم يتم تكريس نظام العهدة بالنسبة لأعضاء عدة سلطات ضابطة: وهو الوضع بالنسبة لكل من مجلس النقد والقرض، لجنة ضبط الكهرباء والغاز³² ولجنة الإشراف على التأمينات. في هذه الحالة يكون

²⁹ مرسوم رئاسي رقم 06-413 مؤرخ في 22 نوفمبر 2006 يحدد تشكيلة الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته وتنظيمها وكيفية سيرها، جرج عدد 74 مؤرخ في 22 نوفمبر 2006، معدل ومتمم بالمرسوم الرئاسي رقم 12-64 المؤرخ في 7 فبراير 2012، جرج عدد 8 مؤرخ في 15 فبراير 2012.

³⁰ مرسوم رئاسي مؤرخ في 14 سبتمبر 2016 يتضمن تعيين رئيس وأعضاء الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته، جرج عدد 55 مؤرخ في 21 سبتمبر 2016.

³¹ مرسوم رئاسي مؤرخ في 6 مايو 2019 يتضمن إنهاء مهام رئيس الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته، جرج عدد 31 مؤرخ في 12 مايو 2019.

³² أنظر، نوبال لزهري، المركز القانوني للجنة ضبط الكهرباء والغاز في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، تخصص الإدارة العامة وإقليمية القانون، جامعة منتوري، قسنطينة، 2012، ميسون يسمينة، الضبط الاقتصادي في قطاع الطاقة

أعضاء السلطة الضابطة عرضة للعزل في أي وقت من قبل السلطة المختصة في تعيينهم مما يقضي على عنصر الاستقلالية المكرسة لفائدة الهيئة الضابطة.

المبحث الثاني: أزمة تهميش السلطات الضابطة من نطاق الضبط الاقتصادي

لم تكثف السلطات العمومية بتشويه الآليات المؤسساتية للضبط الاقتصادي من الجانبين العضوي والوظيفي بل ذهبت إلى التراجع عن مثل هذه السلطات وذلك في عدة قطاعات ولهذا الغرض تستعمل السلطات العمومية عدة وسائل نذكر من بينها تجميد النص القانوني المنشئ للسلطة الضابطة (المطلب الأول)، حل سلطة الضبط وتحويل اختصاصاتها لفائدة الوزير المكلف بالقطاع (المطلب الثاني)، حلول المؤسسات العمومية التقليدية محل سلطات الضبط الاقتصادي وهو ما أدى إلى تقاوم أزمة السلطات الضابطة المستقلة من زاوية الفعلية (المطلب الثالث).

المطلب الأول: ظاهرة عدم فعالية النصوص القانونية

عرفت ظاهرة عدم فعالية القاعدة القانونية انتشارا ملحوظا في المنظومة القانونية الجزائرية ويرجع ذلك إلى طبيعة النظام الاستبدادي الذي لا يقبل الامتثال لسيادة القانون مما يؤدي إما إلى استرجاع الهيئات العمومية التقليدية للاختصاصات المخولة لسلطات الضبط الاقتصادي وإما إلى تجميد النصوص القانونية التي أنشئت السلطة الضابطة من أجل السهر على تطبيقها.

الفرع الأول: تجميد النص القانوني الخاص بسلطة الضبط

تتمثل هذه الظاهرة في سن النص القانوني الذي يتضمن إنشاء السلطة الضابطة دون اتخاذ إما النصوص التطبيقية للنص المرجعي وإما الامتناع عن اتخاذ التدابير الضرورية لتفعيل آلية الضبط مما يؤدي إلى تكييف الهيئات المعنية بمصطلح "سلطات الضبط الخيالية". وهو الوضع بالنسبة لثلاث سلطات ضابطة وتتمثل في سلطة ضبط النقل، سلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام وسلطة ضبط الصحافة المكتوبة.

1 - سلطة ضبط النقل

تم إحداث سلطة ضبط النقل بموجب قانون المالية لسنة 2003 والذي تنص المادة 102 منه على أن "تنشأ سلطة لضبط النقل تتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي".

الكهربائية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، تخصص الهيئات العمومية والحوكمة، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2014.

تتوفر هذه السلطة بعنوان الموارد المالية على حصة من حواصل الامتياز للمنشآت تحدد بموجب قوانين المالية، كل مورد آخر أو إعانة يمكن أن يكونا مخصصين من قبل الدولة. وتضيف المادة 102 : "تحدد صلاحيات سلطة الضبط عن طريق التنظيم"³³.

صدرت هذه الأحكام في سياق فتح نشاط النقل الجوي أمام المنافسة والاستثمار الخاص الوطني وذلك نتيجة صدور قانون الطيران المدني الذي تراجع من خلاله المشرع عن نظام الاحتكار وذلك سواء تعلق الأمر بإنجاز المنشآت أو بالنقل الجوي³⁴. ونتيجة لهذا الاتجاه تم فتح نشاط النقل الجوي أمام القطاع الخاص الوطني في إطار عقود الامتياز³⁵ لفائدة ثلاث شركات خاصة وطنية خلال شهر يناير من سنة 2002³⁶. وأمام هذا الوضع ظهر من الضروري إنشاء سلطة ضابطة لضمان المنافسة النزيهة بين الشركات الخاصة والمؤسسة العمومية التي كانت تمارس نشاط النقل الجوي في إطار نظام الاحتكار. وهو ما أدى المشرع إلى النص على إنشاء السلطة الضابطة والإحالة إلى التنظيم فيما يخص تنظيمها وصلاحياتها. غير أن السلطات العمومية تراجعت عن موقفها عن طريقة إلغاء المراسيم التنفيذية المتضمنة المصادقة على عقود الامتياز الثلاث خلال

³³ قانون رقم 02-11 مؤرخ في 24 ديسمبر 2002 يتضمن قانون المالية لسنة 2003، جرج عدد 86 مؤرخ في 25 ديسمبر 2002.

³⁴ قانون رقم 98-06 مؤرخ في 27 يونيو 1998 يتعلق بالطيران المدني، جرج عدد 48 مؤرخ في 28 يونيو 1998، معدل ومتمم بالقانون رقم 2000-05 المؤرخ في 6 ديسمبر 2000، جرج عدد 75 مؤرخ في 10 ديسمبر 2000، معدل ومتمم بالأمر رقم 03-10 المؤرخ في 13 غشت 2003، جرج عدد 48 مؤرخ في 13 غشت 2003، معدل ومتمم بالقانون رقم 08-02 المؤرخ في 23 يناير 2008، جرج عدد 4 مؤرخ في 27 يناير 2008، معدل ومتمم بالقانون رقم 15-14 المؤرخ في 15 يوليو 2015، جرج عدد 41 مؤرخ في 29 يوليو 2015، معدل ومتمم بالقانون رقم 19-04 المؤرخ في 17 يوليو 2019، جرج عدد 46 مؤرخ في 21 يوليو 2019.

³⁵ مرسوم تنفيذي رقم 2000-43 مؤرخ في 26 فبراير 2000 يحدد شروط استغلال الخدمات الجوية وكيفياته، جرج عدد 8 مؤرخ في 1 مارس 2000، متمم بالمرسوم التنفيذي رقم 03-480 المؤرخ في 13 ديسمبر 2003، جرج عدد 78 مؤرخ في 14 ديسمبر 2003.

³⁶ مرسوم تنفيذي رقم 02-40 مؤرخ في 14 يناير 2002 يتضمن المصادقة على اتفاقية امتياز استغلال خدمات النقل الجوي الممنوحة لشركة الطيران "الخليفة للطيران" وكذا دفتر الشروط المرافق لها، جرج عدد 4 مؤرخ في 16 يناير 2002 (ملغى)، مرسوم تنفيذي رقم 02-41 مؤرخ في 14 يناير 2002 يتضمن المصادقة على اتفاقية امتياز استغلال خدمات النقل الجوي الممنوحة لشركة الطيران "أنيتنيا للطيران" وكذا دفتر الشروط المرافق لها، جرج عدد 4 مؤرخ في 16 يناير 2002 (ملغى)، مرسوم تنفيذي رقم 02-42 مؤرخ في 14 يناير 2002 يتضمن المصادقة على اتفاقية امتياز استغلال خدمات النقل الجوي الممنوحة لشركة الطيران "إيكواير الدولية" وكذا دفتر الشروط المرافق لها، جرج عدد 4 مؤرخ في 16 يناير 2002 (ملغى).

سنة 2003³⁷ ليحل الاحتكار الفعلي محل الاحتكار القانوني³⁸. نتيجة لتجميد أحكام قانون الطيران المدني المتعلقة بفتح النقل الجوي أمام المبادرة الخاصة، استغنت السلطة التنفيذية عن إصدار النص التطبيقي لقانون المالية لسنة 2003 وبقيت سلطة ضبط النقل مجرد سلطة خيالية.

2 - سلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام

تم إحداث سلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام بموجب المرسوم الرئاسي المؤرخ في 16 سبتمبر 2015 إذ تنص المادة 213 منه على أن "تنشأ لدى الوزير المكلف بالمالية سلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام تتمتع باستقلالية التسيير. وتشمل مرصدا للطلب العمومي وهيئة وطنية لتسوية النزاعات"³⁹. تتمتع سلطة الضبط الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام بثلاثة أنواع من الاختصاصات: الاختصاصات بمثابة الإطار المؤسسي ذي التوجّه المستقبلي، الاختصاصات بصفة مكتب الخبرة التقنية، الاختصاصات بمثابة جهاز تسوية النزاعات.

أ - الاختصاصات بمثابة الإطار المؤسسي ذي التوجّه المستقبلي

تندرج تحت هذه الصورة صلاحيات السلطة في إنشاء وتسيير قاعدة بيانات تسمح بالانتقال من النموذج البيروقراطي إلى النموذج العقلاني في مادة إبرام وتنفيذ الصفقات العمومية في إطار تطبيق سياسة الحوكمة

³⁷ مرسوم رئاسي رقم 03-403 مؤرخ في 5 نوفمبر 2003 يتضمن إلغاء المصادقة على اتفاقية امتياز استغلال خدمات النقل الجوي الممنوحة لشركة الطيران "الخليفة للطيران" وكذا دفتر الشروط المرافق لها، جرج عدد 68 مؤرخ في 9 نوفمبر 2003، مرسوم رئاسي رقم 03-404 يتضمن إلغاء المصادقة على اتفاقية امتياز استغلال خدمات النقل الجوي الممنوحة لشركة الطيران "أنتنيا للطيران" وكذا دفتر الشروط المرافق لها، جرج عدد 68 مؤرخ في 9 نوفمبر 2003، مرسوم رئاسي رقم 03-405 مؤرخ في 5 نوفمبر 2003 يتضمن إلغاء المصادقة على اتفاقية امتياز استغلال خدمات النقل الجوي الممنوحة لشركة الطيران "إيكواير الدولية" وكذا دفتر الشروط المرافق لها، جرج عدد 68 مؤرخ في 9 نوفمبر 2003. الجدير بالذكر أنه تم إلغاء المصادقة على اتفاقيات الامتياز بموجب مراسيم رئاسية بالنظر إلى تحويل الاختصاص في المصادقة على عقود الامتياز من مجلس الحكومة إلى مجلس الوزراء وذلك تطبيقاً لأحكام الأمر رقم 03-10 المؤرخ في 13 غشت 2003 المعدل والمتمم لقانون الطيران المدني (المادة 117).

³⁸ يُنظّم الاحتكار القانوني بموجب القانون بينما يمارس الاحتكار الفعلي نتيجة امتناع السلطات العمومية عن تطبيق القانون الذي ينص على حرية ممارسة النشاط من قبل المستثمرين الخواص مما يؤدي إلى وضعية احتكار لفائدة المؤسسات العمومية وذلك خارج النصوص القانونية مثلما هو الحال في مجال النشاطات المرتبطة بالكهرباء والغاز، النقل الجوي، النقل بالسكك الحديدية، النقل البحري.

³⁹ مرسوم رئاسي رقم 15-247 مؤرخ في 16 سبتمبر 2015 يتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، جرج عدد 50 مؤرخ في 20 سبتمبر 2015.

لبلوغ هدف عقلنة تسيير الشؤون الإدارية على كل مستويات السلطات العمومية⁴⁰. ولهذا الغرض تكلف السلطة الضابطة بمهمة تسيير واستغلال نظام المعلوماتية للصفقات العمومية قصد تحسين طرق التفاوض بين أطراف الصفقات والقضاء على مجمل الإجراءات التي تنتافى ومقتضيات التسيير المعاصر للشؤون العمومية بالإضافة إلى ترسيخ الشفافية في عمليات التعاقد بالنسبة للصفقات العمومية وكذا اتفاقيات تفويض المرفق العام. من جانب آخر، تسهر سلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام على تحليل البيانات المرتبطة بالجانب الفني والاقتصادي للطلب العمومي وتوجه توصياتها في الموضوع إلى الحكومة. أخيرا وطبقا لأحكام 6/213 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 تتولى سلطة الضبط مهمة إجراء إحصاء اقتصادي سنوي للطلب العمومي لتقييم نوعية الصفقات والاتفاقيات المبرمة على مستوى مختلف مستويات الهرم الإداري.

ب - الاختصاصات بمنابة مكتب الخبرة التقنية

من جانب ثانٍ تلعب سلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام دور مكتب الخبرة التقنية وبهذه الصفة تمارس مجموعة من الصلاحيات تتمثل في تقديم الآراء الاستشارية والمعلومات والمساعدة والتكوين في مادة الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام:

- فيما يخص الاختصاص الاستشاري تنص المادة 3/213 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 على أن تتولى السلطة "إعداد تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام ومتابعة تنفيذه. وتصدر بهذه الصفة رأيا موجها للمصالح المتعاقدة وهيئات الرقابة ولجان الصفقات العمومية ولجان التسوية الودية للنزاعات والمتعاملين الاقتصاديين"⁴¹. والجدير بالذكر أنه يقصد بعبارة "إعداد التنظيم" اقتراح النصوص التنظيمية أو اقتراح مشاريع التنظيم في المجال وليس إعداد النصوص القانونية التي تبقى من اختصاص السلطة التنظيمية.
- فيما يتعلق بالجانب الثاني من اختصاص السلطة الضابطة بصفتها مكتب الخبرة التقنية تقوم بإعلام ونشر وتعميم الوثائق والمعلومات بالإضافة إلى المبادرة ببرامج التكوين وترقية التكوين في مجال الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام لتحسين أداء الإدارة العمومية في عملية التعاقد.
- أخيرا تتولى سلطة الضبط عمليات التدقيق أو تكلف من يقوم بالتدقيق في إجراءات إبرام الصفقات العمومية واتفاقيات تفويض المرفق العام وتنفيذها بناء على طلب من السلطات المختصة.

⁴⁰ أنظر، غربي أحسن، "سلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام كألية لحماية المال العام"، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، المركز الجامعي بأفلو، المجلد 3، العدد 3، 2020، صص 40-55.

⁴¹ أنظر، حملاوي نجا، حسون محمد علي، "تفعيل سلطات الضبط الاقتصادي للمنافسة في مجال الصفقات العمومية"، مجلة العلوم القانونية والسياسية، جامعة الوادي، المجلد 10، العدد 1، 2019، صص 1101-1116.

ج - الاختصاصات بمثابة جهاز تسوية النزاعات

من جانب ثالث تختص سلطة الضبط بوظيفة تسوية النزاعات. وبهذا الصدد تنص المادة 10/213 من المرسوم الرئاسي السالف الذكر على أن تتولى سلطة الضبط صلاحية "البت في النزاعات الناتجة عن تنفيذ الصفقات العمومية المبرمة مع المتعاملين المتعاقدين الأجانب" وذلك في إطار الهيئة الوطنية لتسوية النزاعات التي تحتضنها.

إلا أن المادة 213 من المرسوم الرئاسي السالف الذكر تنص في فقرتها الأخيرة على أن "يحدد تنظيم وكيفيات سير سلطة ضبط الصفقات العمومية وتقويضات المرفق العام بموجب مرسوم تنفيذي". وفي غياب المرسوم التنفيذي الذي لم يصدر إلى يومنا هذا، تتحول سلطة ضبط الصفقات العمومية وتقويضات المرفق العام إلى مجرد كيان قانوني خيالي.

3 - سلطة ضبط الصحافة المكتوبة

ينص القانون العضوي المتعلق بالإعلام⁴² على إحداث سلطة ضبط الصحافة المكتوبة التي تختص بالإشراف على قطاع النشاط مستعملة لهذا الغرض نوعين من الأدوات الضبطية:

أ - الأدوات الضبطية السابقة

تتمتع السلطة بالاختصاص في الرقابة السابقة على نشاط الصحافة المكتوبة وذلك عن طريق منح الاعتماد لفائدة المؤسسات المعنية. خلافا لقانون الإعلام لسنة 1990 الذي اكتفى باعتماد نظام التصريح البسيط الذي يجسد مبدأ حرية الإعلام تراجع المشرع عن المبدأ ليخضع النشاط إلى نظام وقائي في ظل قانون الإعلام لسنة 2012. وعليه يخضع نشاط الصحافة المكتوبة لإجراء مزدوج: التصريح المسبق والاعتماد.

يخضع إصدار كل نشرية دورية لإجراءات التسجيل ومراقبة صحة المعلومات بإيداع تصريح مسبق لدى سلطة ضبط الصحافة المكتوبة ويسلم للمعني وصل بذلك. في إطار ممارستها للرقابة السابقة تتحقق سلطة الضبط من مصدر الأموال المستثمرة وترمي الأحكام الواردة في المادة 29 من القانون العضوي إلى تمكين السلطة من ضمان ألا تكون الأموال المعنية ناتجة عن ممارسة أنشطة غير مشروعة وألا يهدف الأشخاص المعنيون إلى تنفيذ عملية تبييض أموال عن طريق الاستثمار.

على إثر إيداع التصريح وتسليم الوصل تمنح سلطة ضبط الصحافة المكتوبة الاعتماد في أجل ستين (60) يوما ابتداء من تاريخ إيداع التصريح ويعتبر الاعتماد بمثابة الموافقة على الصدور⁴³. يجب هنا تسجيل التناقض بين أحكام المادة 11 التي تنص على أن "إصدار كل نشرية دورية يتم بحرية" ونص المادة 13 التي تخضع ممارسة النشاط لإجراء الاعتماد. وفي هذا السياق، يرى على سبيل المثال المجلس الدستوري الفرنسي أن

⁴² قانون عضوي رقم 12-05 مؤرخ في 12 يناير سنة 2012 يتعلق بالإعلام، جرج عدد 02 مؤرخ في 15 يناير 2012.

⁴³ المادة 13 من المرجع نفسه.

حرية الصحافة لا يمكن أن تتعايش مع نظام الترخيص المسبق. وعليه قرر إلغاء جملة من أحكام نص تشريعي ترتب آثارا مماثلة لآثار نظام الاعتماد المسبق⁴⁴.

يتمثل النوع الثاني من الأدوات الضبطية السابقة في الاختصاص في وضع القاعدة القانونية. وفقا لأحكام المادة 40 من القانون العضوي المتعلق بالإعلام تتولى سلطة ضبط الصحافة المكتوبة الاختصاص في "تحديد قواعد وشروط الإعانات والمساعدات التي تمنحها الدولة لأجهزة الإعلام والسهر على توزيعها" وهو ما يعني تمتعها بالاختصاص التنظيمي المحدود مقارنة بسلطات ضابطة أخرى كمجلس النقد والقرض أو لجنة تنظيم عمليات البورصة ومراقبتها. وعليه يمكن تكييف هذا الاختصاص بمصطلح الاختصاص التنظيمي الرمزي.

ب - الأدوات الضبطية اللاحقة

تختص سلطة الضبط بمجموعة من الصلاحيات يمكن توزيعها على النحو التالي:

- **الاختصاص الرقابي:** تسهر السلطة الضابطة على جمع أي معلومات تراها مفيدة من المؤسسات الصحفية قصد التأكد من امتثالها للالتزامات الواقعة على عاتقها. ويجب إبلاغ السلطة الضابطة خطيا في غضون 10 أيام بالتغييرات التي تطرأ على العناصر المكونة للتصريح كالعنوان والسعر وشكل النشر ومكان النشر والطبيعة القانونية للشركة وتكوين رأسمال الشركة. ويتعين على المؤسسات الصحفية إيداع نسختين من كل نشرة دورية لدى سلطة الضبط⁴⁵. كما تتولى هذه الأخيرة مراقبة نشر الشركة الصحفية حصيلة الحسابات مصدقا عليها عن السنة الفارطة. وفي حالة نقل ملكية المؤسسة الصحفية يتعين على المستفيد أن يتقدم بطلب للحصول على اعتماد جديد. في هذه الحالة تتحقق سلطة الضبط من عدم مخالفة نقل الملكية لأحكام المادة 25 من القانون التي تنص على أنه "يمكن نفس الشخص المعنوي الخاضع للقانون الجزائري أن يملك أو يراقب أو يسير نشرة واحدة فقط للإعلام العام تصدر بالجزائر بنفس الدورية". أخيرا وطبقا لأحكام الماد 18 من القانون العضوي السالف الذكر يجوز لسلطة الضبط سحب الاعتماد في حالة عدم صدور النشرة الدورية في مدة سنة (1) من تاريخ تسلمه أو في حالة توقف النشرة الدورية عن الصدور طيلة مدة تسعين (90) يوما.

⁴⁴ Cons. const. Décision n° 84-181 DC, 10-11 octobre 1984, Loi visant à limiter la concentration et à assurer la transparence financière et le pluralisme des entreprises de presse, *JORF*, 13 octobre 1984, p. 3200.

⁴⁵ المادة 32 من القانون العضوي رقم 12-05 السالف الذكر.

- الاختصاص في توقيع الجزاءات:

توجه سلطة ضبط الصحافة المكتوبة ملاحظات وتوصيات إلى المؤسسة الصحفية في حالة الاخلال بالتزاماتها المنصوص عليها في القانون مع تحديد شروط وأجال التكفل بها. وتنص المادة 42 من القانون العضوي على أن "تنشر هذه الملاحظات والتوصيات وجوبا من طرف جهاز الإعلام المعني"⁴⁶. كما يجوز لسلطة الضبط أن تأمر بوقف صدور النشرة في حالة عدم نشر الحصيلة السنوية، وكذا في حالة عدم الالتزام بأحكام المادة 26 والمتعلقة بالبيانات الإلزامية الواجب تبيانها في كل عدد من النشرة الدورية. وفي كلتا الحالتين تقرر السلطة وقف صدور النشرة إلى غاية تسوية وضعيتها.

أخيرا يتمثل أقصى جزاء في سحب الاعتماد. وبهذا الصدد تنص المادة 16 من القانون العضوي على أن "الاعتماد غير قابل للتنازل بأي شكل من الأشكال". وتضيف المادة أنه "دون المساس بالمتابعات القضائية، فإن كل خرق لهذا الحكم يترتب عنه سحب الاعتماد".

في الواقع، بقيت كل هذه الأحكام حبرا على ورق وذلك نتيجة امتناع السلطات العمومية عن اتخاذ قرارات تعيين أعضاء السلطة الضابطة وعن تنصيبها إلى يومنا هذا (2021) وهو ما أدى إلى استرجاع الوزير المكلف بقطاع الإعلام جل الاختصاصات المخولة لسلطة ضبط الصحافة المكتوبة.

الفرع الثاني: تجميد النصوص القانونية الخاصة بقطاع النشاط

من الناحية القانونية نسجل فتح العديد من قطاعات النشاط على المنافسة الحرة بموجب النصوص القانونية، إلا أنه من الناحية العملية لا يزال نظام الاحتكار قائما مما يشوه مكانة السلطات الضابطة التي أنشئت للإشراف على القطاع. وهو الوضع بالنسبة للجنة ضبط الكهرباء والغاز.

تم فتح نشاطات الكهرباء والغاز أمام الاستثمار الخاص الوطني والأجنبي بموجب القانون المؤرخ في 5 فبراير 2002 حيث تنص المادة الأولى منه على أن تمارس النشاطات المتعلقة بإنتاج الكهرباء ونقلها وتوزيعها وتسويقها ونقل الغاز وتوزيعه وتسويقه بواسطة القنوات طبقا للقواعد التجارية من طرف أشخاص طبيعيين أو معنويين خاضعين للقانون العام أو للقانون الخاص وذلك في إطار المرفق العام⁴⁷.

⁴⁶ تصطبغ الملاحظات والتوصيات بالطابع الجزائي نتيجة التزام المؤسسة الصحفية بنشرها حيث يتسبب إجراء النشر في تلويث سمعة الشركة.

Voir, Rachid ZOUAÏMIA, « L'Autorité de régulation de la presse écrite », *Revue Académique de la Recherche Juridique*, vol. 5, n° 1, 2014, pp. 304-327.

⁴⁷ قانون رقم 01-02 مؤرخ في 5 فبراير 2002 يتعلق بالكهرباء وتوزيع الغاز بواسطة القنوات، جرجج عدد 8 مؤرخ في 6 فبراير 2002، معدل ومتمم بالقانون رقم 14-10 المؤرخ في 30 ديسمبر 2014 يتضمن قانون المالية لسنة 2015، جرجج عدد 78 مؤرخ في 31 ديسمبر 2014.

على سبيل المثال وفيما يتعلق بالنشاطات المتعلقة بالكهرباء، تنص المادة 6 من القانون السالف الذكر على أن "تفتح نشاطات إنتاج الكهرباء على المنافسة طبقاً للتشريع المعمول به" وتضيف المادة 7 من النص التشريعي: "ينجز المنشآت الجديدة لإنتاج الكهرباء ويستغلها كل شخص طبيعي أو معنوي خاضع للقانون الخاص أو العام، حائز رخصة للاستغلال".

من جانب آخر ورد في المادة 2/61 من القانون أنه "يتم فتح سوق الكهرباء والغاز في أجل لا يتجاوز ثلاث (3) سنوات اعتباراً من تاريخ صدور هذا القانون، في حدود نسبة لا تقل عن ثلاثين في المائة (30%) بالنسبة للطاقتين".

في سياق التخلي عن نظام الاحتكار وفتح هذه النشاطات على المنافسة قام المشرع بإنشاء سلطة ضبط الكهرباء والغاز التي تم تكليفها "بمهمة السهر على السير التنافسي والشفاف لسوق الكهرباء والسوق الوطنية للغاز لفائدة المستهلكين وفائدة المتعاملين"⁴⁸.

في الواقع تم تجميد أحكام القانون المتعلقة بتحرير هذه الأنشطة من أجل استيعاب الاستثمار الخاص طوال فترة تقارب العشرين عاماً. وعليه لا يزال يخضع هذا القطاع لنظام الاحتكار إذ تمارس هذه النشاطات من طرف مؤسسات عمومية اقتصادية وعلى رأسها الشركة القابضة "سونلغاز" وذلك بصورة شاملة. وإذا كان القانون قد تراجع عن الاحتكار فيعيد ترسيخه كاحتكار فعلي نتيجة عدم فعالية القاعدة القانونية المكرسة في القانون. من النتائج المترتبة عن الاحتكار الفعلي الذي تمارسه الدولة أنه يؤدي إلى إفراغ فكرة سلطة الضبط المستقلة من محتواها وإلى تهميش السلطة الضابطة نتيجة عدم فعالية أحكام القانون حيث تجد لجنة الضبط نفسها عاجزة عن ممارسة الاختصاصات المخولة لها بموجب القانون وذلك في غياب متعاملين خواص وسوق تنافسية. وهو السبب في امتناع السلطات العمومية عن إصدار النص التنظيمي المتعلق بغرفة التحكيم لدى لجنة ضبط الكهرباء والغاز والتي تم إحداثها لتسوية النزاعات القائمة بين المتعاملين في القطاع الذي يخضع من الناحية القانونية لمبدأ المنافسة الحرة في إطار سوق تنافسية⁴⁹.

المطلب الثاني: حلول الوزير محل سلطة ضبط القطاع

كرس المشرع الجزائري فنية تفويض المرفق العام بموجب أحكام القانون المتعلق بالمياه حيث تنص المادة 100 منه على أن "يشكل التزويد بالمياه الشروب والصناعي والتطهير خدمات عمومية" وتنص المادة 101 من ذات النص التشريعي أنه "تعتبر الخدمات العمومية للمياه من اختصاص الدولة والبلديات". وتضيف نفس المادة أنه "يمكن الدولة منح امتياز تسيير الخدمات العمومية للمياه لأشخاص معنويين خاضعين للقانون العام على

⁴⁸ المادة 113 من المرجع نفسه.

⁴⁹ وفقاً لأحكام المادة 136 من القانون رقم 02-01 المؤرخ في 5 فبراير 2002، تحدد القواعد الإجرائية المطبقة أمام غرفة التحكيم عن طريق التنظيم.

أساس دفتر شروط ونظام خدمة يصادق عليهما عن طريق التنظيم. كما يمكنها تفويض كل أو جزء من تسيير هذه الخدمات لأشخاص معنويين خاضعين للقانون الخاص بموجب اتفاقية⁵⁰.

نستنتج من خلال هذه الأحكام تمييز النص القانوني بين امتياز المرفق العام الذي يمنح بصورة حصرية لفائدة أشخاص من القانون العام من جهة⁵¹ وتفويض المرفق العام الذي يجسد بموجب اتفاقية تربط بين الدولة بصفتها مالك للأموال العمومية للمياه والمفوض له الذي يمكن أن يكون من أشخاص القانون العام أو من أشخاص القانون الخاص⁵² وهو ما يندرج ضمن إصلاح قطاع المياه عن طريق فتحه أمام الاستثمار الخاص. أما فيما يتعلق بموضوع اتفاقية تفويض المرفق العام تنص المادة 106 من قانون المياه على أنه ينصب تفويض الخدمة العمومية للمياه على "بناء منشآت الري أو إعادة تأهيلها وكذا استغلالها في إطار عمليات الشراكة بإدماج تصميم المشاريع وتمويل الاستثمارات المرتبطة بها".

في سياق هذا الانفتاح على الاستثمار الخاص ورد في نص المادة 65 من قانون المياه أنه "يمكن أن تمارس مهام ضبط الخدمات العمومية للمياه سلطة إدارية مستقلة". وتم تكليف السلطة الضابطة بمهمة "السهر على حسن سير الخدمات العمومية للمياه مع الأخذ بعين الاعتبار بصفة خاصة، مصالح المستعملين"⁵³. أخيرا تنص المادة 65 في فقرتها الأخيرة على أن "تحدد صلاحيات وكذا قواعد تنظيم سلطة الضبط وعملها عن طريق التنظيم".

تطبيقا لأحكام النص التشريعي صدر المرسوم التنفيذي المؤرخ في 27 سبتمبر 2008 الذي ينص على أنه تسيير سلطة ضبط الخدمات العمومية للمياه لجنة إدارة تتشكل من أربعة (4) أعضاء بما فيهم الرئيس يعينون بموجب مرسوم رئاسي باقتراح من الوزير المكلف بالقطاع لعهدة تقدر بخمس (5) سنوات قابلة للتجديد مرة واحدة⁵⁴. ولممارسة مهامها تتمتع سلطة الضبط بجملة من الصلاحيات تتمثل أساسا في:

- السهر على احترام أصحاب الامتياز وكذا المفوض لهم للالتزامات الموكلة لهم،

⁵⁰ Voir, Rachid ZOUAÏMIA, *La délégation de service public au profit de personnes privées*, Editions Belkeise, Alger, 2012.

⁵¹ الجزائرية للمياه بالنسبة لمرفق المياه والديوان الوطني للتطهير بالنسبة لخدمات التطهير وهما مؤسستان عموميتان ذات طابع صناعي وتجاري.

⁵² تجدر الإشارة إلى أنه يمكن إبرام اتفاقية تفويض المرفق العام بين صاحب الامتياز والمفوض له وفي هذه الحالة يتصرف صاحب الامتياز باسم ولحساب الدولة المالك للممتلكات المائية.

⁵³ المادة 2/65 من القانون رقم 05-12 السالف الذكر.

⁵⁴ مرسوم تنفيذي رقم 08-303 مؤرخ في 27 سبتمبر سنة 2008 يحدد صلاحيات وكذا قواعد تنظيم سلطة ضبط الخدمات العمومية للمياه وعملها، جرج عدد 56 مؤرخ في 28 سبتمبر 2008 (ملغى).

- إجراء عمليات الرقابة والتقييم لنوعية الخدمات المقدمة من طرف الهيئات المكلفة باستغلال الخدمات العمومية للمياه لفائدة المستعملين،

- المساهمة في إعداد دفاتر الشروط النموذجية الخاصة بتفويض المرفق العام،

- إجراء التحاليل للأعباء في إطار مراقبة التكاليف وأسعار الخدمات العمومية للمياه⁵⁵.

غير أن السلطة التنفيذية تراجمت عن أسلوب سلطة الضبط المستقلة في مجال الخدمات العمومية للمياه وذلك عن طريق إلغاء المرسوم التنفيذي السالف الذكر⁵⁶، وهو ما أدى إلى تحويل الصلاحيات المخولة لسلطة ضبط الخدمات العمومية للمياه لفائدة الوزير المكلف بالموارد المائية وذلك دون أن ينص على ذلك لا قانون المياه ولا المرسوم التنفيذي المتعلق باختصاصات الوزير المعني⁵⁷. وعليه تحل الإدارة المركزية محل السلطة الضابطة دون أن يكون الحل مؤسسا من الجانب القانوني.

المطلب الثالث: الاعتماد على نموذج الهيئات العمومية التقليدية (Etablissements publics)

في المجال الصحي أجرى المشرع خلال سنة 2008 تعديلات جوهرية على قانون الصحة لسنة 1985 لا سيما عن طريق إحداث سلطة إدارية مستقلة مكلفة بضبط القطاع⁵⁸. تنص المادة 173-1 من القانون المتعلق بحماية الصحة وترقيتها بعد التعديل على أن "تنشأ وكالة وطنية للمواد الصيدلانية المستعملة في الطب البشري والمسماة أدناه الوكالة. الوكالة سلطة إدارية مستقلة تتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال

⁵⁵ للتفصيل أنظر، إملول ريمة، المركز القانوني لسلطة ضبط الخدمات العمومية للمياه، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع القانون العام، تخصص القانون العام للأعمال، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2012.

⁵⁶ مرسوم تنفيذي رقم 18-163 مؤرخ في 14 يونيو سنة 2018 يتضمن إلغاء المرسوم التنفيذي رقم 08-303 المؤرخ في 27 سبتمبر سنة 2008 الذي يحدد صلاحيات وكذا قواعد تنظيم سلطة ضبط الخدمات العمومية للمياه وعملها، جرجج عدد 36 مؤرخ في 17 يونيو 2018. أنظر، إرزيل الكاهنة، "تحو التراجم عن السلطات الإدارية المستقلة الضابطة..."، مرجع سابق، ص 490.

⁵⁷ مرسوم تنفيذي رقم 16-88 مؤرخ في أول مارس 2016 يحدد صلاحيات وزير الموارد المائية، جرجج عدد 15 مؤرخ في 9 مارس 2015، معدل ومتم بالمرسوم التنفيذي رقم 17-316 المؤرخ في 2 نوفمبر 2017، جرجج عدد 65 مؤرخ في 9 نوفمبر 2017.

⁵⁸ قانون رقم 85-05 مؤرخ في 16 فبراير 1985 يتعلق بحماية الصحة وترقيتها، جرجج عدد 8 مؤرخ في 17 فبراير 1985، معدل ومتم بالقانون رقم 88-15 المؤرخ في 3 مايو 1988، جرجج عدد 18 مؤرخ في 4 مايو 1988، معدل ومتم بالقانون رقم 90-17 المؤرخ في 31 يوليو 1990، جرجج عدد 35 مؤرخ في 15 غشت 1990، معدل ومتم بالأمر رقم 06-07 المؤرخ في 15 يوليو 2006، جرجج عدد 47 مؤرخ في 19 يوليو 2006، معدل ومتم بالقانون رقم 08-13 المؤرخ في 20 يوليو 2008، جرجج عدد 44 مؤرخ في 3 غشت 2008 (ملغى).

المالي. يحدد تنظيم الوكالة وسيرها وكذا القانون الأساسي لمستخدميها عن طريق التنظيم". تطبيقاً للنص التشريعي صدر خلال سنة 2015 مرسوم تنفيذي يحدد تنظيم ومهام السلطة الضابطة⁵⁹.

من الجانب العضوي يلاحظ تراجع السلطات العمومية عن القاعدة المألوفة والمتمثلة في الطابع الجماعي لتشكيلة السلطات الضابطة حيث تحتوي الوكالة على مدير عام ومجلس إدارة الذي يجتمع مرتين في السنة، مما يدل على أن المهام الموكلة للسلطة الضابطة تمارس من طرف المدير العام الذي يعين بمرسوم رئاسي ولا يتمتع بنظام العهدة بينما يتضمن مجلس الإدارة ممثلين عن مختلف الوزارات الذين يعينون لمدة ثلاث (3) سنوات بقرار من الوزير المكلف بالصحة بناء على اقتراح الوزارة التي يتبعونها.

من الجانب الوظيفي ينص المرسوم التنفيذي رقم 15-308 على مجموعة من الصلاحيات الموكلة لسلطة الضبط والتي تتمثل أساساً في:

- تسجيل الأدوية والمصادقة على المواد الصيدلانية والمستلزمات الطبية المستعملة في الطب البشري،
- تسليم تأشيرات استيراد المواد الصيدلانية والمستلزمات الطبية المستعملة في الطب البشري،
- تحديد أسعار المواد الصيدلانية والمستلزمات الطبية المستعملة في الطب البشري عند الإنتاج والاستيراد بعد رأي اللجنة المكلفة بدراسة الأسعار والمنشأة لدى الوكالة حين التسجيل أو المصادقة وفقاً للأحكام والإجراءات التي يحددها التشريع والتنظيم المعمول بهما،
- المشاركة في إعداد قائمة المواد الصيدلانية المستعملة في الطب البشري القابلة للتعويض،
- تقييم الفوائد والأخطار المرتبطة باستعمال المواد الصيدلانية والمستلزمات الطبية المستعملة في الطب البشري،
- السهر على السير الحسن لمنظومات اليقظة،
- مراقبة الإشهار والسهر على إعلام طبي موثوق به خاص بالمواد الصيدلانية والمستلزمات الطبية المستعملة في الطب البشري⁶⁰.

بمناسبة صدور قانون الصحة الجديد تراجع المشرع عن صيغة السلطة الإدارية المستقلة لتعويضها بأسلوب المؤسسة العمومية ذات تسيير خاص. تنص المادة 223 من القانون رقم 18-11 المعدل والمتمم على

⁵⁹ مرسوم تنفيذي رقم 15-308 مؤرخ في 6 ديسمبر 2015 يحدد مهام الوكالة الوطنية للمواد الصيدلانية المستعملة في الطب البشري وتنظيمها وسيرها وكذا القانون الأساسي لمستخدميها، جرج عدد 67 مؤرخ في 20 ديسمبر 2015 (ملغى).
⁶⁰ أنظر، حسونة عبد الغني، ربحاني أمينة، "الوكالة الوطنية للمواد الصيدلانية كآلية لحماية المستهلك في المجال الطبي"، مجلة الحقوق والحريات، جامعة بسكرة، المجلد 5، عدد 1، 2018، صص 541-554، بوعون زكريا، "دور الوكالة الوطنية للمواد الصيدلانية المستعملة في الطب البشري في حماية المستهلك"، مجلة الاجتهاد القضائي، جامعة بسكرة، المجلد 9، عدد 14، 2017، صص 355-380.

إنشاء وكالة وطنية للمواد الصيدلانية بينما تنص المادة 224 من نفس القانون على أن "الوكالة مؤسسة عمومية ذات تسيير خاص تتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي، توضع تحت وصاية الوزير المكلف بالصحة"⁶¹.

بالرجوع إلى النص التطبيقي للقانون⁶² نلاحظ أن الوزير المكلف بالقطاع يمارس وصاية مزدوجة على المدير العام للوكالة: كوزير بالنظر إلى وضع الوكالة تحت وصايته من جهة وكرئيس مجلس الإدارة للوكالة من جهة أخرى. يضاف إلى ذلك أن مجلس الإدارة يمارس جملة من الصلاحيات الهامة المرتبطة بضبط القطاع⁶³. غير أنه يتشكل من ممثلين عن عدة وزارات كوزارة الدفاع الوطني ووزارة العدل ووزارة الداخلية وهو ما يؤدي إلى تعويض الضبط الاقتصادي الذي يمارس من طرف خبراء في الميدان إلى الضبط الإداري الذي يمارسه موظفون.

انتهج المشرع نفس الأسلوب المتمثل في تعويض سلطة الضبط المستقلة بأداة المؤسسة العمومية في قطاع النقل الجوي. بدلا من الرجوع إلى أحكام قانون المالية لسنة 2003 التي تنص على إنشاء سلطة ضابطة في مادة النقل، أحدث بموجب القانون رقم 04-19 المعدل والمتمم لقانون الطيران المدني مؤسسة عمومية ذات طابع خاص التي يكلفها النص التشريعي بمهمة ضبط قطاع النقل الجوي. وبهذا الصدد تنص المادة 16 مكرر 10 من قانون الطيران المدني بعد تعديله على أن "تتشأ وكالة وطنية للطيران المدني تكلف بضبط نشاطات الطيران المدني ومراقبتها والإشراف عليها، وتوضع تحت وصاية الوزير المكلف بالطيران". وتضيف المادة 16 مكرر 11 أن "الوكالة الوطنية للطيران المدني مؤسسة عمومية ذات طابع خاص، تتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلالية المالية. فضلا عن المهام المنصوص عليها في هذا القانون، تحدد مهام أخرى لهذه الوكالة وتنظيمها وسيرها عن طريق التنظيم".

تطبيقا للنص التشريعي صدر المرسوم التنفيذي رقم 20-217 المؤرخ في 2 غشت 2020 الذي يحدد مهام الوكالة وتنظيمها وسيرها⁶⁴. فيما يتعلق بتنظيم الوكالة، تنص المادة 5 من النص التنظيمي على أنه يدير الوكالة مجلس إدارة ويسيرها مدير عام. فيما يتعلق بمجلس الإدارة، يتشكل من ممثلين عن عدة وزارات يتم

⁶¹ قانون رقم 18-11 مؤرخ في 2 يوليو 2018 يتعلق بالصحة، جرجج عدد 46 مؤرخ في 29 يوليو 2018، معدل ومتمم بالأمر رقم 20-02 المؤرخ في 30 غشت 2020، جرجج عدد 50 مؤرخ في 30 غشت 2020.

⁶² مرسوم تنفيذي رقم 19-190 مؤرخ في 3 يوليو 2019 يحدد مهام الوكالة الوطنية للمواد الصيدلانية وتنظيمها وسيرها، جرجج عدد 43 مؤرخ في 7 يوليو 2019، معدل ومتمم بالمرسوم التنفيذي رقم 20-391 المؤرخ في 19 ديسمبر 2020.

⁶³ تنص المادة 10 من المرسوم التنفيذي رقم 19-190 على أن يتداول مجلس الإدارة في تحديد أهداف الوكالة طبقا للتشريع والتنظيم المعمول بهما بالإضافة إلى رسم المشاريع والمخططات وبرامج العمل السنوية والمتعددة السنوات للوكالة.

⁶⁴ مرسوم تنفيذي رقم 20-217 مؤرخ في 2 غشت 2020 يحدد مهام الوكالة الوطنية للطيران المدني وتنظيمها وسيرها، جرجج عدد 46 مؤرخ في 9 غشت 2020.

تعيينهم لمدة ثلاث (3) سنوات قابلة للتجديد ويرأسه ممثل عن الوزير المكلف بالطيران المدني. والغريب في الأمر أنه لا يشترط في ممثلين الوزارات الخبرة في مجال اختصاص الوكالة وذلك بالنظر إلى أحكام النصين التشريعي والتنظيمي التي تنص على تكليف الوكالة بضبط نشاطات الطيران المدني ومراقبتها والإشراف عليها بما في ذلك "ضمان منافسة فعلية في أسواق الطيران المدني" و"القيام بتسليم وتجديد وتعليق وسحب تراخيص الاستغلال الجوي وخص استغلال الخدمات الجوية"⁶⁵.

هكذا ينتقل المشرع الجزائري من نظام سلطات الضبط المستقلة الذي يعتمد على ممارسة وظيفة الضبط الاقتصادي من طرف هيئات تتشكل من خبراء⁶⁶ إلى نظام المؤسسات العمومية التقليدية الذي يعتمد على إسناد الوظيفة الضبطية إلى موظفين.

خاتمة:

إذا تم إنشاء سلطات الضبط المستقلة في إطار الانتقال من دولة الرفاهية إلى الدولة الضابطة، في الواقع لم تتراجع الدولة عن النموذج التقليدي المتمثل في التدخل المبدئي في الحقل الاقتصادي في إطار التنظيم المؤسساتي الذي يسوده مبدأ مركزية صنع القرار. وعليه تعتبر أداة السلطات الضابطة من بين الأدوات التي لجأ إليها المشرع من أجل إخفاء الطابع الرمزي للإصلاحات الاقتصادية التي بادرت بها السلطات العمومية. نتيجة لهذه الوضعية نكتشف الطابع التجميلي للسلطات الضابطة التي لا تتمتع بأي قدر من الاستقلالية بالإضافة إلى تجميد البعض منها أو توسيع تشكيلتها إلى ممثلين عن السلطة التنفيذية. إن دل ذلك على شيء إنما يدل عن تراجع السلطات العمومية عن الاتجاه نحو تحرير الاقتصاد الوطني مما تسبب في تهميش السلطات الضابطة التي تمر بأزمة هيكلية وحلول السلطة التنفيذية محل هذه السلطات في ممارسة وظيفة الضبط الاقتصادي.

⁶⁵ المادة 4 من المرجع نفسه.

⁶⁶ La régulation « requiert des compétences techniques élevées » et à ce titre, les autorités de régulation sont « composées d'experts proches des techniques sectorielles », Marie-Anne FRISON-ROCHE, « Les autorités administratives indépendantes : Distorsion ou réforme de l'Etat ? », in Jean-Paul BETBEZE et al. (dir.), *Quelles réformes pour sauver l'État ?*, Presses Universitaires de France, Cahiers du Cercle des économistes, 2011, p. 130.

يسجل هكذا الانتقال من نموذج الضبط الاقتصادي المستقل الذي تمارسه سلطات الضبط المستقلة التي تعتمد على خبراء ضمن تشكيلتها إلى نموذج الضبط الإداري إذ تسند وظيفة الضبط الاقتصادي والمالي إلى وزراء وموظفين ممثلين للسلطة التنفيذية. نتيجة لهذا الوضع نكتشف العلاقة الوثيقة بين إحداث سلطات ضابطة مستقلة وطبيعة النظام السياسي السائد حيث يتطلب الضبط الاقتصادي المستقل القضاء على النظام الاستبدادي الذي يهيمن على الاقتصاد والمجتمع وتعويضه بنظام يقوم على أسس الديمقراطية وتوزيع الاختصاص في عملية صنع القرار كي تكون السلطة الضابطة المستقلة في وضعية محايدة تسمح لها بضمان التوازنات الضرورية التي يقتضيها اقتصاد السوق.

الاختصاص التنظيمي الممنوح لسلطتي ضبط قطاع الإعلام

زقموط فريد (1)

(1) أستاذ محاضر قسم "ب"، كلية الحقوق والعلوم السياسية،
مخبر البحث حول فعالية القاعدة القانونية، جامعة عبد
الرحمان ميره، بجاية، 06000 الجزائر.
البريد الإلكتروني: zegmoutfarid@gmail.com

المخلص:

لقد أدى التطور العلمي والتكنولوجي إلى ظهور مجالات جديدة تتسم بالطابع الفني والتقني، نظرا لذلك أصبحت الإدارة الكلاسيكية عاجزة على تسيير وإدارة العديد من القطاعات الاقتصادية والخدماتية ومن بينها قطاع الإعلام، وبالتالي إنشاء السلطات الإدارية المستقلة جاء لسد هذا العجز من خلال منحها صلاحيات ضببية واسعة ووسائل قانونية جد هامة على غرار الاختصاص التنظيمي، فتوفر عاملي الخبرة والكفاءة بالتأكيد يفضي إلى اتخاذ قرارات تخدم المصلحة الاقتصادية العامة.

لكن للأسف لم يحظى الاختصاص التنظيمي بالقدر الكافي من العناية مثل ما كان الحال عليه في ظل قانون الإعلام 90-07، حيث عرف تضيق في المهام التنظيمية الممنوحة سواء لسلطة ضبط الصحافة المكتوبة أو سلطة ضبط السمعي البصري.

الكلمات المفتاحية: الضبط - الاختصاص التنظيمي - الإعلام - إزالة التنظيم

تاريخ إرسال المقال: 2021/05/02، تاريخ مراجعة المقال: 2021/12/16، تاريخ نشر المقال: 2021/12/31.

لتهميش المقال: زقموط فريد، الاختصاص التنظيمي الممنوح لسلطتي ضبط قطاع الإعلام، "المجلة الأكاديمية للبحث القانوني"، المجلد 12، العدد 03، السنة 2021، ص ص. 41-57.

<https://www.asjp.cerist.dz/en/PresentationRevue/72>

المقال متوفر على الرابط التالي:

المؤلف المراسل: زقموط فريد، zegmoutfarid@gmail.com

المجلد 12، العدد 03-2021.

زقموط فريد، الاختصاص التنظيمي الممنوح لسلطتي ضبط قطاع الإعلام، ص ص. 41-57.

The Regulatory Power of Media Regulatory Authorities

Summary:

Due to the scientific and technological development and the emergence of new areas of technical nature, the traditional administration has become unable to manage many economic and service sectors, including the media sector, and thus the establishment of independent administrative authorities came to fill this gap by granting them broad regulatory competences and very important legal instruments, similar to the regulatory competence.

The availability of criteria of experience and competence certainly leads to the taking of decisions that serve the general economic interest, but unfortunately, this (regulatory) competence has not been the subject of sufficient attention, as was the case under Law 90-07, where it knew a narrowing of regulatory competencies entrusted to either the regulatory authority of the print media or the regulatory authority of the audiovisual.

Keywords:

Regulation - regulatory competence - media- deregulation.

Le pouvoir réglementaire des autorités de régulation des médias

Résumé:

En raison du développement scientifique et technologique et de l'émergence de nouveaux domaines de nature technique, l'administration classique est devenue incapable de gérer de nombreux secteurs économiques et de services, y compris le secteur des médias, et ainsi la mise en place d'autorités administratives indépendantes est venue combler ce déficit en leur accordant de larges compétences régulatrices et des instruments juridiques très importants, notamment la compétence réglementaire.

La disponibilité de critères d'expérience et de compétence conduit certes à la prise de décisions qui servent l'intérêt économique général, mais malheureusement, cette compétence (réglementaire) n'a pas fait l'objet d'une attention suffisante, comme c'était le cas en vertu de la loi 90-07, où il connaissait un rétrécissement des compétences réglementaires confiées, que ça soit à l'autorité de régulation de la presse écrite ou à l'autorité de régulation de l'audiovisuel.

Mots clés:

régulation, compétence réglementaire, médias, déréglementation

مقدمة

يعتبر مجال الإعلام من المجالات المرتبطة بالخدمات، فصحة ونزاهة المعلومة تكتسي طابعاً خاصاً من الأهمية كونها المرشد الحقيقي والفعال في خدمة المصلحة العامة للدولة سواء من الناحية الاقتصادية، السياسية والاجتماعية، لذا يعدّ من المجالات الأولى التي تمّ تحريرها للمنافسة.

وقد مرّ قطاع الإعلام بعدّة مراحل منذ الاستقلال إلى يومنا هذا مروراً من الاحتكار الكلي للدولة في توجيه هذا القطاع على غرار القطاعات الاقتصادية، المالية والخدماتية الأخرى، فبعد الاستقلال لم يعرف قطاع الإعلام أيّ اهتمام دستوري أو تشريعي إلى غاية 1976 بصور الميثاق الوطني الذي نوّه إلى الدور الاستراتيجي الذي تلعبه وسائل الإعلام في خدمة أهداف التنمية، وحرص على ضرورة إصدار قوانين تشمل جميع جوانب القطاع⁽¹⁾، وأكثر من ذلك اعتبره ميثاق 1986 قطاع استراتيجي يتّصل بالسيادة الوطنية، ويؤدي دوراً أساسياً في معركة التنمية الوطنية⁽²⁾.

وقد عرف قانون الإعلام النور لأول مرة في عهد الاشتراكية في سنة 1982⁽³⁾ في ظلّ دستور 1976 والميثاق الوطني لـ 1976، والذي أُعتبر بمثابة قطاع من قطاعات السيادة الموضوع تحت قيادة الحزب الواحد (جبهة التحرير الوطني)⁽⁴⁾.

وعليه يعد مجال الإعلام في هذه المرحلة من المجالات المحكّرة من قبل الدولة، وبالتالي تقييد إن لم نقل غلق الطريق أمام المنافسة مع القطاع الخاص، وبقي مصدر المعلومة محصور في يد المؤسسات العمومية الوطنية المختصة في مجال السمع البصري وكذا الصحافة المكتوبة.

صنّف مجال الإعلام بعد إزالة التنظيم نتيجة تخلي الدولة عن سياسة التسيير الموجه ضمن النواة الأولى للإصلاحات التي تبناها المشرع الجزائري في بداية التسعينات بصور القانون رقم 90-07⁽⁵⁾ الذي حمل إصلاحات عميقة شملت حتى إعادة النظر في البناء المؤسساتي لهذا القطاع من خلال إنشاء المجلس الأعلى للإعلام، الذي تمّ تكييفه على أنّه سلطة إدارية مستقلة.

¹ - أمر رقم 76-57 مؤرخ في 05 جويلية 1976، يتضمن نشر الميثاق الوطني، ج ر عدد 61، صادر في 30 جويلية 1976.

² - مرسوم رقم 86-22 مؤرخ في 09 فيفري 1986، يتعلق بنشر الميثاق الوطني، ج ر عدد 07، صادر في 16 فيفري 1986.

³ - قانون رقم 82-01 مؤرخ في 06 فيفري سنة 1982، يتضمن قانون الإعلام، ج ر عدد 06، صادر في 09 فيفري 1982 (ملغى).

⁴ - المادة الأولى من المرجع نفسه.

⁵ - قانون رقم 90-07 مؤرخ في 03 أبريل 1990، يتعلق بالإعلام، ج ر عدد 14، صادر في 04 أبريل 1990، معدل ومتمم بموجب المرسوم التشريعي رقم 93-13 مؤرخ في 26 أكتوبر 1993، يخصّ بعض أحكام القانون رقم 90-07 مؤرخ في 03 أبريل 1990 ج ر عدد 69، صادر في 27 أكتوبر 1993 (ملغى).

تظهر أهمية تحرير هذا القطاع في الدور الذي يلعبه في توجيه الرأي العام في زمن يعرف انتشار واسع للمعلومة الفكرية وتطور كبير في وسائل الإعلام، فاتجاه الجزائر نحو التفتح الاقتصادي لن يتم إلا من خلال حماية الحقوق والحريات العامة والخاصة عن طريق الإعلام، فالديمقراطية والشفافية في المعاملات الاقتصادية التي وصلت إليه الدول المتقدمة مرّ عبر ضبط مجال الإعلام بعد انساب الدولة وترك المجال أمام أجهزة متخصصة تملك الكفاءة والخبرة اللازمة في الموازنة بين حقوق المتعاملين في مجال الإعلام من جهة، وإيصال المعلومة إلى الجمهور وضمان صحتها من جهة أخرى.

وقد اعتمد المشرع الجزائري في ظلّ قانون 90-07 على الأحادية المؤسساتية في ضبط كافة الجوانب المرتبطة بقطاع الإعلام، أي أنّ مجال السمع البصري ومجال الصحافة المكتوبة موضوعة على حدّ سواء تحت وصاية المجلس الأعلى للإعلام، لكن تأزم الأوضاع الأمنية في بداية التسعينيات وإعلان حالة الطوارئ عجل في حلّ المجلس⁽⁶⁾، وعاد القطاع إلى أسلوب التسيير الإداري الكلاسيكي من خلال إسناد مهمة تسييره وتنظيمه إلى السلطة التنفيذية ممثلة في الوزير المكلف بالاتصال⁽⁷⁾.

بقي الوضع على حاله إلى غاية انتهاء الظرف الأمني الاستثنائي ورفع حالة الطوارئ، الذي صاحب ميلاد صفحة جديدة لقطاع الإعلام في الجزائر بداية من 2012 بصدور القانون 12-05 المتعلق بالإعلام⁽⁸⁾، والذي أنشأ سلطتين إداريتين، الأولى مكلفة بضبط الصحافة المكتوبة والأخرى مختصة بضبط مجال السمع البصري، مع الإشارة أنّ هذه الأخيرة لم يتم توضيح مهامها وصلاحياتها إلى غاية صدور قانون السمع البصري في 2014⁽⁹⁾.

إنشاء السلطات الإدارية المستقلة في مجال الإعلام وفي غيره من المجالات جاء لسد عجز الإدارة الكلاسيكية عن تحقيق المردودية والفعالية في العديد من القطاعات التي تنتم بالطابع الفني أو التقني، وبغرض تحقيق ذلك فقد تمّ منحها صلاحيات ضبطية واسعة ووسائل قانونية جدّ هامة⁽¹⁰⁾ على غرار الاختصاص التنظيمي، فتوفر عاملي

⁶ - تمّ حلّ المجلس الأعلى للإعلام بموجب المادة الأولى من المرسوم التشريعي رقم 93-13، يخصّ بعض أحكام القانون رقم 90-07، والمتعلق بالإعلام، مرجع سابق.

⁷ - المادة 02 من المرجع نفسه.

⁸ - قانون عضوي رقم 12-05 مؤرخ في 12 جانفي 2012، يتعلق بالإعلام، ج ر عدد 02، صادر في 15 جانفي 2012.

⁹ - قانون رقم 14-04 مؤرخ في 24 فيفري 2014، يتعلق بنشاط السمع البصري، ج ر عدد 16، صادر في 23 مارس 2014.

¹⁰ - في مجال الاختصاص القمعي لسلطة ضبط السمع البصري راجع في ذلك:

- العايب سامية ورقطي منيرة، « التأطير القانوني للاختصاص القمعي لسلطة ضبط السمع البصري في التشريع الجزائري - القرارات والمنازعات »، مجلة الاجتهاد القضائي- مخبر أثر الاجتهاد القضائي على حركة التشريع- جامعة محمد خيضر بسكرة، عدد 01، 2020، ص.ص. 501-518.

الخبرة والكفاءة بالتأكيد يفضي إلى اتخاذ قرارات تخدم المصلحة الاقتصادية العامة، لكن للأسف فهذا الاختصاص (التنظيمي) لم يحظى بالقدر الكافي من العناية مثل ما كان الحال عليه في ظل قانون الإعلام 90-07، حيث عرف تضيق في المهام التنظيمية الممنوحة سواء لسلطة ضبط الصحافة المكتوبة أو سلطة ضبط السمعي البصري. وعليه نتساءل عن مدى مساهمة سلطتي ضبط مجال الإعلام في العمل التنظيمي؟ وللإجابة على الإشكالية المطروحة قسمنا موضوع الدراسة إلى قسمين: حيث سنتطرق إلى المقصود بالاختصاص التنظيمي الممنوح للسلطات الإدارية المستقلة (المبحث الأول)، إلى جانب تبيان مضمون الاختصاص التنظيمي الممنوح لسلطتي ضبط مجال الإعلام (المبحث الثاني).

المبحث الأول: المقصود بالاختصاص التنظيمي الممنوح للسلطات الإدارية المستقلة

تطرح طبيعة المهام والصلاحيات الممنوحة للسلطات الإدارية المستقلة إشكالات قانونية أكبر فيتبن من خلال البحث عن الاختصاص التنظيمي باعتباره موضوع دراستنا أنه من الصلاحيات الحصرية للسلطة التنفيذية بمنظور الدستور⁽¹¹⁾، إلا أنّ المشرع الجزائري على غرار مشرعي الدول الأخرى منح لبعض السلطات الإدارية المستقلة صلاحية سنّ قواعد عامة ومجردة كل في مجال اختصاصها، عليه يجب البحث في تعريف الاختصاص التنظيمي الممنوح للسلطات الإدارية المستقلة (أولاً) و بعدها التطرق إلى الخصائص التي يتميز بها (ثانياً).

أولاً: تعريف الاختصاص التنظيمي الممنوح للسلطات الإدارية المستقلة

يتمثل الاختصاص التنظيمي الممنوح للسلطات الإدارية المستقلة في تلك: «الوسيلة القانونية الممنوحة لبعض السلطات في حدود النصوص التشريعية المنشئة لها قصد تمكينها من ضبط النشاطات الاقتصادية، المالية والخدماتية، كل سلطة وحسب المجال الخاص بها».

لم يحظى تعريف الاختصاص التنظيمي الممنوح للسلطات الإدارية المستقلة بالقدر الكافي من الدراسة الفقهية والقضائية في الجزائر، على عكس القانون المقارن الذي حاول تقديم نظرة واضحة حول هذا الاختصاص (أ)، كما تدخل القضاء في أكثر من مرة لتوضيح أبعاده وإضفاء طابع المشروعية عليه ما دام أنه حالة استثنائية عن الأصل، فالقانون وبالتحديد الدستور لا يعترف إلا بالاختصاص التنظيمي الأصيل للسلطة التنفيذية (ب).

¹¹ - المادة 99 و 143 من دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية 28 نوفمبر 1996 المنشور بموجب المرسوم الرئاسي رقم 96-438 مؤرخ في 07 ديسمبر 1996 ج ر عدد 76 صادر بتاريخ 08 ديسمبر 1996، معدل ومتم بقانون رقم 02-03 مؤرخ في 10 أبريل 2002، ج ر عدد 25 صادر بتاريخ 14 أبريل 2002، وقانون رقم 08-19 مؤرخ في 15 نوفمبر 2008، ج ر عدد 63 صادر بتاريخ 16 نوفمبر 2008، وقانون رقم 16-01، مؤرخ في 06 مارس 2016، ج ر عدد 14، صادر في 07 مارس 2016.

أ- التعريف الفقهي

يَعتبر الفقه المقارن أنّ ظهور السلطة التّظيمية الفرعية يقترن بتغيّر أساليب تدخل الدّولة وظهور مصطلح الضّبط بمفهومه الواسع (القانوني، الاقتصادي والاجتماعي) ممّا يحتمّ إيجاد وسائل قانونية جديدة تهتم بعنصر الفعالية في تسيير وإدارة أنشطة الحياة التي أصبحت معقدة والتي لا تستجيب للنّمط الإداري الكلاسيكي⁽¹²⁾.

يعترف الرأي الفقهي العام اليوم أنّ ظهور السلطة التّظيمية الفرعية ما هي إلاّ غاية تبررها إزالة التّظيم وإنشاء السلطات الإدارية المستقلة⁽¹³⁾، وهو بذلك نوع من أنواع التّفويض غير المباشر للصلاحيات التّظيمية المنصوص عليها في الدّستور باعتبارها عمل مكمل لتلك التي تمارسها السلطة التّفيذية⁽¹⁴⁾.

في هذا الإطار، تدخل الفقه المقارن وحاول وضع حدّ فاصل بين السلطة التّظيمية المنصوص عليها في الدّستور، وتلك الممنوحة للسلطات الإدارية الفرعية، فاعتبر الأولى صلاحيات ووطنية أمّا الثانية فاعتبرها محلية⁽¹⁵⁾، والبعض الآخر اعتبر الأولى عامة والثانية خاصة⁽¹⁶⁾ وفي جميع الحالات تبقى الصلاحيات التّظيمية الممنوحة للسلطات الإدارية المستقلة حالة استثنائية عن الأصل وليست وجه آخر للسلطة التّظيمية المنصوص عليها في الدّستور.

¹²- «... Sans doute cette normativité nouvelle offre-t-elle moyens et l'occasion d'une modernisation des modes de gestion de nos sociétés», TIMSIT (G), « La régulation : la notion et le phénomène », RFAP., n°109, 2004, p.11.

¹³- Voir, ZOUAÏMIA (R), *Les autorités de régulation indépendantes dans le secteur financier en Algérie*, éd. Houma, 2005, p. 30 et ss ; du même auteur, « Réflexions sur le pouvoir réglementaire des autorités administratives indépendantes », RC DSP., n° 02, 2011, pp. 7-39.

Sur la question en France Voir, HAQUET (A), « Le pouvoir réglementaire des autorités administratives indépendantes. Réflexions sur son objet et sa légitimité », in Yves Charles Zarka (s/dir), *Repenser la démocratie*, Armand Colin, Paris, 2010, pp. 447-471; LEFEBVRE (J), « Un pouvoir réglementaire à géométrie variable », in Nicole Decoopman (s/dir.), *Le désordre des autorités administratives indépendantes. L'exemple du secteur économique et financier*, PUF, Coll. Ceprisca, Paris, 2003, pp. 97-110; FAURE (B), « La crise du pouvoir réglementaire : entre ordre juridique et pluralisme institutionnel », AJDA., 1998, p. 547. <http://bu.dalloz.fr>; FAURE (B), « Le problème du pouvoir réglementaire des autorités administratives secondaires », LNCCC., n° 19, 2006, p. 05. www.conseil-constitutionnel.fr

¹⁴- DeMONTALIVET (P), « Constitution et autorités de régulation », RDP., n°2, 2014, p.316.

¹⁵- CHAVRIER (G), *Le pouvoir normatif local : enjeux et débats*, LGDJ., lextenso éd., 2011, p.118 et 119 ; DREYFUS (J-D), « Constitution et compétences normatives économique des collectivités locales », LPA n°16, 2009, p.14 ; FAURE (B), « La crise du pouvoir réglementaire : entre ordre juridique et pluralisme institutionnel », Op.cit., p.547.

¹⁶- ZOUAÏMIA (R), *Les instruments juridiques de la régulation économique en Algérie*, Edition Belkeise, 2012, p.106 ; sur la question en France voir, TEITGEN-COLLY (C), « Pour une nouvelle définition de la norme », RD., 1988, p.268.

فصلاحيات التنظيم الممنوحة لسلطات الضبط استثنائية وتبعية، مقارنة مع تلك الممنوحة في الدستور للوزير الأول على اعتبار أن المؤسس الدستوري سمح لهذا الأخير بالتدخل في جميع المجالات، وبالتالي يجب أن تكون مجالات التنظيم الممنوحة للسلطات الإدارية المستقلة محدّدة مسبقاً من قبل المشرع⁽¹⁷⁾، والتي لا يمكن مخالفتها وإلا اعتبر ذلك تعدياً أو خروج عن السلطة (Exit de pouvoir)⁽¹⁸⁾، ولا يعدّ الطابع المحدود والاستثنائي ميزة خاصة بالسلطات الإدارية المستقلة، فقد سبق للقضاء الإداري الفرنسي وأن تدخل في عدّة مناسبات وأقرّ بضرورة الاعتراف بالسلطة التنظيمية الخاصة على غرار تلك التي يمارسها الوزراء⁽¹⁹⁾.

نشير في الأخير إلى نقطة مهمة وهي أن الفقه من خلال مختلف المراجع التي تطرقت إلى السلطة التنظيمية غير المنصوص عليها في الدستور يستعمل مصطلحات مختلفة فهناك من يسميها بالسلطة التنظيمية الفرعية أو الثانوية وهناك آخرون يسمونها بالسلطة التنظيمية الخاصة والرأي الآخر يطلقون عليها السلطة التنظيمية المحلية... إلا أن معناها يبقى واحد، وهي السلطة التنظيمية التي تمارسها السلطات أو الهيئات وحتى بعض المنظمات غير السلطة التنفيذية ومنها السلطات الإدارية المستقلة⁽²⁰⁾.

ب- التعريف القضائي

وبعكس القضاء الجزائري فقد تدخل القضاء الغربي على غرار المجلس الدستوري الفرنسي وفي أكثر من مناسبة وأكد أن مهام وصلاحيات السلطات الإدارية المستقلة، لا تشكل خرقاً لأحكام الدستور⁽²¹⁾، فنجد أنه اعترف بالاختصاص التنظيمي الممنوح لبعض سلطات الضبط واستبعد الدفوع المثارة حول المادة 21 من الدستور الفرنسي، وذهب في تبريره حول ذلك إلى القول: "بأنه لا يشكل عائقاً إذا منح المشرع لسلطة أخرى في الدولة غير الوزير الأول، صلاحية سن أنظمة..."⁽²²⁾ ومن هذا المنطلق أكد المجلس الدستوري في العديد من قراراته على مشروعية الاختصاص التنظيمي لبعض السلطات على غرار المجلس الأعلى للإعلام (CSA)⁽²³⁾،

¹⁷- De MONTALIVET (P), Op.cit., p.316.

¹⁸- Cons. Const., n° 86-217 DC, Op.cit.

¹⁹- CATHERINE (TH), Op.cit., p. 30.

²⁰- FAURE (B), « Le problème du pouvoir réglementaire des autorités administratives secondaires », Op.cit., p. 05.

²¹- للتفصيل أكثر راجع في ذلك:

CATHERINE (TH), *Le pouvoir réglementaire des autorités administratives indépendantes*, DEA de droit public interne, Université Panthéon-Assas (Paris II), 1999, p. 18 et ss.

²²- Cons. Const., n° 89-248 DC, 17 Janvier 1989, consid.2 ; Cons. Const., n°86-217,DC 18 Septembre 1986.

²³- Cons. Const., n° 89-248 DC, Op.cit ; Cons. Const., n°86-217, Op.cit.

وسلطة ضبط الاتصالات (ART)⁽²⁴⁾، وبالتالي يعتبر تدخل المجلس الدستوري بمثابة اعتراف أو إقرار بالسلطة التنظيمية الفرعية أو الثانوية وهو في نفس الوقت تعريف وتوضيح لهذا الاختصاص حيث فرق بين الاختصاص التنظيمي الأصلي والأصيل للوزير الأول، والاختصاص التنظيمي الفرعي أو الثانوي الذي يبقى محصور في مسائل محددة والذي لا ينافس الصلاحيات التنظيمية المنصوص عليها في الدستور.

ثانياً: خصائص الاختصاص التنظيمي الممنوح للسلطات الإدارية المستقلة

يلعب الفقه والقضاء دور مهم في تحديد طبيعة الاختصاص التنظيمي الممنوح للسلطات الإدارية المستقلة، وأفرده بثلاث خصائص أساسية تجعله مختلفاً عن السلطة التنظيمية المنصوص عليها في الدستور، الخاصة الأولى تتمثل في التقنية (أ)، والثانية تتعلق بالمحدودية (ب)، وأخيراً استثنائية (ج).

أ- الطبيعة الفنية أو التقنية (La nature technique)

إنّ الحاجات الاجتماعية المتزايدة وظهرت مجالات جديدة ومعقدة لم تكن معروفة من قبل، من الأمور التي حتمت على تطوير أساليب التنظيم الإداري⁽²⁵⁾، واعتبر الفقه أنّ الطريقة التقليدية في إصدار القرارات الإدارية الانفرادية (Unilatéraux) أصبح لا يلي الحاحيات التنظيمية في المجالات التقنية والمعقدة، وهذا ما أدى إلى بروز نوع جديد للقواعد التنظيمية وهي القواعد التقنية (Normes techniques) التي تهتم بإضفاء الديمقراطية والشفافية بإشراك الأطراف الفاعلة في وضع النصوص التنظيمية⁽²⁶⁾.

تشمل الصلاحيات التنظيمية الممنوحة للسلطات الإدارية المستقلة المجالات التقنية المتعلقة بمجال نشاطها، والذي يظهر في قراراتها وأنظمتها التي أعدتها في هذا الخصوص، نجد مثلاً الأنظمة التي اتخذتها لجنة تنظيم عمليات البورصة ومراقبتها تشمل على المسائل التقنية والفنية المتعلقة بحسن سير سوق القيم

²⁴- Cons. Const., n° 2004-497 DC, 01 Juillet 2004, consid.6-8.

²⁵- CASSIN (F), *Le rôle des autorités administratives indépendantes au regard des libertés fondamentales*, Thèse pour le doctorat en droit, Université Panthéon-Assas (Paris II), 1995, p.247 et ss.

²⁶-FARINELLI (M-L), « La norme technique : une source du droit légitime ? », *RFDA.*, 2005, p.738.

وشفافيتها وتحديد شروط الدّخول لسوق البورصة⁽²⁷⁾، كما نجد أيضا أنظمة سلطة ضبط البريد والمواصلات السلكية واللاسلكية تهتم أكثر بالمسائل التقنية⁽²⁸⁾، لذا فطغيان الصفة الفنية في المجالات التي تنظمها السلطات الإدارية المستقلة أكبر دليل ومبرر في منحها الصلاحيات التنظيمية، باعتبار أنّ السلطة التنفيذية يغلب عليها الطابع السياسي ولا تتوفر لديها الكفاءة، السرعة والفعالية اللازمة للقيام بذلك⁽²⁹⁾.

عليه فإنّ التّنظيم العام للمجال الاقتصادي عمل من أعمال السلطة التنفيذية، لكن تدقيقها وتمحيصها يبقى من الصلاحيات التقنية التي تختص بها السلطة الإدارية المستقلة المعنية بالقطاع.

²⁷ - من بين الأنظمة التي أعدتها اللجنة نذكر على سبيل المثال:

- النظام نظام لجنة تنظيم عمليات البورصة ومراقبتها رقم 96-02، مؤرخ في 22 جوان 1996، يتعلق بالإعلام الواجب نشره من طرف الشركات التي تلجأ علانية إلى الإذخار عند إصدارها قيما منقولة، ج ر عدد 36، صادر في 01 جوان 1997.
 - نظام لجنة تنظيم عمليات البورصة ومراقبتها رقم 96-03 يتعلق بشروط اعتماد الوسطاء في عمليات البورصة وواجباتهم ومراقبتهم، ج ر عدد 36، صادر في 01 جوان 1997.
 - نظام لجنة تنظيم عمليات البورصة ومراقبتها رقم 97-01، مؤرخ في 18 نوفمبر 1997، يتعلق بمساهمة وسطاء عمليات البورصة في رأسمال شركة إدارة بورصة القيم المنقولة، ج ر عدد 87، صادر في 29 سبتمبر 1997.
 - نظام لجنة تنظيم عمليات البورصة ومراقبتها رقم 97-02، مؤرخ في 18 نوفمبر 1997، يتعلق بشروط تسجيل الأعوان المؤهلين للقيام بتداول القيم المنقولة في البورصة، ج ر عدد 87، صادر في 29 سبتمبر 1997.
 - نظام لجنة تنظيم عمليات البورصة ومراقبتها رقم 97-03 مؤرخ في 18 نوفمبر 1997، يتعلق بسيرورصة القيم المتداولة، ج ر عدد 87، صادر في 29 ديسمبر 1997.
 - نظام لجنة تنظيم عمليات البورصة ومراقبتها رقم 97-05، مؤرخ في 25 نوفمبر 1997، يتضمن إتفاقية فتح الحساب بين الوسطاء في عمليات البورصة وزبائنهم، ج ر عدد 87، صادر في 29 ديسمبر 1997، ملغى بموجب النظام رقم 03-02 مؤرخ في 18 مارس 2003، يتعلق بمسك وحفظ السندات، ج ر عدد 73، صادر في 30 نوفمبر 2003.
 - نظام لجنة تنظيم عمليات البورصة ومراقبتها رقم 98-01 مؤرخ في 15 أكتوبر 1998، يحدد قواعد حساب العمولات المحصلة من قبل لجنة تنظيم عمليات البورصة ومراقبتها، ج ر عدد 93، صادر في 13 سبتمبر 1998.
- ²⁸ - أنظر على سبيل المثال:

Cahier des charges définissant les conditions et modalités d'établissement et d'exploitation des services Internet, In ARPT, Rapport annuel, 2001, www.arpt.dz/

²⁹ - « L'administration classique, nécessite l'intervention d'organes investis d'une mission de régulation globale qui fait appel à la mise en œuvre de pouvoirs multiples et variés... C'est à l'une des critères de rapidité et d'adaptation à l'évolution des besoins des acteurs et des marchés que se mesure en effet l'efficacité de l'intervention de l'Etat », ZOUAÏMIA (R), *Les instruments juridiques de la régulation économique en Algérie*, Op.cit., p.9.

ب-الصفة الاستثنائية والمحدودة (La nature exceptionnelle et limitée)

يعدّ الاختصاص التنظيمي من الصلاحيات المنصوص عليها في الدستور الممنوحة للسلطة التنفيذية بصفة حصرية، لكن رغم ذلك أجاز المشرع عن طريق النصوص التشريعية لبعض السلطات الإدارية المستقلة بممارسة الصلاحيات التنظيمية، وقد تدخل الفقه والقضاء وأقرّ بجواز ذلك باعتبارها حالة استثنائية عن الأصل وأن لا تتعدى الحدود المرسومة لها قانوناً.

لذا يُلاحظ أنّ المشرع ومن خلال النصوص القانونية، دائماً ما يورد المواضيع التي يمكن لسلطة من السلطات الإدارية المستقلة تنظيمها⁽³⁰⁾، ويعدّ كل خروج عن النص بمثابة قرار إداري قابل للبطان، وهذا ما يميّزها عن السلطة التنظيمية المنصوص عليها في الدستور، حيث ترك المؤسس الدستوري السلطة التقديرية المطلقة في وضع النصوص التنظيمية.

³⁰ - راجع على سبيل المثال:

- المادة 62 من أمر رقم 03-11 مؤرخ في 26 أوت 2003، يتعلق بالنقد والقرض، ج ر عدد 52، صادر في 27 أوت 2003، معدّل ومنتّم بموجب الأمر رقم 09-01 مؤرخ في 22 جويلية 2009، يتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2009، ج ر عدد 44، صادر في 26 جويلية 2009، والأمر رقم 10-04 مؤرخ في 26 أوت 2010، ج ر عدد 50، صادر في 01 سبتمبر 2010، معدّل ومنتّم بموجب القانون رقم 13-08 مؤرخ في 30 ديسمبر 2013، يتضمن قانون المالية لسنة 2014، ج ر عدد 68، صادر في 31 ديسمبر 2013، معدّل ومنتّم بموجب القانون رقم 17-10 مؤرخ في 11 أكتوبر 2017، ج ر عدد 57، صادر في 12 أوتبر 2017؛
- المادة 31 من المرسوم التشريعي 93-10، مؤرخ في 23 ماي 1993، يتعلّق ببورصة القيم المنقولة، ج ر عدد 34، صادر في 23 ماي 1993، معدّل ومنتّم بالأمر رقم 96-10 مؤرخ في 10 جانفي 1996، ج ر عدد 03، صادر في 14 جانفي 1996، والقانون رقم 03-04 مؤرخ في 17 جانفي 2003 ج ر عدد 11، صادر في 19 فيفري 2003 (استدراك في ج ر عدد 32، صادر في 07 ماي 2003)؛
- المادة 115 من قانون 02-01، مؤرخ في 05 فيفري 2002، يتعلق بالكهرباء وتوزيع الغاز عبر القنوات، ج ر عدد 08، صادر في 06 فيفري 2002، معدّل ومنتّم بموجب القانون رقم 14-10 مؤرخ في 30 ديسمبر 2014، يتضمن قانون المالية لسنة 2015، ج ر عدد 78، صادر في 31 ديسمبر 2014؛
- المواد 13 و39 و64 من الأمر 2000-03 مؤرخ في 05 أوت 2000، يحدّد القواعد العامة المطبقة على البريد والمواصلات السلوكية واللاسلكية، ج ر عدد 48، صادر في 06 أوت 2000، معدّل ومنتّم بموجب القانون رقم 06-24 مؤرخ في 26 ديسمبر 2006 يتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2007، ج ر عدد 85، صادر في 27 ديسمبر 2006، معدّل ومنتّم بموجب القانون رقم 14-10 مؤرخ في 30 ديسمبر 2014، يتضمن قانون المالية لسنة 2015، ج ر عدد 78، صادر في 31 ديسمبر 2014.

لكن نشير إلى أنّ ما ذكر أعلاه لا ينطبق في جميع الحالات فيما يخص السلطات الإدارية المستقلة في الجزائر، وذلك لعدم تقيد العديد من السلطات بالمجالات المحددة لها من قبل المشرع أو بممارسة البعض منها للصلاحيات التنظيمية دون أن يمنحها إياها المشرع إمكانية ذلك.

لذا فالصفة الاستثنائية والحصرية عاملان أساسيان في السلطة التنظيمية الممنوحة للسلطات الإدارية المستقلة والقول بغير ذلك يعني خلق نوع جديد من السلطة التنظيمية وهذا ما يتعارض مع مبدأ المشروعية باعتبار الدستور لا يعترف إلا لسلطة واحدة بممارسة الاختصاص التنظيمي⁽³¹⁾.

المبحث الثاني: مضمون الاختصاص التنظيمي الممنوح لسلطة ضبط مجال الإعلام

يعد الاختصاص التنظيمي الممنوح لبعض السلطات الإدارية المستقلة من أهم الوسائل القانونية في ممارسة مهمة الضبط، لكن ليمارس هذا الاختصاص يجب أن يخضع لجملة من الشروط أهمها: أن يتم منح هذا الاختصاص بموجب نصّ قانوني، أيضا تحديد مجالات التدخل بمعنى هذا الاختصاص محدد في النصوص المنشئة للسلطات الإدارية المستقلة على سبيل الحصر، ويختلف من سلطة إلى أخرى سواء بالتوسيع فيه أو التضييق وذلك حسب احتياجات كل سلطة.

تفحص النصوص القانونية المنشئة للسلطات الإدارية المستقلة في القانون الجزائري يوحى أنّ هناك نوعين من الصلاحيات التنظيمية الممنوحة للسلطات الإدارية المستقلة بما في ذلك سلطتي ضبط مجال الإعلام (أولا). يعدّ تنظيم مجال الإعلام بالدرجة الأولى من أولويات السلطة التنفيذية، لكن ذلك لا يمنع من تخويل المشرع بعض الجوانب التنظيمية لسلطة ضبط الصحافة المكتوبة، وكذا سلطة ضبط السمعي البصري (ثانيا).

أولا: طبيعة الاختصاص التنظيمي الممنوح لسلطة ضبط مجال الإعلام

لقد زوّد المشرع الجزائري سلطتي ضبط مجال الإعلام مثلها مثل باقي السلطات بجملة من المهام والصلاحيات على غرار الاختصاص التنظيمي، لكن بصورة محتشمة لا ترتقي إلى أهمية القطاع وحجمه. بالعودة إلى النصوص المنشئة للسلطات الإدارية المستقلة نجد هناك:

أ- اختصاص تنظيمي مؤسس وصريح

وهذا ما جاء به قانون النقد والقرض وكذا قانون البورصة اللذان منحا صلاحيات تنظيمية واسعة وصريحة لمجلس النقد والقرض وكذا لجنة تنظيم عمليات البورصة ومراقبتها تشمل بالتقريب ضبط جل الجوانب المتعلقة بالجانب المالي والمصرفي وكذا البورصة.

³¹ - De MONTALIVET (P), Op.cit., p.316.

ب- اختصاص تنظيمي مقيد

خلافًا لما جاء في قانون النقد والقرض وقانون البورصة، نجد بعض السلطات على غرار سلطتي ضبط مجال السمعي البصري، تملك صلاحيات تنظيمية جد محدودة وتستقي بصفة ضمنية في مواد مشتتة تستلزم التعمق فيها لفهم طبيعة هذا الاختصاص وحدوده، هذا ما يترك المجال واسعًا للشك في طبيعة الصلاحيات التنظيمية الممنوحة لها، وكذا في ترك المجال أمام تدخل السلطة التنفيذية في أي وقت لضبطها.

ومن هنا نرى بأنّه من الضرورة النص صراحة على مجال اختصاص السلطات الإدارية المستقلة بشكل دقيق وواضح، لا يترك المجال أمام تداخل الاختصاص بين السلطات الإدارية المستقلة والسلطة التنفيذية من جهة، ومن جهة أخرى تجنب عرقلة حسن سير القطاع أو المرفق من خلال تزويد هذه السلطات بوسائل ضبط حقيقية ووفقًا لحاجتها قصد أداء المهام التي أوكلت لها.

إنّ محدودية الصلاحيات التنظيمية الممنوحة لسلطتي ضبط الإعلام وغيرها من السلطات دفع البعض من الهيئات إلى خلق صلاحيات تنظيمية غير منصوص ومسموح بها في النصوص المنشئة لها على غرار سلطة ضبط البريد والمواصلات السلكية واللاسلكية، وهذا شيء خطير يمس بمشروعية هذه الأنظمة بوصفها قرارات إدارية. فعدم دستورية الاختصاص التنظيمي قد تبرره ضرورات المصلحة الاقتصادية العامة، لكن عدم وجود أي أساس قانوني لممارسة صلاحية من الصلاحيات التي تدخل ضمن امتيازات السلطة العامة بالتأكيد يثير الكثير من الجدل ويشكل تعدياً أو خروج عن السلطة (Exit de pouvoir) (32).

ثانياً: أبعاد الاختصاص التنظيمي الممنوح لسلطتي ضبط مجال الإعلام**أ- سلطة ضبط الصحافة المكتوبة**

لم يلق الاختصاص التنظيمي دور مهم وعناية كافية على غرار الصلاحيات الأخرى الممنوحة لهذه السلطة، فيبقى مجال اختصاصها التنظيمي جدّ محصور ولا يتعدى ضبط إعانات ومساعدات الدولة وتوزيعها على مختلف أجهزة الصحافة (33)، وهذا ما جاء في المادة 40 من قانون 05-12 المتعلق بالإعلام بنصّها على ما يلي: «... - تحديد قواعد وشروط الإعانات والمساعدات التي تمنحها الدولة لأجهزة الإعلام، والسهر على توزيعها،...».

وإذا حاولنا مقارنة ذلك بقانون الإعلام لسنة 1990 نجد أنّ المشرع منح للمجلس الأعلى للإعلام المنحل صلاحيات تنظيمية أوسع، وتشمل العديد من الجوانب المرتبطة بخدمات الإعلام والمتمثلة في:

- إعداد دفاتر الشروط المتعلقة باستعمال الترددات الإذاعية الكهربائية والتلفزيونية (34).

³²- Cons. Const., n° 86-217 DC, Op.cit.

³³- ZOUAÏMIA(R), « Réflexions sur le pouvoir réglementaire des autorités administratives indépendantes », Op.cit., p.19.

³⁴- المادة 61 من قانون رقم 90-07، يتعلق بالإعلام، مرجع سابق.

- يبين بدقة كيفية تطبيق حقوق التعبير عن مختلف تيارات الآراء .
- يحدد بقراراته شروط إعداد النصوص والحصص المتعلقة بالحملات الانتخابية، وإصدارها، وإنتاجها، وبرمجتها ونشرها .
- يحدد قواعد الإعانات المحتملة، والمساعدات التي تمنحها الدولة للأجهزة الإعلامية التي تخولها صلاحيات الخدمة العمومية، والسهر على توزيعها العادل⁽³⁵⁾.

لذلك فقد أبقى المشرع فقط على إمكانية السلطة في ضبط تحديد قواعد الإعانات والمساعدات التي تمنحها الدولة لأجهزة الإعلام، ولا يعد ذلك ممارسة فعلية للاختصاص التنظيمي ما دام أنها لا تقوم بذلك بصفة دائمة وإنما تحديد قواعد الإعانات والمساعدات قد تصمد طويلاً⁽³⁶⁾ وبالتالي نتساءل عن سبب تغاضي المشرع عن منح صلاحيات تنظيمية أوسع لسلطة ضبط الصحافة المكتوبة في ظلّ قانون 05-12 المتعلق بالإعلام باعتبار أنّ المعلومة بصفة عامة أساس صحة ونزاهة المعاملات داخل المجتمع مهما كانت طبيعتها اقتصادية، تجارية وحتى اجتماعية⁽³⁷⁾.

أبعد من ذلك فلم يتم منحها حتى إمكانية استشارتها أثناء إعداد مشاريع القوانين والأنظمة المتعلقة بالإعلام عكس المشرع الفرنسي الذي منح صلاحيات استشارية واسعة للجنة الوطنية للإعلام والحريات (C.N.I.L) والتي تكون إلزامية في حالات محددة مثلاً تقديم رأيها في كلّ نصّ تنظيمي يرخص الأشخاص المعنوية المُسيّرة لمرفق عام، والتي تقوم بدراسة المعلومات المتعلقة بالإدانة، المخالفة وإجراءات الأمن⁽³⁸⁾.

ب- سلطة ضبط السمعى البصري

أنشئت سلطة ضبط السمعى البصري بموجب القانون 05-12 المتعلق بالإعلام وقد كتيها المشرع الجزائري على أنّها سلطة إدارية مستقلة بموجب المادة 64 منه، بغضّ النظر إلى العبارات التي استعملها " سلطة مستقلة "، لكن المادة 65 منه نصت على أنّ مهامها وصلاحياتها وكذا تشكيلتها وسيرها تحدّد بموجب القانون، وبعد مرور سنتين أي في 2014 صدر قانون السمعى البصري 04-14، الذي أكمل الشقّ المتعلق بمهام وصلاحيات هذه

³⁵- المادة 59 من قانون رقم 90-07، يتعلق بالإعلام، مرجع سابق.

³⁶- ZOUAÏMIA(R), « Réflexions sur le pouvoir réglementaire des autorités administratives indépendantes », Op.cit., p.19.

³⁷- ولهذا يقول :

SOFIE (P-A), *Le pouvoir réglementaire de la commission nationale de l'informatique et des libertés*, Thèse pour le doctorat en droit public, Université Panthéon-Assas (Paris II), 1993, p.10 ; « Si l'informatique, représente certainement un outil irremplaçable pour la gestion des activités humaines et pour l'accélération des connaissances, son utilisation, dans un même temps, peut se révéler dangereuse pour les droit fondamentaux de l'homme ».

³⁸- Ibid., p.07.

السلطة وكذا سيرها في المواد 54 وما يليها منه، وعليه فقد زوّدها المشرع بصلاحيات واسعة قسمت إلى المجالات التالية: الضبط، المراقبة، الاستشارة وأخيراً تسوية المنازعات⁽³⁹⁾.

عليه تتمتع سلطة ضبط السمعى البصري بصلاحيات تنظيمية متعلقة بمجال الضبط، حيث يمكن لها:

1- ضبط شروط تحسين الخدمة

تقتصر الصلاحيات التنظيمية المخوّلة لسلطة ضبط السمعى البصري في وضع القواعد والشروط التي تهدف إلى تحسين الخدمات المقدّمة للجمهور، من خلال إيصال البيانات وفق الشروط التي تحددها سلطة الضبط، أمّا الشروط العامة المتعلقة بالاستثمار في القطاع وضمان المنافسة النزيهة متروكة للتنظيم، أي تبقى من صلاحيات السلطة التنفيذية وهذا ما يمكن استخلاصه من قانون 04-14 الذي يسمح فقط لسلطة ضبط السمعى البصري بأن:

- تخصص الترددات الموضوعة تحت تصرفها من طرف الهيئة العمومية المكلفة بالبحث الإذاعي والتلفزي، من أجل إنشاء خدمات الإتصال السمعى البصري الأرضي.
- تحدد الشروط التي تسمح لبرامج الإتصال السمعى البصري، باستخدام الإشهار المقنع للمنتجات أو بثّ حصص الإقتناء عبر التلفزيون.
- تحدد القواعد المتعلقة ببث البيانات ذات المنفعة العامة الصادرة عن السلطات العمومية⁽⁴⁰⁾.

التمعن في مواد القانون 04-14 توحى إلى استحواد السلطة التنفيذية على التنظيم العام لمجال السمعى البصري، مع ترك الأمور التقنية والفنية فقط لسلط ضبط السمعى البصري، والدليل على ذلك إحالة المشرع في تطبيق العديد من المواد أو تحديد شروط ذلك إلى التنظيم، مثال على ذلك ما جاء في المادة 26 من القانون 04-14 حيث أحالت تحديد قيمة المقابل المالي من إنشاء خدمة الإتصال السمعى البصري وكيفيات دفعه إلى التنظيم، مثال آخر حول إعلان الترشح (الإجراءات والشروط)، أيضاً متروكة للتنظيم وفق ما جاء في المادة 22 من نفس القانون. كل هذه المؤشرات توحى إلى أنّ الدولة (السلطة التنفيذية)، لازالت تتحكم في ضبط مجال الإعلام بصفة عامة، وبالتالي عدم توفر إرادة حقيقية في التخلي عن تنظيمه لفائدة السلطات المتخصصة والتي تم إنشاؤها لهذا الغرض.

ونخلص إلى أنّ المشرع منح لسلطة ضبط السمعى البصري صلاحيات استشارية واسعة، من بينها إبداء رأيها حول كل مشروع نص تشريعي أو تنظيمي يتعلق بالنشاط السمعى البصري.

³⁹ - المواد 54 وما يليها من قانون 04-14، يتعلق بنشاط السمعى البصري، مرجع سابق.

⁴⁰ - المادة 55 من المرجع نفسه.

2- منح الرخصة

تعتبر الرخصة من قبيل القرارات الفردية التي تسمح للشخص المعنوي (عام أو خاص) ⁽⁴¹⁾، بممارسة خدمة من الخدمات المتعلقة بمجال السمع البصري.

تعدّ الرخصة بمفهوم قانون الإعلام وكذا قانون السمع البصري بمثابة العقد الذي تنشأ من خلاله خدمة للاتصال السمع البصري ⁽⁴²⁾، لكن تبقى طبيعة هذا العقد والآثار التي يربتها تطرح العديد من التساؤلات تستوجب توضيح أكثر حول ذلك ⁽⁴³⁾.

تدرج دراسة طلبات إنشاء الخدمة العمومية في مجال السمع البصري والبت فيها في صميم الصلاحيات الضبطية لسلطة ضبط السمع البصري ⁽⁴⁴⁾. كما تملك هذه الأخيرة صلاحية تنفيذ إجراء منح الرخصة بواسطة إعلان الترشح، لكن وفقا للشروط والكيفيات التي تحدد عن طريق التنظيم ⁽⁴⁵⁾.

من خلال استقراء معظم النصوص المتعلقة بقانون السمع البصري يتبين بأنّ السلطة التنفيذية تملك صلاحيات واسعة فيما يتعلق بمنح الرخصة، فرغم تخويل بعض الصلاحيات لسلطة ضبط السمع البصري من هذا الجانب، خصوصا فيما يتعلق بدراسة الطلبات والبت فيها وكذا تنفيذ إجراءات منح الرخصة، إلا أنّ تحديد شروط وكيفيات ذلك يكون دائما عن طريق التنظيم، وأبعد من ذلك فقرار منح الرخصة يكون بموجب مرسوم مع عدم تحديد طبيعته ما إذا كان رئاسيا أو تنفيذيا.

ثالثا: دور سلطتي ضبط مجال الإعلام في تنظيم الإعلام الإلكتروني

تبين لنا من خلال دراستنا للمهام التنظيمية الممنوحة لسلطتي ضبط مجال الإعلام أنها جدّ محصورة، مما يعبر عن عدم توفر إرادة سياسية حقيقية في انسحاب الإدارة الكلاسيكية من تسيير هذا القطاع والإشراف عليه،

⁴¹ - تنص المادة 29 من قانون 14-04، يتعلق بنشاط السمع البصري، مرجع سابق على أنه: "تسلم الرخصة باسم الشخص المعنوي الذي وقع عليه الاختيار"

⁴² - المادة 20 من قانون 14-04، يتعلق بنشاط السمع البصري، مرجع سابق، والمادة 63 من القانون عضوي رقم 12-05، يتعلق بالإعلام، مرجع سابق.

⁴³ - أونيس ابتسام وقراد راضية، « قراءة في إشكالية الانفتاح على السمع البصري الخاص بالجزائر - من خلال قانون تنظيم نشاط السمع البصري 14-04 »، مجلة العلوم الإنسانية لأم البواقي، العدد 01، 2020، ص. 163 و 164.

⁴⁴ - تنص المادة 55 من قانون 14-04، يتعلق بنشاط السمع البصري، مرجع سابق على أنه: "... تدرس طلبات إنشاء خدمات الاتصال السمع البصري، وتبت فيه....".

⁴⁵ - المادة 22 من المرجع نفسه، كما تؤكد المادة 47 من نفس المرجع على ذلك بنصها: " يحدد دفتر الشروط العامة الصادر بمرسوم بعد رأي سلطة الضبط السمع البصري...".

والدليل على ذلك هو تدخل السلطة التنفيذية مؤخرًا وبالتحديد بصور المرسوم التنفيذي رقم 20-332 الذي يحدد الجوانب المتعلقة بكيفيات ممارسة نشاط الإعلام عبر الأنترنت⁴⁶.

من خلا الإطلاع على مضمون هذا النص يمكن التوصل إلى:

- أنه يثير الكثير من التساؤلات خصوصا في صلاحيات سلطتي ضبط الإعلام من هذا النشاط، فمعظم موادها جاءت عامة وغير واضحة، نجد على سبيل المثال، استعمال المشرع لمصطلحات عشوائية في نصه على أن إيداع التصريح لغرض التسجيل وتسليم وصل الإيداع يكون أمام ومن طرف السلطة المكلفة بالصحافة الإلكترونية أو السلطة المكلفة بخدمة السمعى البصري عبر الأنترنت⁽⁴⁷⁾، وذلك حسب طبيعة النشاط، وبالتالي نتساءل هل يقصد المشرع السلطات التي تم إنشاؤها بموجب قانون الإعلام، أم هي سلطات جديدة.

- وأبعد من ذلك فقد أخضع المشرع ممارسة الإعلام الإلكتروني إلى ضرورة الحصول على شهادة التسجيل، لكن دون ذكر السلطة المختصة في منحها⁽⁴⁸⁾ أو سحبها⁽⁴⁹⁾.

وفي الأخير نستطيع القول أن مهام سلطتي ضبط الإعلام في مجال خدمات الإعلام الإلكتروني لا تتعدى بعض الصلاحيات الرقابية على ممارسة النشاط، والتي لا ترتقي إلى الدور الأساسي من إنشاء هذه الأجهزة ألا وهو ضبط القطاع.

46 - مرسوم تنفيذي رقم 20-332، مؤرخ في 22 نوفمبر 2020، يحدد كيفيات ممارسة نشاط الإعلام عبر الأنترنت ونشر الرد أو التصحيح عبر الموقع الإلكتروني، ج ر عدد 70، صادر في 25 نوفمبر 2020.

47 - المادة 22 و 23 من المرسوم التنفيذي رقم 20-332، يحدد كيفيات ممارسة نشاط الإعلام عبر الأنترنت ونشر الرد أو التصحيح عبر الموقع الإلكتروني، مرجع سابق.

48 - المادة 25 من المرجع نفسه.

49 - المادة 35 من المرجع نفسه.

خاتمة

نستطيع القول أنّ الاختصاص التنظيمي يبقى من أهم الصلاحيات الممنوحة لبعض السلطات الإدارية المستقلة بما فيها سلطتي ضبط مجال الإعلام، لكن تبقى ممارسة هذه الصلاحيات مرتبطة أساساً بتوفر الإرادة الحقيقية والفعالية في إزالة التنظيم عن المجال الاقتصادي، المالي والخدماتي، من خلال تقليص صلاحيات السلطة التنفيذية وعدم تدخلها سواء بصورة مباشرة أو غير مباشرة في عمل هذه السلطات من خلال إعطائها أكبر قدر من الاستقلالية والحياد⁽⁵⁰⁾، لبلوغ الهدف الأساسي من إنشائها ألا وهو تحقيق المردودية والفعالية، بعد ثبوت عجز الإدارة الكلاسيكية في تسيير هذه المجالات التي تستلزم توفر الخبرة والكفاءة باعتبارها مجالات ذو طابع تقني وفني.

في الختام بودي أن أشير بأنّ الاختصاص التنظيمي على غرار المهام الأخرى الممنوحة للسلطات الإدارية المستقلة لا تزامن الصلاحيات الدستورية الممنوحة للسلطات التقليدية باعتبارها مهام فرعية ومحصورة في مسائل محددة، كما لا يعد أيضاً تنازل في الاختصاص أو حتى تفويض كما يعتبره البعض، وإنما التبرير الأقرب إلى الصواب يكمن في المنطق الذي تفرضه تحولات دور الدولة في أساليب التسيير الإداري، وبالتالي التضحية بالمشروعية الدستورية على حساب تحقيق المصلحة الاقتصادية العامة، وهذا ما أدى خلق نوع من الفوضى على مستوى سلطة القرار.

50 - للتفصيل أكثر في استقلالية وحياد سلطة ضبط الصحافة المكتوبة راجع:

- تيشوش فاطمة الزهراء، « محدودية سلطات الضبط في مجال الصحافة المكتوبة »، مجلة الدراسات القانونية والسياسية، جامعة عمار ثليجي- الأغواط، ، عدد 01، 2020، ص.ص. 152-170.

- حركاتي جميلة، « الصحافة المكتوبة بين الحرية والتقييد- دور سلطة ضبط الصحافة المكتوبة »، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة الإخوة منتوري-قسنطينة، عدد 03، 2019، ص.ص. 783-792.

الحماية الجزائرية للأمن الاقتصادي من الغش الضريبي

بولجة نادية⁽¹⁾

طالبة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 15000، الجزائر.

البريد الإلكتروني: nadia.bouldja@ummto.dz

حسين نوار⁽²⁾

أستاذة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو 15000، الجزائر.

البريد الإلكتروني: nouarahocine@yahoo.fr

المخلص:

تتميّز الحماية الجزائرية المقررة في التشريع الجزائري للأمن الاقتصادي من الغش الضريبي بخصوصية متميزة، حيث أضاف المشرع الجزائري على ظاهرة الغش الضريبي الطابع الجزائري بموجب النصوص القانونية الضريبية المختلفة لاسيما منها قانون الضرائب المباشرة والرسوم المماثلة وقانون الضرائب غير المباشرة وقانون الرسم على رقم الأعمال إضافة للقوانين الأخرى المرتبطة بها، والاتفاقيات الجبائية الدولية التي تهدف لمكافحة التهريب والازدواج الضريبي الدولي الذي يتجسد بمناورات تدليسيّة احتيالية تكشف عن سوء نية المكلف واتجاه ارادته للإضرار بالأمن الاقتصادي الوطني من خلال التملص من المبالغ الضريبية المستحقة الأداء عليه وحرمان الخزينة العمومية من الاستفادة منها والتهرب من المشاركة في الأعباء العامة بالرغم من تنوع وصرامة العقوبات الجزائرية الأصلية التي تستهدف الحرية الشخصية للمكلف ودمته المالية، إضافة للعقوبات التكميلية و الجبائية المقررة للشخص الطبيعي والمعنوي.

الكلمات المفتاحية:

الأمن، الاقتصاد، الغش، الجزاء، الضريبة.

تاريخ إرسال المقال: 2021/10/11، تاريخ مراجعة المقال: 2021/12/18، تاريخ نشر المقال: 2021/12/31.

لتهميش المقال: بولجة نادية، حسين نوار "الحماية الجزائرية للأمن الاقتصادي من الغش الضريبي"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد 12، العدد 03، السنة 2021، ص ص. 58-72.

<https://www.asjp.cerist.dz/en/PresentationRevue/72>

المقال متوفر على الرابط التالي:

المؤلف المراسل: بولجة نادية nadia.bouldja@ummto.dz

Criminal Protection for Economic Security from Tax Fraud

Summary:

The penal protection established in the Algerian legislation for economic security from tax fraud is characterized by a distinct peculiarity, as the Algerian legislator has given the phenomenon of tax fraud a punitive character under various tax legal texts, especially the direct taxes and similar fees law, the indirect tax law and the turnover fee law in addition to other related laws and the international tax evasion and double taxation, which is embodied in fraudulent maneuvers that reveal the bad intention of the taxpayer and his tendency to harm national economic security by evading the tax amounts due on him and depriving the public treasury of benefiting from them and severity of the original penal penalties that target the personal freedom of the taxpayer and his financial liability, in addition to the complementary and fiscal penalties prescribed for the natural and legal person.

Keywords: Security, Economic, Fraud, Penalty, Tax.

Protection pénale de la sécurité économique contre la fraude fiscale

Résumé :

La protection pénale consacrée dans la législation algérienne de sécurité économique contre la fraude fiscale se caractérise par une particularité distincte, puisque le législateur Algérien a donné au phénomène de la fraude fiscale un caractère punitif dans le cadre de divers textes juridiques fiscaux, notamment la loi sur les impôts directs et redevances assimilées et la loi sur les impôts indirects en plus d'autres lois connexes et les conventions fiscales internationales visant à lutter contre l'évasion fiscale internationale et la double imposition, qui s'incarne dans des manœuvres frauduleuses qui révèlent la mauvaise intention du contribuable et sa tendance de nuire à la sécurité économique nationale en éludant les sommes fiscales qui lui sont dues et en privant le trésor public d'en bénéficier et en se soustrayant à la participation aux charges publiques. Malgré la diversité et la sévérité des sanctions pénales d'origine qui visent la liberté personnelle du contribuable et sa responsabilité financière, en sus des pénalités complémentaires et fiscales prévues pour la personne physique et morale.

Mots clés:

Sécurité, économique, fraude, pénalité, fiscalité.

مقدمة:

تعتبر اشكالية توفير الأمن الاقتصادي وحمايته من الاهتمامات الرئيسية للدولة بعد نهاية الحرب الباردة، حيث اتجهت الدول لتطبيق اصلاحات ليبرالية شاملة لتحفيز الاستثمارات وتنويع الاقتصاديات الوطنية من خلال تكيف النظام القانوني للدولة مع متطلبات تحقيق الأمن الاقتصادي من خلال ضمان تدفق الاستثمارات لاسيما الأجنبية منها بموجب عقود الشراكة الأجنبية¹ ومنح إعفاءات جمركية وضريبية على مختلف الأنشطة الاقتصادية وأرباح الشركات الخاصة، وتسهيلات أخرى تتعلق بتحويل رؤوس الأموال للخارج بالنسبة للمستثمرين الأجانب، غير أنه بالرغم من الضمانات والتحفيزات التي كرسها التشريعات الوطنية لاسيما منها التشريع الجزائري للاستثمارات إلا أن ذلك لم يمنع من تغلغل ظاهرة الغش الضريبي في الوسط الاقتصادي الوطني، حيث أنه سنويا تقلت مبالغ مالية ضخمة من الخزينة العمومية نتيجة الممارسات الاحتيالية التدليسية لأرباب العمل والتي تتمثل خاصة في عدم التصريح بمدخلهم الحقيقية، اضافة لممارسات أخرى شكّلت منظومة فساد كاملة ترتب عنها تداعيات خطيرة على الاقتصاد الوطني وأدى ذلك بالمشروع الجزائري لصياغة حماية جزائية خاصة للأمن الاقتصادي الوطني من ظاهرة الغش الضريبي وهو الأمر الذي يتضح من خلال تحليل اشكالية ماهي الخصوصية المميزة للحماية الجزائية المقررة للأمن الاقتصادي من ظاهرة الغش الضريبي ؟ يتم الاجابة على هذه الاشكالية بتوظيف المنهج العلمي التحليلي وفق الخطة التالية:

المبحث الأول: الدراسة النظرية للأمن الاقتصادي والغش الضريبي

المبحث الثاني: الطبيعة القانونية الخاصة للحماية الجزائية المقررة للأمن الاقتصادي من الغش الضريبي

المبحث الأول: الدراسة النظرية للأمن الاقتصادي والغش الضريبي

يعتبر مفهوم الأمن الاقتصادي والغش الضريبي من المفاهيم المركبة التي تتميز بندرة الدراسات القانونية الخاصة بها، لذلك يقتضي الأمر بالضرورة لدراسة الخصوصية المميزة للحماية الجزائية المقررة للأمن الاقتصادي من ظاهرة الغش الضريبي تحديد مفهوم الغش الضريبي في المطلب الأول ثم في المطلب الثاني تحديد طبيعة الأضرار المترتبة عنه ذات الأثر المباشر على المنظومة الأمنية الاقتصادية.

¹ - بدر الدين براحلية، قاعدة 51/49 بالمائة في الشراكة الأجنبية بين حماية السيادة الوطنية وعرقلة الاستثمار الأجنبي، مجلة جامعة العين للأعمال والقانون، المجلد 02، العدد 02، 2008، ص 16.

المطلب الأول: مفهوم الأمن الاقتصادي والغش الضريبي

أجمع الباحثون على صعوبة تحديد تعريف جامع مانع للأمن الاقتصادي، نظرا للخصوصية المميزة للظاهرة الأمنية الاقتصادية، إضافة لصعوبة تحديد مفهوم الغش الضريبي الذي يتميز بسرعة تطور الأساليب الاحتياالية التدلّسية المشكّلة لظاهرة الغش الضريبي.

الفرع الأول: تعريف الأمن الاقتصادي

تعددت الجهود البحثية لتعريف الأمن الاقتصادي، حيث يمكن تصنيفها إلى محاولات فقهية لتعريفه، ومحاولات أخرى تشريعية.

أولا: التعريف الفقهي للأمن الاقتصادي

يعتبر الأمن الاقتصادي الوطني من المفاهيم الواسعة الدلالة، حيث أنه لم يحظى بتعريف جامع مانع، ذلك أنّ المجال الاقتصادي واسع ومتشابه يتطلب حمايته سلسلة من العمليات المركبة التي تحتمل عدة عناصر مادية ومعنوية، ويمكن الاستدلال على ذلك ببعض المحاولات البحثية لتعريفه لاسيما منها تعريف الباحثة "سارة البلتاجي" التي عرّفت الأمن الاقتصادي بأنه: «التعاون من أجل حسن التعامل مع الأوضاع اليومية وفي نظرية الجودة الاجتماعية تعني هذه الكلمة- الأمن الاقتصادي- العناية بالذات والعائلة والأقارب بمساعدة كل من- على سبيل المثال الجماعات المحلية والمؤسسات البلدية والقومية، أو هو الطريقة التي تتم فيها مقابلة الحاجات الأساسية للمواطنين-المرتبطة ببقائهم- من الأنظمة والبنائات المختلفة المسؤولة عن خدمات الرعاية الاجتماعية، حيث توفر الحماية من الفقر والبطالة والمرض وغيرها من أشكال الحرمان المادي، وبعبارة أخرى يشير المفهوم الى درجة سيطرة الأفراد على الموارد المادية وغيرها عبر الزمن في سياق العلاقات الاجتماعية²».

يستفاد من هذا التعريف أنّ الأمن الاقتصادي يركز على أهمية توفير وسائل الرفاهية التي تضمن الأمن الوجودي للمواطنين أي الدخل والحماية الاجتماعية والصحة والأمن الأساسي في الحياة اليومية والذي يشمل الأمن الغذائي والبيئي والأمن المهني و الوظيفي.

ركّز هذا التعريف كذلك على المخاطر الاجتماعية والفرص المتاحة للفرد لتلبية حاجياته اليومية، وبالتالي فهو تعريف ناقص ذلك أنّه ركّز على مفهوم الأمان الاقتصادي الذي يعتبر جزءا من المفهوم الواسع للأمن الاقتصادي الذي يشمل معاني ودلالات أخرى ترتبط بالدولة والتي وردت في عدة مقاربات أمنية لاسيما منها

² - نقلا عن سارة البلتاجي، الأمن الاجتماعي-الاقتصادي والمواطنة الناشطة في المجتمع المصري، المركز العربي للأبحاث ودراسة السياسات، بيروت، 2016، ص 27.

مقاربة "باري بوزان" التي عرف فيها الأمن الاقتصادي بأنه « الوصول للموارد و الأسواق، والأموال للإبقاء الدائم على مستوى دائم من الرفاه، وقوة سلطة الدولة³. »

يعتبر هذا التعريف كذلك غير شامل لمدلول الأمن الاقتصادي لأنه أشار فقط لأحد عناصره وهو توفير الثروة العينية والمالية والهدف من تحقيقه والذي يتمثل في تحقيق الرفاهية الاقتصادية وقوة الدولة، وبناءا عليه يمكن اقتراح تعريف للأمن الاقتصادي بأنه توفر الدولة على الموارد المالية والاقتصادية التي تسمح لها بضمان رفاهية مواطنيها مع ضمان مواجهة كل أشكال المخاطر التي تمنع استدامة هذه الموارد.

ثانيا: التعريف التشريعي للأمن الاقتصادي

وردت معاني الأمن الاقتصادي بشكل ضمني في التشريع الجزائري منذ الاستقلال حيث تستنتج دلالاته من قانون 31 ديسمبر 1962 الذي نص على مواصلة تطبيق القوانين السارية قبل الاستقلال إلا ما يتعارض منها مع مبدأ السيادة الوطنية، حيث ترتب عن ذلك تكريس المشرع الجزائري لحدود الأمن الاقتصادي الوطني من خلال صياغة مقارنة شاملة للدفاع الاقتصادي الوطني تتضمن مبادئ حماية الاقتصاد والتنمية الوطنية من خلال الوقاية من الجرائم الاقتصادية وقمعها لاسيما منها الأليات الوقائية التي كرسها قوانين الاستثمار التي صدرت في الفترة (1966-1982)، حيث ارتكزت هذه الوقاية على ضرورة الاعتماد المسبق لكل استثمار خاص، حيث كان يمنح الاعتماد فقط إذا كان يتطابق مع الأهداف والتوجيهات التي تضمنتها المخططات الوطنية للتنمية وتحديد المجالات والنشاطات الاقتصادية المفتوحة للاستثمار الخاص، كما ميّزت قوانين الاستثمارات بين القطاعات الحيوية أو الاستراتيجية المخصصة للدولة والقطاعات الأخرى غير الحيوية.

ترتب عن الاصلاحات الاقتصادية لسنة 1988 صدور القانون رقم 87-16 المؤرخ في 01-08-1987 و الذي ذكرت فيه عبارة الأمن الاقتصادي بصفة واضحة ضمن مكونات الدفاع الشعبي، حيث نصت المادة التاسعة منه على مساهمة قوات الدفاع الشعبي في حماية وحدات الانتاج وتدعيم القدرات الاقتصادية للبلاد، غير أنّ هذا القانون مقيد بحماية الوحدات الانتاجية ونمط ممارسة النشاط الاقتصادي وتنظيمه في مناخ يتميز بالانفتاح الاقتصادي وسرعة تدفق رؤوس الأموال الأجنبية عبر الحدود الوطنية⁴.

يستفاد من خلال ذلك أنّ المشرع الجزائري لم يعرف الأمن الاقتصادي بشكل صريح منذ الاستقلال، غير أنّه اكتفى بذكر مصطلح الأمن الاقتصادي وبعض معانيه في نصوص قانونية مبعثرة في قوانين خاصة وعامة

³ - نقلا عن حموم فريدة، الأمن الانساني مدخل جديد في الدراسات الأمنية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في العلوم السياسية والعلاقات الدولية، كلية العلوم السياسية والاعلام، جامعة الجزائر، 2004، ص 20.

⁴ - وليد العقون، لمحة عن الجوانب القانونية للأمن الاقتصادي، الأيام الدراسية البرلمانية الرابعة حول الدفاع الوطني، منشورات مجلس الأمة، الجزائر، 2009، ص 79.

الأمر الذي أضفى على القانون الاقتصادي غموضا وشكلا انعداما للأمن القانوني الاقتصادي ومنه الانعكاس السلبي على متطلبات تحقيق الأمن الاقتصادي الوطني وحمايته من مختلف التهديدات الاجرامية كظاهرة الغش الضريبي.

ثالثا: خصائص الأمن الاقتصادي

يتميز الأمن الاقتصادي بخصائص متميزة لاسيما منه تركيبته المفاهيمية المركبة والمعقدة وعدم وجود معايير دقيقة ملائمة لتعريفه بشكل جامع مانع وتمييزه عن غيره من المعاني المشابهة له، الأمر الذي ترتب عنه وجود عدة مقاربات مفاهيمية نسبية للأمن الاقتصادي تتسع لتشمل مفاهيم أخرى جزئية تندرج في اطار الدفاع الاقتصادي للدولة والذي يعتبر تحديد مضمونه من الصلاحيات السامية للدولة في اطار سياستها الاقتصادية لتجسيد مسار انفتاحها الاقتصادي وفق سلسلة من الإصلاحات الشاملة لاسيما منها تحرير التجارة والاستثمار المباشر ومناطق التبادل الحر والاندماج الجهوي والسياسة الخاصة بالجوار... الخ⁵.

يتميز مفهوم الأمن الاقتصادي كذلك بطابعه الديناميكي، حيث تم تطويعه لمواكبة التغييرات السائدة في الدولة المتعلقة بتجسيد السياسة الوطنية الاقتصادية، والتي ترتب عنها تضخما قانونيا اقتصاديا لاسيما في مجال طرق التنظيم الاقتصادي وتجسيد أهدافه ومسؤولية أشخاصه وأعوانه في ظل انعدام تقنين قانوني جامع لهذه القوانين المبعثرة في مختلف المجالات الاقتصادية كالنتمية الاقتصادية والمصالح الاستراتيجية للدولة والدفاع الوطني⁶.

الفرع الثاني: مفهوم الغش الضريبي

تتطلب دراسة مفهوم الغش الضريبي كذلك تحليل بعض التعريفات الفقهية المفسرة لمضمونه أولا ثم تمييزه عن المفاهيم الأخرى المشابهة له ثانيا.

أولا: تعريف الغش الضريبي

يعتبر مفهوم الغش الضريبي من المفاهيم المركبة التي لم يجمع الفقهاء على تعريفها بشكل جامع ومانع نظرا لتداخل مدلوله مع مفاهيم أخرى حيث عرفه بعض الفقه بأنه « خرق للقانون الجبائي بنية التملص من أداء الواجب الضريبي من خلال الحركات المادية والعمليات القانونية والمحاسبية وكل الوسائل والتبريرات التي يستند عليها المكلف للتخلص من الضريبة⁷ ».

⁵ - وليد العقون، المرجع السابق، ص ص 80-84.

⁶ - أحمد لعراية، ملاحظات عامة حول مفهوم الأمن الاقتصادي، الأيام الدراسية البرلمانية الرابعة حول الدفاع الوطني، المرجع السابق، ص ص 63-74.

⁷ - العيد صالح، الوجيز في شرح قانون الاجراءات الجبائية، دار هومة للنشر والتوزيع، 2011، ص ص 33-34.

عرف الغش الضريبي كذلك بأنه « ظاهرة ضريبية سلبية يترتب عنها اختلالات هيكلية تؤثر على اقتصاد الدولة، الأمر الذي يترتب عنه توظيف المكلف للسياسة الاقتصادية بشكل منحرف من خلال إشهار المكلف لاعتساره الوهمي أو وضعه لعراقيل دون التحصيل الضريبي المستحق الأداء»⁸

ثانياً: تمييز الغش الضريبي عن المفاهيم المشابهة

يعتبر الغش الضريبي مفهوماً مركباً تتداخل مع عدة مفاهيم أخرى متشابهة لاسيما منها التهرب الضريبي المشروع، ومفهوم الاقتصاد الموازي، إضافة للجنات الضريبية، والخطأ الجبائي.

1- تمييز الغش الضريبي عن التهرب الضريبي المشروع

يتمثل التهرب الضريبي المشروع في استغلال المكلف للثغرات القانونية للإفلات من أداء الضريبة المفروضة عليه أو تجنب الواقعة المنشئة للضريبة كالتوقف الكلي للمكلف عن استهلاك السلعة أو الخدمة الخاضعة للضريبة فيتداخل بالتالي مفهوم التهرب المشروع مع ظاهرة الغش الضريبي حيث أنّ كلاهما يهدف لتحقيق غاية غير مشروعة وهي التملص من أداء الالتزامات الضريبية المفروضة على المكلف، ويختلفان من حيث أنّ التهرب المشروع يتم بوسائل مشروعة تتمثل في استغلال الوسائل المخولة قانوناً للمكلف في بعض الحالات التي يخضع فيها للضريبة الاختيارية حيث أنّ ضريبة الاستهلاك مثلاً يؤديها فقط المستهلك للسلعة أو الخدمة محل الضريبة المفروضة، ومنه يمكن للمكلف تجنبها من خلال الامتناع عن الاستهلاك بخلاف الغش الضريبي الذي يتم بمختلف الطرق والوسائل الاحتمالية التدليسية كعدم التصريح بالأرباح الحقيقية للشركات، وإنشاء شركات وخلق مناصب عمل وهمية... الخ⁹.

2- تمييز الغش الضريبي عن الاقتصاد الموازي

يعرف الاقتصاد الموازي بأنه كل نشاط اقتصادي يمارس خارج النظام القانوني الاقتصادي الرسمي، والذي يفلت من الرقابة المالية والجبائية ويتم تبييض عائداته في النشاط الاقتصادي الرسمي، والذي يفلت من الرقابة المالية والجبائية ويتم تبييض عائداته في النشاط الاقتصادي الرسمي أو توظيفها في أنشطة أخرى غير مشروعة مثل المخدرات، والتجارة في الأعضاء البشرية... الخ

يترتب من خلال ذلك أنّ الاقتصاد الموازي لا يخضع للقيود التنظيمية الرسمية وبالتالي يتحرر من كل القيود الضريبية والالتزامات الجبائية، وهو في ذلك يشترك مع ظاهرة الغش الضريبي في الإفلات من الضريبة

⁸ - بوسقيعة أحسن، الوجيز في القانون الجزائري الخاص، دار هومة، 2014، ص ص 470-471.

⁹ - حسين حزام بدر، معالجة التهرب الضريبي في ظل قانون ضريبة الدخل العراقي رقم 13 لسنة 1982 المعدل، المجلة المستنصرية للدراسات العربية و الدولية، العدد 71، ص 317.

بشكل غير قانوني ويختلف عنها في أنّ ظاهرة الغش الضريبي تعتبر نشاطا اقتصاديا غير مشروع بصفة مطلقة، بينما الاقتصاد الموازي يمكن أن يكون محل النشاط المسموح بممارسته غير أنّ صاحبه يزاوله بشكل غير قانوني مثل عدم التصريح بوجود النشاط لدى المصالح الضريبية أو اغفال التسجيل في السجل التجاري... الخ¹⁰

3- تمييز الغش الضريبي عن الجنات الضريبية

تتداخل معاني الغش الضريبي والجنات الضريبية في أنّ كلاهما يهدف للإفلات من النظام القانوني المالي الدولي من خلال تخفيض مستوى الضغط الجبائي المحلي، والصرامة في تطبيق قواعد السرية المصرفية وتحرير عملية صرف العملة الوطنية وتجنّب الانضمام للاتفاقيات الجبائية الدولية، الأمر الذي ترتب عنه استقطاب الأموال بمختلف مصادرها الى الاقتصاد الرسمي سواء كانت مشروعة أو غير مشروعة ولاسيما الأموال المتحصلة من الغش الضريبي، حيث تعتبر الشركات ذات النشاط الدولي أكثر المتعاملين الاقتصاديين الذين يلجئون للاستثمار في الجنات الضريبية¹¹.

4- تمييز الغش الضريبي عن الخطأ الجبائي

يتمثل الخطأ الجبائي في وقوع المكلف بالضريبة في مخالفة جبائية بشكل غير ارادي مثلا الوقوع في الخطأ المادي عند احتساب رقم الأرباح بالنسبة للشركات التجارية والذي يتم تداركه بعد الرقابة الجبائية، بخلاف الغش الضريبي الذي يتم باستعمال طرق محاسبية احتيالية للإفلات من أداء الواجب الضريبي مثل التضخيم في الفواتير والتكاليف أو التصريح الوهمي بعدد العمال المستخدمين أو رقم الأعمال... الخ¹².

المطلب الثاني: أضرار الغش الضريبي على الأمن الاقتصادي الوطني

تتنوع الأضرار المترتبة عن الغش الضريبي التي تمس الأمن الاقتصادي الوطني إلى مجموعة من الأضرار ذات الطابع الاقتصادي والسياسي والاجتماعي .

الفرع الأول: الأضرار الاقتصادية

ترتّب عن ظاهرة الغش الضريبي اتساع حجم الاقتصاد الموازي سواء على المستوى المحلي أو الدولي نتيجة توظيف عائدات الغش الضريبي في تمويل أنشطة اقتصادية خارج النظام الاقتصادي الرسمي كتمويل شبكات تهريب السلع والبضائع التي تعتبر محلا لاستقطاب مختلف فئات المستهلكين في العالم النامي والمتقدم

¹⁰ - بطوش صورية، واقع الاقتصاد غير الرسمي في المجتمع الجزائري، رسالة لنيل شهادة دكتوراه في علم الاجتماع، جامعة الجزائر 02، أبو القاسم سعد الله، 2018، ص 2.

¹¹ - قتال عبد العزيز، محاولة تشخيص ظاهرة التهرب الضريبي للمؤسسات الصغيرة والمتوسطة (حالة ولاية الوادي) ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في العلوم الاقتصادية والتجارية وعلوم التسيير، المركز الجامعي يحي فارس المدينة، 2008، ص 31.

¹² - العيد صالح، المرجع السابق، ص 31.

الأمر الذي أخل بالمنافسة الاقتصادية الشريفة وأعاق الجهود الدولية لتكريس العدالة والشفافية الاقتصادية وفتح المجال واسعاً لتقلص حجم أرباح الشركات الاقتصادية الرسمية وبالتالي تقلص نسب مساهمته في الجباية الوطنية وتوسيع استثماراتها الدولية.

ترتب عن ذلك الاخلال بالسياسة المالية والاقتصادية للدولة بصفة عامة والجماعات المحلية بصفة خاصة، حيث ترتب عن ذلك عجز الدولة عن أداء وظيفتها الاقتصادية والاجتماعية وتراجع تدفق الاستثمارات الأجنبية نتيجة ضعف الائتمان المالي للدولة وانخفاض سياسة التمويل المالي التقليدية وغير التقليدية التي ترتب عنها تداعيات خطيرة على الاقتصاد الوطني¹³.

الفرع الثاني: الأضرار السياسية

تعتبر الضريبة وسيلة لتأكيد الدولة لسيادتها وسلطتها على مواطنيها من خلال فرض نظام جبائي وطني فعال، غير أنّ تطور ظاهرة الغش الضريبي واتساع نطاقها أدى لعجز الميزانية العامة للدولة وعدم قدرة الدولة على تلبية متطلبات العملية الديمقراطية الشفافة وتحقيق مساواة المواطنين أمام الأعباء العامة لاسيما في ظل التحولات والتغييرات الاقتصادية التي فرضتها مختلف أنماط العولمة الاقتصادية التي سهلت افلات أموال طائلة من الاقتصاديات الرسمية وتدفعها لدول الجناح الضريبية التي استثمرتها في تمويل مختلف الأنظمة السياسية الفاشلة والنزاعات والحروب وشبكات الاجرام العابر للحدود لضمان استدامة انعدام الاستقرار الأمني المحلي وتكريس التبعية الأجنبية بمختلف أشكالها للامبريالية الرأسمالية العالمية من خلال مختلف صيغ المساعدات الانسانية الانمائية والقروض الطويلة والقصيرة الأجل، اضافة لإفساد المسؤولين الحكوميين من خلال مختلف صيغ المكافآت والهدايا بهدف الحصول على تنازلات وتسهيلات جمركية ومالية واعفاءات ضريبية في مختلف ميادين الاستثمار والانحراف بذلك عن مبادئ الشرعية الدستورية والعقد الاجتماعي والسياسي الذي يربط الدولة بمواطنيها بمبرر الاعتبارات الأمنية الاقتصادية واستقطاب رؤوس الأموال الأجنبية الضرورية لتحقيق عملية التنمية الاقتصادية.

الفرع الثالث: الأضرار الاجتماعية

ترتب عن ظاهرة الغش الضريبي أثارا اجتماعية وخيمة انعكست بشكل خطير على الأمن الاقتصادي الوطني، حيث ظهرت عناصر الملكية في الفئات الاجتماعية التي تحترف الغش والاحتيال بمختلف أشكاله وظهور طبقة اجتماعية بورجوازية وهمية تقتقر للقيم والمبادئ الأخلاقية التي تتطلبها دولة القانون والرفاهية

¹³ -عباس ناصر سعدون، أثر مكافحة التهرب الضريبي في الحد من البطالة دراسة تحليلية في العراق، مجلة الغزي للعلوم الاقتصادية والادارية، المجلد14، العدد03، 2017، ص 202.

الاجتماعية والتي أثرت سلبا على الفئات الاجتماعية الأخرى وحفزتها على احترام الاجرام المالي والاقتصادي كالرشوة والبيروقراطية الادارية وكّرت انعدام العدالة والمساواة الاجتماعية وتلاشي قيم الشفافية والائتمان والثقة في المعاملات الإنسانية بمختلف أشكالها، اضافة لتوسيع مختلف مظاهر الفقر والحرمان الاجتماعي وتشوي البطالة وتقليص فرص العمل والتوظيف نتيجة انعدام السيولة المالية التي تسمح باستحداث فرص للتنمية الاجتماعية المحلية لاسيما في المناطق النائية التي تعتبر بيئة حاضنة لمختلف الانعكاسات الوخيمة لظاهرة الغش الضريبي كانهام الأمان الاقتصادي للفرد وسوء الرعاية الصحية وانتشار الأوبئة والأمراض وتساعد نسب الهجرة والنزوح¹⁴.

المبحث الثاني: الطبيعة القانونية الخاصة للحماية الجزائية المقررة للأمن الاقتصادي من الغش الضريبي

تتميّز الحماية الجزائية المقررة للأمن الاقتصادي من جريمة الغش الضريبي بطبيعة قانونية متميّزة والتي يمكن توضيحها من خلال تحليل تكييفها القانوني ثم تحديد طبيعة العقوبات المقررة لهذه الجريمة.

المطلب الأول: التكييف القانوني لواقعة الغش الضريبي

يتطلب تحديد التكييف القانوني لجريمة الغش الضريبي تحديد التكييف الشرعي لواقعة الغش الضريبي وتكييفها المادي ثم تكييفها المعنوي.

الفرع الأول: التكييف الشرعي

يتميز الركن الشرعي لجريمة الغش الضريبي بحصر أساسه القانوني في مختلف النصوص القانونية الضريبية¹⁵

يتميّز الركن الشرعي لجريمة الغش الضريبي بحصر أساسه القانوني في مختلف النصوص القانونية الضريبية¹⁶ لاسيما منها المواد 407 من قانون الضرائب المباشرة والرسوم المماثلة¹⁷ والمادة 118 و 138 من

14 - بولجة نادية النظام القانوني لجريمة الغش الضريبي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي للأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2016، ص 41.

15 - بولجة نادية، المرجع السابق، ص ص 42، 43.

16 - بوسقيعة أحسن، المرجع السابق، ص 469.

17- المادة 407 من قانون الضرائب غير المباشرة، الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، وزارة المالية، المديرية العامة للضرائب، 2016.

قانون الرسم على رقم الأعمال¹⁸، والمادة 33 من قانون الطابع¹⁹، إضافة للقوانين الجبائية الأخرى التي ترتبط بشكل مباشر بقوانين الصرف وحركة رؤوس الأموال من وإلى الخارج، حيث أكدت المادة 149 من قانون الرسم على رقم الأعمال على أنه يعاقب على الغش والتصريحات الخاطئة أو الطرق التدليسية الرامية إلى الحصول عند تصدير بضائع مخالصة لعقود تعهد مضمونة على قيد مبلغ غير مستحق أو يزيد عن ذلك الذي ينبغي عند التصدير المحقق فعلا بغرامة مالية يساوي مبلغها ثلاث مرات مبلغ القيد غير المستحق²⁰.

يستمد الركن الشرعي لجريمة الغش الضريبي أساسه القانوني من مختلف الاتفاقيات الجبائية الدولية عندما يتدخل في واقعة الغش الضريبي عنصرا أجنبيا باعتبار أن الاتفاقيات الدولية التي تصادق عليها الدولة تسمو على القوانين الداخلية²¹، حيث أبرمت الجزائر عدة اتفاقيات جبائية دولية تتعلق بالتهرب والازدواج الضريبي الدولي لاسيما منها الاتفاقية مع الجمهورية الإسلامية الموريتانية من أجل تقادي الازدواج الضريبي وتجنب التهرب والغش الضريبيين الواقع على الضرائب على الدخل والثروة²² والمصادق عليهما بموجب المرسوم الرئاسي رقم 15-336 المؤرخ في 27 ديسمبر 2015.

الفرع الثاني: التكييف المادي

تتحقق الواقعة المادية للغش الضريبي بتملص المكلف بالضريبة من أداء الضرائب المستحقة الدفع عليه بشكل جزئي أو كلي باستعمال عدة طرق تدليسية احتيالية وردت على سبيل المثال في مختلف النصوص الضريبية، حيث أجمعت المادة 303 من قانون الضرائب المباشرة²³ والمادة 119 من قانون التسجيل²⁴

¹⁸ - قانون الرسم على رقم الأعمال، الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، وزارة المالية، المديرية العامة للضرائب، 2016.

¹⁹ - قانون الطابع، الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، وزارة المالية، المديرية العامة للضرائب، 2016 .

²⁰ - قانون الرسم على رقم الأعمال.

²¹ - دستور 1996 المعدل والمتمم.

²² - الاتفاقية الجزائرية مع الجمهورية الإسلامية الموريتانية من أجل تقادي الازدواج الضريبي وتجنب التهرب والغش الضريبيين الواقع على الضرائب على الدخل والثروة المصادق عليهما بموجب المرسوم الرئاسي رقم 15-336 المؤرخ في 27 ديسمبر 2015، الجريدة الرسمية عدد 70، سنة 2015.

²³ - المادة 303 من قانون الضرائب المباشرة، الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، وزارة المالية، المديرية العامة للضرائب، 2016.

²⁴ - المادة 532 من قانون الضرائب غير المباشرة.

والمادة 532 من قانون الضرائب المباشرة على استعمال كلمة التملص²⁵ بينما ورد في المادة 117 من قانون الرسم على رقم الأعمال عبارة التخفيض²⁶.

ورد كذلك مصطلح الانقاص في المادة 34 من قانون الطابع²⁷ والتي تتجسد من خلال مختلف أشكال السلوك الاجرامي لاسيما منها التلاعب المادي باخفاء المكلف للشيئ الخاضع للضريبة كمصدر أو أكثر من مصادر الدخل أو النشاط الخاضع للضريبة بمناورات اقتصادية احتيالية لاسيما منها الفوترة المزورة، والغش في الرسم على القيمة المضافة وخلق مؤسسات وهمية²⁸ والتحايل المحاسبي الذي يتم بتضخيم التكاليف وتخفيض الارادات بمناسبة خصم التكاليف المنصوص عليها في المادة 141 من قانون الرسم على رقم الأعمال كالمصاريف العامة، وفوائد أرباح الصرف، ونفقات اليد العاملة، وقيمة مواد التجهيز.. الخ عند تحديد أساس الوعاء الضريبي.

يتم الغش الضريبي كذلك من خلال التحايل القانوني والذي يتضح في أسلوب الفواتير غير المطابقة للواقع من حيث البيانات والمبالغ المصرح بها أو اخفاء عملية توزيع الأرباح واستبدالها بأجور عالية للإفلات من الضريبة على أرباح الشركات²⁹.

الفرع الثالث: التكييف المعنوي

يعتبر الغش الضريبي جريمة عمدية لا يكفي القصد العام فقط لقيامها وإنما يتطلب القانون كذلك قصدا خاصا يتمثل في اتجاه ارادة الجاني للتملص الكلي أو الجزئي من الوعاء الضريبي بنية حرمان الخزينة العمومية من المداخل الضريبية والامتناع بذلك عن المساهمة في الاعباء العامة، حيث أكدت على ذلك مختلف النصوص الضريبية لاسيما منها المادة 118 من قانون الرسم على رقم الاعمال التي نصت على: «...الاغفال عن قصد لنقل أو للعمل على نقل حسابات أو القيام بنقل أو السعي الى نقل حسابات غير صحيحة وهمية في الدفتر اليومي أو دفتر الجرد...والإغفال عن التصريح بمداخل المنقولات أو رقم الأعمال أو التصريح الناقص بهما عن قصد³⁰».

²⁵ - المادة 117 من قانون الرسم على رقم الأعمال.

²⁶ - المادة 34 من قانون الطابع

²⁷ - أولعربي جمال، دور القاضي الجزائري في تقدير العناصر المكونة لجريمة الغش الجبائي الدولي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي للأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2013، ص 72.

²⁸ - المادة 141 من قانون الرسم على رقم الأعمال.

²⁹ - بولجة نادية، المرجع السابق، ص 61.

³⁰ - المادة 118 من قانون الرسم على رقم الأعمال.

أكدت كذلك المادة 533 من قانون الضرائب غير المباشرة على أنه « تعتبر طرقا احتيالية...الاغفال عن قصد لنقل أو العمل على نقل الكتابات غير الصحيحة أو الصورية في دفتر اليومية أو دفتر الجرد...»³¹
ينعدم القصد الجنائي في جريمة الغش الضريبي في حالة اثبات المكلف الخاضع للضريبة غلطا ماديا ارتكبه المكلف نتيجة عدم اتقانه لمعايير المحاسبة الوطنية، وكذلك في حالة افلات المكلف من الضريبة نتيجة لخطأ يرجع أساسه للإدارة الضريبية بمناسبة تقديرها للإعفاءات الضريبية، غير أنه إذا ثبت ذلك أنه كان بناءا على الوثائق الضريبية المزورة للمكلف فإنه لا يمكنه الافلات من المسؤولية الجزائية المترتبة عن جريمة الغش الضريبي³².

المطلب الثاني: تنوع العقوبات المترتبة عن جريمة الغش الضريبي

يعكس تنوع العقوبات الجزائية المقررة لجريمة الغش الضريبي ارادة المشرع الجزائري في حماية الأمن الاقتصادي الوطني من التداعيات الخطيرة لجريمة الغش الضريبي، ولتحقيق ذلك أفرد لهذه الجريمة مجموعة من العقوبات الأصلية وأخرى تكميلية.

الفرع الأول: العقوبات الأصلية

يترتب عن جريمة الغش الضريبي تطبيق عقوبة الحبس والغرامة المالية أو احدى هاتين العقوبتين والتي حددها المشرع في القوانين الضريبية المختلفة لاسيما منها قانون الضرائب المباشرة حيث نصت المادة 303 المعدلة بموجب القانون رقم 11-16 المؤرخ في 20-12-2011 على مايلي:
-غرامة مالية من 50.000 دج إلى 100.000 دج عندما لا يفوق مبلغ الحقوق المتملص منها 100.000 دج.
-الحبس من شهرين (02) الى ستة(06) أشهر وغرامة مالية من 100.000 دج الى دج، أو بإحدى هاتين العقوبتين عندما يفوق مبلغ الحقوق المتملص منها 100.000 دج ولا يتجاوز 1.000.000 دج.
-الحبس من سنتين(02) الى خمس(05) سنوات وغرامة مالية من 2.000.000 دج الى 5.000.000 دج أو بإحدى هاتين العقوبتين عندما يفوق مبلغ الحقوق المتملص منها 5.000.000 دج أو بإحدى هاتين العقوبتين عندما يفوق مبلغ الحقوق المتملص منها 5.000.000 دج ولا يتجاوز 10.000.000 دج

³¹ - 533 من قانون الضرائب غير المباشرة.

³² - بوسقيعة أحسن، المرجع السابق، ص 473.

-الحبس من خمس (5) سنوات الى عشر (10) سنوات وغرامة مالية من 5.000.000 دج الى 10.000.000 دج³³، اضافة للعقوبات الأصلية المنصوص عليها في المادة 532 من قانون الضرائب غير المباشرة المعدلة بموجب القانون رقم 02-11 المؤرخ في 24-12-2002 المتضمن قانون المالية لسنة 2003 والتي قدرت بالحبس من سنة الى خمس (5) سنوات وغرامة من 50.000 دج الى 200.000 دج أو باحدى هاتين العقوبتين وفي حالة الاخفاء للمبالغ الضريبية المتملص منها يشترط أن يتجاوز هذا الاخفاء عشر المبلغ الخاضع للضريبة أو مبلغ 10.000 دج³⁴.

الفرع الثاني: العقوبات التكميلية

تتمثل العقوبات التكميلية المترتبة عن جريمة الغش الضريبي في نشر الحكم القضائي وتعليقه، حيث أجمعت كل النصوص الضريبية على أنه يمكن للمحكمة أن تأمر بنشر حكم الادانة بجريمة الغش الضريبي كاملا أو مستخرجا منه في الجرائد التي تعينها وتعليقه في الأماكن التي تحددها وذلك على نفقة المحكوم عليه طبقا للمادة 303 من قانون الضرائب المباشرة³⁵ والمادة 546 من قانون الضرائب غير المباشرة³⁶، والمادة 120 من قانون التسجيل³⁷.

نص قانون الضرائب غير المباشرة كذلك في المادة 544 منه على أنه في حالة جريمة الغش الضريبي التي يرتكبها رجال الأعمال والخبراء والمحاسبين يمكن أن تطبق عليهم عقوبة منع مزاوله مهنة رجل أعمال أو مستشار جبائي أو خبير أو محاسب وعند الاقتضاء تطبق عليهم عقوبة غلق المؤسسة لاسيما في حالة العود وتعدد الجرائم المثبة بحكم قضائي واحد³⁸.

نصت كذلك المادة 29 من القانون رقم 03-22 المؤرخ في 28-12-2003 المتضمن قانون المالية لسنة 2004 على منع الأشخاص الذين تمت ادانتهم بتهمة الغش الضريبي من ممارسة النشاط التجاري لمدة لا تتجاوز 10 سنوات³⁹.

³³ - المادة 303 من قانون الضرائب المباشرة المعدلة بموجب القانون رقم 11-16 المؤرخ في 28-12-2011، الجريدة الرسمية رقم 72.

³⁴ - المادة 532 من قانون الضرائب غير المباشرة المعدلة بموجب القانون رقم 02-11 المؤرخ في 24-12-2002 المتضمن قانون المالية لسنة 2003.

³⁵ - المادة 303 من قانون الضرائب المباشرة.

³⁶ - المادة 546 من قانون الضرائب غير المباشرة.

³⁷ - المادة 120 من قانون التسجيل

³⁸ - المادة 544 من قانون الضرائب غير المباشرة

³⁹ - المادة 29 من القانون رقم 03-22 المؤرخ في 28-12-2003 المتضمن قانون المالية لسنة 2004.

الفرع الثالث: العقوبات الجبائية

يترتب عن جريمة الغش الضريبي مجموعة من العقوبات الجبائية والتي حددتها مختلف القوانين الضريبية، حيث نص قانون الضرائب المباشرة على أنه في حالة الحقوق المتملص منها تحدد الغرامة الجبائية بثلاثة أضعاف تلك الحقوق دون أن تقل عن 5.000 دج وميّر قانون الضرائب غير المباشرة في المادة 523 منه بين الغرامات الثابتة التي تتراوح قيمتها بين 5000 دج و 25000 دج والغرامة النسبية التي تساوي ضعف الحقوق المتملص منها على أن لا تقل عن 50.000 دج⁴⁰ طبقاً للمادة 524 من نفس القانون⁴¹.

نص قانون رسم على رقم الأعمال كذلك في المادة 114 منه على أنه تطبق غرامة 1000 دج الى 5000 دج⁴² بينما انفرد قانون الضرائب غير المباشرة في المادة 525 منه على النص على عقوبة المصادرة التي ترد على الأشياء والوسائل المستعملة في الغش الضريبي⁴³.

خاتمة:

تبين من خلال هذه الدراسة أنّ المشرع الجزائري قرر حماية جزائية خاصة للأمن الاقتصادي من ظاهرة الغش الضريبي وذلك بتقرير نظام قانوني متميّر لجريمة الغش الضريبي يستمد أساسه الشرعي من مختلف النصوص الضريبية والقوانين الأخرى المرتبطة بها، إضافة للاتفاقيات الجبائية الدولية التي تهدف لمكافحة التهريب والازدواج الضريبي الدولي، حيث اعتبر المشرع الجزائري الغش الضريبي جريمة عمدية تستلزم لوقوعها القصد الجنائي الخاص و العام، حيث تكتمل أركان هذه الجريمة كلما اتجهت ارادة المكلف للتملص من الضريبة المستحقة الأداء عليه من خلال ممارسة طرق تدليسية احتيالية محددة على سبيل المثال في مختلف النصوص الضريبية والقوانين المرتبطة بها الأمر الذي يفتح المجال واسعا للقياس عليها و امكانية اعتبار كل محاولة تدليسية تهدف لحرمان الخزينة العمومية من المداخل الجبائية غشا ضريبيا، إضافة الى العقوبات الجبائية التي تهدف كلها لتحقيق الردع الجزائي والوقاية من الغش الضريبي، غير أنه بالرغم من ذلك يجب أن تتزامن هذه الاجراءات مع ارادة سياسية حقيقية لتفعيلها، وضرورة تشديد العقوبات الجزائية و الجبائية وفقا لخطورة الوسائل التدليسية الاحتيالية التي استعملها المكلف للتملص من الضريبة المستحقة الأداء عليه، إضافة لنسبة من المبالغ المتملص منها.

40 - المادة 523 من قانون الضرائب غير المباشرة.

41 - المادة 524 من نفس القانون.

42 - المادة 114 من قانون الرسم على رقم الأعمال.

43 - المادة 525 من قانون الضرائب غير المباشرة.

المجلس الوطني للاستثمار: آلية لترقية الاستثمار أم عقبة تعترض سبيله؟

جمال قرناش⁽¹⁾

(1) أستاذ محاضر قسم "ب"، كلية الحقوق والعلوم السياسية،
جامعة حسيبة بن بوعلي، الشلف، الجزائر.
البريد الإلكتروني: j.karnache@univ-chlef.dz

الملخص:

نتناول في هذه الدراسة الدور المنوط للمجلس الوطني للاستثمار في مجال ترقية وتطوير الاستثمار، وذلك بتسليط الضوء على ما جادت به النصوص القانونية المنظمة لأداء هذا الجهاز. محاولين التطرق ومعالجة مختلف الجوانب المتعلقة بذلك سواء من الناحية النظرية أو العملية. توصلنا إلى أن النصوص القانونية المنظمة لهذا الجهاز أسندت له عدة أدوار في سبيل النهوض بالاستثمار، منها ما يتعلق بترقية مناخ الاستثمار بوجه عام، وأخرى تخص الاستثمار الأجنبي. إلا أن الواقع العملي أثبت أن دور المجلس يظل محدود في سبيل ترقية الاستثمار، وذلك نتيجة عدة عراقيل.

الكلمات المفتاحية:

المجلس الوطني للاستثمار، ترقية الاستثمار، العراقيل، المحدودية.

تاريخ إرسال المقال: 2020/12/24، تاريخ مراجعة المقال: 2021/12/16، تاريخ نشر المقال: 2021/12/31.

لتهميش المقال: جمال قرناش " المجلس الوطني للاستثمار: آلية لترقية الاستثمار أم عقبة تعترض سبيله"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد 12، العدد 03، السنة 2021، ص ص 73-83.

<https://www.asjp.cerist.dz/en/PresentationRevue/72>

المقال متوفر على الرابط التالي:

المؤلف المراسل: جمال قرناش، j.karnache@univ-chlef.dz

The National Investment Council: A Mechanism to Promote Investment or An Obstacle to its Path?

Summary:

In this study, we address the National Investment Council, by highlighting what the legal texts regulating the functioning and performance of this device have found. Trying to address and address various aspects related to it, whether in theory or in practice.

We have come to the conclusion that the legal vision of this body places it in the category of an apparatus as a mini-government council, and a donor with special roles, including those related to the promotion of the investment climate in general, and others related to foreign investment. However, the practical reality has proven that the role of the Council remains limited in order to promote investment.

Keywords:

National Investment Council, Investment Promotion, Limitations

Le Conseil national de l'investissement: un mécanisme de promotion de l'investissement ou un obstacle à celui-ci?

Résumé :

Dans cette étude, nous présentons le rôle confié au Conseil National de l'Investissement dans le domaine de la promotion et du développement de l'investissement, en mettant en exergue ce qu'énoncent les textes légaux réglementant les performances de cet organisme. Tout en abordant divers aspects liés à cela, à la fois en théorie et en pratique. Nous avons conclu que les textes juridiques réglementant cet organisme se sont vu attribuer plusieurs rôles afin de promouvoir l'investissement, notamment ceux liés à la promotion du climat d'investissement en général, et d'autres liés à l'investissement étranger. Cependant, la réalité pratique a prouvé que le rôle du Conseil reste limité dans la promotion de l'investissement, en raison de plusieurs obstacles.

Mots clés:

Conseil national de l'investissement, promotion des investissements, obstacles, Limitations.

مقدمة

يعتبر الاستثمار أحد أهم العوامل الرئيسية في الوقت الراهن التي تساهم في تطور وترقية اقتصاد الدول، حيث يصفه البعض¹ أنه جوهر عملية التنمية الاقتصادية. وما يؤسس لذلك هو تراجع اقتصاديات الريع أو بالأحرى تراجع وتدني مداخيل قطاع المحروقات. وهو الأمر الذي بمقتضاه أصبح اللجوء للاستثمار من طرف الدولة ضرورة حتمية، على اعتبار أنه الحل الوحيد للتنصل من التبعية الاقتصادية للمحروقات، التي باتت غير مرحب بها من طرف كل المختصين في مجال الاقتصاد. وإذا كان الاستثمار عنصر جوهري للنهوض باقتصاديات الدول، فإن ذلك لا يتحقق ما لم يرافقه إطار مؤسسي في هذا النطاق، يهدف إلى مساعدة ومرافقة المستثمر. وترتبط على ذلك، وبغية ترقية الاستثمار تم استحداث بعض الهيئات من أجل المساهمة في ذلك، ولعل من بين أبرز تلك الهيئات المجلس الوطني للاستثمار. والذي أنشأ بموجب الأمر رقم 03-01² المتعلق بتطوير الاستثمار والذي ألغي بموجب القانون رقم 09-16³ المتعلق بترقية الاستثمار. ونظرا لأهمية المجلس الوطني للاستثمار في المنظومة التشريعية الجزائرية، خصوصا في ظل الدور الحيوي للاستثمار داخل الدول، تراءى لنا من خلال هذه الورقة البحثية الخوض والبحث في مكانة هذه الهيئة في مجال ترقية وتطوير الاستثمار، وذلك في سياق الإشكالية المبورة في التساؤل التالي :

هل يرقى أداء المجلس الوطني للاستثمار إلى المساهمة فعلا في ترقية وتطوير الاستثمار؟ أم أن التوجهات الحديثة لترقية الاستثمار تستدعي إعادة النظر في ذات الأداء؟

وبغية الإجابة على التساؤل المطروح، سنحاول التطرق إلى مختلف الجوانب التي تحكم أداء هذه الهيئة، سواء من حيث الإطار النظري، أو ما هو متاح في الواقع العملي، حيث سنعالج في هذه الدراسة مهام وصلاحيات المجلس الوطني للاستثمار (أولا)، في حين سنعرض بعد ذلك على العراقيل التي تحد من غاية انشاء هذا المجلس (ثانيا).

أما بخصوص المنهج المعتمد في الدراسة، فيتمثل في المنهج التحليلي، الوصفي، وهذا من أجل التعرض لمختلف جزئيات البحث، بما فيها تحليل بعض الآراء الفقهية والتشريعية ذات الصلة بهذا الموضوع.

¹ - بهلول محمد قاسم، الجزائر بين الأزمة الاقتصادية والأزمة السياسية، مطبعة دحلب، 1993، ص 21.

² - الأمر 03-01 المؤرخ في 20 غشت 2001، المتعلق بتطوير الاستثمار، ج.ر.ج.ج، عدد 47، لسنة 2001، الملغى جزئيا.

³ - القانون رقم 09-16، المؤرخ في 03/08/2016، المتعلق بترقية الاستثمار، ج.ر.ج.ج، عدد 46، مؤرخة، في 03/08/2016.

أولاً: مهام وصلاحيات المجلس الوطني للاستثمار

إن المجلس الوطني للاستثمار، قد جاءت نشأته واستحداثه في الجزائر، كتوجه واستراتيجية وطنية منتهجة في مجال النهوض بقطاع الاقتصاد. لذا كان لزاماً تفعيل نشاط مختلف الهيئات المكلفة بالاستثمار⁴ وعلى رأسها المجلس الوطني للاستثمار، ونظراً لخصوصية وحساسية المجال الذي يتابعه المجلس الوطني للاستثمار، فقد أسندت لها مجموعة من المهام والصلاحيات والتي تتراوح بين مهام متعلقة بترقية وتطوير مناخ الاستثمار، وكذا مهام متعلقة بالاستثمار الأجنبي، وذلك على الشكل التالي:

1- المهام المتعلقة بترقية وتطوير مناخ الاستثمار:

في الشق المتعلق بترقية وتطوير مناخ الاستثمار⁵، فإن المجلس الوطني للاستثمار له عدة اختصاصات، منها اختصاصات استراتيجية، واختصاصات إدارية، وذلك على الشكل التالي:

أ- الاختصاصات الاستراتيجية للمجلس الوطني للاستثمار: حددت الاختصاصات الاستراتيجية للمجلس الوطني للاستثمار بموجب المادة 03 من المرسوم التنفيذي رقم 06-355 المتعلق بصلاحيات المجلس الوطني للاستثمار وتشكيلته وتنظيمه وسيره، والتي يمارس من خلالها صلاحياته كهيئة اقتراح وتصور، وكذا هيئة مبادرة، وفق الآتي⁶:

اختصاصات المجلس باعتباره هيئة تصور واقتراح: يعتبر المجلس الوطني للاستثمار كهيئة اقتراح وتصور، وفي سبيل ذلك يتمتع بالصلاحيات التالية:

⁴ - كذلك تم في هذا الإطار إنشاء الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار، والتي أنشأت أول مرة هذه الوكالة تحت اسم وكالة وترقية ودعم ودعم متابعة الاستثمار بموجب المرسوم التشريعي رقم 12/93 المؤرخ في 05/10/1993، ج.ر.ج.ج، عدد 64، مؤرخة في 10/10/1993؛ ثم صدر المرسوم التنفيذي رقم 06-356 المؤرخ في 09/10/2006، المتضمن صلاحيات الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار وسيرها وتنظيمها ج.ر.ج.ج، عدد 64، مؤرخة في 11/10/2006؛ والذي عدل بموجب المرسوم التنفيذي رقم 17-100، المؤرخ في 05/03/2017، المتضمن تعديل وتتميم المرسوم التنفيذي رقم 06-356، المؤرخ في 09/10/2003 ج.ر.ج.ج، عدد 16، مؤرخة في 08/03/2017.

⁵ - يعرف الاستثمار بأنه: "سلسلة من المصروفات تليها سلسلة من الإيرادات وذلك في فترات زمنية متعاقبة، وهذا الاستثمار قد يكون مادي كالأراضي، المباني والآلات، وعلى شكل غير مادي كالنقود تحت الطلب كالسندات والأسهم" - نقلاً عن قادري عبد العزيز، الاستثمارات الدولية، دار النشر والتوزيع، بوزريعة، الجزائر، 2004، ص 11.

⁶ - لتفاصيل أكثر حول ذلك، أنظر، نذير بن هلال، غياب سياسة الحكم الراشد في توزيع الاختصاص بين المجلس الوطني للاستثمار والوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار، المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية، المجلد 02، العدد 03، ص 340.

- اقتراح الاستراتيجية الوطنية لتطوير الاستثمارات.
- اقتراح مدى ملائمة وتكيف التدابير التحفيزية للاستثمار مع التطورات الراهنة.
- يقترح على الحكومة التدابير والقرارات الواجب اتخاذها في سبيل تسهيل وتفعيل العملية الاستثمارية.
- اختصاصات المجلس باعتباره هيئة مبادرة: زود المنظم في مجال الاستثمار المجلس بعدة صلاحيات في هذا الإطار وهي:

- دراسة البرنامج الوطني لترقية الاستثمار وتحديد الاهداف المرجو تحقيقها.
- دراسة الاقتراحات التي من شأنها تعديل المزايا واستحداث مزايا جديدة .
- دراسة قائمة النشاطات والسلع والخدمات المستثناة من المزايا وتعديلها وتحسينها، وهو ما تم تفعيله بموجب المرسوم التنفيذي رقم 17-101⁷، حيث أنه بعد موافقة المجلس الوطني للاستثمار تم استحداث قوائم جديدة للنشاطات والسلع والخدمات المستثناة من مزايا القانون رقم 16-09 .
- تحديد المقاييس التي يعتمد عليها لتبيان مدى أهمية المشروع الاستثماري بالنسبة للاقتصاد الوطني.
- دراسة الاتفاقيات المتعلقة بالاستثمارات التي تمثل أهمية خاصة للاقتصاد الوطني، والتي تبرم بين الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار والمستثمر بعد موافقة المجلس.

- ضبط قائمة النفقات الممكن اقتطاعها من الصندوق المخصص لدعم الاستثمار وترقيته .
ب- **الاختصاصات الإدارية:** تستفيد الاستثمارات المسجلة لدى الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار بقوة القانون وبصفة آلية من مزايا مرحلة الانجاز، لكن هذا المبدأ تحكمه استثناءات تتمثل في تقييدها بضرورة الحصول على موافقة المجلس الوطني للاستثمار بالنسبة للاستثمارات التي يساوي أو يفوق مبلغها خمسة ملايين دينار (5.000.000.000 دج)، وكذا تلك الاستثمارات التي تمثل أهمية بالنسبة للاقتصاد الوطني.

- الاستثمارات التي يساوي أو يفوق مبلغها خمسة ملايين: بالرجوع إلى النصوص القانونية المنظمة للاستثمار سواء القانون رقم 16-09 المتعلق بالاستثمار، أو المرسوم التنفيذي رقم 17-102 المحدد لكيفيات تسجيل الاستثمارات وكذا شكل ونتائج الشهادة المتعلقة به⁸، يلاحظ أن النص القانوني ألزم كل الاستثمارات التي

⁷ - المرسوم التنفيذي رقم 17-101، المؤرخ في 05/03/2017، المحدد للقوائم السلبية والمبالغ الدنيا للاستفادة من المزايا وكيفيات تطبيق المزايا على مختلف أنواع الاستثمارات، ج.ر.ج.ج، عدد 16، مؤرخة في 08/03/2017.

⁸ - المرسوم التنفيذي رقم 17-102، المؤرخ في 05/03/2017، المحدد لكيفيات تسجيل الاستثمارات وكذا شكل ونتائج الشهادة المتعلقة به، ج.ر.ج.ج، عدد 16، مؤرخة في 08/03/2017.

تساوي مبلغ خمسة ملايين أو تفوقه ضرورة حصول أصحابها على موافقة المجلس الوطني للاستثمار بغية الاستفادة من المزايا الممنوحة في إطار تسجيل الاستثمار لدى الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار.

وترتيباً على الطرح المشار إليه آنفاً، فإنه من شأن ذلك خلق عقبات وآثار غير مرحب بها في مجال ترقية الاستثمار وفق ما ذهب إليه البعض⁹، على اعتبار أن تلك الموافقة المسبقة للمجلس الوطني للاستثمار من شأنها تقليص صلاحيات الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار، إذ يصبح دورها يقتصر على منح المزايا بمجرد تسجيل الاستثمار إلا للتي يقل مبلغها عن خمسة ملايين دينار؛ كما أن من آثاره تقييد الاستثمارات خصوصاً إذا علمنا أن المجلس يجتمع كل 03 أشهر¹⁰ على الأقل وهي مدة طويلة قد ينتظرها المستثمر للحصول على المزايا؛ يضاف إلى ذلك اشكالية الطعن أمام لجنة الطعن المختصة ضد قرارات المجلس الوطني للاستثمار، حيث أنه وإن كان المشرع قد منح حق الطعن للمستثمر أمام لجنة الطعن المختصة ضد القرارات الصادرة من إدارة أو هيئة مكلفة بتنفيذ قانون الاستثمار بشأن الاستفادة من المزايا، إلا أنه في الواقع العملي يلاحظ أن قرارات المجلس تشكل حالة خاصة، لأنه لا يتصور الطعن ضد قرارات صادرة عن هيئة سياسية تعتبر كمجلس حكومة برئاسة الوزير الأول¹¹.

-الاستثمارات التي تمثل أهمية خاصة للاقتصاد الوطني: الاستثمارات ذات الأهمية الخاصة للاقتصاد الوطني هي استثمارات هادفة الى الحفاظ على حقوق الأجيال القادمة في التنمية، لكن التنمية المتوازنة أي التي تلبي حاجيات الأجيال الحاضرة والمستقبلية في آن واحد؛ لكن المشرع في القانون 09-16 اكتفى بعبارة " استثمارات ذات أهمية بالنسبة للاقتصاد الوطني"، فهذا يجعل العبارة غير مفهومة وتحمل عدة تأويلات¹².

وباستقراء أحكام المادة 17 من القانون 09-16، فإنه ينتج عن الاستثمارات ذات الأهمية الخاصة بالنسبة للاقتصاد الوطني إبرام اتفاقية تدعى اتفاقية استثمار بين كل من الدولة الجزائرية ممثلة في الوكالة الوطنية

⁹ - نذير بن هلال، المرجع السابق، ص 342.

¹⁰-أنظر، المادة 05 من المرسوم التنفيذي رقم 06-355 المؤرخ في 09/10/2006، المتعلق بصلاحيات المجلس الوطني للاستثمار وتشكيلته وتنظيمه وسيره، ج.ر.ج.ج، عدد 64، مؤرخة في 11/10/2006.

¹¹- نذير بن هلال، المرجع السابق، ص 342-343.

¹²- عبد الغاني بركان، الحوافز الجبائية في مجال الاستثمار، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد 15، عدد 01، 2017، ص 327.

للاستثمار والمستثمر، بعد موافقة المجلس الوطني للاستثمار، كما يتم نشر نص الاتفاقية في الجريدة الرسمية¹³.

هذا، وتجدر الإشارة إلى أن الاستثمارات ذات الأهمية الخاصة بالنسبة للاقتصاد الوطني، تستفيد من مزايا إضافية¹⁴. حتى وإن كانت هناك مراسلة من المديرية العامة للضرائب بتاريخ 2018/10/30 والتي جاءت بناء على ما ساقه قانون المالية التكميلي لسنة 2018¹⁵ والتي مفادها أن المجلس الوطني للاستثمار لم يعد مخولاً بمنح تخفيضات أو إعفاءات من الرسوم والضرائب بالنسبة للمشاريع ذات الأهمية الخاصة بالنسبة للاقتصاد الوطني، على اعتبار أن تلك الامتيازات قد ألغاهها قانون المالية التكميلي لسنة 2018. ورغم ذلك فإن المجلس عقد اجتماعاً برئاسة الوزير الأول بتاريخ 2018/10/30، ومنح خلال الاجتماع امتيازات ضريبية جديدة لإحدى المؤسسات المختصة في تركيب السيارات¹⁶.

2- المهام المتعلقة بالاستثمار الأجنبي: نظراً للخصوصية التي يتمتع بها الاستثمار الأجنبي، فإن المجلس الوطني للاستثمار يلعب دور هام وجوهري في هذا الإطار، حيث يقوم بدراسة أولية تتعلق بالمستثمر صاحب الملف الاستثماري، وذلك بالتدقيق في جوانب عدة منها التأكد من أن المستثمر غير ممنوع من الاستثمار في الجزائر، أو إذا كان من رعايا دولة تربطها اتفاقية مع الجزائر أم لا؛ كما أن المجلس يقوم بدراسة خاصة للمشروع الاستثماري من حيث احترام المستثمر للقواعد القانونية في هذا الشأن، كما يراقب الشكل التجاري المزمع انشاء المشروع الاستثماري وفقه؛ ومن ناحية أخرى يراقب المجلس الوطني للاستثمار ملف المشروع من الناحية الاقتصادية وذلك من عدة نقاط أهمها: الجدوى الاقتصادية، اتجاه المنتجات، القطاع المعني بالاستثمار. كما يدرس المجلس مختلف انعكاسات هذا المشروع من الناحية الاجتماعية خصوصاً من جانب

¹³ - المرجع نفسه، ص 327.

¹⁴ - أنظر، المادة 18 من القانون رقم 16-09.

¹⁵ - القانون رقم 13-18، المؤرخ في 2018/07/11، المتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2018، ج.ر.ج.ج، عدد 42، مؤرخة في 2018/07/15.

¹⁶ - مقال منشور بالموقع الإلكتروني لجريدة البلاد: <https://www.elbilad.net/article/detail?id=90196>

بتاريخ: 2018/11/16، شوهده بتاريخ: 2020/01/26.

أحداث الشغل وترقيته، إضافة إلى دراسته من الناحية البيئية والتكنولوجية¹⁷.

وعقب الانتهاء من دراسة الملف من مختلف النواحي يتخذ المجلس الوطني للاستثمار قراره سواء بالرفض أو القبول، كما أن دور المجلس لا يتوقف عند هذا الحد، وإنما يتعدى دوره إلى مراحل أخرى، حيث يتولى مهمة تقرير التسهيلات الإدارية، كما له دور منح التحفيزات الجبائية، سواء في مرحلة الانجاز أو الاستغلال¹⁸.

ثانياً: العراقيل التي تحد من غاية انشاء المجلس الوطني للاستثمار

إن أداء المجلس الوطني للاستثمار، ورغم المكانة التي يحتلها هذا المجلس، والتي كانت من المفروض أن تؤهله للعب دور الفاعل في سبيل تطوير وترقية الاستثمار في بلادنا، إلا أن أداء المجلس الوطني للاستثمار يظل أداء محدود ويكتفه القصور، ولم يصل بعد إلى الدرجة التي ينبغي أن يكون عليها، وحتى أنه يشكل أحيانا كثيرة عقبة في سبيل تسريع وتيرة المشاريع الاستثمارية، وذلك للاعتبارات الآتي بيانها:

1- عدم استقلالية المجلس الوطني للاستثمار:

إن المجلس الوطني للاستثمار ووفق ما أشارت إليه النصوص القانونية¹⁹ بشأنه أنه جهاز موضوع تحت سلطة رئيس الحكومة الذي يتولى رئاسته.

ومن ثمة، فإن تكييف المشرع الجزائري للمجلس الوطني للاستثمار، جعله كهيئة إدارية غير مستقلة، على اعتبار أن تحت سلطة رئيس الحكومة أو كما يعرف حالياً بالوزير الأول. وبالنتيجة تبعية المجلس الوطني للاستثمار للسلطة التنفيذية، والخضوع لرقابتها.

كما أن ما يلاحظ في هذا الصدد أن المشرع الجزائري لم يمد المجلس الوطني للاستثمار بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي، عكس توجهه بخصوص الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار التي تتمتع بالشخصية المعنوية²⁰ وهو الأمر الذي من شأنه منحها امتيازات السلطة العامة، بما يسمح لها بتحقيق أهداف تطوير الاستثمار وترقيته على أكمل وجه.

¹⁷-لتفاصيل أكثر حول دور المجلس الوطني للاستثمار بخصوص الاستثمارات الأجنبية، أنظر، نفيسة عسالي، اختصاصات المجلس الوطني للاستثمار في جانب الاستثمارات الأجنبية، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد 13، العدد 01، ص 389 وما يليها.

¹⁸- المرجع نفسه.

¹⁹- أنظر، المادة 02 من المرسوم التنفيذي رقم 06-355.

²⁰- أنظر، المادة 26 من القانون رقم 16-09.

وعليه، فإن المجلس الوطني للاستثمار لا يتمتع بالاستقلالية اللازمة في اتخاذ قراراته، حيث يغلب عليه الطابع السياسي أكثر منه أداة تسعى لترقية الاستثمار، خصوصا وأن رئاسة هذا المجلس تعود للوزير الأول، ومن ثمة فإن القرارات المتخذة من طرف هي نابعة من توجيهات الحكومة.

وهو الأمر الذي من شأنه إضعاف دوره في مجال الاستثمار، خصوصا وأن الدور المنوط به دور حساس يشمل تلك الاستثمارات التي توليها الدولة أهمية خاصة بالنظر إلى طبيعتها أو أطرافها وكذا المبالغ المالية الخاصة بها. ومن ناحية أخرى فإن المستثمر الذي يرى أنه تضرر من قرارات المجلس قد ينأى عن الطعن في قرارات هذا الأخير، وذلك نظرا لطبيعته المتسمة بالطابع الحكومي.

وتأسيسا على ذلك، تعد الاستقلالية أمرا ضروريا حتى يتمكن أي جهاز من أداء مهامه وصلاحياته بما في ذلك المجلس الوطني للاستثمار، خصوصا وأن استحداث هذا المجلس يعد خلاصة لتفكير معمق حول كيفية توحيد القرار، كما يعد جهاز ذو اختصاص وطني يضم مجموعة من القطاعات²¹ التي لها علاقة بمجال الاستثمار للقيام بمهامه خاصة تفعيل عملية الاستثمار في الجزائر²².

²¹ - حيث أن تنظيم المجلس الوطني للاستثمار، ووفق ما تضمنته المادة 04 من المرسوم التنفيذي رقم 06-355 المتعلق بتنظيم هذه المجلس، فإن تشكيلة المجلس تتكون من عدة وزراء لهم علاقة بمجال الاستثمار، والتي تتمثل فيما يلي:

-الوزير المكلف بالجماعات المحلية.

-الوزير المكلف بالمالية

- الوزير المكلف بترقية الاستثمارات

-الوزير المكلف بالتجارة

الوزير المكلف بالطاقة والمناجم

-الوزير المكلف بالصناعة

-الوزير المكلف بالسياحة.

- الوزير المكلف بالمؤسسات الصغيرة والمتوسطة.

-الوزير المكلف بتهيئة الاقليم والبيئة.

وفضلا عن التركيبة السالف بيانها، فإنه بإمكان المجلس عند الحاجة الاستعانة بكل شخص له كفاءة أو خبرة في ميدان

الاستثمار .

²² - أفلولي ولد رابح صافية، المرجع السابق، ص03.

2- أداء المجلس الوطني للاستثمار يقيد صلاحيات الوكالة الوطنية للاستثمار:

حيث يلاحظ أن صلاحيات المجلس الوطني للاستثمار تقيد أداء الوكالة الوطنية للاستثمار، حيث يبقى للوكالة صلاحية معالجة الملفات الاستثمارية التي يقل مبلغها عن خمسة ملايين دينار دون سواها. وهو أمر يكرس نظام الإدارة المركزية وعرقلة الاستثمار، على اعتبار أن للوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار فروع محلية على مستوى 48 ولاية، إلا أنها لا تستطيع معالجة تلك المشاريع الاستثمارية، وهو ما يشكل تقييد واضح لسلطة الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار، وبالأخص فروعها على المستوى المحلي.

3- اجتماعات المجلس الوطني للاستثمار اجتماعات محدودة:

إن اجتماعات المجلس الوطني للاستثمار تعد اجتماعات محدودة، حيث أنه كما أنه يجتمع كل 03 أشهر على الأقل، وهو أمر من تبعاته تأثير سلبي على المستثمر ومشروعه الاستثماري، على اعتبار أن تلك الفترة قد ينتظرها المستثمر بغية النظر في مشروعه، وهي مدة طويلة في المجال الاقتصادي بصفة عامة ومجال الاستثمار على وجه الخصوص، الذي يتطلب السرعة؛ فلماذا نجبر مستثمر بإمكانه خلق مشروع استثماري وتوفير مناصب شغل لمدة زمنية معتبرة؟

4- افتقار قرارات وأراء وتوصيات المجلس للشفافية:

لقد أكدت المادة 06 من المرسوم التنفيذي رقم 06-355 على أن أعمال المجلس تتوج بقرارات وأراء وتوصيات؛ إلا أن ما يلاحظ أن النص القانوني لم يشر إلى ضرورة الإعلان الخارجي لتلك الأعمال، حيث أن عدم نشر وإعلان تلك القرارات والآراء والتوصيات من شأنه إضفاء الضبابية على أعمال المجلس، وبالنتيجة البعد عن تعزيز قواعد النزاهة والمصادقية في إطار معالجة ملفات المستثمرين.

وفي خضم ما سلف بيانه، فإنه برزت إلى السطح مطالب بجل المجلس الوطني للاستثمار باعتباره يشكل عقبة أمام الاستثمار، حيث سبق لعدد من المتعاملين الاقتصاديين أن أكدوا أن هذا المجلس تسبب في اعتراض سبيل العديد من الاستثمارات الأجنبية سنة 2018 وبداية 2019، حيث لم يعط موافقته عليها من طرف الوزير الأول السابق، الذي كان يرأس المجلس حينها، مقترحين في حال استمر هذا المجلس في عمله بأن يمس تدخله المشاريع الضخمة التي تبلغ قيمتها أكثر من 50 مليار دولار على سبيل المثال فقط. ويرى أصحاب هذا المطلب أن الوقت مناسب لحل هذا لمجلس، وذلك بسبب الوضع الحالي والأزمة السياسية والتغييرات التي طالت مسؤولين كبارا في الدولة، وكذا حملة المتابعات التي مست رجال أعمال ورؤساء مؤسسات اقتصادية وبنوك عمومية. من جهتهم يرى خبراء اقتصاديون أن المجلس الوطني للاستثمار، وكبقية المجالس والصناديق التابعة

للدولة، لا يعتمد في عمله ونشاطه على المعطيات الاقتصادية وإنما يتدخل القرار السياسي في تسييره، وهو ما ظهر من خلال نشاطه في السنوات الأخيرة، ومنحه الموافقة على مشاريع غير مجدية اقتصاديا على غرار مشاريع تركيب السيارات، فيما رفضت مشاريع أخرى كان يمكن أن توفر مداخل مهمة للخزينة العمومية، معتبرين أن حل هذا المجلس من شأنه أن يمثل دفعا آخر للاستثمارات الأجنبية²³.

خاتمة:

بعد الانتهاء من هذه الدراسة، نخلص إلى أن المجلس الوطني للاستثمار اعتبرته النصوص القانونية المنظمة له جهاز موضوع تحت سلطة الوزير الأول الذي يتولى رئاسته، ومن ناحية أخرى فإن إنشاء ذات الجهاز قد جاء كتوجه واستراتيجية وطنية منتهجة في مجال النهوض بقطاع الاقتصاد.

وقد تم التوصل إلى النتائج التالية:

- أسند المشرع للمجلس مجموعة من المهام والصلاحيات، والتي تتباين بين مهام متعلقة بترقية وتطوير مناخ الاستثمار، وكذا له صلاحيات بخصوص الاستثمار الأجنبي.
- حيث أنه في الشق المتعلق بترقية وتطوير مناخ الاستثمار، فإن المجلس الوطني للاستثمار له عدة اختصاصات، منها اختصاصات استراتيجية، واختصاصات إدارية.
- أما بخصوص صلاحيته في مجال الاستثمار الأجنبي فهو يلعب دور هام وجوهري في هذا الإطار، وبالأخص مراقبته لملف المشروع من ناحية الجدوى الاقتصادية، وكذا مختلف انعكاسات هذا المشروع من الناحية الاجتماعية خصوصا من جانب أحداث الشغل وترقيته، إضافة إلى دراسته من الناحية البيئية والتكنولوجية.
- إن أداء المجلس الوطني للاستثمار في الواقع العملي بات يشكل عقبة تعترض سبيل المشاريع الاستثمارية، وذلك نظرا لعدة عراقيل تحد من غاية انشائه، وبالنتيجة فإن دوره في ترقية الاستثمار يعد دور محدود.

وفي الختام، ونظرا للاعتبارات السالف بيانها، نوصي ب:

- ضرورة إعادة النظر في سير أداء المجلس الوطني للاستثمار، وذلك بمنح المهام الموكلة اليه للوكالة الوطنية للاستثمار ووضع ممثلين عن القطاعات المعنية بالاستثمار على مستوى الإدارة المركزية للوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار، وهذا بغية القضاء على التداخل في المهام، وبالنتيجة تسهيل مختلف العمليات المتعلقة بالاستثمار.

²³ - مطالب بحل المجلس الوطني للاستثمار لتحرير الاستثمار الأجنبي، مقال منشور بالموقع الإلكتروني: <http://elraaed.com/ara/watan/140896>، بتاريخ 2019/09/15، شوهد بتاريخ 2020/01/26.

المزايا الضريبية المعتمدة في القانون رقم 16-09 المتعلق بترقية الاستثمار ودورها في تحقيق التنمية الاقتصادية

معيفي لعزیز (1)

(1) أستاذ محاضر "أ" مخبر البحث حول فعالية القاعدة القانونية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميره، بجاية، 06000، الجزائر.

البريد الإلكتروني: laziz.maifi@univ-bejaia.dz

الملخص:

تسعى غالبية الدول، لاسيما النامية منها، قصد تحقيق التنمية لديها إلى تهيئة مناخ استثماري ملائم وفعال لاستقطاب رؤوس الأموال، وطنية كانت أو أجنبية، معتمدة في ذلك على عدة أساليب لاسيما منها منح الحوافز والإعفاءات الضريبية التي أصبحت السمة التي تتميز بها كل قوانينها المؤطرة للاستثمار. على هذا الأساس، فإن الدولة الجزائرية سعت لتبني سياسة التحريض الجبائي كأداة لتوجيه الاستثمار، تجسد ذلك من خلال الأحكام التي تضمنها القانون رقم 16-09 المتعلق بترقية الاستثمار، الذي كرس عدة أنظمة للمزايا الممنوحة للاستثمارات.

الكلمات المفتاحية:

الاستثمار، المستثمر، المزايا، إنجاز، استغلال، اتفاقية الاستثمار.

تاريخ إرسال المقال: 2021/11/04، تاريخ مراجعة المقال: 2021/12/12، تاريخ نشر المقال: 2021/12/31.

لتهميش المقال: معيفي لعزیز، "المزايا الضريبية المعتمدة في القانون رقم 16-09 المتعلق بترقية الاستثمار ودورها في تحقيق التنمية الاقتصادية"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد 12، العدد 03، 2021، ص ص. 84-97.

المقال متوفر على الرابط التالي: <https://www.asjp.cerist.dz/en/PresentationRevue/72>

المؤلف المراسل: معيفي لعزیز laziz.maifi@univ-bejaia.dz

المجلد 12، العدد 03 - 2021.

The Tax Benefits & Their Role in Economic Development in the Light of Law 16-09 Relating to the Development of Investment

Summary:

With a view to efficient economic development, all countries, particularly developing countries, must prepare an appropriate and attractive investment climate by establishing tax exemption mechanisms. As such, the Algerian State, by virtue of Law 16-09 relating to the development of investment, opts for a tax attractiveness policy as a means of investment management and devotes several advantages to the benefit of investors. .

Key Words: Investment, investor, advantages, realization, exploitation, investment agreement

Les avantages fiscaux et leur rôle dans le développement économique à la lumière de la loi 16-09 relative au développement de l'investissement

Résumé:

En vue d'un développement économique efficient, l'ensemble des pays, en développement notamment, doivent préparer un climat d'investissement adapté et attractif et ce, en consacrant des mécanismes d'exemption en matière fiscale. A ce titre, l'Etat Algérien, en vertu de la loi 16-09 relative au développement de l'investissement, opte pour une politique d'attractivité fiscale comme moyen de direction de l'investissement et en consacrant plusieurs avantages au profit des investisseurs.

Mots-clés:

Investissement, investisseur, avantages, réalisation, exploitation, convention d'investissement

مقدمة

باشرت الدولة الجزائرية منذ الاستقلال إلى وضع قوانين خاصة بالاستثمار وتطويره وترقيته، باعتباره مؤشرا للاقتصاد الوطني من خلال تشجيع الاستثمارات المحلية وجذب الاستثمارات الأجنبية، وكان أول قانون آنذاك قانون رقم 63-277، الصادر بتاريخ 26 جويلية 1963¹، ثم قانون الاستثمارات الصادر سنة 1966 الأمر رقم 66-284، المؤرخ في 15 سبتمبر 1966²، ثم جاء بعد ذلك قانون 1982 قانون رقم 82-11³، ثم قانون سنة 1988 تحت رقم 88-25⁴، ليأتي بعد ذلك وفي ظل صدور دستور 1989⁵ الذي تبنى مبادئ الاقتصاد الحر، قانون النقد و القرض رقم 90-10⁶، المؤرخ في 14 أفريل 1990.

بعدها جاء المرسوم التشريعي رقم 93-12، المؤرخ في 5 أكتوبر 1993⁷، المتعلق بتشجيع و ترقية الاستثمار، ليصبح بعد ذلك البداية الفعلية لتشجيع الاستثمار الأجنبي في الجزائر باعتباره قانون يوطر العملية الاستثمارية بعد مرحلة الاصلاحات الاقتصادية التي بادرت بها السلطات العمومية في الجزائر، هذا القانون جاء أساسا في سياق التوجه نحو اقتصاد السوق والاستعداد للاندماج في الاقتصاد العالمي، لكن بالنظر إلى النقائص التي تشوب المرسوم السالف الذكر، أصدر المشرع الجزائري الأمر رقم 01-03، المؤرخ في 20 أوت 2001⁸، المتعلق بتطوير الاستثمار ، والذي عدل وتمم بالأمر رقم 06-08، المؤرخ في 15 جويلية 2006⁹، حيث

¹ - قانون رقم 63 - 277، مؤرخ في 26 جويلية 1963، يتضمن قانون الاستثمارات، ج.ر.ج. عدد 53، صادر في 02 أوت 1963 . (ملغى)

² - أمر رقم 66 - 284، مؤرخ في 15 سبتمبر 1966، يتضمن قانون الاستثمارات، ج.ر.ج. عدد 80، صادر في 17 سبتمبر 1966. (ملغى)

³ - قانون رقم 82 - 11، مؤرخ في 15 سبتمبر 1982، يتعلق بالاستثمار الاقتصادي الخاص الوطني، ج.ر.ج. عدد 34 ، صادر في 13 جويلية 1988 . (ملغى)

⁴ - أمر رقم 88 - 25، مؤرخ في 12 جانفي 1988، يتضمن توجيه الاستثمارات الخاصة الوطنية، ج.ر.ج. عدد 28، صادر في 13 جويلية 1988 . (ملغى)

⁵ - مرسوم رئاسي رقم 89 - 18، مؤرخ في 28 فيفري 1989، يتعلق بنشر تعديل الدستور الموافق عليه في استفتاء 23 فيفري 1989، ج.ر.ج. عدد 09، صادر في 01 مارس 1989 . (ملغى)

⁶ - قانون 90 - 10، مؤرخ في 14 أفريل 1990، يتعلق بالنقد و القرض، ج.ر.ج. عدد 16، صادر في 18 أفريل 1990. (ملغى)

⁷ - مرسوم تشريعي رقم 93 - 12، مؤرخ في 05 أكتوبر 1993، يتعلق بترقية الاستثمار، ج.ر.ج. عدد 64، صادر في 10 أكتوبر 1993. (ملغى)

⁸ - أمر رقم 01 - 03، مؤرخ في 20 أوت 2001، يتعلق بتطوير الاستثمار، ج.ر.ج. عدد 47، صادر في 22 أوت 2001. (ملغى)

⁹ - أمر رقم 06 - 08، مؤرخ في 16 جويلية 2006، يعدل و يتمم أمر رقم 01 - 03، يتعلق بتطوير الاستثمار، ج.ر.ج. عدد 47، صادر في 19 جويلية 2006 .

أصبح بموجبه أن تدخل الدولة لا يتم إلا بهدف تقديم مختلف المزايا التي يطلبها المستثمر¹⁰. كما تم تعديله بموجب قوانين المالية المتعاقبة بداية من قانون المالية التكميلي لسنة 2009¹¹، 2010¹²، 2012¹³، 2013¹⁴، 2015¹⁵، 2017¹⁶، والتي أدت إلى تصحيح الوضعيات المختلفة في قانون ترقية الاستثمار والذي يحتوي في طياته على حزمة من امتيازات خاصة في الجانب الضريبي.

أخيرا صدر قانون رقم 16-09¹⁷ الذي يتعلق بترقية الاستثمار، الذي تنصب عليه دراستنا من خلال هذه الورقة البحثية، بحيث سنحاول في هذا البحث التعرض لأهم ما جاء به بخصوص التسهيلات و المزايا الممنوحة لجلب وتشجيع الاستثمارات.

يقترن الحصول على المزايا والحوافز الضريبية الواردة في القانون رقم 16-09 المتعلق بترقية الاستثمار بضرورة قيام المستثمر بتسجيل مشروعه الاستثماري لدى الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار (Agence Nationale de Développement de l'Investissement) ، وهو الاجراء الذي يخضع له كلّ المستثمرين مهما كانت جنسيتهم سواء كانوا وطنيين أم أجانب.

من هذا المنطلق نتساءل عن مدى مساهمة سياسة التحفيز الضريبي المقررة في قانون ترقية الاستثمار الجديد في تفعيل العملية الاستثمارية في الجزائر؟

باعتبار القانون رقم 16-09 المتعلق بترقية الاستثمار تحفيزي بالدرجة الأولى فقد أولى المشرع الجزائري أهمية بالغة لموضوع المزايا التي تستفيد منها الاستثمارات المنجزة في إطار هذا القانون، بحيث خصص لها

¹⁰ - لعماري وليد، الحوافز القانونية للاستثمار الأجنبي في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، تخصص قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2011، ص 03 .

¹¹ - أمر رقم 09 - 01، مؤرخ في 12 جويلية 2009، يتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2009، ج.ر.ج.ج عدد 44، صادر في 26 جويلية 2009 .

¹² - أمر رقم 10 - 01، مؤرخ في 26 أوت 2010، يتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2010، ج.ر.ج.ج عدد 49، صادر في 29 أوت 2010 .

¹³ - أمر رقم 11 - 16، مؤرخ في 28 ديسمبر 2011، يتضمن قانون المالية لسنة 2012، ج.ر.ج.ج عدد 71، صادر في 29 ديسمبر 2011 .

¹⁴ - أمر 12 - 12، مؤرخ في 26 ديسمبر 2012، يتضمن قانون المالية لسنة 2013، ج.ر.ج.ج عدد 72، صادر في 30 ديسمبر 2012 .

¹⁵ - أمر رقم 14 - 10، مؤرخ في 30 ديسمبر 2014، يتضمن قانون المالية لسنة 2015، ج.ر.ج.ج عدد 78، صادر في 31 ديسمبر 2014 .

¹⁶ - أمر رقم 16 - 14، مؤرخ في 28 ديسمبر 2016، يتضمن قانون المالية لسنة 2017، ج.ر.ج.ج عدد 77، صادر في 29 ديسمبر 2016.

¹⁷ - قانون رقم 16 - 09، مؤرخ في 03 أوت 2016، يتعلق بترقية الاستثمار، ج.ر.ج.ج عدد 46، صادر في 03 أوت 2016.

فصلا كاملا، وعالجها على ثلاث مستويات تتمثل في كل من المزايا المشتركة للاستثمارات المؤهلة (أولا)، المزايا الإضافية لفائدة الأنشطة المتميزة و / أو التي تخلق فرص عمل (ثانيا)، وأخيرا إلى المزايا الاستثنائية ذات الأهمية الخاصة للاقتصاد الوطني (ثالثا).

أولا: المزايا المشتركة للاستثمارات المؤهلة

يقصد بالمزايا المشتركة للاستثمارات المؤهلة تلك الحوافز الجبائية والضريبية التي تمنحها الدولة للمستثمر سواء كان شخص طبيعي أو معنوي، عام أو خاص، وطني أو أجنبي يباشر نشاطا اقتصاديا، إذ تمثل الحد الأدنى من التدابير التشجيعية التي يمكن أن تمنح للمستثمرين من أجل الاستثمار في الجزائر¹⁸، ولهذا حرص المشرع الجزائري على تحديد الموقع الجغرافي لذلك النشاط، نظرا لأهميته في تشجيع عملية الاستثمار، حيث قسم إقليم الدولة إلى مناطق تختلف حسب درجة تنميتها وتجهيزها بالهيكل القاعدية، حيث لم يكفي فقط بمنح تسهيلات ومزايا للمشاريع الاستثمارية المنجزة في منطقة الشمال (أ)، لكنه أولى عناية خاصة للاستثمارات المنجزة في مناطق الجنوب والهضاب العليا والمناطق التي تستدعي تنميتها مساهمة خاصة من قبل الدولة (ب).

أ: المشاريع المنجزة في الشمال

إلى جانب الحوافز الجبائية وشبه الجبائية والجمركية المنصوص عليها في القانون العام، تستفيد الاستثمارات المحددة في المادة 02 من قانون ترقية الاستثمار الجديد من المزايا بعنوان مرحلة الانجاز (1)، ومرحلة الاستغلال (2).

1: مرحلة الانجاز

يقصد بمرحلة انجاز الاستثمار فترة تأسيس الشركة أو المؤسسة الاستثمارية¹⁹، وتستفيد الاستثمارات المذكورة في المادة 02 السابقة ذكرها على المزايا التالية²⁰:

- الإعفاء من الحقوق الجمركية، فيما يخص السلع المستوردة التي تدخل مباشرة في انجاز الاستثمار.
- الإعفاء من دفع الرسم على القيمة المضافة، فيما يخص السلع والخدمات المستوردة أو المقتناة محليا التي تدخل مباشرة في انجاز الاستثمار.
- الإعفاء من دفع حق نقل الملكية بعوض والرسم على الإشهار العقاري عن كل المقننات العقارية التي تتم في إطار الاستثمار المعني.

¹⁸ -SADOUDI Ahmed, "Les incitations fiscales et le promotion des investissements en Algérie", inammals de l'institut – maghrébin d'économie douanières et fiscales, N° 02, 1994, p35.

¹⁹ - معيني لعزیز، الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار كآلية جديدة لتفعيل الاستثمارات في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، تخصص قانون الإصلاحات الاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة جيجل، 2006، ص 87.

²⁰ - راجع المادة 12 فقرة 01 من قانون 01-16-09، المتعلق بترقية الاستثمار، مرجع سابق.

- الإعفاء من حقوق التسجيل والرسم على الإشهار العقاري ومبالغ الأملاك الوطنية المتضمنة حق الامتياز على الأملاك العقارية المبنية وغير المبنية الموجهة لانجاز المشاريع الاستثمارية، وتطبق هذه المزايا على المدة الدنيا لحق الامتياز الممنوح.
- تخفيض بنسبة 95% من مبلغ الإتاوة الإيجارية السنوية المحددة من قبل مصالح أملاك الدولة خلال فترة انجاز الاستثمار.
- الإعفاء لمدة 10 سنوات من الرسم العقاري على الملكيات العقارية التي تدخل في إطار الاستثمار، ابتداء من تاريخ الاقتناء.
- الإعفاء من حقوق التسجيل فيما يخص العقود التأسيسية للشركات والزيادات في رأس المال.

2: مرحلة الاستغلال

- يقصد بمرحلة الاستغلال تلك الفترة التي يقوم من خلالها المستثمر باستغلال وتشغيل مشروعه الاستثماري، ويكون ذلك عن طريق إنتاج السلع الموجهة للتسويق أو تقديم خدمات مفوترة من خلال استثمار تم خلاله الاقتناء الجزئي أو الكلي لوسائل الإنتاج الواردة في قائمة السلع والخدمات الضرورية لممارسة النشاط المصرح به، ذلك لمدة 03 سنوات، بعد معاينة المشروع في مرحلة الاستغلال التي تعده المصالح الجبائية بطلب من المستثمر، وعموما تتمثل هذه المزايا في²¹ :
- الإعفاء من الضريبة على أرباح الشركات.
 - الإعفاء من الرسم على النشاط المهني.
 - تخفيض بنسبة 75% من مبلغ الإتاوة الإيجارية السنوية المحددة من قبل مصالح أملاك الدولة.

ب: الاستثمارات المنجزة في الجنوب والهضاب العليا والمناطق التي تستدعي تنميتها مساهمة خاصة من قبل الدولة

- بعد استقراء نص المادة 13 من القانون 09-16، تستفيد الاستثمارات المنجزة في المناطق الجنوب والهضاب العليا وكذا المناطق التي تتطلب تنميتها مساهمة خاصة من قبل الدولة من امتيازات عديدة، وتختلف هذه الامتيازات بحسب ما إذا كان المشروع الاستثماري في مرحلة الانجاز (1)، أو في مرحلة الاستغلال (2).

1: مرحلة الانجاز

تستفيد الاستثمارات في هذه المرحلة من²²:

- كل المزايا المذكورة على الاستثمارات المنجزة في الشمال والمتعلقة بفترة الانجاز.
- التكفل الكلي أو الجزئي من طرف الدولة بنفقات الأشغال المتعلقة بالمنشآت الأساسية الضرورية لانجاز الاستثمار، وذلك بعد تقييمها من قبل الوكالة.

²¹ - راجع المادة 12 فقرة 02 من قانون 09 - 16، المتعلق بترقية الاستثمار، مرجع سابق.

²² - راجع المادة 13 من قانون 09 - 16، المتعلق بترقية الاستثمار، مرجع سابق.

- التخفيض من مبلغ الإتاوة الإيجارية السنوية المحددة من قبل مصالح أملاك الدولة، بعنوان منح الأراضي عن طريق الامتياز من أجل إنجاز مشاريع استثمارية:

أ. بالدينار الرمزي للمتر المربع (م²) خلال فترة عشر (10) سنوات، وترفع بعد هذه الفترة إلى 50% من مبلغ إتاوة أملاك الدولة بالنسبة للمشاريع الاستثمارية المقامة في المناطق التابعة للهضاب العليا، وكذا المناطق الأخرى التي تتطلب تنميتها مساهمة خاصة من قبل الدولة.
ب. بالدينار الرمزي للمتر المربع (م²) لفترة خمسة عشرة (15) سنة، وترفع بعد هذه الفترة إلى 50% من مبلغ إتاوة أملاك الدولة بالنسبة للمشاريع الاستثمارية المقامة في ولايات الجنوب الكبير.

- التكفل بنسبة 25% من تكلفة إنجاز الهياكل القاعدية المستقبلية لمشاريع الاستثمار في المناطق المنصوص عليها بموجب أحكام المادة 13 من قانون 09-16 المتعلق بترقية الاستثمار، وهو امتياز جديد أضافه المشرع الجزائري بموجب قانون المالية لسنة 2017²³.

2: مرحلة الاستغلال

لمدة 10 سنوات ابتداء من تاريخ الشروع في مرحلة الاستغلال التي تعدده المصالح الجبائية بطلب من المستثمر.

- إعفاء من الضريبة على أرباح الشركات .

- إعفاء من الرسم على النشاط المهني

- تخفيض بنسبة 50% من مبلغ الإتاوة الإيجارية السنوية المحددة من قبل مصالح أملاك الدولة.

ما ينبغي الإشارة إليه، أنّ نظام الإمتيازات المشتركة تمنح بصفة آلية دون المرور على المجلس الوطني لتطوير الاستثمار (Conseil National de l'Investissement)، وفي حالة عدم إمكانية تطبيق قاعدة الآلية يحدد القانون 09-16 على إلزامية وجوب الدراسة واتخاذ القرار من المجلس الوطني للاستثمار لمنح هذه الإمتيازات للمشاريع الاستثمارية التي يساوي مبلغها أو يفوق خمسة ملايين دينار (5.000.000.000 دج)²⁴.

من خلال كل ما سبق، نستنتج أن المشرع الجزائري قد أحسن في توضيح الاستثمارات المنجزة في كل من ولايات الشمال، الجنوب، والهضاب العليا، حيث منح لها مزايا، كما أضاف أيضا المناطق التي تتطلب تنميتها مساهمة خاصة من قبل الدولة ضمن المزايا المشتركة للاستثمارات المؤهلة، بعدما كانت في قوانين الاستثمار السابقة من النظام الاستثنائي.

²³ - المادة 118 من قانون رقم 16-14، مؤرخ في 28 ديسمبر 2016، يتضمن قانون المالية لسنة 2017، مرجع سابق.

²⁴ - راجع المادة 18 من قانون 16-09، المتعلق بترقية الاستثمار، مرجع سابق.

ومنطق هذا التقسيم هو تحقيق عدالة إقليمية وتنمية وطنية، والقضاء على الفوارق الجهوية التي تعتبر موضوع الحال في كل البلدان خاصة المتخلفة منها، كما تسمح أيضا بخلق مناصب شغل جديدة²⁵، وفك العزلة وكذا تلبية حاجات الأفراد، كما تساهم أيضا في تدعيم الاقتصاد الوطني²⁶. وفي كل الأحوال، فإن هذا التحفيز الذي أسسه هو موقع الاستثمار يهدف إلى إشراك المستثمر سواء كان أجنبيا أو وطنيا، في تنفيذ برامج تطوير وترقية المناطق المحرومة ومساعدة السلطات المحلية في الاستجابة لتطلعات وانشغالات المواطنين²⁷.

ثانيا: مزايا إضافية لفائدة الأنشطة المتميزة و/أو التي تخلق فرص عمل

تمنح المزايا الإضافية لصالح الاستثمارات المتميزة والتي تخلق مناصب شغل طبقا لنص المادة 15 من القانون رقم 09-16 المتعلق بترقية الاستثمار، إذ ورد فيها ما يلي: " لا تلغي المزايا المحددة في المادتين 12 و13 أعلاه، التحفيزات الجبائية والمالية الخاصة، المنشأة بموجب التشريع المعمول به، لفائدة النشاطات السياحية والنشاطات الصناعية والنشاطات الفلاحية.

كما لا يؤدي وجود عدة مزايا من نفس الطبيعة، سواء تلك المنشأة بموجب التشريع المعمول به أو تلك المنصوص عليها في هذا القانون، إلى تطبيقها معا، وفي هذه الحالة، يستفيد المستثمر من التحفيز الأفضل".

نفهم من خلال مضمون المادة 15 أعلاه أنّ المزايا المشتركة المذكورة في المادتين 12 و13 المكرسة لصالح كل الاستثمارات القابلة للاستفادة من المزايا، لا تمنع من استفادة النشاطات ذات الامتياز أو المنشأة لمناصب الشغل من الاستفادة من التحفيزات الجبائية والمالية المقررة بموجب التشريع المعمول به، و في حالة ثبوت وجود عدة مزايا من نفس الطبيعة سيستفيد المستثمر من التحفيز الأفضل بحيث لا يمكن أن يستفيد من أكثر من تحفيز، إمّا ذلك المقرر في ظل قانون الاستثمار أو ذلك المقرر بموجب نصوص خاصة. وبصفة عامة، تشمل المزايا الإضافية على تحفيزات جبائية ومالية التي يمكن أن تمنح للمشاريع الاستثمارية، وتكون على نوعين سواء لفائدة الأنشطة المتميزة (أ)، أو للمشاريع التي تخلق فرص عمل (ب).

²⁵ - BENHABIB KE "Les zones spécifiques dans le décret législatif a la promotion de l'investissement", Alger, Hilton, 27 et 28 novembre 1993, Ministère de l'économie, chambre nationale de commerce, 1993 , p 28.

²⁶ - بلكعبيات مراد، التحفيزات الجبائية لتشجيع الاستثمارات الوطنية المباشرة في قانون الاستثمار، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، تخصص قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة البليدة، 2007، ص 70.

²⁷ CHADLI Hameza, « Les zones spécifiques dans le code des investissements », Revue IDARA, Vol 04, N° 02, 1994, p.13.

أ: مشاريع لفائدة الأنشطة المتميزة

يتعلق الأمر في هذا المقام بالتحفيزات الجبائية والمالية الخاصة المقررة من طرف الأنظمة المعمول بها لصالح النشاطات السياحية والصناعية والفلاحية.

تجدر الإشارة إلى أن هذه المزايا لا يمكن جمعها مع تلك المنصوص عليها في منظومة قانون ترقية الاستثمار، وفي هذه الحالة يتم تطبيق التحفيز الأكثر تشجيعاً²⁸.

ب: مشاريع لخلق فرص عمل

هذا النوع من المزايا الإضافية تخص المشاريع التي تخلق أكثر من 100 منصب شغل دائم، والمنجزة خارج المناطق التي تستدعي التنمية، وتستفيد هذه المشاريع من مدة إعفاء جبائي من ثلاثة (03) سنوات إلى خمس (05) سنوات، وهو ما يفهم من خلال المادة 16 من القانون رقم 16-09 المتعلق بترقية الاستثمار التي تنص على أنه: "ترفع مدة مزايا الاستغلال الممنوحة لفائدة الاستثمارات المنجزة خارج المناطق المذكورة في المادة 13 أعلاه، من ثلاث (3) سنوات إلى خمس (5) سنوات عندما تنشئ أكثر من مائة (100) منصب شغل دائم، خلال الفترة من تاريخ تسجيل الاستثمار إلى غاية نهاية السنة الأولى من مرحلة الاستغلال، على الأكثر.

تحدد كفاءات تطبيق هذه المادة عن طريق التنظيم".

أما عن كفاءات وشروط²⁹ منح المزايا الإضافية للاستغلال الممنوحة للاستثمارات التي تستحدث أكثر من 100 منصب شغل، فقد حددها المرسوم التنفيذي رقم 17-105، المؤرخ في 05 مارس 2017، وينص على رفع مدة المزايا بعنوان مرحلة الاستغلال من إعفاءات ضريبية على أرباح الشركات إلى مدة 05 سنوات والإعفاء من الرسم على النشاط المهني، والتخفيض ب 50% على قيمة الإتاوة الاجارية السنوية المحددة من طرف أملاك الدولة، أما بالنسبة للمؤسسات التي تنشئ 100 منصب شغل أو أقل حددت هذه المدة بثلاثة (03) سنوات.

كما يوضح أيضا المرسوم التنفيذي 17-105 أن رفع مدة المزايا إلى خمس (05) سنوات بالنسبة للاستثمارات المنشئة لأكثر من 100 منصب شغل يكون خلال الفترة الممتدة من تاريخ تسجيل الاستثمار حتى نهاية السنة الأولى من مرحلة الاستغلال على الأكثر، ويمنح هذا الإعفاء على أساس محضر معاينة الدخول في الاستغلال، تعده المصالح الجبائية بطلب من المستثمر.

²⁸ - راجع المادة 15 من القانون 16-09، المتعلق بترقية الاستثمار، مرجع سابق.

²⁹ - هذه الشروط حددتها المادة 04 من المرسوم التنفيذي 17-105، مؤرخ في 05 مارس 2017، يحدد كفاءات تطبيق المزايا الإضافية للاستغلال الممنوحة للاستثمارات المنشئة لأكثر من مائة (100) منصب شغل، ج.ر.ج. عدد 16، صادر في 08 مارس 2017، وتتمثل أساسا في: ضرورة أن يكون العمال منخرطين في التأمينات الاجتماعية، أن يتم توظيف المستخدمين عن طريق الوكالة الوطنية للتشغيل أو هيئات التنصيب الخاصة والمعتمدة.

من جهة أخرى تفيد المادة 80 من المرسوم ذاته بأن احتفاظ المستثمر بالاستفادة من الإعفاءات لمدة 05 سنوات مرتبط بمحافظته على عدد مناصب الشغل المطلوبة على الأقل طوال مدة الإعفاء³⁰.

أحسن ما فعل المشرع الجزائري بخصوص تبيان مضمون المزايا الإضافية لفائدة النشاطات المتميزة أو التي تخلق فرص عمل، والتي وضحها باستحداث قانون 16-09 المتعلق بترقية الاستثمار، والتي جاءت في المستوى الثاني من الامتيازات الجبائية المخصصة للاستثمار، والشيء الملاحظ في هذا النوع من المزايا أن المشرع حتى وإن أدرجها في قوانين الاستثمار المتعلقة بتطوير الاستثمار السابقة، إلا أنها وردت بشكل غامض.

ثالثا : المزايا الاستثنائية ذات الأهمية الخاصة للاقتصاد الوطني

وصف المشرع الجزائري الاستثمارات ذات الأهمية الخاصة للاقتصاد الوطني بالاستثمارات المحافظة على البيئة وعلى الموارد الطبيعية، وكذلك المدخرة للطاقة، بالإضافة إلى تلك المحققة للتنمية المستدامة³¹، وقد خصها عدة مزايا خاصة ذلك في المادة 17 من القانون 16-09، المتعلق بترقية الاستثمار، ولكي يستفيد المستثمر من هذه المزايا يجب عليه أن يقوم بإبرام اتفاقية الاستثمار (أ)، التي يتم تضمينها بمزايا هامة (ب).

أ: إبرام اتفاقية الاستثمار وشروط صحتها

تنص المادة 12 في فقرتها الثانية من الأمر 06-08 على مايلي: "يترتب عن الاستثمارات المذكورة في المادة 10 فقرة 2 من الأمر 01-03، إبرام اتفاقية متفاوض عليها وفقا للشروط³²..."، هذه الاتفاقية تكون بين المستثمر والوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار بعد موافقة المجلس الوطني للاستثمار.

1: إبرام اتفاقية الاستثمار

تبرم اتفاقية الاستثمار بين المستثمر والوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار التي تتصرف باسم ولحساب الدولة الجزائرية بعد موافقة المجلس الوطني للاستثمار، ولا تكون الاتفاقية سارية المفعول إلا بعد نشرها في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، وتوجد عدة أمثلة عن هذه الاتفاقيات أهمها:

- اتفاقية الاستثمار بين الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار واتصالات الجزائر للهاتف النقال موبيليس، وبعد حصول المستثمر على رخصة من قبل سلطة ضبط المواصلات السلكية واللاسلكية، وهذه الرخصة تسمح له

³⁰ - راجع المواد 02 و03 و08 من المرسوم التنفيذي ذاته.

³¹ - يقصد بالتنمية المستدامة، قدرة الأجيال الحاضرة على تلبية حاجياتها دون إلحاق الضرر بحاجيات الأجيال القادمة، للتفصيل أكثر أنظر :

- مصباح بلقاسم، أهمية الاستثمار الأجنبي المباشر ودوره في التنمية المستدامة - حالة الجزائر - ، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في علوم التسيير، تخصص نقود ومالية، كلية العلوم الاقتصادية وعلوم التسيير، 2006، ص 19 .

- العناني إبراهيم محمد، " البيئة والتنمية : الأبعاد القانونية الدولية "، مجلة السياسة الدولية، عدد 110، 1992، ص 128.

³²- راجع المادة 12 فقرة 02 من الأمر 06-08، مؤرخ في 29 جويلية 2006، مرجع سابق.

- بانجاز مشروعه الاستثماري ويستفيد في هذا الصدد من النظام الاستثنائي في الاتفاقية، بحيث تم التفاوض على هذه الأخيرة، ومن ثم وافق المجلس الوطني للاستثمار على محتوى هذه الاتفاقية³³.
- اتفاقية الاستثمار الموقعة بين الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار القائمة لحساب الدولة الجزائرية والشركة الجزائرية للاسمنت (ACC)، حيث اعتبر المشروع الاستثماري للشركة ذو أهمية خاصة بالنسبة للاقتصاد الوطني وبالتالي استفادته من المزايا المقررة في النظام الاستثنائي³⁴.
- اتفاقية الاستثمار الموقعة بين الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار وشركة الدار الدولية (سيدار)، حيث طلبت هذه الأخيرة الاستفادة من النظام الاستثنائي³⁵، ونظرا لأهمية المشروع وفائدته بالنسبة للاقتصاد الوطني، أصدر المجلس الوطني للاستثمار قرارا أول في 16 جوان 2003 يقضي بقبولية المشروع الاستثماري من الاستفادة من نظام الاتفاقية، بعد ذلك أصدر قرارا آخر في 15 أوت 2004، يتضمن الموافقة على الاتفاقية.
- اتفاقية الاستثمار بين الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار والشركة الوطنية للاتصالات المتنقلة (KSC)³⁶.
- اتفاقية الاستثمار بين الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار وشركة أقواس دو سكيكدة (ADS)³⁷.
- اتفاقية الاستثمار بين الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار وشركة كههما (Kahrama)، في سنة 2007³⁸.

2: شروط اتفاقية الاستثمار

لصحة إبرام اتفاقية الاستثمار لابد من ضرورة توفر شروط شكلية، وأخرى موضوعية.

- الشروط الشكلية

- تعتبر الاتفاقية عقد دولي تخضع لأحكام القانون الدولي الخاص، وتبرم الاتفاقية بين المستثمر من جهة، والوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار (ANDI) من جهة أخرى، وذلك بعد عرض مشروع الاستثمار وأخذ الموافقة من المجلس الوطني للاستثمار (CNI)³⁹.

- ³³ - اتفاقية استثمار الموقعة بين الوكالة الوطنية لتطوير الإستثمار واتصالات الجزائر للهاتف النقال موبيليس (ATM)، ج.ر.ج. عدد 07، صادرة بتاريخ 28 جانفي 2007.
- ³⁴ - اتفاقية استثمار الموقعة بين الوكالة الوطنية لتطوير الإستثمار (ANDI) القائمة لحساب الدولة الجزائرية والشركة الجزائرية للإسمنت (ACC)، مؤرخة في 30 أكتوبر 2003، ج.ر.ج. عدد 72، الصادرة في 13 نوفمبر 2003.
- ³⁵ - اتفاقية استثمار الموقعة بين الوكالة الوطنية لتطوير الإستثمار وشركة الدار الدولية (سيدار)، ج.ر.ج. عدد 07، صادرة بتاريخ 28 جانفي 2007.
- ³⁶ - اتفاقية استثمار الموقعة بين الوكالة الوطنية لتطوير الإستثمار والشركة الوطنية للاتصالات المتنقلة (K.S.C)، ج.ر.ج. عدد 07، صادرة بتاريخ 28 جانفي 2007.
- ³⁷ - اتفاقية استثمار الموقعة بين الوكالة الوطنية لتطوير الإستثمار وشركة أقواس دو سكيكدة (ADS)، ج.ر.ج. عدد 07، صادرة بتاريخ 28 جانفي 2007.
- ³⁸ - اتفاقية استثمار الموقعة بين الوكالة الوطنية لتطوير الإستثمار وشركة كههما (Kahrama)، ج.ر.ج. عدد 07، صادرة بتاريخ 28 جانفي 2007.

حيث يتم التفاوض حول شروط وكيفيات الاستثمار في الجزائر، وكذا المزايا الجبائية التي تمنحها الوكالة والتي يستفيد منها المستثمر إذا كان مستثمرا أجنبيا، كما يمكن أن تتناول هذه الاتفاقية تحديد القانون الواجب التطبيق في حالة نشوب نزاع.

- الشروط الموضوعية

إنّ المشاريع الاستثمارية التي تكون محل موضوع اتفاقية الاستثمار بين الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار والمستثمر هي تلك الاستثمارات ذات الأهمية الخاصة للاقتصاد الوطني، وعلى الحكومة أن تقوم بتحديد المشاريع التي تمثل أهمية الاقتصاد الوطني في العناصر التالية:

- حجم المشروع الاستثماري.

- المميزات التكنولوجية المستعملة التي تحافظ على البيئة، وتدخر الطاقة، وتحمي الموارد الطبيعية.

- المشاريع التي تهدف إلى التنمية المستدامة.

- ارتفاع الأرباح بالعملة الصعبة.

- مردودية هذه الاستثمارات على المدى الطويل.

- ارتفاع نسبة اندماج الإنتاج الذي يجرى تطويره.

اشتراط المشرع خضوع اتفاقية الاستثمار لموافقة المجلس الوطني للاستثمار وهو إجراء إلزامي، الذي له صلاحيات واسعة في الفصل في مضمون الاتفاقية، عن طريق تعديل أو إلغاء مضمونها، وإذا رأى أن مضمون الاتفاقية يتعارض مع التشريع المعمول به يقوم تلقائيا برفضها.

ب: مضمون المزايا الاستثنائية المقررة للاستثمارات ذات الأهمية الخاصة بالنسبة للاقتصاد الوطني

تتضمن المزايا الاستثنائية لفائدة الاستثمارات ذات الأهمية الخاصة للاقتصاد الوطني بامتيازات عديدة⁴⁰

سواء في مرحلة انجاز المشروع الاستثماري (1)، أو في مرحلة استغلاله (2).

1: مرحلة الانجاز

تستفيد الاستثمارات ذات الأهمية الخاصة للاقتصاد الوطني في هذه المرحلة من :

- كل المزايا المشتركة المتعلقة بفترة الانجاز .

- منح إعفاء أو تخفيض طبقا للتشريع المعمول به، للحقوق الجمركية الجبائية والرسوم وغيرها من الاقتطاعات الأخرى ذات الطابع الجبائي والإعانات أو المساعدات أو الدعم المالي، وكذا كل التسهيلات التي قد تمنح.

- إمكانية تحويل مزايا الإنجاز بعد موافقة المجلس الوطني لتطوير الاستثمار محل تحويل للمتعاقد مع المستثمر المستفيد، والمكلف بانجاز الاستثمار لحساب هذا الأخير.

³⁹ - إقولي محمد، " عن امتيازات الاستثمارات ذات الأهمية الخاصة بالنسبة للاقتصاد الوطني في قانون الاستثمارات الجزائري "، *المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية*، عدد 2، 2010، ص ص 54 و 55 .

⁴⁰ - راجع المادة 18 من القانون 16-09، المتعلق بترقية الاستثمار، مرجع سابق.

2: مرحلة الاستغلال

تستفيد الاستثمارات السالفة الذكر في هذه المرحلة من:

- تمديد مدة مزايا الاستغلال لفترة يمكن أن تصل إلى عشر (10) سنوات.
 - تستفيد من نظام الشراء بالإعفاء من الرسوم، المواد والمكونات التي تدخل في إنتاج السلع المستفيدة من الإعفاء من الرسم على القيمة المضافة.
 - تستفيد من الرسم على القيمة المضافة المطبق على أسعار السلع المنتجة التي تدخل في إطار الأنشطة الصناعية الناشئة ولمدة لا تتجاوز خمس (5) سنوات.
- نستنتج أنّ المشرع الجزائري بإصدار قانون ترقية الاستثمار الجديد سعى إلى إضفاء المرونة والشفافية على مناخ الاستثمار، حيث قام بتوضيح المزايا الممنوحة لفائدة المستثمرين في ثلاثة مستويات وذلك وفق طبيعة وأهمية الاستثمارات القابلة للاستفادة، فبموجب هذا القانون لا مجال للحديث عن النظام العام والنظام الاستثنائي المعمول بها في قوانين الاستثمار السابقة بل توجد مزايا مشتركة، إضافية واستثنائية، والتي جاءت بصيغة جديدة بحيث تستفيد هذه الاستثمارات من الإعفاءات والتخفيضات الضريبية التي يتضمنها هذا القانون.

خاتمة

في ختام هذه الدراسة نستنتج أنّ تهيئة المناخ الجيد للاستثمار⁴¹ تعتبر عامل رئيسي تتسابق من خلالها معظم الدول بغية جذب أكبر حصة من الأصول الاستثمارية باعتبار الاستثمار الأجنبي لم يعد فقط يتعلق بانتقال رأس المال، بل أصبح أحد المصادر الضرورية لنقل المعرفة في مجال الإدارة الحديثة ونقل التقنية المتقدمة وخلق المزيد من فرص العمل للمواطنين، وذلك بمنح مزايا وضمانات ومن بينها الحوافز الضريبية، وذلك لتحفيز المستثمرين وجذب رؤوس الأموال لذلك نجد أن المشرع الجزائري قد جعلها وسيلة من الوسائل المشجعة على الاستثمار من خلال وضع مجموعة من الامتيازات ذات مستويات مختلفة الضريبية والجمركية التي نص عليها في قانون الاستثمار الجزائري.

بالرغم من الجهود المبذولة إلا أن حجم الاستثمارات في الجزائر لا يزال محدودا بالنظر إلى القدرات الاقتصادية التي تتمتع بها فالحوافز لم تبلغ هدفها وتأتي بثمارها كمحفز للاستثمار وهذا راجع لكونها أصبحت من المسلمات في عالم الاستثمار، فهذه الحوافز مطبقة في كافة دول العالم، التي تحاول استقطاب الاستثمار، بدون استثناء حتى في الدول التي تملك سوق ذات حجم كبير.

رغم هذه المزايا، فإن هناك جملة من العوائق التي تحد من جاذبية هذه الدول والسبب يعود إلى عدم الاستقرار التشريعي في النصوص القانونية المنظمة للاستثمار في الجزائر، حيث يشهد قانون الاستثمار تقريبا

⁴¹ يعرف مناخ الاستثمار على أنه: "مجمّل الأوضاع والظروف المؤثرة في اتجاهات رأس المال وتوطنه". راجع في هذا الإطار؛ حساني لامية، مبدأ عدم التمييز بين الاستثمارات في القانون الجزائري، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2018، ص 292.

تعديلات في كل مرة بمناسبة صدور قوانين المالية، مما يؤدي إلى تبعثر أحكامه في قوانين مختلفة والذي يترتب عنه عدم استيعاب المستثمر للمنظومة القانونية للاستثمار بالشكل الصحيح.

يجب أن ندرك، أن تشجيع الدولة للاستثمارات المحلية أو الأجنبية عن طريق الحوافز الضريبية، وإن كانت ضرورية، فهي لم تعد كافية لوحدها لتفعيل العملية الاستثمارية في الجزائر، وعليه فإننا يمكن تقديم مجموعة من الاقتراحات لضمان فاعلية سياسة التحفيز الضريبي في قانون الاستثمار إذ يجب:

- عدم التوسع في منح الحوافز الضريبية للمستثمرين والاكتفاء بما نصت عليها التشريعات والقوانين الحالية، لأن ذلك يفوت على الخزينة العمومية مبالغ مالية معتبرة.

- أن يعتمد المشرع في منح الحوافز الضريبية على مجموعة من المعايير ترتبط عكسيا بمجموعة من المتغيرات مثل حجم المشروع الاستثماري، عدد العملة المحلية المستخدمة في المشروع، حجم التصدير، حجم المدخلات من المنتج المحلي وغيرها، ولا يعتمد على الطبيعة القانونية للمؤسسة.

- صياغة قانون موحد يحكم الاستثمارات في الجزائر يكون واضحا وصريحا، وعدم تعارضه مع التشريعات الأخرى ذات الصلة ويكون متوافقا والقواعد والتنظيمات العالمية الدولية والمتعلقة بتنظيم وحماية الاستثمار.

وحتى تحقق الحوافز الضريبية الهدف المرجو منها لا بد أن تقوم الدولة بالمتابعة المجددة للمشاريع الاستثمارية، والتأكد من قدرة المشروع الاستثماري على الاستمرار في نشاطه بعد انتهاء مدة الإعفاءات.

- يجب على الدولة عند إقرار نظام الحوافز الضريبية أن تأخذ بعين الاعتبار مدى استفادتها من منح هذه الإمتيازات.

مما يجعلنا في الأخير الجزم بأن سياسة التحفيز الضريبي للاستثمارات ليست وحدها المحرك الأساسي لاتخاذ القرار الاستثماري، بل يمكن إعتبارها كعامل مكمل للمناخ الاستثماري.

المنافسة في الصفقات العمومية بين مظاهر التكريس وعوائق التطبيق

بن سعادة نبيل⁽¹⁾

⁽¹⁾ طالب دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة
8ماي 1945، قالمة 24000، الجزائر.

البريد الإلكتروني: bensaadanabil1986@gmail.com

العايب سامية⁽²⁾

⁽²⁾ أستاذ محاضر قسم "أ"، كلية الحقوق والعلوم السياسية
جامعة 8ماي 1945 قالمة، 24000، الجزائر.

البريد الإلكتروني: samialaib@hotmail.fr

الملخص:

أخضع المشرع الجزائري في سنة 2008 موضوع الصفقات العمومية لقانون المنافسة، نظرا لامتداد النشاط الاقتصادي إلى أشخاص القانون العام (الدولة والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري)، إذ تهدف هذه الدراسة إلى التعرف على نشاط جديد من النشاطات الاقتصادية التقليدية للمنافسة وهي الصفقات العمومية، وكذلك إلى معرفة محددات تطبيق قانون المنافسة على الصفقات العمومية.

توصلنا من تحليل هذه الدراسة إلى وجود تمازج بين قواعد القانون الخاص وقواعد القانون العام بتطبيق قواعد المنافسة، إلا أنه سجلنا صعوبة تطبيق قانون المنافسة على الصفقات العمومية، لاتصالها المباشر بالمرفق العام، إضافة إلى صعوبة تطبيقه بسبب ممارسة الإدارة امتيازات السلطة العمومية، من أجل تحقيق المصلحة العامة، ناهيك عن إصدار مجلس المنافسة لعدة قرارات بعدم الاختصاص بالنظر في موضوع الصفقات العمومية.

الكلمات المفتاحية:

النشاط الاقتصادي، مجلس المنافسة، صفقة عمومية.

تاريخ إرسال المقال: 2020/04/21، تاريخ مراجعة المقال: 2021/12/16، تاريخ نشر المقال: 2021/12/31.

لتهميش المقال: بن سعادة نبيل، العايب سامية، "المنافسة في الصفقات العمومية بين مظاهر التكريس وعوائق التطبيق"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد 12، العدد 03، 2021، ص ص. 98-111.

المقال متوفر على الرابط التالي: <https://www.asjp.cerist.dz/en/PresentationRevue/72>

المؤلف المرسل: بن سعادة نبيل، bensaadanabil1986@gmail.com

Competition in the Public Transaction between the Manifestations of Dedication & Obstacles to Application

Summary:

In 2008, the Algerian legislation has put the public transactions under the law of competition between the public administrative institutions. Accordingly, this study aims to identify public transactions as a new economic competition activity, as well as to highlight the determinants of applying the law of competition to public deals.

From the analysis of this study, we found that the rules of private law stand in harmony with the rules of public law by applying the law of competition. However, we recorded the difficulty of applying the competition law to public deals, because of public facilities as well as the several decisions of not reconsidering jurisdictions dealing with the issue of public deals.

Keywords:

Economic activity, competition board, public transaction.

La concurrence dans les marchés publics, entre consécration et obstacles de mise en œuvre

Résumé :

En 2008, le législateur algérien a soumis les marchés publics au droit de la concurrence, compte tenu de l'extension de l'activité économique aux personnes de droit public (Etat et institutions publiques à caractère administratif). Cette étude a pour objet d'identifier une nouvelle activité économique soumise au droit de la concurrence : celle des marchés publics, ainsi que de connaître les déterminants de l'application du droit de la concurrence à cette matière en dépit de la difficulté d'appliquer ce dernier aux marchés publics compte tenu des prérogatives de puissance publiques dont jouissent les institutions publiques. Aussi, il est difficile de déterminer avec exactitude la compétence de l'autorité de la concurrence en la matière.

Mots-clés :

Activité économique, Conseil de la concurrence, marché public.

مقدمة

أصدر المشرع الجزائري القانون رقم 08-12¹ المعدل والمتمم للأمر رقم 03-03² المتعلق بقانون المنافسة³، فأصبحت الصفقات العمومية تخضع لرقابة التشريع المتعلقة بالمنافسة، نظرا لارتباطها المباشر بالمال العام للدولة، كونها تجسد عملية النشاط الإداري الذي تمارسه السلطة التنفيذية من أجل إشباع حاجيات المواطنين في جميع القطاعات.

وقد جسد المشرع الجزائري هذا المسعى في قانون الصفقات العمومية المعدل سنة 2015 بموجب المرسوم الرئاسي رقم 15-247⁴، حيث وردت نص المادة 5 منه⁵ متوافقة تماما مع نص المادة 2⁶ من أحكام قانون المنافسة.

وترجع مسألة إخضاع المشرع لموضوع الصفقات العمومية إلى مجلس المنافسة رغم أنها من موضوعات القانون العام -تختص بالرقابة عليها أجهزة إدارية عمومية-، لكون الطبيعة القانونية لمجلس المنافسة باعتباره سلطة إدارية مستقلة تسمح له بممارسة عملية الضبط الاقتصادي الشامل حتى في المجالات ذات الطابع العمومي، فمجلس المنافسة أسس ليس فقط لحماية المتعاملين الاقتصاديين الخواص في ما بينهم، ولكن لحماية

¹ القانون رقم 08-10 مؤرخ في 25 يونيو 2008 المتعلق بالمنافسة، ج ر 36 مؤرخة في 02-07-2008.

² امر رقم 03-03 مؤرخ في 19 يوليو سنة 2003 يتعلق بالمنافسة، ج ر عدد 43 مؤرخة في 20-07-2003.

³ قانون المنافسة استحدث من أجل ضمان حماية مبدأ حرية التجارة والصناعة أنظر:

Tayeb BELLOULA, Droit Pénal des Affaires, BERTI EDITION.Alger, 2011, p210.

⁴ المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتقويضات المرفق العام، ج ر عدد 50 مؤرخة في 20 سبتمبر 2015..

⁵ تنص المادة 5 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 على مايلي: " لضمان نجاعة الطلبات العمومية والاستعمال الحسن للمال العام، يجب أن تراعى في الصفقات العمومية مبادئ حرية الوصول للطلبات العمومية والمساواة في معاملة المرشحين وشفافية الإجراءات ضمن احترام أحكام هذا المرسوم."

⁶ تنص المادة 2 من أحكام قانون المنافسة رقم 03-03 المعدل سنة 2008 بموجب القانون رقم 08-12 على مايلي: " بغض النظر على كل الأحكام الأخرى المخالفة، تطبق أحكام هذا الأمر على مايلي :

1/ نشاطات الإنتاج، بما فيها النشاطات الفلاحية وتربية المواشي، ونشاطات التوزيع ومنها تلك التي يقوم بها مستوردو السلع لإعادة بيعها على حالها والوكلاء ووسطاء بيع المواشي وبنائعو اللحوم بالجملة، ونشاطات الخدمات والصناعة التقليدية والصيد البحري، وتلك التي يقوم بها أشخاص معنوية عمومية وجمعيات ومنظمات مهنية مهما يكن وضعها القانوني وشكلها وهدفها،

2/ الصفقات العمومية، بدءا بنشر الإعلان عن المناقصة إلى غاية المنح النهائي للصفقة..

غير انه، يجب ان لا يعيق تطبيق هذه الأحكام ، أداء المرفق العام أو ممارسة صلاحية السلطة العمومية."

المتعاملين العموميين عندما يبرموا الصفقات مع المتعاملين الخواص، بهدف حماية المال العام بشكل عام ولضمان زيادة الفعالية الاقتصادية،⁷ وتحسين ظروف معيشة المستهلكين بشكل خاص.

تظهر أهمية البحث، في أن موضوع الصفقات العمومية باعتبارها عقد إداري تخضع لقواعد القانون الإداري، كما أصبحت تخضع لأحكام قانون المنافسة والذي هو في الواقع قانون خاص، تهدف هذه الدراسة إلى التعرف على نشاط جديد من النشاطات الاقتصادية التقليدية للمنافسة وهي الصفقات العمومية، وكذلك إلى معرفة محددات تطبيق قانون المنافسة على الصفقات العمومية.

الإشكالية التي توطر موضوع الدراسة تبرز في الطرح التالي: ماهي الضمانات التي كفلها المشرع الجزائري لتفعيل قواعد المنافسة في الصفقات العمومية؟

للإجابة على الإشكالية يستلزم البحث إتباع المنهج التحليلي وذلك من أجل تحليل النصوص القانونية المتعلقة بالمنافسة والصفقات العمومية، والمنهج الوصفي لوصف القواعد والأحكام العامة التي توطر موضوع الصفقات العمومية والمنافسة.

يقسم البحث الى قسمين نعالج في المبحث الأول مظاهر تجسيد قواعد المنافسة في الصفقات العمومية، والقسم الثاني نخصه لحدود رقابة مجلس المنافسة على الصفقات العمومية .

المبحث الأول: مظاهر تجسيد قواعد المنافسة في الصفقات العمومية في الجزائر

إنّ القراءة الأولية لأحكام قانون الصفقات العمومية نجده قد أسس على مبدأ المنافسة النزيهة والشفافية بين المتنافسين للظفر بالصفقة العمومية .

سوف نعالج في هذا القسم أسس المنافسة في ظل أحكام المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام وذلك في الجزء الأول، ثم في الجزء الثاني نخصه لدراسة الصلاحيات الردعية لمجلس المنافسة في الصفقات العمومية.

المطلب الأول: أسس المنافسة في قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام

أخضع المشرع الجزائري إجراءات إبرام وتنفيذ الصفقة العمومية إلى مجموعة من المبادئ والقواعد العامة للمنافسة، بهدف ضمان نجاعة الصفقة العمومية باعتبارها مظهر من مظاهر عملية النشاط الإداري.

الفرع الأول: المبادئ العامة للمنافسة في قانون تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام

بالرجوع إلى نص المادة 5 من أحكام المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام الساري المفعول، نجدها نصت على المبادئ التي تحكم الصفقات العمومية وهي: مبدأ

⁷Ce que recherche le droit de la concurrence moderne, c'est l'efficacité économique...voir dans ce sens : linda ARCELIN-LECUYER, Droit de la concurrence –les pratique anticoncurrentielles en droit interne européen, presse universitaire des renes,Paris, 2013,p21.

حرية الوصول إلى الطلبات العمومية ومبدأ المساواة في معاملة المرشحين وشفافية الإجراءات، نتناولها تفصيلا في مايلي:

أولا: مبدأ حرية الوصول للطلبات العمومية

يقصد بحرية الوصول إلى الطلبات العمومية، أنه بإمكان أي شخص تتوفر فيه مجموعة من الشروط المعلن عنها في الصفقة، الدخول في المنافسة من أجل الظفر بالصفقة وتنفيذها، ولا يتأتى ذلك إلا بعد الإعلام عن الصفقة عبر وسائل إعلام وطنية.⁸

وفي هذا الصدد، يرى الأستاذ الدكتور سليمان الطماوي أن المناقصات العامة تقوم على أساس المنافسة الحرة والمساواة بين المتنافسين، مع مراعاة القيود التي ترجع الى نوع المناقصة، وأن الإعلان عن المناقصة ضروري حتى يكون هناك مجال حقيقي للتنافس بين الراغبين في التعاقد مع الإدارة العامة، لأن بعض الراغبين في التعاقد قد لا يعلم بحاجة الإدارة إلى ذلك.⁹

ثانيا: مبدأ المساواة في معاملة المرشحين

ويقصد به الحق في الاشتراك في المناقصات العامة بين المتنافسين، وليس للإدارة إن تقيم أي تمييز غير مشروع بينهم.¹⁰

ويقصد بمبدأ المساواة أيضا، أن لا تتطوي معايير اختيار العروض على طابع تمييزي، وبالتالي فهو يعد ضمانا أساسية للمنافسة الحرة في الصفقات العمومية، كما يجسد التزام المصلحة المتعاقدة بعدم القيام بأي فعل تمييزي بين المتعهدين الذين أودعوا تعهداتهم بمناسبة طلب العروض الذي تم نشره للمنافسة.¹¹

ثالثا: مبدأ شفافية الإجراءات

إنّ مبدأ الشفافية الذي جاء به قانون الصفقات العمومية الجزائري، هو مستمد من أحكام قانون الأمم المتحدة لسنة 1994، الذي يحث كل دول العالم على إدماجه ضمن قوانينها الداخلية والمتعلقة بالصفقات العمومية، وذلك بهدف حماية كافة أشكال الفساد في جميع مراحل إبرام الصفقات العمومية.¹²

إنّ حرص المشرع الجزائري على تكريس مبدأ الشفافية في تنظيم الصفقات العمومية، هو أن هذا المبدأ يعد أحد مقومات الحكم الراشد وأحد آليات مكافحة الفساد، كما أنه أحد الدعائم التي تقوم عليها التنمية الشاملة والمستدامة.¹³

⁸ النوي خرشي، الصفقات العمومية، دار الهدى، الجزائر، 2018، ص 25.

⁹ سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الادارية دراسة مقارنة، الطبعة الخامسة، دار الفكر العربي، مصر، 2008، ص 233.

¹⁰ المرجع نفسه، ص 237.

¹¹ جليل مونية، التنظيم الجديد للصفقات العمومية وفقا للمرسوم الرئاسي رقم 15-247، موفم للنشر، الجزائر 2018 ص 56.

¹² شريف الشريف، "مبدأ الشفافية في العقود الإدارية كآلية من الفساد المالي، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، العدد 3، المركز الجامعي لتامنغست، الجزائر"، 2013، ص 90.

نستخلص من خلال دراسة هذه المبادئ أنها تشكل صورة مصغرة لقانون المنافسة في قانون الصفقات العمومية وتقويضات المرفق العام.

الفرع الثاني: مظاهر تجسيد قواعد المنافسة في الصفقة العمومية

هناك عدة مظاهر جاء بها قانون الصفقات العمومية، بدءا من مرحلة إبرام الصفقة إلى غاية مرحلة إرساء الصفقة العمومية.

أولاً: مظاهر تجسيد قواعد المنافسة في مرحلة تحضير الصفقة العمومية

"تلتزم الإدارة طبقا للسلطات المخولة لها قانونا وفي إطار المحافظة على الطابع الحيادي لها في إعداد ملف الصفقة، بتكريس مبدأ المنافسة سواء من ناحية موضوع الصفقة في حد ذاته أو من ناحية توفير فرص متكافئة للمترشحين للظفر بالصفقة."¹⁴

أ/ إحترام المنافسة عند تحديد الحاجات

أوجب المشرع الجزائري في نص المادة 27 من قانون تنظيم الصفقات العمومية على المصلحة المتعاقدة أن تحدد حاجاتها والواجب تليتها مسبقا قبل الشروع في أي إجراء لإبرام صفقة عمومية.

وأضافت الفقرة الثانية من نفس المادة على أن مبلغ حاجات المصالح المتعاقدة إستنادا إلى تقدير إداري صادق وعقلاني، حسب الشروط المحددة في هذه المادة، وفي حالة ظهور حاجات جديدة، يمكن المصلحة المتعاقدة إما إبرام ملحق، وإما إطلاق إجراء جديد، كما يجب أن تراعي المصلحة المتعاقدة عند قيامها بعملية تخصيص الصفقات إلى وجود المنافسة بين مختلف المتعاملين من خلال تبسيط الصفقات وهو ما يسمح لأكبر عدد من المتعاملين بتقديم عروضهم، خاصة إتاحة الفرصة للمؤسسات الصغيرة والمتوسطة إلى الدخول في الصفقة العمومية، وهو ما نصت عليه المادة 31 من قانون الصفقات العمومية.¹⁵

ب/ احترام المنافسة عند إعداد دفتر الشروط

يُعرّف دفتر الشروط على أنه وثيقة رسمية تضعها الإدارة أو المصلحة المتعاقدة بإرادتها المنفردة تحدد من خلاله كل الشروط المتعلقة بالصفقة في حد ذاتها وفي المتعامل المتعاقد معها، فالإدارة تستغل التقنيين والخبراء العاملين لديها من أجل تحديد دفتر شروط يحقق أهدافها.¹⁶

¹³ فائزة عمايدية، مبدأ الشفافية في تنظيم الصفقات العمومية، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام تخصص قانون الإدارة العامة، جامعة العربي بن مهيدي أم البواقي، الجزائر 2013/2012 ص 20.

¹⁴ أكروم مريام، "التزام المصلحة المتعاقدة بأعمال المنافسة في الصفقات العمومية"، النشرة الرسمية للمنافسة، العدد 9، منشور الجزائر، 2015، ص 7-8.

¹⁵ أكروم مريام، المرجع السابق ص 8.

¹⁶ عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، المرجع السابق، ص 242.

توجد معايير نصت عليها المادة 78 من قانون الصفقات العمومية، وجب على المصلحة المتعاقدة أن تذكرها في الصفقة العمومية احتراماً لقواعد المنافسة من بينها: النوعية، آجال التسليم، السعر والكلفة الإجمالية للاقتناء والاستعمال... الخ

ج/ تمكين المترشحين من الوثائق

تلتزم الإدارة بتمكين المترشحين للصفقة العمومية بكل الوثائق والمعلومات الضرورية، وهو ما نصت عليه المادة 63 من قانون الصفقات العمومية بقولها: " تضع المصلحة المتعاقدة تحت تصرف المؤسسات دفتر الشروط والوثائق المنصوص عليها في المادة 64 أدناه، ويجب أن يسحب دفتر الشروط من طرف المترشح أو المتعهد أو من طرف ممثليهما المعينين لذلك.

ثانياً: في مرحلة إبرام وإرساء الصفقة العمومية

تلتزم الإدارة في هذه المرحلة باحترام مبدأ المنافسة وذلك بإتباعها الكيفيات التي سطرها لها المشرع في قانون الصفقات العمومية، فنصت المادة 39 منه على أن طلب العروض هو القاعدة العامة والتراخي هو الاستثناء.

وقد عرفت المادة 40 من قانون الصفقات العمومية طلب العروض بقولها: " طلب العروض هو إجراء يستهدف الحصول على عروض من عدة متعهدين متنافسين مع تخصيص الصفقة دون مفاوضات للمتعهد الذي يقدم أحسن عرض من حيث المزايا الاقتصادية، استناداً إلى معايير اختيار موضوعية، تعد قبل إطلاق الإجراء.

ويعلن عدم جدوى إجراء طلب العروض عندما لا يتم استلام أي عرض، أو عندما لا يتم الإعلان بعد تقييم العروض عن مطابقة أي عرض لموضوع الصفقة ولمحتوى دفتر الشروط، أو عندما لا يمكن ضمان تمويل الحاجات"، أما بالنسبة للتراخي كاستثناء عن القاعدة العامة فهو إجراء تخصيص صفقة لمتعامل متعاقد واحد دون الدعوة الشكلية إلى المنافسة¹⁷.

وقد حددت المادة 42 منه شكل طلب العروض الذي قد يكون وطنياً أو دولياً كما أنه يمكن أن يكون في شكل: طلب العروض المفتوح، طلب العروض المفتوح مع اشتراط قدرات دنيا، طلب العروض المحدود، المسابقة، ويجسد طلب العروض المفتوح المنافسة لأنه متاح لجميع المترشحين الذين تتوفر فيهم الشروط البسيطة لنيل الصفقة العمومية، عكس طلب العروض المحدود الذي يخص فقط المترشحين الذين تتوفر فيهم شروط خاصة تضعها المصلحة المتعاقدة مسبقاً، نظراً لخصوصية الصفقة العمومية في حد ذاتها.

المطلب الثاني: الصلاحيات الردعية لمجلس المنافسة في الرقابة على الصفقات العمومية

لقد حددت نص المادة 02 من أحكام الأمر 03-03 المعدل والمتمم والمتعلق بالمنافسة المجال الزمني الذي يختص به مجلس المنافسة بالنظر في الممارسات المنافية للمنافسة في الصفقات العمومية والمتمثلة في

¹⁷ أنظر نص المادة 41 من قانون الصفقات العمومية

مرحلة الإبرام نظرا لكون هذه المرحلة هي التي تتطلب المنافسة، أما المرحلة التي تليها تتوقف فيها عملية المنافسة، لأن المتعامل المتعاقد مع الإدارة يشرع في تنفيذ الصفقة العمومية.¹⁸

سوف نعالج في هذا الجزء الصلاحيات الردعية لمجلس المنافسة في الرقابة على الصفقات العمومية، والمتمثلة في الإجراءات أو الآليات المخولة لمجلس المنافسة لردع الممارسات المناهية للمنافسة في الصفقات العمومية، وإلى العقوبات المطبقة على تلك الممارسات في الصفقات العمومية من خلال مايلي:

الفرع الأول: إجراءات معاقبة الممارسات المناهية للمنافسة في الصفقات العمومية

بالرجوع إلى نص المادة 6 الفقرة 7 من الأمر رقم 03-03 المعدل والمتمم، نجدها قد أحظرت الممارسات والأعمال المدبرة والاتفاقيات والاتفاقات الصريحة، التي تهدف أو يمكن أن تهدف إلى عرقلة حرية المنافسة أو الحد منها أو الإخلال بها في نفس السوق، أو في جزء جوهري منه، سيما عندما ترمي إلى السماح بمنح صفقة عمومية لفائدة أصحاب هذه الممارسات المقيدة¹⁹، وتتمثل هذه الإجراءات المخولة لمجلس المنافسة في آلية الإخطار بوجود ممارسات منافية للمنافسة وإلى إجراء التحقيق والنشر في النشرة الرسمية للمنافسة.

أولا: إخطار مجلس المنافسة

لا يستطيع مجلس المنافسة مباشرة مهامه القانونية إلا بعد إخطاره قانونا من طرف جهات نصت عليها المادة 44 والفقرة الثانية من نص المادة 35، وتتمثل في وزير التجارة، الجماعات المحلية، الهيئات الاقتصادية والمالية والمؤسسات والجمعيات المهنية والنقابية وكذلك جمعيات المستهلكين.

وكمثال عن إخطارات مجلس المنافسة في مجال الصفقات العمومية، نذكر الإخطار رقم 2015/03 والذي تقدمت به شركة Green Revolution Industries ضد والي ولاية البيض، التي تشتكي من خلاله خرق المواد 45 و 48 من قانون الصفقات العمومية القديم أين أصدر مجلس المنافسة قراره بعدم قبول الإخطار، نظرا لعدم رد الشركة المذكورة أعلاه عن مراسلة مجلس المنافسة من أجل تمسكها بشكاها.²⁰ وكذلك نذكر الإخطار رقم 2004/28 الذي تقدمت به شركة NACO ضد شركة Naftal الذي تشتكي من خلاله من تطبيق ممارسة منافية للمنافسة خلال عملية مناقصة فأصدر المجلس قراره بعدم قبول الإخطار نظرا لتغيير الساكنة مقر عنوانها دون إخطار مجلس المنافسة.²¹

ثانيا: إجراءات التحقيق

¹⁸ راضية رحمانى، "مجال اختصاص مجلس المنافسة بالنظر في الممارسات المناهية للمنافسة في مادة الصفقات العمومية، حوليات جامعة الجزائر 1"، العدد 29، الجزء الثاني، ص 250.

¹⁹ أنظر المادة 06 من أحكام الأمر 03-03 المرجع السابق.

²⁰ قرار صادر عن مجلس المنافسة بجلسة 18 جوان 2014، تحت رقم 2015/03 منشور في النشرة الرسمية للمنافسة رقم 08، الجزائر، 2015، ص 18 .

²¹ قرار صادر عن مجلس المنافسة بجلسة 18 جوان 2014 تحت رقم 2015/04 منشور في النشرة الرسمية للمنافسة رقم 08 الجزائر، 2015، ص 20.

بعد إخطار مجلس المنافسة قانونا من طرف جهات الإخطار كما رأينا أعلاه، فإن مجلس المنافسة يشرع في عملية التحقيق حول الممارسات المنافية للمنافسة بدءا بتعيين المقرر العام والمقررون في القضايا التي يسندها رئيس المجلس لهم، بعد ذلك يقوم المقرر بفحص كل وثيقة ضرورية للتحقيق في القضية المكلف بها، كما يمكنه أن يأمر باستلام أية وثيقة مهما كانت طبيعتها تساعده في أداء مهامه .

يقوم المقرر بعد ذلك بتحرير تقرير أوليا يتضمن عرض الوقائع وكذا المآخذ المسجلة، ويبلغ رئيس المجلس التقرير إلى الأطراف المعنية وإلى الوزير المكلف بالتجارة وإلى جميع الأطراف ذات المصلحة من أجل إبداء ملاحظات مكتوبة في أجل لا يتعدى ثلاثة أشهر²²، وتكون جلسات الاستماع التي قام بها المقرر عند الاقتضاء محررة في محضر يوقعه الأشخاص الذين استمع إليهم وفي حالة رفهم التوقيع يثبت ذلك في المحضر²³، وعند اختتام التحقيق يقوم المقرر بإيداع تقرير معلل لدى مجلس المنافسة يتضمن المآخذ المسجلة ومرجع المخالفات المرتكبة واقتراح القرار وكذا عند الاقتضاء اقتراح تدابير تنظيمية²⁴.

ثالثا: النشرة الرسمية للمنافسة

ينشر مجلس المنافسة القرارات الصادرة عنه وعن مجلس قضاء الجزائر وعن المحكمة العليا وكذا عن مجلس الدولة والمتعلقة بالمنافسة في النشرة الرسمية للمنافسة²⁵، فالنشرة الرسمية للمنافسة في اعتقادنا الخاص تساهم بشكل كبير في حماية المنافسة النزيهة في الصفقات العمومية، كونها تنشر جميع القرارات الردعية ضد المخالفين لإطلاع الرأي العام عنها، وهو ما يشكل جزءا إضافيا معنوي لتلك الشركات أو الهيئات.

الفرع الثاني: العقوبات المطبقة على الممارسات المنافية للمنافسة في الصفقات العمومية

لقد خصص المشرع الجزائري فصلا كاملا للعقوبات المقررة ضد الممارسات المنافية للمنافسة بشكل عام و المنصوص عليها في نص المادة 14 من قانون المنافسة بموجب نص المواد 56 الى نص المادة 61 مكرر 1 من قانون المنافسة، وتتمثل هذه العقوبات في الغرامات بحيث لا تتجاوز 12% من مبلغ رقم الأعمال من غير الرسوم أو قد تكون غرامة تساوي على الأقل ضعف الربح المحقق بواسطة هذه الممارسات على أن لا تتجاوز هذه الغرامة أربعة أضعاف هذا الربح، وإذا كان مرتكب المخالفة لا يملك رقم أعمال محدد، فالغرامة لا تتجاوز ستة ملايين دينار 6.000.000 دج²⁶، لكن بالإطلاع على مختلف القرارات الصادرة عن مجلس

²² المادة 50-51-52 من الأمر 03-03 المعدل والمتمم .

²³ نص المادة 53 من الأمر 03-03 المعدل والمتمم .

²⁴ نص المادة 54 من الأمر 03-03 المعدل والمتمم.

²⁵ نص المادة 49 من الأمر 03-03 المعدل والمتمم.

²⁶ نص المادة 56 من الأمر 03-03 المعدل والمتمم.

المنافسة الجزائري نجد أغلبها خارج مجال الصفقات العمومية، باستثناء بعض القرارات والتي قضى فيها المجلس بعدم الاختصاص.²⁷

المبحث الثاني: حدود رقابة مجلس المنافسة على الصفقات العمومية

علقت نص الفقرة الثانية من المادة 02 من أحكام الأمر 03-03 المعدل والمتمم تطبيق أحكام قانون المنافسة على الشخص العمومي والصفقات العمومية، بشرط أن لا يعيق تطبيقه على أداء مهام المرفق العام أو ممارسة صلاحيات السلطة العمومية.

المطلب الأول: عدم إعاقة مجلس المنافسة أداء مهام المرفق العام في الصفقة العمومية

إن الصفقات العمومية، هي عبارة عن عقود إدارية لها اتصال مباشر بالمرافق العامة في الدولة، وهي تختلف بذلك عن العقود التي يبرمها الخواص، لأن الدولة تسعى إلى تحقيق المصلحة العامة ولا يكون ذلك إلا من خلال المرافق العامة. وبالتالي فإن المشرع الجزائري لما أدرج موضوع الصفقات العمومية ضمن أحكام المادة 2 الفقرة الثانية، ثم جاء بالفقرة الأخيرة ورتب استثناء - تطبيق أحكام قانون المنافسة إذا مست بالمرفق العام أو مهام السلطة العمومية -، فإنه وضعنا أمام إشكال قانوني كبير في التطبيق الميداني، نظرا لاتصال جميع الصفقات العمومية بالمرافق العامة للدولة، وأن هذه الأخيرة تحكمها مبادئ قانونية غير مألوفة في القانون الخاص.

الفرع الأول مبادئ المرافق العامة الأساسية في الصفقة العمومية

تخضع المرافق العامة لنصوص تشريعية وتنظيمية مختلفة نظرا لطبيعة النشاط الإداري، لكن رغم اختلاف وتنوع المرافق العامة، فإنها تخضع لمجموعة من القواعد العامة: مبدأ مساواة المنتفعين أمام المرافق العامة، مبدأ سير المرفق العام بانتظام واطراد مبدأ قابلية المرفق العام للتغيير والتطور.²⁸

أولاً: مبدأ المساواة أمام المرافق العامة

يعتبر هذا المبدأ من المبادئ التي كرسها القانون الإداري المقارن وهذا المبدأ يجب أن تحترمه السلطة الإدارية المختصة بعملية تنظيم وتسيير المرافق العامة في الدولة²⁹، وعموماً فإن مبدأ المساواة أمام المرافق العامة في الدولة هو امتداد للمبدأ العام المتمثل في مساواة الأفراد أمام القانون والذي يعد حقا من حقوق الإنسان كرسه كل الدساتير في العالم.³⁰

²⁷ نذكر هنا القرار الصادر عن مجلس المنافسة تحت رقم 2015/16 الصادر بتاريخ 2014/11/13 المتعلق بالإخطار الذي تقدمت به الشركة ذات المسؤولية المحدودة (ميد) ضد المعهد الوطني للأراضي والسقي وصرف المياه والمتعلق بالصفقات العمومية أين أصدر المجلس قراره بعدم الاختصاص، النشرة الرسمية للمنافسة، سنة 2015، رقم 08، ص 46-48.

²⁸ محمد الصغير بعلي، القانون الإداري، النشاط الإداري، دار العلوم، الجزائر، 2004، ص 220.

²⁹ عمار عوايدي، القانون الإداري، الجزء الثاني، الطبعة السادسة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2014، ص 81-82.

³⁰ عمار بوضياف، الوجيز في القانون الإداري، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2007، ص 332.

ثانيا/ مبدأ سير المرفق العام بانتظام واطراد

يعمل المرفق العام باستمرار ودون توقف من أجل إشباع الحاجات العامة للأفراد لذلك فإن القضاء الفرنسي والذي أسس هذا المبدأ يراه مبدأ أساسيا مادام أن المجلس الدستوري أسدى له قيمة دستورية.³¹

ثالثا/مبدأ قابلية المرفق العام للتغيير

ومؤدى هذا المبدأ أن السلطة العامة يمكنها أن تتدخل في أي وقت من أجل تعديل قواعد سير المرافق العامة مراعاة للمصلحة العامة، فالإدارة العامة إذا ظهر لها في أي وقت من الأوقات أن التنظيم الذي اختارته في إدارة مرفقها لم يعد يتناسب مع المنفعة المرجوة من المرفق، فيمكنها أن تلجأ إلى نظام المؤسسة العامة أو أسلوب الالتزام أو الأسلوب المختلط³².

ومن تطبيقات هذا المبدأ أن الإدارة العامة يمكنها تعديل عقودها الإدارية بإرادتها المنفردة دون أن يحتج المتعاقد بقاعدة العقد شريعة المتعاقدين، لأن غاية الإدارة العامة هي تحقيق المصلحة العامة مما يستدعي ضرورة ترجيح كفة الإدارة في مواجهة المتعاقد معها.³³

الفرع الثاني: اتصال الصفة العمومية بالمرفق العام

إن الصفة العمومية كعقد إداري ليس إلا إحدى وسائل الإدارة لضمان سير المرافق العامة، وعلى هذا الأساس فإن المتعاقد هو في حقيقة الأمر مساعد ومعاون للإدارة في تسيير المرفق العام الذي يتصل به عقده مع الإدارة.

وقد أصدرت المحكمة الإدارية العليا في مصر عدة أحكام تصب في هذا المعنى نذكر منها، حكمها الصادر في 19 ديسمبر 1981 حيث تقول: "وتستمد الإدارة امتيازاتها في مجال العقود الإدارية لا من نصوص هذه العقود الإدارية، ولكن من طبيعة المرفق العام، واتصال العقود به، ووجوب الحرص على استمرار وانتظام الإدارة.

³¹Rachid ZOUAIMIA,Marie Christine ROUAUT droit administratif,op cit, p220.

³²سليمان الطماوي، مبادئ القانون الإداري، دراسة مقارنة، الكتاب الثاني، الطبعة التاسعة، دار الفكر العربي، مصر، 2014، ص184-185. المرفق العام هو عبارة عن فكرة ابتكرها مجلس الدولة الفرنسي ومحكمة التنازع من أجل تحديد معيار اختصاص القضاء الإداري من خلال الأحكام الصادرة في قضية روتشيلد عام 1855 ودوكستير عام 1861 وبلانكو عام 1873، ويعد الفقيه دوكيه احد اعمدة القانون الذي وضع أسس نظرية المرفق العام باعتبارها نظرية غير مألوفة تخرج عن اختصاص القانون الخاص. انظر صفاء فتوح جمعة، المبادئ العامة في العقود الادارية التقليدية والمتطورة وإشكالات تسوية منازعاتها، مكتبة الوفاء القانونية، الطبعة الاولى، مصر، 2017، ص66، ويعرف المرفق العام وفق حكم محكمة القضاء الإداري المصرية الصادر بتاريخ 2 يونيو سنة 1957 " ان المرفق العام هو كل مشروع تنشئه الدولة أو تشرف على إدارته ويعمل بانتظام واستمرار، ويستعين بسلطات الإدارة لتزويد الجمهور بالحاجات العامة التي يتطلبها لا بقصد الربح، بل بقصد المساهمة في صيانة النظام، وخدمة المصالح العامة في الدولة. "سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، دراسة مقارنة، المرجع السابق ص 74.

Rachid ZOUAIMIA,Marie Christine ROUAUT droit administratif,berti edition,alger,2009,p211.

³³صفاء فتوح جمعة، المبادئ العامة في العقود الإدارية التقليدية والمتطورة وإشكالات تسوية منازعاتها، المرجع السابق، ص 95

سيره، بما يحقق المصلحة العامة، ولذلك فإن الإدارة تتمتع بهذه الامتيازات في مجال العقود الإدارية ولو لم ينص عليها في تلك العقود..³⁴

أما القضاء الإداري الفرنسي، فقد استثنى من قاعدة ارتباط العقد الإداري بالمرفق العام العقود التي تبرمها المرافق الصناعية والتجارية مع المنتفعين بها، لأن هذه العقود تعتبر من عقود القانون الخاص أيا كانت درجة تعلقها بالمرفق الصناعي والتجاري³⁵، وقد أصدر مجلس المنافسة الجزائري في إطار رقابته على الصفقات العمومية عدة قرارات بعدم اختصاصه مبررا ذلك بأن مجال الصفقات العمومية يختص بها القضاء الإداري³⁶، وهذا الموقف قد اتخذه مجلس المنافسة الفرنسي والذي يرى أن القرارات التي يتخذها أشخاص القانون العام، أو أشخاص القانون الخاص وهم بصدد عقد امتياز لتسيير مرفق عمومي تخرج عن اختصاصه، بصرف النظر عن ارتباط القرار الإداري بمعيار النشاط المتخذ لاختصاص مجلس المنافسة³⁷.

نستخلص من خلال دراسة هذا الجزء، أن الصفة العمومية باعتبارها عقد إداري متصلة اتصالا وثيقا بمرفق عام من مرافق الدولة، وأن هذه المرافق محكومة بمبادئ متميزة والتي تشكل أسس القانون الإداري لا يمكن بأي شكل من الأشكال إخضاعها لقواعد قانون المنافسة باعتباره قانون خاص يغلب المصلحة الخاصة .

المطلب الثاني: عدم إعاقة مجلس المنافسة ممارسة صلاحيات السلطة العمومية في الصفة العمومية

نظرا للارتباط المباشر للصفة العمومية بالمرفق العمومي وبالمصلحة العامة، استثنى المشرع الجزائري تطبيق أحكام قانون المنافسة عند ممارسة الإدارة أو المصلحة المتعاقدة صلاحيات السلطة العمومية، وتظهر السلطة العمومية في مجال الصفقات العمومية، من خلال مختلف الصلاحيات التي خولها المشرع للمصلحة المتعاقدة تجاه المتعاقد معها .

الفرع الأول: سلطة الرقابة على المتعاقد أثناء تنفيذ التزامه

تتمتع الإدارة بسلطة الإشراف والرقابة على تنفيذ الصفة من قبل المتعاقد معها وتحظى الإدارة بهذه السلطة سواء تم تقريرها لها في دفتر الشروط أو دون ذلك، وتختلف قوة هذه السلطة باختلاف نوع العقد المبرم

³⁴ سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص 409-411 .

³⁵ صفاء فتوح جمعة، المبادئ العامة في العقود الإدارية، المرجع السابق ص 64.

³⁶ القرار رقم 02-2016 الصادر في 21 ديسمبر 2016 بين الشركة ذات الشخص الوحيد والمسؤولية المحدودة "أشكيم 23" ضد بلدية باب الوادي -الجزائر الوسطى- منشور في النشرة الرسمية للمنافسة رقم 12 صادرة بتاريخ 2017/07/11، ص 38.

³⁷ محمد ديب، "قراءة في حدود تطبيق قانون المنافسة على الصفقات العمومية"، دراسة في القانون الجزائري، مجلة العلوم السياسية والقانون، عدد 07، 2018، المجلد 2، المركز الديمقراطي العربي، ألمانيا، ص 224.

فكلما كانت صلة العقد بالمرفق قوية كلما زادت تلك السلطات كعقد الأشغال العامة، وكلما ضعفت العلاقة مع المرفق كلما ضعفت معها تلك السلطات كعقد التوريد البسيط مثلاً.³⁸

ويقصد كذلك بحق الرقابة السماح للإدارة بان تتدخل بدرجة تزيد عن حد التأكد من سلامة تنفيذ العقد أثناء القيام به، في حالة ما إذا استعملت الإدارة حق الرقابة للتدخل في أوضاع تنفيذ العقد، وتغيير بعض الأوضاع وذلك في الحالات غي المنصوص عليها صراحة في العقد³⁹، وتجد هذه السلطة أساسها النظري في فكرة المرفق العام، وما تفرضه من سلطات يتمتع بها المرفق والمستوحاة من طبيعة، وهي في مجملها ثابتة للإدارة حتى لو لم يتم النص عليها في عقد الصفقة العمومية⁴⁰، كما أن الرقابة تسمح للخبراء والمهندسين التابعين للإدارة استدعاء المقاول أو المتعاقد وكذلك والمتابعة في الورشة، كما أنه يمكن للشخص العمومي ان يراقب النوعية والكمية لمختلف التوريدات، ومدى مطابقة متطلبات الصفقة...⁴¹

الفرع الثاني: سلطة تعديل الصفقة العمومية

من المبادئ العامة التي تقوم عليها عقود القانون الخاص قاعدة العقد شريعة المتعاقدين ومعناها انه لا يجوز لأي من المتعاقدين التحلل من التزاماته بصورة منفردة ولا يجوز لأي من المتعاقدين تعديل العقد أو نقضه إلا من خلال الاتفاق مع المتعاقد الآخر، لكن الطبيعة الخاصة للعقود الإدارية والتي تسعى من خلالها الإدارة تحقيق المصلحة العامة مما استوجب ضرورة ترجيح كفة الإدارة في مواجهة المتعاقد معها، ومن ثم للإدارة سلطة تعديل العقد من جانبها من اجل تلبية التغيير المستمر في المرافق التي تديرها⁴²، وحق تعديل العقد أخطر من حق الرقابة لان الإدارة هنا لا تتدخل في مجال مسكوت عنه في العقد، لكنها تحاول أن تغير في الالتزامات التعاقدية المنصوص عنها في العقد إما بالزيادة أو النقصان.⁴³

الفرع الثالث: سلطة توقيع الجزاءات

عند إخلال المتعاقد بالتزاماته مع الإدارة أو كان مقصرا في تنفيذها فان من حق الإدارة أن توقع عليه جزاءات تختلف عن نظيرتها المقررة في عقود القانون الخاص، كما أن للإدارة كامل السلطة في اختيار الجزاء الملائم ولا تحتاج إلى نص قانوني أو حكم من القضاء، فغاية الإدارة من توقيع الجزاء ليس إعادة التوازن بين الالتزامات المتبادلة التي أنشأها العقد، وإنما تنفيذ الالتزام المتصل بسير المرفق العام أو استبعاد الاختلال الذي لحقه⁴⁴،

³⁸ جليل مونية، النظرية العامة للقرارات والعقود الإدارية، المرجع السابق، ص 186.

³⁹ سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص 433.

⁴⁰ عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، المرجع السابق، ص 7، 8.

⁴¹ Christophe LAJOYE, Droit des Marchés Public, Berti Edition, Alger, 2007, p 172.

⁴² صفاء فتوح جمعة، المبادئ العامة في العقود الإدارية، المرجع السابق، ص 482.

⁴³ سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص 437.

⁴⁴ عادل بوعمران، النظرية العامة للقرارات والعقود الإدارية، دار الهدى، الجزائر، 2018، ص 192.

وتترواح الجزاءات التي يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تتخذها ضد المتعاقد معها بين الجزاء المالي والمتمثل في الغرامات ومصادرة مبلغ الضمان، ووسائل الضغط والفسخ من جانب واحد.⁴⁵

خاتمة

إنّ المقاربة بين النصين الخاص(قانون المنافسة) والعام (قانون الصفقات العمومية) تظهر أنهما يتشابهان بشكل كبير، نظرا لكون أحكام القانون المتعلق بالصفقات العمومية أسس على قواعد المنافسة النزيهة والشفافية وهو ما يصبو إليه قانون المنافسة.

لكن تطبيق قانون المنافسة على قانون الصفقات العمومية لم يكن بالأمر السهل لاصطدامه بالمبادئ العامة للقانون العام أي القانون الإداري، والتي لا تسمح أن تطبق عليها قواعد القانون الخاص والمتمثلة في أداء مهام المرفق العام، وممارسة صلاحيات السلطة العمومية لأنها تهدف إلى حماية المصلحة العامة وليس المصلحة الخاصة.

وبناء على ما تقدم نسجل أهم النتائج التالية:

*صعوبة تطبيق قانون المنافسة على الصفقات العمومية لاتصالها المباشر بالمرفق العام.

*صعوبة تطبيق قانون المنافسة على الصفقات العمومية لممارسة الإدارة امتيازات السلطة العمومية من أجل تحقيق المصلحة العامة.

*إصدار مجلس المنافسة لعدة قرارات بعدم الاختصاص في موضوع الصفقات العمومية.

وبناء على ما تم تسجيله من نتائج نقترح التوصيات الآتي عرضها:

- إعادة صياغة قانون المنافسة بضبط طبيعة و نوع الصفقات العمومية التي تخضع له نظرا لتشعب مجالات ومواضيع الصفقات العمومية.

- إعادة صياغة وضبط نص المادة 2 الفقرة الأخيرة بتحديد طبيعة المرفق العام الذي يمكن أن يخضع لأحكام المنافسة نظرا لتنوع المرافق العامة في الدولة.

⁴⁵عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، المرجع السابق ص 20-34

حدود حرية التعاقد في عقود التوزيع الاستثنائية

أومجد حياة زوجة مخلوفي⁽¹⁾

(1) طالبة دكتوراه ، كلية الحقوق و العلوم السياسية،
جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 15000، الجزائر.
البريد الإلكتروني: hayetunivto@yahoo.com

الملخص:

يعد مبدأ حرية التعاقد أساس التصرفات القانونية، إلا أن طبيعة قانون المنافسة والأهداف التي يسعى إلى تحقيقها، تجعل من ثبات هذا المبدأ أمراً مستحيلاً، ويشكل حظر عقود التوزيع الإستثنائية حقلاً لدراسة مدى تأثير قانون المنافسة على مبدأ حرية تحديد مضمون العقد. وتهدف هذه الدراسة إلى إبراز أهمية حظر عقود التوزيع الإستثنائية ومدى إمكانية مساس هذه العقود بالمنافسة الحرة في السوق، في المقابل كيف أن من شأن هذا المنع أن يؤثر على مبدأ أساسي في التعاقد ألا هو مبدأ حرية التعاقد.

الكلمات المفتاحية:

التوزيع، الحرية التعاقدية، الاستثناء، الإعفاء، المنافسة الحرة.

تاريخ إرسال المقال: 2021/01/19، تاريخ مراجعة المقال: 2021/12/18، تاريخ نشر المقال: 2021/12/31.

لتهميش المقال: أومجد حياة زوجة مخلوفي، "حدود حرية التعاقد في عقود التوزيع الإستثنائية"، المجلد 12، العدد 03، 2021، ص ص. 112-125.

<https://www.asjp.cerist.dz/en/PresentationRevue/72>

المقال متوفر على الرابط التالي:

المؤلف المراسل: أومجد حياة زوجة مخلوفي، hayetunivto@yahoo.com.

The limits of the freedom to contract in exclusive distribution contracts

Summary:

The principle of freedom to contract is the basis for legal action, but the nature of the completion law and the objectives it seeks to achieve render the stability of this principle impossible, and the prohibition of exclusive distribution contracts is a scope to study the extent of the Impact of competition law on the principle of freedom to determine the content of the contract.

The study aims to underline the Importance of prohibiting exclusive distribution contracts and the extent to which these contracts can affect free competition in the market, on the other part, how this prohibition influences this fundamental principle in the conclusion of contracts which is the freedom to contract.

Keywords: distribution, contractual freedom, exclusivity, exemption, free competition.

Les limites de la liberté de contracter dans les contrats de distribution exclusive

Résumé:

Le principe de la liberté de contracter est la base des actions judiciaires, mais la nature du droit de la concurrence et les objectifs qu'il cherche à atteindre rendent impossible la stabilité de ce principe, et l'interdiction des contrats de distribution exclusive constitue un champ pour étudier l'étendue de l'impact du droit de la concurrence sur le principe de la liberté de déterminer le contenu du contrat.

Cette étude vise à souligner l'importance d'interdire les contrats de distribution exclusive et la mesure dans laquelle ces contrats peuvent affecter la libre concurrence sur le marché. En contre partie, comment cette interdiction influence sur le principe fondamental dans la conclusion des contrats qui est la liberté de contracter.

Mots clés: distribution, liberté contractuel, l'exclusivité, l'exemption, concurrence libre.

مقدمة

يقتضي مبدأ حرية التعاقد أن الأشخاص أحرار في إبرام العقود وتضمينها الشروط والبنود التي يرونها تخدم مصالحهم في إطار احترام النظام العام، ونظرا أن قواعد السوق تستلزم فرض أسس قانونية لحماية المنافسة والمتنافسين على حد سواء، من خلال منع كل الممارسات التي من شأنها تقييد المنافسة، تدخل المشرع من أجل منع كل الممارسات التي من شأنها عرقلة المنافسة الحرة والنزاهة داخل السوق المعنية فحظر بموجب المادة 10 من الأمر رقم 03/03 المتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم¹ جميع العقود و الأعمال التي تؤدي إلى الاستثناء بالأنشطة الاقتصادية. على خلاف المشرع الفرنسي، جعل المشرع الجزائري من الممارسات الاستثنائية ممارسة مستقلة بحد ذاتها، فاستحدث المشرع هذه الممارسة مقارنة بالممارسات المقيدة للمنافسة الأخرى، حيث تناولها لأول مرة من خلال هذه المادة التي عرفت تعديلا بموجب القانون رقم 12/08².

وبموجب الصياغة الجديدة لهذه المادة والتي جاءت بصيغة عامة، جعل المشرع من كل أنواع العقود التي تتضمن شرط الاستثناء ممارسات محظورة، بما في ذلك عقد عقود التوزيع الاستثنائية لذا فالإشكالية التي تطرح نفسها تتمثل مدى تأثير منع عقود التوزيع الاستثنائية على الحرية التعاقدية؟

للإجابة على الإشكالية المطروحة نعتمد على المنهج الوصفي التحليلي ببيان ماهية عقد التوزيع الاستثنائي (المبحث الأول) وكيف من شأن هذا الحظر أن يتصادم مع مبدأ أساسي في التعاقد (المبحث الثاني) **المبحث الأول: ماهية عقد التوزيع الاستثنائي.**

استحدث المشرع الجزائري نص المادة 10 من الأمر رقم 03/03 كنص عام لمنع كل أشكال العقود الاستثنائية التي من شأنها تقييد المنافسة الحرة والنزاهة، وبهذا يكون المشرع قد جعل لهذه الممارسة مكانة خاصة تميزها عن باقي الممارسات المقيدة للمنافسة، ويدخل في مجال تطبيق هذه المادة كل أشكال عقود التوزيع الاستثنائية (المطلب الأول) وذلك عند توفر شروط حظرها حسب مضمون هذه المادة (المطلب الثاني).

المطلب الأول: تحديد مفهوم عقد التوزيع الاستثنائي

بالرغم من التعديلات التي عرفها قانون المنافسة إلا أن المشرع لم يعط تعريفا محددا للعقود الاستثنائية ما يدفعنا إلى البحث عن المقصود بكلمة الاستثناء (الفرع الأول) ثم تحديد المقصود بكلمة عقد لنصل إلى إعطاء تعريف لعقد التوزيع الاستثنائي (الفرع الثاني).

¹ الأمر رقم 03/03، المؤرخ في 19 جويلية 2003 المتعلق بالمنافسة، ج ر عدد 43 الصادرة في 20 جويلية 2003، المعدل والمتمم.

² قانون رقم 12/08، المؤرخ في 25 جوان 2008، المتعلق بالمنافسة، ج ر رقم 36 المعدل والمتمم للأمر رقم 03/03، الصادرة في 02 جويلية 2008.

الفرع الأول: المقصود بمصطلح الاستثناء

استعمل المشرع الجزائري مصطلح الاستثناء لأول مرة في المادة 102 من القانون رقم 10/97 المؤرخ في 6 مارس 1997 المتعلق بالمؤلف والحقوق المجاورة³ ولعل الهدف الأساسي الذي أراده المشرع آنذاك هو حماية حقوق المؤلف، فعنصر الاستثناء يعد أحد مقومات هذه الممارسات وأساسها، كونه يهدف في الأساس لحماية وضمأن أمن المتعاقدين.⁴

بالرجوع إلى قواعد قانون المنافسة، فإننا لا نجد أي إشارة إلى المقصود بكلمة "الاستثناء" التي يقابلها باللغة الفرنسية مصطلح "exclusivité" والذي بدوره يقابله مصطلح "الحصرية" في بعض النصوص الخاصة، لذا سنقف عند مفهوم كلمة الاستثناء لغة واصطلاحاً. فيقصد بكلمة استثناء لغة الاستحواذ والإنفراد.

أما اصطلاحاً فيعتبر مصطلح الاستثناء قديم النشأة، وقد أستخدم في ظل القانون الكنسي، للدلالة على الإجراء الذي تم منحه لأعضاء المجلس لإقصاء أي مرشح للبابوية بمناسبة التصويت، كما استعمله الفقيه DABIN في تعريفه للحق حيث جاء فيه أنه "استثناء شخص معين بشيء أو قيمة معينة يخول له التسلط والاقتضاء ويهدف مصلحة يحميها القانون لأنها ذات قيمة اجتماعية".⁵

أما اصطلاحاً فيستشف من مضمون المادة 10 المعدلة أن الاستثناء هو "تفرد مؤسسة بممارسة نشاط اقتصادي معين في السوق المعنية بصفة حصرية دون وجود منافس آخر يمارس نفس النشاط".

الفرع الثاني: محاولة إيراد تعريف لعقد التوزيع الاستثنائي

عرفت المادة 54 من التقنين المدني الجزائري العقد انه "اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص آخرين بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما" كما عرفته المادة الثالثة من قانون رقم 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية أنه "اتفاق أو اتفاقية تهدف إلى بيع سلعة أو تأدية خدمة، حرر مسبقاً من أحد

³ جاء في مضمون المادة 102 من القانون رقم 10/97 المتعلق بالمؤلف والحقوق المجاورة، "لا تخول رخصة إبلاغ المصنف إلى الجمهور أي حق استثنائي للاستغلال إلا إذا كانت هناك اتفاقية صريحة تقضي بخلاف ذلك. لا يمكن أن يتجاوز شرط الاستثناء ثلاث سنوات من تاريخ عملية الإبلاغ الأولى إلى الجمهور. يفقد الشرط المذكور أعلاه إذا لم يستغل المصنف خلال مدة أقصاها سنة واحدة من تاريخ إبرام الاتفاقية دون مبرر مشروع". الجريدة الرسمية عدد 13، الصادرة بتاريخ 12 مارس 1997.

⁴ بكرة لعور، آليات مكافحة جرائم الممارسات التجارية في التشريع الجزائري، أطروحة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق تخصص قانون الأعمال، جامعة محمد خيضر بسكرة، 2013/2014، ص 80.

⁵ وسيلة برحو، "الممارسات الاستثنائية في ظل قانون المنافسة الجزائري"، المجلة الإفريقية للدراسات القانونية والسياسية، جامعة احمد دراية، أدرار، الجزائر، المجلد 02، العدد 02، ديسمبر 2018، ص 116.

أطراف الاتفاق مع إذعان الطرف الآخر، بحيث لا يمكن إحداث تغيير حقيقي فيه" ومن هنا يمكننا إيراد تعريف لعقد الاستثنائي بأنه كل اتفاق يسمح لمؤسسة تمارس نشاط اقتصادي في سوق معينة بالاستحواذ على هذا النشاط دون أن تقابله منافسة أخرى في نفس المجال.

ونظرا لعدم تنظيم المشرع لعقد التوزيع، فإنه لا يوجد تعريف تشريعي لعقد التوزيع، وفي المقابل أوردت المادة 03 من الأمر رقم 03/03 المتعلق بالمنافسة تعريف لنشاط التوزيع " يتمثل نشاط التوزيع في مجموع العمليات القانونية والمادية التي تسمح بتوجيه السلع والخدمات من المنتجين والبائعين إلى المستهلكين. "ومن هنا يتضمن التوزيع كل الأنشطة و الإجراءات التي تنتقل بواسطتها السلع والخدمات إلى المستهلكين"⁶ ومنه يعرف عقد التوزيع أنه عقد يمنح من خلاله المنتج أو الصانع أو المستورد وهو الممون حق توزيع وتسويق منتجاته وخدماته إلى طرف آخر في العقد وهو الموزع خلال فترة زمنية معينة وفي منطقة جغرافية محددة، وذلك بمقابل نقدي يدفعه الموزع للممون، في المقابل يلتزم الموزع بعدم بيع أو تسويق سلع منافسة لمحل العقد.

أما عقود الحصر فإنها تعرف: "تلك الاتفاقات التي بموجبها يضع المنتج أو الصانع أو المستورد قيودا على الموزع أو من هذا الأخير على التاجر (سواء كان تاجر الجملة أو التجزئة)، مضمون هذا القيد هو الاقتصار في التعامل مع بعضهم البعض في سلع معينة وفي منطقة جغرافية محددة، خلال فترة زمنية محددة، ومع عملاء معينين، دون أن يكون أحدهم تابعا أو نائبا عن الآخر"⁷ وبهذا يمكننا تعريف عقد التوزيع الاستثنائي أنه ذلك اتفاق بين الممون والموزع يكون محله توزيع وتسويق منتجات وخدمات معينة في منطقة جغرافية محددة خلال فترة زمنية محددة وبصفة حصرية، مع التزام الموزع بعدم تسويق منتجات مماثلة لمنافس آخر.

تجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري قد استحدث في نص المادة 10 من الأمر رقم 03/03 المتعلق بالمنافسة عقود الشراء الاستثنائية في مجال التوزيع كممارسة مقيدة للمنافسة، والتي لم يتطرق إليها بموجب قانون رقم 06/95 المتعلق بالمنافسة والملغى،⁸ لكن بعد تعديل هذه المادة بموجب قانون 12/08 تراجع المشرع عن مصطلح عقود شراء استثنائية، واستبدالها بعبارة عقود استثناء ممارسة الأنشطة الاقتصادية فأصبح يدخل في مجال الحظر كل عقود استثناء التوزيع سواء عقود شراء أو بيع.

⁶ فضيلة سويلم، "عقود التوزيع الاستثنائية المقيدة للمنافسة"، مجلة الدراسات القانونية، العدد الثامن، ديسمبر 2007، ص 147.

⁷ معين فندي نهار الشناق، "الاحتكار والممارسات المقيدة للمنافسة في ضوء قانون المنافسة الأردني والأمريكي والاتفاقات الدولية"، أطروحة قدمت استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الدكتوراه، في القانون الخاص، جامعة عمان العربية للدراسات العليا، الأردن، 2016، ص 97-98.

⁸ الأمر رقم 06/95 المؤرخ في 25 يناير 1995، المتعلق بالمنافسة، ج ر عدد 09، الصادر في 22 فبراير 1995.

المطلب الثاني: شروط حظر عقود التوزيع الإستثنائية

طبقاً لنص المادة 10 من أمر رقم 03/03 المعدلة والمتممة بموجب قانون 12/08 المتعلق بالمنافسة فإنه "يعتبر عرقلة لحرية المنافسة أو الحد منها أو الإخلال بها، ويحظر كل عمل و/أو عقد مهما كانت طبيعته وموضوعه يسمح لمؤسسة بالاستثناء في ممارسة نشاط يدخل في مجال تطبيق هذا الأمر" ومن هنا تتبين لنا شروط حظر العقد الاستثنائي تتمثل في وجود عقد استثنائي محله أحد الأنشطة الخاضعة لقانون المنافسة (الفرع الأول) من شأنه المساس بالمنافسة (الفرع الثاني).

الفرع الأول: ضرورة وجود عقد نشاط التوزيع استثنائي:

لقيام الممارسة المحظورة يجب أن تبرم المؤسسات فيما بينها عقداً يتضمن شرط الاستثناء، فكلما توفر شرط الاستثناء في العقد كلما كان محظوراً، وبالرجوع إلى عبارة "...كل عمل و/أو عقد مهما كانت طبيعته" نجد أنها جاءت بصيغة عامة، فتشمل كل أنواع العقود، ولعل أن المشرع يهدف من وراء ذلك إلى غلق الأبواب أمام المؤسسات التي ترغب في احتكار سلعة ما، وتتجنب الخضوع لقانون المنافسة.

هذا لا يكفي وجود عقد يتضمن شرط الاستثناء بل يجب أن يكون موضوعه أحد الأنشطة الخاضعة لقانون المنافسة ومنها نشاط التوزيع، إذ يعد نشاط التوزيع الميدان الخصب للعقود الاستثنائية، حيث أنه من الوسائل الضرورية لتسويق المنتجات، وقد عرفته المادة 06/02 من المرسوم التنفيذي 39/90 المتعلق برقابة الجودة وقمع الغش أنه⁹ "مجموع العمليات التي تتمثل في خزن كل المنتجات بالجملة أو نصف الجملة ونقلها وحيازتها وعرضها قصد البيع أو التنازل عنها مجاناً، ومنها الاستيراد و التصدير وتقديم الخدمات". فيتتمثل نشاط التوزيع في الأنشطة والإجراءات القانونية والمادية التي يمارسها العون الاقتصادي سواء كان منتج السلعة أو وسيط قصد إيصالها إلى المستهلك.

وأهم ما يميز عقود الحصر أنها تبرم بين طرفين لا أكثر، يتفقان على حصر التعامل على بعضهم البعض في منطقة جغرافية معينة، أو على سلع معينة أو مع عملاء معينين،¹⁰ وليس ثمة ما يمنع التعامل مع آخرين في منطقة جغرافية أخرى كما تستلزم طبيعة هذه العقود ألا يكونا الطرفان في وضع تنافسي.¹¹ هذا وقد اشترطت المادة المشار إليه أعلاه أن يمارس هذا العقد من طرف مؤسسة اقتصادية، وعليه يطبق هذا الحظر على المؤسسات بمفهوم المادة 03 من الأمر رقم 03/03 المتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم، والتي

⁹ المرسوم التنفيذي رقم 39/90 المؤرخ في 30 يناير 1990، المتعلق برقابة الجودة وقمع الغش، ج ر عدد 05، الصادر في سنة 1990، المعدل والمتمم.

¹⁰ فضيلة سويلم، المرجع السابق، ص 153.

¹¹ معين فندي نهار الشناق، المرجع السابق، ص 98.

عرفت المؤسسة بأنها "كل شخص طبيعي أو معنوي أيا كانت طبيعته يمارس بصفة دائمة نشاطات الإنتاج أو التوزيع أو الخدمات".

وما يلاحظ على المادة 10 من الأمر رقم 03/03 المتعلق بالمنافسة أنها جاءت على ذكر المؤسسة بصفة فردية وليس بصيغة الجمع، وهذا ما يدل على أن الممارسة قد ترتكب من قبل مؤسسة واحدة دون الحاجة إلى إجماع المؤسسات.¹²

الفرع الثاني: مساس عقود التوزيع الإستثنائية بالمنافسة:

يهدف قانون المنافسة أساسا إلى حماية المنافسة الحرة داخل السوق المعنية، لذا تصدى المشرع بموجب نص المادة 10 من الأمر رقم 03/03 لكل أنواع العقود الاستثنائية، التي تسمح للعون الاقتصادي باستثناء أحد الأنشطة الخاضعة لقانون المنافسة ما يسمح له بتحديد أسعار السلع والخدمات التي يحتكرها، مما يصنع حاجزا لدخول متنافسين جدد إلى السوق، أو انسحابهم منها لعدم قدرتهم على مواجهة العون الاقتصادي المستأثر ويتلقون صعوبات في تسويق سلعهم مما يؤثر سلبا على المستهلك ويعيق تحقيق الفعالية الاقتصادية.

وتظهر أهمية حظر المشرع لعقود الاستثناء كصورة من صور المنافسة المحظورة، باعتبارها عامل لاكتساب القوة الاقتصادية لبعض المؤسسات، وفي الوقت ذاته تقييد لحرية المنافسة للبعض الآخر.

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع لم يعط أمثلة عن الممارسات الاستثنائية المقيدة للمنافسة المحظورة والتي من شأنها المساس بالمنافسة، واكتفت المادة بالإشارة إلى أن التقييد يكون من خلال "عرقلة المنافسة أو الحد منها أو الإخلال بها"، ما يجعل كل العقود الاستثنائية التي من شأنها أن تعرقل أو تحد أو تخل بالمنافسة تدخل في نطاق هذه المادة.

كما يعد عقد التوزيع الاستثنائي معرقلا لحرية المنافسة أو حادا لها أو مخلا بها، متى سمح للمستفيد من العقد بحصر التوزيع في السوق ومن ثم تقييد المنافسة، وذلك بتجميع عمليات التوزيع بيد هذا الموزع المستفيد من العقد.

المبحث الثاني: تصادم حظر عقود التوزيع الاستثنائية مع مبدأ حرية التعاقد

إن الإشكال الذي يطرح نفسه بخصوص تطبيق نص المادة 10 من الأمر رقم 03/03 المتعلق بالمنافسة هو هل تخلى المشرع الجزائري على عقود التوزيع كونها تتضمن شرط الاستثناء، فالتطبيق الحرفي لهذا النص يجعلنا نقر أن المشرع الجزائري يمنع كل العقود الاستثنائية مما يقيد من مبدأ حرية التعاقد (المطلب الأول) إلا أن هذا التقييد ليس مطلقا كونها يمكن أن تستفيد من الإعفاء (المطلب الثاني).

¹² وسيلة برحو، المرجع السابق، ص 113.

المطلب الأول: تقييد حظر عقود التوزيع الاستثنائية للحرية التعاقدية

تقتضي الحرية التعاقدية أن تضع الأطراف المتعاقدة ما تشاء من الشروط التي تراها تخدم مصالحها بكل حرية، شرط أن لا تخالف النظام العام والآداب العامة، لكن تعدى قانون المنافسة هذا المبدأ الأساسي عندما منع شرط الاستثناء في العقود (الفرع الأول) إلى جانب سماحه لمجلس المنافسة من أجل التدخل في العقد (الفرع الثاني).

الفرع الأول: منع شرط الاستثناء تقييد في حرية تحديد مضمون العقد

يعد العقد أداة للتبادل بين المنتج الموزع والمستهلك، فبمفهوم نص المادة 54 من القانون المدني الجزائري فإنه "اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص آخرين بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء" فالعقد وسيلة بيد الأعوان الاقتصاديين لاقتحام السوق. فأساس العقد هو الإرادة المشتركة لطرفيه في تحديد آثاره وشروطه. وإذا كان قانون العقود يكرس حرية التعاقد طبقا لنص المادة 106 من القانون المدني الجزائري،¹³ فإنه لا يمكن لأطراف عقود التوزيع التمسك بهذا المبدأ لوضع شرط الاستثناء بصفة مطلقة، طالما أن ذلك سيؤثر على المنافسة الحرة، ويخلق احتكار البائع الموزع للسلع والمنتجات داخل السوق ويسمح له بفرض الأسعار بصفة انفرادية لا تخضع لقواعد السوق.

يشكل شرط الاستثناء عائقا لحرية المنافسة، نظرا للمزايا التي يمنحها للبائع الذي ينفرد بتحديد أسعار السلع والخدمات محل عقد التوزيع، كما يتولد عن هذا الشرط منع منتجين آخرين من الدخول إلى السوق، مما يقف أمام هدف تحقيق الفعالية الاقتصادية والإضرار بالمستهلك. لذا أخضعها قانون المنافسة لرقابته الشديدة. في المقابل، عدم توفر بعض عقود التوزيع على شرط الاستثناء يفقدها طبيعتها القانونية، تصبح عقود عادية، لذا لم يستحسن عدم منعها بصفة مطلقة، وذلك بترك المجال لدراسة كل عقد على حدة، من حيث مدى تحديده لمدة العقد، دراسة إيجابيات وسلبيات العقد على السوق والبحث في الفائدة التي يمكن أن ترجع على المستهلك.

¹³ تنص المادة 106 من القانون المدني الجزائري "العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه، ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو الأسباب التي يقرها القانون".

فحظر شرط الاستثناء بصفة مطلقة سيثير إشكالات قانونية طالما أنه عنصر جوهري في بعض عقود التوزيع مثل عقد الامتياز التجاري،¹⁴ ولما له من تأثير على المنافسة، فقد ربط المشرع الجزائري عقود الامتياز التجارية في مجال بيع واستيراد السيارات الجديدة بقانون المنافسة، وذلك بموجب نص المادة 04 من المرسوم التنفيذي 15-58 المحدد لشروط وكيفيات ممارسة نشاط وكلاء المركبات الجديدة والتي تنص: "يجب أن يكون عقد الامتياز الذي يربط الوكيل بالصانع مطابق لأحكام التشريع والتنظيم المعمول بهما ولاسيما الأمر رقم 03/03 المؤرخ في 19 جمادى الأولى عام 1424 الموافق 14 يوليو سنة 2003 والمذكور أعلاه وأحكام هذا المرسوم"¹⁵، لذا يستلزم مطابقة عقود الامتياز لقانون المنافسة ولكن الإشكال المطروح هو التناقض الذي وقع فيه المشرع عندما كرس شرط الاستثناء من خلال نص المادة 45 من المرسوم رقم 15-58 والتي تنص: "يمنح الوكلاء العاملون فترة زمنية مدتها اثنا عشر (12) شهرا من تاريخ نشر هذا المرسوم في الجريدة الرسمية للتقيد بالأحكام المرتبطة بالشروط الجديدة المتعلقة بالتزود بصفة حصرية لدى الصانع المانع".

إن فرض المشرع على الوكلاء العامون التمويل بصفة حصرية لدى الصانع المانع، يجعل من هذه المادة تتعارض مع أحكام الأمر رقم 03/03 المتعلق بالمنافسة، وبالأخص نص المادة 10 منه المشار إليها والتي تمنع كل أشكال وأنواع العقود والأعمال الاستثنائية، ولتفادي هذا التناقض كان من الأجدر على المشرع إخضاع عقود الامتياز التجاري في هذا المجال لنظام الإعفاء، وبالتالي تتم تحت رقابة مجلس المنافسة، لا سيما أن عقد الامتياز التجاري قد يحمل في محتواه اتفاق يجعل المتعاملان يحددان كيفية التعامل الذي قد يقلص أو يراقب الإنتاج أو اقتسام الأسواق ويحدد تبريره في تحقيق التقدم الاقتصادي طبقا لنص المادة 09 من الأمر رقم 03/03.¹⁶

بالإضافة هناك من وكيف هذه العقود على أساس أنها تدخل ضمن الاتفاقات المقيدة للمنافسة وبالتالي تخضع للأحكام المتعلقة بالاتفاقات المحظورة، إلا أنه يتبين لنا موقف المشرع الجزائري غامض في هذه النقطة، لا سيما أن المرسوم التنفيذي رقم 07/390 المؤرخ في 12 ديسمبر 2007 المحدد لشروط وكيفيات ممارسة

¹⁴ عرف عقد الامتياز التجاري انه : "عقد توزيع لمدة محددة وبمقتضاه يمنح تاجر يدعى المتنازل بصفة استثنائية الحق في إعادة بيع منتوجه لتاجر مستقل يدعى صاحب الامتياز في منطقة إقليمية محددة، وبالمقابل هذا الأخير يلتزم بالتمويل لديه استثنائيا، شرط تحمله بعض الالتزامات وموافقة رقابة المتنازل له" زونية بن زيدان، "عقود التوزيع في إطار قانون المنافسة"، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه علوم في القانون، فرع القانون الخاص، جامعة الجزائر 1، 2016-2017، ص 115.

¹⁵ مرسوم تنفيذي رقم 15-58 مؤرخ في 08 فبراير 2015، يحدد شروط وكيفيات ممارسة نشاط وكلاء المركبات الجديدة، ج ر عدد 5.

¹⁶ بكرة لعور، المرجع السابق، ص 86.

نشاط تسويق السيارات الجديدة¹⁷ قبل إلغائه، كان يتضمن إحالة صريحة إلى نص المادة 10 من أمر رقم 03/03 المتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم من خلال نص المادة 06 التي تنص على ما يلي " يجب أن يكون عقد الامتياز التجاري الذي يربط الوكيل بالموكل مطابق لأحكام التشريع والتنظيم المعمول بهما، لاسيما المادة 10 من الأمر رقم 03/03 والمذكور أعلاه وأحكام هذا المرسوم" مما يجعلها لا تخضع للاستثناءات الواردة في نص المادة 09 من الأمر رقم 03/03 المتعلق بالمنافسة .

كما يعد شرط الحصرية في مجال عقد الفرنشيز، من الشروط التي تلازم هذا العقد، إذ غالبا ما يحرص أطراف عقد الفرنشيز على تضمينه هذا الشرط الذي يوفر الحماية لأطراف هذا العقد، ولكن يجب أن يكون لهذا الشرط مدة محددة كونه يعتبر قييدا على الحرية التنافسية.¹⁸

وهو ذلك الشرط الذي يمنح لمتلقي في علاقة الفرنشيز وحده باستثناء استغلال النشاط المتعلق بالامتياز في إقليم معين. ومن هنا، يعتبر شرط الحصر أو الاستثناء في عقد الفرنشيز قييدا على حرية التجارة ومدعما للاحتكار وتقسيم السوق¹⁹، لما له من التأثير على حرية التبادل الحر للسلع والخدمات، لذا يثير جدلا كبيرا حول مشروعيتها من منظور أحكام قانون المنافسة وبالأخص المادة 10 من الأمر رقم 03/03 المشار إليها .

بالرجوع إلى أحكام نص هذه المادة، نفهم أن المشرع الجزائري قد جعلها محظورة بشكل مطلق، مما يترتب عليه عدم خضوعها لنظام الإعفاءات أو الاستثناءات التي تستفيد منها الممارسات الأخرى المقيدة للمنافسة، كالاتفاقات المحظورة والتعسف في وضعية الهيمنة، كون النص جاء بصيغة عامة، ونظرا لغياب تنظيم خاص بعقد الفرنشيز في التشريع الجزائري يزيد تعقيدا لكيفية تطبيق نص هذه المادة بخصوص شرط الحصرية المتضمنة في مثل هذه العقود مما يطرح إشكالية حول مشروعية بند الحصرية في عقد الفرنشيز، ولتخطي هذا الإشكال على المشرع أن يتدخل لتنظيم مثل هذه العقود، ومن ثم نكون أمام قاعدة الخاص يقيد العام.

الفرع الثاني: رقابة مجلس المنافسة لعقد التوزيع:

يمنح قانون المنافسة لمجلس المنافسة سلطة إصدار الأوامر، إذ تنص المادة 1/45 من الأمر رقم 03/03 المعدل والمتمم والمتعلق بالمنافسة "يتخذ مجلس المنافسة أوامر معللة ترمي إلى وضع حد لهذه الممارسات المعينة، عندما تكون العرائض والملفات المدفوعة إليه يبادر هو بها، من اختصاصه". ما يسمح له

¹⁷المرسوم التنفيذي رقم 390/07 المؤرخ في 12 ديسمبر 2007 المحدد لشروط وكيفيات ممارسة نشاط تسويق السيارات الجديدة ج ر عدد 78 الصادرة بتاريخ 12 ديسمبر 2007، ملغى.

¹⁸عبد الله محمد أمين القضاء، "أثار عقد الفرنشيز وانقضاؤه"، رسالة للحصول على درجة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، 2015، ص 32.

¹⁹صورية قابة، "الآليات القانونية لحماية المنافسة"، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه علوم في القانون الخاص، جامعة الجزائر 1، كلية الحقوق، 2017، ص 53.

بالتدخل في العقود التي يراها لا تخدم المنافسة داخل السوق، وبهذا تشكل الأوامر الوسيلة المثلى لرقابة العقود والتدخل في مضمونها، فله أن يصدر الأوامر إما بالقيام بفعل أو التزام أو الامتناع عن الفعل. وتعد عقود التوزيع الاستثنائية من الممارسات المقيدة للمنافسة حسب نص المادة 10 من الأمر رقم 03/03 السابقة الذكر، ما يمنح لمجلس المنافسة سلطة التدخل من أجل وضع حد لهذه الممارسة، فيتدخل في العقد الذي هو في الأصل شريعة المتعاقدين طبقاً لنص المادة 106 من القانون المدني الجزائري ليمنع إتمامه أو ليأمر أطراف العقد بالرجوع إلى الحالة التي كان عليها قبل التعاقد. كما يمكن لمجلس المنافسة أن يأمر بحذف أو تعديل بنود تعاقدية، ففي حالة رأي المجلس أن الممون قد تعسف في بنوده التعاقدية اتجاه الموزع له أن يتخذ أمراً للحد من هذه الممارسة. وإن كان هذا الأمر مقبول في قانون المنافسة، لأن مجلس المنافسة لا يقوم في هذه الحالة إلا بتقويم العقود وتصحيحها وجعلها تساهم في تحقيق الفعالية الاقتصادية وحماية القدرة الشرائية للمستهلك إلى غيره من الأهداف التي يسعى إلى تحقيقها هذا القانون، إلا أنه يتصادم مع مبدأ حرية تحديد مضمون العقد.

المطلب الثاني: الإعفاء تخفيف من التقييد للحرية التعاقدية:

بالرغم من أننا نرى من نظام الإعفاء تدخل في الإرادة التعاقدية، كونه يمس بمبدأ القوة الملزمة للعقد، إلا أنه في المقابل يمكننا أن نعتبره تخفيفاً للتقييد طالما أنه يحد من المنع المطلق لاتفاقات التوزيع التي تعد شكلاً من أشكال الاتفاقات المقيدة للمنافسة²⁰ التي يمكن رفع الحظر عليها عندما يمكنها تحقيق المصلحة العامة، وإذا عدنا إلى التطبيق الحرفي لنص المادة 10 من الأمر رقم 03/03 السالفة الذكر، يظهر لنا أنها جاءت بصفة عامة ولم تشر إلى إمكانية الترخيص لعقود التوزيع، إلا أنه في المقابل تعد عقود التوزيع من الاتفاقات التي

²⁰ وفقاً للفقرة الأولى من نص المادة 06 من الأمر رقم 03/03 المتعلق بالمنافسة والمعدلة بموجب قانون 12/08 فإنه تحظر الممارسات والأعمال المدبرة والاتفاقيات الصريحة أو الضمنية عندما تهدف أو يمكن أن تهدف إلى عرقلة حرية المنافسة أو الحد منها أو الإخلال بها في نفس السوق أو في جزء جوهري منه، لاسيما عندما ترمي إلى:

- الحد من الدخول في السوق أو في ممارسة النشاطات التجارية فيها.
- تقليص أو مراقبة الأسواق أو ممارسة النشاطات التجارية فيها.
- تقليص أو مراقبة الإنتاج أو منافذ التسويق أو الاستثمارات أو التطور التقني.
- اقتسام الأسواق أو مصادر التموين...

أشارت إليها المادة 09 من الأمر رقم 03/03 والتي يمكنها أن تستفيد من الإعفاء²¹ بالترخيص للاتفاقات بعد دراستها وتحليلها من طرف مجلس المنافسة، للتحقق من مدى إمكانية مثل هذه الاتفاقات المساهمة في تحقيق التنمية والتطور الاقتصادي. ومنها اتفاقات التوزيع الناتجة عن تطبيق نص تشريعي أو تنظيمي اتخذت تطبيقاً له إلى جانب الاتفاقات التي تهدف التي تساهم في التطور الاقتصادي والتقني والاجتماعي.

الفرع الأول: اتفاقات التوزيع الناتجة عن تطبيق نص تشريعي أو تنظيمي اتخذت تطبيقاً له:

إذا كانت الممارسة المقيدة للمنافسة ناتجة عن نص تنظيمي أو تشريعي اتخذت تطبيقاً له فإنها لا تخضع لأحكام نص المادة 06 و 07 من الأمر رقم 03/03،²² ما يعني أن اتفاق التوزيع حتى وإن كان من شأنه تقييد المنافسة فإنه لا يخضع للمنع المنصوص عليه في المواد 06 و 07 من الأمر رقم 03/03 ذلك في حالة تحقيق إيجابيات للاقتصاد الوطني أكثر من السلبيات .

ويقصد بالنص التنظيمي بمفهوم هذه المادة النص الذي جاء تطبيقاً للنص التشريعي والمراسيم والقرارات المتخذة لتطبيق نص تنظيمي بالإضافة إلى المناشير التفسيرية. ومنه يستلزم على صاحب اتفاق التوزيع الاستثنائي أن يستصدر ترخيص من مجلس المنافسة حتى ولو بوجود النص.

الفرع الثاني: اتفاقات التوزيع الاستثنائية التي تساهم في التطور الاقتصادي والتقني والاجتماعي

حتى يستفيد اتفاق التوزيع الاستثنائي من الإعفاء يجب أن يساهم في التطور الاقتصادي والتقني والاجتماعي، ويجب أن يكون هذا التطور والتقدم ظاهر في الحياة الاجتماعية للمستهلك، صف إلى ذلك أن لا تقضي تماماً على المنافسة في السوق.

فيمكن لعقود التوزيع التي تحوي شرط الاستثناء، أن تجد لها تبريراً مادام أن وجود هذا الشرط هو الوسيلة الوحيدة لاقتحام السوق في مجال السلع الباهظة الثمن أو ذات التقنيات العالية، إذ يعتبر العامل الأساسي للموزع لقبول توزيع أو ترويج منتج أو خدمة معينة. إذ يعتبر الكثير من المحللين أن الاستثناء في هذه الحالات عامل

²¹تعتبر عقود التوزيع الاستثنائية شكل من أشكال الاتفاقات المقيدة للمنافسة المحظورة، لكن يمكن في بعض الحالات رفع الحظر عنها عندما يتعلق الأمر بالمصلحة العامة والتطور الاقتصادي وهي فكرة جاء بها القضاء الأمريكي تسمى "قاعدة العقل" والمقصود بها قيام السلطات المختصة بتقييم السوق وتحليله، ثم تقوم بترخيص بعض الاتفاقات المحظورة لأنها تؤدي إلى تطور اقتصادي. مسعد جلال، مدى تأثير المنافسة الحر بالممارسات التجارية، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في القانون، فرع قانون الأعمال، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2012، ص 44.

²²المادة 09 من الأمر رقم 03/03 المتعلق بالمنافسة، المرجع السابق.

إثراء المنافسة ويساهم في التقدم الاقتصادي والتقني دون أن يكون هذا الاستثناء مطلقا ومغلقا بل يترك جزء من المنافسة مفتوحا.²³

وحتى يستفيد اتفاق التوزيع المقيد للمنافسة من الترخيص لمساهمته في التطور الاقتصادي والاجتماعي يتعين على مجلس المنافسة التأكد من أن ايجابيات الاتفاق أكثر من سلبياته فيما يسمى بالحصيلة الاقتصادية، حيث تقوم بإعداد قائمتين، قائمة الآثار السلبية وقائمة الآثار المفيدة من جهة أخرى، وتقوم بالمقارنة بينهما، فإذا كانت الايجابية تفوق السلبية، سيتم تبرير الاتفاق وإعفاء أطرافه من المتابعة. فيجب على أطراف الاتفاق إثبات الآثار المفيدة له، ذلك حتى يتم إبرام العقد الذي كان سابقا قاصرا على أطرافه، طبقا لنص 106 من القانون المدني الجزائري.

وكما أن إثبات التقدم الاقتصادي أو حدوثه كمبرر لإعفاء الاتفاق المقيد للمنافسة لم يعد كافيا، ما لم يكن ذلك التقدم نتيجة محققة بشكل كامل ومباشر عن الاتفاق، الذي أضر بالمنافسة وليس حصيلة معطيات خارجية لا دخل لها بالاتفاق المقيد للمنافسة²⁴

إذن يخضع قانون المنافسة عقد التوزيع للتحليل الاقتصادي، ما يسمح للكشف عن مدى فعاليته في تحقيق النمو الاقتصادي وتجديد الأسواق، وفي هذه الأثناء يجب أن يفهم العقد على أنه أداة اقتصادية بمفهوم تسيير الثروة²⁵.

ومن هنا نلاحظ كيف تراجع مبدأ أساسي في التعاقد، لتظهر عليه قيودا جديدة، فأصبح ينظر إلى العقد من الناحية الاقتصادية ولا تهم إرادة الأطراف، فنتقرر صحة العقد من حيث مدى إمكانية تحقيق المصلحة العامة ولو على حساب المصلحة الخاصة.

²³ زوينة بن زيدان ، المرجع السابق، ص 135-136.

²⁴ دليلة بعوش، "إعفاء الاتفاقات التي تساهم في تحقيق التقدم الاقتصادي من الحظر- دراسة تحليلية في ظل أحكام قانون المنافسة"، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، جامعة زيان عاشور، الجلفة، الجزائر، المجلد الخامس العدد الثاني، جوان 2020، ص 39. (ص ص 32-44)

²⁵ رمضان قنذلي، "عقود التوزيع"، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم، تخصص قانون أعمال، جامعة الجليلي اليباس، سيدس بلعباس، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2018/2017، ص 53.

خاتمة

تعتبر العقود الاستثنائية ممارسة محظورة بموجب نص المادة 10 من الأمر رقم 03/03، من شأنها المساس وعرقلة حرية المنافسة في السوق، إلا أن هذه المادة اكتفت بذكر الآثار التي ترتبها دون ذكر صورها وماهية العقود الاستثنائية مما يجعل من كل العقود التي تتضمن شرط الاستثناء عقوداً محظورة. إن عمومية نص المادة 10 من الأمر رقم 03/03 يثير إشكالات كثيرة، فبالرغم من الآثار السلبية لهذه الممارسة على المنافسة، إلا أنها تثير إشكالات عند تطبيقها على بعض عقود التوزيع، و كان من الأجدر على المشرع أن يخضع أحكام هذه الممارسة لنص المادة 06 و 07 من الأمر رقم 03/03 لتخضع لرقابة مجلس المنافسة لإمكانية ترخيصها طبقاً لنص المادة 09 كون شرط الاستثناء من الركائز التي تقوم عليها عقود التوزيع ومن هنا نرى ضرورة تدخل المشرع من أجل تفعيل دور مجلس المنافسة ومنحه صلاحية للتدخل في مثل هذه العقود بدلاً من الحظر المطلق، وبالمقابل التخفيف من حدة تأثير منع عقود التوزيع الاستثنائية على الحرية التعاقدية.

كما يستحسن إضافة فقرة إلى نص المادة 10 من أمر رقم 03/03 وتأتي بالصياغة التالية "... غير أنه تخضع لترخيص من مجلس المنافسة".

وفي الأخير ما يسعنا قوله فقط أن قانون المنافسة من القوانين الخاصة، يهدف إلى الحفاظ على السوق بما يخدم مصلحة المستهلك، وما على القانون المدني إلا مسايرة هذه التطورات والتخلي عن فكرة القانون الجامد والمستقر في الحدود المعقولة، إذ أصبح من الضروري البحث عن قواعد تتماشى مع القوانين الاقتصادية عموماً وقانون المنافسة خصوصاً طالما نشاطات التوزيع من بيع وخدمات ترتبط ارتباطاً وثيقاً بقانون العقود.

دولة القانون ما بين التنظير والتطبيق

حلفاية زهية⁽¹⁾

(1) باحثة دكتوراه، مخبر قانون البيئة، كلية الحقوق والعلوم

السياسية، جامعة زيان عاشور، الجلفة، 17000، الجزائر.

البريد الإلكتروني: zahia_halfaya@yahoo.com

الملخص:

يعرف Louis Favoreu دولة القانون في كتابه constitutionnel Droit على أنها الدولة التي يحكمها نظام دستوري تخضع فيه السلطات للقانون عن طريق تطبيق مبدأ تدرج القوانين، مع السهر على احترام مبدأ سيادة القانون (المشروعية)، عن طريق فرض الرقابة على أعمال الدولة بمختلف أشكالها ويخص بالذكر الرقابة القضائية التي تقتضي تكريس مبدأ استقلالية القضاء لضمان فعاليتها، بالإضافة إلى التعريف الشكلي الذي قدمه Louis Favoreu تعرف دولة القانون من الناحية الموضوعية على أنها الدولة التي تخضع لنظام قانوني يهدف إلى تحقيق موازنة بين سلطة الدولة وكفالة الحقوق والحريات بشكل يحمي هذه الأخيرة من أي مظهر من مظاهر التعسف. ونظرا لأهمية هذا المفهوم تهدف هذا الدراسة البحث في إمكانية تجسيد دولة القانون على أرض الواقع في ظل الإشكالات التي يطرحها هذا التصور عمليا، حيث يتضح جليا أن المفهوم التقليدي لدولة القانون لم يكتمل لحد الآن إذ انه لم ينتج لنا قيودا جدية على الدولة يلزمها باحترام القانون، ولسد هذه الثغرة كان لابد من البحث عن قيد جديد يحمل هذه الجدية ومنه هنا جاء الربط ما بين دولة القانون والديمقراطية شبه المباشرة نظرا لاحتوائها على قيود شعبية مباشرة على الحكام.

الكلمات المفتاحية:

الدولة، القانون، عناصر دولة القانون، الرقابة، الديمقراطية.

تاريخ إرسال المقال: 2020/07/28، تاريخ مراجعة المقال: 2021/12/20، تاريخ نشر المقال: 2021/12/31.

لتهميش المقال: حلفاية زهية، "دولة القانون ما بين التنظير والتطبيق"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد 12، العدد 03، 2021، ص ص. 126-140.

<https://www.asjp.cerist.dz/en/PresentationRevue/72>

المقال متوفر على الرابط التالي:

المؤلف المراسل: حلفاية زهية، zahia_halfaya@yahoo.com

The state of law between theory and practice

Summary :

Louis Favoreu defines the state of law in the writing of Droit constitutionnel as the state governed by a constitutional system in which the authorities are subject to law by applying the principle of the hierarchy of laws, while ensuring respect for the principle of the rule of law (legality), by controlling the acts of the state in all its forms, The law defines the state of law as objectively as the state that is subject to a legal system aimed at balancing state power and guaranteeing rights and freedoms in a way that protects the state from any A manifestation of arbitrariness. It is clear that the traditional concept of the rule of law is not yet complete, since it has not produced a serious restriction on the state, which obligates it to respect the law. In this sense, To fill this gap, it was necessary to search for a new restriction bearing this seriousness, and from here came the link between the rule of law and semi-direct democracy, because it contains popular restrictions directly on the rulers.

Keywords: state, Law, Elements of State of Law, Oversight, Democracy..

L'Etat de droit entre théorie et pratique

Résumé :

Louis Favoreu définit l'état de droit dans la rédaction de Droit constitutionnel comme un État régi par un système constitutionnel dans lequel les autorités sont soumises à la loi en appliquant le principe de la hiérarchie des lois tout en garantissant le respect du principe de la légalité, en contrôlant les actes de l'État sous toutes ses formes, La loi définit l'état de droit aussi objectivement que l'État assujetti à un système juridique visant à équilibrer le pouvoir de l'État et à garantir les droits et les libertés d'une manière qui le protège de tout droit. Une manifestation d'arbitraire. Il est clair que le concept traditionnel d'état de droit n'est pas encore complet, dans la mesure où il n'a pas imposé de restriction grave à l'État, ce qui l'oblige à respecter la loi. Pour combler cette lacune, il a fallu rechercher une nouvelle restriction portant cette gravité, et de là est venu le lien entre l'état de droit et la démocratie semi-directe, car elle contient des restrictions populaires directement sur les dirigeants.

Mots-clés: État, droit, éléments de l'état de droit, contrôle, démocratie.

مقدمة

يعد موضوع الدولة من المواضيع التي استفاض الفقه في تناوله من زوايا مختلفة ومتعددة نذكر منها محاولات تفسير نشأة الدولة ، حيث أفرزت لنا النظريات التيقراطية (تأليه الحكام ، التفويض الإلهي المباشر و الغير مباشر)، كما أنتجت لنا نظريات القوة والغلبة التي ترجع أصل نشأة الدولة إلى منطلق القوة (حاكم قوي و محكوم مستضعف)، ثم جاءت النظريات الديمقراطية لتعيد أصل نشأة الدولة إلى العقد الاجتماعي الذي وان اختلف تصوره عند هوبز أو جون لوك أو جان جاك روسو إلى أنه في النهاية عقد اتفاقي بين الحاكم والمحكوم بموجبة تنشأ الدولة، كما حاولت النظريات المجردة أن تجد أساس قانوني لنشأة الدولة مثل نظرية هوريو (المؤسسة) أو نظرية كلسن حول النظام القانوني.

لاشك أن كل هاته النظريات انتقدت لكونها تبرر نشأة السلطة لا نشأة الدولة وحتى نظريات التطور التي هي أقرب إلى المنطق نجدتها تبرر اختلاف شكل الدول وأنظمة الحكم فيها (مركبة، موحدة، ملكية جمهورية) أكثر من تأصيلها لنشأة الدولة، وإذا كان الفقه لم يتفق حول هذا الموضوع إلا أنه اتفق على تعريف الدولة من خلال عناصرها (الشعب، الإقليم، السلطة، الاعتراف عند البعض) غير أن البحث في موضوع الدولة لم يقف عند أصل نشأتها أو العناصر المكونة لها، بل تخطاها للبحث في العلاقة بين السلطة (الدولة كمؤسسات وأجهزة) والشعب، مما أنتج لنا مفاهيم مثل: السيادة، مبدأ الفصل بين السلطات الحقوق والحريات، الديمقراطية، إلى أن وصلنا إلى مفهوم دولة القانون التي تحمل فلسفة من شأنها ضبط العلاقة بين الحاكم والمحكوم، ألا وهي خضوع كل منهما للقانون على قدم المساواة بما ينظم العلاقة بينهما بشكل يكرس الديمقراطية والحقوق والحريات من جهة، ويجسد سيادة القانون من جهة أخرى وتكمن الأهمية والهدف من دراسة هذا الموضوع في البحث في حقيقة جدوى دولة القانون كتصور من شأنه ضبط العلاقة بين الحاكم والمحكوم بناء على دراسة فعالية العناصر التي تحكمها، وقد تم الاعتماد على الاستدلال إنطلاقاً من دراسة الجزئيات المتمثلة في "عناصر دولة القانون" من أجل الوصول إلى نتيجة كلية تتعلق بمدى فعالية هذه العناصر، وستتم معالجة هذا الموضوع في سياق الإشكالية الآتية:

ماذا يقصد بدولة القانون وما إمكانية تجسيدها على أرض الواقع؟
الخطة المتبعة :

المبحث الأول: الجانب الفقهي لدولة القانون

المطلب الأول: دولة القانون في نظر المدارس المختلفة.

المطلب الثاني: النظريات المفسرة لخضوع الدولة للقانون.

المبحث الثاني: إشكالية خضوع الدولة للقانون.

المطلب الأول: عناصر دولة القانون بين الفعالية والإخفاق.

المطلب الثاني: الديمقراطية كسلاح ذو حدين بالنسبة لدولة القانون.

المبحث الأول: الجانب الفقهي لدولة القانون

لقد لعب الفقه دورا كبيرا في خلق مفهوم دولة القانون ، نتيجة للتطورات التاريخية والفكرية خاصة في أوروبا من خلال المدارس المتعددة التي حاولت وضع تصور لها عن هذا المفهوم ، كما أسهم في تفسير خضوع الدولة للقانون حيث أن تدخل الفقه في وضع معالم هذه الدولة أنتج لنا جملة من المقومات أو العناصر التي من شأنها أن تميزها عن غيرها ، مما يستدعي تسليط الضوء على هذه الجزئيات وذلك من خلال:

المطلب الأول: دولة القانون في نظر المدارس المختلفة

يعود الفضل في ظهور مفهوم دولة القانون إلى المدرسة الألمانية تحت مصطلح (Rechtsstaat) كبديل للدولة البوليسية "Obrigkeitsstaat"¹، وذلك على يد فقهاء أمثال R.Von Mohl و F.J. Stahl و Heglen و Laband ،... حيث طالبوا بأن تستند الدولة في علاقتها بالأفراد إلى قواعد وضوابط موجودة مسبقا وهكذا يتجسد الفارق بين دولة القانون والدولة البوليسية التي تعتبر القانون وسيلة بيد الإدارة تستخدمه وفق سلطتها التقديرية بقصد إخضاع الأفراد دون أن تخضع في ذلك لأي ضوابط سامية، في حين أن نظرية دولة القانون تسعى إلى تأكيد سمو القانون على الإدارة وبالتالي دولة القانون ليست محكمة بالقانون وحسب بل هي أيضا خاضعة له². ولقد وجدت المدرسة الألمانية في نظرية التحديد الذاتي منطلقا لتفسير العلاقة بين الدولة والقانون ، حيث ذهب الفقه الألماني إلى اعتبار " الدولة مصدر القانون وصاحبة الحق في تحديد القواعد المنظمة لتصرفاتها ونشاطها، لذلك تخضع من تلقاء نفسها للقانون وليس بفعل ضغط أو إكراه أو قوة مسلطة عليها من الخارج"³.

إلا أنه مع بداية القرن العشرين جاء الفقيه النمساوي Hans Kelsen ليعيد صياغة النظرية الألمانية حيث اعتبر دولة القانون " تجسيدا لمشروع سياسي يعبر عن تدرج للقوانين، يظهر في أعلاه دستور يتضمن تعريفا للحقوق والحريات ويحقق المساواة أمام القانون ويؤسس لوسائل "طعن" مناسبة تضمن تطابق القواعد

¹ - محمد هاملي ، آليات إرساء دولة القانون في الجزائر، رسالة دكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر القايد، تلمسان، 2012/2011 ص 01.

² - صالح دجال، حماية الحريات ودولة القانون، أطروحة دكتوراه في القانون العام كلية الحقوق، جامعة الجزائر1، سنة 2010/2009 ، ص.ص 28-39.

³ - صالح دجال ، نفس المرجع ، ص 40.

المتدرجة بعضها مع بعض، وفق التسلسل المطلوب ، وذلك بواسطة جهات قضائية مستقلة تمتد رقابتها إلى غاية التحقق من مطابقة الدستور"¹.

أما المدرسة الفرنسية فقد ارتكزت على تصورات الفقيه Carré De Malberg حول مفهوم دولة القانون، الذي وإن تأثر بالنظرية الألمانية إلا أنه صاغ نظرية مستقلة قريبة من واقع الحياة الفكرية والسياسية الفرنسية المتشعبة بمفاهيم ثورية حول الأمة والسيادة وما إلى ذلك²، حيث يميز بين ثلاث أنماط: الدولة البوليسية (L'état De Police) التي كانت سائدة في فرنسا قبل الثورة والتي تتصرف فيها الإدارة وفق سلطتها التقديرية وتطبق على الأفراد التدابير التي تراها مناسبة أما الدولة القانونية (L'Etat Légal) التي عرفت فرنسا في ظل الجمهورية الثالثة تخضع فيها الإدارة لمبدأ الشرعية حيث يحدد القانون نشاطها باعتباره تعبير عن الإرادة العامة ، ويكلف البرلمان الذي عينه الشعب بصياغة هذا القانون باسم الأمة ، وهكذا لم تعرف القوانين في هذا النموذج أي حدود مادية أو قوانين أسمى ولم يكن ممكنا تطبيق رقابة دستورية، لقد كانت الدولة القانونية نتيجة للصراع بين سيادة الأمة والحكم الملكي، أما دولة القانون (L'Etat de droit) فتعتبر نظاما مركزا يقوم على فكرة تسلسل قانوني ورقابة بواسطة هيئات مستقلة تضمن هذا التدرج في مختلف مستوياته بما في ذلك الرقابة الدستورية .

ويرى أن الفرق بين الدولة القانونية ودولة القانون أن هذه الأخيرة تؤسس وفق مبدأ تدرج القوانين وامتلاك وسائل طعن لحماية الحقوق الفردية تضمن فرض احترام هذه الحقوق، وتصبح النزعة الديمقراطية لدولة القانون بديهية كونها تسمح بحماية الحريات، بينما الدولة القانونية فترتكز على موافقة الشعب على أعمال السلطة العامة عن طريق البرلمان وبالتالي يصبح القانون شرطا للعمل الإداري³.

أما بالنسبة للمدرسة الأنجلوسكسونية فإننا نجد في بريطانيا نظرية Rule of law الذي يقصد بها سيادة القانون التي وإن اتفقت مع المدرسة الألمانية والفرنسية في ما يتعلق بحماية الحقوق والحريات إلا أنها تختلف عنها في الآلية، إذ ترى أن الثقة التي تمنح للقاضي من أجل حماية الحقوق والحريات أكثر من ما تصنعه بنية تدرج القوانين فيهما، ويرجع ذلك لطبيعة النظام القانوني البريطاني الذي يقوم على سيادة البرلمان في دولة لا تملك دستورا مكتوبا، بل يستمد الدستور وجوده من مسودات الحقوق إذ يرى DICEY إن الدستور الانجليزي غير المكتوب أكثر وفاء لدولة القانون، ويستشف تعريفا لهذه الأخيرة يستبعد بواسطته القانون الإداري على أساس مبدأ المساواة أمام القانون إذ لا يجوز لأعوان العرش أي امتياز في التقاضي ومنه تصبح نظرية Rule

¹ - قاضي أنيس فيصل، دولة القانون ودور القاضي الإداري في تكريسها في الجزائر، مذكرة ماجستير في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة منتوري، الجزائر 2010/2009، ص 12.

² - صالح دجال، المرجع نفسه، ص 41.

³ - قاضي أنيس فيصل، مرجع سابق، ص 14 .

of law موازية لنظرية L'Etat de droit ، إذ تقوم على مبدأ الفصل بين السلطات واستبعاد السلطة التعسفية بواسطة مبدأ المشروعية بالإضافة إلى مبدأ المساواة في ظل نظام قانوني وقضائي موحد ، بالمقابل نجد في أمريكا مصطلح Due process of Law الذي يحمل نفس الهدف والملاحظ أن الفقه الأمريكي يركز على جانب الشكل والإجراءات التي تعد نقيضا للسلطة التقديرية للإدارة، كما يركز على حياد القضاء واستقلاليتها وعلى الديمقراطية وحقوق الإنسان وعلى رأسها حق الانتصاف والعدالة، أكثر من تركيزه على تفسير الحاجة لمثل هذه القواعد كما هو الحال في المدرسة الألمانية نظرا لضعف الاهتمام بفلسفة القانون في أمريكا¹.

المطلب الثاني: النظريات المفسرة لخضوع الدولة للقانون

إذا كانت دولة القانون تعرف على أنها مؤسسة تُحْكَم وتُحْكَم بالقانون² فإن السؤال الذي يطرح ما هي طبيعة هذا القانون؟ وفي الواقع اختلفت الآراء الفقهية التي حاولت الإجابة على هذا السؤال، فقد ظهرت مدرسة القانون الطبيعي على يد مفكرين أمثال أفلاطون أرسطو، شيشرون ، ومفادها أن القانون الطبيعي أسمى من القوانين الوضعية وسابق لها³ نظرا لكونه يستنبط بالبديهية والإدراك العقلي، وأن خير برهان على ما هو طبيعي لحكم الإنسان في المجتمع تلك القوانين التي تعتبر عامة للجنس البشري في مختلف أنواع مجتمعاته كالعدالة والمساواة... وفي هذا الشأن يري "Grotius" أن الصفة الوحيدة للإنسان تكمن في العقل وأن هذا العنصر العقلاني مشترك بين الجنس البشري وبتالي النظام الذي يستنبط بالعقل هو النظام الوحيد الذي يصلح لكل زمان ومكان⁴ ، ومن هنا جاء الإيمان بضرورة خضوع الدولة للقانون الطبيعي في تصرفاتها وعلاقتها، غير أن هذه النظرية انتقدت ومن بين منتقديها Carré De Malberg الذي يرى أن القانون الطبيعي لا يعتبر قيادا قانونيا على إرادة الدولة لأنه يفتقر لعنصر الجزاء المترتب عن مخالفته، مما يجعله مجرد قيد أدبي⁵.

بالمقابل نجد نظرية الحقوق الفردية التي يرى البعض أنها امتداد لنظرية القانون الطبيعي، ومفادها أن حقوق الأفراد وحرّياتهم سابقة على وجود الدولة، ومنه لا يحق للقوانين أن تسمو عليها ولا يجوز للحكام المساس بها، وبهذا تصبح الحقوق الفردية بمثابة قيد يتوجب على الدولة مراعاته في تصرفاتها، غير أن هذه

¹ - قاضي أنيس فيصل، المرجع السابق، ص.ص 16- 20 .

² - محمد هاملي، مرجع سابق، ص 2 .

³ - حسني بوديار، الوجيز في القانون الدستوري، دار العلوم للنشر والتوزيع ، عنابة ، 2003 ، ص 74.

⁴ - دنيس لويد ، فكرة القانون، تعريب سليم الصويص، مراجعة سليم بسيسو عالم المعرفة، الكويت 1981، ص 66-76.

⁵ - فوزي أوصديق، الوافي في شرح القانون الدستوري الجزائري - نظرية الدولة - الجزء الأول، الطبعة الثالثة، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر، 2009 ، ص 145.

النظرية لم تسلم من النقد فالقول بوجود حقوق طبيعية قول يتصف بالخيال ، لأن الفرد لا يمكن أن يحصل على حق إلا من خلال العيش في المجموعة ، بحكم أنه قبل تلك الفترة كان الفرد يعيش منعزلا وكانت سلطته على الأشياء مطلقة.

أما L.Duguit فيرى أن الإنسان لا يستطيع إشباع حاجاته إلا إذا عاش في جماعة وتعاون معهم وهذا ما يعرف بالتضامن الاجتماعي وقد يكون في صورة تضامن بالتشابه نظرا لوجود حاجات مشتركة بين الأفراد، أو في صورة تضامن بتقسيم العمل، نظرا لتفاوت القدرات والإمكانات بين الأفراد إذ لا يمكن إشباع حاجاتهم إلا إذا تخصص كل فرد أو مجموعة في عمل معين يتقنه، ومنه يصبح التضامن الاجتماعي مصدرا للقاعدة القانونية ومخالفته ترتب جزاء اجتماعي، إلا أن مالا يمكن إغفاله هنا هو حقيقة التنازع والتنافس بين الأفراد وليس التعاون فقط، كما أن الجزاء على أساس رد الفعل الاجتماعي يعني الحكم على تصرفات الحكام بناء على شعور الأفراد وليس بناء على نظام قانوني .

أما نظرية التحديد الذاتي فتقوم على فكرة تقتضي أن الدولة هي من تضع القانون وتلتزم به في نفس الوقت باعتبار أن القانون وسيلة وليس غاية في حد ذاته وأن الغرض منه تحقيق عدة أهداف منها حفظ أمن الجماعة وتقدمها، وبالتالي من غير المعقول أن تسعى الدولة لهدم أمنها وتهديد استمراريتها الناتج عن مخالفتها للقانون الذي وضعته بنفسها، غير أن هذه النظرية انتقدت لأن خضوع الشخص لإرادته لا يعد خضوعا، ومن غير المنطقي أن يعتبر القانون الذي تضعه الدولة بمحض إرادتها قيادا عليها مادام في وسعها أن تخالفه إما بالتعديل أو الإلغاء¹، ورغم هذه الانتقادات تبقى نظرية التحديد الذاتي الأقرب إلى الواقع فيما يخص خضوع الدولة لقانون، لأنها تتوافق مع الطابع السيادي للدولة الذي يجعلها لا تخضع لأي سلطة أو جهة خارجة عنها، وبالتالي هي من تضع القانون وتخضع له من تلقاء نفسها.

المبحث الثاني: إشكالية خضوع الدولة للقانون.

لقد أخذت فكرة إخضاع الحكام للقانون خطوات نحو نقلها من الجانب النظري الفلسفي إلى التطبيق القانوني عبر مجموعة من الآليات، وفي هذه الجزئية سنناقش مدى فعالية هذه الآليات وفي حالة عدم فعاليتها ما هي البدائل.

¹ - سعيد بو الشعير، القانون الدستوري و النظم السياسية المقارنة - النظرية العامة للدولة والدستور-، الجزء الأول، الطبعة العاشرة، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر، 2009 ، ص 117 .

المطلب الأول: عناصر دولة القانون بين الفعالية والإخفاق

تعتبر دولة القانون حسب تعريف Stahl " تلك الدولة التي تحدد نشاطها وكيفية ممارستها كما تحدد مجالات النشاط الفردي الحر"¹، ومن أجل ترجمة هذا التعريف على أرض الواقع لابد من توفر جملة من الآليات على رأسها وجود دستور و لا يهتم في هذا الشأن ما إذا كان الدستور مكتوباً أو عرفياً وإنما الحكمة في الغرض من وجوده كونه "الأداة التي تؤسس الوجود القانوني للهيئات الحاكمة في الجماعة محدداً من يكون له الحق في التصرف باسم الدولة ، ومحدداً أيضاً وسائل ممارسة السلطة كما يبين طريقة اختيار الحاكم وحدود سلطاته ويمنحه الصفة الشرعية إذ هو أسمى من الحاكم"².

"la Constitution est un « système ». À l'inverse de la représentation courante ce sont les acteurs qui, alors, déterminent son fonctionnement. Dotés de compétences à l'interprétation desquelles ils participent, ils s'efforcent d'accroître leurs pouvoirs et leur espace de liberté "³

إن وجود الدستور يعني تقييد مختلف السلطات بأحكامه لأنه هو من أوجدها ولأنه ترجمة لإرادة السلطة التأسيسية المتمثلة في الشعب، وفي هذا الشأن نجد أن الفقه انقسم إلى اتجاهين أحدهما يؤيد الطبيعة القانونية للقاعدة الدستورية القادرة على فرض نفسها كقيد على الدولة، ويعرف بالمذهب الموضوعي أو المدرسة الفرنسية يتزعمه L.Duguit ، الذي يؤمن بضرورة وجود جزء للقاعدة القانونية ولكنه يتراوح ما بين الجزاء المادي والجزاء المعنوي وبهذا الصدد يقول L.Duguit : "إن القانون بطبيعته قاعدة اجتماعية وأن مخالفة القانون تؤدي حتماً إلى رد فعل اجتماعي هو عنصر الجزاء في القانون ولهذا فإن القانون يحمل في ذاته جزاءه الخاص ، وهذا ما يجعل من القاعدة الدستورية قاعدة قانونية متكاملة الأركان قادرة على إخضاع المخاطبين بها".

ورغم أهمية الدستور إلا أن اتجاهها أخر من الفقه والممثل في المذهب الشكلي أو ما يعرف بالمدرسة الانجليزية بزعامة Austin و Hoppes و Hegle ، ينكر على الدستور الصبغة القانونية إذ يرون أن القانون الوضعي لابد أن يقترن بجزاء دنيوي يقع على من يخالفه، ومن هنا يري "أوستن" أن القاعدة الدستورية تقتصر للجزاء المادي وأنها مجرد قواعد أدبية مرعية، نظراً لعدم وجود سلطة عليا تملك توقيع الجزاء على الحاكم جراء

¹ - حسني بو ديار، مرجع سابق، ص.ص 74 - 75.

² - منير حميد البياتي، النظام السياسي الإسلامي مقارناً بالدولة القانونية، الطبعة الرابعة، دار النفائس للنشر والتوزيع، الأردن 2013، ص 23.

³ - Jacques Meunier, "Les décisions du Conseil constitutionnel et le jeu politique", revue- Pouvoirs 2003/2 (n° 105), p31.

مخالفته لهذا القانون¹ وبالتالي هذا التصور يزعزع فكرة دولة القانون إذ يطرح إشكال جوهري كيف نخضع أجهزة وسلطات الدولة للقانون إذا كان القانون الأساس (الدستور) في حد ذاته يفتقر للجانب الرديعي المادي؟

بالإضافة إلى وجود دستور تتطلب دولة القانون توفر جملة من المبادئ تتمثل في: مبدأ تدرج القوانين الذي يعد احد ضمانات سمو الدستور، بحكم أن هذا الأخير يعد "القانون الأول الذي تستمد منه قوانين الدولة أصولها لكونها مبنية في أحكامها على مبادئ الدستور وقواعده"²، إن خضوع الدولة للقانون لا يقتصر على القواعد الدستورية فقط ، إنما يقصد به القانون بمفهومه الواسع أي : مختلف القواعد القانونية السارية مهما كان شكلها أو مصدرها أو قوة تأثيرها في المراكز القانونية ، وفي هذا الشأن يرى "Hans Kelsen" وهو صاحب النظرية القانونية الخالصة *la théorie pure de droit* أن تعدد مصادر الإنتاج القانوني في الدولة لا يؤدي إلى تنازع القوانين إذا استطعنا تكريس علاقة تبعية بين هذه النصوص، تركز على معيار شكلي وموضوعي للتمييز فيما بينها بحيث يصبح الدستور في قمة التدرج القانوني نظرا لإجراءات وضعه (جمعية تأسيسية أو استفتاء أو الأسلوبين معا) وطبيعة موضوعاته (السياسة العامة للدولة) ، ثم يليه التشريع بحكم انه يصدر عن البرلمان الذي يضم ممثلي الشعب ويعبر عن السيادة الشعبية ثم تأتي التنظيمات والتي بدورها تخضع للتسلسل الإداري (مراسيم رئاسية، لوائح تنفيذية، قرارات فردية، منشور، تعليمات...)³،

غير أن ظهور معايير قانونية منافسة للدستور كالمعاهدات، المواثيق، القوانين الأساسية، اجتهادات القضاء الدستوري⁴ الأعراف الدستورية خاصة المكملة والمعدلة⁵، المبادئ فوق دستورية « Des normes supra-constitutionnelles... يجعل هذا العنصر قاصر على ضبط مخلف العلاقات ما بين القواعد القانونية داخل الدولة.

إن وجود مبدأ تدرج القوانين يستدعي بالضرورة مبدأ المشروعية الذي يعتبر "أداة قانونية تركز هيمنة القانون وسلامة الإجراءات وتربط الهدف المشروع بالوسائل المشروعة، وتجعل المؤسسات الإدارية والقضائية

¹ - عبد الفتاح ساير، القانون الدستوري - النظرية العامة للمشكلة الدستورية- الطبعة الثانية، مطابع الكتاب العربي، مصر 2004، ص 259 - 267.

² - أحمد العزي النقشبدي، سمو النصوص الدستورية دراسة مقارنة، مجلة النهضة المجلد الثالث عشر، العدد الثاني، أبريل 2012، ص 81.

³ - رابحي أحسن، مبدأ تدرج المعايير القانونية في النظام القانوني الجزائري، رسالة دكتوراه في القانون، معهد الحقوق والعلوم الإدارية - بن عكنون-، جامعة الجزائر 2005/2006، ص 02 - 06.

⁴ - رابحي أحسن، مرجع سابق ص 70.

⁵ - حسن مصطفى البحري، القانون الدستوري-النظرية العامة-، الطبعة الأولى، دار العصماء، دمشق 2009، ص.ص 122 .131.

ملزمة بالتقييد بمقتضيات القانون" ¹، إلى جانب مبدأ المشروعية نجد أيضا مبدأ الفصل بين السلطات الذي يقوم بتقييد كل منها بصلاحيات معينة والذي تنبه له مفكرين أمثال أفلاطون وأرسطو ثم أحياء مفكرين أمثال مونتسكيو، جون لوك، جون جاك روسو والقصد من مبدأ الفصل بين السلطات الحد من الغلو في استعمال السلطة وتحقيق الحرية للأفراد وذلك بمنع استبداد السلطة من خلال تقسيم السلطات إلى أقسام بحيث تحد وتوقف كل سلطة باقي السلطات، بما لها من صلاحيات وبناء على مبدأ المشروعية مما يضمن عدم تعسف السلطة على حساب الحقوق والحريات ²، وهذا يخلق تكامل فيما بين المبدئين يفترض به أن يؤدي في النهاية إلى احترام القانون والالتزام به من طرف الحكام.

ورغم أن مبدأ الفصل بين السلطات يعد أحد مقومات دولة القانون غير أن عدم الأخذ به لا يعني عدم قيام هذه الأخيرة أو انهيارها، " فخضوع الدولة للقانون يتم بمجرد احترام الهيئات الحاكمة لقواعد اختصاصها وعدم الخروج على حدود سلطاتها الذي يمكن أن يحدث دون الأخذ بمبدأ الفصل بين السلطات ومن أمثلة ذلك نظام الجمعية الذي لا يفصل بين السلطات" ³، أما بالنسبة لمبدأ المشروعية فلا يوجد ضمانات حقيقة تلزم الإدارة باحترام المشروعية خاصة في ظل إشكالية صعوبة الزام الإدارة بأحكام القضاء الإداري.

إضافة إلى ذلك هناك جملة من الانتقادات لهذا المبدأ حيث يرى Laband و Jellenik أن اعتماد هذا المبدأ يؤدي إلى هدم وحدة الدولة، وأيدهما في ذلك الفقيه الفرنسي ريمي، الذي يعتبر أن الغرض من هذا المبدأ كان يتمثل في انتزاع السلطة التشريعية من يد الملك وبتحقق الهدف لم يعد هنالك مبررا لوجوده، كما أن الواقع العملي يثبت وجود تدرج في السلطات بحيث تكون هناك سلطة مهيمنة على بقية السلطات وعادة ما تكون السلطة التنفيذية ورغم منطقية هذه الانتقادات إلا أنها تنطبق على الفصل المطلق بين السلطات في حين أن المقصود بالفصل هو التساوي والاستقلال في ممارسة الاختصاصات وفقا للدستور دون استبعاد التعاون الذي تفرضه طبيعة وظائف الدولة المتداخلة والمتكاملة فيما بينها ⁴.

لا شك أن مختلف المبادئ التي سبق ذكرها تستدعي وجود رقابة لتكريسها حيث تعتبر هذه الأخيرة من أهم عناصر دولة القانون نظرا لدورها في تجسيد سيادة القانون، وإذا اعتبرنا أن إخضاع المحكومين مسألة منتهية بما تملكه الدولة من وسائل قهر وإكراه، فإن المسألة تختلف بالنسبة للدولة وللإدارة بوجه خاص لذلك

¹ - شرفي علي، المحامون ودولة القانون- في التطبيقات الديمقراطية والنظام الإسلامي-، الطبعة الثالثة، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر، 2005، ص 37.

² - حسان محمد شفيق ألعاني، الأنظمة السياسية والدستورية المقارنة، مطبعة جامعة بغداد، العراق 1986، ص 27.

³ - منير حميد البياتي، مرجع سابق، ص.ص 27-28.

⁴ - فريد علوش، نبيل قرقور، "مبدأ الفصل بين السلطات في الدساتير الجزائرية"، مجلة الاجتهاد القضائي، العدد الرابع، مارس 2008، ص.ص 229-230.

اجتهد الفقه لإيجاد وسائل رقابة من شأنها إخضاع الدولة للقانون، مما أفرز لنا رقابة سياسية (البرلمان)، رقابة دستورية (مجلس دستوري، محكمة دستورية) Le contrôle de constitutionnalité atteste, par ce que l'on peut appeler la sanction constitutionnelle, qu'un texte voté en forme législative respecte bien la Constitution et peut entrer en vigueur dans l'ordonnancement juridique.¹

بالإضافة إلى الرقابة الإدارية (علاقة الرئيس بالمرؤوس، وعلاقة السلطة المركزية بالهيئات اللامركزية) أما الرقابة القضائية فتعد الأقوى سواء كان نظام القضاء موحدًا أو مزدوج لأن "مخاصمة الهيئات العامة أمام قاضي متخصص يملك أن يناقش تصرفاتها، وأن يراجعها في مشروعية هذه التصرفات سوف يكون من أهم عوامل إرساء مبدأ المشروعية وفرض احترامه على الجميع، فالرقابة القضائية تحقق بدرجة أعلى من الرقابة البرلمانية والإدارية خضوع الدولة للقانون بما تعطيه للأفراد من سلاح يستطيعون بمقتضاه الالتجاء إلى جهة مستقلة تتمتع بضمانات حصينة من أجل إلغاء أو التعديل أو التعويض عن الإجراءات التي تتخذها السلطات العامة بالمخالفة للقواعد القانونية المقررة"².

إن فعالية الرقابة القضائية مرهونة بدرجة الاستقلالية التي تتمتع بها والتي تتدخل فيها عوامل كثيرة منها أن يكون القضاء منتخبون أو معينون مدى الحياة أو أن يتولى شؤون القضاة مجلس أعلى للقضاء يعمل باستقلالية خاصة فيما يتعلق بالمسار الوظيفي للقضاة ودون تدخل من السلطة السياسية، غير أن درجة التزام الإدارة بتنفيذ أحكام القضاء وعدم خضوعها لرقابة القضاء بحجة أعمال السيادة يزعزع فكرة خضوع الدولة للقانون ويهز مصداقيتها.

على صعيد آخر يعتبر الاعتراف بالحقوق الفردية يعتبر الهدف الأساسي من قيام دولة القانون، وفي هذا الشأن يقول "George Vedel" : من الممكن أن لا أعلم جيدا ما هو دور القانون في المجتمع ، ولكن أعلم جيدا ماذا يعني مجتمع من دون قانون " ³ فلا حقوق وحرّيات بدون قانون يخضع له الحكام والمحكومين على قدم المساواة وهذا ما يتفق عليه غالبية رجال القانون والسياسة في تعريفهم لدولة القانون، إذ تتولى الدولة حماية الحقوق والحرّيات بتوقيع الجزاء على كل من يعتدي عليها سواء كان من رجال السلطة أو من الأفراد العاديين ⁴، وباعتبار الحقوق والحرّيات منبثقة من سيادة الشعب وإن الحكام ليسوا إلا ممثلين له يمارسون السلطة

¹ – Philippe Blacher, "Le Conseil Constitutionnel en fait-il trop?", *Revue- Pouvoirs*, 2003/2 (n° 105), p19.

² – منير حميد البياتي، مرجع سابق، ص 28.

³ – سعدي محمد الخطيب، الدولة القانونية وحقوق الإنسان، الطبعة الأولى منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2012، ص 80.

⁴ صالح دجال، مرجع سابق، ص 8.

باسمه فلا يجوز لهم في هذا الحال تقييدها إلا بما يحفظ النظام العام، غير أن الحفاظ على هذا الأخير كثيرا ما يتيح تجاوزات شتى على الحقوق والحريات على مرأى ومسمع الجميع بل وإخلالا بالقانون .
وإذا اعتبر الحقوقيون أن القانون أفضل ضمانا للحقوق والحريات مع وجود جهات قضائية تحرسها فإن الأمر كذلك بالنسبة لحمايتها فيما بين الأفراد، لكن المسألة تطرح تساؤلات كثيرة حول مدى فعاليتها إزاء الدولة خصوصا في ظل إشكالية القوة الإلزامية للقواعد الدستورية والقانونية والقرارات القضائية في مواجهة الإدارة، لذلك لا يزال التوفيق بين ممارسة الحقوق والحريات وبين ممارسة السلطة مسألة نسبية تتحكم فيها الظروف فقد أثبتت التجارب أن دولة القانون رغم ما تتيحه من ضمانات للحقوق والحريات ، إلا أنها سرعان ما تتحول إلى دولة بوليسية عند حدوث اضطرابات تهدد استقرارها ¹ .

والجدير بالذكر هنا أن بعض الفقهاء أمثال جون لوك يجيزون ذلك إذا حدث تضارب بين القانون والمصلحة العامة فهذه الأخيرة أولى بالتقديم في رأيهم ، غير إن أهم ما يعيق عناصر دولة لقانون عن أداء الغرض منها هو مسألة الإلزامية حيث لا يوجد قوة تلزم الدولة باحترام مبدأ تدرج القوانين ، مبدأ الفصل بين السلطات، مبدأ الرقابة... سوى الالتزام الذاتي من طرف الدولة وهذا يجعل دولة القانون كيان هش يخضع لرغبة الحاكم في الالتزام بالقانون من عدمه مما يؤثر سلبا على فعالية هذه العناصر في الأخير.

المطلب الثاني: الديمقراطية كسلاح ذو حدين بالنسبة لدولة القانون

الشائع في الفقه أن الديمقراطية كلمة يونانية الأصل تتألف من مقطعين « Démos Cratos »
ويقصد بها حكم الشعب، أما اصطلاحا فيعرفها Seely على أنها الحكم الذي يملك فيه كل فرد نصيبا أما Diecy فيعتبرها شكلا للحكم الذي تكوّن فيه الهيئة الحاكمة جزءا كبيرا نسبيا من الأمة كلها، غير أن فكرة حكم الشعب تعبر عن نظام مثالي لم يطبق مطلقا حسب ما تم تصوره،
وفي هذا الشأن يقول جون جاك روسو "أن الديمقراطية الحقيقية لا توجد إلا في شعب أفراده من الآلهة "²، ولعل تعدد صور الديمقراطية أكبر دليل على ذلك ³ .

¹ - شرفي علي، مرجع سابق، ص.ص 14 - 31.

² - بن حمودة ليلي، الديمقراطية ودولة القانون، دار هومه للنشر والتوزيع ، الجزائر 2014، ص.ص 10-11.

³ - يمكن تقسيم الديمقراطية من حيث مشاركة الشعب إلى مباشرة وغير مباشرة وشبه مباشرة، وفي ظل تدخل الدولة ظهر ما يسمى بالديمقراطية الفنية التي تسمح بتطعيم المجالس المنتخبة بأعضاء معينون ذوي خبرة وأهل اختصاص، كما ظهر في ظل الإيديولوجيات ما يعرف بالديمقراطية الاشتراكية والبرالية، وفي إطار توسيع مجال الديمقراطية لتطال الجانب الإداري ظهرت الديمقراطية التشاركية، كما ظهر ما يعرف بالحكم الراشد الذي يضيف نوع من الديمقراطية في المجال الاقتصادي والتنموي تحت شعار حق الانتصاف، المساواة، التنمية المستدامة(الحفاظ على حق الأجيال القادمة في الاستفادة من مختلف موارد الدولة).

لا شك أن العلاقة بين الديمقراطية ودولة القانون علاقة مد وجزر إذ نجد أن الديمقراطية الاشتراكية تقف حائلا أمام تكريس عناصر دولة القانون نظرا للفلسفة التي تقوم عليها، والتي جاءت كرد فعل رافض للدولة البرجوازية حيث كان لابد من قلب نظام المراتب من خلال استيلاء الطبقة المحكومة سابقا على الحكم وإحداث القطيعة مع المجتمع البرجوازي المستغل عن طريق دكتاتورية البروليتاريا¹، ويمتاز النظام الاشتراكي بمؤسساته التسلطية التي تركز على انتخابات ذات مرشح واحد يديرها حزب واحد مهيم، كما تتصف بأنها نظام شمولي دكتاتوري يقوم على تجميع السلطات في يد رئيس الدولة الذي غالبا ما يكون الأمين العام للحزب، كما تولي المنظومات الاشتراكية أهمية أساسية للسياق الاجتماعي من خلال تقديم الحقوق الجماعية على الحقوق الفردية، وهكذا لا يصبح هناك مجال لقيام المبادئ الدستورية المختلفة التي تبنى عليها دولة القانون (مبدأ سمو الدستور مبدأ المشروعية ، الفصل بين السلطات، الرقابة على الإدارة، حماية الحقوق والحريات الفردية...)²

أما بالنسبة للديمقراطية البراللية فيعتبر جون لوك " الممثل الحقيقي للبراللية حين يجمع بين الديمقراطية وحقوق الأفراد فالديمقراطية عنده تتطلب مشاركة الأغلبية في الحكم ألا أنها تضع القيود والضوابط على هذا الحكم وعلى كافة السلطات فهي ديمقراطية دستورية تحمي حقوق الأفراد الأساسية وعلى رأسها حق الملكية الخاصة وهكذا نجد لدى "لوك" مبدئين أساسيين من مبادئ البراللية ألا وهما دولة القانون من ناحية واقتصاد السوق القائم على الملكية الخاصة من ناحية أخرى"³ إذن هناك العديد من القواسم المشتركة بين الديمقراطية البراللية دولة القانون على رأسها وجود دستور، كفالة الحقوق والحريات الفردية بمعنى الحق في "حرية السعي وراء صالحنا الخاص بطرقنا الخاصة، مادما لم نحاول حرمان الآخرين أو منعهم من السعي وراء مصالحهم الخاصة بطرقهم الخاصة"⁴، ولابد أيضا من تنظيم السلطة داخل الدولة إذ يؤمن البرالليون بمقولة "مونتسكيو" "السلطة توقف السلطة" وذلك عن طريق الفصل بين السلطات وهذا ما سيولد الحرية السياسية ويمنع التسلط بالإضافة إلى حق المشاركة في اختيار الأفراد لمن يمثلهم سياسيا في ظل التداول على السلطة والتعددية الحزبية...

لكننا إذا اتفقنا على أن الديمقراطية البراللية تحتاج لدولة قانون كضمانة لها فإننا لا نستطيع أن ننكر أنها لا تقدم نفس الشيء لدولة القانون بحكم أنها ديمقراطية نيابية في النهاية، وهذه الأخيرة تزيد من حدة

¹ - ميشال مياي، دولة القانون - مقدمة في نقد القانون الدستوري-، الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، بدون سنة نشر، ص. ص 139-140.

² - بن حمودة ، مرجع سابق ، ص. ص 35-36 .

³ - حازم البيلوي، عن الديمقراطية البراللية - مشاكل وقضايا- ، الطبعة الأولى دار الشروق، القاهرة 1993، ص 14.

⁴ - جون ستيوارت مل، أسس البراللية السياسية، ترجمة إمام عبد الفتاح إمام، ميشال ميتياس، الطبعة الأولى، مكتبة مدبولي القاهرة 1996، ص 132.

إشكالية دولة القانون والتمثلة في عدم وجود ضمانات حقيقية تخضع الدولة للقانون سوى الالتزام الذاتي لهذه الأخيرة به باعتبارها صاحبة سيادة ولا يجوز أن تخضع لغيرها، في حين أن الشعب هو الطرف الوحيد القادر على إخضاع الدولة للقانون باعتباره صاحب السيادة الواقعية الذي لا يمكن للدولة أن تحتج بطابعها لسيادي أمامه لكن لطالما كانت "مشكلة الديمقراطية كيف يمارس الشعب سيادته"¹، ولاشك أن النظام النيابي لم يقدم لنا الحل الأمثل لهذه المشكلة بسبب انقطاع صلة المتابعة بين الناخب والنائب (الحاكم والمحكوم)، بحكم أن الديمقراطية النيابية تقوم على فكرة الوكالة العامة التي تقضي باستقلال النائب عن الناخب في أداء مهامه النيابية بمجرد انتخابه بحيث لا يستطيع هذا الأخير متابعته أو توجيهه بشكل مباشر وفي هذه الحالة لا يملك سوى عدم تجديد الثقة لعهد جديد أو الدخول في متاهة الوسائل الغير قانونية كالثورات لفرض إرادته على الدولة كصاحب سيادة.

ورغم محاولات الفقه والقانون الدولي لتدارك عيوب الديمقراطية النيابية عن طريق إعطائها أبعاد جديدة تمكن المواطن من المشاركة في إدارة الشأن العام مثل مصطلح الديمقراطية التشاركية في الجانب الإداري، ومصطلح الحكم الراشد في الجانب الاقتصادي، غير أنها لم تعالج المشكل الأساسي ألا وهو مشاركة المواطن في صنع القرار السياسي الذي يتضمن كلا من القرار الإداري والاقتصادي مع إلزام الحكام باحترام القانون المعبر عن السيادة الشعبية، ومن هنا جاء الربط مابين دولة القانون والديمقراطية شبه المباشرة، فزيادة على أنها الأقرب إلى فلسفة الديمقراطية "حكم الشعب بالشعب" (الديمقراطية المباشرة)، فهي تقدم لنا الحل لإشكالية دولة القانون ألا وهو غياب قيد حقيقي على الدولة يخضعها للقانون، حيث تسمح للشعب بصفته صاحب السيادة من أن يلعب هذا الدور ويسد هذا الفراغ من خلال تقييد الدولة بالإرادة الشعبية (قوة ردع الشعبي المنظم)، وذلك عبر آلياتها القانونية المختلفة (العزل الشعبي للحكام والنواب، تعديل واقتراح القوانين والاعتراض عليها، الاستفتاء...).

¹ - عصمت سيف الدولة، النظام النيابي ومشكلة الديمقراطية، دار الموقف العربي للصحافة والنشر والتوزيع، مصر 1991 ص 264.

خاتمة

إن السعي وراء تحقيق دولة القانون سيبقى الشغل الشاغل للشعوب، و الوعد الذي يتغني به رجال السياسة في مختلف المناسبات والاستحقاقات السياسية، لكن البحث في إمكانية تطبيق هذا المفهوم عمليا يكشف لنا جملة من النتائج نحصرها فيما يلي:

- عجز نظريات تفسير خضوع الدولة للقانون عن إيجاد قيد حقي على الدولة يلزمها عمليا باحترام القانون بل يمكن القول أنها نجحت في تفسير المصدر الذي يستقى منه القانون الذي تخضع له الدولة (القانون الطبيعي، الحقوق والحريات، التضامن الاجتماعي، التحديد الذاتي).

- رغم منطقية نظرية التحديد الذاتي في تفسير حق الدولة في وضع القانون بنفسها بحكم أنها صاحبة سيادة غير أن الترويج لفكرة التقيد الذاتي تقتصر للجدية (التزام الدولة بالقانون من تلقاء نفسها دون إخضاعها من جهة أخرى) وتتعارض مع طبيعة القيد الذي يفترض فيه أن يكون خارجي ويحمل نوع من الإكراه والردع ، مما ينعكس سلبا على عناصر دولة القانون التي تصبح تقتصر إلى الجزء المادي في مواجهة الدولة ابتداء من القاعدة الدستورية وما يليها من عناصر متضمنة فيها(الحقوق والحريات، الرقابة ، استقلالية القضاء مبدأ الفصل بين السلطات...).

- تزامن تطبيق نظرية التحديد الذاتي مع تطبيق الديمقراطية يعمق من إشكالية دولة القانون لان هذه الأخيرة تعمل على تغييب الشعب بصفته الوحيد القادر على إخضاع الدولة للقانون بما يملك من سيادة فعلية طول العهدة النيابية مما يجعل سلطة الدولة مطلقة، وبحكم أنها لا تقدم قنوات قانونية من خلالها يستطيع الشعب مواكبة ومتابعة ممارسة الدولة للسلطة في الحدود التي رسمها القانون الأساس.

-إمكانية تجاوز إشكالية خضوع الدولة للقانون من خلال تبني الديمقراطية شبه المباشرة ، لان هذه الأخيرة تمكن الشعب من فرض وجوده وممارسة سيادته على الدولة متى اقتضت الضرورة ذلك، مما يحقق لنا التوازن بحيث تصبح سلطة الدولة مقيدة بسلطة أعلى وأقوى منها تتمثل في سلطة الشعب، كما أنها تفسح المجال لتطبيق نظرية التحديد الذاتي بحكم أنها تجمع بين الديمقراطية النيابية والمباشرة، مما يجعل المجال مفتوح لتطبيق فكرة الالتزام الذاتي للدولة بالقانون ويصبح التدخل الشعبي بمثابة الحل البديل في حالة عدم تقيد الدولة ذاتيا بالقانون.

أثر عقلنة عمل البرلمان على التشريع المالي في الجزائر

بن سعيد صبرينة⁽¹⁾

(1) أستاذة محاضرة قسم "أ"، كلية الحقوق والعلوم السياسية
المركز الجامعي سي الحواس، بركة، الجزائر.
البريد الإلكتروني: drbensaid@yahoo.com

نويري سامية⁽²⁾

(2) أستاذة كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة 08 ماي
1945، قالمة 29000، الجزائر.
البريد الإلكتروني: samia.doctorat@gmail.com

الملخص:

جاءت عقلنة العمل البرلماني نتيجة لظروف خاصة مرت بها فرنسا قبل سنة 1958، بغية إضعاف السلطة التشريعية أمام السلطة التنفيذية، وتدخل هذه الآلية ضمن جملة التدابير التي تركزها القوانين الفرنسية من أجل كبح السلطات وأعمال التوازن بينها، لكن التساؤل يطرح حول الخصوصية التي تطبع القوانين الجزائرية في هذا الصدد، وعن أثر عقلنة الأداء البرلماني على التشريع المالي في الجزائر. تهدف هذه الدراسة إلى تبيان الآليات القانونية للعملية التشريعية المالية للدولة، وكيفية استحواد السلطة التنفيذية على هذه العملية، التي تعتبر من الاختصاصات الأصلية للبرلمان، هذا الأخير الذي أصبح مجرد مسرح مخصص للمناقشات دون هدف يتوخى منها، لأن مصيرها هو إصدار القانون الذي أعدته السلطة التنفيذية من قبل السلطة التنفيذية نفسها، وبالتالي وجب البحث، في هذا الوقت بالذات، عن آليات جادة يرشد من خلالها استخدام المال العام، وهذا ما نستخلصه عبر جملة من الاقتراحات نجملها في نهاية هذه الدراسة.

الكلمات المفتاحية:

العقلنة البرلمانية، التشريع المالي، آليات، السلطة التنفيذية.

تاريخ إرسال المقال: 2020/06/30، تاريخ مراجعة المقال: 2021/12/12، تاريخ نشر المقال: 2021/12/31.

لتهميش المقال: بن سعيد صبرينة، نويري سامية، " أثر عقلنة عمل البرلمان على التشريع المالي في الجزائر"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد 12، العدد 03، السنة 2021، ص ص. 141-157.

<https://www.asjp.cerist.dz/en/PresentationRevue/72>

المقال متوفر على الرابط التالي:

المؤلف المراسل: بن سعيد صبرينة، drbensaid@yahoo.com

The impact of the Rationalization Parliamentary on the Algerian's Financial Legislation

Summary:

The reason for parliamentary action was the result of special circumstances that France had experienced before 1958, with a view to weakening legislative power before the executive power, which included among the measures enshrined in French law to balance the authorities, but the question was raised about the specificity of Algerian laws in that regard and the impact of the parliamentary performance mindset on Algeria's financial legislation.

This study demonstrates the legal mechanisms of the State's financial legislative process and prove how the executive power, which is an inherent jurisdiction of Parliament, has acquired this process, which has become merely a venue for discussions without its own objective. At this very time, therefore, serious mechanisms must be sought to guide the use of public money, which we draw through a series of proposals we have completed at the end of this study.

Keywords:

Parliamentary action, financial legislation, mechanisms, the executive power.

L'impact de la rationalisation parlementaire dans la législation financière algérienne

Résumé :

La raison de la rationalisation d'action parlementaire est le résultat de circonstances particulières que la France a connues avant 1958, en vue d'affaiblir le pouvoir législatif devant le pouvoir exécutif, qui comprenait parmi les mesures consacrées par la loi française pour équilibrer les autorités, mais la question a été posée sur la spécificité des lois algériennes à cet égard, et l'impact de la rationalisation de performance parlementaire sur la législation financière algérienne.

Cette étude démontre les mécanismes juridiques du processus législatif financier de l'État et prouve comment le pouvoir exécutif, qui est une compétence inhérente du Parlement, a acquis ce processus, qui est devenu simplement un lieu de discussion sans objectif propre. Donc, en ce moment même, il faut chercher des mécanismes sérieux pour orienter l'utilisation des deniers publics, que nous tirons d'une série de propositions et de recommandations que nous avons faites à la fin de cette étude.

Mots clés:

Action parlementaire, la législation financière, les mécanismes, pouvoir exécutif.

مقدمة:

ظهور فكرة نشأة البرلمان وتطورها ترجع إلى مبدأ وجوب المحافظة على مال المواطنين الانجليز الذين فرضت عليهم الضرائب حين تولى الملك جون العرش عام 1199 ورفع الضرائب في عهده دون موافقة النبلاء، هذا التصرف دفع النبلاء للاجتماع مع قيادات الكنيسة للنظر في كيفية الحد من سلطة الملك، وصاغوا قائمة حقوق من بينها عدم جواز زيادة أي ضرائب إلا بموافقة النبلاء، وتجسدت هذه القائمة في الوثيقة التاريخية التي أطلق عليها اسم العهد الأعظم Magna Carta عام 1215.

بعدها تم إصدار وثيقة اعلان الحقوق سنة 1928، التي أقرت للبرلمان حق الموافقة المسبقة على فرض الضرائب، ثم إصدار دستور 1688، الذي وسع نطاق الترخيص البرلماني، بإعطاء البرلمان حق الموافقة المسبقة على كل أنواع الإيرادات والنفقات بشكل دوري، وهو الأمر الذي اقتضى معه أن تجمع جميع نفقات وإيرادات الدولة في شكل وثيقة تخضع لضرورة لترخيص البرلمان تدعى الميزانية، وهكذا أصبح البرلمان الإنجليزي يناقش أعمال الحكومة، من خلال ميزانيتها، بشكل دوري وسنوي، وأصبح له حق اعتماد هذه الميزانية قبل بداية كل عام، ومناقشة تنفيذها بعد نهاية ذلك العام.

وبذلك أصبح الاختصاص المالي من بين السلطات التشريعية للبرلمان الانجليزي ولا تمارس السلطة التنفيذية هذا الاختصاص إلا بناء على رخصة أو إجازة من قبله.

وقد تبنت جميع الأنظمة البرلمانية في ذلك الوقت هذا الاتجاه إلى غاية 1958 أين كان التحول إثر انتهاء الحقبة للجمهورية الرابعة في فرنسا التي كانت تمتاز بقوة البرلمانات، ما سبب أزمت متكررة أدت إلى عجز السلطة التنفيذية عن تكوين أغلبية برلمانية مستقرة داخل الجمعية الوطنية، ولهذا أراد مؤسسوا دستور 1958 الفرنسي وضع ضوابط تكبح من خلالها السلطة التشريعية لأجل سيرورة المؤسسات، لذلك جاءوا بمفهوم العقلنة البرلمانية، باعتبارها مجموعة من الآليات الدستورية والقانونية، التي تهدف إلى ضمان استقرار السلطة التنفيذية، من خلال ابتكار وسائل دقيقة وقواعد صارمة لكبح جماح البرلمان، وتقوية دور السلطة التنفيذية بالمقابل.

ويعود أصل هذه الكلمة إلى الأستاذ ميشال دوبري Michel Debré رئيس اللجنة الإستشارية المكلفة بإعداد دستور، لما قيل له: إنكم، بهذا تنقصون من قيمة البرلمان أمام السلطة التنفيذية، فقال: "إننا بصدد عقلنة النظام البرلماني و ليس الإنقاص من قيمة البرلمان"

وبهذا، لم يعد البرلمان محتكرا للسلطة المطلقة في التشريع، وإنما أصبح له الدور التشريعي في نطاق الاختصاص المرسوم له دستوريا، مقابل المجال المفتوح للسلطة التنظيمية التي تتمتع بها السلطة التنفيذية.

وفي الجزائر تم التنصيص على مبدأ الفصل بين السلطات والتأكيد عليه في الديباجة والمادة 16 منه،

لكن آليات هذا الفصل والعلاقة بين السلطتين التنفيذية والتشريعية رجحت الكفة لصالح السلطة

التنفيذية، رغم أن الدستور ذاته أقر بالسيادة لكل غرفة من غرفتي البرلمان في إعداد القانون والتصويت عليه.

إن هذا الإقرار يصطدم بالعديد من القوانين الدستورية التي قيدت السلطة التشريعية في إعداد القوانين وحتى التصويت عليه وكذا الاصطدام بالممارسة العملية الموعلة في عقلنة العمل البرلماني، وهنا تظهر الإشكالية والتمثلة في: ما هي تجليات العقلنة على عمل البرلمان في مجال التشريع المالي الجزائري؟ وتتدرج تحت هذه الإشكالية عدة أسئلة حول انعكاسات عقلنة عمل البرلمان خلال مراحل التشريع المالي بدءا من إعداد ميزانية الدولة وانتهاء بضبط وتسوية هذه الميزانية السنوية.

وللإجابة عن هذه الإشكالية والتساؤلات المطروحة قسمنا هذه الورقة البحثية إلى مبحثين:

المبحث الأول: مظاهر عقلنة العمل البرلماني على مراحل التشريع المالي

المبحث الثاني: مظاهر عقلنة الرقابة البرلمانية على تنفيذ التشريعات المالية.

والهدف الأساسي من هذه الدراسة هو تبيان مدى توغل فكرة عقلنة عمل البرلمان بالنسبة للقوانين المالية لدرجة اختفاء دور السلطة التشريعية وراء تحكم وسيطرة السلطة التنفيذية، مما يستوجب البحث حول آليات دستورية جديدة تضي حماية أكثر للمال العام.

متبعين لهذا الغرض المنهج التحليلي للنصوص المتعلقة بهذا الموضوع في حدود الدستور الجزائري

1996 المعدل والمتمم سنة 2020، بالاستعانة كذلك ببعض أدوات المنهج المقارن كلما سنحت الفرصة.

المبحث الأول: مظاهر العقلنة البرلمانية لمراحل التشريعات المالية

قانون المالية هو فرع من فروع القانون العام يتم بموجبه تقدير الإيرادات و النفقات الواردة في الميزانية و

الترخيص بصرف النفقات و مواصلة تحصيل الإيرادات.

وهو أنواع: قانون المالية السنوي، القانون التكميلي والذي يصدر لغرض تغيير تقديرات الإيرادات، أو خلق

إيرادات جديدة، أو الترخيص بنفقات جديدة، وقانون المالية المعدل والذي هو تصريح بالمطابقة، أي التنفيذ

الحقيقي للموازنة حسب المصادقة الأولية والتي تم تعديلها في إطار الحالات الطارئة، وأخيرا قانون ضبط

الميزانية الذي يهدف إلى ضبط النتائج المالية لكل سنة¹.

ويدخل التشريع المالي بأنواعه الثلاث ضمن اختصاص السلطة التشريعية، بداية من مرحلة إيداع المشروع

ومناقشته (المطلب الأول)، ثم التصويت على الميزانية السنوية (المطلب الثاني)، فكيف كانت تجليات العقلنة

البرلمانية خلال هذه المرحلة؟.

¹ - المادة الثالثة من القانون رقم 84-17، المؤرخ في 07 يوليو 1984 المتعلق بقوانين المالية الجريدة الرسمية عدد 24 الصادر في 10 يوليو 1984.

المطلب الأول: مظاهر العقلنة البرلمانية خلال مرحلتي التحضير وإيداع المشروع

تمر عملية التشريع المالي بعدة مراحل مختلفة ومعقدة في آن واحد، وتشترك فيها العديد من المؤسسات ليس على المستوى المركزي فقط بل حتى على المستوى المحلي، وتتقاطع بعدها فتكون هناك مناقشات ودراسات مشتركة بين الحكومة- وتحديدًا وزير المالية- مع البرلمان وخاصة اللجان المتخصصة (الفرع الأول)، وفي إطار اللجان نفسها يتم إعداد مشروع قانون المالية للسنة والتقارير المرافقة له (الفرع الثاني).

الفرع الأول: مرحلة إيداع المشروع

حسب النص الدستوري فإن عملية المبادرة التشريعية هي من اختصاص البرلمان باعتبار أن " لكل من الوزير الأول أو رئيس الحكومة، حسب الحالة، والنواب وأعضاء مجلس الأمة حق المبادرة بالقوانين"²، ورغم أن قانون المالية يعتبر من القوانين العضوية، إلا أن المؤسس الدستوري الجزائري لم يفرق بين العضوي والعادي في مجال المبادرة بالتشريع المالي، عكس الدستور الأمريكي الذي خص السلطة التشريعية فقط بالمبادرة المالية. ورغم أن نص المادة أعلاه أعطت الحق للنواب ولأعضاء مجلس الأمة حق المبادرة، إلا أننا لا نجد هذه المبادرة في المجال الميداني، باعتبار أن الدستور قد قيدها بشروط " لا يُقبل اقتراح أيّ قانون، مضمونه أو نتيجته تخفيض الموارد العمومية، أو زيادة النفقات العمومية، إلا إذا كان مرفوقًا بتدابير تستهدف الزيادة في إيرادات الدولة، أو توفير مبالغ مالية في فصل آخر من النفقات العمومية تساوي على الأقلّ المبالغ المقترح إنفاقها"³.

ولهذا ورغم التنصيص الدستوري أعلاه إلا أنه من الناحية الفعلية نجد أن المبادرة تقتصر على السلطة التنفيذية، وتحديدًا وزارة المالية بالتعاون مع القطاعات المختلفة، ويمكن إجمال الأعمال التي تسبق هذه المرحلة في الآتي:

أ- الأعمال الأولية لمديرية الميزانية لوزارة المالية؛

ب- مناقشة العرض التقييمي داخل مجلس الحكومة؛

ج- منشور مديرية الميزانية لوزارة المالية؛

د - تحضير الميزانيات القطاعية؛

هـ- الفحص النقدي لمقترحات الوزارات القطاعية؛

و- مناقشة المقترحات على المستوى الوزاري⁴.

² - المادة 1/143 من الدستور الجزائري 1996 المعدل بموجب المرسوم الرئاسي رقم 20-442، المؤرخ في 30 ديسمبر 2020 .

³ - المادة 147 من الدستور الجزائري.

⁴ - مفتاح فطيمة، الميزانية العامة بين القانون الاساسي 84-17 ومشروع القانون العضوي الجديد لقوانين المالية، مقال منشور في مجلة القانون والعلوم السياسية العدد الرابع، جوان 2016، ص 331.

وهنا تظهر العقلنة البرلمانية جليا في هذه المرحلة نظرا للدور الكبير الذي تلعبه السلطة التنفيذية في اعداد مشروع القانون وتقييد عمل البرلمان، بداية من التركيبة اللغوية المبنية للمجهول "لايقبل..." والتي تعتبر بمثابة حق فيتو، تستعمله الحكومة في وجه ممثلي الأمة بمجرد الإعلان عن مقترح قد يزيد في التكاليف أو يخفض من الموارد، وهذا ما يعتبر تعسفا صارخا في حق المبادرة التشريعية البرلمانية، حيث ينحصر دورها في مناقشة المشروع وانتقاده دون أن تكون له القدرة على تنقيحه أو تغيير مضمونه⁵.

وبعد هذه المبادرة يأتي دور مجلس الدولة عن طريق رأيه الاستشاري، ثم يتم ايداع المشروع من طرف الوزير الأول، حسب الحالة، إلى مكتب المجلس الشعبي الوطني أو مكتب مجلس الأمة خلال آجال أقصاه 30 سبتمبر من السنة المالية المعنية، وتاريخ 30 سبتمبر على الرغم من أنه تاريخ محدد، إلا أنه لا توجد قيود قانونية تفرض على الحكومة الالتزام بالآجال المحددة، لا في القانون 01 / 16 المتضمن التعديل الدستوري، ولا القانون 17 / 84 المتعلق بقوانين المالية المعدل والمتمم.

إن عدم التزام الحكومة بالآجال القانونية المحددة لإيداع هذا المشروع يتعارض مع الجدية التي يتوجب أن تتوفر فيه، وينعكس سلبا على عمل اللجان من خلال مناقشة المشروع الذي يتميز بالتقنية والتعقيد، ولهذا فالإيداع المتأخر لمشروع قانون المالية يخل بالسير العادي لفحص ومناقشة الوثيقة المالية، ويحد من التدخل البرلماني في المادة المالية، في ذلك إشارة واضحة لتحكم الحكومة في الوقت الممنوح لأعضاء البرلمان⁶.

الفرع الثاني: عمل اللجان المالية البرلمانية

ينص الدستور الجزائري على أن "يشكل كل من المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة لجانها الدائمة في إطار نظامها الداخلي"⁷.

تتكون لجنة المالية والميزانية بالمجلس الشعبي الوطني من 30 إلى 50 عضوا على الأكثر⁸، ويعتبر هذا العدد أكبر عددا عن باقي اللجان نظرا لمكانتها وأهميتها وصعوبة المهام الموكلة إليها، فالمسائل المالية بطبيعتها مسائل معقدة ومتشابكة، وتخضع لقوانين محاسبية دقيقة⁹.

⁵ - مراد سعيدي، "قوانين المالية والعقلنة البرلمانية"، المجلة الالكترونية للقانون والأعمال الدولية، جامعة الحسن الأول، المغرب، متوفرة على موقع <https://www.droitentreprise.com>، تاريخ التصفح 10 جوان 2019.

⁶ - نور الدين رداد، قانون المالية بين السلطتين التشريعية والتنفيذية، مجلة العلوم القانونية والسياسية، العدد 16، جوان 2017، ص 209.

⁷ - المادة 1/137 من الدستور الجزائري.

⁸ - المادة 34 من النظام الداخلي للمجلس الشعبي الوطني.

⁹ - بلقالم مراد، دور اللجان البرلمانية الدائمة في دراسة مشروع قانون المالية في الجزائر، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية المجلد 08، العدد، 05 السنة 2019، ص 86 .

أما لجنة الشؤون الاقتصادية والمالية بمجلس الأمة فإنها تتكون من 15 إلى 19 عضوا¹⁰، ويعد عملها أهم مرحلة يمر بها مشروع قانون المالية وأطولها وقتاً-مقارنة مع عمل اللجان الأخرى-، فحسب دراسة الجدول الزمني لأشغال لجنة المالية والميزانية، فإن المدة الزمنية بين إيداع مشروع قانون المالية لدى لجنة المالية والميزانية، وبين الانطلاق في المناقشة العامة يقارب الشهر من الزمن¹¹.

وطبقاً للنظام الداخلي لكل من غرفتي البرلمان، يحيل رئيس المجلس الشعبي أو رئيس مجلس الأمة على اللجان الدائمة جميع المشاريع أو الاقتراحات التي تدخل في اختصاصها، مرفقة بالمستندات والوثائق المتعلقة بها، للدراسة وإبداء الرأي، وتتم الإحالة عن طريق تعليمة من رئيس المجلس، يعلن فيها عن إيداع مشروع قانون المالية من طرف الحكومة، ويطلب فيها من اللجنة الشروع في دراسته.

تجتمع هذه اللجنة قبل انعقاد الجلسة العامة لمناقشة المشروع مدة 15 يوم عمل فعلية، وتعتبر من أطول مدد العمل البرلماني، وتبدأ منذ إحالة مشروع قانون المالية على اللجنة إلى غاية بداية الجلسات العامة، وتقوم هذه اللجنة بالعديد من الأعمال التي تتوج بعدها بتقرير تمهيدي يتضمن النتائج التي وصلت إليها اللجنة من خلال دراستها، ومناقشتها لمشروع قانون المالية مع أعضاء الحكومة والأطراف الذين لهم علاقة بمشروع القانون والمتخصصين في المجال.

يعتبر هذا التقرير أول وثيقة صادرة عن البرلمان بعد إحالة مشروع قانون المالية عليه من طرف الحكومة، يوزع بعدها على النواب كي يشرح لهم مشروع القانون ويبسط مضمونه ليساعدهم على فهمه في أجل 72 ساعة قبل المناقشة العامة، تمهيدا للمناقشة العامة والتعديلات التي قد تدخل عليه قبل التصويت، وتجتمع قبل التصويت على المشروع، وكأصل عام، لا تجتمع أثناء انعقاد الجلسات العامة، إلا بإذن من رئيس المجلس¹²، ويتمثل دورها في هذه المرحلة بدراسة التعديلات المقترحة من طرف النواب وإعداد التقرير التكميلي حول المشروع، ثم إبداء رأي اللجنة بخصوص ميزانية المجلس الشعبي الوطني والمراجعة النهائية لنص قانون المالية المصوت عليه.

وما يلاحظ في هذا الإطار أن النظام القانوني الذي تعمل فيه اللجان البرلمانية لا يخرجها عن الإطار التقني التحضيري الذي ينتهي برأي استشاري فقط، وهذا لا يعكس أصلها والتي اعتبرها البعض بمثابة برلمانات مصغرة أو مختبرات تشريعية على خذ قول "جوزيف بارتلمي" ففي دول أخرى كإيطاليا نجدها تمنح لهذه اللجان سلطات حقيقية وفعلية كاقترح القوانين وتعديلها¹³.

¹⁰ - المادة 28 من النظام الداخلي لمجلس الأمة.

¹¹ - بلقالم مراد، المرجع السابق، ص 86

¹² - المرجع نفسه، ص 86 .

¹³ - جعفري نعيمة، محدودية دور اللجان البرلمانية الدائمة للغرفة الثانية، دراسة مقارنة، مجلة الدراسات الحقوقية، العدد الثاني،

المطلب الثاني: العقلنة البرلمانية خلال مرحلة المناقشة والتصويت

تحكم مسألة المصادقة والتصويت على التشريع المالي العديد من الأسس الدستورية (الفرع الأول)، وهذا راجع إلى الدور الذي يلعبه العامل الاقتصادي في الدولة، فالدستور ذاته، جعل من القوانين المتعلقة بالمالية قوانين عضوية، وبالتالي فهي أسمى من القوانين العادية، وقد نصت هذه القوانين العضوية على العديد من الآليات (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تجليات العقلنة البرلمانية خلال المناقشة

طبقا للقانون الاساسي المتعلق بقوانين المالية، فإن المالية العامة للدولة "تتشكل الإيرادات والنفقات النهائية للدولة المحددة سنويا بموجب قانون المالية"¹⁴، ويقتضي احترام هذه الرخصة المالية للبرلمان أن يُبسط له المحتوى المعقد لمشاريع قوانين المالية، الذي يتضمن حسابات وجداول تبنى على تقديرات الحكومة وخياراتها، لذلك يستوجب إرفاق هذا المشروع بمجموعة كبيرة من الوثائق التفسيرية، تشرح بشكل مفصل هذه الخيارات، ومجموعة من التقارير التي تسمح باطلاع النواب على الوضع الاقتصادي والاجتماعي والمالي للبلد، كما أن تقييد البرلمان بأجل لمناقشة والتصويت على هذه المشاريع يفرض وضع إجراءات دستورية متميزة لتنظيم هذه العملية¹⁵.

وقد أوجبت المادة 68 من هذا القانون على إرفاق مجموعة هذه الوثائق من بينها التقرير التفسيري للتوازن الاقتصادي والمالي والنتائج المحصل عليها وآفاق المستقبل مبرزا على الخصوص وضعية تقديرات الإيرادات بالعملة الصعبة المحررة بالدينار ومشروع توزيعها على النفقات.....

مُنحت لهذه الوثائق في فرنسا أهمية كبيرة في القانون المالي والميزانية، حيث نصت عليها المادة 32 من الأمر 02 جانفي 1959، وقد عزز القانون العضوي 01 اوت 2001 حق البرلمان في الاعلام أكثر من خلال نصه في المادة 50 على ضرورة إرفاق مشروع المالية بتقرير عن الوضع والأهداف الاقتصادية والاجتماعية والمالية للأمة، هذا التقرير الذي سيسمح للبرلمان بالاطلاع على الظروف العامة التي تحيط بقانون المالية وكذا سيسمح للبرلمان بالتحقق من مصداقية التقديرات المتضمنة في الوثائق الميزانية¹⁶.

كما يلاحظ في الجزائر غياب التوازن في هيكل مشروع قانون مالية، هذا الهيكل الذي كان نتيجة مطالبة النواب بعرض واضح لمجموع الإيرادات والنفقات في وثيقة موحدة احتراما لمبدأ وحدة الميزانية وحماية

¹⁴ -المادة 06 من القانون 84-17 المؤرخ في 07 جويلية 1987 والمتعلق بقوانين المالية

¹⁵ -عبد القادر لشقر، فهد الفلالي، "حكامة الاداء المالي ورهان تفعيل المقتضيات الدستورية" مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، العدد الثاني عشر، جانفي 2018، ص33.

¹⁶ - سعيد رحو، الاداء التشريعي للبرلمان في المجال المالي بالمغرب وآليات تطويره خلال الولاية التشريعية التاسعة 2012-

2016" مجلة القانون الدستوري والعلوم الإدارية، العدد الأول أكتوبر 2018، المركز الديمقراطي العربي ألمانيا -برلين، ص 229.

لاختصاصهم المالي¹⁷، فهيكل عرض مشروع قانون المالية نصت عليه المادة 67، وأوجبت عرضه في جزئين متباينين، لكن يظهر الجزء الثاني في مشروع قانون المالية الفرنسي أكثر منهجية ووضوحا من نظيره الجزائري حيث يساعد النواب على فهم محتوى المشروع حيث يعنون هذا الجزء بوسائل المصالح وأحكام خاصة، ويجب ان يصادق عليه قبل بداية السنة المالية المعنية بمشروع القانون وهذا لضمان استمرارية الحياة العامة كما عبر عن ذلك المجلس الدستوري الفرنسي *la continuité de la vie nationale*.

أولى هذه القواعد تنص على أنه لا يجوز مناقشة الجزء الثاني المتعلق بوسائل المصالح واحكام خاصة قبل التصويت على الجزء الاول المتعلق بمادة التوازن وهذا تطبيقا للمادة 40 من الامر الفرنسي 02جانفي 1959 المتضمن القانون العضوي المتعلق بقانون الميزانية، وهذه القاعدة لا نجد لها أساسا في النصوص القانونية في الجزائر وهذا يرجع إلى عدم الحرص على احترام قاعدة التوازن¹⁸، ولا يتم التصويت على مشاريع قوانين المالية مادة بمادة، وانما يتم بصفة اجمالية حيث "تكون ايرادات الميزانية العامة للدولة موضع تصويت اجمالي"¹⁹.

إن استعمال هذا الامتياز، يضع البرلمانين أمام الاختيار بين الكل أو اللاشيء، بحيث يتعين عليهم إما قبول النص بأجزائه الغير المرغوب فيها، أو رفضه بأجزائه المرغوب فيها، وبالتالي تقليص حرية النواب في اتخاذ القرار.

أما بالنسبة للقانون المالي التكميلي والذي يفرضه الطابع التوقعي للقانون المالي السنوي، فقد تتدخل الحكومة لمراجعة وتصحيح وتغيير التقديرات المرخص بها من قبل البرلمان في إطار القانون المالي السنوي، خصوصا تلك المتعلقة بالموارد والتكاليف، وذلك خلال مرحلة تنفيذ القانون المالي السنوي، عن طريق قانون مالي آخر، هو القانون المالي المعدل، ويوجد هذا المقتضى أساسه القانوني في المادة 4 من القانون التنظيمي لقانون المالية التي تنص على أنه: "لا يمكن أن تغير خلال السنة أحكام قانون مالية السنة إلا بقوانين المالية المعدلة". ينتج عن هذا الطابع الاستعجالي لقوانين المالية المعدلة عدم التعاطي البرلماني الجيد معها، مما يضعف الرقابة البرلمانية عليها، وبالتالي يفسح المجال للحكومة لتمير العديد من الأمور من خلالها، والتي لم تقم بإدراجها في قانون مالية السنة، ومن ثم يصبح قانون المالية التكميلي بمثابة مطية لتمير بعض المقتضيات التي تكون الحكومة قد عجزت عن طرحها أثناء المناقشة والتصويت على مشروع قانون مالية السنة. لاسيما وأنه للحكومة من خلال قانون المالية المعدل أن تتراجع عن بعض الالتزامات التي التزمت بها أثناء مصادقة البرلمان على المشروع.

¹⁷ - المرجع نفسه.

¹⁸ -براهيم خناتلة، نادية خلفة، " ترشيد النفقات العامة كآلية لعلاج عجز الميزانية العامة للدولة"، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية المجلد السابع، العدد 1، 2020، ص 555.

¹⁹ -المادة 70 من القانون 17/84 المتعلق بقوانين المالية.

وفي خضم هذه المناقشة وعند احتدامها يأتي دور اللجنة المتساوية الأعضاء التي يجب عليها البت في الخلاف خلال أجل ثمانية أيام، ولا يتم اجتماع هذه اللجنة إلا بطلب من الوزير الأول، وتقوم اللجنة بدراسة الأحكام محل الخلاف التي أحييت عليها مرفقة بالتوصيات التي أعدتها اللجنة المختصة في مجلس الأمة، وتكون المهمة الأساسية لهذه اللجنة هي البحث عن حل توافقي للأحكام محل خلاف وذلك بإعداد تقرير عن هذه الأحكام يتضمن استنتاجاتها واقتراحاتها بخصوص كل مادة، ولها في ذلك أن تقترح تعديل المواد محل خلاف بإعادة الصياغة أو الإبقاء على بعضها كما صوت عليها المجلس الشعبي الوطني وذلك بعد موافقة الحكومة، ولا يمكن للجنة أن تتعرض إلى أحكام أخرى في النص ليست محل خلاف، وبعد إعداد النص الجديد للأحكام محل الخلاف يبلغ الوزير الأول من قبل رئيس الغرفة التي عقدت اللجنة الاجتماعات في مقرها، الذي يقوم بدوره الوزير الأول بعرض النص الجديد المتوصل إليه في اللجنة المتساوية الأعضاء للمصادقة، وفي حالة مرور مدة 75 المقررة بدون تصويت ومصادقة البرلمان على قانون المالية السنوي لأي سبب من الأسباب فإنه يجب على رئيس الجمهورية أن يصدر مشروع هذا القانون بموجب أمر.

الفرع الثاني: الآليات الدستورية للتصديق والتصويت

يتميز التشريع العضوي بتطرقه إلى مواضيع ذات القيمة الدستورية تخص تنظيم العلاقات بين السلطات العمومية، ولهذا فإنها تتسم بإجراءات خاصة نص عليها الدستور، إذ يجب التصويت عليها بالأغلبية المطلقة للنواب ولأعضاء مجلس الأمة، كما يخضع لمراقبة مطابقة النص مع الدستور من طرف المجلس الدستوري قبل صدوره، وهذا ما يترجم اهتمام المؤسس الدستوري بتكريس الأشكال القانونية لإعطائه المرجعية الدستورية²⁰. على الرغم من أن التصويت على هذا النوع من القوانين يكون بالأغلبية المطلقة للنواب ولأعضاء مجلس الأمة دون التقيد بعامل الزمن، إلا أنه وفيما يخص قانون المالية، فإنها مقيدة بمدة 75 يوما إذا لم يتم التصويت خلال هذا الأجل، وإلا فإن رئيس الجمهورية يصدر مشروع الحكومة المالي بأمر، حيث "يصادق البرلمان على قانون المالية في مدة أقصاها خمسة وسبعون (75) يوما من تاريخ إيداعه، طبقا للفقرات السابقة. وفي حالة عدم المصادقة عليه في الأجل المحدد سابقا، يصدر رئيس الجمهورية مشروع الحكومة بأمر"²¹ وقد فصل القانون العضوي رقم: 16-12 في هذا الأجل، حيث منح أجل 47 يوما للمجلس الشعبي الوطني من تاريخ إيداع مشروع قانون المالية للتصويت عليه، ومنح أجل 20 يوما لمجلس الأمة²²، وهنا يطرح السؤال كيف يمكن مناقشة هذا القانون وبصورة جديّة مشروع قانون يحتوي على 235 مادة في هذا الظرف

²⁰ - المادة 2/140 من الدستور الجزائري.

²¹ - المادة 10/146 و11 من الدستور الجزائري.

²² - المادة 44 من القانون العضوي 16-12 الذي يحدد تنظيم المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة وعملها وكذا العلاقات

الوظيفية بينهما وبين الحكومة

القصير، فالضغط الزمني يجرد البرلمان من صلاحياته في سن قوانين بتمعن وتبصر خاصة عندما يتعلق الأمر بحقوق الافراد وحراتهم كما هو الشأن بالنسبة لتقرير الضرائب.
ويأخذ على النص الدستوري أعلاه المآخذ التالية:

1- استعمال مصطلح قانون المالية، على الرغم من أن قانون المالية في هذه المرحلة يسمى مشروعاً، ولا يتحول إلى قانون إلا بعد إصداره من طرف رئيس الجمهورية.

2- التساؤل كذلك عن الطبيعة القانونية للأمر، فهل يقصد به نوع من الأوامر المضبوطة دستورياً، حيث أن " لرئيس الجمهورية أن يشرع بأوامر في مسائل عاجلة في حالة شغور المجلس الشعبي الوطني أو خلال العطل البرلمانية، بعد رأي مجلس الدولة"²³، والأكد أن الإجابة تكون بالنفي، على الرغم من أهمية هذا النوع من القوانين وأثره على الحياة الاقتصادية وحتى اليومية للمواطن، باعتبار أن الأمر الصادر من رئيس الجمهورية لا يخضع للشروط أعلاه .

3- إن تحديد أجل للبرلمان للمصادقة على المشروع عبر هذه الصياغة يؤكد على هيمنة السلطة التنفيذية ممثلة في رئيس الجمهورية على البرلمان، وهو ما يستتف من عبارة "يصادق" التي لها دلالة على الإيجابية وليس له أي خيار وحتى لو رفض المصادقة فإن هذا الرفض ليس له أي اثر قانوني باعتبار أن هذا القانون يصدره رئيس الجمهورية بينما في الدستور الفرنسي تنص المادة 3/47 على أنه "إذا لم يفصل البرلمان..... يمكن أن تسري بأمر"، فالبرلمان الفرنسي يفصل في مشروع قانون المالية المعروض عليه، في حين أن البرلمان الجزائري مجبر على خيار وحيد له وهو المصادقة²⁴ .

المبحث الثاني: الرقابة البرلمانية على تنفيذ التشريعات المالية للدولة

بعد دراسة ومناقشة مشروع قانون المالية السنوي ومصادقة البرلمان عليه، وبعد إصداره من قبل رئيس الجمهورية ونشره في الجريدة الرسمية، تشرع الحكومة في تنفيذ بنوده ومقتضياته، ويتجلى دور البرلمان خلال هذه المرحلة في مراقبة تنفيذه، إذ يتمتع بآليات متعددة لإعمال رقابته على قانون المالية، إلا أن هذه الآليات اصطدمت هي الأخرى بقواعد العقلنة البرلمانية (المطلب الأول)، كما يتوجب على الحكومة بعد تنفيذها لقانون مالية السنة، أن تعرض على البرلمان قانون التصفية لإبراء ذمتها المالية، مما يدفعنا للتساؤل حول ما إذا كانت هذه القوانين تساهم في تقوية الرقابة البرلمانية أم أنها امتياز حكومي؟ (المطلب الثاني).

²³-المادة 142 من الدستور الجزائري.

²⁴- كريمة حدوش، مصادر قوانين الميزانية والمالية في الجزائر، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر 1- 1، 2016-2017، ص

المطلب الأول: مظاهر عقله الرقابة البرلمانية لتنفيذ التشريع المالي

تأخذ الرقابة البرلمانية على عمل الحكومة شكلين، رقابة دائمة تمارس خلال العهدة التشريعية من قبل النواب بتوافر شروطها، لا يترتب عليها أي جزاء قانوني زجري (الفرع الأول) ورقابة مناسباتية يمكن من خلال آلياتها أن تسحب الثقة من الحكومة وتقال (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الرقابة التي تمارس من طرف البرلمان في نفس الوقت الذي يطبق فيه قانون المالية

نقصد هنا الأسئلة، الاستجواب، لجان التحقيق، وذلك تأسيسا على المادة 115 من الدستور "يراقب البرلمان عمل الحكومة وفقا للشروط المحددة في المواد... 158 و160 من الدستور"، والسؤال هو وسيلة رقابية يستهدف بها عضو البرلمان الحصول على معلومات عن أمر يجهلها والتحقق من واقعة علمها أو معرفة ما تنوي الحكومة اتخاذه في مسألة بذاتها".

إن العلاقة بين السائل والمسئول - الموجه إليه السؤال - هي ذات طبيعة شخصية على أساس أن عضو البرلمان الذي يطرح السؤال يريد الاستفسار بمحض إرادته عن مسألة معينة من طرف وزير معين بتلك المسألة، وباعتبار شخصه العلاقة فهذا معناه أن عضو البرلمان حر في طرح سؤاله وله أن يواصل إجراءاته كما له التنازل عنه ولا يمكن لأي عضو آخر أن يعقب على رد الوزير الذي وجه إليه السؤال.

ينص الدستور على أنه "يمكن أعضاء البرلمان أن يوجهوا أي سؤال شفوي أو كتابي إلى أي عضو في الحكومة، ويكون الجواب عن السؤال الكتابي كتابيا خلال أجل أقصاه ثلاثون (30) يوما"²⁵، وبالنسبة للأسئلة الشفوية، يجب ألا يتعدى أجل الجواب ثلاثين (03) يوما، يعقد كل من المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة، بالتداول، جلسة أسبوعية تخصص لأجوبة الحكومة على الأسئلة الشفوية للنواب وأعضاء مجلس الأمة.

إذا رأت أي من الغرفتين أن جواب عضو الحكومة، شفويا كان أو كتابيا، يبرر إجراء مناقشة، تجري المناقشة حسب الشروط التي ينص عليها النظام الداخلي للمجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة. تنشر الأسئلة والأجوبة طبقا للشروط التي يخضع لها نشر محاضر مناقشات البرلمان من خلال الممارسة نلاحظ قلة استعمال هذا الإجراء في المجال المالي، رغم أنه لا يترتب عليه أي مسؤولية ولا جزاء قانوني.

أما الاستجواب: فإنه "يمكن أعضاء البرلمان استجواب الحكومة في إحدى قضايا الساعة. ويكون الجواب خلال أجل أقصاه ثلاثون (03) يوما.

يمكن لجان البرلمان أن تستمع إلى أعضاء الحكومة."²⁶

²⁵ - المادة 158 من الدستور الجزائري.

لكن ما يلاحظ في هذه المادة التي تحيلنا إلى القانون العسوي 16-12، وتحديدًا المادة 65 أن الاستجواب يجب أن يوقع من قبل 30 نائبًا من البرلمان أو 30 عضوًا من مجلس الأمة، ونحن نرى أن هذا العدد مبالغ فيه على أساس أن اللجنة في حد ذاتها تتكون من عدد أقل من هذا النصاب، مع انعدام ترتيب الجزاء على هذا الإجراء.

أما بالنسبة للتحقيق البرلماني، فإن ما يميز هذه الوسيلة، أنها لا تعتمد على ما يقدمه الوزراء من بيانات، وإنما يتحرى البرلمان بنفسه هذه البيانات من مصدرها الأصلي، ويكون هذا الإجراء نتيجة أزمة لممارسة البرلمان لاختصاصه ليس بحاجة إلى نص يقررها، وأن عملها ذو طابع مؤقت، إذ تنتهي مهامها بعد انقضاء 6 أشهر المقررة منذ إنشائها مع إمكانية تمديد هذه المدة.

تعتبر مسألة نشر التقارير مسألة اختيارية، وتكون بعد أخذ رأي الحكومة حسب المادة 86 من القانون العضوي رقم 99-02، مع أنه يمكنه أن يدفع الحكومة على اتخاذ إجراءات عملية لسد النقائص المسجلة ومتابعة المتسببين في التقصير الذي اكتشفته لجنة التحقيق.

الفرع الثاني: رقابة عمل الحكومة من "خلال مناقشة برنامج الحكومة والبيان السنوي"

تكون مظاهر عقلنة الرقابة البرلمانية المناسبة في مناسبتين هما: مناقشة برنامج الحكومة، والبيان السنوي للسياسة العامة، وهي مناسبتيه حيث تمكن البرلمان من المراقبة المالية، وتفصح فيه الحكومة عما أنجزته وما هو قيد الانجاز، والعراقيل التي اعترضتها وما هي الآفاق المستقبلية²⁷.

ويمكن أن تؤدي هذه الرقابة إلى سحب الثقة من الحكومة قبل بداية العمل أو تمنح لها الثقة من قبل البرلمان، وبالتالي عدم فعالية الرقابة التي يمارسها المجلس الشعبي الوطني تبدأ من هذا المخطط، وتتأكد بمساندة الأغلبية البرلمانية للحكومة ولرئيس الجمهورية التي يتمتع بها في المجلس الشعبي الوطني، حتى ولو لم يتحصلا عليها في الانتخابات فيلجؤون إلى الائتلاف الحكومي الذي أصبح ظاهرة مكرسة في النظام السياسي الجزائري، وبالتالي أصبح دور المجلس الشعبي الوطني تزكية مخططات عمل الحكومة بدون شك.

إن منح الثقة للحكومة من طرف البرلمان هو ترخيص للحكومة لتنفيذ هذا البرنامج، ولهذا تعتبر هذه الرقابة سابقة؛ لأن الحكومة لم تنصب بعد، ولكنها ليست الأخيرة، فالبرلمان يراقب الحكومة أثناء تنفيذ هذا البرنامج وهي رقابة لاحقة تكون بمناسبة الحصيلة السنوية التي تتقدم بها الحكومة للبرلمان أساسًا للغرفة السفلى؛ لأن الحكومة لا تستمر في السلطة إلا إذا حظيت بثقة النواب، وإن فقدت هذه الثقة فإنها تضطر للاستقالة.

إن بيان السياسة العامة عبارة عن فرصة ثانية منحت لمجلس النواب لمراقبة أعمال الحكومة، حيث تنص المادة 111 على الوزير الأول، أو رئيس الحكومة -حسب الحالة- تقديم بيان عن السياسة العامة إلى المجلس الشعبي الوطني، يمكن أن تنتهي مناقشة بيان السياسة العامة إلى تبني المجلس الشعبي الوطني لملتمس الرقابة

²⁷ - عزة عبد العزيز "الرقابة البرلمانية على الميزانية العامة في الجزائر" مجلة العلوم الاجتماعية العدد 24 جوان 2017 ص 215.

أو لائحة اللوم في حال تحقيق الشروط المطلوبة فيها تؤدي إلى استقالة الحكومة؛ ولكن ذلك أمر شبه مستحيل، لأن الشروط القانونية لتحريك ملتزم الرقابة المفروضة على المجلس الشعبي الوطني معقدة وكثيرة جعل تحقيقها أمراً مستحيلاً، فتنص المادة 111 الفقرة 02 "يمكن أن يترتب على هذه المناقشة إيداع ملتزم رقابة يقوم به المجلس الشعبي الوطني" ويشترط توقيع ملتزم الرقابة من سبع عدد النواب على الأقل وهي نسبة صعبة التحقيق، والتصويت عليه بأغلبية ثلثي من النواب، ويكون ذلك بعد ثلاثة أيام من تاريخ إيداع ملتزم الرقابة. أما طلب التصويت بالثقة هي رقابة برلمانية بمبادرة من الوزير الأول؛ حيث يمكن له طلب تجديد الثقة من البرلمان وذلك إذا كانت عليه معارضة شديدة في الساحة السياسية، ويلجأ إليها بمناسبة بيان السياسة العامة رغم أن هذه الآلية من آليات الرقابة البرلمانية على أعمال الحكومة؛ أنها تعتبر وسيلة ضغط إلا ممنوحة لحكومة ضد البرلمان؛ لأن الحكومة إن لم تتحصل على موافقة مجلس النواب نتيجة هذا الطلب، فإنه يمكن أن تسقط الحكومة أو يحل المجلس حلاً رئاسياً.

المطلب الثاني: عقلنة العمل البرلماني خلال التصويت على قانون تسوية الميزانية

باعتبار أن التشريعات المالية تعتبر من أهم التشريعات الأساسية في الدولة لأنه متعلق بوجود الدولة في حد ذاتها لارتباطها الوثيق باقتصادها، ولهذا كان لا بد من رقابة جادة وفعلية ودائمة على سيرورة المال العام بدءاً من المراحل التمهيدية والتصويت على القانون المالي والتكميلي، انتهاءً إلى قانون ضبط الميزانية، الذي يعتبر رقابة بعدية لتنفيذ القانون المالي السنوي والتكميلي، فما مفهوم هذا القانون (الفرع الأول)، وما هي إجراءاته (الفرع الثاني)؟

الفرع الأول: الأساس الدستوري لقانون ضبط الميزانية

الرقابة البعدية هي التي يمارسها البرلمان عند تصويته على قانون ضبط الميزانية بعد نهاية السنة المالية، حيث ينص الدستور على أنه "تقدم الحكومة لكل غرفة من البرلمان عرضاً عن استعمال الاعتمادات المالية التي أقرتها لكل سنة مالية".

تُختتم السنة المالية فيما يخص البرلمان، بالتصويت على قانون يتضمن تسوية ميزانية السنة المالية المعنوية من قبل كل غرفة من البرلمان.²⁸

بالتالي، ربط المؤسس الدستوري لإفقال السنة المالية بتصويت البرلمان على قانون تسوية الميزانية للسنة المالية بصورة إلزامية، وبهذا يعد هذا الإجراء آلية قانونية لبحث مدى مشروعية وملائمة الإجراءات المتبعة في تنفيذ الميزانية، واعتبرها البعض الآلية الأمثل لتقييم النتائج المترتبة عن تصويت قانون المالية وتحليل شروط تطبيقه.²⁹

²⁸ المادة 2/156 من الدستور الجزائري.

²⁹ صخر عبد الله، التشريع المالي والضريبي، دار الثقافة للطباعة والتوزيع، عمان، 2016، ص 187.

لهذا نص المشرع الجزائري على وجوب إيداع مشروع القانون المتضمن ضبط الميزانية للسنة المالية ضمن الوثائق المرفقة بمشروع قانون المالية، وهذا حتى يتسنى للبرلمان مراقبته باعتبار انه يمثل آخر عمل أو إجراء يتعلق بالدورة المالية³⁰، ونقصد بقانون التسوية " القانون الذي يهدف إلى قفل حسابات الميزانية العام في نهاية السنة المالية بحيث يحدد النتائج المالية لكل سنة مدنية من خلال إظهار الإيرادات المحصلة فعلا وإبراز النفقات الحقيقية مع توضيح الفارق بينهما"³¹.

أو هو القانون الذي يحدد النتائج المالية لكل سنة مدنية، فهو عبارة عن تقرير سنوي يبين المبالغ التي تم فعلا تنفيذها، ففي باب الإيرادات يظهر التحصيل الذي تم فعلا تحقيقه وفي باب النفقات تظهر المبالغ التي تم صرفها بالفعل .

يحتوي الحساب الختامي على اعتمادات الإنفاق المدرجة في الميزانية نوعا نوعا، والاعتمادات الإضافية التي منحت والتجاوزات المرخص بها أثناء السنة المالية والمبالغ التي انققت فعلا مع ذكر أسباب الفروق إن وجدت، وفي الإيرادات يبين الحساب تقرير عن الميزانية لكل باب وبند من الإيرادات والمتحصل فعلا والفرق بين الرقمين زيادة أو نقصان، ومبررات عدم مطابقة الواقع التقدير ان وجد .

وان كان قانون المالية والقانون التكميلي مبنيان على قواعد السنوية والوحدة وإمكانية التعديل البرلماني فإن قانون الضبط لا يحتمل التعديل لأنه تقريري وهو رقابة سياسة ليست لها أي علاقة بالرقابة الإدارية أو القضائية.

الفرع الثاني: الإجراءات القانونية للتصويت على قانون التسوية

نصت المادة 02 من القانون رقم 84-17 المعدل والمتمم على أنه "يكتسي طابع قانون المالية... قانون ضبط الميزانية، وبالتالي إضفائه الطابع التشريعي الذي يرتبط أشد الارتباط بالقوانين الأخرى، ويعتبر المرحلة الأخيرة من مرحل ميزانية الدولة التي تحمل الأرقام الفعلية والحقيقية في حين أن قانون المالية السنوي والتكميلي يتضمنان ارقام تقديرية"³².

ألزمت المادة 76 الحكومة إرفاق هذا القانون بجملة وثائق منها:

- التقرير التفسيري الذي يعده وزير المالية بالتنسيق مع المصالح المختصة "المديرية العامة للمحاسبة، المديرية العامة للتقدير والسياسات" ويبرز فيه الظروف التي تم من خلالها تنفيذ قانون المالية، من حيث إظهار المبلغ النهائي للاعتمادات المفتوحة والنفقات المحققة فعلا، وكذا الفروق بين الرخصة البرلمانية والتعديلات التي طرأت أثناء تنفيذه، كما يجب أن يشير التقرير إلى تغيير طرق وقواعد المحاسبة المطبقة أثناء الممارسة.

³⁰ المادة 68 من القانون 84-17، المصدر السابق.

³¹ لعروسي رابح، قراءة نقدية حول الاجراءات المتعلقة بالتشريع المالي للبرلمان في التجربة الجزائرية، المجلة الجزائرية للدراسات السياسية، المجلد 1، العدد 2، ص 99.

³² صخر عبد الله، التشريع المالي والضريبي، دار الثقافة للطباعة والتوزيع، عمان، 2016، ص 189.

- جداول تنفيذ الاعتمادات المصوت عليها، وتتعلق هذه الجداول بجدول مخصص للحصيلة النهائية لجميع الإيرادات المحصلة خلال السنة المعنية مع الإشارة إلى الفوارق بين التقديرات المسجلة في قانون المالية الأولي والانجازات المحققة، وآخر يوضح كيفية تنفيذ ميزانية التسيير حسب الدوائر الوزارية كما يبين كل التعديلات والتغيرات التي طرأت أثناء تنفيذ الميزانية مشيراً إلى الآليات التي يمكن من خلالها تغطية العجز أو الفائض في حالة تحققهما، أما الجدول الثالث فيبين جميع العمليات المتعلقة بميزانية التجهيز المنفذة من قبل الدولة والتي تم تسجيلها في قانون المالية السنوي مثل رخص البرامج واعتمادات الدفع مع الإشارة إلى الفوارق بين التقديرات والانجازات³³

- التقرير التقييمي لمجلس المحاسبة حول المشروع التمهيدي لقانون تسوية الميزانية، ويتضمن هذا التقرير دراسة مفصلة ودقيقة لجميع العمليات المتعلقة بتنفيذ الميزانية العامة للدولة، حيث يقدم للبرلمان الكثير من المعلومات المدعمة بالحجج والأدلة حول الوضعية الحقيقية للتسيير المالي في الدولة، كما يثري المناقشات داخل البرلمان باعتبار أن مجلس المحاسبة يعتمد على منهجية موضوعية في إعداد التقرير التقييمي حيث تركز على تقديم ملخصا عن المعاينة والملاحظات من قبل مجلس المحاسبة ثم يرسل الملخص إلى مختلف الوزارات قصد تلقي الأجوبة.

يمثل هذا النوع من الرقابة إثبات من الحكومة على أنها قامت بتنفيذ قوانين المالية الخاصة بكل سنة، ولا يعني ذلك إبراء ذمة الحكومة فهو مجرد إيقاف للحسابات واثبات الحالة المالية للدولة لمدة سنة مضت، ولهذا يرى البعض على أنها لا تتضمن رقابة فعالة فهي تظهر على أنها مجرد عمل من أجل التحقيق والملاحظة، وهذا يتجلى في حالة عجز الميزانية، هنا المجلس الشعبي الوطني يضبط ويحدد مواطن الخلل ثم يصدر قرار يتضمن توصياته وتوجيهاته إلى السلطة التنفيذية بغية تمكينها من تفادي ذلك مستقبلا وبالتالي فإن هذا النوع هو رقابة تقييمية وليست حسابية³⁴.

على الرغم من أن البرلمان يملك سلطة رفض التصويت على قانون ضبط الميزانية، وبالتالي رفض المصادقة على الاعتمادات التي صرفت فعلا، وإذا كان الرفض ممكنا قانونا، إلا أنه يبقى دون جدوى من الناحية العملية، على اعتبار أنه يستحيل على البرلمان التراجع عن عمليات مالية سبق تنفيذها، لذلك تبقى سلطة البرلمان في مواجهة الحكومة ضعيفة لا تتعدى توجيه اللوم إليها، وبالتالي فالكثيرون يرون أن الرقابة البرلمانية اللاحقة على تنفيذ النفقات العمومية تعتبر عديمة الاثر³⁵.

33- المرجع نفسه، ص 191.

34 - بقالم مراد، مكانة قوانين ضبط الميزانية في الجزائر-دراسة مقارنة- مجلة الدراسات القانونية المقارنة، المجلد 04، العدد 2018، ص 240.

35- يوسف خنفور، تأثير العقلنة في العمل البرلماني، مجلة القانون والأعمال، جامعة الحسن الأول، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية 1999، العدد 42، ص 140 .

وفي حالة تأخر الحكومة عن إيداع مشروع قانون ضبط الميزانية، وهو الممارس في الحياة السياسية ورغم مخالفته لنص المادة 179، فإنه يؤدي إلى تعطيل العمل الرقابي داخل المؤسسة التشريعية، فبدون وجود مشروع قانون ضبط الميزانية لا يمكننا الحديث عن رقابة برلمانية لاحقة على تنفيذ النفقات العمومية الواردة في مشاريع قوانين المالية، بحيث لا توجد طريقة أخرى يمكن أن تبين مسار الاعتمادات المالية، ويعتبر تقصير البرلمان هو السبب الرئيس لهذا التأخر باعتبار أنه لا توجد مادة قانونية تلزم البرلمان التصويت على الميزانية في مدة محددة، رغم أن الهدف منه هو إثارة مسؤولية الحكومة.

خاتمة

نخلص من خلال هذه الدراسة إلى أن المؤسس الدستوري الجزائري قد اتجه نحو العقلنة البرلمانية على غرار المؤسس الدستوري الفرنسي، لكن الفرق أن عقلنة العمل في فرنسا جاءت نتيجة تجاذبات سياسية أدت إلى عدم الاستقرار السياسي، بينما، في الجزائر، لا تعدو أن تكون مجرد آلية دستورية لتقييد عمل المؤسسة التشريعية واضعاف أدائها في مجال التشريع المالي والمراقبة عليه.

الأمر الذي أدى إلى انفراد الحكومة بإعداد مشاريع قوانين المالية، في ظل غياب إشراك فعلي للبرلمان في هذه العملية، مع كثرة القيود الدستورية والقانونية التي تكبح السلطة المالية للبرلمان، وتعيق تفعيل آلياته الدستورية والقانونية في مجالي التشريع المالي ومراقبته، مما جعل منه مجرد ناد للنقاش، يتمتع بحرية أكبر للتداول دون التقرير، وهذا ما أدى إلى التأكيد تدخل السلطة التنفيذية في التشريع المالي، تجاوز حد التعاون والتكامل³⁶ والتوازن المتعارف عليها في النظام البرلماني، إلى السيطرة الفعلية تجاوزت مبدأ العقلنة في حد ذاتها.

يستدعي هذا الوضع الخطير إصلاح الدور المالي للبرلمان عبر جملة من الاقتراحات نوردتها فيما يلي:

1- الإشراك الفعلي والجاد للبرلمان في إعداد قوانين المالية المختلفة، وتفعيل دور اللجان المكلفة بدراسة المالية العامة.

2- تحسين شفافية المعلومات المقدمة للبرلمان وتيسير مقروئتها.

3- ترتيب جزاء على الحكومة في حالة عدم تقيدها بالآجال الدستورية لإيداع مشاريع قوانين المالية.

4- خلق آليات استشارية متخصصة في التشريع المالي لمساعدة الأعضاء البرلمانيين، مزودة بأحدث التقنيات في مجال المحاسبة وكل ما له علاقة بالضريبة.

5- تفعيل آليات الرقابة البرلمانية على الحكومة واعطاء البرلمان صلاحية التعديل في مشروع قانون المالية.

6- استعمال مصطلح مشروع قانون المالية، بدل قانون المالية قبل اصداره من قبل رئيس الجمهورية.

7- رفع تمتع رئيس الجمهورية في حل البرلمان من العمل السيادي الغير مسؤول؛ وجعله اختصاصا سياسيا يخضع للرقابة.

استقرار القواعد الدستورية

إكرام دربال (1)

(1) طالبة دكتوراه، كلية الحقوق و العلوم السياسية، مخبر البحث حول فعالية القاعدة القانونية، جامعة عبد الرحمان ميره، بجاية، 06000، الجزائر.

البريد الإلكتروني: ikram.derbal@univ-bejaia.dz

عبد المالك صايش (2)

(2) أستاذ، كلية الحقوق و العلوم السياسية، مخبر البحث حول فعالية القاعدة القانونية، جامعة عبد الرحمان ميره، بجاية، 6000، الجزائر.

البريد الإلكتروني: maleksaiche@hotmail.fr

الملخص:

تعتبر الإصلاحات الدستورية ممارسة عادية لمواكبة التطورات الحاصلة في الدولة على صعيد النظام الدستوري للدولة، إلا أن واقع الحال في التجربة الجزائرية فيما يتعلق بمسألة التعديل الدستوري أصبح دون أدنى شك يمس مقومات القواعد الدستورية من ثبات و استقرار. و هذا راجع إلى أن التعديل الدستوري في الجزائر في حقيقة الأمر مرتبط بإرادة السلطة دون أن تكون مشاركة الشعب في العملية فعلية مما يساهم في الحفاظ على استقرار الدستور، الأمر الذي كان له عديد التداعيات السلبية على أسمى وثيقة قانونية في الدولة.

الكلمات المفتاحية:

تعديل دستوري، هندسة دستورية، الشرعية، الحراك الشعبي، النظام السياسي

تاريخ إرسال المقال: 2021/05/21، تاريخ مراجعة المقال: 2021/12/16، تاريخ نشر المقال: 2021/12/31.

لتهميش المقال: دربال إكرام، صايش عد المالك، "استقرار القواعد الدستورية"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد 12، العدد 03، السنة 2021، ص ص 158-173.

<https://www.asjp.cerist.dz/en/PresentationRevue/72>

المقال متوفر على الرابط التالي:

المؤلف المراسل: دربال إكرام، ikram.derbal@univ-bejaia.dz

The Stability of Constitutional Norms

Summary:

Constitutional reforms are considered normal practice to keep pace with the ongoing development in the country with respect to its constitutional system. However, the reality of the situation and the Algerian experience with regard to the question of the constitutional amendment has undoubtedly affected and deeply affected the voters of constitutional rules and their constant stability.

This is due to the fact that the constitutional amendment in Algeria is in fact linked to the will of the authority without the participation of the people in the process being real, which contributes to the maintenance of the stability of the constitution, which has generated numerous negative repercussions on the most sacred of the highest legal documents of the state.

Keywords:

Constitutional amendment, constitutional architecture, legitimacy, popular movement, political system.

Stabilité des normes constitutionnelles

Résumé :

Les réformes constitutionnelles sont considérées comme une pratique normale pour suivre le rythme du développement en cours dans le pays en ce qui concerne son système constitutionnel. Cependant, la réalité de l'expérience algérienne en ce qui concerne la question de l'amendement constitutionnel a, sans aucun doute, affecté profondément les fondements de constance et de stabilité des règles constitutionnelles.

Cela est dû au fait que l'amendement constitutionnel en Algérie est en fait lié à la volonté du pouvoir, sans que la participation du peuple au processus soit réelle, ce qui contribue au maintien de la stabilité de la constitution, ce qui a engendré de nombreuses répercussions négatives sur le plus sacré des documents juridiques de l'État.

Mots clés:

Amendement constitutionnel, architecture constitutionnelle, légitimité, mouvement populaire, système politique

مقدمة

إن تردّي الأوضاع في الجزائر في الفترة الأخيرة نتيجة وجود نظام سياسي فاسد، قد ساهم إلى حد بعيد في خروج الشعب تحت إطار أطلق عليه الحراك الشعبي تنديدا بالممارسات التي تطال دولة القانون، وكذا طلبا في استرداد حقه الشرعي في السيادة الذي سلب منه، هذا الوضع سرعان ما انبثق عنه محاولات شبة إصلاحية من النظام لعل أبرزها اللجوء إلى التعديل الدستوري.

و رغم أن تنقيح الوثيقة الدستورية أمر لا بد منه، بل وتقتضيه الضرورة التي يمكن تلخيصها في مواكبة الحقائق والظروف الجديدة التي تستدعي هذه المراجعة استجابة لتطلعات الشعب، هاته النقطة بالذات لها أبعاد هامة خاصة ما تعلق منها بتطوير النظام الدستوري للدولة، وإعادة بعث الرابطة بين الحكام والمحكومين من خلال أسمى وثيقة في دولة الحق والقانون وهي الدستور.

إلا أن عملية التعديل الدستوري تصطدم بطبيعة القاعدة الدستورية ذاتها، هاته الأخيرة التي تتمتع بالاحترام من قبل السلطات داخل الدولة وكذا أفراد المجتمع ما يؤهلها أن تكون أعلى الهرم القانوني، وأن تحظى بصفتي الثبات والاستقرار التي تفرض على المؤسس الدستوري وهو بصدد وضع قواعد دستورية أو تعديلها أن يراعي هاته الخصائص.

إلا أن واقع الحال في الجزائر يثبت عكس ذلك، هذا لأن ثبات القواعد الدستورية مرهون بإرادة النظام السياسي الذي ما لبث أن عمد إلى تعديل الوثيقة الدستورية في كثير من المحطات المهمة في تاريخ الدولة الجزائرية، لعل آخرها التعديل الدستوري لسنة 2020. وإن كانت هاته الإصلاحات في ظاهرها تأتت نتيجة المطالب الشعبية القائلة بإرجاع قيمة الوثيقة الدستورية، وإن كان كذلك يصعب الوصول إلى النية الحقيقية من التعديل من خلفياته وأهدافه إلا أنه يمكننا تسليط الضوء على الإشكالات التي يثيرها تذبذب استقرار القواعد الدستورية في الجزائر، فما هي الآثار المترتبة على التعديلات المتتالية التي تطال الوثيقة الدستورية في فترات تكاد تكون قصيرة مقارنة بما تتمتع به القاعدة الدستورية من ثبات؟

فلا بد أنه ونظرا لكثرة التعديلات أن تكون هناك تجليات سلبية تهدد القاعدة الدستورية ذاتها في تكوينها وتأثيرها (المحور الأول)، كما أن هاته الآثار تمتد أبعادها إلى أكثر من ذلك أين ساهمت التعديلات الدستورية أو عمقت في الأزمة بدل أن تساهم في حلها (المحور الثاني).

المحور الأول: التعديلات الدستورية - بين إعادة التشكيل وتعميق الأزمة -

لئن كان التعديل الدستوري الهدف منه هو خلق توازن بين الرغبة في تكييف القواعد الدستورية مع الحقائق الجديدة التي تطرأ والرغبة في الحفاظ على الثوابت الدستورية من مقومات ومبادئ، بغية إزالة الفجوة بين هاته النصوص ورغبة المجتمع في التطور الديمقراطي، إلا أن واقع الحال في الجزائر يظهر أن الأزمة تزداد عمقا

أين تتجلى مظاهر فشل الإصلاح الدستوري على قيمة القواعد الدستورية من جهة (أولاً) وكذا من وضعت من أجلهم هاته القواعد (ثانياً).

أولاً: تجليات التعديلات الدستورية على القيمة الذاتية للقواعد الدستورية

إن القواعد الدستورية هي نتاج إيديولوجية سياسية معينة تتبناها الدول حتى تعبر عن واقع الحال أين يفترض فيها أن تعكس طبيعة النظام السائد وطبيعة المجتمع ذاته، وأن تؤسس الوثيقة الدستورية لأكثر خصائصها أهمية من استقرار و ثبات، إلا أن التجارب العربية بصفة عامة لا تعكس تجاربها الدستورية بالضرورة الواقع المعاش أو أنها تخدم النظام كما هو الحال في الجزائر (1) الأمر الذي يؤدي إلى تعدد التعديلات دون نتيجة، بل العكس تماماً أين تمس كثرة التعديلات مقومات القاعدة الدستورية من ثبات واستقرار (2).

1/ دساتير الأزمات - لآتسير الأزمات -

لا خلاف حول اعتبار الدساتير التي عرفتها الجزائر منذ الاستقلال بأنها دساتير صيغت لتجاوز الأزمات التي واجهتها البلاد، بداية بدستور 1963 الذي وضع تنويجا لأزمة صائفة 1962 بين قادة الثورة، ولم يعمر هذا الدستور سوى أيام معدودة بعد لجوء رئيس الجمهورية إلى تطبيق المادة 59 منه، والتي كانت تخوله اتخاذ تدابير استثنائية في الظروف الخطيرة.¹

و نتيجة الفراغ الدستوري الناجم عن حركة 19 جوان 1965، والتي علق على إثرها العمل بالدستور رسمياً صدر الأمر 65-182، حيث ذهب البعض إلى تكييف هذا النص بمواده السبعة على أنه دستور صغير ومؤقت، والذي تم من خلاله تسيير الدولة لمدة 11 سنة كاملة وعلى الرغم من أن المدة كانت طويلة إلا أن دستور 1976 لم يخرج عن سابقه أين جاء لدسترة الممارسة التي أعقبت التصحيح الثوري، والتي تميزت بشخصنة السلطة وتركيزها في يد رئيس الجمهورية في غياب فصل واضح بين السلطات وهو ما أخضعه لثلاث تعديلات متتالية كان أبرزها الذي أعقب أحداث أكتوبر 1988، كآلية لتجاوز الأزمة التي عايشتها البلاد آنذاك ليتوج بوضع دستور جديد للبلاد في فيفري 1989، في محاولة للتأقلم مع الوضع الداخلي والدولي آنذاك والذي تميز بآتساع المطالب الديمقراطية.

غير أن هذا الدستور الجديد لم يصمد هو الآخر أكثر من ثلاث سنوات بسبب قصور النص الدستوري والذي كان سبباً مباشراً للأزمة الدستورية والسياسية والأمنية التي واجهتها البلاد. وبعد مرحلة انتقالية سيرت فيها البلاد بمؤسسات ظرفية وانتقالية تم وضع دستور جديد في نوفمبر 1996، في محاولة لتجاوز آثار الأزمة، والتعجيل بالعودة للشرعية الدستورية، ونظراً للظروف الاستعجالية التي وضع فيها دستور 1996 فقد كان

¹ تنص المادة 59 من دستور 1963: "في حالة خطر وشيك الوقوع، يمكن رئيس الجمهورية اتخاذ تدابير استثنائية لحماية استقلال الأمة ومؤسسات الجمهورية.

ويجتمع المجلس الوطني وجوباً"

عرضة للعديد من التعديلات بداية بتعديل سنة 2002 وسنة 2008،² ثم التعديل الدستوري لسنة 2016. هذا التعديل الذي جاء كخطوة استباقية من السلطة مخافة انتقال عدوى الثورات العربية التي عرفتها المنطقة في تلك الفترات، وكذا نتيجة الاحتجاجات الشعبية التي عرفها الشارع الجزائري سنة 2011 أين ألقى رئيس الجمهورية آنذاك عبد العزيز بوتفليقة خطابا موجه للشعب في 15 أفريل من نفس السنة وأعلن عن عزمه القيام بجملة من الإصلاحات السياسية على رأسها تعديل الدستور ولم يصدر هذا الإصلاح الدستوري إلا سنة 2016.³

و لعل المنتتبع لمسار التعديلات الدستورية في الجزائر يعرف جيدا أن الأزمة لم تكن يوما أزمة نصوص قانونية بقدر ما كانت أزمة ممارسات، و لم يكن يراد بالتعديل الدستوري المنكر إلا محاولة السلطة تغطية أخطائها و ممارساتها غير الشرعية و التي تخرج عن الإطار الدستوري و إن كان من وضعها و هذا ما جعل التعديلات تتوالى و هو ما أدى إلى عدم استقرار القاعدة الدستورية مما يضعف فعليتها على أرض الواقع مما جعلها لا تعدو أن تكون مجرد شعارات كما اصطلح عليها البعض لأنها فقدت قيمتها سواء من السلطة أو المواطنين.

و الأمر لم يتوقف عند هذا الحد فالممارسات غير الشرعية التي كانت ولا زالت مستمرة أدت إلى تزايد المطالب الشعبية، حيث انتفض الشعب للمطالبة باسترداد حقه في السيادة الشعبية أين خرج يوم 22 فيفري 2019 فيما أطلق عليه الحراك الشعبي رافضا رفضا قاطعا كل التجاوزات الحاصلة في الماضي وعازما أكثر على بعث دولة الحق والقانون من جديد أملين في جزائر جديدة.

هذا الحراك الشعبي أيضا أسفر عن نية النظام الجديد إن صح قول هذا عليه في تعديل آخر للدستور، أين أصبح الدستور في الجزائر ممسحة أخطاء النظام والحكام وهو ما تجسد فعليا على أرض الواقع أين صدر التعديل الدستوري لسنة 2020 شهر ديسمبر.⁴ هذا التعديل الذي عبر عنه بعض فقهاء القانون الدستوري بأنه جاء فقط لإضفاء الشرعية على تصرفات السلطة التي خرقت الدستور في العديد من المحطات السابقة طيلة الفترة الانتقالية وحتى بعدها. الأمر الذي يدفعنا للتساؤل هل أن المشكلة حقا هي مشكلة قاعدة دستورية في الجزائر حتى نخضعها لهذا الكم الهائل من التعديلات و ننتاسي ما تقتضيه طبيعتها القانونية، أم أن الأمر أعمق من ذلك؟

²عمار عباس، التعديلات الدستورية في الجزائر من التعديل الجزئي إلى الإصلاح الدستوري الشامل دراسة لإجراءات التعديل القادم ومضمونه، الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية، العدد 12، جوان 2014، ص 101.

³جهيدة ركاش، التحولات السياسية في المنطقة العربية ومسألة التعديلات الدستورية: قراءة في التعديل الدستوري الجزائري الجديد، الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية، العدد 17، جانفي 2017، ص 181.

⁴مرسوم رئاسي رقم 20-442، مؤرخ في 30 ديسمبر 2020، المتضمن إصدار التعديل الدستوري المصادق عليه في 1 نوفمبر 2020، جريدة رسمية عدد 82. الصادر في 30 ديسمبر 2020.

و لا يخفى علينا أنه و إن كان التعديل الدستوري من متطلبات التحول الديمقراطي إلا انه يجب أن تكون هاته التعديلات عميقة موضوعية و فعالة تؤسس لدولة القانون لا أن تكون مجرد تعديلات شكلية بحيث تفقد القاعدة الدستورية قيمتها، و تؤثر سلبا على جودة الدستور من حيث الشكل أين نرى أن الدستور أصبحت بنوده مضخمة و هذا لا يتناسب مع ما يتطلبه القالب الهيكلي الذي توضع فيه القاعدة الدستورية، كما أن ما يعالجه الدستور أو التعديل الدستوري من موضوعات من شأنها أن تحدد جودة القاعدة الدستورية من عدمها و لا بد من الإشارة إلى تطبيق القواعد الدستورية و نقلها إلى أرض الواقع هو المعيار الذي يمكن من خلاله تحديد ما إذا كان هناك مواطن خلل أم لا في الدستور على سبيل المثال نص المادة 102 تعديل 2016 التي تعتبر نظام خاص لتسيير مؤسسة رئاسة الجمهورية في حالة حدوث مانع و التي طرحت بدورها العديد من الإشكالات التقنية حال تطبيقها، أين تعتبر المادة 102 النموذج الذي أثبت عدم فعاليته في مواجهة الوقائع المادية المفاجئة التي وضعها المؤسس من أجلها نظرا لعدة أسباب، منها ما تعلق بمحدودية التنظيم أين لا تغطي المادة كافة أشكال الشغور المؤسسي، مما يجعل طبيعة الموانع ضيقة.

و الأكثر من هذا فإن الإرادة السياسية تبقى أقوى دائما من تطبيق القانون، أين تبقى هاته المادة رهنا بإرادة السلطة في الدولة⁵ و هو ما تكرر فعليا حتى قبل دخول التعديل الدستوري الأخير حيز التطبيق.

2/ انعدام مقومات جودة القواعد الدستورية:

إن القواعد الدستورية بوصفها الضابط الناظم في أي نظام سياسي فهي تحظى باحترام كبير من قبل أفراد المجتمع وكذا السلطات المشكلة لنسيج الدولة، لما تكتسبه من أهمية قصوى ومفصلية في حياة الدول والشعوب، الأمر الذي يؤهلها بحق أن تكون في قمة تنظيم الهرم القانوني في الدولة، وعليه فإن استقرار القواعد الدستورية وثباتها من شأنه العمل في خانة استقرار باقي القوانين، وهذا راجع أساسا إلى الصفات التي تميز هذه القواعد. فهي أكثر القواعد ثباتا من القواعد العادية، ومن ثم كان لزاما على المؤسس الدستوري أن يخص هذه القواعد بصفات تميزها عن غيرها في الهرم القانوني.

وعليه فإن جودة القواعد الدستورية من شأنه إمداد الدستور بصفتي الثبات والديمومة الأمر الذي يحمي الدستور ابتداء من عوامل الانتهاك أو الخرق، وكذلك يؤسس بدوره لدولة الحق والقانون.⁶

⁵ لوشن دلال، عن فعالية المادة 102 من الدستور في تسيير الأزمات القانونية المترتبة عن حالات الشغور، المجلة الأكاديمية

للبحث القانوني، المجلد 11، العدد 01، ص ص. 30-47

⁶ خالد روشو، جودة القاعدة الدستورية ضمانا لحماية الدستور، مجلة القانون الدستوري والعلوم الإدارية، العدد الرابع،

سبتمبر 2019، ص 54.

وبمفهوم المخالفة فإنه لا يمكن أن نؤسس لاحترام القواعد الدستور المنبثقة من طبيعتها القانونية باعتبارها أسمى القواعد في الدولة والحفاظ على خصائصها من ثبات واستقرار إذا لم يراعى عند وضع أو تعديل الدستور مقومات جودة القاعدة الدستورية.

أ/ القيمة القانونية للقاعدة الدستورية أساس دولة القانون:

لما كانت القاعدة الدستورية تعكس النظام السياسي للدولة، وتعد المرجعية الشرعية لباقي القوانين، فإن جودة هاته القواعد بالضرورة من شأنه توضيح معالم النظام ومؤسساته الفاعلة ومراكزه المفصلية، وكذلك تحديد الحقوق والحريات، فتبعا للطبيعة القانونية لها فإنه يقع تحت طائلة الحظر والمنع. ذلك أن قيمتها القانونية من شأنها إرساء الثبات والاستقرار في النظام القانوني والمجتمعي للدولة، بل وتمنح الصفة القانونية لجميع القواعد المطبقة في الدولة.⁷

ب/ جودة القاعدة الدستورية ضمانا لحماية الحقوق والحريات:

على اعتبار مسألة الحقوق والحريات قضية مصيرية حساسة في كل نظام سياسي، بل من خلال هذه القيم نستطيع معرفة مدى ديمقراطية الدولة في تسيير شأنها، وعلاقتها بمواطنيها، لذا ينبغي أن تصاغ القواعد الدستورية المتعلقة بالحقوق والحريات بالشكل الذي يفهمه المواطن البسيط لأنه في النهاية هو الطرف المخاطب بها، لذا يجب أن تكون هذه القواعد جيدة من جميع جوانبها حيث لا تكون غامضة ولا مبهمة وغير قابلة للتفسيرات والتأويلات وهذا ما يعكس جودة القاعدة الدستورية.⁸

وتجدر الإشارة أن حماية حقوق الإنسان وتعزيزها بفاعلية لا يتحقق من خلال إدراج شرعة حقوق الإنسان في الدستور فحسب، بل ينبغي مراعاة الصياغة عند وضع كل قاعدة من قواعده وتبيان ما إذا كان الحق المحمي المفرد ينبغي خضوعه للتقاضي، وقابلا للتطبيق مباشرة والإنفاذ أمام الهيئات القضائية.⁹

فمراعاة هاته المقومات من شأنه العمل على إرساء نظام دستوري ثابت بعيد عن الأزمات الظرفية و الإرادة الشخصية للنظام الحاكم في الدولة بحيث يكون وضع الدستور في أطر قانونية و إجرائية سليمة من شأنها المساعدة على التأسيس لاستقرار القواعد الدستورية و ثباتها مما يجعل الدستور أكثر فعالية في تسيير شؤون الدولة.

⁷ خالد روشو، نفس المرجع، ص 57.

⁸ خالد روشو، نفس المرجع، ص 59.

⁹ توماس تريبا، ورشة عمل حول "حماية حقوق الإنسان في الإطار الدستوري"، صنعاء، اليمن، يومي 18 و 19 يونيو 2013. ص 16-17.

ثانيا: تجلياتها على المخاطبين بالقواعد الدستورية

إن تجليات التعديلات الدستورية في الجزائر على المخاطبين بها أصبحت جلية للعيان، أين نشهد تكرارا للسينايروهات المتعلقة بالأحداث السياسية وإن تعددت أسبابها فإنها لا محالة تؤدي لنتيجة واحدة حسب التجربة الجزائرية وهي التعديل الدستوري. الذي أصبح دون أدنى شك يؤثر على فعالية القاعدة الدستورية من حيث مدى استجابة الحكام والمحكومين لها على أساس أن قواعد الدستور لها وثيق الصلة بنظام الحكم والحكام والمحكومين. أين ترتبط فكرة فعالية القاعدة الدستورية بمرجعية ومصدر القاعدة ذاتها، حيث يجب أن تكون في مستوى يفوق ويعلو طرفي العلاقة الدستورية التقليدية(1) وكذا وجوب الاحتكام إليها. كما أن خلق القاعدة الدستورية في بيئتها الاجتماعية الحقيقية يساهم إلى حد كبير في تفعيل الدستور ديمومته واستقراره.(2)¹⁰

1/ المركز القانوني لرئيس الجمهورية- الهيمنة المستمرة:-

لقد وصف البعض أن مرحلة دستور 1996 تعتمد على النهج الإيديولوجي، الذي يميل إلى الاستبداد ومحاولة جعل النص الدستوري يصب في مصلحة تدعيم بقاء النظام على حاله، هو دستور أزمة فعلا، جاء لخدمة أغراض فئوية وظرفية، دون مراعاة المصلحة العامة والبناء الرصين لدولة المؤسسات التي لا تزول بزوال رجالها. وهو ما يخلق مفارقة بين رغبة المؤسس الدستوري في إرساء نظام دستوري مستقر ومحاولته الخروج من أزمة معينة، وهي ميزة النظام الجزائري المعروف بطول الفترات الانتقالية وقصر عمر المراحل العادية¹¹ ما انجر عنه أربع تعديلات متتالية.

وعليه يمكن القول بأن الدساتير السابقة التي عرفت الجزائر بتعديلاتها ما هي إلا دساتير أشخاص وليست دساتير مؤسسات كانت في مجملها تستهدف تعزيز مركز رئيس الجمهورية وتؤسس أكثر للإنفراد بالسلطة مما يجعل باقي المؤسسات في حالة تبعية، جل هاته المعطيات تدعم فكرة تكييف النظام السياسي على أنه نظام رئاسوي أين يتم استنساخه في كل مرة يتم فيها وضع دستور جديد أو تعديله وهو ما سيؤدي حتما إلى حدوث انسداد سياسي وخلق أزمات أخرى.

و لا يتوقف تأثير هاته الممارسات على الحياة السياسية إنما يمتد إلى المساس باحترام القواعد الدستورية وقدسيتها وطبيعتها التي تستوجب الثبات والاستقرار، أين يصبح الدستور كما أشرنا آنفا ممسحة أخطاء النظام وسبيل من سبل تقوية مكانة رئيس الجمهورية بحيث يصبح الحاكم فوق الدستور. وهذا راجع إلى تأثيرات السلطة في الأشخاص كما أشار إلى ذلك مونتسكيو، وكذا طبيعة الحكم ذاته.

¹⁰ جابر صالح، أثر فعالية القاعدة الدستورية في تكريس الأمن القانوني-قراءة في الفقه القانوني والفقه الإسلامي-، مجلة الدراسات الفقهية والقضائية، المجلد 04، العدد02، 2018، ص 47 ص 48.

¹¹ نفيسة بختي، التعديل الدستوري في الدول العربية بين العوائق والطلول، أطروحة دكتوراه في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أوبكر بلقايد، تلمسان، 2016، ص 212 ص 214.

2/ الشعب و الدستور - الرابطة المنعدمة - :

لقد ذهب الفقه القانوني إلى القول بان فعلية أي قاعد قانونية وعلى رأسها القواعد الدستورية مرتبطة بشكل أساسي بالفهم الاجتماعي للقاعدة ذاتها، أين يمكن من خلال ذلك التأسيس لديمومة القواعد الدستورية واستقرارها. وقد ربط الفقه الإنجلوسكسوني الفهم الإجماعي للقاعد الدستورية بخصائص القاعدة القانونية ذاتها باعتبارها قاعدة سلوكية اجتماعية، وقد اجمع الفقه على الأثر المترتب على الصفة الاجتماعية للقاعدة الدستورية وهو استجابتها لظروف المجتمع وحاجاته أن تعكس بالضرورة متطلبات الشعب.¹²

حيث أن قرب القاعدة القانونية من الشعب الذي يعتبر صاحب السيادة في الدولة من شأنه أن ينعكس بالإيجاب على وضع القواعد الدستورية واستقرارها ذلك أن استيراد القواعد من الدول أو الأنظمة المجاورة ومحاولة جعلها تتطابق وطبيعة المجتمع الجزائري والنظام السياسي الذي يعرف دائما بخصوصيته في التطبيق لا يحل الأزمة بل من شأنه أن يساهم في تصعيد الأزمة أكثر.

و ما زاد من نفور الشعب عن الدستور هو محاولة إقصاء نوابه في السلطة التشريعية من خلال وضع شروط تعجيزية تحول دون تمكن البرلمان من المشاركة في عملية التعديل الدستوري مما يجعلها حكرا فقط على رئيس الجمهورية، أين نص الدستور على أنه يمكن ل ثلاثة أرباع $\frac{3}{4}$ أعضاء غرفتي البرلمان مجتمعين معا من المبادرة باقتراح التعديل الدستوري على رئيس الجمهورية، وهي أغلبية صعبة التحقيق و تشكل حاجزا منيعا يؤدي إلى الإقصاء التام لممثلي الشعب من المشاركة في السلطة التأسيسية حيث يبقى هذا الاقتراح مرهونا بإرادة رئيس الجمهورية، و مما يزيد من هيمنة رئيس الجمهورية على عملية التعديل هو نص الدستور على عدم إمكانية تفعيل المادة 211 في حالة غياب رئيس الجمهورية.¹³ ذلك طبقا لنص المادة 104 فقرة 3 من الدستور.¹⁴

لكن أخطاء النظام وعثراته وإن تعددت لا يمكن أن تعفي من الحديث عن مستوى الوعي السياسي الذي يتمتع به الشعب المخاطب بمثل هاته القواعد والذي بدوره يساهم ولو بطريقة غير مباشرة في وضع القواعد الدستورية والمشاركة في تعديلها. فهل بلغ الوعي السياسي اللازم وتجسدت لديه ثقافة الحفاظ على الدولة كظاهرة متميزة فريدة معبرة عن رقي فكري يمكنه من ممارسة حقه في التعديل؟¹⁵ و بالتالي فإنه ومن وجهة نظرنا

¹² جابر صالح، مرجع سابق، ص 47.

¹³ أومايوف محمد، عن الطبيعة الرئاسوية للنظام السياسي الجزائري، أطروحة دكتوراه في القانون، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2013، ص 294.

¹⁴ و هو ما يقضي به التعديل الدستوري الأخير لسنة 2020 أين لم يطرأ أي تغيير.

¹⁵ لبركات محمد، أسباب وأهداف التعديل الدستوري في الجزائر -دراسة في ظل التحولات العربية الراهنة-، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، المجلد 3، العدد 05، 2016، ص 90.

الأزمة في الجزائر هي أزمة مزدوجة هي أزمة حكام ومحكومين أزمة حاكم يستورد قوانين لا تمت بصلة إلى أرض الواقع الجزائري المعاش، وأزمة وعي سياسي ساهم أكثر في تزويد الأزمات وخلق الثغرات التي تفتح المجال أمام الفساد والمشاكل الاجتماعية.

هذا وإن تقليص دور الرقابة الشعبية في فترة مضت، التي تعد بدورها فاعل أساسي في حماية الدستور و الحفاظ عليه مما يؤدي بالضرورة إلى استقرار قواعده، ذلك أن للرأي العام الحق في رقابة السلطة متى ما خرجت عن الأطر الدستورية، و يشترك في تكوين الرأي العام مختلف الهيئات و التنظيمات الشعبية و مؤسسات المجتمع المدني و الأحزاب و التي تعد الصحافة الفاعل المشترك الذي يمكن من خلاله التعبير عن موقف الرأي العام و تعبئة الجماهير و إن تغييب فواعل المجتمع المدني و التعنيم الإعلامي من شأنه أن يحول دون توعية و تعبئة الشعب للتأثير في السياسات العامة و تعميق مفهوم احترام الدستور و سيادة القانون.¹⁶

المحور الثاني: تداعيات عدم استقرار القواعد الدستورية:

من الواضح عند الاطلاع على التجربة الدستورية الجزائرية منذ أول وثيقة دستورية لسنة 1963 أنها تعرف تذبذبا وعدم استقرار، فإن لم يتغير الدستور ذاته عرف هذا الأخير جملة من التعديلات المتتالية التي تكون في ظاهرها بغية مسايرة التغيرات السوسولوجية الحاصلة أو تلبية للمطالب الشعبية، إلا أن كثرة هاته التعديلات قد أثرت دون شك في طبيعة القاعدة الدستورية ذاتها وما تتطلبه هاته الأخيرة من ثبات (أولا)، كما أن التعديل الذي لا يعكس في الحقيقة الإرادة الشعبية لا يمكن أن يحل الأزمة بل بالعكس يزودها (ثانيا).

أولا: سمو الدستور: بين التعديل وقيم الديمقراطية.

يعد الدستور الوثيقة التي تضمن التعايش بين السلطة والحرية حيث يتضمن القواعد الخاصة بتنظيم السلطة السياسية في الدولة وفي المقابل يحرص على تجسيد حقوق وحرية المواطن، هاته الأخيرة التي تعد بمثابة قيود على الحكومات يستلزم تطبيقها وهي المعيار الفاصل في إسباغ صفة الديمقراطية على الدستور من عدمها¹⁷ (1)، ولا يمكن فصل الديمقراطية عن أبرز مقوماتها وهو مبدأ سمو الدستور الذي يعرف تذبذبا في التجربة الجزائرية نتيجة التعديلات المتتالية التي تشهدها الوثيقة الدستورية (2).

¹⁶ أونيسي ليندة، ضمانات نفاذ القواعد الدستورية في الجزائر، مجلة المفكر، العدد 10، ص ص 250-263.

¹⁷ نفيسة بختي، مرجع سابق، ص 2.

1/ قيم الديمقراطية: الضرورة المغيبة

يكيف النظام الديمقراطي قانونا أنه نظام سياسي يباشر من خلاله الشعب سيادته بواسطة أجهزة تمثيلية منتخبة، تستلزم مواطنين أحرار، حكومة مسؤولة، إحترام إرادة الأغلبية، حماية حقوق الأقلية، وهو النظام السياسي الوحيد الذي يضمن الحريات الأساسية والمدنية وحق المشاركة.¹⁸

ومما لا شك فيه أن صفة الديمقراطية تتسحب على الدستور ذاته كونه الحامل في مضمونه لدفتي السلطة والحريات في نفس الوقت، ولعل ما يجعله جديرا بهاته الصفة هو استناده إلى جملة مقومات تضي صبغة الديمقراطية عليه وتبعده عن الدساتير الموضوعية. ومن أهم مقومات الدستور الديمقراطي أن تكون السيادة فيه للشعب، وأن يحترم فيه فصل السلطات وضمان الحقوق والحريات، وأن يتم الاعتراف بالتداول السلمي للسلطة، بالإضافة إلى مؤشرات الشفافية والرقابة والمحاسبة والمساءلة ومؤشرات ترشيد السلطة والنظام السياسي.¹⁹

إلا أن الأنظمة العربية في مجملها لم تصل إلى مفهوم الدولة القانونية وإلى فلسفة الديمقراطية كأسلوب لسلطة الحكم في قيادة الدولة والمجتمع، ولما تبتغي الإصلاح السياسي من خلال المراجعة الدستورية فإنها تقصرها على الشكل دون المضمون، حيث تعاني جميع المراجعات الدستورية من عدم الاقتراب من القضايا الجوهرية التي من شأنها دفع الحياة السياسية إلى حالة التوازن الفعلي والحقيقي بين السلطات، وإقرار مبدأ سيادة القانون تطبيقا لمبدأ الحكم الدستوري الديمقراطي.²⁰

و قد كان مدخلا أساسيا للحراك الشعبي الذي خرج بمطلب أساسي مفاده الحكم الديمقراطي الذي يعد من بين أهم المسائل السياسية، هذا المطلب الذي كان مغيبا لفترة طويلة في الجزائر، مما ساهم في تدهور الوضع السياسي والاقتصادي والاجتماعي نتيجة الممارسات غير القانونية من السلطة والتي أفقدتها مصداقيتها وقوتها السياسية. وإن كان الإصلاح السياسي يعتمد على الدستور ومراجعته بصفة خاصة فإن التعديلات الشكلية المتعددة التي لا تمت بصلة للديمقراطية ستفقد حتما القاعدة الدستورية خاصيتها في الإستقرار والثبات، فهل تؤسس فعلا الإصلاحات الدستورية الأخيرة لتجسيد الديمقراطية في الجزائر؟

2/ تذبذب السمو الشكلي للقواعد الدستورية:

إن إضفاء صفة السمو على القواعد الدستورية إنما تقتضيه بالضرورة الخصائص الذاتية لهاته القواعد والتي تؤدي بطبيعة الحال إلى تنفيذ وتطبيق قواعده بقوة وصرامة وبصفة تلقائية، دون فتح المجال أمام الخروقات الدستورية خاصة من قبل الحكام في الحياة الواقعية، ولعل أهم هاته الخصائص الجمود النسبي للقواعد

¹⁸ ولد أحمد تنهان، أثر النظام الانتخابي على التحول الديمقراطي في الجزائر-دراسة مقارنة-، أطروحة دكتوراه في القانون، كلية

الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2019، ص 1.

¹⁹ نقلا عن جهيدة ركاش، مرجع سابق، ص 180.

²⁰ جهيدة ركاش، نفس المرجع، ص 181.

الدستورية وهي الضرورة الأساسية التي يمكن من خلالها الحفاظ على سمو الدستور، دون التأثير فيه سلبيا أو المساس بعلوه، وهو ما يجب مراعاته عند الإقدام على أي تغيير في الوثيقة الدستورية، والتي تعد بدورها أساسا شكليا لإضفاء صفة الجمود عليها.²¹

و من أهم المعايير الدالة على قوة هذه الدساتير هي مدى صمودها أمام رغبات التعديل وثباتها على الاستمرارية والامتداد في الزمن، فكلما تجرأ عليها السياسيون فقدت مصداقيتها وقيمتها، على اعتبار أنها المرجعية العليا للدولة في الاحتكام إليها.²² ولئن كانت سيادة الدستور مبدأ ديمقراطي متجذر فإنه لا يمكن الحديث عنه في الدول الاستبدادية القائمة على الاستئثار بالسلطة وعدم الخضوع للدستور، وقد أثبتت التجربة الدستورية في الجزائر بأن المساس بالدستور لا يكون فقط من خلال الممارسات التي تؤدي إلى تجاوز أحكامه بل وحتى من خلال كثرة اللجوء إلى التعديل الدستوري الذي يطال الوثيقة الدستورية، وإن كان هذا الأخير ضرورة حتمية من أجل إصلاح نظام الحكم والسير بخطى ثابتة نحو الانتقال الديمقراطي وكذا تلبية للمطالب الشعبية كون الشعب وحده صاحب السيادة، إلا أن ذلك لا يعني جعل الوثيقة الدستورية المبرر للإخفاقات السياسية للنظام والإقدام على تعديلها بين الفينة والأخرى دون أن تكون هناك نية تغيير فعلية وأن يكون التعديل فقط شكليا.

هاته التعديلات المتكررة من شأنها المساس بالسيادة الشكلية للدستور كونها جزء منه (التعديل)، مما يجعل هذا المبدأ في حالة من التذبذب وعدم الاستقرار، لأنه في الأخير لا توجد إرادة سياسية حقيقية في التغيير وبناء دولة القانون. والتي لن تتحقق إلا من خلال تبني الهندسة الدستورية *constitutionnelle ingénierie* بمفهومها الحديث كضمانة لإخضاع الحياة السياسية للتنظيم القانوني والمؤسساتي المسبق والتي تهدف لبناء دولة قانونية دستورية، من خلال تضمين الوثيقة الدستورية للحقوق والحريات ووضع ضمانات تكفل حمايتها بشكل يحقق التمكين الدستوري والانتفاع المضاميني لها دون تجزئة أو استئثار، وبالتالي فإن الهندسة الدستورية تجعل العمود الفقري للدستور يتمحور حول هذه الحقوق المنمطة التي وجب حمايتها.²³

ثانيا: الوثيقة الدستورية في الجزائر - أزمة الثقة -

لم تعد الوثيقة الدستورية في النظام السياسي الجزائري تمت بصله إلى ما يجب أن تكون عليه أسمى وثيقة في الدولة والتي يجب أن تتناول بالتنظيم ما يتعلق بالحياة السياسية الاجتماعية الاقتصادية وأن تعكس بالضرورة

²¹صديق سعوداوي، سمو الدستور في التشريع الجزائري بين النص والتطبيق، أطروحة دكتوراه في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2019، ص 112.

²²هشام عبد الكريم، هندسة الانتقال الديمقراطي ومقتضيات الإصلاح الدستوري: قراءة في التجربة الجزائرية، مجلة المقدمة للدراسات الإنسانية والاجتماعية، المجلد رقم 05، العدد 02، ديسمبر 2020، ص 58.

²³ هشام عبد الكريم، نفس المرجع، ص 60.

الرغبة الشعبية والواقع المعاش، ذلك أنها أضحت طريقة من طرق إدارة الأزمات المتعلقة بالسلطة في الدولة وقد أصبحت ظاهرة متكررة، وفي كل مرة يصبح فيها تعديل الدستور في نظر السلطة حلا للأزمة فإنه وبعد مرور فترة زمنية معينة يثبت العكس أين تتوالى الأزمات الناتجة عن عدة أسباب لعل أبرزها عدم ترجمة الدستور للإرادة الشعبية لا لشيء سوى أن هاته الأخيرة قد اغتصبت من الشعب وبالتالي لم يعد هو صاحب السيادة في دولة اللاشعرية (1) الأمر الذي أدى إلى حدوث قطيعة بين الشعب وأسمى وثيقة تضمن حقوقه وحرياته وتعبّر عن إرادته الحقيقة كما هو مفروض(2).

1/ مدى ترجمة الدستور للإرادة الشعبية: مصادرة حق الشعب في صنع القاعدة الدستورية

إن الدستور هو ثقافة المجتمع، فهو لا يستورد، وأصالته تأتي من أصالة سيادة الشعب وإذا لم يصنعه الشعب يجب على الأقل تأسيسه في إطار الفكر العام السائد في المجتمع، ولذلك فإن معرفة المؤسس لصاحب السيادة لازمة لوضع قوانين يتحملها ويتقبلها الشعب.²⁴

وعلى اعتبار أن الشعب هو صاحب السيادة في الدولة، فإن ممارسة السلطة السياسية من طرف هذا الأخير تأخذ عدة مظاهر طبقا لما يقره مبدأ الديمقراطية شبه المباشرة أو المغلقة كما يعبر عنها والتي تخول الشعب انتخاب من يمثله لمباشرة شؤون السلطة السياسية على أن يبقى له حق الاشتراك من حين لآخر في ممارسة هاته الشؤون أو بعضها على الأقل ولعل أبرز أوجه مشاركته الاستفتاء الشعبي.²⁵ وقبل حتى الحديث عن الاستفتاء الشعبي فإنه يجدر الحديث عن كيف تستمد القواعد الدستورية سموها، وهل أن للشعب دور في إنتاج هاته الأخيرة؟

و لما كان الدستور هو الإطار التعاقدى بين السلطة والشعب الذي تتم في إطاره حتى عملية الانتقال الديمقراطي، أو تحيين العلاقة بين السلطة والمواطن في إطار ديمقراطية الحياة السياسية التي تعني التجاوب بين الفاعلين في الدولة، فإنه تتأكد الحاجة إلى مشاركة الشعب في صنع القاعدة الدستورية بصفته يملك حق السيادة في إنتاج القاعدة القانونية، حيث كل ما كانت القاعدة قريبة من الشعب كانت سامية لأن السمو يستمد أساسه من السيادة الشعبية. غير أن الدستور في المجتمعات العربية ليس سوى مجموعة من النصوص والأحكام المنقولة عن دساتير المجتمعات الغربية، والمعبرة بذلك عن تجارب تاريخية وسياسية لا تتسق في كثير من الأحوال مع ظروف وأوضاع المجتمعات التي نقلت إليها، وبالتالي فإن السمة البارزة للوضع القانونية في البلدان العربية هي المباشرة بين النصوص الدستورية والواقع العملي.²⁶

²⁴لوشن دلال، السيادة الشعبية في النظام الدستوري الجزائري الحالي، أطروحة دكتوراه في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2005، ص 105.

²⁵ محمد رضا بن حماد، المبادئ الأساسية للقانون الدستوري والأنظمة السياسية، الطبعة الثانية، ددن، تونس، 2010، ص 175.

²⁶ جهيدة ركاش، مرجع سابق، ص 180.

و لا يتوقف الأمر عند استيراد القواعد الدستورية ومحاولة تطبيقها في بيئة اجتماعية مغايرة، ولا أن تكون هاته الدساتير أو تعديلاتها المتعاقبة هي دساتير لتسيير أزمات ظرفية لا تصلح أن تؤسس لا لدولة القانون ولا أن تسمو لتحقيق التنمية السياسية داخل الدولة، بل أن ما زاد الفجوة بين الشعب والدستور هو الأسلوب الذي وضع به هذا الأخير يميل أكثر إلى الأسلوب غير الديمقراطي في حقيقة الأمر وإن كان في ظاهره يبدو عكس ذلك. حيث غالبا ما يثبت الواقع والأحداث التاريخية أن الدساتير التي تأتي بهاته الطريقة وإن كانت من الناحية القانونية البحتة من صنع الحاكم وإرادته المنفردة، إلا أنه لا يقدم على هاته الخطوة إلا تحت الضغط والتهديد والخوف، ولا يتنازل عن بعض سلطاته بمحض اختياره إنما تحت ضغط الظروف السياسية لتقادي الاضطرابات الشعبية، فينزلون عن إرادة الشعب مكرهين.²⁷

2/ عزوف الشعب عن المشاركة السياسية:

إن اتجاه النظام في الدولة لحل الأزمات السياسية والدستورية المستعصية التي نشهدها منذ فترة طويلة من الزمن جراء الممارسات غير الشرعية من السلطة وانعدام الرغبة الحقيقية في التغيير والسير نحو الديمقراطية الفعلية والتأسيس لدولة القانون التي لا تستثني أحدا من الخضوع للقواعد القانونية داخل الدولة وعلى رأسهم الحكام، لا يمكن أن يكون من خلال دساتير الأزمات التي لا تعدو أن تكون سوى قواعد ظرفية بعيدة كل البعد عن النظرة الإستشرافية المستقبلية التي يطمح لها الشعب والتي تساهم بدورها في بناء الجزائر الجديدة أين أصبح النظام السياسي عاجزا أمام هاته المطالب الشعبية، الأمر الذي أدى إلى تزايد الأزمات بدل حلها وحدث قطيعة بين الشعب والنظام.

حيث أن انعدام المشاركة السياسية راجع بالأساس إلى الفجوة الكبيرة بين الحكام والمحكومين وانعدام الثقة بينهم إضافة إلى ضعف الخطاب السياسي الذي يشمل مجموعة من التفاعلات السياسية الاجتماعية والإيديولوجية التي تمثل جوهر الأداء السياسي، وقد أكد المختصين في هذا المجال بأن واقع الخطاب السياسي بين القادة والفاعلين في الجزائر يعرف تدني، وذلك دون أدنى شك بسبب التعدد الحزبي الشكلي أين لا تملك التجربة الحزبية الجزائرية معارضة حقيقية، لأنها تعتمد في الأساس على مقتضيات السلطة وشروطها وحاجاتها ومنه نفس الإفلاس الديمقراطي وعدم تحقيق الإصلاحات السياسية.²⁸

حيث لم يقتصر الأمر على العزوف على المشاركة السياسية فقط وإنما تعداه إلى القطيعة مع الانتخابات سواء الرئاسية التشريعية أو المحلية، حتى الاستفتاء الشعبي الأخير المتعلق بالتعديل الدستوري لسنة 2020 أين بلغت نسبة المشاركة حسب تصريح رئيس السلطة المستقلة للانتخابات 23.7%، وهي أقل من النسبة المسجلة

²⁷ حسن مصطفى البحري، القانون الدستوري، الطبعة الثانية، ددن، دون بلد نشر، ، 2013، ص 141 ص 142.

²⁸ مهمل بن علي، الخطاب السياسي وآليات تفعيل المشاركة السياسية في الجزائر، مجلة العلوم القانونية والسياسية، العدد 13، جوان 2016، ص 90 ص 91.

في الانتخابات الرئاسية الماضية التي فاز بها رئيس الجمهورية عبد المجيد تبون في 12 ديسمبر 2019 و المقدر ب 39.93%،²⁹ و لعل السبب الرئيس للمقاطعة هو تفتح ووعي الشعب الذي كان مصرا على استرداد حقه دون أن ننسى أزمة الشرعية. ومرد ذلك عدم وجود ميكانزمات محددة في الدولة للتداول على السلطة في المستويات القيادية كافة، ويرجع ذلك إلى التفاوت الاجتماعي والاقتصادي، نقص الخبرة وغياب الحرية الإعلامية وضعف التنظيمات السياسية الوسيطة، ذلك أن المشكل المطروح في الجزائر هو غياب ثقافة التداول على السلطة حيث أن ترشح نفس الأشخاص من شأنه أن يفقد العملية الانتخابية مصداقيتها ويؤدي إلى عدم نزاهة النتائج.³⁰

خاتمة:

رغم أن التعديلات أو الإصلاحات الدستورية هي ممارسة دستورية عادية الهدف منها مسايرة تطور النظام الدستوري في الدولة، إلا أن التجزؤ الحاصل على الدستور في التجربة السياسية الجزائرية من خلال تعديله في كل مرة يقف فيها النظام عاجزا أمام التحولات السياسية والاجتماعية والاقتصادية والمطالب الشعبية كل هذا من شأنه المساس أو التغيير في الطبيعة القانونية أو الخصائص الذاتية التي تتمتع بها القواعد الدستورية من ثبات واستقرار.

حيث غالبا ما يتم اللجوء لوضع دساتير أزمات، تحت ضغوطات شعبية الغرض منها فقط امتصاص هذا الغضب الشعبي، الأمر الذي يؤدي لا محالة إلى عدم مراعاة القواعد الصحيحة الشكلية و الموضوعية التي تراعى عند وضع القواعد الدستورية، و التي تقودنا بطبيعة الحال إلى دستور لا تتمتع قواعده بالجودة الكافية و مقوماتها التي تساهم في استقرار هذا الأخير و ثباته.

و قد انعكست هاته الظروف التي يوضع و يعدل فيها الدستور على الحكام و المحكومين، أين أصبح الحاكم فوق الدستور بسبب المركز القانوني الذي يتمتع به و الذي حال دون مشاركة الشعب بصفة مباشرة أو غير مباشرة عن طريق ممثليه في وضع القاعدة الدستورية من خلال وضع شروط تعجيزية لمشاركتهم، الأمر الذي أدى إلى خلق فجوة كبيرة بين الشعب و القواعد التي تحكمه و لو كانت هاته القواعد هي الأسمى في النظام القانوني للدولة.

الأمر الذي كانت له تداعيات جسيمة على مبدأ سمو الدستور، كون هذا الأخير أحد أبرز مقومات الديمقراطية التي تعد أحد أسباب الأزمات السياسية في الجزائر، و لعل ما زاد هاته الأزمات هو عدم ترجمة

²⁹ مقال منشور في موقع العين الإخبارية، يمكن الإطلاع عليه عبر الرابط:

<http://al-ain.com/amp/article/1604271873>

2021/02/05 14:48

³⁰ مزارة زهيرة، الحراك الشعبي ما بعد الربيع العربي: بين مطالب التغيير الجذري للنظام واستمالة عملية البناء الديمقراطي (الجزائر، السودان أنموذجا)، مجلة الفكر القانوني والسياسي، المجلد 4، العدد 2، ص 339 ص 340.

- الدستور للإرادة الشعبية مما يحدث نوعا من عدم الاستقرار وتعديله مرارا في محاولة السلطة لإحداث تغييرات لا تكاد تكون فعلية، هذا ما أدى إلى حدوث مقاطعة شعبية للمشاركة السياسية كل هذا قد حدث للأسباب التالية:
- إن التعديل الدستوري في التجربة الجزائرية غالبا ما يرتبط بالأزمات بحيث إما يكون خطوة استباقية لتفادي أزمة أو هو خطوة معاصرة للأزمة.
 - من بين العوامل التي ساهمت في عدم استقرار القواعد الدستورية هو عدم مراعاة مقوماتها التي تعد العنصر الأساسي لتركيبية دستورية ثابتة و مستقرة.
 - ربط التعديلات الدستورية بالإخفاقات السياسية أدى إلى فتح المجال أمام كثرة التعديلات.
 - التعديلات المتكررة للوثيقة الدستورية أدت إلى حدوث تضخم في بنود الدستور، وكذا عدم جودة التعديلات ذاتها.
 - إن إفراغ الدستور من محتواه الحقيقي من خلال ما سبق بيانه يجعل مواده عبارة عن مجرد شعارات مما أفقده قيمته الحقيقية.
 - أن تكون الوثيقة التي يستمد منها الشعب حقوقه بعيدة كل البعد عن رغبته وإرادته بصفته صاحب السيادة يخلق فجوة بينه وبين الدستور، مما يؤدي إلى رفضه وبالتالي عدم استقرار قواعده.
 - و من خلال ما تم تقديمه خلصنا إلى الاقتراحات التالية:
 - غالبا ما ترتبط الإصلاحات الدستورية في التجربة الجزائرية بالأزمات السياسية وبالتالي يتم وضع دساتير وقتية تصلح فقط لتلك الظرفية، وعليه فإنه من الضروري وضع الدستور أو تعديله بعيدا عن هاته الأزمات حفاظا على استقرار القواعد الدستورية.
 - إعادة النظر في شروط مشاركة البرلمان في عملية التعديل الدستوري كون هاته المؤسسة ممثلة للشعب، إذا كان هناك بالفعل نية للتغيير و بناء دولة القانون.
 - النظر في السلطة الواسعة لرئيس الجمهورية في مجال التعديل الدستوري، الأمر الذي قد يساهم في فتح المجال أمام مؤسسات أخرى للمشاركة في العملية كما هو الحال في بعض الأنظمة المقارنة.
 - أن تعكس التعديلات الدستورية الرغبة الشعبية الفعلية كون الشعب هو وحده صاحب السيادة و من حقه المشاركة أيضا في عمليات وضع أسمى قوانين الدولة.
 - تفعيل دور المجتمع المدني و فتح المجال أمام حرية التعبير للصحافة من شأنه خلق فضاء للتوعية الشعبية و بالتالي تضيق النطاق أمام السلطة و الحد من ممارستها غير الدستورية.

الأحزاب السياسية ودورها في تكريس التداول السلمي على السلطة: المجال الانتخابي نموذجاً

ميمونة سعاد (1)

(1) أستاذة محاضرة قسم "أ"، كلية الحقوق والعلوم

السياسية جامعة تلمسان، 13000، الجزائر.

البريد الإلكتروني: mimouna_souad@hotmail.fr

الملخص:

تتجه أغلبية النظم السياسية في ظل التحولات الدولية والإقليمية إلى تعظيم دور الفرد والكيانات الاجتماعية داخل النسق الاجتماعي والسياسي للدولة، وهذا من منطلق مقاربات وإستراتيجيات عصرية في العمل السياسي والإداري، على غرار الأحزاب السياسية. هذه الأخيرة التي تشير إلى وجود مشاركة شعبية فعالة من خلال إعادة توزيع القوة والسلطة في المجتمع، كما تمكّن المواطنين من ممارسة حقوقهم بصفة دورية، وفي ظل شفافية تتيح لهم الاشتراك في صنع السياسات العامة، وهذا في إطار أوسع والمتمثل في الهندسة السياسية. من ثم، تعد الأحزاب السياسية أهم نماذج هذه الهندسة السياسية خاصة من خلال الدور الكبير الذي تلعبه هذه الأخيرة في المجال الانتخابي.

الكلمات المفتاحية:

الأحزاب السياسية، السياسات العامة، المجال الانتخابي، المشاركة الشعبية.

تاريخ إرسال المقال: 2020/11/05، تاريخ مراجعة المقال: 2021/12/16، تاريخ نشر المقال: 2021/12/31.

لتهميش المقال: ميمونة سعاد، "الأحزاب السياسية ودورها في تكريس التداول السلمي على السلطة: المجال الانتخابي نموذجاً"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد 12، العدد 03، السنة 2021، ص ص 174-197.

<https://www.asjp.cerist.dz/en/PresentationRevue/72>

المقال متوفر على الرابط التالي:

المؤلف المراسل: ميمونة سعاد، mimouna_souad@hotmail.fr

Political Parties & Their Role in Consecrating the Peaceful Transfer of Power: The Electoral Field Model

Summary:

The majority of political systems, in light of international and regional transformations, tend to maximize the role of the individual and social entities within the state's social and political system, and this is based on modern approaches and strategies in political and administrative work, similar to "political parties". The latter, which indicates the existence of effective popular participation through the redistribution of power in society, also enables citizens to exercise their rights periodically, and in light of transparency that allows them to participate in public policymaking, and this is in a broader framework represented in political engineering. Hence, political parties are the most important models for this political engineering, especially through the major role that the latter plays in the electoral field.

Keywords:

Political parties, public policies, the electoral field, popular participation.

Les partis politiques et leur rôle dans la consécration de l'alternance pacifique du pouvoir : Le champ électoral comme modèle

Résumé :

La majorité des systèmes politiques, à la lumière des transformations internationales et régionales, tendent à maximiser le rôle de l'individu et des entités sociales au sein du système social et politique de l'État. Ceci est basé sur des approches et des stratégies modernes dans l'acte politique et administratif, à l'instar des partis politiques. Ces derniers qui indiquent l'existence d'une participation populaire effective à travers la redistribution du pouvoir dans la société, ils permettent également aux citoyens d'exercer leurs droits périodiquement, et à la lumière d'une transparence qui leur permet de participer à l'élaboration des politiques publiques, et ceci dans un cadre plus large représenté dans l'ingénierie politique. Ainsi, les partis politiques sont un important modèle de cette ingénierie politique, notamment par le rôle majeur qu'ils jouent dans le domaine électoral.

Mots clés:

Partis politiques, politiques publiques, domaine électoral, participation populaire

مقدمة

تعتبر الأحزاب السياسية مؤسسة من مؤسسات النظام الديمقراطي الحديث بل أهم مؤسساته، وتتميز هذه المؤسسة بأسسها الاجتماعية وأهدافها السياسية وقاعدتها الجماهيرية وعلاقاتها وأدوارها في النظام السياسي، وحتى منتصف القرن التاسع عشر لم تكن الأحزاب سوى اتجاهات فكرية وسياسية دون أن تكون مؤسسات منظمة ومهيكلية كما هو عليه الحال في العصر الحالي¹.

إذن فوجود الأحزاب السياسية عنصر أساسي في الأنظمة الديمقراطية الحديثة، بل يذهب بعض الفقه الدستوري إلى أنه لا يمكن تصور دولة أو نظام ديمقراطي من دون أحزاب سياسية ويعتبرها كتوأم للديمقراطية، وهي أعلى المؤسسات السياسية غير الرسمية وتقابل الحكومة في المؤسسات السياسية الرسمية من حيث الأهمية².

تمارس الأحزاب السياسية نشاطا سياسيا واجتماعيا متنوعا، ومتعدد الأوجه والأشكال، فعلى الرغم من أن مجمل نشاطها يتمحور حول السعي إلى الوصول إلى السلطة السياسية من أجل تحقيق برامجها وغاياتها، إلا أنه لا يمكن عزل هذا الهدف عن الأهمية والفوائد التي تتحقق من خلال الدور الذي تقوم به، حتى ولو لم تستطع الوصول إلى السلطة السياسية، على أعضائها ومنتسبيها وعلى الحياة السياسية في المجتمع بشكل خاص، وعلى مجمل جوانب الحياة الاجتماعية بشكل عام³.

ومن المعلوم لدى فقهاء ودارسي القانون الدستوري والعلوم السياسية أن الأحزاب السياسية إلى جانب النظم الانتخابية من الأدوات المحورية والمساعدة على تحديد العلاقة بين المواطن والسلطة السياسية، إذ يمكن تأسيس حزب سياسي في فترة ما ثم السعي للوصول إلى السلطة (الحكم) في وقت لاحق. لذا فما هو دور الأحزاب السياسية في العملية الانتخابية؟ وما مدى تأثير النصوص القانونية التي وضعها المشرع من أجل تكريس التداول السلمي على السلطة؟

بناء على هذا التقديم، وقصد الإجابة على هذه الإشكالية وبالتالي تسليط الضوء على الوظائف العامة لأي حزب سياسي والحركية التي يمكن أن يؤديها في إطار النصوص القانونية الجزائرية المؤطرة لصلب العملية الانتخابية، فإننا نقسم هذه الدراسة إلى مبحثين: سيتضمن الأول الوظائف العامة المنوطة بالأحزاب السياسية قبل

¹ - بشير بن يحيى، "حرية تكوين الأحزاب السياسية في النظام الدستوري الجزائري ودورها في التجربة الديمقراطية الجزائرية"، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2015/2014، ص 09.

² - إبراهيم درويش، "علم السياسة"، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1975، ص 367.

³ - بشير بن يحيى، المرجع السابق، ص 1.

العملية الانتخابية، في حين سيخصص الثاني لدور الأحزاب السياسية في العملية الانتخابية في ظل النصوص القانونية الجزائرية.

المبحث الأول: الوظائف العامة المنوطة بالأحزاب السياسية قبل العملية الانتخابية

يكاد يجمع الفقه الدستوري على أنه: لا ديمقراطية دون أحزاب، فالأحزاب تنظيم والديمقراطية لا يمكن قيامها بدون تنظيم⁴. والنظام الحزبي اليوم أصبح أحد الركائز الأساسية للأنظمة الديمقراطية المعاصرة، إذ أن طبيعة النظم الديمقراطية الحديثة تقوم على النظام النيابي، حيث يختار الشعب ممثليه عن طريق الانتخابات التي جعلت من وجود الأحزاب السياسية ضرورة لا غنى عنها كنموذج للديمقراطية التشاركية أو غير المباشرة. بل أنه لا يمكن تصور حياة سياسية فعلية كما يقول الفقيه "جورج بيدرو" دون أحزاب سياسية، فالديمقراطية حسبه ليست ترف بل هي شرط لحسن سير الأنظمة الديمقراطية الحديثة وتتمثل أهمية الأحزاب السياسية في الضمانات التي تكفلها لتحقيق الديمقراطية من خلال مجموعة الوظائف التي تقوم بها في المجتمع⁵. فالأحزاب السياسية تقوم بعدة مهام رئيسية في الحياة العامة، وهي مهام تختلف حسب النظام الحزبي القائم، لكن أهمها هو تأطير المشاركة الشعبية (المطلب الأول)، وتأثير الأحزاب في الهيئة الناخبة وعملية التداول على السلطة (المطلب الثاني).

المطلب الأول: دور الأحزاب السياسية في تأطير المشاركة الشعبية

تقوم الأحزاب السياسية بدور هام في الحياة السياسية، فهي تعمل على تنظيم وبلورة الاتجاهات المتعارضة والمصالح المختلفة والقوى المتنافسة داخلها، من خلال تطوير الوعي السياسي للمواطنين بصفة عامة والناخبين بصفة خاصة واختيار المترشحين الذين ستقدمهم للناخبين في المواعيد الانتخابية وضمان الاتصال الدائم بين الناخب والمنتخب⁶. إلا أن وظيفة الحزب السياسي الرئيسية في النظم الديمقراطية هو جعل الصراع والتداول على السلطة يدور في إطار المؤسسات وعن طريق التنظيم وتوجيهه من خلال العملية الانتخابية، ومن هذه الوظيفة تبرز وظائف أخرى يمكن حصرها في فئتين أساسيتين هما: تأطير الناخبين (الفرع الأول)، ربط العلاقة بين الناخبين والمنتخبين (الفرع الثاني).

⁴ - نبيلة عبد الحليم كامل، "الأحزاب السياسية في العالم المعاصر"، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، 1982، ص35.

⁵ - صباح مصطفى حسن المصري، "النظام الحزبي في مصر"، دراسة مقارنة بالنظم الوضعية والشريعة الإسلامية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، مصر، 2002/2001، ص150-151.

⁶ - عز الدين قاسمي، "الضمانات القانونية لحماية الحق في الانتخاب في الجزائر"، مذكرة ماجستير، تخصص حقوق الإنسان والحريات العامة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ورقلة، 2015/2014، ص91.

الفرع الأول: تأطير الناخبين

تبرز أهمية هذه الفئة من الوظائف من خلال الدور الذي تقوم به الأحزاب السياسية في عملية تكوين وتوجيه الرأي العام، وأيضاً عملها على تنظيم معارضة سياسية حقيقية تمثل البديل للنظام السياسي القائم. ونقوم فيما يلي بشرح هذه الفئة من الوظائف.

1- تكوين وتوجيه الرأي العام: الأحزاب هي مدارس الشعوب لأنها تعمل بإمكانياتها ووسائلها على توضيح مشاكل الشعوب وبيان أسبابها واقتراح سبل حلها، ولا شك أنها أقدر تنظيم سياسي وشعبي على تحقيق ذلك⁷، لما لها من برامج لتوعية الأفراد ومحاولة جذبهم للعضوية في صفوفها والانتخاب لصالحها. ويمكن تلخيص أبعاد وظيفة التكوين والتوجيه في ثلاث عناصر أو جوانب هي:

- **تكوين الناخبين:** إن الأحزاب السياسية تساهم في امتلاك الوعي السياسي لدى الأفراد بعرض مختلف البرامج والمشاريع السياسية وتبيان مزايا وعيوب كل حزب، والوقوف بدقة على صلاحية كل برنامج واقتراح برنامج آخر، وبهذا يتكون وعي سياسي لدى المواطن يؤهله للتمييز الدقيق بين البرامج والأشخاص المرشحين⁸.

- **تكوين الكوادر السياسية:** تقوم الأحزاب بوظيفة تكوين أعضائها على مبادئ ممارسة السلطة⁹ من خلال ما يكتسبونه من خبرات ومهارات وتجارب تؤهلهم لتولي المناصب الحكومية وقيادة أجهزة الحكم، وأغلب رؤساء الدول والحكومات في الأنظمة الديمقراطية هم مسؤولين في الأحزاب السياسية مثل رئيس الوزراء في بريطانيا هو دائماً رئيس الحزب الفائز في الانتخابات النيابية، كذلك الحال بالنسبة لرئيس الحكومة الفرنسية والمستشار الألماني ورئيس الحكومة الإيطالي¹⁰.

- **توعية الرأي العام:** إن تقديم الحزب لأحسن مرشحيه واختيار أكفأ القيادات السياسية يتوقف على وجود رأي عام مستنير مؤهل للاختيار الصحيح¹¹، وهذا الرأي العام المستنير يتحقق بجهود الأحزاب السياسية في التوعية

⁷ - سليمان محمد الطماوي، "السلطات الثلاث في الدساتير العربية المعاصرة وفي الفكر السياسي الإسلامي (تكوينها واختصاصاتها والعلاقات بينهما)"، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، 1974، ص 426.

⁸ - أحمد سرحال، "القانون الدستوري والنظم السياسية"، دار الحداثة، بيروت، لبنان، 1980، ص 185.

⁹ - ثامر كامل محمد الخزرجي، "النظم السياسية الحديثة والسياسات العامة- دراسة معاصرة في إستراتيجية إدارة السلطة"، دار مجدلاوي للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2004، ص 215.

¹⁰ - بشير بن يحيى، المرجع السابق، ص 27.

¹¹ - إيمان محمد حسن، "وظائف الأحزاب السياسية في نظم التعددية المقيدة (دراسة حالة حزب التجمع في مصر)"، مؤسسة الأهالي، القاهرة، مصر، 1995، ص 60.

ونشر القيم والأفكار السياسية السليمة، وهي تعتبر عامل مهم في مساعدة الناخبين على تكوين إرادتهم العامة، حيث لو ترك كل ناخب وشأنه فإن الديمقراطية تصبح شيئاً مستحيلاً كما يقول الفقيه "جيرو"¹².

2- تنظيم المعارضة السياسية: يعد مبدأ الاعتراف بحق الأقلية في ممارسة المعارضة أحد المبادئ الأساسية للديمقراطية التقليدية¹³. وتعتبر عملية تنظيم المعارضة أهم وظائف الأحزاب السياسية سواء في نظم ثنائية الأحزاب أو في نظم تعدد الأحزاب، وسواء كانت الأحزاب متجانسة التكوين أم غير متجانسة، ولا توجد ديمقراطية جدية أو معارضة حقيقية حيث يوجد حزب واحد¹⁴. فالديمقراطية لا توجد إلا باحترام وجود الرأي الآخر، فالنظام الديمقراطي يقتضي وجود حزب أو أحزاب في الحكم ووجود الأحزاب الأخرى في المعارضة مع إمكانية تبادل الأدوار والوظائف فيما بينها، فالحزب الحاكم اليوم قد يصبح في المعارضة غداً، والحزب المعارض اليوم قد يصبح في السلطة غداً، وحيث تختفي المعارضة والنقد تغيب الديمقراطية¹⁵.

وتفرض وظيفة المعارضة على الأحزاب السياسية القيام أولاً بنقد السلطة الحاكمة واقتراح البدائل، فلا يكفي كشف أخطاء الحزب أو الأحزاب الحاكمة بل لابد من تقديم تعديلات وإصلاحات للسياسة المطبقة¹⁶. وثانياً يتعين على أحزاب المعارضة أن تكون قادرة على أن تتحمل مسؤولياتها في استمرارية المؤسسات الدستورية القائمة إن هي نجحت في الوصول للحكم¹⁷.

¹² - نعمان أحمد الخطيب، "الأحزاب السياسية ودورها في أنظمة الحكم المعاصر"، دار الثقافة للنشر والتوزيع، القاهرة، مصر، 1983، ص 95.

ونؤكد في إطار هذا العنصر، على أن هذه التوعية لا يمكن أن تأتي ثمارها إلا من خلال وضع الحزب السياسي لإيديولوجية محددة تعبر عن المشاعر والأفكار الكامنة لدى المواطن وبالتالي تجعله يستجيب لأهداف الحزب، كما أن هذا التأثير الإيديولوجي لا يتحقق إلا باختيار أفضل المرشحين وتكوينهم تكويناً مناسباً ومسائراً الإيديولوجية التي يتبناها الحزب، ذلك أن التجربة السياسية قد بينت دور الهياكل الحزبية في تكوين القادة والممثلين السياسيين. انظر تفاصيل أكثر حول دور الإيديولوجية والممثلين السياسيين في توعية الرأي العام، أحسن راجي، "الوسيط في القانون الدستوري"، دار هومة، الجزائر، 2012، ص 191-202.

¹³-George VEDEL, «cours de droit constitutionnel et d'institutions politiques», cours polycopiés, Paris, France, 1961, p564.

¹⁴-André HAURIU, «droit constitutionnel et institutions politiques», Revue française de science politique, Paris, France, 1968, p480.

¹⁵ - رأفت فودة، "الموازانات الدستورية لسلطات رئيس الجمهورية الاستثنائية في دستور 1971"، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2000، ص 206.

¹⁶ - صباح مصطفى حسن المصري، المرجع السابق، ص 174.

¹⁷ - نبيلة عبد الحليم كامل، المرجع السابق، ص 87.

في هذا الإطار، وقصد تمكين أحزاب المعارضة من المشاركة الفعلية في الحياة السياسية ضمن الإطار البرلماني سطرت المادة 116 من التعديل الدستوري الجزائري لسنة 2020¹⁸ جملة من الحقوق تساعد على ذلك، لا سيما منها: حرية الرأي والتعبير والاجتماع، الاستفادة من الإعانات المالية الممنوحة للمنتخبين في البرلمان، المشاركة الفعلية في الأشغال التشريعية، المشاركة الفعلية في مراقبة عمل الحكومة، تمثيل مناسب في أجهزة غرفتي البرلمان، إخطار المحكمة الدستورية، طبقاً لأحكام المادتين 195 و198 من الدستور، المشاركة في الدبلوماسية البرلمانية¹⁹.

الفرع الثاني: ربط العلاقة بين الناخبين والمنتخبين

تعتبر الأحزاب السياسية وسائل اتصال بين الحكام والمحكومين، فهي تقدم الأحداث السياسية والاقتصادية والاجتماعية للمواطن، وتحللها وتسهل إيصالها له عبر وسائل الإعلام المختلفة (المرئية والمسموعة والمقروءة) وبكل وسيلة اتصال ممكنة. وتقوم الأحزاب السياسية بتحسس مشاكل المواطنين وتوضيحها وبيان أسبابها واقتراح وسائل حلها²⁰، ومعرفة طموحاتهم وآمالهم وتسعى لتوصيلها إلى الحكام للاطلاع على حقيقة الأوضاع، ومدى نجاعة سياسة الحكومة في مجال من المجالات المختلفة. في ظل التعددية الحزبية تقدم الأحزاب السياسية للشعب الحقائق كاملة، عكس الحزب الواحد فإنه لا يقدم الحقيقة كاملة لأن ذلك يتعارض مع مصلحة بقائه في الحكم. كما أن في نظام التعددية الحزبية يتعرف الشعب على حقيقة الأمور كما هي من خلال ما تقوم به الأحزاب من نشر للأحداث والتعليق عليها وتحليلها.

إذن، تلعب الأحزاب السياسية دور الوسيط بين المنتخبين والناخبين، أي بين الناخبين والنواب، فتنتقل لممثلي الشعب انشغالاتهم، ذلك أنه كلما كانت العلاقة بين الطرفين قوية كلما ازدادت سمعة ومكانة الحزب وازدادت فرصة إعادة انتخاب نفس النائب مستقبلاً²¹.

18 - المرسوم الرئاسي 20-442 المؤرخ في 30 ديسمبر 2020، يتعلق بإصدار التعديل الدستوري، المصادق عليه في إستفتاء أول نوفمبر 2020، ج.ر. عدد 82 الصادرة في 30 ديسمبر 2020.

19 - غير أن واقع الأحزاب السياسية في الجزائر من حيث المشاركة في النشاط السياسي العام وممارسة وظائفها في التنقيف والتنشئة السياسية وتجديد الجماهير، يمكن وصفه بالموسمية وعدم الانتظام، إذ أن أبرز وأهم الأنشطة السياسية التي تظهر فيها الأحزاب هي الدعاية الانتخابية لمرشحيها والسعي لتحقيق بعض المكاسب الانتخابية في الانتخابات المحلية والتشريعية.

20 - ثامر كامل محمد الخزرجي، المرجع السابق، ص215.

21 - سعيد بوشعير، "القانون الدستوري والنظم السياسية المقارنة"، ج2، ط10، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2009، ص127-128.

المطلب الثاني: تأثير الأحزاب في الهيئة الناخبة وعملية التداول على السلطة

تعتبر الأحزاب السياسية مؤسسات غير رسمية تشارك في ممارسة السلطة والتأثير عليها، لأنه لا تجسيد للديمقراطية دون وجود أحزاب سياسية وتعددية، وانتخابات تضمن التداول على السلطة²². ولا شك إذن، أن الأحزاب السياسية ضرورة تقتضي بها طبيعة الأنظمة الديمقراطية، فالأحزاب تساعد على تكوين ثقافة اجتماعية وسياسية لدى الأفراد وتسهم في تكوين رأي عام يسمح للمواطن بالمشاركة في الشؤون العامة أو بممارسة الضغط والتأثير على الحكومات، كذلك يسهم وجود حزب معارض للحكومة بالتعبير عن الرأي المضاد ليحول دون استبداد الحكومة وانتشار الفوضى²³. من ثم، سنقسم هذا المطلب إلى فرعين، الأول تأثير الأحزاب السياسية في الهيئة الناخبة، والثاني المنافسة الحزبية والتداول على السلطة.

الفرع الأول: تأثير الأحزاب السياسية في الهيئة الناخبة

إن الحزب السياسي لا يكتفي بالتوعية السياسية وتوجيه المواطنين إلى أفكاره وكذا ترشيح ممثلين للشعب في مختلف الاقتراحات، بل يسعى بكل ما أوتي من جهود وإمكانات للتأثير على أصوات الناخبين لكسبها لصالح مرشحيه. ففي الولايات المتحدة حيث تعتبر انتخابات الرئاسة من أعقد العمليات الانتخابية التي تبدأ بانتخاب المجمع الرئاسي، وحيث لم يأت الدستور على أية إشارة للأحزاب، فإن هذه الأخيرة أصبحت تلعب دوراً مهماً في توجيه أصوات الناخبين²⁴.

والحزب يؤثر على أصوات الناخبين عبر طريقتين: طريقة الولاء بمعنى أن الانتماء الحزبي والارتباط يؤدي إلى انتخاب مرشح الحزب عادة، وبالتالي فإن سعي الحزب لتكثير المناضلين وزيادة عددهم يصب في ميزان مرشحيه، فالناخب المنتمي عادة لا يعيد النظر في خيارات حزبه في كل مناسبة انتخابية ما لم يطرأ طارئ يجعله يتخلى كلية عن الحزب. والطريقة الثانية هي سمعة الحزب، ففي أمريكا ارتبطت سمعة الحزب الديمقراطي بمواجهة الأزمات الاقتصادية، والحزب الجمهوري بالسلام ووقف العمليات الحزبية، ولعل فضيحة "ووتر غايت" هي سبب سمعة الحزب الجمهوري آنذاك وهزيمة "فوردي"²⁵.

22 - محمد علي، "النظام الانتخابي ودوره في تفعيل مهام المجالس المنتخبة في الجزائر"، رسالة دكتوراه علوم، تخصص قانون عام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2016/2015، ص 117.

23 - بشير بن يحيى، المرجع السابق، ص 01.

24 - صالح بنشوري، "دور الأحزاب السياسية في عملية التمثيل الشعبي"، مجلة الفكر البرلماني، مجلس الأمة، الجزائر، عدد 28، نوفمبر 2011، ص 59-60.

25 - يحيى السيد الصباحي، "النظام السياسي الأمريكي والخلافة الإسلامية"، ط 1، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، 1993، ص 107-108.

ولكن الأمور لا تترك لهذين العاملين فحسب، فالأحزاب في الانتخابات التشريعية والرئاسية تقوم بدراسة الموضوعات التي تثار خلال الحملة الانتخابية وتحدد سياستها اتجاهها وتصدر البيانات، وتقوم باجتذاب الناخبين لصالح مرشحها بمختلف الطرق تماشياً مع تلك الموضوعات²⁶.

الفرع الثاني: المنافسة الحزبية والتداول على السلطة

إذا كان وجود الأحزاب السياسية وممارستها لأنشطتها يحقق ركناً من أركان النظام الديمقراطي، فإن هناك ركن آخر والذي لا يقل أهمية عن مبدأ حرية تكوين الأحزاب وهو "مبدأ تداول السلطة". فوجود الأحزاب السياسية لا يكفي للقول بوجود الديمقراطية ما لم يكن في إمكان تلك الأحزاب الوصول إلى السلطة والتداول عليها وفقاً للآلية الانتخابية الحرة والنزيهة، ومن هنا برزت أهمية العلاقة بين الأحزاب والانتخابات وضرورة وجود ضمانات لمصادقية تلك العملية الانتخابية حتى تكون معبرة فعلاً عن الإرادة الشعبية²⁷.

من هذا المنطلق يمكن اعتبار الانتخابات التنافسية قاعدة أساسية معبرة عن التعددية الحزبية، وكما أشرنا سابقاً بأن الأحزاب السياسية هي عبارة عن تنظيم قانوني لآراء سياسية مختلفة، لها دور في صنع القرار السياسي والمشاركة الشعبية الفعلية. لذا الانتخابات التنافسية تعتبر بمثابة النظام الوحيد الذي يعطي الصبغة الشرعية للسلطة الحاكمة ويكون ذلك تحت رقابة سلطة قضائية تضمن التنافس والتساوي في الوصول للحكم بين كل القوى والتوجهات السياسية، وتكون الانتخابات بمثابة اللبنة النهائية التي تجسد التعددية الحزبية على أرض الواقع باعتبارها أداة تحكيم الشعب ومعياراً دستورياً محدداً لمآل السلطة السياسية خلال فترة معينة، فمن خلال الانتخابات يُفتح الباب أمام كل التوجهات السياسية للتعبير عن آرائها وتقديم مقترحاتها وبرامجها السياسية من أجل إقناع أكبر للقاعدة الشعبية والتي يستوجب منها اختياراً سيداً خالياً من أي نوع من التحريف أو الضغط سواء من الإدارة أو من أي جهة مؤسساتية أو غير مؤسساتية كانت.

ولضمان تأطير قانوني للعملية الانتخابية، استوجب الأمر إدراج مجموعة من المبادئ لضمان تكافؤ الفرص في الوصول للسلطة بين مختلف التيارات السياسية ولتحقيق نزاهة العملية الانتخابية، والتي لها تأثير مباشر على مصير التداول على السلطة، ويمكن حصرها في النقاط التالية: المساواة في المدة الزمنية للحملة الانتخابية، ضمان المساواة في وسائل الإعلام، التقيد بالوسائل الإشهارية المسموح بها قانوناً مثل الملصقات، عدم استعمال الدعاية الإشهارية التجارية، منع استعمال الوسائل والممتلكات التابعة لمؤسسات القطاع العام أو الخاص، التقيد باللغة الوطنية، حظر الاستعمال السيئ لرموز الدولة، حظر استعمال الأماكن الدينية في المجال

²⁶ - حافظ علوان الدليمي، "النظم السياسية في أوروبا الغربية والولايات المتحدة الأمريكية"، ط1، دار وائل، عمان، الأردن، 2000، ص 268-269.

²⁷ - بشير بن يحيى، المرجع السابق، ص 254.

السياسي، تحديد حصري لمصادر تمويل الحملة الانتخابية، حظر التمويل الأجنبي للحملة الانتخابية، تحديد سقف مالي لمصاريف الحملة الانتخابية.

وعليه، ووفقاً لمبدأ التداول على السلطة، تكون الأحزاب التي لم تصل إلى السلطة، سواء بعدم حصولها على أغلبية رئاسية أو برلمانية، في موقع المراقبة، وكمعارضة تترصد بالسلطة الحاكمة لكن ضمن الأسس والمبادئ المنظمة للديمقراطية لتأخذ مكانها في تسيير دواليب الحكم، فالمعارضة في هذا الإطار هي سعي لبلوغ أهداف سياسية واجتماعية من خلال الوصول إلى السلطة ومن أجل تطبيق برامجها السياسية، وهنا يتحقق المبدأ.

المبحث الثاني: دور الأحزاب السياسية في العملية الانتخابية في ظل النصوص القانونية الجزائرية

يبرز دور الأحزاب السياسية في العملية الانتخابية وحسب النصوص القانونية المؤطرة لها في كل دولة، والجزائر من الدول التي ضببت هذه العملية، سواء من خلال ما تم تكريسه من مبادئ عامة وردت في التعديل الدستوري لسنة 2020 سالف الذكر من خلال المادتين 57 و58 منه، أو ضمن قانون الأحزاب السياسية رقم 04-12²⁸، أو في إطار قانون الانتخابات رقم 16-10²⁹، وحتى ضمن نصوص قانونية ذات خصوصية كالقانون العضوي رقم 12-03 المحدد لكيفيات توسيع حظوظ تمثيل المرأة في المجالس المنتخبة³⁰، والقانون العضوي رقم 16-11 المتعلق بالهيئة العليا المستقلة لمراقبة الانتخابات³¹.

وعليه، سنتطرق في المطلب الأول إلى دور الأحزاب السياسية من خلال اختيار المترشحين للسلطة، كما سنخصص المطلب الثاني إلى دور الأحزاب السياسية في الحملة الانتخابية والاعتراض على صحة العملية الانتخابية، في حين سيعالج المطلب الثالث علاقة الأحزاب السياسية بالهيئة العليا المستقلة لمراقبة الانتخابات في إطار العملية الانتخابية.

²⁸ - القانون العضوي 12-04 المؤرخ في 12 يناير 2012، المتضمن قانون الأحزاب السياسية، ج.ر. عدد 2 الصادرة بتاريخ 15 يناير 2012.

²⁹ - القانون العضوي 16-10 المؤرخ في 25 أوت 2016، المتضمن قانون الانتخابات، ج.ر. عدد 50 الصادرة بتاريخ 28 أوت 2016.

³⁰ - القانون العضوي 12-03 المؤرخ في 12 يناير 2012، المحدد لكيفيات توسيع حظوظ تمثيل المرأة في المجالس المنتخبة، ج.ر. عدد 01 الصادرة بتاريخ 14 يناير 2012.

³¹ - القانون العضوي 16-11 المؤرخ في 25 أوت 2016، المتعلق بالهيئة العليا المستقلة لمراقبة الانتخابات، ج.ر. عدد 50 الصادرة بتاريخ 28 أوت 2016.

المطلب الأول: دور الأحزاب السياسية من خلال اختيار المترشحين للسلطة

لقد أصبحت الأحزاب بما تقوم به من وظائف وما تلعبه من أدوار، تمثل نوعا من الوساطة بين الشعب والسلطة، هذه الوساطة المنتقدة بكونها أضافت حاجزا ثانيا أمام حكم الشعب لنفسه زيادة على الحاجز الأول المتمثل في السلطة التمثيلية التي يباشرها أفراد قلائل، فأضحى الحزب بذلك يمثل الشعب بدرجة أولى فيرشح نيابة عنه أشخاصا لتمثيله على مستوى السلطة بدرجة ثانية³².

واستنادا إلى هذه المهمة المحورية للأحزاب السياسية، فإنه من الضروري بحث دورها في اختيار المترشحين للمجالس الشعبية البلدية والولائية (الفرع الأول)، ثم معرفة كيفية تدخلها لاختيار مرشحين لانتخاب أعضاء المجلس الشعبي الوطني (الفرع الثاني)، وأخيرا تسليط الضوء على عناصر اختيارها لانتخاب أعضاء مجلس الأمة (الفرع الثالث). وكل هذا تماشيا مع النصوص القانونية التي وضعها المشرع الجزائري والتي سطرت ضوابط هذه الاختيارات الانتخابية.

الفرع الأول: بالنسبة لاختيار المترشحين للمجالس الشعبية البلدية والولائية

لا تختلف شروط الترشيح لعضوية المجالس الشعبية البلدية عن شروط الترشيح لعضوية المجالس الشعبية الولائية، فقد حدد القانون العضوي المتعلق بنظام الانتخابات رقم 10/16 سالف الذكر هذه الشروط التي يجب على الأحزاب السياسية التقيد بها عند اختيار مرشحين للانتخابات المحلية. فطبقا للمادة 71 من هذا القانون يجب أن تتضمن قائمة المترشحين للمجالس الشعبية البلدية والولائية عددا من المترشحين يساوي عدد المقاعد المطلوب شغلها وعددا من المستخلفين لا يقل عن ثلاثين في المائة (30%) من عدد المقاعد المطلوب شغلها. وقد اعتبرت المادة 72 من نفس القانون المذكور أعلاه، أن تودع القائمة التي تتوفر فيها الشروط المطلوبة قانونا على مستوى الولاية، تصريحاً بالترشح³³.

³² - كريم أحمد يوسف كشاكش، "الحريات السياسية في الأنظمة السياسية المعاصرة"، جامعة القاهرة، مصر، 2000، ص583. هذا الدور الهام وغير المستغنى عنه كان نتيجة منطقية لتقرير مبدأ الاقتراع العام وزيادة عدد الناخبين من الشعب، وخاصة بعد فتح مجال المنافسة الحزبية من أجل الحصول على مقاعد في المجالس المنتخبة محلية كانت أو وطنية، ليكون بذلك للأحزاب ممثلين منتخبين، وهذا ما دفع هذه الأخيرة إلى اختيار أحسن الإطارات والقدرات والكفاءات النظيفة والنزيهة القادرة على التسيير والتشريع وتجسيد برامجها خدمة للمواطن.

³³ - وطبقا لذات المادة 72 من القانون العضوي 10-16 سالف الذكر، ولا بد أن يتضمن هذا التصريح الموقع من طرف كل مترشح، صراحة، مايلي: الاسم واللقب والكنية إن وجدت، والجنس، وتاريخ الميلاد ومكانه، والمهنة والعنوان الشخصي والمستوى التعليمي لكل مترشح ومستخلف، وترتيب كل واحد منهم في القائمة، تسمية الحزب أو الأحزاب بالنسبة للقوائم المقدمة تحت رعاية حزب سياسي، الدائرة الانتخابية المعنية، ثم يسلم للمصرح (الحزب السياسي المعني) وصل يبين تاريخ وساعة الإيداع.

وفضلا عن الشروط الأخرى التي يقتضيها القانون، فقد أوجبت المادة 73 من القانون رقم 10/16 سالف الذكر أن تزكى صراحة قائمة المترشحين للانتخابات المحلية من طرف حزب أو عدة أحزاب سياسية، أو مقدمة بعنوان قائمة حرة³⁴.

وطبقا للمادة 74 من القانون رقم 10/16 سالف الذكر تقدم التصريحات بالترشح قبل ستين (60) يوما كاملة من تاريخ الاقتراع، وقد حددت المادة 79 من نفس القانون الشروط الواجب على الأحزاب احترامها عند اختيار مرشحها للمجالس الشعبية البلدية والولائية (الشروط الشخصية)³⁵.

ولترقية الحقوق السياسية للمرأة عملت الدولة على توسيع حظوظ تمثيلها في المجالس المنتخبة فعملت على دسترتها في المادة 59 من التعديل الدستوري لسنة 2020 سالف الذكر، وجاءت المادة 2 من القانون العضوي رقم 03/12 سالف الذكر لتتص على مايلي: «يجب ألا يقل عدد النساء في كل قائمة ترشيحات، حرة أو مقدمة من حزب أو عدة أحزاب سياسية، عن النسب المحددة أدناه، بحسب عدد المقاعد المتنافس عليها:

- انتخابات المجالس الشعبية الولائية:

✓ 30% عندما يكون عدد المقاعد 35 و 39 و 43 و 47 مقعدا،

✓ 35% عندما يكون عدد المقاعد 51 إلى 55 مقعدا.

³⁴ - حسب إحدى الصيغ الآتية:

- إما من طرف الأحزاب السياسية التي تحصلت خلال الانتخابات المحلية الأخيرة على أكثر من أربعة في المائة (4%) من الأصوات المعبر عنها في الدائرة الانتخابية المترشح فيها،

- وإما من طرف الأحزاب السياسية التي تتوفر على عشرة (10) منتخبين على الأقل في المجالس الشعبية المحلية للولاية المعنية.

- وفي حالة تقديم قائمة مترشحين تحت رعاية حزب سياسي لا يتوفر على أحد الشرطين المذكورين أعلاه، أو تحت رعاية حزب

سياسي يشارك لأول مرة في الانتخابات أو في حالة تقديم قائمة بعنوان قائمة حرة، فإنه يجب أن يدعمها على الأقل بخمسين (50)

توقيعا من ناخبي الدائرة الانتخابية المعنية، فيما يخص كل مقعد مطلوب شغله. ولا يسمح لأي ناخب التوقيع على أكثر من قائمة

وفي حالة مخالفة ذلك، يعتبر التوقيع لاغيا ويعرضه للعقوبات المنصوص عليها قانونا. ويتم التصديق لدى ضابط عمومي على

توقيعات الناخبين مع وضع بصمة السبابة اليسرى المجمع على استمارات تقدمها الإدارة. ويجب أن تحتوي على الاسم واللقب

والعنوان ورقم بطاقة التعريف الوطنية أو أي وثيقة رسمية أخرى تثبت هوية الموقع وكذا رقم تسجيله على القائمة الانتخابية، وتقدم

الاستمارات المستوفاة الشروط المطلوبة قانونا مرفقة ببطاقة معلوماتية من أجل اعتمادها، إلى رئيس اللجنة الإدارية الانتخابية

المختصة إقليميا.

³⁵ - وهي كالاتي: أن يستوفي الشروط المنصوص عليها في المادة 3 من القانون العضوي رقم 10/16، ويكون مسجلا في

الدائرة الانتخابية التي يترشح فيها. أن يكون بالغا ثلاثا وعشرين (23) سنة على الأقل يوم الاقتراع، أن يكون ذا جنسية جزائرية، أن

يثبت أداءه الخدمة الوطنية أو إعفائه منها، ألا يكون محكوما عليه بحكم نهائي لارتكاب جنائية أو جنحة سالبة للحرية ولم يرد

اعتباره باستثناء الجرح غير العمدية.

- انتخابات المجالس الشعبية البلدية:

✓ 30% في المجالس الشعبية البلدية الموجودة بمقرات الدوائر وبالبلديات التي يزيد عدد سكانها عن عشرين ألف (20.000) نسمة.

وعليه، فإن إصدار القانون العضوي رقم 03/12 المتعلق بتمثيل النساء في المجالس المنتخبة سالف الذكر، كان أمراً مهماً ودافعاً لتوسيع حظوظ تمثيلها في المجالس المنتخبة، خاصة بعد تأخر صدوره عقب التعديل الدستوري لسنة 2008، والذي أكد على ترقية الحقوق السياسية للمرأة، بوضع آليات كفيلة بضمان تمثيلها في المجالس المنتخبة والمشاركة في صنع القرار³⁶. إذن على الأحزاب السياسية احترام هذه الشروط وعدم الخروج عليها عند تقديم مرشحها، خاصة تلك المتعلقة بكيفية توسيع حظوظ المرأة والواردة في القانون العضوي رقم 03/12.

الفرع الثاني: بالنسبة لانتخاب أعضاء المجلس الشعبي الوطني

لقد نص القانون العضوي المتعلق بنظام الانتخابات رقم 10 / 16 سالف الذكر على إجراءات للترشح لعضوية المجلس الشعبي الوطني، والتي على الأحزاب السياسية مراعاتها عند تقديم مرشحها للمجلس الشعبي الوطني حيث تنص المادة 93 منه على أن التصريح بالترشيح يتم، حسب الشروط المحددة في المادة 84 من هذا القانون، وذلك عن طريق إيداع قائمة المترشحين على مستوى الولاية، من طرف المترشح الذي يتصدر القائمة، أو إذا تعذر عليه ذلك من طرف المترشح الذي يليه مباشرة في الترتيب، وتعد قائمة المترشحين في استمارة تسلمها الإدارة ويملوها ويوقعها قانوناً كل مترشح وفقاً لهذا القانون العضوي، كما يلحق التصريح بالترشح، زيادة عن الشروط المنصوص عليها في المادة 92 من هذا القانون العضوي، برنامج انتخابي لقوائم المترشحين الأحرار، ويسلم للمصرح (أي الحزب السياسي المعني) بالترشح وصل يبين تاريخ وساعة الإيداع. وأما بالنسبة للدوائر الانتخابية في الخارج وطبقاً للفقرة ما قبل الأخيرة من نفس المادة 93، فإنه يتم إيداع الترشيحات وفق نفس الأشكال لدى الممثلة الدبلوماسية أو القنصلية المعينة لهذا الغرض لكل دائرة انتخابية. وفضلاً عن الشروط الأخرى التي يقتضيها القانون، فقد أوجبت المادة 94 من القانون رقم 10/16 أن تزكى صراحة كل قائمة مترشحين تقدم إما تحت رعاية حزب سياسي أو أكثر وإما بعنوان قائمة حرة³⁷.

³⁶ - عمار عباس، "مبادرة الإصلاحات السياسية"، مجلة الفكر البرلماني، مجلس الأمة، العدد 28، نوفمبر 2011، ص 35.

³⁷ - حسب إحدى الصيغ الآتية: إما من طرف الأحزاب السياسية التي تحصلت خلال الانتخابات التشريعية الأخيرة على أكثر من أربعة في المائة (4%) من الأصوات المعبر عنها في الدائرة الانتخابية المترشح فيها، وإما من طرف الأحزاب السياسية التي تتوفر على عشرة (10) منتخبين على الأقل في الدائرة الانتخابية المترشح فيها، وفي حالة تقديم قائمة تحت رعاية حزب سياسي لا تتوفر فيه أحد الشرطين المذكورين أعلاه، أو تحت رعاية حزب سياسي يشارك لأول مرة في الانتخابات أو في حالة تقديم قائمة بعنوان =

ووفقا للفقرات 3 و 4 و 5 و 6 من نفس المادة 94، لا يسمح لأي ناخب أن يوقع أو يبصم في أكثر من قائمة، وفي حالة مخالفة ذلك يعتبر التوقيع لاغيا ويعرض صاحبه للعقوبات المنصوص عليها في المادة 212 من هذا القانون العضوي. وتوقع الاستمارات مع وضع بصمة السبابة ويتم التصديق عليها لدى ضابط عمومي، ويجب أن تتضمن الاسم واللقب والعنوان ورقم بطاقة التعريف الوطنية أو أي وثيقة رسمية أخرى تثبت هوية الموقع وكذا رقم تسجيله في القائمة الانتخابية، وتقدم الاستمارات المستوفية للشروط القانونية مرفقة ببطاقة معلوماتية من أجل اعتمادها، إلى رئيس اللجنة الانتخابية في الدائرة الانتخابية ليقوم بمراقبة التوقيعات والتأكد من صحتها ويعد محضرا بذلك.

ونظرا لمحدودية تمثيل المرأة الجزائرية وضعف مشاركتها السياسية في المجلس الشعبي الوطني دعم القانون العضوي رقم 03/12 سالف الذكر حظوظ تمثيلها، و ذلك كما يلي:

- ✓ 2% عندما يكون عدد المقاعد يساوي أربعة (4) مقاعد،
- ✓ 30% عندما يكون عدد المقاعد يساوي أو يفوق خمسة (5) مقاعد،
- ✓ 35% عندما يكون عدد المقاعد يساوي أو يفوق أربعة عشر (14) مقعدا،
- ✓ 40% عندما يكون عدد المقاعد يساوي أو يفوق اثنين وثلاثين (32) مقعدا،
- ✓ 50% بالنسبة لمقاعد الجالية الوطنية في الخارج.

إن الإصلاحات السياسية الأخيرة في الجزائر بعد أبريل 2011، ساعدت على ضمان حدوث تطور برلماني حقيقي، بعد أن عرف تشكيل الغرفة السفلى للبرلمان سنة 2012 مشاركة قياسية للمرأة الجزائرية، إذ عرف تمثيل المجلس الشعبي الوطني وجود مشاركة نسائية تصل إلى ثلث الغرفة (كوتا 30%) من النساء البرلمانيات المنتميات لمختلف الأطياف السياسية من أحزاب الموالاتة والمعارضة والمستقلين، وأتيح لهن جميعا المشاركة في جميع نشاطات هذا المجلس، وإثبات قدرتهن على مشاركة زملائهم البرلمانيين الرجال في مهام

=قائمة حرة، فإنه يجب أن يدعمها، على الأقل، مئتان وخمسون (250) توقيعاً من ناخبي الدائرة الانتخابية المعنية، فيما يخص كل مقعد مطلوب شغله.

وبالنسبة للدوائر الانتخابية في الخارج، وطبقا للفقرة 2 من المادة 94 سالف الذكر، فإنه تقدم قائمة المترشحين: إما تحت رعاية حزب سياسي أو عدة أحزاب سياسية، وإما بعنوان قائمة حرة، مدعمة بمائتي (200) توقيع، على الأقل، عن كل مقعد مطلوب شغله من توقيعات ناخبي الدائرة الانتخابية المعنية.

المساءلة والاستجواب وحضور المداولات ومناقشة مختلف القضايا، وفي مقدمتها، جودة المؤسسة التشريعية، ومساهمة المرأة الجزائرية في التشريع³⁸.

وأمام المطالب المستمرة للأحزاب السياسية المتعلقة بضرورة الحد من ظاهرة التجوال السياسي، وخاصة تلك التي تضررت أكثر من هذه الظاهرة³⁹ التي تعتبر من أخطر مظاهر الانشقاقات الحزبية أو ما يسمى

38 - عصام بن الشيخ، "جودة أداء المؤسسة التشريعية من خلال تمكين المرأة سياسيا - حالة الجزائر-"، مجلة دفاتر السياسة والقانون، جامعة ورقلة، العدد 12، جانفي 2015، ص31.

39 - إن خطورة ظاهرة التجوال السياسي تكمن في انعكاساتها المتمثلة فيما يلي:

- يؤثر التجوال السياسي بشكل كبير على تماسك الأحزاب السياسية، لأن فتح المجال أمام البرلمانين يجعلهم متحررين من أي التزام مع أحزابهم ويفسح لهم مجال تغيير انتمائهم لأتفه الأسباب.
- التجوال أحد أهم الوسائل التي تمتلكها السلطة للتأثير على الأحزاب السياسية والضغط عليها والحد من تأثيرها وخاصة عند اتخاذ مواقف تعارضها بخلق حركات انشقاق داخلها والتحريض على إنشاء ما يسمى بالحركات التصحيحية داخلها مستعملة كل الوسائل وخاصة الإغراء.
- اهتزاز ثقة المواطن في الأحزاب السياسية التي تصبح في نظره مجرد مطية للوصول إلى البرلمان يستغني عنها النائب متى حقق أغراضه.

- يترتب على التجوال السياسي اختلالات خطيرة على مستوى موازين القوى في البرلمان باعتبار عدد النواب المنتمين للحزب أو الكتلة هو المعيار المؤسسي لتشكيل الهياكل البرلمانية، حيث تعتمد الأنظمة الداخلية للمجالس النيابية في الجزائر على تمثيل مختلف الكتل البرلمانية في أجهزة المجالس وفقا لنسبة عدد أعضائها فيها.

- التأثير على الأحزاب ماديا، لأن الأحزاب السياسية تستفيد من مساعدات مالية تتناسب مع تمثيلها في البرلمان.

- التغيير المستمر في تعداد النواب الممثلين لكل حزب يتسبب في اختلال ميزان القوة بين الموالاة والمعارضة، مما يؤدي إلى تخوف أحزاب الأقلية من أي موقف معارض وناقد لمشاريع الحكومة وعزوفها عن ممارسة الرقابة الفعالة على أعمالها لأن تغيير نائب واحد لانتمائه قد يفقدها حجمها السابق وبالتالي يضعفها عدديا مما يحول دون تحقق النصاب المطلوب لاستعمال تلك الآليات في مقابل أحزاب الموالاة.

- ظاهرة التجوال السياسي تفقد الانتخابات قيمتها ولا يكون لها أي معنى لأن الفرق البرلمانية تعتبر تجسيدا للخريطة السياسية التي أفرتها الانتخابات التشريعية، وعندما يتم انتقال النواب بين الأحزاب فإن ذلك يؤدي إلى المساس باختيارات الناخبين وبالتالي تفويض العملية الانتخابية التي تعتبر أحد أهم آليات تجسيد الممارسة الديمقراطية، وأبرز نتائجه عزوف المواطنين عن المشاركة في الاستحقاقات الانتخابية القادمة.

- عدم التحكم في المعيار العددي للأحزاب الممثلة في البرلمان يؤدي إلى عدم الاستقرار الحكومي، لأن بقاء الحكومة مرهون بالثقة التي تؤمنها لها الأغلبية المساندة لها في مقابل أحزاب المعارضة البرلمانية التي تنتقد أداءها وتراقبها وفقا للآليات المتاحة وتسعى للإطاحة بها. انظر في تفاصيل ذلك: الأمين سويقات، "الأحزاب السياسية والأداء البرلماني في الدول المغاربية (دراسة مقارنة بين الجزائر والمغرب)"، رسالة دكتوراه في العلوم السياسية، تخصص تنظيمات سياسية وإدارية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بسكرة، 2017/2016، ص288-303.

بظاهرة "البرلمانيين الرحل" والتي تعني انتقال النائب من كتلة برلمانية إلى أخرى داخل مؤسسة البرلمان⁴⁰، منع التعديل الدستوري لسنة 2020 هذه الظاهرة وتصدى لها، بحيث تنص المادة 120 منه على مايلي: «يجرد المنتخب في المجلس الشعبي الوطني أو في مجلس الأمة، المنتمي إلى حزب سياسي، الذي يغير طوعا الانتماء الذي انتخب على أساسه، من عهده الانتخابية بقوة القانون. تعلن المحكمة الدستورية شغور المقعد بعد إخطارها وجوبا من رئيس الغرفة المعنية، ويحدد قانون عضوي كيفيات استخلافه». كما نصت الفقرة الأخير من نفس المادة نفسها على أن «يحتفظ النائب الذي استقال من حزبه أو أبعد منه بعهدته بصفة نائب غير منتم». وهذا ما يؤكد عزم المؤسس الدستوري على محاربة هذه الظاهرة التي تقضي على التوازنات الداخلية داخل قبة البرلمان (من حيث نسبة التمثيل).

الفرع الثالث: بالنسبة لانتخاب أعضاء مجلس الأمة

طبقا لنص المادة 121 من التعديل الدستوري لسنة 2020 ولاسيما الفقرة الثانية منها والتي تنص على مايلي: «...يُنْتَخَبُ ثَلَاثًا (3/2) أعضاء مجلس الأمة عن طريق الاقتراع غير المباشر والسري، بمقعدين عن كل ولاية، من بين أعضاء المجالس الشعبية البلدية وأعضاء المجالس الشعبية الولائية...». ولتحديد كيفيات انتخاب أعضاء مجلس الأمة جاءت المادة 112 من القانون العضوي رقم 10/16 لتتص على أنه: «يتم التصريح بالترشح بإيداع المترشح على مستوى الولاية نسختين (2) من استمارة التصريح التي تسلمها الإدارة والتي يملؤها المترشح ويوقع عليها قانونا.

أما بالنسبة للمترشحين تحت رعاية حزب سياسي، يجب أن يرفق تصريحهم بالترشح بشهادة تركية يوقعها المسؤول الأول عن هذا الحزب».

طبقا للمادة 113 من القانون رقم 10/16 سالف الذكر، تسجل التصريحات، سواء التي تُقدم من قبل الحزب السياسي أو المترشح الحر، في سجل خاص يفتح لهذا الغرض⁴¹.

بناء على المواد من 114 إلى 116 من نفس القانون، فإنه يجب أن يودع التصريح بالترشح (من قبل الحزب السياسي أو المترشح الحر) في أجل أقصاه عشرون (20) يوما قبل تاريخ الاقتراع، ولا يمكن تغيير المترشح أو سحبه بعد إيداعه، إلا في حالة الوفاة أو مانع شرعي. لتفصل بعد ذلك اللجنة الانتخابية الولائية في صحة الترشيحات، والتي يمكنها أن ترفض وبقرار معلل أي ترشح لم تتوفر فيه الشروط المنصوص عليها في القانون، ويكون قرار الرفض قابلا للطعن أمام المحكمة الإدارية المختصة إقليميا خلال ثلاثة أيام كاملة من

⁴⁰ - الأمين سويقات، المرجع السابق، ص288.

⁴¹ - يدون فيه: الاسم واللقب والكنية (عند الاقتضاء) والعنوان وصفة المترشح، وتاريخ الإيداع وساعته، والملاحظات حول تشكيل الملف، ويسلم للمصرح وصل يبين تاريخ وساعة الإيداع.

تاريخ التبليغ، وأما بالنسبة للدوائر الانتخابية بالخارج فيكون الطعن أمام المحكمة الإدارية للجزائر العاصمة وخلال خمسة (5) أيام من تاريخ التبليغ بالقرار.

المطلب الثاني: دور الأحزاب السياسية في إطار الحملة الانتخابية والاعتراض على صحة العملية الانتخابية

إن أي استحقاق انتخابي لابد وأن تسبقه فترة من عرض للبرامج واستعراض للأفكار والتوجهات من قبل المترشحين، حيث تسمى هذه العملية "بالحملة الانتخابية"، هذه الأخيرة ونظرا للتوتر الكبير وشدة التنافس الذي تشهده بين المترشحين، وتقاديا لما قد ينجم عن ذلك من اضطرابات وفوضى، لم يتركها المشرع بدون ضبط وتنظيم بل عمد إلى تنظيمها مستعملا في ذلك القوانين التشريعية والنصوص التنظيمية، كما أنه مكن وفي هذا الإطار الأحزاب السياسية من الاعتراض على صحة العملية الانتخابية، وذلك من خلال الطعن في كل فعل يُشكل خرقا أو تجاوزا يمس بمصادقية العملية الانتخابية، وخاصة عملية التصويت لما لها من أهمية بالغة. لذلك سنعمد إلى دراسة الدور الذي تقوم بها الأحزاب السياسية في إطار الحملة الانتخابية المرتبطة بالعملية الانتخابية (الفرع الأول)، وأيضا من خلال حقها في الاعتراض على صحة العملية الانتخابية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: دور الأحزاب السياسية في الحملة الانتخابية والضمانات المتعلقة بها

لما كان لوسائل الدعاية الانتخابية أثر كبير في توجيه التصويت، فإن التنافس المشروع على مهام التمثيل، وصدق تعبير نتائج الانتخابات على حقيقة الإرادة العامة لا يتحقق إلا بالمساواة بين المترشحين في استخدام تلك الوسائل، ومنحهم فرصا متساوية لعرض أفكارهم واتجاهاتهم وبرامجهم الانتخابية، خاصة على مستوى وسائل الإعلام التلفزيونية والإذاعية، وذلك لضمان اتصالهم جميعا على قدم المساواة بالرأي العام وهيئة الناخبين. كما أن تدخل المال في العملية الانتخابية دون ضوابط من شأنه أن يخل بقواعد التنافس، ويصبح هو معيار الاختيار السياسي بدلا عن المبادئ والبرامج السياسية. وضمانا لجدية ونزاهة الانتخابات استوجب الأمر تدخل المشرع للحد من تأثير المال في الحملات الانتخابية، ولتنظيم استعمال مختلف الوسائل فيها، وذلك بوضع ضوابط قانونية يراعي فيها منح فرص متساوية لكافة المترشحين، وهو ما استقرت عليه مختلف التشريعات⁴².

ومن بين الضمانات القانونية التي أقرها المشرع الجزائري المتعلقة بالحملة الانتخابية ما نصت عليه المادة 176 من القانون العضوي رقم 10/16 سالف الذكر، والتي ورد فيها مايلي: «أثناء الحملة الانتخابية، يتعين على المترشحين بعنوان الأحزاب السياسية التقيد ببرامجهم الحزبية وعلى المترشحين الأحرار التقيد ببرامجهم الانتخابية».

42 - محمد نعرورة، "ضمانات مبدأ المساواة"، مجلة الفكر البرلماني، مجلس الأمة، عدد 28، نوفمبر 2011، ص 101-102.

رغم أن البرامج هي أساس التنافس الحزبي أثناء الحملة الانتخابية، إلا أن الملاحظ أن إيداع البرامج الانتخابية يعد إجراء شكليا أكثر منه برنامج انتخابي، فغالبا ما تكون البرامج مجموعة من العناوين بعيدة عن الأفكار ومتطلبات وتطلعات الناخبين، ولا يقدمون اقتراحات عملية أو حلولاً للأوضاع السياسية والاقتصادية والاجتماعية أو رؤى إستراتيجية حول القضايا الإقليمية أو الدولية ويصعب على الناخب أو يستحيل أحيانا التمييز أو الاختيار على أساس البرامج⁴³.

ولعل من أهم المؤثرات على سير الحملة الانتخابية في معظم الدول هو المال، فلقد أصبح تأثير المال في توجيه الناخبين وعلى حرية اختيارهم، إلى جانب دور المال في تسويق البرامج الانتخابية، فضلا في الإخلال بمبدأ المساواة بين المترشحين.

هو الأمر الذي أدى بالمشروع الجزائري إلى تنظيم مصادر الحملة الانتخابية في إطار الباب السادس من القانون العضوي رقم 10/16 المتعلق بالانتخابات لمعالجة الثغرات المسجلة في الاستحقاقات السابقة والاستفادة من تجارب الدول، من خلال تنظيم ضوابط سير الحملة الانتخابية وإقرار عقوبات جزائية مرتبطة بمخالفة أحكام الحملة الانتخابية⁴⁴، حيث تنص المادة 190 من نفس القانون على أن تمويل الحملات الانتخابية يتم بواسطة موارد صادرة عن: مساهمة الأحزاب السياسية، مساعدة محتملة من الدولة، تقدم على أساس الإنصاف، مداخيل المترشح.

كما يمكن للأحزاب السياسية وطبقا للمادة 7 من القانون العضوي رقم 03/12 المحدد لكيفيات توسيع حظوظ تمثيل المرأة في المجالس المنتخبة أن تستفيد من مساعدة مالية من الدولة، بحسب عدد مرشحاته المنتخبات في المجالس الشعبية البلدية والولائية وفي البرلمان.

وضمن إطار المساعدات المالية المقدمة من الدولة، فتحت المادة 58 من القانون المتعلق بالأحزاب السياسية رقم 04/12 إمكانية استفادة الحزب من إعانة مالية، ووفقا لنتائج الانتخابات المتحصل عليها، والتي جاء فيها مايلي: «يمكن الحزب السياسي المعتمد أن يستفيد من إعانة مالية من الدولة حسب عدد المقاعد المتحصل عليها في البرلمان، وعدد منتخبيه في المجالس».

43 - محمد علي، المرجع السابق، ص 140.

44 - المرجع نفسه، ص 135.

وأيضاً منعت المادة 56 من القانون رقم 04/12 سالف الذكر، التمويل الخارجي لأي حزب، وذلك من خلال نصها على مايلي: «يمنع على الحزب السياسي أن يتلقى بصفة مباشرة أو غير مباشرة دعماً مالياً من أي جهة أجنبية، بأي صفة كانت وبأي شكل كان»⁴⁵.

وقد أدرك المشرع الجزائري أهمية دور وسائل الإعلام في تحديد مصير المترشحين في الانتخابات الرئاسية والتشريعية، سواء كانوا مرشحين أحزاب سياسية أو أحراراً، فتصدى لتنظيم استخدامها في الحملات الانتخابية. لذلك نصت المادة 177 في فقرتها الأولى من القانون العضوي رقم 10/16 على أنه: «يكون لكل مترشح للانتخابات المحلية أو التشريعية أو الرئاسية، قصد تقديم برنامجه للناخبين، مجال عادل في وسائل الإعلام الوطنية السمعية البصرية المرخص لها بالممارسة طبقاً للتشريع والتنظيم المعمول بهما...». وأضافت الفقرة الثانية من نفس المادة على أن: «...تكون مدة الحصص الممنوحة متساوية بين كل مترشح وآخر للانتخابات الرئاسية، وتختلف بالنسبة إلى الانتخابات المحلية والتشريعية، تبعاً لأهمية عدد المترشحين الذين يرشحهم حزب سياسي أو مجموعة أحزاب سياسية...».

وطبقاً للفقرتين 3 و4 من المادة 177 المذكورة أعلاه، يستفيد المترشحون الأحرار المتكثرون بمبادرة منهم، من نفس الترتيبات الواردة في هذه المادة، وحسب الشروط نفسها، كما أن الأحزاب السياسية التي تقوم بالحملات الانتخابية في إطار الاستشارات الاستثنائية تستفيد من مجال عادل في وسائل الإعلام الوطنية السمعية البصرية المرخص لها بالممارسة طبقاً للتشريع والتنظيم المعمول بهما.

⁴⁵ - والذي ننوه إليه، وضمن تدخل السلطة التنفيذية لحصر مصادر تمويل الأحزاب السياسية، وبناء على إحالة كليات تطبيق نص المادة 190 من القانون العضوي رقم 10/16 المتعلق بالانتخابات، صدر المرسوم التنفيذي رقم 118/17 المؤرخ في 2017/03/22 المحدد لكليات تمويل الحملات الانتخابية (الجريدة الرسمية العدد 19، المؤرخة في 2017/03/26)، والذي فصلها على الشكل الآتي:

- تتشكل مساهمات الأحزاب السياسية حسب المادة 3 منه كمايلي: اشتراكات أعضاء الحزب السياسي التي تدفع في الحساب الخاص بالحزب السياسي، الهبات والوصايا والتبرعات من مصدر وطني التي تدفع في الحساب الخاص بالحزب السياسي، الإعانة المالية المقدمة من الدولة إلى الحزب السياسي حسب عدد المقاعد المتحصل عليها في البرلمان وعدد منتخبيه في المجالس، المداخل المرتبطة بنشاط الحزب السياسي وممتلكاته.

- وبالنسبة للمساعدة المحتملة للدولة، ووفقاً للمادة 4 من نفس المرسوم، فتشمل إعانة مالية تقدم على أساس الإنصاف، وبالنسبة للانتخابات نواب المجلس الوطني فإنها تقدم إلى قوائم المترشحين الأحرار المقبولة وإلى الأحزاب السياسية حسب عدد قوائم المترشحين المقبولة.

- وفيما يخص مداخل المترشح، فقد وضحتها المادة 5 من هذا المرسوم، بأنها تشمل على أمواله النقدية وكذا الأموال المتأتية من أملاكه العقارية والمنقولة.

على أنه تقاديا للإفراط في صرف الأموال في الحملات الانتخابية، حدد المشرع الجزائري وبموجب المادة 194 من القانون العضوي رقم 10/16 على الحد الأقصى لنفقات تلك الحملات لكل قائمة في الانتخابات التشريعية، بأن لا تتجاوز مليون وخمسمائة ألف دينار (1.500.000 دج) عن كل مترشح.

الفرع الثاني: دور الأحزاب السياسية في إطار الاعتراض على صحة العملية الانتخابية

لضمان إجراء انتخابات ديمقراطية حرة ونزيهة ودورية تتكافأ فيها الفرص بين جميع المواطنين دون تمييز باعتبارها الوسيلة الديمقراطية الوحيدة للمنافسة السياسية والتداول السلمي على السلطة، أعطى المشرع الجزائري بموجب المادتين 171 و172 من القانون العضوي رقم 10/16 لكل مترشح للانتخابات التشريعية أو حزب سياسي مشارك في هذه الانتخابات حق الاعتراض على صحة عمليات التصويت⁴⁶ وعليه، إن تدخل الأحزاب السياسية في مجال الاعتراض على صحة العملية الانتخابية، سواء الرئاسية أو البرلمانية، يتمثل في العناصر المرتبطة بعمل المجلس الدستوري⁴⁶ حاليا المحكمة الدستورية في هذا المجال، وكما يلي:

- فبالنسبة لانتخاب رئيس الجمهورية، يبرز عمل المجلس أكثر في المرحلة اللاحقة على عملية التصويت⁴⁷، إذ يتمحور دوره في البت في الاحتجاجات الواردة إليه، فيدرسها⁴⁸ ويعين لذلك مقررا⁴⁹ ليتداول بعد ذلك قصد

⁴⁶ - تنص المادة 182 في فقرتيها 2 و3 من التعديل الدستوري لسنة 2016 على مايلي: "كما يسهر المجلس الدستوري على صحة عمليات الاستفتاء، وانتخاب رئيس الجمهورية، والانتخابات التشريعية، ويعلن نتائج هذه العمليات. وينظر في جوهر الطعون التي يتلقاها حول النتائج المؤقتة للانتخابات الرئاسية والانتخابات التشريعية، ويعلن النتائج النهائية لكل العمليات المنصوص عليها في الفقرة السابقة".

⁴⁷ - تنص المادة 33 من نظام عمل المجلس الدستوري لسنة 2016 على أنه: "يتلقى المجلس الدستوري محاضر تركيز نتائج انتخاب رئيس الجمهورية المعدة من طرف اللجان الانتخابية الولائية وكذا المحاضر المعدة من اللجان الخاصة بالمواطنين المقيمين في الخارج، ويدرس محتواها طبقا للمادة 182 من الدستور ولأحكام القانون العضوي المتعلق بنظام الانتخابات". الجريدة الرسمية العدد 29، المؤرخة في 2016/05/11.

⁴⁸ - وتنص المادة 34 من النظام المحدد لعمل المجلس الدستوري على مايلي: "ينظر المجلس الدستوري في جوهر الطعون التي يتلقاها حول النتائج المؤقتة للانتخابات الرئاسية طبقا للمادة 182 (الفقرتان 2 و3) من الدستور ولأحكام القانون العضوي المتعلق بنظام الانتخابات".

⁴⁹ - ورد في المادة 36 من نفس النظام مايلي: "يعين رئيس المجلس الدستوري، من بين أعضاء المجلس، مقررا أو أكثر لدراسة كل طعن وتقديم تقرير ومشروع قرار عنه، إلى المجلس الدستوري خلال الأجل الذي حدده القانون العضوي المتعلق بنظام الانتخابات، للفصل في التنازع".

الفصل فيها⁵⁰.

- وأما بالنسبة لمراقبة الانتخابات التشريعية، فإن دور المجلس الدستوري يبدأ بعد عملية التصويت، بحيث يتلقى محاضر اللجان الولائية ومحاضر اللجنة الوطنية للمقيمين في الخارج ومحاضر فرز الأصوات فيما يخص أعضاء مجلس الأمة المنتخبين⁵¹، ثم يتلقى بعد ذلك الطعون الانتخابية من طرف المرشحين و الأحزاب السياسية المشاركة في الانتخابات فيما يخص نواب المجلس الشعبي الوطني وأعضاء مجلس الأمة⁵²، ليترتب على هذه الطعون صدور قرارات إما برفضها في الشكل أو في الموضوع، وأما في حالة قبول الطعن فإنه يمكن المجلس إما تعديل نتائج الانتخاب وإعلان المترشح المنتخب قانوناً، أو إلغاء الانتخاب المتنازع فيه⁵³.

⁵⁰ - جاء في المادة 41 من نفس النظام مايلي: "يعلن المجلس الدستوري النتائج النهائية للاقتراع.

يُرسل إعلان المجلس الدستوري المتضمن النتائج النهائية للاقتراع إلى الأمين العام للحكومة بغرض نشره في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية".

⁵¹ - تنص المادة 47 من نظام المجلس الدستوري لسنة 2016 على أنه: " يتلقى المجلس الدستوري محاضر تركيز نتائج انتخابات أعضاء المجلس الشعبي الوطني المعدة من طرف اللجان الانتخابية الولائية وتلك المعدة من اللجان الخاصة بالمواطنين المقيمين في الخارج. كما يتلقى محاضر نتائج انتخابات أعضاء مجلس الأمة. يدرس المجلس الدستوري محتوى هذه المحاضر، ويضبط النتائج النهائية، تطبيقاً لأحكام القانون العضوي المتعلق بنظام الانتخابات".

⁵² - تنص المادة 49 من نفس النظام على مايلي: " ينظر المجلس الدستوري في جوهر الطعون حول نتائج انتخاب أعضاء مجلس الأمة وأعضاء المجلس الشعبي الوطني، كما هو كما هو منصوص عليه في المادة 47 (الفقرة 2) المذكورة أعلاه، وذلك طبقاً للمادة 182 (الفقرتان 2 و 3) من الدستور وأحكام القانون العضوي المتعلق بنظام الانتخابات. يحق لكل مترشح أو حزب سياسي مشارك في الانتخابات الخاصة بالمجلس الشعبي الوطني، ولكل مترشح للعضوية في مجلس الأمة، الاعتراض على عمليات التصويت بتقديم عريضة طعن لدى كتابة ضبط المجلس الدستوري خلال الأجل المحددة في أحكام القانون العضوي المتعلق بنظام الانتخابات، حسب الحالة".

⁵³ - ورد في المادة 52 من نفس النظام مايلي: "يبت المجلس الدستوري في مدى قبول الطعون خلال جلسة مغلقة طبقاً للشروط والأجل المحددين في أحكام القانون العضوي المتعلق بنظام الانتخابات بالنسبة لانتخاب أعضاء المجلس الشعبي الوطني وبالنسبة لانتخاب أعضاء مجلس الأمة. وإذا اعتبر أن الطعن مؤسس، يمكنه أن يُعلن بموجب قرار مغل، إما إلغاء الانتخاب المتنازع فيه، وإما إعادة صياغة محضر النتائج المعدّ، ويعلن فوز المترشح المنتخب قانوناً نهائياً، طبقاً للقانون العضوي المتعلق بنظام الانتخابات. يبلغ قرار المجلس الدستوري إلى رئيس المجلس الشعبي الوطني أو رئيس مجلس الأمة، حسب الحالة، وإلى وزير الداخلية والأطراف المعنية. ينشر القرار المتضمن إلغاء الانتخاب في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية".

المطلب الثالث: علاقة الأحزاب السياسية بالهيئة العليا المستقلة في إطار العملية الانتخابية

من أجل حث المجتمع المدني على ممارسة حقهم في الانتخاب وإعطائهم ضمانات من قبل الإدارة حول شفافية الانتخابات، جاءت الهيئة العليا محل اللجنة الوطنية القضائية للإشراف على الانتخابات، واللجنة الوطنية السياسية لمراقبة الانتخابات، وللتين كانتا الجهازين المتابعين للعملية الانتخابية. ولدراسة علاقة الأحزاب السياسية بالهيئة العليا المستقلة ينبغي تحديد صلاحياتها المرتبطة بالعملية الانتخابية والمبينة لمضمون هذه العلاقة، والتي تبرز بشكل واضح في عملية الاقتراع (الفرع الأول)، وأيضاً في عملية الرقابة التي تباشرها الهيئة (الفرع الثاني).

الفرع الأول: صلاحيات الهيئة العليا وعملية الاقتراع

يمكن الوقوف وبشكل جلي على علاقة الهيئة العليا المستقلة لمراقبة الانتخابات بالأحزاب السياسية من خلال الصلاحيات المؤطرة لعملها سواء قبل عملية الاقتراع أو بعدها.

أولاً- قبل الاقتراع: طبقاً للمادة 12 من القانون العضوي رقم 11/16 المؤرخ في 25/08/2016 المتعلق بالهيئة العليا المستقلة لمراقبة الانتخابات⁵⁴، تتأكد الهيئة العليا في إطار الصلاحيات المخولة لها، قبل الاقتراع من:

حياد الأعوان المكلفين بالعمليات الانتخابية وعدم استعمال أملاك ووسائل الدولة لفائدة حزب سياسي أو مترشح أو قائمة مترشحين، احترام الترتيبات القانونية الخاصة بوضع القائمة الانتخابية البلدية تحت تصرف ممثلي الأحزاب السياسية المشاركة في الانتخابات و المترشحين الأحرار المؤهلين قانوناً، توزيع الهياكل المعنية من قبل الإدارة لاحتضان تجمعات الحملة الانتخابية وكذا المواقع والأماكن المخصصة لإشهار قوائم المترشحين، طبقاً للترتيبات التي حددتها، تعليق قائمة الأعضاء الأساسيين والإضافيين لمكاتب التصويت وتسليمها ل ممثلي الأحزاب السياسية المشاركة في الانتخابات و المترشحين الأحرار، المؤهلين قانوناً، وكذا متابعة الطعون المحتملة المتعلقة بها، احترام الأحكام القانونية لتمكين الأحزاب السياسية المشاركة في الانتخابات و المترشحين الأحرار من تعيين ممثليهم المؤهلين قانوناً على مستوى مراكز ومكاتب التصويت، احترام الأحكام القانونية لتمكين الأحزاب السياسية المشاركة في الانتخابات و المترشحين الأحرار من تعيين ممثليهم المؤهلين قانوناً لاستلام نسخ المحاضر على مستوى اللجان الانتخابية، التوزيع المنصف للحيز الزمني في وسائل الإعلام الوطنية السمعية البصرية المرخص لها بالممارسة طبقاً للتشريع والتنظيم المعمول بهما، بين المترشحين أو قوائم المترشحين. تتابع الهيئة العليا مجريات الحملة الانتخابية وتسهر على مطابقتها للتشريع الساري المفعول، وترسل

⁵⁴ - الجريدة الرسمية العدد 50، الصادرة في 28 أوت 2016.

ملاحظاتها المحتملة إلى كل حزب سياسي وإلى كل مترشح تصدر عنه تجاوزات أو مخالفات، وتقرر بهذا الشأن كل إجراء تراه مفيدا وتخطر بها السلطة القضائية المختصة، عند الاقتضاء.

ثانيا: بعد الاقتراع: وفقا للمادة 14 من القانون العضوي رقم 11/16، فإن الهيئة العليا تتأكد في إطار الصلاحيات المخولة لها، بعد الاقتراع من:

احترام الأحكام القانونية لتمكين الممثلين المؤهلين قانونا للأحزاب السياسية المشاركة في الانتخابات والمرشحين الأحرار من تسجيل احتجاجاتهم في محاضر الفرز، تسليم نسخ مصادق على مطابقتها للأصل لمختلف المحاضر للممثلين المؤهلين قانونا للأحزاب السياسية المشاركة في الانتخابات و المرشحين الأحرار.

الفرع الثاني: اختصاصات الهيئة العليا وعملية الرقابة

طبقا للمادة 16 من القانون العضوي رقم 10/16 سالف الذكر، فإنه تؤهل الهيئة العليا، ضمن احترام الآجال القانونية، لاستلام كل عريضة تتقدم بها الأحزاب السياسية المشاركة في الانتخابات أو المترشحون أو كل ناخب، حسب الحالة. وبهذا الشأن، تؤهل لأن تقوم الهيئة العليا، في ظل احترام القانون، باتخاذ كل إجراء للتأكد من تأسيسها وإخطار السلطات المعنية بشأنها. وأيضا، وطبقا لما ورد في المادة 20 من نفس القانون، تؤهل الهيئة العليا لإشعار الأحزاب السياسية المشاركة في الانتخابات و المرشحين، وكذا ممثليهم المؤهلين قانونا، بكل ملاحظة أو تجاوز صادر عنهم تعالينه خلال مختلف مراحل العمليات الانتخابية. ويتعين على الأطراف التي يتم إشعارها أن يتصرفوا بسرعة وفي أقرب الآجال، لتصحيح الخلل المبلغ عنه وأن تعلم الهيئة العليا كتابيا بالتدابير والمساعي التي شرع فيها. وبالنتيجة من هذه العلاقة المتضمنة في القانون العضوي رقم 11/16، نستشف الدور المتقدم للأحزاب السياسية في بناء أسس العملية الانتخابية المكرسة لدولة القانون في إطار التعددية الحزبية.

الخاتمة:

وأخيرا وبناء على ما سبق ذكره، إن الأحزاب السياسية هي المظهر الجوهري للديمقراطية والتي تعني حرية التعبير، حرية التنقل، حرية المراسلات وحرية تكوين الجمعيات والنقابات، وحرية تشكيل الأحزاب، بل لا معنى للديمقراطية بدون أحزاب. ووظيفتها الرئيسية تتمثل في تقييم السلطة وكشف أخطائها وتعديل مساراتها نحو الصواب، وهي التي تعمل على إيجاد التوفيق الاجتماعي. كما تعد الأحزاب مدارس للتكوين والتثقيف السياسي للمنخرطين وأداة لتنوير الشعب وتبصيره بحقوقه وواجباته، وإن كان هناك من ينظر نظرة سلبية للأحزاب على اعتبار أنها تنشر الفرقة وتغليب المصلحة الفردية والحزبية على المصلحة العامة، لكن يبقى الغالب والأهم هو أن الأحزاب السياسية تتبنى انشغالات الشعب وتؤطرها وتدافع على تحقيقها لدى السلطات الحاكمة بأسلوب حضاري بعيدا عن العنف والفوضى، كما تسهل للحاكم إيجاد الحلول للمشاكل المطروحة.

ورغم ما حملته التعديلات الدستورية والقانونية، فيه بعض النقاط التي لا يمكن تسميتها بالسلبية، ولكن حبذا لو أن المشرع الجزائري يستدرکها بهدف تفعيل دور الحزب السياسي وإعطائه مصداقية أكثر، وتتمثل هذه النقاط فيما يلي:

- تكريس التعددية السياسية التي تتيح للأحزاب السياسية بما فيها الأحزاب المعارضة حرية النشاط، وممارسة مهامها في ظل التنافس السياسي النزيه الذي يؤدي إلى ترسيخ قيم التداول السلمي على السلطة، ويعيد الأمل في جدوى العمل الحزبي.
- اهتمام الأحزاب السياسية بتكوين نوابها، وتزويدهم بالمعلومات والمستجدات التي تؤدي إلى رفع قدراتهم وكفاءاتهم التي تعزز فاعلية أدائهم في المجالين التشريعي والرقابي.
- تنظيم لقاءات دورية لتعزيز العلاقة بين البرلمانين وناخبيهم، وخاصة مناظلي الحزب وأنصاره، لضمان مشاركتهم في تحديد الأولويات التي يدافع عنها النواب، حيث تكون ممثلة لبرامج حزبية وواقعية مضبوطة وفق رغبات المناضلين ومسايرة لتطورات المجتمع واحتياجاته وليست مجرد آراء فردية.
- التنسيق المستمر بين التشكيلات الحزبية لتقديم مقترحات قوانين مشتركة أو المطالبة بتطبيق الآليات الرقابية أو تمرير القوانين أو اللجوء إلى إخطار المجلس الدستوري.
- تكاثف جهود أحزاب المعارضة بعد إعادة تنظيم مكوناتها الحزبية وتجاوز خلافاتها الداخلية وتغليب المصلحة الوطنية والتحالف وفق برنامج واضح يعارض الحكومة وينتقدها نقداً بناءً، واستغلال كل الآليات الرقابية لتقويم عملها واقتراح بدائل واقعية من شأنها أن تساهم في الرفع من جودة مخرجات المؤسسة البرلمانية.
- الاتصال بين الأحزاب السياسية ومنظمات المجتمع المدني لمعرفة آرائها واقتراحاتها لاعتمادها في برنامجها، وتحسيسها بأهمية تنظيمها وتمثيلها لشرائح واسعة من المواطنين بما يؤهلها للمشاركة والتأثير في مجالي التشريع والرقابة.
- تغيير نظرة السلطة للأحزاب السياسية من كونها مجرد هيئات استشارية إلى مؤسسات تهدف للمشاركة في السلطة، مما يسمح لها بتجسيد برامجها وسياساتها من خلال المؤسسة التشريعية، باعتبارها شريكاً فاعلاً لا غنى عنه وليس مجرد ديكور لإضفاء الشرعية على النظام وتركيز قراراته.
- إرساء الأطر القانونية التي تتيح للأحزاب السياسية تلبية احتياجاتها المالية التي تحررها من ضغوطات السلطة التنفيذية، حيث لا تكفي بوسائل التمويل الحالية المتمثلة في الدعم الحكومي واشتراكات المنخرطين، لتتحول إلى مؤسسات ذات أبعاد سياسية واقتصادية واجتماعية لها مصادر تمويل ذاتية من خلال شركات اقتصادية ومؤسسات إعلامية ذات أهداف تجارية، مع ضمان دعم ومرافقة الدولة للأحزاب في مرحلة انتقالية.

التسوية الإدارية للعقارات غير المطالب بها

ريم مراحي⁽¹⁾

(1) أستاذة محاضرة قسم "ب" كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العربي التبسي، تبسة، 12000، الجزائر.
البريد الإلكتروني: rym.merahi@univ-tebessa.dz

الملخص:

يرقم كل عقار تابع للخواص، ولم يطالب به خلال عمليات مسح الأراضي في حساب "العقارات غير المطالب بها أثناء أشغال مسح الأراضي". ولا يمكن تطبيق إجراءات التسوية على العقارات التابعة للدولة أو الجماعات المحلية أو المؤسسات أو الهيئات العمومية أو الأملاك الوقفية. وتتعلق عملية التسوية ب: الطلبات المدعمة بسندات ملكية مشهورة، أو المدعمة بسندات غير ملكية مشهورة، أو المدعمة على أساس الحيازة الفعلية لطالب التسوية.

الكلمات المفتاحية:

الخواص، مسح الأراضي، العقارات، غير المطالب بها، التسوية، الحيازة.

تاريخ إرسال المقال: 2020/10/28، تاريخ مراجعة المقال: 2021/12/16، تاريخ نشر المقال: 2021/12/31.

لتهميش المقال: ريم مراحي، "التسوية الإدارية للعقارات غير المطالب بها"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد 12، العدد 03، السنة 2021، ص ص. 198-224.

المقال متوفر على الرابط التالي: <https://www.asjp.cerist.dz/en/PresentationRevue/72>

المؤلف المراسل: ريم مراحي، rym.merahi@univ-tebessa.dz

Administrative Settlement Of Unclaimed Real Estate.

Summary:

No measures of settlement can be done when it comes to estates in the name of the government or the Internal Affairs Department or any other institution; public services or mortmain properties.

The settlement process includes only the demands accompanied by public titles or public non-property titles or the ones given on the basis of actual possession for the person who asks for the settlement.

Keywords:

Private, land surveying, estates, unclaimed, settlement, possession.

Règlement administratif des biens immobiliers non réclamés.

Résumé :

Chaque immobilier appartenant aux particuliers et non revendiqué pendant les opérations de cadastre sera numéroté dans le compte des immobiliers non revendiqués pendant les travaux de cadastre et on ne peut pas appliquer les mesures de régularisation sur les immobiliers appartenant à l'Etat et les collectivités locales ou les entreprises ou les organismes publics ou les propriétés du "wakf"

L'opération de régularisation concerne les demandes appuyées par des titres de propriété publiés ou celles présentés sur la base de l'appropriation effective du demandeur de la régularisation.

Mots clés:

Particuliers, cadastre, immobilier, non revendiqué, régularisation, l'appropriation.

مقدمة

تعتبر عملية المسح العقاري أحسن وسيلة لوصف وتحديد الأملاك العقارية، لما تتضمنه من معلومات خاصة بالعقار، وهي تهدف لاستقرار المعاملات العقارية، لكنه وأثناء أشغال مسح الأراضي العام قد يتعذر معرفة أصحاب العقارات المعنية بالمسح وهو ما يجعل القائمين عليها ترقيمها مؤقتا في حساب العقارات غير المطالب بها إلى حين معرفتهم لاحقا، والمشرع الجزائري لم يتطرق لتعريف العقارات غير المطالب بها، لكن أشار إليها في المذكرة الصادرة عن المديرية العامة للأملاك الوطنية 4060، بأنها "العقارات التابعة للخواص التي لم يطالب بها أثناء عملية المسح إلى تاريخ إيداع وثائق المسح على مستوى البلدية، وسيقر من الآن فصاعدا تسجيل هذه الأملاك وترقيمها في حساب العقارات غير المطالب بها".¹

ويتضح من ذلك تبني المشرع للتسمية الجديدة للعقارات غير المطالب بها من خلال المذكرة رقم 4060، والتي جاءت كتطبيق لأحكام المادة 89 من قانون المالية لسنة 2018، وتكمن أهمية موضوعنا كونه يوضح تسوية العقارات غير المطالب بها أثناء عملية مسح الأراضي، كذلك محاربة ظاهرة الترقيم في حساب العقارات غير المطالب بها وما لذلك من خطورة على عملية التطهير العقاري.

وهدفنا من هذه الدراسة توضيح وضعية العقارات المجهولة التي تكون موضوع ترقيم بصفة مؤقتة جراء عدم معرفة أصحابها، وكذا تبيان الإجراءات التي يتم إتباعها في تسوية العقارات غير المطالب بها والجهة المشرفة على العملية.

إن هذا الموضوع يدعو إلى التساؤل حول: الآليات الإدارية لتطهير العقارات غير المطالب بها أثناء أشغال مسح الأراضي العام؟

ولقد تم انتهاز المنهجين: الوصفي والتحليلي، فالأخير هو الأنسب والأفصح لاستقراء النصوص القانونية المتعلقة بالمشح العام للأراضي والمذكرات الصادرة عن الجهات الوصية، والأول ضروري لمثل هذه الدراسة، وذلك لتحديد المفاهيم والأسس العامة.

وللإجابة على الإشكالية رأينا معالجة هذا الموضوع في المباحث الآتية:

المبحث الأول: أحكام العقارات غير المطالب بها.

مصطلح العقارات غير المطالب بها هي تسمية حديثة، تطرق لها المشرع الجزائري في قانون المالية لسنة 2018، وقد تم تعديل إجراءاتها. وسيتم التطرق لذلك في المطلبين الآتيين:

¹أنظر: المذكرة رقم 4060 الصادرة عن المديرية العامة للأملاك الوطنية بتاريخ 05 أبريل 2018.

المطلب الأول: تحديد العقارات غير المطالب بها.

العقارات غير المطالب بها هي نتاج تغييب الملاك أو الحائزين عن الحضور خلال أشغال المسح العقاري، فعند التحقيق الميداني يتعذر على فرق المسح التعرف على أسمائهم، فيلجؤون إلى ترقيمها في حساب العقارات غير المطالب بها، سيتم تناوذلك من خلال الفروع الآتية.

الفرع الأول: عقارات مبنية أو غير مبنية.

وتظهر بصفة أكثر حالة الترقيم في حساب العقارات غير المطالب بها بالنسبة للأراضي الغير مبنية، ذلك لأن العقارات المبنية عادة ما يتم التعرف على مالكةا من خلال تصريحات الملاك المجاورين الذين غالبا ما يكونون يعرفون صاحب العقار خلال البحث والاستقصاء في مرحلة التحقيق العقاري، أما الأراضي الغير مبنية التي عادة ما تكون بعيدة عن المناطق السكنية، فمن الصعب التعرف على مالكةا أو حائزها عند تغييبهم عن أشغال المسح، وهذا ما جعل تسجيلها في حساب العقارات غير المطالب بها أمرا شائعا أكثر من العقارات المبنية.

الفرع الثاني: عقارات تابعة للخواص

فقد بينت المذكرة 4060 مجال تطبيق المادة 23 مكرر المعدلة بأحكام المادة 89 من قانون المالية لسنة 2018.¹

وباستقراء هذا النص يتضح أن العقارات التي تعود ملكيتها للدولة أو لإحدى الجماعات المحلية، أو لمؤسسة أو هيئة عمومية، وكذلك الأملاك الوقفية، لا يمكن تحت أي ظرف ترقيمها في حساب العقارات الغير المطالب بها، وعلى ذلك فهذا الترقيم يتعلق فقط بالأملاك العقارية التي يملكها الخواص أو يحوزونها.

الفرع الثالث: عقارات مجهولة أثناء القيام بالمسح العقاري:**أولا: عقارات لم يطالب بها خلال عملية المسح العقاري.**

تطبيقا للمرسوم التنفيذي 62-76 المعدل والمتمم المتعلق بإعداد مسح الأراضي العام²، تقوم مصالح مسح الأراضي بالولاية بإعداد مشروع قرار يتضمن افتتاح عملية المسح العام على إقليم بلدية معينة يوقعه السيد

¹ أنظر: المادة 89 من القانون 17-11 المؤرخ في 27 ديسمبر 2017، يتضمن قانون المالية لسنة 2018، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 76، المؤرخة في 28 ديسمبر 2017.

² أنظر: المرسوم التنفيذي رقم 62/76 المؤرخ في 25/03/1976 المعدل والمتمم بالمرسوم التنفيذي رقم 400/84 المؤرخ في 24/12/1984، والمرسوم التنفيذي رقم 134/92 المؤرخ في 07/04/1992، المتعلق بإعداد مسح الأراضي العام، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 30، المؤرخة في 13/04/1976.

والي الولاية المختص إقليمياً، ويكون تاريخ القرار هو بداية انطلاق أشغال المسح العام.³ وباستقراء المادة 2 من المرسوم التنفيذي 62-76 المعدل والمتمم في فقرتها الثانية،⁴ نجد أن عمليات مسح الأراضي تنطلق بعد شهر من نشر قرار الوالي في الجريدة الرسمية وكذلك الجريدة اليومية الوطنية، مع ضرورة تبليغ رئيس المجلس الشعبي البلدي، ونشره في مدونة القرارات الإدارية للولاية، أما الجمهور فيتم إعلامه عن طريق لصق الإعلانات في اللوحات الإشهارية في مقر الدائرة والبلدية المعنية والبلديات المجاورة⁵، وتتجلى الحكمة من ذلك الإعلام في حضور كل المعنيين بهذه العملية، خاصة الملاك الذين يعتبر حضورهم ضروري، لتجنب قيام النزاعات فيما بعد، وكذا ممثلي أملاك الدولة لحماية أملاك هذه الأخيرة من الاستيلاء.⁶

ويكون حضور الملاك والملاك المجاورين شخصياً أو من يمثلهم قانوناً، وإن تغيب أحدهم فيتم استدعاؤه مرة ثانية وثالثة، يفصل بين كل استدعاء وآخر خمسة عشرة (15) يوماً، وإذا لم يحضر فإن عملية وضع الحدود تكون تلقائية، وإذا كان المتغيب هو المالك أو الحائز، فإن هذا العقار يسجل في حساب العقارات غير مطالب بها، فالنصوص التشريعية تهدف إلى الخروج من مرحلة العمل الميداني بأقل ما يمكن من النزاعات.⁷

³ أنظر: المواد 2-7 من المرسوم التنفيذي رقم 62/76 السابق الذكر.

للتفصيل أكثر أنظر: بن عيسى عبد الرحمان، "المدير الولائي للحفظ العقاري ولاية المدية"، مداخلة بعنوان "التعريف بعملية مسح الأراضي والترقيم العقاري"، ملتمقى غير منشور، جامعة المدية، الجزائر، ص.5.

⁴ أنظر: المادة 2 من نفس المرسوم التنفيذي.

⁵ أنظر: المادة 3 من المرسوم التنفيذي رقم 62/76 السابق الذكر.

للتفصيل أكثر أنظر: ريم مراحي، "آثار الوثائق المسحية في ضبط وتحديد الملكية العقارية، الملتقى الوطني الرابع حول الحفظ العقاري وشهر الحقوق العينية العقارية في الجزائر"، بتاريخ 27 أبريل 2011، كلية الحقوق جامعة الدكتور يحيى فارس بالمدية، الجزائر، 2011، ص.6.

⁶ أنظر: عبد الغني بوزيتون، المسح العقاري في تثبيت الملكية العقارية في التشريع الجزائري، مذكرة ماجستير، قسم القانون الخاص، فرع القانون العقاري، كلية الحقوق، جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة، الجزائر، 2010، ص.93.

⁷ أنظر: الفقرة 3/2/1 من التعليم رقم 16، المؤرخة في 24 ماي 1998 المتعلقة بسير عمليات مسح الأراضي والترقيم العقاري الصادرة عن المديرية العامة لأملاك الدولة، سنة 1998، ص.09.

للتفصيل أكثر أنظر: ريم مراحي، دور المسح العقاري في إثبات الملكية العقارية في التشريع الجزائري، د.ط، منشورات بغداددي، باش جراح، الجزائر، د.ت، ص.54.

ثانيا: عقارات لم يتمكن التحقيق العقاري من تحديد مالكيها وحائزيها

أثناء الإجراءات الميدانية يقوم الأعوان المكلفون بالمسح العقاري بتعيين الحدود الخاصة بالبلدية ومباشرة التحقيق العقاري،⁸ وتتطلب عملية تحديد العقارات استدعاء أصحاب الحقوق العقارية، وأصحاب الحقوق المجاورين لها، وذلك على الرغم من أنهم يعلمون مسبقا بافتتاح عملية المسح إلا أن النصوص التنظيمية أكدت على استدعاء هؤلاء كتابيا عن طريق نموذج الاستدعاء T3، يطلب منهم في هذا الحضور إلى المكان المعني بعملية التحديد، ويندرج ذلك في إطار تطبيق المادة 10 من المرسوم 62-76 المعدل والمتمم.⁹ ويتم التحقق من هوية الملاك أو وكلائهم، وهذا بطلب كل وثيقة تفيد تعريف هويتهم الكاملة، ثم يتم الاستطلاع على العقار، وعلى الأعوان المكلفين بعملية المسح العقاري نقل ما جاء في تصريحات الملاك بطريقة موضوعية وحيادية.¹⁰ وتتم عملية التحقيق العقاري¹¹ بواسطة فرقة تقنية. وخلال مرحلة التحقيق العقاري¹² يتم معاينة أصحاب الحقوق الذين قد يكونون أشخاصا طبيعيا أو معنوية، وعندما يكون العقار ملكا على الشيوخ أو فيه شركاء فإن تعيين هوية أحد الشركاء في الشيوخ تعد كافية، وفي حالة عدم وجود فريضة فإن الشخص الشريك في الشيوخ، والذي يضمن تسيير العقار، تذكر هويته مع إضافة كلمة (فريقه)،¹³ أي باقي أسماء الشركاء، وأما بالنسبة لمعاينة حق الملكية فإنها تكون مثبتة بواسطة السند القانوني، الذي يجب أن يتوفر على جميع شروط وعناصر

⁸ أنظر: المادة 1/5 المرسوم التنفيذي رقم 62/76 السابق الذكر.

للتفصيل أكثر أنظر: حنان أوشن، وردة خليفي، "المسح العقاري كإجراء لإثبات الملكية العقارية في التشريع الجزائري"، مقال منشور في مجلة تشريعات التعمير والبناء، تصدرها جامعة ابن خلدون، تيارت، العدد 2، جوان 2017، الجزائر، 2017، ص 37.

⁹ أنظر: للتفصيل أكثر: عبد الغني بوزيتون، نفس المذكرة، ص 98.

¹⁰ أنظر: عماد الدين رحايمية "الوسائل القانونية لإثبات الملكية العقارية الخاصة في التشريع الجزائري"، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، 2014، ص 233-235.

¹¹ أنظر: الفقرة 2/3/1 من التعليم رقم 16، السابقة الذكر، ص 14.

للتفصيل أكثر أنظر: عماد الدين رحايمية، نفس الأطروحة، ص 233-235.

¹² أنظر: الفقرة 4/3/1 من التعليم رقم 16، السابقة الذكر، ص 16.

للتفصيل أكثر أنظر: عماد الدين رحايمية، نفس الأطروحة، ص 216.

¹³ أنظر: الفقرة 5/3/1 من التعليم رقم 16، السابقة الذكر، ص 18.

للتفصيل أكثر أنظر: نعيمة حاجي، المسح العام وتأسيس السجل العقاري في الجزائر، د ط، دار الهدى، الجزائر، سنة 2009، ص 72.

إثبات حق الملكية.¹⁴ بعد معاينة حق الملكية واختتام عملية المسح، يتم ترقيم العقارات الممسوحة إما ترقيماً نهائياً في حالة وجود سند قانوني معترف به في إثبات الملكية العقارية وعدم وجود أي نزاع على العقار المعني، أو ترقيماً مؤقتاً لمدة سنتين (02) في حالة غياب سند كاف وعدم كفاية التحقيق في تحديد العقار، أو لمدة أربعة (04) أشهر في حالة توفر حيازة قانونية.

أما العقارات التي تغيب ملاكها أو حائزوها عن الحضور خلال أشغال المسح ولم يتم التعرف على ملاكها، ترقم في حساب خاص يسمى حساب العقارات غير المطالب بها.

ثالثاً: عقارات لم تكن موضوع طلب تسجيل من تاريخ فتح المسح إلى إيداع وثائق المسح

جاء في المذكرة رقم 4060 السالفة الذكر أن الترخيم في حساب العقارات غير المطالب بها يتعلق بعقارات تعود لخواص لم يحضروا أثناء أشغال مسحها، ولم يتقدم أي شخص بطلب تسجيلها في مصفوفة المسح من تاريخ افتتاح عملية المسح إلى غاية إيداع وثائق المسح على مستوى البلدية، ويتم إعداد الوثائق المساحية على ثلاث نسخ، وما يهم هنا هو تلك النسخة التي تودع على مستوى البلدية لمدة شهر (01) أين يمكن للمعني الاطلاع على هذه الوثائق، وتتم عملية الإيداع من طرف مدير مكتب المسح الذي يسلم هذه الوثائق لرئيس البلدية، الذي يقوم بدوره بتحرير محضر إيداع يتم إشهارة ضمن الأماكن المعدة لذلك في البلدية الممسوحة والبلديات المجاورة، وكذا باستعمال وسائل الاتصال المكتوبة والمسموعة، ويمكن للمعنيين تقديم الشكاوى ضمن الأجل المذكور.¹⁵

وعلى ذلك إذا تم إيداع وثائق المسح على مستوى البلدية، لم يعد باستطاعة أي شخص التقدم بطلب للتسجيل في مصفوفة المسح طبقاً لما جاء في المذكرة 4060، وبالتالي يسجل عقاره في حساب العقارات الغير المطالب بها في انتظار تسوية وضعيته لاحقاً.

¹⁴ أنظر: الفقرة 1/3/3/1 من التعلية رقم 16، السابقة الذكر، ص 14.

للتفصيل أكثر أنظر: ريم مراحي، آثار الوثائق المسحية في ضبط وتحديد الملكية العقارية، الملتقى الوطني الرابع حول الحفظ العقاري وشهر الحقوق العينية العقارية في الجزائر، بتاريخ 27-28 أبريل 2011، كلية الحقوق جامعة يحيى فارس، المدينة، الجزائر، ص 43.

¹⁵ المادة 11 من المرسوم رقم 62-76، المتعلق بإعداد مسح الأراضي العام، السابق ذكره، التي تنص على: "عند الانتهاء من الأشغال التقنية، إن مخطط مسح الأراضي والوثائق الملحقة تودع طيلة شهر على الأقل بمقر البلدية حيث للمواطنين الحق في الاطلاع عليها. ويمكن تقديم الشكاوى ضمن الأجل المذكور إما كتابة إلى رئيس المجلس الشعبي البلدي للبلدية، وإما شفاهة إلى ممثل للإدارة يكون بمقر المجلس الشعبي البلدي في الأيام والساعات المعلن عنها إلى الجمهور".

المطلب الثاني: أسباب الترقيم في حساب العقارات غير المطالب بها

هناك العديد من الأسباب التي ساهمت في زيادة عدد العقارات المسجلة في حسابالعقارات غير المطالب بها، منها العراقيل التي تعترض عملية المسح، أو بسبب غياب الإمكانيات اللازمة، أيضا قد يتم اللجوء التعسفي لفكرة حساب العقارات غير المطالب بها، وهو ما سيتم تناوله بالتفصيل في الفروع الآتية:

الفرع الأول: العوائق العملية للمسح العقاري

إن السير الحسن لعمليات المسح العقاري يضمن التقليل من عدد العقارات المرقمة في حساب العقارات غير المطالب بها، فسير عمليات المسح العام للأراضي يعيقه جملة من المشاكل ترد من جهات عديدة (إدارة، ملاك، متعاملين...)¹⁶.

أولاً: المشاكل المتعلقة بالإدارة القائمة على عمليات المسح

لقد نصت المادة 5 من الأمر رقم 74-75 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري على : "إن مهام إعداد مسح الأراضي العام والمحافظة عليه هي من اختصاص الإدارة المكلفة بشؤون أملاك الدولة والشؤون العقارية"¹⁷، وبالتالي لا يمكن للخواص طلب مسح أراضي خاص بهم إن أرادوا ذلك ، وساهم ذلك في تأخير مسح الأراضي العام على مستوى التراب الوطني، ويمكن إجمال هذه المشاكل الظاهرة والمتعلقة أساسا بإدارة المسح في نقاط عديدة، منها تكليف مصالح المسح العقاري بأعمال أخرى ، ومن تلك العمليات الثورة الزراعية، استصلاح الأراضي، تعيين حدود البلديات، تطهير القطاع الفلاحي، تنازل الدولة عن أملاكها، إرجاع الأراضي المؤممة... الخ.¹⁸

وكان ذلك على حساب تقدم أشغال مسح الأراضي العام، حيث يشير السيد عمار علوي إلى أنه 30% من الوسائل بقيت إلى يومنا هذا محتشدة لتنفيذ أشغال غير تلك الذي يأملها مسح الأراضي، والحديث عن هذا الاحتشاد يدفع بالمقابل للحديث عن كفاءة الأعوان القائمين على العمليات المسحية، فهذه الأخيرة تعاني من نقص التأطير لدى أعوان المسح لأن أغلبهم يفتقر إلى الثقافة في المجال العقاري، وقد تقطنت الجهات الوصية لذلك إذ قامت بتسطير برنامج يهدف إلى تحسين المستوى، وقد خص تحديث المعلومات وتحسين التقنيات الجديدة التي أدخلت، وطريقة تسيير الإدارة بالنسبة للمسؤولين، حيث أنه هناك برنامج لتكوين الفرق المختلطة(مسح الأراضي، المحافظة العقارية)، كما تم إبرام اتفاقيات مع مؤسسات التكوين في الخارج.¹⁹

¹⁶ أنظر: عبد الغني بوزيتون، المذكرة السابقة، ص 162.

¹⁷ أنظر: المادة 5 من الأمر 74-75 المؤرخ في 12 نوفمبر 1975، يتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري، المعدل والمتمم، ج ر عدد 92 الصادرة في 18 نوفمبر 1975.

¹⁸ أنظر: عبد الغني بوزيتون، نفس المذكرة، ص157.

¹⁹ أنظر: علوي عمار، نشرة المهن العقارية المشتركة، الفوج المهني العقاري المشترك سنة 2003، رقم 06، ص05.

ومن بين المشاكل التي تأخر عملية المسح العقاري أيضا صعوبة اجتماع عناصر لجنة المسح- فحسب المادة 07 من المرسوم التنفيذي رقم 134/92 المعدل والمتمم للمرسوم التنفيذي رقم 62-76 المتعلق بإعداد مسح الأراضي العام- يجب أن تنشأ لجنة مسح الأراضي قبل افتتاح عملية المسح، يكون من بين مهامها حل المشاكل والنزاعات التي تعترض سير العمليات المسحية، على أن تتألف هذه اللجنة من خليط بين الممثلين عن جهات إدارية مختلفة،²⁰ وهذا المزج بين هذه الإدارات صعب من اجتماع عناصرها لاختلاف آرائهم وتوجهاتهم واهتماماتهم.²¹

إن تكفل الدولة بجميع مصاريف عملية المسح جعلها تغض الطرف عن الوضعية الاجتماعية والمهنية للعمال، فهي لا تحفزهم من أجل القيام بأعمالهم بطريقة صحيحة،²² فمن الضروري تحفيز العمال بعدة طرق مثل تقديم المكافآت لهم.

ثانيا: المشاكل المتعلقة بالملاك

إن عدم استجابة الملاك دوماً إلى الدعوة للحضور أثناء القيام بأعمال المسح، ساهم بشكل كبير في إعاقة تقدم سير عمليات المسح، وهذا الغياب مرده إلى جهل الملاك لأهمية وخطورة عملية التحقيق وأهدافها، فأول ما

²⁰أنظر: المادة 07 من المرسوم التنفيذي رقم 134/92 المعدل والمتمم للمرسوم التنفيذي 62-76، المتعلق بإعداد مسح الأراضي العام، السابق ذكره، التي تنص على: " تُنشأ لجنة لمسح الأراضي من أجل وضع الحدود في كل بلدية بمجرد افتتاح العمليات المسحية. تتكون هذه اللجنة من الأعضاء الآتي بيانهم:

- قاضٍ من المحكمة التي توجد البلدية ضمن دائرة اختصاصها رئيساً، ويُعيّن هذا القاضي رئيس المجلس القضائي.
 - رئيس المجلس الشعبي البلدي أو ممثله، نائباً للرئيس؛
 - ممثل للمصالح المحلية لإدارة الضرائب المباشرة؛
 - ممثل للمصالح المحلية للملاك الوطنية؛
 - ممثل لوزارة الدفاع الوطني؛
 - ممثل لمصلحة التعمير في الولاية؛
 - موثق تُعيّنه الهيئة المُخوّلة في المنظمة المهنية؛
 - مهندس خبير عقاري تُعيّنه الهيئة المُخوّلة في المنظمة المهنية؛
 - المحافظ العقاري المختص إقليمياً أو ممثله؛
 - المسؤول المحلي للوكالة الوطنية لمسح الأراضي أو ممثله؛
 - ممثل عن المصالح المحلية للفلاحة؛
 - ممثل عن المصالح المحلية للري؛
 - تقني مسح الأراضي، كاتباً لهذه اللجنة؛
- ²¹ أنظر: عبد الغني بوزيتون، المذكرة السابقة، ص 158.
- ²² أنظر: عبد الغني بوزيتون، نفس المذكرة، ص 159.

يفكر فيه المالك هو الخوف من أن العملية تهدف مباشرة إلى فرض الضرائب، حيث بلغت نسبة الغياب من 10% إلى 50% حسب الولايات.²³

كذلك تسببت العديد من السلوكيات الصادرة عن الملاك في خلق عدة وضعيات معقدة صعبت من السير الحسن لعمليات المسح، من ذلك إقدامهم على استغلال قطع أرضية تابعة للغير عن طريق إقامة بنايات يصعب إزالتها من الناحية العملية، وهي في أغلب الأحيان تكون بنايات غير متجانسة ولا تخضع للمخططات الموضوعية.²⁴

الفرع الثاني: عدم توفر الإمكانيات اللازمة

يتطلب القيام بعمليات المسح العام للأراضي توفر إمكانيات سواء إدارية أو بشرية، وذلك حتى يتم انجاز المهمة على أكمل وجه وبصفة دقيقة، فأحياناً قصر المدة المخصصة لإجراء عملية المسح يساهم أيضاً في زيادة ظاهرة الترقيم في حساب العقارات غير المطالب بها، وذلك لعدم وجود وقت أكثر يسمح بالبحث والتنقصي جيداً عن مالك العقار، بالرغم من إعطائه فرصة للتقدم لطلب التسجيل ضمن مصفوفة المسح وذلك قبل إيداع وثائق المسح على مستوى البلدية. وتتمثل المعوقات ذات الطابع البشري في عدم كفاية عدد الأعوان وهذا مقارنة بشساعة المساحات التي يتم مسحها، فالأجدر هو زيادة عدد الموظفين في هذا المجال مع تكليف كل منهم بمهمة خاصة، تحت طائلة المسائلة الإدارية، مع تلقيه لتكوين خاص في مجاله. أما المعوقات المادية تتجسد في غياب كل المعدات والأجهزة التي من شأنها ضمان سير عمليات المسح أو التحقيق على أكمل وجه.

الفرع الثالث: اللجوء التعسفي لفكرة حساب العقارات غير المطالب بها

لقد جاء في المذكرة رقم 4681 الصادرة عن المديرية العامة للأموال الوطنية.²⁵ أن من مهام فرقة المسح أن تنتقل فعلاً إلى الميدان للقيام بالمعاينة وذلك ضمن الأيام التي تم تحديدها لهذا الغرض في استمارة الإشعار بالمرور، وذلك من أجل التأكد من اتخاذ التدابير اللازمة في البحث والتحري عن المالك والحائز، من خلال التأكد من وجود أي شيء يدل على شغل العقار أو استغلاله مهما كان، إضافة إلى الاستماع لأقوال وتصريحات الجيران أو الشهود أو ممثل البلدية... إلخ. إلا أن عدم قيام الأعوان بمهامهم بالدقة والجدية المطلوبة منهم، وأحياناً عدم انتقالهم الفعلي إلى الميدان، وعدم الاستماع للتصريحات فعلياً، يؤدي إلى تسجيل هذا العقار في حساب العقارات غير المطالب بها.

²³ أنظر: علوي عمار مجلة الموثق، مجلة قانونية دورية، العدد 05، الصادرة عن الغرفة الوطنية للموثقين، فيفري- مارس 2002، ص 28.

²⁴ أنظر: عبد الغني بوزيتون، نفس المذكرة، ص 161.

²⁵ أنظر: المذكرة رقم 4618 الصادرة عن المديرية العامة للأموال الوطنية بتاريخ 04 سبتمبر 2004.

المبحث الثاني: مضمون تعديل المادة 89 من القانون 17-11

لقد جاء قانون المالية لسنة 2018 بتعديل مهم بخصوص العقارات غير المطالب بها، بحيث عدلت المادة 89 منه²⁶ أحكام المادة 23 مكرر المدرجة بموجب المادة 67 من قانون المالية لسنة 2015، ثم صدرت مذكرة عن المديرية العامة للأموال الوطنية رقم 4060 تشرح هذا التعديل.

وعلى هذا الأساس سيتم التطرق لذلك من خلال ثلاثة مطالب حيث خصص المطلب الأول لمجال تطبيق المادة 23 مكرر المعدلة، أما المطلب الثاني فسيتم الحديث فيه عن كيفية التكفل بطلبات التسوية، أما المطلب الثالث فسيتم تخصيصه لكيفية التكفل بالوضعيات العالقة الناتجة عن استحداث المادة 23 مكرر بموجب قانون المالية لسنة 2015.

المطلب الأول: مجال تطبيق المادة 23 مكرر المعدلة.

إن المادة 23 مكرر المعدلة بموجب المادة 67 من قانون المالية لسنة 2015 جاءت أحكامها واضحة بخصوص مجال تطبيقها، حيث تطبق أحكامها على الأملاك العقارية الخاصة فقط دون غيرها، أما بخصوص طلبات التسوية التي يمكن أخذها بعين الاعتبار فتتمثل في الطلبات المدعمة بعقود مشهورة أو غير مشهورة معترف بها قانوناً في إثبات الملكية العقارية الخاصة، إضافة إلى الطلبات المقدمة على أساس الحيازة، وهو ما سيتم تناوله من خلال هذا المطلب.

الفرع الأول: العقارات المعنية بالتسوية

تخص إجراءات التسوية العقارات التابعة للخواص، أي الملكية العقارية الخاصة فقط التي لم يطالب بها أصحابها أثناء عملية المسح، والتي لم تكن موضوع طلب تسجيل من قبل أي شخص من تاريخ فتح عملية المسح إلى تاريخ إيداع وثائق المسح على مستوى البلدية، فيتم تسجيل هذه العقارات وترقيمها في حساب العقارات غير المطالب بها أثناء أشغال مسح الأراضي.²⁷

وبالتالي لا تطبق إجراءات التسوية على العقارات العائدة للدولة، أو الجماعات المحلية، أو المؤسسات أو الهيئات العمومية، أو الأملاك الوقفية، ويتعين على الأعوان المحققين في إطار المسح الإشارة إلى ذلك ضمن استمارات (T10) الخاصة بالعقارات المسجلة في هذا الحساب، وعند اللزوم بالاعتماد على المعلومات المستقاة خلال الأشغال التحضيرية والتحقيقات لدى مصالح أملاك الدولة المختصة إقليمياً.

الفرع الثاني: طلبات التسوية التي يمكن أخذها بعين الاعتبار

²⁶ أنظر: المذكرة رقم 5543 الصادرة عن المديرية العامة للأموال الوطنية بتاريخ 23 ماي 2017.

²⁷ أنظر: المذكرة رقم 4060 الصادرة عن المديرية العامة للأموال الوطنية، السابقة الذكر.

إن أحكام المادة 89 من قانون المالية لسنة 2018 جاءت واضحة بخصوص طلبات التسوية التي يمكن أخذها بعين الاعتبار، ويتعلق الأمر بـ:

أولاً: السندات المشهورة المدعمة للطلبات.

يقصد بالسندات المشهورة لإثبات الملكية العقارية الخاصة كل الوثائق المكرسة لحق عيني عقاري، مشهورة بالمحافظة العقارية، ويتعلق الأمر بالسندات والعقود المحررة من طرف ضابط عمومي (الموثق) أو سلطة إدارية مؤهلة أو سلطة قضائية بالنسبة للأحكام والقرارات القضائية، وكل السندات المشابهة التي تم إشهارها بالمحافظة العقارية المتعلقة بحق الملكية العقارية، يكتسي هذا النوع من السندات قوة إثبات مطلقة بمجرد إشهاره في البطاقة العقارية.²⁸

ثانياً: السندات غير المشهورة المدعمة للطلبات.

توجد كذلك سندات قانونية أخرى غير مشهورة معدة سواء في الشكل الرسمي أو العرفي، لها حجية ومعتترف بها في إثبات حق الملكية العقارية،²⁹ ويتعلق الأمر بالسندات والأحكام القضائية التي أعدت قبل إضفاء الطابع الإلزامي على الإشهار العقاري بموجب أحكام الأمر 74-75 سالف الذكر.³⁰

يتعلق الأمر أيضا بالعقود التي أعدت بعد الأمر 74-75 من طرف الموثقين، إلا أنها لم يتم تقديمها للإشهار العقاري على الرغم من الطابع الإلزامي لهذا الإجراء، فهذه العقود يمكن أن تؤخذ بعين الاعتبار، بشرط أن تتوافق مع البطاقة العقارية الممسوحة بالمحافظة العقارية فيما يخص أصل الملكية، ونفس الشيء بالنسبة للقرارات القضائية المنصبة على حق الملكية العقارية التي صدرت بعد دخول الأمر 74-75 حيز التطبيق والتي لم تقدم حينها للشهر العقاري. أما العقود الرسمية التي أعدت قبل صدور الأمر 70-91 المتعلق بمهنة التوثيق والتي حررت من طرف الموثقين أو القضاة الموثقين أو القضاة الشرعيين، أو كتاب الضبط، فالقانون أقر لها بالحجية المطلقة في إثبات الملكية العقارية.

تعتبر أيضا بعض العقود العرفية كسندات ذات حجية، وهي تلك التي نصت عليها أحكام المادة 89 من المرسوم التنفيذي رقم 63-76، أي التي اكتسبت تاريخا ثابتا حسب أحكام المادة 328 من القانون المدني.³¹

على أن يكون هذا التاريخ سابقا للفتح من جانفي 1971، أي تاريخ دخول قانون التوثيق حيز التطبيق.

²⁸ أنظر: المادة 89 من القانون رقم 17-11 يتضمن قانون المالية لسنة 2018.

²⁹ أنظر: المذكرة رقم 4060 السابقة الذكر.

³⁰ أنظر: نفس المذكرة.

³¹ أنظر: المادة 328 من الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 26/09/1975 المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 78، المؤرخة في 30/09/1975، المعدل والمتمم بالقانون 07-05 المؤرخ في 13 ماي 2007، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، عدد 31.

ثالثا: الطلبات المقدمة على أساس الحيازة الفعلية لطالب التسوية

هناك حالات لا يحوز فيها طالب التسوية على أي سند مشهر لإثبات الملكية العقارية، إلا أنه يحتج بوثائق تدعم ممارسته حيازة طويلة الأمد على العقار المعني، وحتى يستفيد من التسوية يجب أن يرفق طلبه بوثائق يمكن أن تدل على ممارسة الحيازة، مثل: الوثائق الجبائية، شهادات الحيازة³²، عقود التعمير قرارات وعقود إدارية، الأحكام القضائية الفاصلة في دعاوى الحيازة، العقود العرفية التي اكتسبت تاريخا ثابتا بين جوان 1983 وديسمبر 1992، فبالاعتماد على العناصر المحتوات في هذه الوثائق، يتم تقدير وقائع الحيازة المثارة من قبل طالب التسوية، والنظر فيما إذا كان هذا الأخير سيحقق التسوية المطلوبة.³³

المطلب الثاني: كيفية التكفل بطلبات التسوية³⁴

تتم عملية التكفل بطلبات تسوية العقارات غير المطالب بها تحت إشراف المدير الولائي للحفظ العقاري بما في ذلك الملفات التي تخضع تسويتها مباشرة للمحافظين العقاريين وسنتطرق لذلك بالتفصيل في الفروع الآتية:

الفرع الأول: معالجة طلبات التسوية المدعمة بسندات ملكية مشهرة

وفي هذه الحالة يتم ذلك على مستوى المحافظة العقارية أين يقوم المحافظ العقاري بمراسلة مختلف الجهات المتدخلة في عملية التسوية، وفي حالة توفر الشروط المطلوبة يتم ترقيم العقار نهائيا باسم مالكه، وسيتم بيان ذلك من خلال ما يلي:

أولا: تقديم الطلب وفحصه

يتم إيداع طلب التسوية في حالة وجود سند ملكية مشهر لدى المحافظ العقاري المختص إقليميا، ويجب إرفاقه بوثائق إثبات الهوية وسند الملكية المشهر، وعقد الفريضة عند اللزوم في حال وفاة المالك الأصلي، يجب التأكد من أن طلب التسوية تم إيداعه ضمن الآجال المحددة قانونا بخمسة عشرة سنة (15) من تاريخ استلام وثائق المسح بالمحافظة العقارية.

يتم بعد ذلك إجراء فحص أولي للتأكد من أن العقار محل الطلب يدخل ضمن نطاق الفقرة 02 من المادة 23 مكرر المعدلة بالنظر إلى مراجع المسح المقدمة.³⁵ كذلك التأكد من عدم وجود أية دعوى قضائية مشهرة بخصوص هذا العقار على مستوى البطاقية، ثم يتولى المحافظ العقاري دراسة السند المقدم والتأكد من

³²أنظر: شهادة الحيازة هي شبه عقد أو مقرر إداري يكتسي طابعا رسميا يثبت حق الحيازة على العقار محل الشهادة بعد إتمام إجراءات تسجيلها وشهرها، وهي لا ترقى إلى سند الملكية. المذكرة رقم 4060 الصادرة عن المديرية العامة للأموال الوطنية.

³³ أنظر: المذكرة رقم 4060 الصادرة عن المديرية العامة للأموال الوطنية، السابقة الذكر.

³⁴ أنظر: المذكرة رقم 4060 الصادرة عن المديرية العامة للأموال الوطنية، السابقة الذكر.

³⁵ أنظر: المادة 23 مكرر المعدلة من الأمر 74-75 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري.

إشهاره بالبطاقية العقارية المسوحة لديه وأنه يمثل حقا قائما، وفي حالة ما إذا كان السند مشهر بمحافظة عقارية أخرى يرأسل المحافظ العقاري مديره خلال 08 أيام من تاريخ استلامه الطلب، والمدير بدوره يطلب الوضعية القانونية للعقار المعني لدى المحافظة الأم (إذا كانت محليا)، أو يرأسل زميله بالولاية محل تواجد المحافظة الأم أين يتم القيام بتحريات تنصب على فحص مضمون السند المسلم والتأكد من تطابق مراجع إشهاره مع تلك المدرجة في سجل الإيداع المناسب وتطابقه مع النسخة المحفوظة بها.³⁶

ثانيا: مراسلة الجهات المتدخلة في عملية التسوية

يقوم المحافظ العقاري بمراسلة مدير أملاك الدولة ليبيدي رأيه بخصوص العقار محل طلب التسوية ويجب الرد في غضون شهرين (02) من تاريخ استلامه الطلب، للتأكد من وجود أو عدم وجود حقوق تعود للدولة على العقار المطالب به، كما يقوم المحافظ العقاري بمراسلة مدير المسح، وذلك للتحقق من تطابق التعيين الوارد في العقد المحتج به مع مجموعة الملكية محل طلب التسوية، ويكون مدير المسح ملزم بالرد خلال شهر (01) من تاريخ استلامه للطلب. وفي حالة الطلبات المتعلقة بجزء من مجموعة الملكية المرقمة في حساب العقارات غير المطالب بها أثناء أشغال المسح، فإن مصالح المسح تتكفل بالتأشير على وثيقة القياس المعدة من قبل مهندس خبير عقاري،³⁷ تقدم للمحافظ العقاري في غضون الأجل المذكور (شهر)، مع التوضيح أنه بالنسبة للجزء المتبقي من مجموعة الملكية هذه يبقى مرقم في نفس الحساب، ويخضع لنفس إجراءات التسوية.

ثالثا: نتيجة الفحص والتدقيق في طلب التسوية

بعد فحص طلب التسوية والتأكد من توفر الشروط المطلوبة، وإثبات أن العقار موضوع طلب التسوية يعود للطلب، يقوم المحافظ العقاري مباشرة بترقيمه نهائيا لفائدة مالكه، ثم يبلغ مصالح المسح لأجل ضبط الوثائق المسحية (T4 و T10) باسم المعني وإعطاء نسخة منها للمحافظ العقاري، أما في حالة عدم توفر شروط التسوية، يقوم المحافظ العقاري بإبلاغ المعني بالسبب الذي حال دون إجراء التسوية.

الفرع الثاني: معالجة طلبات التسوية المدعمة بسندات غير مشهورة أو المقدمة على أساس ممارسة الحيابة.

³⁶ أنظر: المذكرة رقم 4060 الصادرة عن المديرية العامة للأملاك الوطنية، السابقة الذكر.

³⁷ أنظر: المذكرة رقم 4060 السابقة الذكر.

للتفصيل أكثر أنظر: المهندس الخبير العقاري يقوم بوضع المخططات الطبوغرافية والوثائق التقنية التي تلحق بعقود رسمية تتعلق بنقل الملكية العقارية.

وفي هذه الحالة يتم التكفل بها على مستوى مديرية الحفظ العقاري ل يتم فحصها والتدقيق فيها، وإذا توفرت فيها الشروط المطلوبة يرقم العقار ترقيماً مؤقتاً لمدة سنتين (02) لفائدة حائزه، وهو ما سيتم تسليط الضوء عليه فيما يلي:

أولاً: تقديم الطلب وفحصه

يتم إيداع طلب التسوية في حالة وجود سندات غير مشهورة أو ممارسة الحيازة لدى مديرية الحفظ العقاري على مستوى مكتب تأسيس السجل العقاري، ويتم إرفاق الطلب بوثائق إثبات الهوية والسند الرسمي غير المشهر أو السند العرفي، أو كل وثيقة تثبت ممارسة حيازة فعلية على العقار المعني سابقة لتاريخ مرور فرقة المسح أو عقد الفريضة في حالة وفاة الحائز الأصلي عند اللزوم.

يجب التحقق من عدم فوات آجال التسوية المحددة بسنتين (02) من تاريخ استلام وثائق المسح بالمحافظة العقارية للقسم المتواجد به العقار محل طلب التسوية وأن إيداع الطلب جاء ضمن الآجال، بعد التحقق من توفر شرط الآجال، يقيد الطلب في سجل خاص مرقم ومختوم من قبل المدير الولائي للحفظ العقاري، ويتم إخطار المحافظ العقاري خلال ثمانية (08) أيام مع موافاته بنسخة من الملف، من أجل القيام بالتحريات اللازمة للتأكد من أن صاحب الطلب ليس لديه أي سند مشهر على العقار المطالب به، وغير مستعمل في ترقيم مجموعة ملكية أخرى لفائدته، ويتم التأكد أيضاً من أن العقار المطالب به لم يكن موضوع أي دعوى قضائية مشهورة، ويمكن أن تمتد هذه التحريات إلى المحافظة العقارية الأم عند الاقتضاء، ويكون المحافظ العقاري ملزماً بتبليغ المعلومات المطلوبة في أجل خمسة عشرة (15) يوماً من تاريخ استلامه للطلب.³⁸

ثانياً: مراسلة الجهات المتدخلة في عملية التسوية.

في حالة توفر شروط التسوية بعد إجراء الفحص الأولي، وفي أجل ثمانية (08) أيام بعد التحقيقات المنجزة على مستوى المحافظة العقارية المختصة، يقوم مدير الحفظ العقاري بمراسلة مدير أملاك الدولة لإعطاء رأيه في وضعية العقار المطالب به بوجود أو عدم وجود حقوق عليه تعود للدولة، ويبلغ رده لمدير الحفظ العقاري خلال شهرين (02) من تاريخ استلامه الطلب، كما يقوم مدير الحفظ العقاري بمراسلة مدير المسح قصد التحقق من مطابقة العقار المطالب به مع مجموعة الملكية موضوع طلب التسوية، ويتعين عليه إبلاغ رده، رفقة محضر تعيين الحدود لمدير الحفظ العقاري في غضون شهر (01) من تاريخ استلامه الطلب.

في حالة الطلبات المتعلقة بجزء من مجموعة الملكية المرقمة في حساب العقارات غير المطالب بها أثناء أشغال المسح، فإن مصالح المسح تتكفل بالتأشير على وثيقة القياس المعدة من قبل مهندس خبير عقاري، والتي

³⁸أنظر: المذكرة رقم 4060 السابقة الذكر.

ستتفرق بالرد الموجه إلى مدير الحفظ العقاري مع التوضيح أنه بالنسبة للجزء المتبقي من مجموعة الملكية هذه يبقى مرقم في نفس الحساب ويخضع لنفس إجراءات التسوية.³⁹

ثالثا: النتائج التي قد يفرض إليها الفحص والتدقيق

إذا أثبتت البحوث والتحريات المنجزة أن ملكية أو حيازة العقار المطالب به قائمة، يقوم مدير الحفظ العقاري بتبليغ المحافظ العقاري بطلب ترقيم مؤقت للعقار المعني باسم طالبه لمدة سنتين (02) يبدأ سريانها من تاريخ إيداع طلب التسوية، ثم يقوم بإبلاغ مصالح المسح لأجل ضبط الوثائق المسحية باسم المعني، وموفاة مديرية الحفظ العقاري بنسخة منها تقوم بدورها بتبليغها إلى المحافظ العقاري، ويتلقى المحافظ العقاري المعارضات المحتملة على إجراء الترخيم المؤقت للمعني، ويقيدها في سجل المعارضات ويتكفل بها وفقا لأحكام المادة 15 من المرسوم التنفيذي 63-76.⁴⁰

أما إذا كشفت البحوث والتحريات المنجزة أن العقار تعود ملكيته للدولة أو لإحدى الجماعات المحلية، يقوم مدير الحفظ العقاري بمطالبة المحافظ العقاري، بإجراء ترقيم نهائي للعقار على هذا النحو، مع تبليغ مدير أملاك الدولة أو ممثل الجماعة المحلية المعنية بذلك على سبيل الإعلام، مع العلم أنه في كل الحالات يجب إبلاغ المعارض بنتيجة التحقيق كتابيا.⁴¹

المطلب الثالث: كيفية التكفل بالوضعيات العالقة الناتجة عن إحداث المادة 23 مكرر بموجب المادة 67 من القانون رقم 10/14.

يتعلق الأمر هنا بتصفية الوضعيات الناتجة عن إحداث المادة 23 مكرر بموجب المادة 67 من قانون المالية لسنة 2015،⁴² وبالمعدلة بالمادة 89 من قانون المالية لسنة 2018، وسيتم مناقشة ذلك في الفروع الآتية:

الفرع الأول: العقارات التي كانت مسجلة في حساب المجهول حسب ما كان معمولاً به قبل 31 ديسمبر 2014. هناك أربع (04) حالات يمكن مصادفتها من الناحية العملية:

³⁹أنظر: نفس المذكرة.

⁴⁰ أنظر: المادة 15 من المرسوم التنفيذي رقم 63/76 المؤرخ في 1976/03/25، المعدل والمتمم بالمرسومين التنفيذييين: رقم 210/80 المؤرخ في 13 سبتمبر 1980، ورقم 123/93 المؤرخ في 1993/05/19 المتعلق بتأسيس السجل العقاري، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 30، المؤرخة في 1976/04/13.

⁴¹أنظر: المذكرة رقم 4060 السابقة الذكر.

⁴²أنظر: القانون رقم 10/14 المتضمن قانون المالية لسنة 2015، المؤرخ في 2014/12/30، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 78، المؤرخة في 2014/12/31.

الحالة 01: عقارات مسجلة في حساب المجهول قبل 31-12-2014، وتم استلام وثائقها المسححة بموجب محاضر ممضاة قبل 31-12-2014، مرقمة باسم الدولة تطبيقاً لأحكام التعليم رقم 16.⁴³ حيث كانت تسوية هذه العقارات خاضعة للإجراءات المحدثة في التعليم 16 والمذكرتين 2421 و4618.

الحالة 02: تتعلق بالعقارات المسجلة في حساب المجهول قبل 31-12-2014، وتم استلام وثائقها المسححة بموجب محاضر ممضاة بعد 31-12-2014، ورقمت ضمن الإطار القانوني القديم دون تطبيق أحكام المادة 67 من قانون المالية لسنة 2015. وذلك بسبب حذر وتردد بعض المحافظين العقاريين إزاء تطبيقها، نتيجة الغموض الحاصل في تكييف هذه العقارات مع النص القانوني الجديد من جهة، ولغياب مذكرة تفسيرية في الموضوع من جهة أخرى، حيث عملوا على مواصلة تطبيق إجراءات التسوية الإدارية الواردة بالمذكرتين المعلومتين (2421 و4618). وبالنسبة للحالة الأولى والثانية فهما خارج نطاق المادة 89 من قانون المالية لسنة 2018.

الحالة 03: تخص العقارات المسجلة في حساب المجهول قبل 31-12-2014، وتم استلام وثائقها المسححة بموجب محاضر ممضاة بعد 31-12-2014، ورقمت مباشرة ترقيماً نهائياً باسم الدولة تطبيقاً لأحكام المادة 67 من قانون المالية لسنة 2015.

فهي بذلك متضررة من تطبيق النص القانوني الجديد في ظل حرمانها من تطبيق أحكام المذكرات السالفة الذكر (2421 و4618) في عملية تسويتها، حيث ظلت الطلبات الخاصة بها دون معالجة ودون تسوية، وعليه فإن هذه الفئة معنية بدرجة أولى بأحكام التسوية المنصوص عليها بالمادة 89 سالفة الذكر.

الحالة 04: تضم العقارات المسجلة في حساب المجهول قبل 31-12-2014، ولم يتم إمضاء محاضر استلام وثائقها المسححة إلى تاريخ صدور قانون المالية لسنة 2018. فبحكم وضعيتها بانتظار الإيداع أو بانتظار إمضاء محاضر استلام وثائقها المسححة، فقد أدركتها أحكام المادة 89، وأصبحت سارية عليها ابتداء من تاريخ دخولها حيز التنفيذ، وبالتالي فإنه من البديهي تطبيق هذه الأحكام عليها.⁴⁴ وعليه سيتم تصفية وضعية هذه العقارات ومعالجتها على النحو الآتي:

- سيتم إدماج هذه العقارات في الحساب الجديد المسمى "حساب العقارات غير المطالب بها أثناء أشغال مسح الأراضي"، وتتم تسويتها حسب الكيفيات الجديدة المحددة في المادة 89 من قانون المالية لسنة 2018؛

⁴³ التعليم رقم 16، المتعلقة بسير عمليات مسح الأراضي والترقيم العقاري الصادرة عن المديرية العامة لأموال الدولة، السابقة الذكر.

⁴⁴ أنظر: المذكرة رقم 4060، السابقة الذكر.

- أما طلبات التسوية التي تمت معالجتها في ظل الإجراءات السابقة والتي كان معمولاً بها، والتي كانت محل قرارات بالرفض لأسباب في الموضوع، لا يمكن قبولها من جديد في إطار الأحكام الجديدة؛
- وبخصوص طلبات التسوية التي كانت محل رفض لسبب انقضاء أجل قبول الطلبات فيمكن أن تعاد دراستها على ضوء الأحكام الجديدة.

الفرع الثاني: العقارات المسجلة في حساب الدولة تطبيقاً لأحكام المادة 67 من القانون رقم 10/14

من الناحية النظرية، وفي ظل نص المادة 67 من قانون المالية لسنة 2015، كان ينبغي تسجيل وترقيم العقارات التي لا يمكن التعرف على ملاكها خلال عمليات مسح الأراضي باسم الدولة، مع إمكانية تسوية وضعيتها لفائدة الملاك المحتملين إذا طالبوا بها خلال أجل محدد بخمسة عشر (15) سنة من تاريخ استلام وثائق المسح بالمحافظة العقارية، إلا أنه من الناحية العملية لم يتم العمل بهذه الأحكام نظراً للصعوبات التي تمت مواجهتها أثناء وضعها حيز التطبيق. ويتم تصفية وضعية هذه العقارات على النحو الآتي:

يتم بداية تحويلها إلى حساب العقارات غير المطالب بها أثناء أشغال المسح، وبالنسبة لتحويل العقارات المسجلة في حساب "الدولة مالكة مفترضة" فهو لا يطرح أي إشكال، أما العقارات المسجلة مباشرة باسم الدولة يتطلب تحويلها إلى الحساب الجديد للقيام ببعض الإجراءات الخاصة، ثم بعد ذلك تتم تسويتها حسب الإجراءات الجديدة المسطرة في المادة 89 من قانون المالية لسنة 2018.⁴⁵

خاتمة

إن العقارات الغير المطالب بها أثناء أشغال المسح العقاري كانت تسمى قبل صدور قانون المالية لسنة 2018 بالعقارات المجهولة، وهي عبارة عن عقارات تابعة للخواص لم تتم المطالبة بها خلال عملية المسح العقاري، ولم يتمكن التحقيق العقاري من تحديد مالكيها أو حائزيها، ولم تكن موضوع طلب تسجيل في مصفوفة المسح من تاريخ افتتاح عملية المسح إلى غاية إيداع الوثائق المسحية على مستوى البلدية.

والأصل أن تسوى وضعية هذه العقارات إدارياً، وذلك لتخفيف العبء على القضاء، حيث قبل قانون المالية لسنة 2018 كانت تسوى الطلبات التي يوجد بصدها عقود مشهورة وفق المذكرة 2421، والطلبات التي لا يوجد بصدها عقود مشهورة عن طريق المذكرة 4618، ثم بصودر قانون المالية لسنة 2015 في مادته 67، والذي أتى بتغيير جذري، وهو أن تسجل هذه العقارات بعد أن كانت تسجل في حساب خاص هو حساب العقارات المجهولة أصبحت تسجل مباشرة باسم الدولة في انتظار تسوية وضعيتها، فإذا لم يظهر المالك خلال سنتين يتم ترقيم هذه العقارات باسم الدولة.

⁴⁵أنظر: المذكرة رقم 4060، السابقة الذكر.

أما حالياً ويصدر المادة 89 من قانون المالية لسنة 2018، والمذكورة 4060 أصبحت تسجل هذه العقارات في حساب العقارات الغير المطالب بها، وتتم تسوية كل حالة على حدى. وقد توجت هذه الدراسة بجملة من النتائج والتوصيات نذكر منها ما يلي:

النتائج المتوصل إليها

- من خلال هذه الدراسة تم التوصل إلى مجموعة من النتائج تتمثل فيما يلي:
- هناك عدد هائل من العقارات التي تم تسجيلها في حساب العقارات غير المطالب بها، وهذا ما ساهم في إعاقة عملية تسويتها وصعب من معالجتها والتكفل بها في أسرع وقت.
 - يمكن للأشخاص الذين تغيّبوا أثناء أشغال مسح عقاراتهم تفادي الترقيم في حساب العقارات غير المطالب بها، وذلك عن طريق طلب التسجيل في مصفوفة المسح قبل إيداع الوثائق المسحية على مستوى البلدية.
 - الهدف من جعل المشرع لعملية تسوية العقارات غير المطالب بها تتم إدارياً أولاً هو تخفيف العبء على القضاء، وتجنبيه العديد من المنازعات التي هو في غنى عنها.

الاقتراحات والتوصيات:

- (1) بالنسبة للملاك والحائزين: يجب الحرص على إعلامهم بافتتاح عملية المسح، وذلك عن طريق الإعلان عنه في وسائل الإعلام كمواقع التواصل الاجتماعي والتلفاز، ويجب عليهم الحرص على الحضور أثناء مسح ممتلكاتهم، وهذا تجنباً لوقوعهم في وضعية التسجيل في حساب العقارات غير المطالب بها، نظراً لصعوبة الخروج منها عملياً.
- (2) بالنسبة للجهات المتدخلة في عملية التسوية: يجب تخفيف العبء عن هذه الجهات، مثل مديرية أملاك الدولة، ومصالحة مسح الأراضي، والمحافظات العقارية، وذلك لكثرة طلبات التسوية المعروضة عليهم، مما يصعب عليهم التكفل بكل هذه الطلبات في مدة قصيرة، وبالتالي يجب زيادة الموظفين والأعوان، وضرورة التنسيق الجيد بين هذه الهيئات، وتقسيم الأعمال بينهم.

انتفاء المسؤولية المدنية عن تداول البيانات الطبية (دراسة قانونية تطبيقية مقارنة)

صدام فيصل كوكز المحمدي⁽¹⁾

⁽²⁾أستاذ القانون الخاص كلية القانون/جامعة الفلوجة ،
العراق.

البريد الإلكتروني: saddam_kokez@yahoo.com

مصطفى محمد منصور العبدلي⁽²⁾

باحث في القانون الخاص.

البريد الإلكتروني: saddam_kokez@yahoo.com

المخلص:

ألفينا نشهد اليوم كثير من صور المسؤولية المدنية الناتجة عن تداول البيانات الطبية عبر وسائط التداول المتنوعة، سواء عبر وسائط التداول المرتبطة بشبكة الإنترنت التي أصبحت لها اليوم الهيمنة المطلقة على الواقع الافتراضي، أو غيرها من الوسائل الأخرى المستخدمة في تداول البيانات والمعلومات، فقد باتت فيه عملية تداول البيانات ونشرها متاحة بيد كل شخص يحمل هذه التقنية، كونها تسهل له التواصل مع الآخرين، لما تحمله التطبيقات الإلكترونية والبرامج الخاصة بالاتصال والتواصل الرقمي من شفافية وسهولة كبيرة في الإستخدام، منحها لها الشبكة العنكبوتية كونها تمكن مستخدميها من تداول البيانات بأشكالها المختلفة، والتي تكون البيانات الطبية أحد صورها، صحيح أن ذلك يحسب مؤشراً للتقدم التقني والتطور التكنولوجي، إلا أنه يحقق مخاطر تهدد حقوق الأفراد الشخصية، بحيث تكون تحت تهديد الإختراق والتداول والنشر أو الاستغلال على نحو سلبي، ولكن قيام مسؤولية الشخص الذي يقوم بتداول البيانات يمكن أن تنتفي بأسباب مختلفة، وبالتالي لا أثر للتداول الذي يجري على هذه البيانات، وهذا الأمر هو ما قامت هذه الدراسة على بيانه واستكناه جوانبه على نحو علمي وتطبيقي وبأسلوب البحث العلمي المقارن.

الكلمات المفتاحية:

البيانات الطبية، تداول البيانات، المسؤولية المدنية عن تداول البيانات، نشر البيانات الطبية.

تاريخ إرسال المقال: 2021/10/14، تاريخ مراجعة المقال: 2021/12/13، تاريخ نشر المقال: 2021/12/31.

لتهميش المقال: صدام فيصل كوكز المحمدي، مصطفى محمد منصور العبدلي، "انتفاء المسؤولية المدنية عن تداول البيانات الطبية (دراسة قانونية تطبيقية مقارنة)"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد 12، العدد 03، 2021، ص. 225-260.

المقال متوفر على الرابط التالي: <https://www.asjp.cerist.dz/en/PresentationRevue/72>

المؤلف المراسل: صدام فيصل كوكز المحمدي، saddam_kokez@yahoo.com

المجلد 12، العدد 03-2021.

The Civil Liability Denial for Handling Medical Data (A Comparative Legal Study)

Summary :

Today, we are witnessing many forms of civil responsibility resulting from the circulation of medical data through various means of circulation, whether through the circulation media linked to the Internet, which has today absolute dominance over virtual reality, or other means used in the exchange of data and information. The circulation and dissemination of data is available to every person who carries this technology, as it facilitates him to communicate with others, because of the transparency and great ease of use that electronic applications and programs for communication and digital communication carry, granted by the World Wide Web, as it enables its users to exchange data in its various forms, which are data Medical medicine is one of its forms, and it is true that this is considered an indicator of technical progress and technological development, but it creates risks that threaten the personal rights of individuals, so that they are under the threat of penetration, circulation, publication or exploitation in a negative way, but the responsibility of the person who trades the data can be negated for various reasons.

The reforethere is no effect on this data circulate , and this is what this study has established Based on his statement and its aspects in a scientific and applied manner and in the style of comparative scientific research.

Key words: Medical data, data handling, civil liability for data handling, publishing medical data.

La responsabilité dans le traitement des données médicales : étude juridique comparative

Résumé :

On assiste aujourd'hui à de nombreuses formes de responsabilité civile résultant de la circulation de données médicales par divers moyens de circulation, que ce soit par les supports de circulation liés à Internet, qui dominent aujourd'hui de manière absolue la réalité virtuelle, ou d'autres moyens utilisés dans l'échange de données et informations. La circulation et la diffusion des données sont accessibles à toute personne qui porte cette technologie, car elle lui facilite la communication avec les autres, en raison de la transparence et de la grande facilité d'utilisation que portent les applications électroniques et les programmes de communication numérique, accordés par le Word Wide Web, car il permet à ses utilisateurs d'échanger des données sous diverses formes. La médecine est l'une de ses formes, et il est vrai qu'elle est considérée comme un indicateur de progrès technique et de développement technologique, mais elle crée des risques qui menacent les droits des individus, de sorte qu'ils sont sous la menace de pénétration, de circulation, de publication ou d'exploitation de manière négative, mais la responsabilité de la personne qui commercialise ces données peut être niée pour diverses raisons. Il n'y a donc aucun effet sur ces données qui circulent, et c'est ce que cette étude tente de démontrer.

Mots-clés : Données médicales, traitement des données, responsabilité civile, publication des données médicales.

مدى تطبيق فكرة مضار الجوار غير المألوفة في الإرتفاقات

سقني سميرة (1)

(1) طالبة دكتوراه، مخبر البحث حول فعالية القاعدة القانونية
كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميره
بجاية، 06000 الجزائر.

البريد الإلكتروني: seguenisamira@gmail.com

حمليل نوارة (2)

(2) أستاذة محاضرة "أ"، مخبر العولمة والتكنولوجيات
الحديثة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود
معمر، تيزي وزو، 15000 الجزائر.

البريد الإلكتروني: nouara.hamli2018@gmail.com

الملخص:

تنشأ عدة نزاعات بين الجيران بسبب علاقة الجوار التي تجمع بينهم وتولد أضرار قد تكون مألوفة التي يمكن أن يتسامحوا فيها، كما يمكن أن تتجاوز الحد المألوف وتسبب أضرارا جسيمة لا يمكن للجيران تحملها، ففي هذه الحالة يطلب إزالة تلك الأضرار. تتنوع صور مضار الجوار فقد تكون في صورة ضجيج يرتكبه الأشخاص، كما قد تكون في صور أخرى عند ممارسة حقوق الارتفاق.

الكلمات المفتاحية:

جوار، مضار غير مألوف، حق ارتفاق، حق المطل.

تاريخ إرسال المقال: 2020/06/29، تاريخ مراجعة المقال: 2021/12/20، تاريخ نشر المقال: 2021/12/31.

لتهميش المقال: سقني سميرة ، حمليل نوارة، " مدى تطبيق فكرة مضار الجوار غير المألوفة في الإرتفاقات"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد 12، العدد 03، 2021، ص ص. 261-278.

المقال متوفر على الرابط التالي: <https://www.asjp.cerist.dz/en/PresentationRevue/72>

المؤلف المراسل: سقني سميرة ، seguenisamira@gmail.com

Scope of Application of the Idea of Abnormal Neighborhood Disturbances in Easements

Summary:

Many issues of disputes occurred between neighbors cause in some cases usual damages which they can easily tolerate, but some damages are really serious and neighbors can't handle them so they need to be abolished. There are different kinds of neighbors damages such as noise disturbance and others as a result of their exercising the right of servitude.

Keywords:

Neighborhood, abnormal disturbances, right of servitude, looking right.

Étendue de l'application de l'idée des troubles anormaux de voisinage dans les servitudes

Résumé:

Plusieurs conflits surviennent entre voisins en raison de la relation de voisinage qui les rassemble et génère des dommages potentiellement préjudiciables mais tolérables. Néanmoins, ces troubles peuvent dépasser la limite familière et causer des dommages graves que les voisins ne peuvent pas tolérer ; dans ce cas il est nécessaire de supprimer ces dommages. Les catégories des troubles de voisinage peuvent varier : sous la forme de bruits émis par des personnes et sous d'autres formes lorsqu'ils exercent des droits de servitude.

Mot clés :

Voisinage, trouble anormal du voisinage, droit de servitude, droit de vue.

مقدمة

يتمتع المالك بكامل سلطاته بالتصرف في ملكيته العقارية، غير أنه مقيد بعدم التعسف في استعمال حقه إلى حد الإضرار بجاره. فعلاقات الجوار دائما ما ينتج عنها من خلافات ونزاعات نتيجة الأضرار التي تلحق أحد الجيران والتي لا يمكن تحملها. مما يؤدي بالمتضرر اللجوء للقضاء لطلب وضع حد لتعسف المالك وطلب التعويض عن الضرر الذي لحق به.

حثت الشريعة الإسلامية السمحاء على واجباكرامالجارومساعدتهفلا يجب على الجار أن يقوم بأي عمل من شأنه أن يضر بالجار. (1)

تبنت معظم التشريعات الوضعية نظرية مضار الجوار غير المألوفة. فالمشرع الجزائري نص على هذه النظرية من خلال القسم الثالث، الفصل الأول، الباب الأول من الكتاب الثالث (القيود التي تلحق حق الملكية) ضمن المادة 691 من التقنين المدني الجزائري. (2) على خلاف المشرع الفرنسي الذي لم يوردها بنص صريح وإنما بنص قانوني يوحي إلى تطبيقها وهذا ما يظهر من خلال المادة 651 من القانون المدني الفرنسي. (3) تكمن أهمية هذا الموضوع في معالجة النزاعات المتزايدة بصفة مستمرة ما بين الجيران الناتجة عن تعسف المالك في استعمال حقه اتجاه جاره. فهذه النزاعات تصدر غالبا من الضجيج الذي لا يمكن تحمله، أو الروائح

1 - أوصى الله تعالى في القرآن الكريم بالجار والإحسان إليه وذلك في الآية 36 من سورة النساء. قال الله تعالى: "واعبدوا الله ولا تشركوا به شيئا وبالوالدين إحسانا وبذي القربى واليتيمى والمسكين والجار ذي القربى والجار الجنب....."، فجاء تفسير الآية الكريمة " والجار ذي القربى والجار الجنب" بمعنى القريب منك في الجوار والبعيد عنك في الجوار. أنظر: جلال الدين محمد بن أحمد المحلي وجلال الدين عبد الرحمن بن ابي بكر السيوطي، تفسير الجلالين، الطبعة الرابعة، دار الخير، دمشق، 2004، ص 84. وعن عائشة رضي الله عنها أن رسول الله ﷺ قال: "ما زال جبريل يوصيني بالجار حتى ظننت أنه سيورثه". وقد أجمل الإمام الغزالي حقوق الجار بقوله " أن يبدأه بالسلام ولا يطيل معه الكلام ولا يكثر عن حاله بالسؤال. ويعوده في مرضه. ويعزيه في مصيبته. ويقوم معه في العزاء. ويهنئه في الفرح، ويظهر الشركة في السرور معه، ويصفح عن زلته، ولا يطلع من السطح على عوراته، ولا يضايقه في وضع الجذع على جداره ولا في صب الماء في ميزابه، ولا في طرح التراب في فناءه. ولا يضيق طريقه إلى الدار، ولا يتتبعه بالنظر فيما يحمله إلى داره، ويستتر ما ينكشف له من عوراته، ويعينه من صرخته إذا نابتة نائبة، ولا يغفل عن ملاحظة داره عن غيبته، ولا يسمع عليه كلاما، ويغض بصره عن حرمة". أنظر: أسماء مكي، المسؤولية عن مضار الجوار غير المألوفة، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه علوم فرع عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر (1) بن يوسف بن خدة، 2016، ص ص 125-126.

2- أمر رقم 75-58، مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني، ج ر العدد 78، صادر في 30/09/1975، (معدل ومتمم).

3 - Article 651 du code civil français stipule :«La loi assujettit les propriétaires à différentes obligations l'un à l'égard de l'autre, indépendamment de toute convention».

Voir : <https://www.legifrance.gouv.fr>

التي تسببها الحيوانات وغيرها من الأمثلة العديدة أو سوء استعمال حقوق الارتفاق، الذي يولد مضار جوار غير مألوف هذا ما يدفعنا للتساؤل عن مدى ارتباط مضار الجوار غير المألوفة بحق الارتفاق؟ للإجابة على هذه الإشكالية سيتم التعرض إلى مبحثين أساسيين، لتحديد نظرية مضار الجوار غير المألوفة (المبحث الأول)، حق ارتفاق المطل نموذجا عن مضار الجوار غير المألوفة (المبحث الثاني).

المبحث الأول: في مفهوم نظرية مضار الجوار غير المألوفة

يسبب الجوار نزاعات عديدة ما بين الجيران نتيجة أحداث أضرار لا يمكن تحملها أو التسامح فيها، وقد يكون بسبب الممتلكات الملتصقة، أو بسبب الأنشطة التي يمارسها الأشخاص التي تسبب الإزعاج للغير (المطلب الأول)، ويكون المالك مسؤول عن الأضرار التي سببها للغير، إذا كانت هذه الأخيرة غير مألوفة وذلك وفقا لمعايير قانونية تحدد إذ ما كان الضرر مألوف أو غير مألوف (المطلب الثاني).

المطلب الأول: مفهوم الجوار

تعرض الفقهاء لمفهوم الجوار وذلك بتقديمهم عدة تعاريف فقهية تختلف من فريق لآخر، فمنهم من قام بتعريف الجوار على أساس تلاصق العقارات، ومنهم من عرّف الجوار على أساس الأشخاص (الفرع الأول)، كما تضمن مفهوم الجوار مدلولاً قانونياً وذلك بنص المشرع الجزائري على عدة التزامات تنظم علاقات الجوار (الفرع الثاني).

الفرع الأول: التعريف الفقهي للجوار

اختلف الفقهاء في تعريف الجوار من حيث مدى التلاصق الذي يتحقق به الجوار، حيث ذهب البعض منهم للقول بضرورة امتداد التلاصق بين العقارين بما يكفي، حتى يمكن القول بوجود الجوار بين العقارات، وبذلك ترك

هذا الاتجاه للقاضي تقدير كفاية التلاصق في تحقيق معنى الجوار تبعا للحالة المعروضة عليه، بينما جانب آخر من الفقهاء يعتبر على أنه بمجرد اجتماع العقارات وتقاربها في حي واحد يكفي لتحقيق الجوار.

وذهب الدكتور شفيق شحاته إلى أبعد من ذلك بقوله: " لا يهم إذا كان الذي لحقه الضرر جارا ملاصقا أو شخصا آخر مقيما بالحي على مسافة من المحل الذي يستعمل استعمالا غير مألوف...."⁽¹⁾

يعد مدلول الجوار من حيث الأشخاص فكرة تتسم بالحدّة، حيث أنها لم تعد مقتصرة على الترابط بين الملكيات المتجاورة فقط، بل تجاوزت هذا الاعتبار لتشمل النشاطات الفردية التي لم تعد محصورة في علاقة المالكين فقط، بل تعدت إلى المستأجرين والشاغلين للعقار على اختلاف صفاتهم، بمعنى أنه لا يهم إن كانوا

¹ - سليمي الهادي وشهيدة قادة، «أحكام الضرر ضمن آليات دفع المسؤولية عن مضار الجوار غير المألوفة في القانون الجزائري»، مجلة الواحات للبحوث والدراسات، جامعة غرداية، المجلد 07، العدد 02، 2014، ص 92.

أقارب أو أصدقاء أو ضيوف زائرين، وبالتالي توسعت فكرة الجوار التي لم تعد تقتصر على الأملاك المتلاصقة، لتمتد إلى مظاهر التلوث البيئي من انبعاثات مختلفة تتجاوز الجيران المتلاصقين، وتتعدى حتى حدود المنطقة المقيمين بها بأكملها.⁽¹⁾

صعب على الفقهاء ضبط تعريف اصطلاحي دقيق لمفهوم الجوار، لكن ذلكم يمنعهم من الاجتهاد، حيث عرّف أنّه: "النطاق أو الحيز المكاني أو الجغرافي الذي يتجاور فيه الأشخاص والأموال أيًا كانت طبيعتها وسواء كانت متلاصقة أم غير متلاصقة، والذي يتحدد بالمدى الذي يمكن أن يصل إليه أذى الأنشطة المجاورة والذي يختلف تبعاً لذلك من حالة إلى أخرى بحسب هذه الأنشطة".⁽²⁾

إذا تساءلنا عن تعريف الجوار في القانون الخاص، فنلاحظ أن الكلمة يمكن أن يكون لها معنيين على الأقل، المعنى الأول للجوار هو كل ما هو مجاور بمعنى قريب، أما المعنى الثاني للجوار هو العيش جنب لجنب كجيران. يعتبر القانون المدني الفرنسي مالك القطع الأرضية المجاورة يعتبر جاراً، فالقانون المدني الفرنسي يعتبرها

ففي القانون المدني الفرنسي مالك القطع الأرضية المجاورة يعتبر جاراً، فالقانون المدني الفرنسي يعتبرها حالة جوار إلا في حالة الملكية فقط وذلك في حدود علاقات الجوار ما بين أصحاب الملكية.⁽³⁾

الفرع الثاني: التعريف القانوني للجوار

لم يتعرض المشرع الجزائري لتعريف الجوار، ولا القوانين المقارنة، حيث اكتفت هذه القوانين وعلى غرارها القانون الجزائري بتنظيم علاقات الجوار وتبيان القيود الواردة عليها، إذ تضمنت القيود محددة الجزاء على

¹ - بن ويس قادة وشيخاوي وفاء، «أثر الدفع بأسبقية الاستغلال على المسؤولية عن مضار الجوار البيئية»، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية، السياسية والاقتصادية، جامعة بن يوسف بن خدة الجزائر، المجلد 56، العدد 02، 2019، ص 88.

² - سليمي الهادي، المسؤولية الناجمة عن مضار الجوار غير المألوفة-دراسة مقارنة-أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه في القانون تخصص القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد-تلمسان، 2017، ص 30-31.

³ - "si l'on s'interroge sur la définition du voisinage en droit privé, on constate que le mot peut revêtir au moins deux significations. Dans un premier sens, le voisinage est le caractère de ce qui est voisin, c'est à-dire proche

Dans un second sens, le voisinage désigne le fait d'être voisins, c'est à dire d'habiter à coté ou plus précisément, dans le code civil, d'être propriétaires de parcelles voisines, c'est à dire contigues. Le code civil, en effet, n'envisage le fait du voisinage qu'au titre du droit de propriété, donc dans les rapports entre propriétaires voisins"

Voir: BRUNO PETIT, Le voisinage en droit privé, in voisinage et bon voisinage à la croisée des droits interne, international et communautaire, sous la direction du Pr CATHERINE SCHNEIDER, Edition CESICE, Centre d'excellence Jean Monnet Grenoble, 2009, p.04.

مخالفتها دون أن تبين معنى الجوار، فاكتفى المشرع بذكر بعض القيود المتعلقة بتلاصق العقارات، أي أن المضار يتحقق فقط في حالة العقارات المتلاصقة دون سواها، كحق المطل وفتح المناور.

يبقى مالك العقار هو المسؤول الأول عن تخصيص عقاره للمنفعة العامة أو الخاصة، وعليه فالقانون لا يقصد مجموعة عقارات متلاصقة وحسب، بل يعني بصفة عامة استعمال الأمكنة المتلاصقة جغرافيا دون أي اعتبار للحائز الذي يستعملها، علما أن المشرع الجزائري يؤكد على صفة المالك بموجب نص المادة 01/691 من التقنين المدني الجزائري، فالمشرع الجزائري عندما اشترط صفة المالك والتقييد فقط بصفة المالك، فبذلك تنتهي مسؤولية مستأجر العقار أو شاغله عما يحدثه من أضرار غير مألوفة بجاره، والذي قد يكون هو الآخر مالكا⁽¹⁾ أو مستأجرا أو شاغلا للعقار.⁽²⁾

جاء في قرار قضائي رقم 93-12.681 الصادر بتاريخ 28 جوان 1995 على أنه يحق للمالك حتى ولو لا يقيم على أرضه، أن يطلب إنهاء مضار الجوار غير المألوفة، الناشئة من العقار المجاور.⁽³⁾ غير أن هذا النقص في التعريف لا يعني بأن الجوار ظاهرة ليس لها مدلول قانوني، ما يؤكد ذلك اعتراف أغلب التشريعات المقارنة بما فيها التشريع الجزائري بنظرية مضار الجوار غير المألوفة، فتعريف الجوار تعريفا قانونيا ثابتا ومحددا من بين الأمور التي يصعب حسمها بدقة، وذلك لكون فكرة الجوار ذات طابع مرن متغيرلا يمكن إخضاعها لمعيار ثابت، ما عدا التجاور⁽⁴⁾ الجغرافي الدائم وغير المؤقت سواء بين الأشخاص أو الأشياء.⁽⁵⁾

¹ - تنص المادة 01/691 من التقنين المدني الجزائري على أنه: "يجب على المالك ألا يتعسف في استعمال حقه إلى حد يضر بملك الجار".

² - سليمان الهادي، مرجع سابق، ص 30 - 31.

³ - "Un propriétaire même s'il ne réside pas sur son fonds est recevable à demander qu'il soit mis fin aux troubles anormaux de voisinage provenant d'un fonds voisin"

Voir : Cass. Civ.2^{ème}, 28 juin 1995, N^o 93-12.681, in <https://www.legifrance.gouv.fr/rechJuriJudi.do?reprise=true&page=1>
Consulté le 15/02/2020.

⁴ - جاء في قرار قضائي رقم 29234 مؤرخ في 26 /10/ 1983 على تأسيس قضاة الموضوع لقرارهم على ما تضمنته تقرير الخبرة من نتائج مقنعة جعلتهم يتأكدون من عدم وجود الجوار بين ملكية الطرفين ويقررون بناء على ذلك رفض طلب الطاعنين وضع معالم الحدود بين الملكيتين، إذ لا يعقل أن توضع معالم حدود لملكيتين غير متجاورتين. أنظر: قرار المحكمة العليا الصادر تحت رقم 29234 مؤرخ في 26 /10/ 1983، المجلة القضائية للمحكمة العليا، قسم المستندات والنشر للمحكمة العليا، العدد 03، 1989، ص 19.

⁵ - سليمان الهادي، مرجع سابق، ص 32.

المطلب الثاني: مفهوم مضار الجوار غير المألوفة

تعرض الفقهاء⁽¹⁾ الى تعريف مضار الجوار غير المألوفة ذلك الضرر الذي لا يمكن تحمله، والذي ينتج بسبب علاقات الجوار. من جهة نظم المشرع مضار الجوار غير المألوفة (الفرع الأول) واعتمد اعتبارات عديدة لتحديد المضار غير المألوفة (الفرع الثاني)، كما وضع عدة شروط يستوجب تحققها لتطبيق نظرية مضار الجوار غير المألوفة (الفرع الثالث).

الفرع الأول: تعريف مضار الجوار غير المألوفة

اجتهد الفقه لوضع نظرية مضار الجوار غير المألوفة (أولاً) التي تبنتها بعض التشريعات وقننتها (ثانياً).

أولاً: التعريف الفقهي لمضار الجوار غير المألوفة

عرّف مضار الجوار غير المألوفة⁽²⁾ على أنه الضرر الفاحش الذي لم تجر العادة على تحمله، أو هو الضرر الذي يقلق الراحة⁽³⁾،

¹ -نادى الفقه الفرنسي بتطبيق نظرية مضار الجوار غير المألوفة ومقتضاها ضرورة التجاوز عن بعض المضار إلى حد معين، أما إذا تجاوزت المضار هذا الحد اعتبرت غير مألوفة، مما يتيح للجار طلب التعويض عما ينتج عنها من أضرار. أنظر: حمر العين عبد القادر، «مضار الجوار كأساس للمسؤولية المدنية عن الضرر البيئي»، مجلة البحوث العلمية في التشريعات البيئية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بن خلدون تيارت، العدد 09، 2017، ص 313.

² - تجدر الإشارة إلى أنه تختلف مضار الجوار غير المألوفة عن المضار المألوفة فهذه الأخيرة هي التي يستلزمها الجوار والتي يجب التسامح فيها حتى لا تتعطل أنشطة الجيران أو يتعطل استعمالهم لحقوقهم المشروعة ويقع التزام على عاتق كل جار بتحملها، لأنه لا يمكن تجنبها لكونها من ضرورات الجوار ولا مفر منها في الحياة في جماعة، و من أمثلة تلك المضار، الضوضاء المنبعثة من الراديو والتلفزيون وتلك التي يحدثها العمال الذين يستيقظون مبكراً وبكاء الأطفال وعزف البيانو والمضايقات التي يحدثها الجار الذي ينام متأخراً أو الذي يستيقظ مبكراً وصياح الديوك والضجيج الذي يحدثه الأطفال أثناء لعبهم ولهوهم أو الذي يحدث في الأفراح والمآتم بسبب استعمال مكبرات الصوت، فهي مضار مألوفة تفرضها حياة الناس في الجماعة، وليس للجار أن يرجع على جاره بالتعويض. أنظر: عطا سعد محمد حواس، الأساس القانوني للمسؤولية عن أضرار التلوث، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2012، ص 122 و ص 124.

³ - فضوضاء الحيوانات يسبب أضرار للجيران، فصدرت في هذا الموضوع عدة أحكام عن القضاء الفرنسي نذكر منها:

- قضى بمسؤولية الجار الذي قام بإنشاء حظيرة للدواجن والطيور بالقرب من نوافذ المسكن المجاور، والذي نتج عنها روائح مقرزة وأصوات عالية، أقلق راحة الجيران الذين يسكنون في هذا المسكن وأضررت بصحتهم.

- قضى بمسؤولية الجار الذي ترك كلبه ينبج على نحو مستمر، بحيث أقلق راحة الجيران وبدد سكون ليلهم. أنظر: أسماء مكي، مرجع سابق، ص 282.

وهو بالطبع ضرر غير عادي، لأنه غير مألوف وخارج عن الإطار الطبيعي⁽¹⁾، كسد الضوء كلية. يتحقق الضرر غير المألوف في علاقة الجوار حين رؤية مقر النساء كصحن الدار والمطبخ أو ماشابه ذلك، فإذا أحدث رجل في داره نافذة أو شيد بناء أو جعل له نافذة أو مطلا على مقر نساء جاره الملاصق أو الفاصل بينهما طريق، فإنه يؤمر بسدها لأن الضرر في ذلك بين وظاهر، أما إذا كانت الغاية من النافذة إدخال النور وكانت فوق قامة الإنسان فليس للجار أن يكلفه بسدها، حتى ولو احتج الجار بأن جاره قد يستعمل سلما ليطل على مقر النساء، لأنه لا مجال للتأسيس من منطلق التوهم.⁽²⁾

توجد العديد من الأمثلة التي تشكل مضار غير مألوف للجوار من بينها صاحب المصنع الذي يجاور منازل معدة للسكن وتسبب مصنعه في روائح كريهة لجيرانه. كذلك مالك العقار الذي بنى حديثا ومنع مالك المنزل المجاور من استخدام مدخنته بسبب هذا البناء الجديد، وقد تطورت الاجتهاداتالقضائية في نظرية مضار الجوار غير المألوف فقرر القضاء الفرنسي أن شركة الطيران مسؤولة عن أصوات ودوي محركات الطائرات التابعة للشركة وتمثل مضار جوار غير مألوف بالنسبة للمالكين المجاورين للمطار بسبب صعود وهبوط الطائرات.⁽³⁾

صدر قرار قضائي للمحكمة العليا رقم 404069 مؤرخ في 2007/06/13 يقضي على أنه يندرج تشييد جدار (ولو برخصة بناء)متسبب في حجب النور والهواء عن مسكن، ضمن مضار الجوار غير المألوفة.⁽⁴⁾ تحدد عدم مألوفية المضار بمعياري تجاوز الحد المألوف وهو من المعايير المرنة، وليس بقاعدة جامدة تتكيف مع الظروف المختلفة وتواجه الحاجات المتغيرة وتستجيب لمقتضيات كل منها،فقاعات الحفلات التي تقام في فصل الصيف المجاورة لعقارات مخصصة للسكن والتي يصل ضجيجها إلى حد لا يستطيع فيه السكان النوم إلا في ساعات متأخرة جدا، فيعد هذا المضار غير مألوف لأنه بلغ حدا تجاوزت فيه المضار المألوفة،

¹ - بولقواس سارة، «أثر الترخيص الإداري على المسؤولية عن مضار الجوار غير المألوفة»، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، جامعة باتنة 1 الحاج لخضر، العدد 08، 2016، ص 548.

² - سليمي الهادي، مرجع سابق، ص 33 و ص 39.

³ -خوادجية سميحة حنان، قيود الملكية العقارية الخاصة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، فرع القانون الخاص، قسم القانون العقاري، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة-منتوري، 2008، ص 123.

⁴ - قرار الغرفة العقارية للمحكمة العليا الصادر تحت رقم 404069 مؤرخ في 2007/06/13، مجلة المحكمة العليا، قسم الوثائق، العدد 01، 2008، ص 197.

وباستمرارية المضار غير المألوفة بمعنى لا بد أن تتكرر هذه المضار بصفة دورية، كالحفلات التي تقام في فصل الصيف على مدى أيام الأسبوع، وطوال اليوم في النهار والليل وبذلك يتحقق استمرارية المضار.⁽¹⁾
ثانيا: التعريف القانوني لمضار الجوار غير المألوفة

يتضح أنّ المشرّع الجزائري لم يتناول مفهوم المضار غير المألوفة، وإتّما أشار إلى معيار المضار وإلى اعتبارات تقدير المضار غير المألوف⁽²⁾ وذلكوفقا لنص المادة 2/691 من التقنين المدني الجزائري.⁽³⁾ بالرجوع إلى نص المادة 691 من القانون المدني السالفة الذكر، فالمشرع الجزائري ألزم المالك بأن لا يتعسف في استعمال حقه إلى حد يضر بملك جاره، وأعطت للجار المتضرر الحق في اللجوء للقضاء للمطالبة بإزالة الأضرار اللاحقة به إذا تجاوزت الحد المألوف لها. يكون الجار متعسفا في استعمال حقه متى نتج عن هذا الاستعمال ضرر غير عادي وغير مألوف وذلك لأنه يمس بمصالح محمية قانونا للجيران.⁽⁴⁾ جاء في قرار قضائي رقم 02-16.303 الصادر بتاريخ 23 أكتوبر 2003 أن الحق في الملكية، على النحو المحدد في المادة 544 من القانون المدني الفرنسي والذي تحميه المادة 1 من الاتفاقية الأوروبية لحماية حقوق الإنسان والحريات الأساسية، مقيد بمبدأ أنه لا ينبغي لأحد أن يتسبب في اضطراب الجوار للآخرين، لا يشكل هذا التقييد انتهاكا غير متناسب للحق الذي تحميه الاتفاقية المذكورة أعلاه.⁽⁵⁾

¹ - بولقواس سارة، «أثر الترخيص الإداري على المسؤولية عن مضار الجوار غير المألوفة»، المرجع السابق، ص 547 - 548.

² - بولقواس سارة، جبر الضرر عن مضار الجوار غير المألوفة، مذكرة مكتملة لنيل شهادة الماجستير في العلوم القانونية تخصص عقود ومسؤولية مدنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر باتنة، 2014، ص 21.

³ - تنص المادة 02/691 من التقنين المدني الجزائري 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 وعلى القاضي أن يراعي في ذلك العرف، وطبيعة العقارات وموقع كل منها بالنسبة إلى الآخرين والغرض الذي خصصت له."

⁴ - بن سعدة حدة، حماية البيئة كقيد على حق الملكية العقارية، مذكرة من أجل الحصول على شهادة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر بن يوسف بن خدة، 2007، ص 17.

⁵ - "Le droit de propriété tel que défini par l'article 544 du Code civil et protégé par l'article 1er de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales est limité par le principe selon lequel nul ne doit causer à autrui un trouble de voisinage. Cette restriction ne constitue pas une atteinte disproportionnée au droit protégé par la Convention précitée"

Voir : Cass. Civ.2^{ème}.23 octobre 2003, N^o 02-16.303, in <https://www.legifrance.gouv.fr/rechJuriJudi.do?reprise=true&page=1>
Consulté le 15/02/2020.

يلاحظ أنّ قيد مزار الجوار غير المألوفة لا يمس بحق الملكية وإنما يضع حد لتعسف المالك في استعمال حقه، كما يلاحظ كذلك أنّ المشرّع الجزائري نصّ صراحة على نظرية مزار الجوار في القانون المدني الجزائري، أما بالنسبة للمشرّع الفرنسي لم ينص على مفهوم مزار الجوار في القانون المدني بل تم تطويره بموجب الاجتهاد

القضائي، والتوضيحات التي تظهر في المادة 651 من القانون المدني الفرنسي.⁽¹⁾

الفرع الثاني: اعتبارات تحديد المزار غير المألوفة

يعتمد القاضي عند تحديد مدى مألوفية المزار على اعتبارات أربعة نصّ عليها المشرّع الجزائري في المادة 2/691 من التقنين المدني الجزائري، وهي العرف (أولا)، طبيعة العقار (ثانيا)، موقع كل عقار بالنسبة للآخر (ثالثا)، والغرض المخصص (رابعا).

أولا: الاستعانة بالعرف لتحديد مزار الجوار غير المألوفة

يتمثل العرف فيما استقر عليه الجيران وماجرت العادة بينهم أن يتحمل بعضهم البعض، مثلا الضجة والضوضاء التي تترتب على خروج المالك من مسكنه باكرا لاسيما استخدامه لسيارته، وهذه الحالة تمثل ضررا مألوفاً لا يمكن تجنبه⁽²⁾، وبالعكس يعتبر المزار غير مألوف إذا كانت العادة لم تجر تقبله أو التسامح فيه، كالضجة التي تكثر في الأفراح والمآتم في حدود المدة التي جرى العرف على تحملها، مثلا في المدن يسمح استمرار ضجيج الأفراح إلى غاية الواحدة ليلا، أما الأرياف فقد تستمر إلى غاية الثانية أو الثالثة ليلا، إذا يؤخذ بعين الاعتبار ظروف الزمان.⁽³⁾

يمكن اعتبار مثل هذا العرف بمثابة قانون الجوار، أو بصورة أوضح، قواعد اللياقة الواجب مراعاتها فيما بين المتجاورين.⁽⁴⁾

¹ - "La notion de trouble de voisinage ne figure pas dans le code civil, elle a été élaborée par la jurisprudence, les annotations correspondantes figurant sous l'article 651 du code civil"

Voir : Valérie GAILLOT-MERCIER, «Trouble de voisinage», Encyclopédie 2002, p.01. **Voir :** <https://www.dalloz.fr/> (Consulté le 11/02/2020).

² - سعيدان أسماء، «القيد القانونية الواردة على الملكية العقارية الخاصة في القانون الجزائري»، مجلة حوليات جامعة الجزائر 1، الجزء الرابع، العدد 33، 2019، ص 67.

³ - بلقواس سارة، جبر الضرر عن مزار الجوار غير المألوفة، مرجع سابق، ص 23.

⁴ - مروان كساب، المسؤولية عن مزار الجوار، (دون دار النشر)، بيروت، 1998، ص 132.

ثانياً: دور طبيعة العقار في تحديد مضار الجوار غير المألوفة

يتم تحديد العقارات كونها سكنية أو تجارية أو صناعية أو زراعية وفقاً لقواعد تنظيم المدن. فهذه القواعد هي التي تحدد مسبقاً طبيعة العقار ومن ثم يمكن الاحتجاج بها على الغير إيجاباً أو سلباً. وعلى ذلك إذا قام شخص ببناء منزل سكني مخالفاً لهذه القواعد في منطقة صناعية أو تجارية لا يحق له المطالبة بالتعويض عن الأضرار التي تحدثها العقارات المجاورة ولو اكتست بطابع الخطورة. فعليه أن يتحمل الروائح المقززة والأدخنة المتصاعدة والضجيج المستمر الناتج عن دوران المصانع أو حركة وعمل التجار وذلك لمخالفته لقواعد تنظيم المدن.

يتم تقدير الضرر غير المألوف وفقاً لطبيعة العقار، فما يعتبر ضرراً مألوفاً بالنسبة لمصنع تدور فيه الآلات ويحتشد فيه العمال وتشتد الضوضاء. قد يعتبر غير مألوف بالنسبة إلى المدرسة أو المستشفى. فهناك عقارات بطبيعتها تكثر فيها الضوضاء والجلبة ولا يمكن اعتبار هذه الأخيرة مضاراً غير مألوفاً.⁽¹⁾

ثالثاً: موقع كل عقار بالنسبة للآخر

يلعب موقع العقار دوراً هاماً في تحديد مألوفية الضرر من عدمه. وعليه فإن التلاصق بين العقارات يقتضي تحمل الجيران بعض الأصوات التي تستلزمها ظروف الاستعمال الطبيعي للعين، كضربات الأقدام أو تشغيل آلات الطهي، أما إذا وصل الأمر إلى صدور ضجيج في أوقات الليل المتأخرة مما يزعج الجار في نومه، فإن ذلك يعتبر ضرراً غير مألوفاً، كتشغيل آلات موسيقية أثناء الليل. أو وصلت هذه الأصوات بسبب ارتفاع ضجيجها إلى العقارات البعيدة. كما أنه في العقار الواحد أن يتحمل صاحب السفلى من الأضرار التي تصدر من صاحب العلو ما لا يتحمله صاحب العلو من صاحب السفلى، حسب طبيعة موقعه.⁽²⁾

رابعاً: الغرض الذي خصص له العقار

يختلف العقار الذي يخصص للسكن عن العقار المخصص لممارسة التجارة التي تتطلب دوام الحركة، وما يعتبر غير مألوف للعقار المخصص للسكن يعد مألوفاً للعقار المخصص للتجارة⁽³⁾، فلو أنشأ محل مقلق للراحة وسط حي سكني، فيمكن اعتبار أن هذا يشكل ضرراً غير مألوفاً ويقتضي إزالة هذا المحل. يعتبر أيضاً ضرراً غير مألوف ذلك الضرر الذي يلتزم المالك بعدم إلحاقه بجاره صاحب المصنع الذي يجاور منازل معدة للسكن وتسبب مصنعه في روائح كريهة لجيرانه، فللجار الحق في طلب إزالة المضار المحدثة، ويشترط أن تكون قد تجاوزت الحد المألوف الذي يقرره العرف المحلي، لأن الأعراف تختلف من

1 - أسماء مكي، مرجع سابق، ص ص 74-75.

2 - المرجع نفسه، ص 76.

3 - بلقواس سارة، مرجع سابق، ص 24.

منطقة إلى أخرى، بالإضافة إلى مراعاة طبيعة العقارات وموقع كل منهما بالنسبة للآخر والغرض الذي خصصت له.⁽¹⁾

تهدف مقتضيات الحماية من الأضرار السمعية إلى الوقاية أو القضاء أو الحد من انبعاث وانتشار الأصوات أو الذبذبات التي قد تشكل أخطارا تضر بصحة الأشخاص، وتسبب لهم اضطرابا مفرطا، أو من شأنها أن تمس بالبيئة.

حدد المشرع الجزائري الأنشطة التي تسبب أحداث الصخب، المتمثلة في النشاطات الرياضية الصاخبة والنشاطات التي تجري في الهواء الطلق والتي قد تتسبب في أضرار سمعية، ولذلك في حالة إمكانية أحداث صخب بسبب هذه الأنشطة فإنها تخضع إلى ترخيص.⁽²⁾

الفرع الثالث: شروط تحقق مضار الجوار غير المألوفة

يجب أن يحدث اضطراب غير طبيعي مرتبط بالجوار محدثا ضررا، وذلك بمجرد وجود علاقة سببية بين الاضطراب والضرر ليشكل الفعل مضار للجوار، فالمتضرر يجب أن يثبت الضرر الذي حصل له ويجب أن يبين العلاقة السببية ما بين الاضطراب والضرر، ومثال ذلك بناء مبنى جد مرتفع يحجب مرور الشمس إلى المنازل المجاورة مما يجعلها تسود في الظلام.⁽³⁾ وبالنتيجة فيجب أن يكون هناك ضرر غير عادي يصيب الجار، وأن يتعسف أو أن يغلو المالك في استعمال حقه.⁽⁴⁾

¹ - سعيدان أسماء، مرجع سابق، ص 68.

² - أنظر: المواد 72، 73 و 74 من القانون رقم 10-03، مؤرخ في 19 جويلية 2003، يتعلق بحماية البيئة في إطار التنمية المستدامة، ج ر العدد 43، صادر في 20/07/2003.

³ - "pour que le trouble du voisinage soit constitué, il est nécessaire que soit constaté un trouble anormal, s'inscrivant dans un rapport de voisinage, et créant un préjudice, dès lors qu'il ya un lien de causalité entre le trouble et le préjudice"

Voir: Valérie Gaillot-Mercier, Op.cit., pp. 01et 02.

⁴ - لا بد أن يكون استعمال الحق سبيلا إلى تحقيق المصالح و دفع المفاسد، ويعد التعسف في استعمال الحق من أهم القيود على سلطات المالك مراعاة للجوار. ولقد قيد المشرع الجزائري المالك عند استعماله لحق الملكية العقارية بألا يضر جاره، وهذا ما نصت عليه المادة 01/691 السالفة الذكر من التقنين المدني الجزائري. فالمالك يعتبر متعسفا في استعمال عقاره إذا كان هدفه مجرد إلحاق الضرر بالغير، كالمالك الذي يحدث ضجة شديدة عند ممارسة جاره للصيد لإشاعة الذعر في الحيوانات وتغييرها، أو المالك الذي يقيم سياجا يطليه باللون الأسود لتعتيم بناء جاره دون أن تعود عليه بفائدة شخصية، أو الذي يقيم مدخنة على ارتفاع عال رغبة منه في حجب النور عن جاره. ويعتبر المالك متعسفا في استعمال حقه أيضا إذا كان الغرض من استعمال الحق هو الحصول على فائدة قليلة بالنسبة إلى الضرر الناشئ. أنظر: سعيدان أسماء، مرجع سابق، ص ص 66 - 68.

المبحث الثاني: حق ارتفاع المطل نموذجاً عنمضار الجوار غير المألوفة

تشكل المطلات التي يقوم أصحاب الملكية بفتحها ازعاجاً على الملكيات المجاورة مما تثير نزاعات فيما بينهم⁽¹⁾. صنّف المشرع الجزائري حق المطل ضمن القيود الواردة على حق الملكية، وذلك من خلال القسم الثالث من الباب الأول من الكتاب الثالث (القيود التي تلحق حق الملكية) ضمن المواد 709، 710 و 711 تقنين مدني جزائري. وبالتطلع على النصوص القانونية الواردة بخصوص حق الارتفاق لا سيما المادة 870 من التقنين المدني الجزائري يتبين لنا أنّ حق المطل هو حق ارتفاق، باعتبار أحكام المطل مقيّدة بمسافات قانونية.⁽²⁾ يجب على المالك احترام المسافات القانونية حين إنجازهِ للمطلات. وهذا ما يجعل حق المطل قيد على الملكية العقارية بحيث المالك مقيد بالمسافات القانونية التي يجب عدم تجاوزها، وحق ارتفاق لفائدة الملكية المجاورة، وفي حالة احترام هذه المسافات القانونية، فإذا كان المطل الذي تم فتحه يكشف على حرمة المسكن مثلاً فهذا سيؤدي الى احداث أضرار للملكية المجاورة، وهذا ما يجعل حق ارتفاق المطل يشكل مضار جوار غير مألوف (المطلب الأول)، إلى جانب المطلات يمكن فتح المناور التي تشكل أقل ضرراً من المطل ولكن تبقى هي كذلك تحدث ازعاجاً أيضاً، لذلك وضع المشرع الجزائري مسافات قانونية لا بد من احترامها وتطبيقها والتي تشكل هي كذلك قيد على الملكية العقارية (المطلب الثاني).

المطلب الأول: المطلات

يحق للمالك الذي يبني على أرضه أن يستعمل كل جزء منها وأن يفتح في بنائه ما يشاء من فتحات للنظر أو التهوية أو الإضاءة،⁽³⁾ (الفرع الأول) إلا أنّ هذه الحرية قيدها المشرع الجزائري بإلزامية احترام المالك لمسافة معينة حددها القانون في المواد 709 و 710 تقنين مدني جزائري، (الفرع الثاني).⁽⁴⁾

¹- Les litiges les plus souvent rencontrés concernent soit des problèmes liés aux nuisances sonores, soit à une mésentente sur l'exploitation des servitudes"

Voir: MM. ECKERT et MERINIS, Le guide du voisinage (mieux comprendre pour bien choisir!), Editions Fine media comprendre choisir.com, Paris, 2012, p.11.

² - تنص المادة 870 من التقنين المدني الجزائري على أنه: " إذا فرضت قيود معينة تحد من حق مالك العقار في البناء عليه كيف شاء كأن يمنع من تجاوز حد معين في الارتفاق بالبناء أو في مساحة رقعته فإن هذه القيود تكون حقوق ارتفاق على هذا العقار لفائدة العقارات المجاورة التي فرضت لمصلحتها هذه القيود هذا ما لم يكن هناك اتفاق يخالف ذلك."

³ - بن حمود لطيفة وحوادق عصام، «قيود الجوار بسبب تلاصق الأملاك العقارية»، مجلة التعمير والبناء، جامعة ابن خلدون تيارت، المجلد 03، العدد 02، 2019، ص 74.

⁴ - سعيدان أسماء، مرجع سابق، ص 73.

الفرع الأول: تعريف المطلات

تعرف المطلات بأنها الفتحات التي نقبت في حيطان البناء ينفذ منها الضوء والهواء بالإضافة إلى سماحها بالإطلال إلى الخارج، كالنوافذ والشرفات والتي قد تكون في شكل مطلات مواجهة أو منحرفة.⁽¹⁾ يقصد بالمطلات المواجهة تلك التي تسمح بالنظر إلى ملك الجار مباشرة، مما يعني أن عقار الجار كله أو بعضه يقع في مواجهة الفتحات والخارجيات أو ما يصطلح عليه بالبلكونات في البناء هي مطلات مواجهة للعقارات المقابلة لها من أي ناحية من النواحي الثلاث. بينما المطلات المنحرفة (الجانبية) فهي التي لا تسمح لصاحبها بالنظر إلى الجار إلا بالاتفاف إلى اليمين أو اليسار أو بالانحناء إلى الخارج.⁽²⁾

الفرع الثاني: أحكام المطلات

لم يقيّد المشرع الجزائري من طول ولا عرض ولا ارتفاع المطلات، إلا أنّه قيد المالك عند فتح المطلات على اختلاف أنواعها بضرورة مراعاة مسافات معينة⁽³⁾ تفصلها عن حدود جاره سواء كان ملك الجار أرضاً زراعية أو عمرانية أو بناء.

أولاً: أحكام المطل المواجه

حدّدت أحكام المطل المواجه في المادة 709 تقنين مدني جزائري، ويتقيد المطل المواجه أو المنحرف بمسافة معينة عند فتحه، وإن مسافة المطل المواجه أكبر من مسافة المطل المنحرف باعتبار أن المطل المواجه

¹ - زرارة عواطف، مسؤولية مالك العقار عن مضار الجوار غير المألوفة في التشريع الجزائري، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه العلوم في العلوم القانونية تخصص قانون عقاري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر باتنة، 2013، ص 119.

² - سليمي الهادي، مرجع سابق، ص 117 وص 119.

³ - صدرت عدة قرارات قضائية بخصوص حق ارتفاق المطل ومنها ما يلي:

- لا يمكن فتح مناوور أو أي فتحات في جدار مشترك فاصل بين ملكيتين. أنظر: قرار الغرفة المدنية للمحكمة العليا الصادر تحت رقم 1047068 مؤرخ في 2017/06/15. أنظر: <https://elmouhami.com/> (تم الاطلاع عليه بتاريخ 2020/06/16).

- لا يجوز لمالك الحائط المشترك، أحداث فتحات فيه أو الانتقاص من علوه أو من سمكه أو القيام بأي عمل يمس بمتانته. أنظر: قرار الغرفة العقارية للمحكمة العليا الصادر تحت رقم 338735 مؤرخ في 2006/03/15، مجلة المحكمة العليا، العدد 01، 2006، ص 429.

أكثر مضايقة للجار والتي لا يجب أن تكون أقل من مترين⁽¹⁾، ولقد جاء في أحد قرارات المحكمة العليا⁽²⁾ أنه يخضع حق ارتفاع المطل المقيد لحق الملكية للمادة 709 من التقنين المدني وليس للمادة 24 من المرسوم التنفيذي رقم 91-175⁽³⁾.

جاء في قرار آخر للمحكمة العليا علاقة جوار-مظلماوجه-مسافة تقل عن مترين-رفض من الثابت قانونا أنه "لا يجوز أن يكون له على جاره مطل مواجه على مسافة تقل عن مترين.....". وأن القرار المطعون فيه الذي أمر بغلق النافذة وبناء جدار يفصل بين المترين على علو مترين بعد التأكد من أن النافذة محل النزاع لها مطل مباشر على منزل المدعى عليه في الطعن، قد طبق القانون تطبيقا صحيحا.⁽⁴⁾

يؤكد المشرع الجزائري على ضرورة التقيد بهذه المسافة، والتي أصبحت تكتسي طابعا إلزاميا يجب على الحيران احترامه أثناء إقامة المطلات المواجهة ولعل الغاية المقصودة من ضبط المسافة وإلزام الحيران باحترامها يمكن ردها لطبيعة المطل المواجه الذي بالإمكان النظر من خلاله إلى ملك الجار مباشرة، ناهيك على أن الجار المقابل في وضعية قابلة للمضايقة والإزعاج من أي وضع آخر.⁽⁵⁾

ثانيا: أحكام المطل المنحرف

حدّد المشرع الجزائري أحكام المطل المنحرف في المادة 710 تقنين مدني جزائري⁽⁶⁾، يتقيد المطل المنحرف بمسافة قانونية تقدر ب 60 سنتيمترا بالنسبة للمطل المنحرف باعتباره أقل مضايقة للجار ولا يمكن الإطلال منه إلا بالاتحاء خارج البناء.

¹ - تنص المادة 709 من التقنين المدني الجزائري على أنه: "لا يجوز للجار أن يكون له على جاره مطل مواجه على مسافة تقل عن مترين، وتقاس المسافة من ظهر الحائط الذي يوجد له المطل أو من الحافة الخارجية للشرفة، أو من النتوء.

وإذا كسب أحد بالتقادم الحق في مطل مواجه يملكه الجار على مسافة تقل عن مترين، فلا يجوز لهذا الجار أن يبني على مسافة تقل عن مترين تقاس بالطريقة السابق بيانها أعلاه، وذلك على طول البناء الذي فتح فيه المطل"

² - قرار الغرفة العقارية للمحكمة العليا الصادر تحت رقم 393981 مؤرخ في 14/03/2007، مجلة المحكمة العليا، قسم الوثائق العدد 01، 2007، ص 453.

³ - أنظر: المادة 24 من المرسوم التنفيذي رقم 91-175، مؤرخ في 28/05/1991، يحدد القواعد العامة للتهيئة والتعمير والبناء، ج ر العدد 26، صادر في 01/06/1991.

⁴ - قرار الغرفة العقارية للمحكمة العليا الصادر تحت رقم 188803 مؤرخ في 28/07/1999، المجلة القضائية للمحكمة العليا، العدد 01، 2000.

⁵ - سليمي الهادي، مرجع سابق، ص ص 118-119.

⁶ - تنص المادة 710 من التقنين المدني الجزائري على أنه: "لا يجوز أن يكون لجار على جاره مطل منحرف على مسافة تقل عن 60 سنتيمترا من حرف المطل على أن هذا التحريم يبطل إذا كان المطل المنحرف على العقار المجاور هو في الوقت ذاته مطل مواجه للطريق العام".

يعد صاحب المطل المواجه أو المنحرف المستوفي لشرط المسافة القانونية مستعملاً لحق ملكيته في الحدود المرسومة له، أما إذا كان المطل غير مستوف لقيود المسافة كان لصاحب العقار المجاور أن يطلب سد المطل بحكم قضائي، ولو لم يصبه ضرر من جراء فتحه. يتقيد المالك حالة رغبته في البناء على أرضه وإقامة بناء جديد فهو مقيد بأن يقيم بناءً جديداً في حدود ملكيته ويقيم حائطاً على الخط الفاصل بمسافة مترين إذا أراد فتح مطل مواجه أو 60 سنتيمتراً إذا أراد فتح مطل منحرف. غير أنه إذا ظل المطل مفتوحاً أقل من المسافة القانونية على هذا النحو مدة 15 سنة ولم يكن فتحه على سبيل التسامح، فإن الجار يكتسب حق ارتفاق على المطلن طريق التقادم، ويترتب على ذلك أن مالك العقار المجاور لا يستطيع بعد مضي هذه المدة طلب سد المطل⁽¹⁾. كما لا يجوز له أن يبني على مسافة تقل عن مترين على طول البناء الذي فتح فيه المطل، وهذا حسب المادة 02/709 تقنين مدني جزائري.

من خلال ما سبق يتضح بأنّ المشرع الجزائري يدرج حق المطل ضمن القيود القانونية بمعنى يصنفه قيوداً على الملكية، غير أنه بالرجوع إلى الفقرة الثانية من المادة 709 المذكورة سلفاً فإنه يلاحظ بأنه يدرجه ضمن الإرتفاقات. وهو ما يضيفي غموضاً على هذا النص، وجب على المشرع تداركه وذلك من خلال وضع تكييف قانوني للمطلات لتقادي أي لبس بشأنها.⁽²⁾

المطلب الثاني: المناور

يحق للمالك كذلك أن يفتح في بنائه ما يشاء من فتحات لإدخال الضوء والهواء (الفرع الأول) إلا أن هذه الحرية قيدها المشرع الجزائري بالزامية احترام المالك لمسافة معينة حددها القانون في المادة 111 تقنين مدني جزائري (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تعريف المناور

تعرف المناور بتلك الفتحات التي تقتصر على دخول الضوء والهواء دون النظر إلى الخارج، ولم يضع القانون قيوداً على فتحها لكنه ترد قيود على استعمالها، إذ يحتاج البناء إلى فتحات فيه تسمح بمرور الهواء ونفاذ الضوء بما يحقق الاستفادة منه، ومع ذلك فإن إقامة هذه الفتحات قد تسبب مضايقات للجار إذا أدت إلى الاطلاع على عقاره.⁽³⁾

¹ - سعيدان أسماء، مرجع سابق، ص 74.

² - سليمي الهادي، مرجع سابق، ص 120.

³ - سعيدان أسماء، مرجع سابق، ص 73.

الفرع الثاني: أحكام المناور

نظم المشرع الجزائري المناور بموجب المادة 711 من التقنين المدني الجزائري⁽¹⁾، التي قيدت المنور بالارتفاع عن قاعدة الغرفة المحدد بمترين، وهو ارتفاع يفوق قامة الإنسان المعتادة حتى لا يستطيع الإطلال منه. فيجوز للمالك أن يقيم بناءه على الخط الفاصل بين العقارين ويفتح ما يشاء من المناور على ارتفاع مترين، ولا يجوز لصاحب العقار المجاور أن يعترض عليه أو يطلب سده، ذلك أن هذا النوع من الفتحات لا يؤدي الجار أو يمس بحريته الشخصية، المهم أن يكون موضع فتحها مرتفعا لا يبلغه الإنسان. وإذا فتحت المناور على ارتفاع أقل من مترين فإنها تتحول لمطل وتخضع للأحكام السابق بيانها.⁽²⁾

تنتفي مشروعية المناور ولا تبقى حقا من حقوق المالك، إذا أساء مالك المنور استخدام منوره بالتسلسل عليه والإطلال منه على جاره، أو القاء مخلفات من منزله على جاره بواسطة هذا المنور فعدّ متعسفا في استعمال حقه ويجوز للجار في هذه الحالة أن يطلب سد هذا المنور تطبيقا للقواعد العامة في استعمال الحقوق.⁽³⁾

يلاحظ مما تقدم بيانها تحقق المطل باعتبارها قيد على الملكية العقارية وذلك أن المالك مقيد باحترام مسافة معينة لفتح المطلات أو المناور، غير أنّ المشرع الجزائري اعتبر كذلك حق المطل من حقوق الارتفاق وذلك يتضح ضمن العديد من النصوص القانونية كالمادة 870 و709 تقنين مدني جزائري، وذلك يتبين في العديد من اجتهادات المحكمة العليا، غير أنّ المشرع الجزائري لم يصرح ذلك وفق نص قانوني لإعطائه التكييف القانوني الخاص به، ولكن باستقراء المواد القانونية، فيعتبر حق المطل قيد على الملكية العقارية وحق ارتفاق. غير أنّ هذا الحق قد يتحول إلى مزار جوار غير مألوف وذلك عند سوء استعمال المطلات والمناور. فالإطلال المواجه لصحن المنزل المجاور، أو المالك الذي يستعمل المنور من أجل الإطلال على جاره في هذه الحالة أساء استعماله وسبب مزار غير مألوف لجاره، وبالتالي يعتبر هذا التصرف من قبيل الغلو في استعمال حق الارتفاق إلى حد الإضرار بالجار المرتفق. كما تشهد المحاكم تسجيل العديد من النزاعات العقارية حول فتح المطل الذي يسبب مزار جوار، فهو النموذج الأمثل الذي يحقق مزار جوار في الارتفاقات.

¹ - تنص المادة 711 من القانون المدني الجزائري على أنه: "لا تشترط أية مسافة لفتح المناور التي تقام من ارتفاع مترين من أرض الغرفة التي يراد إنارتها، ولا يقصد بها إلا مرور الهواء ونفاذ النور دون أن يمكن الإطلال منها على العقار المجاور".

² - خوادجية سميحة حنان، مرجع سابق، ص 146.

³ - سعيدان أسماء، مرجع سابق، ص 75.

خاتمة

يتبين لنا من خلال هذه الدراسة أنّ مزار الجوار غير المألوفة من الناحية القانونية قيد على الملكية العقارية مثله مثل حق المطل، هذا ما تبناه المشرع الجزائري في التقنين المدني من خلال القسم الثالث، الفصل الأول، الباب الأول من الكتاب الثالث (القيود التي تلحق حق الملكية)، غير أنّه ضمن النصوص القانونية المتعلقة بهذه القيود، فالمشرع الجزائري يستعمل مصطلح "تغيير قاعدة ارتفاق"، "صاحب العقار المرتفق به"، وهذا ما يظهر من خلال المادة 698 تقنين مدني جزائري. وأكثر من ذلك المادة 870 تقنين مدني جزائري تكيف طبيعة حق المطل كونه حق ارتفاق. كما يتبين ذلك أيضا في العديد من الاجتهادات القضائية.

اجتهد الفقه من جهته في تكييف حق المطل واعتبره أنه يمكن أن يشكل مزار جوار غير مألوف، بمعننم يفتح مطلا مقابلا لمطل جاره والكشف على حرمة مسكنه، فقد أضرّ وأساء جبرته. فحالات مزار الجوار متعددة فيمكن أن تكون على شكل ضجيج كاستعمال الآلات الموسيقية في أوقات متأخرة من الليل، أو نباح الكلاب المستمر، أو سوء استعمال حقوق الارتفاق كحق المطل، غير أنّه يجب التفريق بين حالتين:

- إذا قام المالك بفتح المطل دون احترام المسافة القانونية المنصوص عليها في المواد 709، 710 و 711 تقنين مدني جزائري، في هذه الحالة نحن بصدد حماية حق المطل.

- أما إذا قام المالك بفتح المطل مع احترام المسافة القانونية، لكن المطل يكشف على حرمة المسكن مثلا، في هذه الحالة ليست بمسألة حماية حق المطل وإنما هي مسألة مزار الجوار غير المألوفة.

وبالنتيجة يشترك مزار الجوار غير المألوفة وحق الارتفاق كونهما يشكلان قيدا على حق الملكية العقارية. وذلك باعتبار حق الارتفاق عبئ مفروض على ملكية العقار المرتفق به لفائدة العقار المرتفق، فهو يقيد من حرية مالك العقار المرتفق به بالتصرف في ملكيته كما شاء، وقد ارتأينا إلى اتخاذ حق ارتفاق المطل نموذجا باعتباره أكثر النزاعات المعروضة على مستوى الهيئات القضائية.

يستنتج كذلك أن من شروط قبول دعوى المزار غير المألوفة تتمثل في:

- غلو مالك العقار في استعمال حقه أي في استعمال ملكيته.

- حدوث ضرر غير مألوف بالجار جزاء هذا الغلو أي تجاوز هذا الضرر للحد المألوف في مسائل الجوار حسب عرف المنطقة وطبيعة كل عقار وموقع كل واحد منه اتجاه الآخر والغرض الذي خصص له.

ومن أهم الإقتراحات التي يمكن اقتراحها:

- على المشرع الجزائري في المادة 01/691 تقنين مدني جزائري، إضافة أن المزار يلحق شخص الجار ذاته وليس بملك الجار فقط، كون الضرر يمكن أن يمس الراحة النفسية والجسدية للجار.

- إعادة صياغة مصطلح حق المطل ب مصطلح حق ارتفاق المطل، وذلك لتفادي أي لبس بشأن التكيف القانوني لحق المطل باعتباره قيد وحق ارتفاق على الملكية العقارية الخاصة.

حياد قاعدة الإسناد الوطنية ؟ -دراسة في ضوء القانون رقم 05-10-

عسالي عبد الكريم (1)

(1) أستاذ محاضر قسم "أ"، مخبر البحث حول فعالية
القاعدة القانونية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة
عبد الرحمان ميره، بجاية 06000، الجزائر.
البريد الإلكتروني: assaliabdelkrim@yahoo.fr

الملخص:

إن الحياد والتجريد من أهم خصائص قاعدة تنازع القوانين والتي تجعلها تحقق الفعالية عند حل مشكلة تنازع القوانين، عن طريق إرشاد القاضي وفق اعتبارات الملائمة والعدالة إلى القانون الأكثر ملائمة لحكم العلاقة ذات العنصر الأجنبي، مما يؤدي إلى تحقيق الأمن القانوني للعلاقات الدولية الخاصة.

الكلمات المفتاحية:

قاعدة الإسناد- الحياد- القانون الأجنبي

تاريخ إرسال المقال: 2021/12/04، تاريخ مراجعة المقال: 2021/12/21، تاريخ نشر المقال: 2021/12/31.

لتهميش المقال: عسالي عبد الكريم، "حياد قاعدة الإسناد الوطنية ؟ -دراسة في ضوء القانون رقم 05-10-"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد 12، العدد 03، 2021، ص ص. 279-294.

<https://www.asjp.cerist.dz/en/PresentationRevue/72>

المقال متوفر على الرابط التالي:

*المؤلف المراسل : عسالي عبد الكريم، assaliabdelkrim@yahoo.fr

The Neutrality of the rules of attachment? study in the light of Law 05-10

Summary:

The conflict rule is a rule of law tending to distribute competences between the different legal systems concerned by a legal situation. Neutrality in the common sense can be defined as a situation where the one who judges does not take sides for either side and keeps his objectivity to decide.

Key words:

Rule of attachment - Neutrality - Foreign law

La neutralité des règles de rattachements ? Etude à la lumière de la loi 05-10 .

Résumé:

La neutralité et l'abstraction sont parmi les caractéristiques les plus importantes de la règle de conflit de lois, ce qui lui permet d'atteindre l'efficacité lors de la résolution du problème de conflit de lois, en guidant le juge selon des considérations d'opportunité et de justice vers la loi la plus appropriée à régir la relation avec un élément étranger, ce qui conduit à assurer la sécurité juridique des relations internationales privées.

Mots clés :

Règle de rattachement – La neutralité – La loi étrangère

مقدمة

تعتبر قاعدة الإسناد أو قاعدة تنازع القوانين تلك القاعدة التي يضعها المشرع الوطني من أجل إرشاد القاضي إلى القانون واجب التطبيق، في حالة تزامن قانونين أو أكثر بشأن حكم علاقة قانونية ذات عنصر أجنبي،¹ تعتبر قاعدة الإسناد قاعدة مرشدة أي أنها تشير إلى القانون واجب التطبيق، فهي موجهة للقاضي الوطني مباشرة حتى يصل إلى القانون واجب التطبيق.

من الثابت في مجال تنازع القوانين عدم التلازم بين المحكمة المختصة بالفصل في النزاع والقانون الوطني،² لذلك فإن الفصل في النزاع من طرف القاضي الجزائري لا يعني بالضرورة تطبيق القانون الجزائري، و تعتبر خاصية الحياد من أهم خصائص قاعدة الإسناد في مجال تنازع القوانين، فالقاضي حين يطبقها لا يعلم ما هو القانون الذي سترشده إليه، فقد يكون قانونه هو كما قد يكون قانون أجنبي، فهي قاعدة لا تتحاز لتطبيق قانون على حساب قانون آخر.

سنحاول من خلال بحثنا هذا دراسة هذه الخاصية من خلال البحث في ما إذا كانت قواعد الإسناد الجزائرية التزمت بالحياد؟، مما يستوجب دراسة هذه القواعد دراسة تحليلية ونقدية.

إن الإجابة عن هذه الإشكالية سيكون بتقسيم دراستنا إلى مبحثين:

المبحث الأول: حياد قاعد الإسناد الجزائرية عند إعمالها من طرف القاضي الوطني

المبحث الثاني: حياد قاعدة الإسناد الجزائرية عند تطبيق القانون الأجنبي المختص بالفصل في النزاع

المبحث الأول: حياد قاعدة الإسناد الوطنية عند إعمالها من طرف القاضي الوطني

يقوم القاضي الجزائري بتطبيق قواعد الإسناد الوطنية على كل نزاع توفر على عنصر أجنبي، و أول مرحلة من تطبيق هذه القواعد تكيف العلاقة القانونية من أجل وضعها ضمن أحد الفئات المسندة(المطلب الأول)، و إذا منحت الاختصاص للقانون الأجنبي سيطبق القاضي قواعد الإسناد في القانون الأجنبي أو قواعده الموضوعية(المطلب الثاني)، كما تظهر في حالة كون ضابط الإسناد هو الجنسية إشكالية تعدد الجنسيات(المطلب الثالث).

المطلب الأول: حياد قاعد الإسناد عند تكيف العلاقة القانونية

تعتبر عملية التكيف المرحلة الأولى الأكثر أهمية من أجل تحديد العلاقة القانونية، لذلك سنقوم بتعريف التكيف وأهميته في مجال تنازع القوانين(الفرع الأول)، سنصل إلى القانون الذي يطبقه القاضي من أجل التكيف(الفرع الثاني).

¹ - محمد سعادي، القانون الدولي الخاص وتطبيقاته في النظام القانوني الجزائري، دار الخلدونية، الجزائر، 2009، ص 35.

² - عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين -دراسة مقارنة- دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2002، ص 404.

الفرع الأول: تعريف التكييف و أهميته في مجال تنازع القوانين

سنقوم بداية بتعريف التكييف (أولا) ثم تحديد أهميته في مجال تنازع القوانين (ثانيا):

أولا- تعريف التكييف : تتكون قاعدة الإسناد من عنصرين الأول هو الفئة المسندة والتي تشكل مجموعة المسائل القانونية المتقاربة، أما العنصر الثاني فهو ضابط الإسناد الذي يربط كل طائفة من المسائل القانونية (الفئة المسندة) بالقانون المسند إليه.³، لذلك لا يمكن تحديد القانون واجب التطبيق إلا بعد القيام بتكييف العلاقة القانونية، و يقصد بالتكييف: " تحديد طبيعة المسألة القانونية التي تتنازعها القوانين لوضعها في نطاق طائفة من النظم القانونية التي يستند حكمها إلى قانون معين".⁴ يشبه البعض التكييف بمرحلة تشخيص المرض من طرف الطبيب المعالج، فلا يمكنه تحرير وصفة طبية إلا بعد التمعن في الأعراض التي يعاني منها ثم الاستعانة بوسائل كالأشعة و إجراء التحاليل، ثم الوصول إلى تشخيص المرض الذي يعاني منه المريض.⁵

ثانيا-أهمية التكييف في مجال تنازع القوانين: إن مسألة التكييف تثار أيضا في مجال تطبيق القانون الداخلي، بل تم نقلها من هذا الأخير إلى القانون الدولي الخاص، ففي القانون الداخلي يعتبر التكييف مسألة أولية من أجل إخضاع التصرف أو الواقعة القانونية محل النزاع للقانون الذي يحكم التصرف أو الواقعة.⁶ تزداد أهمية التكييف في القانون الدولي الخاص لكون قواعد الإسناد لا تضع حلا لكل المسائل المطروحة أمام القضاء على حدا، بل نجد مجموعة من المسائل في طائفة واحدة تسمى الفئة المسندة، ولكل فئة من هذه الفئات ضابط إسناد يطبق على جميع المسائل التي تدخل في نفس الفئة المسندة.⁷

إن أهمية التكييف تتجلى إذا علمنا أن القوانين تختلف في تحديد الوصف القانوني لكل مسألة قانونية، و يترتب عن ذلك تعدد التكييفات لتصرف قانوني معين أو لواقعة قانونية معينة، وهذا ما يسميه بعض الفقهاء بتنازع التكييف،⁸ فما قد يعتبر في دولة من الفئة المسندة المتعلقة بشكل التصرفات القانونية، قد يعتبر في دولة أخرى من الفئة المسندة المتعلقة بالأهلية ، والنتيجة هي أن كل من شكل التصرفات القانونية والأهلية تعتبران فئتان مسندتان مختلفتان، و كل واحدة منهما يخضع لضابط إسناد يختلف عن الآخر.⁹

³ - محمد وليد المصري ، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص ، د دن، عمان، 2002 ، ص 249.

⁴ - محمد سعادي، مرجع سابق، ص 64.

⁵ - ممدوح عبد الكريم حافظ عرموش، القانون الدولي الخاص الاردني والمقارن، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1996، ص 35.

⁶ - عليوش قريوع كمال، القانون الدولي الخاص الجزائري، ج 1-تنازع القوانين-، دار هومة، الجزائر، 2007، ص 93.

⁷ - هشام صادق-حفيظة السيد الحداد، القانون الدولي الخاص، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2008، ص 54.

⁸ - زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري مقارنا بالقوانين العربية، ج 1-تنازع القوانين-، مطبعة الكاهنة، الجزائر، 2000، ص 91.

⁹ - صلاح الدين جمال الدين، تنازع القوانين مقارنة بين الشريعة والقانون، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2008، ص 55.

الفرع الثاني: إخضاع التكييف لقانون القاضي في قواعد الإسناد الجزائرية

لقد أثار مسألة تحديد القانون واجب التطبيق على التكييف نقاشا فقهيا واسع النطاق، إذ ذهب البعض إلى ضرورة إخضاع التكييف للقانون المختص بالفصل في النزاع¹⁰، كما ظهر اتجاه يقترح إخضاع التكييف للقانون الأجنبي المختص بالفصل في النزاع وفقا لقانون القاضي، أي أن قانون القاضي هو الذي يحكم التكييف لكن مع الاستعانة بالقانون الأجنبي، وذهب بعض الفقهاء إلى إخضاع التكييف للقانون المقارن من أجل عدم تقييد القاضي الوطني،¹¹ إلا أن الرأي الأكثر تأثيرا وانتشارا هو ذلك الذي يقضي بإخضاع التكييف لقانون القاضي الوطني.¹²

بالرجوع إلى أشهر القضايا المعروفة في القضاء الفرنسي في مسألة التكييف، وهي قضية وصية الهولندي و قضية ميراث المالطي وكذا قضية زواج اليوناني الارثودوكسي، فإن القاضي الفرنسي أخضع فيها التكييف للقانون الفرنسي.¹³

إن المشرع الجزائري نص على إخضاع التكييف لقانون القاضي، حيث " يكون القانون الجزائري هو المرجع في تكييف العلاقات المطلوب تحديد نوعها عند تنازع القوانين لمعرفة القانون الواجب تطبيقه".¹⁴ لقد أخذ المشرع الجزائري بالرأي الذي اقترح تطبيق قانون القاضي في التكييف، وبذلك فإن القاضي الجزائري سيطبق القانون الجزائري لتكييف العلاقة القانونية، إلا أن نص المادة التاسعة كان واضحا بما لا يدع مجالاً للشك، بأن التكييف المقصود في نص المادة هو تكييف العلاقات المطلوب تحديد نوعها، أي أن المقصود هو التكييف الأولي أما التكييف اللاحق فإنه لا يخضع لقانون القاضي.

المطلب الثاني: الأخذ بالإحالة من الدرجة الأولى تكريس لعدم حياد قاعدة الإسناد الوطنية

تعتبر الإحالة من أكثر المواضيع التي كانت محل اختلاف بين الفقهاء والاجتهادات القضائية وحتى الأنظمة التشريعية¹⁵، فالقاضي الوطني يطبق قاعدة الإسناد الوطنية والتي ترشده إلى القانون الواجب التطبيق، وإذا كان القانون الأجنبي هو الواجب التطبيق فإن التساؤل الذي أثاره الفقهاء، هل يقصد بالقانون الأجنبي القواعد الموضوعية أو قواعد الإسناد، وتعتبر الإحالة من ابتكار القضاء الفرنسي (الفرع الأول)، والمشرع الجزائري اخذ بالإحالة من الدرجة الأولى دون الإحالة من الدرجة الثانية (الفرع الثاني).

¹⁰ - يتزعم انصار هذا الرأي الفقيه الفرنسي Dspagnet والفقيه الايطالي Pacchioni.

¹¹ - سعادي محمد، مرجع سابق، ص 72.

¹² - وهو الرأي الذي يتزعمه الفقيه الفرنسي Bartin والذي تأثر بالقضاء الفرنسي الذي كان سابقا لتكريس اخضاع التكييف لقانون القاضي، وهذا في القضية الشهيرة زواج اليوناني.

¹³ - زنادة عبد الرحمان، التكييف في تنازع القوانين، مجلة الدراسات القانونية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة حسبية بن بوعلي-الشلف،- المجلد السابع، عدد 1 لسنة 2021، ص 2247.

¹⁴ - نص المادة 9 من أمر رقم 75-58، يتضمن القانون المدني الجزائري، المعدل والمتمم.

¹⁵ - اسعاد موحند، القانون الدولي الخاص-الجزء الأول: قواعد التنازع-ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1986، ص193.

الفرع الأول: فكرة الإحالة ابتكار من طرف القضاء الفرنسي

عرّف الفقهاء الإحالة بأنها رفض الاختصاص من قبل القانون الأجنبي الذي أشارت إليه قاعدة الإسناد الوطنية، ومنح الاختصاص بموجب قاعدة الإسناد الأجنبية إلى قانون دولة أخرى، الذي قد يكون قانون دولة القاضي أو قانون دولة أخرى.

إن الإحالة لا تتحقق إلا إذا كان هناك تنازعا سلبيا بين قاعدة الإسناد الوطنية وقاعدة الإسناد في القانون الأجنبي الواجب التطبيق، أي التنازع السلبي يثور إذا تخلّى كل من قانون القاضي والقانون الأجنبي المسند إليه عن اختصاصهما في حكم المسألة محل النزاع.¹⁶ وللتوضيح أكثر سنوضح الإحالة بمثال عملي، كأن يطبق القاضي الجزائري قاعدة الإسناد الجزائرية فترشده إلى تطبيق القانون الفرنسي، وبالرجوع إلى قواعد الإسناد في القانون الفرنسي نجد أنها ترفض الاختصاص و تقوم برده إلى قانون دولة أخرى.

يعتبر القضاء الفرنسي السابق في إثارة مسألة الإحالة، وهذا في القضية الشهيرة Forgo والتي تتلخص في أن شخصا بافاريا وهو ولد غير شرعي عاش في فرنسا، ولما توفي ترك تركة من المنقولات ولم يكن له أولاد ولا زوجة، فقامت مصالح أملاك الدولة الفرنسية بالاستيلاء على هذه التركة، مادام المتوفي ولد غير شرعي ولا ورثة له.

إن تطبيق القاضي الفرنسي للقواعد الموضوعية في القانون البافاري كان سيؤدي إلى توريث الحواشي (أقرباء فورغو من أمّه)، لذلك ذهبت محكمة النقض الفرنسية إلى ضرورة تطبيق قواعد الإسناد في القانون البافاري لان المسألة فيها عنصر أجنبي، وصدر حكم محكمة الاستئناف بتاريخ 22 ماي 1880، والتي طبقت قواعد الإسناد البافارية و التي تمنح الاختصاص لقانون الوطن وهو القانون الفرنسي، مما أدى إلى حرمان حواشي فورغو من الميراث.¹⁷

إن ما ذهب إليه القضاء الفرنسي بتطبيق قواعد الإسناد من القانون البافاري غير منطقي - حسب اعتقادنا - للأسباب التالية:

- إذا كان لا بدّ على القاضي الفرنسي تطبيق قواعد الإسناد في القانون البافاري وعدم تطبيق القواعد الموضوعية منه، فلماذا قام بتطبيق القواعد الموضوعية في القانون الفرنسي ولم يطبق قواعد الإسناد منه؟، ولو فعل ذلك لبقيت القضية في حالة دوران في حلقة مفرغة.

- كيف سيكون موقف القضاء الفرنسي لو كانت قواعد الإسناد البافارية تحيل الاختصاص إلى قانون دولة أخرى؟ (إحالة من الدرجة الثانية)، وكان قانون هذه الدولة سيمنح الحق لحواشي فورغو في التركة؟.

¹⁶ - دح عبد المالك، الإحالة في القانون الدولي الخاص الجزائري (مشكلة أم حل) ، مجلة الحقوق و العلوم الإنسانية، الجزائر، العدد 25 ،المجلد الأول، ص151.

¹⁷ - سعادي محمد، مرجع سابق، ص 80.

- لو كانت القواعد الموضوعية من القانون البافاري تحرم حواشي فورغو من الميراث، هل كان القاضي القضاء الفرنسي سيحكم بضرورة تطبيق قواعد الإسناد البافارية وعدم تطبيق القواعد الموضوعية منه؟
- إن التفسير الوحيد-حسب اعتقادنا- لما ذهب إليه القضاء الفرنسي، هو حرمان حواشي فورغو من الميراث، وبالتالي ستعود التركة إلى مصلحة أملاك الدولة الفرنسية.

الفرع الثاني: موقف المشرع الجزائري: الأخذ بالإحالة من الدرجة الأولى ورفض الإحالة من الدرجة الثانية

إن القانون الجزائري لم يتطرق إلى مسألة الإحالة في قواعد الإسناد التي تضمنها القانون المدني قبل التعديل الذي جاء في سنة 2005، وبالتالي لم تكن مشكلة الإحالة واردة تماما مادام القاضي الجزائري كان يطبق القواعد الموضوعية من القانون الأجنبي المختص بالفصل في النزاع، ولا يمكنه الرجوع إلى قواعد الإسناد من هذا القانون الأجنبي.¹⁸

أما بعد تعديل القانون المدني بموجب القانون رقم 05-10-19، فإن المشرع الجزائري تطرق إلى مسألة الإحالة في نص المادة 23 مكرر 1، والتي نصت على: " إذا تقرر أن قانونا أجنبيا هو الواجب التطبيق فلا تطبق منه إلا أحكامه الداخلية دون تلك الخاصة بتنازع القوانين من حيث المكان.

غير أنه يطبق القانون الجزائري إذا أحالت عليه قواعد تنازع القوانين في القانون الأجنبي المختص."

إن تحليل نص المادة سابقة الذكر يدفعنا إلى القول أن المشرع الجزائري في الفقرة الأولى منها، ألزم القاضي الجزائري -في حالة تطبيق قانون أجنبي- بتطبيق القواعد الموضوعية من هذا القانون، دون قواعد الإسناد، وهذا- حسب اعتقادنا- نص صريح على عدم الأخذ بالإحالة.

إلا أنّ الفقرة الثانية جاءت بما يخالف ما ورد في الفقرة الأولى، إذ أنّه إذا وجد القاضي الجزائري قواعد الإسناد في القانون الأجنبي تحيل الاختصاص للقانون الجزائري، فإن هذا الأخير هو القانون واجب التطبيق، وبالتالي فإن المشرع الجزائري يأخذ بالإحالة من الدرجة الأولى لكونها تؤدي إلى تطبيق القانون الجزائري، ويرفض الإحالة من الدرجة الثانية لأنها تؤدي إلى تطبيق قانون أجنبي، ويكون بذلك قد خالف ما ذهبت إليه أغلب التشريعات العربية والتي رفضت الأخذ بالإحالة.²⁰

¹⁸- مقدس أمينة، الإحالة في القانون الدولي الخاص الجزائري، مجلة القانون العام الجزائري والمقارن، جامعة جيلالي اليابس- سيدي بلعباس-، المجلد السادس، عدد 2، ديسمبر 2020، ص 235.

¹⁹- القانون رقم 05-10 مؤرخ في 20 يونيو 2005، المعدل والمتمم للأمر رقم 75-57 يتضمن القانون المدني، ج ر عدد 44 لسنة 2005.

²⁰- مقدس أمينة، مرجع سابق، ص 236، وأنظر أيضا سعادي محمد، مرجع سابق، ص 93.

المطلب الثالث: تباين الحلول التي تبنتها قواعد الإسناد الجزائرية في حل مسألة تعدد الجنسيات
نظرا للأهمية الكبيرة لضابط الإسناد في حل مشكلة تنازع القوانين فكان لا بد أن يتم تعيينه بطريقة مدروسة، لذلك يجب أن يستمد من العنصر الذي يشكل مركز ثقل في العلاقة القانونية، ويعتبر ضابط الجنسية من أهم الضوابط التي يستند إليها في تنازع القوانين بصفة عامة، وفي مجال الأحوال الشخصية خصوصا، إلا أن هذا الضابط يثير صعوبات عملية في حالة ما وجد فرد يتمتع بجنسية أكثر من دولة (متعدد الجنسيات)، سنحاول فيما يلي إبراز الحل الذي تبناه المشرع الجزائري في حالة تعدد الجنسيات وكانت الجنسية الجزائرية من بين الجنسيات (الفرع الأول)، ثم سنبرز موقف المشرع الجزائري الذي أخذ بالجنسية الفعلية في حالة تنازع الجنسيات ولم تكن الجنسية الجزائرية من بين الجنسيات (الفرع الثاني).

الفرع الأول: ترجيح الجنسية الجزائرية من بين الجنسيات المتعددة

نصت المادة 22 فقرة 2 قانون مدني جزائري أنه: "غير أن القانون الجزائري هو الذي يطبق إذا كانت للشخص في وقت واحد بالنسبة للجزائر الجنسية الجزائرية، وبالنسبة إلى دولة أو عدة دول أجنبية جنسية تلك الدول".

يفهم من هذه المادة أنه في حالة كون ضابط الإسناد هو ضابط الجنسية في تحديد القانون الواجب التطبيق، وكان للشخص أكثر من جنسية واحدة، وكان يتمتع بالجنسية الجزائرية من بين هذه الجنسيات، فإن الجنسية التي يتم ترجيحها هي الجنسية الجزائرية، وبالتالي على القاضي الجزائري تطبيق القانون الجزائري. حتى ولو كان هذا الشخص مرتبط أكثر بالجنسية التي تم استبعادها وكانت مصالحه في تلك الدولة،²¹ و بغض النظر عن محل إقامته أو موطنه، كما لا يهم إن كانت تلك الجنسية أصلية أو مكتسبة.²²

إن ترجيح الجنسية الوطنية واستبعاد الجنسيات الأخرى أصبحت قاعدة عالمية، إذ تأثر بهذا الحل أغلب الفقهاء، بل هناك منهم من ذهب إلى أبعد من ذلك -دفاعا على هذا الرأي- بقولهم أنه لا يوجد تنازع بين قانون جنسية القاضي وقوانين الجنسية الأخرى، لأن هذه الأخيرة ليست سوى مجرد واقعة.²³ إلا أن هذا التوجه يكرّس الانحياز إلى قانون القاضي ويعتمد على سند سياسي وليس قانوني، كما أنه يتنافى مع أهم خاصية من خصائص قاعدة الإسناد وهي الحياد، كما أن الغاية من تطبيق قاعدة الإسناد الوطنية هي إرشاد القاضي إلى

²¹ - موشعال فاطيمة، دور الجنسية في حل مشاكل تنازع القوانين، مذكر لنيل شهادة ماجستير في القانون الدولي الخاص، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2012، ص 94.

²² - هشام صادق، عكاشة محمد عبد العال، القانون الدولي الخاص - تنازع القوانين، الاختصاص القضائي الدولي - دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2007، ص 249.

²³ - صوفي حسن أبو طالب، الوجيز في القانون الدولي الخاص في القانونين المصري واللبناني، الجزء الأول، دار النهضة العربية، القاهرة، 1976، ص 362

تطبيق القانون الأكثر صلة بالأطراف أو بالوقائع، وليس الأكثر صلة بالقاضي الوطني، فكان لا بد من ترجيح الجنسية الفعلية والتي تعتبر أكثر صلة بالشخص.

الفرع الثاني: ترجيح قانون الجنسية الفعلية في الحالة التي لا تكون فيها الجنسية الجزائرية من بين الجنسيات المتنازعة

نكون أمام هذه الحالة حين يعرض أمام القاضي الجزائري نزاع ذو عنصر أجنبي، وكان القانون واجب التطبيق هو قانون جنسية الشخص، إلا أن الأخير يتمتع بجنسيتين أجنبيتين أو أكثر أي أنه لا يتمتع بالجنسية الجزائرية، ولقد اختلفت الآراء الفقهية في تحديد القانون الواجب التطبيق في مثل هذه الحالة، إلا أن الرأي الراجح يقترح الأخذ بقانون الجنسية الفعلية وهي الجنسية المهيمنة، أي الجنسية التي يعتبر الشخص أكثر ارتباطا بها، وتحدد هذه الأخيرة استنادا إلى عدة معايير كالإقامة في الدولة أو مزاوله الوظيفة أو النشاط التجاري، الترشح للانتخابات و ممارسة الحق في الانتخاب، أداء الخدمة العسكرية.²⁴

كما تبنت عدة تشريعات في العالم فكرة الجنسية الفعلية لحل مشكلة تنازع الجنسيات، كما تبني المشرع الجزائري هذا الحل في نص المادة 22 فقرة 1 والتي نصت على: " في حالة تعدد الجنسيات يطبق القاضي الجنسية الحقيقية".

استنادا إلى ما سبق فإن القاضي الجزائري يطبق قانون الجنسية الفعلية إذا كان للشخص أكثر من جنسية واحدة، إلا أننا نسجل ملاحظتين في خصوص الفقرة الأولى من هذه المادة :

الملاحظة الأولى: تتعلق باستعمال المشرع لعبارة "يطبق القاضي الجنسية الحقيقية"، والمقصود هنا "يطبق القاضي قانون الجنسية الحقيقية"، إذ أن المشرع في الفقرة الثانية تدارك الأمر واستعمل عبارة: " غير أن القانون الجزائري هو الذي يطبق"، ولم ينص على أن الجنسية الجزائرية هي التي تطبق.

الملاحظة الثانية: استعمال المشرع الجزائري لكلمة **الجنسية الحقيقية**، والأصح -حسب اعتقادنا- هو **الجنسية الفعلية**، وهي الترجمة الصحيحة للنسخة الفرنسية **La nationalité effective**.²⁵

لقد عالج المشرع الجزائري مسألة تنازع الجنسيات بطريقة تثير مسألة حياد قواعد الإسناد إذ أنه تبني حلين مختلفين، فإذا كانت الجنسية الجزائرية من بين الجنسيات المتنازعة تطبق أحكام القانون الجزائري، أما إذا لم تكن من بين الجنسيات المتنازعة يطبق قانون الجنسية الفعلية، وهذا -حسب اعتقادنا- يتنافي مع خاصية حياد قاعدة الإسناد، فكان من الأجدر توحيد الحلول بالأخذ بالجنسية الفعلية في الحالتين، حتى لا تقع قاعدة الإسناد الوطنية في الانحياز لمصلحة القانون الجزائري.

لقد تعرض الاتجاه الذي يغلب قانون جنسية القاضي على باقي الجنسيات لانتقادات شديدة، لكونه يؤدي إلى تضارب الحلول باختلاف الدولة التي ستفصل في النزاع، مما سيخلق قلق مستمر في المراكز القانونية

²⁴- موشعال فاطيمة، مرجع سابق، ص 98.

²⁵- أنظر نص الفقرة الأولى من المادة 22 من القانون رقم 05-10 باللغة الفرنسية.

للأشخاص، لهذا ظهر اتجاه لدى الفقهاء ينادي إلى ضرورة الأخذ بالجنسية الفعلية في كل حالات التنازع بين الجنسيات ، ولقد صدرت عدة قرارات قضائية في دول مختلفة تتبنى هذا التوحيد في الحل.²⁶

المبحث الثاني: حياد قاعدة الإسناد الجزائرية عند تطبيق القانون الأجنبي المختص بالفصل في النزاع

سنقوم في هذا الشق الثاني من بحثنا بإبراز مظاهر أخرى لانحياز قاعدة الإسناد الوطنية، إذ سنبرز الحالة التي وردت في المادة 13 من القانون المدني والتي تتمثل في تطبيق القانون الجزائري في حالة كون أحد الزوجين بالجنسية الجزائرية(المطلب الأول)، ثم سنسلط الضوء على الحل الذي تبناه المشرع الجزائري في حالة تعذر إثبات القانون الأجنبي(المطلب الثاني)، كما سنبرز الحل الذي نص عليه المشرع الجزائري في حالة مخالفة القانون الأجنبي للنظام العام و الآداب العامة، (المطلب الثالث).

المطلب الأول: الاستثناء الوارد في المادة 13: انحياز لمصلحة القانون الجزائري

إن المسائل المتعلقة بالزواج من شروط موضوعية وأثار وانحلال تتسم بطابع خاص لكونها مرتبطة بالجانب الديني للشخص، لذلك تعتبر من المواضيع التي أخضعها مختلف التشريعات لقانون الجنسية، وقد أخضعها المشرع الجزائري أيضا لقانون الجنسية(الفرع الأول)، ثم أورد استثناء في حالة كون أحد الزوجين حاملا للجنسية الجزائرية(الفرع الثاني).

الفرع الأول: تطبيق قانون الجنسية على الزواج و أثاره وانحلاله

لقد خصص المشرع الجزائري المادتان 11 و 12 من القانون المدني لتحديد القانون الواجب التطبيق على المسائل المتعلقة بالزواج، وسنوضح فيما يلي القانون الواجب التطبيق على كل حالة:
أولا- القانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية للزواج: يخضع الزواج في شروطه الموضوعية للقانون الوطني لكل من الزوجين،²⁷ والعبرة طبعا بوقت إبرام عقد الزواج، وفي هذه الحالة لا تطرح حالة كون الزوجان يحملان نفس الجنسية، في حين تثير حالة اختلاف جنسية الزوجين صعوبات عملية أورد لها الفقهاء حولا عملية.²⁸

ثانيا- القانون الواجب التطبيق على آثار الزواج: ويقصد هنا الآثار المالية والشخصية للزواج، وقد أخضعها المشرع الجزائري لقانون جنسية الزوج وقت إبرام الزواج،²⁹ ولقد انتقد البعض عدم تمييز المشرع بين الآثار

²⁶- موشعال فاطيمة، المرجع نفسه، ص 99.

²⁷- أنظر نص المادة 11 من القانون رقم 05-10، مرجع سابق.

²⁸- لمزيد من التفاصيل أنظر: عسالي عبد الكريم، " جدوى الاستثناء الوارد في المادة 13 من القانون المدني"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة -بجاية- عدد خاص 2015، ص 362.

²⁹- نص المادة 12 فقرة 1 من القانون رقم 05-10، مرجع سابق.

المالية والآثار الشخصية للزواج، كما عاب البعض عليه تفضيله لقانون جنسية الزوج واستبعاده قانون جنسية الزوجة، رغم أن آثار الزواج مرتبطة بكلا الزوجين.³⁰

ثالثا- القانون الواجب التطبيق على انحلال الزواج والانفصال الجسماني: أخضع المشرع الجزائري كل من انحلال الزواج والانفصال الجسماني لقانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى³¹، والملاحظ أن المشرع الجزائري أورد جميع الحالات المرتبطة بانحلال الزواج دون التمييز بين تلك الحالات، كما أنه أخضعها لقانون جنسية الزوج مقصيا بذلك قانون جنسية الزوجة، كما أنه أخذ بجنسية الزوج وقت رفع الدعوى، وهو الأمر الذي قد يفاجأ الزوجة إذا ما اكتسب الزوج جنسية أخرى لم يكن يتمتع بها وقت إبرام الزواج.³²

كما نص المشرع على حالة الانفصال الجسماني والتي لا نجدها في القانون الجزائري، إنما أوردتها لكونها منتشرة في عدة أنظمة قانونية أخرى.

الفرع الثاني: تطبيق القانون الجزائري في حالة كون أحد الزوجين جزائريا

جاء في المادة 13 من القانون المدني ما يلي: "يسري القانون الجزائري وحده في الأحوال المنصوص عليها في المادتين 11 و 12 إذا كان أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج، الا فيما يخص أهلية الزواج". تعتبر هذه المادة قاعدة إسناد أحادية لكونها تؤدي إلى التطبيق الأحادي للقانون الجزائري، وهذا بتوفر شرط وهو كون أحد الزوجين-زوجا أو زوجة- جزائريا وقت انعقاد الزواج، لذلك فإن الشروط الموضوعية للزواج ستخضع للقانون الجزائري، أي أن الشروط الواردة في أحكام قانون الأسرة هي الواجبة التطبيق، كما سيطبق القانون الجزائري على الآثار المالية و الشخصية للزواج، إضافة إلى تطبيق القانون الجزائري على انحلال الزواج.

إن ما ورد في المادة 13 يعتبر استثناء لما نصت عليه المواد 11 و 12، و قد أورده المشرع الجزائري لحماية الطرف الوطني- زوجا كان أو زوجة-، إلا أنه - حسب رأينا- يهدف إلى حماية الزوجة الجزائرية عند زواجها بأجنبي، لأن القانون الجزائري هو الذي سيطبق على إبرام زواجها وعلى آثاره وعلى انحلاله، إذ لولا هذا الاستثناء لخضعت آثار زواجها وانحلاله لقانون جنسية زوجها الأجنبي.

أما بالنسبة للزوج الجزائري فإن هذا الاستثناء لم يقدم إضافة له ماعدا بالنسبة للشروط الموضوعية لزواجه، والتي ستخضع للقانون الجزائري وحده بدل خضوعها للقانون الجزائري ولقانون جنسية الزوجة أيضا) حسب المادة 11)، أما بالنسبة لآثار الزواج وانحلاله فإن كون الزوج جزائريا ستخضع للقانون الجزائري استنادا إلى المادتين 11 و 12، دون اللجوء إلى الاستثناء الوارد في المادة 13.

³⁰ - عسالي عبد الكريم، مرجع سابق، ص 363.

³¹ - نص المادة 12 فقرة 2 من القانون المدني الجزائري.

³² - عسالي عبد الكريم، المرجع نفسه، ص 364.

رغم أن أغلب الكتاب دافعوا عن الاستثناء الوارد في المادة 13 من القانون المدني بحجة أنه تكريس لحماية النظام العام في الجزائر، إلا أنني لا أوافق هذا التوجه لسببين:

- إن الحصن المنيح للدفع بالنظام العام هو نص المادة 24 من القانون المدني، وهو دفع يمنح للقاضي الجزائري استبعاد تطبيق القانون الأجنبي، كلما كان تطبيقه يؤدي إلى المساس بالنظام العام والآداب العامة، وبالتالي لسنا في حاجة إلى مادة أخرى لحماية هذا النظام العام.

- إن هذا الاستثناء سيؤدي إلى عدم تطبيق عدة قوانين أجنبية رغم أن تطبيقها لن يمس بالنظام العام، والأمر يتعلق هنا بقوانين مستمدة من أحكام الشريعة الإسلامية، فهنا لسنا بصدد حماية النظام العام بل تفضيل تطبيق القانون الجزائري، وهذا - حسب اعتقادنا - انحياز للقانون الجزائري على حساب القانون الأجنبي.³³

المطلب الثاني: تطبيق القانون الجزائري إذا تعدد إثبات القانون الأجنبي

يستند القاضي الجزائري على قاعدة الإسناد الوطنية من أجل إرشاده إلى القانون الأنسب لحكم العلاقة القانونية، ولا يهم إن كان هذا القانون هو القانون الوطني أو قانونا أجنبيا، إلا أن هذه الحالة الأخيرة تثير إشكالات عملية تتعلق أساسا بإثبات القانون الأجنبي (الفرع الأول)، وفي حالة تعذر إثباته ما هو القانون الواجب التطبيق محل هذا القانون الأجنبي (الفرع الثاني).

الفرع الأول: إثبات القانون الأجنبي المختص بالفصل في النزاع

إن تطبيق القانون الأجنبي من طرف القاضي الجزائري يمر أساسا عبر إثبات هذا القانون الأجنبي وهي المسألة التي تثير تساؤل وهو على من يقع عبئ إثباته، والإجابة عن هذا السؤال تختلف ما كانت معاملة القانون الأجنبي على أنه مجرد واقعة (أولا)، أو إذا كان القانون الأجنبي يعامل بمثابة قانون (ثانيا)، ثم سنوضح موقف المشرع الجزائري تجاه القانون الأجنبي (ثالثا).

أولا- معاملة القانون الأجنبي على أنه مجرد واقعة: إن اعتبار القانون الأجنبي مجرد واقعة اتجه تبنته عدة آراء فقهية وأحكام قضائية في عدة دول، وهو الاتجاه الذي يرفض معاملة القانون الأجنبي على أنه قانون، ويترتب على ذلك عدة آثار:

- لا يمكن للقاضي الوطني التمسك بتطبيق القانون الأجنبي من تلقاء نفسه، بل على الخصوم إثارة مسألة تطبيقه.

- إن القاضي غير ملزم بالبحث عن مضمون القانون الأجنبي، بل يجب على الخصوم إثبات مضمونه بالبحث عنه.

- إن الخطأ في تطبيق القانون الأجنبي لا يعتبر خطأ في تطبيق القانون، فهو لا يستوجب رقابة المحكمة العليا.³⁴

³³ - عسالي عبد الكريم، مرجع سابق، ص 364 و ما بعدها.

ثانيا- معاملة القانون الأجنبي معاملة القانون: يذهب أغلب الفقهاء إلى التمسك بالصفة القانونية للقانون الأجنبي وتطبيق باعتباره قانونا، كما ساند هذا الرأي القضاء في عديد الدول،³⁵ وهو الرأي الذي نعتبره الأصح مقارنة بالرأي الذي يعتبره مجرد واقعة، وتترتب على اعتباره قانونا عدة آثار:

- على القاضي الوطني إثارة تطبيق القانون الأجنبي من تلقاء نفسه، حتى ولو لم يتمسك الأطراف بتطبيقه.
- على القاضي البحث عن مضمون القانون الأجنبي بنفسه (عملا بقاعدة أن المحكمة تعرف القانون)، أو بالاستعانة بالخصوم في ذلك.³⁶
- إذا أخطأ القاضي في تطبيق القانون الأجنبي فإنه سيخضع لرقابة المحكمة العليا، باعتباره خطأ في تطبيق القانون.

ثالثا- موقف المشرع الجزائري تجاه القانون الأجنبي: لعل الإشارة الوحيدة في التشريع الجزائري والتي تمكنا من تحديد موقف المشرع الجزائري من القانون الأجنبي، هي ما ورد في نص المادة 358 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية³⁷، والتي ذكرت لنا حالات الطعن بالقض أمام المحكمة العليا ومن بينها **مخالفة القانون الأجنبي المتعلق بقانون الأسرة**.

لا شك أن ما جاء في نص المادة سابقة الذكر يؤكد أن المشرع الجزائري يعتبر القانون الأجنبي المتعلق بالأحوال الشخصية قانونا، وباقي القوانين مجرد واقعة، وهو التفسير الذي ساندته أغلب الكتاب في الجزائر، إلا أن القضاء الجزائري ذهب عكس ذلك حيث اعتبرت للمحكمة العليا في قرار صدر بتاريخ 27 أبريل 1994، سوء تطبيق القانون الفرنسي في غير مسائل الأحوال الشخصية، خطأ في تطبيق القانون.³⁸

الفرع الثاني: القانون المختص بالفصل في النزاع عند إثبات القانون الأجنبي

قد يتعذر على القاضي أو على الخصوم إثبات مضمون القانون الأجنبي ، وفي هذه الحالة يجد القاضي نفسه أمام مشكلة حقيقية وهي كيفية التعامل مع الدعوى المرفوعة أمامه، سنقوم بإبراز أهم الحلول الممكنة في هذه الحالة (أولا)، ثم تحديد موقف المشرع الجزائري (ثانيا)

³⁴ - عكوش سهام، القانون الأجنبي إثباتا وتفسيراً، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة بومرداس، 2010، ص 53.

³⁵ - قتال حمزة، دور القاضي في تطبيق القانون الاجنبي في القانون الجزائري والقانون المقارن، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه في القانون، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2011، ص 139.

³⁶ - عكوش سهام، مرجع سابق، ص 84.

³⁷ - عسالي عبد الكريم، مرجع سابق، ص 359.

³⁸ - قتال حمزة، مرجع سابق، ص 155.

أولاً- أهم الحلول الممكنة لمواجهة عدم إثبات مضمون القانون الأجنبي: اجتهد الفقهاء في إيجاد حل لهذه المشكلة، وانقسموا في ذلك إلى طائفة اقترحت رفض القاضي الفصل في الدعوى، لان هذه الأخيرة مرتبطة بالقانون الأجنبي وجوداً وعدماً، وهو الرأي الذي تبناه القضاء الانجليزي³⁹.

ظهر اتجاه ثاني يقترح تطبيق القانون الأقرب إلى القانون الذي تعذر إثبات مضمونه، و قد يكون إما القانون الأكثر صلة بالنزاع المعروض على القاضي، أو القانون الأقرب في أحكامه إلى القانون الذي تعذر إثباته⁴⁰.

أما الاتجاه الثالث فإنه ذهب إلى تطبيق قانون القاضي محل القانون الأجنبي الذي تعذر إثبات مضمونه، وهو الاتجاه الأكثر انتشاراً لدى الفقهاء وحتى القضاء، ويبرر القضاء الفرنسي الأخذ بهذا الحل على أساس أن قانون القاضي هو صاحب الولاية العامة في كافة النزاعات المطروحة أمام القاضي الفرنسي⁴¹.

ثانياً- الحل الذي تبناه المشرع الجزائري: لقد حسم المشرع الجزائري في الحل الذي سيتبعه القاضي في حالة تعذر إثبات مضمون القانون الأجنبي حيث " يطبق القانون الجزائري إذا تعذر إثبات القانون الأجنبي الواجب تطبيقه"⁴²، وهو الحل الذي تبنته أغلب التشريعات في العالم، رغم أنه انتقد بشدة لكونه ليس الحل الأكثر ملائمة، قد لا تكون لقانون القاضي أية صلة بالعلاقة محل النزاع، كما قد لا تكون له أية علاقة بأطراف النزاع، مما يضعنا أمام حالة يطبق فيها قانون غريب عن موضوع النزاع و عن أطرافه، وقد طَبَّقَ هذا القانون لمجرد كونه قانون القاضي⁴³.

إن مضمون المادة 23 مكرر يؤكد مرة أخرى النزعة الوطنية لقواعد الإسناد الجزائرية، حيث انحازت مرة أخرى لمصلحة تطبيق القانون الجزائري، بدل البحث عن القانون الأنسب لحكم العلاقة وللغرض في النزاع.

المطلب الثالث: إحلال القانون الجزائري في حالة الدفع بالنظام العام

إن إرشاد قاعدة الإسناد الوطنية القاضي الجزائري لتطبيق قانون أجنبي، قد يضع هذا الأخير أمام قانون أجنبي يمس بالنظام العام والآداب العامة، الأمر الذي يقتضي البحث عن القانون الذي يفصل في النزاع، وسنبرز هنا الدور البالغ للدفع بالنظام العام للحفاظ على النظام العام (الفرع الأول)، ثم سنبرز إشكالية القانون واجب التطبيق محل القانون المستبعد (الفرع الثاني).

³⁹- ممدوح عبد الكريم حافظ عرموش ، مرجع سابق، ص 227.

⁴⁰- أشرف وفا محمد، المبادئ العامة لتنازع القوانين في القانون المقارن، النسر الذهبي للطباعة، د م ن، 2002، ص 182.

⁴¹- ممدوح عبد الكريم حافظ عرموش، مرجع سابق، ص 229

⁴²- نص المادة 23 مكرر من القانون رقم 05-10، مرجع سابق.

⁴³- عكوش سهام، مرجع سابق، ص 51.

الفرع الأول: الدفع بالنظام العام: الحصن المنيع للنظام العام و الآداب العامة

يقصد بالنظام العام تلك القواعد التي يشعر الناس في كل المجتمعات أنهم ملزمون بإتباعها، فهي مزيج من الأخلاق والآداب التي تتحكم في العلاقات الاجتماعية، والتي لا يسمح لهم بالخروج عنها ولو بالاتفاق⁴⁴، لذلك فإن كل قانون أجنبي حددت اختصاصه قاعدة الإسناد الوطنية بأنه هو الواجب التطبيق، يجب أن لا يصطدم مع هذه القواعد الأخلاقية و الأدبية، وان حدث هذا الاصطدام وجب استبعاده وعدم تطبيقه، وهذا عن طريق تفعيل آلية الدفع بالنظام العام التي تعتبر وسيلة لحماية وتأمين القيم العليا والمبادئ العقائدية والعرفية و الأخلاقية في المجتمع.⁴⁵

إن استبعاد القانون الأجنبي لا يقصد به استبعاد القانون الأجنبي كلياً إذا كان يتعارض في جزء منه مع النظام العام، إذ ينحصر الاستبعاد هنا على هذا الجزء ويطبق ما لا يتعارض منه مع النظام العام والآداب العامة، ولقد استقر أغلب الفقهاء على هذا الرأي وعمل به القضاء في عدة دول.⁴⁶ جدير بالذكر هنا أن المشرع الجزائري لم يعرّف المقصود بالنظام العام بل اكتفى بالنص على أنه: "لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي بموجب النصوص السابقة إذا كان مخالفاً للنظام العام والآداب العامة في الجزائر....."⁴⁷

الفرع الثاني: إشكالية القانون الواجب التطبيق محل القانون المستبعد

إن استبعاد تطبيق القانون الأجنبي عن طريق الدفع بالنظام العام يؤدي إلى ظهور مشكلة القانون الذي سيطبق محل القانون المستبعد، وهو ما أجاب عنه المشرع الجزائري، حيث يطبق القانون الجزائري محل القانون الأجنبي المخالف للنظام العام والآداب العامة.⁴⁸ وجدير بالذكر هنا أن المشرع الجزائري -قبل تعديل القانون المدني في 2005- كان يستبعد تطبيق القانون الأجنبي دون أن يحدد القانون الذي يطبق محل هذا القانون المستبعد.⁴⁹

⁴⁴ - حمادي عبد الفتاح، "آلية الدفع بالنظام العام في مسائل الأحوال الشخصية بني والانفصال الجسماني نموذجاً"، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، المجلد الأول، العدد السابع، سبتمبر 2017، ص 67.

⁴⁵ - مصيلحي، محمود صالح الدين: مبادئ تنازع القوانين والاختصاص القضائي وآثار الأحكام الأجنبية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص 176.

⁴⁶ - حمادي عبد الفتاح، مرجع سابق، ص 68.

⁴⁷ - نص الفقرة الأولى من المادة 24 من القانون رقم 05-10، مرجع سابق.

⁴⁸ - الفقرة الثانية من نص المادة 24 من القانون رقم 05-10، مرجع سابق.

⁴⁹ - انظر نص المادة 24 من الأمر رقم 75-58، يتضمن القانون المدني.

يعتبر حلول قانون القاضي محل القانون الأجنبي المستبعد الحل الذي أخذت به أغلب التشريعات، كما عمل به القضاء في عديد الدول، إلا أن هذا الحل قد يؤدي إلى إهدار متطلبات الحياة الدولية في حالة ما إذا كان هذا القانون-قانون القاضي- لا يتلاءم مع طبيعة العلاقة محل النزاع.⁵⁰

إن استبعاد تطبيق القانون الأجنبي من طرف القاضي الجزائري عن طريق إعمال الدفع بالنظام العام، يؤدي إلى تطبيق القانون الجزائري محل هذا القانون للفصل في النزاع، وبالتالي يمكننا القول أن قاعدة الإسناد الواردة في المادة 24 انحازت -مرة أخرى- لمصلحة تطبيق القانون الجزائري، بغض النظر إن كان هو القانون الأنسب لحكم العلاقة القانونية، فكان من الأفضل البحث عن أكثر القوانين ارتباطا بالأطراف أو بالعلاقة القانونية، حتى نضمن تطبيق أكثر القوانين صلة بالنزاع مما يحقق الغاية التي تسعى قاعدة الإسناد إلى تحقيقها.

خاتمة

إن تعدد حالات منح الاختصاص للقانون الجزائري تبدأ من خلال التكييف وفقا لقانون القاضي، ثم الأخذ بالإحالة من الدرجة الأولى دون الإحالة من الدرجة الثانية، إضافة إلى تفضيل الجنسية الجزائرية وبالتالي تطبيق القانون الجزائري في حالة تعدد الجنسيات، كما نجدها من خلال الاستثناء الذي ورد في المادة 13 التي منحت الاختصاص للقانون الجزائري بمجرد أن كون أحد الزوجين جزائريا، كما منح الاختصاص للقانون الجزائري في حالة تعذر إثبات القانون الأجنبي وفي حالة استبعاد القانون الأجنبي عن طريق الدفع بالنظام العام.

إن المقصود بحياد قواعد الإسناد هو إسناد العلاقة محل النزاع بطريقة تلقائية إلى أكثر القوانين ارتباطا بهذه العلاقة، ومن خلال ما سبق ذكره فإننا توصلنا إلى وجود عدة حالات تتحاز فيها قواعد الإسناد لمصلحة القانون الجزائري، وحتى نصف المشرع الجزائري فإن أغلب هذه الحالات موجودة في باقي التشريعات، وبالتالي يمكننا القول أن قواعد الإسناد قد تتصف في مجملها بالحياد إلا أنها في عديد الحالات منحازة لمصلحة تطبيق القانون الجزائري، وهو الأمر الذي يتنافى مع أهم خاصية لقواعد الإسناد وهي الحياد، كما أنها تتنافى مع الغاية من هذه القواعد وهي البحث عن الاستقرار في العلاقات الدولية الخاصة وتحقيق الأمن القانوني.

⁵⁰-نادية فضيل، تطبيق القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2001، ص 126.

نطاق الحق في الحياة الخاصة في القوانين الوضعية

خالدة أوقاسي⁽¹⁾⁽¹⁾ طالبة دكتوراة , كلية الحقوق - جامعة الجزائر 1 -

16000، الجزائر .

البريد الإلكتروني: kalidaoukaci@gmail.com

المخلص:

يعتبر الحق في الحياة الخاصة أو الخصوصية من أشد الحقوق التصاقا بشخصية الإنسان ذلك أنه يجسد حرية الفرد في اختيار أسلوب حياته و علاقاته من جهة، كما يجسد السرية التي يريد أن يضيفها الفرد على هذه العلاقات و الاختيارات من جهة ثانية، و بذلك تعتبر الحرية و السرية وجهين متلازمين لهذا الحق، و هو ما أدى إلى اتساع نطاقه خاصة و أنها -أي الخصوصية أو الحياة الخاصة- لم تعد تقتصر على المظهر التقليدي الذي يشمل حرمة المسكن و الجسد و سرية المراسلات و الأسرار المهنية و الحق في الصورة و المحادثات الشخصية، إضافة إلى الحق في الشرف و السمعة، بل أصبح يشمل كذلك الجانب المستحدث من الخصوصية، أو ما يعرف بالخصوصية المعلوماتية و التي تتضمن كافة البيانات و المعطيات ذات الطابع الشخصي و ما يمكن أن يستهدفها من عمليات التخزين و الحفظ و المعالجة في الحاسبات الآلية، حيث عمدت معظم التشريعات إلى حماية هذا الحق بمظهره التقليدي و المستحدث من خلال وضع نصوص قانونية لتجريم الاعتداء عليه بمختلف صورته محاولة بذلك مواكبة التطور الحاصل في عالم التقنية الحديثة و التقليل من أخطار هذه الأخيرة على الحق في الخصوصية، بل أن البعض من هذه التشريعات جعلته في مصاف الحقوق الدستورية و ذلك لتقوية هذه الحماية و ترسيخها باعتبار أن الدستور هو أعلى درجات التشريع و أسماها.

الكلمات المفتاحية :

الخصوصية، الحرية، السرية، المعلوماتية .

تاريخ إرسال المقال: 2021/10/18، تاريخ مراجعة المقال: 2021/12/30، تاريخ نشر المقال: 2021/12/31.

لثميش المقال: اسم المؤلف، " خالدة أوقاسي، " نطاق الحياة في الخاصة في القوانين الوضعية"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد 12، العدد 03، السنة 2021. ، ص ص 295-312.

<https://www.asjp.cerist.dz/en/PresentationRevue/72>

المقال متوفر على الرابط التالي:

المؤلف المراسل: خالدة أوقاسي، kalidaoukaci@gmail.com

Scope of the right to private life (appearances) in positive laws:

Summary:

The right to a private life or privacy is one of the most closely related rights to a person's personality, because it embodies the freedom of the individual to choose his lifestyle and his relationship on one hand, and it also embodies the secrecy that the individual wants to add to these relationships and choices on the other hand, and so freedom and confidentiality are two inseparable aspects this right, which led to the expansion of its scope, especially since it - that is privacy or private life - is no longer confined to the traditional appearance that includes the sanctity of the home and the body, the confidentiality of correspondence, professional secrets, the right to image and personal conversations.

In addition to the right to honor and reputation, it also includes the newly developed aspect of privacy, or what is known as informational privacy, which includes all data and data of personal nature and what it can be targeted from the operations of others, storage and processing in computers, where most of the legislations intended to protect this right in its traditional and new manifestations through the development of legal texts to criminalize assault on it in its various forms, in an attempt to keep pace with the development taking place in the world of modern technology and reduce the latter's dangers to the right to privacy. In fact, some of these legislations placed it in the ranks of constitutional rights in order to strengthen and consolidate this protection, given that the constitution is the highest and finest degree of legislation.

Key words:

Privacy , freedom ,secrecy, informatics.

Résumé:

Le droit à la vie privée est considéré comme l'un des droits les plus étroitement liés à la personnalité de l'être humaine, car il incarne la liberté de l'individu de choisir son mode de vie et ses relations d'une part, et il incarne la confidentialité que l'individu veut donner à ces relations et choix d'autre part.

Certaines législations l'ont placé au rang des droits constitutionnels afin de renforcer et de consolider sa protection. De quelle protection bénéficie-t-il en droit algérien et en droit comparé !

Mots clés :

Vie privée , liberté , confidentialité ,informatique.

مقدمة:

يعتبر الحق في الحياة الخاصة جوهر الحقوق الفردية لما يشتمل عليه من مظاهر تتعلق أساسا بحقه في الأمن و السرية و الحرية و حرمة الشرف و السمعة، و هي في مجملها تشكل الحق في الخصوصية أو الحياة الخاصة في مظهرها التقليدي، حيث تقوم الدولة بصيانة هذا الحق مما يمكن أن يتعرض له من أصناف الاعتداء ضمانا لاستقرار المجتمع و الأفراد على حد سواء، ذلك أن حماية حق الفرد في الخصوصية يجعله أكثر اطمئنانا و أمنا في خلوته و عزلته، هذه الأخيرة التي أصبحت مهددة في ظل التطور الحاصل في عالم التقنية الحديثة و ما أفرزته من أخطار تتجسد في سهولة اقتحام أسرار الإنسان و خصوصيته دون أن يشعر بشيء مما يدور حوله، و دون أن يكون باستطاعته منع هذا الاقتحام، وهو ما يشكل انتهاكا لحرمة الحياة الخاصة في مظهرها المستحدث.

و لما كانت الحياة الخاصة بهذه الأهمية فقد كان الاعتداء عليها محل زجر من قبل التشريعات و القوانين العقابية، حيث عمدت معظم الدول إلى إحاطتها بالحماية سواء كانت هذه الحماية دستورية أو قانونية و هو ما ذهبت إليه الجزائر من خلال النص على حرمة الحياة الخاصة في دساتيرها المتعاقبة منذ سنة 1976 إلى آخر هذه الدساتير الذي كان سنة 2020¹ من خلال المادة 47² منه، كما جرم قانون العقوبات الجزائري³ الاعتداء على هذا الحق في المواد من 303 مكرر إلى 303 مكرر 2.

حيث تظهر أهمية هذا الموضوع في كونه من الحقوق المؤثرة في حياة الفرد باعتباره يشمل معظم مناحيها، كما أنه يرتبط بدرجة الوعي و التحضر في المجتمع، و على أساسه يقاس مستوى الرقي و الديمقراطية في الدول فكلما كانت الحماية المقررة له أكبر كلما كان مستوى التقدم أعلى، و هو ما دفعنا إلى دراسة هذا الموضوع وذلك للتعرف على مكانة هذا الحق في التشريعات و كيفية تعاملها معه خاصة في ظل التكنولوجيا الحديثة، حيث اعتمدنا على المنهج الاستقرائي الذي يتناسب مع موضوع الدراسة القائمة على استقراء النصوص القانونية لمحاولة التوصل غلى إجابة على الإشكالية التي ينصب عليها الموضوع و المتمثلة في: كيف كان تعامل القوانين الوضعية مع الحق محل الدراسة بمختلف مظاهره؟

¹ و هو الدستور الصادر بموجب الجريدة الرسمية العدد 82 المؤرخة في 30 ديسمبر 2020.

² و التي جاء فيها: "لكل شخص الحق في حماية حياته الخاصة و شرفه. لكل شخص الحق في سرية مراسلاته و اتصالاته الخاصة في أي شكل كانت. لامساس بالحقوق المذكورة في الفقرات الأولى و الثانية لا بأمر معلل من السلطة القضائية. حماية الأشخاص عند معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي حق أساسي. يعاقب القانون على كل انتهاك لهذه الحقوق".

³ الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 08 يونيو سنة 1966 و المتضمن قانون العقوبات المعدل و المتمم بالقانون رقم 16-02 المؤرخ في 19 يونيو 2016، الجريدة الرسمية عدد 37 المؤرخة في 22 يونيو 2016.

و هو ما سنحاول الإجابة عنه من خلال خطة البحث التالية و التي قسمت إلى مبحثين خصص الأول لدراسة المظاهر المتعلقة بالكيان المادي للحق في الحياة الخاصة، و خصص المبحث الثاني لدراسة المظاهر المتعلقة بالكيان المعنوي لهذا الحق.

المبحث الأول: مظاهر الحق في الحياة الخاصة المتعلقة بالكيان المادي للإنسان:

و سوف نتطرق من خلال هذا المبحث إلى المظاهر المتعلقة بالكيان المادي الداخلي ثم الكيان المادي الخارجي على النحو التالي:

المطلب الأول: مظاهر الحق في الحياة الخاصة المتعلقة بالكيان المادي الداخلي للإنسان:

يعتبر الكيان المادي الداخلي للإنسان الجدار الذي يحيط بالحياة الخاصة و وراءه يخفي الإنسان أسراره، و يبدو هذا الكيان في الرعاية الصحية و حرمة الجسد من جهة، و الحق في الصورة و المحادثات الشخصية من جهة ثانية، على النحو التالي:

الفرع (1): الرعاية الصحية وحرمة الجسد:

ترتبط الرعاية الصحية بجسد الإنسان من حيث أنها تنصب على حالة معينة يكون عليها الجسد وهي المرض و ما يترتب عليه من التزامات على عاتق الطبيب على النحو التالي:

أولاً: الرعاية الصحية كمظهر مادي للحق في الحياة الخاصة:

تعد الحياة الصحية و ما يرتبط بها من الرعاية الطبية داخل المؤسسات العلاجية أو خارجها من أهم مظاهر الحق في الخصوصية، فنجد القوانين المقارنة تحرص على حماية الحياة الصحية للمريض⁴، و ذلك من خلال إحاطة كل ما يتعلق بالأمراض التي تصيب الشخص و تلقيه للعلاج و أسباب ذلك بالسرية و من ثمة فإن المعني يفضل حجبها عن الغير⁵.

و إذا كان هذا الالتزام بالكتمان و عدم الإفشاء لكل ما يتعلق بالحالة الصحية للمريض يقع على عاتق كل شخص من صحفيين أو غيرهم، فمن باب أولى أن يلتزم به الأطباء و كل من يعاونهم من ممارسين لهذه المهنة أو صيادلة و هو ما يفرضه عليهم واجبهم المهني، فالسر الطبي شرع في الأصل لمصلحة الطبيب و المريض معاً، فالحكمة من كتمان السر هنا ستر عيوب المريض⁶، حيث يجب على الطبيب حفظ أسرار المريض وعدم

⁴ عصام أحمد البهجي: حماية الحق في الحياة الخاصة على حقوق الإنسان و المسؤولية المدنية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية 2005، بدون رقم طبعة، ص 198.

⁵ محمد الشهاوي: الحماية الجنائية لحرمة الحياة الخاصة، دار النهضة العربية 2005، بدون رقم طبعة ص 189.

⁶ عبد الوهاب حومد: المسؤولية الجزائية الطبية، مجلة الحقوق و الشريعة، العدد الثاني السنة الخامسة، يونيو 1981، ص 40.

إفشائها، وهذا الواجب يلتزم به الطبيب سواء وجد عقد بينه وبين المريض أو لم يوجد⁽⁷⁾، ففي الحالة الأخيرة فإن الالتزام ينشأ عن مبدأ احترام الشخصية الإنسانية *Invisibilité de la personne humaine* والتقدير بهذا المبدأ هومن النظام العام، وقد أيد القانون⁽⁸⁾ الالتزام بحفظ السر وحرمة إفشائه تحت طائلة المسؤولية إلا في الحالات التي نص عليها⁽⁹⁾.

أما إذا كان هناك عقد بينهما فإنه يولد على الطبيب التزاما عقديا بحفظ الأسرار التي وصلت إلى علمه عن المريض بحكم مهنته لأن ذلك من مقتضيات عقد العلاج سواء نص عليه صراحة في العقد أم لا، فمضمون العقد لا يقتصر فقط على ما ورد فيه بل يشمل كل ما هومن مستلزماته وفقا للقانون والعرف والعدالة وطبيعة الالتزام في كل منها، والذي يوجب على الطبيب حفظ أسرار مرضاه وعدم إفشائها⁽¹⁰⁾.

ثانيا: الحق في حرمة الجسد كمظهر مادي من مظاهر الحق في الحياة الخاصة:

تتمثل حماية حرمة الجسد في المحافظة على كل المسائل المتعلقة بالعمليات الجراحية أو التبرع بالأعضاء سرية، حيث يمنع القانون⁽¹¹⁾ الكشف عن هوية واسم الأشخاص المعنيين بعملية التبرع، سواء اسم المتبرع أو المتبرع له، دون أي استثناء إلا بالنسبة إلى طبيب كل منهما⁽¹²⁾.

وقد انفرد القانون الفرنسي ذو النزعة اللاتينية⁽¹³⁾ بتجريم نوع من الاعتداء على سرية الجسد وذلك من خلال منع إفشاء كل معلومة تسمح بتحديد هوية الشخص أو الزوجين المانحان للخلايا التناسلية، أو هوية الشخص أو الزوجين الذين تلقاها⁽¹⁴⁾، كما يمنع نفس القانون إفشاء أي معلومات تعينية تسمح بتحديد هوية الزوجين الذين تنازلا عن هذه الخلايا، أو الزوجين الذين تلقاها⁽¹⁵⁾.

⁽⁷⁾ الشهابي ابراهيم الشرقاوي، التزام الطبيب حفظ أسرار المريض ، الأصل والاستثناء، مجلة الحقوق، العدد 3، السنة 32 سبتمبر 2008، الكويت، ص 199.

⁽⁸⁾ والواقع أن ما نص عليه القانون الفرنسي في مادته 378 هو الذي أدى بالشرح إلى القول بأن أساس الالتزام بالسر الطبي هو عقد الوديعة وذلك لاستعمال المشرع تعبيراً "Dépositaire de secret"، وهو التعبير الذي انتقل إلى قوانين البلاد العربية التي نقلت أحكام القانون الفرنسي أو تأثرت به ومنها القانون الجزائري في مادته 301 ق ع والقانون المصري في مادته 310 ق ع.

⁽⁹⁾ عبد الوهاب حومد: نفس المرجع، ص 41 وما يليها وإبراهيم الشرقاوي : نفس المرجع، ص 198.

⁽¹⁰⁾ الشهابي إبراهيم الشرقاوي: المرجع السابق، ص 200 وما يليها.

⁽¹¹⁾ وهو القانون رقم 134-253 الصادر في 29 جويلية 1994 المتعلق باحترام حرمة الجسد للإنسان في فرنسا.

⁽¹²⁾ عماد حمدي حجازي: الحق في الخصوصية و مسؤولية الصحفي ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، ط 2008، ص 174.

⁽¹³⁾ حيث لا يوجد ما يقابل هذه النصوص في التشريع الجزائري الذي يدين بدين الإسلام أو حتى التشريعات العربية الإسلامية الأخرى مثل التشريع المصري.

⁽¹⁴⁾ أنظر المادة 511-20 قانون العقوبات الفرنسي.

⁽¹⁵⁾ أنظر المادة 511-23 قانون العقوبات الفرنسي.

والواقع أن حماية الحياة الخاصة في هذه المسألة يظهر أكثر بشكل جلي في التدابير المدنية⁽¹⁶⁾، وكذا تدابير الصحة العمومية التي رسمت القواعد التي تردع الانتهاك المشار إليه، حيث يتجسد هذا الردع فيما يعرف بمبدأ البقاء في الجهالة، والذي يقضي بعدم إفشاء أية معلومة تسمح بتحديد كل من الشخص الذي منح عنصرا أو منتوجا أو عتادا من جسمه وكذا الشخص الذي تلقى ذلك، حيث يفرض هذا المبدأ التزاما على كل المؤسسات التي تمارس المساعدة الطبية على الإنجاب بأن تحافظ على سرية كل الوثائق التي تشهد باحترام الشروط المفروضة للاستفادة من هذه الممارسة، وكذا الملفات الطبية للمانحين والمتلقين للحيوانات المنوية والبويضات⁽¹⁷⁾.

وبناءً عليه وباعتبار أن مبدأ البقاء في الجهالة يتعلق بالممارسات التي تعني جسم الإنسان فهو يعني على وجه الخصوص العناصر الحميمة للجسم البشري⁽¹⁸⁾، ومن ثمة فإن تجريم عدم احترام هذا المبدأ أو البقاء في الجهالة، يهدف إلى حماية وقائع حميمة تنتمي إلى الحياة الخاصة للشخص⁽¹⁹⁾ بالالتزام بالمحافظة على السرية⁽²⁰⁾.

وجدير بالذكر في النهاية أنه غني عن البيان أن مثل هذه الممارسات محظورة في القانون الوطني الجزائري حيث لا يجوز الاستعانة بالتلقيح الاصطناعي سوى بين الأزواج لا غير، حيث يرفض التشريع

¹⁶ حيث وضعت المادة 16-8 من القانون المدني الفرنسي مبدأ البقاء في الجهالة.

¹⁷ حيث تحتوي هذه الملفات على تاريخ أخذ السائل المنوي أو نزع البويضة وتاريخ نقلها، وكذا المعلومات الضرورية المتعلقة بكل من المانحين و المتلقين، فطالما أن التدابير التي تتخذ يكون الهدف منها ضمان بقاء المانحين في جهالة بالنسبة للغير، فإن واجب هذه المؤسسات المحافظة على سرية هذه المعلومات، أنظر: نويري عبد العزيز، الحماية الجزائرية للحياة الخاصة، دراسة مقارنة بين القانون الجزائري و الفرنسي، دار هومة، الجزائر 2015، ص 586.

¹⁸ أي الخلايا المنتجة و مشتقاتها.

¹⁹ وهو ما عبرت عنه صراحة الأعمال التحضيرية للقانون الفرنسي المتعلق بحرية الصحافة الصادر في 29 جويلية 1881 و ذلك من خلال العبارات التالية: "يكون البقاء في الجهالة مضمونا بالنسبة لمنح البويضات و الحيوانات المنوية، و هذا عملا بمبدأ المحافظة على الحياة الخاصة للزوجين المستفيدين من العملية، أنظر: نويري عبد العزيز: نفس المرجع، ص 586.

²⁰ هذا الالتزام الذي يكاد يكون مطلقا حتى بالنسبة إلى الطبيب حيث في حالة الضرورة العلاجية لا يستطيع هذا المهني أن يصل سوى إلى المعلومات الطبية التي لا تحدد هوية الزوجين المتنازلين عن الخلايا التناسلية. أنظر: المادة 5-152-1 في فقرتها الرابعة من قانون الصحة العمومية الفرنسي.

الجزائري للأسرة⁽²¹⁾ -والذي تعتبر كل مواده مستمدة من أحكام الشريعة الإسلامية- اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي باستعمال الأم البديلة⁽²²⁾

الفرع (2): الحق في الصورة والمحادثات الشخصية:

والواقع أن هذين المظهرين يشكلان المعنى الحقيقي و المحض للحياة الخاصة، أو ما يعرف بتجريم التجسس على الحياة الخاصة، حيث درجت التشريعات التي تعترف صراحة بهذا الحق على النص عليهما في مادة قانونية واحدة على النحو التالي:

أولاً: الحق في الصورة كمظهر مادي من مظاهر الحق في الحياة الخاصة:

إن حق الإنسان في أسرار صورته بتوقف على كون هذه الصورة قد أخذت له إبان ممارسته لحياته الخاصة فهي تسير مع الحق في الحياة الخاصة وجوداً و عدماً هذا بخلاف الحق في الصورة الذي يمكن الاعتداء عليه في الحياة العامة و حيث تتوفر العلانية²³، و هو الأمر الذي دفع بالتشريعات إلى اشتراط المكان الخاص في تجريم الاعتداء على الحياة الخاصة للفرد من خلال التقاط صورتها أو تثبيتها أو تسجيلها أو نقلها، حيث نص التشريع الفرنسي القديم على هذه الجريمة في المادة 2/368²⁴ ق ع أما الجديد فقد نص عليها في المادة 1-226/ 2²⁵، أما التشريع الجزائري فقد نص على جريمة التجسس البصري في المادة 303 مكرر 1²⁶، و تقابلها المادة 303 مكرر 1 (ب)²⁷ في التشريع المصري، و باستقراء هذه النصوص نجد أنها تتفق حول مسألة اشتراط المكان الخاص لتجريم فعل التجسس البصري من جهة، كما أنها تشترط أن تكون الصورة لإنسان دون ما يحيط به من أشياء من جهة ثانية، كما تتفق هذه التشريعات على اشتراط انعدام رضا الضحية لقيام الجريمة.

ثانياً: المحادثات الشخصية كمظهر مادي من مظاهر الحق في الحياة الخاصة:

تتصل حرمة الكلام و التعبير عن الفكر و الشعور اتصالاً وثيقاً بخصوصية الإنسان، إذ أنها الوسيلة التي يعبر بواسطتها عن مكونات نفسه، و هذا التعبير لا ينحصر بداخله بل يمتد إلى العالم الخارجي في صورة المكان

²¹ حيث تنص المادة 45 مكرر منه المعدلة بموجب القانون رقم 05-02 المؤرخ في 17 فبراير 2005: "لا يجوز للزوجين اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي إلا ضمن الشروط التالية: أن يكون الزواج شرعياً - أن يكون التلقيح برضا الزوجين وفي حياتهما".
²² وهو ما نصت عليه نفس المادة 45 مكرر قانون أسرة جزائري: "لا يجوز اللجوء الى التلقيح الاصطناعي باستعمال الأم البديلة".

²³ طارق أحمد فتحي سرور: المرجع السابق، ص 47.

²⁴ و هي المادة التي تم استحداثها بموجب القانون 643.70 المؤرخ في جويلية 1970 المتعلق بتدعيم حقوق المواطن :

²⁵ و التي تم استحداثها بموجب قانون العقوبات الفرنسي الجديد لعام 1992

²⁶ والتي تم استحداثها بموجب القانون 06/22 المؤرخ في 20/12/2006 المعدل والمتمم لقانون العقوبات الجزائري.

²⁷ والتي تم استحداثها بموجب القانون 72/37 المؤرخ سنة 1972 المعدل والمتمم لقانون العقوبات المصري

المادي أو بواسطة أسلاك الهاتف مما لا يجوز معه التصنت على هذه المحادثات أو إفشاؤها للغير،²⁸ حيث يعتبر ذلك مبدأ دستوريا أقرته المادة 47 من دستور 2020 الجزائري.

و يستوي أن يتحدث الشخص باللغة العربية أو بأي لغة أخرى، فجميع اللغات تصلح لأن تكون محلا للحماية، و يأخذ هذا الحكم اللغة المشفرة لأن هذه الأخيرة تعد لغة أيضا²⁹، وإذا كان الحديث الشخصي من خلال أسلاك الهاتف يتم في إطار من الخصوصية بعيدا عن العلانية فإن وجه الحرمة فيه واضح³⁰.

و بالنسبة للتشريع العقابي الجزائري فقد نص على تجريم الاعتداء على حرمة المحادثات الخاصة عن طريق التجسس في الفقرة الأولى من المادة 303 مكرر ق ع و نشير في هذا الصدد أن المشرع الجزائري يتفق مع نظيره الفرنسي من حيث عدم اشتراط المكان الخاص في تجريم التجسس السمي من خلال قانون العقوبات الجديد في المادة 226-1/1 (حيث كان يشترط المكان الخاص في كل من المحادثات و الصورة في المادة 368 قانون عقوبات قديم) وذلك على خلاف المشرع المصري في المادة 303 مكرر 1 (أ) الذي يشترط أن يكون الحديث سواء كان مباشرا أو غير مباشر في مكان خاص، حيث أن علة التجريم تتعلق بطبيعة الحديث نفسه و ليس بطبيعة المكان المتواجد به الشخص المتحدث و لعل ذلك مرده توسيع دائرة الحماية لتشمل حتى المحادثات الخاصة التي تجري في الأماكن العامة، مع اتفاق كل منها على شرط انعدام رضا الضحية.

و نشير في الأخير إلى أنه سواء تعلق الأمر بالتجسس السمي أو البصري فإن التشريعات الثلاثة السابق الإشارة إليها قد نصت على جرائم ملحقه بالتجسس السمي و البصري و يتعلق الأمر باستغلال الناتج عن التجسس و ذلك من خلال المواد 303 مكرر 1 ق ع جزائري و تقابلها المادة 303 مكرر 2 (أ) ق ع مصري، و المادة 226-2 ق ع فرنسي، و قد انفرد القانون الفرنسي بجرائم الوقاية من التجسس بتجريم البيع و العرض و الكراء و الاستيراد للآلات المستعملة في التجسس بدون ترخيص وزاري، و كذا تجريم الإشهار المتعلق بهذه الآلات و الذي من شأنه التشجيع على ارتكاب فعل التجسس من خلال المادة 226-3 ق ع.

المطلب الثاني: مظاهر الحق في الحياة الخاصة المتعلقة بالكيان المادي الخارجي:

و هو الإطار الذي تتحقق فيه حركة الحياة الخاصة سواء بالإقامة في المسكن أو المراسلات و الأسرار التي يدلي بها إلى أصحاب المهن، على النحو التالي:

²⁸ على أحمد عبد الزعبي، حق الخصوصية في القانون الجنائي، دراسة مقارنة، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، لبنان، ط1، 2006، ص 182.

²⁹ محمد الشهاوي: المرجع السابق، ص 176

³⁰ طارق أحمد فتحي سرور: الحماية الجنائية لأسرار الأفراد في مواجهة النشر، دار النهضة العربية - القاهرة 1991، ص 50.

الفرع 1: حرمة المسكن كمظهر مادي للحق في الحياة الخاصة:

إن حرمة المسكن باعتبارها ركنا أساسيا للحريات العامة فإنها تجد حماية ملحوظة في الدساتير و القوانين الجنائية، بل يملك الفرد حق الدفاع الشرعي عن مسكنه في حالة الاعتداء غير المشروع على حرمة³¹. حيث نصت الدساتير الجزائرية المتعاقبة على حرمة المسكن و آخرها المادة 48 من دستور 2020 و التي جاء في مضمونها أن الدولة تضمن عدم انتهاك حرمة المسكن فلا تقتيش إلا بمقتضى القانون و في إطار احترامه، و لا تقتيش إلا بأمر من السلطة القضائية المختصة، أما فرنسا فقد نصت كل دساتيرها المتعاقبة على هذه الحرمة و ذلك منذ مرحلة الثورة الفرنسية³²، حيث حظي المسكن منذ تلك الفترة بحماية خاصة³³. أما القوانين العقابية و من جهتها فقد أقرت حرمة المسكن من خلال تجريم الاعتداء عليها أو المساس بهاسواء من قبل الموظف أو من قبل الخواص، فبالنسبة للتشريع الجزائري فقد نص على الجريمة التي يرتكبها الموظف في المادة 135 ق ع الجزائري⁽³⁴⁾، وتقابلها المادة 128 ق ع المصري⁽³⁵⁾ وتقابلها المادة 8.432 ق ع الفرنسي، ومن خلال هذه المواد يمكن تعريف هذه الجريمة على أنها قيام الموظف بدخول منزل الغير دون أمر من السلطة المختصة ودون الصيغ التي يضعها القانون⁽³⁶⁾ ودون موافقة صاحب المسكن⁽³⁷⁾، و من ثمة فإن واقعة التعسف في استعمال السلطة تعتبر عنصرا حاسما في تكوين هذه الجنحة، أما الجريمة التي يرتكبها الخواص فقد نصت عليها المواد 295 ق ع جزائري وتقابلها المادة 184 من ق ع فرنسي قديم والمادة 4.226

³¹ يوسف الشيخ يوسف: حماية الحق في حرمة الأحاديث الخاصة، دراسة مقارنة في تشريعات التصنت و حرمة الحياة الخاصة، دار الفكر العربي، القاهرة، ط1، 1998م، ص 64-66.

³² و قد نصت المادة 76 من دستور 22 Frimaire عام VII على أنه: "إن مسكن كل شخص يقطن في الإقليم الفرنسي هو ملاذ أو مأوى "Asile" محصن أثناء الليل، ليس لأحد الحق في دخوله إلا في حالة حريق أو فيضان أو نداء موجه من داخل المسكن، أما أثناء النهار يمكن الدخول إليه من أجل هدف خاص و محدد إما بناء على قانون أو أمر صادر عن سلطة عام".
³³ الطالبة أوقاني خالدة: حرمة الحياة الخاصة في القانون الجنائي بين التشريع الجزائري و الفرنسي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الجنائي، نوقشت بتاريخ 11/12/2013...ص8.

³⁴ والتي جاء فيها: "كل موظف في السلك الإداري أو القضائي أو ضابط شرطة و كل قائد أو أحد رجال القوة العمومية دخل بصفته المذكورة منزل أحد المواطنين بغير رضاه و في غير الحالات المقررة في القانون و بغير الإجراءات المنصوص عليها فيه يعاقب بالحبس من شهرين إلى سنة و بغرامة من 500 إلى 3000 دج دون الإخلال بتطبيق المادة 107 من قانون العقوبات".
³⁵ و تنص هذه المادة على: "إذا دخل أحد الموظفين و المستخدمين العموميين أو أي شخص مكلف بخدمة عمومية اعتمادا على وظيفته، مسكن شخص من عامة الناس بغير رضائه فيما عدا الأحوال المبينة في القانون أو بغير مراعاة القواعد المقررة فيه يعاقب بالحبس أو بغرامة تزيد عن 200 جنيه مصري".

³⁶ العلامة روني قارو، موسوعة قانون العقوبات العام و الخاص، المجلد 5، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت ط2003، ص 370.
³⁷ الفاضل خمار: الجرائم الواقعة على العقار، دار هومة الجزائر، ط1، 2006، ص52.

ق ع جديد، ويمكن تعريف هذه الجريمة على أنها كل شخص يدخل بالاستعانة بمناورات أن خداع أو عنف إلى مسكن أي مواطن⁽³⁸⁾

الفرع 2: حرمة المراسلات و الأسرار المهنية كمظهر مادي من مظاهر الحق في الحياة الخاصة:

تعتبر كل من المراسلات والأسرار المهنية من المظاهر التي تجسد خصوصية الإنسان و ذاتيته نظرا لما يمكن أن تحتويه من أخبار و معلومات تخص حياة الإنسان بما تتضمنه من أدق التفاصيل التي تعنيه و هي دائما تجسد الجانب المادي من الخصوصية، على النحو التالي:

أولا: حرمة المراسلات كتجسيد للكيان المادي الخارجي للحق في الحياة الخاصة:

إن الحق في سرية المراسلات يعد جوهر الحق في الخصوصية إن لم يكن وجها لازما لها، لأن الرسائل أيا كان نوعها تعد ترجمة مادية لأفكار شخصية لا يجوز لغير مصدرها و من توجه إليه الاطلاع عليها، و غير ذلك يعد انتهاكا لحرمة المراسلات، فالمقصود بحرمة المراسلة هو عدم جواز الكشف عن محتواها لما يتضمنه هذا الكشف من اعتداء على حق الخصوصية³⁹، و قد اعتبره المشرع الجزائري في مضاف الحقوق الدستورية من خلال النص عليه في الفقرة الثانية من المادة 47 من دستور 2020، لا يهم شكل الرسالة فالعبارة فيما تحتويه من مسائل خاصة و مدى حرص صاحبها على اتخاذ إجراءات لحماية أسرارها، و بالتالي فإن المراسلات الموجودة على أقرص الحاسب الآلي لها نفس حماية المراسلات العادية ما دام صاحبها قد اتخذ إجراءات لحفظها، حيث أن الأساس القانوني لحماية و احترام سرية المراسلة هو اعتبارها من المسائل المرتبطة بشخصية المرسل و كيانه الأدبي⁴⁰، و قد أقرت التشريعات العقابية حماية لهذه المراسلات من خلال تجريم الاعتداء عليها سواء من قبل الموظف العام أو الخواص، فنجد التشريع الجزائري يعاقب الموظف الذي ينتهك حرمة المراسلة في المادة 137 ق ع، أما الخواص فتتم مساءلتهم استنادا للمادة 303 مكرر من نفس القانون.

ثانيا: الأسرار المهنية كتجسيد للكيان المادي الخارجي للحياة الخاصة:

يعتبر الحفاظ على السر واجبا دينيا و أخلاقيا خاصة عندما يتعلق الأمر بأعمال الغير و تصرفاتهم، كما يشكل إفشاء الأسرار طعنا للثقة و إضعافا لها، لذلك أقرت بعض المهن وجوب الحفاظ على السرية المهنية كما في مهنة الطب و المحاماة و المصارف...، ثم تجدرت هذه التقاليد في مهن كثيرة فأصبحت أعرافا متبعة و محترمة

³⁸ Jean Vassorgne. Violation de domicile » Répertoire de droit pénal et procédure pénale) 2^{ème} Ed. 1989. Paris, Tome V P1

³⁹ علي احمد عبد الزعبي: المرجع السابق، ص 180.

⁴⁰ عصام أحمد البهجي: المرجع السابق، ص 290.

من قبل العاملين فيها⁴¹، فالسر بهذا المعنى يتصل اتصالاً وثيقاً بالخصوصية بوصفه يمثل جانباً من جوانب الحرية الشخصية، وإفشاؤه يشكل اعتداءً على هذه الحرية⁴².
وإذا كان السر المهني هو " واقعة ينحصر نطاق العلم بها على عدد محدود من الأشخاص إذا كانت ثمة مصلحة يعترف بها القانون لشخص أو أكثر في أن يظل العلم بها محصوراً في ذلك النطاق"⁴³، فإن تحليل السر المهني يسمح لنا بتقسيمه إلى عنصرين التزام بالكتمان على عاتق المهني، وحق في الصمت بالنسبة لصاحب السر، وبإلقاء نظرة سريعة على هذين العنصرين يمكن أن نستنتج أن المشرع في المادة 301 ق ع الجزائري و تقابلها المادة 378 ق ع فرنسي، لم يقصد سوي عنصر واحد منهما و هو الالتزام بالكتمان على عاتق الشخص الذي تلقى المعلومة السرية⁴⁴، حيث تعرف جريمة إفشاء الأسرار المهنية على أنها منع إفشاء أو الإفصاح عن حدث تم التعرف عليه في إطار ممارسة وظيفة معينة والذي ينبغي أن يبقى سرا، وهذه الجريمة هي من الجرائم التي تتميز بالتعقيد وذلك نظراً لعدم كمالية النص التجريبي حيث لا تعدد صراحة إلا أعضاء مهنة الطب وعلى الاجتهاد القضائي تكملة قائمة الأشخاص الملزمين بهذا السر⁴⁵، كما رصد المشرع الجزائري من خلال نفس المادة في فقرتها الثانية إمكانية الإفشاء في حالة التبليغ عن جرائم الإجهاض التي تصل إلى علمهم بمناسبة أداء مهامهم، ووجوب الإدلاء بالشهادة أمام القضاء إذا استدعيو لذلك.

المبحث الثاني: مظاهر الحق في الحياة الخاصة المتعلقة بالكيان المعنوي للإنسان:

تتعدد مظاهر الحياة الخاصة التي ترتبط بشكل مباشر بالكيان المعنوي للإنسان و سوف نقنصر على ما يتعلق منها بالشرف و الاعتبار من جهة و ما يتعلق بالخصوصية المعلوماتية من جهة ثانية، فيما يلي:

المطلب الأول: الحق في الشرف كمظهر من مظاهر الحياة الخاصة في جانبها المعنوي:

إن شرف الإنسان و سمعته هو أحد أهم مظاهر الحياة الخاصة حيث اقر له الدستور حماية من خلال المادة 47 منه في فقرتها الأولى، و لذلك عمدت معظم التشريعات إلى تجريم المساس به أو الاعتداء عليه عن طريق القذف هذا الأخير الذي يعني الاعتداء على الكرامة والشرف، ولقد اختلفت قوانين العقوبات العربية التي في معظمها استمدت أحكامها من القانون الفرنسي الذي كان يستعمل في أول الأمر مصطلح "الاقتراء" ثم استبدلها بمصطلح "القذف"، وقد اختلفت هذه التشريعات بشأن هذا المصطلح ضيقاً واتساعاً، فضيق بعضها

⁴¹ شريف بن أدول بن إدريس: كتمان السر و إفشاؤه في الشريعة الإسلامية، دار النفائس للنشر و التوزيع، ط1، 1997، ص44.

⁴² علي أحمد عبد الزعبي: المرجع السابق، حق الخصوصية في القانون الجنائي، ص 184.

⁴³ العلامة روني قارو: المرجع السابق، ص 230.

⁴⁴ Virginie pellier : « révélation d'une information à caractère secret » (jcp) Ed paris، 2005.P2.et s

⁴⁵ Michèle Laure Rassat : Droit pénal spécial, Infraction de et entre les particuliers. Ed Dalloz

Delta 1997 Paris, P 370.

المفهوم ليقترن على الشخص الطبيعي فقط واعتبر ما يقع على السلطة العامة والهيئات العامة من قبيل الإهانة⁽⁴⁶⁾، ووسع بعضها الدائرة لتشمل كل إدعاء بواقعة من شأنها المساس بشرف واعتبار الأشخاص أو الهيئات الرسمية، كما اختلفت هذه القوانين في مفهومها لهذا المصطلح من حيث المحتوى، فقد اختلفت في المدلول اللفظي للفعل، فمنها من استخدمت مصطلح القذف⁽⁴⁷⁾، أما المجموعة الثانية فقد استخدمت مصطلح الذم، والملاحظ أن غالبية الدول العربية قد استعملت في قوانينها عبارة "إسناد واقعة"⁽⁴⁸⁾ وهو الأكثر دقة في جريمة القذف لأن القذف يحتاج إلى قيام حادثة معينة تنسب إلى شخص كسرقة أو رشوة أو زنا، وهذه الحادثة لو صحت لتعرض الشخص المنسوبة إليه للعقاب أو للاحتقار عند مجتمعه⁽⁴⁹⁾.

المطلب الثاني: الخصوصية المعلوماتية كمظهر للحياة الخاصة في جانبها المعنوي:

تعتبر الحياة الخاصة للفرد من المواضيع التي مستها التكنولوجيا الحديثة، هذه الأخيرة التي سهلت التغلغل إلى أعماق وأدق خصوصيات الفرد دون أي جهد أو عناء ومما جعل الأمر أكثر خطورة استغلال هذه التقنية من طرف المجرمين مما استدعي تدخل التشريعات واتخاذ مواقف صارمة لمواجهة هذا الخطر، خاصة مع طبيعة شبكة الانترنت والكم الهائل للمعلومات المخزنة فيها وكم الأشخاص الذين يرتبطون بها،⁽⁵⁰⁾ و سوف نتطرق في هذا المطلب إلى أهم التشريعات التي رصدت الحماية للخصوصية المعلوماتية في فرنسا و الجزائر.

⁴⁶ والإهانة هي أوسع من القذف فيدخل فيها كل ما هو مخل بالاحترام، أو يدل على الإزدراء و السخرية: أنظر أحمد فتحي بهنسي: الموسوعة الجنائية في الفقه الإسلامي، دار النهضة العربية، بيروت، ج 4، 1991، ص 162.

⁴⁷ ومنها التشريع الجزائري في المادة 296 و التشريع المصري في المادة 302ق ع، و التشريع السوداني في المادة 436 و العراقي في المادة 433.

⁴⁸ ويقصد بالوقعة كل أمر يتصور حدوثه سواء حدث فعلا أو كان محتمل الحدوث، فإذا كانت الواقعة المسندة إلى الشخص مستحيلة الوقوع كانت الجريمة مستحيلة التحقق: أنظر: محمد صبحي نجم، شرح قانون العقوبات الجزائري القسم الخاص، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر ط1، 1988، ص 98.

⁴⁹ علي حسن طوالبه: جريمة القذف دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية و القوانين الوضعية، مكتب دار الثقافة، عمان، الأردن، 1998، ص 40.

⁵⁰ محمد حسين منصور: المسؤولية الإلكترونية، مصر، 2003، ص 365.

الفرع 1: حماية الخصوصية المعلوماتية في فرنسا:

وسوف نتطرق إلى القانون 78-17 والقانون 2004-801 على النحو التالي:

أولاً: حماية الخصوصية المعلوماتية في ظل قانون 78-17⁽⁵¹⁾:

يعتبر القانون 78-17 اللبنة الأولى لتنظيم وحماية نظم المعلوماتية، فمنذ ربيع قرن أو أكثر كانت فرنسا من أوائل الدول الغربية التي سارعت لإصدار تشريعات تهتم بحماية الخصوصية المعلوماتية والتصدي لبعض صور الإجرام التي قد تقع بسبب التقدم في استعمال الحاسب الآلي وكذلك شبكة المعلومات الدولية "الانترنت" أو بعض الشبكات المحلية مثل شبكة "مينتال"⁽⁵²⁾.

وقد أعلنت فرنسا صراحة من خلال هذا القانون أن الإعلام الآلي لا يمكن أن يشكل اعتداء على الهوية الإنسانية، ولا على حقوق الإنسان ولا على الحياة الخاصة ولا على الحريات الفردية أو العامة⁽⁵³⁾.

وقد عالج المشرع الفرنسي من خلال هذا القانون مسألة تخزين البيانات في الحاسب الآلي، وأنواع هذه البيانات ومدة التخزين، وتلك التي تخزن، والتي لا يجوز تخزينها، إضافة إلى الجهة المكلفة بالرقابة والإشراف على أعمال ذلك القانون⁽⁵⁴⁾.

وتجدر الإشارة إلى أن هذا القانون لا يعني فقط المعالجة الآلية، بل يشمل كذلك البطاقات اليدوية والميكانيوغرافية⁽⁵⁵⁾، وذلك بالنظر إلى الفترة التي صدر فيها هذا القانون وهي فترة السبعينات، ولم تكن التقنية المعلوماتية معقدة ومنه فإن الإعلام الآلي الفردي لم يكن موجوداً بعد، حيث كانت الحياة الخاصة للأفراد مهددة من قبل أنظمة المعالجة العامة والكبرى فقط، كما أن الفترة التي صدر فيها هذا القانون لم يكن القانون الإقليمي (الأوروبي) مهتماً بهذه المسألة⁽⁵⁶⁾، وهو الأمر الذي دفع بالمشرع الفرنسي إلى إدخال تعديل على هذا القانون (78-17) على النحو التالي:

⁵¹ الصادر بتاريخ 6 جانفي 1978 الذي صدر بعنوان "الإعلام الآلي والحريات" *informatique et libertés*

⁵² وهي شبكة فرنسية محلية ذات حدود إقليمية فرنسية.

⁵³ *C.A. Collard: Libertés publiques, 8^{ème} Ed. 2005. Paris: p 389.*

⁵⁴ حيث أنشأت بمقتضى هذا القانون (78-17) اللجنة الوطنية للمعلوماتية والحريات (CNIL) وهي تختص بإجراء رقابة سابقة وأخرى لاحقة للتأكد من الحماية الكاملة للحريات الفردية في مواجهة نظم المعلوماتية: أنظر: عبد الفتاح بيومي حجازي: نفس المرجع السابق، ص 463.

⁵⁵ *Fichiers Manuels et micranographiques.*

⁵⁶ *C.A. Colliard: op cit p: 389.*

ثانيا: حماية الخصوصية المعلوماتية في ظل قانون 2004-801:

وسوف نتطرق للمضمون هذا القانون الذي كان بمثابة تعديل للقانون 17.78، وإن بقي هذا الأخير الأساس المعتمد في الحماية مع الأخذ بالضمانات التي جاء بها هذا التعديل، على النحو التالي:

أ: مضمون تعديل القانون 2004 - 801:

لقد شهدت فترة الثمانينات والتسعينات نشاطاً أوروبياً في مجال حماية الخصوصية خاصة في مواجهة التقنية المعلوماتية المستحدثة، من أجل ذلك ولضمان التوافق بين القواعد الوطنية ومستويات الحماية المقررة للبيانات الشخصية المتحركة بفضل شبكات الاتصال الإلكتروني على جميع أنحاء إقليم الإتحاد الأوروبي، كان لا بد من إدخال بعض التعديلات على القانون رقم 17-78 وإن كان ذلك متأخراً من خلال القانون رقم 2004-801⁽⁵⁷⁾، والذي أعاد صياغة القانون 17-78 الخاص بالمعلوماتية والحريات، وذلك بنقل ما جاءت به التوصية الإقليمية الأوروبية في هذا الشأن، حيث أدرجت تغييرات هامة خاصة فيما يتعلق بالشروط والشكليات المسبقة الواجب احترامها في سريان أنظمة المعالجة الآلية للمعطيات، وكذا السلطات المخولة للجنة الوطنية للمعلوماتية والحريات (CNIL) كما عدل بعض النصوص التشريعية في قانون العقوبات⁽⁵⁸⁾، وهذا ما دفع البعض إلى اعتباره "قانون عقوبات خاص ذو طبيعة تقنية"⁽⁵⁹⁾ حيث يسمح للقاضي بتحديد نطاق بعض الجرائم ومنع أي تأويل.

ونشير إلى أن القانون 2004-801 لم بلغ القانون 17-78 ولكنه عدله فقط كما يلاحظ الارتباط الوثيق بين هذين القانونين وقانون العقوبات الفرنسي⁽⁶⁰⁾، ويظهر ذلك من خلال المادة 50 ق 801-2004 التي تحل محل المادة 201 من ق 17-78 والتي تقضي بأن مخالفة أحكام هذا القانون يعاقب عليها بموجب المواد من 226-16 إلى 226-24 ق ع⁽⁶¹⁾.

ب: الضمانات المكرسة في قانون 2004-801:

لقد جاء القانون 2004.801 بضمانتين أساسيتين وهما أن هذا القانون السالف الذكر يعترف للشخص المعني بحق عام في حماية حياته الخاصة، ومن ثمة فإن البيانات الشخصية الخاصة به تتمتع دائماً بما يعرف

⁵⁷ وهو القانون المؤرخ في 6 أوت 2004 المتعلق بحماية الأشخاص الطبيعيين في مواجهة أنظمة معالجة المعطيات الشخصية والذي صدر بشأنه المرسوم 1309-2005 المؤرخ في 20 أكتوبر 2005 والذي يشكل النص التنظيمي لتطبيق هذا القانون.

⁵⁸ ويتعلق الأمر بنصوص 41 إلى 44 ق ع الفرنسي. أنظر: J. Frayssinet : op cit ; p7.

⁵⁹ *un droit pénal spécial de nature technique*

⁶⁰ والذي دخل حيز التطبيق بموجب القانون رقم 92-1336 والمتعلق بسريان من جديد قانون العقوبات وقانون الإجراءات الجزائية.

⁶¹ Jean.Frayssinet: *Atteinte aux droits de la personne résultants des fichiers en traitement informatiques, (J C P), Ed 2006, Paris, p 7 et 5.*

بـ: "HABEAS DATA" وهو نظام قضائي يقوم على مبدأ بسيط وهو أن أنظمة المعالجة الآلية للمعطيات الاسمية أو البيانات ذات الطابع الشخصي والتي تسمح بتحديد هوية الشخص، يجب أن تتمتع بحماية خاصة والتي تأخذ شكل إجراء مسبق أو سابق على سريان هذه الأنظمة، إضافة إلى الرقابة البعيدة،⁽⁶²⁾ أما الضمانة الثانية فتتمثل في أن يعترف للشخص ولو بشكل غير مباشر بأن يكون متميزا من جهة، ومجهولا⁽⁶³⁾ أو غير ظاهر من جهة أخرى⁽⁶⁴⁾،

وفي جميع الأحوال فإن هذا التعديل مع ما جاء به من ضمانات فإنه يؤخذ عليه أن جاءت صياغته ركيكة وغامضة بل وأكثر تعقيدا من صياغة القانون القديم (78-17) حيث أن قوة هذا الأخير تظهر في استقراره وكذلك في المبادئ الهامة التي جاء بها حيث تجمع بين العديد من الفرضيات في سبيل حماية المصالح الخاصة والعامة على حد سواء⁽⁶⁵⁾

الفرع 2: حماية الخصوصية المعلوماتية في الجزائر:

وباعتبار أن هذا الموقف يخص الجزائر -أي التشريع الوطني- من جهة، ولأنه تضمن العديد من التعديلات الايجابية في هذا الإطار لاسيما التعديل الدستوري و القانون المتعلق بحماية الخصوصية المعلوماتية، وذلك دون إهمال بعض أوجه الحماية المتعلقة بهذا الحق في القوانين الأخرى، وعليه سوف نتطرق إلى النص الدستوري أولا ثم إلى القانون ثانيا ثم الإشارة إلى الحماية المتضمنة في بعض القوانين الخاصة كما يلي:

أولا: حماية الخصوصية المعلوماتية في إطار الدستور:

تعتبر الجزائر من أوائل الدول التي اعترفت بالحق في الحياة الخاصة في مظهره التقليدي باعتباره في مصاف الحقوق الدستورية⁽⁶⁶⁾ أما المظهر المستحدث لهذا الحق والذي يأخذ تسمية الخصوصية المعلوماتية والذي يتجسد في المعطيات ذات الطابع الشخصي، فالجزائر وإن تأخرت في الاعتراف به ومن ثمة إحاطته بالحماية،

⁶² C.A. Colliard: op.cit. p 389.

⁶³ Imprévisible.

⁶⁴ C.A. Colliard: op. cit. p 390

⁶⁵ J.Frayssinet: op .citp 7.

⁽⁶⁶⁾ و ذلك منذ دستور 1976 في مادته 49 والتي جاء فيها "لا يجوز انتهاك حرمة حياة المواطن الخاصة ولا شرفه والقانون يحميها و يصونهما، سرية المراسلات والمواصلات بكل أشكالها مضمونة" ونصت عليه كافة الدساتير المتعاقبة إلى غاية آخر تعديل في 2020 من خلال المادة 47 منه.

إلا أن اعترافها جاء دستوريا من خلال التعديل ما قبل الأخير لدستور الجزائر عام 2016⁽⁶⁷⁾ حيث نصت الفقرة الأخيرة من المادة 46 على:

"حماية الأشخاص الطبيعيين في مجال معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي حق أساسي يضمنه القانون ويعاقب على انتهاكه".

وهي نفس الفقرة التي جاءت بها المادة 47 من دستور 2020، وهي تعتبر سابقة وخطوة إيجابية في طريق تكريس الحقوق والحريات الفردية، والذي زاد من قوة هذه الضمانة وجعلها أكثر واقعية مقارنة مع النصوص الدستورية السابقة التي كانت تبقى حبيسة الوثيقة الدستورية لسنوات عديدة ولا ترى النور ولا التطبيق الواقعي⁽⁶⁸⁾ إلا باستصدار القانون الذي يكرس هذه الضمانة، وبالفعل تم تكريس هذه الضمانة وتجسيدها في أرض الواقع من خلال القانون 07-18، والذي سيجري عرضه فيما يلي:

ثانيا: حماية الخصوصية المعلوماتية في ظل القانون 07-18⁶⁹:

وسوف نتطرق بإيجاز إلى الأهداف والمبادئ التي يقوم عليها هذا القانون، الذي جاء لمواكبة تطور المعالجة الرقمية للمعطيات الإدارية والقانونية والمالية الموجودة في عدد متزايد من قطاعات المرفق العام، كما يسمح بتنظيم حماية الأشخاص الطبيعيين أثناء معالجة بياناتهم ذات الطابع الشخصي، وهو يقوم على مجموعة من المبادئ أهمها، استثناء البيانات ذات الاستعمال الشخصي المحض (البيانات الحساسة) من المعالجة الآلية، مع ضرورة الحصول على الموافقة الصريحة من الشخص المعني بمعالجة البيانات ذات الطابع الشخصي إلا إذا تعلق الأمر بالحالات التي يفرضها القانون خاصة في إجراءات التحقيق القضائي، كما أقر حماية مشددة من أجل صيانة البيانات الشخصية الخاصة بالطفل، مع النص على إنشاء سلطة وطنية لحماية البيانات ذات الطابع الشخصي تكون تابعة لرئيس الجمهورية، تعهد إليها مهمة المراقبة والإشراف على أنظمة المعالجة الآلية للمعطيات ذات الطابع الشخصي⁽⁷⁰⁾.

ثالثا: حماية الخصوصية المعلوماتية في إطار القوانين الخاصة:

لقد أصدر المشرع الجزائري العديد من القوانين لمواجهة الجريمة المعلوماتية أو الإلكترونية والتي وإن لم تستهدف حماية الخصوصية المعلوماتية بشكل مباشر وأساسي إلا أنها رصدت حماية ولو غير مباشرة نذكر

⁽⁶⁷⁾ والذي تضمنه القانون 01/16 المؤرخ في 6 مارس 2016 (ج ر رقم 14 المؤرخة في 7 مارس 2016).

⁽⁶⁸⁾ وعلى سبيل المثال المادة 49 دستور 76 المتعلقة بالحق في الحياة الخاصة، والتي لم تطبق في أرض الواقع إلا سنة 2006 بعد صدور القانون 22-06 المعدل والمتمم لقانون العقوبات والذي استحدث المواد من 303 مكرر إلى 303 مكرر 2 قع .

⁽⁶⁹⁾ وهو القانون المتعلق بحماية الأشخاص الطبيعيين في إطار معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي الصادر في 10 يونيو

2018، الجريدة الرسمية العدد 34 ص 11 .

⁽⁷⁰⁾ بيان مجلس الوزراء الصادر بتاريخ 27 ديسمبر 2017.

منها، قانون البريد والاتصالات السلكية واللاسلكية والذي يحدد القواعد العامة المتعلقة بالبريد والاتصالات⁽⁷¹⁾، قانون التأمينات⁽⁷²⁾ الذي يحمي الخصوصية المعلوماتية من خلال نصوصه التي تخص البطاقة الإلكترونية التي تسلم للمؤمن له اجتماعيا مجانا بسبب العلاج وهي صالحة في كل التراب الوطني⁽⁷³⁾، القانون الخاص بالوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيا الإعلام والاتصال ومكافحتها، والذي جاء منظما للجرائم الإلكترونية وكل ما يتعلق بالمنظومة المعلوماتية، والمعطيات المعلوماتية ومقدمي الخدمات والمعطيات المتعلقة بتسيير الاتصالات الإلكترونية⁽⁷⁴⁾.

هذا بإيجاز ما يمكن قوله في موقف التشريعات من حماية الخصوصية المعلوماتية

الخاتمة:

و في ختام هذه المداخلة توصلنا إلى مجموعة من النتائج تتمثل فيما يلي:

أن الحق في الحياة الخاصة أو الخصوصية و على اتساعه فإنه مشمول بالحماية في مختلف مظاهره التقليدية منها و المستحدثة.

أن تجريم قانون العقوبات الجزائري للتجسس السمعي و البصري جاء ناقصا و ذلك بإهماله لجرائم الوقاية من التجسس.

أن اعتماد الدول على القوانين العقابية لحماية الخصوصية المعلوماتية لم يعد كافيا، و أصبح من الضروريين قوانين خاصة لمواكبة التطور الحاصل.

أن التشريع الفرنسي كان سابقا في وضع مثل هذه التشريعات منذ سنة 1978، و قد تأخر المشرع الجزائري في ذلك إلى غاية 2018.

أن المشرع الجزائري كان سابقا في حماية الخصوصية المعلوماتية من خلال الدستور و هو ما يشكل دعامة قوية للحقوق الفردية، و ضمانة حقيقية للأفراد.

و بناءا عليه نقترح التوصيات التالية:

⁷¹ وهو القانون 2000/03 المؤرخ في 05/08/2000 خاصة المادة 105 منه التي تقضي باحترام المراسلات اللامادية.

⁷² وهو القانون 01/08 المؤرخ في 23 جانفي 2008 المعدل والمتمم للقانون 01/83 المتعلق بالتأمينات .

⁽⁷³⁾ إضافة إلى الجزاءات المقررة في حالة الاستعمال غير المشروع أو من يقوم عن طريق الغش بتعديل أو نسخ أو حذف كلي أو جزئي للمعطيات التقنية أو الإدارية المدرجة في هذه البطاقة أو في المفتاح الإلكتروني لهيكل العلاج أو في المفتاح الإلكتروني لمهن الصحة للبطاقة الإلكترونية، أنظر المادة 93 مكرر 2 و 1 من قانون 01/08 الخاص بالتأمينات.

⁽⁷⁴⁾ المواد من 2 إلى 14 قانون 09/01 المؤرخ في 05/08/2009 والمتعلق بالوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيا الإعلام والاتصال.

أن على المشرع تكملة النقص المتعلق بتجريم التجسس و ذلك بالنص على الجرائم الملحقة به من خلال تنظيم المسائل المتعلقة باستيراد و شراء و عرض و كراء الآلات المستخدمة في التجسس بنوعيه السمعي و البصري و إخضاعها لترخيص الوزارة المختصة, إضافة إلى تجريم الإشهار المتعلق بهذه الآلات و الذي من شأنه التشجيع على التجسس, حيث يمكن من خلال ذلك التقليل من هذه الجرائم و السيطرة عليها.

انه على المشرع تفعيل دور السلطة الوطنية لحماية البيانات ذات الطابع الشخصي و التي نص عليها القانون 07-18 و التي يمكن أن تساعد بشكل كبير في تخفيف العبء على القضاء من خلال التقليل من نسبة الاعتداء على الخصوصية المعلوماتية أو البيانات ذات الطابع الشخصي.

التزام شركة التأمين بالنصيحة تجاه المؤمن له -دراسة مقارنة بين القانون الجزائري والفرنسي-

قرباس حسن⁽¹⁾،

(1) أستاذ مساعد "أ"، كلية الحقوق - جامعة الجزائر (1)،

الجزائر، 16000، الجزائر.

البريد الإلكتروني: droit.tizi@gmail.com

الملخص:

نظرا لعدم وجود نص قانوني يتضمن التزام شركة التأمين بالنصيحة تجاه المؤمن له في الأمر رقم 95-07 المتعلق بالتأمينات، ونظرا لعدم وجود اجتهاد قضائي صادر عن المحكمة العليا الجزائرية لفرض هذا الالتزام، قمنا بهذا البحث لهدف ايجاد كيفية تكريس هذا الالتزام وكيفية تأسيسه القانوني في القانون الجزائري، عبر تحديد الأساس القانوني ونطاق هذا الالتزام تجاه شركة التأمين، مع تحديد المسؤولية المترتبة عن الاخلال بهذا الالتزام تجاه شركة التأمين من حيث الأساس القانوني لهذه المسؤولية والجزاء المترتب عنها، حماية للمؤمن له تجاه شركات التأمين في الجزائر، عن طريق دراسة تحليلية للنصوص القانونية الجزائرية ومقارنتها مع القانون الفرنسي باعتباره الأكثر تطورا في مجال هذا الالتزام، لاستبيان نقائص القانون الجزائري في هذا المجال وما يجب الأخذ به في القانون والقضاء الجزائري من محاسن ومستجدات القانون والقضاء والفقهاء الفرنسيين.

الكلمات المفتاحية:

التزام شركة التأمين بالنصيحة، دراسة مقارنة، بين القانون الجزائري والقانون الفرنسي.

تاريخ إرسال المقال: 2021/04/21، تاريخ مراجعة المقال: 2021/12/18، تاريخ نشر المقال: 2021/12/31.

لتهميش المقال: قرباس حسن، "التزام شركة التأمين بالنصيحة تجاه المؤمن له-دراسة مقارنة بين القانون الجزائري والفرنسي"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد 12، العدد 03، السنة 2021، ص ص 313-333.

<https://www.asjp.cerist.dz/en/PresentationRevue/72>

المقال متوفر على الرابط التالي:

المؤلف المرسل: قرباس حسن: droit.tizi@gmail.com

المجلد 12، العدد 03- 2021.

The Obligation of the Insurance Company to Advise the Insured -Comparative Study between Algerian Law & French Law-

Summary:

Given the lack of legal text setting out the obligation of the insurance company to advise the insured in Ordinance No 95-07 relating to insurance, and given the lack of case law emanating from the Supreme Court Algerian imposing this obligation, we carried out this research work in order to find a way to concretize and legally establish this obligation in Algerian law through the definition of the legal basis and the scope of this obligation with determining the liability arising from the breach of this obligation towards the insurance company with regard to the legal basis of this liability and the sanction it entails in order to protect the insured against insurance companies in Algeria. And this through an analytical study of Algerian legal texts compared to French law which is the most advanced in the field of this obligation by highlighting the shortcomings of Algerian law in this field and what must be taken into account in the law and jurisprudence Algerian by drawing inspiration from the advantages and the evolution of French law and jurisprudence.

Keywords:

The obligation of the insurance company to advise the insured, comparative study between Algerian law and French law.

Keywords: The obligation of the insurance company to advise the insured, comparative study between Algerian law and French law.

L'obligation de conseil de la société d'assurance envers l'assuré -Etude comparative entre le droit algérien et le droit français-

Résumé:

Vu l'inexistence de texte juridique énonçant l'obligation de conseil de la société d'assurance envers l'assuré dans l'ordonnance n° 95-07 relative aux assurances, et vu l'inexistence d'une jurisprudence émanant de la cour suprême algérienne imposant cette obligation, on a procédé à ce travail de recherche afin de trouver un moyen pour concrétiser et asseoir juridiquement cette obligation dans le droit algérien à travers la définition de la base juridique et l'étendue de cette obligation, tout en déterminant la responsabilité découlant de sa violation vis-à-vis de la compagnie d'assurance au regard de la base juridique de cette responsabilité et de la sanction qu'elle entraîne, et ce afin de protéger l'assuré contre les sociétés d'assurance en Algérie. Et cela à travers une étude analytique des textes juridiques algériens comparativement au droit français qui est le plus avancé dans le domaine de cette obligation en ressortant les carences du droit algérien dans ce domaine et ce qui doit être pris en compte dans la loi et la jurisprudence algérienne en s'inspirant des avantages et de l'évolution de la loi et de la jurisprudence françaises.

Mots clés:

L'obligation de conseil de la société d'assurance envers l'assuré, étude comparative entre le droit algérien et le droit français.

مقدمة

لشركة التأمين دور هام في تحديد ما يقدمه عقد التأمين من ضمانات تأمينية، وباعتبارها طرفا متخصصا بالنظر إلى المؤمن له، لذلك فإن القضاء الفرنسي الحديث، الذي تلاه بعد ذلك التشريع الفرنسي ألزما شركة التأمين بتقديم النصيحة للمؤمن له، بحيث يخضع هذا الالتزام لأساس قانوني خاص ونطاق خاص ويترتب عن الإخلال بهذا الالتزام مسؤولية على عاتق شركة التأمين تخضع لأساس قانوني خاص وترتب جزاء خاص.

لكن لا نجد في الأمر رقم 07-95 المتعلق بالتأمينات⁽¹⁾ نصا قانونيا يلزم شركة التأمين بهذا الالتزام ولا نجد في الاجتهادات القضائية الجزائرية ما يلزمها بذلك، رغم أهمية هذا الالتزام لحماية المؤمن له، لذلك نتساءل عن كيفية تكريس النظام القانوني للالتزام بالنصيحة تجاه شركة التأمين في القانون الجزائري في غياب نص قانوني في الأمر رقم 07-95 المتعلق بالتأمينات واجتهاد قضائي لحماية للمؤمن له؟

وللإجابة على هذه الاشكالية سندرس كيفية تكريس هذا الالتزام وكيفية تأسيسه القانوني في القانون الجزائري بالرغم من عدم نص الأمر رقم 07-95 المتعلق بالتأمينات عليه وبالرغم من عدم وجود اجتهاد قضائي جزائري متعلق به، عبر تحديد الأساس القانوني ونطاق هذا الالتزام تجاه شركة التأمين (مبحث أول)، مع تحديد المسؤولية المترتبة عن الإخلال بهذا الالتزام تجاه شركة التأمين من حيث الأساس القانوني لهذه المسؤولية والجزاء المترتب عنها (مبحث ثاني)، حماية للمؤمن له تجاه شركات التأمين في الجزائر. كما نعتد للإجابة على هذه الاشكالية، على دراسة تحليلية للنصوص القانونية الجزائرية ومقارنتها مع القانون الفرنسي باعتباره الأكثر تطورا في مجال هذا الالتزام، لاستبيان نقائص القانون الجزائري في هذا المجال وما يجب الأخذ به من محاسن ومستجدات القانون والقضاء والفقهاء الفرنسي لتكريس النظام القانوني الخاص للالتزام بالنصيحة تجاه شركة التأمين في القانون والقضاء الجزائري حماية للمؤمن له تجاه شركات التأمين.

المبحث الأول: الأساس القانوني ونطاق الالتزام بالنصيحة تجاه شركة التأمين

يخضع التزام شركة التأمين بالنصيحة، لأساس قانوني خاص (مطلب أول) كما أن لهذا الالتزام نطاق محدد للتوفيق بين مصلحة المؤمن ومصلحة المؤمن له (مطلب ثاني).

¹- أمر رقم 07-95 مؤرخ في 25-01-1995 يتعلق بالتأمينات، ج. ر. عدد 13 صادر في 08-03-1995; معدل ومتمم بموجب قانون رقم 04-06 مؤرخ في 20-02-2006، ج. ر. عدد 15 صادر في 12-03-2006.

المطلب الأول: الأساس القانوني للالتزام بالنصيحة تجاه شركة التأمين واستقلاليتها عن الالتزام بالإعلام

يخضع التزام شركة التأمين بالنصيحة لأساس قانوني خاص (فرع أول) ومستقل عن الالتزام بالإعلام (فرع ثاني).

الفرع الأول: الأساس القانوني للالتزام بالنصيحة تجاه شركة التأمين

إن تكوين عقد التأمين يكون مسبقا بمرحلة مفاوضات يكون للمؤمن خلالها، دور هام في تحديد ما يقدمه عقد التأمين من ضمانات تأمينية، وأثناء هذه المرحلة يمكن أن تتعدد مسؤولية المؤمن إذا توفرت شروط خاصة، كما أن عقد التأمين من العقود ذات الطبيعة الخاصة التي تفرض على عاتق الطرف المتخصص في مجال الخدمات التي يقدمها، التزاما بتقديم النصيحة لمن يدخل معه في مفاوضات تسبق التعاقد⁽²⁾، وهذا الالتزام له قواعد معينة يترتب على عدم مراعاتها ترتيب المسؤولية المدنية على عاتق الملتمزم به.

ونشير منذ الوهلة الأولى إلى أن الالتزام الملقي على عاتق شركة التأمين بتقديم النصيحة إلى عملائها قد وجد مصدره في البداية في أحكام القضاء، أي أن القضاء وخصوصا القضاء الفرنسي، قد استقر على أن هناك التزام بالنصيحة يلقي مباشرة على عاتق المؤمن نفسه بعيدا عن الالتزامات المفروضة على عاتق وسطاء العملية التأمينية، عندما يكون لهم دور في مرحلة التفاوض على إبرام عقد التأمين.

ومن الأحكام التي أقرت هذا المبدأ القرار الصادر عن الغرفة المدنية الأولى لمحكمة النقض الفرنسية، والتي وضحت فيه هذه الأخيرة بأن شركة التأمين تعد مسؤولة بجانب وكيلها العام عن الأضرار التي لحقت بأحد المقاولين المبتدئين في ممارسة أعماله، استنادا إلى أن كلاً منهم قد قصر في الالتزام المفروض عليه بتقديم النصيحة لهذا المقاول، عن ضرورة أن تشمل التغطية التأمينية لمسؤولية المقاول العشرية، وقد تترتب على هذا وقوع مسؤولية عشرية للمقاول، التزمت الشركة بتغطيتها على أساس المادة 1382 من التقنين المدني الفرنسي ومستقلا عن بنود وثيقة التأمين، وقد جاء في حيثيات هذا القرار القضائي أن محكمة النقض الفرنسية قررت أن شركة التأمين ووكيلها العام قد قاما بخطأ، بمفهوم المادة 1382 من التقنين المدني الفرنسي، ويجب عليهما أن يغطيا ثلثي الضرر اللاحق بالمقولة⁽³⁾، وكان من الأجدى في رأينا لو أخذ المشرع والقضاء الجزائري

² - لقد عرف القضاء الفرنسي هذا الالتزام منذ فترة طويلة ودرج على تطبيقه في العديد من الأحكام المتعلقة بالعقود الأخرى التي تفرض هذا النوع من الالتزامات. راجع قرارات محكمة النقض الفرنسية التالية:

Cass. 1^{ère} civ., 10 nov. 1964, bull. Civ., 1965, I, p. 383; Cass. 1^{ère} civ., 26 avr. 1967, D., 1977, p. 462; Cass. 1^{ère} civ., 27 juin 1995, RGDA, 1995, n° 1400.

³ - "L'agent et la compagnie ont commis une faute au sens de l'article 1382 du code civil et devraient couvrir les deux tiers de préjudice qu'a subi l'entreprise.", In Cass. 1^{ère} civ., 6 mai 1981, Assur. Française, 1982, p. 274.

وبعد هذا القرار القضائي الصادر عن محكمة النقض الفرنسية أصدرت نفس محكمة النقض قرارات أخرى تفرض نفس الالتزام على شركات التأمين بشكل مباشر ومن هذه القرارات القضائية ما يلي:

بذلك، تجسيدا للالتزام بالنصيحة تجاه شركة التأمين ولتكريس الأساس القانوني لهذا الالتزام في القانون الجزائري حماية للمؤمن تجاه شركات التأمين وللتوفيق بين مصلحة المؤمن ومصلحة المؤمن لهم، ومسايرة للتطور القانوني الموجود بالنسبة لهذا الالتزام مثلما هو عليه في القانون الفرنسي الذي عرف تطورا مهما في هذا المجال.

وبتحليل نفس القرار القضائي الصادر عن الغرفة المدنية الأولى لمحكمة النقض الفرنسية⁽⁴⁾، نجد أن هذه الأخيرة قد جعلت مسؤولية شركة التأمين قائمة على الإخلال بالالتزام بالنصيحة المفروض عليها شخصيا، بعيدا عن وكيلها العام، ولذلك فإن المسؤولية في هذه الحالة لا تؤسس على أنها مسؤولية عن فعل الغير، أي أنها لا تعد مسؤولية للشركة باعتبارها متبوعا عن أعمال تابعيها.

وإذا كانت بداية إقرار هذا الالتزام قد انطلقت من جانب القضاء الفرنسي على عكس القضاء الجزائري الذي يخلو من أي اجتهاد قضائي متعلق بهذا الالتزام تجاه شركة التأمين، فقد دعمها المشرع الفرنسي بعد ذلك بنص تشريعي، فنجد أن القانون الفرنسي رقم 601-92 الصادر بتاريخ 18 جانفي 1992، المتعلق بحماية المستهلك قد فرض التزاما عاما بالإعلام وتقديم النصيحة على عاتق كل متخصص بائع لأموال أو مقدم لخدمات، وهذا الالتزام واضح من خلال صياغة المادة L111-1 لتقنين الاستهلاك الفرنسي التي تنص على أنه يجب على كل متخصص بائع الأموال أو مقدم لخدمات، وقبل انعقاد العقد، أن يعلم المستهلك بالخصائص الأساسية للمال أو للخدمة محل التعاقد⁽⁵⁾.

وإذا كان الالتزام السابق يعد بمثابة التزام عام في كل عقود الاستهلاك، فهذا الالتزام ليس بغريب على عقد التأمين في القانون الفرنسي⁽⁶⁾ على عكس الأمر رقم 95-07 المتعلق بالتأمينات⁽⁷⁾ الذي لا يشير إلى هذا الالتزام رغم التعديلات التي جرت على هذا الأمر، إذ أن المشرع الفرنسي بموجب المادة L112-2 التي استحدثها في تقنين التأمين الفرنسي منذ سنة 1989، ألزم المؤمن بأن يعلم العميل قبل إبرام عقد التأمين، بكل من القسط والضمانات التي قد تستحق وأن يضع بين يدي العميل قبل إبرام عقد التأمين مشروعاً للعقد وملحقاته وما قد يكون من ملاحظات. ونحن من جانبنا نعتقد أن إعلام العميل بهذه المسائل، قد يكون له تأثير في اتخاذ قراره، خصوصا بالنسبة لما تقدمه شركة التأمين من ضمانات، وإلى أي مدى ينطبق عقد التأمين مع الرغبة المشروعة لطالب التأمين، في الحصول على ضمان يتطابق ويستجيب لرغباته الخاصة.

Cass. 1^{ère} civ., 6 janvier 1994, RGAT, 1994, p. 480; Cass. 1^{ère} civ., 20 Janvier 1998, RCA, 1998, n° 140.

⁴-Cass. 1^{ère} civ., 6 mai 1981, Assur. Française, 1982, p. 274.

⁵- صياغة المادة L111-1 منتقنين الاستهلاك الفرنسي باللغة الفرنسية هي كما يلي:

“Tout professionnel vendeur de biens ou prestataire de service doit, avant la conclusion du contrat, mettre le consommateur en mesure de connaître les caractéristiques essentielles du bien ou du services.”, article L111-1 du code de la consommation français, <http://perlpot.net/>

⁶- S. YAWAGA, "Les obligations précontractuelles de l'assureur", RGDA, 1997, p. 83.

⁷- Ibid. p. 83.

ونحن نرى أنه كان من الأجدى في رأينا لو أخذ المشرع الجزائري، المصري والكويتي بنص المادة 2- L112 من تقنين التأمين الفرنسي، تجسيدا للالتزام بالنصيحة تجاه شركة التأمين ولتكريس الأساس القانوني لهذا الالتزام في القانون الجزائري حماية للمؤمن تجاه شركات التأمين وللتوفيق بين مصلحة المؤمن ومصلحة المؤمن لهم، ومسايرة للتطور القانوني الموجود بالنسبة لهذا الالتزام مثلما هو عليه في القانون الفرنسي الذي عرف تطورا مهما في هذا المجال.

وتأكيدا للالتزام السابق، وضّحت محكمة النقض الفرنسية أنه، يجب على شركة التأمين إذا رأت إبرام عقد التأمين بشروط تختلف ولو بعض الشيء عما تم عرضه على العميل قبل التعاقد أن تخبر العميل بهذا التعديل قبل إبرام العقد، وإن لم تفعل ذلك فهي مسؤولة أمام العميل لإخلالها بالواجب المفروض عليها في المرحلة قبل التعاقدية⁽⁸⁾.

وقد فسر بعض الفقه الفرنسي ذلك، على أن تعديل شروط التعاقد عن المشروع المقترح أثناء فترة التفاوض على عقد التأمين، يعد بمثابة إيجاب جديد صادر من الموجب ويحتاج إلى قبول مطابق له حتى ينعقد العقد، وإذا لم يتم المؤمن بإخطار المؤمن له بما يقترح تعديله وإبرام العقد بهذا الوضع، فيعتبر كل شرط تم إضافته بدون علم العميل به شرطا تعسفيا، يكون باطلا وكأنه غير مكتوب وذلك حماية للطرف الآخر غير المتخصص في مجال عقود التأمين⁽⁹⁾، وهذا ما نرى الأخذ به في القانون والقضاء الجزائري، المصري والكويتي، كحل آخر وكحل بديل يمكن استعماله كأساس قانوني للالتزام بالنصيحة تجاه شركة التأمين في حالة تعديل المؤمن لشروط التعاقد عن المشروع المقترح أثناء فترة التفاوض على عقد التأمين، أمام خلو هذه القوانين من الالتزام بالنصيحة تجاه شركات التأمين.

وإذا كان الوضع كذلك في شأن عقود التأمين، فقد وضع المشرع الفرنسي مبدأ عاما في كل عقود الاستهلاك، مفاده حماية المستهلك من أي شرط تعسفي، يوضع من قبل المتخصص الذي يدخل معه في تفاوض ممهّد لإبرام عقد معين⁽¹⁰⁾.

وتأكيدا لمبدأ حماية المؤمن له باعتباره مستهلكا من جانب وطرفا ضعيفا في عقد إذعان من جانب آخر، فقد أقرت محكمة النقض الفرنسية أن التعدد في الوثائق المقدمة من جانب شركة التأمين إلى العميل وتعدد أشكال بنود التعاقد من جانب آخر ما بين شروط عامة، شروط خاصة وملاحق، تضع العميل في مركز ضعيف أمام هذا التعدد، وخصوصا فيما يتعلق بالبنود ذات الجوانب الفنية والتي انفردت شركة التأمين من الناحية الواقعية بوضعها، فهذا المركز يفسر لمصلحة العميل عند اثاره أي نزاع، وذلك على الرغم من أن العميل

⁸ - Cass. 1^{ère} civ., 25 février 1986, Bull. Civ., 1986, I, n° 37.

⁹ - Jean BIGOT, "La recommandation de la commission des clauses abusives et l'assurance multirisques habitations des particuliers", RGAT, 1985, p. 15.

¹⁰ - Voir Yvonne LAMBERT- FAIVRE, Droit des assurances, 10^{ème} édition, Dalloz, Paris, 1998, p. 116; J. HUET, "Propos amers sur la directive du 5 Avril 1993, relative aux clauses abusives", J. Cl. P., 1994, p. 309.

أثناء فترة التفاوض على العقد وأثناء تحريره، يوقع على كل صفحة، ويسبق هذا التوقيع وضع صيغة تفيد أن كل بند قد قرئ بعناية، وهذه الصيغة هي Lu et approuvé، فقد اعتبرت محكمة النقض الفرنسية، أن الشروط لم تقرأ وتفهم جميعها من جانب العميل، حيث أن هذه الصياغة مجرد شكل نموذجي في كل عقود التأمين، ولكن يمكن إثبات عكس ذلك، خصوصا إذا كان الأمر في مصلحة المؤمن له⁽¹¹⁾، وكان من الأجدى في رأينا لو أخذ المشرع والقضاء الجزائري بذلك، تجسيدا للالتزام بالنصيحة تجاه شركة التأمين ولتكريس الأساس القانوني لهذا الالتزام في القانون الجزائري حماية للمؤمن تجاه شركات التأمين.

ولقد وضحت محكمة النقض الفرنسية أيضا، أن التزام شركة التأمين بتقديم النصيحة له هدفان، فالهدف الأول هو توضيح طالب التأمين حول ملائمة اتخاذ التأمين أم لا، والهدف الثاني هو في حالة الوجوب، الحرص على المطابقة بين طلب التأمين وحاجته للضمان، حسب ما يتبين من خلال المعلومات التي يقدمها، وإلا شرح نتائج عدم اتخاذ الضمان⁽¹²⁾، لذلك نرى أنه كان من الأجدى لو كرس المشرع والقضاء الجزائري هذا الالتزام حماية للمؤمن له تجاه شركات التأمين.

الفرع الثاني: استقلالية الأساس القانوني للالتزام بالنصيحة عن الالتزام بالإعلام تجاه شركة التأمين

وإذا كان الالتزام بتقديم النصيحة، يشمل الالتزام بالإعلام، إلا أنه أكثر اتساعا، لأن الأول ليس فيه أي معيار شخصي Dépersonnalisé، وتنفيذه يكون شكليا بحت، بحيث أنه طبقا للمواد L112-2، R112-3 و2 من تقنين التأمين الفرنسي التي من المؤسف أن لا نجد ما يقابلها في التشريع الجزائري والمصري والكويتي، فإن الالتزام بالإعلام يتعلق في كل الأحوال بالنسبة للمرحلة قبل التعاقدية ويتعلق أيضا بتسليم وثائق، بينما الالتزام بالنصيحة يتضمن دراسة لاحتياجات طالب التأمين، متبوعة بتوجيه حول الوسائل الأكثر فعالية والقدرة على تلبيتها، حسب ما يوضحه الفقه الفرنسي⁽¹³⁾، كما أن التزام شركة التأمين بالنصيحة يتعلق بالمرحلة قبل التعاقدية، وبكل مراحل عقد التأمين، حسب ما وضعه أيضا الفقه الفرنسي⁽¹⁴⁾، ومحكمة النقض الفرنسية⁽¹⁵⁾.

كما وضحت محكمة النقض الفرنسية، أن محترف التأمين يلتزم بملائمة الضمان لحاجات المؤمن له عند إكتتاب وثيقة التأمين وأثناء تنفيذها وعند الإقتضاء إكتتاب عقد تأمين تكميلي بناءً على طلب المؤمن له⁽¹⁶⁾، كما قضت محكمة النقض الفرنسية بمسؤولية شركة التأمين لغيب الإعلام Défaut d'information حول تعديل

¹¹ - Cass. 1^{ère} civ., 3 Janv. 1980, J. Cl. P., 1980, IV, p. 99.

¹² - Cass. 1^{ère} civ., 15 Janv. 1985, D., 1985, p. 233.

¹³ - F. LACIPIERE, "Le devoir de conseil de l'assureur, une exigence jurisprudentielle incontournable", Argus, 1987, p. 1378.

¹⁴ - Yvonne LAMBERT-FAIVRE, op. cit, p. 110.

¹⁵ - Cass. 1^{ère} civ., 22 avr. 1992, RCA, n° 299.

¹⁶ - Cass. 1^{ère} civ., 9 déc. 1998, J. Cl. P. Ed. G., 1998, IV, p. 1182.

عقد التأمين⁽¹⁷⁾، وكذلك الأمر في حالة إهمال خاطئ في زيادة الضمان⁽¹⁸⁾ وكذلك الأمر أيضا، في حالة التقصير بسبب فسخ عقد التأمين دون اقتراح إكتتاب نفس الضمان حول المسؤولية المدنية في عقد التأمين الجديد⁽¹⁹⁾.

لذلك نرى أنه كان من الأجدى في رأينا لو كرس المشرع الجزائري مواد قانونية خاصة بالالتزام المؤمن بالإعلام وبالالتزام بالنصيحة، مع التأكيد أن هذا الالتزام الأخير مستقل عن الالتزام بالإعلام، ولو جسد القضاء الجزائري ذلك، تكريسا للنظام القانوني الخاص والمستقل للالتزام بالنصيحة تجاه شركة التأمين وحماية للمؤمن له تجاه شركات التأمين، ومسايرة للتطور القانوني المتعلق بهذا الالتزام مثلما هو الأمر في القانون والقضاء الفرنسي المتطوران في هذا المجال.

المطلب الثاني: نطاق الالتزام بالنصيحة تجاه شركة التأمين

يتحدد نطاق الالتزام بالنصيحة تجاه شركة التأمين بمضمون محدد لهذا الالتزام (فرع أول) وبحدود معينة لهذا الالتزام (فرع ثاني).

الفرع الأول: مضمون الالتزام بالنصيحة تجاه شركة التأمين

لقد وضحت محكمة النقض الفرنسية أن شركة التأمين لا تخضع لوحدها لهذا الالتزام⁽²⁰⁾ الذي يجب أن يخضع له كذلك الوسطاء، الوكلاء العامون للتأمين وسماسة التأمين⁽²¹⁾، بحيث تثبت مسؤوليتهم حسب الفقه الفرنسي في حالة ما إذا تسبب التقصير في انخداع المؤمن له حول حقيقة و/أو محتوى الضمان. هذا ما وضّحته محكمة النقض الفرنسية في الحالات التالية:

- تقديم معلومات خاطئة حول مضمون الضمان⁽²²⁾.
- عدم ضرورة ضمان ما وغياب غطاء تأميني مطابق لاحتياجات طالب التأمين⁽²³⁾.
- سلوك المؤمن المنشئ لتوهم بوجود الضمان⁽²⁴⁾.
- إغفال طلب زيادة الضمان⁽²⁵⁾.

¹⁷-Cass. 1^{ère} civ., 20 janv. 1987, RGAT, 1987, p. 278; Cass. 1^{ère} civ., 13 janv. 1987, RGAT, 1987, p. 15.

¹⁸-Cass. 1^{ère} civ., 22 avr. 1992, RCA, 1992, n° 299.

¹⁹-Cass. 1^{ère} civ., 6 janv. 1994, D., 1994, somm., com., p. 145.

²⁰-Cass. 1^{ère} civ., 10 fev. 1987, RGAT, 1988, p. 98.

²¹-Voir Cass. 1^{ère} civ., 10 déc. 1991, RGAT, 1992, p. 187.G. DE FRANCE, "Quelles limites à l'obligation de conseil des assureurs ?", Argus, 1994, p. 58 .

²²-Cass. 1^{ère} civ., 13 janv. 1987, RGAT, 1987, p. 155.

²³-Cass. 1^{ère} civ., 25 fév. 1986, RGAT, 1986, p. 589.

²⁴-Cass. 1^{ère} civ., 26 nov. 1991, RGAT, 1992, p. 173 ; Cass. 1^{ère} civ., 21 janv. 1997, Gaz. Pal., 1997, p. 86.

²⁵-Cass. 1^{ère} civ., 22 avr. 1992, RCA, 1992, p. 299.

- سوء توجيه المؤمن له حول إلتزاماته في حالة تحقق الكارثة، وكذلك غياب مبادرة من طرف الوكيل العام، الذي بعد إخطاره بالكارثة، لا يستعلم حول مقدار الضرر⁽²⁶⁾.
- فسخ عقد التأمين الساري المفعول دون إبرام عقد جديد⁽²⁷⁾.
- فسخ عقد التأمين دون اقتراح إبرام نفس عقد التأمين ضد المسؤولية المدنية في عقد التأمين الجديد⁽²⁸⁾.
- كما وضع الفقه الفرنسي، ومحكمة النقض الفرنسية، بأن الإلتزام بالنصيحة هو نسبي، ويرتبط بالكفاءة المفترضة لطالب التأمين أو المؤمن له⁽²⁹⁾، ولذلك لا يمكن اثاره عيب عدم النصيحة *Défaut de conseil* بالنسبة للمؤمن له الذي:
- يعرف تماما الأخطار الناتجة عن نشاطه الصناعي⁽³⁰⁾.
- بصفته صناعي يعد قادرا على تمييز الأخطار التي يريد الضمان ضدها⁽³¹⁾ أو يبقي بالرغم عن زيادة نشاطه الضمان على مستوى منخفض جدا مقابل قسط غير مرتفع⁽³²⁾.
- كان على علم بواسطة خطر مغطى سابقا بأنه لا وجود ولا فائدة لنوع من الضمان⁽³³⁾.
- بهدف الاقتصاد من الأقساط، يختار بكل علم بالأمر الضمان الناقص في العقد⁽³⁴⁾ أو الذي هو محترف في التجارة لا يمكنه التوقع أن الزيادة في الضمان يمكن أن يفسر بالإنخفاض في القسط⁽³⁵⁾.
- يمكنه وحده أن يقدر تطور الأسعار الناتجة عن إنخفاض العملة، وبالتالي الحرص على القيام بتعديل عقود تأمينه⁽³⁶⁾.
- كما وضع الفقه الفرنسي ومحكمة النقض الفرنسية، أن الحاجة للنصيحة تعد ملبأة، بالنسبة للمؤمن له الغافل جدا *Trop passif* الذي يمكنه أن يكشف عن:
- تعارض بين نشاط المؤمن وتلبية رغبته ولا يتصرف⁽³⁷⁾ مثل المؤمن له الذي:
- يمكنه أن يكتشف من خلال قراءة الشروط العامة والخاصة لعقد التأمين، بأن نشاط خاص ليس مضموناً⁽³⁸⁾.
- لا يمكنه أن يقع في غلط بالنسبة للعمليات المتخذة من طرف الوسيط⁽³⁹⁾.

26- Cass. 1^{ère} civ., 17 déc. 1991, RGAT, 1992, p. 182.

27- Cass. 1^{ère} civ., 31 mai 1985, RGAT, 1985, p. 576.

28- Cass. 1^{ère} civ., 06 janv. 1994, D., 1994, somm., com., p. 145.

29- Voir Jean ORE, "Le devoir de conseil des rédacteurs d'actes entre ciel et terre", Gaz. Pal., 20-11-1996, p. 148. Cass. 1^{ère} civ., 4 et 18 juin 1996, Resp. Civ. Et assur., 1996, p. 327.

30- Cass. 1^{ère} civ. 12 mai 1987, D., 8, Inf. Rap., p. 155.

31- Cass. 1^{ère} civ., 8 nov. 1994, Gaz. Pal., 19-2-1995, p. 48.

32- Cass. 1^{ère} civ., 2 juil. 1996, RGDA, 1997, p. 910.

33- Cass. 1^{ère} civ., 10 déc. 1991, RGAT, 1992, p. 182.

34- Cass. 3^{ème} civ., 20 fév. 1991, Resp. Civ. Et assur., 1991, p. 191.

35- Cass. 1^{ère} civ., 21 janv. 1997, RGDA, 1997, p. 755.

36- Cass. 1^{ère} civ., 17 déc. 1991, RGAT, 1992, p. 184.

37- Jean KULLMANN, "Clauses abusives et contrats d'assurances", RGDA, 1996, p. 11.

38- Cass. 1^{ère} civ., 4 fév. 1997, RGDA, 1997, p. 563.

- يعلم سمساره بقراره بمقاضاته، ويترك نفسه تفاجئ بتقادم دعواه تجاه شركة التأمين⁽⁴⁰⁾.

- لا يعلم سمسار التأمين بنتيجة الخبرة المثبتة للنقص في القيمة المؤمنة، وكذلك الحال بالنسبة لوسيط التأمين الذي يجهل قيمة الأموال، ولا يكون عليه أن يتحقق بنفسه على التقييم⁽⁴¹⁾، لكن الوكيل العام للتأمين يكون قد أخطأ، إذا لم يقيم بلفت انتباه المؤمن له حول نتائج إستبعاد الضمان الذي يخفي فخ لا يمكن اكتشافه من طرف المقاول الذي ليس برجل قانون⁽⁴²⁾.

كما وضّحت محكمة النقض الفرنسية أنه، إذا كانت النصيحة قدمت بالكيفية المطلوبة، فيبقى على المؤمن له الذي نصح كما ينبغي، أن يأخذ قراراته الخاصة، إذ أن المؤمن له ليس عديم أو ناقص الأهلية، إلا إذا كان المؤمن له قد تنازل في تسيير تأميناته لفائدة وسيطه، لأنه من العادي أن يتحمل المؤمن له بصفة كلية، بعد نصحه بالكيفية المطلوبة، اختياراته التي قام بها شخصيا بكل معرفة للأمر⁽⁴³⁾.

لذلك نرى أنه كان من الأجدى في رأينا لو كرس المشرع الجزائري مواد قانونية تفصل وتوضح مضمون وحدود التزام المؤمن بالنصيحة، لكي يؤسس القاضي بها حكمه، حماية للمؤمن له، وكان من الأجدى كذلك لو يساهم القضاء الجزائري بإرساء اجتهادات قضائية توضح مضمون وحدود هذا الالتزام، على ضوء محاسن ومستجدات التشريع والقضاء الفرنسي اللذان يعتبران أكثر تطورا في هذا المجال.

الفرع الثاني: حدود الالتزام بالنصيحة تجاه شركة التأمين

يخضع الالتزام بالنصيحة تجاه شركة التأمين لحدود شخصية (أولا)، ولحدود موضوعية مستقلة عن الحدود الشخصية (ثانيا).

أولا: الحدود الشخصية للالتزام بالنصيحة تجاه شركة التأمين

إن الالتزام بالنصيحة يختلف حسب الظروف والسمات الشخصية لطالب التأمين، وبناء على ذلك قضت محكمة النقض الفرنسية بأن سمسار التأمين لم يخالف الالتزام المفروض عليه بنصيحة طالب التأمين، حيث أن الالتزامات المفروضة على المؤمن له بموجب العقد ثابتة وواضحة بعقد التأمين ووسيط التأمين غير ملزم بإخباره بها، إذ أنه يجب أن يقرأ المؤمن له بنود العقد ولو بعناية بسيطة خصوصا وأنه ثابت أن المؤمن له يتمتع بقدر من السمات الشخصية التي تؤهله للإلمام بمثل هذه الأمور⁽⁴⁴⁾.

فيتبين إذن بأن المسؤولية المدنية لشركة التأمين ولوسيط العملية التأمينية تختلف حسب ما يتمتع به طالب التأمين من خبرات فنية وقضائية وتجارية.

وعلى ذلك فكلما كان المؤمن له شخص حريص ويقظ، بحسب سوابقه العقدية، كلما كانت مسؤولية شركة

³⁹- Cass. 1^{ère} civ., 10 déc. 1991, RGAT, 1991, p. 188.

⁴⁰-Cass. 1^{ère} civ., 24 mars 1992, RGAT, 1992, p. 409.

⁴¹- Cass. 1^{ère} civ., 19 janv. 1994, RGAT, 1994, p. 906.

⁴²- Cass. 1^{ère} civ., 6 janv. 1994, RGAT, 1994, p. 480

⁴³- Cass. 1^{ère} civ., 6 janv. 1994, D., 1994, somm., com., p. 145.

⁴⁴- Cass. 1^{ère} civ., 18 fév. 2002, RGDA, 2002, p. 371.

ووسيط التأمين أقل في مواجهته عند اثاره الإخلال بالالتزام بالنصيحة المفروض عليهما، بحيث أن محكمة النقض الفرنسية توضح بأن، مسؤولية الوسيط عن إخلاله بالالتزام بالنصيحة تكون أكثر عندما يكون طالب التأمين مجرد شخص عادي، وبالمقابل فإن هذا الالتزام يكون أقل عندما يكون المؤمن له شخصاً متخصصاً⁽⁴⁵⁾ أو شركة أو مؤسسة، إذ يفترض وجود مستشارين لهؤلاء الأشخاص يتمتعون بقدر من الخبرة التي تؤهلهم للاستعلام عن كل ما يرغبون لتحقيق مصالح الشركة أو المؤسسة التي يمثلونها، وحتى في مجال الشركات في نظرنا فإن حدود الالتزام بالنصيحة، تختلف حسب طبيعة كل شركة وحجم نشاطها ومركزها الاقتصادية في الأسواق التجارية الداخلية أو الخارجية. وهذا ما نرى الأخذ به أيضاً في القانون والقضاء الجزائري، للتوفيق بين مصلحة المؤمن ومصلحة المؤمن لهم، وتجسيدا للنظام القانوني الخاص للالتزام بالنصيحة، ومراعاة للتطور القانوني في هذه النقطة القانونية.

وتماشياً مع التحليل السابق، فقد قضى القضاء الفرنسي بأن المقاول صاحب الدعوى، يفترض علمه بما يحتاج من النواحي الفنية، خصوصاً إذا أخذ في الاعتبار أنه ليس مبتدئاً في هذه المهنة، وبموجب خبرته وما يتمتع به من حرص وانتباه كان يستطيع أن يستعلم من شركة التأمين عما يشاء من استفسارات تتعلق بعمله محل العقد، وما يؤكد ذلك هو أن هذا المقاول نفسه قد سبق له إبرام عقد تأمين يتعلق بنفس الخطر المؤمن منه لدى شركة تأمين أخرى⁽⁴⁶⁾، أو إذا ثبت بأن المؤمن له يعلم بوجود وفائدة تأمين عن فقد الاستغلال ورغم ذلك لم يكتبه⁽⁴⁷⁾.

كما قضت محكمة النقض الفرنسية بأن قيام طالب التأمين بإبرام عقد تأمين سابق لعقد التأمين محل النزاع والذي يتعلق بنشاطه في استغلال مشروع ينوي القيام به، يسقط حقه في مطالبة شركات التأمين بالتعويض استناداً لإخلال الوسيط بالتزامه بالنصيحة بضرورة أن يشمل العقد هذا الاستغلال⁽⁴⁸⁾. ومن جهة أخرى قضت محكمة النقض الفرنسية بأن الوكيل العام لشركة التأمين، لا يعد مخلصاً بواجب الالتزام بالنصيحة المفروضة عليه، إذ أن المؤمن له كان بوسع أن يعلم بكافة ما يتعلق ببند العقد، بمجرد قراءته والتوقيع عليه⁽⁴⁹⁾.

وقد استقر القضاء الفرنسي على أن التزام وسيط وشركة التأمين بالنصيحة هو مجرد التزام ببذل عناية مع المؤمن له أو الوسيط التابع له وعليه أن يأخذ في اعتباره المعطيات الفنية والقانونية الخاصة بالعملية التأمينية محل عقد التأمين وبمركز طالب التأمين⁽⁵⁰⁾، وعكس الالتزام بالإعلام الذي هو التزام بتحقيق نتيجة يقع عبء

⁴⁵ - Cass. 1^{ère} civ., 24 nov. 1976, D., 1976, Inf. Rap., p. 8.

⁴⁶ - T. G. I. Dunkerque, 7 déc. 1983, G. Cl. P., 1985, II, n° 20336.

⁴⁷ - Cass. 1^{ère} civ., 10 déc. 1991, RCA, 1992, n° 1015.

⁴⁸ - Cass. 1^{ère} civ., 10 déc. 1991, RGAT, 1992, p. 183.

⁴⁹ - Cass. 1^{ère} civ., 13 mai. 2003, RGDA., 2003, p. 564.

⁵⁰ - Cass. 1^{ère} civ., 07 mars 1989, RGAT, 1989, p. 649.

إثبات تنفيذه على عاتق المدين به⁽⁵¹⁾. وهذا ما نرى الأخذ به أيضا في القانون والقضاء الجزائري، للتوفيق بين مصلحة المؤمن ومصلحة المؤمن لهم، وتجسيدها للنظام القانوني الخاص للالتزام بالنصيحة، ومراعاة للتطور القانوني في هذه النقطة القانونية.

وقد جاء في حكم آخر يؤكد نفس الاتجاه، أن إعطاء الوسيط للمعلومات المتوفرة لديه، يجعله قد نفذ التزامه بتقديم النصيحة بصرف النظر، عما إذا كان الطرف الآخر متخصصاً في مجال معين أو مجرد مستهلك عادي وذلك لأن الالتزام هو التزام ببذل عناية فقط⁽⁵²⁾. وهذا ما نرى الأخذ به أيضا في القانون والقضاء الجزائري، للتوفيق بين مصلحة المؤمن ومصلحة المؤمن لهم، وتجسيدها للنظام القانوني الخاص للالتزام بالنصيحة، ومراعاة للتطور القانوني في هذه النقطة القانونية.

ونلاحظ هنا أيضا أن محكمة النقض الفرنسية قد قضت تجاه مؤمن له محترف، بأنه يعلم جدا الأخطار الناتجة عن نشاطه، إذ أنه أبرم عن كل علم بالأمر عقد تأمين لا يتضمن ضمان المسؤولية المدنية عن المنتجات المسلمة⁽⁵³⁾، وهذا ما يعد حسب بعض الفقه الفرنسي، تحميلا للمؤمن له المحترف بواجب الاستعلام *Un devoir de se renseigner*، لذلك إنتقدوا هذا القرار نظرا للطابع الجد تقني لعقد التأمين، الذي يمكن أن يفهم عن خطأ من طرف المقاول الذي لا يعتبر رجل قانون⁽⁵⁴⁾، خاصة عندما يتضمن عقد التأمين إقصاء من الضمان يحتوي على فخ يتعذر التقطن إليه واكتشافه⁽⁵⁵⁾، كما أن المحترف غير ملزم بمعرفة كل المعلومات، لذلك يمكن أن يكون هذا الأخير دائما للالتزام بالإعلام والنصيحة⁽⁵⁶⁾، فضلا عن ذلك فإن محكمة النقض الفرنسية قد أيدت إحدى قرارات محكمة الاستئناف الفرنسية في هذه القضية، وذلك لما قضت بمسؤولية المؤمن لإخلاله بالالتزام بالإعلام والنصيحة⁽⁵⁷⁾، كما أن وراء الإعلام والنصيحة هناك فعلا التزام تعاقدي بالنزاهة موجود خصوصا في مجال التأمين، يجب أن يستفاد منه كل المؤمن لهم سواء كانوا مستهلكين أو محترفين⁽⁵⁸⁾. وهذا ما نرى الأخذ به أيضا في القانون والقضاء الجزائري، للتوفيق بين مصلحة المؤمن ومصلحة المؤمن لهم، وتجسيدها للنظام القانوني الخاص للالتزام بالنصيحة، ومراعاة للتطور القانوني في هذه النقطة القانونية.

⁵¹ - Cass. 1^{ère} civ., 3 fev. 1998, Bull. Civ., I, n^o 44; Cass. 1^{ère} civ., 25 fev. 1997, Bull. Civ., I, n^o 75.

⁵² - Cass. 1^{ère} civ., 02 juill. 1996, RGAT, 1996, p. 910.

⁵³ - Cass. 1^{ère} civ., 12 mai 1987, RGAT, 1987, p. 454.

⁵⁴ - Patrice JOURDAIN, "Le devoir de «se» renseigner, contribution à l'étude de l'obligation de renseignement", D., 1983, chron., p. 139.

⁵⁵ - Luc MAYAUX, "Ethique et offre d'assurance", Rapport au colloque del'Association Internationale des Etablissements Francophones de Formation à l'Assurance(AIEFFA), Casablanca, 27-28 avril 2000, RGDA, n^o 2, 2000, p. 472.

⁵⁶ - Muriel FABRE-MAGNAN, De l'obligation d'information dans les contrats, LGDJ, Paris, 1992, n^o 260.

⁵⁷ - Cass. 1^{ère} civ., 06 janv. 1994, RGAT, 1994, p. 480.

⁵⁸ - Luc MAYAUX, op. cit, p. 472.

ثانيا: الحدود الموضوعية للالتزام بالنصيحة تجاه شركة التأمين

إن العدالة تقتضي ألا تسأل شركة التأمين عن كل إهمال قد ينسب لطالب التأمين، وعلى حد تعبير أحد الفقهاء الفرنسيين فإن الوكيل العام أو السمسار لا يفرض عليهم التزاماً بأن يكونوا خبراء عالميين⁽⁵⁹⁾. فعلى كل فرد أن يعرف مسبقاً القدر الأدنى من الالتزامات المفروضة عليه حسب طبيعة الخطر الذي يريد تغطيته، فمثلاً يجب أن يكون محدداً للقسط الذي سيلتزم به في حده الأقصى حسب مستوى دخله وطبيعة نشاطه.

كما أن القضاء الفرنسي قد درج على التفرقة بين حسن وسوء نية طالب التأمين، في تحديد نطاق التزام وسيط التأمين بالنصيحة المفروض عليه، فإذا كان المؤمن له حسن النية، فإن الوسيط يمكن أن يسأل عن إخلاله بالتزامه بالنصيحة إذا لم يدل المؤمن له ببعض البيانات المتعلقة بالخطر ولم يكن يعلمها، ذلك أن القضاء الفرنسي قد افترض أن الوسيط عليه التزام بإخبار المؤمن له بالبيانات الضرورية المتعلقة بالخطر، من خلال خبراته الفنية وحسب مقتضيات كل عملية تأمينية⁽⁶⁰⁾، وعلى العكس من ذلك وضّحت محكمة النقض الفرنسية أنه إذا كانت المعلومات واضحة لدى المؤمن له، ولا تعد من الضروريات المؤثرة في قرار المؤمن، فلا يعد الوسيط مخالفاً بالتزامه بالنصيحة إذا لم يخطر بها طالب التأمين⁽⁶¹⁾.

وخلافاً لما سبق، إذا كان المؤمن له سيئ النية وأخفى بيانات ذات تأثير في قرار شركة التأمين، فإن القضاء الفرنسي قد استبعد مسؤولية وسيط التأمين في هذه الحالة بسبب سوء نية طالب التأمين، التي يمكن إثباتها بكافة طرق الإثبات، ويمكنهم أن يبدأوا من النموذج الذي طرح على طالب التأمين في البداية، وأدلى فيه بمعلومات على خلاف الحقيقة، ويمكنهم أن يستندوا إلى هذا النموذج، فيجب أن يعولوا فقط على الشروط الواضحة به أما إذا كان هناك غموض في أي نص فيفسر النص في هذه الحالة لمصلحة المؤمن له.

وهذا ما وضّحته محكمة النقض الفرنسية في هذا الشأن، إذ قضت بعدم مسؤولية سمسار التأمين حول تأمين بخص عمدي من طرف المؤمن له⁽⁶²⁾، وكذلك الشأن بالنسبة للمؤمن له الذي أبقى عمدا الضمان في مستوى منخفض جدا واعتبرت محكمة النقض الفرنسية طعنه تعسفيا⁽⁶³⁾.

هذا وقد قضت محكمة النقض الفرنسية بعدم مسؤولية شركة التأمين تجاه العميل الذي يحتج بإخلالها بالتزامها بتقديمه النصيحة، إذا لم ينعقد عقد التأمين، وكان من غير الممكن أن يخطئ طالب التأمين بأنه ليس من الحتمي أن تقبل شركة التأمين ضمانه⁽⁶⁴⁾.

هذا وإن كنا نميل لحماية طالب التأمين، سيما عندما يكون مجرد مستهلك عادي إلا أن العدالة تقتضي

⁵⁹-Constant ELIASHBERG, "Le contrat d'assurance et la loi nouvelle", L'Argus, 1990, p. 1344.

⁶⁰-C. A. Lyon, 19 déc. 1979, RGAT, 1979, p. 79.

⁶¹- Cass. 1^{ère} civ., 03 janv. 1980, J. Cl. P., 1980, IV, p. 99.

⁶²-Cass. 1^{ère} civ., 19 janv. 1994, RCA, 1994, n° 160.

⁶³-Cass. 1^{ère} civ., 2 juill. 1996, RCA, 1996, n° 370.

⁶⁴- Cass. 1^{ère} civ., 10 déc. 1991, RGAT, 1992, p. 182.

ألا نتعسف في جانب هذا الوضع، ويؤيد وجهة نظرنا هذه حكم آخر صادر عن محكمة النقض الفرنسية سنة 1987، جاء فيه أن الوكيل العام لشركة التأمين غير ملزم بالتحقق من نطاق وصحة الإعلان الصادر من المؤمن له، حيث أن عقد التأمين من عقود حسن النية⁽⁶⁵⁾، كما لا يلتزم الوكيل العام للتأمين بالتأكد من طريقة حساب قيمة العمارات المؤمنة⁽⁶⁶⁾ وفي حكم آخر جاء فيه بأن الوكيل العادي لشركة التأمين ليس له واجب المراقبة على المعلومات المقدمة من مؤسسة صناعية معتبرة⁽⁶⁷⁾.

ولقد وضّحت محكمة النقض الفرنسية أنه، إذا قدمت النصيحة بالكيفية المطلوبة فينبغي على المؤمن له الذي نصح كما ينبغي أن يأخذ قراراته الخاصة، لأن المؤمن له ليس عديم أو ناقص الأهلية إلا إذا كان المؤمن له قد تنازل في تسيير تأميناته لفائدة وسيطه⁽⁶⁸⁾، لأنه من العادي أن يتحمل المؤمن له بصفة كلية بعد نصحه بالكيفية اللازمة لاختياره التي قام بها شخصيا بكل معرفة للأمر حسب ما يراه الفقه الفرنسي⁽⁶⁹⁾.

وهذا ما نرى الأخذ به أيضا في القانون والقضاء الجزائري، للتوفيق بين مصلحة المؤمن ومصلحة المؤمن لهم، وتجسيدها للنظام القانوني الخاص بالالتزام بالنصيحة تجاه شركة التأمين، ومراعاة للتطور القانوني في هذه النقطة القانونية.

المبحث الثاني: المسؤولية المترتبة عن اخلال شركة التأمين بالالتزام بالنصيحة

تترتب على شركة التأمين نتيجة اخلالها بالالتزام بالنصيحة مسؤولية ذات أساس قانوني خاص (مطلب أول) وجزء خاص (مطلب ثاني).

المطلب الأول: الأساس القانوني للمسؤولية المترتبة عن إخلال شركة التأمين بالالتزام بالنصيحة

تجد المسؤولية المترتبة عن اخلال شركة التأمين بالالتزام بالنصيحة أساسها القانوني في القواعد الخاصة الواردة في قانوني التأمين والاستهلاك الفرنسيين والقضاء الفرنسي (فرع أول)، بينما نقدم مقارنة لإيجاد أساسها القانوني طبقا للقواعد العامة المنصوص عليها في القانون المدني الجزائري مثلما هو الأمر في القانون الفرنسي (فرع ثاني).

⁶⁵-Cass. 1^{ère} civ., 13 janv. 1987, RGAT, 1987, p. 160.

⁶⁶-Cass. 1^{ère} civ., 13 janv. 1987, RGAT, 1987, p. 160; Cass. Crim., 8 août 1989, Argus, 1989, p. 1015.

⁶⁷- Paris, 24 janv. 1987, Argus, 1987, p. 2149.

⁶⁸-Voir Cass. 1^{ère} civ., 13 mai. et 13 nov. 1985, D., 1986, p. 525. En ce qui concerne le courtier gestionnaire habituel des assurances de son client; Cass. 1^{ère} civ., 7 mars 1989, Argus, 1989, p. 1015. En ce qui concerne l'agent qui gère de nombreux contrats de son client.

⁶⁹-Yvonne LAMBERT-FAIVRE, op. cit, p. 110.

الفرع الأول: الأساس القانوني للمسؤولية المترتبة عن إخلال شركة التأمين بالالتزام بالنصيحة طبقاً للقواعد الخاصة الواردة في قانوني التأمين والاستهلاك الفرنسيين والقضاء الفرنسي

إذا كانت بداية إقرار الالتزام بالنصيحة تجاه شركة التأمين قد انطلقت من جانب القضاء الفرنسي على عكس القضاء الجزائري الذي يخلو من أي اجتهاد قضائي متعلق بهذا الالتزام تجاه شركة التأمين، فقد دعمها المشرع الفرنسي بعد ذلك بنص تشريعي، فنجد أن القانون الفرنسي رقم 601-92 الصادر بتاريخ 18 جانفي 1992، المتعلق بحماية المستهلك قد فرض التزاماً عاماً بالإعلام وتقديم النصيحة على عاتق كل متخصص بائع لأموال أو مقدم لخدمات، وهذا الالتزام واضح من خلال صياغة المادة L111-1 من تقنين الاستهلاك الفرنسي التي تنص على أنه يجب على كل متخصص بائع الأموال أو مقدم لخدمات، وقبل انعقاد العقد، أن يعلم المستهلك بالخصائص الأساسية للمال أو للخدمة محل التعاقد⁽⁷⁰⁾.

وإذا كان الالتزام السابق يعد بمثابة التزام عام في كل عقود الاستهلاك، فهذا الالتزام ليس بغريب على عقد التأمين في القانون الفرنسي⁽⁷¹⁾ على عكس الأمر رقم 95-07 المتعلق بالتأمينات⁽⁷²⁾ الذي لم يشير إلى هذا الالتزام رغم التعديلات التي جرت عليه، إذ أن المشرع الفرنسي بموجب المادة L112-2 التي استحدثتها في تقنين التأمين الفرنسي منذ سنة 1989، ألزام المؤمن بأن يعلم العميل قبل إبرام عقد التأمين، بكل من القسط والضمانات التي قد تستحق وأن يضع بين يدي العميل قبل إبرام عقد التأمين مشروعاً للعقد وملحقاته وما قد يكون من ملاحظات. ونحن من جانبنا نعتقد أن إعلام العميل بهذه المسائل، قد يكون له تأثير في اتخاذ قراره، خصوصاً بالنسبة لما تقدمه شركة التأمين من ضمانات، وإلى أي مدى ينطبق عقد التأمين مع الرغبة المشروعة لطالب التأمين، في الحصول على ضمان يتطابق ويستجيب لرغباته الخاصة.

ونحن نرى أنه كان من الأجدي في رأينا لو أخذ المشرع الجزائري، المصري والكويتي بنص المادة 2- L112 من تقنين التأمين الفرنسي، تجسيدا للالتزام بالنصيحة تجاه شركة التأمين ولتكريس الأساس القانوني لهذا الالتزام في القانون الجزائري حماية للمؤمن تجاه شركات التأمين وللتوفيق بين مصلحة المؤمن ومصلحة المؤمن لهم، ومسايرة للتطور القانوني الموجود بالنسبة لهذا الالتزام مثلما هو عليه في القانون الفرنسي الذي عرف تطوراً مهماً في هذا المجال.

هذا ونلاحظ أن المادة 2 من النظام الأساسي الفرنسي لوكلاء عموم شركات التأمين العاملة في مجال أخطار الحرائق والحوادث والأخطار المتنوعة (I.A.R.D)، قد نصت بطريقة ضمنية على وجوب الالتزام

⁷⁰ - صياغة المادة L111-1 منتقنين الاستهلاك الفرنسي باللغة الفرنسية هي كما يلي:

“Tout professionnel vendeur de biens ou prestataire de service doit, avant la conclusion du contrat, mettre le consommateur en mesure de connaître les caractéristiques essentielles du bien ou du services.”, article L111-1 du code de la consommation français, <http://perlpot.net/>

⁷¹ - S. YAWAGA, op. cit, p. 83.

⁷² - Ibid, p. 83.

بالنصيحة على عاتق هؤلاء الوكلاء حيث نصت على أن الوكيل العام لشركات التأمين أثناء ممارسته لوظائفه يعد وكيلا مأجورا بالنسبة للشركة أو الشركات التي يعمل لحسابها، ويجب عليه أن يضع كل ما يمتلك من خبرات فنية لصالح من يتعامل معهم من الجمهور، بقصد مساعدتهم في إبرام عقود تأمين لحساب الشركة الموكل بالعمل لحسابها⁽⁷³⁾.

وكان من الأجدى في رأينا لو أخذ المشرع الجزائري، والكويتي بهذه المادة، مع توسيعها على كل وسطاء التأمين لإفادة المؤمن لهم أكثر من الحماية المقررة بالالتزام بالنصيحة تجاههم.

إذ حسب تعبير أحد كبار الفقهاء المتخصصين في مجال التأمين الفرنسي، فإن الوسيلة المناسبة لكي يضع الوكيل العام، خبراته الفنية أمام العملاء، لا تتم إلا من خلال إلتزامه بتقديم النصيحة المناسبة لهم، وخصوصاً أمام تعقيد عملية التأمين من النواحي الفنية⁽⁷⁴⁾.

هذا ونلاحظ أنه منذ عام 1997 أصبح الإلتزام بالنصيحة مفروضاً على وسطاء العمليات التأمينية بموجب نص صريح في القانون المصري، إذ نجد أن المادة العاشرة من قرار الهيئة المصرية للرقابة على التأمين، قد نصت على إلتزام الوسيط بأن يرشد العميل إلى التغطية التأمينية التي تلائم احتياجاته وإمكاناته المادية⁽⁷⁵⁾.

كما نلاحظ أن هذا النص القانوني يحدد بشكل مباشر إلتزام الوسيط بنصيحة طالب التأمين، أثناء مرحلة التفاوض السابقة على إبرام العقد، بجانب ما قد يترتب عليه من إلتزامات أخرى أثناء تنفيذ العقد، وكان من الأجدى في رأينا لو أخذ المشرع الجزائري، والكويتي بذلك.

لقد أجمع الفقه الفرنسي الراجح ومنذ زمن طويل على أن العلاقات التي تبرم بين أشخاص محترفين في تخصص معين وعملائهم من غير المحترفين لهذا التخصص، يجب أن تقوم على الثقة المشروعة في التعامل. فهذا العميل يضع ثقته في المحترف لكي يدير هذا الأخير العملية بمفرده، فيجب أن تتم هذه الإدارة على أساس مبدأ حسن النية والثقة في التعامل، ولاشك أنه لا خوف على المحترف، فهو يستطيع دائماً حماية مصالحه من خلال

⁷³ - «L'Agent Général d'Assurances est une personne physique qui, justifiant de connaissances professionnelles suffisantes, représente une ou plusieurs Sociétés d'assurances en vertu d'un traité de nomination. Dans l'exercice de ses fonctions, l'agent général d'assurances: D'une part, en qualité principale de mandataire rémunéré d'une ou plusieurs sociétés d'assurances, met à la disposition du public sa compétence technique en vue de la recherche et de la souscription de contrats d'assurances pour le compte de la ou des sociétés qu'il représente; D'autre part, met à la disposition de cette ou de ces sociétés ses services personnels et ceux de l'agence générale pour la gestion des contrats qui, dans la limite de la circonscription déterminée par son traité de nomination, peut lui être confiée.», article 2 du statut des agents généraux d'assurances I.A.R.D, [http:// www.agea.fr/](http://www.agea.fr/)

⁷⁴ - Jaques DEPRIMOZ, "La responsabilité civile découlant des activités exercées dans le cadre de professions libérales et son assurance", RGAT, 1974, p. 144.

⁷⁵ - نقلا عن د/ رجب كريم عبد الله، التفاوض على العقد، دراسة تأصيلية تحليلية مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004، ص 128.

خبراته الفنية، وأمام هذا الوضع يتعين عليه أيضًا أن يحافظ على مصالح عملائه، ولن يتحقق ذلك إلا من خلال فرض التزام تقديم النصيحة على هؤلاء المتخصصين⁽⁷⁶⁾.

الفرع الثاني: الأساس القانوني للمسؤولية المترتبة عن إخلال شركة التأمين بالالتزام بالنصيحة طبقاً للقواعد العامة الواردة في القانون المدني بالنسبة للقانون الجزائري والفرنسي

يوضح الفقه الفرنسي الراجح⁽⁷⁷⁾ أن الالتزام بتقديم النصيحة لا يقوم فقط عندما يوجد عقد صحيح وساري المفعول، وإنما ينشأ الالتزام بالنصيحة أيضاً بمناسبة ممارسة نشاط معين، وغالباً ما يكون مجاله أقوى في المرحلة السابقة على التعاقد وفقاً لما يقضي به مبدأ حسن النية في التعامل، وكل الفارق أن الالتزام بالنصيحة أثناء تنفيذ عقد صحيح يفتح المجال للمسؤولية العقدية، وخارج هذه الحدود يمكن إثارة قواعد المسؤولية التقصيرية، وهو ما يتحقق في مجال هذا البحث وفي الغالب من المشكلات العملية. وهذا ما نرى الأخذ به في القانون والقضاء الجزائري أيضاً، خاصة وأن فرض المسؤولية المدنية على عاتق المؤمن في فرنسا، عند إخلاله بالالتزام بالنصيحة يعد عملاً قضائياً فرنسياً في المقام الأول، وبالرغم من أنه لا نجد نصاً صريحاً ينص على هذه المسؤولية من بين نصوص قانون التأمين الفرنسي، إلا أن نفس الفقه الفرنسي الراجح يرى بأنه يمكن إسناد هذه المسؤولية إلى نص المادة 1135 من التقنين المدني الفرنسي.

وهذا ما نرى الأخذ به أيضاً في القانون والقضاء الجزائري كحل، لتأسيس المسؤولية المتعلقة بالالتزام بالنصيحة في مجال التأمين، في انتظار نص الأمر رقم 95-07 على نص صريح بالنسبة لهذا الالتزام، والنص على خصوصياته المذكورة، بحيث نرى أنه يمكن للقضاء الجزائري تأسيس هذه المسؤولية، على أساس المادة 107 من التقنين المدني الجزائري، المقابلة للمادة 1135 من التقنين المدني الفرنسي. إذ نصت المادة 107 من التقنين المدني الجزائري، في فقرتها الأولى والثانية على أنه يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبحسن نية، ولا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه فحسب، بل يتناول أيضاً ما هو من مستلزماته وفقاً للقانون والعرف والعدالة، بحسب طبيعة الالتزام.

وقياساً على ذلك أيضاً نرى أنه يمكن تأسيس المسؤولية المتعلقة بالالتزام بالنصيحة في مجال التأمين، في انتظار وجود نص قانوني صريح ينص على هذا الالتزام وينص على خصوصياته، على أساس المادة 197 من التقنين المدني الكويتي، بالنسبة للقانون والقضاء الكويتي، إذ أن هذه المادة تقابل المادة 1135 من التقنين المدني الفرنسي.

⁷⁶ - يتزعم هذا الاتجاه منذ زمن طويل في الفقه الفرنسي كلا من:

Luc BIHL, "Vers un droit de la consommation", Gaz. Pal., 13 et 14 sept. 1974, p. 757; B. BONJEAN, L'information en droit privé, LGDJ, Paris, 1978, p. 345.

⁷⁷ - Voir Jaques DEPRIMOZ, op. cit, p. 144; Patrice JOURDAIN, op. cit, chron., p. 139; Muriel FABRE-MAGNAN, op. cit, n° 260; Luc MAYAUX, op. cit, p. 472.

ونظرا للطابع الجد تقني لعقد التأمين، الذي يمكن أن يفهم عن خطأ من طرف المقاول الذي لا يعتبر رجل قانون⁽⁷⁸⁾، خاصة عندما يتضمن عقد التأمين إقصاء من الضمان يحتوي على فخ يتعذر النطقن إليه واكتشافه⁽⁷⁹⁾، كما أن المحترف غير ملزم بمعرفة كل المعلومات، لذلك يمكن أن يكون هذا الأخير داتنا للالتزام بالإعلام والنصيحة⁽⁸⁰⁾، فضلا عن ذلك فإن محكمة النقض الفرنسية قد أيدت إحدى قرارات محكمة الاستئناف الفرنسية في هذه الفرضية، وذلك لما قضت بمسؤولية المؤمن لإخلاله بالتزامه بالإعلام والنصيحة⁽⁸¹⁾، كما أن وراء الإعلام والنصيحة هناك فعلا إلتزام تعاقدية بالنزاهة موجود خصوصا في مجال التأمين، يجب أن يستفاد منه كل المؤمن لهم سواء كانوا مستهلكين أو محترفين⁽⁸²⁾. وهذا ما نرى الأخذ به أيضا في القانون والقضاء الجزائري.

كما يرى الفقه الفرنسي الراجح⁽⁸³⁾، أنه يمكن القول أن الإلتزام بالنصيحة الملقى على عاتق المؤمن، وإن لم يكن منصوفاً عليه صراحةً داخل بنود عقد التأمين، إلا أن مخالفة هذا الإلتزام من جانب المؤمن يترتب مسؤوليته المدنية استناداً إلى قواعد العرف والعدالة، وبمعنى آخر، فإن الإلتزام بالنصيحة يتم فرضه على عاتق الوسيط في إبرام عقد التأمين، بموجب العرف، فالوسيط يمكن إعتباره المستشار الطبيعي بالنسبة إلى عميله، وخصوصاً إذا أخذنا في الإعتبار أنه من بين المتخصصين المحترفين في مجال عمليات التأمين، وتأكيداً لذلك، فقد أقرت محكمة النقض الفرنسية، بمسؤولية أحد سماسرة العقود التأمينية، على أساس إخلاله بالإلتزام بالنصيحة حيث جاء في قرارها، أن وسيط التأمين يجب أن يكون مرشداً جاداً وأكيداً بالنسبة لطالب التأمين، وأن يكون مستشيراً أهل ثقة بالنسبة إليه⁽⁸⁴⁾، كما إعتبر أيضاً مرشداً أكيداً ذا خبرة وتجربة⁽⁸⁵⁾،

وهذا ما نرى الأخذ به أيضاً كحل آخر لتأسيس المسؤولية المتعلقة بالإلتزام بالنصيحة في مجال التأمين، في القانون والقضاء الجزائري، في انتظار نص الأمر رقم 95-07 على هذا الإلتزام وخصوصياته المذكورة، حماية المؤمن لهم، وتجسيدها للنظام القانوني الخاص للإلتزام بالنصيحة في مجال التأمين، ومراعاة لتطوره القانوني في هذه النقطة القانونية. ونفس الأمر بالنسبة للقانون الكويتي.

المطلب الثاني: الجزاء المترتب عن مسؤولية شركة التأمين للإخلال بالإلتزام بالنصيحة

يترتب عن إخلال شركة التأمين بالإلتزام بالنصيحة بإلزامها على جبر الضرر اللاحق بالمؤمن له مع رفض دفعها بالتقادم المسقط (فرع أول) مع أمكانية ابطال عقد التأمين (فرع ثاني).

⁷⁸-Patrice JOURDAIN, op. cit, p. 139.

⁷⁹-Luc MAYAUX, op. cit, p. 472.

⁸⁰-Muriel FABRE-MAGNAN, op. cit, n° 260.

⁸¹- Cass. 1^{ère} civ., 06 janv. 1994, RGAT, 1994, p. 480.

⁸²-Luc MAYAUX, op. cit, p. 472.

⁸³- Voir Jaques DEPRIMOZ, op. cit, p. 144; Patrice JOURDAIN, op. cit, chron., p. 139; Muriel FABRE-MAGNAN, op. cit, n° 260; Luc MAYAUX, " op. cit, p. 472.

⁸⁴- Cass. 1^{ère} civ., 10 nov. 1964, Bull. Civ., 1965, n° 493, p. 383.

⁸⁵-Cass. 1^{ère} civ., 10 nov. et 13 mars 1985, D. 1986, p. 525.

الفرع الأول: الزام شركة التأمين بجبر الضرر اللاحق بالمؤمن له مع رفض دفعها بالتقادم المسقط

تماشياً مع اتجاهنا في هذا البحث، فإن محكمة النقض الفرنسية استقرت منذ زمن بعيد ووضّحت بأنه، عندما يكون أحد طرفي العقد متخصصاً في مجال معين والطرف الآخر مجرد شخص عادي، يعد الالتزام بالنصيحة وإسداء المعلومة الملقى على عاتق الشخص المحترف من النظام العام، وبناء عليه قضى ببطلان كل شرط يخفف أو يعفي الملتزم بتقديم النصيحة من مسؤوليته المدنية عند إخلاله بالالتزام المفروض عليه⁽⁸⁶⁾، وهذا ما نرى الأخذ به أيضاً في القانون والقضاء الجزائري، للتوفيق بين مصلحة المؤمن ومصلحة المؤمن له، وتجسيدا للنظام القانوني الخاص للالتزام بالنصيحة، ومراعاة لتطوره القانوني في هذه النقطة القانونية.

واتساقاً مع هذا الاتجاه، فقد نصت المادة 1-132 L من تقنين الاستهلاك الفرنسي على أن في عقود البيع التي تبرم بين متخصصين من جانب وغير متخصصين أو مستهلكين من جانب آخر، يكون محظوراً كل شرط من شأنه أن يلغي أو يقلل من حق غير المتخصص أو المستهلك في التعويض الناشئ عن إخلال المتخصص بأي من الالتزامات المفروضة عليه، وكان من الأجدى في رأينا لو أخذ المشرع الجزائري بذلك.

ولقد وضّحت محكمة النقض الفرنسية، أنه بالنسبة للضرر الواجب جبره في حالة إخلال المؤمن له بالتزامه بالنصيحة، فإنه يمكن أن يساوي لمبلغ نتائج الكارثة التي كان المؤمن له يعتقد عن خطأ أنها مضمونة⁽⁸⁷⁾، وهذا ما نرى الأخذ به في القضاء الجزائري، لكن كان من الأجدى في رأينا لو نص الأمر رقم 07-95 صراحة على ذلك، حماية للمؤمن له من غش المؤمن في هذه الحالة، وتجسيدا لخصوصيات هذا الالتزام، ومراعاة لتطوره القانوني في هذه النقطة القانونية.

كما وضّحت محكمة النقض الفرنسية، أن التزام الوسيط بالنصيحة هو مجرد التزام ببذل عناية مع المؤمن له أو الوسيط التابع له، وعليه أن يأخذ في إعتباره المعطيات الفنية والقانونية الخاصة بالعملية محل العقد وبمركز طالب التأمين⁽⁸⁸⁾. وهذا ما نرى الأخذ به أيضاً في القضاء الجزائري، لكن كان من الأجدى في رأينا لو تضمن الأمر رقم 07-95 مادة قانونية تنص صراحة على ذلك، للتوفيق بين مصلحة المؤمن والمؤمن له، وتجسيدا لخصوصيات هذا الالتزام، ومراعاة لتطوره القانوني في هذه النقطة القانونية.

هذا وطبقاً للقاعدة العامة التي مفادها أن من يدعي شيئاً عليه إثبات ما يدعيه، فإنه إذا ادعى العميل أن شركة التأمين قد قصرت أو خالفت الالتزام المفروض عليها، بتقديم النصيحة للعميل، فعلى هذا الأخير عبء هذا الإثبات تطبيقاً للقواعد العامة في القانون المدني.

⁸⁶-Cass. 1^{ère} civ., 06 juill. 1977, J. Cl. P., 1977. IV. p. 233; Cass. 1^{ère} civ., 13 oct. 1980, J. Cl. P., 1981. IV. p. 5; Cass. 1^{ère} civ., 10 juill. 1997, somm., p. 173.

⁸⁷-Cass. 1^{ère} civ., 25 fév. 1986, RGAT, 1986, p. 589; Cass. 1^{ère} civ., 10 fév. 1987, RGAT, 1988, p. 98.

⁸⁸- Cass. 1^{ère} civ., 7 mars 1989, RGAT, 1989, p. 649.

لكن خروجاً عن هذه القاعدة العامة، عندما تكون العلاقة بين شخص متخصص في مجال معين، مثل شركة التأمين في مجال بحثنا هذا، وبين مجرد مستهلك عادي، هناك اتجاه فقهي تؤيده في رأينا، يرى أن قلب عبء الإثبات بتقديم النصيحة أمر مقبول منطقياً بالنظر إلى أطراف التفاوض⁽⁸⁹⁾. وهذا ما استقرت عليه محكمة النقض الفرنسية، لما قضت بأنه عندما يدعي العميل، أن شركة التأمين أو وسيط التأمين لم يقوموا بالالتزام المفروض عليهما، سواء بالإعلام أو بتقديم النصيحة، فلا يقع على العميل عبء إثبات هذا الإدعاء، وإنما يجب على شركة التأمين أو وسيط التأمين أن يثبتا قيمتهما بذلك الالتزام⁽⁹⁰⁾، آخذين في الاعتبار أن الالتزام المفروض عليهما في هذه الحالة، هو التزام ببذل عناية⁽⁹¹⁾.

هذا ولقد قضت محكمة النقض الفرنسية بأن الدفع بالتقادم من طرف المؤمن متوقف على شرط تنفيذ هذا الأخير لعقد التأمين بحسن النية وأن ينفذ التزامه بالنزاهة⁽⁹²⁾. وكان من الأجدى في رأينا لو أخذ المشرع والقضاء الجزائري بذلك، للتوفيق بين مصلحة المؤمن ومصلحة المؤمن لهم، وتجسيدها للنظام القانوني الخاص لهذا الالتزام، ومراعاة لتطوره القانوني في هذه النقطة القانونية.

الفرع الثاني: إبطال عقد التأمين

نلاحظ أن الفقه الفرنسي قد رتب منذ زمن طويل جزاء الإبطال للعقد الذي أبرم بناء على معلومات قدمها أحد المتعاقدين، مخرلاً بواجب الإعلام أو النصيحة المفروض عليه، في مرحلة المفاوضات السابقة على التعاقد. وقد استندوا في ذلك إلى أن رضاء المتعاقد الآخر يكون مشوباً بعيب من عيوب الرضاء يتمثل في التدليس في أغلب الحالات⁽⁹³⁾، وفي بعض الحالات يكون هذا العيب هو الغلط⁽⁹⁴⁾.

وتفسير ما سبق حسب نفس الفقه الفرنسي هو أن تقديم معلومات غير صحيحة وذات أثر فعال من قبل الوسيط للمؤمن له، يمكن إعتبارها من قبيل الوسائل الاحتمالية التي يتوفر بها العنصر المادي للتدليس، المرتب لجزاء الإبطال، بل الأكثر من ذلك أن سكوت هذا الوسيط وعدم نصيحة المؤمن له وإعطائه معلومات متوفرة

⁸⁹ - يتزعم هذا الاتجاه الفقهاء:

B. STARK, H. ROLAND et Roland, L. BOYER, Droit civil, Les obligations, Tome II, Le contrat, 6^{ème} édition, Litec, Paris, 1998, n° 344, p. 128.

⁹⁰ - Cass. 1^{ère} civ., 25 fév. 1997, Resp. Civ. Et assur., 1997, p. 133; Cass. 1^{ère} civ., 29 avr. 1997, J. Cl. P., 1997. II. n° 22948; Cass. 11^{ème} civ., 7 mars 2000, D., 2000. Inf. Rap., p. 100.

⁹¹ - Cass. 1^{ère} civ., 7 mars 1989, RGAT, 1989, p. 649.

حول تطبيقات أخرى للالتزام بالنصيحة في مجال العلاقات بين المتخصصين والمستهلكين وخصوصاً بالنسبة للموثق أنظر:

Guillaume SAHC, "Devoir de conseil des professionnels du droit et responsabilité civile", <http://Lexilis-Free-Fr/>

⁹² - Cass. 1^{ère} civ., 06 déc. 1994, RGAT, 1995, p. 57.

⁹³ - Voir Michel DE JUGLART, "L'obligation de renseignement dans les contrats", RTD. Civ., 1945, pp. 01-03; Patrice JOURDAIN, op. cit, chron., p. 139; Pierre BOUZA, "L'obligation d'informer les consommateurs", RTD. Civ., 1993, p. 630; Yves PICOD, "L'obligation de coopération dans l'exécution du contrat", J. Cl. P. Ed. G., 1988, I, 3318, p. 22.

⁹⁴ - أيدت هذا الاتجاه الفقيهية: Muriel FABRE-MAGNAN, op. cit, n° 347.

لديه، يعد كتمانًا مكونًا أيضًا لهذا العنصر من عناصر التدليس، ما دام أن القصد من وراءه هو تضليل المؤمن له⁽⁹⁵⁾، وهو ما يطلق عليه المشرع المصري السكوت العمدي، طبقًا للمادة 125 من التقنين المدني المصري. هذا ونرى أن جزم البطلان في حالة إخلال المؤمن بالتزامه بالنصيحة، يمكن تطبيقه عند عدم تحقق الكارثة، لكن ليست له فائدة بالنسبة للمؤمن له عند تحقق الكارثة، لأن هذا الجزم طبقا للقواعد العامة للبطلان، يؤدي إلى إرجاع المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد، وهذا ليس من مصلحة المؤمن له الذي من حقه الحصول على مبلغ التأمين عند تحقق الكارثة، بينما يستفيد المؤمن من غشه من جزم البطلان بعدم دفع مبلغ التأمين.

وهذا ما نرى الأخذ به أيضا في القضاء الجزائري، لكن كان من الأجدى في رأينا لو نص الأمر رقم 95-07 صراحة على ذلك، حمايةً للمؤمن له من غش المؤمن في هذه الحالة، وتجسيدا لخصوصيات هذا الالتزام، ومراعاة لتطوره القانوني في هذه النقطة القانونية.

خاتمة

في ختام دراستنا يمكن القول أنه كان من الأجدى في رأينا لو صدر اجتهاد قضائي من المحكمة العليا الجزائرية لتكريس التزام المؤمن بإعلام ونصيحة المؤمن له أمام عدم تضمن الأمر رقم 95-07 نصا قانونيا ينص على هذين الالتزامين. وفي انتظار ذلك ولتدارك هذا الأمر وحماية للمؤمن له الطرف الضعيف في عقد التأمين، نرى أنه بالرغم من عدم وجود مادة قانونية واجتهاد قضائي في القانون الجزائري لإلزام المؤمن بالإعلام والنصيحة تجاه المؤمن له على عكس ما هو عليه في القانون والقضاء الفرنسي إلا أنه يمكن تأسيس هذين الالتزامين تجاه المؤمن في القانون والقضاء الجزائري طبقا للأحكام العامة الواردة في القانون المدني على أساس الالتزام بالنزاهة وحسن النية في تنفيذ العقد بما هو من مستلزماته وفقا للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام طبقا للمادة 107 من التقنين المدني الجزائري. كما يمكن تأسيس المسؤولية الناشئة عن الإخلال بهذين الالتزامين على أساس المسؤولية العقدية الواردة في المادة 176 من التقنين المدني الجزائري وعلى أساس المسؤولية التصويرية الواردة في المادة 124 من نفس التقنين، لإلزام شركات التأمين بجبر الضرر اللاحق بالمؤمن له مع رفض دفعها بالتقادم المسقط في حالة تحقق الكارثة، مع إمكانية إبطال العقد لتوفر عيب التدليس والغلط والسكوت العمدي في حالة عدم تحقق الكارثة. وذلك قياسا على أن فرض المسؤولية المدنية على عاتق المؤمن في فرنسا، عند إخلاله بالالتزام بالنصيحة كان عملا قضائيا في المقام الأول على أساس القواعد العامة للقانون المدني السالفة الذكر، عندما لم يكن هناك نصا صريحا على هذه المسؤولية من بين نصوص قانون التأمين الفرنسي. وهذا ما نرى الأخذ به أيضا في القانون والقضاء المصري والكويتي نظرا لوحدة العلة والسبب.

⁹⁵- Voir Michel DE JUGLART, op. cit, pp. 01-03; Patrice JOURDAIN, op. cit, chron., p. 139; Yves PICOD, op. cit, 3318, p. 22 ; Pierre BOUZA, op. cit, p. 630.

آليات مكافحة الإرهاب في الساحل الإفريقي في إطار الدبلوماسية الأمنية الجزائرية

أحلام بوكربوعة⁽¹⁾

(1) أستاذ مساعد قسم "أ" جامعة عباس لغرور ، خنشلة،
40000، الجزائر.

البريد الإلكتروني: ahlemboukerboua48@gmail.com

المخلص:

ما تشهد منطقة الساحل الإفريقي في الآونة الأخيرة من مخاطر وتهديدات أمنية متنامية بسبب اتساع مجال أنشطة الجماعات الإرهابية وتحديدًا في المناطق الحدودية بين الجزائر وموريتانيا ومالي والنيجر، وكذا الانتشار الواسع لكافة الأنشطة الموازية للأعمال الإرهابية كتجارة الأسلحة والمخدرات والهجرة الغير شرعية مما يجعلها شبكات متداخلة في تشكيلها بين توجهات أصولية متشددة وخلفيات ومصالح اقتصادية محلية لها امتدادات إقليمية ودولية تمتد تداعياتها على الساحة الدولية، وباعتبار الجزائر تعتبر امتدادا واسعا لقارة افريقيا عبر الصحراء الكبرى، فأى تهديد أمني في الساحل الإفريقي والصحراء الكبرى يعتبر تهديدا مباشرا للأمن القومي الجزائري. وفي هذا الإطار سعت الجزائر بتبني تصورا أمنيا أكثر شمولا في مجال مكافحة الإرهاب بناء على ما تشهده المنطقة اليوم من حالة تتسم بالفوضى والعنف وعدم الاستقرار، مما جعل الجزائر تسعى لتحقيق الأمن في المنطقة من خلال مكافحة الإرهاب في الساحل الإفريقي عبر مجموعة من الآليات والميكانزمات الأمنية والسياسية الدبلوماسية التي تجتمع كلها في إطار الدبلوماسية الأمنية الجزائرية وعلاقتها مع دول القارة الإفريقية، لكن قبل هذا يجب تناول أهمية الساحل الإفريقي الإستراتيجية مرورا بأهم التنظيمات الإرهابية المتواجدة في المنطقة وخطرها على الأمن الإقليمي والإفريقي.

الكلمات المفتاحية:

الساحل الإفريقي، الإرهاب، الدبلوماسية الجزائرية، المقاربة الأمنية، لائحة تجريم الفدية.

تاريخ إرسال المقال: 2020/07/28، تاريخ مراجعة المقال: 2021/12/16، تاريخ نشر المقال: 2021/12/31.

لتهميش المقال: أحلام بوكربوعة، "آليات مكافحة الإرهاب في الساحل الإفريقي في إطار الدبلوماسية الأمنية الجزائرية"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد 12، العدد 03، السنة 2021، ص ص. 334-357.

<https://www.asjp.cerist.dz/en/PresentationRevue/72>

المقال متوفر على الرابط التالي:

المؤلف المراسل: أحلام بوكربوعة، ahlemboukerboua48@gmail.com

المجلد 12، العدد 03-2021.

اسم المؤلف: أحلام بوكربوعة، عنوان المقال: آليات مكافحة الإرهاب في الساحل الإفريقي في إطار الدبلوماسية الأمنية

الجزائرية، ص ص 334 - 357.

Counterterrorism Mechanisms on the African Coast within the Framework of Algerian Security Diplomacy

Summary:

The African coast is experiencing a resurgence of tension and insecurities linked to the actions and movements of terrorist groups. Algeria remains exposed and weakened by the extent of its area and its large borders with several countries, especially with Mali and Niger; also Mauritania. To prevent any unpleasant surprises, Algeria has put in place diplomatic and political mechanisms as well as security because armed groups have connections with smuggling in all its forms, weapons, cannabis, goods, money laundering. In addition, as Algeria is a large extension of the African continent across the greater Sahara, any security threat on the African coast and in the greater Sahara is considered a direct threat to Algerian national security. Moreover, by linking national and regional security to achieve global international security, in this context, Algeria has sought to adopt a more global security vision in the field of the fight against terrorism, based on what the region is experiencing today in terms of chaos, violence, and instability. However, before that, it is necessary to address the strategic importance of the African coast through the most important terrorist organizations present in the region and their threat to regional and African security.

Keywords:

The African Sahel, terrorism, Algerian diplomacy, the security approach; the criminalization of terrorism.

Mécanismes de lutte contre le terrorisme au Sahel africain dans le cadre de la diplomatie sécuritaire algérienne

Résumé :

La région du Sahel connaît une recrudescence des tensions et de l'insécurité liées aux actions et mouvements des groupes terroristes. L'Algérie reste exposée et fragilisée par l'étendue de sa zone et ses larges frontières avec plusieurs pays, notamment avec le Mali et le Niger, également la Mauritanie. Pour éviter toute mauvaise surprise, l'Algérie a mis en place des mécanismes diplomatiques, politiques et sécuritaires, car les groupes armés ont des liens avec la contrebande sous toutes ses formes; les armes, le cannabis, les marchandises, le blanchiment d'argent. Et comme l'Algérie est une grande extension du continent africain à travers le grand Sahara, toute menace sécuritaire sur le Sahel africain et dans le grand Sahara est considérée comme une menace directe à la sécurité nationale algérienne. Et en liant sécurité nationale et régionale pour réaliser la sécurité internationale et mondiale, Dans ce contexte, l'Algérie a cherché à adopter une vision sécuritaire plus globale dans le domaine de la lutte contre le terrorisme, sur la base de ce que la région vit aujourd'hui

en termes de chaos, violence et instabilité. Mais avant cela, il est nécessaire d'aborder l'importance stratégique du Sahel africain à travers les organisations terroristes les plus importantes présentes dans la région et leur menace pour la sécurité régionale et africaine.

Mots clés : Le sahel africain, le terrorisme, la diplomatie Algérienne, l'approche sécuritaire ; la criminalisation du terrorisme.

مقدمة

تشهد منطقة الساحل الإفريقي حالة من الانفلات الأمني الكبير، والذي يعتبر امتداد إفريقي لحدود الجزائر ودول المغرب العربي، ومحوراً استراتيجياً هاماً نظراً لثقل انعكاساته السلبية نتيجة للضعف الأمني والعسكري بهذه المنطقة، وهو ما يشكل تهديداً للأمن القومي لدول الساحل والمغرب العربي عموماً، وللجزائر على وجه الخصوص. وفي هذا الإطار دعا مجلس الأمن الدولي دول الساحل الإفريقي إلى تكثيف التنسيق على الصعيد الإقليمي لمكافحة الإرهاب، خاصة بعد تعاظم مخاطر الجماعات الإرهابية بهذه الدول، لا سيما تنظيم القاعدة في بلاد المغرب العربي، وحركة التوحيد والجهاد في غرب إفريقيا وحركة أنصار الدين. لذا كان لزاماً على دول منطقة الساحل الإفريقي العمل على تنسيق جهودها، وتجاوز خلافاتها من أجل محاربة الأخطار الإرهابية في هذه المنطقة.

كما سنعالج من خلال مقالنا العلاقات الجزائرية الإفريقية في مجال مكافحة الإرهاب خاصة في المناطق الأكثر تواجد ونشاط للتنظيمات الإرهابية، وسنحاول معالجة مشكلة الأمن إشكالية الأمن في الساحل الإفريقي والصحراء الكبرى من منظور السياسة الخارجية الجزائرية تجاه مكافحة الإرهاب خاصة في ظل التطورات الأمنية الراهنة والفراغ الأمني وشساعة الحدود وتدهور الوضع على كافة المستويات خاصة الأمنية، حيث أصبح لزاماً على الجزائر بحكم ارتباطها الجغرافي والحضاري أن تتبنى مقاربة شاملة لحماية أمنها.

وانطلاقاً مما سبق سنحاول الإجابة عن إشكالية جوهرية: في إطار المقاربة الأفريقية الجزائرية الى مدى

ساهمت الدبلوماسية الجزائرية في مكافحة الإرهاب في منطقة الساحل الإفريقي؟

بناء على الإشكالية المطروحة تتقدم الدراسة بأهم المحاور الآتية، إذ تم تناول أهمية الساحل الإفريقي الإستراتيجية مروراً بأهم التنظيمات الإرهابية المتواجدة في المنطقة وخطرها على الأمن الإقليمي والإفريقي والتي أردنا إجمالها في تنظيم القاعدة في بلاد المغرب الإسلامي وحركة التوحيد والجهاد في غرب إفريقيا إضافة الى حركة أنصار الدين، وصولاً الى الاستراتيجية الجزائرية لمكافحة الإرهاب بين التعاون الدولي وتجريم الغدية في الساحل الإفريقي.

المحور الأول: مفهوم الظاهرة الإرهابية في الساحل الإفريقي.

المحور الثاني: الإستراتيجية الجزائرية لمكافحة الإرهاب في الساحل الإفريقي.

المبحث الأول: مفهوم الظاهرة الإرهابية في الساحل الإفريقي

قبل الحديث عن مدى مساهمة الجزائر في بناء منظومة أمنية في منطقة الساحل الإفريقي في ظل علاقات التأثير والتأثر بالدول الإفريقية، تطرقنا في خضم دراستنا الى الوزن الجيوبولتيكي للساحل الإفريقي في المنظومة الإقليمية. كما تم التركيز على أهم التنظيمات الإرهابية المتواجدة في المنطقة وخطرها على الأمن الإقليمي.

المطلب الأول: أهمية الإستراتيجية للساحل الإفريقي

إذا كانت القوى العظمى الدولية تبرز اهتمامها بالساحل الإفريقي انطلاقا من التهديدات الأمنية الموجودة فيه، فإنه لا يمكن التغاضي عن البعد الجيو استراتيجي للساحل الإفريقي ومنطقة الصحراء الكبرى وما تشكله من أهمية بالنسبة لسياسات القوى الكبرى كالولايات المتحدة الأمريكية وفرنسا والصين، وتبرز الأهمية الاستراتيجية للساحل الإفريقي من كونه المجال الجغرافي القريب لمجموعة من الأقاليم الحيوية، فشريط أو خط الساحل يشكل محورا استراتيجيا مهم في القارة الإفريقية، ومن هنا يمكن الاعتماد على المدخل الجيوبولتيكي كمنطلق للاهتمام الغربي بالساحل الإفريقي¹، حيث تظهر أهمية المنطقة من خلال ما يتمتع به من موقع استراتيجي محادي لأهم المناطق التي أصبحت تعرف تنافسا دوليا كبيرا عليها في الآونة الأخيرة كالبحر المتوسط من بوابة الجزائر، والمحيط الأطلسي من بوابة موريتانيا².

وعلى هذا الأساس سنقوم بتعريف منطقة الساحل الإفريقي (الفرع الأول)، ثم نقوم بعد ذلك بالتطرق لمفهوم الظاهرة الإرهاب (الفرع الثاني) والتي تعد من أهم التهديدات التي تعاني منها المنطقة، كما أصبحت الظاهرة ذريعة للتدخل الخارجي في سيادة دول الساحل الإفريقي، وأصبح تكريس مفهوم التدخل الدولي في الشؤون الإفريقية تحت مظلة الحرب على الإرهاب، وهو التدخل الذي اتخذ أشكالا سياسية وأمنية وعسكرية متنوعة، ولعل أبرز هذه الأشكال التدخل العسكري والأمني في شؤون المنطقة كالتدخل الفرنسي الأخير في مالي.

الفرع الأول: التعريف بمنطقة الساحل الإفريقي

¹- خالد حنفي علي، موقع أفريقيا في استراتيجية أمريكا الجديدة، مجلة السياسة الدولية، العدد 145، أكتوبر 2003، ص 207.

²- عبد الرحيم رحموني، الأمن الجزائري والفضاء الإقليمي، الطبعة الأولى، مركز الكتاب الأكاديمي، عمان، 2019، ص 15.

الساحل، الساحل الإفريقي، الساحل الصحراوي، الساحل والصحراء، هي مصطلحات عديدة لمنطقة يمكن القول أنها واحدة، أو على الأقل فهي مصطلحات لعدة مناطق متداخلة أو مرتبطة فيما بينها جغرافياً، أو بأجزاء منها، كل هذا راجع من جهة إلى اختلاف الجغرافيون على تحديدها بدقة وموضوعية، وراجع من جهة أخرى إلى اعتبارات جيوسياسية وإيدولوجية عديدة وما تحمله منطقة الساحل الإفريقي من خصوصية وتعقيدات، فهذا الأمر خلق ما يشبه بالصراع ما بين المختصين والباحثين لتحديد إطار مكاني موحد لهذه المنطقة.

وعى العموم وحتى يتسنى لنا فهم أو تحليل جيوسياسي لمنطقة جغرافية ما، وجب علينا الرجوع إلى أصل المصطلح وتحديده بدقة متناهية، وذلك من خلال تسليط الضوء على أصل الكلمة ومعناها، بالرجوع لنشأة الساحل ككلمة ومصطلح ومفهوم، وهذا من خلال البحث التاريخي لاستعمالات الكلمة، أو على الأقل التعرض إلى أهم ما كتب حول الموضوع، وهذا كانطلاق قبل تحديد الفضاء كمجال جغرافي.

اختلفت التسميات قديماً لمنطقة الساحل الإفريقي فمنهم من كان يطلق عليها اسم "ما وراء الصحراء" وكذا "إفريقيا جنوب الصحراء" وحتى "بلاد السودان"، أما عن هذه الأخيرة فهي تختلف عن دولة السودان الحالية، لكن من المؤكد أن الاستعمال الواسع لتسمية الساحل بالمعنى المعاصر لم يكن إلا مع بداية القرن العشرين من قبل الغزاة الأوروبيين على الأراضي الإفريقية.

ومن ناحية أخرى يرى جمع من المختصين أن الساحل هي كلمة من صنع فرنسي بحث، وكانت البداية أثناء "مؤتمر لوزان" في أواخر جوان من عام 1960 بسويسرا بين الوفدين الجزائري والفرنسي، فقد عرف المفوض الفرنسي "جورج بامبيدو" الصحراء بأنها مجرد بحر داخله شواطئ تسكنها شعوب ساحلية والجزائر واحدة منها، وهذا يفسر تمسك الأجانب عموماً بالتسمية وفرنسا بشكل خاص.

وفي رواية أخرى تم الاتفاق على أن أصل كلمة ساحل ترجع إلى أصولها للغة العربية، حيث أطلقها العرب عليها أثناء الفتوحات الإسلامية، وكانت نهاية القرن السابع الميلادي، وهي تعني بالفرنسية (cote) أو (rivage)، وهذا ما جاء به "جون غالي" في تعريفه للمنطقة بأنها "ساحل قاحل لبحر مهجور"، لكن الخلاف الحاصل والذي مازال قائماً فيما يخص أسباب تسمية هذه المنطقة الإفريقية القاحلة تحديداً بالساحل. وعلى رغم اختلاف المرجعيات التاريخية والإيدولوجية حول تسمية المنطقة بالساحل، إلا أن المؤكد أن المعنى الذي تحمله الكلمة بلغتها الأصلية أي العربية لا يمت لواقع المنطقة بصله لي طرح سؤال جوهري حول الدوافع التي جعلت من

المستعمر الأوربي للقارة الإفريقية عامة والمنطقة خاصة بالتمسك بهذا الاسم، ومن جهة أخرى فالتسمية التي أطلقها العرب على هذه المنطقة الإفريقية، أصبحت اليوم متعارف عليها بكل لغات العالم³.

ويرى جمع من المختصين جغرافيين وإعلاميين وسياسيين أن منطقة الساحل الإفريقي تمتد من المحيط الأطلسي غربا حتى البحر الأحمر شرقا، ومن جنوب الصحراء الكبرى شمالا حتى شمال غابات السافانا جنوبا، ومن أهم المفكرين الذين اتبعوا هذا الرأي المفكر الفرنسي إيف لاکوست (Yves Lacoste) الذي يعرف منطقة الساحل على أنها تلك المنطقة التي تمتد من البحر المتوسط شمالا إلى موريتانيا والمحيط الأطلسي جنوبا، ومن البحر الأحمر شرقا إلى تشاد جنوبا، فالساحل هو ذلك الفضاء الجغرافي الذي يشترك في مقوماته المناخية وبيئية متجانسة، إضافة إلى بعض المقومات التاريخية المتقاربة، ولو بشكل نسبي، واستنادا على هذا المنطق يمكن القول أن الساحل الإفريقي يشمل عددا من الدول، مع فارق في الأجزاء التي يمسه المناخ الساحلي والبيئة الساحلية، وهي مالي والنيجر والسنغال و الرأس الأخضر إضافة إلى وسط كل من تشاد والسودان، بالإضافة إلى شمال بوركينا فاسو و أقصى شمال نيجيريا وأقصى جنوب الجزائر⁴.

تعد منطقة الصحراء الكبرى الإفريقية من أكبر صحاري العالم بمساحة تقدر ب 9065000 كلم مربع، حيث تمتد على 4830 كلم من المحيط الأطلسي حتى البحر الأحمر، وتمتد جنوبا بعمق 1930 كلم داخل منطقة الساحل الإفريقي. تشمل الصحراء الكبرى: موريتانيا والصحراء الغربية والنيجر ومصر وجزء من مناطق جنوب المغرب وتونس والجزائر، والجزء الشمالي لمالي وتشاد والسودان.

أما منطقة الساحل الإفريقي فهي منطقة شبيهة جافة تقع بين الصحراء الكبرى في الشمال والسافانا في الجنوب، وتمتد غربا من السينغال وموريتانيا، مروراً بمالي والنيجر وبوركينا فاسو وشمال نيجيريا، وتشاد والسودان واثيوبيا شرقا⁵.

ومن جهته يربلنكو لوباز (Blanco Lupez) أن الساحل الإفريقي منحصر في مالي والنيجر وموريتانيا، بالإضافة إلى بعض من أجزاء كل من بوركينا فاسو وتشاد، ولإشارة فإن هذا التعريف لفضاء الساحل معتمد من طرف الاتحاد الأوروبي. ومن خلال هذا المفهوم نلاحظ أن الساحل هو تلك المناطق التي تشمل

³-رضوان بوهديل، جيوسياسية التنافس الدولي على منطقة الساحل الإفريقي، الطبعة الأولى، مركز الكتاب الأكاديمي، عمان، 2020، ص 11-12.

⁴-رضوان بوهديل، مرجع سابق، ص 14.

⁵-سليم بوسكين، العقيدة الأمنية الجزائرية والتهديدات الإقليمية الجديدة، النشر الجامعي الجديد، تلمسان-الجزائر، 2020، ص 100.

الدول التي كانت مستعمرة من قبل فرنسا، والتي ما تزال تمتلك نفوذ كبير بها لحد اليوم، وهذا المفهوم مرتبط بشكل واضح بما يعرف بإفريقيا الفرنسية *Afrique française*⁶.

الفرع الثاني: مفهوم ظاهرة الإرهاب

يعرف الإرهاب بأنه: "تشر الفزع والذعر لأغراض سياسية"، ومنذ ظهور مصطلح الإرهاب إلى الآن، هناك العديد من المحاولات الفقهية لتعريف الإرهاب، بالرغم من عدم التوصل لمفهوم موحد لهذه الظاهرة، وذلك لعدة أسباب أهمها أن مصطلح الإرهاب ليس مصطلحا قانونياً محدداً، بل هو مصطلح يطغى عليه الطابع السياسي، حيث عرفه كارل ياسبرز بأنه: "الخطر الذي لا يعرف حدوداً، ولا أخلاقاً، ولا عقلانية، ويتحدى أي قدرة على التنبؤ"⁷.

ويراد به أيضاً استعمال العنف غير القانوني أو التهديد به وبأشكاله المختلفة كالإغتيال والتشويه والتعذيب والتخريب، بغية تحقيق هدف سياسي معين⁸.

وعلى الصعيد الدولي عرفت اتفاقية جنيف لسنة 1937 الظاهرة الإرهابية في مادتها الأولى بأنها: "الأعمال الإجرامية الموجهة ضد الدولة، والتي تهدف إلى إحداث حالة من الرعب في أفكار أشخاص معينين أو مجموعة من الناس أو لدى العامة".

وعلى المستوى الإقليمي وباعتبار موضوعنا يعالج ظاهرة الإرهاب في الساحل الإفريقي، فقد نصت الاتفاقية الإفريقية لمكافحة الإرهاب لسنة 1999 في مادتها الأولى تعريف الظاهرة الإرهاب، حيث اعتبرت العمل الإرهابي: "أي الفعل يشكل انتهاكاً للقوانين الجنائية للدولة الطرف، والتي قد تهدد الحياة والسلامة الجسدية، أو حرية، أو التسبب في إصابات خطيرة أو وفاة لأي شخص، أي عدد أو مجموعة من الأشخاص أو الأسباب أو قد تسبب أضراراً بالمتلكات العامة أو الخاصة، والموارد الطبيعية، والتراث الثقافي والبيئي أو غير محسوب، أو تهدف إلى التخويف والإكراه أو حث أي حكومة أو هيئة أو مؤسسة أو عامة الجمهور أو أي جزء منه، على القيام أو الامتناع عن القيام بأي فعل، أو اعتماد أو التخلي عن وجهة نظر معينة، أو أن تعمل على وفقاً لمبادئ معينة، أو تعطيل أي خدمة عامة، وتقديم أي خدمة أساسية للجمهور أو لخلق حالة طوارئ عامة، أو إنشاء العصيان العام في الدولة.

⁶ -رضوان بوهديل، مرجع سابق، ص 15.

⁷ - هبة الله أحمد خميس، الإرهاب الفكري في الفكر الغربي والدعوة إلى السلام العالمي، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية - مصر، الطبعة الأولى، 2011، ص 12.

⁸ - فراس البيطار، الموسوعة السياسية والعسكرية، دار أسامة للنشر والتوزيع، عمان - الأردن، الجزء الأول، 2003، ص 16.

فأي تشجيع ورعاية والإسهام في الأمر، والمساعدة والتحريض والتشجيع، ومحاولة، والتهديد والتآمر، وتنظيم أو شراء أي شخص، بقصد ارتكاب أي فعل مشار إليه في الفقرة سالفه الذكر⁹.
أما على الصعيد الداخلي نجد بأن المشرع الجزائري كان من التشريعات السابقة إلى وضع تعريف محدد للإرهاب والجريمة الإرهابية، حيث أورد المرسوم التشريعي الصادر في 20 سبتمبر 1977 تعريفاً للأعمال الإرهابية، وساوى بينها وبين أعمال التخريب، معتبراً الأعمال الإرهابية بأنها: "كل مخالفة تستهدف أمن الدولة والسلامة الترابية واستقرار المؤسسات وسيرها العادي"¹⁰.

ولقد اعتمد المشرع الجزائري في تحديد التعريف على مبدئين هما:

- اعتبار الإرهاب ظرف مشدد عام لأي جريمة.

- استحداث وتحديد جرائم الإرهاب والتخريب.

وبذلك يكون المشرع الجزائري قد جمع بين الأسلوبين الإنشائي الإستحداثي لجرائم الإرهاب والأسلوب الغائي باعتباره ظرفاً مشدداً في الجرائم التي ارتكبت بغرض الإرهاب¹¹.

وفي إطار مساعي المشرع الجزائري لتجريم الظواهر الإرهابية تم إلغاء المرسوم التشريعي رقم: 03-92 بموجب الأمر رقم 95-11 المؤرخ في 25 فيفري 1995، وبموجب هذا الأمر أدرج الإرهاب ضمن أحكام قانون العقوبات الجزائري تحت عنوان: "جنايات التخريب والتقتيل المخلة بالدولة" في المادة 87 مكرر منه، غير أنه لم يأت بجديد سوى إدراجه لأعمال التجمهر والاعتصام في الساحات العمومية من قبيل الأعمال الإرهابية. وعموماً فالملاحظ على التعريفين السابقين الذين جاء بهما المشرع الجزائري أنهما كانا في غاية الشمولية والعموم، حيث تم فيهما تعداد الأعمال الإرهابية التي يجرمها القانون، دون أن يتم تحديد تعريف للظاهرة¹².

⁹ - المادة الأولى من الاتفاقية الإفريقية لمكافحة الإرهاب.

¹⁰ - المرسوم التشريعي رقم: 03-92، المؤرخ في 30/09/1992، المتعلق بقانون مكافحة الإرهاب والتخريب، الجريدة الرسمية، الجزائر، عدد 70، الصادرة في 05/10/1992.

¹¹ - إمام حسين خليل، نحو اتفاق دولي لتعريف الإرهاب (الجرائم الإرهابية في التشريعات المقارنة)، مركز الخليج للدراسات الاستراتيجية، مصر، 2008، ص 25.

¹² - على لونيبي، آليات مكافحة الإرهاب الدولي بين فاعلية القانون الدولي وواقع الممارسات الدولية الانفرادية، أطروحة دكتوراه، جامعة مولود معمري-تيزي وزو، 2012، ص 38-40.

المطلب الثاني: تطور ظاهرة الإرهاب في الساحل الإفريقي

مما لا شك فيه أن منطقة الساحل الإفريقي هي منطقة أزمات لما تعرفه هذه المنطقة من تدهور أمني واسع النطاق أثر بشكل كبير على دول الحزام ومجتمعاتها البدوية والبسيطة التي لا تتمتع بنظام الحماية في هذه المنطقة الواسعة أو كما يسميها البعض من الباحثين في علم الأنثروبولوجيا بالصحراء الكبرى، إضافة إلى هذا تعتبر دول الساحل من بين أفقر دول العالم في التصنيفات الدولية التابعة للمؤسسات الدولية وتقارير التنمية البشرية بالرغم مما تتوفر عليه من موارد طبيعية تشمل النفط والذهب، الحديد، ومادة اليورانيوم، ومواد طبيعية أخرى ذات الأهمية الاستراتيجية¹³.

حيث تشهد منطقة الساحل الإفريقي في الآونة الأخيرة مخاطر وتهديدات أمنية متنامية بسبب اتساع مجال أنشطة الجماعات الإرهابية وتحديدا في المناطق الحدودية بين الجزائر وموريتانيا ومالي والنيجر، إذ تتعدم أنماط الحياة المألوفة في المناطق المؤهلة للسكن، وما يلفت نظر المتتبعين للشؤون الأمنية في تلك المناطق هو الانتشار الواسع لكافة الأنشطة الموازية للأعمال الإرهابية كتجارة الأسلحة والمخدرات والهجرة الغير الشرعية مما يجعلها شبكات متداخلة في تشكيلها بين توجهات أصولية متشددة وخلفيات ومصالح اقتصادية محلية لها امتدادات إقليمية ودولية تمتد تداعياتها على الساحة الدولية¹⁴.

فضعف تنظيم القاعدة في باكستان وأفغانستان بحلول نهاية 2012 كان ينبئ بانتقال الشبكات الإرهابية إلى مناطق أخرى في العالم. فظهرت فصائل القاعدة في دول أفريقيا، خاصة في صومال ومالي ونيجيريا بالإضافة إلى شمال أفريقيا. ويرى مراقبون أن أفريقيا ستصبح مستقبلا أرض الجيل الثالث لتنظيم القاعدة بحيث تكون "أفغانستان جديدة" تمثل أحد أخطر التهديدات على استقرار العالم. ويتغلغل في القارة السمراء 5 مجموعات مسلحة على صلة بالقاعدة وهي: "بوكورام" النيجيرية، "القاعدة في المغرب الإسلامي" شمال الصحراء الكبرى، و"حركة الشباب المجاهدين" الصومالية، "حركة أنصار الدين" السلفية الجهادية في مالي، و"حركة التوحيد والجهاد" غي غرب أفريقيا، والتي يقودها منشقون عن تنظيم القاعدة. وبحسب المحللين فإن كثير من الدول التي

¹³Islamiste Terrorisme in the sahel : Fact or fiction?, Crisis Group Africa Report, N92, 31 March 2005, p34.

¹⁴-سعد حفي توفيق، النظام الدولي الجديد: دراسة في مستقبل العلاقات الدولية بعد انتهاء الحرب الباردة، الأهلية للنشر، عمان، 1999، ص 23.

فيها فصائل القاعدة مجرد وسيلة وليس غاية بالنسبة للقاعدة، أما الهدف النهائي هو السيطرة على "خزان الطاقة العالمي" التي تكون حرباً ضد الغرب ولا يمكن القيام بذلك إلا بالسيطرة الكاملة على المنطقة الواسعة¹⁵. كما أن توسع التهديد الإرهابي في منطقة الساحل الإفريقي تزايد حسب تطور حركة التفاعلات السياسية والاقتصادية كما ارتبط بالأساس بالحروب الأهلية والصراعات الداخلية، فتطور الإرهاب في الجزائر جاء نتيجة للتطورات الحاصلة في العملية السياسية (1990-1991)، إضافة إلى الأزمة الترقية في شمال مالي والإسلاميين المتصلين بالقاعدة في محاولة لاستتساخ التجربة الجهادية على غرار تنظيم القاعدة في بلاد المغرب الإسلامي وتواصلها مع الحركات الإرهابية والجهادية في دول جوار الساحل الإفريقي كجماعة بوكوحرام النيجيرية وحركة شباب المجاهدين الصومالية، وبعدها برزت بعدها كل من حركة أنصار الدين السلفية الجهادية في مالي وحركة التوحيد والجهاد في غرب أفريقيا التي يقودها منشقين عن تنظيم القاعدة¹⁶.

وأمام التطورات الحاصلة ومحاولة استرجاع الأنظمة للاستقرار والسلم في منطقة الساحل الإفريقي وفي إطار التحرك الغربي مع التدخل العسكري الفرنسي بإيعاز من السلطات التابعة لدولة مالي ومنظمة دول غرب أفريقيا (ECOWAS)، يخشى المحللون والمختصون في الشؤون الأمنية من وجود تنسيق بين الجماعات الإرهابية والمنظمات الإجرامية في منطقة الساحل الإفريقي وتوسع نطاق الأعمال الإرهابية خاصة شمال أفريقيا والجزائر بالخصوص. كما تشير دراسات خاصة أمريكية بأن منطقة الساحل الإفريقي سوف تصبح المجال الرخو والخصب لنمو الإرهاب خاصة مع بروز مجموعة من المؤشرات الداعية لتنامي التطرف الديني من خلال وجود الحركات السلفية المتعصبة¹⁷، والتي من أهمها:

الفرع الأول: تنظيم القاعدة في بلاد المغرب الإسلامي

لم ينشأ هذا التنظيم كبيراً مرة واحدة بل تدرج لمراحل تاريخية وصولاً لتنظيم القاعدة الذي يحمل بعداً إقليمياً تابعاً لتنظيم القاعدة العالمي، فالنواة الأولى للتنظيم هي تلك الشبكات التنظيمية والمؤسسات القائمة على الصعيد الوطني، فقد ظهرت القاعدة في بلاد المغرب الإسلامي بعد أعمال العنف القائمة بالجزائر في تسعينيات القرن الماضي من خلال الجماعات السلفية للدعوة والقتال التي انضمت في أواخر سنة 2006 إلى تنظيم القاعدة

¹⁵-قوي بوحنية وعبد العالي عبد القادر، جيوبوليتيكا القارة الأفريقية، الطبعة الأولى، دار حامد للنشر والتوزيع، عمان، 2020، ص104.

¹⁶-عبد الرحيم رحموني، الأمن الجزائري والفضاء الإقليمي، الطبعة الأولى، مركز الكتاب الأكاديمي، عمان، 2019، ص23.

¹⁷-أمحمد برفوق، الساحل الإفريقي بين التهديدات الداخلية والحسابات الخارجية، مجلة العام الاستراتيجي، العدد 07، نوفمبر 2008، ص03.

المركزي الذي يقوده أسامة بن لادن¹⁸، وفي 24 جانفي 2007 أعلن رسميا باسم تنظيم القاعدة في بلاد المغرب الإسلامي، والذي كان هدفه الأساسي تحرير المنطقة من الوجود الأجنبي الصليبي حسبهم خاصة الفرنسي والأمريكي والموالين له من أنظمة وإقامة دولة كبرى تحكم بالشريعة الإسلامية¹⁹.

ومن أبرز الخطوط والأهداف الإستراتيجية لتنظيم القاعدة الموالي ل بن لادن في المنطقة الصحراوية والساحل الإفريقي في إقامة مراكز تدريبية للجماعات الإرهابية وتجميعها في الصحراء وإقامة إمارة تابعة للمركز واستقطاب وتعبئة وتجنييد الشباب الناقم عن السياسات الحكومية التابعة للغرب خاصة الجزائر، موريتانيا، مالي والسعي لتوسيع ميدان المواجهة وربطها بتنظيمات الموجودة في شمال أفريقيا والقرن الأفريقي وتوحيد الجهود لتقوية التنظيمات الإرهابية المتركزة على الحدود الجزائرية الليبية والحدود الصحراوية المالية الجزائرية الموريتانية، فالقاعدة في بلاد المغرب الإسلامي هي التسمية المستحدثة عن التسمية السابقة بالجماعة السلفية للدعوة والقتال (GSPC) المنشق عن الجماعات الإسلامية المسلحة ما يسمى بالجيا (GIA) الجناح المسلح للجماعة السلفية للدعوة والقتال (Groupe islamique arme)²⁰.

فقد كان هذا التنظيم مستقرا بمنطقة الصحراء الكبرى حيث كونوا كيانا باسم إمارة الصحراء وأول نواة عسكرية سميت بكتيبة الملتهمين بقيادة بلعور كناية بالتسمية التاريخية للمنطقة باسم بلاد الملتهمين حيث قامت هذه الكتيبة باختطاف مبعوث الأمم المتحدة في النيجر روبرت فولر في ديسمبر 2008، وقام بأول هجوم في الأراضي الموريتانية في جوان 2007 بقتل حوالي 17 عسكري موريتاني، أين أسس بعدها نواة تابعة للقاعدة في موريتانيا تحت اسم أنصار الله المرابطون في بلاد شنقيط التي هاجمت السفارة الإسرائيلية بنواكشيف فيفري 2008. ومن أبرز أعضائها نجد مبارك يزيد عبد الحميد أبو يزيد، عبد المالك درودكال، يحي جوادي المكني أبو عمار أمير إمارة الصحراء.

وبعد هجمات 11 سبتمبر 2001، برزت جماعات وضعتها القوى الغربية وتحديدا الولايات المتحدة ضمن قوائم الجماعات الإرهابية التي ارتبطت هذه التنظيمات الإرهابية أو ذات التوجه الأصولي أو تلك المرتبطة مباشرة بتنظيم القاعدة المركز²¹ أو المتحالفة معه أكثر من 1200 عملية إرهابية متنوعة اشتملت قتل واغتيال

¹⁸-أميرة محمد عبد الحليم، تنظيم القاعدة في الساحل الإفريقي وبيع الثورات العربية، آفاق أفريقية، المجلد 11، العدد 38، 2013، ص119.

¹⁹- محمد محمود أبو المعالي، القاعدة وحلفائها في الساحل والصحراء، مركز الجزيرة للدراسات، الدوحة، أبريل 2012، ص02.

²⁰-عمار جفال، القاعدة من شعار الجهاد إلى نشر الإرهاب في العالم الإسلامي، المركز الدولي للدراسات المستقبلية والاستراتيجية، 21 أكتوبر 2008، ص32.

²¹أميرة محمد عبد الحليم، مرجع سابق، ص 118.

وتفجير وخطف الأجانب في كل من الجزائر وليبيا وتونس وموريتانيا والنيجر ومالي وتشاد، إضافة الى الأضرار الجسيمة التي ألحقتها بالمؤسسات الحكومية والبنى التحتية، خاصة في ظل فشل الدولة المركزية منذ الاستقلال عام 1960 في بسط سيطرتها على المساحات الشاسعة التي تتجاوز 1.124 مليون كلم مربع في منطقة الصحراء الكبرى، علما أن الساحل الإفريقي يتوزع سكانها على عرقيات متعددة من زنوج وعرب وبربر وهو ما يجعل من الصعوبة بمكان السيطرة على تحركات الجماعات الإرهابية المسلحة التي تعتمد أدلاء من أبناء الصحراء يجيدون اقتفاء الأثر والتحرك بسهولة لا يقدر عليها غيرهم²².

وكما يقترب شمال مالي من سلسلة جبال تمنراست الجزائرية، بما يجعل تحرك الجماعات المسلحة بين البلدين أمرا يسيرا وهذا أبرز مثال عن فشل الحكومات المركزية في المراقبة الحدودية كما يسميه الباحثين في الدراسات الأمنية بمفهوم الانكشاف الأمني، كما يحيل تنظيم القاعدة لبعض الأهداف الإيديولوجية ذات الطابع الإقليمي الديني كمهاجمة المسيحيين في نيجيريا، وفي هذا الصدد قول الخبير "ماثيو غيدار" بأن نيجيريا ليست بعد قاعدة للإرهاب، ولكنها تتعرض لاختراقات من قبل الجماعات الإرهابية في الصحراء الكبرى التي تستقطب عناصرها من هناك مستغلة الأوضاع الاقتصادية والسياسية الهشة أين كونت قاعدة لها بنيجيريا تحت ما يسمى بجماعة "بوكو حرام"²³ والذي سنتناوله في التالي.

الفرع الثاني: جماعة بوكو حرام

إذ قام مجموعة من الشباب الجامعيين وبعض العسكريين السابقين إضافة إلى عدد من أصحاب المهن في شمال نيجيريا بتأسيس تنظيم أهل السنة والجماعة، ومن اللافت للانتباه أن هذه الجماعة قد اختارت لنفسها معسكرا منعزلا عن الناس أسمته "أفغانستان" حتى تتأى بنفسها عن المجتمع الفاسد، وبالتزامن مع هذه التحولات التي شهدتها الخطاب الإسلامي في نيجيريا ظهرت مجموعة أخرى بقيادة محمد يوسف، وهي التي عرفت إعلاميا ولا تزال باسم "بوكو حرام" بقيادة الشيخ محمد يوسف: جماعة إسلامية في الولايات الشمالية في نيجيريا التي تسعى الى تطبيق الشريعة الإسلامية، والاسم الرسمي للجماعة "جماعة أهل السنة للدعوة والجهاد". تم انشاء هذه الجماعة في مدينة ميدوجوري في عام 2002 باسم "بوكو حرام" التي جاء من اللغة المحلية (الهوسا) بمعنى "تعليم الغربي حرام" لأنه يمثل سبب انتشار الفساد في المجتمع الإسلامي، فهي أنشأت لمناهضة انتشار التعليم الغربي ظنا منها أن الحكومة النيجيرية باعتمادها على التعليم الغربي والقوانين الغربية وعدم تطبيقها للشريعة الإسلامية في كل ولايات الشمالية النيجيرية تتسبب في إلحاق الضرر بآلاف المسلمين الذي يعانون البطالة والأمراض

²² Angélique Mounier-Kuhn, La Lutte contre Al-Qaida au Maghreb peine a'organiser, journal le temps, page international, mercredi 28 juillet 2010, P04.

²³ عبد الرحيم رحموني، مرجع سابق، ص 28-29.

والتهميش الاقتصادي والسياسي، ومن هنا جاءت مواجهتها للحكومة، ولكن مع استمرار اعتماد الدولة على المسار الأمني دون غيره في مواجهة الجماعات تصاعدت أعمالها ضد مراكز الشرطة والكنائس، إلا أنها لم تخرق عن النطاق المحلي²⁴.

الفرع الثالث: حركة التوحيد والجهاد في غرب إفريقيا

هي حركة منشقة عن تنظيم القاعدة في بلاد المغرب الإسلامي وجناح تابع لها في نفس الوقت مع الجماعات الأخرى المتواجدة في المنطقة كحركة شباب المجاهدين في الصومال وجماعة بوكو حرام في نيجيريا والشباب المتمرد في تشاد²⁵، حيث أعلن عن هذه الجماعة أول مرة في أكتوبر 2011 حيث توصف بأنها الجماعة الإرهابية المسلحة الأكثر إثارة للرعب في شمال مالي، ويأتي تأسيس هذه الجماعة بعد انشقاق زعيمها "سلطان ولد بادي" المكني بـ "أبو علي" بعد رفض قيادة تنظيم القاعدة بتأسيس سرية خاصة بعرب أزواد، التي تستوطن في منطقة غاو (Gao) المالية حيث شهد توترا كبيرا بين الحركة والتنظيم إلا أن تدخل مختار بلمختار المكني ببلعور زعيم تنظيم القاعدة بتهدئة الأجواء وقيادة المفاوضات مع هذه الحركات، والخروج بنقطة توافق هي ضرورة التنسيق المشترك بينها وبين القاعدة حيث تعتبر هذه الحركة من أخطر الحركات الناشطة جنوب الجزائر وشمال مالي وقيامها:

- اختطاف رهينتين إسبانيتين وإيطالي عند بداية التأسيس أكتوبر 2011.
 - اختطاف سبعة دبلوماسيين جزائريين في مدينة غاو أبريل 2012.
 - تبني جماعة التوحيد والجهاد في غرب إفريقيا للعملية الانتحارية استهدفت مقر الدرك الوطني الجزائري بتمنراست في مارس 2012.
- وهناك تقارير تشير بأن حمادة ولد محمد خيرو هو من تزعم هذه الحركة، إلا أنه نظرا للسرية الكبيرة التي تكتنف هذا التنظيم وصعوبة الوصول للمعلومة تحول دون ذلك²⁶.

الفرع الرابع: حركة أنصار الدين

تأسست جماعة أنصار الدين بشهر كامل بعد تأسيس حركة التوحيد والجهاد في نوفمبر 2011، حيث أسسها فنصل سابق لحكومة مالي في مدينة جدة السعودية وهو "إياد غالي خالد"، وتنطلق المقاربة الأساسية

²⁴-قوي بوحنية وعبد العالي عبد القادر، مرجع سابق، 105-106.

²⁵-أميرة محمد عبد الحليم، مرجع سابق، ص 118.

²⁶-عبد الرحيم رحموني، مرجع سابق، ص 30.

لهذا التنظيم بالسمة الإسلامية وأبرز عناوين هذه السمة الدعوة لتطبيق الشريعة الإسلامية في شمال مالي، والإعلان عن قيام دولة إسلامية في شمال مالي وتعتبر منطقة "كيدال" المعتقل الأساسي لحركة أنصار الدين²⁷. وقد بدأت جماعة أنصار الدين عملياتها المسلحة في أزواد بهجوم على مدينة أغلهوك غرب كيدال في أواخر جانفي 2012، حيث سيطرت على قاعدة عسكرية بارزة، ومع انهيار الجيش المالي بسبب تداعيات الانقلاب العسكري الذي أطاح بالرئيس المالي أمادو توماني توري في 22 مارس 2012، سارع إياد غالي إلى وضع خطة مع حلفائه في القاعدة وحركة التوحيد والجهاد للسيطرة على مدن أزواد الكبرى من خلال السيطرة على كيدال وغاو من طرف التوحيد والجهاد.

أما فيما يخص أهم الكتائب المنتشرة في منطقة الساحل الإفريقي التي تعتبر فروع ثانوية للتنظيمات الإرهابية الكبرى في المنطقة نجد:

- كتيبة الملتمين يتولى قيادتها بلعور حيث أسس من بعدها كتيبة الموقعون بالدماء.
- كتيبة طارق بن زياد يقودها الجزائري عبد الحميد أبو زيد.
- سرية الفرقان يقودها جمال عكاشة المدعو يحيى أبو همام.
- سرية الأنصار تحت قيادة أبو عبد الكريم التارقي الذي ينحدر من طوارق مالي وهو القيادي الوحيد بين هذه التشكيلات الإرهابية الذي لا يحمل الجنسية الجزائرية.
- سرية أنصار الشريعة التونسية التي استقوت بعد سقوط نظام التونسي السابق التي كان لها يد في أحداث تيفنتورين بعين أميناس²⁸.

المبحث الثاني: دور الدبلوماسية الجزائرية في مكافحة الإرهاب في الساحل الإفريقي.

استغلت الجزائر مختلف المناسبات والمنابر الإقليمية والعالمية لطرح خبرتها وتسويق مقاربتها الأمنية في مجال مكافحة الإرهاب القائمة بالأساس بين الردع والمواجهة الميدانية للجماعات الإرهابية، وتفعيل مسارات التنمية لتجفيف منابع الجماعات الإرهابية من التجنيد والاستثمار في الوضع المعيشي المزري المغذي الأول والأخطر للتطرف عموما والإرهاب خصوصا. لكن قبل هذا علينا معالجة مفهوم الدبلوماسية العامة وأهميتها على الساحة الدولية باعتبارها أداة من أدوات السياسة الخارجية، والذي سنتناوله في المطلب الأول.

²⁷ Angélique Mounier-Kuhn, op-cit, p06.

²⁸ عبد الرحيم رحموني، مرجع سابق، ص 31.

المطلب الأول: مفهوم الدبلوماسية العامة وأهميتها

إن الدبلوماسية بمفهومها العام يمكن اعتبارها متغيراً تابعاً في دراسة وتحليل السياسة الخارجية، لأنها تعتبر وسيلة من وسائل تنفيذ السياسة الخارجية، وبالتالي فإن الاعتبارات السياسية هي الغالبة في الظاهرة الدبلوماسية، فالسياسة الخارجية هي كل السلوكيات السياسية الهادفة والناجمة عن عملية التفاعل المتعلقة بعملية صنع القرار الخارجي للوحدة الدولية، والتي هي عبارة عن فعل ملموس تقوم به هذه الوحدة بصورة هادفة للتعبير عن توجهاتها في البيئة الخارجية.

وتكمن السياسة الخارجية في كونها عملية اختيار المصالح القومية، وهذا ما يجعلها تقوم على مجموعة من المراحل تبدأ من التصور ثم المحتوى ثم التنفيذ، وذلك من خلال التقويم الاستراتيجي لماهية الأهداف المطلوبة، والمتاحة مع الأخذ بعين الاعتبار طبيعة النظام الدولي وطبيعة السياسات الإقليمية بما يتوافق وآليات التنسيق الداخلي للدولة والوسائل التي تمكن الدولة من نقل آرائها ورغباتها إلى دول أخرى.

ومن هذا المنطلق كانت العلاقة بين الدبلوماسية والسياسة الخارجية علاقة ترابطية تكاملية باعتبارها أداة من أدوات تنفيذ السياسة الخارجية، وتعتمد في ذلك على شتى الوسائل المتوافرة لديها سواء كانت هذه الوسائل هي وسائل رسمية أو غير رسمية²⁹.

الفرع الأول: مفهوم الدبلوماسية العامة

من ظواهر عصرنا الراهن انتشار الديمقراطية واستقلال الشعوب، وكان لهذه الظواهر تأثير كبير على الدبلوماسية خصوصاً بعد الحرب العالمية الثانية، فقد تركت الديمقراطية أثرها العميق على الدبلوماسية حيث أصبحت أكثر عرضة لضغوط الرأي العام وأدواته، كما أنها فقدت تقاليداً السابقة التي تتسم بالارستقراطية الشعبية، وهذه الدبلوماسية رغم أنها لا تحوي خصائص ومستويات الدبلوماسية التقليدية الرسمية إلا أنها تمثل إحدى الأدوات المباشرة والفعالة في ربط الشعوب وتحقيق التواصل بين الأمم وهو ما يمكن أن يكون إحدى أدوات دعم ومساندة الدبلوماسية الرسمية.

فالدبلوماسية العامة هي تلك النشاطات الدبلوماسية التي تتجه إلى مخاطبة الجماهير الشعبية بوسائل شعبية لإيجاد علاقات مباشرة بين الشعوب، والدبلوماسية العامة تمثل صورة التطور الذي طرأ على الدبلوماسية في القرن العشرين الذي نجم عن التقدم التكنولوجي من جهة وعلمية الدبلوماسية من جهة أخرى، لذلك فإن

²⁹ - منيرة بودردابن، الدبلوماسية العامة كأداة استراتيجية لفهم وتفسير السياسات الإقليمية وتنفيذ السياسة الخارجية، مداخلة في ملتقى الدولي الموسوم تحت عنوان "دور الجزائر الإقليمي: محددات والأبعاد"، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة تبسة، 28 و 29 أبريل 2014، ص 1.

الاتصال بالشعب قد أعطى للدبلوماسية هذه التسمية، ويضاف إلى ذلك سعي الدبلوماسية لكسب الرأي العام الشعبي، وهذا التحول الذي فرضته ظروف وأحوال العلاقات الدولية جعل من الدبلوماسية أن تكون عامة في أهدافها ووسائلها.

وتعتبر الدبلوماسية العامة من ضمن أنواع وأنماط النشاط الدبلوماسي التي تمارسها مجموعة من الوحدات داخل المجتمع في ظل حركية التفاعل السلمي في العلاقات الدولية، وإن اختلفت درجة التركيز عليها من دولة إلى أخرى.

والحديث عن الدبلوماسية العامة يثير أمامنا نقطة مهمة تتعلق بمسألة التطور الذي طرأ على نمطية النشاط الدبلوماسي والذي أخذ يخرج من مفهومه التقليدي الضيق إلى مفهومه المعاصر في صورته الواسعة، وفي هذا الصدد يقول بطرس بطرس غالي: "كانت الدبلوماسية التقليدية تقوم أساساً على التعامل بين الحكومات أما اليوم فنتيجة لانتشار التعليم والثورة الهائلة في وسائل الاتصال فإن الدولة تحاول أن تكون لها علاقات مباشرة مع الشعوب ويسمى هذا الأسلوب بالدبلوماسية العامة"

وهناك من يعرف الدبلوماسية العامة بأنها تلك الدبلوماسية التي لا تستطيع أن تتجح إلا بدبلوماسيين عموميين يأتون من عموم الشعب ويفهمون لغته ويحسون بأحاسيسهم ويعملون من أجل خدمته. إذن الدبلوماسية العامة لا تقتصر على نشاطات الحكومة من مؤتمرات وتفاوض في إطار المنظمات الدولية ولكنها تشمل التجمعات الشعبية في ظل تحسين وسائل الاتصال لتحقيق التنمية والتفاهم والتعاون بين الناس، وهي من أهم العوامل في قيادة السياسة العامة وتسوية العديد من المشاكل في الآونة الأخيرة، وهي تتبع من الشعب وليس من طرف دبلوماسيين رسميين ووسائل شعبية للحفاظ على التفاهم الدولي.

فهي عبارة عن مزيج من الاتصالات والتفاعلات غير الرسمية بين الكيانات السياسية المعاصرة وغيرها من الأطراف داخل المسرح العالمي، وذلك من خلال المنظمات الشعبية والجماعات الأهلية والهيئات غير الحكومية.

ومهما اختلفت التعاريف التي وردت بهذا الخصوص فإنه يمكن القول أن الدبلوماسية العامة تركز في جوهرها على أساس إقامة علاقات مباشرة مع الشعوب بصرف النظر عن الوسائل المتبعة في ذلك، وذلك من خلال الأنشطة التي تبثها الدولة الممثلة في شعبها لكسب الرأي العام خارج نشاط السفارات والبعثات الرسمية، مستخدمة كل إمكاناتها وعلاقاتها واتصالاتها مثل النقابات العمالية ومنظمات المجتمع المدني وغيرها من المنظمات غير الحكومية، فهي في مفهومها الواسع تعنى بالمواقف الإستراتيجية والإجراءات التي تسعى من

خلالها إلى تحقيق الأهداف المرجوة، فهي بذلك سمة ملازمة للمجتمعات الديمقراطية قائمة على تبادل الأفكار ومهمتها العالمية هي أمر أساسي لعلاقاته مع الشعوب الأخرى³⁰.

لذلك فإن الدبلوماسية العامة تسعى إلى تفعيل مشاركتها في تحقيق الأهداف الإستراتيجية للسياسة الخارجية للدول حتى تتمكن من أداء رسالتها بصورة أفضل، وذلك من خلال مجموعة من البرامج التي تحرص على ترسيخ أسلوب التنسيق المستمر وتكامل الأداء مع الأجهزة والمؤسسات القومية ذات الصلة بالشأن الخارجي ومع المنظمات والاتحادات الشعبية ووصولاً إلى فهم مشترك لدور الدبلوماسية العامة في تعزيز الصلات وتطويرها بين الشعوب وتعميق ثقافة التواصل والحوار بين شعوب العالم من أجل خلق مناخ عالمي يسوده السلام والأمان والعدالة وحقوق الإنسان ولأجل تكريس مبدأ توسيع قاعدة المشاركة في العمل الوطني الشعبي والدولي.

ويمكن الإشارة في هذا الصدد إلى أن درجة مساهمة الدبلوماسية العامة في تنفيذ السياسة الخارجية للدول ومدى تأثيرها عليها تختلف تبعاً لنوعية الحكم وحسب قوة أو ضعف المشاركة السياسية للمواطنين، والذي يؤثر في مسار السياسة الخارجية للدولة وفي تحديد توجهاتها ليس في الداخل فقط بل في الخارج أيضاً³¹.

الفرع الثاني: أهداف الدبلوماسية العامة في تفسير مبررات السياسات الإقليمية للدول:

إن الهدف الرئيسي الذي تسعى إليه الدبلوماسية العامة هو قيام علاقات مباشرة بين شعوب العالم، هذه الشعوب هي أطراف العلاقات الدبلوماسية والدولية وذات المصلحة الحقيقية في قيام عالم آمن ومتفاعل وتحقيق مصالح الشعوب المشتركة والمتشابكة في المجالات المختلفة، ومن البديهي أن تختلف أهداف الدبلوماسية العامة بإطارها غير الرسمي عن الدبلوماسية الرسمية، فالدبلوماسية العامة تهدف إلى قيام علاقات مباشرة بين الشعوب بوسائل شعبية وأجهزة تعبر عن الشعب وأحاسيسه.

ومن هذا المنطلق يمكن استنتاج العديد من الأهداف الأساسية التي تسعى الدبلوماسية لتحقيقها وذلك ضمن معايير السياسات الإقليمية ويمكن تلخيصها فيما يلي:

1- الدبلوماسية العامة هي الجهد الشعبي الذي يهدف إلى التأكيد على كرامة الإنسان وحرية قراره من أجل إحداث التغيير وترقية سلوكه ومظهره العام إلى جانب اتجاهات التنمية في شتى صورها، والسعي إلى تفعيل المشاركة الشعبية من خلال قنواتها غير الرسمية والتركيز على المحيط بقدراته البشرية وإمكاناته باعتباره الفاعل في توجيه سياساتها الداعية للمشاركة.

³⁰ -منيرة بودردابن، مرجع سابق، ص 2.

³¹ -منيرة بودردابن، مرجع سابق، ص 3.

- 2-تهدف الدبلوماسية العامة إلى تعزيز أولويات السياسة الخارجية، من خلال فهم وإعلام النفوذ الأجنبي والجماهير وصناع القرار وتوسيع الحوار بين المواطنين ومؤسسات الدولة ونظرائهم في الخارج.
- 3-تسعى الدبلوماسية العامة إلى إحداث التواصل مع غير الدول من الأطراف الفاعلة في المجتمع المدني مثل المنظمات غير الحكومية ووسائل الإعلام والجمهور العام، والغرض هو التأثير على نفوذ الجهات الفاعلة من غير الدول ومن ثم لعب دور حيوي في حماية مصالح الدولة والتصدي للعناصر المناهضة والمعارضة.
- 4-تركيز الدبلوماسية العامة على الممارسة الديمقراطية التي تهدف إلى إيجاد الافتراضات والقيم المشتركة، من خلال الحوار والاتصالات التي تصب في اتجاه واحد، والتركيز على عنصر مهم هو بناء الشخصية والمؤسسية والعلاقات الخارجية في إطار حوار مع الجماهير لتحديد طبيعة الأنشطة.
- 5-تهدف الدبلوماسية العامة إلى تعزيز فكرة المواطنة والحفاظ على تلاحم نسيج المجتمع، والتي تتعارض مع سياسات وأهداف الحكومة على الصعيد الدولي وتفعيل دور الشعوب في محاولة لتصحيح التصورات الخاطئة وإيجاد الحلول للمشاكل التي عجزت عن حلها الجهات الرسمية.
- 6-تهدف الدبلوماسية العامة إلى التركيز على التأثير في الرأي العام من خلال وسائل الإعلام وبما تصدره من كتب ونشرات وما تنظمه من ندوات ومحاضرات، هادفة من وراء ذلك كله إلى تحريك الرأي العام لتأييد موقفها بما يحقق لها تأثير على الحكومة أو السلطة أو كليهما.
- 7-تسعى الدبلوماسية العامة إلى تحديد طبيعة العلاقة بين الحكومة والمجتمع من خلال تبادل المعلومات بين الحكومة ومواطنيها وغيرها من المؤسسات التابعة للدولة، وبالتالي تعزيز المصلحة الوطنية للبلد من خلال التفاهم وإعلام التأثير على الجماهير الخارجية وتشكيل بيئة الاتصالات الخارجية والحد من زيادة التصورات الخاطئة وسوء الفهم الذي يزيد من تعقيد العلاقات الخارجية³².

المطلب الثاني: جهود الدبلوماسية الجزائرية في الساحل الإفريقي

بعد أن أصبحت الجزائر مركز استقطاب للجماعات الإرهابية أين توسعت عبر كامل حزام الساحل الإفريقي خاصة بعد تأسيس كيان إرهابي منظم تابع لقاعدة الأم مسمى تنظيم القاعدة في بلاد المغرب الإسلامي، والذي كان يمسها في الجنوب الواسع بحدوده الشاسعة مع الصحراء الكبرى معقل الجماعات الإرهابية خاصة بعد تصاعد عمليات الاختطاف في منطقة الساحل الإفريقي منذ سنة 2003، وهذا بعد سلسلة من

³² -منصور لخضاري، المقاربة الجزائرية لمكافحة الإرهاب في الساحل الإفريقي، مداخلة في ملتقى الدولي الموسوم تحت عنوان "دور الجزائر الإقليمي: محددات والأبعاد"، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة تبسة، 28 و 29 أبريل 2014، ص 5.

الاختطافات كاختطاف سياح أوروبيين معظمهم من جنسيات أوروبية خاصة العمال الفرنسيين بالشركات النفطية في النيجر كشركة أريفا الفرنسية، واختطاف دبلوماسيين كنديين ومن جنسيات مختلفة في العالم. اذ نتج عن تلك العمليات عمليات ابتزاز واسعة بين المنظمات الاجرامية والجماعات الارهابية والدول المفاوضة، مما أدى لاستجابة هذه الدول لمطالب الإرهاب وقامت بدفع الفدية كمقابل لإطلاق سراح الرهائن الأجانب ما جعل الجزائر تستنكر هذه الأعمال والتفاعل الإيجابي مع الجماعات الإرهابية والتي طالبت الجزائر من خلالها في قمة سرت الليبية سنة 2009 بمقترح تجريم الفدية مما جعلها تحصل على تأييد الإتحاد الإفريقي. وقبل هذا فقد نجحت الجزائر ووقفت الى حد كبير في مكافحة الإرهاب واستئصال جذوره، وهذا بتبني مقاربة استراتيجية تحمل أبعاد سياسية كالحوار السياسي والسلمي بين كافة الأطراف، وعسكرية أمنية كالإكراه والضغط الأمني، واقتصادية من خلال إعادة الجدولة وسياسة التقشف ومسح الديون الخارجية والإصلاحات الاقتصادية من خلال مشاريع التنمية المستدامة وتعويض الضرر المعنوي للشعب الجزائري، وقانونية من خلال قانون الرحمة والوثام المدني ومشروع السلم والمصالحة الوطنية.

إذن وبعد النجاح الداخلي وأمام هذا الرصيد الكبير أصبحت الجزائر من الدول الرائدة في مجال مكافحة الإرهاب باعتراف من القوى الكبرى كالولايات المتحدة الأمريكية ودول الاتحاد الأوروبي والمنظمات الاقليمية والدولية كالأمم المتحدة، اين انتقلت الجزائر في مواجهة الظاهرة الى خطوة المسار الدولي لمكافحة الإرهاب، وكان لها الدور الدبلوماسي والقانوني خاصة داخل الهيئة الأممية من القرار 1373 المصادق عليها يوم 2001/09/28 غداة اعتداءات سبتمبر 2001، وصولا الى المصادقة الاستراتيجية العالمية لمكافحة الإرهاب يوم 2006/09/06.

وما زاد من النثر السياسي والدبلوماسي للجزائر في مجال مكافحة الإرهاب هو الدعم الواسع التي حصلت عليه الجزائر في قضية تجريم الفدية من خلال اللائحة الأممية 1904، كون أموال الفدية تعتبر عاملا أساسيا في تقوية الجماعات واستمرار النشاطات الارهابية التي أضحت تشكل المورد الحيوي لها وكذا يشجع على خلق مجموعات وحركات إرهابية أخرى، فهناك أرقام تقول أن مجموع ما قدمته الدول الأوروبية للجماعات الإرهابية فاق 150 مليون دولار قبل نهاية 2010.

وبناءا عليه فالجزائر دافعت بقوة عن مطلبها لدى الهيئة الأممية كما لم تخف التعبير عن أسفها من هذه الممارسات التي تقوم بها الدول الأوروبية لإطلاق سراح رهائنها بالاستجابة لمطالب الجماعات الإرهابية وتقديم الفدية وبهذا تقوم بتشجيع الجماعات الإرهابية على الاستمرار في نشاطه، وملزمة بذلك الدول بأخذ تجريم الفدية بالنظر لانعكاساته الخطيرة على أمن الساحل الإفريقي داعية الجزائر بضرورة التنسيق والتعاون في مكافحة

الإرهاب ودفع الفدية، فالجزائر لها دور محوري ولا زال من خلال جملة من المبادرات في مجال التعاون الإقليمي لمكافحة الإرهاب على مستوى منطقة الساحل الإفريقي³³.

الفرع الأول: الاتفاقية الإفريقية لمكافحة الإرهاب والبروتوكول المكمل لها

اعتمدت اتفاقية منع الإرهاب و مكافحته في الدورة العادية الخامسة و الثلاثون (35)، لقمة المنظمة الإفريقية التي عقدت في الجزائر في 14 جويلية 1999، و دخلت حيز النفاذ في 6 ديسمبر 2002 ، والتي وقعت عليها آنذاك 49 دولة من الدول الأعضاء في الاتفاقية، في حين صادقت عليها 40 دولة، وتوفر الاتفاقية الإطار القانوني لمكافحة الإرهاب على الصعيد القاري ، كما يحدد عددا من الجرائم الإرهابية و مجالات التعاون بين الدول، و تتضمن أحكاما تفصيلية بشأن تسليم المجرمين و التحقيقات خارج أراضيها و المساعدات القانونية المتبادلة³⁴.

كما اعتمد الاتحاد الإفريقي خطة عمل للوقاية و مكافحة الإرهاب الذي تمخض عن اجتماع حكومي رفيع المستوى بشأن منع و مكافحة الإرهاب في إفريقيا، الذي عقد بالجزائر في الفترة ما بين 11 إلى 14 سبتمبر 2002، و تهدف هذه الخطة إلى التجسيد العملي بالالتزام الدول الأعضاء في الاتحاد الإفريقي، و تعزيز فرص حصول البلدان الإفريقية إلى الموارد المناسبة لمكافحة الإرهاب. و من أهم النقاط التي تناولتها هذه الخطة العملية:

- تعزيز قدرات الدول على مراقبة الحدود، بما في ذلك إصدار وثائق السفر والهوية أكثر أمنا وتوفير التدريب المنتظم للجمارك...
- تحديث ومواءمة النظم القانونية والوطنية والإقليمية لمواكبة التحديات.
- وضع الصيغة النهائية للسكوك الإفريقية لتسليم المجرمين والمساعدات القانونية المتبادلة.
- قمع تمويل الإرهاب، بما في ذلك تعزيز التدابير التشريعية وإنشاء وحدات الاستخبارات المالية في الدول الأعضاء.
- تعزيز تبادل المعلومات والاستخبارات المتعلقة بالإرهاب والجماعات والأفراد، وطريقة عملها ووسائل التمويل³⁵.

³³ - عبد الرحيم رحموني، مرجع سابق، ص 35-36.

³⁴ -أمر عمورة، من أجل مقارنة إفريقية لمكافحة الإرهاب، مجلة الجزائرية للدراسات السياسية، العدد الخامس، 2016، ص 43-44.

³⁵ - أحلام بوكربوغة، تعاون دول الساحل في مكافحة الجريمة الإرهابية، مذكرة ماجستير، جامعة أم البواقي، 2012، ص 90.

إضافة لاتفاقية منظمة الوحدة الإفريقية للوقاية و مكافحة الإرهاب لعام 1999، فقد تم اعتماد بروتوكول إضافي لاتفاقية المنظمة من قبل الدورة العادية لمؤتمر الاتحاد الإفريقي الذي عقد في أديس أبابا في يوليو 2004، والغرض الرئيسي من هذا البروتوكول تعزيز تنفيذ الاتفاقية وإعمالا بالمادة 3(د) من البروتوكول المتعلق بإنشاء مجلس السلم و الأمن، على الحاجة إلى تنسيق و مواءمة الجهود القارية في مجال الوقاية و مكافحة الإرهاب في جميع جوانبها، وكذلك تنفيذ الصكوك الدولية الأخرى ذات الصلة، وقد تم التوقيع على البروتوكول من جانب الدول الأعضاء 41، في حين صادقت عليها 10 و المطلوب 15 لتصديق حتى يدخل حيز النفاذ .

فبموجب البروتوكول الدول الأطراف التزمت بالتنفيذ الكامل لأحكام الاتفاقية، و القيام بعدد من الخطوات الأخرى بما في ذلك إنشاء نقاط اتصال وطنية من أجل تسهيل تبادل المعلومات في الوقت المناسب بشأن الجماعات الإرهابية و الأنشطة على المستوى الإقليمي و القاري و الدولي، بما في ذلك تعاون الدول من أجل قمع تمويل الإرهاب، وتقديم تقارير سنويا، أو على فترات منتظمة حسب ما يحدد المجلس، واتخاذ التدابير اللازمة لمكافحة ومنع الإرهاب وتقديم التقارير بجميع الأنشطة الإرهابية إلى المجلس بمجرد حدوثها ، وعلى الدول أن تصبح أطرافا في جميع الصكوك المعنية بالإرهاب الدولية منها و الإقليمية³⁶.

الفرع الثاني: لائحة تجريم الفدية

سعت الجزائر بخطا حثيثة الى اقناع المجتمع الدولي بقمع مصادر تمويل الأعمال الإرهابية و تجريم دفع الفدية، و في هذا المسعى تكلفت مجهوداتها بمصادقة مجلس الأمن على اللائحة رقم 1940 المتعلقة بتجريم الفدية في ديسمبر 2009، و التي تعتبر مكملة لللائحة رقم 1373 المتعلقة بتمويل الإرهاب و مكافحته واللائحة رقم 1267 المتصلة بتمويل نشاطات الجماعات الإرهابية، وبمناسبة انعقاد الاجتماع الثاني لمنظمة الأمم المتحدة حول الاستراتيجية العالمية لمكافحة الإرهاب بنيويورك في الفترة الممتدة بين 07 و 09 ديسمبر 2010، فقد حذرت الجزائر من التهديد الخطير للأمن الدولي بسبب ظاهرة احتجاز الرهائن ودفع الفدية للجماعات الإرهابية و دعت إلى اتخاذ اجراءات لإجبار الدول على احترام التزاماتها، فقد استطاعت الجزائر في هذا المحفل استصدار النص القانوني لقرار مجلس الأمن رقم 1904 والذي يجرم دفع الفدية للجماعات الإرهابية نظير الإفراج عن الرهائن، كما صادق مجلس الأمن على مذكرة الجزائر يوم 17 جانفي 2014 حول الممارسات الحسنة في مجال الوقاية من الاختطافات من أجل طلب الفدية للجماعات الإرهابية والقضاء على المزايا المنجزة عن ذلك ، ودعا المديرية

³⁶ - أحلام بوكربوعه، المرجع السابق، ص 91.

التنفيذية لمجلس مكافحة الإرهاب إلى أخذ مذكرة الجزائر بعين الاعتبار، و هذا يشكل انتصارا دبلوماسيا للجزائر في إطار استراتيجيتها الدولية لمحاربة أشكال تمويل الجماعات الإرهابية³⁷.

إن الالتزام بقرار منع تقديم الفدية للجماعات الإرهابية هي الخطوة التي جاءت بعد أيام من إفراج السلطات المالية عن إرهابيين مطلوبين للعدالة الجزائرية، مقابل تحرير الرهينة الفرنسي "بيار كامات". ولقد حرص وزراء خارجية الدول السبع المشاركة في اجتماع الجزائر وهي: بوركينافاسو، ليبيا، مالي، موريتانيا، النيجر، نيجيريا، التشاد، إلى جانب الجزائر كدولة ثامنة التي تنتمي إلى دول الساحل على التأكيد بأن الوقاية من الإرهاب وارتباطاته يجب أن تتم من خلال مقاربة متكاملة ومنسقة، تتمحور في مسؤولية الدول في القيام بمكافحة فعالة وشاملة ضد الإرهاب.

وبالرغم من ذلك، إلا أنه وفي شهر أبريل من سنة 2012 تم اختطاف سبعة دبلوماسيين جزائريين بمن فيهم القنصل الجزائري في مدينة "غاو" في شمال مالي، وقد تم الإفراج عن ثلاثة منهم في يوليو 2012، وبقي أربعة منهم محتجزين، وإعمالاً للمبادئ المتفق عليها فإن الجزائر رفضت دفع الفدية المالية للخطافين³⁸.

الفرع الثالث: ندوة الجزائر حول الشراكة والأمن والتنمية

كانت ندوة ر بين دول الميدان وشركاء خارج الإقليم في الجزائر العاصمة في سبتمبر 2011، فوفقا لشعار الندوة انطلقت الجزائر في مقاربتها الأمنية من مبدأ "نحن" والمتمثلة في دول الميدان، أما في شعار "هم" فيقصد بها الشركاء الأجانب خارج الإقليم، وكانت مشاركة 38 دولة في الندوة.

فالمقاربة الأمنية الجزائرية تمثلت في إعادة الأمن والاستقرار، وتعزيز التنمية والتعاون في مكافحة الإرهاب كون عملية مكافحة الإرهاب في منطقة الساحل أصبحت جد مكلفة خاصة بالنسبة لدول المنطقة والتي تعاني أغلبها من ضعف وعجز كبير في جميع المجالات خصوصا العسكرية منها، إذ أن الوضع الأمني والاقتصادي في منطقة الساحل سيء جدا ويبعث بالقلق بسبب ما يطرحه هذا الوضع من تحديات كبيرة أمام حكومات تلك الدول، كون هذه الدول الأخيرة تعد من أكثر الدول فرا وفسلا في العالم بسبب عدة عوامل منها تداعيات الحقبة الاستعمارية السابقة التي مرت بها المنطقة، وكذلك انتشار مظاهر الجهل والخوف والتخلف والأمية والفقر من خلال غياب بنية تحتية تساعد على تحسين الوضع الاقتصادي فضلا على كون المنطقة

³⁷ -حكيم غريب، الاستراتيجية الجزائرية في مكافحة ظاهرة الإرهاب والتطرف، 07/02/2018، تم استرجاعه بتاريخ

28/06/2020، على الساعة 15:22، الرابط: <http://www.sasapost.com>

³⁸ - يحي زوبر، الجزائر والوضع المعقد في منطقة الساحل ومنع الحرب ومكافحة الإرهاب، 28/11/2012، تم استرجاعه بتاريخ

15/06/2020، على الساعة 19:30، الرابط: <http://studies.aljazeera.net>

تعرف بعدم الاستقرار السياسي وتشهد العديد من بلدانها انقلابات عسكرية من السودان إلى موريتانيا وكان آخرها الانقلاب العسكري في مالي³⁹.

خاتمة:

تعد الدبلوماسية الأمنية من الآليات التي اعتمدها الجزائر في سياستها الخارجية لتحقيق المقاربة الأمنية في مجال مكافحة الإرهاب في منطقة الساحل الإفريقي، والتي تمثلت في خطة عمل واستراتيجية تشارك بها في جميع المناسبات الإقليمية والدولية وهذا بفعل خبرتها في هذا المجال وتعتمد هذه المقاربة على تعبئة المنطقة، والمقصود هنا دعم دول الساحل الإفريقي ومحاولة سد النقص التي تعاني منها خصوصا في المجال العسكري، إذ يتوجب دعمها بمنظومة متكاملة من المعدات والأجهزة الاستعلامية التي تقوم بمختلف المهام الاستخباراتية لكشف عن التنظيمات الإرهابية التي تشكل خطرا على الأمن الإقليمي. إضافة لضرورة مواصلة التعاون الدولي البيني لدول الساحل الإفريقي على تعزيز قدراتها في حماية ومراقبة حدودها بتقديم الدعم المادي لها وتعزيز قدراتها الأمنية.

كما نلتزم بحكمة الدبلوماسية الجزائرية في إطار الجهود مكافحة الإرهاب في الساحل، بمعالجة الازمات الداخلية لدول الساحل كالأزمة في ليبيا ومالي، وذلك عن طريق الحوار والتقارب في الرؤى وعدم السماح للتدخل الأجنبي في المنطقة.

وبناء على ماتقدم نقترح جملة من التوصيات وهي:

- 1- ضرورة وضع استراتيجية تنموية حقيقية بالساحل موازاة مع التنسيق الأمني بين دول المنطقة لمعالجة الإشكالات الأمنية التي تعيشها.
- 2- بلورة آليات ناجحة تستهدف التنمية للمنطقة من أجل القضاء على الفقر، المجاعة والأوبئة والتهمة السياسية، وبناء آليات فعالة للحكم الرشيد.
- 3- ضرورة معالجة جميع العوامل التي توفر الأرضية الخصبة للإرهاب وتطرف، لاسيما من خلال استراتيجيات شاملة لمكافحة الإرهاب، لا تغطي فقط الأمن وتطبيق القانون، لكن أيضا للحد من الفقر وخلق فرص عمل والتنمية والترويج لثقافة السلام والتسامح.

³⁹ - عبد الرحيم رحموني، مرجع سابق، ص 40-41.

- 4-تعاون دول المنطقة مع المنظمات العالمية الإقليمية كمنظمة الأمم المتحدة والهيئات التابعة لها، لتتلقى منها الدعم والمساندة في مواجهة هذه التهديدات بما فيها الخطر الإرهابي.
- 5-تحقيق التنمية خارج نطاق النفط والمحروقات، وذلك بالدعوة إلى تطوير قطاعات إقتصادية أخرى تتمثل في الزراعة والصناعة والسياحة، وتبني استراتيجية وطنية شاملة تضع ضمن أولوياتها تحريك عجلة التنمية من خلال الاستغلال الأمثل لثروات التي تزخر بها القارة.

الإلتزام بالمطابقة المادية

"قراءة في نص المادة 35 من اتفاقية فيينا 1980"

حبارة فواتحية (1)

(1) أستاذة محاضرة قسم "أ"، كلية الحقوق والعلوم السياسية،

جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي، 04000، الجزائر.

البريد الإلكتروني: sedratihebara@hotmail.com

المخلص:

ظهر فكرة المطابقة المادية كبنيان قانوني في مجال القواعد الموضوعية للبيع الدولي يؤكد ويطلق الضوء على أهميتها ودورها خصوصا في مجال العلاقات التجارية على المستويين المحلي والدولي، سيما وأن الغالب في البيوع الدولية عدم رؤية المشتري للبضاعة محل البيع قبل التعاقد، فجاء نص المادة 35 من اتفاقية فيينا اقرارا لهذا المبدأ. إلا أنه لم يُعط له تعريفا واضحا ومحددا، مما استوجب علينا من خلال هذا المقال تحليل نص المادة 35 من الاتفاقية ومحاولة كشف ثغراتها.

الكلمات المفتاحية:

مطابقة، فيينا، وصفية، كمية، وظيفية.

تاريخ إرسال المقال: 2021/03/29، تاريخ قبول المقال: 2021/09/26، تاريخ نشر المقال: 2021/12/31.

لتهميش المقال: حبارة فواتحية، "الإلتزام بالمطابقة المادية-قراءة في نص المادة 35 من اتفاقية فيينا 1980"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد 12، العدد 03، السنة 2021 ص ص 358-373.

<https://www.asjp.cerist.dz/en/PresentationRevue/72>

المقال متوفر على الرابط التالي:

المؤلف المراسل: حبارة فواتحية، sedratihebara@hotmail.com

Conformity obligation Read on article 35 of Vienna convention 1980

Summary :

The emergence of the idea of conformity as a legal structure in the field of substantive rules for international sale confirms and sheds light on its importance and its role, especially in the field of commercial relations at the local and international levels. Since the majority in international sales do not see the buyer of the goods being sold before contracting, so the text of Article 35 of the Vienna Convention came in recognition for this principle. However, this Article was not given a clear and specific definition, which required through this article to analyze the Article 35 of CONVENTION and try to reveal its alternatives.

Keywords:

conformity, Vienna, quantity, quality ; functional .

L'obligation de conformité Lecture de l'article 35 de la convention de vienne de 1980

Résumé :

L'émergence de l'idée de conformité comme structure juridique dans le domaine du droit matériel du commerce international confirme et met en lumière son importance et son rôle, en particulier dans le domaine des relations commerciales tant au niveau national qu'international. Étant donné que la majorité des ventes / transactions internationales, l'acheteur / client ne voit pas la marchandise qui lui a été vendue avant de conclure un contrat, le texte de l'article 35 de la Convention de Vienne a reconnu ce principe. Cependant, cet article n'en a pas donné de définition claire et spécifique, ce qui nous mène à analyser, à travers cette étude, l'article 35 de la convention.

Mots clés: conformité ; Vienne, quantité, qualité, fonctionnelle.

مقدمة:

انصب مجهود الأسرة الدولية نحو التوحيد في مسائل مهمة على الوسط التجاري الدولي أبرزها موضوع البيع الدولي. هذا الأخير الذي يهدف إلى تبادل السلع والبضائع عبر الحدود. فكانت اتفاقية فيينا¹ 1980 خير مثال على ذلك مسبقة باتفاقيات لاهاي². فهي عنيت بتنظيم عقد يعد من أهم العقود الدولية الذي تدور حوله العقود الأخرى تأثراً وتأثيراً هو عقد البيع الدولي للبضائع.

فعند التمعن في نصوص هذه الاتفاقية نجد بأن الأهمية العملية لها تتعلق بالإلتزام بالمطابقة، هذا الأخير الذي عولج ضمن الجزء الثالث منها الخاص بالتزامات البائع. وهذا مادفع بالفقه إلى تضييق القواعد والأحكام الأساسية التي تتعلق بهذا الأخير، وحصراً بموضوع الإلتزام بالمطابقة.

كما أن ظهور فكرة المطابقة كبنين قانوني في مجال القواعد الموضوعية للبيع الدولي، يؤكد ويطلق الضوء على أهميتها ودورها خصوصاً في مجال العلاقات التجارية على المستويين المحلي والدولي. وذلك إذا ما نظر إليها كأداة لتأكيد الثقة بين أطرافه، سيما وأن الغالب في البيوع الدولية عدم رؤية المشتري البضاعة محل البيع قبل التعاقد. فمعظم النزاعات بشأن البيع الدولي للبضائع تتعلق بالإلتزام بالمطابقة. من هنا جاء نص المادة 35 من اتفاقية فيينا لسنة 1980 اقراراً لهذا المبدأ.

وبتصفح جميع نصوص الاتفاقية الخاصة بهذا المضمون يفصح عن ثلاث مواقع لها سواء ماتعلق بالمطابقة القانونية، المستندية أو المادية. هذه الأخيرة التي تعبر عن الأهمية الخاصة والجوهرية للإلتزام بالمطابقة، نتيجة كثرة المنازعات المتعلقة بها على المستوى الواقعي، سيما وأن معظم الدراسات أدرجتها ضمن التزامات البائع ولم تخصص لها لوحدها.

فالمادة 35 المقررة للمطابقة المادية، عنيت بصفة رئيسية بالمبدأ أو الحكم الأصلي المتضمن: الإلتزام بالمطابقة في حالة الإتفاق، أي النص عليها صراحة في العقد وذلك من خلال الفقرة الأولى. أما الفقرة الثانية فقد أقرت أحكاماً احتياطية في حالة سكوت الأطراف. وهذا ليس بالغريب على فلسفة الاتفاقية إذ تماشياً مع دور الاتفاقية والنهج المتبع من طرفها، تسعى إلى تكملة إرادة الطرفين دون التعدي عليها والذي يظهر في مواضع عديدة.

¹ اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع تاريخ الاعتماد 11 أبريل 1980، بدء السريان 1 يناير 1988. متوفرة على الموقع الرسمي للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي: www.uncitral.un.org

² اتفاقية لاهاي بشأن البيع الدولي 1964 : للتفصيل أكثر انظر: محسن شفيق، "اتفاقيات لاهاي لعام 1964 بشأن البيع الدولي للمنتجات المادية- دراسة في قانون التجارة الدولية"، مجلة القانون والإقتصاد، جامعة القاهرة، ع4، 1974. متوفرة على الموقع: www.uncitral.un.org

هذا التسلسل للمادة لفت انتباهنا لتبنيه كخطة لمعالجة الموضوع، رغم ما وجد بخصوص ذلك من آراء اختلفت في مسار تناول تحليل المادة.

فما مدى إحاطة نص المادة 35 من اتفاقية فيينا بأحكام المطابقة المادية؟ وهل هناك ضابط أو معيار للمطابقة؟

للإجابة على هذا التساؤل اعتمدنا المنهج التحليلي كأساس لتحليل نص المادة والتعليق عليه، مستأنسين بالمنهج الوصفي عند التعرض للنظريات والتعريفات الفقهية .
وهذا ما سنتناوله من خلال:

المبحث الأول: المبدأ: حالات الالتزام بالمطابقة في حالة الإتفاق
المبحث الثاني: الحكم الإحتياطي: حالات الالتزام بالمطابقة في حالة عدم الإتفاق.

المبحث الأول: المبدأ/ حالات الإلتزام بالمطابقة في حالة الإتفاق

النص بصياغته اشتمل على حكم أصلي مفاده: "التزام البائع بتسليم بضائع مطابقة لما ورد بالعقد من شروط" فهو تأكيد على التزام البائع بالمطابقة نظرا لما للبيوع الدولية من طبيعة خاصة، والتي تتميز بعدم رؤية المشتري للبضاعة. فهي تشكل في مجملها الاطار العام لعناصر المطابقة المادية. ولهذا سنحاول تحليل هذه الفقرة أو بالأحرى المبدأ العام من خلال المطالبين التاليين: ماهية الإلتزام بالمطابقة في **المطلب الأول**، وعناصر الإلتزام بالمطابقة المادية في **المطلب الثاني**.

المطلب الأول: ماهية الإلتزام بالمطابقة

اتفاقية فيينا لسنة 1980 حاولت تجنب الانتقادات التي وجهت لاتفاقية لاهاي، بتناولها مفهوم المطابقة كاللتزام مستقل عن الإلتزام بالتسليم. إلا أنها لم تعط له تعريفا واضحا ومحددا، مما فتح الباب أمام الفقه لمحاولة تعريفه (**الفرع الأول**)، للوصول إلى مدى استقلاليته وذاتيته خصوصا على مستوى الاتفاقية (**الفرع الثاني**).

الفرع الأول: تعريف الإلتزام بالمطابقة

ظهر فكرة المطابقة كبنين قانوني في مجال الاتفاقيات الدولية، يلزم معه تحديد مفهومها خاصة مع قصور اتفاقية فيينا في ذلك. غير أن البحث في تعريفات الفقهاء أفضى لزوايا عديدة. فمنهم من يقتصر على ضمان المطابقة، خصوصا عيوبها.¹ ومنهم من يكتفي فقط بالإشارة إليها بصفة عامة مركزا على عناصره دون البحث في تحديد مفهومها.²

¹ فانسان هوزيه، ترجمة منصور القاضي، بيع السلع الدولي، ط1، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، 2005، ص 101.

² أحمد الزقرد، أصول قانون التجارة الدولية، دط، المكتبة العصرية للنشر والتوزيع، المنصورة، 2007.

وهذا ما جعلنا ننتبى نفس نهج أحد الفقهاء والذي عرّف الإلتزام بالمطابقة: "تعهد محله عمل يلتزم به البائع بتقديم البضاعة والمستندات الخاصة بها، وفقا لما يفرضه العقد والقانون."¹ فهو "نظام قانوني يتضمن حسن النية وأمانة التجارة ومايتبع ذلك من اتساع الأعمال والبيوع التجارية. وهو بذلك له أهمية في الاقتصاد الحر على اعتبار أنه يتضمن حسن النية والثقة بما يتبعه من ازدهار في المعاملات."² وبما أنه التزم يجدر بنا التساؤل عما إذا كان التزم بتحقيق نتيجة أو التزم ببذل عناية. نظرا لما يترتب على ذلك من آثار.

فالقول بأنه التزم بتحقيق نتيجة يجد مبرراته في العديد من الأسانيد بدءا باتفاقية فيينا والقواعد الدولية لتفسير مصطلحات التجارة الإلكترونية.

فاتفاقية فيينا عند استعراضها لالتزامات البائع بأنه "يجب على البائع أن يسلم البضائع والمستندات المتعلقة بها على النحو الذي يقتضيه العقد وهذه الاتفاقية"³. وبالرغم من أنها لا تشير إلى مفهوم المطابقة صراحة، إلا أنه نستطيع استخلاصه من مضمون العبارة الأخيرة: "على النحو الذي يقتضيه هذا العقد والاتفاقية". وهو ما أكدته عند تعرضها للمطابقة المادية، القانونية والمستندية في المواد 34،35،41.⁴ أما على مستوى القواعد الدولية لتفسير مصطلحات التجارة الدولية⁵ فقد أشارت إلى الإلتزام بالمطابقة كأحد أهم الإلتزامات التي تقع على البائع في جميع أشكال البيوع. ومحتواها يوحي بأنه التزم بتحقيق نتيجة.⁶ ويترتب بالتالي على وصف الإلتزام بالمطابقة على أنه التزم بتحقيق نتيجة عدة آثار أهمها مسؤولية البائع العقدية وإثبات اخلال البائع للإلتزام.

فلالإلتزام بالمطابقة مفهوم واسع يشمل بصفة أساسية المطابقة المادية، القانونية والمستندية. وحسب الفقرة 1 من المادة 35 التي كرست هذا الإلتزام في عنصر من عناصره، يعد الإلتزام بالمطابقة المادية: التزم البائع بتحقيق نتيجة مفادها تقديم بضائع تكون مطابقة ماديا لما اتفق عليه في العقد. إلا أن الملاحظ أنها اكتفت بوضع الإطار العام للإلتزام ولم تعرّف المطابقة المادية بشكل واضح.

¹ جمال عبد العزيز، الإلتزام بالمطابقة في عقد البيع الدولي للبضائع، دط، النسر الذهبي للطباعة، القاهرة، 1997، ص 2.

² محمد منصور خيشة، الإلتزام بالمطابقة في البيوع الدولية، أطروحة دكتوراء، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، 2013، ص 2.

³ انظر المادة 30 من الاتفاقية.

⁴ محسن شفيق، اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع، دط، دار النهضة العربية، القاهرة، دت، ص 131.

⁵ يطلق عليها INCOTERMS: انظر في مفهومها: محمود سمير الشرقاوي، العقود التجارية الدولية- دراسة خاصة لعقد البيع الدولي للبضائع، ط2، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002، ص 27. وبالرغم من أنها ليست محل الدراسة، إلا أننا أردنا الإشارة إليها لتبيان مدى أهمية هذا الإلتزام.

⁶ جمال عبد العزيز، المرجع السابق، ص 3.

الفرع الثاني: ذاتية الالتزام بالمطابقة في اتفاقية فيينا

عند التعرض لمفهوم الالتزام بالمطابقة يثور التساؤل عما اذا كان ذو استقلالية عن غيره من الأنظمة، وهل يمكن أن يكون ذو ذاتية خاصة في مجال البيع الدولي للبضائع؟ للإجابة عن هذا الإشكال نقدم بعض الأسباب والتبريرات التي تحاول تبين مكانة هذا الإلتزام في نصوص الاتفاقية.

فمن الناحية الشكلية تم تقسيم الفصل الثاني من الاتفاقية إلى فرعين: أول خاص بتسليم البضائع والمستندات، وفرع ثاني خاص بمطابقة البضائع وحقوق الغير وادعاءاته أي الإلتزام بالمطابقة بفرعيها المادي والقانوني. وبالتالي رغبة الواضعين في نهج مسلك يخالف منهج اتفاقية لاهاي. أما الناحية الموضوعية فقد بينت الاتفاقية مفهوم التسليم بوضوح بواسطة نص المادة 31، على أنه عملية مادية تنقضي بوضع البضاعة تحت تصرف المشتري دون لزوم مطابقتها للعقد.¹

ولهذا نجد بأن التقارب يشهد بين الإلتزام بالمطابقة والإلتزام بالتسليم، إذ يعتبر الإلتزامان من أهم التزامات البائع في عقد البيع الدولي للبضائع على الإطلاق، مما دفع للعديد من الفقهاء بجعل الإلتزام بالمطابقة من عناصر التسليم.²

فنخلص مما سبق أن الإلتزام بالمطابقة لما تحويه مقوماته وتقصح عنه النصوص المعالجة في ظل اتفاقية 1980 يعد التزاما ذو استقلالية وذاتية، وبالتالي له عناصر أو بالأحرى حالات يلزم توافرها استنادا إلى الضابط المتخذ أساسا للمطابقة، لتكوّن في مجملها الإطار العام للمطابقة المادية. وهذا ما يظهر بشكل جلي في ظل الفقرة 1 من المادة محل الدراسة.

المطلب الثاني: عناصر الإلتزام بالمطابقة المادية

تفرض اتفاقية فيينا على البائع تسليم بضائع تكون كميتها، نوعيتها وأوصافها وكذلك تغليفها أو تعبئتها مطابقة لأحكام العقد. فهي بذلك حددت نطاق التزام البائع بالمطابقة طبقا لنصوص العقد.

وبالرغم من تعدد الآراء حول تحليل الفقرة 1 من المادة محل الدراسة فهي كلها رغبة في كشف دواعي الحالات الحصرية المذكورة بالفقرة 2 من نفس المادة. وبالتالي النظر إليها على أنها الإطار العام لعناصر أو حالات تحتاج إلى ضابط حدد بمقتضى المادة. وهذا ماسوف نتناوله من خلال : معيار المطابقة المادية في الفرع الأول ، والإطار العام لحالات المطابقة المادية في الفرع الثاني.

¹ جمال عبد العزيز، المرجع نفسه، ص 24.

² بوطالب هاجر، " تمييز الإلتزام بالمطابقة في عقد البيع الدولي للبضائع عما يشته به من أنظمة قانونية وفقا للقانونين الفرنسي والجزائري وفي اتفاقية فيينا 1980/4/11"، ص 408

الفرع الأول: معيار المطابقة المادية

معيار المطابقة المادية يعني وجود ضابط يستند إليه للحكم بصدد ما إذا كانت البضاعة مطابقة لما تم الاتفاق عليه أم لا.

بالرجوع إلى الفقرة (1) من المادة (35) من اتفاقية فيينا نجد بصفة أولية أنها قاعدة عامة تحكم عناصر المطابقة المادية، فهي حددت نطاق التزام البائع بالمطابقة طبقاً لنصوص العقد، مما يوصلنا إلى أن العقد هو معيار المطابقة المادية وفقاً لاتفاقية فيينا. لكن بالرغم من صراحة النص إلا أنه ظهرت آراء عديدة تجدر الإشارة إليها و ذلك لما لها من أثر في فهم الحالات الواردة بالفقرة الثانية من المادة المدروسة.

فالآراء الأولى¹ ترى أن هناك أكثر من معيار لتحديد المطابقة المادية، أولها العقد لأنه القصد المشترك لأطرافه، وثانيها يستخلص أيضاً من ذات الفقرة الأولى، وبمقتضاه لا تكون البضاعة مطابقة، إلا إذا كانت تقدم الصفات المشتركة اللازمة لهذا النوع من البضائع.

أما البعض الآخر² فيرى أن عناصر المطابقة المادية تمثل كلها ضوابط للمطابقة. وبالتالي فإن كل ما يشترطه العقد في البضاعة من صفات يكون عنصراً في ذاتيتها ويجب أن تضمنه عند تسليمها إلى المشتري، وإلا فإن البائع يكون قد تخلف عن تنفيذ التزامه بضمان المطابقة. ومن هنا يتضح بجلاء أن ضابط المطابقة المادية هو العقد. أما إذا أردنا معرفة متى؟ فالجواب أنه متى تم إشارة أطرافه صراحة أو ضمناً، إلى ذلك.

أما في حاله السكوت عن بيان المطابقة المادية في اتفاقهم، فإن ضابطها هو القانون الواجب التطبيق على البيع الدولي للبضائع، وهو في فرضنا هذا اتفاقية فيينا 1980، والاستعانة بالأعراف، العادات التجارية الدولية، قواعد العدالة ومبدأ حسن النية³ بخلاف من يقول⁴: أنه في حالة السكوت فإن الفقرة 2 من نفس المادة هي معيار المطابقة المادية، فهذه الأخيرة هي عبارة عن شروط يجب توافرها لاكتمال عناصر المطابقة و هو ما يستخلص من الفقرة ذاتها⁵.

نستنتج مما سبق أن مجمل الجدل ثار نتيجة الخلط بين ضابط المطابقة المادية وعناصرها من ناحية، وبين ضابط المطابقة المادية وشروط توافرها أو حالاتها من ناحية أخرى، لكن المشترك بينهم هو وجود العقد كضابط مهما أضافوا له من معايير.

¹ مشار لها لدى: بن رجدال صافية، الإلتزام بالمطابقة المادية في عقد البيع الدولي للبضائع، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر 1، كلية الحقوق، 2013، 2012، ص ص 8،9.

² محسن شفيق، المرجع السابق، ص 144.

³ انظر: جمال عبد العزيز، مرجع سابق، ص 30.

⁴ أنظر محسن شفيق، المرجع السابق، ص 144

⁵ سنعرض لها في المحث الثاني .

فالعقد إذن هو ضابط المطابقة المادية في حالة الإشارة صراحة أما في حاله السكوت فيتم الرجوع إلى الاتفاقية، وهو أمر طبيعي مقارنة بالقانون الوطني.¹

الفرع الثاني: الإطار العام لحالات المطابقة المادية

الأصل في المطابقة كما رأينا سابقا هو ما تم الاتفاق عليه في العقد صراحة أو ضمنا، ذلك كون المطابقة تتحقق إذا سلم البائع بضائع متفقة مع أحكام العقد من حيث كميتها ونوعيتها ومواصفاتها بالطريقة المناسبة، وهذا ما قضت به المادة (1/35) من اتفاقية فيينا. فنص هذه الفقرة واضح وصريح بتعداد عناصر المطابقة المادية وفي نهايتها يضع ضابطها وهو العقد . وهو ما سنتناوله² تباعا ترتيبا على ما جاء في نص المادة:

أولا: المطابقة الكمية :

إن مسألة المطابقة الكمية من المسائل الهامة التي تثار في مجال التجارة الدولية على اعتبار أن للبضاعة عبور لحدود أكثر من دولة، مما يحدث تفاوت كمي للبضاعة، نظرا كون عملية نقلها يستتبع بوسائل نقل متنوعة. فالبائع قد لا يسلم هذه الكمية المحددة في العقد حتى ولو تم ارسالها بالكامل.³

فالمطابقة الكمية تعد عنصرا هاما من العناصر المكونة للمطابقة المادية خاصة حدودها و تختلف أحكامها فيما إذا كانت البضاعة معينة بالذات أم معينة بالنوع.

لكن اتفاقية فيينا 1980 أشارت إليها دون تفصيل، مما يجعلنا نخلص أنها تركت للأطراف المتعاقدة مطلق الحرية بشأن حدودها. ومع ذلك وبالتعرض لمواد الاتفاقية نجد أنها تعرضت لحالة الكمية الزائدة⁴. وكذلك حالة ما إذا لم يسلم البائع غير جزء من البضائع، أو كان جزء فقط من البضائع المسلمة مطابقا للعقد⁵. وهذه المواد في مجملها تتعلق بالجزاءات أو الوسائل الممنوحة للمشتري حال تخلف البائع في الالتزامات الملقاة على عاتقه خاصة ما تعلق بالالتزام بالمطابقة الكمية وهي ليست محل الدراسة خصوصا ما تعلق بالميعاد .

¹ وهذا كما نرى طبيعى مقارنة مثلا بالقانون الوطني، فالعقد شريعة المتعاقدين، وهو مصدر التزامهما، ومبدأ سلطان الإرادة مجسد في هذه الاتفاقية بمقتضى م (6).

² تجدر الإشارة إلى أنه سيتم التطرق إليها في هذا الفرع بإيجاز بقدر ما تجنب التكرار عند التعرض لاحقا. كون وجود التكرار وشبه الخلط في التقسيم دفع بالبعض أمثال جمال عبد العزيز إلى دمجها مع الشروط الواجب توافرها بمقتضى فقرة (2) وحجته في ذلك مقنعة، المطابقة الوظيفية، الكمية التي لم يتم التعرض لأحدها في الفقرات .

³ حميدة قومي، تنفيذ عقد البيع الدولي للبضائع، دراسة مقارنة بين القانون الداخلي و اتفاقية فيينا المتعلقة بعقد البيع الدولي للبضائع: مذكرة ماجاستير عقود و مسؤولية، جامعة أمجد بوقرة، بومرداس، السنة الجامعية 2013/2014، ص 40.

⁴ المادة (2/52) من اتفاقية فيينا 1980.

⁵ المادة 1/51 من اتفاقية فيينا، 1980.

ونظرا لأهميتها ظهرت معايير لتحديدها سواء حال تسليم البضاعة دفعة واحدة أو على دفعات ، وهذا يختلف عن كيفية التقدير الذي يكون بمقارنة كمية البضاعة الذي لا يتحقق إلا بالفحص .وكمثال على تحديدها نجد على أساس الوزن، الكيل، العدد، المتر.¹

لكن نلاحظ أن اختلاف الكم أو القدر الذي يجري تسليمه عما اتفق عليه، لا يثير صعوبات نظرا لسهولة التعرف عليه من ناحية، ولما يجري بشأنه في العادة من تسامح من ناحية ثانية، دون أن ننسى وجود نصوص واضحة في بعض التشريعات الوطنية.²

ثانيا/ المطابقة الوصفية :

وهذه تقتضيها طبيعة العقد الدولية، حيث يبرم المتعاقد العقد بمقتضى أوصاف تذكر فيه وتؤخذ عادة من عينات أو كتالوجات أو نماذج يرسلها البائع ليختار منها المشتري ما يرغب من سلعة، فإذا قدم البائع بضاعة تختلف عن المواصفات المتفق عليها أضى مخلا بالتزامه بالمطابقة الوصفية .

و بالتالي يجوز لأطراف العقد تحديد صفة البضائع بطرق مختلفة، وهذا يتوقف على طبيعة البضائع والغاية المنشودة منها حتى تتحدد المواصفات التي يجب أن نكون مطابقة لهذا الوصف.

وهذا العنصر بديهي بصورة خاصة عندما يكون موضوع البيع عينا ما، غير أن ذلك صحيح أيضا إذا تعلق بأشياء مثيلة، حيث يلتزم أن يسلم بضائع يتطابق نوعها وخصائصها مع المواصفات الصريحة في العقد، ودون تبيان البيع بناء على عينة أو نموذج.³

ثالثا: المطابقة الوظيفية

بعد اطمئنان المشتري على بضاعته من ناحيتي المطابقة الكمية و الوصفية يتبادر إلى ذهنه تساؤل هام حول صلاحية البضاعة؟ فهذا العنصر له من الأهمية سواء على الجانب العملي أو التنظيم القانوني ما يجعله في مصدر هذه العناصر. و بما أنه لم يذكر بشأن الفقرة 1 من المادة 35 التي تعد المبدأ و إنما ذكرت بالتفصيل في الفقرة الثانية.⁴

¹ انظر : حمزة حداد، اتفاقية فيينا بشأن البيع الدولي، محاضرات لطلبة الدراسات العليا، الجامعة الأردنية، 1993، ص 45.

² كمثال على ذلك المادة 492 قانون مدني أردني وشرحها ل: علي هادي العبيدي، العقود المسماة-البيع والإيجار - دط، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2005، ص 98.

³ انظر : فانسان هوزيه، المرجع السارق، ص ٢٩٢

⁴ 2/35 أ- ج ، استعمال عادي ، استعمال خاص و لهذا نحيل في ذلك إلى المبحث الثاني.

رابعاً: المطابقة النوعية¹

تقتضي المطابقة النوعية أن تكون للبضائع المسلمة النوعيات المتفق عليها جميعاً ولا شك في أن الفريقين غالباً ما يعتنيان بأن يحددا بدقة كبيرة الخصائص الرئيسية للمنتجات، وفي هذه الحالة حتى ولو لم يكتب البائع بأي ضمان صريح في صدها، يكون قد قصر في التزامه إذا كانت السلع التي يسلمها للمشتري لا تنطبق على هذه الخصائص².

والوضع بالمقابل أدق عندما يشكو المشتري من عدم إيجاده في البضائع المسلمة النوعية المرادة، ولكنه لم يبين لشريكه في العقد صراحة، وهذا ما توخته الاتفاقية كما سنرى بمعالجتها بالمعايير الدقيقة بالفقرة (2).

خامساً: المطابقة الشكلية :

عبرت عنها الاتفاقية بالتعبئة والتغليق، فلا أحد منا ينكر أهميتها خصوصاً في مجال البيع الدولي للبضائع، ليس لكونها الهدف منها حماية البضاعة فحسب بل تعريفها وتقديمها إلى المشتري بصورة جذابة . ولما كانت عنصراً من عناصر المطابقة المادية، فإنه ينص عليه صراحة في العقد، أو يحدد ذلك بواسطة النموذج، العينة، الوصف أو العادات التجارية ولكن في ضوء ظروف الحال وطبيعة البضائع³ . فإذا اشترط المشتري على البائع طريقة تغليف أو تعبئة خاصة كان عليه الالتزام بذلك وإلا عد مخالفاً بالتزامه بالمطابقة . نصل إلى أن كل هذه الحالات بمثابة الإطار العام الكلي المعني بالمطابقة المادية والتي يكون العقد أساساً لتحديدها، لكن في حاله عدم الاتفاق، فقد قامت اتفاقية فيينا 1980 بمعالجتها، حيث وضعت شبه معايير أو أحكام احتياطية مكمله لإرادة المتعاقدين، بمثابة شروط ضمنية تلزم البائع حتى من دون اتفاق سابق، وإذا لم يرغب الطرفان بتطبيقهما يمكنهما الاتفاق على خلاف ذلك⁴.

¹ نحن نرى من الأحسن إدماجها في المطابقة الوظيفية والكمية فهي مجال مشترك بينهما.

² انظر، فانسان هوزيه، المرجع السابق، ص ٢٩٢.

³ سيتم التعرض لها بالتفصيل في المبحث الثاني.

⁴ لكن قبل الانتقال إلى المبحث الثاني تجدر الإشارة إلى الكمية التي لم يتم التعرض لها في الفقرة (2) ونحن من طرفنا نقدم مبرر لها، وهو المجسد في نص المادة (14) التي تجعل من عناصر الإيجاب الجوهرية تحديد الكمية، وبالتالي تخلف تحديد الكمية - لا إيجاب - عقد باطل، مما يؤدي إلى عدم تصور عقد بيع بضائع بدون تحديد كمية .

المبحث الثاني: الحكم الاحتياطي: حالات الالتزام بالمطابقة في حالة عدم الاتفاق

بما أننا تبيننا تقسيم المادة فإن هذه الفقرة بمثابة أحكام احتياطية أو استثنائية عن المبدأ العام وهو وجود الاتفاق، فهي في مجملها معايير وشروط يلزم توافرها لتحقيق المطالبة في حالة عدم الاتفاق، لكن تجدر الملاحظة أنه سيتم التعرض لعناصر المطابقة المادية في حالة الاتفاق كالمطابقة الكمية بالقدر الكافي مدمجة مع هذه العناصر لأنها كما قال البعض أن كلا الفقرتين متكاملتين ولا وجود لمبدأ واستثناء، وسنعالج هذا المبحث من خلال: حالات وشروط المطابقة السارية على كافة العقود في **المطلب الأول** و حالات وشروط المطابقة عند وجود أحكام توكيدية وقائعية في **المطلب الثاني** .

المطلب الأول: حالات وشروط المطابقة السارية على كافة العقود

هذه الحالات من حالات المطابقة لا بد من توافرها على كافة العقود في الحالة التي لا يتم فيها الاتفاق بين الأطراف، فالكمية والاستعمال العادي للبضاعة والتغليف و التعبئة أمور هامة في كل عقد بيع حيث لا يمكن اعتبار البائع قد أوفى بالتزامه بالمطابقة دون أن تكون هذه الحالات الثلاثة موجودة في البضاعة المسلمة، فمهما اختلف المبيع وطبيعته فإن هذه الحالات تعد أمور جوهرية فيه لا بد للبائع من توقعها والعمل على توافرها في البضاعة المطلوبة، كالمطابقة الكمية (**الفرع الأول**)، المطابقة للوظيفة العادية (**الفرع الثاني**)، المطابقة الشكلية (**الفرع الثالث**)

الفرع الأول - المطابقة الكمية

تدخل الكمية ضمن عناصر المطابقة في اتفاقية فيينا. وبالرغم أن الكمية كعنصر من عناصر المطابقة المادية لا يتم الحديث عنه إلا في حالة وجود اتفاق بين الأطراف -كما وضعنا سابقا- إلا أنه يبرز في بعض الحالات من خلال العناصر الأخرى التي نصت عليها الاتفاقية في المادة (2/35) . ومثال ذلك حالة وجود استعمال خاص للبضاعة.

فحالة عدم المطابقة الكمية تتوافر عندما يسلم البائع بضائع زائدة عن تلك المشترطة في العقد أو ناقصة، أين لا تصلح للإستعمال في الأغراض التي تستعمل لأجلها بضائع من نفس النوع. وبالتالي يختلف الأمر ما إذا كانت البضائع محل العقد الدولي معينة بالذات أو معينة بالنوع.¹

لكن نجد بأن اتفاقية فيينا أشارت لحالة المطابقة الكمية دون تفصيل وتركت للأطراف مطلق الحرية في الاتفاق على ذلك، في حين يرى الفقه أن تفسير هذا الموقف يكمن في أن الأشياء المعينة بالذات لا يمكن

¹ للتفصيل أكثر حول النوعين : بوطالب هاجر، مطابقة البضائع في عقد البيع الدولي وفقا للقانونين الفرنسي والجزائري وفي اتفاقية فيينا 1980/4/11، أطروحة دكتوراء، كلية الحقوق، جامعة تيزي وزو، 2019، ص 17

تغييرها واستبدالها في حين أن ذلك ممكن في الأشياء المثلية، ومن ناحية أخرى يسمح بتطبيق الأعراف والعادات فيما يتعلق بنظام التسامح.¹

كما تجدر الإشارة إلى أن اتفاقية فيينا تطرقت للحالة التي يتم فيها تسليم كمية زائدة عن المتفق عليها في المادة 2/52 وفي هذه الحالة يترك الخيار للمشتري إن شاء استلم الكمية الزائدة ويدفع قيمتها المحددة في العقد وإن شاء رفضها . وإذا استلم المشتري الكمية الزائدة كلت أو جزءا منها وجب عليه دفع قيمتها بالسعر المحدد في العقد.²

فالحقيقة أن عنصر الكمية في المطابقة المادية لا يقل أهمية عن غيره من العناصر الأخرى التي تم النص عليها صراحة في المادة (2/35) فكما ذكرنا سابقا جميع العناصر في هذه المادة عبارة عن عناصر مكملة لبعضها البعض، ومن هنا ننطلق لمعالجة العنصر الثاني وهو العنصر الوظيفي للمطابقة.

الفرع الثاني - المطابقة للوظيفة العادية

اشتطت الاتفاقية أن تكون البضائع المسلمة للمشتري صالحة للاستعمال العادي الذي تستعمل من أجله عادة البضائع من نفس النوع، باعتباره المعيار الذي وضعته الاتفاقية لهذه الحالة من حالات المطابقة. فالمقصود بالاستعمال العادي والمألوف هو قابلية البضاعة للاستخدام في الغايات التي تستعمل فيها عادة بضاعة من نفس النوع. فكل سلعة لها غايات استخدام معين تكون مألوفة لها، وكل سلعة لها صفة طبيعية ينبغي أن تكون صالحة لأي بيع لاحق بعد الشراء ضمن الشروط المتوافقة مع متطلبات الاستقامة التجارية، وأكثر من ذلك يجب أن يكون بالإمكان القيام بهذا الاستعمال في ظروف طبيعية بدون كلفة مفرطة ولا استهلاك غير اعتيادي للمنتجات.³

والإستعمال العادي مفترض مالم يشر المشتري إلى استعمالا خاصا صراحة أو ضمنا. فالضابط الذي يحكم هذه القاعدة إذن ضابط موضوعي كونه يتعلق بأي شخص يمكن أن يتوقع استعمالا مألوفاً لهذا النوع من البضائع.⁴

كما ننوه إلى أنه ينبغي الحذر عند القول بعدم صلاحية البضاعة لأغراضها العادية، لأن التفاوت البسيط للجانب المادي المحض للبضاعة لا يبرر دائما أن نعتبر هذه البضاعة غير مطابقة للغاية المعتادة، إذ

¹ جمال عبد العزيز، المرجع السابق، ص 39.

² المادة 2/ 52 من اتفاقية فيينا: "إذا سلم البائع كمية من البضائع تزيد الكمية المنصوص عليها في العقد جاز للمشتري أن يتسلم الكمية الزائدة أو أن يرفض استلامها. وإذا استلم المشتري الكمية الزائدة كلها أو جزءا منها يجب عليه دفع قيمتها بالسعر المحدد في العقد."

³ فانسان هوزيه، المرجع السابق، ص 292.

⁴ بوطالب هاجر، المرجع السابق، ص 38

يجب كذلك أن تكون الصفات الغائبة صفات قد اشترطها العرف لتأثيرها الأكيد بشأن الغاية المقصودة أو الوظيفة العادية للبضاعة.¹

وإحدى الصعوبات التي تثيرها هذه الحالة من حالات المطابقة والنتيجة عن اختلاف المعايير الوطنية هو عدم تحديد إذا ما كان على البائع التقيد بالمعايير السارية في البلد الذي يقيم في إقليمه أم بالمعايير السارية في بلد المشتري أو حتى أي بلد آخر.

الفرع الثالث: المطابقة الشكلية

تبنت اتفاقية فيينا في المادة 2/35 (د) عنصر التغليف والتعبئة، واعتبرته إحدى حالات المطابقة المادية وذلك لأهميته في التجارة الدولية التي تستلزم عادة عملية نقل البضائع لمسافات طويلة، تتعدد معها وسائل النقل المستخدمة، إضافة لتدخل عوامل جوية كثيرة قد تلحق الضرر والتلف بالبضاعة.² وقد تميزت اتفاقية فيينا بالنص على هذه الحالة من حالات المطابقة عن اتفاقية لاهي حيث أصبح التغليف والتعبئة في الوقت الحاضر يحوز على أهمية كبيرة، فلم يعد وسيلة حماية لحفظ للمنتجات فقط بل اكتسب وظيفة أخرى كطريقه لتعريف البضائع وجذب العملاء إليها وطريق للإشهار.³ وضعت اتفاقية فيينا ضابطين لتحديد متى تكون البضاعة مطابقة من حيث التغليف والتعبئة:

الحالة الأولى: حالة وجود طريقة معتادة تعبأ وتغلف بها البضائع .

وهنا يقع الالتزام على البائع بتغليف وتعبئة البضاعة وفقاً للطريقة التي تستعمل عادة في تعبئة وتغليف بضاعة من نوعها، وذلك يوجب مراعاة ما تقتضيه الأعراف التجارية بشأن بعض البضائع كما لو كانت الأعراف التجارية تقتضي تغليف بعض النباتات ووضعها في علب بلاستيكية .

الحالة الثانية: حالة عدم وجود طريقة معتادة .

وفي هذه الحالة اشترطت الاتفاقية أن يتم التغليف والتعبئة بطريقة تكفل حمايتها وحفظها. وبما أن الاتفاقية لم تعالج كيفية التعبئة والتغليف بأحكام تفصيلية نجد أن المعايير تتعدد في تحديد إذا ما كانت البضاعة معبئة ومغلطة بطريقة تكفل حمايتها. وهنا نرى أن على البائع الالتزام بالعادات التي استقر التعامل بينهما عليها والأعراف التجارية فيما يتعلق بذلك وفقاً للمادة (٩/١).

¹ جمال عبد العزيز، المرجع السابق، ص 89

² بوطالب هاجر، المرجع السابق، ص 45.

³ للتفصيل أكثر حول دور وأهمية التعبئة والتغليف كطريق للإشهار انظر: بن رجدال صافية، المرجع السابق، ص 44.

ومن هنا تكون الاتفاقية قد ضمنت الحد الأدنى من الحماية للبضاعة من خلال التغليف والتعبئة، فللمشتري أن يطلب من البائع تعبئة وتغليف البضاعة أفضل مما هو متبع عادة من نفس النوع وبشكل يضمن لها الحماية بصورة أوسع.¹

المطلب الثاني: حالات وشروط المطابقة عند وجود أحكام توكيدية وقائية

إن المقصود بحالات المطابقة عند وجود أحكام توكيدية وقائية الحالات التي تتوفر فيها أحكام تتطلب مواصفات معينة تخرج عن طابع المتوقع والمألوف، بحيث يتم تحديد مدى التزام البائع في المطابقة في هذه الحالات من خلال هذه الأحكام. وهي الاستعمال الخاص الذي أحيط به البائع علما وهو ما يخرج عن الاستعمال العادي الذي يتوقع أن يكون البائع عالما به كالنموذج أو العينة الذي عادة ما يكون جزءا من المبيع أو المبيع في صورة مصغرة. حيث ستم معالجة هذا المطلب من خلال : المطابقة للوظيفة الخاصة (الفرع الأول) مطابقة البضاعة للنموذج أو العينة (الفرع الثاني)

الفرع الأول: المطابقة للوظيفة الخاصة

قد تكون السلعة بحاجة إلى مواصفات خاصة بحيث تجعل منها صالحة للاستخدام في أغراض خاصة إلى جانب الاستخدام العادي والمألوف، ويكون ذلك في الحالة التي يشعر فيها المشتري البائع بالغرض الخاص الذي تستخدم فيه البضاعة صراحة أو ضمنا عند إبرام العقد .

وهذا الحكم الوارد في المادة (2/35/ب) من اتفاقية فيينا قد تضمن شرطين لابد من توافرها حتى يكون البائع ملزم بتسليم بضائع مطابقة للغرض الخاص وقيام مسؤوليته في حالة عدم تنفيذ هذا الالتزام وهما :

الشرط الأول: إعلام المشتري للبائع عن كل الأغراض الخاصة التي سيستعمل فيها البضاعة:

أي أن يكون المشتري قد أعلم البائع صراحة وفي أي حال بالاستعمال الخاص الذي يريده من المنتجات. كما يشترط أن يكون قد أعلم البائع وقت إبرام العقد حتى يتيح للبائع فرصة العدول عن التعاقد إذا وجد أنه غير قادر على تسليم بضائع مطابقة لهذا الاستعمال. أما إذا لم يبد رفضه أو اعتراضه صار التزامه صحيحا، وفي هذه الحالة يقع عبء إثبات هذه الواقعة على المشتري. مع الإشارة إلى أن واجب الإعلام بأغراض الإستعمال الخاص للبضاعة محل العقد هو التزام من جانب واحد فقط، يقع على عاتق المشتري وحده وينفذه بإرادته المنفردة.²

كما نؤكد نحن بأن وجود غرض خاص للبضاعة لا يعني أن البائع غير ملزم بتقديم بضاعة صالحة للاستعمال العادي بل في هذه الحالة يصبح التزامه أوسع فالى جانب استعمال المألوف والعادي على البائع تسليم بضائع صالحة للاستعمال الخاص الذي أحيط به علما صراحة أو ضمنا .

¹ جمال عبد العزيز، مرجع سابق، ص 104.

² بوطالب هاجر، المرجع السابق، ص 42.

الشرط الثاني: أن يتبين من الظروف أن المشتري يعتمد على خبرة البائع أو تقديره أو كان من المعقول للمشتري أن يعتمد على ذلك .

فعلى سبيل المثال لا ضمان على البائع لصلاحية السيارات للاستعمال الخاص الذي تقصده بعثة البحث عن البترول في الصحراء، إذا تبين أن مصانع البائع غير معدة لتزويد السيارات بالأجهزة والآلات التي تمكنها من احتمال حرارة الشمس في الصحراء والسير على الرمال وأن المشتري كان على بينة من هذه الحقيقة لأن البائع أعلمه بها أو ما كان ينبغي له أن يجهلها لأن البائع أذن لخبراء المشتري بزيارة المصنع قبل إبرام العقد.¹ هذا الشرط يشكل قيوداً يحد من نطاق تطبيق الالتزام بالمطابقة في حالة وجود استعمال خاص للبضاعة

، وفي هذه الحالة يقع عبء الإثبات على البائع بأن المشتري ما كان يعتمد على خبرته أو كان من غير المعقول أن يعتمد على ذلك .²

فالملاحظ إذن مما سبق أن اتفاقية فيينا تبنت هنا المعيار الشخصي والموضوعي معاً، فإذا لم يعتمد المشتري على خبرة البائع فليس من حقه التمسك بعدم المطابقة. والأمر كذلك إذا اعتمد على خبرة البائع وكان اعتماده غير معقول.

الفرع الثاني: مطابقة البضاعة للنموذج أو العينة

في هذه الحالة يجب على البائع تسليم بضائع من نفس النوعية والموصفات الموجودة في النموذج والعينة فعلى سبيل المثال إذا تعلق البيع بأقمشة صوفية اختارها المشتري من عينات أرسلها إليه البائع وجب أن تكون البضاعة التي يصدرها البائع إلى المشتري من نفس صوف العينة ورسمه ووزنه بل ولونه.³

رأينا عند الحديث في المبحث الأول أن المبدأ العام يقضي بأنه يجب على البائع تسليم بضائع مطابقة لما ورد في أحكام العقد وتحدثنا أعلاه أنه في حال عدم الاتفاق والتعاقد على أساس نموذج أو عينه لا بد من قيام البائع بتسليم بضائع مطابقة لما ورد في النموذج أو العينة. ولكن السؤال يثور في حال تحديد مواصفات المبيع في العقد وقيام الأطراف باختيار نموذج للبضائع. ففي حال تطابق مواصفات العقد والنموذج فإنه ليس هناك أي مشكلة حيث يتم تطبيق المواصفات الواردة في العقد والنموذج معاً، ولكن في حالة تعارض كل من العقد والنموذج فأى منهما أولى بالتطبيق؟.

¹ محسن شفيق، المرجع السابق، ص 145.

² نسرين محاسنة، التزام البائع بالتسليم والمطابقة، دراسة في القانون الإنجليزي واتفاقية الأمم المتحدة للبيع الدولي للبضائع 1980، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2011، ص 82.

³ طالب حسن موسى، قانون التجارة الدولية، د. ط، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2008، ص 108.

في هذا الشأن ظهرت عدة آراء فقهية¹ ونحن نؤيد الرأي القائل بأن قبول المشتري للنموذج لا يعد تنازلاً عن أوصاف العقد، كما أن المبدأ العام هو ما اتفق عليه الأطراف في العقد وبالتالي لا يتم تجاهل الأصل واللجوء إلى الاستثناء إلا في حالة نقص المواصفات فيحق للمشتري رفض المبيع وإن كان مطابقاً للنموذج .

خاتمة

في نهاية هذا المقال والذي حاولنا من خلاله إبراز أحكام المطابقة المادية من خلال تحليل نص المادة 35 بفقرتها في اتفاقية فيينا 1980، نصل إلى أن هذه المادة تعدّ إقراراً لمبدأ الالتزام بالمطابقة عن طريق رصد عناصرها. فالاتفاقية خطت خطوة كبيرة في مجال المطابقة نظراً لما تضمنته من ذاتية واستقلالية لهذا الالتزام. وكل ذلك -طبعاً- تجنباً للانتقادات الموجهة لسابقتها اتفاقية لاهاي- فالالتزام بالمطابقة المادية معناه أن ينفذ البائع التزامه بتقديم بضائع تتفق مع ماتم الاتفاق عليه بشأن المواصفات وكمية البضائع وتعبئتها وتغليفها. كما أبرزنا أن العقد هو معيار تحديد مفهوم المطابقة المادية بأنواعها المختلفة.

إلا أن ما لاحظناه بشأن هذه المادة هو الفصل الواضح بين حالتي الاتفاق وعدم الاتفاق. فبالرغم من أن هذا الفصل موفق من ناحية مسابته للمبادئ التي يقوم عليها نهج الاتفاقية ألا وهو مبدأ سلطان الإرادة (م6)، إلا أنه قيّد من مدى مرونة المادة واستجابتها لكافة الحالات التي تتعلق بها المطابقة كإطار عام.

حيث بتحليلنا لنص المادة وصلنا إلى أن كلتا الفقرتين متكاملتين ولا ضرورة لفصلهما، خصوصاً غياب المطابقة الكمية من الفقرة الثانية وغياب المطابقة الوظيفية من الفقرة الأولى. فعموماً على البائع الالتزام بأن تكون البضائع مطابقة في كميتها ووصفها ونوعيتها وكذلك تغليفها وتعبئتها لمقتضى العقد، وفي حالة غياب الاشتراط الصريح يلتزم بما جاء في الفقرة الثانية كأحكام تكميلية لإرادة المشتري.

كما نؤكد على توفيق المادة في فرضها عنصر التعبئة والتغليف كعنصر لصيق بمطابقة البضائع، يترتب على غيابه أو التقصير فيه عدم مطابقة البضائع مادياً، وذلك نظراً لأهميته حتى على مستوى جودة وعلامة المنتج.

¹ مشار لهذه الآراء لدى : جمال عبد العزيز، المرجع السابق، ص 67

الحدود البحرية بين تونس والجزائر على ضوء اتفاقية 2011 وتأثيرها على التقسيم البحري مع إيطاليا

يخلف نسيم⁽¹⁾

⁽¹⁾أستاذ محاضر قسم "أ"، كلية الحقوق والعلوم السياسية،
جامعة حسيبة بن بوعلي، الشلف 02000، الجزائر.

البريد الإلكتروني: n.ykrelef@univ-chlef.dz

المخلص:

بعد الإعلان الجزائري عن إنشاء منطقة اقتصادية خالصة قبالة سواحلها البحرية بموجب المرسوم الرئاسي لسنة 2018 احتجت كل من إيطاليا واسبانيا على هذا الإعلان الذي حسب وجهة نظرهم مس جزء من المياه التي تتبع ولايتها، إلا أن الأطراف اتفقوا على التشاور والدخول في مفاوضات بغية التوصل إلى اتفاق يضمن مصالح الجميع، وبالفعل تم تنصيب لجنة تقنية مشتركة بين الجزائر وإيطاليا في سبتمبر 2020 أوكلت لها مهام التوصل إلى ترسيم الحدود البحرية بين الطرفين، وهي العملية التي يتعين عليها أن تأخذ بعين الاعتبار اتفاق التحديد البحري الذي تم بين تونس والجزائر في سنة 2011 والذي بدوره أخذ بعين الاعتبار اتفاق تحديد الجرف القاري بين تونس وإيطاليا لسنة 1971 وهذا كون أن المفاوضات الحالية التي ترمي إلى رسم معالم الحدود البحرية بين الجزائر وإيطاليا تتداخل في نقاط معينة مع الحدود التونسية الجزائرية وهو ما يعني اعتماد اتفاق الجزائر وتونس لسنة 2011 كإطار لا يمكن تجاوزه في المفاوضات مع إيطاليا.

الكلمات المفتاحية:

الحدود البحرية، الجزائر، منطقة اقتصادية خالصة، إيطاليا.

تاريخ إرسال المقال: 2021/11/02، تاريخ مراجعة المقال: 2021/12/16، تاريخ نشر المقال: 2021/12/31.

لتهميش المقال: يخلف نسيم، "الحدود البحرية بين تونس والجزائر على ضوء اتفاقية 2011 وتأثيرها على التقسيم البحري مع إيطاليا"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد 12، العدد 03، السنة 2021، صص...-...

<https://www.asjp.cerist.dz/en/PresentationRevue/72>

المقال متوفر على الرابط التالي:

المؤلف المراسل: يخلف نسيم، n.ykrelef@univ-chlef.dz

The maritime border between Tunisia and Algeria on the basis of the 2011 agreement And its impact on the maritime delimitation with Italy

Summary:

Afterwards the announcement by Algeria of the creation of an exclusive economic zone off its maritime coasts by virtue of the presidential decree of 2018, Italy and Spain protested against this declaration which, according to them, affected a part of the waters under their jurisdiction. the parties have agreed to consult and enter into negotiations in order to reach an agreement guaranteeing the interests of the parties. Indeed, a joint technical committee was set up between Algeria and Italy in September 2020 responsible for the tasks of achieving the demarcation of maritime borders between the two parties, a process which must take into account the maritime delimitation agreement. which was concluded between Tunisia and Algeria in 2011, which in turn took into account the Agreement determining the continental shelf between Tunisia and Italy concluded in 1971, and this because the ongoing negotiations aimed at delimiting the maritime borders between the Algeria and Italy overlap in certain points with the Algerian borders, which means the adoption of the Algiers-Tunisia Agreement of 2011 as an essential framework in the negotiations with Italy.

La frontière maritime entre la Tunisie et l'Algérie sur la base de l'accord de 2011 Et son impact sur la délimitation maritime avec l'Italie

Keywords:

maritime borders, Algeria, exclusive economic zone, Italy.

Résumé:

Après l'annonce par l'Algérie de la création d'une zone économique exclusive au large de ses côtes maritimes en vertu du décret présidentiel de 2018, l'Italie et l'Espagne ont protesté contre cette déclaration qui, selon eux, touchait une partie des eaux qui relèvent de leur juridiction. les parties ont convenu de se consulter et d'entamer des négociations afin de parvenir à un accord garantissant les intérêts des parties, En effet, un comité technique mixte a été installé entre l'Algérie et l'Italie en septembre 2020 chargé des tâches de parvenir à la démarcation des frontières maritimes entre les deux parties, un processus qui doit tenir compte de l'accord de délimitation maritime qui a été conclu entre la Tunisie et l'Algérie. l'année 2011, qui à son tour a pris en compte l'Accord déterminant le plateau continental entre la Tunisie et l'Italie conclu en 1971, et ce la , parce que les négociations en cours visant à délimiter les frontières maritimes entre l'Algérie et l'Italie se chevauchent en certains points avec la -Frontières algéro-tunisiennes, ce qui signifie l'adoption de l'Accord de 2011 entre l'Algérie et la Tunisie comme cadre incontournable dans les négociations avec l'Italie.

Mots clés: frontières maritimes, Algérie, zone économique exclusive, Italie.

مقدمة

تجري حاليا مفاوضات بين الجزائر و إيطاليا من أجل ترسيم الحدود البحرية بين الدولتين الجارتين من زاوية الواجهة البحرية في الحوض الغربي للمتوسط وهي المفاوضات التي انطلقت بعد الإعلان الجزائري عن إنشاء منطقة اقتصادية خالصة في البحر الأبيض المتوسط قبالة سواحلها البحرية فيما وراء البحر الإقليمي ومنطقة الصيد المحفوظة وهذا بموجب المرسوم الرئاسي لسنة 2018 .

وقد عملت الجزائر مع إيطاليا على اختيار طريقة المفاوضات الثنائية كآلية لتسوية إشكالية التحديد البحري بينهما ، وهي نفس الطريقة التي اعتمدها كل من تونس والجزائر من أجل رسم خط الحدود البحري الفاصل بين الطرفين والتي انتهت باتفاقية الجزائر لسنة 2011.

هذه الاتفاقية عمدت وبطريقة غير مباشرة إلى الأخذ بعين الاعتبار معطيات الاتفاق البحري بين كل من تونس وإيطاليا لسنة 1971 وفي مقدمتها النقطة الثلاثية المعروفة بالنقطة "0" إضافة إلى تأثير الجزر التونسية حول مسار خط التحديد بين البلدين انطلاقا من الساحل بالاتجاه نحو الشمال الغربي بدلا من الالتزام باتجاه واحد وهو الشمال فقط بحيث أصبحت الحدود البحرية لتونس تحد الجزائر من الشرق ومن الشمال معا بدلا من أن تكون من ناحية الشرق فقط وهو ما أثر سلبا على الجزائر بغلق الأفق البحري على الواجهة البحرية الجزائرية الشرقية في اتجاه الشمال .

اتفاق تونس و الجزائر عمد إلى الإقرار بحكم الواقع بالنقطة الثلاثية المستحدثة بطريقة ثنائية من طرف تونس وإيطاليا -على الرغم من أن الجزائر لم تكن طرف في ذلك الاتفاق - وبالنتيجة فإن عملية التحديد البحري الجارية مع إيطاليا حاليا ستتأثر بطريقة غير مباشرة بمعطيات اتفاق تونس و إيطاليا لسنة 1971 و ستتأثر بطريقة مباشرة بمعطيات اتفاق تونس الجزائر لسنة 2011 وهو ما يهمننا أكثر في هذه الدراسة .

فما هو حجم هذا التأثير الذي ستلعبه مخرجات اتفاقية التحديد البحري بين تونس والجزائر لسنة 2011 على عملية ترسيم الحدود البحرية الجارية مع إيطاليا بداية من يوم 23 سبتمبر 2020 تاريخ تنصيب اللجنة التقنية المشتركة الجزائرية الإيطالية المكلفة بترسيم الحدود البحرية بين الطرفين.¹

¹ - تم حفل التنصيب على مستوى مقر وزارة الخارجية الجزائرية بحضور كاتب الدولة بوزارة الشؤون الخارجية الإيطالية و التعاون الدولي السيد مانيو دي ستيفانو .

المبحث الأول: التطابق المكاني في عملية التحديد البحري بين الجزائر، تونس وإيطاليا

يشمل الحوض الغربي للمتوسط ستة دول لها واجهة بحرية تختلف من حيث الطول والطبيعة الجغرافية² وهذه الدول هي الجزائر ، تونس ، إيطاليا ، موناكو ، فرنسا و المغرب ، وقد دخلت هذه الدول في عمليات تحديد بحرية بشكل انفرادي نتجت عنها ثلاثة اتفاقيات بحرية فقط ذات أهمية بارزة دوليا³ وهي :

1- اتفاقية بين إيطاليا و تونس سنة 1971 .

2- اتفاقية بين إيطاليا و اسبانيا سنة بتاريخ 1974/02/19 في مدينة مدريد.

3- اتفاق بين الجزائر و تونس سنة 2011.

والاتفاقيتين الأولى والأخيرة عملتا على إنشاء تحديد بحري حول نفس المنطقة من زاويتين مختلفتين وفق وجهات نظر متطابقة أحيانا ومتباينة أحيانا أخرى و هذا عند الأخذ بعين الاعتبار الأساس المعتمد في رسم الخطوط من وجهات نظر قانونية مختلفة والدور الذي يمكن منحه للجزر المتواجدة في المجال البحري المعني بالتحديد .

المطلب الأول : معضلة أساس التحديد - خط الوسط ونظرية الظروف الخاصة

بالعودة إلى اتفاقية قانون البحار لسنة 1982⁴ وفي المادة 15 منها نجدنا تضع المعيار العام في تعيين الحدود البحرية في حالة التجاور أو التقابل وهو معيار خط الوسط كأساس عام⁵ وبعدها جاءت المواد 74 و 83 الخاصتين بالحدود البحرية لكل من المنطقة الاقتصادية الخالصة والجرف القاري وأشارت إلى رسم

²- يلعب شكل الساحل ، اتجاهه وتعرجاته دور مهم في تسهيل أو تعقيد عملية التحديد البحري كون أن نقطة انطلاق أي قياس سيكون من الساحل ، وأكبر دليل على ما نقول هي إشكالية التحديد البحري بين اسبانيا وفرنسا في خليج الأسد .

³- يضاف إلى ذلك اتفاق ترسيم الحدود بين إمارة موناكو فرنسا بتاريخ 1984/02/16 والذي أعطى للإمارة مجال بحري بعرض واحد ميل بحري على 50 ميل طول يصل إلى غاية خط الوسط مع جزيرة كورسيكا الفرنسية

⁴- هذه الاتفاقية موقع ومصادق عليه من طرف الدول الثلاث كالتالي :

- الجزائر وقعت بتاريخ 1982/12/10 كما قامت بالتصديق على هذه الاتفاقية بتاريخ 1996/06/11.

- تونس وقعت بتاريخ 1982/12/10 كما قامت بالتصديق على هذه الاتفاقية بتاريخ 1985/04/24

- إيطاليا وقعت بتاريخ 1984/12/07 كما صادقت عليها بتاريخ 1995/01/13.

⁵- بمفهوم القياس ، المادة 15 من اتفاقية 1982 أكدت على استبعاد معيار خط الوسط في حالة توفر السند التاريخي أو الظروف الخاصة ، كما أن المادة 301 أشارت إلى أن استعمال الحقوق المنصوص عليها في هذه الاتفاقية لا يجب أن تستعمل بطريقة تتضمن تعسفا في استعمال الحق في مواجهة دولة أخرى.

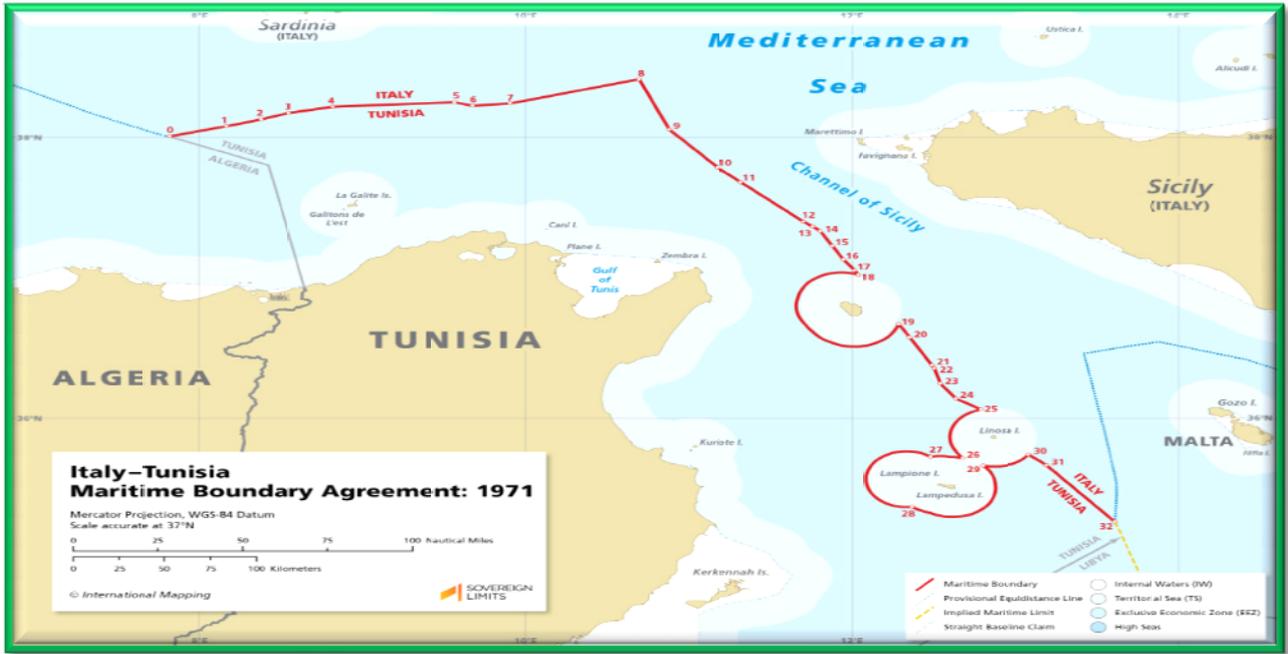
الحدود كنقطة انطلاق بموجب آلية الاتفاق بين الطرفين كمبدأ عام قبل اللجوء إلى الإجراءات الواردة في الجزء الخامس عشر في حالة الفشل للوصول إلى اتفاق بين الطرفين ، لكن قبل التوقيع على هذه الاتفاقية كانت محكمة العدل الدولية قد أصدرت القرار الشهير الخاص بالجرف القاري في بحر الشمال سنة 1969 ومعه وضعت معيار التحديد على أساس الإنصاف موضع التطبيق استنادا لما عرف فيما بعد بنظرية الظروف الخاصة ، بين المعيارين المذكورين أعلاه تراوحت مواقف كل من الجزائر، تونس و إيطاليا في تحديد المعيار المعتمد عليه في تحديد حدودهم البحرية

الفرع الأول : خط الوسط أو المتساوي الأبعاد - وجهة نظر تونس و إيطاليا

معطيات التعامل بين كل من تونس وإيطاليا تاريخيا قامت على تفضيل نظام خط الوسط بين الدولتين في رسم الحدود البحرية وهو أمر جسده الطرفين في الاتفاق الموقع بينهما في 1971/08/21 و المتضمن تحديد الجرف القاري⁶ بالاعتماد على نظام خط الوسط كأساس للتحديد ، باستثناء المياه الإقليمية لأربعة جزر إيطالية هي : Pantelleria, Lampedusa, Lampione et Linosa أين تم استعمال آلية الخطوط الدائرية حولها بمسافة 13 ميل من الساحل إلى غاية الالتقاء بخط الوسط المحتسب من خطوط الأساس من سواحل الدولتين طبقا للمادة 02⁷، وهذا دون أن تتحصل هذه الجزر على الأثر الكامل في التحديد البحري مما يستبعد أي أثر لها على المجال البحري محل التحديد والمتعلق بالجرف القاري ، وبذلك تم إنهاء عملية التحديد البحري بين الطرفين وهذا انطلاق من النقطة صفر غربا في اتجاه الشرق . / حسب الخريطة رقم 01.

⁶ - هذا الاتفاق تمت المصادقة عليه من طرف إيطاليا بموجب القانون 347 المؤرخ في 1978/06/03.

⁷ - المادة من القانون الإيطالي رقم 347 الذي صادق على اتفاق سنة 1971.



خريطة 01

وهذا التحديد الخاص بالجرف القاري اعتمده تونس فيما بعد عند الإعلان عن منطقة اقتصادية خالصة في سنة 2005 ، وهو الإعلان الذي لم يرافقه أي احتجاج من طرف إيطاليا لارتباطه بمعطيات خط الوسط حسب اتفاق 1971 ، كما أنه لم يتبعه اعتراض من طرف الجزائر كون أنه تم في ظل الاتفاق المؤقت لسنة 2002 المتعلق بضبط الحدود البحرية بين الطرفين.

من جهة أخرى كانت إيطاليا قد كررت العمل بنفس المعيار أي خط الوسط عند ضبط حدود الجرف القاري مع إسبانيا وهذا بموجب الاتفاق المؤرخ 1974 ، كما استعملته في ترتيب حدودها الشرقية مع الدول بحر الأدرياتيكي ، هذا المنحى في الأخذ بمعيار خط الوسط لا يعبر عن وجهة نظر الدول الأخرى للحوض الغربي للمتوسط ومن بينها الجزائر التي تعتمد رؤيا مخالفة لأساس عملية التحديد البحري .

الفرع الثاني : نظرية الظروف الخاصة والحل على أساس الإنصاف- وجهة نظر الجزائر.

الجزائر كانت دائما ضد مسألتين أساسيتين في مجال التحديد البحري هما :

- التحديد على أساس خط الوسط .

- منح الأثر الكامل للجزر.

وهذا الموقف نابع من أن استخدام هذه المعطيات بالمفهوم الحرفي لا يؤدي بالضرورة إلى تقسيم المجالات البحرية بطريقة عادلة ومنصفة ، وعليه ناصرت الجزائر فكرة التحديد البحري الذي يأخذ بعين الاعتبار موضوع الظروف الخاصة المشار إليها في الفقرة الأخيرة من المادة 15 و المعتمد عليها أيضا في القرار الشهير لمحكمة العدل الدولية لسنة 1969 في قضية الجرف القاري لبحر الشمال .

وتعتمد الجزائر على نظرية الظروف الخاصة *les circonstances spéciales* وهذا من أجل الوصول إلى تحديد منصف *la délimitation équitable* أين يتعين الأخذ بعين الاعتبار حالة التعرجات في الساحل وتواجد الجزر⁸ وهي مسألة لا يمكن معها استعمال معيار خط الوسط وتساوي الأبعاد إذا كنا نريد التوصل فعلا إلى حل عادل ومنصف ، وهذا هو التصور الذي أشارت إليه محكمة العدل الدولية في قرارها المؤرخ في 1969 .

وقد كانت الجزائر خلال المؤتمر الثالث لقانون البحار قد تبنت موقف معارض لاعتماد خط الوسط كمعيار للتحديد البحري بين الدول في حالة التقابل و التجاور و راحت تناصر مبدأ التحديد المنصف ، ومن ثم سعت إلى وضع قواعد قانونية دولية جديدة مبنية على الإنصاف و الظروف الخاصة بما فيها الوضعية الاقتصادية وهو الأسلم والأكثر عدالة مقارنة بمبدأ خط الوسط ، ومنه في حالة الجزائر فإن الأخذ بمعيار خط الوسط معناه انتهاك قواعد الإنصاف خاصة إذا أخذت بعين الاعتبار جزر البليار و جزيرة سردينيا في التحديد البحري مع منحها الأثر الكامل، وعليه كانت المشاريع المقدمة من طرف الجزائر على مستوى المؤتمر الثالث لقانون البحار تسير نحو استبعاد أي تأثير للجزر في عمليات التحديد البحري⁹ و أن لا يكون خط الوسط الصارم بين هذه الجزر هو المعيار الوحيد لهذا التحديد فيما بينها على اعتباره حل عادل و موضوعي و بعيد عن الذاتية¹⁰، إلا أنه غير منصف ويمكن أن يكون فيه مساس ببعض الحقوق الأخرى غير الظاهرة.

وهنا تجد الجزائر سندا كبيرا في اجتهادات القضاء الدولي في هذا الموضوع حيث أن المحاكم الدولية (محكمة العدل الدولية ، محكمة قانون البحار) وكذا محاكم التحكيم الدولي أكدت كلها أن طريقة التحديد البحري بواسطة خط الوسط *la ligne médiane* أو الخط المتساوي الأبعاد *l'équidistance* ليست هي الوسيلة

⁸ - قرار التحكيم في قضية التحديد البحري بين غينيا وغينيا بيساو المؤرخ في 14/02/1985 أخذ بعدة معايير في هذا

الاتجاه وهي الجزر ، طول الساحل ، تعرجات الساحل ، عمليات التحديد السابقة مع الدول الأخرى ، الطابع التطبيقي لعملية التحديد إضافة إلى التناسب ، و استبعاد حكم التحكيم العامل الجيولوجي والعامل الاقتصادي .

⁹ - تقدمت كل من الجزائر، تونس، ليبيا، تركيا و إيرلندا خلال المؤتمر الثالث لقانون البحار في الدورة الثالثة لسنة 1975 بجينيف، بمشروع يتضمن أن يتم تحديد الحد البحري الخارجي للجزر الواقعة في البحار المغلقة وشبه المغلقة عن طريق الاتفاق بين دول المنطقة في حد ذاتها ، أما في حالة وقوع الجزر فيما بين الدول المتجاورة أو المتقابلة ، فإنه يتم التحديد البحري لها باتفاق هذه الدول مع مراعاة مبادئ العدالة وجميع الظروف الخاصة حسب كل حالة .

¹⁰ - يخلف نسيم ، تأثير جزر البليار على التحديد البحري بين الجزائر وإسبانيا، مجلة الدراسات القانونية المقارنة ، دورية دولية

محكمة تصدرها كلية الحقوق والعلوم السياسية الشلف ، مجلد 07 / العدد 01 (2020) ص 1470 .

الوحيدة للتحديد البحري بعد منح الجزر الأثر الكامل ، بل هناك طرق أخرى يمكن أن يطالب بها أطراف النزاع وتوضع في متناول القضاة لاستعمالها منفردة أو معا من أجل الوصول إلى حل منصف وعادل .
فالعامل القضائي أظهر إمكانية استعمال معيار خط الوسط مع إمكانية حرمان الجزر في مجال التحديد من أي أثر كامل في العملية خارج نطاق 12 ميل بحري الخاص بالبحر الإقليمي لا غير خاصة في حالة بعد هذه الجزر عن الإقليم الأم للدولة الساحلية (حالة جزر البليار و سردينيا)¹¹ كما يمكن اللجوء إلى حل وسط بين الأثر الكامل للجزر و والأثر المنعدم لها وهذا بمنحها أثر نسبي مع خط وسط بين الدول المتنازعة.
مما سبق فإن جميع الوسائل التي يمكن أن تستعمل كآليات للتحديد البحري سواء الاتفاق الثنائي أو اللجوء إلى المحاكم الدولية أو محاكم التحكيم الخاصة¹²، فإن كل هذه الآليات تملك الدول الحرية الكاملة في الاختيار بينها دون أن تكون ملزمة بإتباع أولوية ما ، وما دام الأمر كذلك فإنه يمكن أيضا استعمال جميع التصورات الممكنة خارج المفهوم الضيق لخط الوسط وهذا من أجل الوصول إلى الهدف الأسمى لأي عملية تحديد بحري وهو الحل المنصف كما هو مشار إليه في الفقرة الأولى من المادة 74 و 83 من اتفاقية قانون البحار .

« » يتم تعيين حدود المنطقة الاقتصادية الخالصة بين الدول ذات السواحل المتقابلة أو المتلاصقة عن طريق الاتفاق على أساس القانون الدولي كما أشير إليه في المادة 38 من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية من أجل التوصل إلى حل منصف « ».

المطلب الثاني : الجزر و معوقات التحديد البحري في غرب المتوسط

الحوض الغربي للبحر الأبيض المتوسط يتضمن الكثير من الجزر والمرتفعات البحرية المغمورة نذكر هنا أهمها من حيث المساحة والتأثير على عملية التحديد البحري وهي الجزر الإيطالية (جزيرة سردينيا، صقلية) والجزيرة الفرنسية (كورسيكا) ، جزر البليار الإسبانية (مايوركا، مينوركا، إبيزا) والجزر التونسية وهي جزيرة جالطة¹³ la Galite و الصخور البحرية من حولها والارتفاعات المغمورة المعروفة باسم écueils des sorelles وما يعرف باسم banc le sec .

¹¹ - الجزر الإيطالية قبالة السواحل التونسية منحت لها في إطار الاتفاق الثنائي لسنة 1971 مجال بحري بمسافة 13 ميل دون أن يتجاوزها .

¹² - نص المواد 74 و 83 الخاصة بالتحديد البحري بين الدول المتقابلة او المتجاورة لم تذكر الوسائل المستعملة على أساس الترتيب .

¹³ - وهو أرخبيل مكون من جزيرة جالطة ومعها خمسة صخور بحرية أخرى.

الجزر الايطالية والاسبانية تغلق أفق الواجهة البحرية للجزائر وهذا من جهة الشمال لمصلحة ايطاليا و إسبانيا وتترك وراءها مساحة بحرية شاسعة بحيث تبعد عن الساحل الإسباني في أقرب نقطة بمسافة 50 ميل بحري من جزيرة إبيزا والساحل الغربي لإسبانيا أما شمالا فان المسافة قد تصل إلى مدى 135 ميل نحو مدينة طارقونا في حين أن المسافة بين جزيرة ابيزا ومدينة تنس الجزائرية لا تزيد عن 145 ميل بحري ، أما إذا قسنا المسافة بين جزيرة مايوركا ومدينة برشلونة الاسبانية شمالا فإن المسافة تصل إلى حوالي 110 ميل بحري في حين أن نفس الجزيرة في أقصى ساحلها الجنوبي(صخور كابريرا) تبعد عن الجزائر العاصمة بمسافة لا تزيد عن 155 ميل بحري.

نفس المعطيات نجدها تتعلق بالجانب الإيطالي فالمسافة بين سكيكدة /رأس الحديد وجزيرة سردينيا الايطالية هي 127 ميل بحري في حين أن الساحل الايطالي في القارة الأوربية يبعد عن الساحل الشرقي لجزيرة سردينيا بحوالي 125 ميل (بين مدينة نابولي وبين capoferrato في سردينيا)ومنه فان المسافة الشاسعة التي تتواجد بين الجزيرة والساحل الأوربي الايطالي أو ما يعرف بـ (بحر tyrrhénienne) بالنسبة لايطاليا تلك هي مياه ايطالية خالصة ولا يمكن أن تكون محل اعتبار في أي تحديد بحري .

أما بالنسبة لتونس فان الجزر والمرتفعات المذكورة مشكلتها أنها أقرب لخط التحديد البحري بين الجزائر وتونس مقارنة ببعدها عن الساحل التونسي وهو ما يعقد مسار اتجاه رسم خط التحديد البحري الفاصل بين مياه الدولتين بما من شأنه أن يمس مياه منطقة الصيد المحفوظة أو المنطقة الاقتصادية الخالصة الجزائرية.

مسافة 155 ميل بحري التي تفصل جزيرة مايوركا ومدينة الجزائر و مسافة 127 ميل بحري التي تفصل الساحل الايطالي في سردينيا إلى غاية شواطئ سكيكدة هي ما تطالب إسبانيا وايطاليا بقسمته بالتساوي على أساس خط الوسط لتحقيق نتيجة تساوي الأبعاد بين الساحلين، أما مسافة 110 ميل بحري بين جزيرة مايوركا وبرشلونة ومسافة 135 ميل بحري بين جزيرة إبيزا ومدينة طارقونا هي مساحة بحرية كلها تدخل ضمن الولاية الوطنية لاسبانيا كما أن مسافة 125 ميل بحري التي هي بين مدينة نابولي وبين capoferrato هي مياه تخضع للقضاء الوطني الايطالي بطريقة استثنائية وفق ضوابط الجزء الخامس والسادس من اتفاقية 1982، وهي لا تدخل في الحساب عند عمليات التحديد البحري ، أما بالنسبة للجزر التونسية خاصة جزيرة جزيرة جالطة la Galite فانه يتعين منحها الأثر الكامل وفق أحكام المادة 121 فقرة 2 من اتفاقية قانون البحار لسنة 1982 مثلما تم العمل به في عملية التحديد البحري للجرف القاري بين تونس وايطاليا سنة 1971.

وجهة النظر هذه لا تشاطرها الجزائر وتتاصر في هذه المسألة فكرة استبعاد الأثر الكامل للجزر كونه عامل يؤدي إلى إهدار حقوق الدولة الساحلية بشكل غير منصف وهذا الموضوع هو مجال الصراعات القانونية في اتفاقات التحديد بين دول المنطقة.¹⁴

المبحث الثاني: المعطيات التاريخية لاتفاق الترسيم البحري بين تونس والجزائر

عندما أعلنت الجزائر عن منطقة الصيد المحفوظة سنة 1994¹⁵ لم تضبط فيها حدودها الشرقية في المادة 06 من المرسوم منه إلا بالقول أنها تحسب من خطوط الأساس بعرض 32 ميلا بحريا بين الحدود البحرية الغربية إلى غاية رأس تنس، و 52 ميلا بحريا من رأس تنس إلى غاية أقصى الحدود البحرية الشرقية وهو ما يعني ضرورة ضبط هذا الأمر مستقبلا (أي الحدود البحرية الشرقية) ولذلك عكفت الجزائر على ضبط هذا المنحى وفق إحدائيات ثابتة و مُرسمة وهو ما كان من مسببات اللجوء إلى عملية التحديد في الواجهة الشرقية.

المطلب الأول: تصور اتفاق الترتيبات المؤقتة لسنة 2002

في فترة التسعينات ظهرت تطورات بمنحنى تصاعدي على مستوى المناطق البحرية المحيطة بالمرتفعات المعروفة باسم banc le sec من الجهة الغربية والشرقية منها أين أصبحت تتكرر وبكثرة حوادث متعلقة بالصيد غير الشرعي أدت في كثير من الأحيان لتدخل خفر السواحل من الطرفين (الجزائرية والتونسية) في مواجهة الصيادين من البلدين إضافة إلى صيادين حتى من إيطاليا¹⁶ الذين ضبطتهم البحرية التونسية خلال الصيد في منطقة الارتفاعات المغمورة المعروفة باسم السوريل *écueils des sorelles* بل وتطورت الأمور إلى أن وصلت إلى غاية إطلاق نار من طرف القوات التونسية على زورق صيد جزائري أدى إلى وفاة اثنين من الصيادين الجزائريين وهما الريان محمد نصري ورفيقه هشام زغواني الذي كانوا على متنه¹⁷ وبعد هذه الحادثة توالى عملية توقيف سفن الصيد التونسية من طرف خفر السواحل الجزائرية واقتيادها إلى الموانئ

¹⁴ - وجهة النظر الجزائرية تتطابق مع وجهة النظر الفرنسية والمغربية في هذا الموضوع في مواجهة اسبانيا.

¹⁵ - المرسوم رقم 13/94 المؤرخ في 28/05/1994 المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالصيد البحري - الجريدة الرسمية رقم 40- السنة الواحدة والثلاثون - تاريخ 22/06/1994 - ص 05.

¹⁶ - Cheyma Djaziri – la délimitation des espaces maritimes entre la Tunisie et l'Algérie/ Annuaire du droit de la mer 2017 XXII 43 paru le 13/12/2018/ éditions A. pédone- p 45.

¹⁷ - بتاريخ 18 جوسلية 1995 حولت خفر السواحل التونسية سفينة صيد جزائرية تحمل اسم فتح الله إلى ميناء طبرقة بعد أن أطلقت النار على طاقمها بداعي قيامها بالصيد في المياه الإقليمية التونسية.

راجع في هذا جريدة النهار أونلاين ليوم 30/05/2009 - اطلع عليها بتاريخ 2021/10/23 - 14.52

الجزائرية وهو الوضع الذي أصبح يقلق الجهات الرسمية التونسية التي توالى من طرفها الاحتجاجات الرسمية أمام السلطات الجزائرية ما استدعى تسريع العمل من أجل الوصول إلى اتفاق يضبط موضوع الحدود البحرية بين الطرفين، وهي مسألة حيوية بالنسبة لتونس التي كانت تعاني سواحلها منذ الستينات من عمليات الصيد غير الشرعي خاصة من صيادي الجارة الشمالية¹⁸ وبُغية الحد من الحوادث البحرية المتعلقة بالصيد غير الشرعي خاصة مع الصيادين الجزائريين في الواجهة البحرية الشرقية¹⁹ إضافة إلى عمليات الاقتياد للسفن التونسية المتتالية من طرف البحرية الجزائرية ، ومن أجل ذلك كله بدأت محادثات بين الطرفين في هذا الجانب على شكل دورات مفاوضات تعقد بالتوالي مرة في تونس العاصمة ومرة في الجزائر العاصمة والتي كانت تهدف في البداية إلى وضع معالم التحديد البحري للبحر الإقليمي فقط ، على أساس أنه محور النزاع في مجال الصيد الساحلي ، إلا أنه وبناء على اقتراح من الوفد التونسي تم الاتفاق على مد عملية التحديد البحري لتشمل كافة المناطق البحرية الأخرى.²⁰

تسارع وتيرة عمليات حوادث الصيد غير الشرعي دفع بالطرفين إلى البحث عن وضع ترتيب مؤقت ذو طابع عملي للحدود البحرية يعمل في نطاق نص المواد 3/74 و 3/83 من اتفاقية قانون البحار لسنة 1982 دون أن يكون لهذا الاتفاق أي تأثير أو إعاقة في الوصول إلى الاتفاق النهائي ، من أجل هذا الأمر بدأ العمل على هذه الفكرة بداية من 1996/09/10 ضمن جلسات المفاوضات المتتالية بين العاصمتين تونس و الجزائر أين عمل كل فريق على تقديم مجموعة من وجهات النظر التي تتضمن رسم خط الحدود بين الطرفين ، وهو الرسم الذي سعى الطرف الجزائري إلى دفعه قدر الإمكان شرقا في حين عمل الطرف التونسي على رسمه قدر المستطاع شرقا حسب وجهات النظر المتباينة لتأثير كل من جزيرة جالطة la Galite والارتفاعات المغمورة المعروفة باسم السوريل les écueils des sœurs وموقع المرتفع المغمور بشكل دائم banc le sec من خط التحديد أو مدى تأثير هذا الخط بالحافة الشرقية لمنطقة الصيد المحفوظة الجزائرية إضافة إلى معضلة النقطة صفر.

¹⁸ - سبق لخفر السواحل التونسيين وإن قاموا سنة 1960 بإطلاق النار على سفينة صيد إيطالية تسمى SOLEMI مما تسبب في وقوع وفيات وعدة جرحى في طاقم تلك السفينة التي كانت تصطاد في منطقة الصيد التي أعلنت عنها تونس، راجع في هذا :

Abdelamdjid Boushaba- l'Algérie et le droit des pêches Maritimes - thèse de doctorat -
Université de Constantine faculté de droit 2008- p 73.

¹⁹ -عمليات حجز السفن كانت تقوم بها السلطات التونسية استنادا إلى الفصل 4 من القانون عدد 13/1994 المؤرخ في 31/01/1994 المتعلق بممارسة الصيد البحري - الرائد الرسمي رقم 11 - ص 227.

²⁰ - Cheyma Djaziri- op cit p45.

كل هذه النقاط بدأ يظهر لها نوع من الحل بداية الدورة العاشرة للمفاوضات بين الطرفين²¹ أين تم الإقرار بحق مرتفعات les écueils des sœurs , في أن يكون لها مسافة 04 أميال بحرية عن الخط الحدود الفاصل بين الطرفين في حين أنه تم استبعاد أي تأثير لجزيرة la Galite في رسم الخط الفاصل ، وعلى العكس من ذلك كله تم وضع منطقة المرتفعات المغمورة بشكل دائم banc le sec غرب خط التحديد البحري مما جعلها تدخل ضمن السيادة الجزائرية²².

هذا التصور رسم خط ينطلق من أقصى نقطة في البر المرسومة بين الطرفين²³ على السواحل الغربية لمدينة طبرقة التونسية وهي تشكل في هذا الاتفاق النقطة 01 ويسير في اتجاه الشمال الغربي في 04 نقاط أين تشكل النقطة 04 التقاء مع النقطة صفر ضمن اتفاق تحديد الجرف القاري مع إيطاليا في 1971 على أن يأخذ في سياقه نهاية منطقة الصيد المحفوظة الجزائرية ويتركها غربا ويترك مجالا بحريا شرقا بينه وبين المرتفعات المغمورة les écueils des sœurs مع استبعاد أي اثر لجزيرة جالطة la Galite وهذا هو خلاصة الاتفاق المؤقت والملحق الخاص به²⁴ الذي خلص إليه الطرفين ووقعا على ذلك بتاريخ 2002/02/11²⁵ وهو اتفاق يسري لمدة 06 سنوات²⁶ قابلة للتجديد ، وهي الفترة التي كانت كافية لتسيير المجال البحري بشكل قضي على عمليات حجز السفن المتبادلة من جهة ومن جهة أخرى توفير مناخ ملائم للتوصل فيما بعد إلى اتفاق نهائي بين الطرفين وقبل أن تنتهي مدة 06 سنوات قام وزراء خارجية البلدين بإبرام اتفاق بتاريخ 2009/10/30 يقضي بتمديد العمل باتفاق الترتيبات المؤقتة طبقا للمادة 10 من الاتفاق وهذا إلى غاية التوقيع ثم التصديق على اتفاق نهائي ودخوله حيز التنفيذ²⁷.

²¹ - جرت الدورة العاشرة في الفترة ما بين 27/26 جوان 2001 بالجزائر .

²² - منطقة banc le sec كانت تعتبر في نظر الجهات الرسمية التونسية تابعة لها وفق التشريع رقم 49/73 المؤرخ في 1973/08/02 المتعلق بتحديد المياه الإقليمية والمضبوطة بخطوط الأساس الخاصة بها بموجب الأمر عدد 527 لسنة 1973 المؤرخ في 1973/11/03 و المتعلق بخطوط الأساس - الرائد الرسمي رقم 1973/41 ص 1870 .

²³ - تم ضبط الحدود البرية بين الطرفين بموجب الاتفاق الموقع بتونس بتاريخ 1983/03/19 والذي يرسم خط ينطلق من سواحل مابين مدينة طبرقة ومدينة القالة في اتجاه الجنوب .

²⁴ - تضمن الملحق اعتماد محضر أشغال الفريق التقني المشترك المنشأ طبقا للمادة 02 من الاتفاق المؤقت من أجل وضع إحداثيات للنقاط الأربعة المتفق عليها في النظام المرجعي الجيوديزي العالمي لسنة 1984 (wgs84) إضافة إلى رسم خط التحديد على الخرائط.

²⁵ - تمت المصادقة على الاتفاق أمام المجلس الشعبي الوطني بتاريخ 2003/06/05 ثم تبعتها المصادقة من طرف الرئاسة بموجب مرسوم رئاسي بتاريخ 2002/08/14 تحت رقم 273/03.

²⁶ - عمر سعد الله : الحدود الدولية / النظرية و التطبيق - دار هومة الجزائر 2007 - ص 324.

²⁷ - Cheyma Djaziri- op cit p59

المطلب الثاني : ضوابط الاتفاق النهائي في سنة 2011

بعدها تمت المصادقة على اتفاق الترتيبات المؤقتة أمام المجلس الشعبي الوطني بتاريخ 2003/06/05 في شكل قانون صدر تحت رقم 07/03 المؤرخ في 14/06/2003 ثم تبعتها المصادقة من طرف الرئاسة بموجب مرسوم رئاسي بتاريخ 14/08/2003 تحت رقم 273/03²⁸ وتمت أيضا الإجراءات المطلوبة من الجانب التونسي، أضحى الاتفاق المؤقت رسمي ساري المفعول بين الطرفين وهو ما فتح الباب للدخول في مفاوضات جديدة حول ترتيبات الحل النهائي بين الطرفين و الذي لم يكن من الصعب التوصل إليه طالما أن الطريق له أصبح ممهد ضمن الحلول العملية التي توصل إليها الطرفين بعد التنازلات التي قدمها كل طرف وفق معيار التوصل إلى حل بأقل تنازلات ممكنة بدلا من أن يكون التوصل إلى حل عن طريق تحصيل أكبر قدر من الامتيازات ، و مسألة تقديم المصلحة المشتركة عن طريق التوصل إلى اتفاق يحقق رضا الطرفين واستبعاد المصلحة الفردية الضيقة لكل طرف هو بالضبط ما عبر عنه وزير الخارجية الجزائري أثناء التوقيع على الترتيبات المؤقتة بتاريخ 11 فيفري 2002 بصيغة أن هذا الاتفاق يأتي نتيجة لرغبة البلدين تدعيم أواصر الأخوة وحسن الجوار²⁹.

ضمن هذا التصور كان مسألة اعتماد اتفاق نهائي قضية وقت فقط بدليل أن الطرفين توصلا إلى أن الخلاصة التي انتهت عندها الترتيبات المؤقتة في سنة 2002 كانت عملية جدا من حيث التطبيق وساعدت على الوصول إلى حل يرضي الطرفين مما جعلها ومن خلال المفاوضات السهلة التي تمت بين الطرفين³⁰ إلى اللجوء لاعتماد نفس الحلول التي تم اعتبارها مؤقتة في 2002 والعمل على تحويلها إلى اتفاق نهائي مع إضافة بعض المسائل البسيطة وهو ما توصل إليه الطرفين من خلال اتفاق مؤرخ في 01/03/2009 تم بمدينة الجزائر العاصمة.

²⁸ - الجريدة الرسمية رقم 49 بتاريخ 17/08/2003 - ص 07.

²⁹ - عند العودة إلى ديباجة الاتفاق يجد الباحث إشارة كبيرة إلى مقاصد سياسية أكثر منها قانونية والتي يمكن اعتبارها هي الباعث الحقيقي لتبرير نتيجة مثل تلك التي انتهى إليها الطرفين في هذا الاتفاق.

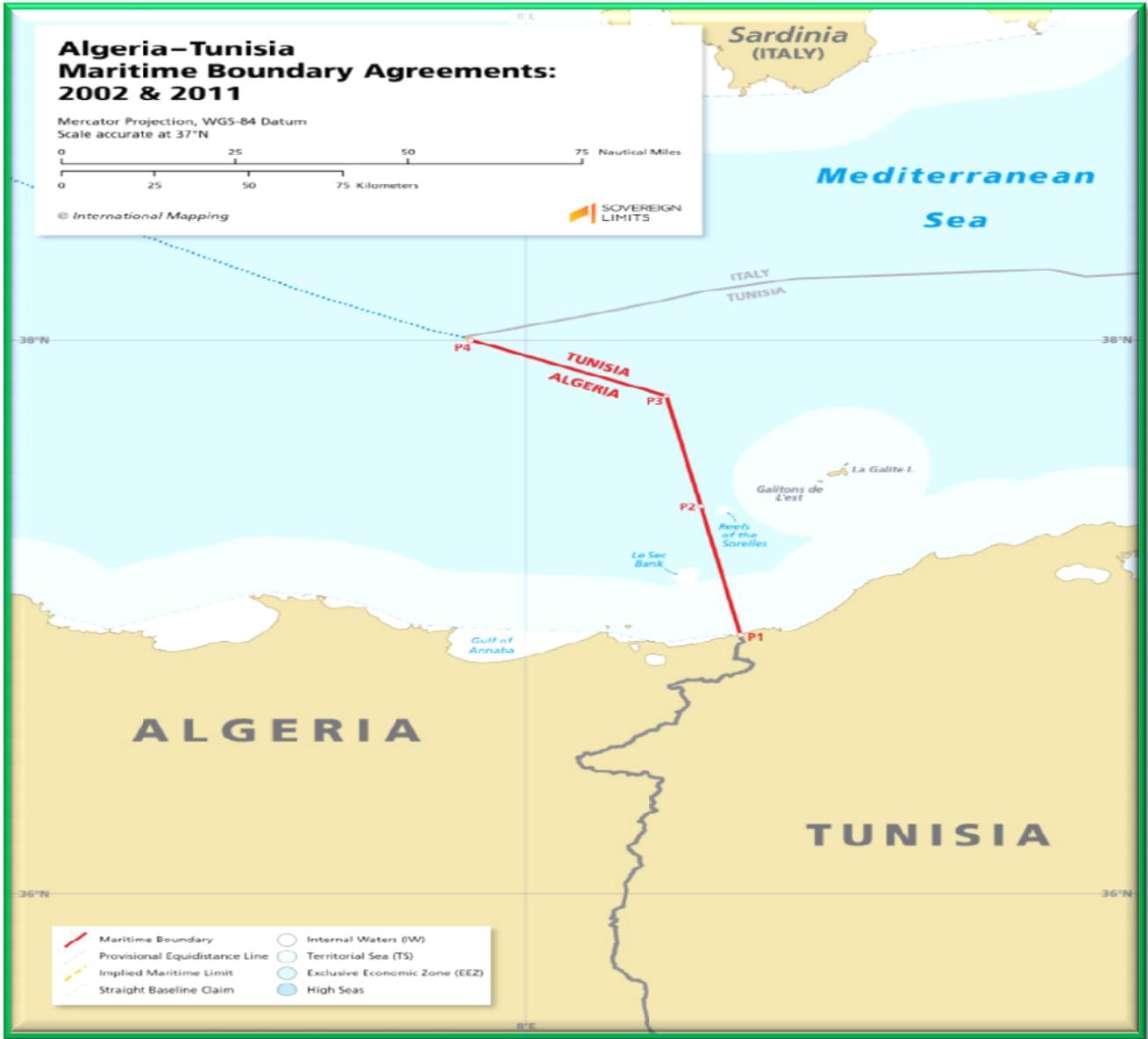
³⁰ - هذه المفاوضات كانت سهلة جدا مقارنة بين المفاوضات التي انتهت بالاتفاق المؤقت لسنة 2002 والتي تطلبت 11 دورة مابين الدورة الأولى التي عقدت في (29/28 جويلية 1995 بتونس) والدورة الأخيرة التي عقدت في (05/01 اكتوبر 2001 في تونس).

الاتفاق تضمن نفس الآلية وهي خط التحديد الوحيد لكامل الأبعاد البحرية³¹ مع ذكرها بالتعداد هذه المرة أي تم ذكر البحر الإقليمي والمنطقة المتاخمة و الجرف القاري والمنطقة الاقتصادية الخالصة إضافة إلى أي منطقة بحرية محدثة³² أو يمكن إحداثها مستقبلا طبقا لقواعد اتفاقية قانون البحار أو القانون الدولي . كما عمل الاتفاق على استعمال نفس النقاط 04 المستعملة بنفس الإحداثيات (خريطة رقم 02) وهو ما يؤكد عملية التحويل للاتفاق المؤقت إلى اتفاق نهائي بإرادة الطرفين مع الاحتفاظ بنفس الآثار للجزر التونسية على مسار خط التحديد سلبا وإيجابا ، كليا ونسبيا.

³¹ - على أساس أن هذه الآلية أصبحت الأكثر استعمالا في عمليات التحديد البحري الاتفاقي - راجع في هذا :

Laurent Lucchini / Michel Voelcke- Droit De La Mer –Tome 2 Délimitation- Navigation Et Pêche Volume 1 Délimitation –les accords de délimitation A . pedone- paris 1996. p 104.

³² - لم تتم الإشارة صراحة في هذا الاتفاق إلى منطقة الصيد المحفوظة الجزائرية على الرغم من أن الاتفاق المؤقت كان قد أشار إليها عند تعيين النقطة رقم 03 في المادة 01 منه.



الخريطة رقم 02

هذه الانسيابية في توافق الطرفين جعلت من وزراء خارجية البلدين يوقعون في تونس على الاتفاق النهائي بالأحرف الأولى بتاريخ 2009/10/30 ليتم التوقيع نهائيا عليه في الجزائر بتاريخ 2011/07/11 من طرف وزراء خارجية البلدين³³ في انتظار عرضه للتصديق عليه من طرف الجهات الرسمية للبلدين طبقا لنص المادة 08 من الاتفاق النهائي وهو ما تم بالفعل بالنسبة للجزائر حيث عرضت الاتفاقية على البرلمان الذي وافق

³³ - تم تمثيل الجزائر في حفل التوقيع من طرف السيد مراد مدلسي ومثل تونس السيد محمد المولدي الكافي.

عليها وصدرت في شكل قانون رقم 02/13 مؤرخ في 20/02/2013³⁴ لتتم المصادقة عليها من طرف رئيس الجمهورية بموجب مرسوم رئاسي يحمل رقم 316/13 مؤرخ في 16/09/2013³⁵.
ظاهر معطيات الاتفاقية تكون بالفعل قد قدمت حلا لعملية التحديد البحري بين البلدين إلا أن مخرجاتها سيكون لها تأثير على ما سيتم بواسطته تسيير جلسات المفاوضات الجارية مع الجارة ايطاليا بعد إعلان الجزائر عن إنشاء منطقة اقتصادية خالصة وهذا هو محور المبحث الثالث من هذه الدراسة.

المبحث الثالث: مخرجات الاتفاق النهائي وأثره على عملية التحديد البحري مع ايطاليا

معطيات التحديد البحري بين الجزائر وتونس تقتضي الفصل في أربعة نقاط أساسية ، ثلاثة منها طبيعية وهي جزيرة جالطة la Galite والارتفاعات المغمورة³⁶ والمعروفة باسم السوريل Ecueils Des Sorelles³⁷ التي تظهر في حالة الجزر وما يعرف باسم Banc Le Sec وهو مرتفع يبقى مغمور حتى في حالة الجزر.

أما النقطة الرابعة فهي ذات طابع اتفاقي من جهة وقانوني من جهة أخرى وهي ما يعرف بـ " النقطة صفر " وهي النقطة المستحدثة بين ايطاليا وتونس أثناء عملية تحديد الجرف القاري بين الطرفين سنة 1971 والتي كانت نقطة الانطلاق في التحديد من ناحية الغرب في اتجاه الشرق ثم الجنوب الشرقي وصولا إلى النقطة رقم 32 أين تم رسم خط فاصل بين حافتي الجرف القاري لكل من ايطاليا وتونس.
تصورات الحلول لهذه النقاط في اتفاق الجزائر وتونس كانت مختلفة مقارنة مع اتفاق 1971 بين تونس وايطاليا ، وهو الأمر الذي يطرح إشكالية مدى تأثير تلك الحدود المعتمدة على مسار التحديد الحالي الجاري بين الجزائر و ايطاليا حول حدود المنطقة الاقتصادية الخالصة الجزائرية في الحوض الغربي للمتوسط.

³⁴ - الجريدة الرسمية - العدد 12 - بتاريخ 2013/02/27

³⁵ - الجريدة الرسمية - العدد 46 - بتاريخ 2013/09/22

³⁶ - المرتفعات التي تنحصر عنها المياه عند الجزر haut-fond découvrant جاءت أحكامها في المادة 13 من اتفاقية قانون البحار لسنة 1982.

³⁷ - تقع حوالي 28 ميل بحري من اقرب نقطة في السواحل الغربية لتونس نحو الشمال.

المطلب الأول : الحل المعتمد بالنسبة للجزر و المرتفعات المغمورة

الفرع الأول : وضعية جزيرة جالطة - la Galite

جزيرة جالطة³⁸ la Galite حسب موقعها البعيد من الساحل التونسي نوعا ما، كانت تونس مبدئيا تريد أين يكون لها الأثر الكامل في التحديد البحري وفق معطيات المادة 2/121 من اتفاقية 1982 ومنه يكون لها كامل الحق في جميع الامتدادات البحرية ، أي البحر الإقليمي ، المنطقة المتاخمة ، المنطقة الاقتصادية الخالصة و الجرف القاري ، وهذه الجزيرة أثناء عملية التحديد البحري للجرف القاري مع إيطاليا كان قد منح لها الطرفين الأثر الكامل وتعاملت مع جزيرة سردينيا الإيطالية بنفس الندية وتمت عملية التقسيم على أساس طريقة خط الوسط la ligne médiane أو تساوي الأبعاد la méthode de l'équidistance ومنه فانه سيكون من مصلحة تونس أن يكون لهذه الجزيرة الحق الذي أقرته المادة 2/121 من اتفاقية 1982 والذي بطريقة ما كانت متناغمة كحل مع ما ذهب إليه اتفاق تحديد الجرف القاري مع إيطاليا في 1971 وسيكون من الأسلم في هذه الحالة أن تبقى الأمور على حالها بشكل يضبط المفاوضات الجارية مع الجزائر دون أن يمس بالاتفاق الذي أبرم مع إيطاليا من قبل .

تدعيما لموقفها أكدت تونس أن الجزيرة والصخور التي تتبعها يقيم فيها عدد من السكان وبشكل دائم والذين يمتنون مهنة الصيد كنشاط اقتصادي في المنطقة بالطبيعة وليس اصطناع للمعطيات³⁹ ومنه فان جميع شروط المادة 2/121 متوفرة فيها ويكون من حقها الجرف القاري والمنطقة الاقتصادية الخالصة إضافة للمياه الإقليمية بالطبع ، وبالنتيجة فان جميع استثناءات الفقرة الثالثة من المادة 121 تكون جزيرة جالطة غير

³⁸ - وهو أرخبيل مكون من جزيرة جالطة ومعها خمسة صخور بحرية أخرى هي جالطة الصغرى (le Galiton -)

(la fauchelle -) إضافة إلى جالطة الصغرى الشرقية أو ما يعرف بجزر الكلاب وهي (le Gallo-le pollastro - la Gallina) يبعد الأرخبيل عن ساحل مدينة طبرقة التونسية حوالي 36 ميل بحري باتجاه الشمال الشرقي في حين أنها تبعد حوالي 19 ميل من أقرب نقطة في الساحل التونسي باتجاه الشمال .

³⁹ - ROBERT KLOB- L'interprétation de l'article 121 paragraphe 3 ,de la convention de montego bay sur le droit de la mer -les Rochers qui ne se prêtent pas à L'Habitation humaine ou a une vie économique propre AFDI XL 1994 P 907.

معنية بها طالما أنها ليست في وصف الصخرة البحرية وهي مهياة للسكن البشري وتتضمن نشاط اقتصادي⁴⁰. بالمقابل تصورات المفاوضات الجزائرين في الجلسات المتتالية كانت مختلفة تماما على ما ذهب إليه الطرح التونسي ، فبغض النظر عن وجهة النظر الجزائرية الكلاسيكية بالنسبة لتأثير الجزر على عمليات التحديد من جهة⁴¹ إضافة إلى مناصرتها لمسألة التحديد على أساس الإنصاف واستبعاد مفهوم مسألة تساوي الأبعاد المحف كآلية في التحديد كما أسلفنا من قبل، فإن جزيرة جالطة التونسية البعيدة عن الساحل فيما وراء 12 ميل بحري الخاصة بالبحر الإقليمي لا يمكن أن يكون لها الأثر الكامل وإنما تأثير نسبي لا غير يتجسد في الحق في بحر إقليمي دون أن يمتد ذلك إلى الحق في الجرف القاري أو منطقة اقتصادية خالصة خاصة بها وهذا بسبب الوضعية الجغرافية لهذه الجزيرة التي يمكن أن يكون لها تأثير سلبي على منطقة الصيد الجزائرية ومنه يتعين استبعاد هذا التأثير السلبي، طالما أنها لم تكن محل مطالبة جزائرية من حيث السيادة لكونها تقع في الجهة المناسبة من التحديد أي في الجانب التونسي صاحبة السيادة عليها وبذلك فمن الأحسن الاكتفاء بالسيادة عليها دون أن يكون لها أثر سلبي على الجهة الغربية الأخرى من خط التحديد الفاصل بين البلدين.

في الحقيقة أن جزيرة جالطة التونسية هي عبارة عن محمية طبيعية منذ سنة 1980 بناء على قرار وزاري صادر من وزارة الفلاحة التونسية وتم تسجيلها في سنة 2001 كمنطقة محمية بشكل خاص وذات أهمية متوسطة⁴² ASPIM ومنه فإن مسألة الإقامة الدائمة بالمفهوم السكني وممارسة الصيد بالمفهوم الاقتصادي لا تتماشى ووضع الحماية الموضوع فيه هذه الجزيرة ، وعلى الرغم من أن الوفد الجزائري في

40 - المادة 121 من اتفاقية 1982 :

- الجزيرة هي رقعة من الأرض متكونة طبيعيا ومحاطة بالماء و تعلو عليه في حالة المد.
- باستثناء ما هو منصوص عليه في الفقرة 3 ، يحدد البحر الإقليمي للجزيرة ومنطقتها المتاخمة ومنطقتها الاقتصادية الخالصة و جرفها القاري وفقا لأحكام هذه الاتفاقية المنطبقة على الأقاليم البرية الأخرى .
- ليس للصحور التي لا تهئى استمرار السكني البشرية أو استمرار حياة اقتصادية خاصة بها ، منطقة اقتصادية خالصة أو جرف قاري .

41 - راجع في هذا مقالنا :

- يخلف نسيم /تأثير جزر البليار على التحديد البحري بين الجزائر واسبانيا - مجلة الدراسات القانونية المقارنة -المجلد 07 العدد01(2020) ص. ص 1464-1487.

42-Aire spécialement protégées d'importance méditerranéenne est établie par le plan d'action pour la méditerranée(pam) dans le cadre du protocole de la biodiversité de 1992 de la convention de Barcelone de 1976.

المفاوضات الجارية بين الطرفين قد زار هذه الجزيرة للتأكد من مسألة السكن وممارسة الصيد⁴³ ، إلا أن ما خلص إليه اتفاق 2011 هو أنه استبعد كليا أي تأثير لهذه الجزيرة خارج نطاق البحر الإقليمي ، بل إن هذا الأمر لم يذكر كليا في الاتفاق وقبلت تونس بان يستبعد تأثيرها على خط التحديد على الرغم من أن اتفاق سنة 1971 منح لها الأثر الكامل كما أسلفنا مثلها مثل جزيرة سردينيا وصقلية دون الأخذ بعين الاعتبار معيار المساحة التي لا مجال لمقارنتها به⁴⁴.

إلا أنه ينبغي التذكير هنا أنه لم يكن ليتم استبعاد أثر هذه الجزيرة من حقوقها القانونية خارج نطاق الاتفاق الثنائي الذي اعتمده الطرفين ، وأن النتيجة كانت ستكون مختلفة تماما لو تم عرض هذا النزاع على محكمة قانون البحار أو محكمة العدل الدولية أو حتى محكمة تحكيم ، فمهما تم الأخذ بمفهوم الظروف الخاصة أو المعيار الجغرافي الذي قدمه الوفد الجزائري فإنه لم يكن ليتم استبعاد تأثير هذه الجزيرة إلى مفهوم العدم كما وقع في الاتفاق ، وبالتالي فإن قبول الطرف التونسي بهذا الوضع (الطرح الجزائري) هو تقديم مسبق (تنازل بالتوافق) لمطالبة لاحقة رأيت تونس أنها أكثر أهمية ومصالحة ذات أولوية وهي قبول الجزائر بالنقطة صفر .

الفرع الثاني : وضعية المرتفعات المغمورة - السوريل - *Ecueils Des Sorelles*

تقع مرتفعات السوريل تقريبا على نقطة متعامدة مع النقطة 01 التي رسمت في البر بين تونس والجزائر ومن ثم فإن موقعها أشد تأثيرا على عملية التحديد البحري بين البلدين ومنه تكون أكثر ضررا للمصالح الجزائرية على اعتبارها تابعة للسيادة التونسية وطالبت بها رسميا وحرصت على أن يكون لها الأثر المطلوب طبقا لمقتضيات المادة 13 من اتفاقية قانون البحار لسنة 1982 .

هذه المرتفعات تكون ظاهرة في حالة الجزر وتخفي في حالة المد ، لها تكوين طبيعي يقع كليا خارج البحر الإقليمي لتونس ، فهي تقع حوالي 28 ميل بحري من أقرب نقطة في السواحل الغربية ، أي أنها تبعد عن الحد الخارجي للبحر الإقليمي التونسي بحوالي 16 ميل بحري نحو الشمال ومنه طبقا للمادة 2/13 من اتفاقية 1982 ليس لها الحق في بحر إقليمي⁴⁵ ولا يمكن أن يكون لها أي تأثير على خط التقسيم لأن أي أثر مهما كان فإنه من شأنه أن يغير مسار الخط الفاصل أكثر نحو الغرب ومنه فإن الوفد الجزائري ظل متمسك بعدم منح أي أثر له مع الإقرار دائما في أحقيته لتونس من حيث السيادة عليه ، مع العلم أن تونس سبق لها وان قبلت بعدم منح أي

43 - تمت هذه الزيارة خلال الدورة 11 للمفاوضات ما بين 05/01 أكتوبر 2001 / Cheyma Djaziri- op cit p54

44 - يذكر هنا أن نص المادة 121 من اتفاقية 1982 استبعد هذا المعيار الذي كانت الكثير من المشاريع التي قدمت من طرف الدول قد طالبت به / مساحة جزيرة جالطة التونسية 2715 هكتار - جزيرة سردينيا الإيطالية 24100 كلم² و حوالي 1.648000 ساكن في 2020.

45 - المادة 2/13 - عندما يكون المرتفع الذي تتحسر عنه المياه عند الجزر واقعا كليا على مسافة تتجاوز عرض البحر الإقليمي من البر أو من جزيرة ، لا يكون له بحر إقليمي خاص به.

أثر لمرتفعات السوريل من قبل في اتفاقية تحديد الجرف القاري مع إيطاليا سنة 1971، وأنه لا يوجد ما يبرر أن يُستحدث له أثر في مواجهة الجزائر.

بالمقابل تونس ترى غير ذلك وتتعلق من نقط قانونية ثابتة وهي أن القانون عدد 49 لسنة 1973 المؤرخ في 1973/08/02 و المتعلق بتحديد المياه الإقليمية⁴⁶ والذي صدر فيما بعد الأمر الذي يضبط خطوط الأساس لها وهو الأمر عدد 527 لسنة 1973 المؤرخ في 1973/11/03 و المتعلق بخطوط الأساسية⁴⁷ حسب تسميته قد ذكر في الفصل الأول نقطة 2:

2- الخط الذي يلتقي فيه البحر عند أقصى الجزر بصخور السوريل وجزر جالطة الصغرى وجالطة وجزر جالطة الصغرى الشرقية وجزر (فراجلي - وكانى - بيلو).

ومن هنا اعتبر الوفد المفاوض التونسي أنه منذ فترة السبعينات كانت تمنح تونس لمرتفعات السوريل الحق في بحر إقليمي ، وأنه بالرغم من صدور هذا القانون ونشره إلا أن السلطات الرسمية الجزائرية لم تحتج عليه⁴⁸ وهو ما يتعين اعتباره بمثابة قبول من طرف الجزائر⁴⁹

تمسك الطرفين بمواقفهما المتعارضة لطفت منه بعض الاقتراحات من الطرفين في الكواليس وبطريقة غير رسمية بحيث أنه وبداية من الدورات المتعاقبة اقترحت تونس أن يكون لمرتفعات السوريل بحر إقليمي أقل من 12 ميل التي تطالب بها ويكون ذلك ببعد 08 ميل بحري، إلا أن الرد الجزائري تمثل في اقتراح مسافة 02 ميل بحري لا غير ، هذا العرض الجزائري قابله تنازل الوفد التونسي إلى مسافة 05 ميل و هو العرض الذي جعل الوفد الجزائري يعرض مسافة 03 أميال بحرية ، وبما أن التقارب أصبح بفارق 02 ميل بحري بين الاقتراحين اتفق الطرفان في الدورة 11 أن يتم القبول لمرتفعات السوريل ببحر إقليمي بـ 04 أميال بحرية وهو ما يعني أن خط التحديد سوف يمر غرب السوريل بمسافة 04 أميال بحرية بحيث يربط بين النقطة 01 والنقطة اثنين مع ترك مرتفعات السوريل شرقا تحت السيادة التونسية .

46 - الرائد الرسمي للجمهورية التونسية- العدد 29 لسنة 1973 ص 1316.

47 - الرائد الرسمي للجمهورية التونسية- العدد 41 لسنة 1973 ص 1870-1871.

48 - الجزائر سبق لها و أن سكنت ولم تحتج عند إعلان اسبانيا عن منطقة الصيد سنة 1997 استنادا لمعيار خط الوسط ودون

القيام بالمشاورات المسبقة ، إلا أن إيطاليا احتجت على التحديد الأحادي الجانب من جهة على الرغم من اتفاقية التحديد بينهما الخاصة بالجرف القاري لسنة 1974 أين تم فيها استعمال نفس المعيار وهو خط الوسط ، كما احتجت فرنسا سنة 1997 على استعمال معيار خط الوسط واستبعاد معيار التحديد المنصف في خليج الأسد golfe du lion .

49 - Cheyma Djaziri- op cit p 48.

حيث أنه وبعد قراءة لاحقة للأحداث وبالرغم من محاولة تفهم السبب الذي دفع المفاوض الجزائري إلى قبول الأثر النسبي لمرتفعات السوريل على عكس ما تقضي به المادة 02/13 من اتفاقية 1982 و على عكس ما أقرت به تونس في 1971 من انعدام أي أثر لهذه المرتفعات المغمورة بعد أن استطاع المفاوض الايطالي انتزاعه كنتيجة ، فإنه لم يكن هناك مبرر كاف لقبول مثل هكذا مسافة من جهة الجزائر مهما طالت مدة التفاوض ، ومن جهة أخرى كان يمكن أن التقليل من الخسائر في هذه النقطة بأن تستحدث مسافة 04 أميال بشكل دائري على مرتفعات السوريل دون أن ينحرف خط التحديد كلياً نحو الغرب بل يدور في مسافة أربعة أميال حول المرتفعات ثم يتجه مباشرة شمالاً دون أن يميل نحو الشمال الغربي ، مثلما عملت تماماً تونس مع الجزر الإيطالية Pantelleria, Lampedusa, Lampione et Linosa في اتفاقية 1971.

حيث أن قبول الجزائر لاتجاه خط التحديد بين النقطة 01 والنقطة 02 والنقطة 03 على مسار الشمال الغربي قد جعل في الواقع مرتفعات السوريل تمنح بطريقة غير مباشرة الأثر الكامل إذا حسبنا المساحة التي دخلت تحت السيادة التونسية شمال السوريل الشيء الذي مهد من بعيد التبرير لقبول النقطة صفر فيما بعد ويحكم مستقبل التحديد البحري مع إيطاليا بـ 10 سنوات قبل بدايته .

الفرع الثالث : وضعية مرتفعات - Banc Le Sec

بالنسبة لما يعرف باسم ⁵⁰ banc le sec فهو عبارة عن مرتفع بحري يبقى مغموراً في حالة المد والجزر معاً، كانت تدعي تونس ملكيته دون أن تقوم بفرض سيطرة فعلية عليه خاصة فيما يتعلق بانجاز أنظمة السلامة حوله كالمنازل البحرية الذي تحذر من وجوده وهذا كونه مغمور بشكل دائم يجعل منه أكثر خطراً على الملاحة البحرية .

إشكالية هذا المرتفع أنه يقع في الجزء الخطأ من خط التقسيم المفترض أو كما سمته محكمة العدل الدولية في قضية التحديد البحري في خليج Maine بين الولايات المتحدة الأمريكية وكندا على أساس أنه ⁵¹ accident géographique mineur كونه عملياً هو يقع شمال السواحل الجزائرية في حين أنه بالنسبة لتونس هو يقع في الشمال الغربي لمدينة طبرقة ، وهو في الواقع أقرب للسواحل الجزائرية منه للسواحل التونسية ، وفق هذه المعطيات فإن الأمر يتطلب الفصل في من له الأحقية عليه من الأساس كون أن موقعه مقارنة بالخط الفاصل هو من سيحدد ذلك.

في الواقع فإن القانون عدد 49 لسنة 1973 المؤرخ في 1973/08/02 و المتعلق بتحديد المياه الإقليمية التونسية والمتبوع بالأمر عدد 527 لسنة 1973 المؤرخ في 1973/11/03 و المتعلق بخطوط

⁵⁰ -un haut-fond :un sec ou une sèche est un relief sous marin du plateau continental ou la profondeur de L'eau est faible par rapport a celle des point avoisinants-
wikipedia.org - 01/11/2021.

⁵¹ - CIJ Recueil 1984 p 201-

الأساس لم يشر إلى هذا المرتفع بالتسمية عل غرار ما فعل مع مرتفعات السوريل التي ذكرها بالاسم في الفصل 1 نقطة 02 ، يضاف إلى ذلك موقعه وعدم ممارسة حضور فعلي للسلطات التونسية كما أشرنا ، فان مسألة استبعاد أي تأثير له كان مؤسسا قانونا و رسم خط التحديد في شرق هذا المرتفع جعله يدخل في السيادة الجزائرية بطريقة قانونية محضة لا تحمل أي نوع من التنازل في الواقع ، وهي مسألة لم يتشبهت بها كثيرا الجانب التونسي ولم تلقى الاهتمام على غرار ما تم بالنسبة لمرتفعات السوريل كما أشرنا سابقا ، كما أن المفاوضات التونسية كان يعلم استنادا للمعارضة التي تلقاها من المفاوضات الجزائري فيما تعلق بالسوريل، فان التشبهت بمرتفع banc le sec سيكون في حكم المهمة المستحيلة ، ومنه فضل أن يختزل الوقت والجهد لوضع أهم كما أشرنا ألا وهو النقطة صفر (0) بدلا من محاولة العمل على إحداث انبعاث كبير داخل منطقة الصيد المحفوظة الجزائرية وعلى مرمى حجر من مدينة القالة وهو وضع ما كانت لتقبل به الجزائر .

المطلب الثاني : آثار الإقرار بالنقطة صفر من طرف الجزائر

المعضلة الأهم بالنسبة لتونس هي النقطة صفر التي تكونت بالنتيجة كنقطة ثلاثية بالنسبة للجزائر وهي لا تلزمها في شيء كونها جاءت باتفاق بين تونس وإيطاليا دون الجزائر، وهذا ما يعني عدم الإقرار بها ، وهنا يكمن الإشكال بالنسبة إلى تونس ، فمن بين جميع نقاط المفاوضات التي كانت تتراوح فيها المذكرات بين الطرفين كانت النقطة صفر ومن بعدها مرتفعات السوريل هي مركز اهتمام الوفد المفاوضات التونسي الذي كانت غايته هي المحافظة على الوضع القائم الحالي مع عدم فتح أي مجال لمراجعة الاتفاق الذي تم بين تونس وإيطاليا في سنة 1971 حول تحديد الجرف القاري ، وهي مسألة تحتاج إلى إقرار الجزائر بهذا الاتفاق بطريقة غير مباشرة و أن لا يتجاوز التحديد بأية طريقة كانت النقطة صفر التي تم ترتيبها بين تونس وإيطاليا بناء على طريقة خط الوسط الذي كانت دائما الجزائر ترفضه .

ولم يكن من الغريب معرفة عدم إقرار الجزائر بهذه النقطة لا من حيث الإنشاء(خط الوسط) ولا من التأثير على المصالح الجزائرية عن طريق اتفاق لا يلزمها كونها ليست طرفا فيه ، و الإقرار بها يجعل من النقطة صفر نقطة ثلاثية في مواجهة الدول الثلاث إيطاليا، تونس، والجزائر وهو ما يعني أيضا غلق الأفق البحري على الواجهة البحرية الشرقية الجزائرية من مدينة عنابة إلى مدينة القالة وما بعدها شرقا.

ضمن هذه المعطيات كانت نقطة الانطلاق في التحديد بين البلدين بملف يتضمن صخرا بحريا كبيرا وثقيلًا يسمى النقطة صفر يتطلب تحريكه الكثير من الصبر والعمل والتنازل من الجانبين كونه مسألة محورية للطرفين نفعا وضررا .

بداية العمل كانت أولا في انتهاج خيار الاتفاق الثنائي كآلية لعملية التحديد البحري بين الطرفين بدلا من اللجوء إلى طرف ثالث مثل محكمة العدل الدولية أو التحكيم الدولي ، كون أن في هذه الطريقة يحق للطرفين استعمال القواعد التي تخدمهم وتراعي مصالحهم والتي يمكن أن تكون متعارضة مع نصوص اتفاقية سابقة

بشرط عدم المساس بمصالح الدول الأخرى ، وهذه الحرية لا يملكها قضاة المحاكم القضائية أو التحكيمية وعلى الرغم من أن الجزائر كان هذا خيارها الأولي منذ البداية إلا أن تونس كانت قد قبلت بخيار اللجوء الى حل نزاعها البحري مع ليبيا أمام محكمة العدل الدولية فيما تعلق بالجرف القاري والذي انتهى بحكم 1982 ، واعتماد تونس على خيار الاتفاق الثنائي هنا وفيما يخص النقطة صفر كونها تعلم جيدا أن عرض هذه المسألة أمام هيئة قضائية معناه و بكل بساطة أن الحكم سيكون لمصلحة الجزائر طبقا للمواد 34 و 35 من اتفاقية فينا للمعاهدات لسنة 1969 ، فلا يمكن بأي حال من الأحوال الاتفاق على إلزام الغير .

منذ الدورة الثالثة من جلسات التفاوض و التي جرت بتونس في الأول والثاني من جويلية 1996 كانت الجزائر قد أشارت إلى أن حقوقها البحرية في مواجهة ايطاليا تمتد إلى ما وراء النقطة صفر⁵² وهو ما يعني عدم الاستعداد بقبول هذه النقطة ، إلا أن الجلسات المتتالية أظهرت نوع من الصفقة بين الطرفين في شكل تنازلات متبادلة أين قبلت تونس باستبعاد أي أثر لجزيرة جالطا على عملية التحديد البحري مقابل أن تقبل الجزائر بنقطة مقاربة للنقطة صفر ، وإن كان هذا التوافق لم يتم بشكل رسمي ولم يدون في مواد الاتفاقية إلا أن القراءة البسيطة لاتجاه خط التحديد تعطي للقارئ رؤية واضحة على حجم التبادلات بين الطرفين ، والتركيز الذي كان من كل طرف حول المصلحة التي يراها أولى بالحماية .

فعلى فرضية أن تتمسك تونس بحق جزيرة جالطا بكل حقوقها الواردة في المادة 121 / 2 فإننا نتكلم عن حقوق تتجاوز البحر الإقليمي وتصل إلى الجرف القاري و المنطقة الاقتصادية الخالصة وهو ما يعني الذهاب أكثر إلى ما وراء صخور السوريل في اتجاه الغرب وهو أمر كان سيحدث انبعاث كبير في منطقة الصيد المحفوظة مهما كانت الطريقة التي رتبنا بها عملية التحديد سواء بتساوي الأبعاد أو البحث عن حل ضمن قواعد الإنصاف .

كما أن تمسك الجزائر بعدم الإقرار بطريقة غير مباشرة بالنقطة صفر معناه أن خط التحديد سيأخذ مسار آخر وفتح مجال لمراجعة النقطة الثلاثية مع ايطاليا بما يضر المصالح التونسية.

بين الحالتين هناك مضرة ومصلحة لكل طرف ، إلا أن الطرفين تناولا المعطيات في إطار الحرية التي يملكونها في نطاق آلية الاتفاق ومنه راحوا يربتون مجموعة من 04 نقاط تراعي مصالح متبادلة في حدود أقل الأضرار حسب وجهة نظر المتفاوضين ، وباستعمال الكثير من المبادئ القائمة على حسن الجوار و التعاون والمصلحة المشتركة وعلاقات الأخوة والتعاون وغيره من المبادئ التي ذكرت في ديباجة الاتفاقيتين (2002 و 2011) ليتوصلوا في الأخير إلى الإقرار بالخط الذي ينتهي على مرمى حجر من النقطة صفر التي رسمت بين ايطاليا وتونس في 1971 ويحفظ ماء الوجه للجزائر في عدم القبول رسميا بالنقطة صفر بدليل

⁵² -Cheyma Djaziri- op cit p .54

أن الاتفاق الجزائري التونسي استحدث النقطة 04 التي ليست متطابقة مع النقطة صفر لكنها قريبة منها و بإحداثية خاصة بها وهي السميت "07'55'328⁰ المسافة 137601.2365m .

عند دراسة المعطيات الأولية يظهر أن النقطة صفر التي تم رسمها في سنة 1971 رسميا بين الطرفين كاتفاق نهائي في هذه الفترة كانت تقع على مستوى أعالي البحار، وأنه بتاريخ 2011 كل من النقطة صفر والنقطة 04 كانتا خارج الولاية الوطنية الجزائرية ولا تمس منطقة الصيد المحفوظة كون أن نطاقها يتوقف على مستوى النقطة 03 التي تم اعتمادها رسميا كأقصى حد لمنطقة الصيد الجزائرية على مستوى الشمال الشرقي إلا أنه وبعد الإعلان عن المنطقة الاقتصادية الخالصة الجزائرية بالمرسوم الرئاسي 96/18 المؤرخ في 2018/03/20 أصبحت مسألة النقطة صفر تطرح الكثير من التساؤل طالما أن الجزائر وعن طريق المرسوم الرئاسي قد حددت الحد الخارجي لمنطقتها الاقتصادية شمال النقطة صفر في اتجاه إيطاليا مما يدفعنا إلى وضع مجموعة من التساؤلات حول قبول الجزائر بالنقطة صفر في سنة 2011.

بالفعل تمت بين الطرفين الجزائري والتونسي مجموعة من التنازلات المتبادلة ، فتونس تنازلت عن معيار تساوي الأبعاد التي كانت تناصره كما تنازلت عن منطقة المرتفعات المغمورة *banc le sec* وقبلت بعدم منح أي تأثير لجزيرة جالطة وهذا كله بمقابل الاعتراف الجزائري بالنقطة صفر بطريقة غير مباشرة مع المحافظة على سيادتها على مرتفعات السوريل ، لكن هل أن استبعاد أي تأثير لجزيرة جالطة ووضع اليد على المرتفعات المغمورة *banc le sec* يبرر فاتورة الإقرار الضمني بالنقطة صفر (التي رسمت بآلية تساوي الأبعاد) عن طريق قبول رسم خط التحديد بالطريقة التي انتهى بها متجها غربا بدلا من أين يكون اتجاهه شمالا؟

حيث أن أي تفاوض مع إيطاليا حاليا لا يمكن أن يتجاهل النقطة 04 أو النقطة صفر مهما كان التصور الذي ستدفع به الجزائر، أو لم يكن من الممكن أن يتصور في 2011 مدى تأثير القبول بالرسم من النقطة 03 إلى النقطة 04 على الحق الجزائري في الإعلان عن منطقة اقتصادية خالصة والتي كانت خارطتها لتكون مختلفة لو لم يتم الإقرار بالنقطة صفر بالطريقة التي غلقت الأفق البحري للواجهة الشرقية الجزائرية؟.

هذه النتيجة تدفعنا إلى التساؤل حول ما إذا كان هناك تسرع من طرف الجانب الجزائري في حل مسألة التحديد البحري الجزائري مع الجارة تونس؟ و هل كان بالإمكان التوصل إلى حل مغاير يضمن الحقوق الجزائرية بصورة أكثر إنصافا كون أن قراءة سطحية بسيطة لاتفاق 2011 ونظرة خاطفة لمسار خط التحديد من النقطة 01 إلى النقطة 04 كافية لاستنتاج أن اتفاق 2011 كان أكثر نفعاً لتونس مقارنة على ما جنته الجزائر وما خسرت فيه.

خاتمة

بعد التطرق لمعطيات التاريخية لاتفاق التحديد البحري بين الجزائر وتونس ، وبعد مناقشة أسباب ودواعي النتيجة التي خلص إليها اتفاق الجانبين في صورة صفقة شاملة على غرار ما وقع في المؤتمر الثالث لقانون البحار بالنسبة لقبول فكرة المنطقة الاقتصادية الخالصة ، فإنه لا يمكن اليوم القول ببساطة هل أن الجزائر رحبت أم ضيقت حقوقا في تلك العملية طالما أننا أبرزنا كل صور الحالات والسيناريوهات الممكنة في تحقيق حل معين ، إلا أن كل عمليات التحديد البحري تحتاج الى وقت معتبر يتم فيه تمحيص كل المعطيات على وجه التدقيق ، و من هذه النقطة يمكن القول أن اتفاق 2011 تضمن نوع من التسرع من جهة الجزائر لأنه كان يكفي الوصول إلى 2018 لتظهر لنا صورة مغايرة لخريطة بحرية كان يمكننا أن نرسمها بطريقة مختلفة و في هذا تذكير لمستقبل المفاوضات الجارية حاليا مع إيطاليا بان يستبعد فيها كل تسرع في الوصول إلى الحل النهائي كون أن الأمر مرتبط بقطاع سيادي يرهن به مستقبل أجيال ولا يكفي حينها القول بأنه لم يكن ممكن أفضل مما كان .

اللجوء في إفريقيا: واقع الظاهرة وقصور الحماية

معزیز عبد السلام⁽¹⁾

(1) أستاذ محاضر "أ"، مخبر البحث حول فعالية القاعدة القانونية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميره، بجاية، 06000، الجزائر.

البريد الإلكتروني: abdessalam.maziz@univ-bejaia.dz

الملخص

يعد اللجوء من أكثر الظواهر انتشارا في إفريقيا ويشكل تحد حقيقي في القارة ، فتزايد المعاناة التي يتكبدها ضحايا هذه الظاهرة كانت وتزال تترك الضمير الإفريقي والعالمي، فبالرغم من الإطار القانوني العالمي والإقليمي الذي يوظف ظاهرة اللجوء، تبقى إفريقيا عاجزة عن وضع حدا لهذه الظاهرة وخلق حماية ناجعة للاجئين في إفريقيا.

الكلمات المفتاحية :
اللجوء _ إفريقيا _ آليات الحماية - ضعف الاهتمام الدولي والإقليمي.

تاريخ إرسال المقال: 2021/11/07، تاريخ مراجعة المقال: 2021/12/12، تاريخ نشر المقال: 2021/12/31.

لتهميش المقال: معزیز عبد السلام ، "اللجوء في إفريقيا: واقع الظاهرة وقصور الحماية"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد 12، العدد 03، 2021 ، ص ص. 399-408.

<https://www.asjp.cerist.dz/en/PresentationRevue/72>

المقال متوفر على الرابط التالي:

المؤلف المراسل: معزیز عبد السلام abdessalam.maziz@univ-bejaia.dz

Asylum in Africa: The Reality of the Phenomenon & the Absence of Protection Summary:

Asylum is considered as one of the most spread phenomena in Africa and it is considered a real challenge for the continent because the increase of the sufferings of the victims was an still haunts the African and global conscience.

Despite the global and regional legal framework that frames the phenomenon of asylum, Africa remains helpless in putting an end to this phenomenon and providing effective protection for this category.

Keywords:

Asylum, Africa, Protection, mechanisms, weak international and regional interest.

L'asile en Afrique : la réalité du phénomène et l'absence de protection

Résumé :

L'asile est considéré comme l'un des phénomènes les plus répandus en Afrique et il est considéré comme un véritable défi pour le continent, car l'augmentation des souffrances des victimes a été et hante encore la conscience africaine et mondiale.

Malgré le cadre juridique mondial et régional qui encadre le phénomène de l'asile, l'Afrique reste impuissante à mettre fin à ce phénomène et à fournir une protection efficace à cette catégorie.

Mots clés : asile , Afrique , Protection, mécanismes, faible intérêt international et régional.

مقدمة

يشكل العامل الأمني محورا جوهريا في استقرار و في التحركات البشرية وهذا منذ القدم، زيادة إلى عامل آخر لا يقل أهمية وهو الغذاء الذي بات يدرج ضمن إطار الأمن الغذائي، هذه التي تعتبر عوامل الكلاسيكية يضاف إليها عوامل جديدة لا تقل أهمية ويتعلق الأمر بالأساس بالأمن المناخي، الناتج عن الانبعاثات الحرارية المتزايدة التي تحدث تغيرات مناخية خطيرة على البيئة وبالتالي تكون خطيرة أيضا على الإنسان، ولكن بدرجة متفاوتة بين المناطق الجغرافية.

إذا طبقنا هذه العوامل على القارة الإفريقية فإننا نجد أنها تتوافر على جميع هذه العوامل، على أساس أنها كانت وما تزال منطقة نزاعات مسلحة داخلية أو دولية أو مدولة، من ناحية الأمن الغذائي لا يخفى على أحد أن أغلب شعوب القارة يعيشون تحت خط الفقر على الرغم من الإمكانيات المادية والبشرية التي تزخر بها والتي غالبا ما تستغل من قبل دول الشمال وتزيد من رفايتها، مع العلم أن هذه الرفاهية تحقق بفعل نهضة صناعية وتكنولوجية غدتها الثروات الطبيعية الإفريقية، كما أن الانعكاسات السلبية لها بالخصوص في ما يتعلق بالكوارث البيئية ظهرت أبرزها في هذه المنطقة الجغرافية.

هذه المعطيات جعلت من إفريقيا منطقة هجرة ونزوح ولجوء بامتياز، لكن هذه الأخيرة أشد وطأة من غيرها على أساس هشاشة وضع الفئة المعنية به، من جهة والمعاناة المتزايدة لها من جهة أخرى، في ظل اللامبالاة أو عجز المجتمع الدولي عن إيجاد الحلول الملائمة لهذه المأساة الإنسانية تحض مشكلة اللاجئين باهتمام كبير على الصعيدين الداخلي والدولي في الوقت الراهن، حيث عرف تزايد مستمر من حدة النزاعات والانتهاكات لحقوق الإنسان، ما أدى إلى ظهور انعكاسات أخذت مسار جديد يشكل تهديدا سياسيا، أمنيا، اقتصاديا واجتماعيا سواء لدول الملجأ أو الدول المضيفة وهذا ما يدفعنا إلى البحث عن واقع اللجوء في إفريقيا ومدى وجود الحماية القانونية اللازمة للدفاع عن اللاجئين؟.

المبحث الأول: واقع اللجوء في إفريقيا

تزامننا مع انتشار ظاهرة اللجوء في كثير من مناطق العالم، لاسيما في إفريقيا التي تعج بالنزاعات والصراعات المسلحة، اكتسب اللجوء أهمية خاصة ليس على المستوى الحقوقي فحسب، وإنما على عدة مستويات لتشمل الجانب الإنساني والسياسي والاجتماعي والديني، وغيرها من الجوانب التي باتت الشغل الشاغل لكثير من الباحثين والمختصين في مجال القانون الدولي.

ولدراسة واقع اللجوء في إفريقيا يقتضي الأمر تسليط الضوء على دراسة إفريقيا: منطقة لجوء دائمة (المطلب الأول) ونخصص (المطلب الثاني) لدراسة مناطق انتشار ظاهرة اللجوء في إفريقيا وأزمة اللاجئين العائدين.

المطلب الأول: إفريقيا: منطقة لجوء دائمة

تشكل إفريقيا الوجهة الأكثر استقطاباً للاجئين، ولا شك أن هذه الظاهرة تحمل انعكاسات خطيرة على وضع اللاجئين في إفريقيا، فهي تهدد وضع اللاجئين، كما تهدد حياة السكان المحليين في دول الملجأ في ظل تزايد أعدادهم، وبذلك يشكل اللاجئين مصدر لعدم الاستقرار ويمكن أن تؤثر سلباً في العلاقات بين الدول المتجاورة.

ولهذا سنحاول أن نستعرض تنامي عدد اللاجئين في إفريقيا (الفرع الأول) ونتطرق لدراسة أسباب تزايد اللجوء في إفريقيا (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تنامي عدد اللاجئين في إفريقيا

تعد القارة الإفريقية من أكبر قارات العالم من حيث عدد اللاجئين، حيث تضم النسبة الأكبر من اللاجئين فيها، إذ تضم حوالي ثلث عدد اللاجئين المنتشرين في العالم، وتحتل القارة الإفريقية قمة الدول المصدرة للاجئين، فنجد عدد لاجئي بعض الدول الإفريقية لدى الدول الأخرى يتعدى من 100 ألف لاجئ إلى 10 آلاف لاجئ¹.

وقد تزايدت أعداد اللاجئين في إفريقيا بشكل سريع، فقدّر عددهم عام 2003م بحوالي 3.2 ملايين لاجئ، وبرغم أن سكان إفريقيا لا يمثلون سوى حوالي 12% من سكان العالم؛ فإنهم يمثلون حوالي 32% من لاجئي العالم البالغ عددهم حوالي 9.7 ملايين لاجئ².

وفي سنة 2015 كان هناك 2,4 مليون لاجئ و 4,6 مليون مشرد داخليا في إفريقيا، وقد تركزت أكبر أعدادهم في نيجيريا وجنوب السودان وجمهورية الكونغو الديمقراطية، كما حالت النزاعات التي طال أمدها في جمهورية الكونغو الديمقراطية ومالي وجنوب السودان دون عودة ملايين الأشخاص إلى أوطانهم³.

ووفق إحصائيات المفوضية السامية للأمم المتحدة لشؤون اللاجئين يوجد 7.5 مليون لاجئ يحتاجون إلى مساعدات مادية، وهناك 630 ألف طالب لجوء فضلا عن تواجد مليون شخص بدون جنسية ونصف مليون الأخر من اللاجئين العائدين، وأكثر من 18 مليون إفريقي يُعتبرون نازحين داخل بلدانهم لا يستطيعون على مغادرتها لأسباب مختلفة⁴.

¹ - عبد السلام المبروك، الاتحاد الإفريقي دراسة في نظرية التنظيم الدولي الإقليمي، رسالة دكتوراه، كلية العلوم السياسية بجامعة بيروت، لبنان، 2013، ص 167

² - جرين أوهارا، الهجرة الكبرى صوب الشمال، مجلة اللاجئين، المجلد الرابع عدد 148، 2008، ص 22

³ - عبد الحاج، قوارب الموت إلى أوروبا: عصابات التهريب المنظم تتقاسم المهاجرين بحر وبرا ولمل مهاجر قصة، مجلة دلتا نون، العدد الأول، يوليو 2014، ص 6.

⁴ - رزيق المخادمي عبد القادر، الهجرة السرية واللجوء السياسي، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2012، ص 123

الفرع الثاني: أسباب تزايد اللجوء في إفريقيا

تتميز ظاهرة اللجوء بأنها ظاهرة معقدة سواء فيما يتعلق بانعكاساتها الإقليمية والداخلية، أو فيما يتعلق بأسبابها ودافع تزايدها، فعلى صعيد الأسباب ساهمت العديد من المتغيرات في تنامي انتشار اللاجئين في إفريقيا.

وقد تعددت الأسباب والعوامل التي أدت إلى تزايد هذه الظاهرة في إفريقيا منها ما يتعلق بتدهور الأوضاع الأمنية والاقتصادية، فيعتبر انتشار النزاعات والصراعات المسلحة، سببا مباشرا في تنامي ظاهرة اللاجئين وتشكل واحدة من الظواهر الرئيسة الناتجة عن هذه النزاعات وما ترتبه من مخاطر جسيمة على حياة الأشخاص في مناطق الصراع⁵.

فالقارة الإفريقية تعتبر من أكثر مناطق العالم تعرضاً لظاهرة اللجوء، فإفريقيا تعاني -ولا تزال- من كثرة النزاعات والصراعات المسلحة، ومن أهم إفرازاتها وانعكاساتها تنامي عدد اللاجئين والمهجرين قسرا واستخدامهم كوقود لهذه النزاعات، وذلك حسب تقارير المنظمات الدولية التي تؤكد وجود الآلاف من اللاجئين الذين يتم استخدامهم في النزاعات المسلحة.

كما تعتبر مشكلة السياسات الإفريقية عاملا أساسيا ومهما في تزايد اللاجئين في القارة، لنظرا لما تتجم منها من تعصب عرقي وسوء استغلال حقوق الإنسان واحتكار القوة السياسية والاقتصادية، ورفض احترام الديمقراطية أو نتائج الانتخابات الحرة والعادلة، فإفريقيا تعاني بشكل واضح من مشاكل اللاجئين نتيجة كثرة وتعدد النزاعات العرقية والدينية والسياسية، والنزاعات المسلحة الداخلية في العديد من دولها ولعل الكثير من هذه النزاعات والصراعات تعود في جذورها إلى اختلافات عرقية واختلافات اجتماعية⁶.

بالإضافة إلى الدور السلبي للمجتمع الدولي وفشله في تسوية النزاعات الإفريقية، والذي يعتبر في حد ذاته سببا لتلك النزاعات لاسيما في كل من السودان وليبيا، جمهورية الكونغو الديمقراطية، مما يدفع شعوبها إلى ترك بلدانهم، وبالتالي فإن تحقيق السلام في تلك الدول هو أساس علاج مشكلة اللاجئين.

وتشكل الكوارث الطبيعية أو الظروف المناخية أيضا عاملا مهما في تزايد اللاجئين، فانعدام الأمن الغذائي يؤثر على الاستقرار الأمني والاقتصادي، فالأزمة الإنسانية في الصومال تتميز بالصراعات المستمرة والعوامل المناخية التي تشمل الفيضانات والجفاف، فضلا عن تفشي الأمراض المعدية⁷.

المطلب الثاني: مناطق انتشار اللجوء في إفريقيا وأزمة اللاجئين العائدين

⁵- لقد بينت اتفاقية الأمم المتحدة لعام 1951 لحماية اللاجئين وبروتوكول الأمم المتحدة بشأن الملجأ الإقليمي الأسباب التي تدفع بالشخص إلى اللجوء منها الخوف، الاضطهاد، التمييز، الجنسية، العرق، الرأي السياسي، الانتماء إلى فئة اجتماعية معينة.

⁶ -Ameth fadel kane, la protection des droits de l'enfant pendant les conflits armés en droit international, Thèse de Doctorat en Droit, droit public, Université de Lorraine, 13 juin 2014, p385.

⁷-رزيق المخادمي عبد القادر، المرجع السابق، ص 120

تعتبر ظاهرة اللجوء من التحديات الراهنة للقارة الإفريقية، وقد زادت معاناة اللاجئين في الوقت الحالي عن أي وقت مضى لما تمر به إفريقيا من أوضاع سياسية مضطربة وبدت هذه الظاهرة واضحة في أماكن متفرقة من القارة، لم تتوقف معاناة اللاجئين في بلد الملجأ فقط بل تزداد ظروفهم سوءا حتى في حالة عودتهم إلى بلدانهم إن لم تتوفر الظروف الملائمة.

ولهذا سنحاول أن نستعرض مناطق انتشار اللجوء في إفريقيا (الفرع الأول) ونتطرق لدراسة وأزمة اللاجئين العائدين (الفرع الثاني).

الفرع الأول: مناطق انتشار اللجوء في إفريقيا

تعددت وتتنوع أسباب وعوامل انتشار ظاهرة اللاجئين في إفريقيا، وترتبط مشكلة اللاجئين في إفريقيا بصراعات وحروب إذ شهدت القارة العديد منها عرفت العديد منها ، مما دفع بالأفراد إلى اللجوء خوفا على أرواحهم من الانتهاكات الجسيمة التي قد ترتكب في حقهم جراء هذه النزاعات و اعتباره الحل الوحيد و الأمثل من أجل البحث عن حياة أفضل⁸.

فقد ولدت النزاعات والصراعات المسلحة في إفريقيا المزيد من حالات اللجوء في مناطق مختلفة من القارة، حيث بلغ عدد اللاجئين سنة 2015 ما يقارب 4,2 مليون لاجئ و 4,6 مليون مشرد داخليا في إفريقيا، فقد أسفر العنف في بوروندي وجمهورية أفريقيا الوسطى ونيجيريا وجنوب السودان في لجوء وتشريد مئات الآلاف من الأشخاص داخليا وعبر الحدود، كما أدى تدهور الوضع الأمني في ليبيا إلى البحث عن دول أخرى أكثر أمنا كملجأ لهم .

كما تسبب استمرار النزاعات المسلحة في بعض المناطق الأخرى من إفريقيا في عدم عودة العديد من اللاجئين إلى بلدانهم مثل ما حدث في كل من جمهورية الكونغو الديمقراطية ومالي وجنوب السودان⁹.

وتعتبر كل من دولة أوغندا وإثيوبيا بين الدول التي يقصدها اللاجئون الأفارقة. وتبقى أوغندا في عام 2017 في المقدمة بعدد لاجئين يصل إلى 1,4 مليون لاجئ¹⁰.

الفرع الثاني: أزمة اللاجئين العائدين في إفريقيا

يواجه العديد من اللاجئين في إفريقيا الذين عادوا إلى بلدانهم من العديد من الظروف الاجتماعية الصعبة والمخاطر الأمنية، فمعظم هؤلاء اللاجئين عند عودتهم يفقدون كل ممتلكاتهم ومناصب عملهم، الأمر الذي

⁸ - اناس محمد البهجي، الأسس الدولية لحق اللجوء السياسي والإنساني بين الدول، المركز القومي للإصدارات القانونية، 2013، ص234.

⁹ -قاسم محجوبة، الحماية الدولية لحقوق اللاجئين زمن النزاعات المسلحة، مجلة جامعة الحسين بن طلال للبحوث، عدد 2 ، 2019، 106.

يستوجب مراقبتهم وإعادة إدماجهم من جديد في بلدانهم، مما يجعل عودتهم أحيانا أصعب من بقائهم في دول الملجأ، ويواجه العائدون بصفة عامة مخاطر شتى مادية وأمنية وقانونية واجتماعية¹¹.

كما يتعرض اللاجئين عند عودتهم لتهديدات أمنية خاصة في ظل عدم وجود الاستقرار الأمني وعدم تغير الظروف التي تركوا أوطانهم بسببها، ففي بوروندي يتعرض الهوتو العائدون من تنزانيا لهجمات متعددة من «التوتسي»، أدت إلى مقتل الكثير منهم¹².

ونفس الأمر على الصعيد الاجتماعي والاقتصادي فقد يفقدون كل حقوقهم وممتلكاتهم ومناصب عملهم، مما يصعب عليهم الاندماج السريع في المجتمع خاصة وأنهم لا يملكون في الغالب موارد مادية لدى عودتهم إلى بلادهم في الوقت الذي يتعاملون فيه مع بيئة دمرتها الحروب، وبنية تحتية مهدمة، مما يجعلهم في حاجة إلى مساعدات مالية عاجلة فور عودتهم¹³.

المبحث الثاني: إفريقيا واللجوء: بين حماية المكرسة والحلول الغائبة

أصبحت مشكلة اللجوء في إفريقيا أكثر تعقيدا وتكتسب أبعادا أكثر خطورة على الساحة الإفريقية بعد تزايد النزاعات المسلحة في القارة، وهي في تزايد مستمر، مقابل انخفاض الدعم المالي والمادي للمجتمع الدولي لتخفيف العبء عن الدول الإفريقية المضيفة.

ولدراسة إفريقيا واللجوء: بين الحماية المكرسة والحلول الغائبة يقتضي الأمر تسليط الضوء على الحماية القانونية لظاهرة للاجئين في إفريقيا (المطلب الأول) ونخصص المطلب الثاني لدراسة إفريقيا واللجوء: الحلول الغائبة.

المطلب الأول: الحماية القانونية للاجئين في إفريقيا

تعد حماية اللاجئين جانبا محوريا من الجهود الدولية والإقليمية والوطنية لحماية الأشخاص الفارين من الاضطهاد، ولدى الدول الإفريقية تقاليد عريقة في مجال الضيافة تجاه اللاجئين ووضعت أطرا قانونية تنظم جوانب حماية اللاجئين خاصة بأفريقيا.

الفرع الأول: الأطر القانونية لحماية اللاجئين في إفريقيا

إذا كانت ظاهرة اللجوء في إفريقيا من أهم إفرازات النزاعات المسلحة، فإن الاتفاقيات الدولية الرامية إلى القضاء على هذه الظاهرة كانت بدورها الأرضية الأولى نحو صياغة نصوص تعالج مسألة حماية اللاجئين ومساعدتهم، بداية من اتفاقية جنيف الرابعة لعام 1949 والبروتوكولين الإضافيين لاتفاقيات جنيف لعام 1977.

¹¹ - إعادة توطين للاجئين من ذوي الاعاقة، نشرة الهجرة القسرية، العدد 35، 2010، ص 30.

¹² - اناس محمد البهجي، المرجع السابق، ص 244.

¹³ - المبارك أحمد عثمان محمد، حماية النازحين: إعادة توطينهم واندماجهم، الانساني، العدد 35، 2006، ص 31.

كما تعتبر اتفاقية الأمم المتحدة لعام 1951 من أهم الاتفاقيات الدولية المهمة بمشكلة اللاجئين¹⁴، ولها أهمية بالغة في مجال حماية ومساعدة اللاجئين وإعادة إدماجهم وتخليصهم من شبح الصراعات المسلحة، إلى جانب ذلك يعد البروتوكول الاختياري لعام 1967 الملحق باتفاقية الأمم المتحدة عام 1951 وثيقة أساسية بشأن حماية اللاجئين ويشكل انجازا مهما من أجلهم¹⁵.

وأما على المستوى الإقليمي الإفريقي فتعتبر اتفاقية منظمة الوحدة الإفريقية لعام 1969 من الدعائم القوية لحماية اللاجئين وإيجاد الحلول لهم في إفريقيا، فقد مكنت من توفير حق اللجوء للاجئين، وتنظيم مختلف الجوانب المحددة لمشاكل اللاجئين في إفريقيا وإدماجها في السياسات الوطنية¹⁶.

كما تعد اتفاقية الاتحاد الإفريقي لحماية ومساعدة النازحين داخليا في إفريقيا لعام 2009 الوثيقة التي تركز حقوق اللاجئين والنازحين الأفارقة، والتي يجب على الدول الإفريقية الأطراف احترامها وضمها صيانتها، وهي أيضا وثيقة رئيسية لتعزيز وحماية حقوق اللاجئين في منظومة حقوق الإنسان الإفريقية¹⁷.

الفرع الثاني: دور الآليات الدولية والإقليمية في حماية اللاجئين في إفريقيا

إلى جانب الحماية المكرسة في إطار الصكوك الدولية الإقليمية المختلفة ذات الصلة بظاهرة اللجوء توجد آليات دولية لحماية اللاجئين في إفريقيا، نعني بالدرجة الأولى دور المفوضية السامية للأمم المتحدة لشؤون اللاجئين التي تتمثل مهمتها الأساسية في توفير الحماية اللازمة لهم.

فقد سعت منذ نشأتها في البحث عن إيجاد حلول لأهم المشاكل التي يواجهها اللاجئين ، لذا كان في مقدمة أهدافها حماية اللاجئين ومساعدتهم في مختلف مناطق العالم بصفة عامة وإفريقيا بصفة خاصة على الرغم من كون البيئة الإفريقية مليئة بالتحديات، فقد استطاعت المفوضية تحقيق العودة الطوعية للاجئين الأنغوليين، حيث عاد 18000 لاجئ أنغولي إلى ديارهم منذ عام 2014 وفي سبتمبر 2015 عاد أكثر من 5000¹⁸.

¹⁴ - انضمت 45 دولة إفريقية إلى اتفاقية 1951، 46 دولة إلى بروتوكول 1967، 42 دولة إلى اتفاقية منظمة الوحدة الإفريقية لسنة 1969.

¹⁵ - البروتوكول الخاص بوضع اللاجئين، المؤرخ في 31 جانفي 1967

<http://www.unhcr-1951arabic.org/4d11b3026.htm>

¹⁶ - الاتفاقية المتعلقة بتحديد المظاهر الخاصة لمشاكل اللاجئين في أفريقيا، المؤرخة في

10 سبتمبر 1969

<http://www1.umn.edu/humanrts/arab/afr-ref-dec.html>

¹⁷ - اتفاقية الاتحاد الإفريقي لحماية ومساعدة النازحين داخليا في إفريقيا (اتفاقية كمبالا)،

المؤرخة في 22 أكتوبر 2009.

<http://www.internal-displacement.org>

¹⁸ - <http://goo.gl/RJ4Qtg> : الرابط

كما سعت المفوضية السامية للأمم المتحدة لشؤون اللاجئين 2016 أيضا إلى إعادة توطين 16030 لاجئ إيفواري من ليبيريا في مجتمعاتهم الأصلية، وفي رواندا عاد سنة 2015 حوالي 6000 لاجئ¹⁹. ويعتبر مجلس الأمن الجهاز الأساسي في منظمة الأمم المتحدة المسؤول الرئيسي على حفظ السلم والأمن الدوليين وفقا للاختصاصات والسلطات الواسعة الممنوحة له بموجب أحكام ميثاق الأمم المتحدة، وتتجلى مساهمة مجلس الأمن في حماية اللاجئين من خلال إصداره للعديد من القرارات في هذا المجال.

أما دور الجمعية العامة للأمم المتحدة في حماية اللاجئين في إفريقيا فيتجلى من خلال تبنيها العديد من الصكوك الدولية وإصدارها لمجموعة من الإعلانات والتوصيات المتعلقة بمساعدة اللاجئين، منها القرار التي اتخذته الجمعية العام في 19 ديسمبر 2016 المتضمن تقديم المساعدة إلى اللاجئين والعائدين والمشردين في إفريقيا²⁰.

وعلى المستوى الإقليمي الإفريقي فالإتحاد الإفريقي له دور كبير في تعزيز الأطر المعيارية الوطنية والإقليمية لحماية المشردين داخليا ومساعدتهم، وتعد مشكلة اللجوء في إفريقيا من التحديات الكبرى التي يواجهها الإتحاد الإفريقي، بحيث يسعى جاهدا إلى توفير حماية لهم، نظرا لوجود أعداد كثيرة من اللاجئين الذين يتهربون من ويلات وفظائع النزاعات الصراعات، ويعتبر اللجوء من أسوأ ما أنتجته الصراعات الإفريقية، لاسيما أن هذه القارة هي الأكثر استقطابا للاجئين.

المطلب الثاني: إفريقيا واللجوء: الحلول الغائبة

باعتبار القارة الإفريقية من بين القارات الأكثر استقطابا للاجئين، فإن هذا التزايد يقابله صعوبات و مشاكل عديدة تجعل اللاجئين يفقدون العديد من حقوقهم الشرعية و المكرسة في القوانين و الاتفاقيات الدولية، مما يجعلهم في معاناة و مشقة دائمة.

ولهذا سنحاول أن نستعرض استمرار معاناة اللاجئين في إفريقيا (الفرع الأول) ونتطرق لدراسة قصور الحماية وضعف الاهتمام الدولي باللاجئين في إفريقيا (الفرع الثاني).

الفرع الأول: استمرار معاناة اللاجئين في إفريقيا

يفر اللاجئون من بلدانهم بحثا عن الاستقرار و الأمان إلا أنه يصطدمون بواقع غير ذلك، بحيث يفقد اللاجئ معظم حقوقه و تستمر المعاناة و التهميش، و هذا ما سنوضحه من خلال إبراز أهم المعاناة التي تواجه اللاجئ.

¹⁹ - الاجتماع الوزاري حول إستراتيجية الحلول الشاملة للبيان المشترك للاجئين الرونديين " للمفوضية، 2

: <http://goo.gl/etQOVM>. التالي الرابط على، 2015 أكتوبر

²⁰ - الجمعية العامة، القرار رقم 71/173، المتضمن تقديم المساعدة إلى اللاجئين والعائدين والمشردين في إفريقيا المؤرخ في 19

ديسمبر 2016.

أولاً: نقص الإمكانيات وغياب الرعاية الصحية

تسعى الدول الإفريقية التي تعاني من ضيق في مواردها وتستمر في استقطاب عددا كبيرا من اللاجئين النازحين إليها نتيجة للأزمات الإنسانية إلى تلبية حاجيات اللاجئين، ورغم ذلك يفتقر ويعاني اللاجئون في إفريقيا إلى نقص فادح في الإمكانيات وفرص الحصول على الخدمات الصحية والمساعدات المالية، فيتعرض معظم اللاجئين لاسيما النساء والأطفال والشيوخ للمشاكل صحية بوجه خاص لكونهم الأكثر تعرضاً لخطر الإصابة بمختلف الأمراض²¹.

كما يمكن أيضاً أن تنتج عن اللجوء مخاطر أخرى تتمثل في العنف الجنسي وخصوصاً ضد النساء والأطفال، إذ تواجه النساء اللاجئات في الغالب تحديات مختلفة متصلة بالصحة الجنسية والإنجابية وهن أكثر عرضةً لوفاة والمرض التي يمكن الوقاية منها وتتجم عن الافتقار إلى خدمات صحية.

ثانياً: التعسف في احتجاز اللاجئين وتعذيبهم وسوء معاملتهم

إن اللاجئين وملتزمي اللجوء الذين يظلون دون أي مستندات تثبت وضعهم يتعرضون لأشكال عديدة من المضايقات والمشاكل الأمنية، وفي سياق مختلف التحقيقات الأمنية كثيراً ما يوضع اللاجئون في أماكن احتجاز لا تتلاءم مع قواعد القانون الدولي لحقوق الإنسان.

كما يعاني اللاجئ من مشكلة التعذيب وسوء المعاملة في العديد من دول العبور وفي الدول التي يقصد طالبي اللجوء الوصول لها، وعادة يُرتكب التعذيب وسوء المعاملة من طرف المسؤولين الذين يقومون بحراسة أماكن الاحتجاز خاصة في ظل غياب الرقابة من جهة، والتعسف والتمييز العرقي أو الديني من جهة أخرى²².

ثالثاً: التضييق على ممارسة الحق في اللجوء

إن الدول الكبرى اعتمدت على مبادرة تتمثل في التضييق على ممارسة حق اللجوء وأصبح كل لاجئ من وجهة نظر هذه الدول طامعاً أو مخرباً، وليس سوى فاشل من دولة فاشلة، حيث اتخذت العديد من الإجراءات والقيود للحد من اللاجئين، خاصة تلك التي تعاني مشكلات اقتصادية²³.

وفي سبيل تحقيق ذلك أصبحت الدول تفضل غلق حدودها و ترفض إجراءات صارمة للحد من دخول اللاجئين إلى أراضيها ويتم اعتقال اللاجئين واحتجازهم دون تهمة، وآخرون يتم إعادتهم إلى بلدانهم التي تتعرض فيها حياتهم للخطر، وعلاوة على ذلك يتم احتجاز اللاجئين في أماكن بعيدة يصعب الوصول إليها، حيث

²¹ - رزيق المخادمي عبد القادر، المرجع السابق، ص 154.

²² - عبد الحاج، المرجع السابق، ص 4

²³ - قاسم محجوبة، المرجع السابق، 103.

يتعرضون في بعض الأحيان إلى العنف والاستغلال الجنسي والبدني، وتجنيد الأطفال والاعتصاب وأشكال الإجماع الأخرى²⁴

الفرع الثاني: قصور الحماية وضعف الاهتمام الدولي باللاجئين في إفريقيا

يعاني اللاجئ في إفريقيا من قصور في الحماية رغم وجود ترسانة قانونية متمثلة في صكوك دولية بداية من اتفاقية جنيف الرابعة لعام 1949 والبروتوكولين الإضافيين لاتفاقيات جنيف لعام 1977 واتفاقية الأمم المتحدة عام 1951 إلى جانب البروتوكول الاختياري لعام 1967 الملحق باتفاقية الأمم المتحدة عام 1951، وكذا مختلف قرارات مجلس الأمن في هذا الصدد، بالإضافة إلى اتفاقية منظمة الوحدة الإفريقية لعام 1969 واتفاقية الاتحاد الإفريقي لحماية ومساعدة النازحين داخليا في إفريقيا العام 2009.

ويتجلى ضعف الاهتمام الدولي في :

- قيام المفوضية السامية للأمم المتحدة لشؤون اللاجئين عام 2002 بغلق مكاتبها في معظم الدول الإفريقية، منها: بنين، والكاميرون، وتشاد، وتوجو، وجامبيا، ومالي، والنيجر، وسوازيلاند، وذلك في ظل ما تعانيه المفوضية من عجز مالي اضطرت معه لتخفيض ميزانيتها، وتخفيض ما يقرب من ثلاثة أرباع عملياتها في القارة الإفريقية وحدها²⁵.

- عدم توفر ووجود الاحتياجات الضرورية لمعظم اللاجئين في إفريقيا ، مما يؤثر هذا النقص في مدى التزام الدول المضيفة للاجئين في إفريقيا ، وهناك العديد من الدول الإفريقية هددت في حالة عدم وجود وتوفير المساعدات الغذائية سوف تضطر إلى إجبار اللاجئين على أراضيها إلى العودة إلى دولهم حتى تتجنب ما قد ينجم عن هذه المشكلة من عدم استقرار في مناطق اللاجئين ومعسكراتهم.

- عدم المساواة في المساعدات المقدمة للاجئين في إفريقيا مقارنة بالمساعدات المقدمة للاجئين في غيرها من المناطق.

- مشكلة عدم تطابق تعريف اللاجئ الوارد في اتفاقية 1951 على بعض الفئات المسماة بالتدفقات المختلطة التي تستدعي حماية إنسانية ففي الأزمة الليبية تدفق العديد من اللاجئين من جنوب صحراء إفريقيا الذين تعرضوا إلى الاعتقال والتعذيب في طريقهم لأوروبا فقد تحصل اللاجئين الليبيين من صفة اللاجئ في حين

²⁴ - Mumbala Abelungu junior, le droit international humanitaire et la protection des enfants en situation de conflits armés en République démocratique du Congo, revue internationale interdisciplinaire, N64 /2012 , p213

²⁵ - جودي زكية: حماية حقوق الطفل في حالات النزاعات المسلحة الدولية ، مذكرة من أجل الحصول على شهادة الماجستير في القانون الدولي و العلاقات الدولية، كلية الحقوق و العلوم الإدارية، بن عكنون ، 2008-2009 . ، الجزائر، ص213

كان ينظر إلى هؤلاء على أنهم مواطنو دولة ثالثة وعدم المساواة في المساعدات المقدمة للاجئين في إفريقيا مقارنة بالمساعدات المقدمة للاجئين في غيرها من المناطق.

خاتمة

من خلال دراستنا لموضوع اللجوء في إفريقيا تبين لنا ان القارة الإفريقية تحتاج إلى تفعيل التعاون بين كل الأطراف الفاعلة كانت دول مانحة والدول الكبرى والمنظمات الدولية والإقليمية، فعلى الدول المانحة والمنظمات الدولية أن تتحمل مسؤوليتها في دعم الجهود التنموية في القارة.

وما يمكن استنتاجه من خلال هذه الدراسة

- تعتبر العودة الطوعية للوطن الأصلي من المبادئ الأساسية لحماية اللاجئين وهي الحل الأمثل لهم، وفقاً لهذا المبدأ يحق لكل اللاجئين العودة إلى أوطانهم بناء على اختيار حراً وبناء على معطيات مسبقة على الوضعية الأمنية التي يوجد بلدهم الأصلي وبذلك فيمنع كل إجراء يجبر ويكره اللاجئين على العودة في ظل ظروف قد تشكل تهديداً لحياتهم.

- لم تعد مشكلة اللاجئين تخص القارة الإفريقية، وإنما أضحت أزمة عالمية تتطلب تبني رؤية مشتركة من كافة الدول للتعامل معها.

كما ان هذه الدراسة خرجت بمجموعة من المقترحات تتمثل فيما يلي:

- تستوجب حماية اللاجئين من خلال إنشاء، أو إعادة نقل معسكرات اللاجئين بعيداً عن الحدود.
- تفعيل وسائل للاتصال والتوعية، لكي تتمكن من خلالها دول الملجأ والمنظمات الدولية من تعريف اللاجئين بحقوقهم والتزاماتهم، والقواعد التي تحكم حياتهم الجديدة في دول الملجأ.
- توفير الدعم المادي واللوجستي للأجهزة الأمنية في دول الملجأ للحفاظ على الاستقرار في معسكرات اللاجئين، كما أنها تحتاج إلى توعية بمبادئ حقوق الإنسان وحماية اللاجئين.
- يجب على الدول الحدودية قبول اللاجئين الذين يطلبون دخول إقليم دولة أخرى والالتزام بعدم إعادتهم إلى بلدانهم حيث تتعرض حياتهم للخطر.

- يجب على دول الملجأ على الحكومات أن تعامل اللاجئين وفقاً تبذل قصارى جهدها لمعاملة اللاجئين وفقاً للمبادئ التي يحتويها قانون اللاجئين من ضمان السلامة الشخصية للاجئين وتوطينهم في أماكن آمنة يسهل الوصول إليها حيث تتوفر الخدمات وأسباب الراحة الأساسية.

- على المجتمع الدولي تقديم المساعدة المالية والمادية والفنية للدول المستقبلة للاجئين والملتزمة بمبادئ قانون اللاجئين.

- على الدول الإفريقية التي لم توقع ولم تصادق بعد على اتفاقية الاتحاد الإفريقي لحماية ومساعدة المشردين داخلياً في أفريقيا أن تسعى للقيام بذلك في أقرب وقت ممكن.

النظام القانوني الدولي لمكافحة الإتجار غير المشروع بالمخدرات عبر البحر: أي فعالية؟

مصطفى العطافي⁽¹⁾

(1) طالب دكتوراه، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة
المجد بوقرة بومرداس، بومرداس 35000، الجزائر.
البريد الإلكتروني: latafi.mustapha@yahoo.fr

الملخص:

اصطدم المجتمع الدولي عند وضعه للأساس القانوني لمكافحة الاتجار غير المشروع بالمخدرات عبر البحر بالعديد من العقوبات القانونية التي قوضت جهود الدول في قمع تلك الجريمة، نتيجة مبالغة القانون الدولي للبحار في تعظيمه لمبدأ السيادة، ويهدف استطلاع نظام قانوني يزيد من فعالية عمليات قمع التهريب البحري للمخدرات اتجهت غالبية الدول إلى إبرام اتفاقيات ثنائية وإقليمية بغية تذييل تلك العقوبات، حيث نجحت إلى حد بعيد في التأثير على مفهوم السيادة البحرية للدول سواء على أقاليمها أو سفنها. وأصبح من الممكن ضبط السفن المرتكبة للجرم داخل المياه الإقليمية للدولة الساحلية من دون أي اعتراض من جانبها، والصعود إلى السفن في أعالي البحار بموجب إذن مسبق من دولة العلم.

الكلمات المفتاحية:

تهريب المخدرات، البحر، قانون البحار، الاتفاقيات الثنائية، الاتفاقيات الإقليمية.

تاريخ إرسال المقال: 2020/10/06، تاريخ مراجعة المقال: 2021/12/16، تاريخ نشر المقال: 2021/12/31

لتهميش المقال: مصطفى العطافي، "النظام القانوني الدولي لمكافحة الإتجار غير المشروع بالمخدرات عبر البحر: أي فعالية؟"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد 12، العدد 03، 2021، 409-432.

<https://www.asjp.crist.dz/en/PresentationRevue/72>

المقال متوفر على الرابط التالي:

المؤلف المراسل: مصطفى العطافي، latafi.mustapha@yahoo.fr

The International Legal Regime Against Illicit Drug Trafficking By Sea: What Effectiveness?

Summary:

The international community has entered into conflict to lay the legal basis to fight against illicit drug trafficking across the sea with many legal obstacles that have prevented the efforts of states to prevent this crime, due to the exaggeration of international law of the sea for the principle of sovereignty in order to put a legal system that would increase the effectiveness of the prevention of maritime drug trafficking. Most countries have resorted to concluding bilateral and regional agreements to overcome these obstacles because they succeeded in influencing the concept of maritime sovereignty of States. And it became possible to seize ships that committed crimes in the territorial waters of the coastal state without any objection. And embark ships at sea with the prior authorization of the flag state.

Keywords:

Drug smuggling, the sea, the law of the sea, bilateral agreements, regional agreements.

Le régime juridique de lutte contre le trafic de drogue par voie maritime: quelle efficacité?

Résumé :

La communauté internationale est entrée en conflit pour mettre les bases juridiques de la lutte contre le trafic de drogues à travers la mer avec de nombreux obstacles juridiques qui ont empêché les efforts des Etats pour réprimer ce type de crime, à cause de l'exagération du droit international des mers pour le principe de souveraineté afin de mettre un système juridique qui augmenterait l'efficacité de la répression du trafic de drogue maritime. La plupart des pays ont eu recours à conclure des accords bilatéraux et régionaux pour surmonter ces obstacles, parce qu'ils ont réussi à influencer le concept de souveraineté maritime des Etats, et il est devenu possible de saisir les navires sur lesquels de tels crimes sont commis dans les eaux territoriales de l'Etat côtier sans aucune objection.

Mots clés:

Trafic de drogue, mer, droit de la mer, accords bilatéraux, accords régionaux.

مقدمة

تعتبر مشكلة الإتجار غير المشروع بالمخدرات من أخطر المشاكل التي تواجه العالم في وقتنا الحالي وبغض النظر عن مختلف الوسائل والأساليب التي تستخدم في المتاجرة، إلا أن البحر كان ولا يزال من أهم الطرق التي تسلكها العصابات الإجرامية لتهريب الكميات الكبيرة من المخدرات من دول الإنتاج إلى الدول المستهلكة، وذلك لما توفره طبيعة البحر من تسهيلات لمهربي المخدرات مثل صعوبة السيطرة على البحار العالية، والقدرة على التخفي، وإمكانية نقل كميات كبيرة من المخدرات داخل القوارب والسفن،¹ ففي عام 2008 تجاوزت القيمة الإجمالية للإتجار غير المشروع بالمخدرات مبلغ 155 مليار دولار، شكلت العوائد المالية لشحنات المخدرات التي يتم نقلها بين القارات عن طريق السفن الجزء الأكبر من المبلغ السابق الذكر، من هنا يتضح أن النقل البحري يشكل حلقة لا غنى عنها في أداء هذه الأنشطة الإجرامية.²

وقد اعتبر تقرير مكتب الأمم المتحدة المعني بالمخدرات والجريمة UNODC لعام 2015 أن حركة النقل البحري أقل وسائل النقل استخداماً من جانب مهربي المخدرات، غير أن المحجوزات البحرية هي الأكثر أهمية من حيث الوزن، هنا يبرز التأثير الكبير للشحنات البحرية في مجال التهريب،³ وتأكدت هذه المعطيات بموجب بعض الأرقام، ففي الجزائر شهد شهر ماي 2018، واحدة من أكبر عمليات حجز المخدرات في تاريخها، أين قامت قوات حفر السواحل الجزائرية بالتنسيق مع أعوان الدرك والجمارك، باعتراض السفينة *Vega Mercury* والتي تحمل علم دولة ليبيريا في البحر الإقليمي الجزائري - قبالة سواحل وهران-، حيث كانت قادمة من البرازيل، ومتجهة إلى ميناء وهران، وبعد تفتيشها تم العثور على ما يزيد عن 700 كغ من مخدر الكوكايين.⁴

¹ - فالح مفلح القحطاني، دور التعاون الدولي في مكافحة تهريب المخدرات عبر البحار، رسالة ماجستير، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، 2008، ص 3.

² - Nikoleta RADIONOV, Presumption of Shipmaster's Criminal Responsibility for Narcotic Drugs in Ship's Cargo – Maritime Reality Check, *Comparative Maritime Law*, Vol. 49, Issue 164, 2010, P. 271.

³ - ONUDC, Rapport mondial sur les drogues, 2015.

⁴ - HORIZONS, Jeudi 31 Mai 2018.

هذه المعطيات المتعلقة بالحجم الكبير للمخدرات التي تحويها الشحنات البحرية،¹ بالإضافة إلى التأثيرات الضارة للمخدرات على النسيج الاجتماعي و الصحة العامة للدول جراء التزايد المستمر لعدد متعاطي المخدرات،² تدفعنا إلى طرح تساؤل حول جدوى الإطار القانوني الذي وضعه المجتمع الدولي للتصدي لهذه الظاهرة، وهذا بالنظر إلى مختلف الصعوبات القانونية والعملية التي يواجهها في أداء هذه المهمة، ذلك أن الدول دائماً ما تتمسك بممارسة السيادة الكاملة على المياه الإقليمية الخاضعة لها، كما أنها شديدة الحرص على الاحتفاظ بولايتها على السفن التي تحمل علمها، والتي تجر في مساحات بحرية تشكل 70% من سطح الأرض، حيث يكون الوصول إليها صعباً في الكثير من الأحيان، ومن ثم فالإشكالية تتمحور في البحث عن مدى نجاح المجتمع الدولي في وضع إطار قانوني لمواجهة تهريب المخدرات، بما يحفظ التوازن بين المبادئ الأساسية لقانون البحار ومتطلبات مكافحة؟

تستهدف هذه الدراسة استطلاع النظام القانوني الذي يحكم مكافحة الاتجار غير المشروع بالمخدرات عن طريق البحر، وذلك بالتطرق إلى الأسس القانونية لعمليات منع تهريب المخدرات في البحر على المستوى العالمي (أولاً)، ثم التعرض لمختلف الترتيبات و الاتفاقات الثنائية و الإقليمية، باعتبارها آليات قانونية جاءت لزيادة فعالية التعاون الدولي في هذا المجال (ثانياً).

أولاً: الأساس القانوني الدولي لمكافحة الاتجار غير المشروع بالمخدرات عبر البحر

لقد شهد القرن العشرين ظهور اللبنة الأولى على صعيد التعاون الدولي في مجال مكافحة الاتجار غير المشروع بالمخدرات، حيث شكلت الاتفاقية الوحيدة للمخدرات لعام 1961،³ وبروتوكول المعدل لها عام

¹ - فقد أفادت التقارير أن ما يقارب من 70% من مجموع كمية المخدرات المضبوطة تجرى مصادره إما أثناء نقلها بحراً أو بعده. وتعتبر سفن الصيد، وقوارب النزهة وسفن الحاويات هي الوسائل التي تحظى بتفضيل خاص من جانب عصابات الاتجار بالمخدرات، وغالباً ما يجري إخفاء المخدرات بين شحنات البضائع المشروعة على سفن الحاويات دون علم من البحارة.

- راجع الفقرة 82 من تقرير الأمين العام حول المحيطات و قانون البحار، المقدم للجمعية العامة في دورتها رقم 63 المؤرخ في 10 مارس 2008، في الوثيقة: A/63/63

² - حيث يشهد العالم في الوقت الراهن مأساة إنسانية كبيرة جراء التزايد المستمر لمدمني المخدرات، فقد أفيد بأن حوالي 275 مليون شخص في جميع أنحاء العالم، أي ما يقرب من 5.6% من سكان العالم الذين تتراوح أعمارهم بين 15 و 64 سنة، استخدموا العقاقير مرة واحدة على الأقل خلال عام 2016، و أن نحو 31 مليون شخص ممن يتناولون المخدرات يعانون من اضطرابات تعاطي المخدرات، مما يعني أن تعاطيهم للمخدرات ضارة لدرجة قد تحتاج إلى علاج، و وفقاً لمنظمة الصحة العالمية، فقد مات ما يقرب من 450.000 شخص نتيجة تعاطي المخدرات في عام 2015.

- UNODC, World Drug Report, 2018, P. 7.

³ - الاتفاقية الوحيدة للمخدرات لعام 1961، التي صادقت عليها الجزائر بموجب المرسوم رقم 63-343، المؤرخ في 1963/09/11.

1972،¹ إلى جانب اتفاقية فيينا بشأن المؤثرات العقلية لسنة 1971،² الأساس القانوني التقليدي لمكافحة الاتجار غير المشروع بالمخدرات بشكل عام، أما فيما يخص الإطار القانوني الدولي لمكافحة تهريب المخدرات عبر البحر على الصعيد العالمي فقد اشتمل على اتفاقيتان أساسيتان، الأولى و هي اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار لعام 1982، وهي أول تشريع دولي تطرق لمسألة الاتجار غير المشروع بالمخدرات عبر البحر، ثم تلتها بعد ذلك اتفاقية فيينا لمكافحة الاتجار غير المشروع بالمخدرات والمؤثرات العقلية لعام 1988، وقد عالجت بعض القصور الذي تضمنته اتفاقية قانون البحار، والاتفاقيتان يلتقيان معا في نقطة مشتركة تكون الأساس القانوني للتعاون الدولي لمكافحة الاتجار غير المشروع بالمخدرات عبر البحر وهذا بغض النظر عن حقيقة وجود أساس عرفي يدعم هذا التوجه من عدمه.

1- اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار لعام 1982 (UNCLOS)

بدأ تنظيم مكافحة تهريب المخدرات عبر البحر بصدور اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار لعام 1982،³ من خلال نص المادة 108، والتي جاءت تحت عنوان "الاتجار غير المشروع بالمخدرات أو المواد التي تؤثر على العقل" ونصت على ما يلي: "1- تتعاون جميع الدول في قمع الإتجار غير المشروع بالمخدرات والمواد التي تؤثر على العقل بواسطة السفن في أعالي البحار بما يخالف الإتفاقيات الدولية.

2 - لأي دولة لديها أسباب معقولة للاعتقاد بأن سفينة ترفع علمها تقوم بالاتجار غير المشروع

بالمخدرات أو المواد التي تؤثر على العقل أن تطلب تعاون دول أخرى لقمع هذا الاتجار.⁴

نستشف من خلال قراءتنا للنص السابق، أن اتفاقية قانون البحار لم تعير اهتماما كافيا لجريمة تهريب المخدرات عبر البحر مقارنة مع ما تضمنته من أحكام تجاه القرصنة البحرية،⁵ وبالرغم من هذا الإغفال الذي احتوته الاتفاقية، إلا أنها قدمت للجماعة الدولية حلول قانونية في سعيها لمكافحة تهريب المخدرات عبر البحر ذلك أن أحكام قانون البحار هي النقطة الأساسية للانطلاق عندما يتعلق الأمر بتحديد مدى صلاحيات الدولة

¹ - بروتوكول عام 1972، المعدل للاتفاقية الوحيدة للمخدرات لعام 1961، التي صادقت عليه الجزائر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 02-61، المؤرخ في 2002/02/5، ج.ر. عدد 10، الصادرة بتاريخ: 2002/2/12.

² - اتفاقية فيينا بشأن المؤثرات العقلية لسنة 1971، التي صادقت عليها الجزائر بموجب المرسوم رقم 77-177 المؤرخ في 1977/12/7، ج.ر. عدد 80، الصادرة بتاريخ: 1977/12/11.

³ - يطلق على تسميتها أيضا باتفاقية قانون البحار، و اتفاقية مونتي غويبي، و يطلق على تسميتها اختصارا في اللغة الإنجليزية (UNCLOS)، تم تبني هذه الاتفاقية في: 10 ديسمبر 1982، و دخلت حيز النفاذ في: 16 ديسمبر 1994، صادقت عليها الجزائر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 96-53 المؤرخ في 22 جانفي 1996، ج.ر. ع. 06، الصادرة بتاريخ: 1996/1/24.

⁴ - راجع نص المادة 108، من اتفاقية UNCLOS.

⁵ - نواصر العايش، الإطار القانوني و الدولي لمكافحة تهريب المخدرات عبر البحر، من كتاب مكافحة تهريب المخدرات عبر البحر، ط1، أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، 2001، ص 155.

على مختلف المساحات البحرية، والتي تضمنت الجمع بين مبادئ حرية الملاحة وقانون دولة العلم مع حرية السيادة الإقليمية للدولة الساحلية.¹

المبدأ العام فيما يتعلق بخضوع المناطق البحرية لسيادة الدول، سواء كانت المياه الداخلية أو البحر الإقليمي أو المياه الأخرى، تنطبق فيها تشريعات الدولة الساحلية، حيث تتمتع بسلطات معيارية وتنفيذية،² باستثناء السفن الأجنبية التي تتمتع بالحصانة من الولاية القضائية والتنفيذية،³ هذا بالإضافة إلى تقييد سلطات الدولة الساحلية في البحر الإقليمي بالتزام منح السفن الأجنبية حق المرور البريء طبقاً لنص المادة 18 للفترتين 1 و 2 من اتفاقية UNCLOS، غير أن هذا القيد ليس على إطلاقه، ذلك أن التحليل القانوني لأحكام نظام المرور البريء التي تضمنتها ذات الاتفاقية،⁴ تفيد بأن السفن التي تتوافر على شبهات قوية على حملها مواد مخدرة تفقد صفة المرور البريء وتعطي للدولة الساحلية الحق في توقيفها واتخاذ الإجراءات القانونية ضدها ويسهم هذا النص في زيادة فاعلية الرقابة حيث تعدد السفن المارة في المياه الإقليمية إلى إلقاء شحنات المخدرات إلى المياه، ويقوم أعوانها بالتسلل لالتقاطها بناء على تخطيط مسبق، بينما تستمر السفينة في مرورها البريء.⁵ كما أن المادة 27 قد أقرت صراحة للدولة الساحلية بإمكانية ممارسة الولاية القضائية الجنائية على متن السفن الأجنبية، إذا كانت هذه التدابير ضرورية لقمع الاتجار غير المشروع بالمخدرات أو المؤثرات العقلية.⁶ وقد مددت الاتفاقية صلاحيات الدولة الساحلية لتشمل المنطقة المجاورة للبحر الإقليمي، لقمع الجرائم التي تهدد قوانينها وأنظمتها الجمركية أو الضريبية أو المتعلقة بالهجرة أو الصحة،⁷ فلا شك أن هذا الحكم قابل للتطبيق على جريمة الاتجار غير المشروع بالمخدرات عبر البحر، كونها تهدد بصفة مباشرة القواعد الجمركية للدول

¹ - راجع المواد 2، 87، 92 من اتفاقية UNCLOS.

² - راجع المادة 2 الفقرة 1 من اتفاقية UNCLOS.

³ - راجع نص المادة 32 من اتفاقية UNCLOS.

⁴ - راجع المواد من 17 إلى 26 من اتفاقية UNCLOS.

⁵ - فوزية حاج شريف. ساجي علام، التعاون الدولي في مكافحة الاتجار غير المشروع في المخدرات عن طريق البحر، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، مجلد 2، عدد 2، جوان 2019، ص. 212.

⁶ - راجع المادة 1/27(د) من اتفاقية UNCLOS.

⁷ - راجع المادة 33 من اتفاقية UNCLOS.

بالنظر إلى الأضرار الاقتصادية التي تحدثها.¹

وقد اتبعت اتفاقية UNCLOS الأحكام السابقة، إقرارها للدولة الساحلية بالحق في المطاردة الحثيثة، وذلك بتمديد إختصاصها حتى منطقة أعالي البحار ضد السفن التي تخرق قوانينها وأنظمتها بمجالاتها البحرية بما فيها قوانين مكافحة المخدرات،² وهو حق تقليدي يسمح للدول أن تلاحق في أعالي البحار وأن تتحفظ على سفينة أجنبية لإعادتها إلى أحد موانئها تمهيدا لمباشرة اختصاصها القضائي وفق شروط محددة،³ غير أن فعالية هذه التدبير تتوقف على قدرة الدولة الساحلية في امتلاكها للتشريعات الكافية، والوسائل اللازمة للتدخل في البحر مدفوعة برغبتها في تطبيق تشريعاتها في المياه تحت سيادتها.⁴

استنادا لما سبق توضيحه، تنفرد الدولة الساحلية لوحدها بسلطة التدخل ضد مهربي المخدرات المتواجدين في إقليمها البحري، فإن مارست أي دولة أخرى هذا الاختصاص دون تفويض، اعتبر هذا التصرف انتهاكا لسيادتها الإقليمية ومبدأ عدم التدخل، هذا الحكم يفرض على الدولة الساحلية توفير الموارد التشغيلية الكافية لضمان السيطرة الفعالة على السفن المشتبه في حملها شحنات المخدرات، وإن فقدت هذه المقدره أصبحت أقاليمها البحرية ملاذا آمنا لمهربي المخدرات.⁵

¹ - من المسلم به أن إدارة الجمارك لديها العديد من المهام المتنوعة، لذلك ليس من السهل دائما التمييز بين ما يدخل في اختصاصها و ما هو خارج عن ذلك، و بالرجوع إلى موضوع مكافحة الاتجار بالمخدرات نجد أن هذا المجال لا يخضع بالمعنى الدقيق لقانون الجمارك، ذلك أن الاستيراد غير المشروع للمخدرات لا يمكن أن يؤدي إلى تحصيل الرسوم الجمركية. ومع ذلك يمكن اعتبار تهريب المخدرات عبر البحر كجريمة جمركية، فإذا اكتشف أعوان الجمارك بأن جدران الحاوية قد تم تعديلها عمدا من قبل المصدر أو المستورد لإخفاء المخدرات أو أي منتجات تسويقية محظورة أخرى، هنا نكون أمام جريمة من الجرائم الجمركية. ومن ثم لا يمكن للمهربين التذرع بحقيقة أن المنتجات المنقولة لا تخضع من الناحية القانونية للضرائب والرسوم الجمركية للإفلات من العقوبة.

- Cossi Hervé ASSONGBA, Le Transport maritime de marchandises conteneurisées, Thèse de doctorat, Université de Lille 2, Le 28 novembre 2014, P.268.

² - راجع المادة 111 من اتفاقية UNCLOS.

³ - لمزيد من التفاصيل حول شروط تنفيذ إجراء المطاردة الحثيثة، يراجع:

- بوعون نضال، الاتجار غير المشروع بالمخدرات في أعالي البحار، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، المجلد 2، العدد 9، مارس 2018، ص.ص 736-738.

⁴ - Roland LE GOFF, la protection des navires soumis au risque de piraterie, thèse de doctorat, Université de Nantes, 2016, P.114.

⁵ - Valérie BORE EVENO, Le cadre juridique international de la lutte contre le trafic maritime de stupéfiants: Quelles compétences pour les Etats ?, Le colloque international Zones maritimes: Le contrôle et la prévention du trafic illicite en mer s'est tenu les 5 et 6 octobre 2015, Nantes, France, Archive ouverte HAL, 15 mai 2017, P. 61.

وعليه نستخلص أن نطاق تطبيق التعاون الدولي لمكافحة الاتجار غير المشروع بالمخدرات عن طريق البحر، محصور في المياه الواقعة وراء البحر الإقليمي لأي دولة ساحلية، أين تمارس حقها الأصيل في فرض اختصاصها القضائي على السفن المتورطة بارتكاب الجرم، سواء كانت ترفع علمها أو ترفع أعلام دول أخرى أو كانت عديمة الجنسية.¹

أما بالنسبة لمنطقة أعالي البحار الواقعة خارج المياه الإقليمية للدولة الساحلية، وتماشيا مع مبدأ حرية الملاحة في هذه المنطقة، ذهبت الاتفاقية إلى التقرير أن الدولة التي ترفع السفينة علمها، والتي يشتبه في أنها تحمل شحنات غير مشروعة للمخدرات هي وحدها التي يسمح لها بالتدخل لممارسة الولاية القضائية عليها،² وهو ذات المبدأ الذي أخذ به المشرع الجزائري، بموجب نص المادة 590 من قانون الإجراءات الجزائية، بقولها: "تختص الجهات القضائية الجزائرية بالنظر في الجنايات والجناح التي ترتكب في عرض البحر على بواخر تحمل الراية الجزائرية أيا كانت جنسية مرتكبيها، وكذلك الشأن بالنسبة للجنايات والجناح التي ترتكب في ميناء بحرية جزائرية على ظهر باخرة تجارية أجنبية."³ وعليه فالقانون الجزائري هو الذي يطبق على السفن الجزائرية التي تتورط في ارتكاب هذه الجريمة والمتواجدة بأعالي البحار، فلها الاختصاص بزيارتها وتفقيشها وتوقيع العقوبات على الأشخاص المتورطين، وفي هذا الخصوص أفرد المشرع الجزائري عقوبات قاسية لمرتكبي جرائم تهريب المخدرات عبر البحر.⁴

على الرغم من أن المادة 108 من الاتفاقية قد نصت صراحة على وجوب أن تتعاون جميع الدول لقمع الاتجار غير المشروع بالمخدرات في أعالي البحار، إلا أنها أخرجت هذه الجريمة من نطاق حق الزيارة وتفقيش

¹ - سمير محمد عبد الغاني، القانون الدولي البحري في عمليات مكافحة المخدرات، د.ط، دار الكتب القانونية، مصر، 2006، ص. 203.

² - راجع المادة 92 من اتفاقية UNCLOS.

³ - راجع المادة 590 من الأمر رقم 66-155 المؤرخ في 8 جوان 1966، المتضمن قانون الإجراءات الجزائية، ج.ر. عدد 48، الصادرة بتاريخ 10 جوان 1966.

⁴ - يعاقب المشرع الجزائري على فعل الاتجار غير المشروع بالمخدرات عبر البحر، بموجب المادة 17 من قانون 04-18، حيث تنص على أنه: "يعاقب بالحبس من عشر (10) سنوات إلى عشرين (20) سنة و بغرامة 5.000.000 دج إلى 50.000.000 دج كل من قام بطريقة غير مشروعة... بشحن المخدرات أو المؤثرات العقلية أو نقلها عن طريق العبور،... و تصبح العقوبة السجن المؤبد في حالة ارتكاب الفعل السابق من قبل مجموعة إجرامية منظمة." و بالتسليم على أن أهم عناصر جريمة الاتجار غير المشروع بالمخدرات عبر البحر يتمثل في الاستيراد و التصدير، فقد نصت المادة 19 على أنه: "يعاقب بالسجن المؤبد كل من قام بطريقة غير مشروعة بتصدير أو استيراد مخدرات أو مؤثرات عقلية."

- راجع المادتين 17 ، 19 القانون 04-18 المؤرخ في 25 ديسمبر 2004، المتعلق بالوقاية من المخدرات و المؤثرات العقلية و قمع الاستعمال و الاتجار غير المشروعين بها، ج.ر. عدد 83، الصادرة بتاريخ 26/12/2004.

السفن التي يشتبه في ارتكابها لجرائم وحالات حددتها المادة 110، ومن ثم فالعملية الوحيدة الممكنة للدول الأخرى في هذا الخصوص تتمثل في الاستطلاع والتحقق من أن العلم يتوافق وجنسية السفينة المشتبه بها، فإن تحقق عدم التوافق بين العلم وجنسية السفينة، تكتفي الدولة القائمة بالاستطلاع إبلاغ الوقائع لدولة العلم، حيث تقوم بتصحيح الوضع، أو تسمح صراحة للدولة بالتدخل،¹ هذه الثغرة القانونية التي أغفلتها اتفاقية قانون البحار تم تصحيحها لاحقاً بموجب اتفاقية فيينا لمكافحة تهريب المخدرات لعام 1988.

2- اتفاقية فيينا لمكافحة الاتجار غير المشروع بالمخدرات والمؤثرات العقلية لعام 1988.

إن عمومية اتفاقية قانون البحار لعام 1982، جعلت المهربين يلجئون إلى النقل البحري لإيصال المخدرات والمؤثرات العقلية من البلدان المنتجة إلى البلدان المستهلكة خاصة وأن وسيلة النقل هذه لا تخضع لنفس قيود النقل البري أو الجوي فهي تمنح لهم فرصة الإفلات من رقابة السلطات الأمنية والجمركية.² هذا القصور الذي ميز اتفاقية UNCLOS في معالجة معضلة تهريب المخدرات عبر البحر، دفع بالدول أطراف اتفاقية فيينا لمكافحة الاتجار غير المشروع بالمخدرات والمؤثرات العقلية لعام 1988،³ إلى التصميم على تحسين مستوى التعاون الدولي لقمع تلك الجريمة، فقد خصصت الاتفاقية السابقة الذكر نص المادة 17 لمعالجة هذه المشكلة، وهي المادة التي اتصفت بالطول نظراً لاحتوائها على 11 فقرة، الأمر الذي دفع ببعض الفقهاء إلى وصفها "بالمادة الاتفاقية" على اعتبار أنها تمثل حقيقة اتفاقية مصغرة لمكافحة تهريب المخدرات عبر البحر.⁴

وبالرجوع إلى المادة 17 من اتفاقية فيينا لعام 1988، والتي جاءت تحت عنوان: "الاتجار غير المشروع عن طريق البحر"، فقد تضمنت الأحكام التالية:

1- تتعاون الأطراف إلى أقصى حد ممكن، وبما يتفق مع القانون الدولي للبحار، على منع الاتجار غير المشروع عن طريق البحر.

2- يجوز للطرف الذي تكون لديه أسباب معقولة للاشتباه في أن إحدى السفن التي تر فع علمه أو لا ترفع علمًا ولا تحمل علامات تسجيل، ضالعة في الاتجار غير المشروع، أن يطلب مساعدة أطراف أخرى على منع

¹ - راجع المادة 6/94-7 من اتفاقية UNCLOS.

² - نواصر العايش، المرجع السابق، ص 156.

³ - اتفاقية فيينا لمكافحة الاتجار غير المشروع بالمخدرات والمؤثرات العقلية لعام 1988، التي صادقت عليها الجزائر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 95-41، المؤرخ في 28 جانفي 1995، ج.ر عدد 7، الصادرة بتاريخ 15/2/1995، نطلق عليها اختصاراً في هذا البحث (اتفاقية فيينا لعام 1988).

⁴ - Anthony MOROSOLI, La répression du trafic de stupéfiants en haute mer, Actualité et Droit International, 25 mai 1999, Article disponible sur le site: 2020/09/25: أطلع عليه بتاريخ: <http://www.ridi.org/adi/199906a4.html>

استخدامها لهذا الغرض. ويجب على الأطراف التي يطلب إليها ذلك أن تقدم المساعدة المطلوبة منها في حدود الإمكانيات المتاحة لديها.

3- يجوز للطرف الذي تكون لديه أسباب معقولة للاعتقاد بأن إحدى السفن التي تمارس حرية الملاحة وفقا للقانون الدولي، وترفع علم طرف آخر أو تحمل علامات تسجيل خاصة به، ضالعة في الاتجار غير المشروع أن يخطر الدولة التي ترفع السفينة علمها بذلك وأن يطلب منها إثباتا للتسجيل، ويطلب منها عند إثباته إذنا باتخاذ التدابير الملائمة إزاء هذه السفينة.

4- يجوز للدول التي ترفع السفينة علمها أن تأذن للدولة الطالبة، وفقا للفقرة 3 أو لمعاهدات نافذة بينهما أو لأي اتفاق أو ترتيب تتوصل إليه تلك الأطراف على أي نحو آخر، بالقيام، في جملة أمور، بما يلي:

(أ) اعتلاء السفينة؛

(ب) وتفتيش السفينة؛

(ج) وفي حالة العثور على أدلة تثبت التورط في الاتجار غير المشروع، اتخاذ ما يلزم من إجراءات إزاء السفينة والأشخاص والبضائع التي تحملها السفينة.

5- حيثما تتخذ إجراءات عملا بهذه المادة، يضع الطرفان المعنيان موضع الاعتبار الواجب، الحاجة إلى عدم تهديد سلامة الحياة في البحار، وأمن السفينة والبضائع، وعدم الإضرار بالمصالح التجارية والقانونية للدولة التي ترفع السفينة علمها أو لأية دولة معنية أخرى.

6- يجوز للدولة التي ترفع السفينة علمها أن تعتمد، بما يتفق والتزامها الوارد في الفقرة 1 من هذه المادة، إلى إخضاع الإذن الذي تصدره لشروط يتفق عليها، بينها وبين الطرف الطالب، بما في ذلك الشروط المتعلقة بالمسؤولية.

7- للأغراض المتوخاة في الفقرتين 3 و 4 من هذه المادة، يستجيب كل طرف دون إبطاء للطلب الذي يرد من طرف آخر للاستفسار عما إذا كانت السفينة التي ترفع علمه مخولة بذلك، ولطلبات الاستئذان المقدمة عملا بالفقرة 3. ويعين كل طرف، عندما يصبح طرفا في هذه الاتفاقية، سلطة أو عند الضرورة سلطات، لتلقي هذه الطلبات والرد عليها. ويجب إبلاغ سائر الأطراف، عن طريق الأمين العام، بهذا التعيين، في غضون شهر واحد من التعيين.

8- على الطرف الذي يقوم بأي عمل وفقا لهذه المادة أن يبلغ دون إبطاء الدولة التي ترفع السفينة المعنية علمها بنتائج ذلك العمل.

9- تنظر الأطراف في عقد اتفاقات أو ترتيبات ثنائية أو إقليمية لتنفيذ أحكام هذه المادة أو تعزيز فعاليتها.

10- لا يجوز أن تقوم بأي عمل طبقا للفقرة 4 من هذه المادة إلا سفن حربية أو طائرات عسكرية أو سفن أو طائرات أخرى تحمل علامات واضحة ويسهل تبيين أداؤها لمهام رسمية ولها الصلاحية للقيام بذلك العمل.

11- يولى الاعتبار الواجب في أي عمل يجري وفقاً لهذه المادة لضرورة عدم التدخل في حقوق الدول الساحلية والتزاماتها وممارستها لاختصاصها القضائي وفقاً للقانون الدولي للبحار وعدم المساس بتلك الحقوق والالتزامات والممارسة.¹

إن أول ما يلاحظ على نص المادة 17 أنها جاءت بمثل ما تضمنته المادة 108 من اتفاقية UNCLOS من خلال الفقرتين 1 و 2، وذلك بنصها على ضرورة تعاون الدول الأطراف لمنع الاتجار غير المشروع بالمخدرات عن طريق البحر، فهي لم تتضمن أي حكم ينص على تدخل الدول الثالثة لمكافحة الاتجار بالمخدرات في المياه الإقليمية للدولة الساحلية، بل على العكس من ذلك نصت المادة 2 الفقرتين 2 و 3 من الاتفاقية على أنه " - على الأطراف أن تقي بالتزاماتها بموجب هذه الاتفاقية بشكل يتماشى مع مبادئ المساواة في السيادة والسلامة الإقليمية للدول ومع مبدأ عدم التدخل في الشؤون الداخلية للدول الأخرى. - لا يجوز لأي طرف أن يقوم، في إقليم طرف آخر، بممارسة وأداء المهام التي يقتصر الاختصاص بها على سلطات ذلك الطرف الآخر بموجب قانونه الداخلي."²

ومع ذلك، نجد أن المادة 17 عملت على سد الفجوة المشار إليها أعلاه في المادة 108 من اتفاقية قانون البحار لعام 1982، من خلال النص على صلاحيات دولة العلم للسفينة التي يشتبه في أنها ضالعة في الاتجار غير المشروع، في منح التفويض للدولة المتدخلة لاتخاذ الإجراءات اللازمة لاعتلاء السفينة وتفتيشها، وتحديد الجهات المكلفة بذلك، بتعبير آخر حددت الإجراءات الواجب إتباعها من قبل الدولة المتدخلة ضد السفن الأجنبية المتواجدة في أعالي البحار التي يشتبه في ممارستها أعمال تهريب المخدرات، مع تعليق تلك الإجراءات على الموافقة الصريحة لدولة العلم صاحبة الموقف الأقوى في "الاتفاق المشترك" بينها وبين الدولة المتدخلة، ذلك أن التزامها العام بالتعاون لا يحد من سلطاتها في منح التفويض أو إخضاعه للشروط التي تراها مناسبة.³ بصرف النظر عن الحاجة إلى إذن صريح، يتعين على الطرف الطالب، أولاً أن يخطر دولة العلم، ثم يطلب تأكيد التسجيل، وأخيراً يطلب الإذن بالصعود، ينبغي قراءة هذا الحكم بالاقتران مع الفقرة 4 التي تنص على أنه "يجوز لدولة العلم أن تأذن للدولة الطالبة بما في ذلك: (أ) إعتلاء السفينة، (ب) تفتيش السفينة، (ج) وفي

¹ - يمكن الإطلاع على النص العربي للاتفاقية فيينا لمكافحة الاتجار غير المشروع بالمخدرات و المؤثرات العقلية على لعام 1988، على الرابط الإلكتروني:

https://www.unodc.org/pdf/convention_1988_ar.pdf

² - راجع المادة 2 من اتفاقية فيينا لعام 1988.

³ - Tullio TREVES, Intervention en haute mer et navires étrangers, *Annuaire français de droit international*, Vol. 41, 1995, P.656.

حالة العثور على أدلة تثبت التورط في الاتجار غير المشروع، اتخاذ ما يلزم من إجراءات إزاء السفينة والأشخاص والبضائع التي تحملها السفينة.¹

وقد تم تطبيق الأحكام السابقة الذكر في العديد من المرات، فقد سمحت تنزانيا عام 2013 للبحرية الفرنسية بالصعود إلى سفينة الشحن *Luna S* التي ترفع العلم التنزاني، بينما كانت مبحرة في المياه الدولية للبحر الأبيض المتوسط، أين تم ضبط قرابة 20 طناً من راتنج القنب، وهي القضية التي نظر فيها القضاء الفرنسي بعد تخلي تنزانيا عن اختصاصها لمصلحة فرنسا،² وعلى هذا الأساس أيضاً اعترضت السلطات الإسبانية في جانفي 1995، السفينة *Archangelos* التي كانت تحمل العلم البنمي وتبحر باتجاه أوروبا محملة بالكوكايين وهو الإجراء الذي أقرت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان بشرعيته، بعد التأكد من وجود إذن لفظي لسفارة بنما في إسبانيا، و كان هذا بمناسبة نظرها في قضية *Rigopoulos*.³

غير أن ما يمكن ملاحظته على هذا الأساس القانوني، أنه يفتقر للقوة الإلزامية التي تجبر الدول على التدخل لمكافحة التهريب البحري للمخدرات، فليس هناك ما يلزم دولة العلم بمنحها الإذن بتفتيش سفنها في أعالي البحار، وكذلك الأمر بالنسبة للدولة الساحلية عندما يتعلق الأمر بتواجد السفينة المتورطة في مياها الإقليمية، هذا الأمر قصر من فعالية هذا الإطار في صد أعمال الاتجار غير المشروع بالمخدرات عبر البحر.

3- حقيقة الأساس العرفي لحظر تهريب السفن للمخدرات.

نظرا لمحدودية الدور الذي لعبه الأساس القانوني السابق تفصيله في قمع تهريب المخدرات عبر البحر، فقد ذهب بعض الفقهاء إلى البحث عن مبررات إضافية يقدمها القانون الدولي لتقييد مبدأ قدسية قانون العلم فيما يتعلق بمكافحة الاتجار غير المشروع بالمخدرات، ومن ذلك اعتبار الاتفاقيات السابقة الذكر كأساس عرفي يسمح بزيارة سفن تهريب المخدرات في أعالي البحار، حيث يمكن القول أن هناك التزاماً عرفياً بالتعاون في قمع الاتجار بالمخدرات في أعالي البحار، مستمد من الأحكام ذات الصلة من اتفاقية UNCLOS واتفاقية فيينا لعام 1988 بموجب المادة 17، ذلك أن هذه المعاهدات تكون قد بلورت أو ولدت لاحقاً قاعدة عرفية تجيز للدولة المتدخلة طلب الإذن من دولة العلم لتفتيش السفن المشتبه بها في تهريب المخدرات.⁴

¹ - Efthymios . PAPANASTAVRIDIS, *Crimes at Sea: A Law of the Sea Perspective*, In: Efthymios. Papanastavridis & Kimberley . Trapp, *La criminalité en mer/ Crimes at Sea*, Hague Academy of international law, Martinus Nijhoff, Leiden/Boston, 2014, P.31.

² - Vincent GROIZELEAU, *Retour sur l'interception du Luna S, Mer et Marine*, le 07/04/2014, Article disponible sur le site:

<https://www.meretmarine.com/fr/content/retour-sur-linterception-du-luna-s-0>

³ - *Rigopoulos C. l'Espagne*, Requête n°37388/99, Cour européenne des Droits de l'Homme , Décision finale, 12 janvier 1999.

⁴ - Efthymios PAPANASTAVRIDIS, *The illicit trafficking of drugs*, In: The IMLI manual on international maritime law, Vol III, 2016, Oxford University Press, P.485.

وعلى العكس مما سبق فالأمر سيكون مختلفًا تمامًا فيما يخص الالتزام بمنح الإذن لجميع الدول الأخرى بالصعود إلى السفن المشبوهة في أعالي البحار، فهذا الحق في الزيارة دون موافقة صريحة من دولة العلم لا يُمنح حتى في سياق اتفاقية فيينا لعام 1988، فما بالك بقواعد القانون الدولي العرفي التي تفتقد القوة الإلزامية التي تتمتع بها المعاهدات الدولية.¹

وفي هذا الخصوص يذهب الأستاذ *Douglas Guilfoyle* بمناسبة تعليقه على قرار محكمة الاستئناف الأمريكية (الدائرة 11) الصادر بتاريخ 6 نوفمبر 2012، عند نظرها في قضية الولايات المتحدة الأمريكية ضد *Bellaizac-Hurtado*²، إلى القول أن الدائرة 11 كانت على صواب عند إجابتها بالنفي عن التساؤل القائل هل يعتبر تهريب المخدرات "جريمة ضد قانون الأمم"؟، حيث اعتبرت أن قانون الأمم مقصور على القانون الدولي العرفي وأنه لا يمكن قبول وجهة النظر القائلة أن تهريب المخدرات هي جريمة في القانون الدولي العرفي بناءً على إدانته العالمية والممارسات التعاقدية ذات الصلة، فهذه الحجة واهية و لا أساس من الصحة.³

وهي ذات الحجة التي قدمتها فرنسا في قضية *Medvedyev*، غير أن المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان اعتبرت مرة أخرى في عام 2010، أن الحكومة الفرنسية لم تثبت أنه سيكون هناك ممارسة ثابتة للدول قادرة على خلق قاعدة من قواعد القانون الدولي العرفي، والتي من شأنها أن تمنح إذنًا عامًا بالتدخل لأي دولة لديها أسباب جدية للاعتقاد بأن السفينة التي ترفع علم دولة أخرى متورطة في تهريب المخدرات،⁴ وعليه لا يمكن الإدعاء بوجود قاعدة عرفية تحيز إعتراض السفن المتورطة بتهريب المخدرات في أعالي البحار أو المياه الإقليمية للدولة الساحلية.

¹ - Ibid, P.486.

² - تعود حيثيات هذه القضية إلى قيام إحدى السفن التابعة لخفر السواحل الأمريكية بدوريات في البحر الإقليمي البنمي، حيث واجهت سفينة تهريب مخدرات مشبوهة فر طاقمها، و على إثر التفتيش تم اكتشاف 760 كغ من الكوكايين، و قد تنازلت بنما عن الولاية القضائية لمصلحة للولايات المتحدة بالنظر في هذه القضية، بموجب المادة 9 (2) من الاتفاق التكميلي بين بنما و الولايات المتحدة المتعلق بمساعدة خفر السواحل الأمريكية لعام 2002.

- Douglas GUILFOYLE, Drug trafficking at sea: no longer a crime of universal jurisdiction before US Courts?, November 22, 2012, P.1, Available at:

<https://www.ejiltalk.org/drug-trafficking-at-sea-no-longer-a-crime-of-universal-jurisdiction-before-us-courts/>

³ - Ibid. P.2.

⁴ - *Medvedyev et autres C France*, Requête n° 3394/03, Cour européenne des Droits de l'Homme, Grand Chambre, 29 mars 2010, Para. 85.

بعد استقراءنا للأحكام السابقة، يمكننا القول أن الاتفاقيتين - اتفاقية UNCLOS، واتفاقية فيينا لعام 1988 قد وضعتا المبادئ العامة لتنظيم مكافحة الاتجار غير المشروع بالمخدرات بحراً،¹ وهو الإطار القانوني الدولي الذي تميز بعدم الفعالية في مكافحة الاتجار بالمخدرات عبر البحر، نظراً لكثرة المطبات القانونية التي سادت نصوصه، وافتقاده لأساس عرفي يزيد من إلزامية أحكامه، لذلك ذهب المادة 17 من اتفاقية فيينا لعام 1988 إلى دعوة الأطراف للنظر في إبرام اتفاقات أو ترتيبات ثنائية أو إقليمية لتنفيذ أو تعزيز فعالية أحكامها،² وهو النص الذي وضع الحجر الأساس للتعاون الدولي الثنائي والإقليمي في مكافحة تهريب المخدرات عبر البحر.

ثانياً: التعاون الدولي الثنائي والإقليمي لقمع التهريب البحري للمخدرات

نتيجة لشعور الدول بوجود مصلحة دولية مشتركة في مكافحة جرائم المخدرات بصفة عامة، فقد استجابة العديد منها للدعوة التي تضمنتها الفقرة 9 من المادة 17 من اتفاقية فيينا لعام 1988، وذلك بإبرامها عدد من الاتفاقات أو الترتيبات من أجل تنفيذ التعاون الدولي الذي يسمح بالتدخل بسرعة أكبر في أعالي البحار وحتى في المياه الإقليمية للدولة، وتم اتخاذ تلك المبادرات على المستوى الثنائي، قبل أن تتطور بشكل أكثر اعتدالاً على المستوى الإقليمي، وهي الجهود التي سنتطرق لها بالتحليل مع تقييم دورها في التصدي لظاهرة التهريب البحري للمخدرات.

1- الاتفاقات الثنائية

بغض النظر عن مدى أهمية الاتفاقيات العالمية في وضع الأسس القانونية لمكافحة الاتجار غير المشروع بالمخدرات، يستمر التعاون الثنائي في لعب دور مركزي في تنفيذ سياسات العديد من بلدان العالم في هذا الخصوص، وذلك بإبرامها العديد من الاتفاقيات الثنائية، لذلك سنتعرض لهذه الاتفاقيات البحرية الثنائية لقمع تهريب المخدرات في أكثر مناطق العالم عرضة للتهديد، وهي المنطقة الأوروبية، ومنطقة حوض الكاريبي.

أ- اتفاقيات قمع التهريب البحري للمخدرات في المنطقة الأوروبية

بالرغم من كثرة الاتفاقيات الثنائية الأوروبية التي تتناول المساعدة المتبادلة والجرائم الخطيرة بشكل عام، إلا أن القليل منها فقط من يتعامل مع قضية الاتجار غير المشروع بالمخدرات في البحر، ومن الأمثلة على ذلك نجد الاتفاقية الثنائية بين إيطاليا وألبانيا المبرمة في عام 1997 وعملاً بهذا الاتفاق، أذنت ألبانيا - مسبقاً - لسفن إنفاذ القانون الإيطالية بالتوقف والصعود إلى السفن الألبانية المشبوهة في جميع المناطق

¹ - محمد سهيل الفقي، جريمة الاتجار غير المشروع بالمخدرات: كأحد جرائم القانون الدولي للبحار، ط 1، المركز القومي للإصدارات القانونية، مصر، 2018، ص. 149.

² - راجع المادة 17 الفقرة 9 من اتفاقية فيينا لعام 1988.

البحرية، بما في ذلك المياه الواقعة تحت سيادة ألبانيا، وإذا ثبت تورط السفن يتم تحويلها إلى ميناء ألباني، وقد تم تنفيذ عدة عمليات لمكافحة المخدرات ضمن هذا الإطار القانوني.¹

تعتبر الاتفاقية بين مملكة إسبانيا والجمهورية الإيطالية عام 1990،² من الصكوك القانونية الأولى التي جاءت استجابة للمادة 17 من اتفاقية فيينا لعام 1988، ويمنح هذا الاتفاق الثنائي الطرفين حقوق متبادلة في التدخل على سفن كل منهما دون موافقة مسبقة من دولة العلم، وبحسب المادة 5 الفقرة 2 من الاتفاقية يكون لكل طرف الحق في المطاردة، وإيقاف السفن والتحقق من الوثائق واستجواب الأشخاص، وإذا كانت هناك شكوك معقولة تفتش السفن وتصادر المخدرات ويعتقل الأشخاص المعنيين، وإذا لزم الأمر يتم اصطحاب السفينة إلى أقرب ميناء مناسب.³

ب- اتفاقيات مكافحة التهريب البحري للمخدرات في البحر الكاريبي

تجدر الإشارة في البداية إلى أنه تم إبرام أول اتفاقية بحرية ثنائية في مجال مكافحة تهريب المخدرات عبر البحر، قبل إبرام اتفاقية فيينا لعام 1988 واتفاقية UNCLOS، فقد أبرمت الولايات المتحدة الأمريكية اتفاقاً مع بريطانيا بتاريخ 13 نوفمبر 1981، بطريق تبادل المذكرات بين البلدين بهدف مراقبة الشحن البحري في أعالي البحار، حيث تضمن هذا الاتفاق منح بريطانيا للسفن الرسمية الأمريكية تفويضاً مبدئياً بالاقتراب من السفن الخاصة التي تحمل العلم البريطاني - في بعض المناطق المحددة في أعالي البحار-،⁴ وفي حالة وجود شبهة معقولة بأن تلك السفن تحمل مخدرات متجهة إلى أراضي الولايات المتحدة الأمريكية، فقد اعترفت لها بموجب هذا التفويض بحق تفتيش تلك السفن ومصادرتها ونقلها للموانئ الأمريكية، وإخضاع الفاعلين للمحاكمة أمام القضاء الأمريكي.⁵

وباعتبار منطقة البحر الكاريبي، من أكثر المناطق انتشاراً للتجارة غير المشروعة بالمخدرات عبر العالم فقد عملت الولايات المتحدة الأمريكية على إبرام نحو 45 اتفاقية ثنائية مع دول منطقة الكاريبي ووسط وجنوب أمريكا لقمع الاتجار غير المشروع بالمخدرات عبر البحر، وتعد الاتفاقية المبرمة بين الولايات المتحدة الأمريكية مع غواتيمالا، نموذجية في توفير الموافقة الفعلية والمفترضة لدولة العلم في تفتيش سفنها، فالموافقة مفترضة

¹ - Peter J.J. VAN DER KRUIT, Maritime Drug Interdiction in International Law, Doctoral thesis, Utrecht University, 2007, P.172.

² - تم إبرام هذه الاتفاقية في مدريد بتاريخ 23 مارس 1990، و دخلت حيز النفاذ بتاريخ 7 ماي 1994.

³ - Peter J.J. VAN DER KRUIT, Op.Cit, P.178.

⁴ - وهي المناطق المحيطة بالساحل الأمريكي، وتشمل خليج المكسيك، البحر الكاريبي، و غرب المحيط الأطلسي.

⁵ - Valérie BORÉ EVENO, Op.Cit, P.67.

ضمنيا بعد مضي ثلاث ساعات إذا لم يكن هناك استجابة للطلب، بينما تحتفظ دولة العلم من حيث المبدأ بحق الصعود إلى سفنها.¹

وما يلاحظ على الاتفاقيات السابقة الذكر أنها حققت نتائج ملموسة، حيث اتسمت أحكامها بالفعالية في مجال مكافحة تهريب المخدرات عبر البحر، غير أن ما يعاب عليها تجاهلها لمبادئ السيادة الإقليمية وعدم التدخل في الشؤون الداخلية للدول التي تراجعت إلى حد كبير في ظل غياب المعاملة للمثل، الأمر الذي دفع بالبعض إلى القول أن هذه الاتفاقيات جاءت لشرعنة الوصاية الأمريكية على الدول المتعاقد معها، ومن ثم وجب تعزيز التعاون الدولي الذي تشجعه المادة 17 من اتفاقية فيينا لعام 1988، في شكل اتفاقات إقليمية.²

2- الاتفاقات الإقليمية

هناك العديد من الاتفاقيات الإقليمية، التي عنيت بمسألة التعاون الدولي لمواجهة ظاهرة التهريب البحري للمخدرات، ونخص بالدراسة اتفاقيتان نظرا لاحتوائهما على أحكام تفصيلية بشأن العلاقات القانونية بين الدولة المتدخلة ودولة العلم، وكذلك بشأن إجراءات الترخيص ونطاقه، وهما اتفاقية مجلس أوروبا لعام 1995، واتفاقية سان خوسيه المتعلقة بمنطقة البحر الكاريبي.

أ- اتفاقية المجلس الأوروبي

لقد تم إبرام اتفاقية مجلس أوروبا بتاريخ 31 جانفي 1995، حيث تضمنت نصوص تحث على ضرورة التعاون فيما بين الدول الأعضاء في الاتحاد الأوروبي، من أجل وضع حد لتهريب المخدرات والمؤثرات العقلية وفقا للقانون الدولي للبحار وفي إطار الاحترام التام لمبدأ الإبحار، حيث ربطت حق التدخل بالموافقة المسبقة والمشروطة للدولة صاحبة السفينة، فلهذه الأخيرة الحق في رفض ذلك دون تسبب، بل أكثر من ذلك فإن الموافقة الممنوحة يمكن أن تقتصر بشروط على الدولة المتدخلة احترامها، وبالموافقة المشروطة لدولة صاحبة السفينة يمكن للدولة المتدخلة استعمال السلاح ضد السفينة المشبوهة، وإن كان يلجأ إلى هذه الوسيلة إلا عند الضرورة القصوى.³

ويبدو من خلال نص المادة 6 من الاتفاقية، أن نطاقها الإقليمي محصور فقط بأعالي البحار، أو بتعبير أدق في " المياه الواقعة خارج البحر الإقليمي لأي دولة"، وبالتالي يظل اختصاص الدولة الساحلية بنظر

¹ - Efthymios PAPASTAVRIDIS, *The illicit trafficking of drugs*, Op.Cit, PP.481-483.

² - Valérie BORÉ EVENO, Op.Cit, P. 69.

³ - أعراب سعيدة، مكافحة الاتجار غير المشروع بالمخدرات في القانون الدولي، مجلة معالم للدراسات القانونية والسياسية، ع 2، ديسمبر 2017، ص 208.

الجرائم ذات الصلة التي ترتكب في إقليمها محفوظاً،¹ أما فيما يتعلق بالسفن المتورطة عديمة جنسية، وعلى عكس المادة 17 (2) من اتفاقية فيينا، التي تنص على أن الدولة المعنية تطلب المساعدة في قمع استخدام هذه السفن في الاتجار غير المشروع دون التأكيد على ممارسة ولايتها التشريعية في هذا الصدد، نجد أن المادة 3 (3) من الاتفاقية الأوروبية تلزم كل دولة عضو باتخاذ التدابير التي قد تكون ضرورية لتأسيس ولايتها القضائية على الجرائم ذات الصلة التي ترتكبها سفينة بدون جنسية،² غير أن اتباع هذا النهج الذي جاءت به المادة 3 السابقة الذكر، يؤدي إلى تداخل الولاية القضائية للدولة المتدخلة مع الاختصاص القضائي الأصلي لدولة العلم بنظر الجرائم ذات الصلة، لذلك عملت الاتفاقية الأوروبية على إعطاء الأولوية لحقوق دولة العلم، ومن ثم الاعتراف بما يسمى " بالولاية القضائية التفضيلية"، والتي تعني بحسب المادة 1 (ب) من الاتفاقية: " عندما يكون لدولة العلم ولاية قضائية متزامنة تتعلق بجريمة ذات صلة مع دولة أخرى، فإن حق الأولوية في ممارسة ولايتها القضائية، مع استبعاد ممارسة دولة أخرى لاختصاصها بنظر الجريمة".³

وقد تدعمت الاتفاقية السابقة، بإبرام المجموعة الأوروبية لاتفاقية 1997، والمعروفة أيضاً باسم (اتفاقية نابولي 2)، وبالرغم من طابعها الجمركي إلا أنها احتوت على بعض المواد ذات الصلة التي تتناول عبور الحدود بما في ذلك حدود البحر الإقليمي، وبموجب المادة 20 منها يسمح لضباط إنفاذ القانون في إحدى الدول الأعضاء بمواصلة المطاردة الحثيثة لشخص مشتبه به في البحر الإقليمي لدولة عضو أخرى دون موافقة مسبقة عندما تتطلب ذلك الضرورة العاجلة،⁴ فلا شك أن هذا الحكم يعد خطوة كبيرة في التأثير على مفهوم السيادة. هذا وإلى جانب الاتفاقية السابقة، فقد برز في السياق الأوروبي مجموعة عمل حكومية دولية أو فريق عمل يضم سبع دول أعضاء في الاتحاد الأوروبي هي: إسبانيا، وفرنسا، وأيرلندا وإيطاليا، وهولندا، والبرتغال والمملكة المتحدة، سمي بالمركز العملياتي لتحليل الاستخبارات البحرية للمخدرات (MAOC-N)، يهدف إلى معالجة تهريب المخدرات عبر البحر في أوروبا، وتتمثل مهمة المركز في تعزيز الاستخبارات وتنسيق عمل الشرطة في أعالي البحار، بهدف اعتراض السفن التي تحمل الكوكايين والقنب،⁵ وقد ألهم نجاحه في عام 2008 إنشاء مركز التنسيق لمكافحة المخدرات في منطقة البحر الأبيض المتوسط (CeCLAD-M)، يقع مقره في القاعدة البحرية الفرنسية بمدينة *Toulon*، ويستضيف هذا المركز ضباط ارتباط من الدول الأعضاء في الاتحاد الأوروبي ومن دول حوض البحر الأبيض المتوسط.⁶

¹ - Voir Article 2 § 3 de l'accord relatif au trafic illicite par mer, mettant en oeuvre l'article 17 de la Convention des Nations Unies contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes, Strasbourg, 31.1.1995, Conseil de l'Europe, Série des traités européens - n° 156.

² - Voir Article 3 § 3 de l'accord de Strasbourg.

³ - Voir Article 3 § b, de l'Accord de Strasbourg.

⁴ - Peter J.J. VAN DER KRUIT, Op.Cit, P.127.

⁵ - Efthymios PAPASTAVRIDIS, *The illicit trafficking of drugs*, Op.Cit, P.474.

⁶ - Valérie BORÉ EVENO, Op.Cit, P.74.

ب- اتفاق سان خوسيه المتعلق بالبحر الكاريبي

لقد شرعت الدول الأوروبية المتواجدة بمنطقة البحر الكاريبي في اعتماد اتفاقية جديدة لقمع حركة النقل البحري والجوي غير المشروعة للمخدرات والمؤثرات العقلية في هذه المنطقة، حيث تم التوقيع عليها في سان خوسيه بكوستاريكا في 10 أبريل 2003،¹ ويمكن القول بأن هذا الاتفاق انبثق من الخبرة العملية الواسعة لدول وأقاليم المنطقة في مكافحة الاتجار غير المشروع بالمخدرات، والتي تجسدت أيضًا في شبكة واسعة من الاتفاقات الثنائية ذات الصلة بقمع تهريب المخدرات عبر البحر، فقد تأثر الاتفاق بشكل كبير بالظروف الجغرافية الخاصة لحوض البحر الكاريبي، نظرًا لوجود سلسلة من نقاط الاختناق الملاحية التي لها صلة مباشرة بزيادة الاتجار بالمخدرات في المنطقة، وكذلك بالصعوبات التي تواجهها عمليات إنفاذ القانون فيها.²

وتعد هذه الاتفاقية من أنجع الأدوات الدولية للتعاون المتعدد الأطراف في قمع التهريب البحري للمخدرات وتكمن أهميته في الإمكانية المعروضة للدول الأطراف بالتدخل ضد السفن المشتبه بها في الاتجار بالمخدرات داخل المياه الإقليمية للدول الأطراف الأخرى وحتى في مياهها الداخلية، فمن أجل تيسير الحصول السريع على إذن الصعود إلى السفن أو ملاحقتهم في مياه الدولة الطرف، يجوز لموظفي إنفاذ القانون في الدولة المتدخلة الصعود إلى سفن دولة طرف أخرى من دون أن يكون لهم صلاحيات قضائية، كما يعترف الاتفاق أيضًا بالحق في المطاردة والدوريات في المياه الإقليمية لدولة طرف أخرى، شريطة أن يسمح بذلك صراحة،³ مع احترام المبادئ العامة للقانون الدولي للبحار، وذلك بالإبقاء دائمًا على الولاية التفضيلية للدولة الساحلية في مياهها الإقليمية ولدولة العلم على سفنها في المياه الدولية، حتى لو كانت الأخيرة قد تخلت عنها صراحة لصالح الدولة المتداخلة.⁴

وما يلاحظ على الاتفاق السابق الذكر، أنه استلهم معظم أحكامه من الصياغة الموجودة في الاتفاقيات الثنائية التي تربط الولايات المتحدة الأمريكية بدول المنطقة، لاسيما فيما يتعلق بحق الصعود إلى السفن وانعدام مبدأ المعاملة بالمثل الأمر الذي جعل من تأثير اتفاق سان خوسيه محدود بدرجة كبيرة، خاصة مع بقاء عدد الدول محصورًا في أطرافه المنشأة.⁵

¹ -Ibid, P.71.

² - Efthymios PAPANASTAVRIDIS, *The illicit trafficking of drugs*, Op.Cit, P.475.

³ - Voir article 9 de l'accord concernant la coopération en vue de la répression du trafic illicite maritime et aérien de stupéfiants et de substances psychotropes dans la région des Caraïbes, fait à San José le 10 avril 2003, Décret n° 2008-1047 du 10 octobre 2008, *Journal Officiel de la République Française*, 12 octobre 2008.

⁴ - Voir article 24 de l'accord de San José.

⁵ - Valérie BORÉ EVENO, Op.Cit, PP.71-73.

وتجب الإشارة إلى أنه، وبالإضافة إلى اتفاق سان خوسيه محل الدراسة، فقد عملت الدول الأعضاء في الجماعة الكاريبية (CARICOM) عام 2008، على وضع اتفاق أمن بحري شامل، يعنى بمواجهة جميع تهديدات الأمن البحري كالإرهاب والقرصنة، بما فيها ظاهرة الاتجار غير المشروع بالمخدرات. ويبدو أن التدابير الذي جاءت بها (CARICOM) لمكافحة الاتجار أكثر تحفظاً، فبحسب المادة 9، يسمح بممارسة حق الزيارة والتفتيش وكذلك الاحتجاز اللاحق للسفينة والبضائع والطاقم إلا بإذن من دولة العلم، سواء كان صريحاً أو ضمناً إذا لم تستجب دولة العلم بعد ساعتين من الطلب الأولي.¹

3- تقييم الدور الردعي للاتفاقيات الثنائية و الإقليمية

لقياس فعالية هذه الاتفاقيات في التصدي للتهريب البحري للمخدرات، ينبغي النظر إلى الدور الذي لعبته في تذليل العقبات القانونية الرئيسية أمام عمل الدول المنخرطة في مكافحة الاتجار بالمخدرات البحرية، المرتبطة بالتطبيق الصارم للغاية لمبدأ قدسية قانون العلم في أعالي البحار، وسيادة الدولة الساحلية على مياهها الإقليمية وهذا من خلال دراسة استجابة الدول لأحكامها، فكلما كانت القاعدة القانونية مقبولة من قبل المخاطبين بأحكامها، كلما كانت فعلية وجسدت أحكامها بصورة سليمة في الواقع العملي، بينما لما تكون هذه القاعدة غير موافقة وغير مطابقة للواقع الاجتماعي وللمصالح الفردية والجماعية لكياناته، تفقد فعليتها وتتعرض لمعارضة أشخاص المجتمع.²

لقد لعبت الاتفاقيات الثنائية والإقليمية دوراً بارزاً في التعاون الدولي لصد التهريب البحري للمخدرات، ذلك أن اتفاقية المجلس الأوروبي لعام 1995، عملت على وصف التفاصيل بطريقة أكثر واقعية ووضوح، حيث حققت خطوة كبيرة إلى الأمام لتأكيد الولاية القضائية الجنائية الإلزامية على الجرائم المتعلقة بالمخدرات التي تحدث على متن كل من سفن دولة العلم الأجنبية والسفن عديمة الجنسية، كما أحرزت تقدماً في مجال الاتصال وجمع المعلومات وإجراءات الإنفاذ.³

وبالموازاة مع ما سبق، فقد أحرز اتفاق سان خوسيه لعام 2003 قدراً كبيراً من التقدم، ذلك أن العديد من الأحكام الغامضة التي تضمنتها اتفاقية فيينا عام 1988، قد تم تفصيلها من أجل قمع الاتجار غير المشروع بالمخدرات عن طريق البحر بنجاح، فقد وفر الاتفاق العديد من الفرص للمساعدة المتبادلة في البحر، وساهم في التأكيد الإلزامي للولاية القضائية على الجرائم المرتكبة على متن سفن الأطراف الأخرى، كما عمل على توسيع

¹ - لمزيد من التفاصيل حول الإجراءات التي اتخذتها المجموعة الكاريبية (CARICOM)، لصد أعمال التهريب البحري للمخدرات، يراجع:

- Efthymios PAPASTAVRIDIS, *The illicit trafficking of drugs*, Op.Cit, PP.477-479.

² - قايس شريف، عدم فعالية القاعدة القانونية وأثرها على الأمن القانوني، مداخلة في الملتقى الوطني بعنوان: الأمن القانوني، من تنظيم كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح- ورقلة-، ديسمبر 2012، ص 1.

³ - Peter J.J. VAN DER KRUIT, Op.Cit, P.137.

النطاق لإمكانية التعاون بين رجال إنفاذ القانون بعمليات مشتركة داخل البحر بين الدول، وقد تجاوز الاتفاق مبدأ سيادة الدول في مناسبتين الأولى تمثلت في المساعدة الأجنبية لعمليات الضبط في المياه الخاضعة للدولة الساحلية، والمناسبة الثانية كانت بإجراء صعود السفن بأعالي البحار.¹

وبالرغم من الدور البارز الذي لعبته الاتفاقيات السابقة الذكر في مكافحة الاتجار غير المشروع بالمخدرات عبر البحر، إلا أن هذه الاتفاقيات الثنائية والإقليمية، لا تعدو أن تكون في حقيقة الأمر مجرد أدون لأطرافها المتعاقدة، تجيز التدخل لقمع الاتجار بالمخدرات عبر البحر، فهي لا تختلف كثيرا عن ما جاءت به اتفاقية فيينا لعام 1988 في هذا الخصوص،² وهذه الاتفاقيات جميعها أبعد ما تكون عن إعطاء الدول الأطراف الحق في اعتراض السفن الأجنبية في أعالي البحار، فدولة العلم تظل وحدها صاحبة القرار في منح الإذن للدولة الطالبة بالتدخل، ووفقاً للأمانة العامة للبحر فقد تم استخدام طلب التدخل وفقاً للاتفاقيات الأتفة الذكر 16 مرة في عام 2014، غير أن نصف هذه الطلبات فقط أدى إلى نتيجة إيجابية.³ وكذلك الأمر بالنسبة للدولة الساحلية، فقلما تسمح لدولة أخرى بالمطاردة الحثيثة للسفن المتورطة في تهريب المخدرات داخل إقليمها، وإن فعلت ذلك فهي تتنازل عن إجراءات الضبط وتحتفظ لنفسها بالاختصاص القضائي للنظر في الجريمة.

كما أن هذه الاتفاقيات محصورة في أطرافها، فالاتفاقيات الثنائية والإقليمية لا تلزم إلا أطرافها المتعاقدة ومن ثم تنقلص فرضية قمع الاتجار بالمخدرات في البحر بالاستناد إلى تلك الصكوك، وبالرغم من كثرة الاتفاقيات الثنائية التي أبرمتها الولايات المتحدة الأمريكية مع دول حوض الكاريبي، والتي تسمح لها بالتدخل لضبط السفن المتورطة، هذا بالإضافة إلى اتفاقية سان خوسيه، إلا أن هذه المنطقة بقية من أكبر المناطق البحرية التي تشهد تهريباً لمخدر الكوكايين⁴ وهذا راجع إلى صعوبة ضبط وتفتيش السفن المتورطة في تهريب

¹ - Ibid, P.167.

² - ذلك أن معظم الاتفاقيات الثنائية و الإقليمية ذات الصلة بمكافحة الاتجار غير المشروع بالمخدرات عبر البحر، تنص في ديباجتها على أنها تستند أحكامها إلى الإطار الرئيسي لمكافحة الاتجار غير المشروع بالمخدرات عبر البحر، ألا و هو اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار لعام 1982، و نص المادة 17 من اتفاقية فيينا لعام 1988.

³ - Valérie BORÉ EVENO, Op.Cit, P.65.

⁴ - وفقاً لتقديرات مكتب الأمم المتحدة المعني بالمخدرات والجريمة، فإن ما يقارب من 41% إلى 62% من الكوكايين تم ضبطه ما بين عامي 2002 حتى 2010، في منطقة البحر الكاريبي، كما ذهبت المنظمة الأمريكية لمكافحة المخدرات، إلى التأكيد على أن 80% من المخدرات يتم تهريبها عن طريق البحر، و أن البحر الكاريبي يعد وعاء للتدفق ومركزاً رئيسياً لتجارة المخدرات خاصة الكوكايين، حيث يتم إنتاج ما يقرب من 1000 طن سنوياً في الدول التي يشملها الحزام الجبلي للأنديز - كولومبيا، الإكوادور، البيرو، بوليفيا، فنزويلا-.

- Rio BRAY, La lutte contre le narcotrafic en mer des Caraïbes, Centre d'études supérieures de la Marine, Paris, 2013, PP.6-7.

المخدرات، التي تعتمد بشكل كبير على أسلوب التهريب باستعمال الحاويات، نظرا لسرعة مناولة الحاويات وضعف عمليات الفحص التي تخضع لها الحاويات، حيث يقدر خضوع 2% فحسب من مجموع حاويات

الشحن لعمليات الفحص.¹

بالإضافة إلى ما سبق، نجد أن تلك الاتفاقيات الثنائية والإقليمية لا تغطي مساحة واسعة من البحر في قمع جريمة الاتجار، فهي محصورة في منطقة البحر الكاريبي وبعض المساحات البحرية المحيطة بالمجموعة الأوربية، ومن ثم ينجح الكثير من المهربين في الإفلات من العقاب، نظرا لكثرة وتنوع الدروب البحرية التي يسلكونها في الاتجار بالمخدرات، كما هو الحال بالنسبة لدرب بحر البلقان، ودرب المحيط الأطلسي في اتجاه غرب إفريقيا.²

هذا القصور الذي ميز النظام القانوني الدولي لمكافحة التهريب البحري للمخدرات، دفع بالأستاذة *Valérie Boré Eveno* إلى تبني الإقتراح الذي تقدم به قضاة الغرفة الكبرى للمحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان بمناسبة فصلهم في قضية *Medvedyev* ضد فرنسا، المتضمن إدخال استثناء جديد على قانون دولة العلم في أعالي البحار في سياق مكافحة الاتجار بالمخدرات، حيث تقول المحكمة أنه: "نظرا لخطورة وحجم المشكلة التي يشكلها الاتجار غير المشروع بالمخدرات، فإن تطور القانون الدولي العام في اتجاه تكريس المبدأ القائل بأن جميع الدول سيكون لها ولاية قضائية استثناء على قاعدة دولة العلم، من شأنه أن يشكل إحرارز تقدم كبير في مكافحة هذا النشاط غير القانوني، وأن يجعل القانون الدولي لمكافحة الاتجار غير المشروع بالمخدرات يتماشى مع ما هو موجود منذ زمن طويل فيما يتعلق بالقرصنة."³ فالمحكمة الأوروبية تدعو بوضوح إلى تعديل

¹ - مكتب الأمم المتحدة المعني بالمخدرات و الجريمة و منظمة الجمارك العالمية، لمحة مركزة عن برنامج مراقبة الحاويات، 2016، متوفر على الرابط الإلكتروني:

https://www.unodc.org/documents/middleeastandnorthafrica//CCP/1904616_CCP_Focus_Sheet_A_ebook.pdf

² - لمزيد من التفاصيل حول الدروب البحرية لتهريب المخدرات يراجع:

- تقرير الهيئة الدولية لمراقبة المخدرات لعام 2016، ص 92.

- مكتب الأمم المتحدة المعني بالمخدرات و الجريمة، تقرير المخدرات العالمي لعام 2013، ص 92.

³ - " Au regard tant de la gravité que de l'ampleur du problème posé par le trafic de stupéfiants, une évolution du droit international public qui consacrerait le principe selon lequel tous les Etats auraient compétence par exception à la règle de l'Etat du pavillon constituerait une avancée significative dans la lutte contre cette activité illicite. Cela permettrait d'aligner le droit international relatif au trafic de stupéfiants sur ce qui existe déjà depuis longtemps pour la piraterie."

- *Medvedyev et autres C France*, Requête n° 3394/03, Cour européenne des Droits de l'Homme, Grand Chambre, 29 mars 2010, Para. 101.

القانون الدولي للبحار بما يتلاءم مع تحدي مكافحة الاتجار غير المشروع بالمخدرات، الأمر الذي من شأنه أن يؤدي إلى إنشاء "ولاية قضائية عالمية" حقيقية في هذا المجال.

وعلى الرغم من أهمية هذا الإقتراح في معالجة مشكلة الإختصاص القضائي بنظر جرائم تهريب المخدرات بأعالي البحار، و الذي يتطلب تغييرات للنصوص السارية حالياً - لاسيما المادتين 108 و 110 من اتفاقية UNCLOS و المادة 17 من اتفاقية فيينا لعام 1988-، إلا أن مراجعة هذه الاتفاقيات مرهقة للغاية وينطوي على مخاطر كبيرة حيث أن أي تعديل لتلك الأحكام يؤدي إلى كسر التوازنات الرئيسية التي بني على أساسها القانون الدولي للبحار،¹ الذي يهدف إلى إقامة نظام قانوني للبحار والمحيطات يتسم بالإنصاف والكفاءة مع إيلاء المراعاة الواجبة لسيادة كل دولة،² فمهمته الرئيسية تحديد حقوق وواجبات الدول على المساحات البحرية وتقسيمها، وليس مكافحة الجرائم الدولية.

كما أن القول بوجوب تعديل القانون الدولي لمكافحة الاتجار غير المشروع بالمخدرات بما يتماشى مع ما هو موجود منذ زمن طويل فيما يتعلق بالقرصنة، يؤكد إغفال قضاة المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان لحقيقة ظاهرة القرصنة البحرية آنذاك، فقد شهدت تلك السنوات تزايد غير مسبوق لأعمال القرصنة البحرية خاصة قبالة السواحل الصومالية،³ وهذا بالرغم من اعتراف القانون الدولي العرفي والإتفاقي للدول بالولاية العالمية بنظر تلك الجرائم،⁴ فهذا المبدأ لم يفيد في الحد من ظاهرة القرصنة البحرية، و بالقياس لا يمكن الاعتماد عليه لزيادة فعالية النظام القانوني لقمع التهريب البحري المخدرات.

وكذلك الأمر بالنسبة للإقتراح المتعلق بالمطاردة الحثيثة العكسية للسفن، فهذا إجراء استثنائي أقره مجلس الأمن عند تصديه لظاهرة القرصنة البحرية قبالة السواحل الصومالية، حيث أن عام 2008 للدول التي تتعاون مع الحكومة الاتحادية الانتقالية بدخول المياه الخاضعة لسيادة الصومال من أجل قمع أعمال القرصنة والسطو المسلح في البحر،⁵ غير أن تطبيق هذا الإجراء لمكافحة الاتجار غير المشروع بالمخدرات أمر بالغ الصعوبة و بعيد المنال، ذلك أن المجلس عند إصداره لذلك التفويض فقد تصرف بموجب الفصل السابع من الميثاق، بعد

¹ - Valérie BORÉ EVENO, Op.Cit, P. 77.

² - راجع الفقرة 4 من ديباجة اتفاقية UNCLOS.

³ - فقد أشار تقرير المكتب البحري لعام 2009، إلى انتشار القرصنة في بحر الصين و مضيق ملقا و خليج عدن و المياه المقابلة لسواحل الصومال و في منطقة غرب إفريقيا، حيث بلغ عدد الحوادث سنة 2009 ما يقارب 406 حالة هجوم، شهدت منطقة القرن الإفريقي نصف تلك الهجمات، حيث عرفت منطقة خليج عدن 116 حالة هجوم، في حين تم تسجيل 80 حادث قرصنة قبالة السواحل الصومالية.

- IMB, Piracy and Armed Robbery Against Ships, Annual Report, 2009 , PP.5-6.

⁴ - راجع المادة 105 من اتفاقية UNCLOS.

⁵ - راجع قرار مجلس الأمن رقم 1816(2008) الذي أصدره بتاريخ 2 جوان 2008، في الوثيقة: S/RES/1816(2008)

تكييفه لأعمال القرصنة قبالة السواحل الصومالية على أنها تهديد غير مباشر للأمن و السلم الدوليين،¹ و هو الأمر الذي لا يمكن إعماله في مكافحة تهريب المخدرات، فبالرغم من الطابع الدولي لهذه الجريمة إلا أنها لم تصل إلى حد الجريمة التي تهدد الأمن و السلم الدوليين.

وخلصة القول أنه بالرغم من صعوبة اعتماد هذين الاقتراحين كما سبق ذكره، إلا أن إعمالهما سيساهم بدون شك في تجنب النظام القانوني الدولي المعني النقد الذي كان موجه إليه، ولكن بآثار تهز كيان القانون الدولي للبحار. وعليه بدل من التفكير في تعديل أحكام القانون الدولي للبحار لقمع تهريب المخدرات، وجب تشجيع الدول لإبرام اتفاقيات ثنائية و إقليمية تسهل عمليات اعتراض السفن المتورطة بالاتجار غير المشروع بالمخدرات، و ذلك من خلال تحسيسها بخطورة جريمة التهريب البحري للمخدرات على المجتمع الدولي.

خاتمة

يتضح من دراسة موضوع النظام القانوني لمكافحة الاتجار غير المشروع بالمخدرات عبر البحر، أن هناك عقبات قانونية تقوض جهود الدول المشاركة في مكافحة تهريب المخدرات عبر البحر، فرضها مبدأ السيادة الذي بالغ القانون الدولي للبحار في تعظيمه، وذلك من خلال التطبيق الصارم لمبدأ تقرد قانون دولة العلم بالاختصاص في أعالي البحار وسيادة الدولة الساحلية على مياهها الإقليمية.

وكنتيجة لذلك، تحملت الدول المسؤولية ودخلت في ترتيبات واتفاقيات ثنائية وإقليمية من أجل تذليل تلك العقبات، ونجحت إلى حد بعيد في التأثير على مفهوم السيادة البحرية للدول سواء على سفنها أو أقاليمها، حيث أصبح من الممكن ضبط السفن المرتكبة للجرم داخل المياه الإقليمية للدولة الساحلية من دون أي اعتراض من جانبها، والصعود إلى السفن في أعالي البحار بموجب إذن مسبق من دولة العلم، وبالرغم من هذا النجاح إلا أنه بقي منقوصاً بالنظر إلى حجم التهديد الذي يشكله هذا الجرم.

وعليه ذهب بعض الفقهاء و القضاة إلى القول أن الحل يكمن في طيات الأساس القانوني للمكافحة المتمثل في اتفاقية UNCLOS، وذلك بإعادة تكييف أحكامها مع التحديات التي فرضها هذا التهديد، باعتماد نهج جديد لامتيازات الدولة في المناطق البحرية يكرس اقتراحين مكملين، الأول يتعلق بضرورة سن استثناء دولي جديد على اختصاص قانون دولة العلم في أعالي البحار لمكافحة الاتجار بالمخدرات، وإعمال مبدأ الاختصاص العالمي في هذه المنطقة على غرار ما هو معمول به في مكافحة القرصنة البحرية، أما الإقتراح الثاني فيتمثل في السماح بالمطاردة الحثيثة العكسية للسفن التي يشتبه في حملها لشحنات المخدرات حتى في المياه الخاضعة لسيادة الدولة الساحلية والتي تعتبر ملجأ للمتجرين.

¹ - راجع الفقرة 12 من ديباجة قرار مجلس الأمن رقم 1816 (2008)، في الوثيقة السابقة.

غير أن الأخذ بهذين الاقتراحين أمر بالغ الصعوبة و بعيد المنال في الوقت الحاضر، لذلك لم يتبقى سوى العمل على تشجيع الدول لإبرام اتفاقيات ثنائية وإقليمية لحظر التهريب البحري للمخدرات، في إطار الإحترام التام للأساس القانوني الدولي لمكافحة الاتجار غير المشروع بالمخدرات عبر البحر. و إن كان هناك بعض القصور فهذا حال جل الأنظمة القانونية على اختلافها الدولية و الوطنية.

تسوية منازعات مصائد الأسماك البحرية أمام المحكمة الدولية لقانون البحار

صبحي رفيق⁽¹⁾

(1) أستاذ مساعد "أ"، كلية الحقوق، جامعة الاخوة منتوري
قسنطينة 1، 25000، الجزائر.

البريد الإلكتروني: rafiq.sobhi@umc.edu.dz

المخلص:

جاء القانون الدولي للبحار المعاصر، بآليات ونظام قانوني خاص بتسوية المنازعات الدولية البحرية، بمختلف أنواعها، حيث بينت اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار لعام 1982 في الجزء الخامس عشر منها، وسائل التسوية وإجراءاتها، من بينها اللجوء إلى التقاضي أمام المحكمة الدولية لقانون البحار والتي تعد أحد الوسائل السلمية لتسوية المنازعات الدولية البحرية، بما فيها منازعات مصائد الأسماك البحرية، ومنذ دخول اتفاقية قانون البحار حيز النفاذ بتاريخ: 1994/11/16، وبدأت المحكمة الدولية لقانون البحار عملها في أكتوبر 1997، نظرت في 19 نزاع بحري دولي أغلبها متعلق بمصائد الأسماك البحرية، والإفراج الفوري عن السفن وطاقتها، واتخاذ التدابير المؤقتة.

الكلمات المفتاحية:

مصائد الأسماك البحرية، المحكمة الدولية لقانون البحار، تسوية المنازعات البحرية، اتفاقية قانون البحار 1982، الجزء 15.

تاريخ إرسال المقال: 2020/11/04 ، تاريخ مراجعة المقال: 2021/12/16، تاريخ نشر المقال: 2021/12/31.

لتهميش المقال: صبحي رفيق ، " تسوية منازعات مصائد الأسماك البحرية أمام المحكمة الدولية لقانون البحار "، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد 12، العدد 03 ، 2021 ، ص ص 433-456.

<https://www.asjp.cerist.dz/en/PresentationRevue/72>

المقال متوفر على الرابط التالي:

المؤلف المراسل: صبحي رفيق ، rafiq.sobhi@umc.edu.dz

Settlement of Marine Fisheries Disputes in Front of the International Tribunal for the Law of the Sea

Summary:

Contemporary international law of the seas has come to establish mechanisms and a legal system for the settlement of all kinds of international maritime conflicts, the 1982 United Nations Convention on the Law of the Sea of 1982, in its fifteenth part showing the means and procedures of settlement including recourse to justice in front of the International Court of the Law of the Sea which is one of the peaceful means of settling international maritime disputes, including disputes relating to maritime fishing. Since the Convention on the Law of the Sea entered into effect on 11/16/1994 and the International Tribunal for the Law of the Sea began its work in October 1996 it has examined 19 international maritime disputes, most of them related to sea fishing and the immediate release of ships and their crew as well as taking temporary measures.

Keywords:

Maritime Fisheries, International Tribunal for the Law of the Sea, Settlement of Maritime Disputes, Convention on the Law of the Sea 1982, Part 15

Règlement des conflits relatifs à la pêche devant le Tribunal international du droit de la mer

Résumé :

Le droit international contemporain des mers en est venu à mettre en place des mécanismes et un système juridique pour le règlement de toutes sortes de conflits maritimes internationaux. La Convention des Nations-Unies sur le droit de la mer de 1982, dans sa quinzième partie montrant les moyens et les procédures de règlement y compris le recours à la justice devant la Cour internationale du droit de la mer qui est l'un des moyens pacifiques de régler les conflits maritimes internationaux, y compris les conflits relatifs à la pêche. Depuis que la convention sur le droit de la mer est entrée en vigueur le 16/11/1994 et que le Tribunal international du droit de la mer a commencé ses travaux en octobre 1996 il a pu examiner 19 conflits maritimes internationaux, dont la plupart sont liés à la pêche et à la libération immédiate des navires et leur équipage et prendre des mesures temporaires.

Mots clés:

Pêche maritime, Tribunal international du droit de la mer, règlement des conflits maritimes, Convention sur le droit de la mer 1982, partie 15.

مقدمة

تشكل الأسماك من أهم مصادر غذاء في العالم، حيث تحتل وحدها ما يقدر بنسبة 20%، من البروتين المستهلك في العالم، وسعت عدة دول لتحسين معدل استهلاك أفرادها للأسماك، ويساهم قطاع مصائد الأسماك في القضاء على البطالة، حيث يشغل بصفة دائمة في جنوب شرق آسيا حوالي 05 ملايين شخص، وتعتمد الكثير من الدول مثل إيسلندا في الدخل على الصيد حيث يشكل 17 % من دخلها القومي و 12% من مناصب العمل، بالإضافة إلى العمالة في المهن المرتبطة بالصيد كصناعة السفن والقوارب وغيرها¹.

مما جعل الدول النامية تنظر إلى حفظ وإدارة ثرواتها الطبيعية هدفا سياسيا رئيسيا وإعتبارها موردا سياسيا لشعوبها وموردا لتمويل ميزانيتها، مما حتم على الدول البحث على وضع قانوني يمنح للدول الساحلية الحق الخالص في استغلال الثروات الحية المتاخمة للبحر الإقليمي، مع العلم أن حوالي 75%، من مصائد الأسماك البحرية توجد قبالة سواحل الدول النامية، التي تبقى عاجزة عن استغلالها وحماية ثرواتها الحية من الأساطيل الحديثة والضخمة التي تملكها الدول المتقدمة أو ما يطلق عليها السفن المصانع والتي تشكل خطرا كبيرا على الثروة السمكية لتلك الشعوب النامية وهذا بسبب ما تملكه من معدات صيد حديثة وسفن متطورة، لذا حاولت هذه الدول إيجاد حلول لوضع حد للإستنزاف الضخم لثروة السمكية، وهذا غير قاصر على الدول النامية فقط بل كذلك امتد الى بعض الدول المتقدمة، وأصبح يشكل ازعاجا لكثير من البلدان²، حيث نجد أساطيل الصيد الصناعي في أعالي البحار يمكن لها أن تصل إلى جميع مصائد الأسماك البحرية في البحار والمحيطات، وإستعمال المحركات والمعدات الحديثة جعل قطاع الصيد البحري ينمو بنسبة 85%، بعد نهاية الحرب العالمية الثانية وهذا من أقوى معدلات النمو الاقتصادي في القرن العشرين³، وكذلك النمو السكاني العالمي أدى إلى الإفراط في الصيد 60% من الأنواع التجارية وأدى إلى نتائج خطيرة⁴.

إن موضوع الصيد البحري بدأ يكتسب أهمية كبيرة منذ إعلان الرئيس الأمريكي ترومان حول مصائد الأسماك البحرية وفي نفس اليوم الذي صدر فيه إعلان ترومان المتعلق بالجرف القاري، وتمثل نقطة البداية في بحث الدول الساحلية على السيطرة على مجالات واسعة من البحار والمحيطات من أجل الاستئثار بحق الصيد فيها لمواطنيها والمحافظة على الموارد الحية التي تزخر بها، ثم تلت هذا الاعلان (ترومان) العديد من الدول

¹ - أحمد طلحا حسين، المنطقة الاقتصادية الخالصة في ضوء قضاء المحكمة الدولية لقانون البحار والقضاء الدولي، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراة، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، مصر، 2017، ص ص 29-30.

² - المرجع نفسه، ص 31.

³ - جان بيار بوربييه، ترجمة سليم حداد، المطول في القانون البحري، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، منشورات ألفا، لبنان، 2018، ص 1322.

⁴ - المرجع نفسه، ص 1322.

الآسيوية وأمريكا اللاتينية والتي كانت أكثر وضوح من الإعلان السابق الذكر، والتي أقرت فيه امتداد ملكية هذه الدول الساحلية لمساحات شاسعة من البحار تصل إلى 200 ميل بحري، واستمرت مطالبة هذه الدول في التصاعد إلى حد تكريس نظام قانوني يعرف بإسم المنطقة الاقتصادية الخالصة في اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار لعام 1982¹، والتي وضعت قواعد قانونية عامة متعلقة لتخفيض تأثير الصيد البحري الكمي والنوعي وتحقيق إعادة بناء المخزون الحي²، وهذه الاتفاقية تعد من أشمل الاتفاقيات الدولية في الوقت الحاضر، حيث أن أطرافها الأغلبية الساحقة من دول العالم، وتعتبر انجازا كبيرا للمجتمع الدولي في التنظيم القانوني لاستكشاف واستغلال الثروات الحية البحرية والحفاظ عليها وحمايتها من الاستغلال المفرط، كما سبقت هذه الاتفاقية عدة اتفاقيات خاصة بحماية التنوع البيولوجي البحري من بينها الاتفاقية الخاصة بالصيد والمحافظة على الموارد الحية بأعالي البحار المعتمدة في مؤتمر جنيف 1958، لكنها فشلت في تحقيق أهدافها إلى غاية إبرام اتفاقية 1982³، التي تعد دستور شامل للبحار والمحيطات و جاءت بعد مناقشات ومفاوضات داخل المؤتمر الثالث لقانون البحار الذي امتد لمدة 10 سنوات وأخذ استغلال وحفظ وإدارة مصائد الأسماك البحرية حيزا كبيرا من المناقشات داخل هذا المؤتمر، إلى أن كرس نظام قانوني في اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار خاص بحقوق الدول الساحلية والدول غير الساحلية على الثروات الحية في البحار والمحيطات من بينها الأسماك البحرية وحدد لكل دولة مجالاتها البحرية التي تمارس فيها الحقوق السيادية على هذه الموارد الحية كالمناطق الاقتصادية الخالصة مثلا، وبالتالي لا يمكن لأي دولة أخرى أو سفينة تحمل علم دولة أخرى ممارسة الصيد داخل هذا المنطقة البحرية التابعة للدولة الساحلية إلا بإذن وترخيص رسمي، وتحت مراقبتها وإدارتها، وتطبيق وتنفيذ قوانينها المتعلقة بالصيد البحري، وتطبيق هذا النظام القانوني الخاص بالصيد البحري من المرجح أن يؤدي إلى نزاعات بحرية بين الدول بسبب أنشطة الصيد البحري، خاصة بين الدول الساحلية المشتركة فيها، وفي الواقع هذه النزاعات تتعلق بالمواطنين أو السفن التي تمارس الصيد والدولة الساحلية التابعة لها المناطق الممارس فيها الصيد البحري، وقد يأخذ النزاع شكل آخر وهو نزاع بين الدول صاحبة الولاية الوطنية والدول صاحبة علم السفينة حول نشاطات الصيد البحري التي تقوم بها وكل دولة تدافع عن مصالح مواطنيها والسفن التي تحمل علمها، ومن الجلي أيضا أنها تتعلق هذه النزاعات بممارسة حقوق الصيد، ولا تكون بين الدولة الساحلية و شخص عادي، هذا النزاع يتعلق بممارسة الدولة لحقوق الصيد، وهذا الادعاء يقابله معارضة الدولة الساحلية

¹ - سليم حداد، التنظيم القانوني للبحار والأمن القومي العربي، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، لبنان، 1993، ص 48.

² - جان بيار بوربييه، ترجمة سليم حداد، المرجع السابق، ص 1320.

³ - منال بوكورو، حماية التنوع البيولوجي في البحر الأبيض المتوسط على ضوء القانون الدولي العام والتشريع الجزائري، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراة، كلية الحقوق، جامعة باتنة 1، 2017-2018، ص ص، 02-03.

وهذا يحدث بين الدول وعلى الرغم من وقائع النزاع كانت بسبب أشخاص طبيعية¹، ومنذ بدأ عمل المحكمة الدولية لقانون البحار في أكتوبر 1996 عرض على المحكمة الدولية لقانون البحار العديد من النزاعات الدولية جزء كبير منها يتعلق بمصائد الأسماك البحرية وفصلت فيها بموجب أحكام قضائية محاولة منها تفعيل القانون الدولي للبحار، ومن خلال هذا إشكالية الدراسة تتمثل في: ما مدى فعالية أداء المحكمة الدولية لقانون البحار في تسوية منازعات مصائد الأسماك البحرية وفقاً لقواعد القانون الدولي للبحار؟ وتطرح تساؤلات فرعية هي:

- ما هو الإطار القانوني الدولي لتسوية منازعات قانون البحار ومصائد الأسماك البحرية؟

- ماهي المحكمة الدولية لقانون البحار وتشكيلتها واختصاصاتها القضائية والأحكام القضائية الصادرة عنها المتعلقة بمصائد الأسماك؟

وللإجابة على الإشكالية الرئيسية والتساؤلات الفرعية إتبعنا المنهج الوصفي وهو معرفة الإطار القانوني العام الذي يحكم تسوية منازعات الصيد البحري وتبيان دور واختصاص المحكمة الدولية لقانون البحار في الفصل في مثل هذه القضايا والاجراءات المتبعة أمامها، ووظفنا كذلك المنهج التحليلي لتحليل النصوص القانونية الدولية المتعلقة بموضوع البحث، وتحليل الأحكام القضائية الصادرة عن المحكمة ومناقشتها. ومن أجل تحقيق الهدف من الدراسة تم التقسيم إلى مبحثين المبحث الأول نتناول فيه الإطار القانوني لتسوية منازعات قانون البحار ومصائد الأسماك البحرية والمبحث الثاني نتطرق فيه إلى مساهمة المحكمة الدولية لقانون البحار في تسوية منازعات مصائد الأسماك البحرية.

المبحث الأول: الإطار القانوني لتسوية منازعات قانون البحار ومصائد الأسماك.

يمكن القول أن منازعات قانون البحار هي اختلاف بين شخصين أو أكثر من أشخاص القانون الدولي العام حول مسألة قانونية أو واقعية تتعلق بالقانون الدولي للبحار، ويعرف القانون الدولي للبحار: " مجموعة القواعد العرفية والاتفاقية التي تنظم وضع البحار بأجزائها وتفرعاتها من مياه إقليمية ومناطق متاخمة ومناطق إقتصادية خالصة، وجرف قاري وبحر عام وممرات مائية دولية وقنوات وخلجان دولية وتاريخية وقاع البحر واستخدام هذا القاع وما تحته وما فوقه من مياه ومن ذلك الملاحة والصيد والثروات الطبيعية".

ومن خلال التعريف يتبين لنا أن منازعات قانون البحار تتميز بميزتين أساسيتين وهي أن منازعات قانون البحار متعددة المصدر فقد تنتج عن مخالفة لقاعدة عرفية أو إتفاقية أو مبدأ مستقر في القانون الدولي العام أو القانون الدولي للبحار وهذا ما تنص عليه المادة 293 من إتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار لعام 1982 بقولها: " تطبق المحكمة ذات الاختصاص بموجب هذا الفرع هذه الإتفاقية وقواعد القانون الدولي الأخرى غير المتنافية مع هذه الإتفاقية"، والميزة الثانية أن المنازعات البحرية متعددة الفروع والمجالات.

¹ - Jean – Grégoire Mahinga, la pêche maritime et le droit international, L'Harmattant, Paris, 2014, p 247.

المطلب الأول: المبادئ العامة لتسوية المنازعات الدولية البحرية

خلال مؤتمر الأمم المتحدة الثالث لقانون البحار¹، حدثت مناقشات ومجادلات ومفاوضات كبيرة بين الدول المشاركة في المؤتمر بشأن تسوية منازعات قانون البحار، فبعض الدول إقترحت وضع نظام قانوني موحد لتسوية منازعات قانون البحار، في حين دول أخرى طالبت بأن توضع لكل فئة معينة من المنازعات البحرية آلية سلمية معينة لحلها أو تسويتها، والبعض الآخر من الدول نادى بالتحكيم أو محكمة العدل الدولية، وفئة أخرى من الدول نادت ودافعت عن إنشاء المحكمة الدولية لقانون البحار أو اللجان الخاصة، وفي الأخير تم الخروج بنظام خاص لتسوية منازعات البحار² بصفة عامة بما فيها منازعات مصائد الأسماك، وحسب الفرع الأول من الجزء الخامس 15 من اتفاقية 1982 نصت على اثنان من المبادئ الأساسية لتسوية المنازعات الدولية³.

الفرع الأول: مبدأ تسوية المنازعات البحرية بالطرق السلمية.

نص ميثاق الأمم المتحدة في المادة 2/2 بأن تلتزم الدول الأعضاء في الأمم المتحدة بحسن النية في تنفيذ التزاماتها، وفي الفقرة الثالثة من المادة 02 نص الميثاق على أن تلتزم بتسوية منازعاتها بالطرق السلمية التي حددتها المادة 33 من الميثاق، وهذا الالتزام يقع على الدول الأطراف في اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار ويقع على الدول الغير أطراف فيها⁴.

أولاً: بالنسبة للدول الأطراف في اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار

بموجب المادة 279 نصت على أن تسوي الدول الأطراف أي نزاع بينها يتعلق بتفسير وتطبيق هذه الاتفاقية بالوسائل السلمية وفقاً للفقرة 03 من المادة 02 من ميثاق الأمم المتحدة، وتحقيقاً لهذا الغرض تسعى

¹ - "... المؤتمر الثالث للامم المتحدة لقانون البحار عقد لأول مرة في مدينة نيويورك في ديسمبر 1973 وأنهى أشغاله في عام 1982 حيث تم التوقيع في 10 ديسمبر 1982 في مونتيفغو (باي) جامايكا على اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار (CNUDM)، دخلت الاتفاقية حيز التنفيذ في 16 نوفمبر 1994 بعد أن صادقت عليها 60 دولة. صادق الاتحاد الأوروبي على الاتفاقية في عام 1998 أما الولايات المتحدة فوقعت ولم تصادق على الاتفاقية. وتتص الاتفاقية على عدد من المفاهيم التي ظهرت في القانون العرفي مثل: المياه الإقليمية، المنطقة الاقتصادية الخالصة، الجرف القاري. تحدد المبادئ العامة لاستغلال الموارد البحرية، وأسس أيضاً في الغرض محكمة دولية لقانون البحار" المختصة في معرفة قانون النزاعات في البحر..." أنظر الموقع الإلكتروني: ar.wikipedia.org، تاريخ الإطلاع: 2020/11/01، الساعة: 7:45 .

² - عبد الله محمد الهواري، النظام القانوني للصيد في أعالي البحار، دراسة في ضوء إتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار لعام 1982 والاتفاقات الدولية الأخرى ذات الصلة، مجلة البحوث القانونية والإقتصادية، الجزء الأول، العدد 48، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، أكتوبر 2010، ص 262.

³ - المرجع نفسه، ص 263.

⁴ - قرماش كاتية، منازعات قانون البحار بين تعدد وسائل التسوية والإختصاص، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة سطيف 2، 2018، 2019، ص 122.

إلى إيجاد حل بالوسائل المبينة في الفقرة 01 من المادة 33 من الميثاق، وردت هذه المادة في الفرع الأول من الجزء الخامس عشر في اتفاقية 1982 الخاص بتسوية المنازعات، ثم جاء الفرع الثاني من الجزء الخامس عشر في المواد 286 إلى 296 بنصه على وسائل حل المنازعات الإلزامية المؤدية إلى صدور قرارات ملزمة، ثم جاء الفرع الثالث الخاص بشروط تطبيق الفرع الثاني والاستثناءات الواردة عليه ونظم بموجب ثلاث مواد وهي: المادة 297، المادة 298، المادة 299.¹

ويتبين من الاتفاقية أنها أقامت نوعاً من التدرج يجب على الدول أن تراعيه عند نشوء أي نزاع بينها، وهو أولاً اللجوء إلى الطرق التي نصت عليها أحكام الفرع الأول لحل النزاع، فإذا فشلت تلجأ للفرع الثاني، وهذا حرصاً من معدي اتفاقية 1982، على عدم بقاء أي نزاع دون تسوية محتملة، وخلال هذا يتبين لنا أن الدول الأطراف في الاتفاقية ملزمة في حالة عدم تسويتها للمنازعات القائمة بينها بالطرق المنصوص عليها في ميثاق الأمم المتحدة، أن تلجأ إلى المحاكم التي نصت عليها المادة 287 وفي حالة اختلاف الدول الأطراف على وسيلة معينة فإن النزاع يعرض على محكمة التحكيم وفقاً للمرفق السابع من الاتفاقية.²

ثانياً: بالنسبة للدول الغير أطراف في اتفاقية قانون البحار لعام 1982

تلتزم الدول الغير أطراف في اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار لعام 1982، بتسوية المنازعات بالطرق التي نص عليها ميثاق الأمم المتحدة في المواد السابق الإشارة إليها، ويمكن لها أن تلجأ كذلك للمحاكم التي ذكرتها المادة 287 من اتفاقية قانون البحار 1982 بحكم أنها نصت على إختصاصها كذلك المادة 288 التي تحدثت على الفصل في أي نزاع يتعلق بتفسير أو تطبيق أي اتفاق دولي ذي صلة بأغراض الاتفاقية متى سمح الاتفاق بذلك³، وفي الواقع هناك العديد من الاتفاقات ذي صلة بالاتفاقية التي أجازت ذلك، نذكر على سبيل المثال فقط الاتفاقات التي أجازت هذا اتفاق 1995 المتعلق بالأرصدة السمكية المتداخلة المناطق والكثيرة الترحال.

الفرع الثاني: القواعد والآليات العامة لتسوية المنازعات البحرية

سارت اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار لعام 1982 على خطى ميثاق الأمم المتحدة في النص على ضرورة اللجوء إلى الآليات السلمية الدبلوماسية لتسوية المنازعات البحرية، المتمثلة في المفاوضات والوساطة والتوفيق، ولكن محاولة من الاتفاقية في تغطية الفشل الذي من المحتمل أن يطرأ على الوسائل السلمية الدبلوماسية للوصول إلى حل للمنازعات، اعتمدت وسائل قضائية للتسوية، ولأطراف النزاع حرية الاختيار أي آلية من الآليات لحل النزاع، حيث لا يوجد في الاتفاقية ما يلزم الأطراف بإختيار أو قبول وسيلة دون أخرى سواء

¹ -المرجع نفسه، ص 122.

² -المرجع نفسه، ص 122-123.

³ - قرماش كاتية، المرجع السابق، ص 123.

كانت دبلوماسية أو قانونية¹. أما فيما يتعلق بتسوية المنازعات البحرية بصفة عامة ومنازعات مصائد الأسماك فهي تخضع للقواعد العامة التي نصت عليها اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار لعام 1982 في الجزء الخامس 15.

أولاً: مبدأ حرية اختيار الأطراف لأي وسيلة سلمية لتسوية منازعاتها

وفقاً للمادة 80 من اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار 1982، ليس في هذه المادة ما يخل بحق أي من الدول الأطراف في أن تتفق في أي وقت على تسوية نزاع بينها يتعلق بتفسير هذه الاتفاقية أو تطبيقها، بأية وسيلة سلمية تختارها²، سواء تختار الطرق الدبلوماسية أو القضائية لحل النزاع فهي حرة في اختيار الوسيلة التي تراها مناسبة، إما عن طريق المفاوضات أو الوساطة أو التوفيق والتحكيم أو اللجوء للمحاكم الدولية أو غيرها، وإذا تم الاتفاق بين الدول الأطراف على إختيار وسيلة محددة لتسوية النزاع خارج نصوص الجزء الخامس عشر من الاتفاقية الخاص بتسوية النزاعات البحرية، ويتعلق هذا النزاع بتفسير وتطبيق الاتفاقية، حيث لا تنطبق هذه الإجراءات المنصوص عليها في الجزء الخامس عشر من الاتفاقية إلا في حالة لم يتوصل إلى تسوية باللجوء إلى هذه الوسيلة أو عندما لا يستبعد الاتفاق بين الأطراف أي إجراء آخر، وإذا اتفق الأطراف على مدة زمنية محددة لحل نزاع بواسطة وسيلة مختارة يجب أن تقتضي تلك المدة الزمنية المحددة من قبل الأطراف³.

وإذا اتفقت الدول الأطراف في الاتفاقية عن طريق اتفاق عام أو إقليمي أو ثنائي أو بأي طريقة أخرى على أن يخضع نزاع معين بناء على طلب أي طرف في النزاع، لإجراء يؤدي إلى قرار ملزم، ينطبق هذا الإجراء بدلاً من الإجراءات المنصوص عليها في الجزء الخامس عشر، ما لم تتفق الأطراف على غير ذلك⁴.

يمكن القول مهما كان نوع النزاع سواء تعلق بمصائد الأسماك أو غيرها فهي تخضع لمبدأ حرية الأطراف المتنازعة في اختيار الوسيلة السلمية المناسبة لحله وهو المبدأ العام السائد في القانون الدولي العام.

ثانياً: الوسائل السلمية لحل المنازعات البحرية التي نصت عليها اتفاقية قانون البحار 1982

لقد إعتاد الفقه الدولي على تقسيم وسائل تسوية المنازعات الدولية إلى قسمين مع اختلاف تسمية ومعايير التقسيم، البعض يقسمها إلى وسائل دبلوماسية ووسائل قضائية، والبعض الآخر إلى وسائل سياسية ووسائل قانونية وجانب آخر من الفقه يقسمها إلى وسائل تحكيمية وغير تحكيمية⁵، لذلك سوف نتطرق بالدراسة

¹ - رياحي طاهر، آليات تسوية المنازعات البحرية الدولية وفق اتفاقية الأمم المتحدة 1982، المؤتمر العلمي المحكم الثالث لكلية الحقوق واقع وتفعيل قواعد القانون الدولي في زمن السلم والحرب، جامعة عجلون، الأردن، 2015/11/24، ص 15.

² - أنظر نص المادة 280 من اتفاقية قانون البحار لعام 1982.

³ - عبد الله محمد الهوارى، المرجع السابق، ص 264. وأنظر أيضاً المادة 281 من اتفاقية قانون البحار 1982.

⁴ - أنظر نص المادة 282 من اتفاقية قانون البحار لعام 1982.

⁵ - قرماش كاتية، المرجع السابق، ص 124.

لوسائل المعروفة في القانون الدولي العام السائد والمنصوص عليها في المادة 33 من ميثاق الأمم المتحدة، والتي نصت عليها اتفاقية قانون البحار في جزءها الخامس عشر فقط.

1- المفاوضات La négociation : " المفاوضات هي تبادل الآراء بين الدولتين المتنازعتين أو بين الدول المتنازعة مباشرة تقصد تسوية النزاع القائم عن طريق الاتفاق المباشر"¹، وأسلوب التفاوض قديم يجد أساسه في القانون العرفي قبل أن يكرس في الاطار الاتفاقي، حيث نص عليه ميثاق الأمم المتحدة في المادة 33، والمادة 280 من اتفاقية قانون البحار مجال البحث، وهو تقنين لعرف مستقر، ونصت على الالتزام بالتفاوض الكثير من الاتفاقيات الدولية².

وقد ورد النص عليها في اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار لعام 1982 في المادة 283 حيث قررت متى نشأ نزاع بين دول أطراف يتعلق بتفسير هذه الاتفاقية أو تطبيقها، قامت أطراف النزاع عاجلا بتبادل الآراء في أمر تسويته بالتفاوض أو غير ذلك من الوسائل السلمية³، وفي الفقرة 02 من نفس المادة قررت بأن يقوم أطراف النزاع وبسرعة أيضا بتبادل الآراء كلما أنهى أي إجراء لتسوية النزاع دون التوصل إلى تسوية، أو تم التوصل إلى تسوية وتطلبت الظروف التشاور بشأن طريقة تنفيذ التسوية⁴.

2- التوفيق la consiliation : يقوم بمهمة التوفيق لجنة⁵ يتفق عليها أطراف النزاع أو يعهد لطرف ثالث بتشكيلها بموافقة طرفي النزاع، ويشبه التوفيق التحكيم، غير أن قرار لجنة التوفيق غير ملزم، إلا في الحالات التي يكون فيها إلزاميا، كما تبين كيفية تعيين لجنة التوفيق وإجراءات سيرها، وتتمتع اللجنة نوعا ما باستقلالية اتجاه أطراف النزاع⁶، ونصت اتفاقية قانون البحار لعام 1982، في مادتها 284، وأحالت على تنظيم أحكام التوفيق على المرفق الخامس الملحق بالاتفاقية في فرعيه الأول والثاني، حيث في الفرع الأول نظم التوفيق بإعتباره وسيلة إختيارية لتسوية النزاع والفرع الثاني نظم إجراءات التوفيق كوسيلة إلزامية.

أ- التوفيق الإختياري: نصت المادة 284 على أنه يمكن لكل دولة طرف في نزاع يتعلق بتفسير الاتفاقية أو تطبيقها أن تدعو الطرف الآخر أو الأطراف الأخرى إلى إخضاع النزاع للتوفيق وفقا للإجراء المنصوص عليه

1 - محمد حسن خمو المزوري، المرجع السابق، ص 261.

2 - بن صالح علي، آليات تسوية المنازعات البحرية الدولية طبقا لاتفاقية قانون البحار، المجلة الجزائرية للقانون البحري والنقل، العدد السابع، جامعة تلمسان، ص 121.

3 - المرجع نفسه، ص 121.

4 - أنظر الفقرة الثانية من المادة 283 من اتفاقية قانون البحار لعام 1982.

5 - من أمثلة لجان التوفيق في قانون البحار، لجنة التوفيق التي أنشأتها كل من دولتي النرويج وأيسلندا عام 1980، لتسوية النزاع البحري بينهما، وتحديد الخط الفاصل بين الجرف القاري المشترك فيما وراء جزيرة جون ماين.

6 - كاتية قرماش، المرجع السابق، ص 132.

في الفرع 01 من المرفق الخامس أو وفقا لإجراءات التوفيق الأخرى، وإذا تم قبول الدعوة للتوفيق وإذا اتفقت الأطراف على إجراء التوفيق الواجب تطبيقه، جاز لأي طرف أن يخضع النزاع لذلك الإجراء، وإذا لم تقبل الدعوة للتوفيق أو لم تتفق الأطراف على الإجراء اعتبر التوفيق منتهيا، ومتى أخضع نزاع معين للتوفيق لا يجوز انهاء الاجراءات إلا وفقا لإجراء التوفيق المتفق عليه، ما لم تتفق الأطراف على غير ذلك¹.

ويتم تشكيل لجنة التوفيق طبقا للمادة 02 و 03 من المرفق الخامس الملحق بالاتفاقية، حيث تتألف من 05 أعضاء يتم إختيارهم من قائمة الموقفين التي يضعها الأمين العام للأمم المتحدة ويحتفظ بها، لكن يجوز للأطراف الاتفاق على تشكيلة أخرى مغايرة، وتقدم لجنة التوفيق تقريرها في غضون 12 شهر من تاريخ تأسيسها، تبين فيه النتائج التي انتهت إليها حول جميع مسائل الوقائع أو القانون ذات الصلة بموضوع النزاع، وكذلك التوصيات المناسبة للتوصل لتسوية النزاع، وتقوم لجنة التوفيق بإيداع التقرير لدى الأمين العام للأمم المتحدة الذي بدوره بتبليغه فورا إلى أطراف النزاع²، وتنتهي إجراءات التوفيق متى تم التوصل إلى تسوية أو قبل الأطراف توصيات التقرير، وإذا رفض الأطراف التوصيات المقترحة بإخطار كتابي موجه للأمين العام للأمم المتحدة، أو انقضاء مدة 03 أشهر من إحالة التقرير على الأطراف³.

ولا يكون تقرير لجنة التوفيق ملزما للأطراف بما في ذلك توصيات ونتائج، ويتحمل أطراف النزاع تكاليف أتعاب اللجنة وفقا لما جاء في المادة 09، ويحق للأطراف أن يعدلوا أي حكم في هذا المرفق باتفاق ينطبق على هذا النزاع دون غيره وهذا ماجاء في المادة 10 من المرفق الخامس⁴.

ب- التوفيق الإلزامي: ويجوز لأي طرف نزاع بحري الاخضاع الإلزامي لإجراءات التوفيق عملا بالفرع 03 من الجزء الخامس عشر، وتحرك إجراءات التوفيق بموجب إخطار كتابي موجه لأطراف النزاع، ويكون الطرف الآخر في النزاع ملزم بالخضوع لإجراءات التوفيق، وعدم رد أطراف النزاع على إخطار إجراءات التوفيق الخضوع له، أي عائق عن المضي في الإجراءات، وأي خلاف تسويه لجنة التوفيق إذا ما كانت اللجنة عاملة وفقا لهذا الفرع ذات اختصاص⁵.

¹ - عبد الله محمد الهواري، المرجع السابق، ص 265.

² - أنظر المادة 02 و 03 من المرفق الخامس الملحق باتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار لعام 1982. وللمزيد من التفصيل أنظر: كاتية قرماش، المرجع السابق، ص 133.

³ - أنظر نص المادة 08 من المرفق الخامس من اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار لعام 1982. وللمزيد من التفصيل أنظر: عبد الله محمد الهواري، المرجع السابق، ص 265.

⁴ - أنظر المواد، 07 و 09 و 10 من المرفق الخامس من اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار لعام 1982.

⁵ - أنظر المواد: 11 و 12 و 13 من المرفق الخامس الملحق باتفاقية قانون البحار لعام 1982.

المطلب الثاني: اتفاقية قانون البحار لعام 1982 والاتفاقيات الأخرى ذات الصلة

ينص الباب الأول من الجزء الخامس عشر من اتفاقية قانون البحار لعام 1982، أن تقوم الدول الأطراف في الاتفاقية بتسوية نزاعاتها الخاصة بتفسير وتطبيق الاتفاقية، بالوسائل السلمية حسب نص المادة 2 الفقرة 03 من ميثاق الأمم المتحدة، وإذا فشلت الدول الأطراف في الاتفاقية التوصل الى تسوية سلمية بالطرق التي تختارها بشكل طوعي، تلجأ إلى الإجراءات الإلزامية لتسوية منازعاتها التي تنتج عنها قرارات ملزمة لأطراف النزاع¹.

أولاً: اتفاقية قانون البحار 1982 كإطار عام لتسوية منازعات مصائد الأسماك.

يعتبر قطاع الصيد البحري من المجالات الهامة التي من صلاحية الدولة الساحلية التي تتفرد بحفظها وإدارتها وتنظيمها في بحرها الإقليمي، لأن من المصالح الحيوية للدولة الساحلية، حيث جاء اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار لعام 1982 لتمنح لهذه الأخيرة وحدها ولا تشاركها أي دولة أخرى في استغلال واستكشاف وأيضاً تنظيم وإدارة الصيد في البحر الإقليمي الذي يعتبر جزء من إقليم الدولة تملك عليه كافة الصلاحيات بإستثناء حق المرور البرئ لسفن الأجنبية، ولقد نصت اتفاقية قانون البحار 1982 في المادة 19² منها أن من بين النشاطات التي تؤدي إلى نفي البراءة عن السفن الأجنبية عند مرورها في البحر الإقليمي هو ممارسة الصيد في هذا المجال، كما نصت المادة 21³ في البند "د" و البند "هـ" من نفس الاتفاقية على حق الدولة الساحلية في حفظ الموارد الحية للبحر الإقليمي، حيث نص البند "هـ" على صلاحية منع خرق قوانين وأنظمة الدولة الساحلية المتعلقة بالصيد البحري⁴، وفي الممارسة الدولية جعلت بعض الدول منذ زمن بعيد الصيد في البحر الإقليمي حكراً على مواطنيها، ودول أخرى تسمح بمشاركة الأجانب في الصيد بشروط معينة

¹ - تقرير الأمين العام للأمم المتحدة حول البحار والمحيطات المقدم للجمعية العامة، الدورة السابعة والخمسون، البند 25، من القائمة الأولية، في الوثيقة رقم: A/57/57، المؤرخة في: 07 مارس 2002، ص 115.

² - نصت المادة 19 على مايلي: "1- يكون المرور بريئاً ما دام لا يضر بسلم الدولة الساحلية وبحسن نظامها أو بأمنها، ويتم هذا المرور طبقاً لهذه الاتفاقية ولقواعد القانون الدولي الأخرى.

2- يعتبر مرور سفينة أجنبية ضاراً بسلم الدولة الساحلية أو بحسن نظامها أو بأمنها إذا قامت السفينة أثناء وجودها في البحر الإقليمي بأي من الأنشطة التالية: "... - ط- أي من أنشطة صيد السمك....". أنظر المادة 19 من اتفاقية قانون البحار 1982.

³ - نص المادة 21: " قوانين وأنظمة الدولة الساحلية بشأن المرور البرئ: 1- للدولة الساحلية أن تعتمد طبقاً لأحكام هذه الاتفاقية وغيرها من قواعد القانون الدولي، قوانين أنظمة بشأن المرور البرئ عبر البحر الإقليمي، تتناول الأمور التالية كلها أو بعضها:..... - د- حفظ الموارد الحية للبحر هـ- منع خرق قوانين وأنظمة الدولة الساحلية المتعلقة بمصائد الأسماك.".

⁴ - زازة لخضر، الوضع القانوني للسفن في منطقة البحر الإقليمي دراسة في ضوء القانون الدولي للبحار، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراة، كلية الحقوق، جامعة وهران، 2009-2010، ص 624.

أو دون شروط¹ من بينها منح الترخيص وتحديد الأنواع السمكية التي تصطادها والكمية وغيرها من الشروط المنصوص عليها في قوانين الدولة الساحلية والاتفاق المبرم مع الأجانب.

أما بالنسبة للمنطقة الاقتصادية الخالصة والتي نصت على نظامها القانوني اتفاقية البحار 1982 من المادة 55 إلى 75، وتملك الدولة الساحلية الحق في استكشاف وإستغلال الثروات الحية الحيوانية والنباتية منها، وتتمثل الثروات الحيوانية في جميع أنواع الأسماك، سواء كانت أسماك السطحية أو الموجودة في قاع البحار، أو الأنواع الأخرى كأسماك السرم Catadromous species، والأسماك الكثيرة الترحال highly migratory، والثدييات البحرية marine mammals، والأسماك الراقدة وغيرها من الأنواع السمكية الأخرى، ومن حق الدولة أيضا زراعة الأسماك marine fish farming وتربية المائيات في المنطقة²، وقد نصت المادة 56. على حقوق الدولة الساحلية وواجباتها في المنطقة الاقتصادية الخالصة بقولها: " للدولة الساحلية في المنطقة الاقتصادية الخالصة.

أ- حقوق سيادية لغرض إستكشاف وإستغلال الموارد الطبيعية، الحية منها وغير الحية، للمياه التي تلو قاع البحر وباطن أرضه، وحفظ هذه الموارد وإدارتها، "....."³.

ويمكن القول أن تطبيق القوانين والأنظمة المتعلقة بالصيد البحري من قبل الدول الساحلية سواء في البحر الإقليمي والمنطقة الاقتصادية الخالصة يمكن أن يخلق نزاعات حول مصائد الأسماك البحرية بين هذه الدول والسفن الأجنبية التي تحمل علم دول أخرى، لذلك جاءت اتفاقية قانون البحار لعام 1982 بأربع آليات بديلة لتسوية النزاعات بما فيها نزاعات مصائد الأسماك البحرية، وهي المحكمة الدولية لقانون البحار ومحكمة العدل الدولية ومحكمة التحكيم المنشأة بموجب المرفق السابع لإتفاقية 1982، أو محكمة خاصة للتحكيم مشكلة وفقا للمرفق الثامن من اتفاقية قانون البحار وبوسع أطراف النزاع اختيار واحد أو أكثر من هذه الإجراءات بموجب اعلان مكتوب وفقا لنص المادة 287 من اتفاقية قانون البحار، ويودع لدى مكتب الأمين العام للأمم المتحدة، وقد خصص الجزء 15 من الاتفاقية من المادة 279 إلى غاية المادة 299 لتسوية المنازعات البحرية⁴.

¹ - المرجع نفسه، أنظر الهامش، ص 625.

² - صلاح الدين عامر، مقدمة لدراسة القانون الدولي العام، دار النهضة العربية، مصر، 2007، ص 604.

³ - أنظر نص المادة 56 من اتفاقية قانون البحار 1982.

⁴ - محمد حمداوي، دور المحكمة الدولية لقانون البحار في تسوية المنازعات البحرية، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، العدد التاسع، جامعة زيان عاشور، الجلفة، ص 646. أنظر أيضا: تقرير الأمين العام للأمم المتحدة حول البحار والمحيطات المقدم للجمعية العامة، الدورة السابعة والخمسون، البند 25، من القائمة الأولية، في الوثيقة رقم: A/57/57، المؤرخة في: 07 مارس 2002، ص 115.

أما بالنسبة للنزاعات البحرية الخاصة بمصائد الأسماك البحرية أن الأصل العام فيها أنها تحل وفق إحدى طرق التسوية التي نكرتها المادة 287 الأنفة الذكر، وكاستثناء فيما يتعلق بالنزاعات البحرية التي تتصل بالحقوق السيادية للدولة الساحلية في المنطقة الاقتصادية الخالصة على الموارد الحية الموجودة فيها، أو ما يتصل بممارسة هذه الحقوق، بما يشمل سلطتها التقديرية في تحديد كمية الصيد المسموح بها وقدرتها على الاستغلال ومنح الفائض للدول الأخرى، وكذلك أيضا تضم الأحكام والشروط المقررة في قوانين وأنظمة الدولة الساحلية المتعلقة بحفظ الموارد الحية وإدارتها، في هذه الحالات الدولة الساحلية ليست ملزمة باللجوء إلى إحدى طرق تسوية النزاعات المنصوص عليها في المادة 287 والتي تعد المحكمة الدولية للبحار من ضمنها¹.

ثانيا: اتفاق الأمم المتحدة لعام 1995 حول حفظ وإدارة الأرصد السمكية المتداخلة المناطق والكثيرة الترحال
تلبية للطلب المتزايد على المنتجات السمكية، والذي كان سببا في عدم تحمل الموارد السمكية هذا الاستغلال والنمو السريع البعيد عن الرقابة، لذلك أدرك المجتمع الدولي أن هناك حاجة شديدة لإتباع سياسة جديدة لإدارة وحفظ مصائد الأسماك لا سيما الموجودة في أعالي البحار² والتي تحتوي في الكثير من الأحيان على الأنواع السمكية المتداخلة المناطق والأنواع الكثيرة الترحال والتي توجد داخل وخارج المناطق الاقتصادية الخالصة، وهذا ما دفع لجنة مصائد الأسماك التابعة لمنظمة الأغذية والزراعة تدعو إلى تنظيم دولي للصيد يضمن حماية وتنمية وإدارة الموارد السمكية بطريقة فعالة، وتبعها في ذلك المؤتمر العالمي الدولي المعني بالصيد الرشيد الذي عقد عام 1992 في كانكون بالمكسيك ثم جاء مؤتمر خاص تحت رعاية الأمم المتحدة معني بالأرصد السمكية المتداخلة المناطق والكثيرة الترحال ودعمت هذا المؤتمر منظمة الأغذية والزراعة FAO فنيا، وحثت أجهزتها الرئيسية على ضرورة تكاتف الجهود الوطنية والعالمية الهادفة إلى ضمان الاستغلال المستدام للموارد الحية³.

وجاء اتفاق 04 ديسمبر 1995⁴، لتحقيق مسعى المجتمع الدولي لحفظ وإدارة الأرصد السمكية المتداخلة المناطق والكثيرة الترحال ويتكون الاتفاق من 50 مادة قانونية موزعة على ثلاثة عشر جزءا مع

¹ - محمد هاملي، الوافي في قضاء المحكمة الدولية لقانون البحار، المفهوم، الإختصاص، التنظيم، الإجراءات، دار هومة لطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، جوان 2019، ص 186.

² - لقد أكد الأمين العام للأمم المتحدة في تقريره الصادر بتاريخ: 1992/11/24، أن الغرض من الصيد الرشيد ليس خاص فقط بالمنطقة الاقتصادية الخالصة للبحار ولكن يمتد أيضا ليشمل أعالي البحار، وقبل هذا عقد مؤتمر ريو دي جانيرو بالبرازيل مؤتمر الأمم المتحدة للتنمية والبيئة الذي بحث مسألة حماية وتنمية الموارد البحرية في أعالي البحار ومعالجة مختلف المشاكل، وإقتراح مجموعة من المبادئ التي تحكم الصيد في أعالي البحار. أنظر: عبد الله محمد الهواري، المرجع السابق، ص 215.

³ - المرجع نفسه، ص 166 وما يليها.

⁴ - Elle comptait au 16 juillet 2007, 67 membres, dont la communauté européenne. Voir: Philippe Vincent, Droit de la Mer, Iarcier, Paris, p 2018.

ملحقين¹، ويهدف الاتفاق إلى ضمان حفظ الأرصدة السمكية المتداخلة المناطق والكثيرة الإرتحال واستعمالها المستدام على المدى الطويل من خلال التنفيذ الفعال للأحكام ذات الصلة من الاتفاقية²، وجاء الاتفاق تطبيقاً لنصوص اتفاقية قانون البحار 1982 التي إعترفت للدول ورعاياها بحق الصيد في أعالي البحار مع مراعاة الالتزامات المتعلقة بحفظ وإدارة الموارد الحية، وبحكم لعلاقة التدرج بين إتفاق 1995 وإتفاقية قانون البحار 1982، تبنى هذا الاتفاق نظاماً لتسوية المنازعات الذي أشارت إليه الاتفاقية في الجزء الخامس عشر الخاص بتسوية المنازعات، وتضمن أيضاً اتفاق 1995 نصوص جديدة لامثيل لها في اتفاقية 1982 متعلقة بتسوية منازعات الصيد³.

وخصص اتفاق 1995 الجزء الثامن (المواد 27 - 32) لتسوية المنازعات بالوسائل السلمية حيث نصت المادة 27 " تلتزم الدول بتسوية منازعاتها عن طريق التفاوض أو التحقيق أو الوساطة أو التوفيق أو التحكيم أو التسوية القضائية أو اللجوء إلى الوكالات أو الترتيبات الإقليمية أو غيرها من الوسائل التي تختارها"⁴، وتتعاون الدول من أجل منع نشوب المنازعات وتحقيقاً لهذه الغاية، تتفق الدول على إجراءات تتسم بالكفاءة والسرعة لصنع القرار داخل المنظمات والترتيبات دون الإقليمية أو الإقليمية لإدارة مصائد الأسماك وتعمل على تعزيز إجراءات صنع القرار القائمة حسب الاقتضاء⁵، أما بالنسبة للمنازعات التقنية نص الاتفاق على أنه في الحالات التي تكون فيها المسائل المتنازع عليها ذات طبيعة تقنية يجوز للدول المعنية أن تحيل النزاع إلى فريق خبراء متخصص تقوم بإنشائه ويتباحث الفريق مع الدول المعنية ويسعى إلى تسوية النزاع على وجه السرعة دون اللجوء إلى إجراءات ملزمة لتسوية المنازعات وهذا ما نصت عليه المادة 29⁶.

ومن خلال البحث في المنازعات البحرية التي تدخل في إختصاص المحكمة الدولية لقانون البحار يجب علينا الرجوع إلى أحكام الجزء الخامس عشر من اتفاقية قانون البحار 1982 وبالضبط إلى نص المادة 288 والتي نصت في فقرتها الثانية على : " يكون لأي محكمة مشار إليها في المادة 287، إختصاص كذلك في أي نزاع يتعلق بتفسير أو تطبيق اتفاق دولي ذي صلة بأغراض هذه الاتفاقية، يحال إليها وفقاً للاتفاق....."⁷.

¹ عبد الله محمد الهواري، المرجع السابق، ص 224.

² - أنظر المادة 02 من اتفاق الأرصدة السمكية المتداخلة المناطق والكثيرة الإرتحال لعام 1995.

³ - عبد الله الهواري، المرجع السابق، ص 297.

⁴ - أنظر نص المادة 27 من اتفاق 1995.

⁵ - أنظر نص المادة 28 من اتفاق 1995.

⁶ - أنظر نص المادة 29 من اتفاق 1995.

⁷ - أنظر نص المادة 288 من اتفاقية قانون البحار 1982.

أحال اتفاق تنفيذ ما تضمنته اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار من أحكام بشأن حفظ وإدارة الأرصدة السمكية المتداخلة المناطق والأرصدة السمكية الكثيرة الترحال في المادة 30 منه إلى خضوع النزاعات المتعلقة بتفسير أو تطبيق بنوده إلى الجزء الخامس عشر من اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار، مع مراعاة ما يقتضيه إختلاف الحال ومن بين الآليات التي يمكن اللجوء إليها المنصوص عليها في الجزء الخامس عشر اللجوء للمحكمة الدولية لقانون البحار.¹

كما نصت الفقرة الثانية من المادة 31 من اتفاق 1995 على صلاحية المحكمة الدولية لقانون البحار لإتخاذ التدابير المؤقتة التي تراها مناسبة بغرض صون حقوق أطراف النزاع أو إلحاق ضرر بالأرصدة السمكية المقصودة (المتداخلة المناطق والكثيرة الترحال)، وفي الفقرة الثالثة من نفس المادة أجازت لدولة الطرف في الاتفاق والتي لا تكون طرفا في اتفاقية قانون البحار لعام 1982، أن تعلن أن المحكمة الدولية لقانون البحار ليس لها الحق في فرض تدابير مؤقتة أو تعديلها أو إلغائها دون موافقة الدولة²، أي لا يمكن فرض التدابير المؤقتة من قبل المحكمة إلا بعد موافقة الدولة الطرف في اتفاق 1995 وليست طرفا في اتفاقية 1982.

والدولة الساحلية غير ملزمة بعرض نزاعاتها على إجراءات التسوية الإلزامية التي نص عليها الجزء الخامس عشر، إذا كانت هذه النزاعات تتعلق بالحقوق السيادية على الموارد الحية التي توجد في المنطقة الاقتصادية الخالصة التابعة إليها أو بمناسبة ممارسة تلك الحقوق، بما يشمل سلطتها التقديرية في تحديد كمية الصيد المسموح بها وقدرتها على استغلال كامل الموارد الحية الموجودة في المنطقة وتخصيص الفائض منها للدول الأخرى، وكذلك يشمل الأحكام والشروط المقررة في قوانينها وأنظمتها المتعلقة بحفظ هذه الموارد وإدارتها³.
ثالثا: الاتفاقات العامة أو الإقليمية والثنائية الأخرى التي تنص على طريقة معينة لتسوية منازعات الصيد البحري

منحت اتفاقية 1982، لأطراف النزاع الأولية في اختيار التسوية القضائية أو غير القضائية خارج نصوصها لتسوية المنازعات المتعلقة بتفسير أو تطبيق الاتفاقية وهذا ما قرره المادة 281 و 282، حيث إذا وافقت الدول الأطراف في نزاع يتعلق بتفسير وتطبيق الاتفاقية، بموجب اتفاق عام أو إقليمي أو ثنائي أو عبر طريقة أخرى، أقرت فيه على خضوع النزاع لإجراء يؤدي إلى قرار ملزم، يطبق ذلك الإجراء ولا تطبق الإجراءات التي نص عليها الجزء 15 من الاتفاقية، وإذا نظرنا إلى الممارسة الدولية نجد أنه ليست كل الاتفاقات المتعلقة

¹ - محمد هاملي، المرجع السابق، ص 197.

² - محمد هاملي، المرجع السابق، ص 198. وأنظر أيضا المادة 31 من اتفاق 1995.

³ - تنص المادة 32 من اتفاق 1995 على: "تطبيق الفقرة 03 من المادة 297 من الاتفاقية على هذا الاتفاق" أنظر أيضا: محمد هاملي، المرجع السابق، ص 198.

بالصيد البحري تضمنت بنود تخص التسوية السلمية لنزاعاتها، إلا العدد القليل من الاتفاقات¹ نذكر على سبيل المثال "...المادة 33 من الاتفاقية المتعلقة بتحديد الشروط الأدنى للوصول إلى الموارد السمكية داخل المنطقة الاقتصادية الخالصة، الخاضعة لقضاء الدول الأعضاء في اللجنة دون الإقليمية للصيد واستغلاله - اتفاقية CMA- قررت على أنه يمكن لندوة الوزراء في اللجنة دون الإقليمية للصيد ترخيص الأمين العام الدائم للجنة لرفع مسألة قانونية محددة أمام المحكمة الدولية لقانون البحار لتعطي رأياً قانونياً فيها...."²، وإذا لم يتم تسوية الخلاف ودياً عن طريق الوساطة أو التوفيق أو التحكيم الذي تم رفعه أمام ندوة الوزراء للجنة، حول تفسير أو تطبيق أحكام الاتفاقية، يمكن عرضه على المحكمة الدولية لقانون البحار، بناء على طلب أحد الأطراف³.

ومن الاتفاقات الأخرى التي نصت على تسوية منازعات الصيد البحري عبر اللجوء للمحكمة، نذكر على سبيل المثال أيضاً إتفاقية المجلس العام للصيد في البحر المتوسط في المادة 15، وإتفاقية لجنة التونة للمحيط الهندي في المادة 23⁴، وإتفاق التدابير المتخذة من طرف دولة الميناء لمنع الصيد غير المشروع وغير المبلغ عنه وغير المنظم وردعه والقضاء عليه لعام 2009 في مادته 22، وفي تعديل اتفاقية التعاون في مصائد الأسماك شمال غرب المحيط الأطلسي المعتمد في 2007، في مادته 15، اتفاقية حفظ وإدارة الموارد السمكية في أعالي البحار في شمال المحيط الهادي التي دخلت حيز التنفيذ عام 2015 في مادتها 19⁵. ويمكن القول أن المنظمات الإقليمية أو شبه الإقليمية التي تنشأ وفقاً ما نصت عليه المادة 118 من اتفاقية 1982، والمختصة بالتعاون الدولي في مجال حفظ وإدارة الأسماك البحرية، قد تنشأ بينها وبين الدول الأخرى أو بين الدول الأطراف فيها نزاعات تسوى وفق التدابير التي تقرها المنظمة، وفي حالة النزاع الذي يكون أحد طرفيه شخص من أشخاص القانون الخاص كالأفراد والشركات يلجأ إلى ما يسمى بالحماية الدبلوماسية⁶.

المبحث الثاني: مساهمة محكمة قانون البحار في تسوية منازعات مصائد الأسماك

المحكمة الدولية لقانون البحار تمثل الهيئة القضائية المستقلة أسست بموجب اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار لعام 1982، لنظر في النزاعات الخاصة بتفسير وتطبيق هذه الاتفاقية، ومقر المحكمة يوجد بمدينة هامبورغ بألمانيا، ويتمثل اختصاص المحكمة في جميع القضايا المعروضة عليها وفقاً لاتفاقية قانون

¹ - عبد الله محمد الهواري، المرجع السابق، ص 305.

² - محمد هاملي، المرجع السابق، ص 199.

³ - محمد هاملي، المرجع السابق، ص 199 - 200.

⁴ - عبد الله محمد الهواري، المرجع السابق، ص 305.

⁵ - محمد حمداوي، المرجع السابق، ص 666.

⁶ - رياحي طاهر، المرجع السابق، ص 11.

البحار 1982، واتفاق عام 1994 الخاص بتنفيذ الجزء الحادي عشر من الاتفاقية¹، والاتفاق الملحق بها إتفاق الأمم المتحدة ل: 1995/08/04 حول حفظ وإدارة أرصدة الأسماك المتداخلة المناطق والكثيرة الترحال²، وكذلك اي اتفاق آخر يمنح الاختصاص للمحكمة للنظر في المنازعات المحددة بموجب هذا الاتفاق³، ويمكن للدول الأطراف في اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار لعام 1982، وكذلك الهيئات الأخرى الغير أطراف في الاتفاقية يمكن لها اللجوء للمحكمة كالمنظمات الدولية والأشخاص الطبيعيين والمعنويين في بعض الحالات فقط⁴

المطلب الأول: التعريف بالمحكمة وتشكيلتها واختصاصاتها

تعتبر المحكمة الدولية لقانون البحار من بين الأجهزة القضائية الدولية التي أنشأت بغرض الفصل في مختلف المنازعات الدولية البحرية، نظرا لتشعب وتعدد المعاملات الدولية في مجال استغلال واستكشاف البحار والمحيطات في العالم المعاصر، من قبل أشخاص القانون الدولي وغيرهم مما يؤدي إلى نزاعات بين مستعملي هذا الفضاء البحري، الذي منحها النظام القانوني لاتفاقية قانون البحار لعام 1982 سواء دول ساحلية أو غير ساحلية وكيانات أخرى، بشكل يضمن حماية السيادة للدولة الساحلية وحدودها البحرية وثرواتها، كما يضمن حقوق الدول الأخرى في أعالي البحار وأعماق البحار والمنطقة الاقتصادية الخالصة، ولأن الأمر يتطلب جهة قضائية مختصة لها دراية عالية بالمجال البحري والأنشطة فيه لذا تبرز أهمية المحكمة الدولية لقانون البحار في تسوية النزاعات الدولية بطرق السلمية بشكل يمنع الوصول إلى الحرب⁵.

الفرع الأول: التعريف بالمحكمة وتشكيلتها واختصاصاتها

تؤدي المحكمة الدولية لقانون البحار مهامها طبقا لنظامها الأساسي الوارد في المرفق السادس لاتفاقية 1982، ولائحة المحكمة، وطبقا للجزء الخامس عشر المتعلق بتسوية المنازعات البحرية والجزء الحادي عشر الخاص بالمنطقة الدولية للبحار⁶.

أولا: التعريف بالمحكمة وتشكيلتها

- ¹ - تقرير الأمين العام للأمم المتحدة حول البحار والمحيطات المقدم للجمعية العامة، الدورة التاسعة والخمسون، البند 51 (أ)، من القائمة الأولية، في الوثيقة رقم: A/59/62، المؤرخة في: 04 مارس 2004، ص 25.
- ² - لونيبي راضية، المرجع السابق، ص 88.
- ³ -- تقرير الأمين العام للأمم المتحدة حول البحار والمحيطات المقدم للجمعية العامة، الدورة التاسعة والخمسون، البند 51 (أ)، من القائمة الأولية، في الوثيقة رقم: A/59/62، المؤرخة في: 04 مارس 2004، ص 25.
- ⁴ - المرجع نفسه، ص 26.
- ⁵ - هاشمي حسن، الإطار القانوني للمحكمة الدولية لقانون البحار، مجلة العلوم القانونية والسياسية، جوان 2017، ص ص، 283، 284.
- ⁶ - التقرير السنوي للمحكمة الدولية لقانون البحار لعام 2016، الإجتماع السابع والعشرون للدول الأطراف، المنعقد في نيويورك 12-16 جوان 2017، الوثيقة رقم: SPLOS/304، المؤرخة في: 24 مارس 2017، ص 04.

هي هيئة قضائية دولية أنشأتها اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار لعام 1982، الموقعة في 10 ديسمبر 1982 بمدينة مونتغوباي بجامايكا، تختص بالفصل في المنازعات البحرية التي تتعلق بتفسير وتطبيق اتفاقية قانون البحار 1982، أو أي اتفاقية أخرى تمنح للمحكمة الاختصاص القضائي، وتختص المحكمة بكل القضايا القانونية المتعلقة بالبحار وموارده، مثل صيد الأسماك و الحدود البحرية والوضع القانوني للسفن، والبحث العلمي، البيئة البحرية، الملاحة البحرية، واستكشاف واستغلال الموارد الطبيعية الحية وغير الحية، ويوجد مقر المحكمة بمدينة هامبورغ الألمانية، ويحكمها نظام أساسي يوجد في المرفق السادس من الاتفاقية¹، وتتشكل المحكمة من 21 عضواً ينتخبون من الدول الأطراف في الاتفاقية بالطريقة التي تنص عليها المادة 04 من النظام الأساسي للمحكمة.

ثانياً: إختصاص المحكمة الدولية لقانون البحار

للمحكمة اختصاصين، اختصاص قضائي وإختصاص إستشاري أو إفتائي هذا الأخير يكون بطلب أحد أطراف النزاع بتفسير نص الاتفاقية و الاتفاقيات المعقودة بين الأطراف، أما الاختصاص القضائي يخص تطبيق الاتفاقية وحل النزاعات البحرية بناء على الدعوى المرفوعة أمامها من الأطراف المتنازعة أو بناء على قرار المحكمة، وفصلت في العديد من المنازعات البحرية الهامة، إلا أنه قليل²، وأول نزاع فصلت فيه في مجال مصائد الأسماك قضية السفينة " سايجا SAIGA " بين كل من غينيا وسانت فنسنت وجزر غرينادين.

الفرع الثاني: غرفة تسوية منازعات مصائد الأسماك

تم إنشاء هذه الغرفة من قبل المحكمة الدولية لقانون البحار في 14 أكتوبر سنة 1997، وهذا طبقاً لنص المادة 15 الفقرة 01 من النظام الأساسي للمحكمة، وتتكون هذه الغرفة من 09 قضاة منتخبين من بين قضاة المحكمة المشهود لهم بالخبرة والكفاءة والتميز في فئة النزاعات التي تفصل فيها الغرفة، وذلك لمدة 03 سنوات³، ويراعى التوزيع الجغرافي العادل في تعيينهم، واختصاص الغرفة في تطبيق وتفسير اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار والتي تتعلق بقضايا حفظ وإدارة الموارد البحرية الحية، وكذلك تختص الغرفة في القضايا

¹ - منشور المحكمة الدولية لقانون البحار، دليل إجراءات الدعوى المرفوعة أمام المحكمة الدولية لقانون البحار، طباعة شركة Compact Media GmbH Hamburg، 2016، ص 01.

² - سهيل حسين الفتلاوي، موسوعة القانون الدولي: القانون الدولي للبحار، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، الأردن، 2009، ص 287.

³ - قرار المحكمة الدولية لقانون البحار المؤرخ في: 28 أبريل 1997، وتم تأكيد القرار بتاريخ: 05 أكتوبر 2017، حيث حدد عهدة أعضاء غرفة تسوية منازعات مصائد الأسماك ب: 03 سنوات، وللاشارة أن عهدة الغرفة الحالية وفق ما ذكره القرار السالف الذكر تنتهي في: 2020/09/30. أنظر: محمد هاملي، المرجع السابق، ص 83.

التي تتفق الأطراف على عرضها على الغرفة بموجب اتفاق آخر يمنح لها الاختصاص¹، ويتعلق بمصائد الأسماك، وينتخب رئيس غرفة منازعات مصائد الأسماك البحرية من بين القضاة ومن طرفهم والذين تم إختيارهم لعضوية الغرفة، وتكون لرئيس الغرفة كافة الصلاحيات الممنوحة لرئيس المحكمة، ما عدا صلاحية توجيه طلب ترك أعضاء الغرفة لأماكنهم لأعضاء المحكمة الذين يحملون جنسية أطراف النزاع تم تقديمه للغرفة لتفصل فيه، وفي حالة عدم وجودهم إلى القضاة الذين يختارهم أطراف النزاع بصفة خاصة لنظر في النزاع، هذا الحق أو الصلاحية يملكها رئيس المحكمة دون غيره².

وإذا حصل مانع معين لرئيس الغرفة يحول دون ممارسة عمله في النظر في قضية معينة، يرأس الغرفة القاضي الذي يملك أكبر أقدمية في الغرفة أي القاضي العميد، وتؤول رئاسة الغرفة إلى رئيس المحكمة وبقوة القانون إذا كان هذا الأخير قاضي ضمن قضاة الغرفة، وإذا وقع له مانع انتقلت رئاسة الغرفة إلى نائب رئيس المحكمة بشرط يكون ضمن أعضاء الغرفة لأنه يتقدم جميع القضاة المتبقين في الرتبة بعد حصول المانع للرئيس، وفي حالة لم يكن رئيس المحكمة عضوا في الغرفة وكان نائبه فقط هو الذي عضو في الغرفة تعود رئاستها إلى النائب، فإذا ما حصل له مانع انتقلت رئاسة الغرفة إلى القاضي العميد أو الأكثر أقدمية في العمل في الغرفة³.

ولصحة القرارات الصادرة عن الغرفة يجب توفر خمسة أعضاء⁴، لكن قرار المحكمة الصادر في: 08 أكتوبر 2014 اشترط لصحة اجتماعات الغرفة نصاب قانوني يتمثل في 07 قضاة، وإذا كان القضاة تحت هذا العدد حين الفصل في قضية معينة، يجب تعيين قضاة آخرين جدد من طرف المحكمة لإستكمال النصاب القانوني 07 قضاة، والقرارات الصادرة عن الغرفة تتخذ بالأغلبية وفي حالة تساوي الأصوات يتم ترجيح صوت رئيس الغرفة أو القاضي الذي يخلفه⁵.

¹ - محمد حمداوي، المرجع السابق، ص 651.

² - محمد هاملي، المرجع السابق، ص 83.

³ - المرجع نفسه، ص 83.

⁴ - محمد حسن خمو المزوري، إستغلال الموارد الطبيعية المشتركة في إطار القانون الدولي العام، دار الكتب القانونية- دار شتات للنشر والبرمجيات، مصر، 2017، ص 312.

⁵ - محمد هاملي، المرجع السابق، ص 84. وأنظر أيضا المادة 29 من النظام الأساسي للمحكمة الدولية لقانون البحار.

المطلب الثاني: الجانب التطبيقي للمحكمة في منازعات مصائد الأسماك البحرية

سوف نتطرق في هذا المطلب إلى القانون المطبق من المحكمة وبعض القضايا فقط التي فصلت فيها .

أولاً: القانون المطبق من المحكمة في منازعات مصائد الأسماك البحرية

نصت المادة 23 من النظام الأساسي للمحكمة الدولية لقانون البحار 1982، على أن المحكمة تطبق القواعد التي ذكرتها المادة 293 من اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار لعام 1982، وقد حددتها المادة السالفة الذكر بمايلي: القواعد التي تطبقها المحكمة وهي:

أ- اتفاقية قانون البحار عام 1982.

ب- قواعد القانون الدولي غير المتعارضة مع اتفاقية قانون البحار عام 1982.

ج- قواعد العدل والإنصاف إذا اتفقت عليها الدول المتنازعة.¹

ويجدر التنويه بأن النظام الأساسي للمحكمة ذكر القواعد التي تطبقها المحكمة وبدأ باتفاقية قانون البحار، ثم ذكر قواعد القانون الدولي غير المتعارضة مع اتفاقية قانون البحار لعام 1982 في المرتبة الثانية إلا أن الشيء المؤكد أن الاتفاقيات الثنائية والإقليمية التي تبرمها الدول الأعضاء والتي لا تتعارض مع القواعد الآمرة التي نصت عليها اتفاقية قانون البحار 1982، تكون لها الأولوية في التطبيق لأنها نابعة من الإرادة الحرة للدول الأعضاء، وتأخذ بخصوصيتها بشكل مباشر. وقد أجازت اتفاقية قانون البحار لعام 1982، للدول الأطراف تطبيق اتفاق عام، أو إقليمي أو ثنائي، أو بأية وسيلة تتعلق بقضية بحرية تؤدي إلى صدور قرار ملزم، فإن هذا الاتفاق هو الواجب التطبيق.²

وعند تحليل الفقرة الثانية من المادة 23 من النظام الأساسي للمحكمة في قولها تطبيق قواعد القانون الدولي غير المتناقضة مع اتفاقية قانون البحار، يتبين لنا أولاً تطبيق الاتفاقيات العامة المتعلقة بقضايا البحار وغيرها، وأيضا يمكن الرجوع للعرف الدولي الخاص بالمسائل البحرية لأن لفظ القانون الدولي ينصرف إلى الاتفاقيات الدولية والأعراف الدولية.³

ثانياً: بعض قضايا مصائد الأسماك المعروضة على المحكمة الدولية لقانون البحار.

منذ بدأ عمل المحكمة الدولية لقانون البحار في شهر أكتوبر 1997، عرض على المحكمة تسعة عشر نزاع بحري، مجملها يتعلق بموضوعي بفرض التدابير المؤقتة، والإفراج العاجل عن السفن وطاقتها، ويرجع

¹ - سهيل حسين الفتلاوي، المرجع السابق، ص 288.

² - المرجع نفسه، ص 288. أنظر أيضا المادة 282 من اتفاقية قانون البحار 1982.

³ - سهيل حسين الفتلاوي، المرجع السابق، ص 288.

السبب الرئيسي حسب بعض الكتاب إلى إثارة هذين الموضوعين بالضبط، بسبب الإختصاص الالزامي للمحكمة فيما يخص الموضوعين¹

1- قضية السفينة " سايغا SAIGA 01 " بين دولة سانت فنست وجزر غرينادين و غينيا

أ- **وقائع القضية:** تتلخص وقائع النزاع أن السفينة SAIGA، ترفع علم دولة سانت فنسنت وجزر غرينادين، تم احتجازها من قبل دورية زوارق جمارك غينيا وتوجه بها إلى ميناء كوناكري، بحجة أنها دخلت المنطقة الاقتصادية الخالصة للبحار لدولة غينيا، وقامت ببيع وتمويل سفن الصيد بالوقود بطريقة غير قانونية، وتم القبض على طاقم السفينة، وأثناء القبض أصيب إثنان أو أكثر من أفراد طاقم السفينة، ولم تقوم غينيا بتبليغ سانت فنسنت بحجز السفينة ولم تطلب منها كفالة أو ضمان مالي مقابل الإفراج عن السفينة وطاقمها، ولم تقدم سانت فنسنت أي كفالة أو مقابل مالي للإفراج عن السفينة، ثم بتاريخ: 1997/11/13، قدمت دولة سانت فنسنت عن طريق ممثليها طلبا للمحكمة الدولية تلتزم فيه الإفراج الفوري عن السفينة وطاقمها المحتجز في غينيا، مدعية بأن السفينة لم تكن في المياه البحرية التابعة لغينيا، بل كانت في المنطقة الاقتصادية الخالصة لسيراليون أثناء الهجوم والإحتجاز، وغينيا خالفت المادة 73 من اتفاقية قانون البحار لعام 1982 التي تنص على تقديم كفالة و ضمان مالي مقابل الافراج عن السفينة، ولم تطلب ذلك من سانت فنسنت، لكن دولة غينيا ردت على الإدعاء بأن اعتقال السفينة كان أثناء ممارسة حقها في المطاردة الحارة طبقا للمادة 111 من اتفاقية 1982.²

ب- **حكم المحكمة الدولية لقانون البحار:** بعد أن طلبت سانت فنسنت وجزر غرينادين من المحكمة الإفراج الفوري عن السفينة سايغا وطاقمها وإعادة شحنة الوقود المحجوزة مقابل دفع كفالة تحددها المحكمة، وقدمت عدة حجج من بينها أن غينيا لم تمتثل لأحكام الاتفاقية التي تنص على الإفراج العاجل عن السفينة وأفراد طاقمها مقابل دفع كفالة أو ضمان مالي والتي تنص عليها المادة 73، وكذلك دولة غينيا تجاوزت نطاق ممارسة صلاحياتها وحقوقها السيادية التي تمنحها المادة 56 على منطقتها الاقتصادية، وقدمت دولة غينيا عدة دفعات تمثلت في الدفع بعدم إختصاص المحكمة لأن طلب الإفراج الذي قدم من السيد: Stephenson Harwood، هو غير مفوض بتقديمه وفقا للمادة 2/110 من لائحة المحكمة، وأثارت شكوك حول ملكية السفينة SAIGA إلى شركة TABONA، كما دفعت غينيا بأنها تمارس حقها في المطاردة الحثيثة وفقا للمادة 111 ولم تنتهك أحكام المادة 73، ولم تتلقى أي عرض من المدعي بتقديم كفالة أو ضمان مالي للإفراج عن

¹ - نهى السيد مصطفى محمد، المحكمة الدولية لقانون البحار، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2017، ص ص، 313-314.

² - المرجع نفسه، ص ص، 316 وما يليها. وأنظر أيضا: محمد حسن خمو المزوري، المرجع السابق، ص 301.

السفينة وعليه شرط تطبيق المادة 73 غير موجود، وبعد طلبات ودفع الطرفین أصدرت المحكمة حكمها وأمرت بالإفراج العاجل عن السفينة SAIGA وطاقتها وإيداع كفالة مالية تقدر بـ: 400 ألف دولار أمريكي¹.

2- قضية السفينة كامكو CAMOUCO بين فرنسا ودولة بنما

أ- **وقائع القضية:** هي سفينة ترفع علم بنما، حصلت على تصريح لصيد السمك patagonian tooth fish في أعالي البحار جنوب المحيط الأطلسي، قامت فرقاطة فرنسية بإحتجازها داخل المنطقة الاقتصادية لجزر corzet، الخاضعة للولاية الفرنسية، وبعد التفتيش تم العثور على كميات من القشريات كالمحار والجمبري مقدرة 06 أطنان مجمدة، فوجه اتهام لطاقم السفينة بالصيد غير المشروع في المنطقة الاقتصادية الخالصة لجزر corzet، وعدم وجود الترخيص بالدخول للمنطقة الاقتصادية، مع إخفاء وثائق هوية السفينة، وعدم الاستجابة لنداءات القوات البحرية المرسله للسفينة والهروب من التحقيق، لكن طاقم السفينة فند كل ادعاءات السلطات الفرنسية بقوله بأن السفينة كانت في حالة عبور فقط ولم تصطاد في المنطقة الاقتصادية ونسي إعلام السلطات الفرنسية بدخول المنطقة، وأن كميات الصيد التي عثر عليها تم صيدها من المنطقة الدولية، وعرضت القضية على المحكمة الابتدائية في Saint- Paul ومحاكمتها وفق القانون الداخلي لفرنسا، وأمرت المحكمة مبلغ 20 مليون فرنك فرنسي مقابل الإفراج عن السفينة، ورفضت طلب مالك السفينة بتخفيض المبلغ، وفي 17 جانفي 2000، قدمت دولة بنما طلب للمحكمة الدولية ضد فرنسا من أجل الإفراج عن السفينة Camouco².

ب- **حكم المحكمة الدولية لقانون البحار:** بعد طلبات ودفع أطراف النزاع، ومن بين دفع الطرف الفرنسي أن القضية معروضة على محكمة الاستئناف الفرنسية للنظر في الأمر الصادر عن المحكمة الابتدائية، وبعد التأكد من اختصاص المحكمة طبقا للمادة 292 من اتفاقية 1982، ردت المحكمة أن عرض القضية على الاستئناف لا يمنع من اختصاص محكمة قانون البحار وليس هناك تعارض مع المادة 292، وأمرت المحكمة بالإفراج الفوري عن السفينة Camouco وطاقمها مقابل إيداع كفالة مالية قدرها 08 ملايين فرنك فرنسي، ورأت بأن المبالغ المالية التي أمرت بها المحكمة الفرنسية غير معقولة³.

3- قضية السفينة Hoshinmaru بين اليابان ودولة روسيا الاتحادية:

أ- **وقائع القضية:** سفينة صيد ترفع علم اليابان حصلت على رخصة صيد سمك drift net salmon and trout سنة 2007، في ثلاث مناطق اقتصادية خالصة تابعة لروسيا، إدعت روسيا أن السفينة اليابانية قد

¹ - نهى السيد مصطفى، المرجع السابق، ص ص، 320 مايليها.

² - وليد بوخيطين عبد القادر، المنازعات البحرية والقانون الدولي من قانون القوة إلى قوة القانون، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراة، كلية الحقوق، جامعة تيزي وزو، 2016، ص، 271. أنظر أيضا: نهى السيد مصطفى، المرجع السابق، ص 339.

³ - وليد بوخيطين عبد القادر، المرجع السابق، ص 271.

تجاوزت الحصة المرخص¹ لها بصيدها من سمك السلمون، وتم توقيف السفينة من قبل زوارق دورية بحرية روسية، قبالة الساحل الشرقي لشبه جزيرة Kamchatka، بسبب انتهاك قواعد الصيد والتي تفرض غرامة ومصادرة السفينة أو الغرامة فقط وهذا ما ينص عليه قانون المخالفات الإدارية في المادة 817 الجزء 2، وتجدر الإشارة إلى أن هناك قضية أخرى بين روسيا واليابان أيضا قضية السفينة " توميمارو"، التي حجزتها السلطات الروسية لأنها أضرت بالموارد البحرية الحية في منطقتها الاقتصادية الخالصة، وتمت مصادرة السفينة بحكم صادر عن المحكمة العليا للإتحاد الروسي وهذا تطبيقا للقانون الروسي لسنة 2006، ورفعت اليابان إلى المحكمة الدولية لقانون البحار دعوى تطلب الإفراج الفوري عن السفينة وفقا للمادة 292 من اتفاقية 1982².

ب- حكم المحكمة الدولية لقانون البحار:

في قضية السفينة Hoshinmaru، أمرت المحكمة بالإفراج الفوري عن السفينة وطاقمها دون قيد أو شرط معين، مقابل كفالة تقدر بـ: 10 ملايين روبل لروسيا، ورأت المحكمة بعدم شرعية الحجز، وتم قبول الحكم الصادر بتاريخ: 2007/08/06 من الطرفين، أما في القضية الثانية حكمت المحكمة برفض طلب اليابان بحكم أن النزاع صدر فيه حكم بالمصادرة من المحكمة الروسية طبقا للقانون الروسي، والمصادرة جعلت الطلب غير مؤسس لأن المصادرة تختلف عن الحجز، لأن الحكم في القضية يعتبر تجاوزا لصلاحيات الوطنية،³ لأن الفقرة 03 المادة 292 تؤكد على نظر المحكمة في طلب الإفراج دون تأخير ويقنصر نظرها على مسألة الإفراج فقط، دون الاخلال بمقومات أية قضية معروضة على الجهة المحلية المناسبة ضد السفينة أو مالكيها أو طاقمها، وتظل سلطات الدولة المحتجزة مختصة في الإفراج عن السفينة وطاقمها في أي وقت⁴.

¹ - نهى السيد مصطفى، المرجع السابق، ص 352.

² - وليد بوخيطين عبد القادر، المرجع السابق، ص ص، 271 - 272.

³ - المرجع نفسه، ص ص، 271 - 272.

⁴ - أنظر الفقرة الثالثة من نص المادة 292 من اتفاقية قانون البحار لعام 1982.

خاتمة

من خلال هذه الدراسة توصلنا إلى أن اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار لعام 1982 جاءت بآليات ونظام قانوني جديد قصد ايجاد تسوية فعالة للمنازعات البحرية المتنوعة ومنها منازعات مصائد الأسماك البحرية، ومن بين آليات التسوية اللجوء إلى المحكمة الدولية لقانون البحار كهيئة قضائية متخصصة للفصل في النزاعات البحرية، التي كانت محكمة العدل الدولية هي التي تفصل فيها قبل انشاء هذه المحكمة، ويمكن القول أن المحكمة الدولية لقانون البحار لعبت دورا هاما في تسوية عدة نزاعات بحرية حيث بلغ لحد الساعة 19 نزاع من بينها قضايا تتعلق بمصائد الأسماك البحرية، لكن الملاحظ من أحكام المحكمة أن أغلبها تتعلق بالإفراج عن السفن وطاقمها، والتدابير المؤقتة، إلا البعض القليل من الأحكام المتعلقة بالفصل في الموضوع، وبالنظر إلى عدد القضايا المعروضة على المحكمة منذ بداية عملها حسب رأينا هو عدد قليل جدا خاصة في ظل الاستخدام الكبير للمجالات البحرية والنزاعات البحرية الكثيرة المعروفة عبر العالم، ويرجع ذلك إلى عزوف الدول والكيانات إلى اللجوء للمحكمة بسبب النظام المعقد في نظرنا لتسوية المنازعات البحرية التي جاءت به الاتفاقية في الجزء الخامس عشر، وما طرحه من بدائل أخرى لتسوية، أما فيما يخص نزاعات مصائد الأسماك البحرية، يمكن القول أن المحكمة نجحت إلى حد بعيد في تفعيل وتطبيق قواعد القانون الدولي للبحار في القضايا المعروضة عنها، ويظهر ذلك من خلال الأحكام الصادرة عنها، ومن الاشكالات التي تواجه المحكمة لتسوية نزاعات مصائد الأسماك البحرية هو تعدد وتشعب النظام القانوني الدولي لمصائد الأسماك، حيث نجد الكثير من الاتفاقات العامة والإقليمية والثنائية المتعلقة بتنظيم وإدارة مصائد الأسماك، و العديد من المنظمات الدولية والإقليمية ودون الإقليمية والتي تلعب دور كذلك في تسوية منازعات مصائد الأسماك حسب ما هو منصوص في اتفاقات انشائها، وأغلب هذه الاتفاقات تنص على اللجوء للمحكمة لتسوية النزاعات بين أطرافها، ونتائج البحث المتوصل إليها هو طرح اشكال تنازع الاختصاص بين المحاكم الوطنية والمحكمة الدولية لقانون البحار لأن قاعدة استنفاد طرق الطعن الداخلية مؤخوذ بها في اتفاقية قانون البحار في المادة 295، ولتذكير تم تطبيقها من المحكمة في قضية السفينة " توميمارو " بين اليابان وروسيا المتعلقة بمصائد الأسماك البحرية، لهذا يجب مراجعة النظام القانوني لتسوية المنازعات البحرية المنصوص عليه في الجزء الخامس عشر وتبسيط إجراءاته، وكذلك تشجيع وحث الدول أطراف النزاعات البحرية الكيانات الأخرى للجوء إلى المحكمة الدولية لقانون البحار باعتبارها الجهاز القضائي المتخصص في القضايا البحرية، وتضم في تشكيلتها قضاة متخصصون في قانون البحار، وتكفل حق التقاضي للأشخاص القانون الدولي العام وأشخاص القانون الداخلي كالمنظمات الدولية والدول الغير كاملة السيادة، والأشخاص الطبيعية والاعتبارية، وهذا شي ايجابي يحسب للنظام الأساسي للمحكمة، عكس النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية الذي يمنح حق التقاضي لدول فقط.

دور المفوضية السامية لحقوق الإنسان للأمم المتحدة في حماية وترقية حقوق الإنسان "نشاط المفوضية في إفريقيا نموذجا"

طاهير رابح (1)

(1) أستاذ محاضر قسم "أ" مخبر البحث حول فعالية القاعدة القانونية، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة عبد الرحمان ميره، بجاية، 06000 الجزائر.
البريد الإلكتروني: rabah.tahir@univ-bejaia.dz

الملخص:

أنشئت منظمة الأمم المتحدة المفوضية السامية لحقوق الإنسان عام 1993، وهذا في إطار تدعيم آليات حماية حقوق الإنسان على المستوى الدولي، وأوكلت لها عدة اختصاصات منها تعزيز وحماية تمتع الناس بجميع الحقوق تمتعا فعليا. وتنفيذ المهام التي توكلها إليه الهيئات المختصة في منظومة الأمم المتحدة في ميدان حقوق الإنسان، وتقديم توصيات إليها بغية تحسين وتعزيز حقوق الإنسان وحمايتها. تقديم الخدمات الاستشارية والمساعدة التقنية والمالية.

تعتمد المفوضية السامية في تنفيذ برنامج حقوق الإنسان على مجموعة من الآليات: التنسيق، الحوار، التعاون مع المنظمات غير الحكومية، الشكاوي، المكاتب. وقد قامت المفوضية بعدة أنشطة على المستوى العالمي، وكان لإفريقيا نصيب من هذه الأنشطة إنشاء المكاتب وتقديم الاستشارات والدعم التقني للدول وتدعيم المنظمات غير الحكومية، وتوجيه نداءات لوقف انتهاكات حقوق، غير أنها صادفتها عدة صعوبات نقص الموارد المالية وعدم وجود سلطة القرار اتجاه الدول التي تنتهك حقوق الإنسان، انعدام الاستقرار السياسي في إفريقيا حيث انتشار النزاعات والتوترات والاضطرابات الداخلية، إضافة للتخلف الاقتصادي.

الكلمات المفتاحية:

المفوضية السامية، الحماية، حقوق الإنسان، الانتهاكات، الدول الإفريقية.

تاريخ إرسال المقال: 2021/12/01، تاريخ مراجعة المقال: 2021/12/18، تاريخ نشر المقال: 2021/12/31.

لتهميش المقال: طاهير رابح، "دور المفوضية السامية لحقوق الإنسان للأمم المتحدة في حماية وترقية حقوق الإنسان "نشاط المفوضية في إفريقيا نموذجا"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد 12، العدد 03، 2021، ص ص 457-468.

المقال متوفر على الرابط التالي: <https://www.asjp.cerist.dz/en/PresentationRevue/72>

المؤلف المراسل: طاهير رابح: rabah.tahir@univ-bejaia.dz

The Role of the Office of the High Commissioner for Human Rights of United Nations in the Protection & Promotion of Human Rights "The Activity of the High Commissioner in Africa as a Model"

Summary:

The Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights was created in 1993, as part of the strengthening of human rights protection mechanisms at the international level, and charged with several functions, including the promotion and protection of the effective exercise of all rights by individuals. Carry out the tasks entrusted to it by the competent organs of the United Nations system in the field of human rights and make recommendations to it with a view to improving, promoting, and protecting human rights. Provide advisory services and technical and financial assistance. In implementing the human rights program in order to promote and promote it, the Commission adopts a set of mechanisms: coordination, dialogue, cooperation with NGOs, complaints, offices.

The Commissioner has carried out several activities globally, and in Africa has, such as establishing offices, providing advice and technical support to countries, strengthening NGOs, and appealing to end rights violations. but could not achieve his aim well as it should because of political instability in Africa, economic backwardness, and the spread of conflicts, tensions, and internal disturbances.

Keywords:

High Commissioner, protection, promotion, human rights, violation, African countries.

Le rôle du Haut-commissariat aux droits de l'Homme des Nations-Unies dans la protection et la promotion des droits de l'Homme L'exemple du Haut-commissariat en Afrique

Résumé :

Le Haut-commissariat des Nations-Unies aux droits l'Homme a été créé en 1993, dans le cadre de renforcement des mécanismes de protection des droits de l'Homme au niveau international, et chargé de plusieurs fonctions, notamment la promotion et la protection de l'exercice effectif de tous les droits par les personnes. Exécuter les tâches qui lui sont confiées par les organes compétents du système des Nations-Unies dans le domaine des droits de l'Homme et lui faire des recommandations en vue d'améliorer, de promouvoir et de protéger les droits de l'Homme. Fournir des services consultatifs et l'assistance technique.

Dans la mise en œuvre de son programme de travail, le Haut Commissariat s'appuie sur un ensemble de mécanismes à savoir : la coordination, le dialogue, la coopération avec les ONG, les plaintes...

Il a mené plusieurs activités au niveau mondial qui ont contribué au développement des droits de l'Homme. En Afrique, le haut-commissariat a contribué à la mise en place des bureaux, la fourniture de services consultatifs et d'un soutien technique aux Pays, le renforcement des ONG et des appels pour mettre fin aux violations des droits. Mais il n'a pas pu d'atteindre son objectif principal à cause de l'instabilité politique et économique de l'Afrique, la propagation des conflits, ce à quoi s'ajoutent les tensions et troubles internes.

Mots Clés : Haut- commissariat, protection, promotion, droits de l'Homme, violation, Etats Africains.

مقدمة

قامت منظمة الأمم المتحدة منذ نشأتها بمجهودات معتبرة في مجال حقوق الإنسان، إلى أن أصبحت إحدى انشغالاتها الأساسية في الوقت الراهن، وهذا في إطار تحقيق أهدافها الواردة في الميثاق وبالتحديد المادة الأولى في فقرتها الأولى¹.

والمتتبع لمسار المنظمة في هذا المجال يجد بأن المنظمة سلكت منهجا متدرجا، في البداية عكفت على صياغة النصوص القانونية المتصلة بحماية حقوق الإنسان في شكل إعلانات وهذا بغية إعداد مناخ حماية الحقوق في الدول، منها الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر عام 1948²، ثم قامت بإبرام مجموعة من الاتفاقيات العامة والخاصة، والذي يعد بمثابة نقلة مهمة في مجال الحماية. كثفت المنظمة بعد ذلك عملها على تطوير عمل الأجهزة الرقابية المنشأة بموجب أحكام الاتفاقيات، وتدعيما لذلك أنشأت المنظمة مجلس حقوق الإنسان كبديل للجنة الأمم المتحدة لحقوق الإنسان وتطوير عمل اللجنة المعنية بحقوق الإنسان المنبثقة عن العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية.

¹ تنص المادة 3/1 من ميثاق الأمم المتحدة على أنه: (تحقيق التعاون الدولي على حل المسائل ذات الصبغة الاقتصادية والاجتماعية والثقافية والإنسانية وعلى تعزيز احترام حقوق الإنسان والحريات الأساسية للناس جميعا، و التشجيع على ذلك بلا تمييز بسبب الجنس أو اللغة أو الدين و لا تفريق بين الرجال و النساء)، ديباجة ميثاق الأمم المتحدة والملحق بالنظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية المصادق عليه في مؤتمر سان فرانسيسكو بتاريخ 1945/5/5، وانضمت الجزائر لمنظمة الأمم المتحدة في 1962/10/08، بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 176(د-17)، صادر بتاريخ 1962/10/08، www.un.org/ar

² الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر بموجب توصية رقم 217/أ عن الجمعية العامة للأمم المتحدة بتاريخ 1948/12/10، <https://www.un.org/ar>

أنشأت الأمم المتحدة كذلك المفوضية السامية لحقوق الإنسان في إطار تعزيز حماية وترقية حقوق الإنسان على مستوى العالم، وبناءً على ذلك نتساءل عن مدى مساهمة هذه المفوضية في ترقية حماية حقوق الإنسان عامة وعلى المستوى الإفريقي خاصة؟

للإجابة على هذه الإشكالية نتبع الخطة الآتية:

أولاً: تحديد دور المفوضية السامية لحقوق الإنسان

ثانياً: نشاط المفوضية السامية لحقوق الإنسان في إفريقيا

أولاً: تحديد دور المفوضية السامية لحقوق الإنسان

أنشئت المفوضية بتوصية من الجمعية العامة تحت رقم 141-48 صادرة بتاريخ 1993/12/20، وهذا عملاً باقتراح من مؤتمر "فيينا" العالمي لحقوق الإنسان المنعقد في جوان 1993³، ويعد إحدى المكتسبات المتمخضة عن هذا المؤتمر الذي أعطى الضوء الأخضر لإنشائها على غرار المفوضية السامية لحقوق اللاجئين⁴. فهو بذلك يعد جهازاً جديداً، و يعود السبب في إنشائه إلى الصعوبات التي كانت تواجه لجنة الأمم المتحدة لحقوق الإنسان آنذاك، بحكم تكوينها والحاجة إلى عمل تنفيذي سريع⁵.

ويشترط لشغل هذا المنصب ما يأتي:

أ- أن يكون شخصاً ذا مكانة أدبية رفيعة وعلى درجة عالية من النزاهة الشخصية ويتمتع بالخبرة في ميدان حقوق الإنسان، ويتوفر لديه من المعرفة والتفهم للثقافات المتنوعة ما يلزم لأداء واجبات المفوض السامي بحياد وموضوعية ولا انتقائية وفعالية. فشغل منصب المفوض السامي يتوقف إذن على تمتع الشخص بالأخلاق والسمعة الطيبة ونجد هذا في سجل الشخص من حيث عدم قيامه بسلوك غير أخلاقي أو ارتكابه لجريمة خطيرة، وأن يكون مختصاً أو مهتماً بمجال حقوق الإنسان وهذا من خلال تكوينه الأكاديمي ونشاطه في منظمات حقوق الإنسان وغيرها من الجمعيات ذات الصلة وكذلك المؤلفات التي نشرها. وأن يكون منفتحاً على باقي

³ إعلان برنامج عمل "فيينا" الصادر عن المؤتمر الدولي لحقوق الإنسان المنعقد في "فيينا" خلال الفترة الممتدة من 14 - 25

جوان 1993، <https://www.ohchr.org>

⁴ أنشئت هذه المفوضية في 3 ديسمبر 1949 من طرف الجمعية العامة للأمم المتحدة، بشأن نشأة وتطور هذه المفوضية، أنظر: فاصلة عبد اللطيف، المفوضية السامية للأمم لشؤون اللاجئين، حوليات جامعة قلمة للعلوم الاجتماعية والإنسانية، رقم 2008، ص 55-65.

⁵ تركماني خالد، دور المفوضية السامية لحقوق الإنسان في حماية الأقليات، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة، المجلد 7، العدد 2، 2020، ص 1179.

ثقافات العالم المختلفة وهذا على اعتبار أن العالم تتنوع فيه الثقافات نتيجة تنوع الديانات والعادات والأعراف والتقاليد، وهذا عامل مهم يساعده في أداء مهامه على أحسن وجه.

ب- أن يعينه الأمين العام للأمم المتحدة وتوافق عليه الجمعية العامة مع إيلاء الاعتبار الواجب للتناوب الجغرافي، ويشغل المنصب لمدة محددة مدتها أربع سنوات مع إمكانية التجديد لفترة محددة واحدة مدتها أربع سنوات، فتحديد المدة بربع سنوات أمر منطقي من أجل إرساء مبدأ التداول على المنصب من جهة وتدوير المنصب عبر مختلف مناطق العالم من جهة أخرى لتحقيق العدل والتوازن في توزيع المناصب السامية للأمم المتحدة.

1- اختصاصات المفوضية السامية لحقوق الإنسان

تضمنت التوصية رقم 48-141 الصادرة عن الجمعية العامة مجموعة من الاختصاصات التي أوكلت للمفوض⁶، وتتمثل أساسا في تعزيز وحماية تمتع الناس جميعا تمتعا فعليا بجميع الحقوق المدنية والسياسية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية، فالمفوض السامي أسندت له مهمة تعزيز حماية حقوق الإنسان وهي مهمة كبيرة جدا لما يحمله المصطلح من معنى فالتعزيز يعني إعطاء دفع قوي لحقوق الإنسان أي المضي بها نحو الأفضل والأحسن، كما يتولى كذلك تنفيذ المهام الموكلة إليه من الهيئات المختصة في منظومة الأمم المتحدة، بحيث تتنوع أجهزة المنظمة من لجان حقوق الإنسان ومجلس حقوق الإنسان، إذ يعد أمانة لكل هذه الهيئات، بحيث ينفذ كل توصياتها. ويقوم كذلك بتعزيز وإعمال الحق في التنمية، وهذا لما لهذا الحق من مكانة كبيرة في منظومة حقوق الإنسان عامة والحقوق الاقتصادية والاجتماعية خصوصا، فبالتنمية

⁶ وردت هذه الاختصاصات في التوصية رقم 141/48: (أ-تعزيز وحماية تمتع الناس جميعا تمتعا فعليا بجميع الحقوق المدنية والسياسية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية).

ب-تنفيذ المهام التي توكلها إليه الهيئات المختصة في منظومة الأمم المتحدة في ميدان حقوق الإنسان وتقديم التوصيات إليها بغية تحسين وتعزيز حقوق الإنسان وحمايتها.

ج-تعزيز وحماية أعمال الحق في التنمية وزيادة الدعم المقدم لهذا الغرض من الهيئات ذات الصلة في منظومة الأمم المتحدة.

د-توفير الخدمات الاستشارية والمساعدة التقنية والمالية عن طريق مركز حقوق الإنسان التابع للأمانة العامة، وغيره من المؤسسات المتخصصة بناءً على طلب الدولة المعنية وعند الاقتضاء، المنظمات الإقليمية لحقوق الإنسان بهدف دعم الإجراءات والبرامج المضطلع بها في ميدان حقوق الإنسان.

هـ-تنسيق برامج الأمم المتحدة التثقيفية والإعلامية ذات الصلة في ميدان حقوق الإنسان.....)، مرجع سابق.

تتطور وتتقدم الشعوب وهذا ينعكس إيجاباً على باقي حقوق الإنسان الأخرى، بحكم ترابطها وعدم قابليتها للتجزئة والانقسام⁷.

تقوم المفوضية بالتدخل السريع لمواجهة الأزمات الناشئة في مجال حقوق الإنسان، من خلال نشر موظفين تابعين للمفوضية في الميدان في حالات الطوارئ في مجال حقوق الإنسان والمجال الإنساني، ويمكن توفير قدرة تعزيزية للمكاتب الميدانية للمفوضية السامية، وتدير وحدة الاستجابة السريعة صندوق الطوارئ الذي أنشئ من أجل تنفيذ أولويات المفوضية السامية لحقوق الإنسان واستراتيجيته رداً على حالات الطوارئ الخاصة بحقوق الإنسان خلال نشر الموظفين والدعم اللوجستي.

إضافة إلى كل هذه الاختصاصات يقوم المفوض كذلك بتقديم المشورة في مجال حقوق الإنسان بما يمتلكه من خبرة في المجال، على اعتبار أنه وكيل للأمين العام كما يتولى تسهيل مهمة عمل الخبراء وتوفير الدعم لفرق العمل رغم تبعيتها إدارياً لمجلس حقوق الإنسان إلا أن المفوض السامي يقدم لهم الدعم والترتيبات اللازمة لإنجاح عملهم. كما يقوم كذلك بدور بارز في نشر المعايير الدولية لحقوق الإنسان وآليات حمايتها والترويج لها على مستوى الحكومات والمنظمات العاملة في مجال حقوق الإنسان وكذا تزويدها بالخدمات الاستشارية والمساعدة التقنية والمالية التي تمكنها من القيام بمهامها.

يلاحظ أن هذه الاختصاصات مترابطة ومتداخلة فيما بينها، فالمفوضية السامية تتمتع بولاية تتسم بالتوسع والتي تمنح له الحرية الكاملة في اتخاذ مبادرات لتعزيز حقوق الإنسان ومواجهة الانتهاكات أينما وقعت. كما أنها تتضمن عبارات ذات مدلول واسع تعد عبئاً كبيراً بالنظر لهذا الجهاز الذي يعمل تحت إشراف الأمين العام للأمم المتحدة فمن الصعب جداً تحقيق وتنفيذ كل هذه الاختصاصات في ظل الظروف التي يعيشها العالم من أزمات ونزاعات وتوترات واضطرابات في مختلف مناطق العالم، هذا ما أدى إلى التقليل من فعالية نشاطاتها وعدم تحقيق أهدافها ميدانياً.

2-آليات المفوضية السامية لحقوق الإنسان

تتوفر المفوضية السامية على عدد من الآليات والوسائل في إطار تنفيذ برنامج حقوق الإنسان من أجل تعزيزها وترقيتها منها: التنسيق، الحوار، التعاون مع المنظمات غير الحكومية، الشكاوي، المكاتب. أ-التنسيق: إن تعدد وتنوع أجهزة الرقابة على حقوق الإنسان وتنوع آليات رقابتها على تنفيذ الدول لالتزاماتها الدولية المنبثقة عن الإعلانات والاتفاقيات المبرمة في إطار منظمة الأمم المتحدة كالتقرير الدورية، الشكاوي

⁷ نعيمة عمير، الوافي في حقوق الإنسان، دار الكتاب الحديث، الجزائر، 2010، ص.45.

الفردية، التحقيق وغيرها⁸، يفرض عليه التنسيق بينها لتحقيق أهدافها، بحيث يصعب عليه تحقيق الأهداف دون التنسيق معها وكذلك تقادي الازدواجية في العمل، وقد شارك في عدة جلسات هيئات حقوق الإنسان، فقد أشار ذلك في تقاريره منها ما ورد في التقرير السنوي لعام 2019، جلسات اللجنة المعنية بحقوق الإنسان ومجلس حقوق⁹.

ب- **الحوار:** يشكل إحدى الأساليب المهمة إلى جانب التنسيق إذ يباشر المفوض السامي الحوار مع كل الدول بغية إنشاء بطاقات وطنية في تعزيز حقوق الإنسان ويقدم المفوض في هذا الإطار الخدمات الاستشارية والتقنية للدول، بهدف إقناع الدول باحترام المعايير الدولية لحقوق الإنسان وإدماجها في تشريعاتها الداخلية وقد قام المفوض بمساعدة الدول والهيئات الوطنية لحقوق الإنسان والمجتمع المدني وقدا مساعدات لإنشاء هيئات حقوقية وطنية، وقدم منح للدول المتخلفة قصد تمكين مواطنيها من المشاركة في أشغال مجلس حقوق الإنسان، فقد قدم عام 2019 ما يعادل 26 منحة منها 18 منحة منحت للنساء، القيام بزيارات للدول لحثها على ترقية حقوق الإنسان، وقد زار المفوض عدة دول ففي عام 2019 زار المفوض كل من استراليا وكوستاريكا- الولايات المتحدة-فرنسا ايرلندا الشمالية -المملكة المتحدة، فيما قام مساعده بزيارات إلى كل من بلجيكا - الدانمارك-إيطاليا.

ج- **التعاون مع المنظمات غير الحكومية:** يتعاون المفوض مع هذه المنظمات من خلال تقديمه للخدمات الاستشارية والتقنية، كتزويدها بالأبحاث والتكوين في مجال حقوق الإنسان، وإعانات مالية وغيرها، وتجدر الإشارة هنا إلى أنه لا يشترط حصول المنظمة على مركز استشاري من المجلس الاقتصادي والاجتماعي، وهذا ما جعل شبكة المفوض السامي تتسع أكثر.

د- **المكاتب:** أولت المفوضية اهتماما كبير لعملية إنشاء المكاتب الجهوية والوطنية، فقد أنشئت مكاتب إقليمية في كل من إفريقيا وآسيا وأمريكا وأوروبا، كما أنشئت مكاتب وطنية في عدة دول وكان لفلسطين نصيب من هذه المكاتب بحيث أنشئت مكتبا لها في مناطق السلطة الفلسطينية بهدف تقديم العون والإسناد لها وللمنظمات غير الحكومية¹⁰.

⁸ بشأن موضوع آليات الرقابة في إطار أجهزة الأمم المتحدة: أنظر في ذلك: إبراهيم علي بدوي الشيخ، التطبيق الدولي لاتفاقيات حقوق الإنسان والآليات والقضايا الرئيسية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008، ص. 100 وما بعدها.

⁹ HCDH , Rapport annuel, 17/01/2020, www.ohch.org, consulté le 10/11/2021 à 20H00.

¹⁰ كارم محمود حسين شوان، آليات حماية حقوق الإنسان في القانون الدولي لحقوق الإنسان-دراسة تحليلية- رسالة ماجستير تخصص قانون عام، كلية الحقوق، جامعة الأزهر-غزة، 2011، ص. 96.

هـ-الشكاوي: يتولى المفوض السامي استلام الشكاوي من الأفراد والدول عن انتهاكات حقوق الإنسان، وهذا بعد إدماج مركز حقوق الإنسان في أمانة المفوض، ويستلم سنويا المجلس عدد معتبر من هذه الشكاوي موزعة على مختلف مناطق العالم، فمثلا تم تسجيل 822 شكوى في عام 2019.

ثانيا: نشاط المفوضية السامية في إفريقيا

مرت الشعوب الإفريقية بثلاث مراحل¹¹، مرحلة سابقة على الاستعمار الأوروبي والتي كانت هذه الشعوب تقبع في الجهل والعبودية بحيث كان الإنسان كسلعة يباع ويشترى، ثم مرحلة الاستعمار الأوروبي والتي استمرت لفترة طويلة دامت في بعض الدول أكثر من قرن كالجائز التي استعمرت من طرف فرنسا لمدة قرن وثلاث قرن، عملت خلالها على تشتيت نسيجها الاجتماعي وطمس ثقافتها ونهب خيراتها الاقتصادية. قامت هذه الشعوب بثورات ضد هذا المستعمر أملا في الحصول على الاستقلال والنهوض بتنميتها الاقتصادية، وهي المرحلة الثالثة، وقد تمكنت من ذلك أي تحقيق استقلالها السياسي، دون الاقتصادي فباتت في تبعية اقتصادية لمستعمرها، والذي رهن استقلالها السياسي، فلا ديمقراطية كرسست ولا حقوق احترمت لأنها أخضعتها الدول الاستعمارية لأنظمة حكم غير ديمقراطية خدمة لمصالحها السياسية والاقتصادية. شهدت العديد من الدول عدة ثورات شعبية واضطرابات وتوترات من أجل إقامة نظام حكم ديمقراطي يحترم الحقوق والحريات بشتى أنواعها السياسية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية. غير أن هذه الثورات والاضطرابات والتي عرفت في جزء منها بثورات الربيع العربي التي قامت ضد الاستبداد والظلم من ذلك الثورة في مصر وتونس والسودان وأخيرا الحراك الشعبي الجزائري، غير أن نهايتها كانت نكسة كبيرة إذ شهدت مصر انقلابا عسكريا قضى على أحلام المواطنين في العيش في كنف الحرية، وتراجع عن المكاسب الديمقراطية في تونس وتضييق للحقوق والحريات في الجزائر.

¹¹ MOUKOKO Habib Hermann, L'ONU et la promotion des droits de l'homme en Afrique le cas de l'Afrique subsaharienne francophone, Thèse de Doctorat en sciences juridiques, Université de Caen-Normandie, France, 2016, p. 4.

ولم تكن باقي المناطق الإفريقية عن منأى هذه التطورات فشهدت عدة انقلابات كما هو الحال في مالي واضطرابا ونزاعات في إثيوبيا ونيجيريا والسودان الصومال، كل هذا انعكس سلبا على الحقوق والحريات خاصة تلك المكتسبة عن إبرام الاتفاقيات الدولية العالمية والإقليمية لحقوق الإنسان، ونتج عنها أوضاع إنسانية.

1- أنشطة المفوضية السامية لحقوق الإنسان في إفريقيا

قامت منظمة الأمم المتحدة من خلال آلياتها المختلفة ومنها مكتب المفوضية السامية لحقوق الإنسان بمجهودات من أجل النهوض بالحقوق والحريات المكرسة في الإعلانات والاتفاقيات التي أبرمت في إطارها وعلى رأسها العهدين الدوليين للحقوق المدنية والسياسية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية.

أ- تنفيذ مشروع "معايير لمساعدة المجتمعات"

إنبثق عن المؤتمر العالمي لحقوق الإنسان المنعقد في فيينا، بحيث إترف بأن التعليم والتكوين والإعلام في مجال حقوق الإنسان أمر ضروري لتكريس وتعزيز حقوق الإنسان وترقية العلاقات بين المجتمعات مستقرة ومنسجمة مثل ترقية التفاهم المتبادل والتسامح والسلام. تضمن الإعلان العالمي لحقوق الإنسان والاتفاقيات الدولية أحكام مماثلة بشأن تعليم حقوق الإنسان في المادة 26 بالنسبة للإعلان العالمي لحقوق الإنسان.

العهد الدولي للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية في المادة 13 واتفاقية حقوق الطفل في المادة 29، وبناءً على ذلك فإن التعليم والتكوين يعد أولوية وتنفيذه يكون من طرف قسم المنهجية والتعليم والتكوين، وضعت هذه الهيئة في صلب عملها تعزيز حقوق الإنسان في المناطق الريفية من خلال تنفيذ المشروع في الوسط التربوي بواسطة الدروس.

-شعبة المنهجية التعليم والتكوين في حقوق الإنسان

تم إنشائه من قبل المفوضية والذي أرسى مجموعة من الآليات لضمان التعليم والتكوين في حقوق الإنسان، فهو يوفر دعما منهجيا يتكيف مع تطور حاجات التعليم وتحسين المعارف في الحقوق بفضل برنامج النشر، والهدف منه هو تحسين الوضع العام بشأن مسائل حقوق الإنسان، ويتضمن خصوصا وثائق إعلامية التي تقدم مواضيع لها علاقة بحقوق الإنسان والوسائل التعليمية والمطويات، النشرات علاوة على ذلك فإن هذه الشعبة دعمت مشاريع عمل قدرت ب 161 مشروع تعليمي وتكويني في حقوق الإنسان في 45 دولة في إطار تنفيذ مشروع "معايير لمساعدة المجتمعات".

-تنفيذ المشروع في الوسط الريفي الإفريقي:

باشرت المفوضية بتنظيم عدة دورات تكوينية في إفريقيا في إطار هذا البرنامج وبرنامج الأمم المتحدة للتنمية حدد المواضيع و البلدان التي استقادت من المساعدات وهي بورندي-الكونغو-إفريقيا الوسطى- كما استقادت الجمعيات من الدعم، ففي الكونغو الديمقراطية وبفضل الدعم المالي تسمى "مبادرة شراكة النسوية"

قادت حملة تحسيسية حول حقوق المرأة. هذا المشروع سمح كذلك بضمان الترقية الفعلية لبعض الحقوق مثل الحق في الحياة-حرية التعبير-الحق في التعليم-الحق في العمل يتعلق الأمر بمبادرة الأمم المتحدة التي ينبغي تقدير عملها أين سمحت بضمان فعليا عالمية حقوق الإنسان وتفعيل حقوق المقيمين في الأرياف. يقوم بأنشطة في فئات ما قبل التمدرس وفئات المتدربين بفصل الدعم المالي من قبل -إنشاء مكاتب إقليمية و وطنية: أنشأت المفوضية السامية في إطار عمله عدة مكاتب جهوية في إفريقيا منها: مكتب شمال إفريقيا والشرق الأوسط، مكتب إفريقيا الوسطى -بورندي، ومكتب افريقية الشرقية في إثيوبيا، ومكتب إفريقيا الاسترالية في جنوب إفريقيا، و مكتب إفريقيا الغربية في السنغال، مكاتب محلية في عدة دول كـانجولا وجنوب إفريقيا وبوركينا فاسو الكاميرون، و في عام 2019 وقعت اتفاقا مع كل من السودان والنيجر بافتتاح مكاتب بها. هذا الكم الهائل من المكاتب يدل على توسع تواجد المفوض والاهتمام الكبير لهذه الشعوب، نظرا لساحة المساحة من جهة والاختلاف الثقافي من جهة أخرى.

-الزيارات قام المفوض السامي بزيارة لرواندا في عام 1994 إثر المجزرة المرتكبة هناك، و طالب مجلس حقوق الإنسان بعمدة دورة خاصة لدراسة الوضع في رواندا، والتي أفضت إلى تعيين مقرر خاص لرواندا¹²، وفي ذات السياق فإن المفوض هو الذي حرك العالم اثر زيارته لسرايلون للحرب الدائرة هناك، كما زار بورندي، جمهورية الكونغو مايو 2007، وشدد على مكافحة الإفلات من العقاب فيما يتعلق بالعنف الجنسي الشنيع الواسع الانتشار ضد المرأة¹³. كما قام في عام 2019 قام المفوض بزيارة إلى كل من السنغال وكينيا، -تقديم مساعدات للدول و للمنظمات غير الحكومية: قامت المفوضية على مدار ثلاث عقود على تقديم الدعم المالي للدول لمساعدته في مجال تعزيز حقوق الإنسان، كما قدمت كذلك مساعدات مالية مهمة لعدة منظمات ناشطة في مجال حقوق الإنسان خاصة تلك المهتمة بحقوق المرأة الريفية في إفريقيا. -إصدار بيانات بشأن الأوضاع في بعض الدول وكان للدول الإفريقية نصيب منها، حيث تدخلت المفوضية في عدة حالات خاصة الإنسانية وأرسلت مبعوثيها لتقصي الأوضاع الإنسانية كالوضع في دارفور عام 2008 والوضع في تيغراي باثيوبيا حاليا.

2 - تقييم نشاط المفوضية السامية لحقوق الإنسان في إفريقيا

¹² ERGEC Rusen, Protection européenne et internationale des droits de l'homme, 2^{ème} éd, Bruylant, Bruxelles 2006, p. 61

¹³ المفوضية السامية لحقوق الإنسان للأمم المتحدة، الجمعية العامة، التقرير السنوي، نيويورك، 2007، تم الاطلاع يوم 20/11/2021، الساعة 21:00 www.refworld.org

أدت المفوضية السامية دورا لا يستهان به في مجال حقوق الإنسان في إفريقيا وهذا بالنظر إلى نشاطها المكثف والمتنوع في هذه المنطقة، ولقد سبق و أن اشرنا لمختلف الأنشطة التي قامت بها منذ نشأتها إلى يومنا هذا، خاصة التوعية والتحسيس والتثقيف والذي يعتبر عملا أساسيا ومهما للنهوض بحقوق الإنسان ثم التعليم والتكوين.

لكن رغم كل هذه الأنشطة التي قامت بها المفوضية إلا أن المتتبع لوضع حقوق الإنسان في إفريقيا لم يتحسن كثيرا فالانتهاكات موجودة في كل دولة تارة تتحسن وتارة تتراجع خاصة الحقوق السياسية والاجتماعية، ويمكن أن نرجع هذا النقص في تحقيق تقدم كبير في مجال ترقية حقوق الإنسان إلى: أ-انعدام الديمقراطية في هذه الدول الإفريقية، فالشعوب الإفريقية تحكمها أنظمة شمولية تجعل ممارسة الحقوق والحريات خاصة السياسية منها منعدم تماما إن لم نقول مستحيل، فحرية التعبير والتظاهر مثلا عرفت تضييقا مما دفع بالمفوضية السامية إبداء قلقها بشأن الأوضاع في بعض الدول منها الجزائر¹⁴. فجل الأجهزة الموجودة في الدولة كالجهاز القضائي ومنظمات حقوق الإنسان (لجان أو مجالس)، الهيئات الإدارية المستقلة وحتى الجهاز التشريعي غير فعال بحيث لا تضمن ممارسة الحقوق فعليا بسبب عدم تمتع هذه الأجهزة بالاستقلالية والحياد في مجال معالجة انتهاكات حقوق الإنسان¹⁵.

ب-انتشار النزاعات والاضطرابات والتوترات، شهدت إفريقيا بؤر توترات ونزاعات في مختلف المناطق مما دفع المجتمع الدولي للتدخل في أزمة دارفور وغرب إفريقيا¹⁶، والتدخل في ليبيا السودان، مالي. ج- تخلف هذه الدول اقتصاديا أي أن لها اقتصاد هش وضعيف لا تستطيع هذه الدول الاستجابة لمتطلبات الحياة، مما نتج عن ذلك انتشار الفقر والبطالة والمجاعة في بعض المناطق فأضحى الحق في الحياة في خطر، ناهيك عن الحقوق الاقتصادية والاجتماعية¹⁷، وما زاد الوضع ترديا هو انتهاج بعض الدول لاصلاحات هيكلية مما انعكس على الحق في التعليم والحق في الصحة والحق في العمل كما حدث في كل من الطوغو- كوت ديفوار-بوركينافاسو¹⁸.

¹⁴ المفوضية السامية لحقوق الإنسان للأمم المتحدة، بيان بشأن الوضع في الجزائر، 2021/09/10، تم الاطلاع يوم 2021/11/30 على الساعة 21:00 www.ohchr.or/ar

¹⁵ MOUKOKO Habib Hermann, op. cit, p. 429.

¹⁶ انظر في ذلك: حسين حنفي عمر، التدخل في شؤون الدول بذريعة حماية حقوق الإنسان، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005، ص. 365.

¹⁷ طاهير رابح، سبل تطوير حماية و ترقية حقوق الإنسان في العالم العربي، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بجاية، المجلد 16، العدد 2، 2017، ص. 86.

¹⁸ Voir: MOUKOKO Habib Hermann, op. cit, p. 450.

د-محدودية الموارد المالية للمفوضية السامية لحقوق الإنسان في مواجهة هذا التدهور الكبير في ممارسة الحقوق والحريات ، فنجد مثلا المفوضية استقادت من ميزانية قدرت بـ (119,2) دولار أمريكي خلال عام 2008 و 2009، وهذا يعتبر مبلغا ضئيلا مقارنة بحجم العمل والمهام الموكلة له¹⁹.

د-افتقار المفوضية لسلطة القرار أي أنها ليست لها سلطة اتخاذ قرارات ملزمة ضد الدول التي تشهد انتهاكات صارخة للحقوق والحريات²⁰، هذا ما جعل الدول تتعاس وتتراخي في تنفيذ التزاماتها الدولية في مجال حماية الحقوق والحريات.

خاتمة

يتضح من خلال كل ما تقدم أن إنشاء مكتب المفوضية السامية لحقوق الإنسان يهدف إلى تدعيم آليات الأمم المتحدة في مجال حماية وترقية حقوق الإنسان التي تعد إحدى الركائز الثلاثة لمنظمة الأمم المتحدة وهي السلم والأمن، وترتبط بكل نشاطات المنظمة، إذا أسندت إليه عدة مهام وردت في التوصية رقم 141/48 للجمعية العامة للأمم المتحدة.

قام المفوض السامي منذ إنشائه بعدة أنشطة في إطار اختصاصاته وفي مختلف مناطق العمل، وكانت للدول الإفريقية نصيب من هذا النشاط فقد أنشأت مكاتب إقليمية في مختلف جهات إفريقيا شمال شرق وغرب وجنوب و وسط، و وطنية شملت معظم دول إفريقيا، وهذا قصد النهوض بحقوق الإنسان في هذه المناطق التي تشهد ترديا في مجال حقوق الإنسان. غير أن جهودها اصطدمت بعدة عراقيل حالت دون تحقيق الأهداف المحددة، وهي عراقيل ذات طابع سياسي واقتصادي وثقافي.

وبناءً على ذلك وفي إطار العمل على ترقية حماية حقوق الإنسان في إفريقيا نقتراح:

- تكثيف جهود أجهزة منظمة الأمم المتحدة في الدول الإفريقية بما في ذلك المفوضية السامية لحقوق الإنسان.
- إنشاء فرع للمفوضية السامية لحقوق الإنسان في إفريقيا.
- وضع برامج تنموية خاصة بهذه الدول من أجل النهوض بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية.

¹⁹ نقلا عن: كارم محمود حسين شوان، آليات حماية حقوق الإنسان في القانون الدولي لحقوق الإنسان-دراسة تحليلية- رسالة ماجستير تخصص قانون عام، كلية الحقوق، جامعة الأزهر-غزة، 2011، ص. 96.

²⁰ كارم محمود حسين شوان، المرجع نفسه، ص. 96.

التطور الوظيفي لقوات حفظ السلام وفق ميثاق منظمة الأمم المتحدة

مصطفى نوعي⁽¹⁾

(1) طالب دكتوراه، مخبر البحث في تطوير التشريعات الاقتصادية، معهد الحقوق والعلوم السياسية، المركز الجامعي تيسمسيلت، 38000، الجزائر
البريد الإلكتروني: naouai.mustapha@cuniv-tissemsilt.dz

مصطفى قزران⁽²⁾

(2) أستاذ محاضر قسم "معهد الحقوق والعلوم السياسية، المركز الجامعي آفلو، 03001 الجزائر.
البريد الإلكتروني: kezmus@yahoo.fr

الملخص:

لقد كان هاجس الأمم المتحدة دائما بمسألة حفظ السلم والأمن الدوليين، حيث أوجدت آليات سلمية متمثلة في قوات حفظ السلام الدولية، التي تساهم في إخماد بؤر توتر النزاعات المسلحة. والمقصد الرئيسي، هذا الهدف يأتي على رأس أولوياتها، ومن أجل تحقيق هذا الغرض أوجدت مجموعة من الآليات انطلاقا من تحديد هيكله وبنيان المنظمة ممثلة في الأجهزة الرئيسية لاسيما الجهاز التنفيذي فيها وهو مجلس الأمن الدولي، ولعل من أبرز الأمثلة التي تساق في معرض التطور الوظيفي لأداء المنظمة هو إنشاء آلية مستحدثة لتعزيز السلام ومن وقوع ما يهدده ممثلة في قوات حفظ السلام، وعليه كان لزاما تسليط الضوء على هذه الدينامكية الجديدة من حيث التكوين وفعالية الأداء والمشروعية وهو ما تحاول هذه الدراسة البحث فيه.

الكلمات المفتاحية:

قوات حفظ السلام، ميثاق منظمة الأمم المتحدة

تاريخ إرسال المقال: 2020/04/14، تاريخ مراجعة المقال: 2021/12/20، تاريخ نشر المقال: 2021/12/31.

لنهميش المقال: مصطفى نوعي، مصطفى قزران "التطور الوظيفي لقوات حفظ السلام وفق ميثاق منظمة الأمم المتحدة"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد 12، العدد 03، 2021، ص ص. 469-486.

<https://www.asjp.cerist.dz/en/PresentationRevue/72>

المقال متوفر على الرابط التالي:

المؤلف المراسل: مصطفى نوعي، mostafauniv3112@gmail.com

The career development of peacekeeping forces in accordance with the Charter of the United Nations

Summary:

The United Nations has always been obsessed with the issue of international peace-keeping and security, creating peaceful mechanisms represented by international peacekeeping forces, which contribute to putting out hotbeds of tension in armed conflicts.

The main objective, this goal is the highest priority, and in order to achieve this purpose, a set of mechanisms has been created, based on the identification of the structure and structure of the organization represented in the main organs, particularly the executive branch, the United Nations Security Council.

Perhaps one of the most prominent examples presented in the career development of the organization's performance is the establishment of an innovative mechanism for promoting peace and the occurrence of threats posed by a representative in the peacekeeping forces. What this study is trying to research.

Keywords:

Peacekeeping forces, Charter of the United Nations.

Le développement de carrière des forces de maintien de la paix conformément à la Charte des Nations Unies

Résumé :

L'Organisation des Nations Unies a toujours été obsédée par la question du maintien et de la sécurité de la paix internationale, établissant des mécanismes pacifiques représentés par les forces internationales de maintien de la paix, contribuant ainsi à la répression des foyers de tension dans les conflits armés.

L'objectif principal est que cet objectif soit la priorité ultime et, à cette fin, un ensemble de mécanismes a été mis en place, basé sur la définition de la structure et de la structure de l'organisation représentée dans les organes principaux, et en particulier le pouvoir exécutif, le Conseil de sécurité des Nations Unies. L'un des exemples les plus notables de l'élaboration de carrières de la fonction publique de l'Organisation est la mise en place d'un mécanisme novateur pour promouvoir la paix et les menaces posées par un représentant des forces de maintien de la paix. Ce que cette étude essaie de trouver.

Mots clés: Forces de maintien de la paix, Charte des Nations Unies.

مقدمة

كان من الطبيعي - نتيجة للتباين في المصالح بين الدول واختلاف نظرة كل منها إلى اعتبارات أمنها الخاص، علاوة على ما أحدثته عوامل التطور - أن يصطدم النظام الذي وضعه ميثاق الأمم المتحدة بواقع الحياة الدولية، وما حوته من متغيرات، ولم يعد ذلك النظام بعد صالحاً لإغفاله الكثير من الحقائق الجديدة وعجزه عن ملاحظتها. وقد أدى ذلك إلى حدوث تطور في وظيفة مجلس الأمن بعد أن عجز عن تطبيق نصوص الفصل السابع من الميثاق، وشمل تماماً عن ممارسة سلطاته. فعلى سبيل المثال لوحظ أنه قرر في بعض الظروف اتخاذ عمليات تتوسط في طبيعتها بين إجراءات التسوية السلمية - وفقاً للفصل السادس من الميثاق. وبين التدخل كسلطة قمع وفقاً للفصل السابع منه؛ كتشكيله لجماعات شبه عسكرية أو بعثات عسكرية لمراقبة أوضاع في منطقة معينة. أو قوات عسكرية المراقبة الوضع على الحدود بين دولتين أو على خط إطلاق النار بين فريقين متنازعين. أو بالتحري عن الحقائق في منطقة يسودها الاضطراب للتأكد من عدم وجود تدخل أجنبي، أو الحيلولة دون وقوع صدام مسلح بين فئتين متنازعتين، فبغش نظام الأمن الجماعي توصل مجلس الأمن في هذا الإطار بالقيام بإنشاء أول عمليات حفظ السلام الأممية والانطلاق كانت في عام 1948 من الشرق الأوسط المتمثلة في إرسال الأمم المتحدة لهيئة مراقبة الهدنة التابعة لها لأن اللجوء إلى القوة المسلحة واقع يفرض نفسه في النزاعات بين الدول وهو ما جعل المنظمة الأممية تفكر في إنشاء وسيلة لحفظ السلام بين الأطراف المتنازعة ويطلق اصطلاح عمليات حفظ السلام على الإجراءات التي تتخذها الأمم المتحدة، ومنه تتمثل أهمية البحث من خلال إبراز التطور الوظيفي لقوات حفظ السلام كامتداد جديد لإستراتيجية ميثاق الأمم المتحدة، كما يهدف هذا البحث على التركيز لمراحل تطور قوات حفظ السلام ونشأتها عبر الأجيال المختلفة، فالإشكالية المطروحة كيف أحدثت عمليات حفظ السلام تطوراً نوعياً في أداءات مجلس الأمن الدولي وإزاء حفظ مسؤولية السلم والأمن الدوليين؟ لأجل بلوغ الأهداف المرجوة تم الاعتماد في الأساس على المنهج الوصفي التحليلي.

ومن أجل الإجابة عن هذه الإشكالية صممت خطة ثنائية المبنى مكونة من مبحثين عالج (المبحث الأول) نشأة قوات حفظ السلام من حيث التأسيس القانوني لها في (مطلب أول) ثم الصلاحيات الممنوحة لها في (مطلب ثان) في حين يتناول (المبحث الثاني) التطور الوظيفي الذي طرأ على سلطات قوات حفظ السلام من خلال (المطلب أول) خصص لمرحلة التدخل المحدود لها وأما (المطلب الأخير) فيبحث في الآليات الجديدة التي وظفتها قوات حفظ السلام، ويمكن أن نتطرق لها من الجانب التفصيلي فيما يلي:

المبحث الأول: نشأة قوات حفظ السلام

من خلال ميثاق منظمة الأمم المتحدة الذي يسعى إلى مساعدة الدول التي تزامنت فيها الصراعات والنزاعات المسلحة من شكل لآخر وبؤر التوتر ، وهذا كله يندرج تحت اسم المحافظة على السلم والأمن الدوليين من خلال إنشاء قوات حفظ السلام لتقوم بهذه المهمة لأجل إعادة السلم والأمن في المناطق المستهدفة، وعلى اثر ذلك تم إنشاء هذه الآليات السلمية التي كانت أجهزة المنظمة المتمثلة في مجلس الأمن الدولي والجمعية العامة المسؤولة عن إنشائها، ويمكن تناولها فيما سيأتي:

المطلب الأول: أجهزة الأمم المتحدة المختصة بإنشاء قوات حفظ السلام

إن أجهزة الأمم المتحدة التي لها سلطة ومسؤولية إنشاء قوات حفظ السلام الدولية تتمثل في مجلس الأمن الدولي الذي يعتبر القلب النابض لمنظمة الأمم المتحدة ويليه في سلطة الإنشاء الجمعية العامة التي هي بدورها تمثل احد الأجهزة الرئيسية للمنظمة، ويمكن التطرق لما سبق كما سيأتي:

الفرع الأول: مجلس الأمن

تعهدت الدول في المادة (43) من ميثاق الأمم المتحدة، بأنها في سبيل المساهمة في حفظ السلم والأمن الدوليين، تضع تحت تصرف مجلس الأمن بناء على طلبه وطبقا لاتفاقات خاصة ، ما يلزم من القوات المسلحة، والمساعدات والتسهيلات الضرورية لهذه المهمة¹.

إذا كان يحق للأمم المتحدة إنشاء عمليات حفظ السلام الدولية وكان من المعلوم أن هذه المنظمة تمتلك ستة أجهزة رئيسية هي الجمعية العامة ومجلس الأمن والمجلس الاقتصادي والاجتماعي ومجلس الوصاية ومحكمة العدل الدولية والأمانة العامة ، فإن التساؤل يثار هنا حول الجهاز المختص من بين هذه الأجهزة الستة بإنشاء العمليات ، وغير خاف أن ميثاق الأمم المتحدة لا يمكن أن يسعفنا في معرض البحث عن إجابة صريحة ومباشرة لهذا التساؤل مادام أنه لا ينص صراحة على عمليات حفظ السلام الدولية ذاتها ، ولكن من شأنها أن تساهم في تحديد أجهزة هذه المنظمة الدولية المختصة بإنشاء العمليات².

حيث صارت هذه الأخيرة التي أنشأها مجلس الأمن الدولي³، لها عدة مهام مختلفة ، فالناظر بداية في مجمل أحكام الميثاق يتبين له أن مسؤولية تحقيق هدف حفظ السلام والأمن الدوليين ، وهو الهدف الذي تعتبر

¹ عسكر محمد عادل، التنظيم القانوني للشركات العسكرية والأمنية الخاصة، الجيزة مصر، مركز الدراسات العربية للنشر و التوزيع، الطبعة الأولى، (2019)، ص 66.

² محمد صافي يوسف، النظام القانوني لعمليات حفظ السلام الدولية، القاهرة، دار النهضة العربية(2008) ، ص 56.

³ بركة محمد ، دور هيئة الأمم المتحدة في تجسيد مبادئ القانون الدولي الإنساني ، بدون ذكر اسم المجلة، العدد السادس ، جامعة سيدي بلعباس ،(بدون ذكر السنة) ، ص 183.

عمليات حفظ السلام الدولية إحدى آليات تنفيذه تقع على عاتق مجلس الأمن والجمعية العامة¹. حيث ألقى ميثاق الأمم المتحدة على عاتق مجلس الأمن بالمسؤولية الرئيسية في شأن حفظ السلم والأمن الدوليين ، فالمادة 24 من الميثاق تنص على أنه رغبة في أن يكون العمل الذي تقوم به الأمم المتحدة سريعا وفعالا ، وهكذا فإن إنشاء مجلس الأمن للغالبية العظمى من عمليات حفظ السلام الدولية التي اضطلعت بها منظمة الأمم المتحدة يتأتى من كونه المسؤول الأول والرئيسي عن حفظ السلم والأمن الدوليين ، وهو يؤدي دوره في هذا الشأن من خلال جهة محاولة حل المنازعات الدولية بالوسائل السلمية في إطار الأحكام الواردة في الفصل السادس من الميثاق ، ومن جهة أخرى استخدام صلاحياته وفقا للفصل السابع التي تمنحه سلطة اتخاذ تدابير المنع والقمع حين يقدر أن هناك تهديدا للسلم والأمن الدوليين وإخلالا بهما أو عملا من أعمال العدوان².

1. اختصاص المجلس بإنشاء العمليات وفقا للفصل السادس من الميثاق:

تمنح المادة 36 من الميثاق مجلس الأمن سلطة القيام في أية مرحلة من مراحل تطور النزاع الذي يمكن أن يؤدي استمراره إلى تهديد السلم والأمن الدوليين ، أي المنازعات المشار إليها في المادة الثالثة والثلاثين من الميثاق ، أو المواقف المشابهة بالتوصية بما يراه ملائما من الإجراءات وطرق التسوية التي من شأنها المساعدة على إيجاد حل للنزاع أو الموقف³، الذي يجب الفصل فيه للخروج منه بحل يرضي جميع الأطراف. كما حدد الأمين العام للأمم المتحدة بطرس بطرس غالي عمليات حفظ السلام على أنها نتاج تأسيس مجلس الأمن⁴ ، لان هذا الأخير يعتبر القلب النابض للأمم المتحدة.

وما تلزم الإشارة إليه بداية هو أن مجلس الأمن يتدخل في مثل هذه المنازعات والمواقف المشابهة في الوقت الذي يقدره هو ذاته ومن تلقاء نفسه ، أي دون الحاجة إلى تنبيه من أية دولة ، سواء كانت عضوا في الأمم المتحدة أو غير عضو ، أو من الأمين العام للمنظمة أو حتى من قبل أطراف النزاع أنفسهم⁵. وإذا كان لا يحق لمجلس الأمن على هذا النحو الاستناد إلى أحكام المادة 36 من الميثاق لإنشاء عمليات الإشراف والرقابة ، فإننا نعتقد أنه يجوز له أن يؤسس إنشائه لعمليات حفظ السلام الدولية الأخرى على أحكام

¹ محمد صافي يوسف، المرجع السابق، ص 57.

² محمد صافي يوسف، مرجع سابق، ص 58.

³ محمد صافي يوسف، مرجع سابق، ص 59.

⁴ بودر بالة صلاح الدين ، استخدام القوة المسلحة في إطار أحكام ميثاق الأمم المتحدة ، أطروحة دكتوراه في القانون العام ، كلية الحقوق بن عكنون ، جامعة الجزائر ، الجزائر ، (2010) ، ص 142.

⁵ محمد صافي يوسف، مرجع سبق ذكره، ص 59.

المادة 37 التي تمنحه الحق في أن يوصي مباشرة بما يراه ملائماً لحل النزاع ، فقد يرى المجلس أن نشر عملية لحفظ السلام في مكان النزاع يعتبر مقدمة ضرورية ولازمة لحل النزاع من خلال وسيلة سلمية يحددها أيضاً¹.

2. اختصاص المجلس بإنشاء العمليات وفقاً للفصل السابع من الميثاق:

يوجد من بين الأحكام الواردة في الفصل السابع من ميثاق الأمم المتحدة ما يصلح سنداً لتأسيس اضطلاع مجلس الأمن بعمليات حفظ السلام الدولية ، فالمادة التاسعة والثلاثون ترفض للمجلس بأن يقرر أولاً ما إذا كان قد وقع تهديداً للسلام والأمن الدوليين أو إخلالاً بهما أو عمل من أعمال العدوان ، ثم تمنحه الحق في تحديد ما إذا كان تصرفه سوف يتخذ شكل توصيات أم قرارات².

وهكذا إذا كان السائد والطبيعي أن تتخذ تصرفات مجلس الأمن في إطار الفصل السابع من الميثاق شكل قرارات ملزمة ، فإن المادة التاسعة والثلاثين مؤيدة ببعض السوابق العملية القليلة ترخص للمجلس بأن يتصرف في إطار هذا الفصل من خلال إصدار توصيات غير ملزمة ، فهذا هو ما حدث على سبيل المثال إبان المشكلة الكورية حيث رجا المجلس أعضاء الأمم المتحدة بمقتضى القرار (83) الصادر في السابع والعشرين من يونيو 1950 ، على الرغم من أنه كان يستطيع أمرهم بأن يقدموا إلى كوريا الجنوبية جميع المساعدات العسكرية اللازمة ، فيحق للمجلس على هذا النحو أن يستند إلى أحكام المادة التاسعة والثلاثين من الميثاق ويوصي بإنشاء عملية لحفظ السلام إذا قدر أن مثل هذا التدبير من شأنه أن يعيد أو يسهم في إعادة السلم والأمن الدوليين إلى نصابهما ، كما أنه يمكن وبصورة أكثر وضوحاً تأسيس بعض عمليات حفظ السلام الدولية التي يضطلع بها مجلس الأمن على الأحكام الواردة في المادة الأربعين من الميثاق³.

كما تحرر مجلس الأمن من قيوده وازدادت عمليات حفظ السلام التي يتدخل فيها مثلما توسع نطاق القضايا والمسائل بمهام هذا المجلس مثل مساهمته في الحفاظ على السلم والأمن الدوليين كأساس مهم في مسؤوليته الأساسية⁴.

الفرع الثاني: الجمعية العامة

إذا كانت المادة 24 من ميثاق الأمم المتحدة قد ألفت على عاتق مجلس الأمن "بالمسؤولية الرئيسية" في مجال حفظ السلم والأمن الدوليين ، فإن أحكاماً أخرى في الميثاق قد عهدت إلى الجمعية العامة أيضاً بمسؤوليات في هذا المجال ، وإذا كان لا يمكن وصفها "بالرئيسية" فإن أقل ما يمكن أن توصف به أنها لا تقل

¹ محمد صافي يوسف، مرجع سبق ذكره، ص 61.

² محمد صافي يوسف، مرجع سبق ذكره، ص 62.

³ محمد صافي يوسف، مرجع سبق ذكره، ص ص 62، 63.

⁴ خلفان كريم ، مجلس الأمن و تحديات السلم و الأمن العالميين،دراسة على ضوء مقترحات إصلاح منظمة الأمم المتحدة،مجلة المفكر،العدد العاشر،جامعة محمد خيضر بسكرة، (بدون ذكر السنة)، ص 40.

أهمية عن تلك الممنوحة للمجلس ، وهكذا فإنه يمكن بداية العثور على أحكام في ميثاق الأمم المتحدة تمنح الجمعية العامة بصفة ضمنية اختصاصا بإنشاء عمليات حفظ السلام الدولية ، ولكن أحكام الميثاق ليست هي الوحيدة التي تمنح الجمعية اختصاصا في الشأن ، وإنما يضاف إليها أيضا قرار الإتحاد من أجل السلام¹.

1. اختصاص الجمعية العامة بإنشاء العمليات وفقا لأحكام الميثاق:

تمنح المادة العاشرة من الميثاق ، وهي التي تضع القاعدة العامة في شأن اختصاص الجمعية العامة ، هذه الأخيرة سلطات وصلاحيات واسعة تسمح لها بمناقشة أي أمر أو أية مسألة تدخل في نطاق الميثاق أو تصل بسلطات ووظائف أحد الأجهزة التي ينص عليها ، وإصدار مآثره ملائما من التوصيات لأعضاء الأمم المتحدة أو لمجلس الأمن أو كليهما معا شريطة احترام الأحكام الواردة في المادة الثانية عشر ، وهو ما يستفاد منه أن الجمعية معنية بالدرجة الأولى بأمر حفظ السلم والأمن الدوليين الذي يعتبر أهم المسائل الواردة في الميثاق على الإطلاق².

وعليه فالجمعية العامة للأمم المتحدة منذ 1950 خول لها اتخاذ قرارات خاصة لحفظ السلام أو إرسال قوات خاصة لفرض السلام³.

ومن الملاحظ أن هذه العمليات ارتبطت تاريخيا بقرار الإتحاد من أجل السلام الصادر عن الجمعية العامة⁴.

ويمكن القول أنه يحق للجمعية وفق أحكام الميثاق أن تضطلع بأي عمل غير قسري يهدف إلى حفظ السلم والأمن الدوليين ، وهو الأمر الذي يعني في وضوح كامل أو أحقيتها في الاضطلاع بعمليات حفظ السلام الدولية لأن هذه العمليات تتميز كقاعدة عامة بطابعها غير القسري ، وتستند الجمعية حين إنشائها لمثل هذه العمليات على مجمل أحكام الميثاق التي تمنحها اختصاصات في مجال حفظ السلم والأمن الدوليين ، أي بصفة أكثر تحديدا على الأحكام الواردة في المواد العاشرة و الحادية عشر والرابعة عشر والخامسة والثلاثين من الميثاق⁵.

¹ محمد صافي يوسف، مرجع سبق ذكره، ص 68.

² محمد صافي يوسف، مرجع سبق ذكره، ص 69.

³ حمزة محمد أحمد عمر منى ، عمليات مجلس الأمن لحفظ السلام بالسودان (2004-2008)، بحث تكميلي لنيل شهادة الماجستير في العلوم و العلاقات الدولية، قسم العلوم السياسية، كلية الدراسات الاقتصادية و الاجتماعية، السودان، ص 27.

⁴ طرشي يسين، عمليات حفظ السلام من التغيير إلى التغير، الواقع والتحول البنويية ضمن حدود السلام الدولي، مجلة دراسات مخبر الدراسات الصحراوية، العدد الثاني، جامعة بشار، (2012) ص 110.

⁵ محمد صافي يوسف، مرجع سبق ذكره، ص 74.

2. اختصاص الجمعية بإنشاء العمليات وفقا لقرار "الإتحاد من أجل السلام":

إذا كان لا يحق للجمعية العامة ، وفق أحكام ميثاق الأمم المتحدة لإنشاء عملية ما لحفظ السلام للمساهمة في تسوية موقف أو نزاع معين إذا كان الأمر معروضا على مجلس الأمن ، فإن هذا يعني أن الجمعية سوف تظل عاجزة عن ممارسة مهامها في هذا الشأن حتى وإن كان المجلس هو الآخر عاجزا عن الاضطلاع بوظائفه بسبب استخدام إحدى الدول الخمس دائمة العضوية لحق الفيتو أو بسبب عدم توافر الأغلبية اللازمة لإصدار القرار ، ورغبة في معالجة هذا العجز والشلل المزدوج الذي يمكن أن يصيب مجلس الأمن والجمعية العامة في آن واحد ، وما يؤدي إليه ذلك بالضرورة من عدم قدرة منظمة الأمم المتحدة على معالجة مواقف ومنازعات ذات خطر كبير على حفظ السلم والأمن الدوليين ، وهو الوضع الذي لا يمكن أن يكون مقصودا من قبل واضعي الميثاق ، أصدرت الجمعية في الثالث من نوفمبر 1950 قرار رقم 377 والمعروف بقرار "الإتحاد من أجل السلام"¹، وينجم عن صدور هذا القرار عدة آثار أبرزها:²

1. انشأ هذا القرار نظاما جديدا للأمن الجماعي تسهر على تطبيقه الجمعية العامة وليس مجلس الأمن.

2. يمنح هذا القرار الجمعية العامة بإصدار توصيات وذلك باتخاذ جميع التدابير الجماعية اللازمة بما فيها

استخدام القوة المسلحة، الأمر الذي أدى بالجمعية العامة بإنشاء عملية لحفظ السلام بالفعل أول مرة عام 1956 في مصر باسم قوات الطوارئ الأولى.

3. انشأ هذا القرار لجنة لمراقبة السلام تتمثل مهمتها في مراقبة الوضع في أية منطقة في العالم ، وإعداد

التقارير اللازمة عن هذا الوضع وتقديمها للجمعية العامة لاتخاذ القرار.³

المطلب الثاني: التطور الكيفي لقوات حفظ السلام

يتناول هذا المطلب التطور الكيفي للأنماط المختلفة لقوات حفظ السلام الأممية المتمثل في الدبلوماسية

الوقائية وصنع السلام أي من حيث التقوية والتعزيز وكذا حفظ السلام لان هذه الأنماط المختلفة والمكملة لبعضها البعض تعتبر مراحل مهمة للغاية في تطور قوات حفظ السلام ، وكذا تقسيم هذه الأخيرة من العمليات إلى نظام الفئات ، وسنوضح ذلك فيما سيأتي:

الفرع الأول: الأنماط المختلفة لقوات حفظ السلام الأممية

وسنحاول أن نعالج في هذا العنصر مختلف الأنماط المتنوعة والمختلفة لهذه القوات المعروفة بحفظ

السلام ونوجزها فيما يلي:

¹ محمد صافي يوسف، مرجع سبق ذكره، ص 75.

² محمد صافي يوسف، مرجع سبق ذكره، ص 77.

³ محمد صافي يوسف، مرجع سبق ذكره، ص 78.

أولاً. الدبلوماسية الوقائية: وهي التي تعرف بأنها تلك التي تهدف إلى منع وقوع خلاف أو تحول الخلاف إلى نزاع مسلح، وقد طرح بعض آباء نظام حفظ السلام مثل " برايان أوركهان " مبدأ الدبلوماسية الوقائية منذ أوائل التسعينات ، و في السابق لم تكن الحكومات تلجأ إلى منظمة الأمم المتحدة سوى بعد اندلاع العمليات العسكرية و كانت المنظمة الأممية موجودة دائماً مستعدة للعون ، لكن السجل في هذا الشأن لم يكن جيداً و مع مبدأ الدبلوماسية الوقائية يتعين على منظمة الأمم المتحدة أن تتعرف على مكامن الأزمات ، قبل أن تتطور إلى إراقة الدماء و هذه الدبلوماسية هي ثمرة إدراك متزايد بأن منع النزاعات و الوقاية منها أرخص من تنظيف الساحات بعد اشتعال هذه النزاعات ، و أن صنع السلام لا يزال أرخص بكثير من اشتعال الحرب ¹.

إن استخدام لفظ الدبلوماسية هنا لا يعني أن الوسائل المقترحة في إطار مثل هذه الترتيبات يتعين أن تستعيد الوسائل غير الدبلوماسية بالضرورة ، إذ تتضمن هذه الوسائل و الترتيبات تدابير لبناء الثقة و بعثات لتقصي الحقائق و أجهزة إنذار مبكرة تقوم بجمع البيانات و تحليلها و النشر الوقائي للقوات و إقامة مناطق منزوعة السلاح، لأن ميثاق الأمم المتحدة لم يذكر عمليات حفظ السلام، و قد بدأت كآلية معدة لغرض خاص أوجدها مجلس الأمن من أجل الاستجابة لأوضاع فشلت معها الوسائل السلمية في ظل النزاعات و لكنها لا تستدعي تطبيق نبذ استخدام القوة الواردة في الفصل السابع كاملاً².

ثانياً: صنع السلام (التعزيز و التقوية): هو العمل الرامي إلى تحقيق التوفيق بين الأطراف المتعادلة لاسيما عن طريق الوسائل السلمية مثل تلك التي ينص عليها الفصل السادس من ميثاق الأمم المتحدة، و يتصل صنع السلم بمصطلحات دبلوماسية وقائية و حفظ السلام أحدها بالآخر بصورة لا تتجزأ³.

حيث أشار الباب السادس من أجنحة السلام إلى هذا التطور لعمليات حفظ السلام و عدت أجنحة السلام أمثلة محسوسة ملموسة لمكونات هذا المفهوم الجديد لحفظ السلام و الذي ينسحب على انتهاء حروب أهلية ، و قد حاولت منظمة الأمم المتحدة و بنجاح متفاوت أن تمتحن بماء الذهب هذا المفهوم الجديد لحفظ السلام في كمبوديا و في هايتي⁴.

¹ الجندي غسان، عمليات حفظ السلام الدولية، بدون بلد النشر، بدون ذكر دار النشر، الطبعة الأولى، (2000)، ص 56.

² كواشي مراد ، قوات حفظ السلام و أثارها على تطبيق القانون الدولي الإنساني، دار الحامد للنشر و التوزيع ، عمان ، (2014)، ص 14.

³ سعد الله عمر ، القانون الدولي لحل النزاعات ، الجزائر، دار هومة، الطبعة الثانية ، (2010) ، ص 60.

⁴ الجندي غسان، المرجع السابق، ص 59.

وكأمثلة توضيحية لتعزيز و تقوية السلام في هذه المناطق، كما أصبحت عملية بناء السلام هي إحدى وظائف الأمم المتحدة و تقوم بها أطراف متعددة من داخل المنظمة الدولية.¹

وبمعنى آخر تحدد دور الأمم المتحدة في تحقيق ثلاث مهام، - صنع السلام- حفظ السلام - بناء السلام، و إذا كان مفهوما أن صنع السلام، و بناء السلام قد ارتكز على ممارسة الجهود الدبلوماسية. و تقديم العون للدول من أجل بناء مؤسساتها الوطنية فإن حفظ السلام يبقى غامضا و لكن رغم هذا الغموض كانت قوات حفظ السلام أداة لا غنى عنها في جهود الأمم المتحدة لتحقيق السلام.²

ثالثا: حفظ السلام: ينضوي تحت هذا المفهوم التدابير التي يمتلك مجلس الأمن اتخاذها دون أن يحسم الخلاف بين الأطراف المتنازعة أو يخل بحقوق المتنازعين أو يؤثر بمطالبهم ، و لعل نشر قوات دولية تحت اسم عمليات حفظ السلام هو أكثر صور تطبيقات الأمم المتحدة لمفهوم حفظ السلام.³

كما أن ميثاق الأمم المتحدة يؤكد أن حفظ السلام التي تضطلع به المنظمة هو إحدى الأدوات الرئيسية المتاحة للنهوض بتلك المسؤولية.⁴

كما تطور حفظ السلام بواسطة الأمم المتحدة خلال الحرب الباردة بسبب أتساع هوة الخلاف بين القوى الكبرى و تغير طبيعة الفواعل الدولاتية ،لنصبح أمام ما يعرف بعمليات حفظ السلام متعددة الأبعاد.⁵

حيث أن حفظ السلام يقصد به عمليات الأمم المتحدة في الميدان،و التي يتم خلالها نشر أفراد عسكريين أو شرطة أو أفراد مدنيين تابعين للأمم المتحدة بهدف حفظ السلام و منع تجدد النزاع.⁶

حيث أن عمليات الأمم المتحدة لحفظ السلام هي أداة يستخدمها المجتمع الدولي للدفع بعملية السلام و الأمن من خلال إدارة عمليات حفظ السلام يتم تقديم التوجيه السياسي و التنفيذ لعمليات الأمم المتحدة لحفظ

¹ عكاب خالد ،حسون العبيدي ، سالم أنور أحمد العبيدي ، المفهوم المعاصر لبناء السلام في إطار القانون الدولي الإنساني ، مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية و السياسية ، المجلد 4 ، العدد 15،، (بدون ذكر السنة)، ص 42.

² حسني مصطفى يعقوب حسني، عمليات الأمم المتحدة لحفظ السلام، حالة السودان، بحث تكميلي لنيل درجة الماجستير في العلاقات الدولية، شعبة العلوم السياسية، كلية الدراسات الاقتصادية و الاجتماعية، جامعة الخرطوم، الخرطوم، (2012) ص 41.

³ محي الدين خولة ، دور الأمم المتحدة في بناء السلام، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية و القانونية،المجلد 27،العدد الثالث،(2011) ، ص ص 493-494.

⁴ تقرير اللجنة الخاصة المعنية بعمليات حفظ السلام،الجمعية العامة للأمم المتحدة،رقم 19/2014،68.

⁵ بلغالم آمال ، حوكمة عمليات حفظ السلام في منطقة القوقاز ، النزاع الجورجي الأبخازي بعد 1992،"أنموذجا"،مذكرة مقدمة ضمن متطلبات نيل شهادة الماجستير في العلوم السياسية و العلاقات الدولية ، تخصص حوكمة و تنمية ، قسم العلوم السياسية كلية الحقوق و العلوم السياسية جامعة باتنة 1، الجزائر، (2016) ، ص 29.

⁶ مزغني حيزوم بدر الدين ،حفظ الأمن الجماعي من خلال ميثاق الأمم المتحدة ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي و العلاقات الدولية، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر بن يوسف بن خدة،الجزائر،(2009-2010)، ص 81.

السلام في أنحاء العالم¹، بإحداث نقله جذرية في عمليات الأمم المتحدة لحفظ السلام و عمليات حفظ السلام متعددة الأطراف².

الفرع الثاني: تقسيم قوات حفظ السلام وفق نظام الفئات

يقسم بعض الفقهاء قوات حفظ السلام إلى ثلاث فئات هي³:

أولاً- الفئة الأولى : هي قوات مسلحة تقوم بمهام المراقبة كتلك التي تم نشرها في منطقتي الشرق الأدنى و كشمير.

ثانياً- الفئة الثانية: هي قوات مسلحة مهمتها السيطرة على الأراضي، كما هو الحال في قبرص و سوريا و جنوب لبنان و كرواتيا.

ثالثاً- الفئة الثالثة: هي قوات مسلحة و غير مسلحة مهمتها فرض السلام .

المبحث الثاني: التطور الوظيفي لقوات حفظ السلام

مرت عمليات حفظ السلام بعدة مراحل منذ نشأتها إلى غاية تطوراتها الوظيفية عبر الأزمنة التي يطلق عليها اصطلاحاً بالأجيال التي تصنف حسب الأهداف المنوطة بها لان تلك المرحلة كان العالم مهزوماً ومصدوماً اثر تخبطه وخروجه من الحرب العالمية الثانية، وتزامناً مع الأوضاع المزرية التي كان العالم يتخبط فيها فكر المجتمع الدولي في إنشاء آليات دولية سلمية لتهتم بهدف السلم والأمن الدوليين تمثلت في قوات حفظ السلام الدولية الأممية وبدأت هذه الأخيرة بمهام تقليدية إلى أن وصلت إلى المهام الحديثة وكان كل ذلك من خلال التطور الوظيفي عبر الأجيال فيما سيأتي ذكره:

المطلب الأول: مرحلة التدخل المحدود و تجسيد مبادئ السياسة الدولية

تعتبر هذه المرحلة تاريخياً كبدائية لظهور قوات وعمليات حفظ السلام التي يطلق عليها تسمية الجيل الأول وهي تعتبر رسم جديد للمساهمة في إخماد بؤر التوترات والنزاعات المسلحة للحفاظ على السلم والأمن الدوليين ، كما تأتي مرحلة تجسيد مبادئ السياسة الدولية تكملة للمرحلة السابقة التي تعبر عن الجيل الثاني وهي تهدف إلى حماية و تحرير حقوق الإنسان على سبيل الحصر، ويمكن التطرق لها فيما سيأتي:

الفرع الأول: مرحلة التدخل المحدود :

كانت مهام قوات حفظ السلام في بداية نشأتها محدودة و تقتصر على الرقابة، فمنذ سنة 1948 تاريخ بداية اضطلاع الأمم المتحدة بعمليات حفظ السلام إلى غاية ماي 2008 تم تنفيذ 63 عملية حفظ السلام و قد

¹ دليل الأمم المتحدة ، مركز هردو لدعم التعبير الرقمي ، القاهرة،(2017) ، ص 17.

² بركة محمد، مرجع سابق، ص 183.

³ ملهاق فضيلة ، حماية حقوق الإنسان أثناء النزاعات المسلحة، واقع و رهانات، الجزائر، موفم للنشر،(2018)، ص 189.

نتج عن الممارسة العرف التأسيسي الذي ينظم هذه العمليات في إطار منظمة الأمم المتحدة، فكانت باكورتها قوة طوارئ الأمم المتحدة الأولى unef1¹، بمعنى أول قوة دولية أنشأت في إطار قوات حفظ السلام². حينها، فبعد نهاية الحرب الباردة وعلى اثر بداية مرحلة جديدة آنذاك، كان العالم قد خرج من دمار شامل مس البلاد والعباد وترك آثار اجتماعية ونفسية مدمرة، كما قضى على الأخضر واليابس هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى فكر المجتمع الدولي في إيجاد آليات سلمية تمثلت في عمليات حفظ السلام الدولية للحفاظ على السلم والأمن الدوليين، وكانت أول عملية في سنة 1948، بداية اهتمام الأمم المتحدة بمثل هذه القوات.

التي تم نشرها في عام 1956 لمعالجة أزمة السويس أين اقتصرته مهام القوات على الوجود الرمزي بمراقبة وقف إطلاق النار و الفصل بين قوات الأطراف المتنازعة، و لم يتم لجوءها إلى استخدام القوة إلا في حالة الضرورة القصوى للدفاع عن النفس و هي ذات المهام التي اضطلعت بها بعثة الأمم المتحدة للمراقبة في لبنان عام 1958 و يطلق عليها عمليات حفظ السلام التقليدية و تعد بالجيل الأول لعمليات حفظ السلام³، كأول بداية لمثل هذا النوع من العمليات والقوات، وهذا جاء على إثر خروج العالم من حرب ضروس دمر فيها كل شئ، ومن أجل استعادة السلم والأمن الدوليين فكر المجتمع الدولي في مثل هذه الآليات للمساهمة بناء السلم من جديد والدخول في مرحلة جديدة تحتاج إلى الجهود الدولية.

حيث تعبر هذه المرحلة عن بداية الأمم المتحدة في تعاملها مع مسائل حفظ السلم والأمن الدوليين، وتمتد هذه المرحلة حين نشأة منظمة الأمم المتحدة إلى غاية نهاية الثمانينات، وتميزت عمليات وقوات حفظ السلام بالمحدودية والتقييد السياسي والميداني، لان تحرك القوات الأممية كان مقيد بعدة مبادئ⁴.

حيث يعتبر هذا الجيل هو المؤسس لمفهوم عمليات حفظ السلام الدولية، و كان أطلقه مجلس الأمن بموجب القرار رقم 50 بتاريخ 29 ماي 1948 حيث نص على إنشاء بعثة دولية مؤلفة من مجموعة عسكريين دوليين للإشراف على الهدنة بين الدول العربية و إسرائيل⁵، آنذاك من أجل المحافظة على هدف السلم والأمن الدوليين، لأن تلك المرحلة كانت حساسة، بمعنى خروج العالم من دمار شامل وويلات الحرب وآثارها.

¹ ملهاق فضيلة، مرجع سابق، ص ص 189-190.

² بودر بالة صلاح الدين، مرجع سابق، ص 161.

³ ملهاق فضيلة، مرجع سبق ذكره، ص ص 189-190.

⁴ العقون ساعد، تطبيق القانون الدولي الإنساني على القوات التابعة للأمم المتحدة في إطار عمليات حفظ السلام الدولية، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، العدد 15، بدون ذكر السنة، ص 100.

⁵ مرزق عبد القادر، استخدام القوة في إطار القانون الدولي الإنساني، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي و العلاقات الدولية، كلية الحقوق بن عكنون، الجزائر، (2012)، ص 50.

وما يسمى صورا أخرى لأعمال نظام حفظ السلام في الأمم المتحدة و التي جاءت بداياته الأولى نتيجة للعدوان البريطاني الفرنسي الإسرائيلي على مصر عام 1956 الذي يقصد به نشر قوات عسكرية تابعة للأمم المتحدة في منطقة النزاع¹، لتهدة الأوضاع المختلفة في المناطق ذات التوترات المتنوعة، لأن هذه القوات الدولية من عمليات حفظ السلام هي بمثابة آليات سلمية مهمتها الأساسية تطبيق قواعد القانون الدولي الإنساني الذي يسمى بقانون الحرب، بحيث يدخل المدنيين وغيرهم من الفئات الهشة المشمولة بالحماية. كما نجد أن عمليات الجيل الأول من قوات حفظ السلام، قد أخذت طابع المهام الخاصة بالمراقبة العسكرية، والتي تمت في إطار النزاعات والصراعات بين الدول، فالملاحظ انه تم إنشاء ثلاثة عشر عملية لحفظ السلام بين فترة 1945 و 1987²، من دخول العالم في مرحلة جديدة بعد نهاية الحرب العالمية الثانية التي قضت على الأخضر واليابس، وهذا مما يحتاج إلى بذل الجهود الدولية من أجل بناء السلام في ظل أعقاب نهاية الحرب المدمرة وبداية حرب جديدة تمثلت في الحرب الباردة.

الفرع الثاني: مرحلة تجسيد مبادئ السياسة الدولية :

في بداية الثمانينات لم تعد هذه العمليات تهدف إلى إرساء وضع أممي معين و إنما أصبحت تساهم في تجسيد مبادئ السياسة الدولية كمرقبة عمليات الانتخاب و أحيانا حتى تنظيمها و الإشراف عليها و نشاطات المصالحة الوطنية و إزالة الألغام، و هو ما يمثل الجيل الثاني لعمليات حفظ السلام التي تتضمن تجسيد عدة مهام بصورة مباشرة داخل الدول³، عملا لتجسيد مبادئ السياسة الدولية ولتكملة عمليات الجيل الأول. حيث أن هذا يدخل ضمن تزايد دور الأمم المتحدة وبداية تحرر قرارات مجلس الأمن شيئا فشيئا من الغيتو السوفيتي أحيانا والأمريكي أحيانا أخرى نتيجة نهاية الحرب الباردة، بحيث نجد أن نشاطات قوات حفظ السلام الدولية تنوعت وتعددت إلى حد ما، وخير مثال كما حدث في نيكاراغو في الفترة 1989 و 1990 و أنغولا 1992 وكمبوديا في نفس العام، كما امتد نشاط القوات الأممية إلى مسائل متابعة قضايا حقوق الإنسان خاصة في رواندا عام 1994 أين لعبت دور المراقب لحقوق الإنسان كما أجرت وقامت بتحقيقات في بعض الانتهاكات التي وقعت في البلد حينها⁴، وللحفاظ على الحقوق والحريات العامة عملا بمبادئ القانون و المجتمع الدولي.

¹ بلهوا ري سمية، دور قوات حفظ السلام في حفظ الأمن والسلم الدوليين، المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية، العدد الرابع، المجلد الأول، جامعة عمار ثلجي، الأغواط، (بدون ذكر السنة)، ص 194.

² بلهوا ري سمية، المرجع السابق، ص 198.

³ ملهاق فضيلة، مرجع سبق ذكره، ص 191.

⁴ العقون ساعد، المرجع السابق، ص 101.

حيث يمكن أن يصطلح عليها بالدبلوماسية الوقائية التي يتم نشر قوات حفظ السلام في إطارها وتعرف بأنها الإجراءات الهادفة إلى منع وقوع الخلاف أو تحويله إلى نزاع مسلح. وما نخلص إليه أن أنشطة وعملية حفظ السلام ضمن الجيل الثاني بدأت تظهر جليا وفعليا بعد نهاية الحرب الباردة مع بداية التسعينيات ونهاية الثمانينات وذلك نتيجة التوجه الجديد في هذه المرحلة وهو التدخل الذي كان يعتبر من صميم الاختصاص الداخلي للدولة¹، حيث يتعلق هذا الأخير بسيادة الدولة على إقليمها.

المطلب الثاني: مرحلة التدخل الإنساني و الرقابة على عمليات حفظ السلام:

تمثلت مرحلة الجيل الثالث من عمليات وقوات حفظ السلام المعروفة بالتدخل الإنساني التي تتم على إثرها التوسيع في مضمون السلم والأمن الدوليين كحماية المدنيين والمساعدات الإنسانية، وأخيرا مهام الجيل الرابع التي تعتبر كآليات جديدة وظفتها قوات وعمليات حفظ السلام ، وسنوضح ذلك فيما سيأتي:

الفرع الأول: مرحلة التدخل الإنساني

نتج عن تبني الأمم المتحدة لفكرة التدخل الإنساني التوسيع من مضمون "السلم و الأمن الدوليين" ليشمل الأزمات الإنسانية، فكانت النتيجة تزايد استخدام اللجوء إلى القوة بموجب الفصل السابع من ميثاق الأمم المتحدة، و لم يعد لجوء قوات حفظ السلام إلى استخدام القوة يقتصر على حالات الدفاع عن النفس، و إنما يشمل على حماية العمليات الإنسانية و السكان المدنيين في المناطق الآمنة و بذلك ظهر الجيل الثالث من عمليات حفظ السلام و هي تتدرج ضمن صنفين أساسيين الصنف الأول و هي عمليات خاضعة لقيادة الأمم المتحدة ذات طبيعة غير قسرية، أما الصنف الثاني عمليات تتم بعقود من الباطن أو بتفويض من الأمم المتحدة²، لان هذا النوع من العمليات يدخل في حماية العمليات الإنسانية وحقوق الإنسان.

كما نجد أن عمليات حفظ السلام ضمن هذا الجيل تحولت من كونها عمليات أمنية الطابع إلى عمليات تسعى إلى تأهيل المجتمعات وإدماجهم بشكل متكامل مع بعضهم البعض ، ومن بين الأمثلة وأبرزها عملية حفظ السلام في موزنبيق وكمبوديا، بحيث على إثر ذلك أصبح هذا المفهوم يدخل ضمن عمليات بناء السلام ، ومنه ما يلاحظ على هذا المفهوم الجديد هو عدم وجود مصطلح " السيادة المطلقة " لما يتضمنه من احتمالات التدخل في الشؤون الداخلية للدول، ومن الأمثلة التطبيقية على ذلك نماذج العمليات خلال فترة ما بعد 1992 و 2000 خاصة المتعلقة بدول العالم الثالث، ومنه يكون التدخل الإنساني عبر عملية السلام الدولية من أجل

¹ بلهوا ري سمية، مرجع سبق ذكره، ص 199.

² ملهاق فضيلة، مرجع سبق ذكره، ص 191- 192.

حماية العمليات الإنسانية والسكان المدنيين في المناطق الآمنة¹، التي تحتاج إلى حماية شاملة لهذه الفئات الهشة وحفاظا على راية وشعار السلم والأمن الدوليين.

لأن هذا النوع من عمليات حفظ السلام هو من الجيل الثالث الذي يقوم أساسا على توقيف العمليات العدائية وتشبيد سلام راسخ و دائم يدخل ضمن تنوع وتشعب أعمال المساعدة التي شهدتها مهام قوات حفظ السلام الدولية من حيث تطورها في المفهوم والأبعاد²، لان هذه القوات والعمليات تعتبر آليات جديدة تساهم بشكل أو بآخر في الحفاظ على السلم والأمن الدوليين.

وعلى إثر ذلك يمكن القول أن الحماية في إطار عمليات حفظ السلام دفع بالأمم المتحدة إلى دعوة هذه المنظمة إلى إعادة النظر في مسألة التدخل الإنساني و عدم استعمال قوات حفظ السلام كوسيلة لانتهاك السيادة الوطنية للدول³، لان قوات حفظ السلام تعتبر آليات سلمية تحمي ولا تنتهك.

ومن هنا يمكننا القول أن التدخل الإنساني يصنف عادة ضمن ما يعرف بالتدخل غير العنيف وغير قسري والذي عادة يمارس من قبل المنظمات الدولية والمنظمات غير الحكومية أو الدول، ويقوم على تقديم المساعدة الإنسانية ومحاولة تهدئة النزاعات وإعادة البناء، وهذا ما يؤكد أن التدخل لاعتبارات إنسانية قد تنتهي عنه الشرعية بينما عمليات حفظ السلام تتوسط الفصلين السادس والسابع وإن كانت قد اتجهت إلى ما يعرف بمصطلح "فرض السلم" في بعض الحالات خاصة بعد الحرب الباردة⁴، بمعنى تعميم السلم وحمايته بكل الأشكال خاصة في ظل زمن العولمة والنظام الدولي الجديد لان العالم في تطور مستمر.

الفرع الثاني: مرحلة الرقابة على عمليات حفظ السلام :

عرفت فترة التسعينات انهيار المعسكر الاشتراكي و ظهور الأحادية القطبية و صاحب ذلك ظهور عدة توترات و نزاعات مسلحة في العالم، مما دفع بالأمم المتحدة إلى مراجعة التحديات التي تواجه حفظ السلام و قام الأمين العام بتعيين فريق مؤلف من أشخاص ذوي خبرة في منع الصراعات و حفظ السلام و بناء السلام، لأن مجال حماية حقوق الإنسان في إطار عمليات حفظ السلام يثير الكثير من الإشغالات لأجل تقسيم أوجه

¹ بلهوا ري سمية، مرجع سبق ذكره، ص ص 199 - 200.

² قلي أحمد، قوات حفظ السلام دراسة في ظل المستجدات الدولية، رسالة مقدمة لنيل درجة دكتوراه في العلوم تخصص - القانون، جامعة مولود معمري- تيزي وزو كلية الحقوق و العلوم السياسية مدرسة الدكتوراه في القانون و العلوم السياسية قسم الحقوق، 2013، ص 198.

³ ديلمي شكيرين ، عمل قوات حفظ السلام بين النجاح والفشل الذريع ، مجلة صوت القانون ، المجلد السادس ، العدد 02 ، (نوفمبر 2019) ، ص 1040.

⁴ طرشي يسين، مرجع سبق ذكره، ص ص 112 - 113.

القصور و تقديم التوصيات المناسبة¹، لأن موضوع حماية حقوق الإنسان من المواضيع الحساسة والمكفولة بالحماية.

ومن خلال التطور الذي شهدته عمليات حفظ السلام في تشعب مجالات الأعمال التي تقوم بها في الوقت الراهن، وبانتهاء الصراع القطبي برزت متغيرات جديدة في النظام الدولي منها التوسع في مضمون عمليات حفظ السلام من خلال ماشهدته منظمة الأمم المتحدة من حركية وتنوع في مهام هذه العمليات ، وهذا ما أدى إلى إنشاء قسم لها تابع للأمم المتحدة في بداية التسعينيات لدعم الطلبات المتزايدة لمثل هذه العمليات ومحوريتها خاصة بعد أحداث الحادي عشر من سبتمبر 2001 على إثر التغيير في الكثير من المضامين في بنية النظام الدولي ، وهو ما أدى بتأثير الحرب الباردة المباشر على مجلس الأمن الدولي الذي أدى إلى تراجع عن تحقيق الغايات التي من أجلها أنشأت الأمم المتحدة²، لأن المنظمة الأممية هدفها حفظ السلم والأمن الدوليين.

أصبحت مراقبة وتعزيز مجال حقوق الإنسان من الملامح الحديثة في إطار عمليات حفظ السلام ، حيث أصبحت المنظمة الأممية تستخدم قوات حفظ السلام الدولية لحماية تلك الحقوق خصوصا في أوقات الحروب والنزاعات المسلحة الداخلية مثل كمبوديا والسلفادور ولوزنبيق وتيمور الشرقية، أما بخصوص حماية الأطفال فقد أدرج مجلس الأمن اقتراحا بخصوص حمايتهم في ولايات عمليات حفظ السلام، فأدمج هدف حمايتهم في ولاية البعثة في سيراليون من خلال القرار 1297 (1999) كما أيد المجلس اقتراحا يقضي بإيفاد موظفين مدنيين من ذوي الخبرة في حماية الأطفال في عمليات حفظ السلام³، الدولية التي تسللت من المهام التقليدية إلى مهام حديثة تناط بها هذه القوات من أجل الحماية الشاملة لهذه الفئات.

كما يمكن إعادة هيكلة عمليات حفظ السلام بتشدد اللجنة الخاصة على أن الرقابة الناجحة تقتضي على سبيل الذكر لا الحصر مبادئ وحدة القيادة وتكامل الجهود المبذولة على جميع المستويات ، حيث تشير اللجنة الخاصة إلى زيادة تشعب عمليات الأمم المتحدة لحفظ السلام من أجل العمل بشكل أفضل التي تحث عليه الأمانة العامة ، وهذا كله استجابة بشأن دور حفظ السلم وأثره في الميدان⁴، حيث أن هذه المرحلة أصبحت تناط بمهام حديثة تتماشى مع التطور الوظيفي لهذه القوات الأممية الدولية ومع المجتمع الدولي.

¹ ملهاق فضيلة ،مرجع سبق ذكره،ص ص 192-193.

² طرشي يسين، مرجع سبق ذكره، ص ص 107-108.

³ زروال عبد السلام ، عمليات حفظ السلام التابعة للأمم المتحدة ، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي ، فرع العلاقات الدولية وقانون المنظمات الدولية ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، القسم العام ، جامعة منتوري قسنطينة ، 2010، ص ص 106-107.

⁴ تقرير اللجنة الخاصة المعنية بعمليات حفظ السلام، الجمعية العامة رقم: A/68/19، الأمم المتحدة، نيويورك 2014، ص 14.

وكمثال في يوغسلافيا بالرغم من وجود قوات حفظ السلام ذات الخوذات الزرقاء في تلك المناطق ، حيث تواجه في الواقع هذه القوات الأممية اليوم تحديات أكبر بكثير من تلك التي واجهتها سابقا في الخمسينات عند بداية النشاط آنذاك، فالسبب الرئيسي هو أن حفظ السلام أصبح اليوم أكثر تعقيدا في طبيعته حيث لا يتساوى مع صنع وبناء السلام¹، نتيجة التطور في المهام ودخول العالم مراحل جديدة مثل النظام الدولي الجديد والعولمة المتنوعة والمتشعبة.

إن الجيل الرابع من عمليات حفظ السلام الذي نادرا ما يسمى بهذا الاسم يشير إلى عمليات بناء السلام بالوكالة، التي تحدث حين تعهد الأمم المتحدة بمختلف عمليات بناء السلام وحفظه إلى منظمات إقليمية مثلا، ربما يكون هذا أشهر مثال على ذلك ودور حلف شمال الأطلسي في البوسنة منذ أواسط التسعينيات²، الأمر الذي يستدعي جهود المجتمع الدولي للاهتمام أكثر بمجال حقوق الإنسان التي أصبحت اليوم بمثابة إلزامية حماية للسلم والأمن الدوليين من طرف هذه القوات الدولية.

خاتمة

خلص هذا البحث إلى أن التطور الوظيفي لقوات حفظ السلام وفق ميثاق منظمة الأمم المتحدة التي تم إنشائها سنة 1945 كمنظمة عالمية و دولية متخصصة مهمتها الأساسية و هدفها الرئيسي حفظ السلم و الأمن الدوليين، هذا من ناحية ومن ناحية أخرى أن العالم في تلك الفترة خرج من حرب عالمية مدمرة انعدم فيها الأمن الإنساني التي تحتاجه البشرية للعيش الكريم ، وعلى اثر ذلك تعتبر قوات حفظ السلام أحد الآليات الدولية التي يناط بها حفظ السلم و الأمن الدوليين في إطار المهام التقليدية إلى أدوار جديدة في مجال حماية حقوق الإنسان وحماية المدنيين والمساعدات الإنسانية وغيرها من المجالات التي يجب حمايتها في إطار عمليات وقوات حفظ السلام الأممية من خلال مراحل التطور و الإنشاء لهذه القوات الأممية و الدولية. كما توصل هذا المقال إلى نتائج يمكن إجمالها في ما يلي :

1. أن قوات حفظ السلام تعد من الآليات السلمية والمساهمة في حماية حقوق الإنسان في مجالاتها المختلفة .
2. يعتبر مجلس الأمن القلب النابض لميثاق منظمة الأمم المتحدة و المسؤول المباشر عن عمل هذه القوات .
3. تعتبر الجمعية العامة مكملة لمجلس الأمن في إنشاء قوات حفظ السلام و تنظيمها إداريا .

¹ يوسي إم هانيمكي، ترجمة محمد فتحي خضر، مقدمة قصيرة جدا، الأمم المتحدة، مؤسسة هنداوي للتعليم والثقافة، الطلعة الأولى، 2013، ص ص 76-77.

² يوسي إم هانيمكي، ترجمة محمد فتحي خضر، مرجع السابق، ص 80.

4. لعبت قوات حفظ السلام أدواراً مختلفة في مجال الحفاظ على السلم و الأمن الدوليين من خلال مراحل تطورها عبر الأجيال المختلفة إلى مرحلة الرقابة على عمليات حفظ السلام .
و على ضوء ما سلف ذكره تم التوصل إلى الاقتراحات التالية :
1. إعادة النظر في تنظيم و هيكله عمل قوات حفظ السلام من طرف ميثاق منظمة الأمم المتحدة.
 2. الرقابة الدائمة و الصرامة المستمرة لهذه القوات في عملها لأنها تمثل راية و شعار من شعارات الأمم المتحدة.
 3. اهتمام مجلس الأمن بهذه القوات و منح الجمعية العامة صلاحيات أكثر للاهتمام بعمليات وقوات حفظ السلام الدولية.

حقوق الإنسان في موريتانيا بين النصوص المعيارية والمؤسسات الحمائية

محمد المختار ولد بلاتي⁽¹⁾

(1) أستاذ متعاون بكلية العلوم القانونية والاقتصادية، باحث بالمركز الموريتاني للدراسات والبحوث القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة نواكشوط العصرية، موريتانيا.
البريد الإلكتروني: mokhtarballaty@gmail.com

الملخص:

تعد حماية حقوق الإنسان في موريتانيا من أهم الأولويات التي تسعى الأنظمة السياسية المتعاقبة إلى تعزيزها، للقضاء على مخلفات الرق، والاستجابة لالتزامات موريتانيا الدولية. ويهدف هذا البحث إلى دراسة الجوانب النظرية للحماية، المتعلقة بتكريس معايير حقوق الإنسان على مستوى المنظومة القانونية، وكذلك دراسة أهم المؤسسات التي توفر حماية فعلية لهذه الحقوق.

الكلمات المفتاحية:

حقوق الإنسان، الدستور، قانون تجريم الرق، التمييز العنصري، محاكم الرق، اللجنة الوطنية لحقوق الإنسان، الآلية الوطنية للوقاية من التعذيب.

تاريخ إرسال المقال: 2021/10/12، تاريخ مراجعة المقال: 2021/12/21، تاريخ نشر المقال: 2021/12/31.

لتهميش المقال: محمد المختار ولد بلاتي، "حقوق الإنسان في موريتانيا بين النصوص المعيارية والمؤسسات الحمائية"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد 12، العدد 03، 2021، ص ص. 487-503.

<https://www.asjp.cerist.dz/en/PresentationRevue/72>

المقال متوفر على الرابط التالي:

المؤلف المراسل: محمد المختار ولد بلاتي، mokhtarballaty@gmail.com

Human rights in Mauritania between normative texts and protective institutions

Summary :

The protection of human rights in Mauritania is one of the most important priorities that successive political regimes seek to strengthen, to eliminate remnants of slavery, and to respond to Mauritania's international obligations. This research aims to study the theoretical aspects of protection related to the establishment of human rights standards at the level of the legal system, as well as studying the most important institutions that provide effective protection for these rights.

Keywords: human rights, the constitution, the law criminalizing slavery, racial discrimination, slavery courts, the National Human Rights Committee, the national mechanism for the prevention of torture.

Les Droits de l'homme en Mauritanie entre textes normatifs et institutions protectrices

Résumé :

La protection des droits de l'homme en Mauritanie est l'une des priorités les plus importantes que les régimes politiques successifs cherchent à renforcer, à éliminer les vestiges de l'esclavage et à répondre aux obligations internationales de la Mauritanie. Cette recherche vise à étudier les aspects théoriques de la protection liés à l'établissement de normes des droits de l'homme au niveau du système juridique, ainsi qu'à étudier les institutions les plus importantes qui assurent une protection efficace de ces droits.

Mots clés: droits de l'homme, constitution, loi criminalisant l'esclavage, discrimination raciale, tribunaux esclavagistes, Comité national des droits de l'homme, mécanisme national de prévention de la torture.

مقدمة

تمثل حماية حقوق الإنسان إحدى المحاور الأساسية للسياسة الموريتانية منذ الانتقال الديمقراطي عام 1991. ولئن كان هذا التوجه يأتي استجابة للرغبة في تجاوز الحقبة الاستبدادية، فإنه يعبر عن تفاعل موريتانيا مع كونية حقوق الإنسان¹ التي سادت في نهاية القرن العشرين، بعد سقوط الاتحاد السوفيتي السابق وانتصار المعسكر الليبرالي المدافع عن حقوق الإنسان.

ويمكن القول إن فكرة حقوق الإنسان، تدور حول الحقوق الطبيعية الناشئة عن الكرامة والتي تؤول للإنسان لا شيء إلا لأنه إنسان². من هنا عرف للأستاذ محمد سعيد مجذوب حقوق الإنسان بأنها: " مجموعة الحقوق الطبيعية التي يمتلكها الإنسان واللصيقة بطبيعته والتي تظل موجودة وإن لم يتم الاعتراف بها"³.

هناك من يرى أن حقوق الإنسان، تتعلق بدراسة حقوق الفرد المعترف بها وطنيا وعالميا والتي تضمن في وضع حضاري التوفيق بين إقرار الكرامة البشرية وحمايتها من جهة وحماية النظام العام من جهة أخرى⁴. وهكذا، فإن حقوق الإنسان هي الحقوق التي يمتلكها كل إنسان بغض النظر عن دينه أو عرقه أو انتماؤه الحضاري والتي يستمدّها من إنسانيته، لذلك فإن حقوق الإنسان في ارتباطها بالكرامة الإنسانية قديمة قدم الإنسانية، حتى قال الفقيه جان مورانج إنه لا تاريخ لحقوق الإنسان⁵، لكن التأسيس التاريخي لحقوق الإنسان المجسدة في الإعلانات، يعود للقرن الثامن عشر عندما تجسدت فكرة حقوق الإنسان في إعلانات ودساتير دولية⁶ نقلت الفكرة من القانون الطبيعي إلى القانون الوضعي.

بالنسبة لموريتانيا، فإن استيعاب مضامين حقوق الإنسان قديم نسبيا، إذ يعود إلى دستور 1959 وما كان ينص عليه من تمسك الشعب بالإعلان الفرنسي لحقوق الإنسان والمواطن، وهو ما تؤكد لاحقا مع دستور 1961 مع إضافة الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، لكن ذلك لم يحل دون حدوث انتهاكات لحقوق الإنسان في ظل نظام الحزب الواحد، وخاصة خلال الفترة الاستثنائية، ما بعد 1978، لكن مع الانتقال الديمقراطي عام 1991 استعادت حقوق الإنسان مكانتها من خلال الالتزام بالمعايير الدولية المعبر عنها في الإعلان العالمي

¹ انظر: فريد بن جحا، كونية حقوق الإنسان، مجمع الأطرش للكتاب المختص، تونس 2013.

² جاك دونللي، حقوق الإنسان العالمية بين النظرية والتطبيق، ترجمة مبارك علي عثمان، مراجعة محمد نور فرحات، المكتبة الأكاديمية، القاهرة 1998، ص 24.

³ محمد سعيد مجذوب، الحريات العامة وحقوق الإنسان، طبعة جورس برس لبنان، ص 9.

⁴ Yves Mayot, droits de l'homme et Libertés publiques, Masson, 1976, P19.

⁵ Jacques. Mourange, Les droits de l'homme, P.U.F, 1981, p. 23.

⁶ كليل هانت، نشأة حقوق الإنسان، ترجمة فايق جرجس حنا، مراجعة محمد إبراهيم الجندي، مؤسسة هندواي للتعليم والثقافة، الطبعة الأولى 2013، ص 16-23.

لحقوق الإنسان، ومن خلال بنود الدستور ذاته، وهو ما شكل أساساً لحماية حقوق الإنسان في موريتانيا، سواء ما تعلقته هذه الحماية بالنصوص المعيارية أو بالمؤسسات التي تتولى الدفاع عن حقوق الإنسان، فما هي طبيعة هذه الحماية؟

للإجابة على هذه الإشكالية سنقسم الموضوع إلى محورين:

المحور الأول: حماية حقوق الإنسان المتعلقة بالنصوص المعيارية

المحور الثاني: حماية حقوق الإنسان ذات الطبيعة المؤسساتية

المحور الأول: حماية حقوق الإنسان المتعلقة بالنصوص المعيارية

إن الإنجاز الأول لموريتانيا في مجال حقوق الإنسان يتعلق بالنصوص المعيارية باعتبارها الضمانة الأولى لحماية حقوق الإنسان. في هذا المستوى تم تنويع المصادر على مستوى الدستور (الفقرة الأولى)، كما تم تعزيز المصادر التشريعية لحقوق الإنسان بقوانين تجرم الممارسات المهينة للكرامة الإنسانية (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: تنويع مصادر حقوق الإنسان على مستوى الدستور

يعتبر الدستور أهم مصدر لحقوق الإنسان في دولة القانون، وذلك لدوره في الحفاظ على الحرية والتوفيق بينها وبين السلطة في إطار الدولة¹. ولقد شكل دستور 20 يوليو 1991 مصدراً أساسياً لحقوق الإنسان، سواء من خلال تكثيف مضامين حقوق الإنسان على مستوى الدستور (أ) أو من خلال إحالته على المواثيق الدولية لحقوق الإنسان والالتزام بها (ب).

أ - تكثيف مضامين حقوق الإنسان على مستوى الدستور

لاشك أن أهم مؤشرات حماية حقوق الإنسان في موريتانيا، تظهر في استيعاب دستور 1991 لمختلف أجيال حقوق الإنسان، فبعد أن كان ينص على حماية الحقوق المدنية والسياسية والاقتصادية والاجتماعية، استوعب أخيراً حقوق الجيل الثالث ممثلة في الحق في بيئة سليمة.

بخصوص الحقوق المدنية، أبدى المشرع الدستوري الموريتاني اهتماماً خاصاً بحمايتها، فتم التنصيص على حرية الرأي والتعبير، والتنقل والإقامة، وحرية التجمع²، كما تم التنصيص على حماية الحياة الخاصة وكرامة الإنسان، ومبدأ البراءة الأصلية، فنصت المادة 13 من الدستور على: "يعتبر كل شخص بريئاً حتى تثبت إدانته من طرف هيئة قضائية شرعية، لا يتابع أحد أو يوقف أو يعتقل أو يعاقب إلا في الحالات التي يحددها القانون ووفقاً للصيغ التي ينص عليها. تصون الدولة شرف المواطن وحياته الخاصة وحرمة شخصه ومسكنه ومراسلاته".

¹ Hauriou André, Droit constitutionnel et institutions politiques, Montchrestien, Paris 1968, p28.

² المادة 10 من دستور 1991.

ونظرا لخطورة الرق ومخلفاته في موريتانيا، وما تثيره هذه القضية من إشكالات لدى الحركات الحقوقية الاحتجاجية المناهضة للرق حرص المشرع الدستوري خلال المراجعة الدستورية في 2012 على الارتقاء بتجريم الرق إلى مستوى الدستور¹ وإلحاق هذه الجريمة بالجرائم ضد الإنسانية، فنصت الفقرة الأولى من المادة 13 جديدة على: "لا يجوز إخضاع أحد للاسترقاق أو لأي نوع من أنواع تسخير الكائن البشري أو تعريضه للتعذيب أو للمعاملات الأخرى القاسية أو اللا إنسانية أو المهينة. وتشكل هذه الممارسات جرائم ضد الإنسانية ويعاقبها القانون بهذه الصفة"².

في مستوى آخر تم تكريس الحريات السياسية والثقافية، فنص الدستور على ضمان حرية الإبداع الفكري والعلمي³ للتأسيس لحقوق الإنسان الثقافية، كما تم إقرار مبادئ تتعلق بالفصل بين السلطات، واستقلال السلطة القضائية⁴ وضمان التعددية الحزبية⁵ لفتح المجال للتنافس السياسي والتداول السلمي على السلطة. أما الحقوق الاقتصادية والاجتماعية فقد تم التنصيص عليها ضمن المبادئ المقررة في ديباجة دستور 1991⁶، لكن مع ذلك تعرض الدستور في متنه إلى ضمان بعض هذه الحريات، فحق الملكية مضمون وكذلك الحق في الإرث، ونظام نزع الملكية للمصلحة العامة منظم بالقانون ولا يتم إلا بتعويض عادل (م15)، كما أن حق الإضراب معترف به، ويمارس في إطار القوانين المنظمة له (م14).

¹ أحمد سالم ولد ببوط، دراسات قانونية للبروفيسور أحمد سالم ولد ببوط، "المراجعة الدستورية بموريتانيا بتاريخ 20 مارس 2012" تنسيق محمد الداو عبد القادر، (نواكشوط: المركز الموريتاني للدراسات والبحوث القانونية والاقتصادية والاجتماعية، 2018)، ص275.

² تجدر الإشارة إلى أن هذه الفقرة تمت إضافتها بموجب التعديل الدستوري رقم 015 - 2012 المتعلق بمراجعة دستور 20 يوليو 1991.

³ المادة 10 من دستور 1991.

⁴ المادة 89 من دستور 1991

⁵ المادة 11 من دستور 1991.

⁶ حيث جاء في الديباجة: "... يعلن الشعب الموريتاني على وجه الخصوص الضمان الأكيد للحقوق والمبادئ التالية:

- حق المساواة؛
- الحريات والحقوق الأساسية للإنسان؛
- حق الملكية؛
- الحريات السياسية والحريات النقابية؛
- الحقوق الاقتصادية والاجتماعية؛
- الحقوق المتعلقة بالأسرة..."

وأخيرا استحدثت المشرع منذ المراجعة الدستورية عام 2012 حماية الحق في بيئة سليمة، ليفتح بذلك المجال لاستيعاب الجيل الثالث من أجيال حقوق الإنسان . فقد نصت الفقرة 2 من المادة 19 جديدة من دستور 1991 على: يتمتع المواطنون بنفس الحقوق ونفس الواجبات تجاه الأمة. ويساهمون سوية في بناء الوطن ولهم الحق وفقا لنفس الظروف في التنمية المستدامة وفي بيئة متوازنة تحترم الصحة"¹ الجمع بين أجيال حقوق الإنسان على مستوى الدستور، يمثل في نظرنا أهم حماية معيارية لهذه الحقوق، وتتأكد هذه الحماية إذا علمنا أن المكانة الدستورية لحقوق الإنسان في موريتانيا، لم تشهد تراجعا منذ 1991 حتى الآن، بل إنها تعززت من خلال التعديل الدستوري الثاني، فإذا كان التعديل الدستوري الأول والثالث لم يغيرا من طبيعة النصوص الدستورية المتعلقة بحقوق الإنسان، فإن التعديل الثاني كانت غايته الأساسية هي تعزيز حقوق الإنسان، إذ تم بموجبه حماية الحق في بيئة سليمة، وإلحاق جرائم الاسترقاق بالجرائم ضد الإنسانية التي لا تسقط بالتقادم، بالإضافة إلى الارتقاء باللجنة الوطنية لحقوق الإنسان إلى المستوى الدستوري، لتكون اللجنة الاستشارية المسؤولة عن ترقية حقوق الإنسان¹.

بهذه الإجراءات الدستورية، يكون المشرع الدستوري الموريتاني قد نجح في استيعاب أجيال حقوق الإنسان لضمان حمايتها من خلال النص الأسمى في المنظومة القانونية، وهو ما يؤكد الطبيعة الديمقراطية للدولة الموريتانية، التي تقاس من خلال احترام حقوق الإنسان²

ب - الالتزام بالمصادر الدولية لحقوق الإنسان

إن معايير حقوق الإنسان تعود في أصلها إلى مقارنة عالمية عبر عنها الإعلان العالمي لحقوق الإنسان منذ صدوره في 10 ديسمبر 1948، فكانت هذه المقاربة بمثابة دعاية لإشاعة فكرة حقوق الإنسان في العالم بعد نهاية الحرب العالمية الثانية³ لذلك فإن الالتزام بهذه المعايير ضمن الدساتير والمنظومة القانونية الداخلية يشكل حماية معززة لحقوق الإنسان.

لقد كانت هذه الفكرة مهيمنة على الفكر الدستوري الموريتاني في ظل دستوري 1959 و1961. ومع الدستور الحالي لعام 1991 تم الالتزام بمعايير الديمقراطية وحقوق الإنسان كما رسمها الإعلان العالمي والمواثيق والاتفاقيات الدولية فجاء في ديباجة الدستور: "كما يعلن اعتبارا منه لقيمه الروحية وإشعاعه الحضاري

¹ فقد نصت المادة 97 جديدة من الدستور على: "اللجنة الوطنية لحقوق الإنسان هي الهيئة الاستشارية المستقلة لترقية وحماية حقوق الإنسان. يحدد قانون نظامي تشكيل وتنظيم سير وعمل اللجنة الوطنية لحقوق الإنسان".

² سلوى الحمروني، "الحريات الفردية والمساواة في تونس: بين عهد الأمان ونصوص حقوق الإنسان"، عمران، العدد 4/14 (خريف 2015) ص17.

³ آر بيتر، ص13.

تمسكه بالدين الإسلامي الحنيف وبمبادئ الديمقراطية الوارد تحديدها في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر بتاريخ 10 ديسمبر 1948 والميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان والشعوب الصادر بتاريخ 28 يونيو 1981 والاتفاقيات الدولية التي وافقت عليها موريتانيا".

ومن الواضح أنّ الالتزام بالمصادر الدولية وخاصة الإعلان العالمي، يمثل إضافة معيارية لها أهمية خاصة لحماية حقوق الإنسان في موريتانيا، لكن هذه الإحالة تثير إشكاليين أولاًهما تتعلق بورودها ضمن ديباجة الدستور التي كثيرا ما تثار تساؤلات بشأن قيمتها القانونية. إن هذه التساؤلات - وإذا ما رجعنا إلى الفقه وفقه القضاء - نلاحظ أنّ الديباجة هي مصدر للاحتجاج بالنسبة للقضاء، مما يؤكد قيمتها القانونية، ويمنع فصلها عن الدستور أو إعطائها قيمة قانونية أقل بالنسبة إليه. فقد صرح المجلس الدستوري الموريتاني أنه: "وحيث أنّ الظروف العامة للبلاد منذ 6 أغسطس 2008 ذات صبغة استثنائية، يتحتم التعامل معها بقدر كبير من الحكمة والمسؤولية، تطبيقا لقاعدة جلب المصالح المستمدة من الشريعة الإسلامية التي هي المصدر الوحيد للقانون حسب نص الدستور في ديباجته"¹.

في ذات السياق، ذهب العميد André Hauriou إلى أنّ أحكام التوطئة هي أحكام دستورية، تتمتع بقيمة قانونية وأنّ المشرع والسلطات المكلفة بتطبيق الدستور والإدارة والقاضي بصفة أدق، مطالبون جميعا باحترامها². أما الإشكالية الثانية فتتعلق بمدى انسجام الإحالة على الإعلان العالمي لحقوق الإنسان مع النظام القانوني الموريتاني الذي يركز على الشريعة الإسلامية كمصدر وحيد للتشريع من منطلق أن الديمقراطية مقترنة بالعلمانية، فكما يقول الفيلسوف Alain Tourain "لم يعد بوسعنا أن نتصور ديمقراطية ليست تعددية وعلمانية بالمعنى الأشمل للمصطلح"³. لكن هذا الرأي لا يبدو حاسما، إذ يشكك العديد من المفكرين الحدائين في الترابط بين الديمقراطية وحقوق الإنسان إلى درجة القول "إن التزام مقتضيات حقوق الإنسان خطرا على الديمقراطية"⁴، كما أن العديد من الدول ذات الديمقراطيات العريقة، تعتمد أفكارا ومذاهب دينية، دون أن يحد ذلك من طابعها الديمقراطي. وبشكل أخص فإن "الإسلام لا يتعارض مع الديمقراطية، وإنه لا يعيق ظهور مواقف إيجابية حيال الديمقراطية"⁵. والدين بشكل عام يدعو إلى احترام كرامة الإنسان والاعتراف بمكانته التي تستوجب حقوقا من

¹ المجلس الدستوري الموريتاني قرار يقضي بشغور منصب رئيس الجمهورية رقم 2009/004. بتاريخ 15 ابريل 2009.

² Hauriou , p-p 207-208.

³ تورين، ص 17.

⁴ جستين لاكروا وبرانشا جان إيف، محاكمة حقوق الإنسان جنيا لوجيا الربية الديمقراطية، مراجعة منير الكشو، تبين، العدد 7/26 (خريف 2018)، ص 144.

⁵ لاري دايموند، روح الديمقراطية: الكفاح من أجل بناء مجتمعات حرة، ترجمة عبد النور الخزّافي (بيروت: الشبكة العربية للأبحاث والنشر، 2014)، ص رقم-رقم 60-61.

أنواع مختلفة وفي مجالات مختلفة¹ لذلك فإن التعايش بين الإسلام وحقوق الإنسان أو الجمع بينهما، كان أبرز الخصوصيات التي تميز بها دستور 20 يوليو 1991².

لكن رغم الأهمية النظرية للإحالة الدستورية على الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، فإنه يجب أن لا ننسى أن المغزى السياسي لهذه الإحالة يفوق قيمتها القانونية، فهي تضيء شرعية ذات طابع ديمقراطي على النظام السياسي للدلالة على التزامه بحقوق الإنسان، لذلك اعتبرها بعض الباحثين في القانون الموريتاني مجرد إحالة رمزية لاتستهدف الدمج الفعلي للإعلان العالمي لحقوق الإنسان في النظام القانوني الموريتاني³.

الفقرة الثانية: تعزيز المصادر التشريعية لحقوق الإنسان

إن تبني موريتانيا لمقاربة تقوم على تعزيز الأسس المعيارية لحقوق الإنسان، سمح بتطوير المنظومة التشريعية الموريتانية من أجل استيعاب التزامات موريتانيا الدولية ضمن القانون الداخلي، ومن أجل القضاء بشكل نهائي على بعض الممارسات التي تمثل تجاوزا على حقوق الإنسان. في هذا الإطار وفي التزام بقيم الإسلام والمواثيق الدولية- عملت موريتانيا على تطوير منظومتها التشريعية، من خلال سن العديد من القوانين لتجريم الاستعباد(أ)، ومناهضة التعذيب(ب) والتمييز العنصري(ج).

أ - سن قانون لتجريم الرق

سبق لموريتانيا أن تبنت سياسة شاملة لتحرير الأرقاء بموجب الأمر القانوني 234/81 بتاريخ 09 نوفمبر 1981⁴ لكن هذه السياسة لم تكن كافية لاستئصال ظاهرة الرق في المجتمع الموريتاني، إذ أنها ركزت على إلغاء الرق دون تجريمه، مما أضفى عليه صبغة شرعية بدت واضحة في نص المادة الثانية من الأمر القانوني 234/81 من ضرورة تعويض السادة مقابل تحرير عبيدهم⁵ لذلك كان من الضروري سن تشريعات خاصة لتجريم الاسترقاق بشكل لا لبس فيه، يجسد فعليا رغبة الدولة في إلغاء الرق، ويستجيب لدعوات المنظمات الحقوقية وطلبات اللجنة الوطنية لحقوق الإنسان.

¹رجا بهلول، خطاب الكرامة وحقوق الإنسان، (الدوحة: المركز العربي للأبحاث ودراسة السياسات، 2017)، ص 42.

²أحمد سالم ولد ببوط، "الإسلام وحقوق الإنسان في الدستور الموريتاني الصادر 20 يوليو 1991" العدد 26، (2019)، ص 12.

³محمد الأمين ولد سيدي باب، "الحريات العامة في النظام القانوني الموريتاني، مجلة الفقه والقانون" العدد 3 (يناير 2013) ص 10.

⁴الجمهورية الإسلامية الموريتانية، الجريدة الرسمية باللغة الفرنسية، عدد 554-555، بتاريخ 9 نوفمبر 1981.

⁵ولد ببوط، المراجعة الدستورية بموريتانيا بتاريخ 20 مارس 2012، ص 289.

في هذا السياق، تم سن نصوص قانونية لتجريم الرق ونفي الشرعية عن ممارسته. لقد كان قانون 2007/048 هو أول قانون يصدر في هذا الخصوص، فبعد صدور هذا القانون لم يعد الرق ملغى كما كان في السابق، ولكنه بات جريمة يمنعها القانون ويضع لها العقوبات الجزائية.

وبحكم السابقة التي حققها هذا القانون في تجريم الرق، يمكن اعتباره ثورة تحررية ذات أهمية خاصة لدولة القانون وحقوق الإنسان في موريتانيا. لكن رغم ذلك فإن القانون 2007/048 لم يكن صارما بما يكفي لاستئصال ظاهرة الرق المتجذرة في العقلية، فكان تعريفه للرق مقتصرًا على أهم مظاهره¹. كما أن العقوبات الجنائية التي نص عليها لم تكن رادعة بالشكل الكافي. فباستثناء فعل الاسترقاق المصنف ضمن الجرائم² كانت الأفعال الأخرى تتدرج في إطار الجرح، ولا تتجاوز عقوبتها في الغالب خمس سنوات.

وإذا كان المشرع قد نجح من خلال قانون 2007 في وضع حد نهائي لمشروعية الرق في موريتانيا، فإنه لم يستجب لتطلعات الحركات الاحتجاجية الناشطة في مجال حقوق الإنسان، مما جعله محلا للانتقاد وتعويضه بقانون 2015/031 لتجريم ومعاينة الممارسات الاستعبادية³. إن هذا القانون الأخير يأتي في سياق التعديل الدستوري في 2012 الذي جعل من الاسترقاق جريمة ضد الإنسانية لا تسقط بالتقادم، وهو ما انعكس على تكييفه لجريمة الرق وطبيعة العقوبات الجزائية المرتبط بها.

من هذا المنطلق يمكن القول إن قانون 2015/031 أحدث ثورة في محاربة الاسترقاق، متجاوزا جميع الانتقادات التي وجهت لقانون 2007. ولعل أهم مميزات هذا القانون تبرز في اتخاذه تدابير قانونية صارمة لاستئصال أي ممارسة محتملة للرق، فجريمة الاسترقاق لم تعد جريمة عادية، ولكنها غدت كيفية في الجرائم ضد الإنسانية وغير قابلة للتقادم، كما شددت العقوبات الجزائية للاسترقاق، التي قد تصل إلى الحبس عشرين سنة مع الغرامة. بالإضافة إلى إنشاء محاكم خاصة بقضايا الرق، مما جعل منه النص الذي يستجيب لمقتضيات سياسة شاملة للقضاء على الرق في موريتانيا.

¹ فقد نصت المادة من القانون على: "الاستعباد هو ممارسة أي من السلطات المترتبة على حق الملكية أو هذه السلطات جميعا على شخص أو أكثر والعبد هو الذي تمارس عليه باعتباره مملوكا السلطات الواردة في الفقرة السابقة، ذكرا كان أم أنثى، بالغا كان أم قاصرا"

² فقد نصت المادة 4 من القانون 2007/048 على: " يعاقب بالسجن من خمس إلى عشر سنوات وبغرامة من خمس مائة ألف إلى مليون كل من استعبد شخصا أو حفزه على التخلي عن حريته أو شرفه بغية استعباده أو استعباد من يعيله أو هو في وصايته"
³ الجمهورية الإسلامية الموريتانية، الجريدة الرسمية، رقم 1344 بتاريخ 30 سبتمبر 2015.

ب - سن قانون مناهضة التعذيب

يعتبر التعذيب جريمة ضد الإنسانية، انطلاقاً مما نصت عليه المادة 13 من دستور 1991 من أنه لا يجوز تعريض أحد: "... للتعذيب أو للمعاملات الأخرى القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة. وتشكل هذه الممارسات جرائم ضد الإنسانية ويعاقبها القانون بهذه الصفة..."

وانسجاماً مع مقتضيات هذا النص الدستوري، سن المشرع الموريتاني القانون رقم 033/2015 المتعلق بمناهضة التعذيب¹. من الناحية الشكلية، يتألف هذا القانون من أربع وعشرين مادة، ويهدف إلى حظر ومعاقبة أفعال التعذيب وغيره من ضروب المعاملة القاسية أو اللاإنسانية والتعويض عنها للضحايا.

إنّ جريمة التعذيب وفق قانون مناهضته، هي جريمة ضد الإنسانية لا يسقط جرمها بالتقادم، و تعني كل عمل عمدي ينجر عنه ألم أو عذاب جسدي أو نفسي للضحية من أجل الحصول منه أو من غيره على معلومات أو اعتراف، أو معاقبته على عمل ارتكبه أو يشتبه في ارتكابه له².

ولئن كان قانون مناهضة التعذيب، يكرس تشديد العقوبات الجزائية المقررة لجريمة التعذيب، فإنه يعطي ضمانات أساسية لفاقد الحرية، ويقر التعويض للضحايا. بالنسبة للضمانات المقررة لفاقد الحرية، تتعلق أساساً بإشعار أسرة المعتقل باعتقاله، وفحصه طبياً، وتمكينه من الاتصال بمحام، والمثول أمام قاض، كما يجب تعريف المعتقل بحقوقه، ومسك سجل يتضمن معلوماته الكاملة والسلطة التي قامت باعتقاله³.

أما ما يتعلق بالعقوبات، فالملاحظ أنها مشددة، إذ تتراوح ما بين الحبس مدة عشر سنوات إلى عشرين سنة، ويستوي في هذه العقوبة الفاعلون والمساهمون في التعذيب⁴. غير أنّ هذه العقوبة قد تتصاعد بسبب

¹ الجريدة الرسمية رقم 1344 الصادرة بتاريخ 30 سبتمبر 2015، ص 767.

² فقد نصت المادة 2 من قانون مناهضة التعذيب على: " في مفهوم هذا القانون يعني مصطلح "التعذيب" أي عمل ينتج عنه ألم أو عذاب شديد، جسدياً كان أم عقلياً، يلحق عمداً بشخص ما بقصد الحصول من هذا الشخص، أو من شخص ثالث، على معلومات أو على اعتراف، أو معاقبته على عمل ارتكبه أو يشتبه في أنه ارتكبه، هو أو شخص ثالث أو تخويله أو إرغامه هو أو أي شخص ثالث - أو عندما يلحق مثل هذا الألم أو العذاب لأي سبب من الأسباب يقوم على التمييز أي كان نوعه، أو يحرض عليه أو يوافق عليه أو يسكت عنه موظف أو أي شخص يتصرف بصفته الرسمية ولا يتضمن ذلك الألم أو العذاب الناشئ فقط عن عقوبات قانونية أو الملائم لهذه العقوبات أو الذي يكون نتيجة عرضية لها"

³ تجدر الإشارة إلى أنّ هذه الضمانات، تم التنصيص عليها بشكل مفصل في المادة 4 من قانون مناهضة التعذيب

⁴ انظر: المادة 10 من قانون مناهضة التعذيب.

ظروف تشديدية لتصل إلى السجن مدة أربع وعشرين سنة وصولاً إلى السجن المؤبد¹. وعلاوة على تشديد العقوبة بالنسبة للجناة، كفل القانون للضحايا تعويضاً عن أفعال التعذيب، هذا التعويض محمول على الدولة جراء أعمال وكلائها العموميين، وهو مقرر بموجب المادة 21 من قانون منع التعذيب التي تنص على: "تعويض ضحية التعذيب تعويضاً كافياً من طرف الدولة بما في ذلك الوسائل الضرورية لإعادة تأهيلها الكامل وعلى الخصوص الرعاية الطبية المناسبة، التأهيل الطبي والاجتماعي". وختاماً، تجب الإشارة إلى ضمانات متفرقة لضحايا التعذيب، فهذا الفعل لا يمكن تبريره بتعليمات الرؤساء الإداريين أو أوامر القادة الأمنيين²، بل إن عصيان أوامر التعذيب لا يكون سبباً للعقوبة³، كما أن وقف التعذيب لأسباب خارج عن إرادة الجاني لا يسقط العقوبة الجزائية⁴، والاعترافات التي تنتزع تحت التعذيب لا تتمتع بأي حجية قانونية⁵، وأخيراً، يستفيد ضحايا التعذيب من المساعدة القضائية⁶.

ج - سن قانون لتجريم التمييز العنصري

من الواضح أن التمييز العنصري، يمثل مساساً سافراً بحقوق الإنسان وانتهاكاً لمبدأ المساواة الذي يحميه الدستور. ومن هذا المنطلق، واستجابة لدواعي التنوع الإثني في موريتانيا تم سن قانون 7023/2018⁷ المتعلق بتجريم التمييز العنصري.

وقد جرم قانون التمييز المؤلف من تسعة وعشرين مادة التمييز وخطاب الكراهية، والعنصرية، واللجوء إلى التمييز. وبمفهوم هذا القانون: "يقصد بالتمييز أيّ تفوق أو تهميش أو تقييد أو تفضيل يهدف أو يمكن أن

¹ حيث نصت المادة 11 من قانون مناهضة التعذيب على: "تكون العقوبة من اثني عشرة سنة إلى أربع وعشرين سنة من السجن: - إذا ارتكب على قاصر أو امرأة حامل.

- إذا ارتكب عمل التعذيب بواسطة أجهزة مخصصة للتعذيب تكون العقوبة ثلاثين سنة من السجن:

- إذا نتج عن عمل التعذيب إعاقة كلية أو جزئية للضحية.

- إذا نتج عن عمل التعذيب بتر أو عجز في استعمال أحد أعضاء الحواس أو فقد عضو الإنجاب يعاقب الفاعل بالسجن المؤبد إذا نتج عن فعل التعذيب موت الضحية، أو تمثل في اغتصاب أو سبقه اغتصاب"

² المادة 14 من قانون مناهضة التعذيب

³ المادة 15 من نفس القانون

⁴ المادة 16 من نفس القانون

⁵ المادة 6 من نفس القانون

⁶ المادة 20 من نفس القانون

⁷ الجريدة الرسمية رقم 1419، الصادرة بتاريخ 15 أغسطس 2018.

يهدف أو يفضي إلى تخريب أو عرقلة أو الحد من الاعتراف أو من التمتع أو من منع ممارسة حقوق الإنسان والحريات الأساسية، في إطار من المساواة وفقاً للشرع الإسلامي¹. ولئن كانت صياغة هذه المادة غير واضحة وفاقدة للدقة القانونية المطلوبة، فإنها تعطي فكرة عن مفهوم التمييز الذي يصدق على الإخلال بمبدأ المساواة، وما يترتب عليه من الحد من حقوق الإنسان والحريات الأساسية.

ومما تجدر الإشارة إليه هو أن قانون التمييز فرض عقوبات سالبة للحرية على جرائم التمييز والعنصرية والتحريض على التمييز. بالنسبة للحث على الكراهية نصت المادة 14 على: "يعاقب كل شخص يحث على كراهية جماعة ذات هوية محددة بالسجن من سنة واحدة إلى ثلاث سنوات وبغرامة من مائة ألف إلى ثلاث مائة ألف أوقية". نفس العقوبة نصت عليها المادتان 16 و 17 بخصوص التحريض على العنف أو الكراهية أو التمييز ضد جماعة أو فئة، بسبب عرق أو لون أو انتماء أو جنسية أو إثنية هذه الجماعة.

طبقاً لهذا القانون، يجرم خطاب الكراهية والعنصرية، والممارسات التمييزية التي تعني الإشعار بتفوق أو تفضيل أو تهميش يفضي إلى عرقلة أو الحد من حقوق الإنسان والحريات الأساسية². إنَّ التمييز أياً كان نوعه مجرم ومعاقب³، لكن هناك عقوبات خاصة للتمييز أثناء العمل أو التمييز عند تقديم خدمة أو من خلال الصحافة⁴. ومهما يكن من أمر، فإنَّ سن قانون ضد التمييز، يشكل إنجازاً كبيراً لصالح حماية حقوق الإنسان في موريتانيا، ذلك أنَّ إشاعة حرية التعبير في موريتانيا، قد تستغل لنشر خطاب عنصري، في حين أنَّ الكلام العنصري غير محمي بحرية التعبير.

المحور الثاني: حماية حقوق الإنسان ذات الطبيعة المؤسساتية

إنَّ التطور الذي عرفته موريتانيا في مجال حماية حقوق الإنسان، يظهر خاصة على مستوى المؤسسات المختصة في حماية حقوق الإنسان والتي بدأت تنشط بفاعلية كبيرة. ويلاحظ أنَّ هذه المؤسسات منها ما هو قضائي يقوم بحماية حقوق الإنسان من خلال الدعوى القضائية خاصة في مجال الرق (الفقرة الأولى)، بينما هناك مؤسسات أخرى غير قضائية تحمي حقوق الإنسان من خلال التوجيه والاستشارة والمراقبة (الفقرة الثانية).

¹المادة 2 من قانون مناهضة التعذيب

²المادة 2 من قانون 023/2018.

³حيث نصت المادة 14 على: "يعاقب كل شخص يحث على كراهية جماعة ذات هوية محددة بالسجن من سنة واحدة إلى ثلاث سنوات وبغرامة من مائة ألف إلى ثلاث مائة ألف أوقية"

⁴انظر المادتين: 16 و 17.

الفقرة الأولى: المؤسسات القضائية المختصة في محاربة الرق (محاكم الرق)

إن السلطة القضائية هي المسؤولة عن حماية حقوق الإنسان. فطبقاً للمادة 91 من دستور 20 يوليو 1991 فإن السلطة القضائية هي حامية الحرية ولها سلطة منع انتهاكها. وبالإضافة لهذه الحماية العامة، ونظراً لخصوصية الواقع الموريتاني الذي يستدعي جهوداً خاصة للقضاء على مخلفات الرق، تم استحداث محاكم خاصة لمنع هذه الجريمة.

ولقد أنشئت محاكم الرق بموجب المادة 20 من القانون رقم 031/2015 التي تنص على: "تنشأ محاكم ذات تشكيلة جماعية تنظر الجرائم المتعلقة بالعبودية والممارسات الاستعبادية". وتندرج هذه المحاكم في إطار الإجراءات القصوى التي اعتمدها موريتانيا لاستئصال الممارسات المحتملة للاستعباد.

وبالرجوع للمرسوم رقم 002/2016 بتاريخ 30 يناير 2016¹ الذي يحدد الاختصاص الترابي لمحاكم الرق نجده يحدد اختصاصها الترابي بموجب المادة الأولى التي قسمت المجال الترابي الوطني إلى ثلاث محاكم هي المحكمة الجنائية الجنوبية، والمحكمة الجنائية الشمالية، والمحكمة الجنائية الشرقية. بالنسبة للمحكمة الجنائية الجنوبية المتخصصة في مجال محاربة العبودية، ومقرها نواكشوط الجنوبية، يشمل اختصاصها الترابي ولايات: لبراكنة، كوركول، اترارزة، تكانت، إنشيري، ولايات نواكشوط الثلاث.

أما المحكمة الجنائية الشرقية في النعمة فتختص ترابياً بولايات: الحوض الشرقي، الحوض الغربي، لعصابة، كيدي ماغه. بينما يشمل اختصاص المحكمة الجنائية الشمالية بنواذيبو، ولايات: آدرار، داخلت انواذيبو، وتيرس الزمور.

الفقرة الثانية: المؤسسات الحقوقية

إن الحماية التي تقوم بها الهياكل الحقوقية لحقوق الإنسان، شاملة ومكثفة وتتميز بطابعها الأفقي؛ وبخلاف القضاء الذي لا يحمي حقوق الإنسان إلا بشكل لاحق لانتهاكها، فإن الهياكل غير القضائية، تقوم بحماية مسبقة لحقوق الإنسان من خلال التوصيات، والمتابعة وإعداد التقارير السنوية حول تقييم وضعية حقوق الإنسان، وهذا ما يطبع عمل هذه الهياكل الإدارية بأهمية خاصة. وتمكن الإشارة في هذا الخصوص إلى اللجنة الوطنية لحقوق الإنسان (أ)، والآلية الوطنية للوقاية من التعذيب (ب) كأجهزة غير قضائية دورها محوري في حماية حقوق الإنسان.

أ - اللجنة الوطنية لحقوق الإنسان

تم إنشاء اللجنة الوطنية لحقوق الإنسان خلال الفترة الانتقالية 2005-2007 بموجب الأمر القانوني 2006/015 الصادر 12 يوليو 2006. ويأتي إنشاء اللجنة في سياق اهتمام موريتانيا بتبني سياسة

¹الجريدة الرسمية رقم 1352 بتاريخ 30 يناير 2016.

صارمة لحماية حقوق الإنسان، تقوم على المتابعة المستمرة والتوجيه والتقييم، لهذه الاعتبارات تم الارتقاء باللجنة الوطنية لحقوق الإنسان إلى المستوى الدستوري، من خلال القانون الدستوري رقم 2012/015 والذي بموجبه، نصت المادة 97 جديدة على أن "اللجنة الوطنية لحقوق الإنسان هي الهيئة الاستشارية المستقلة لترقية وحماية حقوق الإنسان. يحدد قانون نظامي تشكيل وتنظيم سير وعمل اللجنة الوطنية لحقوق الإنسان".

وقد نصت المادة 4 من الأمر القانوني المنظم للجنة على: "تعتبر اللجنة الوطنية لحقوق الإنسان جهاز استشارة ومراقبة واستشعار ووساطة وتقييم في مجال احترام حقوق الإنسان والقانون الإنساني. وفي هذا الإطار، تتمثل مهمة اللجنة على الخصوص في:

- إبداء الرأي الاستشاري بناء على طلب من الحكومة أو البرلمان أو أي جهاز آخر مختص أو بمبادرة خاصة من اللجنة حول القضايا العامة أو الخاصة المرتبطة بترقية وحماية حقوق الإنسان واحترام الحريات الفردية والجماعية.

- تولي اللجنة عناية خاصة للانتهاكات الجسيمة لحقوق الإنسان

- دراسة وتقديم آراء استشارية حول التشريعات الوطنية المتعلقة بحقوق الإنسان..."

وفي الواقع، تقوم اللجنة الوطنية لحقوق الإنسان في موريتانيا بدور شامل في مجال حقوق الإنسان، يطال العديد من مجالات حقوق الإنسان، فمثلاً، نجد اللجنة في تقاريرها تهتم بحرية التظاهر وحق الإضراب، وإنشاء الجمعيات، وحماية حرية التعبير على الانترنت، وحماية حقوق المرأة والطفل. وهذا ما يعكس شمولية صلاحياتها في مادة حقوق الإنسان. وحتى إن كانت هذه الصلاحيات لا ترقى إلى درجة التقرير، فإنها تطل التوصية والاستشارة والمراقبة والتقييم والتنقيف في مجال حقوق الإنسان.

في هذا السياق، تولي اللجنة الوطنية لحقوق الإنسان أهمية خاصة لتعزيز الحرية بشكل عام، ويظهر ذلك في التوصيات التي تقدمت بها لمواجهة مخلفات الاسترقاق، والتي وجدت صدقاً لدى الحكومة، وتم وضعها موضع التنفيذ وهو ما أشارت إليه اللجنة بالقول: "ويعتبر قرار السلطات العامة بإنشاء محاكم خاصة بقضايا الرق استجابة لمطلب قديم للجنة الوطنية لحقوق الإنسان، ورسالة قوية تعكس بجلاء إرادة السلطات العمومية في مكافحة الاسترقاق"¹.

كما اعتبرت اللجنة "أنّ التحسيس ضد الاسترقاق، يساهم في القضاء عليه، ومن الملح إعداد برامج تحسيسية حول عدم شرعية الاسترقاق وعدم مشروعيته، وحول قانون 2007 بإشراك السلطات الدينية والمنتخبين والمجتمع المدني، وتوصي اللجنة بالإشراك الفعلي للسلطات الدينية التي يجب أن يكون رأيها خالياً من أيّ غموض"².

¹ الجمهورية الإسلامية الموريتانية، اللجنة الوطنية لحقوق الإنسان، تقرير 2015/2014، (نواكشوط: 2015)، ص14.

² المرجع نفسه.

وبشأن الممارسة حماية الممارسة المسؤولة لحرية التعبير، شددت اللجنة على ضرورة التصدي لخطاب الكراهية على الانترنت مصرحة بالقول: " وأمام انتشار خطاب الكراهية والرسائل التي تمجد الإرهاب، فإن اللجنة الوطنية لحقوق الإنسان تذكر بأن الانترنت، ليست فضاء للسياسة، يمكن فيه قول وكتابة كل شيء دون أي عقاب"¹.

كما شددت اللجنة على أن: "التظاهر شكل من أشكال التعبير الجماعي {...} لا تخضع حرية التظاهر لأي قيود غير تلك المنصوص عليها في القانون، والتي تمثل إجراءات ضرورية لحماية النظام العام والصحة والأخلاق العامة، أو لحماية حرية التعبير"².

ودعت اللجنة إلى اعتماد التصريح المسبق لإنشاء الجمعيات بدلا من الترخيص المسبق فقالت: "إن اعتماد قانون جديد متعلق بالجمعيات مازال محل توصيات متكررة من طرف اللجنة الوطنية لحقوق الإنسان ومنظمات

المجتمع المدني فالتكاثر الحالي للجمعيات في ظل نظام الترخيص في قانون 1964 {...} يدفع في اتجاه تعديل قانون 1964 بوضع نظام جديد مؤسس على التصريح، يعزز منظمات المجتمع المدني في طرق تسييرها وتحرير إنشائها"³.

وإذا كانت اللجنة تولي عنايتها لقضايا حقوق الإنسان العامة، فإنها تهتم بشكل خاص بحقوق الفئات الضعيفة في المجتمع، لاسيما النساء والأطفال. وبخصوص النساء، قالت اللجنة: "وتلاحظ لجنة حقوق الإنسان أن العنف المنزلي وخاصة العنف ضد النساء، بما في ذلك الاغتصاب يتسع، وأن ضحايا الاغتصاب من النساء يصبحن موصومات، وقد يتعرضن للمتابعة القضائية على أساس المادة 306 من القانون الجنائي"⁴.

أما ما يخص الاهتمام بحقوق الأطفال اقترحت اللجنة: "مراجعة القانون الجنائي من أجل التحريم الصريح للعباق البدني والامتنال لذلك التحريم في كل الأحوال، بما في ذلك الأسرة والمدرسة وهيئات الحماية البلدية مع تنظيم حملات للتحسيس لصالح أشكال أخرى من التأديب، تحترم كرامة الطفل وتطابق ترتيبات الاتفاقية"⁵.

كما شددت اللجنة بوجه خاص على أنها: "توصي اللجنة الوطنية لحقوق الإنسان خصوصا بحماية الأطفال من العمل القسري، وحماية النساء أثناء العمل ليلياً"⁶.

¹ الجمهورية الإسلامية الموريتانية، اللجنة الوطنية لحقوق الإنسان، تقرير 2013-2014 (نواكشوط: 2014)، ص 15.

² الجمهورية الإسلامية الموريتانية، اللجنة الوطنية لحقوق الإنسان، تقرير، 2014/2015 (نواكشوط: 2015)، ص 12.

³ التقرير نفسه، ص 13.

⁴ الجمهورية الإسلامية الموريتانية، اللجنة الوطنية لحقوق الإنسان، تقرير 2013/2014، (نواكشوط: 2014)، ص 27.

⁵ الجمهورية الإسلامية الموريتانية، اللجنة الوطنية لحقوق الإنسان، تقرير 2016، (نواكشوط: 2016)، ص 50.

⁶ نفس التقرير، ص 15.

ومن أجل احترام حقوق اللاجئين والمهاجرين، والالتزام بالاتفاقيات التي صادقت عليها موريتانيا في هذا الخصوص، تذكر اللجنة بضرورة احترام حقوق اللاجئين والمهاجرين إلى موريتانيا انطلاقاً من الاتفاقيات الدولية التي صادقت عليها، وبالأخص اتفاقية منظمة الوحدة الإفريقية لقضايا اللاجئين المعتمدة في أديس بابا في 9 سبتمبر 1969¹.

ب - الآلية الوطنية للوقاية من التعذيب

يمثل إنشاء الآلية الوطنية للوقاية من التعذيب بموجب القانون رقم 034/2015² تطوراً هاماً في تعاطي موريتانيا مع حماية حقوق الإنسان، إذ من شأن هذا التوجه المساهمة بفاعلية في حماية الأفراد من التعذيب وحماية حقوقهم الإنسانية من المعاملات المهينة والقاسية.

وكما نصت المادة الثانية من القانون 034/2015 فإن الآلية الوطنية للوقاية من التعذيب تتكون من رئيسها، وعضوين من السلك الوطني للأطباء، وعضوين من السلك الوطني للمحامين، وعضوين من الشخصيات المستقلة، وخمسة أعضاء من المنظمات غير الحكومية الوطنية العاملة في مجال حقوق الإنسان، وعضو واحد من الأساتذة الجامعيين.

ولا يخفى أن تشكيلة الآلية بهذه الطريقة لها أهمية خاصة لحماية حقوق الإنسان، نظراً إلى جمعها بين الحقوقيين والأطباء والمجتمع المدني والمستقلين، مما يجعلها تشكيلة ثرية ومتنوعة، إذ من شأن حضور الأطباء أن يسمح بملاحظة حالات التعذيب حتى ولو كانت خفية، بينما يسمح تواجد المحامين بتكثيف الجرائم وفقاً للنصوص القانونية الجاري بها العمل، وتثقيف الضحايا بشأن الحقوق التي يكفلها القانون. في حين أن الأعضاء المنتمين للمجتمع المدني سيكون لهم اطلاع أوسع على قضايا حقوق الإنسان بحكم اهتمامهم بهذا الموضوع.

ومن جهة أخرى فإن أعضاء الآلية الوطنية للوقاية من التعذيب، تشترط فيهم النزاهة وحسن الأخلاق وامتلاك خبرة مثبتة في مجال الوقاية من التعذيب، كما أن الأطباء والمحامين يشترط فيهم للحصول على عضوية الآلية خبرة عشر سنوات في مجالات اختصاصاتهم، ويشترط في الأعضاء المنتمين للمجتمع المدني خبرة خمس سنوات، بينما يشترط في المستقلين الالتزام تجاه قضايا حقوق الإنسان³.

وتأكيداً لتعزيز نفوذ الآلية الوطنية للوقاية من التعذيب، يتمتع أعضاؤها بحصانة، ولا تمكن متابعتهم بسبب ممارسة وظائفهم حتى بعد انتهاء مأمورياتهم. ويمثل الاعتداء على أي عضو في الآلية جريمة مساوية في عقوبتها للاعتداء على قاض أثناء ممارسة وظائفه⁴.

¹ الجمهورية الإسلامية الموريتانية، اللجنة الوطنية لحقوق الإنسان، تقرير 2015/2014 (2015)، ص 43.

² الجمهورية الإسلامية الموريتانية، الجريدة الرسمية رقم 1344، بتاريخ 30 سبتمبر 2015.

³ انظر المادتين 6 و 7 من قانون المنظم للآلية الوطنية للوقاية من التعذيب

⁴ انظر المواد 19-20 و 22 من قانون المنظم للآلية الوطنية للوقاية من التعذيب.

أما من حيث الاختصاصات، تتمتع الآلية الوطنية للوقاية من التعذيب بصلاحيات هامة في ميدان اختصاصها¹. ويمكن تصنيف هذه الصلاحيات إلى صلاحيات رقابية وأخرى استشارية.

تتمثل الصلاحيات الرقابية للآلية الوطنية للوقاية من التعذيب في تنفيذ سياسة الدولة في مجال الوقاية من التعذيب، ويشمل هذا الاختصاص القيام بزيارات مفاجئة أو غير مفاجئة مبرمجة أو غير مبرمجة للسجون وأماكن الاعتقال للاطلاع المباشر على أوضاع المعتقلين والتأكد من أنهم لم يتعرضوا للتعذيب أو غيره من ضروب المعاملة القاسية أو اللا إنسانية²، كما تتلقى الآلية الشكاوى ومزاعم التعذيب، وهي مطالبة للتحقيق في مثل هذه الشكاوى، وإحالتها إلى السلطات الإدارية والقضائية³.

أما الصلاحيات الاستشارية للآلية الوطنية للوقاية من التعذيب، فإنها تتعلق بتقديم الاستشارة بخصوص مشاريع القوانين والنظم الخاصة بالوقاية من التعذيب، كما يمكن للآلية الوطنية للوقاية من التعذيب إعطاء توصيات بغية الوقاية من التعذيب وأنواع المعاملة غير الإنسانية، في هذه الحالة فإن السلطات المعنية، على سبيل المثال: إدارة السجون، مخافر الشرطة، ملزمة قانوناً بتنفيذ هذه التوصيات خلال مدة لا تتجاوز الشهر⁴. كما يمكن للآلية في تقريرها السنوي أن ترفع توصيات بشأن الحماية من التعذيب، وهي مدعوة إلى نشر البحوث والدراسات والتقارير حول الوقاية من التعذيب، ومن أجل القيام بهذه الوظائف تستفيد من الحصول على المعلومات الكافية واتخاذ العديد من الإجراءات المساعدة⁵.

خاتمة

يستنتج مما تقدم أنّ حقوق الإنسان تمثل أولوية بالنسبة للدولة الموريتانية، وهذا ما يظهر من خلال المنجزات المحقق في هذا الميدان على مستوى مصادر حقوق الإنسان التي يتم إثراؤها باستمرار. كما يظهر ذلك على مستوى المؤسسات المختصة في توفير ضمانات لحماية حقوق الإنسان مثل محاكم الرق، و الآلية الوطنية للوقاية من التعذيب.

ومن شأن إقرار النصوص المعيارية الضامنة لحقوق الإنسان إلى جانب المؤسسات الحمائية أن يوفر ضمانات معززة لحماية حقوق الإنسان ويجعلها غير قابلة للانتهاك.

¹ انظر المادة 3 من قانون الآلية.

² المادة نفسها

³ المادة نفسها

⁴ انظر المادة 3 من قانون المنظم للآلية الوطنية للوقاية من التعذيب

⁵ انظر المادة 4 من نفس القانون.

الضرر النووي الناجم عن الاستخدام السلمي للطاقة النووية

زهير بن شريف (1)

(1) طالب دكتوراه علوم، كلية الحقوق، جامعة بن يوسف بن خدة - الجزائر 1، 16000، الجزائر.

البريد الإلكتروني: benzouhirdroitm@gmail.com

الملخص:

نظرا للخصائص التي تتميز بها الأضرار التي تصيب البيئة الإنسانية نتيجة للاستغلال السلمي للطاقة النووية رغم أنه يعتبر نشاط غير محظور وفقا لقواعد القانون الدولي، بحيث ينتج عنه أضرارا عابرة للحدود لا تمس فقط مكان وقوع الحادث وإنما تتعدى إلى مناطق أخرى مما يجعلها تتميز بالخطورة الفائقة، أين يتعذر في كثير من الحالات تفعيل قواعد المسؤولية المدنية العادية لعدم قيام أركانها، وذلك من أجل متابعة المسؤولين عن تلك الأضرار وإلزامهم بالتعويض عنها، مما يستلزم الأمر على المشرع الدولي البحث عن نظام قانوني استثنائي للمسؤولية المدنية العادية ألا وهو نظام المسؤولية الموضوعية، الذي من شأنه ضمان حماية البيئة وتوفير أكثر فرص للحصول على التعويض الملائم عند وقوع مثل هذه الكوارث البيئية الناجمة عن الاستغلال السلمي للطاقة النووية.

الكلمات المفتاحية:

التلوث البيئي، الاستغلال السلمي للطاقة النووية، المسؤولية المدنية، التعويض عن الأضرار البيئية.

تاريخ إرسال المقال: 2021/10/07، تاريخ مراجعة المقال: 2021/12/25، تاريخ نشر المقال: 2021/12/31.

لتهميش المقال: زهير بن شريف، "الضرر النووي الناجم عن الاستخدام السلمي للطاقة النووية"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد 12، العدد 03، 2021، ص ص. 519-504.

<https://www.asjp.cerist.dz/en/PresentationRevue/72>

المقال متوفر على الرابط التالي:

المؤلف المراسل: زهير بن شريف، benzouhirdroitm@gmail.com

Nuclear damage caused by the peaceful use of nuclear energy

Summary:

Given the characteristics of the damage to the human environment as a result of the peaceful exploitation of nuclear energy, which is not prohibited in accordance with the rules of international law, resulting in cross boundary damage not only affecting the place of damage, or beyond to other areas, causing very serious damage many cases activate normal civil liability rules to follow up on those responsible and compel them to compensate for those damage, which necessitated the international legislator to search for an exceptional liability law system, an objective liability regime that would ensure the protection of the environment and provide more access to adequate compensation for those affected in the event of such environmental disasters resulting from the peaceful exploitation of nuclear energy.

Keywords:

Environmental pollution, peaceful exploitation of nuclear energy, civil responsibility, compensation for environmental damage.

Domages nucléaires causés par l'utilisation pacifique de l'énergie nucléaire

Résumé :

Considérant les caractéristiques des dommages causés à l'environnement humain résultant de l'exploitation pacifique de l'énergie nucléaire, qui n'est pas interdite conformément aux règles du droit international, entraînant des dommages transfrontières n'affectant pas seulement le lieu de l'incident ou au-delà causant des dommages très graves, dans nombreux cas il est impossible d'activer les règles de responsabilité civile ordinaire en cas de défaillance de son personnel afin d'assurer le suivi des responsables et les obliger à réparer ces dommages, ce qui a obligé le législateur international à rechercher un système de responsabilité objective qui garantisse la protection de l'environnement et offre davantage de possibilité de réparation appropriée pour les personnes touchées en cas de telles catastrophes environnementales causée par l'exploitation pacifique de l'énergie nucléaire .

Mots clés:

Pollution de l'environnement, exploitation pacifique de l'énergie nucléaire, responsabilité civile, indemnisation des dommages environnementaux.

مقدمة

إن الأضرار النووية تختلف طبيعتها عن الأضرار التقليدية الأخرى التي تمس البيئة، وذلك نظراً لما تتمتع به الإشعاعات النووية من خصائص ومميزات كالا مرئيتولاً إدراكية وكذا التعددية، ونظراً كذلك لما تتمتع به هذه الأضرار من طبيعة خاصة كفداحتها واتساعها المكاني بحيث لا تعرف حدوداً سياسية أو جغرافية بين الدول، بالإضافة إلى سرعة انتشارها في الهواء والماء واليابس وامتداد أثارها زمنياً، بحيث تتراخى نتائجها إلى المستقبل، فكل هذه الخصوصيات التي يتميز بها الضرر النووي جعل تطبيق القواعد العامة للتعويض عنها في غير محل أين يتعدز تطبيقها عليها، مما دفع بالفكر القانوني الحديث إلى استحداث نظام قانوني استثنائي للمسؤولية في مجال الأضرار النووية التي تمس المجال البيئي، وذلك تحت قاعدة رئيسية وهي "أن الخطر الاستثنائي يجب أن تقابله مسؤولية استثنائية".

بالتالي ظهر نظام المسؤولية الموضوعية التي لا تتقيد بفكرة الخطأ، فهي مسؤولية بدون خطأ لكونها تنشأ بمجرد تحقق الضرر النووي وإثبات العلاقة السببية بين الضرر والحادث النووي.

تلك هي الركيزة الأساسية التي يقوم عليها نظام المسؤولية المدنية في المجال النووي الناجم عن الاستغلال السلمي للطاقة النووية، والتي وجدت صداها في مجال الأضرار النووية، كما تلقت استحساناً واسعاً من قبل المشرع النووي سواء منه الدولي أو الوطني على حد سواء، وذلك نظراً لما تم إبرامه من اتفاقيات دولية وإقليمية تنظم قواعد المسؤولية المدنية في المجال النووي وعلى رأسها اتفاقية باريس بشأن المسؤولية المدنية في مجال الطاقة النووية عام 1960، كذلك اتفاقية فينا عام 1963 والتي اعتمدها أغلبية الدول في قوانينها الوطنية.

تكتسيهذهالدراسة أهمية بالغة من خلال البحث عن مضمون الأضرار النووية التي تصيب البيئة وذلك سواء على مستوى القانون الدولي من خلال الاتفاقيات النووية الدولية أو على مستوى الوطني من خلال القوانين والمراسيم الوطنية لبعض الدول.

نهدف من خلال هذه الدراسة إلى تبيان شروط تحقق الضرر النووي الذي يصيب البيئة والناجم عن الاستغلال السلمي للطاقة النووية، والبحث كذلك عن المتسبب في مثل هذه الأضرار من أجل العمل على تعويضها من خلال تطبيق القواعد الاستثنائية للمسؤولية المدنية عن الأضرار النووية بعد تحقق شروطها والمنصوص عليها في الاتفاقيات النووية الدولية والتشريعات النووية الوطنية.

بناءً على ما سبق ومن أجل دراسة هذا الموضوع في إطار الخصوصية التي يتمتع بها الضرر النووي فإننا نسعى للإجابة على التساؤلات التالية

-فيما يتمثل المفهوم القانوني للضرر النووي من خلال عناصره المحددة في الاتفاقيات الدولية؟ وما هي الشروط الواجب توافرها حتى يصبح قابلاً للتعويض عنه وفقاً للقواعد الاستثنائية للمسؤولية المدنية؟.

تتضمن الإجابة على التساؤلات السابقة بتقسيم الموضوع إلى مبحثين، بحيث نتطرق في المبحث الأول إلى المفهوم القانوني للضرر النووي وذلك من خلال الاتفاقيات النووية الدولية وكذا التشريعات النووية الوطنية، أما المبحث الثاني سنتناول من خلاله شروط التعويض عن الضرر النووي.

المبحث الأول: المفهوم القانوني للضرر النووي الناجم عن الاستخدام السلمي للطاقة النووية

إن الاستخدامات السلمية للطاقة النووية ذات فائدة كبيرة في عدة مجالات، إلا أن الضرر الذي قد ينتج عن هذا الاستخدام قد يكون ذو طبيعة فادحة وخطيرة يجعله يتميز عن غيره من الأضرار التقليدية المتعارف عليها (المطلب الأول)، ويعتبر الضرر بصورة عامة والضرر النووي خاصة شرط لقيام المسؤولية المدنية بغض النظر عن الأساس الذي تقوم عليه¹، لذلك لا يمكن تصور مسؤولية مدنية ناتجة عن استخدام الطاقة النووية بدون ضرر (المطلب الثاني).

المطلب الأول: الاستخدامات السلمية للطاقة النووية

مازال الكثير من الناس يعتقد بان الطاقة النووية ما هي إلا سلاح من أسلحة الحرب وهذا الاعتقاد غير صحيح ذلك لان الطاقة النووية ذات فائدة كبيرة في مجالات السلام (الفرع الأول)، وهذا ما نلاحظه بعد توجه جهود العلماء بعد الحرب العالمية الثانية نحو تسخير الطاقة النووية لخدمة المجتمع الإنساني في كثير من المجالات (الفرع الثاني).

الفرع الأول: مفهوم استخدام الطاقة النووية في الأغراض السلمية

نحاول في هذا الفرع أن نتطرق إلى تعريف الاستخدام السلمي للطاقة النووية (أولاً)، وكذا المجالات المختلفة التي تساهم فيها الطاقة النووية بتحسينها بشكل كبير (ثانياً).

أولاً: تعريف الاستخدام السلمي للطاقة النووية

يشمل مفهوم الاستخدام السلمي للطاقة النووية حق الدول في الحصول على المواد القابلة للانشطار والمواد الخام والمعدات النووية بما يتفق مع نظام ضمانات الوكالة الدولية للطاقة الذرية، إلى جانب حق الدول في إنتاج الوقود النووي وامتلاك وسائل التخصيب بما لا يتيح إنتاج الأسلحة النووية².

¹ شعاشعية لخضر، المسؤولية الدولية الناتجة عن استخدام الطاقة النووية، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه علوم في القانون، كلية الحقوق، تخصص قانون عام، جامعة البليدة 2، الجزائر، 2013، ص ص 220-221.

² هاني عبادي المخلص، المحررات القانونية والسياسية لحق الدولة في الاستخدام السلمي للطاقة النووية، المجلة العربية للعلوم السياسية، مركز دراسات الوحدة العربية، العدد 17، 2008، ص 177.

بالرجوع إلى اتفاقية حظر انتشار الأسلحة النووية عام 1968، نجد أنها لم تضع تعريفاً محدداً للاستخدام السلمي للطاقة النووية وإنما اكتفت فقط بتأكيد الحق الثابت للدول في تنمية أبحاث وإنتاج واستخدام الطاقة النووية للأغراض السلمية، وبالتالي نشأ عن ذلك جدل افرز وجهتي نظر متباينتين، ترى الأولى أن المقصود بالاستخدام الضمني للطاقة النووية هو الاستخدام المدني للمواد والمعدات والمعلومات والمنشآت النووية بما يخدم أوجه السلم والتنمية والرخاء، أما الرأي الثاني فيرى ضرورة توسيع مدلول الاستعداد السلمية لهذه الطاقة ليشمل حتى النشاطات العسكرية غير النووية أي الاستعداد من تطبيقات الطاقة النووية في أغراض عسكرية دفاعية³.

ثانياً: مجالات الاستخدام السلمي للطاقة النووية

هناك تطبيقات متعددة ومتنوعة للإشعاعات والنظائر النووية في عدة مجالات، ونحن نكتفي بذكر أهمها.

1/ توليد الطاقة الكهربائية

لقد تزايد توليد الطاقة الكهربائية في معامل الطاقة النووية تزايداً مطرداً منذ عام 1956، ويعتبر أهم نتائج حرب أكتوبر 1973 على المستوى الدولي في مجال الطاقة بعد ارتفاع أسعار البترول عالمياً، بالتالي أصبحت الطاقة النووية البديل الأمثل لتوليد الكهرباء وهو الأكثر جدوى من الناحية الاقتصادية والأكثر ملائمة تجارياً، لذلك نلاحظ تزايد الطلب على المحطات النووية لتوليد الكهرباء خاصة من جانب الدول النامية⁴.

فالطاقة النووية تعد اليوم واحدة من أفضل مصادر توليد الطاقة الكهربائية مركزياً في العالم، بحيث ارتفعت النسبة المولدة عالمياً من أقل من واحد في المائة (1%) في عام 1960 إلى ستة عشر في المائة (16%) في عام 1986، وبقيت هذه النسبة في استقرار حتى نهاية عام 2006 أين وفر القطاع النووي حوالي خمسة عشر في المائة (15%) من إجمالي الكهرباء على الصعيد العالمي⁵.

2/ تحلية المياه

تعني عملية تحلية المياه فصل الماء العذب عن الأملاح الذائبة في الماء المالح سواء ماء البحار أو الآبار، وتعتبر عملية تحلية المياه المالحة أحد البدائل المطروحة للحصول على الماء العذب في العالم، ولقد تم تطوير تكنولوجيات التحلية بشكل ملحوظ خلال الخمسين سنة الماضية، وازدادت عدد محطات التحلية في العالم لتشمل الطاقة النووية، أين امتدت استخدامات الطاقة النووية من الكهرباء إلى مجال تحلية المياه⁶، والجدير بالذكر أن المحطة النووية الواحدة ممكن أن تنتج الكهرباء والمياه العذبة في آن واحد، وهناك منشآت تنتج إلى

³ هاني عبادي المخلص، المرجع السابق، ص 11.

⁴ أحمد مدحت سلام، التلوث مشكلة العصر، سلسلة عالم المعرفة، المجلس الوطني للثقافة والفنون والآداب، العدد 152، 1990، ص ص 166-167.

⁵ راجع برنامج الامم المتحدة للبيئة، نيروبي، 2009، ص ص 18-19.

⁶ حسنالنبأ، تكنولوجيا تحلية المياه، الدار الجامعية، الإسكندرية، ص ص 16-17.

غاية 50 ألف متر مكعب يوميا من المياه العذبة، وبهذا المفهوم تتضاعف أهمية المفاعلات النووية بالنسبة للبيئة الصحراوية والفاحلة أين تتحول تلك المناطق إلى مراكز للتنمية الاقتصادية والاجتماعية⁷.

3/ التطبيقات الأخرى

من اجل مواجهة مجموعة من التحديات التنموية مثل الغذاء والرعاية الصحية تسعى الدول إلى تعزيز المعارف ونشر تطبيق التكنولوجيات النووية في ميادين مختلفة كالصحة والأمن الغذائي والبيئة. ففي ميدان الصحة تساهم التطبيقات النووية بشكل مهم في الوقاية والتشخيص والشفاء، بحيث تستعمل الأشعة السينية والنظائر المشعة في تشخيص الأمراض الخطرة، كما أنها تحقق خطوات جد متقدمة في حقل التصوير الإشعاعي... الخ.

أما المجال الغذائي، تشكل التقنيات النووية المطبقة على الأغذية والزراعة أدوات أساسية للتصدي لأثار تغير المناخ على الأمن الغذائي الإقليمي والعالمي، كما تعمل على تحسين السلالات النباتية وتنبوع الأغذية النباتية والحيوانية بالإضافة إلى مكافحة الآفات الحشرية... الخ⁸.

في مجال البيئة تعتبر الطاقة النووية كبديل للطاقة الاحفورية الملوثة، باعتبار أن الهيدروجين المتولد باستخدام الطاقة النووية يوفر انبعاثات من غازات الاحتباس الحراري أقل بكثير مما يتولد عن أنواع الوقود الاحفوري... الخ⁹.

الفرع الثاني: تقييم الاستخدام السلمي للطاقة النووية

يمكن استخدام الطاقة النووية في نماء ورفاهية الإنسان، كما يمكن استخدامها في تدمير كيانه كلية، ومن هنا فإن دراستنا تنصب في هذا الفرع على منافع الطاقة النووية (أولا)، والأضرار الناجمة عنها (ثانيا).

أولا: منافع الطاقة النووية

لا يمكن حصر كل منافع استخدام الطاقة النووية، ذلك لأن هذا المصدر يخضع لتطورات مستمرة وفي كل مرة يكشف لهذه الطاقة استخدام جديد لم يكن متصورا في وقت سابق كون بصيرة العلماء والباحثين تتفتح يوما بعد يوم على أسرار جديدة وحقائق لم تكن معروفة من قبل، بل أن المعرفة قد وجدت طريقها للتعامل مع آفاق جديدة تتسع باستمرار¹⁰، وهذا ماجعل النظام الأساسي للوكالة الدولية للطاقة الذرية ينص أن تقوم الوكالة

⁷ معين العظمة، مبادئ تحلية المياه الملحة، المركز العربي للتعريب والترجمة والتأليف والنشر، دمشق، 2003، ص 7.

⁸ محمد البرادعي، الأمن اليوم وغدا، مجلة الوكالة الدولية للطاقة الذرية، العدد2، مارس 2007، ص ص 19-20.

⁹ عبدلي الحفاف وثعبان كاظم خضير، الطاقة وتلوث البيئة، دار المسيرة للنشر، الأردن، 2007، ص 7.

¹⁰ راجع في الموضوع:

-Sayed anwarabouali, « système de garantie de l'Agence international de l'énergie atomique », R.E.D.I, vol 26K 1970, p 75.

بتشجيع بحث استخدام الطاقة النووية وتيسيره في الأغراض السلمية وتنمية هذا الاستخدام العلمي، وأن تحفز تبادل المعلومات العلمية والفنية ذات الصلة وأن تساهم في تدريب العلماء والخبراء في هذا الخصوص¹¹.

ثانياً: أضرار الطاقة النووية

على الرغم من محاسن الطاقة النووية، فإنه يوجد كذلك الكثير من الأضرار والمساوئ الناجمة عنها في حال استخدامها والتي لا تقتصر على الإنسان فحسب، وإنما تمتد لتشمل حتى البيئة بعناصرها الثلاثة، وهذه الأضرار ناجمة عن النفايات النووية بأشكالها المختلفة والتي يتخلص منها الإنسان يومياً بعد استخدامها والانتفاع منها بحيث أصبحت غير مجدية وغير نافعة له، فهي بذلك تشكل خطورة على البيئة وصحة الكائنات الحية المختلفة¹²، وكذا الإشعاعات النووية التي تزداد خطورتها أكثر فأكثر نتيجة الاعتماد الغير المسبوق على الطاقة النووية في الحياة العادية للإنسان أين ظهر الإشعاع المئین الذي يخترق ذرات أية مادة يمر خلالها¹³، وأخيراً نجد الحوادث النووية التي تشكل كذلك أخطر مصادر هذه الأضرار التي تهدد البيئة الإنسانية نظراً لجسامتها، والتي قد تقع بفعل خطأ بشري أو تقني أو طبيعي، وكل هذا سوف نشير إليه في العناصر اللاحقة من هذه الدراسة.

المطلب الثاني: مفهوم الضرر النووي الناجم عن الاستخدام السلمي للطاقة النووية

يعتبر الضرر النووي بمثابة الركن الركين في قواعد المسؤولية المدنية عن الأضرار النووية ومن ثم وجب تحديد مفهومه وفقاً لما ورد في اتفاقية باريس سنة 1960 (الفرع الأول)، واتفاقية بروكسل سنة 1962 (الفرع الثاني)، واتفاقية فيينا عام 1963 (الفرع الثالث)، وذلك لتتوصل في الأخير إلى تمييزه عن غيره من الأضرار التقليدية.

الفرع الأول: اتفاقية باريس بشأن المسؤولية المدنية في مجال الطاقة النووية لسنة 1960

تعتبر اتفاقية باريس 1960¹⁴ أول اتفاقية تناولت قواعد المسؤولية المدنية عن الأضرار النووية، بحيث وضعت القواعد الأساسية لضمان تعويض عادل وملائم لضحايا الأضرار النووية، فهي تستهدف إيجاد توازن في

¹¹ راجع نص المادة الثالثة فقرة (أ) من النظام الأساسي للوكالة الدولية للطاقة الذرية.

¹² علاء التميمي، "مخاطر الطاقة النووية على الإنسان و البيئة"، منشور في موقع : <http://www.geocities.com>، تاريخ الإطلاع: 2018/06/21.

¹³ راجع في الموضوع:

-Roland morau, « la menace terroriste nucléaire biologique chimique », rocher, paris, 2002, pp17-33.

¹⁴ أبرمت اتفاقية باريس المتعلقة بالمسؤولية المدنية في مجال الطاقة النووية في 1960/07/29، وهي سارية المفعول بين مجموعة الدول المنتمية للمنظمة الأوروبية للتعاون الاقتصادي (OCDE) وتبقى سارية المفعول لمدة عشر سنوات ابتداء من مصادقة الدول عليها و تضاف خمس سنوات بعد انقضاء مدة التقادم و ذلك طبقاً للمادة 19 من نفس الاتفاقية، منشور في موقع: <http://www.hech.net/upload/wop/gen/pdf.pdf>، تاريخ الإطلاع: 2018/06/27.

المصالح يضمن تعويض ملائم للمضرورين من جراء الحوادث النووية مع تجنب العوائق أمام تنمية استخدام الطاقة النووية في الأغراض السلمية، وتطبق أحكامها فقط في حالة حدوث حادث نووي في إقليم إحدى الدول الأطراف المتعاقدة فقط¹⁵.

لم تعرف اتفاقية باريس 1960 مباشرة الضرر النووي، بل تعرضت لذلك بشكل غير مباشر من خلال تعريفها للحوادث النووي من جهة وتحديد مسؤولية مشغل المنشأة النووية من جهة أخرى¹⁶، حيث عرفت الحادث النووي على أنه "كل واقعة أو سلسلة من الوقائع ذات أصل واحد سببت أضراراً طالما أن هذه الوقائع أو بعض الأضرار المتسببة قد صدرت إما عن الخواص الإشعاعية أو الخواص السامة والانفجارية، أو خواص خطيرة أخرى للوقود النووي، أو المنتجات أو النفايات المشعة أو أي إشعاعات مؤينة صادرة داخل منشأة نووية"¹⁷.

أما عن مسؤولية مشغل المنشأة النووية فقد نصت الاتفاقية على أن المشغل مسئول مسؤولية مطلقة في جميع الأضرار النووية التي تحددها الاتفاقية سواء تلك الناجمة عن حادث يقع في المنشأة أو عن مواد نووية أثناء نقلها أو عن الحوادث الناجمة عن الوقود النووي أو الفضلات المشعة المتخلفة عن السفينة¹⁸. بعد الاطلاع على هذه المفاهيم يمكن القول أن مفهوم الضرر النووي وفقاً لاتفاقية باريس 1960 قاصر وغير مكتمل، كما أنه لا يشمل أو يحيط بكافة عناصر الضرر النووي، إذ أنه تجهل أضرار البيئة ومكوناتها كما أنه لم يتعرض كذلك للأضرار الأدبية.

الفرع الثاني: اتفاقية بروكسل الخاصة بمسؤولية مشغلي السفن النووية سنة 1962

تعتبر اتفاقية بروكسل سنة 1962¹⁹ أول اتفاقية دولية نووية تعرف الضرر النووي والآثار الضارة للتلوث النووي وذلك بصفة مباشرة على أنه "الخسائر في الأرواح والإصابات والخسائر والأضرار التي تحدث في

¹⁵ راجع نص المادة 2 من اتفاقية باريس 1960، السالفة الذكر.

¹⁶ مهدي عبد القادر، الاستخدام السلمي للطاقة النووية بين حق الشعوب في التنمية ومتطلبات الأمن الدولي، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه علوم، تخصص قانون عام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2014، ص 223.

¹⁷ راجع نص المادة 1 فقرة (أ) من اتفاقية باريس، السالفة الذكر.

¹⁸ راجع نص المادة 3 من نفس الاتفاقية.

¹⁹ أبرمت اتفاقية بروكسل في 25 مايو 1962 من جانب 17 دولة، ويشترط لدخولها حيز التنفيذ المصادقة عليها من جانب دولتين ترخص إحداها على الأقل باستغلال سفن نووية، إلا أنها لم تدخل حيز التنفيذ نتيجة عدم المصادقة عليها من قبل الاتحاد السوفياتي سابقاً، راجع في ذلك:

- محمد حسين عبد العال، النظام القانوني للمسؤولية المدنية في المجال النووي في الولايات م أ، دار النهضة، القاهرة، 2008، ص 58.

الممتلكات الناتجة عن الخواص الإشعاعية أو اجتماع الخواص الإشعاعية السامة والانفجارية وكل ما ينتج عن الوقود أو الفضلات المشعة، وأي خسائر أو أضرار أخرى يحددها القانون الوطني وبالقدر الذي يراه مناسباً²⁰. انطلاقاً من هذا التعريف نلاحظ أن هذه الاتفاقية حافظت على نفس القصور في اتفاقية باريس، إلا أن الشيء الجديد الذي جاء بيه هذا التعريف هو أنه سمح للقوانين الوطنية للدول الأعضاء في الاتفاقية بإضافة أضرار نووية أخرى وذلك بحسب ما يحدده كل قانون وطني على حدة، وبالقدر الذي يراه مناسباً. إن هذه الإضافة بحسب وجهة نظري يفتح الباب على مصراعيه أمام الدول الأعضاء في الاتفاقية بإضافة أضرار أخرى لقائمة الأضرار النووية، وبالتالي شمولها بالتعويض وفقاً للأحكام المسؤولية الاستثنائية للمشغل النووي، الأمر الذي يخلق نوع من عدم المساواة بين المراكز القانونية للمتضررين أمام الدول المختلفة في الاتفاقية، واختلاف في تعويض بعض أنواع الأضرار من دولة إلى أخرى رغم أنها كلها أعضاء في الاتفاقية، كما أن هذه الاتفاقية أكدت على تبني مبدأ المسؤولية المطلقة في مجال استخدام الذرة في الأغراض السلمية كأحد المبادئ العامة للقانون التي أقرتها الأمم المتحدة ومعالجة مسألة المسؤولية عن تعويض الأضرار النووية بأسلوب متطور يتلاءم وطبيعة هذه الأضرار، والتخلي عن الأسلوب التقليدي للمسؤولية القائم على فكرة الخطأ واشتراط إثباته²¹.

الفرع الثالث: اتفاقية فيينا بشأن المسؤولية المدنية عن الأضرار النووية عام 1963 والبروتوكول المعدل لها عام 1997

لقد تبنت اتفاقية فيينا²² نفس المبادئ والأفكار التي تبنتها اتفاقية باريس، حيث أوردت نظاماً للمسؤولية المدنية عن الأضرار الناشئة عن استغلال المنشآت النووية يقوم على نفس الأسس التي أقرتها اتفاقية باريس 1962، بالرغم من وجود بعض الاختلافات التي تميزها عن بعضها البعض، بحيث تتميز اتفاقية فيينا بالعالمية التطبيق عكس اتفاقية باريس التي تعتبر إقليمية بحتة²³.

²⁰ راجع نص المادة 1 فقرة 7 من اتفاقية بروكسل سنة 1962.

²¹ هناوي ليلي، الاستخدام السلمي للطاقة النووية في ظل القانون الدولي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع القانون العام، كلية العلوم القانونية والإدارية، جامعة حسيبة بن بوعلي، الشلف، 2008، ص 112.

²² أبرمت اتفاقية فيينا في 21 مايو 1963، ودخلت حيز النفاذ في 12 نوفمبر 1977 تحت رعاية الوكالة الدولية للطاقة الذرية، وقع عليها 9 دول، وازداد عدد الدول الموقعة عليها مع صدور البروتوكول المعدل لها 1997 ليصل إلى 38 دولة سنة 2014 ولكن ليست كلها نووية، أنظر في ذلك الموقع الإلكتروني: <http://www.oecd-nea.org/law/nlparis-conv.fr.html> تاريخ الإطلاع: 2018/07/02.

²³ محمد حسين عبد العال، المرجع السابق، ص 56.

أما فيما يخص تعريف الضرر النووي فقد جاءت كذلك اتفاقية فينا 1963 بتعريف لا يكاد يختلف عن التعريف الذي جاءت به الاتفاقية السابقة الذكر²⁴، بحيث نلاحظ استمرار تجاهل الأضرار الأدبية والبيئية التي مازالت غير مشمولة بالتعويض وفقا لأحكام المسؤولية الموضوعية للمشغل النووي.

إلا أن بعد تعديل اتفاقية فينا بموجب بروتوكول 1997 وذلك بهدف تنقيح اتفاقية 1963 وجعلها أكثر فعالية، وكانت ضمن مواد الاتفاقية المعدلة تلك المتعلقة بتعريف الأضرار النووية²⁵، حيث أستبدل التعريف السابق بتعريف أكثر تنظيما وشمولا أين أصبح يشمل أضرارا جديدة لم يتم الإشارة إليها في الاتفاقيات السابقة كإدراجها مثلا الخسائر الاقتصادية الناجمة عن إتلاف البيئة²⁶.

أخيرا نلاحظ أن هذا التعريف أعطى كذلك حرية للمشرع الوطني في تحديد الأضرار التي تدخل ضمن الأضرار النووية والقابلة للتعويض بموجب أحكام المسؤولية الاستثنائية للمشغل النووي مع فارق بسيط أين تم تعداد طوائف جديدة من الأضرار البيئية والاقتصادية دون إلزام الدول بتعويضها، الأمر الذي يفسح المجال مجددا للاختلاف بين الدول الأعضاء في البروتوكول من حيث أنواع الأضرار المشمولة بالتعويض، مما ينعكس كذلك سلبا على تطبيق مبدأ المساواة بين المتضررين الذي حاولت الاتفاقيات النووية إرساءه.

المبحث الثاني: شروط تعويض الضرر الناجم عن الاستخدام السلمي للطاقة النووية

لا يعتبر الضرر النووي قابلا للتعويض وفقا للقواعد الاستثنائية للمسؤولية المدنية إلا بعد توفر بعض الشروط اللازمة والضرورية لتعويضه، ومقتضى هذه الشروط أن تكون بصدد حادث نووي ناجم عن الطبيعة الإشعاعية للمواد النووية (المطلب الأول)، وأن يتسبب هذا الحادث عن وقوع ضرر فادح يمس بالبيئة (المطلب الثاني).

المطلب الأول: وقوع حادث نووي ناجم عن الطبيعة الإشعاعية للمواد النووية

من بين شروط التعويض عن الضرر النووي يتعين وقوع حادث نووي من جهة ويجب أن يكون مسبب هذا الحادث هو الطبيعة الإشعاعية للمواد النووية، حتى يتعين اعتباره حادثا نوويا بالتالي تعويضه وفقا للقواعد الاستثنائية في المسؤولية المدنية بما توفره من ضمانات عديدة للمضرورين، وبخلاف ذلك فإن إنكار الصفة النووية عن الحادث يفقد المتضرر حق اللجوء إلى تفعيلها، وعليه لا بد من تحديد المقصود بالحادث النووي (الفرع الأول) مع تفرقة عن غيره من الحوادث التقليدية من خلال تحديد طبيعته (الفرع الثاني).

²⁴ راجع نص المادة الأولى فقرة 11 من اتفاقية فينا بشأن المسؤولية عن الأضرار النووية 1963.

²⁵ راجع نص المادة 2 من بروتوكول 1997 المعدل لاتفاقية فينا 1963.

²⁶ مرفت محمد البارودي، التنظيم القانوني لمجابهة الحوادث النووية والإشعاعية والتعويض عن أضرارها، دار النهضة العربية، القاهرة، 2012، ص 124.

الفرع الأول: تعريف الحادث النووي

طبقا للتعريف الذي جاءت به المادة الأولى من اتفاقية باريس 1960 للحادثة النووية²⁷، فإنه قد يكون واقعة واحدة أو وقائع متسلسلة وهو مصدر الضرر النووي، وهذا يعني أن علاقة التبعية بين المنشأة النووية والمواد النووية غير كافية لقيام المسؤولية المدنية عن أضرار التلوث النووي، بل لابد من فعل ايجابي وهو الحادث النووي الناجم عن استغلال هذه المواد النووية²⁸.

والحادث النووي نوعين، قد يكون حادثا بسيطا أين لا تتجاوز آثاره موقع المنشأة النووية وعادة ما ينجم عن استخدام كميات صغيرة من المواد النووية أو يكون العمر الإشعاعي لها ليس بالكبير، وهذا النوع من الحوادث يعد كثير الوقوع عمليا، كما قد يكون الحادث النووي في شكل كارثة نظرا لضخامته وخطورته أين تتخذ عدة عوامل من شأنها تضخيم حجم الحادث وإيصاله لدرجة الكارثة، كاتجاه الرياح المحمل بالإشعاع النووي إلى المناطق المأهولة بالسكان أو المسطحات المائية، وكذا امتداد عمر المواد الإشعاعية فكل هذه العوامل تؤثر في درجة خطورة الواقعة لتصل إلى حد الكارثة النووية²⁹.

الفرع الثاني: الطبيعة الإشعاعية للمواد النووية

لا بد من توفر الطبيعة الاستثنائية في تلك المواد المسببة في الضرر لتفعيل القواعد الاستثنائية للمسؤولية المدنية، إذ ليس كل تدخل من جانب المواد النووية يستوجب إضفاء صفة الضرر النووي وإنما يشترط في هذا التدخل أن يكون قد تم بمقتضى الخاصية الإشعاعية التي تتسم بها هذه المواد ولو بصفة جزئية، وبمعنى آخر يتعين أن تكون تلك الخاصية الإشعاعية للمواد النووية هي المتسببة في إحداث الضرر النووي³⁰.

إن هذا الشرط يشكل المعيار الذي اعتمده جميع الاتفاقيات النووية السالفة الذكر لضبط فكرة الحادث النووي وتمييزه عن الحادث التقليدي غير النووي، بمعنى أنه إذا تضمنت الواقعة تدخلا من جانب المواد النووية بمقتضى ما تتمتع بيه من خواص خطيرة أخرى دون خاصية النشاط الإشعاعي كالخواص الفيزيائية، والكيميائية

²⁷ الحادثة النووية هي: "كل واقعة أو سلسلة من الوقائع ذات أصل واحد سببت أضرارا طالما أن هذه الواقعة أو الوقائع أو بعض الأضرار المتسببة قد صدرت أو نتجت إما عن الخواص الإشعاعية، أو اجتماع الخواص الإشعاعية مع الخواص السامة والانفجارية، أو الخواص الخطرة للوقود النووي، أو المنتجات أو النفايات المشعة أو عن إشعاعات مئينة صادرة عن أي مصدر آخر للإشعاعات يوجد داخل منشأة نووية"، راجع نص المادة 1 من اتفاقية باريس 1960، السالفة الذكر.
²⁸ أنظر في الموضوع:

-Ph-Jastaz et Jordain patrice, énergie nucléaire, répertoire de droit civil, 2eme éd, tome IV, 1988, p 12.

²⁹ للاطلاع على الحوادث النووية الكبرى في العقود الأخيرة، أنظر في ذلك: مرفت محمد البارودي، المرجع السابق، ص ص8-9.

³⁰ شعاشية لخضر، المرجع السابق، ص 213.

والانفجارية وغيرها، مما تشترك فيه هذه المواد مع مواد معدنية ومركبات كيميائية أخرى، أعتبر الحادث حادثاً عادياً لا نووياً مما يخضع التعويض عنه للأحكام العامة للمسؤولية المدنية.

قد تم استبعاد اليورانيوم الطبيعي واليورانيوم المستنفذ وكذلك النظائر المشعة التي بلغت مرحلة الصنع النهائي لتكون صالحة للاستعمال في أي غرض من نطاق تطبيق القواعد الاستثنائية للمسؤولية المدنية وإخضاعها للقواعد العامة، كون الخطر أو الضرر الناشئ عنها لا يضيف عليها الصفة الاستثنائية³¹، ومع ذلك نجد أن الاتفاقيات النووية أجازت إثارة فكرة المسؤولية الاستثنائية للتعويض عن الأضرار التقليدية غير النووية متى نشأت عن حادث نووي وهذا ما يطلق عليه "الضرر النووي بالتبعية"، والغاية من هذا الحكم هو العمل على توحيد القواعد القانونية القابلة للتطبيق في دعوى التعويض متى تضمنت عنصراً نووياً سواء كان حادثاً نووياً أو ضرراً نووياً³².

المطلب الثاني: وقوع الضرر بسبب استغلال منشأة نووية

إن تفعيل وتطبيق القواعد الاستثنائية الخاصة بالمسؤولية المدنية في مجال التعويض عن الأضرار النووية لا بد من ارتباط الضرر الذي أصاب المضرور باستغلال "منشأة نووية"، وبمعنى آخر لا يجوز التعويض عن الضرر النووي الناجم عن الاستغلال السلمي للطاقة النووية بتطبيق أحكام المسؤولية الاستثنائية للمشغل النووي، إلا إذا كان قد نتج عن حادث نووي ارتبط باستغلال منشأة نووية³³، وبمفهوم المخالفة فإذا ما تأسست دعوى المتضرر استناداً لأحكام المسؤولية الاستثنائية للمشغل النووي وكان الضرر لم يقترن بسبب استغلال منشأة نووية فالمدعي في هذه الحالة لا تقبل دعواه، وعليه فالعبرة عندئذ بسبب الضرر ومصدره وليس بسبب طبيعة ذلك الضرر أو صفته كونه نووياً أو تقليدياً³⁴.

وعليه فلا يمكن الاستناد لأحكام القواعد الاستثنائية للمسؤولية المدنية لتعويض الأضرار الناتجة عن استخدام النظائر المشعة أو تشغيل المنشأة النووية، وإنما يحال أمر تعويضها للقواعد العامة أين لا يفترض خطأ المشغل للمنشأة إلا بعد إثباته وتوفر العلاقة السببية بين الخطأ والضرر، أما إذا كان الضرر نتج حتماً عن تلك النظائر والمصادر والأجهزة التي ترتبط بالمنشأة حين استغلالها فهنا تنعقد مباشرة مسؤولية المشغل النووي

³¹ محمد حسين عبد العال، المرجع السابق، ص ص 185-186.

³² راجع نص المادة 04 من اتفاقية فينا سنة 1997، السالفة الذكر.

³³ أحمد إبراهيم الحياوي، ضمان التعويض عن الضرر الناجم عن حادث نووي في القانون الأردني، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، العدد 4، 2017، ص 154.

³⁴ محمد حسين عبد العال، المرجع السابق، ص 181.

المطلقة بموجب القواعد الاستثنائية للمسؤولية المدنية عن الأضرار النووية³⁵، أين يعتبر المشغل المسئول الوحيد والمباشر عن تلك الأضرار التي تحدث داخل منشأته، أو تلك التي تتجم عن نقل مواد نووية منها وإليها مهما كان سبب الحادث، ويستوي في ذلك أن يكون المشغل مالك المنشأة النووية أو صاحب حق الانتفاع أو الاستغلال فقط، وسواء كان شخصا طبيعيا أو معنويا³⁶.

وعليه فإن وجود منشأة نووية لا يشكل الشرط الجوهري والضروري لقيام المسؤولية الاستثنائية للمشغل النووي، وفي هذا الخصوص لا يقتصر اصطلاح المنشأة على المباني أو العقارات المبنية فقط وإنما يشمل كذلك المنقول كالأشياء والأجهزة و المباني... الخ المقامة أو المخصصة بهدف استعمال محدد³⁷.

قد جاء تحديد مفهوم المنشأة النووية من طرف العديد من الفقهاء وكذا الاتفاقيات والبروتوكولات النووية الدولية الخاصة بالمسؤولية المدنية، من خلال إيراد تعداد لما يعد من قبيل المنشآت النووية، حيث نذكر تعريف الفقيه "deprimoz" للمنشأة النووية بأنها "المفاعل الذي يجري فيه انشطار نووي متوالي لذرات اليورانيوم، أو ذلك النوع من المصانع الذي يستخدم أو يحتفظ بوقود نووي أو منتجات أو فضلات إشعاعية لنشاط يصدر إشعاعات تصبح في بعض ظروف الانتشار المفاجئ بالغة الإضرار بالغير"³⁸.

أما بالنسبة للاتفاقيات الدولية فإنها لم تعرف المنشأة النووية، وإنما اكتفت بذكر تعداد بعض المنشآت التي تستخدم المواد المشعة وأدرجتها تحت هذا المفهوم³⁹، بحيث حددت الفقرة (ي) من المادة الأولى من اتفاقية فينا المقصود بالمنشآت النووية بتعريف عام يشمل كل من:

1/ المفاعلات النووية باستثناء ما تزود به وسائل النقل البحري أو الجوي.

2/ المصانع التي تستخدم وقودا نوويا لإنتاج ومعالجة مواد نووية، والمصانع التي تقوم بإعادة معالجة

الوقود النووي بعد تشعبه.

³⁵ وائل أبوطه، الضرر النووي (المفهوم وشروط التحقق)، دراسة مقارنة بين الاتفاقيات الدولية والتشريعات الوطنية، مجلة جامعة الشارقة، المجلد 13، العدد 2، 2016، ص ص 106-107.

³⁶ راجع في الموضوع :

-A.SCHWARTZ Julia, le droit international de la responsabilité civile nucléaire : l'après Tchernobyl, l'organisation européenne de coopération et développement économique (OECD) (2016), p 44 voir : <https://www.oecd-nea.org/law/chernobyl/fr/041-080.pdf>, Date de consultation : 15/07/2018.

³⁷ وائل أبوطه، المرجع السابق، ص 107.

³⁸ زليخة لحميم، المسؤولية المدنية الناجمة عن الأضرار البيئية (في ضوء القوانين الوضعية و الاتفاقيات الدولية)، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه علوم في القانون، تخصص قانون عام، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2013، ص 184.

-J-Deprimoz, article précité, pp 169-170.

³⁹ زليخة لحميم، المرجع السابق، ص 184.

3/ الأماكن التي تخزن فيها مواد نووية باستثناء المخازن التي تخزن فيها المواد النووية أثناء النقل.

4/ المنشآت الأخرى التي يوجد فيها وقود نووي أو منتجات مشعة أو نفايات مشعة وفقاً لما يحدده محافظي الوكالة الدولية للطاقة الذرية من وقت إلى آخر⁴⁰.

وبذلك يكون تصنيف المنشأة على أنها نووية وفق لاتفاقية فيينا إذا توافر فيها أحد الأوصاف الواردة في هذا البند، أو إذا اعتبرها مجلس محافظي الوكالة الدولية للطاقة الذرية كذلك، كما سمح النص المشار إليه لدولة المنشأة أن تعتبر المنشآت النووية التابعة لمشغل واحد في موقع واحد بمثابة منشأة نووية واحدة⁴¹.

يتطابق هذا التعريف مع نظيره الوارد بالمادة الأولى من اتفاقية باريس 1960 المعدل بموجب بروتوكولات 1964 و1982، أين اعتبرت المفاعل النووي من قبيل المنشأة النووية ماعدا المفاعل النووي التابع لوسائل النقل، وبالتالي فهي تستبعد المفاعلات المستخدمة في وسائل النقل بصفة عامة دون تمييز⁴²، لكن يلاحظ أن نظام الاستخدام الآمن للطاقة النووية⁴³ لم يقتبس هذا التعريف كما فعلت بعض التشريعات العربية، وإنما عرف المنشأة النووية بأنها "مصنع لإنتاج الوقود النووي أو المفاعل البحثي بما في ذلك المنظومة الحرجة"⁴⁴، والمنظومة دون الحرجة⁴⁵، أو محطات الطاقة النووية، أو مرفق لتخزين الوقود النووي المستهلك أو محطة التخصيب، أو مرفق إعادة معالجة الوقود النووي".

من خلال ما سبق نستنتج ما يلي:

- 1/ لا تدخل في مفهوم المنشأة النووية المفاعلات النووية التي تزود بها وسائل النقل البحري أو الجوي مهما كان طبيعة نشاطها وكذا المخازن التي تخزن فيها تلك المواد النووية أثناء النقل.
- 2/ لا يعتبر التصرف في النفايات النووية من قبيل استغلال منشأة نووية بصفة تلقائية في اتفاقية فيينا 1967، وإنما مبني على السلطة التقديرية لمحافظي الوكالة الدولية للطاقة الذرية، وهذا يعتبر بمثابة فراغ حقيقي لا بد

⁴⁰ لم تحدد المنشآت النووية على سبيل الحصر، بحيث لم يكن تعريفها في اتفاقية فيينا 1963 يشمل كل المنشآت الأخرى التي يوجد فيها وقود نووي أو نواتج مشعة أو نفايات مشعة، وإنما تم إضافتها بموجب التعديل الأخير الذي جاء به بروتوكول 1997 وفقاً لما يحدده مجلس محافظي الوكالة الدولية للطاقة الذرية.

⁴¹ أحمد إبراهيم الحباري، المرجع السابق، ص 136.

⁴² زليخة لحميم، المرجع السابق، ص 184.

⁴³ أنظر نظام رقم 43 لسنة 2014 المتعلق بالاستخدام الآمن للطاقة النووية.

⁴⁴ "المنظومة الحرجة هي المنظومة التي تحتوي على مادة انشطارية بقصد إدامة تفاعل انشطاري متسلسل محكوم عند مستوى قدرة منخفض"، راجع المادة 02 من نظام الاستخدام الآمن للطاقة النووية رقم 43 لسنة 2014.

⁴⁵ "المنظومة دون الحرجة هي المنظومة التي تحتوي على مادة انشطارية بقصد منع إدامة تفاعل انشطاري متسلسل محكوم عند مستوى قدرة منخفض"، راجع المادة 02 من نظام الاستخدام الآمن للطاقة النووية رقم 43 لسنة 2014.

إعادة النظر فيه في التعديلات المقبلة للنص صراحة على اعتبار هذا التصرف من قبيل استغلال المنشآت النووية لإنهاء أي مجال للشك حول مدى مسؤولية المشغل عن الأضرار الناجمة عنها.

3/ لا تطبق القواعد الاستثنائية للمسؤولية المدنية لمطالبة مشغل المنشأة النووية بالتعويض إلا إذا كان الضرر ناجم عن الاستغلال الفعلي للمنشأة وصادر من داخل المنشأة و ليس خارجها، واستثناء ذلك يمكن أن يسأل حتى وإن كان الضرر خارج المنشأة وذلك عندما يكون الحادث النووي مرتبط باستغلال المنشأة النووية، كالنقل الوطني أو الدولي للمواد النووية⁴⁶.

4/ إن محاولة وضع تعريف قاطع ومانع لفكرة المنشأة النووية ليس بالأمر السهل وإنما يحيطه بعض الصعوبات نتيجة لما تعرفه تكنولوجيا الطاقة النووية من تطورات مستمرة ودائمة والتي تصاحب دائما تشييد وتشغيل المنشآت والمفاعلات النووية، الأمر الذي يتعذر معه إيجاد التعريف الملائم لها.

خاتمة

نستخلص من خلال هذه الدراسة أنه نظرا للاستغلال المتزايد للطاقة النووية في الأغراض السلمية نتج عنها وقوع عدة أضرار، والتي تتميز بخصائص مميزة بحيث تجعلها تختلف عن باقي الأضرار الأخرى كفداحتها واتساعها المكاني وسرعة انتشارها... الخ، أين أصبحت القواعد العامة للمسؤولية المدنية غير مناسبة لمواجهة مثل هذه الأضرار والعمل على تعويضها، الأمر الذي استدعى خلق نظام قانوني جديد واستثنائي للمسؤولية في مجال الأضرار النووية والتي هي مسؤولية مطلقة لا تتقيد بفكرة الخطأ وذلك تطبيقا لقاعدة **الخطر الاستثنائي** يجب مواجهته بمسؤولية استثنائية، ولتفعيل هذه القاعدة لا بد من توفر شروط في الضرر الواجب التعويض حتى يصنف ضمن الأضرار النووية التي تسري عليها مثل هذه القواعد.

ومنه يمكن تقديم بعض الاقتراحات لتفعيل أكثر مثل هكذا قواعد استثنائية وتوفير حماية ملائمة للمضرور:

- ضرورة إدراج الضرر الأدبي ضمن الأضرار القابلة للتعويض في إطار الاتفاقيات الدولية النووية، وذلك من خلال ربط التعويض عن الأضرار الأدبية بمبدأ التحديد المالي لمسؤولية المشغل النووي.
- ضرورة مصادقة الجزائر على مثل هذه الاتفاقيات النووية لضمان توفير حماية ملائمة للمتضررين، مثلها مثل البلدان العربية الأخرى، خاصة وأن الجزائر أصبحت تستثمر في مثل هذا المجال الطاقوي.

⁴⁶ أحمد إبراهيم الحياوي، المرجع السابق، ص 137.

- يتعين كذلك ضبط كل المفاهيم المتعلقة بقواعد استثنائية للمسؤولية المدنية عن الأضرار النووية في الاتفاقيات الدولية وعدم ترك المجال للقوانين الداخلية للدول للاجتهاد في هذا الموضوع حتى لا تتباين في تطبيق وتنفيذ هذه القواعد في الدول الأعضاء.
- ضرورة التركيز أكثر ضمن هذه الاتفاقيات على الضرر الإيكولوجي والبحث والعمل على إيجاد آليات فعالة لتعويضه، وبالتالي توفير حماية ملائمة للبيئة الإنسانية.

الحق في بيئة سليمة ودور القاضي الإداري في حمايته

نوال معزوزي⁽¹⁾

أستاذ محاضر أ، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة
جبلالي بونعامة، خميس مليانة.

البريد الإلكتروني n.mazouzi@univ-dbk.m.dz

الملخص:

يعتبر حق الإنسان في بيئة سليمة من بين أهم المطالب التي تقوم عليها عجلة التنمية في ظل التلوث البيئي الكبير الذي تعاني منها الكرة الأرضية والذي نجم عنه مشاكل جمة، لذا توالت الجهود الدولية والداخلية للحفاظ على البيئة باعتبارها من بين أهم حقوق التضامن التي يقوم عليها الجيل الثالث من حقوق الإنسان، لذا أصبح تضمين هذا الحق في الدستور أمرا حتميا، وهو ما سارت عليه الجزائر في آخر تعديل دستوري لسنة 2016 باعتباره خيار استراتيجي وضرورة قانونية من أجل تكريس أسمى حماية للبيئة، ومن بين ضمانات تكريس الحق في بيئة سليمة في الدستور الاعتراف للقاضي بتكريس الأمن القانوني باعتباره الحامي الحقيقي للحقوق والحريات حسب المادة 157 من الدستور وخاصة القاضي الإداري الذي يملك سلطات واسعة في مواجهة الإدارة من أجل حماية الحق في البيئة سواء من حيث إلغاء القرارات البيئية غير مشروعة أو غير ملائمة، أو عن طريق جبر الأضرار البيئية.

الكلمات المفتاحية:

الحق، بيئة، سليمة، دور، القاضي، الإداري، الحماية.

تاريخ إرسال المقال: 2020/09/23، تاريخ مراجعة المقال: 2021/12/16، تاريخ نشر المقال: 2021/12/31.

لتهميش المقال: نوال معزوزي، "الحق في بيئة سليمة ودور القاضي الإداري في حمايته"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد 12، العدد 03، السنة، 2021، ص 520-537.

المقال متوفر على الرابط التالي: <https://www.asjp.cerist.dz/en/PresentationRevue/72>

المؤلف المراسل: نوال معزوزي البريد الإلكتروني: n.mazouzi@univ-dbk.m.dz

The Right to a Healthy Environment & the Role of the Administrative Judge in Protecting it

Summary:

The right to a healthy environment is regarded as a basic human right in sustainable development and is protected by law. Under the large environmental pollution that the globe suffering from, and that caused major problems, many international and domestic efforts come up to protect the environment as one of the most important rights of solidarity the third generation of human rights. The inclusion of this right in the Constitution is inevitable, which Algeria pursued in the last constitutional amendment of 2016 as a strategic choice and a legal necessity in order to establish its highest legal protection. Devote security According to Article 157 of the Constitution, especially the administrative judge who has broad powers in the face of the administration to protect the right to the environment, in terms of the cancellation of illegal or inappropriate environmental decisions, or through reparation of environmental damage.

Keywords:

Right, healthy, environment, role, judge, administrative, protecting.

Le droit à un environnement sain et le rôle du juge administratif dans sa protection

Résumé :

Le droit à un environnement sain est considéré comme un droit humain fondamental dans le développement durable protégé par la loi. Face à la grande pollution dont souffre le globe terrestre et qui a causé des problèmes majeurs, de nombreux efforts internationaux et nationaux sont déployés afin de protéger l'environnement comme l'un des droits de solidarité les plus importants de la troisième génération des droits de l'homme. La Constitutionnalisation de ce droit est impérative, c'est ce qu'a fait l'Algérie dans l'amendement constitutionnel de 2016 comme un choix stratégique et une nécessité juridique afin d'établir sa plus haute protection juridique.

Parmi les garanties de la consécration du droit à un environnement sain, on trouve en particulier les larges pouvoirs conférés au juge administratif face à l'administration par l'article 157 de la constitution, pour protéger le droit à l'environnement, notamment en matière d'annulation des décisions environnementales illégales ou inappropriées, et matière de la réparation des dommages environnementaux.

Mots clés:

Droit, environnement, sain, rôle, juge, administratif, protection

مقدمة:

يعتبر حق الإنسان في بيئة سليمة من الحقوق المستحدثة، إذ يعود الفضل في الاعتراف به للتداخل بين قضايا البيئة وحقوق الإنسان وحياته العامة، وإدراكه لدرجة الأخطار التي شهدتها البيئة التي نعيش فيها، لذا أصبحت البيئة تحتل حيزاً واسعاً في مجال الدراسات العلمية، خاصة مع ما يشهده العالم اليوم من تزايد في سياسة التصنيع والأثر البيئي لهذه السياسة اللاعقلانية، التي أفضت إلى تفاقم الوضع البيئي.

وبذلك اتجه العالم إلى تبني خطوات جادة من أجل حماية البيئة، ووضع حد للتدهور الذي أصابها، مع تفعيل آليات حمايتها، الأمر الذي انعكس على التشريعات الوطنية التي أدرجت قضايا البيئة في مواضيعها، إلا أن التشريعات العادية لم تعد كفيلة بردع المخاطر البيئية، ما جعل الرفع من مستوى التشريع العادي وتضمينه في الدستور أمراً حتمياً، وهو ما سارت عليه الجزائر في التعديل الدستوري لسنة 2016، لذا يمكن القول أن دسترة الحق في بيئة سليمة خيار استراتيجي وضرورة قانونية من أجل تكريس أسس حماية قانونية لها.

كما أن التكريس الدستوري للحق في بيئة سليمة اعتراف للقاضي لتحقيق متطلبات الأمن القانوني، وذلك على أساس أن القضاء هو الحصن المنيع للحقوق والحريات وذلك حسب المادة 157 من الدستور. لذا سنحاول من خلال هذه الدراسة توضيح الحق في بيئة سليمة و دور القاضي الإداري في حمايته وذلك من خلال الإجابة عن الإشكالية التالية: ما مضمون الحق في بيئة سليمة وما هي سلطات القاضي الإداري لحماية هذا الحق؟. وللإجابة عن هذه الإشكالية اتبعنا المنهج الوصفي لتحديد المفاهيم التي احتوتها الدراسة، والمنهج التحليلي لتحليل النصوص القانونية والاجتهادات القضائية ذات الصلة بالموضوع، متبعين التقسيم التالي:

- المبحث الأول: الحق في بيئة سليمة ضرورة قانونية

- المبحث الثاني: دور القاضي الإداري في حماية البيئة

المبحث الأول: الحق في بيئة سليمة ضرورة قانونية

إن الحق في بيئة سليمة هو حق لصيق بالإنسان، كون الإنسان والبيئة يشكلان وحدة واحدة لا يمكن فصلهما، فالتمتع ببيئة آمنة نظيفة وصحية جزء لا يتجزأ من التمتع الكامل بمجموعة كبيرة من حقوق الإنسان من بينها الحق في الحياة والصحة والغذاء، ومن دون بيئة صحية لا نستطيع أن نحقق تطلعاتنا أو حتى أن نعيش في مستوى مناسب من المعايير الدنيا لكرامة الإنسان، وفي نفس الوقت فإن حماية حقوق الإنسان تساعد على حماية البيئة.

لهذا أضحت حماية البيئة شأن عالمي انعكس هذا الأمر على الشأن الداخلي للدول التي أقرت البعد البيئي في دساتيرها سواء بصفة صريحة أو ضمنية، لذا نقول أن حماية البيئة أضحت ضرورة قانونية وخيار استراتيجي.

المطلب الأول: تعريف الحق في بيئة سليمة وتطور التكريس الدستوري له

سنحاول في هذا المطلب إعطاء تعريف للحق في بيئة سليمة وتوضيح تطور التجربة الدستورية الجزائرية في هذا المجال.

الفرع الأول: تعريف الحق في بيئة سليمة

يتشكل الحق في البيئة من مفهوم مركب "الحق" و "البيئة"، فالحق يقصد به في الفقه القانوني الوضعي السلطة أو القدرة أو المكنة، التي يقرها القانون لشخص معين ويحميها من أجل تحقيق مصلحة معينة. أما البيئة فتعرف على أنها الوسط الطبيعي الذي يعيش فيه الإنسان، والكائنات الحية الأخرى ويمارس فيها أنشطته المختلفة¹.

كما عرفت على أنها مجموعة العوامل الطبيعية والكيميائية والحيوية والاجتماعية، التي لها تأثير مباشر أو غير مباشر، حال أو مؤجل للكائنات الحية والأنشطة الإنسانية².

ولقد تم وضع تعريف واسع لمفهوم البيئة في قمة ستوكهولم للبيئة الإنسانية عام 1972، ومفاده أن البيئة أكثر من مجرد عناصر طبيعية بل هو رصيد الموارد المادية والاجتماعية المتاحة في وقت و مكان ما لإشباع حاجات الإنسان وتطلعاته³.

كما عرف الحق في بيئة سليمة على أنه: " اختصاص الإنسان بموارد وسط بيئي خال من التلوث للانتفاع بالبيئة وتحسينها لنقلها إلى الأجيال المقبلة في حال ليست بأسوأ مما كانت عليه وقت استلامها"، في حين أن هناك من عرف هذا الحق أنه: "الوجود في بيئة متوازنة كقيمة في ذاتها وما يقتضيه ذلك من وجوب صيانة وتحسين النظم والموارد الطبيعية، وفي دفع التلوث عنها والتدهور الجائر بمواردها"⁴.

الفرع الثاني: تطور التكريس الدستوري للحق في بيئة سليمة

إن التجربة الدستورية في الجزائر على غرار التجارب العربية المعاصرة تجربة فنية عرفت مراحل وتحولات عديدة ومختلفة فهل سايرت هذه التطورات المطالب الإنسانية في الإقرار بحقوقية، إن الإجابة عن هذا التساؤل يكمن في بيان مدى تطور التكريس الدستوري للحقوق البيئية.

¹ أحمد عبد الوهاب عبد الجواد، سلسلة دائرة المعارف البيئية، ط 1، الدار العربية للنشر والتوزيع، القاهرة، 1996، ص 46.

² المرجع نفسه، ص 46.

³ المرجع نفسه، ص 47.

⁴ تصيرة بن تريكة، تكريس الدستور الجزائري للحق في البيئة في تعديل 2016 بموجب القانون 16-01، مجلة المعيار، العدد 18، 2017، ص 54.

أولاً: اعتراف ضمني بالحق في بيئة سليمة قبل التعديل الدستوري لسنة 2016

لقد انتهجت الجزائر أسلوب أو منهج غير مباشر لحماية حق الإنسان في بيئة سليمة ونظيفة، تكفل له الحياة بطريقة آمنة من المخاطر والأضرار التي تترتب على التلوث، وتؤثر سلباً على صحته¹. ويتضمن هذا المنهج أن الدستور لا يتضمن نصاً صريحاً من نصوصها يتعلق بحق المواطن في حماية البيئة، وإنما يمكن التوصل إلى تلك الحماية عن طريق استنباطها من روح النص على الحقوق الاجتماعية والاقتصادية أو المقومات الأساسية للمجتمع التي يكرسها الدستور.

ومن بين الحقوق الاجتماعية التي تضمنها الدستور الجزائري اعتبار الصحة من الحقوق الأساسية وواجب على الدولة رعايتها، مثال ذلك المادة 67 من دستور 1976² التي تنص: "لكل المواطنين الحق في الرعاية الصحية"، وكذلك أشارت المادة 151 من دستور 1976 للبيئة من خلال جعلها اختصاصاً أصيلاً بالمجلس الشعبي الوطني بحيث يشرع في مجالات منها: الخطوط العريضة لسياسة الإعمار الإقليمي والبيئة. أما عن دستور 1989³ على الرغم من تغير تصور الدولة الجزائرية لنهجها السياسي والاقتصادي، بتحولها من نظام الحزب الواحد إلى التعددية الحزبية، ومن النظام الاشتراكي إلى نظام اقتصاد السوق، والذي يعتبر أول دستور يجسد مفاهيم دولة القانون، إلا أننا لم نلمس أي تغيير حول مسألة الحق في بيئة سليمة، وانتهج نفس نهج الدساتير السابقة، إذ أحال مسألة تنظيم البيئة وحمايتها لاختصاص المجلس الشعبي الوطني، وهذا ما تضمنته كذلك التعديلات اللاحقة لسنة 1996، 2002، 2008 رغم مصادقة الجزائر خلال تلك المرحلة على العديد من الاتفاقيات والمواثيق الدولية المختلفة والمتعلقة بحماية البيئة⁴.

ثانياً: اعتراف صريح بالحق في بيئة سليمة في التعديل الدستوري لسنة 2016

لقد اتجه المؤسس الدستوري الجزائري في سبيل حماية حق الإنسان في بيئة سليمة ونظيفة، إلى تكريس هذا الحق صراحة في عدة مواضع في التعديل الدستوري لسنة 2016⁵، حيث أقر هذا الحق في الديباجة التي لها نفس قيمة الدستور باعتبارها جزء لا يتجزأ منه، حيث جاء فيها: "يظل الشعب الجزائري متمسكاً بخياراته من

¹ داود عبد الرزاق الباز، الأساس الدستوري لحماية البيئة من التلوث، ط1، دار الفكر الجامعي، مصر، 2006، ص 75.

² أمر رقم 76-97، المؤرخ في 22 نوفمبر 1976، يتضمن إصدار نص الدستور الموافق عليه في استفتاء 19 نوفمبر 1976، ج ر عدد 94، مؤرخة في 24 نوفمبر 1976.

³ مرسوم رئاسي رقم 89-18، مؤرخ في 28 فبراير 1989، يتضمن نشر تعديل الدستور الموافق عليه في استفتاء 23 فبراير 1989، ج ر عدد 09، مؤرخة في 01 مارس 1989.

⁴ نصيرة بن تريكة، المرجع السابق، ص 50.

⁵ قانون رقم 16-01، مؤرخ في 06 مارس 2016، يتضمن التعديل الدستوري، ج ر عدد 14، مؤرخة 07 مارس 2016.

أجل الفوارق الاجتماعية والقضاء على أوجه التفاوت الجهوي ويعمل على بناء اقتصاد منفتح وتنافسي في إطار التنمية المستدامة والحفاظ على البيئة".

كما نصت المادة 19 منه: " تضمن الدولة الاستعمال الرشيد للموارد الطبيعية والحفاظ عليها لصالح الأجيال القادمة.

تحمي الدولة الأراضي الفلاحية.

كما تحمي الدولة الأملاك العمومية للمياه..."

كما نصت المادة 68 بكل وضوح في حق المواطن في بيئة سليمة بنصها: " للمواطن الحق في بيئة سليمة.

تعمل الدولة على الحفاظ على البيئة.

يحدد القانون واجبات الأشخاص الطبيعيين والمعنويين لحماية البيئة". لقد ذهب المؤسس الدستوري الجزائري ليس إلى اعتبار البيئة السليمة حقا فقط، وإنما جعل حمايتها التزام يقع على الدولة والمواطنين على حد سواء.

المطلب الثاني: النتائج المترتبة عن دسترة الحق في بيئة سليمة

يترتب عن دسترة الحق في بيئة سليمة نتائج في غاية الأهمية نوضحها في النقاط التالية:

- ظهور جيل جديد من التشريعات البيئية

ترسيخ الحق في بيئة سليمة يتطلب سن قوانين بيئية أكثر صرامة، لضمان وحماية الحق الدستوري، وفي هذا الصدد عبر الفقيه "كولن ستيفنسون" أن الاعتراف الدستوري بالحق في بيئة صحية في بلد مثل كندا من شأنه أن يضمن تشديد القوانين البيئية لإعطاء مضمون لتلك الآمال...¹

كما أن دخول ميثاق البيئة الفرنسي حيز التنفيذ في عام 2005²، كان له تأثير ملحوظ على القانون الفرنسي، وقد استندت فرنسا إلى مبدأ الحيطة في الميثاق لتصبح أول دولة في العالم تقوم بوضع تشريع يحضر التقجير الهيدرولوجي، الذي يعتبر طريقة مدمرة لاستخراج الغاز الطبيعي والنفط، وفي سنة 2014 أصدرت قانون يمنع استخدام المساحات الخضراء وغيرها من الأماكن العامة ما لم تكن هناك حاجة طارئة، ويحد من استخدام المبيدات الحشرية في المنازل والحدائق ابتداء من سنة 2020³.

¹ نسرين شايب، دسترة الحق في البيئة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، جامعة سطيف، 2016/2017، ص 135.

² ميثاق البيئة الفرنسي الصادر في سنة 2005، اعتبر كوثيقة مرجعية في الدستور الفرنسي سنة 2005.

³ نسرين شايب، المرجع السابق، ص 137.

- دسترة الحق في البيئة آلية لملا الثغرات في التشريعات البيئية

بالإضافة إلى كون دسترة الحق في البيئة يؤثر بقوة لتعزيز القوانين البيئية، فقد تم استخدام الحق الدستوري في بيئة سليمة لسد الثغرات في قانون البيئة، وهذه الثغرات قد تنشأ من التأخر في اعتماد تدابير لمعالجة بعض المسائل، أو ظهور تهديدات جديدة للبيئة، أو تكون راجعة تلك الثغرات إلى غموض في النصوص القانونية¹.

- تعزيز آليات الدفاع عن البيئة

إن الاعتراف بالحق في بيئة سليمة في الدستور يمنح للأفراد والمنظمات البيئية غير حكومية الأساس القانوني اللازم للدفاع عن البيئة، والتصدي لمشروعات والأنشطة التي تؤثر على البيئة وصحة الإنسان، حتى ولو تقاعست أو تأخرت الدولة في سن القوانين الضرورية².

- منع المشرع من تجاهل البيئة

يمنع دسترة الحق في بيئة سليمة المشرع من تجاهل البيئة عند وضع النصوص القانونية المختلفة، تحت طائلة عدم دستورية هذه النصوص لأن الدستور يحتل قمة هرم تدرج القوانين، مما يجعل القواعد المتضمنة فيه تسمو على كل القواعد والقوانين الأخرى، وهذا ما جعل الحق في بيئة سليمة يحتل مكانة رفيعة، بعد ترقيته من مستوى التشريع العادي إلى مستوى التشريع الدستوري، مما يوجب على باقي القوانين أن تحترمه وأن لا تخالف قواعده³، مما يترتب عليه نقض أي قانون مخالف للحق في بيئة سليمة.

- توجيه الرأي العام لصالح البيئة

تحظى الحقوق الدستورية بقيمة تعليمية وتثقيفية أكثر⁴، نظرا لميل المجتمع للاطلاع على المبادئ الدستورية أكثر من اطلاعه على النصوص القانونية والتنظيمية التي تتضمن الكثير من التفاصيل الطويلة والمملة.

- تعزيز آليات الرقابة القضائية على الحقوق والحريات

بالعودة إلى أحكام المادة 157 من الدستور نجدها تنص: " تحمي السلطة القضائية المجتمع والحريات، وتضمن للجميع ولكل واحد منهم المحافظة على حقوقهم الأساسية".

¹ نسرین الشایب، المرجع السابق، ص 140.

² فاطمة طواصي، الحق في البيئة السليمة في التشريع الدولي والوطني، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، 2015/2014، ص 28.

³ عبد السلام سالمی، هدى بقة، انعكاسات دسترة الحق في بيئة سليمة على القوانين البيئية، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، جامعة زيان عاشور، العدد 03، 2018، ص 15.

⁴ عبد الغني حسونة، عمار الزغبی، دسترة موضوع البيئة في الجزائر، مجلة العلوم القانونية والسياسية، العدد 14، أكتوبر 2016، ص 117.

لا يخف على أحد أن هذه المادة أسندت إلى السلطة القضائية دورا نبيلًا ومصيريًا، في الرقابة على الحقوق والحريات، وهو نتيجة منطقية داخل مجتمع ديمقراطي وخاصة أن جانب من الفقه يذهب إلى القول بأن العدالة هي: "الدين الأول المتخذ بذمة الدولة مقابل منحها امتياز السيادة"، وهو ما يفيد بأن وجود السلطة القضائية يشكل أمرا حتميا باعتباره يمثل ضمانا من شأنها أن تتوء بالمواطنين من كل أشكال الظلم والتسلط التي تنشأ من منح الدولة هذا الامتياز.

لذا لا بد أن تكون السلطة القضائية مستقلة ونزيهة، وأن تكون الاجراءات عادلة وسريعة¹، وأن يصل الحكم إلى أمر يسمح بتصحيح الوضعية، فاللجوء إلى العدالة مكنة تحظى بأهمية بالغة عندما تقبل الحكومة في حماية الحقوق الدستورية من بينها الحق في بيئة سليمة.

- تجريم الاعتداء على البيئة:

يؤدي دسترة الحق في البيئة إلى ضرورة تدخل القانون الجزائي في تفعيل هذه الحقوق وإقرار العقاب في حال انتهاكها فهو أحسن ضمان لحماية الحقوق الدستورية.

إن النص في صلب الدستور على الحق في بيئة سليمة سينعكس حتما على الحماية الجزائية لها ولمكوناتها بحيث تلتزم الدولة بسن القوانين التي تجرم الأفعال التي تمس بها من جهة، ومن جانب آخر سيؤدي إلى تأثر القضاة بأهمية البيئة².

المبحث الثاني: دور القاضي الإداري في حماية البيئة

إن تكريس الدستور للحق في بيئة سليمة هو ارتقاء بهذا الحق إلى مصاف الحقوق الأساسية الأخرى المكفولة دستوريا كالحق في المساواة والحق في الحرية، ويصبح هذا الحق غير قابل للانفصال عن باقي الحقوق الأخرى كالحق في التقاضي لذا يلعب القضاء دورا كبيرا في حماية هذا الحق.

وما يؤكد هذا الدور هو المادة 157 التي أعطت السلطة للقاضي، بما فيها الإداري في حماية الحقوق والحريات من بينها الحق في بيئة سليمة، وذلك من خلال إلغاء قرارات الإدارة المخالفة للقواعد البيئية وجبر الأضرار البيئية.

¹ عبد الغني بسيوني عبد الله، القضاء الإداري. منشأة المعارف، الاسكندرية، مصر، 1996، ص 68.

² عبد اللاوي جواد، حق الإنسان في العيش في بيئة سليمة وصحية، دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والاتفاقيات الدولية والداستير الوضعية، مجلة المعيار، العدد 13، 2016، ص 397.

المطلب الأول: دور القاضي الإداري في حماية البيئة من خلال إلغاء القرارات الإدارية غير مشروعة

تجد سلطة القاضي الإداري في إلغاء القرارات الإدارية غير مشروعة أساسها القانوني في المادة 161 من الدستور التي تنص: " ينظر القضاء في الطعن في قرارات السلطات الإدارية"، وبالتالي من حق القاضي الإداري إلغاء أي قرار إداري بيئي مهما كان مصدره إذا كان غير مشروع أو غير ملائم.

الفرع الأول: السلطات التقليدية للقاضي الإداري - سلطات محدودة-

تكمن سلطات القاضي الإداري التقليدية في البحث عما إذا كان القرار البيئي يشوبه عيب من عيوب عدم المشروعية، فيحكم بإلغاء القرار الإداري إذا تحقق من وجود أحد أوجه الإلغاء باعتباره قاضي الحريات العامة، وذلك بإخضاع السلطة الإدارية إلى مبدأ المشروعية في كل قراراتها المتعلقة بالبيئة حماية لهذه الأخيرة من الانتهاك والمساس والتعسف الإداري¹.

واستخلص فقه القانون الإداري عيوب عدم المشروعية أي وسائل الإلغاء وصنفها بناء على أسس مختلفة².

وقد سائر القضاء الجزائري القضاء الإداري الفرنسي في رقابته للمشروعية الإدارية وفق تصنيف الفقيه DEBBASCH الذي ميز بين المشروعية الداخلية والخارجية للقرار الإداري³.

تحدد سلطات قاضي الإلغاء في رقابة المشروعية الخارجية للقرار الإداري البيئي، والمتمثلة في ركني الاختصاص والشكل والاجراءات، بفحص هل القرار الإداري صدر من قبل السلطة المختصة قانوناً، وأنه صادر وفق الأشكال والاجراءات التي يقرها القانون فعيوب عدم المشروعية التي يقف عندها القاضي من هذا الجانب تسمى فقها عيب عدم الاختصاص وعيب عدم الشكل والاجراءات.

أما رقابة القاضي للمشروعية الداخلية للقرار البيئي في دعوى الإلغاء تتحدد برقابة الغاية المبتغاة من إصداره أو ما يعرف بعيب الانحراف في استعمال السلطة، ورقابة مشروعية محله وسببه والمسماة بعيب مخالفة القانون.

ومن بين التطبيقات العملية لسلطات القاضي الإداري التقليدية، نجد على سبيل المثال قرار مجلس الدولة 032758 الصادر بتاريخ 23 ماي 2007 في قضية جمعية حماية البيئة لبلدية بابا أحسن ضد رئيس المجلس

¹ بولنوار بلي، الرقابة القضائية للبيئة وفق التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، فرع قانون البيئة والعمران، جامعة الجزائر 1، 2014/2013، ص25.

² سليمان الطماوي، الوجيز في القضاء الإداري، قضاء الإلغاء، الكتاب الأول، دار الفكر العربي، القاهرة، 1989، ص 395.

³ عمور سلامي، سلطات القاضي الإداري في دعوى الإلغاء، أطروحة دكتوراه دولة في القانون العام، جامعة الجزائر 1، 2012/2011، ص 140.

الشعبي البلدي لبلدية أولاد فايت، والذي أيد بموجبه الاستئناف الذي تقدمت به الجمعية والتي تهدف من وراءه إلغاء القرار الولائي المؤرخ في 08 ماي 1998، المتضمن تخصيص قطعة أرضية ذات مساحة 40 هكتار، لفائدة بلدية أولاد فايت المخصصة لإنشاء قمامة عمومية.

وعلى إثر هذا الاستئناف أصدر مجلس الدولة قرارا بتاريخ 01 أفريل 2003، يقضي بتعيين ثلاث خبراء مختصين في الفلاحة والعقار، ونتيجة لهذه الخبرة تبين أن إنشاء المفرغة العمومية ستؤدي إلى أضرار متعددة الصفات بالبيئة، نتيجة عدم احترام الشروط التقنية لإنشائها وعلى أساس ذلك قضى مجلس الدولة بتأييد القرار المستأنف وبإزالة المفرغة العمومية موضوع النزاع، ومن بين ما جاء في القرار:

" إن إنشاء مفرغة عمومية في وسط سكاني دون احترام شروط دفتر الأعباء، ودون اتخاذ الإجراءات الملائمة لتجنب المساس وسلامة المحيط والأشخاص يعد مخالفة لقانون البيئة ويترتب عليها غلقها نهائيا..."¹.

الفرع الثاني: السلطات الحديثة للقاضي الإداري - سلطات واسعة-

لم يقف مجلس الدولة الفرنسي عند ممارسة رقابته على السلطات الإدارية عند حدود رقابته التقليدية، التي لم تعد تتسجم مع التطورات الحاصلة في مجالات النشاط الإداري الحديثة، وإنما مد هذه الرقابة إلى مشارف الملائمة في التقدير الإداري، حتى يتمكن من مسك نقطة التوازن الدقيقة بين فعالية العمل الإداري من ناحية، وبين ضمان حقوق الأفراد وحررياتهم من ناحية أخرى، دون أن يضحى بأحدهما في سبيل الآخر².

وهكذا دفعت التطورات السريعة والمتلاحقة للنشاط الإداري للدولة الحديثة في المجالات المختلفة، بمجلس الدولة الفرنسي إلى ممارسة دوره الإنشائي في ابتداع الحلول، التي تمكنه من مواكبة هذه التطورات بابتكار أدوات فنية جديدة، يتوصل بها في فرض رقابة عميقة على تقديرات السلطات الإدارية في شتى مجالات النشاط الإداري، من بينها النشاط البيئي وتبلور عن ذلك نظرية في غاية الأهمية هي نظرية الحصيلة أو نظرية الموازنة بين المنافع والمضار.

بالإضافة للقضاء السابق لمجلس الدولة الفرنسي والجزائري في دعوى الإلغاء الذي كان يتوقف عند سلطة إلغاء القرار الإداري المخاصم إذا ما ثبتت عدم مشروعيته دون أن يستطيع توجيه أوامر لها، أصبح القضاء الإداري حاليا بإمكانه توجيه أوامر لها بمناسبة نظره في دعوى الإلغاء.

¹ حنان علاوة، توفيق زيد الخيل، رقابة القاضي الإداري الجزائري على قرارات سلطات الضبط البيئي ضمانا لحماية البيئة، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، المجلد 11، العدد الأول، 2018، ص 700.

² نوال معزوزي، نظام القرار الإداري في القانون الجزائري، رسالة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2016/2017، ص 470.

أولاً: رقابة الموازنة في مجال البيئة

إن القاضي الإداري أثناء تطبيقه لنظرية الموازنة يقوم بالموازنة بين أضرار ومنافع القرار، ولا يقوم بإلغائه إلا إذا كانت الأضرار الناجمة عنه جسيمة بالنسبة للمزايا والمنافع التي يقدمها، مع أخذه بكافة الظروف والمعطيات فهذه النظرية هدفها عقلنة الاختيارات التقديرية للإدارة.

أ- أسباب أعمال رقابة الموازنة في مجال البيئة

لقد أصبحت قضية حماية البيئة من أهم القضايا في العصر الحالي، بعدما آلت إليه الأوضاع البيئية من تدهور، نتيجة لتطافر عدة أسباب وعوامل أهمها النمو الصناعي الذي عرفه العالم والذي أدى لاختلال التوازن البيئي فظهرت مشاكل بيئية أضحت تهدد الحياة الإنسانية منها مشكل التلوث واستنفاد طبقة الأوزون والاحتباس الحراري والتغير المناخي¹.

لتلك الأسباب توالى الجهود الدولية والداخلية لحماية البيئة مما فتح الباب أمام القضاء الإداري في العديد من دول العالم لتطبيق رقابة الموازنة بين المنافع والمضار على رأسها القضاء الفرنسي ولم يتوقف الأمر عند هذا الحد بل امتدت هذه النظرية للعديد من الدول.

ب- تطبيقات نظرية الموازنة**- في القضاء الفرنسي:**

لقد حظيت رقابة الموازنة بين المنافع والأضرار في مجال البيئة والصحة العامة بتطبيقات عديدة أهمها: قضية الطينة الحمراء، تتلخص وقائع هذه القضية في أن الإدارة قررت إنشاء قناة لإخراج النفايات الكيميائية لأحد مصانع الألومنيوم، من قبل شركة في عرض البحر في خليج cassis لأجل المنفعة العامة، التي كانت من وجهة الإدارة أنها أكيدة، وهنا تعرض مجلس الدولة لعيوب المشروع وذلك بعد دراسة كاملة له وللظروف المحيطة بالعملية ككل، قرر أن المشروع وإن تترتب عليه أضرار بالصحة العامة للنبات والحيوان أو بالتنمية السياحية والاقتصادية في المنطقة، فإنه ليس بالدرجة التي تجرده من صفة المنفعة العامة، وقرر أن صب هذه المخلفات على مسافة 07 كلم من الشاطئ وعلى عمق ألف متر لا يلحق ضرراً بالصحة العامة².

- في القضاء المصري والجزائري:

نظراً للوضعية المتردية للبيئة في مصر لأسباب عديدة دعت القاضي الإداري لتطبيق هذه النظرية في العديد من القضايا المعروضة عليه منها:

¹ مصطفى سندي، الموازنة بين المنافع والمضار في القرار الإداري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2013/2014، ص 180.

² المرجع نفسه، ص ص 180-181.

قضية إقامة مشروع الصرف الصحي بالقاهرة الكبرى، ولقد نظر القضاء الإداري في هذه القضية بمناسبة صدور قرار بإقامة مشروع صرف صحي بمدينة القاهرة الكبرى، حيث رأى القاضي أن إقامة هذا المشروع في المكان المذكور سابقاً، يسبب أضراراً كبيرة وذلك بإتلاف وفقدان مساحة شاسعة من أجود الأراضي الزراعية، التي يعتمد عليها في إنتاج الحبوب والمواد الغذائية للبلاد، وتوفير فرص عمل في المجال الزراعي، بينما إذا تم نقل المشروع إلى الأراضي البور المجاورة، فإنه سيتم المحافظة على المساحات الخضراء المحيطة بالقاهرة. ويبدو واضحاً في هذه القضية أهمية وثقل المنفعة العامة المستمدة من المحافظة على البيئة والصحة العامة مما جعلها تسمو على بقية المنافع وتتصدى لكافة الأضرار¹.

أما بالنسبة لموقف القضاء الإداري الجزائري فإن تطبيق نظرية الموازنة غير مستبعد، لأن الوضع فيها لا يختلف عن الوضع والأسباب التي أدت بالقاضي الإداري الفرنسي ومثيله المصري لتطبيق هذه الرقابة، وكان من الممكن أن تتيح الجمعية العامة لحماية الحظيرة الوطنية للقال، للقاضي الإداري فرصة مواكبة هذا التطور الذي شهدته رقابة الموازنة، وذلك من خلال موازنتها لمزايا مشروع إنجاز الطريق السيار شرق /غرب، والأضرار البيئية التي سيلحقها بالحظيرة الوطنية للقال².

حيث يعتبر مشروع الطريق السيار حتمية حضرية تظهر من حيث أهدافه ومن خلال العائدات المنتظرة منه، لكن هذا الأخير قد تعرض لأزمة في تهيئته مما أفرز مشاكل عديدة خاصة تلك المتعلقة بالبيئة، رغم الحماية القانونية التي أسندها المشرع الجزائري لها، فالمشروع يمر بمنطقة محمية تزخر بثروة حيوانية ونباتية فريدة، تميزها عن باقي الدول³.

ثانياً: سلطة القاضي الإداري في توجيه أوامر للإدارة

لقد ساد في القضاء الإداري الفرنسي مقولة أن القاضي الإداري "يحكم ولا يدير"، وبالتالي لا يجوز للقاضي الإداري توجيه أوامر للإدارة لعدة اعتبارات أهمها مبدأ الفصل بين السلطات.

¹ المرجع نفسه، ص 185.

² سهيلة لباشيش، رقابة القاضي الإداري على إجراءات نزع الملكية من أجل المنفعة العمومية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2008، ص 60.

³ اسعيداني سلامي، استراتيجيات العلاقات العامة في إدارة الأزمات، دراسة حالة اصطدام الطريق السيار بالحظيرة الوطنية للقال، مجلة الحكمة للدراسات الإعلامية والاتصالية، المجلد 01، عدد 1، 2013، ص 284.

إن مبدأ الفصل بين السلطات في المفهوم الفرنسي كان يهدف إلى عدم تدخل المحاكم العادية في الشؤون الإدارية، وعلى هذا الأساس سار القضاء، فتواترت أحكام مجلس الدولة الفرنسي واستقرت، على أنه لا يجوز للقاضي الإداري أن يتجاوز سلطته بتوجيه أوامر لجهة الإدارة بإصدار قرار إداري معين ويترتب على ذلك¹ :
- لا يجوز للقاضي الإداري رسم الخطوط العامة للإدارة لأن ذلك يدخل في السلطات والصلاحيات الممنوحة للإدارة.

- ليس لقاضي الإلغاء من الناحية القانونية إلا إلغاء القرارات الإدارية لتجاوز السلطة دون أن يأمرها أو يوجهها للقيام بعمل معين.

- لا يجوز للقاضي الإداري الاستعانة بوسيلة الغرامة التهديدية لإجبار الإدارة على القيام بعمل أو الامتناع عنه.

غير أن قانون 95-125 المؤرخ في 08 فبراير 1995، جاء لتعزيز السلطات الممنوحة للقاضي الإداري الفرنسي في مجال دعوى الإلغاء، وهذا عن طريق اعترافه له بسلطة توجيه أوامر للإدارة، وعلى حد قول الأستاذ Debbasch يعكس هذا القانون بحق إرادة المشرع الفرنسي في منح القاضي الإداري خاصة قاضي الإلغاء سلطة فيما يخص موضوع النزاع حتى لا يبقى قاضي الإلغاء المجرد².

وبالنسبة لتطبيقات القضاء الإداري الفرنسي في مجال حماية البيئة، يُعدُّ القرار الصادر عن مجلس الدولة لفرنسي في 21 جويلية 2017 سابقة في المساعي الرامية إلى الحد من تلوث أجواء المدن والمناطق الفرنسية. تتلخص أهم وقائع هذه القضية في أن جمعية أصدقاء أرض فرنسا طلبت من مجلس الدولة الفرنسي إلغاء القرارات الضمنية بالرفض الناتجة عن سكوت الذي تمسك به كل من رئيس الجمهورية، الوزير الأول، وزير البيئة والتنمية المستدامة والطاقة، وزير الشؤون الاجتماعية الصحة وحقوق المرأة عن طلبها المتعلق باتخاذ كافة التدابير الضرورية للحد من تركيز الجزئيات الدقيقة وثاني أكسيد النتروجين في جميع أنحاء الأراضي الوطنية، وفق القيم المحددة في ملحق التعليم رقم 50/2008 الصادرة من قبل البرلمان الأوروبي والمجلس بتاريخ 21 ماي 2008، المتعلقة بجودة الهواء النقي لأوروبا ...

¹ المهدي تيم، القاضي الإداري يحكم ولا يدير، مجلة منازعات الأعمال، مقال منشور على الموقع

http://frssiwa.blogspot.com/2017/09/blog-post_64.html، يوم 01/10/2019، على الساعة 19:30.

² عبد القادر عدو، ضمانات تنفيذ الأحكام الإدارية ضد الإدارة العامة، دار هومة، الجزائر، 2010، ص 127.

وقد استجاب مجلس الدولة لطلب الطاعنين بإلغاء القرارات الضمنية بالرفض المذكورة أعلاه وأمر الدولة الفرنسية بإرسال الخطط المطالبة بوضعها في هذا الشأن إلى المفوضية الأوروبية في أجل لا يتجاوز نهاية شهر مارس 2018¹.

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فقد تدخل بموجب نصوص صريحة بمنح القاضي الإداري سلاحا فعالا يسمح له ببلورة اجتهاده وتمكينه من توجيه أوامر صريحة للإدارة من خلال قانون الإجراءات المدنية والإدارية رقم 08-09 المؤرخ في 25 يناير 2008² في مواد 978 إلى 989.

إن المادة 978 خولت للقاضي الإداري بمناسبة نظره في دعوى الإلغاء وفي حالة ما طلب منه، وإن تأكد من التحقيق أن القرار غير مشروع أن يجمع بالقضاء في نفس الحكم أو القرار الذي يصدره بين سلطته التقليدية في إلغاء القرار المخاصم وسلطة أمر الإدارة المدعى عليها باتخاذ التدابير التي يحددها لها، خلال أجل محدد عند الاقتضاء، أو توجيه الأمر لها بعد الإلغاء وبناء على طلب مستقل لاحق بإلزامها باتخاذ تدابير معينة حسب المادتين 979 وما بعدها³.

¹Le Conseil d'Etat statuant au contentieux (Section du contentieux, 6^{ème} et 1^{ère} chambres réunies) sur le rapport de la 6^{ème} chambre de la Section du contentieux
Séance du 21 juin 2017
Lecture du 12 juillet 2017
D E C I D E :.....

Article 1^{er} : Les décisions implicites du Président de la République, du Premier ministre et des ministres chargés de l'environnement et de la santé refusant de prendre toutes mesures utiles et d'élaborer des plans conformes à l'article 23 de la directive 2008/50/CE du 21 mai 2008 permettant de ramener, sur l'ensemble du territoire national, les concentrations en particules fines et en dioxyde d'azote en-deçà des valeurs limites fixées à l'annexe XI de cette directive sont annulées.

Article 2 : Il est enjoint au Premier ministre et au ministre chargé de l'environnement de prendre toutes les mesures nécessaires pour que soit élaboré et mis en œuvre, pour chacune des zones énumérées au point 9 des motifs de la présente décision, un plan relatif à la qualité de l'air permettant de ramener les concentrations en dioxyde d'azote et en particules fines PM10 sous les valeurs limites fixées par l'article R. 221-1 du code de l'environnement dans le délai le plus court possible et de le transmettre à la Commission européenne avant le 31 mars 2018.

Article 3 : L'Etat versera à l'association Les Amis de la Terre France une somme de 3 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Article 4 : La présente décision sera notifiée à l'association Les Amis de la Terre France, au Premier ministre, au ministre d'Etat, ministre de la transition écologique et solidaire et à la ministre des solidarités et de la santé.

² قانون رقم 08-09، مؤرخ في 25 يناير 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج ر عدد 21، مؤرخة في 23 أبريل 2008.

³ عمور سلامي، المرجع السابق. ص 244.

وهكذا يستطيع القاضي الإداري الجزائري توجيه أوامر للإدارة بمناسبة نظره في دعوى الإلغاء تتعلق بحماية البيئة، أما بالنسبة لموقف القاضي الإداري لا نستطيع تحديد موقفه في هذا المجال بسبب قلة دعاوى البيئة وعدم نشر قرارات مجلس الدولة، فالاجتهاد القضائي الجزائري ليس في متناول الجميع على خلاف القضاء الفرنسي.

المطلب الثاني: دور القاضي الإداري في جبر الأضرار البيئية

إن جبر الأضرار البيئية لا يقتصر على اختصاص القضاء المدني فقط، وإنما هناك العديد من الحالات التي ينعقد فيها الاختصاص للقضاء الإداري، خصوصا في الحالات التي تنجم عن تطبيق القرارات الإدارية المخالفة للقواعد القانونية أضرارا بالأفراد، بالإضافة إلى الأعمال المادية التي تقوم بها الإدارة والتي لا تقل خطورة عن سابقتها، وعليه يحق لكل من تضرر من جراء أعمال الإدارة اللجوء إلى القاضي الإداري لتحريك مسؤولية الإدارة عن الأضرار البيئية والمطالبة بالتعويض.

الفرع الأول: معنى المسؤولية الإدارية في مجال حماية البيئة

يقصد بكلمة مسؤولية بصفة عامة " تحمل نتائج فعل أو عمل قام به شخص ما وألحق ضررا بالغير"¹. وبالمفهوم القانوني ترتبط وتتماشى مع الالتزام الذي يقع على شخص لجبر الأضرار التي لحقت شخصا آخر"². وفي تعريف آخر، المسؤولية الإدارية هي حالة قانونية يترتب عنها التزام على الدولة أو أحد فروعها، بتعويض الغير عن الأضرار الناجمة عن نشاطاتها المتعلقة بتسيير المرافق العامة سواء كانت أعمال إدارية مشروعة أو غير مشروعة، ناجمة عن الأخطاء المرفقية أو على أساس المخاطر الإدارية"³. وتعتبر قضية بلانكو المطروحة على القضاء الفرنسي، والتي فصلت فيها محكمة التنازع بانعقاد الاختصاص فيها إلى القضاء الإداري بتاريخ 08 فيفري 1873، بمثابة البوادر التاريخية لظهور مبدأ المسؤولية الإدارية"⁴.

الفرع الثاني: أساس المسؤولية الإدارية

تتأسس مسؤولية الإدارة عن الأضرار البيئية على أساس الخطأ أو بدونه أي على أساس المخاطر.

¹ عطاء الله بوحميده، دروس في المنازعات الإدارية. كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2010/2009، ص 183.

² المرجع نفسه، ص 183.

³ عمار عوايدي، نظرية المسؤولية الإدارية، دراسة تحليلية مقارنة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1989. ص 35.

⁴ العربي زروق، جميلة حميدة، اختصاص القضاء الإداري في مجال المنازعات البيئية، مجلة البحوث العلمية في التشريعات البيئية، المجلد 05، العدد 02، 2018، ص 192.

أولاً: مسؤولية الإدارة على أساس الخطأ

السائد قديماً هو عدم مسؤولية الدولة عن أخطائها، كون ذلك يتنافى مع ما تتمتع به الدولة من سيادة، غير أن هذا الأمر لا يمكن التسليم به، ذلك أن خضوع الدولة للقانون والتزامها بالتعويض عن الأضرار الناتجة عن أعمالها، التي تسبب ضرراً للغير لا يمكن أن تمس إطلاقاً بسيادتها¹.

فالأصل العام أن مسؤولية الإدارة هي مسؤولية على أساس الخطأ تقوم بتوافر ثلاث أركان هي: أولاً وجود خطأ ينسب إلى الإدارة، ومن جهة ثانية تحقق الضرر الذي يدعيه المتضرر، وثالثاً العلاقة السببية والتي مقتضاها ضرورة الربط بين خطأ الإدارة والضرر الواقع.

وإذا كان أساس التعويض في القضاء المدني يقوم على ركن الخطأ كأساس المسؤولية التي يتحملها مرتكب الخطأ، فإن ذلك لا يمكن تطبيقه على إطلاقه بالنسبة للمسؤولية الإدارية كون الإدارة شخص معنوي عام لا يمكنه ارتكاب أخطاء، وإنما يرتكبها مسيروه، وبذلك ظهرت نظرية الخطأ المرفقي تمييزاً لها عما يعرف بالخطأ الشخصي².

ولجبر الأضرار الناجمة عن الإدارة يمكن تصور الحالات الثلاث التالية³:

- المسؤول هو الموظف تأسيساً على فكرة الخطأ الشخصي، غير أن التقرير بذلك يؤدي إلى تجميد النشاط الإداري لعدم إقبال الموظف عن العمل واحتمال التعويض لعسره.
- المسؤول هو الإدارة تأسيساً على فكرة الخطأ المرفقي، وهو حل من شأنه حماية الموظف، ولكن كيف للإدارة أن تتحمل ما ارتكبه أعوانها بأخطائهم الشخصية؟. ولكن نتيجة ليسرها كثيراً ما تتحمل الإدارة التعويض.
- المسؤول هو الموظف والإدارة فإذا كان الخطأ لا علاقة له بالإدارة إطلاقاً يتحمل الموظف المسؤولية، أما إذا كان له علاقة بالمرفق فتسأل الإدارة والموظف على أساس ما يعرف بنظرية الجمع بين الأخطاء والمسؤوليات. وهذه الحلول تقود حتماً لعملية التمييز بين كل من الخطأ المرفقي والخطأ الشخصي⁴.

ثانياً: مسؤولية الإدارة دون خطأ

إلى جانب المسؤولية الإدارية على أساس الخطأ القائمة على الخطأ والضرر والعلاقة السببية بينهما، ظهر أساس آخر للمسؤولية الإدارية، اتخذت تسميات مختلفة: المخاطر، المساواة أمام الأعباء العامة، المسؤولية

¹ أعمار عيشوية، أساس المسؤولية الإدارية في مجال التعمير والبناء، مجلة تشريعات البناء والتعمير، العدد 02، 2017، ص 147.

² سعيدة لعموري، النظام القانوني للضبط الإداري البيئي المحلي في التشريع الجزائري، أطروحة لنيل درجة الدكتوراه الطور الثالث، جامعة الشيخ العربي التبسي، 2019، ص 351.

³ عطاء الله بوحميده، المرجع السابق، ص 190.

⁴ سعيدة لعموري، المرجع السابق، ص 352.

دون خطأ، انطلاقاً من تبريرات تسعى كلها إلى ضرورة إيجاد أساس لتعويض الضرر الحاصل للغير من بين هذه المبررات مبدأ الغنم بالغرم، مبدأ التضامن الاجتماعي....¹

من مميزات المسؤولية الإدارية على أساس المخاطر أنها قضائية الصنع تقوم على أساسين فقط الضرر والعلاقة السببية، يتميز فيها الضرر بدرجة معينة من الخطورة مقارنة مع الضرر في المسؤولية الإدارية على أساس الخطأ².

ومن التطبيقات القضائية في هذا المجال نجد ما أقرت به المحكمة الإدارية في الجزائر عاصمة في 1964/12/11 في قضية بعيزي، الذي رفع دعوى يطالب من خلالها التعويض عما لحق عمارته من أضرار بسبب الأشغال العمومية، ورغم عدم حكم القاضي بالتعويض - لأن البناء تم بصورة غير شرعية إلا أن القاضي ذكر أن الإدارة مسؤولة قبل الغير حتى ولو لم يكن هناك خطأ، أي على أساس المخاطر³.

خاتمة:

لقد أولى المشرع الجزائري اهتماماً بالبيئة من خلال مختلف النصوص التشريعية والتنظيمية، إلا أن التكريس الدستوري لهذا الموضوع في الوثيقة الدستورية أهم وأبلغ، بالنظر إلى ما يوفره هذا التكريس من مميزات وضمانات، من شأنها المساهمة أكثر في الحفاظ على البيئة.

ولقد تأخر المؤسس الدستوري الجزائري في التكريس الصريح لموضوع البيئة إلى غاية سنة 2016، بسبب يعود في المقام الأول إلى حداثة موضوع البيئة بشكل عام، بالإضافة إلى عدم احتلال هذا الموضوع المكانة التي تحتلها التنمية في الجزائر، ولكن رغم التأخر يعتبر دسترة الحق في البيئة خيار استراتيجي وضرورة قانونية نثمن دور المؤسس الدستوري فيها.

ولقد ذكر الدستور البيئة في ثلاث مواضع هي: الديباجة، الفصل الثالث المتعلق بالدولة، الفصل الرابع المتعلق بالحقوق والحريات، وبهذا يعني تكريس الدستور لأي موضوع ضرورة حرص الجهات المختصة بحمايته، وإلا تصبح تلك الحقوق شعارات لا طائل منها، لذا يبقى القاضي الإداري الفاعل الأساسي لحماية الأمن البيئي، نظراً لما يتمتع به من سلطات في تقدير مشروعية القرارات الإدارية البيئية، فيستطيع إلغاء أي قرار يقتنع بعدم مشروعيته ولا تتوقف سلطات القاضي الإداري عند هذا الحد، وإنما تمتد إلى مشارف ملائمة تلك القرارات البيئية، وتوجيه أوامر للإدارة في سبيل حماية البيئة، كما أكد الدستور في المادة 163 منه على ضرورة حرص أجهزة الدولة على احترام الأحكام القضائية من بين تلك الأجهزة السلطات الإدارية.

¹ عطاء الله بوحميده، المرجع السابق، ص 199.

² المرجع نفسه، ص 200.

³ عمار عيشوية، المرجع السابق، ص 155.

- غير أن الحماية القضائية للبيئة في الجزائر نسبية لأنها لا تعرف تطبيقا حقيقيا لعدة أسباب منها:
- إن الرقابة القضائية ليست آلية، وإنما تحرك بناء على دعوى لكن نظرا لنقص الوعي البيئي لدى المتدخلين في المجال البيئي، نتج عنه نقص في حجم القضايا البيئية وبالنتيجة ندرة الأحكام القضائية.
 - عدم تخصص القضاة في المجال البيئي، مما يفرض تدخل الخبراء والتقنيين، الأمر الذي يقلص من سلطة القاضي إلى مجرد المصادقة على تقرير الخبير حتى ولو كان التقرير غير ملزم للقاضي.
 - تضخم التشريع البيئي والغموض الذي يطبع نصوصه.
 - لذا من أجل تحقيق حماية أكثر للبيئة نقترح ما يلي:
 - العمل على توعية الجمهور بالمشاكل البيئية، من خلال تفعيل حق الإعلام البيئي.
 - جمع التشريعات البيئية في تقنين واحد، بشكل يسمح للقاضي بالإلمام بها وتطبيقها.
 - تكوين قضاة متخصصين في مجال البيئة، وإعطاء القاضي الإداري سلطات أوسع في مجال المنازعات البيئية، باعتباره العين الساهرة لسلامة البيئة.
 - تعجيل الفصل في المنازعات البيئية نظرا لخصوصية الضرر البيئي.

المسألة البيئية في ظل السيادة والتدخل الدولي

سامي قريدي⁽¹⁾

(1) طالب دكتوراه علوم، كلية الحقوق جامعة الجزائر 01،
16000، الجزائر.

البريد الإلكتروني: samigridi115@gmail.com

بوبكر عبد القادر⁽²⁾

(2) أستاذ، كلية الحقوق جامعة الجزائر 01، 16000،
الجزائر.

البريد الإلكتروني: boubakera895@gmail.com

الملخص:

تهدف هذه الورقة إلى دراسة مضمون الحماية الدولية للبيئة في ظل ثنائية متعارضة ألا وهي سيادة الدولة من جهة وكذا إشكالية التدخل الدولي من جهة أخرى باعتبار أن حماية البيئة أضحت محط اهتمام دولي واسع قصد ضمان حقوق الإنسان المنصبة على البيئة، لكن في خضم ذلك أصطدم مسعى حماية البيئة وكذا الحقوق المنصبة عليها بما في ذلك ضمان حقوق الأجيال المستقبلية بمشكلة سيادة الدول التي ترفض بشدة أي تدخل في شؤونها خاصة ما تعلق باستغلال الموارد البيئية.

الكلمات المفتاحية:

البيئة، تدخل، سيادة، قانون دولي.

تاريخ إرسال المقال: 2020/12/23، تاريخ مراجعة المقال: 2021/12/15، تاريخ نشر المقال: 2021/12/31

لتهميش المقال: سامي قريدي، بوبكر عبد القادر، المسألة البيئية في ظل السيادة والتدخل الدولي، "المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد 12، العدد 03، 2021، ص ص. 538-550.

<https://www.asjp.cerist.dz/en/PresentationRevue/72>

المقال متوفر على الرابط التالي:

المؤلف المراسل: سامي قريدي samigridi115@gmail.com

The environmental issue under the sovereignty & international intervention

Summary:

This paper aims to study the content of the international of the in light of a conflicting dualism, namely the sovereignty of the state on the one hand, as well as the problem of international intervention on the other hand, given that environmental protection has become the focus of wide international attention in order to guarantee human rights that are applied to the environment. The environment, as well as the rights attached to it, includes guaranteeing the rights of future generations with the problem of sovereignty of states that strongly reject any interference in their affairs, especially those related to the exploitation of environmental resources.

Keywords:

Environment, intervention, sovereignty, international law

La question environnementale sous souveraineté et intervention internationale

Résumé :

Cet article vise à étudier le contenu de la protection international de l' environnement à la lumière d'un dualisme conflictuel, à savoir la souveraineté de l'État d'une part et la problématique de l'intervention internationale d'autre part, étant donné que la protection de l'environnement est devenue la focalisation d'une large attention internationale afin de garantir la protection des droits de l'Homme appliqués à l'environnement. L' environnement, ainsi que les droits qui y sont attachés, y compris la garantie des droits des générations futures tombe en conflit avec le problème de la souveraineté des États qui rejettent fermement toute ingérence dans leurs affaires, notamment celles liées à l'exploitation des ressources environnementales.

Mots clés:

Environnement, intervention, souveraineté, droit international.

مقدمة

يشهد مجتمعنا الدولي المعاصر في الآونة الأخيرة متغيرات عديدة قلبت سائر الأوراق وبعثت كافة المعطيات، وقد برز على سطح الأحداث من خلال هذه المتغيرات مدى الأهمية القصوى لحماية البيئة والعناية بها لما لها من تبعات على كينونة حياة الإنسان لاسيما ارتباطها بحقوق الإنسان ذات العلاقة بالبيئة. في ظل التطورات المتسارعة والحديثة التي يشهدها المجتمع الدولي ، لوحظ تزايد الاهتمام بالبيئة عالميا وكذا المسائل المرتبطة بحمايتها ، ولم يعد من المقبول الحديث عن العلاقات الدولية دون التطرق للمسائل البيئية والاهتمام بها وكذا حمايتها باعتبارها من المسائل بالغة الدقة لكونها كانت محجوزة لاختصاص الدولة المطلق، ولكنها أصبحت مع تطور التنظيم الدولي من أشد المجالات التي يهتم بها القانون الدولي في العصر الحديث. فالنضال الدولي المتواصل من أجل الحفاظ على حماية البيئة والجهود الدولية المضنية من أجل العمل على هذه الغاية أمست تمثل أهمية بالغة وقصوى في المجتمع الدولي المعاصر ، ولكن على الرغم من ذلك فإن هذه الجهود لم توفق إلى حد كبير حتى الآن من إخراج مشكلة حماية البيئة من الاختصاص الداخلي للدول وإن استطاعت إخراجها شيئا فشيئا من الاختصاص المنفرد للدول .

وبعبارة أخرى فإن هذه المسألة بالغة الدقة والتعقيد لم تعد من صميم الاختصاص الداخلي للدول بشكل تام، كما أنها في نفس الوقت لم تدخل بعد فيما يستأثر به القانون الدولي بشكل مطلق. وعليه أضحت مسألة حماية البيئة مشكل يورق المجتمع الدولي خاصة في ظل اتساع الحركة البيئية الحديثة وتزايد التقدم العلمي والتقني بشكل لم يسبق له مثيل، ومضاعفة جهود التنمية والسباق نحو الريادة العالمية في المجالات الصناعية والاقتصادية وتبعاتها على البيئة .

وقد أدرك العالم أن قضية البيئة أصبحت تمثل أهم التحديات لبقاء الإنسان على سطح الأرض، فحماية البيئة أضحت تمثل نوعا من الحفاظ على حق الإنسان في الحياة، وعلى ذلك كان من الضروري أن تفرض مسألة حماية البيئة نفسها على جداول الأعمال العالمية، وتصبح من أهم الموضوعات الأساسية المطروحة على الساحة الدولية، ولذا أصبح على صانعي القرار أن يأخذوا في الاعتبار تأثير سياساتهم على البيئة ليس فقط داخل إقليم دولهم بل على المجتمع الدولي بأسره.

وعليه يهدف هذا البحث لبيان تأثير مشكلة التلوث على البيئة وأبعادها العابرة للحدود باعتبار التلوث كأبرز المخاطر البيئية، وللإجابة على ذلك يجدر بنا الإجابة على الإشكالية التالية : ما محل المسألة البيئية ونطاق حمايتها في ظل العلاقة الطردية بين ثنائية السيادة و التدخل الدولي ؟

إن مناقشة هذه الإشكالية ستتم وفق الخطة التالية :

المطلب الأول: المسألة البيئية وأبعاد مشكلة التلوث.

المطلب الثاني : سيادة الدولة، مبدأ عدم التدخل ورهان حماية البيئة.

وهذا وفق منهجية متوازنة قصد الوقوف على التلوث كأبرز المعضلات البيئية فضلا على محاولة حل لغز العلاقة بين فكرة حماية البيئة ومبدأ عدم التدخل .

المطلب الأول: المسألة البيئية وأبعاد مشكلة التلوث

على الرغم من أن التلوث ليس الخطر الوحيد الذي يهدد البيئة الإنسانية بالضرر ، إلا أنه يعد أهم الأخطار وأشدّها تأثيرا لذلك سنحاول التطرق لهذا الخطر الداهم بالدراسة حيث سنخرج على التلوث كأبرز التهديدات البيئية في نقطة أولى وخطر التلوث العابر للحدود في نقطة أخرى

الفرع الأول: التلوث كأبرز التهديدات البيئية

مما لا شك فيه أن التعدي على البيئة يأخذ أشكالا عديدة منها الاستغلال الفاسد، والاستنزاف الجائر لموارد الطبيعة بما يؤثر على حقوق الأجيال القادمة في الانتفاع بتلك الموارد، ومن أهم أوجه هذه الاعتداءات على البيئة بث الملوثات الضارة مما يجعل التلوث أخطر صور الاعتداء على البيئة وعليه سنورد من خلال ذلك أهم الاتجاهات لتعريف التلوث حيث أنه فقها وقانونا وكذا تعريف الاتفاقيات الدولية له.

أولا: التعريف الفقهي للتلوث

بالرغم من تعدد وتباين التعاريف في هذا الصدد، إلا أن هناك تعريف كاد أن يجمع شتات الاختلاف، والذي مؤداه هو "أن التلوث هو قيام الإنسان مباشرة أو بطرق غير مباشرة بإضافة مواد أو طاقة إلى البيئة بصورة يترتب عليها آثار ضارة، يمكن أن تعرض الإنسان مباشرة للخطر، أو تماس بالمواد البيولوجية، أو الأنظمة البيئية، على نحو يؤدي إلى التأثير على أوجه الاستخدام المشروع للبيئة¹.

ثانيا: التعريف القانوني للتلوث

لا تخلو القوانين المتعلقة بحماية البيئة من تعريف للتلوث، يحدد المشرع من خلاله مفهوم التلوث ومصادره وخصائصه، وكل ما يرتبط به وفقا للسياسة التشريعية التي يتبناها في هذا الصدد. وبالرغم من أن العمل يجري عادة في مجال التشريع بترك مهمة ضبط التعريفات لعمل الفقهاء وعدم إدراجها في القوانين إلا في أضيق نطاق، وخاصة إذا تعلق الأمر بمسائل فنية ذات طبيعة علمية يهيمن عليها الجانب التقني البحث الذي يتسم بالتطور المستمر والمتغير كما هو الحال بالنسبة لموضوع التلوث البيئي، إلا أن المشرع آثر وضع تعريفات للتلوث عند إصداره لقوانين حماية البيئة.

عرفه المشرع الجزائري من خلال المادة 4 من القانون رقم 10/3 لعام 2003 المتعلق بحماية البيئة في إطار التنمية المستدامة بأنه " كل تغيير مباشر أو غير مباشر للبيئة، يتسبب فيه كل فعل يحدث أو قد يحدث

¹ عشاوي صباح، المسؤولية الدولية عن حماية البيئة، دار الخلدونية، 2010 ، الجزائر، ص30.

وضعية مضرّة بالصحة وسلامة الإنسان و النبات و الحيوان والهواء و الجو والماء و الأرض و الممتلكات الجماعية أو الفردية¹.

كما تطرق المشرع التونسي لتعريف التلوث وفق القانون رقم 91 لعام 1983 المتعلق بحماية البيئة لاسيما المادة 02 منه بأن التلوث هو " إدخال أية مادة ملوثة في المحيط بصفة مباشرة أو غير مباشرة، سواء كانت بيولوجية أو كيميائية، أو مادية"².

فيما ذهب المشرع المصري في تعريف التلوث من خلال القانون رقم 4 لعام 1994 من قانون حماية البيئة في المادة 1 الفقرة 7 منه أن " تلوث البيئة يعني أي تغيير في خواص البيئة مما يؤدي بطريق مباشر أو غير مباشر إلى الإضرار بالكائنات الحية أو المنشآت أو يؤثر على ممارسة الإنسان لحياته الطبيعية"³.

ثالثا: المنظمات الدولية وضبط مفهوم التلوث:

تعددت التعريفات الدولية لمشكلة التلوث واتجه كل مؤتمر أو منظمة إلى اتجاه معين في ضبط تعريف للتلوث ولذلك نورد تعريفين مهمين له من خلال تعريف البنك الدولي الذي عرف التلوث بأنه " إضافة مادة غريبة إلى الهواء أو الماء أو الغلاف الأرضي في شكل ما تؤدي إلى آثار ضارة ، على نوعية الموارد وعدم ملاءمتها لاستخدامات معينة أو محددة"⁴.

كما ذهب المجلس الاقتصادي والاجتماعي التابع للأمم المتحدة لتعريف التلوث بأنه يوجد التلوث عندما تحدث تحت التأثير المباشر أو غير المباشر لأنشطة الإنسان تغيير في تكوين أو حالة الوسط بشكل يخل ببعض الاستعمالات أو الأنشطة التي كان من الممكن القيام بها في حالته الطبيعية⁵، ويمكن القول إجمالاً بأن التلوث من خلال هذه التعريفات هو كل عملية تؤثر أو قد تؤثر على الأوساط البيئية بمختلف أنواعها يمكن أن تنتج أضرار على الإنسان ومحيطه.

الفرع الثاني: مشكلة التلوث وأبعادها الدولية

أصبح مشكلة التلوث البيئي تمثل أهم أخطر المشكلات التي تواجه المجتمع الدولي المعاصر ، وتعود أهمية هذه المشكلة وخطورتها إلى أنها لم تعد مشكلة قاصرة على نطاق إقليمي واحد بل تتعداه إلى الصعيد

¹ عشاوي صباح، مرجع سابق، ص31.

² شعوبي عبد الجليل، البيئة وعلاقتها بالرعاية الصحية، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق جامعة الجزائر 01، 2016، الجزائر، ص38

³ حسونة محمد علي، مسؤولية الدولة عن أضرار التلوث البيئي، دار الفكر الجامعي، 2015، الإسكندرية، ص20.

⁴ حسونة محمد علي، المرجع السابق، ص30.

⁵ الفيل عدنان علي، " دراسة مقارنة للتشريعات البيئية في مكافحة التلوث"، مجلة الزرقاء للبحوث والدراسات، العدد 02، د م 2009، ص 109-110.

العالمي وتمثل أهم التحديات التي تواجه المجتمع الدولي في وقتنا الراهن ، إذ يعتبر التلوث البيئي بمختلف الأوساط التي يصيبها سواء كان الوسط بحريا أو جويا أو بريا لا يعرف حدودا يقف عندها ، وإنما تمتد آثاره لتشمل أرجاء المعمورة بدرجة خطيرة وتمس بحقوق الإنسان ذات البعد البيئي¹، إذ أصبح التلوث البيئي العابر للحدود خطرا دوليا عاما يجب حماية منه والحفاظ عليها من الفناء².

وهذا ما سنحاول ضبطه من خلال التطرق لمشكلة التلوث بشقيه التلوث عبر الحدود وكذا التلوث عبر

الوطني.

أولا: التلوث عبر الحدود

يقصد بالتلوث عبر الحدود ذلك التلوث الذي يجد مصدره في دولة ما ويسبب أضرارا في دولة أخرى بعد عبوره للحدود الإقليمية ، وذلك من خلال الوسط الطبيعي كالماء والهواء وظاهرة التلوث عبر الحدود قد تحدث عن طريق تلوث الهواء أو تلوث الماء أو التلوث البحري، والتلوث عبر الحدود ما هو إلا شكل من أشكال التلوث وكل ما يميزه عن التلوث في صورته العادية أنه يجد مصدره في أنشطة صناعية أو نووية أو فضائية أو زراعية³.

تتم داخل دولة ما ولكنه ينتقل عبر الهواء أو الماء إلى إقليم أو أقاليم دول أخرى محدثا فيها

بعض الأضرار التي تؤثر سلبا على صفو العلاقات الدولية⁴.

ثانيا: التلوث عبر الوطني

يقصد بهذه الظاهرة ذلك التلوث الذي يجد مصدره على إقليم دولة ، أو الذي يجد مصدره في سفينة أو طائرة مسجلة في هذه الدولة ويسبب أضرارا للمناطق التي لا تخضع لسيادة الدول كمناطق أعالي البحار والفضاء الجوي الذي يعلوها أو المناطق القطبية ، فالتلوث هنا لا يعبر حدود دولة أخرى لكنه يصل إلى مناطق لا تخضع للسيادة الإقليمية لأية دولة طبقا لقواعد القانون الدولي العام⁵.

¹ قريدي سامي، وضعية حقوق الإنسان في ظل التحديات البيئية الراهنة، مذكرة ماجستير ، كلية الحقوق جامعة الجزائر 01، 2016، الجزائر، ص20.

² الأشعل عبد الله، القانون الدولي المعاصر قضايا نظرية، مطابع الطوبجي، 1996، القاهرة، ص88.

³ مخيمر عبد العزيز، دور المنظمات الدولية في حماية البيئة، دار النهضة العربية، 1986 ، القاهرة، ص28.

⁴ مخيمر عبد العزيز، مرجع سابق، ص29.

⁵ مخيمر عبد العزيز، مرجع سابق ص33.

ويتضح في نهاية الأمر أن ظاهرة التلوث باتت على رأس المخاطر التي تهدد بيئة الإنسان¹، وتمتد آثار هذه الظاهرة لتمس الإنسان ذاته في وجوده ورفاهيته وأوجه نشاطه وتحول دون عملية تطوير بيئته وتتميتها على النحو الذي يتفق مع احتياجاته المتنامية في ظل هذا التقدم العلمي والتقني المذهل الذي لم يعرف له العالم مثيلاً من قبل²، ولا جدال أن ظاهرة التلوث البيئي أصبحت بين عشية وضحاها ظاهرة عالمية تشغل بال المجتمع الدولي قاطبة ولم تعد قاصرة على الدول المتقدمة فقط بل امتدت لتصل للدول النامية أيضاً، ولكن مع اختلاف نوع التلوث، فالدول المتقدمة أصبحت تعاني من أخطر أنواع التلوث الذي وصل إلى حد التلوث الذري، أما بالنسبة للدول النامية والتي دخلت مجال التصنيع في السنوات الأخيرة من القرن المنصرم فالتلوث بالنسبة لها يرجع في الأساس لسوء التدبير وتسيير الأنظمة البيئية وعدم إدخال عنصر البيئة أساساً في الحساب عند وضع خطط التنمية³.

الحقيقة أن كل هذه العوامل تكاثفت لتصل بكوكب الأرض إلى هذه الحالة المتردية من التلوث غير المسبوق، أصبحت بيئة الإنسان بفعل هذا التلوث مكان نهايته.

المطلب الثاني: سيادة الدولة، مبدأ عدم التدخل ورهان حماية البيئة

تعد دراسة حماية البيئة من أكثر المجالات تعقيداً وحساسية على الصعيد الدولي وذلك نظراً للتطورات المتلاحقة التي تجعل صعوبة في متابعة الأحداث والتطورات في هذا المجال لاسيما اصطدام الدراسات في مجال حماية البيئة على الصعيد الدولي من الناحية العملية بمبدأ عدم التدخل في كثير من الأحوال مما يؤثر سلباً على سيادة الدول وهذه المسألة التي سنحاول التطرق لها من خلال هذا المطلب.

الفرع الأول: مبدأ سيادة الدولة على ثرواتها

أخذت مسألة التدخل المرتبطة بالبيئة في الظهور على سطح الأحداث من خلال المحاولات العديدة التي قامت بها الدول المتقدمة في محاولة لنقل مشكلة التلوث البيئي إلى الدول النامية في الكثير من المناسبات، وذلك عبر استخدام الأدوات الاقتصادية كوسيلة ضغط فعالة للتدخل في الشؤون الداخلية للدول النامية.

لعل أبرز مثال لذلك فعلياً هو إنشاء الدول المتقدمة لعديد المصانع على أقاليم الدول النامية فيما يعرف بنقل الصناعات القذرة واستنزاف الموارد الطبيعية لتلك الدول المستضيفة لهذه المنشآت وهذا لكون التشريعات البيئية في الدول النامية أقل قساوة وحدة، ومن هنا بدأ المجتمع الدولي معالجة هذا الخلل من خلال محاولة سد ثغرة التدخل الجائر للدول المتقدمة بوضع مبدأ قانوني عامي وتم صبه في قالب جامد عنوانه السيادة الكاملة

¹ قريدي سامي، المرجع السابق، ص 38.

² مقري عبد الرزاق، مشكلات التنمية والبيئة دار الخلدونية 2008، الجزائر، ص 95.

³ مقري عبد الرزاق، المرجع السابق، ص 05.

على الثروات الطبيعية ولعل أبرز ظهور لهذا المبدأ كان في مؤتمر الأمم المتحدة للبيئة الإنسانية المنعقد في استكهولم عام 1972 وهذا ضمن المبدأ الحادي والعشرين مع ضمان واجب الحرص على عدم انتقال الأخطار البيئية للدول الأخرى.

أولاً: مبدأ عدم التدخل والمبدأ الحادي والعشرين من إعلان استكهولم

إذا أمعنا النظر في المبدأ الحادي والعشرين من إعلان استكهولم نجده يتوافق مع مبدأ عدم التدخل ويسير في نفس اتجاهه ، ويتجلى ذلك من خلال نقطتين ، الأولى أن المبدأ الحادي والعشرين في شقه الأول المتعلق بحق الدول في استغلال ثرواتها يعمل كأداة لصد محاولات التدخل من جانب الدول المتقدمة في شؤون الدول النامية بذريعة الحاجة الاقتصادية ، أما الشق الثاني من المبدأ الحادي والعشرين من إعلان استكهولم تطرق لعدم المساس بالبيئة داخل الحدود الإقليمية أو خارجها عند استغلال الثروات والموارد الطبيعية فهو بذلك يكون أداة لمنع محاولات التدخل التي قد تحدث من جانب الدول أو المنظمات الدولية تحت غطاء حماية البيئة والحفاظ عليها من التلوث بمختلف أنواعه.

مما يمكن إجماله من خلال المبدأ الحادي والعشرين لإعلان استكهولم أنه قد أكد صراحة على المسؤولية القانونية للدول عن الأضرار التي تمس البيئة ، ويقر المبدأ أن تل المسؤولية مقررة في حق كل من يلحق أضرار بالبيئة سواء كان من قبيل الدول المتقدمة أو النامية فالمبدأ عامل هذه الأخيرة على قدم المساواة بحيث تتحمل كل الدول مسؤولية النشاطات التي تجري على أقاليمها وتحت إشرافها وتسبب إضراراً بالبيئة وتؤثر سلباً على دول أخرى، كما تتحمل الدول المتقدمة المسؤولية القانونية كذلك عن الأنشطة التي تلحق أضراراً بالبيئة نتيجة الاستخدامات السلمية للفضاء، نتاج التجارب النووية ، أو بسبب استعمالات الطاقة الذرية.

وعليه من هذا المنطلق وجب على كل الدول احترام تدابير والمستويات وكذا قواعد حماية البيئة لتجنب أخطار التلوث الهائلة التي باتت تفوق في الواقع كافة التصورات ولها مساوئ تهدد الإنسانية وحققها في التمتع ببيئة سليمة وآمنة وتمس بحق الأجيال القادمة في البيئة¹.

ثانياً: السيادة والمبدأ الحادي والعشرين من إعلان استكهولم

لا نقاش في كون الالتزام بحماية البيئة عند ممارسة الدول لحقها السيادي في استغلال ثرواتها ومواردها الطبيعية من الأمور التي لا تؤثر أو تقلل من سيادة الدولة ، بل يرى المنتتبع لذلك أن التزام الدولة بقواعد حماية البيئة عند استغلال مواردها الطبيعية طوعية واختيارياً يعتبر تأكيداً على سيادتها وضمنان تجدد مواردها وصد الأبواب أمام كل نزعات التدخل الخارجي في شؤونها من قبل الدول أو المنظمات الدولية تحت غطاء حماية البيئة وضمنان حقوق الأجيال المستقبلية في البيئة.

¹ مقري عبد الرزاق، المرجع السابق، ص 89.

بالرجوع للمستجدات على الساحة الدولية بالتركيز على ظاهرة التدخل في الشؤون الداخلية للدول النامية، فإن هذه الدول تتمسك وبشدة بحقها السيادي في استغلال ثرواتها ومواردها الطبيعية¹، مع المحاولة للحفاظ على البيئة قدر المستطاع بهدف تحصين ذاتها من التدخلات الواقعة من الدول المتقدمة أو المنظمات الدولية على السواء، إلا أن الواقع العملي يؤكد أن الدول النامية تفتقد للقوة السياسية الفاعلة داخل إقليمها نظراً للضغوطات الاقتصادية وكذا ضرورة معالجة مشاكل الفقر وسوء التغذية التي تحول دون الإهتمام بالجوانب البيئية ومراعاة قواعد حماية البيئة عند استغلال ثرواتها الطبيعية².

وخوفاً من التدخلات الدولية في الشؤون الداخلية أصبحت الدول النامية تواجه بقوة كل المبادرات والفعاليات التي تقوم بها الدول المتقدمة التي تهدف لحماية البيئة من خلال النزج بمنظمة الأمم المتحدة أو المنظمات الأخرى ومحاولة توريثها بجعلها غطاءً للتأثير السياسي داخل الدول النامية، ولهذا السبب صارت الدول النامية لانتق على الإطلاق في الدافع وراء هذه المبادرات التي تحمل في طياتها الكثير من التجاوزات، والتي تهدف للتدخل في شؤون الدول النامية ومن خلال ذلك ترى الدول النامية أن سبيل السلامة من التدخلات عند استغلالها لثرواتها هو تمسكها بمبدأ السيادة كدرع واقٍ لها.

وجدير بالملاحظة أن فكرة السيادة التي تتمسك بها الدول النامية في مواجهة تغول الدول المتقدمة وتدخلها أنه قد طرأ على هذه الفكرة عديد التطورات سواء ضيقاً أو اتساعاً نظراً للتطورات الحاصلة على صعيد المجتمع الدولي، إلا أن الدول النامية لازالت متمسكة بها ليقينها أنها الحصن الوحيد في مواجهة تحرشات الدول المتقدمة للتأثير عليها.

الفرع الثاني: التدخل في المناطق غير الخاضعة للدول:

يهتم المجتمع الدولي اهتماماً بالغاً ومنقطع النظر بمشكلة التلوث البيئي الذي يحدث خارج المناطق الخاضعة لسيادة الدول، حيث يعتبر تأثير هذه المشكلة لا ينصب على دولة بعينها بل أنه يمتد في الكثير من الحالات ليشمل المجتمع الدولي بأسره.

وبالتطرق للمناطق غير خاضعة لسيادة الدول المقصود بها هنا هي تلك المناطق التي تقع فيما وراء حدود الولاية الإقليمية للدول، والتي تعتبر ملكيتها شائعة بين كافة دول العالم، في ملك للإنسانية جمعاء ومن بين هذه المناطق القطب الجنوبي للكرة الأرضية والفضاء الخارجي وكذا أعالي البحار³.

¹ حلمي نبيل أحمد، الحماية القانونية الدولية للبيئة من التلوث، دار النهضة العربية، 1991، القاهرة، ص42.

² حلمي نبيل أحمد، المرجع السابق، ص45.

³ حلمي نبيل أحمد، المرجع السابق، ص47.

أولاً: ظاهرة التلوث عبر القطب الجنوبي للكرة الأرضية وأعالي البحار

من بين أكثر مظاهر التلوث خطورة على الصعيد الدولي ما يتم من تجارب وتجويرات نووية¹ عبر القطب الجنوبي للكرة الأرضية تلك المنطقة التي لا تدخل ضمن سيادة الدول ، مما يجعل الظروف مواتية للتعدي على الأنظمة البيئية عبر اقاليم هذه المناطق ويترتب عن هذه التجارب أخطار بيئية جسيمة لا تتوقف على منطقة القطب الجنوبي فحسب بل تمتد لتحدث تلوث إشعاعي لمياه البحار والمحيطات والهواء نتيجة للإشعاع المنبثق عن إجراء هذه التجارب والمواد المشعة المختلفة عن هذه التجارب النووية وتساقط الغبار الإشعاعي نتيجة هذه التجارب²، مما يؤدي إلى انتشار التلوث الذري وامتداد آثاره وأضراره البالغة إلى أجواء العديد من دول العالم مع تيارات الهواء وحركة الرياح³، وكحتمية لانتشار هذا النوع من التلوث كان لزاماً على المجتمع الدولي التدخل وبسرعة قصد التصدي لهذه الظاهرة وسد هذه الثغرة ،من خلال اعتماد قواعد دولية التي تحظر هذه الأفعال التي من شأنها المساس بالبيئة والتأثير على الأنظمة الإيكولوجية بل تهدد الإنسانية جمعاء .

وكرد فعل كان نتاج هذا التدخل من قبل المجتمع الدولي إنشاء معاهدة القطب الجنوبي عام 1959، تلك المعاهدة التي تعد من أهم ثمار تدخل الجماعة الدولية لمواجهة آثار التلوث عبر القطب الجنوبي للكرة الأرضية، وقد عالجت بالتنظيم وضع القطب الجنوبي وحظرت صراحة إجراء التجويرات النووية داخل هذه المنطقة ، كما حظرت أيضا طمر النفايات المشعة داخل أجزاء من القطب الجنوبي للكرة الأرضية ، وكانت هذه المعاهدة أو عمل دولي بل أهم إجراء تم اتخاذه من طرف الجماعة الدولية رصد خطوات بالغة الأهمية التي تدخل بها المجتمع الدولي لمواجهة التلوث عبر القطب الجنوبي للكرة الأرضية.

كما تجدر الإشارة إلى أن أعالي البحار تعد كذلك من المناطق التي لا تخضع لسيادة الدول مما يجعلها دائما عرضة لأخطر أنواع التلوث ، وقد بدأ العالم في الآونة الأخيرة ينتبه لذلك ويعرف اتجاهها متصاعدا لحماية هذه المناطق ضد مخاطر التلوث⁴.

وبالتطرق لأعالي البحار نجد أنها مناطق لا تقبل السيطرة أو وضع اليد أو الاستيلاء أو التملك فهي تعد من قبيل المناطق الحرة التي يكون الحق في استخدامها لسائر الدول⁵، فتلك مناطق تمثل نطاقا مشتركا يحكمه مبدأ أساسي هو مبدأ حرية أعالي البحار وهو المبدأ الذي يرتب لجميع الدول الحق في مباشرة بعض الحريات ،

¹ الأزهر داود، الأمن البيئي من منظور القانون الدولي، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق جامعة الجزائر 1، 2016 الجزائر، ص 43.

² خيري محمد، القانون الدولي واستخدام الطاقة النووية ،دار الفكر الجامعي، 1971، القاهرة، ص 87.

³ هاشم صلاح، المسؤولية الدولية عن المساس بسلامة البيئة البحرية، سعيد رأفت للطباعة، 1991، القاهرة، ص 49.

⁴ العشري عبد الهادي، التلوث الناجم عن السفن وسلطة الدولة الساحلية، دار النهضة العربية، د س ن، القاهرة، ص 312.

⁵ خيري محمد، المرجع السابق، ص 87.

كحرية الملاحة والصيد و مد الكابلات والأنايبب و التحليق فوق أعالي البحار وحرية البحث العلمي¹، إلا أن مبدأ حرية أعالي البحار قد ينقلب إلى فوضى وذلك نتاج غياب سلطة دولية تضبط وتنظم النشاطات فيه ، ومن هذا المنطلق عني القانون الدولي من خلال الجماعة الدولية بوضع ضوابط تكفل حرية ممارسة الدول لنشاطاتها في إطار قانوني محترمة القوانين الدولية.

فإذا كان للدول حرية ممارسة الحريات المعترف بها دوليا في أعالي البحار²، فإنها تلتزم في هذه الممارسة بعدم الإضرار بممارسة الدول الأخرى لحياتها في أعالي البحار ، وعلى ذلك إذ ترتب على حرية دولة عند ممارسة نشاطاتها في أعالي البحار تلوث أو مساس بالبيئة البحرية في هذه المنطقة الشائعة من البحار سواء كان ذلك بالزيت الخام أو بدفن وإغراق النفايات الضارة أو المشعة أو بأية ملوثات أخرى ضارة فإن هذه الدولة تكون قد أساءت استخدام هذه الحريات وتتحمل المسؤولية كاملة إذا نتج عن ذلك ضرر للمجتمع الدولي.³

إن حرية أعالي البحار مرهونة بعدم المساس بمصالح الدول الأخرى عند أي نشاط لأن هذه المناطق تعد ملك شائعا للمجتمع الدولي، وعليه كان هناك جهود دولية لضمان سلامة مصالحها في أعالي البحار بالتدخل من خلال وضع اتفاقيات تحمي حرياتنا وحقوقها المكفولة في تلك المناطق ولعل أبرزها

- اتفاقية بروكسل لعام 1969 بشأن التدخل في أعالي البحار.

- بروتوكول لندن لعام 1973 المتعلق بالتدخل في أعالي البحار في حالات التلوث بمواد أخرى غير النفط.
- التدخل في أعالي البحار من خلال اتفاقية قانون البحار لعام 1982.

ثانيا: ظاهرة التلوث عبر الفضاء الخارجي

يعتبر الفضاء الخارجي وما يحويه من أجرام سماوية من بين الأشياء التي تعد ملكا مشتركا لكل سكان الكرة الأرضية⁴، وبالتالي لا يخضع الفضاء الخارجي لسيادة الدول مما يجعله محط أطماع تؤدي لتلوث بالغ الخطورة ، مما يجعل مشكلة التلوث تشق طريقها للفضاء الخارجي في أغلب الأحوال جراء انفجار الأجسام الفضائية في مناطق الفضاء الخارجي ، وبالتعبية تلوث هذا الوسط المشترك للدول وتعريض البيئة الفضائية للتلوث نتاج تلك الانفجارات⁵.

¹ العشري عبد الهادي، المرجع السابق، ص313.

² خيرى محمد، المرجع السابق، ص87.

³ عامر صلاح الدين، مقدمة لدراسة القانون الدولي العام، دار النهضة العربية، 2002 ، القاهرة، ص86.

⁴ أسكندري أحمد، أحكام حماية البيئة البحرية من التلوث في ضوء القانون الدولي العام ، أطروحة دكتوراه ، معهد الحقوق جامعة الجزائر، 1995، الجزائر، ص213.

⁵ خيرى محمد، مرجع سابق، ص87.

ويمثل هذا النوع من التلوث خطراً جسيماً على الجماعة الدولية حيث يبقى تأثير تلك المواد المشعة يعمر طويلاً في الفضاء لما له من سرعة الانتقال¹.

كما أن هذا التلوث الحاصل في الفضاء الخارجي نتاج انفجار الأجسام الفضائية وما له من عواقب إشعاعية

من الممكن أن لا تظهر مخاطره الحقيقية إلا بعد مرور أعوام عديدة من وقوعه ، وقد تستمر هذه الآثار التي تمس بالبيئة وتتلفها إلى المستقبل لتؤثر على الأجيال المستقبلية وتترك آثاراً سلبية كارثية على الجانب الكبير للمجتمع الدولي².

ومن هذا المنطلق كان على المجتمع الدولي التدخل لمواجهة ظاهرة التلوث عبر الفضاء الخارجي ، وذلك من خلال معالجة مكامن النقص القانوني للسيطرة على هذه الظاهرة من خلال سن تشريعات وإرساء قواعد قانونية للتصدي لظاهرة تلوث الفضاء الخارجي التي أصبحت تمثل أحد أهم الأخطار المحدقة بالبيئة .

وقد أسفر تدخل المجتمع الدولي عن إنشاء معاهدة دولية للفضاء الخارجي لعام 1967، تلك المعاهدة التي حددت الأطر القانونية ووضعت الأسس المنظمة للفضاء الخارجي ، كما قدمت أول الحلول القانونية المناسبة لسد الفراغ التشريعي في مجال الفضاء الخارجي³.

إذ تعد معاهدة الفضاء الخارجي المعروفة رسمياً باسم معاهدة المبادئ المنظمة لأنشطة الدول في ميدان استكشاف واستخدام الفضاء الخارجي ، بما في ذلك القمر و الأجرام السماوية الأخرى وهي المعاهدة التي تشكل أساس القانون الدولي للفضاء ، وبدأ المعاهدة بتوقيع ثلاث دول هي الولايات المتحدة الأمريكية والمملكة المتحدة و الإتحاد السوفياتي سابقاً في 27 يناير 1967، ودخلت حيز النفاذ في 10 أكتوبر 1967 وانضمت 98 دولة إلى المعاهدة إلى غاية 1 يناير 2008، بينما وقعت 27 دولة على المعاهدة لكنها لم تكمل التصديق.

خاتمة

عندما بدأت أجراس حماية البيئة تدق ويعلو صوتها بسبب النمو الصناعي المضطرب و الانفجار السكاني الرهيب ، وكذا ظهور مصادر جديدة للطاقة تحمل معها مخاطر جسيمة للمجتمع الدولي ، وغزدياً معدلات التلوث والإستخدام المتزايد للمبيدات والمخصبات ، و الإستغلال غير الرشيد و التعسفي للموارد الطبيعية وللكتائنات البحرية والبرية ، بدت الحاجة ملحة لبلورة القواعد القانونية الحازمة لمواجهة ظاهرة التلوث البيئي التي بدأت تلقي بظلالها القاتمة على الساحة الدولية وتدفع بالكرة الأرضية إلى حافة الزوال ، ولما كان بالقانون الدولي يحب مسايرة ما يطرأ على الساحة الدولية من تطورات من خلال قواعده المنظمة ويلبي نداء ما يستجد في

¹ العشري عبد الهادي، المرجع السابق، ص338.

² حلمي نبيل أحمد، المرجع السابق، ص20.

³ العشري عبد الهادي، المرجع السابق، ص339.

المجتمع الدولي من حاجات فقد لزم التدخل لمواجهة ما نشأ عن التقدم التقني الهائل الذي أحرزه العالم حديثاً في شتى المجالات السلمية والعسكرية مما رتب آثاراً جانبية خطيرة بدت أمام العالم في صورة مخيفة تنبئ عن مستقبل مظلم محمل بالأخطار وملئ بالمضار.

خلال هذه الدراسة التي تمحورت حول حماية البيئة بين سيادة الدولة والتدخل الدولي أمكن الوصول إلى جملة من النتائج والتوصيات

النتائج المتوصل إليها:

- لاحظنا أن المجتمع الدولي قد نشط ، لاسيما في الفترات الأخيرة لإيجاد حلول لمشاكل التلوث المختلفة وإقرار حماية دولية للبيئة من الناحية النظرية ، لكن من ناحية الواقع العملي فإنه يكشف عن إخلال خطير بالبيئة وانتشار رهيب للتلوث مما جعل الجماعة الدولية تدق ناقوس الخطر في مواجهة بعض الدولي التي تسهم بنشاطاتها في المساس بالبيئة والإسهام في نشر التلوث .

- اتضح من خلال تتبع المشاكل البيئية أن الدوائر القانونية سواء على المستوى الدولي أو المستوى الإقليمي أو عبر التشريعات الوطنية للدول أخذ يهتم اهتماما بالغاً بمكافحة التلوث وحماية البيئة باعتبار أن هذه الظاهرة من أكبر الأخطار التي تهدد البشرية جمعاء .

- أن المعالجة القانونية للمشاكل البيئية لطالما تصطدم ببعض المبادئ القانونية المستقرة في القانون الدولي كمبدأ عدم التدخل ومبدأ السيادة ومن هذا المنطلق تبرز صعوبة حل المشكلات المتعلقة بحماية البيئة.

- من خلال هذه الدراسة تبين أن الآثار المترتبة على تلوث البيئة تمتد لتؤثر على المواقف السياسية والتشريعية والاقتصادية لكافة دول العالم .

التوصيات:

- باعتبار أن المسألة البيئية لها أثر بليغ على المجتمع الدولي بل على الإنسانية جمعاء ويرتبط وجود الإنسان بها على الدول أن تخرجها من ضمن الاختصاص المطلق للدول إلى الاختصاص الدولي .

- مع تطور التنظيم الدولي لا بد من الاهتمام أكثر بالمسألة البيئية وأبعادها .

- رصد آليات فعالة لحماية البيئة من مخاطر التلوث .

- إيجاد صناديق مالية مهمتها الحد من إنتشار التلوث خاصة في المناطق التي لا تخضع لسيادة الدول وضمان تمويلها .

- إيجاد إطار قانوني لتدخل دولي بيئي بحت ضمن احترام حقوق الدول السيادية مع ضمان حماية البيئة.

السرقعة العلمفة وفقا للقرار رقم 1082 لسنة 2020 المحدد للقواعد المتعلقة بالوقافة من السرقعة العلمفة و مكافحتها

تغرففب رزفقة⁽¹⁾

(1) أستاذة محاضرة قسم "أ"، مخبر البحت حول فعلفة
القاعدة القانونية، كلية الحقوق والعلوم السفسافة، جامعة
عبد الرحمان مفره، بفاة، 06000، الجزائر.
البرفب الإلكفرونف: razikatagherbit1975@gmail.com

الملخص:

لكف ففب البحت العلمف بالفرض الذف فعب من أبله من طرف الباحث، فلفزم هذا الأخير باحترام
مجموعة من العناصر أو المتطلبات أفانا ففعلق بالبحث فف حد ذاته كعناصر البحت مثلا، و أفانا أخرى
ففعلق بالباحث العلمف ذاته كاحترامه لمفثاق أخلافايات المهنة الجامعفة، و أسس البحت العلمف الفف من ففبها
الأمانة العلمفة.

أمام فطور وسائل النشر الحدفثة الفف أفاحت الفرصة للباحث الحصول على رصفب علمف
و معرفف هائل، أصبح البعض ففجرأ على انتساب أفكار الآخرين إلفهم، بل أكثر من ذلك ففب فعبى
الإنتساب للأفكار لفصل إلى انتساب المؤلفات و المنشورات، ظهرت الحاجة بذلك إلى سن قوانين صارمة من
أجل استمرارفة القفم الأخلافاة للباحث العلمف، و الحد من السرقعة العلمفة و ضمان انتساب المعرفة العلمفة
لصاحبه الأصلي.

الكلمات المفتاحفة:

البحث العلمف، الأمانة العلمفة، الباحث العلمف، السرقعة العلمفة.

تارفخ إرسال المقال: 2021/05/20، تارفخ مرافعة المقال: 2021/12/15، تارفخ نشر المقال: 2021/12/31.

لفهمفش المقال: تغرففب رزفقة، "السرقعة العلمفة وفقا للقرار رقم 1082 لسنة 2020 المحدد للقواعد المتعلقة بالوقافة من السرقعة العلمفة
ومكافحتها"، الملفة الأكافمفة للبحث القانونف، الملفة 12، العبب 03، 2021، ص ص. 551-563.

<https://www.asjp.cerist.dz/en/PresentationRevue/72>

المقال ففوفر على الرابط الفالف:

المؤلف المراسل: تغرففب رزفقة razikatagherbit1975@gmail.com

الملفة 12، العبب 03-2021.

The Scientific Plagiarism Concept Accordance with order n° 1082 of 2020 Laying Down the Rules Relating to the Prevention & Fight Against Plagiarism

Summary:

In order for the research to fulfill the scientific objective for which it is prepared by the researcher, the latter is required to comply with a set of elements or requirements, including the scientific honesty.

Faced with the development of modern editing methods which have allowed the researcher to obtain a formidable scientific and knowledge balance, some have dared to associate the ideas of others with it, but more than that, because the affiliation of ideas went beyond to achieve affiliation, of books and publications, hence the need to enact strict laws. In order to maintain the moral values of the scientific researcher, to limit scientific plagiarism, and to ensure that scientific knowledge belongs to its original owner the concept of scientific plagiarism.

Keywords:

Scientific research, scientific honesty, scientific researcher, plagiarism.

Le plagiat conformément à l'arrêté n° 1082 de 2020 fixant les règles relatives à la prévention et à la lutte contre le plagiat

Résumé:

Pour que la recherche remplisse l'objectif scientifique pour lequel elle est conçue par le chercheur, ce dernier est tenu de respecter un ensemble d'éléments ou d'exigences, dont l'honnêteté scientifique. Face au développement des méthodes d'édition modernes qui ont permis au chercheur d'obtenir un formidable arsenal scientifique et de connaissances, certains auteurs osent associer à leur actif les idées et concepts d'autres auteurs, ou carrément les publications d'autres auteurs. En plus de l'arsenal juridique relatif aux droits d'auteurs, les pouvoirs publics, à travers un arrêté publié en 2020, tentent de prévenir et de lutter contre le phénomène du plagiat dans le milieu universitaire.

Mots clés:

Recherche scientifique, honnêteté scientifique, chercheur, plagiat.

مقدمة

يلتزم الباحث بإعداد بحوث علمية للحصول على درجات أكاديمية، كل حسب موضوعه و مجال تخصصه، سواء كانت مذكرة الماستر أو الماجستير أو الدكتوراه، على أساس كونها الوسيلة الأنجع للوصول إلى المعرفة العلمية عن طريق اكتشاف الحقائق و صياغتها في قوانين لتحكم الظواهر محل الدراسة، في مختلف الميادين لتحقيق التطور في مختلف المجالات.

يقاس تقدم و ازدهار الدول على أساس تقدم العلم و المعرفة التي يتوصل إليها الباحث في بحثه العلمي، على أن يكون هذا البحث حقا ثمرة مجهود فكري و علمي بذله الباحث للوصول إلى الحقيقة، كما أنه لنجاحه يجب اتباع مجموعة من الخطوات الثابتة نسبيا¹ مع تطبيقه قواعد تضمن له المصداقية تسمى بأخلاقيات البحث العلمي، التي من بينها التحلي بالأمانة العلمي.

بهدف ضمان استمرارية إحياء المثل الأخلاقية لدى الباحثين الأساتذة و الطلاب ظهرت الحاجة إلى سن قوانين من الجهة الوصية لسلك التعليم العالي و البحث العلمي تحد و تقي من السرقة العلمية، و الإشكالية المطروحة هي: كيف عالج القانون الجزائري السرقة العلمية على ضوء القرار رقم 1082 لسنة 2020 المتعلق بالقواعد المتعلقة بالوقاية من السرقة العلمية و مكافحتها؟

أولا: تنافي السرقة العلمية بأخلاقيات الباحث

قد يحتك الباحث عند دراسته لمنهجية إعداد البحث العلمي لمجموعة من المصطلحات أو العبارات المتكررة، أحيانا نجدها متداخلة في التركيب أو في المعنى و أحيانا أخرى نجدها متصادمة و متعكسة لبعضها البعض مع اقتران كل عبارة بمصطلح علمي، مثل الأمانة العلمية، النزاهة العلمية، السرقة العلمية و الإنتحال العالمي و غيرها، لذلك ارتأينا البحث فيها لتوضيح معناها و فهم مضمونها.

1- الأمانة العلمية

تعبر الأمانة العلمية عن المسؤولية التي يتوجب التحلي بها من كل من له علاقة تربطه بالوسط العلمي أو الأكاديمي عند إعدادهم للبحوث العلمية المكلفين بها، سواء تلك التي تدخل في إطار الأعمال المكلفين بها للحصول على درجات أكاديمية، أو من أجل ترقيتهم إلى درجات علمية مرموقة في المستقبل، فيعبر الباحث عن

¹ - استعملنا مصطلح النسبية لكون خطوات البحث العلمي تختلف باختلاف مجال الدراسة، و التخصص الذي يتم فيه إنجاز البحث العلمي.

هذه المسؤولية بانتساب المصادر الأصلية و غير الأصلية المستخدمة في بحثه إلى أصحابها المتمثلون في أصحاب المؤلفات التي استغل مادتهم العلمية لإثراء بحثه².

تعني الأمانة العلمية نسبة الأفكار و النصوص إلى أصحابها حتى و إن بدت ضئيلة، فهي تمثل أحد الفضائل الخلقية للباحث العلمي، كما أنها تعبر عن عنوانه و شرفه. يقال عنها بأنها حجر الأساس في المعمار الفكري الذي يقوم الباحث في إنشائه أو في إعداده³.

تعني الأمانة العلمية أيضا إسناد الباحث و إحقاقه المعلومات المقتبسة اقتباسا مباشرا أو غير مباشرا إلى أصحابها الأصليين⁴، وفقا لما تمليه عليه قواعد منهجية البحث العلمي الذي ينتمي إليه مجال تخصصه، شرط أن تكون هذه المراجع مصنفات تحمل أفكار مبتكرة و محمية قانونا، كأن تقدم على مستوى مؤسسات علمية معترف بها، كبحوث لنيل درجات أكاديمية كالمذكرات و الأطروحات، أو لنيل شهادات علمية معينة كالمشاركة بهذه البحوث ضمن فعاليات ملتقيات وطنية أو دولية أو أيام دراسية وطنية أو جهوية، خصصت للتعلم في دراسة أو البحث مسألة علمية.

يدخل على أساس ما سبق في دائرة مفهوم الأمانة العلمية جملة من الأمور، التي يعد الإقدام عليها بمثابة مساسا للأمانة العلمية و انتهاكا لحقوق المؤلف نذكر منها ما يلي:

- الغش الذي يعني المساس بسلامة البيانات أو دقتها أو تزيفها.
- الخداع أو التضليل، الذي يقصد به تعمد انتهاك قواعد البحث العلمي المتعارف عليها في الأوساط الأكاديمية.
- عدم الإشارة في الهوامش إلى أصحابها الأصليين عند الاقتباس أو الإحالة أو الترجمة من المراجع المستعملة في البحث.

بمفهوم آخر يدخل في دائرة مفهوم الأمانة العلمية عدم انتهاك أو انتحال أو أي تعدي للملكية الفكرية أو سرقة علمية، يعبر بطريقة أو بأخرى عن استيلاء الباحث للجهد الفكري أو الأدبي لباحث آخر احتكا ببحثها أو تقاطعا في أحد نقاطهما أو أجزاءهما نظرا للعلاقة الموجودة بينهما.

2- النزاهة العلمية

تعني النزاهة العلمية عرض الباحث لمختلف الآراء الواردة في المراجع المختلفة التي استخدمها و اقتبس منها معلومات تخدم بحثه، عرضا محايدا دون تشويه أو طمس لبعض معالمها الإيجابية، و دون إبراز مبالغ فيه لمعاملها السلبية.

² دليل أخلاقيات البحث العلمي، مركز ضمان الجودة، جامعة تشرين، 2016-2017، ص 07.

³ عبود عبد الله العسكري، منهجية البحث العلمي في العلوم القانونية، ط 02، دار النمر، دمشق، ص 33.

⁴ عبد القادر الشخيلي، قواعد البحث لقانوني، ط 05، دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان، 2015، ص 153.

يقصد بالنزاهة العلمية كذلك عرضاً أخلاقياً لأفكار المؤلفين الآخرين، خالياً من التهجم الشخصي أو السخرية أو التقليل من قيمة قائلها⁵، لكل معالم البحث أو لبعض جوانبه، عن طريق طرح أفكار الباحث أو الإستشهاد بآرائه دون تبين أي تتمر أو انقياد لأفكار الغير و من مواقفه العلمية. يمتد الأمر نفسه إلى معتقداته و ثقافته حيث يجب على الباحث الإعتماد على الأدلة العلمية لعرض و مناقشة و تفسير نتائجه. و الملاحظ هو أنه هناك علاقة وطيدة بين النزاهة العلمية و الأمانة العلمية فلا تتحقق هذه الأخيرة إلا و توفرت الأولى.

3- الإنتحال العلمي:

سنحاول التطرق إلى تعريف الإنتحال العلمي لغة و اصطلاحاً.

أ- **التعريف اللغوي:** تعني كلمة انتحال في معجم اللغة العربية المعاصرة ما يلي:

مصدر انتحل، محاكاة شخص للغة و معاني مؤلف آخر و تقديمها كما لو كانت من بناء أفكاره، انتحال الأعدار: التماسها، و انتحال صفة: هو إقدام شخص دون وجه حق على ارتداء زي رسمي. انتحل الشيء يعني ادعاه لنفسه و هو لغيره⁶.

ب- **التعريف الإصطلاحي:** يقصد بانتحال إدعاء شخص ملكية نتائج أو مقولة أو صورة أو مخطط أو جدول أو إحصائيات أو مرجع أو كتاب أو أي جزء من مصنف مهما كان نوعه، دون ترخيص من الملك الأصلي للمعلومة. فيعني بذلك انتساب الباحث لنفسه أي إنتاج فكري أو علمي دون أدنى مجهود. بمعنى آخر فإن الإنتحال هو تقديم عبارات أو جمل أو أفكار أو عمل شخص آخر على أنه عمل الباحث الخاص. يعبر الإنتحال كذلك عن استخدام عمل الآخرين من دون الإشارة لهم، أو تقديم العمل على أنه جديد و أصيل في الوقت الذي هو مشتق بناء على عمل سابق له. لذلك فإن الباحث يجب أن يشير إلى أي مادة لا تعود له سواء تضمنت أفكار أو عبارات أو جداول إحصائية أو صور أو مواقع انترنت أو برامج أو رسوم بيانية، أو تسجيلات صوتية أو مرئية أو رسائل الكترونية أو أي اتصالات شخصية أخرى⁷، فهو أحد صور أو مظاهر عدم التحلي بالأمانة العلمية.

⁵ عبد القادر الشيلخي، مرجع سابق، ص 169.

⁶ معاجم اللغة العربية، منشور على الموقع: <https://www.maajim.com/dictionary>. تم الإطلاع عليه بتاريخ: 12 مارس 2021، على الساعة: 09h:15m.

⁷ فؤاد قاسم محمد، غسان حميد عبد المجيد، سعد سابط جابر العطراني، نصري صالح محمد، رصانة المجالات والنشر العلمي، صادر من وزارة التعليم العالي و البحث العلمي، جمهورية العراق، 2015، ص 09.

كل هذه المفاهيم تدخل في أخلاقيات البحث العلمي، بموجبها يسلك الباحث السبيل الصحيح في مختلف القرارات أو المواقف العلمية التي يأخذها أثناء مساره العلمي، تشمل في مختلفها معايير متفرقة للعمل في مهنة راقية تتسم بالنزاهة و المصداقية، يهدف فيها الباحث إلى حل المشكلات محل البحث و تحقيق مصالح الفرد في المجتمع ما يعني بذلك تحقيق مصلحة عامة تؤدي حتماً إلى تحقيق التنمية المرجوة من الجامعة كونها أحد الأهداف المنتظرة من هذه الأخيرة.

ثانياً - صعوبة تحديد نطاق السرقة العلمية

1- التعريف بالسرقة العلمية: اهتم كل من الفقه و القانون بالسرقة العلمية فأورد لها عدة تعاريف و هذا ما سنتعرض إليه.

أ-التعريف الفقهي: تزايد اهتمام الفقه في الآونة الأخيرة بظاهرة السرقة العلمية نظراً لتفاقمها في ظل الانفجار المعرفي و المعلوماتي فأوردوا لها عدة تعاريف، عرفت الفقيهة "هاروش كلودين" بأنها "تجاهل للدراسات السابقة و مسح لإسم المؤلف من أعماله العلمية"⁸، و عرفت "هيفاء مشعل الحربي" بأنها "استخدام غير معترف به لأفكار و أعمال الآخرين، يحدث بقصد أو بغير قصد، و سواء أكانت السرقة مقصودة أو غير مقصودة فهي تمثل انتهاكاً أكاديمياً خطيراً"⁹.

ورد تعريف آخر في نفس السياق للسرقة العلمية في دليل صادر من عمادة التقويم و الجودة التابعة لجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية بالملكة العربية السعودية ضمن سلسلة التعلّم و التعليم في الجامعة سنة 2012 الموافق لسنة 1434 هجري المعدّ من مجموعة من الأساتذة بأنها " أي شكل من أشكال النقل غير القانوني، و تعني أن تأخذ عمل شخص آخر و تدعي أنه عملك"¹⁰.

⁸ -HAROCHE Claudine, *Ignorer la recherche, effacer l'auteur, In Le plagiat de la recherche scientifique*, Sous la direction de GUGLIELMI Gille.J et KOUBI Geneviève, L.G.D.J, Paris, 2011, P 43 et st.

⁹ هيفاء مشعل الحربي ، ميساء النشمي الحربي، "برمجيات كشف السرقة العلمية (دراسة وصفية تحليله)"، صادر عن كلية الآداب و العلوم الإنسانية، قسم المعلومات و مصادر التعلم، ص 09، منشور على الموقع: <https://infotaiba.weebly.com> تم الإطلاع عليه بتاريخ: 22 مارس 2021 على الساعة 13h:40.

¹⁰ - استعمل الفقيه طارق عويص الصواط نفس التعريف في مؤلفه الذي يحمل عنوان: أسباب السرقة العلمية في الأوساط الأكاديمية برسائل الماجستير و الدكتوراه لدى طلاب الدراسات العليا بالجامعات السعودية، ص 06. منشور على الموقع: <https://www.new-educ.com> تم الإطلاع عليه بتاريخ: 10 مارس 2021 على الساعة 22 h:30m.

يعاب على هذه التعاريف كونها عامة و غير دقيقة، لذلك عرفها الفقيه "محمد غزة عبد العظيم" كونها عملية غسيل الأبحاث و هي عملية تحرير الأفكار أو تعديل السياق أو تغيير في بعض المصطلحات اللغوية، و أنها أخذ لأفكار و لمعلومات الآخرين دون الإشارة إليهم بطريقة عمدية أو غير عمدية¹¹. تعتبر سرقة علمية حسب تقديرنا تملك الباحث صراحة أو ضمناً عن طريق نشر أو تضمين مؤلفات علمية لأي منتج ذهني أو فكري، لكل أو بعض الأفكار أو العبارات أو الفقرات أو المقولات أو النصوص أو البيانات أو الجداول أو الإحصائيات أو العناوين، دون وجه حق عن طريق تجاهل قائلها أو أصحابها الأصليين، عن طريق عدم انتسابها لهم وفقاً لما تمليه أخلاقيات الباحث العلمي و قواعد منهجية البحث العلمي.

ب- التعريف القانوني: عرفت السرقة العلمية في القرار الوزاري رقم 1082 لسنة 2020، إلا أن ذلك يحمل عدة تأويلات.

ب1- تعريف القرار الوزاري للسرقة العلمية: ورد تعريف السرقة العلمية في القرار الوزاري رقم 1082 الذي يحدد القواعد المتعلقة بالوقاية من السرقة العلمية و مكافحتها¹² في نص الفقرة الأولى من المادة الثالثة، و ذلك في الفصل الثاني منه، حيث جاء كما يلي: "تعتبر سرقة علمية بمفهوم هذا القرار، كل عمل يقوم به الطالب أو الأستاذ الباحث أو الأستاذ الباحث الإستشفائي الجامعي أو الباحث الدائم، أو من يشارك في فعل تزوير ثابت للنتائج أو غش في الأعمال العلمية المطالب بها، أو في أي منشورات علمية أو بيداغوجية أخرى" ورد التعريف نفسه و بنفس الصياغة السابقة حرفياً في المادة الثالثة من القرار الوزاري رقم 933 الذي يحدد القواعد المتعلقة بالوقاية من السرقة العلمية و مكافحتها¹³.

ب2- قراءة في تعريف القرار الوزاري للسرقة العلمية: جاء هذا تعريف السرقة العلمية المنصوص عليه في القرار الوزاري رقم 1082 الذي يحدد القواعد المتعلقة بالوقاية من السرقة العلمية و مكافحتها مبهم و غامض في محتواه، استعمل مصطلحات متداخلة تحتمل أكثر من معنى و هذا ما سنحاول توضيحه:

¹¹ - محمد غزة عبد العظيم، تقييم الباحثين الأكاديميين لمدى الإلتزام بأخلاقيات البحث العلمي في مجال الدراسات الإعلامية، نقلاً عن: نجود بيوض، سعاد بوطالب، "السرقات العلمية و أثرها على جودة البحث العلمي: بين المفهوم و آليات مكافحتها"، مجلة العلوم الإجتماعية، المركز العربي لألمانيا، برلين، اعدد 08، صادر في مارس 2019، ص 391.

¹² - قرار وزير التعليم العالي و البحث العلمي رقم 1082، مؤرخ في 27 ديسمبر 2020، يحدد القواعد المتعلقة بالوقاية من السرقة العلمية و مكافحتها.

¹³ - قرار وزير التعليم العالي و البحث العلمي رقم 933، مؤرخ في 28 جوان ، يحدد القواعد المتعلقة بالوقاية من السرقة العلمية و مكافحتها (ملغى).

- حدد القرار الوزاري الأشخاص المعنيون بالسرقة العلمية و هم الأشخاص المعنيون بالبحث العلمي على مستوى المؤسسة بمفهوم هذا القرار المتمثلة في الجامعة و ملحقاتها، المركز الجامعي، المدرسة العليا و مركز البحث¹⁴، ما يعني أن كل سرقة علمية تكون خارج هذه المؤسسات لا تكيف سرقة علمية، كأن يعلن صحفي مثلا نتائج بحث علمي منشور في مقاله الصحفي في جريدة يومية أو أسبوعية.

- العبارة " أو من يشارك " تحمل أكثر من معنى، "فمن يشارك" يعني أنه وسع دائرة الأشخاص المحددين في الفقرة أعلاه، ليتعدى إلى أي شخص من المجتمع كأن يكون صاحب مقهى أنترنت أو أي مكتبي قدم مراجع ورقية كانت أو الكترونية، خدمة للطالب الذي هو بصدد إعداد مذكرته أو أطروحته.

قد يعتبر مشاركا كذلك بمفهوم هذا القرار الأستاذ المشرف، عند تقديمه لبعض المراجع أو المؤلفات أو الدراسات السابقة التي تخدم موضوع بحث مذكرته باعباره أهل في الإختصاص، بالتالي أدرى بما يخدم الموضوع محل الدراسة¹⁵.

يعتبر مشاركا في فعل التزوير الثابت كذلك الأستاذ المشرف عندما يكون اسمه مرفقا لإسم الطالب الذي أشرف عليه في أطروحة الدكتوراه، في المقال الذي نشره هذا الأخير في أحد المجالات لقبول مناقشته أطروحته، مع العلم بأن البعض من المجالس العلمية لمختلف الكليات هي التي وضعت هذه القواعد (الزامية إدراج اسم المشرف مع اسم الطالب صاحب المقال).

لا تعتبر هذه الأشخاص في تقديرنا مشاركون في فعل تزوير ثابت للنتائج، و لا تعتبر سرقة علمية لأن هذه الأخيرة لا تتحقق إلا إذا كان البحث المزور نتاجه قد أعدّها و تعمد في تزويرها الطالب أو أكثر من أجل الحصول على درجة أكاديمية معينة (ماستر مثلا) أو الأستاذ الباحث أو الأستاذ الباحث الإستشفائي الجامعي أو الباحث الدائم أو أكثر بصدد إعداد بحوث لترقيتهم.

- مصطلح تزوير يعني تقليد الشيء مع ادعاء أن المزور هو الأصل مع أنه ليس كذلك¹⁶، بالتالي فإن العبارة "فعل تزوير ثابت للنتائج"، تعني تقليد النتائج و تغيير الحقيقة التي تحتويها سواء كانت جداول أو رسومات أو توصيات أو مقترحات مع الإدعاء بأنها هي الأصل مع أن الأصل و الحقيقة هو غير ذلك، بهدف إلحاق الضرر.

¹⁴ - المادة 1/02 قرار وزير التعليم العالي والبحث العلمي رقم 1082، مرجع سابق.

¹⁵ - Atmani Bilal, « Remarque critiques sur l'arrêté n° 1082 du 27 décembre 2020, journée d'étude sur la lutte contre le plagiat, entre l'arrêté n° 933 du 28 juillet et l'arrêté n° 1082 du 27 décembre 2020 », faculté des droit et sciences politiques en collaboration avec l'ensemble des faculté de l'université de Bejaïa, Le 04 mars 2021.

¹⁶ - نقلا عن معجم المعاني الجامع- معجم عربي عربي، منشور على الموقع: <https://www.almaany.com> تم الإطلاع عليه بتاريخ: 23 مارس 2021 على الساعة 13h:30m.

بمفهوم المخالفة فإن أي سرقة علمية غير تزوير ثابت للنتائج لا تعتبر كذلك، لأن الفقرة الأولى من المادة الثالثة صريحة في عبارته، حتى وإن تم اقتباس أفكار أو فقرات أو صفحات و قام الباحث بإسنادها إلى نفسه أو إلى غيره من الباحثين العلميين سواء كان قصد ذلك أم لا، و هو غير ما تم توضيحه آنفا في تعريفنا للسرقة العلمية.

- أما العبارة " الغش في الأعمال العلمية المطالب بها"، فهل الأعمال المطالب بها يقصد بها تلك البحوث العلمية التي التي يطالب بها للحصول على درجات أكاديمية كالماستر و الماجستير و الدكتوراه، أو تلك التي يستهدف بها الترقية من درجة إلى درجة أعلى منها كالبحوث المطالب بها للتأهيل الجامعي مثلا. يفهم من العبارة السابقة كذلك أن الغش في الأعمال العلمية غير المطالب بها حسب ما وضحناه أعلاه لا تعتبر سرقة علمية، كأن يقوم أستاذ جامعي بنشر عدة بحوث علمية تنتسب لغيره دون استهداف أي درجة علمية أو ترقية منها.

لقد عرف القرار الوزاري رقم 1082 في الفقرة الأولى منه السرقة العلمية و أورد لها في فقرته الثانية عدة صور و عدة أشكال و عدة نماذج لهذه السرقة العلمية، ما يجعل الباحث العلمي يتخوف و يعاق أمام عملية البحث العلمي خوفا منه في الوقوع في أحد هذه الأشكال، لأنها تنتسب إليه و لو كان منه نسيان لإسناد فكرة أو رأي لصاحبه الأصلي، إلى جانب صعوبة الحصول على هذا الأخير أحيانا كثيرة.

2- صور السرقة العلمية :

أ- صور السرقة العلمية وفقا لمنظور الفقه: قد تتخذ السرقة العلمية عدة صور نذكر منها ما يلي:

2- النسخ و اللصق: تكون عند نقل الباحث فكرة ما أو جملا معينة أو تعبيراً ما أو جداول أو أي بيانات تحمل معلومات، نقلا حرفيا كما في مصدره الأصلي أو في المرجع المقتبس منه، دون استخدام لعلامات التنصيص، و دون الإشارة إلى المصدر المقتبس منه.

3- استبدال الكلمات: هو اقتباس جملة من أحد المصادر و تغيير بعض كلماتها لتبدو مبتكرة، دون الإشارة إلى مصدر الفكرة.

4- الإستشهاد بأفكار الغير: هو كتابة حرفية أو غير حرفية لأفكار باحثين آخرين سبقوا البحث في نفس الموضوع دون ذكر مصدرها¹⁷، شرط أن لا تكون المعلومات التي تحملها هذه الأفكار عامة متعارف عليها.

¹⁷ - دليل أخلاقيات البحث العلمي، مرجع سابق، ص 07، الإقتباس العلمي، الأنواع، الضوابط و الشروط ، ص 05. منشور

على الموقع: <https://www.ut.edu.sa/documents>.

تم الإطلاع عليه بتاريخ: 25 مارس 2021، على الساعة 12: 10h.

أ5- سرقة خطة بحثية أو جزء منها: هو السير على نفس أو جزء من خطوات هندسة تفكير مؤلف ما أو عمل سابق لمؤلف ما دون الإشارة إلى ذلك، شرط أن تكون هذه العناوين و هذه الهندسة مبتكرة. لا يقصد هنا العناوين العامة و المتعارف عليها، كالعناوين التي يمكن إدراجها تحت مفهوم الموضوع محل البحث مثلا، من تعريف و خصائص و صور، أو أن يرد تحت عنوان الآثار المترتبة عن إبرام عقد ما كحقوق و التزامات الطرفين، أو غير ذلك.

أ6- انتحال البحث بأكمله: قد يأخذ هذا النوع من السرقة العلمية في حد ذاته صنفين من الإنتحال. يتمثل الصنف الأول في نسخ البحث و وضع اسم المنتحل مكان الإسم المؤلف الأصلي، و يتمثل النوع الثاني في وضع المؤلف الأصلي أسماء أشخاص آخرين لا يعرفون عن البحث شيئا مع اسمه في البحث خدمة أو عرفانا لهم .

أ7- الإنتحال الذاتي: يعني أخذ الباحث مقطع أو جزء من بحثه العلمي قام به سابق و نشره أو المشاركة به لاحقا في مظاهرة علمية، أو نشره في مجلة علمية، قد يكون الإنتحال الذاتي كذلك في حال جمع الباحث مختلف منشوراته و نشرها مثلا في كتاب مثلا، بالرغم من أن ما هو متعارف عليه هو أن ما ألفه الباحث عند احترامه لقواعد إعداد البحث العلمي هو ملك له، فلا يعقل اتهامه بسرقة علمية في حالة استعمال ما ألفه. أثارت هذه المسألة بلبله في وسط الأساتذة الجامعيين، فصلّ فيها الأستاذ "ديلباك فيليب" حيث يرى أن الإنتحال الذاتي الذي يكون بالصورة السابقة الذكر ليست في الحقيقة سرقة علمية، كما أنها لا توقع أي عقوبات على الباحث، إلا أن ذلك يعتبر تصرف "غير نزيه"، استعمل للتعبير عن ذلك بمصطلح (c'est pas honnête)، خاصة إذا استعمل الباحث بحثه مرتين من أجل الحصول على درجات علمية أعلى أو بهدف الترقية لمناصب أعلى¹⁸.

¹⁸ -DELBECQUE Philippe, « Comment lutter contre le plagiat dans la recherche scientifique », journée d'étude sur la lutte contre le plagiat, entre l'arrêté n° 933 du 28 juillet et l'arrêté n° 1082 du 27 décembre 2020, faculté des droit et sciences politiques en collaboration avec l'ensemble des faculté de l'université de Bejaïa, Le 04 mars 2021.

ب- صور السرقة العلمية وفقا للقرار الوزاري رقم 1082 لسنة 2020:

من أجل نزع اللبس لتعريف السرقة العلمية الوارد في القرار الوزاري رقم 1082 السالف الذكر و المذكورة أعلاه نصت الفقرة الثانية من المادة الثالثة على صور أو نماذج السرقة العلمية، و التي هي كما يلي:

- اقتباس كلي أو جزئي لأفكار أو معلومات أو نص أو فقرة أو مقطع من مقال منشور أو من كتب و مجلات أو دراسات أو تقارير أو من مواقع الكترونية، أو إعادة صياغتها دون ذكر مصادرها أو أصحابها الأصليين.

- اقتباس مقاطع من وثيقة دون وضعها بين شولتين، أو دون ذكر مصادرها و أصحابها الأصليين.

- استعمال معطيات خاصة دون تحديد مصادرها و أصحابها الأصليين.

- استعمال برهان أو استدلال معين دون ذكر مصدره و أصحابه الأصليين.

- استعمال إنتاج فني معين أو إدراج خرائط أو صور أو منحنيات بيانية أو جداول إحصائية أو مخططات في نص أو مقال دون الإشارة إلى مصادرها و أصحابها الأصليين. تعتبر هذه النماذج ما سماه الفقه أعلاه النسخ و اللصق.

استعمل في مختلف هذه الصور أو نماذج السرقة العلمية مصطلح "دون ذكر أو دون تحديد مصدره أو أصحابه الأصليين"، ما يثير عدة نقاط لإعادة النظر فيها من طرف السلطة الوصية على البحث العلمي و هي كما يلي:

• المعروف هو أن المصدر الأصلي يتمثل في المرجع الأولي الذي صدرت فيها الفكرة أو المعلومة لأول مرة، و الذي أحيانا يصعب الحصول عليه خاصة من طرف الطلبة كونهم يعانون من قلة أو محدودية الموارد المالية.

• يعتبر بهذا المفهوم سرقة علمية كذلك في كل حالة اقتبس فيها الباحث فكرة أو فقرة من مرجع ثانوي استعمل مرجعا أوليا مع إسناده المعلومة إلى المرجع الأولي مع كتابة عبارة "نقلا عن:" ثم الإسناد إلى المرجع الثانوي المستعمل من طرف الباحث، خاصة أن هذا هو المتعامل عليه كون هذه الطريقة تمثل أحد قواعد و أسس الإسناد المتعارف عليه من ذوي الإختصاص في مادة منهجية إعداد الحث العلمي.

- نشر نص أو مقال أو مطبوعة أو تقرير أنجز من طرف هيئة أو مؤسسة و اعتباره عملا شخصيا.

- الترجمة من إحدى اللغات إلى اللغة التي يستخدمها الطالب أو الأستاذ الباحث أو الأستاذ الباحث الإستشفائي الجامعي أو الباحث الدائم بصفة كلية أو جزئية دون ذكر المترجم و المصدر. فماذا عن الطالب الباحث أو الأستاذ الذي يتقن اللغة الأجنبية التي ترجم محتوى الفكرة بمجهود شخصي و اصطدم بعد ذلك مع نفس

- الفكرة مترجمة في أحد المؤلفات بنفس الأسلوب و بنفس المصطلحات، و كأن هذا المقطع يعيق تشجيع مبادرة الباحث في ترجمة المادة العلمية باللغات الأجنبية إلى لغة البحث.
- قيام الأستاذ الباحث أو الأستاذ الباحث الإستشفائي الجامعي أو الباحث الدائم أو أي شخص آخر بإدراج اسمه في بحث أو أي عمل علمي دون المشاركة في إعداده.
- قيام الباحث الرئيسي بإدراج اسم باحث آخر لم يشارك في إنجاز العمل، بإذنه أو بدون إذنه بغرض المساعدة على نشر العمل استنادا لسمعته العلمية، و هو ما يعبر عن انتحال البحث بأكمله المذكور أعلاه.
- الملاحظ هنا هو أن الجامعة تساعد على انتهاك ميثاق أخلاقيات الباحث العلمي عن طريق الترخيص لبعض المجالس العلمية لبعض الكليات اشتراط إدراج إسم المؤطر أو المشرف في البحث الذي يعده الطالب في شكل لمقال و لذي يلتزم طالب الدكتوراه بنشره في المجلات العلمية المصنفة، خاصة أن هذا الأخير يعتبر شرط لمناقشته أطروحته، كما سبق توضيحه سابق، فما على الطالب الذي يكون في مركز ضعيف في هذه الحالة إلا الإصغاء لقارات المجالس العلمية.
- قيام الأستاذ الباحث أو الأستاذ الباحث الإستشفائي الجامعي أو الباحث الدائم أو أي شخص آخر بتكليف الطلبة أو أطراف أخرى بإنجاز أعمال علمية من أجل تبنيها في مشروع بحث أو إنجاز كتاب علمي و مطبوعة بيداغوجية أو تقرير علمي.
- استعمال الأستاذ الباحث أو الأستاذ الباحث الإستشفائي الجامعي أو الباحث الدائم أو أي شخص آخر أعمال الطلبة و مذكراتهم كمدخلات في الملتقيات الوطنية و الدولية أو لنشر مقالات علمية بالمجلات و الدوريات. تعيق هذه الصورة من السرقة العلمية التوسع في نطاق البحث العلمي، لأن ذلك يمنع الأستاذ المؤطر البحث في نفس مجال المواضيع التي يقترحها لطلبته خوفا منه الإصطدام بنفس الأفكار، خاصة أن الأستاذ المؤطر يصحح الخطة و يوفر لهم ما بحوزته من مراجع ، كما يرشدهم لعناوين و مؤلفات تخدم مواضيعهم كونه صاحب تخصص، راجيا منهم تفوقهم.
- إدراج أسماء خبراء كأعضاء في اللجان العلمية للملتقيات الوطنية أو الدولية أو في المجلات والدوريات من أجل كسب المصداقية دون علم و موافقة و تعهد كتابي من قبل أصحابها أو دون مشاركتهم الفعلية في أعمالها. يكمن الغرض من السرقة العلمية أو الغش العلمي بمختلف صورته في محاولة الباحث بناء مستقبل أكاديمي خلافا للمبادئ و الأسس الإنسانية و العلمية التي تملئها علينا أخلاقيات البحث العلمي من أمانة علمية و نزاهة و عدم الإنتحال العلمي، كما يمكن أن يحدث الغش و التزوير و الإنتحال لأسباب أخرى كتبرير التمويل

الممنوح له و الإستفادة من المكافآت المالية الممنوحة له¹⁹، كاستفادته لعطلة علمية أو تريض علمي أو عضويته في مشروع بحث.

خاتمة

من بين أهداف إصدار القرار رقم 1082 الذي يحدد القواعد المتعلقة من السرقة العلمية و مكافحتها تذكير الباحث العلمي بوجوب التحلي بالأمانة العلمية كونها شرط من شروط تحقيق التقدم في البحث مثله مثل كل مرافق الحياة الأخرى، و أن عدم الأخذ بها يعرض صاحبة للسرقة العلمية أمام لجنة الآداب و الأخلاقيات التابعة لمؤسسته التعليمية المستحدثة مؤخرًا.

تعدى هذا القرار حدود التذكير بالأمانة العلمية المتعارف عليها سابقًا، عن طريق التوسع المفرط في نطاق السرقة العلمية إلى درجة عدم إجازة استعمال المراجع الثانوية و هو ما يخالف المبادئ العامة لمنهجية إعداد البحث العلمي، ما يعني أن السلطة الوصية على البحث العلمي أفرطت في حمايتها للمؤلفات العلمية الشيء الذي يجعله يحدّ و يعيق الباحث القيام ببحثه في جو علمي مطمئن.

¹⁹ - إبراهيم بختي، الدليل المنهجي لإعداد البحوث العلمية، ط 04، 2015، ص 23، منشور على الموقع: <http://www.e-ptaalim.info> تاريخ الإطلاع: 26 مارس 2021، على الساعة: 21m : 21h.

المسؤولية العقدية للمورد الإلكتروني في القانون الجزائري

سقلاب فريدة (1)

(1) أستاذة محاضرة قسم "أ"، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة- بجاية، 06000، الجزائر.

البريد الإلكتروني: fseklab@yahoo.fr

الملخص:

يقصد بالمورد الإلكتروني الطرف الثاني في العملية التعاقدية في عقود التجارة الإلكترونية في مقابل المستهلك، ويتمثل المورد في الشخص الطبيعي الذي يطلق عليه لقب تاجر، والشخص المعنوي كالشركات، وقد عرف المشرع الجزائري المورد الإلكتروني في المادة 6 فقرة 4 من القانون رقم 05-18 المتعلق بالتجارة الإلكترونية بأنه: "كل شخص طبيعي أو معنوي يقوم بتسويق أو اقتراح توفير السلع أو الخدمات عن طريق الاتصالات الإلكترونية".

إن المسؤولية العقدية بالنسبة للمورد الإلكتروني هو الجزاء الذي يترتب عليه عند إخلاله بالالتزامات التي تترتب عليه بعقد مع المتعاملين معه، فإذا تجاوز مهامه باختراجه لقواعد قانونية أو اتفاقية تقوم عليه المسؤولية.

الكلمات المفتاحية :

المورد الإلكتروني، المسؤولية العقدية، التجارة الإلكترونية، المسؤولية المدنية.

تاريخ إرسال المقال: 2021/05/25، تاريخ مراجعة المقال: 2021/12/16، تاريخ نشر المقال: 2021/12/31.

لتهميش المقال: سقلاب فريدة، "المسؤولية العقدية للمورد الإلكتروني في القانون الجزائري"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد 12، العدد 03، 2021، ص ص. 564-579.

<https://www.asjp.cerist.dz/en/PresentationRevue/72>

المقال متوفر على الرابط التالي:

المؤلف المراسل: سقلاب فريدة، fseklab@yahoo.fr

The Contractual Liability of the Electronic Supplier in Algerian Law.

Summary:

The electronic supplier means the second party in the contractual process in e-commerce contracts in exchange for the consumer, and the supplier is the natural person who is called a merchant, and the legal person such as companies, and the Algerian legislature defined the electronic supplier in Article 6 Paragraph 4 of Law No. 18-05 related to the e-commerce as ": Every natural or legal person marketing or proposing to provide goods or services through electronic communications." The contractual liability in regard to the electronic supplier is the penalty that he incurs upon breaching the obligations entailed by him in a contract with his dealers, and if he exceeds his duties by violating legal rules or an agreement on which the liability is based.

keywords:

The electronic supplier, The contractual liability, The e-commerce, The liability civil.

La responsabilité contractuelle du fournisseur électronique en droit Algérien

Résumé:

Le fournisseur électronique désigne la deuxième partie dans le processus contractuel dans les contrats de commerce électronique à côté du consommateur, et le fournisseur est la personne physique « commerçant » ou morale « entreprises ». Le législateur Algérien a défini le fournisseur électronique à l'article 6, paragraphe 4 de la loi n ° 18-05 relative au commerce électronique comme étant "*Toute personne physique ou morale qui commercialise ou propose la fourniture des biens ou des services par voie de communications électroniques*".

La responsabilité contractuelle à l'égard du fournisseur électronique est la sanction qu'il encourt en cas de manquement aux obligations découlant du contrat avec ses concessionnaires.

Mots clés:

Fournisseur électronique, responsabilité contractuelle, commerce électronique, responsabilité civile.

مقدمة

يقصد بالتجارة الإلكترونية، أداء النشاط التجاري باستخدام الوسائط والأساليب الإلكترونية والتي يعد الانترنت كواحد من أهمها، وعليه فإن التجارة الإلكترونية هي تلك العمليات التي تهدف إلى تبادل السلع والخدمات من خلال وسيلة إلكترونية أو وسيط إلكتروني، مما يعني أن التجارة الإلكترونية نشاط تجاري خاص بتعاقدات البيع والشراء وطلب الخدمة تتم بآليات تقنية⁽¹⁾.

عرّف المشرع الجزائري التجارة الإلكترونية في المادة 06 فقرة 01 من القانون رقم 18-05 المؤرخ في 10 ماي 2018، المتعلق بالتجارة الإلكترونية⁽²⁾ وذلك كما يلي: " التجارة الإلكترونية: النشاط الذي يقوم بموجبه مورد إلكتروني باقتراح أو ضمان توفير سلع وخدمات عن بعد لمستهلك إلكتروني عن طريق الاتصالات الإلكترونية ".

يتمثل المورد الإلكتروني في الطرف الثاني في العملية التعاقدية في عقود التجارة الإلكترونية في مقابل المستهلك، فالمورد هو الشخص الطبيعي الذي يطلق عليه لقب تاجر، والشخص المعنوي كالشركات⁽³⁾ وقد عرّف المشرع الجزائري المورد الإلكتروني في المادة 06 فقرة 04 من القانون رقم 18-05 المتعلق بالتجارة الإلكترونية⁽⁴⁾ بأنه: " كل شخص طبيعي أو معنوي يقوم بتسويق أو اقتراح توفير السلع أو الخدمات عن طريق الاتصالات الإلكترونية".

يقصد بالمسؤولية في مفهومها العام، مساءلة الشخص عن فعله أو فعل غيره الخاطيء، بحيث أنّ الخطأ يمثل مخالفة للواجب القانوني أو العقدي، وبالتالي قيام الضرر بالغير، فينتج عن ذلك إلزام الشخص القائم بالضرر بالتعويض عن الخطأ أو الضرر.

إنّ المسؤولية العقدية بالنسبة للمورد الإلكتروني هو الجزاء الذي يترتب عليه عند إخلاله بالالتزامات التي تترتب عليه بعقد مع المتعاملين معه، فإذا تجاوز مهامه باختراجه لقواعد قانونية أو اتفاقية تقوم عليه المسؤولية. بالنظر إلى طبيعة الموضوع وأهمية المعلومات التي يتناولها، تمّ إتباع المنهج الوصفي والتحليلي فالمنهج الوصفي يهتم بتنظيم المعلومات بشكل تسلسلي والتعريف بكافة المفاهيم التي لها علاقة بموضوع

¹ - حوحو يمينة، عقد البيع الإلكتروني(دراسة مقارنة)، أطروحة لنيل درجة دكتوراه في العلوم، تخصص: قانون، كلية الحقوق جامعة الجزائر، 2012، ص 11.

² - قانون رقم 18-05 مؤرخ في 10 ماي 2018، يتعلق بالتجارة الإلكترونية، ج ر ج ج، عدد 28، صادر في 10 ماي 2018.

³ - عبد الله ذيب عبد الله محمود، حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني(دراسة مقارنة)، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون تخصص: القانون الخاص، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، 2009، ص 18.

⁴ - قانون رقم 18-05 مؤرخ في 10 ماي 2018، يتعلق بالتجارة الإلكترونية، مرجع سابق.

المسؤولية العقدية للمورد الإلكتروني، أما عن المنهج التحليلي، بواسطته تمّ تحليل مختلف النصوص القانونية ذات الصلة بموضوع الدراسة.

وعلى هذا يثور التساؤل عن تنظيم المشرع الجزائري لمسؤولية المورد الإلكتروني العقدية، وهل أنّ هذا التنظيم قد غطّى كل الجوانب المتعلقة بمسؤولية المورد الإلكتروني العقدية، أم أنّ هناك قصور بهذا الشأن؟. للإجابة على الإشكالية المطروحة تم تقسيم موضوع البحث كما يلي:

أولاً: الالتزامات العقدية للمورد الإلكتروني

تنشأ المسؤولية العقدية للمورد الإلكتروني عند خرقه للالتزامات المقررة عليه وعدم قيامه بكل أو بعض واجباته المتفق عليها في العقد، وبذلك يسأل عن الخسارة الناشئة للمتعاقل معه نتيجة تقصيره، كون أنّ عدم قيامه بالالتزامات المفروضة عليه في العقد يرتب عليه مسؤولية عقدية.

تنصّ المادة 18 من القانون رقم 05-18 المتعلق بالتجارة الإلكترونية⁽⁵⁾ على أنه: " بعد إبرام العقد الإلكتروني، يصبح المورد الإلكتروني مسؤولاً بقوة القانون أمام المستهلك الإلكتروني عن حسن تنفيذ الالتزامات المترتبة على هذا العقد، سواء تم تنفيذها من قبله أو من قبل مؤدّي خدمات آخرين دون المساس بحقه في الرجوع ضدهم.

غير أنّه، يمكن المورد الإلكتروني أن يتحلّل من كامل مسؤوليته أو جزء منها إذا أثبت أنّ عدم التنفيذ أو سوءه يعود إلى المستهلك الإلكتروني أو إلى قوة القاهرة.

انطلاقاً من النص القانوني أعلاه، يتّضح أنّ المشرع الجزائري قد فرض مجموعة من الالتزامات على عاتق الطرف الأقوى في العقد الإلكتروني، وذلك تحقيقاً لمصلحة الطرف الضعيف الذي أتى هذا القانون لحمايته وهو المستهلك وتتمثل مجمل هذه الالتزامات فيما يلي:

1. التزام المورد الإلكتروني بإعلام المستهلك الإلكتروني

يلتزم مقدّم السلع والخدمات بإعلام المستهلك من أجل أن يكون هذا الأخير على بينة من أمره قبل الإقدام على التعاقد وحتى لا يفاجأ بشرط كان لا يبصره العقد لو عرفه مسبقاً، لذا أصبح التزام المورد بإعلام المستهلك في عقود التجارة الإلكترونية من أحد أبرز الآليات القانونية في مجال حماية المستهلك بصفة عامة⁽⁶⁾.

⁵ - قانون رقم 05-18 مؤرخ في 10 ماي 2018، يتعلق بالتجارة الإلكترونية، مرجع سابق.

⁶ - بهلولي فاتح، النظام القانوني للتجارة الإلكترونية في ظل التشريع الجزائري، أطروحة لنيل درجة دكتوراه في العلوم، تخصص: قانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2017، ص 266.

يجد الالتزام بالإعلام أساسه في أن العقد الذي يبرم بين المورد الإلكتروني والمستهلك هو عقد غير متوازن بسبب عدم التكافؤ في المعلومات المتعلقة بالعقد، لذلك وجب الالتزام بالإعلام حتى يقوم العقد على أساس من التكافؤ في المعلومات، وذلك كوسيلة لحماية الطرف الضعيف بسبب نقص المعرفة⁽⁷⁾.

بينّ المشرع الجزائري إلزامية إعلام المستهلك فيما يخص العقود العادية دون الإلكترونية في المادة 17 من القانون رقم 03-09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش⁽⁸⁾، حيث تنص هذه المادة على أنه: "يجب على كل متدخل أن يعلم المستهلك بكل المعلومات المتعلقة بالمنتج الذي يضعه للاستهلاك بواسطة الوسم ووضع العلامات أو بأي وسيلة أخرى مناسبة".

تفتنّ المشرع الجزائري لأهمية مبدأ إعلام المستهلك بصفة عامة دون أن يشير لإعلام المستهلك الإلكتروني وذلك في مجموعة من القوانين، أولها المادة 352 فقرة 01 من القانون المدني⁽⁹⁾ حيث نصّ على مبدأ إعلام المشتري بالمبيع، كما اعتبر المشرع الجزائري كتمان واقعة مؤثرة في التعاقد تدليسا تجيز للمدلس عليه إبطال العقد وذلك كما هو منصوص عليه في المادتين 86 و 87 من القانون المدني⁽¹⁰⁾.

إذا كان ذلك حقا للمستهلك التقليدي، فهو ذو أهمية كبيرة بالنسبة للمستهلك الإلكتروني الذي لا يمكن له رؤية السلع التي يرغب في الحصول عليها رؤية مادية، وإنما قد يتم عرض صورها لها على شبكة الانترنت وبيان صفاتها كاملة من حيث الحجم والوزن ودرجة الجودة، وإذا كان الأمر يتعلق بسلعة غير مادية، كبرامج الحاسوب الإلكتروني التي يتم تحميلها مباشرة على جهاز المستهلك، فإنّ وصفها يتم من خلال بيان حجم البرنامج ونظام التشغيل والتجهيزات المطلوبة لتشغيله بصورة صحيحة⁽¹¹⁾.

من أهمّ المعلومات الواجب تقديمها للمستهلك تلك المتعلقة بتحديد هوية المورد الإلكتروني وكذلك المعلومات المتعلقة ببيان الخصائص الأساسية للسلعة أو الخدمة، إذ أنّ كلا من طرفي العقد الإلكتروني في

⁷ - بهلولي فاتح، مرجع سابق، ص 266.

⁸ - قانون رقم 03-09 مؤرخ في 2009/02/25، يتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، ج ر ج ج، عدد 15، صادر في 2009/03/08، معدل ومنتّم بالقانون رقم 18-09 المؤرخ في 2018/06/10، ج ر ج ج، عدد 35، صادر في 2018/06/13.

⁹ - أمر رقم 58-75 مؤرخ في 1975/09/26، يتضمن القانون المدني، ج ر ج ج، عدد 78، صادر في 1975/09/30 معدل ومنتّم.

¹⁰ - المرجع نفسه.

¹¹ - بهلولي فاتح، مرجع سابق، ص 275.

مكان بعيد عن الآخر فضلا عن أنّ السلع المعروضة على شبكة الانترنت لا يستطيع المستهلك معاينتها على طبيعتها والتأكد من سلامتها وملاءمتها لاحتياجاته الشخصية⁽¹²⁾.

أوجب المشرع الجزائري على المورد الإلكتروني إعلام المستهلك الإلكتروني في المادة 10 من القانون رقم 05-18 المتعلق بالتجارة الإلكترونية⁽¹³⁾ وذلك بنصه على أنه: " يجب أن تكون كل معاملة تجارية إلكترونية مسبقة بعرض تجاري إلكتروني وأن توثق بموجب عقد إلكتروني يصادق عليه المستهلك الإلكتروني"، ولم يورد هذا الالتزام ضمن فصل واجبات المورد الإلكتروني ومسؤولياته وإنما جاء به المشرع في الفصل الثالث المتضمن المتطلبات المتعلقة بالمعاملات التجارية عن طريق الاتصال الإلكتروني.

2. التزام المورد الإلكتروني بتوفير الأمن والضمان للمستهلك الإلكتروني

إلى جانب الالتزام الرئيسي المفروض على عاتق المورد الإلكتروني تجاه المستهلك الإلكتروني، هناك التزامات أخرى فرضتها التشريعات المقارنة على المورد الإلكتروني لحماية الطرف الضعيف، يمكن تناولها كما يلي:

أ. الالتزام بسلامة المستهلك الإلكتروني

يلتزم المهني بضمان الأمن والسلامة على المنتجات والخدمات التي يجب أن تكون ضمن الشروط العادية للاستعمال أو ضمن شروط أخرى متميزة ومتوقعة من طرف المهني، حيث تمنح السلامة المشروعة والمنظرة التي لا تمس بصحة الأشخاص، فاستعمال بعض المنتجات تلحق أحيانا أضرارا وخيمة على سلامة المستهلك، كالألات التي تنفجر والألعاب النارية الخطيرة⁽¹⁴⁾.

تجد فكرة الالتزام بالسلامة أساسها القانوني في نصّ المادة 107 فقرة 02 من القانون المدني الجزائري⁽¹⁵⁾ التي تنص: " ولا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه فحسب، بل يتناول أيضا ما هو من مستلزماته وفقا للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام."، وقد نصّ القانون رقم 09-03 المؤرخ في 2009/02/25 والمتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش⁽¹⁶⁾ في المادتين 09 و10 منه على الالتزام بالأمن والسلامة وقصره على المستهلك دون تعميم.

¹² - بهلولي فاتح، مرجع سابق، ص 268.

¹³ - قانون رقم 05-18 مؤرخ في 10 ماي 2018، يتعلق بالتجارة الإلكترونية، مرجع سابق.

¹⁴ - قطاف إسماعيل، العقود الإلكترونية وحماية المستهلك، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، تخصص عقود ومسؤولية كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2006، ص 62.

¹⁵ - أمر رقم 75-58 مؤرخ في 1975/09/26، يتضمن القانون المدني، مرجع سابق.

¹⁶ - قانون رقم 09-03 مؤرخ في 2009/02/25، يتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، مرجع سابق.

ب . المطابقة

يقصد بالمطابقة المحدد الأساسي للجودة، وتعبّر عن الخصائص المطلوبة في المنتج حتى يحقق غرضاً معيناً، كذلك تشمل جميع أوصافه مثل الأبعاد اللازمة والأوزان والمقادير، كما تحدّد وصفا لطريقة استعماله والظروف الواجب توافرها أثناء استعماله وخطوات تركيبه وصيانته، وتعبّر المواصفات القانونية عن الخصائص والمميزات المطلوبة في المنتج أو الخدمة لكي يحقّق غرضاً معيناً بالمطابقة للمواصفات القياسية⁽¹⁷⁾.
وضع المشرع الجزائري قواعد وقائية للمنتجات والخدمات الخطيرة، حيث أقرّ بضرورة مطابقة جميع السلع والخدمات للمواصفات القانونية والمقاييس المعتمدة وذلك في نص المادة 11 من القانون رقم 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش⁽¹⁸⁾.

ج . الالتزام بالضمان

انطلاقاً من الهدف الأساسي لعقد الاستهلاك وهو الحصول على السلعة أو الخدمة محلّ هذا العقد والتّمتع بكافة سلطات المالك المستهلك وانتفاعه بها بشكل هادئ ومستمر، يلتزم المورد الإلكتروني بضمان جودة السلعة أو الخدمة وتوافر المواصفات التي حدّدها أو تلك التي اشترط المستهلك الإلكتروني وجودها، كما لو أنّ المستهلك كان قد اتفق مع الشركة المزوّدة لخدمة الإنترنت أن تكون الخدمة شاملة بسرعة فائقة تمكّنه من تحميل الأفلام والأغاني وبسعة غير محدّدة علاوة على تمكّنه من التحدث المرئي والمسموع مع الخارج عبر خدمة الإنترنت، ويفاجأ المستهلك مستخدم الإنترنت بأنّ الخدمة بطيئة ولا يستطيع تحميل إلاّ عدداً محدوداً من الملفات علاوة على عدم توفّر خدمة التّحدث المرئي، حينها فإنّ المورد الإلكتروني صاحب الشركة المزوّدة للخدمة عليه أن يضمن جودة هذه الخدمة بحسب المتّفق عليه⁽¹⁹⁾.
يلتزم المورد الإلكتروني فضلاً عن ذلك، أن يضمن للمستهلك حيازته للسلعة أو الخدمة حيازة هادئة وبمقتضى هذا الضّمان يلتزم المورد الإلكتروني بالامتناع عن كلّ ما من شأنه حرمان المستهلك من كلّ أو بعض سلطاته على السلعة أو الخدمة محلّ العقد الإلكتروني أو حرمانه من الانتفاع بهذه السلعة أو الخدمة انتفاعاً هادئاً، كما يجب أن يدفع المورد الإلكتروني تعرّض الغير للمستهلك.

¹⁷ - قطاف اسماعيل، مرجع سابق، ص 65.

¹⁸ - قانون رقم 09-03 مؤرخ في 25/02/2009، يتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، مرجع سابق.

¹⁹ - عبد الله عبد الكريم عبد الله، فاتن حسين حوى، حماية المستهلك في بعض التشريعات العربية بين الواقع والتطبيق (القانون اللبناني نموذجاً)، دراسة بحثية مقدمة إلى الندوة العلمية حول حماية المستهلك العربي بين الواقع وآليات التطبيق، المركز العربي للبحوث القانونية والقضائية، مجلس وزراء العدل العرب، جامعة الدول العربية، بيروت، جوان 2014، ص 20.

يضمن المورد الإلكتروني كذلك العيوب الخفية التي تنقص من قيمة السلعة أو الخدمة محل العقد الإلكتروني نقصا محسوسا أو تجعلها غير صالحة للاستعمال فيما أعدت له وفقا لطبيعتها أو لأحكام العقد⁽²⁰⁾.
لقد جاءت قواعد الضمان العامة المنصوص عليها في القانون المدني شاملة وأوسع مجالا عما أقره القانون رقم 03-09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، فالمرجع الجزائري في القانون المدني ذكر المبيع بينما في قانون حماية المستهلك حدّد نوع المنتج والجنس، وذلك حسب نص المادة 13 فقرتي 01 و02 منه.
لم ينصّ المشرع الجزائري على التزام المورد الإلكتروني بتوفير الأمن والضمان للمستهلك الإلكتروني في القانون رقم 05-18 المتعلق بالتجارة الإلكترونية، بل ترك ذلك لتنظيم القواعد العامة في القانون المدني وكذلك نصوص قانون حماية المستهلك وقمع الغش.

3. التزام المورد الإلكتروني بعدم نشر البيانات الخاصة بالمستهلك الإلكتروني

وهو ما يعرف باحترام خصوصية المستهلك الإلكتروني بعدم نشر البيانات التي تتعلّق بشخصيته أو حياته الخاصة، مثل البيانات المتعلّقة بالأشخاص أطراف التعاقد ومنهم العملاء أو المستهلكين المطلوبة أسماؤهم عندما يتعلّق الأمر بطلب السلع والخدمات، كذلك هناك بيانات تتعلّق بالعاملين في ذات المشروع التجاري وبيانات تتعلّق برغبات المستهلك⁽²¹⁾.

نصّ المشرع الجزائري على التزام المورد الإلكتروني بضمان أمن نظم المعلومات وسريّة البيانات في المادة 26 فقرة 03 من القانون رقم 05-18 المتعلق بالتجارة الإلكترونية⁽²²⁾.

4. التزام المورد الإلكتروني بالتسليم

تختلف طريقة تسليم المورد الإلكتروني للسلعة باختلاف نوع محلّ العقد، حيث هناك ما يمكن تسليمه على الخط مباشرة، ومنه ما لا يمكن تسلّمه على الخط، وإنما يتم ذلك بصفة مادية، وذلك كما يلي:

أ. الالتزام بتسليم الأشياء المادية

قد يكون محلّ عقود التجارة الإلكترونية سلعة أو منتج له واقع مادي ملموس، فلا يتصوّر إمكانية تسليمها عن طريق الانترنت مباشرة، حيث يتمّ التسليم وفقا للقواعد العامة، ويكون ذلك في البيئة المادية خارج المواقع الإلكترونية، فالتسليم هو وضع المبيع تحت تصرّف المشتري، بحيث يستطيع حيازته والانتفاع به بالكيفية

²⁰ - عبد الله عبد الكريم عبد الله، فانتن حسين حوى، مرجع سابق، ص 21.

²¹ - قطاف إسماعيل، مرجع سابق، ص 32.

²² - قانون رقم 05-18، يتعلّق بالتجارة الإلكترونية، مرجع سابق.

المقصودة دون عائق، ولا يستلزم ذلك أن تنتقل الحياة المادية فعلا إلى المشتري وإنما يكفي أنه يمكن الحصول على هذه الحياة⁽²³⁾، وهذا طبقا لنص المادة 367 فقرة 01 من القانون المدني الجزائري⁽²⁴⁾.

ترك القانون الحرية للمتعاقدين في تحديد زمان التسليم، فقد يكون فور إبرام العقد أو بعد إبرامه في أجل معين أو في أجل متتالية، فإن لم يوجد اتفاق على زمان التسليم، فيجب أن يتم التسليم فور الانتهاء من إبرام العقد ويمكن أن يتأخر التسليم بعض الوقت بحسب ما يقضي به العرف وطبيعة الشيء⁽²⁵⁾، أما زمان التسليم في البيئة الإلكترونية فلا يكاد يذكر لأن في هذه البيئة لا تعرف الفوارق الزمنية، غير أنه يمكن أن يكون زمان التسليم في العقود الإلكترونية هو مثلما عليه الشأن بالنسبة للقواعد العامة فور تمام العقد، وأن يتم مسبقا الاتفاق على زمان التسليم اتفاقا صريحا ودقيقا⁽²⁶⁾.

بالنسبة لمكان التسليم فإنه طبقا لنصي المادتين 268 و 282 من القانون المدني الجزائري⁽²⁷⁾ فإن مكان تسليم المبيع يكون عند وصوله إلى المشتري في موطنه إلا إذا كان هناك اتفاق مخالف لذلك، فيما يخص البيئة الإلكترونية التي تبرم من خلالها العقود فقد أثرت في المكان الذي يتم فيه التسليم، إذ استحدثت مفاهيم ومقررات غير مألوفة، فحلت العناوين الإلكترونية محل العناوين التقليدية، وحلت عناوين الأجهزة محل عناوين الإدارات الفعلية، والمؤسسات الافتراضية محل المؤسسات الفعلية⁽²⁸⁾.

ب . الالتزام بتسليم الأشياء المعنوية

قد يتم تنفيذ العقد المبرم عن بعد بمجرد تسليم المنتج أو الخدمة عن طريق شبكة الانترنت مباشرة بأن يتلقاها المتعاقد الآخر على برنامجه الإلكتروني بالموقع الخاص به على شبكة الانترنت، وذلك بوضعه تحت تصرفه بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به دون عائق، ولو لم يتسلمه تسلا ماديا ما دام البائع أعلمه بذلك⁽²⁹⁾.

²³ - بهلولي فاتح، مرجع سابق، ص ص 201- 202 .

²⁴ - أمر رقم 75-58، يتضمن القانون المدني، مرجع سابق.

²⁵ - راجع نص المادة 281 من القانون نفسه.

²⁶ - جحيط حبيبة، جعودي مريم، النظام القانوني للعقد الإلكتروني (دراسة مقارنة)، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون، فرع: القانون الخاص، تخصص: القانون الخاص الشامل، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بجاية، 2013، ص 53.

²⁷ - أمر 75-58، يتعلق بالقانون المدني، مرجع سابق.

²⁸ - جحيط حبيبة، جعودي مريم، مرجع سابق، ص 53.

²⁹ - راجع نص المادة 367 فقرة 01 من الأمر رقم 75-58 المتعلق بالقانون المدني، مرجع سابق.

يتمّ التنفيذ في هذه الحالة بصورة كاملة عبر الوسائط الإلكترونية، ومثال ذلك اللجوء إلى أحد المختصين لتصميم موقع على شبكة الانترنت أو برامج الحاسب الآلي أو المعلومات، فإنّه يتمّ تسليمها عبر الخط، وذلك من خلال تمكين المستخدم من الحصول على المعلومات بتنزيلها أو تحميلها أو نسخها من الموقع مباشرة⁽³⁰⁾.
لم يتعرّض المشرّع الجزائري لأحكام الالتزام بالتسليم في قانون التجارة الإلكترونية، وكل ما نصّ عليه هو الجزاء المترتب عن الإخلال بالالتزام بالتسليم والذي سيتمّ التطرق إليه في حينه.

5. التزامات أخرى ملقاة على عاتق المورد الإلكتروني

إضافة إلى الالتزامات المذكورة سابقا، فرضت على المورد الإلكتروني التزامات أخرى تتمثل في:

- أ- يجب أن تتوافر في العقد الذي يعده المورد الإلكتروني الشروط التالية⁽³¹⁾:
 - أن لا يشير أو يحيل إلى نصوص أو وثائق لم توضع بتصريف المستهلك الإلكتروني قبل التوقيع.
 - أن يحدّد بشكل صريح وواضح الثمن وتاريخ وكيفية تسديده وكذلك تاريخ ومكان التسليم.
- ب- يجب على المورد الإلكتروني تسليم المستهلك الإلكتروني نسخة من العقد الذي يعتمده للإطلاع على مضمونه قبل التوقيع عليه، كما يقع على عاتق المورد الإلكتروني التزام تسليم المستهلك نسخة عن العقد الموقع عليه، حيث تنصّ المادة 19 من القانون رقم 05-18 المتعلق بالتجارة الإلكترونية⁽³²⁾ على أنه: "بمجرد إبرام العقد يلزم المورد الإلكتروني بإرسال نسخة إلكترونية من العقد إلى المستهلك الإلكتروني".
- ج- يترتب على كل بيع منتج أو تأدية خدمة عن طريق الاتّصالات الإلكترونية إعداد فاتورة من قبل المورد الإلكتروني تسلّم للمستهلك الإلكتروني، ويجب أن تعدّ الفاتورة طبقا للتشريع والتنظيم المعمول بهما، ويمكن أن يطلب المستهلك الإلكتروني الفاتورة في شكلها الورقي⁽³³⁾.
- د- يلتزم المورد الإلكتروني بعدم خداع المستهلك، أيّا كانت الوسيلة المستعملة لذلك، كإغفال أو كتم معلومات أو تزويده بمعلومات خاطئة تتناول طبيعة أو نوع أو مصدر السلعة أو الخدمة أو صفات كل منها أو تركيبها ومكوّناتها أو كيفية استعمالها ومدّة انتهاء صلاحيتها⁽³⁴⁾.
- هـ- يجب على المورد الإلكتروني عدم الموافقة على طلبية منتج غير متوفّر في مخزونه⁽³⁵⁾.

³⁰- بهلولي فاتح، مرجع سابق، ص 205.

³¹- عبد الله عبد الكريم عبد الله، فاتن حسين حوى، مرجع سابق، ص 22.

³²- قانون رقم 05-18، يتعلق بالتجارة الإلكترونية، مرجع سابق.

³³- راجع نص المادة 20 من القانون نفسه.

³⁴- عبد الله عبد الكريم عبد الله، فاتن حسين حوى، مرجع سابق، ص 23.

³⁵- راجع نص المادة 24 من القانون رقم 05-18، يتعلق بالتجارة الإلكترونية، مرجع سابق.

ثانيا - إخلال المورد الإلكتروني بالتزاماته التعاقدية

يتضح مما سبق، أنّ التشريع الجزائري الخاص بالتجارة الإلكترونية لم يتوسّع في مسألة تنفيذ العقد الإلكتروني، حيث ترك هذه المسألة وإخلال المورد الإلكتروني بالتزاماته العقدية خاضعة في العديد من جوانبها للقواعد العامة في القانون المدني، ويعدّ المورد الإلكتروني مخلا بالتزاماته التعاقدية عند خرقه للالتزامات المقررة عليه، وعدم قيامه بكلّ أو بعض واجباته المتفق عليها في العقد، وبذلك يسأل عن الخسارة الناشئة للمستهلك الإلكتروني نتيجة تقصيره، كون أنّ عدم قيامه بالالتزامات المفروضة عليه في العقد يترتب عليه مسؤولية عقدية. نصّت المادة 18 من القانون رقم 05-18 المتعلق بالتجارة الإلكترونية على أنّه: "بعد إبرام العقد الإلكتروني يصبح المورد الإلكتروني مسؤولاً بقوة القانون أمام المستهلك الإلكتروني عن حسن تنفيذ الالتزامات المترتبة على هذا العقد، سواء تم تنفيذها من قبله أو من قبل مؤدّي خدمات آخرين، دون المساس بحقه في الرجوع ضدهم، غير أنه، يمكن المورد الإلكتروني أن يتحلل من كامل مسؤوليته أو جزء منها إذا أثبت أن عدم التنفيذ أو سوءه يعود إلى المستهلك الإلكتروني أو إلى قوة القاهرة."

1. الإخلال بالتنفيذ الجيد للالتزامات العقدية

يستدعي التنفيذ الجيد للعقد الإلكتروني، قيام المورد الإلكتروني بتنفيذ جميع التزاماته القانونية المطالب بها بما يتطلّب حسن النية الذي يتعيّن الإعمال به في مرحلة تنفيذ العقد، لأنّ العقد قد أبرم في فضاء لا مادي لا يعرف المتعاقدان بعضهما البعض إلاّ إلكترونياً، واستناداً لما تقدّم، فإنّ الإخلال بالتنفيذ الجيد هو عدم تنفيذ الالتزامات القانونية الواقعة على عاتق المورد الإلكتروني وكذلك إخلاله بمبدأ حسن النية في تنفيذ العقد. يقصد بالتنفيذ الجيد للعقد من طرف المورد الإلكتروني، تأكيد احترامه لكل التزاماته القانونية المترتبة على عاتقه ابتداء من نقل الملكية إلى تسليم المبيع في الوقت المحدّد وضمان المبيع من كل عيب، فيلتزم بالضمانات القانونية أو الاتفاقية، ويتعيّن على المورد الإلكتروني أن يضمن سلامة المنتج أو الخدمة من أيّ خطر يهدّد المستهلك في حياته أو أمواله كما هو مقرّر في قواعد حماية المستهلك، فإذا لم ينفذ المورد الإلكتروني هذه الالتزامات فإنّه يعدّ مخلاً بالتزامه تجاه المستهلك الإلكتروني، حيث تقع عليه مسؤولية عدم التنفيذ الجيد بقوة القانون⁽³⁶⁾.

³⁶ - حوحو يمينية، مرجع سابق، ص ص 298 - 299.

2. قيام مسؤولية المورد الإلكتروني بقوة القانون

بعد إبرام العقد الإلكتروني يصبح المورد الإلكتروني مسؤولاً بقوة القانون أمام المستهلك الإلكتروني عن حسن تنفيذ الالتزامات المترتبة على هذا العقد، سواء تمّ تنفيذها من قبله أو من قبل مؤدّي خدمات آخرين دون المساس بحقه في الرجوع ضدّهم⁽³⁷⁾.

من المعلوم أنّ التزام المورد الإلكتروني ينشأ عن العقد الإلكتروني، لكن في الوقت نفسه يجد مصدره في القانون حيث يتولّى القانون تنظيم هذا الالتزام تنظيمًا دقيقًا، فيعيّنه بالذات ويحدّد نطاقه ويرسم حدوده ويرتّب عليه التزامًا خاصًا، وهذا حماية للمستهلك الإلكتروني كونه الطرف الضعيف في العلاقة العقدية، وعليه تكون مسؤولية المورد الإلكتروني في العقد الإلكتروني مصدرها القانون.

إنّ مسؤولية المورد الإلكتروني في العقد الإلكتروني هي مسؤولية دون خطأ، بمعنى أنّها لا تستند على سلوك انحرافي من قبل المورد الإلكتروني، هذا يعني أنّ مسؤولية هذا الأخير قائمة تجاه المستهلك بمجرد عدم تنفيذه لالتزامه، ولا تتأسس على السلوك الخاطيء من قبله، بل يكفي عدم تنفيذ الالتزام لقيامها دون البحث في أسباب عدم التنفيذ، ولا يكلف المستهلك الإلكتروني إثباتها بل يقع عبء الإثبات على المورد، فهي إذن مسؤولية قانونية وضعها القانون على عاتق المورد الإلكتروني، بصرف النظر إن كان مخطئًا أو غير مخطئ⁽³⁸⁾.

يتّضح ممّا سبق أنّ المورد الإلكتروني لا يستطيع نفي مسؤوليته إلا إذا أثبت السبب الأجنبي، هذا يعني أنّ المورد الإلكتروني يبقى مسؤولاً تجاه المستهلك الإلكتروني في جميع الحالات إلا إذا أثبت أنّ سبب عدم تنفيذ العقد يعود إلى السبب الأجنبي أو خطأ المضرور أو خطأ الغير، وهي أسباب الإعفاء من المسؤولية المنصوص عليها في نص المادة 127 من القانون المدني الجزائري⁽³⁹⁾.

إنّ إثبات السبب الأجنبي من قبل المورد الإلكتروني يعني إثبات أنّ سبب عدم التنفيذ يعود إلى السبب الأجنبي، فيمنع عندئذ من قيام العلاقة السببية بينه وعدم التنفيذ. ولم يعرف المشرع الجزائري السبب الأجنبي في

³⁷ - راجع نص المادة 18 فقرة 01 من القانون رقم 18-05، المتعلق بالتجارة الإلكترونية، مرجع سابق.

³⁸ - حوحو يمينية، مرجع سابق، ص 304 - 305.

³⁹ - تنص المادة 127 من الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26/09/1975، المتعلق بالقانون المدني، مرجع سابق، على أنه: " 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، ما لم يوجد نص قانوني أو اتفاق يخالف ذلك ."

نص المادة المذكورة، لكن ذكر شرطين أساسيين يتعيّن تواجدهما فيه، وهما شرط عدم التوقّع وعدم الدّفع، فإذا تخلّف أحد الشرطين فلا نكون بصدد سبب أجنبي، كما جاء بصوره وهي خطأ المضرور وخطأ الغير⁽⁴⁰⁾.

3. جزء إخلال المورد الإلكتروني بتنفيذ التزاماته

من خلال الإطّلاع على نصوص القانون رقم 18-05 المؤرّخ في 10 ماي 2018، المتعلّق بالتجارة الإلكترونية⁽⁴¹⁾، يتّضح أنّ هذا الأخير لم يضع إلّا القليل من القواعد المتعلّقة بتنفيذ العقد الإلكتروني، حيث أنّه من خلال تتبّع نصوص هذا القانون، يمكن الملاحظة أنّه لم يتضمّن إلّا بعض الأحكام الخاصة بتنفيذ المورد الإلكتروني للالتزامات الواقعة على عاتقه، ويمكن أن نذكر في هذا الصدد ما تضمنته المواد 14، 22، 21 و 23 من هذا القانون والخاصة بتنفيذ المورد الإلكتروني للالتزام بالإعلام والتّسليم والجزاءات المتربّبة عن الإخلال بهما.

إذا أخلّ المورد الإلكتروني بواجب الإعلام كان للمستهلك أن يطالب بإبطال العقد والتّعويض عن الضّرر الذي لحق به، حيث تنصّ المادة 14 من قانون التجارة الإلكترونية، بهذا الخصوص، على أنه: "في حالة عدم احترام أحكام المادة 10 أو أحكام المادة 13 أعلاه، من طرف المورد الإلكتروني، يمكن للمستهلك الإلكتروني أن يطلب إبطال العقد والتّعويض عن الضرر الذي لحق به"، حيث أنّ جهل المستهلك الإلكتروني للمعلومات التي لم يعلمه بها المورد الإلكتروني، والذي يكون مخرّبا في هذه الحالة بالتزامه بالإعلام الواقع على عاتقه، يعطي له الحق في طلب إبطال العقد، لأنّ عدم إعلامه بالمعلومات اللّازمة المتعلّقة بالسلعة أو الخدمة المعروضة على شبكة الانترنت قد يؤدي إلى وقوع المشتري في عيب من عيوب الإرادة⁽⁴²⁾، وذلك وفقا لنصّي المادتين 81 و 86 من القانون المدني⁽⁴³⁾.

قد يرى المستهلك الإلكتروني أنّ مصلحته لا تكمن في اللّجوء إلى إبطال العقد بل في طلب التّعويض من المورد الإلكتروني، يغطي ما تحمّله من نقص في المنفعة الاقتصادية التي كان يؤملها من إبرام العقد، إذ أنّه لو كان على علم بهذه البيانات والمعلومات التي امتنع المورد الإلكتروني عن تقديمها له أو قصر في إعلامه بها لما أقدم على التعاقد معه⁽⁴⁴⁾، فضلا عن ذلك، يمكن للمستهلك الإلكتروني الجمع بين الإبطال والتّعويض حيث

⁴⁰ - حوحو يمينة، مرجع سابق، ص 308.

⁴¹ - قانون رقم 18-05، يتعلّق بالتجارة الإلكترونية، مرجع سابق.

⁴³ - ربيع زهية، "الالتزام بالإعلام قبل التعاقد كوسيلة لحماية المستهلك في عقد البيع الإلكتروني"، مجلة العلوم القانونية والسياسية، المجلد 10، العدد 2، جامعة البويرة، 2019، ص 432.

⁴³ - أمر رقم 75-58، يتعلّق بالقانون المدني، مرجع سابق.

⁴⁴ - ربيع زهية، مرجع سابق، ص 433.

يمكن للقاضي الحكم بإبطال العقد لتوافر شروطه وأيضاً الحكم بالتعويض على أساس الإخلال بالالتزام بالإعلام⁽⁴⁵⁾.

إذا أخلّ المورد الإلكتروني بالتزامه بتسليم السلعة أو الخدمة بأيّ وجه من الأوجه، يجوز للمستهلك الإلكتروني أن يطالب بالتنفيذ العيني، كما يمكن له أن يطلب فسخ العقد مع التعويض عن الأضرار التي لحقت به جراء عدم التسليم أو التسليم الناقص أو التسليم في وقت متأخر عن الوقت المتفق عليه أو المحدد قانوناً⁽⁴⁶⁾. حسب المادة 21 السابقة الذكر، فإنّه عندما يسلم المورد الإلكتروني منتجاً أو خدمة لم يتم طلبها من طرف المستهلك الإلكتروني لا يمكنه المطالبة بدفع الثمن أو مصاريف التسليم، ووفقاً لنص المادة 22 المذكورة أعلاه، فإنّه في حالة عدم احترام المورد الإلكتروني لآجال التسليم، يمكن المستهلك الإلكتروني إعادة إرسال المنتج على حالته في أجل أقصاه أربعة 04 أيام عمل ابتداء من تاريخ التسليم الفعلي للمنتج، دون المساس بحقّه في المطالبة بالتعويض عن الضرر، وفي هذه الحالة يجب على المورد الإلكتروني أن يرجع إلى المستهلك الإلكتروني المبلغ المدفوع والتفقات المتعلقة بإعادة إرسال المنتج خلال أجل خمسة عشر 15 يوماً ابتداء من تاريخ استلامه المنتج.

يجب على المورد الإلكتروني استعادة سلعته في حالة تسليم غير مطابق للطلبية أو في حالة ما إذا كان المنتج معيباً. ويجب على المستهلك الإلكتروني إعادة إرسال السلعة في غلافها الأصلي، خلال مدة أقصاها أربعة 04 أيام عمل ابتداء من تاريخ التسليم الفعلي للمنتج، مع الإشارة إلى سبب الرّفص، وتكون تكاليف إعادة الإرسال على عاتق المورد الإلكتروني، ويلزم المورد الإلكتروني بما يأتي:

- تسليم جديد موافق للطلبية ، أو
- إصلاح المنتج المعيب، أو
- استبدال المنتج بأخر مماثل، أو
- إلغاء الطلبية وإرجاع المبالغ المدفوعة دون الإخلال بإمكانية مطالبة المستهلك الإلكتروني بالتعويض في حالة وقوع ضرر.

يجب أن يتم إرجاع المبالغ المدفوعة خلال أجل خمسة عشر (15) يوماً من تاريخ استلامه المنتج⁽⁴⁷⁾.

⁴⁶- خلوي نصيرة، الحماية المدنية للمستهلك عبر الانترنت (دراسة مقارنة)، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم، تخصص: قانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2018، ص 83.

⁴⁶- ماجد محمد سليمان أبا الخيل، العقد الإلكتروني، مكتبة الرشد ناشرون، الرياض، 2009، ص 76.

⁴⁷- راجع نص المادة 23 من القانون رقم 18-05، يتعلق بالتجارة الإلكترونية، مرجع سابق.

لم تنظّم القواعد الخاصة بالتجارة الإلكترونية مسألة تبعة الهلاك ومن يتحمّلها قبل التسليم، وإنّما يتم الرجوع بهذا الشأن للقواعد العامة في نظرية العقد، حيث تنصّ المادة 176 من القانون المدني على أنه: "إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عينا حكم عليه بتعويض الضرر الناجم عن عدم تنفيذ التزامه، ما لم يثبت أنّ استحالة التنفيذ نشأت عن سبب لا يد له فيه، ويكون الحكم كذلك إذا تأخر المدين في تنفيذ التزامه".

الملاحظ أنه بالنظر إلى طبيعة الالتزامات في عقود التجارة الإلكترونية التي يتّصف معظمها بتحقيق نتيجة فإنّه يجب على المدين بالتسليم تحقيق نتيجة معيّنة وهي تنفيذ التزامه بالتسليم، وفي غير ذلك تقوم مسؤوليته العقدية ولا يستطيع التخلص منها إلاّ إذا أثبت أنّ عدم التنفيذ راجع إلى خطأ الدائن نفسه أو خطأ الغير أو بسبب أجنبي لا يد له فيه كالقوة القاهرة.

تجدر الإشارة إلى أنّ عدم تنفيذ المورد الإلكتروني لالتزاماته التعاقدية بمقتضى العقد المبرم عن بعد، لم تعالجه التّظيمات التشريعية الخاصة بهذا العقد إلاّ في أضيق الحدود وعلى نحو لا يسمح بمواجهة كلّ ما قد يثار بشأن عدم التنفيذ بخصوص هذا العقد، وبالتالي اقتضى الأمر الرجوع للقواعد العامة لسدّ فراغ التّظيم التشريعي الخاص بشأن عدم التنفيذ، هذا مع ضرورة مراعاة ما قد تقتضيه العقود المبرمة عن بعد، عند اتّصافها بالصفة الدولية من إعمال لقواعد القانون الدولي الخاص والاتّفاقيات الدولية المعمول بها⁽⁴⁸⁾.

خاتمة

يعتبر العقد الإلكتروني أحد أهمّ مظاهر التطور الذي أقرّته الثورة المعلوماتية في الوقت الزّاهن، ولما كان العقد الإلكتروني قوامه التجارة الإلكترونية، فهو عقد يختلف في خصوصيته عن العقد التقليدي في أغلب القواعد إلاّ أنّه يتميّز عنه بصورة أساسية في وسيلة الإبرام ألا وهي الوسيلة الإلكترونية " الانترنت".

نظرا للأهمية الكبيرة التي تعرفها التجارة الإلكترونية في الوقت الزّاهن فقد اعتنى المشرّع الجزائري بهذه المسألة وأصدر لأجل ذلك القانون رقم 18-05 المتعلّق بالتجارة الإلكترونية، حيث وضع بعض الأحكام الخاصة بتنظيم هذه الأخيرة، خصوصا فيما يتعلّق بتشديد مسؤولية المورد الإلكتروني عند إخلاله بتنفيذ العقد الإلكتروني ولم يتركها للقواعد العامة، حيث اعتبر المورد الإلكتروني مسؤولا بقوّة القانون عن أي إخلال بتنفيذ العقد الإلكتروني.

من خلال استقراء قانون التجارة الإلكترونية الجزائري، لوحظ كذلك اهتمام المشرّع بالتزام المورد الإلكتروني بالتسليم، حيث أحاطه بنصوص قانونية خاصّة تضمن حماية المستهلك الإلكتروني لاعتباره الطرف

⁴⁸ - بهلولي فاتح، مرجع سابق، ص 209.

الضعيف في العقد. غير أنه اتضح من خلال الإطلاع على نصوص هذا القانون، أنّ المشرع لم يهتم بالالتزامات الأخرى الواقعة على عاتق المورد الإلكتروني مثل الالتزام بالإعلام والالتزام بتوفير الأمن والسلامة والضمان للمستهلك الإلكتروني... إلخ، حيث أنه لم يحطها بنصوص قانونية كافية تحقق الحماية الكافية للمستهلك الإلكتروني، وإنما تركها إما للقواعد العامة أو لقانون حماية المستهلك وقمع الغش، وهذا ما لا يليق بمعاملات التجارة الإلكترونية التي تستلزم حماية واهتمام قانوني أكثر يليق بها.

كخلاصة، لم يغطّ التنظيم الخاص بالتجارة الإلكترونية كل الجوانب المتعلقة بمسؤولية المورد الإلكتروني العقدية حيث نجده يتشددّ في بعض المسائل ويتساهل مع أخرى ويتناسى أخرى، وهذا ما يجعل هذا القانون غير قادر على توفير حماية كافية للمستهلك الإلكتروني الذي كثيرا ما يتعرّض لمخاطر عبر شبكة الانترنت يعجز عن الحلول دونها ومقامتها.

يتطلب التكريس الحقيقي للتجارة الإلكترونية تجنب الوقوع في بعض الثغرات التي يمكن أن تتخلل النصوص القانونية المتعلقة بها، وذلك لا يكون إلا عن طريق وضع قانون خاص مستقل يتناول الأحكام المرتبطة بالتجارة الإلكترونية بصفة عامة، ويتمّ جمع كلّ النصوص القانونية التي لها علاقة بها في هذا القانون دون تركها مشتتة بين مختلف القوانين.

حماية المستهلك في العمليات البنكية الإلكترونية

جبالي منير (1)

(1) طالب دكتوراه، مخبر حماية وترقية الأسرة وحقوق المرأة والطفل

كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد الصديق بن يحيى، جيجل، 18000، الجزائر.

البريد الإلكتروني: mounir.djabali@univ-jijel.dz

موكه عبد الكريم (2)

أستاذ محاضر قسم "أ"، مخبر القانون البنكي والمالي كلية الحقوق والعلوم السياسية، محمد الصديق بن يحيى، جيجل، 18000، الجزائر.

البريد الإلكتروني: moukaabdelkrim@univ-jijel.dz

الملخص:

يحظى المستهلك خاصة في مجال المعاملات البنكية بعناية فريدة أخصه بها المشرع نظرا لخصوصية وخطورة التعاقد في المجال البنكي، ذلك نظرا لحالة الضعف التي يكون عليها سواء من حيث الخبرة أو من حيث القدرات المادية مقارنة بالبنك، لكنها عناية تبقى قاصرة وغير كافية إذا سلمنا بأن القطاع البنكي قد استفاد من الثورة التكنولوجية، حيث أصبحت العمليات البنكية تهرم وفقها عن طريق وسائل وآليات الاتصال التكنولوجي، ومن ثم نقلها من طابعها المادي إلى طابعها الافتراضي، مما يفتح الباب واسعا أمام إشكالية البحث عن مركز المستهلك في مجال المعاملات البنكية الإلكترونية ومدى تكريس الحقوق الجديدة و الحماية المقررة من أجله.

الكلمات المفتاحية:

المستهلك، البنك، الحماية، الالكترونية، الانترنت، الخصوصية.

تاريخ إرسال المقال: 2020/11/30، تاريخ مراجعة المقال: 2021/12/20، تاريخ نشر المقال: 2021/12/31.

لتهميش المقال: جبالي منير، موكه عبد الكريم، "حماية المستهلك في العمليات البنكية الإلكترونية"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد 12، العدد 03، 2021، ص ص. 580-606.

المقال متوفر على الرابط التالي: <https://www.asjp.cerist.dz/en/PresentationRevue/72>

المؤلف المراسل: جبالي منير، mounir.djabali@univ-jijel.dz

Consumer Protection in Electronic Banking

Summary:

The consumer benefits from unique attention brought by the legislator in the field of banking transactions because of confidentiality and the risk of contracting in the banking field, this is due to the state of weakness in which he finds himself, that this either in terms of experience or in terms of financial capacity in relation to the bank, but it is attention and consideration that remains inadequate and insufficient if we admit that the banking sector has benefited from the technological revolution and the digitization of all services and transactions, because banking transactions are concluded accordingly by technologically modern means and mechanisms, this raises a research issue of the consumer's position in the field of electronic banking transactions and the extent to which the new rights and protections established therein are devoted.

Keywords: Consumer, bank, protection, electronics, Internet, specificity.

La protection du consommateur dans les opérations bancaires électroniques

Résumé :

le consommateur bénéficie d'une attention unique apportée par le législateur dans le domaine des transactions bancaires du fait de la confidentialité et du risque de contracter en la matière, cela est dû à la faiblesse dans lequel il se trouve, que ce soit en matière d'expérience ou en matière de capacités financières par rapport à la banque, mais c'est une attention et considération qui reste inadéquate et insuffisante si l'on admet que le secteur bancaire a bénéficié de la révolution technologique et de numérisation de tous les services et transactions, car les opérations bancaires sont conclues, en conséquence, par des moyens et des mécanismes technologiquement modernes. Il convient, dans ce contexte, de rechercher la position de consommateur dans le domaine des transactions bancaires électroniques et de la mesure dans laquelle les nouveaux droits et protections qui y sont établis sont consacrés.

Mots clés:

Consommateur, banque, protection, électronique, Internet, spécificité.

مقدمة

إن الطابع المتطور للمعاملات الالكترونية و السرعة التي تفرضها و الضمانات التي تقدمها تجعلها انصب و أصلح للمعاملات التجارية والبنكية منها من المعاملات المدنية وذلك تناسبا مع طابع السرعة و الثقة الذي تتطلبه الأعمال التجارية، غير أن الطابع التقني للوسائط التي يتم بها التعاقد بالإضافة إلى لا مادية التعاقد الالكتروني قد يدفعان إلى نتائج غير مرغوبة لاسيما ما يتعلق بالمساس بالأحكام القانونية الأمر في المجال البنكي، و المساس بالأحكام الحمائية للمستهلك البنكي .

أدى انتشار التعاقد الالكتروني إلى ظهور منتجات جديدة في المجال البنكي لم تكن معروفة من قبل، الانتشار الذي تبعه التطور على المدى الواسع لتقنيات التجارة الالكترونية، التطور الذي كان له اثر كبير على تطور العمليات البنكية الالكترونية، ويختلف التعاقد الالكتروني في المجال البنكي عنه في المجالات الأخرى كونه يتعدى مجرد عقد تم ابرامه بوسيلة الكترونية وانما عقد مستقل يختلف في جوهره والتزاماته و آثاره عن العقود الأخرى.

ما يجعل العمليات البنكية الالكترونية أكثر خطورة هو تدخل وسيط ثالث في العلاقة بين البنك و العميل هو خدمة الانترنت أو موقع الويب، ما يستوجب في هذه الحالة رفع مستوى الحماية بما يتناسب مع خصوصية وخطورة هذا الوسيط، فينبغي إن يكون مصمما بالكيفية التي تتيح للمستهلك سهولة التعامل وتضمن له فهم وتلقي العروض المقدمة له و التعبير الصحيح عن إرادته، وكذا الحفاظ على سرية بياناته ومعلوماته الشخصية، تتمثل أهمية البحث في موضوع حماية المستهلك في العمليات البنكية الإلكترونية الوقوف عند مختلف الإشكالات القانونية التي يصطدم بها العميل مع البنك في المعاملات الالكترونية خاصة ما يتعلق بالحماية القانونية المقررة مقارنة ببعض التشريعات المقارنة لاسيما التشريع الفرنسي، كذلك البحث في الدور الذي تلعبه هيئات الرقابة البنكية من خلال سعيها بسط الرقابة على المواقع التي تستخدمها البنوك و المؤسسات المالية من أجل تقديم خدمات الكترونية لزبائننا سهلة الاستخدام وتتمتع بمميزات أمان تضمن حماية المعطيات الشخصية للمستهلك.

وفقا لما سبق ذكره تثير هذه الورقة البحثية إشكالية محورية حول مدى نجاعة الحماية القانونية المقررة للمستهلك في إطار العمليات البنكية الالكترونية؟

محاولة للإجابة على الإشكالية المبينة أعلاه استوجب الاعتماد على المنهج التحليلي الذي يستجبه هكذا بحث خاصة عندما يتعلق الأمر بتحليل مضمون النصوص القانونية، بالإضافة إلى بعض عناصر المنهج المقارن لاسيما عند الاستشهاد ببعض النصوص القانونية المقارنة لبعض الدول، بالتالي التطرق إلى ضرورة حماية المستهلك في العمليات البنكية الالكترونية (المبحث الأول) ثم حماية المستهلك في إبرام العقود البنكية الالكترونية (المبحث الثاني)

المبحث الأول: ضرورة حماية المستهلك في العمليات البنكية الالكترونية

ظهر مفهوم العقد الالكتروني بصفة عامة بفعل التطور التكنولوجي و الرقمي وحدث ضجة كبيرة على المستوى الدولي و الداخلي واثار مجادلات فقهية وقانونية نظرا لما يتسم به من خصوصية لم تشهدا المعاملات التقليدية خاصة في المجال البنكي الذي يشكل مجال بحثنا في هذه الدراسة، ما نتج عنه العديد من المسائل و التحديات القانونية لتحديد الإطار القانوني الذي ينظم ويحكم العقد الإلكتروني بصفة عامة و العقد الالكتروني البنكي بصفة خاصة، ومن أجل توضيح ذلك نتطرق أولا الى مدى تماسك النظام القانوني للتعاقد الالكتروني (المطلب الأول)، ونتطرق ثانيا الى مشروعية التعاقد الالكتروني في المجال البنكي (المطلب الثاني) .

المطلب الأول: مدى تماسك النظام القانوني للتعاقد الالكتروني

دفعت ضرورة سن نظام قانوني فعال للتعاقد الالكتروني بالمشروع إلى ضرورة إعادة النظر في الأحكام القانونية التي تنظم التعاقد، وذلك بإيجاد قواعد قانونية أكثر عملية وأكثر مرونة تتوافق وسرعة التعاقد الالكتروني وتعقده التكنولوجي، وكذا إيجاد الوسائل و الآليات الضرورية لتوفير الحماية للمستهلك، ولتحليل مدى تماسك النظام القانوني للتعاقد الالكتروني نتطرق أولا إلى ماهية التعاقد الالكتروني (الفرع الأول)، ونتطرق ثانيا إلى تقييم التعاقد الالكتروني (الفرع الثاني).

الفرع الأول: ماهية التعاقد الالكتروني

أدى انتشار فكرة رقمنة القطاع الاقتصادي وخاصة القطاع البنكي التي نشأت بفضل التطور التكنولوجي الذي يشهده العالم إلى ظهور مصطلحات تقنية جديدة لم تكن معروفة من قبل، ومن قبيل ذلك فكرة التعاقد الالكتروني، وهي الفكرة التي طرحت عديد التساؤلات أهمها طبيعة التعاقد الالكتروني باعتباره مجرد تعاقد عادي يتم بوسائل الكترونية أم انه نظام تعاقد مستقل من طبيعة أخرى ينفرد بتقنياته وأساليبه وأحكامه، بالتالي حتى يتم تحديد ذلك استوجب الوقوف عند التعريف بالتعاقد الالكتروني أولا ثم التطرق نتطرق ثانيا إلى طبيعة التعاقد الالكتروني.

أولا: التعريف بالتعاقد الالكتروني

يتم التطرق أولا إلى مختلف التعاريف التشريعية المقدمة للتعاقد الإلكتروني، فلقد عرفه القانون رقم 05-18 المتعلق بالتجارة الالكتروني

¹ في المادة 06 فقرة 02 منه بان "العقد الالكتروني: العقد بمفهوم القانون رقم 04-02 المؤرخ في 05 جمادى الاول 1425 الموافق ل 23 يونيو سنة 2004 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية ويتم إبرامه عن بعد، دون الحضور الفعلي و المتزامن لأطرافه باللجوء حصريا لتقنية الاتصال

¹ القانون رقم 05-18، مؤرخ في 10 ماي 2018، يتعلق بالتجارة الالكترونية، ج ر عدد 28، صادرة في 16 ماي 2016.

الإلكترونية"، غير أن الإحالة الواردة في المادة السابقة تبدو مبهمة، إذ أقتصر تعريف المادة المذكورة في القانون 04-02 للعقد أنه عقد إذعان، ما يستلزم أن العقد الإلكتروني بالضرورة سيكون من عقود الإذعان، وهي نتيجة غير مقبولة إذ أن وسيلة التعاقد أو طريقة التعاقد ليس من شأنها أن تغير طبيعة العقد من عقد رضائي إلى عقد إذعان⁽²⁾.

أما بالرجوع إلى أحكام القانون المدني نجده لم يعرف العقد الإلكتروني واكتفى فقط بالإشارة إلى جواز التعاقد بين غائبين⁽³⁾، ومن تم يمكن إجازة التعاقد الإلكتروني في القانون المدني باعتباره من قبيل التعاقد بين غائبين. وفقهيا يعرف العقد الإلكتروني بأنه " اتفاق يتلاقى فيه الإيجاب و القبول على شبكة دولية مفتوحة للاتصال عن بعد وذلك بوسيلة مسموعة مرئية، وبفضل التفاعل بين الموجب و القابل"⁽⁴⁾. كما عرفه الأستاذ خالد ممدوح إبراهيم انه "العقد الذي ينطوي على تبادل للرسائل بين البائع و المشتري و التي تكون قائمة على صيغ معدة سالفًا ومعدة الكترونيا وتنشأ التزامات تعاقدية"⁽⁵⁾.

ثانيا: طبيعة التعاقد الإلكتروني

نستهل دراستنا في هذه النقطة بالتساؤل حول ما إذا كان العقد الإلكتروني ما هو إلا تغيير في دعامة تبادل الإيجاب و القبول ولا يدخل أي تغيير على طبيعة العقد ويحتاج فقط إلى شكليات محددة لضبط إجراءات الإبرام وحماية حقوق الطرفين، أم هو نظام قانوني مغاير يحتاج إلى أحكام مغايرة ؟ ويمكن الإجابة على التساؤل السابق بالاستناد إلى أحكام القانون المدني بان التعاقد الإلكتروني مجرد تغيير في دعامة تبادل الإرادة وذلك ما يستتج من عدم اشتراط المشرع أي طريقة للتعبير عن الإرادة وتركه المجال مفتوحا⁽⁶⁾، وكذا إجازة التعاقد عن بعد أو التعاقد بين غائبين دون اشتراط وسيلة لذلك، وكذا إجازة الإثبات الإلكتروني ومساواته مع الإثبات العادي⁽⁷⁾، و يبرره سيادة القواعد المكملة في المعاملات المدنية. أما بالاستناد إلى أحكام القانون التجاري فيختلف الأمر والتي وإن لم تستبعده (التعاقد الإلكتروني) ورغم أنه الأكثر ملائمة مع ما تتطلبه الأعمال التجارية من سرعة وثقة، غير انه يجب ملائمة هذا الطريق للتعاقد مع

⁽²⁾ بالرجوع إلى المادة 03 فقرة 04 من القانون 04-02 نجدها تعرف العقد انه " كل اتفاق أو اتفاقية تهدف إلى بيع سلعة أو تأدية خدمة، حرر مسبقا من أحد أطراف الاتفاق مع إذعان الطرف الآخر بحيث لا يمكن لهذا الأخير إحداث تغيير حقيقي فيه ... " ⁽³⁾ المادة 67، من الأمر رقم 58/75، مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، متضمن القانون المدني، ج ر عدد 78، صادرة في 30 سبتمبر 1975، معدل ومتمم.

⁽⁴⁾ مناني فراح، أدلة الإثبات الحديثة في القانون، دار الهدى للنشر و التوزيع، الجزائر، 2008، ص 153.

⁽⁵⁾ خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006، ص 52.

⁽⁶⁾ المادة 60 من القانون المدني الجزائري تنص على أن "التعبير عن الإرادة يكون باللفظ و بالكتابة، أو بالإشارة المتداولة عرفا كما يكون باتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالاته على مقصود صاحبه".

⁽⁷⁾ المادة 323 مكرر من الأمر 58-75، المتضمن القانون المدني، مرجع سابق.

الطبيعة الآمرة لقواعد القانون التجاري بصفة عامة وعلاقتها الوثيقة بالنظام العام، لاسيما ما يتعلق بوجود احترام قواعد المنافسة، حماية حقوق المستهلكين، الإثبات.... ومنه يجب القول بان التعاقد الالكتروني نظام مغاير يحتاج الى احكام قانونية مغايرة.

أما ما يخص الطبيعة الرضائية أو الشكلية للعقود الالكترونية، فالشكليات المفروضة في العقود الالكترونية تثير صعوبات تتعلق بالطبيعة القانونية لهاته العقود، غير انه يمكن القول أن الشكلية المفروضة في العقود الالكترونية لا تعني الشكلية الرسمية المعروفة في القواعد العامة وإنما هي شكلية آمرة من طبيعة أخرى مفروضة لإعطاء القيمة القانونية لتصرف الإرادة، وليس مجرد أداة إثبات، وبذلك فهي لا تهدف فقط إلى إثبات التصرف وإنما تهدف إلى أمور أخرى لاسيما التأكد من هوية المتعاقدين، توفير الإعلام الكافي للمستهلك، ترك دليل من اجل إتاحة الرقابة....⁽⁸⁾.

الفرع الثاني: تقدير التعاقد الالكتروني

بعد النقاشات الفقهية التي ثارت حول الطبيعة القانونية للتعاقد الالكتروني وقبله حول تحديد المقصود به، يثور أيضا على المستوى الفقهي نقاش حول تقييم التعاقد الالكتروني أفرز تضارب حول جواز التعاقد الالكتروني من عدمه فترى طائفة جواز التعاقد الالكتروني (أولا)، وترى طائفة أخرى عدم جواز ذلك (ثانيا).

أولا: الرأي المساند لجواز التعاقد الالكتروني

حتى دون الاستناد إلى نص قانوني صريح يمكن الاستناد لإثبات شرعية التعاقد الالكتروني إلى مبادئ المذهب الفردي التي ظهرت في القرن 18 والتي تقضي ان التراضي ومبدأ سلطان الإرادة و الحرية التعاقدية هو الأصل وان تدخل القانون ما هو إلا استثناء ووسيلة لحماية الإرادة وترجمتها فقط، ومنه فالاعتراف التشريعي بالعقد الالكتروني في اي مجال ليس ضرورة وإنما حاجة⁽⁹⁾.

كما يرى أصحاب هذا الرأي أن التعاقد الالكتروني يكاد يصبح حتمية بفضل ما يقدمه من ضمانات لأطراف العقد، كما تلعب الانترنت دورا مهما بفعل الغياب الفيزيائي للطرف الآخر (المهني) مما ينقص خطر الضغط على المستهلك ، كما أن الانترنت تضفي خاصية أخرى لا توجد في التعاقد العادي وهي التوثيق، فكل ما يتم تبادله بين الأطراف يتم حتما عن طريق الكتابة ما يسهل الإثبات، إضافة إلى ذلك فالانترنت يساهم بفضل التقنيات التكنولوجية التي يعتمد عليها بميزات عديدة تضمن سلامة التراضي بتوفير فرصة القبول و التأكيد وكذا ضمان مقروئية ووضوح الرسائل المتبادلة⁽¹⁰⁾.

⁸⁾ HammoudMay, la protection du consommateur des services bancaires et des services d'assurance, thèse de doctorat en droit , droit privé, université panthéon- assas, paris, 2012, p.221.

⁹⁾ Mickal Boutros, Le droit du commerce électronique, Une approche de la protection du cyber consommateur, Université de grenoble, 2014, P. 77.

¹⁰⁾ Hammoude May, op. cit, p.220.

ثانيا: الرأي الرافض لفكرة التعاقد الالكتروني

يشرح أصحاب هذا الرأي موقفهم بالاستناد إلى عدم ملائمة شروط التعاقد الالكتروني للقواعد العامة، فيرون أن أسلوب تبادل الإرادة عبر الوسائط الالكترونية و المتمثل في كبسة زر، غير كافي لإنتاج آثار قانونية كونه غير كافي للتعبير عن الإرادة⁽¹¹⁾، وذلك بالاستناد إلى القاعدة العامة التي تقضي بان العقد يتم بمجرد أن يتبادل الطرفين التعبير عن إرادتهما المتطابقتين⁽¹²⁾، ويكون القبول بأي وسيلة مما لا يدع شكا في رأي صاحبه، أما في التعاقد الالكتروني فيكون فقط عن طريق كبسة زر، وبعبارة أخرى هل يمكن الاعتماد على كبسة زر كدليل عن التعبير الوحيد عن الإرادة دون الاعتماد على الإرادة الداخلية للملتزم فقد يكون ذلك مجرد خطأ لذلك يحتاج إلى دلائل أخرى كتأكيد كتابي عن القبول، و لقد اقترح مجلس الدولة الفرنسي نظام للتأكيد أو القبول يتحقق عن طريق إرسال الرسالة الالكترونية عن طريق زرین مختلفين وعلى أيقونتين مختلفتين تعيد الأولى بالقبول وتعيد الثانية بالتأكيد، مع إلزامية الاحتفاظ بالرسالة⁽¹³⁾.

كما يلاحظ عدم ملائمة العديد من أحكام القانون المدني للتعاقد الالكتروني منها الأحكام المتعلقة بالقبول الضمني وكذا عدم ملائمة الأحكام المتعلقة بالسكوت كتعبير عن الإرادة⁽¹⁴⁾، حيث أن القبول عبر الطريق الالكتروني لا يكون إلا بصفة صريحة ولا يمكن أن يكون ضمنيا، و كذا الأحكام المتعلقة بإنتاج التعبير عن الإرادة لأثاره⁽¹⁵⁾، كما يثار التساؤل حول ما هو الحل إذا كان المشرع يشترط في العقد شكل معين، كيف يمكن استيفاء هذا الشرط؟.

المطلب الثاني: مشروعية التعاقد الالكتروني في المجال البنكي

تطرح حساسية النشاط البنكي باعتباره من أهم النشاطات الاقتصادية وارتباطه الوثيق بفكرة النظام العام الاقتصادي تساؤلات عديدة حول مشروعية التعاقد عبر الطريق الالكتروني، وكذا شرعية تقديم بعض الخدمات

¹¹⁾ Mr. GAUTRAIS « l'acceptation d'un- clic- et encore plus le simple lien qui se trouve généralement en bas d'un site internet ne répondent pas forcément aux critères requis pour exprimer une manifestation de volonté » citer par Mickal Boutros. Op .cit. P 83.

¹²⁾ المادة 59 من الأمر 58-75، مرجع سابق.

¹³⁾ Conseil d'état, internet et réseaux numérique. La documentation française. 1998.P.65, citer par Mickael Boutros, op.cit. P.97.

¹⁴⁾ حيث تنص المادة 68 من القانون المدني على انه " إذا كانت طبيعة المعاملة أو العرف التجاري، أو غير ذلك من الظروف، تدل على ان الموجب لم يكن لينتظر تصريحا بالقبول فان العقد يعتبر قد تم، إذا لم يرفض الإيجاب في وقت مناسب".

¹⁵⁾ ففي القواعد العامة إذا لم يعبر الموجب إليه عن رأيه في التعاقد مباشرة يتحلل الموجب من إيجابه ما لم يصدر القبول قبل انقضاء مجلس العقد ولم يصدر من الموجب ما يفيد انه تراجع عن عقده، لكن يطرح التساؤل كيف يتم تطبيق ذلك في العقد الالكتروني، هل يجوز القياس و كيف يتم ذلك ؟، لذلك يشترط في التعاقد الالكتروني تحديد اجل لصلاحيه العرض وصلاحيه القبول.

البنكية عبر هذا الطريق، وهي تساؤلات تتبع بالأساس من مدى إمكانية استيفاء الشكليات و الالتزامات اللازمة لأمن وسلامة العمليات الالكترونية عبر الطريق الالكتروني عموماً، وإمكانية توفير الحماية الكافية للمستهلك البنكي الالكتروني، و تتضح مشروعية التعاقد الالكتروني في المجال البنكي من خلال التطرق للتأسيس القانوني للخدمات البنكية الالكترونية (الفرع الأول)، و التطرق لشروط شرعية العقد الالكتروني البنكي (الفرع الثاني).

الفرع الأول: التأسيس القانوني للخدمات البنكية الالكترونية

أمام صمت المشرع الجزائري عن إقرار مشروعية التعاقد الالكتروني وعدم تقرير عدم شرعيته في نفس الوقت، ينبغي التحري عن بعض الدلائل و الأسانيد التي قد تقود إلى الإجابة على هذا التساؤل سواء من خلال بحث نية المشرع في بعض النصوص القانونية الأخرى أو من خلال دراسة تأثير الاعتراف بهذا الصنف من الخدمات على القواعد القانونية السارية، لذلك سنتطرق أولاً إلى تنظيم أحكام التجارة الالكترونية ومدى اعتباره تأسيساً لفكرة العمليات البنكية الالكترونية (أولاً)، ثم ثانياً إلى اتجاه نية المشرع إلى رقمنة النشاط الاقتصادي (ثانياً).

أولاً: تنظيم أحكام التجارة الالكترونية تأسيس قانوني لفكرة العمليات البنكية الالكترونية

سنحاول ضمن هذه النقطة الإجابة على ما مدى صحة القول بوجود تكامل بين التجارة الالكترونية و العمليات البنكية الإلكترونية، وبعبارة أخرى هل يمكن الاستناد إلى مشروعية التجارة الالكترونية من أجل التأسيس لمشروعية العمليات البنكية الالكترونية.

سننطلق من نطاق التجارة الالكترونية حيث تنص المادة الأولى من القانون رقم 05-18 المتعلق بالتجارة الالكترونية⁽¹⁶⁾، على أن هذا القانون يحدد القواعد العامة المتعلقة بالتجارة الالكترونية للسلع و الخدمات دون أي تحديد في نطاق هذه الخدمات أو طبيعتها، ومن تم يمكن القول مبدئياً بعدم وجود مانع من تقديم خدمات بنكية عبر الطريق الالكتروني بما أنها خدمات تجارية، كما أن المادة 03 من نفس القانون حددت بعض المعاملات التي لا يجوز أن تكون محلاً للتجارة الالكترونية من بينها لعب القمار و اليانصيب، المنتجات الصيدلانية و الكحولية إضافة إلى كل سلعة تستوجب إبرام عقد رسمي، وهذه الاستثناءات أيضاً لا تشمل العمليات البنكية، والتي لا تتطلب إبرام عقد رسمي وفق ما هو معرف بالمادة 324 القانون المدني، وإنما تخضع إلى شكلية من نوع خاص تتطلب توافر وثائق محددة وإجراءات إبرام خاصة، يجب مراعاتها.

كما تجدر الإشارة إلى أن القانون المتعلق بالتجارة الالكترونية نص صراحة على الدفع الالكتروني كمرحلة من مراحل تنفيذ العقد التجاري الالكتروني و الذي يعد أهم العمليات البنكية، حيث تنص المادة 66 من الأمر 03-11 المتعلق بالنقد و القرض على " تتضمن العمليات المصرفية تلقي الأموال من الجمهور وعمليات

⁽¹⁶⁾ قانون رقم 05-18، يتعلق بالتجارة الالكترونية، مرجع سابق.

القرض، وكذا وضع وسائل الدفع تحت تصرف الزبائن وإدارة هذه الوسائل، وهذا ما يعد اعترافاً جزئياً من المشرع بإمكانية ممارسة العمليات البنكية الإلكترونية⁽¹⁷⁾.

ثانياً: الاتجاه نحو رقمنة النظام الاقتصادي

من السذاجة أن ننتظر من المشرع أن يتطرق لأحكام التعاقد الإلكتروني في كل مجال على حده، وإنما المعيار في تقدير اتجاه نية المشرع إلى قبول هذا الأسلوب في مجال معين أو رفضه هو دراسة ملائمة النظام الإلكتروني لاستيفاء الأحكام الآمرة في هذا المجال، وكذا اعتماد القياس من أجل تقرير جواز ذلك من عدمه، وذلك ما سنعتمده فيما يأتي.

لقد سعى المشرع الجزائري إلى اعتماد فكرة الكترونية القطاع الاقتصادي أو رقمته في عدة نشاطات، من ذلك إجازة مسك المحاسبة عن طريق الإعلام الآلي وذلك ما نصت عليه المادة 24 من القانون 07-11 المتضمن النظام المحاسبي المالي⁽¹⁸⁾ التي تنص على " تمسك المحاسبة يدوياً أو عن طريق الإعلام الآلي....". وكذا إجازة إرسال الوثائق التجارية و خاصة الفواتير عبر الطريق الإلكتروني، وذلك ما نصت عليه المادة 11 من المرسوم التنفيذي 05-684 ، الذي يحدد شروط تحرير الفاتورة وسند التحويل ووصل التسليم وكيفية ذلك، " استثناء الأحكام هذا المرسوم يسمح بتحرير الفاتورة وإرسالها عن طريق النقل الإلكتروني الذي يتمثل في نظام إرسال الفواتير المتضمن مجموع التجهيزات و الأنظمة المعلوماتية التي تسمح لشخص أو أكثر بتبادل الفواتير عن بعد"⁽¹⁹⁾. كما تجدر الإشارة إلى أنه توجد عمليات بنكية الكترونية منصوص عليها صراحة مثل التحويل البنكي، ووسائل الدفع، حيث تنص المادة 69 من قانون النقد و القرض على أنه " تعتبر وسائل دفع كل الأدوات التي تمكن كل شخص من تحويل أموال مهما يكن السند أو الأسلوب التقني المستعمل"، أي أن المشرع لم يولي اهتماماً لوسيلة تحويل الأموال أو تقنياته، كما نص قانون المالية لسنة 2018 على وجوب توفير أصحاب المحلات لأجهزة الدفع الإلكتروني من أجل تقديم خدمة الدفع الإلكتروني للمستهلكين⁽²⁰⁾.

⁽¹⁷⁾ لقد حصر المشرع تقديم خدمات الدفع في إطار التجارة الإلكترونية فقط على البنوك المعتمدة من طرف بنك الجزائر وذلك عبر منصات منشأة ومستغلة لهذا الغرض وموصولة بإحدى محطات الدفع الإلكتروني عبر شبكة المتعامل العمومي للمواصلات السلكية و اللاسلكية (المادة 27 من القانون 05-18 المتعلق بالتجارة الإلكترونية).

⁽¹⁸⁾ القانون رقم 07-11، مؤرخ في 25 نوفمبر 2007، يتضمن النظام المحاسبي المالي، ج ر عدد 74، لسنة 2007.

⁽¹⁹⁾ مرسوم تنفيذي رقم 468/05، مؤرخ في 10 ديسمبر 2005، يحدد شروط تحرير الفاتورة وسند التحويل و وصل التسليم و كيفية ذلك، ج ر عدد 80، صادرة في 11 ديسمبر 2005.

⁽²⁰⁾ المادة 111 من القانون رقم 17-11، مؤرخ في 27/12/2017، يتضمن قانون المالية لسنة 2018، ج ر عدد 76، صادرة في 28 ديسمبر 2017.

انطلاقاً من هذه الأمثلة يمكن للنشاط البنكي أن يستفيد من الإجازة الصريحة للمشرع باستخدام الوسائل الإلكترونية في عدة أنشطة منها مسك المحاسبة الكترونياً وإرسال الوثائق التجارية الكترونياً واعتماد وسائل دفع الكترونياً كما سبق ذكره، ويبقى التساؤل مطروحاً فقط فيما يخص بعض العمليات البنكية، منها فكرة القرض الإلكتروني وكيفية استيفاء الشكليات التي يتطلبها عبر الطريق الإلكتروني. بالتالي يمكن القول أن تكريس العمليات البنكية الإلكترونية ليس ممنوعاً ولكن يجب أن يتم وفق شروط تضمن احترام النصوص القانونية التي تعنى بالأخص بحماية المستهلكين وضمان تمتعهم بكافة الحقوق المقررة حماية لهم، وكذا القواعد المتعلقة بالنظام العام لاسيما ما يتعلق بتطبيق النصوص الجبائية والجمركية.

الفرع الثاني: شروط شرعية العقد الإلكتروني البنكي

انطلاقاً مما سبق في الفرع الأول من هذا المطلب وما تم التوصل إليه من أن المشرع لم يكرس صراحة التعاقد الإلكتروني في المجال البنكي بصفة خاصة، والاكتفاء بالنص على التعاقد الإلكتروني بصفة عامة، وبناء على المبدأ الفقهي القائل " كل ما هو ليس ممنوع فهو مشروع" يمكن قبول الفكرة بتحفظ مع مراعاة ما يتناسب مع خصوصية النشاط البنكي وضرورة حماية المستهلك البنكي، ومن أجل الإحاطة بشروط شرعية العقد الإلكتروني البنكي، نتطرق أولاً إلى ضرورة إعلام المستهلك (أولاً) ، ونتطرق ثانياً إلى الإثبات الإلكتروني كشرط لانعقاد العقد الإلكتروني (ثانياً)، الأرشيف (ثالثاً)، النسخة الثانية (رابعاً)، التوقيع الإلكتروني (خامساً)، المصادقة الإلكترونية (سادساً).

أولاً: ضرورة إعلام المستهلك

يكاد يكون الالتزام بالإعلام عند الهيئات المالية التزام أصيل وليس التزام تبعي كما هو الحال في باقي المجالات، وذلك نظراً للخبرة التي تمتلكها البنوك و المؤسسات المالية، وحالة الضعف التي يكون عليها المستهلك، يجب إعلام المستهلك بكل المعلومات لاسيما الثمن، المعلومات الخاصة بالمورد، وباقي الشروط العقدية، كما يشترط أن تكون كل معاملة تجارية الكترونياً مسبقة بعرض تجاري الكتروني يصادق عليه المستهلك، يقدم بطريقة مرئية ومقروءة ومفهومة على دعامة دائمة⁽²¹⁾.

ويشترط أن يضم العرض الإلكتروني على الخصوص المعلومات التالية:

²¹⁾ Georges Daladier, AbiRizk, l'internet au service des opérations bancaires et financières, thèse de doctorat en droit, université panthéon Assas, paris 2, 2006, p.323.

الدعامة الدائمة هي كل وسيلة تسمح للمستهلك بتخزين المعلومات المرسله له بطريقة تسمح بالحفاظ عليها من اي تغيير واسترجاعها في المستقبل والاستنساخ منها.

. المعلومات المتعلقة بالمهني (رقم تعريفه الجبائي، عناوينه الالكترونية، رقم سجله التجاري)، الخصائص التفصيلية للسلع و الخدمات، السعر أو طريقة حسابه، كفاءات وإجراءات الدفع، شروط الضمان، مدة صلاحية العرض، شروط وأجال العدول عند الاقتضاء، كيفية معالجة الشكاوي⁽²²⁾

بينما التشريع الفرنسي ألزمت المادة 10-20-121L من قانون الاستهلاك المهني بتحديد القانون الواجب التطبيق على العلاقة قبل العقدية وكذا العقد، واختيار الجهة القضائية التي تفصل في النزاع في حالة وجوده، كما يجب أن يوضح المهني ما إذا كانت المعلومات المقدمة تجارية أو إخبارية، كما يجب فصل المعلومات القانونية و التجارية⁽²³⁾.

كما أن للمستهلك الحق في أي وقت في طلب الشروط التعاقدية على دعامة ورقية، كما يمكنه ان يطلب تغيير تقنيات الاتصال عن بعد المستعملة ما لم يكن ذلك لا يتوافق مع العقد عن بعد أو مع العقد البنكي او المالي ويكون ذلك مفيدا للمستهلك إذا لم يكن له حاسوب أو لم يكن يملك حساب الكتروني⁽²⁴⁾.

ثانيا: الإثبات الالكتروني كشرط لانعقاد العقد الالكتروني

يتعدى الإثبات الالكتروني في مجال التجارة الالكترونية بصفة عامة وفي مجال العمليات البنكية الالكترونية بصفة خاصة مجرد وسيلة إثبات، وإنما يصبح شرط للصحة، وبعبارة أخرى يجب أن يتاح للمستهلك عند ابرام العقد كافة الوسائل الضرورية لإثبات عقده حتى يعتبر هذا العقد صحيحا بالأساس، ويمكن تعريف الدليل الالكتروني "أنه الدليل المأخوذ من أجهزة الحاسب الآلي ويكون في شكل مجالات أو نبضات مغناطيسية أو كهربائية يمكن تجميعها أو تحليلها باستخدام برامج وتطبيقات تكنولوجية خاصة ويتم تقديمها في شكل دليل يمكن اعتماده أمام القضاء"⁽²⁵⁾.

يتمثل أساس الإثبات الالكتروني فيما جاءت به المادة 323 مكرر 1 من القانون المدني التي ساوت بين وسائل الإثبات التقليدية و الإلكترونية " يعتبر الإثبات بالكتابة في الشكل الالكتروني كالإثبات بالكتابة على الورق، بشرط إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها وان تكون معدة ومحفوظة في ظروف تضمن سلامتها "وهي المادة نفسها التي جاء بها المشرع الفرنسي⁽²⁶⁾.

ويقدم الإثبات الالكتروني للمستهلك مزايا متعددة تتعلق أساسا بمصادقية الأدلة وصعوبة التخلص منها بفعل خصائص الدليل الالكتروني والتي يمكن جمعها في :

⁽²²⁾ المادة 11 من القانون 18-05، المتعلق بالتجارة الالكترونية، مرجع سابق.

⁽²³⁾ Georges Daladier, AbiRizk, Op.cit P. 323.

⁽²⁴⁾ Georges Daladier, Abirizk, Op cit. P.324.

⁽²⁵⁾ [http : //blg .com .consulté](http://blg.com.consulté) le 25/07/2020.

⁽²⁶⁾ Article 1316-1 code civile « l'écrit sous forme électronique est admis en preuve au même titre que l'écrit sur support papier sous réserve que puisse être dument identifiée la personne dont il émane et que il soit établi et conservé dans des conditions de nature à en garantir l'intégrité »

(أ) دليل علمي: أي دليل مبني على أسس علمية ومستخرج من طرف خبراء في مجال تكنولوجيا الاتصالات.
(ب) دليل تقني: أي ليس مجرد دليل منطقي أو دليل استنتاجي، ولكن دليل مستخرج بعد عملية بحث علمي.
(ج) دليل غير مادي: أي هي أدلة غير ملموسة تتكون من بيانات ومعلومات لا تدرك بالحواس بل يتطلب إدراكها الاستعانة بأجهزة و معدات و أدوات آلية وبرامج حاسوبية متخصصة.
(د) دليل صعب التخلص منه: حيث يتميز الدليل الإلكتروني أو الرقمي بصعوبة محوه و التخلص منه بل وحتى في حالة محاولة إصدار أمر بإزالته فيمكن استرجاعه عن طريق برامج الاسترجاع من خلال ذاكرة الآلة التي تحتوي ذلك الدليل⁽²⁷⁾.

تجدر الإشارة إلى انه لا نقصد من إيراد الإثبات الإلكتروني ضمن شروط صحة التعاقد الإلكتروني اشتراط وسيلة خاصة للإثبات وإنما ضرورة توفر شروط محددة في شكل إجراءات وشكليات من طبيعة خاصة لغرض الإثبات، ويتمثل الهدف من ذلك في توفير حماية اكبر للمستهلكين بما يتلاءم مع خطورة التعاقد البنكي.
ثالثا: الأرشيف

اقره المشرع الفرنسي، من خلال نص المادة 2-134 L من قانون الاستهلاك، فأقر انه إذا تجاوز مبلغ العقد مبلغ محدد بموجب مرسوم، على المهني أن يحتفظ بالدليل الكتابي الذي يثبت هذا العقد خلال مدة تحدد بموجب نفس المرسوم ويتيح للمتعاقد الآخر الدخول و الاطلاع عليه بناء على طلبه، وقد حددت عتبة هذا المبلغ حتى يخضع لإلزامية وضعه في الأرشيف بـ 120 أورو، وحدد مدة الحفظ بعشر سنوات⁽²⁸⁾. وفي مجال القرض المبرم عبر الطريق الإلكتروني نصت المادة 17-312 L من قانون الاستهلاك الفرنسي على انه يتم الاحتفاظ من قبل المقرض بملف القرض طول مدة القرض⁽²⁹⁾.

رابعا: النسخة الثانية

وجوب النسخة الثانية اقرها كذلك المشرع الفرنسي، حيث نصت المادة 1325 من القانون المدني على وجوب تحرير العقد في نسختين لما يتم التعاقد بالطريقة الإلكترونية، وذلك من أجل إتاحة إقامة الدليل على وجود العقد وإثبات ما يتضمنه من حقوق و التزامات، وهذا حماية للمستهلك الإلكتروني بالدرجة الأولى.

⁽²⁷⁾ فلاك مراد، آليات الحصول على الأدلة الرقمية كوسائل إثبات في الجرائم الإلكترونية، الفكر القانوني و السياسي، العدد 05، 12 جوان 2019، ص 212.

⁽²⁸⁾ Décret N° 2005-137, 16 février 2005, Pris pour l'application de l'article L134-2 code de la consommation, JO, N° 41. 18 février 2005.

⁽²⁹⁾ Article L 312 /17 alinéa 03 code de la consommation français.

خامسا: التوقيع الالكتروني

لقد عرفت التوقيع الالكتروني المادة 03 مكرر فقرة 01 من المرسوم التنفيذي 162-07⁽³⁰⁾ انه: "معطى ينجم عن استخدام أسلوب عمل يستجيب للشروط المحددة في المادتين 323 مكرر و 323 مكرر 1 من الأمر 75-58 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق ل26 سبتمبر سنة 1975 و المذكور أعلاه"⁽³¹⁾ وتأخذ التوقيعات الالكترونية عدة صور:

— **الإمضاء اليدوي الرقمي**: (*la signature manuscrite numérisée*) وهو إمضاء بخط اليد ويتم إدخاله الى جهاز الحاسوب بواسطة أجهزة خاصة، وهو إمضاء بسيط لكنه ضعيف لان كل من يملك نموذج لهذا التوقيع على دعامة ورقية يمكنه استعماله كتوقيع الكتروني،

— **التوقيع ببطاقة ورقم سري**: (*l'utilisation combinée d'une carte et d'un code secret*) أي التوقيع لا يكون ممكنا إلا باستعمال بطاقة مغناطيسية وذلك عن طريق رقم سري، وبذلك فالتوقيع يدل دلالة قاطعة أن صاحب التوقيع هو نفسه المعني،

— **التوقيع الرقمي**: (*la signature numérique*) هو توقيع يتم عن طريق مجموعة أرقام وأشكال عبر الحاسوب بشكل مشفر لا يفهمها إلا الشخص المسموح له،

— **التوقيع البيومتري**: (*la signature biométrique*) هو توقيع يقوم على خصائص فيزيائية لا توجد إلا عند صاحب التوقيع فقط منها بصمات العين أو اليد⁽³²⁾.

كما استحدثت المشرع بموجب المرسوم التنفيذي 162-07، المذكور أعلاه إجراء آخر أكثر أمانا هو التوقيع الالكتروني المؤمن وهو التوقيع الذي يستجيب للشروط التالية:

* يكون خاص بالموقع.

* يتم إنشاؤه بوسائل يمكن أن يحتفظ بها الموقع تحت مراقبته الحصرية (التوقيع الالكتروني المؤمن هو فقط الذي يحصل على شهادة مصادقة الكترونية).

* مرتبط مع المعلومات المحتواة في الرسالة حيث انه يكتشف أي تغيير في المعلومات⁽³³⁾.

⁽³⁰⁾ المرسوم التنفيذي رقم 162-07، مؤرخ في 30 ماي 2005، يعدل المرسوم التنفيذي رقم 123-01، المؤرخ في 09 ماي 2001، متعلق بنظام الاستغلال المطبق على كل نوع من انواع الشبكات بما فيها اللاسلكية الكهربائية و على مختلف خدمات المواصلات السلكية و اللاسلكية، ج ر عدد 37، صادرة في 07 جوان 2007.

⁽³¹⁾ بالرجوع إلى المادتين المذكورتين من القانون المدني، تنص الأولى على شكل الإثبات بالكتابة من تسلسل حروف أو أوصاف أو أرقام أو اية رموز ذات معنى مهما كانت الوسيلة التي تتضمنها، ونصت الثانية على المساواة بين التوقيع التقليدي والإلكتروني. Hammoud May, Op cit , p.227.

⁽³³⁾ المادة 03 مكرر فقرة 02 من المرسوم التنفيذي 123-01 معدلة بالمرسوم التنفيذي 162/07، مرجع سابق.

كما يلعب التوقيع الإلكتروني دورا مهما في توفير الحماية للمستهلك الإلكتروني البنكي، حيث يدل على نسبة المستند الإلكتروني إلى صاحبه دلالة قاطعة، ويمنع أي شخص آخر من التعامل باسمه أو الاطلاع على محتوى العقود التي أبرمها، بل وحتى إمكانية الإخطار بأي تغيير في المعلومات أو محوها.

سادسا: المصادقة الإلكترونية

تعرف شهادة التصديق الإلكتروني أنها وثيقة في شكل الكتروني تثبت الصلة بين بيانات التحقق من التوقيع الإلكتروني و الموقع⁽³⁴⁾، وتهدف المصادقة الإلكترونية إلى المحافظة على الرسائل المتبادلة بين الأطراف من أي حذف أو تغيير قصد استعمالها وقت نشوء نزاع كدليل إثبات، حيث على المصدق التأكد من صحة الوثيقة ومن نسبتها إلى صاحبها وحفظها بطرق تضمن سلامتها باستعمال إحدى التقنيات المستحدثة كاستخدام التشفير، المفتاح المزدوج، أو تامين المحرر الإلكتروني عن طريق تدخل وسيط ثالث للقيام بمهمة الأرشيف الإلكتروني⁽³⁵⁾.

لكن يُطرح التساؤل في هذه الحالة حول هل تعطي المصادقة الإلكترونية وصف الوثيقة الرسمية للوثيقة الإلكترونية، وبعبارة أخرى هل يمكن القول بتأدية مقدم خدمة التصديق الإلكتروني لوظيفة الموثق في الوثائق الرسمية؟ أي هل حقيقة يتجه قصد المشرع إلى الاعتراف بالإثبات الإلكتروني بنفس الدرجة التي عليها اعترافه بالإثبات العادي، تبقى الإجابة على ذلك غير واضحة، فبالإضافة إلى تسوية المادة 323 مكرر 1 بين الإثبات التقليدي و الإثبات الإلكتروني، نصت المادة 08 من القانون المتعلق بالتوقيع و التصديق الإلكترونيين، على أن التوقيع الإلكتروني الموصوف أي الحاصل على شهادة تصديق إلكترونية وحده مماثلا للتوقيع المكتوب، دون أن تحدد ما إذا كان هذا التوقيع عرفيا أو رسميا⁽³⁶⁾.

المبحث الثاني: حماية المستهلك في إبرام العقود البنكية الإلكترونية

لاشك أن خصوصية النشاط البنكي، تعقد وتعدد عملياته سيكون لها عبر التعاقد الإلكتروني تأثير أكبر على النظام القانوني لهاته العمليات منه في التعاقد العادي، لاسيما في مجال حماية حقوق المستهلك لعدة اعتبارات يبررها نقص خبرة المستهلك مقارنة بالبنك، لامادية العمليات البنكية، الارتباط الوثيق للنشاط البنكي بالنظام العام، وهذا ما يدعو إلى ضرورة وضع نظام قانوني محكم لإبرام العقود و تقديم الخدمات البنكية الإلكترونية، ومن أجل الإحاطة بذلك نتطرق أولا إلى أهم العمليات والخدمات البنكية الإلكترونية (المطلب الأول)، ونتطرق ثانيا إلى الحماية المقررة للمستهلك البنكي الإلكتروني (المطلب الثاني).

⁽³⁴⁾ المادة 02 فقرة 06 من القانون رقم 04-15، مؤرخ في 01 فيفري 2015، يحدد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع و التصديق الإلكترونيين، ج ر عدد 06، صادرة في 10 فيفري 2015.

⁽³⁵⁾ حابت آمال، التجارة الإلكترونية في الجزائر، رسالة دكتوراه، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2015/09/30، ص 93، 94.

⁽³⁶⁾ انظر المادة 08 من القانون 04-15، الذي يحدد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع و التصديق الإلكترونيين. مرجع سابق.

المطلب الأول: أهم الخدمات و العمليات البنكية الالكترونية

لم يسمح التطور الرقمي و التكنولوجي الذي عرفه النشاط الاقتصادي بصفة عامة و النشاط البنكي بصفة خاصة بتطوير و تسهيل تقديم العمليات البنكية التقليدية فحسب وإنما ساهمت في ظهور أنشطة وخدمات بنكية جديدة، لذلك سنحاول أن لا تركز الدراسة فقط على العمليات البنكية الالكترونية ولكن نركز أيضا على بعض الخدمات الالكترونية التي تقدم للزبون سواء في العمليات التقليدية أو الالكترونية، مثل الإشهار الالكتروني، المقارنة بين العروض، الوساطة البنكية ... ، ولتوضيح ذلك نتطرق أولا إلى العمليات البنكية الالكترونية (الفرع الأول)، ونتطرق ثانيا إلى بعض الخدمات البنكية الالكترونية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: العمليات البنكية الالكترونية

لا يمكن حصر العمليات البنكية الإلكترونية فهي في توسع مستمر يبرره التطور التكنولوجي المستمر، وتحفزه أهمية النشاط البنكي ودوره في تنمية الاقتصاد ومن أجل الإحاطة بأهم العمليات البنكية الالكترونية نتطرق إلى الدفع الالكتروني (أولا) ، ثم نتطرق الى القرض الالكتروني (ثانيا).

أولا: الدفع الالكتروني

اعتبر المشرع الجزائري خدمة الدفع البنكي من صميم الأعمال المصرفية ودون أدنى تمييز بين أسلوبه أو وسائله، أو أحكام تنظيمه، حيث تنص المادة 69 من قانون النقد و القرض على " تعتبر وسائل دفع كل الأدوات التي تمكن كل شخص من تحويل أموال مهما يكن السند أو الأسلوب التقني المستعمل"⁽³⁷⁾، وعمليا تعد عملية الدفع الالكتروني أهم العمليات البنكية، باعتبارها عملية قاعدية⁽³⁸⁾، إذ تعد عملية ضرورية من أجل تنفيذ عمليات أخرى لاسيما عمليات القرض و تسيير الحسابات البنكية.....، واستجابة لهذه الأهمية نتطرق أولا إلى الإشكالات التي يطرحها الدفع الالكتروني(1)، ونتطرق ثانيا إلى حقوق المستهلك في مجال الدفع الالكتروني(2).

1 الإشكالات التي يطرحها الدفع الالكتروني: تطرح خدمة الدفع الالكتروني عدة إشكالات تتعلق خصوصا بحماية حقوق المستهلك البنكي، وبكفاءة عملية الدفع الالكتروني نذكر منها:

- عدم قدرة البنك على التأكد من أن كافة أوامر الدفع المقدمة له تعكس حقا نية صاحبها، هذا من وجهة نظر تقنية ، كما أن البنك لا يملك أي وسيلة للتأكد من أن طلب التاجر بالدفع عبر الانترنت تتطوي حقا على

⁽³⁷⁾ المادة 69 من الأمر 03-11، المؤرخ في 26 اوت 2003، المتعلق بالنقد و القرض، ج ر عدد 52، الصادرة بتاريخ 27 اوت 2003.

⁽³⁸⁾ المادة 14 من النظام 01-20، مؤرخ في 15 مارس 2020، يحدد القواعد العامة المتعلقة بالشروط البنكية المطبقة على العمليات المصرفية، ج ر عدد 16، الصادرة بتاريخ 24 مارس 2020.

طلبات بالدفع من أصحاب البطاقات، كما يزيد من وطأة هذا الإشكال التزام البنك بعدم التدخل في شؤون العميل، وهذا ما يزيد من احتمالات المعارضة للمستهلك.

– كما يوجد إشكال آخر يتعلق بمدى اعتبار منح صاحب البطاقة لمعلوماتها للتاجر أمرا بالدفع لا يجوز التراجع عنه أم يتطلب الأمر تأكيده على الطلب، يمكن إيراد حلين في هذا الشأن من أجل تفادي رجوع البنك على التاجر وتفايدي لجوء حامل البطاقة إلى المعارضة :

* تدخل المشرع واعتبار نقل معلومات بطاقة الدفع انه أمر بالدفع.

* اشتراط إيراد بند سواء في العقد بين البنك و التاجر أو بين البنك و الحامل أن لا يشترطوا على زبائنهم تقديم معلومات بطاقة الدفع لسبب آخر غير الدفع، أي يجب أن يتم إعلام صاحب البطاقة انه بمجرد أن يقدم معلوماتها فهو اصدر أمر بالدفع⁽³⁹⁾.

– كما يوجد إشكال بشأن الأثر الذي ينتجه توقيع المستهلك على الفواتير التي يقدمها له التاجر وما إذا كان توقيع المستهلك على الفاتورة يعتبر وفاء مطلقا يحق بموجبه للتاجر ان يقدم طلب الدفع للبنك، أم يحتاج إلى تأكيد آخر، وحتى على اعتبار هذا التوقيع أمرا بالدفع هل يعتبر هذا الأمر وفاء مطلقا أو وفاء معلقا على شرط التحصيل من البنك المصدر للبطاقة.

– كما يثار إشكال آخر حول من يتحمل عبء إفلاس البنك إذا تم ذلك قبل تحصيل المبلغ المحدد في الأمر بالدفع، هل هو التاجر كونه مرتبط مع البنك بعقد يوجب على هذا الأخير الوفاء له، أم هو الحامل كونه مسؤول على الدفع للتاجر وبذلك لهذا الأخير الرجوع على الحامل، وحسبنا نرى انه للإجابة على هذا التساؤل يجب تحليل طبيعة العقد بين الحامل ومصدر البطاقة ما إذا كان علاقة وكالة ينوب فيه المصدر عن الحامل في التسديد ومنه لا تبرأ ذمة الحامل إلا إذا تم التسديد فعلا، أو عقد آخر مستقل من طبيعة أخرى يدعى عقد الإصدار يتولى فيه البنك الوفاء، وبمجرد قبول التاجر هذا الوفاء تنقطع علاقته مع الحامل وينشأ عقد آخر مع المصدر مستقل عن العقد الأول ومن تم في حالة الإفلاس يعتبر التاجر دائنا للمصدر ويدخل مع باقي الدائنين في تقليسته.

ما يؤكد هذا الرأي عدم قابلية الأمر بالدفع للرجوع عنه، أي يبقى الأمر بالدفع ساري وليس لعدول الحامل عنه أي اثر ومن تم يبقى التزام المصدر تجاه التاجر نافذا⁽⁴⁰⁾، وذلك ما يشكل حسبنا حماية إضافية للمستهلك في عمليات الدفع الالكترونية من خلال تحميل عبء عدم الدفع لشخص آخر هو التاجر، عكس

³⁹⁾ juris-classeur .banque. crédit ; bourse ، sur le site : boutique. Lexisnexis.Fr , consulté le 01 /10/2020 a 16 :00)

⁽⁴⁰⁾ حوالمف عبد الصمد، النظام القانوني لوسائل الدفع، رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق، جامعة ابي بكر بلقايد، تلمسان، 2015/2014، ص 232.

الدفع العادي، حيث لا تبرأ ذمة الحامل إلا إذا تم الدفع فعلا، وذلك لكون المستهلك هو الطرف الضعيف في هذه الحلقة الثلاثية (البنك، التاجر، المستهلك).

– كما للدفع الإلكتروني تأثيرات كبيرة على القواعد القانونية و التنظيمية التي تحكم النشاط البنكي كالتأثير على الميزة الاحتكارية للبنوك و تجزئة النشاط البنكي بين فاعلين بنكيين تقليديين وبين فاعلين غير بنكيين (مسيري أرضيات الدفع، مصممي البرمجيات، مصدري بطاقات الدفع...)، مما يصعب عملية المراقبة، ويزيد من احتمالية تعرض مصالح المستهلك للخطر، كما له تأثير على نظام الإثبات وعلى نظام التوقيع، التأثير على وسائل الدفع التقليدية كالشيك والأوراق النقدية، التأثير على تكاليف تسيير وسائل الدفع... الخ⁽⁴¹⁾.

– كما أن الأمر بالدفع الصادر من حامل البطاقة يتميز بخاصية عدم الرجوع فيه، وهذا قد لا يكون في مصلحة المستهلك بمجرد إصداره للأمر بالدفع فلا يجوز له الرجوع فيه، كما لا يمكن للبنك رفض الدفع ولو تلقى طلبا بذلك من المستهلك، إذ يبقى البنك المصدر أجنبيا عن كل خلاف أو نزاع بين الحامل والتاجر المعتمد، والخلاف لا يستدعي رفض البنك المصدر الوفاء أو السداد للتاجر قيمة المصاريف والنفقات المنجزة من قبل الحامل.

(2) حقوق المستهلك في مجال الدفع الإلكتروني: نستهل عرضنا بالإشارة إلى فكرة الحق في الدفع الإلكتروني، فالدفع الإلكتروني لم يصبح مجرد خدمة بنكية يمكن للزبون أن يتفق مع البنك عليها، بل أصبح خدمة قاعدية، فعلية منح البطاقات البنكية تعد من قبيل الخدمات البنكية التي على البنك تقديمها مجانا لأي زبون، أما عملية تسيير هذه البطاقات فلا تعد كذلك وتخضع للنظام 01-20 المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالشروط البنكية المطبقة على العمليات المصرفية، وتتفرد البنوك و المؤسسات المالية حسب المادة 16 من ذات النظام بتحديدتها بكل حرية⁽⁴²⁾.

كما تثير مسألة حقوق المستهلك في مجال الدفع الإلكتروني جدلا كبيرا اعتبارا من كون الدفع الإلكتروني أهم العمليات البنكية الإلكترونية سواء من الناحية العملية أو من حيث الاهتمام التشريعي، كون العملية تتم في مجال افتراضي وتقني، بالإضافة إلى تعدد مراحل العملية وتداخلها، ولذلك سنتطرق أولا إلى فكرة القبول

⁴¹⁾ Thierry Dissaux. Paiements , monnaie, Banque électroniques : quelle évolution pour la banque ? , revue d'économie financière, n°53, éd persée, 1999, p.115.

⁴²⁾ تنص المادة 16 من النظام 01-20 المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالشروط البنكية المطبقة على العمليات المصرفية على انه " تحدد البنوك و المؤسسات المالية باستثناء الخدمات المصرفية المجانية المنصوص عليها في المادة 14 أعلاه، و العمولات المذكورة في المادة 15 من هذا النظام بكل حرية المعدلات و مستويات العمولات الأخرى".

الاختياري للمستهلك التعامل بالبطاقة أو بالدفع الإلكتروني بصفة عامة، ونتطرق ثانياً إلى حق المستهلك في الإعلام بأعباء تسيير وسائل الدفع الإلكتروني، ونتطرق ثالثاً إلى الحق في المعارضة.

أ - ضرورة القبول الاختياري للمستهلك التعامل بالبطاقة أو بالدفع الإلكتروني بصفة عامة: يعتبر الدفع الإلكتروني أو الدفع عن طريق البطاقة الإلكترونية حقاً للمستهلك وخدمة قاعدية تقدم له، وبالمقابل لا يمكن منح البطاقة إلا بالطلب الصريح للمستهلك، كما لا يمكن الاعتداد بسكوت العميل عن الرد على طلب الاستفادة من البطاقة المقدم من البنك خلال مدة معينة، وبعبارة أخرى يشترط الموافقة الصريحة لمنح العميل البطاقة ولا يعتد بالموافقة الضمنية سواء من أجل رفضها أو قبولها، وإلا عد ذلك بيعاً قسرياً يستوجب تطبيق العقوبات المنصوص عليها في القانون⁽⁴³⁾.

وفي التشريع الجزائري يمكن التأسيس لمنع الإرسال الإجباري للبطاقة دون موافقة المستهلك بالاستناد على منع البيع التلازمي المنصوص عليه في المادة 17 من القانون 04-02 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية.

ب - حق المستهلك في الإعلام بأعباء تسيير وسائل الدفع الإلكتروني: يعتبر مبلغ الاشتراك السنوي للبطاقة من بين الشروط المطبقة على العمليات المصرفية، لذلك يجب على البنك إبلاغ المستهلك بالأعباء السنوية لتسيير البطاقة وكذا أعباء مختلف العمليات التي تتم عن طريق البطاقة، كما يجب على كل بنك عند إعداد مشروع تغيير مبلغ الاشتراك السنوي أو الأعباء الأخرى المرتبطة بالبطاقتين يعلم بها الحامل كتابة قبل دخولها حيز التنفيذ بثلاثة أشهر وللزبون أجل شهرين للمعارضة وسكوته يعتبر قبولا للتسعير الجديد⁽⁴⁴⁾.

ج - الحق في المعارضة: يعد الحق في المعارضة من أبرز حقوق المستهلك في عملية الدفع الإلكتروني، ونصت عليه في التشريع الفرنسي المادة 2-132 L من القانون المالي و النقدي، غير أنها أجازتها فقط في حالة الضياع و السرقة و التصفية القضائية، يعني فقط في الحالات التي لا تبقى البطاقة في حيازة أصحابها، لكن لم تنص على الحالات التي تبقى البطاقة في حيازة صاحبها ويتم استعمالها كأن يتم تزوير البطاقة أو سرقة رقمها السري، ولم يتقطن المشرع لذلك إلا في سنة 2001، حيث أضافت المادة 34 من قانون 15 نوفمبر 2001⁽⁴⁵⁾ إلى حالات المعارضة السابقة و المتمثلة في السرقة و الضياع و التصفية القضائية، استعمال البطاقة أو المعلومات المرتبطة بها عن طريق الغش، وبذلك يكون قد تقطن إلى إمكانية استعمال البطاقة دون الحيازة المادية لها، و يهدف المشرع من وراء تحديد حالات المعارضة إلى عدم التضيق على مبدأ عدم قابلية

⁴³⁾ Article L 122-3 code de la consommation française, op.cit.

⁴⁴⁾ Article L 312-1 code monétaire et financier française.

⁴⁵⁾ Loi n° 2001-1062, du 15 novembre 2001, relative à la sécurité quotidienne.

الأمر بالدفع للرجوع فيه، وفي تطور لاحق أعفى المشرع الفرنسي حامل البطاقة من المسؤولية إذا تم الدفع عن طريق الغش عن بعد ودون الاستعمال المادي للبطاقة⁽⁴⁶⁾.

يكون بذلك قد غلق المجال أمام أي استعمال تدليسي للبطاقة دون الحيابة المادية لها و ألقى عبء ذلك على البنك المصدر لها، وكأنه يعتبر ان كل استعمال تدليسي للبطاقة دون الحيابة المادية لها هو خطأ مفترض للمصدر ، ويبقى التساؤل مطروحا في حالة كون خطأ الحامل هو السبب في الاستعمال التدليسي للبطاقة، كأن يكون على علم بإمكانية استعمال بطاقته، أو التأخر في إجراء العملية⁽⁴⁷⁾. وما على المستهلك إلا أن يقدم للبنك طلب كتابي بالمعارضة على دفع أو سحب معين، وعلى البنك إرجاع المبالغ المسحوبة بدون أعباء في أجل أقصاه شهر واحد من تاريخ المعارضة إضافة إلى وجوب تعويض المستهلك عن الأعباء البنكية الناتجة عن المعارضة، وحددت مدة المعارضة بستين يوم (60) تحسب من تاريخ العملية المعنية، ويمكن تمديد هذا الأجل عقديا دون أن يتجاوز مدة 120 يوم من تاريخ العملية⁽⁴⁸⁾.

ثانيا: القرض الالكتروني

لقد دفعت خصوصية القرض البنكي إلى إثارة عدة تساؤلات حول جدوى فكرة القرض الالكتروني، وهي التساؤلات التي تتبع في الأساس من إمكانية استيفاء الشكليات المتعلقة بعقد القرض، لاسيما بالعرض المسبق للقرض، و فحص المديونية وتقديم الضمانات عبر الطريق الالكتروني وغيرها من الالتزامات، وفي مواجهة ذلك اختلفت الآراء القائلة بشأن القرض الالكتروني بين من يرى عدم إمكانية ذلك⁽¹⁾، ومن يرى إمكانية ذلك بشروط⁽²⁾.

1) الرأي الرافض لفكرة عقد القرض الالكتروني: يبرر أصحاب هذا الرأي موقفهم بوجود إجراءات شكلية في عقد القرض قد تعرقل الاعتراف بعقد القرض الإلكتروني لاسيما:

– ما يتعلق بالنظام العام للرقابة الجبائية، حيث انه يطرح إشكال حول المعاملة الجبائية للعمليات البنكية الالكترونية وهل فعلا تشكل حاجزا أمام هذا النوع من العمليات، خاصة أمام غياب أي حكم ينص على جباية العمليات الالكترونية ماعدا ما جاءت به الفقرة الأخيرة من المادة 03 من القانون 05/18 المتعلق بالتجارة الالكترونية التي نصت على ان "تخضع كل المعاملات التي تتم عن طريق الاتصالات الالكترونية الى الحقوق و الرسوم التي ينص عليها التشريع و التنظيم المعمول بهما"، ومن جهتنا لا نرى مانع من ذلك خاصة وان

⁴⁶⁾ Art L 132-4 alinéa 01 code monétaire et financier « la responsabilité du titulaire d'une carte ... n'est pas engagée si le paiement contesté a été effectué frauduleusement à distance sans utilisation physique de sa carte »

⁴⁷⁾ Jean Stoufflet , banque, crédit , bourse, Université d'Auvergne. la Faculté de droit et de science politique, sur le site :boutique. Lexisnexis .Fr , consulté le 01 /10/2020 a 16 :00)

⁴⁸⁾ article L 132-6 code monétaire et financier française, op.cit.

كافة العمليات الالكترونية تبقى مسجلة ويمكن الاطلاع عليه من طرف مصالح إدارة الضرائب بالإضافة الى اجازة مسك المحاسبة عبر الطريق الالكتروني.

– رقابة الحذر فكيف يمكن التأكد من القدرة على الدفع خاصة في شقها المعنوي و المتمثل في الرغبة في الدفع الذي يشترط أن تتم محادثة مباشرة مع طالب القرض و التأكد من حاجته الفعلية للقرض و رغبته في التسديد.
– ما يتعلق بحماية المستهلك، لاسيما كيفية التأكد من أن المتعاقد هو نفسه صاحب القرض، ومن عدم استخدام اسم مستعار، وكذلك التأكد من أهليته.

– يثار التساؤل حول إمكانية نزع الطابع المادي لكل ما يتعلق بالقرض البنكي لاسيما ما يخص الضمانات، وضع الأموال في متناول المقترض، كيفية تأكد البنك من استعمال القرض، كيفية تفعيل التزام المقترض بالإفصاح عن كل حادث سواء قبلي أو مستقبلي، كما انه من وجهة نظر عملية لا يمكن الاعتراف بوجود نظام قانوني موحد لكافة أصناف القرض (قرض استهلاكي، قرض عقاري، الدفع على المكشوف، التسبيقات المختلفة...)، فلكل صنف خصوصيته والاحكام التي تنظمه رغم وجود قواعد مشتركة⁽⁴⁹⁾.

(2) الرأي القابل لفكرة عقد القرض الالكتروني بشروط: من جهة أخرى هناك من يرى أن انتهاك الالتزامات الشكلية المشترطة في انعقاد عمليات القرض ليست من طبيعة تمس بصلاحية الالتزام، ما يؤدي إلى القول بالطابع الرضائي للعقد، وهذه الالتزامات موجهة في الأساس إلى حماية المستهلك وهذه الالتزامات كلها يمكن ان تقدم عبر الانترنت، لذلك فالقرض الالكتروني غير مستبعد، وإنما ينبغي مراعاة بعض الاختلافات التي تقرضها خصوصية الوسيط الذي يتم به التعاقد وفرض بعض الشروط⁽⁵⁰⁾.

من جملة التدابير الواجب اتخاذها، نذكر ما جاءت به المادة 17-312 L من قانون الاستهلاك الفرنسي، حيث يشترط المشرع الفرنسي في عمليات القرض التي تتم بواسطة وسائل اتصال تقنية يجب أن يتم إيراد وثيقة معلومات إضافية للمقترض كتابة أو على وسيط دائم تحتوي على العناصر التي توضح مصادر وأعباء المقترض والقروض المبرمة، و تمضى الورقة ويؤكد عليها الكترونيا من طرف المقترض، ويجب ان تكون المعلومات الواردة في الملف موضوع تصريح يشهد على دقتها⁽⁵¹⁾.

كما تشترط المادة 8-312 R من قانون الاستهلاك الفرنسي، على انه إذا تجاوزت مدة القرض سنة وتجاوز مبلغ الائتمان 3000 أورو يجب دعم الملف بمستندات داعمة لموطن ودخل وهوية المقترض⁽⁵²⁾. كما

⁴⁹⁾ Georges Daladier, Abirizk, Op.cit. p.291.

⁵⁰⁾ Ibidem, p.292.

⁵¹⁾ Stéphane Piédelièvre, crédit à la consommation, répertoire de droit civil, Dalloz, janvier 2018, P.43.

⁵²⁾ « Les pièces justificatives mentionnées à l'article L312-17 sont les suivantes : Tout justificatif du domicile de l'emprunteur, Tout justificatif du revenu de l'emprunteur, Tout justificatif de l'identité de l'emprunteur, Les pièces justificatives doivent être a jour au moment de l'établissement de la fiche d'information mentionné a l'article L 312-17 »

يمكن أن يشترط البنك من أجل ضمان استيفاء التزاماته في مجال القرض عبر الطريق الإلكتروني شروطاً أخرى لاسيما أن يكون صاحب القرض عبر الانترنت عميل سابق أو يشترط مثوله أمام البنك لاعتماده، وتعتبر هذه مجرد احترازاات من البنك دون أن تزيل له وصف العقد الإلكتروني.

الفرع الثاني: الخدمات البنكية الإلكترونية

يقصد بها مجموع الخدمات التكميلية التي تقدمها البنوك لزيائنها كخدمات إضافية للعمليات الأصلية التي تبرمها مع هؤلاء عبر الطريق الإلكتروني أو الخدمات المقدمة لتسهيل أو ضمان تنفيذ العمليات الأصلية، وقد ساعد تطور تقنيات التواصل الإلكتروني واستغلال هذه التقنيات في المجال البنكي على ظهور عدد كبير من الخدمات البنكية الإلكترونية لا يمكن حصرها، ومن أجل ذلك سننترق في هذا الفرع لأهم الخدمات، فنذكر الإشهار الإلكتروني (أولاً)، خدمة المقارنة بين العروض (ثانياً)، بنوك الانترنت أو العمليات البنكية عبر الخط (ثالثاً).

أولاً: الإشهار الإلكتروني

نتطرق أولاً للتعريف التشريعي للإشهار بصفة عامة، حيث عرفت المادة 03 فقرة 03 من القانون 02-04⁽⁵³⁾ الإشهار بأنه " كل إعلان يهدف بصفة مباشرة أو غير مباشرة إلى ترويج بيع السلع أو الخدمات مهما كان المكان او وسائل الاتصال المستعملة" ، أما التوجيه الأوروبي رقم 84-450 المتعلق بتقريب المواقف التشريعية و التنظيمية و الإدارية فيما يخص الإشهار المضلل، فعرف الإشهار انه أي شكل من أشكال الاتصال ينجز في إطار نشاط تجاري، صناعي، أو فني، أو لبيبرالي بهدف تطوير وترقية تقديم السلع أو الخدمات.⁽⁵⁴⁾

أما فقها فيمكن إيراد تعريف الأستاذ عبد الفتاح محمود كيلاني الذي جاء فيه " أنه كل فعل أو تصرف يهدف الى التأثير النفسي على الجمهور مهما كانت الوسيلة المستعملة لإقناعهم بمزايا السلعة أو الخدمة وما يمكن ان تحققه من فوائد ولا يختلف الإعلان الإلكتروني عن الإعلان التقليدي إلا في الوسيلة المستخدمة عبر الانترنت"⁽⁵⁵⁾.

⁽⁵³⁾ القانون رقم 02-04، مؤرخ في 23 جوان 2004، يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، مرجع سابق.

⁽⁵⁴⁾ Directive N°84-450, CE, relative au rapprochement des positions législatives, Règlementaires et administratives en matière de publicité trompeuse, du 10 sept. 1984, JOCE .N° L250.19 sept. définit la publicité comme « toute forme de communication fait dans le cadre d'une activité commerciale, Industrielle, Artisanale ou libéral dans le but de promouvoir la fourniture de biens ou de services »

⁽⁵⁵⁾ عبد الفتاح محمود كيلاني، المسؤولية المدنية الناشئة عن المعاملات الإلكترونية عبر الانترنت، دار الجامعة الجديدة، القاهرة، 2011، ص 260.

أما الإشهار البنكي الإلكتروني فهو الدعاية التي تقوم بها البنوك لخدماتها ومنتجاتها عبر وسائل التواصل الإلكترونية ويشترط في الإشهار الإلكتروني كما هو الحال في الإشهار التقليدي مجموعة من الشروط التي تتعلق خصوصا بالوضوح و الإيجاز والمقروئية والبيانات الواجب توضيحها لاسيما مبلغ العقد ومدته وكيفية إبرامه، إضافة إلى التزامات أخرى تتعلق بالوثيقة الشهرية لاسيما توضيح الطبيعة الشهرية للوثيقة، حجم الخط الذي تحرر به الوثيقة، ضرورة إيراد بعض البيانات كمبلغ العقد ومدة العرض بشكل مختلف كتغيير حجم الخط أو وضعها في إطار. كما كرس المشرع الفرنسي للمستهلك حقا آخر إذا كان الإشهار موجها عن طريق البريد أو عن طريق الطرود الإلكترونية أو مرسل الى المنزل، فيجب أن تذكر الورقة الشهرية المستهلك بالحق في المعارضة بصفة مجانية على استخدام معطياته الشخصية لأغراض تسويقية وكذا طرق ممارسة هذا الحق⁽⁵⁶⁾.

ثانيا: المقارنة بين العروض

منذ صدور قانون 01 فيفري 2016 في فرنسا أصبح للمستهلكين إمكانية المقارنة بين التعريفات الرئيسية المقدمة من مختلف المؤسسات البنكية مجانا، ويجب أن يحين هذا المقارن (**le comparateur**) كل أسبوع ويضم 150 مؤسسة قرض ما يشكل 98% من مجموع مؤسسات القرض التي تنشط في السوق، ويمكن لهذا المقارن أن يقارن بين عشرات المؤسسات في المرة الواحدة ويمكن تصفح هذا المقارن بواسطة الهاتف او الحاسوب على الموقع، وما على المستهلك إلا اختيار صنف العمليات المراد الاستعلام عنها آلية أو تقليدية ثم اختيار العملية المراد الاستعلام عنها، ثم انتقاء مختلف العروض المراد المقارنة بينها في حدود 06 عروض لتظهر النتيجة في شكل جدول يبين مختلف التعريفات و التي تحين أسبوعيا⁽⁵⁷⁾.

ثالثا: بنوك الانترنت أو العمليات البنكية عبر الخط

لم يؤدي تطور استخدام الانترنت في المجال البنكي الى ظهور خدمات بنكية جديدة وحسب بل إلى هيئات بنكية جديدة تقدم خدمات حصرية عبر الانترنت يطلق عليها اسم "بنوك الانترنت"، ومن أمثلتها في فرنسا بنك "monabanq" هي فرع لبنك « **crédit mutuel** » وبنك « **boursorama** » هي فرع لبنك **société générale** وذلك لتقديمها عدة امتيازات منها:

– تحويل بنوك الانترنت عمال الشبابيك إلى مجرد مستشارين وجعل الزبائن أكثر استقلالية و تحرر.

– إن البنوك عبر الانترنت في اغلبها هي فروع لبنوك تقليدية وهذا ما يقدم ضمانات عديدة، لاسيما الاستفادة من ثقة ومركز البنك في السوق البنكية،

⁵⁶⁾ Stéphane piédelièvre, op.cit, p.36.

⁵⁷⁾ [https //www. Tarifs- bancaires.gouv.fr](https://www.Tarifs-bancaires.gouv.fr), consulté le 29/10/2020, a 10 :00.

– سهولة تحويل التعامل من تعامل تقليدي إلى تعامل عبر الأنترنت لدى نفس البنك ومنه الاحتفاظ بنفس الضمانات ونفس الشروط بالإضافة إلى الاستفادة من خدمات البنوك الإلكترونية⁽⁵⁸⁾.

– تخفيض التكاليف البنكية وذلك بفضل ما تقدمه خدمة الأنترنت من مزايا للبنك، لاسيما تقليل عدد الوكالات البنكية وعدد المستخدمين، تجله يستغلها في تقديم عروض مغرية لزبائنه مقارنة بالبنوك التقليدية، مكافآت، خدمات مجانية لاسيما فتح الحساب، المقارنة بين العروض... الخ.

– تقديم خدمات بنكية عالية الكفاءة للمستهلك وبمقاييس امن مضمونة، فيفضل الرقم السري الذي يملكه الزبون يمكنه الاستفادة من عدة خدمات من حاسوبه الشخصي لاسيما فتح حساب بنكي، الاطلاع على الحساب، تحويل الأموال، الحصول على استشارات بنكية⁽⁵⁹⁾.

غير انه ينبغي أن تستجيب هذه الهيئات لنفس إجراءات وتدابير الحماية التي تخضع لها البنوك التقليدية، فتخضع لنفس مقاييس الحذر وقياس المخاطر التي تخضع لها البنوك التقليدية ، ونفس الرقابة حيث تخضع لرقابة هيئات الاشراف البنكي، اذ يجوز لها الاطلاع الكترونيا على كافة المعاملات التي تجريها البنوك مع زبائنها ومن تم التأكد من مطابقة هاته العمليات للقوانين و الأنظمة المعمول بها من خلال امتلاكها لحق الولوج أو للرقم السري للموقع الإلكتروني للبنك، كما يجب أن تخضع لشروط الأمن والسرية من اجل حصولها على الترخيص بتقديم الخدمات البنكية عبر الأنترنت.

المطلب الثاني: الحماية المقررة للمستهلك البنكي الإلكتروني

إن توفير مستوى مقبول من الثقة والأمان في إبرام العمليات البنكية الإلكترونية وتوفير الآليات القانونية الكفيلة بحل المشكلات التي تواجه المستهلك سيفتح آفاقا جديدة نحو التطور الاقتصادي من خلال تطوير التجارة الإلكترونية وتسهيل تقديم الخدمات البنكية من جهة وحماية المستهلك الإلكتروني من جهة أخرى، وأمام قصور النظرية التقليدية في إيجاد حماية فعالة للمستهلك البنكي الإلكتروني في مستوياتها المتعددة سواء من حيث حماية التراضي، أو من حيث الحماية أثناء تنفيذ العقد أو من خلال الحماية بعد عقدية وجب وضع أطر قانونية جديدة يجب أن تتلاءم مع خصوصية وتعقد العمليات البنكية الإلكترونية، ولدراسة ذلك نتطرق أولا إلى اعتماد وسائل خاصة لحماية التراضي في العقود الإلكترونية (الفرع الأول)، ونتطرق ثانيا إلى حماية المستهلك الإلكتروني من خلال حظر بعض التصرفات (الفرع الثاني).

الفرع الأول: اعتماد وسائل خاصة لحماية التراضي في العقود الإلكترونية

أمام عدم وجود هيكل قانوني متكامل لتنظيم التعامل الإلكتروني أو تنظيم العمليات البنكية الإلكترونية، يمكن الاستناد إلى التشريع الفرنسي من أجل توضيح أهم آليات سلامة التراضي في العمليات البنكية عبر

⁵⁸⁾ [https // www. Choisir. Com](https://www.Choisir.Com) . Consulter le 08/08/2020 a 15 :00.

⁵⁹⁾ [https //www. Lesfurets. Com](https://www.Lesfurets.Com), consulté le 09 /08/2020 , a 15 :00.

الانترنت، وننطلق من ذكر كيفية تعبير أطراف العلاقة عن إرادتهم وإهم الآليات القانونية المكرسة من أجل سلامة هذا التعبير (أولاً)، ونذكر ثانياً إجراء العدول عن التعبير عن الإرادة كأسلوب مستحدث لحماية المستهلك من خلال منحه فرصة مراجعة رأيه وتقديراً لأي محاولة للتأثير على رأيه أو اقتناعه (ثانياً).

أولاً: تبادل التراضي

ينبغي الحرص على سلامة وصول الرسالة الالكترونية الموجهة للمستهلك المتضمنة للإيجاب أو للعرض المسبق، فيجب أن تسمح الرسالة بتعيين المرسل حسب إجراءات تسمح بتعريفه وضمان هوية الموجه إليه، حيث تلزم المادة L 121-16 وما يليها من قانون الاستهلاك الفرنسي المورد الالكتروني ان يضع في متناول المستهلك المعلومات الكاملة التي تحتوي على العنوان، المقر الاجتماعي، رقم الهاتف، المواصفات العامة لمحل البيع، الثمن مع كل الرسوم، مدة صلاحية العرض، طرق الدفع (البطاقة البنكية، الشيك...)، شروط الفسخ، المعلومات المتعلقة بالضمانات التجارية...، كما يجب أن تسمح التقنيات المعتمدة في التواصل مع المستهلك بتحديد ما إذا كان قد تم تسليم الرسالة أم لا⁽⁶⁰⁾.

أما فيما يخص مضمون الرسالة الالكترونية الموجهة للمستهلك فيجب أن تتضمن علاوة على البيانات المنصوص عليها فيما يخص التعاقد الالكتروني، على بيانات و توجيهات إضافية تتلاءم مع خصوصية الوسيلة التي يتم بها التعاقد وحالة الضعف التي تعتري المستهلك، فيجب أن تتضمن ما يأتي:

- * مختلف المراحل الواجب إتباعها من أجل إبرام العقد عبر الطريق الالكتروني.
- * الوسائل التقنية التي تسمح لمستهلمها قبل إبرام العقد بالتعرف على الأخطاء المرتكبة عند إدخال المعطيات وتصحيحها.

* اللغات المقترحة لإبرام العقد.

* توضيح تقنيات الأرشيف وشروط الدخول إلى العقد في حالة تسجيله في الأرشيف.

* وسائل معاينة القواعد المهنية و التجارية عبر الطريق الالكتروني التي يخضع إليها مقدم العرض⁽⁶¹⁾.

ثانياً: حق المستهلك في العدول

يستفيد المستهلك البنكي الالكتروني من الحق في العدول، ويقصد به حق المستهلك في التراجع عن العقد الذي أبرمه قبل مضي مدة محددة كإجراء مقرر لحماية المستهلك من خلال منحه أجلاً لاستدراك قبوله وتقديراً استغلاله من قبل المهني، فللمستهلك الحق في العدول عن قبوله دون تقديم أسباب ودون أي إجراء آخر، وعن مدة هذا العدول فننظر إليها في التعاقد عبر الانترنت حسب المجال، فإذا كان العقد غير مالي فيخضع إلى أجل كلاسيكي بـ 07 أيام، أما إذا كان العقد مالي، فالأجل هو 14 يوم وذلك نظراً لخطورة العقد نتيجة التقنيات

⁽⁶⁰⁾ Article L121-16 code de la consommation français ,op.cit.

⁽⁶¹⁾ Article 1369-1, crée par la loi 2004-575, du 21 juin 2004 art 25. JO, du 22 juin 2004, Transféré par ordonnance N° 2005-674, du 16 juin 2005 art 1. JO, 17 juin 2005.

المستعملة⁽⁶²⁾. ويبدأ أجل هذا العدول في السريان ابتداء من يوم إبرام العقد. حسب نص المادة 12-20-121 من قانون الاستهلاك الفرنسي، و على المهني أن يحيط المستهلك علما قبل إبرام العقد بحقه في عدم دفع أي مبلغ قبل انقضاء أجل العدول، كما عليه كذلك أن يبين له تقنيات ممارسة هذا الحق، وكيفية تعبير المستهلك عن رايه، مع ضرورة الاحتفاظ بدليل عن هذا الرأي⁽⁶³⁾.

الفرع الثاني: حماية المستهلك الإلكتروني من خلال حظر بعض التصرفات

رغم أن حماية المستهلك البنكي الإلكتروني من خلال تكريس وسائل خاصة لحماية و ضمان تراضي سليم يشكل خطوة فعالة من أجل تكريس الثقة في العمليات البنكية الإلكترونية ومن تم الدفع بها نحو التطور و الشمولية، غير أنها يجب ان ترفق بإجراءات حامية أخرى لاسيما حظر بعض التصرفات التي قد تلحق ضررا بالمستهلك البنكي الإلكتروني، لاسيما حماية المستهلك البنكي الإلكتروني من الإشهار المضلل (أولا)، وحماية المعالجة الآلية للمعطيات الشخصية (ثانيا).

أولا: حماية المستهلك البنكي الإلكتروني من الإشهار المضلل

عرفت المادة 27 من القانون رقم 02/04 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية الإشهار المضلل على أنه " الإشهار الهادف إلى إحداث التباس في ذهن المستهلك وهو كما عبرت عنه الإشهار الذي يقوم به قصد كسب زبائن هذا العون بزرع الشكوك والأوهام في ذهن المستهلك"، أما المشرع الفرنسي فقد عرفه في المادة 1-121 من قانون الاستهلاك الفرنسي " تعد ممارسة تجارية تضليلية كل ممارسة ارتكبت في ظروف تستند على مؤشرات أو عروض كاذبة أو ذات طبيعة مضللة"

حتى لا يفهم من مقصود المشرع الجزائري انه حظر الإشهار التضليلي فقط لحماية لمصالح باقي الأعوان الاقتصاديين يجب التطرق إلى نص المادة 60 فقرة 01 من المرسوم التنفيذي 13-378 المتعلق بتحديد الشروط و الكيفيات المتعلقة بإعلام المستهلك التي جاء فيها " يمنع استعمال كل بيان أو إشارة أو كل تسمية خيالية أو كل طريقة تقديم أو وسم وكل أسلوب للإشهار... من شأنه إدخال لبس في ذهن المستهلك لاسيما حول الطبيعة و التركيبية و النوعية"⁽⁶⁴⁾.

ما يزيد من خطورة الإشهار البنكي تعدد أساليب الترويج البنكي و نذكر منها الإعلان، الدعاية، التبليغ الشخصي للرسائل، المناشير، بالإضافة إلى تعدد أصناف زبائن البنوك بين مودعين ومقترضين ومستفيدين من

⁽⁶²⁾ Georges Daladier, AbiRizk, Op.cit.p.330.

⁽⁶³⁾ Article L121-20-104, code de la consommation français ,op.cit.

⁽⁶⁴⁾ المرسوم التنفيذي رقم 13-378، مؤرخ في 09 نوفمبر 2013، المتعلق بتحديد الشروط والكيفيات المتعلقة بإعلام المستهلك، ج ر عدد 58، صادرة في 18 نوفمبر 2013.

خدمات أخرى ما يفرض تعدد سياسة التسويق البنكي بما يتوافق مع الخدمة المقدمة، ومن تم فتح المجال أمام إمكانية الإضرار بالمستهلك وتضليله.

ثانيا: حماية المعالجة الآلية للمعطيات الشخصية للمستهلك الإلكتروني

يتصل البنك بمعلومات جد حساسة وشديدة الارتباط بالحياة الخاصة للمعني لاسيما أن المعلومات تتعلق خصوصا بمدخيل المعني وأعباؤه و وضعيته المالية و العائلية، ولقد سهلت خدمات الانترنت للبنوك جمع قدر كبير من المعلومات عن زبائنها، بالإضافة إلى حساسية المعلومات التي تسعى البنوك إلى جمعها من اجل ضمان فعالية وامن العمليات البنكية بصفة عامة، كما سهلت وسائل الاتصال الالكترونية استعمال طرق غير مشروعة أو غير نزيهة لجمع ومعالجة المعطيات الشخصية⁽⁶⁵⁾.

مراعاة لذلك يلزم البنك في إطار العمليات الالكترونية بتكييف منظومته الإعلامية على النحو الذي يتلاءم مع الالتزامات التي تفرضها المعالجة الآلية للمعطيات الشخصية وإتاحة الفرصة للمستهلك من اجل الاطلاع على كافة المعلومات التي تم جمعها عليه وتمكينه من كافة الحقوق التي سبق تبيانها، ويمنع على البنوك استعمال نتائج المعالجة لأغراض غير مشروعة لاسيما أغراض البحث عن الأسواق التجارية أو لغرض الاستشراق و التسويق التجاري

حيث يجب على البنك مراعاة مجموعة من الحقوق للمستهلك نذكر منها:

* الحق في الإعلام ونصت عليه المادة 32 من القانون 07-18 ، الحق في الموافقة ونصت عليه المادة 07 من القانون نفس القانون.

* الحق في الاعتراض حيث نصت عليه المادة 36 فقرة 01 من القانون 07-18 وذلك لأسباب مشروعة.

* الحق في طلب التصحيح و التحيين والإلغاء وذلك مجانا ويلتزم البنك بتصحيحها في اجل 10 أيام وفي حالة الرفض او عدم الرد للمعني إمكانية الاتصال بالسلطة الوطنية التي تكلف احد أعضائها بإجراء التحقيقات اللازمة في اقرب الآجال.

⁽⁶⁵⁾ عرفت المادة 03 فقرة 01 من قانون 07-18 المعطيات ذات الطابع الشخصي أنها كل معلومة بغض النظر عن دعائها متعلقة بشخص معرف او قابل للتعرف عليه و المشار اليه أدناه " الشخص المعني" بصفة مباشرة او غير مباشرة لاسيما بالرجوع إلى رقم التعريف أو عنصر أو عدة عناصر خاصة بهويته البدنية أو الفيزيولوجية او الجينية او البيومترية أو النفسية أو الاقتصادية أو الثقافية أو الاجتماعية".

خاتمة

على الرغم من محاولة المشرع الجزائري من خلال عديد التشريعات وأنظمة بنك الجزائر المتعلقة بالعمليات البنكية الالكترونية توفير مستوى مقبول لحماية المستهلك في مجال العمليات البنكية الالكترونية، غير أننا توصلنا من خلال هذه الدراسة إلى أن هذه الحماية تبقى في حاجة إلى دعم اكبر لمركز المستهلك الالكتروني في المجال البنكي من خلال إقرار نصوص قانونية حقيقية توفر حماية اكبر واشمل لمختلف الجوانب ذات الصلة بالمستهلك في الوسط البنكي الالكتروني.

كما توصلنا إلى الاستنتاجات التالية:

- قصور الإطار التشريعي التقليدي لتنظيم العمليات التعاقدية الالكترونية وتوفير حماية كافية للمستهلك الالكتروني، ومن تم ضرورة إيجاد قواعد مستحدثة تتوافق و متطلبات التعاقد الالكتروني لاسيما ما يخص تبادل التراضي ، الإثبات، وتنفيذ العقد.

- ضرورة التركيز على تصميم المواقع الالكترونية التي يتم التعاقد عبرها، و التي يجب أن تستجيب للجودة اللازمة لتقديم الخدمة كونها وسيلة التفاعل المباشر بين العميل و البنك، فتصميم الموقع هو مفتاح نجاح الخدمة الالكترونية فأى أخطاء أو عيوب قد تؤثر في العلاقة بين المستهلك و البنك، فيجب أن يستجيب الموقع لمتطلبات التدفق السريع للمعلومات و سهولة التفاعل....

تم التوصل إلى قناعة أن العمليات البنكية الالكترونية هي بوابة التجارة الالكترونية، وذلك يعني أن تطور التجارة الالكترونية من تطور العمليات البنكية الالكترونية وتخلفها من تخلق هذه الأخيرة.

ومن خلال دراستنا في هذا البحث لموضوع حماية المستهلك في إطار العمليات البنكية الالكترونية يمكن تقديم التوصيات التالية التي يمكن من خلالها أن تساهم في الدور الحمائي للمستهلك وان تعزز مكانته في مجال المعاملات الالكترونية البنكية وتتمثل أساسا فيما يلي:

وضع ترتيبات دقيقة من أجل التأكد من هوية الزبون البنكي وذلك في إطار سياسة جديدة لتسيير و إدارة مخاطر العمليات البنكية الالكترونية بما يتلاءم وظروف ووسائط التعاقد .

- ضرورة وضع نظام فعال لتسوية الخلافات الناتجة عن عملية التعاقد الالكتروني بين البنك و المستهلك.

- حرص هيئات الرقابة البنكية على ان تكون المواقع التي تستخدمها البنوك و المؤسسات المالية من اجل تقديم خدمات الكترونية لزيائنها سهلة الاستخدام وتتمتع بمميزات أمان تضمن حماية المعطيات الشخصية للمستهلك.

حق العدول كضمانة أساسية لحماية المستهلك فيالعقود الإلكترونية

بن محاد وردية⁽¹⁾

(1) أستاذة محاضر قسم "ب" كلية الحقوق والعلوم السياسية

جامعة بجاية، 06000، بجاية، الجزائر

البريد الإلكتروني: lahdiriouardia@yahoo.ca

الملخص :

يعد عدول المستهلك عن تنفيذ العقد الإلكتروني من أهم المسائل القانونية المعاصرة المطروحة في مجال الاستهلاك عبر شبكة الإنترنت، لأن السلع أو الخدمات تعرض على المستهلك بنوع من المبالغة و الدعاية، مما يؤثر سلبا على رضا المستهلك الإلكتروني، من أجل ذلك عملت مختلف التشريعات على تقرير هذا الحق وتنظيم ممارسته في التجارة الإلكترونية.

الكلمات المفتاحية:

المستهلك، حق العدول، العقد الإلكتروني، القانون الجزائري.

تاريخ إرسال المقال: 2021/07/10، تاريخ مراجعة المقال: 2021/12/18، تاريخ نشر المقال: 2021/12/31.

لتهميش المقال: بن محاد وردية، "حق العدول كضمانة أساسية لحماية المستهلك في العقود الإلكترونية"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد 12، العدد 03، 2021، ص ص. 607-623.

<https://www.asjp.cerist.dz/en/PresentationRevue/72>

المقال متوفر على الرابط التالي:

المؤلف المراسل: بن محاد وردية: ouerdia.benmohad@univ-bejaia.dz

المجلد 12، العدد 03 - 2021.

The Right of Withdrawal as a Fundamental Guarantee for the Protection of Consumers in Electronic Contracts

Summary:

The retraction of the consumer from the transaction by internet is one of the most important legal and contemporary issues raised in the consummation, because sales of services displayed are always characterized by over advertising which affects the consumer's satisfaction to choose the right product. In order, the protect consumer satisfaction worked on various legislation created legal guarantees for the exercise of this electronic reverse in e-commerce.

Keywords: The consumer. the right to reinstate. The électronic contract. And Algerian law.

Le droit de rétractation comme garantie fondamentale pour la protection des consommateurs dans les contrats électroniques

Résumé

La réticence du consommateur à mettre en œuvre le contrat électronique est l'un des problèmes juridiques contemporains les plus importants soulevés dans le domaine de la consommation via Internet, car les biens ou les services sont présentés au consommateur avec une sorte d'exagération et de propagande, ce qui affecte négativement la satisfaction du consommateur électronique, pour cette raison diverses législations ont travaillé à décider ce droit et la réglementation de son exercice dans le commerce électronique.

Mots clés :

Le consommateur, droit de rétractation, contrat électronique, loi algérienne.

مقدمة

شهد العالم تطورا مذهلا في التقنيات العلمية، وخاصة في مجال الاتصال الفوري الذي أضحى استخدامه يتزايد بشكل مطرد وكبير في انجاز المعاملات، وإبرام الصفقات، وانتشرت عملية ترويج وتبادل السلع والخدمات باستخدام وسائل اتصال حديثة عن بعد، لاسيما شبكة المعلومات العالمية (الانترنت) دون الحاجة إلى التنقل إلى أمكنة بعيدة.

وقد أدى هذا التطور المذهل في تكنولوجيا المعلومات وقطاع الاتصالات الذي يمر به العالم في الوقت الراهن، أثره البالغ والواضح على المبادئ الراسخة في الفكر القانوني، خاصة في مجال التجارة الإلكترونية، ويصاحب عرض السلع والخدمات عبر الإنترنت الكثير من المبالغة في الدعاية مما يجعل الأمر يشكل خطر كبير على توجه وإرادة المستهلك قد تضر بصالحه أثناء إبرامه لعقود الكترونية، الأصل فيها أن تطابق الإيجاب مع القبول يكفي بحد ذاته لإبرام العقد، فيصبح بذلك ملزما لطرفيه، تطبيقا لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين. فظهرت إشكالية حماية المستهلك أثناء تنفيذ العقد، وفرضت نفسها على المشرعين في معظم دول العالم، حيث كشفت عن قصور التشريعات القائمة عن بيان ماهية وكنه حق العدول ودفعت المشرعين إلى سد هذا الفراغ من أجل توفير الحماية في بيئة افتراضية .

أهداف الدراسة: تهدف هذه الدراسة إلى بيان خصوصية العلاقة التعاقدية في البيئة الرقمية في ظل اختلال التوازن العقدي بين طرف ضعيف ومهني يتمتع بمركز أقوى من حيث الخبرة والقوة الاقتصادية، دفع بعض التشريعات لحماية المستهلك في مثل هذه العقود، بمنحه الحق في الرجوع عن تنفيذه، والذي يعتبر مكنة و ضمانا هاما لكسب ثقة هذا الأخير في مجال عقود التجارة الإلكترونية. ولمعرفة هذه الضمانة القانونية بشكل أكثر تفصيلا وذلك في مبحثين أحدهما نخصه لماهية حق العدول عن العقد الإلكتروني وفي مبحث ثان خصصت للبحث في كيفية ممارسة حق العدول والآثار المترتبة عن ذلك.

المبحث الأول: ماهية حق العدول (الرجوع) عن العقد الإلكتروني وخصائصه

إن من بين البيانات الإلزامية التي يستلزم القانون إدراجها في العلاقة التعاقدية، حيث تلزم التشريعات المقارنة على المحترف تقديمها للمستهلك الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية، البيان الخاص بحق العدول عن العقد في مدة محددة لصالح المستهلك.

إن الاعتراف والإقرار بهذا الحق للمستهلك يعتبر خاصية يتميز بها العقد أو التعاقد الإلكتروني، حيث أوجبتها ضرورات التعامل الإلكتروني الذي يتم في بيئة لا مادية عن بعد¹، عبر بيانات رقمية من خلال شاشات

¹ أحمد بن محمد بن علي الفيومي، المقرئ المصباح المنير، مكتبة لبنان: لبنان 2006، ص 150.

الكمبيوتر لا غير، وما يشكل في حد ذاته خطراً كالغش في المنتج وعدم مطابقته للواقع والحقيقة، وغيره من الأخطار التي لا حصر لها.

فكان لزاماً توفير ضمانات قانونية لحماية المستهلك، فوجد المشرع الجزائري قد نص على هذا الحق في إطار ضيق، كالرجوع في الهبة غير أنه غير مستخدم كحماية للطرف الضعيف في التعاقد مثل بعض التشريعات كالتشريع الفرنسي، لهذا سنقوم بدراسته عن طريق توضيح المبدأ العام أو القوة الملزمة في العقد، والاستثناء (حق الرجوع) وإمكانية مقارنته ببعض الأنظمة المشابهة له حتى يتسنى لنا فهمه وتحديد كنهه.

المطلب الأول: مفهوم حق العدول عن التعاقد الإلكتروني وتحديد طبيعته

يعتبر الرجوع عن العقد أو العدول من بين أهم الوسائل القانونية في المرحلة اللاحقة للتعاقد، غالباً ما يندفع المستهلك إلى أبرام العقد في مناخ يدفع ويحرض المحترف المستهلك للشراء تحت تأثير وسائل الدعاية والإعلان والإشهار مع ما يتمتع به المحترف الطرف القوي وما يمتلكه من قدرات إقناعية تؤثر على إرادته وعدم وجود الوقت الكافي للتفكير في جميع ما يبرم، فنتج عن ذلك عدم التوازن العقدي لذا استدعت الضرورة توفير حماية خاصة في هذا الإطار عن طريق التخفيف من مبدأ القوة الملزمة للعقد التي تثقل كاهل المستهلك الطرف الضعيف، لذا خول القانون للمتعاقد الإلكتروني الحق في الرجوع أو العدول عن العقود المبرمة عن عجل ودون أن يصيبه ضرر. في ضوء ما سبق سأتناول في نقطتين أساسيتين تعريف الرجوع وفي فرع آخر الطبيعة القانونية.

الفرع الأول: تعريف الرجوع أو العدول عن التعاقد الإلكتروني

العدول لغة، مصدر للفعل اللزم(عدل)، فيقال عدل عدولاً، والفعل عدل فيقال عدل عن الطريق أي تركها مبتعداً عنها، وعدل عن رأيه يعني رجع عنه سواء بدل أم لا، وعليه فالعدول هو الرجوع وزناً ومعنى، مادياً أو معنوياً⁽¹⁾.

عرفه بعض الفقه² بأنه: "أمر عارض محقق الوقوع، يرد على العقد اللزم، فيفقد الزوم أثناء فترة العدول، يستطيع بموجبه كلا المتعاقدين أو أحدهما نقض العقد أو إجازته". وعرفه فريق آخر بأنه: "سلطة أحد المتعاقدين بالإنفراد بنقض العقد والتحلل منه دون توقف ذلك على إرادة الطرف الآخر"³.

² عبد الله عبد الله محمد العلفي، أحكام الخيار في القانون المدني اليمني (دراسة مقارنة بالقانون المدني المصري)، رسالة دكتوراه في القانون، كلية القانون، جامعة عين شمس، سنة 1988، ص 26.

³ إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المصادر الإرادية للالتزام، (العقد والإرادة المنفردة والتصرف القانوني)، مطبوعات جامعة الكويت، الكويت، ص 274.

عرف رأي في الفقه خيار العدول عن التعاقد بأنه: "إحدى الآليات الحديثة أقرها المشرع لغرض توفير الحماية اللازمة والفعالة للمستهلك في مرحلة تنفيذ العقد"⁴ أما في نطاق المشرع الفرنسي فقد ارتبط وجود حق العدول ببداية التشريعات التي كانت تهدف إلى حماية المستهلك فقد ذهب الفقيه الفرنسي (CORNU) إلى القول بأن: "العدول تعبير عن إرادة مخالفة يعدل من خلالها صاحب التصرف، أو التصريح المنفرد بالإرادة عن إرادته ويسحبها وكأنها لم تكن، وذلك بغية تجديدها من كل أثر ترتب"⁵. أما بالنسبة لموقف الفقه والتشريع المصريين، فقد ذهب رأي من الفقه إلى القول " بأنه قدرة المتعاقد بعد إبرام العقد على المفاضلة أو الاختيار بين إمضائه أو الرجوع فيه"⁶، أما قانون حماية المستهلك المصري فلم يقرر مثل هذا الخيار للمستهلك بل نص على حق المستهلك في استبدال السلعة أو استرجاع ثمنها إذا شابها عيب أو كانت غير مطابقة للمواصفات⁷ ولا يمثل ذلك حقا للعدول عن العقد على النحو المقرر في القانون الفرنسي وإنما هو تطبيق للقواعد العامة في إخلال البائع بالتزامه بضمان العيوب الخفية للمبيع⁸، أما التشريعات العربية الأخرى ومنها التشريع اللبناني والخاص بحماية المستهلك فقد تبين في الفصل العاشر من قانونه الخاص بذلك العقود المبرمة عن بعد وفي محل إقامته وقرر فيها خيار العدول في نص المادة 55 أنه: "يجوز للمستهلك الذي يتعاقد وفق أحكام هذا الفصل العدول عن قراره بشراء السلعة أو استئجارها والاستفادة من الخدمة...". وقد ذهب الرأي السائد في الفقه والتشريع العراقي أيضا أن القانون قد خلا من نص خاص في هذا الشأن. ولعل السبب في ذلك يرجع إلى طغيان القواعد العامة في القانون المدني فلا يجوز نقضه أو العدول عنه أو حتى تعديله بمحض إرادة أحد المتعاقدين⁹.

⁴ عمر محمد عبد الباقي، الحماية العقدية للمستهلك، (دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون)، الطبعة الثانية، منشأة المعارف، مصر، 2008، ص. 768.

⁵ CORNU(G) « La rétractation est une manifestation de volonté par la quelle l'auteur d'un acte ou d'une manifestation de volonté entend revenir sur sa volonté et la retirer comme si elle était non avenue afin de la priver , et de tout effet passé et à venir . », « Rapport sur la protection du consommateur et l'exécution du contrat en droit Français », In travaux l'association de Henri Capitant , Tome 24 , Dalloz, Paris 1975, p.726 .

⁶ عمر محمد عبد الباقي، المرجع السابق، ص 273.

⁷ المادة 8 من قانون حماية المستهلك المصري. تم الاطلاع عليه بتاريخ 9 أبريل 2021 على الساعة العاشرة ليلا على الموقع: <https://www.cpa.gov.eg>

⁸ عمر محمد عبد الباقي، مرجع سابق، ص 271. تم الاطلاع عليه بتاريخ 9 أبريل 2021 على الساعة العاشرة ليلا على الموقع: <https://www.cpa.gov.eg>

⁹ نصت الفقرة الأولى من المادة 447 من القانون المدني المصري على أنه: "يكون البائع ملزما بالضمان إذا لم تتوافر في المبيع عيب ينقص من قيمته أو نفعه".

الفرع الثاني: الطبيعة القانونية للعدول عن التعاقد

إذا كان العدول عن العقد تصرفاً قانونياً يقع بإرادة المستهلك المنفردة وهو بذلك تعبير عن قدرته على نقض العقد أو الاتفاق فهل يعتبر هذا الخيار حقاً؟ وإذا اعتبر كذلك فهل يعتبر حقاً شخصياً أم حقاً عينياً؟ وإذا تعذر وصفه بالحق فما هي إذن طبيعته القانونية إذن؟.

ثار جدل فقهي بخصوص تحديد الطبيعة القانونية لخيار العدول، فاتجه جانب من الفقه الغربي خاصة¹⁰ للقول بأنه لا يعد حقاً بمعناه الدقيق، لأن الحق في المعاملات المدنية إما أن يكون شخصياً أو حقاً عينياً فهذا العدول ليس حقاً شخصياً يتمثل في علاقة اقتضاء بين الدائن والمدين¹¹ وكذلك ليست لصاحبه سلطة على الشيء لأن العلاقة في الحق العيني هي تسلط أو سلطة صاحب الحق على الشيء محل الحق¹²، بينما وضع العدول عبر الانترنت مختلف فلا وجود لهذه العلاقة، فالمستهلك ينهي العقد بإرادته المنفردة دون الحاجة إلى تدخل المحترف المتعاقد الآخر وإن لم يكن حقاً فهو ليس برخصة¹³ وعلى حد تعبير أحدهم إنه يحتل مرتبة وسطى بين الحق بمعناه الدقيق والحرية فهو أعلى مرتبة من الأخيرة ولكنه لا يصل إلى حد التسلط، بل يعد مكنة قانونية وهو من أهم تطبيقاتها، وحق إرادي محض يختلف مضمونه عن مضمون الحقوق العادية لما يتميز به من أحداث أثر قانوني¹⁴ خاص بإرادة صاحبه المنفردة دون أن تتوقف على إرادة شخص آخر ولا يقابله واجب أو التزام على مستعمله.

¹⁰AULOY Jean Calais, les ventes agressives. Dalloz, Paris 1998.p37.1 « Si le contrat est propose par le démarchage ou le téléachat le consommateur est victime de méthodes dites agressives .Rétracter. Désister. Repentir est une faculté accordée seule à la partie faible servant a corriger les abus liés a une inégalité croissante entre les parties ».

¹¹COUTURIER Gérard « L'ordre public de production, heurs et malheurs d'une vieille notion neuve » études offerts a J. Flour, 1979, publié par le Répertoire du notariat Defrénois. p 9.

¹²GHESTIN Jacques « l'insertions d'un délai de rétractation ou de repentir, il faut se dégager de la conception exagérément volontariste puis résulte du dogme de l'autonomie de la volonté si l'on écarte l'espèce de lien mystique qui résulterait de l'ordre des volontés il y'a plus grande différence entre le délai de réflexion et le délai de rétraction dans les deux ».

MALAURIE Philippe et AGNES Laurent, les obligations droit civil, 3 édition Défrénois, -13¹³ Paris 2007, p 376.

¹⁴VILLEY Michel, Leçon l'histoire de la philosophie du droit, paris Dalloz 1957, Annal de la faculté de droit et de sciences politiques de Strasbourg, Iv paris, Dalloz, p 334. « la rétractation est un poclé unilatéral c'est l'expression d'une volonté elle présente commun phénomène individuel – Solange MIRABALL, préfère de jean Marly, la rétractation en droit français, LDGj, 1997, p3. voir Aussi Association Henri Capitant 2^{ème} édition , p4F, 1990. cas, il s'agit de rendre la volonté impuissant à faire un engagement obligatoire définition avant l'expiration de ce délai... » t ghestin op-cit traite de droit civil, la formation du contat, p 153

نص المادة L221-1 من قانون العمل الفرنسي المعدلة بالقانون رقم 596-2008 المؤرخ في 2008/25 ورد فيها ما يلي: « Le contrat de travail à durée indéterminée peut être a l'initiative de l'employeur ou du salarié dans les conditions prévues par les dispositions du présent livre ».

المطلب الثاني: الأساس الفقهي والقانوني لحق العدول عن العقد

اختلف الفقهاء في تحديد الأساس الذي يقوم عليه حق الرجوع أو العدول عن تنفيذ العقد الإلكتروني، حيث أسسه البعض على أنظمة فقهية اشتهر بها الفقه الإسلامي، فيما أسسه البعض الآخر على أنظمة كرسنها القوانين الوضعية.

الفرع الأول: في الفقه الإسلامي

جاءت أحكام الشريعة الإسلامية بمعالجة راقية لرضاء المتعاقد وضمان إرادة مستتيرة من خلال نظريات الخيارات التي اشتهر بها الفقه الإسلامي التي بموجبها يمكن للمتعاقد حق فسخ العقد خلافا لمبدأ القوة الملزمة للعقد، ومن الخيارات المقررة في هذا الشأن خيار العيب خيار الرؤية وخيار لمجلس أولاً: خيار العيب: يعرف العيب بأنه: "كل ما تنقص من قيمة الشيء أو ثمنه عند أرباب الخبرة والتجار أو ما يفوق به غرض صحيح"¹⁵ وقد أخذ به المشرع الأردني في المادة 193 من القانون المدني الأردني: "يثبت حق فسخ العقد بخيار العيب في العقود التي تحتل الفسخ دون اشتراطه في العقد"¹⁶.

تجدر الإشارة أن منح العاقد خيار الرجوع بسبب العيب يرجع إلى أن الرضا هو قوام التعاقد، فإذا اشترى شخص شيء ما ثم تبين له بعد ذلك أن به عيباً من العيوب لما أقدم على إبرامه¹⁷ فمشروعية خيار العيب تكمن فيما ورد عن النبي ﷺ أنه قال: "من اشترى شاة محفلة فوجدها مصراً فهو يخير الناظرين ثلاثة أيام، فهو بأحد الناظرين إلى ثلاثة إن شاء أمسك وإن شاء رد ورد معها صاعاً من التمر"¹⁸. لذا نجد أن خيار العيب يتفق مع حق الرجوع (العدول) في أن خيار العيب من الخيارات الشرعية الثابتة بحكم الشرع دون حاجة إلى اشتراطها في العقد¹⁹. كما أن حق الرجوع (العدول) مقرر بنص تشريعي دون حاجة لاتفاق الأطراف على ذلك. أن خيار العيب في العقد يثبت للمشتري²⁰ المتضرر من العيب دون البائع وكذلك الحال بالنسبة للمستهلك في العقد الإلكتروني، غير أنهما يختلفان من حيث المدة فخيار العيب ليس له زمن معين يثبت بمجرد ظهور العيب، بينما حق الرجوع يمارس خلال مدة معينة، كما أن خيار العيب يفترض وجود عيب في الشيء المعقود عليه كون السلامة مشروطة في العقد، بينما حق الرجوع يكون متاحاً للمستهلك.

¹⁵ أبو الخير عبد الونيس الخويلدي، حق المشتري في فسخ العقد المبرم بوسائل الاتصال الحديثة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2006، ص، 112.

¹⁶ عبد القادر الفار، مصادر الحق الشخصي في القانون المدني، دار الثقافة، عمان، 2005، ص 116.

¹⁷ عبد القادر الفار، المرجع نفسه، ص 118.

¹⁸ مسلم بن الحجاج، صحيح مسلم، رقم الحديث: 1524.

¹⁹ رمضان علي السيد الشرنباصي، حماية المستهلك في الفقه الإسلامي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2004، ص 228.

²⁰ المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

ثانيا خيار الرؤية: ويقصد به الحق الذي يثبت للمشتري دون البائع في حالة شراء شيء دون أن يراه، وهو ثابت للمشتري بحكم الشرع²¹ دون حاجة إلى إدراجه في شرط ودليل مشروعيته ما ورد عن الرسول صلى الله عليه وسلم في قوله: "من اشترى ما لم يره فله الخيار رآه" وهذا ما أخذ به المشرع الأردني في نص المادة 184 من القانون المدني "يثبت خيار الرؤية في العقود التي تحتمل الفسخ لمن صدر له التصرف ولم يشترطه، إذا لم يرد المعقود عليه وكان معينا بالتعين"²². وعليه فإن خيار الرؤية يكون في العقود التي تحتمل الفسخ كعقد البيع إذا كان معينا بالذات المبيع وإجازة الأعيان والصلح على مال، ولا يثبت في العقود التي لا تحتمل الفسخ المهر وبديل الخلع²³ وغيرها. وهو ما دفع بعض التشريعات إلى تقرير حق العدول لصالح المتعاقد الضعيف في التعاقد عن بعد لوجود أوجه اتفاق بينهما منها: - أن كل من حق العدول وخيار الرؤية يتم تقريرهما شرعا بحيث هذا الأخير لا يجوز التنازل عنه لأنه ثابت بحكم الشرع، وكذلك الحال بالنسبة لحق العدول الذي لا يجوز التنازل عنه لارتباطه بالنظام العام. - يمنح حق العدول للمستهلك الذي لم يتمكن من رؤية المبيع خلال التعاقد بينما خيار الرؤية صاحب الحق هو المشتري²⁴ كما توجد عدة أوجه اختلاف بينهما كما يلي: - إن حق الرجوع يثبت للمستهلك بعد فوات مدة معينة سواء رأى المبيع أم لم يراه على خلاف خيار الرؤية فإذا استحال الرؤية على المشتري وقت التعاقد فله عندئذ ممارسة حقه في الرؤية أو المضي في العقد، خيار الرؤية لا يجيز للمشتري استبدال السلعة بينما يمنح للطرف الضعيف في حق العدول استبدال المبيع أو السلعة . يمكن القول إن الغاية من تقرير خيار الرؤية يتفقان في نقاط ويختلفان في أخرى جعلت منهما نظامين مستقلين عن بعضهما البعض.

ثالثا: خيار المجلس: يثبت خيار المجلس بعد تمام العقد دون حاجة إلى شرط الخيار لثبوته بالنص لا بالاجتهاد فهو من مقتضى العقد، بحيث لو اشترط العاقد عدم الخيار يبطل البيع لكونه شرط يقضي العقد عدمه، يشترك خيار المجلس مع حق العدول عن التعاقد من عدة جوانب أهمها: - أن خيار المجلس مصدره السنة النبوية الشريفة فهو ثابت بالنص وحق العدول يثبت بنص تشريعي.

- إن خيار المجلس ثابت بحكم الشرع الأمر الذي يجب معه عدم الاتفاق على استبعاده ويتفق مع حق العدول الذي يرتبط بالنظام العام فكل اتفاق على خلافه يقع باطلا. غير أنهما يختلفان كلياً في بعض الأوجه منها: - يمنح خيار المجلس للمتعاقدين خلال فترة إبرام العقد، أما حق العدول عن تنفيذ العقد الإلكتروني فيمنح للمستهلك وحده في مرحلة تنفيذ العقد.

²¹ المرجع نفسه، ص 229.

²² عبد القادر الفار، مرجع سابق، ص ص 111-112.

²³ المرجع نفسه، ص 112. و الشرنباصي رمضان علي السيد، مرجع سابق، ص 243.

²⁴ نصار محمد، نظرية العقود في القانون المدني الجزائري وفي الفقه الإسلامي (دراسة مقارنة)، 1988.

الفرع الثاني: في القانون الوضعي:

يرجع مصدر الحق في العدول إما لاتفاق الأطراف المتعاقدة أو لنصوص القانون لذا ذهب الفقه إلى التمييز بين نوعين من العدول، الاتفاقي والعدول التشريعي، بالنسبة للعدول الاتفاقي وبما أن العدول هو استثناء من قاعدة القوة الملزمة للعقد، فيمكن للمتعاقدين مخالفة القاعدة بالاتفاق على منح حق العدول لكليهما أو لأحدهما بالإرادة المنفردة دون تدخل إرادة الآخر، حينئذ يصبح العقد غير لازم وقابلا للرجوع عنوهذا ما يسمى خيار العدول الاتفاقي. واتفاق الأطراف المتعاقدة هو أساس حق العدول بناء على مبدأ سلطان الإرادة شريطة أن يكون مقيدا بمدة معين يطبق خلالها حق العدول وبانتهائها يصير العقد نهائيا لا رجوع فيه.

أما العدول القانوني الحاصل بموجب نص قانوني فقد كان محل خلاف فقهي، فانقسمت الآراء بشأنه إلى عدة أقوال منها، فكرة التكوين المتدرج للعقد، أي عقد الذي يتضمن خيار العدول القانوني فإنه ينعقد بصفة نهائية وأن المهلة القانونية الممنوحة للمستهلك ما هي إلا فترة تفكير وانتظار ومنح الفرصة للمستهلك لدراسة مدى ملائمة المبيع لحاجته يكون فيها رضاه قد استوى، ويبرر هؤلاء أنه لا يوجد تناقض مع مبدأ القوة الملزمة للعقد مادام العدول يحدث في وقت العقد قد انعقد كما يثور الشك حول رضا المستهلك في البداية لاندفاعه في قبول العرض أو الإيجاب المعروض حينئذ وهو يتفق مع منطق فكرة التروي أي المدة القانونية والغاية منها. في حين يرى جانب آخر إن العدول الممنوح للمستهلك لا يؤثر في التعاقد لأن العقد يكتمل بتوافر أركانه وشروطه وعلى المستهلك إلا الخيار في العدول عن العقد قد أصبح تاما غير أنه يستطيع بإرادته العدول عنه لحكمة أراها المشرع وهي حماية المستهلك من الاندفاع والتسرع في التعاقد.

كما حاول البعض من الفقه، ولعدم تمكن هؤلاء من إيجاد أساس قانوني لحق المستهلك في العدول البحث في فكرة الشرط.

التعليق على شرط (شرط التجربة وشرط العربون) يعد الشرط أمر مستقبلي غير محقق الوقوع يتعلق به نشوء الالتزام أو زواله، وقد يكون الشرط واقفا يعلق عليه نشوء الالتزام أي تتوقف آثار هذا الأخير حتى يتحقق الشرط أو فاسخا يعلق عليه زوال الالتزام، فتزول آثاره المترتبة قبل تحقق الشرط، نظرا للتشابه الموجود بين أحكام العدول عن التعاقد وأحكام الشرط الواقف، بينما ذهب اتجاه من الفقه إلى اعتبار فكرة الشرط أساسا قانونيا لحق العدول عن تنفيذ العقد الإلكتروني إلا أنهم انقسموا في تحديد طبيعة الشرط. ومهما يكن من أمر تبقى هذه الآراء والمواقف قابلة للنقد ويبقى القانون هو المرجع الأساسي في حالة ما اعترى العقد نقص في حالة إغفال المتعاقدين بعض تفاصيل العقد كما يكون للعرف أهمية للرجوع إليه في حالة تحديد الالتزامات والحقوق التي لم يأت فيها اتفاق صريح. وكذا قواعد ومبادئ العدالة قصد توكي المساواة في التعاقد.

المبحث الثاني: الضوابط القانونية لحق العدول

يعتبر حق المستهلك في العدول من العقد، من الدعائم الأساسية القائم عليها التنظيم القانوني لحماية المستهلك بصفة عامة، خاصة في عقود التجارة الإلكترونية، رغبة من المشرع في إقامة وحماية التوازن العقدي نظرا لظروف إبرام مثل هذه العقود في بيئة افتراضية لامادية، تتعدم فيها القدرة على رؤية محل العقد بصفة حقيقية، وإمكانية مناقشة شروط العقد. فالمستهلك يستعمل هذه المكنة بإرادة منفردة²⁵ دون اللجوء إلى القضاء ودون تدخل من المحترف المتعاقد معه حتى ولو لم يخل هذا الأخير بالتزاماته. وهو يندرج ضمن الخيارات المؤقتة التي تزول باستعماله أو بمرور المدة المحددة لإعماله وقد ارتبط وجوده بأحكام النظام العام، بحيث لا يجوز التنازل عنه فيقع باطلا كل شرط يقضي بخلاف ذلك. من خلال هذه المعطيات المبررة، سعت بعض التشريعات إلى تنظيمه بغية حماية المستهلك وعقود التجارة الإلكترونية، سنحاول دراسته من عدة نقاط أهمها:

المطلب الأول: تحديد المدة القانونية لتطبيق حق العدول

عند منح المشرع للمستهلك إمكانية العدول عن العقد بعد إبرامه وإعادة السلعة دون إلزامه بأداء تعويض معين للمكنة الممنوحة له، فمن الواجب تحديد مدة زمنية بمرورها يسقط حقه في العدول لاستقرار التعامل، فليس من العدل بقاء المركز القانوني للمحترف معلقا مدة طويلة يفاجأ من خلالها بإنهاء عقد مضى وقت طويل على إبرامه وإن اختلفت القوانين في تحديد مدة العدول، فقد ذهب المشرع الجزائري في المادة 19 من قانون حماية المستهلك وقمع الغش المعدل والمتمم إلى أن: "تحدد شروط وكيفية ممارسة حق العدول وكذا آجال وقائمة المنتجات المعنية، عن طريق التنظيم" يتضح من هذا النص أن المشرع قد أحال تقدير المدة التي يتعين من خلالها ممارسة هذا الحق للتنظيم، وفي انتظار صدور النصوص التنظيمية ولكن بالرجوع للقانون رقم 05/18 المتعلق بالتجارة الإلكترونية وتحديدا في نص المادة 2/23 والتي تنص على أن: "يجب على المستهلك الإلكتروني إعادة إرسال السلعة في غلافها الأصلي خلال مدة أقصاها أربعة 04 أيام عمل ابتداء من تاريخ التسليم الفعلي للمنتج، مع الإشارة إلى سبب الرفض..." "باستثناء هذه المادة نجد أن المشرع قد منح للمستهلك الإلكتروني حق الرجوع في مدة قدرها بأربعة أيام عمل لرد السلعة مع اشتراط ذكر السبب مع الإشارة انه في تعريفه لحق العدول في الفقرة الثالثة من المادة 19 أجاز للمستهلك دون حاجة إلى تسبب ممارسته لهذا الحق، هنا يثور التساؤل فيما إذا كان المشرع قد ميز بين المستهلك العادي والمستهلك الإلكتروني بحيث اعتبر هذا الأخير لا تسري عليه أحكام العدول كضمانة للحماية المقررة لمصلحة المستهلك العادي؟ نلاحظ أن المشرع

²⁵ موفق حماد عبد، الحماية المدنية للمستهلك في التجارة الإلكترونية (دراسة مقارنة)، منشورات زين الحقوقية، بيروت، ص 224.

الفرنسي اهتم بحق المستهلك في العدول بطريقة واضحة وشاملة²⁶ لكن يؤخذ عليه انه حدد مدة العدول بسبعة أيام، على الرغم انه مدد الفترة في حالة عدم قيام المزود بتبصير المستهلك بأحد المعلومات الواردة في المادة 19/121 إلى تحديد ثلاثة أشهر من تاريخ بدء التنفيذ تطبيقاً لنص المادة 9 الخاصة بالتعليم بالمراسلة، أما المادة 6/121 من تقنين الاستهلاك الفرنسي لسنة 1993 فقد حددته ب سبعة أيام كاملة كما ذهبت تشريعات أخرى إلى جعلها 10 أيام في حين حددته أخرى ب 14 يوماً وأخرى ب 15 كما هو الشأن في قانون التجارة الالكترونية المصري.

إن التوجهات الأوروبية وفيما يخص بدء سريان مهلة العدول، ففرقت بين السلع والخدمات، حينئذ تبدأ المدة من يوم استلام السلع من قبل المستهلك لها، وفيما يتعلق بالخدمات فتبدأ المهلة من لحظة إبرام العقد²⁷. وتكون المهلة أسبوعاً في كلا الحالتين شريطة تأكيد المورد وفائه بالالتزام بالإعلام، وفي حالة العكس إلا بعد إبرام العقد، فإن حساب المهلة يبدأ من ذلك الحين بشرط عدم تجاوز ثلاثة أشهر من تاريخ التسليم أو إبرام العقد، وتختلف القوانين في حساب المدة، فمنها ما يدرج أيام العمل وأخرى لا تقيد بها بل تشمل أيام العمل وأيام العطل وهذا ما نصت عليه المادة 121-20 من التقنين الاستهلاكي الفرنسي.

تجدر الإشارة أن التوجه الأوروبي كان أكثر منطقية فيما يخص حماية المستهلك، لأن التشريع الفرنسي لم يسمح بالاستفادة الكاملة للمدة المحددة، وحاول تدارك ذلك فأضاف في الفقرة الأخيرة من المادة السالفة الذكر على أنه إذا صادف اليوم الأخير من الأيام السبعة يوم سبت أو يوم أحد أو يوم عيد أو عطلة، فإن هذه المدة تمتد إلى يوم عمل تال.

الفرع الأول: كيفية ممارسة حق الرجوع

أورد المشرع الفرنسي النص على طريقة ممارسة حق الرجوع في المادة 2-20-121 وكذلك فعل المشرع التونسي في الفصل 30 من قانون التجارة الالكترونية على ذلك مبرزاً الحالات والأجل حيث يستطيع ممارسته في كل العقود (البيع الإلكتروني باستثناء البعض منها لموجب النص عليها في القانون وعليه يمكن معالجة ذلك في نقطتين أساسيين).

²⁶Art. L : 121-20 du code de la consommation notifié par la loi n° 2005-841 du 26 juillet 2005 art 3 JORF 27 3 « le consommateur dispose d'un délai de sept jour pour exercer son droit rétractation sans avoir à justifier de motifs ni à payer de pénalités, à l'exception, le cas échéant, des frais de retour, le délai mentionné à l'alinéa précédent court à compter de la réception pour les biens ou l'acceptation délai l'offre pour les prestations de services lorsque les informations prévues à l'article L 121-19n'ont pas été fournies le délai d'exercice du droit de rétractation est porté ... à compter de réception des bien de l'acceptation de l'offre.

²⁷المادة 2/23 من القانون رقم 05/18 المؤرخ في 10 ماي سنة 2018، يتعلق بالتجارة الالكترونية، ج ر ج ج، العدد 28، الصادر في 2018.

باستقراء بعض النصوص القانونية المقارنة السابقة (الفرنسي والتونسي) يتجلى لنا أن لم تبين الوسائل المستخدمة في حق الرجوع، حيث أنه بالرجوع إلى الفصل 4/30 من القانون التونسي الذي بين أنه يتم الإعلام بالعدول يجمع الوسائل المنصوص عليها قانون في العقد وبأي طريقة تلاءم تناسب المستهلك كإعلام المحترف برجوعه عن العقد كتابيا أي الكتابة التقليدية على الورق أو الالكترونية عن طريق وسائل الاتصال الحديثة وهذا بالنظر إلى مبدأ الحرية في استعمال تلك الوسائل، وإن يعلن رغبته في الرجوع صراحة في كل الحالات إلا ما استثنى بنص.

الفرع الثاني: الاستثناءات الواردة على هذا الحق

قيدت بعض التشريعات التي أقرت حق المستهلك في العدول عن العقد بعدة قيود تحفظ للعقد توازنه واستقرار التعامل به والذي اختلف بسبب الظروف والاعتبارات. وبناء على ذلك سنتناول في هذا الجزء أهم القيود التشريعية التي ترد على حق ممارسة المستهلك لحقه في العدول وذلك في نقطتين أولاهم، القيود المتعلقة بالمستفيد من حق العدول (المستهلك) وفي نقطة ثانية القيود المتعلقة ببعض العقود المستثناة من منح المستهلك حق العدول عنها وذلك كما يلي:

أولاً: القيود المتعلقة بالمستهلك

تجدر الإشارة انه حتى تتمكن من تطبيق حق العدول يجب ان يكون احد طرفي العقد مستهلكا ،حتى يمكننا تطبيق قواعد الحماية المقررة له بوصفه طرفا ضعيفا في مواجهة طرق محترف قوي وبالتالي تخرج من دائرة هذه الحماية العقود التي يكون كلا طرفيها من المحترفين. فنجد على سبيل المثال في التشريع اللبناني إذ وفق إلى حد بعيد في حصر ممارسة هذا العدول بالمستهلك الذي تم تعريفه بأنه الشخص الذي يشتري سلعة أو يستأجرها أو يسعى إلى خدمة أو يستعملها أو يستفيد منها، كما ورد أيضا في المادة 55 من قانون حماية المستهلك اللبناني أنه "يجوز للمستهلك الذي يتعاقد وفقا لأحكام هذا الفصل، العدول عن قراره بشراء سلعة أو استئجارها أو الاستفادة من الخدمة... " وفي نفس السياق، نصت المادة 30 من تشريع المبادلات والتجارة الالكترونية التونسي على أنه: "...يمكن للمستهلك العدول عن الشراء". وكذلك الحال بالنسبة للتوجيه الأوروبي رقم (EC/7/97) فيما يخص حماية المستهلك في العقود المبرمة عن بعد وهنا تظهر التسمية واضحة في التمييز بين الطرف الضعيف الجدير بالحماية بصفته طرفا ضعيفا.

ثانياً: القيود المتعلقة باستثناء بعض العقود

استثنت تشريعات حماية المستهلك المقارنة في عقود التجارة الالكترونية حالات تطبيق حق العدول فيها عن العقد بعد إبرامه حفاظا دائما على التوازن العقدي وعدم الإضرار بالمحترف المتعاقد معه والتي يمكن إجمالها كالآتي

- بالرجوع إلى القانون المقارن نجد المشرع الفرنسي نص في المادة 2-20-121 من قانون حماية المستهلك على الاستثناءات المتعلقة بحق الرجوع في بعض العقود كما يلي:
- 1- الأموال التي أعدت وفقا لخصوصيات إرادة المستهلك.
 - 2- الأموال التي تكون ثمنها مرتببا لتعليمات سعر السوق كالقهوة والسكر والمواد المشابهة لها.
 - 3- الأموال السريعة التلف كاللحم والحليب.
 - 4- التسجيلات السمعية البصرية وبرامج الإعلام الآلي عندما تنتج من قبل المشتري.
 - الجرائد والدوريات والمجلات والكتلوجات وما يشابهها والأموال ذات الاستهلاك الواسع والتي تتم في محل كالمشروبات وغيرها.
 - 5- الخدمات المتصلة بالرهان والقمار.
 - 6- كما نجد أن الفصل 3 ما قانون التجارة الالكترونية التونسي ينص على ما يلي "مع مراعاة أحكام الفصل (30) من هذا القانون وباستثناء حالات العيوب الظاهرة أو الخفية لا يمكن للمستهلك العدول عن شراء في الحالات التالية.
 - 7- عندما يطلب المستهلك توفير الخدمة قبل انتهاء أجل والعدول عن الشراء وتوفير للبائع ذلك.
 - 8- إذا تم تزويد المستهلك بمنتجات حسب خاصيات شخصية، أو تزويده بمنتجات لا يمكن إعادة إرسالها، أو يكون قابلة للتلف أو الفساد لانتهاء مدة صلاحيتها.
 - 9- عند قيام المستهلك بنزع الأختام عن التسجيلات السمعية أو البصرية أو البرمجيات والمعطيات الإعلامية المسلمة أو نقلها أليا.
 - 10- شراء الصحف والمجلات.

المبحث الثالث: الآثار المترتبة عن حق العدول

إذا استهل المستهلك حق في الرجوع عن العقد فإن جملة من الآثار تترتب عن ذلك في العلاقة بين الطرفين (المستهلك، المحترف) وعلى ضوء ما تقدم سنتناول أهمها التي تترتب على إعمال المستهلك لحقه في العدول عن العقد في ضوء أحكام التشريعات التي أخذت وأقرت هذا المبدأ من خلال نقطتين:

المطلب الأول: آثار العدول بالنسبة للمستهلك

أدرجت بعض التشريعات جملة من الآثار تخص المستهلك من بينها رد البضاعة إلى المحترف بالإضافة إلى دفع مصاريف الرد أو التنازل عن الخدمة.

الفرع الأول: رد المنتج أو البضاعة

إن أول أثر تترتب عن استعمال حق الرجوع من التعاقد قيام المستهلك بوجوب رد المنتج إلى المحترف المسلم من قبله في خلال 4 أيام تسري ابتداء من يوم استلام المنتج كما تمنع على رد أي مبلغ أو تعويض ما

عدا مصاريف إرجاع المنتج، وفي حالة إتلافه سبب المستهلك فإنه تطبق القواعد العامة في المسؤولية التقصيرية.

بالرجوع لنص المادة 2/23 من القانون رقم 05/18 المتعلق بالتجارة الالكترونية، نجد أن المشرع الجزائري قد ألزم المستهلك الالكتروني بتسبب الرفض عند إعادة السلعة عكس القانون 03/09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش في مادته 19 على أن حق العدول هو حق المستهلك في التراجع دون وجه السبب²⁸، لذلك يطرح التساؤل من جدوى التناقض الواضح في النصوص القانونية فالأولى بالتطبيق هو القانون رقم 05/18 وتحديدا المادة 2/23 منه طالما أننا في إطار التعاقد في بيئة رقمية بالإضافة إلى غياب المراسيم التنظيمية لكلا القانونين .

وتجدر الإشارة أنه إذا انقضت مهلة العدول دون تمسك المستهلك بحقه في العدول عن العقد فان صفة اللزوم تلحق بالعقد ويصبح باتا وليس له الحق في ممارسته مرة أخرى.

بالنسبة للتشريعات التي نصت في قوانينها على هذا المبدأ وجعلت أحكامه تتعلق بالنظام العام، وبالتالي لا يجوز الاتفاق على مخالفتها وإلا عد باطلا، قد كفلت تحقيق حماية فعالة وحقيقية للمستهلك، وخففت أيضا من إمكانية إدراج شروطا تعسفية في العقود المبرمة مع محترفين قد يستبعدونها في تطبيق هذه الأحكام المقررة لحماية المستهلك.

الفرع الثاني: التزام المستهلك بدفع مصاريف رد السلعة

عندما يستعمل المستهلك حقه في العدول عن العقد الذي أبرمه، لا يتحمل مقابل عدوله أي تعويض أو مصاريف، ماعدا المصاريف التي تبدو نتيجة طبيعية ومباشرة لاستعمال خيار العدول وهي بعض المبالغ المنفقة قصد إرجاع السلعة إلى المحترف وإيصالها إلى مكانه وكذلك مصاريف الشحن والنقل والتأمين...، إذا تعاقد المستهلك مع محترف أجنبي عبر الانترنت فإن هذه المصاريف تكون شديدة الوطأة، وفي هذا الشأن اتخذت التشريعات موقفا موحدا بخصوص هذا الالتزام، حيث تضمن التوجه الأوروبي رقم (EC/7/97) وقانون الاستهلاك الفرنسي وقانون الاستهلاك اللبناني والتونسي أحكاما متشابهة، تقضي بان المستهلك لا يتحمل أي مبلغ مقابل ممارسته حقه في العدول إلا مصاريف إعادة السلعة إلى مصدرها قبل التعاقد، وهذا ما دفع بعضهم إلى القول: "إن خيار العدول إضافة لكونه حقا تقديريا للمستهلك فهو حق مجاني"، وهذا الأثر ورد في الواقع حماية للمستهلك خوفا من تحميله مصاريف إضافية سيؤدي حتما.

²⁸ القانون رقم 03/09 المؤرخ في 25 فبراير سنة 2009، يتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، ج ر ج ج، العدد 15، الصادر في 2009 المعدل والمتمم بالقانون رقم 09/18، المؤرخ في 10 يونيو سنة 2018، ج ر ج ج عدد 35 الصادر في 13 جوان 2018 .

المطلب الثاني: آثار العدول بالنسبة للمحترف

عند إعمال المستهلك لحقه في العدول، خلال المهلة القانونية المحددة أقصاها بأربعة أيام طبقا للفقرة الثانية من المادة 2/23 من القانون رقم 05/18 تترتب بعض الآثار بالنسبة للمورد تتمثل في التزامه برد الثمن إلى المستهلك الذي دفعه مقابل حصوله على السلعة، كما أقرت بعض التشريعات بأن رجوع الأخير عن التعاقد ينتج عنه فسخ أي عقد آخر ارتبط بالعقد الأصلي الذي تم الرجوع عنه.

الفرع الأول: رد الثمن إلى المستهلك

ألزم المشرع الجزائري المورد بجملة من الالتزامات، كضمانة لحياته عند ممارسته لحقه في العدول تمثلت أساسا في تسليم موافق للطلبية، إصلاح المنتج المعيب، أو استبداله بآخر مماثل من قبل المورد، ومن جهة أخرى منح للمستهلك الإلكتروني الحق في إلغاء الطلبية مع إلزام المورد بإرجاع المبالغ المدفوعة مع تعويض المستهلك الإلكتروني في حالة وقوع الضرر إلزام المورد بإرجاع المبالغ المدفوعة مع تعويضه، كما منح المشرع المورد مهلة (15) خمسة عشر يوما من تاريخ استلامها لمنتج لإرجاع المبالغ المدفوعة للمستهلك دون أن يولم ملزما بتسديد أي نفقات إضافية خلال المدة المحددة قانونا. هذا من جهة التشريع الوطني، أما فيما يخص القوانين الأجنبية فنجد أن المادة السادسة الفقرة الثانية من التوجيه الأوروبي رقم (EC/7/97) بأن المستهلك عندما يمارس خياره في العدول، فإن المورد يكون ملزما برد ما دفعه المستهلك دون أي مقابل، على أن يتم ذلك بأسرع وقت ممكن وبشرط أن لا يتجاوز في كل الأحوال ثلاثين يوما التالية لتاريخ استعمال المستهلك خياره".

القاعدة العامة في هذا الصدد، أنه إذا استعمل المستهلك حقه في الرجوع يلتزم البائع الإلكتروني أو المتعاقد الآخر برد الثمن الذي تم قبضه في أجل أقصاه 30 يوما تحسب كقاعدة عامة من يوم تبليغه بالجرم وفي حالة تعديه أي تجاوزا لمدة المقررة تتح على المتعاقد المخل بذلك دفع زيادة في المبلغ تطبيق لأحكام المادة 121-201 في قانون المستهلك الفرنسي.

في حين نجد أن القانون التونسي للتجارة الإلكترونية قد ألزم البائع الإلكتروني أو المتعاقد برد الثمن أو المبلغ المدفوع خلال 10 أيام ابتداء من تاريخ الرجوع كما يتحمل المستهلك مصاريف الإرجاع، ولم يبين المشرع التونسي حالة تأخر البائع عن رد الثمن تاركا ذلك إلى القواعد العامة ويكون هذا الرد بكافة وسائل الدفع المتداولة شيك أو حوالة أو نقدا، أو غيرها. كما أجاز المشرع الفرنسي في المادة 31 من القانون رقم 2008 المؤرخ 2008/1/03 في أن يكون رد الثمن حسب الاتفاق الحاصل بين الطرفين أو بشكل آخر.

الفرع الثاني: زوال العقد

يترتب على استعمال حق الرجوع عن العقد في البيع الإلكتروني زوال العلاقة التعاقدية بين الطرفين بإرادة المستهلك، عندئذ يعود الأطراف إلى حالة التي كان عليها قبل التعاقد، حيث يلزم المحترف بإرجاع الثمن والمستهلك إرجاع المنتج، وفي حالة تلف أو هلاك تطبق القواعد العامة²⁹30) فالمستهلك حوّل القانون بصريح النص بإمكانية إبقاء العقد أو إزالته خلال الأجل المحدد والممنوح له لحمايته تكون الضعيف الطرف

خاتمة

إن البحث في القواعد القانونية التي تؤدي إلى توفير حماية للمستهلك عن إبرامه عقود الاستهلاك عبر الانترنت في التشريعات المقارنة أثبت وجود تفاوت كبير في المبادئ القانونية بين المحترف والمستهلك، الأمر الذي يستوجب إحاطة المستهلك المتعاقد الضعيف في علاقته بالمحترف الطرف القوي في العلاقة التعاقدية، عن طريق توفير الحد الأدنى من الحماية عن طريق رجوعه عن العقد بعد إبرامه نتيجة تسرعه في ذلك وهو ما نصت عليه العديد من التشريعات حماية للمستهلكين ومن بين النتائج المتحصّل عليها ما يلي:

1- إن العدول عن العقد من الآليات المستحدثة التي أقرها المشرع الجزائري في القانون رقم 05/18 المتعلق بالتجارة الإلكترونية، وذلك بغية إعادة التوازن المفقود في العلاقة التعاقدية في مجال التجارة الإلكترونية و يؤخذ على المشرع الجزائري انه اشترط في هذا القانون ضرورة التسبب في حالة الرجوع عن إبرام العقد في حين ورد النص في القانون الأول عاما ومجيزا لحق العدول لمصلحة المستهلك العادي وهذا يدل على الخلط والتناقض الذي وقع فيه المشرع ومن ثمة قد يؤدي إلى تعقيد العملية وسوء تطبيقها.

لوحظ ان قانون حماية المستهلك وقمع الغش المعدل والمتمم في سنة 2018 وهي نفس السنة التي صدر فيها قانون التجارة الإلكترونية لحماية المستهلك الإلكتروني يحيل إلى النصوص التنظيمية فيما يتعلق بكيفية ممارسة حق العدول، غير انه ولحد الآن لم تصدر هذه النصوص حتى يتسنى للقائمين على ذلك معرفة كيفية الرجوع وكيفية الاسترداد المنتج ومدة ممارسته.

2- إن العدول عن العقد ليس حقا شخصيا أو عينيا وإنما يحتل مكانة وسطى بين الحق بمعناه الدقيق والحرية، وبذلك فهو يعدّ مكنة منحها القانون للمستهلك بمحض إرادته ورتب على ممارستها الآثار القانونية بحيث يقف المحترف منها موقف الامتثال.

²⁹بودالي محمد، حماية المستهلك في القانون المقارن، دار الكتاب الحديث، مصر، 2006 ص152.

- 3- اعتبر خيار العدول أحد الركائز الأساسية التي يقوم عليها بناء حماية فعالة للمستهلك، وإن أساس هذا الخيار يكمن في كونه استثناء من الأحكام القانونية³⁰ التي تحكم إبرام العقد وتنفيذه، لذلك فإن البحث عن أساس قانوني له في المفاهيم القانونية التقليدية ليس له جدوى، كونه استثناء من مبدأ القوة الملزمة للعقد.
- 4- ندعو المشرع الجزائري إلى النص صراحة في القانون بوصفه ضماناً قوية وفعالة لحماية المستهلك في مواجهة المحترف، كما نهيب بالمشرع أسوة بما فعلته الكثير من تشريعات العالم ومنها الدول العربية والاسترشاد بالقانون النموذجي الصادر عن الأمم المتحدة لعام 1996، وإبعاد العراقيل القانونية التي تعيق استخدام شبكة الانترنت في إبرام العقود وتخصيص جانب لحماية المستهلك.

³⁰التهامي سامح عبد الواحد، التعاقد عبر الانترنت، مرجع سابق، ص ص 337-338.

علاقة المنظومة القانونية للصحة في الجزائر بالمحددات الاجتماعية

بطاش عبلة⁽¹⁾

طالبة دكتوراه ، مخبر البحث حول فعالية القاعدة القانونية،
كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة عبد الرحمان
ميرة ، بجاية، 06000، الجزائر .
البريد الإلكتروني: ablabbettache@gmail.com

الملخص:

عرفت الترسانة القانونية الصحية في الجزائر عدم مواكبة المحددات الاجتماعية والتطورات الحاصلة في المجتمع الجزائري، ذلك بعدم التصدي للاتجاهات المختلفة المنذرة بالخطر، فقانون الصحة لم يعدل ولم يتم منذ الثمانينات (قانون 1983) وعدم مواكبة التطورات والالتزامات الدولية في مجال الصحة على غرار إعلان ألما تا 1978 وإعلان جاكرتا 1997 وبيان أديلا يد 2010 و المؤتمر العالمي للصحة بريوديجانيرو 2012، بهذا فقد ظهر الإلحاح والحاجة أكثر لاستظهار علاقة المنظومة القانونية الصحية في الجزائر بالمحددات والتطورات الاجتماعية بغية النهوض والارتقاء بالمنظومة الصحية في الجزائر .

الكلمات المفتاحية:

المنظومة القانونية، الصحة، العلاقة، نظام المحددات الاجتماعية

تاريخ إرسال المقال: 2021/03/30، تاريخ مراجعة المقال: 2021/12/12، تاريخ نشر المقال: 2021/12/31.

لتهميش المقال: بطاش عبلة، "علاقة المنظومة القانونية للصحة في الجزائر بالمحددات الاجتماعية"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد 12، العدد 03، 2021، ص ص 624-641.

<https://www.asjp.cerist.dz/en/PresentationRevue/72>

المقال متوفر على الرابط التالي:

المؤلف المراسل: بطاش عبلة، ablabbettache@gmail.com

The Relationship of the Legal Health Arsenal with Social Determinants

Summary:

The legal arsenal of health in Algeria has known many failures, the source of which is the inability to keep pace with social determinants and changes in Algerian society, by not addressing the various alarming trends, the law on since health has not been amended or supplemented since the 1980s (1983 law) and the failure to follow international developments and commitments in the field of health such as The Alma Ata Declaration of 1978, the Jakarta Declaration of 1997, the Declaration of Adela Hand 2010 and the World Conference on Health of Rio de Janeiro 2012, thus the urgency and the need appeared more to show the relation of the legal system of health in Algeria with the social determinants and developments in order to advance and improve the health system in Algeria.

Keywords:

Legal system, health, relationship, system of social determinants

La relation de l'arsenal juridiques de la santé avec les déterminants sociaux

Résumé :

L'arsenal juridique de la santé en Algérie a connu de nombreux échecs dont la source est l'incapacité à suivre le rythme des déterminants sociaux et des évolutions de la société algérienne, en ne s'attaquant pas aux différentes tendances alarmantes. La loi sur la santé n'ayant pas été amendée ou complétée depuis les années 80 (loi de 1983) et le non-suivi des évolutions et engagements internationaux dans le domaine de la santé tels que la déclaration d'Alma Ata de 1978, la Déclaration de Jakarta de 1997, la déclaration d'Adela Hand 2010 et la Conférence mondiale sur la santé de Rio 2012, ainsi l'urgence et le besoin sont apparus davantage pour montrer la relation du système juridique de la santé en Algérie avec les déterminants sociaux et les développements afin de faire progresser et d'améliorer le système de santé.

Mots clés :

Système juridique, santé, relation, système de déterminants sociaux

مقدمة

تطور صحة الأفراد والنهوض بها تكون وفقا لمحددات اجتماعية واقتصادية في مجتمع ما، فالظروف الاقتصادية والاجتماعية لها دور محوري في تحديد السياسات الجديدة للدول في ميدان المنظومة الصحية. فجل هذه السياسات المتخذة ترتكز أساسا على الظروف المجتمعية والمعيشية وسلوك الأفراد وتأثيراتها بصفة مباشرة أو غير مباشرة على صحة الأفراد. والجزائر على غرار الكثير من الدول تسعى إلى البحث عن مختلف المحددات الصحية والاجتماعية المحيطة بالمواطن الجزائري لغرض إعداد منظومة قانونية صحية تتماشى والمعايير المختلفة المستتبطة من المجتمع الجزائري.

فالمنطق يستوجب استبيان العلاقة الترابطية بين المنظومة القانونية الصحية في الجزائر وأهم المؤشرات الاجتماعية والمعايير المختلفة التي تكوّن هذه المؤشرات، واستخلاص جهود الدولة الجزائرية في مجال النهوض بهذه المحددات من خلال وضع آليات وتحديد إستراتيجية عن كيفية استثمار في ميدان المحددات الاجتماعية للصحة والارتقاء بها للتقليل من حجم المقتنيات الطبية الحديثة والمعدات البيوطبية المتطورة وصرف مبالغ باهضة على الرعاية الطبية، فنجاح أي منظومة قانونية صحية مرهون بمستويين اثنين، أحدهما يكمن في الوعي المجتمعي ونضجه بقضايا الصحة والوقاية من مختلف الأمراض والأوبئة، والآخر يتمثل في الحكامة الرشيدة للموارد البشرية والمادية الموجودة في القطاع الصحي في الجزائر.

الوضع الصحي الدولي والوطني الراهن خاصة بتقشي وباء كورونا-الكوفيد19، أثبت أهمية الاعتناء بالظروف الاجتماعية المحيطة بالمواطن وعن البحث عن أهم المحددات الاجتماعية للصحة في الجزائر بالمقارنة بتلك المستخدمة من قبل المنظمات العالمية في مجال الصحة.

كما أثبتت عن ضرورة وضع إطار مفاهيمي ومسايرة ذلك قانونا لهذه المحددات الاجتماعية، وذلك بإبراز أهمية الاهتمام بهذه العوامل في الجزائر وصياغتها في نصوص قانونية مختلفة سيما في مثل هذه الظروف الاستثنائية.

دراسة المنظومة القانونية للصحة في الجزائر يستدعي التطرق إلى إبراز العلاقة بينها وبين المحددات والمؤشرات الاجتماعية التي يعيشها المواطن الجزائري، فما هي آثار التداخل بين الترسانة القانونية الصحية في الجزائر ومسايرة المحددات الاجتماعية للمجتمع الجزائري في مجال الصحة؟ هذا ما سنحاول الإجابة عنه من خلال خطة تتضمن جزأين الأول يتضمن مبحث أول يأتي بعنوان، إبراز العلاقة الترابطية بين الترسانة القانونية للصحة بالمحددات الاجتماعية في المجتمع الجزائري، والذي يحتوي على مطلبين الأول بعنوان مفهوم نظام المحددات الاجتماعية، والثاني بعنوان الأساس القانوني لنظام المحددات الاجتماعية للصحة، أما المبحث الثاني فيأتي بعنوان آثار علاقة المنظومة القانونية الصحية في الجزائر على المحددات الاجتماعية، ويتضمن هو الآخر مطلبين الأول نعالج فيه الأثر الأول وهو استحداث ترسانة قانونية جديدة مواكبة لتطوير المحددات

الاجتماعية، أما المطلب الثاني نتطرق فيه للمنظومة القانونية للصحة ومدى مساهمتها للمحددات الاجتماعية في الجزائر.

المبحث الأول: العلاقة الترابطية بين الترسانة القانونية للصحة والمحددات الاجتماعية في الجزائر

تختلف المحددات الاجتماعية لأية منظومة قانونية في الدول باختلاف إمكانياتها الاقتصادية والاجتماعية ووعيها الثقافي وحسب تصورهما لهذه المؤشرات، الأمر الذي يدفع الدول إلى الأخذ في الحسبان هذه المحددات الاجتماعية لتطوير قوانينها، وعلى هذا الأساس سنتطرق في هذا المبحث إلى المقصود بنظام المحددات الاجتماعية من الجانب القانوني، لننتقل بعد ذلك إلى أساسه القانوني.

المطلب الأول: مفهوم نظام المحددات الاجتماعية

لا يمكن حصر نظام المحددات الاجتماعية في تعريف واحد، نظرا لتطورها مع تطور المجتمع. لذا فهذا النظام له عدة تعاريف مختلفة حسب المجال الذي ينظر إليه، إلا أنه في هذه الورقة البحثية سنتوقف عند التعريف القانوني للنظام، وبعدها نميزه عن غيره من الأنظمة المشابهة له.

الفرع الأول: التعريف القانوني لنظام المحددات الاجتماعية

أول تعريف قانوني للمحددات الاجتماعية للصحة تضمنته «شريعة أوتاوا» التي تبناها مؤتمر المنظمة العالمية للصحة في أوتاوا الكندية عام 1986¹، وهي وثيقة تقرّ بأنّ الصحة ليست مجرد ناتج ظروف طبيّة أو ظروف أخرى مرتبطة بالصحة، بل هي مسألة شاملة، تحددها مجموعة معقدة من العوامل الاجتماعية وغيرها. وكشفت شريعة أوتاوا عن هذه المحددات وهي: (السلام، المأوى/السكن، التعليم، التغذية، الدخل، النظام البيئي المستقر، الموارد المستدامة، العدالة الاجتماعية، الإنصاف)، كما تضمنت أيضا لجنة الصحة العالمية نماذج عن

¹Ottawa1986 :back to the Future, Health promotion international,vol26,N°S2 doc :10,109/heapro/doc081,the Author(2011),published by Oxford university press,Page164.a trouver sur le site web : <https://watermark.silverchair.com/dar081.pdf?>

أهم المحددات الاجتماعية².

وبناء على ما سبق، فإن التعريف الذي يكتسب الطابع القانوني والذي نعتمده هو الذي وضعتة اللجنة المعنية بالمحددات الاجتماعية، حيث اعتبرتها تلك المحددات والظروف الهيكلية لطريقة المعيشة اليومية المسئولة عن شق رئيسي من التباينات الصحية بين البلدان وفي داخل كل بلد، وتشمل هذه المحددات طريقة توزيع السلطة، ومستوى الدخل، والسلع والخدمات، وظروف معيشة الناس مثل مدى إتاحة خدمات الرعاية الصحية والمدارس والتعليم لهم، وظروف العمل والترفيه، وحالة الإسكان والبيئة، أي أن مصطلح المحددات الاجتماعية "اختزال للعوامل الاجتماعية والاقتصادية والبيئية والثقافية التي لها عظيم الأثر على الحالة الصحية"³.

الفرع الثاني: تمييز نظام المحددات الاجتماعية عما يشابهها من أنظمة

تختلف المحددات الاجتماعية عن عوامل الخطر الصحية وعوامل المرض و لإزالة اللبس عن موضوع

البحث سنتطرق إلى التفريق بين هذه العناصر فيما يلي ذكره.

أولاً- تمييز المحددات الاجتماعية عن عوامل الخطر الصحية

باستقراء النصوص القانونية سيما المادة (29) من قانون الصحة⁴ نستخلص الجانب القانوني المتعلق بعوامل

الخطر، إذ حددها في أخطار ذات أصل وراثي، أو ناجمة عن التغذية أو عن سلوك الإنسان أو مرتبطة بالبيئة، كما خصص القانون نفسه في القسم الرابع منه لآليات مكافحة عوامل الخطر الصحية، كمكافحة الإدمان على

² في سنة 2008، ركزت "لجنة منظمة الصحة العالمية حول المحددات الاجتماعية للصحة" في تقريرها النهائي، الانتباه إلى محدّدات اجتماعية عديدة أساسية تؤدي إلى فقدان العدل أو إلى فروق غير منصفة، يمكن تجنبها في النتائج المرتبطة بالصحة وهي:

- التوزيع غير المتساوي للنفوذ والدخل والبضائع والخدمات: بعض المجموعات من الناس (مثلاً، الفقراء والنساء وآخرون من أوضاع اجتماعية أدنى) لديهم تعرض غير متساو لعوامل التوتر والتجارب المضرة بالصحة.

- الإقصاء الاجتماعي أو التهميش: بعض المجموعات من الناس (مثلاً، السكان الأصليون أو من يعانون من التمييز ضدهم) لديهم وصول غير متكافئ إلى الدعم المادي والاجتماعي للتخفيف عن تأثيرات الأوضاع المؤثرة لائحة صادرة عن صحيفة العربية، جاءت بعنوان: "الفصل 12، بعض النماذج الأخرى لترويج الصحة والتنمية المجتمعتين"، متوفرة على الموقع الإلكتروني

<https://ctb.ku.edu/ar/content/overview/models-for-community-health-and-development/documenting-health-promotion-initiatives/main>، تم الاطلاع عليه في: 2021/01/26.

³ تقرير اللجنة المعنية بالمحددات الاجتماعية للصحة، جمعية الصحة العالمية الثانية والستون، البند 12-5 من جدول الأعمال المؤقت، منظمة الصحة العالمية، 2009/03/16. متوفر على الموقع الإلكتروني:

https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/3310/A62_9-ar.pdf?sequence=1&isAllowed=y.

⁴ قانون رقم 18-11 المتعلق بالصحة، مؤرخ في 18 شوال عام 1439 الموافق 2 يوليو 2018، ج. ر عدد 46 الصادر 29 يوليو 2018.

التبغ⁵، والوقاية من الإدمان على الكحول والمخدرات، كما أشار إلى ترقية التغذية الصحية⁶، وكذا ترقية ممارسة التربية البدنية والرياضية⁷.

ثانياً: تمييز المحددات الاجتماعية عن عوامل المرض

تعرف عوامل المرض بالعوامل التي تقرر مستويات الصحة، وهي جملة العوامل المتعلقة بالمرض، والعوامل المتعلقة بالإنسان العائل (المضيف)، والعوامل البيئية سواء كانت بيئة طبيعية، أو بيولوجية أو اجتماعية وثقافية⁸ كما أن الممرض أو العامل الممرض هو عامل حيوي يُسبب المرض أو الداء لصاحبه، يسمى أيضاً الفيروس المسافر هو فيروس يسافر بكل بساطة متطفلاً في جسم الإنسان أو يُصيب الجسم دون⁹.

المطلب الثاني: الأساس القانوني لنظام المحددات الاجتماعية للصحة

يرجع التنويه القانوني لنظام المحددات الاجتماعية إلى أسس ذات صبغة دولية وأخرى داخلية.

الفرع الأول: الأساس القانوني الدولي لنظام المحددات الاجتماعية للصحة

نظراً لأهمية المحددات الاجتماعية في مجال تطوير المنظومة القانونية للصحة في الدول، فإن هذا النظام توجّح باعترافات قانونية ذات صبغة دولية وأخرى ذات صبغة داخلية.

أولاً- أساس نظام المحددات الاجتماعية للصحة في ظل الاتفاقيات والإعلانات ذات الصبغة العالمية

نذكر كنماذج عن الأساس القانوني لنظام المحددات الاجتماعية على المستوى العالمي، الإعلانات والاتفاقيات المتعلقة بالصحة مباشرة، مثل العهد الدولي للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية 1966، وإعلان ألما-اتا 1978، شرعة اوتاوا 1986.

⁵ أنظر القسم الرابع المتضمن المواد من 59 إلى 63 من قانون رقم 18-11 المتعلق بالصحة.

⁶ أنظر المواد من 64 إلى 66 من قانون رقم 18-11 المتعلق بالصحة

⁷ أنظر المواد من 67 إلى 68 من قانون رقم 18-11 المتعلق بالصحة

⁸ إبراهيم عبد الهادي المليجي، سامي مصطفى زايد، الرعاية الطبية من منظور الخدمة الاجتماعية، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، 2012، ص 124.

⁹ العامل الممرض، نشر في صفحة: Reversocontext متوفر على الموقع الإلكتروني: <https://context.reverso.net/>; تم الاطلاع عليه في: 03/02/2021.

أ-العهد الدولي للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية 1966

جاء ليكون بمثابة أداة لتعزيز السعي لتلبية الحقوق التي يعبر عنها، بما فيها الحق في الصحة فهو حق اجتماعي واقتصادي، فوفقا للمادة 12 من العهد نفسه¹⁰، "تقر الدول الأطراف في هذا العهد بحق كل إنسان بالتمتع بأعلى مستوى ممكن من الصحة البدنية والعقلية"، ويفهم من هذا النص انه يجب على الدول حماية هذا الحق من خلال ضمان أن كل شخص يخضع لولايتها لديه حق الوصول إلى المحددات الأساسية للصحة مثل: المياه النظيفة والصرف الصحي والغذاء والتغذية والسكن ومن خلال نظام شامل للرعاية الصحية والتي هي متاحة للجميع دون تمييز ويمكن الوصول إليها اقتصاديا للجميع. كما تشترط المادة 12 نفسها/فقرة 2 من الأطراف اتخاذ خطوات محددة لتحسين صحة مواطنيها بما في ذلك الحد من وفيات الرضع وتحسين صحة الأطفال وتحسين الصحة البيئية ومكان العمل ومنع ومراقبة وعلاج الأمراض البوائية وتهيئة الظروف لضمان الحصول على قدم المساواة وفي الوقت المناسب الخدمات الطبية للجميع.¹¹

ب-إعلان ألما اتا 1978

صدر هذا الإعلان¹² عن المؤتمر الدولي للرعاية الصحية الأولية بتاريخ 12/09/1978¹³، وكانت لهجته صريحة أكد فيها على مسؤولية الدول إزاء صحة شعوبها، و لا يمكن الوفاء بهذه المسؤولية إلا باتخاذ تدابير صحية واجتماعية وافية¹⁴. كما حدد هدف بلوغ الصحة لجميع الشعوب بحلول عام 2000، وذلك في البند العاشر منه من خلال استعمال موارد العالم على نحو أكمل وأفضل عوض إنفاقها على الأسلحة والنزاعات

¹⁰ انظر المادة 12 من العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، اعتمد وعرض للتصديق والتوقيع والانضمام بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 2200 ألف(د-21)، المؤرخ في 16 كانون الأول/ديسمبر 1966، تاريخ بدء النفاذ: 3 كانون الثاني/يناير 1976، انضمت إليه الجزائر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 67/89 المؤرخ في 16 ماي 1989، ج. ر. رقم 20 مؤرخة في 17/05/1989.

¹¹ أنظر المادة 27 من العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، اعتمد وعرض للتصديق والانضمام بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 2200 ألف(د-21)، المؤرخ في 16 كانون الأول/ديسمبر 1966، تاريخ بدء النفاذ: 3 كانون الثاني/يناير 1976، انضمت إليه الجزائر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 67/89 المؤرخ في 16 ماي 1989، ج. ر. رقم 20 مؤرخة في 17/05/1989. متوفر على الموقع

الالكتروني: <https://www.ohchr.org/AR/ProfessionalInterest/Pages/CESCR.aspx>.

¹² المؤتمر الدولي للرعاية الصحية الأولية ألما اتا-الاتحاد السوفيتي، سبتمبر/أيلول 1978، المجلس التنفيذي لمنظمة الصحة العالمية، الدورة 63، البند 21 من جدول أعمال المؤتمر، صادر في 19 ديسمبر 1978، ص 02.

<tps://apps.who.int/iris/bitstream/handle>

¹³ المؤتمر الدولي للرعاية الصحية الأولية ألما اتا-الاتحاد السوفيتي، سبتمبر/أيلول 1978، نفس المرجع، ص 02

¹⁴ هاني سراج، عرض تقديمي بعنوان: 'المحددات الاجتماعية للصحة'، سافار، نوفمبر 2007، نشر على موقع جامعة صحة الشعوب الدولية، IPHU، <https://iphu.org/ar.htm>، تم الاطلاع عليه في: 2021/02/07.

العسكرية¹⁵. وللإشارة فإن الإعلان تبنته حكومات العالم والتزمت بتطبيقه. خاصة بعد أن أكد الإعلان نفسه عن العلاقة الوثيقة بين العمل لتوفير الرعاية الصحية الأولية وهدف تحقيق مستوى مقبول من الصحة للجميع.

ج- شرعة أوتاوا:

'ميثاق أوتاوا لتعزيز الصحة'¹⁶، هو اسم للاتفاقية الدولية التي نظمتها منظمة الصحة العالمية في مدينة أوتاوا بكندا وذلك في نوفمبر 1986، حيث أطلقت سلسلة من المبادرات بمشاركة منظمات دولية وحكومات الدول والمجتمعات المحلية لتحقيق مبدأ "الصحة للجميع" بحلول عام 2000 وبذلك يتم تعزيز الصحة ومن خلالها تم تحديد خمسة مجالات عمل تعبر عن المحددات الاجتماعية وذلك بهدف تعزيز الصحة في الميثاق¹⁷: (بناء سياسة عامة صحية، خلق بيئات داعمة، تعزيز العمل المجتمعي، تنمية المهارات الشخصية، إعادة توجيه خدمات الرعاية الصحية نحو الوقاية من المرض وتعزيز الصحة).

ثانياً- أساس نظام المحددات الاجتماعية للصحة في ظل التقارير الصادرة عن المنظمات الدولية

لقد أكد على نظام المحددات الاجتماعية للصحة تقارير صادرة عن منظمة الصحة العالمية وأخرى عن اللجنة التابعة لها، والتي يمكن اعتبارها التقارير الإطار لموضوع المحددات الاجتماعية للصحة من أهمها نذكر:

أ- تقارير صادرة عن منظمة الصحة العالمية:

من بين المواضيع الصحية التي تناولتها منظمة الصحة العالمية مسألة المحددات الاجتماعية للصحة، وعليه من بين التقارير الصادرة في هذا الشأن نذكر:

- 1- تقرير منظمة الصحة العالمية لعام 2003: جاء تحت عنوان 'رسم معالم المستقبل'، والذي تضمن مسألة العدالة في مجال الصحة سيما بين مختلف المناطق بالتالي ضرورة العمل على الحد من هذا التباين والعمل على البقاء بمنح فرص الحصول على الرعاية الصحية للجميع¹⁸.
- 2- تقرير منظمة الصحة العالمية لعام 2011: جاء بعنوان 'المحددات الاجتماعية للصحة: حصيلة المؤتمر العالمي المعني بالمحددات الاجتماعية للصحة'، انعقد ب(ري ودي جانيرو، البرازيل، أكتوبر 2011)، في النهاية تم

¹⁵ إعلان ألما اتا، كتاب الصحة للجميع، نشر على الموقع: <http://hfa.mawared.org/?q=node/5845>

¹⁶ Ottawa 1986: back to the Future, Health promotion international, vol26, N°S2 doc :10,109/heapro/doc081, page164 Author(2011), published by Oxford university press, Page164. a trouver sur le site web : <https://watermark.silverchair.com/dar081.pdf?>

¹⁷.op.cit. page.164

¹⁸ التقرير الخاص بالصحة في العالم، رسم معالم المستقبل، 2003، منظمة الصحة العالمية، متوفر على الموقع الإلكتروني: https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/1547/9241562439_overview_ara.pdf?sequence=1&isAllowed=y

اعتماد إعلان ريو السياسي بشأن المحددات الاجتماعية للصحة¹⁹. وحددت المشاورات خمسة مجالات أساسية في إطار نهج خاص بالمحددات الاجتماعية من أجل تحسين الصحة والحد من الإجحاف وتعزيز التنمية²⁰.

ب- تقرير اللجنة المعنية بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية:

صدر بتاريخ 16/03/2009²¹، تضمن توصيات التي وضعتها اللجنة في تقريرها الختامي، فبعد إعلان المدير الراحل لمنظمة الصحة العالمية الدكتور "لي جونغ ووك" في خطابه أمام جمعية الصحة العالمية السابعة والخمسون، عن إنشاء لجنة معنية بالمحددات الاجتماعية للصحة حيث بدأت هذه الأخيرة أعمالها في مارس 2005، وكان هدفها تقديم الإرشادات اللازمة لبرامج الدول الأعضاء ومنظمة الصحة العالمية بشأن جمع البيانات عن المحددات الاجتماعية وعن طرق التغلب على التباينات الصحية²².

ج- تعاهد الألفية:

تضمن تعاهد الألفية من خلال أهدافه أهمية نظام المحددات الاجتماعية للصحة ودعا لضرورة التكفل به، فالهدف الأول على سبيل المثال أشار إلى القضاء على الفقر المدقع والجوع، في حين يسعى الهدف الثاني إلى تحقيق تعميم التعليم الابتدائي، أما الهدف الثالث فيرمي إلى تعزيز المساواة بين الجنسين وتمكين المرأة²³، في حين تضمن الهدف الرابع تخفيض معدل وفيات الأطفال، و دعا الهدف الخامس إلى تحسين الصحة

¹⁹ - تقرير منظمة الصحة العالمية: 'المحددات الاجتماعية للصحة: حصيلة المؤتمر العالمي المعني بالمحددات الاجتماعية للصحة' ريو دي جانيرو، البرازيل، أكتوبر 2011، المجلس التنفيذي لمنظمة الصحة العالمية، الدورة 130، البند 6-6، من جدول الأعمال المؤقت، نشر بتاريخ 24، نوفمبر 2011، متوفر على الموقع الإلكتروني:

https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/81661/A65_16-ar.pdf?sequence=1&isAllowed=y

²⁰ وتغطي مجالات العمل الجوانب التالية: (تحسين تصريف شؤون الصحة والتنمية على المستوى الوطني، تعزيز المشاركة في رسم السياسات وتنفيذها، إلزامية الاستمرار في إعادة توجيه قطاع الصحة نحو الحد من الإجحاف في الصحة، تعزيز تصريف الشؤون والتعاون على المستوى العالمي، تعزيز المساءلة ورصد التقدم)، كما جسد ذات الإعلان التزاما سياسيا عالميا بإتباع نهج خاص بالمحددات الاجتماعية للصحة للحد من الإجحاف في الصحة، كما أن الإعلان يعتمد مجالات العمل الخمسة ذات الأولوية مع الدعوة إلى اتخاذ إجراءات عالمية ووطنية في كل مجال منها. انظر: تقرير منظمة الصحة العالمية، مرجع سابق، ص ص 2-3.

²¹ تقرير اللجنة المعنية بالمحددات الاجتماعية للصحة، الصادر عن الأمانة العامة التابعة لمنظمة الصحة العالمية، جمعية الصحة العالمية الثانية والستون، البند 12-5 من جدول الأعمال المؤقت، صادر في 16 مارس 2009. متوفر على الموقع الإلكتروني:

https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/3310/A62_9-ar.pdf?sequence=1&isAllowed=y

²² تقرير اللجنة المعنية بالمحددات الاجتماعية للصحة، نفس المرجع.

²³ يوسف زدام، الجزائر في تقارير الأهداف الإنمائية للألفية: دراسة في سياسات الأهداف الاجتماعية ومسارها، سياسات عربية، صحيفة المنهل، 2020.

النفاسية²⁴، أما الهدف السادس منه ركّز على مكافحة فيروس نقص المناعة البشرية وتولى الهدف السابع الإشارة إلى كفالة الاستدامة البيئية من خلال إقامة شراكة عالمية من أجل التنمية وهي المرمى الثامن للتعاهد²⁵.

الفرع الثاني: الأساس القانوني الوطني لنظام المحددات الاجتماعية للصحة

في هذا العنصر نركز على القانون الوطني و بالتحديد نعتد الأساس الدستوري، وبعده الأساس التشريعي لنظام المحددات الاجتماعية للصحة.

أولاً: الأساس الدستوري

تضمن الدستور الوطني المعدل بالقانون رقم 16-01 والمعدل بالمرسوم الرئاسي رقم 20-442²⁶ جملة من المحددات الاجتماعية للصحة فأشار إلى محدد السكن²⁷، والدعم الاجتماعي وتكوين الجمعيات²⁸، إلى جانب محدد العمل²⁹، كما تضمن الدستور نفسه فرص الوصول إلى الخدمات الصحية³⁰، إلى جانب عامل حماية الطفولة³¹ كما لم يغفل المؤسس الدستوري عن النص على عامل البيئة الصحية³² ولعل أهم ما نشير إليه في هذا العنصر من البحث هو أن المؤسس الدستوري أعطى لهذه المحددات الاجتماعية مكانة الحقوق بدليل انه أوردها ضمن الفصل الرابع بعنوان 'الحقوق والحريات'.

²⁴ نفس المرجع، وفي ذات الشأن نشير أن الجزائر حصلت على جائزة الجزائر، من الاتحاد الإفريقي سنة 2016، حول تمكين حقوق المرأة، في رواندا، قمة ح السابعة والعشرون للاتحاد الإفريقي، حول حقوق الإنسان في إفريقيا، رواندا، 2016/07/18،

²⁵ تقرير عن الأهداف الإنمائية للألفية لعام 2005، صادر عن الأمم المتحدة، نيويورك، 2006، ص 4-5 الموقع:

<http://mdgs.un.org/unsd/mdg/Resources/Static/Products/Goals2005/Arabic.pdf>

²⁶ دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، لسنة 1996، منشور بموجب المرسوم الرئاسي رقم 96-438، مؤرخ في 07 ديسمبر 1996، ج.ر. عدد 76، صادر في 08 ديسمبر 1996، المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 02-03 مؤرخ في 10 أبريل 2020، ج.ر. عدد 25 صادر في 14 أبريل سنة 2002، المعدل والمتمم بقانون رقم 08-19، مؤرخ في 15 نوفمبر 2008، ج.ر. عدد 63، صادر في 16 نوفمبر 2008، والمعدل بالقانون رقم 16-01 مؤرخ في 06 مارس 2016، ج.ر. عدد 02، صادر في 07 مارس 2016. المعدل بالمرسوم الرئاسي رقم 20-442 مؤرخ في 15 جمادى الأولى 1442 الموافق 2020/12/30، يتعلق بإصدار التعديل الدستوري، المصادق عليه في استفتاء أول نوفمبر 2020، في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية عدد 82، صادرة في 15 جمادى الأولى 1442، الموافق 2020/12/30.

²⁷ راجع المادتين 47 و 67 من دستور 2016، والمادة 63 من التعديل الدستوري 2020.

²⁸ راجع المادتين 48 و 54 من دستور 2016، والمادة 53 من التعديل الدستوري 2020.

²⁹ راجع المادة 69 من دستور 2016، والمادة 66 من التعديل الدستوري 2020.

³⁰ راجع المادة 66 من دستور 2016، والمادة 63 من التعديل الدستوري 2020.

³¹ راجع المادتين 72 و 73 من دستور، والمادتين 65 و 71 من التعديل الدستوري 2020.

³² راجع المادة 68 من دستور 2016، والمادة 64 من التعديل الدستوري 2020.

ثانيا: الأساس التشريعي للمحددات الاجتماعية للصحة في الجزائر

تناولت القوانين الداخلية العادية والعضوية منها مسألة المحددات الاجتماعية للصحة في موادها وذلك في مجالات مختلفة سواء في ظل النصوص القانونية الأساسية المنظمة للممارسة الصحية في الجزائر مباشرة بدءا بقانون الصحة رقم 85/05 المؤرخ في 16/2/1985 المعدل والمتمم بالقانون رقم 13/08 المؤرخ في 20/7/2008³³، أو في القوانين التي لها صلة بحماية الصحة في الجزائر على غرار قانون البيئة رقم 10/03 المؤرخ في 19/7/2003، وقوانين العمل مثل القانون رقم 90-11 المؤرخ في 21/4/1990 والمرسوم التنفيذي رقم 91-05 المؤرخ في 19/1/1991 المتعلقة بالقواعد العامة التي تطبق على حفظ والأمن في أماكن العمل³⁴.

أما قانون التأمينات الاجتماعية رقم 83-11 المؤرخ في 2/07/1983 المعدل والمتمم بالقانون رقم 11-08 المؤرخ في 05/06/2011³⁵، فنذكر على سبيل المثال محدد الدعم الاجتماعي ذكر في المواد (21، 22، 23) باسم جمعيات حماية المستهلكين وذلك في القانون رقم 09-03 المتعلقة بحماية المستهلك وقمع الغش³⁶، وتضمن ذات المحدد القانون رقم 03-10 المتعلقة بحماية البيئة³⁷ حين صرح في المواد (35، 36، 37) من نفس القانون على مساهمة الجمعيات الناشطة في مجال البيئة في حماية وترقية الصحة، كما أكد على أهمية عامل الدعم الاجتماعي والمتمثل في جهود الجمعيات الناشطة في مجال الرعاية الصحية والتي تساهم في تطوير الصحة وتحسينها هو مواد من القانون رقم 18-11 المتعلقة بالصحة³⁸، منها المادة (10). هذا إلى جانب

³³ قانون رقم 85-05 المؤرخ في 26 جمادى الأولى عام 1405، الموافق لـ 16 فبراير 1985، والمتعلق بحماية الصحة وترقيتها، ج.ر. عدد (08) السنة الثانية و العشرين، الصادرة في 27 جمادى الأولى عام 1405 هـ الموافق لـ 17 فبراير 1985 م.

³⁴ قانون رقم 90-11 مؤرخ في 26 رمضان عام 1410 الموافق 21 أبريل سنة 1990، يتعلق بعلاقات العمل، جريدة رسمية للجمهورية الجزائرية، عدد 17، صادر يوم الأربعاء أول شوال عام 1410، موافق لـ 25 أبريل سنة 1990.

³⁵ قانون التأمينات الاجتماعية رقم 83-11 مؤرخ في 21 رمضان عام 1403 هـ الموافق لـ 02 يوليو سنة 1983، يتعلق بالتأمينات الاجتماعية، ج.ر. عدد (32) الصادرة في 24 رمضان عام 1403 هـ، المعدل بالقانون رقم 11-08 مؤرخ في 04 رجب عام 1432 هـ الموافق لـ 05 يونيو 2011، ج.ر. عدد (32) الصادرة في 06 رجب عام 1432 هـ الموافق لـ 08 يوليو 2011 م.

³⁶ القانون رقم 09-03 المؤرخ في 29 صفر عام 1430 الموافق لـ 25 فبراير 2009، يتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، ج.ر. ج. عدد 15، الصادرة في 11 ربيع الأول عام 1430 هـ، الموافق بـ 8 مارس 2009 م.

³⁷ القانون رقم 03-10 مؤرخ في 19 جمادى الأولى عام 1424 هـ، الموافق لـ 19 يوليو سنة 2003، يتعلق بحماية البيئة في إطار التنمية المستدامة، ج.ر. ج. عدد 43، الصادرة في 20 جمادى الأولى 1424 هـ، الموافق لـ 20 يوليو 2003 م.

³⁸ القانون رقم 18-11 مؤرخ في 18 شوال عام 1439 الموافق لـ 2 يوليو سنة 2018، يتعلق بالصحة، ج.ر. ج. عدد 46، الصادرة في 16 ذو القعدة عام 1439 هـ، الموافق لـ 29 يوليو 2018.

قوانين أخرى تضمنت العوامل الاجتماعية للصحة في الجزائر منها قانون العمل³⁹، فيما يتعلق بعامل الدخل وكذا الصحة في أماكن العمل⁴⁰.

المبحث الثاني: آثار علاقة المنظومة القانونية الصحية في الجزائر على المحددات الاجتماعية

على غرار ما سبق ذكره بشأن المنظومة القانونية للصحة وتداخلها مع نظام المحددات الاجتماعية فإنه في هذا العنصر سنتطرق إلى آثار هذه العلاقة بينهما، ومدى مواكبة المنظومة القانونية الوطنية لنظام المحددات الاجتماعية خاصة فيما يتعلق بالصحة.

المطلب الأول: استحداث ترسانة قانونية وطنية جديدة مواكبة لتطوير المحددات الاجتماعية

عرف نظام المحددات الاجتماعية في السنوات الأخيرة اهتماما في خطابات وتقارير منظمات حقوق الإنسان، وأثر ذلك على السياسات التي تنتهجها حكومات الدول، وكذا على القوانين التي تصدرها بما فيها الجزائر، و نظرا لتعدد طبيعة هذه المحددات الاجتماعية فإنه ارتأينا تصنيفها إلى محدّدات اجتماعية ذات طبيعة مادية مثل، الدخل، العمل، فرص الوصول إلى الخدمات الصحية، ومحددات أخرى ذات طبيعة غير مادية، كالدعم الاجتماعي، البيئة، تطور الطفل، التعليم، وبناء على هذا التصنيف فإنه سنتطرق في هذا العنصر إلى نماذج عن نصوص قانونية استحدثت لمواكبة تطور نظام المحددات الاجتماعية الصحية .

الفرع الأول: المحددات الاجتماعية في ظل القوانين الوطنية الإطار للصحة: قانون الصحة

من بين القوانين الإطار في مجال الصحة وترقيتها نعتمد قانون الصحة لاستظهار أهم النصوص المستحدثة بهدف ترقية المحددات الاجتماعية للصحة في الجزائر.

أولا- تنظيم قانون الصحة لمحددات اجتماعية ذات طابع مادي

تناولت التشريعات الوطنية نظام المحددات الاجتماعية في مختلف موادها بدءا بقانون الصحة رقم 85/05 المؤرخ في 16/2/1985 المعدل والمتمم بالقانون رقم 13/08 المؤرخ في 20/7/2008⁴¹، إلى جانب القانون رقم 18-11 المتعلق بالصحة فأكد هذا الأخير على محدد العمل⁴² و خصص القسم السادس من

³⁹قانون رقم 90-11 مؤرخ في 26 رمضان عام 1410 الموافق 21 أبريل سنة 1990، يتعلق بعلاقات العمل، جريدة رسمية للجمهورية الجزائرية، عدد 17، صادر يوم الأربعاء أول شوال عام 1410، الموافق لـ 25 أبريل سنة 1990.

⁴⁰راجع المواد 5، 6 و 80 من نفس القانون.

⁴¹ قانون رقم 85-05 المؤرخ في 26 جمادى الأولى عام 1405، الموافق لـ 16 فبراير 1985، والمتعلق بحماية الصحة وترقيتها، ج.ر. عدد (08) السنة الثانية والعشرون، صادر في 27 جمادى الأولى عام 1405 هـ الموافق لـ 17 فبراير 1985 م.

⁴² انظر المواد من 97 إلى 100 من القانون رقم 18-11، مرجع سابق.

القانون نفسه والذي ورد تحت عنوان " حماية الصحة في وسط العمل" لهذا المؤشر⁴³، وبما أن الأهداف في مجال الصحة تتمثل في حماية صحة المواطنين عبر المساواة في الحصول على العلاج وضمان استمرارية الخدمة العمومية للصحة والأمن الصحي⁴⁴، فقد تضمن قانون الصحة نفسه أيضا إشارات إلى فرص الوصول إلى الخدمات الصحية⁴⁵. كما احتوى قانون الصحة رقم 18-11 تلميح صريح إلى محدد الدخل⁴⁶.

ثانيا- تنظيم قانون الصحة لمحددات اجتماعية ذات طابع غير مادي

اشتمل قانون الصحة رقم 18-11 المحددات الاجتماعية للصحة في مختلف مواده، فتضمن الإشارة لمحدد الدعم الاجتماعي⁴⁷، كما تضمن قانون الصحة رقم 05/85، النص على التربية الصحية⁴⁸، كما سانه قانون الصحة رقم 18-11 في التأكيد على محدد التعليم نظرا لأهمية هذا العامل في ترقية الصحة البشرية⁴⁹، من جهة أخرى تضمن القانون نفسه إشارة إلى محدد اجتماعي آخر ألا وهو البيئة الصحية وذلك نظرا لأهمية البيئة في ترقية الصحة وفي التنمية المستدامة⁵⁰. وعلاوة على ما سبق ذكره من محددات اجتماعية تناولها قانون الصحة الوطني نجد تأكيدا آخر لمحدد تطور الطفل حيث التطور الجيد يؤدي إلى صحة جيدة⁵¹. إلى جانب قانون حماية الطفل⁵².

⁴³ انظر المواد من 97 إلى 100 من القانون رقم 18-11.

⁴⁴ انظر المادتين 03 و06 من نفس القانون.

⁴⁵ انظر المواد 12 و13 و14 و15 و22 من نفس القانون.

⁴⁶ تنص الفقرة الثانية من المادة 21 من القانون رقم 18-11 على أنه "لا يجوز التمييز بين الأشخاص في الحصول على الوقاية أو العلاج، بسبب وضعيتهم الاجتماعية"، وطبقا لنص المادة نستنتج أن محدد الدخل يندرج ضمن مفهوم الوضعية الاجتماعية للأفراد، كما تضمن القانون نفسه إشارات إلى حماية ذوو الدخل الضعيف، و الذين في وضع صعب. انظر في هذا الشأن المواد من 88 إلى 92 من نفس القانون.

⁴⁷ انظر المادتين 04 و10 من القانون رقم 18-11 مؤرخ في 18 شوال عام 1439 الموافق ل 2 يوليو سنة 2018، يتعلق بالصحة، ج.رج. عدد 46، صادر في 16 ذو القعدة عام 1439 هـ، الموافق ل 29 يوليو 2018.

⁴⁸ تنص المادة 25 من القانون رقم 85-05 مؤرخ في 26 جمادى الأولى عام 1405 هـ، الموافق ل 16 فبراير سنة 1985 يتعلق بحماية الصحة وترقيتها، ج.رج. عدد 8، الصادرة في 27 جمادى الأولى عام 1405 هـ الموافق ل 17 فبراير 1985 م، على أن: "التربية الصحية واجب منوط بالدولة".

⁴⁹ انظر المواد 121، 20، 19، و22 من القانون رقم 18-11 المتعلق بالصحة.

⁵⁰ انظر المادة 09 والمواد من 106 إلى 122 من القانون رقم 18-11.

⁵¹ انظر المواد 23، 21، و69، والمواد من 80 إلى 83 من القانون رقم 18-11.

⁵² انظر المادتين 03 و06 من قانون رقم 15-12 مؤرخ في 28 رمضان عام 1436، الموافق ل 15 يوليو 2015، يتعلق بحماية الطفل، ج.رج. عدد 39، صادر في 03 شوال عام 1436، الموافق ل 19 يوليو 2015.

الفرع الثاني: المحددات الاجتماعية في ظل القوانين الوطنية غير الإطار للصحة

نخص بالذكر في هذا العنصر من البحث القوانين الموجهة لمجالات غير مجال الصحة ولكنها تضمنت مواد تهدف إلى ترقية محدّدات اجتماعية تساهم في الارتقاء بالصحة.

أولاً-تنظيم القوانين غير الصحية للمحدّدات الاجتماعية ذات طابع مادي

اشتمل قانون العمل على نظام المحدّدات الاجتماعية فتناول الدخل⁵³، والتكوين المهني⁵⁴، الصحة والخدمات الاجتماعية لفئة العمال⁵⁵، كذلك عزّز القانون المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش من هذه المحدّدات الاجتماعية وتضمنها في بعض من موادّه⁵⁶، على غرار القانون المتعلق بحماية البيئة في إطار التنمية المستدامة⁵⁷، إذ جاء ليؤكّد التوجّه العام للتشريع البيئي الجزائري، والذي يزوج بين البيئة والتنمية المستدامة حفاظاً على حقوق الأجيال القادمة في بيئة سليمة وصحية، وعلى هذا الأساس اشتمل هذا الأخير المحدّدات الاجتماعية للصحة فتضمن هو الآخر هذه العوامل في جملة من موادّه مثل حماية البيئة من طرف الدولة⁵⁸.

ثانياً- تنظيم القوانين غير الصحية لمحدّدات اجتماعية ذات طابع غير مادي

تضمن القانون رقم 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش⁵⁹ محدد الدعم الاجتماعي وذلك في بعض من موادّه⁶⁰، إذ جاء باسم جمعيات حماية المستهلكين، كما تضمن المحدد نفسه القانون رقم 03-10 المتعلق بحماية البيئة⁶¹ وحث على مساهمة الجمعيات الناشطة في مجال البيئة في حماية وترقية

⁵³ انظر المواد 05، 80 و 82 من القانون رقم 90-11 مؤرخ في 26 رمضان عام 1410 الموافق 21 أبريل سنة 1990، يتعلق بعلاقات العمل، جريدة رسمية للجمهورية الجزائرية، عدد 17، صادر يوم الأربعاء أول شوال عام 1410، الموافق ل 25 أبريل سنة 1990

⁵⁴ انظر المادة 06 من نفس القانون.

⁵⁵ انظر المادة 06، و من المادة 57 إلى 60 من نفس القانون.

⁵⁶ انظر المواد: (9-10-17-21-22-23) من القانون رقم رقم 09-03 المؤرخ في 29 صفر عام 1430 الموافق ل 25 فبراير 2009، يتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، ج.ر.العدد 15، الصادرة في 11 ربيع الأول 1430 هـ، الموافق ل 2009/3/8.

⁵⁷ القانون رقم 03-10 المؤرخ في 19 جمادى الأولى عام 1424 هـ، الموافق ل 19 يوليو سنة 2003، يتعلق بحماية البيئة في إطار التنمية المستدامة، ج.ر.ج.ج. عدد 43، الصادرة في 20 جمادى الأولى عام 1424 هـ، الموافق ل 20 يوليو سنة 2003.

⁵⁸ انظر المادة 02 من القانون رقم 03-10 المتعلق بحماية البيئة في إطار التنمية المستدامة، مرجع سابق.

⁵⁹ القانون رقم 09-03 المؤرخ في 29 صفر عام 1430 الموافق ل 25 فبراير 2009، يتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، ج.ر.ج.ج. العدد 15، الصادرة في 11 ربيع الأول عام 1430 هـ، الموافق ب 8 مارس 2009 م.

⁶⁰ انظر المواد 21، 22 و 23 من القانون رقم 03-09.

⁶¹ القانون رقم 03-10 مؤرخ في 19 جمادى الأولى عام 1424 هـ، الموافق ل 19 يوليو سنة 2003، يتعلق بحماية البيئة في إطار التنمية المستدامة، ج.ر.ج.ج. عدد 43، الصادرة في 20 جمادى الأولى عام 1424 هـ، الموافق ل 20 يوليو 2003 م.

الصحة⁶²، كما أكد على حرص المشرع على تحسين هذه المحددات بالنسبة لحياة الطفل إذ نص على ذلك في قانون حماية الطفل⁶³.

المطلب الثاني: مدى مساهمة المنظومة القانونية للصحة للمحددات الاجتماعية

بعد استبيان أهم آثار العلاقة بين المنظومة القانونية للصحة ونظام المحددات الاجتماعية فقد اتضح لنا أهم الاختلالات التي تعرقل عمل المنظومة القانونية للصحة بشأن مسألة المحددات الاجتماعية في الجزائر، فالمسألة تتعلق بمدى اهتمام المنظومة القانونية للصحة بالعوامل الاجتماعية و غير الاجتماعية التي لها عظيم الأثر على الحالة الصحية مثل مدى إتاحة المدارس والتعليم، ومدى إتاحة خدمات الرعاية الصحية، ظروف العمل والترفيه، حالة الإسكان و البيئة⁶⁴ ما جعلنا نصنف هذه الاختلالات إلى قانونية و أخرى عملية.

الفرع الأول: العراقيل القانونية

تتراوح العقبات التي تقيد الارتقاء بنظام المحددات الاجتماعية للصحة في الجزائر بين ما يمس الجانب المالي للنظام، وبين ما يمس الجانب القانوني لذات النظام .

أولاً- عراقيل تخص مبدأ مجانية العلاج

رغم أن المادة (66) من الدستور جسدت مبدأ مجانية العلاج واستفادة الفئة المعوزة من شروط العلاج المجانية وأن الدولة ضامنة للرعاية الصحية لكل المواطنين وبالخصوص الفئة المعوزة، فأصحاب الأمراض المزمنة مثلاً يوضع لهم ملف طبي ويعالجون في المؤسسات العمومية الاستشفائية و الجوارية بموجب مواعيد يمنحها الطبيب الذي يتولى علاجهم، لكن ما يعاب على هذا النص الدستوري أنه عام فلم يصرح بماهية شروط العلاج، كما أن الدولة وحدها لم تستطع التكفل بالمواطنين وإنما استدعى الأمر تدخّل فواعل أخرى مثل الجمعيات، كما أن هذا النقص في التكفل يمكن إرجاعه للتراجع الاقتصادي الذي تعرفه الدولة في هذه المرحلة وربما سوف ننهض باقتصادنا الوطني قدما بالشكل الذي نطمح إليه، أما بالنسبة للمحددات الاجتماعية للصحة فنجد الدستور أكد عليها من خلال مجموعة من المواد السالفة الذكر .

ثانياً- عراقيل نتجت من غموض المواد القانونية الموجهة لنظام المحددات الاجتماعية

ساد الغموض في اغلب المواد القانونية الموجهة لترقية نظام المحددات الاجتماعية للصحة في الجزائر كما أنه أغفل إطلاق عن الإشارة إلى احد المحددات الاجتماعية فيها ، فالدستور أجحف في حق المواطن الجزائري فيما يتعلق بمحدد الدخل مثلاً، فلم يشر إليه بتاتا وإنما أشار لحق المواطن في العمل، هذا بالرغم من

⁶² انظر المواد 35، 36، 37 من نفس القانون رقم 03-10.

⁶³ انظر المادة 03 من القانون رقم 15-12 مؤرخ في 28 رمضان عام 1436 الموافق 15 يوليو 2015، يتعلق بحماية الطفل، ج.ر. عدد 39 صادر في 3 شوال 1436، موافق ل 19 يوليو 2015.

⁶⁴ تقرير اللجنة المعنية بالمحددات الاجتماعية للصحة، 12 مارس 2009، مرجع سابق، ص 01.

أهمية ترقية هذا المحدد في تحسين الصحة الفردية فالدراسات أثبتت أن أصحاب الدخل المرتفع صحتهم أحسن من غيرهم وكيف لا والواقع المعاش اثبت ذلك.

الفرع الثاني:العراقيل العملية

رغم تضافر جهود الدولة في مجال التشريع بشأن نظام المحددات الاجتماعية، إلا إن ذلك يشوبه عيوب عملية كنفص وانعدام كلي لآليات تنفيذ هذه القوانين، عدم الاهتمام بالعلم والعلماء، وغيرها من العيوب التي سنذكرها فيما يلي:

أولاً-عراقيل مرتبطة بنقص أو انعدام آليات تنفيذ القوانين المستحدثة بشأن الارتقاء بنظام المحددات الاجتماعية للصحة

المنظومة القانونية الوطنية ركزت على الجانب النظري لمسألة المحددات الاجتماعية بإفراد مواد في الدستور أو مختلف القوانين. ولكن لم تتبعها بمواد تبيّن من خلالها آليات تنفيذ هذه الأخيرة، وإنما أكثر ما قامت به هو الإحالة إلى التّنظيم، فنذكر على سبيل المثال ما يتعلق بالتعليم في الجزائر، حيث شهدت المدرسة الجزائرية منذ الاستقلال إلى يومنا هذا كما هائلا من التشريعات والقوانين المنظمة لها بغية النهوض بهذا القطاع ومواكبته للتطورات العالمية⁶⁵، إلى جانب صدور المرسوم رقم 76-70 المؤرخ في 16/04/1976 في نفس الجريدة الرسمية السابقة⁶⁶، ضف لذلك العديد من القوانين والمناشير الوزارية المنظمة لعملية التعليم التحضيري إلى غاية صدور القانون التوجيهي للتربية الوطنية، والذي حدد مفهوم التربية التحضيرية والمدارس والفئات العمرية للأطفال⁶⁷، لكن هذه الترسانة التشريعية لم يستند منها مئات الأطفال في الجزائر لأسباب أهمها، بعد القرى عن المؤسسات التربوية وانعدام وسائل النقل المدرسي، أما السبب الثاني فيتعلق بالفقر الذي تعاني منه العائلات في مثل هذه المناطق النائية⁶⁸ وما زاد الطين بلة هو حالة الوضع الصحي الراهن نتيجة تقشي وباء-كوفيد19-والذي فرضت في ظلّه حالة طوارئ صحية حيث همشت أكثر هذه الفئات في المجتمع الجزائري خاصة في المجال التعليمي والعلاجي.

⁶⁵الأمرية رقم 76-35 بتاريخ 16 ابريل 1976 والمتعلقة بتنظيم التربية والتكوين في الجريدة الرسمية عدد(33) بتاريخ 23 ابريل 1976

⁶⁶ عد إلى الصفحة542 من نفس الجريدة الرسمية.

⁶⁷القانون التوجيهي للتربية الوطنية رقم 08-04، المؤرخ في 13 جانفي 2008، ج ر عدد4 صادر في 19 محرم 1429، موافق ل27 يناير 2008. وكذا المنشور رقم 32/0.3.2/2008 المتعلق بتدابير تنظيمية و تربوية خاصة بالتربية التحضيرية بما فيها بما فيها الرعاية الصحية والإطعام.

⁶⁸التقرير العالمي لرصد التعليم للجميع: 2000-2015 الانجازات والتحديات، منشورات اليونيسكو، 2015، ص 111 متوفر على الموقع الالكتروني: <https://www.knowledge4all.com>: 1. أكد ان الطوارئ تزيد من التهميش والفقر والاقصاء الاجتماعي ما جعل من التعليم مشكلة ذات طبيعة متحولة ومتفاقمة وخطيرة.

ثانيا: عدم الاهتمام بالعلم والعلماء دفع بالأدمغة إلى الهجرة إلى الخارج:

جائحة كورونا أثبتت أن هناك فشل للمنظومة القانونية للصحة في الجزائر سواء على مستوى النصوص القانونية أو حتى على مستوى العملي والمعرفي، فعدم الاهتمام بالعلم والعلماء جعل من أبناء الجزائر يفرون للخارج خاصة منهم الأطباء الشيء الذي تسبب في نقص المختصين⁶⁹، والدليل على ذلك استعانة الجزائر بـ20 خبيرا مختصا في مكافحة فيروس كورونا⁷⁰. وبالتالي يجب إعادة النظر في المنظومة القانونية للصحة في الجزائر خاصة أن في الأيام القليلة الماضية أكد رئيس الجمهورية بنفسه أن المنظومة يجب أن تعاد بالكامل و يجب إلغاء البيروقراطية يجب الاهتمام بالأطباء والعلماء⁷¹.

ثالثا: عدم التجسيد الفعلي للمواد 3 و6 من قانون الصحة رقم 18-11

رغم من تضمين القانون رقم 18-11 المتعلق بالصحة بمواد تتضمن المحددات الاجتماعية للصحة كما سبق ذكرها في هذه الورقة البحثية، إلا أن ما يعاب عليه هو عدم التطبيق الفعلي لمواد هذا القانون لاسيما الماديتين (03 و06) منه اللتان تصرحان بمبادئ المساواة، الشمولية، العدل، الاستمرارية في مجال الصحة، حيث الواقع أثبت تقريبا العكس بدليل هناك مناطق نائية لا تملك أدنى شروط الحياة وما بالنا مستوصف، أو مستشفى.

خاتمة:

يمكننا أن نقول في نهاية هذه الورقة البحثية أن، الصحة لها محددات والحالة الصحية تنتج من تفاعل هذه الأخيرة، وانه لا يمكن تغيير الحالة الصحية إلا عن طريق تغيير العوامل التي تتحكم فيها. وأن الصحة ليست مسئولية الأطباء وحدهم ولا النظام الصحي وإنما كافة قطاعات المجتمع. ويشترط الوضع لتعزيز العدل الصحي في الجزائر، العمل بما توصي به منظمة الصحة العالمية من: تحسين الظروف المعيشية اليومية و يتضمن ذلك تأمين تربية الطفولة المبكرة والتعليم، بما في ذلك تعليم البنات وآخرين محرومين من الوصول، كما يشمل ذلك التخفيف من التعرض للشروط القاسية، كالمسوم البيئية، والضغوطات اليومية الناجمة عن المساكن السيئة والعنف والظروف المعيشية الأخرى، إلى جانب تأمين آليات للحماية الاجتماعية: يتطلب ذلك أن تتبنى

⁶⁹ شيخاوي سنوسي، هجرة الكفاءات الوطنية وإشكالية التنمية في المغرب العربي: دراسة حالة الجزائر 1999-2010، مذكرة ماجستير في العلوم السياسية، جامعة ابو بكر بلقايد، تلمسان، غير منشورة، السنة الجامعية 2010-2011، ص48.
⁷⁰ وقد طبي صيني يصل الجزائر لـ "نقل الخبرة" في مواجهة كورونا، مقال نشر على صفحة سكاى نيوز عربية، أبو ضبي، بتاريخ 2020/03/27، على الموقع: <https://www.skynewsarabia.com>، تم الاطلاع عليه في: 2020/12/24.
⁷¹ الرئيس عبد المجيد تبون: إعادة النظر في المنظومة الصحية الوطنية بشكل جذري و كامل، نشر يوم الاثنين 2020/04/13، على موقع وكالة الأنباء الجزائرية: <http://www.aps.dz>، تم الاطلاع عليه في: 2020/12/24.

الحكومة سياسات وتبني أنظمة تسمح بمعيار صحي للعيش للجميع، وفي الختام نورد النتائج المتوصل إليها من خلال هذه الورقة البحثية:

- تقريبا كل خصائص المجتمع التي يمكن أن تؤثر على صحة أفرادها يمكننا اعتبارها محددات للصحة فالجزائر مازال مواطنوها يعانون من ضعف الدخل أو انعدامه بالنسبة للبطالين أو المعاقين أما فرص الوصول إلى الخدمات الصحية فهناك تفاوتات بشأنها خاصة بين المدن والأرياف، الشمال والجنوب، بين الغني والفقير. - مازال المواطن الجزائري تحت رحمة المؤسسات العمومية الصحية، وهذه الأخيرة في غالب المناطق محدودة الإمكانيات والتقنيات الحديثة الأمر الذي يؤدي إلى بعث المريض إلى مؤسسات استشفائية خاصة وهذا ليس في متناول الجميع.

- التنمية الصحية الوطنية ضعيفة وهذا يعود بالأساس إلى حادثة الاستقلال الوطني بالتالي حادثة الاهتمام بالصحة في الجزائر إلى جانب مستوى التقدم الاقتصادي الوطني مقارنة بالدول الأخرى، إلى جانب سوء التسيير لقطاع الصحة.

- **الإقتراحات:** بعد التمعن في الموضوع، واستخلاص النتائج السابقة الذكر نقترح ما يلي:

- البدء في التنفيذ الفعلي لما ورد في نصوص الدستور وكذا القانون رقم 18-11 المتعلق بالصحة، وعدم الاستقرار عند الجانب النظري فحسب، باستحداث أجهزة تتولى الرقابة على التنفيذ الفعلي للقانون كأن تكون مثلا للجنة المعنية بمراقبة مدى تطبيق القوانين على المستوى الوطني.
- ضرورة تنصيب خبراء في التسيير المالي في قطاع الصحة لتسيير أنجع للأموال المخصصة للتنمية الصحية والذي يعود بالفائدة على المواطن بالشكل الذي يمكنه من حقه في الصحة.
- العمل وفقا لمبادئ الشراكة وعبر القطاعية والتكامل بين قطاع الصحة وغيره من القطاعات المرتبطة بالصحة على رأسها قطاع البيئي، العمل، التعليم، والخدمات الاجتماعية على المستوى الداخلي إلى جانب الشراكة على المستوى الدولي لضمان الالتزام بكافة المحددات، إذ أن هذه الأخيرة تتيح إمكانية الجمع بين القوى المختلفة في القطاعات العامة والخاصة إلى جانب فئات المجتمع المدني، للتصدي للمشاكل الصحية داخل الوطن، أو خارجه مثلما الحال في هذه الفترة بتقشي جائحة كورونا في العالم، بالتالي الشراكات ما بين الدول ضرورية لتعزيز تلبية الاحتياجات الصحية العالمية، ويمكنها إنقاذ الوعي وتوفير التمويل والخبرات وحشد المزيد من الأطراف الفاعلة وما تؤكّد عليه هو أن اغلب دول العالم أكدت منذ عدة أعوام على إستراتيجية التكامل بدليل ما أشار إليه اجتماع دولة قطر حول المحددات الاجتماعية للصحة لعام 2013⁷².
- تنفيذ العقوبات الجزائرية ضد مرتكبوا الفساد في القطاع الصحي والذي كان ضحيته حقوق المواطن البسيط.

⁷² ورشة عمل حول المحددات الاجتماعية للصحة، من تنظيم المجلس الأعلى للصحة القطري بالتعاون مع منظمة الصحة العالمية، الدوحة، الاثنين 2013/11/25، نشر في صفحة بوابة الشرق، بتاريخ 2013/11/25، تاريخ تفحص المقال: <https://al-2020/07/24> /sharq.com/article/25/11/2013

عن أساليب التحقيق الخاصة المتعلقة بالجريمة الإلكترونية ذات البعد الاقتصادي: أية فعالية؟

قادري نسيمة⁽¹⁾

(1) أستاذة محاضرة قسم "أ"، مخبر البحث حول فعالية
القاعدة القانونية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة
عبد الرحمان ميره، بجاية، 06000، الجزائر.
البريد الإلكتروني: kadrinassima38@gmail.com

الملخص:

بروز الجريمة الإلكترونية بشكل ملحوظ، ومثير للقلق، أثار عدة اشكالات في مجال القانون الجنائي، بسبب صعوبة أو استحالة تطبيق اجراءات التحقيق التقليدية الممنوحة لضباط الشرطة القضائية قصد الكشف عن الجرائم الإلكترونية، لذلك وجب على المشرع الجزائري استحداث قواعد إجرائية خاصة في مرحلة التحقيق، كالتسرب الإلكتروني، حفظ البيانات واعتراض المراسلات، لكونها تتلاءم مع الطبيعة المميزة للجريمة الإلكترونية، إلى جانب عصرنة الآليات التقليدية بالشكل الذي يتطلبه كشف الجريمة.
رغم الحاجة إلى اللجوء لأساليب التحقيق الخاصة بالجرائم الإلكترونية، إلا أن تطبيقها تعثره جملة من العقبات تحد من فعاليتها، وتحد من مجال تطبيقها لمساها بمصالح المتضررين، وتميزها ببعدها الدولي وبتمكن مرتكبيها من التكنولوجيا.

الكلمات المفتاحية:

الجريمة الإلكترونية، التحقيق، التسرب، اعتراض المراسلات، إفشاء المعطيات، حرمة الحياة.

تاريخ إرسال المقال: 2021/05/06، تاريخ مراجعة المقال: 2021/12/15، تاريخ نشر المقال: 2021/12/31.

لتهميش المقال: قادري نسيمة، "عن أساليب التحقيق الخاصة المتعلقة بالجريمة الإلكترونية ذات البعد الاقتصادي: أية فعالية؟"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد 12، العدد 03، 2021، ص ص. 642-658.

<https://www.asjp.cerist.dz/en/PresentationRevue/72>

المقال متوفر على الرابط التالي:

المؤلف المراسل: قادري نسيمة، kadrinassima38@gmail.com

On Special Investigation Methods Linked to Cybercrime with an Economic Dimension: How Effective?

Summary :

The emergence of electronic crime has raised in a significant and worrying way several problems in the field of criminal law, due to the difficulty or impossibility of applying the traditional investigative procedures granted to the judicial police for the detection. crimes in general, thus, the Algerian legislator has developed specific procedural rules at the investigation stage, compatible with the characteristics of electronic crime, and at the same time, it has modernized the traditional mechanisms in the manner required by the detection of the crime. crime.

Despite the need to resort to special investigative methods linked to cybercrime, their application suffers from a number of obstacles that limit their effectiveness, due to their prejudice to the interests of the persons concerned, their international distinction, and the ability of their authors with technology.

Keywords:

Electronic crime, investigation, infiltration, interception of correspondence, data disclosure.

Les méthodes d'enquête spéciales liées à la cybercriminalité en matière économique: quelle efficacité?

Résumé :

L'émergence de la criminalité électronique a soulevé de manière significative et inquiétante plusieurs problèmes dans le domaine du droit pénal, en raison de la difficulté ou de l'impossibilité d'appliquer les procédures d'enquête traditionnelles accordées à la police judiciaire pour la détection des crimes en général. Le législateur algérien a développé des règles procédurales particulières pendant l'enquête, compatibles avec les caractéristiques de la criminalité électronique, et en même temps qu'il a modernisé les mécanismes traditionnels pour la détection du crime.

Malgré la nécessité de recourir à des méthodes d'enquête spéciales liées à la cybercriminalité, leur application souffre d'un certain nombre d'obstacles qui limitent leur efficacité, en raison de leur préjudice aux intérêts des personnes concernées.

Mots clés:

Crime électronique (cybercriminalité), enquête, infiltration, interceptions des correspondances, divulgation de données, dignité.

مقدمة

واكبت الدول التحول من الاقتصاد الكلاسيكي نحو الاقتصاد الرقمي، لكونه ضرورة حتمية للتطور التكنولوجي الحاصل على مستوى الإعلام، الاتصال والإشهار، قصد تحقيق أهداف عدة، من ضمنها توفير وتعزيز فرص تنمية النشاطات التجارية، فتح فضاء للمنافسة الاقتصادية، تشجيع الإستهلاك، وتوفير أكبر قدر من الخدمات للمستهلك.

رغم الأهداف المعلنة لتبني الاقتصاد الرقمي، إلا أن هذا الأخير لا يخلو من ظهور ممارسات توصف بالجرائم الإلكترونية، تضر بنشاط المتعاملين الاقتصاديين المتنافسين من جهة، وبالمستهلك من جهة أخرى، كالقرصنة، التجسس، تبييض الأموال، سرقة المعطيات والاختراعات، سرقة وتزوير بطاقات الدفع الإلكتروني، الولوج إلى الحسابات البنكية... الخ، على غرار ما كان عليه الأمر في ضوء الاقتصاد التقليدي. هذه الوضعية دفعت بدول العالم من بينها الجزائر، إلى البحث عن سبل مكافحة هذه الآفة الماسة بالمجال الاقتصادي، قصد الكشف عنها وعن مرتكبيها، في ظل عجز آليات الكشف والتحقيق التقليدية، المتعارف عليها من تحقيق ذلك. صعوبة الكشف عن الجريمة الإلكترونية إذن، استلزم إصدار جملة من النصوص، الرامية إلى مكافحة الفساد عموماً، وكذا حماية المؤسسات من الجريمة الإلكترونية تحديداً، عن طريق اقرارها لجملة من الآليات المستحدثة أو ضمن الأحكام العامة لمكافحة الجريمة والفساد في جميع المجالات، وذلك من خلال سن نصوص قانونية جديدة خاصة بالجريمة الإلكترونية، أو تعديل نصوص سابقة، تطبيقاً لالتزاماتها الدولية والداخلية، من ضمنها التعديلات التي طالت قانون العقوبات¹، قانون الإجراءات الجزائية²، إصدار القانتون رقم 01-06³، والقانون رقم 04-09⁴، ناهيك عن التزامات الجزائر الدولية في مجال مكافحة الفساد والجريمة بشتى أنواعها⁵.

¹ - أمر رقم 66-156، مؤرخ في 08 جوان 1966، يتضمن قانون العقوبات، ج.ر.ج.د.ش. عدد 49 صادر في 09 جوان 1966، معدل ومتمم، المنشور على الموقع: www.joradp.dz

² - أمر رقم 66-155، مؤرخ في 08 جوان 1966، يتضمن قانون الإجراءات الجزائية، ج.ر.ج.د.ش. عدد 48 صادر في 09 جوان 1966، معدل ومتمم، المنشور على الموقع: www.joradp.dz

³ - قانون رقم 01-06 مؤرخ في 20 فيفري 2006، يتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، ج.ر.ج.د.ش. عدد 14 صادر في 08 مارس 2006، معدل ومتمم بقانون رقم 10-05 مؤرخ في 26 أوت 2010، ج.ر.ج.د.ش. عدد 50 صادر في 01 سبتمبر 2010، معدل ومتمم بقانون رقم 11-15 مؤرخ في 02 أوت 2011، ج.ر.ج.د.ش. عدد 44 صادر في 10 أوت 2011.

⁴ - قانون رقم 04-09 مؤرخ في 05 أوت 2009، يتضمن القواعد الخاصة للوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الإعلام والاتصال ومكافحتها، ج.ر.ج.د.ش. عدد 47، صادر في 16 أوت 2009.

⁵ - التزمت الجزائر باتفاقيات، سواء في مجال مكافحة الفساد أو الجريمة الإلكترونية، من ضمنها نذكر على سبيل المثال:

منحت بالتالي كل تلك النصوص القانونية ضباط الشرطة القضائية، إلى جانب صلاحياتهم التقليدية، اختصاص الكشف والتحقيق في ارتكاب الجريمة الإلكترونية، من ضمنها تلك الماسة بالنشاط الاقتصادي، بإجراءات جديدة أو قديمة تم تحيينها، ما دفع بنا في هذه الورقة البحثية إلى التساؤل عن فعالية أساليب التحري الخاصة المستحدثة من قبل المشرع قصد إثبات الجريمة الإلكترونية ذات البعد الاقتصادي؟

يحتاج المحققون من ضباط الشرطة القضائية، طرقا وتقنيات خاصة بعد التبليغ أو الكشف عن الجريمة الإلكترونية، وفك رموزها، قصد تحويلها إلى بيانات واضحة تصلح لأن تكون أدلة إثبات⁶، لذا عمد المشرع إلى تكريس البعض منها (مبحث أول)، غير أن ممارسة هذه الأخيرة عمليا تصحبه جملة من الإشكالات تحد من فعاليتها في التحقيق (مبحث ثان).

المبحث الأول: انعدام الخصوصية في اقرار المشرع الجزائري أساليب التحقيق الخاصة بالجريمة الإلكترونية ذات البعد الاقتصادي

استجاب المشرع لالتزامات الدولة الجزائرية، الدولية والوطنية، في مكافحة الجريمة الإلكترونية عموما، بتكييفه وتحيينه لبعض من أساليب التحقيق، بالشكل الذي يضمن الكشف واثبات الجريمة، حيث يظهر ذلك خاصة ضمن المواد 65 مكرر 05 إلى مكرر 18 من قانون الإجراءات الجزائية.

يتجلى من المواد أعلاه أن المشرع لم يخص التحقيق في الجريمة الإلكترونية ذات البعد الاقتصادي بإجراءات خاصة، ولم يمنح اختصاص التحقيق فيها لجهاز معين، بل أخضعها لنفس إجراءات التحقيق في الجرائم الإلكترونية إجمالا، ونقصد بهذه الأخيرة كل من آلية التسرب الإلكتروني (مطلب أول)، اعتراض المراسلات والمراقبة الإلكترونية (مطلب ثان)، الاحتفاظ والإفشاء العاجلان للمعطيات الإلكترونية (مطلب ثالث)، غير أنه أغفل غيرها ومنها إنتاج المعطيات المعلوماتية، تجميع معطيات المرور في وقتها الفعلي⁷.

المطلب الأول: التسرب الإلكتروني كآلية للكشف عن الجريمة الإلكترونية

- اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد، المعتمدة من قبل الجمعية العامة للأمم المتحدة بنيويورك يوم 31 أكتوبر 2003، صادقت عليها الجزائر، بتخفظ، بموجب مرسوم رئاسي رقم 04-128 مؤرخ في 19 أبريل 2004، ج.ر.ج.د.ش. عدد 26 صادر في 25 أبريل 2004.

- اتفاقية منظمة الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية، صادقت عليها الجزائر، بتخفظ، بموجب مرسوم رئاسي رقم 02-05، مؤرخ في 02 فيفري 2002، ج.ر.ج.د.ش. عدد 09 صادر في 10 فيفري 2002.

⁶ - براهيم جمال، التحقيق الجنائي في الجرائم الإلكترونية، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم، تخصص: قانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2018، ص 12.

⁷ - راجع في مفهوم أسلوب إنتاج المعطيات المعلوماتية وتجميع معطيات المرور في وقتها الفعلي، براهيم جمال، المرجع السابق، ص ص 108-112.

تعتبر آلية التسرب من أساليب التحري المستحدثة في مجال التحقيقات القضائية، لمواجهة الجرائم المعاصرة، تم تكريسها بموجب اتفاقية منظمة الأمم المتحدة المتعلقة بمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية، في إطار ما اصطلح عليه بالأعمال المستترة⁸.

ساير المشرع الجزائري نص الاتفاقية أعلاه، بتكريس إجراء التسرب في نص المادة 56 من القانون رقم 01-06 الخاص بالوقاية من الفساد، بنصها على: "من أجل تسهيل جمع الأدلة المتعلقة بالجرائم المنصوص عليها في هذا القانون يمكن اللجوء إلى التسليم المراقب واتباع أساليب تحري خاصة كالتصيد الإلكتروني أو الاختراق على النحو المناسب وبإذن من السلطة القضائية المختصة". وردت هذه المادة بشكل عام دون إيضاحات لكيفية تطبيقها، إلى غاية تعديل قانون الإجراءات الجزائية سنة 2006، الذي قام بتعريف إجراء التسرب (فرع أول) و ضبط خصوصيات تطبيقه (فرع ثان).

الفرع الأول: تعريف إجراء التسرب كآلية للكشف عن الجريمة الإلكترونية

عرف المشرع التسرب كآلية للكشف عن الجريمة في نص المادة 65 مكرر 12 من قانون الإجراءات الجزائية، بنصه على: "يقصد بالتسرب قيام ضابط أو عون الشرطة القضائية المكلف بتنسيق العملية بمراقبة الأشخاص المشتبه في ارتكابهم جناية أو جنحة بإيهامهم أنه فاعل معهم أو شريك أو خاف". من خلال هذا التعريف نستنتج أن عملية التسرب تقوم على جملة من الركائز تتمثل في:

- مساهمة ضابط الشرطة القضائية مباشرة في نشاط الجماعة الإجرامية المتسرب إليها من خلال مشاركته في اختراق شبكات الاتصال أو بث فيروسات أو الانضمام إلى نوادي الهاكر بأسماء وهمية ومستعارة⁹، مع إعفائه من المسؤولية الجنائية¹⁰.
- الامتناع، تحت طائلة العقاب، عن الكشف عن العضو المتسرب قصد حمايته وحماية أسرته، سواء أثناء قيام بعملية التسرب أو بعد انقضائها¹¹.
- عدم جواز اللجوء لعملية التسرب إلا في الجرائم الخطيرة المحصورة في نص المادة 65 مكرر، من ضمنها تلك الماسة بالنشاط الاقتصادي كتهريب الأموال، والمساس بالصرف، ومعالجة الأنظمة المعلوماتية¹².

الفرع الثاني: شروط صحة إجراء التسرب الإلكتروني

⁸ - راجع المادة 20 من اتفاقية منظمة الأمم المتحدة المتعلقة بمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية، مرجع سابق.

⁹ - براهيمي جمال، المرجع السابق، ص 85.

¹⁰ - راجع المادة 65 مكرر 14 من القانون رقم 66-155، يتضمن الإجراءات الجزائية، مرجع سابق.

¹¹ - راجع المادة 65 مكرر 17 من المرجع نفسه.

¹² - راجع المادة 65 مكرر من المرجع نفسه.

- خص المشرع عملية التسرب بضوابط إجرائية وأخرى موضوعية، قصد الحفاظ على سلامة العون المتسرب، وكذا الحرص على شفافية التحقيق، حددها المشرع فيما يلي¹³:
- **الإذن من الجهة القضائية المختصة:** طبقا للمادة 65 مكرر 11 من ق.إ.ج، يصدر الإذن من وكيل الجمهورية قبل بداية التحقيق ومن قاضي التحقيق بعد افتتاحه.
 - **تضمين الإذن القضائي جملة من البيانات:** بموجب المادة 65 مكرر 15 من ق.إ.ج يجب أن يرد الإذن مكتوبا تحت طائلة البطلان، ومتضمنا لبيانات تحدد صحته، كتبيان نوع الجريمة، محلها، هوية الضابط المتسرب.
 - **تسبب الإذن القضائي المرخص لعملية التسرب:** لا يصح الإذن القضائي بالتسرب الإلكتروني إلا بتضمينه مبررات وتفسيرات توضح دوافع اللجوء لهذه العملية.
 - **تقييد عملية التسرب بفترة زمنية:** استنادا للمادة 65 مكرر 15 لا يجوز تجاوز عملية التسرب لأكثر من أربعة أشهر، قابلة للتجديد، كما يمكن إيقافها متى دعت معطيات التحقيق لذلك.
 - **التقييد بالجرائم المسموح فيها عملية التسرب:** لا تصح آلية التسرب إلا ضمن عمليات الكشف عن الجرائم السبع المذكورة في نص المادة 65 مكرر 05، والمتمثلة على سبيل الحصر في: جرائم المخدرات، الجريمة المنظمة العابرة للحدود، جرائم تبييض الأموال، جرائم الإرهاب، الجرائم المتعلقة بالتشريع الخاص بالصرف، وتبييض الأموال.

المطلب الثاني: اعتراض المراسلات والمراقبة الإلكترونية

ساير المشرع الجزائري تشريعات الدول في تكريسها لآلية اعتراض المراسلات وتسجيل الأصوات والتقاط الصور، ضمن أحكام قانون الإجراءات الجزائية، خلال تعديله سنة 2006، كما أنه أكد على هذا الإجراء كآلية لمكافحة الجريمة الإلكترونية، ضمن أحكام القانون رقم 09-04، الهادف للوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الإعلام والاتصال ومكافحتها، حيث قدم لها المشرع تعريفا (فرع أول)، مبينا أحكام تطبيقها (فرع ثان).

الفرع الأول: المقصود بإجراء اعتراض المراسلات و تسجيل الأصوات والتقاط الصور

¹³ - راجع المواد 65 مكرر، 65 مكرر 05، 65 مكرر 11 و 65 مكرر 15 المرجع نفسه، ولمزيد من التفصيل راجع: براهيم جمال، مرجع سابق، ص 85 و 86، و زورو هدى، التسرب كأسلوب من أساليب التحري في قانون الإجراءات الجزائية الجزائرية، مجلة دفاتر السياسة والقانون، عدد 11، 2014، ص 121 (ص ص 119-147).

BOUNNOUAR Abdelhakim, « Les techniques spéciales d'enquête et d'investigation en Algérie », publié dans le cite : www.memoireonline.com , consulté le 25 avril 2021.

عرف المشرع الجزائري إجراء اعتراض المراسلات والتقاط الصور، كآلية لمكافحة الجريمة الإلكترونية، في نص المادة 65 مكرر 05 بنصه: "...إعتراض المراسلات التي تتم عن طريق وسائل الاتصال السلكية واللاسلكية.

–وضع الترتيبات التقنية، دون موافقة المعنيين، من أجل التقاط وتثبيت وبث وتسجيل الكلام المتفوه به بصفة خاصة أو سرية من طرف شخص أو عدة أشخاص في أماكن عامة أو التقاط صور لشخص أو عدة أشخاص يتواجدون في مكان واحد...".

تأكد تبني المشرع الجزائري لهذه الآلية لمكافحة الجريمة الإلكترونية، في نص المادة 01 و 02 من القانون رقم 09-04، حيث وردت المادة 01 كما يلي: "يهدف هذا القانون إلى وضع قواعد خاصة للوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الإعلام والاتصال ومكافحتها"، في حين قدم تعريفا للاتصالات الإلكترونية محل الجريمة في الفقرة و من المادة 02 كما يلي: "...الاتصالات الإلكترونية: أي تراسل أو إرسال أو استقبال علامات أو إشارات أو كتابات أو صور أو أصوات أو معلومات مختلفة بواسطة أي رسائل الكترونية".

وجب التنويه أن المشرع لم يكرس إجراء المراقبة الإلكترونية فقط قصد التحري بعد وقوع الجريمة، وإنما اعتبرها جائزة كذلك من أجل الوقاية لتفادي وقوعها، بموجب الفقرة ب من المادة 04 من القانون رقم 09-04، وذلك في حالة إمكانية مساسها ببعض المجالات، من ضمنها الاقتصاد الوطني¹⁴.

وفي نفس السياق قام بإنشاء هيئة وطنية للوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الإعلام والاتصال ومكافحتها¹⁵، تطبيقاً لنص المادة 13 من القانون رقم 09-04، بنية تكليفها باختصاص تنسيق عمليات الوقاية من الجرائم ذات الصلة بالتكنولوجيات والإعلام والاتصال بالتنسيق مع الجهات القضائية ومصالح الشرطة القضائية¹⁶.

الفرع الثاني: الضوابط الواردة على إجراء اعتراض المراسلات والمراقبة الإلكترونية

¹⁴ – راجع المادة 04 من القانون رقم 09-04، يتضمن من القواعد الخاصة للوقاية من الجرائم...، مرجع سابق.

¹⁵ – راجع المادة 13 من المرجع نفسه و كذا أحكام المرسوم الرئاسي رقم 15-261 المؤرخ في 08 أكتوبر 2015، يتضمن إنشاء هيئة وطنية للوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الإعلام والاتصال ومكافحتها، ج.ر.ج.د.ش عد 53 صادر في 08 أكتوبر 2015.

¹⁶ – لمزيد من التفصيل راجع براهيمي جمال، المرجع السابق، ص ص 87-93.

تتمتع فعالية اجراء اعتراض المراسلات والمراقبة الالكترونية في كونها تتم دون مرتكب الجريمة، لهذا خص المشرع هذه الآلية الهامة في مجال التحقيق في الجرائم الالكترونية بجملة من الشروط والضوابط، وفقا لما يلي:

- **صدور إذن من السلطة القضائية:** يعتبر هذا الشرط أساسيا تحت طائلة بطلان اجراءات التحقيق، يتم إصداره من قبل وكيل الجمهورية في حالة التحقيق الابتدائي، أو قاضي التحقيق في مرحلة التحقيق القضائي¹⁷. يشترط فيه أن يرد مكتوبا، ومشملا على بيانات تحدد طبيعة الجريمة محل التحقيق، وكذا تحديد المراسلات والاتصالات المطلوب اعتراضها وتسجيلها، حيزها المكاني والزمني الذي لا يجب أن يتجاوز أربعة أشهر قابلة للتجديد.
- **تعليل اللجوء لعملية الاعتراض والمراقبة الالكترونية:** لا يستقيم الإذن القضائي بالاعتراض والمراقبة الالكترونية إلا باحتوائه لتسبب وتبرير وضاح عن دوافع اللجوء لهذه العملية.
- **التقيد بالجرائم المحصورة قانونا:** مبدئيا لا يجوز اللجوء إلى آلية اعتراض المراسلات والمراقبة الالكترونية إلا ضمن عمليات الكشف عن الجرائم السبع المذكورة في نص المادة 65 مكرر 05، التي سبقت الإشارة إليها، غير أن هذه الآلية على عكس إجراء التسرب يمكن أن يمتد تطبيقها إلى جرائم أخرى، وفق ما تمليه الفقرة ج و د من المادة 04 من القانون رقم 09-04 بنصها: "... لمقتضيات التحريات والتحقيقات القضائية، عندما يكون من الصعب الوصول إلى نتيجة تهم الأبحاث الجارية دون اللجوء إلى المراقبة الالكترونية. - في إطار تنفيذ طلبات المساعدة القضائية الدولية المتبادلة..."
- **الالتزام بالسرية وكتمان السر المهني:** فعالية التحقيق القضائي وكذا خطورة اللجوء إلى عملية اعتراض المراسلات والمراقبة الالكترونية، تحتم الالتزام بالسر المهني، سواء من قبل ضابط الشرطة القضائية، أو من قبل المختصين الذين تمت الاستعانة بهم¹⁸.

المطلب الثالث: الحفاظ والإفشاء العاجل للمعطيات السير

¹⁷ - راجع المادة 65 مكرر 05 من القانون رقم 66-155، يتضمن قانون الإجراءات الجزائية، مرجع سابق، والمادة 04 من القانون رقم 09-04، يتضمن القواعد الخاصة للوقاية من الجرائم....، مرجع سابق.

¹⁸ - للتفصيل راجع براهمي جمال، المرجع السابق، ص 98 و 99.

استحدثت المشرع الجزائري أليتي الحفاظ و الإفشاء بصفة عاجلة لمعطيات السير¹⁹ بموجب المادة 10 من القانون رقم 04-09، التي ألزمت مقدمي الخدمات²⁰ بتقديم المساعدة للسلطات المكلفة بالتحريات القضائية المتعلقة بمحتوى الاتصالات في حينها من خلال حفظها، لتليها عملية الإفشاء (فرع أول) وفق ما تؤكد المادة 10 و 11 من القانون ذاته التي ضبطت شروطها (فرع ثان).

الفرع الأول: الحفاظ والإفشاء العاجل لمعطيات السير كآلية لمكافحة الجريمة الالكترونية

يهدف هذا الإجراء إلى حماية المعطيات من الإتلاف أو تجريدها من صفتها أو حالتها الأصلية²¹، حدد المشرع مجال تطبيقها ، تحسبا لتسليمها لجهات التحقيق.

أولاً: مجال تطبيق إجراء الحفاظ العاجل لمعطيات السير: خص المشرع بالتفصيل في نص المادة 11 من القانون رقم 04-09 مجال تطبيق إجراء الحفاظ العاجل للمعطيات التي وردت كما يلي: "مع مراعاة طبيعة ونوعية الخدمات، يلتزم مقدمو الخدمات بحفظ:

أ- المعطيات التي تسمح بالتعرف على متعاملي الخدمة،

ب- المعطيات المتعلقة بالتجهيزات الطرفية المستعملة للاتصال،

ج- الخصائص التقنية وكذا تاريخ ووقت ومدة كل اتصال،

د- المعطيات المتعلقة بالخدمة التكميلية المطلوبة أو المستعملة ومقدميها،

هـ- المعطيات التي تسمح بالتعرف على المرسل اليهم الاتصال وكذا عناوين المواقع المطع عليها.

بالنسبة لنشاطات الهاتف، يقوم المتعامل بحفظ المعطيات المذكورة في الفقرة "أ" من هذه المادة وكذا تلك التي تسمح بالتعرف على مصدر الاتصال وتحديد مكانه..."

يتعين على مقدمي الخدمات القيام بعملية الحفاظ على معطيات السير بصفة عاجلة، تحسبا لإفشاءها للسلطات المكلفة بالتحقيق.

ثانياً: الإفشاء العاجل لمعطيات السير:

¹⁹ - عرف المشرع مفهوم معطيات السير في الفقرة هـ من المادة 02 من القانون رقم 04-09، يتضمن القواعد الخاصة للوقاية من الجرائم... المرجع السابق، بكونها: " ...هـ- المعطيات المتعلقة بحركة السير: أي معطيات متعلقة بالاتصال عن طريق منظومة معلوماتية تنتجها هذه الأخيرة باعتبارها جزءا في حلقة اتصالات، توضح مصدر الإتصال، والوجهة المرسل إليها، والطريق الذي يسلكه، ووقت وتاريخ وحجم ومدة الإتصال ونوع الخدمة..."

²⁰ - عرف المشرع مقدمي الخدمات في الفقرة د من المادة 02 من المرجع نفسه، كما يلي: "...د. مقدمو الخدمات

1- أي كيان عام أو خاص يقدم لمستعملي خدماته، القدرة على الاتصال بواسطة منظومة معلوماتية و/أو نظام الاتصالات.

2- أي كيان آخر يقوم بمعالجة أو تخزين معطيات معلوماتية لفائدة خدمة الاتصال المذكورة أو لمستعمليها".

²¹ - براهيم جمال، المرجع السابق، ص 101.

هو إجراء مكمل لعملية الحفاظ على معطيات السير، قصد الإسراع في الكشف عن ملبسات وكل حيثيات الجريمة، وهذا بالتحديد ما أكد عليه المشرع في نص المادة 10 من القانون رقم 09-04، الواردة كما يلي: "...في إطار تطبيق أحكام هذا القانون، يتعين على مقدمي الخدمات تقديم المساعدة للسلطات المكلفة بالتحريات القضائية لجمع وتسجيل المعطيات المتعلقة بمحتوى الاتصالات في حينها وبوضع المعطيات التي يتعين عليهم حفظها وفقا للمادة 11 أدناه، تحت تصرف السلطات المذكورة..."

الفرع الثاني القيود الواردة على إجراء الحفاظ والإفشاء العاجل لمعطيات السير

أورد المشرع جملة من الشروط لضمان سلامة التحقيق القضائي، ضمن أحكام القانون رقم 09-04، وفق

ما يلي:

- الإذن من الجهة القضائية المختصة: أحال المشرع الجزائري في القانون رقم 09-04 بشأن هذا القيد إلى الأحكام العامة، الواردة في قانون الإجراءات الجزائية، وفق ما تنص عليه المادة 03²²، بالتالي يجب أن يكون الإذن مكتوبا، ومسببا، ومشملا لبيانات عن نوع والمشتبه فيه في ارتكاب الجريمة محل التحقيق القضائي، وهوية مقدم الخدمة.
- تقييد عملية الحفاظ العاجل للمعطيات بفترة زمنية: لا يجوز تجاوز عملية الحفاظ العاجل لمعطيات التسيير لأكثر من المدة المحددة في الإذن القضائي، علما أن المشرع وضع لها حيزا زمنيا، لا يتجاوز سنة طبقا للمادة 11 من القانون رقم 09-04.
- الالتزام بسرية عملية الحفاظ على المعطيات والمعلومات المتحفظ عليها: يقع على عاتق مقدمي الخدمات الالتزام الكامل بسرية عملية التحقيق ونتائجها سواء خلال أو بعد اتمامه حفاظا على خصوصيات الأفراد، كما يفترض عليهم عدم عرقلته تحت طائلة العقاب، وفق ما تملّي عليه الفقرة الأخيرة من المادة 10 من القانون أعلاه.

المبحث الثاني: اشكالات تطبيق أساليب التحقيق الخاصة في الجريمة الإلكترونية

²² - راجع المادة 03 من القانون رقم 09-04، يتضمن القواعد الخاصة للوقاية من الجرائم...، مرجع سابق.

تتميز الجريمة الالكترونية بتنوعها وتغيرها النمطي السريع، بسبب نكاء مرتكبيها وتمكنهم من التكنولوجيا، مما ينقص من فعالية آليات التحقيق الخاصة والمستحدثة في الكشف عن حيثياتها وإثباتها بسبب إشكالات، بعضها ذات صلة مباشرة بالأطراف المتضررة من الجريمة (مطلب أول) والبعض الآخر مرتبط بنمط الجريمة (مطلب ثان) إلى جانب امكانية اتصافها بالعابرة للحدود (مطلب ثالث).

المطلب الأول: ارتباط فعالية التحقيق بالأساليب الخاصة بأولوية حماية المتضررين من الجريمة الالكترونية

لا تصح اجراءات أساليب التحقيق الخاصة بالجريمة الالكترونية، إلا باحترام الشروط والضوابط الواردة ضمن القانون، هذه الأخيرة تعد حائلا لفعالية التحقيق رغم ضرورتها، حيث يقع على المحققين احترام الحياة الخاصة للأفراد (فرع أول) والمؤسسات على حد سواء (فرع ثان) خاصة لما يتعلق الأمر بجريمة ذات بعد اقتصادية.

الفرع الأول: وجوب احترام و عدم التعدي على الحياة الخاصة للأفراد

لا يمكن نكران الحاجة إلى أساليب تحقيق غير اعتيادية للتحقيق في الجريمة الالكترونية، كاعتراض المراسلات، المراقبة، والتقاط الصور وحجزها، وفي الوقت ذاته لا بد من الاعتراف بكونها تمثل انتهاكا للحياة الخاصة للأفراد، سواء كانوا ضحايا للجريمة الالكترونية بصفة مباشرة أو بشكل عرضي، علما أن القوانين بشتى أنواعها، تضمن حماية خصوصية حياة الأفراد ومراسلاتهم²³.

أولوية حماية الحياة الخاصة خلال التحقيق، لم ترد فقط كمبدأ في النصوص الحامية لحقوق الإنسان، بل حتى في تلك التي أقرت باجراءات التحقيق الخاصة، ونشير في هذا المقام، إلى ما التزمت به الدولة الجزائرية في منظومتها التشريعية، في عدة نصوص قانونية، على سبيل الاستدلال:

- **التأكيد الدستوري على ضمان حرمة الحياة الخاصة:** أولى المؤسس الدستوري حرمة الحياة الخاصة للأفراد

²³ - للتفصيل أنظر: BENYAGOUR Hanan, *Les techniques d'enquêtes spéciales en droit algérien - étude comparative-*, Thèse de doctorat science en droit, Faculté de droit, Université d'Alger, 2015-2016, pp. 256-273.

بالعناية من خلال التأكيد على ضمان احترامها، بشكل مباشر في نص المادة 47 من دستور 1996²⁴ المعدل والمتمم، حيث تنص على ما يلي: "لكل شخص الحق في حماية حياته الخاصة وشرفه لكل شخص الحق في سرية مراسلاته واتصالاته الخاصة في أي شكل كانت. لا مساس بالحقوق المذكورة في الفقرتين الأولى والثانية إلا بأمر معلن من السلطة القضائية. حماية الأشخاص عند معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي حق أساسي. يعاقب القانون على كل انتهاك لهذه الحقوق".

• الالتزام الجزائري بحماية حرمة الحياة الخاصة على المستوى الدولي: التزمت الجزائر بضمان حماية حرمة الحياة في العديد من الصكوك الدولية الخاصة بحقوق الإنسان، نستند على سبيل المثال إلى نص المادة 17 من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية²⁵، التي تنص: "1. لا يجوز تعريض أي شخص على نحو تعسفي أو غير قانوني، لتدخل في خصوصياته أو شؤون أسرته أو بيته أو مراسلاته، ولا أي حملات غير قانونية تمس شرفه أو سمعته.

2. من حق كل شخص أن يحميه القانون من مثل هذا التدخل أو المساس".

يظهر جليا من خلال نص المادتين أعلاه، إضافة إلى الشروط والضوابط التي اقراها المشرع لصحة إجراءات التحقيق²⁶ الواردة في قانون الإجراءات المدنية، أن ضمان عدم المساس بحرمة حياة الفرد، سواء كان ذا صلة أو لا بالجريمة الالكترونية، أمر حتمي وواجب خلال التحقيق، حيث يجب على جهات التحقيق أعمال الأساليب الخاصة في التحقيق في حدود القانون من جهة، وعدم المغالاة والتعسف في تطبيقها من جهة أخرى، وهذه المسألة رغم منطقيتها وإيجابيتها على حرمة حياة الأفراد، إلا أنها تشكل عائقا يحول دون فعالية التحقيق الجنائي بالأساليب الخاصة المشار إليها.

الفرع الثاني: وجوب عدم إفشاء المعطيات المتعلقة بالمؤسسة ذات الصلة بالمجال الاقتصادي

²⁴ - دستور 1996 الصادر بموجب مرسوم رئاسي رقم 96-438 مؤرخ في 07 ديسمبر 1996، ج.ر.ج.د.ش عدد 76 صادر في 08 ديسمبر 1996، معدل ومتمم بقانون رقم 02-03 مؤرخ في 10 أبريل 2002، ج.ر.ج.د.ش عدد 25 صادر في 14 أبريل 2002، معدل ومتمم بقانون رقم 08-19 مؤرخ في 15 نوفمبر 2008، ج.ر.ج.د.ش عدد 63 صادر في 16 نوفمبر 2008، معدل ومتمم بقانون رقم 16-01 مؤرخ في 06 مارس 2016، ج.ر.ج.د.ش عدد 14 صادر في 07 مارس 2016، معدل ومتمم بمرسوم رئاسي رقم 20-442 مؤرخ في 30 ديسمبر 2020، ج.ر.ج.د.ش عدد 82 صادر في 30 ديسمبر 2020.

²⁵ - انضمت الجزائر إلى العهدين الدوليين لحقوق الإنسان بموجب المرسوم الرئاسي رقم 89-67 المؤرخ في 16 ماي 1989، ج.ر.ج.د.ش عدد 20 صادر في 17 ماي 1989 ثم قامت بنشره في ج.ر.ج.د.ش عدد 11 سنة 1997.

²⁶ - راجع المبحث الأول من هذا البحث.

عندما يتعلق الأمر بالجريمة ذات البعد الاقتصادي، فالأكيد أن تكون واحدة أو أكثر من المؤسسات بمختلف أنواعها (إدارية، اقتصادية، تجارية، صناعية)، عامة كانت أو خاصة، ضحية للجريمة الإلكترونية، بأسلوب القرصنة، التجسس، الاحتيال، السرقة...، لذا من البديهي أن تتكشف العديد من المعطيات الخاصة بها خلال التحقيق، بسبب الولوج إلى المعطيات الخاصة بالمؤسسات على اختلافها، كالحسابات البنكية، براءات الاختراع، محتوى تركيبات التصنيع، المراسلات والمعاملات التجارية، بيانات الموظفين والعمال، محتوى العقود والصفقات وقيمتها،... الخ، حيث أن الإفصاح عن بعض المعطيات بسبب التعسف، الإهمال أو سوء تقدير من المحققين، قد يؤدي إلى تكبد المؤسسة لخسائر مادية، و/أو معنوية من شأنها إلحاق الضرر بسمعتها.

تبعاً لذلك، يجب أن يتقيد المحققون بالضوابط الواردة في المنظومة التشريعية، الواردة في الدستور، المعاهدات وقانون الإجراءات الجزائية، السالف الإشارة إليها، علماً أن هذه الأخيرة، تستعمل عبارة شخص التي يقصد بها في رأينا الشخص الطبيعي أو المعنوي.

يجب التنويه أن إجراء التسرب خاضع للرقابة، حفاظاً على الخصوصية من جهة، ومن إمكانية تعسف ضباط الشرطة القضائية خلال التحقيق²⁷، إما بصورة مباشرة من قبل ضابط الشرطة القضائية المكلف بتنسيق العملية، أو بصورة غير مباشرة من قبل وكيل الجمهورية وقاضي التحقيق طبقاً لنص المادة 65 مكرر 15 من قانون الإجراءات الجزائية.

المطلب الثاني: إشكالية تتعلق بالجانب التقني للتحقيق في الجريمة الإلكترونية

تعدد وتنوع سبل وأشكال ارتكاب الجريمة الإلكترونية²⁸ يجعل فعالية التحقيق فيها أمراً عسيراً، بسبب سرعة ارتكاب الجريمة وتغير نمطها (فرع أول)، مما يتطلب تقنيات عالية في التحقيق (فرع ثان)، ناهيك عن إحالة التحقيق لجهاز الضبطية القضائية فقط دون الاستعانة بجهاز متخصص بالجرائم الماسة بالجانب الاقتصادي (فرع ثالث).

الفرع الأول: التأثير السلبي لسرعة ونمطية الجريمة الإلكترونية على فعالية التحقيق

²⁷ - بولمكاحل أحمد، ليطوش دليمة، "التسرب والشرعية الإجرائية"، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، مجلد 07، عدد 02، 2002، ص 1115 و 1116.

²⁸ - اسراء جبريل رشاد مرعي، الجرائم الإلكترونية: الأهداف-الأسباب-طرق الجريمة ومعالجتها، منشورة على الموقع: <http://democratic.de> تاريخ الاطلاع: 29 أبريل 2021.

تتميز الجريمة الالكترونية بعدة خصائص، منها²⁹: التقنية العالية في ارتكابها، سهولة الوقوع ضحية لها، صعوبة الكشف عن الجناة، اعتماد الجاني على أنماط وصور متعددة تصل إلى درجة اللاأخلاقية، عدم تقيدها بمجال زمني أو جغرافي، سهولة وسرعة ارتكابها وإخفاء اثارها وأدلتها، اعتماد الجاني في ارتكابها على أدوات متاحة للعامة كالهواتف، الحواسيب ومختلف البرمجيات،... الخ

الجريمة الالكترونية إذن هي من تبعات التطور والعصرنة، والاستغلال السلبي للعلم والمعرفة، هذه الميزة تجعل التحقيق والكشف عن الجريمة المعلوماتية، ذات التقنية العالية، هدف صعب المنال من قبل ضباط التحقيق، حيث يقع عليهم واجب الاجتهاد الدائم للإلمام بالتطورات في المجال التكنولوجي.

الفرع الثاني: ارتباط فعالية التحقيق بلزوم تحكم المحققين بالتكنولوجيا

عادة ما يتصف مرتكبي الجرائم التقليدية، بالعنف، تدني المستوى الثقافي، العلمي والفكري، لكن الأمر جد مختلف فيما يخص مرتكبي الجرائم الالكترونية، لاتصافهم بالذكاء والمستوى العلمي الجيد، خاصة في المجال التكنولوجي، مما يسمح لهم بابتكار وإدخال وسحب فيروسات في أنظمة الحواسيب، ومختلف الشبكات سواء المعلوماتية أو تلك الخاصة بالاتصالات، قصد تخريب البرامج و اختراقها، أو لمجرد الرغبة في نشرها والتشهير بالضحية.

بالتالي يصعب على جهات التحقيق متابعة مرتكبي الجريمة الالكترونية نتيجة ذكائهم وعدم تركهم آثار ملموسة وأدلة يمكن التعرف على هوياتهم من خلالها، لذا يجب أن يجب أن يسند التحقيق بالأساليب الخاصة إلى أعوان وضباط مؤهلين ذوي قدرة وكفاءة على الابتكار ومنافسة مرتكبي الجرائم الالكترونية، قصد الكشف عن الجرائم وإثباتها³⁰.

الفرع الثالث: عدم استحداث جهاز تحقيق خاص بالمجال الاقتصادي

منح المشرع في قانون الإجراءات الجزائية، اختصاص التحقيق في الجريمة الالكترونية لضباط وأعوان الشرطة القضائية، مع الاستعانة بأجهزة أخرى ذات اختصاص جنائي عموماً، تتمثل في المعهد الوطني للأدلة الجنائية والإجرام³¹، تحت وصاية القيادة العامة للدرك الوطني، والذي يحتوي على قسم الإعلام الآلي يختص

²⁹ - سعيداني نعيم، آليات البحث والتحري عن الجريمة المعلوماتية في القانون الجزائري، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في العلوم القانونية، تخصص علوم جنائية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2012-2013، ص 30.

³⁰ - لمزيد من التفصيل أنظر: رابحي عزيزة، الأسرار المعلوماتية وحمائتها الجزائية، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2017-2018، ص ص 115-137.

³¹ - مرسوم رئاسي رقم 04-183 مؤرخ في 26 جوان 2006، يتضمن احداث المعهد الوطني للأدلة الجنائية وعلم الإجرام للدرك الوطني وتحديد قانونه الأساسي، ج.ر.ج.د.ش عدد 41 صادر في 27 جوان 2004.

بالتحقيق في كل ما يتصل بالجريمة الالكترونية، إلى جانب مركز الوقاية من جرائم الإعلام الآلي وخطية الإعلام الآلي على مستوى المديرية العامة للأمن الوطني ومخابر الشرطة العلمية التابعة لمديرية الشرطة القضائية³². وفي نفس السياق، كما سبقت الإشارة أنه تم انشاء هيئة وطنية للوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيا المعلومات، تطبيقا لنص المادة 13 من القانون رقم 04-09، والتي من اختصاصاتها تقديم المساعدة في التحقيقات³³، غير أنه كغيرها من الأجهزة المعنية بالتحقيق في الجريمة الالكترونية، وردت نصوصها عامة، لا تتضمن تمييزا لاجراءات التحقيق في مختلف الجرائم الالكترونية، اقتصادية، شخصية، أمنية.... يمكن أن تشهد الجرائم ذات البعد الاقتصادي تأخرا في التحقيق فيها نظرا لإمكانية حدوثها بأعداد كبيرة، وبالتالي لا تمنح لها عناية والأولوية إلا إذا تعلق الأمر بمؤسسات تابعة للدولة، لذا يستحسن استحداث أجهزة تحقيق مساعدة لضباط الشرطة القضائية مختصة وملمة بالنشاط الاقتصادي.

المطلب الثالث: التأثير السلبي للجرائم الالكترونية ذات البعد الدولي على فعالية التحقيق

تتصف الجريمة الالكترونية بالعالمية، كنتيجة للعمل بشبكة الأنترنت، حيث لم تعد الحدود تشكل حاجزا أما ارتكاب الجريمة، لكنها لا تزال حاجز أما فعالية التحقيق حولها، بسبب إشكالات التنازع في الاختصاص القضائي (فرع أول)، وضعف التعاون الدولي (فرع ثان).

الفرع الأول: إشكالية التنازع في مسألة الاختصاص القضائي حول التحقيق في الجريمة الالكترونية

المتعارف عليه في القواعد العامة، أن الاختصاص القضائي في الجرائم غالبا ما يقوم على مبدأ الإقليمية، غير أن مجال ارتكاب الجريمة الالكترونية تجاوز المبادئ التقليدية، سواء تعلق الأمر بالجريمة التي ترتكب في منطقة في دولة ما وتوقع اثارها في منطقة من الدولة ذاتها، أو ترتكب في دولة وتوقع اثارها في دولة أو دول أخرى.

نتيجة عالمية الجريمة الالكترونية، وجب على الدول تحيين تشريعاتها بالشكل الذي يسمح بإنابة التحقيق لجهة قضائية أخرى سواء داخل إقليمها أو في دولة أخرى³⁴، لأنه دون ذلك لا يمكن الكشف عن ملامسات وأدلة تدين الجناة. وهذا هو التوجه الذي تبناه المشرع الجزائري في نص المواد 329 من قانون الإجراءات

³²-حبيباتي بثينة، " معوقات مكافحة الجريمة المعلوماتية"، مجلة العلوم الإنسانية، مجلد 50، 2019، ص ص 85-97.

³³- راجع المادة 14 من القانون رقم 04-09، يتضمن القواعد الخاصة للوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الإعلام والاتصال ومكافحتها مرجع سابق، والمادة 04 من المرسوم الرئاسي رقم 15-261، يحدد تشكيلة وتنظيم وكيفيات سير الهيئة الوطنية...، مرجع سابق.

³⁴- لمزيد من التفصيل أنظر:

TITOUCHE Radia, « Territorialité du code pénal et cybercriminalité », *Cahiers de politique et de droit*, volume n° 01, numéro 01, 2019, pp. 231-245.

الجزائرية، و 15 من القانون رقم 04-09 عندما يتعلق الأمر بجريمة تمس الاقتصاد الوطني، حيث وردت المادة كما يلي: "زيادة على قواعد الاختصاص المنصوص عليها في قانون الاجراءات الجزائية، تختص المحاكم الجزائرية بالنظر في الجرام المتصلة بتكنولوجيا الإعلام والاتصال المرتكبة خارج الإقليم الوطني، عندما يكون مرتكبها أجنبيا، وتستهدف مؤسسات الدولة الجزائرية أو الدفاع الوطني أو المصالح الاستراتيجية للاقتصاد الوطني".

الفرع الثاني: قصور الآليات التشريعية الدولية في مجال مكافحة الجريمة الالكترونية

يعد التعاون الدولي من الآليات الرئيسية في مكافحة الجريمة الالكترونية، نتيجة بعدها الدولي، حيث يتبلور هذا التعاون في صورة³⁵: التعاون الأمني المشترك، المساعدة القضائية، التنسيق القضائي والتقني، الإنابة القضائية، الاعتراف بالأحكام الأجنبية، تسليم المجرمين، تأهيل المكلفين بالتحقيقات. لا يكفي الالتزام بالاتفاقيات الدولية الرامية إلى مكافحة الجريمة المنظمة والعبارة للحدود لتأمين التعاون الدولي في مكافحة الجريمة الالكترونية، بل يجب كذلك يجب على الدولة الجزائرية إبرام اتفاقات ثنائية توضح آليات التعاون بينها وبين الدول، ناهيك عن تحيين التشريعات الوطنية لتتواءم مع هذا التوجه. رغم أن المشرع الجزائري تبنى فكرة التعاون الدولي في مكافحة الجريمة الالكترونية في نص المادة 17 من القانون رقم 04-09، إلا أنه ضمنها بقيود واسعة التأويل في نص المادة 18، تتمثل في الامتناع عن المساعدة القضائية في حالة امكانية المساس بسيادة الدولة والنظام العام، وسرية المعلومات³⁶.

خاتمة

يتجلى عمليا، أن بعضا من إجراءات الكشف والتحقيق الأولية التقليدية، يصعب أو قد لا يمكن بأي حال من الأحوال تطبيقها خلال التحري والتحقيق في ارتكاب الجرائم الالكترونية بسبب طبيعتها، كسماع المتهم، أو الشهود، الاستجواب والمواجهة، غير أن بعضها الآخر لم يكن ممكنا تطبيقها وفق الأحكام العامة الواردة ضمن قانون الإجراءات الجزائية دون تحديثها وعصرنتها بالشكل الذي يتوافق مع طبيعة الجريمة الالكترونية، وهذا ما تظن إليه المشرع الجزائري باستدراكه هذا النقص في بعض أحكام القانون رقم 04-09، الذي يحدد

³⁵ - رابحي عزيزة، مرجع سابق، ص ص 322 - 341.

³⁶ - راجع المادة 17 و 18 من القانون رقم 04-09 يتضمن القواعد الخاصة للوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الإعلام والاتصال ومكافحتها مرجع سابق.

القواعد العامة المتصلة بتكنولوجيات الإعلام والاتصال ومكافحتها، حيث أورد ضمنه إجراءات الكشف عن الجريمة الإلكترونية عن طريق التفتيش الإلكتروني، تخزين حجز المنظومات المعلوماتية في إطار عملية الضبط، معاينة الأدلة الإلكترونية، وصولاً إلى مرحلة الخبرة .

تم التركيز في هذه الورقة البحثية على توضيح كيفية تنظيم المشرع الجزائري لإجراءات التحقيق والتحري الجزائية الخاصة، قصد محاربة الجريمة الإلكترونية، ذات التأثير السلبي على النشاط الاقتصادي، المتمثلة في التسرب الإلكتروني، اعتراض المراسلات، والحفاظ العاجل لسير المعطيات، أين استوجب احترام جملة من الشروط والضوابط الإجرائية الواجب مراعاتها خلال اللجوء ضبط الشرطة القضائية إليها في التحقيق.

رغم الخطوات التي بادر بها المشرع الجزائري في صياغة نصوص في مجال القانون الجنائي، إلا أن إجراءات التحقيق الخاصة في مجال الجريمة الإلكترونية، لا تزال تعترها جملة من الإشكالات العملية، يمكن ان نشير إلى بعضها:

- إمكانية المساس الصارخ بسرية الحياة الخاصة لأشخاص قد لا تكون لهم علاقة بالجريمة الإلكترونية، خاصة في ظل عدم الامتثال الكامل للمحققين بالتزام السرية والالتزام بالحفاظ على السر المهني، لذا يجب على السلطة القضائية أن تتعامل بكل صرامة مع هذا النوع الحساس من أساليب التحقيق، التي لا مناص من اللجوء إليه.

- الطابع العابر للحدود للجريمة الإلكترونية، يجعل من مجال التحقيق مرهونا بالمساعدات القضائية الدولية، في إطار التعاون الدولي، ناهيك عن إشكالات تنازع الاختصاص بين الجهات القضائية، خاصة في حال غياب اتفاقيات ثنائية بين الدولة الجزائرية ودول أخرى معنية بالتحقيق.

- نقص الوعي في أوساط المتعاملين الإقتصاديين، بالمخاطر الناجمة عن الاستخدام غير الآمن للانترنت، وما يتمخض عنه من إشكالات عملية. وكذا عدم التزام المتعاملين الإقتصاديين بقواعد المنافسة النزيهة في الممارسات الإقتصادية.

تحقيق الفعالية فيمكافحة الجريمة الإلكترونية بالتالي يجب أن تصاحبه جملة من المعطيات:

- تحيين النصوص القانونية، كلما دعت الضرورة لذلك، بسبب التطور المتزايد والسريع للتكنولوجيا، وبالتالي الإختلاف النمطي المتسارع للجريمة الإلكتروني،
- وكذا العمل على التكوين العالي المستوى لضباط الشرطة القضائية في المجال الإلكتروني،
- الاستعانة بذوي الكفاءات متى دعت الضرورة لذلك،
- اشتراط التأكيد التشديد على حماية خصوصيات الأفراد، تحت طائلة قيام المسؤولية،
- استحداث جهاز خاص بالتحقيق في الجرائم الإلكترونية في المجال الإقتصادي.

الرقمنة ودورها في التصدي للانحراف بالسلطة في أعمال الإدارة المحلية الجزائرية (الواقع والمتطلبات)

الصادق هاني⁽¹⁾

(1) طالب دكتوراه، مخبر السياسات العامة وتحسين الخدمة العمومية في الجزائر، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة الوادي، 39000، الجزائر.

البريد الإلكتروني: sadok-hani@univ-eloued.dz

محمد الأخضر كرام⁽²⁾

(2) أستاذ، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة الوادي، 39000، الجزائر.

البريد الإلكتروني: mohammedlakhdar@univ-eloued.dz

المخلص:

يناقش هذا المقال مدى نجاعة ما تقوم به الجزائر من خطوات لدعم سياسات الرقمنة في الإدارة المحلية سعياً منها للحاق بركب العصرية والتطور، ورغبة منها في الحد من صور الفساد الإداري وفي مقدمتها الانحراف بالسلطة، لذلك سنقوم بإبراز صور من الانحراف بالسلطة في الإدارة المحلية بالجزائر ونوضح مدى العلاقة بينها وبين اعتماد أسلوب الإدارة التقليدية، كما سنبين أثر الرقمنة في ترشيد الأعمال الإدارية المحلية الجزائرية، مع مقارنة ما حققته الجزائر في مجال الرقمنة ببعض النماذج الرائدة العالم العربي في مجال الرقمنة كتجربة دولتي الإمارات العربية المتحدة وقطر.

لنخلص في الأخير إلى أن الجزائر وبالأخص بعد الجائحة التي حلت بالعالم - كورونا كوفيد19- قد أبانت عن تحركها السريع لمواكبة الرقمنة التي أصبحت تشكل ضرورة لابد منها، وقامت بالعديد من الخطوات المهمة في رقمنة الإدارة المحلية، إلا أنها لازالت تعترض سبيلها بعض النقائص التي بتفاديها سوف تحقق تحولاً رقمياً يؤدي بها إلى القضاء على مختلف أشكال الفساد الإداري.

الكلمات المفتاحية: إدارة، رقمية، انحراف، سلطة، محلية، الفساد.

تاريخ إرسال المقال: 2021/09/10، تاريخ مراجعة المقال: 2021/12/25، تاريخ نشر المقال: 2021/12/31.

لتهميش المقال: الصادق هاني، محمد الأخضر كرام، "الرقمنة ودورها في التصدي للانحراف بالسلطة في أعمال الإدارة المحلية الجزائرية (الواقع والمتطلبات)"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد 12، العدد 03، 2021، ص ص. 659-682.

المقال متوفر على الرابط التالي: <https://www.asjp.cerist.dz/en/PresentationRevue/72>

المؤلف المراسل: الصادق هاني، sadok-hani@univ-eloued.dz

المجلد 12، العدد 03-2021.

الصادق هاني، محمد الأخضر كرام، "الرقمنة ودورها في التصدي للانحراف بالسلطة في أعمال الإدارة المحلية الجزائرية (الواقع والمتطلبات)" ص ص. 659-682.

The Digitalization and its Role in the Confrontation of Authority

Deviation in the Algerian Local Administration: Reality and Requirements

Summary:

This article discusses the extent of efficacy of the steps taken by Algeria to support digitization policies in local administration in an effort to catch up with modernity and development, and in a desire to reduce forms of administrative corruption, mainly the deviation of authority. For this reason, we will highlight some forms of the authority deviation at the local administration and clarifying the extent of its relationship to adopting the traditional management style.

We will also show the impact of digitization in rationalizing the Algerian local administrative tasks. Of course, in a comparison what Algeria has achieved in this field to some of the leading models in the Arab world in the field of digitization, such as the experience of the United Arab Emirates and Qatar.

To reach the conclusion, at the end, that Algeria, especially after the pandemic that befell over the world - Corona Covid 19 - has shown its rapid move to keep pace with digitization, which has become an inevitable necessity, and has also taken many important steps in digitizing the local administration. However, there are some of some of the shortcomings, if avoided, Algeria can achieve a digital turning that leads to overcoming all forms of administrative corruption.

Keywords: :Administration, digital, deviation, authority, local, corruption.

Numérisation administrative et son rôle dans la lutte contre le détournement de pouvoir dans l'administration locale algérienne :Réalité et exigences

Résumé:

Cet article traite de l'effectivité des démarches adoptées par l'Algérie pour accompagner les politiques de numérisation de l'administration locale dans un souci de rejoindre la modernité et le développement d'une part, et réduire les formes de corruption administrative d'une autre part, surtout la détournement de pouvoir. C'est pourquoi nous mettrons en lumière quelques formes de la détournement de pouvoir dans l'administration locale en Algérie et nous expliquerons l'étendue de la relation entre celle-ci et l'adoption du mode d'administration locale algérienne, tout en comparant ce que l'Algérie a réalisé dans le domaine de la numérisation à certains des modèles phares du monde arabe dans le domaine de la numérisation, comme l'expérience des Émirats arabes unis et du Qatar.

Pour conclure au final que l'Algérie, surtout après la pandémie qui a frappé le monde - Corona Covid 19 - a montré sa démarche rapide pour suivre le rythme de la numérisation, qui est devenue une nécessité inévitable, et a pris de nombreuses mesures importantes dans la numérisation de l'administration locale, mais elle fait toujours face à certaines lacunes qui si elles sont évitées, elle réalisera une transformation numérique qui conduira à l'élimination de diverses formes de corruption administrative.

Mots-clés : administration, numérique, détournement, pouvoir, local, corruption.

مقدمة:

تعتبر الرقمنة الإدارية من أهم متطلبات الحياة الإدارية في وقتنا الحالي، بل أصبحت من الضروريات الحتمية، نظرا لما يتميز به عصرنا الحالي من سرعة في الاتصالات، وكثرة التعامل مع الأجهزة الإلكترونية من حواسيب محمولة ولوحية، وهواتف ذكية،¹ وتعتبر الدول العربية ومنها الجزائر من الدول التي تسعى لإثبات نفسها أمام دول العالم المتقدم في جانب الرقمنة، لكن خطواتها في هذا المسعى تعتبر جد بطيئة، مقارنة ببعض دول الخليج التي قطعت أشواطاً كبيرة في مجال استخدام الانترنت²، والتي تعتبر العصب الرئيسي لنجاح أنظمة الرقمنة والذكاء الاصطناعي في الدول.

إن خطر استشراف الانحراف بالسلطة في أعمال الإدارة المحلية الجزائرية، لهو واقع يدعونا إلى البحث والنظر لإيجاد حلول لهذا الإشكال العالق بالإدارة، والذي يحط من قيمتها تجاه مرتقيها، ويزعزع الثقة بين الإدارة والمواطن، في ظل التطور السريع الذي يشهده العالم في جانب استخدام التكنولوجيا الحديثة في عمل الإدارة ودخول آليات ونظم الرقمنة الحديثة في كافة مستويات الإدارات العامة ومنها الإدارة المحلية الجزائرية، وسعي الجزائر إلى تكريس وتفعيل أنظمة الرقمنة الإدارية في جميع الإدارات ومنها الإدارة المحلية، وذلك بسن قوانين تدفع نحو تطبيق الرقمنة الادارية، لأجل مواكبة التطورات الحديثة في العالم، حيث أصبح العالم كله قرية واحدة، لا مكان فيه لمن لم يواكب فيه مستجداته.

1- لقد أصبح العالم اليوم لا يمكنه الاستغناء عن خدمات الانترنت، وذلك يظهر من خلال العدد الهائل من مستعملي الانترنت على المستوى العالم، حيث وصلت نسبة مستهلكي الانترنت عبر العالم 65.6 % حسب آخر احصائية بتاريخ 31 مارس 2021 حيث تتسابق جميع دول العالم نحو تقديم خدمة الانترنت لجميع مواطنيها، وهو ما تؤكد مواقع الاحصاء لمستخدمي الانترنت ومشاركي الفايبيوك العالمية، كما قفزت نسبة المتعاملين بالانترنت في الجزائر من 0.2 % سنة 2000 إلى نسبة 59.6% في جوان 2019 وقد تراجعت إلى نسبة 57.0 % حسب آخر إحصائية لموقع إحصائيات عالم الانترنت في 31 ديسمبر 2020 هو موقع متخصص في إحصاءات مستخدمي الإنترنت و مشاركي الفايبيوك في دول العالم، واسم هذا الموقع: موقع إحصائيات عالم الانترنت <https://www.internetworldstats.com/stats1.htm> تم الولوج له بتاريخ 10-07-2021، على الساعة 13:23 د صباحا.

2 تعتبر دولتي قطر و الإمارات العربية المتحدة حسب ما ورد في تقرير موقع عالم إحصائيات عالم الانترنت، تجربتان رائدتان في اقتحام مجال الرقمنة والذكاء الاصطناعي بجدارة، حيث حققا أكبر النسب في التحول الرقمي في العالم العربي، وجاء في موقع إحصائيات مستخدمي الإنترنت والسكان في الشرق الأوسط لسنة 2021 أن نسبة استعمال مواطني قطر والإمارات للإنترنت مرتفع جدا، فحسب إحصاء 31 مارس 2021- وصلت نسبة استغلال الانترنت بقطر 104.4 %، وهو ما يفوق عدد السكان فيها، وهي أعلى نسبة في دول الشرق الأوسط، ثم تليها الإمارات العربية المتحدة بنسبة 103.3 %.

لهذا آلينا على أنفسنا إلا أن نفتتح مجال البحث في موضوع من الأهمية بمكان، ألا وهو موضوع الرقمنة الإدارية ودورها في التصدي للانحراف بالسلطة في أعمال الإدارة المحلية.

ونحن إذ أردنا أن نسهم في تسليط الضوء على إشكالية طالما عانى منها المواطن الجزائري، وهي ظاهرة انحراف الإدارة المحلية بالسلطة، وفي ذات الوقت نبرز مدى الدور الفعال الذي تحققه الرقمنة في القضاء على جزء كبير منها، نكون بحاجة إلى دراسة تطبيقية نعالج فيها الإشكال من الناحية العلمية والعملية وذلك بالاعتماد على المنهج التحليلي وذلك بعرض الآليات العملية و القانونية التي انتهجتها الجزائر في إطار رقمنة الإدارة المحلية، وتحليلها ونقدها، وإبراز ما تضمنته النصوص القانونية ذات الصلة من ضمانات نحو التحول الرقمي المحلي ودرء الانحراف بالسلطة المحلية، وكذا المعوقات والمتطلبات الواجب تحقيقها للوصول إلى رقمنة حقيقية للإدارة العامة المحلية تضمن عدم انحرافها بالسلطة وتحقيق المشروعات في جميع أعمالها الإدارية.

وبناء على ما سبق سنحاول الإجابة على الإشكالية التالية: **كيف تحقق الرقمنة الإدارية في ظل النصوص القانونية الحديثة، المشروعات في أعمال الإدارة المحلية، وتحد من انحرافها.**

وعليه اتخذنا الخطة المكونة من مبحثين، يناقش أولهما الرقمنة الإدارية ودورها في تحقيق مبدأ المشروعية في أعمال الإدارة المحلية الجزائرية، ومبحث ثان يتناول المتطلبات العملية والقانونية لرقمنة الإدارة المحلية الجزائرية.

المبحث الأول: الرقمنة الإدارية ودورها في تحقيق مبدأ المشروعية في أعمال الإدارة المحلية الجزائرية

منذ ظهور فكرة رقمنة الإدارة وبداية سريان العمل بها في الدول التي قطعت شوطا كبيرا في مجال رقمنة الإدارة، اتضح جليا وبما لا يدع مجالا للشك، أن الرقمنة الإدارية قضت على جانب كبير من الانحراف بالسلطة في أعمال الإدارة المحلية، كما أنها وطدت وأصرت الثقة بين الإدارة والمواطن، حيث ساهمت في تحسين وتلميع صورة الإدارة العامة أمام المواطن، وذلك بما أضفته من شفافية إدارية، وحياد إداري للإدارة العامة، جعلتها تسمو وتكون بمنأى عن الادعاء عليها بالانحراف بالسلطة أو ممارسة الفساد الإداري، وعليه فلا يمكن تصور وجود انحراف عن المصلحة العامة أو عن قاعدة تخصيص الأهداف أو عن الإجراءات إلا بانتهاك أحد هذين المبدأين أو كلاهما معا مبدأ المساواة ومبدأ الشفافية.

نعالج في هذا المبحث مدى تفعيل نظام الرقمنة الإدارية لمبدأ المساواة في الإدارة المحلية، كمطلب أول ومدى تفعيل نظام الرقمنة الإدارية لمبدأ الشفافية في الإدارة المحلية كمطلب ثان، وذلك لما للاتصال الوثيق لهذين المبدأين بمبدأ المشروعية الإدارية.

المطلب الأول: الرقمنة الإدارية كأساس لتطبيق مبدأ المساواة في الأعمال الإدارية المحلية الجزائرية

يتجلى دور الرقمنة في القضاء على ظاهرة المحاباة والمحسوبية وتفضيل أشخاص على أشخاص آخرين أثناء أداء الخدمة الإدارية، أو عند تقديمها للمواطن، كمثّل ما كان يقع سابقا عند تسليم شهادات الميلاد في البلدية، فلقد كانت ظاهرة الانحراف بالسلطة عامة ومنتشرة في شتى بلديات الوطن، وذلك بسبب وجود إدارة تقليدية مقبّية، يتحكم بها موظفون على الأغلب تتحكم فيهم أهوائهم ونزواتهم، فلا يقدمون الخدمة العامة للجميع على حد السواء، وإنما يخالفون الغاية التي كان من المفترض استهدافها وهي خدمة العامة دون تمييز، كما يقع الانحراف بالسلطة عند قيام موظفو السلطة المحلية بعملية التوظيف في الإدارة دون مراعاة مبدأ المساواة في تولي الوظائف، و لقد أثبت التحول الرقمي للإدارة نجاح عملية القضاء على هذا النوع من الانحراف في الإدارة المحلية أيضا.

الفرع الأول: الرقمنة الإدارية كضمان لتحقيق مبدأ مساواة المرتفقين أمام خدمات الإدارة المحلية

تعد الرقمنة الإدارية الأداة الفعالة والناجحة التي قضت على تلك الصورة النمطية التي كانت تعرفها شبابيك الحالة المدنية في أكثر بلديات الوطن، عندما كانت شهادات الميلاد تكتب يدويا في مصلحة الحالة المدنية بالبلدية، و تقف تلك الطوابير الكبيرة من المواطنين أمام هذه المكاتب لاستلام شهادات الميلاد، وكثيرا ما يقع حينها الإنحراف بالسلطة أمام أعين الجميع، من خلال تمييز بعض الأشخاص بالخدمة العامة على البعض الآخر، وكثيرا ما تقع لهذا السبب المشادات الكلامية بين المرتفقين، أو بين المرتفق والموظف، ومرجع كل ذلك إلى تقديم الخدمة بأسلوب الإدارة التقليدية، وذلك عن طريق الكتابة اليدوية التي تأخذ وقتا طويلا، ووقوع الموظفين في مظنة التمييز بين المرتفقين وعدم المساواة عند تقديم الخدمة، كما أنه وفي بعض الأحيان يصطدم المرتفق بعدم تقديم الخدمة له من طرف الموظف المكلف بتقديمها، وذلك يقع حينما يكون بين الموظف وبين طالب الخدمة خلاف شخصي، فنجد أن هذا الأخير قد يستعمل سلطته في الانتقام من المرتفق، وذلك بعدم تقديم الخدمة له، أو تقديمها له على نحو غير مرض، كأن يقدم له الخدمة بعد أن يطلب منه الذهاب والحضور في وقت آخر والخدمة سهلة الانجاز يستطيع أن ينجزها في حينها، وفي هذه الحالة نكون أمام إحدى صور الانحراف بالسلطة والتي سماها الفقه القانوني بالانحراف بالسلطة لغرض شخصي، وقد يقع الانحراف بالسلطة في ظل عدم وجود الرقمنة، حينما يكون الموظف متحيزا إلى حزب سياسي معين، وطالب الخدمة العمومية لا ينتمي إلى ذلك الحزب، فينحرف الموظف الإداري عن مبدأ الحياد الإداري الذي كان يجب أن يلتزم به، ولا يقدم الخدمة إلا للمرتفقين الذين ينتسبون إلى الحزب الذي هو عضو فيه، وهي صورة من صور الانحراف بالسلطة، وقد سمى الفقه القانوني هذه الصورة بالانحراف بالسلطة لغرض سياسي، وفي هذه الحالة يكون الدافع الذي أدى بالموظف

إلى عدم تقديم الخدمة هو الايديولوجيا السياسية التي أضمرها الموظف في قلبه وأكناها في نفسه، ولم يبدها لطالب الخدمة العمومية.

ومن البديهي أن تحصل جميع صور الانحراف بالسلطة في ظل عدم وجود إدارة رقمية، فالانحراف بالسلطة لأجل تحقيق منفعة مالية أو لأجل دافع ديني أو قومي أو طائفي أو لأجل الجنس أو اللون كلها انحرافات قد تم النص على تجريمها في القوانين الدولية والداخلية للدول ومنها الجزائر، ورغم ضمانات المشرع الدستوري الجزائري بعدم انحراف الإدارة وتسفها، إلا أنه وفي ظل الإدارة التقليدية التي تفضل النظام الورقي على النظام الرقمي سوف يبقى الاشكال عالقا وخطر الانحراف بالسلطة قائما، رغم وجود النصوص الدستورية التي تجرم التعسف، كمثل ما نصت عليه المادة 25: " يعاقب القانون على استعمال النفوذ والتعسف في استعمال السلطة " وكذلك تلك الضمانات الدستورية التي تقضي بعدم تحيز الإدارة وذلك بموجب المادة 26 التي تنص على أنه: " الإدارة في خدمة المواطن،
يضمن القانون عدم تحيز الإدارة "3 .

فبعد دخول رقمنة الوثائق الإدارية حيز التنفيذ، في إطار تطبيق برنامج الحكومة الالكترونية مخطط 2009-2013، وما تلاه من إجراءات تفعيل الرقمنة في الجزائر، تم رقمنة الشهادات التي يحتاجها المواطن بصفة دائمة في الشباك الرقمي في البلدية، ثم تقريب الإدارة المحلية أكثر من المواطن، عن طريق إمكانية المواطن استخراج شهادته بنفسه عن طريق بوابة وزارة الداخلية والجماعات المحلية⁴، حيث أصبح من السهل استخراجها من الحاسوب في زمن قصير جدا، مقارنة بالبطء الذي كان فيما سبق، وذلك بكتابة رقم الشهادة والاسم واللقب والرقم في البوابة المخصصة لذلك، فيتم استخراجها في زمن قياسي بضغطة زر، وبهذه الآلية الرقمية في عالم التكنولوجيا الحديث، تكون الإدارة الرقمية قد قضت على تلك الطوابير الكبيرة من المواطنين أمام شبابيك الإدارة المحلية، كما في ذات الوقت قضت على ذلك التمييز الذي يحصل في تلك الطوابير أثناء تقديم الخدمة العامة، وإضافة لذلك فإن آلية الرقمنة لهذه الخدمة، جعلت المبادئ التي تحكم الإدارة، أكثر تحقيقا في الواقع، فالرقمنة كرسست تطبيق وتحقيق مبدأ مساواة المرتفقين أمام خدمات المرفق العام بشكل مرض للجميع، كما أن الرقمنة قد أدت فوائد كبيرة على الإدارة المحلية من خلال التخفيض الكبير لحجم الميزانيات التي كانت تصرف على الكميات الكبيرة من الورق واليد العاملة لأجل هذه الخدمة.

الفرع الثاني: الرقمنة الادارية كضمان لتحقيق مبدأ المساواة أمام تولي الوظائف في الإدارة المحلية

³ التعديل الدستوري لسنة 2020، الجريدة الرسمية العدد 54 المؤرخة بـ 16 سبتمبر 2020، ص10.

⁴ انظر منصة وزارة الداخلية والجماعات المحلية الجزائرية، الرابط :

<https://interieur.gov.dz/index.php/ar/%D8%A7%D9%84%D8%B4%D8%A8%D8%A7%D9%83-%D8%B9%D9%86-%D8%A8%D8%B9%D8%AF.html>

لقد أولى المشرع الدولي والوطني أهمية كبرى لمبدأ المساواة في تولي الوظائف، حيث جاء النص عليه في الاعلان الدولي لحقوق الانسان الصادر سنة 1789 في المادة 06: " جميع المواطنين متساوين في الالتحاق بالوظائف العامة لا فضل لأحدهم إلا بقدر ما يتمتع به من قدرات و مواهب⁵." كما نص المشرع الدستوري الجزائري في المادة 67 على: " يتساوى جميع المواطنين في تقلد المهام والوظائف في الدولة، باستثناء المهام والوظائف ذات الصلة بالسيادة والأمن الوطنيين⁶." كما جاء النص في المادة 74 من الأمر 06-03 المتعلق بالقانون الأساسي العام للوظيفة العامة المؤرخ في 15 جويلية 2006 على هذا المبدأ وذلك بالنص: " يخضع التوظيف إلى مبدأ المساواة في الالتحاق بالوظائف⁷."

يقوم مبدأ المساواة في تولي الوظائف على الاعتماد على مبدأي الكفاءة والجدارة وهما المعياران اللذان بهما يتم الانتقاء للوظائف، وذلك لأجل وضع الموظف المناسب في مكان عمله المناسب، وكى لا تصبح الإدارة محلا لانتقاد المرتفقين نظرا لسوء الخدمة المقدمة لهم، وللانحراف بالسلطة من موظفيها عن قصد أو غير قصد.

01- مبدأ الكفاءة في تولي الوظائف العامة وأثره على ظاهرة الانحراف بالسلطة في الإدارة المحلية

إن وجود موظف عام يؤدي مهامه بكل كفاءة واقتدار لهو سبيل إلى وجود إدارة عامة تلبي الحاجات العامة لمواطنيها بل وتحقق المصلحة العامة التي لأجلها أنشئت، وهو عامل من العوامل التي تؤدي إلى تحسين الصورة الذهنية للإدارة أمام المرتفقين، ورفع سمعتها تجاههم بما تقدمه من خدمة عبر هذا الموظف الكفء الذي لا يستعمل السلطة التي يمتلكها في تحقيق مصالح شخصية ذاتية له أو لغيره، أو لأجل الانتقام من الغير، أو يستعملها لتحقيق غرض سياسي، أو ينحرف بالسلطة للغش نحو القانون أو التحايل على أحكام القضاء. وإن توفر موظفين أكفاء بالإدارة المحلية تتوفر فيهم معايير الكفاءة، من نزاهة وتطبيق للقوانين واللوائح والتنظيمات، والقدرة على تسيير ما أنيط بهم من مهام، لهو في الحقيقة ضمان للسمعة الحسنة التي يجب أن

⁵ هو الإعلان الذي أصدرته الجمعية التأسيسية الوطنية بفرنسا في 26 آب/أغسطس 1789، و يعتبر الإعلان من وثائق الثورة الفرنسية الأساسية وتُعرف فيها الحقوق الفردية والجماعية للأمة.

الإعلان متأثر من فكر التنوير ونظريات العقد الاجتماعي والحقوق الطبيعية التي قال بها مفكرون أمثال جان جاك روسو، جون لوك، فولتير، مونتيسكيو، وهو يشكل الخطوة الأولى لصياغة الدستور، رغم أن الإعلان حدّد حقوق البشر دون استثناء (وليس حقوق المواطنين الفرنسيين فقط) إلا أنه لم يحدد مكانة النساء أو العبودية بشكل واضح. المصدر موقع ويكي مصدر أنظر الرابط: <https://bit.ly/3jbf3H1> تم الولوج له بتاريخ 24-08-2021 على الساعة: 19:20د.

⁶ التعديل الدستوري لسنة 2020، الجريدة الرسمية العدد 54 المؤرخة ب 16 سبتمبر 2020، ص 17.

⁷ المادة 74 من قانون 06-03 المؤرخ في 19 جمادى الثاني 1427 الموافق ل 15 يوليو 2006 المتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية، الصادر بالجريدة الرسمية عدد46، المؤرخة ب 20جمادى الثانية 1427 الموافق ل 16 يوليو2006، ص8.

تتمتع بها الإدارة المحلية دوماً أمام المرتفقين، كما أن العكس سبب لوجود المشاكل والاضطرابات والاحتجاجات بل ربما يؤدي إلى التمرد والعصيان على السلطة المحلية برمتها، مما يسبب حالة من الإرباك و الإخلال بالنظام العام، ومن معايير الكفاءة في وقتنا الحالي أن يكون الموظف بالإدارة المحلية مكتسباً القدرة على التحكم في أجهزة الحاسوب، كي يستطيع استخراج شهادات الحالة المدنية، وغيرها من الشهادات التي أصبحت تستخرج عن طريق جهاز الحاسوب، مما يسرع في وتيرة العمل وتأدية الخدمة في أقل وقت وأقل تكلفة، كما أن المنتخبين في البلدية والولاية، سواء رئيس المجلس الشعبي البلدي، أو النواب في البلدية، أو الولاية، سوف تؤدي معرفتهم بوسائل الاتصال الحديثة كالبريد الإلكتروني، وكل تطبيقات التواصل الحديثة، كالزوم والسكايب والمسنجر والفايبر، إلى عقد اجتماعاتهم بكل يسر في أوقات الأزمات والكوارث والأوباء، كمثل ما نشهده اليوم من وضع صحي استثنائي يتمثل في تفشي فيروس كورونا كوفيد 19 وما تم بعده من تحولات لهذا الوباء وظهور سلالات جديدة وخطيرة آخرها الفيروس المتحور دلتا ودلتا بليس، والذي استدعى تطبيق تدابير التباعد والعمل عن بعد كي لا تنتسج دائرة العدوى.

وبناء على ما سبق يمكن القول بأن معيار الكفاءة في تولي الوظائف وبالخصوص الإدارة المحلية الجزائرية، أصبح مرتبطاً بمدى معرفة الموظف لطرق استغلال آليات الرقمنة، والمتمثلة في كيفية استخدام أجهزة الإعلام الآلي، وطرق الاتصال الحديثة والبرامج والتطبيقات الرقمية.

02- مبدأ الجدارة في تولي الوظائف العامة وأثره على ظاهرة الانحراف بالسلطة في الإدارة المحلية

عرّف فقهاء الإدارة مبدأ الجدارة على أنه " ذلك المبدأ الذي يجعل اختيار الموظفين والاحتفاظ بهم على أساس الصلاحية وليس على أساس المحاباة ⁸ و التي قد تتحرف بولاء الموظفين نحو المصالح الخاصة و الشخصية على حساب المصلحة العامة من جهة و كذا الولاء السياسي للدولة، ولبعض القادة و الرؤساء الإداريين من جهة أخرى ⁹.

و يتميز النظام القائم على أساس هذا المبدأ بخصائص متعددة يمكن أن نجملها فيما يلي:

- 01- اقتصار التعيين في الوظيفة العامة على الأشخاص ذوي المقدرة .
- 02- تقدير صلاحية المتقدمين لشغل الوظائف يعهد به إلى لجنة محايدة و مستقلة.
- 03- اعتماد امتحانات التسابق لاختيار الموظفين.

⁸ السيد محمد يوسف، المعدّوي، " دراسة في الوظيفة العامة في النظم المقارنة والتشريع الجزائري " ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر، 1984، ص 07.

⁹ سامي، جمال الدين، "التنظيم الإداري للوظيفة العامة"، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 1990، ص 143.

- 04- عدم إجراء أي تمييز على أساس ولاء حزبي أو سياسي.
- 05- محاولة تكريس مبدأ حياد الإدارة في النصوص الخاصة بالوظيفة العامة.
- 06- التعيين في الوظيفة العامة على أساس الصلاحية و ليس كمكافأة على خدمة سياسية أو حزبية.
- 07- حياد الموظفين المدنيين سياسيا.
- 08- الأخذ بمبدأ دائمية الوظيفة العامة و عدم ارتباطها بالحزب السياسي.
- 09- الترقية تكون على أساس الجدارة.
- 10- التوظيف عن طريق المسابقات.

إن النظام القائم على المسابقات العامة كأسلوب للتوظيف من شأنه تحقيق رقابة شعبية للتأكد من اختيار العناصر المؤهلة والكفئة لشغل هذه الوظائف¹⁰، و انطلاقا من ذلك نجد أن بعض الدول اعتمدته كوسيلة وقائية لتحقيق الكفاية في الوظيفة العامة كما اتجه هذا النظام القائم على الجدارة بولاء الموظفين الوجهة السليمة نحو الدولة و رعاية مصالحها، عكس نظام المحاباة.

الفرع الثالث: الرقمنة الادارية كضمان لتحقيق مبدأ الحياد الإداري عند تقديم خدمات الإدارة المحلية

إن رقمنة الإدارة تعتبر أساسا مهما وفعالاً في تحقيق مبدأ الحياد الإداري، والذي يعني عدم الميل إلى أي طرف، ويقال: وقف على الحياد أي لم يتحيز إلى طرف على حساب آخر، وهو أحد المبادئ الناتجة عن مبدأ المساواة، ولقد نص التعديل الدستوري الجديد في المادة 37 على: " كل المواطنين سواسية أمام القانون، ولهم الحق في حماية متساوية، ولا يمكن أن يتذرع بأي تمييز يعود سببه إلى المولد أو العرق أو الجنس أو الرأي أو أي شرط أو ظرف آخر شخصي أو اجتماعي "¹¹، فلهذا المبدأ قيمة دستورية، ومضمون هذا المبدأ يتجلى في قاعدتي المساواة في الحقوق والمساواة في الالتزامات والأعباء .

وأول مظهر يجسد مبدأ الحياد الإداري هو تحقيق المساواة في الحقوق وهو أن يقدم المرفق نفس الخدمات لجميع المرتفقين، وتطبيق هذه القاعدة ليس مطلقاً، بل يستوجب توفر عدة شروط من بينها: أن يكون المرتفقون في مراكز قانونية وظروف متماثلة لذلك فلا يجب التمييز بينهم لأي سبب كان، فالمرافق العمومية تسوي إذن بين الجميع طبقاً للقوانين ولاسيما في المرافق العمومية الإدارية¹².

¹⁰ عبد الهادي، حمدي أمين، " إدارة شؤون موظفي الدولة، أصولها وأساليبها وإصلاحها "، ط3، دار الفكر العربي، القاهرة، 1976، ص 58 و ما بعدها.

¹¹ المادة 37 من التعديل الدستوري لسنة 2020، الجريدة الرسمية العدد 54 المؤرخة بـ 16 سبتمبر 2020، ص 12.

¹² نادية ظريفي، تسيير المرفق العام والتحويلات الجديدة، دار بلقيس، الجزائر، 2010، ص35.

ولأجل إنهاء مشكلة عدم حياد الإدارة لطرف ما سواء كان هذا الطرف أحد المرتفقين طالبي الخدمة العامة، أو موظف أو منتخب محلي له خدمة يطلبها من الإدارة المحلية، قامت وزارة الداخلية والجماعات المحلية بالعديد من التدابير الإدارية، والتي تصب في جانب الإصلاح الإداري، والتي تحفظ حياد الإدارة، كما أنشئت منصة رقمنة خاصة بخدماتها وخدمات الإدارة المحلية¹³، حيث فتحت نافذة في المنصة بعنوان الحالة المدنية عن بعد، وتقدم هذه النافذة خدمة استخراج شهادات الميلاد والوفاة والعقد المدني لجميع المواطنين دون التقدم إلى مصلحة الحالة المدنية بالبلدية، وبهذا الاجراء وفرت الوزارة موردا ماليا ضخما كانت ترصده كل سنة في ميزانيتها، لأجل تقديم هذه الخدمة للمواطن ويتمثل في الكم الهائل من الأوراق المخصصة لهذه الشهادات، والحبر الخاص بالطابعات التي تقوم باستخراجها، والموظفون الذين يتم توظيفهم لتأدية هذه الخدمة، ومن جهة أخرى خلق صورة ذهنية لامةة نحو الإدارة المحلية، وذلك بتحسين صورتها أمام الرأي العام، من خلال تقديم الخدمة في أقل وقت ودون تكاليف تقع على كاهل المواطن من ناحية وقته الثمين الذي كان يضيع هدرا في الانتظار طويلا في الطوابير لقضاء حاجته، وأصبح المواطن يستطيع استخراج هذه الشهادات بنفسه في منزله عن طريق استعمال جهاز الحاسوب الموصول بالإنترنت، واستخراج هذه الشهادة عن طريق وضع الورقة في الطابعة وإعطاء الأمر بلوحة المفاتيح للجهاز بعد كتابة رقم البطاقة البيومترية والرقم الوطني لتخرج الشهادة المطلوبة بلمسة زر في أي مكان أرادها المواطن، وكذلك الأمر بالنسبة لخدمة الشباك الالكتروني وهو نافذة تحوي مجموعة من الخدمات الموجهة للمواطنين، وبهذه الخطوة تكون الجزائر قد أسهمت شيئا ما في إصلاح المنظومة الادارية للإدارة المحلية، وهي لا شك بهذه الاضافة تكرر المبادئ الحقيقية لقيام الإدارة المحلية الرشيدة، حيث تكرر مبدأ المساواة والحياد الاداري والشفافية الادارية في استخراج الوثائق الادارية الخاصة بالحالة المدنية، ورغم كل ما قامت به الجزائر في مجال الرقمنة، إلا أنه لا يزال الطريق طويلا للوصول للرقمنة الحقيقية التي وصلت لها دول العالم المتقدم كمثل ما وصلت إليه الإمارات العربية المتحدة من إنشاء للهوية الرقمية والتي توفر للمتعامل إمكانية الدخول بشكل آمن إلى مختلف المواقع الإلكترونية والتطبيقات الحكومية وشبه الحكومية والخاصة على مستوى الدولة، والاستفادة من أكثر من 6000 خدمة تقدمها أكثر من 130 جهة حكومية وشبه حكومية اتحادية ومحلية

¹³ انظر المنصة الرقمية لوزارة الداخلية والجماعات المحلية الجزائرية، الرابط :

<https://interieur.gov.dz/index.php/ar/%D8%A7%D9%84%D8%B4%D8%A8%D8%A7%D9%83-%D8%B9%D9%86%D8%A8%D8%B9%D8%AF.html> تم الولوج إليه يوم 17-07-2021 على الساعة 14:46 د مساء.

وخاصة، وتضيف بصمة الوجه مزيدا من وسائل الأمان لتطبيق الهوية الرقمية، ليكون هوية وطنية آمنة للمواطنين والمقيمين¹⁴.

المطلب الثاني: الرقمنة الإدارية كأساس لتحقيق الشفافية الإدارية في أعمال الإدارة المحلية الجزائرية

شكلت فكرة الشفافية انشغالا للفقهاء القانونيين والممارسات الإدارية على الرغم من أن بداياتها الأولى في الفقه الفرنسي كانت في سنة 1980 والتي ازدادت واتضحت معالمها سنة 1990 أين بدأ الفقه والتشريع يستعملانه كمبدأ أساسي وهي فكرة تحظى بأهمية وطنية ودولية باعتبارها حجر الزاوية في العمل الإداري حتى يرتقي إلى المستوى المطلوب، وكما هو معلوم أن الانحراف بالسلطة لا يمكن أن يكون في ظل الشفافية الإدارية، ولذلك أولى المشرع الجزائري أهمية كبيرة لتفعيل مبدأ الشفافية الإدارية، وذلك يتجلى في نص المشرع الجزائري في الدستور على العمل في إطار الشفافية وكذا قانون الجماعات المحلية.

الفرع الأول: مبدأ الشفافية والنص عليه في دستور 2020

لقد جاء النص على مبدأ الشفافية في جميع الدساتير السابقة للدستور الحالي، غير أننا نجد أن الدستور الحالي قد أعطى أهمية كبرى لمبدأ الشفافية وبالأخص حينما يتعلق الأمر بتسيير الشؤون العامة، وهو ما ورد في الفقرة 05 من المادة 09 من دستور 2020 والتي تعتبر جديدة بالنسبة لتعديل 2016 حيث نصت على: " يختار الشعب لنفسه مؤسسات هدفها:

- المحافظة على السيادة والاستقلال الوطنيين، ودعمهما،
- المحافظة على الهوية والوحدة الوطنيتين، ودعمهما،
- حماية الحريات الأساسية للمواطن، والازدهار الاجتماعي والثقافي للأمة
- ترقية العدالة الاجتماعية،
- ضمان الشفافية في تسيير الشؤون العمومية،
- القضاء على التفاوت الجهوي في مجال التنمية،
- تشجيع بناء اقتصاد متنوع يثمن قدرات البلد كلها، الطبيعية والبشرية والعلمية،

¹⁴ عن البوابة الرسمية لحكومة دولة الامارات العربية المتحدة، أنظر الرابط: <https://u.ae/ar-ae/about-the-uae/digital-uae/the-uae-pass-app> تم الولوج إليه بتاريخ 17-07-2021 على الساعة 11:22 صباحا.

- حماية الاقتصاد الوطني من أي شكل من أشكال التلاعب، أو الاختلاس، أو الرشوة، التجارة غير المشروعة، أو التعسف، أو الاستحواذ، أو المصادرة غير المشروعة أو تهريب رؤوس الأموال" ¹⁵.

الفرع الثاني: مبدأ الشفافية في قانون الجماعات المحلية

كما ورد ما يشجع على الرقمنة وكذا الشفافية في قانون البلدية 11-10 المؤرخ في 22 يونيو 2011 في الباب الثالث المعنون بمشاركة المواطنين في تسيير شؤون البلدية في المادتين 11 و 14 منه ¹⁶، وهذا وإن كان النص على استعمال الوسائل الاعلامية المتاحة، فإن المشرع هنا واكب مستجدات الحياة في جانب الإعلام، ومن المستجدات الحديثة في الإعلام تلكم الوسائل التي تصل إلى عدد كبير من المواطنين في ظرف زمني قصير وهي ما تسمى بوسائل التواصل الاجتماعي، الفيسبوك والمسنجر والواتساب والنستغرام وتويتر... الخ.

الفرع الثالث: الرقمنة والادارة التقليدية في الادارة المحلية

إن التطور التدريجي للإدارة المحلية نحو تطبيق الإدارة الرقمية، لا يعني أن الإدارة اليوم قد وصلت إلى ما يراد لها من غاية تجعل جميع أعمالها محل رضا المواطن عن طريقة إدارتها، بل لا يزال الأسلوب التقليدي للإدارة المحلية الجزائرية معتمدا لحد الساعة في بعض الخدمات الإدارية، ولم يتم القضاء عليه نهائيا بعد، وعليه يبقى العبء يتقل كاهل الموظف، والذي هو بشر يخطئ ويصيب وتعثره نوازع ذاتية أحيانا عند تقديم الخدمة للمواطن، مما يجعل المواطن دوما يتمنى وجود الموظف المخلص لعمله، والذي يتمتع بصفات النزاهة والأمانة والثقة إلى جانب الكفاءة والجدارة، فالنزاهة والأمانة والثقة في الموظف تجعل المواطنين مطمئنين أمام خدمات الإدارة المحلية، بحكم ما بينهما من مكاشفة ومصارحة، غير أن الواقع الحالي لا يعكس لنا وجود هذه

¹⁵ المادة 51 من التعديل الدستوري رقم 16-01 المؤرخ في 06 مارس 2016 الصادر بالجريدة الرسمية المؤرخة في 07 مارس 2016 ، عدد 14.

¹⁶ تنص المادة 11 من قانون البلدية 11-10 على : " تشكل البلدية الإطار المؤسساتي لممارسة الديمقراطية على المستوى المحلي والتسيير الجوّاري .

يتخذ المجلس الشعبي البلدي كل التدابير لإعلام المواطنين بشؤونهم واستشارتهم حول خيارات وأولويات التهيئة والتنمية الاقتصادية والاجتماعية والثقافية حسب الشروط المحددة في هذا القانون.

ويمكن في هذا المجال استعمال على وجه الخصوص الوسائط والوسائل الاعلامية المتاحة.

كما يجب تقديم عرض عن نشاطه السنوي أمام المواطنين."

وتنص المادة 14 على: " يمكن كل شخص الاطلاع على مستخرجات مداولات المجلس الشعبي البلدي وكذا القرارات البلدية ويمكن كل شخص ذي مصلحة الحصول على نسخة منها كاملة أو جزئية على نفقته مع مراعاة أحكام المادة 56 أذناه.

تحدد كفاءات تطبيق هذه المادة عن طريق التنظيم."

النماذج بكثرة، مما يسيء إلى الإدارة بصفة عامة، ويجعل المواطن يفقد ثقته بهذه الإدارة، نظرا لأن أكثر منتسبيها ممن يقدمون الخدمة للمواطن هم ليسوا على نفس الدرجة في تحمل عبء المسؤولية .

وملخص القول أن أبرز أسباب انتشار الفساد في الإدارة المحلية الجزائرية، هو الغموض وانعدام الشفافية؛ فالشفافية في أعمال الإدارة المحلية هي التي تعد وبحق الطريق الفعال إلى التنمية والإصلاح الإداري ولقد لقيت جهود وبرامج تقوية الشفافية الإدارية ومكافحة الفساد الإداري في الجزائر اهتماما كبيرا على المستوى الوطني، سواء في الجانب العملي أو الجانب التشريعي، لذلك سعت الدولة لاستغلال التقدم التكنولوجي الحاصل في العالم، وتوظيف وسائل الاتصال الحديثة وتكنولوجيا المعلومات في مكافحة الفساد، محاولة منها في تجسيد الشفافية الإدارية داخل الإدارة المحلية، وقد أصبح اليوم لزاما اليوم على كافة الإدارات المحلية، خوض معركة التطوير والتحسين والتحديث، وتوظيف التقدم التكنولوجي المعلوماتي، في دفع عجلة التنمية ومحاربة الفساد وتحسين الخدمة العمومية¹⁷ لأجل توطيد العلاقة بين المواطن والإدارة وتقريبها منه، بعد أن بعدت وأصبحت في نظر المواطن مكان ليس للخدمة العامة، وإنما لقضاء المصالح الخاصة والأجنبية عن المصلحة العامة.

المبحث الثاني: متطلبات التحول الرقمي لتحقيق إدارة محلية رقمية

يواجه رهان التحول الرقمي للإدارة المحلية في الجزائر العديد من الصعوبات، منها ما هو على الصعيد الميداني، ومنها ما هو الصعيد التشريعي، ولأجل السعي بنهوض الإدارة العامة نحو إتباع السبل الحديثة في التسيير قامت الجزائر بعدة خطوات عملية مع سن بعض القوانين التي تلزم الإدارات العامة الجزائرية ومنها الإدارة المحلية الجزائرية بتطبيق نظم الرقمنة في معاملاتها الإدارية، وقد ذكرنا بعض ما ورد في قانوني البلدية والولاية من نصوص تحت مسؤولي الإدارة المحلية على العمل بمقتضى هذه الوسائل الحديثة، ولكن ما تم التنصيص عليه في هذه القوانين لم يكن كافيا ومؤديا للغرض الذي تسعى الدولة لتحقيقه، فما هي المتطلبات الواجب تحققها للوصول إلى التحول الرقمي في الإدارة المحلية الجزائرية؟

هذا ما سنجيب عليه عبر مطلبين، حيث ندرس في المطلب الأول: النقائص العامة التي لها أثر في تأخير رقمنة الإدارة المحلية الجزائرية، أما المطلب الثاني فندرس فيه: النقائص المستجدة والحالية التي تقف حائلا لرقمنة الإدارة المحلية الجزائرية.

¹⁷ مناصر شهرزاد، حاحة عبد العالي، دور الإدارة الالكترونية في تعزيز الشفافية بالإدارة المحلية، مجلة العلوم القانونية والسياسية، المجلد 10، العدد 01، أفريل 2019، ص 1200، المقال متوفر على الرابط التالي:

<https://www.asjp.cerist.dz/en/article/91432> تم الولوج إليه بتاريخ 2020/09/26 على الساعة: 23:35

المطلب الأول: المتطلبات العملية والقانونية والتي لها أثر في تأخير رقمنة الإدارة المحلية الجزائرية.

لقد كانت تعترض سبيل الرقمنة في الجزائر جملة من المتطلبات، وهذه المتطلبات يشكل عدم تحقيقها عراقيل أمام طريق الرقمنة، ويأخذ بعض هذه المتطلبات طابعا عمليا ميدانيا، ويأخذ البعض الآخر طابعا قانونيا تشريعيا.

- الفرع الأول: متطلبات الرقمنة الإدارية في الإدارة المحلية على الصعيد الميداني

رغم الجهود العملية والتشريعية التي قامت بها وزارة الداخلية سابقا في مجال السعي بالإدارة نحو الرقمنة، غير أنه يبقى النقص هو السمة الغالبة في تطبيق الفعلي للرقمنة في الإدارات المحلية بالجزائر، وهو ما وقفنا عليه عند طرحنا سؤال حول النقائص المتعلقة بالرقمنة في البلدية على أمين عام سابق لإحدى بلديات ولاية الوادي، فأجاب أنه "هناك قلة تأطير لموظفي البلدية في جانب الرقمنة وأضاف قائلا: "نعاني من قلة الموظفين المختصين في جانب استعمالات الحاسوب، وناهيك عن بعض البرامج والتطبيقات الخاصة برقمنة وثائق معينة، كما أن هناك العديد من الوثائق التي لم تلحقها الرقمنة، كرخصة السياقة بالبلدية، إضافة إلى وجود ثقل وبطء في الإنترنت، مما يسبب إرباكا في العمل الإداري أحيانا"، كما ذكر أن هناك معوقا آخر مهم، وهو الخوف الكبير من القرصنة وسرقة المعلومات والتلاعب بها وكذا الابتزاز بها¹⁸، كما يلاحظ عدم وجود رسكلة ودورات تدريبية لموظفي سلك الإدارة العامة المحلية لمواكبة تطورات الإدارة الرقمية، كما أن أجهزة الإعلام الآلي وجميع التجهيزات المطلوبة للرقمنة غير متناسبة مع متطلبات الرقمنة الحقيقية للإدارة المحلية، حيث لا تفي الأجهزة سواء نوعية الحواسيب، أو كوابل نقل الانترنت أو مراكز الاستقبال والبث، بالغرض المنشود، وكل ما نجده من معوقات فنية للرقمنة في إدارة البلدية نجده أيضا ينطبق كذلك على إدارة الولاية، وهذا راجع في مرحلة سابقة من التخوف الكبير من طرف السلطة التنفيذية المركزية من عدم التحكم في الأمن المعلوماتي الذي يعتبر أحد مظاهر السيادة، لأن مراكز تجميع المعلومات هي ليست ملكا للدولة الجزائرية، وعليه فإن سرية معلومات مواطنيها أمر يعينها، وحتى تصل إلى تأمين معلوماتها، لا بد لها من إنشاء هذه المراكز بالجزائر وتقوم هي بتسييرها، وهو ما يطلق عليه بالأمن السيبراني "هو عبارة عن مجموع الوسائل التقنية والتنظيمية والإدارية التي يتم

¹⁸ مقابلة مع الأمين العام السابق لبلدية قمار المتصرف المستشار المتقاعد السيد: عبد الحميد مصباحي يوم 30-01-2020 على الساعة 06.30 مساء.

استخدامها لمنع الاستخدام غير المصرح به وسوء الاستغلال واستعادة المعلومات الإلكترونية ونظم الاتصالات والمعلومات التي تحتويها¹⁹.

وبالمقارنة مع ما قامت به دولة قطر على الصعيد الميداني لتطبيق إدارة رقمية تلبي حاجات مواطنيها أينما كانوا وكيفما كانوا، فإننا نجد أن ما قامت به دولة قطر في إطار سياسة حكومة قطر الرقمية لسنة 2020 قد حققت به نجاحا باهرا، حيث نجد في إطار عمل الخدمات الحكومية عبر الهاتف المحمول، أنه تم إعداد وثيقة إطار عمل الخدمات الحكومية عبر الهاتف المحمول خصيصا لمساعدة الجهات الحكومية، في تصميم ونشر الخدمات عبر الهاتف المحمول، استنادا إلى أفضل الممارسات والمعايير الدولية²⁰.

كما نجد أن دولة الإمارات العربية المتحدة، وعلى سبيل المثال إمارة دبي، قد خطت خطوات كبيرة أيضا في جانب الرقمنة، حيث نجد أنه ولأجل تطبيق إدارة لا ورقية، أطلق سمو الشيخ حمدان بن محمد بن راشد آل مكتوم ولي عهد دبي، رئيس المجلس التنفيذي في فبراير 2018 مبادرة بهدف رقمنة جميع المعاملات الحكومية الداخلية والخارجية، لتصبح لا ورقية بنسبة 100% بحلول ديسمبر 2021، كما يترجم سعيها المستمر للتعاون مع جميع الجهات الحكومية بإمارة دبي، لتوظيف الخدمات الذكية في تطوير منظومة العمل الحكومي، وتعزيز فعاليتها وسلاستها²¹.

- الفرع الثاني: متطلبات الرقمنة الإدارية للإدارة المحلية على الصعيد التشريعي

ذكرنا فيما سبق أن المشرع الجزائري حاول أن يجاري الدول الكبرى في جانب تسريع عجلة رقمنة الإدارة بصفة عامة، والإدارة المحلية بصفة خاصة، عن طريق سن القوانين التي تدعو لاستعمال أسلوب الرقمنة، غير أن ما تم من تنصيب قانوني في هذا المجال لم يكن يدفع لرقمنة الإدارة بالطريقة المرجوة، فبالنظر مثلا لقانون البلدية 10-11 وقانون الولاية 07-12 تتجلى لنا عدة ملاحظات، وكمثال على ذلك نجد نقصا في النص التشريعي للمادة: 11 من قانون البلدية رقم: 10-11²² التي تنص: "تشكل البلدية الإطار المؤسساتي لممارسة الديمقراطية على المستوى المحلي والتسيير الجوّاري، يتخذ المجلس الشعبي البلدي كل التدابير لإعلام المواطنين

¹⁹ ينظر موقع معلومات مباشر، الرابط: <https://bit.ly/307fpo4> والذي أشار الى تقرير الاتحاد الدولي للاتصالات التابع للأمم المتحدة، تم الولوج للرابط يوم السبت 2020/09/26 على الساعة 18.41.

²⁰ أنظر سياسة حكومة قطر الرقمية عبر موقع وزارة الاتصالات والمواصلات بقطر، تم الدخول للموقع يوم السبت 2020/09/27 على الساعة 24.21 صباحا، عنوان رابط الموقع: <https://bit.ly/3czgOIZ>

²¹ انظر موقع دبي الذكية، تم الولوج إليه يوم السبت 2020/06/06 على الساعة 12.04 د على الرابط التالي:

<https://www.smartdubai.ae/ar/>

²² المادة 11 من القانون رقم 10-11، المؤرخ في 20 رجب عام 1432 الموافق 22 يونيو سنة 2011 المتعلق بالبلدية، والصادر بالجريدة الرسمية عدد 37، المؤرخة في أول شعبان 1432 الموافق لـ 03 يوليو 2011، ص 08.

بشؤونهم واستشارتهم حول خيارات وأولويات التهيئة والتنمية الاقتصادية والاجتماعية والثقافية حسب الشروط المحددة في هذا القانون، ويمكن في هذا المجال استعمال على وجه الخصوص الوسائط والوسائل الإعلامية المتاحة، كما يجب تقديم عرض عن نشاطه السنوي أمام المواطنين.

فكلمة "يمكن" في اللغة العربية مصدرها الإمكان وهو الاستطاعة، بمعنى يستطيع المجلس الشعبي البلدي في مجال إعلام المواطنين بشؤونهم واستشارتهم حول خيارات وأولويات التهيئة، والتنمية الاقتصادية والاجتماعية والثقافية استعمال الوسائط والوسائل الإعلامية المتاحة، كالبوابة الإلكترونية والفيسبوك وتويتر واليوتيوب... وغيرها من وسائل التواصل الاجتماعي.

وكان من الأجدر بالمشروع الجزائري عوض استعمال كلمة "يمكن"، التي تترك الخيار لرجل الإدارة في الاستعمال أو عدم استعمال هذه الوسائل، أن يضع بدلها كلمة "يجب" والتي تفيد الإلزام، عندها يصبح النص القانوني ملزما وليس تاركا المجال للسلطة التقديرية للإدارة، والتي سوف تتجه طبعاً إلى ما تعودت عليه من عدم الشفافية الإدارية .

كما يجب النص ضمن لجان المجلس الشعبي البلدي، على لجنة الاتصال وتكنولوجيات الإعلام، كمثال ما جاء النص عليه في المادة 33 من قانون الولاية 12-07، والتي تنص على: "يشكل المجلس الشعبي الولائي من بين أعضائه لجانا دائمة للمسائل التابعة لمجال اختصاصه ولاسيما المتعلقة بما يأتي: التربية والتعليم العالي والتكوين المهني، الاقتصاد والمالية، الصحة والنظافة وحماية البيئة، الاتصال وتكنولوجيات الإعلام تهيئة الإقليم والنقل، التعمير والسكن، الري والفلاحة والغابات والصيد البحري والسياحة، الشؤون الاجتماعية والثقافية والشؤون الدينية والوقف والرياضة والشباب، التنمية المحلية والتجهيز والاستثمار والتشغيل، ويمكنه أيضا تشكيل لجان خاصة لدراسة كل المسائل الأخرى التي تهم الولاية".²³

كما نجد في نفس الوقت قانون الولاية 12-07 المؤرخ في 21 فبراير 2012 ضمن نصوصه يفترق إلى نص تشريعي يدعو الإدارة المحلية والمتمثلة في الوالي ورئيس المجلس الشعبي الولائي إلى إشراك المواطنين في عملية التنمية عن طريق استشارتهم بوسائل الاتصال الحديثة التي ذكرناها في معرض حديثنا عن البلدية في المادة 12، ولم لا يكون ذلك، والفائدة المرجوة منها كبيرة جدا.

المطلب الثاني: النقائص المستجدة والحالية التي تقف حائلا لرقمنة الإدارة المحلية الجزائرية

إن الناظر للترسانة القانونية التي تتمتع بها الجزائر، ليدرك تمام الإدراك أنما ما تزخر به الجزائر من منظرين قانونيين لهو حقيقة كنز لا ينضب، غير أن الأشكال الذي تعاني منه الجزائر بالأمس واليوم لا يتمثل في

²³ المادة 33 من القانون 12-07، المؤرخ في 21 فبراير 2012 المتعلق بالولاية، والصادر بالجريدة الرسمية، عدد 12، المؤرخة في 07 ربيع الثاني 1433، الموافق لـ 29 فبراير 2012، ص 11.

القوانين، وإنما يتجسد في التطبيق الفعلي لتلك القوانين، فقد صدر المرسوم الرئاسي 19-317 المؤرخ في 26 نوفمبر 2019 المتضمن إنشاء وكالة وطنية لتطوير الرقمنة²⁴، هذا المرسوم الذي كان يحمل آفاقا كبيرة نحو رقمنة جميع الإدارات العامة الجزائرية ومنها الإدارة المحلية، ولكن للأسف لم يتم تفعيل هذا المرسوم وظل حبرا على ورق، وهذا ما يترجم أن الإرادة السياسية هي من لها الأمر في التسريع في عجلة الرقمنة أو تطبيقها أو إيقافها، ولقد كشفت الجائحة التي عصفت بدول العالم مدى تطبيق الجزائر لسياسات الرقمنة، كما كانت دافعا لها في تسريع عجلتها.

نعالج في هذا المبحث مطلبين وهما: مشروع قانون انشاء الوكالة الوطنية للرقمنة في الجزائر في الواقع العملي كمطلب أول، وجائحة كورونا وإبرازها لحقيقة الرقمنة في الإدارة المحلية الجزائرية كمطلب ثان. الفرع الأول: مشروع قانون انشاء الوكالة الوطنية للرقمنة في الجزائر في الواقع العملي.

في إطار تكريس سياسة رقمنة الإدارة بصفة عامة، وعلى الخصوص الإدارة المحلية، صدر المرسوم الرئاسي رقم 19-317 المؤرخ في 26 نوفمبر 2019 المتضمن إنشاء وكالة وطنية لتطوير الرقمنة، وتحديد مهامها وتنظيمها وسيرها، وقد جاء النص على مهام هذه الوكالة وصلاحياتها، ضمن المادة 05 من المرسوم التي نصت على أن:

"تكلف الوكالة بتصميم الاستراتيجية الوطنية لتطوير الرقمنة واقتراحها على الحكومة بالتشاور مع الدوائر الوزارية والمؤسسات والقطاع الاقتصادي والمجتمع المدني.

وتكلف بضمان متابعة تنفيذ الاستراتيجية الوطنية لتطوير الرقمنة. وبهذه الصفة تتولى المهام الآتية :

- إقامة تآزر بين مخططات الأعمال وتنسيق أعمال الدوائر الوزارية والمؤسسات والهيئات الفاعلة في مجال الرقمنة.
- إنجاز دراسات استشرافية تتعلق بتطوير الرقمنة وضمان اليقظة التكنولوجية لحساب الوزير الأول.
- إنجاز كل دراسة خبرة لحساب الحكومة وتقييم مخططات الأعمال والبرامج في مجال الرقمنة.
- تقييم فعالية الوسائل والاستثمارات العمومية المسخرة في ميدان الرقمنة.
- اقتراح على الحكومة كل الأعمال الرامية إلى تنمية الموارد البشرية والكفاءات الوطنية اللازمة لتطوير الرقمنة.
- اقتراح بالتشاور مع الأطراف الفاعلة كل مبادرة تهدف إلى ترقية المؤسسات الناشئة المبتكرة في مجال الرقمنة وتكنولوجيات الإعلام والاتصال.

²⁴ المرسوم الرئاسي رقم 19-317، المؤرخ في 26 نوفمبر 2019، المتضمن إنشاء وكالة وطنية لتطوير الرقمنة وتحديد مهامها وتنظيمها وسيرها، المادة رقم 05 الجريدة الرسمية المؤرخة في أول ديسمبر 2019، العدد 74.

- إعداد تقارير دورية تتعلق بتطور مؤشرات تطوير الرقمنة واتخاذ كل التدابير والأعمال الرامية إلى تحسينها وعرضها على الحكومة.
- اقتراح أدوات التمويل المخصصة لتطوير الرقمنة على الوزير الأول.
- اقتراح سياسة للتعاون الدولي في مجال الرقمنة على الوزير الأول.
- التعاون مع المؤسسات والمنظمات الدولية المماثلة في مجال الرقمنة، طبقاً لتشريع والتنظيم المعمول بهما.
- تقديم تقارير دورية للوزير الأول حول مدى تقدم الأعمال والحصائل السنوية ومتعددة السنوات عن نشاطها في مجال تطوير الرقمنة²⁵.

رغم ما قد حدد من مهام وصلاحيات ذات أهمية لهذه الوكالة، إلا أن الواقع العملي لا يثبت وجود تقدم في عمل هذه الوكالة الوطنية المخصصة لتطوير الرقمنة، حيث لو كانت هناك إرادة سياسية قوية نحو هذا التوجه لكان أعلن على الأقل عن المدير العام للوكالة، الذي يعين بمرسوم رئاسي حسب المادة 16 من المرسوم الرئاسي 19-317، وكذا تم تعيين أعضاء مجلس الإدارة، لكي يشرعوا في تنفيذ مهامهم التي لا تتطلب التأخير، حيث أن المادة 11 من المرسوم تنص على: " يجتمع مجلس الإدارة مرة واحدة على الأقل كل 06 أشهر، بناء على استدعاء من رئيسه.

وزيادة على ذلك يمكن أن يجتمع في دورة غير عادية، بناء على استدعاء من رئيسه، أو بناء على اقتراح من ثلثي 3/2 من أعضاءه، أو من المجلس العلمي والتقني، أو من المدير العام للوكالة، أو بطلب من الوزير الأول.... " وإذا سلمنا بعدم تعيين المدير العام للوكالة من طرف الرئيس لظروف ما، فإن نص القانون واضح في من يقوم مقامه، حسب نص المادة 11، بحكم أن أعضاء مجلس الإدارة قد حددتهم المادة 08 من الفصل الأول، مما يجعل المرسوم الرئاسي لا يزال حبراً على ورق، ومما يعزز ويرجح أن الإرادة السياسية حينها، لازالت لم ترق بعد إلى مستوى الطموح.

وبالرجوع إلى تاريخ نشر المرسوم المتعلق بإنشاء الوكالة الوطنية لتطوير الرقمنة، نجده صدر في 26 نوفمبر 2019 ونشر بالجريدة الرسمية حسب المادة 32 من المرسوم الرئاسي بتاريخ : 01 ديسمبر 2019 العدد 72.

وعليه نجد أن المدة الزمنية منذ بداية صدور المرسوم، إلى غاية يومنا هذا هي مدة كافية لإظهار حقيقة ما تتويبه السلطة التشريعية، من هذا المرسوم في أرض الواقع، وتكريس نظام الرقمنة في شتى الدوائر الوزارية وفي جميع الإدارات العامة المركزية والمحلية، غير أن الواقع الميداني أظهر بما لا يدع مجالاً للشك، أن المشروع

²⁵ المرسوم الرئاسي رقم 19-317، المؤرخ في 26 نوفمبر 2019، المتضمن إنشاء وكالة وطنية لتطوير الرقمنة وتحديد مهامها وتنظيمها وسيرها، المادة رقم 05 الجريدة الرسمية المؤرخة في أول ديسمبر 2019، العدد 74.

أصبح حبرا على ورق وهو عوض أن يسير نحو الأمام ويساير أغلب دول العالم، إذا به يتعثر ويسير سيرا ضعيفا لا يرقى إلى تحقيق نية عصرنة الإدارة بحق، ومثل مشروع الوكالة الوطنية للتطوير الرقمنة الأخير كان هناك قبل ذلك مشروع الجزائر الإلكترونية 2013 الذي لم يعط حقه أيضا من التطبيق، ويرجع التأخر في ذلك إلى ضعف الإرادة السياسية في المُضي نحو تحقيق وتطبيق سياسة الرقمنة الإدارية على جميع مستويات الإدارة العامة سواء المركزية أو اللامركزية المرفقية منها والاقليمية، وربما يرجع ذلك إلى وجود أشخاص مستفيدين من الوضعية الحالية للإدارة، ولا يحقق رغباتهم وغاياتهم الذهاب بالإدارة نحو الرقمنة، ومغانم البيروقراطية خير لهم مغارم الشفافية، حيث تساعدهم في تحقيق مآربهم الشخصية، بينما الرقمنة تقضي على غاياتهم الدنيئة، من تسلط وفساد وانحراف بالسلطة، كما أن هذه النوعية من الأشخاص المسيئة للإدارة هي التي تدفع الى عدم تطبيق مثل هكذا مرسوم يقضي تطبيقه على جميع أشكال البيروقراطية والمحسوبية وجل الانحرافات الادارية الصادرة ممن ينتسبون للإدارة ولكن للأسف يسودون سمعتها وهي منهم براء.

الفرع الثاني: جائحة كورونا وإبرازها لتحقيق الرقمنة في الإدارة المحلية الجزائرية

ورغم ما اجتاحت الجزائر ودول العالم ككل من جائحة كورونا التي أظهرت العديد من العيوب في أنظمة التسيير الإداري في دول العالم الثالث والتي لم تواكب نظام الرقمنة في العالم، ومنها ما تجلى عندنا في الجزائر من خسائر مادية في ظل هذه الجائحة، نظرا لعدم الاستعداد المسبق للجزائر بأنظمة الرقمنة الإدارية، التي تجعل الإدارة محافظة على مبدأ هام من مبادئها، ألا وهو مبدأ استمرارية المرفق العام، حيث لوحظ في ظل هذه الجائحة وجود مرافق عامة إدارية ومنها إدارة الجماعات المحلية قد تعطلت بنسبة كبيرة، إلى غاية وجود بلديات أصبحت عاجزة عن القيام بمهامها نظرا لعدم تواجد الموظفين في الإدارة، بسبب عدم توفر وسائل النقل التي تقلهم إلى مقر عملهم، وذلك راجع لصدور مرسوم تنفيذي رقم 20-69 من طرف الوزير الأول تحت عنوان تدابير الوقاية من انتشار وباء كورونا كوفيد 19 ومكافحته، يقضي في مادته الثالثة بتعليق نشاطات النقل البري والجوي وسيارات الأجرة، وكذلك تنص المادة 08 من المرسوم على: " تمنح الأولوية في العطلة الاستثنائية من النساء الحوامل والنساء المتكفلات بتربية أبنائهن الصغار وكذا الأشخاص المصابين بأمراض مزمنة وأولئك الذين يعانون هشاشة عظمية...²⁶، مما زاد في تعطيل كثير من المرافق العامة الإدارية، ومنها الإدارة المحلية نظرا لأن هذه الفئة تعتبر تشكل نسبة مهمة في تسيير المرافق العامة الإدارية بشكل يضمن الاستمرار والاضطراد.

كما نصت المادة 09 على: " يمكن أن تتخذ المؤسسات والإدارات العمومية كل إجراء يشجع العمل عن بعد في ظل احترام القوانين والتنظيمات المعمول بها ".

²⁶ انظر المرسوم التنفيذي رقم 20-69، المؤرخ في 26 رجب 1441، الموافق لـ 21 مارس 2020، المتعلق بتدابير الوقاية من انتشار وباء كورونا (كوفيد 19) ومكافحته، الجريدة الرسمية عدد 15، والصادرة بتاريخ 21 مارس 2020، ص 06.

ونجد في هذه المادة أيضا توجه السلطة التنفيذية إلى إرساء وتكريس الرقمنة الادارية، ولكن دون الحزم والعزم اللازمين تجاه المخاطبين من مسيري المؤسسات والإدارات العمومية، حيث تبدأ المادة بكلمة **يمكن** وكلمة **يمكن** تعني عدم الإلزام وهو ما يُظهرُ نية عدم الحزم والصرامة في تطبيق الرقمنة كمثّل استعمال كلمة **يجب** التي توجي بالحزم والعزم .

وما خاطبت السلطة التنفيذية الإدارة في نص هذه المادة بكلمة **يمكن**، إلا لأنها تعلم أن الإمكانيات المتاحة للإدارات والمؤسسات العمومية في جانب الرقمنة لا تفي بذلك، ولا يمكن أن توصل الادارة المعنية إلى الهدف المنشود، فاضطرت إلى استعمال كلمة **يمكن**، بدل كلمة **يجب**.

ورغم ما لوح به الرئيس في العديد من المرات حول رقمنة الادارة²⁷، وبالخصوص الاجتماع المنعقد يوم 03 ماي 2020 عن طريق تقنية التواصل المرئي عن بعد وهي التقنية التي فرضت نفسها بتطبيقها في ظل جائحة كورونا حيث جاء في موقع رئاسة الجمهورية ونشر في وسائل الإعلام حينها « أن رئيس الجمهورية، السيد عبد المجيد تبون دعا أثناء ترؤسه اجتماعا لمجلس الوزراء، إلى تعميم الرقمنة على جميع القطاعات قصد الخروج من الإحصاءات التقريبية التي لا تساعد على خلق اقتصاد قوي.

و في نفس السياق، شدّد رئيس الجمهورية على أنّ "الرقمنة والاستشراف عاملان أساسيان للخروج من دائرة الإحصائيات التقريبية التي لا تساعد على خلق اقتصاد قوي وحديث، ولا على الشفافية في المعاملات الاقتصادية"، بل إنها تشكّل، حسبه، "عرقلة حقيقية في وجه التطوّر الاقتصادي وهдра للجهد والموارد"، وألحّ على أنّ العصرية "حتمية للنهوض باقتصاد وطني فعال كما نصبو إليه وهي خيار استراتيجي للدولة، ولا بد من تنفيذه حالا".²⁸

ومن خلال الخطاب الأخير للسيد رئيس الجمهورية الذي يدعو فيه الى الرقمنة، نجد أن التركيز هذه المرة سيكون بشكل قوي من طرف السلطة التنفيذية، لتكريس ودعم سياسات الرقمنة على كل من الادارة المركزية وكذا الادارة المحلية، غير أن الموضوع يتطلب استراتيجية محكمة لنجاح هذا المسعى، من توفير البنى التحتية لمثل هكذا مشروع وتتمثل في توفير الأجهزة اللازمة للرقمنة وكذا التدفق اللازم والذي لا يكون صعب المنال على المواطن العادي، إلى جانب رسكلة وتكوين موظفي الإدارة في جانب الرقمنة .

²⁷ دعا السيد رئيس الجمهورية إلى الرقمنة الادارية في اجتماع مجلس الوزراء المنعقد في 19 أبريل 2020، وكذا اجتماع مجلس الوزراء المنعقد في 29 ماي 2020 حيث نوه على المضي قدما نحو عصرية ورقمنة الادارة .

²⁸ موقع وكالة الأنباء الجزائرية، عنوان الرابط: <https://bit.ly/3kRvpCB> تم الولوج للرابط يوم 09-06-2020 على الساعة 22.39.

كما أن تخصيص دراسات في جانب الطرق الفعالة للوصول إلى الرقمنة الحقيقية في الجامعات والمعاهد المختصة بالتكنولوجيا، سوف يعطي حولا علمية وعملية، لكل الإشكالات العالقة في مجال الرقمنة، حسب ما أكدته دراسة بحثية حول الرقمنة في الدول الأوروبية، حيث ورد ذلك في بحث مختص بالرقمنة أعد من طرف المفوضية الأوروبية.²⁹

كما توحى التشكيلة الجديدة للطاقت الحكومية بأن السلطة التنفيذية تتجه بسرعة نحو الرقمنة الإدارية وذلك يبدو من خلال ما يقوم به الوزير الأول من تفعيل إرادة رأس السلطة التنفيذية رئيس الدولة السيد عبد المجيد تبون، حيث تم إنشاء وزارة خاصة للرقمنة وسميت بوزارة الرقمنة والإحصائيات.... وقد ذكر قبل ذلك رئيس الجمهورية في اجتماع مجلس الوزراء عن طريق تقنية التواصل عن بعد بقوله: لا بد من الذهاب إلى تعميم الرقمنة على جميع القطاعات قصد الخروج من الإحصاءات التقريبية.."، وإنفاذا لسياسة الرئيس تم توقيع مرسوم رئاسي لإنشاء وزارة الرقمنة والإحصائيات وهو المرسوم رقم: 20-163 المؤرخ في أول ذي القعدة عام 1441 الموافق 23 يونيو سنة 2020 المتضمن تعيين أعضاء الحكومة³⁰، ويبدو أن الحكومة الجديدة بدأت تخطو خطوات أخرى نحو الرقمنة الإدارية، وذلك ما تجلى في الخدمات الرقمية الجديدة التي تم تفعيلها على مستوى بوابة بريد الجزائر من خدمات رقمية عن طريق البطاقة الذهبية، كتخليص فاتورة الكهرباء والماء والغاز والهاتف وحجز تذاكر سفر الطيران³¹، كذلك عملية الشراء واقتناء المواطن لحاجياته ومتطلباته من محلات البيع عن طريق البطاقة الذهبية، دون الحاجة إلى حمل وإظهار العملة الورقية أو النقدية، كما نجد بوابة وزارة الداخلية والجماعات المحلية أيضا وضعت مجموعة من الخدمات الرقمية، من ضمنها متابعة انشغالات المواطنين عن طريق تخصيص نافذة لرفع الشكاوى للوزارة، ورقمنة إنشاء جمعيات المجتمع المدني ولجان الأحياء، حيث يتم التسجيل عبر الموقع الإلكتروني للوزارة، ليرسل في مدة وجيزة، لا تزيد عن عشرة أيام، وصل تصريح بإنشاء جمعيات أو لجان الأحياء والقرى والتجمعات السكانية، عن طريق منصة رقمية للتسجيل عن بعد، وترسل وثيقة التصريح بإنشاء الجمعية عبر البريد الإلكتروني لرئيس الجمعية أو الحي³².

²⁹ Florian Rampelt, Dominic Orr, Alexander Knoth, Bologna Digital 2020, White Paper on Digitalisation, in the European Higher Education Area, p 06.

³⁰ أنظر المرسوم الرئاسي رقم 20-163 مؤرخ في أول ذي القعدة عام 1441 الموافق 23 يونيو سنة 2020 المتضمن تعيين أعضاء الحكومة، الجريدة الرسمية، عدد 37، الصادرة في 27 يوليو 2020.

³¹ انظر موقع بريد الجزائر على الرابط التالي: <https://baridinet.poste.dz> تم الولوج إليه يوم 2020/10/03 على الساعة 01.05 صباحا.

³² انظر بوابة وزارة الداخلية والجماعات المحلية، الرابط: <https://www.interieur.gov.dz/index.php/ar>

الخاتمة:

وفي الأخير يمكن القول أنه ورغم ما يكتنف مسعى الرقمنة من مخاطر أمن المعلومات، كالقرصنة وسرقة المعلومات، وما يتبعها من تهديدات أمنية، إلا أن جل دول العالم استطاعت أيضا أن تتغلب على هذا الهاجس، وذلك بتوفير أنظمة وبرامج حمائية أمنية للتصدي لمثل هذه المخاطر، وللأسف بقيت الدول النامية ومنها الجزائر خائفة من مخاطر الرقمنة، في حين سجلت دولتا قطر والإمارات العربية المتحدة قفزة نوعية في هذا الجانب، وذلك راجع لدرجة الوعي الثقافي والاجتماعي والسياسي، حول أهمية وفوائد الرقمنة الإدارية لديهم. أما عن بلدنا الجزائر، فلا يمكن لنا القول - أنه باستخراج شهادة الميلاد الرقمية، وبطاقة التعريف البيومترية وجواز السفر البيومتري، ورخصة السياقة البيومترية- أننا حققنا متطلبات الرقمنة، بل يجب بذل المزيد من الجهد، وتظافر جميع الجهود، من مواطنين وسياسيين وقانونيين وتقنيين، لأجل إنجاح مسعى الإدارة الرقمية في الإدارة المحلية الجزائرية.

وإذا نظرنا إلى مساعي السلطة التنفيذية والتشريعية والقضائية، في المدة الأخيرة، فإنها تنبئ عن أن الجهود تبذل حثيثا لأجل الوصول إلى رقمنة الإدارة بصفة عامة، وهو هدف يحقق الغاية التي من أجلها أنشئت الإدارة، وهو تحقيق المصلحة العامة، في إطار النزاهة والشفافية والحياد، والتي بها تتحقق التشريعية الإدارية ونضمن ذات الوقت عدم انحراف الإدارة المحلية في أعمالها الإدارية.

نخلص في نهاية البحث إلى النتائج التالية:

- غياب الشفافية وتكريس الضبابية في العمل الإداري المحلي هي إحدى أهم الأسباب التي تؤدي لظهور الانحراف بالسلطة واستشرائه، والرقمنة الإدارية هي الوسيلة الفعالة لتكريس الشفافية، وخلق إدارة محلية تسودها النزاهة والوضوح.
- تعتبر العلاقة ما بين الانحراف والشفافية علاقة عكسية، فكلما زاد الانحراف بالسلطة قلت الشفافية وكلما زادت معايير الشفافية في العمل الإداري قلت نسبة الانحراف.
- قلة الموظفين بالإدارة المحلية الجزائرية المؤهلين للتحكم الجيد في الكمبيوتر وبرامجها، وعدم وجود برامج خاصة تدريبية للموظفين الإداريين بالإدارة المحلية، لتطوير معارفهم في جانب الرقمنة الإدارية، والوصول بهم إلى مرحلة النضج في منحنى الإدارة الرقمية، وضعف وقلة تزويد الإدارات المحلية بالإمكانيات التقنية التي تضمن تقديم خدمة ممتازة ودائمة للمرتفقين، كلها عوائق تحول دون الوصول إلى رقمنة الإدارة الجزائرية.
- تحكم هاجس الخوف في المسيرين الإداريين من المضي في طريق الرقمنة، نظرا لعدم امتلاك الإدارة لنظام حمائي يحمي المواقع الإلكترونية للإدارة المحلية، ويؤمنها من كل قرصنة.

- وجود نقص وثغرات قانونية في قانون الجماعات المحلية، تجعل السلطة المحلية غير ملزمة بتطبيق نظام الرقمنة الإدارية، مما يكرس الانحراف بالسلطة في أعمال الإدارة المحلية. وبناء على النتائج التي توصلنا لها نقترح العمل بالمقترحات التالية:
- بناء على النتائج المذكورة أعلاه يمكننا أن نورد جملة من المقترحات يتعلق بعضها بالجانب التشريعي والبعض الآخر بالجانب الميداني.
- فعلى الصعيد التشريعي نقترح ما يلي :
- إلزام رئيس المجلس الشعبي البلدي بالدخول في الرقمنة الإدارية عند استشارة المواطنين في أي أمر ذي أهمية، وذلك بتعديل نص المادة 11 من قانون البلدية وفق الصياغة التالية: "ويجب في هذا المجال استعمال على وجه الخصوص الوسائط والوسائل الإعلامية المتاحة .
- التأكيد على إلزامية إتباع أسلوب الرقمنة الإدارية في أعمال البلدية، وذلك بتعديل الفقرة الأخيرة من المادة 15 من قانون البلدية حسب النص التالي : تمارس الهيئات البلدية أعمالها في إطار الرقمنة الإدارية والتشريع والتنظيم المعمول بهما "، وكذا النص على إلزامية اتباع أسلوب الرقمنة في الأعمال الإدارية للولاية من خلال النص على ذلك في قانون الولاية.
- تفعيل المرسوم الرئاسي رقم 19-317 المؤرخ في 26 نوفمبر 2019 الذي ينص على إنشاء الوكالة الوطنية لتطوير الرقمنة وتفعيل صلاحياتها ومهامها، أو سعي الوزارة الجديدة للرقمنة في إعداد خطة بديلة عن طريق إعداد برنامج متكامل ومتناسق مع الدوائر الوزارية الأخرى وبالخصوص وزارة البريد والاتصالات السلكية واللاسلكية في جانب تقوية التدفق، وإظهار برنامجها وخطتها القصيرة المدى وكذا المتوسطة والطويلة المدى، عبر بوابتها الرقمية، على شكل قرار تنظيمي، ليكون ظاهرا للجميع، ويمكنها من خلال البوابة الاستعانة باستشارة الخبراء على مستوى الوطن أو خارجه، ويستطيع الخبراء حينها التقييم والتصحيح لهذه الخطة، فيكون العمل متسما بالشورى والوضوح والشفافية، مما يسرع من وتيرة الرقمنة على مستوى الوطن، ويرفع من كفاءة خدمات المرافق العمومية الإدارية، وبالخصوص الإدارة المحلية الجزائرية المرتبطة بالمواطن بشكل يومي، نظرا لكثرة خدماتها له، والتي لن تتحسن وتكون في مستوى تطلع وثقة المواطن، ما لم ترقم جميع خدماتها، كمثل ما قامت به بعض من دول الخليج كالإمارات العربية المتحدة وقطر.
- أما على الصعيد الميداني فمن المستحسن أن يتم:
- تأهيل الموظفين للتحكم الجيد في وسائل الإعلام الآلي وبرامجها، بالتعاون مع الجامعات والكليات المختصة بها، ككلية التكنولوجيا والعلوم الدقيقة، قسم الإعلام الآلي.

- تحصين المواقع الإلكترونية للإدارة المحلية وحمايتها من كل قرصنة، عن طريق توظيف مختص في جانب الأمن المعلوماتي، لمتابعة بوابة الإدارة المحلية من ولوج الفيروسات، وقرصنة المعلومات، أو استعمالها على النحو الذي يضر بالإدارة والمواطن، والاعتماد على طريقة حفظ البيانات السحابي.
- تزويد الإدارات المحلية بالإمكانيات التقنية، والمتمثلة في النوعيات الرفيعة للوازم الرقمنة، ابتداء من الحاسوب ووسائل الالتقاط والبث، والكوابل الخاصة لنقل الانترنت، فيجب أن تكون كل الوسائل من النوعية الممتازة، كي تتحقق قوة التدفق للأنترنت، وتكون الرقمنة الإدارية في المستوى المطلوب.

الطلاق المنشئ: دراسة تحليلية نقدية وفقا لأحكام قانون الأسرة الجزائري

أكلي نعيمة⁽¹⁾

(1) أستاذة محاضرة قسم ب، كلية الحقوق والعلوم السياسية،

جامعة أكلي محند أولحاج، البويرة، 10000، الجزائر.

البريد الإلكتروني: n.akli@univ-bouira.dz

الملخص:

جعلت التشريعات الطلاق بيد الرجل بصفة عامة، لحرصه الشديد على استمرارية الأسرة، وما يكلفه من خسارة مادية فضلا عن المعنوية، رغم أن المشرع لم يمنع المرأة بصفة مطلقة من طلب الطلاق، سواء عن طريق الخلع، أو التطلق، ويعتبر هذا الأخير النوع الوحيد من أنواع الطلاق التي يكون حكمه منشئا، على عكس الأنواع الأخرى التي يكون فيها كاشفا.

نظم المشرع الجزائري أحكام التطلق أساسا في المادة 53 من القانون رقم 11/84، يتضمن قانون الأسرة، رغم أن ذلك كان قاصرا نظرا لأهمية الموضوع وما ينطوي عليه من دفع الضرر، في ظل غموض بعض المفردات المستعملة فضلا عن إمكانية تأويل بعضها، بالإضافة إلى منح القاضي سلطة تقديرية كاملة في الحكم به من عدمه، تبعا لظروف كل قضية على حدة، دون أية رقابة من المحكمة العليا.

الكلمات المفتاحية:

الطلاق المنشئ، التطلق، التفريق القضائي، حل الرابطة الزوجية، الطلاق.

تاريخ إرسال المقال: 2020/12/24، تاريخ مراجعة المقال: 2021/12/16، تاريخ نشر المقال: 2021/12/31.

لتهميش المقال: أكلي نعيمة، "الطلاق المنشئ: دراسة تحليلية نقدية وفقا لأحكام قانون الأسرة الجزائري، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد 12، العدد 03، 2021، ص 683-696.

<https://www.asjp.cerist.dz/en/PresentationRevue/72>

المقال متوفر على الرابط التالي:

المؤلف المراسل: أكلي نعيمة : n.akli@univ-bouira.dz

Creating Divorce: A Critical Analytical Study According to the Provisions of the Algerian Family Law

Summary :

Legislation granting divorce to men in general, because of keeping the family together, and the material loss as well as morale that it costs her, although the legislator has not absolutely prevented a woman from filing for divorce, only this either by el-kholea or by divorce for injury, and the latter is the only type of divorce, which has a Builder nature, unlike the other types in which it is revealing and detecting.

The Algerian legislator has essentially regulated the provisions relating to divorce in article 53 of law n ° 84/11, relating to the family code, although this is minor because of the importance of the subject and the involvement of " avoid prejudice, in the light of the ambiguity of some of the vocabulary used as well as the possibility of interpreting some of them, in addition to granting the judge full latitude to decide whether or not to judge him , depending on the circumstances of each case separately, without any review by the Supreme Court.

Keywords: CREATOR divorce, divorce, judicial separation, dissolution of marital bond.

Divorce initial: Une étude analytique critique conforme aux dispositions du Code algérien de la famille

Résumé :

Législation accordant le divorce aux hommes en général, en raison de garder la famille ensemble, et de la perte matérielle ainsi que du moral que cela lui coûte, bien que le législateur n'ait pas absolument empêché une femme de demander le divorce, que ce soit par el-kholea ou par divorce pour préjudice, et ce dernier est le seul type du divorce, qui a une nature Constructeur,, contrairement aux autres types dans lesquels il est révélateur détecteur.

Le législateur algérien a essentiellement réglementé les dispositions relatives au divorce à l'article 53 de la loi n ° 84/11, portant code de la famille, bien que cela soit mineur en raison de l'importance du sujet et de l'implication d'éviter du préjudice, à la lumière de l'ambiguïté d'une partie du vocabulaire utilisé ainsi que de la possibilité d'interpréter certains d'entre eux, en plus d'accorder Le juge a toute latitude pour décider de le juger ou non, en fonction des circonstances de chaque affaire séparément, sans aucun contrôle de la Cour suprême.

Mots clés: divorce constructif, divorce, séparation judiciaire, dissolution du lien conjugal, divorce.

مقدمة

تلعب الأسرة دورا مهما في حياة الفرد خاصة وأنها الملجأ الآمن له، وهي المدرسة الأولى التي يتعلم منها، ويكون قدراته العلمية والمعرفية فضلا عن التربوية، لذا كان من الأجدر أن تكون وحدة متماسكة مبنية على تعاليم الدين الحنيف والأخلاق الحميدة، بعيدا عن العنف والاضطراب.

تقوم الحياة الزوجية على المعاشرة بين الزوجين بالمودة والرحمة والتعاون على مستلزمات الحياة، وجعلت الشريعة الإسلامية فضلا عن التشريعات الوضعية جملة من الأحكام التي مفادها حماية هذه الخلية من كل ما يزعزع استقرارها، ما دامت قائمة على زواج صحيح مستوف لركنه (الرضا) فضلا عن شروطه، مع ذلك قد يطرأ على الحياة الزوجية ما قد يعكر صفوها، ما قد يستلزم التحكيم العائلي من خلال تعيين حكما من أهل الزوجة وآخر من أهل الزوج لمحاولة تهدئة الأوضاع بينهما، وباعتبار العلاقة مبنية على عقد مقدس من المفروض ألبدا لا ينهيه إلا الموت، إلا أنه إذا استحال حل المشاكل القائمة بينهما فقد شرع الله التفريق دفعا للضرر، أين جعل الطلاق بيد الزوج أساسا، وإن لم يمنع الزوجة منه، إلا أنه رُخص لها في حالات ضيقة، من خلال إمكانية خلع نفسها تبعا للشروط التي يفترضها القانون، بالإضافة إلى إمكانية طلبها التطلق رفعا للضرر تطبيقا للمادة 53 من الأمر رقم 84-11، يتضمن قانون الأسرة الجزائري¹، التي تنص على أنه: "يجوز للزوجة أن تطلب التطلق للأسباب الآتية:

- 1- عدم الإنفاق بعد صدور الحكم بوجوبه ما لم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج، مع مراعاة المواد (78 و 79 و 80) من هذا القانون،
- 2- العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج،
- 3- الهجر في المضجع فوق أربعة أشهر،
- 4- الحكم على الزوج بجريمة فيها مساس بشرف الأسرة وتستحيل معها مواصلة العشرة والحياة الزوجية،
- 5- الغيبة بعد مرور سنة بدون عذر ولا نفقة،
- 6- مخالفة الأحكام الواردة في المادة (8) أعلاه،
- 7- ارتكاب فاحشة مبينة،
- 8- الشقاق المستمر بين الزوجين،
- 9- مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج،
- 10- كل ضرر معتبر شرعا".

¹ أمر رقم 84-11، مؤرخ في 9 جوان 1984، يتضمن قانون الأسرة الجزائري، ج ر عدد 24، الصادر بتاريخ 12 جوان 1984، معدل ومتمم بالأمر رقم 05-02، مؤرخ في 27 فيفري 2005، ج ر عدد 15، صادر بتاريخ 27 فيفري 2005.

يمكن تعريف الطلاق عامة على أنه: "حل الرابطة الزوجية الصحيحة بلفظ الطلاق الصريح أو بعبارة تقوم مقامه تصدر ممن يملكه وهو الزوج أو نائبه"²، وتجدر الإشارة إلى أن الطلاق بمفهومه القانوني لا يقصد به فك الرابطة الزوجية القائمة على الزواج الصحيح بإرادة الزوج المنفردة فقط، ذلك أن هذا الأخير ما هو إلا نوع من أنواع الطلاق الذي يشمل كل من الحالة السابقة والطلاق بالتراضي (الزوجين)، فضلا عن الخلع الذي تناوله المشرع الجزائري في المادة 54 من قانون الأسرة، بالإضافة إلى التطلق عملا بأحكام المادة 53 من نفس القانون، حيث تنص المادة 48 من قانون الأسرة 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 و54) من هذا القانون".

تظهر أهمية دراسة موضوع التطلق، في التفتاة المشرع الجزائري إلى منح الزوجة فرصة وضع حد نهائي لعقد النكاح الصحيح أثناء قيامه، لكن دون أن يساوي في حقها هذا مع حق الزوج في طلب الطلاق بإرادته المنفردة، أين قيد حرية الزوجة -عموما- في ضرورة تأذيها من العلاقة الزوجية، كما أن المشرع لم يجعل لها إلا الحق في المطالبة بالتطلق مع منح القاضي السلطة التقديرية الكاملة للحكم به من عدمه، حسب ظروف كل حالة على حدة، ما جعل من التفريق بين زوجين عن طريق التطلق طلاقا منشئا، وهي الحالة الوحيدة التي يأخذ فيها الطلاق الحكم المنشئ، ذلك أن الطلاق بإرادة الزوج المنفردة أو بالإرادة المشتركة للزوجين على غرار الخلع يأخذ حكما كاشفا، باعتبار أن في هذه الحالات الأخيرة لا يمكن للقاضي على الإطلاق رفض الطلاق، إنما يعبر فقط عن إرادة أحد الزوجين أو كلاهما، وحكمه يصدر لإعلان الطلاق فقط، وإعمال آثاره القانونية، ما يجعل من التوقف عند دراسة التطلق ضرورة قائمة، خاصة في ظل قصور التنظيم القانوني له فضلا عن التعارض والتناقض القائم بين مفردات ومواد قانون الأسرة عامة.

نظرا لدور الأسرة الفعال في بناء المجتمعات، في مقابل خطورة التطلق، وخاصة وأنه طلاق منشئ قد لا يمنحه القاضي للزوجة المدعية، ما يؤثر سلبا على استقرار الحياة مستقبلا، من خلال تقشي المشاحنات وسيادة البغض والحقد، كان لا بد أن تأتي التشريعات الوضعية (تشريعات الأحوال الشخصية) متناسقة مع أحكام الشريعة الإسلامية في مقصدها العام، مدعمة باجتهادات قضائية فعالة تخدم الغرض وهو حفظ كيان الأسرة وحماية مقوماتها المادية والمعنوية، وهو ما يفرض التساؤل عن مدى فعالية أحكام قانون الأسرة الجزائري في تنظيم التطلق؟

وهو ما نتوصل إليه من خلال معالجة الموضوع عن طريق تحليل نص المادة 53 من قانون الأسرة أساسا، من خلال النقاط التالية:

² نقلا عن: عيسات اليزيد، التطلق بطلب من الزوجة في قانون الأسرة الجزائري "مدعما بالاجتهاد القضائي للمحكمة العليا"، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2002-2003، ص 15.

أولاً: التطلاق: دراسة نقدية لحالات ارتكاب الزوج لجريمة

أ) التطلاق لعدم إنفاق الزوج على زوجته بعد صدور الحكم بوجوبه

ب) التطلاق للحكم على الزوج بجريمة فيها مساس بشرف الأسرة

ج) التطلاق لارتكاب الزوج فاحشة مبينة

ثانياً: التطلاق دراسة نقدية لحالات مخالفة الزوج لشروط متفق عليها سابقاً

أ) مخالفة الزوج لأحكام الضابطة للتعدد

ب) مخالفة الزوج للشروط المتفق عليها في عقد الزواج

ثالثاً: التطلاق: دراسة نقدية للحالات الخارجة عن إرادة الزوج

أ) التطلاق للعيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج

ب) التطلاق لغياب الزوج بعد مرور سنة بدون عذر ولا نفقة

وذلك من خلال الاعتماد على المنهج التحليلي النقدي عن طريق تحليل وشرح أحكام قانون الأسرة

الجزائري المعدل والمتمم المتعلقة بالموضوع محل الدراسة.

أولاً: التطلاق: دراسة نقدية لحالات ارتكاب الزوج لجريمة

شرع الزواج لمصلحة الزوجين ودفع الضرر عنهما بإحصانها وبتث المودة بينهما، بجعل كل واحد

منهما سكناً للآخر، وشرع التطلاق إذا كان العلاقة الزوجية مجلبة للضرر، بذلك تصيح المصلحة في إزالة

العلاقة لا بقاءها، لأن التفريق في هذه الحالة هو المصلحة فلا ضرر ولا ضرار والضرر يجب أن يزال قدر

الإمكان.

منح المشرع الجزائري للزوجة إمكانية المطالبة بالتطلاق عملاً بأحكام المادة 53 من قانون الأسرة، التي

أشارت إلى مجموعة من الدوافع والأسباب وإن كان التعرض لها من باب المثال لا الحصر، حيث ترك

المجال للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع، إذ ورد في الفقرة الأخيرة من المادة 53 عبارة "كل ضرر معتبر

شرعاً"، ومن بين الحالات المرخص لها للزوجة بطلب التطلاق ارتكاب الزوج لإحدى الجرائم المنصوص عليها

في المادة أعلاه، وهي كالآتي:

أ/ التطلاق لعدم إنفاق الزوج على زوجته بعد صدور الحكم بوجوبه

حسب ما هو وارد في المادة 1/53 من قانون الأسرة، فإنه يجوز للزوجة طلب التطلاق في حالة عدم

الإنفاق عليها، ما لم تكن عالمة بعسره وقت إبرام عقد الزواج مع مراعاة أحكام المواد 78، 79 و 80 من نفس

القانون.

من خلال تحليل هذه المادة، نتوصل إلى شروط طلب التطلاق بناء على سبب عدم إنفاق الزوج على زوجته، وهي عدم الإنفاق عمداً، وتشمل النفقة كل من اللباس، المأكل والعلاج...³، مع صدور حكم من المحكمة بوجوب النفقة لإثبات الامتناع، فضلاً عن إلزام الزوج بها، وألا تكون عالمة بإعسار الزوج قبل إبرام عقد الزواج، وفي حالة ثبوت العكس يسقط حقها في طلب التطلاق.

ما يلاحظ أن المشرع لم يفرق بين عدم الإنفاق مع قدرة الزوج على ذلك وامتناعه عمداً، وبين عدم الإنفاق لعجزه المادي⁴، كأن يكون في حالة بطالة، أو لعجزه البدني لإعاقة أو مرض...

كما يلاحظ أن المشرع الجزائري وما يعاب عليه أيضاً، أن جعل للزوجة حق المطالبة بالتطلاق طالما لم تعلم بعسر الزوج عند إبرام عقد الزواج، أما إذا علمت بذلك فلا يمكنها المطالبة بالتطلاق، بالتالي، إذا كان المشرع الجزائري حقيقة سعى إلى حماية الزوجة ورفع الضرر عنها، فهل من المعقول أن يفرض عليها البقاء تحت عصمة الزوج وهو عسير الحال، بالتالي ما الخلفية وراء تشريع التطلاق في حالة عدم العلم بالعسر أثناء إبرام عقد الزواج دون حالة العلم به إذا كان هدفه هو رفع الضرر عن الزوجة وضمان حياة كريمة لها؟، وما يضمن عدم عسره مستقبلاً؟.

كما يلاحظ، أن المشرع الجزائري لم ينص على المدة القانونية لامتناع الزوج عن النفقة التي تعتبر عذراً قانونياً تطلب على إثره المرأة التطلاق، ما دفعنا للقول بمدة الشهرين الواردة في المادة 331 من قانون العقوبات⁵، التي تشير إلى العقوبة المقررة قانوناً على كل من امتنع عمداً عن تقديم مبالغ النفقة المقررة قضاء لإعالة العائلة، والتي تنص على أنه: "يعاقب بالحبس من سنة (6) أشهر إلى (3) سنوات وبغرامة من 50.000 دج إلى 300.000 دج كل من امتنع عمداً، ولمدة تتجاوز الشهرين (2) عن تقديم المبالغ المقررة قضاء لإعالة أسرته، وعن أداء كامل قيمة النفقة المقررة عليه إلى زوجه أو أصوله أو فروعه، وذلك رغم صدور حكم ضده بإلزامه دفع نفقة إليهم.

ويفترض أن عدم الدفع عمدي ما لم يثبت العكس، ولا يعتبر الإعسار الناتج عن الاعتياد عن سوء السلوك أو الكسل أو السكر عذراً مقبولاً من المدين في أية حالة من الأحوال...".

خاصة وأن المادة تناولت حكماً عاماً يفيد أن عدم الدفع يفترض أنه عمدي وقصدي، ما لم تقم القرينة على خلاف ذلك، في ظل سكوت قانون الأسرة على ذلك.

³ تنص المادة 78 من الأمر رقم 84-11، يتضمن قانون الأسرة، السالف ذكره، على أنه: "تشمل النفقة: الغذاء والكسوة والعلاج، والسكن أو أجرته، وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة".

⁴ معاشي سميرة، أحكام التطلاق على ضوء التعديلات الجديدة لقانون الأسرة الجزائري، مجلة المنتدى القانوني، العدد 6، جامعة بسكرة، د س ن، ص 203. متوفر على الموقع: fdsp.univ-biskra.dz

⁵ أمر رقم 156/66، مؤرخ في 08 جوان 1966، يتضمن قانون العقوبات الجزائري.

وربما يمكن أن تستدل على هذه الحالة (عدم الإنفاق على الأسرة) أيضا، بجريمة أخرى للتأكيد على مدة الشهرين كمهلة قانونية يقبل على أساسها طلب التطليق للامتناع عن النفقة، وهي جريمة ترك مقر الأسرة، حيث تناولت حكما وهو "التخلي عن كافة الالتزامات"، باعتبار دفع مبالغ النفقة المحكوم بها إحدى هذه الالتزامات، حيث اعتبارا لنص المادة 1/330 من الأمر رقم 156/66، يتضمن قانون العقوبات الجزائري⁶، فإنه، يعاقب بالحبس من شهرين إلى سنة وبغرامة من 25000 دج إلى 100000 دج أحد الأبوين الذي يترك مقر أسرته لمدة تتجاوز الشهرين، ويتخلى عن كافة التزاماته الأدبية أو المادية المترتبة على السلطة الأبوية أو الوصاية القانونية، وذلك لغير سبب جدي، ولا تنقطع مدة الشهرين إلا بالعودة إلى مقر الأسرة على وضع يبنى عن الرغبة في استئناف الحياة العائلية بصفة نهائية⁷.

تعتبر جريمة ترك الأسرة جنحة، يعاقب عليها القانون بالحبس ما بين الشهرين إلى سنة فضلا عن غرامة بين 25000 إلى 100000 دج، ومن مظاهر تشديد المشرع على هذه الجريمة حمايةً لكيان الأسرة، أنه علاوة على هذه العقوبات الأصلية (الحبس في شقه الجزائي فضلا عن التطليق والتعويض في شقه المدني)، يمكن الحكم بعقوبات أخرى تكميلية⁸، تتلخص في الحرمان من بعض الحقوق التالية، من سنة على الأقل إلى خمس سنوات على الأكثر⁹، وهي:

- ✓ العزل أو الإقصاء من جميع الوظائف والمناصب العمومية التي لها علاقة بالجريمة،
- ✓ الحرمان من حق الانتخاب أو الترشح أو حمل أي وسام،
- ✓ عدم الأهلية لأن يكون مساعدا محلفا، أو خبيرا، أو شاهدا على أي عقد، أو شاهدا أمام القضاء إلا على سبيل الاستدلال،
- ✓ الحرمان من الحق في حمل الأسلحة، وفي التدريس وفي إدارة مدرسة، أو الخدمة في مؤسسة للتعليم بوصفه أستاذا أو مدرسا أو مراقبا،
- ✓ عدم الأهلية لأن يكون وصيا أو قيما،
- ✓ سقوط حقوق الولاية كلها أو بعضها.

⁶ المادة 330 من الأمر رقم 156/66، يتضمن قانون العقوبات الجزائري، معدل ومتمم، المعدل بالأمر رقم 23/06، المؤرخ في 20 ديسمبر 2006، ج ر عدد 84.

⁷ ترك الأسرة باعتباره جريمة يتعين أن يتوفر على جملة من الأركان، من خلال الابتعاد عن مقر الأسرة لمدة أكثر من شهرين، فضلا عن عدم الوفاء بالالتزامات العائلية لسبب غير جدي، فمثلا من تفرض عليه مهنته أو الاستجابة لأداء الخدمة الوطنية الابتعاد عن مقر الأسرة لا يعتبر تاركا لمقر الأسرة.

⁸ عملا بأحكام المادة 332 من الأمر رقم 156/66، يتضمن قانون العقوبات، السالف ذكره.

⁹ هذه العقوبات أشارت إليها المادة 332 من قانون العقوبات، على أنها واردة في المادة 14 من نفس القانون، والتي أحالتنا بدورها إلى المادة 09 مكرر 1 من نفس القانون، فهي مذكورة في هذه الأخيرة، تسري من يوم انقضاء العقوبة السالبة للحرية، أو الإفراج عن المحكوم عليه.

وهي نفس المدة نص عليها المشرع الجزائري أيضا في جريمة تمس وتهدد كيان الأسرة، وهي جريمة ترك الزوجة الحامل، حيث تنص المادة 2/330 من قانون العقوبات، على أنه يعاقب بالحبس من شهرين إلى سنة وبغرامة مالية من 25000 إلى 100000 دج، الزوج الذي يتخلى عمدا ولمدة تتجاوز شهرين عن زوجته مع علمه أنها حامل، وذلك بغير سبب جدي، وقد سعى المشرع من خلال هذه الفقرة إلى حماية ضعف المرأة الحامل التي هي أولى بالرعاية خاصة من قبل زوجها، فضلا عن ضرورة حماية الأسرة المستقبلية، فهي بذلك تقوم بتوافر صفة الزوج، الذي يغادر مقرّ الزوجية لمدة أكثر من شهرين برضاه دون سبب جدي مع علمه بحمل زوجته¹⁰.

وهو ما قضت به المحكمة العليا في قرار لها بتاريخ 19-11-1994 في الملف رقم 34791، والذي قضى بأنه: "متى كان من المقرر فقها وقضاء في أحكام الشريعة الإسلامية أن عدم الإنفاق على الزوجة لمدة تزيد على شهرين متتابعين يكون مبررا لطلبها التطلق عن زوجها وفقا لما نص عليه الفقيه ابن عمام...-إذا كان من الثابت أن المطعون ضده أدين جزائيا من محكمة الجنج بتهمة الإهمال العائلي... فإن قضاة الاستئناف برفضهم طلب الطاعنة المتعلقة بالتطبيق خرقوا أحكام هذا المبدأ الشرعي..."¹¹.

نفس الحكم أقرته أيضا في القرار الصادر بتاريخ 19/11/1984 الحامل لرقم 34791 والذي جاء فيه: "متى كان من المقرر فقها وقضاء في أحكام الشريعة الإسلامية أن عدم الإنفاق على الزوجة لمدة تزيد على شهرين متتابعين يكون مبررا لطلبها التطلق من زوجها، وذلك وفقا لما نص عليه الفقيه ابن عمام بقوله: الزوج إن عجز عن الإنفاق في أجل شهرين استحق بعدهما الطلاق. وأن القضاء بما يخالف أحكام هذه المبادئ يعد خرقا لقواعد فقهية مستمدة من الشريعة الإسلامية..."¹².

ب/ التطلق للحكم على الزوج بجريمة فيها مساس بشرف الأسرة

منح المشرع الجزائري إمكانية للزوجة لطلب التطلق متى حُكم على زوجها بجريمة فيها مساس بشرف الأسرة، على شرط أن تستحيل معها مواصلة العشرة والحياة الزوجية، ويلاحظ أن المشرع الجزائري وسع من دائرة مطالبة الزوجة بالتطبيق بعد تعديل المادة 53 من الأمر رقم 11/84، يتضمن قانون الأسرة، في سنة 2005، ذلك أن هذه المادة قبل التعديل كانت تشترط أن تكون العقوبة المحكوم بها سالبة للحرية (الحبس أو السجن)

¹⁰ أكلي نعيمة، فعالية قانون العقوبات وقانون الأسرة في حماية الأسرة ودور النيابة العامة في تفعيلها، الملتقى الوطني الثامن

حول حماية الأسرة في التشريع الجزائري كلية الحقوق جامعة يحي فارس المدية، 4 و5 نوفمبر 2015، ص 4. (غير منشور).

¹¹ نقلا عن: تريكي دنيلة، التطلق لعدم الإنفاق في قانون الأسرة الجزائري، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي وبعض تشريعات الأحوال الخصية المقارنة، المجلة الأكاديمية للبحث القانون، العدد 1، جامعة بجاية، 2010، ص 167. متوفر على الموقع:

<https://www.asjp.cerist.dz/en/PresentationRevue/72>

¹² مقداش عبد الرحيم، انحلال الرابطة الزوجية بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري (دراسة مقارنة)، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2013، ص 49.

لمدة تفوق سنة، لارتكاب أعمال مشينة منافية للأخلاق، تعد قرينة على استحالة العشرة الزوجية لسبب ما وصلت إليه من الكراهية والخصومات.

ما يلاحظ في هذه الحالة كسبب مشروع لطلب التطلق أن المشرع ربطها بمجموعة من الشروط منها أن تمس العقوبة بشرف الأسرة، وإن سكت المشرع عن تحديد ما الذي يقصده بشرف الأسرة؟؟؟، خاصة وأن الجرائم الماسة به كثيرة، في ظل اتساع مصطلح "الأسرة"، حيث تنص المادة 2 من الأمر رقم 84-11، يتضمن قانون الأسرة الجزائري¹³، على أنه: "الأسرة هي الخلية الأساسية للمجتمع وتتكون من أشخاص تجمع بينهم صلة الزوجية وصلة القرابة"، كما أنه لم يميز بين ما إذا كانت العقوبة نافذة أو موقوفة، كما أنه لم يشر إلى إمكانية الحكم على الزوج بأكثر من سنة ويستفيد من الإفراج لعفو شامل¹⁴ مثلاً، وهو ما لا يحقق الغرض من تشريع التطلق رفعاً للضرر.

وقد كان المشرع الجزائري قبل تعديل نص المادة 53 من قانون الأسرة، اشترط أن يكون محل الحكم عقوبة مقيدة لحرية الزوج، بينما بعد التعديل اكتفى فقط بالحكم على الزوج لارتكابه لجريمة ماسة بالشرف، وعليه إذا حكمت المحكمة على الزوج بالحبس مع وقف التنفيذ يكون شرط طلب التطلق قد تحقق¹⁵، وهو مظهر من مظاهر توسيع حالات السماح للزوجة بطلب التطلق، رغم أن الفاحشة المبينة مفهوم واسع ويحتمل أكثر من تأويل، بالتالي يبقى لقاضي الموضوع السلطة التقديرية حسب كل حالة والجريمة التي ارتكبها الزوج، باستقراء الآراء الفقهية والعودة إلى الأحكام التشريعية من خلال الوقوف عند آراء الأئمة والمذاهب.

التطلاق بسبب الحكم على الزوج بعقوبة مشينة سالبة للحرية تفوق سنة، بتوافر مجموعة من الشروط من ضرورة صدور حكم نهائي يدين الزوج، يثير إشكالات عملية بالمقارنة مع غاية تشريع التطلق (رفعاً للضرر)، ذلك أنّ المبدأ المعمول به في الجزائر هو التقاضي على درجتين إلا ما استثنى بنص صريح، وفي ظل التعقيدات الإدارية وتراكم الملفات على مستوى جهات الحكم بصفة عامة خاصة إذا أخذنا بعين الاعتبار الطعن بالنقض أمام المحكمة العليا فهذه الإجراءات دون أدنى شك تستغرق أكثر من سنة ليصبح الحكم نهائياً باتاً، وهو ما يتعارض مع الحكمة التي توخاها المشرع الجزائري من خلال تشريع التطلق الذي أصله اعتباراً للمادة 53 من قانون الأسرة رفعاً وجبراً للضرر، وليس إهداراً للوقت وإذلالاً للزوجة.

ج/ التطلاق لارتكاب الزوج فاحشة مبينة

تناول المشرع الجزائري لمصطلح الفاحشة، قاصداً منه زنا المحارم، وذلك في المادة 337 مكرر من الأمر رقم 66/156، يتضمن قانون العقوبات، في القسم السادس الحامل لعنوان "انتهاك الآداب"، من الفصل

¹³ أمر رقم 84-11، يتضمن قانون الأسرة الجزائري، السالف ذكره.

¹⁴ معاشي سميرة، مرجع سابق، ص 205.

¹⁵ مقداش عبد الرحيم، مرجع سابق، ص 61.

الثاني المتعلق "بالجنايات والجنح ضد الأسرة والآداب العامة"، من الباب الثاني الخاص "بالجنايات والجنح ضد الأفراد".

وعليه، صنفت الفاحشة من قبيل الجرائم الماسة بانتهاك الآداب العامة، والمتمعن في تشريع المشرع الجزائري للتطبيق بناء على نص المادة 53 من قانون الأسرة، لا يقتصر فقط على زنا المحارم، ذلك أنه استعمل مصطلح الفاحشة المبينة، ويقصد بها الخطأ المخل بالآداب بصفة خطيرة وجسيمة في ضوء أحكام الفقه الإسلامي والعرف والضمير الاجتماعي من بينها الزنا، الشرك بالله، الردة، شرب الخمر¹⁶، ويمكن اعتبارها من الأفعال المشينة الماسة بشرف الأسرة.

تعتبر الجرائم الأخلاقية التي تعتبر من أخطر الجرائم فتكا بروابط الأسرة، نظرا لما تحدثه من زعزعة الثقة بين أفرادها وتشتتهم، ومن أخطرها ما يعرف بجريمة الزنا، فهي جريمة أخلاقية دينية قبل أن تكون جريمة قانونا. ولا شك أن المحافظة على الحياة الزوجية والوفاء بالالتزامات المتبادلة يعطي الحق لكل زوج باستئثار السلوك الجنسي لزوج، ومنع ممارسته خارج العلاقة الزوجية المشروعة¹⁷.

وعليه، وفق المشرع الجزائري في تشريع التطبيق لارتكاب الزوج لفاحشة مبينة، نظرا للأثار السلبية التي يمكن أن تتجم عنه، خاصة على نفسية الزوجة، في ظل عادات وتقاليد المجتمع الذي يرى التعدد جريمة، فكيف له أن يتقبل الخيانة؟

ثانيا: التطبيق دراسة نقدية لحالات مخالفة الزوج لشروط متفق عليها سابقا أ/ مخالفة الزوج للأحكام الضابطة للتعدد

من أوجه حفاظ المشرع على كيان الأسرة وتماسكها التشدد في مسألة التعدد، رغم أنه أباحه عملا بأحكام الشريعة الإسلامية، حيث تضمنت المادة 08 من قانون الأسرة بعد التعديل¹⁸، شروطا من شأنها أن تصعب على الزوج الراغب في التعدد ذلك، بالتالي إتاحة الفرصة للحفاظ على الزواج الأول واستقرار الأسرة،

¹⁶ معاشي سميرة، مرجع سابق، ص 206.

¹⁷ أكلي نعيمة، مرجع سابق، ص 4-5.

¹⁸ تنص المادة 8 من الأمر رقم 84-11 يتضمن قانون الأسرة، المعدلة بالمادة 6 من الأمر رقم 05-02، مرجع سابق، على أنه: "يسمح بالزواج بأكثر من زوجة واحدة في حدود الشريعة الإسلامية متى وجد المبرر الشرعي وتوفرت شروط ونية العدل. يجب على الزوج إخبار الزوجة السابقة والمرأة التي تقبل على الزواج بها وأن يقدم طلب الترخيص بالزواج إلى رئيس المحكمة لمرافعة الزوجية. يمكن رئيس المحكمة أن يرخص بالزواج الجديد، إذا تأكد من موافقتهم وأثبت الزوج المبرر الشرعي وقدرته على توفير العدل والشروط الضرورية للحياة الزوجية".

وتتلخص هذه الشروط في ضرورة إخطار¹⁹ الزوجة الأولى أو الزوجات -في حالة ما إذا كان قد عد- عن رغبته في التعدد، فضلا عن إخطار الزوجة المقبل الزواج منها أنه متزوج ولديه أسرة، بالإضافة إلى ضرورة الحصول على إذن من رئيس المحكمة يسمح له بذلك، فضلا عن ضرورة توفر المبرر الشرعي²⁰ ونية العدل²¹. فضلا عن تقييد المشرع التعدد بمجموعة من الشروط، تظهر نيته أيضا في التشديد والعمل على حماية الأسرة، أنه جعل عدم إخطار الزوجة السابقة أو اللاحقة سببا لطلب التطبيق لصالح المدلسة²²، فضلا عن ذلك يفسخ الزواج الجديد قبل الدخول إذا لم يتسن للزوج الحصول على رخصة من رئيس المحكمة²³ تسمح له بالتعدد.

وحسب المادة 8 مكرر المستحدثة بموجب المادة 7 من الأمر رقم 05-02، على أنه: "في حالة التدليس، يجوز لكل زوجة رفع دعوى قضائية لمطالبة الزوج بالتطبيق".

ب/ مخالفة الزوج الشروط المتفق عليها في عقد الزواج

تنص المادة 19 المعدلة والمتممة على أنه: "للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق كل الشروط التي يريانها ضرورية، ولاسيما شرط عدم تعدد الزوجات وعمل المرأة، ما لم تتنافى هذه الشروط مع أحكام هذا القانون".

يعتبر الإخلال بالشروط المتفق عليها في عقد الزواج كسبب من أسباب طلب التطبيق، حيث يجوز للزوجة أن تشترط ما تشاء من الشروط التي تكون فيها فائدة شرط ألا تحل حراما ولا تحرم حلالا وألا تتناقض مع هدف العقد²⁴، كاشتراط عدم الإنجاب، ويبقى تحديد الضرر المعتبر شرعا مسألة تقديرية لقضاة الموضوع في ظل غياب معايير واضحة المعالم يمكن الاستناد إليها.

يعدّ قبول المشرع الجزائري التطبيق في حالة مخالفة الزوج للشروط المتفق عليها في عقد الزواج، ضمانا للزوجة من تعسف زوجها، ورفع الضرر عنها، خاصة إذا ما تعلق الأمر بشرط يعتبر ضروريا بالنسبة للزوجة المعنية، مثل العمل.

¹⁹ يجب أن يكون الإخطار كافيا وصادقا، بحيث يجوز في حالة التدليس لكل زوجة رفع دعوى قضائية للمطالبة بالتطبيق عملا بأحكام المادة 08 مكرر من الأمر رقم 02/05، المعدل والمتمم للقانون رقم 11/84، المتضمن لقانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم.

²⁰ يثبت المبرر الشرعي عن طريق شهادة طبية تثبت إصابة الزوجة بمرض يحول دون تحقيق أهداف الزواج أو ما شابه ذلك.
²¹ شرط ونية العدل وتوفير الشروط الضرورية للحياة يمكن التأكد منها من خلال إجراء بحث حول الظروف المادية التي يتواجد فيها الزوج وإذا ما كان دخله كاف لتغطية نفقات الأسرة المؤسسة والأسرة التي هي مشروع التكوين.

²² المادة 08 مكرر من الأمر رقم 02/05، المعدل والمتمم للقانون رقم 11/84، يتضمن قانون الأسرة الجزائري، المعدل والمتمم، مرجع سابق.

²³ المادة 08 مكرر 1 من الأمر رقم 02/05، مرجع نفسه.

²⁴ معاشي سميرة، مرجع سابق، ص 206.

ثالثا: التطبيق: دراسة نقدية للعيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج

لم يحدد المشرع الجزائري العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج فهل هي العيوب الجنسية أو غير ذلك، وما الذي يقصده بالعيوب هل الجسدية الظاهرة أم الخفية لأنه قد يختلف العيب بالمرض الذي لا يرجى شفاؤه أو بأية عاهة ما يفتح باب التأويلات.

وليس للقاضي الحكم بتطبيق الزوجة إلا بعد التأكد من صحة ادعاءاتها التي تثبت بمختلف وسائل الإثبات، وله الاستعانة بالخبرة الطبية المتخصصة في المجال²⁵.

كما للقاضي تأجيل الفصل في القضية لمدة لا تتجاوز سنة، حيث قضت المحكمة العليا بالجزائر، بتاريخ 19/11/1984 في القضية رقم 437841، الذي جاء فيه: "متى كان من المقرر في الفقه الإسلامي وعلى ما جري به القضاء أنه إذا كان الزوج عاجزا عن مباشرة زوجته يضرب له أجل سنة كاملة من العلاج، وأن الاجتهاد القضائي استقر على أن تكون الزوجة أثناء تلك المدة بجانب بعلمها، وبعد انتهائها فإن لم تتحسن حالة مرضه، حكم للزوجة بالتطبيق، فإن القضاء بما يخالف أحكام هذه المبادئ يعد خرقا لقواعد الشريعة الإسلامية"²⁶.

تم إدراج الشهادة الطبية كشرط من شروط قبول تسجيل عقد الزواج بعد تعديل قانون الأسرة بموجب الأمر رقم 02/05²⁷، وبهذا الشرط يكون المشرع الجزائري قد التحق بمركب التشريعات المقارنة التي سبقته إلى اعتناق هذا الشرط، ما يثبت تأكده من الآثار الإيجابية التي يربتها هذا الشرط على مستوى الأسرة والمجتمع، وهو مطلب تستدعيه الضرورة خاصة وأن المجتمع الجزائري ذات تركيبة عشائرية في الغالب، تعزز مكانة الزواج العائلي أو ما بين الأقارب، بسبب ما يخلف من أمراض وراثية خطيرة، ما دفع المشرع إلى الانتباه والاحتياط من خلال التدخل في الحريات الفردية²⁸، وقيدتها بخصوص عقد الزواج حينما اشترط على المقبلين

²⁵ مقداش عبد الرحيم، 2013، مرجع سابق، ص 58.

²⁶ نفس المرجع، ص 59.

²⁷ تنص المادة 7 مكرر من قانون الأسرة المستحدثة بموجب المادة 5 من تعديل 2005، على أنه: "يجب على طالبي الزواج أن يقدموا وثيقة طبية، لا يزيد تاريخها عن ثلاثة (3) أشهر تثبت خلوهما من أي مرض أو أي عامل قد يشكل خطرا يتعارض مع الزواج.

يتعين على الموثق أو ضابط الحالة المدنية، أن يتأكد قبل تحرير عقد الزواج من خضوع الطرفين للفحوصات الطبية ومن علمهما بما قد تكشف عنه من أمراض أو عوامل قد تشكل خطرا يتعارض مع الزواج. ويؤشر بذلك على عقد الزواج.

تحدد شروط وكيفية تطبيق هذه المادة عن طريق التنظيم".

²⁸ أكلي نعيمة، مرجع سابق، ص 12.

على الزواج شهادة طبية لا تزيد مدتها عن ثلاثة أشهر، تثبت خلوهما من أي مرض يشكل خطرا يتعارض وهدف الزواج، وهو مظهر من مظاهر حماية المشرع للأسرة وذلك قبل بناءها²⁹.

وعليه بناء على هذه الشهادة، يمكن للقاضي باعتباره صاحب السلطة التقديرية في الحكم بالتطليق أن يرفض هذا الأخير، على أساس علم كلا الزوجين بحالتهما الصحية مقدما خاصة ما تعلق بعدم قدرتهما على الإنجاب، وإن كانت هذه الشهادة غير لازمة إذا تم تسجيل عقد الزواج بعد الدخول فذلك بمثابة تنازل منهما في حقهما في المعاينة الطبية.

تجدر الإشارة إلى أننا ركزنا على الحالات باعتبارها تثير إشكالات عملية في التطبيق العملي، ذلك أن المشرع الجزائري أشار إلى حالات أخرى، وهي الهجر في المضجع لأكثر من أربعة أشهر دون مبرر شرعي، وطلب التطليق في الحالة التي يكون فيها الزوج غائبا، بالإضافة إلى الفقرة الأخيرة من المادة 53 من قانون الأسرة التي فتحت المجال لطب التطليق لكل سبب معتبر شرعا وفق السلطة التقديرية لقاضي الموضوع، ذلك أن ما يعتبر ضررا شرعا بالنسبة لزوجة معينة قد لا يكون كذلك لأخرى، كما أنه قد يطلق على الضرر الواقع على الزوجة من زوجها عدة أوصاف، فهناك من وصفه بإساءة العشرة وهناك من وصفه بالنشوز، وعموما كل الضرر الذي يعتبره الشرع الإسلامي كذلك، ما يعني أن المشرع الجزائري اقترب بذلك من المعيار الذي وضعه الفقهاء حيث عرفوا الضرر بما لا يجوز شرعا، حيث لم يشر إلى ضرورة كون الضرر الموجب للتطليق مما يستحال معه دوام العشرة، بالتالي حسب الفقرة الأخيرة من نص المادة 53 من قانون الأسرة، فإن أية واقعة أو تصرف شكل ضرر شرعا يعد سببا من أسباب التطليق ويجوز للزوجة طلبه³⁰، ولها أن تثبته بكافة وسائل الإثبات، وتبقى السلطة التقديرية لقاضي الموضوع.

²⁹ لم يمنح المشرع الجزائري الطبيب الذي يقوم بالفحوصات للمقدمين على الزواج الصلاحية في منع تقديم تلك الشهادة إذا رأى مانعا في ذلك، كعدم قدرة أحد الزوجين على الإنجاب، أو إصابته بأمراض تنتقل عن طريق الزواج من شأنها الإضرار بالأم أو الحمل، عكس ما أخذت به التشريعات المقارنة مثل التشريع التونسي، لذلك يتعين على المشرع الجزائري تدارك هذا النقص ما يعزز حماية الأسرة حماية فعالة.

³⁰ أيت شاوش ديلة، مرجع سابق، ص 215.

خاتمة:

من أهداف الزواج بناء أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون على مستلزمات ومتطلبات الحياة اليومية، الضرورية والكمالية، في إطار جملة من الحقوق والواجبات المتبادلة بين الطرفين، وكل إخلال من أحدهما بالتزاماته الزوجية يؤدي إلى الإضرار بكيان الأسرة، الخلية الأساسية للوجود البشري. يلاحظ أن المشرع الجزائري شرع التطليق، لكن في حدود ضيقة مع غموض أحكام المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري.

أشار المشرع الجزائري في الفقرة الأخيرة من المادة 53 من قانون الأسرة، إلى اعتبار كل ضرر معتبر شرعا سببا لطلب التطليق، لكنه لم يحدد الأضرار التي يمكن للزوجة أن تؤسس عليها التطليق لمضرة بل ترك المجال مفتوحا لتقدير قاضي الموضوع، وفقا للأوضاع الاجتماعية والاقتصادية، الصحية، العائلية، والثقافية... ذلك أن ما يعتبر ضررا شرعا بالنسبة لزوجة معينة قد لا يكون كذلك مع أخرى، وعلى الزوجة المدعية للضرر الشرعي الحاصل لها من قبل زوجها أن تثبته بكافة وسائل الإثبات، وعليه نوصي ب:

- ✓ ضرورة إعادة صياغة المادة 53 من قانون الأسرة، مع ضبط مفرداتها وما لا يسمح بالتأويل وتوسيع السلطة التقديرية للقاضي الموضوع في تكييف المبرر ومنه، رفض التطليق.
- ✓ ضرورة ردع مخالفة أحكام المادة 08 مكرر من قانون الأسرة بالنص على عقوبة سالبة للحرية للمتزوج الذي يقدم على التعدد خلافا لمقتضيات المادة.

الوقف الإسلامي في التشريع الجزائري : التنظيم والحماية

هاجر عبد الدايم (1)

طالبة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الإخوة
منتوري - قسنطينة، 25000، الجزائر.

البريد الإلكتروني: hadjerabdedaim@gmail.com

آمنة تازير (2)

(2) طالبة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة
الإخوة منتوري - قسنطينة، 25000، الجزائر.

البريد الإلكتروني: aminatazir93@gmail.com

المخلص:

لوقف دور مهم في حياة المجتمع الإسلامي، فهو يساهم فعليا في تنميته وازدهاره من نواح مختلفة، ويدخل الوقف ضمن عقود التبرعات إلا أنه ينفرد عنها بخاصية التأبيد، والأملك الوقفية هي مشاريع خيرية ذو طبيعة تعبدية اجتماعية اقتصادية تعود بالنفع على العباد في الدنيا ويثاب عليها صاحبها في الآخرة، لذلك فهي بحاجة إلى سلطة تحافظ عليها وتشرف على تسييرها واستغلالها استغلالا نافعا، هذا ما جعل الإرادة القانونية المعاصرة تتجه صوب إيجاد نصوص قانونية هيئات إدارية تعمل خصوصا على المحافظة على رأس مال الوقف وصرف الربح للموقوف عليهم بكل أمانة وحياد، وعليه كيف تعامل المشرع الجزائري مع إدارة وحماية الأملك الوقفية في الجزائر؟ وهل كانت تلك الرؤية بما حملته من ترسانة قانونية وقفية فعالة لخدمة الوقف الإسلامي في الجزائر، أم كانت قاصرة لا تحقق الغاية المرجو منها؟.

الكلمات المفتاحية:

الوقف الإسلامي، الجزائر، نصوص قانونية وقفية، التسيير، الحماية.

تاريخ إرسال المقال: 2020/12/24، تاريخ مراجعة المقال: 2021/12/16، تاريخ نشر المقال: 2021/12/31.

لتهميش المقال: هاجر عبد الدايم وآمنة تازير، "الوقف الإسلامي في التشريع الجزائري: التنظيم والحماية"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد 12، العدد 03، 2021، ص ص. 697-714.

<https://www.asjp.cerist.dz/en/PresentationRevue/72>

المقال متوفر على الرابط التالي:

المؤلف المراسل: هاجر عبد الدايم، hadjerabdedaim@gmail.com

The Islamic Endowment in Algerian legislation - Regulation & Protection -

Summary:

The endowment has an important role in the life of the Islamic community, as it actually contributes to its development and prosperity in various ways, and the endowment is included in the donation contracts except that it is unique in the characteristic of perpetuation, and endowment properties are charitable projects of a devotional, socio-economic nature that benefit the worshipers in the world and be rewarded for them in The Hereafter, therefore, it needs an authority that preserves it and supervises its management and its beneficial exploitation. This is what made the contemporary legal will move towards creating legal texts. Administrative bodies work in particular to preserve the capital of the endowment and disburse the profits of the arrested against them in all honesty and impartiality, and accordingly, how does the Algerian legislator deal With the management and protection of endowment properties in Algeria? Was this vision, with its effective legal arsenal of the endowment to serve the Islamic endowment in Algeria, or was it deficient and did not achieve its desired goal?

Keywords:

Islamic Endowment, Algeria, endowment legal texts, management, protection.

Le Wakf islamique dans la législation algérienne , réglementation et protection

Résumé :

Le Wakf a un rôle important dans la vie de la communauté islamique, car il contribue en fait à son développement et à sa prospérité de diverses manières, et le Wakf est inclus dans les contrats de don sauf qu'il est unique dans la caractéristique de perpétuation, et les propriétés des Wakfs sont des projets caritatifs de nature dévotionnelle et socio-économique qui profitent aux fidèles du monde entier Ce qui nécessite une organisation et une autorité qui le préserve et supervise sa gestion et son exploitation bénéfique. Dans ce contexte, il est légitime de se demander comment le législateur algérien organise la gestion et la protection des biens issus des Wakfs en Algérie?

Mots clés:

Wakfs islamique, Algérie, textes juridiques, gestion, protection.

مقدمة:

يعتبر الوقف قرينة إلى الله تعالى، وله أيضا دور مهم في حياة المجتمع الإسلامي، حيث يساهم فعليا في تنميته وازدهاره في نواح مختلفة، ويدخل الوقف ضمن عقود التبرعات إلا أنه ينفرد عنها بخاصية التأبيد (الديمومة)، والأموال الوقفية هي مشاريع خيرية ذو طبيعة تعبدية اجتماعية اقتصادية تعود بالنفع على العباد في الدنيا ويثاب عليها صاحبها في الآخرة، لذلك فهي بحاجة إلى سلطة تحافظ عليها وتشرف على تسييرها واستغلالها استغلالا نافعا مع استمرارها في تأدية الغاية المرجوة منها، هذا ما جعل الإرادة القانونية المعاصرة تتجه صوب إيجاد هيئات إدارية قانونية تعمل خصوصا على المحافظة على رأس مال الوقف وأصوله وصرف الغلة والربح والثمرة للموقوف عليهم في مختلف وجوه الخير والمصالح العامة، هذا بالتحديد ما دفع بالمشرع الجزائري إلى وضع نظام قانوني محكم للأموال الوقفية يشكل سياجا يحميها وفي ذات الوقت إطارا ينظم سيرها على الوجه المعقول والقانوني، وقد تجسدت هذه الرؤية فعليا ابتداء من صدور دستور 1989 الذي نصت المادة 89 منه على: "الأموال الوقفية...معترف بها ويحمي القانون تخصيصها"، ليصدر بعد ذلك أول قانون للأوقاف ذو صبغة جزائرية بموجب القانون 10/91 المؤرخ في 1991/04/27، المعدل والمتمم بالقانون 07/01 والقانون 10/02، الذي عمل على تنظيم جميع أحكام الوقف الإسلامي في الجزائر، ليصدر أيضا المرسوم التنفيذي 381/98 المؤرخ في 1998/12/01 المحدد لشروط إدارة الأملاك الوقفية وتسييرها وحمايتها وكيفيات ذلك، الذي عهد بهذه المهمة لوزارة الشؤون الدينية والأوقاف، وهو ما ينبئ عن توجه المشرع نحو مركزية الوقف الإسلامي، ليساعدها في ذلك مديريات للأوقاف موزعة على التراب الوطني كخطوة من المشرع للتخفيف من حدة المركزية الوقفية.

هذا الموضوع يثير تساؤلين رئيسيين وهما: كيف تعامل المشرع الجزائري مع إدارة وحماية الأملاك الوقفية في الجزائر؟ وهل كانت تلك الرؤية بما حملته من ترسانة قانونية ووقفية فعالة لخدمة الوقف الإسلامي في الجزائر، أم كانت قاصرة لا تحقق الغاية المرجو منها؟.

هذه التساؤلات وأخرى تُجيب عنها بإتباع المنهج التحليلي الوصفي وذلك ضمن خطة مكونة من مبحثين، نتطرق في المبحث الأول إلى "الإطار التشريعي للوقف الإسلامي في الجزائر"، لننتقل بعد ذلك إلى المبحث الثاني الموسوم بعنوان "الهيكل التنظيمية للوقف الإسلامي في الجزائر"، لتختتم الدراسة بمجموعة من النتائج والتوصيات.

المبحث الأول: الإطار التشريعي للوقف الإسلامي في الجزائر

تعتبر مؤسسة الوقف من أهم المؤسسات الاقتصادية والاجتماعية التي ساهمت على مر العصور والأقطار في بناء الحضارة الإنسانية والاجتماعية في المجتمعات الإسلامية عموما وفي الجزائر على وجه الخصوص، لذا نجد أن الجزائر وبالتحديد من بداية التسعينات اهتمت اهتماما بالغا بهذه المؤسسة الوقفية وذلك

بتدخل المشرع الجزائري بترسانة قانونية ينظم ويسير ويحمي بها الثروة الوقفية في الجزائر، هذا جاء بعد ما عانى هذا القطاع من التهميش والإهمال وغياب الإطار التشريعي لفترة طويلة خصوصا من بعد الاستقلال إلى نهاية الثمانينات، الأمر الذي أدخل قطاع الأوقاف آنذاك في حالة من الضياع والركود، لتعود الضرورة والتدخل القانوني الحتمي لحماية الأملاك الوقفية وتسييجها بأطر قانونية تخرجها من حالة الركود إلى آفاق تكون فيها أكثر نفعاً وخدمة للصالح العام وذلك في بداية التسعينات، ليكون هذا التكريس من أعلى تشريع في الدولة وهو الدستور لما يدنو من قوانين ومراسيم باختلاف أنواعها ومراتبها، وهو ما سنفصل فيه على النحو الآتي:

المطلب الأول: التكريس الدستوري لتنظيم وحماية الأوقاف الإسلامية في الجزائر

يعتبر الدستور أعلى تشريع في الدولة، وهو الذي يحدد سياستها العامة ومبادئ الدولة والشعب وتوجهاتهم، وعلى القوانين والمراسيم والقرارات أن تأتي مكتملة، منفذة، مطبقة، مفصلة لما جاءت به أحكام الدستور، ومن المعلوم أنه قد مر على الجزائر خمس دساتير كان أولها سنة 1963 لتكون خاتمتها بالتعديل الدستوري لسنة 2016¹، وسننقل في مدى تكريس كل هذه الدساتير للحماية اللازمة للأملاك الوقفية في الجزائر كالاتي:

الفرع الأول: الوقف الإسلامي بموجب دستور 1963

ما إن حصلت الجزائر على استقلالها في 1962 تم الشروع في عمليات إصلاح قانونية ومؤسسية واسعة، كان أولها وضع أول دستور للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية في سنة 1963 بعدما وافق عليه الشعب الجزائري بالاستفتاء في 8/9/1963²، وباستقراءنا لنصوص هذا الدستور نجد بأنها قد خلت تماما من أي إشارة للأملاك الوقفية في الجزائر، وهو ما اعتبر آنذاك فراغ تشريعي هائل وثغرة قانونية لا تخدم أبداً وضعية الأملاك الوقفية خصوصا بعد الوضعية الكارثية التي عايشتها المؤسسة الوقفية إبان الاستعمار الفرنسي في الجزائر نظرا لعملية الاعتداء الواسع والمنظم على الأملاك الوقفية آنذاك، هذا ما جعل الأملاك الوقفية في سنتي 1962 و 1963 خصوصا تتدهور وتتقلص بشكل كبير نتيجة غياب الحماية القانونية لها، وهو ما جعلها في هذه الفترة عرضة للاعتداء من طرف بعض الخواص والاستيلاء والضم والإلحاق من طرف بعض المؤسسات الخاصة وحتى العمومية.

الفرع الثاني: الوقف الإسلامي بموجب دستور 1976

لقد تمت المصادقة على مشروع الميثاق الوطني بموجب استفتاء 27 جوان 1976، الذي أصبح يشكل دستورا للدولة الجزائرية³، تبنى هذا الدستور مبادئ الاشتراكية، فأكد على أن الاشتراكية هي اختيار الشعب الذي

¹ التعديل الدستوري لسنة 2020 لم يصدر بعد لحد الآن.

² دستور الجزائر لسنة 1993، الصادر بالجريدة الرسمية عدد 64 لسنة 1963.

³ دستور الجزائر لسنة 1976، الصادر بالجريدة الرسمية عدد 94، المؤرخة في 24 نوفمبر 1976.

لا رجعة فيه، ومنع استغلال الإنسان لأخيه الإنسان، وأكد أيضا على أن ملكية الدولة هي أعلى أشكال الملكية وبالتالي تقع دونها جميع أشكال الملكية الأخرى كالملكية الخاصة أو الجماعية أو ملكية العرش أو حتى أملاك الوقف، تطبيقا لمبادئ المذهب الشيوعي الذي يقوم على ملكية الجماعة العمومية وبالتالي لا تعترف الدولة بأي ملكية أخرى، وإن حدث واعترفت بها على وجه الاستثناء فإنه يشترط أن لا تتعارض مطلقا مع أهداف ومبادئ الاشتراكية.

وبطبيعة الحال في ظل دستور 1976، وفلسفة الاشتراكية التي يتبناها لا نعتقد ولا ننتظر ازدهار الوقف في هذه الفترة، بل لا نتوقع قيامه أصلا، ومنه فهذا الدستور لم يعترف أبدا بما يسمى بالأملاك الوقفية ولم تتضمن أحكامه أي مادة لها علاقة بذلك، وتبرير ذلك أن الوقف أساسه الملكية الخاصة فإذا كانت هذه الأخيرة مهددة في وجودها نظرا لتعارضها مع مبادئ الاشتراكية فالحديث بالتالي عن الوقف في هذه الفترة يعتبر ضرب من ضروب الخيال، وبالتالي انتقلت من بعد الاستقلال كل الأملاك المسماة بالأوقاف إلى ملك الدولة الجزائرية.

الفرع الثالث: الوقف الإسلامي بموجب دستور 1989

يمكن أن نطلق على هذا الدستور عنوان "بداية التحول"، حيث يعتبر دستور 1989 دستور انفتاحي تعددي، لم تعد الاشتراكية بموجبه اختيار لا رجعة فيه، بل تم الرجوع فيها ولو نسبيا، حيث نصت المادة 18 منه على أن الأملاك الوطنية يحددها القانون، وتشمل الأملاك العمومية والخاصة... إلخ، هذا ما يؤكد اعتراف الدولة الجزائرية بموجب هذا الدستور بالأملاك الخاصة، وهو بالتالي اعتراف بالأملاك الوقفية ضمنا، ومنه أصبحت إمكانية إصدار تشريعات وقوانين منظمة للمؤسسة الوقفية أمرا ممكنا بداية من هذا الدستور، وهو ما تحقق فعلا بعد سنتين من صدور هذا الدستور، وهو ما سنعود له لاحقا⁴.

لتستطرد المادة 89 من ذات الدستور باعتراف صريح بالأملاك الوقفية بقولها: "الأملاك الوقفية... معترف بها ويحمي القانون تخصيصها".

الفرع الرابع: الوقف الإسلامي بموجب دستور 1996 والتعديل الدستوري لسنة 2016

بالنسبة لدستور 1996⁵، فقد حافظ على نفس نهج الدستور الذي سبقه وهو دستور 1989، وأبقى حرفيا على المواد 18 و 89 السالفتين الذكر.

أما بالنسبة للتعديل الدستوري لسنة 2016 تجدر الملاحظة أولا إلى أنه ومنذ سنة 2011 تمت مباشرة جملة من الإصلاحات السياسية الشاملة، منها مراجعة جملة من القوانين الهامة على رأسها الدستور، حيث قامت لجنة من الخبراء بصياغة اقتراحات تعديل للدستور الجزائري لسنة 1996 تتكيف مع التحولات العميقة الحاصلة

⁴ دستور الجزائر لسنة 1989، الصادر بالجريدة الرسمية عدد 09 المؤرخة في 01 مارس 1989.

⁵ دستور الجزائر لسنة 1996، الصادر بالجريدة الرسمية عدد 76، المؤرخة في 08 ديسمبر 1996.

عبر العالم، وهذا بغية تعزيز الديمقراطية وتدعيم الحقوق والحريات الفردية والجماعية، وتوطيد دولة الحق والقانون في الجزائر، نتيجة لذلك صدر آخر دستور للجمهورية الجزائرية في سنة 2016⁶، وبالنسبة لموقف هذا الدستور من الأملاك الوقفية في الجزائر نجده قد سار على نفس مسار سابقه من دستور 1989 ودستور 1996، حيث أبقى على المادة 18 محولا رقمها إلى 20، وبالتالي هو يعترف صراحة بالمؤسسة الوقفية ويكرس لها كل الحماية اللازمة، وقد أحال في تسييرها وتنظيمها للقوانين الخاصة.

المطلب الثاني: قراءة في القوانين والمراسيم المنظمة والحامية للأملاك الوقفية في الجزائر

يعتبر القانون 91-10 المؤرخ في 27 أبريل 1991 المتضمن قانون الأوقاف أول قانون تفصيلي تنظيمي للأملاك الوقفية بالجزائر، وبالتالي فهو يعتبر قفزة نوعية ونقطة انتقالية في تسيير وتنظيم وحماية المؤسسة الوقفية، على اعتبار أن كل القوانين والأوامر والمراسيم التي سبقته والصادرة في ذات المجال باءت بالفشل ولم تحقق الحماية الكاملة للأوقاف الإسلامية في الجزائر، لتتوالى بعده عدة قوانين بعضها مفسرة وبعضها معدلة والأخرى مكمله له، إذًا يعتبر هذا القانون هو نقطة الفيصل في الحديث عن تسلسل الإطار التشريعي المنظم والحامي للأوقاف في الدولة الجزائرية، وهو ما سنفصل فيه كالاتي:

الفرع الأول: القوانين والمراسيم المنظمة والحامية للأملاك الوقفية في الجزائر من الاستقلال إلى

غاية صدور القانون 91-10

تعتبر من أهم النصوص القانونية الصادرة بعد الاستقلال الأمر 62-20 المؤرخ في 24 أوت 1962 المتعلق بحماية وتسيير الأملاك الشاغرة، والقانون 63-276 المؤرخ في 26 جوان 1963 المتعلق بالأملاك المغتصبة والمحجوزة من طرف الإدارة الاستعمارية، غير انه وباستقراءنا لهاذين النصين لا نجد أي إشارة للوقف أو الحبوس، ربما تبرير ذلك إن هاذين القانونية لم يكن اهتمامها موجه نحو التنظيم والتسيير والحماية بقدر ما كان موجه نحو استمرار الركود إلى أن تتكون حكومة جزائرية قادرة على إخراج قوانين تفصيلية منظمة وحامية لكل الأمور التي تحتاج تنظيم وحماية قانونية، وما يكرس رؤيتنا هذه صدور بعد ذلك الأمر 66-102 المؤرخ في 06 ماي 1966⁷ التي أقر أيلولة كل الأملاك الشاغرة إلى الدولة أي حتى الأملاك الوقفية تأخذ حكم الأملاك الشاغرة وتنتقل ملكيتها إلى الدولة، ليصدر بعد ذلك الأمر 71-73 المؤرخ في 08 نوفمبر 1973 المتضمن الثورة الزراعية⁸، الذي استحوذ على جل الأراضي التابعة للخواص بما فيها أراضي الوقف بالاستيلاء

⁶التعديل الدستوري الجزائري لسنة 2016، الصادر بالجريدة الرسمية عدد 14 المؤرخة في 07 مارس 2016.

⁷ الأمر 66-102 المؤرخ في 06 ماي 1966، المتضمن أيلولة ملكية الأملاك الشاغرة إلى الدولة، الصادر بالجريدة الرسمية عدد 36 لسنة 1966.

⁸ الأمر 71-73 المؤرخ في 08 نوفمبر 1973 المتضمن الثورة الزراعية، الصادر بالجريدة الرسمية عدد 97 لسنة 1971.

والتأميم وقام بإدخالها ضمن ما يسمى بصندوق الثورة الزراعية، الذي من أهدافه تجسيد الاشتراكية وإلحاق كل الممتلكات بالدولة تحقيقا للعدالة الاجتماعية، إلا أن مفهوم الثورة الزراعية هذا قد فشل فشلا ذريعا مما أدى بالدولة الجزائرية إلى إلغاء القانون 71-73 بموجب المادة 75 من الأمر 95-26⁹ المعدل والمتمم للقانون 90-25 المتضمن قانون التوجيه العقاري¹⁰، حيث بموجب هذا القانون استرجع الملاك الخواص أملاكهم أو عوضوا عنها نقدا بكيفيات نظمها القانون، وقد قام هذا القانون أيضا بتصنيف الأملاك العقارية إلى ثلاث أنواع محددة حصرا وهي: الأملاك الوطنية، أملاك الخواص، والأملاك الوقفية، وبالتالي أعاد المشرع الجزائري تأسيس الأملاك الوقفية صراحة كنوع من أنواع الأملاك العقارية في الجزائر، وبالتالي نستنتج أنها أصبحت تحتاج إلى قانون خاص ينظمها، وهو ما أقره قانون التوجيه العقاري في الحين بموجب المادة 32 منه التي تنص على: "يخضع تكوين الأملاك الوقفية وتسييرها لقانون خاص..."، ليصدر تجسيدا لذلك قانون الأوقاف 91-10 وهو ما سنفصل فيه فيما يأتي.

الفرع الثاني: القوانين والمراسيم المنظمة والحامية للأملاك الوقفية في الجزائر من صدور القانون 91-10 إلى يومنا هذا

بعدها أكد قانون التوجيه العقاري على وجوب إصدار قانون خاص ينظم الأملاك الوقفية بعد الاعتراف بها لأول مرة كنوع من أنواع الأملاك العقارية، صدر القانون 91-10 المؤرخ في 27 أبريل 1991 المتضمن قانون الأوقاف¹¹، منظما من خلاله الوقف بجميع جزئياته، حيث تضمن 50 مادة شملت أحكاما عامة للأملاك الوقفية، مفهومها للوقف، أركان وشروط الوقف، التصرف فيه، مبطلاته، تأطيره، وأحكام مختلفة أخرى تصب كلها في حماية المؤسسة الوقفية وتنظيمها وترقيتها.

وقد لحق بهذا القانون تعديلين، الأول بموجب القانون 01-07 المؤرخ في 22 ماي 2001 الذي أضاف صيغ أخرى للوقف خاصة بالأراضي الفلاحية كما أضاف صيغ أخرى يعمل بها في ما إذا وصل الوقف إلى حالة أصبح فيها لا يدر المنافع التي وقف من أجلها، كما أضاف طرق خاصة لاستثمار الأوقاف منها المسافات والمزارعة، والثاني بموجب القانون 02-10 المؤرخ في 14 ديسمبر 2002 الذي ربط قانون الأوقاف بالشريعة الإسلامية وأحال إليها في كل المسائل التي لم ينص عليها هذا القانون، وتجدر الملاحظة أنه بعد صدور قانون الأوقاف 91-10 لحقه المرسوم التنفيذي 381/98 المؤرخ في 01/12/1998 المحدد لشروط

⁹ الأمر 95-26 المعدل والمتمم للقانون 90-25 المتضمن قانون التوجيه العقاري، الصادر بالجريدة الرسمية عدد 55 لسنة 1995.

¹⁰ القانون رقم 90-25 المؤرخ في 18-11-1990، المتضمن قانون التوجيه العقاري، الصادر بالجريدة الرسمية عدد 49 لسنة 1990.

¹¹ القانون 91-10 المؤرخ في 27 أبريل 1991 المتضمن قانون الأوقاف، الصادر بالجريدة الرسمية عدد 21 لسنة 1991.

إدارة الأملاك الوقفية وتسييرها وحمايتها وكيفيات ذلك¹²، الذي حدد الهياكل الإدارية المختصة قانونا بإدارة وتسيير الأملاك الوقفية، حيث عهد بهذه المهمة لوزارة الشؤون الدينية والأوقاف، وهو ما ينبئ عن توجه المشرع نحو مركزية الوقف الإسلامي، ليساعدها في ذلك مديريات للأوقاف موزعة على كامل التراب الوطني، وهو ما سنفصل فيه في المبحث الثاني من هذه المداخلة.

ولا ننسى أيضا أن قانون الأسرة الجزائري الصادر بالقانون 84-11 والمعدل بالأمر 05-02¹³ أشار أيضا للوقف في 08 مواد من المادة 213 إلى المادة 220 بنوع من الاختصار المخل، حيث اكتفى فيه المشرع بذكر تعريف للوقف، مع الإشارة لبعض الشروط المتعلقة بالوقف والموقوف لينقلنا بشأنها إلى تلك المتعلقة بالواهب والموهوب بموجب المواد 204-205 من ذات القانون، ولعل عذر المشرع في هذا الاختصار هو وجود قانون تفصيلي للأوقاف لا زال ساري المفعول إلى يومنا هذا وهو القانون 91-10، ولم يذكر المشرع الوقف ضمن قانون الأسرة إلا ليؤكد على أنه يعتبر نوع من أنواع التبرعات مضافا إلى الهبة والوصية، ما عدا ذلك من التفاصيل يرجع فيها لقوانين الأوقاف الخاصة.

المبحث الثاني: الهياكل التنظيمية للوقف الإسلامي في الجزائر

نظرا للطبيعة التعبدية والاجتماعية للأملاك الوقفية حضت هذه الأخيرة بحماية خاصة بما يضمن لها حسن تسييرها وإدارتها وفقا للهدف الذي أعدت من أجله، وتحقيقا لهذا الأخير قام المشرع الجزائري بتنظيم هياكل الوقف الإسلامي بموجب إصدار قانون الأوقاف رقم 91-10 المؤرخ في 27-04-1991 السالف الذكر، ليضبط من خلاله أجهزة التسيير الإداري للملك الوقفي بصورة واضحة ونهائية بإصدار المرسوم التنفيذي رقم 98-381 المؤرخ 01-12-1998 والذي يحدد شروط إدارة الأملاك الوقفية وتسييرها وحمايتها وكيفيات ذلك السالف الذكر أيضا، حيث أنشأ بموجب هذا المرسوم لجنة للأوقاف بقرار صادر من الوزير المكلف بالشؤون الدينية والذي منحه القانون أيضا صلاحية تحديد تشكيلة هذه اللجنة وتحديد مهامها وصلاحياتها، ليتجلى من

¹² المرسوم التنفيذي 381/98 المؤرخ في 01/12/1998 المحدد لشروط إدارة الأملاك الوقفية وتسييرها وحمايتها وكيفيات ذلك، الصادر بالجريدة الرسمية عدد 90 لسنة 1998.

¹³ القانون رقم 84-11، القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 جانفي 1984، المتضمن قانون الأسرة الجزائري، المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فيفري 2005، الصادر بالجريدة الرسمية عدد 15.

خلال هاته اللجنة النمط المركزي¹⁴ في التسيير الإداري للأموال الوقفية بشكل واضح، ومن ناحية أخرى نجد أيضا تنظيم لامركزي¹⁵ للوقف الإسلامي في الجزائر تجلى في مجموعة من المديرية الولائية للوقف موزعة على كامل التراب الوطني، مهمتها إدارة وتسيير الأموال الوقفية بصورة جهوية تحت وصاية وزارة الشؤون الدينية والأوقاف، لذلك سيتم التطرق في **المطلب الأول** لـ "وزارة الشؤون الدينية والأوقاف كآلية مركزية لتنظيم وحماية الأوقاف"، لنخصص **المطلب الثاني** لـ "الهيكل اللامركزي لتنظيم وحماية الأموال الوقفية في الجزائر".

المطلب الأول: وزارة شؤون الدينية والأوقاف كآلية مركزية لتنظيم وحماية الأوقاف

تعتبر وزارة الشؤون الدينية و الأوقاف أحد أهم الدوائر الوزارية ضمن مختلف التشكيلات الحكومية منذ الاستقلال، مما جعلها تنفرد بمهام كبرى أبرزها إدارة الأوقاف، ولقد تم تنظيم الإدارة المركزية للأوقاف بموجب عدة مراسيم تنفيذية سنفصل فيها لاحقا، أنشأت في مجملها ضمن وزارة الأوقاف عدة هيئات مختصة بتسيير وإدارة الأوقاف وهي: المفتشية العامة التي تقوم بدور رقابي ومديرية الأوقاف، كما أضيف إليهما لجنة للأوقاف لدى وزير الشؤون الدينية والأوقاف والتي تم استحداثها بموجب المرسوم التنفيذي رقم 98-381 المؤرخ في 01-12-1998 المتضمن شروط إدارة الأموال الوقفية.

كل هذه الأجهزة الادارية الوقفية المركزية سيتم التطرق إليها على النحو الآتي.

الفرع الأول: المفتشية العامة ومديرية الأوقاف

سنطرق في هذه الجزئية إلى المفتشية العامة ثم مديرية الأوقاف.

¹⁴ عرّفت المركزية الإدارية بأنها «تجميد الصلاحيات الإدارية في مركز واحد، وبصورة خاصة في العاصمة، وتكون إما مرنة وتسمى باللامركزية الإدارية، وإما مطلقة» ويُفهم من التعريف أنّ للمركزية الإدارية صورتين: المركزية المرنة: وهي التي تتخلى فيها السلطات المركزية المسؤولة عن بعض صلاحياتها لكبار الموظفين في العاصمة أو لممثلين لها في المناطق كالمحافظ، أما المركزية المطلقة: هي التي تتجمع فيها السلطات الإدارية في يد الحكومة ورئيس الدولة، بشكل تكون فيه جميع القرارات لا تصدر إلاّ عنهما، وهذا النوع غالباً ما يؤدي إلى الأنظمة الاستبدادية والعسكرية التي تسعى إلى السيطرة المطلقة على البلاد.

¹⁵ عرّفت اللامركزية الإدارية بأنها: "توزيع الصلاحيات الإدارية بين السلطات المتمركزة في العاصمة والكيانات الأخرى كبلديات والمؤسسات العامة، والأصل في الصلاحيات الإدارية أن تكون بيد المسؤول المختص الموجود في العاصمة والذي يتمثل في الوزير المختص، لكن هنا يقوم الوزير المختص بتوزيع بعض صلاحياته على المؤسسات المحسوبة على وزارته، والموجودة في الأقاليم أو المحافظات، وهنا نكون بصدد ما اصطلح على تسميته بالتفويض، وإنّ للامركزية الإدارية صورتين: اللامركزية المطلقة أو الكاملة: والتي تعني تفويض السلطة الإدارية الكاملة في اتخاذ القرارات، واللامركزية النسبية: والتي تعني توزيع قسم فقط من الصلاحيات الإدارية من قبل السلطة المركزية إلى السلطات المحلية.

أولاً: المفتشية العامة

تعد المفتشية العامة إحدى أجهزة الإدارة المركزية لوزارة الشؤون الدينية والأوقاف، نصت عليها المادة 01 من المرسوم التنفيذي رقم 2000-146 المؤرخ في 28 يونيو 2000 المتعلق بتنظيم الإدارة المركزية في وزارة الشؤون الدينية والأوقاف المعدل والمتمم.¹⁶

وتطبيقاً لنص هذه المادة صدر المرسوم التنفيذي رقم 2000-371 المؤرخ في 18-11-2000 المتعلق بأحداث هذه المفتشية وتنظيمها وسيورها، والتي تختص بمراقبة الأملاك الوقفية حسب نص المادة 02 من المرسوم التنفيذي سابق الذكر والتي تناولت بأن المفتشية تختص بمتابعة مشاريع استغلال الأملاك الوقفية وتفقدتها إعداد تقارير دورية بذلك.¹⁷

ثانياً: مديرية الأوقاف

تتم إدارة الأوقاف على المستوى المركزي، وتحت سلطة الوزير من خلال هذه المديرية المركزية التي استحدثت بموجب نص المادة 03 من المرسوم التنفيذي رقم 05-427 المؤرخ في 07-11-2005 المعدل و المتمم للمرسوم التنفيذي رقم 2000-146 المتضمن تنظيم الإدارة المركزية في وزارة الشؤون الدينية والأوقاف، وتم تكليف هذه المديرية وفق المادة السابقة الذكر في مجال إدارة الأوقاف بالمهام الرئيسية التالية:

- البحث عن الأملاك الوقفية وتسجيلها وضمان إشهارها وإحصائها.
- إعداد البرامج المتعلقة بإدارة الأملاك الوقفية واستثمارها وتمييتها.
- متابعة تحصيل موارد الأملاك الوقفية وتحديد طرق صرفها.
- تحسين التسيير المالي والتشجيع على الوقف.
- إعداد برامج التحسين والتشجيع على الوقف.
- ضمان أمانة لجنة الأملاك الوقفية.¹⁸

وبالرجوع إلى بقية الهياكل المشكلة للإدارة المركزية، فإننا نسجل إلى جانب مديرية الأوقاف والمفتشية العامة المديرية التالية:

- مديرية التوجيه الديني والتعليم القرآني.

¹⁶ المرسوم التنفيذي 2000-146 المؤرخ في 28 يونيو 2000 المتعلق بتنظيم الإدارة المركزية لوزارة الشؤون الدينية والأوقاف والمعدل والمتمم بالمرسوم رقم 05-427 المؤرخ في 07-11-2005، الصادر بالجريدة الرسمية عدد 73.

¹⁷ صالح ملوك، رقابة الدولة على الوقف من خلال تنظيم الإدارة المسيرة للأملاك الوقفية بعد سنة 1991 في الجزائر، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، المجلد 08، العدد 01، سنة 2019، ص 112.

¹⁸ خير الدين بن مشرن، إدارة الوقف في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في قانون الإدارة المحلية، بكلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، سنة 2012، 2011، ص 185، 186.

- مديرية الثقافة الإسلامية.
- مديرية التكوين وتحسين المستوى.
- مديرية إدارة الوسائل.
- مديرية البحث عن الأملاك الوقفية والمنازعات: وتتكون من مجموعة من الكاتب وهي مكتب البحث عن الأملاك الوقفية وتسجيلها ومكتب الدراسات التقنية والتعاون ومكتب المنازعات.
- مديرية للاستثمار الأملاك الوقفية: وتتكون من ثلاث مكاتب وهي مكتب استثمار وتنمية الأملاك الوقفية ومكتب تسيير موارد ونفقات الأملاك الوقفية ومكتب صيانة الأملاك الوقفية.
- مديرية الحج والعمرة، وتتكون من مكنتين وهما مكتب تنظيم ومتابعة عمليات الحج ومكتب متابعة عملية العمرة.

الفرع الثاني: لجنة الأوقاف

مع زيادة الاهتمام بمسائل الوقف من طرف المشرع عمد إلى إحداث هذه اللجنة وذلك بموجب المرسوم التنفيذي رقم 98-381 المؤرخ في 01-12-1998 السالف الذكر، وبالضبط في مادته التاسعة التي نصت على أنه: "تحدث لدى الوزير المكلف بالشؤون الدينية لجنة الأوقاف...".

تعد هذه اللجنة المسؤول الأول على الأملاك الوقفية على المستوى المركزي، وهي عبارة عن هيئة تداولية لها دور شبه تشريعي في مجال إدارة الأوقاف، كما أنها هيئة استشارية في هذا المجال، وهي معينة بتسيير الأوقاف بطريقة غير مباشرة.

أولاً: تشكيلة اللجنة:

طبقاً لنص المادة 02 من القرار 29 المؤرخ في 21-03-1999 والذي تم بالقرار رقم 200 الصادر في 11-11-2000، تتشكل هذه اللجنة من إدارات الإدارة المركزية لوزارة الشؤون الدينية والأوقاف كمدير الأوقاف رئيساً وغيره من الإطارات، بالإضافة لممثلين لقطاعات أخرى كمثل عن وزارة الفلاحة والصيد البحري، ممثل عن مصالح أملاك الدولة، ممثل عن وزارة العدل، ممثل عن المجلس الإسلامي الأعلى، كما أضاف لها القرار رقم 200 المذكور سابقاً ثلاثة أعضاء وهم: ممثل عن وزارة الداخلية والجماعات المحلية، ممثل عن وزارة الأشغال العمومية، وممثل عن وزارة السكن و العمران، وهذا من أجل دعم عملية البحث الميداني عن الأوقاف لما لهذه القطاعات من وثائق وإمكانيات إدارية تمكنها من مساعدة اللجنة في عملها، كما يمكن الاستعانة بأي شخص يمكنه تقديم المساعدة في مجال أعمالها.¹⁹

¹⁹ صالح ملوك، المرجع السابق، ص 114.

ثانيا: صلاحيات اللجنة:

تقوم هذه اللجنة في إطار تسييرها ومراقبتها وحمايتها للأموال الوقفية بالإشراف على مسألة تسوية وضعية الأملاك الوقفية العالقة، كما أنها تقوم باسترجاع الأملاك الوقفية التي ضمت إلى أملاك الدولة أو تلك التي استولى عليها بعض الأشخاص خصوصا غداة الاستقلال.²⁰

وفي سبيل عملها هذا فإن اللجنة تدرس وتعد محاضر عن سير عملها وحالات النزاع التي تعترضها، كما تعتمد اللجنة على الشكل العام للوثائق التي يعمل بموجبها وكلاء الأوقاف ونظار الأملاك الوقفية، كما يدخل في مهام اللجنة الإشراف ومراقبة ناظر الملك الوقفي باعتباره المسير المباشر للعين الموقوفة، وفي هذا الإطار فهي تدرس مسألة تعيين نظار الأملاك الوقفية واعتمادهم وكذا مسألة تعويضهم بغيرهم²¹، كما أنها تستشار في مسألة إنهاء مهامهم مهما كانت طريقة ذلك، وتدرس أيضا كل اقتراح يقدمه ناظر الملك الوقفي في إطار مهامه ويمكن اعتماده إذا كان ايجابيا.²²

للإشارة فإن اللجنة تمارس مهمة المراقبة هذه عن طريق وكلاء الأوقاف على مستوى كل مقاطعة، ويمارس هذا الوكيل مهامه تحت إشراف مدير الشؤون الدينية مكان تواجد الملك الوقفي، وبالحديث عن هذه المديرية سنفصل فيها فيما يأتي.

المطلب الثاني: الهياكل اللامركزية لتنظيم وحماية الأملاك الوقفية في الجزائر

تقوم الهيكلة الإدارية المسيرة للأوقاف في الجزائر على أسلوب مركزي يتجسد في مديرية شؤون الدينية والأوقاف كما أسلفنا توضيحه، وأيضاً على الأسلوب اللامركزي الذي جاء لتخفيف العبء على الوزارة في إدارة وتسيير الأملاك الوقفية، وتمثل ذلك في مديريات ولائية للأوقاف، يشاركها في ذلك وكيل الأوقاف عبر كل مديرية ولائية مهمته المراقبة والإشراف الميداني في حدود اختصاصه تحت إشراف مدير الشؤون الدينية والأوقاف، ويتابع أعمال نظار الأملاك الوقفية ويراقبها، وهذا ما نصت عليه المادة 11 من المرسوم التنفيذي 98-381 السالف الذكر، مع العلم أن ناظر الملك أقرب إلى الملك الوقفي من وكيل الأوقاف على الرغم من أن

²⁰ بوضياف عبد الرزاق، إدارة الأملاك الوقفية وسبل استثمارها في الفقه الإسلامي و القانون ، دراسة مقارنة، الجزائر ، دار الهدى، الجزائر، 2010، ص 77.

²¹ حازم صليحة ، نظام الولاية على الأملاك الوقفية في ظل التشريع الجزائري، رسالة ماجستير قرع القانون الخاص، جامعة الجزائر، الجزائر، 2010-2011، ص 52.

²² بن التركي سمية، أحكام الوقف في التشريع الجزائري، رسالة ماجستير تخصص أحوال شخصية جامعة محمد خيضر بسكرة، الجزائر، 2014-2015، ص 38-39.

هذا الأخير يقع تحت رقابته وفقا لأحكام المادة 25 المرسوم التنفيذي رقم 91-114²³، لأن المهام الموكلة له تفوق عمليا تلك الموكلة لوكيل الوقف باعتباره موظف، إذا فالناظر هو المسير الحقيقي للوقف، كل هذه الهيئات التي تشكل لنا إدارة وتسيير لامركزي للوقف نفصل فيها كالاتي:

الفرع الأول: مديرية الشؤون الدينية والأوقاف

لقد أنشأت على مستوى كل ولاية على مديرية للشؤون الدينية والأوقاف، لها مجموعة من الصلاحيات التي فوضت لها من طرف وزارة الشؤون الدينية والأوقاف، حيث تنص المادة 10 من المرسوم التنفيذي 98-381 السالف الذكر على أنه: "تسهر نظارة الشؤون الدينية والأوقاف في الولاية على تسيير الأملاك الوقفية وحمايتها...."، وبخصوص صلاحيات هذه المديرية في مجال تسيير وإدارة الملك الوقفي فهي تقوم ب:²⁴

- تنفيذ كل تدبير من شأنه ترقية نشاطات الشؤون الدينية والأوقاف ودفعها للأمام بما يخدم المصلحة العامة للمجتمع.

- السهر على إعادة دور المسجد كمركز إشعاع ديني وتربوي وثقافي واجتماعي.
 - مراقبة وإدارة وتسيير والسهر على حماية الأملاك الوقفية واستثمارها.
 - مراقبة المشاريع المقترحة لبناء المدارس القرآنية ومشاريع الأملاك الوقفية.
 - إعطاء الموافقة الصريحة المتعلقة بالمشاريع المقترحة لبناء المساجد.
 - إعطاء الخريطة المسجدية للولاية.
 - إبرام عقود إيجار الأملاك الوقفية واستثمارها في الحدود التي يسمح بها التشريع والتنظيم المعمول به.
- ونشير إلى أن هذه المديرية تتبع وزارة الشؤون الدينية والأوقاف، وتعمل تحت وصاية الوزير، ويرأسها مدير يتم تعيينه بموجب المرسوم الرئاسي رقم 99-240 المؤرخ في 27-10-1999 المتعلق بالتعيين في الوظائف المدنية والعسكرية للدولة، وتعتبر هذه المديرية إحدى المصالح الخارجية للدولة المشكلة لمجلس الولاية.²⁵

الفرع الثاني: وكيل الأوقاف

يتضمن سلك وكلاء الأوقاف رتبة واحدة هي رتبة وكيل الأوقاف، وهو ما نصت عليه المادة 24 من المرسوم التنفيذي 91-114 المؤرخ في 27-04-1991 المتضمن القانون الأساسي الخاص بعمال قطاع

²³ المرسوم التنفيذي رقم 91-114 المؤرخ في 27-04-1991 والمتضمن القانون الأساسي الخاص بعمال الشؤون الدينية، المعدل والمتمم بموجب المرسوم التنفيذي رقم 02-96 المؤرخ في 02-03-2002.

²⁴ المادة 13 من المرسوم التنفيذي 2000-200 المؤرخ في 16-07-2000 المحدد لقواعد تنظيم مصالح الشؤون الدينية والأوقاف في الولاية وعملها.

²⁵ خير الدين بن مشرن، المرجع السابق، ص 136-137.

الشؤون الدينية المعدل والمتمم بالمرسوم التنفيذي 96-02 المؤرخ في 02-03-2002، ويؤدي وكيل الأوقاف مهامه تحت إشراف مدير الشؤون الدينية والأوقاف، فيراقب على صعيد مقاطعته موقع الملك الوقفي، ويتابع أعمال نظار الأملاك الوقفية، ويراقبها بموجب نص المادة 11 من المرسوم التنفيذي 89-381 والتي أحالت على أحكام المادة 25 من المرسوم التنفيذي 91-114 المحدد لمهام وكيل الأوقاف والمتمثلة في:

- مراقبة الأملاك الوقفية ومتابعتها.
- السهر على صيانة الأملاك الوقفية.
- مسك دفاتر الجرد للأملاك الموقوفة.
- السهر على استثمار الأوقاف .
- تشجيع المواطنين على تنشيط الحركة الوقفية.
- مسك حسابات الأملاك الوقفية وضبطها.

الفرع الثالث: الناظر

إن الشيء الموقوف بطبيعة الحال يحتاج إلى من يقوم برعايته وصيانته والإشراف على شؤونه، حرصا على هذه الأملاك من الخراب، وإدارة شؤونه وتوزيع ريعه على المستحقين.²⁶ ويطلق على الشخص الذي يثبت له الحق في وضع اليد على الوقف لإدارته اسم المتولي أو القيم أو الناظر، ولقد نصت المادة 07 من المرسوم التنفيذي رقم 98-381 على مفهوم عام للنظارة على الملك الوقفي، بحيث تثبت هذه الولاية للشخص الذي تتوفر فيه الشروط، وتكون الأولوية حسب الشرع والقانون، وتسبقهم في ذلك حجة الوقف، وقد وضع الفقه القانوني عدة تعريفات للناظر منها أنه: "هو الذي يتولى نظارة المال الموقوف حسب شروط العقد وعادة ما تكون النظارة متمثلة في عمارة الوقف وإدارته وتسييره وإجارته ثم تحصيل إيرادات الوقف وتوزيعها على مستحقيها بما يحقق في النهاية مصلحة الموقوف عليهم".²⁷ أما بالنسبة للمشروع الجزائري لم يضع لنا تعريفا للناظر واكتفى في المادة 12 من نفس المرسوم بالنص على ضرورة وجود ناظر يرعى شؤون الملك الوقفي بقولها: "تستند رعاية التسيير المباشر للملك الوقفي إلى ناظر الملك الوقفي في إطار أحكام القانون رقم 91-10 المؤرخ في 27-04-1991".

²⁶ محمد سعيد المهدي، يد ناظر الوقف بين الأمانة والضمان -مقاربة شرعية ونظامية-، بحث مقدم إلى المؤتمر الثالث للأوقاف بالمملكة العربية السعودية بعنوان "الوقف الإسلامي اقتصاد، إدارة، بناء وحضارة"، الجامعة الإسلامية، السعودية، 2009، ص 05.

²⁷ جمال الدين ميمون، الوقف في الشريعة الإسلامية و التشريع الجزائري، دراسة مقارنة، بحث مقدم لنيل شهادة الماجستير في القانون العقاري والزراعي، كلية الحقوق، البليدة، الجزائر، 2004-2005، ص114.

وبالنسبة لترتيب الأشخاص الذين تصح ولايتهم على الوقف كنظار فقد اختلفت الآراء حول هذه المسألة، غير أن الإجماع كان على أولوية الواقف ذاته بذلك²⁸، أما قانون الأوقاف قد أخذ هو أيضا بأحقية الواقف بالولاية على الوقف ثم عين أشخاص آخرين بعده تصح ولايتهم على الوقف في مركز ناظر للوقف، وذلك في مضمون المادة 16 من المرسوم التنفيذي رقم 98-381 الذي يحدد شروط إدارة الأملاك الوقفية وتسييرها وحمايتها السالف الذكر، وهم:

- 1- الواقف أو من نص عليه عقد الوقف.
- 2- الموقوف عليه، أو من يختارونه، إذا كانوا معينين محصورين راشدين.
- 3- ولي الموقوف عليهم، إذا كانوا معينين محصورين غير راشدين.
- 4- من لم يطلب النظارة لنفسه، من أهل الخير، إذا كان الموقوف عليه غير معين، أو كان معيناً غير محصور وغير راشد ولا ولي له.

أولاً: شروط تعيين الناظر

يعين ناظر الوقف بقرار من الوزير المكلف بالشؤون الدينية والأوقاف بعد أخذ واستطلاع رأي لجنة الأوقاف المحدثة لدى الوزير المكلف بالشؤون الدينية والأوقاف طبقاً لنص المادة 09 من المرسوم التنفيذي 98-381، وهذه هي نفس الطريقة التي يعين بها ناظر الوقف المعتمد و كذا ناظر ملك الوقف الخاص، غير أنه يراعي في اعتماد هذا الأخير ضرورة اشتراطه في عقد الوقف، أو باقتراحه من ناظر الشؤون الدينية العام المعتمد من بين الأشخاص الذين يمكنهم أن يعينون بصفة ناظر للوقف الخاص طبقاً لنص المادة 16 من المرسوم التنفيذي رقم 98-381 المؤرخ في 01-12-1998 سالف الذكر .

إن شروط تعيين ناظر الوقف في التشريع الجزائري جاء موافقا لما أجمع عليه فقهاء الشريعة الإسلامية، مع إضافة شرط الجنسية والكفاءة، حيث نصت المادة 17 من المرسوم التنفيذي رقم 98-381 السالف الذكر على ضرورة توفر ستة شروط في المتولي المعتمد لهذه المهمة وهي: أن يكون مسلماً، جزائري الجنسية، وبالغا لسن الرشد، وسليم العقل والبدن، عدلاً أميناً، وذو كفاءة وقدرة على حسن التصرف، وتثبت هذه الشروط بالتحقيق والشهادة والخبرة.²⁹

²⁸ خير الدين بن مشرن، المرجع السابق، ص 141-140.

²⁹ رامول خالد، الإطار القانوني و التنظيمي لأحكام الوقف في الجزائر-دراسة مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية مدعمة بأحدث النصوص القانونية والاجتهادات الفضائية-، الطبعة الثانية، دار هومه ، الجزائر، دون سنة نشر، ص 115.

ثانيا: مهام ناظر الوقف وانقضاء هذا المهام

بالنسبة للمهام فإن ناظر الملك الوقفي يضطلع بمهام عديدة تدخل في إطار رعاية التسيير المباشر للملك الوقفي، بحيث أسندت إليه هذه المهام في إطار أحكام قانون الأوقاف رقم 91-10 المؤرخ في 27-04-1991 سالف الذكر، والذي ترك تحديد مهام الناظر إلى النصوص التنظيمية، ولقد توضحت مهام ناظر الملك الوقفي بوضوح بعد صدور المرسوم التنفيذي رقم 98-381 المؤرخ في 01-12-1998 الذي يحدد شروط إدارة الأملاك الوقفية وتسييرها وحمايتها وكيفيات ذلك السالف الذكر³⁰، بحيث جاء في نص المادة 13 منه بأنه يباشر الناظر عمله تحت مراقبة وكيل الأوقاف ومتابعته ويتولى على الخصوص المهام الآتية:

- السهر على العين الموقوفة، ويكون بذلك وكيلاً على الوقف، وضامناً لكل تقصير يرد عليه.
- المحافظة على الملك الوقفي وملاحقته هو وتوابعه من عقارات ومنقولات.
- صيانة الملك الوقفي وترميمه.
- إعادة بناء الملك الوقفي عند الاقتضاء.
- استصلاح الأراضي الوقفية وزراعتها وذلك لاستحداث كل أوجه التجدد الأخرى ذات الطابع التحسيني و التتموي.

- كما تضاف للناظر مهام أخرى يفرضها عليه التسيير المباشر للملك الوقفي تتمثل في مسك الحسابات التي يسيورها في هذا الصدد، ويقوم بتوزيعها على الموقوف عليهم حسب شروط الواقف إن كان الوقف خاصاً، أو يقوم بصب المبالغ المحصلة في حساب الأملاك الوقفية للولاية إن كان الوقف عاماً.³¹

أما بالنسبة لانتهاه مهام ناظر الأوقاف فيمكن القول أن ضرورة تدخل الدولة بوضع أحكام وقواعد من شأنها تنظيم حالات انتهاء علاقة العمل وتحديد أسبابها، دفع المشرع الجزائري إلى تنظيم حالات إنهاء مهام ناظر الملك الوقفي بموجب نص المادة 21 من المرسوم التنفيذي 98-381 المتعلق بشروط إدارة الأملاك الوقفية وتسييرها وحمايتها السالف الذكر، فقسمت هذه الحالات إلى قسمين تنهى بهما مهام ناظر الملك الوقفي وهي: حالات الإعفاء وحالات الإسقاط، وذلك بقرار من الوزير المكلف بالشؤون الدينية والأوقاف وطبقاً لقاعدة توازي الأشكال، فجهة وطريقة التعيين هي نفس جهة وطريقة إنهاء المهام.

بالنسبة لحالات الإعفاء، يعفى ناظر الملك الوقفي من مهامه، وتبطل تصرفاته إذا مرض مرضاً أفقده القدرة على مباشرة العمل، أو أفقده قدرته العقلية، ويعفى أيضاً من ممارسة مهامه إذا ثبت أنه تعاطى أي مسكر

³⁰ خير الدين فنتازي، عقود التبرع الواردة على الملكية العقارية - الوقف -، الجزء الأول، دار زهران للنشر، مصر، دون سنة نشر، ص 170.

³¹ أنظر المادة 07 من القرار الوزاري المشترك المؤرخ في، 02 مارس 1999، الذي يتضمن إنشاء صندوق مركزي للأملاك الوقفية، نشر بالجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية العدد 32 بتاريخ 02 مارس 1999.

أو مخدر أو لعب الميسر أو رهن الملك الوقفي كله أو جزء منه أو أنه باع مستغلات الملك الوقفي دون إذن من السلطة المكلفة بالأوقاف، أو الموقوف عليهم، أو ادعى ملكية خاصة في جزء من الملك الوقفي أو خان الثقة الموضوعة فيه، أو أهمل شؤون الوقف.³²

أما بالنسبة للسقوط فتسقط مهمة ناظر ملك الوقفي إذا ثبت أنه يضر بشؤون الملك الوقفي وبمصلحة الموقوف عليهم، أو تبين أنه يلحق ضررا بمستقبل الملك أو موارده أو إذا ارتكب جناية أو جنحة. وثبتت تلك الحالات بواسطة التحقيق، أو المعاينة الميدانية، أو الشهادة أو الخبرة أو الإقرار، وذلك تحت إشراف لجنة الأوقاف المشكلة لدى الوزير المكلف بالشؤون الدينية والأوقاف، وإذا كان الوقف خاصا كان إنهاء مهمة الناظر بحكم قضائي يصدره القاضي المختص بناء على طلب الموقوف عليهم، أو الواقف ذاته. وتجدر الإشارة إلى أنه في حالة رهن أو بيع المستغلات الوقفية أو الملك الوقفي ذاته دون إذن كتابي، فبالإضافة إلى إسقاط مهمة الناظر يعتبر الرهن أو البيع باطلين بقوة القانون ويتحمل الناظر تبعات تصرفه. وما يلاحظ عند تطرقنا إلى حالات إنهاء مهام ناظر الوقف بالإسقاط أو الإعفاء أن المشرع الجزائري لم يفرق بين الآثار الإدارية المترتبة عن كل حالة على حدى، هل هي تقتصر فقط على إنهاء المهام أم أن هناك عقوبات إدارية لاحقة عن كل حالة؟ غير أنه في كل الأحوال يفترض في ناظر الوقف وباقي الجهات أن يقوموا برعاية الملك الوقفي واستغلاله بما يخدم مصلحة الوقف والموقوف عليهم بالدرجة الأولى دون أي مصالح شخصية لهم في ذلك.³³

خاتمة

نظرا لأهمية الوقف الإسلامي على جميع الأصعدة فقد حظي في الجزائر بحماية قانونية دستورية خصوصا ابتداء من دستور 1989، وفي ذات السياق صدر منذ الاستقلال عدة قوانين ومراسيم فرعية وجزئية تهدف إلى تسيير وإدارة وحماية الوقف في الجزائر لكن كلها باءت بالفشل ولم تحقق الحماية الكاملة للوقف، إلى غاية 1991 حيث صدر القانون 91-10 المؤرخ في 27 أبريل 1991 المتضمن قانون الأوقاف الذي يعتبر أول قانون تفصيلي تنظيمي للأموال الوقفية بالجزائر، وكان في حينها بمثابة قفزة نوعية ونقطة انتقالية في تسيير وتنظيم وحماية المؤسسة الوقفية، لتتوالى بعده عدة قوانين بعضها مفسرة وبعضها معدلة والأخرى مكمله له، كان أهمها قد صدر بعد مرور سبع سنوات على صدور قانون الأوقاف وهو المرسوم التنفيذي رقم 98-381 المؤرخ في الفاتح من ديسمبر لسنة 1998 والذي يحدد شروط إدارة الأملاك الوقفية وتسييرها وحمايتها، ليقوم

³² رامول خالد ، المرجع السابق، ص 116-117.

³³ ناصر الدين سعيدوني، دراسات في الملكية العقارية في التشريع الجزائري ، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 2001، ص 107.

بضبط أجهزة التسيير الإداري للملك الوقفي بصورة واضحة ونهائية وذلك عن طريق وزارة الشؤون الدينية والأوقاف كألية مركزية لحماية الملك الوقفي بالجزائر، ويساعدها في ذلك في إطار لامركزية ووقية مديريات للأوقاف ووكلاء أوقاف ونظار على مستوى كل ولاية، تم إنشائهم وتعيينهم للتخفيف من حدة المركزية الوقفية ولتدعيم حماية الوقف وتسهيل تسيير المؤسسة الوقفية بصورة أنجع.

غير أن هذا السياج القانوني للأملك الوقفية بالجزائر وهذا التنظيم الإداري لها ورغم أن المشرع عمل على إحكامه إلا أنه قد تخلته عدة نقائص وثغرات نوجزها في الاقتراحات الآتية:

- ضرورة ايجاد منظومة قوانين وتشريعات فاعلة في حماية الأملك الوقفية بصورة أفضل مما عليه هي اليوم.
- لابد من إعداد دورات تكوينية مستمرة لوكلاء الأوقاف والنظار لتعريفهم بمستجدات موضوع الوقف في جانبه الإداري والقانوني، وذلك بالاستعانة بأساتذة مختصين، وكذا تهيئة الظروف المناسبة امام الأساتذة والباحثين لإجراء دراسات وأبحاث وملتقيات علمية مثمرة في موضوع الوقف عموما.
- ضرورة توفير الإرادة الصادقة لدى مختلف الفاعلين في مجال الأوقاف لإعطاء دفعة حقيقية من أجل تدارك النقائص في هذا المجال.
- التفكير في تطوير واستغلال الوقف واثرواته بصورة أكثر فعالية، وإشراكه في عملية التنمية الشاملة، وإدخاله في الدائرة الاقتصادية، حتى لا تبقى أعيانه وممتلكاته عرضة للهلاك.
- إبراز الآليات التمويلية والعقود والأساليب الاستثمارية المستمدة من الشريعة الاسلامية وتطبيقها على الوقف بالجزائر، باعتبارها روح العمل الوقفي ومصدره المادي، ولأنها أيضا أثبتت نجاحها في عصور مضت، لأن معظم الصيغ والأساليب المستعملة حاليا لم تعطي النتائج الايجابية المنتظرة وذلك لعدة أسباب أهمها عدم توفر منظومة مالية وبنكية تشجع الاستثمار والتمويل في هذا المجال.
- تدعيم الإطار البشري لقطاع الشؤون الدينية من خلال التوظيف، وكذا ضمان الكفاءة من خلال تمكين تلك الإطارات من الحصول على المعارف الحديثة في مجال الوقف بصفة دورية.
- عدم ضم مهام أخرى للهياكل الادارية العاملة في مجال الوقف كما هو عليه الحال لوكيل الأوقاف.
- إنشاء ديوان خاص بالأوقاف مستقل عن وزارة الشؤون الدينية والأوقاف، وذلك لما يحققه هذا الاستقلال من مرونة في التسيير و نجاعة في المراقبة.
- إشاعة ثقافة ووقية متميزة من خلال تفعيل دور وسائل الإعلام لاستقطاب أوقاف جديدة.

مشروعية التوارث بين الموتى جماعياً "حالة الغرقى والهدمى والحرقى إنموذجاً" دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون

نادية علي (1)

(1) كلية القانون والعلوم السياسية / الجامعة العراقية- بغداد

البريد الإلكتروني: ywsflywlyd745@gmail.com

أم د. حسن محمد سمّان (2)

(3) كلية القانون والعلوم السياسية / الجامعة العراقية- بغداد

البريد الإلكتروني: ywsflywlyd745@gmail.com

أم د. فراس بحر محمود (3)

(3) كلية القانون والعلوم السياسية / الجامعة العراقية- بغداد

البريد الإلكتروني: ywsflywlyd745@gmail.com

الملخص:

إنّ الكيفية التي يجري فيها استخلاص احكام ميراث الموتى جماعياً ترتبط بأراء الفقه الاسلامي، خاصة في ظل سكوت بعض المشرعين كما في العراق والجزائر عن وضع قواعد قانونية خاصة بالتوارث في مثل هذه الأحوال، حيث وضع الاسلام قواعد محددة تحكم الميراث، فوضع الحقوق في نصابها وقطع اسباب الخلاف والنزاع ومنع دواعي الخصام بين الورثة فيما يستحق كل وارث من التركة. ولما كانت مسألة مشروعية التوارث بين المتوفين في وقت واحد من عدمه، ترتبط بشكل خاص بإمكانية التعرف على وقت الوفاة. فإنّ الوقوف على طبيعة ميراث الغرقى والهدمى والحرقى من الموتى جماعياً ومشروعيته في الفقه الاسلامي ليس بالأمر الهين، كون الفقهاء اختلفوا في تطبيق شروط الميراث خصوصاً شرط وفاة المورث وحياة الوارث.

الكلمات المفتاحية: الموتى جماعياً، ميراث الهدمى، ميراث الحرقى، ميراث الغرقى، مشروعية الميراث

تاريخ إرسال المقال: 2021/07/19 ، تاريخ مراجعة المقال: 2021/12/18 ، تاريخ نشر المقال: 2021/12/31.

لتهميش المقال: نادية علي، حسن محمد سمّان، فراس بحر محمود، "مشروعية التوارث بين الموتى جماعياً" حالة الغرقى والهدمى والحرقى إنموذجاً" دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون، "المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد 12، العدد 03 ، 2021 ص ص. 715-733.

<https://www.asjp.cerist.dz/en/PresentationRevue/72>

المقال متوفر على الرابط التالي:

المؤلف المراسل نادية علي، ywsflywlyd745@gmail.com

المجلد 12، العدد 03-2021.

The legality of the collective inheritance between the dead: "The case of the drowned, demolished and burned", comparative study between Shari'a and law

Summary

The way in which the inheritance of the dead provisions are collectively drawn is linked to the views of Islamic jurisprudence, especially in light of the silence of some legislators, as in Iraq and Algeria, on the establishment of legal rules for the inheritance in such cases, where Islam has established specific rules governing inheritance, putting the rights in their place and preventing the causes of disagreement between the heirs over what each heir deserves from the inheritance. Since the question of the legality of inheritances between deceased at the same time is linked in particular to the possibility of identifying the time of death. Knowing the nature and legitimacy in Islamic jurisprudence of the inheritance of the drowned, demolished and burnt collectively is not easy, as jurists differed in the application of the conditions of inheritance, in particular the condition of the death of the testator and the existence of the heir.

Keywords : Collective death, inheritance, demolished, drowned, burned, legality

La légalité de l'héritage collectif entre les morts : « Le cas des noyés, démolis et brûlés », étude comparative entre Shari'a et droit

Résumé :

La manière dont sont dessinées collectivement les dispositions de l'héritage des morts est liée aux vues de la jurisprudence islamique, notamment à la lumière du silence de certains législateurs, comme en Irak et en Algérie, sur l'établissement de règles juridiques pour l'héritage dans de tels cas, où l'Islam a établi des règles spécifiques régissant l'héritage, mettant les droits à leur place et empêchant les causes de discorde entre les héritiers concernant ce que chaque héritier mérite de la succession. Puisque la question de la légalité des successions entre décédés en même temps est liée notamment à la possibilité d'identifier l'heure du décès. Connaître la nature et la légitimité dans la jurisprudence islamique de l'héritage des noyés, démolis et brûlés collectivement n'est pas chose aisée, car les juristes différaient dans l'application des conditions d'héritage, en particulier la condition de la mort du testateur et l'existence de l'héritier.

Mots clés : Mort collective, héritage, démolis, noyés, brûlés, légalité

المقدمة

تُستمد أحكام الميراث في الدول أغلب الدول العربية والاسلامية من أحكام الشريعة الاسلامية، حيث تميّزت الشريعة من بين الشرائع والنظم السماوية والوضعية، بتنظيم دقيق لقواعد الميراث، حيث فصلت في أحكامه على النحو الذي راعت فيه الدواعي الغريزية والمقتضيات الطبيعية التكوينية لكلا الجنسين (الذكر والانثى)، حيث فبين الله في كتابه العزيز هو احكام المواريث واحوال ومقادير الأنصبة الشرعية لكل وارث مع غيره من الورثة بياناً شافياً وثبت القليل منها بالسنة والاجماع.

وتتمحور اشكالية البحث؛ حول الكيفية التي يجري فيها استخلاص احكام ميراث الموتى جماعياً في موقف الفقه الاسلامي، خاصة في ظل سكوت بعض المشرعين كما في العراق والجزائر عن وضع قواعد قانونية خاصة بالتوارث في مثل هذه الأحوال، في ظل فلسفة الشريعة الاسلامية المجسّدة في قواعد الميراث، حتى لا يتطرق لها التأويل ولا تقبل التفسير او التبديل او التعديل، حيث وضع الاسلام قواعد محددة تحكم الميراث، فوضع الحقوق في نصابها وقطع اسباب الخلاف والنزاع ومنع دواعي الخصام بين الورثة فيما يستحق كل وارث من التركة.

ومن جهة أخرى؛ فإنّه لما كانت مسألة مشروعية التوارث بين المتوفين في وقت واحد من عدمه، ترتبط بشكل خاص بإمكانية التعرف على وقت الوفاة. خصوصاً وإنّ الوقوف على طبيعة ميراث الغرقى والهدمى والحرقى من الموتى جماعياً في الفقه الاسلامي ليس بالأمر الهين، كون الفقهاء اختلفوا في تطبيق شروط الميراث خصوصاً شرط وفاة المورث وحياة الوارث، ولذلك نجد اجتهادهم تراوح بين قبول او عدم قبول فكرة التوارث بين الاشخاص في أحوال الموتى جماعياً، أي الميراث الناتج عن وفاة المتوارثين بحادث مفاجئ مع قيام سبب التوارث بينهم.

وإيجاد الحلول المرتبطة بالاشكالية المعروضة يقتضي منّا اتباع المنهج التحليلي الذي يفيد في الوقوف على مضمون النصوص ويساعد في تأصيلها على النحو الذي يخدم توجّها البحث، مع الاستعانة بالمنهج الوصفي في عرض الأفكار والرؤى والطروحات الخاصة بالفقه الاسلامي في هذا الصدد للموضوعات التي تناولها الفقهاء بالرأي والفتوى. وذلك وفق اسلوب المقارنة بين آراء الفقه الاسلامي على إختلاف مذاهبه من جهة وموقف التشريعات والقضاء من جهة أخرى، للوصول إلى أفضل ما يمكن طرحه وتبنيّه في صدد الحلول المقترحة في ضوء إشكالية البحث القائمة.

وعليه؛ فقد اعتمدنا على هيكلية عامة للبحث تجسّدت في خطته المكونة من مبحث تمهيدي وثلاثة مباحث رئيسية، إذ يقتضي التعرف إبتداءً على حالة المقصود بالغرقى والهدمى والحرقى، وهو ما سنخصص له مبحثاً تمهيدياً.

وأما الوقوف على مشروعية هذا النوع من الميراث، فإنه يقتضي التعرف على موقف الفقه الإسلامي في هذا الصدد، الإطلاع على آراء الفقهاء المسلمين على إختلاف مذاهبهم في هذا الموضوع؛ وكذلك موقف القوانين المقارنة من هذا النوع من الميراث. وبما أنّ الموقف في الفقه الإسلامي ينقسم إلى قسمين، القسم الأول يجيز حالة التوارث بين الموتى جماعياً، والقسم الآخر لا يجيز ذلك، ولكل من الفريقين أدلته وإسانيده، فإنه اقتضى هذا الإختلاف تقسيم البحث فيهما إلى مباحث ثلاثة بعد المبحث التمهيدي.

نتناول في المبحث الأول من الدراسة إتجاه القائلون بإمكانية التوارث بين الموتى جماعياً.

أما المبحث الثاني فنخصه لبيان إتجاه القائلون بعدم إمكانية التوارث بين الموتى جماعياً.

أما المبحث الثالث؛ فنبيّن فيه موقف التشريعات المقارنة من ميراث الغرقى والهدمى والحرقى.

وفي خاتمة الدراسة، نورد بعض النتائج والمقترحات التي خرجنا بها في هذه الدراسة، وذلك على النحو الآتي:

المبحث التمهيدي: المقصود بالغرقى والهدمى والحرقى

يقصد بالموتى جماعياً عموماً؛ هم من يتوفى بحدّث أو بسبب من أسباب الوفاة في وقت واحد، كحادث يصيب حافلة لنقل الركاب أو قطار، أو تهدم أبنية أو غرق السفن أو سقوط الطائرات، أو حدوث الزلازل أو انتشار الأوبئة أو حصول الفيضان أو التسمم الجماعي أو الصواعق وغيرها، فتتحقق في مثل هذه الحالة وفاة جماعية، كونها يمكن أن تصيب مجموعة أشخاص يتوارثون فيما بينهم، كالغرقى والهدمى والحرقى، والمراد بميراث الغرقى والحرقى والهدمى بأنهم (كل جماعة متوارثين ماتوا بحدّث عام كهدم أو غرق أو حرق ونحوهم).⁽¹⁾

إنّ الحكم بميراث شخص لآخر منوط بتحقيق موت المورث قبل الوارث، وهذا المناط خفي في مسألة الغرقى والحرقى والهدمى ومن في حكمهم كالموت في حوادث السير ونحوها، حيث لا يعرف السابق من اللاحق وعدم تحقق مناط التوارث بين الاموات في هذه الاحوال أدى إلى إختلاف في توريثهم فقد اختلف الفقهاء في توريثهم⁽²⁾.

(1) ورد مصطلح الموتى جماعياً كمرادف (للغرقى والهدمى والحرقى) في الكثير من المؤلفات ومنها؛ الشرح 196. ومنال محمود المشني: الوافي في أحكام التركات والمواريث، دراسة بين الفقه والقانون، عمان-الأردن، ط 1، 2011م-1432هـ، ص 201. وأيضاً يطلق بعض الفقهاء تسمية موتى الكوارث الطبيعية، ينظر في هذا الصدد د. عبد السلام محمود أبو ناجي: الوسيط في أحكام الميراث والوصية، ليبيا - بنغازي، دار الكتب الوطنية، ط1، 2000، ص 170.

(2) ينظر: جوهرة بنت عبد الله: أثر تحقيق المناط في الاجتهاد (مسائل في الموت والميراث انموذجاً) (دراسة فقهية مقارنة، بحث منشور في مجلة الدراسات الإسلامية، العدد (30) المجلد (2)، 2018م، ص 173.

ففي حوادث الموت الجماعي الذي يتوارث فيه الاقارب المتوفون، فإنّه إذا علم المتقدم منه في الوفاة على الآخر، فإنّ اللاحق يرث السابق وفق الأحكام الشرعية المعمول بها، وهي أن يتحقق شرط حياة الوارث عند وفاة المورث. (3)

أمّا إذا تعدّر ذلك إنّ للفقهاء قول في ذلك، فإذا مات الأب وإبنه في الحادث أو الزوج وزوجته، كأن يكون حادث غرق أو هدم أو حرق، وتمّ معرفة من يموت أولاً، فإنّ الإرث السابق يكون للاحق، أي إذا سبق الزوج زوجته بأن فارق الحياة فإنّ الزوجة ترثه.

والغرقى في اللغة: جمع غريق⁽⁴⁾، يقال؛ رجل غرق في الماء: إذا مات فيه. والغرق في الماء: أي رسب فيه فهو غرق وغارق وغريق، (5) وهو على وزن فعيل بمعنى مفعول، أغرقه الله إغراقاً فهو الغريق⁽⁶⁾. لكن بعضهم من فرق بين من غرق فمات، وبين من غرق فلم يموت⁽⁷⁾ لذلك قالوا أن الغرق: هو الراسب في الماء أما الغريق فهو الميت فيه، فقد قيل غرقت السفينة: أي رسبت في الماء، وغرق الارض: فهي غرقعة. أشهر هذه الحوادث، حادثة غرق العبارة (السلام) في مصر⁽⁸⁾. حادثة غرق العبارة في الموصل⁽⁹⁾.

³. يسمى أيضاً بميراث من عمي موتهم ينظر: البيهقي؛ أحمد بن الحسين بن علي، أبو بكر؛ المحقق: محمد عبد القادر عطا، السنن الكبرى، بيروت-لبنان، دار الكتب العلمية، ط3، 2003-1424هـ، ج6، ص222. وليس بمجهولي وقت الوفاة، ينظر: د. خالد بن بكر بن إبراهيم آل عابد: معين القضاة في مسألة توريث مجهولي وقت الوفاة، بحث منشور بجامعة طائف، العدد (35) رجب 1428هـ، ص36.

(4) ينظر: عفيف عبد الرحمن: جهود اللغوية خلال القرن الرابع عشر الهجري، مطبعة دار الحرية، 1980، ج1، ص431، وينظر كذلك: محمد بن الحسين بن دريد الأزدي: جمهرة اللغة، ط1، بيروت، دار العلم، 1987، ص430.

(5) ينظر: الرازي محمد بن أبي بكر بن عبد القادر: مختار الصحاح، مطبعة لبنان، مكتبة لبنان، 1415هـ-1965م، ج1، ص488.

(6) ينظر: جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور: لسان العرب، بيروت-لبنان، دار الفكر العربي، بلا سنة طبع، مادة (الغرق)، ج4، ص142.

(7) ينظر: عبد الرحمن بن عبد الاعلى السلمي أبو عدنان: القوس، ط1، بيروت-لبنان، 1406هـ-1982م، ج4، ص148.

⁸. عبارة السلام 98 هي عبارة بحرية مصرية عائدة لشركة السلام للنقل البحري، غرقت يوم الخميس 4 محرم 1427هـ الموافق لـ 3 فبراير 2006 م في البحر الأحمر، وهي في طريقها من ضبا المدينة السعودية العائدة من منطقة تبوك إلى سفاجا... للمزيد ينظر:

. تاريخ الرجوع في https://ar.wikipedia.org/wiki...85_98...2021/3/27

⁹. في يوم الخميس 21 مارس 2019 غرقت عبارة سياحية في نهر دجلة بمدينة الموصل في العراق، وكانت العبارة تنقل مجموعة من العائلات إلى جزيرة أم الربيعين في غابات الموصل. وأدى ذلك لغرق أكثر من 120 شخص (من النساء والأطفال والرجال)... للمزيد ينظر الرابط:

. ... تاريخ الرجوع في https://ar.wikipedia.org/wiki...84_2019...2021/3/27

الهدمى في اللغة؛ هم الموتى بسبب الهدم، والهدم: (10). مناقض للبناء، وهدمه يهدمه هدماً، فانهدم وتهدم. (11) ويقال أن نواحي البئر قد تهدم في جوفها (12). ومن حوادث الهدم التي ذهب ضحيتها الكثير من الناس ما شهدناه في تهدم صخرة الدويقة في مصر، والتي أودت بحياة العشرات من الضحايا من عائلة واحدة. (13) الحرقى في اللغة؛ هم الموتى بسبب الحرق، والحرقى: من الحريق والحرق من حرق بالنار. وفي رواية: الحريق الذي يقع في حرق النار فيلتهب (14). والحريق ما أحرق النبات من الحر أو البرد أو الريح. ولذلك يقال كذلك أن النار احرقته أي أهلكته (15). الحريق وجمعه (حرقى) جاء في الحديث الشريف قول نبينا محمد صلى الله عليه وسلم "الحريق شهيد والغريق شهيد". (16) ومن الحوادث المشهورة التي حدثت فيها مأساة الحرق الجماعي في عصرنا الحديث حادثة ملجأ العامرية في العاصمة العراقية بغداد عام 1991م. (17)

(10) سورة النحل؛ الآية 26.

(11) ينظر: بن منظور: لسان العرب، المرجع السابق، ينظر: مادة (هدم).

(12) ينظر: أبو يوسف يعقوب بن إسحاق ابن السكيت (المتوفى: 244هـ): إصلاح المنطق المحقق، محمد مرعب، دار احياء التراث العربي: ط 1، 1423هـ-2002م، ص48.

13 . تاريخ الرجوع في 2021/3/27 <https://www.facebook.com/SaheehMasr/posts/775591263229618>

(14) ينظر: بن منظور: لسان العرب، المرجع السابق، ج 1، ص41.

(15) ينظر: محمد بن صالح العثيمين: تسهيل الفرائض، ط 1، الرياض، دار طيبة، 1404هـ، ص109.

(16) أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني (ماجة اسم أبيه يزيد): سنن ابن ماجة، دار الرسالة العالمية، ط 1، 1430هـ-2009م، ص2723.

17. ملجأ العامرية رقم خمسة وعشرين هو ملجأ يقع بحي العامرية في بغداد، العراق، قصف أثناء حرب الخليج الثانية. فقد أدت إحدى الغارات الأميركية يوم 13 فبراير، 1991 على بغداد بواسطة طائرتين تحملان قنابل ذكية إلى تدمير الملجأ مما أدى إلى مقتل أكثر من 400 مدني عراقي من نساء وأطفال.

تاريخ الرجوع في 2021/3/27 <https://ar.wikipedia.org/wiki..> A9.

وكذلك حادثة إحتراق القطار في مصر،⁽¹⁸⁾ وحادثة حرق المجمع التجاري في منطقة الكرادة في العاصمة العراقية؛ بغداد.⁽¹⁹⁾ حيث ذهب ضحية هذه الحوادث أفراد من عائلة، مما يعني أنني فرض الموت الجماعي حرقاً قائم ومحمتم الوقوع في أي وقت.

المبحث الأول: إتجاه القائلون بإمكانية التوارث بين الموتى جماعياً

إن المؤيدون لمسألة إجازة التوارث بين الموتى بعضهم البعض، لهم رأي وأدلة ومساائل تطبيقية عملية، يستندون إليها ويوضحون بها الرأي الذي قالوا به. فإنّ ذلك يتطلّب إستعراض مضمون الرأي والأدلة التي تدعمه من جهة، وإستعراض بعض المسائل العملية التي يطبق فيها مضمون هذا الرأي من جهة أخرى. ولذلك سنقسم هذا الفرع إلى فرعين: سنتناول في الفرع الأول منه: أدلة القائلون بجواز التوارث بين الموتى جماعياً، ونفرد الفرع الثاني لبيان بعض المسائل التطبيقية لهذا الرأي. وذلك كالآتي:

الفرع الأول: أدلة القائلون بجواز الميراث بين الموتى جماعياً

يذهب فقهاء الشيعة الإمامية وفقهاء الحنابلة إلى القول بجواز التوارث بين الموتى جماعياً، وسنستعرض الموقف لدى كلا الفريقين، في فقرتين كالآتي:
أولاً: الموقف لدى فقهاء الشيعة الإمامية:

يرى فقهاء الشيعة الإمامية؛ جواز التوارث بين الموتى جماعياً، باستثناء الموتى في حالة الحرق وحرق الأنف، حيث لا توارث بينهم، بل تكون التركة للأحياء وليس بين المتوفين في نفس الحادث أو نفس الوقت. وهذا الرأي يستند إلى مجموعة أدلة، تدفعهم إلى القول بجواز ميراث الغرقى والهدمى والحرقى أهمها:
1- ما رواه الحسين بن سعيد عن النضر عن القاسم بن سلمان عن عبيد بن زرارة قال: سألت أبا عبد الله عن رجل سقط عليه وعلى امرأته بيت فقال تورث المرأة من الرجل ثم يورث الرجل من المرأة.⁽²⁰⁾

¹⁸ . إنطلق في صباح 20 فبراير 2002 م القطار رقم 832 المتوجه من القاهرة إلى أسوان، وفي الساعة الثانية من صباح ذلك اليوم، اندلعت النيران في العربة الأخيرة للقطار عقب مغادرته مدينة العياط عند قرية ميت القائد، وامتدت بسرعة إلى باقي العربات، والتي كانت مكدسة بالركاب المسافرين لقضاء عطلة عيد الأضحى في مراكزهم وقراهم في صعيد مصر.

تاريخ الرجوع في 2021/3/27 https://ar.wikipedia.org/wiki...AF_2002...

¹⁹ . وقع في الساعات الأولى من صباح يوم الأحد 3 يوليو 2016 في العاصمة العراقية بغداد عدة انفجارات كان أبرزها انفجار الكرادة الشرقية، والذي أسفر عن مقتل أكثر من 324 شخصاً وجرح 250 آخرين، يعتبر الحدث واحد من الاعمال الانتحارية الأكثر تدميراً التي عصفت بالبلاد منذ غزو العراق عام 2003.

تاريخ الرجوع في 2021/3/27 https://ar.wikipedia.org/wiki...A9_2016...

²⁰ . ينظر: الشيخ الكليني: الكافي، ط4، دار الكتب الإسلامية، إيران، 1365هـ، 2، ص 275.

- 2- عن النظر بن سويد عن يوسف بن عقيل عن عاصم بن حميد عن محمد بن قيس عن أبي جعفر - عليه السلام - قال: قضى أمير المؤمنين - عليه السلام - في رجل وامرأة انهدم عليهما بيت فماتا ولا يدري أيهما مات مثل فقال: يرث كل واحد منهما زوجة كما فرض الله لورثتهما. (21)
- 3- عن القاسم بن محمد عن أبان بن عثمان عن عبد الرحمن بن أبي عبد الله قال سألت أبا عبد الله عليه السلام عن القوم يغرقون أو يقع عليهم البيت قال: يورث بعضهم من بعض. (22)
- 4- عن عبد الرحمن بن الحجاج، وحميد بن زياد عن ابن سماعة عن محمد بن أبي حمزة عن عبد الرحمن بن الحجاج عن أبي عبد الله عليه السلام قال: قلت له: رجل وامرأة سقط عليهما البيت فماتا قال: يورث الرجل من المرأة والمرأة من الرجل قال: قلت: فإن أبا حنيفة قد أدخل عليهم في هذا شيئاً قال: وأي شيء أدخل عليهم، قلت رجلين أخوين أعجميين ليس لهما وارث الا مولييهما أحدهما له مائة الف درهم معروفة والآخر ليس له شيء ركباً سفينة فغرق وأخرجت المائة الف كيف يصنع بها؟ قال تدفع إلى مولي الذي ليس له شيء ولم يكن للآخر فقال: ما أنكر ما أدخل فيها صدق هو هكذا، ثم قال: يدفع المال إلى مولى الذي ليس له شيء ولم يكن للآخر مال يرثه مولي الآخر فلا شيء لورثته. (23)
- 5- عن الحسين بن سعيد عن حماد بن عيسى عن حريز عن أحدهما عليه السلام قال: قضى أمير المؤمنين عليه السلام باليمن في قوم انهدمت عليهم، دار فبقي منهم صبيان أحدهما مملوك والآخر حر فأسهم بينهم فخرج السهم على أحدهما، فجعل المال واعتق الآخر. (24)
- وإسناده عن اسماعيل بن مسلم السكوني عن جعفر بن محمد عن أبيه (عليهما السلام) عن أبي ذر رحمه الله قال: سمعت رسول الله ع يقول إذا مات ميت في السفر فلا تكتنموا اهله موته فإنها أمانة لعدة امرأته تعتد، وميراثه يقسم بين أهله أن يموت الميت منهم فيذهب نصيبه. (25)
- 2- مسألة تقديم المرأة في الميراث على الرجل من المهذوم عليه.

21. ينظر: الشيخ أبي جعفر محمد بن علي: من لا يحضره الفقيه، ج4، ط5، مؤسسة النشر الإسلامي، 1429هـ، ص4، ص225.

22. ينظر: الشيخ أبي جعفر محمد بن علي: من لا يحضره الفقيه، المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

23. ينظر: الشيخ الكليني: الكافي، المرجع السابق، ج2، ص274.

24. ينظر: الكليني: الكافي، المرجع نفسه، ج2، ص275.

25. ينظر: محمد بن الحسن الحر العاملي المتوفى سنة 1104 هـ: وسائل الشيعة، ط2، مؤسسة آل البيت عليهم السلام، 1414هـ، ج26، ص301.

عن علي بن مهزيار، عن فضالة عن أبان عن الفضل بن عبد الملك عن أبي عبد الله (عليه السلام) في امرأة وزوجها سقط عليهما بيت فقال تورث المرأة من الرجل، ثم يورث الرجل من المرأة.⁽²⁶⁾

ثانياً: رأي فقهاء الحنابلة:

أجاز فقهاء الحنابلة⁽²⁷⁾ التوارث بين المتوفين في وقت واحد، لكن فقهاء الحنابلة أجاز التوارث بتلاد المال. فالتلاد في اللغة بكسر التاء: القديم ضد الطارئ، وهو الحادث أي المال الذي مات وهو يملكه.⁽²⁸⁾ ومعنى تورث بعضهم من بعض ان يقدر احدهما مات أولاً ويورث الآخر من تركته، ثم يقسم إرثه منها على ورثته الاحياء ثم يصنع بالأخر وتركته كذلك.⁽²⁹⁾

ونص فقهاء الحنابلة على أن التوارث يكون بالمال القديم وليس الطارئ وايضا اشترط الامام احمد عدم اختلاف الورثة، فإن اختلفوا ولم توجد بينة حلف كل منهم على إبطال دعوى صاحبه ولا يورث عندئذ بعضهم من بعض.⁽³⁰⁾

وقد روي عن أحمد فيما إذا ماتت امرأة وإبنتها، وخلفت زوجاً وأخ، فقال زوجها: ماتت فورثناها، ثم مات إبني فورثته، وقال اخوها: مات إبنتها فورثته، ثم ماتت فورثناها، أن يحلف كل واحد منهما على إبطال دعوى صاحبه، ويكون ميراث الإبن لأبيه، وميراث المرأة لأخيها وزوجها نصفين،⁽³¹⁾ وهذا يدل على أنه لا يرث أحدهما صاحبه، بل يقسم ميراث كل واحد منهما على الاحياء من ورثته، دون من مات معه...لأنه لا يعلم أن أحدهما حي حين مات صاحبه، فلم يرثه.⁽³²⁾

يتبين مما سبق أن لرأي الأحنف في التوارث ثلاث حالات:

1- إذا مات الاقارب موت جماعي وخرجت الروح بنفس الوقت فلا توارث بين الموتى.

²⁶. ينظر: الكليني: الكافي، المرجع السابق، ج 4، ص 225.

²⁷. ينظر: أحمد بن الحسين بن علي بن موسى البيهقي: سنن البيهقي - المدخل إلى السنن الكبرى، جامعة الدراسات الإسلامية، كراتشي. باكستان الطبعة: الأولى، 1410 هـ - 1989م، ص420.

²⁸. ينظر: ابن منظور، لسان العرب، المرجع السابق، ص415.

²⁹. ينظر: محمد بن عبد الله الزركشي المصري الحنبلي المعروف بالزركشي: شرح الزركشي على مختصر الخرق في الفقه على مذهب الإمام احمد بن حنبل، ط 1 1413 هـ-1993، ج 4، ص 541.

³⁰. ينظر: منصور بين يونس بن ادريس البهوتي الحنبلي: كشاف القناع عن متن الإقناع، بيروت-لبنان، 1403 هـ-1983، ج4، ص 474.

³¹. ينظر: بن قدامة: المغني، المرجع السابق، ج 6، ص 381.

³². ينظر: أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الحنبلي، الشهير بإبن قدامة المقدسي (ت620هـ): الكافي في فقه الإمام أحمد، دار الكتب العلمية، ط. 1، 1414 هـ - 1994م، ج 2، ص 307.

2- إذا مات الاقارب موتاً جماعياً واختلف ورثة كل منهم بمن مات أولاً يحلف كل واحد منهم على إبطال دعوى صاحبه، ويتم الحاق هذه الحالة بالحالة الاولى لعدم ثبوت من مات أولاً. وقال ابن قدامة موضحاً لهذه الحالة: ويحتمل أن يختص هذا الحكم بهذه الصورة دون غيرها، لان هذه الصور فيها خداع ومنكر، واليمين على من انكر، بخلاف بقية الصور.

3- إذا مات الاقارب موتاً جماعياً ولم يعلم من مات أولاً، أو علم ثم نُسي، ولم يحصل دعوى من أي طرف من الورثة، عندها يرث الموتى من بعضهم البعض من المال الذي سبق تملكه على الوفاة، ولا يرث ممن مات معه شيئاً.

أما أدلة فقهاء الحنابلة في إمكانية التوارث فهي جملة من الأدلة:

- 1- أنه وقع طاعون بالشام عام عمواس فجعل أهل البيت يموتون من آخرهم فقد كتب لسيدنا عمر (رضي الله عنه) فردّ عمر (ورثوا بعضهم من بعض)).⁽³³⁾
- 2- وقال ابن مسعود (رضي الله عنه): إن كل واحد يرث من صاحبه تليد ماله دون ما ورثه منه.⁽³⁴⁾
- 3- ما رواه إياس المزني أنه سأل عن قوم وقع عليهم بيت فقال: يرث بعضهم بعضاً.⁽³⁵⁾
- 4- استصحاب الأصل السابق: ان الاصل هو بقاء الشيء على ما كان عليه حتى يقوم الدليل على خلاف ذلك، وفي حالة من مات غرقاً أو حرقاً أو انهدم عليه دار أو بناء أو جدار، فوجب أن تتمسك بالحياة استصحاباً، وحين نقول لا يمكن التوارث بينهما فإنه يكون لسبب المنع موته قبل موت صاحبه وهذا الشيء مشكوك فيه.⁽³⁶⁾
- 5- اليقين لا يزول بالشك: لا خلاف بين الفقهاء في حجية القاعدة³⁷ وفي هذه الحالة يتيقن حياته ونشك في وفاته أي أن حياة الوارث يقيناً أنه حي ونشك في وفاته وبالتالي أن اليقين لا يرفعه إلا اليقين مثله، وبالتالي إمكانية التوارث بين المتوفين في وقت واحد.

³³. ينظر: علي بن سليمان المرادوي: الانصاف في معرفة الراجح من الخلاف، ج 7، 1375هـ-1956م، ص345.

³⁴. ينظر: عبد الرحمن بن محمد (الحنبلي): حاشية الروض المربع شرح زاد المستتقع، ط 1، 1397هـ، ص499.

³⁵. ينظر: د. عبد الحلیم محمد منصور علي: فقه الموارث في الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص417.

³⁶. ينظر: د. محمد فهمي السرجاني: أحكام الميراث في الفقه الإسلامي، 1416هـ-1996م، ص283.

³⁷. ينظر: عبد الرحيم بن الحسن الشافعي: نهاية السؤال شرح منهاج الوصول، ط 1، 1420هـ-1999م، ط1، ص358، وكذلك.

ينظر: د. مصطفى الزلمي: أسباب اختلاف الفقهاء في الاحكام الشرعية، الدار العربية للطباعة، بغداد، 1976، ص485، فاليقين هو طمأنينة النفس لحكم تراه حقاً لا ريب فيه.

المبحث الثاني: إتجاه عدم التوارث بين الغرقى والهدمى والحرقى

يمكن أن نقسم البحث في هذا الفرع إلى فرعين، نخصص أولهما لإستعراض أدلة الفقهاء المسلمون بصدد عدم التوارث بين الغرقى والهدمى والحرقى، ومن ثم نستعرض بعض المسائل التطبيقية التوضيحية لهذا الإتجاه، وذلك كالآتي:

الفرع الأول: أدلة القائلون بعدم التوارث بين الغرقى والهدمى والحرقى

لم يجز بعض الفقهاء المسلمين رحمهم الله، التوارث بين من جهل تاريخ وفاتهم وما تركوه فإنّه يكون للاحياء. (38) فإذا لم يعلم أيهما مات أولاً كما لو حصل حادث وغرقت الباخرة وغرق ما فيها معاً، أو إذا وقعوا في النار دفعة واحدة أو حادث أدى إلى سقوط جدار أو بناية وسقطت على منزل فقتلتهم جميعاً ولم التوصل إلى من مات أولاً.

فإذا علم ترتيب الموتى أي علم من مات أولاً فإنّه سيرث المتأخر المتقدم، (39) وذلك لتحقق شروط الميراث وهو تحقق حياة الوارث بعد موت المورث، فيتم إثبات هذا الموت إما بالمشاهدة أي يدرك أحدهما وقد توفي الآخر مصاباً ثم يلفظ انفاسه الأخيرة أو يعلم ذلك بالدلائل مثل التقرير الطبي أو القرائن التي لا تقبل الريب أو الشك. (40)

وذهب الإمام الشافعي (رحمه الله) إلى أنّ من عمي موته صنفان غرقى ومفقودون، فأما الغرقى ومن صارعهم الموت من توفي تحت الهدم أو في حريق ولم يعلم من فمات أولاً ولم يعلم من تقدم أولاً، فإن مذهب الامام الشافعي أنه يقطع التوارث من بعضهم البعض، ويتم توزيع تركتهم على ورثته الاحياء وما خلفوا من ورثة. (41)

أما إذا علم السابق من اللاحق ثم نُسي من مات أولاً، فلم يقطع أيهم مات قبل صاحبه ثم يطرأ الاشكال بعد العلم به، فهذا الاشكال يؤدي إلى أن يوقف من تركه كل واحد منهم ميراث من كان معه، ويقسم ما سواه بين الورثة ويكون المال الموقوف موضوعاً حتى يتم إزالة الشك فيه، أو يتم الصلح فيه. (42)

³⁸. ينظر: عبد الرحمن بن محمد بن سليمان: مجمع الازهر في ملتقى الابحر، دار الكتب العلمية، لبنان-بيروت، ط1، 1419هـ-1998م، ج2، ص 768.

³⁹. ينظر: ابن عابدين: رد المحتار، المرجع السابق، ص466.

⁴⁰. ينظر: د. خالد بن بكر إبراهيم: معين القضاة، المرجع السابق، ص38.

⁴¹. ينظر: بن حبيب البصري البغدادي، الشهير بالماوردي (المتوفى: 450هـ): الحاوي الكبير في فقه مذهب الامام الشافعي، تحقيق: الشيخ علي محمد معوض - الشيخ عادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، ط1، 1419هـ-1999م، ج8، ص 87.

⁴². ينظر: الماوردي: المرجع نفسه، ج8، ص 87.

وذهب بعض فقهاء المالكية إلى ذات الرأي، وقالوا بأن توزيع التركة يجري بتقسيم المال على الورثة الاحياء، ولا يرث بعض هؤلاء الاموات من بعض. وأنه لا توارث من جهل تأخر موته عن موت مورثه بأن ماتا بغرق أو حرق أو هدم أو وباء أو قتال ولم يعلم المتقدم. (43)

ففي مثل هذه الحالات لا تثور أية إشكالية في حل المسألة الإرثية حيث يتم حل كل مسألة على حدة وتوزع تركة كل منهما على ورثته، (44) لأنه يعلم بطريق الجزم واليقين أيهما مات أولاً وبالتالي يرث اللاحق السابق باتفاق الفقهاء. (45)

أما الأدلة التي استند عليها القائلون بهذا الرأي (46) في منع التوارث هي:

1- أن من شروط الإرث من البحث هي حياة الوارث قبل وفاة المورث، باستثناء الوصية الواجبة التي جاءت لمصلحة الاحفاد عندما يتوفى والدهم أو والدتهم قبل جدهم فإن حصة الأب أو الام تكون لأولاده سواء كان الأولاد (ذكوراً أم إناث كانوا). (47)

2- إجماع الصحابة على ذلك فقد توفيت ام كلثوم بنت علي بن أبي طالب (رضي الله عنهما) من فاطمة (رضي الله عنها) وهي زوج عمر بن الخطاب (رضي الله عنه) وإبنتها منه زيد في وقت واحد فلم يدر أيهما مات أولاً ولم يرث احدهما من الآخر. وكذلك التابعين من الصحابة ساروا على هذا الحكم خلال تلك الفترة. (48)

3- وذكر عن زيد بن ثابت قال: أمرني ابو بكر (رضي الله عنه) حيث قتل أهل اليمامة أن يورث الاحياء من الاموات ولا يورث بعضهم من بعض. (49)

4- ما روي في التاريخ الإسلامي، أن أهل صفين وأهل الحيرة لم يتوارثوا. (50)

43. ينظر: محمد بن أحمد بن محمد عيش أبو عبد الله المالكي (المتوفى: 1299هـ): منح الجليل شرح مختصر خليل، دار الفكر-بيروت، 1409هـ-1989م، ج 9، ص 696.

44. ينظر: الشيخ سليمان الجمل: حاشية الجمل، بدون سنة ولا مكان طبع، ج4، ص 7.

45. ينظر: د. عبد الحليم محمد منصور علي: فقه الموارث في الشريعة الإسلامية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2010، ص416.

46. ينظر: بن حبيب البصري البغدادي: الحاوي الكبير في فقه مذهب الامام الشافعي، المرجع السابق، ص 87.

47. المادة (74) من قانون الاحوال الشخصية العراقي رقم (188) لسنة 1959 "إذا مات الولد ذكراً كان أم أنثى قبل وفاة أبيه أو أمه فإنه يعتبر بحكم الحي عند وفاة أي منهما وينتقل استحقاقه من الإرث إلى أولاده ذكوراً أم إناثاً حسب الاحكام الشرعية باعتبارها وصية واجبة على أن لا تتجاوز ثلث التركة".

48. ينظر: مالك بن أنس بن عامر المدني، المنتقى شرح الموطأ، مؤسسة الرسالة، 1412هـ، ج 6، ص 253.

49. ينظر: البيهقي: السنن الكبرى للبيهقي، المرجع السابق، رقم (12250)، ص222.

50. ينظر: د. عبد الحليم محمد منصور علي، فقه الموارث في الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص418.

- 5- استدل بأثر عمر بن الخطاب (رضي الله عنه) عندما وقع طاعون عمواس: عن زيد بن ثابت قال: أمرني عمر بن الخطاب (رضي الله عنه) ليالي طاعون (عمواس) قال: كانت القبيلة تموت بأسرها فيرثهم قوم آخرون. قال: فأمروني أن أورث الأحياء من الاموات، ولا أورث الاموات بعضهم من بعض. (51)
- 6- عن يحيى بن عتيق قال: قرأت في بعض كتب عمر بن عبد العزيز في القوم يقع عليهم البيت لا يدري أيهما مات قبل قال: لا يورث الاموات بعضهم من بعض، ويورث الأحياء من الاموات. (52)

المبحث الثالث: موقف التشريعات المقارنة من ميراث الغرقى والهدمى والحرقي

إنّ مراجعة موقف قانون الأحوال الشخصية العراقي؛ توضّح لنا أنّ المشرّع العراقي ترك الأمر بصدد ميراث الموتى جماعياً، لما تقرّه أحكام الشريعة الإسلامية الغراء بحسب المذاهب الإسلامية. حيث لم ينص قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم (188) لسنة 1959 على حالة ميراث الغرقى والهدمى، في سياق تنظيمه لمسائل الأحوال الشخصية وتحديد بعض الأنصبة الميراثية، لم يتبنّ تنظيمياً تشريعياً لحالة ميراث الموتى جماعياً كما فعل المشرّع المصري وجدير بالذكر أنّ موقف قانون الموارث المصري؛ بإعتباره من القوانين القريبة من قانون الأحوال الشخصية العراقي، فقد جاء في المادة (2) من قانون الموارث المصري أنّه: "يجب لاستحقاق الإرث تحقق حياة الوارث وقت موت المورث أو وقت الحكم بإعتباره ميتاً". (53)

ومن المادة أعلاه نلاحظ أنّ من شروط استحقاق الإرث قد تحقق حياة الوارث وموت المورث، أما المادة الثالثة من نفس القانون فقد نصت على "إذا مات اثنان ولم يعلم أيهما مات أولاً فلا استحقاق لاحدهما في تركة الآخر سواء أكان موتهما في حادث واحد أم لا.

ويلاحظ من ذلك أنّ قانون الموارث المصري قد منع التوارث بين المتوفين في حادث واحد أن لم يتوصل إلى معرفة وقت وفاتهم أي جهل معرفة تاريخ وفاتهم. وهذا واضح ليس من المادة (3) بل وحتى من المادة (2)

⁵¹. ينظر: I محمد ناصر الدين الألباني (ت1420هـ): إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل، إشراف: زهير الشاويش، المكتب الإسلامي ط: 2، بيروت 1405 هـ - 1985م، ج6، ص 153.

⁵². ينظر: أبو محمد عبد الله بن عبد الرحمن: مسند الدارمي، دار البشائر (بيروت)، ط1، 1434هـ-2013م، ص715.

⁵³. قانون الموارث المصري؛ سابق الذكر، رقم (77) لسنة 1943 سابق الذكر.

من نفس القانون اشترطت تحقق حياة الوارث وقت موت المورث⁵⁴ وهذا يعني أنه أخذ بمذهب الجمهور. (55)
ولما كان المشرع في قانون الموارث المصري النافذ رقم 77 لسنة 1943، قد تبني تنظيمًا قانونيًا مباشرًا لحالات ميراث الموتى جماعيًا، منها ما جاء في المادة الثالثة منه سابقة الذكر؛ فإن تأصيل هذا النص، يبين لنا أن موقف المشرع المصري جاء مسيرًا لموقف الجمهور، والذي ذهب إلى أنه في حالة عدم التعرف على من مات أولاً، فلا توارث بين الموتى جماعياً في مثل هذه الحالة، وتوزع التركة على الأحياء الباقين، كل حسب نصيبه الشرعي في الميراث. وكذلك من قوانين الدول التي تقارب قوانينها القانون العرقي، جاء موقف قانون الأحوال الشخصية السوري، الذي نظم حالة الموتى جماعياً في نصوص المواد 570 و571 منه، واللذان جاء فيهما "المادة 570" يجب لاستحقاق الإرث تحقق حياة الوارث وقت موت المورث أو وقت الحكم باعتباره ميتاً".
أما المادة 571 فتتص على أنه "إذا مات اثنان فأكثر وكان بعضهم يرث بعضاً ولم يعلم من مات أولاً فلا استحقاق لأحدهم في تركة الآخر". وفي هذا النص دليل واضح على اشتراط حياة الوارث حال موت المورث، وإلا إختل شرط من شروط الميراث.

وفي ظل هذا الموقف السلبي من المشرع العراقي؛ والذي لم يعمد إلى تنظيم مسائل الموارث بشكل عام، فإن المحاكم هنا تلجأ المحكمة إلى مبادئ الشريعة الإسلامية في هذا الصدد، بحسب نص المادة الأولى من القانون تنص على أن: "تسري النصوص التشريعية في هذا القانون على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفظها أو فحواها". وتكمل الفقرة الثانية منها الحكم بالنص على أنه "إذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه فيحكم بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملائمة لنصوص هذا القانون". حيث حددت هذه الفقرة الشريعة الإسلامية كمصدر احتياطي أول بعد نصوص القانون. (56)

⁵⁴. ينظر: د. نصر فريد: فقه الموارث والوصية في الشريعة الإسلامية (دراسة مقارنة)، المكتبة التوفيقية، بدون سنة طبع، ص214.

⁵⁵. أما عن باقي الدول العربية مثل المشرع الكويتي في قانون الأحوال الشخصية الكويتي رقم 51 لسنة 1984، المادة (290) "إذا مات اثنان أو أكثر وكان بعضهم يرث بعضاً، ولم يعلم من مات أولاً، فلا استحقاق لأحدهم في تركة لأخر. وكذلك المادة (352) من قانون الاحوال الشخصية للمسلمين في السودان لسنة 1991، والتي نصت على أنه "إذا مات اثنان أو أكثر وكان بينهم لأحدهم في تركة الاخر، وكذلك المادة (1-725) من القانون المدني الفرنسي بقوله "في حالة هلاك شخصين في حادث واحد، ويكون لأحدهما حق بان يرث الاخر فإن الاسبقية في الوفاة تحدد بكل الوسائل، وإذا كان من المستحيل تحديد هذه الاسبقية، فتوزع تركة كل من الاثنين من دون أن يرث فيها أحدهما الاخر. هذا مع العلم بأنه إذا كان لأحد المتوفين فرع، فإن لهؤلاء الحق بالحلول محل مورثهم في ارث المتوفي الاخر في حالة تمتعهم بحق التمثيل.

⁵⁶. ينظر: د. فاروق عبد الله كريم: الوسيط في شرح قانون الاحوال الشخصية العراقي رقم (188) لسنة 1959، بغداد 2004، ص15.

ويأتي موقف المشرع العراقي هنا؛ مسائراً لتوجهه في ترك الدور للشريعة الإسلامية لتحكم تفاصيل الكثير من الأوضاع التي تدخل في إطار الأحوال الشخصية للمسلمين من العراقيين.⁽⁵⁷⁾ حيث يأتي دور القاضي بتطبيق أحكام الشريعة الإسلامية في المسائل التي لا تحكمها النصوص القانونية، وبحسب ما يتبعه ذوو الشأن من المذاهب الإسلامية، خصوصاً ما كان منها ملائماً لنصوص القانون. بل لم يكتف المشرع بذلك فحسب، وإنما أوجب على المحاكم الاستئناس والاسترشاد بأحكام المحاكم في الدول التي تقترب قوانينها من القانون العراقي، ولعل أحكام قضاء الدول العربية والإسلامية هي المقصود في هذه الفقرة.

عندما لا يكون هناك نص يمكن تطبيقه فيمكن للقاضي أن ينتقل للشريعة الإسلامية فيأخذ بالرأي الذي يكون أكثر ملائمة مع نصوص الأحوال الشخصية العراقي وإن المشرع العراقي يبدو أنه اكتفى بهذه الإشارة هو الأخذ بالرأي الأكثر ملائمة لنصوص هذا القانون دون أن يتقيد بمذهب معين من المذاهب. فهنا أن المشرع فقد أحال القاضي عند عدم وجود نص قانوني ضمن مواد هذا القانون فإنه يمكن الرجوع إلى الشريعة الإسلامية ولم يكتف بالاستعانة بالأحكام التي أقرها الفقه والقضاء الشرعي في العراق فحسب بل حتى في البلاد الإسلامية الأخرى لكن بشرط أن يكون هناك تقارب قوانين تلك الدول مع القوانين الصادرة في العراق.⁽⁵⁸⁾

وجدير بالذكر هنا؛ أنّ المشرع العراقي وضع أمام القاضي في مثل هذا الفرض طريقان يوصلانه لحل المسائل الإرثية التي تعرض عليه في مسائل الموتى جماعياً، فيكون أمامه الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية وأراء الفقه الإسلامي على إختلاف مذاهبه، والتي أثرت هذا الموضوع بالحلول المتمثلة بالأراء المتعددة التي غطت جميع الفرضيات الممكن تصورها في هذا الصدد. أمّا الطريق الثاني؛ فهو الاسترشاد بموقف القانون وأحكام المحاكم في الدول التي تقترب قوانينها من القانون العراقي، ومثال ذلك أحكام القضاء وموقف المشرع في مصر أو في سوريا.

⁵⁷. ومن المواقف المشابهة لموقف المشرع العراقي في هذا الصدد، من حيث كونه لم يخصص تنظيمًا تشريعيًا خاصًا لحالة ميراث الموتى جماعياً هو المشرع الجزائري في قانون الأسرة النافذ، حيث ذهب المشرع الجزائري إلى أن الوارث هو الذي يستحق الإرث لتحقق سبب من أسباب الإرث. ويشترط لاستحقاقه ذلك أن يكون حياً لحظة وفاة المورث أي التحاقه بالأحياء وهذا شرط ضروري ، فالحي يرث الميت كقاعدة عامة ، وهذا ما نصت عليه المادة 129 من قانون الأسرة النافذ القانون رقم 84 - 11. المؤرخ في 9 رمضان عام 1404 هـ الموافق 9 يونيو 1984، بنصها على أن " يشترط لاستحقاق الإرث أن يكون الوارث حياً...". مع استثناء الحمل ... للمزيد في موقف القانون الجزائري ينظر: ورتي غنية: دراسة نقدية للكتاب الثالث من قانون الأسرة الجزائري (المواد 126 - 183 من قانون الأسرة)، مجلة حوليات جامعة الجزائر 1، المجلد 34، العدد 01 - 2020، ص (82 - 105).

⁵⁸. ينظر: د. فاروق عبد الله كريم: الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية، المرجع نفسه، ص 16.

ويمكن ان نلاحظ تطبيق القضاء العراقي لأحكام الشريعة الإسلامية في أحوال كثيرة نظرتها المحاكم العراقية، عمد فيها القضاء في العراق إلى تطبيق نص الفقرة الثانية من المادة الأولى من القانون، ورجع في ذلك إلى أحكام الشريعة الإسلامية، وبحسب المذهب الذي يتبعه المورث، ومن خلال تتبع أحكام محاكم الأحوال الشخصية في هذه الأحوال، فقد أصدرت محاكم الأحوال الشخصية في الكاظمة بتاريخ 2006/4/30 قرار لها حكم في إشكالية ميراث الغرقى والحرقى والمهدوم عليهم بعضهم من بعض. " ... حيث أن المتوفى (م.م.ز) وولده وبناته وزوجته، وقد توفاهم الله دون علم من سبق موته موت الآخر من المتوفين المذكورين لذا فإن وصف توريثهم لم تجد المحكمة له محلاً في قانون الأحوال الشخصية إذ لاحظت أن في مواده (86-89) لم تشر إلى معالجة الحالة محل النظر هذه الدعوى وفي نص المادة (90) منه اشارت إلى إحالة توزيع الاستحقاقات والانصبه على الوارثين بالقرابة وعلى وفق الاحكام الشرعية التي كانت نافذة قبل تشريع هذا القانون، ومن الملاحظ أن طرفي الدعوى الاعتراضية لم يكونوا من أصحاب الفروض فيما يتعلق بالإرث الشرعي للمتوفى (م.م.ز) مما يجعلهم من الوارثين بالقرابة، لذا فإن اللجوء إلى أحكام الشريعة الإسلامية هو الحل لمعالجة كيفية توزيع الانصبه والاستحقاقات.

وفي الرجوع إلى أحكام الفقه الإسلامي؛ وجدت المحكمة أن هذه الحالة التي توفى فيها المذكورين أعلاه قد أشار إليها فقهاء المذاهب الإسلامية جميعاً في مسألة ميراث الغرقى والحرقى والمهدوم عليهم وأمثالهم، واختلفوا في موارث بعضهم من بعض إذا اشتبه الحال ولم يعلم تقدم موت أحدهم على موت الآخر ... "إن مذهب الأئمة الاربعة أبو حنيفة ومالك والشافعي وإبن حنبل، إلى أن بعضهم لا يرث بعضاً، بل تنتقل تركة كل واحد لباقي ورثته الاحياء ولا يشاركهم فيها ورثة الميت الآخر سواء كان سبب الموت والاشتباه الغرق أم الهدم أم القتل أم الحريق أم الطاعون" هذا فيما برأى فقهاء المذاهب الاربعة أما فقهاء الشيعة الإمامية (فإنهم يحصرن التوارث بين المتوفين بأن يرث بعضهم من بعض في حالة كون سبب الموت الغرق أو الهدم خاصة، أما إذا ماتا على حتف الانف أو بسبب الحريق أو القتل في المعركة أو الطاعون وما إلى ذلك فلا توارث بينهما بل ينتقل مال

كل واحد إلى ورثته الاحياء ولا يرث أحد الهالكين من صاحبه شيئاً).⁽⁵⁹⁾

ويلاحظ على موقف القضاء العراقي في هذا الصدد؛ فيراعي القضاء في القضاء التعددية المذهبية والدينية التي ينتمي إليها إنشاء الشعب العراقي، وقد جسد المشرع الدستوري ذلك في الدستور الدائم لعام 2005 بالنص في المادة الثانية/ ثانياً منه بقولها "يضمن هذا الدستور الحفاظ على الهوية الإسلامية لغالبية الشعب العراقي، كما ويضمن كامل الحقوق الدينية لجميع الأفراد في حرية العقيدة والممارسة الدينية، كالمسيحيين، والإيزيديين، والصابئة المندائيين.

وكذلك المادة 3 من الدستور العراقي النافذ التي تنص على أن "العراق بلدٌ متعدد القوميات والأديان والمذاهب، وهو عضوٌ مؤسسٌ وفعال في جامعة الدول العربية وملتزمٌ بميثاقها، وجزءٌ من العالم الإسلامي".⁽⁶⁰⁾ ومقتضى تفعيل هذه النصوص في مجال الأحوال الشخصية، هو تطبيق أحكام الشرع الإسلامي بحسب المذهب الذي ينتمي إليه المورث بحسب الأحوال.

ومن ملاحظة موقف القضاء العراقي، فإنه يمكن القول بأنه لم يتبين أي من الآراء التي قال بها الفقهاء المسلمون على وجه الدوام، سواء ما ذهب إليه الجمهور الذين منعوا التوارث بين المتوفين في وقت واحد، ولم يعلم من منهما مات أولاً، وذلك لتعذر تحقق شروط الميراث، وخصوصاً شرط حياة الوارث وقت موت المورث، خصوصاً وأن من أجاز من فقهاء الحنابلة حالة التوارث بين المتوفين سويةً، قصرها على التركة المتكونة من تلاد المال، أي مال المتوفى القديم وليس ماله الطارئ الحديث.

⁵⁹ . محمد جواد مغنية: فقه الإمام الصادق عرض واستدلال، ج(5) ط 1، بيروت 1966، ص249 وما بعدها. وهذا ما ورد في الصفحة (254) ج الخامس من الكتاب المذكور أعلاه، بالإضافة إلى آراء العديد من فقهاء الشيعة الإمامية ومنهم المذكورين أدناه وكما يلي: أبي جعفر محمد بن الحسن بن علي الطوسي 385 - 460 هـ: النهاية ونكتها، المحقق الأول الحلبي، تحقيقي مؤسسة النشر الإسلامي، بدون مكان ولا سنة نشر، ج1، ص677: (إذا مات نفسان حتف انفهما، لم يورث بعضهما من بعض ويكون ميراث كل واحد منهما لمن يرثه من الوارث الاحياء، لان هذا الحكم جعل في الموضع الذي يجوز فيه تقديم موت كل واحد منهما على صاحبه). وكذلك ذهب العلامة جمال الدين الحسن بن يوسف بن علي بن المطهر الحلبي: قواعد الاحكام، المحقق: مؤسسة النشر الإسلامي التابعة لجماعة المدرسين، ط 1، بدون مكان ولا سنة نشر، ج3-ص401 (إذا ماتا حتف أنفهما، واشتبه المتقدم أو علم الاقتران لم يرث أحدهما من الآخر بل كان ميراث كل واحد منهما لورثته الاحياء). وما قاله العلامة الحسن بن يوسف بن علي بن محمد بن مطهر الحلبي (648 . 726 هـ): مختلف الشيعة، المحقق: مؤسسة النشر الإسلامي التابعة لجماعة المدرسين، ط 1، بدون مكان ولا سنة نشر، ج9 ص102 بأنه (... وإذا مات جماعة يتوارثون بغير غرق ولا هدم في وقت واحد، لم يورث بعضهم من بعض بل جعلت تركة كل واحد منهم لورثة الاحياء خاصة، وهو يدل على تخصيص هذا الحكم بالهدم والغرق لا غير)، ينظر أبو القاسم الموسوي الخوئي: منهاج الصالحين، بدون مكان ولا سنة نشر، ج2، ص381 مسألة 1833.
⁶⁰ . الدستور العراقي النافذ الصادر عام 2005.

بينما ذهب فقهاء الجعفرية إلى جواز التوارث بين الموتى جماعياً في حالة الموت غرقاً أو الهدم، أما إذا كان الموت حرقاً أو حتف الأنف فلا توارث بين المتوفين، وهذا المبدأ تبنته محكمة الأحوال الشخصية في الكاظمية، في قرار لها صدر عام 2003،⁽⁶¹⁾ أصدرت فيه حكماً على وفق ما ذهب إليه فقهاء الإمامية، كون المدعين من الطائفة الجعفرية، وحصرت الإرث فقط بمن مات غرقاً أو هدماً دون من مات حرقاً.

الخاتمة

في نهاية البحث؛ فإننا يمكن أن نسلط الضوء على بعض النتائج ونقدم بعض المقترحات التي نرى في التركيز عليها وتبنيها فائدة علمية وعملية، وكما يلي:

أولاً: النتائج:

1- ميراث الموتى جماعياً؛ هو ما يستحقه الوارث من مورثه عندما تكون وفاتها في حادثة واحدة، بحيث لا يعلم حال المتقدم منها في الوفاة على الآخر، مع وجود سبب من أسباب الإرث، فيتم بموجبه معرفة ما للمستحقين من التركة ونصيب كل وارث، بعد التعرف حقيقة أو قرينة على موت المورث وحياة الوارث حقيقة أو حكماً كشرط لقيام هذا النوع من التوارث. وحياة المورث كشرط في الميراث؛ هي أما حياة حقيقية وهي الثابتة له بمشاهدة صحيحة.

2- ترجع المحاكم بصدد أحكام ميراث الموتى جماعياً إلى أحكام الفقه الاسلامي، بموجب قانون الاحوال الشخصية العراقي، في المادة الأولى، الفقرة الثانية منها، حيث أن المشرع وضع قاعدة للقاضي وأوجب اتباعها من قبله في حالة عرض نزاع عليه، فيما يتعلق بمسائل الميراث، فله أن يستقي الحكم من النص القانوني الوارد في التشريع. أو اللجوء إلى فقه الشريعة الإسلامية، دون التقيّد بمذهب معين، بشرط أن تكون أكثر ملائمة لنصوص القانون.

3- أجاز بعض الفقهاء المسلمون التوارث بين المتوفين في وقت واحد، بتلاد المال أي المال القديم الذي مات وهو يملكه. ويتم توريث بعضهم من بعض بأن يقدر أن أحدهما مات أولاً ويورث الآخر من تركته، ثم يقسم إرثه منها على ورثته الاحياء ثم يصنع بالآخر وتركته كذلك. بينما لم يجز البعض الآخر، التوارث بين من جهل تاريخ وفاتهم وما تركوه فإنه يكون للاحياء، فإذا علم ترتيب الموتى أي علم من مات أولاً فإنه سيرث المتأخر المتقدم، وذلك لتحقق شروط الميراث وهو تحقق حياة الوارث بعد موت المورث، فيتم إثبات هذا الموت إما بالمشاهدة أي يدرك أحدهما وقد توفي الآخر مصاباً ثم يلفظ انفاسه الأخيرة أو يعلم ذلك بالدلائل مثل التقرير الطبي أو القرائن التي لا تقبل الريب أو الشك.

ثانياً: التوصية:

⁶¹ . قرار محكمة الأحوال الشخصية في الكاظمية/ بغداد، رقم الدعوى 2635/ش/ 2003 في 19 / 11 / 2003. غير منشور.

نوصي بتعديل قانون الأحوال الشخصية بإضافة نص قانوني يتضمّن حكماً صريحاً يقرر التوارث في حالة الموتى جماعياً، سيما وأننا لمّا نزل نشهد بين الفينة والأخرى حادثة موت يذهب ضحيتها عدد من أفراد عائلة واحدة، حرقاً أو غرقاً أو هدماً، وعدم الاكتفاء بالإحالة إلى أحكام الفقه الإسلامي، ونقترح أن يكون النص كالاتي " إذا مات شخصان أو أكثر بحادث غرق أو حرق أو هدم أو أية حوادث مشابهة كإنتشار وباء أو حالة تسمم أو اختناق ونحوها، فإنه يجري التوارث بينهم ويتم توزيع التركة يجري بحسب المذهب الذي يقلده المتوفّي.

تكريس بعض بنود المعاهدات الدولية في التشريعات الداخلية وتأثيرها على الأمن الأسري

دليلة آيت شاوش زوجة تريكي (1)

(1) أستاذة محاضرة قسم "أ"، كلية الحقوق والعلوم السياسية،

جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية 06000 الجزائر.

البريد الإلكتروني: dalila.aitchaouche@univ-bejia.dz

الملخص:

تتمحور هذه الدراسة حول تأثير بعض بنود الاتفاقيات الدولية وعلى رأسها اتفاقية "سيداو" على التشريعات الداخلية، خصوصا ما تعلق منها بقوانين الأحوال الشخصية وما تعلق بصفة أخص بالمرأة وحقوقها. كما تشمل الدراسة حقيقة المساواة التي تحاول هذه الاتفاقيات فرضها على الدول التي تتخذ الشريعة الإسلامية كمصدر لها خاصة في مجال الأحوال الشخصية، وحقيقة المساواة التي جاءت بها الشريعة الإسلامية وقتنتها هذه الدول في تشريعاتها الداخلية، وتوضح الدراسة كذلك بعض الشبهات والمغالطات التي تروج لتغيير بعض المبادئ الجوهرية التي تقوم عليها الأسرة في هذه التشريعات، والتي إن تغيرت أثرت سلبا على مكانة المرأة وعلى حقوقها.

الكلمات المفتاحية:

الاتفاقيات الدولية، المرأة، قانون الأسرة، المساواة، الشريعة الإسلامية.

تاريخ إرسال المقال: 2021/12/07 تاريخ مراجعة المقال: 2021/12/29، تاريخ نشر المقال: 2021/12/31.

لتهميش المقال: دليلة آيت شاوش زوجة تريكي، " تكريس بعض بنود المعاهدات الدولية في التشريعات الداخلية وتأثيرها على الأمن الأسري"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد 12، العدد 03، السنة 2021 ص ص 734-749.

<https://www.asjp.cerist.dz/en/PresentationRevue/72>

المقال متوفر على الرابط التالي:

المؤلف المراسل: دليلة آيت شاوش زوجة تريكي، dalila.aitchaouche@univ-bejia.dz

Integration of certain provisions of international agreements into domestic law and their impact on family security

Summary:

This study focuses on the impact of certain provisions of international agreements, in particular the CEDAW Agreement, on domestic legislation especially those related to personal status laws and those specifically related to women and their rights. The study also contains the reality of equality that these agreements attempt to impose on countries that take Islamic Sharia as their source, especially in the area of personal status, and the reality of equality that Islamic Sharia has brought and codified by these countries in their internal law; it also clarifies certain suspicions that promote the change of some fundamental principles on which the bases of the conception of the family are based in these countries, and which - in the event of change - will affect negatively on the status of women and their rights in society.

Keywords:

domestic legislation, personal status laws, international agreements, CEDAW, woman rights.

Intégration de certaines dispositions des accords internationaux dans le droit interne et leur impact sur la sécurité familiale

Résumé

Cette étude est axée sur l'impact de certaines dispositions des accords internationaux, en particulier l'Accord CEDAW, sur la législation interne, en particulier celles liées aux lois sur le statut personnel et celles liées spécifiquement aux femmes et à leurs droits.

L'étude comprend également la réalité de l'égalité que ces accords tentent d'imposer aux pays qui prennent la charia islamique comme leur source, notamment dans le domaine du statut personnel, et la réalité de l'égalité que la charia islamique a apportée et codifiée par ces pays dans leur droit interne; elle clarifie aussi certains soupçons qui promeuvent le changement de certains principes fondamentaux sur lesquels reposent les bases de la conception de la Famille dans ces pays, et qui - dans le cas de changement - affecteront négativement sur le statut des femmes et leurs droits dans la société.

Mots clés :

Droit interne, code de la famille, accords internationaux, CEDAW, droits de la femme.

مقدمة

لقد طفت على سطح المجتمعات المسلمة في العشرية الأخيرة قضية المطالبة بالمساواة المطلقة بين الرجل والمرأة والتي قننتها معاهدات دولية عدّة كانت أبرزها معاهدة سيداو "اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضدّ المرأة"، حيث المطلوب من الدول المصادقة عليها، والتزامها بعد ذلك بتعديل تشريعاتها الوطنية وفق بنود تلك المعاهدة، وهذا أمر يفرضه القانون الذي يقضي بسمو المعاهدات الدولية على التشريعات الوطنية للدولة المصادقة عليها، حتى وإن تعلق الأمر بالدستور.

ومن أبرز الدول التي تتأثر سلبا من هذا الإجراء، الدول التي تتبنّى الدين الإسلامي كمصدر لتشريعاتها الداخلية خاصة منها تشريع الأحوال الشخصية أو تقنينات الأسرة كما يُطلق عليها في الجزائر (قانون الأسرة) والمغرب (مدونة الأسرة).

ولكي نوضح موضوع هذه الدراسة فإننا نطرح الإشكالية الآتية:

ما مدى المساس بالأمن الأسري في المجتمعات المسلمة، (الجزائر أنموذجا)، جرّاء تعديل التشريعات الداخلية خاصة منها تشريعات الأحوال الشخصية وفق ما تقتضيه هذه المعاهدات الدولية وطرق التصدي لذلك؟

لا يمكننا أن نحيب على هذه الإشكالية إلا إذا تعرّضنا للنقاط الآتية:

1- المرجعية الدينية لتشريعات الأحوال الشخصية في الدول الإسلامية

2- حقيقة المساواة في الشريعة الإسلامية بين الرجل والمرأة.

3- المساواة المطلقة بين الرجل والمرأة وآثارها على حقوقهما.

- حماية المرأة في العلاقة الزوجية (الولي: صلاحيات وضوابط).

- ضمان الشريعة الإسلامية لأمن العلاقات المالية بين الزوج والزوجة.

- حقيقة قاعدة للذكر مثل حظ الأنثيين في الميراث الإسلامي.

أولا: المرجعية الدينية لتشريعات الأحوال الشخصية في الدول الإسلامية

1- نظرة المجتمعات المسلمة لحقوق المرأة:

تختلف نظرة الأفراد في المجتمع المسلم إلى موضوع المرأة وحقوقها وإلى موضوع المساواة بينها وبين الرجل باختلاف البيئة والعادات والتقاليد، وباختلاف حتى المذاهب الفقهية المعتمدة، بل وحتى المناهج الفكرية الإسلامية الرائجة في ذلك المجتمع. وتختلف تلك النظرة كذلك باختلاف التحديات التي تواجه المجتمع المسلم من داخله ومن خارجه.

ولعلّ الدول التي تعاني من هذه التحديات بل والأكثر عرضة لها، هي الدول التي عاشت عقودا من الزمن تحت نير الاستعمار الغربي، والذي كان من أولوياته ومخططاته تدمير الشخصية المسلمة وتدمير موروثاتها

وسلخها من عقائدها ومبادئها لتتصهر في قالب العولمة، الذي يلغي جميع المقومات التي تضي على الفرد المسلم طابعه الخاص وتميزه عن غيره بأخلاقه ومبادئه وضوابطه التي تحميه من الوقوع في الرذيلة، التي تقضي عليه ثم على الأسرة فالمجتمع بكامله.

وأشارتنا إلى المجتمعات التي عانت من الاستعمار الغربي لا يجعل المجتمعات الأخرى بمنأى عن هذه التحديات، لأن هذه الأخيرة إذا لم تكن قد تعرضت للغزو الفكري المباشر من المستعمر، فإنها تعاني من تحجر في بعض الجوانب الفكرية والبعيدة عن الفهم الصحيح للإسلام خاصة ما تعلق منها بقضايا المرأة ودورها ومكانتها في الأسرة، وهذا ما يجعل المرأة تتطلع إلى الحرية المنادى بها في الغرب وتسعى من خلال بعض الجمعيات النسوية إلى المطالبة بما تقرضه بعض الأنظمة الموالية فكريا للغرب على المجتمعات المسلمة.

ونرجح في الأخير إلى أن المستهدف الأول من خلال كل ما سبق هو الأمن الأسري بكل مجالاته وأبعاده. والذي يؤكد هذا هو موجة المطالبة بالمساواة المطلقة بين الرجل والمرأة والتي طفت على سطح المجتمعات المسلمة في العشرينات الأخيرة، والتي قننتها معاهدات دولية عدة كانت أبرزها معاهدة "اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة" سيداو¹، حيث كان وما زال المطلوب من الدول المصادقة عليها الالتزام بعد المصادقة بتعديل تشريعاتها الوطنية وفق بنودها. وما يسر هذا الأمر هو القانون الذي يقضي بسمو المعاهدات الدولية على التشريعات الوطنية وفق بنود تلك المعاهدة، حتى وان تعلق الأمر بالدستور. فالقانون يجعل المعاهدة التي تصادق الدولة عليها أسمى من كل قوانينها.

إن موضوع مصادقة الدولة على معاهدات دولية قد لا يفرض إشكالا بالنسبة لكثير من الدول، فالأمر قد يتعلق بنصوص وضعية في الحالتين، أي في القوانين الداخلية والمعاهدات الدولية. لكن الأمر يختلف بالنسبة للدول التي تتبنى الدين الإسلامي كمصدر لتشريعاتها الداخلية، خاصة منها ما يتعلق بالأحوال الشخصية والتي تعتبر المجال الوحيد الذي حافظ على مرجعيته الشرعية في دول إسلامية كثيرة. حيث استوردت هذه الأخيرة قوانين وضعية في شتى المجالات ماعدا تشريعات الأسرة أو تشريعات الأحوال الشخصية كما يفضل أغلب المشرعين تسميتها.

2- سبب الإبقاء على المرجعية الدينية لتشريعات الأحوال الشخصية في الدول الإسلامية:

سنتحدث في هذه النقطة على الجزائر أنموذجا، بحيث خضعت هذه الأخيرة لأطول فترة استعمارية عرفها التاريخ، سمحت هذه المدة لهذا الاستعمار بمحاولة هدم الشخصية الجزائرية الإسلامية بتغييرها لكل القوانين، ولم يبق أمامها إلا موضوع الأحوال الشخصية، حيث حاولت فرنسا مرارا وتكرارا سنّ قوانين تنظم فيها هذا الجانب، على أساس أن الدين الإسلامي، مثله مثل القانون الكنسي المسيحي، غير قابل للتطور، فوجب استبداله بالقوانين الوضعية.

¹ - <https://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/text/0360793A.pdf>

ومن القوانين التي حاولت فرنسا الاستعمارية فرضها على الأسرة الجزائرية الآتي:

- قانون 02 ماي 1930 يتعلق بالخطبة وسن الزواج.
- مرسوم 19 ماي 1931 يتعلق بالحالة القانونية للمرأة الجزائرية.
- الأمر الصادر في 23 نوفمبر 1944 يتعلق بتنظيم القضاء الإسلامي.
- القوانين الصادرة في 23 نوفمبر 1957 متعلقة بأحكام المفقود والوصاية والحجر وإثبات الزواج.
- الأمر الصادر في 04 فبراير 1959.
- المرسوم الصادر في 17 سبتمبر 1959 ينظم الزواج وانحلاله في الجزائر.

كل المحاولات السابقة جاءت نتيجة فشل محاولة "مارسال موران" "Marcel Morand" لوضع مشروع الأحوال الشخصية سنة 1916، الذي بقي حبرا على ورق نتيجة لمقاومة الشعب الجزائري ومحافظته على عقيدته وحضارته الإسلامية¹.

ما نلاحظه هو أنه رغم فشل كل هذه المحاولات إلا أنّ جهود الغرب مازالت مستمرة للقضاء على المبادئ الجوهرية التي تقوم عليها الأسرة المسلمة وبكل الطرق، وهذا ما سيظهر من خلال المحاولات المستمرة من خلال كل الوسائل ومنها أساسا هذه المؤتمرات الدولية، كالمؤتمر الدولي للتنمية والسكان في القاهرة سنة 1415هـ، ومؤتمر بكين واحد، ومؤتمر بكين اثنين، والترويج فيها لمفهوم "الجنس (Gender)"، وهو كلمة إنجليزية تنحدر من أصل لاتيني تعني: المساواة المطلقة بين الرجل والمرأة، أي: إزالة الفروق النوعية بين الرجل والمرأة، وكذا المعاهدات السابق ذكرها والتي تفرض على الدول المصادقة عليها وتعديل تشريعاتها وفقها.

ثانيا- تحدي المطالبة بالمساواة المطلقة بين الرجل والمرأة:

إنّ المطالبة بالمساواة المطلقة بين الرجل والمرأة دون مراعاة الفروق البدنية والنفسية بينهما يشكل خطرا على الأمن الأسري، ونفي حقيقة وجود المساواة بينهما في الدين الإسلامي يصدقه من يجهل نصوصه ومقاصده الأساسية، لهذا سأحدث عن حقيقة هذه المساواة في الشريعة الإسلامية ثم عن خطر المطالبة بالمساواة المطلقة وتأثيرها على حقوق كل منهما. وقبل الحديث عن ذلك ولتأكيد خطورة مطالب هذه الاتفاقيات الدولية خاصة منها اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة "سيداو" لسنة 1979، ينبغي أن نذكر أنّ الجزائر قد انضمت إليها بتحفظ² بموجب المرسوم الرئاسي رقم 96-51.

¹ بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء الأول، (الزواج والطلاق)، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائرية، 1999، ص 18 و 19.

² مرسوم رئاسي رقم 96-51، مؤرخ في 22 جانفي 1996، يتضمن انضمام الجزائر مع التحفظ إلى اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة لسنة 1996، ج ر عدد 6 لسنة 1996.

والذي يبرهن أكثر على سعي صانعي هذه الاتفاقية إلى هدم المرجعية الدينية للتشريعات الداخلية، والتي لا تتناسب مع مفهوم الحرية والمساواة في المجتمعات الغربية، هو أنّ اللجنة المعنية بالقضاء على التمييز ضدّ المرأة، والتي تتابع مدى وفاء الدول أطراف الاتفاقية لتنفيذ بنود اتفاقية "سيداو"، اعترضت على تحفظ الجزائر على المادة 2 والمادة 16 لأنّه يتعارض مع غرض الاتفاقية¹، حيث طالبت اللجنة من الجزائر رفع التحفظ على المادة 16 من الإتفاقية².

1- حقيقة المساواة في الشريعة الإسلامية بين الرجل والمرأة:

كثيرون ينفون العدل بين الجنسين والمساواة بينهما في الدين الإسلامي، لهذا سأستعرض لبعض النصوص فقط والتي تؤكد على العدل والمساواة بين الرجل والمرأة وهذا ما يظهر في النصوص القرآنية الآتية:

- "مَنْ عَمِلَ صَالِحًا مِّنْ ذَكَرٍ أَوْ أُنْثَىٰ وَهُوَ مُؤْمِنٌ فَلَنُحْيِيَنَّهٗ حَيَاةً طَيِّبَةً وَلَنَجْزِيَنَّهُمْ أَجْرَهُمْ بِأَحْسَنِ مَا كَانُوا يَعْمَلُونَ"³.

- "فَاسْتَجَابَ لَهُمْ رَبُّهُمْ أَنِّي لَا أُضِيعُ عَمَلَ عَامِلٍ مِّنْكُمْ مِّمَّنْ ذَكَرٍ أَوْ أُنْثَىٰ بَعْضُكُم مِّنْ بَعْضٍ فَالَّذِينَ هَاجَرُوا وَأُخْرِجُوا مِنْ دِيَارِهِمْ وَأُودُوا فِي سَبِيلِي وَقَاتَلُوا وَقُتِلُوا لَأُكَفِّرَنَّ عَنْهُمْ سَيِّئَاتِهِمْ وَلَأُدْخِلَنَّهُمْ جَنَّاتٍ تَجْرِي مِنْ تَحْتِهَا الْأَنْهَارُ ثَوَابًا مِّنْ عِنْدِ اللَّهِ وَاللَّهُ عِنْدَهُ حُسْنُ الثَّوَابِ"⁴.

- "إِنَّ الْمُسْلِمِينَ وَالْمُسْلِمَاتِ وَالْمُؤْمِنِينَ وَالْمُؤْمِنَاتِ وَالْقَانِتِينَ وَالْقَانِتَاتِ وَالصَّادِقِينَ وَالصَّادِقَاتِ وَالصَّابِرِينَ وَالصَّابِرَاتِ وَالْخَاشِعِينَ وَالْخَاشِعَاتِ وَالْمُتَصَدِّقِينَ وَالْمُتَصَدِّقَاتِ وَالصَّائِمِينَ وَالصَّائِمَاتِ وَالْحَافِظِينَ فُرُوجَهُمْ وَالْحَافِظَاتِ وَالذَّاكِرِينَ اللَّهَ كَثِيرًا وَالذَّاكِرَاتِ أَعَدَّ اللَّهُ لَهُمْ مَغْفِرَةً وَأَجْرًا عَظِيمًا"⁵.

- "وَالْمُؤْمِنُونَ وَالْمُؤْمِنَاتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ يَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَيَنْهَوْنَ عَنِ الْمُنْكَرِ وَيُقِيمُونَ الصَّلَاةَ وَيُؤْتُونَ الزَّكَاةَ وَيُطِيعُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ أُولَئِكَ سَيَرْحَمُهُمُ اللَّهُ إِنَّ اللَّهَ عَزِيزٌ حَكِيمٌ"⁶.

¹ - د. أحمد عبادة، التحفظات الجزائرية على اتفاقية سيذاو من منظور القانون الدولي العام، مجلة العلوم الإنسانية، المجلد 07، العدد 02، جامعة أم البواقي، جوان 2020، ص 90.

² - للتوسع في الموضوع ارجع إلى: شوقور فاضل، مطالبة لجنة القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة للجزائر برفع التحفظ على المادة 16 من اتفاقية سيذاو بين الممكن والمأمول، مجلة القانون والعلوم السياسية، العدد 07، جانفي 2018، المركز الجامعي صالحى أحمد بالنعامة، ص 382.

³ - سورة النحل الآية 97.

⁴ - آل عمران الآية 195.

⁵ - الأحزاب الآية 35.

⁶ - التوبة 71.

إنّ هذه الآية الأخيرة هي أبرز دليل، كما يرى الشيخ محمد الغزالي رحمه الله، على رابطة الولاية والوفاق الموجودة بين الجنسين في الإسلام، رابطة لنصرة الحق ومخاصمة الباطل وطاعة الله¹، ولا يمكن أن يتعرّض طرف من أطراف هذه العلاقة لانتقاص من إنسانيته أو إذلال مع نبل الوظيفة التي كلفه الله تعالى بها مع الطرف الثاني.

كما تُظهر أقوال النبي عليه الصلاة والسلام وأفعاله المساواة والعدل بين الرجل والمرأة:

- فعن عائشة رضي الله عنها أن رسول الله ﷺ قال: "إنما النساء شقائق الرجال" وشقائق جمع شقيقة، والشقيق: المثل والنظير، كأنه شقّ هو ونظيره من شيء واحد، فهذا شقّ وهذا شقّ، ومنه قيل للأخ شقيق².
- قوله عليه الصلاة والسلام: "مَنْ كَانَ لَهُ ثَلَاثُ بَنَاتٍ، أَوْ ثَلَاثُ أَخَوَاتٍ، أَوْ ابْنَتَانِ، أَوْ أُخْتَانِ، فَأَحْسَنَ صُحْبَتَهُنَّ، وَأَتَقَى اللَّهَ فِيهِنَّ فَلَهُ الْجَنَّةُ" (أخرجه الترمذي والنسائي وأبو داود وابن ماجه).
- لا يمكن لحديث كهذا أن يأتي من نبي لدين يميز بين الرجل والمرأة.

إنّ القرآن الكريم منزل من خالق البشر وهو الأعم بما خلق، فلا يمكن أن نتصور ظلماً أو تفضيلاً لجنس على جنس، وإنّما ما يُسنّ من اختلاف يرجع إلى طبيعة كل جنس ومهامه ومسؤولياته البيولوجية والاجتماعية.

2- المساواة المطلقة بين الرجل والمرأة وآثارها على حقوقهما

إنّ المساواة المطلقة بين الرجل والمرأة كما يُراد لها أن تكون، تهضم حقوق المرأة المضمونة في أحكام الشريعة الإسلامية، ومن أهمها حماية المرأة في العلاقة الزوجية. ومن بين طرق الحماية في هذه العلاقة تشريع حضور الولي في عقد زواج المرأة، وضمان الشريعة الإسلامية لأمن العلاقات المالية بين الزوج والزوجة، وكذلك إعطاء المرأة في حالات قليلة جداً نصف الرجل في الميراث وهذا لدواعي ينبغي توضيحها.

أ- الولاية في الزواج

لقد اخترنا أن يكون الحديث عن إشكال الولي في الفقه الإسلامي وبعدها في التشريع الجزائري، فقد عرف هذا الموضوع نقاشات حادة ومزايدات سياسية ودعايات حزبية انتخابية بين من يرى أنّ الولي شرع لحماية المرأة عند إبرامها لعقد زواجها، ومن يرى أنّه انتقاص من قيمتها ومكانتها كإنسان لديه أهلية كاملة مثلها مثل الرجل. وقد تتولى أحيانا القضاء فتكون ولي من لا ولي له وتأتي في عقد الزواج ليفرض عليها الولي لإبرامه. كلما رجعنا إلى دراسة موضوع الولي في عقد الزواج يطلع علينا نوعان من هذه الولاية وهي ولاية الإيجاب وولاية الاختيار. وتعني ولاية الإيجاب جواز تزويج الولي للصغيرة حتى دون رضاها.

أ- الغريب أنّ جمهور العلماء يرون ذلك ويستندون في ذلك إلى أدلة أبرزها:

¹ - محمد الغزالي، قضايا المرأة بين التقاليد الراكدة والوافدة، دار الهناء للطبع والنشر والتوزيع، الجزائر، 2001، ص 36.

² - علاء ابراهيم عبد الرحيم، مبدأ العدل بين الرجل والمرأة، سلف للبحوث والدراسات،

https://salafcenter.org/1406/?fbclid=IwAR2hCiPUxXsr_NrTw32ELtYns4_rMjeMu4mdVrdP4MIXNKAU1eiPRMMmLQ

قوله تعالى: "واللاتي يئسن من المحيض من نسائكم إن ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر واللاتي لم يحضن وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن ومن يتق الله يجعل له من أمره يسرا"¹.

وجه الدلالة من الآية السابقة، حسبهم، أنها جمعت بين عدّة المطلقات اليائسات من المحيض وعدّة اللاتي لم يحضن وهي الصغيرة فقط. فعدم حيضها كما يرون راجع لصغرها ولا طلاق إلا بعد زواج، فاستنتجوا جواز زواج الصغيرة² وأضافوا إلى ذلك عدم اشتراط رضاها. ووضعوا لتزويجها شروطاً³.

ماذهب إليه هؤلاء ليس بالضرورة صحيحاً، لأنّ التي لم تحض ليست بالضرورة الصغيرة، فقد تبنتلى المرأة بعدم الحيض. كما أنّ الكثير من التفاسير أهملوا عبارة "إن ارتبتم" فالتى ترتاب، كأن تكون مريضة فلا ينزل عليها الحيض، أو تكون مرضعة، أو تكون في بداية سن اليأس فتضطرب العادة الشهرية عندها، كل هؤلاء يدخلن في دائرة اللاتي لم يحضن، لأنهن يعشن ارتياباً بسبب اضطراب الدورة الشهرية فوجد لها القرآن الحل بأن تعتد بالأشهر مثل اليائس من المحيض.

إصرارنا على تبين هذه النقطة يدخل في إطار تصحيح بعض المفاهيم الخاطئة التي تمس بمكانة المرأة فتجعل الإسلام عرضة لاتهامات نحن في غنى عنها، ومن شأنها الحفاظ أكثر على الأمن الأسري حتى لا تصبح الأسرة مجالاً خصباً وفرصة لا مثيل لها لتحقيق أهداف المعاهدات الدولية سابقة الذكر.

ب- أدلة من لم يجيزوا تزويج الصغار:

إنّ أدلة من لم يجيزوا تزويج الصغار ظاهرة في قوله تعالى: ﴿وَابْتَلُوا الْيَتَامَىٰ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ وَلَا تَأْكُلُوهَا إِسْرَافًا وَبِدَارًا أَن يَكْبُرُوا وَمَنْ كَانَ غَنِيًّا فَلْيَسْتَعْفِفْ وَمَنْ كَانَ فَقِيرًا فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ فَإِذَا دَفَعْتُمْ إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ فَأَشْهَدُوا عَلَيْهِمْ وَكَفَىٰ بِاللهِ حَسِيبًا﴾⁴.
وجه الدلالة في الآية الكريمة أنّ الله تعالى جعل النكاح بعد البلوغ وهذا واضح من معنى الآية⁵. وهو نفس فهم

¹ - الطلاق الآية 4.

² - محمد علي الصابوني، صفوة التفاسير، المجلد الثالث، دار القرآن الكريم، الطبعة الرابعة، بيروت، 1981، ص 401.

- سيد قطب، في ظلال القرآن، المجلد السادس، دار الشروق، الطبعة 16، سنة 1990، ص 3602.

³ - اشترطوا في تزويج الصغيرة أن يكون الولي الأب دون سائر الأولياء.

- صلاحية الصغير والصغيرة للزواج.

- أن يكون الزوج كفؤاً غير معيب.

ارجع إلى د. عمر سليمان الأشقر، أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة، دار النفائس، عمان، 1997، ص 123 و 124.

⁴ - النساء الآية 6.

⁵ - ارجع في تفسير الآية إلى كل من:

- محمد علي الصابوني، صفوة التفاسير، المجلد الأول، مرجع سابق، ص 259

- ابن كثير، تفسير القرآن العظيم، الجزء الأول، دار المعرفة بيروت، 1984، ص 452، 453.

الشيخ محمد أبو زهرة في كتابه الأحوال الشخصية حيث يرى أنّ الله جعل بلوغ النكاح الحدّ الفاصل بين القصور والكمال¹.

خلاصة القول أنّه لا يمكن منع زواج الصغيرة مطلقاً كما لا يمكن إباحته دون ضوابط، إنّما ينبغي إضافةً إلى الشروط التي وضعها العلماء إضافة شرط الضرورة ورضا هذه الصغيرة، لأنّه في كل الحالات لا يمكن اعتماد رأي من يقول بإجبارها على الزواج بمن لا ترغب فيه، لأنّ هذا يتنافى مع روح الشريعة الإسلامية ويتنافى كذلك مع سنة النبي عليه الصلاة والسلام الذي لم يثبت عنه أنّه أمر أو أيدّ أمراً كهذا، ويتنافى مع كل منطق وكل فكر سوي ومعتدل.

ج- ولاية الاختيار "الولاية على المرأة البالغة العاقلة":

ذهب جمهور أهل العلم وفيهم مالك والشافعي وأحمد إلى اشتراط الولي في تزويج المرأة البالغة العاقلة ولا فرق في ذلك بين البكر والثيب².

وذهب أبو حنيفة وزفر والشعبي والزهري إلى عدم اشتراط الولي في عقد الزواج ولكن يعتبرونه مستحباً ومنوباً، لكنهم وضعوا لذلك ضوابط بحيث يحق للولي إبطال الزواج إذا كان الزوج غير كفاء أو كان المهر أقلّ من مهر أمثالها.

د- الولي في قانون الأسرة الجزائري: مرّ الولي في تقنين الأسرة الجزائري³ بمرحلتين أساسيتين حيث كان قبل 2005 وبعد صدوره في 1984 يعتبر من أركان عقد الزواج وتخلفه بالنسبة للقاصر والراشدة يجعل العقد عرضة للفسخ قبل الدخول. وقد تحركت جهات عدّة متمثلة أساساً في الجمعيات النسوية والتي أخذت على عاتقها هدفاً أساسياً يتمثل في إلغاء هذا القانون المستمد من أحكام الشريعة الإسلامية والذي حسبهم ينتقص من مكانة المرأة التشريعية والاجتماعية. وكان مطلبهم الأساس هو إلغاء الولي في عقد الزواج ومنع التعدد وكذا إثارة قضية ميراث المرأة نصف الرجل. وهذه بالضبط النقاط التي تركز عليها المعاهدات الدولية التي تطالب بالقضاء على مختلف أشكال التمييز بين الرجل والمرأة.

بعد الضغوط التي مارستها هذه الجهات صدر التعديل في 2005 والذي جاء بالجديد في قضية الولي، وسنعرض الفرق بين المواد القديمة والجديدة.

¹ - الامام محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، 1957، ص 109.

² - ابن قدامة، المغني، الجزء التاسع، ص 344 وما يليها. - ابن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، الجزء الثاني، الطبعة السادسة، دار المعرفة، بيروت، 1982، ص 9.

³ - قانون رقم 84-11، مؤرخ في 9 جوان 1984، يتضمن قانون الأسرة، معدل ومتمم بالأمر 05-02 مؤرخ في 27 فيفري 2005، جريدة رسمية عدد 15 صادر في 27 فيفري 2005.

- مواد الولي قبل التعديل: المادة 11: "يتولى زواج المرأة وليها وهو أبوها فأحد أقاربها الأولين والقاضي ولي من لا ولي له".

المادة 12: "لا يجوز للولي أن يمنع من في ولايته من الزواج إذا رغبت فيه وكان أصلح لها.... غير أن للأب أن يمنع بنته البكر من الزواج إذا كان في المنع مصلحة للبنت".

المادة 13: "لا يجوز للولي أبا كان أو غيره أن يجبر من في ولايته على الزواج، ولا يجوز له أن يزوجه بدون موافقتها".

يظهر من المواد السابقة أن الولي سلطاته محدودة جدا لكن رغم ذلك لم تهدأ الأطراف المنادية بإلغاء الولي حتى طال التعديل هذه المواد فأصبحت كالاتي:

المادة 11: "تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص آخر تختاره".

المادة 12 ألغيت وهي مادة تمنع العضل والتي أصبح لا داعي لها لأن المرأة أصبحت تختار وليها بنفسها والقرابة لم تعد شرطا في الولاية.

المادة 13: "لا يجوز للولي أبا كان أو غيره أن يجبر القاصر التي هي في ولايته على الزواج ولا يجوز له أن يزوجه بدون موافقتها".

لا حظنا في النهاية مدى تأثير مصادقة الجزائر على اتفاقية سيداو ومدى اعتماد مختلف الجهات بما فيهم بعض الجمعيات النسوية والأحزاب العلمانية على بنود هذه الاتفاقية، للضغط على المشرع الجزائري لتعديل المواد الأساسية التي تستمد أحكامها من الشريعة الإسلامية.

ويظهر هذا التعديل في السماح للمرأة الراشدة بأن تعقد زواجها بنفسها بحضور من تختاره حتى وإن كان أجنبيا، وهذا من شأنه المساس بوحدة الأسرة والتأثير على أمنها الاجتماعي.

إن استبعاد الولي الشرعي للمرأة من الإشراف على عقد زواجها يمس بمصلحة المرأة لأن لحضوره وإشرافه على هذا العقد أكثر من حكمة ومن بينها¹:

- حياء المرأة عموما الذي يمنعها من المشاركة في مجالس الرجال خاصة إذا تعلق الأمر بعقد زواجها.

- مساعدة الولي من في ولايته للبحث عن أحوال الخاطب لأنه غالبا ما يتعذر عليها ذلك.

- اشتراط حضور الولي يضمن الإعلان عن النكاح وهذا يضمن أكثر حقوق المرأة في هذه العلاقة المقدسة.

- ارتباط المرأة برجل في الزواج ليس علاقة بين شخصين وإنما علاقة بين أسرتين وارتباطها بمن يسعدها ينعكس على أسرتها والعكس يحزنهم.

¹ - عمر سليمان الأشقر، مرجع سابق، ص 121.

- وأخيرا نذكر قول الشيخ محمد أبو زهرة: "أساس الولاية أنّ عقد الزواج لا تعود مغباته على العاقدين وحدهما، بل ينال الأسرة شيء من العار أو الفخار"¹.

2- ضمان الشريعة الاسلامية لأمن العلاقات المالية بين الزوج والزوجة.

إنّ الشريعة الاسلامية تجعل واجب النفقة على الزوج حتى وإن كانت الزوجة غنية أو عاملة. فكما فرض الله على الزوجة واجبات نحو الزوج فرض لها حقوقا عليه. وقد أجمع علماء الأمة على وجوب نفقة الزوجة على زوجها ولا يعرف مخالف لهذا الإجماع.

أ- دليل وجوب النفقة من القرآن الكريم قوله تعالى: "وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ"².
ويظهر من الآيات السابقة أنّ الله تعالى أوجب النفقة للمطلقة أثناء العدة وحق الزوجة في الإنفاق يكون من باب أولى.

ب- ومن السنة النبوية أحاديث كثيرة أقواها سماح النبي عليه الصلاة والسلام لهند بنت عتبة الأخذ من مال زوجها أبي سفيان ما يكفيها من نفقة دون علمه. فعن عائشة رضي الله عنها- أنّ هنداً بنت عتبة قالت: "يا رسول الله إنّ أبا سفيان رجل شحيح وليس يعطيني ما يكفيني وولدي إلّا ما أخذت منه وهو لا يعلم، فقال: خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف"³. فلو لم تكن النفقة حقا شرعيا واجبا على الزوج لما سمح النبي عليه الصلاة والسلام لهند بالأخذ من مال زوجها دون إذنه.

ومما رواه مسلم في صحيحه ما قاله الرسول عليه الصلاة والسلام في حق النساء: "ولهنّ عليكم رزقهنّ وكسوتهنّ بالمعروف"⁴.

ج- كما انعقد إجماع فقهاء الأمة ومنذ عهد الصحابة على أنّ نفقة الزوجة واجبة على الزوج، ولم يُعرف رأي شاذ معتبر في المسألة⁵.

¹ - الامام محمد أبو زهرة، مرجع سابق، 1957، ص 108.

² - الآية 233 من سورة البقرة كذلك الآيتان 6 و7 من سورة الطلاق.

³ - صحيح البخاري، حديث رقم 5364، ص 427.

⁴ - صحيح مسلم، ص 582.

⁵ - آيت شاوش دلييلة، إنهاء الرابطة الزوجية بطلب الزوجة، دراسة مقارنة بين الفقه الاسلامي، قانون الأسرة الجزائري وبعض تشريعات الأحوال الشخصية العربية، أطروحة دكتوراه في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تيزي وزو، الجزائر، 2014، ص 77.

وينبغي الإشارة أنّ للزوجة حق مطلق في النفقة سواء كانت غنية أو فقيرة، عاملة أو مأكثة في البيت إلا إذا سقط حقها في ذلك لمبررات شرعية ليس هنا المجال لنذكرها.

د- كما أجمعت التشريعات العربية والإسلامية على هذا الحق ونذكر منها على سبيل المثال:

- المادة 74 من قانون الأسرة الجزائري.

- المادة 01 من القانون رقم 25-20 المعدل بالقانون رقم 100 لسنة 1985 الخاص بتشريع الأحوال الشخصية المصري.

- المادة 72 من قانون الأحوال الشخصية السوري.

- المادة 23 من قانون الأحوال الشخصية العراقي.

- المادة 194 من مدونة الأسرة المغربية.

- المادة 124 من قانون الأحوال الشخصية الإماراتي.

كل ما سبق جميل جدا ويصبّ في مصلحة الزوجة، لكن ينبغي الإشارة إلى أنّ المناداة بالمساواة المطلقة بين الرجل والمرأة سيجعل هذه الأخيرة تتأثر سلبا، لأنّه سيطلب منها المشاركة في الأعباء المالية للأسرة كما سيعفي الزوج من ضرورة الإنفاق عليها. فليس من المنطقي أن تتساوى المرأة مع الرجل في كل صغيرة وكبيرة وتبقى تستفيد من الامتيازات التي كفلها إياها الشرع. مع العلم أنّ مساواة كهذه سترهقها وستجعلها تتراجع لأنّها لن تتحمّل تبعاتها، وهذا ما يجعل الخضوع لمطالب هذه الاتفاقيات المغرضة يمسّ أساسا بالأمن الأسري الذي لن يجد استتبابا إلاّ بالخضوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية السمحة، وفقا لفهم الصحيح لمقاصدها وبالبعد عن التصورات المتحجرة التي تظلم المرأة وتهينها باسم الإسلام، والتي تفتح المجال واسعا أمام الهجمة الشرسة التي تخضع لها الأسرة المسلمة أساسا لهدم المجتمع المسلم.

3- حقيقة قاعدة للذكر مثل حظ الأنثيين:

لكي نفهم قاعدة للذكر مثل حظ الأنثيين وجب علينا التعرض أولا لخصائص الميراث في الإسلام حتى يتسنى لنا التقديم للقاعدة الأولى وفهمها على أصولها، ثم سرد الحالات الآتية والتي تؤكد أنّ هذه القاعدة إستثنائية:

- حالات ميراث المرأة نصف الرجل.

- حالات ميراث المرأة مثل الرجل.

- حالات ميراث المرأة أكثر من الرجل.

- حالات ترث فيها المرأة ولا يرث الرجل.

أ- خصائص علم الميراث الإسلامي: يتصف الميراث في الشريعة الإسلامية بميزات تجعلنا نتأكد أنّه مستمد من إرادة خالق البشر، الذي يعرف طبيعتهم ومدى احتياجاتهم ومدى قرب علاقتهم بالمورث والتي يجهلها أحيانا

المورث نفسه عندما يغلب عليه الهوى ، ويحاول توزيع تركته قبل هلاكه إضراراً ببعض الورثة. وتجنباً لما قد ينجر عنه غلبة الهوى على صاحب المال في توزيعه قبل هلاكه وبعده فإنّ الله تعالى ميّز هذا العلم بخصائص نذكر منها¹:

- تحصيل حقوق الورثة بإجبارية انتقال الميراث وتقييد الوصية بالثلث.
 - مراعاة قوّة القرابة في توزيع الميراث، فيقدم الولد على الأصول والأب على الجد والأخ على العم، وهذا يتفق مع الفطرة الإنسانية لتطمئن النفوس لقسمة الله العادلة.
 - إعطاء كلّ ذي حقّ حقّه، حتى وإن كان الوارث ضعيفاً، فورث الجنين رغم ضعفه ويحفظ له النصيب الأوفر، وورثت المرأة التي ظلمت عبر العصور وحرمت من الميراث.
 - توزيع الميراث على قدر الحاجة²، وعلى قدر العبء المالي³ الملقى على الوارث، فكلّما كانت الحاجة أشدّ والعبء أكبر كان مقدار الميراث أكبر. وهذه الخاصية لها علاقة بموضوعنا موضوع ميراث الذكر ضعف الأنثى مصداقاً لقوله تعالى: "يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين"⁴.
 - بداية لا بدّ أن ننطلق من منطلقات أساسية⁵:
 - إنّ هذه الآية تعني بشكل خاص الأولاد دون غيرهم من الورثة، فالله تعالى قال يوصيكم الله في أولادكم وليس في مجموع الورثة.
 - إنّ أساس التفاضل هنا لا علاقة له بالذكورة والأنوثة وإنّما له علاقة بالحاجة والعبء المالي الملقى على الذكر دون الأنثى.
 - إنّ الذكر مكلف بإعالة أنثى وأولادها أمّا الأنثى فليست مكلفة بذلك فالمكلف هو الذكر المقترن بها. لذلك فإنّها في حقيقة الأمر محظوظة أكثر من أخيها ومن زوجها ، لأنّها ستدّخر نصيبها أو تتصرف فيه بحرية دون أعباء مفروضة عليها، إلّا ما رضيت هي الالتزام به عن طيب خاطر.
- ب- الحالات التي ترث فيها الأنثى نصف الذكر:

¹- د. سعيد بويصري، أحكام الميراث بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، دار الأمل للطباعة والنشر والتوزيع، 2007، ص 11.

²- مسعود هلال، أحكام التركات والموارث في قانون الأسرة الجزائري، جسر للنشر والتوزيع، الجزائر، 2008، ص 19.

³- د. محمد عمارة، الغارة الجديدة على الإسلام (بروتوكولات قساوسة التنصير)، دار الرشد، القاهرة، 1998 ص 206.

⁴- سورة النساء، الآية 11.

⁵- د. محمد عمارة، التحرير الإسلامي للمرأة (الردّ على شبهات الغلاة)، الطبعة الثانية، دار الشروق، 2002، ص 67 وما يليها.

رغم هذه الحجج المقنعة إلا أنّ من تطبق عليه هذه القاعدة لا يخرجون عن أربعة طوائف: البنات والأبناء، بنات الابن وأبناء الابن، الأخوات الشقيقات مع الإخوة الأشقاء (وليس دائما بحيث يرثون بالتساوي في المشتركة) والأخوات لأب مع الإخوة لأب.

مثال 1: توفي عن زوجة، ابن وبنت

الزوجة: $\frac{1}{4}$

ابن والبنت: الباقي تعصبا للذكر مثل حظ الأنثيين

أصل المسألة 4 تأخذ الزوجة سهما ويبقى 3 سهام للأولاد، سهم للبنت وسهمان للابن.

مثال 2: توفيت عن زوج، أخ شقيق وأخت شقيقة.

الزوج: $\frac{1}{2}$

الأخ ش والأخت ش: الباقي تعصبا للذكر مثل حظ الأنثيين.

أصل المسألة 2، يأخذ الزوج سهما واحدا ويبقى سهم للأخ والأخت، فتصحح المسألة بـ 3 عدد الرؤوس

فيصبح أصل المسألة 6، يأخذ الزوج 3 سهام، الأخت سهما واحدا والأخ السهمين الباقيين.

ونفس المثال ينطبق في حالة وجود إخوة وأخوات لأب.

مثال 3: توفي عن: بنت، ابن ابن وبنت ابن.

بنت: $\frac{1}{2}$

ابن ابن وبنت ابن: يرثان الباقي تعصبا للذكر مثل حظ الأنثيين.

أصل المسألة 2، تأخذ البنت سهما واحدا ويبقى سهم للحفدة، تصحح بـ 3 وهو عدد الرؤوس فيصبح أصل

المسألة الجديد 6، تأخذ البنت 3 من 6 ويأخذ ابن الابن 2 ويبقى سهم لبنت الابن.

ج- حالات كثيرة ترث فيها الأنثى مثل الرجل تماما ومنها:

- إذا ترك المتوفى أولادا وأبوين (أما وأبا)، فإنّ كلا منهما يرث سدس التركة دون تفريق بين ذكورة الأب

وأنوثة الأم.

- إذا ترك المتوفى أبا لأم وأخت لأم فإنّ كلا منهما يأخذ السدس دون تفريق بين ذكورة أو أنوثة.

- إذا تركت المتوفاة زوجا وأختا شقيقة، فإنّ كلا منهما يرث النصف دون تفرقة أو تمييز بين ذكورة الزوج

وأنوثة الأخت.

د- أكثر من عشر حالات ترث فيها الأنثى أكثر من الذكر ومنها:

- إذا تركت المتوفاة زوجا وبنتا، فإنّ الزوج يأخذ الربع والبنت تأخذ النصف دون أدنى اعتبار لذكورة

الزوج.

- إذا ترك الميت زوجة وابنتين وأخا لأب أو شقيقا فإنّ:

الزوجة تأخذ 1/8.

البنات: 3/2.

الأخ: الباقي.

أصل المسألة 24، تأخذ الزوجة 3 من 24، البنات 16 من 24 كل واحدة 8 أما الأخ فلا يأخذ إلا 5 من 24 وهي الباقي.

هـ - حالات ترث فيها الأنثى ولا يرث الذكر بل وتحجب فيها الأنثى الذكر وهي حالة العصبه مع الغير وغيرها:

- توفي وترك زوجة، بنتا، أختا شقيقة وأخا لأب.

تأخذ الزوجة 8/1، والبنت 1/2 والأخت الشقيقة تأخذ الباقي لأنها عصبه مع الفرع الوارث المؤنث وتحجب الأخ لأب لأنها أصبحت بمثابة الأخ الشقيق إرثا وحجبا.

هناك أمثلة كثيرة لا يمكن حصرها في هذه الدراسة، لأن الهدف الرئيس من هذا البحث هو تبيان أن من ينادي بإلغاء قاعدة للذكر مثل حظ الأنثيين يتجراً على التشريع الرباني الذي لم يشرعها إلا لحكم تعرضنا لبعضها وخفي عنا بعضها الآخر، ويظهر جهله بالمنظومة التشريعية الإسلامية التي تعتبر نظاما شاملا متكامل لا يمكن أن تتجزأ ولا يمكن الحديث فيه عن جزئية دون أخرى.

كما تعتبر مطالبة بعض من جهلوا هذه القواعد مساسا بالأمن الأسري والمجتمعي لأنها ستخلّ بنظام كامل تعود المجتمع المسلم عليه. فإذا ورثت المرأة تماما مثل الرجل فلن تختلف الالتزامات وسوف تتماثل وسوف يثقل هذا كاهل المرأة ويحرر الرجل أكثر من التزامات شرعية فرضها عليه الله وهذا سيدخل الخلل إلى المنظومة الأسرية والمجتمعية الإسلامية.

خاتمة

كان هدف هذه الدراسة إلقاء الضوء على ما تعانيه الأسرة في الدول المسلمة من تحديات تهدف إلى إلغاء مرجعيتها الدينية وكانت أهم النتائج كالاتي:

- إن الأمن الأسري في المجتمع المسلم يتعرض لتحديين، جهل داخلي وكيد داخلي وخارجي.
- إن العبء الأكبر في هذا المجال ملقى على عاتق النخبة المثقفة المتخصصة، حيث وجب عليها البحث في هذا المجال ، والضغط على مصادر القرار في الأنظمة المسلمة وتوفير مادة علمية وفيرة يلتجأ إليها مشرعو هذه الدول لتوضيح الغموض ورفع اللبس على القواعد قيد الدراسة.
- على الأنظمة بعد جهد المتخصصين أن لا تتردد في التحفظ على الاتفاقات التي تمس بالشواهد الوطنية والتي يعتبر الدين من أهمها.

- ينبغي الإشارة إلى أنّ الاتفاقات الدولية والمعاهدات لا تشير بوضوح إلى ضرورة انتهاك الثوابت المقدّسة لكل دولة، وإنّما تعتمد على الانتهاكات التي تواجهها المرأة في تلك الدول، لذا وجب علينا تصحيح المفاهيم الخاصة بالمرأة وغربلة الأحكام الفقهية من كل تعسف وظلم وسوء فهم لحقيقة مكانة المرأة في الإسلام الذي كرّمها بل ودلّلها بتعبير الشيخ محمد الغزالي في كتابه "قضايا المرأة"¹. كما ينبغي بعث تجديد الفقه الإسلامي ونفضه من الشوائب المرتبطة بالعادات والتقاليد البالية والعصور الحجرية (حجرية الفكر).
- تعزيز المنظومة التربوية ببرمجة دراسة الميراث في الشريعة الإسلامية كنظام ضمن منظومة تشريعية إسلامية شاملة لفهم خصائصه وأبعاده.

¹ - محمد الغزالي، مرجع سابق، ص 58.

حرمة الحياة الخاصة بين الحماية و ضرورة الوقاية من الفساد

عبد العزيز شملال⁽¹⁾

(1) أستاذ محاضر قسم "أ"، كلية الحقوق والعلوم السياسية
جامعة العربي بن مهيدي أم البواقي، 04000، الجزائر.
البريد الإلكتروني الشخصي: chemlalapc@yahoo.fr

الملخص:

إن الحق في حرمة الحياة الخاصة، هو من الحقوق الأساسية المكفولة للأشخاص من الناحية الشرعية الدولية بدأ من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان (م12)، و في الدساتير و القوانين الوطنية لمختلف دول العالم. و منها الجزائر التي نصت على هذا الحق في كل دساتيرها و تعديلاتها المتعاقبة و أخرها تعديل سنة 2020 (م47)، و جسدت هذه الشرعية الدستورية بشرعية جنائية من خلال تجريم كل مساس بهذا الحق و إقرار عقاب له وفقا لما جاء في (م303 مكرر ق.ع). و لكن و في إطار مكافحة الفساد استحدثت التشريعات أساليب تحري خاصة و منها: الترخيص الإلكتروني، اعتراض المراسلات و التقاط الصور، وفقا لما جاء في قانون الوقاية من الفساد و مكافحته (م56)، و حددت الجهات المختصة بهاء إجراءاتها في (م65 مكرر 5) و ما يليها ق.إ.ج.و هذا ما أترناه في هذا المقال من خلال البحث عن الاجابة لتساؤل حول: مدى مساس هذه الأساليب المقررة للوقاية من الفساد بالحق في حرمة الحياة الخاصة؟

الكلمات المفتاحية:

حرمة الحياة الخاصة، الحماية الدستورية، الشرعية الجنائية، مكافحة الفساد، أساليب التحري الخاصة.

تاريخ إرسال المقال: 2021/08/24، تاريخ مراجعة المقال: 2021/12/20، تاريخ نشر المقال: 2021/12/31.

لتهميش المقال: عبد العزيز شملال، "حرمة الحياة الخاصة بين الحماية و ضرورة الوقاية من الفساد"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد 12، العدد 03، 2021، ص ص 750-772.

<https://www.asjp.cerist.dz/en/PresentationRevue/72>

المقال متوفر على الرابط التالي:

المؤلف المراسل: شملال عبد العزيز، chemlalapc@yahoo.fr

The Right of Privacy between Protection & The Need to Prevent Corruption

Summary:

The right to privacy is one of the fundamental rights guaranteed to people in terms of international legitimacy from the Universal Declaration of Human Rights (ar12), and in the constitutions and national laws of various countries of the world. Including Algeria, which has stipulated this right in all its constitutions and successive amendments, including the last of the year 2020 (art47), and has embodied this constitutional legitimacy through criminal legitimacy by criminalizing any violation of this right and in imposing sanctions. (ar303bisc.p). And as part of the fight against corruption, the legislator has introduced special investigative techniques, including electronic surveillance, interception of correspondence, and fixation of images, in accordance with the law on prevention and the fight against corruption (ar56), as well as the determination of these competent authorities and their modalities (ar65 bis5) And what follows in c.c.p. And this is what we have raised in this article by asking ourselves: to what extent do these prescribed methods for the prevention of corruption affect the right to privacy?

Keywords:

Right to privacy, constitutional protection, criminal legitimacy, fight against corruption, special investigative techniques.

Droit à la vie privée entre la protection et la nécessité de prévention de la corruption

Résumé :

Le droit à la vie privée est l'un des droits fondamentaux garantis aux personnes en termes de légitimité internationale à partir de la Déclaration universelle des droits de l'homme (art12), et dans les constitutions et les lois nationales de divers pays du monde. Y compris l'Algérie, qui a stipulé ce droit dans toutes ses constitutions et amendements successifs, dont le dernier de l'année 2020 (art47), et a incarné cette légitimité constitutionnelle par une légitimité pénale en incriminant toute violation de ce droit et en infligeant des sanctions.(art303 bis c.p).Et dans le cadre de la lutte contre la corruption, le législateur a introduit des techniques d'enquête spéciales, notamment : la surveillance électronique, l'interception de correspondances et la fixation d'images, conformément à la loi relative à la prévention et la lutte contre la corruption (ar56), ainsi la détermination de ses autorités compétentes et leurs modalités (ar65 bis5) Et ce qui suit du c.p.pénales.Et c'est ce que nous avons soulevé dans cet article en nous demandant: dans quelle mesure ces méthodes prescrites pour la prévention de la corruption affectent-elles le droit à la vie privée?

Mots clés:

Droit à la vie privée, protection constitutionnelle, légitimité pénale, lutte contre la corruption, techniques d'enquête spéciales.

مقدمة

لقد اعترف المجتمع الدولي ككل دول كانت أو منظمات أو أفراد، و قبلها مختلف الشرائع و لاسيما شريعتنا الإسلامية السمحاء بفكرة الحقوق و الحريات، و جسدت هذه الأخيرة في أرض الواقع بعد نضالات كبيرة عبر الأزمنة المتعاقبة في مختلف المواثيق و العهود الدولية و كذا في كل دساتير دول العالم. و ذلك من أجل صون كرامة الإنسان و الحفاظ على ذاته و حرته في التعبير عن إرادته في العيش كما يحلو له بعيدا عن تطفل الآخرين و فضولهم.

وأمام التحديات الراهنة للتكنولوجيا وسرعة انتقال وانتشار الصور والمعطيات التي أحقتضرا مباشرة بحرمة الحياة الخاصة، و كذلك تطور فكرة الحقوق و الحريات و ازدهارها من جهة و ازدياد وعي الفرد بأهميتها من جهة ثانية، و لاسيما ما تعلق بجانبه الشخصي و حاجته للاحتفاظ بخصوصياته و حمايتها، بات الحق في حرمة الحياة الخاصة كواحد من الحقوق الشخصية اللصيقة بالذات الإنسانية، و هذا ما دفع بالتشريعات الدولية و الوطنية إلى ايجاد سبل كفيلة لحمايته.

فكان لزاما أيضا على المشرع الجزائري اقتداء بالتشريعات المقارنة أن يضفي حمايته القانونية على الحياة الخاصة بعدما طالتها انتهاكات كثيرة، وكذا انسجاما مع مبدأ الشرعية الجنائية، الشيء الذي تم تجسيده فعلا من خلال التعديلات التحيينية التي أجريت على مجموعة من النصوص القانونية قانون الإعلام، القانون المتعلق بقواعد الخاصة للوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الإعلام والاتصال و مكافحتها، قانون الإجراءات الجزائية، قانون العقوبات و القانون رقم 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد و مكافحته.

و لكن قد تقتضي الضرورات الاستثنائية أحيانا و من أجل الحفاظ على المصلحة العامة المساس في بعض الحالات المحصورة، بهذا الحق المقدس و المتمثل في حرمة الحياة الخاصة للفرد، و الذي تتفرع عنه عدة مبادئ، كمبدأ عدم الاطلاع على المراسلات الخاصة مكتوبة كانت أو إلكترونية و النقاط الصور، و مبدأ سرية المكالمات الهاتفية. و في هذا الإطار أُعيبَ على القانون رقم 06-01 المتعلق بمكافحة الفساد السالف الذكر الصادر بعدمصادقة الجزائر على الاتفاقية الأممية لمكافحة الفساد لسنة 2003¹ بأنه قد مس بالحق في حرمة الحياة الخاصة.

¹ - صادقت الجزائر على اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد المؤرخة في 31 أكتوبر 2003 طبقا للمرسوم الرئاسي رقم 128/04 المؤرخ في 19/04/2004، ج ر العدد: 26، بتاريخ 25 افريل 2004. و بعدها أصدرت القانون رقم 06-01 المؤرخ في 21 محرم عام 1427 الموافق 20 فبراير سنة 2006 و المتعلق بالوقاية من الفساد و مكافحته، ج ر العدد: 44، بتاريخ 10/08/2006، المعدل و المتمم.

و هذا ما أردنا إثارته و إسقاطه في مقالنا هذا من خلال تبيان ما أُعيب عنه، و لا سيما ما تعلق بجانب الإجراءات الاستثنائية في أساليب التحري و مساسها بحق حرمة الحياة الخاصة للفرد بغرض الوقاية من الفساد و مكافحته، و عليه نطرح التساؤل التالي:

إلى أي مدى مست الإجراءات الاستثنائية الوقائية في قانون مكافحة الفساد بحرمة الحياة الخاصة ؟
وتتفرع عن هذه الإشكالية الرئيسية مجموعة من التساؤلات الفرعية نذكر منها على الخصوص:

- ما المقصود بحرمة الحياة الخاصة للأفراد؟
- ماهي عناصر الحق في الحياة الخاصة؟

و الإجابة عن الإشكالية الرئيسية و تساؤلاتها الفرعية تكون في محورين أساسيين نتناول في الأول الأحكام العامة لتجريم المساس بحرمة الحياة الخاصة من خلال أولا الوقوف على المقصود بهذا الحق و عناصره، و ثانيا نحدد أساسه القانوني على المستويين الدولي و الوطني، و في المحور الثاني نتعرض للإجراءات الاستثنائية الوقائية في قانون مكافحة الفساد و الماسة بحرمة الحياة الخاصة و المتمثلة أساسا في بعض من أساليب التحري نذكر منها على الخصوص: التردد الإلكتروني، اعتراض المراسلات و النقاط الصور.

و اعتمدنا على المنهج الوصفي التحليلي في دراسة موضوع المقال و المتعلق بمتطلبات حرمة الحياة الخاصة من جهة و ضرورات الوقاية من الفساد من جهة ثانية، و ذلك من خلال تحليل بعض من مواد القانون رقم 06-01 المتعلق بمكافحة الفساد و لاسيما في شق أساليب التحري و قانون الإجراءات الجزائية المحدد لكيفيات إجراء هذه الأساليب، و إسقاطها مع أحكام التجريم الخاصة بالمساس بهذا الحق المنصوص عليها في قانون العقوبات.

المحور الأول: الأحكام العامة لتجريم المساس بالحياة الخاصة

إن حرمة الحياة الخاصة للفرد مرتبطة أساسا بمبدأ الحرمة و الذي يعتبر من إحدى الدائم الرئيسية التي تقوم عليها الحياة الاجتماعية و المرتبطة أساسا بفكرة الحياء و السرية و صون الكرامة الإنسانية، فمن حقنا أن تكون خصوصياتنا العاطفية و العائلية و غيرها محاطة و مسيجة بطابعها السري. و لهذا يفرض على الدولة أن توفر الحماية القانونية اللازمة لذلك من خلال تجريم كل اعتداء على حرمة الحياة الخاصة للأفراد. و من هذا المنطلق ارتأيت قبل التطرق للأحكام العامة لتجريم المساس بحرمة الحياة الخاصة و ما لقدسية هذا الحق في كل من الاتفاقيات الدولية و الدستور و قانون العقوبات، أن نقف أولا عند المقصود بحق حرمة الحياة الخاصة و عناصره و طبيعته القانونية و خصائصه، و يكون ذلك فيما يلي:

أولا- المقصود بحق حرمة الحياة الخاصة و عناصره:

يعتبر وضع تعريف جامع مانع للحق في الحياة الخاصة من الصعب بما كان، ذلك أن الحق في الحياة الخاصة يختلف مضمونه من مجتمع إلى آخر، و ذلك نتيجة لاختلاف العادات و التقاليد و القيم الأخلاقية، لكن

بالرغم من هذه الصعوبة في وضع تعريف لهذه المسألة قد برزت بعض المحاولات سواء الفقهية و القضائية و دون أن ننسى اللغوية و عليه سوف نتطرق لها فيما يلي:

1-تعريفالحق في حرمة الحياة الخاصة:

1-1- **الخصوصية في اللغة:** من فعل "خص" ، فيقال بالشيء يخصه خصوصاً و خصوصية، و تأتي هذه الأخيرة بالفتح و الضم و هي بالفتح أفصح، و تأخذ معنى الانفراد بالشيء دون غيره،² و يتفرع منها الخاصة و هي خلاف العامة، و الخصوص خلاف العموم، و يقصد بالخاصة ما تخصه لنفسك، و خاصة الشيء: هي ما يخص به دون غيره، و يتبين من ذلك أن الخصوصية في اللغة: " هي ما ينفرد به الإنسان لنفسه دونغيره من الأمور و الأشياء، و تكون الحياة الخاصة هي التي يختصها الإنسان لنفسه بعيدا عن تدخل الغير".³

1-2- **التعريف الفقهي للحق في حرمة الحياة الخاصة:**اختلف الفقهاء في تعريف الحق في الحياة الخاصة مثلما اختلفوا في تعريف الحق ذاته،⁴ و هجر كذلك المشرعون تقريبا في مختلف الدول ايجاد تعريفا له و منهم التشريع الفرنسي و المصري و سايرهما في ذلك المشرع الجزائري، و بالتالي ترك المجال للفقه لمحاولة تحديد مدلوله، و ظهر بذلك اتجاهين الأول وضع تعريفا سلبيا للحياة الخاصة، و الثاني تعريفا إيجابيا لها، نذكرهما بإيجاز فيما يلي:

- **التعريف السلبي للحياة الخاصة:**من رواد هذا الرأي (MARTIN و BADINTER) حسبهم فالحياة الخاصة هي كل ما لا يعد من قبيل الحياة العامة،⁵ و بالتالي يكون الحق في الحياة الخاصة هو الحق في الحياة غير العلنية أو غير العامة. و منه فإن الأصل هو منع المساس بالحياة الخاصة، و بالمقابل يسمح بالتعرض للحياة العام. و طبقا لهذا التعريف السلبي فقد حاولت الاتجاهات الفقهية وضع معايير يتم من خلالها

² - المعجم الوجيز - مجمع اللغة العربية- طبعة وزارة التربية و التعليم - الهيئة العامة لشؤون المطابع الأميرية، سنة 1992، 198.

³ - وهاب حمزة، سلطات الضبطية القضائية بين الفعالية و حماية الحريات الفردية-دراسة مقارنة-رسالة دكتوراه، قانون عام، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، السنة 2016/2017، ص 149 و ما يليها. نقلا عن/ أحمد بن محمد بن علي المقرري الفيومي، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي، مطبعة مصطفى البابي الحلبي و أولاده، القاهرة، جزء 8، ص 290.

⁴ - حسام الدين كامل الأهواني، أصول القانون، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998، ص 39.

⁵ - بنور سعاد، حماية الحياة الخاصة للعامل، أطروحة دكتوراه علوم، قانسون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة وهران 2، السنة 2016/2017، ص 17. نقلا عن/ BADINTER, le secret de la vie privée, J.C.P, France, 1968, p12.

التمييز بين النوعين من الحياة و أهمها معياري المكان و مضمون الحياة العامة، لا يتسع المقام للتفصيل فيها.⁶

– **التعريف الايجابي للحياة الخاصة:** من رواد هذا الاتجاه و خاصة في الفقه الفرنسي نذكر منهم على الخصوص (Pierre KAYSER, Roger NERSON) فمنهم من وسعوا في مضمون الحياة الخاصة و أخلطوها بذلك مع مفهوم الحرية، و البعض الآخر ضيق في مفهومها رابطتين إياها بأفكار معينة متمثلة في السرية، السكينة و الألفة. مع الإشارة في هذا الصدد فيه من يعرف حرمة الحياة الخاصة كذلك على ثلاث أصناف: وصفي، إيجابي و سلبي.⁷

ونشير كذلك إلى بعض التعريفات الأخرى التي قيلت في شأن الحق في الحياة الخاصة، و منها تعريف الفقيه نيرسون بأنه: "التحفظ الذي يمكن الشخص من عدم تعريض شخصيته للجمهور بدون موافقته...". و عرفه شاربونييه بأنه: "حق الشخص في المجال الخاص لحياته يستطيع أن يعيش بمنأى عن الآخرين في الخصوصية الطبيعية للفرد و الحق في أن يعيش بهدوء".⁸

وعرفه بعض الباحثين العرب بأنه: "النطاق الذي يكون فيه للمرء في إطاره مكنة الانسحاب أو الانزواء عن الآخرين، بقصد تحقيق نوع من السكينة و الحفاظ على سرية الحياة الخاصة". و قيل عنه أيضا بأن: "الحياة الخاصة تعني الحياة التي يحرص الفرد على حجبها عن اطلاع الغير، و احاطتها بسياج من السرية".⁹ و عرفه أحمد فتحي سرور بأنه: "الحق في حرمة الحياة الخاصة يعني الحق في استبعاد الآخرين من حرمة الحياة الخاصة وحق الإنسان في الاحترام طبيعته الشخصية، و الحق في أن يعيش في سلام".¹⁰

⁶ – للمزيد من التفاصيل حول هذه المعايير راجع/ بنور سعاد، المرجع السابق، ص18 و ما يليها. و كذلك/سمية بلغيث، الحماية الجنائية للحق في حرة الحياة الخاصة، أطروحة دكتوراه علوم، تخصص قانون جنائي و علوم جنائية، كلية الحقوق و العلوم السياسية بجامعة العربي بن مهيدي أم البواقي، السنة 2019/2020، ص11 و ما يليها.

⁷ – ابراهيم عيد نابل، الحماية الجنائية لحرمة الحياة الخاصة في قانون العقوبات الفرنسي، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 2000، ص46. راجع كذلك: بارق منتظر عبد الوهاب لامي، جريمة انتهاك الخصوصية عبر الوسائل الإلكترونية في التشريع الأردني – دراسة مقارنة –، رسالة ماجستير في القانون العام، جامعة الشرق الأوسط، عمان، الأردن، سنة 2017، ص13 و ما يليها.

⁸ – هاني صوادقية، "حماية الحق في الخصوصية"، مجلة البحوث و الدراسات القانونية و السياسية، جامعة البلدة 2، المجلد، الثاني، العدد الأول، جانفي 2012، ص85.

⁹ – راجع كل من: ممدوح خليل بحر، حماية الحياة الخاصة في القانون الجنائي، دراسة مقارنة، مكتبة دار الثقافة، الأردن، 1996، ص206، و كذلك: محمود نجيب، حسني، الحماية الجنائية للحق في حرمة الحياة الخاصة، مجلة القضاة، السنة الثانية، عدد6، جويلية 1987، القاهرة، ص8.

¹⁰ – أحمد فتحي سرور، "الحق في حرمة الحياة الخاصة مجلة القانون والاقتصاد"، العدد54 سنة 1984، جامعة القاهرة، ص280.

انطلاقاً من هذا التعريف الأخير و الذي لفت انتباهي و أراه بأنه جد مهم، و منه نوافق قول: ليس لأحد أن يقتحم على غيره عالم أسراره، و عليه أن يدعُ في السكنية ينعم بالألفة دون تَطْفُلٍ عليه.¹¹ و على هذا فإن ضمان حرمة الحياة الخاصة تكون على ثلاثة محاور رئيسة يمثل أي مساس بها إهدار لها و اعتداء عليها و هي: السرية و السكنية و الأمن، و ضمان حرمة الحياة الخاصة في حقيقته يعد ثمرة التطور الحضاري للمجتمع الإنساني.¹²

1-3- التعريف القضائي للحق في حرمة الحياة الخاصة: لقد كان موقف القضاء مترددا ما بين الإنكار و الإقرار، ففي مرحلة أولى أنكر القضاء البريطاني الخصوصية و اتجه إلى عدم إقرارها دون تدخل تشريعي، أما القضاء الفرنسي في القرن 18 قام بإقراره للخصوصية و دفع حركة التشريع على هذا النحو، كما يعتبر هو أول من اعترف بحماية الحياة الخاصة و لم يجعلها مقتصرة فقط على الحماية المادية بل امتدت للعناصر المعنوية من مختلف صور المساس بالحياة الخاصة. أما القضاء الأمريكي لم يعترف بالحياة الخاصة كحق عام في ظل التعديل الدستوري الرابع الذي حصر حماية الحياة الخاصة في تلك التي تطل الشخص في مسكنه و أوراقه أو التفتيش و الضبط الغير قانونيين، بمعنى الحماية مقتصرة فقط في الخصوصية المادية. و مع المحاولات في تطوير النصوص الدستورية فقد دعا إلى حماية الحياة الخاصة المعنوية عن طريق التفسير القضائي، و تم ذلك في سنة 1965 من خلال إحدى الدعاوى التي حققت ميلاد القانون الدستوري للحق في الخصوصية، لكن لم يعرف القضاء الأمريكي الحياة الخاصة تعريفاً محدداً.¹³ و بالمقابل لقد وضع معهد القضاء الأمريكي تعريفاً للحق في الحياة الخاصة مفاده: "أن كل شخص ينتهك بصورة جدية و بدون وجه حق، حق شخص آخر في ألا تصل أموره و أحواله إلى علم الغير، و أن لا تكون صورته عرضة لأنظار الجمهور، يعتبر مسؤولاً أمام المعتدى عليه".¹⁴

¹¹ - د/ ممدوح خليل بحر، حماية الحياة الخاصة في القانون الجنائي، رسالة دكتوراه، مكتبة دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان، الأردن، 1996، ص 191.

¹² - راجع كل من: - أ- وهاب حمزة، الحماية الدستورية للحرية الشخصية خلال مرحلة الاستدلال و التحقيق في التشريع الجزائري، دار الخلدونية للنشر و التوزيع، الجزائر، ط 2011، ص 35. و كذلك: الفحلة مديحة، "أساليب التحري الخاصة بين فعالية مكافحة الفساد و حماية الحق في الحياة الخاصة دراسة في التشريع الجزائري"، المؤتمر العلمي الدولي حول: الآليات القانونية والمؤسسية لمكافحة الفساد بين أولوية المكافحة و ضرورة الوقاية، كلية الحقوق و العلوم السياسية بجامعة محمد بوضياف المسيلة، يومي 26 و 27 نوفمبر 2019، ص 5.

¹³ - بارق منتظر عبد الوهاب لامي، المرجع السابق، ص 16- 17.

¹⁴ - محمد الطرولة، ضمانات حقوق الإنسان في الدعوى الجزائية "دراسة مقارنة"، ط 1، 2003، دار وائل للنشر، عمان، الأردن، ص 107. و كذلك: د/ الفحلة مديحة، المرجع السابق، ص 3.

ما يمكن استقراءه من التعاريف السابقة و حتى التي لم يسمح لنا الحيز لذكرها، فإننا نقول بأن فكرة الحياة الخاصة هي مسألة مرنة و مطاطة تتطور و تتحين مع تطور الزمان و المكان و حتى الأشخاص، مما يصعب تحديد بدقة و بصفة نهائية لمعالمها و أبعادها في نصوص القانون، لذلك يستحسن أن يترك تحديد تعريفها حسب الظروف و الوقائع و المجتمعات لكل من الفقه و القضاء حتى نبعد النصوص القانونية عن العجز في بعض الأحيان و كذا عدم الاستقرار.

2- عناصر الحق في حرمة الحياة الخاصة:

لقد واجه الفقه أثناء تعريفه للحق في حرمة الحياة الخاصة اختلاف وجهات الرأي، مما ترتب عنه أيضا اختلاف في إعداد و حصر العناصر التي تدخل ضمن الحياة الخاصة و التي يقصد بها الأشياء و الأمور المتصلة بالكيان المادي و المعنوي للإنسان و التي يحيطها هذا الحق بالستر و الكتمان.¹⁵ و لذلك برزت أراء فقهية فيها ما يحدد عناصر الحياة الخاصة المتفق عليها ومنها: الحق في حرمة المسكن، الحق في حرمة المراسلات و المحادثات، حق في الحياة العائلية، الحق في الحياة الصحية، الحق في صورة الإنسان، الحق في حرمة الحياة المهنية، الحق في الذمة المالية، و الحق في الآراء السياسية و المعتقدات الدينية. أما عناصر الحياة الخاصة الغير متفق عليه فهي: الحق في الإسم، الحق في حرمة جسم الإنسان، الحق في سرية الحياة المهنية أو الوظيفية، الحق في قضاء أوقات الفراغ.¹⁶ و الحق في حرمة الحياة الخاصة قانونيا كيف بأنه حق ملكية، و واحد من الحقوق الشخصية. و يتميز هذا الحق كذلك بخصائص قانونية ممثلة أساسا في مدى قابليته للتصرف فيه، و مدى تقادمه مدى جواز الإنابة فيه من جهة و مدى قابلية انتقاله عن طريق الإرث من جهة ثانية، لا يتسع المجال للتفصيل فيها.¹⁷

ثانيا - الأساس القانوني لحرمة الحياة الخاصة في الاتفاقيات الدولية:

أُعترف للفرد بالحق في حرمة الحياة الخاصة على المستوى الدولي في العديد من الإعلانات و المواثيق و الاتفاقيات الدولية، نذكر منها المادة 12 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، التي جاء فيها: " يحظر تعريض

¹⁵ - محمد محمد الشهاوي، الحماية الجنائية لحرمة الحياة الخاصة في مواجهة الصحافة، ط1، دار النهضة العربية، 2001، ص17.
¹⁶ - للمزيد من التفصيل حول عناصر الحق في الحياة الخاصة راجع كل من: - بن حيدة محمد، الحق في الخصوصية في التشريع الجزائري "دراسة مقارنة"، مذكرة ماجستير، تخصص حقوق و حريات، كلية الآداب و العلوم الإنسانية، قسم العلوم القانونية و الإدارية، بالجامعة الإفريقية العقيد أحمد دراية، أدرار، السنة الجامعية 2009/2010، ص113 و ما يليها، - بنور سعاد، المرجع السابق، ص35 و ما يليها، - سمية بلغيث، المرجع السابق، ص 15 و ما يليها.
¹⁷ - للتفصيل أكثر فيما يخص الطبيعة القانونية و خصائصه راجع: عاقلية فضيلة، الحماية القانونية للحق في حرمة الحياة الخاصة: دراسة مقارنة، اطروحة دكتوراه علوم في القانون الخاص، كلية الحقوق، بجامعة الإخوة منتوري - قسنطينة، السنة 2011/2012، إشراف: أ- د/ طاشور عبد الحفيظ، ص99 و ما يليها.

الفرد لتدخلات تحكومية في حياته الخاصة أو أسرته أو مسكنه أو مراسلاته...¹⁸ و المادة 17 من العهد الدولي للحقوق المدنية و السياسية التي نصت على أنه: " لا يجوز التدخل بشكل تعسفي أو غير قانوني في خصوصيات أحد أو عائلته أو بيته أو مراسلاته...".¹⁹ كما أعطت الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان لسنة 1951،²⁰ تعريفا للحق في الحياة الخاصة في مادتها الثانية جاء فيها: " لكل شخص الحق في احترام حياته الشخصية و العائلية، و احترام سكنه و مراسلاته...". إضافة للعديد من النصوص الدولية الأخرى لا يتسع المجال للتوسع فيها و إنما نذكرها على سبيل المثال لتدعيم و تبيان المرجعية الدولية لحق في حرمة الحياة الخاصة، و منها المادة 22 من اتفاقية حقوق الإنسان لذوي الإعاقة لسنة 2006،²¹ و المادة 16 من الاتفاقية الأممية المتعلقة بالطفل لسنة 1989.²² و نفس المعنى أكدته المادة 10 من الميثاق الإفريقي لحقوق الطفل و رفايته،²³ و نفس الشيء جاء في العديد من المواثيق الإقليمية مثل الميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان و الشعوب، و الميثاق العربي لحقوق

¹⁸ - راجع نص الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لسنة 1948، بالصفحة الرئيسية للأمم المتحدة بعدة لغات، و لاسيما اللغة العربية، لغة المقال. و الذي صادقت عليه الجزائر بموجب المرسوم رقم 63-89 المؤرخ في 16 ماي 1963، ج ر العدد 64، المؤرخة في 10 سبتمبر 1963.

¹⁹ - العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية و السياسية اعتمد و عرض للتوقيع والتصديق والانضمام بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 2200 ألف (د-21) المؤرخ في 16 كانون/ديسمبر 1966 تاريخ بدء النفاذ: 23 آذار/مارس 1976، وفقا لأحكام المادة 49، و المحرر بعدة لغات بما فيها اللغة العربية لغة المقال. راجع/ الموقع الرسمي للأمم المتحدة - حقوق الإنسان - مكتب المفوض السامي. و الذي صادقت عليه الجزائر بموجب المرسوم رقم 89-67 المؤرخ في 16 ماي 1989، ج ر العدد 20، المؤرخة في 17 ماي 1989.

²⁰ - الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان تهدف لحماية حقوق الإنسان والحريات الأساسية في قارة أوروبا، وضع مسودتها مجلس أوروبا - سنة 1950، وبدأ تطبيقها في 3/9/1953. و تأسست وفقاً لهذه المعاهدة المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان في مدينة ستراسبورغ الفرنسية. بحيث يحق لأي مواطن عادي في أوروبا يعتقد أن إحدى الدول الموقعة على الاتفاقية انتهكت حقوقه - بما يخالف شروطها - أن يقدم دعوى في المحكمة. كل دولة موقعة على الاتفاقية مجبرة على الالتزام بأي قرار تصدره المحكمة. و يحق أيضاً لحكومات الدول أن ترفع دعاوى على دول أخرى عبر محكمة حقوق الإنسان، إلا أنه من النادر اللجوء إلى هذه الميزة. (من ويكيبيديا، الموسوعة الحرة).

²¹ - صادقت عليها الجزائر وفقا للمرسوم الرئاسي رقم 09-188 المؤرخ في 12 ماي 2009، ج ر العدد 33، بتاريخ 31 ماي 2009.

²² - صادقت عليها الجزائر وفقا للمرسوم الرئاسي رقم 92-461 المؤرخ في 19 ديسمبر 1992، ج ر العدد 91، المؤرخة في 23 ديسمبر 2009. و أصدرت سنة 2015، القانون رقم 15-12 المؤرخ في 5 يوليو 2015، المتعلق بحماية الطفل، ج ر العدد 39، المؤرخة في 19 يوليو 2015، و الذي كفل هذا الحق طبقا لما جاء في مادته الثالثة.

²³ - صادقت عليه الجزائر وفقا للمرسوم الرئاسي رقم 03-242 المؤرخ في 28 جويلية 2003، ج ر العدد 41، المؤرخة في 09 جويلية 2003.

الإنسان، الإعلان الخاص باستخدام التقدم العلمي و التكنولوجيا لمصلحة السلم و خير البشرية و الذي أقرته الأمم المتحدة في 10 أكتوبر 1975،²⁴ إضافة للعديد من المؤتمرات.

أما شريعتنا الإسلامية السمحاء فقد أقر القرآن الكريم فيها حرمة الحياة الخاصة للإنسان، فحرم التجسس و الاطلاع عليه و منع استراق السمع، فجاء في محكم تنزيله: ﴿... وَلَا تَجَسَّسُوا وَلَا يَغْتَبَّ بَعْضُكُم بَعْضًا...﴾.²⁵ و نص القرآن كذلك على حرية المسكن و حرمة للإنسان، و حرم على غيره اقتحامه أو تفتيشه، طبقا لقوله تعالى: ﴿... وَلَيْسَ الْبِرُّ بِأَنْ تَأْتُوا الْبُيُوتَ مِنْ ظُهُورِهَا وَلَكِنَّ الْبِرَّ مَنِ اتَّقَى وَأَتُوا الْبُيُوتَ مِنْ أَبْوَابِهَا...﴾.²⁶ كما كفلت الشريعة الإسلامية حرمة الحياة الخاصة للإنسان، سواء كان داخل بيته أو خارجه، أي يكون للإنسان حياته الخاصة في أثناء وجوده في منزله، و حتى اتجاه أفراد أسرته الذين يقيمون معه تحت سقف واحد، سواء أكانوا من الأقارب أو من الغير،²⁷ تطبيقا لقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَيْسَ أَذْنُكُمْ الَّذِينَ مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ وَالَّذِينَ لَمْ يَبْلُغُوا الْحُلُمَ مِنْكُمْ ثَلَاثَ مَرَّاتٍ...﴾.²⁸ وبدورها أكدت السنة النبوية الشريفة حرمة المراسلات في الحديث الشريف الذي رواه أبو داود أن النبي(ص) قال: " من نظر في كتاب أخيه بغير إذنه، فإنما ينظر في النار".²⁹ و قال النبي(ص): " من اطلع في بيت قوم بغير إذنهم ففقتوا عينه، فلا دية و لا قصاص".³⁰

و ما يؤكد قدسية الحق في حرمة الحياة الخاصة كذلك في الشريعة الإسلامية هي تلك الواقعة التي جذبت كثيرا نظري و قناعتي و هذا ما دفعني للإشارة إليها لتبيان المرجعية الشرعية لحرمة هذا الحق، و هي واقعة سيدنا عمر بن الخطاب رضي الله عنه، عندما كان يعس بالمدينة فسمع صوت رجل في بيت يتغنى فتسور عليه (يَسْلُكُ إِلَيْهَا اسْتِخْفَاءً) فوجد عنده امرأة و خمر، فقال: يا عدو الله أظننت أن الله تعالى يسترك و أنت على معصيته؟ فقال و أنت يا أمير المؤمنين لا تعجل علي إن كنت قد عصيت الله تعالى واحدة فقد عصيت الله

²⁴ - الإعلان الخاص باستخدام التقدم العلمي والتكنولوجيا لصالح السلم و خير البشرية، اعتمد ونشر على الملأ بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 3304(د-30) المؤرخ في 10 تشرين الثاني/نوفمبر 1975.

²⁵ - الآية 12 من سورة الحجرات.

²⁶ - الآية 189 من سورة البقرة.

²⁷ - راجع كل من: محمود عبد الرحمان محمد، نطاق الحقيقيا الحياة الخاصة (أو الخصوصية)، القاهرة، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 1994 ص 24. و كذلك: عاقلية فضيلة، المرجع السابق، ص 17.

²⁸ - الآية 58 من سورة النور.

²⁹ - أخرجه أبو داود في الدعاء أواخر الصلاة من حديث عبد الملك بن محمد بن أيمن عن عبد الله بن يعقوب بن إسحاق عن حدثه عن محمد بن كعب القرظي عن ابن عباس به مرفوعا... وقال إنه روى من غير وجه عن محمد بن كعب كلها واهية وهذا الطريق أمثلها وهو ضعيف أيضا. جمعه ورتبه: أبو الخير عارف محمود الجلتي عفي عنه. شبكة المدارس الإسلامية 2010 - 2021.

³⁰ - رواه البخاري و مسلم في الصحيح.

تعالى في ثلاث، قال سبحانه و تعالى(و لا تجسسوا) و أنت تجسست، و قال الله تعالى(و أتوا البيوت من أبوابها)³¹ و قد تسورت، و قال جل شأنه(لا تدخلوا بيوتا غير بيوتكم حتى تستأنسوا و تسلموا على أهلها)³² و دخلت بغير إذن فقال عمر رضي الله عنه فهل عندكم من خير إن عفوت عنك؟ قال: نعم، فعفا عنه و خرج و تركه، فالغاية في الشريعة تأخذ حكم الوسيلة، بمعنى أنه يلزم أن تكون الغاية و الوسيلة مشروعيتين.³³

يا لروعة شريعتنا الإسلامية المميزة عن غيرها من الشرائع و القوانين الوضعية، فالإسلام تنظيم عام للحياة عبادات و معاملات، و يقول المفكر عبد القادر عودة في هذا الشأن: "بأن الشريعة الإسلامية من بين ما عنيت به بصفة أساسية هو الإنسان و شرعت له حقوقا و كفلت له حريات يمارسها، و قررت مبادئ و أسسا تقوم عليها كرامة الإنسان، و وضعت ضمانات لاحترام ممارسته هذه الحقوق و جعلها صالحة لكل زمان و مكان".³⁴ و هذا الذي تفتقده اليوم التشريعات الوضعية المقارنة لمختلف بلدان العالم و باختلاف عاداتهم و تقاليدهم و خصوصيات مجتمعاتهم و الزمان و المكان.

ثالثا - الأساس القانوني لحرمة الحياة الخاصة في الدستور:

تعاقبت الدساتير الفرنسية القديمة منها و الحديثة على التأكيد بوجود احترام مظاهر الحق في الحياة الخاصة بدأً من دستور 1791 في (م9)، و دستور 1795 في (م353)، و دستور 1923 في (م8)، وصولاً إلى المبادئ الأساسية التي تضمنتها ديباجة دستور 1958 التي نصت على عدم المساس بالحقوق الشخصية التي تعتبر حرمة الحياة الخاصة من أهمها.³⁵ و بدورها مرت الجزائر عبر حياتها السياسية منذ الاستقلال إلى غاية اليوم بمراحل عديدة فيها العادية و أخرى استثنائية أحيانا، مما أدى إلى مواكبة هذه الأخيرة سواء بدساتير برامج أو دساتير قوانين، بدأً بالقانون رقم: 1962/09/20 المتعلق بصلاحيات المجلس الوطني التأسيسي، إضافة إلى النظام الداخلي للجمعية التأسيسية الصادر بتاريخ 1962/11/20، دستور 10 سبتمبر 1963، والأمر 97/65 المؤرخ في 1965/07/10 و بعدها دستور 1976/11/22. ثم جاء دستور 1989 بعد أحداث أكتوبر 1988، و بعدها صدر دستور 1996، و المعدل لعدة مرات 2002، 2008، 2016 و آخرها 2020.

³¹ - الآية 29 من سورة البقرة.

³² - الآية 27 من سورة النور.

³³ - بن حيدة محمد، المرجع السابق، ص 38-39. نقلا/ مسلم بن الحجاج النيسبوري، صحيح مسلم، شرح الإمام يحيى بن سرف النووي، تحقيق محمد عبد الفؤاد الباقي، ط1، الجزء 10، دار الكتب العلمية، بيروت، ص 08.

³⁴ - عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي، الجزء 1، دار التراث العربي، 1977، ص 39.

³⁵ - د/ عادل رزيق، " الحماية الجزائرية للحق في حرمة الحياة الخاصة في ظل التقنيات الحديثة"، مجلة القانون و العلوم السياسية، المجلد 3، العدد 1، المركز الجامعي صالحى أحمد- النعامة- الجزائر، ص 8.

تضمنت كل هذه النصوص الدستورية الحق في حرمة الحياة الخاصة للفرد و بنسب متفاوتة تكيفا من النظام السياسي المطبق في كل مرحلة من مراحل التي مرت بها البلاد.

فصت المادة 14 من دستور 1963 على أنه: "لا يجوز الاعتداء على حرمة المسكن و يضمن حفظ مراسلاته لجميع المواطنين.."، ثم جاء دستور 1976 معترفا بصفة صريحة في المادة 48 على أنه: "لا يجوز انتهاك حرمة حياة المواطن الخاصة و القانون يصون سرية المراسلات..."، و جاء دستور 1989 في مادته 37 و دستور 1996 في مادته 39 تقريبا بنفس الصياغة السابقة، أما تعديل 2016 جاء بإضافة جديدة حيث نصت مادته 46: لا يجوز انتهاك حرمة حياة المواطن الخاصة و حرمة شرفه و يحميها القانون. سرية المراسلات و الاتصالات الخاصة بكل أشكالها مضمونة. لا يجوز بأي شكل المساس بهذه الحقوق دون أمر معلن من السلطة القضائية...، حماية الأشخاص الطبيعيين في مجال معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي حق أساسي يضمنه القانون و يعاقب على انتهاكه". ما يلاحظ هنا هو أن المشرع قد أشار إلى الحق في حرمة الحياة الخاصة في تعديله لسنة 2016، دون التطرق لتعريف لهذا الحق. و بنفس الصياغة نقل محتوى المادة 46 كما هي إلى المادة 47 من التعديل الدستوري لسنة 2020.³⁶

رابعاً - الأساس القانوني لحرمة الحياة الخاصة في قانون العقوبات:

لقد أقر المشرع الجزائري بحماية الحق في حرمة الحياة الخاصة للأفراد بموجب تعديل قانون العقوبات في سنة 2006،³⁷ و ذلك بتجريم المساس بحرمة الحياة الخاصة للأشخاص بالأفعال المنصوص عليها بموجب المادة 303 مكرر³⁸ المشار إليها في الهامش أسفله، مقررًا و جامعًا لها بذلك العقوبة السالبة للحرية و الغرامة. و جاءت المادة 303 مكرر 1 مقررًا لنفس العقوبات المحددة في المادة أعلاه، كل من أحتفظ أو وضع أو سمح بأن توضع في متناول الجمهور أو الغير، أو استخدم بأية وسيلة كانت، التسجيلات أو الصور أو الوثائق المتحصل عليها بواسطة أحد الأفعال المنصوص عليها في المادة 303 مكرر من قانون العقوبات. و بالتالي

³⁶ - المرسوم الرئاسي رقم 20-442 مؤرخ في 30 ديسمبر سنة 2020، يتعلق بإصدار التعديل الدستوري، و المصادق عليه في استفتاء أول نوفمبر 2020، ج ر العدد 82، المؤرخة في 3 ديسمبر 2020.

³⁷ - القانون رقم 06-23، المؤرخ في 20 ديسمبر 2006، المعدل و المتمم للأمر رقم 66-156 المتضمن قانون العقوبات، ج ر العدد 84، المؤرخة في 24 ديسمبر 2006.

³⁸ - المادة 303 مكرر ق ع: "يعاقب بالحبس من (06) أشهر إلى (03) سنوات و غرامة من 50.000 دج إلى 300.000 دج، كل من تعدد المساس بحرمة الحياة الخاصة للأشخاص بأية تقنية كانت و ذلك: 1 - بالنقاط أو تسجيل أو نقل مكالمات أو أحاديث خاصة أو سرية، بغير إذن صاحبها أو رضاه. 2- بالنقاط أو تسجيل أو نقل صورة لشخص في مكان خاص، بغير إذن صاحبها أو رضاه. يعاقب على الشروع في ارتكاب الجنحة المنصوص عليها في هذه المادة بالعقوبات ذاتها المقررة للجريمة. و يضع صفح الضحية حدا للمتابعة".

المشرع هنا لم يكتف فقط بتجريم الاعتداء على حرمة الحياة الخاصة للأشخاص من خلال معاقبة الأفعال المنصوص عليها في المادة أعلاه، بل راح يتعقب هذه التسجيلات و الصور في يد الجاني أو غيره و يسد الباب أمامه بتجريم أي استعمال لهذه التسجيلات أو الصور من خلال نص المادة 303 مكرر¹، كما أحالت الفقرة الثانية من نفس المادة تحديد عقوبة الجنحة المرتكبة و المشار إليها أعلاه عن طريق الصحافة إلى الأحكام الخاصة المنصوص عليها في القوانين ذات العلاقة لتحديد الأشخاص المسؤولين. أي الإحالة إلى قانون الإعلام³⁹ ووفقا لما جاء فيبابه التاسع بعنوان المخالفات المرتكبة في إطار ممارسة النشاط الإعلامي، حيث اقتصر المشرع فيها على عقوبة الغرامة فقط دون العقوبات السالبة للحرية، و لاسيما المواد من 120 إلى 122 المتعلقة بموضوع المقال، و المتمثلة في عقوبة الغرامة و المتروحة من 100.000 دج إلى غاية 200.000 دج.

المحور الثاني: الإجراءات الاستثنائية في قانون الوقاية من الفساد و مكافحته و قانون الإجراءات الجزائية الماسة بجرمة الحياة الخاصة:

بعدما حددنا المقصود بالحق في حرمة الحياة الخاصة و مرجعيته القانونية سواء في الاتفاقيات الدولية، الدستور و قانون العقوبات الذي جرم الأفعال الماسة به. لكن مع التطور التكنولوجي الكبير في أجهزة المراقبة و التنصت و التسجيل، الشيء الذي أدى إلى تزايد احتمالات تهديد حرمة الحياة الخاصة للأفراد، حيث أضحي من السهل الاطلاع على خبايا الناس و التطفل على أسرهم بالاعتماد على أجهزة شديدة الدقة و الحساسية. لهذا و من أجل تحقيق حماية أكثر فعالية لهذا الحق كان لابد من ضمان الحماية اللازمة له.

و بالمقابل و في إطار جمع الأدلة و كل البيانات المتعلقة بجرائم الفساد جاءت بعض الأساليب الاستثنائية في قانون رقم 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد و مكافحته و منها التردد الإلكتروني و اعتراض المراسلات و التقاط الصور، و المقيدة بضوابط شكلية نص عليها قانون الإجراءات الجزائية، هذه الأساليب التي أعيب عنها بأنها مست بالحق في حرمة الحياة الخاصة للأفراد، و لذلك سوف نتناول هذه الأخيرة (أولا) ثم الجهات المختصة في القيام بها و إجراءاتها (ثانيا) و يكون ذلك كما يلي:

أولا-أساليب التحري الخاصة في قانون مكافحة الفساد، و ضوابطها المنصوص عليها في قانون الإجراءات الجزائية:

إن اعتراض المراسلات و تسجيل الأصوات و التقاط الصور تمس بجرمة الحياة الخاصة للفرد، التي أقرتها التشريعات الدولية و الداخلية، مما استوجب على المشرع اجازتها ضمن مجموعة من الضوابط القانونية و

³⁹ - القانون العضوي رقم 12-05 المؤرخ في 12 يناير 2012، المتعلق بقانون الإعلام، ج ر العدد 02، المؤرخة في 15

يناير 2012

رتب جزاءات على عدم احترامها.⁴⁰ ولها سعت الجزائر بعد مصادقتها للعديد من الاتفاقيات الدولية، و منها تلك المتعلقة بمكافحة الفساد لسنة 2003، إلى تحيين كل قوانينها بما يتوافق مع التزاماتها الدولية. و في إطار الوقاية من الفساد و مكافحتها أقر المشرع الجزائري مجموعة من أليات قانونية إجرائية بغية تمكين السلطة القضائية من أداء مهامها دون أي معيقات، و من ذلك تمديد الاختصاص لبعض المحاكم و وكلاء الجمهورية وقضاة التحقيق وفقا لما جاء في المادة 24 مكرر 1 قانون الوقاية من الفساد و مكافحته،⁴¹ و المرسوم التنفيذي لسنة 2006،⁴² إضافة إلتأسيس أقطاب جزائية⁴³ و منها تلك التي تحال عليها كل قضايا الغش و التهريب الضريبي و جرائم الفساد، مع استحداث أساليب تحري خاصة بعمل الضبطية القضائية عند تحرياتها في الجرائم المنصوص عليها

40- جميلة ملحق، "اعتراض المراسلات، تسجيل الأصوات و التقاط الصور في قانون الإجراءات الجزائية الجزائري"، مجلة التواصل في الاقتصاد و الإدارة و القانون، العدد 42- جوان 2015، جامعة باجي مختار، عنابة، ص 179.

41- و بذلك يكون المشرع قد وضع حدا لوضعية شاذة كما قال الدكتور بوسقيعة كانت تتميز باستبعاد جرائم الفساد من قائمة الجرائم الخاصة التي تخضع لاختصاص المحاكم ذات الاختصاص المحلي الممدد. و طبقا للمواد من 40 مكرر إلى 40 مكرر 4 ق.إ.ج، رسمت مسار الجرائم التي تخضع لاختصاص المحاكم ذات الاختصاص المحلي الممدد كالآتي: " 1- يخبر ضباط الشرطة القضائية فوراً وكيل الجمهورية لدى المحكمة المختصة إقليمياً، و يرسلون له الأصل و نسختين من اجراءات التحقيق، و يحيل هذا الاخير فوراً النسخة الثانية إلى وكيل الجمهورية لدى الجهة القضائية ذات الاختصاص الاقليمي الموسع". (مكرر 1)، 2- يطالب وكيل الجمهورية لدى الجهة القضائية ذات الاختصاص الاقليمي الموسع، بعد أخذ رأي النائب العام بالإجراءات فوراً، إذا اعتبر أن الجريمة تدخل ضمن اختصاص المحكمة المذكورة في المادة 40 مكرر من هذا القانون. و في هذه الحالة، يتلقى ضباط الشرطة القضائية العاملون بدائرة اختصاص هذه المحكمة التعليمات مباشرة من وكيل الجمهورية لدى هذه الجهة القضائية". (مكرر 2). 3- " يمكن لوكيل الجمهورية لدى المحكمة ذات الاختصاص الاقليمي الموسع، بعد أخذ رأي النائب العام، أن يطالب بملف الاجراءات خلال جميع مراحل الدعوى العمومية. و في حالة فتح تحقيق قضائي، يصدر قاضي التحقيق أمراً بالتخلي عن الاجراءات لفائدة قاضي التحقيق لدى المحكمة المختصة المذكورة في المادة 40 مكرر من هذا القانون. و في هذه الحالة، يتلقى ضباط الشرطة القضائية العاملون بدائرة اختصاص هذه المحكمة التعليمات مباشرة من قاضي التحقيق بهذه الجهة القضائية". (مكرر 3). علماً أن المواد 40 مكرر 1 و 40 مكرر 2 و 40 مكرر 3، قد تم تعديلها بالأمر رقم 04-20 المؤرخ في 30 أوت 2020، ج ر العدد 51، المؤرخة في 31 أوت 2020.

42- راجع كل من:- المادة 24 مكرر من الأمر رقم 10-05 المؤرخ في 26 أوت 2010، يتم و يعدل القانون رقم 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد و مكافحته، ج ر العدد 50 ، بتاريخ 01 سبتمبر 2010. - و المرسوم التنفيذي رقم 06-348 المؤرخ في 05 أكتوبر 2006، المتعلق بتمديد اختصاص لبعض المحاكم و وكلاء الجمهورية و قضاة التحقيق، ج ر العدد 63 مؤرخة في 8 أكتوبر 2006.

43- مع العلم أنه تم إنشاء القطب الجزائي الاقتصادي المالي الوطني مؤخرًا متخصص لمكافحة الجريمة الاقتصادية و المالية، يكون مقره محكمة مقر مجلس قضاء الجزائر، راجع: المواد من 211 مكرر إلى 211 مكرر 15، من بالأمر رقم 04-20 المؤرخ في 30 أوت 2020، ج ر العدد 51، المؤرخة في 31 أوت 2020، المعدل لقانون الإجراءات الجزائية.

على سبيل الحصر في المادة 65 مكرر 5 ق.إ.ج، و من بينها جرائم الفسادو تطبيقا للماد56 من قانون الوقاية من الفساد و مكافحتها التي نصت على هذه الأساليب الخاصة بالتحري، و حددت إجراءاتها و الجهات المختصة بها في قانون الإجراءات الجزائية المعدل في سنة 2006، في المادة 65 مكرر 5 و مايليها.

علما أن قانون الإجراءات الجزائية هو الذي يحقق السير الحسن للعدالة و مبدأ سيادة القانون، لأنه يتضمن المبادئ الأساسية و القواعد المشكلة للضمانات المحيطة بالحقوق و الحريات الفردية، و التي تكملها و تحميها من تدخل السلطة، و تحكمها و تحول دون تحقيق أهدافها على حساب حقوق الشعب و حرياته⁴⁴. كما أن هذا القانون الإجرائي يؤكد الديمقراطية و احترام القانون و النظام لأنه يحكم القاضي و المسؤول قبل أن يحكم المجرم، لذا سماه الايطالي "فيرري Ferri" قانون الشرفاء من الناس⁴⁵ و هو المجسد الفعلي في أرض الواقع للأحكام و الجزاءات المقررة في قانون العقوبات و القوانين المكملة له. و في هذا الإطار تضمن قانون الإجراءات الجزائية أحكام أساليب التحري الخاصة و منها التردد الإلكتروني و اعتراض المراسلات و كذا التقاط الصور، و التي سوف نتناولها فيما يلي:

1- التردد الإلكتروني:

و يقصد به تسجيل أحاديث المتهم و شركائه عن واقعة معينة مشتبهين فيهم بارتكاب أو على وشك ارتكاب واحدة من الجرائم المنصوص عليها على سبيل الحصر في المادة 65 مكرر 5 ق.إ.ج، و من بينها جرائم الفساد محل الدراسة. و تتم عملية تسجيل الأصوات من خلال وضع الترتيبات التقنية بالغة الدقة و الصغر يمكن أن تقوم بتسجيل و التقاط و تثبيت و بث و تسجيل الكلام المنقوه بصفة خاصة أو سرية من طرف شخص أو عدة أشخاص في أماكن خاصة أو عمومية، دون أن يتقطن إليها من يسجل صوته أو حركته.

و بعدما منح المشرع للمتهم الحق في الصمت وفقا لما جاء في القسم الخامس من قانون الإجراءات الجزائية و لاسيما المادة 100 منه⁴⁶ فإنه و بشكل غير مباشر أورد استثناء عن هذا الحق بموجب المادة 65 مكرر 5 ق.إ.ج السالفة الذكر، أين أصبح من الممكن أخذ اعتراف الشخص ضد نفسه بشكل خفي و دون رضاه و موافقته عن طريق تسجيل كل ما يتقوه به من كلام بصفه خاصة أو سرية⁴⁷ و هذا من أجل إلقاء القبض

44- عبد الرحمان خلفي، محاضرات في قانون الإجراءات الجزائية، ط 2010، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، ص 69.

45- محمد صبحي نجم، "حق المتهم في محاكمة عادلة في قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني"، مجلة دراسات "علومك الشريعة و القانون"، المجلد 32، العدد 1، 2005، ص 123.

46- المادة 100 ق.إ.ج: "يتحقق قاضي التحقيق حين مثول المتهم لديه لأول مرة من هويته و يحيطه علما صراحة بكل واقعة من الوقائع المنسوبة إليه و ينبهه بأنه حر في عدم الإدلاء بأي إقرار...".

47- د/ فوزي عمارة، "اعتراض المراسلات و تسجيل الاصوات و التقاط الصور و التسرب كإجراء تحقيق قضائي في المواد الجزائية"، مجلة العلوم الانسانية، العدد 33، جوان 2010، جامعة قسنطينة، ص 237.

على المتهم و هو متلبسا بارتكابه لإحدى الجرائم المنصوص عليها في المادة 65 مكرر 5، و المقرر لها عقوباتها المختلفة وفقا لتكييفها، و من بينها ما نصت عليه المادة 303 مكرر التي تعاقب على كل من مس بالحق في حرمة الحياة الخاصة بعقوبة سالبة للحرية من 06 أشهر إلى 03 سنوات و بغرامة مالية من 50.000 دج إلى 300.000 دج.

2- اعتراض المراسلات: إن سرية المراسلات و الاتصالات الخاصة بكل أشكالها⁴⁸ مضمونة عبر دساتير العالم و من بينها الجزائر في نص المادة 47 من التعديل الدستوري لعام 2020، حيث جاء فيها: " لكل شخص الحق في حماية حياته الخاصة و شرفه. لكل شخص الحق في سرية مراسلاته و اتصالاته الخاصة في أي شكل كانت. لا مساس بالحقوق المذكورة في الفقرتين الأولى و الثانية إلا بأمر معلل من السلطة القضائية. حماية الأشخاص عند معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي حق أساسي. يعاقب القانون على كل انتهاك لهذه الحقوق".

و لقيام عملية اعتراض المراسلات يلزم توافر أربعة عناصر أساسية و هي:- اعتراض المراسلات يتم خلسة، - اعتراض المراسلات إجراء يمس بحق الشخص في السرية، - تستهدف عملية اعتراض المراسلات الحصول على دليل غير مادي، - تستعمل في اعتراض المراسلات أجهزة قادرة على التقاط الأحاديث.⁴⁹

ما يلاحظ على المادة 65 مكرر 5ق.إ.ج، أن المشرع قد أزال التحفظ المبدي من طرف البعض من الباحثين في الجزائر من خلال تساؤلهم:⁵⁰ هل سرية المراسلات و الاتصالات تختلف عن حرمة حياة المواطن الخاصة طالما خصص الدستور 2016 في مادته 46 لكل منها فقرة خاصة، أم أنهما صورتان لعملة واحدة لا يمكن التفريق بينهما؟ و عليه نقول بأن هذه المادة الجديدة أي 47 من التعديل الدستوري لسنة 2020، ذكرت كل من حق حرمة الحياة الخاصة لكل شخص و شرفه في فقرة أولى، و حق سرية المراسلات و الاتصالات الخاصة في

⁴⁸ - و تدخل ضمنها حتى الاتصالات الإلكترونية مهما كان نوعها و مصدرها، و قد عرفها المشرع الجزائري على أنها: "أي ترسل أو إرسال أو استقبال علامات أو اشارات أو كتابات أو صور أو أصوات أو معلومات مختلفة بواسطة أية وسيلة الكترونية". راجع/المادة 2 ف-ه- من القانون رقم 09-04 المؤرخ في 5 أوت 2009، يتضمن القواعد الخاصة للوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الإعلام و الاتصال و مكافحتها، ج ر العدد 47، المؤرخة في 16 أوت 2009. و بنفس الصياغة جات به المادة 3 ف 11 من القانون رقم 07/18 المؤرخ في 10 يونيو 2018، يتعلق بحماية الأشخاص الطبيعيين في معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي، ج ر العدد 34، المؤرخة في 10 يونيو 2018. بأن الاتصال الإلكتروني هو: "كل إرسال أو ترسل أو استقبال علامات أو اشارات أو كتابات أو صور أو أصوات أو بيانات أو معلومات مهما كانت طبيعتها، عبر الأسلاك أو الألياف البصرية أو بطريقة كهرومغناطيسية".

⁴⁹ - ياسر الأمير فاروق، مراقبة الأحاديث الخاصة في قانون الإجراءات الجزائية، دار المطبوعات الجامعية، القاهرة، ط1، سنة 2009، ص 165.

⁵⁰ - سمية بلغيث، المرجع السابق، ص 19.

فقرة ثانية، و خصصت الفقرة الثالثة للاستثناء الذي يمس هذه الحقوق إلا بأمر قضائي معلل، و بالتالي فإنها سوت في الحماية الدستورية بين الحق في حرمة الحياة الخاصة و حق الشرف و حق المراسلات و الاتصالات الخاصة.

و منه كذلك نقول بأن الدستور الجزائري كرس بحكم عام كفالتة للحياة الخاصة امتثالاً للالتزامات الدولية المفروضة على الجزائر بعد مصادقتها على جملة من الإعلانات و الاتفاقيات الدولية المؤكدة لحق حرمة الحياة الخاصة كما سبق و إن أشرنا إليه في المحور الأول لهذا المقال. و لكن بالمقابل لم تكن حماية القانون لها حماية مطلقة، بل وردت عليها قيود تدخل فيها المشرع الجزائري بواسطة القواعد الإجرائية المقيدة لحرمة الحياة الخاصة، تغليباً للمصلحة العامة و التي تقوم أساساً على حسن سير التحريات و التحقيقات القضائية بهدف تأمين الوصول إلى الحقيقة المفقودة على حساب المصلحة الخاصة التي تتمثل في ضمان أسرار الأفراد.

و من أجل تسهيل جمع الأدلة المتعلقة بالجرائم المتلبس بها و المحددة على سبيل الحصر في المادة 65 مكرر 5 ق.إ.ج، و منها جرائم الفساد والمنصوص عليها في القانون رقم 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد و مكافحته، يمكن اللجوء إلى اتباع أساليب تحري خاصة للمشتبه فيهم، من خلال اعتراض مراسلاتهم التي تتم عن طريق وسائل الاتصال السلكية أو اللاسلكية. و قد نص عليها المشرع الجزائري في المادة 56 من قانون الوقاية من الفساد و مكافحته و حدد ضوابطها و الجهات المختصة بها في قانون الإجراءات الجزائية⁵¹ في الفصل الرابع منه بعنوان: في اعتراض المراسلات و تسجيل الأصوات و التقاط الصور، و لا سيما المادة 65 مكرر 5 "...- اعتراض المراسلات التي تتم عن طريق وسائل الاتصال السلكية و اللاسلكية...". و سوف نوضحها في المحور الفرعي الموالي بعنوان: الجهات المختصة في القيام به و إجراءاته.

كما أن اعتراض المراسلات هو التتبع السري و المتواصل للمشتبه به قبل و بعد ارتكابه للجريمة، ثم القبض عليه متلبساً بها، و يطلق عليه بأنه إجراء تحقيقي يباشُرُ خِلْسَةً و بالتالي يَنْتَهِكُ سرية الأحاديث الخاصةتأمر به السلطة القضائية بالشكل المحدد قانوناً، بغرض الحصول على دليل مادي، كما يتضمن من جهة أخرى استراق السمع للأحاديث و هو وسيلة هامة من وسائل البحث و التحري تستخدمها الضبطية القضائية و يتم عبر وسائل الاتصال السلكية و اللاسلكية.⁵²

و الملاحظ أيضاً على نص المادة 65 مكرر 5 ق.إ.ج، أنه لا يتماشى أولاً مع التعريف الذي جاء به للاتصالات الإلكترونية في المادة 8ف21 من القانون المتعلق بالبريد و المواصلات السلكية و اللاسلكية

⁵¹-القانون رقم 06-23 المؤرخ في 20 ديسمبر 2006، ج ر العدد 84، المؤرخة في 24 دسبر 2006، المعدل و المتمم للأمر رقم 66-155 المؤرخ في 5 يونيو 1966.

⁵²-ياسر الأمير فاروق، المرجع السابق، ص 150.

لسنة 2000،⁵³ بالرغم من أن هذه المادة جاءت في تعديل سنة 2006، و لا مع التعريف الذي جاء في المادة 10 ف1 من التعديل الذي جاء في سنة 2018،⁵⁴ و ثانيا مع التعريف في كل من القانون المتعلق بالقواعد الخاصة للوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الإعلام و الاتصال و مكافحتها لسنة 2009 و لاسيما مادته الثانية الفقرة -هـ-، و القانون المتعلق بحماية الأشخاص الطبيعيين في معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي لسنة 2018، و لاسيما في مادته الثالثة الفقرة 11.

كما أن المشرع في هذه المادة السابقة خص بالذكر المرسلات التي تتم عن طرق وسائل الاتصال السلكية و اللاسلكية، أي المراسلات الإلكترونية، دون الرسائل و الخطابات و المطبوعات و الطرود لدى مكاتب البريد و ذلك حرصا منه على ضمان حرية المراسلات بين الأفراد المكفولة دستوريا هذا من ناحية، و من ناحية أخرى فإن أفراد الشبكات الإجرامية و العصابات المنظمة كثيرا ما ينفذون خطتهم الإجرامية باستعمال أدوات و تجهيزات متطورة".⁵⁵

و انطلاقا مما سبق و من رأينا نقترح على المشرع الجزائري إعادة النظر في صياغة نص المادة 65 مكرر 5 بما يتماشى مع التعريف للاتصالات الإلكترونية المذكور في القوانين الثلاثة السالفة الذكر و إزالة كل النقائص و الشوائب.

3- التقاط الصور:

الأصل في الصورة هي انعكاس لشخصية الإنسان، سواء في مظهرها المادي أو المعنوي، لأنها تعكس أحاسيسه و رغباته، فهي المرآة التي تعكس ما في جوف صاحبها، و ما يدور في خلد من أفكار، و ما يعتره من انعكاسات،⁵⁶ لذلك يتطلب توفير الحماية اللازمة لها خاصة في ظل الثورة التكنولوجية التي يشهدها العالم في وقتنا الحاضر، و كذا التطور المذهل في آليات التصوير و وسائل النشر، إذ أصبحت عملية أخذ و نشر الصور تتم في ثواني قليلة و تصل إلى الملايين من الناس و بمجرد ضغطة زر لا يتعدى حجم الأصبع.

⁵³ - القانون رقم 03-2000 المؤرخ في 05 أوت 2000، يحدد القواعد العامة المتعلقة بالبريد و المواصلات السلكية و اللاسلكية لسنة 2000، ج ر العدد 48، المؤرخة في 06 أوت 2000.

⁵⁴ - قانون رقم 18 04- مؤرخ في 24 شعبان عام 1439 الموافق 10 مايو سنة 2018، يحدد القواعد العامة المتعلقة بالبريد والاتصالات الإلكترونية، ج ر العدد 27 المؤرخة في 13 مايو 2018.

⁵⁵ - د/ مونة مقلاتي - د/ سهيلة بوخميس، " الحق في اعتراض سرية الاتصالات و المراسلات في التشريع الجزائري"، المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية و السياسية- المجلد 3، العدد 2، سبتمبر 2019، جامعة عمر ثلجي الأغواط، ص 125.

⁵⁶ - علي أحمد عبد الزعبي، حق الخصوصية في القانون الجنائي، دراسة مقارنة، ط1، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، لبنان، 2006، ص 176.

و قد يترتب على هذه الأفعال مجموعة من الأضرار الاجتماعية أو الأخلاقية أو حتى المادية و خاصة عندما تلتقط الصور و تنشر دون رضا صاحبها. و أمام هذا الوضع تدخلت التشريعات في كل دول العالم لتوفير الحماية القانونية اللازمة، و منها الجزائر التي أقرت حماية لهذا الحق في المادة 303 مكرر/ف3 من قانون العقوبات من خلال المعاقبة كل من قام بالتقاط أو تسجيل أو نقل صورة لشخص في مكان خاص بغير رضاه، بعقوبة سالبة للحرية من 06 أشهر إلى 03 سنوات و بغرامة مالية من 50.000 دج إلى 300.000 دج. هذا من جانب تجسيد الحماية الدستورية و إقرار الجزاء العقابي لمن مس بهذا الحق، لكن بالمقابل أجاز المشرع في المادة 65 مكرر 5 و في جرائم محددة على سبيل الحصر و من بينها جرائم الفساد، القيام بالمساس بهذا الحق من خلال التقاط أو تسجيل أو نقل الصور، و ذلك بوضع الترتيبات التقنية دون موافقة المعنيين بالتتبع، من أجل التقاط الصور لشخص أو عدة أشخاص يتواجدون في مكان خاص، و هذا في إطار مكافحة الإجرام و من بينها جرائم الفساد محل الدراسة.

فإذا كان للسلطة الحق في تقييد و المساس بالمصالح الخاصة و من بينها الحق في حرمة الحياة الخاصة للأشخاص تغليباً للمصلحة العامة و ذلك في إطار حسن سير التحريات و التحقيقات القضائية بهدف تأمين الوصول إلى الحقيقة المفقودة على حساب المصلحة الخاصة التي تتمثل في ضمان أسرار الأفراد. قد تستوجب القيام بإجراء بعض من أساليب التحري الخاصة السالفة الذكر من ترصد الكتروني، اعتراض للمراسلات و التقاط للصور، لكن لا بد و أن تكون من سلطات معينة و وفقاً لإجراءات محددة قانوناً بغية الابتعاد عن كل التعسفات في استعمال لهذه الإجراءات، و هذا ما سنتناوله في المحور الفرعي الثاني الموالي.

ثانياً - الجهات المختصة بالقيام بالتحريات الخاصة و إجراءاتها:

إن التدابير القضائية مهما كان نوعها، تتطلب أن تضبط ضمن حدود قانونية معينة مسبقاً و وفقاً لإجراءات و إلا كانت باطلة، خاصة تلك المتعلقة بحق من حقوق المواطن و حرياتهم المحمية دستورياً و قانونياً. و عليه فإن التدابير المتعلقة بأساليب التحري الخاصة محل الدراسة و المتمثلة أساساً في: الترصد الإلكتروني و اعتراض المراسلات و التقاط الصور تختص بها جهات قضائية محددة بذاتها و بإجراءات مضبوطة في قانون الإجراءات الجزائية، سنتناولها على التوالي فيما يلي:

1- الجهات المختصة بالقيام بالتحريات الخاصة:

تعتبر الضبطية القضائية الجهة المسؤولة عن إجراءات التحري الأولية، و تعمل تحت إشراف وكيل الجمهورية المختص إقليمياً، و قد حدد نص المادة 12 ق.إ.الجهات التي يمكنها ممارسة مهمة الضبط

القضائي.⁵⁷ و بالرجوع إلى المواد من 65 مكرر 5 إلى غاية 65 مكرر 10 الواردة في الفصل الرابع من قانون الإجراءات الجزائية، بعنوان: في اعتراض المراسلات و تسجيل الأصوات و التقاط الصور، هذه التدابير تكون بإذن من وكيل الجمهورية المختص اقليميا في كل محكمة و تنفذ تحت رقابته المباشرة، و هذا ما نصت عليه الفقرتين 1 و 4 من المادة 65 مكرر 5 ق.إ.ج. و تكون كذلك من قاضي التحقيق و تحت رقابته المباشرة إذا فتح تحقيق قضائي و هذا ما جاء في الفقرة الأخيرة من نفس المادة المذكورة أعلاه. مع العلم أننا نسجل إشكالية تتمثل في عدم كفاية الخبرة والمعرفة التقنية اللازمة لدى القضاة وأعاون الشرطة القضائية وحتى الممارسين التقنيين على مستوى مصالح البريد والمواصلات عند الاستجداب بهم في مثل هكذا عمليات.

2- إجراءات التحريات الخاصة:

تتمثل أساسا في إذن قاضي التحقيق أو وكيل الجمهورية إضافة إلى تحديد الجهة المكلفة بالعمليات. وسوف نتناول كل من إذن وكيل الجمهورية أو قاضي التحقيق حسب الحالة، ثم نليه بمحتوى الإذن و أجاله القانونية، ويكون ذلك فيما يلي:

2-1- إذن وكيل الجمهورية أو قاضي التحقيق:

لا يشرع في العمليات المذكورة أعلاه إلا بإذن من وكيل الجمهورية، في مرحلة التحقيق الابتدائي، و تتم تحت مراقبته المباشرة، وفقا لما جاء في الفقرتين 1 و 4 من المادة 65 مكرر 5، أو بإذن من قاضي التحقيق، في حالة فتح تحقيق قضائي، و تتم تحت مراقبته المباشرة-الفقرة الأخيرة من المادة 65 مكرر 5. و تتم العمليات المحددة في المادة 65 مكرر 5 ق.إ.ج، و المتمثلة أساسا في التردد الالكتروني، اعتراض المراسلات و التقاط الصور دون المساس بالسر المهني المنصوص عليه في المادة 45 ق.إ.ج.⁵⁸

و رأينا في كتمان السر المهني، فإذا كانت المادة 45 تجبر القائمين بتنفيذ عمليات التحري و التفتيش و هم أعوان الدولة و تحت رقابته أن يلتزموا بواجب كتمان السر المهني و ذلك من واجباتهم المهنية، و كذلك في المادة 65 مكرر 6 ف1، فإنه بالمقابل في المادة 65 مكرر 10 ف2 ق.إ.ج، سمح بالاستعانة عند الاقتضاء بمترجم لاستنساخ و ترجمة المكالمات الملتقطة باللغة الأجنبية، فكيف يمكن التأكد من حفظ الأسرار المهنية التي اطلع عليها المترجم المسخر عند قيامه بواجب الترجمة، و هو ملزم بذلك وفقا لنص المادة 11 ق.إ.ج، علما

⁵⁷ - المادة 12 ق.إ.ج: " يقوم بمهمة الشرطة القضائية القضاة و الضباط و الأعوان و الموظفين المبيّنون في هذا الفصل، توضع الشرطة القضائية، بدائرة اختصاص كل مجلس قضائي، تحت إشراف النائب العام، و يتولى وكيل الجمهورية إدارتها على مستوى كل محكمة، و ذلك تحت رقابة غرفة الاتهام...". هذه المادة وفقا لتعديل قانون الإجراءات الجزائية، الذي جاء في القانون رقم 17-07 المؤرخ في 27 مارس 2017، ج ر العدد 20 المؤرخة في 29 مارس 2017.

⁵⁸ - المادة 45 ق.إ.ج: ".... غير أنه عند تفتيش أماكن يشغلها شخص ملزم قانونا بكتمان السر المهني أن تتخذ مقدا جميع التدابير اللازمة لضمان احترام ذلك السر..."

أن ترجمة كل الوثائق المحررة بلغات أجنبية و المستعملة في حقل القضاء تترجم وفقا لقانون الإجراءات المدنية و الإدارية لسنة 2008، من ترجمان معتمد من طرف الدولة، يعمل لحسابه الخاص و تحت رقابة وكيل الجمهورية المختص إقليميا، فيمكن التحكم فيه باحترامه لواجب التحفظ و كتمان السر المهني، لكن المصطلح المستعمل في نص المادة (65 مكرر 10 ف2): "...عند الاقتضاء بمساعدة مترجم يسخر لهذا الغرض"، فهو واسع لابد من تحديده بدقة، و عليه نقترح إضافة " مترجم معتمد" أفضل.

2-2- محتوى الإذن و أجاله:

يتضمن الإذن البيانات التي تسمح بالتعرف على العملية و الجريمة المعنية و مدتها و تكون صلاحية التدبير حسب مقتضيات التحقيق، و هذا ما سنوضحه بإيجاز فيما يلي:

● طبقا للمادة (65 مكرر 7 ف1)، يتضمن إذن إجراء أسلوب التحري بالترصد الالكتروني أو اعتراض المراسلات أو التقاط الصور التي نصت عليها (المادة 65 مكرر 5)، كل العناصر التي تسمح بالتعرف على الاتصالات المطلوب التقاطها و الأماكن المقصودة سكنية أو غيرها و الجريمة التي تبرر اللجوء إلى هذه التدابير و المحددة على سبيل الحصر في الفقرة الأولى من (المادة 65 مكرر 5) السالفة الذكر.⁵⁹ و يقوم ضابط الشرطة القضائية بإنجاز العمليات، و يجوز لوكيل الجمهورية أو ضابط الشرطة القضائية الذي أذن له، و لقاضي التحقيق أو ضابط الشرطة القضائية الذي ينيبه أن يسخر كل عون مؤهل للتكفل بالجوانب التقنية للعمليات المطلوب انجازها، و سواء كان العون المؤهل يعمل لدى هيئة عمومية أو خاصة مكلفة بالمواصلات السلكية و اللاسلكية للتكفل بالجوانب التقنية للعمليات المذكورة (المادة 65 مكرر 8). كما يتوجب على ضابط الشرطة القضائية المأذون له أو المناب من طرف القاضي المختص تحرير محضرا عن كل عملية اعتراض و تسجيل المراسلات و كذا عمليات وضع الترتيبات التقنية و عمليات الالتقاط و التثبيت و التسجيل الصوتي أو السمعي البصري، و هذا طبقا لما جاء في (المادة 65 مكرر 9). و عند الانتهاء من العملية يرسل محضرا عنها ينقل فيه مجريات العملية التي قام بها منذ بدايتها إلى نهايتها إلى القاضي المختص، أي وكيل الجمهورية أو قاضي التحقيق (المادة 65 مكرر 9).⁶⁰

⁵⁹ - مع العلم أنه إذا تم اكتشاف جرائم أخرى غير تلك التي ورد ذكرها في إذن القاضي، فإن ذلك لا يكون سببا لبطلان الإجراءات العارضة، و هذا ما نصت عليه الفقرة الأخيرة من (المادة 65 مكرر 6 ق.إ.ج).

⁶⁰ - د/ احسن بوسقيعة ، الوجيز في القانون الجزائي الخاص، الجزء الثاني، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع الجزائر 2014، ص31. (ملاحظة هذه الطبعة الخامسة عشر 2014-2015 منقحة و متممة في ضوء القوانين الجديدة).

• أما آجال الإذن بواحد من التدابير المنصوص عليها في المادة 65 مكرر 5 أعلاه تكون مكتوبة و لمدة أقصاها أربعة(4) أشهر قابلة للتجديد حسب مقتضيات التحري أو التحقيق ضمن نفس الشروط الشكلية و الزمنية، و هذا ما جاء في(المادة 65 مكرر 6 ف2)ق.إ.ج.

نشير هنا فقط أن القيام بهذه العملية تطرح اشكالية خلال تطبيق أحكامها في الواقع العملي من حيث الاختصاص، حينما يتعلق الأمر بامتداد الجرائم خارج الحدود و منها جرائم الفساد محل الدراسة، فإلى أي مدى تصل سلطة القاضي المصدر للإذن بإجراء هذه الأساليب و كيفية جمع الأدلة و ضبطها؟.

و من وجهة نظرنا الشخصية في التدابير المتعلقة بأساليب التحري الخاصة ككل و المتعلقة بالتتبع السري للمراسلات و اعتراضها و التقاط الصور لأشخاص دون رضاهم في إطار الوقاية من الفساد و مكافحته، و للمشتبه فيه لإلقاء القبض عليه متلبسا، و بالرغم من شرعيتها الجنائية و الإجرائية و المنصوص عليهما في كل من القانون رقم 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد و مكافحته(م56 و كذا ما جاء في م57)، و قانون الإجراءات الجزائية (المادة 65 مكرر 5 و ما يليها)، لكن بالمقابل نتساءل ما ذنب الأشخاص الآخرين الذين يتصل بهم المشتبه به و الذين لا علاقة لهم بالقضية محل التتبع. و قد تكون هنالك أحاديث خاصة عائلية أو عاطفية أو سياسية بينهم بصفة مباشرة أو غير مباشرة عبر خط الهاتف أو أي وسيلة صناعية أخرى، و لهذه الأحاديث دلالتها إذ أن المتحدث يطلق العنان لنفسه، و يبوح بكل أسراره و هو مطمئن لعدم وجود شخص آخر دخيل يتتبع دون وجه حق عليهم، و بالتالي فسوف يسمع و يطلع المكلف بتتبع عملية الاعتراض على كل مجريات الحديث أو المراسلات و الصور الملتقطة. و عليه تكون في مثل هكذا حالات قد مست فعلا هذه الإجراءات الاستثنائية بالحق في حرمة الحياة الخاصة وبالذات سرية المراسلات كما أعيب على هذه الإجراءات.

خاتمة

ننهي هذه الورقة البحثية بالقول أنه من الظاهر تبدو لنا أن أساليب التحري و منها التردد الإلكتروني، اعتراض المراسلات و التقاط الصور، تمس بحرمة الحياة الخاصة، و لكن و من أجل مواجهة الجرائم الحديثة و خاصة تلك المتعلقة بالفساد، و مادامت هذه الأخيرة جاءت في هذا الإطار، و مؤطرة من ناحية الشرعية القانونية، و أحاطها المشرع بمجموعة من الضمانات و الشروط الموضوعية أو الشكلية، و متى أتبعنا هذه الأساليب الماسة بحرمة الحياة الخاصة للفرد تحقيقا للمصلحة العامة، و دون تعسف في استعمالها و استغلالها في جانبها السلبي فلا حرج في ذلك. و خلصنا إلى مجموعة من النتائج دعمت باقتراحات نوجزها فيما يلي:

- أن أساليب التحري الخاصة جاءت مضبوطة بإجراءات شكلية و موضوعية، و خول المشرع للقضاء دورا أساسيا في الإذن لها و الرقابة عليها، و لكن لا بد من تحيينها مع السرعة القصوى لعالم الاتصالات وتقنياته.

- هذه العملية تطرح إشكالية خلال تطبيق أحكامها في الواقع العملي من حيث الاختصاص، حينما يتعلق الأمر بامتداد الجرائم خارج الحدود و منها جرائم الفساد محل الدراسة، إلى أي مدى تصل سلطة القاضي المصدر للإذن بإجراء هذه الأساليب و كيفية جمع الأدلة و ضبطها؟ لابد من إيجاد حل لهذا القصور.
- نقص الخبرة اللازمة لدى القضاة و أعوان الشرطة القضائية و حتى الممارسين التقنيين على مستوى مصالح البريد والمواصلات عند الاستتجاد بهم في مثل هكذا عمليات، وعليه يستوجب إجراء لهم دورات تكوينية.
- إن هذه الإجراءات الاستثنائية و إن كانت شرعية من الناحية القانونية لكن ضحيتها الأولى و الأخيرة هي الحريات الفردية والحق في الخصوصية، إذن لابد من التمهيد أكثر فيها ما دامت تمس بحرمة أقدس حق.
- بالرجوع إلى أساليب التحري محل الدراسة، فالمشرع حاول الموازنة بين اعتبارين، الأول يتمثل في حرصه الدؤوب على الفاعلية في البحث عن الحقيقة حتى و إن اقتضت الضرورة انتهاك حقوق الإنسان، و في المقابل و في إطار حرصه على احترام حقوق الإنسان و الذي يترتب عليه في بعض الأحيان غل يد العدالة للوصول لمعاقبة الجناة.

الطبيعة القانونية للجريمة الضريبية

أحمد عبدالصبور الدجاوي⁽¹⁾

(1) أستاذ المالية العامة والتشريعات المالية المساعد

كلية القانون - جامعة الشارقة، الإمارات العربية المتحدة.

البريد الإلكتروني: aabdelsabour@sharjah.ac.ae

المخلص:

تُعد الضريبة المصدر الأهم من مصادر الإيرادات العامة، إذ تُسهم بالنصيب الأكبر في تمويل النفقات العامة في أغلب الدول، كما أنها أداة مهمة من أدوات السياسة المالية في ظل الفكر المالي الحديث، تستخدمها الدولة في تحقيق أهداف أخرى بخلاف الهدف المالي، مثل الأهداف الاقتصادية، والاجتماعية، والسياسية، والبيئية... إلخ، ولعل تلك الأهمية هي التي تبرر تدخل المشرع الجنائي لتجريم الإعتداء على حق الدولة في تحصيل الضرائب، أو حقها في استخدام الضريبة في تحقيق التوازن في المجالات المختلفة، ولذلك فإن هذا البحث يهدف إلى تحديد الطبيعة القانونية للجريمة الضريبية، إذ إن التكييف القانوني الصحيح للجريمة الضريبية يساعد في صياغة سياسة عقابية ملائمة لها، ولذلك تمثلت إشكالية هذا البحث في تساؤل رئيس حول الطبيعة القانونية للجريمة الضريبية، اعتمد الباحث في هذا البحث على المنهج الوصفي التحليلي لتحديد مفهوم الجريمة الضريبية، وأنواعها المختلفة، كما اعتمد الباحث على المنهج المقارن لعرض الآراء الفقهية حول طبيعة الجريمة الضريبية، وقد تم تقسيم البحث إلى مبحثين، تناول في المبحث الأول التعريف بالجريمة الضريبية، ونعرض في المبحث الثاني للخلاف الفقهي حول طبيعة الجريمة الضريبية، وتضمنت خاتمة البحث أهم النتائج والتوصيات.

الكلمات المفتاحية: الضريبة- الجريمة الضريبية، السياسة العقابية- الإيرادات الضريبية- الخزانة العامة

تاريخ إرسال المقال: 2021/11/15، تاريخ قبول المقال: 2021/12/28، تاريخ نشر المقال: 2021/12/31

لتهميش المقال: أحمد عبدالصبور الدجاوي، "الطبيعة القانونية للجريمة الضريبية"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد 12 العدد 03، السنة 2021، ص ص 773-792.

المقال متوفر على الرابط التالي: <https://www.asjp.cerist.dz/en/PresentationRevue/72>

المؤلف المراسل: أحمد عبدالصبور الدجاوي. aabdelsabour@sharjah.ac.ae

The legal nature of the tax crime

Summary:

The tax is the most important source of public revenue, as it contributes the largest share in financing public expenditures in most countries, and it is an important tool of financial policy in light of modern financial thought, used by the state to achieve goals other than the financial goal, such as economic and social goals. And perhaps this importance is what justifies the intervention of the criminal legislator to criminalize the assault on the state's right to collect taxes, or its right to use the tax to achieve balance in various fields. Therefore, this research aims to determine the legal nature of the tax crime, as the correct legal adaptation of the tax crime helps in formulating an appropriate punitive policy for it, therefore, the problem of this research was represented in a main question about the legal nature of the tax crime, the researcher relied on the descriptive analytical method to define the concept of tax crime, and its different types, the researcher also relied on the comparative method to present jurisprudential opinions on the nature of the tax crime, in this research, this research was divided into two sections, the first section dealt with the definition of tax crime, and in the second section we present the doctrinal dispute about the nature of the tax crime, and the conclusion of the research included the most important results and recommendations.

Keywords:

Tax - tax crime, punitive policy - tax revenue - public treasury.

La nature juridique du délit fiscal

Résumé :

L'impôt est la source la plus importante des recettes publiques, car il contribue d'une plus grande part au financement des dépenses publiques dans la plupart des pays. Il est utilisé par l'État pour atteindre des objectifs autres que l'objectif financier, comme les objectifs économiques et sociaux. C'est peut-être cette importance qui justifie l'intervention du législateur pénal pour criminaliser l'atteinte portée au droit de l'État dans la perception des impôts, ou à son droit d'utiliser l'impôt pour atteindre l'équilibre dans divers domaines. Par conséquent, cette recherche vise à déterminer la nature juridique du délit fiscal, car l'adaptation juridique correcte du délit fiscal aide à formuler une politique punitive appropriée.

Mots clés :

Délit fiscal, politique punitive, recette fiscales, trésor public

المقدمة

الضريبة فريضة مالية، يدفعها الفرد جبرا إلى الدولة دون مقابل وبصفة نهائية، إسهاما منه في تحمل التكاليف والأعباء العامة، وتفرضها الدولة بما لها من سلطة وسيادة، واستنادا لما بين أفراد المجتمع الواحد من تضامن وتكافل، وتستخدم حصيلة الضريبة في تحقيق أهداف الدولة، ومن ثم تحقيق المنفعة العامة للمواطنين، فبعد أن تحولت الدولة مع بداية القرن العشرين من الدولة الحارسة ذات الدور المحدود والمالية المحايدة، إلى الدولة المتدخللة ذات الأدوار المتعددة، والمالية الوظيفية؛ زادت حاجتها إلى الأموال لتقوي على القيام بدورها الجديد، فإن كان الفكر المال التقليدي قد قصر غرض الضريبة على الحصول على الأموال اللازمة لتمويل النفقات العامة، وما استتبعه هذا الغرض المحدود من ضرورة أن تكون الضريبة محايدة؛ فإن الفكر المالي الحديث لم يُسلِّم بأن الهدف المالي هو الهدف الوحيد للضريبة، بل أن للضريبة أهداف اقتصادية واجتماعية وسياسية، مع إعطاء الأولوية للهدف المالي بوصفه الهدف الأساسي للضريبة.

ولذلك تُعد الضريبة في الوقت الحاضر من أهم إيرادات الدولة الحديثة، وللمحافظة على هذا المورد المهم، ذات الأهمية المالية والاقتصادية والاجتماعية البناءة، وتؤدي الجرائم الضريبية إلى نقص في الإيرادات الضريبية؛ وبالتالي إضعاف قدرتها على القيام بواجباتها المختلفة، ويدفعها ذلك إلى البحث عن مصادر أخرى لتغطية نفقاتها العامة، مثل تخفيض الدعم أو إلغاؤه، أو رفع أسعار السلع والخدمات التي تحتكرها الدولة، أو اللجوء إلى الاقتراض العام، أو الدار النقدي، وكلها مصادر يترتب عليها مضار كبيرة.

ونظرا للأهمية الكبيرة للإيرادات الضريبية يجب أن تكون هناك قواعد قانونية تضمن تحقيق المصالح الضريبية للدولة، من خلال التنظيم الفني المحكم للضريبة، وفرض العقوبات الرادعة التي تطبق على المخالفين للقواعد القانونية الضريبية، أي بوضع سياسة تجريبية شاملة، بشكل يضمن تجريم أي فعل ينطوي على اعتداء على مصلحة الخزنة العامة، ومن ثمَّ تحديد العقاب المناسب.

وعلى الرغم من أن سياسة التجريم يجب أن تستند إلى فكرة العدالة وتحقيق الردع، بنوعيه العام والخاص؛ فإن هناك أمرا آخر يجب الانتباه إليه في مجال الجرائم الضريبية، ألا وهو مصلحة الخزنة العامة، والتي لا يهتمها توقيع العقاب على الجاني بقدر ما يهتمها تحصيل المستحقات الضريبية الواجبة عليه، بل وإلزامه بدفع مبالغ إضافية في صورة غرامات مالية.

*إشكالية البحث:

قدمنا أن مصلحة الخزنة العامة الخزنة العامة قد لا يكون في صالحها توقيع العقاب البدني على المكلف المخالف، وإنما يكون الأصح لها إطلاق سراحه بشرط قيامه بدفع المستحقات الواجبة عليه، وهنا يثور التساؤل حول: طبيعة الجريمة الضريبية التي تحتاج معاملة عقابية ذات طبيعة خاصة، ويمثل هذا التساؤل الإشكالية الرئيسية لهذا البحث التي يمكن صياغتها في السؤال التالي:

ما الطبيعة القانونية للجريمة الضريبية؟

-أهداف البحث:

- يهدف هذا البحث إلى تحقيق جملة من الأهداف لعل أهمها ما يلي:
- التعرف على المقصود بالجريمة الضريبية.
- عرض للآراء الفقهية المختلفة حول طبيعة الجريمة الضريبية.
- تحديد أهم صور الجرائم الضريبية.

-أهمية البحث:

تبدو أهمية هذا البحث في تناوله لموضوع من أهم الموضوعات التي تؤثر على الضريبة بوصفها المورد الأساسي للدولة الحديثة، وأنه يحاول تنفيذ الآراء المختلفة التي قيلت في طبيعة الجريمة الضريبية ليصل في النهاية إلى التكييف الصحيح لهذا النوع من الجرائم؛ الأمر الذي يسهم في صياغة السياسة العقابية التي تلائم طبيعة هذه الجريمة.

-منهج البحث:

اعتمد الباحث على المنهج الوصفي التحليلي والمنهج المقارن، فمن خلال المنهج الوصفي التحليلي درس الباحث مفهوم الجريمة الضريبة وصورها، وعرض للراء الفقهية وحللها تحليل دقيقاً، كما استعان الباحث بالمنهج المقارن لتقييم الاتجاهات المختلفة، ومقارنة الحجج الذي استند إليها كل فريق بالحجج التي استند إليه غيره.

-خطة البحث:

للإجابة على الإشكالية التي يثيرها هذا البحث، تم تقسيم البحث إلى مبحثين، نتناول في المبحث الأول التعريف بالجريمة الضريبية، ونعرض في المبحث الثاني للخلاف الفقهي حول طبيعة الجريمة الضريبية، وتضمنت خاتمة البحث أهم النتائج والتوصيات.

المبحث الأول: التعريف بالجريمة الضريبية

لا يمكن تحديد طبيعة الجريمة الضريبية إلا بعد التعرف على ماهيتها، وأنواعها، والآثار السلبية التي تخلفها، لأن الحكم على الشيء فرع عن تصوره، ولذلك سنقسم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب، نحدد في الأول مفهوم الجريمة الضريبية، ونذكر في الثاني أنواعها، ونبين في الثالث أسبابها وآثارها.

المطلب الأول: مفهوم الجريمة الضريبية

لم تقدم التشريعات في الدول المختلفة تعريفا واضحا ومحددا للجريمة الضريبية⁽¹⁾، واكتفت أغلب هذه التشريعات بالنص على عدة صور لجريمة التهرب الضريبي، أو تحديد الأفعال التي يشكل إتيانها جريمة ضريبية، وحتى التشريعات التي عرفت الجريمة الضريبية فقد قصرت الجريمة الضريبية على جريمة التهرب الضريبي واعتبرتها الصورة الوحيدة للجريمة الضريبية.

مفهوم الجريمة الضريبية أعم وأشمل من مفهوم التهرب الضريبي، إذ إن الأخير ما هو إلا صورة من صور الجريمة الضريبية، فالجريمة الضريبية تنشأ لمجرد قيام المكلف بالإخلال بمصلحة ضريبية يحميها القانون، حتى وإن لم يترتب عليها ضياع أموال على الخزنة العامة، فعدم إمساك الدفاتر، تعد جريمة ضريبية حتى وإن لم يترتب عليه ضياع لأموال الخزنة العامة، أما التهرب الضريبي فلا يقع إلا إذا ترتب على فعل المكلف أو امتناعه ضياع لبعض الإيرادات الضريبية؛ ومن ثم إلحاق الضرر بالخزنة العامة، فالتهرب الضريبي في حقيقته إخلال بمصلحة ضريبية يحميها القانون كبقية الجرائم الضريبية ولكن يترتب عليه ضياع أموال على خزنة الدولة.

وقد حاول الفقه وضع تعريف جامع مانع للجريمة الضريبية؛ فعرّفها جانب من الفقه بأنها: "كل عمل أو امتناع يترتب عليه الإخلال بمصلحة ضريبية يقرر القانون على ارتكابه عقابا"⁽²⁾، وعرّفها جانب آخر من الفقه بأنها: "عمل أو امتناع عن عمل مخالف للقانون الجنائي الضريبي ومعاقب بمقتضاه مستعملا أحد الأفعال المنصوص عليها في القانون الضريبي على سبيل الحصر بقصد التهرب من الضريبة المستحقة كليا أو جزئيا أو امتناع عن أفعال ألزمه القانون الضريبي بها"⁽³⁾، كما عرفت الجريمة الضريبية بأنها: "خرق القانون الضريبي بصورة مباشرة وعمدية"⁽⁴⁾، كما عرفها البعض بأنها: "التخلص من عبء الضريبة بتزييف الوقائع أو تفسيرها

(1) فالأصل أن صياغة التعاريف ليست من اختصاص المشرع، وإنما هي من اختصاص الفقهاء والشرح، فالمشرع قد يضع تعريفا للجريمة الضريبية ثم يبين فيما بعد عدم دقته، إما بسبب امتداد وصف التجريم- وفقا لهذا التعريف- إلى ما هو مباح، أو قصوره عن شمول ما هو مجرم، وهو ما يمكن أن يسبب أضرارا بالمصلحة الضريبية للدولة من خلال حرمان الخزنة العامة من بعض حقوقها، هذا فضلا عن أن التعريف العام للجريمة الضريبية لا يتلاءم مع تطور ظروف المجتمع وحاجاته، ويُعد حائلا أمام تطور التشريع الجنائي؛ لذلك يكتفي المشرع بتحديد العناصر الخاصة بالجريمة الضريبية، ويؤيد جانب كبير من الفقه هذا الاتجاه أنظر: د. عبدالفتاح الصيفي: القاعدة الجنائية- دراسة تحليلية، بدون دار نشر، 1967م، ص 78، د. سامي أحمد غنيم: جريمة التهرب الضريبي والجرائم الضريبية الأخرى، مؤسسة الطوبجي، القاهرة، 2014م، ص 47.

(2) د. أحمد فتحي سرور: الجرائم الضريبية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1990م، ص 36.

(3) د. سامي أحمد غنيم، مرجع سابق، ص 47-48.

(4) Paul Marie Gaudemet, *finances publiques: impôt, emprunt*, Collection Université Nouvelle, Editions Montchrestien, 1981, p.290.

على نحو مضلل⁽⁵⁾، وعُرفت أيضا بأنها: "مخالفة قانونية تهدف إلى التخلص النهائي من الضريبة أو تخفيض المبلغ"⁽⁶⁾، وأيضا عُرفت بأنها: "عمل غير نزيه يتم بخرق القوانين واللوائح الضريبية بقصد الخداع"⁽⁷⁾. نستنتج من التعاريف السابقة ما يلي:

1. أن الجريمة الضريبية تمثل إخلالا بمصلحة ضريبية يحميها القانون، سواء كان قانونا ضريبيا، أو غيره من القوانين الأخرى التي تنص على حماية مصلحة ضريبية.
2. أن الجرائم الضريبية غير محصورة في قانون واحد، وإنما تجد مصدر تجريمها في تشريعات متعددة، ضريبية أو غير ضريبية.
3. أن الجريمة الضريبية تقع بعمل إيجابي أو سلبي، إذ إن مجرد امتناع الفرد عن أداء ما يوجبه القانون من التزام ضريبي يجعله مرتكبا لجريمة من الجرائم الضريبية.
4. أن الجرائم الضريبية ليست قاصرة على المكلفين بالضريبة فقط، فالتشريعات الضريبية الحديثة عدت الوكيل مسئولاً عن الجرائم الضريبية، وهذا بخلاف الجرائم الأخرى، فالجريمة الضريبية تقع من الممول أو المكلف أو من ينوب عنه أو يمثله أو يفوضه، مثل المحامي والمحاسب القانوني، ولكن يشترط لمساءلة الوكيل توافر العلم والإرادة؛ أي علمه بعناصر الجريمة، واتجاه إرادته إلى تحقيقها.
5. أن الجرائم الضريبية تؤثر سلبا على الخزينة العامة للدولة، حيث تؤدي إلى نقص الإيرادات العامة، الأمر الذي يؤثر سلبا على التعليم والرعاية الصحية وغيرهما من الخدمات التي تقدمها الدولة للأفراد. وتجدر الإشارة إلى أن الجريمة الضريبية هي سلوك إنساني شأنها في ذلك شأن باقي الجرائم، ويرجع ارتكابها إلى أسباب نفسية أو أخلاقية تتمثل في عدم انتشار الوعي الضريبي، أو أسباب تشريعية، إما لعدم وجود نص، أو وجود نص به ثغرات قانونية، أو لعدم دقة الصياغة، أو لكونها صياغة غير منضبطة، أو لضعف الجزاء أو العقوبة المقررة⁽⁸⁾.

(5) André Margairaz, *La Fraude fiscale et ses succédanés. Comment on échappe à l'impôt*, édition

Blonay, Suisse, 1988, p.33.

(6) Michel Bouvier, *Introduction au droit fiscal général et à la théorie de l'impôt*, Lextenso Edition, 3ème edition, France, 2010, p.194.

(7) Caussade Thomas, *La stratégie fiscale de l'entreprise: entre optimisation et fraude*, Thèse en vue de l'obtention du doctorat de l'université de Toulouse, 2017, p.28.

(8) محمد عبدالصبور أحمد جاد: الضوابط الأساسية للإجراءات الجنائية في الجرائم الضريبية- دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، جامعة عين شمس، كلية الحقوق، 2017-2018م، ص 39.

أخيراً، يتعين علينا التمييز بين الجريمة الضريبية والجريمة المالية، وهذا أمر ضروري للفصل بين القانون الضريبي والقانون المالي، فالعلاقة بين القانون الضريبي والقانون المالي، هي علاقة الخاص (القانون الضريبي) بالعام (القانون المالي)؛ وعلة ذلك أن الضريبة ما هي إلا مصدراً من مصادر الإيرادات العامة⁽⁹⁾.

المطلب الثاني: أنواع الجرائم الضريبية

منذ أن عرفت النظم السياسية المختلفة نظام الضريبة كإقتطاع مالي تفرضه الدولة على الأشخاص الطبيعية والمعنوية، جبراً، وبدون مقابل، وبصفة نهائية- والجرائم الضريبية بصفة عامة، وجريمة التهرب الضريبي بصفة خاصة، في تزايد مستمر، وذلك لكون الضريبة تمثل عبئاً إضافياً على الممول، وخاصة في ظل غياب الوعي الضريبي الكافي.

وبالنظر إلى التطور التاريخي للجرائم الضريبية يتضح أنه حتى أوائل القرن العشرين لم تكن القوانين الضريبية تعرف غير نوع واحد من هذه الجرائم، وهو عدم أداء الضريبة كاملة، ومنذ نهاية الحرب العالمية الأولى⁽¹⁰⁾ أدى التطور المملوس في القوانين الضريبية إلى ظهور أنواع أخرى من الغش الضريبي⁽¹¹⁾.

ومع تعدد أنواع الجرائم الضريبية وتشعبها، أصبح من الصعب التمييز بين هذه الأنواع المتعددة؛ الأمر الذي حدا بالفقه إلى البحث عن معيار محدد يمكن من خلاله تقسيمها إلى مجموعات تشترك كل مجموعة منها في أحكام واحدة مشتركة، وقد تعددت هذه المعايير وتعددت تبعاً لها التقسيمات، مع ملاحظة أنه على الرغم من تعدد أنواع الجرائم الضريبية، فإنها تتفق جميعها في نوع المصلحة المعتدى عليها، وهي حقوق الخزنة العامة.

فقد قُسمت الجرائم الضريبية استناداً إلى نوع العقوبة إلى: جنایات وجنح ومخالفات، وبالنظر إلى ركنها المادي إلى: جرائم وقتية وجرائم مستمرة، وجرائم إيجابية وجرائم سلبية، وبالنظر إلى ركنها المعنوي إلى: جرائم عمدية وجرائم يستوي فيها العمد والإهمال، كما يمكن الاستناد إلى صفة الجاني كأساس للتمييز بين هذه الجرائم؛ فتقسم إلى جرائم تقع من الأفراد (المكلف بالضريبة أو المحاسب القانوني أو غيرهما) وأخرى تقع من الشركات، وأيضاً يمكن التمييز بين الجرائم الضريبية على أساس الوسيلة التي إلتجأ إليها الجاني لعدم أداء الضريبة كاملة في المعاد القانوني، فإن إلتجأ إلى وسائل احتيالية كتقديم مستندات مزورة أو غير صحيحة اعتبرت الجريمة احتيالياً ضريبياً، أما إذا لم يفعل ذلك عدت الجريمة اختلاساً ضريبياً، وهناك نوع ثالث يتمثل في الأفعال التي

⁽⁹⁾ د.حسين خلاف: الأحكام العامة في قانون الضريبة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1956م، ص 2.

⁽¹⁰⁾ وهي الفترة ذاتها التي شهدت تطوراً في دور الدولة، وتخليها- تحت تأثير هذه الحرب والأزمات الاقتصادية والمالية- عن فكرة الدولة الحارسة ذات المالية المحايدة إلى فكرة الدولة المتدخلة ذات المالية الوظيفية، وقد استتبع هذا التطور تطوراً مماثلاً في فلسفة الضريبة والأطر القانونية الناظمة لها، لمزيد من التفصيل راجع: د.رفعت المحجوب: المالية العامة، مكتبة النهضة العربية، القاهرة، 1990م، ص 42 وما بعدها.

⁽¹¹⁾ د. أحمد فتحي سرور، مرجع سابق، ص 105.

تعوق عملية تقدير الضريبة دون أن تؤدي إلى تقليل مبلغها⁽¹²⁾، كما يمكن تقسيم الجرائم الضريبية إلى مجموعات استنادا إلى نوع الحماية التي تكفلها النصوص الجنائية المقررة لهذه الجرائم، فتقسم إلى: جرائم التهرب الضريبي، والجرائم المخلة بالثقة، والجرائم المخلة بوسائل الفحص والتقدير والتحصيل، وعلى الرغم من أن جريمة التهرب الضريبي تُشكل إخلالا بوسائل التحصيل إلا أنها تُعالج على حدة بالنظر إلى أهميتها وخطورتها. ويفضل الباحث التقسيم الذي قال به بعض الفقه⁽¹³⁾، والذي اعتد فيه بالبناء المادي الذي يحوي كل مجموعة من الجرائم، كالتمييز بين الجرائم المترتبة على استخدام حيلة أو أكثر من الطرق الاحتيالية للتهرب من الضريبة الواجبة وبين الجرائم المترتبة على مخالفة النص التشريعي، سواء بارتكاب فعل منهي عنه أو الامتناع عن فعل يتطلب القانون اتيانه، كذلك الجرائم المترتبة على إتيان أفعال يتبين أنها تتطوي على غش أو جهل بالقانون، وبناءً عليه يمكن تقسيم الجرائم الضريبية إلى ثلاث مجموعات رئيسية هي:

1. **جرائم التهرب الضريبي باستخدام الطرق الاحتيالية:** وهي الجرائم التي تتأتى من استعمال الممول أو المكلف لطريقة أو أكثر من الطرق الاحتيالية؛ بهدف التخلص من الالتزام بالضريبة المستحقة على نتائج أعماله وأرباح أنشطته، وهي من الجرائم العمدية، ويدخل فيها: تقديم الممول أو المكلف إقرارا ضريبيا يخالف الدفاتر الحقيقية، وتقديم الممول أو المكلف لإقراره الضريبي على أساس عدم وجود دفاتر بالرغم من وجودها، والاتلاف العمد للدفاتر والسجلات والمستندات، واصطناع أو تغيير فواتير الشراء أو البيع أو غيرها من المستندات بقصد تقليل الأرباح أو زيادة الخسائر، وإخفاء نشاط أو أكثر مما يخضع للضريبة، وبيع أو استعمال طوابع دمغة سبق استعمالها.
2. **جرائم الإخلال العمدي بالالتزام التشريعي:** وهي جرائم لا يقرر لها المشرع عقوبات مشددة كالعقوبات التي يقرها لجرائم الاحتيال والتهرب الضريبي غير المشروع، ويدخل فيها: الامتناع عن تقديم اخطار مزاولة النشاط، الامتناع عن تقديم الإقرار الضريبي، الامتناع عن تطبيق نظام استقطاع وخصم وتوريد الضريبة في المواعيد القانونية، والامتناع عن امساك الدفاتر والسجلات الواجبة.
3. **جرائم الخطأ التقريبي بعدم مطابقة الإقرار الضريبي للحقيقة دون استخدام طرق احتيالية:** مثل قيام الممول أو المكلف بإدراج مبلغ الضريبة في الإقرار الضريبي بأقل من قيمة الضريبة المقدرة نهائيا دون استخدام الممول أو المكلف لطرق احتيالية، وذلك فهي لا تعتبر من جرائم التهرب الضريبي.

(12) مثل عدم تقديم الإقرار في الموعد المحدد، أو عدم تقديم الاستيفاءات التي يطلبها مأمور الضرائب من الممول بشأن الإقرار الضريبي الذي قدمه.

(13) د. سامي أحمد غنيم، مرجع سابق، ص 104 وما بعدها.

المطلب الثالث: أسباب وآثار الجرائم الضريبية

يمكن إرجاع وقوع الجرائم الضريبية إلى مجموعة من الأسباب، كما أن هناك العديد من الآثار السيئة التي تخلفها هذه الجرائم؛ ، لذلك سنعرض في هذا المطلب لهذه الأسباب وتلك الآثار، وذلك على النحو التالي:

(أولاً) أسباب الجرائم الضريبية:

إذا كان السبب الظاهر للجريمة الضريبية هو رغبة المكلف في الاحتفاظ بأمواله، وعدم التنازل عنها للدولة؛ إلا أن هناك هناك أسبابا تدفع المكلف إلى هذا السلوك الإجرامي، وهذه الأسباب متعددة؛ بعضها يتعلق بالنظام الضريبي، و بعضها يتعلق بالإدارة الضريبية، وبعضها يتعلق بالمكلف ذاته.

(أ) الأسباب الخاصة بالنظام الضريبي:

يشتمل هذا النوع من الأسباب على عوامل ذاتية للضريبة نفسها؛ مثل: تعقد وغموض القانون الضريبي، وعدم عدالة الضريبة، وثقل العبء الضريبي على المكلفين.

فقد يكون القانون الضريبي من أهم الأسباب التي تقف وراء ارتكاب الجرائم الضريبية؛ فالصيغة القانونية تلعب دورا في دفع المكلف إلى ارتكاب الجرائم الضريبية، فبقدر ما تكون الصياغة معقدة يكون القانون أقل وضوحا، ويترك مجالا أكبر لتدخل الإدارة الضريبية في تحديد الإعفاءات والتخفيضات، وهذا يؤدي إلى عدم قناعة المكلف بالضريبة المفروضة عليه، وبقدر ما تكون الصياغة ضعيفة تكثر في القوانين الثغرات، مما يدفع المكلف إلى البحث عن وسائل الغش الضريبي من خلال هذه الثغرات⁽¹⁴⁾، كذلك فإن عدم استقرار التشريع الضريبي وكثرة تعديلاته يؤدي إلى ارتكاب الجريمة الضريبية، حيث يُعد مبدأ استقرار التشريع من المبادئ القانونية المهمة؛ باعتباره أحد دعائم العدالة المكفولة للمواطنين⁽¹⁵⁾.

وقد يكمن سبب الجريمة الضريبية في ضعف العدالة الضريبية، إذ إن ضعف العدالة الضريبية في أي نظام ضريبي يشجع الأفراد على ارتكاب الجرائم الضريبية للتوصل من الإلتزام الضريبي، ويمكن أن يوصف نظام ضريبي بابتعاده عن العدالة إذا لم يراعي المشرع عند فرض الضريبة المقدرة التكلفة للأفراد، أو إذا فضل الضرائب العينية التي تُفرض على المال دون مراعاة ظروف صاحبه على حساب الضرائب الشخصية التي تُفرض على المال مع مراعاة ظروف المكلفين بها، كما تكون الضريبة غير عادلة إذا لم تكن ملائمة من حيث

(14) د. عبد الحكيم الشراوي: مبادئ علم المالية العامة والتشريع المالي في ضوء القانون البحريني، مطبعة جامعة البحرين، البحرين، 2013، الطبعة الأولى، ص 291.

(15) ياسر الفريحات: التهرب الضريبي في الأردن: التهرب في الأردن للأسباب وطرق العلاج، مجلة المحاسبة والإدارة والتأمين، جامعة الأردن، كلية التجارة، العدد 74، ص 423.

مكان وزمان تحصيلها، فترهق المكلفين ماديا وبدنيا، كما أن المغالاة في معدل الضريبة والتفاوت في الشرائح التصاعدية يُعد من أسباب ضعف العدالة الضريبية، لأنه يؤثر على أداء المكلف لواجباته الضريبية. واخيرا، فإن ضعف العقوبات المالية والجزائية يُعد أيضا أحد العوامل التي تدفع الممولين إلى الغش الضريبي وارتكاب الجرائم الضريبية، وخاصة إذا كانت الجزاء المالي أقل من قيمة مبلغ الضريبة المتهرب منها، وعلى ذلك فالمكلف قد يُقبل على مخالفة القانون الضريبي طالما أن الجزاء المالي الذي سيوقع عليه أقل من عبء الضريبة المتهرب منها.

(ب) الأسباب الخاصة بالإدارة الضريبية:

الإدارة الضريبية عبارة عن هيئة رسمية وقانونية، لها سلطة عامة تضم مجموعة من الوسائل والإمكانيات المادية والبشرية والقانونية، ولها دور أساسي في تطبيق القانون الضريبي؛ وعلى هذا الأساس فكما كانت هذه الإدارة ضعيفة الكفاءة والنزاهة سهل ارتكاب الجرائم الضريبية⁽¹⁶⁾، وتتمثل أهم أوجه قصور الإدارة الضريبية فيما يلي:

1. قصور الإمكانيات البشرية، المتمثلة في عدد أفراد الإدارة الضريبية، والخاصة كذلك بخبراتهم الوظيفية.
2. قصور الإمكانيات المادية، مثل قلة أو عدم ملائمة مقار الإدارات الضريبية، وقلة التجهيزات الضرورية، والقصور في استخدام التكنولوجيا الحديثة.
3. عدم فعالية الرقابة بسبب قلة عدد الموظفين المكلفين بالرقابة أو ضعف خبراتهم الرقابية.
4. تعقد الإجراءات الضريبية الخاصة بتقديم الإقرارات الضريبية وربط وتحصيل الضريبة.

(ج) الأسباب الخاصة بالمكلف:

تعود الجرائم الضريبية- في الواقع- إلى أسباب تتعلق بالمكلف ذاته، فالعوامل النفسية للمكلف تلعب دورا مهما في هذا النوع من الجرائم، ومن الملاحظ أن الضمير الضريبي لدى الكثير من الأفراد أقل تيقظا من الضمير الأخلاقي، ولعل السبب في ذلك يرجع إلى⁽¹⁷⁾:

- ضعف الوعي الضريبي: فكما كان الوعي الضريبي ضعيفا كان الباعث النفسي على ارتكاب الجريمة الضريبية قويا وملموسا، والعكس صحيح.

(16) د. عبد الحكيم الشوقاي، مرجع سابق، ص 293-294.

(17) لمزيد من التفصيل راجع: عزوز سليمة: الآليات القانونية لمواجهة الجريمة الضريبية، أطروحة دكتوراه، جامعة محمد بوضياف المسيلة- كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، الجزائر، 2018-2019م، ص 86-87، و د. محمد إبراهيم الشافعي، د. أحمد عبدالصبور الدجاوي: المالية العامة والتشريعات المالية والاقتصادية مع التطبيق على دولة الإمارات العربية المتحدة، مطبوعات جامعة الشارقة، الإمارات العربية المتحدة، 2020م، الطبعة الأولى، ص 226.

- أهمية النقود لدى الفرد، فالمال شقيق الروح، والتخلي عنه في شكل ضريبة قد يكون شاقا على نفوس البعض، وتزداد المشقة إذا كان الفرد لا يستطيع قياس مدى النفع الذي يعود عليه من نشاط الدولة، أو إذا كان الفرد معتقدا أن الدولة تسيء استخدام الأموال العامة.
- اعتقاد البعض بأن سرقة الدولة لا تعد سرقة، مادامت الدولة شخصا معنويا، ويساعدهم على ذلك عدم توقف الانتفاع من خدمات الدولة على دفع الضريبة، بل يمكنهم الاستمرار في الاستفادة من هذه الخدمات رغم تهريبهم من دفع الضريبة.
- فضلا عما سبق فإن الظروف الاقتصادية الخاصة بالمكلف، والظروف الاقتصادية السائدة في الدولة، تُعد عاملا مهما من عوامل ارتكاب الجرائم الضريبية، ففي أوقات الرخاء الاقتصادي ترتفع الدخول فتقل حالات التهرب الضريبي، أما في أوقات الأزمات الاقتصادية تقل أرباح الممولين، ويعانون من قلة استثمار أموالهم، مما يدفعهم إلى محاولة خرق القوانين الضريبية والتنصل من دين الضريبة بأساليب يجرمها القانون.

(ثانيا) آثار الجرائم الضريبية:

تؤدي الجرائم الضريبية إلى ضياع جزء من الإيرادات الضريبية التي تُعد من أهم الموارد المالية للدولة؛ مما يؤدي إلى آثار وخيمة لا يقتصر أثرها على الناحية المالية، بل يترتب عليها آثار سلبية خطيرة في مختلف المجالات، لا سيما الاقتصادي والاجتماعي، وفيما يلي بيان موجز لهذه الآثار:

1. الآثار المالية للجرائم الضريبية:

إن التأثير المباشر للجرائم الضريبية يقع على عاتق ميزانية الدولة، مما يصعب عليها التحكم في سياسة الإنفاق العامة؛ وبالتالي عدم تنفيذ المشاريع المقررة للسنة المالية، كذلك فإن الجرائم الضريبية من خلال تأثيرها على ميزانية الدولة تخلق لها مشاكل تمويلية تدفع الدولة إلى اللجوء إلى مصادر أخرى لتمويل نفقاتها العامة، كالإصدار النقدي، والاقتراض، وفرض ضرائب جديدة أو زيادة معدلات الضرائب المفروضة من أجل تعويض الإيرادات الضريبية المفقودة بسبب الجرائم الضريبية، وهو ما يؤدي إلى زيادة الضغط الضريبي على الأفراد مما يزيد من ميولهم للغش الضريبي؛ وبالتالي استفحال الجريمة الضريبية أكثر فأكثر⁽¹⁸⁾.

(18) د. عبدالحكيم الشراوي، مرجع سابق، ص 299، و محمد فلاح: الغش الجبائي وتأثيره على دور الجباية في التنمية الاقتصادية- حالة الجزائر، أطروحة ماجستير، جامعة الجزائر، كلية العلوم الاقتصادية وعلوم التسيير، الجزائر، 2001-2002م، ص 65.

2. الآثار الاقتصادية للجرائم الضريبية:

تؤدي الجرائم الضريبية إلى إضعاف الاقتصادات الوطني، فنظرا للخسارة المالية التي تتكبدها الخزينة العامة تقل إمكانيات الادخار العام، وبالتالي تصبح الدولة غير قادرة على تهيئة البيئة الملائمة للتنمية الاقتصادية، إذ إن البنى التحتية المتهالكة تعرقل الاستثمارات⁽¹⁹⁾، وتؤثر على كفاءة الإنتاج، كما يخل الغش الضريبي بشروط المنافسة بين المشروعات؛ لأنه لا يسمح بانتصار المشروعات الأكثر كفاءة، أو الأكثر فائدة بالنسبة للجماعة، بل على العكس يعطي فرصة الانتصار للمشروعات الأكثر قدرة على التهرب⁽²⁰⁾، فالمشروعات التي تتخلص من عبء الضريبة تحقق أرباحا وتكون في وضعية أفضل من المشروعات التي تدفع الضرائب بصفة منتظمة. وأيضا يؤدي الغش الضريبي إلى اجتذاب الأفراد والأموال إلى النشاطات التي تكثر فيها فرص التهرب من الضريبة، حتى ولو لم تكن هذه النشاطات مفيدة بالنسبة للجماعة⁽²¹⁾، حيث يصبح الشغل الشاغل للمكلفين هو توجيه نشاطاتهم الاقتصادية حسب الاعتبارات الضريبية وليس للاعتبارات الاقتصادية⁽²²⁾،

3. الآثار الاجتماعية للجرائم الضريبية:

إلى جانب الآثار المالية والاقتصادية سالفة الذكر، والتي تتجم عن الجرائم الضريبية، هناك آثار أخرى تتمثل في الآثار الاجتماعية للجرائم الضريبية، إذ تؤدي هذه الجرائم إلى توزيع الأعباء العامة توزيعا غير عادل؛ إذ من المؤكد أنّ مَنْ لا يتهربون من أداء الضريبة سيتحملون في نهاية الأمر الأعباء التي تمكن الآخرون من التخلص منها⁽²³⁾، وبالتالي يترتب على التهرب الضريبي تفرقة كبيرة بين الدخل، إذ يترتب عليه ارتفاع دخول وثروات بعض الممولين بسبب قدرتهم على التهرب، في الوقت الذي لا تستطيع فيه الطبقات الكادحة من الموظفين والعمال التهرب من الضريبة، وهو ما يؤدي بدوره إلى اتساع الفجوة بين الدخل، وبشكل سريع يصعب معه تحقيق التوازن الاجتماعي.

وبالإضافة إلى ما سبق، فإن انتشار التهرب الضريبي يتسبب في إضعاف أخلاق الجماعة، وفي إضعاف علاقة التضامن بين أفراد الأمة الواحدة، كما أن زيادة الأعباء على الممولين غير المتهربين قد تدفعهم بدورهم إلى التهرب، وهكذا تشيع روح الغش في الجماعة، وهو أمر جد خطير.

(19) د. عبدالحكيم الشرقاوي، مرجع سابق، ص 300.

(20) د. عاطف صدقي، د. محمد أحمد الرزاز: المالية العامة، بدون دار نشر، بدون سنة نشر، ص 269.

(21) د. عاطف صدقي، د. محمد أحمد الرزاز، المرجع السابق، ص 269.

(22) عزوز سليمة، مرجع سابق، ص 75.

(23) د. مجدي شهاب: أصول الاقتصاد العام - المالية العامة، الدار الجامعية، الإسكندرية، 2008م، ص 391.

، ص 391.

المبحث الثاني: الخلاف الفقهي حول الطبيعة القانونية للجريمة الضريبية

من المسائل المهمة التي أثارت جدلاً كبيراً بين الفقهاء، مسألة تحديد الطبيعة القانونية للجريمة الضريبية، ولا شك أن التكييف الصحيح للجريمة الضريبية سيحدد القانون الواجب التطبيق عليها، وهنا يثور عدد من التساؤلات: هل الجريمة الضريبية ذات طبيعة إدارية فيطبق عليها القانون الإداري؟ أم أنها ذات طبيعة جنائية عادية فيطبق عليها القانون الجنائي العام؟ أم أنها ذات طبيعة خاصة؟، وفي هذا الصدد ينقسم الفقه إلى آراء ثلاثة: الأول يقول بالطبيعة الإدارية للجريمة الضريبية، والثاني يقول بالطبيعة الجنائية العادية للجريمة الضريبية، بينما يذهب الرأي الثالث إلى القول بأن الجريمة الضريبية جريمة ذات طبيعة خاصة، وفيما يلي نعرض لمضمون كل رأي من هذه الآراء الثلاثة، والحجج والمبررات التي يستدل بها أصحاب كل رأي على صحة ما ذهبوا إليه، وذلك في ثلاثة مطالب على النحو التالي:

المطلب الأول: الطبيعة الإدارية للجريمة الضريبية

ذهب فريق من الفقه⁽²⁴⁾ إلى أن الجريمة الضريبية ذات طبيعة إدارية، وذلك استناداً إلى الحجج الآتية⁽²⁵⁾:

1. أن النصوص الجزائية الواردة في قانون العقوبات تختلف من حيث الغرض عن النصوص الجزائية الواردة في قوانين الضرائب، فحماية الجماعة هي الهدف الأساس لقانون العقوبات، فيعاقب من يعتدي على جسم الإنسان، أو شرفه، أو حريته، أو ماله، والمجرم في نظره هو الذي يخالف القاعدة الأخلاقية التي تضمن احترام شخصية الغير وأمواله، بما يعني في نهاية الأمر، أن مخالفة الواجب الاجتماعي يؤدي إلى رد فعل اجتماعي يتمثل في الجزاء الجنائي الذي يجب أن ينطوي على ألم يحيق بالمجرم نظير مخالفته للقانون حتى يتحقق به ردع الجاني وزجر الغير، وهو ما لا يكون إلا في العقوبات المقيدة للحرية والعقوبات المالية، أما القانون الضريبي، فإنه يهدف إلى تنظيم تحصيل الضريبة، وهو يُنشئ علاقة إدارية بين الإدارة الضريبية وبين المكلف، لذا فإن مخالفة الممول أو المكلف لأوامر الإدارة أو قراراتها الإدارية يعتبر مخالفة إدارية، لذا يتعين أن يكون العقاب على مخالفة الأوامر في يد السلطة الإدارية نفسها.

2. لا يمكن تشبيه الغش الضريبي أو الجرائم الضريبية بجرائم الأموال، مثل السرقة وخيانة الأمانة والاختلاس، وذلك لأن الضرائب تعود حصيلتها إلى خزينة الدولة، وجبايتها تتوقف على سلطتها السياسية وحدها، فهي

(24) من أنصار هذا الاتجاه:

- Spiegel, Bindig, Fleiner, Goldschmidt and Blumenstein Hefter.

أشار إليهم د. أحمد فتحي سرور، مرجع سابق ص 42.

(25) لمزيد من التفصيل حول هذه الحجج راجع: د. أحمد فتحي سرور، مرجع سابق، ص 42-43، د. عبدالحميد الشواربي:

موسوعة الضرائب، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1997م، ص 737، حمادة خير محمود: السياسة الجنائية للجريمة

الضريبية- دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، جامعة عين شمس، كلية الحقوق، 2019م، ص 24-25.

مظهر من مظاهر سيادتها وليست استعمالاً لحق من الحقوق التي يكفلها القانون المدني، ولهذا فإن إيرادات الضريبة لا تدخل ضمن إيرادات الدولة كشخص معنوي من أشخاص القانون الخاص⁽²⁶⁾، وإنما تدخل في إيراداتها باعتبارها شخصاً معنوياً عاماً.

3. بأن العلاقة بين الممول أو المكلف والإدارة الضريبية تختلف عن العلاقة ما بين الأفراد أنفسهم، إذ إن العلاقات بين الأفراد تقوم على مبدأ المساواة القانونية وسلطان الإرادة واحترام السلامة البدنية والخلقية وأموال الغير، أما العلاقات بين الدولة والأشخاص - ومن ضمنها علاقة الممول أو المكلف بالإدارة الضريبية - فإنها تقوم على عنصر القهر الذي بمقتضاه يتحتم على جميع الأشخاص الطبيعية والمعنوية أن تخضع للقانون وتتصرف وفقاً لأحكامه؛ لذا فإنه يتعين اختلاف القواعد القانونية التي تنظم العلاقات بين الأشخاص عن تلك التي تنظم العلاقات بين الدولة والأشخاص، كالعلاقة التي ينشئها قانون الضريبة.

وقد انتهى هذا الرأي إلى أن القوانين الضريبية لا تتمتع بالقيمة القانونية نفسها التي تتبعث من النصوص الجنائية، وأن الجرائم الضريبية لا تعتبر جرائم جنائية، وبناءً عليه فقد ذهب هذا الرأي إلى أن الجرائم الضريبية ومخالفات البوليس والجرائم الإدارية تعتبر جميعها موضوعاً لقانون عقوبات خاص، هو قانون العقوبات الإداري، وأن هذا القانون يتمتع باستقلال معين يعتمد على الطبيعة الخاصة للالتزامات التي يعاقب على مخالفتها، وتخضع لمبادئ عامة تختلف عن المبادئ العامة لقانون العقوبات، ومن هذه المبادئ: تغليب الركن المادي للجريمة على الركن المعنوي، وافتراض الإثم، والمسئولية الجنائية للأشخاص المعنوية، والمسئولية عن الغير، والتضامن بين مرتكبي الجريمة.

• النقد:

تعرض الرأي القائل بأن الجريمة الضريبية ذات طبيعة إدارية للنقد، وفيما يلي الرد على الحجج التي استند إليها أنصار هذا الرأي:

1. القول بأن النصوص الجزائية الواردة في قانون العقوبات تختلف من حيث الغرض عن النصوص الجزائية الواردة في قوانين الضرائب، إذ تهدف الأولى إلى حماية الجماعة، بينما تهدف الأخرى إلى تنظيم تحصيل الضريبة، يمكن الرد عليه بأن الغرض الذي يتوخاه المشرع الضريبي هو حماية حق الدول في هذا المورد المالي المهم، ومن ثمَّ حماية الجماعة، تماماً مثل النصوص الجزائية الواردة في قانون العقوبات، فلا أحد ينكر أهمية

(26) مثل الإيرادات التي تحصل عليها الدولة من المشروعات الصناعية والتجارية التي تمتلكها، وهي جزء من ممتلكات الدولة الخاصة (الدومين الخاص)، وتمارس من خلالها نشاطاً تجارياً أو صناعياً شبيهاً بالنشاط الذي يمارسه الأشخاص العاديون أو المشروعات الخاصة، وتخضع ممتلكات الدولة الخاصة - بوجه عام - لقواعد القانون الخاص، لمزيد من التفصيل حول هذا الموضوع راجع: د. عادل أحمد حشيش: أساسيات المالية العامة - مدخل لدراسة أصول الفن المالي لمالية الاقتصاد العام، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007م، ص 128 وما بعدها.

الجزاءات في إطار القانون الضريبي، لما لها من دور كبير في ردع مرتكب الجريمة الضريبية، وإدخال الخوف في نفوس الآخرين من الطابع العقابي الذي تحمله النصوص الجزائية، وهذا هو السبب الذي حدا بالبعض أن يعمل على توحيد أحكام الجريمة الضريبية مع أحكام الجرائم الأخرى، من منطلق وحدة الغرض في كل منهم.

2. أن القول بقانون العقوبات الإداري استنادا إلى أنه يحمي مصلحة إدارية، سيؤدي في النهاية إلى تقسيم قانون العقوبات إلى أقسام متعددة، بالنظر إلى المصلحة التي تحميها كل مجموعة من نصوصه؛ مما يؤدي إلى القضاء على كيان قانون العقوبات لا على وحدته فحسب⁽²⁷⁾، فضلا عن ذلك، فإن التسليم بالطبيعة الإدارية للجريمة الضريبية يصطدم بإشكالية أخرى، وهي أن قانون العقوبات الإداري يحتوي على المخالفات فقط، في حين أن الجريمة الضريبية قد تكون جنحة أو جناية، ومعنى ذلك أنه سيطبق قانون العقوبات الإداري في حالة المخالفات الضريبية، وسيطبق قانون العقوبات في حالة الجنح والجنايات الضريبية، ولا شك أن ذلك سيجزأ القانون الواحد إلى جزئين لهما طبيعتين مختلفتين⁽²⁸⁾، كما سيؤدي إلى القضاء على وحدة قانون العقوبات الضريبي الذي تجمع نصوصه غاية واحدة هي حماية المصلحة الضريبية.

3. وبالنسبة للقول بأن الجريمة الضريبية ما هي إلا مخالفة لأوامر الإدارة الضريبية، استنادا إلى أن علاقة الأشخاص بهذه الإدارة هي من علاقات القانون الإداري - يمكن الرد عليه بأنه لا يجوز تشبيه الممول أو المكلف⁽²⁹⁾ بالموظف الإداري؛ لأن مصدر التزام كل منهما ليس القرار الصادر من إدارة الضرائب، وإنما القانون ذاته (قانون الضريبة)، كذلك فإنه لا يمكن تشبيه قانون الضريبة بالقرارات الإدارية؛ لأن القانون الضريبي يتضمن قواعد عامة مجردة، وتتوافر فيها جميع خصائص القاعدة القانونية، وذلك بخلاف القرارات الإدارية؛ لذا فمخالفة الممول أو المكلف لقانون الضريبة لا تعد مخالفة لقرار إداري، بل هي مخالفة للقانون⁽³⁰⁾.

4. أن قانون العقوبات الإداري يعتمد على أساس تاريخي محض⁽³¹⁾؛ حيث كانت العقوبات الخاصة بجرائم البوليس (المخالفات) تطبق مباشرة بواسطة الموظفين القضائيين الذين يقومون بوظيفة البوليس، وهذه النظرية لا

(27) د. أحمد فتحي سرور، مرجع سابق، ص 47-48.

(28) عزوز سليمة، مرجع سابق، ص 62.

(29) تجدر الإشارة إلى أن مصطلح الممول والمكلف ليس مترادفين كما يعتقد البعض، بل يختلفان في المعنى، كما أنهما يختلفان حسب نوع الضريبة محل البحث، ففي مجال الضرائب غير المباشرة يقصد بالمول الشخص الطبيعي أو الاعتباري الخاضع للضريبة التي يفرضها القانون، أما المكلف: فهو الشخص الطبيعي أو الاعتباري المكلف بتحصيل الضريبة وتوريدها إلى الإدارة الضريبة، أما في الضرائب المباشرة فتجتمع صفة الممول والمكلف في شخص الخاضع للضريبة، إلا في حالة تحصيل الضريبة عن طريق الحجز عند المنبع، فيكون الممول هو الخاضع للضريبة، ويكون المكلف من ألزمه المشرع بحجز الضريبة من دخل الممول وتوريدها إلى الإدارة الضريبة.

(30) د. أحمد فتحي سرور، مرجع سابق، ص 46-47.

(31) د. عبدالحميد الشواربي، مرجع سابق، ص 738.

تكفي مطلقاً لتأسيس نظرية قانون العقوبات الإداري؛ لأن القانون الإداري في تطور مستمر، وكذلك الحال بالنسبة لقانون الضريبة⁽³²⁾، هذا فضلاً عن أن قانون العقوبات الضريبي لم يعد يقتصر على العقوبات الإدارية أو المخالفة للوائح البوليس، بل أصبح يحتوي على الكثير من الجنح والمخالفات ذات الطبيعة الخاصة⁽³³⁾. في ضوء الانتقادات السابقة التي وجهت إلى الرأي القائل بالطبيعة الإدارية للجرائم الضريبية، يمكننا القول بأن نظرية قانون العقوبات الإداري قد أثبتت الفقه عدم صحتها، وأنه تبعاً لذلك لا تعتبر الجرائم الضريبية ذات طبيعة إدارية.

المطلب الثاني: الطبيعة الجنائية العادية للجريمة الضريبية

ذهب فريق من الفقه الألماني⁽³⁴⁾ إلى تطبيق قانون العقوبات العام على الجريمة الضريبية باعتبارها جريمة عادية، وأن ليس للتجريم الضريبي ذاتية خاصة به، بل ذهب رأي في الفقه الفرنسي⁽³⁵⁾ إلى ما هو أبعد من ذلك فيما يخص القواعد الإجرائية في النزاع؛ حيث نادى بضرورة استقلال الإجراءات الإدارية عن الإجراءات الجنائية الضريبية، وقد استند أصحاب هذا الرأي إلى الحجج الآتية⁽³⁶⁾:

1. أن الغرض الذي يتوخاه المشرع من التشريع الضريبي، ومن تجريم اختلاس الضريبة هو الغرض نفسه الذي يتوخاه المشرع العادي عند سن أي قانون عقوبات، وهو حماية الصالح العام، ولذلك فإن أصحاب هذا الرأي يعملون على توحيد أحكام الجريمة الضريبية مع أحكام الجرائم الأخرى، من منطلق وحدة الغرض بينهما.
2. أن الجريمة الضريبية لها أركانها هي ذاتها الأركان العامة للجريمة، ولا يوجد فرق يذكر، سواء بالنسبة للركن الشرعي الذي يستند إلى أنه لا جريمة ولا عقوبة بغير قانون، أو بالنسبة للركنين المادي والمعنوي، وكذلك الأمر بالنسبة لقاعدة تحري قصد المشرع في تفسير النص الجنائي، فإنه يتعين مراعاتها عندما يصادف القاضي نصاً تجريمياً ضريبياً مشوباً بالغموض.

⁽³²⁾ د. أحمد فتحي سرور، مرجع سابق، ص 45-46.

⁽³³⁾ محمد حسين قاسم حسين: الجريمة الضريبية والقضاء المختص وفقاً لأحكام قانون ضريبة الدخل الأردني رقم (25) لسنة 1964، أطروحة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية، كلية الدراسات العليا، فلسطين، 2004م، ص 69.

⁽³⁴⁾ من أنصار هذا الاتجاه:

- Hermann Schwaiger, George Meyer, Myboch, Vocke, Steim, Becker, Hefter and Von Bar.

أشار إليهم د. أحمد فتحي سرور، مرجع سابق ص 41، ويؤيد هذا الرأي د. حسن صادق المرصفاوي: التجريم في تشريعات الضرائب، دار المعارف، الإسكندرية، 1963م، ص 51.

⁽³⁵⁾ Jacques Brunon: Droit pénal fiscal, LGDJ, France, 1993, P.39-40.

⁽³⁶⁾ لمزيد من التفصيل حول هذه الحجج راجع: د. أحمد فتحي سرور، مرجع سابق، ص 41-42، د. حسن صادق المرصفاوي، مرجع سابق، ص 41 وما بعدها، عزوز سليمة، مرجع سابق، ص 62-63.

3. يفسر أصحاب هذا الرأي طبيعة الجريمة الضريبية من ناحية النتيجة، بأنها اعتداء على حق مالي للدولة، وهي تشبه من هذه الوجهة جرائم الأموال كالسرقة وخيانة الأمانة والاختلاس، الأمر الذي لا يستقيم معه معاملة الجريمة الضريبية بطريقة أخف من معاملة الجريمة العادية.

4. أن الجريمة الضريبية في الواقع تعد من الجرائم الواقعة على الأموال، فالجاني يستعمل أساليب الغش والخداع والتدليس لتضليل الإدارة الضريبية، وهدفه من وراء ذلك تجنب التقليل من ثروته، وهي العناصر ذاتها التي تقوم عليها جريمة النصب التي تعد من جرائم الأموال.

● النقد:

وجهت العديد من الانتقادات إلى الاتجاه الذي يقول بالطبيعة الجنائية العادية للجريمة الضريبية، ومن ثم إخضاعها للأحكام العامة في قانون العقوبات، ومن هذه الانتقادات ما يلي:

1. أن القانون الضريبي شرع لحمل الأفراد على الإسهام في الإيرادات العامة للدولة، لذا وجب أن يتمتع هذا القانون ببعض المبادئ الخاصة في الشق المنظم للتجريم الضريبي، بأن يكون الجزاء المترتب على هذه الجريمة منطويا على عنصرى العقوبة والتعويض معا، وهذا جزاء اقتضته خصوصية التشريع الضريبي، إذ إن المصلحة الضريبية للدولة قد تضررها الجريمة الضريبية ضررا يؤثر في إيراداتها العامة، الأمر الذي يستدعى وجود مثل هذا الجزاء⁽³⁷⁾، أي أن الجزاءات الضريبية تعتبر جزاءات من نوع خاص، ومع ذلك فإنه في الحالات التي يسكت فيها القانون عن التنظيم الخاص للجريمة الضريبية يتعين الرجوع إلى الأحكام العامة في قانون العقوبات.

2. وبالنسبة للقول بأن الجريمة الضريبية، بوصفها اعتداءً على حق مالي للدولة، فإنها تشبه من هذه الوجهة جرائم الأموال كالسرقة والاحتيال وخيانة الأمانة والاختلاس- يمكن الرد عليه بأن العنصر المالي في جرائم الاعتداء على الأموال في قانون العقوبات يختلف عنه في الجريمة الضريبية؛ فالأولى يكون الاعتداء فيها على أموال الأفراد، في حين يكون الاعتداء في الأخرى على أموال الخزنة العامة، وباختلاف الهدف في كل منهما، فإنه لا يمكن إخضاعهما للقواعد القانونية نفسها⁽³⁸⁾.

3. أن القاضي يحكم بالجزاءات الضريبية من تلقاء نفسه، حيث لا يشترط أن تقوم الإدارة الضريبية بطلب الحكم بتلك الجزاءات، حتى ولو كانت جزاءات نفعية أكثر منها رادعة، وهذا على خلاف الدعوى الجزائية فيما يتعلق بالتعويض المدني⁽³⁹⁾.

(37) د.طالب نور الشرع: الجريمة الضريبية، الطبعة الأولى، دار وائل للنشر، 2008م، ص 47.

(38) عزوز سليمة، مرجع سابق، ص 64.

(39) محمد حسين قاسم حسين، مرجع سابق، ص 67.

نخلص مما تقدم أن الجريمة الضريبية ليست جريمة جنائية عادية، كما توصلنا من قبل أنها ليست جريمة إدارية، ولذلك كان من الضروري تكيف هذه الجريمة تكيفا صحيحا يتناسب مع طبيعتها الخاصة، وهذا ما ذهب إليه فريق ثالث من الفقه.

المطلب الثالث: الطبيعة الخاصة للجريمة الضريبية

ذهب فريق ثالث من الفقه⁽⁴⁰⁾ إلى أن الجريمة الضريبية جريمة جنائية لكنها ذات طبيعة خاصة، فهي لا تعتبر جريمة جنائية عادية، كجريمة السرقة أو الاختلاس، كما أنها لا تعتبر جريمة إدارية كباقي المخالفات الإدارية التي تقع من قبل موظفي الإدارة⁽⁴¹⁾، ويتضح ذلك جليا من خلال استعراض أوجه النقد التي وجهت إلى الاتجاهين السابقين، والتي تُبين بما لا يدع مجالا للشك أن للجريمة الضريبية طبيعة قانونية تختلف عن الطبيعة الإدارية، وكذلك الطبيعة الجنائية العادية، حيث لا تحكمها القواعد الجنائية العامة بشكل كامل، وكذلك لا تعتبر مخالفات وجرائم ضريبية بحتة، لأن لها طبيعة خاصة.

كما تتميز الجرائم الضريبية بخضوعها- في جملتها- إلى قواعد عامة لا تخضع لها الجرائم العادية، مثل المساواة في معظم الجرائم الضريبية بين العمد والإهمال، وفي تقرير المسؤولية الجنائية للأشخاص الاعتبارية، وفي تقرير أحكام خاصة للعود، وفي الغرامة الضريبية التي تتطوي على فكرة التعويض⁽⁴²⁾، هذا فضلا عن أن الجريمة الضريبية لها أحكام إجرائية خاصة بها كتلك المتعلقة برفع الدعوى الجنائية الضريبية، وانقضائها بطرق التسوية التصالحية.

وبسبب هذه الطبيعة الخاصة للجرائم الضريبية، فإنه لا يرد النص عليها في القسم الخاص في قانون العقوبات، وإنما يتناولها المشرع الضريبي في القوانين الضريبية، وذلك عن طريق تحديد الأفعال المكونة لها والعقوبات واجبة التطبيق حال إثباتها، وترجع العلة في ذلك إلى كثرة وتنوع وتعدد الأفعال المؤثمة، وكثرة النواحي الفنية والتفاصيل المهنية في هذه الجرائم، الأمر الذي يصعب معه تطبيق الأحكام التقليدية الواردة في قانون العقوبات عليها، كما أن الجرائم الضريبية لا تتسم بالثبات والاستقرار، وتختلف النظرة إليها باختلاف المرحلة التي يمر بها المجتمع، وباختلاف الظروف المحيطة، فالمشرع يفرض عقابه على كافة الجرائم التي استقرت نظرتها لها، أما الجرائم التي تختلف النظرة إليها باختلاف المجتمع وما يحيط به من ظروف اقتصادية أو اجتماعية أو سياسية، فإن المشرع يُفرد لها قواعد مغايرة تميزها عن غيرها.

(40) من أنصار هذا الاتجاه: د. أحمد فتحي سرور، مرجع سابق ص 49، د. عبد الحميد الشواربي، مرجع سابق، ص 743، د. محمد محمد مصباح: جرائم الممول المضرة بالخرزاة العامة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996م، ص 5.

(41) د. عبد الحميد الشواربي، مرجع سابق، ص 743.

(42) د. أحمد فتحي سرور، مرجع سابق، ص 49.

وبناءً على ما تقدم فإن الباحث يؤيد هذا الرأي الأخير الذي ينفي عن الجريمة الضريبية الطبيعة الإدارية، ولا يسلم لها بالطبيعة الجنائية العادية، ويقر لها بالطبيعة الجنائية الخاصة، وهذه الطبيعة الخاصة تجعلها مختلفة عن غيرها من الجرائم الأخرى.

وغني عن البيان أن هذه الذاتية الخاصة للجريمة الضريبية لا تجعلها بمنأى عن مبدأ الشرعية الجنائية (لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص)، حيث لا تتمتع بذاتية خاصة تجاه هذا المبدأ، وإنما شأنها شأن الجريمة العادية في الخضوع لهذا المبدأ، وهذا أمرٌ بدهي، فكما أنه لا يجوز فرض ضريبة أو تعديلها أو إلغاؤها إلا بموجب تشريع، فإنه لا يجوز اعتبار فعل أو الامتناع عنه جريمة إلا بموجب نص.

الخاتمة

توصل الباحث من خلال هذا البحث إلى عدد من النتائج المهمة التي أوصى في ضوءها بعدد من التوصيات، التي نذكرها تباعاً:

(أولاً) النتائج:

1. مفهوم الجريمة الضريبية أعم وأشمل من مفهوم التهرب الضريبي، إذ إن الأخير ما هو إلا صورة من صور الجريمة الضريبية.
2. أنه على الرغم من تعدد أنواع الجرائم الضريبية، فإنها تتفق جميعها في نوع المصلحة المعتدى عليها، وهي حقوق الخزنة العامة.
3. أن الجريمة الضريبية هي سلوك إنساني شأنها في ذلك شأن باقي الجرائم، ويرجع ارتكابها إلى أسباب نفسية أو أخلاقية تتمثل في عدم انتشار الوعي الضريبي، أو أسباب تشريعية، إما لعدم وجود نص، أو وجود نص به ثغرات قانونية، أو لعدم دقة الصياغة، أو لكونها صياغة غير منضبطة، أو لضعف الجزاء أو العقوبة المقررة.
4. يترتب على الجرائم الضريبية آثار سيئة، ولا تقتصر هذه الآثار السيئة على الجانب المالي فحسب، بل تمتد لتشمل كافة المجالات، وبصفة خاصة المجالين الاجتماعي والاقتصادي.
5. أن الجريمة الضريبية جريمة جنائية لكنها ذات طبيعة خاصة، فهي لا تعتبر جريمة جنائية عادية، كجريمة السرقة أو الاختلاس، كما أنها لا تعتبر جريمة إدارية كباقي المخالفات الإدارية التي تقع من قبل موظفي الإدارة، وأن هذه الطبيعة الخاصة تجعلها مختلفة عن غيرها من الجرائم الأخرى.

(ثانيا) التوصيات:

1. يجب على المشرع مراعاة الطبيعة الخاصة للجريمة الضريبية، فلا يطبق عليها الأحكام التقليدية الواردة في قانون العقوبات، وإنما يقرر لها من العقوبات ما يحقق مصلحة الخزنة العامة المتمثلة في حصولها على مبلغ الضريبة، وإن ترتب على ذلك انقضاء الدعوى الجنائية.
2. أن يأخذ المشرع الضريبي بنظام التصالح الضريبي، الذي يحقق مصلحة الخزنة العامة في الحصول على مستحقاتها الضريبية، مضافا إليها الغرامات المالية التي يقرها المشرع على المتهم في الجريمة الضريبية.
3. أن يحرص المشرع الضريبي على إتاحة الفرصة أمام الممول الذي حاول التوصل من التزامه الضريبي لأن يثوب إلى رشده، مع امكانية تغريمه ماليا في هذه الحالة.

الاستثمار المسؤول: آلية لتفعيل أبعاد التنمية المستدامة

بركان عبد الغاني (1)

(1) أستاذ محاضر قسم "ب"، كلية الحقوق والعلوم السياسية،
عبد الرحمان ميرة، بجاية، 06000، الجزائر.

البريد الإلكتروني abdelghani.berkane@univ-bejaia.dz

الملخص:

يحتل موضوع الاستثمار المسؤول بأهمية بالغة نتيجة تنامي المشاكل البيئية والاجتماعية التي تبدوا كمخاطر جديدة يتحمل ويتكبد نتائجها المستثمر فتؤثر على أرباحه وجودة استثماراته. فعقب سلسلة من الحوادث التي مست البيئة والمجتمع إزداد وعي واهتمام المستثمرين بالاعتبارات البيئية والاجتماعية والحوكمة، وبدأوا يضمنونها في آليات اتخاذ قراراتهم الاستثمارية.

بتبني مبادئ الاستثمار المسؤول ارتفع عدد الصناديق الاستثمارية المتاحة أمام المستثمرين التي تعتمد الحوكمة البيئية والاجتماعية والمؤسسية، وتنوعت استراتيجياتها، فبات من الضروري فهم الاختلافات الموجودة بينها، وبيان العراقيل التي تحول دون تنفيذ الاستثمار المسؤول.

الكلمات المفتاحية:

الاستثمار المسؤول، مبادئ الاستثمار المسؤول، الحوكمة البيئية والاجتماعية والمؤسسية، التنمية المستدامة، السندات الخضراء، سندات الأثر الاجتماعي.

تاريخ إرسال المقال: 2021/12/04، تاريخ مراجعة المقال: 2021/12/16، تاريخ نشر المقال: 2021/12/31.

لتهميش المقال: بركان عبد الغاني، "الاستثمار المسؤول: آلية لتفعيل أبعاد التنمية المستدامة"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد 12، العدد 03، السنة 2021، ص ص. 793-810.

<https://www.asjp.cerist.dz/en/PresentationRevue/72>

المقال متوفر على الرابط التالي:

المؤلف المراسل: بركان عبد الغاني ، abdelghani.berkane@univ-bejaia.dz

The Responsible Investment: A Mechanism to Activate the Dimensions of Sustainable Development

Summary:

The issue of responsible investment is of paramount importance because of the emergence of ecological and social problems that are often referred to as new dangers that the investor assumes. In doing so, they influence his profits and reduce the quality of his investment. These problems, which have affected the environment and society, have awakened the investors' awareness and their environmental, social, and good governance concerns that can be found in all their decision-making mechanisms.

Thus, the adoption of the principles of responsible investment has significantly increased the investment funds that adopt environmental, social, and societal governance and diversify their strategies and make them available to investors. So, it is important to understand the differences between these strategies and demonstrate the obstacles that prevent responsible investment from being achieved.

Keywords:

Responsible investment, responsible investment principles, environmental, social, and societal governance, sustainable development, green bonds, social impact bonds.

L'investissement responsable : un mécanisme pour l'élaboration des dimensions du développement durable

Résumé :

Le sujet de l'investissement responsable est d'une importance capitale et ce, du fait de l'émergence des problèmes écologiques et sociaux qu'on qualifié souvent de nouveaux dangers que l'investisseur assume. Ce faisant, ils influent sur ses bénéfices et réduisent la qualité de son investissement. Ces problèmes qui ont touché l'environnement et la société ont réveillé la conscience des investisseurs et leur préoccupation environnementale, sociale et la bonne gouvernance qu'on trouve dans tous leurs mécanismes décisionnels.

Ainsi, l'adoption des principes de l'investissement responsable a augmenté de façon considérable les caisses des l'investissements qui adoptent la gouvernance environnementale, sociale et sociétale et diversifié leurs stratégies, et les mettent à la disposition des investisseurs. Cela dit, il est important de comprendre les différences existantes entre ces stratégies et démontrer les obstacles qui empêchent la réalisation de l'investissement responsable.

Mots clés :

L'investissement responsable, les principes de l'investissement responsable, la gouvernementale, sociale et sociétale, le développement durable, les actions vers, les actions de l'effet social.

مقدمة

تعرضت بعض الشركات الكبرى في بداية سنوات 1990 لعدة انتقادات خاصة من طرف المنظمات الدولية غير الحكومية، التي أكدت أن نشاط هذه الشركات له تأثير سلبي على البيئة وظروف العمل (تشغيل الأطفال). شمل هذا الانتقاد البنوك نتيجة تأثيرها غير المباشر باعتبارها مسؤولة عن المشروعات أو مساهمة في هذه الشركات المتنازع حولها.

باعتبار سوق الأوراق المالية أحد أهم أسواق النشاط الاقتصادي الذي تتدفق منه رؤوس الأموال من الجهات التي لديها فائض في الموارد المالية إلى الجهات التي تعاني من نقص وعجز منها مقابل توفير عائد مادي معقول، فإن دورها لا يتوقف عند جمع الأموال وتوجيهها إلى القطاعات ذات الأولوية فحسب، بل في دمج الممارسات البيئية والاجتماعية وممارسات الحوكمة الجيدة لضمان التأثير الإيجابي للاستثمارات.

وعليه، يتطلع الكثير من المستثمرين الذين يتمتعون بالمسؤولية والوعي حالياً إلى ما هو أبعد، فليس مجرد استثمار رؤوس أموالهم بهدف تحقيق عائد مادي فقط، بل إنهم حريصون على أن تساهم طريقة تخصيص أموالهم المستثمرة في تحقيق الاستدامة البيئية والمجتمع وتعزيزهما، ويبدلون جهوداً كبيرة للجمع بين أهدافهم وقيمهم الأخلاقية وهذا ما يعبر عنه في العادة باسم "الاستثمار المسؤول" أو "الاستثمار المستدام".

يعتبر الاستثمار المسؤول أو المستدام أداة لإدماج التنمية المستدامة والمسؤولية الاجتماعية للمؤسسات في الأسواق المالية، حيث يبحث الكثير من المستثمرين الماليين عن فرص متوازنة من حيث الأداء المالي والأداء البيئي والاجتماعي.

شهدت في السنوات الأخيرة الاستثمارات المسؤولة توسعاً وانتشاراً مع تزايد الاهتمام بقضايا المناخ ومشاكل التنمية، وشمل هذا الاهتمام العديد من الدول، ففي فرنسا أعلنت وحدة تسيير الثروة في بنك BNP أن البنك يستثمر 12 مليار أورو في سوق الاستثمارات المستدامة، واعتبر البنك أن نسبة نمو هذه الاستثمارات تصل 50 % كل سنة، وذلك منذ سنة 2011.

وفي بلجيكا تقدم مؤسسة BNP Paribas للخدمات المصرفية استثمارات مستدامة لزيائنها حيث تصل نسبتها إلى 7 مليار أورو، وترتبط هذه المؤسسة المصرفية استثماراتها بالمنافع الاجتماعية المترتبة على الاستثمار، وذلك من خلال دعم مالي لـ 20 مشروعاً سنوياً.

وفي إيطاليا ساهمت الاستثمارات المستدامة في تمويل العديد من النشاطات الاجتماعية من ضمن هذه النشاطات دعم مبادرة Téléthon وهي مبادرة تأسست في استراليا مهتمة برعاية الأطفال وتحسين وضعهم.

أما في آسيا، أطلقت مجموعة من البنوك والمؤسسات المالية أسهم خاصة بالاستثمارات المستدامة، حيث يمكن للمستثمرين الوصول إلى منصة خاصة بهم من خلال منظومة SDG.

نتيجة هذا الاهتمام بالاستثمار المسؤول على مستوى سوق الأوراق المالية تتبادر إلى ذهننا الإشكالية التالية: إلى أي مدى ساهم الاستثمار المسؤول في تحقيق أبعاد التنمية المستدامة؟ للإجابة عن الإشكالية ارتأينا إلى تقسيم بحثنا إلى مبحثين نتطرق في (المبحث الأول) إلى ماهية الاستثمار المسؤول وفي (المبحث الثاني) إلى آليات تنفيذ الاستثمار المسؤول والعراقيل التي تحول دون ذلك.

المبحث الأول: ماهية الاستثمار المسؤول

بسبب مشكل التغيرات المناخية الناتج عن انبعاث الغازات السامة والمسببة للاحتباس الحراري أصبح القطاع المالي من القطاعات الأكثر عرضة للانتقادات وتأثراً بهذه التغيرات المناخية. فانتشر القلق والخوف عند الكثير من الفاعلين الماليين -لما للتغيرات المناخية من آثار وخيمة على البيئة والمجتمع ككل-، فكان من الضروري أن يتدخلوا في الوقت المناسب ويتخذوا إجراءات سريعة وفعالة لوضع حد لهذا المشكل، فاتحدوا في مشروع يتمثل في البحث والكشف عن مشكل الكربون وكيفية الحد منه.

فوجود نظام مالي مستدام وكفاء من الناحية الاقتصادية يعد ضرورة لوضع قيم طويلة الأجل، وينتج عن مثل هذا النظام استثمار مسؤول سيفيد البيئة والمجتمع ككل. لذلك زاد الاهتمام به في الآونة الأخيرة كآلية مهمة لتوفير الموارد المالية وتوجيه الاستثمارات نحو المشروعات التي تستهدف تحقيق عائد اجتماعي وبيئي بالإضافة إلى العائد المالي.

نتيجة زيادة الاهتمام بالاستثمار المسؤول كآلية مالية فمن الضروري التوقف والتطرق إلى مفهومه (المطلب الأول)، مبادئه وأساليبه (المطلب الثاني).

المطلب الأول: مفهوم الاستثمار المسؤول

الاستثمار المسؤول من المفاهيم الحديثة لكنه أصبح ظاهرة عالمية لما له من انعكاسات إيجابية على المستثمر والمجتمع والبيئة، ويعتبر هذا المفهوم بمثابة خطوة متقدمة للمسؤولية الاجتماعية للشركات أو هي إحدى مراحلها المتطورة. إذ لم يعد الأمر مقتصرًا على ممارسة بعض الشركات لنشاط اجتماعي ما في المجتمع الذي تمارس فيه نشاطها وإنما ظهرت صناديق استثمار لدعمها عبر ما سمي فيما بعد بالاستثمار المسؤول.

للإحاطة أكثر بمفهوم الاستثمار المسؤول يستلزم منا التطرق إلى تعريفه (الفرع الأول)، خصائصه (الفرع الثاني) وأهميته (الفرع الثالث).

الفرع الأول: تعريف الاستثمار المسؤول

تستخدم عدة مصطلحات للتعبير عن الاستثمار المسؤول منها "الاستثمار القائم على القيم"، "الاستثمار المؤثر"، "الاستثمار الأخلاقي"، "الاستثمار ذو المردود الاجتماعي"، "الاستثمار المستدام"، "الاستثمار الأخضر"، "الاستثمار المسؤول اجتماعياً".

الاستثمار المستدام أو ما أصبح يعرف داخل الأوساط المالية والاقتصادية بالاستثمار المسؤول هو استثمار يأخذ في الاعتبار العوامل البيئية والمنافع الاجتماعية كمحددات أساسية لهذه الاستثمارات⁽¹⁾.
الاستثمار المستدام أو الاستثمار ذو المردود الاجتماعي أحد أشكال الانضباط الاستثماري الذي يراعي المعايير البيئية والاجتماعية ومعايير حوكمة الشركات أو أي معايير أخرى، وذلك بناء على قيم أخلاقية أو معنوية معينة لتوليد عائدات مالية طويلة المدى، وإحداث تأثير إيجابي في المجتمع أو البيئة أو الاقتصاد ككل في نفس الوقت⁽²⁾.

الاستثمار الأخلاقي "عملية استثمار التي تعتبر النتائج البيئية والاجتماعية للاستثمارات، إيجابية كانت أم سلبية، ضمن التحليل المالي الصارم والدقيق". أو أنه تطبيق مبادئ التنمية المستدامة في الاستثمار، هذا النهج يراعي الأبعاد الثلاثة: البيئية والاجتماعية والحوكمة بالإضافة إلى المعايير المالية المعتادة⁽³⁾.
الاستثمار المؤثر عبارة عن استثمارات هادفة ترمي إلى حل المشاكل الاجتماعية أو البيئية وتحقيق فوائد مالية معقولة في نفس الوقت⁽⁴⁾.

من التعريف السابقة المقدمه للاستثمار المسؤول نستنتج أنها تشترك في هدف واحد يتمثل في مراعاة الأبعاد البيئية والاجتماعية والاقتصادية التي هي نفسها أبعاد التنمية المستدامة.

الفرع الثاني: خصائص الاستثمار المسؤول

تتميز الاستثمارات المسؤولة بمجموعة من الخصائص والمميزات تجعلها ذات قدرة كبيرة على المنافسة في سوق الاستثمارات العالمي، حيث تمتلك قدرة جذب خاصة للمستثمرين ويمكن تلخيصها في:
أولاً: استثمارات صديقة للبيئة

مع تنامي التحديات الناجمة عن التلوث البيئي الذي يتسبب في مشاكل بيئية من بينها الاحتباس الحراري والتغير المناخي، وهي ظواهر طبيعية مناخية أصبحت هاجسا يورق المنظومة الدولية، تأتي فكرة الاستثمارات المسؤولة لتحاول لعب دور إيجابي في المحافظة على البيئة، وذلك بخلق وعي لدى المستثمرين بأهمية البيئة. وعليه، فالاستثمار المسؤول أو المستدام هو استثمار يراعي سلامة البيئة والمحافظة عليها، حيث يأخذ هذا النوع من الاستثمار في الحسبان تأثيرات النشاط الاقتصادي الناتج عن الاستثمار على البيئة، ومدى تأثير

¹محمد محمود، الاستثمارات المستدامة: حلول بيئية ومنافع اجتماعية، انظر الموقع: <https://islamonline.net>

تم الاطلاع عليه بتاريخ 2021/10/9 الساعة 14:00.

²الزرعابي عبيد، تطبيقات الاستثمار المستدام وتأثيرها الإيجابي في منظومة التنمية المستدامة: أنظر الموقع: <https://www.walkhaleej.ae> تم الاطلاع عليه بتاريخ 2021/10/9 الساعة 14:30.

³قمان عمر، قمان مصطفى: "الاستثمار الأخلاقي لإضافة الواقعية للاقتصاد الافتراضي - تجارب دولية، الملتقى العلمي الدولي الخامس حول الاقتصاد الافتراضي وانعكاساته على الاقتصاديات الدولية، ص 5. أنظر الموقع:

<https://ebook.univyes.com/40835/pdf>

⁴هبة عبد المنعم، الاستثمار المؤثر، موجز سياسات، العدد 8، صندوق النقد العربي، نوفمبر 2019، ص 1.

هذه الأخيرة بنوعية النشاط. وهكذا تحرص الاستثمارات المسؤولة على اختيار نشاط اقتصادي صديق للبيئة والابتعاد عن الأنشطة الاقتصادية التي تسبب التلوث أو استنزاف الثروات أو التلوث الكيميائي وغير ذلك، مما ينعكس سلبا على التنوع البيولوجي⁽⁵⁾.

ثانيا: استثمارات تراعي المنافع الاجتماعية

تراعي الاستثمارات المسؤولة القضايا الاجتماعية المرتبطة بظروف وحالة الأفراد في المناطق التي تستفيد من هذه الاستثمارات، ومن ضمن الجوانب التي تأخذها في الاعتبار نجد تحسين ظروف الصحة والتعليم، الاهتمام بآماكن العمل ومراعاة المعايير الصحية والأمن فيها، الالتزام بحقوق الإنسان وعدم التمييز، والمشاركة الفعالة للمجتمع المستهدف بالمشروع⁽⁶⁾.

كما تراعي هذه الاستثمارات القوانين الدولية مثل تشغيل الأطفال، والعمل القسري، وتشمل كذلك استراتيجية المنافع الاجتماعية التي يمنحها الاستثمار المسؤول، تكوين المواهب، خدمة طبقات المجتمع ذات الدخل المحدود من خلال أخذ احتياجاتها في الحسبان سواء بخلق فرص العمل، أو تقديم مساعدات اجتماعية من خلال مشاريع تنموية تساعد طبقات المجتمع على تحسين وضعها المعيشي عبر مشاريع إنتاجية.

ثالثا: استثمارات تسير الخطط الحكومية

ظهر في الآونة الأخيرة وبشكل واضح توجه العديد من الحكومات نحو دعم وتحفيز الاستثمارات المسؤولة، تجسد ذلك من خلال توفير البيئة المستقبلية لها، سواء تعلق الأمر بتوفير الإطار القانوني والتنظيمي والمؤسسي الداعم لها، أو عبر تحفيز توجه الاستثمارات الخاصة لهذا النوع من المشروعات⁽⁷⁾.

وعليه، تساهم الاستثمارات المسؤولة في دعم سياسات الحكومة الرامية إلى التخفيف من حدة تداعيات التأثيرات المناخية المتصاعدة والتي تشكل اليوم تحديا كبيرا للعديد من دول العالم، كما تساهم في التخفيف من الفجوة الموجودة بين طبقات المجتمع من خلال ما توفره من برامج وأنشطة موجهة لفئات المجتمع الأقل دخلا⁽⁸⁾.

الفرع الثالث: أهمية الاستثمار المسؤول

هناك عدة حوافز تدفع نحو الاستثمار المسؤول من بينها، المعتقدات والقيم والأهداف الشخصية، استراتيجية الاستثمار، هدف العائد المالي، السياسات والأنظمة الحكومية. يرتبط هذا النوع من الاستثمارات بتمويل المشروعات التنموية والمشروعات ذات العائد الاقتصادي والاجتماعي الذي يساعد على استدامة التنمية وتحقيق فائدة للمجتمعات التي تنفذ بها هذه المشروعات.

⁵ محمد محمود، الاستثمارات المستدامة: حلول بيئية ومنافع اجتماعية، المرجع السابق.

⁶ محمد محمود، الاستثمارات المستدامة: حلول بيئية ومنافع اجتماعية، المرجع السابق.

⁷ هبة عبد المنعم، الاستثمار المؤثر، المرجع السابق، ص 6.

⁸ محمد محمود، الاستثمارات المستدامة: حلول بيئية ومنافع اجتماعية، المرجع السابق.

هدف المستثمرون الذين يلجؤون نحو الاستثمار المسؤول هو تحقيق فوائد مالية واستثمارية كبيرة دون أن يؤثر ذلك في مساهمتهم الجيدة والإيجابية في حماية البيئة وتطوير المجتمع والتنمية الاقتصادية المستدامة، فقد يسعون بجدية إلى هذا النوع من الاستثمارات التي تساهم في حماية البيئة أو لها مساهمة إيجابية في المجتمع، أو ببساطة يتجنبون الاستثمارات التي لا تفي بهذه المعايير أو التي ينظر إليها بأنها غير أخلاقية أو ضارة بالبيئة أو المجتمع. ويعتمد في العادة على مقاييس رئيسية، أو يضع مؤشرات أداء معينة في مجالات البيئة والمجتمع والحوكمة، يجب أن تتم تليبيتها حتى يفكر المستثمر في إضافة شيء معين إلى محفظته الاستثمارية⁽⁹⁾.

وتعول العديد من الدول على هذا النوع من الاستثمارات لتحقيق أهداف التنمية المستدامة مثلا لتخفيض من حدة الفقر، توفير فرص العمل، ضمان الاستهلاك والإنتاج المستدام، الارتقاء بالتعليم والصحة، دعم البنية التحتية، مكافحة تغير المناخ، وغيرها من الأهداف التنموية الأخرى⁽¹⁰⁾.

هناك اجماع واسع حول فكرة، أنّ ادراج المعايير البيئية والمجتمعية يجب أن يقلل من المخاطر المالية للمستثمرين، تتفق هذه الفكرة على تشكيل ما يسمى "بالمستثمر العالمي"، فصاحب محفظة استثمارية يكره رؤية الشركة التي يمتلكها يتحمل المجتمع تكاليفها، فيخاطر بدفع أموال إضافية من محفظته، فيرى الاقتصاديون أنّها ستولد عوامل خارجية سلبية⁽¹¹⁾.

المطلب الثاني: مبادئ وأساليب الاستثمار المسؤول

في البداية، المستثمرين الذين رغبو في الدخول في هذا النوع من الاستثمارات واجههم تحدي تمثل في عدم وجود ضوابط دولية تضمن إدارة المشروعات بشكل يتوافق مع القضايا البيئية والاجتماعية والحوكمة ما خلق نوع من التعقيد والارتباك لديهم، لكنهم تجاوزوا هذا التحدي بتبني مبادئ الاستثمار المسؤول (الفرع الأول). ويتخذ الاستثمار المسؤول أسلوبين لتوفير رؤوس الأموال الاستثمارية للشركات أو المشاريع التي يتم تشغيلها وإدارتها بطرق تدعم الاستدامة (الفرع الثاني).

الفرع الأول: مبادئ الاستثمار المسؤول

اجتمع العديد من الفاعلين الماليين في إطار مبادرة التمويل لبرنامج الأمم المتحدة للبيئة - المالي UNEP FI - للتفكير فيما بينهم في القضايا المستجدة وإنتاج دراسات وتحليلات مختلفة عنها. تم نشر تقرير من قبل فريق العمل المعني بإدارة الأموال التابع لبرنامج الأمم المتحدة للبيئة - المالي في جوان 2004 بعنوان " الأهمية

⁹الزعايبي عبيد، تطبيقات الاستثمار المستدام وتأثيرها الإيجابي في منظومة التنمية المستدامة، المرجع السابق.

¹⁰هبة عبد المنعم، الاستثمار المؤثر، المرجع السابق، ص 1.

¹¹DEBORDE Laurent, MINCZELES Alain, SICARD Jean-Pierre, « Principes de l'investissement responsable : une démarche des grands investisseurs institutionnels sous l'égide des Nations Unies », In, Revue d'économie financière, n° 85, L'investissement socialement responsable, 2006, p 128.

المادية للقضايا الاجتماعية والبيئية وإدارة الشركات ومبدأ الانصاف "، بين مدى أهمية النظر إلى الأبعاد الجديدة البيئية والمجتمعية والحوكمة. وشهدت تقارير أخرى نفس الديناميكية مثل " التيار الرئيسي للاستثمار المسؤول" من المنتدى العالمي (جانفي 2005)، أو التقرير " من يهتم يربح: ربط الأسواق المالية بعالم متغير"⁽¹²⁾.

وباقتراح من برنامج الأمم المتحدة للبيئة والميثاق العالمي، أطلق الأمين العام للأمم المتحدة "كوفي عنان" في نهاية 2004 مبادرة حول الالتزامات البيئية والمجتمعية لمجموعة من المستثمرين الرئيسيين من قارات مختلفة ومن بينه انجد صندوق الايداع "La caisse des dépôts" الفرنسي، للعمل معا لوضع مبادئ المسؤولية التي يمكن أن يشتركوا فيها، كجزء من مشروع بعنوان " مبادئ الاستثمار المسؤول".

لتنفيذ هذه المبادرة اجتمعت لجنة عمل في باريس عام 2005 في مقر صندوق الإيداع « La caisse des dépôts » تتكون من ثلاثة وستين (63) خبيرا دوليا تابعين لهيئات مختلفة (منظمات دولية حكومية، منظمات دولية غير حكومية، بنوك ومؤسسات مالية، مستشارين وباحثون)، لتمهيد الأرضية وتحديد الالتزامات. وبعدها واصلت دراستها وأبحاثها في نيويورك وتم تنظيمها في شكل مبادئ من قبل 20 مستثمرا مؤسسيا الممثلين بمسؤولي الشؤون المالية.

استأنف الخبراء عملهم ومناقشاتهم في "تورنتو" وكانت مخصصة للتفصيل والتحليل أكثر في مختلف الأسئلة المثارة من قبل الشركات، وتقييم جدوى بعض الاقتراحات وعواقبها على الأسواق المالية. وكان لمجموعة عمل المستثمرين التي اجتمعت في لندن في أكتوبر 2005 اليد الأخيرة في صياغة المبادئ نفسها. تمت العملية برمتها تحت رعاية الأمم المتحدة ورافقها فريق عمل من برنامج الأمم المتحدة للبيئة المدعومة من المستشارين⁽¹³⁾.

تم إطلاق مبادئ الاستثمار المسؤول في نيويورك في 27 أبريل وباريس في 2 ماي 2006 وهي تحدد الأساليب الجديدة للمستثمرين المؤسسين، مصحوبة بمقدمة وخاتمة تحدد طبيعة القضايا والأهداف، وكل القضايا متبوعة بقائمة من الإجراءات الممكنة.

"بصفتنا مستثمرين مؤسسين علينا واجب التصرف بما يحقق أفضل المصالح طويلة الأجل للمستفيدين لدينا في الدور الائتماني، نعتقد أن القضايا البيئية والاجتماعية يمكن أن تؤثر على أداء المحافظ وحوكمة الشركات الاستثمارية. نحن ندرك أيضا أن تطبيق المبادئ قد يوائم المستثمرين بشكل أفضل مع الهدف الأوسع للمجتمع. لذلك، وحيثما يتفق مع مسؤوليتنا الائتمانية، فإننا نلتزم بما يلي":

1- سنقوم بدمج قضايا البيئة والمجتمع والحوكمة في تحليل الاستثمار وعمليات صنع القرار .

¹²DEBORDE Laurent, MINCZELES Alain, SICARD Jean-Pierre, « Principes de l'investissement responsable : une démarche des grands investisseurs institutionnels sous l'égide des Nations Unies », op cit. p 124.

¹³DEBORDE Laurent, MINCZELES Alain, SICARD Jean-Pierre, « Principes de l'investissement responsable : une démarche des grands investisseurs institutionnels sous l'égide des Nations Unies », op cit, p126.

- 2- ستكون مالكين نشطين وندمج قضايا البيئة والمجتمع والحوكمة في سياسات وممارسات الملكية الخاصة بنا.
- 3- سنسعى إلى الإفصاح المناسب (نشر المعلومات) عن قضايا البيئة والمجتمع والحوكمة من قبل الكيانات التي نستثمر فيها.
- 4- سنعمل على تعزيز قبول المبادئ وتنفيذها في صناعة الاستثمار.
- 5- سنعمل معاً لتعزيز فعاليتنا في تنفيذ المبادئ.
- 6- سنقدم تقارير فردية عن أنشطتنا والتقدم المحرز في تنفيذ المبادئ⁽¹⁴⁾.

الفرع الثاني: أساليب تحقيق الاستثمار المسؤول

تتمثل أساليب الاستثمار المسؤول التي يتبناها المستثمرون لبناء محافظهم الاستثمارية في دمج معايير البيئة والمجتمع والحوكمة (أولاً)، وإشراك المساهمين وتأثيرهم على اتخاذ القرارات (ثانياً).

أولاً: دمج معايير البيئة والمجتمع والحوكمة

يعد دمج معايير البيئة والمجتمع والحوكمة من بين استراتيجيات الاستثمار المتماشية مع الحوكمة البيئية والاجتماعية والمؤسسية الأسرع نمواً، ويعتبر الآن من أفضل الممارسات من حيث إدارة مخاطر الاستثمارات. يدمج المستثمرون العوامل البيئية والاجتماعية والحوكمة في عملية الاستثمار كجزء من التحليل الموسع للمعادلة الثنائية بين الأخطار والفوائد، حيث لا يكتفي المستثمرون باستخدام الأساليب الكمية التقليدية لتحليل مختلف الأخطار والفوائد المالية، بل يباشرون تحليلات كمية وكيفية في آن واحد على أداء الشركة أو الاستثمار والأثر الذي ينعكس على البيئة والمجتمع والحوكمة.

تحول هذا الأسلوب إلى عملية فحص أو تقييم للفرص الاستثمارية استناداً إلى معايير البيئة والمجتمع والحوكمة، ويشمل على إجراءات فحص إيجابية وسلبية، حيث يتم الفحص الإيجابي عندما يسعى المستثمر إلى امتلاك شركات مربحة تقدم مساهمات إيجابية للبيئة أو المجتمع مثل الاستثمار في مشاريع الطاقة المتجددة أو الطاقة النظيفة. ويتم الفحص السلبي عندما يرغب المستثمر في تجنب الاستثمار في شركات تكون منتجاتها وممارساتها التجارية ضارة بالأفراد أو المجتمعات أو البيئة⁽¹⁵⁾.

يظهر الفحص الإيجابي للاستثمار المسؤول بشكل متصاعد عند الاستثمار في شركات تنتهج ممارسات جيدة في مجالات البيئة والمجتمع والحوكمة. كما يمكن للمستثمرين إدراج مسائل البيئة والمجتمع والحوكمة في

¹⁴ مبادئ الاستثمار المسؤول، مبادرة مستثمرين بالشراكة مع الميثاق العالمي وبرنامج الأمم المتحدة للبيئة، ص 4، أنظر الموقع:

تم الاطلاع عليه في 2021/10/15 <https://www.sedcocalpital.com>

¹⁵ الزعابي عبيد، تطبيقات الاستثمار المستدام وتأثيرها الإيجابي في منظومة التنمية المستدامة، المرجع السابق.

عملية الاستثمار عن طريق قياس ومقارنة أداء الشركة بنظيراتها لتحديد ما يعرف باسم الفرص الاستثمارية الأفضل والأحسن في فئتها⁽¹⁶⁾ استنادا إلى المعايير المتعلقة بالبيئة والمجتمع والحوكمة. من الأفكار الخاطئة التي قد يتبناها الكثير من المستثمرين والتي تؤدي إلى إحجام البعض منهم والابتعاد عن هذه الفرص الاستثمارية والتقليص من مجال استثماراتهم، هو الاعتقاد بأن هذا الفحص إقصائي أو أنه ينطوي على فحص سلبي فقط.

ثانيا: إشراك المساهمين وتأثيرهم على اتخاذ القرارات

يقوم المستثمرون بدور فعال من خلال امتلاكهم أسهم في الشركات والتأثير عليها لتحسين ممارساتها في مجالات البيئة والمجتمع والحوكمة. يتحقق دعم المساهمين عادة من خلال ممارسة حق التصويت الممنوح لهم، وتدوين قراراتهم المتعلقة بمواضيع هامة وذات صلة مثل حوكمة الشركة، تغيير المناخ، عدم التمييز بين الجنسين⁽¹⁷⁾، وظروف العمل وغيرها.

تؤدي مشاركة المساهمين في المناقشات واحترام قراراتهم إلى إحداث ضغط إيجابي من المستثمرين على إدارة الشركة، وغالبا ما يحظى ذلك باهتمام إعلامي ويفتح الطريق لتوعية الجمهور حول المسائل الاجتماعية والبيئية.

تهدف القرارات التي يؤيدها المستثمرون في الاستثمار المسؤول إلى تحسين سياسات الشركة وممارساتها، وتشجيع إدارة الشركة على ممارسة المواطنة المؤسسية الجيدة وتعزيز القيمة والمكانة التي تعود على المساهم والأداء المالي على المدى الطويل⁽¹⁸⁾.

¹⁶ تعرف هذه المنهجية أيضا باسم "فرز الجهات الإيجابية"، وتقوم على الاستثمار في الشركات الرائدة في مستوى أدائها في الحوكمة البيئية والاجتماعية والمؤسسية مقارنة بنظيراتها على مستوى صناعة أو فئة معينة. ويشمل ذلك أيضا تجنب الشركات التي لا تفي ببعض المعايير المرجعية في الحوكمة البيئية والاجتماعية والمؤسسية.

تشجع منهجية "فرز الأفضل في فئته" المنافسة بين الشركات إذ يدفعها ذلك باستمرار لزيادة مبادرات الاستدامة لديها كي يتم تضمينها أو إبقاؤها ضمن مؤشر معين، وهو ما يعود بالنفع على المستثمرين، وفي نهاية المطاف على المجتمع ككل.

أنظر: دليل الاستثمار المستدام، مجموعة عمل التمويل المستدام في دبي، بنك الامارات دبي الوطني، 2021.

https://www.dfm.ae/docs/default-source/guides/updated_investing_ar_28-21_d.pdf

¹⁷ تعتبر المساواة بين الجنسين أحد أهداف التنمية المستدامة التي يتوقع على نحو متزايد من الشركات أن تقدم تقارير عنها. ويات حوالي 70% من كبار الشركات المتعددة الجنسيات البالغ عددها 5000 مؤسسة في العالم تقدم تقارير عن التقدم المحرز في هذا المجال، ولا يزال تمثيل المرأة غير متكافئ لتمثيل الرجل عموما. وأدى التنظيم وضغط المستثمرين إلى تمثيل أفضل على صعيد مجالس الإدارة، ولكن الأمر ليس كذلك على مستوى المناصب الإدارية، ولا يزال تنفيذ سياسات المساواة بين الجنسين المتعلقة بالعمل المرن ورعاية الأطفال ضعيفا.

أنظر: برنامج الأمم المتحدة للتجارة والتنمية الاونكتاد، تقرير الاستثمار العالمي 2020، الإنتاج الدولي بعد الجائحة، الرسائل الرئيسية وعرض عام، طبعة الذكرى السنوية الثلاثين، منشورات الأمم المتحدة، 2020.

¹⁸ الزعابي عبيد، تطبيقات الاستثمار المستدام وتأثيرها الإيجابي في منظومة التنمية المستدامة، المرجع السابق.

المبحث الثاني: آليات تنفيذ الاستثمار المسؤول والعراقل التي تحول دون ذلك

منذ اعتماد أهداف التنمية المستدامة بذلت عدة جهود للنهوض بتشجيع الاستثمار في التنمية المستدامة، فاتخذ أكثر من 150 تدبير من تدابير الاستثمار في جميع أنحاء العالم، ومن بينها ما يتعلق بالقطاع المالي. حيث يستطيع هذا الأخير أي القطاع المالي أن يلعب دورا حاسما في بناء اقتصاد مستقر ومزدهر ويتطلب هذا إعادة توجيه الاستثمارات نحو الأنشطة الاقتصادية التي توازن بين الأهداف الاقتصادية والبيئية والاجتماعية، من أجل تحسين رفاهية الإنسان والحدّ من أثر التحديات العالمية مثل ظاهرة التغير المناخي، وغياب التنوع البيولوجي، وعدم المساواة.

مع تنامي تشكيلة الصناديق الاستثمارية تستهدف صناديق الاستدامة المواضيع أو القطاعات البيئية والاجتماعية والمرتبطة بالحوكمة أو المواضيع أو القطاعات المتصلة بأهداف التنمية المستدامة، مثل الطاقة النظيفة أو الزراعة المستدامة والأمن الغذائي. وقد نمت هذه الصناديق نموا سريعا من حيث عددها وتنوعها وحجمها، وتتراوح الأموال المخصصة للاستثمار في التنمية المستدامة ما بين 1.2 و1.3 تريليون دولار. وتشمل هذه الاموال كل من السندات الخضراء والسندات الاجتماعية (المطلب الأول).

رغم التطور الذي عرفته صناديق الاستدامة تقف أمام الاستثمار المسؤول مجموعة من العقبات تحول دون تحقيق هدفه المعلن في مبادئه الستة (6) وهذه العراقل ترتبط ارتباطا وثيقا بالاستثمار والمستثمر (المطلب الثاني).

المطلب الأول: آليات تنفيذ الاستثمار المسؤول

ينفذ الاستثمار المسؤول من خلال مجموعة من الآليات تشمل الأموال الموظفة في صناديق الاستثمار المسؤول، والسندات الاجتماعية والسندات الخضراء (الفرع الأول)، وإصدارات الأسهم الخاصة والتمويل المختلط وكذلك نماذج الاستثمار القائمة على النتائج التي تشمل سندات الأثر الاجتماعي (الفرع الثاني)، كما يمكن أن يتم عبر القروض الميسرة وغيرها من نماذج التمويل الأخرى شريطة أن يتم الالتزام بإدارة الاستثمار بما يحقق العائد الاجتماعي والبيئي المستهدف وفق آلية لقياس وتتبع الأثر.

الفرع الأول: السندات الخضراء

تزايد اهتمام المجتمع الدولي بقضايا البيئة والحفاظ على المناخ وتحقيق الاستدامة في كافة نواحي الحياة بشكل كبير، وكمظهر من مظاهر هذا الاهتمام المتزايد انتشر مفهوم السندات أو الصكوك الخضراء والتي هي الأداة المالية التي تصدرها الحكومات أو القطاع الخاص أو البنوك التجارية أو مؤسسات التمويل الدولية،

وتذهب حصيلتها خصيصا لمساندة مشاريع تستوفي معايير محددة مسبقا للتنمية المنخفضة للانبعاثات الكربونية، ولاقت هذه السندات ترحيبا كبيرا من جانب المستثمرين المستدامين بيئيا⁽¹⁹⁾.

عرفت السندات الخضراء بأنها السندات التي توجه حصيلة إصدارها للاستثمار في مشاريع صديقة للبيئة، لكنها تتطلب معايير ومبادئ خاصة بها⁽²⁰⁾ وبالمشاريع المختارة للتمويل.

تعرف منظمة التعاون والتنمية الاقتصادية التمويل الأخضر بأنه تمويل يستهدف تحقيق النمو الاقتصادي مع الحدّ من التلوّث وانبعاث غازات الاحتباس الحراري، وتقليل النفايات إلى الحدّ الأدنى، وتحسين كفاءة استخدام الموارد الطبيعية⁽²¹⁾.

أصدر بنك الاستثمار الأوروبي في عام 2008 أول سندات خضراء بهدف تمويل المشاريع المرتبطة بشكل وثيق بأهداف التنمية المستدامة خاصة الهدف السابع (7) طاقة نظيفة بأسعار معقولة والهدف الثالث عشر (13) العمل المناخي، والهدف الحادي عشر (11) المدن والمجتمعات المحلية المستدامة.

يشهد سوق السندات الخضراء العالمية نموا سريعا في 2019 حيث قاربت 260 مليار دولار أي زيادة سنوية نسبتها 51%، وتستخدم عوائد السندات الخضراء في المقام الأول في ثلاثة قطاعات (الطاقة، السكن، والنقل)⁽²²⁾.

تتصدر الولايات المتحدة الأمريكية وتليها كل من ألمانيا وفرنسا قائمة الدول الأكثر تصديرا للسندات وذلك وفق تقرير مبادرة سندات للمناخ لسنة 2020. ولا تزال الصكوك الخضراء بالأسواق الناشئة تشكل نسبة قليلة مقارنة بالأسواق المتطورة، حيث بلغت حوالي 8 مليار دولار سنة 2017 مع زيادة تقدر بـ 25 % سنة 2018، وتبدوا الصكوك الخضراء بمنطقة الشرق الأوسط محدودة جدا مع وجود إصدارين فقط إحداهما لبنك أبو ظبي

¹⁹ عزازيرية سارة، "الصكوك الخضراء كآلية لدعم تمويل الاستثمارات المسؤولة بيئيا-دراسة تحليلية للتوجه العالمي-، مجلة دراسات العدد الاقتصادي، العدد 2، كلية العلوم الاقتصادية والتجارية وعلوم التسيير، جامعة عمار ثلجي، الاغواط، 2020، ص 3.

²⁰ مبادئ السندات الخضراء هي إرشادات عملية طوعية توصي بالشفافية والافصاح وتعزز النزاهة بهدف تطوير سوق السندات الخضراء من خلال توضيح طريقة إصدار السندات الخضراء.

تشمل مبادئ السندات الخضراء على أربعة مكونات أساسية هي: استخدام عائدات الطرح، عملية تقييم المشروع واختياره، إدارة العائدات، إعداد التقارير.

أنظر: مبادئ السندات الخضراء، إرشادات عملية طوعية لإصدار السندات الخضراء، جوان 2018. الجمعية الدولية لأسواق رأس المال على الموقع الإلكتروني:

تم الاطلاع عليه في 2021/10/18. <https://www.icmagroup.org/green-social-and-sustainability-bonds/>.

²¹ لحسين عبد القادر، "السندات الخضراء كأداة لتمويل ودعم عملية الانتقال إلى الاقتصاد الأخضر ضمن مسار تحقيق التنمية المستدامة"، مجلة المالية والأسواق، العدد 8، كلية العلوم الاقتصادية والتجارية وعلوم التسيير، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم، 2018، ص 271.

²² برنامج الأمم المتحدة للتجارة والتنمية الاونكتاد، تقرير الاستثمار العالمي 2020، المرجع السابق.

بقيمة 587 مليون دولار والآخر للبنك اللبناني الفرنسي بقيمة 60 مليون دولار لغايات تمويل الطاقات المتجددة، كفاءة الطاقة والبناء المستدام⁽²³⁾.

الفرع الثاني: سندت الأثر الاجتماعي

سندت الأثر الاجتماعي أو السندت الاجتماعية هي سندت تقوم على مبدأ استخدام العائدات، فهي تجمع الأموال للمشاريع الجديدة والقائمة التي تعالج أو تخفف من مشكلة اجتماعية معينة و/أو تسعى إلى تحقيق نتائج اجتماعية إيجابية.

يوجد حالياً أربعة أنواع من السندت الاجتماعية - وقد تظهر سندت أخرى في المستقبل لأن السوق في حالة تطور دائم- والمتمثلة في:

- **السند الاجتماعي التقليدي أو العادي:** يقوم على مبدأ استخدام العائدات، يتضمن الحق في الرجوع إلى الجهات المصدرة، ويتماشى مع مبادئ السندت الاجتماعية⁽²⁴⁾.

- **سندت العائد الاجتماعي:** وهي سندت لا تتضمن الحق في الرجوع إلى الجهات المصدرة، وتتماشى مع مبادئ السندت الاجتماعية، تكون فيها القدرة الائتمانية للسند مرتبطة بالتدفقات المالية المرهونة، وتذهب عائدتها إلى المشاريع الاجتماعية ذات الصلة أو دون ذلك.

- **سندت المشاريع الاجتماعية:** هي سندت تتماشى مع مبادئ السندت الاجتماعية وتصدر لمشروع واحد أو لعدة مشاريع اجتماعية، يكون فيها المستثمر معرض لمخاطر المشروع مع أو دون الحق في الرجوع إلى الجهات المصدرة.

²³ عزابرية سارة، "الصكوك الخضراء كآلية لدعم تمويل الاستثمارات المسؤولة بيئياً-دراسة تحليلية للتوجه العالمي"، ص 5، 8.
²⁴ مبادئ السندت الاجتماعية هي إرشادات عملية طوعية توصي بالشفافية والإفصاح وتعزز النزاهة بهدف تطوير سوق السندت الاجتماعية من خلال توضيح طريقة إصدار السندت الاجتماعية.

تهدف مبادئ السندت الاجتماعية إلى الاستخدام الواسع من قبل السوق، فهي توفر لجهات الإصدار إرشادات حول المكونات الرئيسية التي ينطوي عليها إصدار السندت الاجتماعية ذات المصادقية. كما أنها تساعد المستثمرين من خلال تعزيز توافر المعلومات اللازمة لتقييم الأثر الاجتماعي لاستثماراتهم في السندت الاجتماعية، كما تساعد وكلاء الإكتتاب عن طريق دفع السوق نحو الإفصاح عن المعلومات.

توصي مبادئ السندت الاجتماعية جهات الإصدار بالوضوح والإفصاح عن المعلومات، خلال عملية الإصدار، والتي قد يستعين بها المستثمرون والبنوك ومتعهدوا الاكتتاب وغيرهم لفهم خصائص أي سند اجتماعي معين. تؤكد مبادئ السندت الاجتماعية على الشفافية المطلوبة ودقة وسلامة المعلومات التي سيتم الكشف والإبلاغ عنها من قبل جهات الإصدار لأصحاب المصلحة. تشمل السندت الخضراء على أربعة مكونات أساسية هي استخدام عائدات الطرح، عملية تقييم المشروع واختياره، إدارة العائدات، إعداد التقارير.

أنظر: مبادئ السندت الاجتماعية، إرشادات عملية طوعية لإصدار السندت الاجتماعية، جوان 2020، الجمعية الدولية لأسواق رأس المال على الموقع الإلكتروني:

تم الاطلاع عليه في 2021/10/20. <https://www.icmagroup.org/green-social-and-sustainability-bonds/>.

- **سندات اجتماعية مضمونة ومغطاة:** وهي سندات تتماشى مع مبادئ السندات الاجتماعية تكون مدعمة بالتدفقات النقدية للحقوق المالية ومضمونة بالأصول محل التمويل كعقود تأجير العقارات (25).

للسندات الاجتماعية مجموعة من الفوائد يمكن إجمالها فيما يلي:

- **الاستدامة والتعاون:** السندات الاجتماعية هي أداة تمويل تستخدمها الدول للدفع مقابل النتائج المحققة في معالجة مختلف التحديات الاجتماعية التي تواجه المجتمع. يسمح هذا النموذج بفتح آفاق التعاون بين مختلف شركات القطاع العام والخاص والمؤسسات الاجتماعية للتصدي لهذه التحديات، وبالتالي عدم الاعتماد على الدولة كطرف وحيد لإيجاد الحلول لهذه المشاكل الاجتماعية، وهذا ما يشجع على وضع حلول لمختلف التحديات التي يواجهها المجتمع.

- **الكفاءة الاقتصادية:** يمكن لسندات الأثر الاجتماعي توفير طرق فعالة لتحقيق نتائج اجتماعية تتميز بكفاءة عالية، وإيجاد الحلول لمختلف المشاكل الاجتماعية المعقدة والملحة دون أن تتكبد الدولة أموالاً طائلة لمعالجتها وهذا ما يسمح لها بتوفير مبالغ مالية قيمة.

- **المساءلة:** يعتبر اعتماد سندات الأثر الاجتماعي ضماناً لعدم إنفاق المال العام في مشاريع فاشلة، وترجع هذه الضمانة إلى كون الحكومة والمستثمرين ومقدمي الخدمات يتسمون بالشفافية ويخضعون للمساءلة عن كيفية إنفاق الأموال العامة، ويتم ذلك من خلال تحقيق النتائج التي من شأنها معالجة تحديات اجتماعية معينة، ويفضل هذا النموذج فإن المال ينفق بما يضمن تحقيق منفعة مستدامة (26).

يوجد قرابة 74 إصداراً لسندات الأثر الاجتماعي في 18 دولة تسعى إلى تحقيق أثراً اجتماعياً إيجابياً لمعالجة نحو 14 قضية اجتماعية متنوعة ما بين خفض معدلات التسرب المدرسي، مكافحة الأمراض، خفض معدلات التلوث، تحسين جودة التعليم، وغيرها من القضايا الاجتماعية الأخرى (27).

شهدت السندات الاجتماعية نمواً كبيراً في سنة 2020 إذ زاد عددها بفضل الجهود العالمية لمكافحة جائحة كوفيد-19، وفي الربع الأول من سنة 2020 عبأت السندات الاجتماعية المتعلقة بالإغاثة من أزمة كوفيد-19 مبلغاً قدره 55 مليار دولار متجاوزة القيمة الاجمالية للسندات الاجتماعية الصادرة في عام 2019 بأكمله. وتدعم أسواق الأوراق المالية دعماً حثيثاً سوق السندات السريعة النمو التي أنشئت لمواجهة جائحة كوفيد-19، بالإعفاء مثلاً من رسوم التسجيل في سوق الأوراق المالية (28).

²⁵ مبادئ السندات الاجتماعية، إرشادات عملية طوعية لإصدار السندات الاجتماعية، المرجع السابق.

²⁶ سندات الأثر الاجتماعي، أنظر الموقع:

<https://maan.gov.ae/ar/أركاننا/التعاقدات-الاجتماعية/سندات-التأثير-الاجتماعي> تم الاطلاع عليه في 2021 /10/22

²⁷ هبة عبد المنعم، الاستثمار المؤثر، المرجع السابق، ص 2.

²⁸ برنامج الأمم المتحدة للتجارة والتنمية الاونكتاد، تقرير الاستثمار العالمي 2020، المرجع السابق.

المطلب الثاني: صعوبات تطبيق الاستثمار المسؤول

تعد مبادئ الاستثمار المسؤول امتداد طبيعي لعمل مبادرة التمويل لبرنامج الأمم المتحدة للبيئة والتي ساعدت في جعل أسواق رؤوس الأموال مدركة بشكل كبير لأهمية المشكلات البيئية والاجتماعية والحوكمة، لكنها تبقى مبادئ طوعية وطموحة، توضح قائمة الإجراءات الممكنة لدمج المشكلات البيئية والاجتماعية والمشكلات المتعلقة بالحوكمة.

لا تتوقف صعوبة تطبيق الاستثمار المسؤول عند عدم إلزامية مبادئه فقط بل تتجاوز ذلك لتشمل صعوبات أخرى مرتبطة بالمستثمرين (الفرع الأول)، والاستثمار (الفرع الثاني).

الفرع الأول: صعوبات متعلقة بالمستثمرين

تكمن إحدى الصعوبات العملية لتنفيذ الاستثمار المسؤول اختلاف النهج أو الأسلوب المعتمد لتحديد طبيعة ونوع المستثمر. فعند إجراء مقارنة بين المستثمرين الأمريكيين والأوروبيين والآسيويين والإفريقيين نجد لديهم ثقافات مختلفة هذا يؤدي إلى إتباع نماذج تنظيمية مختلفة. فكتشفت مناقشات المستثمرين المجتمعين في نيويورك ولندن عند تبنيهم لمضمون نص مبادئ الاستثمار المسؤول عن وجود اختلافات عميقة فيما بينهم وصلت إلى حدّ صعوبة وضع مفهوم لمسؤولية المستثمر، وكذا تحديد الأسباب التي تبرر إدراج المعايير البيئية والاجتماعية والحوكمة.

بالنسبة للمستثمرين المؤسسيين، من الواضح أن بناء المبادئ المعترف بها دولياً تحت رعاية الأمم المتحدة تعد ميزة والمتعلقة بمخاطر التعايش بين المقاربات الوطنية أو القارية المتميزة، والتي تتطلب أشكالاً من التنظيم العالمي تكون أكثر قبولاً من اللوائح المحلية (الوطنية) إذا لم تكن المعايير الدولية أكثر تقييداً، وهذا ما تمّ تبنيه فعلاً من قبل بعض الشركات المتعددة الجنسيات في مجال الصناعة، لكن هذا التطور يبقى محدوداً إذا لم يتم تبنيه من جميع المستثمرين المؤسسيين وتعميمه على جميع الشركات.

تتوقف مسؤولية المستثمر في ضمان عدم استخدام الأموال التي يستثمرها بطريقة تتعارض مع الاتفاقيات الدولية المتعلقة بحقوق الإنسان وقانون العمل والبيئة ومكافحة الفساد، ومبادئ منظمة التعاون والتنمية الاقتصادية وهيئات منظمة الأمم المتحدة التي تعمل في إطار هذه المبادئ. هناك من انتقد هذه المقاربة، حيث يؤدي اعتماد المعايير البيئية والاجتماعية والحوكمة إلى إقصاء "المستثمرين السيئيين" من عالم الاستثمار، فيرون أنّ هذه الطريقة الإقصائية غير فعالة في تغيير سلوك الشركات طالما لم يتم تبني هذه المعايير من قبل عدد كبير من المستثمرين. بالإضافة لذلك، فإن المفهوم المقيد للواجب الائتماني يفهم ضمناً أنه لا يمكن تنفيذه قانونياً إلا من قبل الشركات التي يؤكد هدفها التأسيسي القيام بذلك، مثل OPCVM الذي تحدده ورقة البيانات الخاصة بها⁽²⁹⁾.

²⁹ Pour plus de détaille voir : DEBORDE Laurent, MINCZELES Alain, SICARD Jean-Pierre, « Principes de l'investissement responsable : une démarche des grands investisseurs institutionnels sous l'égide des Nations Unies », opcit, pp 124,130.

الفرع الثاني: صعوبات مرتبطة بالاستثمار

من بين التحديات التي تواجه الاستثمار المسؤول هو الاعتقاد السائد لدى المستثمرين حول صعوبة تحقيق العائد المالي الذي يوازي عائد الاستثمارات التقليدية، رغم ذلك، تظهر الممارسات العملية عكس ذلك تماما حيث تمكنت العديد من المشاريع تحقيق عائد مالي جد معتبر. وبينت نتائج الدراسة التي قامت بها شركة المحاماة Freshfields Bruckhous Dringer بمبادرة من فريق العمل التابع للفرع المالي لبرنامج الأمم المتحدة، أن الأنجلوساكسونيون الذين يبالغون في قيود المسؤولية الائتمانية سيكونون أحرارا في مراعاة المصالح الغير المالية لعملائهم، مثل نوعية البيئة التي سيعيشون فيها. فتحت هذه الدراسة الطريق أمام المستثمرين لاستخدام معايير التقييم الغير المالية القائمة على قيم المجتمع⁽³⁰⁾.

يعتبر قياس الأثر من أبرز التحديات التي تواجه الاستثمار المسؤول، ورغم التقدم المحرز على صعيد قياس الأثر الخاص بهذه المشاريع وتتبع التغييرات في النتائج الاجتماعية والبيئية المرتبطة بهذه الاستثمارات، إلا أنه لا يزال هناك عدم الوضوح في المفاهيم الأساسية وعدم وجود نسق واحد في قياس الأثر هذا ما يعيق الوصول إلى نهج موحد⁽³¹⁾.

يعتبر تنفيذ المسؤولية الاجتماعية عقبة أمام الاستثمار المسؤول إذا ظهرت بشكل رسمي كقيد لتقييم المحفظة الاستثمارية، لكن يمكن أن تكون عنصر من أحد عناصر الأصول إذا اعتبرنا أن عدم مراعاة العوامل البيئية أو الاجتماعية يزيد من حدة الأخطار.

تعد كل من التكلفة المالية المرتفعة لدمج المعايير البيئية والاجتماعية والحوكمة في التحليل المالي وعدم تجانس وتناسب الخدمات المقدمة من قبل جميع المستثمرين عقبة أمام اعتمادها على أساس الربح المتوقع منهم فقط⁽³²⁾.

لا تزال أهمية القضايا البيئية والاجتماعية والحوكمة تثير الكثير من الجدل، حيث تظهر العديد من الدراسات كيفية تأثير المعايير البيئية والاجتماعية والحوكمة على نتائج الشركات ولاسيما في قطاعات معينة من النشاط الاقتصادي. حيث عرض المقاولون من OPCVM الأداء المالي للأصول المدارة وفق معايير الحوكمة البيئية والاجتماعية والمؤسسية كنتيجة لأخذها في الاعتبار، وقاموا بالتحقيق حول مدى جدية الاستثمار

³⁰DEBORDE Laurent, MINCZELES Alain, SICARD Jean-Pierre, « Principes de l'investissement responsable : une démarche des grands investisseurs institutionnels sous l'égide des Nations Unies », op cit, p 128.

³¹هبة عبد المنعم، الاستثمار المؤثر، المرجع السابق، ص 5.

³²بناء على قوة الحجج ونتائج التجارب التي قدمتها مختلف الدراسات التي تم إجراؤها، فإن أولئك الذين يؤيدون الأخذ في الاعتبار المبالغ المالية الإضافية بهدف تحسين أداء الشركات مستعدون للالتزام بالمبادئ التي تعزز التحليل المالي بعمق ودمج هذه الأبعاد بصورة أفضل. وقياس كلا من المخاطر والفوائد على المدى الطويل.

المسؤول كأسلوب تسيير مع العناصر الأخرى، لكن في المقابل نفس الشركة لا تحافظ على المنتجات التي لا تستعملها هذا ما يؤثر سلبا على البيئة والمجتمع وحوكمة التسيير⁽³³⁾.

خاتمة

نما الاستثمار المسؤول نموًا سريعًا⁽³⁴⁾ وأخذ يجلب الكثير من المستثمرين، نتيجة تزايد وانتشار الوعي بأن إدارة قضايا الحوكمة البيئية والاجتماعية والمؤسسية لا تؤدي إلى زيادة التكاليف بل من شأنها أن توفر المال وتزيد من الأرباح، ومن الأمثلة البارزة على ذلك شركة بلاكروك أكبر شركة لإدارة الأصول في العالم التي بينت في جانفي 2020 أن الاستدامة هي "المعيار الجديد" للاستثمار.

يدرك المستثمرون العالميون الآن أن الحوكمة البيئية والاجتماعية والمؤسسية تشكل عنصرا أساسيا لمرونة المؤسسات وقدرتها على التكيف والاستدامة، وبالتالي قدرتها على تحقيق النمو والربح على المدى البعيد، ولذلك زاد تخصيص الرأسمال تماشيا مع اعتماد الحوكمة البيئية والاجتماعية والمؤسسية.

ويشير التقرير الصادر عن الأونكتاد سنة 2020 أن هناك ما يقرب عن 3100 صندوقا في أسواق الأوراق المالية حول العالم التي تعتمد المعايير والاجتماعية ومعايير الحوكمة في إطار عملياتها، فتسعى لتحقيق تأثير إيجابي على البيئة والمجتمع إلى جانب العوائد المالية حيث تدير أصولا تصل قيمتها إلى حوالي 900 مليار دولار. وفي الفترة الممتدة من 2010 إلى 2019، ارتفع عدد الصناديق المستدامة في أوروبا والولايات المتحدة الأمريكية، وهما أكبر سوقين للاستثمار المسؤول من 1304 إلى 2708، وزادت الأصول التي تديرها هذه الصناديق من 195 مليار دولار إلى 813 مليار دولار.

لا تزال الصناديق المستدامة في الدول النامية ظاهرة جديدة نسبيا، وتضم الصين 95 صندوقا من الصناديق المعنية بمجال الاستدامة، تدير أصولا بلغت قيمتها حوالي 7 مليار دولار سنة 2019، وأنشئ معظمها في السنوات الخمس الماضية. وشهدت الصناديق المعنية بالمواضيع البيئية والاجتماعية ومواضيع الحوكمة أيضا زخما متزايدا في البرازيل وسنغافورة وجنوب إفريقيا في السنوات الأخيرة، وإن كانت قد بدأت من مستوى منخفض.

مستويات الوعي بأهمية الاستثمار المسؤول وآلياته غائبة بشكل ظاهر لدى الدول العربية وهو ما يستلزم من الجهات المعنية بالاستثمار والسلطات المشرفة على القطاع المالي أن تشجع هذا النوع من الاستثمارات، وأن تقوم بنشر أفضل الممارسات الوطنية والدولية في هذا الصدد وتقديم نماذج متكاملة من هذه المشروعات وفهما

³³Pour plus de détaille voir :DEBORDE Laurent, MINCZELES Alain, SICARD Jean-Pierre, «Principes de l'investissement responsable : une démarche des grands investisseurs institutionnels sous l'égide des Nations Unies », opcit, pp 124,130.

³⁴هذا الاتجاه المتنامي أكدته تقرير التحالف العالمي للاستثمار المستدام ويلخص التقرير الذي يصدر كل سنتين حالة الاستثمار المستدام والمسؤول في الأسواق في جميع أنحاء العالم، من خلال جمع نتائج الدراسات الإقليمية ولاسيما في أوروبا والولايات المتحدة الأمريكية واليابان وكندا وأستراليا ونيوزيلاندا.

موحدا من مجتمع الأعمال بطبيعة هذه المشروعات وقدرتها الكبيرة على تمكين مجتمع الأعمال من الوفاء بالتزاماته في إطار المسؤولية المجتمعية للشركات.

حتى يتمكن التمويل المستدام من معالجة المخاطر الحرجة بشكل فعال ينبغي تطبيق سياسات عاجلة وحاسمة وتتمثل في:

- توحيد مصطلحات الاستثمار القائم على مبادئ مراعاة البيئة والمسؤولية الاجتماعية والحوكمة، مع توضيح ما يمكن أن يشكل مراعاة للبيئة والمسؤولية الاجتماعية والحوكمة.

- الإفصاح المنتظم من جانب الشركات لتحفيز المستثمرين على استخدام البيانات المتعلقة بمبادئ مراعاة البيئة والمسؤولية الاجتماعية والحوكمة.

- التعاون المتعدد الأطراف لتشجيع مشاركة المزيد من البلدان وتجنب وضع معايير مختلفة.

الترخيص لاستغلال المنشآت المصنفة كآلية لتحقيق التنمية المستدامة

برازة وهيبه⁽¹⁾

(1) أستاذة محاضرة قسم "أ"، مخبر البحث حول فعالية

القاعدة القانونية، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة عبد

الرحمان ميرة، بجاية، 06000، الجزائر.

البريد الإلكتروني: berazawahiba@gmail.com

الملخص:

قام المشرع الجزائري قصد تحقيق توازن بين التنمية الاقتصادية باعتبارها مطلب اجتماعي، وحماية البيئة باعتبارها ضرورة ملحة للحفاظ على حق الأجيال المستقبلية فيها، بإعمال نظام التراخيص لاستغلال المنشآت المصنفة، وقد عمد إلى تعقيد الإجراءات الواجب على طالب الرخصة احترامها من أجل منحه إياها، وذلك لغرض الوصول إلى تمكين الجهات المختصة بفرض رقابة أولية على الملف، والتأكد من مدى احترام مقتضيات المرسوم رقم 06-198، المطبق على المنشآت المصنفة، وبعد إنجاز المؤسسة يمكن على السلطات المختصة تقرير تدابير قمعية على المستغل المخالف لمقتضيات حماية البيئة الواردة في الرخصة، وكذا للتنظيم المطبق على المنشآت المصنفة لحماية بالبيئة.

الكلمات المفتاحية:

المشرع الجزائري، الترخيص، البيئة، التنمية المستدامة، المنشآت المصنفة.

تاريخ إرسال المقال: 2021/05/19، تاريخ مراجعة المقال: 2021/12/15، تاريخ نشر المقال: 2021/12/31.

لتهميش المقال: برازة وهيبه، " الترخيص لاستغلال المنشآت المصنفة كآلية لتحقيق تنمية مستدامة"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد 12، العدد 03، السنة 2021، ص ص. 811-828.

<https://www.asjp.cerist.dz/en/PresentationRevue/72>

المقال متوفر على الرابط التالي:

المؤلف المراسل: برازة وهيبه، berazawahiba@gmail.com

Authorization to Operate Facilities Classified as a Sustainable Development Mechanism

Summary:

In order to achieve a balance between economic development as a social demand and environmental protection as an urgent need to protect the rights of future generations, the Algerian legislator has set up the system of permits for the operation of classified enterprises. However, to allow the competent authorities to impose a prior check on the file and to guarantee compliance with the requirements of Decree No. 06-198, applicable to classified companies, it has complicated the procedures that the applicant must comply with in order to be able to grant them. In addition, after the completion of the institution, the competent authorities may take repressive measures on the operator who does not comply with the requirements of environmental protection contained in the permit, as well as the regulations applicable to establishments. classified for environmental protection.

Keywords:

Algerian legislator, accreditation, environment, sustainable development, classified installations.

Autorisation d'exploiter les installations classées comme mécanisme de développement durable

Résumé :

Afin de parvenir à un équilibre entre le développement économique en tant que demande sociale et la protection de l'environnement en tant que nécessité urgente de protéger le droit des générations futures, le législateur algérien a mis en place le système d'autorisation pour l'exploitation des installations classées. Cependant, pour permettre aux autorités compétentes d'imposer un contrôle préalable au dossier et de garantir le respect des exigences du décret n ° 06-198, applicables à ces installations, il a compliqué les procédures que le demandeur doit respecter pour pouvoir les concéder. De plus, après l'achèvement de l'installation, les autorités compétentes peuvent prendre des mesures répressives sur l'exploitant qui ne respecte pas les exigences de la protection de l'environnement contenues dans l'agrément, ainsi que de la réglementation applicable aux installations classées pour la protection de l'environnement.

Mots clés:

Législateur algérien, agrément, environnement, développement durable, installations classées.

مقدمة

أدى التكريس الدستوري لحرية التجارة والصناعة في دستور الجزائر لسنة 1996¹، وذلك في المادة 43²، إلى كثرة المؤسسات الصناعية والتجارية، وبداية انتعاش الاقتصاد الوطني والدفع بعجلة التنمية، إلا أن هذا الأمر لا يخلو من أضرار سلبية على البيئة التي تعتبر تراث مشترك لجميع الأشخاص، وهو ما يجعل إشكالية إيجاد توازن بين التنمية الاقتصادية لتحقيق الرفاهية الاجتماعية للمواطنين، والحفاظ على حق الأجيال المستقبلية في البيئة من خلال عدم استنزاف مواردها، ضرورة ملحة ومعادلة تقاس به درجة تقدم الدول.

قامت الدولة الجزائرية من أجل الاستجابة لهذا المطلب، وتحقيق التوازن بين التنمية وحماية البيئة، باتخاذ جملة من التدابير بغرض حماية البيئة، وذلك من خلال سن نصوص توطر المسألة، منها قانون حماية البيئة في إطار التنمية المستدامة³، والذي استتبع بالتنظيم المطبق على المنشآت المصنفة لحماية البيئة⁴.

يمثل نظام التراخيص الإدارية لاستغلال المنشآت المصنفة، من بين أهم التدابير الوقائية لحماية البيئة التي اعتمدها المشرع الجزائري، وهو يعتبر قرار إداري تتخذه الإدارة وتقرض من خلاله على مستغل المنشأة المصنفة بعض القيود، بغرض تقادي الأضرار المتوقعة على البيئة، ويكون ذلك بتعزيز الاستخدام العقلاني لمكونات البيئة وإدخال التكنولوجيات النقية في استغلال المؤسسة، وعلى هذا الأساس فإن الإشكالية التي تطرح في هذا المجال هي: هل وفق المشرع الجزائري في تأطير نظام التراخيص في مجال المنشآت المصنفة بالشكل الذي سيؤدي إلى تحقيق تنمية مستدامة؟

¹ - الصادر بموجب مرسوم رئاسي رقم 96-438، مؤرخ في 7 ديسمبر 1996، يتعلق بنشر نص تعديل الدستور، ج.ر.ج.د.ش، عدد 76، الصادر في 8 ديسمبر 1996، المعدل بموجب قانون رقم 02-03، مؤرخ في 10 أبريل 2002، ج.ر.ج.د.ش، عدد 25، الصادر في 14 أبريل 2002، وقانون رقم 08-19، مؤرخ في 15 نوفمبر 2008، ج.ر.ج.د.ش، عدد 63، الصادر في 16 نوفمبر 2008، وقانون رقم 16-01، مؤرخ في 06 مارس 2016، ج.ر.ج.د.ش، عدد 11، الصادر في 07 مارس 2016.

² - والتي أصبحت المادة 61 بموجب التعديل الدستوري لسنة 2020، الصادر بموجب مرسوم رئاسي رقم 20-442، مؤرخ في 30 ديسمبر 2020، ج.ر.ج.د.ش، عدد 82، صادر في 30 ديسمبر 2020، وأصبحت تنص: " حرية التجارة والاستثمار والمقاوله مضمونة، وتمارس في إطار القانون."

³ - قانون رقم 03-10، مؤرخ في 19 جويلية 2003، يتعلق بحماية البيئة في إطار التنمية المستدامة، ج.ر.ج.د.ش، عدد 43، الصادر في 20 جويلية 2003.

⁴ - مرسوم تنفيذي رقم 06-198، مؤرخ في 31 ماي 2006، يضبط التنظيم المطبق على المنشآت المصنفة، ج.ر.ج.د.ش، عدد 37، صادر في 04 جوان 2006.

سنقوم للإجابة على هذه الإشكالية إلى تقسيم الورقة البحثية إلى محورين، نتناول في الأول، إجراءات منح رخصة استغلال منشأة مصنفة، ونبرز مدى مساهمة تعقيد الإجراءات في حماية البيئة، لنعرج في المحور الثاني لدراسة مختلف الوسائل المنتهجة لرقابة مستغل المؤسسة قبل وبعد منح الرخصة.

المحور الأول: تعقيد إجراءات منح رخصة استغلال المنشأة المصنفة كآلية وقائية لحماية البيئة

يعد الترخيص تصرف، تأذن من خلاله السلطة الإدارية لشخص ممارسة نشاط أو التمتع بحقوق، والتي ممارستها أو التمتع بها مرتبط بالحصول على مثل هذا الإذن⁵، أما عن رخصة استغلال المنشآت المصنفة فقد عرفها المنظم الجزائري في المادة 04 من المرسوم المطبق على المنشآت المصنفة⁶، وذلك على النحو التالي: " تعد رخصة استغلال المؤسسة المصنفة التي تهدف إلى تحديد تبعات النشاطات الاقتصادية على البيئة والتكفل بها، وثيقة إدارية تثبت أن المنشأة المصنفة المعنية تطابق الأحكام والشروط المتعلقة بحماية وصحة وأمن البيئة..."

يتبين لنا من خلال التعريفات السالفة الذكر، أن رخصة استغلال المنشآت المصنفة، وثيقة تصدرها السلطة الإدارية، وللحصول عليها من طرف من يريد استغلال المنشأة لابد من أن يمر بمجموعة من المراحل، يمكن إمامها في مرحلتين، مرحلة أولية (أولا)، وأخرى نهائية (ثانيا).

أولاً: أعمال إجراءات إلزامية قبل منح رخصة استغلال المنشآت المصنفة

تتلخص المرحلة القبلية لمنح رخصة استغلال المنشآت المصنفة في تقديم ملف لطلب الرخصة (1)، وبعدها قيام السلطة المختصة بدراسة الملف (2)، ليمنح في الأخير لطالب الرخصة مقرر بالموافقة المسبقة لاستغلال منشأة مصنفة(3).

1- تقديم ملف لطلب الرخصة

تتضمن دراسة ملف لطلب رخصة استغلال المنشآت المصنفة، التعرض لمحورين أساسيين، والمتمثلين في الوثائق الواجب تضمينها في الملف، وكذا الجهة المختصة بتلقي الملف.

⁵- ترجمة شخصية والنص باللغة الفرنسية جاء كالآتي:

« Acte par lequel une autorité administrative, permet à un bénéficiaire d'exercer une activité ou de jouir de droit, dont l'exercice ou la jouissance sont subordonné à son obtention. », voir :

- CORNU Gérard, Vocabulaire juridique, 3ème édition, Delta, Paris, 1996, p.85.

⁶- مرسوم تنفيذي رقم 198-06، مرجع سابق.

1-أ) الوثائق الواجب تضمينها في ملف طلب الرخصة

تصنف المنشآت المصنفة، إلى منشآت خاضعة للتصريح⁷، وهي تلك التي لا تشكل خطراً كبيراً على البيئة، وأخرى خاضعة للترخيص⁸، وتلزم بها المنشآت التي تشكل خطراً على البيئة، وتختلف الوثائق المطلوبة لإنشاء المنشأة تبعاً بخضوعها لنظام الترخيص أو التصريح⁹، وتتمثل الوثائق الواجب توافرها لطلب رخصة استغلال منشأة مصنفة فيما يلي¹⁰:

- اسم صاحب المشروع ولقبه وعنوانه إذا تعلق الأمر بشخص طبيعي، والتسمية أو اسم الشركة والشكل القانوني وعنوان مقر الشركة وكذا صفة موقع الطلب، إذا تعلق الأمر بشخص معنوي،
- طبيعة وحجم النشاطات التي اقترح صاحب المشروع ممارستها وكذا فئة أو فئات قائمة المنشآت المصنفة التي تصنف المؤسسة ضمنها،
- مناهج التصنيع التي ينفذها والمواد التي يستعملها والمنتجات التي يصنعها،
- عند الاقتضاء، يمكن صاحب المشروع أن يقدم المعلومات في نسخة واحدة وفي ظرف منفصل إذا اعتقد أن ذلك قد يؤدي إلى إفشاء أسرار الصنع،
- تحديد موقع المؤسسة المراد إنجازها في خريطة يتراوح مقياسها بين 1/25.000 و 1/50.000،
- مخطط وضعية مقياسه 1/2.500 على الأقل لجوار المؤسسة إلى غاية مسافة تساوي على الأقل عشر (1/10) مساحة التعليق المحددة في قائمة المنشآت المصنفة دون أن تقل عن مائة (100) متر، وتحدد على هذا المخطط جميع البيانات مع تخصيصاتها وطرق السكة الحديدية والطرق العمومية ونقاط الماء وقنواته وسواقيه،
- مخطط إجمالي مقياسه 1/200 على الأقل يبين الإجراءات التي تزمع المؤسسة المصنفة القيام بها إلى غاية خمسة وثلاثين (35) متراً على الأقل من المؤسسة، تخصيص البيانات والأراضي المجاورة وكذا رسم شبكات الطرق المختلفة الموجودة،
- الدراسات القبلية للبيئة والمتمثلة في دراسة أو موجز التأثير على البيئة، وكذا دراسة الخطر.

⁷ - وتتمثل في المؤسسات من الفئة الرابعة، وهي كل منشأة خاضعة لنظام التصريح لدى رئيس المجلس الشعبي البلدي المختص إقليمياً، أنظر المادة 02 مرسوم تنفيذي رقم 06-198، مرجع سابق.

⁸ - وتتمثل في المؤسسات المصنفة من الفئة الأولى، الثانية والثالثة، أنظر المادة 02 من المرجع نفسه.

⁹ - بالنسبة للوثائق الواجب توافرها في ملف التصريح، أنظر المواد 24 و 25 من المرجع نفسه.

¹⁰ - تم النص على الوثائق الواجب توافرها في ملف طلب رخصة استغلال منشأة مصنفة في المادتين 05 و 08 من المرجع نفسه.

1-ب) الجهة المختصة بتلقي ملف طلب الرخصة

تنص المادة 07 من المرسوم التنفيذي رقم 06-198، المتعلق بضبط التنظيم المطبق على المنشآت المصنفة لحماية البيئة: " يرسل ملف طلب رخصة استغلال المؤسسة المصنفة إلى الوالي المختص إقليمياً". يتبين لنا من خلال المادة السالفة الذكر، أنه وبغض النظر عن صنف المؤسسة المصنفة، وعن الجهة المختصة بمنح رخصة الاستغلال، فإن الوالي هو الجهة الوحيدة المختصة بتلقي ملفات طلب الرخصة، وهو ما يجعلنا نتساءل عن سبب انتهاج المنظم الجزائري هذا التوجه¹¹؟، خصوصاً أنه يثير بعض الإشكالات العملية، ففي حالة وقوع المنشأة المصنفة في إقليم ولايتين أو أكثر من ستكون الجهة المختصة بتلقي الملف؟، وبالتالي كان لزاماً على المنظم الجزائري الإبقاء على ما كان معمول به في ظل التنظيم الملغى لأنه كان أكثر وضوحاً.

2- الدراسة الأولية لملف طلب الرخصة

بعد تقديم وتلقي ملف الحصول على رخصة استغلال منشأة مصنفة، تتم الدراسة الأولية للملف من طرف لجنة مختصة تنشأ على مستوى كل ولاية.

2-أ) تخويل صلاحية دراسة الملف للجنة المختصة

منحت المادة 28 من المرسوم رقم 06-198، صلاحية دراسة ملفات طلب رخصة استغلال منشأة مصنفة للجنة تدعى " لجنة مراقبة المؤسسات المصنفة "، والتي تتكون من مجموعة من الأعضاء¹² يعينهم الوالي المختص إقليمياً لمدة ثلاث سنوات قابلة للتجديد¹³، وقد راعى المنظم في تشكيلة اللجنة تمثيل مختلف المديريات المتواجدة في الولاية، إلا أنه أغفل تمثيل أعضاء المجتمع المدني، وإدراجهم في التشكيلية فيه تعزيزاً للديمقراطية التشاركية في اتخاذ القرارات¹⁴.

¹¹ - علماً أنه كان أكثر دقة ووضوحاً في التنظيم القديم المؤطر للمنشآت المصنفة، والمتمثل في مرسوم تنفيذي رقم 98-339، مؤرخ في 03 نوفمبر 1998، بضبط التنظيم الذي يطبق على المنشآت المصنفة ويحدد قائمتها، ج.ر.ج.د.ش. غدد 82، الصادر في 04 نوفمبر 1998، ملغى. التي أسندت المادة السادسة منه الاختصاص في تلقي ملفات طلب رخصة الاستغلال للسلطة المانحة للرخصة، كما وضح مسألة الاختصاص في حالة وقوع المنشأة في إقليم ولايتين أو أكثر، حيث نصت المادة 20 على تقديم طلب إلى الولاية المختصة إقليمياً، الذين يلجئون كل فيما يخصه إلى دراسة الملف.

¹² - للتفصيل في الأعضاء المشكلين للجنة أنظر المادة 30 من مرسوم تنفيذي رقم 06-198، مرجع سابق.

¹³ - أنظر المادة 31 من المرجع نفسه.

¹⁴ - بن خالد السعدي، قانون المنشآت المصنفة لحماية البيئة في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون عام، تخصص القانون العام للأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2012، ص.ص. 56، 57.

أغفل المنظم الجزائري كذلك مسألة بالغة الأهمية، والتي قد تؤدي إلى عقبات أمام المواطنين من الناحية العملية، والمتمثلة في المنشآت المصنفة التي تقع في إقليم ولايتين أو أكثر، حيث أن المنظم الجزائري لم ينص على الجهة المختصة في دراسة الملفات المتعلقة بها، وهو أمر لابد من تداركه.

2-ب) صلاحيات اللجنة أثناء دراسة الملف

تتمثل صلاحيات اللجنة الولائية لمراقبة المؤسسات المصنفة في فحص طلبات إنشاء المؤسسات المصنفة، وكذا السهر على مطابقة المؤسسات الجديدة لنص مقرر الموافقة المسبقة لإنشاء المؤسسة المصنفة¹⁵، وتتم دراسة الملفات من طرف كل أعضاء اللجنة دراسة وافية يتم بناء عليها إعطاء رأي العضو، الذي يكون إما رأي موافق، أو رافض، أو بتحفظ¹⁶.

يجب على اللجنة في حالة الاستثمارات الجديدة، أن تقوم باستشارة جهات معينة، وهو ما نصت عليه المادة 06 من المرسوم التنفيذي رقم 06-198، وذلك على النحو التالي: "... في حالة الاستثمارات الجديدة يجب أن تكون عناصر تقييم المشروع موضوع مشاور فيما بين إدارات البيئة والصناعة والمساهمات وترقية الاستثمارات...".

تثير هذه المادة السالفة الذكر بعض الغموض، بحكم عدم تحديد المنظم للمقصود بالاستثمارات الجديدة، وهو ما يفتح المجال لاستعمال السلطة التقديرية من طرف الإدارة، وتكييف الاستثمارات على أنها ليست جديدة للإفلات من استشارة الجهات الواردة في المادة¹⁷.

3- منح طالب الرخصة مقرر بالموافقة المسبقة لاستغلال منشأة مصنفة

بعد استكمال اللجنة الولائية لمراقبة المنشآت المصنفة فحص ملف طلب الرخصة، تقوم إما برفض منح مقرر الموافقة المسبقة، وإما بمنح مقرر الموافقة المسبقة بإنشاء منشأة مصنفة، وهو ما نصت عليه المادة 16 من المرسوم التنفيذي رقم 06-198.

3-أ) الطبيعة القانونية لمقرر الموافقة المسبقة

يعتبر مقرر الموافقة قرار إداري يصدر عن اللجنة الولائية لمراقبة المنشآت المصنفة، وذلك بعد الانتهاء من الفحص الأولي لملف طلب رخصة استغلال منشأة مصنفة، ولا يستطيع صاحب المشروع أن يشرع في أشغال بناء المؤسسة المصنفة، إلا بعد أن يتحصل على مقرر الموافقة المسبقة¹⁸، ويجب أن يشير مقرر

¹⁵- أنظر المادة 30 من مرسوم تنفيذي رقم 06-198، مرجع سابق.

¹⁶- مدين آمال، المنشآت المصنفة لحماية البيئة- دراسة مقارنة-، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، تخصص قانون عام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2013/2013، ص.98.

¹⁷- بن خالد السعدي، مرجع سابق، ص.57، ص.58.

¹⁸- أنظر المادة 18 من مرسوم تنفيذي رقم 06-198، مرجع سابق.

الموافقة المسبقة إلى مجموع الأحكام الناتجة عن دراسة ملف طلب رخصة استغلال المؤسسة المصنفة، للسماح بالتكفل بها خلال إنجاز المؤسسة¹⁹

3-ب) آجال منح مقرر الموافقة المسبقة

ألزمت المادة 06 من المرسوم التنفيذي رقم 06-198 المتضمن التنظيم المطبق على المنشآت المصنفة، لجنة مراقبة المؤسسات المصنفة، بمنح طالب الرخصة مقرر الموافقة المسبقة لإنشاء مؤسسة مصنفة، خلال 03 أشهر ابتداء من تاريخ إيداع ملف الطلب.

لم يشر المنظم الجزائري إلى مسألة سكوت اللجنة، ومرور مدة ثلاثة أشهر دون أن تمنح لطالب الرخصة مقرر الموافقة المسبقة، غير أن إلزام المادة 17 من المرسوم ذاته للجنة، الإشارة في مقرر الموافقة المسبقة إلى الأحكام الناتجة عن دراسة ملف طلب رخصة الاستغلال للسماح بالتكفل بها خلال إنجاز المؤسسة، يفيد استبعاد فكرة القبول الضمني، وترجيح فكرة أن سكوت اللجنة يعتبر رفض ضمني²⁰.

ثانياً: تضمين المنح النهائي لرخصة استغلال المنشآت المصنفة جملة من القيود

تتمثل المرحلة النهائية، في منح رخصة استغلال المنشأة المصنفة، ولكن قبل ذلك تقوم اللجنة الولائية لمراقبة المؤسسات المصنفة، بالتنقل إلى موقع المنشأة بعد إتمام إنجازها بغرض التحقق من مطابقتها للوثائق المدرجة في ملف الطلب، ثم تعد بعد ذلك مشروع قرار رخصة الاستغلال وترسله إلى السلطة المؤهلة للتوقيع. يجب بذلك للإمام بالمرحلة النهائية لمنح رخصة الاستغلال، البحث في الجهة المختصة بمنح الرخصة، آجال تسليمها وأخيراً مدة صلاحيتها قرار الرخصة.

1- الجهة المختصة بمنح الرخصة

تنص المادة 20 من المرسوم التنفيذي رقم 06-198: "تسلم رخصة الاستغلال حسب الحالة:

- بموجب قرار وزاري مشترك بين الوزير المكلف بالبيئة والوزير المعني، بالنسبة للمؤسسات المصنفة من الفئة الأولى،

- بموجب قرار من الوالي المختص إقليمياً بالنسبة للمؤسسات المصنفة من الفئة الثانية،

- بموجب قرار من رئيس المجلس الشعبي البلدي المختص إقليمياً بالنسبة للمؤسسات المصنفة من

الفئة الثالثة.

يتبين لنا من خلال نص المادة السالف الذكر، أن المنظم الجزائري سلك منهاجاً مغايراً لما اعتمده في تلقي ملفات الحصول على رخصة الاستغلال، وقام بإعمال درجة الخطورة والتأثير على البيئة في مسألة منح

¹⁹ - أنظر المادة 17 من المرجع نفسه، للتفصيل أنظر: - بن خالد السعدي، مرجع سابق، ص. 59.

²⁰ - بن خالد السعدي، مرجع سابق، ص. 60.

رخصة الاستغلال، فيعود الاختصاص للوزير بالنسبة لاستغلال المنشآت المصنفة من الفئة الأولى، والوالي في تلك التي تنتمي إلى الفئة الثانية، أما رئيس المجلس الشعبي البلدي، فيختص بمنح رخص استغلال المنشآت المصنفة من الفئة الثالثة، وهو أمر مستحسن ويسجل لصالح المنظم، لما فيه من الوضوح وإعمال لمبادئ الديمقراطية التشاركية، غير أنه أغفل مسألة تحديد الجهة المختصة في حالة وقوع المؤسسة المصنفة في إقليم ولايتين أو أكثر، أو بلديتين أو أكثر²¹.

2- ميعاد تسليم رخصة استغلال المنشأة المصنفة

تسلم رخصة استغلال المنشآت المصنفة طبقاً لنص المادة 06 من المرسوم التنفيذي رقم 06-198، المتضمن للتنظيم المطبق على المنشآت المصنفة في أجل 03 أشهر ابتداء من تاريخ تقديم الطلب عند نهاية الأشغال، وبهذا فإن طالب الرخصة يتحصل أولاً على مقرر الموافقة المسبقة لإنجاز منشأة مصنفة، والذي ألزم التنظيم الإدارة بمنحه خلال ثلاثة أشهر من تاريخ إيداع الطلب، وبعدها يقوم بإنشاء المؤسسة، وبعد الانتهاء من الأشغال تملك الإدارة مدة ثلاثة أشهر بعد تقديم المعنى بالأمر الطلب لمنح رخصة الاستغلال.

يتبين لنا من خلال المادة السالفة الذكر، أن المنظم الجزائري أغفل مسألة سكوت الإدارة وعدم الرد على طلب منح رخصة استغلال منشأة مصنفة، فهل الحصول على مقرر الموافقة المسبقة، يعني أن سكوت الإدارة بعد المرور الآجال القانونية يعد قبول ضمني أم أنه يعتبر رفض ضمني بحكم ارتباط تسليم الرخصة القيام بنشاط له تأثيرات على البيئة؟

تنص المادة 21 من المرسوم التنفيذي رقم 06-198: " يحدّد قرار رخصة استغلال المؤسسة المصنفة الأحكام التقنية خاصة التي من شأنها الوقاية من التلوث والأضرار والأخطار التي تطرحها المؤسسة المصنفة في البيئة وتخفيفها و/أو إزالتها".

وعلى هذا الأساس وبالربط مع أحكام المادة 21 السالفة الذكر، ترجّح فرضية اعتبار سكوت الإدارة بعد مرور الآجال القانونية الواردة في المادة 06 رفض ضمني لمنح رخصة استغلال منشأة مصنفة، بحكم اشتغال الرخصة على الأحكام التقنية التي من شأنها الوقاية من التلوث والأضرار والأخطار التي تطرحها المؤسسة المصنفة في البيئة وتخفيفها و/أو إزالتها، التي يجب على طالب الرخصة احترامها أثناء استغلال المنشأة²².

²¹ - علماً أن النص القديم المؤطر للمنشآت المصنفة، والمتمثل في المرسوم التنفيذي رقم 98-339، مرجع سابق، قد أشار إلى ذلك في المادة 05 التي تنص: "... عندما تقام المنشأة على تراب ولايتين أو عدة ولايات يسلم الرخصة الوزير المكلف بالبيئة، أما إذا أقيمت على تراب بلديتين أو أكثر من نفس الولاية فيسلم الرخصة الوالي المختص إقليمياً". للتفصيل أنظر:

- بن خالد السعدي، مرجع سابق، ص.63.

²² - بن خالد السعدي، مرجع سابق، ص.67.

3- مدة صلاحية رخصة استغلال المنشأة المصنفة

نصت المادة السادسة من المرسوم التنفيذي رقم 06-198 على الآجال الواجب على الإدارة احترامها لتسليم رخصة استغلال منشأة مصنفة، إلا أنها لم تشر إلى مدة صلاحية هذه الرخصة، علما أن الرخص في مجال البيئة تخضع لعامل تحديد المدة²³، وهو ما يفيد أنها رخص غير محددة المدة، طالما المعني بالأمر احترم شروط الاستغلال الواردة فيها، ولم تقم الدولة الجزائرية بالنص على مدة صلاحية رخصة الاستغلال سوى في مجال استغلال مقالع الحجارة والمرامل، حيث نصت المادة 07 من المرسوم المحدد لكيفيات منح رخص الاستغلال في هذا المجال²⁴ على منح الرخصة لمدة أقصاها أربع سنوات قابلة للتجديد مرة واحدة، وهو ما يشكل تراجعاً²⁵ عما كان معمول به في ظل التنظيم القديم، الذي فتح المجال أمام السلطة المختصة بمنح رخص استغلال محددة المدة²⁶.

المحور الثاني: إعمال وسائل وقائية وردعية لضمان تحقيق تنمية مستدامة

أصبح إدراج البعد البيئي غي التنمية مطلب ضروري للحفاظ على حق الأجيال المستقبلية في البيئة، لذا فقد قامت الدولة الجزائرية بإعمال بعض الآليات الغرض منها تحقيق التنمية من جهة، وجعلها مستدامة من جهة أخرى، وتعد الدراسات القبلية للبيئة من أهم الوسائل الكفيلة بتحقيق الغرض (أولاً)، وكذا اتخاذ تدابير ضد مستغل المنشأة في حالة مخالفة مقتضيات استغلال المنشأة الواردة في الرخصة (ثانياً).

أولاً: إلزام طالب رخصة الاستغلال تضمين ملف الطلب الدراسات البيئية الأولية

يعد إلزام طالب رخصة استغلال المنشأة المصنفة تضمين الملف الدراسات البيئية القبلية، من بين أهم الآليات الكفيلة بتقييم آثار المنشأة المصنفة على البيئة، وبالعودة إلى النص المؤطر للمنشآت المصنفة، والنصوص ذات الصلة بالبيئة، نجد تعدد الدراسات التي تم اشتراط إدراجها في ملف طلب الرخصة (1)، مع إخضاعها للرقابة قصد التحقق من مدى مطابقة التشريع أثناء إنجازها (2).

1- تعدد الدراسات الواجب إرفاقها في ملف طلب رخصة استغلال المنشأة المصنفة

تنص المادة 05 من المرسوم التنفيذي رقم 06-198: " يسبق كل طلب رخصة استغلال مؤسسة مصنفة حسب الحالة وطبقاً لقائمة المنشآت المصنفة ما يأتي:

²³- COENRAETS Philippe, VAVDEBURIE Aurélien, « Les permis d'urbanisme et d'environnement : droit acquis ou temporaires ? », portail de la recherche, Université de NAMUK, 2007 ; P.358, in <http://researchportail.unamur.be>. consulté le 02-05-2021.

²⁴- مرسوم تنفيذي رقم 08-188، مؤرخ في 01 جوان 2008، يحدد كيفيات منح رخص استغلال مقالع الحجارة والمرامل وتعليقها وسحبها، ج.ر.ج.د.ش عدد 37، صادر في 06 جوان 2008.

²⁵- بن خالد السعدي، مرجع سابق، ص.69.

²⁶- أنظر المادة 19 من مرسوم تنفيذي رقم 98-339، مرجع سابق.

- دراسة أو موجز التأثير على البيئة يعدان ويصادق عليهما، حسب الشروط المحددة في التنظيم المعمول به،

- دراسة خطر تعد ويصادق عليها حسب الشروط المحددة في هذا المرسوم...

يتبين لنا من خلال النص السالف الذكر، أن هناك ثلاثة أصناف للدراسات القبلية للبيئة، والمتمثلة أساسا في دراسة التأثير على البيئة، موجز التأثير على البيئة، وأخيرا دراسة الخطر.

1-أ) دراسة وموجز التأثير على البيئة

يعد تقديم دراسة أو موجز التأثير على البيئة من بين الوثائق التقنية الواجبة في ملف طلب رخصة استغلال منشأة مصنفة.

- دراسة التأثير على البيئة: تعرف دراسة التأثير على البيئة بأنها عملية جرد للآثار السلبية للمشروع على البيئة²⁷، وتهدف إلى تحديد مدى ملائمة إدخال المشروع في بيئته، مع تقييم الآثار المباشرة و/ أو غير المباشرة للمشروع والتحقق من التكفل بالتعليمات المتعلقة بحماية البيئة في إطار المشروع المعني²⁸.
يتمثل الصنف من المنشآت المصنفة التي تخضع لدراسة التأثير على البيئة، في تلك التي تعود صلاحية منح رخصة استغلالها لكل من الوالي والوزير²⁹، أي المنشآت من الفئة الأولى والثانية، دون المنشآت من الفئة الثالثة والرابعة.

اهتم المنظم الجزائري بمسألة محتوى دراسة التأثير على البيئة، وذلك من خلال سن تنظيم³⁰ يوطر المسألة، حيث نصت المادة 06 من المرسوم التنفيذي رقم 07-145، على إلزامية تضمين محتوى³¹ دراسة

²⁷ - بن خالد السعدي، مرجع سابق، نقلا عن:

- BENACEUR Youcef, « Les études d'impacts sur l'environnement en droit positif algérien », R.A.S.J.E.P, N° 03, 1991, p. 445.

²⁸ - أنظر المادة 02 من مرسوم تنفيذي رقم 07-145، مؤرخ في 19 ماي 2007، يحدد مجال تطبيق ومحتوى وكيفيات المصادقة على دراسة وموجز التأثير على البيئة، ج.ر.ج.د.ش عدد 34، صادر في 22 ماي 2007، معدل ومتمم بموجب مرسوم تنفيذي رقم 18-255، مؤرخ في 09 أكتوبر 2018، ج.ر.ج.د.ش عدد 62، صادر في 17 أكتوبر 2018.

²⁹ - وهو ما يظهر من المرسوم التنفيذي رقم 07-144، مؤرخ في 19 ماي 2007، يحدد قائمة المنشآت المصنفة لحماية البيئة، ج.ر.ج.د.ش عدد 34، صادر في 22 ماي 2007.

³⁰ - وهو مرسوم تنفيذي رقم 07-145، معدل ومتمم، مرجع سابق.

³¹ - تجدر الإشارة أن المنظم الجزائري خصّ المنشآت المصنفة التابعة لقطاع المحروقات بمحتوى دراسة التأثير مغاير لمحتوى دراسات التأثير للمنشآت الأخرى، حيث بالإضافة إلى الشروط الواردة في المادة 06 من مرسوم تنفيذي رقم 07-145، معدل ومتمم، مرجع سابق، أضيفت شروط أخرى بموجب المادة 06 من المرسوم التنفيذي رقم 08-312، مؤرخ في 05 أكتوبر 2008،

يجب أن تتضمن دراسة الخطر عرض عام للمشروع، وصف الأماكن المجاورة للمشروع والمحيط الذي قد يتضرر في حالة وقوع حادث، تحديد جميع عوامل المخاطر الناجمة عن استغلال كل منشأة معتبرة، تحليل المخاطر والعواقب على مستوى المؤسسة المصنفة ، تحليل الآثار المحتملة على السكان في حالة وقوع حوادث، كيميائيات تنظيم أمن الموقع وكيميائيات الوقاية من الحوادث الكبرى ونظام تسيير الأمن ووسائل النجدة³⁷ ، وتتمثل المنشآت الخاضعة لدراسة الخطر في تلك الخاضعة للرخصة الولائية والوزارية وفق ما هو مبيّن في الملحق المحدّد لقائمة المنشآت المصنفة لحماية البيئة³⁸، أما عن تلك الغير ملزمة بوثيقة دراسة الخطر فهي ملزمة بتضمين الملف تقرير عن المواد الخطرة³⁹

2- تعدد الجهات الممارسة للرقابة على الدراسات القبلية

قصد تحقيق فعالية أكثر في مجال حماية البيئة، قام المنظمّ الجزائري بإخضاع الدراسات القبلية للبيئة لرقابة جهات متعددة، والمتمثلة في الرقابة الإدارية، الرقابة القضائية، وأخيرا الرقابة الشعبية.

2-أ) الرقابة الإدارية

تتمثل الرقابة الإدارية التي تخضع لها الدراسات القبلية للبيئة، في رقابة المصالح المكلفة بالبيئة المختصة إقليميا، وكذا رقابة سلطة ضبط المحروقات

- **رقابة المصالح المكلفة بالبيئة:** نص على هذا النوع من الرقابة المرسوم التنفيذي رقم 145-07، المحدد لمجال تطبيق ومحتوى وكيميائيات المصادقة على دراسة وموجز التأثير على البيئة، ويكون ذلك من خلال فحص دراسة أو موجز التأثير من طرف المصالح المكلفة بالبيئة المختصة إقليميا بتكليف من الوالي، وذلك في أجل لا يتجاوز شهر من تلقي طلب الرأي، ويمكن لها أن تطلب من صاحب المشروع أية معلومة أو دراسة تكميلية لازمة، والذي تمنح له مدة شهرين لتقديم المعلومات التكميلية المطلوبة، وعند فوات هذا الأجل ترفض المصالح المكلفة بالبيئة دراسة أو موجز التأثير إذا لم يقدم الطالب طلب مبرر لتمديد الأجل⁴⁰.

يقوم بعملية الفحص النهائي لدراسة التأثير، الوزير المكلف بالبيئة، أما موجز التأثير فتقوم بها المصالح المكلفة بالبيئة المختصة إقليميا، وبإمكانهما الاتصال بالقطاعات الوزارية المعنية، والاستعانة بكل خبرة⁴¹،

³⁷ - أنظر المادة 14 من المرجع نفسه.

³⁸ - مرسوم تنفيذي رقم 144-07، مرجع سابق.

³⁹ - أنظر المادة 1 من المرجع نفسه.

⁴⁰ - أنظر المادة 08 من مرسوم تنفيذي رقم 145-07، معدل ومتمم، مرجع سابق.

⁴¹ - أنظر المادة 16 من المرجع نفسه.

ويوافق على دراسة التأثير على البيئة الوزير المكلف بالبيئة، والوالي على موجز التأثير ، ويجب أن يكون رفض هذه الدراسات مبررا، ويقوم الوالي المختص إقليميا بإبلاغ صاحب المشروع بالقرار⁴².
تجدر الإشارة أن المنظم الجزائري قد منح للوزير والمصالح المكلف بالبيئة المختصة إقليمي قبل تعديل المرسوم التنفيذي رقم 07-145، مدة 04 أشهر لممارسة الرقابة على دراسة وموجز التأثير⁴³، إلا أنه بتعديل 2018، الذي كان بموجب مرسوم تنفيذي رقم 18-255، تراجع المنظم عن هذا الموقف، ولم يشر لأي أجل يجب على الجهة المعنية بالرقابة إصدار قرار الموافقة أو الرفض، وهو أمر ليس في صالح المواطنين.
بالنسبة للرقابة على دراسة الخطر أسارت إلى ذلك المادة 15 من المرسوم التنفيذي المحدد للتنظيم المطبق على المنشآت المصنفة، والتي أحالت إلى التنظيم لتبيان كيفية ممارسة الرقابة.

- **رقابة سلطة ضبط المحروقات:** تمارس سلطة ضبط المحروقات الرقابة على دراسات التأثير في البيئة في مجال المحروقات ، وذلك وفق الإجراءات والآجال الواردة في المرسوم التنفيذي رقم 08-312، المحدد لشروط الموافقة على دراسات التأثير في البيئة للنشاطات التابعة للمحروقات⁴⁴.
تجدر الإشارة أن المنظم الجزائري قام بتنظيم عملية مراقبة دراسة التأثير في مجال البيئة في مجال المحروقات، بشكل محكم أحسن مما هو معمول به في الدراسات الأخرى التي ترك فيها مسألة المواعيد غامضة، وهو ما يفتح مجال السلطة التقديرية للإدارة.

2-ب) الرقابة القضائية

تنص المادة 19 من المرسوم التنفيذي رقم 07-145: " في حالة ما إذا تم إقرار رفض دراسة أو موجز التأثير ودون المساس بالطعون القضائية المنصوص عليها في التشريع المعمول به، يمكن لصاحب المشروع أن يقدم للوزير المكلف بالبيئة طعنا إداريا مرفقا بالتبريرات أو المعلومات التكميلية التي تسمح بتوضيح و/أو تأسيس الاختيارات التكنولوجية والبيئية لطلب دراسة أو موجز التأثير من أجل دراسة جديدة.."
يفهم من فحوى المادة السالفة الذكر، أن لصاحب المشروع الحق في الطعن القضائي في قرار رفض دراسة أو موجز التأثير، وذلك وفقا للقواعد العامة التي تسري على القرارات الإدارية، سواء بالنسبة للجهة القضائية المختصة، أو حتى في مواعيد رفع الدعوى، مع إمكانية رفع تظلم إداري قبل أمام الوزير المكلف بالبيئة من طرف المخاطب بالقرار.

⁴² - أنظر المادة 18 من المرجع نفسه.

⁴³ - أنظر المادة 17 من مرسوم تنفيذي رقم 07-145، مرجع سابق، قبل التعديل.

⁴⁴ - أنظر المواد 10، 19 من مرسوم تنفيذي رقم 08-312، مرجع سابق.

2-ج) الرقابة الشعبية

تتمثل الرقابة الشعبية للدراسات القبلية للبيئة، في رقابة المواطنين، سواء كانوا فرادى أو في شكل جمعيات ويكون ذلك أثناء التحقيق العمومي، أين سمح التنظيم المؤطر للإجراء للمواطنين بإبداء آرائهم حول المشروع المزمع إنجازه في الإقليم الذين يقطنون فيه⁴⁵.

تجدر الإشارة، أنه رغم أهمية منح المواطنين الحق في المشاركة في صنع القرارات البيئية، إلا أنه ما يسجل في هذا الإطار هو عدم إلزامية آراء المواطنين للسلطات العامة، فالإشارة تعتبر مجرد إجراء لا بد من استنفاذه حتى تكون قرارات الإدارة غير معيبة في الركن الشكل والإجراءات، ويبقى للإدارة السلطة التقديرية في الأخذ بها من عدمه.

ثانيا: اتخاذ تدابير ردعية عند مخالفة مقتضيات استغلال المنشأة الواردة في الرخصة

لم يكتف المشرع والمنظم الجزائريان بإعمال تدابير وقائية لحماية البيئة من أخطار المنشآت المصنفة، بل قام كذلك باتخاذ تدابير رخصة استغلال المنشأة المصنفة، والذي لم يحترم مقتضيات الاستغلال الواردة في الرخصة، وتسبب خلل في النظام البيئي في المجتمع، وتتمثل هذه التدابير⁴⁶ في الوقف المؤقت للمنشأة (1)، سحب رخصة استغلال المنشأة المصنفة (2)، الغلق النهائي للمنشأة (3)، إعادة الحالة إلى ما كانت عليه (4).

1- الحظر والمنع من استعمال المنشأة

نصت على التدبير المادة 25 من قانون رقم 10-03 المتعلق بالبيئة في إطار التنمية المستدامة، حيث يمكن للوالي عندما تسبب منشأة مصنفة أضرار للبيئة، أن يتخذ قرار بالوقف المؤقت للمؤسسة، لكن يجب عليه أولا أن يقوم بإعداد المستغل ويمنح له آجال ليتخذ التدابير اللازمة لإزالة الأضرار، وفي حالة عدم امتثاله يمكن للوالي إجراء الوقف كوسيلة ردعية، وذلك إلى غاية قيام تنفيذ الشروط المفروضة، مع اتخاذ التدابير المؤقتة الضرورية، بما فيها دفع مستحقات المستخدمين مهما كان نوعها⁴⁷.

⁴⁵ - حيث بعد الفحص الأولي لدراسة أو موجز التأثير على البيئة، يقوم الوالي المختص إقليميا بالإعلان عن فتح تحقيق عمومي، وذلك لدعوة كل شخص طبيعي أو معنوي لإبداء آرائهم في المشروع المزمع إنجازه وفي الآثار المتوقعة على البيئة، أنظر المادة 09 من مرسوم تنفيذي رقم 07-145، معدل ومتمم، مرجع سابق.

⁴⁶ - وذلك إضافة إلى العقوبات الجزائية الواردة في المواد 103-106 من قانون رقم 10-03، مرجع سابق.

⁴⁷ - أنظر المادة 2/25 من قانون رقم 10-03، مرجع سابق.

نص قانون البيئة كذلك على حالة استغلال منشأة مصنفة دون الحصول على رخصة الاستغلال، وأعطى للقاضي الجزائي إضافة إلى تقرير الحبس لمدة سنة واحدة وبغرامة قدرها 500000 دج، صلاحية منع استعمال المنشأة إلى غاية الحصول على الترخيص⁴⁸.

2- تعليق وسحب رخصة استغلال المنشأة

نصت على تعليق وسحب رخصة استغلال المنشأة المادة 23 من المرسوم التنفيذي رقم 06-198، المحدد للتنظيم المطبق على المنشآت المصنفة، حيث تملك السلطة المخول لها صلاحية منح رخصة استغلال المنشأة المصنفة، وفي حالة معاينة وضعية غير مطابقة عند كل مراقبة، للتنظيم المطبق على المؤسسات المصنفة في مجال حماية البيئة، وللأحكام التقنية الخاصة المنصوص عليها في رخصة الاستغلال الممنوحة، صلاحية تعليق رخصة استغلال المؤسسة المصنفة وذلك بعد تحرير محضر يبين الأفعال المجرمة حسب طبيعة وأهمية هذه الأفعال وتحديد أجل لتسوية وضعية المؤسسة المعنية، وعند نهاية الأجل، وفي حالة عدم التكفل بالوضعية غير المطابقة، وإذا لم يقم المستغل بمطابقة مؤسسته في أجل ستة (6) أشهر بعد تبليغ التعليق، تقوم السلطة ذاتها بسحب رخصة استغلال المؤسسة، وفي هذه الحالة، يخضع كل استغلال جديد لإجراء جديد لمنح رخصة الاستغلال⁴⁹.

3- الغلق النهائي للمنشأة

نصت على الغلق كتدبير قمعي المادة 48 من التنظيم المطبق على المنشآت المصنفة، ويكون ذلك في حالتين، تتمثل الأولى في حالة عدم قيام المؤسسات المصنفة الموجودة التي لم تحصل على رخصة استغلال أو التي لا تستجيب رخصة استغلالها للفئات المحددة في التنظيم المعمول به، بإنجاز مراجعة بيئية في أجل لا يتعدى سنتين ابتداء من تاريخ صدور المرسوم التنفيذي رقم 06-198⁵⁰، أما الثانية فتتمثل في عدم قيام المؤسسات التي نصت قائمة المنشآت المصنفة بشأنها على دراسة الخطر، بإنجاز دراسة الخطر في أجل لا يتعدى سنتين ابتداء من صدور المرسوم التنفيذي رقم 06-198⁵¹.

يقوم الوالي في حالة تحقق الحالات السالفة الذكر بإصدار مستغل المؤسسة المصنفة، ليقوم بإيداع التصريح أو طلب الرخصة أو المراجعة البيئية أو دراسة الخطر، وإذا لم يقم المستغل بتسوية وضعيته في الآجال السالفة الذكر، يمكن للوالي المختص إقليمياً أن يأمر بـ **بغلق** المؤسسة⁵².

⁴⁸ - أنظر المادة 102 من قانون رقم 03-10، مرجع سابق.

⁴⁹ - راجع المادة 23 من مرسوم تنفيذي رقم 06-198، مرجع سابق.

⁵⁰ - أنظر المادة 44 من المرجع نفسه.

⁵¹ - أنظر المادة 47 من المرجع نفسه.

⁵² - أنظر المادة 48، المرجع نفسه.

تجدر الإشارة في الأخير أن النصوص السالفة الذكر، منحت السلطة التقديرية للجهة المخول لها صلاحية توقيع هذه التدابير، من ذلك وقف وغلق المنشأة، وهو ما يمكن أن يؤدي إلى عدم فعالية هذه التدابير كآليات قانونية للحفاظ على البيئة، من خلال إمكانية تقاعس الإدارة بسبب الطابع غير الإلزامي للنص القانوني من جهة، أو تعسفها وإعمال الرقابة الانتقائية وتطبيق التدابير على البعض دون البعض الآخر من جهة أخرى.

4- إعادة الحالة إلى ما كانت عليه:

عندما تتوقف المنشأة المصنفة عن النشاط نهائيا، يتعين على المستغل أن يترك الموقع في حالة لا تشكل أي خطر أو ضرر على البيئة⁵³، وتقوم السلطة المختصة بعد حصولها على مخطط إزالة التلوث بالتأكد من أن الموقع أعيد إلى أصله⁵⁴، وفي حالة عدم امتثال المعني لهذا الالتزام يمكن أن يكون محل متابعة جزائية، ويتعرض لأمر من المحكمة بإرجاع الأماكن إلى حالتها الأصلية في أجل تحدد⁵⁵.

خاتمة:

خلصنا من خلال هذه الورقة البحثية، أن المشرع الجزائري حاول أن يستجيب لمتطلبات الموازنة بين التنمية الاقتصادية كمطلب ضروري لتحقيق الرقي الاجتماعي للمواطنين، وكذا حماية البيئة والحفاظ على حق الأجيال المستقبلية فيها، ومن ثم تحقيق تنمية مستدامة، وفي مجال المنشآت المصنفة ولتحقيق هذا الغرض قام بإعمال نظام التراخيص الإدارية للاستغلال، والتي أخضع الحصول عليها لجملة من المراحل تعترتها إجراءات معقدة، يجب على طالب الرخصة احترامها، وإلا قوبل طلبه بالرفض، مع تدخل جملة من الجهات الإدارية أثناء هذه المراحل سواء لفحص الملف أو لمنح الرخصة.

اشترط المشرع الجزائري كذلك تضمين ملف الطلب، بالدراسات القبلية للبيئة، وذلك لغرض التحقق من الأضرار المتوقعة للمنشأة على البيئة، وتختلف نوع الدراسة المطلوبة، بالنظر لدرجة الأخطار المتوقعة للمؤسسة، وبعد البداية في استغلال المنشأة المصنفة، اتخذ المشرع الجزائري جملة من الإجراءات التي لها الطابع القمعي، وذلك لردع مستغل المؤسسة الذي لا يحترم مقتضيات البيئة أثناء الاستغلال، والتي تتراوح بين العقوبات الجزائية، تعليق وسحب رخصة الاستغلال، والوقف المؤقت للمنشأة، وأخيرا الغلق النهائي.

لكن رغم الدور الذي يلعبه نظام الترخيص باستغلال منشأة مصنفة في الموازنة بين تحقيق التنمية الاقتصادية للمجتمع من جهة، والحفاظ على مكونات البيئة من جهة أخرى، إلا أنه نسجل على المنظم الجزائري بعض الثغرات الواجب تداركها، والتي قمنا بإدراجها في شكل توصيات، والمتمثلة أساسا في:

⁵³ - أنظر المادة 41 من المرجع نفسه.

⁵⁴ - أنظر المادة 43 من المرجع نفسه.

⁵⁵ - أنظر المادة 102 من قانون رقم 03-10، مرجع سابق.

- كان على المنظم الجزائري، توزيع صلاحية تلقي ملفات طلب رخصة استغلال المنشآت المصنفة، بين الجهات المخول لها صلاحية منح الرخصة، بدلا من حصرها في شخص الوالي،
- كان على المنظم الجزائري تحديد الجهة المختصة في دراسة ملفات طلب رخصة استغلال منشأة مصنفة واقعة في إقليم ولايتين، أو أكثر،
- كان على المنظم الجزائري دراسة مسألة سكوت اللجنة الولائية لمراقبة المنشآت المصنفة لمدة تزيد عن ثلاثة أشهر دون أن تمنح مقرر الموافقة المسبقة.
- كان على المنظم الفصل في مسألة الجهة المختصة بمنح رخصة الاستغلال عندما تكون المؤسسة المصنفة واقعة في إقليم ولايتين أو أكثر،
- كان على المنظم الجزائري كذلك الفصل في مسألة سكوت الإدارة وعدم منح رخصة الاستغلال بعض فوات الأجل المحدد قانونا،
- كان على المشرع والمنظم الجزائريان إعمال القواعد القانونية الآمرة في مجال التدابير الردعية لغلق مجال السلطة التقديرية التي تعد من قيود المشروعية.

ترقية الطاقات المتجددة لتحقيق أهداف التنمية المستدامة

سليمانى مراد (1)

(1) طالب دكتوراه، مخبر البحث حول فعالية القاعدة القانونية كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميره، بجاية، 06000، الجزائر.

البريد الإلكتروني: morad19dz@gmail.com

الملخص:

تهدف الدراسة الحالية إلى تقديم تصور حول أهمية الطاقات المتجددة وارتباطها بالأهداف المسطرة للتنمية المستدامة من خلال استعراض الجهود الدولية المتمثلة في العمل في إطار منظمة الأمم المتحدة، وكذا الاتفاقيات الدولية المرتبطة بالتحول لاستغلال الطاقات المتجددة النظيفة التي تعمل على صون وحماية الموارد الطبيعية من جهة وكذا حماية البيئة كهدف عام وشامل، بالإضافة إلى هذا إبراز الاستراتيجية المعتمدة في الجزائر من خلال استعراض الجانب القانوني لذلك ومدى استجابته ومسايرته للتوجه الدولي في مجال الاعتماد على الطاقات النظيفة للتقليل من تلوث البيئة والمحافظة على مصادر الطاقة التقليدية.

الكلمات المفتاحية :

الطاقات المتجددة، التنمية المستدامة، حماية البيئة، مصادر الطاقة.

تاريخ إرسال المقال: 2021/12/05، تاريخ مراجعة المقال: 2021/12/25، تاريخ نشر المقال: 2021/12/31.

لتهميش المقال: سليمانى مراد، "ترقية الطاقات المتجددة لتحقيق أهداف التنمية المستدامة"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد 12، العدد 03، 2021، ص ص. 829-839.

<https://www.asjp.cerist.dz/en/PresentationRevue/72>

المقال متوفر على الرابط التالي:

المؤلف المراسل: سليمانى مراد، morad19dz@gmail.com

Promote renewable energies to achieve sustainable development goals

Summary :

The present study aims to present a perception of the Importance energy trend and its link with the objectives related to sustainable development. This article analyzes international efforts within the framework of the United Nations, as well as international agreements related to the transformation of the exploitation of clean renewable energies that work for the preservation and protection of natural resources on the one hand, as well as the protection of the environment as a general and global objective. In addition to this, this analysis will highlight the strategy adopted in Algeria in legal matters, the extent and compatibility of the State policy with the international trend in the field of the use of clean energies to reduce environmental pollution and preserve traditional energy sources.

Keywords:

Renewable energies, sustainable development, environmental protection, energy sources.

Valoriser les énergies renouvelables pour atteindre les objectifs de développement durable

Résumé:

La présente étude vise à présenter une perception de l'importance des énergies renouvelables et de son lien avec les objectifs liés au développement durable. Cet article analysera les efforts internationaux dans le cadre des Nations Unies, ainsi que les accords internationaux liés à la transformation de l'exploitation des énergies renouvelables propres qui œuvrent à la préservation et à la protection des ressources naturelles d'une part, ainsi qu'à la protection de l'environnement comme objectif général et global. En plus de cela, cette analyse va mettre en évidence la stratégie adoptée en Algérie en matière juridique, l'étendue et la compatibilité de la politique de l'Etat avec la tendance internationale dans le domaine du recours aux énergies propres pour réduire la pollution de l'environnement et préserver les sources d'énergie traditionnelles.

Mots clés :

Energies renouvelables, développement durable, protection de l'environnement, sources d'énergie.

مقدمة

لقد أدى التدهور المتزايد للبيئة العالمية نتيجة التطور الصناعي إلى بروز وعي دولي ساهم في إدراج مشكلة البيئة في مسائل التنمية، بحيث يرتبط مصير الإنسان بالنظام البيئي كون أن البيئة تشترك فيها الإنسانية جمعاء، وبغرض إضفاء الجدّية تجاه مسألة البيئة كان من الضروري جعلها حقا من حقوق الإنسان، والتي تتميز بالتطور متأثرة بالتطورات والتغيرات الحاصلة في العالم، إذ يحقّ للإنسان أن يحيا في بيئة يشعر فيها بالطمأنينة والسلامة والأمن، أو ما يعرف بالحق في العيش في بيئة سليمة نظيفة وخالية من جميع الأمراض والأخطار .

تعدّ حماية البيئة كبعد هام واستراتيجي من أبعاد التنمية المستدامة يتحقق من خلال العمل على الحدّ من استنزاف الثروات الطبيعية والطاقات التقليدية، وبذلك تكون الدول قد سارت نحو تحقيق الأهداف المتفق عليها دوليا، إذ أنّ الاستراتيجية الدولية في هذا المجال تركز أساسا على العمل في إطار المنظمات الدولية كمنظمة الأمم المتحدة وغيرها من المنظمات التي ترتبط بمسار التنمية المستدامة، والتي بواسطتها يدفع الدول بالعمل على تنفيذ التوصيات التي تحث على ترقية الطاقات المتجددة بتعزيز الإمكانيات المتاحة ومساعدة الدول النامية على امتلاك التكنولوجيا اللازمة، ودعمها من خلال مختلف الآليات الدولية ووضع برامج تعتمد على التوفيق بين الحق في التنمية والاستغلال العقلاني للموارد الطبيعية والتحوّل نحو الاعتماد على الطاقات البديلة وتوظيفها في مسار التنمية.

والجزائر على غرار دول العالم وتنفيذا لالتزاماتها الدولية في مجال التنمية المستدامة عمدت على تقنين فكرة الطاقات المتجددة من خلال القانون رقم 04 - 09 المتعلق بترقية الطاقات المتجددة في إطار التنمية المستدامة، الذي عمدت من خلاله الجزائر إلى وضع إطار قانوني لتشجيع استخدام الطاقات البديلة ووضع أطر تحفيزية لتحقيق التوظيف الأمثل لتكنولوجية الطاقات المتجددة، وتشجيع استخدامها ضمن أهداف وأبعاد التنمية المستدامة.

وأمام التحدّيات المطروحة على المستوى الدولي والرّهانات التنموية لتحقيق التنمية المستدامة بالاعتماد على استراتيجيات تهدف إلى تشجيع الدول على الاعتماد على الطاقات المتجددة والنظيفة، والتقليل من الاعتماد على الطاقات التقليدية، نطرح الإشكالية الآتية : ما مدى نجاعة الإطار القانوني لترقية الطاقات المتجددة من أجل تحقيق أهداف التنمية المستدامة على المستوى الدولي وفي الجزائر؟

وترتكز دراستنا على استعراض علاقة التنمية المستدامة بالطاقات المتجددة، بالإضافة إلى جهود وقدرات الدول في العمل على التقليل من استهلاك مصادر الطاقة التقليدية، والاعتماد على التكنولوجيا الحديثة في مجال استخدام الطاقة النظيفة، والتطرق للآليات القانونية والإمكانيات المسخرة لتحقيق التنمية المستدامة من خلال التطرّق الاستراتيجية الدولية لترقية الطاقات المتجددة (المحور الأول)، وتبيان لجهود الجزائر في مسعى ترقية الطاقات المتجددة في إطار التنمية المستدامة (المحور الثاني).

المحور الأول: الاستراتيجية الدولية لترقية الطاقات المتجددة:

ترتكز خطة التنمية المستدامة بشكل عام على العمل على المدى المتوسط والطويل من خلال استراتيجيات مدروسة لخفض اثر العولمة لاسيما على الدول النامية، وحصر التفاوت الموجود بينها وبين الدول المتقدمة، إذ على الحكومات ومنظمة الأمم المتحدة اخذ بعين الاعتبار الآثار السلبية للعولمة والعمل سويًا ضمن الآليات الموجودة لتحقيق أهداف التنمية المستدامة، باستخدام الطاقة البديلة والنظيفة الصديقة للبيئة والتي تقلل من الانبعاثات التي تؤثر على المناخ.

إنّ تحقيق استدامة الموارد الطبيعية تكون بإعادة توجيه الدول نحو التخلي التدريجي عن مصادر الطاقة التقليدية كالنفط، الغاز الطبيعي والفحم، والتوجه نحو استخدام مصادر الطاقة المتجددة ودفع الدول إلى تنفيذ التزاماتها الدولية في هذا الشأن.

كما تتحقق الاستدامة البيئية بالترابط والتناسق الذي يجب أن يتحقق في إدارة الموارد الطبيعية بالشكل الذي يضمن استدامتها، ومن خلال امتلاك التكنولوجيا للتحكم في الطاقة واستغلال مصادر الطاقة المتجددة الموجودة في الطبيعة كالطاقة الشمسية والرياح.

أولاً: الجهود المبذولة على المستوى الدولي

إنّ التقدم الاقتصادي يحتاج إلى موارد طبيعية واستخدامها في مجال الصناعة لتحقيق طفرة في النمو، والذي ينعكس ايجاباً على شعوب الدول لتحسين ظروف العيش وتحقيق الرفاهية، خفض معدلات البطالة وتحسين التعليم، كما يجب أن يكون مفهوم التنمية الاقتصادية لا يتعارض مع مفهوم التنمية المستدامة الشامل بأبعاده أي أنّها لا تكون تكلفتها على حساب البيئة.

كما ينعكس شحّ الموارد الطبيعية سلبيًا على اقتصاديات الدول ما دفع بالعديد منها للدعوة في إطار المنظمات والوكالات الدولية، إلى ضرورة المحافظة على هذه الموارد من الانقراض و الزوال والاعتماد على مصادر وموارد الطاقة المتجددة الموجودة في الطبيعة مما يخدم توجّه سلامة البيئة العالمية.

1- في إطار منظمة الأمم المتحدة

تسعى منظمة الأمم المتحدة في إطار مسعى تحقيق أهداف التنمية المستدامة إلى رعاية العديد من المؤتمرات الدولية والإشراف على تمويل الأبحاث والبرامج التي تنبثق من اشغال هذه المؤتمرات، وكذا حتّى الدول على التنسيق والتقيّد بالتزاماتها الدولية والعمل فيما بينها بالتنسيق مع الوكالات والمنظمات التابعة لها.

تعمل الجمعية العامة للأمم المتحدة دائماً إلى إقرار واعتماد إعلانات المؤتمرات الدولية والمصادقة عليها وتقديم توصيات للدول الأعضاء لتبني الخطط وخارطة الطريق المعلن عنها في التقارير النهائية التي لقيت ترحيب من جميع الدول المشاركة، ففي تقرير الأمين العام للجنة التنمية المستدامة حول تنفيذ جدول أعمال القرن 21 سنة 2002 تحضيراً لمؤتمر القمة العالمي للتنمية المستدامة أشار إلى أنّ الطاقة عامل أساسي لتحقيق النمو الاقتصادي بيد أنّها تلحق أضراراً بالبيئة، ما يستوجب تحقيق استدامة الطاقة من خلال الترويج للتحوّل من

استخدام مصادر الطاقة التقليدية (نפט غاز وكربون....) إلى تطوير مصادر الطاقة المتجددة التي تعتمد على التكنولوجيا الحديثة وما تتضمنه من حوافز اقتصادية¹، كما أنّ تطوير التكنولوجيا الخاصة بها من شأنه أن يقلّل من تلوث الهواء وتحسّن من فعالية استخدام الطاقة وتحقيق الفاعلية الاقتصادية والتقليل من الكلفة الضخمة التي كانت تصرف على إنتاج الطاقة باستخدام مصادر الطاقة التقليدية.

فالتوجه الجديد للاقتصاد العالمي الذي فرضه النظام العالمي الجديد دفع بالأمم المتحدة إلى طرح مسألة التنمية بالمفهوم العام، وهي ليست مسألة اقتصادية وإّما هي مرتبطة بأبعاد خمسة حدّدها الأمين العام حول خطة التنمية لسنة 1994 وهي²:

- السلام أساس التنمية لأنّ هذه الأخيرة تحتاج إلى استقرار وأمن،
- التنمية تعتمد على الاقتصاد وزيادة معدلات النمو،
- البيئة شرط لتحقيق التنمية،
- العدالة الاجتماعية تكفل تحقيق التنمية نظرا لما تحقّقه من ترابط واستقرار وتحسين الظروف الاجتماعية،
- الديمقراطية كضمانة لتحقيق مخططات التنمية،

2- في إطار المنظمات والوكالات الدولية المتخصصة

2-1- الهيئة الدولية المعنية بتغيّر المناخ IPCC

وهي منظمة حكومية دولية أنشأتها المنظمة العالمية للأرصاد الجوية WMO وبرنامج الأمم المتحدة للبيئة سنة 1988، تقوم بإرسال تقارير دورية بشأن مصادر الطاقات المتجددة والتخفيف من آثار تغيّر المناخ، إذ أنّ الطلب العالمي على الطاقة في ازدياد مستمر، و في المقابل تتزايد انبعاثات الغازات الدفيئة التي تتمركز في الغلاف الجوي، ما يستدعي التركيز على أهمية خفض الانبعاثات وتركيز غاز ثان أكسيد الكربون في الجو، بالتوجّه التدريجي نحو استغلال الطاقات المتجددة التي تعتمد على مصادر الطاقة المتجددة الموجودة في الطبيعة.

2-2- الوكالة الدولية للطاقة المتجددة IRENA

هي منظمة حكومية تأسست سنة 2011 يبلغ عدد أعضائها 161 عضوا هدفها هي قيادة التوجه العالمي نحو استخدام الطاقة المستدامة بالاعتماد على جميع أشكال الطاقة المتجددة الموجودة في الطبيعة من أجل توفير الطاقة للجميع ودفع عجلة النمو الاقتصادي للأمم، إذ كشف تقرير أعدته بتاريخ 24 جوان سنة 2020 تحت عنوان : " التعافي بعد كوفيد: أجندة عمل لتحقيق المرونة والتنمية والمساواة " أنّ اعتماد التحفيز

¹ - منظمة الأمم المتحدة، المجلس الاقتصادي والاجتماعي، تقرير لجنة التنمية المستدامة، الدورة الثانية، 19 ديسمبر 2001، ص ص 29 - 30

² - حسن نافعة، الامم المتحدة في نصف قرن - دراسة تطور التنظيم الدولي منذ سنة 1945، عالم المعرفة، أكتوبر سنة 1995، ص ص 398 - 399.

الاقتصادي من شأنه أن يساهم في تعافي الاقتصاد بخطة تمتد لثلاث سنوات قادمة أي من 2021م - 2023م وقد تصل إلى عام 2030م، إذ يتوجب على الحكومات دعم التحوّل نحو استغلال الطاقات المتجددة إلى حدود 4,5 تريليون دولار أمريكي سنويا، ما يساهم في تحفيز الاقتصاد العالمي بنسبة 1,3% سنويا، بالإضافة إلى توفير مناصب الشغل في مجال استثمار الطاقات المتجددة لتصل إلى 30 مليون منصب بحلول عام 2030³. كما أنّه يقع على الحكومات والدول تحويل وتوجيه سياساتها في إطار تحقيق النمو الاقتصادي نحو زيادة وتشجيع الاستثمار في القطاع الخاص في مجال الطاقات المتجددة.

ثانيا: الجهود المبذولة على المستوى الإقليمي

1- على المستوى العربي

تتخز المنطقة العربية بموارد طبيعية هائلة جعلتها في منأى عن نقص مصادر الطاقة التي تعاني منها معظم دول العالم، إذ أنّ هذه الثروات الطبيعية موزعة في هذه المنطقة بشكل متفاوت وغير متساو، كما أنّ إمكانات الاستغلال لدى الدول العربية مختلفة من دولة لأخرى، بالإضافة إلى انتهاج سياسات تؤدي إلى الإفراط في الاستهلاك الطاقوي وعدم ترشيد استغلال هذه الموارد الطبيعية ضف إلى ذلك النمو السكاني الكبير، كلها تحديات تحتاج إلى دراسة شاملة على المديين المتوسط والطويل، من أجل تحقيق تنمية شاملة تراعي متطلبات الانتقال الطاقوي.

فقد ركّز تقرير صادر عن اللجنة الاقتصادية والاجتماعية لدول غربي اسيا ESCWA المنشور سنة 2018 تحت عنوان : التقدّم المحرز في المنطقة العربية في مجال الطاقة المستدامة- التقرير الإقليمي في إطار التتبع العالمي-، على اثر النمو السكاني في المنطقة العربية و تزايد الطلب على الطاقة، حيث أنّ 56 % من سكانها يعيشون الآن في المدن وتتوقع منظمة الامم المتّحدة أن ترتفع النسبة إلى 68 % بحلول عام 2050⁴. تتمثل سياسات الدول العربية أساسا في تمكين كافة مواطنيها من حقهم في استخدام الطاقة عن طريق برامج واعانات ودعم مصادر الطاقة كاستخدام الكهرباء مثلا قد زاد من 89 % سنة 2012 إلى 90.4 % سنة 2014⁵، وذلك دون إرشادهم إلى ضرورة ترشيد استهلاكها للمحافظة عليها، سيما أنّ المنطقة العربية تقتصر لتكنولوجيا استغلال الطاقة المتجددة التي تعتمد على مصادر الطاقة الطبيعية التي لا تنضب.

³ - الوكالة الدولية للطاقة المتجددة، تقرير حول : " التعافي بعد كوفيد: أجندة عمل لتحقيق المرونة والتنمية والمساواة "، أبو ظبي الإمارات العربية المتحدة بتاريخ 24 جوان 2020. نقلا عن موقع : www.irena.org/publications تم الاطلاع عليه بتاريخ 2021/09/28 على الساعة 14 و 24 د.

⁴ - اللجنة الاقتصادية والاجتماعية لدول غربي اسيا ESCWA، تقرير تحت عنوان : التقدّم المحرز في المنطقة العربية في مجال الطاقة المستدامة- التقرير الإقليمي في إطار التتبع العالمي-، بيروت سنة 2018 نقلا عن موقع www.unescwa.org تم الاطلاع عليه بتاريخ 2021/09/22 على الساعة 09 و 30د.

⁵ - المرجع نفسه، ص. ص 7 - 8.

2- على المستوى الإفريقي

ترتكز الاستراتيجية الدولية للتحوّل للطاقات المتجددة على مساعدة الدول النامية على امتلاك التكنولوجيا اللازمة لذلك، لا سيما الدول الإفريقية التي تعاني من مشاكل عدّة في التنمية حالت دون نهوضها اقتصاديا، إذ ساهم صندوق أبوظبي للتنمية بالتعاون مع الوكالة الدولية للطاقات المتجددة بتقديم ما يقارب 350 مليون دولار بداية من سنة 2013 مقسمة على سبع دورات تمويلية لأربعة وعشرون (24) مشروعا للطاقة المتجددة استقادت منها 23 دولة نامية على مستوى العالم.

كما قام هذا الصندوق بتمويل مشروع الطاقة الشمسية الكهروضوئية في بلدان إفريقية عدّة منها : السنغال، بوركينا فاسو والنيجر، وذلك في إطار الشراكة الاستراتيجية مع الوكالة الدولية للطاقة المتجددة على شكل قروض لتحقيق أهداف التنمية المستدامة التي اعتمدها منظمة الأمم المتحدة لعام 2030.

المحور الثاني: استراتيجية ترقية الطاقات المتجددة في الجزائر

إنّ من ضمن المبادئ التي يتأسس عليها القانون رقم 03 - 10 المتعلق بحماية البيئة في إطار التنمية المستدامة، هو مبدأ عدم تدهور الموارد الطبيعية التي تعدّ ضرورية لتحقيق التنمية المستدامة، أين اشار هذا القانون صراحة إلى ضرورة الاستعمال العقلاني للموارد الطبيعية وترقيته والحث على ضرورة استعمال التكنولوجيا التي تحافظ على هذه الموارد من النضوب⁶.

كما عمدت الجزائر في إطار نفس المسعى إلى اعتماد إنشاء برنامج وطني للتحكم في الطاقة يوضع تحت وصاية وزير الطاقة، تتمثل مهامه في تقديم الحصيلة الطاقوية السنوية - الانتاج والاستهلاك-، وتقديم دراسة استشرافية في مجال الطاقة في أفق 20 سنة القادمة⁷، وكل ذلك من أجل الاقتصاد من الاستهلاك والاستغلال المفرط للطاقة وتشجيع التحول نحو استغلال الطاقات البديلة المتجددة التي تعتمد على طاقة نظيفة صديقة للبيئة.

⁶ - المادة 2 من القانون رقم 03-10، مؤرخ في 19 يوليو 2003، يتعلق بحماية البيئة في إطار التنمية المستدامة، ج ر ج ج، عدد 43، الصادر في 20 يوليو 2003، معدل ومتمم بالقانون رقم 07-06، مؤرخ في مايو 2007، يتعلق بتسيير وحماية و تطوير المساحات الخضراء ، ج ر ج ج، عدد 31، صادر في 13 ماي 2007 والقانون رقم 11-02، مؤرخ في 17 فبراير 2011، يتعلق بالمحالات المحمية في إطار التنمية المستدامة، ج ر ج ج، عدد 13، الصادر في 28 فبراير 2011.

⁷ - المادة 3 من المرسوم التنفيذي رقم 04 - 149، مؤرخ في 19 ماي سنة 2004، يحدد كفاءات إعداد البرنامج الوطني للطاقة، ج ر ج ج، عدد 32، الصادر في 23 ماي سنة 2004.

حيث أن نسب النمو الاقتصادي التي سجلتها الجزائر في الألفية الثالثة ارتكز على نمو قطاع المحروقات في ظل غياب أي منافس لها في القطاع الانتاجي⁸، وفي المقابل فقد ضمنت صناعة الطاقات المتجددة حول العالم حوالي 77 مليون وظيفة أغلبها في محطات توليد الطاقة الكهربائية، أين أضحت الدول تتهاافت في الاستثمار في هذا المجال، وفي الجزائر وسعيها منها لتشجيع وزيادة حصة الطاقة المتجددة تأمل بحلول سنة 2030 انتاج ما يقارب 27% من إجمالي الطاقة المستعملة⁹.

أولاً: البرنامج الوطني لترقية الطاقات المتجددة:

يعدّ قانون رقم 04 - 09 المتعلق بترقية الطاقات المتجددة في إطار التنمية المستدامة¹⁰ الآلية الأولى في مجال الطاقة المتجددة والذي خصص لها فقط رغم الإشارة بوضوح لترشيد استغلال الموارد الطبيعية في القانون الإطار رقم 03 - 10 السالف ذكره، إذ أنّ تكريس حماية البيئة يستوجب اللجوء إلى استغلال مصادر الطاقة النظيفة والمحافظة على مصادر الطاقة التقليدية للتقليل من الآثار الناجمة عن التغيرات المناخية. ويعدّ البرنامج الوطني لترقية الطاقات المتجددة من الآليات القانونية التي تكفل مسعى ترقية الطاقات المتجددة، والذي هو عبارة عن مخططات خماسية تصدر على شكل تقرير يضم حصيلة سنوية لمجالات استعمال الطاقات المتجددة¹¹.

1- مضمونه

حدّدت المادة 10 من القانون 04 - 09 المتعلق بترقية الطاقات المتجددة في إطار التنمية المستدامة

مضمون البرنامج الوطني لترقية الطاقات المتجددة، إذ يشمل :

- آليات تحديد تكاليف استغلال الطاقة على حساب البيئة وتقييم مدى تأثيرها عليها.
- إحصاء جميع المنتوجات المرتبطة بالطاقات المتجددة ونسبة استهلاكها وطنياً.

⁸ - بلفضل محمد، "الإطار القانوني للطاقات المتجددة في الجزائر ودورها في المحافظة على البيئة وجذب الاستثمار"، المجلة الدولية للقانون، كلية القانون، جامعة قطر المجلد 2019، العدد الأول لسنة 2019، ص6. (منقول عن موقع: <http://doi.org/10.29117/irl/2019>)

⁹ - المرجع نفسه، ص14.

¹⁰ - القانون رقم 04 - 09، مؤرخ في 14 أوت سنة 2009، يتعلق بترقية الطاقات المتجددة في إطار التنمية المستدامة، ج ر ج ج عدد 52، الصادر في 18 أوت سنة 2009.

¹¹ - المادة 9 من المرجع نفسه.

2- أهدافه

- تتمثل أهدافه في تشجيع التحول نحو استخدام الطاقات المتجددة عن طريق وضع برنامج وطني يقر توصيات واقتراحات النهوض بالنمو الاقتصادي عن طريق استخدام طاقة بديلة بتكلفة أقل، ويمكن تلخيصها فيما يلي:
- لا يجب أن تكون تكلفة استخدام الطاقات المتجددة على حساب البيئة،
 - تحقيق الاقتصاد في استهلاك الطاقة والتحكم فيها،
 - تقييم نسبة الاعتماد على الطاقات المتجددة ومدى مساهمتها في خفض تكاليف استخدام مصادر الطاقة التقليدية،
 - تقديم اقتراحات تتعلق بتمثين مصادر الطاقة البديلة وتكلفتها وعلاقتها بتحسين الإطار المعيشي للمواطن،

ثانياً: آليات ترقية الطاقات المتجددة

1- إثبات منشأ الطاقات المتجددة

تزرخ الجزائر بموارد طبيعية هامة منها مصادر الطاقة المتجددة التي تتميز بتنوعها وهي تتجدد باستمرار في الطبيعة وكلّ نوع من أنواعها يحتاج إلى تكنولوجيا مختلفة عن الأخرى، لذلك اشترط المشرع الجزائري في قانون ترقية الطاقات المتجددة رقم 04 - 09 في المادة 13 على وجوب وضع أصل منشأ الطاقات المتجددة بهدف احصاءها ومعرفة المجالات التي يتم فيها استغلالها، وكذا التكلفة الإجمالية للمشاريع التي تندرج ضمنها، بالإضافة إلى استفادة القطاع الخاص أو العام المستعمل لها من التحفيز الضريبية المقررة لها. كما تمنح وثيقة الإشهاد بالأصل المتجدد للكهرباء التي تنتجها المنشأة تمنحها لجنة ضبط الكهرباء والغاز، إذ يشكّل منح هذه الوثيقة اعترافاً بالمنشأة على أنها تولد الكهرباء من مصادر الطاقة المتجددة ومطابقة للمعايير المحددة لها¹²، ويكون الحصول عليها بناءً على طلب صاحب المنشأة والراغب في الحصول على المزايا المقررة قانوناً¹³.

2- تشجيع الاستثمار لترقية الطاقات المتجددة

يعتمد نجاح الاستثمار على المناخ العام السائد في الدولة من أطر قانونية ووسائل مادية بالإضافة إلى السياسة المنتهجة، وذلك بإنشاء أجهزة مساعدة ومشرفة على الاستثمار بالإضافة إلى توفير حماية قانونية للمستثمر وإزالة جميع العراقيل التي تحول دون تحقق النتائج المرجوة، حيث يتم تشجيع الاستثمار في الطاقات المتجددة عن طريق تجسيد شراكة استراتيجية بين القطاع العام والخاص وخلق آلية تمويلية للمشاريع، بالإضافة

¹² - المادة 3 من المرسوم التنفيذي رقم 15 - 69، مؤرخ في 11 فيفري سنة 2015، يحدد كفاءات اثبات شهادة أصل الطاقة المتجددة واستعمال هذه الشهادات، ج ر ج ج عدد9، الصادر في 18 فيفري سنة 2015، المعدل والمتمم بالمرسوم التنفيذي رقم 17 - 167 المؤرخ في 22 ماي سنة 2017، ج ر ج ج رقم 31، الصادر في 28 ماي سنة 2017.

¹³ - المادة 4 من المرجع نفسه.

إلى العمل على استقطاب المستثمر الأجنبي لإدخال التكنولوجيا الحديثة في مجال استغلال الطاقات المتجددة والاستفادة من الكفاءات العلمية المسخرة للمشاريع، وكلّ هذا من شأنه أن يساعد الدولة على تخفيف أعباء التمويل والتوجيه والاكتفاء فقط بالرقابة.

تتمتع الجزائر بحكم مساحتها الشاسعة وموقعها الاستراتيجي على مخزون هائل من الطاقات المتجددة، التي تصدرها الطاقة الشمسية التي تستخدمها في توليد الطاقة الكهربائية من أجل ربط المناطق المعزولة والتي لا تصلها شبكات الكهرباء، حيث أنّ الجزائر تتلقى ما بين 2000 و 3900 ساعة من الشمس سنويا¹⁴، إذ أنّ هذا المخزون الهائل من الطاقة الشمسية لم يستغل بالشكل المطلوب، إذ لو يتم استغلال هذا الكمّ الهائل من الطاقة الشمسية فسيمكّن الجزائر من تلبية الطلب المتزايد للكهرباء على المستوى المحلي وتصدير ما زاد عن ذلك.

ويركز البرنامج الوطني للطاقات المتجددة على تطوير وسائل إنتاج الكهرباء من خلال خطة تستهدف إنتاج 22000 جيغاواط في أفق سنة 2030 بمعدّل يقارب 40 % من إجمالي إنتاج الطاقة الكهربائية في الجزائر، بالإضافة إلى تصدير 10000 جيغاواط نحو الخارج¹⁵.

خاتمة

تلعب الطاقة دورا هاما في دفع عجلة التنمية الاقتصادية، إلا أنّ الطلب المتزايد عليها قد يعرض مصادر استغلالها إلى خطر النفاذ والنضوب، ما يدفع جميع الدول بالاهتمام بموضوع البحث عن مصادر الطاقة البديلة المتجددة الصديقة للبيئة، ومن هنا بدأ التسابق نحو تعميم استعمال الطاقات المتجددة في المحافظة على مصادر الطاقة التقليدية وكذا خفض تكلفة استغلاله ما يساهم في تحقيق الاستدامة البيئية. إنّ الاعتماد على مصادر الطاقة المتجددة دفع بالعديد من الدول لوضع أطر قانونية وأهداف استراتيجية تتماشى مع هذا التحوّل الذي فرضه تطور الاقتصاد العالمي، فصناعة الطاقة المتجددة تحتاج إلى تكنولوجيا حديثة تختلف عن تلك التي تعتمد عن مصادر الطاقة التقليدية كالنفط والغاز والكربون، ما يشكّل عائقا لدى الدول النامية التي تفتقر لهذه التكنولوجيا، فمن ضمن العراقيل التي تواجه تحقيق الترقية الفعلية للطاقات المتجددة نذكر منها:

14 - دين مختارية، زرواط فاطمة الزهراء، الاستثمار في الطاقات المتجددة ودورها في تحقيق التنمية المستدامة في الجزائر، العدد السابع، مجلة البديل الاقتصادي، كلية العلوم الاقتصادية والتجارية وعلوم التسيير، جامعة زيان عاشور-الجلفة-، سنة 2018، ص.76.

15 - دين مختارية، زرواط فاطمة الزهراء، دور شركة الكهرباء والطاقة المتجددة في تفعيل البرنامج الوطني لتحقيق التنمية المستدامة - دراسة تحليلية قياسية لإنتاج الكهرباء بالطاقة الشمسية-، مجلة المالية والأسواق، كلية العلوم الاقتصادية والتجارية وعلوم التسيير، جامعة عبد الحميد ابن باديس - مستغانم-، المجلد الخامس، العدد 9 لسنة 2018، ص.167.

- التفاوت الموجود في الإمكانيات المسخرة لاستغلال الطاقات المتجددة.
- غياب التنسيق بين الدول كتبادل الخبرات والتجارب، بالإضافة إلى غياب شركات حقيقية تخدم مصالح الجميع.
- نسجل كذلك غياب التمويل الكافي لدعم برامج ترقية الطاقات المتجددة.
- وفي الجزائر رغم الجهود المبذولة في سبيل ترقية الطاقات المتجددة بالتركيز على إنتاج الكهرباء من الطاقة الشمسية بإطلاق بعض المشاريع في الجنوب الكبير، إلا أنّ نسبة استغلال هذا المصدر الهام يبقى ضعيفا مقارنة بالإمكانيات الطبيعية التي تتركز بها الجزائر، إذ يرتبط الاستثمار الفعلي في الطاقات المتجددة بإرادة الشركات متعددة الجنسيات مما يجعل نقل التكنولوجيا والتجارب في هذا المجال أكبر عائق، كما تشكل التكلفة الغالية للانتقال الطاقوي أكبر عائق لتجسيد مشاريع الترقية الفعلية للطاقات المتجددة، ومن ضمن الاقتراحات التي يمكن أن تساعد على الترقية الفعلية للطاقات المتجددة في الجزائر ما يأتي:
- دعم الاستثمار المحلي في مجال صناعة تكنولوجيا الطاقات المتجددة مع تشجيع الشركات الجزائرية بالدخول في شراكة مربحة مع الشركات الأجنبية التي تمتلك الخبرة والتكنولوجيا اللازمة.
- توجيه آليات التمويل كالبنوك العمومية والخاصة نحو الاستثمار في المشاريع المرتبطة بالانتقال الطاقوي.
- الاهتمام بتكوين كفاءات عالية المستوى متخصصة وإدماجها في قطاع الطاقات المتجددة، ودعم تطوير البحث العلمي من خلال تمويل مخابر البحث في مجال الانتقال الطاقوي.
- إعادة هيكلة النظام القانوني لترقية الطاقات المتجددة من خلال إعادة النظر في مختلف النصوص التشريعية والتنظيمية بما يتماشى مع سياسة التحوّل نحو الطاقة النظيفة.

التعسف بين الأغلبية و الأقلية المساهمة في شركة المساهمة

عبد الجليل زرقوق (1)

(1) أستاذ بكلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة مصطفى اسطمبولي، معسكر، الجزائر .

البريد الإلكتروني : abdeldjalil.zargoug@univ-mascara.dz

إيمان قلال (2)

(2) أستاذة بكلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة وهران 2 محمد بن أحمد ، الجزائر .

البريد الإلكتروني : imene.kellal@yahoo.com

الملخص:

إن اتخاذ القرارات في شركة المساهمة يتم وفقا لقانون الأغلبية، فهي التي تفرض إرادتها على فئة الأقلية وكما هو معلوم أن جميع القرارات يجب أن تكون في مصلحة الشركة، لكن قد يحدث أن تتعسف الأغلبية في اتخاذ قراراتها تحقيقا لمصالح شخصية، كما أن فكرة التعسف ليست قاصرة فقط على الأغلبية فقد تتعسف الأقلية أيضا باستعمال حق الاعتراض، ونجد إن مفهوم الأغلبية يتكون من عنصران، عنصر مادي وهي امتلاك أغلبية الحصص وعنصر معنوي وهو وجود روابط معنوية تجمع بين مساهمي الأغلبية، في حين أن مفهوم الأقلية يذهب إلى امتلاك النسبة الضئيلة من الأسهم في شركة المساهمة، كما فكرة تعسف الأقلية تنقسم إلى نوعان فنجد، تعسف إيجابي ويكون ظرفيا، عكس التعسف السلبي الذي يكون غير مبرر وعلى الدوام.

الكلمات المفتاحية:

شركة المساهمة ، المساهم ، تعسف ، الأغلبية ، الأقلية.

تاريخ إرسال المقال: 2020/11/22، تاريخ مراجعة المقال: 2021/12/15، تاريخ نشر المقال: 2021/12/31

لتهميش المقال: عبد الجليل زرقوق ، إيمان قلال ، "التعسف بين الأغلبية و الأقلية المساهمة في شركة المساهمة"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد 12، العدد 03، السنة 2021، ص ص...-... .

<https://www.asjp.cerist.dz/en/PresentationRevue/72>

المقال متوفر على الرابط التالي:

المؤلف المراسل: إيمان قلال ، imene.kellal@yahoo.com .

Abuse between the minority and the majority in the joint stock company

Sammary :

Decision-making in the joint stock company is done in accordance with the majority law, which imposes its will on the minority group It is well known that all decisions must be in the best interest of the company , but it may happen that the majority arbitrarily makes its decisions in the interests of personal interests, the minority may also abuse the right of objection , And we find that the concept of the majority consists of two elements, A material element which is owning the majority of Quotas and A moral element is the existence of moral ties between the majority shareholders, while the concept of minority means to own a small percentage of shares in a joint stock company, that The idea of minority arbitrariness is divided into two types, The opposite of negative arbitrariness is always unjustified.

Keywords:

Joint Stock Company, Shareholder, abuse, the majority, minority .

Abus entre la participation majoritaire et minoritaire dans la société par actions

Résumé :

La prise de décision dans une société par actions est conforme à la loi de la majorité, car elle impose sa volonté au groupe minoritaire et comme on sait que toutes les décisions doivent être dans l'intérêt de la société, mais il peut arriver que la majorité prenne ses décisions arbitrairement afin de réaliser des intérêts personnels, et l'idée d'abus n'est pas limitée Seulement à la majorité, la minorité peut également abuser du droit d'opposition, et nous constatons que le concept de majorité se compose de deux éléments, un élément matériel, qui est la possession de la majorité des actions, et un élément intangible, qui est la présence de liens moraux, tandis que le concept de minorité consiste à détenir un faible pourcentage dans une société par actions ; comme l'idée d'arbitraire minoritaire est divisée en l'arbitraire positif qui est circonstanciel , l'opposé de l'abus négatif qui est injustifié et toujours.

Mots clés:

Société par actions, actionnaire, arbitraire, majoritaire, minoritaire.

مقدمة:

اهتمت غالبية التشريعات بحقوق جميع المساهمين في شركات المساهمة والتركيز على حقوق أقلية المساهمين من القرارات التعسفية الصادرة من أغلبية المساهمين، تحت واقع أن الأغلبية لها القدرة في التحكم في مصدر القرار بحكم أنها تملك غالبية رأس المال مما يضمن لها نسبة هامة من الأصوات وإصدار القرارات التي يمكن أن تفرض على سائر المساهمين، ولذلك يتصور لمساهم واحد يمتلك أغلبية الأصوات، بحكم امتلاكه لأغلبية رأس المال، أن يتمكن من إملاء وجهة نظره وفرضها على باقي المساهمين¹، مما قدي يؤدي إلى إهدار مجموعة من الحقوق والمتعلقة أساسا بحقوق الطرف الضعيف في الشركة وهي فئة صغار المدخرين نتيجة ممارسات قد تكون تعسفية من قبل الأغلبية المساهمة.

كما أن الحماية القانونية والقضائية التي وفرها المشرع الجزائري قد تجعل من الأقلية هي بدورها تتعسف في استعمال هذه الحقوق وللإجابة عن هذا التساؤل سوف يتم الاعتماد على مطلبين يتطرق المبحث الأول إلى ماهية الأغلبية ثم يتناول في المبحث الثاني تعسف الأقلية.

ومن بين الأسباب التي دفعت إلى اختيار الموضوع هي نقص الدراسة في هذا الموضوع على المستوى الوطني، كما أن غالبية الباحثين يعالجون مسألة تعسف الأغلبية عكس موضوع تعسف الأقلية الذي تكاد تنعدم فيه الدراسة.

وتهدف الدراسة إلى تسليط الضوء على الممارسات التعسفية داخل الجمعيات العامة من قبل المساهمين، سواء بالنسبة للأغلبية المساهمة أو الأقلية ومحاولة التفصيل في كل فئة على حدى بدءا بدراسة تعسف الأغلبية كون أغلب الدراسات عالجتها، ثم بعد ذلك تناول موضوع الأقلية المساهمة وهو الأمر الذي استعصى ليس على القضاء فقط وإنما حتى على الفقهاء والدراسات الأكاديمية.

ولأجل ذلك نطرح الإشكال الآتي: هل وفق القانون والقضاء في وضع مفهوم دقيق حول الممارسات التعسفية داخل جمعيات المساهمين في شركة المساهمة؟

المبحث الأول: ماهية الأغلبية

في كل الجمعيات العامة للمساهمين، والتي تتعقد أثناء حياة الشركة، هناك قاعدة تنطبق بصفة دائمة ومضطردة، فأغلبية الأصوات هب التي تصنع القانون، وبالتالي، فإن قرارات الأغلبية تفرض على سائر

¹ عبدالفضيل محمد احمد، حماية الأقلية من قرارات أغلبية المساهمين في الجمعيات العامة، دراسة مقارنة في القانون المصري والفرنسي، مجلة القانون والاقتصاد للبحوث القانونية والاقتصادية، مطبعة كلية الحقوق جامعة القاهرة، العدد الرابع والسبعون، 2004، ص ص 8-9.

المساهمين²، فما هو مفهوم الأغلبية (المطلب الأول)، كما أن هذه الأغلبية ونتيجة للقوة التي تتمتع بها داخل شركة المساهمة سواء التشريعية أو المالية تجعلها في مركز تسيطر فيه على جميع مراكز اتخاذ القرار مما قد يؤدي ذلك إلى تعسفها في حق الأقلية المساهمة (مطلب ثاني).

المطلب الأول: مفهوم الأغلبية

الأغلبية لغة تعني العدد الأكبر، وفي مجال شركات المساهمة تعني العدد الأكبر للمساهمين³، فما دام كل صوت يقابله سهم فإن الأصوات تحسب على أساس الأسهم المملوكة من قبل المساهمين⁴، إن الأغلبية التي تحدث عنها المشرع الجزائري، هي تلك الأكثرية أي عدد الأصوات اللازمة لاتخاذ القرارات، أما تلك الأغلبية الموجودة بالشركة فهي تعبر عن وجهة مجموعة من الأشخاص تمتلك نسبة كافية في رأس مال الشركة، توجد بين أفرادها رابطة قوية من أجل إملاء وجهة نظرهم عن سير الشركة⁵.

إلا أنه ولكي تلجأ إلى تعريف الأغلبية ينبغي معه تناول مفهوم الأغلبية التقنية والأغلبية السياسية للتفريق بينهما فهذا الأخير أي الأغلبية السياسية يعني من الناحية النظرية مفهوما يستعمل في الدول الديمقراطية بحيث تأخذ الحكومة بقرار الأغلبية في البرلمان⁶، وفي هذا الخصوص يرى الأستاذ كلود بار أنه بالإمكان التمييز داخل الجمعيات العامة للشركات بين الأغلبية التقنية والأغلبية السياسية⁷، أما مفهوم الأغلبية التقنية فهو يعرف كالأتي .

الأغلبية التقنية : فقد عرفها الدكتور أحمد شكري السباعي بأنها عدد الأصوات المعبر عنها لاتخاذ القرارات⁸، بحيث تختلف هذه الأغلبية بحسب طبيعة القرارات المعروضة للتصويت، فإن كانت صادرة عن الجمعية العامة العادية فهي قرارات تختص بتدبير شؤون الشركة ، وهي لا تتطلب أغلبية سابقة، في حين أن القرارات التي

² عبد الفضيل محمد أحمد، المرجع السابق، ص 09.

³ Claude Berr, l'expertise judiciaire matière d'buse de droit de majorité .Rev. Soc 1979,P239.

⁴ بن ويراد أسماء ، حماية المساهم في شركة المساهمة، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق ،تخصص قانون الأعمال،جامعة أبو بكر بلقايد- تلمسان كلية الحقوق والعلوم السياسية،2016-2017، ص 189.

⁵ ديدن بوعزة، ممارسات السلطة في شركة المساهمة،دراسة مقارنة،رسالة دكتوراه دولة في القانون الخاص،جامعة الجبيلي اليابس،كلية الحقوق، 2002-2003، ص ص 70-71.

⁶ خلفاوي عبد الباقي، حماية المساهم في شركة المساهمة بين الواقع والقانون - دراسة مقارنة - ،أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه علوم، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة،2005، ص 409.

⁷ C . Berr, op,cit,P239.

⁸ أحمد شكري السباعي، الوسيط في القانون التجاري المغربي والمقارن، الجزء السادس ، دار النشر المعرفة، الرباط، د.س.ن، ص 332.

تصدر عن الجمعية العامة غير العادية والتي تخص تعديل نظام الشركة فهي تحتاج لأغلبية مرتفعة⁹، ومن خلال هذا التعريف يتضح أن الأغلبية لها عنصران، عنصر مادي والآخر معنوي.

الفرع الأول: العنصر المادي

الأغلبية هي أغلبية أسهم وليست أغلبية أشخاص¹⁰، ولذا فإن المساهم الواحد قد يعتبر أغلبية مادام يملك عددا كافيا من الأسهم تخوله السيطرة على الجمعيات العامة

بيد أن تحديد نسبة الأسهم الواجب توفرها يصعب التعرف عليه مسبقا، ذلك لأن مفهوم الأغلبية ليس مفهوما رقميا محضا، بل مفهوما نسبيا غير محدد بالنظر إلى رأس المال ولكنه يقدر بالنسبة إلى الأقلية¹¹، ففي شركات المساهمة الكبرى عادة ما يكفي التوفر على جزء واحد من الألف من مجموع الأسهم للسيطرة على الشركة والتحكم في جمعياتها العامة¹². والذي ينبغي معرفته هو أن قاعدة الأغلبية تم التنصيص عليها في زمن كان فيه كل المساهمين يهتمون بحياة الشركة، لذا كانت المشاركة في التصويت تبلغ مائة بالمائة من نسبة الأسهم التي تصدرها الشركة¹³ ووعيا منه بالمخاطر سألغة الذكر، نص المشرع على أن الأغلبية لا يتم حسابها على أساس مجموع الأسهم، ولكن على أساس مجموع الأسهم العائدة للمساهمين الحاضرين أو الممثلين¹⁴، غير أن الأخذ بهذا التصور الجديد من شأنه أن يؤدي في بعض الحالات إلى تحكم فئة قليلة من المساهمين ويكفي مساهم أو فريق من المساهمين كي يتحكم في الأغلبية أن يتوفر على نسبة من رأس المال أكبر من تلك التي يجمعها فريق معارض داخل الجمعية¹⁵، ويعني امتلاك الأغلبية لعدد من الحصص في رأس المال تمكنها من فرض رأيها في القرار بالجمعية العامة على أقلية المساهمين في شركة المساهمة¹⁶.

الفرع الثاني: العنصر المعنوي

⁹ خلفاوي عبد الباقي، حماية المساهم في شركة المساهمة بين الواقع والقانون، المرجع السابق، 2015، ص 410.

¹⁰ بن ويراد أسماء، المرجع السابق، ص 195.

¹¹ A ,Boquet la minorité dans la sociétés de capitaux, R.j Com.1983,P ,121

¹² بن ويراد أسماء، المرجع السابق، ص 195.

¹³ S ,OZTEK ,la protectoin des actoinnaires externes dans les groupes de socétés par une sociétés holding, Nouvelle Imprimerie du I, éman, 1982,P 97.

¹⁴ المادة 3/2/674، ق،ت،ج.

¹⁵ بن ويراد أسماء، المرجع السابق، ص 196.

¹⁶ عماد محمد أمين رمضان، حماية المساهم في شركة المساهمة، دراسة مقارنة، الكتاب الثاني، دار الكتب القانونية-دار شتات للنشر والبرمجيات، مصر-الإمارات، 2017، ص 262.

إن العنصر المعنوي هو الذي يعطي للأغلبية قوتها، فعلى عكس مساهمي الأقلية الذين نادرا ما يتحركون بطريقة مدبرة أو متق عليها، فإن المساهمين المشكلين للأغلبية تجمعهم مصلحة واحدة تجعلهم يوحدون جهودهم من أجل التحكم في توجيه سياسة الشركة وهو ما يؤدي إلى القول بان الأغلبية ليست ناتجة فقط عن العناصر الكمية التي يتضمنها مفهوم الأغلبية التقنية ولكن أيضا على عناصر بسلوكية تتجلى في إرادة التحرك بصفة جماعية من أجل الترويج لوجهات نظرها بخصوص تسيير شؤون الشركة، فعنصر التماسك والانسجام بين أعضاء الأغلبية يبقى ضروريا وقد يكون هذا التماسك في شركات المساهمة الصغرى نتيجة لوجود نوع من الاعتبار الشخصي بين المساهمين الذين غالبا ما يكونون أفرادا لنفس العائلة أو تجمع بينهم روابط الصداقة تجعل مصالحهم موحدة¹⁷.

المطلب الثاني: تعسف الأغلبية

لكي نكون أمام فكرة تعسف الأغلبية لا بد كما تم شرحه سابقا من توافر ركن مادي يتمثل في تحقيق الأغلبية منفعة أو مصلحة شخصية على حساب الأقلية ثم ركن معنوي يتمثل في توافر نية الإضرار، لكن عنصر النية أو القصد يثير الإشكال بخصوص قصد الأغلبية، هل يجب أن يتجه نحو الإضرار بالأقلية أم يكفي أن تتجه النية نحو تحقيق منافع خاصة دون قصد الإضرار، وهو مطلوب كما هو الحال بالنسبة للتعسف في الميدان المدني، إضافة إلى توافر قصد الإخلال بالمساواة كمعيار للتعسف ليس هو قصد الإضرار، ويكفي في ذلك تحقق قصد الاستئثار بمنافع خاصة على حساب باقي المساهمين، و قبل التطرق إلى ما هي مظاهر تعسف الأغلبية المساهمة لا بد من الوقوف على ما هو مفهوم تعسف الأغلبية.

الفرع الأول: تعريف تعسف الأغلبية

إن شركة المساهمة تحتاج على قواعد عملية سريعة منعا لعرقلة سيرها وشل نشاطها لذلك كانت الأغلبية داخل الجمعية العامة هي الحل الأمثل لإمكان إصدار قرارات تواكب سير الشركة والتطورات التي تلحق بها أثناء حياتها ولكن هناك ضوابط وقواعد تنظم عمل الأغلبية داخل الجمعية العامة وتمنع تعسفها¹⁸، والملاحظ أن أغلب التشريعات لم تقم بوضع تعريف لتعسف الأغلبية، لذلك حاول الفقه الفرنسي ربط هذا التعريف بالتعسف في استعمال الحق والذي يعني الإساءة والتجاوز في استعمال الحق واستوتحت المحاكم الفرنسية هذا المفهوم من الفقه الألماني والذي طبق على الانحراف بالسلطة من جانب الأغلبية في الجمعيات العامة أحكام التعسف في استعمال الحق المقرر في القانون المدني للوصول على إبطال القرارات التي تصدرها هذه الجمعيات على أساس

¹⁷ بن ويراد أسماء، المرجع السابق، ص 197.

¹⁸ مزوار فتحي، حماية المساهم في شركة المساهمة، دراسة في القانون المقارن، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون الخاص، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2011-2012، ص 64 .

أنه في هذه الحالة يوجد استغلال في النفوذ من جانب الأغلبية، ولكن رغم محاولة ربط الأغلبية بمفهوم التعسف في استعمال الحق إلا أن الفقه الفرنسي الحديث يؤكد أن تعسف الأغلبية لا يتطابق تماما مع التعسف في استعمال الحق ذلك أن تعسف الأغلبية يكون في السلطة وليس في الحق¹⁹.

الفرع الثاني: أساس تعسف الأغلبية

كما تم شرحه مسبقا فإن المقصود بالأغلبية، هو تلك الفئة التي تمتلك أكبر قدر ممكن من الأسهم مقارنة بصغار المدخرين، والتي من شأنها القيام بأعمال داخل الشركة تمثل انتهاكا لحقوق الأقلية من جهة و التي يمكن أن تعود بالسلب على مصلحة الشركة، ومن أجل الحديث عن الأغلبية المساهمة لابد من التطرق إلى أساس تعسف الأغلبية في شركة المساهمة، والتي يجب أن تستند إليها الأقلية في استرجاع حقوقها المهضومة ويجب على هذه العناصر أن تثبت أمام القضاء حتى نكون أمام حالة تعسف.

الجزء الأول: خرق المساواة بين المساهمين

إذا كانت نظرية تعسف الأغلبية تهدف إلى حماية الأقلية من القرارات التعسفية للأغلبية، فهذا لا يعني بالضرورة انه للأقلية حق انتقاد أي قرار لا يروقها، ضد قرارات الأغلبية مع ما يتبع ذلك من تدخل السلطة القضائية في تقدير ملائمة السياسة التي تنتهجها الأغلبية وما ينطوي عليه ذلك من مخاطر وانعكاسات على الاستثمارات، ولقد تم استخلاص العنصر السابق من القرار المرجعي لمحكمة النقض الفرنسية الصادر بتاريخ 18 أبريل 1961 وتتمثل وقائع القضية في قيام الجمعية العامة لشركة PICQUART المنعقدة بتاريخ 20 مايو 1955 بتقرير وضع الأرباح في الاحتياطي وقد طالبت الأقلية بإبطال هذا القرار أمام محكمة الاستئناف بباريس فحكمت المحكمة لصالحها، على أساس أن وضع الأرباح في الاحتياطي لم يكن مبررا، ويعتبر إثبات خرق المساواة ضروريا للوقوف على قيام تعسف الأغلبية ويجب أن يرجح أعضاء الأغلبية على الأقلية وأن تكون الأغلبية على علم بتحقيق مصلحتها على حساب الأقلية²⁰.

الجزء الثاني: مخالفة مصلحة الشركة

إن الضرر المتحقق بقرار الأغلبية المتعسفة قد يقع على الشركة أو على الشركاء الأقلية، إذ المساهم أو مجموعة المساهمين يضحون عن علم بالمصلحة العامة بغرض أن يخصص لهم مزايا شخصية فهو يرتكب تعسفا في جانب الشركة أو الأقلية وأن المحاكم الفرنسية كانت قد أبطلت قرارات سببت ضررا بالأقلية فالأغلبية

¹⁹ احمد بركات مصطفى، (2008)، حماية أقلية المساهمين في شركات المساهمة، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، مصر، القاهرة، 2008، صص 9-10.

²⁰ بن ويراد أسماء، المرجع السابق، صص 211-212.

ليس لها الحق في أن تستعمل سلطتها للإضرار وذلك بتفضيل مساهمين على مساهمين بالأغلبية تخطأ إذا فضلت بطريقة تعسفية مصلحتها على مصلحة الشركة²¹.

الفرع الثالث: حدود وضوابط قانون الأغلبية

للجمعية العامة السيادة التامة على شؤون الشركة، إذ أنها تمارس هذه السيادة من خلال ممارسة المساهمين لحقهم في التصويت في هذه الجمعية، لذا فالجمعية العامة للمساهمين هي الجهاز الأعلى في الشركة، حتى أن بعض الفقه اعتبرها روح الشخص المعنوي للشركة²²، فالقرارات التي تتخذها هذه الهيئة تصدر بالضرورة وفقا لمصلحة الأغلبية، لذلك وضعت لهذا الأخير مجموعة من الضوابط إذ تم مخالفتها يكون القرار معيبا.

فمن الحدود القانونية وكذا التنظيمية والتي تحكم سلطة الأغلبية في اتخاذ القرار هي عدم تجاوزها للصلاحيات والسلطات المخولة للجمعية العامة، كما لا بد أن تراعي مصلحة الشركة في ذلك²³.

الجزء الأول: مراعاة سلطات الجمعيات العامة

بالرجوع إلى نص المادة 674 من القانون التجاري الجزائري نجد أن المشرع الجزائري قد عهد للجمعية العامة اتخاذ القرارات الهامة التي تخص الشركة، فزيادة عن الاختصاصات الممنوحة لها فهي التي تتمتع بسلطة تعديل القانون الأساسي وكذا يرجع لها سلطة تعيين مندوبي الحسابات وفي حالة إخلال مجلس الإدارة بواجباته فإنه يسأل من قبلها، لأنها هي من تتكفل باختيار مجلس الإدارة الذي يتولى إدارة الشركة لحسابها²⁴.
فالأغلبية المساهمة تلتزم باحترام ومراعاة الاختصاص المخول للجمعية العامة العادية وكذلك غير العادية بعد المصادقة على أي قرار، فيعد كل قرار تم اتخاذه بالأغلبية صحيحا وقابلا للتنفيذ إن كان هذا القرار مراعيًا لاختصاصات الجمعية العامة²⁵.

بما أن الجمعية العامة غير العادية لها مجموعة من الاختصاصات أهمها تعديل القانون الأساسي الذي تقوم عليه الشركة، لذلك ترد قيود على سلطة الأغلبية في تعديله، فلا يمكن لأي سبب من الأسباب زيادة الالتزامات المالية للمساهمين كالزيادة في القيمة الاسمية للسهم، كم تلتزم الأغلبية داخل الجمعية العامة الغير

²¹ عماد محمد أمين رمضان، المرجع السابق، ص 213-214.

²² إلياس ناصيف، موسوعة الشركات التجارية، الجمعيات العمومية للمساهمين في الشركة المغفلة، الجزء 12، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2000، ص 20.

²³ فتيحة بن عزوز، دور لجنة تنظيم ومراقبة عمليات البورصة في حماية المساهم في شركة المساهمة، رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه علوم، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2016، ص 198.

²⁴ عزيز العكيلي، الوسيط في الشركات التجارية، دار الثقافة للتوزيع والنشر، الأردن، الطبعة الأولى، 2008، ص 305.

²⁵ عماد محمد أمين السيد رمضان، المرجع السابق، ص 732.

عادية بالبقاء على شروط وتاريخ الوفاء بقيمة الأسهم المنصوص عليها في النظام وعدم تغييرها، فالمساهم التزم بدين كما هو دون زيادة²⁶.

الجزء الثاني: مراعاة توازن المصالح

إن منح الأغلبية سلطة داخل الشركة لا يعني بذلك التسلط، ولكي تمنح السيادة للأغلبية في اتخاذ القرار يجب أن لا تكون حجة لخدمة أغراض شخصية وأنانية ومنتعضة، بل لابد أن تراعي في ذلك مصلحة الشركة²⁷، وكذلك مصالح جميع الشركاء في إطار العلاقات القائمة داخلها.

ففي نطاق ممارسة الجمعية العامة لصلاحياتها فإنها تلزم بخلق نوع من التوازن داخل الجمعية العامة، لمنع الصراعات القائمة بين الأغلبية والأقلية لأن هذا يعد عائقاً أمام تحقيق مصلحة الشركة، لكن لا يعني هذا شل شاط الشركة بل لابد من إيجاد المصالح الشخصية والعلاقات الداخلية بين مختلف الفئات المساهمة في رأس مال الشركة²⁸، فمصلحة المساهم لم تكن إلا لخدمة مصلحة الشركة.

المبحث الثاني: تعسف الأقلية

تضم شركة المساهمة أكثرية عددية من المساهمين يمثلون الأقلية المساهمة، وفي المقابل أقلية عددية تمثل الأغلبية المالكة للأسهم في الشركة، وأمام هذا الوضع لا يمكن للأقلية مواجهة كبار المساهمين والمواصلة داخل الشركة إلا باتحادها، وفي حالة تكتل الأقلية يتعين اختيار أحد المساهمين الذي يمثل البقية داخل الجمعية العامة للمساهمين ليعبر عن رأي هذه الفئة من المساهمين²⁹.

إن وضع تعريف دقيق لمفهوم أقلية المساهمين ظل مشوباً بنوع من التذبذب ويستند على معياران أحدهما حسابي والآخر موضوعي و يرى أنصار المعيار الحسابي الاتجاه أن الأقلية إنما تحدد انطلاقاً من عنصر حسابي يتمثل في تاريخ طرح الأغلبية من المجموع الكلي، والحاصل هو الذي يمثل الأقلية ويجد هذا التعريف تطبيقات له في ظل قانون شركات المساهمة الحالي، والذي يشترط توفر المساهم على نسبة معينة من رأسمال الشركة للمطالبة بإجراء معين يخدم مصالحه كما هو الشأن بالنسبة لطلب إدراج مشروع عمل ضمن جدول أعمال الجمعية العامة أو المطالبة بإجراء خبرة على عملية من عمليات التسيير كما هو الحال في التشريع

²⁶ عبد الفضيل محمد أحمد، المرجع السابق، ص 129.

²⁷ سيدر سامي، الحماية القانونية للمساهم في شركة المساهمة، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي، 2018، ص 25.

²⁸ فتيحة بن عزوز، المرجع السابق، ص 199، نقلاً عن وجدي سلمان حاطوم، دور المصلحة الجماعية في حماية الشركات التجارية، منشورات حلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، 2007، ص 350.

²⁹ بن عزوز فتيحة، المرجع السابق، ص 92.

الفرنسي، هذه الأقلية قد تمارس مجموعة من الممارسات لا تدخل ضمن مصلحة الشركة وتلحق بها وبفئة الأغلبية ضررا وهذا ما يسمى بتعسف الأقلية، فما هو تعريف هذا التعسف؟ وما هي أنواعه؟

المطلب الأول: تعريف تعسف الأقلية وحدودها

وقبل التطرق لتعريف تعسف الأقلية لابد من تعريفها كفئة داخل الجمعيات العامة دون النظر إلى تعسفها، ومن أجل تحديد تعريفها اعتمد الفقه على معيارين أحدهما حسابي والآخر موضوعي. ويقصد بها لغويا الأشخاص الذين يمثلون من الناحية الحسابية العدد الأقل بالنسبة للعدد الإجمالي، بمعنى هي الفارق بين الأغلبية والمجموع³⁰.

أما من الناحية القانونية فيتحدد مفهومها في نطاق شركات المساهمة بالنظر لرأس المال الشركة، فيقصد به مجموعة المساهمين الذين يمتلكون القدر الأقل من نصف رأس المال الشركة، وهذا هو المفهوم المادي أو العيني للأقلية³¹، كما أن الأقلية ليست بمنأى عن الممارسة التعسفية وعرقلة السير الحسن للشركة، يشكل الاستعمال المنحرف لقانون الأغلبية القاسم المشترك بدون شك بين تعسف الأغلبية والأقلية، هذا التعسف الذي يترتب عنه معاقبة كل تجاهل للمصلحة الاجتماعية، غير أن التقاء تعسف الأغلبية والأقلية يجب أن يقف عند هذا المظهر أو الحد، ذلك أن استقلالية تعسف الأقلية تفرض نفسها³²، ومنه يطرح السؤال عما هو تعريف تعسف الأقلية؟ وما هي أنواع تعسف الأقلية؟

الفرع الأول: مفهوم تعسف الأقلية ومركزها القانوني

إن مفهوم التعسف ليس قاصرا على الأغلبية فقط وإن كانت الأقلية المساهمة يمكن أن تستغل الحماية القانونية التي تتمتع بها لاستعمال حقوقها بما يعرقل عمل الشركة دون تبرير اقتصادي، سوى لأنها تعترض فقط، ويذهب غالبية الفقه إلى أن مفهوم الأقلية من المفاهيم التي يصعب تحديدها، وذلك لأنه يتحدد مقارنة مع الأغلبية من جهة وأن الأقلية كفئة داخل الشركة تتميز بالفوضى والشتات³³.

³⁰ محمد تنوير الرفاعي، صغار المستثمرين ودور هيئة سوق المال في حمايتهم مقارنة بأسواق ما أجنبية - دراسة مقارنة -، دار النهضة العربية، مصر، 2007، ص 56.

³¹ مصباح نائلي، حماية المساهم في الشركة خفية الاسم، بحث منشور في الانترنت في الموقع: www.ism.justice.net، تاريخ الزيارة، 2020/04/25، على الساعة 10 صباحا، ص 05.

³² أمينة غميرة، تعسف المساهمين في شركة المساهمة، دار الأوقاف المغربية للنشر والتوزيع، الرباط، 2011، ص 376.

³³ D. Shmidit, les droit de la minorité dan la société anonyme, Sirey, 1970, page 05.

الجزء الأول: تعريف تعسف الأقلية

وما يمكن ملاحظته أن المشرع الجزائري وكذا الفرنسي وكم هو الحال بالنسبة لتعسف الأغلبية لم يحددا تعريفا لتعسف الأقلية، لذا تكفل الفقه بذلك من خلال الاستعانة بمجموعة من الأحكام القضائية الصادرة بهذا الخصوص، ومن هنا كانت مجموعة من المحاولات من أجل وضع تعريف لتعسف الأقلية المساهمة أبرزها مشروع لجنة Pelven تشكلت هذه الأخيرة من أجل تحضير مشروع قانون الشركات الفرنسي الصادر بتاريخ 24 جويلية 1966 فقد جاء في نص المادة 448 من هذا المشروع ما يلي: (عندما يعيق شريك أو مساهم أو مجموعة شركاء أو مساهمين اتخاذ إجراءات متطابقة والمصلحة الجماعية في الجمعيات العمومية العادية وغير العادية بصورة تعسفية، تستطيع المحكمة جعل هذه القرارات نافذة المفعول في ظل غياب الشروط اللازمة لصحتها³⁴.

يمكن ترجمة تعسف الأقلية، باتخاذ هذه الأخيرة، وبشكل مفاجئ قرارات في غير محلها، كالجوء إلى القضاء بشكل تعسفي وغير مبرر، أو طلب تعيين خبير في التسيير (بالنسبة للقانون الفرنسي) استنادا إلى أسباب غير كافية، وهذا ما من شأنه أن يلحق أضرارا بالشركة بالتأثير على سمعتها الاقتصادية والتجارية، والقانون منح الأقلية وسائل وآليات حماية لمصلحتها ومصلحة الشركة وليس العكس ولا تشكل الحالة أو المثال السابق إلا نوع من التعسف للأقلية وهو ما يسمى بالتعسف الإيجابي³⁵.

الجزء الثاني: المركز القانوني للأقلية

بما أن للأقلية المساهمة صفة الشريك في شركة المساهمة، كون أن لها نسبة من الأسهم في رأس مال الشركة إضافة إلى عدم وجود تعريف خاص بها من خلاله يمكن استخلاص المركز القانوني لها، وباعتبار أنها جزء لا يتجزأ من مجموع المساهمين فيمكن حين إذ تحديد مركزها دون أن نستثنيها من مجموع المساهمين. و بالرجوع إلى القانون التجاري الجزائري، يمكن استخلاص تعريف المساهم وذلك من خلال مواده ، حيث يمكن تعريفه كالاتي(المساهم هو عبارة عن شريك في شركة المساهمة، لا يتحمل الخسائر إلا بقدر الحصة التي تقدم بها في رأسمالها،وهو بذلك يعتبر مالك لسند تصدره الشركة،قابل للتداول،وذلك كتمثيل لرأسمالها والمعبر عنه بالسهم)³⁶.

³⁴ بن عزوز فتيحة، دور لجنة تنظيم ومراقبة عمليات البورصة وحماية المساهم في شركة المساهمة، المرجع السابق، ص 230.

³⁵ خلفاوي عبد الباقي، المرجع السابق، ص 224.

³⁶ المادة 592 من المرسوم التشريعي رقم 93-08 المؤرخ في 25 أبريل 1993، والتي عرفت شركة المساهمة وذكرت الشريك المساهم كعنصر مكون لها يتقدم بحصة في رأسمالها، أما المادة 715 مكرر من نفس المرسوم التشريعي أعلاه فقد عرفت السهم ونصت أنه يمثل جزء من رأسمالها ، وهذا ما ساعد في استخلاص تعريف للمساهم.

وتقديم الحصة النقدية في الشركة هي الصورة الغالبة كما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 596 من القانون التجاري الجزائري ، كما أجاز المشرع الجزائري أن تكون الحصص المالية المقدمة من الشريك شيئاً آخر غير النقود تكون له قيمة مالية وهذا طبقاً للمادة 601 من القانون التجاري الجزائري، وسواء كان ذلك عقاراً أو منقول مادي كالألات والبضائع أو منقول معنوي كمحل تجاري، براءة اختراع، علامة تجارية أو نموذج، أو أساس الانتفاع، كما أجاز المشرع للشريك أن يقدم حصته على شكل ديون له في ذمة الغير. حق من الحقوق الأدبية والفنية، والحصص العينية تكون مقدمة على سبيل التملك أو على أساس الانتفاع ، كما أجاز المشرع للشريك أن يقدم حصته على شكل ديون له في ذمة الغير .

وعليه فإن الأمر الأساسي في تحديد وضبط تعريف للمساهم هو تملكه لسهم أو أكثر من أسهم شركة ما بالشكل الذي يكسبه هذا الوصف ، ومن ثم يكون في مركز قانوني يترتب عليه بعض الالتزامات ويخوله مباشرة العديد من الحقوق³⁷ ، وهو في مصاف الدائنين لهذه الأخيرة، ويتمثل دينهم بقيمة الأسهم التي يحملونها، ويترتب على صفة الدائن أن للمساهم مجموعة من الحقوق تنقرر له داخل الشركة³⁸.

ويظهر في الوهلة الأولى أن عملية تحديد مفهوم المساهم عملية سهلة، إذ يتعلق الأمر بكل حائز على سند قابل للتداول، يمثل نسبة من رأسمال الشركة ويمنح حق المساهمة في توزيع الأرباح والحق في التصويت في الجمعيات العامة³⁹، أو كما يعتبره البعض بأنه نوع خاص من الشركاء. إلا أن التسليم بهذا القول على مطلقه غير صحيح نظراً للنقص التشريعي في مجال تعريف الشريك بصفة عامة، سواء تعلق الأمر بالتشريع الجزائري أو التشريع الفرنسي ولهذا تركت مهمة استخراج العناصر المحددة لمفهوم الشريك للفقهاء والمحامين وإن كان دور هذه الأخيرة ضعيفاً جداً.

وتختلف الأقلية أيضاً عن المساهم المقرض أو السلبي، ذلك أن مساهم الأقلية يهتم بحياة الشركة وإدارتها وسير أعمالها ويعبر عن ذلك بموقفه في الجمعيات العمومية، ويمكن تشبيه هذه المقاربة للأقلية بالأقلية السياسية على غرار الأغلبية السياسية⁴⁰.

الفرع الثاني: أنواع تعسف الأقلية

³⁷ مزوار فتحي ، حماية المساهم في الشركة المساهمة، دراسة في القانون المقارن، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون الخاص - كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة أبو بكر بلقايد-تلمسان، 2011-2012 ، ص17.

³⁸ ديما جودت النبوت، القانون التجاري والشركات، وفقاً للمناهج الرسمية الجديد للشهادة بالكالوريا الفنية -سنة ثالثة، المؤسسة الحديثة للكتاب -لبنان- الطبعة الأولى ، 2012، ص179.

³⁹V. Y. GUYON, La société anonyme, Dalloz, 1994, p.18 et G. CORNU, Vocabulaire juridique, P.U.F. 8^{ème} éd., 2000, v. Actionnaire .

⁴⁰ بن ويراد أسماء، المرجع السابق، ص239.

للأقلية في شركة المساهمة دور لا يمكن إنكاره في حياة الشركة، حيث منحها القانون سلطات وحقوق وظيفية لا حماية للمصلحة الاجتماعية⁴¹، سيما أن الأقلية قد تتعسف في استعمال حقوقها و كافة السلطات المخولة لها عرقلة لمسار الشركة، حتى ولو لم يكن اعتراضها يخدم مصلحة الشركة و إنما لأجل تعطيل قرارات الأغلبية التي يمكن أن تخدم مصلحة الشركة، ومهما تعددت التعريفات بشأن تعسف الأقلية، يمكن الوقوف على مقاربتين لتحديد صور تعسف الأقلية⁴²، مقارنة تعتبر عنصر المساس بالمصلحة العامة للشركة، ومقاربة تعتمد على وحدة عنصر الإخلال بالمساواة بين المساهمين، فما يمكن ملاحظته أن التعسف يمكن أن يأخذ عدة أشكال، وقد ساهم القضاء بشكل كبير في إبراز عدة حالات يبرز فيها اعتراض الأقلية المساهمة. نذكر منها التعسف إيجابي (جزء أول)، والتعسف سلبي (جزء ثاني).

الجزء الأول: التعسف الإيجابي

قد يأخذ التعسف الصادر عن الأقلية شكل إيجابي، فالأقلية هنا تخرج عن سكونها لتفرض إرادتها بالقوة فتلجأ إلى القضاء من أجل مباشرة دعاوى خاصة أو عامة بهدف إعاقة السير الحسن والتعنت، ويمكن أن يصل بها الأمر إلى الاستيلاء على السلطة من خلال الخديعة والاحتيال⁴³.

وقد كشف القضاء عن حالات فيها خلافات ومناوشات بين الأغلبية والأقلية داخل الشركة، أثبتت فيها الأغلبية تعسف الأقلية المتسببة في هذه الخلافات. ومن هذه القرارات نذكر قرار محكمة استئناف باريس الصادر في 17 سبتمبر 1993، حيث أدانت المحكمة في هذه القضية شركاء الأقلية بدفع تعويضات مالية بلغت 250.000 فرنك فرنسي لأنهم أعاقوا بتصرفهم عمل الأغلبية على حد تعبير المحكمة بهدف إجبار هؤلاء على شراء أسهمهم بسعر باهظ، وما كانت إدانة المحكمة لهذه التصرفات إلا لأن الأقلية شلت سير عمل الشركة عبر اللجوء لطلبات استحضار قضائية متكررة يطلبون فيها تعيين مدير مؤقت عبر تعطيلهم عمل الجمعيات العمومية غير العادية المدعوة لمرات متتالية لزيادة رأس المال الضروري للشركة محاولين الحصول من تصرفاتهم هذه على تعهد من الشركة بشراء حصصهم وبهذا أثبت القرار أعلاه وجود تعسف إيجابي للأقلية في استعمال سلطاتها بأن حورت استعمال السلطات لغايات شخصية محضة مخالفة للمصلحة الجماعية⁴⁴.

⁴¹ فتيحة بن عزوز، المرجع السابق، ص 237.

⁴² المصطفى بوزمان، تعسف الأقلية داخل الجمعيات العامة لشركات المساهمة، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة، كلية الحقوق، جامعة الحسن الأول، المغرب، 2008، ص 40.

⁴³ وجدي سلمان حاطوم، دور المصلحة الجماعية في حماية الشركات التجارية، منشورات حلبي الحقوقية، بيروت، طبعة 01، 2007، ص 442.

⁴⁴ بن ويراد أسماء، المرجع السابق، ص 243.

مع العلم أن الأقلية بطعنها على القرارات لا يتحقق لها دوماً غرضها الرامي إلى وقف نشاط الشركة بطعنها على قرارات الأغلبية، ذلك أن الاعتراض على قرارات الجمعية العامة لا يترتب عليه وقف تنفيذها بل تبقى سارية المفعول حتى يحكم القاضي في مدى جدية الطعن من عدمه والمقدم من طرف الأقلية⁴⁵.
إن هذا النوع من التعسف هو نوع من الطغيان تمارسه الأقلية إما بالقوة أو بالمفاجأة والخديعة وغالبا ما يكون ظرفيا⁴⁶، ويمكننا أن نستخلص مما سبق أن القضاء وضع مقاربتين:

أولاً: المساس بالمصلحة العامة للشركة

أن يكون تعسف الأقلية مخالفاً لمصلحة الشركة ويهدف في نفس الوقت إلى تحقيق مصالح شخصية خاصة بها، والمساس بالمصلحة العامة للشركة يعد عنصراً هاماً للإقرار بمسألة تعسف الأقلية، الأمر الذي توصل إليه أغلب الفقه إلى ذلك يجب أن يكون التصرف معطلاً للمصلحة العليا للشركة، و ما يجب الإشارة إليه أنه ليس كل اعتراض صادر من الأقلية المساهمة يعتبر تعسفاً، بل لابد أن يكون موقف الأقلية معارضا لمصلحة جوهرية وأساسية للشركة.

ثانياً: الإخلال بالمساواة بين المساهمين

لقد سبق الحديث عن الإخلال بمبدأ المساواة كأساس لوجود التعسف بشكل عام في أي قرار قد يصدر داخل الجمعية العامة للمساهمين، وما يميز هذا العنصر بأنه أساسي لتمييز القرارات والتصرفات التعسفية عن غيرها، بل هناك من لا يعدد بالمصلحة الجماعية كأساس وعامل لقيام التعسف، إذ يعتبرون أن وجود إخلال بالمساواة بين المساهمين هو الشرط الوحيد للإقرار بوجود التعسف، ومن أجل تحقق ذلك لابد أن تستأثر الأقلية بمنفعة خاصة على حساب باقي المساهمين كما لابد أن تتجه نيتها لتفضيل مصالحها الخاصة على مصالح باقي المساهمين⁴⁷.

الجزء الثاني: التعسف السلبي

وتسمى أيضاً بأقلية الاعتراض نظراً للموقف السلبي أو موقف الرفض الذي تتخذه الأقلية في مواجهة الأغلبية، أي المقاومة عبر المبررة التي تعبر عنها الأقلية داخل الجمعية العامة والتي تؤدي بسبب عدم توافر النصاب القانوني إلى عدم التصويت على قرار، على الرغم من أن هذا الأخير مفيد لمصلحة الشركة وهو ما يترتب عنه شل عمل هذه الأخيرة⁴⁸.

⁴⁵ بن ويراد أسماء، المرجع نفسه، نقلاً عن، أحمد بركات مصطفى، حماية أقلية المساهمين في شركة المساهمة - دراسة مقارنة - مجلة الدراسات القانونية لكلية الحقوق، جامعة أسيوط، العدد 16، 1996، ص 237.

⁴⁶ بن ويراد أسماء، المرجع السابق، ص، 249.

⁴⁷ بن عزوز فتيحة، دور لجنة تنظيم ومراقبة عمليات البورصة وحماية المساهم في شركة المساهمة، المرجع السابق، ص 235.

⁴⁸ أمينة غمزة، المرجع السابق، ص 385.

يوصف هذا التعسف بالسلبى لأن الأقلية تكون في حالة سكون وليس في حالة مبادرة كما هو الحال في التعسف الإيجابي، ويعتبر هذا النوع من التعسف الأكثر شيوعاً في الحياة العملية وقد أجمع الفقه الفرنسي على أن التعسف السلبى يمثل التعسف الحقيقي الذي تنتهجه الأقلية⁴⁹، إن النهج الديمقراطي في الجمعيات العامة لشركات المساهمة يمنح الأغلبية حق التقرير ويعطي الأقلية حق الاعتراض⁵⁰.

كما يمكن أن نجزم بأن التعسف السلبى للأقلية المساهمة يشبه تعسف المساواة، إذ يعتبر هذا الأخير نوع من الاعتراض التعسفي لكن نجده يحد تدخل الشركات ذات المسؤولية المحدودة بحيث يصدر من المساهمين بتملك كل واحد منهم نصف الحصص، فأى اعتراض من أحد المساهمين يشكل اعتراض يعيق اتخاذ القرار داخل الشركة⁵¹.

الفرع الثالث: حدود تعسف الأقلية

إن السلطات والحقوق التي منحها المشرع للأقلية، والتي كان الغرض منها حماية حقوقها داخل الشركة ومحاولة خلق توازن بين العلاقات داخلها، والتي تتمثل في مصلحة الشركة وديمومتها من جهة، ومصلحة الشركاء من الأغلبية من جهة أخرى، إضافة إلى حفظ حقوق هاته الأخيرة من الانتهاك من قبل الأكثرية، والغرض من منح المشرع هذه السلطات للأقلية هو إيقاف كل تجاوز من شأنه الإضرار بمصلحة الشركة، وكأن المشرع يجعل من الأقلية طرف مساعد أي وجودها داخل شركات المساهمة أمر ضروري للحد من تعسف الأغلبية وانفرادها بالقرار وبالتالي الوقوف أمام المصالح الضيقة للأغلبية، هذا الأمر من شأنه المساعدة على ديمومة الشركة وشفافيتها أكثر.

ومن جهة أخرى، فإن ما يجعل تعسف الأقلية أخطر من تعسف الأغلبية، هو أن الأقلية وبحكم ما تملكه من حقوق في الشركة، ليس لها مصالح معتبرة لتدافع عنها، فعندما تعرقل اتخاذ القرار لصالح الشركة، فهي لا تخاطر بالكثير مقابل ما ستخسره الأغلبية إذا نتج عن عدم اتخاذ قرار معين، إفلاس الشركة مثلاً، وبهذا يتجسد التعسف أكثر فأكثر وتبرز ملامحه جيداً⁵²، إضافة إلى أن التعويض من الجزاءات التقليدية التي يمكن من خلالها جبر الضرر الذي يسببه تعسف الأقلية داخل الجمعيات العامة، فيمكن إصلاح الضرر عن طريق التنفيذ العيني إذا كان ممكناً، أو بمقابل سواء كان التعويض اتفاقي أو قضائي، وبالنسبة لمقدار التعويض يتحدد بحجم

⁴⁹ بن ويراد أسماء المرجع السابق، ص 250.

⁵⁰ وجدي سلمان حاطوم، المرجع السابق، ص 462.

⁵¹ سيدر سامي، المرجع السابق، ص 36.

⁵² خلفاوي عبد الباقي، حق المساهم في رقابة شركة المساهمة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، قسم القانون الخاص، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة، 2008-2009، ص 226.

الضرر، وعلى الشركة أو الأغلبية إثبات تحقق الضرر، على أن التعويض المحكوم به يرجع إلى الذمة المالية للشركة متى كان مرجعه دعوى الشركة⁵³.

ومنه فإن أي محاولة لبناء تماثل بين تعسف الأقلية، وتعسف الأغلبية تكون عرضة للفشل ما دام أن المراقبة التي تفرضها نظرية تعسف الأقلية تقع على استعمال الحقوق، في حين أن المراقبة التي تفرضها نظرية تعسف الأغلبية تهدف إلى التحقق من الاستعمال الجيد لسلطة الأغلبية، ومنه فإن تعسف الأقلية يتميز بخصوصية تتمثل في وحدة السلطة الموضوعية بين يدي الأغلبية في مواجهة تعدد الحقوق المقررة للأقلية وهو تعدد قد ساهم فيه المشرع⁵⁴، مدفوعاً برغبته في إيجاد نظام خاص بالأقلية⁵⁵، ولعل الإشكال الذي يطرح في موضوع تعسف الأقلية، والذي يتبادر إلى الأذهان أن القضاء يمكنه الحد من هذا التعسف، هو ذلك المتعلق بالعقوبة المقررة للأقلية.

وما أثبتته الواقع العملي أن المكان الأمثل الذي تمارس فيه الأقلية تعسفها هو الجمعيات العامة الغير عادية وخاصة في الحالة التي تتعدّد فيها لتعديل القانون الأساسي للشركة، بحيث أن هذا النوع من لقرارات يتطلب أغلبية لا تتوفر عليها الأغلبية المساهمة مجتمعة مما يجعل مصير المصادقة على هكذا قرارات مرهون بقول الأقلية المساهمة، وبديهي انه كلما كانت الأغلبية المفروضة مرتفعة، كلما كان موقف الأقلية مهم وبالتالي سلطتها في العرقلة كبيرة.

فعندما نكون بصدد تعسف الأغلبية، فإن إلغاء وإبطال المداولات والقرارات المعيبة، هي الطريقة الفعالة للعقاب على هذا التعسف، لأنها وبكل بساطة ترجع الوضع إلى ما كان عليه قبل حدوث الاعتداء، وعلى العكس فإن في حالة تعسف الأقلية، ونظراً لعدم وجود مداولة مصوت عليها، فإن القضاء يحكم عادة بالتعويض عن الخسائر التي لحقت بالشركة⁵⁶.

⁵³ بن عزوز فتيحة، دور لجنة تنظيم ومراقبة عمليات البورصة وحماية المساهم في شركة المساهمة، المرجع السابق، ص 245.

⁵⁴ Jack Bussy, Droit des affaires, 2eme Edition, préface d'Yves Chapaut Dalloz, 2004, P223.

⁵⁵ R. Contin et H. Hovasse, « L'expertise de minorité dan les sociétés par actoins », D.1971 . chr.p.75.

⁵⁶ خلفاوي عبدالباقي، حماية المساهم في شركة المساهمة بين الواقع والقانون - دراسة مقارنة - المرجع السابق، ص 229.

الخاتمة:

وفي الأخير نستنتج أن الأغلبية المساهمة في رأس مال شركة المساهمة هي أمر ضروري من أجل تحقيق وتشجيع الاستثمار في أسهم شركات المساهمة والبيئة القانونية التي أوجدها المشرع الجزائري هي فعلا محفزة بالنسبة لأرباب المال القادرين على امتلاك أغلبية الأسهم، لكن هذه الأغلبية المساهمة يمكن أن تحيد عن الهدف الذي وضعت من أجله وهو تغليب المصلحة الجماعية على المصالح الشخصية وان التعسف الذي يكون في الغالب صادرا عن الأغلبية المساهمة، والذي كما تم ذكره ينبغي أن يكون مبررا ومحققا لمصلحة الشركة وإلا كانت الأغلبية أمام فكرة التعسف، كما يمكن أن يصدر أيضا عن الأقلية المساهمة ولا يمكن الحديث عن تعسف الأقلية إلا في الحالة التي يكون فيها دورها أساسيا في اتخاذ القرار كاشتراط نصاب معين ولا يكتمل إلا بانضمام الأقلية والتصويت لتمريره.

وما تم الوقوف عليه هو النقص التشريعي المنظم لأهم عنصر في أكبر نمط من الشركات التجارية، بحيث لا نجد منظومة قانونية خاصة تنظم على الأقل شركة المساهمة ومحاولة إيجاد الحلول لسد النقائص، لهذا تم اقتراح مجموعة من الحلول في شكل توصيات نلخصها في ما يلي:

توصيات:

- 01- ينبغي ضبط مفهوم خاص للأغلبية المساهمة وكذلك الأقلية.
- 02- على المشرع الجزائري تحديد الحالات التي يمكن أن تشكل تعسفا في مواجهة إحدى الفئتين.
- 03- يجب اعتماد نظام قانوني رديعي يضمن المساواة حتى في العقوبة المقررة في حالة تعسف الأقلية، لأنه وكما رأينا أن العقوبة المقررة للأقلية في حالة التعسف هي مخففة مقارنة بتلك المترتبة على الأغلبية.
- 04- ينبغي اعتماد منظومة قانونية فعالة لأقلية المساهمين، مع ضمان توازن بين مصلحة الأغلبية من جهة وحقوق أقلية المساهمين من جهة أخرى، دون المساس بالسير الحسن للشركة من الناحية الاقتصادية.
- 05- ضرورة وضع نصوص تشريعية يمكن من خلالها التفرقة بين أقلية المساهمين والمساهمين السلبيين الذين لا يحضرون اجتماعات الجمعيات العامة وإبعاد تأثيرهم على حياة الشركة.
- 06- ضرورة اعتماد وكيل عن الأقلية، وتقتصر وظيفته بتمثيل الأقلية في الجمعيات العامة للتصويت في محلها، وذلك دون المساس بالمصلحة المشروعة للأقلية والوكيل ما هو إلا جزء لوضع حد عن هذا التعسف.
- 07- منح القاضي سلطة التدخل لتمرير القرارات المعترض عليها، لإضافة إلى تمكينه من إصدار أحكام قضائية تكون بمثابة قرارات الجمعيات العامة في حالة ما إذا اعترضت الأقلية المساهمة على مشروع قرار يعد ضروري لمصلحة الشركة.

مدى فعالية شرط الاحتفاظ بالملكية كضمان في عقد الاعتماد الإيجاري

سميشي فاتن⁽¹⁾⁽¹⁾ طالبة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الإخوة منتوري

قسنطينة -1، 25000، الجزائر.

البريد الإلكتروني: fatene_fati@yahoo.fr

الملخص:

فرضت فكرة الملكية نفسها كضمانة فعّالة لحماية حقوق البائع في البيوع الائتمانية من خلال شرط الاحتفاظ بالملكية، هذا الشرط الذي تظهر فعاليته جليا ضمن أحكام عقد الاعتماد الإيجاري وذلك من خلال تقادي شركة الاعتماد الإيجاري لأية مزاحمة من قبل دائني المستأجر في إطار الإفلاس أو التسوية القضائية مهما كان وضعهم القانوني، باعتبار أن الشركة تضمن حقوقها بأكبر وأقوى ضمانات عن طريق احتفاظها بملكية الأصل المؤجر طيلة مدة العقد، وكذا من خلال إمكانية مطالبة الشركة باسترداد الأصل المؤجر باعتبارها مالكة له في حالة تخلف المستفيد عن الوفاء بالتزامه بدفع أقساط الأجرة.

الكلمات المفتاحية:

عقد الاعتماد الإيجاري، حق الملكية، شرط الاحتفاظ بالملكية، ضمان، الأصل المؤجر.

تاريخ إرسال المقال: 2020/10/04، تاريخ مراجعة المقال: 2021/12/16 ، تاريخ نشر المقال: 2021/12/31.

لتهميش المقال: سميشي فاتن، "مدى فعالية شرط الاحتفاظ بالملكية كضمان في عقد الاعتماد الإيجاري"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد 12، العدد 03، 2021، ص ص. 857-873.

<https://www.asjp.cerist.dz/en/PresentationRevue/72>

المقال متوفر على الرابط التالي:

المؤلف المراسل: سميشي فاتن، fatene_fati@yahoo.fr

The Effectiveness of the Retention-of-Title Clause as Collateral in the Leasing

Summary:

The idea of ownership imposed itself as an effective guarantee to protect the seller's rights in the Credit sales through the requirement to retain ownership, a condition whose effectiveness is evident within the provisions of the lease credit contract by avoiding any crowding by the tenant creditors in the context of bankruptcy or judicial settlement, whatever their legal status, considering that the company guarantees its rights with the largest and strongest guarantee by keeping ownership of the leased asset for the duration of the contract, as well as by requiring the company to recover the leased asset as its owner. In the event that the beneficiary fails to meet his obligation to pay the wages.

Keywords:

Leasing, Right of ownership, retention-of-title clause, guarantee, leased asset

L'efficacité de la clause de réserve de propriété comme garantie dans le contrat de crédit-bail

Résumé :

L'idée de propriété s'est imposée comme une garantie efficace pour protéger les droits du vendeur dans le cadre du crédit par clause de réserve de la propriété. Cette condition, dont l'efficacité est évidente dans les termes du contrat de crédit-bail, évite toute concurrence des créanciers du locataire dans le cadre d'une faillite ou d'un règlement judiciaire, quel que soit leur statut juridique, considérant que la société garantit ses droits avec la garantie la plus importante et la plus forte en conservant la propriété de l'actif loué pendant la durée du contrat, ainsi qu'en exigeant, en tant que propriétaire, de la société de restituer l'actif loué dans le cas où cette dernière ne s'acquitterait pas de son obligation de payer le loyer.

Mots clés:

Crédit-bail, Droit de propriété, la clause de réserve de propriété , Garantie, actif loué.

مقدمة

لما كان التمويل بمثابة الضالة التي ينشدها جميع الأشخاص، طبيعيين ومعنويين على حد سواء، إذ يشكل أبرز عوامل النجاح والاستمرار، فلا يمكن لأي كان أن يقوم بأي مشروع ما لم يتوفر لديه العنصر المالي الكافي، حيث أن قرار الاستثمار هو في حقيقته قرار مالي بالدرجة الأولى، وبما أن وسائل التمويل التقليدية لم تعد قادرة على مسايرة الحياة التجارية والصناعية التي تتميز بالتغيرات الدائمة وبالنتقدم التكنولوجي الذي لا يتوقف، فقد بدأ البحث عن وسائل تمويل بمفاهيم قانونية جديدة تلعب دور الوسيط بين كافة الأطراف لتأمين متطلباتهم، وحمايتهم ومساعدتهم على الالتحاق بما يستلزمه الواقع العملي والبيئة التجارية من تطور، لذا واستجابة لطلب عجزت وسائل التمويل التقليدية عن تلبيةه ظهر عقد الاعتماد الإيجاري الذي يعتبر تقنية حديثة للتمويل من ابتكار الفكر التمويلي والقانوني.

وتعتبر عقود الاعتماد الإيجاري أحد أهم صور عقود الائتمان التي شاعت في العصر الحديث باعتبارها بديلاً فعالاً للتأمينات التقليدية العينية منها والشخصية التي أثبتت بطنها وتعقيد إجراءاتها، كما أن هذا النوع من العقود صار السبيل الأنجع لأصحاب المشاريع الاقتصادية الراغبين في إيجاد مصادر تمويلية لتوفير حاجياتهم من أصول منقولة أو عقارية دون تكبد عناء تجميد رؤوس أموال كبيرة لشرائها أو اللجوء إلى الاقتراض من البنوك وما يتهدد ذلك من مخاطر العجز عن سداد القرض والإفلاس.

هذا بالإضافة إلى أن حقوق شركة الاعتماد الإيجاري المتمثلة حسب الأمر 109/96¹ في البنوك والمؤسسات المالية أو شركة تأجير مؤهلة قانوناً ومعتمدة صراحة بهذه الصفة، والتي تقوم بدور المؤجر في عقد الاعتماد الإيجاري تعتبر مضمونة بأهم الضمانات والمتمثلة في احتفاظ شركة الاعتماد الإيجاري بملكية الأصل موضوع العقد، ذلك أن الصعوبات المرتبطة بالضمانات التقليدية ومخاطر القروض أدت بالممارسة إلى إيجاد ضمانات أخرى، تتمثل أساساً في توظيف حق الملكية في مجال الضمان وذلك عن طريق شرط الاحتفاظ بالملكية، فلم تعد الملكية غاية في ذاتها وإنما أصبحت وسيلة لتحقيق غاية أخرى وهي الضمان.

وعلى هذا الأساس يمكن إثارة التساؤل حول ما مدى أهمية الدور الذي يلعبه شرط الاحتفاظ بالملكية كضمان لحقوق المؤجر في عقد الاعتماد الإيجاري؟

للإجابة عن هذه الإشكالية نتعرض إلى شرط الاحتفاظ بالملكية كضمان إتفاقي في مبحث أول، ونبحث أهمية شرط الاحتفاظ بالملكية كوسيلة للضمان في عقد الاعتماد الإيجاري في مبحث ثان.

¹ - الأمر رقم 09/96 المؤرخ في 10 جانفي 1996 المتعلق بالاعتماد الإيجاري، الجريدة الرسمية العدد 03، الصادرة بتاريخ 14 جانفي 1996.

المبحث الأول: شرط الاحتفاظ بالملكية كضمان إتفاقي

نظرا لأن انتقال ملكية المبيع ليست من النظام العام، يجوز للمتعاقدين الاتفاق على إرجاء نقل الملكية لحين الوفاء بكامل الثمن ولو تم تسليم المبيع، يحدث ذلك عادة في البيع مؤجل الثمن أو البيع بالتقسيط حيث يحتفظ البائع بملكية المبيع حتى يقوم المشتري بوفاء جميع أقساط الثمن، وهذا هو الشرط المعروف باسم شرط الاحتفاظ بالملكية²، وعليه نعرض مضمون شرط الاحتفاظ بالملكية ومشروعيته في مطلب أول، ونبحث مكانة شرط الاحتفاظ بالملكية ضمن الضمانات الاتفاقية للبائع في مطلب ثان.

المطلب الأول: مضمون شرط الاحتفاظ بالملكية ومشروعيته

إن مبدأ حرية التعاقد يحمل في طياته مبدأ الاعتراف للمتعاقدين بحرية إدراج الشروط التي يرونها مناسبة ومن هنا كان شرط الاحتفاظ بالملكية من أهم هذه الشروط³، فالأصل في عقد البيع أنه من العقود فورية التنفيذ أين يتم الالتزام بنقل الملكية والالتزام بدفع الثمن فور إبرام العقد، إلا أن حاجة المعاملات قد تضطر المشتري إلى إرجاء الوفاء بكل أو ببعض الثمن، الأمر الذي يضيف على البيع صفة ائتمانية تحمل في طياتها مخاطر معينة بالنسبة لحق البائع في الثمن الأمر الذي قد يضطره إلى اشتراط الاحتفاظ بالملكية كضمانة اتفاقية لاستيفاء حقه قبل المشتري ودائنيه⁴، وقد أجمع الفقه والقضاء على مشروعية شرط الاحتفاظ بالملكية كما تضمنت معظم التشريعات النص على الشرط صراحة ومنها المشرع الجزائري بالمادة 363 من القانون المدني⁵، وعليه سنتطرق لتعريف شرط الاحتفاظ بالملكية في فرع أول، ثم نتناول مشروعية الشرط في فرع ثان على النحو التالي:

الفرع الأول: تعريف شرط الاحتفاظ بالملكية

يشترط البائع أحيانا احتفاظه بملكية المبيع إلى حين استيفائه كل الثمن، وهذا ما يسمى بشرط الاحتفاظ بالملكية الذي يقترن غالبا بالبيع بالتقسيط، حيث يحتفظ البائع بالملكية ضمانا لاستيفاء كامل الثمن المؤجل. وطبقا للقواعد العامة فإنه تنتقل ملكية المبيع إلى المشتري بمجرد انعقاد البيع ولو لم يتم تسليم المبيع ودفع الثمن، حيث ينعقد البيع بمجرد تبادل التراضي بين الطرفين فينشأ التزاما على عاتق البائع بنقل الملكية إلى

² - محمد حسين منصور، شرط الاحتفاظ بالملكية، الطبعة الأولى، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007، ص 07.

³ - شرابن حمزة، الملكية كوسيلة لدعم الائتمان، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في قانون الأعمال، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر، 2007-2008، ص 65.

⁴ - محمد حسين منصور، نفس المرجع السابق، ص 11.

⁵ - القانون رقم 07-05 المؤرخ في 25 ربيع الثاني عام 1428 الموافق 13 ماي 2007 المعدل والمتمم للأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 والمتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية العدد 31، لسنة 2007.

المشتري، وينفذ الالتزام بمجرد تمام انعقاد العقد وبقوة القانون إذا كان البيع وارداً على منقول معين بالذات⁶ وهذا ما أوضحتها المادة 165 من القانون المدني الجزائري، ويعلق تنفيذ هذا الالتزام على الإفراز بالنسبة للمنقول المعين بالنوع وفقاً للمادة 166 من القانون المدني، وبالشهر بالنسبة للعقار حسب نص المادة 793 من القانون المدني، ويتم تنفيذ الالتزام بنقل الملكية بصرف النظر عن تنفيذ المشتري التزامه بدفع الثمن، وبما أن نقل ملكية المبيع لا يتعلق بالنظام العام يجوز للمتعاقدین الاتفاق على إرجاء نقل الملكية إلى أجل محدد، وهذا الاتفاق ينطوي غالباً على إبقاء الملكية للبائع وعدم انتقالها للمشتري إلا بعد سداد كامل الثمن.

في هذه الحالة يلعب شرط الاحتفاظ بالملكية دوراً تأمينياً هاماً لاستيفاء ثمن المبيع، ويكون البيع في هذا الفرض ائتمانياً بالنسبة لكلا الطرفين، فالبائع يَأْتَمَنُ المشتري على الثمن، ويَأْتَمَنُ المشتري البائع على الملكية⁷. وبناء على ما سبق يعرف شرط الاحتفاظ بالملكية على أنه اتفاق بموجبه يحتفظ البائع بملكية المال محل العقد حتى استيفاء الثمن المؤجل، فهو وسيلة يضمن من خلالها البائع الحصول على الثمن من المشتري ومنعاً لأي تصرف بالمال من قبل المشتري للغير حسن النية قبل سداد الثمن⁸، وهناك من يعرفه على أنه اتفاقية لنقل الملكية المؤجلة لما بعد إبرام العقد تهدف إلى حماية ناقل الملكية ضد عجز المتعاقد معه وبصفة خاصة ضد إفسار المدين أو إفلاسه⁹. فشرط الاحتفاظ بالملكية هو عبارة عن بند أو شرط يمكن إدراجه في عقد البيع يتم من خلاله احتفاظ البائع بملكية المبيع على الرغم من تسليمه للمشتري الذي يصبح حائزاً للشيء حتى يقوم بالوفاء بالثمن كاملاً.

والجدير بالذكر هنا أن موضوع شرط الاحتفاظ بالملكية محدد بالمنقولات، لأن القانون يتحدث عن "تسليم المبيع" فيمكن القول أن المشرع قصد بيع المنقولات المادية دون العقارات والحقوق المعنوية.

الفرع الثاني: مشروعية شرط الاحتفاظ بالملكية

شرط الاحتفاظ بالملكية من أبرز الشروط التي اعتاد البائعون بالتقسيط إدراجها في عقودهم، وقد ثار خلاف حول مشروعية شرط الاحتفاظ بالملكية لكونه ينطوي على تضليل يكون فيه الظاهر يخالف الواقع، إذ أن المشتري يحوز مالم لا يملكه وهذا يشكل إضراراً للغير حسن النية، كما يرى جانب آخر أن شرط الاحتفاظ بالملكية يخالف طبيعة العقد فهو من العقود الناقلة للملكية والأصل أن تنتقل الملكية فيه مباشرة بمجرد إبرام

⁶ - محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 24.

⁷ - محمد حسين منصور، نفس المرجع، ص 24.

⁸ - محمد عبد الله فرحان المهيرة، الطبيعة القانونية للتأجير التمويلي، رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه، كلية الحقوق جامعة عين شمس، مصر، 2018، ص 226.

⁹ - السيد عبد المنعم حافظ السيد، عقد التأجير التمويلي الدولي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2010، ص 373.

العقد ولو لم يسدد المشتري الثمن¹⁰، إلا أن هذا الجدل لم يعد له ما يبرره في ظل النص على هذا الشرط في بعض التشريعات حاسمة ما قد يثار من خلاف حول صحة أو مشروعية هذا الشرط من عدمها كما هو في نص المادة 363 من القانون المدني الجزائري والتي جاء فيها (إذا كان ثمن البيع مؤجلاً جاز للبائع أن يشترط أن يكون نقل الملكية إلى المشتري موقوفاً على دفع الثمن كله ولو تم تسليم الشيء المبيع...). وبذلك يكون المشرع الجزائري قد أقرّ بصحة هذا الاتفاق صراحة. كما أجاز المشرع المصري أيضاً الشرط بنصه في المادة 430 فقرة أولى من التقنين المدني على جواز اشتراط البائع أن يكون نقل الملكية إلى المشتري موقوفاً على استقاء الثمن كله ولو تم تسليم المبيع، و تقابلها المادة 487 من القانون المدني الأردني.

أما بالنسبة للوضع في فرنسا فإن الفقه في مجموعه، كان يرى أن هذا الاتفاق صحيح أيضاً وذلك لأن نص المادة 1583 ونص المادة 1138 مدني فرنسي واللذان يربطان نقل الملكية بانعقاد البيع ليسا من القواعد الآمرة، غير أن هذا الشرط في القانون الفرنسي قبل سنة 1980 كان عديم الأثر عندما يكون المدين في حالة إفلاس بما أن باقي الدائنين يأخذون في اعتبارهم الوضع الظاهر وهو أن الشيء يدخل في الضمان العام للمدين، خاصة وأن حيازة المدين للشيء المبيع تعزز هذا الوضع الظاهر¹¹.

وبعد انتشار شرط الاحتفاظ بالملكية في العمل حاول المشرع الفرنسي الاستفادة من التجربة الألمانية بصفة خاصة وللحاق بالركب الأوروبي بصفة عامة، فتدخل لتنظيم أثر الشرط بالقانون الصادر في 12 ماي 1980¹²، المعدل بقانون 25 جانفي 1985 ليصبح شرط الاحتفاظ بالملكية تحت شروط معينة نافذاً في مواجهة باقي الدائنين في حالة الإفلاس، وليزيد من فعالية الشرط كأداة ضمان ووسيلة ائتمان حتى بعد الحكم بالتسوية القضائية أو بتصفية أموال المشتري المفلس¹³.

وبذلك لم تعد مشروعية شرط الاحتفاظ بالملكية محل جدل في الفقه الحديث أو القانون المعاصر. حيث استقر شرط الاحتفاظ بالملكية في القوانين المعاصرة نظراً لما يحققه من مصالح اقتصادية مشروعة من جهة، ولعدم مخالفة للنظام العام من جهة أخرى ذلك أنه من المقرر جواز الاتفاق على تأجيل انتقال الملكية، حيث أن تحديد وقت انتقالها بالعقد أمر لا يتعلق بالنظام العام¹⁴.

10 - محمد عبد الله فرحان المهاييرة ، المرجع السابق، ص ص 227، 228.

11 - شراين حمزة، المرجع السابق، ص 67.

12 - Loi n° 80-335 du 12 mai 1980 relative aux effets des clauses de réserve de propriété, parue au JO du 13 mai 1980.

13 - بن عمارة محمد، الملكية كأداة ضمان في مجال العلاقات التعاقدية، مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة وهران، 2006، ص 77.

14 - محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 28.

المطلب الثاني: مكانة شرط الاحتفاظ بالملكية ضمن الضمانات الاتفاقية للبائع

جاء القانون الجزائري بجملة من الضمانات التي من شأنها ضمان حق البائع في استثناء الثمن من المشتري، ولحمايته من خطر إفسار هذا الأخير وتفادي ضياع حقه، وهي ضمانات إما قانونية¹⁵ أو اتفاقية. وستقتصر دراستنا في هذا البحث على الضمانات الاتفاقية والتي يدخل ضمنها شرط الاحتفاظ بالملكية، وهي تلك الإتفاقيات التي تتم ما بين البائع والمشتري، يكون موضوعها أن يحصل البائع بالإضافة إلى الضمانات القانونية على ضمانات خاصة أخرى يؤمن بها حقه في استثناء الثمن المؤجل أو ما تبقى منه، وتأخذ الضمانات الاتفاقية في الحياة العملية العديد من الصور أبرزها التأمينات العينية والشخصية، الشرط الجزائي، الشرط المانع من التصرف، إضافة لشرط الاحتفاظ بالملكية، وبالتالي سنحاول توضيح مكانة هذا الشرط ضمنها مع بيان مدى فعاليتها في ضمان حق البائع في استثناء الثمن وذلك كالآتي:

الفرع الأول: التأمينات العينية والشخصية

يتمتع الدائن بحق الضمان العام على ذمة مدينه، ويعني ذلك أن جميع أموال المدين، الحاضر منها والمستقبل تضمن الوفاء بديونه، ويتساوى كل الدائنين في هذا الضمان إلا من كان له منهم حق التقدم طبقا للقانون. ولذلك يحاول الدائن تفادي مخاطر إفسار أو إفلاس المدين، حيث يمكن أن يتعرض حقه للضياع إثر دخوله في قسمة غرماء مع باقي الدائنين، بحصوله على ضمانات إتفاقية يقوي بها مركزه القانوني. إذ يمكن للدائن الحصول على سبب من أسباب التقدم القانونية وهي التأمينات العينية التي تتمثل في تخصيص مال معين من أموال المدين لضمان الوفاء بدين الدائن، حيث يكون له حق التقدم في استثناء حقه على سائر الدائنين عند توزيع ثمن هذا المال، وله أيضا حق تتبع المال وإعادته إلى ذمة مدينه ليمارس عليه حقه في التقدم. وقد نظم المشرع الجزائري التأمينات العينية بنصوص محددة على سبيل الحصر ينشأ بعضها بالاتفاق كالرهن الرسمي والرهن الحيازي، وينشأ البعض الآخر بنص القانون كحقوق الامتياز كما قد ينشأ التأمين العيني بحكم من القضاء كحق الاختصاص¹⁶.

كما يمكن أن يؤمن الدائن حقه من خلال التأمين الشخصي والذي يتمثل في التزام شخص آخر مع المدين بالوفاء بالدين، فالدائن يكون أمامه أكثر من مدين بنفس الدين فإذا أعسر أحدهم كان يسار الآخر ضامنا للوفاء بحقه، ولعل الكفالة أبرز صورة للتأمين الشخصي، يوجد إلى جانبها أيضا التضامن وعدم قابلية الدين

¹⁵ - من خلال نصوص القانون المدني الجزائري يتضح أن الضمانات التي يخولها القانون للبائع لإستثناء حقه في الثمن تتمثل في حق حبس المبيع، الفسخ واسترداد المبيع، التنفيذ على أموال المدين، حق الامتياز الذي يعد ضمانا خاصة بالبائع.

¹⁶ - محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 87، 88.

للإنقسام والإصابة الناقصة، حيث يوجد في هذه الحالات من يلتزم شخصيا بالوفاء بالدين إلى جانب المدين الأصلي.

ولا شك أن للتأمينات العينية والشخصية فعالية وأهمية في ضمان حق البائع في استثناء الثمن، حيث يضعه التأمين العيني في مركز متميز عن غيره من الدائنين ويقيه مخاطر إفسار المشتري، إلا أنه ليس من السهل دائما الحصول على تلك التأمينات حيث يصعب على المدين غالبا تقديمها سواء لعدم توافرها أو لارتفاع تكلفتها، فقد لا يجد المشتري كفيلا يكفله أو مالا يقدمه رهنا. ضف إلى ذلك ما تتطوي عليه هذه الضمانات من بعض المخاطر والعيوب، فالتأمينات العينية قد تسبقها حقوق أخرى كحقوق الامتياز العامة والرهون وحقوق الامتياز الخاصة الأسبق في القيد، كما يقتضي الرهن الرسمي العديد من الإجراءات القانونية كالقيد والتجديد وإجراءات بيع العقار، ويلقي الرهن الحيازي على عاتق الدائن عدّة التزامات تتعلق بحفظ واستغلال المال المرهون، و تتوقف جدوى الكفالة على مدى يسر الكفيل الذي قد يتعرض هو الآخر لخطر الإفسار¹⁷.

الفرع الثاني: الشرط الجزائي

يعتبر الشرط الجزائي مبلغا جزافيا يقدر به الطرفان مقدما التعويض المستحق عن الضرر الذي يلحق أحدهما نتيجة خطأ الطرف الآخر، بمعنى أنه تقدير إتفاقي للتعويض يتم الاتفاق عليه قبل وقوع الضرر بالفعل. حيث يتفق المتعاقدان مقدما على تقدير التعويض الذي يستحقه الدائن في حالة عدم تنفيذ المدين لالتزامه أو التأخير فيه وهو ما تضمنته المادة 183 من القانون المدني الجزائري بقولها (يجوز للمتعاقدين أن يحددا مقدما قيمة التعويض بالنص عليها في العقد، أو في إتفاق لاحق، وتطبق في هذه الحالة أحكام المواد 176 إلى 181).

يفهم من النص أن الشرط الجزائي في الأصل تقدير إتفاقي مقدّم للتعويض، إلا أن الأطراف يلجأون إليه أحيانا كجزاء مدني بهدف حث المتعاقد على تنفيذ إلتزامه، فالشرط الجزائي يلعب أساسا دورا تعويضا بحثا من خلال التحديد المسبق للتعويض عن الضرر المتوقع بسبب الإخلال بالإلتزام، ولكن الأطراف يتفقون أحيانا على مبلغ يفوق قيمة الضرر بهدف تشديد مسؤولية المدين، فيقوم الشرط في هذه الحالة بدور التهديد المالي حيث يهدف إلى تحذير المدين من الإخلال بالإلتزام وتهديده بالجزاء الشديد المشترط لحمله على الوفاء في الموعد المتفق عليه.

كما يلجأ المتعاقدان في البيع الائتماني أحيانا إلى الشرط الجزائي كوسيلة تأمينية لضمان قيام المدين بتنفيذ إلتزامه، حيث يتم الاتفاق على مبلغ كبير من المال يلتزم المدين بدفعه في حالة الإخلال بالإلتزام، ولكن فعالية الشرط الجزائي في أداء ذلك الدور تتضاءل أمام السلطة التي يتمتع بها القاضي في إستبعاد تطبيقه أو

17 - محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 90.

تخفيضه¹⁸، حيث تقضي المادة 184 من القانون المدني الجزائري بأنه (لا يكون التعويض المحدد في الاتفاق مستحقا إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر ويجوز للقاضي أن يخفض مبلغ التعويض إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر. ويكون باطلا كل اتفاق يخالف أحكام الفقرتين أعلاه). هذا بالإضافة إلى أن الشرط الجزائري لا يقي الدائن من مخاطر إفلاس أو إعسار المدين وتعرضه لمزاحمة سائر الدائنين.

الفرع الثالث: الشرط المانع من التصرف

قد يشترط البائع عدم تصرف المشتري في المبيع الذي انتقلت ملكيته إليه قبل الوفاء بكامل الثمن، وهذا ما يعرف بالشرط المانع من التصرف والذي بمقتضاه يشترط المتصرف (البائع) على المتصرف إليه (المشتري) عدم التصرف في الشيء على أن يكون الباعث وراء هذا الشرط مشروعاً ولمدة زمنية معقولة. والجدير بالذكر أن المشرع الجزائري لم يقر مثل هذا الشرط بنص خاص، وهذا على خلاف نظيره المصري الذي أقر الشرط واعتبره استثناء من القواعد العامة التي تقضي بحرية تصرف المالك في ملكه بشروطي الباعث المشروع والمدة المعقولة. وبالتالي يكون الاتفاق على الشرط المانع من التصرف صحيحاً في البيع الائتماني مؤجل الثمن، حيث لا شك في مشروعية الباعث ألا وهو ضمان إستيفاء الثمن وحث المشتري على الوفاء به، ولا شك أيضاً في أن مدة الشرط تكون معقولة لأنها تتمثل في فترة الوفاء بالأقساط المؤجلة. وعليه يمكن أن يلعب الشرط المانع من التصرف بالملكية دوراً هاماً في حفظ وضمان حق البائع في الثمن، نظراً لأن يد المشتري تظل مغلوطة عن التصرف في العين حتى يتم الوفاء بكل الثمن، فهو بذلك يفقد مؤقتاً أهم عنصر من عناصر حق الملكية ويقع كل تصرف مخالف للشرط المانع باطلاً، ويؤدي ذلك إلى حث المشتري على الوفاء بالثمن كي يتمكن من ممارسة مكنات حق الملكية كاملة¹⁹. كما أن الشرط المانع من التصرف يؤدي إلى بقاء المبيع في يد المشتري إلى حين الوفاء بكامل الثمن، ومن شأن ذلك ضمان فعالية حق البائع في طلب الفسخ واسترداد المبيع في حالة التخلف عن الوفاء بالثمن، بل أن مخالفة حكم الشرط تخول المتعاقد الذي اشترطه فضلاً عن طلب بطلان التصرف المخالف الحق في فسخ العقد الأصلي الوارد فيه الشرط متى كان من الشروط الأساسية للتعاقد والتي بدونها ما كان يتم إذ تكون مخالفة المتعاقد الآخر له في هذه الحالة إخلالاً منه بأحد إلتزاماته الجوهرية مما يجيز للمتعاقد معه (البائع) طلب فسخ العقد.

¹⁸ - محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص ص 90، 91.

¹⁹ - محمد حسين منصور، نفس المرجع، ص 95.

لكن مع ذلك يمكن أن يُعاب على الشرط المانع من التصرف أنه لا يقدم ضمانات عينية أو شخصية مباشرة للبائع تضمن له استيفاء حقه في الثمن، إذ أنه يظل مهددا بمخاطر إفسار المشتري ومزاحمة باقي الدائنين في حالة التنفيذ على أمواله بصفة عامة وعلى ثمن المبيع خاصة، إلا إذا تمسك بحق امتياز كبايع على هذا الثمن.

وفي هذا المقام تجد المقارنة بين شرط الاحتفاظ بالملكية والشرط المانع من التصرف ما يبررها وذلك لبيان مدى فعالية كل منهما في ضمان حق البائع في استيفاء الثمن، فمن الناحية النظرية يعد شرط الاحتفاظ بالملكية أقوى من الشرط المانع من التصرف لأن البائع الذي يحتفظ بملكية المبيع يكون في مركز أقوى من البائع الذي يشترط على المشتري عدم التصرف في المبيع، وهذا لكون المشتري في الحالة الأولى لا يتوافر لديه أي من عناصر الملكية بينما يكون المشتري في الحالة الثانية متمتعاً من حيث المبدأ بحقي الاستعمال والاستغلال دون التصرف في المبيع، وعلاوة على هذا يستطيع البائع المحتفظ بالملكية استرداد المبيع سواء من المشتري أو من تحت يد الدائن الحاجز في حين أن البائع الذي اشترط عدم التصرف في المبيع لا يمكنه استرداده إلا بعد الحكم بفسخ عقد البيع.

أما من الناحية العملية ومن ناحية التنظيم القانوني لكل من الشرطين فإن الشرط المانع من التصرف يفوق في قوته شرط الاحتفاظ بالملكية وذلك لعدة أسباب، فإذا قام المشتري بالتصرف في المبيع المحتفظ بملكته كان تصرفه غير نافذ في مواجهة البائع لأنه تصرف في ملك الغير²⁰، أما تصرف المشتري في المبيع بالمخالفة لشرط المنع من التصرف وقع تصرفه باطلاً.

وفي حالة بيع المنقول لا يعتد بشرط الاحتفاظ بالملكية في مواجهة جماعة الدائنين ما لم يكن مكتوباً في ورقة ثابتة التاريخ وسابق على حق الغير أو إجراءات التنفيذ على المبيع التي يباشرها الدائنون، في حين أن الشرط المانع من التصرف يترتب أثره كاملاً في مواجهة جميع الدائنين لأن المبيع يكون غير قابل للحجز عليه، أما في بيع العقار فإنه يسري كل من شرط الاحتفاظ بالملكية والشرط المانع من التصرف في مواجهة جماعة الدائنين، على اعتبار أن كلا الشرطين يكون محل تسجيل وشهر عقاري ضمن إجراءات تسجيل وشهر عقد البيع²¹.

وبما أن قاعدة الحيابة في المنقول سند الملكية تقتضي أن يكون الحائز قد اكتسب المنقول بسبب صحيح حتى يمكنه التحجج بها في مواجهة الكافة، فإن المشتري الثاني حسن النية الذي يتسلم المنقول المحتفظ بملكته بموجب تصرف المشتري الأول يكون له أن يتمسك بهذه القاعدة في مواجهة البائع، أما إذا تعلق الأمر

20 - راجع المادة 397 من القانون المدني الجزائري.

21 - محمد حسين منصور، المرجع السابق، 95، 96.

بمنقول تصرف فيه المشتري بالمخالفة للشروط المانع من التصرف وقع التصرف باطلا ولا يجوز بالتالي للمتصرف إليه التمسك بقاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية²².

المبحث الثاني: أهمية شرط الاحتفاظ بالملكية كوسيلة للضمان في عقد الاعتماد الإيجاري

لقد فرضت فكرة الملكية نفسها كضمانة فعّالة لحماية حقوق البائع في البيوع الائتمانية من خلال شرط الاحتفاظ بالملكية²³، الذي تظهر فعاليته عند إمكانية مطالبة البائع باسترداد الشيء المبيع إذا لم يستوفي حقه في الثمن في ميعاد استحقاقه باعتباره مالكا له، مما يجنبه مزاحمة باقي دائني المشتري له. ولقد أدى استعمال حق الملكية بهدف الضمان إلى إدخال هذه الضمانة ضمن تقنيات تعاقدية مختلفة، ذلك أن إدراج هذا الشرط لم يعد مقتصرًا على عقد البيع في صورته العادية، إذ أن الحاجات الاقتصادية أدت إلى ظهور أنواع جديدة من العقود كعقد الاعتماد الإيجاري الذي يميزه بحث المؤجر التمويلي عن ضمان سهل بسيط وقوي في ذات الوقت، فكان أن تم توظيف شرط الاحتفاظ بالملكية كوسيلة ضمان لحقوقه²⁴، إذ أن الاعتماد الإيجاري كوسيلة تمويلية يرمي إلى تحقيق عدّة أهداف في آن واحد من بين هذه الأهداف تحقيق ضمان لحقوق المؤجر عن طريق الاحتفاظ بالملكية، فعقد الاعتماد الإيجاري العقاري أو المنقول يسمح للمؤجر بالاحتفاظ بملكية الأصل ما يترتب عنه تخويل المؤجر حق استرداد الشيء محل العقد في حالة تخلف المستأجر عن الوفاء بالتزاماته أو إفلاسه²⁵، وقبل أن نتطرق إلى أهمية ودور شرط الاحتفاظ بالملكية في هذا العقد نعرض للأساس القانوني لحق الملكية الثابت لشركة الاعتماد الإيجاري في مطلب أول، ثم نتطرق لدراسة فعالية شرط الاحتفاظ بالملكية كضمان في عقد الاعتماد الإيجاري في مطلب ثان على النحو التالي:

المطلب الأول: الأساس القانوني لحق الملكية الثابت لشركة الاعتماد الإيجاري

قبل بحث الأساس القانوني لحق المؤجر التمويلي في ملكية الأصول (فرع ثان)، سنعرض بإيجاز الفكرة التي يقوم عليها عقد الاعتماد الإيجاري في (فرع أول) كما يلي:

22 - صبري مصطفى حسن السبك، البيع بالتقسيط كصورة من صور البيوع التجارية الخاص، الطبعة الأولى، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2012، ص 381.

23 - نبيل إبراهيم سعد، الضمانات غير المسماة في القانون الخاص، منشأة المعارف، القاهرة، 1991، ص 271.

24 - شراين حمزة، المرجع السابق، ص 82.

25 - نبيل إبراهيم سعد، الملكية كوسيلة للضمان، -الاحتفاظ بالملكية على سبيل الضمان، نقل الملكية على سبيل الضمان-، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007، ص 78.

الفرع الأول: الفكرة التي يقوم عليها عقد الاعتماد الاجاري

يقوم عقد الاعتماد الاجاري على فكرة مؤداها أنه عوض أن تقدم المؤسسة المالية قرضا معيناً إلى طالب التمويل ليشتري بهذا القرض ما يحتاجه، وعوض أن تقدم له ما يحتاجه من أصول إنتاجية عن طريق شرائها بالتقسيط حيث لا يلتزم إلا بدفع الأقساط المتفق عليها سواء كان الأمر متعلقاً بأقساط القرض أو أقساط الثمن، وما يترتب عن ذلك من تعرض المؤسسة المالية لمخاطر إفلاس طالب التمويل أو إعساره وما ينجر عنه من ضياع حقوقها أو بعضها فإنها تقوم بشراء ما يحتاج إليه المشروع الاقتصادي من معدات أو تجهيزات أو أصول استثمارية مع احتفاظها بمليقتها، ثم تقوم بتأجيرها للمستأجر التمويلي مقابل أقساط إيجار معينة تمثل مقابل استهلاك تلك الأصول المؤجرة²⁶، ومقابل نفقات مالية وإدارية وعوائد ربح مقررة على المبلغ المدفوع في شراء تلك الأصول وتبقى المؤسسة الممولة محتفظة بمليكية تلك الأصول المؤجرة طوال مدة العقد، ويكون للمستأجر التمويلي في مقابل ذلك وبعد انتهاء مدة العقد حق خيار شراء تلك الأصول بثمن يتفق عليه في العقد مع الأخذ بعين الاعتبار أقساط الأجرة المدفوعة، كما له حق خيار تجديد العقد بشروط جديدة تتلاءم مع حالة الأصول المؤجرة بعد استعمالها أو رد تلك الأصول ووضع حد لعقد الاعتماد الاجاري.

وقد عرفه الدكتور بسام هلال الفلاب بأنه (عقد كتابي يبرم بين مؤجر ومستأجر لاستئجار منقولات أو عقارات مخصصة لأغراض استثمارية اختارها المستأجر واكتسب المؤجر ملكيتها من طرف ثالث -البائع أو المورد أو المقاول- ويمنح المستأجر الحق باستغلالها نظير أجره محددة خلال مدة معينة غير قابلة للإلغاء، ويكون له الخيار عند انتهاء المدة بين تملكها مقابل ثمن متفق عليه، أو إعادة استئجارها أو ردها إلى المؤجر)²⁷.

وعرفه المشرع الجزائري من خلال نص المادة الأولى من الأمر 09/96 المنظم لعقد الاعتماد الإيجاري بقوله: (يُعتبر الاعتماد الإيجاري عملية تجارية ومالية يتم تحقيقها من قبل البنوك والمؤسسات المالية، أو شركة تأجير مؤهلة قانوناً ومعتمدة صراحة بهذه الصفة مع المتعاملين الاقتصاديين الجزائريين أو الأجانب أشخاصاً طبيعيين كانوا أم معنويين تابعين للقانون العام أو الخاص، تكون قائمة على عقد إيجار يمكن أن يتضمن أو لا يتضمن حق الخيار بالشراء لصالح المستأجر، وتتعلق فقط بأصول منقولة أو غير منقولة ذات الاستعمال المهني أو بالمحلات التجارية أو بمؤسسات حرفية).

²⁶ -عسالي عبد الكريم، إعفاء المؤجر التمويلي من التزاماته العقدية -دراسة نقدية للأمر رقم 09/96 يتعلق بالاعتماد الاجاري-

، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد 14، العدد 02، 2016، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، الجزائر، ص 175.

²⁷ - بسام هلال مسلم الفلاب، التأجير التمويلي، الطبعة الأولى، دار الولاية للنشر والتوزيع، 2009، عمان، ص 21.

الفرع الثاني: الأساس القانوني لحق المؤجر التمويلي في ملكية الأصول

يعتبر حق الملكية أهم الحقوق العينية الأصلية²⁸ وأوسعها نطاقا، ويتفرع عن هذا الحق عدّة حقوق أخرى توفر لأصحابها بعض سلطات المالك وهي حق الانتفاع، وحق الاستعمال، وحق الارتفاق، وحق السكنى²⁹. وقد عرّف المشرع الجزائري الملكية بموجب نص المادة 674 من القانون المدني بقوله (الملكية هي حق التمتع والتصرف في الأشياء بشرط أن لا يستعمل استعمالا تحرمه القوانين والأنظمة)، كما عرفها المشرع المصري في المادة 802 من القانون المدني (مالك الشيء وحده في حدود القانون، حق استعماله واستغلاله والتصرف فيه). ويتضح من ذلك أن الملكية هي حق استئثار المالك باستعمال واستغلال الشيء الذي ترد عليه والتصرف فيه في حدود القانون، أي أن حق الملكية يخول صاحبه عناصر ثلاثة هي: الاستعمال، والاستغلال، والتصرف.

ويعتبر حق الملكية في إطار عقد الاعتماد الاجباري وسيلة قانونية لحماية الدائن من خطر إفسار أو إفلاس المدين، تتمثل في إعطائه تأمين يمثل ضمانا للوفاء بالدين ويكون تأمينا عينيا وخصوصا، وليس شخصا وعاما³⁰، حيث جاء في المادة 19 فقرة أولى من الأمر رقم 96-09 أنه (يبقى المؤجر صاحب ملكية الأصل المؤجر خلال كل مدة عقد الاعتماد الاجباري إلى غاية تحقيق شراء المستأجر هذا الأصل، في حالة ما إذا قرّر هذا الأخير حق الخيار بالشراء عند انقضاء فترة الإيجار غير القابلة للإلغاء)، فالملاحظ من خلال نص المادة أن المشرع أحاط المؤجر -الذي حصره في البنوك والمؤسسات المالية وشركات الاعتماد الاجباري-³¹ بامتياز هام، حيث أعطى حق الاحتفاظ بملكية الأصول المؤجرة طيلة مدة العقد للمؤجر وذلك على سبيل الضمان، ففي الغالب لا تكون شركة الاعتماد الاجباري أو المؤسسة المالية مالكة للأصل قبل انعقاد العقد ولكنها تسعى إلى اكتسابها بمناسبة عملية التمويل وتبقى محتفظة بها طوال مدة سداد المستفيد لأقساط الأجرة³² بموجب الحق

28 - الحق العيني الأصلي هو الذي يقوم مستقلا بذاته دون أن يكون تابعا لحق آخر، ويخول صاحبه الحق في استعمال شيء معين واستغلاله بطريقة كاملة أو ناقصة.

29 - محمد حسين منصور، الحقوق العينية الأصلية، -الملكية والحقوق المتفرعة عنها، أسباب كسب الملكية-، الطبعة الأولى، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2007، ص 08.

30 - نوال قحموس يامي، عقد الاعتماد الاجباري في ظل القانون الجزائري، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، 2012-2013، ص 42.

31 - عسالي عبد الكريم، المرجع السابق، ص 186.

32 - هشام بن شيخ، الاحتفاظ بالملكية ودوره التأميني - عقد الاعتماد الاجباري كنموذج-، مجلة دفاتر السياسة والقانون، العدد السادس عشر، جانفي 1017، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، ص 223.

الذي كفله لها القانون، إذ أن الملكية هنا تؤمن حق المؤجر في استرداد المبالغ التي دفعها في تمويل عملية التأجير³³.

فبالنظر إلى الطبيعة الاقتصادية لعقد الاعتماد الايجاري والهدف الأساسي من وراء أي تأمين عيني فإن ملكية الأموال محل هذا العقد تمثل بلا جدل ضمان أو تأمين مالي، وفي هذا الصدد صرح بعض الفقهاء بأن "عقد الاعتماد الايجاري يعد نوعاً من الاحتفاظ بالملكية ليس لصالح البائع، وإنما لصالح المؤسسة المالية التي تقدم تسويق للثمن إلى البائع".

وعليه يمكن القول أن الخاصية الأساسية لعقد الاعتماد الايجاري هي أن المستأجر يتحصل على القيمة الاقتصادية للمال محل هذه العملية، غير أن شركة الاعتماد الايجاري (المؤجر) تحتفظ بحق الملكية لها وبالتالي فالمستفيد (المستأجر) لا يتمتع إلا بحق الاستعمال فقط دون الملكية، وملكية الأموال محل العملية هنا بالتأكيد تعد من التأمينات أو الضمانات الفعالة لحقوق شركة الاعتماد الايجاري والتي عن طريقها تستطيع إسترداد رؤوس أموالها المستثمرة بما يحقق لها أمان أفضل³⁴.

وتجدر الإشارة إلى أنه لولا حرص شركة الاعتماد الايجاري على اكتساب ملكية الأصل والاحتفاظ بها على سبيل الضمان لما أقحم الأصل في دائرة الاتفاق المبرم بينه وبين المشروع المستفيد، ولأستقل اقتناء المستفيد للأصل على الخدمة التمويلية المقدمة له³⁵.

المطلب الثاني: فعالية شرط الاحتفاظ بالملكية كضمان في عقد الاعتماد الايجاري

يُجمع الفقه في فرنسا على أن الملكية في عقود الاعتماد الايجاري تُمثل الضمان الفعلي والجوهري الذي تتمتع به الشركة المؤجرة لاستقاء حقوقها المالية³⁶، حيث أنها تعتبر أفضل ضمان ضد مخاطر إفسار المستفيد أو إفلاسه وإخلاله بالتزامه بالوفاء بالإيجارات³⁷، وعليه يمكن أن نتطرق لفعالية شرط الاحتفاظ بالملكية بالنسبة للمؤجر في فرعين، نتناول فعالية شرط الاحتفاظ بالملكية في حالة عدم دفع المستأجر للأجرة في فرع أول، ونعرض فعالية شرط الاحتفاظ بالملكية في حالة إفلاس المستأجر في فرع ثان على التوالي.

الفرع الأول: فعالية شرط الاحتفاظ بالملكية في حالة عدم دفع المستأجر للأجرة

عند عدم دفع المستأجر قسطاً واحداً من الإيجار، ويعد إشعار مسبق و/أو إذار لمدة خمسة عشر (15) يوماً كاملة، يحق للمؤجر أن يضع حداً لحق المستأجر في الانتفاع بالأصل المؤجر واسترجاعه بالتراضي أو

³³ - بسام هلال مسلم القلاب، المرجع السابق، ص 273.

³⁴ - نوال قحموس يامي، المرجع السابق، ص 43، 44.

³⁵ - هشام بن شيخ، نفس المرجع السابق، ص 224.

³⁶ - هاني محمد دويدار، النظام القانوني للتأجير التمويلي، الطبعة الثانية، مكتبة الإشعاع القانونية، مصر، 1998، ص 106.

³⁷ - نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 79.

عن طريق مجرد أمر غير قابل للاستئناف يصدر بذيل عريضة عن رئيس المحكمة التي يقع بدائرة اختصاصها مكان إقامة المؤجر.

ويمكن للمؤجر بعد استرجاع الأصل أن يتصرف فيه عن طريق التأجير أو البيع أو عن طريق أية وسيلة قانونية أخرى لنقل الملكية، وهذا حسب ما جاء في المادة 20 من الأمر رقم 09-96 المتعلق بالاعتماد الإيجاري إذ نصت على أنه (يمكن المؤجر طوال مدة عقد الاعتماد الإيجاري وبعد إشعار مسبق و/أو إذار لمدة خمسة عشر (15) يوما كاملة، أن يضع حدا لحق المستأجر في الانتفاع بالأصل المؤجر واسترجاعه بالتراضي أو عن طريق مجرد أمر غير قابل للاستئناف يصدر بذيل العريضة عن رئيس محكمة مكان إقامة المؤجر، وذلك في حالة عدم دفع المستأجر قسطا واحدا من الإيجار، وفي هذه الحالة يمكن المؤجر أن يتصرف في الأصل المسترجع، عن طريق تأجير أو بيع أو رهن الحيازة أو عن طريق أية وسيلة قانونية أخرى لنقل الملكية، وبعد كل بند مخالف لعقد الاعتماد الإيجاري بندا غير محرر.

لا يمكن المستأجر أن يتمسك بعقد الاعتماد الإيجاري للاستفادة من مواصلة الإيجار وفقا للشروط المتفق عليها أوليا، إذا مارس المؤجر حقه في استرجاع الأصل المؤجر وفقا للشروط المحددة في الفقرة السابقة، ماعدا حالة وجود موافقة صريحة من المؤجر، ويشكل عدم دفع قسط واحد من الإيجار فسحا تعسفيا لهذا العقد).

وعليه يمكن القول أن احتفاظ المؤجر بحق الملكية وإن كان لا يحقق له تأمين عيني بالمعنى الفني الدقيق، إلا أنه يؤدي وظيفته كضمان لاستقاء حقه وتقليل المخاطر التي قد يتعرض لها في حال تخلف المستأجر عن الوفاء بالتزاماته³⁸، لأن أي إخلال من هذا الأخير بالوفاء بأي قسط من أقساط الأجرة يجيز للمؤجر طلب فسخ العقد واسترداد الأصل المؤجر بوصفه مالكا له.

الفرع الثاني: فعالية شرط الاحتفاظ بالملكية في حالة إفلاس المستأجر

في حالة إفلاس المستأجر، يكون لشركة الاعتماد الإيجاري امتياز قانوني تستطيع من خلاله أن تمتاز على الدائنين الآخرين للمستأجر، وذلك بعدم تمكينهم من متابعة الأصل المؤجر مهما كان وضعهم القانوني³⁹. حيث نصت المادة 22 من الأمر رقم 09-96 المتعلق بالاعتماد الإيجاري على أنه (في حالة عدم قدرة المستأجر على الوفاء، تم إثباتها قانونا من خلال عدم دفع قسط واحد من الإيجار، أو في حالة حل بالتراضي أو قضائي أو تسوية قضائية أو إفلاس المستأجر، لا يخضع الأصل المؤجر لأية متابعة من دائني المستأجر العاديين أو الامتيازيين مهما كان وضعهم القانوني وصفتهم، سواء أخذوا بعين الاعتبار بصفة فردية أو على شكل كتلة في إطار إجراء قضائي جماعي).

38 - بسام هلال مسلم القلاب، المرجع السابق، ص 274.

39 - شرابن حمزة، المرجع السابق، ص 85.

نلاحظ من خلال نص المادة أن الأصل المؤجر لا يخضع لأية متابعة من طرف دائني المستأجر في إطار الإفلاس أو التسوية القضائية، حيث لا تدخل الأصول المؤجرة في أموال التفليسة، كما لا تتدرج في الضمان العام لدائني المستأجر فلا يتعلق به حقهم بشرط أن يكون قد تم شهر العقد⁴⁰، وبعبارة أخرى تتجنب الشركة الممولة أية مزاحمة من قبل دائني المستفيد إذ يستبعد هؤلاء بصفة مطلقة من التنفيذ على الأصل لأنه مملوك للشركة الممولة وليس مملوك لمدينهم (المستفيد)⁴¹.

كما يرى البعض أن من أهم النتائج التي تترتب على بقاء ملكية المؤجر للأصول المنقولة المؤجرة خلال مدة العقد هو عدم اعتبارها عقارات بالتخصيص بالنسبة إلى المستأجر لتخلف شرط الملكية، فلا تعتبر من مشتريات الرهن وبالتالي لا يمتد إليها حق الدائن المرتهن.

وبناء على ما سبق فإن شركة الاعتماد الايجاري (الممولة) بصفتها مالكة للأصل طيلة مدة العقد تتمتع بمركز قانوني فريد إذا ما قورن بأي مركز آخر قد ينشأ عن تقديم المستأجر (المستفيد) لأي ضمانات عينية أخرى⁴²، فجميع الحقوق العينية التبعية تنفرع عن حق الملكية ولا تخول صاحبها من السلطات ما يتجاوز سلطات المالك⁴³، ولعل أهم ما يميز هذا الضمان هو عدم انفصاله عن الاتفاق الأصلي بالتمويل، إذ أنه لا ينشأ عن عمل إرادي يكون تابعا لهذا الاتفاق وإنما هو عنصر جوهري من عناصر عقد الاعتماد الايجاري، بل إن الأهمية المحورية لحق الملكية والاحتفاظ به بالنسبة للمؤجر دفع البعض إلى اعتبار حق الملكية بمثابة حجر الزاوية في عقد الاعتماد الايجاري⁴⁴.

40 - نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 79.

41 - نجوى إبراهيم البدالي، عقد الإيجار التمويلي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2005، ص 202 .

42 - هاني محمد دويدار، المرجع السابق، ص 105.

43 - هشام بن شيخ، المرجع السابق، ص 224.

44 - هاني محمد دويدار، المرجع السابق، ص 106.

خاتمة

إن فعالية شرط الاحتفاظ بالملكية كضمان تظهر بشكل جلي ضمن أحكام عقد الاعتماد الإيجاري، وذلك من خلال تفادي الشركة لأية مزاحمة من قبل دائني المستفيد، إذ يُستبعد هؤلاء بصفة مطلقة من التنفيذ على الأصل المؤجر حيث أن ملكية هذا الأصل لا تعود لمدينهم بل لشركة الاعتماد الإيجاري، كما أن لهذه الأخيرة التصدي لأي إدعاء من جانب الغير بحق على الأصل المؤجر وبصفة خاصة لطلبات استرداده، فحق الملكية بالنسبة للشركة المؤجرة هو أقوى الضمانات التي تحصل عليها لحماية حقوقها إذ يمكنها من استرجاع الأموال التي دفعتها مقابل تمويل المشروع في حالة تخلف المستفيد عن الوفاء بالتزامه بدفع أقساط الأجرة، أو في حالة إفلاسه أو إعساره، وعلى ذلك انعقد الإجماع في الفقه الفرنسي على أن الملكية تمثل الضمان الذي تتمتع به شركة الاعتماد الإيجاري، حيث أنها تمثل الضمان الجوهرى ضد مخاطر إعسار المستفيد أو إفلاسه، وإخلاله بالتزامه بالوفاء بالأجرة.

نظام الاشهار الالكتروني في الصفقات العمومية وفقا للقانون الجزائري

شنتوفي عبد الحميد (1)

(1) أستاذ محاضر قسم "ب" ، مخبر الأبحاث والدراسات متعدد التخصصات في القانون، التراث والتاريخ، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر، باتنة1، 05000، الجزائر.

البريد الالكتروني: abdelhamid.chentoufi@univ-batna.dz

الملخص:

ترتكز إجراءات إبرام عقود الصفقات العمومية على المبادئ المذكورة في المادتين 5 و 209 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتقويضات المرفق العام (المنافسة، الشفافية والمساواة) والتي يجب مراعاتها أثناء مرحلة الإبرام بغرض تلبية الحاجيات العمومية والتوظيف الجيد للمال العام وحمايته من الفساد.

غير أن هذه المبادئ المذكورة أعلاه، لا يمكن أن تكون موضع التطبيق الفعلي إلا بقيام المصلحة المتعاقدة بإشهار رغبتها في التعاقد مع المتعهدين سواء كان بالإشهار التقليدي وبالموازاة مع الإشهار الالكتروني كونه إجراء جوهري وفعال يؤدي الى إحترام حرية الوصول الى الطلبات العمومية وتكريس الشفافية أكثر على إجراءات إبرام العقود في جو يحقق المساواة بين المترشحين.

الكلمات المفتاحية:

الصفقات العمومية، مبادئ الصفقات العمومية، إجراءات الإبرام، الأشهار، الإشهار الالكتروني، الشفافية، فعالية الإشهار الالكتروني، المصلحة المتعاقدة، المتعامل الاقتصادي.

تاريخ إرسال المقال: 2021/07/12، تاريخ قبول المقال: 2020/12/30، تاريخ نشر المقال: 2021/12/31.

لتهميش المقال: شنتوفي عبد الحميد، " نظام الاشهار الالكتروني في الصفقات العمومية وفقا للقانون الجزائري"، المجلد 12، العدد 03، 2021، ص ص 874-889.

<https://www.asjp.cerist.dz/en/PresentationRevue/72>

المقال متوفر على الرابط التالي:

المؤلف المراسل: شنتوفي عبد الحميد ، abdelhamid.chentoufi@univ-batna.dz

The System of Electronic Advertising in Public Transactions According to Algerian Law

Summary:

The procedures of concluding public procurement contracts are based on the principals enshrined in the two articles 9 and 209 of presidential decree n° 247 – 15, which is about regulating the public transactions and delegations of the general annex (competition, transparency and equality), and it must be taken into account during the conclusion phase in order to meet the public needs and the fine use of public money and protection of this many against corruption.

However these principles mentioned above cannot be put into effective application unless the contracting in tersest declares its desire to contract with contractors, whether by traditional advertising or electronic advertising, as it an important and effective procedures that leads to the consolidation of freedom if access to public requests and making more transparency on the procedures concluding contracts in an at mesosphere that achieves equality between candidates.

Keywords:

Public procurement, principles of public procurement, procedures of concluding advertising, electronic advertising, transparency, efficacies of electronic advertising,

Le système publicitaire électronique dans les marchés publics en droit algérien.

Résumé :

Les procédures de passation des marchés publics reposent sue les principes cités aux articles 9 et 209 de décret présidentiel N 15-247 du 16 septembre 2015 portant règlementation des marchés publics et des délégations de service public (transparence, concurrence et l'égalité), qui doivent être pris en compte lors de la phase de passation afin de répondre aux besoin de la commande publique et la bonne utilisation des fonds publics et le protégé de la corruption.

Toutefois, ces principes mentionnés ci-dessus ne peuvent faire l'objet d'une concrétisation réelle et effective, que si le service contractant déclare vouloir contracter avec les opérateurs économiques, par le biais de la publicité traditionnelle et en parallèle par la publicité électronique, car il s'agit d'une procédure essentielles et efficace qui conduit à respecter le principe de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats , et de transparence des procédures.

Mots clés :

Marché public, principes des marchés publics, procédures de passation, publicité, publicité électronique, transparence, l'efficacité de la publicité, service contractant, opérateur économique.

مقدمة

يحتل مجال التشريعي الصفقات العمومية حيزا مهما في المجال الإداري حرصا من المشرع على أداء الإدارة النزينة في مجال إبرام العقود الإدارية من جهة، وحماية المال العام من ظاهرة الفساد التي استغلقت في بلادنا في الآونة الأخيرة من جهة أخرى.

حيث أن هذه الأهمية تكمن في حماية المال العام والتي تبدو جلية من خلال التعديلات الكثيرة التي مست قانون الصفقات العمومية الجزائري، وكدليل على ذلك حرص المشرع لتقديم أفضل تنظيم قانوني لجل مواضيع الصفقات العمومية ومواكبة المستجدات الراهنة المتعلقة بالاقتصاد الوطني.

مما لا شك فيه أن توافر عامل الشفافية والمساواة في منح الصفقة العمومية يعد من أهم الأسس التي ينبغي على المشرع مراعاتها عند وضع نظام للصفقات العمومية كونها أساس المنافسة بين المتعاملين الاقتصاديين، واحترامه من قبل الإدارة أمر وجوبي في إجراءات منح الصفقة العمومية وآثاره،

ويعد من بين أهم المواضيع المتعلقة بعامل الشفافية مبدأ علانية الصفقات العمومية، حيث أن مبدأ الشفافية يظهر من خلال احترام الإدارة المتعاقدة لعنصر الاشهار في الصفقة العمومية وأن يكون مضمونه مشروعا في ان واحد، إذ أن مجال الاشهار في الصفقات العمومية وشفافية اجراءاته سيوفر حتما نقطة الالتقاء بين الجانب القانوني والاقتصادي في تكريس المنافسة الحرة بين المتعاملين مع الادارة ويحقق قدرا كافيا من المساواة ومكافحة الرشوة والفساد بكل أشكاله.

فالسؤال الذي يمكن إثارته في هذا السياق يتمحور حول مدى فعالية الآليات القانونية المعتمدة في نظام الإشهار لاسيما الإشهار الالكتروني في مجال الصفقات العمومية في القانون الجزائري؟

للإجابة عن التساؤل، ينبغي علينا البحث أساسا حول تشخيص وتحليل النصوص القانونية المنظمة للصفقات العمومية في ظل المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، وذلك من خلال دراسة ضمانات النجاعة في مجال الصفقات العمومية (أولا)، وصولا الى تكريس نظام إشهار الصفقات العمومية تجسيديا لمبدأ المنافسة الحرة والنزينة (ثانيا)، وأخيرا إبراز الوسائل القانونية المعتمدة للإشهار عن الصفقات العمومية ودراسة مدى فاعليتها (ثالثا).

أولا : ضمانات النجاعة في مجال إدارة الصفقة العمومية

اهتم المؤسس في التعديل الدستوري الاخير لسنة 2020¹ بموضوع ضمانات النجاعة ليس فقط في مجال الصفقات العمومية وبل في كل العمل الإداري والمؤسستي، حيث كرس مبدأ المساواة أمام القانون في المادة

¹ -مرسوم رئاسي رقم 96-438 مؤرخ في 07 ديسمبر 1996، يتضمن إصدار نص التعديل الدستوري، الموافق عليه في استفتاء 28 نوفمبر 1996، ج ر عدد 76 صادر في 08 ديسمبر 1996، معدّل ومتمم بموجب قانون رقم 02-03 مؤرخ في 10 أبريل 2002، ج ر عدد 25، صادر في 14 أبريل 2002، معدّل بموجب قانون رقم 08-19 مؤرخ في 15 نوفمبر 2008، ج ر عدد 63، صادر في 16 نوفمبر 2008، معدّل بموجب قانون رقم 16-01 مؤرخ في 6 مارس 2016، ج ر عدد 14، صادر في 7

37، التي تنص على أن: " كل المواطنين سواسية أمام القانون، ولا يمكن أن يتذرع بأي تمييز يعود سببه إلى المولد، أو العرق، أو الجنس، أو الرأي أو أي شرط أو ظرف آخر أو إجتماعي". وكذا ضمان المرافق العمومية لكل مرتفق التساوي في الحصول على الخدمات وبدون تمييز، حسب مضمون نص المادة 09 من التعديل الدستوري الاخير لسنة 2020.

كما أقر بمبدأ الشفافية باعتبارها ركيزة أساسية لمحاربة الفساد، حيث أنه ولا ينحصر فقط في مجال الصفقات العمومية، بل يمتد إلى كل المجالات الأخرى، حيث نصت المادة 55 من التعديل الدستوري الاخير على أن كل مواطن له الحق في الوصول إلى المعلومات والوثائق والاحصائيات والحصول عليها وتداولها حتى كون تحت تصرف الجميع.

فضلا عن تجسيد مبدأ الشفافية في قانون الوقاية من الفساد ومكافحته²، حيث أكد على ضرورة اتخاذ التدابير اللازمة لتعزيز شفافية الإجراءات والمسؤولية والترشيد في تسيير الأموال العامة طبقاً للقانون والتنظيم المعمول به، فضلاً عن تحديد طرق إضفاء الشفافية في تسيير الشأن العام.

في السياق ذاته، تم تكريس مبدأ حرية التجارة والاستثمار والمقاولة بصفة صريحة لأول مرة في الدساتير الجزائرية، مضمونة وتمارس في إطار القانون طبقاً لأحكام المادة 61 من التعديل الدستوري لسنة 2020.

يتضح من خلال هذا المواد أعلاه أن الدولة تعمل على تحسين مناخ الأعمال فهذا المصطلح يُعد مصطلحاً جديداً في دستورنا فهو مصطلح ليبرالي بآتم معنى الكلمة³، وتشجع على ازدهار المؤسسات دون تمييز خدمة للتنمية الإقتصادية الوطنية، فضلاً عن محاربتها للمنافسة غير النزيهة ومنعها للاحتكار .

وباعتبار نظام الصفقات العمومية وتقويضات المرفق العمومي، من أهم العناصر التي تشكل البيئة التنموية للدولة، بحيث تعد العقود الادارية ومنها عقود الصفقات العمومية من بين أهم وسائل التعاقد مع المتعهدين التي تلجأ الإدارة إليها، لما تتميز به من مميزات جعلتها الأداة الاستراتيجية والقانونية الافضل للإدارة العمومية لتجسيد وتنفيذ مشاريعها وتجهيز مرافقها⁴، بالنظر إلى ضخامة الاموال المرصدة سنويا في مجال الصفقات العمومية، بحكم أنها أهم قناة مستهلكة للمال العام ووسيلة لتلبية الحاجيات العمومية، ولكن تعدّ

مارس 2016، معدل بموجب مرسوم رئاسي رقم 20-442 مؤرخ في 30 ديسمبر 2020، يتضمن التعديل الدستوري، ج رعد 82 صادر في 30 ديسمبر 2020.

² - قانون رقم 06-01 مؤرخ في 20 فبراير 2006، يتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، ج ر عدد 14، صادر في 8 مارس 2006، معدل ومتمم بموجب الامر رقم 10-05، مؤرخ في 26 أوت 2010، ج ر عدد 50 صادر في أول سبتمبر 2010، معدل ومتمم بالقانون رقم 11-15 مؤرخ في 2 أوت 2011، ج ر عدد 44، صادر في 10 أوت 2011.

³ - شنتوفي عبد الحميد، المعاملة الإدارية والضريبية للاستثمارات بالجزائر، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه علوم، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزوزو، 2017، ص 4 وما يليها.

⁴ - ستارجبار البدري، العقود الإدارية المستحدثة ودورها في تنظيم المرافق الامة الضرورية - دراسة تحليلية، منشورات الزين الحقوقية، 2018 ص 15.

بالمقابل المجال الخصب للفساد بكل صورته، فمن أجل التوظيف الجيد للمال العام وحماية مصالح الاطراف المتعاقدة لاسيما المالية منها، ولتحقيق ذلك يجب أن تقوم المصلحة المتعاقدة بإشهار رغبتها في التعاقد مع المتعهدين⁵ سواء كان بالإشهار التقليدي أو بالإشهار الإلكتروني كونه إجراء جوهري وفعال يؤدي الى تكريس حرية الوصول الى الطلبات العمومية وإثارة الشفافية أكثر على إجراءات ابرام العقود في جو يحقق المساواة بين المترشحين.

وهو المسار ذاته انتهجه المشرع الجزائري في مجال الصفقات العمومية، وحيث بالرجوع إلى أحكام المرسوم الرئاسي رقم 15-247 السالف الذكر، نجد بأن نص المادتين 05 و 209⁶، حثت على ضرورة احترام مبدأ الشفافية، الإجراءات من بدايتها إلى نهايتها، وكذا حرية الوصول إلى الطلبات العمومية والمساواة في معاملة المرشحين بغية ضمان نجاعة الطلبات العمومية، فضلا عن ذلك ضرورة وضع تحت تصرف المتعاملين كافة الوثائق والمعلومات ذات الطابع التقني، حتى يتسنى لهم وتمكينهم من تقديم تعهدات مدروسة حقيقية.

ويعد توفر عامل الشفافية في الإعلان عن الصفقات العمومية ومنحها هي أساس المنافسة النزيهة بين المتعاملين الاقتصاديين بغية الحصول على أفضل عرض من حيث المزايا الاقتصادية، كونها تستند على علانية القرار، الذي يمكن أن يكون محل مناقشة، وموضوع المساءلة، على عكس القرار السري الذي يقوم على حجب المعلومات على المتعاملين الاقتصاديين، مما يترتب عنته تعطيل المشاركة وبالتالي تضييع الفرص لهم.

كما يعتبر مبدأ الشفافية ذو أهمية ومعيار أساسي وحاسم يسمح للمتعاملين في مجال الصفقات العمومية بالاطلاع على مختلف العمليات والمعاملات التي يقوم بها مسير المصلحة المتعاقدة أثناء تسيير المرفق العمومي، وعليه فإقرار الشفافية ضمن قواعد التسيير يرمي إلى احترام المنافسة والشفافية والمساواة أمام القانون لجميع المتعهدين طبقا لنص المادة الخامسة (05) المشار إليها أعلاه.

حيث أنه وإذا بحثنا عن العامل الحاسم للحكم على مدى وجود الشفافية من عدمها، لوجدناه يتمثل في المعلومة التي يجب أن تكون متاحة لكافة المتعاملين بشرط أن تكون في الوقت الحقيقي والمناسب بهدف إعلامهم بوجود صفقة، بإجراءات وشروط المشاركة فيها.

وعليه يتوقف مدى توفر المعلومة لدى المتعاملين على نظام الإعلان (الإشهار) الذي نص عليه المرسوم الرئاسي رقم 15-247 لاسيما المواد 61، 65/1، 2 و3 وكذا المادتين 203 و 204 الخاصة بالنشر الإلكتروني في مجال الصفقات العمومية⁷.

⁵ - لكصاسي سيد أحمد، مبدأ العلانية في الصفقات العمومية، مجلة الدراسات المالية والمحاسبية والإدارية، العدد السابع، جوان 2017، ص 797.

⁶ - مرسوم رئاسي رقم 15-247 مؤرخ في 16 سبتمبر 2015، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتقويضات المرفق العام، ج.ر. عدد 50 صادر في 20 سبتمبر 2015.

⁷ - المواد 61، 65/1، 2 و3، 203 و 204 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 ذاته.

كما تعتبر شفافية الإجراءات أمراً جوهرياً، لأنه يسمح بممارسة الرقابة سواء الإدارية منها والمالية لمدى مطابقتها للقانون وبفعالية على مستوى جميع مراحل إجراءات إبرام الصفقات العمومية وتنفيذها. الوضوح أي الصراحة لمعنى الشفافية في العمل أو التصرف، كونها ترمي إلى تحقيق هدفين أساسيين من جهة مكافحة مختلف مظاهر التبيد للمال العام والفساد الإداري⁸ عن طريق علانية إجراءات لتوسيع دائرة المنافسة لاستقطاب أكبر عدد من المتنافسين لاختيار أحسن عرض من حيث المزايا الاقتصادية.

وهو المسار ذاته الذي اتبعه المنظم الجزائري في الصفقات العمومية، وذلك من خلال تقيد المصلحة المتعاقدة بجملة من الإجراءات يجب الالتزام بها في طلبات العروض (الصفقة)، إجراءات مكيفة في شكل استشارة أو طلبيات... الخ، بغية ضمان متابعة الطلبات العمومية، وضرورة توزيع المعلومات المتعلقة بالدعوات إلى المشاركة في طلبات العروض، وكذا إجراءات منحها، والوثائق ذات الصلة بإرساء العقود، مما يتيح لمقدمي العروض المحتملين في الوقت الحقيقي والكافي لإعداد عروضهم وتقديمها.

ثانياً : إشهار الصفقات العمومية تجسيدا لمبدأ المنافسة الحرة و النزاهة

يعتبر المشرع الجزائري من خلال المرسوم الرئاسي رقم 15-247 السالف الذكر، أن نظام الإشهار يعد خطوة هامة وضرورية لإبرام الصفقات العمومية كما له دور هام وكبير من خلال الدعوة للمنافسة وفي إضفاء الشفافية على إجراءات إبرام الصفقة و بالتالي تحقيق الفعالية .

لقد تم التطرق إلى مسألة الإشهار عن الصفقة في المادة 61 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 أعلاه⁹، التي نصت على إلزامية اللجوء إلى الإشهار الصحفي، باعتباره إجراء جوهري تفرض المصالح المتعاقدة بمراعاته في كل من الحالات الآتية :

- طلب العروض المفتوح¹⁰.
- طلب العروض المفتوح مع اشتراط قدرات دنيا¹¹.
- طلب العروض المحدود¹².
- المسابقة¹³.

⁸- فلاق محمد، حدو سميرة أحلام ، دور الشفافية و المسألة في الحد من الفساد الإداري " تجارب دولية " ، مجلة الردة لاقتصادات الأعمال، العدد الأول، 2015 ، ص 11 إلى ص 15 .

⁹- المادة 61 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، سالف الذكر.

¹⁰- المادة 43 من المرسوم الرئاسي ذاته.

¹¹- المادة 44 من المرسوم الرئاسي ذاته.

¹²- المادة 45 من المرسوم الرئاسي ذاته.

¹³- المادتان 47 و 48 من المرسوم الرئاسي ذاته.

غير أنه قبل التطرق إلى النظام الإجرائي للإشهار عموما ووسائل الإشهار خصوصا المتاحة في ظل قانون الصفقات العمومية الساري المفعول، ينبغي الإشارة أولا إلى محتوى الإشهار لكونه يكتسي أهمية بالغة أثناء إبرام عقود الصفقات العمومية(1)، ثم إبراز إشكالية الإشهار بالنسبة للعقود التي نقل مبالغها عن سقف الصفقة(2) .

1- مضمون الإشهار :

يقصد بمضمون الإشهار هو مجموعة من المعلومات والبيانات الإلزامية التي تضعها الإدارة الراغبة في التعاقد تحت تصرف أو علم المتعهدين بغرض تكوين فكرة عامة عن نوعية الصفقة المراد إبرامها، إذ ميز في هذا الإطار المرسوم الرئاسي رقم 15-247 السالف الذكر بين نوعين من المحتويين المتعلقين بإجراء الصفقة وهما :

أ- محتوى الإشهار المتعلق بإجراء طلب العروض

تحدد المادة 62 من المرسوم الرئاسي أعلاه البيانات الإلزامية التي يحتويها الإشهار الخاص بإجراء طلب العروض، والمتمثلة أساسا فيما يلي :

- تسمية المصلحة المتعاقدة وعنوانها ورقم تعريفها الجبائي .
- كيفية طلب العروض .
- شروط التأهيل أو الانتقاء الأولي .
- موضوع العملية .
- قائمة موجزة بالمستندات المطلوبة .
- مدة تحضير العروض ومكان إيداعها .
- مدة صلاحية العروض .
- إلزامية كفالة التعهد، إذ اقتضى الأمر .
- تقديم العروض في ظرف مغلق بإحكام، تكتب عبارة "لا يفتح" .
- ثمن الوثائق عند الاقتضاء .

تبادر الإدارة المعنية بعد الإعلان عن الصفقة مباشرة، بتمكين المعنيين من دفتر الشروط للإحاطة أكثر بالشروط المطلوبة للتعاقد لإضفاء الشفافية بين المتعاملين الاقتصاديين، كما يجب على المصلحة المتعاقدة إعلان المنح المؤقت للصفقة بغية تمكين المتعهدين من ممارسة حقهم في الطعن طبقا لأحكام نص الفقرة الثانية من المادة 82 من المرسوم الرئاسي السالف الذكر¹⁴ .

¹⁴- انظر المادة 82 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، سالف الذكر.

وحماية لمبدأ المنافسة بين المتعاملين الاقتصاديين، يترتب أيضا عن عدم احترام المصلحة المتعاقدة للأشكال الجوهرية المتعلقة بالإعلان بطلان الصفقة برمتها، أما الإجراءات الأخرى غير الجوهرية فلا يترتب عنها البطلان كحالة حدوث أخطاء مادية التي يمكن استدراكها من قبل المترشحين عن طريق تصحيحها¹⁵.

ب- مضمون الإشهار المتعلق بإجراء الاستشارة:

وفقا لنص المادة 64 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247¹⁶، نجدها قد حددت المعلومات الضرورية التي يجب أن يحتويها ملف استشارة المؤسسات ومنها على سبيل المثال:

- الوصف الدقيق لموضوع الخدمات المطلوبة أو كل المتطلبات بما في ذلك المواصفات التقنية وإثبات المطابقة والمقاييس التي يجب ان تتوفر في المنتجات والخدمات وكذلك التصاميم والرسوم والتعليمات الضرورية إن اقتضى الأمر ذلك.

- الشروط ذات الطابع الاقتصادي والتقني والضمانات المالية حسب الحالة.

- المعلومات أو الوثائق التكميلية المطلوبة من المتعهدين.

- اللغة واللغات الواجب استعمالها في تقديم التعهدات والوثائق المثبتة.

- كفاءات التسديد وعملة العرض، إذا اقتضى الأمر.

- الأجل الممنوح لتحضير العروض.

- أجل صلاحية العروض أو الأسعار.

- تاريخ وآخر ساعة لإيداع العروض و الشكالية الحجية المعتمدة فيه.

- تاريخ وساعة فتح الأطرقة.

- العنوان الدقيق حيث يجب أن تودع التعهدات.

تجدر الإشارة في هذا السياق بخصوص مسألة تحديد المدة القانونية للإشهار عن الصفقات العمومية، فأمام أهمية الأموال العامة التي تنفقها السلطات العمومية ممثلة في الإدارة العمومية (المصلحة المتعاقدة)، فإن الصفقات العمومية يجب ان تستجيب للمتطلبات وكذا توفر مبدأ تكافؤ الفرص إزاء الخدمة العمومية، وذلك بتوفير ظروف ملائمة لتوسيع دائرة المنافسة الحرة وضمان شفافية الإجراءات ابرام الصفقة بغرض التوظيف الجيد للمال العام ومكافحة للفساد.

حيث وبالرجوع الى أحكام الصفقات العمومية، نجد أن أحكامها قد منحت للمصلحة المتعاقدة السلطة التقديرية لتحديد المهل القانونية لتحضير العروض وفقا لمعايير معينة مع امكانية تمديد الأجل لتحضير العروض إذا اقتضت الضرورة .

¹⁵ - جليل مونية ، المنافسة في الصفقات العمومية في الجزائر، أطروحة من أجل الحصول على شهادة الدكتوراه في القانون العام ، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر 1، 2015، ص 115 ومايليها .

¹⁶ - المادة 61 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، سالف الذكر.

وعليه فمن هذا المنطلق، ونظرا لأهمية الأجل كشرط يتضمنه مضمون الاعلان، يتعين عليها اختيار الأجل بدقة، مما يمكنها اختيار أفضل المتعاملين كون أن الأمر يتعلق بالتوظيف الحسن للمال العام والاستجابة لمتطلبات وحاجيات المواطنين من حيث الجودة، والتكلفة والوقت تجسيدا وتفعيلا لمعيار النجاعة والفعالية والفاعلية.

2- إشكالية الإشهار بالنسبة للعقود التي تقل مبالغها عن سقف الصفقة:

بتحليلنا للنصوص المنظمة لنظام الإشهار في مجال الصفقات العمومية، نجد أن نصالمادة 13 منه، استتنت العقود التي يساوي أو يقل مبلغها عن 12.000.000 مليون دينار جزائري بالنسبة للإنجاز واللوازم، وعن 06 ملايين بالنسبة للدراسات والخدمات من إلزامية الإشهار الصحفي، دليل ذلك ما نصت عليه المادة 14 يجب أن تكون الحاجات المذكورة أعلاه، محل إشهار ملائم واستشارة متعاملين مؤهلين كتابيا، لاختيار أحسن عرض من حيث المزايا الاقتصادية (الجودة والتكلفة والوقت)

يفهم من خلال المادة 13 أعلاه، أن العمليات التي يقل مبلغها عن المبلغين المذكورين أعلاه لا تستوجب إبرام صفقة، بل يجب أن تكون محل استشارة بين متنافسين مؤهلين لاختيار أحسن العرض.

غير أن هذا الاستثناء في نظام الإشهار يعد خطراً كبيراً على العملية التنافسية النزيهة بين المتعاملين، كون أن المشرع ترك هامش الحرية للمصلحة المتعاقدة اختيار المتعامل المتعاقد، بحيث يمكن التواطؤ مع المتعامل، والقيام باستشارة شكلية بين عدة متعاملين، مع العلم أن المتعامل محدد سلفاً وبسعر ربما أكبر بكثير من السعر الذي يمكن الحصول عليه، و لو كانت العملية تمت بطريقة قانونية وشفافة.

من جهة أخرى، فرغم أن أحكام المادة 27 الفقرة 11 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247¹⁷، التي تمنع تجزئة الطلبات بهدف تقادي الإجراءات الواجب إتباعها وحدود اختصاص لجان الصفقات، إلا أن الواقع العملي يوضح عكس ذلك، حيث تم إبراز ممارسات إدارية خطيرة تقوم فيها الإدارة بالتهرب من الصفقات العمومية بغية تجنب إتباع الإجراءات القانونية، وذلك بتقسيم المشروع الواحد إلى عدة حصص، ليكون مبلغ كل منها أقل من السقف القانوني للصفقة كما هو منصوص في المادة 13 من المرسوم الرئاسي أعلاه، (12) إثني عشرة مليون دينار جزائري بالنسبة للأشغال أو اللوازم، و(06) ستة ملايين دينار جزائري بالنسبة للخدمات والدراسات، وعليه تكون كل حصة محل استشارة، وتطبق عليه إجراءات المادة 14 التي تنص على أن تكون الحاجات المذكورة في المادة 13 محل إشهار ملائم، واستشارة متعاملين اقتصاديين مؤهلين عن طريق مراسلات كتابية عادية لاختيار أحسن عرض من حيث المزايا الاقتصادية.

وبالتالي إن تقسيم صفقة عمومية إلى عدة حصص، يترتب عنه عدة ممارسات سلبية منها التهرب من إجبارية الإشهار المنصوص في المادة 61، وكذا إلزامية المرور على القنوات الرقابية للصفقة.

¹⁷ المادة 61 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، سالف الذكر.

بهذا الاستثناء يتيح لأعوان الإدارة التلاعب بمنح المشاريع عن طريق الاستشارة وتوزيعها بمعايير الرشوة والمحاباة وهذا دون ترك أثر يستدل به على وجود مخالفة قانونية.

و في هذا الإطار كان من الممكن تفادي مثل هذه الممارسات التي تضر بالخزينة العمومية عن طريق إجبارية الإشهار في كل العمليات مهما كان مبلغها عبر جميع الآليات القانونية للإشهار بما فيه الإشهار الإلكتروني.

غير أن هذا الحل نسبي لكون إجبارية الإشهار سيكون عائقاً أمام السير العادي لإنجاز المشاريع، بسبب طول المدة الزمنية التي يستغرقها الإعلان في الجزائر وخاصة في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي وفي تقديري يكمن الحل الأمثل لهذه المشاكل المذكورة أعلاه، بضرورة اتباع الوسيلة الجديدة في مجال الاشهار والتمثلة في "الإشهار الإلكتروني" والاستفادة من محاسنه وتفعيله كما هو معمول به في دول الجوار مثل تونس والمغرب.

ثالثاً: الآليات القانونية المعتمدة للإشهار في الصفقات العمومية ومدى نجاعتها:

إعتمد المشرع الجزائري عدة تشريعات لها صلة بمجال إبرام الصفقات العمومية، وتم من خلالها عدة آليات قانونية للإشهار تختلف فعاليتها حسب الصدى الذي تحدثه كل آلية، بحيث تنقسم إلى نوعين آليات قانونية تقليدية (1) وأخرى جديدة حديثة (2).

1- الآليات القانونية التقليدية ومدى فعاليتها:

أ- الآليات القانونية التقليدية للإشهار عن الصنف:

تعد الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية من أبرز الوسائل التقليدية المعتمدة للإشهار في الصفقات العمومية في الجزائر في بداية الستينات إلى غاية إنشاء الوكالة الوطنية للنشر والإشهار سنة 1967¹⁸، ثم بعدها إنشاء النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومية بموجب المرسوم رقم 84-116 المؤرخ في 12 ماي 1984¹⁹ تطبيقاً لنص المادتين 45 و 102 من المرسوم رقم 82-145 المتضمن الصفقات التي يبرمها المتعامل العمومي²⁰، حيث أقر على إجبارية نشر جميع الإعلانات القانونية والتنظيمية المتعلقة بالصفقات التي يبرمها المتعامل العمومي لإسما المناقصات والمزايدات في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي.

¹⁸ - أمر رقم 67-279 ، مؤرخ في 20 ديسمبر 1967 . يتضمن إحداث شركة وطنية تسمى ب " الوكالة الوطنية للنشر و الإشهار"، ج ر عدد 2، صادر في 5 جانفي 1968.

¹⁹ - مرسوم رقم 84-116 مؤرخ في 12 ماي 1984، يتضمن إحداث النشرة الرسمية الخاصة بالصفقات لعمومية التي يبرمها المتعامل العمومي ، ج ر عدد 20، صادر في 15 ماي 1984.

²⁰ - مرسوم رقم 82-145 مؤرخ في 12 ماي 1984، يتضمن الصفقات لعمومية التي يبرمها المتعامل العمومي ، ج ر عدد 15، صادر في 13 أفريل 1982.

وهذا ما جسده أيضا المنظم الجزائري في الفقرة الأولى من المادة 65 على إجبارية نشر إعلان طلب العروض في النشرة الرسمية لصفقات التي يبرمها المتعامل العمومي.

إلى جانب الوسائل التقليدية المعتمدة للإشهار، عزز المشرع أيضا نظام الإشهار بوسائل قانونية مكملة تتمثل أساسا بالزامية اللجوء إلى الإشهار الصحفي في حالات معينة طبقا لأحكام نص المادة 61 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 على أن يتم الاعلان عن المناقصة في الإشهار الصحفي، كما اشترط في هذه النقطة بالتحديد الادارة بالإشهار الصحفي في الجرائد للمناقصة طبقا لأحكام المادة 02/65 باللغتين واحدة بالعربية والأخرى بلغة أجنبية واحدة وفي جريدتين يوميتين وطنيتين موزعتين على المستوى الوطني على الأقل المصلحة المرسله بنشر الإعلان عن طريق الجرائد المكتوبة، لا بد أن تكون يومية ووطنية وتكون موزعة على المستوى الوطني.

كما أجاز المشرع الإدارة المحلية إمكانية اللجوء إلى الإشهار المحلي طبقا للمادة 3/65، متى توفر شرطين، يتمثل الأول في كون أن الصفقة مبرمة من طرف الولاية أو البلدية أو المؤسسات العمومية الموضوعة تحت وصايتها تطبيقا للمعيار العضوي، أما الثاني استنادا الى المعيار المالي على أن تكون طلبات عروض الولايات أو البلديات أو المؤسسات العمومية تتضمن أشغال أو لوازم ودراسات أو خدمات يساوي مبلغها تبعا لتقدير إداري على التوالي مائة مليون دينار جزائري (100.000.000 دج) أو يقل عنها وخمسين مليون دينار (50.000.000 دج) أو يقل، أن يكون طلب نشر العروض محل إشهار محلي حسب الكيفيات الآتية:

- في جريدتين يوميتين محلية أو جهوية
- إصاق إعلان طلب العروض في مقر الولاية، وكافة بلدياتها، كونه يعد من الاماكن التي تتردد عليها المواطنين كثيرا أو في الانترنت حديثا.
- المديرية التقنية المعنية بالولاية
- الغرف التجارية والصناعة والصناعة التقليدية والحرف والفلاحة

لم يكتف المشرع عند هذا الحد، بل كرس أيضا الطريقة الالكترونية في إدارة الصفقات العمومية بما فيه الاعلان عن الصفقة في الموقع الإلكتروني للمصلحة المتعاقدة كضامن لمبدأ حرية الوصول للطلبات العمومية و تحقيق النجاعة وركيزة لمحاربة الفساد، وبغرض إضفاء الشفافية أكثر على العمل الادري والذي سيكون محل دراسة بنوع من الدقة و التعمق نظرا لأهمية هذه المسألة.

ب- مدى فعالية الآليات القانونية التقليدية للإشهار في مجال الصفقات العمومية:

في حقيقة الامر أن كل الوسائل القانونية سواء كانت تقليدية أو جديدة كالإشهار الالكتروني في مجال الصفقات العمومية ناجعة وفعالة لو تم توظيفها بطريقة صحيحة من طرف الاشخاص القائمين على تحريك هذه الوسائل، غير أن الواقع اثبت نقص نجاعتها كون أنه في كثير من الأحيان يتم الإعلان عن طلبات العروض في جرائد لا تصل إلى بعض الدوائر، بسبب قطع الطرقات بصفة متكررة كما هو الحال في بعض ولايات الوطن، فضلا عن لجوء المصالح المتعاقدة إلى نشر إعلاناتها في صحف غير معروفة بمعنى أن نسبة القراءة

ضعيفة أو قد تكون منعدمة أصلا خاصة بالنسبة للجراند المحلية والجهوية أو في جرائد خاصة أو تلك التي ليس لها صدى على الساحة الوطنية، ويرجع السبب في ذلك إلى تكلفة الاشهار الباهظة من جهة، ومن جهة أخرى كون أن معظم المصالح المتعاقدة تملك ميزانيات محدودة، الأمر الذي يجعلها تلجأ إلى النشر في جرائد غير معروفة ونسبة القراءة فيها ضعيفة اقتصادا للتكلفة .

بالإضافة إلى محدودية نشر وإعلان الصفقات وكذلك مسألة تحديد معايير انتقاء المتعهدين التي تكون في معظم الأحيان محل شكوى من طرف المتعاملين الراغبين في المشاركة في المنافسة بسبب نقص الشفافية. وعليه وأمام هذه الاعتبارات، يكمن الحل في تقديري اللجوء إلى الأنترنت كوسيلة للإشهار عن طلبات العروض كونها غير مكلفة وتمتاز بالسرعة والفعالية وهي العناصر التي تكون محل دراستنا مباشرة.

2- الأليات القانونية الجديدة ومدى فعاليتها في مجال الصفقة العمومية:

إن نقص فعالية الآليات التقليدية للإشهار عن الصفقات العمومية بسبب العراقيل التي ذكرناها سالفًا من جهة، ومنجهة أخرى عدم قدرة المصلحة المتعاقدة على توسيع المنافسة لتمس أكبر عدد ممكن من المتعاملين المحتملين و بالتالي عجزها عن تحقيق التنمية وتنفيذ مشاريعها وتجهيز مرافقها العمومية وتجسيد برامجها ، كان وراء البحث عن أساليب حديثة تتحقق من خلالها تلك الأهداف المسطرة، وكان البديل هو الاعلان الالكتروني(أ) الوسيلة الجديدة والهامة التي وجدت لتحقيق ذلك لاسيما في الظروف الاستثنائية كما هو الحال بجائحة كورونا وطرف اخر استثنائية، ثم نبرز واقع استخدام الاعلان الالكتروني في مجال الصفقات العمومية بالجزائر(ب)، وصولا الى مدى فعالية ونجاعة هذه الوسيلة الجديدة المعتمدة من طرف لمشروع لجزائري في مجال الصفقات العمومي(ت).

أ-الاعلان الالكتروني:

نجد التأسيس القانوني للنشر الإلكتروني مكرس في أحكام المرسوم الرئاسي رقم 15-247، لاسيما المواد 203، 204 و 205، إذ نظم هذه المسألة إلى قسمين :

- الاتصال بالطريقة الإلكترونية.

تبادل المعلومات الإلكترونية.

كماتضع المصالح المتعاقدة وثائق الدعوة إلى المنافسة تحت تصرف المتعهدين بالطريقة الإلكترونية وبالمقابل يرد المتعهدون على الدعوة إلى المنافسة بالطريقة الإلكترونية.

ب-واقع استعمال التقنيات الحديثة "النشر الإلكتروني" في مجال الصفقات العمومية بالجزائر:

يرتبط مفهوم الإدارة الإلكترونية والنشر الإلكتروني بالدور المهم والامتامي لاستخدام وسائل الاتصال التكنولوجي الحديث كالشبكات المتكاملة والمعلومات من أجل فعالية العمل الإداري وأداء الإدارة الرقمية لخدمات العامة الإلكترونية ذات القيمة والتواصل مع طالب الانتفاع من خدمات المرفق العمومي للمزيد من الشفافية والنزاهة .

مواكبة مع المستجدات التكنولوجية الجديدة، كرس المنظم الجزائري في نظام الصفقات العمومية النشر الإلكتروني كوسيلة من وسائل الاتصال وتبادل المعلومات بالطريقة الإلكترونية في أحكام المادتين 203 و 204 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 السالف الذكر، على أن تضع المصلحة المتعاقدة وثائق الدعوة إلى المنافسة تحت تصرف المتعهدين أو المرشحين للصفقات العمومية بالطريقة الإلكترونية حسب جدول زمني مع اشتراط أن يكون رد المتعهدون أو المرشحون للصفقات العمومية على الدعوة إلى المنافسة بالطريقة الإلكترونية حسب الجدول الزمني المذكور.

بالرغم من كون المنظم الجزائري، إلا أن واقع الحال يدل على أن تسيير الصفقات العمومية مازالت تتم بطريقة تقليدية جداً تميزها ضبابية المعلومات وصعوبة الوصول إليها، وسنحاول بالتفصيل في العنصر الآتي تبين أهم العراقيل التي تحول دون التحكم الجيد في الوسائل التكنولوجية الحديثة والتقنيات الجديدة في مجال الاعلام الآلي .

ت- مدى نجاعة الآليات الحديثة للإشهار في مجال الصفقات العمومية:

تكمن نجاعة الإعلان الإلكتروني في مجال الصفقات العمومية في تدارك النقائص والتقليل والعراقيل التي يشوب الاعلان التقليدي كالجرائد المكتوبة، كون أن للنشر الإلكتروني مميزات ذات فائدة عملية وذات قيمة وفعالية مقارنة بالوسائل التقليدية وتتمثل فيما يلي:

• السرعة والفعالية:

تبرز السرعة والفعالية في تقديم الخدمات وذلك عن طريق النشر الإلكتروني للطلبات العمومية المتوفرة على مستوى إدارة المرفق العمومي وكذا سرعة الوصول إلى المعلومة بأقل التكاليف الممكنة.

• تبسيط وتخفيف الإجراءات الإدارية:

أمام الحاجة الملحة للتحديث والعصرنة، واكبت كل الإدارات والمؤسسات العمومية على إدخال المعلومات إلى مصالحها، وحرصت على الاستخدام الأمثل لمختلف التقنيات الحديثة بغية تلبية حاجيات المواطنين عموماً بأقل التكاليف، والمتنافسين المحتملين في مجال الصفقات العمومية، وهو الإجراء الذي جسده في نص الفقرة الأخيرة من المادة 205 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 السالف الذكر، على أنه لا يمكن في حال من الأحوال أن تطلب المصلحة المتعاقدة من المتعهدين الوثائق الإدارية التي يمكن طلبها من الإدارات العمومية الأخرى بطريقة إلكترونية²¹.

• تحقيق الشفافية الإدارية:

تكمن أيضاً فعالية الاعلان الإلكتروني في الشفافية، إذ يقصد بشفافية الاجراءات في مجال الصفقات العمومية على مستوى الإدارة الإلكترونية (المصلحة المتعاقدة الإلكترونية) أن تكون الاجراءات التي تمر بها

²¹ - المادة 205 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، سالف الذكر.

الصفقة لا يشوبها أي غموض أو خلل مهما كان طبيعته ، كما يساهم لا محالة في ممارسة الرقابة الإلكترونية التي تضمن المسألة والمحاسبة الدورية على كل ما يقدم من خدمات بصفة عامة، وطلبات العروض بصفة خاصة.

• زيادة الإتقان :

بفضل النشر الإلكتروني كآلية عصرية لتطوير العمل والنشاط الإداري للمصلحة المتعاقدة في مجال الصفقات العمومية، حيث تنطوي على المعالجة الفورية للطلبات العمومية، الدقة والسرعة والوضوح في إنجاز المعاملات. الاستثمارية.

يعد النشر الإلكتروني كآلية عصرية غير مكلفة كونها الوسيلة المثلى في نشر إعلان طلبات العروض بالنسبة للمصلحة المتعاقدة كونها تساهم في ترشيد عقله النفقات العمومية هذا من جهة، وكذا بالنسبة للمتعهدين المحتملين من جهة أخرى.

فضلا عن أهمية نظام تكريس الإدارة الإلكترونية عموما والاشهار الإلكتروني خصوصا في ظل الظروف الاستثنائية، بسبب جائحة كورونا " كوفيد 19" التي ترتب عنها تعطيل عمل الادارات العمومية والخاصة عن تقديم الخدمات للمواطنين، وبالتالي قامت السلطات العمومية باتخاذ إجراءات استعجالية لمواجهة هذه الجائحة من خلال النص على ضرورة اتخاذ كل إجراء يشجع العمل عن بعد بشرط أن يتم في إطار القانون والتنظيم الساري المفعول به، طبقا لأحكام المادة 9 من المرسوم التنفيذي رقم 20-69 المتعلق بتدابير الوقاية من انتشار وباء فيروس كورونا ومكافحته²².

غير أن بالرجوع إلى واقع النشر الإلكتروني في الجزائر، حيث بالرغم من تكريس المشرع لمبادئ الإدارة الإلكترونية (الرقمية) بصفة عامة، والنشر الإلكتروني بصفة خاصة في عدة مجالات منها الصفقات العمومية، غير مطابق لهذه المفاهيم الجديدة في دولة تتميز بثقافة إدارية بيروقراطية من جهة، من جهة أخرى فواقع الحال يدل على التأخير الملحوظ الذي تعرفه الجزائر في مجال استخدام وتسيير تكنولوجيايات الانترنت في الإدارة بصفة عامة وإدارة الصفقات العمومية بصفة خاصة بالرغم من تأسيس بعض المرافق العمومية لبوابة إلكترونية للصفقات العمومية في الجزائر، إلا أن طريقة تسيير الملفات الادارية مثل الصفقات العمومية مازالت تتم بطريقة تقليدية تميزها ضبابية وحجب للمعلومات وصعوبة الولوج إليها فضلا عن محدودية الوسائل التقليدية للإشهار عن طلبات العروض، حيث حتى وإن كانت المعدات والتجهيزات الاعلام

²² مرسوم تنفيذي رقم 20-69، مؤرخ في 21 مارس 2020، يتعلق بتدابير الوقاية من انتشار وباء فيروس كورونا (كوفيد 19) ومكافحته، ج ر عدد 15، صادر في 21 مارس 2020. حيث تنص المادة 9 منه على مايلي : " يمكن أن تتخذ المؤسسات و الإدارات العمومية كل إجراء يشجع العمل عن بعد في ظل إحترام القوانين و التنظيمات المعمول بها."

الآلي متوفرة في الإدارات فيبقى الإشكال الحقيقي مطروحا بالنسبة للشبكة (L'accès à l'internet)، فالولوج إليها بصعوبة نتيجة ضعف التدفق.

غير أن هذه الصعوبات تعود لعدة مسببات مرتبطة بالجانب التقني، وكذا عراقيل مرتبطة بثقافة العون الإداري الذي ليس له قابلية للتغيير والتكيف مع التقنيات التكنولوجية الحديثة، فضلاً عن بعض مسيري المؤسسات العمومية كالبليات لا يملكون ثقافة النشر الإلكتروني، فضلاً عن غياب ثقافة روح الإبداع في تسيير المرافق العمومية.

خاتمة:

توصلنا من خلال هذه الورقة البحثية، إلى أن نظام الأشهار وخاصة الأشهار الإلكتروني أهمية كبيرة في إضفاء شفافية إجراءات إبرام وتنفيذ الصفقات العمومية التي ترمي إلى تحقيق هدفين أساسيين، ألا وهما مكافحة الفساد الإداري وحماية المال العام من الإهدار والتبديد وذلك عن طريق علانية الإجراءات من بدايتها إلى نهايتها بغرض استقطاب أكبر عدد من المتنافسين لاختيار أحسن عرض من حيث الجودة والتكلفة من الوقت تكريساً لمبدأ المنافسة الحرة والنزيهة، فهذه الإجراءات يسمحان بممارسة الرقابة سواء كانت الإدارية أو المالية لمدى مطابقتها للقانون وبفعالية على مستوى مراحل إجراءات إبرام العقود الإدارية وتنفيذها.

ونظراً لمحدودية الأساليب التقليدية للإشهار في مجال الصفقات العمومية، في توسيع دائرة المنافسة الحرة والنزيهة من أجل استقطاب أكبر عدد ممكن من المتعهدين المحتملين، أدى إلى تكريس أساليب حديثة كالإعلان الإلكتروني تتماشى والمستجدات التي طرأت في مجال حرية الاستثمار عموماً ومجال الصفقات العمومية خصوصاً، ولاسيما فيما يتعلق بمتطلبات الشفافية والمنافسة في اختيار المتعاقدين.

ويعد الإعلان الإلكتروني مثالا نموذجيا في مجال الصفقات العمومية، لما يتوفر من شروط مميزات تتعلق بالسرعة والفعالية، الدقة، تبسيط الإجراءات والشفافية الإدارية والمالية، مقارنة بالآليات القانونية التقليدية كالمعتددة على الجرائد في الأشهار.

وبالرغم من المحاسن التي جاء بها في القانون المنظم للصفقات العمومية في مسألة الإشهار وتنوع وسائلها، إلا أنها تحتاج إلى تفعيل وذلك من خلال اتخاذ الإجراءات القانونية التي توصلنا إليها في شكل توصيات:

- تقييد الإدارة (المصلحة المتعاقدة) في عملية الإشهار بخصوص بالنسبة للاستشارة، وذلك بإتباع نفس الوسائل المعتمدة وخاصة الوسائل الإلكترونية في إبرام عقود الصفقات العمومية.

ضرورة استعمال كل الوسائل التقليدية إلى جانب الأنترنت حتى يضمن نشر كافة المعلومات و المعطيات عن طبيعتها صفقة كانت أو استشارة .

- تكوين الموظفين المهندسين في مجال الاعلام الآلي والتقنيات الحديثة لضمان استمرارية المرفق العمومي الإلكتروني.

- عدم ترك الحرية للمصالح المتعاقدة بخصوص تحديد ومدد إيداع طلبات العروض .
وأخيرا مواكبة التطورات التكنولوجية الحديثة، من إخلال إدراج أحكام في قانون الصفقات العمومية، تقضي
بضرورة تفعيل النشر الإلكتروني نظراً للمزايا المترتبة عن هذا الأخير، وكونه يتميز بالسرعة، الدقة، والجودة
والفعالية عكس الوسائل التقليدية المعتمدة من قبل الإدارة التقليدية .

العقوبات البديلة للعقوبة السالبة للحرية النافذة في التشريع الجزائري بين التكريس و التراجع

بوضياف عادل (1)

(1) طالب دكتوراه كلية العلوم القانونية جامعة الإخوة

منتوري قسنطينة 25000، الجزائر.

البريد الإلكتروني: aniconstantine0@gmail.com

الملخص:

إن العقوبة السالبة للحرية النافذة لم تعد تؤدي الدور الذي من أجله تم تشريع العقوبة و هو إصلاح الجاني لكي يكف عن إتيان الجريمة مرة أخرى، و تدفع بباقي أفراد المجتمع إلى تجنب الوقوع في الجريمة، و لأن العقل البشري دائم البحث عن بديل يحقق للعقوبة أهدافها، فقد توصل إلى إسحاث عقوبات البديلة للعقوبة السالبة للحرية النافذة، و قد تم تكريس العديد من العقوبات البديلة للعقوبة السالبة للحرية النافذة، و لكن هذا التكريس أصبح يجد في كل مرة نصوص قانونية تعيق اللجوء إلى العقوبة البديلة من جهة و تدفع القاضي للإعتقاد بأن المشرع في طريق التخلي عن هذه العقوبات البديلة.

الكلمات المفتاحية:

العقوبة البديلة، العقوبة السالبة للحرية النافذة، العمل للنفع العام، المراقبة الإلكترونية، العقوبة البديلة بالمؤسسة العقابية .

تاريخ إرسال المقال: 2020/11/18، تاريخ مراجعة المقال: 2021/12/13، تاريخ نشر المقال: 2021/12/31.

لتهميش المقال: بوضياف عادل، "العقوبات البديلة للعقوبة السالبة للحرية النافذة في التشريع الجزائري بين التكريس و التراجع"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد 12، العدد 03، 2021، ص ص 890-910.

<https://www.asjp.cerist.dz/en/PresentationRevue/72>

المقال متوفر على الرابط التالي:

المؤلف المراسل: بوضياف عادل aniconstantine0@gmail.com

The alternative penalty to the freedom-depriving penalty in force in Algerian legislation between consecration and retreat

Summary:

What to blame is that the punishment that deprives the freedom in force no longer performs the role for which the punishment was legislated, which is to reform the offender in order to stop committing the crime again, and push the rest of society to avoid falling into the crime, and because the human mind is always searching for an alternative that achieves Punishment has its goals, it has reached to create alternative penalties for the penalty of deprivation of freedom in force in Algerian legislation , and many alternative penalties have been devoted to the penalty of deprivation of freedom in force, but this dedication has come to find every time legal texts that impede resorting to alternative punishment on the one hand that prompt the judge to believe that the legislator On the way to abandoning these alternative penalties

Keywords: alternative punishment, Punishment depriving liberty enforceable, work for the public benefit, Electronic monitoring

La peine alternative à la peine privative de liberté en vigueur dans la législation algérienne entre consécration et retraite

Résumé:

La peine privative de liberté en vigueur ne remplit plus le rôle pour lequel la peine était prévue par la loi, qui est de réformer le contrevenant afin d'arrêter de commettre à nouveau le crime, et de pousser le reste de la société à éviter de tomber dans le crime, et parce que l'esprit humain est toujours à la recherche d'une alternative qui réalise la peine Ses objectifs, il a atteint la création de peines alternatives pour la peine de liberté négative en vigueur, et de nombreuses peines alternatives ont été consacrées à la peine de liberté négative en vigueur dans la législation algérienne. En passe d'abandonner ces peines alternatives

Mots-clés : punition alternative, Punition négative pour une liberté effective, Travail d'intérêt public, surveillance électronique.

مقدمة

إن انتقال الإنسان من العيش منفرداً إلى العيش في جماعات له إيجابياته و سلبياته، و من سلبياته تعارض المصالح بين الأفراد و محاولة فرض سيطرة البعض على البعض الآخر، الأمر الذي أدى إلى نشوء الصراعات و التدافع من أجل الإستفراد و الإستئثار بالثروة، و هو الأمر الذي وُد أفعال الإعتداء و ظهور الجريمة بشتى أنواعها بتعدد مظاهر هذا الإعتداء، و لمجابهة هذا الخطر الذي يهدد كيان المجتمعات إهتدى الفكر البشري إلى سن قواعد جنائية تحفظ سلامة الأفراد في المجتمع و تحمي كيان المجتمعات و الدول من الزوال، و في سبيل تحقيق هذا الهدف جاءت قواعد القانون الجنائي، التي تمثلت في تشريع النموذج القانوني للفعل المجرّم و العقوبة المسلطة على مقترف هذا الفعل المحدد سلفاً، و هو ما يعرف بمبدأ الشرعية الذي يحدد مجموعة الجرائم و العقوبات التي رصدت لمجابهة مقترفي هذه الجرائم، فلم تعد هناك أي دولة تخلو قوانينها الداخلية من القوانين العقابية و هو تعبيراً عن الإجماع الحاصل بين جميع الدول على ضرورة تشريع هذه القواعد القانونية الجنائية.

إن العقوبة محور مهم في الدراسات الجنائية لما لها من أهمية كبيرة في تكوين النص الجنائي من جهة، و لأنها الوسيلة التي إستعملت من طرف مختلف التشريعات الجنائية في مواجهة الظاهرة الإجرامية، فأهداف العقوبة تتمثل وتتجسد في تلك الأهداف التي من أجلها تم تشريعها، و أهدافها تتمثل في مجابهة الظاهرة الإجرامية، فكلما إستطاعت العقوبة مواجهة الظاهرة الإجرامية كلما كانت ناجحة في تحقيق الأهداف التي جاءت من أجلها، و لتحقيق هذا الهدف نهجت العقوبة منحيين، فيتمثل المنحى الأول في ردع الجناة بما يكفل عدم عودتهم للجريمة مرة أخرى، و يتمثل النهج الثاني في تخويف و كبح جماح من يفكر في اللجوء للجريمة و هذا بصدده عن نهج هذا الطريق خاصة و قد تجلت أمامه صورة العقاب الذي سلط على المحرمين قبله.

فقد عرفت المجتمعات قديماً تبني العقوبة البدنية كالإعدام و الجلد و قطع الرؤوس على أنها عقوبة فعّالة في مواجهة الظاهرة الإجرامية، لذلك إختلفت النظريات في النظر للعقوبة بإختلاف الزاوية التي ينظر منها لتحقيق الهدف المنشود من ورائها، و هو مجابهة الجريمة و كبح إستفعالها في أوصال المجتمع، فمنهم من نظر إلى العقوبة على أنها وسيلة ردع و مظهر من مظاهر القسوة و القوة لإظهار قوة المجتمع و تخويف الجناة من الإقدام على الجريمة، فكانت تعبر عن إنتقام المجتمع من الجاني الذي تجرأ على المساس بأمن المجتمع و سكينته (The idea of collective revenge)، فظهرت العقوبة بتلك القسوة على شكل الإعدام و التكيل و التعذيب¹، ثم تطور الفكر البشري في المجال الجنائي فأصبح الهدف من العقوبة هو محاولة دفع الأفراد إلى تجنب الوقوع في الجريمة، فكانت مصلحة المجتمع من العقوبة هو المحافظة على أفراد من خلال النظر للجاني و المجني عليه على قدم المساواة، فبات ينظر للمجتمع على أنه المسؤول عن إنتاج أفراد مجرمين من خلال الظروف الإجتماعية القاسية و البيئة الحاضنة، و كانت هذه الأفكار ظاهرة في كتاب الفيلسوف الإيطالي

¹ . علي حسين الخلف و عبد القادر الشاوي . المبادئ العامة في قانون العقوبات . المكتبة القانونية . بغداد . العراق . ص 15

تشيزارى بيكارريا في كتابه لسنة 1764 ، ثم ظهرت أفكار أخرى صدعت برأيها و أكدت أن عقوبة الإعدام و قطع الرؤوس Décapitation و عقوبة الحرق Le Buché أنها عقوبات أو أداة خالية من الإنسانية، و من بين المنادين بهذه الأفكار الفيلسوف الفرنسي " جون جاك روسو " الذي قال " إن العقوبة يجب أن تهدف إلى حماية المجتمع و منع المجرم من إيقاع الأذى بغيره، و هذا يتطلب تحرير الفرد من تسلط الدولة و قسوة العقوبة"²، و هكذا شهدت العقوبة تطورا ملحوظا و عوّضت العقوبات البدنية بالعقوبة السالبة للحرية، ثم تم إقرار العقوبة السالبة للحرية النافذة بالعقوبة المالية أو م يعرف بالغرامة المالية و هذا لزمّن طويل.

ورغم إهداء الفكر البشري إلى العقوبة السالبة للحرية القائمة على حرمان الجاني من التنقل و بعض الحقوق الأخرى و هو في محبسه و ظهور الغرامة المالية إلى جانبها، فإن تطور المجتمع وضع هاتين العقوبتين موقع التشكيك في مدى تحقيق العقوبة لأهدافها المرسومة لها منذ زمن طويل، و هذا لما أصبحت تشهد المجتمعات باختلاف الدول و الأنظمة السياسية و القانونية المتبعة فيها، فلم يعد للعقوبة ذلك الوقع الذي يكبح جماح الأفراد عن إتيان الجريمة، و هو الأمر الذي فرض على الدارسين و الباحثين و علماء القانون الجنائي على حد سواء البحث عن عقوبات جديدة لمواجهة الظاهرة الإجرامية، و لأن العقوبة أصبحت تواجه ثلاث مظاهر تين إخفاها في تحقيق أهدافها، فكان من اللازم معرفة هذه المظاهر و لة على سبيل العلم بالشيء، فيتمثل المظهر الأول في العدد الكبير للجرائم المقترفة، و يتمثل المظهر الثاني في تنوع الجرائم و تعددها لأنها لم تعد تستهدف مجالا واحدا نظرا لتطور الحياة البشرية و ظهور نشاطات و صناعات و طرق عديدة لكسب الثروة و التنوع في طرق الإتصال و الإنتقال من مكان إلى آخر، خلاف ما كان سائدا في السابق، و يتمثل المظهر الثالث في ما تخلفه المؤسسات العقابية من آثار سلبية على كل من يتم حبسه فيها، فلم تعد تقوم هذه المؤسسات العقابية بالدور الإصلاحي المنوط بها بعدما تم التخلي على فكرة أن دورها يكمن في كونها مكان لتوقيع العقاب و فقط، فتعددت الجناة و تعددت طرق إقترافهم للجريمة و تطورت وسائل إخفاء الجريمة، و أمام إخفاق المؤسسات العقابية في أن يكون لها دور إصلاحي للجناة، أضحت العقوبة السالبة للحرية محط نظر، و هو ما عجل بإيجاد طرق و وسائل بديلة للإستعاضة عن العقوبة السالبة للحرية النافذة بعقوبات بديلة، و لأن الجزائر كغيرها من الدول لم تكن محط إستثناء مما تقدم، فشهدت الجريمة في الجزائر تضاعفا في الأرقام و تعددا في الصور و أصبح إخفاق العقوبة السالبة للحرية في مواجهة الجريمة ظاهر للعيان.

فلجأت الجزائر إلى تعديل قانونها العقابي و أدخلت بعض العقوبات البديلة للعقوبة السالبة للحرية النافذة كما عدّلت في القوانين التي تحكم و تسيّر المؤسسات العقابية لجعلها دور إصلاح، و لكن الواقع العملي على مستوى المحاكم و المجالس القضائية و المؤسسات العقابية لم يلحظ هذه العقوبات على أرض الواقع بشكل ملحوظ، رغم تشريع بعض هذه العقوبات البديلة للعقوبة السالبة للحرية النافذة، و هو الأمر المغاير لدى دول

². وهبه الزحيلي . الفقه الإسلامي . دار الفكر . الطبعة الأولى لسنة 1986 . ص 110

أخرى، فالعديد من الدول قد عرفت تحسنا و فعالية هذه العقوبات البديلة كطريق ناجح لمجابهة الجريمة، لذلك كانت الإشكالية المطروحة على النحو الآتي:

ما هو السبب وراء تفاقم الجريمة و إرتفاع عددها في الجزائر رغم تشريع العقوبات البديلة للعقوبة السالبة للحرية النافذة في التشريع الجزائري ؟

نجيب عن هذا الإشكال أو السؤال من خلال مبحثين، في كل مبحث مطلبين، فخصصت المبحث الأول لتكريس العقوبات البديلة للعقوبة السالبة للحرية النافذة في التشريع الجزائري، فإنبثق عنه مطلبين خصصت الأول للعقوبات البديلة للعقوبة السالبة للحرية النافذة على مستوى الجهات القضائية، وخصصت الثاني للعقوبات البديلة للعقوبة السالبة للحرية النافذة على مستوى المؤسسات العقابية، فيما تعلق المبحث الثاني بمظاهر تراجع التشريع الجزائري في تفعيل العقوبات البديلة للعقوبة السالبة للحرية النافذة، و إنبثق عنه مطلبين، و يتعلق الأول بمظاهر التخلي عن العقوبة البديلة للعقوبة السالبة للحرية النافذة في التشريع الجزائري و يتعلق الثاني بمظاهر تقييد القضاة في اللجوء عن العقوبة السالبة للحرية.

المبحث الأول: تكريس العقوبات البديلة للعقوبة السالبة للحرية النافذة في التشريع الجزائري

إن التشريع الجزائري عرف العديد من العقوبات البديلة للعقوبة السالبة للحرية النافذة و هو الأمر الذي يؤكد نهج المشرع الجزائري في تبني هذه العقوبات و تضمينها في التشريع الجزائري، مما يؤكد قناعة المشرع الجزائري بأن العقوبة السالبة للحرية النافذة لم تعد لها تلك الكفاءة لمواجهة الظاهرة الإجرامية و لا تلك الفعالية، و لابد من تدعيمها بعقوبات بديلة بما لا يعني التخلي عن العقوبة السالبة للحرية في حد ذاتها.

المطلب الأول: العقوبات البديلة للعقوبة السالبة للحرية النافذة على مستوى الجهات القضائية

تعددت التعاريف الخاصة بالعقوبة البديلة للعقوبة السالبة للحرية النافذة في غياب تعريف قانوني في القانون الجزائري و تتمحور جل هذه التعريفات و أغلبها حول التعريف الذي ينظر للعقوبة البديلة بأنها إحلال عقوبة مكان أخرى، و إن كان التشريع الجزائري تبني العديد من العقوبات البديلة للعقوبة السالبة للحرية، فإننا نحاول التطرق لها بإختصار، لأن موضوع هذا المقال ليس توضيح العقوبات البديلة بقدر ما هو تبيان تردد التشريع الجنائي الجزائري في تبني منطق واضح و صريح في توجيهه نحو العقوبات البديلة بشكل حقيقي، و ليس بطريقة شكلية يفهم منها فقط سعي الجزائر لهذا النوع من العقوبات و كفى.

الفرع الأول: الغرامة المالية

تعرف الغرامة المالية بأنها عقوبة تخضع للمبدأ العام المتعلق بالشرعية فلا يحكم بها إلا بمقتضى نص قانوني، و لا يحكم بها إلا بعد ثبات مسؤولية الحاني عن جريمة إقتربها³، و هي إلزام المحكوم عليه بدفع مبلغ من المال لخزينة الدولة مقابل ما قام به من فعل مجرم، و هي بذلك عقوبة مالية تستهدف مال الجاني ليسدد

³. جندي عبد الملك - الموسوعة الجنائية - المرجع السابق - ص 109

مقدار من المال يأخذه من ماله ليعود على خزينة الدولة التي تسهر على تنفيذ العقوبة، وإن كانت الغرامة تظهر في التشريع الجزائري أحيانا على شكل عقوبة تكميلية من حيث المآل وهذا من خلال عقوبة المصادرة، التي يعود فيها جزء من مال الجاني للدولة بشروط المصادرة.

و من أمثلة ذلك ما نصت عليه المادة 247 من قانون العقوبات الجزائري بالنسبة لجريمة إنتحال اسم عائلة بغير حق، و المادة 243 من قانون العقوبات⁴، و المادة 12 من القانون رقم: 18/04⁵ المتعلق بالوقاية من المخدرات و المؤثرات العقلية و قمع الإستعمال و الإتجار غير المشروعين بهما، و هناك عديد المواد الموجودة في قانون حماية المستهلك القانون رقم: 03/09⁶ و القانون المتعلق بشروط الممارسة التجارية رقم: 08/04⁷ و القانون المطبق على الأنشطة التجارية رقم: 02/04⁸ و غيرهم كثير، أين تظهر الغرامة بمفردها كعقوبة أصلية و قد تظهر على شكل إقرانها بمعية العقوبة السالبة للحرية و إمكانية إختيارها دون العقوبة السالبة للحرية و تبقى عقوبة أصلية، و في هذه الحالة فإنه من الواضح جليا أن الغرامة حلت كعقوبة أصلية بديلا عن العقوبة السالبة للحرية.

الفرع الثاني: نظام وقف التنفيذ

لم يرد تعريف نظام وقف التنفيذ في القانون الجزائري لذلك تكفل فقهاء القانون الجنائي بتعريفه و من ذلك نجد مثلا تعريفه بأنه آلية تسمح للقاضي بأن يأمر بوقف تنفيذ العقوبة السالبة للحرية التي قضي بها، لتمحى هذه العقوبة و يعفى عنها في حالة عدم قيام الجاني بأي جريمة أخرى خلال مدة معينة⁹، و عرف كذلك بأنه تعليق تنفيذ العقوبة على شرط موقف خلال مدة معينة تسقط معه هذه العقوبة في حالة لم يرتكب الجاني جريمة أخرى¹⁰.

وقد وضع المشرع شروط لإعمال نظام وقف التنفيذ في المواد 592 من قانون الإجراءات الجزائية الجزائري¹¹ و مع ذلك فقد أخرج المشرع الجزائري بعض الجرائم من دائرة إمكانية وقف تنفيذها و من ذلك مثلا

⁴ . الأمر رقم: 156/66 المؤرخ في: 08 جوان 1966 المتضمن قانون العقوبات

⁵ . القانون رقم: 18/04 المؤرخ في 25 ديسمبر 2004 المتعلق بالوقاية من المخدرات و المؤثرات العقلية و قمع الإستعمال و الإتجار غير المشروعين بهما

⁶ . القانون رقم: 03/09 المؤرخ في: 25 فيفري 2009 المتعلق بحماية المستهلك و قمع الغش

⁷ . القانون رقم: 08/04 المؤرخ في: 14 أوت 2004 المتعلق بشروط ممارسة الأنشطة التجارية

¹ . القانون رقم: 02/04 المؤرخ في: 23 فيفري 2004 المحدد للقواعد المطبقة على الأنشطة التجارية

⁹ - G.Stefani, G.Levasseur, R.Jambu-Merlin, criminologie et science pénitentiaire, 3èÉd, Dalloz, 1972, p 570

- Jean PRADEL, Manuel de droit pénal général, 16è Éd Cujas, Paris, 2006, p 620

¹⁰ . مأمون محمد سلامة . قانون العقوبات القسم العام . دار النهضة العربية . مصر . الطبعة الثالثة . سنة 2001 . ص 688

¹¹ . الأمر رقم: 155/66 المؤرخ في: 08 جوان 1966 المتضمن قانون الإجراءات الجزائية

ما كان سائدا في قانون الصرف بالمواد 424 و 425 و 426 منه و قد تم إلغاؤها بالقانون رقم: 22/96¹²، و لكن هذه المواد تم إلغاؤها بعد ذلك بالقانون المعدل لهذا القانون، و أكدت المادة 595 من قانون الإجراءات الجزائية الجزائري أن وقف التنفيذ لا يمتد للعقوبة التكميلية، فيكون نظام وقف التنفيذ عقوبة بديلة للعقوبة السالبة للحرية النافذة و بذلك فإن هذه العقوبة ستم وقف تنفيذها، و مع ذلك فإن الواقع العملي لا يشهد تنفيذ العقوبة السالبة للحرية موقوفة التنفيذ في حالة تحققت حالة ارتكاب الجاني خلال مهلة الإختبار المحددة طبقا للمادة 594 من قانون الإجراءات الجزائية جريمة أخرى، و يشهد الواقع العملي إهمال تام لتنفيذ العقوبة السالبة للحرية موقوفة التنفيذ رغم قيام الجاني بإرتكاب أي جريمة أخرى خلال السنتين أو الخمسة سنوات التالية للعقوبة موقوفة التنفيذ حسب مدة العقوبة، و هذا ما يشكل بديلا للعقوبة السالبة للحرية بتطبيق مخالف للقانون.

الفرع الثالث: العمل للنفع العام

هي عقوبة بديلة مستحدثة بالنظر للتشريع الجزائري الحديث هونفسه و بالنظر لما تقدم من عقوبات فإنه لم يضع التشريع الجزائري تعريفا لهذه العقوبة، و إنما تضمن قانون العقوبات الجزائري شروط تطبيق هذه العقوبة، و لكن الفقه الجنائي قدم تعريفا لها، و من ذلك ما عرفها بأنه إلزام للمحكوم عليه بالشغل في المشاريع النافعة في إحدى المؤسسات العامة لمدة محدودة من الساعات بهدف إبعاده عن السجون و الإختلاط بأرباب السوابق¹³، و عرف كذلك بأنه إلزام المحكوم عليه بإتمام عمل دون مقابل لمصلحة المجتمع بدلا من دخوله السجن، وذلك خلال مدة معينة تحددها المحكمة في حكمها¹⁴، فقد تبين المشرع الجزائري هذه العقوبة في قانون العقوبات سنة 2009¹⁵ و هذا بالمادة 05 مكرر 1 إلى المادة 05 مكرر 06 أين تضمنت هذه المواد شروط تطبيق عقوبة العمل للنفع العام، و من بين الشروط أنه لا يمكن تطبيقها إلا بالنسبة لتلك الجرائم التي لا تتجاوز العقوبة السالبة للحرية فيها و المحددة قانونا كحد أقصى ثلاث (3) سنوات، و ضرورة أن تكون العقوبة المنطوق بها قضاء لا تتجاوز سنة واحدة، و أن تكون مدة عقوبة العمل للنفع العام لا تزيد عن ثمانية عشرة (18) شهرا، و أن تتراوح مدة عقوبة العمل للنفع العام لدى البالغ من أربعين (40) ساعة كحد أدنى إلى ستمائة (600) ساعة كحد أقصى، و أن تتراوح لدى القاصر ما بين عشرون (20) ساعة كحد أدنى إلى ثلاثمائة (300) ساعة كحد أقصى، و أن يصدر الحكم القضائي و هو متضمن للعقوبة السالبة للحرية و أن تكون عقوبة نافذة، و أن ينبه القاضي المحكوم عليه بأنه في حالة إخلاله بالإلتزامات المفروضة عليه بمناسبة

¹² . الأمر رقم: 22/96 المؤرخ في: 09/07/1996 المتعلق بقمع مخالفة التشريع و التنظيم الخاصين بالصرف و حركة رؤوس

الأموال من و إلى الخارج

¹³ . مقال للأستاذ جباري ميلود . أستاذ في جامعة سعيدة . بعنوان . أساليب المعاملة العقابية البديلة لتنفيذ العقوبة . مجلة تاريخ

العلوم . جامعة الجلفة . العدد السادس . ص 411

¹⁴ . صفاء أوتاني . كلية الحقوق جامعة دمشق . مقال بعنوان . العمل للمنفعة العامة في السياسة العقابية المعاصرة . دراسة مقارنة .

جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية و القانونية . المجلد 25 . العدد الثاني . سنة 2009 . ص 430

¹⁵ . القانون رقم: 01/09 المؤرخ في: 25 فبراير سنة 2009 المعدل و المتمم لقانون العقوبات

تنفيذ العقوبة البديلة و التي تحددها جهة تنفيذها، فإن العقوبة السالبة للحرية تنفذ في حقه العقوبة و تم إستبدالها بعقوبة العمل للنفع العام، و أن يذكر القاضي في منطوق حكمه و حيثياته عدد ساعات العمل التي يتوجب على المحكوم عليه أن يؤديها، و هو ما يجعل عقوبة العمل للنفع العام عقوبة بديلة للعقوبة السالبة للحرية النافذة.

الفرع الرابع : الأمر الجزائي

شرع الأمر الجزائي كبديلا للعقوبة السالبة للحرية النافذة لكثرة الأحكام القاضية بالعقوبة السالبة للحرية النافذة، و مع أنهلهم يرد تعريف لهذا الأمر في القانون الجزائري و لكن التشريع العقابي تضمن شروطا و أحكاما لهذا الأمر، فقد عرّفه الفقه بأنه أمر قضائي بتوقيع العقوبة المقررة دون تحقيق أو مراعاة و دون إتباع القواعد الإجرائية المعروفة¹⁶، و عرّفه الدكتور جمال إبراهيم عبد الحسين بأنه قرار قضائي يفصل في الدعوى العمومية دون مراعاة و دون سماع الخصوم و يكون في القضايا قليلة الأهمية¹⁷، و إن كان الأمر الجزائي قد ظهر في التشريع لجزائري العقابي كغرامة جزافية المنصوص عليها في المواد 392 و ما يعدها من قانون الإجراءات الجزائية الجزائري و هذا في سنة 1978، و لكن المشرع تبناه بشروط و أحكام أخرى و مغايرة و هذا في القانون رقم: 02/15¹⁸ بالمواد 380 مكرر و ما بعدها.

فالقاضي يفصل في ملف الأمر الجزائي المحال له من وكيل الجمهورية إما بالبراءة أو بعقوبة الغرامة، كما يمكنه أن يعيد ملف الأمر الجزائي لنيابة الجمهورية بالمحكمة لإتخاذ ما تراه مناسبة طالما أن شروط الأمر الجزائي غير متوفرة، و من بين الشروط التي يراقبها القاضي حقيقة توافر شروط المادة 380 مكرر السابق ذكرها، و عدم تحقق أحد الموانع المذكورة في المادة 380 مكرر 1 من ق إ ج ج، و التي عدتها هذه المادة.

الفرع الخامس: المراقبة الإلكترونية

وهي بديل حديث للعقوبة السالبة للحرية النافذة، فقد عرّفها التشريع الجزائري بأنها حمل الشخص طيلة المدة المنصوص عليها في المادة 150 مكرر 1 من قانون تنظيم السجون¹⁹ لسوار إلكتروني يسمح بمعرفة مكان تواجده، و مكان تحديد الإقامة المبيّن في مقرر وضع السوار الإلكتروني، كما عرّفها فقهاء القانون الجنائي و وضحو بأنها تتبع المحكوم عليه في قضاء العقوبة خارج المؤسسات العقابية بتقييد تحركاته و هو في منزله، فهي تنفذ عن طريق وضع سوار أو ساعة إلكترونية تركب بمعصم أو قدم المحكوم عليه لرصد

¹⁶ . أحمد فتحي سرور . الوسيط في قانون الإجراءات الجزائية . دار النهضة العربية . القاهرة . مصر . طبعة سنة 1993 . ص

848

¹⁷ . جمال إبراهيم عبد الحسين . الأمر الجزائي و مجالات تطبيقه . منشورات الحلبي الحقوقية . بيروت . لبنان . طبعة أولى . سنة

2011 . ص 12

¹⁸ . الأمر رقم: 02/15 المؤرخ في: 2017/07/23 المعدل و المتمم لقانون الإجراءات الجزائية

¹⁹ . القانون رقم: 04/05 المؤرخ في: 06 فيفري 205 المتضمن قانون تنظيم السجون و إعادة الإدماج الإجتماعي للمحبوسين

تحركاته و تتبعها²⁰، فهي تنفيذ للعقوبة السالبة للحرية النافذة خارج جدران المؤسسة العقابية، فهي طريقة مستحدثة بحيث تتم مراقبة الشخص عن بعد إلكترونيا، و يسمح له بالبقاء في منزله أو في المكان المخصص لإقامته مع هامش ضيق لتحركاته المحدودة، و هو مراقب بواسطة جهاز مثبت في معصمه أو قدمه يعرف بالسوار الإلكتروني، فالمرشح الجزائري تبني هذه العقوبة بالقانون رقم: 02/15 سالف الذكر المعدل لقانون الإجراءات الجزائية و القانون رقم: 01/18²¹ المعدل لقانون تنظيم السجون.

فالمادة 150 مكرر 7 من قانون تنظيم السجون أشارت إلى أن نظام المراقبة الإلكترونية نظام يتمثل في سوار إلكتروني لا يمس بصحة المعني عند وضعه، فيوضع السوار الإلكتروني بالمؤسسة العقابية و يتم وضع المنظومة الإلكترونية اللازمة لتطبيقه من طرف الموظفين المؤهلين لهذا العمل و التابعين لوزارة العدل، و تتم عملية متابعة تنفيذ المراقبة الإلكترونية عن بعد عن طريق الزيارات التي يقوم بها أعوان المصالح الخارجية لإدارة السجون المكلفة بإعادة الإدماج الاجتماعي، و تتم كذلك مراقبة سير النظام عن طريق الهاتف، و هي الوسائل التكنولوجية التي أشارت لها المادة 150 مكرر 8، و يتم هذا الإشراف على تطبيق و مراقبة تنفيذ نظام المراقبة الإلكترونية من طرف قاضي تطبيق العقوبات، فمراقبة تطبيق هذا النظام يتطلب وجود خط هاتفي لدى المحبوس في منزله ليتمكن الإتصال به هاتفيا كما أشارت لذلك المادة 150 مكرر 8، يضاف لذلك بعض الشروط القانونية التي تتمثل في أن تكون العقوبة المحكوم بها على الشخص لا تتجاوز ثلاث (03) سنوات، أو تكون العقوبة المتبقية من تلك التي قضاها لا تتجاوز ثلاث (03) سنوات، و لا يقرر قاضي تطبيق العقوبات الوضع تحت نظام المراقبة الإلكترونية إلا بموافقة الشخص المحبوس أو ممثله القانوني إذا كان قاصرا، و أن يكون الحكم الذي بموجبه حبس الشخص نهائيا، و أن يكون الشخص قد سدد جميع الغرامات المحكوم بها عليه طبقا للمادة 150 مكرر 3، فتكون المراقبة الإلكترونية بديلا للعقوبة السالبة للحرية النافذة.

المطلب الثاني: العقوبات البديلة للعقوبة السالبة للحرية النافذة على مستوى المؤسسة العقابية

و نخص بالذكر في هذا المجال العقوبات التي تحل بديلة للعقوبة السالبة للحرية النافذة بمناسبة تواجد المحبوس في المؤسسة العقابية، و نتطرق لها بإختصار لفهم حقيقة تبني المرشح الجزائري لعقوبات بديلة على مستوى المؤسسة العقابية و خارج إطار الأجهزة القضائية الفاصلة في الدعوى العمومية، و هي عقوبات بديلة تم تبنيها بعد الإصلاح الذي شهدته المؤسسات العقابية من خلال تغيير الدور الذي تؤديه، وهذا من دور ردي بما يشهده من قسوة في تنفيذ العقوبة إلى دور إصلاحي بما ينسجم مع السياسة الجنائية و هدف العقوبة المنشود.

²⁰ . صفاء أوتاتي . مقال بعنوان . الوضع تحت المراقبة الإلكترونية " السوار الإلكتروني " في السياسة العقابية الفرنسية . مجلة

جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية و القانونية . المجلد 25 . العدد الأول لسنة 2009 . ص 131

²¹ . القانون رقم: 01/18 المؤرخ في: 2018/01/30 المتمم للقانون رقم: 04/05 المتضمن قانون تنظيم السجون و إعادة

الإدماج الاجتماعي للمحبوسين

وأن إعتبار هذه العقوبات بديلا للعقوبة السالبة للحرية النافذة قائم على إعتبار الإلتزامات المفروضة على المستفيدين منها، لتكون هذه الإلتزامات بمثابة الإكراه الذي يطبق على المحبوس من أجل القول بأنه خاضع لعقوبة بديلة، لأنه في حالة كان المحبوس في حل من أمره و لا يطبق عليه أي إكراه أو شروط إنضباط و مراقبة التصرفات، فإننا نخرج من باب العقوبة و ندخل تحت باب العفو عن الشخص و تسريحه.

الفرع الأول: الورشات الخارجية

عرّف المشرع الجزائري في قانون تنظيم السجون في المادة 100 منه نظام الورشات الخارجية، بأنه قيام المحبوس المحكوم عليه نهائيا بالعمل ضمن فرق خارج المؤسسة العقابية، تحت مراقبة هذه المؤسسة العقابية لحساب الهيئات و المؤسسات العمومية، فهو نظام يعمل به خارج المؤسسات العقابية، و هو كذلك نظام تبناه المشرع بمناسبة تشريع القانون رقم: 2202/72²²، فيخرج المحبوس صباحا لأداء العمل و يتم إعادته للمؤسسة العقابية مساء، و هذا كله إحتراما للإتفاقية المبرمة بين الهيئة المستخدمة و المؤسسة العقابية، ولكن مع ذلك فلا يستفيد من هذا النظام إلا من توافرت فيه شروط حددها القانون بدقة في المواد 101 و 103 من قانون تنظيم السجون المشرع في سنة 2005.

الفرع الثاني: الحرية النصفية

لم يرد تعريفا محددًا لنظام الحرية النصفية في التشريع الجزائري و لكن الفقهاء تصدوا لذلك بالقول بأنه وضع المحكوم عليه نهائيا بالعقوبة السالبة للحرية و المتواجد بالمؤسسة العقابية بصدد قضائها، بجعله خارج أسوار المؤسسة العقابية نهارا و الرجوع لها ليلا دون حراسة، و يستفيد منه المحبوس لأداء عمل خارج المؤسسة العقابية أو مزاولة دراسة على مستوى الجامعة أو مراكز التكوين المهني، فهي مرحلة تحضير لفترة الإفراج النهائي عليه، و حدد المشرع شروط تطبيق هذا النظام بالمواد 104 و 106 و 107 و 108 من قانون تنظيم السجون

الفرع الثالث: البيئة المفتوحة

إن نظام البيئة المفتوحة من أحدث الأنظمة العقابية المستحدثة الذي عرفته ساحة تنفيذ العقوبة لسالبة للحرية النافذة، فهو يختلف عن نظام البيئة المغلقة إختلافا جديرا، لأنه نظام يقال عنه بأنه مؤسسات بلا أسوار أو جدران، كما يتحرك فيه المحبوس بحرية مطلقة، فلا حراسة تضرب على تحركاته ولا على مبيته، طالما أن المحبوس ملتزم بالتواجد في هذه المؤسسات العقابية في آخر المطاف، فنظام البيئة المفتوحة يختلف عن نظام الورشات الخارجية من خلال كون المحبوس لا يعود إلى المؤسسة العقابية آخر المساء، و إنما يبيت في المؤسسة المخصصة للغرض الذي أنشئت من أجله، فهي مؤسسات تشغل المحبوسين و تأويهم ليلا، وتضمنته المادة 109 من قانون تنظيم السجون كما حددت المادة 110 من هذا القانون شروط الإستفادة منه.

²². الأمر رقم: 02/72 المؤرخ في: 10/02/1972 المتضمن قانون تنظيم السجون و إعادة تربية المساجين

الفرع الرابع: إجازة الخروج

لم يرد في التشريع الجزائري تعريفاً لإجازة الخروج و لكن معناها يفهم من نص المادة 129 من قانون تنظيم السجون يمكّننا من تجلية معنى إجازة الخروج، فالمادة 129 تقيد بأن هذا النظام هو مكافأة للمحبوس على حسن سيرته و سلوكه داخل المؤسسة العقابية، و يخص المحبوس المحكوم عليه بعقوبة سالبة للحرية لا تتجاوز ثلاث (3) سنوات، فيمكن منحه إجازة الخروج من المؤسسة العقابية، دون أن يخضع المحبوس فيها لمراقبة من حراس المؤسسة العقابية أو أية جهة أخرى و هذا لمدة (10) أيام، و يتضمن أحياناً مقرر إجازة الخروج على شروط أو قيوداً يحددها وزير العدل في مقرر الإجازة، و في حالة مخالفتها يترتب عليها إعتبار المحبوس حينها ذو سلوك سيء، و هو ما يؤثر عليه في الكثير من المسائل، و لعلها أهمها حرمانه من أنظمة بديلة للعقوبة السالبة للحرية تم الحديث عنها سابقاً، و هو الأمر غير المتصور بالنسبة لمقرر إستفادة الحدث من نظام إجازة الخروج المشار له في المادة 125 من قانون تنظيم السجون السابق ذكرها.

الفرع الخامس: الإفراج المشروط

لم يرد في التشريع الجزائري أي تعريف لنظام الإفراج المشروط، و لكن الفقه الجنائي تدخل لتعريف الإفراج المشروط، فعرف بأنه إطلاق سراح المحكوم عليه قبل إنقضاء العقوبة السالبة للحرية بشكل مقيد من خلال الإلتزامات التي تفرض عليه²³، و عرّف كذلك بأنه إفراج غير نهائي على المحكوم عليه لأنه معلق على شرط فاسخ إذا تحقق هذا الشرط ألغى الإفراج عن المحبوس و أعيد المحكوم عليه إلى السجن²⁴، و قد حدد المشرع في المواد 134 و 135 و 136 و 137 و 138 من قانون تنظيم السجون وإعادة الإدماج الإجتماعي للمحبوسين شروط الإستفادة من نظام الإفراج المشروط.

و هو ما يؤكد بما لا يدع مجالاً للشك أن المشرع إستحدث هذه العقوبات البديلة للعقوبة السالبة للحرية النافذة لمجابهة الجريمة و الإنقاص من إستفعالها و الخطر الذي تهدد به كيان المجتمع، و لأن ما تم تقديمه يبين الخطوة التي خطاها المشرع من باب تبنيه للعقوبات البديلة للعقوبة السالبة للحرية النافذة، فإنه من المهم معرفة ما إذا كانت هذه السياسة الجنائية تتماشى مع باقي التشريع الجنائي و هل ضمن المشرع في التشريع نفسه ما يكفل لدفع القضاة على مستوى الجهات القضائية إلى تبني هذه العقوبات و تكريسها في مجال الأحكام التي يصدرونها.

²³ . محمود نجيب حسني . دروس في علم الإجرام و العقاب . دار النهضة العربية . القاهرة ، مصر . طبعة سنة 1988 . ص

532

²⁴ . أبو العلا عقيدة . أصول علم العقاب . دراسة تحليلية للنظام العقابي المعاصر مقارناً بالنظام الإسلامي . دار الفكر العربي .

طبعة سنة 1997 . ص 433

المبحث الثاني: مظاهر تراجع التشريع الجزائري في تفعيل العقوبات البديلة للعقوبة السالبة للحرية النافذة

إن ما سبق ذكره عن تكريس التشريع الجزائري للعقوبات البديلة للعقوبة السالبة للحرية النافذة يعاكسه تماما ما تضمنه التشريع الجزائري نفسه من قواعد قانونية تعمل على النقيض من مسألة تكريس العقوبات البديلة، فهذه النصوص تقدم لنا تصورا عن إستبعاد التشريع اللجوء للعقوبات البديلة للعقوبة السالبة للحرية النافذة إلا في قليل الحالات، و أحيانا كثيرة تجعل العقوبة البديلة للعقوبة السالبة للحرية النافذة مسألة مستبعدة من التطبيق العملي من جانب القضاة، و هذا لأن أحكام التشريع تبعد إحتتمالات تكريس هذه العقوبة من جهة، و لأن فهم القضاة لمضمون هذا التشريع يدفعهم للإعتقاد بأن العقوبة البديلة للعقوبة السالبة للحرية النافذة مسألة إختيارية و ليست بتلك الأهمية لإحلالها مكان العقوبة السالبة للحرية النافذة، و لذلك فإن تطرقنا لهذه المسألة يكون من خلال الجانب التشريعي أولا ثم من خلال الجانب العملي الذي يبرز في أحكام القضاء و إبتعاد القضاة عن إعمال العقوبة البديلة.

المطلب الأول: مظاهر التخلي عن العقوبة البديلة للعقوبة السالبة للحرية النافذة في التشريع الجزائري

إن مظاهر التخلي عن العقوبة البديلة للعقوبة السالبة للحرية النافذة لا تظهر في التشريع الجزائري من خلال نصوصه القانونية واضحة الدلالة و التي تستبعد العقوبة البديلة من التطبيق، و لكن أحكام التشريع تفرض نفسها عند تطبيقها بما يقدم لنا نمطا يعطي لنا الإنطباع المؤكد بأن المشرع لا ينظر للعقوبة السالبة للحرية بمظهر تلك العقوبة التي أخفقت في تحقيق أهم الأهداف و الغايات المرجوة من العقوبة نفسها، و لذلك فإننا نتطرق لهذه المظاهر للوقوف على حقيقة نية المشرع و لكي يستبين المعني.

الفرع الأول: تشديد العقوبات الصادرة بموجب تشريعات حديثة

إن المتمعن للنصوص القانونية المستحدثة في جملة ما تم تشريعه يدرك و أن المشرع قد سلك طريق العقوبات القاسية لمواجهة الجريمة، و أن هذا التوجه يجعلنا نتساءل عن السبب من وراء التشدد في العقوبات، فيفهم منه أن هذا التشدد، و خاصة من خلال الوقوف على تاريخ إستحداث العقوبات البديلة للعقوبة السالبة للحرية و تاريخ إستحداث هذه التشريعات الجديدة، فيصلنا المعنى بكل يسر بتوجه المشرع الجزائري إلى التخلي عن العقوبة البديلة في مواجهة الجريمة، و أن منطق التشريع الجزائري هو تشديد العقوبة السالبة للحرية كمظهر من مظاهر مواجهة الجريمة، و لا يمكن أن يقوم هذا المنطق لدى المشرع إلا من خلال إقتناعه بأن العقوبة السالبة للحرية هي السبيل الوحيد و الأمثل لمواجهة الجريمة.

و من قبيل التذليل على ذلك نقول أن عقوبة العمل للنفع العام إستحدثت بالقانون رقم: 01/09 المؤرخ في: 25 فبراير سنة 2009 المعدل و المتمم لقانون العقوبات، و أن المراقبة الإلكترونية أستحدثت بالقانون رقم: 01/18 المؤرخ في: 2018/01/30 المتمم للقانون رقم: 04/05 المتضمن قانون تنظيم السجون و إعادة

الإدماج الإجتماعي للمحبوسين، و الأمر الجزائري إستحدث بالأمر رقم: 02/15 المؤرخ في: 2017/07/23 المعدل و المتمم لقانون الإجراءات الجزائية، و أن باقي العقوبات البديلة المطبقة بالمؤسسة العقابية تدور بين الأمر رقم: 02/72 المؤرخ في: 1972/02/10 المتضمن قانون تنظيم السجون و إعادة تربية المساجين و القانون رقم: 02/05.

و مع ذلك فإننا نلاحظ أن العديد من النصوص التشريعية التي تلت سنوات 2005 و 2009 و 2015 و 2018 توضح نهج المشرع في تشديد العقوبة السالبة للحرية، مما يمنع القاضي من اللجوء لأحكام العقوبات البديلة نظرا لكون العقوبات السالبة للحرية قد شرعت بكيفية تجعل وقعها شديدا، و من ذلك نجد الأمر رقم: 06/05²⁵ الصادر في سنة 2005 المتعلق بالتهريب أين تضمنت المواد 10 و 11 عقوبة تتراوح ما بين سنتين (2) حبسا و عشرة (10) سنوات و تضمنت المادتين 12 و 13 عقوبة تتراوح ما بين عشرة (10) سنوات و عشرين (20) سنة و المادة 15 منه تضمنت عقوبة السجن المؤبد، و الأمر رقم: 03/06²⁶ الصادر في سنة 2006 و المحدد لشروط و قواعد ممارسة الشعائر الدينية لغير المسلمين، أين نجد العقوبات تتراوح بين السنة و الثلاث سنوات في المواد 10 و 12 و 13 و تصل لخمس سنوات في المادة 11، كما نجد القانون رقم: 11/08²⁷ الصادر في سنة 2008 المتعلق بشروط دخول الأجانب إلى الجزائر وإقامتهم بها و تنقلهم فيها أين نجد المادة 42 تعاقب بالحبس لمدة تتراوح من سنتين (2) إلى خمس (5) سنوات، و المادة 46 التي ترفع العقوبة إلى السجن المؤقت لمدة خمس (5) سنوات إلى عشر (10) سنوات، و القانون رقم 03/15²⁸ الصادر في سنة 2015 و المتعلق بعصرنة العدالة أين تضمنت المادة 17 و 18 و عقوبة تتراوح ما بين السنة (1) و خمس (5) سنوات،

و قانون الصحة رقم: 11/18²⁹ الصادر في سنة 2018 أين تضمنت المادة 434 منه عقوبة الحبس من خمس (5) سنوات إلى عشرة سنوات، و المادة 435 منه التي تضمنت عقوبة الحبس من عشرة (10) سنوات إلى عشرين (20) سنة، و نفس العقوبة تضمنتها المادة 436، إضافة لمواد أخرى كثيرة فيه تضمنت عقوبة من سنتين (2) حبسا إلى خمس (5) سنوات، و القانون رقم 05-19³⁰ الصادر في سنة 2019 المتعلق بالأنشطة النووية، أين تضمنت المادة 132 عقوبة السجن المؤبد و المادة 133 و 134 و 135 عقوبة السجن من عشرة (10) سنوات إلى عشرين (20) سنة، و المواد 136 و 137 و 138 لتي تضمنت

²⁵ . الأمر رقم: 06/05 المؤرخ في: 23 أوت 2005 المتعلق بمكافحة التهريب

²⁶ . القانون رقم: 03/06 المؤرخ في: 28 فيفري 2006 المحدد لشروط وقواعد ممارسة الشعائر الدينية لغير المسلمين

²⁷ . القانون رقم: 11/08 المؤرخ في: 25 جوان 2008 المتعلق بشروط دخول الأجانب إلى الجزائر و إقامتهم بها و تنقلهم فيها

²⁸ . القانون رقم: 03/15 المؤرخ في 01 فيفري 2015 المتعلق بعصرنة العدالة

²⁹ . القانون رقم: 11/18 المؤرخ في: 02 جويلية 2018 المتعلق بالصحة

³⁰ . القانون رقم: 05/19 المؤرخ في: 17 جويلية 2019 المتعلق بالأنشطة النووية

عقوبة من خمس (5) سنوات إلى عشرة (10) سنوات، و القانون رقم 20 - 04³¹ الصادر في سنة 2020 و المتعلق بالإتصالات الراديوية، أين تضمنت المادة 49 و 55 الحبس من ستة (6) أشهر إلى خمس (5) سنوات حبسا، و الأمر رقم 09-21-21 المتعلق بحماية المعلومات و الوثائق الإدارية أين تضمنت المادة 37 و 38 عقوبة الحبس من خمس (5) سنوات إلى عشرة (10) سنوات حبسا، و المادة 39 تضمنت عقوبة تتراوح ما بين عشرة (10) سنوات وخمسة عشرة (15) سنة حبسا، و الأمر رقم 21-01³² الصادر في سنة 2021 المتعلق بنظام الإنتخابات أين تضمنت المادة 286 و 295 و 297 و 298 و 299 منه عقوبة تتراوح ما بين خمس (5) سنوات و عشرة (10) سنوات، و تضمنت المادة 300 منه عقوبة تتراوح ما بين سنتين (2) و عشرة (10) سنوات، و غيرها من القوانين الكثيرة التي تم تشريعها بعد صدور النصوص التي تبنت العقوبات البديلة للعقوبة السالبة للحرية.

و يكفي القول أن الإطلاع على الأمر رقم 20 - 03³³ و حقيقة العقوبات الشديدة التي تضمنتها العديد من مواده مثل عقوبة الحبس من ثلاث (3) سنوات إلى عشرة (10) سنوات في المادة 21، و عقوبة الحبس من عشرة (10) سنوات إلى عشرين (20) سنة في المواد 22 ، و عقوبة الحبس من سنتين (2) إلى خمس (5) سنوات في المادة 23 ، و عقوبة من سنتين (2) إلى سبع (7) سنوات في المادة 25، و عقوبة الحبس من خمس (5) سنوات إلى إثني عشرة (12) سنة، و هي كلها عقوبات شديدة و قاسية إلى حد ما.

فتشريع نصوص قانونية شديدة العقوبة لمكافحة الظاهر الإجرامية يقف حجر عثرة أمام تفعيل العقوبات البديلة للعقوبة السالبة للحرية، لأن هذه الأخيرة محصورة في العقوبات السالبة للحرية قصيرة المدة كما تقدم شرحه بخصوص شروط تطبيق العديد من هذه العقوبات، و هو أمر يعطل و يعرقل التوجه إلى تفعيل العقوبة البديلة كنموذج ناجح في مواجهة الجريمة طالما أن المشرع في كل مرة يرع نصوصا قانونية شديدة و تتجاوز سقف العقوبات التي يمكن إستبدالها بعقوبة بديلة.

الفرع الثاني: العود بين قانون العقوبات و القوانين الخاصة

إنه و من بين الأسباب التي تعكس صعوبة توفير أسباب إعمال العقوبات البديلة للعقوبة السالبة للحرية النافذة، أن نظام العود أو ظرف العود كظرف تشديد في قانون العقوبات الجزائري و القوانين الخاصة يشكل عائقا أمام تكريس العقوبة البديلة للعقوبة السالبة للحرية النافذة، و يظهر ذلك من خلال تحديد مفهوم العود في قانون العقوبات و في غيره من القوانين.

³¹ . القانون رقم: 04/20 المؤرخ في: 30 مارس 2020 المتعلق بالإتصالات الراديوية

³² . الأمر رقم: 01/21 المؤرخ في: 10 مارس 2021 المتعلق بنظام الإنتخابات

³³ . الأمر رقم 20 - 03 مؤرخ في 30 أوت سنة 2020 ، يتعلق بالوقاية من عصابات الأحياء ومكافحتها

فجد المادة 54 مكرر إلى المادة 59 من قانون العقوبات الجزائري تقدم تعريفا محددا للعود و تضع له شروطا، و مفهومه ينحصر في ضرورة أن يقوم الجاني بجريمة من نفس الطبيعة و هذه الطبيعة محددة بالمادة 57 من قانون العقوبات و هذا خلال فترة زمنية معينة، و لكنها لم تشترط في المادة 54 مكرر أن يكون الجاني قد قضى عقوبة الجريمة الأولى في حالة إرتكابه للجريمة الثانية إذا كانت ذات طبيعة جنائية، في حين أن المادة 54 مكرر 1 و ما يليها فإنها كلها إشتترت ضرورة قضاء الجاني للعقوبة السابقة، فتكون كل الجرائم ما عدا حالة المادة 54 مكرر الخاصة بإرتكاب جنائية مقرون العود فيها بضرورة قضاء العقوبة ليتمكن إعمال العود بالنسبة للجرائم ذات طبيعة جنحية، فإن كل جريمة إرتكبها الجاني و كانت جنحة فإن أحكام العود لا يمكن تطبيقها إلا في حالة تم قضاء العقوبة السابقة و نقصد بذلك العقوبة السالبة للحرية، و هو شرط تنفيذ العقوبة الأولى ليتمكن إعمال أحكام العود في حق الجاني في حالة إرتكابه لجريمة ذات طبيعة جنحة مرة أخرى، و أحكام العود تدور بين الوجوب و الجواز في مضاعفة العقوبة المقررة قانونا للجريمة المرتكبة مرة ثانية.

و لأن الرجوع لأحكام القوانين الخاصة فإنها لا تخضع في شروط تطبيق العود لأحكام هذه المواد و إنما تخضع لشروط العود في القوانين الخاصة، و أن هذه القوانين الخاصة عند نصها على العود فإنها لم تشترط ضرورة قضاء العقوبة الأولى، و هو ما يجعل شروط العود ممكنة جدا في حالة سبق إرتكاب جريمة من جرائم القانون الخاص، فتكون العقوبة مشددة بظرف العود لمجرد أن يكون الجاني مسبوق قضائيا و لكن بنفس الجريمة السابقة، و بذلك إستحالة إعمال العقوبة البديلة للعقوبة السالبة للحرية على كل هذه الحالات، و على ذلك نشير للمواد التالية على سبيل المثال و ليس الحصر للتدليل على كثرة العود في القوانين العقابية الخاصة. و من ذلك نص المادة 402 و 404 و 405 و 406 من قانون الصحة 11/18 و التي أكدت على مضاعفة العقوبات السالبة للحرية في حالة العود، و كذلك ما ورد في القانون رقم: 03/03³⁴، أين نصت المواد 44 و 45 و 47 و 48 و 49 و 50 على عقوبات سالبة للحرية و مضاعفتها على ما ورد في هذه المواد في حالة العود، و كذلك القانون رقم: 06/05 المتعلق بالتهريب أين نصت فيه المادة 29 على مضاعفة جميع العقوبات الواردة في هذا القانون في حالة العود، و القانون رقم: 12/05³⁵، أين نصت المواد 168 و 169 و 170 و 171 و 172 و 173 و 174 و 175 و 176 و 177 و 179 على مضاعفة العقوبة السالبة للحرية في حالة توافر حالة العود، و كثيرة هي النصوص القانونية في القوانين الخاصة التي تضاعف العقوبات السالبة للحرية لمجرد تحقق ظرف العود، و لأن قانون العقوبات جعل من العود في الجرائم على نوعين فمنه ما يشترط فيه قضاء العقوبة السالبة للحرية، و منه ما لا يشترط، فإن العود ظرف تشديد مبهم في القوانين الخاصة.

و لأن ظرف العود رغم تنوعه بين قانون العقوبات و القوانين الخاصة و مع ذلك فإنه في كلا الحالتين هو عقبة أمام العقوبات البديلة للعقوبة السالبة للحرية، لأن القاضي يفهم منه أمرين، و يتمثل الأمر الأول في

³⁴. القانون رقم: 03/03 المؤرخ في 17 فبراير سنة 2003، يتعلق بمناطق التوسع والمواقع السياحية

³⁵. القانون رقم: 12/05 المؤرخ في 4 أوت سنة 2005 المتعلق بالمياه

إرتفاع العقوبة السالبة للحرية بظرف العود فلا تعود خاضعة للعقوبة البديلة لأنها مقصورة على العقوبة السالبة للحرية النافذة قصيرة المدة، و الأمر الثاني في حالة لم يفهم منه القاضي أن العود على وجه الوجوب، فإنه من المستبعد أن يلجأ للعقوبة البديلة للعقوبة السالبة للحرية النافذة كعقوبة تسلط على الجاني، و لذلك يمكن القول أن أحكام العود من المسائل التي تقف حائلا أمام تحقيق فعالية و تطوير العقوبة البديلة للعقوبة السالبة للحرية في التشريع الجزائري.

الفرع الثالث : التردد في إفراد الغرامات المالية كعقوبة أصلية في النصوص الجنائية الحديثة

و من العقوبات التي تجدها العقوبة البديلة في القانون الجزائري، هو قلة النصوص التشريعية سواء تلك النصوص الواردة في قانون العقوبات أو في مختلف القوانين الخاصة، التي يتم النص فيها على عقوبة الغرامة المالية فقط، رغم أن المشرع الجزائري كثير التشريع في مجال القوانين العقابية و لكنه قليلا ما يفرد عقوبات مالية كعقوبات أصلية وحيدة على الفعل المجرّم، و هو ما يجعل العقوبات البديلة للعقوبة السالبة للحرية عقوبة قليلة التطبيق طالما أن العقوبات السالبة للحرية هي المهيمنة، و نقصد بذلك الغرامة كعقوبة بديلة للعقوبة السالبة للحرية و ليس كعقوبة أصلية بجانبها، بما يفسر السياسة الجنائية للمشرع لجزائري و ما يفهم منه أن العقوبة السالبة للحرية هي العقوبة الأكثر فعالية و الأكثر تحقيقا لأهداف العقوبة في نظر المشرع الجزائري.

الفرع الرابع: تداخل التشريعات بخصوص المواضيع الخاضعة للتشريع

من المسائل التي توحى لنا بتراجع المشرع الجزائري عن إعتبار العقوبات البديلة للعقوبة السالبة للحرية النافذة كحل لمواجهة الجريمة و دليلا على تراجع قناعته بأن العقوبة السالبة للحرية قد أخفقت في تحقيق الأهداف المرجوة من العقوبة، فيمكن الوقوف من خلال التشريع نفسه، أين نجد معالجة المشرع الجزائري لعدد القضايا الواقعة تحت نصوص قانونية جنائية و المعاقبة عليها بعقوبات سالبة للحرية طويلة المدة، و مع ذلك فإن المشرع يقوم مرة أخرى بتشريع نصوص قانونية عقابية و يعاقب على أفعال معاقب عليها سابقا و بعقوبات سالبة للحرية أطول، و من ذلك نجد على سبيل المثال لا الحصر.

فالمادة 25 من القانون رقم: 89 - 28³⁶ نصت على معاقبة كل شخص يعثر عليه حاملا سلاحا ظاهرا أو مخفيا أثناء مظاهرة أو أية أداة خطيرة على الأمن العمومي، وهذا بالحبس من ستة (6) أشهر إلى ثلاث (3) سنوات وبغرامة من 6000 دج الى 30.000 دج دون المساس بعقوبات أشد من ذلك منصوص عليها في أحكام قانون العقوبات بشأن التجمهرات، و لم تشر هذه المادة إلى مواد الأمر رقم: 06/97 التي تتحدث عن حمل السلاح، و إن كانت المادة 25 لم تعرّف السلاح، فإن الأمر رقم: 06/97 يعرف الأسلحة و يتضمن عقوبات أشد من هذه المادة، و مع ذلك فإن هذه المادة أحوالت على قانون العقوبات، و لم تحل على الأمر رقم: 06/97، و هو ما يؤكد تشريع نصوص عقابية لفعل واحد في أكثر من قانون.

³⁶ . القانون رقم 89 - 28 مؤرخ في 31 ديسمبر سنة 1989 يتعلق بالإجتماعات والمظاهرات العمومية

كما نجد القانون رقم: 03/20 المتعلق بالوقاية من عصابات الأحياء و مكافحتها، أين نجد المادة 25 منه و التي تنص على معاقبة كل من إشتراك في مشاجرة أو في عصيان أو في إجتماع بين عصابات الأحياء وقعت أثناءه أعمال عنف أدت إلى وفاة أحد أفرادها بعقوبة الحبس من خمس (5) سنوات إلى خمس عشرة (15) سنة و بغرامة من 500.000 دج إلى 1.500.000 دج، و تكون العقوبة السجن المؤبد إذا أدت إلى وفاة أحد أفراد هذه العصابات، و هي تتداخل أحيانا بين جريمة المشاجرة المنصوص عليها في قانون العقوبات بالمادة 268 و جريمة القتل العمد المنصوص عليها بالمادة 254 من قانون العقوبات و المادة 263 من نفس القانون.

و نحن إذ نشير إلى تداخل هذه المواضيع و نقدم على ذلك مثلا فمن أجل التوضيح أن المشرع الجزائري لا يزال ينظر للعقوبة السالبة للحرية على أنها الحل الأمثل لمواجهة الجريمة، و هو ما ينعكس على تفكير القاضي باللجوء للعقوبة السالبة للحرية، و خاصة إذا علمنا أن العقوبة البديلة للعقوبة السالبة للحرية النافذة مبنية على جواز ذلك للقاضي و ليس على وجه الإلزام، و أن إنطباع القاضي يعكس بالضرورة تصوره لأهمية العقوبة السالبة للحرية في التشريع الجزائري في نظر المشرع نفسه و في نظر القاضي من خلال تأثيره بنظرة المشرع.

الفرع الخامس: الفترة الأمنية

هي من المسائل القانونية المستحدثة بالقانون رقم: 23/06³⁷ و عرّفها المشرع الجزائري في نص المادة 60 مكرر على أنها حرمان المحكوم عليه من تدابير التوقيف المؤقت لتطبيق العقوبة و الوضع في الورشات الخارجية و البيئة المفتوحة و إجازات الخروج و الحرية النصفية و الإفراج المشروط، و لأن هذه العقوبات بديلة للعقوبة السالبة للحرية النافذة، فإن حرمان المحكوم عليه منها يفيد حرمانه من عقوبات بديلة للعقوبة السالبة للحرية النافذة، فإننتقل المشرع الجزائري من مرحلة تشريع نصوص قانونية تعاكس و تخالف الرغبة و السير باتجاه إعتبار العقوبة البديلة للعقوبة السالبة للحرية عقوبة فعالة يمكنها خلافة العقوبة المستبدلة، و تأكيد النظرة لدى المشرع على أن العقوبة السالبة للحرية هي الحل و الطريق الأمثل لمواجهة الجريمة، لينتقل المشرع إلى التعبير صراحة على توقيف العمل بالعقوبة البديلة للعقوبة السالبة للحرية، و حرمان المحكوم عليه بعقوبة سالبة للحرية من مميزات العقوبة البديلة.

ثم إن المشرع جعل من الفترة الأمنية إجراء وجوبي التطبيق من طرف القضاة عند الحكم بعقوبة سالبة للحرية تساوي عشرة (10) سنوات فأكثر، و في هذه الحالة فإن مدة حرمان المحكوم عليه من العقوبة البديلة على مستوى المؤسسة العقابية يساوي نصف العقوبة السالبة للحرية المنطوق بها، و في حالة الحكم بعقوبة السجن المؤبد فتكون مدة الحرمان في حدود عشرين (20) سنة، و في حالة إستبدال عقوبة السجن المؤبد بالسجن المؤقت لعشرين (20) سنة فإن الفترة الأمنية تخفض إلى حدود عشرة (10) سنوات، و في حالة لم

³⁷ . القانون رقم: 23/06 المؤرخ في: 20 ديسمبر 2006 المعدل و المتمم لقانون العقوبات

يوجد نص قانوني يشير إلى هذه الفترة الأمنية، فقد منح المشرع للقاضي إمكانية تطبيق القترة الأمنية في حالة كانت العقوبة المنطوق بها تساوي أو تزيد عن خمس سنوات، و هذا في حدود سقف أعلى لا يتجاوز ثلثي العقوبة المنطوق بها.

فالحديث عن الفترة الأمنية و تشريعها بهذا الشكل أصبح يشكل عقبة في وجه العقوبات البديلة للعقوبة السالبة للحرية النافذة على مستوى المؤسسات العقابية أثناء تنفيذها، بأن جعل إمكانية حرمان المحكوم عليه من هذه العقوبة من طرف القاضي الذي حكم بالعقوبة السالبة للحرية، مع أن هذه العقوبة البديلة قد خولت لجهات أخرى بإسعاد المتهم المحكوم عليه بها، فأصبح للقاضي يد في تقرير مدى إستفادة الشخص من العقوبة البديلة في مرحلة تنفيذ العقوبة، و هو ما يزيد ترسيخ تصور القاضي بضرورة إعتبار أن العقوبة السالبة للحرية هي العقوبة الأفضل و الأمثل لمواجهة الجريمة، و بذلك فإن إحجامه عن الجوء للعقوبات البديلة أصبح ظاهرا من خلال إحصائيات وزارة العدل بخصوص عقوبة العمل للنفع العام مثلان و التي وقفت الوزارة من خلالها على إحتشام كبير في تطبيقها بالنسبة للقضاة على مستوى المحاكم و المجالس القضائية.

المطلب الثاني: مظاهر تقييد القضاة في اللجوء عن العقوبة السالبة للحرية

إن مظاهر تقييد القضاة في اللجوء لتطبيق أحكام العقوبات البديلة للعقوبة السالبة للحرية النافذة ليس وليد نص قانوني صريح يمنح القاضي من تطبيق أحكام العقوبات البديلة للعقوبة السالبة للحرية، و إنما يظهر هذا التقييد من خلال نصوص قانونية تحقق هذا التقييد بطريقة غير مباشرة و تفرض على القاضي الإحجام عن اللجوء للعقوبة البديلة للعقوبة السالبة للحرية النافذة، و نحن من خلال هذا المقال نعرض بعض هذه المظاهر.

الفرع الأول: التشديد في حالات رد إعتبار المحبوسين قانونيا و قضائيا

لعل أول مظاهر دفع القاضي إلى تجنب اللجوء للعقوبات البديلة للعقوبة السالبة للحرية النافذة هو أن يجد القاضي نفسه مرغما على عدم إسعاد الجاني بالعقوبة البديلة، لأن شروط العقوبات البديلة من غرامة و وقف تنفيذ و عقوبة العمل للنفع العام و الأمر الجزائي أن لا يكون الجاني مسبوقا، و أن كثيرا من الأشخاص الذين يقترفون جرائم بالصدفة أو دون نية إجرامية خطيرة، يجدون أنفسهم أمام وضعية المسبوق قضائيا بمفهوم المادة 53 مكرر 5 من قانون العقوبات.

فالشخص المسبوق قضائيا غير مسموح له بالإستفادة من العقوبات البديلة التي شرّعها القانون في مرحلة المحاكمة، و أن أكبر إشكال يواجه هؤلاء الأشخاص هو بطء رد إعتبارهم القانوني أو القضائي، و أن هؤلاء الأشخاص ليتمكنهم الإستفادة من هذه العقوبة لا بد من رد إعتبارهم، فالمشرع الجزائري بتعديل لقانون الإجراءات الجزائية بالقانون رقم: 06/18³⁸، و بالمادتين 677 و 678 من هذا القانون التين خصت حالات رد الإعتبار بقوة القانون، أين يلاحظ جليا طول المدة التي يستغرقها رد إعتبار الشخص قانونيا، فنجدها ثلاث (03) سنوات بالنسبة للغرامة و 04 سنوات بالنسبة لقضاء عقوبة العمل للنفع العام، و ستة (06) سنوات بالنسبة

³⁸ . القانون رقم: 06/18 المؤرخ في: 10 جوان 2018 المعدل و المتمم لقانون الإجراءات الجزائية

لعقوبة السنة (1) الواحدة و ما مجموعه سنة واحدة، و ثمانية (08) سنوات بالنسبة لعقوبة سنتين (2) أو بما يشكل مجموعه سنتين، و إثني عشرة (12) سنة بالنسبة لعقوبة خمس (5) سنوات مرة واحدة أو لمدة ثلاث (3) سنوات بما هو مجموع العقوبات في صحيفة السوابق القضائية، و أن العقوبة موقوفة التنفيذ يرد إعتبار الشخص فيها بمرور فترة الإختبار ما بين سنتين و خمس سنوات بحسب مدة العقوبة، و نفس الأمر يمكن ملاحظته بالنسبة للمدة القانونية المنصوص عليها بالنسبة لرد الإعتبار عن طريق القضاء و المنصوص عليه بالمواد 680 من قانون الإجراءات الجزائية، و هي ثلاث سنوات من تاريخ الإفراج عن المحكوم عليه أو من تاريخ سداد الغرامة و المصاريف القضائية و التعويض المدني، و هو ما يجعل الأشخاص مسبوقين قضائيا و من غير الممكن إسعافهم بعقوبات بديلة للعقوبة السالبة للحرية لمجرد إرتكابهم جرائم سابقة، و أن هذه الأحكام تبين إلى أي حد يمكن حرمان الكثير من الأشخاص من عقوبات بديلة لمجرد أنهم مسبوقين قضائيا، و عدم إمكانية رد إعتبارهم بقوة القانون، مما ينجر عليه إحجام القاضي وجوبا بواقع النصوص القانونية التي تمنعه من تطبيق أحكام العقوبة البديلة.

الفرع الثاني: الحد من مجال إسعاف الجاني بظروف التخفيف

إن المتمعن في أحكام قانون العقوبات يلاحظ أن المشرع قد أحدث تعديلات بنصوص قانونية على أحكام ظروف التخفيف، فشرع القانون رقم: 23/06 المعدل لقانون لعقوبات المواد 53 إلى 53 مكرر 8 التي تضمنت أحكام ظروف التخفيف، أين جعل ظروف التخفيف في لجنايات غير معلقة على مفهوم المسبوق قضائيا، و حدها بمدد لا يمكن للقاضي النزول عنها، و منع القاضي من إسعاف المتهم بظروف التخفيف في حالة كان الشخص مسبوqa قضائيا بمفهوم المادة 53 مكرر 5 و التي تعرّف المسبوق قضائيا بأنه من وجدت في صحيفة سوابقه القضائية عقوبة سالبة للحرية سواء نافذة أو غير نافذة، و هو الأمر الذي يجعل القاضي محكوم بأسباب منع ظروف التخفيف، لأن إسعاف المتهم بظروف التخفيف يسمح للقاضي بالنزول بالعقوبة إلى الحد الذي يجعل العقوبة السالبة للحرية قصيرة المدة و من ثمة إستبدالها بعقوبة أخرى من العقوبات البديلة، فمنع القاضي من منح ظروف التخفيف يجعل العقوبة السالبة للحرية سواء الطويلة منها أو القصيرة على حد سواء غير قابلة للإستبدال بعقوبة أخرى، و هي عقبة أخرى في طريق تفعيل العقوبات البديلة للعقوبة السالبة للحرية النافذة.

الفرع الثالث: الحد من مجال إسعاف الجاني من نظام وقف التنفيذ

إن ما تقدم قوله بخصوص ظروف التخفيف يسري في حق العقوبة السالبة للحرية بخصوص أعمال نظام وقف التنفيذ، و هذا بوصفه عقوبة بديلة للعقوبة السالبة للحرية النافذة، و أن المادة 592 من قانون الإجراءات الجزائية قد إشتطرت لإسعاف المتهم بنظام وقف التنفيذ أن لا يكون قد سبق الحكم عليه بعقوبة جنائية أو جنحة سواء كانت نافذة أو موقوفة التنفيذ، و لأن إشتراط المشرع لشرط عدم وجود عقوبة سالبة للحرية سابقة للحكم بإسعاف الجاني بنظام وقف التنفيذ يعتبر عقبة في وجه هذه العقوبة البديلة، لأن الهدف من العقوبة

البديلة هو مواجهة الجريمة، و أن مثل هذه الشروط تقف حجر عثرة في وجه الأهداف المرجوة من تفعيل و تطوير العقوبة البديلة للعقوبة السالبة للحرية.

الفرع الرابع: ترك الطعون العادية الخاصة بالنيابة العامة بدون تقييد

من بين الأسباب التي تقف في وجه نجاح العقوبة البديلة هو فتح مجال الطعن أمام النيابة العامة في حالة الطعن بالإستئناف، و ذلك بأن منح المشرع للنيابة العامة كما للمتهم الحق في تقديم طعنا في الحكم الجنائي القاضي بالإدانة عن جريمة ما، و لو تم إدانة المتهم عنها من باب رغبة النيابة العامة في تشديد العقوبة، و أن إعادة المحاكمة لظعن النيابة رغم إدانة المتهم فيه من فتح المجال أمام القضاء برفع العقوبة و من ثمة إمكانية النيابة العامة من الطعن في الأحكام الصادرة بعقوبات بديلة، و كان على المشرع أن يقيد هذا الطعن من النيابة العامة في ضرورة أن يكون طعنها مؤسس على مخالفة القانون في منح الجاني عقوبات بديلة و شروطها غير متوافرة، فإمكانية مراجعة الحكم لتضمنه عقوبات بديلة من باب عدم رضا النيابة العامة بالعقوبة البديلة يجعل هذه العقوبات البديلة تخرج عن السياسة الجنائية للمشرع الجزائري، و يتم إظهارها على أنها منحة من القاضي و ليس من مقتضيات النظام القضائي الجزائري في إنتهاج عقوبات بديلة من باب قناعته بأن العقوبة السالبة للحرية لم تعد ناجحة في تحقيق المرغوب و المطلوب من العقوبة.

الفرع الخامس: تراجع القضاء في مجال الإختصاص في دمج العقوبات

من المظاهر التي تدل على تراجع المشرع عن سلوك طريق الإستعاضة عن العقوبة السالبة للحرية هو خروج العمل القضائي عن المنصوص عليه قانونا، و هذا بصدور أكثر من قرار من قرارات المحكمة العليا التي تؤكد إختصاص القضاء بطلب دمج العقوبات، و من ذلك نجد مثلا القرار الصادر بتاريخ: 2010/07/08 تحت رقم: 510975 و القرار الصادر بتاريخ: 2010/10/07 تحت رقم: 508262 و القرار الصادر بتاريخ: 2010/10/07 تحت رقم: 508264 و القرار الصادر بتاريخ: 2010/01/07 تحت رقم: 538385 و القرار الصادر بتاريخ: 2010/02/04 تحت رقم: 560997³⁹، و أن كل هذه القرارات خالفت المادة 35 من قانون العقوبات التي تشير إلى أن تنفيذ العقوبة يخضع لمبدأ تنفيذ العقوبة الأشد، و هي مهمة مخولة بالنيابة العامة و ليس للقضاء رأي فيها، و أن هذا هو الأصل المقرر سابقا بقرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ: 1983/01/14 و القرار الصادر بتاريخ: 1987/06/02 تحت رقم: 49523⁴⁰، و مع أن قانون تنظيم السجون قد إستحدث في مادته 14 بأن شرع لطلب دمج العقوبات، و لكن النص لم يوضح من يرفع هذا الطلب، طالما أن تنفيذ العقوبة يخضع لمبدأ العقوبة الأشد، و مع ذلك فقد أصبحت النيابة العامة على مستوى الوطن في أغلب الأحيان تقوم بتنفيذ العقوبات دون دمجها، و يكون تنفيذها خاضعا لترتيبها في الصدور، و ليس أليا بدمجها، وكثيرا ما يجعل الأشخاص يقضون العقوبات كلها دون دمجها، و بذلك فقد أصبح دليلا واضحا على حقيقة نظرة

³⁹ . أحسن بوسقيعة . قانون العقوبات في ضوء الممارسة القضائية، برتي للنشر . طبعة 15 . سنة 2019 . ص 23

⁴⁰ . أحسن بوسقيعة . قانون العقوبات في ضوء الممارسة القضائية، نفس المرجع . ص 22

القضاء للعقوبة البديلة من خلال الحرص على تنفيذ العقوبات الصادر في حق الشخص و عدم الإكتفاء بالعقوبة الأشد و إنما تنفيذها كلها رغم المبدأ فما بالنا بالعقوبة البديلة، التي لا تجد لها في الأذهان و التطبيق مكانا، و هي بذلك محكوم عليها بالتراجع و التقهقر و لا مجال للحديث بعد ذلك عن تطوير و تفعيل العقوبة البديلة للعقوبة السالبة للحرية.

خاتمة

إنه و في الأخير يمكننا القول بأن المشرع الجزائري يحاول مواكبة التطورات الحاصلة على المستوى الدولي الذي يشهد من يوم لآخر تخلي الكثير من الدول عن تلك النظرة القاتمة عن الجاني، و تجاوز تلك النظرة المعظمة للعقوبة السالبة للحرية و إعتبارها كحل فعال في مواجهة الجريمة، و أنه يتعين على المشرع الجزائري أن يراجع مجموع النصوص الصادرة بشكل يوائم نظرتة للعقوبات البديلة للعقوبة السالبة للحرية النافذة، بأنها جاءت لتعويض العقوبة السالبة للحرية و أخذ مكانها مع مرور الوقت، و أن إصلاح الجاني أهم من معاقبته، لأن الهدف من العقوبة هو دفع الأفراد إلى التخلي عن التفكير في إتيان الجريمة، و ليس تخويفهم و ترهيبهم لأن هذا المنهج أثبت فشله الذريع من خلال إلقاء نظرة بسيطة على عدد الجرائم المقترفة منذ سنوات، و تزايد منحنى الجرائم إرتفاعا يوما بعد يوم، و هذا في ظل تسلط و سيادة العقوبة السالبة للحرية النافذة، و لكي لا يبقى التشريع الجزائري في موضع النشاز من مجموع التشريعات الدولية في المجال الجنائي، فإنه يستحسن بنا إعادة النظر في منظومتنا التشريعية و إعادة رسكلة القضاة بما يشهد تغيير جذري في وجهة نظرهم للعقوبة السالبة للحرية من جهة و العقوبة البديلة من جهة أخرى.

القواعد العلمية للوساطة ودورها في حل النزاعات الأسرية

إبراهيم بودوخة⁽¹⁾

(1) أستاذ محاضر قسم "أ" ، كلية الحقوق جامعة سطيف 2، 19000، الجزائر.

البريد الإلكتروني: ibrahimboudoukha@yahoo.fr

آمال بلمولود⁽²⁾

(2) طالبة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة سطيف 2، 19000، الجزائر.

البريد الإلكتروني: 19youcefsetif@gmail.com

الملخص :

الوساطة ؛ مسار اتفاقيّ وُدِّيّ يستهدف حلّ نزاعٍ بين متخاصمين؛ بديلا عن مسار التقاضي ، ولقد أضحت محل اهتمام تشريعي في الأنظمة القضائية الحديثة ، ومناط للبحث الفقهي لأجل ديمومة التحسين والتطوير في قوانينها ، ومحورا في الممارسة الفنية الدقيقة لها ؛ مراعاة لقواعدها العلمية ومتطلباتها سواء المفهومية منها أم الإجرائية ، ويروم هذا البحث فحص تلك القواعد العلمية العامة للوساطة من جانبها المفاهيمي المعرفي ، ومن جانبها التطبيقي التنفيذي ؛ وتطبيق ذلك على النزاعات الأسرية المتعددة ، وذلك لفحص إشكالية : مدى قدرة الوساطة على حل النزاع الأسري ، معتمدين على المنهج الوصفي التحليلي بأدوات بحثٍ قوامها الاستقراء والاستنتاج ، ليخلص البحث إلى أن الوساطة الأسرية بديل فعال في تخفيف أعباء ومشكلات التقاضي.

الكلمات المفتاحية :

الوساطة ، النزاع الأسري ، قواعد عجلة فيوتاك في الوساطة ، الوسيط.

تاريخ إرسال المقال: 2021/11/01، تاريخ مراجعة المقال: 2021/12/29، تاريخ نشر المقال: 2021/12/31.

لتهميش المقال: إبراهيم بودوخة ، آمال بلمولود القواعد العلمية للوساطة ودورها في حل النزاعات الأسرية، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد 12، العدد 03، 2021، ص ص. 98-111.

المقال متوفر على الرابط التالي :

<https://www.asjp.cerist.dz/en/PresentationRevue/72>

المؤلف المرسل: : إبراهيم بودوخة ، ibrahimboudoukha@yahoo.fr

Scientific Rules of Mediation and its role in resolving family disputes

Summary:

Mediation; an amicable procedure aimed at settling a dispute between antagonists; instead of relying on justice, and it has become a legislative issue in modern judicial systems, and a benchmark for case law research to support the improvement and development of its laws, and pivot in its precise practice; take into account its scientific rules and requirements, whether conceptual or procedural, This research aims to examine these general scientific rules of mediation under their conceptual, cognitive and operational aspects; apply this to several family conflicts, in order to examine the problem: to what extent mediation is able to resolve family conflicts, drawing on the descriptive analytical approach with research tools based on induction and conclusion , research concludes that family mediation is an effective alternative to reduce burdens.

Keywords: mediation, family conflict, rules of the Viutac wheel in mediation, mediator.

Les règles scientifiques de la médiation et son rôle dans la résolution des conflits familiaux

Résumé:

La médiation; une procédure amiable visant à régler un différend entre antagonistes ; au lieu de s'en remettre à la justice , et c'est devenu une question d'ordre législatif dans les systèmes judiciaires modernes, et une référence pour la recherche jurisprudentielle afin de soutenir l'amélioration et le développement de ses lois, et pivot dans sa pratique précise ; tenir compte de ses règles et exigences scientifiques, qu'elles soient conceptuelles ou procédurales, Cette recherche vise à examiner ces règles scientifiques générales de la médiation sous son aspect conceptuel, cognitif et opérationnel; appliquer cela à plusieurs conflits familiaux, afin d'examiner le problème : dans quelle mesure la médiation est capable de résoudre les conflits familiaux, en s'appuyant sur l'approche analytique descriptive avec des outils de recherche basés sur l'induction et la conclusion, la recherche conclut que la médiation familiale est une alternative efficace pour alléger les charges et les problèmes de contentieux.

Mots clés :

médiation, conflit familial, règles de la roue de Viutac en médiation, médiateur.

مقدمة

كان لا بد من البحث عن بدائل للقضاء ؛ طالما تستمر متراكمةً مشكلاته بسبب القصور عن مواكبة الزمن في فض النزاع بأقل وقت ممكن ، مما سبب في تراكم القضايا وملفاتها ، وتوارد التأخير في الفصل فيها لسنوات متواليات؛ حتى وصل الحال إلى توارث النزاع القضائي إلى الأجيال اللاحقة ، حيث يتوفى المدعي في طلب الحق بعد سنين متواصلة من الحرص والتربص والانتظار دون حصوله على حكم ينهي النزاع في مادة الادعاء وموضوعه ، فيضطر ورثته إلى استلام القضية والخوض فيها مجددا لعلهم يصلون إلى نهايتها بصدور الحكم في النزاع لصالحهم ؛ وعلى الرغم من ذلك فإن ما ينتظرهم - مما سيفاجئهم - من مشكلات التنفيذ قد يضاعف من معاناتهم .

وأمام هذه العقبات الحقيقية ؛ قد يضطر العديد من الأشخاص إلى عدم اللجوء إلى القضاء أصلا لاستيفاء حقوقهم ، مفضلين التنازل عنها أو عن جزء منها بدلا من مآسي طول إجراءات التقاضي . فكان لا بد إذن من البحث عن بدائل عملية في تسوية المنازعات ؛ تغلبا على مشكلات التقاضي . وتشكل الوساطة أحد أهم البدائل لتسوية النزاعات بين الأشخاص ؛ إضافة إلى بدائل أخرى : كالتحكيم، والصلح ، والتفاوض ، وغيرها ..

وللوساطة قواعد علمية ينبغي احترامها حتى لا يحدث الخلط بينها وبين الصلح أو التحكيم أو التفاوض ، وقد كانت هذه القواعد محل تراكم معرفي تطبيقي عبر الزمن ، وعبر التجارب المتخصصة في صناعتها ، وهو ما يحاول هذا البحث إجلاءها وبيانها ..

ولما كانت مجالات الوساطة متعددة ومتنوعة ، بحسب ما يسمح به التشريع في حالة ما إذا كانت رسمية ، وبحسب ما يتيح لها العرف في حالة ما إذا كانت بديلا مسبقا عن التقاضي قبل اللجوء إليه ؛ فإن الوساطة في حل النزاعات الأسرية تأخذ مكانا متعاظما في الأوساط القانونية التي تعتمد الوساطة بديلا حقيقيا لحل النزاعات ، وفي هذا البحث محاولة لإجلاء دور الوساطة من خلال قواعدها العلمية العامة في حل النزاعات الأسرية .

وعلى الرغم من منع المشرع الجزائري للوساطة في شؤون الأسرة صراحة بالنص في المادة 994 - من قانون الإجراءات المدنية والإدارية 08-09 المؤرخ في 23 فيفري 2008 - ؛ فإن البحث في الوساطة الأسرية له من الأهمية البالغة إذ هو يأخذ اهتماما عالميا متزايدا ، والاستثناء التشريعي لها بالمنع ؛ معيب في نظر الدارسين وشركاء العدالة ما فتوا يستغربونه ، والنعي عليها بدعوى الاكتفاء بطرق بديلة مقررة في قانون الأسرة

كالصلح¹ ؛ معيب أيضا ، إذ الوساطة والصلح متكاملان في استهداف حل النزاع بطريقة هادئة بعيدة عما يوغره الحكم القضائي من ضغائن في قضايا العلاقات الأسرية على المستوى الإنساني ..

وفي هذا البحث ؛ سعي لإجلاء مدى انطباق قواعدها العلمية على النزاع الأسري ، لعله يفيد في المساهمة العلمية لإقناع المشرع لأجل استدراك رفع الاستثناء والمنع في تعديل لاحق ..
وتكمن أهمية البحث ؛ في أن الوساطة علم وفن في الوقت نفسه ، وأن تشريعها في القوانين يحتاج إلى الاطلاع على جوانبها العلمية والفنية ؛ ضمانا لنجاح ممارستها .. ثم إن النزاع الأسري من أخصب المجالات لها ؛ لما له من انعكاس إنساني يسمو على سائر النزاعات الأخرى المادية والمالية ، فكان تخصيصه بالتمثيل لمدى انطباق قواعد الوساطة عليه من الأهمية ذات الأولوية .

ويهدف هذا البحث إلى بيان المفاهيم المعرفية للوساطة في النزاع الأسري ، كما يستهدف إجلاء القواعد العلمية التي نبغي أن نتقيد بها الوساطة الناجعة .

ويُدرَك في هذا البحث أن الوساطة على نوعين : قضائية وغير قضائية ، وأن الأولى مستثناة في النزاعات الأسرية في القانون الجزائري² ، بينما الثانية متداولة في الواقع الاجتماعي ، لكنها غير منضبطة بالقواعد العلمية النازمة لها في غالب الأحيان إذا تمت من قبل غير المتخصصين فيها ، ويؤمل من الوساطة غير القضائية أن ترتقي إلى : وساطة اتقافية ، ووساطة وقائية ، ومعلوم أن نتيجة الوساطة القضائية تتبوأ مركز حجية الشيء المقضي فيه ، بينما الوساطة الاتقافية مركزها حجية الشيء المتعاقد عليه ، وأما الوساطة الوقائية فهي كالمرحلة التمهيديّة للحالة الاتقافية ، وقد أضحى للوساطة مؤسسات دولية متخصصة ترعاها وتقدم حلولاً ناجعة لنزاعات تزدهم فيها إشكاليات تتازع القوانين وقواعد الإسناد³ ووساطة أخرى لها فنياتها في حل مشاكل لنزاعات بين الدول⁴ .

¹ عبد السلام ديب : قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد ترجمة للمحاكمة العادلة ، موفم للنشر الجزائر ، 2011 ؛ ص : 447 .

² أخذت العديد من الدول العربية بالوساطة الأسرية كمصر والمغرب ولبنان وقطر والكويت ، وتتبوأ مركز الصدارة في الدول الغربية لاسيما فرنسا والولايات المتحدة الأمريكية .. راجع :

- معاش نسرين : الوساطة الأسرية في التشريعات المقارنة ورهانات تفعيلها في القانون الجزائري ، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية ، المجلد 6 العدد 1 ، مارس 2021 ؛ ص : 367 .

- وزارة التضامن بالمغرب : الوساطة الأسرية ودورها في الاستقرار الأسري - أشغال مؤتمر دولي - 7-8 / 12 / 2015 ، مطبعة أكدال الرباط 2016 ؛ المحور الثاني : التجارب الدولية ؛ ص : 87 وما بعدها .

³ Voir :

- Milena DIECKHOFF ; La médiation internationale dans la résolution des conflits : Un regard théorique ، Fiche de l'Irsem n° 6, janvier 2011 ، <http://www.irsem.defense.gouv.fr/spip.php?article74>

وبعد الرصد المنهجي عن كثب تم تحديد مشكلة البحث التي التأم محورها في : مدى قدرة الوساطة الأسرية على حل النزاع الأسري ؟ ؛ لتتوارد الأسئلة الجزئية عنه ؛ والتي يتطلب وضع أفق منهجي للإجابة عنها؛ و التي هي :

- ما مدى إمكانية الوساطة في حل النزاع جذريا ؟
- ما هي أوجه الاختلاف بين الوساطة والصلح والتحكيم وغيرهما ؟
- ما هي القواعد العلمية التي تقوم عليها الوساطة الناجحة في حل النزاع الأسري ؟
- ما هي مستلزمات الوسيط الناجح في عملية حل النزاع ؟

وفي إطار الرؤية المنهجية ؛ فإن فرضية البحث تمتد إلى اختبار مدى نجاعة القواعد العلمية للوساطة في حل النزاعات الأسرية ، وهو ما تؤكد العديد من التجارب ، وأن الوساطة الأسرية أثمرت من النتائج ذات الأهمية القصوى والتي يستحيل تحقيقها في القضاء لما يتركه هذا الأخير من آثار نفسية عميقة وسلبية على أفراد الأسرة المتنازعين⁵ ، الأمر الذي تتفاداه الوساطة الأسرية إلى أبلغ حد ممكن .
وقد تم وضع خطة البحث ؛ تحقيقا لمستهدفاته ، وجاءت في مبحثين مع كل مبحث مطلبين - متضمنه مقدمة وخاتمة - على النحو الآتي :

المبحث الأول : المفاهيم المعرفية للوساطة في النزاع الأسري

المطلب الأول : المفاهيم المعرفية لمصطلحات النزاع الأسري

المطلب الثاني : مدى صلة النزاع الأسري بالوساطة والفروق التي بينها وبين ما يتشابه معها

المبحث الثاني : القواعد العلمية للوساطة الناجحة

المطلب الأول : القواعد العلمية المفهومية للوساطة الأسرية

المطلب الثاني : القواعد الإجرائية في كيفية إدارة جلسات الوساطة

- Jean-Pierre Vettovaglia ; Conflits et médiation internationale .<https://www.cairn.info/revue-etudes-2014-3->

- ومثال ذلك : وثيقة : " ميثاق الوساطة الدولية الأسرية " الموضوع من قبل وسطاء دوليين ؛ ضمن منظمة الوساطة الأسرية الدولية ، راجع : <https://ifm-mfi.org> .

⁴Voir : Onu ; Directives des Nations Unies pour une médiation efficace ; Conception et mise en page : Rick Jones, StudioExile (rick@studioexile.com) Imprimé à l'Organisation des Nations Unies, New York .

⁵وقد قال عمر بن الخطاب - الخليفة الراشد - لقضاته : " ردوا الخصوم ؛ إذا كانت بينهم القرابات ، فإن فصل القضاء يورث العداوة بينهم " ، وفي رواية : " فإن فصل القضاء يورث الضغائن " ، راجع : عبد الرزاق : المصنف 303/8 حديث 15304 ، ابن أبي شيبة : المصنف 213/7 الحديث 23349 ، والبيهقي : السنن الكبرى 66/6 الحديث 11694 .

وتتفيذا لمتطلبات هذ الخطة ؛ تم في قواعد المنهجية وأدوات البحث من أجل الإجابة على الإشكاليات المقررة ؛ اعتماد : المنهج الوصفي والتحليلي ، وعلى الاستقراء والاستنتاج .

المبحث الأول : المفاهيم المعرفية للوساطة في النزاع الأسري

المطلب الأول : المفاهيم المعرفية لمصطلحات النزاع الأسري

الفرع الأول : المفاهيم اللغوية

- النزاع ؛ لغة ، هو : الخصام ، والخصومة ، والخلاف ، والجدال ، والعراك ، والقتال ، ونهاية الحياة ، والفرقة ، والخلع والإزالة⁶.
- الأسرة ؛ لغة : الاحتباس ، والحجز ، والإخفاء ، والكتمان ، والفُرش ، وإحكام الغلق ، والقيود والجمع ، والدرع الحصينة ، والمستقر⁷.
- الوساطة ؛ لغة ، مجموع من الدلالات لا تخرج عن معاني : الأفضلية ، والخيار ، والأجود ، والأعدل ، والأوفق ، والأفضل ، والسواء والعدل ، وما بين الجيد والرديء ، وما بين الإفراط والتقريط ، وكل الخصال المحمودة⁸.

⁶ انظر : نزاع /ar-dict/ar-ar/ almaany.com

⁷ المصدر نفسه : مادة / أسرة / .

⁸ راجع : ابن منظور : لسان العرب 4831/6-4834 مادة وسط ، والراغب الأصفهاني : مفردات القرآن؛ ص : 869 ، دار القلم دمشق 1992 ، وابن السمين الحلبي : عمدة الحفاظ 309/4-310 دار الكتب العلمية ط1/1996 ، والكفوي : الكليات؛ ص : 937-939 ، مؤسسة الرسالة ط2/1998 .

والتعريف اللغوي للوساطة - كما هو متداول في المعاجم العربية - مشتق من الجذر : و.س.ط ؛ والوسط هو : العدل الخيار ، وأوسط القوم: أشرفهم وأحسبهم ، وتوسط بينهم : عمل الوساطة بين طرفين ، وما يستخلص من المعاجم كلسان العرب (مادة : الواو) والقاموس المحيط (باب ط ، فصل الواو) حول مادة : وسط ، واشتقاقها ؛ نحصره في أربعة أشياء :

أ / الموقع : موقع سهل الوصول إليه ، وموقع بين طرفين ، وموقع يربط بين موقعين .

ب / المكانة الرفيعة : أوسط القوم ..

ج / الشرط الأخلاقي : أوسطهم ؛ أي : أعدلهم ..

د / فعل الوساطة ؛ أي : التوسط ..

ولذلك ففعل الوساطة في استعماله الاصطلاحي اليومي - لغويا - ؛ يعكس إلى حد ما هذا التراكم في المعاني ليميزها عن مصطلحات أخرى تتقاطع معها كالتحكيم والصلح ، بحيث إن الوساطة لا تختلف عنهما في الأسلوب فحسب ، ولكن المصطلح يشمل جوهر وبنية كل واحد منهما على حدة أيضا .

- راجع ؛ عبد الله صبيح : الوساطة وتجلياتها ، ضمن مؤلف جماعي ؛ لايزدولنه وزملاؤها : مدخل إلى الوساطة التسهيلية في مجال الأسرة ؛ المعهد العالي للقضاء ، المغرب ؛ ص : 22 .

الفرع الثاني : المفاهيم الاصطلاحية

أولاً : مفهوم النزاع ؛ اصطلاحاً :

إن مفهوم النزاع ؛ اصطلاحياً ، له دلالات بحسب الحقل المعرفي الذي يستعمل فيه ، والذي يهم من تلك الحقول المعرفية هنا : الحقل الشرعي ، والحقل القانوني ، والحقل الاجتماعي ، والحقل النفسي ، ولا بد من بيان ذلك ، ثم التذكير بالمفهوم التداولي العام لهذا المصطلح⁹ .

- النزاع ؛ شرعاً ، هو : الفرقة في أنظار الاستثثار بالحق المفضية إلى مفسدة.
- والنزاع ؛ قانوناً ، هو : تصادم الإرادات عند المساس بالمراكز القانونية لأصحابها .
- والنزاع ؛ اجتماعياً ، هو : حالة من الخلل ؛ يترتب عنها تمزق النسيج الاجتماعي .
- والنزاع ؛ نفسياً ، هو : حالة من الصدمة ؛ يترتب عنها خلل في السواء النفسي .
- والنزاع الأسري بحسب المفهوم التداولي العام ؛ هو : خصام بين الأفراد المكونة للأسرة في حالات الإخلال (تعارض وتصادم في المصالح والعواطف والآراء) بنظام الحقوق والواجبات ؛ بحيث يفضي إلى مفاصد خطيرة ، ويصعب حله داخل الأسرة .
- وللنزاع سلم تصاعدي ؛ يبدأ من النقطة الصفر إلى الدرجة القصوى حسب سلم هامريتش 2013 من : عدم الاتفاق ، إلى : شخصنة الأمور ، إلى : المشكلة تتعاضم ، إلى : انعدام الحوار ، إلى : الأنماط العدوانية ، إلى : العداوة الصريحة والمباشرة ، إلى : القطبية¹⁰ .

ثانياً : مفهوم الأسرة ؛ اصطلاحاً

إن مفهوم الأسرة ؛ اصطلاحياً ، له دلالات بحسب الحقل المعرفي الذي يستعمل فيه كذلك ؛ إلا أن جميع علماء كل من : الأنثروبوجيا ، وعلم الاجتماع ، وعلم الإثنولوجيا ، وعلم النفس ، والقانون ، والاقتصاد ، والتاريخ .. كلهم يجمعهم قاسم مشترك واحد في الرؤية لمذلول الأسرة ؛ وهو أنها : الخلية الأساسية لكل المجتمعات¹¹ .

9 وقد تم الاعتماد على الاستقراء في استخلاص هذه التعاريف .

¹⁰ لايزدولنه : الوساطة وفهم النزاع ، ترجمة عبد الله صبيح ، ضمن المؤلف الجماعي ؛ مرجع سابق ؛ ص : 34 .

وراجع : كتابا مهما في فهم النزاع واستيعابه ؛

- Nadine Lyamouri-Bajja, et ses amies ; LE RÔLE DES JEUNES DANS LA TRANSFORMATION DES CONFLITS, Éditions du Conseil de l'Europe Strasbourg, juillet 2016, pp. 45-97

11 Valérie RONGIE ; (L'INSAISSABLE FAMILLE) , Thèse Pour l'obtention du grade de DOCTEUR EN DROIT, ÉCOLE DOCTORALE DROIT NORMANDIE , université lehavre France ; p : 01 .

أ / مفهوم الأسرة ؛ شرعا ، هي : (الجماعة الجماعة المعتمدة : نواة المجتمع ، والتي تنشأ برابطة زوجية بين رجل وامرأة ، ثم يتفرع عنها الأولاد ، وتظل ذات صلة وثيقة ، بأصول الزوجين ، من : أجداد وجدات ، وبالحواشي من : إخوة وأخوات ، وبالقرابة القريبة من : الأحفاد " أولاد الأولاد " والأسباط " أولاد البنات " ، والأعمام والعمات ، والأخوال والخالات ، وأولادهم " ؛ وتقوم هذه الأسرة على " مفهوم الحماية والنصرة ، وظهور رابطة التلاحم ؛ القائمة على أساس : العرق ، والدم ، والنسب ، والمصاهرة ، والرضاع)¹².

ب/ ومفهوم الأسرة ؛ قانونا : تعرف بحسب المرجعية الفلسفية للدولة والمجتمع .

• في حالة المرجعية الشرعية ؛ يتم تضمين الصياغة القانونية للمواد النازمة لإنشاء الأسرة ؛ ما تقرر في الشريعة الإسلامية ، ومثال ذلك : ما نص عليه قانون الأسرة الجزائري في المادة 02 بالقول : " الأسرة هي الخلية الأساسية للمجتمع ، وتتكون من أشخاص تجمع بينهم : صلة زوجية و صلة قرابة " ¹³ .

• وفي حالة المرجعية غير الشرعية ؛ فيتم تضمين التشريعات القانونية المتعلقة بالأسرة من خلال الرجوع إلى الأصول الفلسفية التي تمثل عمق الشرعية والمرجعية الفكرية للمجتمع والدولة من جهة ، وإلى الرصيد التاريخي القديم للمجتمع ؛ كما الشأن في المجتمعات الغربية التي يتم فيها استحضار التاريخ الأسري اليوناني والروماني .

وعليه فإنه لا مجال للحديث في إطار الأسرة ، وفي المفهوم الإسلامي عن : نماذج من الأسر ؛ لا تتوافق مع منهج الإسلام من جهة ، ولا مع الفطرة الإنسانية السليمة من جهة أخرى .. من ذلك النموذج الأكثر انتشارا في العالم الآن والمتمثل في : الأسرة المرافقة (الرافقة / أو بالمصاحبة) {Companionship family} أو : [le concubinage] .

12 وهبة الزحيلي : الأسرة المسلمة في العالم المعاصر ؛ ص : 19-20 ، دار الفكر ، سورية .

ثم ذكر الدكتور وهبة الزحيلي - في ص : 20 - ثلاثة أنواع للأسرة ! ؛ وفي تقدير الباحث : إنما هي بالأحرى مراتب ودرجات من حيث العلاقات الأسرية ، لا من حيث تقسيم الأسرة في حد ذاتها .. وهذه الثلاثة هي : الأسرة الصغرى ، والأسرة الوسطى ، والأسرة الكبرى ، أما الأولى : " فهي المقصورة على الزوجين والأولاد " ، وأما الثانية : " فهي التي تضم الدرجة الثانية من سائر الأقارب لتشمل : الآباء والأجداد ، والأخوة والأخوات ، والأعمام والعمات ، والأخوال والخالات " ، والثالثة أشمل منهما لتسع العشيرة والقبيلة والمجتمع .

¹³ المادة 02 من قانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 يونيو 1984م ، والمتضمن قانون الأسرة ، المعدل والمتمم 05 02 - في 27 فبراير 2005م ، مرسوم تنفيذي رقم 06-154 مؤرخ في 11 مايو 2006م .

وقد عرفها القانون المدني الفرنسي في المادة : 515 ، فقرة : 8 ، تعديل قانون 1999/11/15 بقولها

:
« Le concubinage est une union de fait, caractérisé par une vie comune présentant un caractère de stabilité et de continuité, entre deux personnes, de sexe différente ou de même sexe, qui vivent en couple » .

وتتضمن هذه المادة عدة عناصر يتحدد بها هذا النوع من الاجتماع أو المعاشرة الفعلية الثابتة والمستمرة نسبيا بين : رجل وامرأة ، أو بين : متماثلين في الجنس .

فهي معاشرة نوعا ما دائمة ، ولكنها خارج إطار الزواج ، وتتميز بأنها : خاصة ، وحررة ، من دون قيود ولا التزامات بين الطرفين؛ مختلفين الجنس ، أو متحديه¹⁴.

والذي دعا إلى ظهور هذا النوع من الأسرة في الغرب هو : اعتمادهم على الموروث الروماني والإغريقي من جهة ، ومن جهة أخرى : كثرة حالات الطلاق، وتشريع أسبابه المسيرة له ، بسبب شدة وطأة الالتزامات والحقوق المترتبة على الزواج القانوني.. وهذا النوع من الأسرة في تزايد مستمر حاليا في الدول الغربية ، ومن سار على حذوها .. ففي فرنسا مثلا سجلت الإحصاءات في سنة 1999م : أزيد من 2.400.000 علاقة من نوع المعاشرة ، منها 1.000.000 علاقة ترتب عنه كل واحد منه طفل واحد¹⁵ ، وبزيادة أكثر من 500.000 معاشرة كل سنة بحيث لم يسجل في سنة 2020 إلا 148.000 فقط حالة زواج بنسبة انخفاض 34.1% عن سنة 2019¹⁶.

ج/ ومفهوم الأسرة ؛ اجتماعيا ، هي : " جماعة اجتماعية بيولوجية نظامية تتكون من رجل وامرأة- تقوم بينهما رابطة زواجية مقررة - وأبنائهما ، ومن أهم الوظائف التي تقوم بها هذه الجماعة : إشباع الحاجات العاطفية ، وممارسة الحلال من العلاقات الجنسية ، وتهيئة المناخ الاجتماعي والثقافي الملائم لرعاية وتنشئة وتوجيه الأبناء ، والجماعة التي تتكون على هذا الأساس وتمارس هذه الوظائف ؛ تختلف في بنائها اختلافا واضحا ، ومن ثم يتعين عند تعريف الأسرة، أن يتضمن التعريف : الإشارة إلى النماذج المحتملة لهذه الجماعة"¹⁷.

¹⁴ Alain Bénabent, Droit Civil : la famille, éditions du jurés, classeur (litec) 11^e édition, pp : 337-338.

¹⁵Ibid, p : 338

¹⁶www.leprogres.fr/amp/societe/2021/01/19 .

¹⁷ عبد المجيد منصور : دور الأسرة كأداة للضبط الاجتماعي في المجتمع العربي ؛ ص : 28 ، دار النشر بالمركز العربي للدراسات الأمنية والتدريب بالرياض، 1407 هـ - 1987 م. دون تحديد رقم الطبعة.

وعبد المجيد منصور ، و زكريا الشرييني : الأسرة على مشارف القرن 21 ؛ ص: 18 ، مرجع سابق.

د/ ومفهوم الأسرة ؛ نفسيا ، هو أنها : " نتاج للأنماط الثقافية الموروثة من طرفي الزواج ، والذي عن طريقه يسيطر المجتمع على الجنس " ¹⁸ ، ومنه يتولد الأولاد .

وعرفه آخرون ؛ بأنها : " وحدة ثنائية تتكون من رجل وامرأة ؛ تربطهما علاقات روحية متماسكة مع الأطفال والأقارب ، ويكون وجودهما قائما على الدوافع الغريزية والمصالح المتبادلة والشعور المشترك الذي يتناسب مع أفرادها " ¹⁹ .

ثالثا : مفهوم النزاع الأسري

بناء على استقراء المفاهيم اللغوية والاصطلاحية ؛ يمكن تحديد مفهوم النزاع الأسري على أنه : كل ؛ توتر ، أو أزمة ، أو صراع ، أو مشكلة ، أو خلافات ، أو خصام ؛ يحدث بين فردين من أفراد الأسرة فأكثر ، ويهدد بتعطيل المصالح الحقيقية التي تُربُّها الأسرة ، أو بانقطاع الروابط العائلية .

والنزاع الأسري على مراتب من حيث الشدة والضعف ، أعلاه : الشقاق ، وهو : العداوة واشتداد الخصام المستمر بين الزوجين²⁰ ، أو فردين أو أكثر من الأسرة ، ولعل أدنى مراتبه حالة من سوء التفاهم تسمى بالكدر الزوجي " Marital Distress " الذي هو : حالة من المعاناة الزوجية من جانب أحد الزوجين أو كليهما ؛ نتيجة سوء التوافق الناشئ عن قصور الخلفية المعرفية لمقومات الحياة الزوجية لديهما ، وضعف التآلفية والتواصل وصعوبة تسيير الأمور المالية²¹ ، أو هو : اضطراب في العلاقة بين الزوجين ، وسوء اتصال ينجم عنه صعوبات متعددة تقلل من قدرتهما على حل المشكلات وتذليل العقبات المتعلقة بجميع جوانب العلاقة كالتعامل مع الأبناء ، التسيير المالي للأمر ، وضبط العلاقات الاجتماعية ، وتوفير المساندة الأسرية مما يخلق معاناة نفسية تؤدي في النهاية إلى الطلاق الصريح أو الطلاق النفسي²² .

¹⁸ أحمد الكندري : علم النفس الأسري ، مكتبة الفلاح ، الكويت ط2 / 1412هـ ، ص: 22 ، وانظر ما بعدها من تعريفات ؛ نقلا عن: غنيمه المهيني : الأسرة والبناء الاجتماعي في المجتمع الكويتي / 1980م ، ولا يخلو هذا التعريف من انتقاد، لعدم انضباط الجامعية والمانعية فيه.

¹⁹ إحسان محمد الحسن : البناء الاجتماعي والطبقية ، ونسبه إلى : ماكيفر ، دار الطليعة بيروت 1983 ، ص : 233.

²⁰ عبرت عنه المادة 56 من قانون الأسرة الجزائري - مرجع سابق - بقولها : " إذا اشتد الخصام بين الزوجين ، ولم يثبت الضرر ؛ وجب تعيين حكيمين للتوفيق بينهما " .

²¹ إيمان السيد محمد دراز ، وعواطف محمود عيسى عبد الرحيم : أساليب التفاوض في الأسر حديثة التكوين من وجهة نظر الزوجات وعلاقتها بالكدر الزوجي ، مجلة بحوث التربية النوعية ، جامعة المنصورة العدد 41 ، يناير 2016.

²² راجع : نوبيات قدور ؛ العلاقة الزوجية المتكدره وأثارها على الصحة النفسية للزوجين والأبناء ، مجلة العلوم الإنسانية والاجتماعية جامعة ورقلة الجزائر ، العدد 08 ، جوان 2012 ؛ ص : 220-221 .

وقد ذكر بعضا من المفاهيم ذات العلاقة به ؛ كعدم الاستقرار الزوجي ، واللاتوافق الزوجي ، والصراع الزوجي ، والشقاء في الزواج .

المطلب الثاني : مدى صلة النزاع الأسري بالوساطة والفروق التي بينها وبين ما يتشابه معها

الفرع الأول : التلازم بين الوساطة والنزاع

حيثما كان النزاع ؛ يمكن أن تكون الوساطة ، إذ عُلِّتْها وجود النزاع ، ووجوده ضرورة شرطية لوجود الوساطة ، ثم إن انعدامه ؛ يفضي إلى انعدام الوساطة ، فبينهما تلازم شرطي .
وكل قضية تقبل الصلح في النزاع المتعلق بها ؛ فهي تقبل الوساطة بالضرورة ، " وإذا كانت ولاية القضاء عامة وشاملة بمنح الحماية القضائية بكافة صورها ؛ فالوساطة لها ولاية محددة ومقصورة على معاونة القضاء في طائفة معينة من المنازعات ، وهي التي يجوز فيها الصلح ، ووظيفة القضاء متنوعة تشمل إلى جانب قضاء المنازعات ؛ القضاء الولائي والقضاء التنفيذي ، وتشمل المسائل القابلة للصلح وغير القابلة للصلح ، فالوساطة تعاونه في جانب هام من وظيفته ؛ وهو حسم النزاع الذي يجوز فيه الصلح " ²³ .. وتمتد الوساطة - بالضرورة أيضا - إلى منازعات التنفيذ باعتبارها هي أيضا قابلة للصلح .

الفرع الثاني : الفرق بين الوساطة والصلح في النزاع الأسري

01/ من حيث القانون :

- الصلح ؛ ينهي الخصومة القضائية بكامل موضوعها وجوانبها ²⁴ ، ومحضر الصلح له حجية الحكم القضائي نفسه ، ويعتبر سندا تنفيذيا بعد التأشير عليه ²⁵ .
- الوساطة ²⁶ ؛ إجراء وجوبي يتعين على القاضي أن يعرضه في الجلسة الأولى . وتمنع الوساطة في قضايا شؤون الأسرة والقضايا الاجتماعية وكل ما له صلة بالنظام العام ، ويمكن أن تكون الوساطة في جزء من النزاع أو كله ، ولها أجل ثلاثة أشهر قابلة للتجديد .

02 / من حيث القواعد التطبيقية الفنية :

- في الوساطة : الحل لأي نزاع يكون من قبل فرقاء النزاع أنفسهم ، يستخرج بالحنكة منهما من قبل الوسيط .
- وفي الصلح : الحل يفرض من طرف خارجي وهو المصلح ، ويقبل به الخصوم اعتمادا على قاعدة التنازل الرضائي .

²³ أبو الخير عبد العظيم : الوساطة في تسوية المنازعات ؛ بديل عملي للتغلب على مشكلات التقاضي ، المركز القومي للإصدارات القانونية ، مصر 2007 ؛ ص : 44 .

²⁴ راجع : قانون الإجراءات المدنية والإدارية 08-09 المؤرخ في 23 فيفري 2008 ، الجريدة الرسمية الجزائرية عدد 21 لسنة 2008 ، المادة 220 .

²⁵ المرجع نفسه ؛ المادة 600 فقرة 08 ، والمادة 993 .

²⁶ المرجع نفسه ؛ المواد 994 - 1005 .

الفرع الثالث : الفرق بين الوساطة والتحكيم في النزاع الأسري²⁷

- أن من ينتدب الحكيم هم أهل الزوجين ، حيث يكون هنالك حكم من أهل الزوج وآخر من أهل الزوجة ، وذلك بهدف محاولة الإصلاح بينهما ، بخلاف الوسيط حال الوساطة الأسرية فهو شخص يعين باتفاق الأطراف في الوساطة الاختيارية وبأمر من المحكمة في حالة الوساطة القضائية ..
- إن مهمة المحكم تكمن في إصدار قرار بموضوع النزاع المعروف عليه ، بعد معاينة الأدلة وتدقيق الوقائع كالقاضي، وأما مهمة الوسيط فهي لا تتجاوز وجهات النظر واتخاذ كافة الإجراءات التي تكفل ذلك ، وسلطته على المتنازعين أدبية تتجسد في الحث على قبول اقتراحات وتوصيات لأجل الحل بخلاف المحكم فإن له سلطة على الخصمين ويكون قراره ملزما .
- إذا فشل الحكمان في محاولة الصلح بين الزوجين فلا بد من بيان ذلك في تقريرهما المقدم إلى المحكمة ، وتحديد نسبة الإساءة الحاصلة من المتسبب في النزاع والشقاق الحاصل وتضمن ذلك في التقرير ، بخلاف جلسات الوساطة التي تمر في سرية ، ويلتزم جميع الأطراف فيها بالحفاظ على هذه السرية ، وبأنه لا يمكن لهما استعمال ما جرى فيها ؛ وذلك إذا ما انتهت مساعي الوساطة الأسرية بالفشل وحصل أن رفع أمر النزاع إلى المحكمة .

الفرع الرابع : الفرق بين الوساطة والمحاماة في النزاع الأسري

- في الوساطة : الوسيط شخص ثالث خارج النزاع .
- في المحاماة : المحامي وكيل عن أحد أطراف النزاع في النزاع ، وهو مجسد لإرادته ضد الطرف الآخر .

الفرع الخامس : الفرق بين الوساطة والتفاوض في النزاع الأسري

- في الوساطة : الحل ودي من قبل الفرقاء أنفسهم مع حفظ الكرامة والمشاعر الداخلية للجميع ، ويمكن للوسيط استعمال التفاوض العقلاني الذي ليس فيه تهديد وإرغام للآخر .
- في التفاوض : الحل يكون بمناورة بين قوي وضعيف في جزء من النزاع أو في جميعه ، وتقسم أساليب التفاوض إلى ثلاثة أقسام ؛ الأول : الأسلوب التعاوني Cooperativemethod ، الثاني : أسلوب التسوية Compromise method ، الثالث : الأسلوب التسلطي Compromise method.²⁸

²⁷أوديجا ، بنسالم : الوساطة كوسيلة من الوسائل البديلة لفض المنازعات ، مطبعة دار القلم ، المغرب ، الطبعة 01 ؛ ص : 153 - 154 .

²⁸إيمان السيد محمد دراز ، وزميلتها : المرجع السابق ؛ ص : 225 .

المبحث الثاني : القواعد العلمية للوساطة الأسرية الناجمة

المطلب الأول : القواعد العلمية المفهومية للوساطة الأسرية

الفرع الأول : ما هي الوساطة²⁹ ؟

إن تعاريف الوساطة كثيرة جدا ، وهي لا تخلو في أغلبها من انتقاد ؛ لتضمنها الخلط بينها وبين الصلح حيناً ، وبينها وبين التفاوض والتحكيم وغيرهما أحيانا أخرى ؛ إلا أن التعريف المتداول حديثا يمكن تحديده على النحو الآتي :

(الوساطة ؛ هي : عمل شخص ثالث - يسمى وسيطا - ؛ على : إقامة علاقة بين شخصين طبيعيين أو معنويين - يسمون شركاء أو أطرافا - وقبولها بكل حرية منهما ؛ على أساس قواعد ووسائل محددة ، بهدف الوصول إلى حل خارجي ، يتمثل في إنشاء أو إعادة إنشاء علاقة اجتماعية)³⁰ .
الوساطة من خلال مفهومها الدقيق هذا ؛ تستطيع أن تثبت فعاليتها ومُكَنَّتْهَا مهما كان موضوع النزاع ونوعه ..

وتعريفها قائم على تحديد ميزتين أساسيتين فيها³¹:

الميزة الأولى : مسار الوساطة ، وليس هو البتة بقضية ولا إجراءات ؛ بل هو مسار تواصل واتصال :
تفاعلي وقيمي وأخلاقي ؛ كأنها علم توليد (la maïeutique)³² ، فالوسيط شخص بالغ الفعالية في توليد

²⁹ يلاحظ أن الوساطة كانت معروفة لدى الفقهاء المالكية ؛ وقد تعرفوا عليها من قديم مضافة إلى غيرها من الوسائل البديلة لحل النزاعات ، إلا أنه من الصعب العثور على بحوث تفصيلية في منهجها والفروق التي بينها وبين الصلح مثلا .. وقد كان بعض الفقهاء يتجنب تحمل المسؤولية المترتبة على الوساطة وغيرها ؛ إلا في حالة الضرورة ، وبشروط ؛ لما في ثقافة المجتمع من اضطراب وخلل بحسب زمانهم ؛ حتى قال شيخ الإمام محمد بن قاسم القصار رحمه الله تعالى (مجد التهامي قنون : أقرب المسالك إلى موطأ الإمام مالك ، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية ، المغرب ، 1408هـ ، ص : 359) :

تسَعُ أبى منها أولوا الأحلام والههم النسية
وكذا الوساطة والشهادة والحكومة في القضية
وكذا الإجابة للطعام وللواتم والهدية
فد الزمان وأهله إلا القليل من البرية .

والغرض من جلب هذا النص ؛ هو إثبات أن الوساطة كانت معروفة قديما بهذا المصطلح في المحيط الذي يكون فيه التنازع بين الأفراد ؛ لاسيما في البيئة التي كانت تلتزم مذهب الإمام مالك .

³⁰ Voir ; Michèle Guillaume-Hofnung ; La médiation ; éditions puf2007 Collection: Que sais-je?

³¹ Voir ;Qu'est-ce que la médiation ? Par Michèle Guillaume-Hofnung - Cercle K2 ;https://www.youtube.com/watch?v=2pVjBGD-n_I

³² وهي تقنية لاستخراج وتوليد الأنفس للأفكار والمعلومات التي تُحْبِئُهَا ، بحيث يتم التعبير عن علم ومعرفة مخبأة في الأعماق .

واستخراج ما في باطن الفرقاء من مخبوء هو سبب النزاع الحقيقي ، ومن ثمة فليس الوسيط أبدا سببا في ذلك المخبوء ولا سببا في نموه وتطوره ؛ بل هو بحنكته يعمل على توليد وإخراجه بلطف بهدف الانطلاق منه إلى حل يحفظ الكرامة والتقدير للفرقاء جميعا .

إن مسار الوساطة يتمثل في ضمان شيء للفرقاء الفاعلين المتوسط بينهم ؛ يتمثل في تمكينهم من أن يكونوا أحرارا ومسئولين في هذا المسار .

إنه مسار أخلاقي تفاعلي وقيمي ؛ لأن الكلام والاتصال والاستماع بين المتوسط بينهم ، يحتاج إلى مساواة في ممارستها ، وإلى كرامة وتقدير في الاطلاع على وجهات النظر المختلفة .

الميزة الثانية للوساطة ؛ تتمثل في الوسيط : وهو ذو أهمية فيها ، ولكنه لا يمثل إلا مرافقا فيها . وعند استعمال الوساطة ؛ ينبغي عدم استعمال مصطلحات لا تنتمي إلى حقلها المعرفي كألفاظ : الطرف ، أو الفئة ، أو الجماعة ، أو الحزب .. فلها دلالات غير مفيدة إذا استعملت في مسار الوساطة . على العكس من ذلك ؛ فإن مصطلحات : شركاء ، ورفقاء ، وزملاء ، وأصحاب .. ونحو ذلك ؛ هي التي توحى بالمسئولية المشتركة على قدم المساواة من أجل التعاون الجيد في إطار الوساطة . ويتعين على الوسيط³³ ؛ أن يدرك المركز الخطير الذي تبوؤه له الوساطة ، وأن لا يحدد عنه أبدا مهما تكن الظروف ؛ ضمانا للأداء الحسن لهذه المهمة النبيلة ، ويتفرع التفصيل لهذا المركز الوظيفي الخطير في خمسة أمور ؛ هي الآتية³⁴:

وأول من عرف بها ومارسها الفيلسوف سقراط انظر :

[https://fr.wikipedia.org/wiki/Ma%C3%A0Feutique_\(philosophie\)](https://fr.wikipedia.org/wiki/Ma%C3%A0Feutique_(philosophie))

³³ في فرنسا يخضع تكوين الوسطاء لترخيص من سلطات القانون العام المختصة ، وينظم القانون فيها كيفية الحصول على شهادة الدولة للوسيط الأسري (DEMF) ، ويستفيد الوسطاء من 595 ساعة من التكوين ؛ منها : 560 ساعة للدروس النظرية ، و 105 ساعة للتدريب ، وذلك في مدة سنتين كاملتين ، كل ذلك تحت إشراف الغرفة المهنية للوساطة والمفاوضات .. راجع : المرسوم : 2003-1166 المؤرخ في 2 ديسمبر 2003 ، وكذا الجريدة الرسمية الفرنسية برقم 0194 بتاريخ 22 أوت 2012 .

- وفي بريطانيا : تم اعتماد الوساطة العائلية منذ تاريخ 1996 ؛ انظر :

Paulette Elaine Morris : SCREENING FOR DOMESTIC VIOLENCE IN FAMILY MEDIATION AN INVESTIGATION INTO HOW MEDIATORS MANAGE DISCLOSURES OF DOMESTIC ABUSE AND ASSOCIATED EMOTIONS, A thesis submitted for the degree of Doctor of Philosophy, Brunel Law School Brunel University September 2015, pp.37-38 & pp.40-42

³⁴ Voir :

François Bazier ; Les qualités du médiateur , http://www.irenees.net/bdf_fiche-analyse-755_fr.html

LINDA C. NEILSON : THE DEVELOPMENT OF FAMILY MEDIATION: PRACTITIONER PERSPECTIVES ON EDUCATION, PhD 1992 - UNIVERSITY OF LONDON, FACULTY OF LAW, pp.285-301

- 1) يتعين على الوسيط أن يدرك أمرا ضروريا وأساسيا ؛ يتمثل في أنه : (من الغير) ، وأن لا تكون له أية علاقة بالنزاع ، من قريب ولا من بعيد ، ولا هو متسببا ولا مشاركا فيه ، ثم إن محيط النزاع وأدواته وآلياته ووسائله ؛ ليس ملزما له ولا هو داخل فيه بأي حال من الأحوال ، بل هو بمثابة النافذة المفتوحة للغرفة المنخقة المظلمة ، إنما هو أمل الأشخاص الذين انعدمت الثقة بينهم بسبب غياب الاتصال والتواصل بطريقة أخلاقية وقيمة فعالة .
 - 2) يتعين على الوسيط أن يكون نزيها منصفًا ، ليس متسرعا ولا يعرف نفاذ الصبر إليه سبيلا ، ويظهر ذلك في : دماثته ، وبشاشته ، وظرافته ، وحسن استقباله ، ومحبوبيته ، وسجيته الحسنة في الترحيب بالفرقاء جميعا ؛ بحيث لا يكون مائلا لأحد منهم ضد آخر ؛ وإلا أصاب الوساطة من الاضطراب والخلل وعدم التوازن ؛ ما يفضي إلى فشلها ، وعدم مصداقية المشرف عليها .
 - 3) مركز الوسيط مستقل تمام الاستقلال عن المتوسط بينهم ، على خلاف المحامي مثلا ، فهو وكيل عن طرف ضد طرف ، ويتعين على الوسيط أيضا أن لا يكون متلقيا لراتب من قبل أحد المتوسط بينهم سواء كان شخصا طبيعيا أم معنويا .
 - 4) ينبغي على الوسيط أيضا أن يكون مستقلا أيضا عن شركاء آخرين في النزاع .. فلا ينبغي أن يكون تابعا لجهاز العدالة ولا تحت وصايتها ، وإلا تحول مسار الوساطة إلى قضية قضائية ، ويفتقد حينئذ مرونته .
 - 5) الحيادية ، وهي تختلف عن الإنصاف والنزاهة ، ومغزاها ؛ أن الوسيط لا يملك السلطة ، وهذا من صميم ميزة الوساطة ، فهي ليست سلطة ، ولا تمثل سلطة ، وهو مكن قوة واستطاعة الوساطة على النجاح والنجاحة في مسارها .
- وفي الأخير يتعين على الوسيط ؛ أن لا يتصرف في إدارته لجلسات الوساطة كأنه : قاض ، أو محكم ، أو محامي ، أو خبير ، ولو كان في الحقيقة يمارس إحدى هذه الوظائف ، بل يلزمه التقيد بالقواعد الفنية للوساطة فحسب .

الفرع الثاني : مفهوم الوساطة الأسرية

تم تعريف الوساطة الأسرية بتعاريف كلها متقاربة ؛ ومن خلال عملية التحليل والاستقراء ؛ يمكن أن نذكر أهم العناصر المكونة لهذا التعريف من خلال ما يأتي :

الوساطة الأسرية ؛ هي : مسار من أجل بناء أو إعادة بناء الروابط العائلية إثر حدوث الفرقة أو الخصام فيها ، على أساس رغبة وحرية واستقلال الأشخاص محل النزاع في الأسرة ، وذلك بأن يكون تحت إشراف شخص ثالث من خارج النزاع ، يسمى وسيطا ؛ مؤهلا وذو كفاءة ، ومتصف بالنزاهة والحياد

والاستقلالية ، متمكتم على أسرار البيوت ، ولا يملك سلطة القرار ، بحيث يتكفل بتنظيم لقاءات تواصلية وحوارية بين الفرقاء لأجل إدارة وتسيير النزاع العائلي بطريقة ودية ، ثم الوصول إلى حلول مرضية للجميع .³⁵

ويظهر من هذا التعريف ؛ مجالات الوساطة ، ومسائل النزاع فيها ، ومهمة كل من الوسيط والشركاء فيها :

- أما مجالات الوساطة الأسرية ؛ فهي : كل نزاع في العائلة الواحدة سواء كانت الأسرة نووية أم ممتدة ، بين الفرقاء فيها ؛ سواء كانوا : والدين ، أم أولادا ، أم أجدادا ، أم إخوة ، أم ورثة ؛ بل حتى النزاع الذي يطال المؤسسات العائلية التجارية منها والمدنية .
- وأما مسائل النزاع فيها ؛ فهي : كل المسائل التي لا يجدون لها حلا وتسبب خصاما حقيقيا ، أوكل فرقة بين أعضاء الأسرة الواحدة ، أو كل انقطاع للروابط العائلية ، أو كل نزاع حول الميراث وأموال الأسرة ، أو كل مشكلة متعلقة بالتكفل بشخص عاجز أو مسن من أفراد العائلة ، وكل نزاع يهدد مصلحة الأطفال ، بل تطورت الوساطة لتشمل أيضا : العنف المنزلي³⁶ ..
- وأما مهمة الوسيط ؛ فإيجاد مساحة وفضاء للحوار والتواصل لفرقاء الأسرة من خلال لقاءات منهجية هادفة ، يكفل فيها : الاستماع ، والاحترام المتبادل ، والتعاون من أجل الجميع ، في إطار حفظ أسرار البيوت .
- وأما مهمة شركاء الوساطة ؛ فالرغبة الصادقة في إيجاد الحلول ، مع الحرية الكاملة من دون أي ضغط ، والاضطلاع بتحمل المسؤولية ، والفعالية التامة ، ومعرفة الحقوق والواجبات ، والسعي نحو بلورة جماعية لحلول واتفاقات من أجل مصلحة الجميع لاسيما مصلحة الأطفال³⁷ .

الفرع الثالث : أنواع الوساطة في النزاع الأسري

أ/ من حيث الطبيعة : تنقسم الوساطة من حيث طبيعتها إلى النوعين التاليين ، مع ملاحظة أن كليهما يبقى خاضعا للقواعد نفسها التي تحكمها :

- وساطة قضائية : بحيث تكون منصوص عليها قانونا ، وتبدأ من طرف القاضي الذي يحيل النزاع على الوسيط وفق إجراءات قانونية محددة³⁸ .

³⁵ Définition adoptée par le Conseil National Consultatif de la Médiation Familiale (2002), in : <https://www.apmf.fr/la-mediation-familiale/de-quoi-sagit-il/>

³⁶ Paulette Elaine Morris.op.cit.pp60-83

³⁷ حسب قانون الإجراءات المدنية الفرنسي فإن مدة الوساطة القضائية تدوم ثلاثة أشهر قابلة للتجديد مرة واحدة ، وقد قدرت حسب الممارسة عدد الجلسات إلى ست جلسات ، جلسة في كل أسبوعين أو ثلاثة ، وكل جلسة تدوم من ساعة إلى ساعتين .

- Voir ; <http://cours-de-droit.net/la-mediation-definition-duree-procedure-a126675246/>

- **وساطة اتفاقية** : منصوص عليها ومنظمة قانونا ، تبدأ من قبل فرقاء النزاع، وقد تكون محل اشتراط مسبق في التعاقد المتنازع في محل موضوعه.

ب/ **من حيث الأدوار والوظائف** : تنقسم الوساطة من حيث وظيفتها إلى ثلاثة أنواع ؛ هي على النحو الآتي³⁹:

- **وساطة تسهيلية** : حيث الوسيط يسهل العلاقة والتحاور بين الأطراف .
- **وساطة تحويلية** : حيث الوسيط يساعد الشركاء على تغيير وجهات نظرهم، وتغيير علاقاتهم إلى الأحسن⁴⁰.
- **وساطة توجيهية** : حيث الوسيط يوجه الشركاء للذهاب نحو حل توافقي .

الفرع الرابع : متى تكون الوساطة ؟

أ/ **بحسب مراحل النزاع** : يمكن للوساطة أن تؤدي دورها في كل وقت ومرحلة من مراحل النزاع ، وذلك :

- قبل حدوث النزاع نفسه ؛ وذلك عند ظهور بوادره ، وتداعي نُذره .
- بعد ظهور النزاع فعلا ؛ وقبل اللجوء إلى القضاء والتحاكم لديه .
- بعد التداعي على مستوى القضاء ، وقبل الفصل في النزاع بحكم قضائي .
- بعد صدور الحكم القضائي في النزاع ؛ وتكون الوساطة في هذه المرحلة من إتاحة تطبيق متفق عليه لحكم القضاء (مثل : زيارة الأولاد وحضانتهم بعد الطلاق مثلا) .

ب/ **بحسب موضوع النزاع** : يمكن للوساطة أن تمتد ساحة ممارستها في كل نزاع مهما كان نوعه ؛ وعلى ذلك فهي :

- تشمل جميع الأشخاص بينهم نزاع .
- جميع القضايا محل النزاع ؛ باستثناء⁴¹ :
- كل الحقوق والحريات الأساسية غير القابلة للتنازل .
- كل ما يمس النظام العام ؛ وهو نوعان :

³⁸ في القانون الفرنسي الوساطة شرط مسبق في أي نزاع قضائي أسري ، وفقا للمرسوم رقم : 282-2015 المؤرخ في 11 مارس 2015.

³⁹ Zena D. Zumeta, JD : Styles de médiation , in : <https://imimmediation.org/fr/resources/styles-of-mediation/>

⁴⁰ Robert A. Baruch Bush ; Joseph P. Folger: La médiation transformative Une approche non directive du conflit , Editeur :Erès2018 , voir : Note de lecture sur cette ouvrage par ; Christine GARIN , in : <https://www.comedie.org/fiche/la-mediation-transformative/>

⁴¹ Julie Joly-Hurard : CONCILIATION ET MÉDIATION JUDICIAIRES , Presses universitaires d'Aix-Marseille ,2003, pp : 225-248 , surtout les notes : 35-44.

أ/ النظام العام التقليدي ؛ ويشمل الجوانب السياسية ، مثاله : كل ما يتعلق بحماية الدولة والأسرة والآداب العامة والكائن البشري ، وقد تمتد وتتقلص هذه الجوانب فيما يتعلق بالأخلاق والدين بحسب مرجعية الأنظمة السياسية .

ب/ النظام العام الحديث ؛ ويشمل الجوانب الاقتصادية ، مثاله : حماية المنافسة ، ومنع الاحتكار ..
- ما يرفضه القانون ويمنعه صراحة بالنص عليه .

الفرع الخامس : مهام الوساطة الأسرية وأهدافها⁴²

- الانفتاح بين الشركاء من أجل إعادة الاتصال والتواصل بشكل أفضل .
- تسمح بإيجاد فضاء للحوار الإيجابي بإرادة الجميع .
- تشجع على بلورة اتفاق وتسوية للنزاع الأسري ؛ يستجيب لمطالب وحاجيات الجميع .
- تطوير تعاون بين الوالدين من أجل مستقبل الأولاد .
- الوقاية من تعطل وظائف الأسرة ومن تفككها .
- ترسخ وسيلة الاتصال والحوار والتهديئة لمعالجة المشكلات داخل الأسرة .
- إعادة ترتيب العلاقات الأسرية على نحو أفضل .
- إدارة النزاع بأسلوب سلمي وبعيد عن تهديد مصالح الأطفال خاصة .

الفرع السادس : أهمية الوساطة الأسرية ، ولماذا يختارها الفرقاء⁴³؟

- لأنها توصل إلى الإنصاف والتوافق الذاتي وإرادة حرة من قبل أطرافها ، بما لا يمكن للقانون أن يصل إليه عبر القضاء ، حتى سماها بعض الباحثين بأنها : ظل القانون⁴⁴ .
- لأنها مسار سريع وبأقل التكاليف مقارنة بغيرها .
- لأنها تسمح بالأخذ بعين الاعتبار جميع مظاهر النزاع والخلاف .
- لأنها تسمح بأن تكون فضاء للتعاون والتحاور ؛ مما يوفر وقاية من المحاذير التي يمكن أن تنتج عن اللجوء إلى المحاكم .

⁴²Voir :

- LINDA C. NEILSON, op.cit.pp.93-110
- <http://famille-mediation.com/les-objectifs-d-une-mediation-familiale>.
- <https://www.sauvegarde71.org/mediation-familiale/>
- <http://www.fenamef.asso.fr/fenamef/historique-missions-et-statuts>.

⁴³Zeinakesrouani : Formation de base en médiation ;école supérieure de la magistrature Alger février2018;p14 .

⁴⁴ Rachael Blakey : The Conceptualisation of Family Mediation: Access to Justice after LASPO, School of Law and Politics Cardiff University APRIL 2021, thesis for the degree of Doctor of Philosophy (Law),pp.23-24

- لأنها وسيلة إبداعية منتجة ومحدثة للتغيير ، وتسمح من خلال التواصل والحوار لنمو واكتشاف حلول ممكنة ودائمة؛ يختارها الفرقاء أنفسهم .
- لأنها الحلول فيها ودية ، وتكون بحرية تامة وإرادة من قبل الفرقاء ، ليست مفروضة على أحد ضد الآخر .
- لأن معيار السرية والتكتم على الخصوصيات مضمون .
- لأنها تسمح للفرقاء باكتشاف أنفسهم من جديد ؛ من خلال الالتزام بقواعد الأدب واللياقة والمجاملة ، والتخلي بتقدير الأشخاص ، واحترام الرأي والقول .
- لأنها تمتد في اختصاصها الموضوعي إلى جميع المسائل في النزاع الأسري ؛ كالنزاع حول : حقوق الطفل ، أو حقوق الطلاق ، أو تقسيم الميراث ، بل حتى التنازع بين القوانين الدولية حول قواعد الإسناد في مسائل الأسرة⁴⁵.

المطلب الثاني : القواعد الإجرائية في كيفية إدارة جلسات الوساطة

الفرع الأول : المقدمات التمهيديّة⁴⁶

- كلمات ترحيبية : تعارف بين الفرقاء والوسيط .
- توضيح الغرض من الوساطة : إعانة الفرقاء على التوافق والوصول إلى حلول تحفظ حقوقهم ومطالبهم.
- التأكيد على مبادئ الوساطة :
 - 1/ احترام الخصوصية ، وكنم أسرار النزاع .
 - 2/ قواعد الاحترام المتبادل ؛ من التقدير ، ومراعاة الشعور ، وعدم المقاطعة أثناء الحديث ، والالتزام بأداب الحوار .
 - 3/ بيان دور مهمة الوسيط : فهو ليس قاضيا ، ولا محكما ، بل هو حياديٌّ كفاءٌ ؛ يعمل على إعانة الفرقاء للتوصل إلى حلول من قبلهم ، ومهمته : جمع ومقابلة الفرقاء بعضهم لبعض ، وسماعهم وتقاربهم بعضهم لبعض ، وتسهيل الصعاب ، وتذليل العقبات ، وتوفير مساعدة ومرافقة للجميع .
 - 4/ اعتماد مراحل الوساطة : بالالتزام بقواعد فيوتاك التالي بيانها⁴⁷.

⁴⁵LINDA C. NEILSON.op.cit.pp415-438

⁴⁶ راجع :

- كوثر عماروي وزملاؤها : دليل التدريب على الوساطة للوسطاء ومدربي الوسطاء ؛ إصدار منظمة البحث عن أرضية مشتركة ، المغرب 2008 ؛ لا سيما ص : 30 .
- لايزدولنه : الوساطة في النزاع ؛ المنهج ، ضمن الكتاب الجماعي ، مرجع سابق ؛ ص : 49-60.
- Stephen K. Erickson and Marilyn S. McKnight Erickson : Family Mediation Casebook: Theory and Proces, Routledge, New York, USA,pp:211-220.
- LINDA C. NEILSON .op.cit.pp304-338

5/ الوقت : تحديد أوقات الجلسات ، وأجال الوساطة .

6/ الاتفاق المبتغى : يتعين أن يكون مكتوبا .

الفرع الثاني : اعتماد قواعد توماس فيوتاك (Tomas Fiutak)⁴⁸

وهي أساسية لبيان مراحل الوساطة ؛ والتي هي مراحل وجوبية وحتمية⁴⁹ .

المرحلة الأولى : ماذا ؟ ؛ (ماذا حدث ؟) :

1. المقدمات التمهيديّة .
2. عرض الوقائع من طرف الفرقاء وسماع بعضهم لبعض .
3. أن ينظر بعضهم إلى بعض .
4. معاملتهم ومعاملة بعضهم للبعض كأشخاص لا كأعداء .
5. إعادة صياغة كلامهم من طرف الوسيط .
6. عرض خلاصة تتضمن تحديد المشكلة بالضبط .

المرحلة الثانية : لماذا ؟ ؛ (لماذا حدث ؟) :

1. الغوص في قيم الفرقاء .
2. استخراج ما يعتقدونه في وجهات نظر كل منهم للنزاع .

⁴⁷ توجد تجارب متعددة في ممارسة الوساطة ، والمراجع مشحونة بها .

Voir :

Paulette Elaine Morris.op.cit.pp49-53 -

Ministère de la Justice Canada:Le manuel relatif au règlement des conflits : La médiation , -

in :www.justice.gc.canada

Déroulement pratique d'une médiation de l'OMPI , in : -

ttps://www.wipo.int/amc/fr/mediation/scenario.html

⁴⁸ توماس فيوتاك (1945 - ..) أكاديمي أمريكي متخصص في الوساطة والتفاوض ، كون الآلاف من الوسطاء في أمريكا

وكندا والعديد من الدول الأفريقية ، وله نظريات فيها ، وهو أستاذ المدربين الذين أخذت عنهم دورات تدريبية متخصصة في

المعهد العالي للقضاء تحت إشراف جمعية الوسطاء الجزائريين باعتباري وسيطا قضائيا ..

راجع :

thomasfiutak ; https://www.etudier.com/dissertations/Thomas-Fiutak/56058735.html -

⁴⁹ Voir :

Thomas FIUTAK ,et ses amis : Le médiateur dans l'arène ,Réflexions sur l'art de la médiation, éditions Trajets érés , Toulouse ,france , 2011, pp : 113-147. -

Zeinakesrouani : op .cit ,pp : 17- 62. -

Jean-Marc BRET ; Qu'est ce que la roue de Fiutak? , in : https://mediation.alagybret.com -

Thomas FIUTAK : Modèle FIUTAK , http://www.choisirlamediation.fr -

CAROLINE ? ; La roue de Thomas Fiutak : 5 étapes pour une médiation efficace -

,https://apprendre-reviser-memoriser.fr/

3. الوصول إلى حاجيات كل واحد من الفرقاء مما يراها غير محفوظة في هذا النزاع .
 4. إعادة صياغة كلامهم من طرف الوسيط ، وعرضه عليهم .
 5. خلاصة الخلاصة تتضمن : تحديد السبب العميق للنزاع .
- المرحلة الثالثة : كيف ؟ ؛ (كيف نصل إلى حل النزاع ؟) :

1. عصف ذهني من قبل الفرقاء في عرض المقترحات والحلول .
2. اختبار وفحص الحلول المقترحة .
3. إعادة صياغة من قبل الوسيط .
4. ملخص صغير .

المرحلة الرابعة : كيف نعمل ؟ ؛ (الحل النهائي) :

1. اتفاق مكتوب ؛ كلي أو جزئي ، محرر من قبل الوسيط⁵⁰ .
2. تشكرات وتغافر وتسامح .

الفرع الثالث : ماذا يتعين على الوسيط لإدارة قواعد فيوتاك وتطبيق قواعد الوساطة

إن الوسيط باعتباره منظم يضبط ويدير الوساطة ؛ يتعين عليه القيام بما يأتي⁵¹:

1. بالنسبة لمسار الوساطة :

- يتعين على الوسيط أن يفهم دوره جيدا في جلسات .
- وأنه مكلف بتحقيق الانضباط وفق قواعدها ومراجعتها ، فهو المنظم والمدير وفق ذلك في آن واحد .
- وعليه أن يُعلم جميع الفرقاء بمسار الوساطة ، ويُطلعهم على قواعدها الأساسية ، ويوضح لهم جميع الميزات التي تختص بها .

2. بالنسبة للفرقاء والمشاركين في الوساطة :

- هو مسئول عن الأشخاص المشاركين في الوساطة ، وعن كفالة حريتهم ، وضمان الاحترام لهم .
- يسمع لهم ، ويتيح لهم البوح بما يريدون من قول وكلام ، ويعمل على توفير أجواء الثقة .
- يتيح التواصل والتحاور وتبادل وجهات النظر البناءة .
- يراهم ويسندهم ويقدر مشاعرهم وآلامهم وأحاسيسهم .
- يمكن أن ينصحهم باصطحاب من يرونه مناسبا في الوساطة كالمحامي الخاص بأحد منهم ، أو استدعاء خبير .

3. بالنسبة للمشكلة والنزاع :

⁵⁰ voir : Paulette Elaine Morris, op.cit. pp146-148

⁵¹ Thomas futak , ibid , p: 147-185.

- يتحمل الوسيط المسؤولية للقيام بتحليل حقيقي وصحيح للنزاع .
- يتعين عليه استخراج النقاط المشتركة بين الفرقاء .
- يساعد الفرقاء على تحليل النزاع والمشكلات المرتبطة به .
- يعرف الوقائع ، ومراكز المصالح والحاجيات المرغوبة لكل شريك .
- يساعد الفرقاء على إيجاد حلول وتحليلها .
- يتوقع كل انسداد ، ويعمل على الوقاية منه وتجاوزه .
- يحترم القوانين ، ويحرص على أن يكون كل اتفاق تم بكل حرية وإرادة .

خاتمة :

أولاً : النتائج

- الوساطة ؛ لها مجالاتها الواسعة للتطبيق في القانون الداخلي والقانون الدولي .
- ضرورة التكوين العلمي والتطبيقي الجيد للوسطاء ؛ ضمانا للحكمة والرشادة والتطوير الدائم والتحسين المستمر للأداء والخبرات.
- يتعين أن ينقيد الوسطاء بأهم القواعد العلمية للوساطة ؛ والمتمثلة في :
 - 1/ الوعي بنظام الوساطة ، والأخذ بعين الاعتبار المعطيات الموجودة قبل أي خطوة منهجية تطبيقية .
 - 2/ التعريف بأهمية الوساطة ، والإدراك الجيد لها مع عدم الغفلة عن قيودها ، وعدم الخوض فيما يتداخل معها من الوسائل الأخرى لحل النزاع .
 - 3/ المراعاة الجيدة لمبادئ تسيير الوساطة ؛ لا سيما الوساطة المسبقة .. وكل ما له صلة بإنجاحها قبل البدء في تنفيذها .
 - 4/ الإلمام الدقيق بمسار الوساطة وإجراءاتها ؛ من البدء إلى النهاية .
 - 5/ التناول الحكيم لمشكلة النزاع وتحليلها بأبعادها الماضية والحاضرة .
 - 6/ تناول معطيات النزاع ومعلوماته وبياناته من قبل الأطراف قبل أي خطوة لحله .
 - 7/ التعامل الذكي مع مشاعر الأطراف بمعرفة علمية تدريبية مسبقة لنظام المشاعر عند الإنسان .
 - 8/ التخيل الجيد والذكي للحلول الممكنة لنقل النزاع من الحاضر المعقد إلى المستقبل الآمن .
 - 9/ البحث عن الحلول الممكنة قبل إجراء أي التزام محتمل .
 - 10/ الإدراك الدقيق والحذر المنهجي للأحكام المسبقة أو التحايل أو التمويه إذا وجد من أي طرف طيلة مسار الوساطة .
 - 11/ الصبر أمام الصعوبات والتغلب عليها وعدم استسهال الاستسلام .
 - 12/ امتلاك الرؤية بأهدافها لجميع محطات مسار الوساطة ، والوعي المنهجي بذلك .

13/ تقويم النتائج المتوصل إليها قبل أي إعادة لتجربة من جديد بعد فشل السابقة .

14/ الوصول إلى اتفاق مكتوب ، أو تعذر ذلك .

ثانيا : الاقتراحات

- ضرورة الاعتماد على الوساطة في حل النزاع الأسري من خلال تعديل القوانين .
- ضرورة تعديل قانوني يسمح بوجود الوساطة الاتفاقية بجانب الوساطة القضائية في حل النزاع الأسري وغيره .

إشكالية الإثبات في القانون التجاري: الدفاتر الالكترونية نموذجا

بن بخمة جمال (1)

(1) أستاذ محاضر ب ، جامعة محمد الصديق بن يحيى

جيجل ، 18000 ، الجزائر .

البريد الإلكتروني: bendjamel164@gmail.com

الملخص:

ألزم المشرع الجزائري التجار، مسك دفاتر تجارية تقيد سائر معاملاتهم، وقد اشترط عليهم مسك دفترين على الأقل، دفتر لليومية ودفتر للجرد، غير أنه ونظرا للتطور التكنولوجي السريع ظهر نوع جديد من هذه الدفاتر سميت بالدفاتر التجارية الالكترونية، كونها تتم عن طريق وسيلة الكترونية. وتعتبر الدفاتر التجارية الالكترونية وسيلة إثبات فعالة سواء بين التجار أو بين التجار وغير التجار، فإذا كان النزاع بين تاجرين فان القاضي يمكنه تفضيل الدفاتر التجارية المنتظمة، أما إذا كان النزاع بين التاجر وغير التاجر فانه اشترط جملة من الشروط حددتها المادة 330 من القانون المدني.

الكلمات المفتاحية:

الدفاتر التجارية الالكترونية، دفتر اليومية، دفتر الجرد، التقديم، الاطلاع.

تاريخ إرسال المقال: 2021/10/18، تاريخ مراجعة المقال: 2021/12/30، تاريخ نشر المقال: 2021/12/31.

لتهميش المقال: بن بخمة جمال، "إشكالية الإثبات في القانون التجاري: الدفاتر الالكترونية نموذجا"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد 12، العدد 03، السنة 2021، ص ص 934-943.

<https://www.asjp.cerist.dz/en/PresentationRevue/72>

المقال متوفر على الرابط التالي:

المؤلف المراسل: بن بخمة جمال، bendjamel164@gmail.com

Problematic of proof in commercial law:electronic books model

Sammary:

the Algerian legislator obligated the traders those engage in commercial acts to maintain commercial books to record all their dealings , where they are required to have two books at least ; a journal and an inventory book, however because of the rapid technological development ,a new kind of these books were created called the electronic commercial books because it performed through an electronic means.

The etectronic commercial books considered as an effective proofing means between traders themselves or between traders and non-traders . so if the conflit between two traders , the judge can prefer the regular commercial books . but if the conflit between the trader and non-trader he stipulates a set of conditions defined by the article 330 of the civil.

Keywords:

Electronic trading books, journal book, inventory book, presentation, consult.

La problématique de la preuve en droit commercial, l'exemple les livres électroniques

Résumé :

Le législateur Algérien a obligé les commerçants de posséder des livres de commerce dans lesquels toutes ses transactions sont enregistrés, et ils doivent posséder au moins deux livres, un livre journal et un livre d'inventaire. Cependant en raison de l'évolution de la technologie rapide, un nouveau type des livre a été crée appelés les livres de commerce électronique, car ils sont effectués à travers un moyen électronique.

Les livres électroniques sont considérés comme un mode de preuve efficace entre les commerçants ou entre les commerçants et les non-commerçants. Si un conflit surgit entre deux commerçants, le juge peut préférer les livres de commerce réguliers mais si le conflit est entre le commerçant et le nom commerçant il nécessite un certain nombre des conditions prévu par l'article 330 de code civil.

Mots clés:

Livres de commerce électronique, livre journal, livre d'inventaire, la communication des livres, présentation.

مقدمة:

يعتبر القانون التجاري فرع من فروع القانون الخاص يعنى بتنظيم المعاملات التجارية التي تحدث بين التجار، أو بين التجار والغير، و نظرا لكثرة هذه المعاملات فقد ألزم المشرع الجزائري هذه الفئة بتسجيل كافة تعاملاتهم في سجلات مؤشر عليها أمام المحكمة المختصة إقليميا، وهذا لمعرفة المركز المالي للتاجر، والتحديد الدقيق للأعباء الضريبية ، ولكوننا في عصر التكنولوجيا عمد التجار إلى استعمالها في مجالهم التجاري من خلال تدوين معاملاتهم عبر أجهزة الحاسوب ما يسهل عليهم تدوينها وكذلك تقليص حجم الأرشيف.

وإذا كان المشرع قد اعترف بالقوة الإثباتية للدفاتر التجارية التقليدية فانه بالمقابل قد سكت عن تنظيم الدفاتر الالكترونية وهذا على خلاف ما هو معمول به في مختلف التشريعات العربية، الأمر الذي يقودنا الى التساؤل حول القوة الإثباتية للدفاتر التجارية الالكترونية؟

للإجابة على هذه الإشكالية قسمت الموضوع الى قسمين:

المبحث الأول بعنوان ماهية الدفاتر التجارية الالكترونية.

المبحث الثاني بعنوان حجية الدفاتر التجارية الالكترونية في الإثبات.

المبحث الأول: ماهية الدفاتر التجارية الإلكترونية

قبل الحديث عن مفهوم الدفاتر التجارية الإلكترونية، وجب التنويه إلى مصطلح الدفاتر التجارية، فرغم أن المشرع الجزائري لم يعرفه إلا أنه نص على أن كل شخص طبيعي أو معنوي له صفة التاجر ملزم بمسك دفتر لليومية يقيد فيه وما بيوم عمليات المقاوله أو أن يراجع على الأقل نتائج هذه العمليات شهريا، بشرط أن يحتفظ في هذه الحالة بكافة الوثائق التي يمكن معها مراجعة تلك العمليات⁽¹⁾.

المطلب الأول: مفهوم الدفاتر التجارية الإلكترونية

سنتطرق في هذا المطلب الى مختلف تعريفات الدفاتر التجارية كفرع أول، والأشكال الذي تتخذها كفرع

ثان.

الفرع الأول: تعريف الدفاتر التجارية الإلكترونية

نص القانون التجاري على أن التاجر وجب عليه أن يجري جردا سنويا لعناصر أصول وخصوم مقاولته وأن يقلل كافة حساباته بقصد إعداد الميزانية وحساب النتائج، وتنسخ بعد ذلك هذه الميزانية وحساب النتائج في دفتر الجرد⁽²⁾.

¹ المادة 09 من الأمر رقم 75-59، مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون التجاري، معدل ومتمم، ج ر عدد 101، مؤرخ في 19 ديسمبر 1975.

² المادة 10، المرجع السابق.

ورغم عدم تعريف المشرع للدفتر التجاري، فيمكن اعتباره بأنه سجل يقيد فيه التاجر عملياته التجارية من إيرادات ومصرفات وحقوق والتزامات، من خلاله يتضح المركز المالي للتاجر، وكذا ظروف تجارته⁽³⁾، أو هي وثائق محاسبية لا يمكن للشخص الاستغناء عنها عند قيامه بإعداد حصيلة نهاية السنة⁽⁴⁾.

أما الدفتر التجاري الإلكتروني فيعرف على أنه قيد التاجر لعملياته التجارية بالوجه الذي يتطلبه القانون لبيان مركزه المالي بوسيلة إلكترونية مثل الحاسوب وغيره من الأجهزة التقنية الحديثة بطريقة منتظمة تمنع أي تعديلات أو ومحو لبياناتها⁽⁵⁾، كما تعرف الدفاتر التجارية الإلكترونية بأنها عبارة عن وسيلة القيد الإلكتروني في تدوين وحفظ المعاملات التجارية للتاجر، أو هي سجلات إلكترونية يدون فيها التاجر كافة مدخلات ومخرجات معاملاته التجارية ليتحدد على ضوءها مركزه المالي⁽⁶⁾.

وبناء على ما سبق يمكن أن القول أن بيان أهمية الدفاتر التجارية الإلكترونية، والتي تساعد مصالح الضرائب في التقدير الصحيح للقيمة الضريبية بقدر أرباح التاجر فقط، كما تعتبر وسيلة إثبات فعالة يمكن للتاجر الاستعانة بها⁽⁷⁾، وبالإضافة لهذه الفوائد العامة هناك فوائد تختص بها الدفاتر التجارية الإلكترونية، وتتعلق أساساً في التقليل من حجم الأرشيف⁽⁸⁾، خاصة إذا علمنا بأن المشرع الجزائري قد ألزم التاجر بالاحتفاظ بدفاتره التجارية مدة 10 سنوات، كما تعمل على اختصار الوقت في تصنيف الدفاتر باستعمال الوسائل والتقنيات الحديثة والسرعة في استرجاعها⁽⁹⁾.

الفرع الثاني: أشكال الدفاتر التجارية الإلكترونية

مع التطور التكنولوجي الهائل الذي شهده العصر في مجال المعلوماتية تعددت الأشكال التي تتخذها الدفاتر التجارية الإلكترونية، توجز كما سيتم بيانه.

³ سحري فضيلة، أساسيات القانون التجاري، دار جسور، الجزائر، 2017، ص 84.

⁴ بلودنين أحمد، المختصر في القانون التجاري الجزائري، دار بلقيس، الجزائر، 2011، ص 63.

⁵ مجيد أحمد إبراهيم، "الدفاتر التجارية الإلكترونية وحجيتها في الإثبات"، المجلة الأكاديمية للبحث العلمي، عدد 01، 2018، ص 71.

⁶ المساعدة أحمد محمود، حجية الدفاتر التجارية الإلكترونية في الإثبات، مجلة العلوم القانونية والسياسية، عدد 04، جامعة الجزائر، 2012، ص 110.

⁷ بلودنين أحمد، المرجع السابق، ص 64.

⁸ المادة 12 من الأمر رقم 75-59، المرجع السابق.

⁹ حمدها احمد، برادي أحمد، الإطار القانوني لمسك الدفاتر التجارية بواسطة أنظمة الإعلام الآلي في التشريع الجزائري، مجلة آفاق علمية، عدد 03، مجلد 13، جامعة تمنراست، 2021، ص 477.

أولاً: الدفاتر التجارية على شكل مصغرات فلمية

يقصد بالمصغرات الفلمية أوعية غير تقليدية للمعلومات تستخدم في التصوير المصغر للمحركات الورقية، حيث يمكن مشاهدة الصور المسجلة عليها بالبصر وذلك عن طريق طبعها لصورة مكبة على دعامة ورقية أو تكبيرها مباشرة بواسطة جهاز مكبر يسمى جهاز القراءة، فهي تقوم على فكرة إدخال المحرر أو الورقة الأصلية إلى أجهزة تستسخ عنها صورة وتخزنها بشكل مصغر أو مضغوط يتيح استرجاعها وإعادة طباعة نسخة عنها⁽¹⁰⁾.

إن استخدام المصغرات الفلمية يجنب التاجر صعوبة الاحتفاظ بالدفاتر التجارية كونها تحتاج إلى مكان يتسع لهذا الكم الضخم من المستندات، كما أن الورق مكلف، فضلاً على أن عملية الحفظ تتطلب وقتاً لتصنيف هذه المستندات، وبذلك كانت هذه المصغرات وسيلة للمؤسسات التجارية والبنوك لمواجهة حجم المستندات بضغطها لتحتل مكاناً أصغر ووقتاً أقصر وسرعة أكبر في استرجاع المستندات⁽¹¹⁾.

ثانياً: الدفاتر التجارية المخزنة في الحاسوب

ويقصد بها استخدام التاجر وسيلة الكتابة الرقمية في إنشاء وحفظ الدفاتر التجارية، سواء في أقراص مضغوطة أو في بيانات مخزنة في ذاكرة الحاسوب، فهذه المخرجات الإلكترونية تتكون من بيانات تخزن في ذاكرة الحاسوب دون أن يكون لها أصل مادي مكتوب⁽¹²⁾.

هذا ويشترط في حفظ الدفاتر التجارية في الشكل الإلكتروني ما يلي:

- حفظ الدفاتر التجارية أو البيانات إلكترونياً في الذي أنشأت أو أرسلت به أو بشكل يمكن من إثبات أنه يمثل بدقة المستند أو السجل أو المعلومات أو البيانات التي أنشأت في الأصل.
- بقاء المعلومات محفوظة على نحو يتيح الوصول إليها واستخدامها والرجوع إليها سابقاً.
- حفظ المعلومات والبيانات بطريقة تمكن من التعرف على منشأ وتاريخ ووقت حفظها⁽¹³⁾.

المطلب الثاني: مدى قبول الدفاتر التجارية الإلكترونية في الإثبات

بالعودة إلى أحكام القانون التجاري الجزائري والذي نص على أن كل عقد تجاري يمكن إثباته بسندات رسمية، سندات عرفية، بفاتورة مقبولة، بالرسائل بدفاتر الطرفين، بالإثبات بالبينة أو بأية وسيلة أخرى، إذ رأت

¹⁰ مؤيد سلطان نايف، الدفاتر التجارية، (د د ن)، (دسن)، عمان، ص 63.

¹¹ الصالحين محمد العيش، "الجوانب القانونية لاستخدام المعلوماتية في المعاملات التجارية"، المؤتمر المغاربي الأول حول المعلوماتية والقانون، أكاديمية الدراسات العليا، طرابلس، 2009، ص 05.

¹² مؤيد سلطان نايف، المرجع السابق، ص 64.

¹³ علي بن سالم البادي، "حجية الدفاتر التجارية الإلكترونية في الإثبات وفقاً للقانون العماني"، مجلة دراسات في الاقتصاد وإدارة الأعمال، عدد 05، جامعة العربي التبسي، تبسة، 2020، ص 43.

المحكمة وجوب قبولها⁽¹⁴⁾، وبالتالي فإن الدفاتر التجارية تصلح كدليل إثبات نظرا لعموم النص رغم أن المشرع الجزائري لم ينص على الدفاتر الإلكترونية وقوتها في الإثبات، إلا أنه بالعودة إلى التشريعات العربية نجد تباين في ذلك كما سيتم بيانه.

الفرع الأول: قبول الدفاتر التجارية الإلكترونية كدليل إثبات

بالرجوع إلى أحكام قانون المعاملات التجارية العماني نص على أن الرسالة الإلكترونية تنتج أثرها القانوني وتعتبر صحيحة وقابلة للتنفيذ شأنها شأن الوثيقة المكتوبة إذا روعيت ف إنشائها واعتمادها الشروط المنصوص عليها في هذا القانون واللوائح الصادرة لتنفيذه⁽¹⁵⁾.

بموجب هذا النص يتضح بأن المشرع العماني اعترف بالقوة الإثباتية للدفاتر الإلكترونية شأنها في ذلك شأن الدفاتر التقليدية، حيث أصبحت ذات قبول في المعاملات بين التجار بعضهم البعض من ناحية، وبين التجار وبقية الأفراد من ناحية أخرى، سواء كانت في معاملات البيع والشراء التي يتم توثيقها إلكترونيا في سجلات التجار أو المراسلات الإلكترونية التي تنتج أثرها القانوني وتشكل أيضا قبولا لدى الدولة حينها يقدمها التاجر في حساباته السنوية للإفصاح المالي أو سداد الضرائب⁽¹⁶⁾.

وهذا وقد نص القانون العماني أنه إذا أوجب القانون كتابة أي مستند أو سجل أو معاملة أو معلومة أو بيان أو رتب نتائج معينة إذا لم يتم ذلك، فإن ورود أي من ذلك في شكل إلكتروني يجعله مستوفيا شروط الكتابة إذا روعيت الشروط اللازمة لذلك⁽¹⁷⁾.

الفرع الثاني: رفض المشرع الأردني الاعتراف بالدفاتر التجارية الإلكترونية

اعتبر المشرع الأردني أن الدفاتر التجارية الإلكترونية المنصوص عليها في قانون التجارة الأردني لا تكفي وحدها ولا تغني عن مسك الدفاتر التجارية حتى ولو كانت أصلية، لأنها تستمد أصلها وصحتها من أصل وصحة الحسابات الدفترية وذلك لسهولة التبدل والتغيير فيها⁽¹⁸⁾، نفس المسلك سار عليه المشرع الفرنسي حيث ألزم التجار الذين يمسون محاسبة الكترونية ضرورة كتابتها وتحديد نوعها وترقيمها وتأريخها⁽¹⁹⁾.

وتطبيقا لذلك قضت محكمة التمييز الأردنية في قرارها رقم 2002-2062 على أن الشركة المميز ضدها كانت لا تمسك الدفاتر التجارية، فإن وجودها كحسابات على الكمبيوتر لا تغني عن إمساكها لتلك الدفاتر

¹⁴ المادة 30 من الأمر رقم 75-59، المرجع السابق.

¹⁵ المادة 07 من مرسوم سلطاني رقم 69-2008، يتعلق بقانون المعاملات الإلكترونية.

¹⁶ علي بن سالم البادي، المرجع السابق، ص 48.

¹⁷ المادة 09 من المرسوم السلطاني رقم 69-2008، المرجع السابق.

¹⁸ مؤيد سلطان نايف، المرجع السابق، ص 65.

¹⁹ BRIGITTE Hess-Fallon et ANNE-MARIE Simon، Droit des affaires، 18^{ème} édition، DALLOZ، Paris، P60.

اليدوية لأن صحة وأصولية الحسابات الإلكترونية مستمد من صحة وأصولية الحسابات الدفترية، وذلك لسهولة تغييرها وتعديلها والتلاعب بها⁽²⁰⁾.

المبحث الثاني: طرق تقديم الدفاتر التجارية الإلكترونية

بالعودة إلى أحكام القانون التجاري الجزائري نجده قد نص على إلزامية مسك التجار لدفاتر تجارية تقليدية، وألزمهم خصوصا على مسك دفتر لليومية يقيد فيه يوما بيوم عمليات المقاول، ودفتر الجرد الذي يقوم من خلاله بجرد سنوي لعناصر أصول وخصوم مقاولته وقفل كافة حساباته بقصد إعداد الميزانية وحساب النتائج⁽²¹⁾، هذه الأخيرة لا بد أن تكون معلومة سواء لمصالح الضرائب أو الدائنين⁽²²⁾، وإذا كان المشرع الجزائري قد رتب جزاءات على عدم مسك هذه الدفاتر سواء كانت جزاءات جنائية، حيث يعتبر مرتكبا لجريمة الإفلاس بالتقصير في حالة توفقه عن الدفع ولم يكن قد مسك حسابات مطابقة تعرف المهنة⁽²³⁾، أو جزاءات مدنية وأهمها حرمان التاجر شخصا من دليل إثبات، وعلى هذا تتجلى أهمية هذه الدفاتر في الإثبات سواء لمصلحة التاجر أو ضده، وسواء تم استعمال هذه الأخيرة عن طريق تقديمها أو عن طريق الاطلاع الكلي.

المطلب الأول: الدفاتر التجارية الإلكترونية كدليل إثبات

يمكن الرجوع إلى الدفاتر التجارية الإلكترونية حسب طريقين، الطريقة الأولى هي طريقة التقديم وتتمثل في تقديم الدفاتر إلى القضاء من أجل استخراج الدليل، أما الطريقة الثانية فهي الاطلاع الكلي على الدفاتر التجارية وقوائم الجرد بأمر من القاضي.

الفرع الأول: الاطلاع

لم يجبر القانون أي شخص على تقديم أي دليل ضد نفسه، إلا أن هذا المبدأ ورد عليه استثناء أخذت به القوانين المقارنة، وكذا القانون الجزائري وهو إمكانية إلزام الخصم بتقديم دفاتره التجارية إلى القضاء، وفي هذا الصدد نص القانون التجاري الجزائري على أنه يجوز للقاضي أن يأمر ولو من تلقاء نفسه بتقديم الدفاتر التجارية أثناء نزاع، وذلك بغرض استخلاص ما يتعلق منها بالنزاع⁽²⁴⁾، والملاحظ بأن طريقة التقديم غير مقيدة بحالة معينة، وإنما بناء على طلب أحد الخصوم أو عن طريق المحكمة نفسها، وكما تتميز هذه الطريقة بعدم تخلي التاجر عن دفاتره، ويقتصر دور المحكمة على فحصه بحضوره وتحت إشرافه⁽²⁵⁾.

²⁰ قرار رقم 2002-2062، صادر عن محكمة التمييز الأردنية، مأخوذ عن مؤيد سلطان نايف، المرجع السابق، ص 66.

²¹ المادتين 9-10 الأمر رقم 75-59، المرجع السابق.

²² GUYON Yves، droit des affaires، 12^{ème} édition، ECONOMICA، Paris، 2003، p76.

²³ المادة 06/370، المرجع نفسه.

²⁴ المادة 16 من الأمر رقم 75-59، المرجع السابق.

²⁵ مجيد أحمد إبراهيم، المرجع السابق، ص 82.

الفرع الثاني: طريقة الإطلاع الكلي على الدفاتر التجارية الإلكترونية

يقصد بالاطلاع الكلي الإلكتروني تقديم الدفاتر التجارية إلى المحكمة أو غلى الخصم للاطلاع على جميع محتوياتها⁽²⁶⁾، ولما كان الاطلاع الكلي يؤدي إلى كشف أسرار التاجر وتفضيها بين التاجر، فإن المشرع الجزائري قد حصرها في ثلاث حالات فقط.

أولاً: قضايا الإرث

حيث يجوز للورثة أو الموصى لهم أن يطلبوا الاطلاع الكلي على دفاتر مورثهم حتى يتمكنوا من معرفة نصيبهم في الشركة⁽²⁷⁾.

ثانياً: قسمة الشركة

من المعروف في قواعد القانون المدني أن الشركة عقد يلتزم بمقتضاه شخصان طبيعيان أو معنويان أو أكثر على المساهمة في نشاط مشترك بتقديم حصة من عمل أو مال أو نقد، بهدف اقتسام الربح الذي قد ينتج أو وتحقيق اقتصاد أو بلوغ هدف اقتصادي ذي منفعة مشتركة⁽²⁸⁾، وعلى هذا فإن حل الشركة لأي سبب كان يترتب عليه قدرة شريك فيها الاطلاع على دفاتر الشركة لمعرفة ماله، وما عليه.

ثالثاً: الإفلاس

متى صدر الحكم بشهر الإفلاس ضد التاجر جاز لوكيل التفليسة الذي يمثل جماعة الدائنين الاطلاع على دفاتر التاجر المفلس لتحديد أصوله وخصومه، وهذا الحق يثبت له وحده ولا يثبت للدائنين⁽²⁹⁾.

المطلب الثاني: حجية الدفاتر التجارية في الإثبات

من خصائص القانون التجاري خاصية السرعة، والذي يقتضي تبسيط وسائل الإثبات خدمة لهذا المبدأ، وتسهيلاً للتجار الذين يستعملون الدفاتر التجارية الإلكترونية كدليل لمصلحتهم وفقاً لأحكام المادة 30 من القانون التجاري الجزائري، غر انه قد ينقلب الأمر ويصبح هذا الدفتر ضد التاجر نفسه.

الفرع الأول: دفاتر التجار كدليل إثبات لمصلحة التاجر

الأصل أنه لا يجوز للتجار أن يصطنعوا دليلاً لأنفسهم⁽³⁰⁾، غير أن القانون التجاري قد خرج عن هذه القاعدة وسمح لهم استعمال دفاتر تجارية لمصلحتهم وذلك لإثبات تعاملاتهم اليومية.

²⁶ عمورة عمار، الوجيز في القانون التجاري الجزائري، دار المعرفة، الجزائر، 2000، ص 125.

²⁷ عمورة عمار، المرجع السابق، ص 125.

²⁸ المادة 416 من الأمر رقم 75-58، مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني، معدل ومتمم، ج ر عدد 78، مؤرخ في 19 ديسمبر 1975.

²⁹ عمورة عمار، المرجع السابق، ص 126.

³⁰ المرجع نفسه، ص 121.

أولاً: حجة الدفاتر التجارية بين تاجرين

تنص المادة 13 من القانون التجاري الجزائري على ما يلي: "يجوز للقاضي قبول الدفاتر التجارية كإثبات بين التجار بالنسبة للأعمال التجارية"، فمن خلال نص المادة يستخلص أنه يجب توافر شروط لقبول هذه الدفاتر.

- **الشرط الأول:** وهو أن تكون الدفاتر التجارية المنتظمة، ومعنى ذلك أن تخلو من كل حشو أو شطب أو ترك فراغات، ويمكن للقاضي في هذا الحالة أن يفضل دفتر تاجر على تاجر آخر، بناء على هذا الشرط، فإذا كانت غير منتظمة فغنها تفقد القيمة الثبوتية لها، وبالتالي لا تصلح كدليل إثبات⁽³¹⁾.
- **الشرط الثاني:** وهو أن تكون المعاملة بين التاجرين معاملة تجارية، كما أنه إذا كان بينهما عقد شراء أو عمليات وساطة أو أي عقد من العقود المنصوص عليها في المادة 02 من القانون التجاري.

ثانياً: حجة الدفاتر التجارية على غير التجار

من خصائص القانون التجاري أنه قانون طائفي، يطبق على طائفة من الأعمال تدعى الأعمال التجارية، وعلى طائفة من الأشخاص تدعى بالتجار، لدى فمن غير المعقول تطبيقه على غير التجار، الذين يرفضونه حتماً لأنه قانون غريب عنهم ويمتاز بقواعده الصارمة، ولكن؛ خروجاً عن هذه القاعدة فقد نصت المادة 330 من القانون المدني على ما يلي: "دفاتر التجار لا تكون حجة على غير التجار، غير أنه هذه الدفاتر عندما تتضمن بيانات تتعلق بتوريدات قام بها التجار، يجوز للقاضي توجيه اليمين المتممة إلى احد الطرفين فيما يكون إثباته بالبينة".

فمن خلال هذه المادة يتضح بأن المشرع أجاز للتاجر التمسك بدفاتره التجارية ضد غير التاجر ولكن بشروط:

- **الشرط الأول:** أن يكون العقد المبرم بين التاجر وغير التاجر عقد توريد، وبمفهوم المخالفة أن كل عقد عدا ذلك يخرج عن نطاق المادة السالفة الذكر.
- **الشرط الثاني:** وهو الذي نصت عليه المادة 333 من القانون المدني، أي أن يكون مبلغ التوريدات يجوز إثباته بالبينة، أي لا يتجاوز مبلغ مائة (100) ألف دج⁽³²⁾.
- **الشرط الثالث:** متى قرر القاضي قبول الدفاتر في الإثبات تعين عليه توجيه اليمين المتممة، وهو أمر جوازي للقاضي فله كامل الحرية لتوجيهها أو الإمتناع عنها⁽³³⁾.

³¹ علي بن سالم البادي، المرجع السابق، ص 47.

³² المادة 333 من الأمر رقم 75-58، المرجع السابق.

³³ عمورة عمار، المرجع السابق، ص 123.

الفرع الثاني: دفاتر التجار حجة ضدهم

تنص المادة 02/330 من القانون المدني على ما يلي: " وتكون دفاتر التجار حجة على هؤلاء التجار، ولكن إذا كانت هذه الدفاتر منتظمة فلا يجوز لمن يريد استخلاص دليل لنفسه أن يجزئ ما ورد فيها واستبعاد منه ما هو مناقض لدعواه".

ويعود السبب في قبول الدفاتر التجارية ضد صاحبها، أنها تعتبر إقرارا كتابيا صادرا من التاجر نفسه⁽³⁴⁾، غير أن المشرع اشترط عدم تجزئة الدليل إذا كانت هذه الدفاتر منتظمة، فلا يجوز لمن يريد استخلاص دليل أن يأخذ ما يفيد ويستبعد ما يضر مصلحته.

خاتمة:

من خلال ما سبق يتضح بأن الدفاتر التجارية الالكترونية وسيلة جديدة دخلت النشاط التجاري نظرا للتطور التكنولوجي الكبير، حيث لا تكاد تخلو المحلات التجارية منها، وتعتبر وسيلة اثبات فعالة رغم تباين آراء المشرعين في قبولها من عدمه، والأمر المهم بالنسبة لنا هو موقف المشرع الجزائري الذي ذكر القوة الإثباتية للدفاتر التجارية بصفة عامة دون تحديد نوعها تقليدية كانت أو الكترونية، لدى وجب مواكبة التطور التكنولوجي و إعادة النظر في النصوص المنظمة للدفاتر التجارية.

³⁴المرجع نفسه، ص123.

جريمة الإهمال الواضح

رشدي خميري⁽¹⁾

⁽¹⁾ طالب دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة باجي مختار عنابة، 23000، الجزائر.

البريد الإلكتروني: rochdikhemiri@yahoo.com

مراد عمراني⁽²⁾

⁽²⁾ أستاذ محاضر قسم "أ"، كلية الحقوق، جامعة باجي مختار عنابة، 23000، الجزائر.

البريد الإلكتروني: amrani.louai@yahoo.com

المخلص:

حرصا من المشرع الجزائري على حماية الأموال العامة والخاصة الموضوعة تحت يد الموظف العام بسبب وظيفته أو بمقتضاها لم يجرم فقط الاعتداء العمدي من طرف هذا الأخير عليها، وإنما جرم أيضا الاعتداء غير العمدي، ويتجسد ذلك من خلال تجريمه لفعل الإهمال في التسيير أو ما يعرف بجريمة الإهمال الواضح.

ويشير موضوع جريمة الإهمال الواضح العديد من الإشكاليات القانونية، تتعلق أساسا بمدى نجاعة السياسة الجنائية التي انتهجها المشرع لمواجهة هذه الجريمة والحد منها. ولقد حاولنا من خلال دراستنا لهذا الموضوع مناقشة الإشكالية المطروحة، واقتراح حلول لها.

الكلمات المفتاحية:

الإهمال الواضح، المال العام، الموظف العام، المؤسسات العمومية الاقتصادية.

تاريخ إرسال المقال: 2020/12/18، تاريخ مراجعة المقال: 2021/12/16، تاريخ نشر المقال: 2021/12/31.

لتهميش المقال: رشدي خميري، مراد عمراني، "جريمة الإهمال الواضح"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد 12، العدد 03، 2021، ص 944-966.

<https://www.asjp.cerist.dz/en/PresentationRevue/72>

المقال متوفر على الرابط التالي:

المؤلف المراسل: مراد، amrani.louai@yahoo.com

المجلد 12، العدد 03 - 2021.

The crime of clear negligence

Summary:

In the interest of the Algerian legislator to protect public and private funds placed under the hands of the public official because of his job or pursuant to it, he not only criminalizes intentional aggression by the latter, but also criminalizes unintentional aggression, and this is embodied through his criminalization of the act of negligence in the management or what is known as the crime of negligence. It is clear, according to Article 119 bis of the Penal Code.

The issue of the crime of clear negligence raises many legal problems related mainly to the effectiveness of the criminal policy that the legislator adopted to confront this crime and reduce it.

Through our study of this subject, we have tried to discuss these problems and suggest appropriate solutions to them.

Keywords:

Clear negligence, public fund, the Public official, economic Public institutions.

L'infraction de négligence manifeste

Résumé :

Le législateur algérien tient à protéger les deniers publics et privés placés entre les mains du fonctionnaire public en raison de son emploi, et en vertu duquel il a non seulement criminalisé l'agression intentionnelle de ce dernier, mais criminalise également l'agression non intentionnelle et cela se traduit par la criminalisation de l'acte de négligence manifeste, selon l'article 119 bis du code pénal.

L'infraction de négligence manifeste soulève de nombreux problèmes juridiques principalement, en ce qui concerne l'efficacité de la politique pénale adoptée par le législateur pour faire face et limiter l'infraction.

Grâce à notre étude de ce sujet, nous avons essayé de discuter du problème et proposer des solutions.

Mots clés: négligence manifeste, denier public, fonctionnaire public, entreprises publiques économiques.

مقدمة:

تعد حماية الأموال العامة والخاصة الموضوعة تحت يد الموظف العام من أهم الأهداف التي تصبو جميع الدول بما فيها الجزائر إلى تحقيقها، واتخذت في سبيل ذلك جملة من الآليات الوقائية والموضوعية والاجرائية. وتعتبر الآليات الوقائية وسيلة أولية أو تمهيدية يتخذها المشرع لمكافحة صور الاعتداء على الأموال العامة والخاصة، وتتعلق بالوظيفة العامة، وتتمثل في إعداد المدونات الأخلاقية لجميع القطاعات، واحترام النزاهة والشفافية في التوظيف والتصريح بالامتلاكات والرقابة المالية التي تقوم بها المتفشية العامة ومجلس المحاسبة، بالإضافة إلى دور المجتمع المدني والإعلام وغيرها من الآليات.

وتتضمن الآليات الموضوعية أحكام التجريم والعقاب في حين تهدف الإجرائية إلى البحث والتحري عن جرائم الأموال العامة والخاصة وضبطها وإثباتها، وإرساء قواعد متابعة مرتكبيها ومحاكمتهم. وبتفحص قانون العقوبات الجزائري نجد أن مثله مثل قانون العقوبات الفرنسي والمصري توسع في حمايته للأموال العامة والخاصة الموجودة في حيازة الموظف العام حيث لم يجرم فقط الاعتداء العمدي من طرف هذا الأخير عليها، وإنما جرم أيضا الاعتداء غير العمدي، ويتجلى ذلك من خلال تجريمه لفعل الإهمال في التسيير الذي يؤدي إلى ضرر مادي بها، وهو ما يعرف بجريمة الإهمال الواضح.

وتبرز أهمية دراسة جريمة الإهمال الواضح في أنها تمس بالوظيفة العامة على اعتبار أن الموظف العام أمين عن الأموال العامة والخاصة الموضوعة تحت يده، ويتعين عليه بذل قصار جهده للمحافظة عليها وتوجيهها إلى الغرض الذي أنشئت من أجله.

كما تظهر أهمية دراسة هذه الجريمة أيضا في أنها تمس بالمال العام أكثر من المال الخاص، و الضرورة الملحة التي تقتضيها حماية المال العام لأنه يرتبط بكيان الدولة الاقتصادي المرتبط بكيانه السياسي، فإذا ما حدث خلل في نظام الدولة الاقتصادي فإنه يؤثر على نظامها السياسي، ومثال ذلك ما حدث مؤخرا في بعض الدول العربية مثل تونس، مصر، ليبيا، الجزائر.

ونهدف من خلالها إلى تسليط الضوء بصورة دقيقة وشاملة ومتكاملة لجريمة الإهمال الواضح. لا سيما لما نعلم أنها حديثة العهد، وأن أغلبية المؤلفين يميلون إلى تناول الجرائم العمدية أكثر من غير العمدية. ويتحقق ذلك من خلال الإجابة عن الإشكالية التالية:

إلى أي مدى وفق المشرع الجزائري في وضع سياسة جنائية لمكافحة جريمة الإهمال الواضح؟

وللإجابة على إشكالية الدراسة اعتمدنا على المنهج التحليلي لتحليل مضمون النصوص القانونية، والمنهج الوصفي للتعريف ببعض المفاهيم، ومنها جريمة الإهمال الواضح، ورصد مختلف الجوانب المتعلقة بها، وأيضا المنهج المقارن لمقارنة ما ذهب إليه المشرع الجزائري مع بعض التشريعات لا سيما الفرنسي و المصري.

ومن أجل الوصول إلى الأهداف المسطرة وتقديم حلول مناسبة للإشكالية قسمنا هذه الدراسة إلى جزئين :
أولاً : مفهوم جريمة الإهمال الواضح.
ثانياً : الأحكام المقررة لجريمة الإهمال الواضح.

أولاً: مفهوم جريمة الإهمال الواضح

إن دراسة أي موضوع عملياً أو نظرياً يتطلب أولاً التطرق إلى التطور التاريخي له، وإلا فإن هذه الدراسة سوف يعثر عليها النقص، هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن دراسة تاريخ موضوع معين يساعد الباحث مقارنة في وقته الحالي مع الأزمنة السابقة ومعرفة التقدم الذي حصل فيه.

ويقتضي ثانياً تحديد المقصود به ويعتبر ذلك من مقتضيات البحث العلمي، وتبعاً لذلك نتناول فيما يلي التطور التاريخي لجريمة الإهمال الواضح، ثم نتطرق إلى تعريفها.

1. التطور التاريخي لجريمة الإهمال الواضح

مرت جريمة الإهمال الواضح بعدة مراحل، طرأت على كل منها جملة من التغيرات تتعلق بعدة نواح تكمن فيما يلي:

1. مرحلة ظهور جريمة الإهمال في التسيير

استمد المشرع الجزائري أحكام جريمة الإهمال الواضح من قانون العقوبات الفرنسي¹ حيث نصت المادة 421 من الأمر 75-47 المعدل والمتمم لقانون العقوبات² على ما يلي: " يعاقب بالحبس من شهرين إلى 5 سنوات وبغرامة تتراوح من 2.000 إلى 10.000 دج كل من أحدث أثناء التسيير بسبب إهماله البالغ والظاهر ضرراً مباشراً وهاماً بأموال الدولة، أو بإحدى الهيئات المشار إليها في المادة 119 من القانون المذكور.

¹ نصت المادة 16/432 من قانون العقوبات الفرنسي على ما يلي: "عندما يقوم الغير بإتلاف، أو اختلاس، أو تبديد المال المشار إليه في المادة 15/432 بسبب إهمال الموظف، أو شخص مكلف بخدمة عامة، أو محاسب عام، أو أي شخص له قدر من السلطة العامة، يعاقب الموظف العام و من في حكمه من الطوائف السابقة بالحبس مدة لا تزيد عن سنة واحدة والغرامة التي لا تتجاوز مئة ألف فرنك (100.000) ". راضية خليفة، الحماية الجنائية للمال في جريمة الاختلاس في التشريع الجزائري، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة عنابة، 2003، ص 133.

² أمر رقم 75-47 مؤرخ في 07 جمادى الثانية عام 1395 الموافق لـ 17 يونيو سنة 1975، يتضمن تعديل الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق 8 يونيو سنة 1966 والمتضمن قانون العقوبات، ج ر، عدد 53، صادرة في 04 يوليو سنة 1975.

ويعاقب من شهرين إلى سنتين وبغرامة تتراوح من 2.000 إلى 10.000 دج كل من في ظروف صادرة عن إرادته يترك للضياع أو التلف أو التبيد، أموال أو أدوات أو منتجات صناعية أو فلاحية أو مواد أو قيما أو وثائق تملكها الدولة، أو إحدى الهيئات المشار إليها في المادة 119".
ويتبين من خلال نص هذه المادة أن المشرع حصر مجال الجريمة في أعمال التسيير، واشترط لتطبيقها مايلي:

- أن يكون الإهمال بالغا وظاهرا أي جسيما.

- أن يكون الضرر مباشرا وهاما بالأموال العامة.

- علاقة السببية بين الإهمال والضرر.

وقد أثبتت الممارسة القضائية عدم تقيد المحاكم بالشروط المذكورة آنفا، فأسيئ تطبيق نص المادة 421 حيث استعملت مطية لشن حملات التطهير في أوساط المسيرين³.

2. مرحلة الإهمال المتعمد

نادى المسيرون الاقتصاديون على اثر التوجهات الجديدة للاقتصاد الوطني بإلغاء نص المادة 421، فكان لهم ذلك، حيث ألغيت بموجب القانون رقم 88-36 المعدل والمتمم لقانون العقوبات⁴، وأعيد صياغتها من جديد بنص المادة 422 حيث نصت: "يعاقب كل من ترك عمدا للضياع أو التلف أو التبيد أموال الدولة أو الجماعات المحلية أو المؤسسات الاقتصادية العمومية أو إحدى الهيئات المشار إليها في المادة 119 من هذا القانون بالعقوبات التالية:

- بالحبس من ستة أشهر إلى سنة إذا كانت الخسارة المسببة تقل عن 100.000 دج.

- بالحبس من سنة إلى خمس سنوات إذا كانت الخسارة تعادل مبلغ 100.000 دج وتقل عن 500.000 دج.

- بالحبس من سنتين إلى عشر سنوات إذا كانت الخسارة تعادل مبلغ 500.000 دج وتقل عن 1.000.000 دج.

- بالحبس المؤقت من خمس سنوات إلى عشر إذا كانت الخسارة تعادل أو تفوق 1.000.000 دج".

والملاحظ من خلال نص هذه المادة أن المشرع أبقى على تجريمه لفعل الإهمال في التسيير، وعلق أيضا

تطبيقها على توافر جملة من الشروط تتمثل فيما يلي:

³ أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائري الخاص، الجزء الثاني، الطبعة السابعة عشر، دار هومة، الجزائر، 2018، ص51.

⁴ قانون رقم 88-26 مؤرخ في 28 ذي القعدة عام 1408 الموافق 12 يوليو سنة 1988 يعدل ويتم الأمر رقم 66-156 المؤرخ 8 يونيو سنة 1966 والمتضمن قانون العقوبات، ج ر، عدد 28، صادرة في 13 يوليو سنة 1988.

- صدور فعل من الجاني يكمن في الإهمال المتعمد.

- حدوث ضرر للأموال العامة يتمثل في خسارة مادية مقدرة بالنقود.

- علاقة بين الفعل والضرر.

ويتبين أيضا من خلال نص المادة 422 المذكورة أعلاه أنه أحدث تغييرا في وصف الجريمة، بحيث تتحول من جنحة إلى جناية، إذا كان مبلغ الخسارة يعادل أو يفوق مبلغ 1.000.000 دج. لم يسلم هذا النص أيضا من الانتقادات ومجملها أنه رغم تأكيد المشرع على الطابع العمدي لهذه الجريمة باستعمال عبارة "عمدا"، غير أن اقتران هذه العبارة بعبارة "ترك" يعطي للفعل طابعا سلبيا، ويجعل من الجريمة في الواقع غير عمديه، وهو ما أكدته الممارسة القضائية التي جرت على تطبيق المادة 422 في حالات سوء التسيير. بل أن المشرع نفسه قد ساعد على سلك هذا المسلك بنصه على تناسب العقوبة والوصف الجزائي للجريمة مع جسامة الضرر الأمر الذي جعل القضاة يعمدون تلقائيا إلى تعيين خبراء لتقييم جسامة الضرر اللاحق بالأموال العمومية، واستخلاص القصد الإجرامي من ثبوت الضرر بدلا من إثبات القصد الإجرامي من تصرفاتهم⁵.

3. مرحلة تعليق المتابعة القضائية على شكوى أجهزة الشركة

نتيجة للانتقادات الموجهة لنص المادة 422 ألغى المشرع الجزائري نص هذه المادة بموجب القانون رقم 09-01 المعدل والمتمم لقانون العقوبات⁶، ونقل فحواها إلى نص المادة 119 مكرر حيث نصت: "يعاقب بالحبس من ستة (6) أشهر إلى ثلاث (3) سنوات وبغرامة من 50.000 إلى 200.000 دج كل قاض أو موظف أو ضابط عمومي أو كل شخص أشارت إليه المادة 119 من هذا القانون. تسبب بإهماله الواضح في سرقة أو اختلاس أو تلف أو ضياع أموال عمومية أو خاصة أو أشياء تقوم مقامها أو وثائق أو سندات أو عقود أو أموال منقولة وضعت تحت يده سواء بمقتضى وظيفته أو بسببها". وبتفحص نص هذه المادة نجد أن المشرع أكد من جديد على تجريمه لفعل الإهمال في التسيير، وعلق أيضا تطبيقها على جملة من الشروط تختلف عن سابقتها من عدة نواح تكمن فيما يلي:

⁵ أحسن بوسقيعة، المرجع السابق، ص 82.

⁶ قانون رقم 09-01 مؤرخ في 4 ربيع الثاني عام 1422 الموافق 26 يونيو سنة 2001، يعدل و يتم الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق 8 يونيو سنة 1966 والمتضمن قانون العقوبات، ج ر، عدد 34، صادرة في 27 يونيو سنة 2001.

أ. من حيث طبيعة الفعل:

اشتترطت المادة 119 مكرر في فعل الإهمال أن يكون واضحا أي بينا، بخلاف المادة 421 حيث ألزمت أن يكون بالغا وظاهرا، والمادة 422 التي اشتترطت أن يكون الإهمال متعمدا.

ب. من حيث محل الجريمة:

يتسع نطاق الحماية الجنائية للأموال في جريمة الإهمال الواضح وفقا لنص المادة 119 مكرر ليشمل الأموال العامة والخاصة على السواء، بينما يقتصر طبقا لنصي المادتين 421 و422 على الأموال العامة فقط.

ج. من حيث النتيجة:

لم تشترط المادة 119 مكرر أن يكون الضرر جسيما، مثلما هو مقرر بنص المادة 421 ولا الخسارة المادية المقدرة. وإنما قد يكون جسيما أو يسيرا.

كما تختلف أيضا المادة 119 مكرر عن سابقتها في أن وصف الجريمة يكتسي دائما طابع الجنحة أما في النصين الملغيين فيكون أحيانا جنحة، وأحيانا جنائية، والمعيار هو مقدار الخسارة.

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري في هذه المرحلة علق وفقا لنص المادة 119 مكرر تحريك الدعوى العمومية عندما يتعلق الأمر بجريمة الإهمال الواضح إضرارا بالمؤسسات العمومية الاقتصادية على شكوى أجهزة الشركة المعنية المنصوص عليها في القانون التجاري، ورتب أيضا المسؤولية الجزائية على عاتق أعضاء الشركة الذين لا يبلغون عنها، حيث يتعرض هؤلاء إلى العقوبات المنصوص عليها في المادة 181 من قانون العقوبات.

4. مرحلة صدور قانون مكافحة الفساد

ألغى المشرع الجزائري بموجب القانون رقم 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته⁷ نص المادة 119 و 119 مكرر 1 من قانون العقوبات ونقل فحواهما إلى نص المادة 29 منه⁸ وأبقى على نص المادة 119 مكرر، ويكون بذلك قد حذف قيد الشكوى المسبقة لتحريك الدعوى العمومية عن جرائم الإهمال في التسيير عندما يتعلق الأمر بالمؤسسات العمومية الاقتصادية. غير أنه تراجع عن ذلك وأدرجه من جديد بموجب القانون

⁷ قانون رقم 06-01 مؤرخ في 21 محرم عام 1427 الموافق 20 فبراير سنة 2006، يتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، ج ر، عدد 14، صادرة في 8 مارس سنة 2006.

⁸ نصت المادة 29 من قانون مكافحة الفساد على ما يلي: "يعاقب بالحبس من سنتين (2) إلى (10) سنوات وبغرامة من 200.000 دج إلى 1.000.000 دج كل موظف عمومي يبدد عمدا أو يختلس أو يتلف أو يحتجز بدون وجه حق أو يستعمل على نحو غير شرعي لصالحه أو لصالح شخص أو كيان آخر، أي ممتلكات أو أموال أو أوراق مالية عمومية أو خاصة أو أي أشياء أخرى ذات قيمة عهد بها إليه بحكم وظيفته أو بسببها".

رقم 02-15 المعدل والمتمم لقانون الإجراءات الجزائية⁹ حيث نصت المادة 6 مكرر منه على ما يلي: "لا تحرك العمومية ضد مسيري المؤسسات العمومية الاقتصادية التي تملك الدولة كل رأس مالها أو ذات رأسمال مختلط 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 المنصوص عليها في القانون التجاري وفي التشريع الساري المفعول".

5. المرحلة الحالية

حذف المشرع من جديد قيد الشكوى المسبقة لتحريك الدعوى العمومية ضد مسيري المؤسسات العمومية الاقتصادية عن جريمة الإهمال الواضح وذلك بموجب القانون رقم 10-19 المعدل والمتمم لقانون الإجراءات الجزائية¹⁰. حيث نصت المادة 03 منه على ما يلي: "تلغى المادة 6 مكرر و 15 مكرر، و15 مكرر 1، و15 مكرر 2 من الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق ل 8 يونيو سنة 1966 و المتضمن قانون الإجراءات الجزائية".

II. تعريف جريمة الإهمال الواضح

تعد جريمة الإهمال¹¹ الواضح حديثة العهد مقارنة بالجرائم الأخرى، وتصنف ضمن الجرائم غير العمدية والتي يقصر العقاب فيها على فعل الإهمال الذي يقصد به الامتناع عن ما يجب اتخاذه لتقادي ما وقع من نتيجة ضارة¹²، أو هو التفريط وعدم الانتباه كمن يقف من الأمور موقفا سلبيا فأغفل فعل ما يدعو

⁹ أمر رقم 02-15 مؤرخ في 7 شوال عام 1436 الموافق 23 يوليو سنة 2015، يعدل ويتمم الأمر رقم 66-155 المؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق 8 يونيو سنة 1966 والمتضمن قانون الإجراءات الجزائية، ج ر، عدد 40، صادرة في 23 يوليو سنة 2015.

¹⁰ قانون رقم 10-19 مؤرخ في 14 ربيع الثاني عام 1441 الموافق 11 ديسمبر سنة 2019، يعدل ويتمم الأمر رقم 66-155 المؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق 8 يونيو سنة 1966 والمتضمن قانون الإجراءات الجزائية، ج ر، عدد 78، صادرة في 18 ديسمبر سنة 2019.

¹¹ الإهمال في اللغة مأخوذ من الفعل أهمل بمعنى أغفل وتهاون وقصر، وأهمل الشيء لم يستعمله. وهو نوعان: إهمال بسيط وإهمال جسيم، و الإهمال الواضح الأكيد الذي بلغ درجة من الوضوح يمكن إدراكه، فلا يختلف اثنان على وجوده، ومعناه الامتناع والإغفال عن إتيان الواجبات إغفالاً مؤكداً وظاهراً. أحمد بروال، لبنى سكريت، المسؤولية الجزائية للمسير عن جريمة الإهمال الواضح، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، المجلد 5، العدد 2، 2018، ص 263.

¹² أكرم نشأت إبراهيم، القواعد العامة في قانون العقوبات في القانون المقارن، الطبعة الثانية، مكتبة الصنهوري، بغداد، 2000، ص 286.

إليه الحرص والحذر، ومثال ذلك من يترك آلة خطرة دون أن يحيطها بوقاء ليمنع أذاها عن من يقترب منها¹³.

ويعرفه الأستاذ رؤوف عبيد بأنه: "حصول خطأ بطريق سلبي نتيجة لترك أو امتناع"¹⁴.

وفي نفس السياق عرفه الأستاذ عبد الرحمان خلفي بأنه: "خطأ يحدث نتيجة موقف سلبي من طرف الجاني لترك واجب أو الامتناع عن تنفيذ أمر ما، ومثال ذلك الممرضة التي تحقن المريض دون أن تجري عليه خبرة حساسية، أو كمن يحفر حفرة أو يضع كومة من التراب دون وضع أية إشارة على ذلك"¹⁵.

وبالرجوع إلى المشرع الجزائري لم يعرف جريمة الإهمال الواضح، ونفس الأمر بالنسبة لكل من المشرع الفرنسي والمصري¹⁶، غير أنه يستشف من نص المادة 119 مكرر من قانون العقوبات أنه يقصد بها الفعل الإجرامي السلبي الذي يصدر عن الموظف العام لإحجائه عن القيام بسلوك معين يوجب القانون، وهو المحافظة على الأموال العامة أو الخاصة، وذلك لإخلاله بواجبات الحرص والعناية للمحافظة على هذه الأموال¹⁷.

أو هي تراخي الموظف عن القيام بالواجبات التي تفرضها عليه وظيفته على الوجه المقرر قانوناً¹⁸.

ويراد بها أيضاً إخلال الموظف بواجبات الرقابة والحرص على الأموال، مما يؤدي إلى إلحاق ضرر مادي بها، سواء بتعريضها للسرقة أو الاختلاس أو التلف أو الضياع¹⁹.

¹³ محمد علي عياد الحلبي، شرح قانون العقوبات، القسم العام، دار الثقافة، عمان، 2008، ص 217.

¹⁴ رؤوف عبيد، مبادئ القسم العام في التشريع العقابي، دار الفكر العربي، مصر، 1979، ص 346.

¹⁵ عبد الرحمان خلفي، محاضرات في القانون الجنائي العام، دار الهدى، الجزائر، 2010، ص 146.

¹⁶ نصت المادة 116 مكرر - أ - من قانون العقوبات المصري على ما يلي: "كل موظف تسبب بخطئه في إلحاق ضرر جسيم بأموال أو مصالح الجهة التي يعمل بها أو يتصل بها بحكم وظيفته أو بأموال الغير أو مصالحهم المعهود بها إلى تلك الجهة بأن كان ذلك ناشئاً عن إهمال في أداء وظيفته أو عن إخلال بواجباتها أو عن إساءة استعمال السلطة يعاقب بالحبس وبغرامة لا تتجاوز خمس مئة جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين .

وتكون العقوبة الحبس مدة لا تقل عن سنة ولا تزيد عن ست سنوات وغرامة لا تتجاوز ألف جنيه إذا ترتب على الجريمة إضرار بمركز البلاد الاقتصادي أو بمصلحة قومية لها ". نوفل علي عبد الله الصفو، الحماية الجزائية للمال العام، الطبعة الأولى، دار حامد، عمان، 2015، ص 326.

¹⁷ أحسن بوسقيعة، المرجع السابق، ص 63.

¹⁸ محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، الجرائم المضرة بالمصلحة العامة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1972، ص 172.

¹⁹ أحمد بروال، لبنى سكرتيت، المرجع السابق، ص 268.

ونفس الوضع بالنسبة للقضاء حيث لم نعثر في قضائنا على قرارات أو اجتهادات للمحكمة العليا تعرف أو تبين رأيها بشأن تطبيق نص المادة 119 مكرر، ما عدا ما ورد في مؤلف الأستاذ عبد الله سليمان حيث يقول: "..... مهما يكن فإنه ورد معنى ومضمون الإهمال الواضح في إحدى قرارات المجلس الأعلى، ومثالها القرار الصادر في 1981/02/24 بشأن القضية رقم 25431 حيث جاء في إحدى حيثياته:

وحيث عاين القرار المطعون فيه أن المسمى (ش.ع) لم يتخذ الاحتياطات الضرورية، واللازمة حين رجوع الشاحنة للاطلاع على فساد حمولتها، وإخباره على الأقل الإدارة.

وظهرت إهمالات أخرى كتلك التي حصلت في الشاحنة التابعة لوحدة الإنتاج بعنابة، المتمثلة في صناعة الحليب الموجه للشحن والتسويق مع انعدام الوثائق الإدارية المرفقة بالبضاعة.

حيث نتيجة لهذه المعاینات يستخلص أن المدير بصفته المسير لوحدة الحليب كان السبب في الإهمال المكشوف والخطير الذي ترتب عليه الضرر المباشر للمؤسسة التابعة للدولة²⁰.

وبناء على ما سبق يمكن أن نعرف جريمة الإهمال الواضح بأنها: "التصرف أو الفعل الذي يصدر عن الموظف العام، والذي يشكل إخلالا بواجبات الحرص والعناية التي تفرضها عليه وظيفته، مما أدى إلى سرقة أو اختلاس أو إتلاف أو ضياع الأموال العامة أو الخاصة التي وضعت في حيازته بسبب وظيفته أو بمقتضاها".

ثانياً: الأحكام المقررة لجريمة الإهمال الواضح

تعتبر الحماية الجنائية أخطر أنواع الحماية وأنجعها لأنها تنطوي على قدر معين من الإيلاء، وتتجسد من خلال تدخل المشرع بنصوص قانونية لتجريم فعل ما وإخضاعه إلى ضوابط معينة والتهديد بتوقيع العقوبة على مرتكبه، ويعد فعل الإهمال التي يأتيه الموظف العام إضراراً بالأموال العامة والخاصة الموضوعة تحت يده أحد السلوكات التي قام المشرع بتجريمها، وللتعرف على مختلف جوانب هذه الجريمة نتطرق فيما يلي إلى أركان جريمة الإهمال الواضح ثم نتناول قمع جريمة الإهمال الواضح.

1. أركان جريمة الإهمال الواضح

جريمة الإهمال الواضح شأنها شأن جميع الجرائم الأخرى تقوم على عدة أركان، يكمن ركنها الشرعي في إضفاء الصفة غير المشروعة على الفعل وهو ما نجده مقرر بنص المادة 119 مكرر، وركن مفترض يتمثل في كون مرتكب الجريمة موظفاً عاماً، ويقوم ركنها المادي على سلوك يتصف بالإهمال والنتيجة المترتبة عليه والعلاقة السببية بينهما. ويأخذ ركنها المعنوي صورة الخطأ غير العمدي الذي يتخذ الإهمال في أداء الواجبات

²⁰ عبد العزيز شمال، جرائم المال العام وطرق حمايته في التشريع الجزائري والاتفاقيات الدولية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة باتنة، 2018/2017، ص 261.

الوظيفية بدوره صورة له، والإهمال على هذا النحو من عناصر الركن المادي للجريمة لذا قيل بوجود تلاحم وثيق بين الركن المادي لهذه الجريمة وركنها المعنوي، وهو ما أدى ببعض الفقهاء إلى دراسة الركن المادي والركن المعنوي للجريمة معا.

وإذا كان الركن الشرعي لا يثير أي إشكال، فإن باقي الأركان بحاجة إلى الوقوف عليها لما تثيره من إشكالات قانونية. وفيما يلي سيتم التطرق إليها.

1. صفة الموظف العام

تعتبر جريمة الإهمال الواضح من الجرائم ذوي الصفة أي تلك التي تشترط لقيامها توافر صفة معينة في مرتكبها، والصفة المطلوبة هنا هي كون مرتكب الجريمة موظفا عاما.

وبالرجوع الى التشريع الجنائي الفرنسي لم يعرف الموظف العام في إطار الأموال العامة وإنما حدد وفقا لنص المادة 432 / 16 من قانون العقوبات الفرنسي الجديد الأشخاص الذين يمكن متابعتهم من أجل جريمة الإهمال الواضح وهم:

- الأشخاص المودع فيهم السلطة العامة.
- الأشخاص المكلفين بأداء خدمة عامة.
- المحاسبين العموميين.
- الأمناء العموميين.

بخلاف الوضع بالنسبة للتشريع المصري حيث حدد وفقا لنص المادة 119 مكرر²¹ من قانون العقوبات المصري من يعد موظفا عاما بشأن جرائم التعدي على المال العام.

أما في التشريع الجزائري فقد عرفت المادة 02 فقرة ب من القانون المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته الموظف العمومي²² agent public على النحو الآتي:

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

²¹ أنظر المادة 119 من قانون العقوبات المصري.

²² إن مصطلح agent public في النسخة الفرنسية في القانون المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته يعني عون عمومي وليس موظف عام، وعليه فإن ترجمة المشرع الجزائري لمصطلح موظف عمومي باللغة الأجنبية كانت غير سليمة، أحسن بوسقية، المرجع السابق، ص 09.

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

- كل شخص آخر معرف بأنه موظف عمومي أو من في حكمه طبقا للتشريع والتنظيم المعمول بهما".
وباستقراءنا لنص هذه المادة، نجد أن مصطلح الموظف العمومي يشمل أربع فئات:

- ذو المناصب التنفيذية والإدارية والقضائية.

- ذوو الوكالة النيابية.

- من يتولى وظيفة أو وكالة في هيئة عمومية أو مؤسسة عمومية ذات طابع اقتصادي أو في مؤسسة ذات رأسمال مختلط أو في مؤسسة خاصة تقدم خدمة عامة.

- من في حكم الموظف العام. وسنحاول فيما يلي التعرض لهذه الفئات.

أ. ذو المناصب التنفيذية والإدارية والقضائية

يعتبر موظفا عاما طبقا لنص المادة 02 فقرة ب من قانون مكافحة الفساد، من يشغل منصبا تنفيذيا، أو إداريا أو قضائيا، سواء كان معينا، أو منتخبا دائما أو مؤقتا مدفوع الأجر، أو غير مدفوع الأجر بصرف النظر عن رتبته أو أقدميته.

1.أ المناصب التنفيذية:

وتضم كل من رئيس الجمهورية والوزير الأول، وأعضاء الحكومة (الوزراء، والوزراء المنتدبون).

2.أ المناصب الإدارية:

وتضم هذه الفئة كل من يعمل في إدارة عامة دائما كان أو مؤقتا مدفوع الأجر، أو غير مدفوع الأجر بصرف النظر عن رتبته أو أقدميته، وينطبق هذا التعريف على فئتين²³:

- العمال الذين يشغلون منصبهم بصفة دائمة.

- العمال الذين يشغلون منصبهم بصفة مؤقتة.

²³ احسن بوسقيعة، المرجع السابق، ص 13.

ويقصد بالفئة الأولى الموظفون العموميون وفق مفهوم قانون الوظيفة العامة، وبالرجوع إلى نص المادة 04 من الأمر رقم 03-06 المتعلق بالوظيفة العامة²⁴ عرفت الموظف العام بقولها: "يعتبر موظفا كل عون عيّن في وظيفة عمومية ورسم في السلم الإداري".

وحددت المادة 02 منه الأشخاص الذين يسري عليهم، حيث نصت: "يطبق هذا القانون الأساسي على الموظفين الذين يمارسون نشاطهم في المؤسسات العمومية".

ويقصد بالمؤسسات والإدارات العمومية حسب المادة 02 من القانون المذكور أعلاه: "الإدارات 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".

أما الفئة الثانية فتضم الأعوان المتعاقدين والمؤقتين في المؤسسات والإدارات العمومية، وبالرجوع إلى القانون 03-06 المتعلق بالوظيفة العامة، وكذا المرسوم الرئاسي 07-308 المتعلق بالأعوان المتعاقدين لم تعرف العون المتعاقد، وإنما يمكن تعريفه بأنه: "كل شخص يعمل بمقتضى عقد في خدمة مرفق عمومي إداري بصفة مؤقتة".

وتجدر الإشارة أن العون العمومي لا يعتبر موظفا عاما ولا يخضع إلى قانون الوظيفة العمومية، وإنما يخضع إلى نظام خاص به²⁵.

أ.3 المناصب القضائية:

وتضم هذه الفئة حسب ما ورد في القانون الأساسي للقضاة فئتين:

- قضاة تابعون لنظام القضاء العادي.

- قضاة تابعون لنظام القضاء الإداري.

وتشمل الفئة الأولى قضاة الحكم والنيابة للمحكمة العليا، والمجالس القضائية والمحاكم الابتدائية، والقضاة العاملون على مستوى الإدارة المركزية بوزارة العدل، بينما تضم الثانية قضاة مجلس الدولة والمحاكم الإدارية،

²⁴ أمر رقم 03-06 مؤرخ في 19 جمادى الثانية عام 1427 الموافق 15 يوليو سنة 2006، يتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية، ج ر، عدد 46، صادرة في 16 يوليو سنة 2006.

²⁵ مراد بوطبة، دروس في الوظيفة العمومية، مطبوعة لطلبة السنة الثالثة ليسانس، تخصص قانون عام، كلية الحقوق، جامعة بومرداس، 2017-2018، ص ص 20-21.

وقضاة المجلس الدستوري ومجلس المنافسة، يضاف إليهم المحققون المساعدون في محكمة الجنايات، والقسم الاجتماعي وقسم الأحداث.²⁶

ب. ذوو الوكالة النيابية

تضم الشخص الذي يتولى منصب تشريعي، ويقصد به العضو في البرلمان بغرفتيه المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة، فأما أعضاء المجلس الشعبي الوطني فكلهم منتخبون عن طريق الاقتراع العام السري والمباشر وأما أعضاء مجلس الأمة، فثلثا أعضائه منتخبون، والثلث الآخر معين من طرف رئيس الجمهورية. كما تضم أيضا المنتخب في المجالس الشعبية المحلية، ونعني بهم كافة أعضاء المجالس الشعبية البلدي، والمجالس الشعبية الولائية بمن فيهم الرئيس.²⁷

ج. تولي الوظيفة أو الوكالة

توسع المشرع الجزائري وفقا لنص المادة 02 من قانون مكافحة الفساد في تعريفه للموظف العام ليمتد إلى الأشخاص العاملين في الهيئات العمومية، والمؤسسات العمومية الاقتصادية والمؤسسات ذات رأسمال المختلط، والمؤسسات الخاصة التي تقدم خدمة عامة.

ونعني بالهيئات العمومية كل شخص معنوي عام عدى الدولة والجماعات المحلية يتولى تسيير مرفق عام.²⁸

أما المقصود بالمؤسسات العمومية الاقتصادية فهي شركات تجارية تحوز فيها الدولة أو أي شخص معنوي آخر خاضع للقانون العام أغلبية رأسمال الاجتماعي وتخضع للقانون الخاص.²⁹ وأما المؤسسات ذات رأس المال المختلط فهي مؤسسات اقتصادية تملك الدولة بعض رأسمالها بنسبة لا تفوق 50%.

وأما المقصود بالمؤسسات الأخرى التي تقدم خدمة عمومية فهي عبارة عن مؤسسات تابعة للقطاع الخاص تقوم بتسيير مرفق عام عن طريق عقد الامتياز.

²⁶ مليكة هنان، جرائم الفساد الرشوة والاختلاس وتكتسب الموظف العام من وراء وظيفته في الفقه الإسلامي وقانون مكافحة الفساد الجزائري مقارنا ببعض التشريعات العربية، الدار الجامعية، القاهرة، 2010، ص48.

²⁷ أحسن بوسقيعة، المرجع السابق، ص20.

²⁸ حسين طاهري، القانون الإداري والمؤسسات الإدارية التنظيم الإداري النشاط الإداري، دراسة مقارنة، دار الخلدونية، الجزائر، 2007، ص54.

²⁹ أنظر: المادة 02 من أمر رقم 01-04 مؤرخ في أول جمادى الثانية عام 1422 الموافق 20 غشت سنة 2001، يتعلق بتنظيم المؤسسات العمومية الاقتصادية وتسييرها وخصصتها، ج ر، عدد 47، صادرة في 22 غشت سنة 2001.

ويقصد بعقد الامتياز اتفاق تكلف الإدارة بمقتضاه شخصا طبيعيا أو اعتباريا بتأمين تشغيل مرفق عام³⁰. وتجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري اشترط في العاملين في الهيئات السالفة الذكر لاعتبارهم موظفين عموميين، وبالتالي مساءلتهم عن جريمة الإهمال الواضح توفر صفة معينة، وهي تولي وظيفة أو وكالة. وتحمل عبارة تولي معاني التكفل والإشراف وتحمل المسؤولية، وتبعا لذلك يقتضي تولي وظيفة أن تسند للجاني مهمة معينة، ويقتضي تولي وكالة أن يكون الجاني منتخبا أو مكلفا بالنيابة³¹.

د. من في حكم الموظف

بالإضافة إلى فئة المناصب التشريعية، والتنفيذية والقضائية والإدارية، وأعضاء المجالس الشعبية المحلية المنتخبة والعاملين في الهيئات العمومية، والمؤسسات العمومية الاقتصادية والمؤسسات ذات رأسمال المختلط، أو أي مؤسسة خاصة تقوم بتسيير مرفق عام، أضاف المشرع الجزائري في نص المادة 02 فقرة أخيرة من قانون مكافحة الفساد طائفة أخرى تدخل في زمرة الموظفين العموميين، وهي من في حكم الموظف العام حيث جاء فيها: "كل شخص آخر معرف بأنه موظف عمومي أو من في حكمه طبقا للتشريع والتنظيم المعمول بهما"، وينطبق هذا المفهوم على المستخدمين العسكريين والمدنيين للدفاع الوطني والضباط العموميين. وتخضع الفئة الأولى لأحكام القانون رقم 19-11 المتضمن القانون الأساسي العام للمستخدمين العسكريين³². أما الفئة الثانية فتشمل كل شخص يتم تعيينه في وظيفة ما بموجب قرار من السلطة الإدارية المختصة يمارسها لحسابه الخاص، ويتعلق الأمر بالموثق والمحضر القضائي ومحافظ البيع بالمزاد العلني³³.

واعتبر الأستاذ أحسن بوسقيعة فئة المترجمين الرسميين ضباطا عموميين³⁴. وفي الأخير تجدر الإشارة إلى أن العبارة المذكورة أعلاه تتسم بالمرونة حيث تترك للقاضي سلطة تقديرية واسعة، وهو ما يتنافى ومبادئ القانون الجنائي.

³⁰ أحمد محيو، محاضرات في المؤسسات الإدارية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2009، ص 440.

³¹ أحسن بوسقيعة، المرجع السابق، ص 23.

³² أمر رقم 19-11 مؤرخ في 14 ربيع الثاني عام 1441 الموافق 11 ديسمبر محرم سنة 2019، يتم الأمر رقم 06-02 المؤرخ في 29 محرم عام 1427 الموافق 28 فبراير سنة 2006 و المتضمن القانون الأساسي العام للمستخدمين العسكريين، ج ر، عدد 78، صادرة في 18 ديسمبر 2019.

³³ عبد العزيز سعد، جرائم الاعتداء على الأموال العامة والخاصة، دار هومة، الجزائر، 2006، ص ص 147-148.

³⁴ أحسن بوسقيعة، المرجع السابق، ص 26.

2. الركن المادي

تعتبر جريمة الإهمال الواضح من الجرائم المادية أي تلك الجرائم التي يترتب على وقوعها نتيجة معينة، يتألف ركنها المادي من أربعة عناصر تكمن فيما يلي:

- السلوك المجرم: الإهمال الواضح.
- محل الجريمة: مال عام أو خاص.
- النتيجة: إحداث ضرر مادي.
- العلاقة السببية بين السلوك والضرر الناجم. وسنتناول فيما يلي هذه العناصر.

أ. السلوك المجرم

يتمثل في فعل الإهمال وبالرجوع الى نص المادة 119 مكرر من قانون العقوبات نجد أن المشرع الجزائري لم يعرف فعل الإهمال ولم يحدد صورته، ونفس الوضع بالنسبة للمشرع الفرنسي والمصري غير أنه يقصد به امتناع الموظف عن القيام بأعمال وظيفته على وجهها الصحيح، و قد يتخذ الإهمال صورة الامتناع عن ممارسة كافة الاختصاصات الوظيفية أو بعضها، والذي لا يتحقق إلا إذا كان الامتناع مخالفا لواجب تفرضه الوظيفة، أي غير مشروع، أما إذا كان الامتناع مشروعا لاستناده إلى القانون أو اللائحة أو القرار الإداري أو التعليمات الإدارية أو اعتبارات المصلحة العامة فلا يعد إهمالا في أداء الوظيفة، ومن ثم فلا تقوم الجريمة، لكن الإهمال قد يتحقق رغم القيام بأداء الأعمال الوظيفية إذا كان هذا الأداء لم يتم وفقا للقواعد التي يتعين على الموظف مراعاتها كي يؤدي العمل الوظيفي على وجهه الصحيح أي إذا أغفل الموظف ما يتطلبه أداء عمله على وجهه الصحيح من مراعاة الأصول القانونية أو الفنية التي ينبغي أن يتم العمل وفقا لها³⁵.

وعليه يمكن القول أن الإهمال يتخذ صورتين:

- امتناع الموظف عن القيام بالواجبات التي تفرضها عليه أعمال الوظيفة أيا كان مصدرها.
 - الأداء السيئ والمخالف للأصول القانونية أو الفنية التي يجب على الموظف مراعاتها أثناء ممارسة مهامه.
- وقد يقع الإهمال بفعل واحد، كما قد يتحقق بأفعال متعددة ايجابية أو سلبية متلاحقة³⁶.
- وقد اشترط المشرع الجزائري أن يكون الإهمال واضحا أي بينا، بمعنى جليا يثبت دون عناء، ودون حاجة إلى بذل جهد أو اللجوء إلى خبرة³⁷.

³⁵ فتوح عبد الله الشاذلي، قانون العقوبات الخاص، جرائم المضرة بالمصلحة العامة، ديوان المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2009، ص ص 288-289.

³⁶ مأمون محمد سلامة، قانون العقوبات الخاص، جرائم المضرة بالمصلحة العامة، دار الفكر العربي، القاهرة، 1972، ص 322.

³⁷ أحسن بوسقيعة، المرجع السابق، ص 85.

ويعد وضوح الإهمال عنصر لازم لقيام هذه الجريمة حيث تنتفي مسؤولية الموظف إذا ارتكب خطأ لم يكن ناجماً عن إهمال واضح، فهذا العنصر من ماديات الجريمة ولا بد من تحققه فعلاً، ويخضع تقدير ذلك لقاضي الموضوع.

وفي الأخير فإن المشرع الجزائري مثل المشرع الفرنسي لم يشترط في الإهمال أن يكون جسيماً، وإنما يمكن أن يكون يسيراً بخلاف المشرع المصري الذي اشترط ذلك.

ب. محل جريمة الإهمال الواضح

ترد جريمة الإهمال الواضح على أموال عامة أو خاصة أو ما يقوم مقامها أو وثائق أو سندات أو عقود أو أموال منقولة.

ويقصد بالأموال العامة الأموال المنقولة والثابتة المملوكة للدولة أو الأشخاص المعنوية العامة، والتي تخصص للمنفعة العامة³⁸.

أما الأموال الخاصة فنعني بها الأموال المملوكة للخواص المودعة لدى أمين الضبط بالمحكمة أو مجلس الدولة، وكذلك الأموال المودعة لدى الموثقين ومحافظي البيع بالمزاد العلني³⁹.

وأما الوثائق والسندات والعقود فهي عبارة عن مجموعة من الأعمال الخطية أو الكتابية، ترتب حقوقاً والتزامات تهم الإدارة أو المواطن.

وأما الأموال المنقولة فهي مجموعة من الأشياء غير الثابتة ترتب حقا من الحقوق لمصلحة الدولة أو المواطنين⁴⁰.

وتفصيلاً لما سبق فإنه يشترط في محل جريمة الإهمال الواضح أن يكون مالا منقولاً يأخذ عدة صور، فقد يكون نقوداً أو شيئاً يقوم مقامها كالشيكات والأسهم، وقد تكون وثيقة أو سنداً أو عقداً، والغالب أن يكون منقولاً له قيمة مادية كالمنتجات الصناعية والفلاحية، والآلات والأدوات بمختلف أصنافها وأنواعها.

ويشترط في تلك الأموال أن تكون قد وضعت تحت يد الجاني بسبب وظيفته أو بمقتضاها⁴¹. والتسليم بسبب الوظيفة معناه أن تقضي القوانين أو اللوائح أو النظم الخاضعة لها الوظيفة بأن يحوز الموظف المال الذي تسلمه، وأن يقدم عنه الحساب أمام السلطة العامة، أي أن يكون من خصائص الوظيفة ومن أعمالها حياة

³⁸ نوفل عبد الله الصفو، المرجع السابق، ص 100.

³⁹ عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 147.

⁴⁰ عبد الله سليمان، قانون العقوبات الجزائري، القسم الخاص، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1998، ص ص 100-101.

⁴¹ أحسن بوسقيعة، المرجع السابق، ص 85.

الموظف للمال الذي سلم إليه⁴². أما التسليم بمقتضى الوظيفة فهو الذي يتم خارج نطاق واجبات الوظيفة التي يشغلها ولكن وظيفته سهلت له عملية وضع يده على المال⁴³.

ونخلص مما تقدم أن جريمة الإهمال الواضح ترد على أموال عامة أو خاصة ذات طبيعة مادية منقولة سلمت للموظف بسبب وظيفته أو بمناسبةها.

ج. النتيجة

تكمن النتيجة في جريمة الإهمال الواضح في الضرر المادي الذي يلحق بمال الغير، ولكن ليس أي ضرر بل لابد أن يتجسد وفقا لنص المادة 119 مكرر من قانون العقوبات في سرقة المال أو اختلاسه أو ضياعه أو تلفه. ونفس الوضع بالنسبة للمشرع الفرنسي حيث يقع الضرر بالإتلاف أو التحويل أو الاختلاس. أما المشرع المصري فقد اكتفى بالنص على حدوث ضرر جسيم بالأموال العامة أو الخاصة دون ذكر الصور التي يتجسد بها.

والضرر بهذا المفهوم هو الأثر المترتب على السلوك بالنسبة للحق أو المصلحة محل الحماية، والذي يتمثل في الانتقاص من ذلك الحق أو المصلحة، والضرر المقصود به في الجريمة التي نحن بصددنا هو الضرر المادي، أما الضرر المعنوي فيخرج عن نطاق الحماية الجنائية⁴⁴.

ويقصد بالسرقة الاستيلاء بنية التملك على مال مملوك للغير دون رضاه⁴⁵.

أما الاختلاس فنعني به أخذ المتهم للمال أو الشيء الذي بين يديه بحكم وظيفته دون علم مالكة، ودون رضاه، وذلك بقصد تملكه والاستيلاء عليه نهائيا⁴⁶.

وتجدر الإشارة إلى أن الاختلاس في مفهوم هذه المادة أعم وأشمل من الأخذ بدون رضا في السرقة حيث يشمل كل حالات: الأخذ، التبيد، التحويل، ويحدث كأثر أو نتيجة لفعل الإهمال.

وتبعاً لذلك فإن المتهم في جريمة الإهمال الواضح لا يقوم بفعل الاختلاس وإنما غيره ممن يحمل صفة الموظف العام من يقوم بها بسبب إهمال هذا الأخير.

⁴² منصور رحمانى، القانون الجنائي للمال والأعمال، الجزء الأول، دار العلوم، عنابة، 2012، ص 96.

⁴³ سليمان بارش، محاضرات في شرح قانون العقوبات الجزائري، القسم الخاص، دار شهاب، الجزائر، 1989، ص 69.

⁴⁴ Hani BITTAR , "Rapport - Les problèmes posés dans le droit pénal moderne par le développement des infractions non intentionnelles (par faute)", *Revue internationale de droit pénal*, Lisbonne ,n3-4, V32, 1961, pp 839-840.

⁴⁵ Roger Merle, Andre Vitu, *Traité de droit criminel*, ed, cujas, paris, p 1913.

⁴⁶ عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 147.

وأما الضياع فهو فقدان الشيء تماماً دون معرفة كيفية وأسباب اختفائه، كما لو تسبب كاتب الضبط بإهماله الواضح في ضياع وثائق من ملف دعوى مرفوعة أمام القضاء كان قد تسلمها من أحد الخصوم⁴⁷.
وأما الإلتلاف أو التلف فيتحقق بهلاك الشيء، أي بإعدامه والقضاء عليه⁴⁸.
وفي الأخير يمكن القول أنه لا يمكن الحديث عن جريمة الإهمال الواضح إذا لم تتعرض الأموال العامة أو الخاصة إلى ضرر مادي يتجسد في سرقتها أو اختلاسها أو ضياعها أو إلتلافها.

د. العلاقة السببية

يجب أن تتوفر رابطة السببية بين خطأ الموظف الناشئ عن إهماله في أداء الوظيفة وبين الضرر الذي لحق بمصالح الجهة التي يعمل بها، أو يتصل بها بحكم وظيفته أو بأموال الأفراد ومصالحهم المعهود بها إلى تلك الجهة.

ومناطق توافر علاقة السببية هو أن يكون سلوك الموظف الذي ينطوي على الإهمال في حد ذاته، وفي الظروف التي بوشر فيها من شأنه أن يؤدي إلى النتيجة التي حدثت وفقاً للمجرى العادي للأمر، ولذلك تنقطع رابطة السببية إذا كان الضرر قد حدث نتيجة تداخل عوامل لاحقة شاذة وغير مألوفة⁴⁹.

وخلاصة ذلك يمكن القول أن علاقة السببية تتوفر إذا كان السلوك الخاطئ للموظف يؤدي إلى النتيجة التي حدثت، ولذلك تنقطع رابطة السببية إذا كان الضرر قد حدث نتيجة تداخل عوامل لاحقة شاذة وغير مألوفة.

3. الركن المعنوي

تعتبر جريمة الإهمال في التسيير جريمة غير عمدية يتخذ ركنها المعنوي صورة الخطأ غير العمدي، وقد عبر المشرع الجزائري على الركن المعنوي فيها بلفظ الإهمال، ونفس الوضع بالنسبة للمشرع الفرنسي أما المشرع المصري فقد عاقب طبقاً لنص المادة 116 مكرر - أ - من قانون العقوبات المصري السالفة الذكر على صور أخرى من صور الخطأ غير العمدي وهما :

- الإخلال بواجبات الوظيفة.

- إساءة استعمال السلطة.

ويتحقق الركن المعنوي في جريمة الإهمال في التسيير إذا جهل الموظف العمومي طبيعة فعله، أو حقيقة الجهة التي لحقها الضرر، أو لم يتوقع حدوث الضرر، أو توقع حدوثه ولكنه استبعد ذلك اعتماداً على مهارته أو

⁴⁷ أحسن بوسقيعة، المرجع السابق، ص 86.

⁴⁸ مليكة هنان، المرجع السابق، ص 107.

⁴⁹ مأمون محمد سلامة، المرجع السابق، ص 325.

على احتياطات كان يعتقد بأنها جد كافية، لكن تقديره كان خاطئاً، وبالتالي وقع الضرر بالمال الذي هو بحوزته بسبب أو بحكم وظيفته⁵⁰.

ومعيار توفر الخطأ موضوعي يتأتى إذا لم يطابق سلوك الجاني مستوى الحيطة والحذر الذي يصل إليه الرجل المعتاد، كما إذا لم يتوقع أموراً تقتضيها الخبرة العامة أو جهل دون مبرر الظروف التي ضاعفت من خطر سلوكه، والتي كان يتعين على الرجل المعتاد أخذها بعين الاعتبار على أن هذا المعيار لا يمكن الأخذ به لأن الالتزام بالحيطة والحذر المفروض على الجاني ليس التزاماً عضوياً بعيد الصلة عن تفكيره وعقله، وإنما هو التزام لا يمكن أن ينفذه إلا بناء على قدرة معينة من التفكير⁵¹.

II. قمع جريمة الإهمال الواضح

في إطار مكافحة جريمة الإهمال الواضح أدرج المشرع الجزائري جملة من الضوابط اختلفت باختلاف المراحل التي مرت بها هذه الجريمة وذلك لاعتبارات تتعلق بالأوضاع السياسية والاقتصادية السائدة. وبعد أن تطرقنا إلى أركان جريمة الإهمال الواضح نتناول فيما يلي عقوبة هذه الأخيرة وقبل أن نتعرض إلى ذلك نقف عند مسألة المتابعة في جريمة الإهمال الواضح.

1. المتابعة في جريمة الإهمال الواضح

ألغى المشرع الجزائري طبقاً لنص المادة 03 من الأمر 19-10 المعدل والمتمم لقانون الإجراءات الجزائية قيد الشكوى المسبقة لمتابعة مرتكبي جريمة الإهمال الواضح عندما يتعلق الأمر بالمؤسسات العمومية الاقتصادية.

ومعنى ذلك أن هاته المؤسسات أصبحت مثلها مثل بقية الهيئات والمؤسسات الأخرى لا تتطلب الشكوى المسبقة من أجل تحريك الدعوى العمومية ضد مسيرتها جراء إهمالهم في التسيير إذا ما ترتب عنه ضرر مادي بأموالها.

وتجدر الإشارة هنا أن المشرع لم يتبن موقفاً واضحاً بشأن اشتراط الشكوى المسبقة لتحريك الدعوى العمومية عن جرائم الإهمال في التسيير ضد مسيري المؤسسات العمومية الاقتصادية حيث أدرجه مرتين وألغاه مرتين الأمر الذي يستدعي تدخل المشرع لاتخاذ موقف واضح وصريح يحقق الحماية القانونية اللازمة للأموال العامة والخاصة الموضوعة تحت يد الموظف العام. خاصة لما نعلم أن الموقف الأخير الذي تبناه رغم أنه أعاد

⁵⁰ محمد عوض، الجرائم المضرة بالمصلحة العامة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1985، ص 164-165.

⁵¹ أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون العقوبات، القسم الخاص، الجرائم المضرة بالمصلحة العامة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1972، ص 332-333.

للنيابة العامة حريتها في تحريك الدعوى العمومية غير أنه لم يحقق الحماية الكافية لها كونه لم يرتب المسؤولية الجزائية جراء عدم التبليغ عن جرائم الإهمال الواضح.

2. عقوبة جريمة الإهمال الواضح

اعتبر المشرع الجزائري جريمة الإهمال في التسيير جنحة ونفس الوضع لكل من المشرع الفرنسي والمصري، حيث قرر لها عقوبة الحبس من 6 أشهر إلى 3 سنوات وغرامة من 50 ألف إلى 200 ألف دينار جزائري، بخلاف ما قرره المادة 422 قبل تعديلها بموجب القانون رقم 09-01 السابق الذكر، حيث تعاقب على فعل الإهمال بعقوبات جنائية أو جنحية حسب جسامة الخسارة على نحو ما يلي:

- تكون الجريمة جنحة إذا كانت الخسارة أقل من مبلغ 1.000.000 دج، وعقوبتها الحبس ما بين 6 أشهر وعشر سنوات.

- تكون الجريمة جنائية إذا كانت الخسارة تساوي مبلغ 1.000.000 دج أو تجاوزه، وعقوبتها من 5 إلى 10 سنوات.

والملاحظ أن المشرع عدل عن موقفه بشأن عقوبة جريمة الإهمال الواضح، حيث قرر عقوبة الحبس والغرامة، وهي العقوبة المقررة للجنحة مهما كان حجم الأموال التي سرقت أو اختلست أو ضاعت أو أتلقت بعدما كانت العقوبة المقررة لها تحدد حسب جسامة الخسارة أو الضرر بالأموال العامة أو الخاصة، ويبقى للقاضي السلطة التقديرية في تحديدها وفق ملاسبات كل قضية و ظروفها.

ونرى أن المشرع الجزائري قرر عقوبة تتناسب مع طبيعة الفعل غير العمدي تجعل من الموظف حريصا في أداء مهامه، متوخيا الحيطة والحذر في سلوكه للمحافظة على المال العام والخاص من جهة، ولاسترجاع الثقة بالوظيفة العامة من جهة أخرى.

وفي الأخير فإن المادة 159 من قانون العقوبات تعاقب الأمين العمومي بالحبس من 6 أشهر إلى سنتين إذا تسبب بإهماله في إتلاف أو تشويه أو تبديد أو انتزاع أوراق أو سجلات أو عقود أو سندات محفوظة في المحفوظات، أو في كتابة الضبط، أو في المستودعات العمومية، أو مسلمة إليه بهذه الصفة.

وإذا حدث ذلك نكون أمام تعدد الأوصاف فنحتكم لنص المادة 32 من قانون العقوبات لتحديد النص الواجب التطبيق وهو في هذه الحالة نص المادة 119 مكرر من قانون العقوبات⁵².

⁵² أحسن بوسقيعة، المرجع السابق، ص 89.

خاتمة

نخلص مما تقدم أن المشرع الجزائري كغيره من التشريعات لاسيما الفرنسي والمصري حرص على حماية الأموال العامة والخاصة الموضوعة تحت يد الموظف العام، ويتجلى ذلك من خلال انتهاج سياسة جنائية فعالة للتصدي للاعتداء العمدي وغير العمدي عليها. ويعتبر تجريم المشرع الجزائري لفعل الإهمال الواضح المفضي إلى ضرر مادي مظهر من مظاهر السياسة الجنائية المتبعة.

ويرجع السبب في تجريم المشرع لهذا الفعل إلى استرجاع الثقة بالوظيفة العامة من خلال حماية الأموال العامة والخاصة التي وضعت في حيازة الموظف العام.

ولقد أخضع المشرع الجزائري جريمة الإهمال الواضح لعدة ضوابط مقررة بنص المادة 119 مكرر حيث تقوم هذه الأخيرة على أربعة أركان، يكمن ركنها الشرعي في إضفاء الصفة غير المشروعة على الفعل، والركن المفترض المتمثل في كون مرتكب الجريمة موظفا عاما، أما ركنها المادي فيتجسد في السلوك الذي يأتيه الموظف العام، وهو الامتناع عن أداء واجبات وظيفته أو الأداء السيئ لها، والنتيجة الضارة الكامنة في ضرر مادي بالمال العام أو الخاص، وعلاقة السببية بين الفعل والضرر.

وأما ركنها المعنوي فيقوم عند عدم توقع الموظف النتيجة الضارة وكان بإمكانه توقعها وتجنبها لو كان أكثر انتباها ومبالاة.

ولقد اعتبر المشرع الجزائري جريمة الإهمال الواضح جنحة وقرر لها عقوبة تتناسب مع طبيعة الفعل غير العمدي وهي الحبس من 6 أشهر إلى 3 سنوات وغرامة من 50 ألف إلى 200 ألف دينار جزائري.

وهكذا يمكن القول أن المشرع وفق إلى حد بعيد في وضع سياسة جنائية للتصدي إلى جريمة الإهمال الواضح غير أننا سجلنا ما يلي:

- إن ترجمة المشرع الجزائري لمصطلح الموظف العام المذكور في نص المادة 02 من قانون مكافحة الفساد باللغة الأجنبية كانت غير دقيقة، حيث ورد مصطلح Agent public، الذي يعني عون عمومي وليس موظف عام.

- ورد في نص المادة 02 من القانون 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته فقرة أخيرة عبارة: "كل شخص آخر معرف بأنه موظف عمومي أو من في حكمه طبقا للتشريع والتنظيم المعمول بهما" وهي عبارة تنقصها الدقة تترك للقاضي سلطة تقديرية واسعة وهو ما يتنافى ومبادئ القانون الجنائي.

- لم يحدد المشرع الجزائري صور الإهمال، كعدم الحرص، الامتناع عن القيام بالواجبات، الأداء السيئ والمخالف لأصول الوظيفة، مما يترك للقاضي سلطة تقديرية واسعة في تكييف الفعل، وهذا ما يتعارض أيضا مع قواعد القانون الجنائي لاسيما قاعدة التفسير الضيق للنص الجنائي.

- عدم تبني المشرع موقف واضح وصريح بشأن اشتراط الشكوى المسبقة لتحريك الدعوى العمومية ضد مسيري المؤسسات العمومية الاقتصادية عن جريمة الإهمال الواضح، وأن الموقف الأخير الذي تبناه صحيح أنه أعاد للنيابة العامة حريتها في تحريك الدعوى العمومية غير أنه لم يحقق الحماية القانونية اللازمة حيث أنه لم يرتب المسؤولية الجزائية عن عدم التبليغ عن جرائم الإهمال الواضح خاصة لما نعلم أن حجم النتائج قد تكون كبيرة جدا.

وانطلاقا من النتائج المتوصل إليها نقترح ما يلي:

- إعادة صياغة نص المادة 02 من قانون مكافحة الفساد باللغة الأجنبية، وإدراج مصطلح موظف عام (Fonctionnaire public) بدلا من عون عمومي (Agent public).
- إدراج المشرع عبارات دقيقة وواضحة من شأنها أن تقيد القاضي بعدم استعمال سلطة تقديرية واسعة تتنافى مع مبادئ القانون الجنائي.
- ضرورة تدخل المشرع الجزائي لتحديد صور الإهمال، كعدم الحرص والامتناع عن القيام بالواجبات، والأداء السيئ لأصول الوظيفة لحصر القاضي في تكييفه للفعل.
- ضرورة تبني المشرع موقف واضح وصريح بشأن اشتراط الشكوى المسبقة لمتابعة مسيري المؤسسات العمومية الاقتصادية عن جريمة الإهمال الواضح يحقق الحماية القانونية اللازمة.

Le contentieux de la régulation dans les Etats d’Afrique subsaharienne francophone. Les cas du Cameroun et de la Côte d’Ivoire

Éric Stéphane MVAEBEME ⁽¹⁾

(1) *Ph.D* en Droit Public,

Assistant à la Faculté de sciences Juridique et Politiques de l’Université de Dschang (Cameroun),

Email : ericstephanemvaebeme@gmail.com

Résumé :

Le contentieux de la régulation est un contentieux émergent dans les Etats d’Afrique subsaharienne francophone en général, et au Cameroun et en Côte d’Ivoire singulièrement. C’est la raison pour laquelle la doctrine ne s’est pas encore beaucoup investie pour le saisir et systématiser. Contrairement à la France, où ce contentieux est déjà très florissant, les Etats objets de l’étude connaissent un contentieux encore assez faible. Le Cameroun est plus à la traîne par rapport à la Cote d’Ivoire.

Le contentieux de la régulation est assez différent de ce qui se passe à l’Hexagone, c’est ce qui justifie la question de recherche portant sur les caractéristiques de celui-ci. Etant donné que les caractéristiques permettent de distinguer une institution par rapport à une autre ou par rapport à un autre système juridique, l’on peut constater ce contentieux se caractérise par l’exiguïté de son objet c’est-à-dire que ce dernier ne porte pas sur beaucoup de matières. Qui plus est, ce contentieux se distingue aussi par la mixité de ses modalités de résolution, en même temps il se règle devant les autorités juridictionnelles, en même temps il peut prendre la voie des modes alternatifs pas toujours reconnus et prévus par les textes.

Mots-clés : régulation, contestation, personnes publiques, opérateurs

*Date de soumission:*08/10/2021 ,*Date de révision :* 12/12/2021, *Date de publication:* 31/12/2021.

Pour citer l'article:

Éric Stéphane MVAEBEME, " Le contentieux de la régulation dans les Etats d’Afrique subsaharienne francophone. Les cas du Cameroun et de la Côte d’Ivoire", *RARJ*, vol. 12, n°3, 2021, pp. 966-998.

Disponible sur: <https://www.asjp.cerist.dz/en/PresentationRevue/72>

Auteur correspondant : Éric Stéphane MVAEBEME, ericstephanemvaebeme@gmail.com

منازعات الضبط في دول جنوب الصحراء الناطقة بالغة الفرنسية، مثال الكاميرون وساحل العاج

المخلص:

يعتبر نزاع الضبط نزاعاً ناشئاً في الدول الأفريقية الواقعة جنوب الصحراء الكبرى الناطقة بالفرنسية بشكل عام ، وفي الكاميرون وساحل العاج على وجه الخصوص. هذا هو السبب في أن الفقه لم يستثمر بعد كثيراً في فهمها وتنظيمها. على عكس فرنسا، حيث تزدهر مثل هذه المنازعات بالفعل ، لا تزال الدول الخاضعة للدراسة تشهد انخفاضاً نسبياً في منازعات الضبط، و يعد الكاميرون متخلف أكثر من ساحل العاج في الميدان. تختلف منازعات الضبط تماماً عما يحدث في فرنسا، وهو ما يبرر سؤال البحث حول خصائصه. بالنظر إلى أن الخصائص تجعل من الممكن تمييز مؤسسة عن نظام قانوني آخر أو عن نظام قانوني آخر، علاوة على ذلك ، يتميز هذا النزاع أيضاً بتنوع طرق حله، وفي نفس الوقت يتم تسويته أمام الجهات القضائية، وفي نفس الوقت يمكن أن يسلك طرق بديلة لا تنص عليها النصوص القانونية.

الكلمات المفتاحية:

الضبط، المنازعة، الشخص العام، العون الإقتصادي

Regulatory disputes in French-speaking sub-Saharan African states, The cases of Cameroon and the Ivory Coast

Abstract :

Regulatory litigation is an emerging issue in French-speaking sub-Saharan Africa in general, and in Cameroon and Côte d'Ivoire in particular. This is the reason why the doctrine has not yet invested much time in understanding and systematising it. Contrary to France, where this litigation is already flourishing, the States understudy still have a fairly weak litigation. Cameroon is lagging behind Ivory Coast.

Regulatory litigation is quite different from what happens in France, which justifies the research question on its characteristics. Given that the characteristics make it possible to distinguish one institution from another or from another legal system, it can be seen that this litigation is characterised by the narrowness of its subject matter, i.e. it does not cover many matters. Moreover, this litigation is also characterized by the mixed modalities of its resolution, at the same time it is settled before the jurisdictional authorities, at the same time it can take the way of alternative modes not always recognized and provided for by the texts.

Keys-words : regulation, contestation, public persons, operators.

Introduction :

Les Administrations publiques en agissant, c'est-à-dire en exerçant leurs droits, sont exposées, soit à froisser des intérêts respectables, soit à violer des droits des administrés, il en résulte des réclamations¹. La régulation qui est une fonction de l'administration publique aujourd'hui, n'échappe pas au contentieux. La régulation en Afrique subsaharienne exprime une mutation du système juridique², où la règle générale abstraite laisse un espace plus vaste à des autorités chargées d'en contextualiser l'application. La transformation de la conception du rôle de l'Etat³ voulue par les bailleurs de fonds à travers les conditionnalités des plans d'ajustement structurel se traduit par la déréglementation qui est un moyen de permettre le désengagement de l'Etat⁴. Celle-ci passe par un ensemble de réformes structurelles visant la modernisation de l'administration publique. Les autorités de régulation participent de cette mouvance de remise en cause de l'Etat dans le cadre du néo-libéralisme économique. Jusque-là le problème reste entier, car la régulation demeure une notion floue, un polysème⁵, une notion fonctionnelle⁶ qui se laisse seulement appréhender autour d'une définition lexicale⁷. Pour ce faire, il est possible de retenir prioritairement trois définitions du vocable « régulation ».

Primo, la régulation peut être appréhendée comme la fonction des Autorités administratives Indépendantes⁸. Mais, il sied de préciser que cette acception vaut davantage pour la France⁹ c'est là-bas et dans d'autres Etats africains que les

¹ Maurice Hauriou, *Précis de droit administratif et de droit public général*, 4^eéd., Paris, librairie de la société du recueil des lois et des arrêts, 1900, p.819.

² Voir pour une approche d'ensemble, lire utilement Jacques Chevallier, « Vers un droit post-moderne : Les transformations de la régulation juridique », *RDP*, 1998, p.659.

³ Voir aussi Bruno BekoloEbe, « Le rôle économique de l'Etat », *Revue camerounaise de management*, n° spécial 1987, p.31.

⁴ Marc Debene, « Le désengagement de l'Etat dans les pays en voie de développement », *Revue administrative*, 1989, p.161.

⁵ Laurence Calandri, *Recherche sur la notion de régulation en droit administratif français*, Paris, LGDJ, « Bibliothèque de droit public », Tome 259, 2008, pp.20-23.

⁶ Sur la distinction « notion fonctionnelle » et « notion conceptuelle », lire Georges Vedel, « De l'arrêt Sept fonds à l'arrêt Barenstein (la légalité des actes administratifs devant le juge judiciaire) », *JCP*, 1948, I, p. 682 et *sq.*

⁷ « La définition lexicale se présente comme une *métadéfinition* prenant, schématiquement, la forme d'uneliste de définitions. Le choix d'une définition lexicale peut aussi reposer sur une volonté de montrer la pluralité des définitions et des conceptions dont peut faire l'objet un mot... ». Pour d'amples explications, lire Véronique Champeil-Desplats, *Méthodes du droit et des sciences du droit*, Paris, Dalloz, 2014, pp.305-306.

⁸ Romain Rambaud, *L'institution juridique de régulation recherche sur les rapports entre droit administratif et théorie économique*, Thèse de Droit Public, Université de Paris-I Panthéon –Sorbonne, 11 octobre 2011, p.18.

⁹ Le Conseil d'Etat français a consacré cette posture en 1983. Lire utilement, EDCE (Études et documents du Conseil d'État), *Rapport public*, n°35, 1983-1984, p. 20. Bien évidemment la Côte d'Ivoire s'inscrit dans ce sillage, *a contrario* le Cameroun a créé des régulateurs avec pour nature juridique des établissements publics. Lire dans ce sens ; Gérard-Martin PekassaNdiam, « Les établissements publics indépendants : une innovation fondamentale du Droit administratif camerounais », *RASJ*, Vol 2, n, °1, pp153-178 ; Cyrille Monembou, « Les personnes publiques spécialisées en droit administratif Camerounais », *Revue béninoise de Sciences Juridiques et Administratives*, n°38, 2017, pp 223-263.

régulateurs détiennent cette nature juridique. La régulation est de ce point de vue la mission des régulateurs, Autorités Administratives Indépendantes¹⁰, établissements publics (pour certains pays) mis sur pied par l'Etat. Cette définition peut avoir la faiblesse d'être assez ancienne et dépassée¹¹ mais ce n'est qu'un leurre car elle est souvent reprise dans des écrits doctrinaux actuels¹².

Secundo, la régulation apparaît souvent comme une nouvelle forme de normativité juridique sous la plume de Gérard Timsit. Pour ce dernier¹³ et bien d'autres, la régulation comme une forme de normativité située entre la normativité de l'État et la normativité du marché, caractérisée par le dialogue et la souplesse¹⁴. Une fonction assurée majoritairement par des Autorités Administratives Indépendantes.

Tertio, la régulation s'apparente aussi à une fonction à vocation économique¹⁵. Cela est majoritairement démontré par la doctrine universitaire¹⁶ ainsi que par celle organique¹⁷. Il appert que la régulation est une fonction fortement économique mais davantage une fonction de conciliation d'impératifs économiques et non économiques. L'on ne peut que faire chorus avec Gérard Marcou qui affirme que la régulation est « une fonction de la puissance publique qui tend à établir un compromis entre des objectifs et des valeurs économiques et non économiques, pouvant être antinomiques, dans le cadre d'un marché concurrentiel¹⁸ ». Cette pléthore d'acceptions de la régulation converge au point où, *in fine*, la régulation est la fonction générale de l'État dans l'économie. C'est dans cette lancée que Sophie Nicinski résume cette activité en « ... une mission générale de l'État vis-à-vis de l'économie (régulation générale [...]), soit à la mission d'autorité de marché indépendante agissant dans un secteur donné (régulation sectorielle). L'idée d'un État régulateur au sens large repose sur la notion de régulation, fondée, d'une part, sur les objectifs de cette fonction et, d'autre part, sur les modalités spécifiques d'intervention des autorités ayant en

¹⁰ Voir par exemple Jean Louis Autin, « Du juge administratif aux autorités administratives indépendantes : un autre mode de régulation », *RDP*, 1988, pp. 1213-1214.

¹¹ Gérard Marcou, « La notion juridique de régulation », *AJDA*, 2006, p. 347, p.347 ; Arnaud See, *La régulation du marché en droit administratif. Étude critique*, Thèse pour le doctorat en Droit de l'Université de Strasbourg, 2010, pp. 129-140.

¹² René Dosière, Christian Vanneste, *Rapport d'information fait au nom du Comité d'évaluation et de contrôle des politiques publiques sur les autorités administratives indépendantes*, Tome 1, Rapport, 2010, pp. 16-17.

¹³ Lire dans ce sens Gérard Timsit, « Les deux corps du droit. Essai sur la notion de régulation », *RFAP*, 1996, pp. 375-394 ; Gérard Timsit, *Archipel de la norme*, Paris, PUF, « Les voies du droit », 1997, pp. 145-231.

¹⁴ Laurence Boy, « Régulation et sécurité juridique », in Laurence Boy, Jean Baptiste Racine, Fabrice Siirinen (coords.), *Sécurité juridique et droit économique*, Bruxelles, Larcier, 2008, pp. 335-338.

¹⁵ Mathieu Touzeil-Divina, *Dictionnaire de droit public*, Lexinexis, Paris, 2017, p. 424.

¹⁶ Pierre Délvolvé, « Le Conseil d'État, régulateur de l'ordre juridictionnel administratif », in *Juger l'administration, administrer la justice, Mélanges en l'honneur de Daniel Labetoulle*, Paris, Dalloz, 2007, p. 260.

¹⁷ EDCE (Études et documents du Conseil d'État), *Réflexions sur l'intérêt général, Rapport public*, n° 50, Paris, La documentation française, 1999, pp. 328-332

¹⁸ Gérard Marcou, « La notion juridique de régulation », précité, p. 349.

charge une mission de régulation¹⁹ ». Le régulateur est ainsi fondé à exercer une mission générale de police administrative selon le juge administratif ivoirien²⁰. En tant que fonction administrative, la régulation doit et peut logiquement faire l'objet de contentieux, puisqu' « aucune activité de l'Administration ne peut être soustraite au contrôle du juge²¹ ». Ainsi, les interventions²² des régulateurs charrient *ipso facto* un phénomène appelé « judiciarisation de la régulation économique²³ » entendu comme l'intensification du recours au juge, y compris son éventuelle instrumentalisation pour régler les conflits dans le domaine considéré²⁴. *Largo sensu*, le terme « contentieux » renvoie à l'ensemble des questions liées à l'existence d'un litige survenu à l'occasion d'une activité²⁵ (administrative) intéressant les services publics²⁶. Mais, une telle définition est évidemment trop générale, puisque tout litige ne nécessite pas toujours l'intervention d'un juge ou d'une « discussion devant les tribunaux²⁷ ». Les contestations juridiques auxquelles peuvent donner lieu les actes et les décisions de l'administration²⁸ (régulateur) regroupent le contentieux de façon générique et le contentieux administratif singulièrement.

La question de la régulation renvoie à une nouvelle façon de voir l'Etat dans nos sociétés. L'expression « régulation » si elle n'est pas entièrement nouvelle, a fait l'objet d'une utilisation grandissante, puis systématique à la fin du XX^e siècle²⁹. Au départ il n'y avait pas de régulation car l'Etat faisait tout et intervenait directement dans tous les secteurs relatifs à l'économie et à la production. En France, les exigences communautaires sont souvent brandies pour justifier le recours à la régulation. Les autorités de régulation appelées là-bas « Autorités administratives indépendantes », répondent en outre parfaitement au besoin de nouvelles formes d'interventionnisme économique que regroupe le concept de régulation, en réaction au rôle de gestion immédiate de l'économie par l'Etat³⁰. La mise sur pied d'instances de régulation est souvent motivée par trois raisons : garantir l'impartialité des interventions de l'Etat, permettre la participation des

¹⁹ Sophie Nicinski, *Droit public des affaires*, op. cit., p. 11.

²⁰ CSCA arrêt n° 41 du 18 février 2015 Société T3A c/ ANAC (Autorité Nationale de l'Aviation Civile).

²¹ Didier Truchet, *Droit administratif*, op. cit., p.364.

²² *Grosso modo*, Les régulateurs ont pour méthodes classiques la réglementation, les autorisations, les sanctions, le règlement des différends entre les opérateurs ou entre les consommateurs et les opérateurs. Lire Didier Truchet, *Droit administratif*, op. cit., p.364 et sq.

²³ Claudie Boiteau, Antoine Louvaris, « La judiciarisation de la régulation économique », *AJDA*, 3 août 2020, n° 27/2020, pp.1521-1526.

²⁴ *Ibid*, p.1521.

²⁵ Gustave Peiser, *Contentieux administratif*, 16^e édition, Dalloz, Paris, 2014, p.5.

²⁶ Jean Appleton, *Traité élémentaire du contentieux administratif : compétence-juridictions –recours*, Dalloz, Paris, 1927, p.1.

²⁷ Gérard Cornu (dir), *Vocabulaire juridique*, 12^e édition, Quadridge, PUF, Paris, janvier 2018, p.565.

²⁸ Edouard Laferrière, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, tome 1, Berger-Levrault et Cie, Libraires éditeurs, Paris, 1887, p.v.

²⁹ Pierre Delvolvé, *Droit public de l'économie*, 2^e édition, Dalloz, Paris, janvier 2021, p.324.

³⁰ Sophie Nicinsky, *Droit public des affaires*, 4^e édition, lextensoédition, Paris, 2014, p.78.

professionnels à la régulation d'un secteur d'activités, et assurer une intervention efficace de l'Etat en termes de rapidité, d'adaptation à l'évolution des marchés et de continuité dans l'action³¹.

Historiquement, la question de la régulation accompagne un mouvement de désengagement de l'Etat, quant à ses formes usuelles d'intervention, sous la pression libérale. Cependant, l'Etat doit rester présent pour assurer son rôle de garant et de gardien du marché³². L'Etat en Afrique subsaharienne francophone se retrouve démanteler³³ ; il voit ses compétences amputées de tous les côtés, ce qui affaiblit ses capacités d'action sans que, corrélativement, des mécanismes fiables de régulation prennent le relais à d'autres niveaux³⁴.

Le contentieux de la régulation est vu sous l'angle des réclamations, des recours, des litiges mettant au-devant de la scène des autorités de régulation considérées comme des personnes administratives. De ce fait, conformément aux différents types de contentieux dégagés par Louis Aucoc³⁵ et ultérieurement par Edouard Laferrière³⁶, il s'agit essentiellement d'un contentieux de l'annulation dans lequel le juge se borne à l'annulation de la décision litigieuse. Ces régulateurs présentés en France tels des Autorités Indépendantes ou des « établissements publics indépendants »³⁷ peuvent causer du tort aux opérateurs en prenant certains actes ou en réglant injustement des différends, c'est dans ce sens que le contentieux de la régulation est en mesure de naître. En France, malgré la massification croissante du contentieux administratif³⁸, le contentieux de la régulation ne figure pas encore dans la liste des contentieux de masse. En Côte d'Ivoire, après le contentieux foncier et domanial, celui de la régulation³⁹ bien

³¹ Rapport du Conseil d'Etat pour 2001, *Les Autorités Administratives Indépendantes*, La Documentation française.

³² Sophie Nicinsky, *Droit public des affaires*, op. cit. p.78.

³³ Claude Momo, « La régulation économique au Cameroun », *Revue de la Recherche Juridique*, PUAM, n° 118, p.968.

³⁴ Jean du Bois De Gaudusson, Jean François Médard, « La crise permanente de l'Etat et la recherche difficile de nouveaux modes de régulation », *Afrique contemporaine (numéro spécial)*, 3^e trimestre 2001. p.3.

³⁵ Cet auteur dégage trois types de contentieux : d'abord le « contentieux administratif proprement dit », dans lequel le juge traite du fond du litige, se prononce sur les droits du requérant et peut substituer sa décision à celle de l'administration ; ensuite, le recours en interprétation d'actes administratifs, à l'occasion de procès qu'il ne juge pas ; enfin, le contentieux de l'excès de pouvoir, limité au contrôle de certaines illégalités et dans lequel le juge se borne à l'annulation de la décision litigieuse », Léon Aucoc, *Introduction à l'étude du droit administratif. Première conférence faite à l'École impériale des ponts et chaussées*, Dupont, Paris, 1865.

³⁶ A la classification tripartite de Léon Aucoc, Edouard Laferrière y adjoint le contentieux de la répression. Lire Pierre-Yves Sagnier, « Léon Aucoc, le juge administratif et les recours », *RFDA*, 2018, n° 3, p.605.

³⁷ Terminologie utilisée pour désigner les régulateurs au Cameroun, par Gérard-Martin PekassaNdiam, « Les établissements publics indépendants : une innovation fondamentale du Droit administratif camerounais », *RASJ*, Vol 2, n°1, pp.153-178

³⁸ Yves Gaudemet, « Approche doctrinale : définition, origines, essai d'explication et perspectives des contentieux de masse », *RFDA*, 2011, n° 3, p.465.

³⁹ Sébastien LathYedoh, « Le contentieux de la régulation devant la Chambre Administrative », *La Tribune de la Chambre Administrative (Côte d'Ivoire)*, Dossier : *La Chambre Administrative et la régulation*, n° 8, juin 2017, p.15.

qu'il soit esquivé par la doctrine, détient déjà une bonne place dans les contentieux de masse contrairement à d'autres pays d'Afrique subsaharienne. Le Cameroun commence à peine à découvrir les contestations consécutives aux multiples agissements des organes de régulation qui pullulent dans l'espace administratif. Il faut relever que ce ne sont pas les autorités de régulation qui manquent dans l'espace institutionnel, ces structures sont même légion. Au Cameroun, elles foisonnent depuis le début des années 1990⁴⁰. Ces institutions administratives se retrouvent à la fois dans le champ économique⁴¹ et dans celui des libertés de l'information⁴². Elles sont nombreuses en Côte d'Ivoire⁴³ au point où un régulateur est singulièrement dédié au secteur cacao-café⁴⁴, ce qui est assez inédit.

Aborder cette analyse, permet de mieux présenter les convergences et les divergences qui existent dans la façon dont le contentieux est résolu dans ces Etats. Surtout dans un contexte où est facilement évoquée l'Afrique subsaharienne francophone comme un espace d'isomorphisme⁴⁵ normatif et institutionnel. L'étude étant circonscrite à deux Etats appartenant à des espaces d'intégration⁴⁶ différents, permettra de relever quelque disparité dans la contestation des agissements des organes de régulation. Cela n'affranchit pas le

⁴⁰Guillaume Joseph Fouda, « Les organismes publics de régulation et de gouvernance en droit public camerounais : Du foisonnement des autorités administratives indépendantes et des établissements publics administratifs, *Revue de droit administratif*, n°1, 1^{er} semestre 2012, pp.183-196.

⁴¹ On peut citer l'Agence de Régulation des Marchés Publics (ARMP) créée par le décret n°2001/048 du 23 février 2001 modifié et complété par le décret n°2012/076 du 08 mars 2012 ; l'Agence Nationale des Technologies de l'Information et de la Communication (ANTIC) régie par le décret n°2012/180 du 10 avril 2012 ; l'Agence de Régulation des Télécommunications (ART) dont la réorganisation et le fonctionnement sont régis par le décret n°2020/717 du 3 décembre 2020 ; l'Autorité Portuaire Nationale (APN) réorganisée par le décret n°2019/179 du 05 avril 2019 ; l'Autorité Aérienne du Cameroun (CCA) réorganisé par le décret n°2019/174 du 09 avril 2019 ; l'Agence d'Electrification Rurale régie par le décret n°2013/204 du 28 juin 2013 portant organisation et fonctionnement de l'Agence d'électrification rurale (AER).

⁴²Cas du Conseil national de la communication (CNC) réorganisé par le décret n°2012/038 du 23 janvier 2012.

⁴³ Il s'agit notamment de l'ANARE (Autorité Nationale de Régulation du secteur de l'Electricité), l'ARTCI (Autorité de Régulation des Télécommunication TIC Côte d'Ivoire), l'ANRMP (Autorité Nationale de Régulation des Marchés Publics), l'ARRMA (Autorité de Régulation de la Restauration et des Métiers de l'Alimentation), la HACA (Haute Autorité de la Communication Audiovisuelle), l'ANAC (Autorité Nationale de l'Aviation Civile), le CNP (Conseil National de la régulation de la Presse écrite) devenu Autorité Nationale de la Presse

⁴⁴ Le Conseil de Régulation de Stabilisation et de Développement de la Filière Café Cacao dit Conseil de Café-Cacao.

⁴⁵ En matière constitutionnelle, lire absolument, André Cabanis, Michel Louis Martin, « *Un espace d'isomorphisme constitutionnel : l'Afrique francophone* », in *Mélanges en l'honneur de Dmitri Georges Lavroff La constitution et les valeurs*, Dalloz, Paris, 2005, p.344-358.

⁴⁶ Le Cameroun fait partie de la CEMAC avec le Tchad, la Guinée équatoriale, le Gabon, la RCA, le Congo. Cet espace comprend deux Unions : L'Union Economique de l'Afrique Centrale (UEAC), qui a pour mission d'harmoniser les réglementations en vigueur au sein des Etats membres afin de dynamiser les échanges commerciaux et faciliter la convergence des politiques économiques au sein de la sous-région ; L'Union Monétaire de l'Afrique Centrale (UMAC), qui est responsable de la convergence monétaire des Etats membres, qui partagent la même monnaie. La Côte d'Ivoire est intégrée dans la CEDEAO qui comprend : le Bénin, le Burkina Faso, le Cap Vert, la Côte d'Ivoire, la Gambie, le Ghana, la Guinée, la Guinée Bissau, le Libéria, le Mali, le Niger, le Nigéria, la Sierra Leone, le Sénégal et le Togo. La CEDEAO vise la création d'un vaste bloc commercial grâce à la coopération économique.

présent travail des références au Droit français en guise de « Droit comparé »⁴⁷.

En France, la question de la particularité du contentieux de la régulation⁴⁸ avait déjà été posée, c'est la raison pour laquelle, concernant quelques Etats d'Afrique subsaharienne francophone, l'on peut retenir la question de Droit suivante : *qu'est-ce qui caractérise le contentieux de la régulation au Cameroun et en Côte d'Ivoire ?* Comme hypothèse, ce contentieux se singularise par une double particularité.

La pertinence de cette interrogation réside dans l'identification des caractères du contentieux de la régulation dans les Etats objets de l'étude. Le positivisme étatique⁴⁹, accompagné de la méthode comparative intégrative⁵⁰ et différentielle⁵¹, serviront d'analyse dans cette étude. En souscrivant au contentieux de la régulation, l'Etat recherche la préservation et la convergence des intérêts tant publics que privés. Dans les Etats concernés, le contentieux de la régulation se caractérise par l'exiguïté de l'objet de ce contentieux, car l'on constate que ce dernier n'est pas ouvert et éclaté, (I). Par ailleurs, comme toute réclamation a vocation à être résolue, concernant le contentieux de la régulation, il fait intervenir une figure juridictionnelle *Janus* et même une alternative à la justice, ce qui met en exergue la mixité de la résolution de ce contentieux (II).

I- L'exiguïté de son objet

Les organes de régulation disposent de nombreuses attributions dans le sens du pouvoir normatif unilatéral et même bilatéral, d'innombrables pouvoirs dans les domaines du « droit dur » et du « droit souple »⁵², mais ce qui fait beaucoup plus

⁴⁷ Abraham Gadjji, *Méthodologie et recueil d'articles en Droit. Thèses et mémoires*, Groupe Medias éditions, Abidjan, mars 2021, p. 11.

⁴⁸ Lire dans ce sens, Marie Crespy de Coninck, *Recherche sur les singularités du contentieux de la régulation économique*, Nouvelles Bibliothèque des Thèses, Dalloz, Paris, 2017, 915p.

⁴⁹ « Le positivisme étatique repose sur les arguments suivants : 1-il n'existe pas de Droit en dehors des règles juridiques édictées par l'Etat ou sanctionnées, ou garanties par l'Etat ; 2-les sources juridiques étatiques sont les principales sources du Droit ; 3-il ne saurait exister de Droit supérieur ou antérieur à l'Etat, le Droit est le fait étatique positif ; 4-la sanction étatique est la caractéristique de la règle de Droit ; 5-les normes juridiques procèdent d'une volonté extérieure à l'individu ; 6-l'Etat n'est lié que par les règles qu'il crée lui-même, toute limitation de la puissance de l'Etat est volontaire. L'Etat est une force juridique donc disciplinée, qui par autolimitation garantit les droits publics et même les droits privés, les droits subjectifs ». Albert Brimo, *Les grands courants de la philosophie du droit et de l'Etat*, 2^e édition, A. Pedone, Paris, 1968, p.265. Pour mieux cerner la quiddité du positivisme étatique, lire absolument, Raymond Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, tome 1^{er}, recueil Sirey, Paris, 1920, p.265 et sq.

⁵⁰ Véronique Champeils-Desplats, *Méthodes et méthodologies du droit et des sciences du droit*, Dalloz, Paris, 2014, p.222. « ...Elle met l'accent sur les ressemblances et les similarités, sur ce qui converge entre les ordres juridiques nationaux ».

⁵¹ *Ibid*, p.223. « ...c'est-à-dire qui se concentre sur les singularités de chaque ordre juridique ».

⁵² Pour mieux cerner cette variante du Droit, lire Christophe Testard, « Le droit souple, une "petite" source canalisée », *AJDA*, Dalloz, 2019, n° 16, pp. 934-940 ; Catherine Thibierge, « Le Droit souple. Réflexions sur les textures du Droit », *Revue trimestrielle de droit civil*, octobre-décembre, 2003, pp.599-628 ; Conseil D'Etat, Etude annuelle, *Le Droit souple*, LGDJ, 2013, 297p. notamment p. 35 et s., avec un passage consacré au « droit souple, instrument de l'Etat régulateur ».

l'objet de contentieux réside dans les sanctions administratives et le règlement des différends. Pourtant, il existe plusieurs types d'actes de régulation contestables⁵³. Pour rendre compte de l'exiguïté de l'objet du contentieux de la régulation dans certains Etats africains, il faut mettre en lumière le fait que ce contentieux est davantage axé sur la contestation des actes de régulation objective (A) et celle des actes de régulation subjective (B).

A- L'étroitesse de la contestation des actes de régulation objective

La régulation objective est le pouvoir de sanction dont l'objet est de mettre en œuvre le droit objectif⁵⁴ et positif. Toute organisation a forcément besoin de règles juridiques. Ces règles juridiques nécessaires peuvent être des obligations⁵⁵, des sanctions imposées⁵⁶. Le Droit de la régulation obéit nécessairement à ce postulat. L'Administration de la régulation a pour fonction d'individualiser et de concrétiser les lois. Dans une grande partie de son activité, elle joue le même rôle qu'une juridiction. De ce fait, elle s'efforce comme elle d'obtenir la conduite sociale désirée par le Législateur en recourant à des actes de contrainte en cas de conduite contraire⁵⁷.

Dans le cadre de la contestation des actes de régulation objective, le contentieux porte sur deux domaines connus et distincts, la régulation économique (1) et la régulation des libertés de l'information (2).

1- L'admission de la contestation de la régulation économique

Réguler l'économie consiste à encadrer de manière fine et constamment modulée les comportements économiques, pour que la logique du marché ne se substitue à celle des intérêts supérieurs de l'économie et de la société⁵⁸. Les secteurs de la régulation économique sont diversifiés, parmi ceux-ci l'on retrouve les marchés publics, les télécommunications et les postes, l'électricité, l'aéronautique, les produits de base c'est-à-dire cacao-café, et le portuaire. L'État régulateur est donc un modèle économique où ce dernier par le truchement de ses institutions personnalisées ou non, construit et maintient l'équilibre socio-

⁵³ Il y a quatre types d'actes administratifs unilatéraux de régulation : *les autorisations d'accès au marché, les actes réglementaires qui fixent les conditions d'exercice de la concurrence en son sein, les actes de règlement des différends et les décisions adoptées en matière de sanction.* » Lire Christos Kaloudas, *Les actes administratifs unilatéraux de régulation*, Thèse de Doctorat en Droit public, Université de Paris II, décembre 2016, 643p. L'auteur estime opportunément que « la régulation trouve dans les actes administratifs unilatéraux ses moyens d'exercice naturels.

⁵⁴ Romain Rambaud, *L'institution juridique de régulation. Recherche sur les rapports entre droit administratif et théorie économique*, Thèse de Droit Public, Université de Paris-I Panthéon – Sorbonne, 11 octobre 2011, p.659.

⁵⁵ L'obligation est biface comme Janus : l'interdit et le prescrit. Pour plus de détails, lire utilement Michel Virally, « Le phénomène juridique », *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, 1966, p.19.

⁵⁶ Sophie Druffin-Bricca, *L'essentiel de l'introduction générale au Droit*, 15^e édition, Lextenso, Gualino, Paris, 2019-2020, p.3.

⁵⁷ Hans Kelsen, *Théorie pure du droit*, traduit par Henri Thevenaz, édition la Baconniere, Neuchâtel, 1953, p.127.

⁵⁸ Claude Momo, « La régulation économique au Cameroun », *Revue de la Recherche Juridique*, PUAM, n° 118, p.968.

économique par la prévention et la correction des dysfonctionnements économiques et leurs externalités sociales et environnementales⁵⁹. Le régulateur « vertical ou sectoriel⁶⁰ » ne prend évidemment pas partie pour favoriser l'un ou l'autre des concurrents, son rôle est essentiellement de créer les conditions favorables au développement du marché.

Contrairement au professeur Didier Truchet qui estime que les recours contre les sanctions infligées aux opérateurs relèvent du plein contentieux⁶¹, dans les Etats d'Afrique objets de l'étude, ce contentieux est beaucoup plus celui de l'excès de pouvoir. C'est justement pour cette raison que les mises en demeure préalables à la sanction sont contestées, les procédures d'urgences sollicitées et des recours en annulation examinées dans le fond.

L'acte administratif est, en principe, l'objectif du recours pour excès de pouvoir⁶². Pourtant en Côte d'Ivoire, le juge administratif semble admettre les recours dirigés vers la mise en demeure. Cette dernière est tout de même « un ordre adressé par les autorités administratives encore appelé acte comminatoire⁶³ ». La mise en demeure, comporte en général, une injonction d'agir dans un certain sens ou de s'abstenir en menaçant parfois le destinataire de sanctions si l'injonction n'est pas observée dans un délai fixé⁶⁴.

Le juge ivoirien a jugé qu'une mise en demeure, sous certaines conditions, est un acte administratif faisant grief. C'est justement le sens des arrêts n° 109 du 22 juin 2016 Orange Côte d'Ivoire contre ARTCI et n° 70 du 22 mars 2017 MOOV-CI contre ARTCI (Agence de Régulation des Télécommunications de Côte d'Ivoire) dans lesquels le juge administratif statue que : « *Considérant qu'il est de principe que les mises en demeure assorties d'une menace de sanction et comportant des délais dans lesquels le destinataire de la mise en demeure devra se conformer à ce qui lui est demandé, sous peine de sanction, sont des actes administratifs* ». Il résulte de ce considérant, reprenant à l'identique le considérant de l'arrêt n° 21 du 25 janvier 2012, HYJAZY Youssef, trois (03) principales conditions pour qu'une mise en demeure puisse être considérée comme un acte administratif susceptible de faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir. D'abord, la mise en demeure doit constater une infraction ou un manquement à la législation en vigueur. Ensuite, la mise en demeure doit prescrire que

⁵⁹ Gaétan Edjangué, « État régulateur, état actionnaire : Le paradoxe du nouveau rapport Etat / économie en Afrique centrale ? », *Solon, revue africaine de parlementarisme et de démocratie*, Volume III, N°16, Avril 2017, pp.42-43.

⁶⁰ Didier Truchet, *Droit Administratif, op. cit.*, p.359.

⁶¹ Ibid.

⁶² Patricia Ambeu, « La chambre administrative, juge de la régulation, *Dossier : La Chambre Administrative et la régulation*, n° 8, juin 2017, p.9.

⁶³ Agathe Van Lang, Geneviève Gondouin, Véronique Inserguet-Brisset, *Dictionnaire de droit administratif*, 7^e édition, Sirey, Dalloz, Paris, 2015, p.293.

⁶⁴ Voir Conseil D'Etat, ass.13 décembre, 1957, Rouleau, Rec.678

l'infraction ou le manquement doit être corrigé dans un délai imparti. Enfin, la mise en demeure doit annoncer des sanctions s'il n'est pas remédié dans le délai imparti au manquement constaté.

De façon générale, il est aujourd'hui permis de dire que les mises en demeure des régulateurs sont devenues, dans la jurisprudence de la Chambre Administrative ivoirienne, l'une des catégories de décisions administratives soumises à son contrôle. Cela voudrait peut-être signifier une réelle avancée vers l'Etat de Droit où toutes les décisions administratives et même des décisions préalables aux sanctions soient déjà en mesure d'être contestées. Surtout qu'en avançant le fait qu'en France, le juge administratif s'était déjà prononcé là-dessus par la négative⁶⁵. Le juge administratif camerounais, le moins sollicité d'ailleurs, n'a pas encore eu l'occasion de se prononcer sur les mises en demeure des organes de régulation. Or, ces mises en demeure ne manquent pas. Par contre, concernant les procédures d'urgence, il est déjà intervenu.

L'opérateur économique⁶⁶ encore appelé régulé, a la possibilité de solliciter le sursis à exécution des sanctions administratives prononcées par le canal d'actes administratifs. La procédure de sursis à exécution des décisions administratives est liée au principe de l'effet non suspensif des recours exercés devant le juge administratif⁶⁷.

En tant que « décision par laquelle le juge, à la demande du requérant, décide de suspendre provisoirement l'exécution de l'acte administratif dont la légalité est contestée devant lui »⁶⁸

, ou « ordre » que le juge « donne à l'administration de différer l'exécution » d'un acte « jusqu'à ce qu'il ait statué au fond »⁶⁹, le sursis à exécution n'est possible que si certaines conditions législatives sont remplies. D'après la législation camerounaise, si l'exécution d'une décision administrative « est de nature à causer un préjudice irréparable et que la décision attaquée n'intéresse ni l'ordre public, ni la sécurité ou la tranquillité publique, le président du tribunal

⁶⁵ CE, 18 nov. 1998, n° 143007, Ass. d'éducation populaire Louis Flodrops : JurisData n° 1998-051204 ; Rec. CE 1998, p. 422.

⁶⁶ Au sens de l'article 5 de la Loi n° 2010/013 du 21 décembre 2010 régissant les communications électroniques au Cameroun, l'opérateur est toute « *personne physique ou morale exploitant un réseau de communications électroniques ouvert au public ou fournissant au public un service de communications électroniques* ». Donc par définition, l'opérateur économique est un agent qui participe à l'activité économique et prend des décisions économiques. Lire dans ce sens, Mathilde Auvray, « La notion d'opérateur économique en droit des contrats publics », *Revue Lamy de la concurrence*, n° 17, 2008, p. 71.

⁶⁷ Bernard-Raymond Guimdo Dongmo, *Le juge administratif camerounais et l'urgence. Recherches sur la place de l'urgence dans le contentieux administratif camerounais*, Thèse de Doctorat d'Etat en Droit Public, Université de Yaoundé II, 2004, p. 285.

⁶⁸ Yves Gaudemet, « Les procédures d'urgence dans le contentieux administratif », *RFDA*, 1988, p. 422.

⁶⁹ Jean Rivero, Jean Waline, *Droit administratif*, 16^{éd.} Paris, Dalloz, 1996, p. 194.

administratif peut, saisi d'une requête, après communication à la partie adverse et conclusion du ministère public, ordonner le sursis à exécution »⁷⁰.

La jurisprudence camerounaise en matière de régulation n'est pas assez riche pour rendre compte de la procédure du sursis à exécution. Mais, il existe tout de même certaines ordonnances dans lesquelles le juge administratif examine les requêtes des régulés. Dans ce sillage, le Président du tribunal administratif du centre (Yaoundé) a prononcé l'Ordonnance n° 29/OSE/CAB/PTA/YDE/2018 dans le but d'octroyer le sursis à exécution dans l'affaire Société ORANGE Cameroun SA contre /Etat du Cameroun-ART (Agence de régulation et de Télécommunications). *in situ*, l'ART avait constaté des insuffisances et des dysfonctionnements au niveau du processus d'identification des abonnés et relevé des non conformités par rapport à la réglementation. En l'absence de liste communiquée par la Société ORANGE Cameroun, l'ART a infligé une amende de trois milliards au régulé. Le juge administratif a ainsi ordonné le sursis à exécution de cette amende. La doctrine locale n'est pas tendre envers le juge administratif parce qu'elle considère que cette mesure est souvent octroyée de façon discriminatoire⁷¹, c'est ce qui justifie le nombre bas d'octroi de sursis aux opérateurs.

La Chambre Administrative ivoirienne a souvent enregistré des demandes de sursis dans plusieurs espèces concernant le droit de la régulation⁷². Malheureusement, le maniement de cette arme procédurale par les opérateurs économiques est malaisé, voire maladroit⁷³. Raison pour laquelle, aucune décision de sursis, jusqu'à ce jour, ne leur a été accordée par la Chambre Administrative. Par exemple, la Chambre Administrative, par un arrêt n° 125 du 21 novembre 2012, a jugé, à bon droit, irrecevable la demande de sursis de la Société Sophia Airlines au motif que Dame KODO Esmel Louise épouse LAFONT, qui l'avait introduite, ne justifiait pas de la qualité lui donnant intérêt pour agir en lieu et place de monsieur Frédéric LAFONT, Président du Conseil d'administration et représentant légal de la Société Sophia Airlines. Le juge ivoirien a même été confronté à des requêtes où l'acte administratif querellé avait déjà été exécuté, ce qui rendait illusoire le prononcé d'un sursis. C'est le cas dans l'espèce CSCA arrêt n° 36 du 30 mars 2016 SARL KINAN c/ ANRMP où la Chambre Administrative a, en effet, jugé sans objet la requête en sursis de la

⁷⁰ Article 30 al. 2 de la loi N°2006/022 du 29 décembre 2006 fixant l'organisation et le fonctionnement des tribunaux administratifs.

⁷¹ Bernard-Raymond GuimdoDongmo, *Le juge administratif camerounais et l'urgence. Recherches sur la place de l'urgence dans le contentieux administratif camerounais*, Thèse précitée, p.285 et sq.

⁷² CSCA arrêt n° 88 du 23 mai 2012 Sté Sophia Airlines c/ANAC ; CSCA arrêt n° 101 du 18 juin 2014 Orange-CI c/ARTCI ; CSCA arrêt n° 55 du 25 février 2015 Orange-CI c/ARTCI ; CSCA arrêt n° 36 du 30 mars 2016 SARL KINAN c/ANRMP ; CSCA arrêt n° 162 du 27 juin 2016 MOOV-CI c/ARTCI.

⁷³ Ce fourvoiement des régulés est d'autant plus visible dans ces affaires : CSCA arrêt n° 101 du 18 juin 2014 Orange-CI c/ARTCI ; CSCA arrêt n° 55 du 25 février 2015 Orange-CI c/ARTCI ; CSCA arrêt n° 36 du 30 mars 2016 SARL KINAN c/ANRMP ; CSCA arrêt n° 162 du 27 juin 2016 MOOV-CI c/ARTCI.

SARL KINAN, soumissionnaire évincé, au motif que la décision d'attribution du marché était devenue définitive dans la mesure où le contrat, issu de la lettre d'attribution du marché, a été entièrement exécuté et payé à la date de l'examen du recours en sursis à exécution. En outre de cela, De même, la Haute Cour a jugé sans objet, la requête en sursis de la société MOOV-CI au motif que la décision portant sanction pécuniaire de ladite société a été entièrement exécutée et la pénalité payée depuis le 13 juin 2015. Dans cette affaire, l'ARTCI a sanctionné plusieurs opérateurs mobiles dont la société MOOV-CI pour manquements aux obligations de qualité de service. Cette société a été astreinte au paiement d'une pénalité d'un montant de 331.697.500 CFA dans un délai de huit (8) jours à compter du commandement de payer délivré par l'ARTCI.

En effet, dans les Etats ciblés par la présente recherche, les décisions qui aboutissent à l'annulation pure et simple des actes des régulateurs ne sont pas légion. Ceci est dû au fait que ce contentieux est encore naissant et il cherche ses marques. Les principaux acteurs préposés à son maniement ne maîtrisent pas encore tous les contours encore moins ses rouages. Il est des décisions où les requérants brillent par le désistement⁷⁴, leur amateurisme charriant des innombrables rejets⁷⁵, irrecevabilités⁷⁶, recours classés sans objet⁷⁷, ce qui aboutit à la situation où très peu de recours sont finalement examinés au fond. L'on pourrait ajouter à cela les délais de traitement des différents recours par le juge administratif dans les Etats africains. En Côte d'Ivoire, « le délai moyen qui sépare le dépôt d'une requête au Secrétariat Général de la Cour Suprême de son jugement est compris entre un an et trois ans et demi, voire quatre (4) ans selon la nature et la difficulté des dossiers »⁷⁸. Au Cameroun, la tendance n'est guère reluisante car si l'on prend le cas de l'Ordonnance n°

⁷⁴ Par l'Arrêt n° 101, la chambre accède à la requête 2014-138 S/EX du 26 mars 2014 dans l'espèce SOCIETE ORANGE COTE D'IVOIRE C/ L'autorité de régulation des télécommunications CI (ARTCI). Idem pour l'arrêt n° 109, la Cour accepte la requête n° 2014-057REP du 21 mars 2014 société ORANGE COTE D'IVOIRE C/ L'Autorité de Régulation des Télécommunications CI (ARTCI) ;

⁷⁵ Arrêt n° 54 suite à la requête n° 2014-495 s/ex/ad du 27 novembre 2014 de la société orange Côte d'ivoire c/ l'autorité de régulation des télécommunications en Côte d'ivoire (ARTCI) ; Arrêt n° 96 concernant la requête N° 2019-461 S/EX du 13 décembre 2019 cabinet Kanian Consulting et autres C/ Autorité Nationale de Régulation des Marches Publics (ANRMP) ; Arrêt N° 107 sur la requête n° 2019-446 S/EX du 20 novembre 2019 relativement à l'affaire N'gouOkaugny Yannick Anicet C/ Autorité Nationale de Régulation des Marches Publics dite ANRMP

⁷⁶ La requête, n° 2012-055 REP du 5 juillet 2012 de la société DRAGON de Côte d'Ivoire dite DRACI est irrecevable pour recours administratif préalable prématuré ; Arrêt N° 32 sur la base de la requête N° 2016-095 REP du 10 mai 2016 concernant l'affaire ENTREPRISE GETRA-BAT C/ Autorité Nationale de Régulation des Marches Publics (ANRMP) ; arrêt n° 71 pris sur la base de la requête n° 2015-093 REP du 30 avril 2015 COMIUM Côte d'Ivoire c/ Autorité de Régulation des Télécommunications/TIC Côte d'Ivoire dite ARTCI

⁷⁷ Arrêt n° 162 sur la base de la requête n° 2015-292 s/ex du 10 juin 2015 de MOOV COTE D'IVOIRE C/ Autorité de régulation des télécommunications/tic de Côte d'ivoire ; Arrêt N° 108 sur le fondement de la requête - N° 2016-616 S/EX/AD du 28 novembre 2016 société net services ivoire (netsi) c/ Autorité Nationale de Régulation des Marches Publics (ANRMP) ;

⁷⁸ Patricia Ambeu, « La chambre administrative, juge de la régulation, *Dossier : La Chambre Administrative et la régulation*, n° 8, juin 2017, p.13.

29/OSE/CAB/PTA/YDE/2018 qui octroie le sursis à exécution dans l'affaire Société ORANGE Cameroun SA contre /Etat du Cameroun-ART (Agence de régulation et de Télécommunications), l'on n'est pas encore proche de voir intervenir la décision au fond du juge administratif. Dans certaines espèces, le régulateur intervient même avant que le juge ne statue définitivement en empêchant au juge de se prononcer définitivement. C'est le cas avec l'affaire HEIFFER International c/ A.R.T⁷⁹. Quid du contentieux des libertés de l'information ?

2- L'admission de la contestation de la régulation des libertés de l'information

Dans la jurisprudence des juridictions administratives des Etats africains, il est possible de constater l'émergence d'un contentieux des libertés de l'information. Tout ceci découle de l'extension des activités du Conseil National de la Presse (CNP) et du Conseil National de la Communication Audiovisuelle (CNCA), devenu la Haute Autorité de la Communication Audiovisuelle (HACA) en Côte d'Ivoire⁸⁰, et du Conseil National de Communication au Cameroun (CNC). Ce contentieux porte ainsi sur la régulation de la presse d'une part et de la communication audiovisuelle d'autre part.

En Côte d'Ivoire « Il est créé une instance de régulation dénommée Conseil National de la Presse en abrégé CNP, autorité administrative indépendante, qui est chargée de veiller au respect par les entreprises de presse et les journalistes des obligations prévues par la présente loi. A ce titre, il dispose d'un pouvoir disciplinaire »⁸¹. Cet organe qui est mis sur pied dans un contexte de crise sociopolitique exacerbée⁸² exerce une fonction répressive dans le milieu de la presse. Malgré la rareté de ce type de contentieux, le juge administratif a déjà eu à vider sa saisine sur ce type d'affaires. L'on cite : Société 2M. Net c/ Conseil National de la Presse du 19 janvier 2011 ; La Régie Cyclone c/ Conseil National de la Presse du 21 novembre 2012⁸³ ; le Groupe «

⁷⁹ Les faits de la cause portaient sur la saisie des équipements de la Société HEIFFER pour exploitation et vente illégale. La société HEIFFER avait intenté un recours devant le juge administratif contre cette sanction, estimant qu'elle se trouvait dans une plage d'exploitation qui selon la réglementation en vigueur, ne nécessitait pas une autorisation. Mais la procédure n'avait pas suivi son cours car, l'A.R.T avait anticipé sur la décision du juge en produisant un mémoire en défense dans lequel, elle reconnaissait le préjudice causé. Pour plus de détails, lire Stéphane Mavianne Effa Effa, *Le juge du contentieux de la régulation des communications électroniques au Cameroun*, Université catholique d'Afrique Centrale Yaoundé - Master 2 en contentieux et arbitrage des affaires 2012.

⁸⁰ Par Ordonnance N° 2011-75 du 30 avril 2011 portant érection du Conseil National de la Communication Audiovisuelle (CNCA) en Haute Autorité de la Communication Audiovisuelle (HACA).

⁸¹ Article 38 la Loi n° 2004-643 du 14 décembre 2004 portant régime juridique de la presse.

⁸² Waliyu Karimu, *Pacifier la presse écrite en Côte d'Ivoire. Analyse de deux décennies de tentatives de professionnalisation des quotidiens ivoiriens depuis 1990*, Thèse de doctorat en Sciences de l'Information et de la Communication, Université de Paris 8 Vincennes Saint-Denis, octobre 2017, p.185.

⁸³ in situ, le juge a fait recours aux principes généraux du droit en ces termes : « qu'il ne résulte pas du dossier qu'avant la prise de la décision attaquée, le Conseil National de la Presse ait mis la Régie Cyclone en mesure de s'expliquer sur les faits à elle reprochés ; que ce faisant, le Conseil National de la Presse a violé le principe

La Refondation » c/ Conseil National de la Presse du 20 mars 2013⁸⁴ ; Traoré Moussa c/ Conseil National de la Presse du 18 novembre 2015 ; AlaféWakili c/ Conseil National de la Presse du 18 novembre 2015.

Au Cameroun, il est à noter que c'est le Conseil National de la Communication qui est l'organe régulateur tant de la presse que de la sphère audiovisuelle⁸⁵. Cette structure mise sur pied s'inscrit dans la mouvance de la libéralisation et la démonopolisation du secteur de la communication, et ce à travers l'admission des médias privés dans ce secteur⁸⁶. Elle naît avec pour objectifs de garantir aux citoyens une information pluraliste et soustraite aux manipulations éventuelles du pouvoir étatique ou de tous les autres acteurs sociaux⁸⁷. En exerçant ces activités, le CNC peut faire face à un contentieux. Ce dernier n'est pas aussi très fourni car le juge n'a eu qu'à statuer que sur de rares occasions où il a été saisi par des recours visant le régulateur. Pourtant ce ne sont pas les agissements fautifs du régulateur qui manquaient. Dans quelques rares espèces, le juge administratif s'est contenté d'ordonner des sursis à exécution des sanctions administratives prises par le régulateur. Ainsi l'ordonnance n°34/OSE/CAB/PTA/YDE/2018 du président du tribunal administratif de Yaoundé attribue un sursis à exécution dans l'affaire opposant Amougou Belinga Jean Pierre, Ernest Obama-Sidonie Monkam au CNC sur la base du recours n° 145/RG/2018 du 17 janvier 2018. Ce recours intervenait suite à la Décision n° 000089/CNC du 19 décembre 2017 portant respectivement suspension pour deux mois le directeur de publication de la chaîne de télévision « Vision 4 », et des nommés Monkam Sidonie et Ernest Obama journalistes en service au susdit organe. Dans la même veine, l'ordonnance n° 33/OSE/CAB/PTA/YDE/2018 du président du tribunal administratif de Yaoundé attribue un sursis à exécution dans l'affaire opposant « Vision 4 » et autre au CNC sur la base du recours n° 044/RG/2018 du 17 janvier 2018. Dans ces deux espèces, les décisions au fond ne sont pas encore intervenues⁸⁸.

général du respect des droits de la défense qui s'impose à toute autorité administrative investie du pouvoir de prendre des sanctions disciplinaires ; qu'ainsi la décision n° 013 du 09 juillet 2010 du Conseil National de la Presse infligeant à la Régie Cyclone une sanction pécuniaire et l'obligation de publication de la décision, est entachée d'illégalité et doit par conséquent être annulée... »

⁸⁴ Dans cette espèce, le juge a statué ainsi, « qu'en l'espèce, le Groupe La Refondation, après son recours gracieux du 08 octobre 2010 auquel le Conseil National de la Presse n'avait pas encore donné suite, a, sans attendre l'expiration du délai de quatre (4) mois prévu à l'article 59 susvisé, introduit sa requête devant la Chambre Administrative dès le 27 octobre 2010, formant ainsi un recours juridictionnel prématuré qui conduit nécessairement à l'irrecevabilité de la requête ».

⁸⁵ Contrairement à la Côte d'Ivoire où il s'agit de deux organes bien distincts.

⁸⁶ AbdouramanHouda, *La nature juridique du Conseil National de la Communication*, mémoire de Master, Université de Yaoundé II, 2018, p.3.

⁸⁷ Gérard Martin PekassaNdiam « Les établissements publics indépendants : une innovation fondamentale du droit administratif Camerounais », *RASJ*, vol.2, n°1, 2001, p.160.

⁸⁸ En attendant ces décisions au fond, le régulé a fait volte-face en saisissant le juge judiciaire pour faire condamner le Président du CNC. Ce dernier (Peter Essoka) a été condamné en septembre 2018 à 6 mois de prison avec sursis pendant 3 ans pour « abus de fonction » par le tribunal de 1ère instance de Yaoundé. Il devra

Le contentieux de la communication audiovisuelle trouve ses prémices dans l'arrêt Radio Bonne Santé dite RBS c/ Conseil National de la Communication Audiovisuelle rendu par la Chambre Administrative de la Cour Suprême ivoirienne le 28 décembre 2011⁸⁹. *In situ*, il appert que le Conseil National de la Communication Audiovisuelle a retiré définitivement à Radio Bonne Santé la fréquence 106.4 Mhz qui lui était attribuée par décret n° 98-276 du 03 juin 1998 portant approbation de la convention générale pour l'exploitation d'un service public de radiodiffusion sonore. Le régulateur reprochait à Radio Bonne Santé d'avoir utilisé anormalement deux fréquences. Radio Bonne Santé par requête du 04 septembre 2009, saisi la Chambre Administrative de la Cour Suprême pour un recours pour excès de pouvoir. Mais contre toute attente, la Chambre Administrative a confirmé le pouvoir de sanction du Conseil National de la Communication Audiovisuelle en déclarant que la Radio Bonne Santé n'est pas fondée à contester la décision de retrait de fréquence. Quid de la régulation subjective ?

B- L'étroitesse de la contestation des actes de régulation subjective Les autorités de régulation disposent dans un second temps de fonctions contentieuses, c'est-à-dire du pouvoir non juridictionnel de trancher des litiges⁹⁰. Elles disposent d'un pouvoir de règlement des différends appelé « régulation subjective »⁹¹. Cette dernière signifie en quelque sorte que les autorités de régulation disposent d'un pouvoir de règlement de différends lorsqu'elles doivent sanctionner l'attribution de droits subjectifs. En tant que second volet de l'action des régulateurs, celui-ci peut logiquement aussi faire l'objet de contentieux, bien qu'il soit assez étroit.

En réglant des différends intervenus dans le secteur régulé, les régulateurs prennent des décisions qui n'emportent pas forcément l'adhésion des acteurs. Le contentieux survient dans le règlement des différends entre les opérateurs (1) et entre les consommateurs et l'opérateur (2).

malgré tout s'acquitter de 50.000 FCFA d'amende à la justice, de 24.500 FCFA de dépens, 10 millions FCFA de dommages et intérêts pour le préjudice moral causé au demandeur et à ses collaborateurs, que sont le président-directeur général du groupe L'Anecdote, Jean Pierre Amougou Belinga et trois de ses journalistes. En fin août dernier, Peter Essoka, déjà poursuivi par le même adversaire, était condamné par le tribunal de 1ère instance de Ngoumou, situé à une trentaine de kilomètres de Yaoundé, à 6 mois de prison avec sursis pendant 3 ans pour « diffamation par voie de média ». Pour les faits, et au titre du préjudice moral, il doit également verser 15 millions FCFA de dommages et intérêts à son adversaire, le groupe de presse L'Anecdote, 785.000 FCFA de réparation à la chaîne Vision 4 et 2 millions FCFA de frais de justice.

⁸⁹ Sébastien LathYedoh, « Le contentieux de la régulation devant la Chambre Administrative », *La Tribune de la Chambre Administrative (Côte d'Ivoire), Dossier : La Chambre Administrative et la régulation*, n° 8, juin 2017, p.19.

⁹⁰ Paule Quilichini, « Réguler n'est pas juger. Réflexions sur la nature du pouvoir de sanction des autorités de régulation économique », *AJDA*, 2004, pp.1062-1063.

⁹¹ Romain Rambaud, *L'institution juridique de régulation. Recherche sur les rapports entre droit administratif et théorie économique*, Thèse précitée, p.659.

1- La contestation résiduelle du règlement des différends entre opérateurs

Au Cameroun, tous les régulateurs sectoriels ne disposent pas des pouvoirs de règlement des différends. C'est une fonction classique d'une autorité de régulation. Il y a justement le cas de l'Agence de Régulation des Télécommunications (ART) qui possède la qualité pour régler des différends entre les opérateurs. Cela est contenu dans le décret n° 2012/203 du 20 avril 2012 portant organisation et fonctionnement de l'Agence (ART) qui postule que « l'Agence connaît, préalablement à la saisine de toute juridiction, des litiges entre opérateurs des réseaux de communications électroniques relatifs notamment, à l'interconnexion ou à l'accès à un réseau de communications électroniques au dégroupage de la boucle locale, à la numérotation, à l'interférence des fréquences, à la co-localisation physique, et au partage des infrastructures »⁹². Le régulateur intervient donc pour rétablir les droits et obligations des parties, révélant ainsi que la régulation est aussi une question de rapports de forces⁹³. Ainsi, le pouvoir de règlement des différends permet de résoudre des problèmes concrets de concurrence et se substitue donc aux sanctions *ex post* de l'autorité de la concurrence⁹⁴. Dans ce domaine, il peut arriver que le désaccord porte sur la négociation, le refus, l'inexécution ou à la mauvaise exécution des conventions d'interconnexion⁹⁵. Après avoir énuméré les différends entre opérateurs, relevant du pouvoir de règlement de l'Agence, il faut dire que l'énumération faite à l'article 65 (1) de la loi régissant les communications électroniques n'est pas exhaustive. L'adverbe « *notamment* » utilisé à cet article, laisse penser que l'Agence peut connaître de tout autre litige, dès lors qu'il oppose des opérateurs. C'est le cas des différends liés à la concurrence déloyale⁹⁶. Il faut toutefois noter que les règlements des différends par les régulateurs n'ont pas encore véritablement fait l'objet de contentieux, pourtant une procédure est prévue à cet effet. Celle-ci est prévue dans la décision n° 00000191/ART/DG/DAJPC/SDAJ/SREG du 2 octobre 2014 fixant les modalités de règlement des différends entre opérateurs des réseaux de communication au Cameroun⁹⁷. Une certaine doctrine estime

⁹² Article 4 al.6 du décret n° 2012/203 du 20 avril 2012 portant organisation et fonctionnement de l'Agence (ART)

⁹³ Arnaud Moïse NnaAmvene, « L'intervention du régulateur dans les rapports contractuels des opérateurs des industries de réseau au Cameroun », *Lenemro, revue trimestrielle de droit économique*, octobre-décembre 2019, p.131.

⁹⁴ Thomas Perroud, « Les raisons de l'attribution d'une fonction de règlement des différends aux autorités de régulation : une comparaison France Royaume Uni », *Droit et Société*, n°93, 2016/2, pp.317-336, spéc. p.328

⁹⁵ Décision N° 000028/D/ART/DG du 4 mars 2003 portant règlement du litige d'interconnexion entre la société *Mobile Telephone Networks Cameroon* (MTN Cameroon) et la société *CameroonTelecommunications* (CAMTEL).

⁹⁶ Décision N° 000022/ART/DAJCI constatant l'extinction du litige portant sur les campagnes publicitaires et opposant ORANGE Cameroun à la société MTN.

⁹⁷ Article 38 « la décision rendue par l'Agence sur le fond d'un différend ne peut faire l'objet de contestation que devant un arbitre ou devant les juridictions de droit commun ».

quel'autre difficulté consiste à désigner les « juridictions de droit commun ». Le texte ne fournit pas de lumière là-dessus, mais par pure logique une personne morale de droit public devrait voir ses actes contestés devant le juge administratif.

En Côte d'Ivoire, l'Autorité de régulation des Télécommunications (ARTCI) dispose d'un pouvoir de règlement des différends contenu dans l'Ordonnance du 21 mars 2012 relative aux télécommunications et aux technologies de l'information et de la communication⁹⁸. Ses décisions en matière de règlement des différends entre opérateurs peuvent faire l'objet d'un recours devant la Cour d'Appel d'Abidjan⁹⁹. Le régulateur, par Décision n° 2017-0261 du Conseil de Régulation de l'ARTCI en date du 7 février 2017 relative à la plainte d'*Atlantique Telecom* sur la différenciation tarifaire et la régulation asymétrique des tarifs d'interconnexion a donné raison au saisissant¹⁰⁰. Toutefois, il faut mentionner que les décisions de règlements de différends sont considérées comme des actes administratifs par la doctrine¹⁰¹, donc susceptibles d'être déférés auprès du juge administratif. Il n'existe pas de décision du régulateur qui ait fait l'objet de recours auprès de la Cour d'Appel d'Abidjan après règlement en premier ressort par l'ARTCI. Il est même constaté que les opérateurs saisissent directement le Tribunal de Commerce d'Abidjan¹⁰² en cas de litige, ce qui vide la compétence pourtant étendue du régulateur.

2- La contestation éventuelle du règlement des différends entre consommateur et opérateur

La loi camerounaise régissant les communications électroniques n'énumère pas les différends entre opérateurs et consommateur. Cependant, cette dernière doit protéger les consommateurs contre les abus des opérateurs. Les litiges entre consommateur et opérateur sont généralement de nature contractuelle. Ils peuvent être liés au non-respect des conditions de formation ou à l'inexécution

⁹⁸ Article 72 de l'ordonnance : L'ARTCI est chargée « de connaître et de régler, en premier ressort les litiges du secteur ».

⁹⁹ Article 112 de l'Ordonnance du 21 mars 2012 relative aux télécommunications et aux technologies de l'information et de la communication en Côte d'Ivoire.

¹⁰⁰ On peut noter que depuis la prise de cette décision, il n'y a plus de différenciation tarifaire on-net et off-net en Côte d'Ivoire, ce qui est de nature à éviter les effets clubs, à faire jouer véritablement la concurrence au profit des consommateurs. L'ARTCI a d'ailleurs constaté la diminution des offres promotionnelles et surtout le phénomène des bonus. Ceci est de nature à limiter la dégradation de la qualité de service dû à l'encombrement des réseaux provoqué par la distribution de gros pourcentages de bonus

¹⁰¹ Lire dans ce sens, Christos Kaloudas, *Les actes administratifs unilatéraux de régulation*, op. cit.

¹⁰² L'on se référera avec intérêt à un jugement rendu entre les sociétés Côte d'Ivoire Télécom et Intel Afrique concernant l'inexécution par la seconde société d'une obligation de paiement au titre d'un contrat de fourniture d'accès à Internet. C'est le tribunal de commerce qui a tranché l'affaire : Tribunal de commerce d'Abidjan, 4ème ch., 16 juillet 2013 ; Voir également : litige ayant opposé les sociétés FIT COM et ETELECOM CI au sujet de la construction de deux pylônes, Tribunal de commerce d'Abidjan, 4ème chambre, 11 février 2014, www.tribunalcommerceabidjan.org consulté le 7 octobre 2020 à 21h.

du contrat d'abonnement, qui est soumis à l'adhésion du client, et dont le choix se réduit à conclure ou à ne pas conclure un contrat dont le contenu échappe à sa volonté. En ce qui concerne la saisine de l'A.R.T par un consommateur, la loi régissant les communications électroniques n'en fait pas une obligation. Il s'agit plutôt d'une faculté que le consommateur est libre d'exercer ou non¹⁰³. Par conséquent, à défaut de saisir l'Agence, le consommateur peut saisir les juridictions civiles¹⁰⁴. Il faut aussi comprendre que les juridictions ne sont pas beaucoup sollicitées ici parce que les consommateurs préfèrent souvent se rapprocher des associations de défense de leurs droits qui se chargent d'interpeller l'opérateur sur ses obligations contractuelles.

Dans le champ des Télécommunications et TIC en Côte d'Ivoire, « toute personne physique ou morale peut saisir l'ARTCI pour demander réparation d'un préjudice subi... ou de toute autre demande survenant dans le cadre des activités des télécommunications/TIC »¹⁰⁵. Mais cette voie est très peu usitée car les consommateurs préfèrent se rabattre directement sur le Tribunal de Commerce d'Abidjan¹⁰⁶, pourtant textuellement incompétent.

Le contentieux de la régulation dans ses deux volets semble étriqué et assez complexe au regard de son objet. Sa résolution brille aussi par une certaine mixité et hétérogénéité qui semblent ne pas faciliter sa systématisation.

II- La mixité dans sa résolution

Le contentieux de la régulation se caractérise par le fait qu'« il n'existe pas qu'un (*juge de la régulation économique*) : le contentieux de la régulation, et tout particulièrement de la régulation économique, relève de figures juridictionnelles diverses »¹⁰⁷. Ce qui en ajoute encore à la complexité déjà visible de ce contentieux, c'est le fait que des modes non juridictionnels sont aussi prévus pour le régler. On peut généralement les classer dans la catégorie des modes alternatifs de règlements des litiges administratifs¹⁰⁸. L'engouement pour ces mécanismes alternatifs est visible dans les Etats africains mais leur pratique croissante vient davantage de la France (sous l'impulsion du Droit de

¹⁰³ L'Article 52 (9) de la loi régissant les communications électroniques dispose en effet que : « le consommateur a droit à la saisine de l'Agence et des organismes de protection des consommateurs des plaintes contre le fournisseur de services ».

¹⁰⁴ Civ. 1, 5 octobre 1999. Bull. 260 ; inédit

¹⁰⁵ Article 109 de l'Ordonnance du 21 mars 2012 relative aux télécommunications et aux technologies de l'information et de la communication.

¹⁰⁶ Tribunal de commerce d'Abidjan, 30 janvier 2014, RG n° 1836/2013, www.tribunalcommerceabidjan.org. Consulté le 8 octobre 2020 vers 2h du matin.

¹⁰⁷ RozenNoguellou, « L'office du juge de la régulation », *RDP*, n° 2, 2014, p.329.

¹⁰⁸ Lire dans ce sens, Philippe Yolka, « Les modes alternatifs de règlements des litiges administratifs », Pascal Gonod, Fabrice Melleray, Philippe Yolka, (dir), *Traité de droit administratif*, tome 2, Dalloz, Paris, 2011, pp.585-630.

l'Union européenne), qui très tôt a compris les enjeux de cette autre façon de régler les conflits.¹⁰⁹

La mixité du règlement du contentieux de la régulation se manifeste par l'asymétrie de la résolution juridictionnelle (A) et par l'excentricité de celle non juridictionnelle (B).

A- Une résolution juridictionnelle asymétrique

Manifestation d'un Etat de droit expansionniste¹¹⁰, le contrôle juridictionnel des autorités de régulation est un impératif catégorique. Les juges ordinaires, c'est-à-dire les juges administratif et judiciaire sont préposés au contrôle des actes des régulateurs sectoriels dans des Etats d'Afrique même si la nécessité d'un tribunal unique de la régulation¹¹¹ s'impose. Dans les Etats intéressées par l'étude, il se dégage un constat clair, selon lequel, la judiciarisation¹¹² du contentieux est asymétrique, c'est-à-dire qu'elle est cardinale du côté du juge administratif (1) et marginale chez le judiciaire (2).

1- L'intervention cardinale du juge administratif

Le juge administratif a toujours entretenu avec le contentieux économique un rapport particulier¹¹³. Celui-ci s'est reconnu compétent pour juger des actes et de l'activité des organismes que la doctrine et les textes français et ivoiriens désignent sous le syntagme d'autorités administratives indépendantes. Cette compétence des juridictions administratives a d'ailleurs permis d'affirmer la nature administrative de ces autorités ainsi que de leurs actes.

¹⁰⁹ Conseil d'Etat, Section du rapport et des études, *Régler autrement les conflits : conciliation, transaction, arbitrage en matière administrative*, 1993, 163p.

¹¹⁰ Nicole Decoopman, « Le contrôle juridictionnel des autorités administratives indépendantes », in Nicole Decoopman (dir), *Le droit administratif en mutation*, PUF, Paris, 1993, p. 220.

¹¹¹ À titre d'exemple, les Pays-Bas ont mis en place une juridiction administrative spéciale en matière économique, le Collège d'appel du commerce et de l'industrie. Ce tribunal couvrant tous les secteurs sauf les médias, il connaît donc de l'ensemble des décisions des régulateurs dans le domaine des communications électroniques, de l'énergie, des transports, et du droit de la concurrence. Cependant, il n'est composé que de magistrats. En Grande Bretagne, il y a le *CompetitionAppeal Tribunal* qui est une juridiction spécialisée ; Le caractère le plus saillant tient d'abord à sa composition qui reflète un souci louable d'assurer un véritable recours de pleine juridiction devant une instance dotée des compétences pour contrôler les appréciations économiques des autorités de concurrence. La composition de cette juridiction manifeste ainsi l'objectif de faire du *CompetitionAppeal Tribunal* une juridiction de qualité irréprochable. Elle dispose de magistrats confirmés, de juristes rompus au contentieux et au droit, ainsi que de spécialistes renommés en économie. Lire utilement, Thomas Perroud, « Faut-il créer un tribunal de la régulation », 2016, Aix-en-Provence, France, pp.19-21. Pour une analyse plus poussée : Thomas Perroud, *La fonction contentieuse des autorités de régulation*, Thèse de doctorat en droit, Université Panthéon-Sorbonne-Paris I, 2011, p.898 et sq.

¹¹² « La judiciarisation est entendue ici comme l'intensification de l'intervention du juge, y compris son éventuelle instrumentalisation pour régler des conflits dans le domaine considéré... ». Lire dans ce sens, Claudie Boiteau et Antoine Louvaris, « La judiciarisation de la régulation économique », *AJDA*, n° 27/2020, 3 août 2020, p.1523

¹¹³ Lire les analyses classiques de Roland Drago, « Aspects du contrôle exercé par le juge administratif sur la politique économique », in *Mélanges Ganshof van der Meersch*, 1972, t. 3, p.455 et de Jean Claude Vénézia, « Sur le degré d'originalité du contentieux économique », in *Mélanges Stassinopoulos*, 1974, p. 147.

Grosso modo, les régulateurs sont considérés comme des structures agissant pour le compte de l'Etat. Pour mieux les saisir, il est opportun de les présenter sous l'angle du proscrit et du prescrit. Il est à juste titre proscrit de considérer les autorités de régulations comme des juridictions. En Côte d'Ivoire, l'idée est reprise dans un arrêté du 14 septembre 2010 fixant les modalités de saisine, les procédures d'instruction et de décision de la cellule recours et sanctions de l'Autorité Nationale de Régulation des Marchés Publics (ANRMP). L'article 2 de cet arrêté présente la Cellule Recours et Sanctions (CRS), organe de l'ANRMP, chargé de trancher les litiges ou de régler les différends, comme étant « un organe non juridictionnel »¹¹⁴. Etant donné que les juridictions administratives compétentes ne sont saisies ni pour interjeter appel ni pour se pourvoir en cassation, administre aussi la preuve que ces institutions ne sont pas des juridictions. D'ailleurs, ces structures ne rassemblent pas les critères classiques¹¹⁵ doctrinaux d'identification d'une juridiction. C'est à bon droit que sous l'arrêt *Société Jan de Nul contre Autorité de régulation des marchés publics*, rendu le 30 décembre 2014 par la Chambre Administrative de la Cour Suprême de Côte d'Ivoire, dans lequel on a fait observer, péremptoirement, que l'autorité de régulation des marchés publics « n'est pas une juridiction »¹¹⁶. Par ailleurs, le Professeur Kobo, dans un rapport consacré à l'affaire *Société Dragon de Côte d'Ivoire contre Autorité Nationale de Régulation des Marchés Publics*, qui a donné lieu à la reddition par la Haute juridiction d'un arrêt en date du 27 février 2013 conclut qu'« on ne saurait regarder l'Autorité Nationale de Régulation des Marchés Publics comme une juridiction »¹¹⁷ malgré les hésitations de la doctrine¹¹⁸. Au Cameroun, le

¹¹⁴ Paterne Yapi Mambo, « le contrôle juridictionnel des décisions rendues au contentieux par les autorités de régulation des marchés publics dans les Etats francophones d'Afrique de l'ouest », in Magloire Ondo et Patrick Edgar Abane Engolo, *Les transformations contemporaines du droit public en Afrique*, Actes du colloque Organisé à l'Université de Yaoundé-II, les 19 au 20 janvier 2017, p.123.

¹¹⁵ La qualité de juridiction à un organisme repose sur trois critères : le critère matériel, le critère organique et le critère formel. Le critère matériel est celui qui s'intéresse aux qualités intrinsèques de l'acte et qui définit l'acte juridictionnel comme un acte destiné à trancher définitivement un litige conformément au droit. Le critère organique se rapporte à la nature de l'organe qui exerce la fonction juridictionnelle. Le critère formel, quant à lui, est relatif aux formes et procédures appliquées. Lire dans ce sens, René Chapus, « Qu'est-ce qu'une juridiction ? La réponse de la jurisprudence administrative », in *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, Paris, éd. Cujas, 1975, p. 265-297 ; Raymond Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'État*, Paris, Sirey, 1920, Tome 1, p. 691-816 ; Pierre Lampué, « La notion d'acte juridictionnel », *Revue du droit public*, 1946, Tome 62, p. 5-67 ; Roger Bonnard, « La conception matérielle de la fonction juridictionnelle », in *Mélanges R. Carré de Malberg*, Paris, Sirey, 1933, p.1-29.

¹¹⁶ Konan Adjé, « Note sous l'arrêt n° 188 du 30 décembre 2014, Société Jan de Nul contre Autorité nationale de régulation des marchés publics », in *La Tribune de la Chambre administrative* (de la Cour suprême de Côte d'Ivoire), n° 4, avril 2015, p. 17-25, spéc. p. 19.

¹¹⁷ Pierre-Claver Kobo, *Rapport sur l'Affaire Société Dragon de Côte d'Ivoire c/ Autorité Nationale de Régulation des Marchés Publics*, Abidjan, 23 novembre 2012, 8 p., spéc. p. 5. Cité par Paterne Yapi Mambo, « le contrôle juridictionnel des décisions rendues au contentieux par les autorités de régulation des marchés publics dans les Etats francophones d'Afrique de l'ouest », précité, p.124.

problème ne se pose presque pas dans la mesure où la jurisprudence et les textes ne reconnaissent aucune nature juridictionnelle aux régulateurs. La doctrine peut tout de même leur reconnaître des fonctions « para juridictionnelles »¹¹⁹ plus proches de la médiation, de l'arbitrage et du précontentieux que de la fonction juridictionnelle. Ce n'est pas comme en France où actuellement la doctrine se demande réellement si la fameuse distinction entre l'Administration et la Juridiction est encore soutenable et utile¹²⁰. Mais, tout compte fait, le postulat demeure : « réguler n'est pas juger »¹²¹.

Il est davantage prescrit ou recommandé d'identifier les autorités de régulations telles des « personnes administratives »¹²². En tant que tels, les régulateurs sectoriels sont qualifiés tantôt comme des Autorités Administratives Indépendantes, tantôt comme des Etablissements publics selon les cas. Concernant l'ANRMP-CI, l'article 2 du décret n° 2013-308 du 8 mai 2013 portant modification du décret n° 2009-260 du 6 août 2009 portant son organisation et fonctionnement la qualifie singulièrement et de façon insolite d'« ...organe spécial indépendant ». Mais le juge administratif ivoirien au travers de la décision *Société Dragon-Côte d'Ivoire contre Autorité Nationale de Régulation des Marchés Publics*, rendue le 27 février 2013 prononçant l'annulation par l'autorité de régulation d'un marché attribué au requérant a prescrit que : « Considérant que l'Autorité Nationale de Régulation des Marchés Publics est un organe administratif ». Les choses sont fort simples pour l'Agence de Régulation des Télécommunications/TIC de Côte d'Ivoire car le décret du 19 décembre 2012 portant son organisation et son fonctionnement précise que : « l'ARTCI est une autorité administrative indépendante dotée de la personnalité juridique et de l'autonomie financière »¹²³. La Haute Autorité de la Communication et de l'Audiovisuel (HACA) s'inscrit dans ce modèle¹²⁴. La formulation même de ce décret est un peu malheureuse car le droit français enseigne qu'une AAI par essence ne saurait détenir la personnalité juridique¹²⁵. Si par extraordinaire, elle venait à la détenir, il ne s'agirait plus d'une AAI mais

¹¹⁸ Lire la relativisation des critères classiques d'identification d'une juridiction par Laure Milano, « Qu'est-ce qu'une juridiction ? La question a-t-elle encore une utilité ? », *RFDA*, 2014, p. 1119 et *sq.* Suivie par Paterné Yapi Mambo, « le contrôle juridictionnel des décisions rendues au contentieux par les autorités de régulation des marchés publics dans les Etats francophones d'Afrique de l'ouest », précité, pp.128-130.

¹¹⁹ Claude Momo, « La régulation économique au Cameroun », *op cit.*, p.975.

¹²⁰ Laure Milano, « Qu'est-ce qu'une juridiction ? La question a-t-elle encore une utilité ? », *RFDA*, 2014, p. 1119 et *sq.*

¹²¹ Paule Quilichini, « Réguler n'est pas juger », *AJDA*, n° 20, 2004, p.1060-1069.

¹²² Marcel Waline, *Manuel élémentaire de droit administratif*, Librairie du Recueil Sirey, Paris, 1939, p226.

¹²³ Article 2 du décret n° 2012 du 19 décembre 2012

¹²⁴ Article 2 du décret du 21 décembre 2011 portant organisation fonctionnement de la HACA.

¹²⁵ Aude Rouyère, « Les personnes publiques spécialisées », in Fabrice Melleray, Pascale Gonod (dir), *Traité de droit administratif*, tome 1, Dalloz, Paris, 2011, p.354. Lire aussi, Conseil d'Etat, Rapport public, *Les autorités administratives indépendantes*, Paris, 2001, p.257.

plutôt d'une Autorité Publique Indépendante¹²⁶. Cette maladresse est peut-être due à la jeunesse¹²⁷ des AAI dans le paysage administratif africain qui tarde encore à intégrer ces nouvelles catégories de « personnes publiques spécialisées »¹²⁸. Toujours en Côte D'Ivoire, l'ordonnance n° 2008-08 du 23 janvier 2008 portant code de l'aviation civile institue l'Autorité Nationale de l'Aviation Civile (ANAC-CI) en la désignant comme « ...AAI dotée de la personnalité morale, de l'autonomie financière et gestion dans les conditions fixées dans le présent Code ». Même la Commission de la Concurrence et de la Vie Chère est une AAI.

A la différence de la France et de la Côte d'Ivoire, le Cameroun a opté pour un statut différent de ses autorités de régulation. Il leur attribue la qualité d'établissement public qualifié doctrinalement d'« indépendant »¹²⁹. Il s'agit beaucoup plus d'« établissements publics sectoriels »¹³⁰ présentés comme des instruments de la décentralisation sectorielle¹³¹. Ces autorités rentrent dans une catégorie fixée par la loi du 12 juillet 2017 portant statut général des établissements publics et des entreprises publiques. Cela se vérifie avec l'Agence de Régulation des Télécommunications¹³² (ART), l'Agence de Régulation des Marchés Publics¹³³ (ARMP), l'Agence de Régulation du Secteur de l'Electricité¹³⁴ (ARSEL), l'Autorité Portuaire Nationale¹³⁵ (APN), l'Agence Nationale des Technologies de l'Information et de la Communication (ANTIC). Ce modèle de régulateur donne la possibilité à l'Etat d'être toujours présent dans la gestion de la régulation, car ces structures ploient sous une double tutelle, financière et technique et fortement rattachées à l'Etat. Par contre, il existe d'autres régulateurs qui n'ont pas la qualité d'établissement

¹²⁶Sébastien Martin, « Les autorités publiques indépendantes : réflexions autour d'une nouvelle personne publique », *RDP*, 01 janvier 2013 n° 1, p. 54

¹²⁷Abdoulaye Diarra, « Les autorités administratives indépendantes dans les Etat francophones d'Afrique noire. Cas du Mali, du Sénégal et du Bénin, *Afrilex*, 2000/00, p.2. Lire, NadjombéGbeou-Kpayile, *Réflexions sur les autorités administratives indépendantes dans les États d'Afrique noire francophone : Les cas du Bénin, du Niger et du Togo*, Thèse de doctorat en droit, Poitiers, 2011, 487p.

¹²⁸ Cyrille Monembou, « Les personnes publiques spécialisées en droit administratif camerounais », *RBSJA*, n° 38, 2017, pp.223-263.

¹²⁹ Gérard PekassaNdam, « Les établissements publics indépendants : une innovation fondamentale du droit administratif camerounais », *op.cit.*

¹³⁰ Jean Waline, *Droit administratif*, 26^e édition, Dalloz, Paris, 2016, p.204 et sq.

¹³¹*Ibid.*

¹³² Article 2(1) du décret n°2020/717 du 3 décembre 2020 portant réorganisation et fonctionnement de l'ART : « l'agence est un établissement public à caractère spécial doté de la personnalité juridique et de l'autonomie financière ».

¹³³ Article 2 (1) du décret N° 2001/048 DU 23 février 2001 portant création, organisation et fonctionnement de l'ARMP : « L'Agence est un établissement public administratif doté de la personnalité juridique et de l'autonomie financière »

¹³⁴ Article 1 (2) du décret du 28 juin 2013 portant organisation et fonctionnement de l'ARSEL : « l'Agence est un établissement public doté de la personnalité juridique et de l'autonomie financière ».

¹³⁵ Article 2 (1) du décret du 15 juin 1999 portant organisation et fonctionnement de l'APN : « L'Autorité est un établissement public administratif doté de la personnalité juridique et de l'autonomie administrative ».

public, mais peuvent être rangées parmi les Autorités Administratives tout court ou Autorités Administratives *sui generis* car difficilement intégrées dans une catégorie connue. Elles ne sont ni AAI ni API. On cite le Conseil National de Communication¹³⁶(CNC) qui logiquement détient la personnalité juridique car étant souvent partie aux procès administratifs¹³⁷ et la Commission Nationale de la Concurrence¹³⁸ qui n'est pas véritablement un régulateur sectoriel comme les autres. Tous ces organes sont censés poser des actes administratifs.

La qualité d'autorité administrative reconnue à certains régulateurs a pour conséquence d'attribuer à leurs actes ou décisions une nature administrative, du moins au regard des textes juridiques et de la jurisprudence, repris par la doctrine. Dans l'arrêt rendu le 27 février 2013 par la Chambre Administrative de la Cour suprême de Côte d'Ivoire, *Société Dragon-Côte d'Ivoire dite DRACI contre Autorité Nationale de Régulation des Marchés Publics*, la qualification administrative des décisions rendues par l'autorité de régulation est donnée, de manière implicite, par le juge, en ces termes : « Considérant que l'Autorité nationale de régulation des marchés publics est un organe administratif ; qu'il s'ensuit que le recours d'excès de pouvoir à l'encontre de ses décisions, contrairement à ce qu'elle soutient dans son mémoire en défense, reste soumis à l'obligation du recours administratif préalable ».

En Droit camerounais, comme la majorité des régulateurs sectoriels relève des établissements publics dotés de prérogatives de puissance publique, il est logique de retenir que leurs actes sont par nature des actes administratifs. D'ailleurs leur contestation se fait devant le juge administratif¹³⁹. Ainsi les actes posés, jusqu'au règlement des différends font partie des actes administratifs. Il s'agit d'une décision administrative qui résulte de l'application des principes constants du droit administratif selon lequel les décisions prises par une autorité

¹³⁶ Lire la tentative de classification du CNC, Houda Abdouraman, *La nature juridique du CNC*, mémoire de master II en droit public, université de Yaoundé II, 2018, 138p. L'auteur qualifie le CNC d'AAI pourtant textuellement le CNC détient la personnalité juridique. Il serait de ce point de vue une API mais sans l'indépendance voulue et reconnue à ce genre d'organe.

¹³⁷ Cf. les espèces opposant Amougou Belinga Jean Pierre, Ernest Obama-Sidonie Monkam C/ CNC ; « Vision 4 » et autre c/CNC.

¹³⁸ Régie par le décret n° 2005/1363/pm du 6 mai 2005 portant fixation de la composition et des modalités de fonctionnement de la commission nationale de la concurrence. D'après l'article 2, elle a pour missions : d'examiner et d'émettre un avis sur toutes les questions relatives à la politique nationale de la concurrence ainsi que sur les projets de textes législatifs et réglementaires susceptibles d'influencer l'exercice de la concurrence sur le marché intérieur ; - de rechercher, contrôler et, le cas échéant, poursuivre et sanctionner les pratiques anticoncurrentielles définies dans la loi relative à la concurrence ; - d'apporter l'expertise et l'assistance nécessaires à la prise des décisions de justice en matière de concurrence.

¹³⁹ Jugement n° 007/2016/TA/GRA du 10 février 2016 dans l'affaire Tchamadak Gilbert Pentecôte C/ Etat du Cameroun (Agence de Régulation des Marchés Publics) où justement le juge a statué sur l'irrecevabilité du recours du plaignant pour recours gracieux préalable mal dirigé ; l'Ordonnance n° 29/OSE/CAB/PTA/YDE/2018 octroyant le sursis à exécution dans l'affaire Société ORANGE Cameroun SA contre /Etat du Cameroun-ART (Agence de régulation et de Télécommunications).

administrative ont en principe un caractère administratif¹⁴⁰. En droit français, le Conseil constitutionnel a-t-il estimé, lorsqu'il fut saisi en 1996 de la loi instaurant l'Autorité de Régulation des Télécommunications, que les décisions de règlement des différends « constituent des décisions exécutoires prises dans l'exercice de prérogatives de puissance publique »¹⁴¹. Les actes des régulateurs pris en matière d'agrément et d'autorisation, de sanction et de règlement de différends sont en principe des actes administratifs car ils cristallisent « l'expression d'un pouvoir »¹⁴² à même de faire l'objet d'un contrôle de légalité. Cette modalité de contrôle étant l'expression classique et naturelle du juge administratif. Quid du juge judiciaire ?

2-L'intervention marginale du juge judiciaire

Le juge de la régulation est un *Janus*. D'une part, le juge administratif pris comme « juge de la puissance publique régulatrice »¹⁴³ et d'autre part le juge judiciaire, juge exceptionnel. Le contentieux de la régulation étudié ici est majoritairement un contentieux de l'annulation faisant intervenir le juge administratif tel que préconisé par Léon Aucoc. L'office du juge judiciaire dans ce contentieux ne serait que marginal.

Les autorités de régulation indépendantes participent à l'exercice des prérogatives de puissance publique à travers l'édition de décisions sous forme d'actes administratifs soumis au régime guidant l'action des autorités administratives ordinaires et sous le contrôle du juge administratif. Toutefois, le législateur écarte ce critère en attribuant à d'autres instances juridictionnelles cette compétence. C'est justement le cas de la Cour d'Appel d'Abidjan qui est compétente pour intervenir dans le contentieux des télécommunications. Il s'agit à proprement parler d'une compétence marginale car l'ARTCI est une AAI et de ce fait ses actions sont justiciables devant le juge administratif considéré par Léon Duguit comme le « juge des actes administratifs d'autorité ou de puissance publique »¹⁴⁴. *in situ*, le secteur des télécommunications en Côte d'Ivoire

¹⁴⁰ René Chapus, *Droit administratif général*, tome 1, 15^{ème} édition Montchrestien, Paris, 2001, cité par Barkat Djohra, *Le contentieux de la régulation économique*, Thèse précitée, p.31.

¹⁴¹ Cons. Const., décision n° 96-378 DC du 23 juillet 1996 cité par Thomas Perroud, *La fonction contentieuse des autorités de régulation en France et au Royaume-Unis*, Thèse pour le doctorat en droit, Université Panthéon-Sorbonne, Paris I, 2011, p. 439. Point de vue partagé par la Cour d'Appel de Paris, Voir Cour d'appel de Paris, 1^{er} Ch., section H, 28 avril 1998, *SA France télécom, société Paris TV câble(SLEC)*, n° RG 97/00209 : « *Que s'agissant de ses prérogatives contractuelles, les restrictions qui y sont apportées ont été voulues par le législateur qui, pour des motifs d'ordre public économique, a confié à l'autorité de régulation dans l'exercice de prérogatives de puissance publique, la mission d'imposer aux parties qui la saisissent, des décisions exécutoires tranchant leurs litiges sur la conclusion ou l'exécution d'une convention d'interconnexion ou d'accès à un réseau de télécommunication* »

¹⁴² Georges Dupuis, « Définition de l'acte unilatéral », *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenman*, Paris, 1977, pp. 205-213.

¹⁴³ Claudie Boiteau et Antoine Louvaris, « La judiciarisation de la régulation économique », *AJDA*, n° 27/2020, 3 août 2020, p.1523.

¹⁴⁴ Léon Duguit, *Les transformations du droit public*, Librairie Armand Colin, Paris, 1913, p.151.

fourmille d'opérateurs, l'Etat a ainsi créé l'ARTCI pour réguler en son nom ce secteur économique. D'après le dictum de l'article 112 de l'ordonnance n° 2012-293 du 21 mars 2012 relative aux télécommunications et aux technologies de l'information et de la Communication, « les décisions de l'ARTCI peuvent faire l'objet de recours devant la Cour d'Appel d'Abidjan dans un délai d'un mois après leur notification ». Ce qui voudrait dire que des contestations des actes et décisions de l'ARTCI peuvent être introduites auprès de la juridiction judiciaire représentée par la Cour d'Appel d'Abidjan. Etant donné que c'est « l'ordre juridique qui est producteur de complexité »¹⁴⁵, c'est la même Ordonnance qui précise que : « les décisions à caractère administratif que l'ARTCI prend dans l'accomplissement de ses missions sont susceptibles de recours en annulation dans les conditions définies par la loi portant création, organisation et fonctionnement de la Cour suprême »¹⁴⁶. Sans oublier que toujours dans la même Ordonnance, les décisions juridictionnelles aussi peuvent faire l'objet de recours et les sursis à exécution peuvent être ordonnés après saisine du premier Président de la Cour d'Appel d'Abidjan qui statue en matière de référé¹⁴⁷. Cette intervention marginale du juge judiciaire ivoirien dans le contentieux des autorités de régulation charrie une véritable complexité qui est visible même sur le plan pratique. En témoigne le jugement rendu par le Tribunal du Commerce d'Abidjan, le 8 mai 2014, dans une affaire concernant la société Orange Côte d'Ivoire¹⁴⁸. Ce qu'il y a lieu de relever aussi est que, l'intrusion du juge judiciaire dans le contentieux de la régulation est en réalité un décalque ou une situation de mimétisme des dispositions du droit français en la matière. En France, cette dérogation est justifiée par certaines explications ; *primo*, pour une bonne administration de la justice¹⁴⁹, *secundo*, du fait de la technicité du domaine économique, le juge judiciaire est présenté comme un « juge spécialisé »¹⁵⁰, et *tertio*, le juge judiciaire paraît plus soucieux de la protection des libertés. Si le transfert de compétence au profit du juge judiciaire d'un contentieux de nature administrative, constitue une singularité, et une démarche

¹⁴⁵ Serge Diebolt, *Le droit en mouvement. Éléments pour une compréhension constructiviste des transformations complexes des systèmes juridiques*, Thèse doctorat en droit, université de Paris-x Nanterre, septembre 2000, p.25 et sq.

¹⁴⁶ Article 113 (2) l'ordonnance no 2012-293 du 21 mars 2012 relative aux télécommunications et aux technologies de l'information et de la Communication.

¹⁴⁷ Article 113 (1) de l'ordonnance no 2012-293 du 21 mars 2012 relative aux télécommunications et aux technologies de l'information et de la Communication

¹⁴⁸ Cette espèce a permis la mise en évidence de plusieurs situations : la reconnaissance de la vaste étendue de la compétence juridictionnelle de l'ARTCI, le déni de la compétence de l'ARTCI par le tribunal de commerce d'Abidjan. La reconnaissance de la compétence des tribunaux judiciaires dans le contentieux de la régulation est source de conflits de compétence.

¹⁴⁹ Décision du Conseil Constitutionnel français du 23 janvier 1987

¹⁵⁰ Touati Mohand Cherif, *Les autorités de régulation économique à l'épreuve des exigences du procès équitable*, Thèse pour le Doctorat en Droit, Université Mouloud Mammeri Tizi-Ouzou, Faculté de Droit et sciences politiques, 1^{er} juillet 2019, p.170.

inédite, il bouleverse néanmoins le schéma classique de répartition de compétences et secrète de la complexité couplée à de l'incohérence dans le contentieux.

La compétence du juge judiciaire au Cameroun est aussi marginale car son intervention est aussi exceptionnelle dans le contrôle des régulateurs sectoriels ou non. A propos, au Cameroun, il existe une institution de régulation qui n'est pas du tout sectorielle mais cela ne fait pas moins d'elle une autorité de régulation : il s'agit de la Commission Nationale de la Concurrence¹⁵¹ (CNC). En tant que régulateur, la Commission a un pouvoir de sanction qui cristallise des « actes administratifs d'autorité »¹⁵² curieusement non justiciables auprès du juge administratif. Dans le cas d'espèce, les sanctionnés peuvent contester les agissements de la CNC en deux étapes. *Primo*, les contrevenants peuvent, dans un délai de quarante-cinq jours suivant la notification des sanctions, contester les décisions prises par la Commission Nationale de la Concurrence par une lettre adressée à son Président avec accusé de réception¹⁵³. *Secundo*, si dans un délai de quinze jours à compter de la date de réception de la lettre de contestation, la Commission Nationale de la Concurrence et le requérant ne s'entendent pas sur l'objet de la contestation, ce dernier porte l'action devant le Tribunal de Première Instance du siège de la Commission Nationale de la Concurrence qui statue en dernier ressort sur ledit objet. Faute de quoi, la décision de la Commission Nationale de la Concurrence est maintenue¹⁵⁴.

Du côté des Télécommunications, les actes du régulateur (ART) s'offrent à plusieurs voies contentieuses. Il est précisé que « les décisions de l'organe sont susceptibles de recours, soit devant l'arbitre, soit devant les juridictions de droit commun »¹⁵⁵. Ce qui signifie que celui qui conteste les actes du régulateur des Télécommunications (en l'occurrence le Comité de Règlement des Différends), il peut soit demander un arbitre, soit il saisit les tribunaux de droit commun. Il est vrai que le texte n'a pas précisé ce qu'il entend par « tribunaux de droit commun ». Mais par interprétation, il est possible que ce soit en même temps les juridictions de l'ordre administratif et judiciaire. Le contentieux de la régulation est-il seulement résolu de façon juridictionnelle ?

B- Une résolution non juridictionnelle excentrique

La résolution du contentieux de la régulation n'est pas seulement l'œuvre du juge officiel ou du juge étatique, elle peut encore être menée par d'autres techniques qu'on regroupe souvent sous l'appellation « modes alternatifs de règlements des litiges administratifs ». Il s'agit de procédés de résolution des

¹⁵¹ Lire la Loi n°98/013 du 14 juillet 1998 relative à la concurrence, titre 3, articles 21-23.

¹⁵² Léon Duguît, *Les transformations du droit public*, op. cit., p.151.

¹⁵³ Article 41 (1) de la Loi n°98/013 du 14 juillet 1998 relative à la concurrence.

¹⁵⁴ Article 42 de la Loi n°98/013 du 14 juillet 1998 relative à la concurrence.

¹⁵⁵ Article 65 (8) de la loi n°2010/013 du 21 décembre 2010 régissant les communications électroniques au Cameroun.

différends impliquant l'Administration, sans recourir au juge¹⁵⁶. Certains arguments sont mobilisés pour l'engouement concernant leur mise en œuvre : encombrement des juridictions étatiques, besoin de souplesse, gain de temps et d'argent, recherche d'équité¹⁵⁷. Parmi ces modes alternatifs, l'arbitrage (1) et la transaction (2) retiennent l'attention car considérés comme sources de singularité et d'originalité dans le cadre spécifique du contentieux de la régulation des télécommunications.

1- La singularité de la résolution arbitrale des litiges

L'arbitrage est, « un mode conventionnel de règlement des litiges par les particuliers choisis directement ou indirectement par les parties, et investis du pouvoir de juger à la place des juridictions étatiques par une décision ayant force obligatoire et pouvant être exécutoire »¹⁵⁸. L'excentricité de ce mode de résolution de litige découle du fait qu'il a beaucoup plus pignon sur rue en droit privé.

Le principe qui gouverne le règlement des contentieux publics est en général leur « inarbitralité »¹⁵⁹ même si les personnes administratives impliquées seraient parties à des rapports de droit privé¹⁶⁰. Ce, en raison des prérogatives de puissance publique et du privilège de juridiction qui voudraient que l'État (et ses démembrements) ne soit justiciable, du moins pour des questions internes, que de ses propres tribunaux¹⁶¹. Le principe du refus de l'arbitralité se comprend dans la mesure où celui-ci provient de la France. Cette dernière se considère comme un « État de justice »¹⁶² dans la mesure où l'arbitrage présente l'originalité d'être une justice privée. Les États africains d'expression française ont donc repris cette prohibition dans leurs différents ordres juridiques. Il est ainsi admis que les personnes publiques ne peuvent se soumettre à l'arbitrage. C'est du moins ce que défendait déjà Edouard Laferrière en disant qu'« il est de principe que l'État ne peut pas soumettre ses procès à des arbitres, tant à raison des conséquences aléatoires de l'arbitrage, que des considérations d'ordre public qui veulent que l'État ne soit jugé que par des juridictions instituées par la

¹⁵⁶ Cf. article 33 de la Charte des NU qui vise la médiation, la conciliation et l'arbitrage.

¹⁵⁷ Philippe Yolka, « Les modes alternatifs de règlement des litiges administratifs », in Fabrice Melleray, Pascale Gonod (dir.), *Traité de droit administratif*, tome 2, Dalloz, Paris, 2011, p.586.

¹⁵⁸ Paul-Gerard Pougoué, « L'arbitrage dans l'espace OHADA », *RCADI*, vol.380, 2016, p.123.

¹⁵⁹ Maurice Kamto, « La participation des personnes morales de droit public à l'arbitrage OHADA », in Philippe Fouchard (dir.), *L'OHADA et les perspectives de l'arbitrage en Afrique*, Travaux du Centre René-Jean Dupuy pour le droit et le développement, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 89.

¹⁶⁰ En Droit positif camerounais, le principe de l'interdiction de l'arbitrage en droit administratif a été posé par les articles 36 et 577 du Code de procédure civile et commerciale. Le juge administratif s'est toujours montré prudent en affirmant qu'il n'est pas compétent pour un arbitrage, CS/CA, n° 22/2010, 25 août 2010, *NJEUKWA c. État du Cameroun*. Toutefois, il a toujours existé des exceptions : l'article 30 du Code des investissements prévoit une procédure d'arbitrage pour certains conflits nés de l'interprétation des conventions d'établissement.

¹⁶¹ Éric Ngango Youmbi, « Les modes alternatifs de résolution des litiges administratifs en Afrique noire francophone », *Revue internationale de droit économique*, 2019/4 t. XXXIII, p.459.

¹⁶² Philippe Yolka, « Les modes alternatifs de règlement des litiges administratifs », *op. cit.*, p.587.

loi »¹⁶³. Le Conseil d'Etat a d'ailleurs formulé un avis du 6 mars 1986¹⁶⁴ qui est resté gravé dans la pierre du contentieux administratif.

La prohibition originelle de l'arbitrage des contentieux où sont parties les personnes publiques participe d'un dispositif de protection du système administratif, c'est-à-dire de la protection de l'administration et de son juge. Les Etats africains concernés dans la présente étude ne font que reprendre des principes en vigueur en France, tout comme les tempéraments à l'inarbitralité. Parmi ces assouplissements, l'on note l'aspect *ratione personae* qui voudrait qu'en Afrique sous l'impulsion du Droit OHADA, que les Etablissements publics Industriels et commerciaux (EPIC) puissent se soumettre à l'arbitrage. Relativement à l'aspect *ratione materiae*, c'est le domaine contractuel qui est le plus indiqué. Pour ce qui est de ce type d'arbitrage, cette restriction au domaine contractuel trouve son fondement à l'article 21 du Titre IV du Traité OHADA de 1993, tel que modifié en 2008 qui dispose qu' :« en application d'une clause compromissoire ou d'un compromis d'arbitrage, toute partie à un contrat (...) peut soumettre un différend d'ordre contractuel à la procédure d'arbitrage... »¹⁶⁵.

L'excentricité de la résolution du contentieux de la régulation vaut ici tout son pesant juridique car parmi les domaines admis à compromettre en interne, il n'est nullement fait mention de la régulation. C'est en Droit positif camerounais¹⁶⁶ que cette situation a pignon sur rue, d'autant plus qu'en France¹⁶⁷ où généralement les Etats africains copient, le contentieux de la régulation ne fait pas intervenir en interne une quelconque procédure d'arbitrage avec comme partie un régulateur sectoriel ou même concurrentiel. Concernant la Côte d'Ivoire, l'arbitrage ne figure nullement dans les différentes contestations des agissements et actions des Autorités Administratives Indépendantes.

In situ, c'est la loi n°2010/013

du 21 décembre 2010 régissant les communications électroniques au Cameroun, qui prévoit que « les décisions de l'organe (régulateur, en l'occurrence l'Agence de Régulation des télécommunications) sont susceptibles de recours, soit devant l'arbitre, soit devant les juridictions de droit commun »¹⁶⁸. Il est important de noter que le recours à l'arbitrage était régi par les articles 37 (2) et 37 (5) de la

¹⁶³ Edouard Laferrière, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, tome 2, 2^e édition, Berger-Levrault, 1896, p.152.

¹⁶⁴ Lire dans ce sens, Yves Gaudemet Bernard Stirn et alii, *Les grands avis du Conseil d'Etat*, 3^e édition, Dalloz, Paris, 2008, p.161 et sq.

¹⁶⁵ Cf. L'article 2.1 du Règlement de procédure de la CCJA de 2017.

¹⁶⁶ Au Cameroun, il existe un Centre de Médiation et d'Arbitrage du GICAM (Groupement Inter patronal du Cameroun).

¹⁶⁷ De ce côté, l'arbitrage est considéré comme une mission du régulateur. Lire Marie-Anne Frison-Roche, « Arbitrage et droit de la régulation », in Marie-Anne Frison-Roche (dir.), *Les risques de régulation*, Coll. "Droit et économie de la régulation", vol. 3, Presse de Sciences Po / Dalloz, 2005 p.223-240.

¹⁶⁸ Article 65 (8).

loi du 14 juillet 1998 régissant les télécommunications. D'après l'article 37 (2) de cette ancienne loi, l'Agence était chargée de commettre un ou plusieurs arbitres, en cas de contestation par l'une ou l'autre partie de la décision rendue par elle. La procédure d'arbitrage était donc organisée par l'A.R.T, qui se faisait *ipso facto* juge et partie de sa propre cause. Ce qui allait à l'encontre des principes régissant le droit à un procès équitable. La nouvelle loi de 2010 a donc reconduit cet arbitrage interne. Cette situation est un peu insolite et originale dans le sens où la procédure d'arbitrage date de 1998 alors qu'à cette époque l'arbitrage était fortement prohibé. Il est assez difficile de connaître la *ratio legis* de l'insertion de cette modalité de contestation de l'action du régulateur sectoriel. L'un des maîtres-mots de la l'arbitrage est la confidentialité, Ce principe voudrait que chaque partie puisse se confier librement à l'arbitre, et que, sauf accord unanime, le secret soit conservé sur les informations, propositions ou concessions reçues par celui-ci¹⁶⁹. Donc, par principe, les sentences arbitrales ne doivent pas faire l'objet de publication¹⁷⁰. Cette alternative à la justice peut tout de même faire l'objet d'annulation devant le juge judiciaire, ce qui renforce son caractère excentrique. Ainsi, le juge compétent à cet effet est prévu à l'article 4 (1) de la loi n° 2003/ 009 du 10 juillet 2003 portant désignation des juridictions compétentes visées à l'Acte Uniforme relatif au Droit de l'Arbitrage, qui dispose que : « le juge compétent visé par les articles 25 et 28 de l'acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage est la Cour d'Appel du ressort du lieu de l'arbitrage ». Dans ce contentieux, l'arbitrage fait corps de façon illicite avec la transaction.

2- La singularité de la résolution transactionnelle des différends

Au Cameroun, le contentieux de la régulation fait aussi intervenir une « alternative à la justice »¹⁷¹ sous la forme transactionnelle¹⁷². Ici, l'exigence des concessions réciproques est fortement respectée¹⁷³. Il est important de signaler que la transaction bien qu'elle soit interdite de principe aux personnes publiques¹⁷⁴ doit être licite, c'est-à-dire reconnue dans certaines terres d'élection de nature économique. En France, de façon non exhaustive, elle est présente notamment dans la responsabilité des personnes publiques, le domaine

¹⁶⁹ Effa EffaMaviane Stéphane, *Le juge du contentieux des communications électroniques au Cameroun*, Mémoire de Master en Contentieux et Arbitrage des Affaires, Université Catholique d'Afrique Centrale-Yaoundé, 2012, p.70.

¹⁷⁰ Il n'a pas été possible de retrouver une sentence arbitrale impliquant un régulateur et un régulé, probablement pour deux raisons ; *primo*, peut-être parce qu'il n'y a en pas encore du fait du caractère naissant de ce contentieux ; *secundo*, peut-être du fait de la confidentialité qui recouvre l'arbitrage.

¹⁷¹ Philippe Yolka, « Les modes alternatifs de règlement des litiges administratifs », *op. cit.*, p.590.

¹⁷² D'après le Code Civil, la transaction est « un contrat par lequel les parties terminent une contestation née, ou préviennent une contestation à naître ». (Article 2044).

¹⁷³ Loïc Cadiet et Thomas Clay, *Les modes alternatifs de règlement des conflits*, 2^e édition, Dalloz, Paris, 2017, p.86.

¹⁷⁴ Eric Ngango Youmbi, « Les modes alternatifs de résolution des litiges administratifs en Afrique noire francophone », *op. cit.*, p.455.

contractuel, le contentieux administratif de la répression (fiscalo-douanier), les atteintes aux propriétés publiques ou d'atteintes à la concurrence. Concernant la Côte d'Ivoire, la personne publique peut transiger uniquement dans les champs fiscal, douanier et financier.

C'est de façon illicite que la transaction est utilisée dans le contentieux des télécommunications au Cameroun. C'est ainsi que dans les affaires *RINGO S.A. c/ ART*¹⁷⁵ et *MTN Cameroun c/ ART*¹⁷⁶, l'on a assisté à un désistement collectif des requérants au profit d'une procédure transactionnelle inconnue des textes encadrant les communications électroniques au Cameroun. Le *modus operandi* utilisé reposait sur des « protocoles d'accord ». Ces derniers ont été conclus entre le Gouvernement de la République du Cameroun, représenté par le Ministre des Finances et le Ministre des Postes et Télécommunications. Dans l'affaire *Orange Cameroun c/ ART*, un protocole ayant pour objet la formalisation de l'entente entre l'Etat du Cameroun, Orange Cameroun et sa filiale Orange Cameroun Multiservices sur le montant à payer pour un règlement transactionnel et définitif des pénalités et redevances ainsi que les modalités de règlement du montant transactionnel. Au regard de l'article 2 du protocole susmentionné, « l'Etat du Cameroun consent à procéder à un abattement de 60% sur les sommes réclamées à Orange Cameroun et Orange Cameroun Services telles que validées par l'agence de régulation des télécommunications au titre des redevances d'utilisation de fréquences pour les années 2002 à 2014 incluse »¹⁷⁷. Il sied de préciser qu'en contrepartie à cette dépense fiscale inédite, la société Orange Cameroun « s'engage à mettre un terme définitif à toute action judiciaire pendante portant sur les pénalités dues auprès des tribunaux ou quelque instance que ce soit »¹⁷⁸. Bien que ces « protocoles d'accord » dont la nature juridique est en débat soient inédits¹⁷⁹ et excentriques, on les regroupe assez aisément sous la bannière de la transaction administrative. Le Cameroun se démarque ainsi de la Côte d'Ivoire dans la mesure où cette technique a pignon sur rue sans fondement légal mais aussi parce que les pouvoirs publics

¹⁷⁵ L'opérateur RINGO S.A. avait introduit un recours devant le Tribunal Administratif du Centre pour l'annulation de la décision de sanction n° 00052/ART/DG/DAJCI/SDAJPC/SCO du 09 juin 2011 portant sanction pour exploitation sans autorisation de bandes de fréquences dans les villes non autorisées de Yaoundé, Douala, Limbe et Bafoussam qui lui avait été infligé et qui l'obligeait à payer un montant de 520 950 550 FCFA en guise de pénalités.

¹⁷⁶ Dans l'affaire *MTN c/ ART* devant le Tribunal Administratif du Centre, le recourant demandait l'annulation de la décision n° 00000266/ART/DG/DAJPC/SDAJ/SCO du 03 octobre 2013 portant sanction de *MTN Cameroun* pour l'établissement de 146 liaisons de transmissions interurbaines sans autorisation pour une pénalité de 2 100 000 000 FCFA.

¹⁷⁷ Il est important de noter que dans ce protocole d'accord que lesdites redevances sont ainsi ramenées à la somme de onze milliards trois cent trente-cinq millions neuf cent treize mille quatre cent (11 335 913 400) FCFA.

¹⁷⁸ V. Article 4 du protocole d'accord entre Orange Cameroun et l'Etat du Cameroun.

¹⁷⁹ Louis Christian Awono, *Le domaine public hertzien en droit camerounais*, mémoire de master en droit Public, Université de Yaoundé II, 2015, p.156.

camerounais, conscients de la rareté des opérateurs ne souhaiteraient pas les heurter au point de les faire partir.

En définitive, le contentieux de la régulation au Cameroun et en Côte d'Ivoire est un contentieux assez jeune et naissant, il cherche encore ses marques. D'ailleurs sa massification est encore en pleine construction, mais à ce stade il est déjà possible de dégager quelques caractéristiques. Il est étriqué dans son objet car il s'oriente beaucoup plus vers la contestation des actes de régulation à la fois objective et subjective. Le contentieux indemnitaire et de la responsabilité ne sont pas encore mobilisés. Ce contentieux est aussi mixte ou hétérogène dans son règlement. Cela a d'ailleurs pour effet de secréter de l'incohérence et partant de la complexité, d'autant plus que l'arbitrage est même autorisé dans les télécommunications.

L'on ne peut que déplorer l'articulation de ce contentieux pour appeler à son unification qui devrait déboucher sur une politique jurisprudentielle claire et originale. Aussi, le débat sur la réforme du statut des organes de régulation mérite d'être engagé.

La promotion juridique du genre au Cameroun

Pacôme VOUFFO⁽¹⁾

(1) *Docteur/Ph.Den Droit Public de l'Université de Dschang*

Email : pacomevouffou10@gmail.com

Résumé :

Les discriminations contre les femmes ont traversé les générations. Elles l'ont été aussi grâce au droit, venu à la rescousse de ce qui était déjà un phénomène culturel. Mais progressivement, l'on assiste à une reconversion du droit, sorte d'*humanisme juridique* en faveur de la reconsidération de la condition féminine, devenue une préoccupation universelle centrée sur la problématique du genre. Le genre renvoie généralement aux deux composantes de l'espèce humaine. À propos, l'on peut cependant se faire la représentation d'un idéal porté de nos jours par le droit; celui de l'intégration des femmes pour une égalité substantielle d'avec les hommes. Le droit qui hier favorisait le déséquilibre, devient un promoteur de l'équilibre de genre. Le genre est devenu de la sorte un produit en promotion sur le marché du droit où il connaît une expression considérable. Au Cameroun, cette promotion juridique repose sur l'idéal égalitaire de genre sanctifié dans les textes, doublée de l'édification d'une *approche genre* dénotant la nécessité d'une égalité non plus seulement formelle, difficilement réalisable dans les faits, mais d'une égalité substantielle du genre dont le processus de réalisation repose notamment sur la systématisation d'une discrimination positive en faveur de la femme.

Mots clés

Promotion juridique, Genre, Approche genre, Egalité juridique, positivisme sociologique

Date de soumission : 08/10//2021, Date d'acceptation : 12/12/2021, Date de publication : 31/12/2021

Pour citer l'article :

Pacôme VOUFFO, «La promotion juridique du genre au Cameroun» , RARJ, Vol. 12, n° 03, 2021, pp. 999-1023.

Disponible sur: <https://www.asjp.cerist.dz/en/PresentationRevue/72>

L'auteur correspondant : Pacôme VOUFFO, pacomevouffou10@gmail.com

Legal promotion of gender in Cameroon

Summary :

Discrimination against women has crossed generations. The were also thanks to the law which came to the rescue of what was already a cultural phenomenon. But, gradually, we are witnessing a reconversion of the law, a sort of *legal humanism* in favor of the reconsideration of the female condition, which has become a universal concern centered on the problematic of gender. Gender generally refers to the two components of the human species. By the way, we can however make the representation of an ideal carried nowadays by the law ; that of the integration of women for substantial equality with men. The law whose yesterday encouraged the imbalance, becomes a instigator of the gender balance. The gender has thus become a product on promotion in the legal market, where it enjoys considerable expression. In Cameroon, this legal promotion is based on the egalitarian ideal of sanctified in the texts, coupled with the construction of a gender approach denoting the need for equality not only formal, difficult to achieve in practice, but of a substantial gender equality, the process of which is based in particular on the systematization of positive discrimination in favor of women.

Keywords

Legal promotion, Gender, Gender approach, Legal equality, Sociological positivism

ترقية المساواة بين الجنسين في الكاميرون

الملخص:

قد توارث التمييز ضد المرأة أجيالاً. وذلك بفضل القانون الذي جاء لإنقاذ ما كان بالفعل ظاهرة ثقافية. لكننا نشهد تدريجياً إعادة تحويل للقانون ، نوعاً من الإنسانية القانونية لصالح إعادة النظر في حالة المرأة ، والتي أصبحت اهتماماً عالمياً يتمحور حول إشكالية المساوات مع الرجل. إن القانون الذي شجع بالأمس على عدم التوازن، صار عاملاً للتوازن بين الجنسين. وهكذا أصبح الجنس منتجاً للترويج في السوق القانوني ، حيث يتمتع بتعبير كبير. في الكاميرون ، يرتكز هذا التعزيز القانوني على مبدأ المساواة المقدس في النصوص ، مقترناً ببناء مقارنة جنسانية تدل على الحاجة إلى المساواة ليس فقط من الناحية الرسمية ، والتي يصعب تحقيقها في الممارسة ، ولكن من المساواة الجوهرية الكبيرة ، وهي عملية تقوم بشكل خاص على منهجة الإيجابي، التمييز لصالح المرأة.

الكلمات المفتاحية: الترقية القانونية، الجنس، المقاربة الجنسية، المساوات القانونية، الإيجابية السسيولوجية

Introduction :

Le genre tel que conçu aujourd'hui, est un produit en promotion. Au marché du droit, il trouve une expression considérable à l'image des droits de l'homme érigés en une préoccupation quasi-universelle, en constance renouvellement dans les cercles de décisions et sur le terrain des idées où se côtoient les nécessités de leur renforcement et les perspectives de la reconnaissance de nouveaux droits. En effet, les droits de l'homme sont le sanctuaire de la définition de la personne humaine, le vecteur de la définition de soi, de l'émancipation de l'espèce humaine. Ils « *constituent la tentative moderne d'introduire la raison dans le monde* »¹. La reconsidération de la condition féminine de nos jours pourrait se réclamer de cette vision. Dans un passé récent, la condition de la femme semblait pouvoir friser son asservissement sous le couvert d'une conception du genre, de par la dichotomie homme/femme ; mieux de l'approche sexuée axée sur le mal et la femelle, réservant à la femme une place résiduelle. Au Cameroun, cette phallocratie persiste à grand renfort des coutumes et traditions. Un auteur rapporte à ce propos que ces dernières « *véhiculent encore aujourd'hui l'idée selon laquelle l'homme est le plus fort, physiquement, économiquement, intellectuellement ; (...). La femme doit rester au foyer (...), elle n'a rien à faire dans la sphère publique (...). L'éducation des enfants est ainsi moulée dans ces mythes à telle enseigne qu'il devient difficile pour eux après avoir atteint la majorité, de penser à s'investir dans le champ politique* »².

Cette situation côtoie pourtant les exigences du droit qui semble progressivement faire preuve d'une reconversion, expression d'une sorte de « *humanisme juridique* »³ en faveur de la prise en compte du « genre » dans plusieurs initiatives. Le droit a été ainsi saisi par la modernité ; ce d'autant qu'il y a peu, il est venu à la rescousse de ce qui était déjà un phénomène culturel dans plusieurs contrées ; il l'a confirmée, si bien que « *l'inscription de la différence hommes/femmes dans les normes juridiques correspondait à l'assignation de rôles sociaux typés et dissymétriques, maintenant les femmes dans une situation d'infériorité* »⁴. Mais, peu à peu, le droit semble se départir de

¹ Antonio CASSESE, « La valeur actuelle des droits de l'homme », in *Humanité et droit international, Mélanges René-Jean Dupuy*, Paris, A. Pedone, 1991, p. 67.

² Siméon Patrice KOUAM, « Comprendre les fondements juridiques et historiques de l'égalité de genre et de la participation politique des femmes », in Justine Difo Tchoukam (dir.), *Genre, leadership et participation politique au Cameroun (1931-2013). Le Cameroun sur le chemin de la parité, 1^{er} édition*, Colorix, 2014, pp. 89-107.

³ Le terme « humanisme juridique » ne doit pas être entendu dans cette étude comme traduisant par essence « *des avancées méthodologiques apportées successivement par les découvertes philosophiques* », déclenchées au XV^e siècle en Italie avec Lorenzo Valla. L'on s'inspire de la notion d'humanisme qui traduit le mouvement idéologique visant à la défense de la personne humaine dans ses droits, et destiné à la recherche de son développement moral voire de son épanouissement. L'humanisme juridique renvoie dans cette perspective à la part du droit, mieux à cet humanisme sous l'angle du droit. (Pour une lecture approfondie sur la question de l'humanisme juridique, lire Patrick Gilli, (2009), « Humanisme juridique et science du droit au XV^e siècle. Tentations compétitives au sein des élites lettrées et réorganisation du champ politique », *Revue de synthèse*, tome 130, 6^e série, n°4, pp. 371-593).

⁴ Danièle LOCHAK, « Droits des femmes, droits universels », *Hommes & Libertés*, n° 167, 2014, pp. 41-43.

cette conception des relations entre les deux composantes du genre. Désormais, il constate, institue et opérationnalise le genre en tenant compte de la civilisation progressive des comportements ; même si les représentations scientifiques portent toujours la marque d'une certaine domination masculine. Au sein de la grammaire, la prééminence masculine se vit, notamment avec le masculin qui l'emporte sur le féminin lorsqu'il faut accorder en genre et en nombre. Les titres de fonctions sont masculinisés, même si progressivement accommodés au genre féminin⁵. La linguistique juridique en porte aussi la marque. Le phénomène y est tout aussi réel, avec les formules renvoyant à un masculin générique. Il semble ne pas exister de « *féminin générique* ». Il y a comme un « *sexisme du langage juridique* » qui est accepté et vécu⁶. L'expression « *droits de l'homme* » peut-elle par exemple renvoyer *mutatis mutandis* à l'expression « *droits de la femme* » ?⁷ Il ne semble pas. Certes, l'homme des « *droits de l'homme* » représente l'espèce humaine dans sa dualité de genre ; mais en substituant au vocable "homme", le vocable "femme", la réalité est toute autre ; les "droits de la femme" rentrent généralement dans ce que la doctrine qualifie de droits catégoriels⁸.

De telles réalités scientifiques ne déteignent cependant pas sur l'évolution des idées et du droit sur la question du genre. Les appréhensions sur le genre connaissent une nette évolution, la notion dégageant des connotations bien au-delà sa simple expression littérale. Sa clarification permet de guider la démonstration. En s'y attardant sommairement, les balises de la compréhension seront mieux fixées ; sous peine de tomber dans le piège de la polysémie qui entraîne parfois des errements de sens indigestes à la préhension d'un objet⁹. Dans cette optique, il serait judicieux de partir du sexe pour aboutir au genre, puisque l'on se réfère essentiellement à celui-là pour construire celui-ci. Le sexe est généralement biologique et donc par nature- abstraction faite de la mutation de sexe avec le phénomène du transsexualisme- ; le genre par contre, est conçu pour désigner « *le sexe social* », et apparaît comme culturel bien que la distinction ne soit pas étanche entre les deux dimensions, naturelle et culturelle¹⁰. Léopold Donfack Sokeng s'inscrit dans cet ordre d'idées lorsqu'il soutient que « *si le sexe désigne principalement les composantes biologiques de la division sexuée de l'espèce humaine, le genre quant à lui porte sur les éléments culturels de cette distinction* ». L'auteur conçoit par conséquent le

⁵ Michaël LESSARD et Suzanne ZACCOUR, « Quel genre de droit ? Autopsie du sexisme dans le langage juridique », *Revue de Droit de l'Université de Sherbrooke*, n° 47, 2007, p. 255.

⁶ *Ibid.*, p. 227.

⁷ *Ibid.*, p. 246.

⁸ *Ibid.*

⁹ Jean-Louis BERGEL, *Méthodologie juridique*, Paris, Presses Universitaire de France, 2016, p. 349.

¹⁰ Danièle LOCHAK, « Dualité de sexe et dualité de genre dans les normes juridiques », in *Mélanges Andrée Lajoie : le droit, une variable dépendante*, Québec, Thémis, 2008, p. 663.

genre comme « *le sexe socialisé* », celui-là qui est « *construit socialement* »¹¹. De la sorte, moins que l'expression d'un caractère inné, cette « *dualité du genre* », marqueur « *des catégories biologiques, sociales ou anthropologiques* » de l'espèce humaine, est le résultat d'un construit social et enraciné dans les habitudes¹².

Par ailleurs, si le « genre » renvoie généralement à cette dualité, on peut cependant se faire la représentation d'un idéal désormais porté par l'esprit des textes ; celui de l'intégration socioprofessionnelle, politique et économique de la femme aux fins de la réduction des inégalités. De la notion, se dégage substantiellement une sorte de lutte, un certain souci d'égalité, de revalorisation de la condition de la femme. La promotion du genre suit cette dynamique et renvoie au « *développement de la culture de l'amélioration des rapports sociaux entre les hommes et les femmes dans tous les domaines et à tous les niveaux. Cette promotion implique l'ensemble de politiques, mécanismes et stratégies ainsi que les actions susceptibles de corriger les inégalités constatées dans les rapports hommes / femmes dans tous les domaines et à tous les niveaux* »¹³.

Le juridique, renvoyant à ce qui se rapporte au droit, s'inscrit inévitablement dans cette perspective. La promotion juridique est de ce fait celle qui est opérée par le droit. Le droit participe inéluctable de ce processus. De cette promotion se dégage la nécessité de protéger ; tout comme de la protection se dégage la nécessité de promouvoir.

Le contexte camerounais permet d'en rendre compte. Son choix comme cadre analytique n'est pas anodin. Le Cameroun est bien connu en Afrique par sa miniaturisation, pour pouvoir être qualifié d'"*Afrique à miniature*". Il est quelque peu à la croisée des chemins des cultures africaines ; marquées notamment par un patriarcat qui peine à s'éclipser. Le droit n'en porte plus la marque ultime, puisque fortement inspiré de l'Occident¹⁴, où le phénomène du patriarcat semble on ne peut plus réduit.

Le rendu de l'analyse doit être fait suivant l'approche du positivisme sociologique. Il s'agit d'une approche par excellence des études juridiques permettant d'aborder le droit bien au-delà de son expression formelle. Cette approche « *possède l'avantage de sa compatibilité avec la théorie démocratique et de l'adéquation réalisée entre le droit et les mœurs* »¹⁵. En matière de droits de l'homme, elle est plus caractéristique, tant elle permet de mesurer l'ancrage

¹¹ Léopold DONFACK SOKENG, « Le sexe du droit : à propos de l'égalité juridique entre la femme et l'homme au Cameroun », *Cahiers Juridiques et Politiques*, n° 2, 2009, pp. 171-172.

¹² Danièle LOCHAK, *op.cit.*

¹³ Jeanne ADJIBODOU MAKOUTODE et Joséphine KANAKIN, *Promotion du genre*, Guide de clarification thématique APP 2010, Programme Société civile et culture, 2010, p. 8

¹⁴ Djibril ABARCHI, « Problématique des réformes législatives en Afrique : le mimétisme juridique comme méthode de construction du droit », *Penant*, n° 842, 2013, p. 95.

¹⁵ Michel LEVINET, *Droits et libertés fondamentaux*, Paris, Presses Universitaires de France, Coll. « Que sais-je ? », 2010, p. 7.

pratique du droit posé, son adéquation avec le social¹⁶. C'est que, l'analyse formelle du droit n'est pas conséquente sur la préhension de son ancrage dans la société. Le droit n'est pas une vue de l'esprit. Il n'est pas platonique ; il vit et se vit ; et c'est bien l'application qui permet d'en mesurer l'efficacité. Il faut alors conjuguer à l'expression formelle du droit son affirmation pratique. C'est suivant ce tracé méthodologique qu'il convient de répondre à la question fondamentale suivante : Comment le droit promeut-il le genre au Cameroun ? Mieux, comment la promotion du genre est-elle juridiquement opérée au Cameroun ? Cette interrogation centrale permet d'apprécier les marques que le droit imprime à la question du genre au Cameroun, bien au-delà du cliché social de la domination de l'homme sur la femme. Elle offre de mesurer la part contributive du droit camerounais à la promotion du genre devenue une préoccupation internationale. C'est au travers d'une approche intégrée du genre, de la valorisation de l'égalité du genre que cette préoccupation s'exprime et irrigue la production normative au Cameroun. L'interrogation n'est donc pas dénuée de tout intérêt.

En effet, le droit bénéficie d'une position dominante parmi les modes de régulation des rapports au sein d'une société. Il y est prééminent¹⁷. Il est pourvu d'une force symbolique considérable et porteur d'idéologies. Il véhicule les valeurs ; et le genre n'en est pas moins une. Comme l'observe Noreau, « *le droit participe à la construction idéologique du monde (...). Il agit par extension comme un procédé de validation des valeurs sociales dominantes* »¹⁸. Par son expression normative, il soumet au respect des dites valeurs.

Traducteur d'une représentation téléologique d'une valeur, le droit est davantage « *[l']expression idéalisée d'un ordre nécessaire et désirable* »¹⁹. C'est un « *critère de légitimation* » ; en étant dans une certaine mesure cette source de légitimité légale rationnelle que soutenait Max Weber dans sa taxinomie des légitimités. En ce sens, « *son autorité en tant que système de référence est surtout consacrée par la validation publique qui accompagne le principe de légalité* »²⁰. Le genre pourrait bénéficier de cette stature du droit. L'analyse permet d'en mesurer les raffinements.

Au-delà, le droit est porteur d'une charge affective importante, surtout dans sa « *fonction psychique* », puisqu'il est autrement un « *phénomène psychologique* »²¹. La seule reconnaissance juridique d'une situation sociale donnée, son encadrement juridique, la seule prise en compte juridique d'une situation de vulnérabilité décriée comme la condition féminine ou celle des handicapés, a une portée psychologique et morale indescriptible. Elle participe

¹⁶ *Ibid.*

¹⁷ Maurice KAMTO, *Droit international de la gouvernance*, Edition. A. Pedone, 2013, p. 49.

¹⁸ Pierre NOREAU, « De la force symbolique du droit », in Catherine Thibierge (dir.) et alii, *La force normative. Naissance d'un concept*, Paris, LGDJ, 2009, p. 144.

¹⁹ *Ibid.*, p. 140.

²⁰ *Ibid.*, p. 142.

²¹ Christopher POLLMAN et Hugues RABAULT, « La fonction psychique du droit : l'imaginaire juridique entre individu et collectif », *Droit et société*, vol. 1, n° 50, 2002, p. 122.

de la stimulation des protagonistes autorisés ; elle participe de la structuration et de l'affirmation de leur identité²². Le droit devient sous toutes ces considérations, comme l'observe Michel Virally « *le visage même de la société, dominant l'individu ou le soutenant* »²³. Le genre y trouve alors un terrain privilégié d'expression dans toutes ses dimensions. Sa présence au sein du droit est dotée de significations. Le droit éduque à l'égalité du genre, sensibilise sur l'accoutumance d'un environnement soucieux du genre ; il promeut son universalité et sa mondialisation²⁴.

L'analyse se propose alors d'en explorer les contours et de participer ce faisant de sa promotion scientifique car, comme l'écrit fort justement Christian Atias, la science du droit « *contribue à la construction de ce qu'elle étudie* »²⁵, si bien que les auteurs qui se « *donnent pour tâche de connaître et de faire connaître le droit ont une influence directe et considérable sur son contenu même* »²⁶. Avec des points de vue nouveaux, l'ambition est aussi d'enrichir sur les monographies existantes sur la question. Elle se donne en outre pour mission de sensibiliser sur les perspectives que le droit offre pour une égalité de genre réalisable et stable. C'est là un intérêt pratique qui se double d'un intérêt pédagogique.

Sous le bénéfice de ces considérations, il faut constater que c'est au travers de la sanctification juridique de l'égalité formelle du genre ou l'expression juridique diversifiée de l'égalité formelle du genre d'une part (I) ; et de l'édification d'une approche genre ou la définition juridique d'une égalité substantielle du genre d'autre part (II), que le genre fait l'objet d'une promotion par le droit.

I. La sanctification juridique de l'égalité formelle du genre ou l'expression juridique diversifiée de l'égalité formelle du genre

La promotion juridique du genre se dégage des prescriptions normatives sur l'égalité entre les êtres humains. Ces prescriptions tiennent en principe lieu de « *saintes écritures* » ou de « *Très Hautes Instructions* » dans un Etat de droit, puisque la soumission de tous au droit est une exigence ultime²⁷. L'égalité du genre se trouve ainsi juridiquement sanctifiée. Les moyens employés (A) se conjuguent aux techniques de garanties (B) pour donner la mesure de la sanctification.

A. Les moyens juridiques employés

²² *Ibid.*, p. 123.

²³ Michel VIRALLY, « Le phénomène juridique », *Revue de droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, vol. 82, 1996, p. 10.

²⁴ Léopold DONFACK SOKENG, « Mondialisation et droits de l'homme en Afrique », *Revue Camerounaise d'Etudes Internationales*, n° 001, 2007, p. 103.

²⁵ Christian ATIAS, *Epistémologie du droit*, Paris, Presses Universitaires de France, 1994, p. 88.

²⁶ *Ibid.*, p. 82.

²⁷ Alain Didier OLINGA, « L'Afrique en quête d'une technique d'enracinement de la démocratie constitutionnelle » in Maurice Kamto, (dir.), *L'Afrique dans un monde en mutation. Dynamiques internes ; marginalisation internationale ?*, Paris, Afredit, 2010, p.180.

La sanctification juridique de l'égalité du genre au Cameroun s'exprime notamment par deux moyens ; l'adhésion diversifiée du Cameroun aux instruments internationaux prescrivant l'égalité du genre et la sanction de cette dernière dans la production normative camerounaise.

1. La consécration diversifiée de l'égalité formelle du genre dans les instruments internationaux de protection des droits de l'homme

L'égalité du genre trouve au sein des instruments internationaux consacrant les droits et libertés, une expression diversifiée. Du plan universel au plan régional, la question de l'égalité du genre est posée en termes de prescription potentiellement normative. Il y a comme un phénomène de dissémination d'une égalité du genre dans les normes internationales en droits de l'homme au travers des « *articulations respectives* »²⁸. Les normes y relatives brillent par une intertextualité qui trahit fort justement la méthode d'emprunt normatif employé par divers "législateurs" à l'échelle internationale²⁹. Cela traduit assurément la « *conception commune* » de l'égalité du genre, et participe favorablement de sa promotion, tant, « (...) *l'adhésion à un même projet idéologique en fin de compte condui[t] à l'expérimentation de techniques de protections identiques, du moins proches et comparables dans leur agencement et leur efficacité* »³⁰.

Cette égalité postulée qui « *suppose [néanmoins] l'existence d'un système juridique comportant des normes générales énonçant des distinctions autorisées et celles discriminatoires* »³¹, est auréolée d'un prestige du sacré pour devoir être conçue comme une « *norme* », du moins une « *méta-norme* » ; d'ailleurs que « *sur l'échiquier des droits fondamentaux, [elle] représente assurément une pièce maîtresse* ». Elle « *est devenue la "pierre angulaire" de la jurisprudence constitutionnelle quels que soient les pays* »³². C'est un principe général. De ce « *principe général d'égalité* », se dégage implicitement une égalité de genre. Les énonciations textuelles portant la trame laissent présager une telle considération. Elles posent en permanence l'interdiction de toutes discriminations dans le bénéfice des droits et sur la charge des devoirs³³. A titre illustratif, l'article 1^{er} de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme prescrit que « *tous les êtres humains naissent libres et égaux en dignité et en droits. Ils sont doués de raison et de conscience et doivent agir les uns envers les autres dans un esprit de fraternité* ». Semblables dispositions essaient plusieurs instruments

²⁸ Maurice KAMTO, « Charte Africaine, instruments internationaux de protection des droits de l'homme, Constitutions nationales : articulations respectives », in Flauss Jean François et Lambert-Abdelgawag Elisabeth (dir.), *L'application nationale de la Charte Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples*, coll. « Droit et Justice », Institut international des droits de l'homme, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 11-47

²⁹ Alain Didier OLINGA, « Les emprunts normatifs de la Commission africaine des droits de l'Homme et des peuples aux systèmes européen et interaméricain de garantie des droits de l'Homme », *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, n° 62, 2005, p. 501

³⁰ *Ibid.*, p. 102.

³¹ Thérèse ATANGANA-MALONGUE, « Le principe d'égalité en droit camerounais de la famille », *Revue internationale de droit comparé*, vol. 58, n° 3, 2006, p. 835.

³² Louis FAVOREU et autres, *Droit constitutionnel*, 11^e éd., Paris, Dalloz, 2008, p. 968.

³³ François LUCHAIRE, *La protection constitutionnelle des droits et des libertés*, Paris, Economica, 1987, p. 221.

internationaux de même nature. La Déclaration Universelle des Droits de l'Homme va dans le même sens lorsqu'elle pose que « *toutes les personnes bénéficient d'une totale égalité devant la loi* » (article 3) ; à l'article 26 du Pacte des Nations Unies relatif aux Droits Civils et Politiques d'ajouter que « (...) *A cet égard, la loi doit interdire toute discrimination, et garantir à toutes les personnes une protection égale et efficace contre toute discrimination, notamment (...) de sexe (...)* ».

Au principe général d'égalité énoncé de manière générale et disparate dans les textes internationaux sans précision aucune sur le genre et donc au bénéfice de tous, se conjugue l'égalité du genre explicitement et spécifiquement affirmée. Les textes recourent à plusieurs formules pour l'exprimer. L'indication sur le sexe, le genre ou sur la dichotomie homme/femme est expressément donnée ; comme pour marquer une certaine emphase. Si dans certains instruments, l'égalité est exprimée de manière négative au travers de l'interdiction de toute discrimination fondée sur le « *sexe* » ou sur le « *genre* » ; dans d'autres, l'on s'accorde à énoncer avec précision une égalité entre « *l'homme et la femme* » dans plusieurs domaines. L'article 2 de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme est exemplaire à cet effet. Il énonce substantiellement que « *chacun peut se prévaloir de tous les droits et de toutes les libertés proclamés dans la présente Déclaration, sans distinction aucune, notamment (...) de sexe (...)* ». Dans le même élan, la Charte des Nations Unies pose dans son Préambule l'engagement des Peuples des Nations à proclamer leur foi « *dans l'égalité des hommes et des femmes* ».

L'adhésion d'un Etat à ces différents instruments est le symbole de son engagement au respect de l'égalité du genre, sous peine de sa responsabilité internationale. L'Etat gage ainsi sa foi, son image et exprime son appartenance à l'idéologie portée par lesdits instruments. L'on sait au demeurant la valeur juridique accordée aux droits et libertés contenus dans les textes internationaux ; certains ne revêtent le statut de droits et libertés « *fondamentaux* » que pour autant qu'ils y sont consacrés³⁴. C'est que, « *tout droit consacré par la constitution ou par une convention internationale est un droit fondamental quel que soit le lien qu'il entretient ou non avec l'idée de liberté* »³⁵. L'on sait également la place des textes internationaux dans l'échelle de normativité³⁶, bousculant à grand renfort d'une partie de la doctrine, la Constitution dans la hiérarchie des normes juridiques. De tels paramètres sont indicateurs sur la valeur qui peut être celle de l'égalité du genre, et dont pourrait magnifier le

³⁴ Laurence BURGORGUE-LARSEN, « Les concepts de liberté publique et de droit fondamental », in Jean Bernard AUBY (dir.), *L'influence du droit européen sur les catégories du droit public*, Paris, Dalloz, 2010, pp. 391-407.

³⁵ Marie-Joëlle REDOR, « Garantie juridictionnelle et droits fondamentaux », *Centre de Recherche sur les Droits Fondamentaux*, n°1, 2002, p. 93.

³⁶ Adama KPODAR, « L'échelle de normativité du droit international public », in Ferdinand Melin-Soucramanien (dir.), *Espaces du service public. Mélanges en l'honneur de Jean du Bois de GAUDUSSON*, T. I, Presses Universitaires de Bordeaux, 2013, pp. 379-402.

Cameroun, au regard de son adhésion à ces différents textes. A titre indicatif, le Cameroun est partie, en sus des textes précités, au Pacte des Nations Unies relatif aux Droits Economiques, Sociaux et Culturels, prescrivant aux Etats de garantir l'exercice des droits y énoncés, « *sans discrimination aucune fondée sur la race, la couleur, le sexe (...)* » (article 2 al. 2) ; « *à assurer le droit égal qu'ont l'homme et la femme au bénéfice de tous les droits économiques, sociaux et culturels* » (article 3). Il en est de même du Protocole à la Charte Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples relatif aux Droits des Femmes de 2003 qui prescrit tout comme la Convention sur l'Elimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes de 1996, aux Etats « *[d']inscrire dans leur constitution et textes législatifs, si cela n'est pas encore fait, le principe de l'égalité entre les hommes et les femmes, et [d']en assurer l'application effective* » (article 2 al. 1a).

Les textes internationaux consacrant l'égalité du genre, auxquels le Cameroun est partie, sont légion. Le Cameroun sanctifie par ce fait, l'égalité formelle du genre, et participe par ricochet de sa promotion ; comme il le fait dans son ordre juridique interne.

2. La sanction de l'égalité du genre dans l'ordre juridique interne

L'ordre juridique interne camerounais n'est pas vierge de toute prescription utile sur l'égalité de genre, que ce soit dans la Loi fondamentale ou dans les textes infra-constitutionnels.

La dynamique constitutionnelle au Cameroun affiche une constance et une solennité quant à la promotion de l'égalité du genre dans les différents Préambules de la Constitution³⁷. A l'ère des Constitutions de 1960, 1961, 1972, les énonciations du Préambule en référence à l'égalité du genre, telles que, l'égalité entre tous les hommes, (en tant qu'espèce humaine et non genre), ou la proclamation du bénéfice des droits et devoirs par l'être humain sans distinction notamment de « *sexe* », semblaient ne pas avoir une véritable valeur constitutionnelle voire normative, cette dernière étant prise dans l'étau de la controverse sur la valeur constitutionnelle du Préambule réfutée par une partie de la doctrine. Celle-ci voyait au Préambule une simple profession de foi qui contribuait à faire des droits et libertés y consacrés de simples faire-valoir, une simple décoration, ne pouvant être assurées d'accéder au statut de normes juridiques³⁸. L'égalité de genre qui y était consacrée, subissait tout aussi cet imbroglio juridique. L'intervention du Constituant par la réforme constitutionnelle du 18 janvier 1996 marquera la fin de la controverse. Le Constituant élèvera explicitement le Préambule à la dignité constitutionnelle (article 65). Le Préambule passera ainsi « *de l'enseigne décorative à un étalage*

³⁷ Léopold DONFACK SOKENG, « Le sexe du droit : à propos de l'égalité juridique entre la femme et l'homme au Cameroun », *op.cit.*

³⁸ Maurice KAMTO « L'énoncé des droits dans les Constitutions des États africains francophones », *RJA.*, n° 2-3, 1991, pp. 7-24.

utilitaire »³⁹, et avec lui les droits et libertés au rang desquelles l'égalité du genre, nouvellement et désormais acquise à la cause constitutionnelle quant à sa valeur. Comme tous les autres droits et libertés, son respect est pour l'Etat, non seulement une obligation constitutionnelle, mais aussi une obligation internationale⁴⁰. Le Constituant a fait la part belle aux textes internationaux en matière de droits de l'homme auquel il est partie, en les constitutionnalisant dans le Préambule. Cette constitutionnalisation les élève à la dignité constitutionnelle.

L'inscription de l'égalité de genre au sein de la Constitution suit la dynamique d'appropriation constitutionnelle des droits et libertés en général et est significative de la volonté de l'Etat camerounais de la promouvoir, et d'en faire un angle vivant de son ordre constitutionnel, un critère de sa légitimité internationale⁴¹. En effet, les droits de l'homme étant la dimension substantielle de l'Etat droit, de laquelle devrait se réclamer tout Etat respectueux des valeurs universellement partagées, sont devenus « *un label nécessaire sur le plan international* »⁴². Raison pour laquelle « *la théorie générale de l'Etat est aussi une théorie générale des [droits et] libertés fondament[aux]* »⁴³, conçue et valorisée comme telle à l'échelle internationale. Le Cameroun se donne ainsi à voir par cette constitutionnalisation qui charrie l'égalité du genre.

Le catalogue législatif camerounais est aussi riche de sens en matière d'égalité de genre. A titre illustratif, le Code électoral⁴⁴ prescrit la qualité d'électeur, « *à toute personne de nationalité camerounaise, sans distinction de sexe, âgée de vingt (20) ans révolus, inscrite sur une liste électorale et ne se trouvant dans aucun cas d'incapacité prévue par la loi* » (article 45). Il en est de même de la qualité de candidat, reconnue à tout citoyen camerounais, « *sans distinction de sexe* », ayant acquis la *majorité* électorale fixée pour être candidat à une élection déterminée (articles 156 et 175). Le Code pénal⁴⁵ s'inscrit dans cet élan d'approfondissement rationnel d'égalité de genre lorsqu'il pose que « *la loi pénale s'impose à tous* » (article 1). L'égalité entre l'homme et la femme est ainsi magnifiée par le législateur pénal qui réaffirme avec enthousiasme et emphase l'obligation de son respect pour l'accès dans les emplois ou dans les lieux ouverts au public sous peine de sanction. La discrimination fondée notamment sur le sexe, opérée par quiconque, peut donner lieu à des peines

³⁹ James MOUANGUE KOBILA, « Le préambule du texte constitutionnel du 18 janvier 1996 : De l'enseigne décorative à l'étalage utilitaire », *Lexlata*, n° spécial 23-24, 1996, pp. 33-37.

⁴⁰ Alain Didier OLINGA, « L'aménagement de droits et libertés dans la Constitution camerounaise révisée », *Revue Universelle des Droits de l'Homme*, 1996, vol. 8, n° 4-7, pp. 116-126.

⁴¹ Véronique CHAMPEIL-DESPLATS, « La théorie générale de l'Etat est aussi une théorie des libertés fondamentales », *Jus politicum*, n°8, p. 10.

⁴² Jacques CHEVALLIER, « La mondialisation de l'Etat de droit », in *Droit et politique à la croisée des cultures, Mélanges Philippe Ardant*, Paris, *Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence*, 1999, p. 325.

⁴³ Véronique CHAMPEIL-DESPLATS, *op.cit.*

⁴⁴ Loi n° 2012/001 du 19 avril 2012 portant Code électoral, modifiée et complétée par la loi n° 2012/017 du 21 décembre 2012.

⁴⁵ Loi n° 2016/007 du 12 juillet 2016 portant Code pénal.

pénales (article 242). Le Code général de la fonction publique⁴⁶ est représentatif des textes réglementaires qui protègent l'égalité de genre. Il postule l'égal accès à la fonction publique comme fondement décisif des recrutements au sein de la fonction publique camerounaise. Celle-ci est ouverte « *sans discrimination aucune, à toute personne de nationalité camerounaise (...)* » (article 12). Ce qui justifie assurément la formule vulgaire « *tous les camerounais des deux sexes* », portée par les Communiqués portant ouverture des concours administratifs.

Ainsi, l'ancrage juridique de l'égalité du genre en droit camerounais reste une réalité. La Constitution en étant le « *cadre et [la] mesure du droit* »⁴⁷ participe fondamentalement de sa promotion juridique. Et comme « *Nul n'est censé ignorer la "Loi"* », cette exigence d'égalité s'impose à tous. Sa garantie donne davantage d'emphase à sa promotion.

B. La pluralité des techniques de garantie

La garantie des droits permet de leur donner la mesure de l'existence concrète. La seule consécration ne suffit pas à offrir des moyens d'expression. « *Plus que la consécration juridique de l'égalité, c'est son effectivité qui constitue l'enjeu majeur* »⁴⁸. Les techniques aussi bien juridictionnelles qu'a-juridictionnelles de protection aménagées au Cameroun répondent à cette exigence de bon aloi.

1. L'institution des techniques juridictionnelles de garantie

La mise sur pied des techniques juridictionnelles de protection des droits est vectrice d'une assurance. Elle véhicule l'idée que la violation d'un droit fondamental tel que l'égalité du genre, serait sanctionnée par des juges. Ces derniers participent du processus d'objectivation des droits. Ils contribuent à leur définition⁴⁹; ce d'autant que « *la caractéristique primordiale d'un droit fondamental est d'être justiciable* »⁵⁰.

La tendance généralisée est la reconnaissance d'un rôle déterminant aux juridictions dans la protection des droits. C'est que, « *aucune protection (...) des droits de l'homme ne peut être sérieusement mise en œuvre si elle ne s'accompagne de mécanismes juridictionnels appropriés* »⁵¹. Au Cameroun, le système de protection juridictionnelle des droits en général charrie celle de l'égalité du genre. Les juges ordinaires, plus que le juge constitutionnel, sont à même de pouvoir s'exprimer sur ce terrain ; eu égard au verrouillage du prétoire du juge constitutionnel aux citoyens. En l'état actuel du droit camerounais, le citoyen, victime d'une discrimination du fait de l'Etat fondée sur le genre, ne

⁴⁶ Décret n°94/199 du 07 octobre 1994 portant statut général de la fonction publique de l'Etat modifié et complété par le décret n°2000/287 du 12 octobre 2000.

⁴⁷ Christian STARCK, *La constitution. Cadre et mesure du droit*, Paris, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, Economica, 1994, p. 195.

⁴⁸ Thérèse ATANGANA-MALONGUE, *op.cit.*, p. 837.

⁴⁹ Marie-Joëlle REDOR, *op.cit.*, p. 95.

⁵⁰ Louis FAVOREU et autres, *op.cit.*, p. 860.

⁵¹ Frédéric SUDRE, *La Convention européenne des Droits de l'Homme*, Paris, Presses Universitaires de France, Coll. « Que sais-je ? », 1990, p. 8.

peut accéder directement ou indirectement au prétoire du juge constitutionnel à l'effet de solliciter le rétablissement de l'égalité, sans se voir opposer une irrecevabilité pour défaut de qualité. Seule une audace du juge constitutionnel pourrait éventuellement ouvrir la porte à une éventualité de saisine. L'accès au prétoire de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples n'est pas plus aisé⁵². Sa saisine par les individus est conditionnée, non seulement par l'adhésion de l'Etat défendeur à la Charte africaine et au Protocole créant la Cour, mais aussi, au dépôt par ce dernier d'une « *Déclaration permettant aux individus et ONG d'introduire des requêtes devant la Cour* »⁵³. Le Cameroun est partie à ces textes internationaux, mais n'a pas encore, semble-t-il, déposé une telle Déclaration. De telles contraintes condamnent le principe d'égalité du genre à une fortune médiocre devant ces juridictions pourtant de réputation. Sur le continent européen par exemple, la Cour européenne des droits de l'homme n'est pas complaisante vis-à-vis des Etats accusés de discrimination fondée sur le genre⁵⁴.

Le juge ordinaire camerounais présente mieux le visage de celui qui peut contribuer à la sauvegarde du principe d'égalité du genre. Le juge pénal punit des peines d'emprisonnement et d'amendes celui qui entretient une discrimination fondée notamment sur le sexe, pour l'accès dans les lieux ouverts au public, soit dans des emplois (article 242). Le juge civil n'en est pas moins impliqué. La ratification notamment de la Convention pour l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard de la femme, devrait l'amener à revisiter sa jurisprudence pour une meilleure mise en œuvre du principe d'égalité⁵⁵ et contribuer ainsi à éradiquer, du moins à réduire les disparités entre homme et femme essayant la matière patrimoniale et successorale au Cameroun, où la vocation successorale des femmes ne fait pas réellement fortune⁵⁶.

L'intervention du juge administratif n'est pas moins déterminante. Il a été en France, l'un des premiers à fixer les jalons de la construction d'un principe de l'égalité même sans l'existence d'un texte. Il l'a érigé très tôt en « *un principe général du droit applicable même sans texte, dont le respect s'impose à l'administration, tant dans l'exercice de son pouvoir normatif que dans les décisions individuelles qu'elle prend* »⁵⁷. L'arrêt Roubeau du 9 mai 1913 en est

⁵² Alain Didier OLINGA, « L'Afrique face à la "globalisation" des techniques de protection des droits fondamentaux », *Revue Juridique et Politique-Indépendance et Coopération*, n° 1, 1999, p. 163.

⁵³ Arrêt de la Cour Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples du 27 novembre 2020, Affaire XYZ c/ République du Bénin.

⁵⁴ Danièle LOCHAK, « Dualité de sexe et dualité de genre dans les normes juridiques », *op.cit.*, p. 682.

⁵⁵ Moïse TIMTCHUENG, « Le droit camerounais des successions dépouillé des conceptions civilistes », *Revue générale de droit*, vol. 41, n° 2, p. 562.

⁵⁶ Voir CS Arrêt n°12/L du 20 février 1997, affaire Manga Dibombe Richard c/ Mlle Muna Dibombe ; CS, arrêt n°45/L du 22 février 1973.

⁵⁷ Danièle LOCHAK, « La notion de discrimination dans le droit français et le droit européen » in Miyoko Tsujimura et Danièle Lochak (dir.), *Égalité des sexes : la discrimination positive en question. Une analyse comparative (France, Japon, Union européenne et Etats-Unis)*, Paris, Société de législation comparée, 2006, p. 39.

l'un des premiers fondements jurisprudentiels. S'inspirant généralement de la jurisprudence française, le juge administratif camerounais devrait en principe constater une rupture d'égalité entre les citoyens si éventuellement un agissement de l'administration venait à entretenir une discrimination non autorisée fondée notamment sur le genre ou le sexe. Son intervention est néanmoins subordonnée à un recours de la victime. L'intervention du juge administratif en la matière est même déjà consommée au Cameroun dans l'arrêt Dame Ngué André sur la responsabilité sans faute de l'administration du fait de la rupture d'égalité des citoyens devant les charges publiques. Le juge considère dans le cas d'espèce qu'un « *préjudice souffert par un particulier à raison de l'exécution des travaux d'intérêt général n'ouvre droit à réparation que s'il est exceptionnel, c'est-à-dire revêt une particulière gravité ; qu'en ce cas, en effet, il y a atteinte au principe d'égalité de tous les citoyens devant les charges publiques en dehors de toute idée de faute* » (Arrêt n° 5, CFJ/CA).

L'auscultation de ce considérant laisse présager au-delà de l'égalité entre citoyens devant les charges publiques sauvegardée par le juge, une égalité de genre, le terme « *citoyen* » subsumant à bien considéré, l'homme et la femme. Une telle observation emporte davantage la conviction, tant la personne qui saisit le juge est une femme, et le juge n'établit aucune distinction de genre dans l'analyse de sa requête. De telles interventions juridictionnelles participent d'une promotion considérable de l'égalité du genre et sont « *le moyen de la fondamentalité du droit en cause* », « *la traduction juridique en droit positif* »⁵⁸. Les tribunaux sont en réalité un terrain privilégié de lutte contre les disparités de plusieurs ordres, contre les frustrations diversement entretenues sous l'aspect cimentés des cultures patriarcales bien au-delà des prescriptions normatives. Ils doivent par leur jurisprudence, démêler l'écheveau de ce paradoxe, parfois même construit par l'Etat, sous le regard des organismes a-juridictionnels de protection des droits et libertés qui composent avec les juridictions dans l'entreprise de promotion du genre.

2. L'institutionnalisation des techniques a-juridictionnelles de garantie

Une chose est certaine, les institutions juridictionnelles ne peuvent porter toutes seules la lourde charge de protection des droits et libertés fondamentaux. La plupart des Etats en sont conscients, et dans un souci d'efficacité, mettent sur pied des organismes a-juridictionnels pour participer à cette lourde charge. Bien que parfois dépourvus de la *juridictio*, de pouvoir de sanctions, ces organismes élaborent et publient les rapports à la suite de leurs investigations. Ces rapports permettent de sensibiliser, d'en appeler à la prise de conscience, de promouvoir des droits et libertés fondamentaux, et conséquemment de l'égalité de genre. Le Cameroun s'est engagé depuis quelques années dans cette voie de consolidation des techniques de protection des droits et libertés en instituant des

⁵⁸ Marie-Joëlle REDOR, *op.cit.*, p. 93.

autorités indépendantes dotées d'une personnalité juridique et jouissant d'une autonomie financière. Ces initiatives sont « *commandée[s] à la fois par le bon sens mais aussi par la logique des droits fondamentaux* »⁵⁹ dont l'effectivité doit aussi être assurée par des organismes spécialisés n'ayant que la garantie comme point focal de leur mission. La Commission des Droits de l'Homme et le *Public Independent Conciliator* en sont des exemples typiques.

Version *new look* de la Commission Nationale des Droits de l'Homme et des Libertés créée en 2004 ayant connu des fortunes diverses, la Commission des Droits de l'Homme est créée par la loi n°2019/014 du 19 juillet 2019. Elle a entre autres missions, la promotion et la protection des droits de l'homme. L'article 4 de la loi lui assigne de contribuer au développement d'une culture des droits de l'homme fondée sur les idéaux de paix, d'égalité en droits et en devoirs. L'égalité postulée s'inscrit assurément dans la perspective affichée par le texte fondamental. Le législateur n'en dit pas autre chose lorsqu'il lui recommande de sensibiliser le public sur diverses thématiques relatives aux droits de l'homme y comprise la question du genre (article 4). Au regard de ses missions, le législateur affiche la Commission comme l'un des meilleurs garants des droits en général et de l'égalité du genre ; elle devrait sensibiliser sur les questions du genre et en promouvoir l'effectivité.

A l'image du Défenseur des droits en France⁶⁰, la Commission veille notamment au respect des droits et libertés par les personnes publiques⁶¹. Ces dernières sont tenues de lui fournir toutes informations par elle sollicitées dans le cadre de ses investigations sauf dispositions contraires de la loi. Sa saisine est ouverte à tout citoyen, organisme public ou privé ; elle peut en outre s'autosaisir. Son ouverture à la coopération internationale sur les questions de droits de l'homme pour les nécessités de sa mission contribue à l'internationalisation de la protection des droits et libertés au Cameroun. L'égalité du genre qui trouve place dans le sanctuaire des droits, semble pouvoir en bénéficier dans toute sa dimension ; tout comme sa protection est renforcée avec l'avènement du *Public Independent Conciliator*.

Contrairement à la Commission, le champ d'expression territorial du *Public Independent Conciliator* est circonscrit dans les Régions du Nord-Ouest et du Sud-Ouest. Reflet du statut spécial accordé à ces Régions et traductrice de la tradition anglo-saxonne où il est de coutume de créer des autorités indépendantes chargées de résoudre les différends entre l'administration et les particuliers⁶², le *Public Independent Conciliator* dont la mission est de préserver les droits et libertés, est conçue comme un fervent défenseur du principe d'égalité au sein des administrations décentralisées ; si tant est qu'elle devrait

⁵⁹ *Ibid.*, p. 96.

⁶⁰ Jacques CHEVALLIER, « Le défenseur des droits : unité ou diversité ? », *Revue Française d'Administration Publique*, vol. 3, n°139, 2011, pp. 433-445.

⁶¹ Hervé ROSE, « Le défenseur des droits et la protection sociale », *Regards*, vol. 1, n°47, pp. 138

⁶² Stéphane FOUAKEU TATIEZE, « "Le Public Independent Conciliator" ». Disponible sur <https://www.minddevel.gov.com/>, 12/02/2020.

concevoir et mettre en œuvre les mesures de prévention et de lutte contre les discriminations dont pourraient être victimes les usagers des services régionaux ou communaux (article 4). Il peut être saisi par toute personne qui s'estime victime d'une discrimination prohibée par la réglementation. En tout état de cause, c'est la pratique qui offrira mieux les raffinements de sa détermination à assurer la mission qui est la sienne. Il doit œuvrer pour la construction de sa légitimité, au risque de briller par « *un déficit de visibilité et de perte d'identité* »⁶³ surtout dans ce contexte orageux de ces Régions.

En tout état de cause, les deux autorités indépendantes sont à même de participer de la promotion de l'égalité du genre au Cameroun. Leurs missions respectives s'y prêtent d'ailleurs. Leurs répertoires d'action respectifs sont fixés par les textes, mais elles peuvent dans un souci d'efficacité se construire d'autres répertoires complémentaires qui leur sont propres, ce dans les limites de leurs compétences⁶⁴. Sur ces entrefaites, il n'est pas douteux qu'au Cameroun, la question de l'égalité du genre est élevée à une dignité considérable sur le plan juridique; ce qui force l'admiration. Cependant, eu égard à la pratique qui laisse persister les discriminations, la seule égalité formelle du genre semblent ne pas suffire pour permettre à la femme de s'émanciper de la domination de l'homme, domination en nombre dans les instances représentatives, en fonction et en pouvoir. C'est pourquoi dans un souci d'égalité substantielle, l'approche genre est édifiée et systématisée par le droit.

II. L'édification juridique d'une approche genre ou le souci juridique d'une égalité substantielle du genre

Sur la notion d'approche genre, « *pour que les enjeux soient clairs et le débat possible, encore faut-il parler un même langage. Ce n'est pas du choix de la langue de travail qu'il s'agit ici (...), mais du risque de malentendu [qui pourrait naître] d'une certaine confusion terminologique* » et entraîner la désorientation de la compréhension⁶⁵. C'est que, la notion d'approche genre, encore qualifiée d'approche intégrée d'égalité, est on ne peut plus technique. Si elle porte en substance l'idée d'égalité, il ne s'agit plus d'une égalité formelle postulée, mais d'une égalité substantielle axée sur un partage équitable des ressources et des responsabilités entre les deux composantes du genre. Contrairement à ce que l'on pourrait penser, elle va au-delà de cet « *idéal égalitaire* » formel de genre mais dévoyé dans les faits⁶⁶, pour dénoter une relative discrimination en faveur de la femme dans l'optique de lutter contre sa sous-représentation dans plusieurs sphères d'activités. En droit camerounais, l'édification de l'approche genre se traduit notamment par la définition des

⁶³ Jacques CHEVALLIER, *op.cit.*, p. 435.

⁶⁴ *Ibid.*

⁶⁵ Mireille DELMAS-MARTY, « A la recherche d'un langage commun », in Geneviève Giudicelli et al. (dir.), *L'harmonisation des sanctions pénales en Europe*, Paris, Société de Législation Comparée, 2003, p. 373.

⁶⁶ Danièle LOCHAK, « La notion de discrimination », *Confluences Méditerranée*, n°48 Hiver, 2003-2004, p. 13.

mesures particulières en faveur des femmes (A), mais aussi par l'exigence de leur représentativité dans plusieurs sphères étatiques (B).

A. La définition des mesures *spéciales* en faveur des femmes

Dans toutes les sociétés, les inégalités et discriminations comme celles vécues par les femmes existent. Le droit n'a pas pour vocation de les constater ; bien qu'il les crée lui-même parfois. Toutefois, dans une perspective du juste ou d'équité, expression d'une « *vision du monde inaugurée par la modernité* », tant il « *manifeste avec éclat sa domination rationnelle et technique sur la nature* »⁶⁷, le droit tente aussi de les corriger. La définition des mesures spécifiques en faveur des femmes s'inscrit dans cette vision de civilisation des comportements. Un double faisceau de mesures peut être identifié à ce propos ; reposant d'une part sur la reconnaissance des droits *propres* à la femme, et d'autre part, sur l'autorisation d'une discrimination positive en faveur de la femme. Si la première s'apparente à une mesure compensatoire de l'inégalité constatée ; la seconde s'affirme comme une mesure corrective des inégalités vécues par les femmes.

1. La reconnaissance des droits *spécifiques* aux femmes comme mesure compensatoire de l'inégalité de genre constatée

La définition des droits propres à la femme est la preuve de ce que les ingénieurs de la production normative ne sont pas aveugles sur la situation sensible des femmes. Elle traduit la prise en compte de leur singularité réelle. Cette particularisation juridique en faveur des femmes dans l'univers des droits de l'homme n'est qu'une réponse utile à une préoccupation fondamentale générée par une uniformisation de la règle qui voile pourtant la constance d'une discrimination éprouvée par la gent féminine. Le constat de Lochak est à ce sujet très évocateur, qui laisse davantage poindre les fondements d'une telle particularisation. Elle écrit avec intérêt que « *la mutation observée résulte aussi de la prise de conscience de ce que l'uniformité de la règle n'assure souvent qu'une égalité de façade : l'application indifférenciée de la même règle à tous peut aboutir à entériner des inégalités de fait, voire à les aggraver. La renonciation à la formulation abstraite et uniforme de la norme juridique est alors nécessaire pour assurer, à tous, la jouissance [effective] des droits proclamés* »⁶⁸.

Les droits de la femme entrent dans les droits catégoriels qui, « *dans leur rapport à l'universalité* » ne sont pas conçus sans stigmatisation. D'aucuns soutiennent un « *antagonisme de principe entre droits "universels" et droits "catégoriels"* », réfuté cependant à juste titre par Lochak, pour qui « *la prise en compte des particularismes s'avér[e] parfois être la condition d'une universalité véritable* »⁶⁹. Cette dernière position devrait d'ailleurs emporter la conviction, sauf si l'on voudrait se complaire de cette égalité d'apparence dans

⁶⁷Frédéric ROUVILLOIS, *Le droit*, Paris, Flammarion, 1999, p. 25.

⁶⁸Danièle LOCHAK, « Droits des femmes, droits universels », *op.cit.*, p. 41.

⁶⁹*Ibid.*

laquelle la femme éprouve des difficultés à avoir une place au soleil⁷⁰. En disséquant le socle normatif relatif aux droits de la femme, il reste clair que ce sont les mêmes droits parés des attributs de l'universalité qui sont reconnus spécifiquement aux femmes. L'impression qui s'en dégage est la difficulté d'établir un catalogue des droits qui seraient véritablement *spécifiques* aux femmes en rapport avec un critère précis et objectif qui ferait d'elles les êtres humains relativement ou entièrement à part. Cependant, cette emphase est justificative de la nécessité d'une mise en œuvre effective des droits au profit de la femme⁷¹; car là où, sous le couvert d'une égalité déguisée, « *la différence de genre était tue, il a fallu au contraire l'exprimer et nommer les femmes* »⁷². L'emphase sur les femmes semble plus audible que ce silence discriminant maquillé sous une égalité formelle. De l'idée de catégorisation alors s'infère l'objectif d'une meilleure intégration de la femme, d'une objectivation effective des droits universels à son bénéfice.

Le Protocole de Maputo entré en vigueur en 2006 et ratifié par le Cameroun en 2009 ne trahit pas cet objectif lorsque tout en reconnaissant le rôle crucial des femmes dans la préservation des valeurs africaines basées sur le principe notamment d'égalité, il professe la détermination des Etats à assurer la promotion, la réalisation et la protection des droits des femmes « *afin de leur permettre de jouir pleinement de tous leurs droits humains* » (Préambule). Le protocole laisse sous-entendre que la réalisation des droits humains, leur pleine jouissance sont un acquis pour l'homme, mais moins pour la femme. Aussi convient-il de relever, la prescription explicite d'un droit à l'accès effectif des femmes à l'assistance et aux services juridiques et judiciaires (article 8), le droit d'hériter des biens de leurs parents, en parts équitables (article 21), le droit d'être alphabétisée, le droit à l'éducation et à la formation à tous les niveaux et dans toutes les disciplines et en particulier dans les domaines de la science et de la technologie (article 12). La création diffuse des Centres de promotion de la femme et de la famille au Cameroun suit cette dynamique.

La promotion et la protection desdits droits sont à la charge de l'Etat qui devra aussi les respecter lui-même. La Cour africaine des droits de l'homme et des peuples y tient particulièrement. Elle a récemment affirmé sa détermination dans l'affaire *Association pour le progrès et la défense des droits des femmes maliennes et Institute for Human Rights and Development in Africa* contre l'Etat malien en 2018, « *en mettant à l'index les us et coutumes de la charia* » faisant tort aux prescriptions du Protocole de Maputo⁷³. Quoi qu'il en soit, la

⁷⁰Éric MILLARD, « Droit et Genre », in Sonia Leverd (dir.), *Les nouveaux territoires du droit*, Paris, L'Harmattan, 2013, p. 87.

⁷¹Laurence BURGORGUE-LARSEN, « La jurisprudence des cours constitutionnelles européennes en droit des personnes et de la famille », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil Constitutionnel*, n°39, 2013, p. 227.

⁷²Danièle LOCHAK, *op.cit.*, p. 42.

⁷³Laurence BURGORGUE-LARSEN et Guy-Fleury NTWARI, « Chronique de jurisprudence de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples (2018) », *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, n° 120, 2019, p. 878.

reconnaissance des droits *propres* aux femmes est le signe fort d'un dynamisme qui côtoie les droits de l'homme, les atteint dans leur essence et modifie les considérations stéréotypées génératrices d'inégalités et porteuses de discrimination à l'égard d'elles. Toujours dans le même esprit, les discriminations en faveur des femmes sont élaborées.

2. La discrimination positive, comme mesure correctrice des inégalités vécues par les femmes

A quelque chose malheur est bon ! Pourrait-on être tenté de le dire ; car les discriminations à l'égard des femmes ont entraîné l'élaboration des politiques de discriminations *en faveur* des femmes. On parle dans ce dernier cas de *discriminations positives*. Cette jonction de deux termes à connotation quelque peu antinomique est représentative des grands enjeux du monde contemporain liés à la correction des inégalités vécues par les femmes⁷⁴.

Les discriminations positives en faveur des femmes s'administrent au travers d'un traitement préférentiel qui consiste à prioriser la femme en cas de qualifications égales d'avec un homme. Il y a cependant en cette politique une contradiction génératrice de tension idéologique entre la volonté d'instaurer l'égalité entre les hommes et les femmes d'une part, et de l'autre, la définition d'une discrimination quand bien même elle serait qualifiée de positive⁷⁵. Toutefois, il y a toujours des tempéraments même pour des principes fondamentaux voire fondateurs, justifiés par des considérations parfois techniques et factuelles. Les discriminations positives n'ont de fondement que l'objectif pour lequel elles ont été fixées. C'est cet objectif qui les a portées au crédo de la normativité et au panthéon des enjeux de modernité. Leur caractère exceptionnel justifie qu'elles ne soient pas perpétuelles. Elles seront en vigueur le temps des discriminations voilées sous l'égalité formelle. Pour la Convention précitée, il s'agit des « *mesures temporaires spéciales* » qui « *doivent être abrogées dès que les objectifs [visés seront] atteints* » (article 4).

Le traitement préférentiel en faveur des femmes trouve une place dans l'ordre juridique camerounais. C'est dans la Convention précitée et le Protocole de Maputo, qu'il trouve l'une de ses expressions juridiques au Cameroun. Il n'y paraît cependant pas de manière explicite, le terme « *traitement préférentiel* » n'existant pas dans la texture du Protocole, même si dans la Convention, il transparait incontestablement. Au-delà de la lettre du texte, il y a un esprit qui se dégage en l'espèce de l'exigence faite aux Etats de mettre sur pied des mesures visant à assurer l'égalité des chances dans l'accès à l'éducation, à la formation, à l'emploi. L'égalité dont il est question n'est pas cette égalité formelle idéalisée; elle dénote plutôt l'exigence d'équité, de prise en compte des singularités de fait en faveur de l'insertion des femmes. C'est l'objectif d'un traitement préférentiel qui s'en dégage ; une logique « *d'égalisation des*

⁷⁴Daniel BORRILLO, « Le sexe et le droit : Grands enjeux du monde contemporain », in Anne Berbard-Grouteau et Anne Dagicour, *Droit et grands enjeux du monde contemporain*, Ellipses, 2013, pp.79-84.

⁷⁵Éric MILLARD, *op.cit.*, p. 94.

chances », puisque « *l'Etat est tenu non seulement de s'abstenir de toute forme de discrimination de jure (...), mais également de prendre des mesures de traitement préférentielles de manière à supprimer les discriminations de facto et à réaliser la pleine participation et l'égalité au sein de la société* »⁷⁶.

Mis à part ces instruments internationaux relatifs au traitement préférentiel en faveur des femmes, les textes infra-constitutionnels ne sont pas prolixes sur la question. Il est alors plus vécu dans le langage et relativement dans la pratique des recrutements au sein de l'administration, que prescriten droit interne comme c'est souvent le cas dans certains Etats⁷⁷. Dans ces textes, c'est le traitement privilégié qui est postulé mieux que le traitement préférentiel. Les deux notions ne se confondent nécessairement pas ; et la doctrine n'en prend pas toujours la mesure. Avec moins de rigueur, elle les utilise souvent comme des synonymes. Il y a pourtant une nuance qu'il est possible d'établir. Si le traitement préférentiel s'inscrit dans la perspective de la priorisation d'une personne à l'autre, toutes deux placées sur une échelle d'égalité; le traitement privilégié quant à lui reflète le bénéfice d'un avantage social particulier, des faveurs spéciales justifiées par des considérations précises. Il y a comme une différence de nature. Le traitement préférentiel exprime une option en faveur de l'un dans deux ; alors que le traitement privilégié ne repose sur aucune idée d'option. Le fonctionnaire de sexe féminin qui, suivant l'article 66 du Code général de 1994 précité, a droit à un congé de maternité de 14 semaines sur présentation du certificat de grossesse, est illustratif d'un cas de traitement privilégié. Il en est de même de la situation d'une femme enceinte qui, suivant le Code de travail, peut rompre son contrat de travail sans préavis mais l'employeur ne peut rompre son contrat pour cause de grossesse (articles 82 à 84). Sur le plan institutionnel, la dynamique des institutions au Cameroun est marquée par la création en 1984 au sein de l'architecture gouvernementale, d'un Ministère de la condition féminine, remodelé vingt ans après en Ministère en charge de la promotion de la femme et de la famille, ayant entre autres missions la promotion des mœurs en faveur du respect des droits de la femme⁷⁸.

En tout état de cause, le traitement préférentiel et le traitement privilégié forment les aspects d'une discrimination positive en faveur des femmes. L'administration de cette mesure donne une part considérable à l'insertion de la femme dans divers domaines où l'exigence juridique de sa représentativité renchérit sur la nécessité d'une égalité substantielle recherchée.

⁷⁶Martial JEUGUE DOUNGUE, « Discrimination à l'égard des femmes et développement durable à la lumière du Protocole de Maputo relatif aux droits de la femme en Afrique », *African Year of Human Rights with a focus on the Rights of Women*, 2012, p. 70.

⁷⁷Laurence BURGORGUE-LARSEN, « Actualité de la Convention européenne des droits de l'homme (janvier - juin 2012) », *Actualité Juridique du Droit Administratif*, 2012, p. 1730.

⁷⁸Ibrahim MOUCHE, « L'Etat moderne africain et le patriarcat public », Dakar, *Codesria*, 2007, p. 154.

B. La prescription de la représentativité des femmes dans le fonctionnement des institutions politiques

Le droit camerounais est soucieux de la représentativité du genre sur le champ politique ; que ce soit en matière électorale où le genre constitue une condition de validité des listes des candidatures ou dans les Assemblées politiques et socioprofessionnelles où le droit promeut une parité qui reste cependant un mirage dans les faits.

1. Le genre, comme condition de validité des listes de candidatures aux élections

Le droit camerounais exhale les effluves de l'approche genre en matière électorale. C'est l'une des dimensions sociales du droit électoral camerounais qui reflète son arrimage à la modernité. En effet, les femmes demandent davantage un investissement dans les affaires publiques sous l'aspect avenant d'une affirmation identitaire qui polarise jusqu'au droit. A leur engagement politique déjà considérable, se conjugue la réclamation permanente de la mise en place des stratégies de leur insertion sociopolitique, « *préalables indispensables pour faire avancer la représentation des femmes en politique* »⁷⁹. L'érection de la prise en compte du genre dans les listes de candidature aux élections comme condition de leur validité participe des stratégies juridiques visant un tel objectif. En matière de scrutin de liste, le Code électoral cristallise l'exigence de promotion de la représentation des femmes dans la sphère politique. L'emphase avec laquelle il prescrit cette prise en compte du genre dans les listes de candidature permet de subodorer sa substantialité dans l'ordre des conditionnalités électorales relatives aux candidatures. Cette condition s'affirme indépendamment de celle de prise en compte des « *composantes sociologiques* »⁸⁰.

L'article 151 du Code électoral prescrit aux partis de tenir compte des composantes sociologiques dans la constitution des listes de candidatures aux élections législatives. L'ambiguïté de la notion de composante sociologique a généré au sein de la doctrine, une controverse alimentée par la jurisprudence électorale qui peine à se fixer sur l'appréhension rigoureuse de la notion, laquelle paraît être un « *véritable casse-tête pour les juges* »⁸¹. Deux conceptions s'affrontent sur la question ; la conception restrictive et la conception extensive ; cette dernière soutenant l'exigence de la représentation de toutes les couches sociales dans les listes de candidature, notamment les handicapés, les femmes⁸².

⁷⁹Justine DIFFO TCHUNKAM (dir.), *Genre, leadership et participation politique au Cameroun (1931-2013)*. Le Cameroun sur le chemin de la parité, p. 10.

⁸⁰Abdou NJIKAM NJIFOTIE, « La notion de "composante sociologique" en droit électoral camerounais », *Revue Africaine de Droit Public*, vol. IX, n° 18, 2020, p. 316.

⁸¹Joseph Flavien KANKEU, « Cameroun -Genre et composantes sociologiques : un casse-tête pour les juges de la Cour suprême », *Le Messager*, Douala, 2013.

⁸²Alain Didier Olinga, « L'exigence de la prise en compte des composantes sociologiques de la circonscription en droit électoral camerounais », *Juridis périodique*, n° 28, 1996, pp. 67- 72.

Le législateur délègue cependant le genre du concept de composante sociologique, validation implicite de la conception restrictive de composante sociologique indiquée, et le singularise comme condition substantielle. Si bien qu'en tenant compte des composantes sociologiques, la composition des listes « doit en outre tenir compte du genre » (article 151 al. 3) et la Déclaration de candidature doit en porter les indications (article 164 al. 4).

Aucun scrutin de liste n'est en principe exempté de cette exigence de prise en compte du genre dans la constitution des listes ; qu'il s'agisse des élections sénatoriales (article 218), des élections régionales (article 246) ou des élections municipales (article 171). La constitution des listes des représentants du commandement traditionnel pour les élections régionales fait néanmoins figure d'exception. La singularité *de facto* des chefferies traditionnelles marquée par la prédominance masculine dans l'exercice de la fonction de chefs traditionnels⁸³ emporte ainsi la singularité *de jure* des conditions de constitution des listes de candidature des représentants du commandement traditionnel⁸⁴. La validation de la liste des délégués départementaux pour ces mêmes élections régionales, est par contresubordonnée entre autres, à la condition du genre.

Lors des législatives de 2013, le Conseil électoral tout comme le juge électoral, a eu l'occasion de se prononcer sur la substantialité de cette condition de genre, en invalidant une vingtaine de listes pour le motif considéré. Le Conseil électoral confortera sa position lors des sénatoriales de 2013, en invalidant pour le même motif plusieurs listes en lice à l'Extrême-Nord. La Cour Suprême officiant à cette époque comme juge constitutionnel, et donc juge des élections nationales, lui donnera gain de cause lors du contentieux préélectoral. Il faut préciser que l'application de cette condition n'est pas exclusivement orientée vers la femme. Une liste composée uniquement de femmes ne saurait de toute évidence prospérer.

Sous le régime de vigueur de cette loi électorale, il faut constater que le nombre de femmes au sein de nos instances représentatives a connu une légère évolution. Leur représentation, mieux leur représentativité se donne à voir désormais comme une réalité vécue, bien qu'elle ne réponde pas toujours au souci de la parité promue par le droit.

2. La parité, un vecteur de représentativité des femmes en promotion au sein du droit

Le droit prescrit l'exigence de parité en matière politique ce, pour une insertion sensiblement plus valorisante et plus équitable pour la condition féminine. La notion de parité fait florès au sein de la doctrine et ses différentes appréhensions se trouvent au carrefour d'un même idéal postulé. On la conçoit comme « la mise en œuvre de l'idée que les hommes et les femmes doivent

⁸³Ibrahim MOUICHE, « Autorités traditionnelles, multipartisme et gouvernance démocratique au Cameroun », *Afrique et Développement*, Vol. XXX, n° 4, 2005, p. 2.

⁸⁴ Voir aussi la loi de 2019/005 du 25 avril 2019 modifiant et complétant certaines dispositions de la loi n°2012/001 du 19 avril 2012 portant Code électoral.

participer de manière égalitaire aux prises de décision. Elle sert de ce fait à assurer un équilibre immuable dans la représentation des genres masculin et féminin »⁸⁵. Plus qu'une simple idée, elle constitue une mesure, une sorte de norme. Pour Millard, la parité « peut en effet être perçue comme une mesure d'action affirmative dans la mesure où il s'agit d'imposer la présence d'une moitié de candidats de sexe féminin (dans des positions d'éligibilité vérifiables) pour inverser une tendance certaine à la sous-représentation des femmes dans les positions politiques soumises à élection »⁸⁶.

Le processus électoral constitue le point de départ pour une représentativité des femmes au sein des instances de décisions découlant des élections. Si au départ du processus, il y a parité, on peut subodorer à l'issue des élections, la même parité dans l'instance considérée. Mais il faudra compter avec le choix des membres de l'exécutif dans ces Assemblées. Au-delà des instances issues des élections, la parité doit être opérationnalisée au sein d'autres instances comme le gouvernement où le moyen d'accès est la nomination. La charge pèse à ce niveau sur l'autorité qui procède aux nominations. La formation du gouvernement en France suit souvent une telle trajectoire. De toutes les façons, la parité exprime la nécessité d'un redimensionnement quantitatif de la participation entre les deux composantes du genre, à des fins de la reconsidération numérique des femmes dans les représentations politiques. Mais, mieux que l'exigence d'une égalité numérique⁸⁷, c'est l'idée d'équité qui est portée par la parité. Même si elle est souhaitée, la stricte nécessaire égalité numérique se heurte aux considérations techniques liées à la délimitation des circonscriptions électorales et à la répartition nationale des sièges⁸⁸.

Le Protocole de Maputo engage les Etats partie à l'élaboration des mesures de nature à garantir que « (...) les femmes soient représentées en parité avec les hommes et à tous les niveaux, dans les processus électoraux (...) ». L'Etat doit en outre s'assurer d'une représentation et d'une participation accrues, significatives et efficaces des femmes à tous les niveaux de la prise des décisions (article 9 al. 2). Par leur acte de ratification, l'Etat donne la promesse d'en assurer la matérialisation, si tant est que, la promesse est comme soutenait Reinach, « l'essence structurante des notions (...) de responsabilité, (...) de gage ou encore de représentation » et même d'engagement. Elle est un « [a]cte social s'adressant à autrui, appelant nécessairement une conséquence et visant

⁸⁵ Camara Fatou KINE, « La parité au Sénégal : entre modèle autochtone et modèle importé, une conquête légitime », in Justine Dikko Tchoukama (dir.), *Genre, leadership et participation politique au Cameroun (1931-2013). Le Cameroun sur le chemin de la parité*, op.cit., p. 163.

⁸⁶ Eric MILLARD, op.cit., p. 96.

⁸⁷ Justine DIFFO TCHUNKAM et al., in Justine Dikko Tchoukama (dir.), *Genre, leadership et participation politique au Cameroun (1931-2013). Le Cameroun sur le chemin de la parité*, op.cit., p. 263.

⁸⁸ Eric MILLARD, op.cit., p. 97.

d'abord celui qui la fait et la donne avant celui qui la reçoit »⁸⁹. Si l'on s'en tient à ce postulat, l'engagement de l'Etat camerounais d'objectiver la parité apparaît comme une « fausse promesse »⁹⁰. La parité reste encore une vue de l'esprit au Cameroun. Avancer que « le Cameroun est un Etat de droit où règne la culture de la parité (...) »⁹¹ est une observation sensiblement erronée de la réalité ; d'ailleurs même que l'on se contredit soi-même en relevant d'autre part que « le Cameroun est sur le chemin de la parité »⁹². Comment concilier une telle contradiction ? Soit l'on est sur le chemin, soit on est déjà au bout du tunnel. La réalité donne de constater que le Cameroun est bien loin de l'objectif. La configuration des institutions camerounaises n'est pas exemplaire de l'objectivation de la parité. La configuration du gouvernement n'en présente pas le moindre visage ; le Parlement est loin de la refléter, encore plus les exécutifs des institutions régionales. Le droit est ainsi trahi par la pratique. La parité par lui promue relève de l'ordre des virtualités. Au lieu de la parité, l'on vit la disparité.

Conclusion

L'idéal de réduction des disparités liées au genre est aussi porté par le droit. Celui-ci s'affirme à multiveaux comme un promoteur imparable du genre. Si d'une part il prescrit l'égalité formelle de genre, il se rend très tôt à l'évidence que cet idéal égalitaire est difficilement réalisable dans les faits⁹³. C'est pourquoi, l'approche genre est édifiée pour enchérir sur la perspective postulée. L'édification d'une approche genre dans le souci d'une meilleure intégration de la femme élève à une dignité plus accentuée l'idéal recherché. Le droit exprime ce faisant le souci d'une égalité substantielle entre les êtres humains, non pas seulement dans les textes, mais aussi matérialisée dans les faits. Il devient ainsi le meilleur outil de promotion du genre ; tant il « possède[à propos] une finalité rationnelle devant laquelle chaque conscience est appelée à s'incliner »⁹⁴. Il revient aux éprouvées que sont les femmes, et aussi aux hommes intègres habités par le souci de cette égalité, de s'en saisir pour qu'il puisse servir et valoir ce de droit.

Cette promotion juridique se heurte néanmoins aux réalités du contexte, alimenté par le mépris du droit, son instrumentalisation et les contraintes techniques liées notamment à l'applicabilité de la parité. Aussi, le caractère parfois *soft* du droit, du fait de l'absence de contrainte, lui enlève une bonne part de la normativité dans le domaine considéré et dilue sa vigueur, réduit la valeur

⁸⁹ Cité par Benoît KANABUS, « Théorie du droit et phénoménologie du droit : jalons d'une réception critique au XX^e siècle », in Jean-Yves Chérot (dir.), *Le désaccord en droit. Nouveaux regards sur l'argumentation en droit*, Cahier de méthodologie juridique, n° 29, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2015, p. 2175.

⁹⁰ *Ibid.*, p. 2171.

⁹¹ Justine DIFFO TCHUNKAM et al., *op.cit.*, p. 37.

⁹² *Ibid.*

⁹³ Danièle LONCHAK, *op.cit.*, p. 13.

⁹⁴ Benoît KANABUS, *op.cit.*, 2172.

de l'idéal projeté. Les ingénieurs de la production normative devraient y penser. Il reste que refuser l'égalité aux femmes d'avec les hommes contribue à faire d'elles les êtres subalternes ; c'est les vides de leur essence d'êtres humains à part entière nés sensiblement dans les mêmes conditions divinement établies. L'égalité réelle n'enlève d'ailleurs rien à personne, puisqu'elle participe en outre de la valorisation de l'acquisition de la compétence en fonction du talent et non du sexe.

Négociations collectives et inégalités salariales en Algérie

AKKACHE Fadila

Maître de conférences « A » sciences politiques, Faculté de droit et des sciences politiques, UMMTO, Algérie.

Email : fadila.akkache@yahoo.fr

Email professionnel :

fadila.akkache@ummto.dz

Résumé :

Il sera question dans cet article d'examiner les effets du passage d'une politique salariale rigide et centralisée dans le cadre du statut général du travailleur, durant la période socialiste dirigiste, à une politique salariale flexible, soumise à la négociation entre les acteurs de la relation de travail conformément à la loi 90/11 relative aux relations de travail issue des nouvelles orientations libérales du pays.

Cependant, cette flexibilité salariale qui visait l'adaptation des salaires à la situation de l'entreprise, a engendré d'importantes inégalités salariales entre secteurs d'activités et secteurs juridiques. Des salariés aux mêmes fonctions et aux mêmes qualifications se retrouvent avec des rémunérations inégales, car travaillant dans des secteurs différents économiquement et juridiquement. Les salariés du secteur privé dépourvus de couverture syndicale, doivent se soumettre à la volonté de leurs employeurs, alors qu'une grande partie des entreprises publiques sont dotées de conventions collectives généreuses en dépit d'une situation financière difficile.

Mots clés :

Politique salariale, négociations collectives, conventions collectives, écarts salariaux, couverture syndicale, secteur privé

Date de soumission: 04/02/2021, Date de révision : 12/12/2021, Date de publication: 31/12/2021.

Pour citer l'article:

AKKACHE Fadila, " Négociations collectives et inégalités salariales en Algérie ", *RARJ*, vol. 12 ,n°3, 2021, pp. 1024-1042.

Disponible sur: <https://www.asjp.cerist.dz/en/PresentationRevue/72>

Fadila Akkache. fadila.akkache@ummto.dz

المفاوضات الجماعية والفوارق في الأجور في الجزائر.

الملخص:

يتعلق موضوع هذا المقال بمخلفات التحول من سياسة أجور حكومية مركزية في ظل التوجه الاشتراكي والقانون الأساسي العام للعامل، إلى سياسة أجور تفاوضية تشترك أطراف علاقة العمل في ظل القانون 11/90 المتعلق بعلاقات العمل الذي جاء مواكبا للتوجهات الليبرالية للمرحلة التي صاحبته. غير أن المرونة التي ميزت سياسات تحديد الأجور منذ 1990، والتي كانت تهدف في الأساس لتكييف الأجور مع الوضعية المالية للمؤسسة، أفرزت فوارق كبيرة في الأجور بين مختلف القطاعات الاقتصادية والقانونية، حيث تتفاوت أجور عمال بنفس المؤهلات والمناصب بشكل هام، ليس بسبب الوضعية المالية لمؤسساتهم فحسب، بل بسبب الطبيعة القانونية للمؤسسة وإمكانيات تمثيل العاملين بها. فجل المؤسسات الخاصة صغيرة الحجم لا تتجاوز 10 عاملين، عدد منهم غير مصرح بهم، ويفتقرون لتغطية نقابية، مما يجعلهم يخضعون لإرادة صاحب العمل وحده. في حين يستفيد عمال المؤسسات العامة من اتفاقيات جماعية تمنحهم أجور جيدة رغم الوضعية المالية الصعبة لبعض المؤسسات، نظرا لاستمرار خضوعها لمنطق ريعي.

الكلمات المفتاحية:

سياسة الاجور، تفاوض جماعي، اتفاقيات جماعية، فوارق أجورية، تغطية نقابية، قطاع خاص

Collective Negotiations and Wage Differences in Algeria

Abstract

This article studies the consequences of the shift from the central government wage policy under socialism, to the negotiated wage policy under the labor Law90/11, resulted from the liberal trends emerged in this period.

Nevertheless, the flexibility that characterized wage-setting policies since 1990 caused large wage differences between the various economic sectors, as the worker's wages who have the same qualifications and positions vary significantly; not only because of the financial status of their institutions, but also due to the legal nature of the companies and its capacity of representing its employees. Most of the private companies do not exceed 10 workers, some of them are not legally declared, and not protected by the syndicate, which makes them subject to the control of their employer. Yet, workers of the public sector benefit from collective agreements that grant them high wages despite their financial difficulties, due to their continued submission to rentier logic.

Keywords: Wage Policy, Collective Negotiations, Collective Agreements, Wage Differences, Syndicate Coverage, the Private Sector

Introduction:

L'Algérie est passée d'une politique salariale dirigiste, où la détermination des salaires se faisait administrativement dans tous les secteurs d'activité, qu'ils soient publics, privés, économiques ou administratifs, à un système flexible, basé sur la négociation salariale, et permettant aux représentants des travailleurs et des employeurs de déterminer les salaires de façon concertée. Les deux systèmes de détermination salariale, reflètent les choix politico-économiques de l'Algérie.

Dans cet article, il sera question de revenir sur l'évolution des modes de détermination des salaires en fonction de l'évolution des choix politico-économiques du pays, en mettant en exergue, les dispositions légales relatives aux modes de fixation des salaires ainsi que les effets de chaque mode sur les inégalités salariales, entre différents secteurs.

Chapitre I : Politique salariale sous le SGT: inflexibilité et uniformité

Le statut général du travailleur (SGT), est la législation du travail adoptée durant la période socialiste dirigiste, caractérisée par un centralisme décisionnel accru, se reflétant sur tous les aspects de la vie politique, économique et sociale. La politique salariale en était un exemple concret, puisque le choix était de déterminer les salaires administrativement, et d'uniformiser les salaires fixes et variables dans tous les secteurs d'activité à travers tout le pays.

Section I : facteurs motivant le choix de la politique salariale

Trois facteurs majeurs ont motivé le choix de la politique salariale de l'époque :

- Les inégalités accrues, en matière de droits sociaux, héritées de la colonisation
- La nature rentière de l'Etat et le choix socialiste de développement qui renforcèrent la centralisation accrue du processus de prise de décision et d'élaboration des politiques publiques
- La recherche du soutien de la classe ouvrière dans le but de renforcer la légitimité politique du régime
- La marginalisation du secteur privé de l'effort de développement socialiste, renforcée par l'adversité du régime envers la classe bourgeoise considérée comme menace potentielle à la stabilité politique du pays.

En effet, Les inégalités salariales héritées de la colonisation, entre différents secteurs d'activité, et différentes régions du pays ont été un des éléments motivant le choix de la politique salariale sous le SGT. Il était question de réduire les inégalités, en particulier entre travailleurs agricoles et travailleurs de l'industrie et des administrations publiques. Le SGT se donnait pour mission

de mettre au point une politique salariale cohérente et de réduire les déséquilibres de la période antérieure¹. Il reposait sur ces principes égalitaires : A chacun selon son travail, et, à travail égal salaire égal².

D'autre part, l'adoption du régime socialiste au lendemain de l'indépendance s'est accompagnée d'une stratégie de développement de type dirigiste, basée sur la planification centralisée. Tous les aspects de la politique économique étaient déterminés exclusivement par les autorités centrales. Les investissements par secteur, la production, les prix de vente, l'emploi et les salaires, étaient décidés administrativement. La marge d'action des partenaires économiques et sociaux était restreinte, voire carrément marginale.

Economiquement, l'Etat devenait donc l'acteur économique exclusif, particulièrement depuis la croissance des recettes pétrolières. Il répondait parfaitement aux caractéristiques des Etats rentiers socialistes qui se devaient de monopoliser la distribution de la rente en affaiblissant les acteurs économiques privés, considérés comme frein et menace au développement socialiste.

Socialement, le régime politique avait fait le choix prioritaire de répondre aux besoins sociaux des travailleurs et autres catégories sociales précaires, par une politique de plein emploi, un système de protection sociale étendu à de larges franges de la population, ainsi qu'une généralisation de la gratuité des soins et de l'enseignement. Comparé aux capacités économiques du pays, ce système social était beaucoup trop généreux et engendra de graves défaillances dans certains secteurs, dont l'éducation et la santé, souffrant du manque de ressources humaines et matérielles. Ces choix sociaux s'inscrivaient plutôt dans une logique populiste d'un régime politique qui tentait d'asseoir sa légitimité via une large distribution sociale, conjuguée à un discours politique considérant les travailleurs comme base sociale du pouvoir.

Cet autoritarisme économique et cette redistribution sociale clientéliste s'accordaient parfaitement aux aspects politiques de l'Etat rentier socialiste, dont le système politique autoritaire et monopartite, excluait toute force d'opposition et rejetait l'existence d'acteurs politiques, économiques ou sociaux en dehors de l'Etat

¹ Boutaleb kouider, **Politique des salaires : fondements théoriques et analyses empiriques de l'expérience algérienne**. OPU, Alger, 2013, p201.

² Loi 78-12 du 5 Aout 1978 relative au Statut Général du Travailleur. **Journal Officiel**, N°32, 08 aout 1978, article 149, p541.

Section 2 : caractéristiques de la politique salariale sous le SGT :

Partant des facteurs précédents, la commission centrale des salaires, avait fait un travail énorme de classification et d'analyse des postes au niveau national. Tous les postes de travail existants ont été recensés et inscrits sur la grille nationale des postes, et chaque poste avait un salaire équivalent aux qualifications, responsabilités et difficultés, y correspondant, et ce au niveau national, et quel que soit le secteur d'activité.

La politique des salaires sous le SGT reposait donc sur trois principaux piliers :

- Classification nationale uniforme des postes d'emploi
- Système indemnitaire unifié et légiféré.
- corrélation des salaires avec : le pouvoir d'achat, la croissance de la production, la productivité et la justice distributive³.

Pour ce faire, le législateur détermine tous les éléments de la politique salariale par décret. Les statuts types des différents secteurs d'activité au niveau national, l'échelle nationale des postes types, les bornes inférieures et supérieures fixées pour les salaires de chaque poste de travail ainsi que le salaire national minimum garanti sont déterminés par décrets.

Le système indemnitaire est aussi légiféré et déterminé préalablement par le gouvernement sans véritable prise en compte des spécificités des différents organismes employeurs. Les primes et indemnités sont énumérées dans pas moins de 20 articles du texte du SGT, allant de l'article 152 à 170, auxquels s'ajoute l'article 146 qui détermine les composants du salaire de poste. Les modalités de bénéfice et de paiement des primes et indemnités y sont définies avec précision ne laissant que très peu de marge de manœuvre aux employeurs.

Section 3 : Principaux acteurs de la politique salariale sous le SGT :

Le principal acteur du processus d'élaboration de la politique salariale sous le SGT, était le gouvernement. En effet, l'article 127 du SGT, stipule que : « La fixation des salaires qui doit être liée aux objectifs du plan est une prérogative du gouvernement. Elle ne saurait être déléguée au profit des organismes employeurs »⁴. Le texte est clair et sans équivoque. Les employeurs n'ont aucune prérogative dans la fixation des salaires de leurs employés, et doivent se soumettre à la grille salariale élaborée par le gouvernement, et ce quel que soit la situation financière de l'entreprise, ou son secteur d'activité.

³ Loi 78-12 relative au statut général du travailleur, **OP.Cit.**, art.128.

⁴ Loi 78-12 du 5 Aout 1978 relative au Statut Général du Travailleur. **Journal Officiel**, N°32, 08 aout 1978, article 127.

En contrepartie, l'Union Générale des Travailleurs Algériens, UGTA, acteur syndical unique de l'époque pouvait être consulté, lors de l'élaboration des grilles salariales et du système d'indemnisation et autres statuts types sectoriels⁵.

Chapitre 2 : Négociations collectives et flexibilité salariale sous les lois sociales de 1990 :

La législation du travail issue du SGT, ne durera qu'une dizaine d'année. La libéralisation politique et économique décidée au lendemain des mouvements de protestation populaire d'octobre 1988, remet en cause les choix politiques et socio-économiques de la période socialiste dirigiste. Une Constitution pluraliste vit le jour en 1989, accordant plus de libertés publiques et adoptant une transition libérale politique et économique.

Les lois sociales de la période précédente n'étant plus adaptées aux nouvelles orientations du pays, le gouvernement adopta dès 1990, un nouveau code du travail, plus libéral et plus flexible, ouvrant une large marge de manœuvre aux employeurs et aux représentants des travailleurs, afin de définir les principaux axes des relations de travail au sein de l'entreprise, à travers l'institutionnalisation de la négociation collective. Le rôle de l'Etat à travers les textes législatifs et réglementaires, est beaucoup plus restreint en comparaison avec la période précédente, souvent, le texte ne donne pas de précision sur plusieurs aspects de la relation de travail, en les déléguant aux négociations collectives. Les salaires en sont une parfaite illustration.

En effet, la loi 90/11 relative aux relations de travail, ne détermine ni le niveau des salaires ni le système indemnitaire. Elle se contente de poser le principe de la négociation salariale, et de la nécessaire uniformisation des salaires entre emplois égaux au sein d'une même entreprise, contrairement au SGT où tout était déterminé et où le niveau des salaires était fixé pour tous les emplois similaires au niveau national.

Section 1 : l'organisation de la négociation collective selon la loi 90/11

La négociation collective, selon la loi 90/11 est reconnue en tant que droit collectif des travailleurs, en association avec le droit syndical, le droit à la participation des travailleurs à la gestion de l'entreprise et le droit de grève. Cependant, la loi en question ne fait pas de ce droit une obligation pour l'employeur, lequel peut y recourir. L'article 121 de la loi 90/11 stipule, en effet,

⁵ *ibid.*, article 02.

que l'organisme employeur peut disposer d'une convention et d'accords collectifs d'entreprise. Aucune obligation n'est faite ouvertement à l'employeur de négocier des conventions ou accords collectifs salariaux.

L'objectif de la négociation collective est d'aboutir à la signature d'une convention collective, et d'obtenir l'amélioration des droits issus de la loi. En aucun cas elle ne peut aboutir à la réduction des avantages sociaux acquis par les travailleurs en vertu de la loi ou de leur contrat de travail⁶.

La négociation collective se fait à différents niveaux : le niveau de base est évidemment celui de l'entreprise, ensuite un niveau sectoriel regroupant plusieurs employeurs ou plusieurs catégories socioprofessionnelles, comme elle peut revêtir un caractère national⁷.

Au niveau de l'entreprise, la négociation collective en général, et la négociation salariale en particulier se fait par des commissions paritaires, composées de 3 à 7 représentants des employeurs et des travailleurs. Pour les conventions ou accords de rang supérieur, le nombre de représentants de chaque partie peut être relevé jusqu'à un maximum de 11 représentants. Une fois l'accord ou la convention signés, et déposés au niveau de l'inspection du travail, les deux parties sont dans l'obligation de l'appliquer et des sanctions peuvent découler de chaque infraction au contenu des conventions et accords signés et enregistrés⁸.

Cependant, lorsqu'une convention collective, issue de la négociation collective concerne plusieurs organismes employeurs, elle ne les engage que si les représentants des deux parties y adhèrent délibérément et ouvertement en participant aux négociations et en signant l'accord ou la convention⁹.

Section 2 : négociations collectives et fixation des salaires :

Depuis 1990, l'intervention normative de l'Etat dans le domaine des salaires a nettement reculé et la fixation des salaires devenait donc du ressort des partenaires de la relation de travail¹⁰, qui avaient une bonne marge de liberté et de flexibilité pour déterminer les classifications des postes de travail, les points indiciaires correspondants à chaque poste, ainsi que les valeurs des points indiciaires et les salaires de base minimum correspondants. Le régime indemnitaire est aussi totalement soumis aux négociations dont le montant et les modalités d'octroi des indemnités liées : à l'ancienneté, aux heures supplémentaires, aux frais engagés, et aux conditions de travail spécifiques dont

⁶ Tayeb Belloula, **Droit du Travail**. Ed. Dahlab, collection droit pratique, Alger, 1994.

⁷ Loi 90/11 relative aux relations de travail. **JORA**, N°17, du 25/04/1990, Art 115.

⁸ **Ibid.**, art 123-124.

⁹ **Ibid.**, art 116.

¹⁰ Mahammed Nasr-Eddine Koriche, **Droit du Travail**, tome 2, éd. OPU, Alger, 2009, p100.

l'indemnité de zone. Il s'agit aussi de déterminer les primes liées au rendement et aux résultats du travailleur¹¹. Pour M.N.Koriche, on assiste depuis 1990 à la création par la négociation collective des indemnités et primes les plus diverses, car souvent la négociation collective a permis de reprendre des primes et indemnité accordés par le SGT, et même de la période antérieure au SGT¹².

Seule restriction, le salaire minimum garanti SMIG, qui reste des prérogatives du gouvernement après concertation avec les partenaires sociaux¹³.

Dans les faits, la flexibilité induite par les lois de 1990, bénéficie beaucoup plus aux employeurs du secteur privé, qui devenaient dans la majeure partie des cas, seuls maîtres à bord dans la fixation des salaires. Le retrait de l'Etat et l'absence de représentativité syndicale, conjugués à la taille des entreprises privées algériennes ont doté l'employeur d'un pouvoir exclusif dans le processus de fixation des salaires, et dans la détermination de tous les autres aspects de la relation de travail.

Chapitre 3 : Inégalités salariales : entre unilatéralisme patronal et culture rentière

La négociation salariale correspond aux nouvelles orientations libérales, et accorde aux acteurs sociaux une importante marge décisionnelle en matière de relations sociales au sein des entreprises, privées ou publiques.

Cette marge permet en effet aux acteurs de l'entreprise de prendre en compte la situation financière de celle-ci, et de déterminer les salaires avec beaucoup de flexibilité, en concordance avec les lois du marché. La reconnaissance du secteur privé et de son rôle prioritaire dans le développement national, suite à la crise économique et financière de la seconde moitié des années 80, ne pouvait se concrétiser sans une prise en charge effective des problèmes de compétitivité de l'entreprise privée dans un environnement mondialisé. Dès lors, la reconnaissance des employeurs privés en tant que partenaire incontournable du processus d'élaboration des politiques publiques était inévitable.

Section 1 : Profondes disparités salariales :

Dans la pratique, contrairement à la période du SGT, d'énormes inégalités salariales se sont créées depuis l'adoption des lois de 1990, que ce soit entre secteurs juridiques, économique public- économique privé - fonction publique, ou entre différents secteurs d'activité.

¹¹ Loi 90/11 relative aux relations de travail, **Op.Cit.**, art.120.

¹² M.N.Koriche, **Op.Cit.**, p103.

¹³ Loi 90/11,**Op.Cit.**, art 87.

Sous section 1 : disparités salariales entre privé et public :

Les résultats des enquêtes de l'office national des statistiques entre 2009 et 2018 confirment une tendance accrue à l'approfondissement des inégalités salariales entre secteurs privé et public. Le tableau ci-dessous synthétise les résultats des salaires moyens nets par secteurs juridiques:

Tableau N°1 évolution des salaires moyens nets du secteur économique public et privé (en dinar algérien)¹⁴

	2009	2011	2013	2015	2018
Salaire moyen net total	25.049	29352	36104	39242	40955
Salaire moyen net secteur public	35676	41192	50954	54743	57324
Salaire moyen net secteur privé	20137	23879	29240	32078	33389

Source : Office national des statistiques, 2009-2019.

Les chiffres du tableau précédent démontrent l'existence d'énormes disparités salariales enregistrées lors de la dernière décennie. La différence de salaire moyen net entre secteur public et privé est de plus de 70% sur toute la décennie. L'écart entre salaires moyens du secteur public et privé pourrait être expliqué par la nature rentière de l'Etat et de l'économie. En effet, il ressort du tableau que l'écart salarial a atteint un pic en 2009, avec 77.16% en 2009, en accord avec l'augmentation des recettes pétrolières entre 2006 et 2008. L'écart s'est par la suite légèrement réduit, pour atteindre 72.50 % en 2011, 70.65 en 2015, et enregistrant une négligeable remontée en 2018 atteignant les 71%.

Cet écart salarial, est l'un des aspects de la redistribution étatique de la rente. En effet, la majeure partie des salaires du secteur public bénéficient directement ou indirectement de la manne pétrolière. Nous verrons plus tard que le secteur le plus privilégié en matière de salaires est celui des industries extractives.

Tableau N°2 : Evolution des salaires nets par secteurs juridiques et qualifications (en dinars algériens)¹⁵

¹⁴ Office national des statistiques, différentes enquêtes sur les salaires, 2009-2018. Liens :

https://www.ons.dz/IMG/pdf/salaires_mai_2018.pdf

<https://www.ons.dz/IMG/pdf/sal-ent2015.pdf>

<https://www.ons.dz/IMG/pdf/Sal-qualif2013.pdf>

<https://www.ons.dz/IMG/pdf/sal-ent2011.pdf>

https://www.ons.dz/IMG/pdf/Publication_finale_enq.salaires_2010_.pdf

Qualifications	Secteur	2009	2011	2013	2015	2018
Cadres	Public	55487	62857	77798	83372	87571
	Privé	41978	47856	58046	69631	72657
Agents de maîtrise	Public	39245	44491	55403	60389	63070
	Privé	21.126	26563	31108	35656	37550
Agents d'exécution	Public	23822	28637	35156	37285	39026
	Privé	16487	19402	24259	25249	26125

Source : Office national des statistiques.

Par niveau de qualifications, l'écart entre secteur public et privé semble confirmer la tendance. Quel que soit le niveau de qualification, et contrairement à la logique du marché, l'écart des salaires entre public et privé est tout aussi important pour les cadres que pour les agents de maîtrise ou d'exécution. Dans les économies mondialisées, la compétition entre différentes entreprises pour l'acquisition de cadres qualifiés fait que les écarts de salaires ne peuvent être aussi importants, en particulier entre public et privé. Mais l'évolution dénote un début de changement significatif.

En effet, dans le tableau précédent, il est noté que l'écart entre salaires des cadres s'est beaucoup réduit entre 2009 et 2018, passant de 32% en 2009, à 20.52% en 2018. Les salaires des cadres du secteur public ayant augmenté de 57%, alors que pour le secteur privé, ils ont enregistré une augmentation de plus de 73%. Ce qui est beaucoup plus conforme à une logique de marché. La crise financière que vit le pays depuis 2014, peut justifier ce relatif renversement, puisque le gouvernement a dû adopter une politique de restriction budgétaire.

Cette tendance à la réduction des écarts entre public et privé diffère lorsqu'il s'agit des emplois moins qualifiés. Les agents d'exécution voient l'écart salarial entre public et privé, exploser durant la même période, puisque il passe de 44.89% en 2009, à 49.38% en 2018, se justifiant par une augmentation importante des salaires moyens de ces agents dans le secteur public, atteignant 63.82% pour le public contre 58.45% pour le privé.

Sous section 2: Disparités salariales entre secteurs d'activité:

Par secteur d'activité, les écarts sont assez révélateurs, comme le démontre le tableau suivant.

¹⁵ Ibidem.

Tableau N° 3 : Ecart salarial par secteurs d'activité et secteurs juridiques en 2018¹⁶. (En dinars algériens)

	Public	Privé
Industrie extractive	107031	26432
Industrie manufacturière	48930	34072
Construction	36954	29997
Commerce et réparation	49957	43619
Hôtel et restauration	35867	33763
Transports et communication	58566	37958
Activités financières	57271	75098
Ensemble	57324	33389

Source : Office national des statistiques

Les écarts de salaires entre secteur privé et public touchent tous les secteurs d'activités à l'exception de celui des activités financières, où les salaires sont nettement plus élevés et dépassent ceux du secteur public de 31%. Un écart qui s'explique par le fait que le secteur soit caractérisé par l'absence de secteur privé national dans le secteur financier, et que les banques privées présentes en Algérie sont des banques étrangères ayant un système de rémunération assez généreux comparé au niveau des salaires et au niveau de vie local.

Tous les autres secteurs, enregistrent un salaire moyen beaucoup plus élevé au secteur public par rapport au privé, en dépit des difficultés financières qui touchent bon nombre d'entreprises publiques en dehors du secteur des hydrocarbures.

Dans le secteur des industries extractives, l'un des secteurs économiques où le secteur public, dominé par les hydrocarbures, est le plus prospère, le salaire moyen est 4 fois plus élevé que celui du privé. Les chiffres de l'office national des statistiques démontrent que cet écart est tout aussi important quel que soit le niveau de qualification des salariés. En effet les cadres du secteur public des industries extractives touchent un salaire moyen des 131022 dinars, alors qu'au secteur privé le salaire moyen des cadres est de 45 428da, soit environ trois fois moins que dans le secteur public. Les agents de maîtrise de ce secteur touchent 100842 da en moyenne dans le secteur public, contre seulement 29542 da dans le secteur privé, soit 3.4 fois plus important, et 3.2 fois plus important lorsqu'il s'agit des agents d'exécution.

¹⁶ Office national des statistiques, Enquête nationale sur les salaires auprès des entreprises, N°874, Mai 2018. Sur le lien : https://www.ons.dz/IMG/pdf/salaires_mai_2018.pdf

Ces écarts salariaux ne concernent pas que les entreprises de différents statuts juridiques, mais aussi les différents secteurs d'activité dans un même secteur juridique. Le tableau précédent permet en effet de retenir les énormes disparités au sein des secteurs publics d'activité.

En effet, l'écart entre le salaire moyen net le plus élevé enregistré dans le secteur public des industries extractives et le salaire moyen net le plus bas enregistré dans le secteur public de l'hôtellerie et de la restauration dénote une différence d'environ 200%. Des travailleurs ayant les mêmes qualifications et les mêmes missions et responsabilités ont des salaires trois fois plus élevés que leurs homologues juste parce qu'ils travaillent dans un autre secteur. Une situation qui n'est pas spécifique au secteur des hydrocarbures, puisque les écarts entre différents secteurs sont très importants surtout si on les compare aux écarts entre différents secteurs privés qui ne sont pas aussi significatifs à l'exception du secteur financier privé qui est exclusivement étranger, ce qui explique l'élévation de son salaire moyen en comparaison avec les autres secteurs d'activité privés.

Section 2 : négociations collectives vecteur d'inégalités salariales entre différents secteurs d'activité

Depuis 1990, les salaires des différents secteurs d'activité sont déterminés par les négociations collectives, c'est-à-dire que la grille salariale dépendrait de la volonté des acteurs de la relation de travail. Le nombre des conventions collectives d'entreprises est passé de 2758 conventions et 12932 accords collectifs en 2007¹⁷, à 3525 conventions et 16405 accords collectifs en 2014, d'après les dernières statistiques parues sur le site du ministère du travail¹⁸. Cependant, ces négociations elle mêmes, sont sources de profondes disparités. En effet, si le secteur public recueille la majorité des conventions collectives d'entreprises et de branches, le secteur privé n'a pu conclure qu'une seule convention cadre, couvrant tout le secteur privé sans distinction liée à la taille de l'entreprise ou du secteur d'activité. Cependant, cette convention cadre est dépourvue d'accord salarial à cause des profondes disparités entre entreprises du secteur, et de l'absence de couverture syndicale dans la quasi-totalité des entreprises privées¹⁹.

L'écart des salaires entre différents secteurs d'activité, et entre secteur public et privé peut être expliqué par différents facteurs. Cependant, il reste que le

¹⁷ Bachir BENBOUZID, Le Dialogue Social et la Négociation collective. *Revue Algérienne du Travail*, N°35, 2008, p17.

¹⁸ Ministère du travail, de l'emploi et de la sécurité sociale, *Dialogue social*. Sur le lien du ministère: <https://www.mtess.gov.dz/fr/dialogue-sociale/>, visité le 03/02/2021.

¹⁹ Convention cadre du secteur économique privé, conclue entre l'union générale des travailleurs algériens et les organisations patronales, 30 septembre 2006.

principal facteur est lié à la flexibilité salariale engendrée par l'adoption des lois sociales de 1990, ayant instauré la négociation collective comme principe élémentaire de la politique de fixation des salaires.

En effet, si l'on compare les statistiques issues de différentes enquêtes sur les salaires menées par l'office national des statistiques, la relation de causalité devient évidente et indéniable. Le tableau suivant permet de comparer les écarts salariaux entre cadres de différents secteurs d'activité sous le SGT, et leur évolution depuis l'adoption de la négociation collective.

Tableau N°4 : évolution des salaires moyens bruts des cadres du secteur public 1988- 1996²⁰ (en dinars algériens)

	1988	1990	1992	1993	1994	1996
Hydrocarbures et travaux publics pétroliers	6472	7636	12004	15368	22849	28300
Industrie	6472	7636	12004	12246	14793	19030
BTP hors hydrocarbures	6435	7608	13183	10698	12550	16419
Transports	6190	7748	11990	15566	20320	22622
Commerce	6199	6823	10403	11494	13468	18354
Services	6150	6934	12775	17030	14441	20309

Source : Office National des Statistiques. Rétrospective 1962-2011

Le tableau précédent démontre que les salaires des travailleurs du secteur des hydrocarbures étaient uniformes à ceux de tout le secteur public industriel jusqu'en 1992. Depuis 1993, avec la mise en application des conventions collectives d'entreprises, le secteur des hydrocarbures s'est distingué par des salaires beaucoup plus élevés que ceux de tous les autres secteurs d'activité.

Les écarts salariaux en 1988 sont quasi marginaux comparés aux années suivantes. Les cadres de tous les secteurs d'activités bénéficiaient de salaires se situant dans une fourchette allant de 6150 da à 6472 da, avec une différence d'environ 5% entre les plus élevés et les plus bas. Une différence qui excède 82% en à peine 6 ans plus tard, c'est-à-dire en 1994, lorsque le salaire moyen brut du secteur des hydrocarbures avait presque quadruplé par rapport à son

²⁰ Office national des statistiques, rétrospective statistique 1962-2011, salaires, p76. Lien : <https://www.ons.dz/IMG/pdf/CH3-SALAIRES.pdf>

niveau de 1988, alors que le salaire du BTP hors hydrocarbure avait presque doublé. La mise en application des conventions collectives d'entreprises avait parmi aux cadres des hydrocarbures d'avoir des augmentations de 90% en deux ans (1992-1994) au moment où les cadres du BTP Hors hydrocarbures, avaient eu droit à une baisse du salaire moyen brut de -4%.

Il est à noter que durant la période 1988-1996, l'Algérie faisait face à une chute brutale des prix des hydrocarbures, engendrant une profonde crise multidimensionnelle: économique et financière, sociale, politique et sécuritaire. Ce qui permet de conclure que les augmentations des salaires dans certains secteurs ne correspondaient pas à des résultats économiques positifs, mais étaient en grande partie liées à l'adoption des lois de 90, et l'instauration des négociations collectives.

Même constatation pour les agents de maîtrises et d'exécution des différents secteurs d'activité, dont les importants écarts salariaux se sont, manifestement, accumulés depuis la mise en pratique des négociations collectives et l'adoption des premières conventions collectives d'entreprises et de branches.

Tableau N°5: écarts salariaux entre différents secteurs d'activité publics avant et après l'institution de la négociation salariale²¹ (en Dinars algériens)

	Secteurs	1988	1996
Agents de maîtrise	Hydrocarbures	--	21814
	Industrie	4468	13883
	BTP/HH	4692	11784
	Transports	4381	16137
	Commerce	4311	14024
	Services	4536	16290
Agents d'exécution	Hydrocarbures	--	18516
	Industrie	2928	11545
	BTP/HH	2897	9959
	Transports	3323	13034
	Commerce	2934	12248
	Services	2795	11940

Sources : office national des statistiques – rétrospective statistiques 1962-2011

Comme mentionné plus haut, les disparités salariales se sont largement approfondies à la suite de l'adoption des premières conventions collectives dans le secteur public, et ce, pour tous les niveaux de qualifications et dans tous les secteurs d'activité. Concernant les agents de maîtrise, l'écart entre secteurs qui ne dépassait pas 8% en 1988, s'est gravement approfondi pour atteindre 85.1%

²¹ Ibidem.

en 1996. L'augmentation la plus significative reste celle du secteur des hydrocarbures, lequel malgré la chute des prix sur le marché mondial, a quintuplé les salaires de ses agents de maîtrise à l'issue de l'adoption des premières conventions collectives.

Pareillement, les agents d'exécution des différents secteurs d'activité, ont vu les écarts entre leurs salaires s'approfondir pour passer de 18.8% en 1988 à 86% en 1996.

L'Autre argument significatif permettant d'établir la relation de causalité entre négociations collectives et écarts salariaux, se rapporte à la marginalité des écarts salariaux au sein du secteur privé où la négociation collective est rare sinon complètement absente. Les chiffres du tableau N°3 sont édifiants, et l'écart entre salaires moyens nets, le plus haut et le plus bas (hors secteur financier exclusivement étranger), ne dépasse pas 65%, tandis qu'il est de 200% dans le secteur public où la majeure partie des entreprises dispose d'une convention collective.

Section 3 : Quelques éléments justifiant l'unilatéralisme patronal

Au-delà de la négociation collective d'autres facteurs politiques et socio-économiques peuvent expliquer les inégalités salariales entre secteurs public et privé, et justifient l'absence de concertations entre employeurs et employés ainsi que l'unilatéralisme patronal dans la régulation de la relation de travail.

Sous section1 : Absence de couverture syndicale dans le secteur privé :

Si les salariés des entreprises publiques économiques bénéficient de la couverture syndicale de l'Union générale des travailleurs algériens UGTA, présente dans la quasi totalité des entreprises publiques économiques, et dans tous les secteurs de la fonction publique aux cotés d'une cinquantaine de syndicats autonomes, la situation est loin d'être la même dans le secteur privé, où le taux de syndicalisation ne dépasse pas 5%²², un taux de syndicalisation marginal, qui contribue à affaiblir la position des salariés devant les employeurs, ce qui explique l'absence de conventions collectives et de véritables négociations salariales collectives dans le secteur privé, et ce en dépit des facilités procédurales accordées par la législation du travail en vigueur à la création de syndicats. Il suffit de la présence des membres fondateurs, réunis en assemblée générale constitutive sanctionnée d'un procès verbale, des statuts de l'organisation ainsi que d'une déclaration de constitution et d'une liste

²² Nacer Djabi, Fadila Akkache, et autres, **les syndicats en Algérie : histoire, état des lieux et scénarios**. Ed. Fondation Ebert, collection : travail et justice sociale, Alger, 2020, p25.

nominative des membres fondateurs à soumettre aux autorités de tutelle pour l'enregistrement de l'organisation²³.

Ces facilités procédurales n'ont tout de même pas suffi à assurer une couverture syndicale aux travailleurs du secteur privé. Le rejet des employeurs de l'activité syndicale, explique en partie cette absence de syndicalisation. Des exemples concrets ont été cités par la presse nationale. A titre d'exemple, nous pouvons citer le mouvement de grève des travailleurs de Numilog, filiale du groupe privé Cevital détenu par Issad Rebrab. Les grévistes qui revendiquaient le respect de leur droit syndical, se sont vus sanctionner par la direction de l'entreprise qui a licencié 196 travailleurs pour avoir participé à ce mouvement. La justice a donné gain de cause aux travailleurs en décidant leur réintégration et en confirmant leur droit de créer un syndicat. L'entreprise à ce jour refuse d'appliquer la décision de justice et le mouvement social se poursuit²⁴.

Sous section 2 : Taille des entreprises privées

Les statistiques du ministère des PME, démontrent que 97% des entreprises privées sont de toutes petites entreprises de moins de 10 salariés. En 2019, le bilan statistique du ministère des PME recensait 1.193.339 entreprises privées, employant 1.617.473 travailleurs²⁵, ce qui nous fait une moyenne de 1.4 employés par entreprise. Une aussi petite taille d'entreprise ne permet pas la création de syndicats, et souvent, les salariés ont le choix entre accepter les propositions salariales de l'employeur ou renoncer à travailler pour lui.

Sous section 3: travail non déclaré

La non-déclaration des travailleurs à la sécurité sociale, est un autre facteur expliquant les écarts de salaires entre secteur privé et public. Le travail non déclaré représente une part importante de l'emploi salarié en Algérie, estimé à 2.5 millions de salariés en 2019²⁶, soit environ 40% du total des emplois salariés. Les emplois non déclarés et les salaires faussement déclarés à la sécurité sociale expliquent en partie la baisse des salaires du secteur privé, qui préfère employer au noir, ou déclarer des niveaux de salaires plus bas, afin de réduire ses charges sociales, souvent en accord avec le salarié, qui, pour diverses raisons accepte cette situation. On peut citer entre autre, les jeunes retraités qui reviennent travailler au noir pour accroître leurs revenus, tout en maintenant leurs pensions ainsi que leur protection sociale garantie par leur statut de retraité.

²³ Loi 90/14 relative aux modalités d'exercice du droit syndical. *JORA*, N°23, du 06/06/1990, art. 7-10

²⁴ Leila Wahda, Algérie : Bras de fer pour le droit syndical. *Lutte Ouvrière*, N° 2721, 23/09/2020.

²⁵ Ministère de l'industrie et des mines, *Bulletin d'information statistique de l'entreprise*, N°36, avril 2020, p8.

²⁶ Nacer Djabi, Fadila Akkache, *OP.Cit.*, p25.

Section 4 : salaires élevés du secteur public : rente et pratiques rentières

Une culture rentière prédomine dans les entreprises d'Etat, où les considérations économiques sont quasiment ignorées lors de la détermination des salaires. Le salaire y est considéré comme un revenu se devant d'être stable et généreux, nonobstant les difficultés financières de l'entreprise habituée à se faire assainir ses bilans par le trésor public.

La croissance rapide des recettes pétrolières durant la première décennie du troisième millénaire, a contribué au développement rapide du niveau des salaires du secteur public, grâce à des augmentations successives de salaires dans la fonction publique et plusieurs révisions du SNMG qui a connu une croissance de 620% en 20 ans, passant de 2500DA en 1992, à 18.000 DA en 2012. La valorisation du SNMG est importante depuis le début de la décennie 2000, en adéquation avec l'augmentation des recettes en hydrocarbure, la rente pétrolière étant la principale ressource budgétaire et la première source de redistribution sociale. En seulement 5 ans (2004-2009) le SNMG a été augmenté de 50% et de 80% en 8ans (2004-2012). Depuis la crise économique et financière de 2014, et à ce jour (février 2021), aucune autre augmentation du SNMG n'a été octroyée.

Plusieurs subventions financières ont été accordées par l'Etat aux entreprises publiques, dans le but d'assainir leurs budgets, et permettre le paiement en temps voulu des salaires de leurs employés afin de préserver les postes de travail en dépit des difficultés financières rencontrées par une majorité d'entre elles. Pour Mohamed Cherif Belmihoub, économiste et actuel ministre délégué chargé des perspectives (2021) : « durant les 25 dernières années, le calcul montre que 250 milliards de dollars ont été alloués au secteur public marchand.. »²⁷. Pour lui, « le budget de l'Etat ne peut plus supporter les défaillances des entreprises publiques... On ne peut plus mettre des entreprises sous perfusion juste parce qu'elles sont publiques »²⁸.

En dépit de la situation déficitaire de plus de 80% des entreprises publiques, les conventions collectives continuent à mettre en place des grilles salariales généreuses, sans se soucier de l'aggravation de la situation de l'entreprise.

En effet, l'on pourrait citer pour exemple, les conventions collectives des entreprises : ENIEM et les eaux minérales el Mansourah, signées en 1995 pour la première, et en 1999 pour la seconde. Les deux conventions démontrent que les difficultés financières d'une entreprise ne sont pas prises en compte lors de l'établissement de la grille salariale et du système indemnitaire. Les entreprises

²⁷ Mohamed Cherif Belmihoub, déclaration à l'émission invité de la rédaction, Radio chaine III, le 03janvier 2021 à 8h15. Lien de l'émission : <https://www.radioalgerie.dz/chaine3/linvit%C3%A9-de-la-r%C3%A9daction>

²⁸ Ibidem.

en question ont non seulement adopté des grilles salariales rigides à l'image de celle de la fonction publique, mais aussi et surtout, énuméré un nombre excessif de primes et d'indemnités complémentaires, qui ne sont nullement indispensables, au vu de la situation financière précaire des deux entreprises lors de la signature de la convention. Pour l'ENIEM, la convention collective énumère 24 primes et indemnités différentes, quelques fois similaires mais aux dénominations différentes. On y trouve par exemple, une prime de panier et une indemnité de panier, une prime de transport et une indemnité de transport, une indemnité de travail de nuit et une autre pour les mêmes raisons intitulée : indemnité du système particulier d'organisation du travail²⁹. Il existe une prime de responsabilité et une autre de responsabilité spécifique, une prime de formation et une indemnité de frais de formation³⁰.

Pour sa part, la convention de l'entreprise El Mansourah de Tlemcen, a dénombré pas moins de vingt primes et indemnités différentes, dont une prime de fils de chahid évaluée à 850 da, et qui n'a aucun rapport ni avec le travail et le rendement, ni avec l'engagement de frais supplémentaires par le concerné. La convention octroie aussi une indemnité de la femme au foyer de 1200da, au moment où cette même indemnité était de 40 da seulement dans la fonction publique, et alors que l'entreprise était au bord de la faillite³¹.

Les employés des caisses sociales sont aussi très généreusement rémunérés en dépit de la situation précaire du secteur de la sécurité sociale déficitaire depuis plusieurs années, et bénéficiant de subventions étatiques aux fins de préserver les pensions de retraite. Des rémunérations exorbitantes sont octroyées depuis la signature de la convention collective et de l'accord salarial en 2015. Un agent de sécurité a un salaire allant de 60.000 à plus de 100.000 da c'est-à-dire plus qu'un maître assistant à l'université et égal à un maître de conférences expérimenté. Le salaire d'un médecin généraliste de la caisse des assurances sociales, varie entre 150.000 et 200.000 da par mois au moment où ce même médecin généraliste travaillant dans le secteur hospitalier a un salaire de 70.000da à 80.000 da.

Conclusion:

La politique de fixation des salaires en Algérie, a évolué en rapport avec les choix politiques et socio-économiques du pays. La période socialiste dirigiste s'est dotée d'une législation de travail rigoureuse et centralisée, où la détermination des salaires était quasi exclusivement du ressort du gouvernement. La rigidité du statut général du travail quoique souvent critiquée car ne laissant

²⁹ ENIEM, Convention collective, imprimerie ENIEM, 1995, p58

³⁰ Ibid., pp58-62.

³¹ Eaux Minérales El Mansourah, Convention collective, Tlemcen, 1999.

aucune marge de manœuvre aux entreprises, a permis la mise en place d'une politique salariale cohérente et égalitaire.

La relative libéralisation politique et économique, et l'adoption d'une nouvelle législation sociale en adéquation avec les nouveau choix du pays, a instauré une politique salariale flexible, où les négociations collectives entre partenaires de la relation de travail se sont substituées au dirigisme gouvernemental. Cependant, ces négociations collectives ont contribué à l'approfondissement des écarts salariaux entre différents secteurs d'activité en particulier entre secteurs public et privé. Ces négociations se sont souvent transformées en décisions unilatérales d'employeurs sans vis-à-vis, du fait de la précarité du salariat conjuguée à l'absence de couverture syndicale dans des entreprises majoritairement de très petite taille. Les écarts ont tendance à s'approfondir de plus en plus, à la fois, entre salariés du secteur public économique, mais aussi, entre les salariés du secteur économique et ceux des secteurs financiers et à gestion spécifique, à l'exemple des employés des caisses sociales qui bénéficient de largesses excessives en dépit d'une situation financière de plus en plus précaire