

مجلة البحوث في الحقوق والعلوم السياسية
دورية متخصصة ومحكمة تصدر عن كلية الحقوق والعلوم السياسية
جامعة ابن خلدون - تيارت - الجزائر



العدد السادس 2017

المراسلات و النشر:

ترسل جميع المراسلات باسم:

مجلة البحوث في الحقوق والعلوم السياسية
كلية الحقوق والعلوم السياسية - جامعة ابن خلدون - تيارت -
ص.ب 78 زعرورة - تيارت - 14000. الجزائر

عنوان البريد الإلكتروني:

majaletkolya@univ-tiaret.dz

majaletkolya11@gmail.com

رقم الإيداع 044 - 2437 ISSN :

مجلة البحوث في الحقوق والعلوم السياسية
دورية متخصصة ومحكمة تصدر عن كلية الحقوق والعلوم السياسية
جامعة ابن خلدون بتيارت- الجزائر

قواعد النشر بالمجلة

تنشر مجلة البحوث في الحقوق والعلوم السياسية الدراسات العلمية والفكرية في تخصصات الحقوق والعلوم السياسية المكتوبة باللغة العربية، والفرنسية أو الإنجليزية.

كيفية تقديم المقالات

تكتب المقالات المقدمة للمجلة على آلة الكمبيوتر بخط Arabic Typesetting مقاس 16 شريطة ألا يزيد عدد صفحات المقال عن 14 صفحة بما في ذلك الجداول والأشكال والمراجع، ويكون مصحوبا بقرص مضغوط، أو بنسخة بالبريد الإلكتروني لتسهيل عملية الطباعة.

ينظم المقال كالآتي:

عنوان المقال، اسم صاحب المقال، الكلية والجامعة والبلد، ملخص المقال باللغتين، ثم البحث.

المراجع:

تكتب المراجع داخل النص حسب الطريقة التالية: إذا كان كتابا يكتب اسم ولقب المؤلف، عنوان الكتاب، الجزء، الطبعة، سنة الطبع، الصفحة.

أما إذا كان مجلة يذكر أسماء المؤلفين، عنوان البحث، سنة النشر، اسم المجلة، رقمها وعدد الصفحات المستغلة.

أما إذا كان قانونا يذكر رقمه، عنوانه، تاريخه، الجريدة الرسمية، العدد.

كما يتوجب على الباحث إتباع القواعد المتفق عليها عالميا في مجال الإحالات والاختصارات والمصطلحات.

ملاحظة:

بعد النشر يمنح صاحب المقال المنشور نسختين أصليتين من المجلة.

إن المقالات المنشورة في هذه المجلة لا تعبر إلا عن آراء أصحابها ولا تلزم هيئة التحرير.

المقالات التي لا تنشر لا ترد إلى أصحابها.

المدير الشرفي للمجلة:

الأستاذ الدكتور مدريل خلادي مدير جامعة ابن خلدون / تيارت

مدير المجلة:

الأستاذ الدكتور عليان بوزيان عميد كلية الحقوق و العلوم السياسية

رئيس تحرير المجلة:

الدكتور ويس فتحي

هيئة التحرير:

أ.د. بوساحة الشيخ

د. عجالي بخالد

د. حساني علي

د. مقني بن عمار

أ. عبد الصدوق خيرة.

أ. صافة يمينة

محررة المجلة:

قاسمي عقيلة

الهيئة العلمية للمجلة

أ.د. معاشو عمار	جامعة تيزي وزو	د.حساني علي	جامعة تيارت
أ.د. مروان محمد	جامعة وهران	د. مبطوش الحاج	جامعة تيارت
أ.د. شهيدة قادة	جامعة تلمسان	د. قوسم حاج غوثي	جامعة تيارت
أ.د. فئات فوزي	جامعة سيدي بلعباس	د. مداح حاج علي	جامعة تيارت
أ.د. طيبي بن علي	جامعة سعيدة	د. بحري فاطمة	جامعة تيارت
أ.د. عزى الزين	جامعة بسكرة	د. بوغزارة الصالح	جامعة تيارت
أ.د. فتاك علي	جامعة تيارت	د. شامي أحمد	جامعة تيارت
أ.د. عليان بوزيان	جامعة تيارت	د. هروال هبة نبيلة	جامعة تيارت
أ.د. خليل عمرو	جامعة البليدة	د. قايد ليلي	جامعة تيارت
أ.د. بوسماحة الشيخ	جامعة تيارت	د. عبد العالي عبد القادر	جامعة سعيدة
د. ملزي عبد الرحمن	جامعة الجزائر	د. بومهدي بلقاسم	جامعة الجزائر
د. جمعي ليلي	جامعة وهران	د. حبشي لزرق	جامعة تيارت
د. شوتري أحمد	جامعة الجزائر	د. حمر العين عبد القادر	جامعة تيارت
د. عبد الرحمن الشرفاوي	جامعة الرباط (المملكة المغربية)	د. بلفضل محمد	جامعة تيارت
د. بشرى نذير	جامعة الرباط (المملكة المغربية)	د. بوشي يوسف	جامعة تيارت
د. مقني بن عمار	جامعة تيارت	د. سباحي خالد	جامعة تيارت
د. هنان مليكة	المركز الجامعي بالبيض	د. حمر العين مقدم	جامعة تيارت
د. بلقنيشي الحبيب	جامعة تيارت	د. طفياني مختارية	جامعة تيارت
د. ويس فتحي	جامعة تيارت	د. رياحي أحمد	جامعة الشلف
د. مكى خالدية	جامعة تيارت	د. بلاق محمد	جامعة تيارت
د. عجالي بخالد	جامعة تيارت	د. كمال محمد الأمين	جامعة تيارت
د. بن عمار أحمد	جامعة تيارت	د. لقمش محمد أمين	جامعة تيارت
د. شواخ الأحمد	جامعة دار العلوم- الرياض (المملكة العربية السعودية)	د. معمر خالد	جامعة تيارت
د. لاريد محمد أحمد	جامعة سعيدة	د. بدارنية رقية	جامعة تيارت
د. بوراس عبد القادر	جامعة تيارت	د. قويدر مهمونة	جامعة تيارت
د. بن عمار محمد	جامعة تيارت	د. شاشوا نور الدين	جامعة تيارت
د. بوعبدالله بن عطية	جامعة تيارت	د. سلبي الهادي	جامعة تيارت
د. بالجيلالي خالد	جامعة تيارت		

افتتاحية العدد السادس

يبحث رجال القانون والسياسة عن معايير تحقيق قوة الدولة إقليميا وعالميا، وهم في ذلك يختبرون المعرفة العلمية الصحيحة للحكم الراشد، وفي هذا المجال أكدت الدراسات الأكاديمية الحديثة على التحول في النظر إلى مفهوم قوة الدولة الذي تطور من مفهوم التأثير، إلى القدرة على التأثير استنادا إلى مدى امتلاك الدولة لإمكانيات مادية ومؤسسية معينة تجعل منها قوة تفرض احترام الغير لها،

وبناء على هذا التغيير في مفهوم قوة الدولة تغيرت معايير الحكم على قوة الدولة فلم يعد بإمكان دولة ما أن تؤكد مكانتها كقوة إقليمية، أو دولية، بالاعتماد فقط على عوامل القوة التقليدية، كالمساحة وعدد السكان والثروة الطبيعية والقدرة العسكرية،- على أهميتها الجوهرية كقاعدة لقوة الدولة الكامنة - ، بل بات الأمر يتطلب امتلاكها لنظام سياسي وقانوني مستقر يستجيب لمقومات الجماعة وثوابتها، المعيار الأساس لقياس مدى قوة الدولة، وهو المعيار الذي يطلق عليه البعض معيار الحكم الراشد ، كونه العامل المؤثر في تحويل قوة الدولة المادية إلى قوة فعلية،

فالتشريع والسياسات العامة في ظل دولة المؤسسات والقانون صارا يخضعان لمعايير الجودة والحكمة وعلى ضوءهما يتم الكشف على مدى قوة الدولة،

وفي إطار هذا التقديم جاءت مقالات هذا العدد السادس من مجلتكم مجلة البحوث في الحقوق والعلوم السياسية راصدة لمظاهر الجودة القانونية والسياسية في العملية التنموية للدولة الجزائرية، حيث سلطت معظم الدراسات البحثية الضوء على آخر التشريعات الوطنية المقارنة .

وفي الإطار تشكر هيئة التحرير أعضاء الهيئة العلمية وجميع الناشرين على الجهود المبذولة في إخراج هذا العدد مصححا، والذي سيكون بداية لأعداد أخرى وفقا للتنظيم الجديد الذي تبنته الوزارة الوصية بخصوص، تطوير عملية البحث العلمي، وتحقيق قفزة نوعية على كافة المستويات، حيث تم إنشاء بوابة الكترونية للمجلات الوطنية المحكمة.

وفي هذا الإطار نرجو من جميع خبراء مجلتنا. تسجيل البيانات المتعلقة بهم (السيرة الذاتية، المنشورات...) كما هو مبين في إعدادات الحساب لكل خبير من خلال موقع المجلة على البوابة لتلقي البحوث وتقويمها وإبداء الملاحظات بكل شفافية، وإعطاء القرار بشأنها من خلال هذه البوابة وليس عن طريق البريد الإلكتروني.

مدير المجلة:

أ.د/ عليان بوزيان

فهرس العدد

الرقم	مؤلف المقال	عنوان المقال	الصفحة
1/ فهرس مقالات القانون العام			
01	أ.د/ بوساحة الشيخ - تيارت أ/ بوجلال فاطمة الزهراء-المركز الجامعي تيسمسيلت	البطلان في ظل قانون الإجراءات المدنية والإدارية	01
02	د. لريد محمد أحمد -- جامعة سعيدة	موقف المشرع الجزائري من نظام الإفراج المشروط	12
03	د/طفياي محظارية- جامعة تيارت	مسؤولية مراكز نقل الدم	27
04	د/قوسم الحاج غوثي- جامعة تيارت محمددي محمد الأمين - جامعة تيارت	الموظف الدولي على ضوء النظم الأساسية للمنظمات الدولية	49
05	د/ مبخوتة أحمد - المركز الجامعي تيسمسيلت	معضلة تحديد مصطلح جرائم الإرهاب في النظام الجنائي الدولي وأثر ذلك على تكريس فكرة عدم المشروعية في العلاقات الدولية	60
06	د/ فراق معمر - جامعة مستغانم بلحمزي فهمة - جامعة مستغانم	البيئة الالكترونية و الأمن القانوني	77
07	د/ لعروسي أحمد- المركز الجامعي تيسمسيلت أ/ بن محمزة نسمة- جامعة تيارت	معوقات المحكمة الجنائية الدولية في تنفيذ قواعد القانون الدولي الإنساني	89
08	د/ بوراس عبد القادر- جامعة تيارت بن بوعبد الله فريد - جامعة تيارت	سلطة الضبط السلمي البصري بين مهام تشجيع النشاط ومقتضيات المراقبة	105
09	د/ محمدي بخدة- المركز الجامعي غيليزان	الأجر الوطني الأدنى المضمون	118
10	د/ موفق طيب شريف - جامعة أدرار	الضوابط الشرعية للحق في التنمية	131
11	د/ باية عبد القادر- المركز الجامعي تيسمسيلت-	قراءة في الأحكام القانونية المتعلقة بالقرارات الإدارية المتضمنة تأسيس الأحزاب السياسية على ضوء القانون العضوي 04/12	149
12	د/ بالجيلالي خالد- جامعة تيارت	مبدأ الوسائل القانونية السلمية في القضاء الدستوري المقارن	166
13	د/ لقمش محمد أمين- جامعة تيارت	أساس المسؤولية الدولية الناجمة عن التلوث البيئي	189
14	د/ تابرّي مختار - جامعة سيدي بلعباس	جرائم الإعلام الماسة بالسلطة القضائية	206
15	أ/ باعزیز أحمد- المركز الجامعي مغنية.	الأحكام القانونية للتسخيرة الطبية	216
16	أ/ مجادي أمين- المركز الجامعي البيض	التدخل الدولي الهدام وقواعد القانون الدولي	225
17	أ/ سلامي دليلة- جامعة بومرداس	المنع من مغادرة الإقليم الوطني في التشريع الجزائري	241
18	أ/ بن أحمد محمد- جامعة تيارت	موجبات استئناف أحكام محاكم الجنايات في الجزائر	255
19	جلاد سليم -جامعة وهران	أثر الظروف الاستثنائية في الحياة الخاصة للأفراد في التشريع الجزائري	273
20	قعموسي هوارى -جامعة سعيدة	السلطة الإدارية المتخصصة في مواجهة الممارسات المقيدة للمنافسة	287

21	عميري أحمد - باحث دكتوراه : قانون عام / جامعة تيارت	النظام القانوني لعقد الامتياز الموجه لإنجاز مشاريع استثمارية على الأراضي التابعة للأمالك الخاصة للدولة	298
22	أيت عيسى راجح- جامعة الجزائر 02	ضوابط الدفاع الشرعي في ميثاق الأمم المتحدة و واقع الممارسة الدولية	319
23	محمد عابد- جامعة سيدي بلعباس	أخلاقيات الوظيفة العمومية ومكافحة الفساد: المساهمة والتحديات	336
24	سالم أنور احمد العبيدي- جامعة تكريت م. حميد أنور احمد العبيدي- جامعة تكريت	دور المجتمع المدني في تعزيز سيادة القانون في مجتمعات ما بعد الصراع	355
25	عيشوبة عمار- جامعة تيارت	تدريب الموظف العام رؤية استراتيجية	373
2/ فهرس مقالات القانون الخاص			
26	أ.د/ علي فتاك - جامعة تيارت	تطور نظام السجل التجاري الجزائري من المعيارية إلى التجريد	389
27	أ.د/ طالب حسن موسى- المملكة الأردنية الهاشمية	بقاء الشركة بعد التصفية في القانون الأردني مقارنة مع القانون العراقي	402
28	د/ بوغرارة الصالح- جامعة تيارت	الأسباب والمبررات لاعتماد الوسائل البديلة لحل النزاعات كطريق لعدالة توافقية	424
29	د/حساني علي- أستاذ محاضر "أ"- جامعة تيارت	المناطق الصناعية بين التنظيم والآفاق.- الجزء الأول -	440
30	د/ سمير شيباني- جامعة البويرة د/ ضريفي الصادق- جامعة البويرة	اختلاف دلالة العربون وطبيعته القانونية وأثرها على العلاقة التعاقدية	465
31	د/ عجالي بخالد- جامعة تيارت	حق المستهلك الالكتروني في التراجع عن العقد وأثره على النظرية العامة للعقد في ظل نظريات القانون الاقتصادي	486
32	د/ حمر العين عبد القادر- جامعة تيارت	ترشيد القاصر إطار مخفض لمسؤولية الآباء	506
33	أ/ نعيمة مولفرعة- جامعة التكوين المتواصل - مركز تيارت -	إحلال وسائل الدفع المصرفية التقليدية بالالكترونية	513
3/ فهرس مقالات العلوم السياسية			
34	د. دريدي محمد مختار--جامعة الجزائر 03	نظام حماية السرية في اتفاقية حظر الأسلحة الكيميائية: تحديات الثقة والفاعلية	528
35	أ/ دلباز كمال- جامعة تيارت	الأصول الفلسفية للنظم الانتخابية والسلوك الانتخابي: دراسة في المفاهيم والأشكال والنماذج	545
36	أ/ بلخضر طيفور - جامعة تيارت	حقل السياسة المقارنة: أكمال حلقة التخصص بين الجدالات المنهجية والتوجهات النظرية وبين الافلات الموضوعاتي.	561
37	أ/ عمر كعيبوش- جامعة تيارت	جدلية العلاقة بين الديمقراطية التوافقية ومسألة تحقيق الاستقرار السياسي في الدول المتعددة دراسة في الآليات والفاعلات (ماليزيا نموذجا)	583

4/ يتبع لفهرس مقالات القانون العام			
38	العربي شحط محمد الأمين-جامعة وهران 2	مفهوم الملكية العقارية المحمية جزائيا في قانون العقوبات الجزائري	602
5/ فهرس مقالات اللغة الأجنبية			
39	Abdelsadok Kheira - Université d'Ibn Khaldoune-Tiaret	Etude sur la preuve du paiement en ligne	610

البطلان في ظل قانون الإجراءات المدنية والإدارية*

أ.د/ بوساحة الشيخ - كلية الحقوق والعلوم السياسية- جامعة ابن خلدون - تيارت

أ/ بوجلال فاطمة الزهراء- معهد العلوم القانونية والإدارية- المركز الجامعي تيسمسيلت

الملخص

تعد القواعد الإجرائية أساس النظام القضائي خاصة وأنها ترمي إلى تنظيم عملية اللجوء إلى الجهات القضائية لحماية الحقوق الموضوعية لذا أولى لها المشرع عناية خاصة وسطر لها طرقا لا بد من إتباعها وأن يتم كل إجراء وفقا لنموذجه القانوني والا عد مشوبا وبالتالي يعرض لجزاء البطلان.

هذا الأخير الذي يؤدي إلى هدم العمل الإجرائي المعيب وإهدار آثاره القانونية.

ومن خلال ما سبق أوردنا من خلال هذا الموضوع تسليط الضوء على النظام القانوني للبطلان الإجرائي وتبيان أنواعه ومدى إمكانية تصحيحه أم لا.

abstract: la nullité d'acte de procédure :

Les procédures sont considérées comme la base de l'organisation juridique particulièrement, et ont pour but la réglementation de recourir aux instances juridiques pour la protection des droits d'objectivité.

Pour cela, le législateur lui a réservé une considération particulière et lui a tracé des voies à suivre et que chaque procédure soit entamée selon son type juridique si non il est considéré comme compromis et par voie de conséquence i est exposé à sa nullité.

Ce dernier conduit à la destruction de la procédure défectueuse et à l'annulation des conséquences juridiques sur ce qui vient d'être mentionné, nous avons voulu éclaircir à propos de ce sujet, la nullité d'acte de procédure de saisie et montrer ses types ainsi que sa possibilité d'amendement ou non.

مقدمة:

تكسني نظرية البطلان أهمية بالغة في المجال الإجرائي لكونها من أهم الجزاءات الإجرائية التي تلحق الأعمال الإجرائية حالة افتقادها إلى أحد الشروط الشكلية أو الموضوعية المطلوبة لصحتها قانونا ،وفي هذه الحالة يأتي دوره كجزاء إجرائي لمثل صفة الإلزام في القاعدة الإجرائية ،ويؤدي إلى هدم العمل الإجرائي المعيب وإهدار آثاره القانونية ،إلا أن الأخذ بنظام البطلان على مطلقه قد يؤدي إلى إهدار الكثير من الحقوق.

* تاريخ إيداع المقال: 2017/01/19

تاريخ تحكيم المقال: 2017/02/07

هذا الأخير يجعلنا نطرح الإشكاليات التالية: هل تحقق الغاية من الإجراء تحول دون بطلانه؟ وما هو المعيار القانوني الذي اعتمدته المشرع لتنظيم حالات البطلان؟ وما هي آثار تقرير البطلان على الإجراءات السابقة واللاحقة له؟

المبحث الأول: البطلان كجزء لتخلف العمل الإجرائي

البطلان هو ذلك الوصف الذي يأخذ العمل القانوني المخالف للقواعد الإجرائية بصفة عامة.

المطلب الأول: الطبيعة القانونية للبطلان:

البطلان الإجرائي يقصد به إذا ما قرر القانون أن عملا معينا يجب أن يتم وفق شكل محدد تحت طائلة البطلان فإن صدوره بشكل مخالف يجعل منه عملا باطلا.

الفرع الأول: عناصر فكرة البطلان:

من خلال التعريف أعلاه نجد أن البطلان يتكون من عنصرين:

1/ عيب يصيب الشكل:

وهو وجود عيب يؤدي إلى عدم تطابق الإجراء مع نموذج القانوني وعدم إنتاج آثاره القانونية، فالعلة من تقرير بطلان الإجراء المعيب حسب ما سبق توضيحه هي أن الإجراء الذي اشترط فيه المشرع أن يكون وفق نموذج معين وهذا استنطاقا لفكرة أن القاعدة القانونية قاعدة ملزمة للمخاطبين بأحكامها ولا يجوز مخالفتها فإن وقوع ذلك يؤدي لزوما إلى توقيع جزاء على ذلك وهو بطلان هذا الإجراء ومنعه من ترتيب آثاره التي يرتبها القانون لو كان العمل القانوني صحيح ووفق نموذج القانوني ولهذا قيل بأن هذا الجزاء يؤدي إلى عدم فعالية العمل القانوني وافتقاده لقيمته القانونية المفترضة في صحته.

غير أن هذا العنصر- لا يمكن أن يؤخذ على عمومته كون أن العيب الذي يصيب الإجراء لا يرتب في جميع الأحوال البطلان فبعض الحالات قد يكون الإجراء معيبا ومع ذلك يرتب كل آثاره كما لو كان سليما، كحضور المدعى عليه جلسة المحاكمة رغم عدم تبليغه عن طريق المحضر وفقا لما هو مقرر في نص المادة 32 ق إ م إ.

لذا لابد من توافر العنصر الثاني إلى جانب عنصر- العيب الذي يصيب الشكل لتحقيق البطلان الإجرائي ألا وهو عجز الإجراء المعيب عن ترتيب آثاره القانونية.

2/ عجز الإجراء المعيب عن ترتيب آثاره القانونية:

لابد لتوقيع البطلان على الإجراء المعيب أن يعجز هذا الأخير عن ترتيب الآثار القانونية التي كان لا بد أن يرتبها إن كان سليما وبالتالي عدم تحقق الغاية التي أقرها المشرع من الإجراء وبالتالي إفقاده القيمة القانونية المفترضة في صحته.

الفرع الثاني: تقسيم المشرع للبطلان

هناك عدة تقسيمات للبطلان الإجرائي من طرف الفقه كأخذ معيار القابلية لتصحيح العمل المعيب من عدمه ومعيار الأثر الكلي أو الجزئي للبطلان ومعيار النظام العام، غير أن المشرع الجزائري قسم البطلان الإجرائي إلى بطلان موضوعي وجوي وبطلان شكلي جوازي.

أ/ البطلان الشكلي:

في السابق كانت القاعدة القائلة "لا بطلان بدون نص" تطبق بكل صرامة مما جعل الاجتهاد في تطوراته يخلق تفرقة بين الإجراءات الثانوية والإجراءات الجوهرية، فإذا كانت الأولى تستلزم نصا صريحا لجزء مخالفتها فالثانية تخضع لتقدير الاجتهاد وقدمت محكمة النقض الفرنسية توجيهات تسهل هذه التفرقة مفسرة الطابع الجوهري للإجراء بما يبرر وجود هذا الأخير وما هو ضروري لأداء الوظيفة المنوطة به، بعد ذلك وفي سنة 1935 تدخل المشرع الفرنسي لإضافة شرط الضرر لشرط النص بتعديل المادة 1/135 من قانون الإجراءات المدنية حيث جاء فيها ما يلي "أي بطلان لصحيفة أو عمل إجرائي لا يمكن إقراره إلا إذا ثبت أنه يضر- بمصالح الخصم، وتبعاً لذلك فلا يمكن الحكم بالبطلان ولو نص عليه القانون إلا إذا تحقق الضرر من المخالفة¹ .

وقد نصت المادة 60 من ق إ م إ أنه لا يقرر بطلان الأعمال الإجرائية شكلاً إلا إذا نص القانون صراحة على ذلك وعلى من يتمسك بالبطلان أن يثبت الضرر الذي لحقه، أي يجب أن يقتصر شرطان:

- وجود نص يتضمن البطلان
- إثبات الضرر من طرف من يتمسك بالبطلان

ب/البطلان الموضوعي:

ويؤسس البطلان الموضوعي أو الوجوي حصراً على انعدام أهلية الخصوم كتبليغ الاستدعاء إلى شخص راشد لكن ناقص الأهلية أو رفع دعوى ضد شخص متوفى أو ضد مسير الشركة بعد تصفيتها أو الدعوى المقامة من طرف قاصر أو ضد قاصر غير ممثل أو التبليغ لممثل قاصر غير مؤهل قانوناً أو معين قضائياً² .

المطلب الثاني: المعيار القانوني لتقرير البطلان

لقد مرت فكرة البطلان بمراحل بحيث كانت كفكرة جامدة لا تقبل أي أساس وتطبق بصرامة كلما استدعى الأمر ذلك إلى غاية تبسيطها في الفكر الحديث وأصبح للبطلان ضوابط عقلانية ترمي إلى تحقيق العدالة من جهة والحفاظ على حقوق المتقاضين من جهة أخرى.

¹ أ.زودة عمر، الإجراءات المدنية على ضوء آراء الفقهاء و أحكام القضاء، encyclopédie، ص359.

² عبد السلام ديب، قانون الإجراءات المدنية والإدارية ترجمة محاكمة عادلة، موفم للنشر، ص77.

الفرع الأول: الاتجاهات المختلفة في البطلان الإجرائي أ/ البطلان في القانون الفرنسي:

بالنسبة لنظام البطلان في فرنسا فلقد عرف تطورا كبيرا وقد بدأت المجموعة الفرنسية القديمة عند وضعها سنة 1806 بنظام للبطلان ثم تعرض للهجوم من الفقه والقضاء مما أدى إلى تدخل المشرع لتعديله مرتين على التوالي سنة 1933 وسنة 1935¹ ، فقد جاءت المادتين 1029-1030² في مضمونها تنص على مبدأين وهما:

1- لا بطلان بغير نص وأن البطلان وجوبي فكان القاضي في هذا النظام يبحث عن المخالفة التي يكون القانون قد نص على مخالفتها جزاء البطلان ، ويحكم بها وجوبا مهما كانت تلك المخالفة تافهة سواء أكان هناك ضرر من جراء ذلك أم لا وبالعكس فإن القاضي إذا لاحظ وجود مخالفة مهما كانت خطيرة وعدم وجود نص لا يقضي ببطلانها فإنه ليس له أن يحكم بالبطلان بدعوى الالتجاء إلى القياس أو الاستناد إلى قواعد العدالة³.

-وقد واجه هذا نقدا من قبل كل من الفقه والقضاء ، ذلك أن مبدأ لا بطلان من غير نص يستوجب للأخذ به وجود مشرع على قدر كبير من الكفاءة حيث يستطيع أن يتقصى - جميع الأشكال المهمة وينص على البطلان جزاء على مخالفتها⁴ .

و تطورا لفكرة ماهية الأشكال الجوهرية في أوساط الفقه والقضاء وربطها بفكرة الغاية منها ، فقد توصل القضاء إلى إضافة معيار جديد هو معيار تحقق الضرر من تخلف الشكل القانوني.

وكما سبقت الإشارة بأن المشرع الفرنسي على ضوء الانتقادات تدخل سنة 1933 وعدل المادة 1029 ونص أنه لا يحكم بالبطلان إلا إذا ترتب عليه مساس بمصالح الدفاع وبالتالي هذا تكريس لمبدأ لا بطلان بغير ضرر والذي يخضع في الأخير لتقدير القاضي.

وقد أكد المشرع الفرنسي في قانون الإجراءات المدنية لسنة 1975 بموجب المادة 1/114 منه ، بأن البطلان لا يمكن الحكم به إلا إذا أثبت الخصم الذي يتمسك به أن العيب قد سبب له ضررا وذلك في غير الحالات التي يتعلق فيها البطلان بشكل جوهري أو كان البطلان متعلقا بالنظام العام.

¹ د. فتحي والي ، نظرية البطلان في قانون المرافعات ، منشأة المعارف الإسكندرية ، طبعة 1997 ، ص 226.

² ARTICLE 1030 DE CODE DES PROCEDURES CIVILS FRANÇAIS, "AUCUN EXPLOIT OU ACTE DE PROCEDURE NE PEUX ETRE DECLARE NUL, SI LA NULLITE N'EST PAS FORMELLEMENT PRONONCEE PAR LA LOI" ..

³ د. فتحي والي ، المرجع نفسه ، ص 227.

⁴ أ. عمر زورة ، المرجع السابق ، ص 358.

ب/ البطلان في القانون المصري

لقد نصت المادة 20 من قانون المرافعات المصري الصادر سنة 1968 أنه "يكون الإجراء باطلا إذا نص القانون صراحة على بطلانه أو إذا شابه عيب لم تتحقق بسببه الغاية من الإجراء، ولا يحكم بالبطلان رغم النص عليه إذا ثبت تحقق الغاية من الإجراء".

فمن خلال استقراء المادة 20 فإن مبدأ البطلان في القانون المصري هو تحقق الغاية من الإجراء، فإذا نص القانون على وجوب إتباع شكل معين أو أوجب أن تتضمن الورقة بيانا معيناً وقرر البطلان صراحة جزاء على عدم احترامه فإن العمل يكون باطلا إذا وقعت مخالفة هذا الشكل، وعلى من تقرر الشكل لمصلحته أن يثبت أنه بالرغم من حصول المخالفة الموجبة للحكم بالبطلان إلا أن الغاية قد تحققت من الإجراء.

أما إذا لم ينص القانون على البطلان صراحة فالأصل أن الإجراء لا يبطل إلا إذا اثبت المتمسك العيب الذي شاب الإجراء أنه قد أدى إلى عدم تحقق الغاية من الإجراء¹.

الفرع الثاني: المعيار القانوني لتقرير البطلان في القانون الجزائري

من خلال ما سبق عرضه فيما يخص الاتجاهات المختلفة للبطلان في الأنظمة المقارنة وجدنا أنه بعدما كان الجزء كفكرة جامدة أصبح في القانون الفرنسي يركز على فكرة الضرر في تخلف العمل الإجرائي بالنسبة للمتمسك به، أما في القانون المصري فقد أخذ بفكرة الغاية من الإجراء وبالتالي ففكرة البطلان في هذا النظام تتوقف حول تحقق الغاية من عدمه.

- وفيما يخص القانون الجزائري في القانون القديم التزم المشرع الصمت إلا أن الممارسة القضائية كانت تتجه نحو فكرة الضرر في البطلان، أما بصدر قانون 08-09 وبالرجوع إلى المادة 60 منه التي تنص على أن "لا يقرر بطلان الأعمال الإجرائية شكلا، إلا إذا نص القانون صراحة على ذلك، وعلى من يتمسك به أن يثبت الضرر الذي لحقه..."

يمكن استخلاص أن المشرع الجزائري قد اعتنق نظرية الضرر التي سبق التطرق إليها في دراسة البطلان في النظام الفرنسي والتي تقوم على مبدئين أساسيين وهما :

- مبدأ لا بطلان بغير نص.

- مبدأ تحقق الضرر بالنسبة للمتمسك به.

وما يعاب على المشرع الجزائري عند نقله لمضمون المادة 114 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي- وتبناها في المادة 60 أنه قد أسقط منها الفقرة الثانية والتي هي استثناء على الأصل في نظرية البطلان المبينة على وجوب

¹ أ. عمر زودة، المرجع السابق، ص 361-362

التنقيص والضرر بحيث استثنى المشرع الفرنسي المسائل الجوهرية أو المتعلقة بالنظام العام، وهذا ما لم يرد في المادة 60 من التشريع الجزائري وهذا ما كان سائدا عليه التشريع الفرنسي- قبل تعديل 1975 مما يثير الإشكال التالي: هل إغفال المشرع للنظام العام والإجراء الجوهري كان الغرض منه أن المشرع لم يتناول البطلان للنظام العام والإجراء الجوهري وبالتالي فالقاعدة الأولى تطبق بحذافرها أم أن النظام العام والإجراء الجوهري لا يحتاجان إلى نص وبالتالي يطبق دون الحاجة إلى نص صريح؟.

لكن ما تجدر الإشارة له أن بعض الفقه توصل إلى حل وسط بين الاتجاهين، أي أن فكرة تحقق الغاية من الإجراء أو فكرة تحقق الضرر هما في الحقيقة فكرتان تعودان على صاحبها بنفس النتيجة، لأن دور القاضي عندما يكون بصدد الحكم بالبطلان يبحث حول تحقق المصلحة من عدمها وليس هناك فارق بين تقرير أن الإجراء قد تحققت منه المصلحة أو الغاية أو أن تخلف الإجراء من ذلك لم يلحق أي ضرر، وأن التعبير عن تحقق الغاية من الإجراء ليس إلا تعبير عن تحقق المصلحة نفسها التي كان يرمي إليها الإجراء¹.

و أن نظرية لا بطلان بغير ضرر هي أيضا تعبر في جوهرها عن المصلحة، لأن التمسك ببطلان العمل الإجرائي لم يتضرر منه ينفي عنه المصلحة وهذا تطبيقا للقاعدة القائلة بأنه لا يقبل أي طلب أو دفع ما لم يكن لصاحبه مصلحة فيه، فالقاضي لا يحكم بالبطلان رغم النص عليه في القانون إلا إذا تحقق من وقوع ضرر للخصم.

وعبء إثبات هذا الضرر يقع على من يتمسك بالبطلان الإجرائي أي عليه أن يثبت فوات المصلحة التي يريد القانون تحقيقها من الشكل الذي وقعت مخالفته. وهذا ما أكدته المادة 62 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية التي تنص على أنه "...يجوز للقاضي أن يمنح أجلا للخصوم لتصحيح الإجراء المشوب بالبطلان بشرط عدم بقاء أي ضرر قائم بعد التصحيح، وكما يرى الدكتور عبد الحكيم فودة أن الضرر المقصود في بطلان العمل الإجرائي ليس الضرر بمعناه في مجال المسؤولية التعاقدية أو التقصيرية، بل يقصد به الضرر الإجرائي، والمقصود به ما يتحقق من إهدار للغاية التي استهدفها المشرع في العمل الإجرائي².

المبحث الثاني: أحكام البطلان الإجرائي:

المطلب الأول: قواعد التمسك بالبطلان:

لم يتضمن ق ا م القديم في هذا الشأن نصوصا تنظم هذا الموضوع ما عدا المادة 462 منه والتي اعتمد عليها أساسا في تفسير أحكام التمسك بالبطلان ومدى إمكانية تصحيح الإجراءات المعيبة، بخلاف ق إ م الذي نظم هذا الموضوع.

¹ أعر زودة، المرجع السابق، ص 365.

² د. عبد الحكيم فودة، البطلان في قانون المرافعات المدنية والتجارية، ص 240.

الفرع الأول: الدفع بالبطلان:

سنتناول فيما يلي صور التمسك بالبطلان وكيفية تصحيح الإجراء المغيب.

تنص المادة 63 أنه لا يجوز التمسك ببطلان الأعمال الإجرائية شكلاً إلا لمن تقرر البطلان لصالحه¹.

وبناء على ما سبق يكون المشرع تطرق لحالة مخالفة قاعدة مقررّة لمصلحة شخص معين أو أشخاص معينين أي في حالة ما إذا كان البطلان مقررّاً لحماية المصلحة الخاصة وبالتالي لمعرفة من هو الذي قرر القانون القاعدة المخالفة لمصلحته يجب الرجوع في كل حالة إلى نية المشرع من وراء تقرير الإجراء أو الشكل المغيب، غير أنه قد تقرر القاعدة القانونية للمصلحة العامة وعليه فالبطلان يكون إما بطلاً عاماً مقررّاً لحماية المصلحة العامة وهو ما يعرف بالبطلان المطلق، وهو ما عبرت عنه المادة 4/462 من ق إ م القديم بمفهوم المخالفة بالبطلان المتعلق بالنظام العام والذي يمكن إثارته تلقائياً من طرف القاضي، ونجد تطبيقاً له في القانون الجديد من خلال التنصيص عليه في بعض المواد أن الإجراء متعلق بالنظام العام من إمكانية إثارته تلقائياً كما ورد في المادة 565 ق إ م وكذا البطلان الخاص الذي يترتب على مخالفة قاعدة مقررّة لحماية مصلحة خاصة لأحد الخصوم، وهو ما يعرف بالبطلان النسبي.

الفرع الثاني: صور التمسك بالبطلان:

الدفع بالبطلان دفع شكلي يثار قبل أي دفع في الموضوع أو دفع بعدم القبول والفصل فيه قد يغبنا عن التعرض للموضوع والحكم الصادر بقبول الدفع الشكلي لا يمس بأصل الحق ولا يترتب عليه إنهاء النزاع كما أن استئناف الحكم الصادر بقبول الدفع الشكلي فلا يجوز للمجلس أن يقضي في موضوع الدعوى بل ينبغي عليه إعادة القضية إلى محكمة الدرجة الأولى.

1/ التمسك بالبطلان النسبي:

يتوقف استعمال هذا النوع من البطلان على إرادة الخصم صاحب المصلحة فيه فله أن يشير أو أن يمتنع عن ذلك، فالقاعدة المقررة في هذا المجال أنه لا يستطيع التمسك بالبطلان في هذه الحالة إلا الشخص الذي قرر لمصلحته وليس لغيره ولا للنيابة العامة التمسك بالبطلان، كما أن القاضي لا يستطيع أن يقضي - بهذا البطلان من تلقاء نفسه².

وبالنتيجة لا يجوز أن يتمسك بالبطلان الشخص الذي تسبب فيه وأساس هذه القاعدة أن من تسبب في الخطأ لا يستفيد منه، وعلى اعتبار أن الدفع بالبطلان دفع شكلي يجب إيدأه قبل أي دفع في الموضوع أو دفع بعدم القبول وهذا ما أقره المشرع في المادة 61 ق إ م التي نصت أن الدفع ببطلان الأعمال الإجرائية شكلاً

¹ المادة 63 " لا يجوز التمسك ببطلان الأعمال الإجرائية شكلاً، إلا لمن تقرر البطلان لصالحه".

² د. فتحي الوالي، المرجع السابق، ص 497.

يثار خلال القيام به ،ولا يعتد بهذا الدفع إذا قدم من تمسك به دفعا في الموضوع لاحقا للعمل الإجرائي المشوب بالبطلان دون إثارته.

والغاية من تقرير هذه القاعدة هو تجنب كثرة الأحكام بالبطلان وإطالة أمد النزاع وهو ذات الحكم الذي أكدّه المشرع في المادة 50 من ق إ م إ التي أوجبت إبداء الدفع الشكلية في آن واحد قبل أي دفاع في الموضوع.

2/ التمسك بالبطلان المطلق:

عندما يكون البطلان مقرر لحماية مصلحة عامة فلا مجال لتطبيق الأحكام المقررة للبطلان النسبي ،ومن ثمة يمكن إثارته في أي مرحلة كانت عليها الدعوى وكذا يمكن للقاضي إثارته من تلقاء نفسه رعاية للمصلحة العامة التي تعلق على أي اعتبار مثل ما جاءت به المادة 65 من ق إ م إ بقولها صراحة " يثير القاضي تلقائيا انعدام الأهلية..." كما أن للمحكمة سلطة الحكم بالبطلان في كل مرة يتعلق فيها بالنظام العام دون حاجة لنص صريح¹، وهنا تطرح صعوبة تحديد فكرة النظام العام الذي يميز للمحكمة أن تحكم به من تلقاء نفسها ، لكن يمكن القول بأن جميع القواعد المتعلقة بالتنظيم القضائي ،وأهلية الخصوم وكل الأشكال التي ترمي إلى ضمان حسن سير القضاء كمرق عام ، كما يمكن لكل ذي مصلحة التمسك بالبطلان المطلق حتى ولو لم يقرر لمصلحته كعدم صحة تبليغ بقية الورثة.

وتجدر الإشارة إلى أنه يمكن التمسك بالبطلان في صورة دعوى ونجد من أمثلة ذلك:

التنصيص على إمكانية إبطال إجراءات التنفيذ أو الحجز عن طريق دعوى استعجاليه وذلك لإزالة آثار الحجز طبقا لنص المادة 643 ق إ م أ.

2/ مسقطات التمسك بالبطلان:

رجوعا إلى ما ورد في قانون الإجراءات المدنية والإدارية نجده نص على حالة واحدة يسقط فيها الدفع بالبطلان تنص المادة 61 منه " يمكن إثارة الدفع بطلان الأعمال الإجرائية شكلا خلال القيام بها ولا يعتد بهذا الدفع التمسك به دفعا في الموضوع لاحقا للعمل الإجرائي "

سبق القول وأن الدفع بالبطلان يخضع لنفس القواعد الشكلية فيما يخص ترتيبه ،فالدفع بالبطلان يسقط بإبداء دفع في الموضوع².

أما بالنسبة للتنازل عن الدفع بالبطلان فإن المشرع لم يتناول أنواع النزول عن الدفع بالبطلان وهذا باعتبار أن التمسك بالبطلان النسبي هو حق إرادي يخضع للقواعد العامة في التعبير عن الإرادة ،فالنزول الضمني يستشفه القاضي في سلوك الخصم الذي يعكس إرادته في التنازل عن التمسك بالبطلان ، كما لو ورد عن الإجراء ما يدل أنه يعتبر صحيحا أو قام بعمل أو إجراء ما يفيد أنه متنازل عن الدفع.

¹ د. أحمد مليحي ،التعليق على قانون المرافعات بآراء الفقه والصبح القانونية وأحكام النقص جزء 1 ،بدون طبعة و لا دار نشر ،ص36.

² د. أحمد أبو الوفاء ،إجراءات التنفيذ في المواد المدنية والتجارية ،منشأة المعارف ، 1990 ،ص122.

أما النزول الصريح هو اتجاه إرادة الخصم صراحة في التنازل عن هذا الحق وهذا إما بإبداء الدفع في الموضوع واتجاه الإرادة صراحة إلى التنازل عنه أو يكون نتيجة الاتفاق بين صاحب المصلحة في الدفع والخصم ما دام الاتفاق حاصل بعد قيام سبب البطلان.

أما الاتفاق مقدما على النزول عن الدفع بالبطلان ، فيميل الرأي الغالب إلى إجازته إذا كان محددا ببطلان عمل معين ولسبب معين ، أما إذا كان الاتفاق عاما غير محدد ببطلان عمل إجرائي معين أو غير محدد بسبب معين ، فلا يجوز للخصم أن ينزل عن البطلان دون أن يكون على علم بسببه¹ ، ويرى الفقه أنه لتحقيق النزول سواء كان صريحا أو ضمنيا يشترط فيه ما يلي² :

أن يصدر النزول ممن له الحق في التمسك بالبطلان ، فإذا صدر من الغير فإنه لا يترتب أي أثر فنزول الغير لا يجدي ، إلا أن نزول المحامي بصفته وكلا عن الخصم يكون صحيحا.

توافر أهلية النزول ، فتكفي هنا أهلية الاختصاص للخصم المتنازل ، أن تثبت للخصم إرادة النزول ، فالإرادة سواء كانت صريحة أو ضمنية ، كما لا يشترط قبول الخصم الآخر بهذا النزول ولا يعتبر هذا من قبيل التنازل عن الخصومة المنصوص عليه في المواد 231 و 232³ من قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، الذي يتوقف على قبول المدعى عليه ، لأن النزول عن التمسك بالدفع بالبطلان هو فائدة محضة لصالح الطرف الآخر.

إذا تنازل الخصم عن التمسك بالبطلان ترتب على هذا النزول عدم إمكانية التمسك به مرة أخرى بأي وسيلة كانت ولا أمام أي درجة من درجات التقاضي فإذا زال البطلان صح العمل الإجرائي ويعتبر كأنه ولد صحيحا منذ نشأته بأثر رجعي.

الفرع الثاني: تصحيح الإجراء الباطل:

يكون التصحيح بصفة عامة بإزالة الضرر الذي أصاب التمسك به وإرجاع القدرة للإجراء ليحقق الأثر القانوني الذي وجد من أجله.

وقد اعترض بعض الفقه على فكرة التصحيح على اعتبار أن البطلان جزاء فإذا وجدت المخالفة فإنه يجب إيقاع الجزاء ، غير أن هذا الاتجاه لم يلق التأييد إذ أن المصلحة تكمن في استمرار الخصومة وهذا الاتجاه الذي سار عليه المشرع الذي أجاز تصحيح الإجراء المشوب بالبطلان هذا ما نص عليه في المادة 62 ق إ م والتي تنص على أنه يجوز للقاضي أن يمنح أجلا للخصوم لتصحيح الإجراء المشوب بشرط عدم بقاء أي ضرر قائم بعد

¹ د. عبد الحميد الشورابي ، البطلان المدني ، الإجمالي ، والموضوعي ، المكتب الجامعي الحديث ، الإسكندرية ، ص 42.

² د. فتحي والي ، المرجع السابق ، ص 697.

³ تنص المادة 231 "التنازل هو إمكانية مخرجة للمدعي لإنهاء الخصومة ولا يترتب عليه التخلي عن الحق في الدعوى " وتنص المادة 232 " يكون تنازل المدعي معلقا على قبول المدعي عليه إذا قدم هذا الأخير عند التنازل طلبا مقابل أو استئناف فرعي أو دفعوا بعدم القبول أو دفعوا في الموضوع "

التصحيح. وقد قرر المشرع إمكانية التصحيح في ق إ م إ في الم 62 بصفة عامة سواء كان مقررا لحماية مصلحة خاصة أو عامة.

أ/ صور التصحيح:

يكون التصحيح بأحد الصور التالية:

- زوال العيب وتحقق الغاية من الإجراء.
- زوال العيب بعمل جديد يتجنب فيه هذا العيب.
- التنازل من طرف من تقرر لصالحه البطلان عن حقه في الدفع.
- تكملة العمل الإجرائي الباطل بإضافة الإجراء الذي ينقصه.
- إزالة البطلان بوقائع لاحقة وفق ما نصت عليه المادة 66 من ق إ م إ التي تنص على أنه "لا يقضى- ببطلان إجراء من الإجراءات القابلة للتصحيح، إذا زال سبب ذلك البطلان بإجراء لاحق أثناء سير الخصومة...".

ب/ سلطة القاضي في تصحيح الإجراء المعيب:

وتظهر سلطة القاضي في تصحيح الإجراء المعيب فيما يلي:

- منح الأجل للخصوم لتمكينهم من تصحيح الإجراء المشوب.
- تفسير شرط الضرر بحثا عن غاية المشرع في تقرير البطلان وما إن كانت الغاية تحققت من عدمها.
- تقدير عدم بقاء أي ضرر بعد التصحيح.
- تقدير زوال سبب البطلان بإجراء لاحق أثناء سير الخصومة.
- وتجدر الإشارة إلى أن الأمر بتصحيح الإجراء المعيب ومنح الأجل من طرف القاضي يعتبر من بين أعمال الإدارة التي يقوم بها القضاة ومن ثمة لا يجوز الطعن فيها بأي طريقة من طرق الطعن.

المطلب الثاني: الحكم بالبطلان

الفرع الأول: صور الحكم بالبطلان

جرى العمل القضائي أن يفصل القاضي في الدفع الإجرائي على استقلال كحالة تعلقه بالعريضة الافتتاحية أو في عريضة المعارضة أو الاختصاص أو الإعلان وهذا ربما للوقت وصرف الأطراف إلى إعادة إجراءات التقاضي وفق مقتضياته القانونية ما لم تكن هناك إمكانية تصحيح العمل الإجرائي المعيب، وإذا رفض القاضي الدفع بالبطلان واستمر بالنظر في الموضوع فإن هذا الحكم لا يقبل الطعن فيه على انفصال وهنا عليه الإجابة إما بقبول الدفع أو برفضه وهذا احتراما لحقوق الدفاع.

الفرع الثاني: آثار البطلان

يعتبر العمل الإجرائي صحيحا منتجا لآثاره حتى يقرر القاضي بطلانه أيا كان نوع البطلان ، فلا تترتب آثار البطلان إلا إذا قضي به ¹.

ولا يقع البطلان بقوة القانون إلا فيما تعلق منه بالنظام العام ولذلك وجب الحكم به ، كما يعتبر الحكم الصادر بالبطلان حكما موقرا وإذا حكم بالبطلان اعتبر العمل إجرائي كأنه لم يكن ولا ينتج أي أثر كقاعدة عامة ².

وإذا قضي ببطلان العمل الإجرائي فقد أثره القانون وامتد هذا الأثر إلى الإجراءات اللاحقة عليه إذا كانت مرتبطة به ومع هذا فإن الحكم بالبطلان في بعض الحالات لا يعدم العمل الإجرائي كلياً فيبطل الجزء المغيب ويعمل بالجزء الباقي ، كما يمكن رغم الحكم ببطلان عمل إجرائي ما اعتبار العمل اللاحق صحيحا إذا ما توفرت فيه شروط عمل إجرائي آخر صحيح ، فجاءت نص المادة 66 من قانون الإجراءات المدنية كمادة وحيدة تنص عن آثار البطلان فهذا الأخير إذا زال سببه بإجراء لاحق أثناء سير الخصومة فإنه لا يقضي بالبطلان ، وتأصيلاً لهذه المادة إنها استثناء عن الأصل لأن الأصل في بطلان الأعمال الإرادية هو بطلان الأعمال اللاحقة المرتبطة به ولكنه لا يؤثر على الأعمال التي سبقتها.

- ومن الآثار الأخرى التي توجب الإشارة إليها أنه إذا حكم ببطلان العمل الإجرائي فإنه لا يؤثر على حق الخصم في إعادة الإجراء الباطل باعتبار ذلك لا يمس بأصل الحق وشرط عدم بقاء الضرر الذي يكون المتمسك بالبطلان قد أثبتته طبقاً الأحكام البطلان الإجرائي المنصوص عليها في التشريع الجزائري.

خاتمة

من خلال عرضنا لنظام البطلان الإجرائي على ضوء قانون الإجراءات المدنية والإدارية نخلص إلى القول أن المشرع الجزائري بحث عن نقطة التوازن المرجوة من تقرير البطلان على غرار معظم التشريعات الإجرائية التي ذهبت نحو إضفاء الصرامة في القواعد الإجرائية رعاية للمصلحة العامة من جهة والليونة اللازمة لحماية حقوق الأفراد وفقاً لما ينتغونه من جهة أخرى وما يلاحظ أيضاً أن المشرع الجزائري يسير نحو مراعاة السياسة التشريعية الحديثة في مجال الإجراءات والتي مقامها فكرتين أساسيتين ، وهما فكرة الجزاء المرتبط بالقاعدة القانونية حتى تكون مكفولة بالاحترام ، وفكرة مراعاة حقوق الأفراد بحيث أن ترتيب الجزاء بصفة شكلية قد يؤدي إلى إهدار الكثير من الحقوق ، وهذا حتى لا تصبح إجراءات التقاضي غاية في حد ذاتها ، بل هي وسيلة لفض النزاعات.

¹ د. فتحي والي ، المرجع السابق ، ص 644.

² أ. عمر زودة ، المرجع السابق ، ص 372.

موقف المشرع الجزائري من نظام الإفراج المشروط*

د. لريد محمد أحمد - أستاذ محاضر "أ" - كلية الحقوق والعلوم السياسية - جامعة د. الطاهر مولاي سعيدة .

ملخص

تتناول هذه الدراسة مسألة الإفراج المشروط في التشريع الجزائري، و التي تعتبر شكل من أشكال الإفراج التي تعفي السجين المحكوم عليه بعقوبة سالبة للحرية من تنفيذ المدة المتبقية من العقوبة داخل المؤسسة العقابية، و ذلك بهدف حماية المجتمع و إعادة إدماج السجين في الحياة الاجتماعية وفق شروط يقبلها هذا الأخير.

Résumé

Cette étude traite la question de la libération conditionnelle dans la législation algérienne, qui est une forme de libération permise par une mesure d'application de la sentence d'emprisonnement qui a pour but de contribuer à la meilleure protection de la société en favorisant la réinsertion sociale du détenu, suivant les conditions déterminées et acceptées par le délinquant.

مقدمة

نظراً للانتقادات اللاذعة التي واجهتها العقوبات السالبة للحرية التي يترتب عليها حرمان المحكوم عليه من حريته في الحدود التي يفرضها تنفيذ العقوبة، اتجهت الأنظمة العقابية المعاصرة إلى إيجاد أنظمة بديلة لسلب الحرية مع الإبقاء على العقوبات السالبة للحرية، وبصفة عامة فالنظم البديلة لسلب الحرية في العصر الحديث تأخذ صورتين أساسيتين، فالصورة الأولى يكون فيها استبدال سلب الحرية استبدالاً جزئياً بمعنى أن المحكوم عليه يقضي جانباً من العقوبة في وسط مغلق كما يسمح له بقضاء جانب آخر في الوسط الحر، أما الصورة الثانية يكون فيها استبدال سلب الحرية استبدالاً كلياً بمعنى أنه يسمح فيها للمحكوم عليه بقضاء كل فترة العقوبة السالبة للحرية في وسط حر.

ولعل أهم الأنظمة التي يستبدل فيها لسلب الحرية استبدالاً جزئياً نجد نظام شبه الحرية، نظام التشغيل بالخارج ونظام الإفراج المشروط الذي دخل في النظام القانوني للعديد من الأنظمة العقابية الحديثة للدول، إذ يرى الرأي الراجح من الفقه أن هذا النظام هو نظام أنجلوسكسوني يعود تاريخ ظهوره لأول مرة في المملكة المتحدة، ثم انتقل إلى العديد من الدول الغربية كإيرلندا وفرنسا...¹ الخ. وقد كُرس في التشريع العقابي الجزائري لأول مرة

* تاريخ إيداع المقال: 2016/09/21

تاريخ تحكيم المقال: 2016/10/17

¹ محمود كيش: مبادئ علم العقاب، دار النهضة العربية، القاهرة، 1995، ص 354.

في سنة 1972 بموجب الأمر رقم 02/72 المؤرخ في 10 فيفري 1972¹، الملغى بموجب القانون رقم 04/05 المؤرخ في 06 فيفري 2005 المتضمن قانون تنظيم السجون وإعادة الإدماج الاجتماعي للمحبوسين². وعليه سنحاول تبيان أهميته وقيمته العقابية في التشريع العقابي الجزائري، ذلك بالتطرق إلى دراسة أحكامه الواردة في القانون 04/05 السالف الذكر.

المبحث الأول: مفهوم نظام الإفراج المشروط

إن نظام الإفراج المشروط استمد تسميته من خلال طبيعته، وعلى هذا النحو يكون مرتبطا بإخضاع المحكوم عليه إلى شروط معينة من أجل الاستفادة من هذا النظام، إلى جانب ذلك فهو يتصف بمجموعة من الخصائص تميزه عن غيره من الأنظمة العقابية الأخرى الشبيهة به.

المطلب الأول: مضمونه و غايته

رغم تعدد التعاريف التي أطلقها الفقه على نظام الإفراج المشروط إلا أن معظمها يقترن بعنصر وموضوع الحبس المؤقت، فهناك من عرفه على أنه: إخلاء سبيل المتهم المحبوس مؤقتا على ذمة التحقيق بزوال مبررات الحبس المؤقت، وقد يكون الإفراج وجوبيا كما قد يكون جوازيا³.

في حين هناك من يرى بأنه: "إخلاء سبيل المحكوم عليه الذي قضى فترة معينة من العقوبة قبل انقضاء مدة العقوبة كاملة تحت شرط أن يسلك سلوكا حسنا أثناء وضعه تحت المراقبة والاختبار"⁴.

و في العموم يمكن تحديد المقصود بنظام الإفراج المشروط على أنها أحد أساليب المعاملة العقابية، بمقتضاه يفرج عن المحكوم عليه بعقوبة سالبة للحرية قبل انقضاء مدتها وذلك لفترة معينة للتأكد من حسن سلوكه واستقامته، فإذا انقضت تلك المدة دون أن يخجل المفرج عنه بشروط الإفراج صار هذا الإفراج نهائيا، أما إذا ثبت خروجه على تلك الشروط أعيد من أفرج عنه مرة أخرى للمؤسسة العقابية لاستكمال مدة العقوبة السالبة للحرية⁵.

وعلى عكس ما ذهب إليه التشريعات المقارنة، فإن المشرع الجزائري في القانون رقم 04/05 ومن قبله الأمر رقم 02/72 لم يتطرق إلى تعريف نظام الإفراج المشروط بل اكتفى بالنص من الغاية منه فقط ذلك من خلال نص المادة الأولى منه التي تنص على أنه: "يهدف هذا القانون إلى تكريس مبادئ وقواعد لإرساء سياسة

¹ أمر رقم 02/72 المؤرخ في 10 فيفري 1972 يتضمن تنظيم السجون وإعادة تربية السجون، ج ر عدد 194، الصادرة في جانفي 1973.
² قانون رقم 04/05 المؤرخ في 06 فيفري 2005، يتضمن قانون تنظيم السجون وإعادة الإدماج الاجتماعي للمحبوسين، ج ر عدد 10، الصادرة في 13 فيفري 2005.

³ رؤوف عبيد: مبادئ الإجراءات الجنائية، دار الجيل للطباعة، ص 484.

⁴ إسحاق إبراهيم منصور: موجز في علم العقاب والإجرام، الطبعة الثانية، د.م.ج، 1991، ص 113.

⁵ محمد عيد الغريب: الإفراج الشرطي في ضوء السياسة العقابية الحديثة، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، 1995، ص 246.

عقابية قائمة على فكرة الدفاع الاجتماعي التي تجعل من تطبيق العقوبة وسيلة لحماية المجتمع بواسطة إعادة التربية والإدماج الاجتماعي للمحبوسين¹.

وتبدو الحكمة من هذا النظام جلية واضحة والتي تتمثل في تشجيع المحكوم عليه على سلوك مسلكاً قوياً خلال مدة تنفيذ العقوبة كي يتسنى له الاستفادة من نظام الإفراج المشروط. كما يهدف هذا النظام إلى التدرج بمعاملة المحكوم عليه من مرحلة سلب الحرية الكاملة إلى مرحلة تقيد الحرية بالإفراج المؤقت عنه تمهيداً للإفراج النهائي عنه فيتجنب بذلك مساوئ الإفراج المفاجئ عنه.

المطلب الثاني: خصائصه

يتميز نظام الإفراج المشروط بمجموعة من الخصائص أهمها:

أ- الإفراج المشروط لا ينهي العقوبة

لا يمكن اعتبار الإفراج المشروط إذا تم الإفراج به سبباً لإنهاء العقوبة، لأن الإفراج هو قضاء المحكوم عليه المدة المتبقية من العقوبة خارج المؤسسة العقابية، مما يعني أن المحكوم عليه يبقى محروماً من بعض الحقوق أثناء المدة الساري فيها مقرر الإفراج المشروط، كحرمانه من الإدلاء بالشهادة إلا على سبيل الاستدلال فقط أو حرمانه من تقلد بعض الوظائف أو منعه من الإقامة في مكان معين... إلخ.

ب- الإفراج المشروط لا يعتبر حقاً للمحكوم عليه

إن نظام الإفراج المشروط ليس حقاً مخولاً للمحكوم عليه المحبوس، وإنما يخول إلى هيئة بموجب قانون، تقررهِ بناءً على سلوك المحكوم عليه، وهذا الأخير لا يمكن له الاحتجاج إذا تم عدم قبول طلبه.

ج- الإفراج المشروط يعتبر من أساليب المعاملة العقابية الحديثة

يعتبر الإفراج المشروط من بين الأساليب العقابية الحديثة التي تعتمد عليه الكثير من دول العالم في تشريعاتها العقابية، ذلك بالنظر إلى المزايا التي يحققها خاصة على المحكوم عليه، من خلال إعادة تأهيله وتقويم سلوكه بدلاً من زجه في المؤسسات العقابية، فالمعاملة العقابية لا تقتصر فقط على ما تطبقه الإدارة العقابية من أساليب داخل السجون، وإنما تمتد هذه المعاملة إلى ما تأخذ به التشريعات المعاصرة من نظم تطبق في الوسط الحر خارج المؤسسة العقابية.

د- الإفراج ليس إفراجاً نهائياً

إن تقرير الإفراج المشروط لا يعني إطلاقاً إفراج نهائياً، لأن مدة الإفراج المشروط تدخل ضمن مدة العقوبة المحكوم بها، كما يمكن أن يلغى مقرر الإفراج في أية لحظة ذلك في حالة إخلال المفرج عنه بأحد الشروط المفروضة عليه خلال مدة سريان الإفراج.

¹ راجع نص المادة 01 من القانون رقم 04/05، المرجع السالف الذكر.

المطلب الثالث: طبيعة الإفراج المشروط

تتعدد طبيعة الإفراج المشروط وفقاً للغرض المرجو منه، فيمكن اعتباره منحة ومكافأة للمحكوم عليه على حسن سلوكه داخل المؤسسة العقابية، كما يمكن اعتباره مرحلة من مراحل تنفيذ العقوبة السالبة للحرية حين يكون من الملائم إخضاع المفرج عنه لعددٍ من الالتزامات في الوسط الحرّ للتحقق من التأهيل الذي بدت بوادره داخل المؤسسة العقابية، وأخيراً يمكن اعتبار الإفراج المشروط تدبيراً مستقلاً للتأهيل الاجتماعي.

أ- الإفراج المشروط كمنحة

لقد نُظر إلى الإفراج المشروط في بداية تطبيقه على أنه منحة تهديبية الهدف منها مكافأة المحكوم عليه على حسن مسلكه أثناء تنفيذ العقوبة، وبالتالي كان قضاء المحكوم عليه فترة معينة داخل المؤسسة العقابية كافياً للإفراج عنه قبل انقضاء كل مدة العقوبة بصرف النظر عن التحقق من إصلاحه بالفعل، ومدى توافر إمكانية التأهيل الاجتماعي¹، وقد ترتّب على هذه النظرة عدّة نتائج منها:

- أنّ حُسن سلوك المحكوم عليه داخل المؤسسة العقابية يعدّ شرطاً جوهرياً لإمكان الإفراج عنه قبل انتهاء مدة العقوبة التي حددها الحكم، فلم يكن المزمع الإفراج عنه يخضع لأي شروط أو التزامات، وكانت الحجة التي تقال لتبرير ذلك أن التهديد بإلغاء الإفراج المشروط إذا خالف المفرج عنه القانون بارتكابه جريمة لاحقة كافي لأن يدفعه إلى تقويم نفسه.

- أنّه لا محل لتطلب رضا المحكوم عليه لمنح الإفراج المشروط، والحجة في ذلك أن الإفراج الشرطي نظام عقابي تطبقه السلطة التي يخولها القانون ذلك، ولا محل لتدخل المحكوم عليه في تطبيق هذا النظام، فضلاً عن أن المحكوم عليه قد يجهل الطريق الصحيح إلى تأهيله.

ولا يداخلنا الشك في أنّ اعتبار الإفراج المشروط بمثابة مكافأة للمحكوم عليه على حسن سلوكه داخل المؤسسة العقابية يعد انعكاساً للأفكار الكلاسيكية في السياسة العقابية، التي كانت تقدر العقوبة بقدر الجسامة الموضوعية للواقعة الإجرامية لا وفقاً لشخصيته مرتكبها وظروفه؛ ولم تكن ترى في العقوبة إلا وسيلة للردع العام وإرضاء العدالة لا وسيلة للتأهيل والإصلاح. وبالجملة كانت النظرة إلى العقوبة على أنها سداد لدين أخلاقي يدين به المجرم نحو المجتمع بارتكاب جريمته.

ب- الإفراج المشروط كمرحلة للتنفيذ العقابي

لقد تطور الإفراج المشروط في ظل السياسة العقابية الحديثة إلى أن أصبح وسيلة تفريد للمعاملة التهديبية للمحكوم عليهم، ولقد كان المشرع الفرنسي- سابقاً في ذلك بإصداره مرسومًا في أول أبريل 1952 حدّد فيه الشروط الخاصة التي يمكن أن يخضع لها المفرج عنه شرطياً² ونص لأول مرة على لجان مساعدة المفرج عنه

¹ محمد عيد الغريب: المرجع السابق الذكر، ص 247.

شرطياً، وبذلك أقر هذا المرسوم الدور التهديبي لنظام الإفراج الشرطي، وقد ترتب على هذه النظرة عدّة نتائج منها:

- وجوب ارتباط الإفراج المشروط برضاء المحكوم عليه، وعلة ذلك أنّ هذا النظام أصبح يهدف إلى التأهيل والتقويم، الأمر الذي لا يتحقق إلا إذا توافرت بالفعل لدى المحكوم عليه الإرادة الكاملة للاستفادة من المعاملة العقابية التي ينطوي عليها هذا النظام.

- وجوب خضوع المفرج عنه لتدابير رقابة وإشراف ومساعدة التي تكفل تحقيق التأهيل الاجتماعي للمفرج عنه، وينبغي أن تكون مدة الإفراج الشرطي مناسبة بحيث تسمح بمتابعة جهود إعادة التأهيل والإصلاح عن طريق تلك التدابير.

وبالرغم من أن الإفراج المشروط ذو مضمون تربوي وتهديبي إلا أنه لم يرق بما كان مرجواً منه في تأهيل وإصلاح المحكوم عليهم، وذلك يعود بصفة أساسية إلى استمرار ارتباطه بالعقوبة المحكوم بها، والدليل على ذلك أن مدة الإفراج المشروط والالتزامات الخاصة التي يمكن أن يخضع لها المفرج عنه كانت تستمد تحديدها من حكم الإدانة، وكذلك فإنّ تدابير الرقابة والإشراف كانت تنتهي بانقضاء مدة العقوبة المحكوم بها، حتى ولم يكن قد تحقّق تأهيل وإصلاح المفرج عنه، وهو ما يحدث في الغالب عندما تكون مدة الإفراج الشرطي قصيرة جداً، وكذلك فإن الجزء الذي كان يقع على المفرج عنه عند مخالفته للالتزامات والقيود التي تفرض عليه كان مستمد أيضاً من حكم الإدانة. فهذا الجزء لم يكن لإلغاء الإفراج المشروط وعودة المفرج عنه إلى المؤسسة العقابية ليستوفي المدة المتبقية من العقوبة.

ج - الإفراج المشروط كتدبير مستقل للتأهيل الاجتماعي

كانت لأفكار مدرسة الدفاع الاجتماعي الفضل في التنبيه إلى ضرورة فصح الصلة التي تربط الإفراج الشرطي بالعقوبة، بحيث ينظر إلى الإفراج المشروط كتدبير مستقل لتأهيل والإصلاح الاجتماعي، ولم يعد ينظر إليه كأسلوب لتنفيذ العقوبة.

ولقد قطع المشرع الفرنسي في هذا السبيل شوطاً كبيراً بعد التعديلات التي أدخلها في قانون الإجراءات الجنائية سنة 1958 على نظام الإفراج المشروط، حيث أجازت المادة 732 من قانون الإجراءات الفرنسي- للوزير المختص إطالة تدابير المساعدة والرقابة إلى ما بعد انقضاء العقوبة المحكوم بها، لمدة لا تزيد عن سنة، وتظهر فائدة هذا النص عندما لا تكون مدة الإفراج الشرطي كافية لاستفادة المفرج عنهم من برامج التأهيل والإصلاح.

المبحث الثاني: الأحكام المتعلقة بنظام الإفراج المشروط والآثار المترتبة عنه

لقد نظم المشرع الجزائري كل الأحكام المتعلقة بنظام الإفراج المشروط في القانون رقم 04/05 المشار إليه أعلاه، سواء تعلّق الأمر بتبيان الشروط الواجب توافرها في المحبوس كي يستفيد من الإفراج أو بالنسبة للإجراءات

الواجب إتباعها من طرف الهيئة المختصة بمنح الإفراج، كما أن الإفراج المشروط تترتب عنه آثار هامة على المستفيد من هذا الأسلوب من المعاملة العقابية والعقوبة المحكوم بها عليه، كما أن هدف العقوبة لا تتوقف فقط عند الإقرار بالإفراج المشروط وإثباتها تمتد إلى ما بعد الإفراج عن المحكوم عليه.

المطلب الأول: أحكام الإفراج المشروط

نعني بدراسة أحكام نظام الإفراج المشروط تبيان شروطه من جهة، وإجراءاته من جهة أخرى، وهو ما سنتولى توضيحه وفق الآتي:

أ- شروط الإفراج المشروط

يتبين لنا من مطالعة المواد من 134 إلى 136 التي يضمها الفصل الثالث من القانون المتضمن تنظيم السجون وإعادة الإدماج الاجتماعي للمحبوسين أن المشرع الجزائري قد وضع عدة شروط لتقرير الإفراج المشروط عن المحكوم عليه، وبعضها يتعلق إما بالمحكوم عليه، وإما بمدة العقوبة، وإما بالالتزامات المالية في ذمة المحكوم عليه. ومن خلال تحليل مضمون المواد المبينة أعلاه نستخلص أهم الشروط الواجب استيفائها للاستفادة من الإفراج المشروط وهي كالتالي:

1. أن يكون المحبوس قد حكم عليه بعقوبة سالبة للحرية

إن الإفراج المشروط يمكن أن يستفيد منه المحبوس الذي حكم عليه بإحدى العقوبات السالبة للحرية، هذه الأخيرة قد تم ذكرها في قانون العقوبات التي تتضمن العقوبات الأصلية في مواد الجنايات كالإعدام، السجن المؤبد والسجن المؤقت لمدة تتراوح ما بين 05 سنوات و 20 سنة، وكذا العقوبات الأصلية في مواد الجناح كالحبس لمدة تتجاوز شهرين إلى 05 سنوات،... إلخ¹.

و على هذا النحو فإن الإفراج المشروط يطبق على إحدى هذه العقوبات - باستثناء عقوبة الإعدام التي لا يمكن للمحكوم عليه الاستفادة منه- شريطة أن يكون محبوساً فعلاً في مؤسسة عقابية، ولا ينطبق مع باقي العقوبات الأخرى كالعقوبات التكميلية أو التبعية أو تدابير الأمن ولو كانت سالبة للحرية.

وما يمكن ملاحظته من خلال نص المادة 134 من القانون رقم 04/05 أن المشرع قد ترك المجال للمجرمين الاستفادة من الإفراج المشروط من خلال أخذه بمبدأ العقوبة بغض النظر عن الجريمة المدان بها حمى ولو تعلق الأمر بالجرائم الإرهابية أو تلك الماسة بأمن الدولة،... إلخ.

¹ راجع نص المادة 05 من الأمر رقم 156/66، المؤرخ في 18 يونيو 1966، المتضمن قانون العقوبات، المعدل والمتمم.

2. قضاء فترة الاختبار من مدة العقوبة في المؤسسة العقابية

إن المحكوم عليه من أجل إمكانية استفادته من الإفراج المشروط لا بد أن يكون قد قضى- فترة اختبار معينة من مدة العقوبة المحكوم بها في المؤسسة العقابية، أمّا فيما يتعلق بتحديد فترة الاختبار فهي تختلف باختلاف أصناف المحبوسين، ذلك على النحو التالي؛

- بالنسبة للمحبوس المبتدئ: فقد حدّدت فترة الاختبار بنصف العقوبة المحكوم بها.
- بالنسبة للمحبوس المعتاد الإجرام: فقد حدّدت فترة الاختبار بثلاثي العقوبة المحكوم بها عليه على أن لا تقل عن سنة.

- بالنسبة للمحبوس المحكوم عليه بالسجن المؤبد: فترة الاختبار قد حددتها نص المادة 134 في فقرتها الرابعة بخمسة عشر سنة، كما بينت الفقرة الأخيرة من نفس المادة على أن المدة التي تم خفضها بموجب العفو الرئاسي تحسب وكأنها فترة حبس قضاها المحكوم عليه المحبوس فعلاً وتحسب ضمن فترة الاختبار وذلك فيما عدا المحبوس عليه بعقوبة السجن المؤبد.

والشيء الجدير في هذا المقام، أن المشرّع في مضمون المادة 135 من القانون 04/05 نص على إمكانية الاستفادة المحبوس من الإفراج المشروط دون قضائه لفترة الاختبار عندما يبلغ السلطات المختصة عن حادث خطير قبل وقوعه والذي من شأنه المساس بأمن المؤسسة العقابية، أو يقدم معلومات للتعرف على مدبريه أو يقوم بالكشف عن المجرمين وإيقافهم.

ويبدو واضحاً أنّ الهدف الذي يريد أن يتوخاه المشرّع هو المحافظة على أمن وسلامة المؤسسات العقابية بالدرجة الأولى.

3. أن يستوفي المحبوس كافة التزاماته المالية

لمنح الإفراج المشروط للمحكوم عليه لابد أن يكون قد أوفى بالالتزامات المالية المحكوم بها عليه، وعلة تطلب ذلك أن عدم وفاء المحكوم عليه بتلك الالتزامات - رغم استطاعته - يكشف عن عدم ندمه على جريمته وعدم جدارته بالإفراج، والعكس إن هو أوفى، كما أن عدم الوفاء قد يعزز من المخاطر التي تهدد الأمن العام إذا ما أفرج عنه فيسقط بذلك أحد الشروط المتطلبة لتقرير الإفراج.

والالتزامات التي يتعين الوفاء بها هي المصاريف القضائية ومبالغ الغرامات والتعويضات المالية المقضي- بها فقط، فلا بد عليه أن يدفع ما عليه من حقوق الخزينة العمومية إثر المحاكمة وكذا المبالغ المستحقة للضحية نتيجة الجرم الذي ارتكبه، ونرى أن الوفاء بتلك المبالغ واجب حتى ولو كانت ناشئة عن جريمة غير التي دخل بسببها المؤسسة العقابية.

4. إثبات حسن سيرة وسلوك المحبوس

يقصد بحسن السلوك هنا أن يبنى وضع المحكوم عليه في المؤسسة العقابية عن احتمالية استمراره هكذا أثناء الإفراج المؤقت عنه، فتقدير سلوك المحكوم عليه يجب أن يكون متجهاً نحو المستقبل¹.

وعلى هذا الأساس، توجب المادة 140 من القانون رقم 04/05 السالف الذكر، أن يكون سلوك المحكوم عليه خلال مدة وجوده في السجن يدعو إلى الثقة لتقويم نفسه خلال فترة الاختبار بناءً على تقرير يعده رئيس المؤسسة العقابية، وهكذا يكون الإفراج المشروط مكافئاً للمحكوم عليه على سلوكه القويم أثناء مدة تنفيذ العقوبة السالبة للحرية.

5. تقديم ضمانات جديدة للاستقامة

يمكن لنا أن نلتبس شرط تقديم ضمانات جديدة لاستقامة المحبوس بالاطلاع على مضمون القانون 04/05 والمرسوم التنفيذي رقم 180/05²، ذلك من خلال تضمين ملف الإفراج المشروط لتقرير أخصائي في علم النفس وتقرير آخر للمساعدة الاجتماعية، حيث يمكن لكلا التقريرين تقدير الضمانات ومدى قابلية المحبوس للتأهيل والإصلاح الاجتماعي، وربما يريد المشرع من خلال تقريره لهذا الشرط ألا يكون في الإفراج عن المحكوم عليه خطورة على الأمن العام.

وإن كان الأمر كذلك يمكن القول على أنه ليس هناك ارتباط بين حسن سلوك الشخص المزمع الإفراج عنه وبين تأثيره على الأمن العام، فقد يكون سلوك المحكوم عليه حسناً داخل المؤسسة العقابية إلا أن خروجه يشكل خطورة معينة على الوسط الخارجي كأن يترتب على خروج النزير تجديد النزاع بين أسرته وأسرة المجني عليه.

وعلى العموم تلزم هي شروط الاستفادة من الإفراج المشروط عملاً بأحكام المادة 134 من القانون 04/05 السابق الذكر والتي تمثل القاعدة العامة، لكن بالرجوع إلى مضمون نص المادة 148 نجد أنها أوردت استثناءً يمثل في إمكانية الاستفادة من الإفراج المشروط دون أخذ بعين الاعتبار الشروط السابقة ذكرها، بصور مقرر من وزير العدل حافظ الأختام إذا كان المحبوس مصاباً بمرض خطير أو إعاقة دائمة تتنافى وبقائه في الحبس.

ب- السلطة المختصة بالإفراج المشروط

لا تتبع التشريعات نهجاً واحداً في تحديد السلطة المختصة بتقرير الإفراج المشروط، فهناك من التشريعات من أوكل هذا الأمر إلى السلطة التنفيذية ممثلة في القائمين على التنفيذ العقابي، بينما ذهبت تشريعات أخرى إلى تحويل جهة قضائية هذا الاختصاص، سواء كانت تلك الجهة القضائية قضاء تنفيذ أو كانت قضاء حكم.

¹ محمود نجيب حسني: شرح قانون العقوبات، القسم العام، دار النهضة العربية، 1977، ص 788.

² مرسوم تنفيذي رقم 180/05، مؤرخ في 2006/05/17، يتضمن تشكيل لجنة تطبيق العقوبات وكيفية سيرها، ج.ر عدد 34، لسنة 2005.

وفيما يخص بالتشريع العقابي الجزائري فقد أسند هذه المهمة إلى كل من قاضي تطبيق العقوبات من جهة، ووزير العدل حافظ الأختام من جهة أخرى. أما فيما يتعلق بإجراءات الإفراج المشروط فهي منظمة من خلال المواد 137 إلى 144 من القانون 04/05 وكذا المرسومين التنفيذي 180/05 و 181/05 المتضمنين تشكيل لجنة تطبيق العقوبات ولجنة تكيف العقوبات على التوالي.

أولاً: قاضي تطبيق العقوبات

إن البت في طلبات الإفراج المشروط قد خوله المشرع إلى قاضي تطبيق العقوبات إذا كان باقي العقوبة يساوي أو يقل عن 24 شهر بعد أخذ رأي لجنة تطبيق العقوبات¹ التي تنشأ على مستوى كل مؤسسة وقاية وكل مؤسسة إعادة التربية وكل مؤسسة إعادة التأهيل في المراكز المخصصة للنساء، وهي تتشكل من:

- قاضي تطبيق العقوبات رئيساً،
- مدير المؤسسة العقابية أو مركز المختص بالنساء عضواً،
- رئيس الاحتباس عضواً،
- مسؤول كتابة الضبط القضائية للمؤسسة عضواً،
- طبيب المؤسسة العقابية عضواً،
- أخصائي في علم النفس بالمؤسسة العقابية عضواً،
- مربي من المؤسسة العقابية عضواً،
- مساعدة اجتماعية من المؤسسة العقابية عضواً،

وتتوسع عضوية اللجنة لتشمل قاضي الأحداث إلى جانب مدير مركز إعادة التربية وإدماج الأحداث حينما يتعلق الأمر بالبت في طلبات الإفراج المشروط عن الأحداث.

أما أمانة اللجنة يسيرها أمين ضبط معين من طرف النائب العام، وفي حالة شغور منصب رئيس اللجنة أو حصول مانع له ينتدب رئيس اللجنة بناءً على طلب النائب العام قاضي لمدة لا تتجاوز 03 أشهر مع إخطار الإدارة المركزية المختصة بوزارة العدل، واللجنة تجتمع مرة واحدة في كل شهر بناءً على طلب من رئيسها أو من طرف مدير المؤسسة العقابية وتتداول اللجنة أعمالها بحضور ثلثي من أعضائها على الأقل، وتتخذ مقرراتها بأغلبية الأصوات ويكون صوت الرئيس مرجحاً في حالة تساوي الأصوات.

أما بخصوص إجراءات البت في طلبات الإفراج المشروط فإن قاضي تطبيق العقوبات يتلقى طلب² الإفراج المشروط من المحكوم عليه أو مثله القانوني أو في شكل من اقتراحه أو اقتراح من مدير المؤسسة العقابية³،

¹ راجع المادة 141 من القانون 04/05، المرجع السابق الذكر.

² فيما يخص طلب الإفراج المشروط هو عبارة عن ملف يشمل مجموعة من الوثائق الأساسية، وقد تم حصرها بموجب التعلية رقم 945/2005 المؤرخة في 03/05/2005 الصادرة عن المدير العام لإدارة السجون وإعادة الإدماج.

³ أنظر المادة 137 من القانون 04/05، السالف الذكر.

ويتم تسجيله في سجل خاص من طرف أمين ضبط اللجنة بعد التحقق من دفع كافة الالتزامات المالية، ثم يحضر هذا الأخير استدعاءات لأعضاء اللجنة لحضور الجلسة بعد توقيع رئيس اللجنة عليها، وتعد اللجنة جلستها بحضور ثلثي أعضائها لتتخذ قراراتها بالأغلبية ليتولى أمين الضبط تحرير محضر الاجتماع ومقرر الموافقة على منح الإفراج المشروط مع توقيعه وتوقيع قاضي تطبيق العقوبات ويبلغه لكل من النائب العام مرفوقاً بنسخة من ملف الإفراج، وكذا المحبوس بموجب محضر التبليغ.

و هنا نشير إلى أنّ المشرع خوّل للنائب العام بالمجلس القضائي الذي يقع في دائرة اختصاصه المؤسسة العقابية الموجود بها المستفيد من هذا النظام إمكانية الطعن في مقرر الإفراج المشروط¹، في أجل 08 أيام ابتداءً من تاريخ تبليغه، بحيث يقدم الطعن مرفوقاً بتقرير مسبب إلى لجنة تكيف العقوبات للفصل فيه في ميعاد 45 يوماً وهذا ابتداءً من تاريخ تسجيل الطعن وفي حالة عدم البت فيه خلال هذه المهلة يعد رفضا للطلب.

وإذا رفضت لجنة تكيف العقوبات الطعن يبلغ بواسطة النيابة العامة إلى قاضي تطبيق العقوبات، أما إذا قبل الطعن وبعد تبليغ قاضي تطبيق العقوبات بمقرر قبول الطعن يقوم بإلغاء مقرر الإفراج المشروط الذي أصدره.

ثانياً: وزير العدل حافظ الأختام

يختص وزير العدل حافظ الأختام هو أيضاً بالبت في طلبات الإفراج المشروط في حالات محددة تتمثل في:

- إذا كانت المدة المتبقية من العقوبة تزيد عن 24 شهر،
 - إذا كان طلب الإفراج المشروط مبني على أسباب صحية،
 - إذا كان طلب الإفراج المشروط يعد مكافأة.
- وفي هذا المجال استحدث المشرع لجنة لتكيف العقوبات بموجب المرسوم التنفيذي رقم 181/05²، التي تتولى دراسة طلبات الإفراج المشروط الذي يعود اختصاص البت فيها لوزير العدل حافظ الأختام وبدء رأيها قبل إصدار مقررات بشأنها، و تتشكل هذه اللجنة من:
- قاضي من المحكمة العليا رئيساً،
 - ممثل عن المديرية المكلفة بإدارة السجون برتبة نائب مدير على الأقل عضواً،
 - ممثل عن المديرية بالشؤون الجزائية عضواً،
 - __ طبيب إحدى المؤسسات العقابية عضواً،
 - عضوان يختارهما وزير العدل حافظ الأختام من بين الكفاءات والتي لها دراية بالوظائف المسندة للجنة.
- ويتم تعيين أعضاء اللجنة بقرار من وزير العدل حافظ الأختام لمدة 03 سنوات قابلة للتجديد مرة واحدة.

¹ راجع الفقرتين 03 و 04 من المادة 141، المرجع نفسه.

² مرسوم تنفيذي رقم 181/05، مؤرخ في 2005/05/17، يتضمن تشكيل لجنة تكيف العقوبات وكيفية سيرها، ج.ر عدد 34، لسنة 2005.

أما بخصوص إجراءات البت في طلبات الإفراج المشروط أمام لجنة تكييف العقوبات فإن قاضي تطبيق العقوبات يتلقى طلبات الإفراج المشروط من المحبوسين أو بناءً على اقتراحه أو اقتراح من مدير المؤسسة العقابية، ويرسلها إلى أمانة لجنة تكييف العقوبات ويقوم رئيس اللجنة بضبط جدول أعمالها وتحديد موعد اجتماعها وتوزيع الملفات على أعضائها لإعداد ملخص عن كل ملف وعرضه على باقي الأعضاء.

تعقد اللجنة اجتماعها بحضور ثلثي أعضائها على الأقل لتصدر بعد ذلك مقرراتها بأغلبية الأصوات وتبدي اللجنة رأيها في طلبات الإفراج المشروط التي يعود اختصاص الفصل فيها لوزير العدل حافظ الأختام في أجل 30 يوماً ابتداءً من تاريخ تسجيلها بالأمانة.

المطلب الثاني: الآثار المترتبة عن الإفراج المشروط

بصدور مقرر الإفراج من السلطة المختصة يصبح ساري المفعول، وعلى هذا الأساس تترتب عنه آثار هامة إحداها خاصة وأخرى عامة:

أ- الآثار الخاصة

تحدد الآثار الخاصة للإفراج المشروط على المدة المتبقية من مدة العقوبة والمرحلة التي تلي انقضاءها.

(1) آثار الإفراج المشروط قبل انقضاء مدة العقوبة

لعل أهم الآثار التي يمكن أن تترتب على منح الإفراج المشروط الإفراج عن المحبوس وإمكانية إخضاعه لعدد من تدابير المساعدة والرقابة، ولعدد من الالتزامات التي تعين على تأهيله وفي حالة عدم امتثاله لها يتم إلغاء الإفراج.

- فرض التزامات خاصة وتدابير مراقبة ومساعدة

إذا كانت التشريعات العقابية المقارنة قد تباينت في فرض التزامات خاصة وتدابير مراقبة ومساعدة من عدمها نتيجة اختلاف كل منها في النظرة إلى الإفراج المشروط، إذ البعض منها يرى عدم فرض التزامات على المفرج عنه على اعتبار أن حسن سلوك المحكوم عليه داخل المؤسسة العقابية كافٍ لتوقع استمرار المحكوم عليه في احترام القانون بعد الإفراج عنه، فضلاً على أن التهديد بإلغاء الإفراج الشرطي إذا وقعت من المفرج عنه جريمة في المستقبل كافٍ لأن يسلك الطريق القويم، وهذا الاتجاه يتفق مع النظرة التقليدية للإفراج الشرطي باعتباره منحة تهذيبية الهدف منه مكافأة المحكوم عليه على حسن سلوكه أثناء تنفيذ العقوبة المحكوم بها، بيد أن المفهوم الحديث للإفراج المشروط على جعله أسلوباً للمعاملة التهذيبية في الوسط الحر يهدف إلى تأهيل المحكوم عليه اجتماعياً، يوجب إخضاع المفرج عنه لمجموعة من الالتزامات يتعين عليه احترامها حتى لا يتعرض لإلغاء الإفراج المشروط، وفي ظل هذا المفهوم فإن كثير من التشريعات تذهب إلى فرض التزامات على المفرج عنه شرطياً لمساعدته على التقويم والتأهيل.

وعلى هذا النهج الأخير سار المشرع العقابي الجزائري، ويتجلى ذلك من خلال مضمون المادة 145 من القانون 04/05 على أنه يمكن لقاضي تطبيق العقوبات أو لوزير العدل حافظ الأختام فرض التزامات خاصة وتدابير مراقبة ومساعدة، وعلى المفرج عنه التقييد بها.

وعلى عكس ما ذهب إليه المشرع الجزائري في القانون القديم حينما حدّد هذه الالتزامات والتدابير¹، فإنه في القانون الجديد لم يفصح عنها، ليمتنع على هذا النحو كل من قاضي تطبيق العقوبات والوزير العدل حافظ الأختام بصلاحيات واسعة جدا في هذا المجال.

و هنا يطرح التساؤل الآتي: متى يتم إلغاء الإفراج المشروط؟

تنتهج التشريعات فيما يتعلق بإلغاء الإفراج المشروط أحد المذهبين، إما تقرير الإلغاء كجزء على مخالفة المفرج عنه للالتزامات المفروضة عليه، وإما تقرير الإلغاء في حالة فشل المعاملة التأهيلية التي ينطوي عليها الإفراج المشروط في تأهيل وإصلاح المفرج عنه.

فالأول يتطابق مع المفهوم الكلاسيكي للإفراج الشرطي كمنحة معلقة على شرط هو عدم إخلال المفرج عنه بالالتزامات المفروضة عليه في قرار الإفراج، بحيث إذا ما تحقق الشرط ألغيت هذه المنحة.

أما الاتجاه الآخر فينظر إلى إخلال المفرج عنه للالتزامات المفروضة عليه باعتباره يكشف عن أن المعاملة التأهيلية التي أنطوى عليها الإفراج المشروط لم تنجح في تأهيل وإصلاح المفرج عنه، مما يقتضي- أن تحدد أسباب الإلغاء على نحو يسمح بتقدير شخصية المفرج عنه، وتبين مدى صلاحيته لنظام الإفراج الشرطي. وقد أخذ بهذا الاتجاه المشرع الجزائري فأجاز إلغاء الإفراج المشروط في حالتي سوء السلوك أو عدم الخضوع لإجراءات المساعدة والرقابة أو عدم مراعاة الالتزامات الخاصة، أو صدور حكم جديد بالإدانة².

أما بالنسبة لإجراءات إلغاء الإفراج المشروط تختلف بحسب ما إذا كان مقرر الإفراج المشروط قد صدر من قاضي تطبيق العقوبات أو من وزير العدل، ففي الحالة الأولى يجرى في 03 نسخ ترسل إلى كل من مدير المؤسسة العقابية والنائب العام والمفرج عنه بشرط، ويعاد إلى المؤسسة العقابية التي يقضي- فيها عقوبته بمجرد تبليغه لاستكمال ما تبقى من العقوبة المحكوم بها عليه بعد إقاص التي قضاه تحت طائلة نظام الإفراج المشروط، كما ترسل أيضا نسخة إلى وزير العدل ومصلحة السوابق القضائية، أما في الحالة الثانية فيحرر مقرر الإلغاء في عدة نسخ وترسل نسخة إلى كل من قاضي تطبيق العقوبات ومدير المؤسسة العقابية والنائب العام والمفرج عنه بشرط مع مراعاة نفس الإجراءات السابقة.

¹ أنظر المواد من 185 إلى 187 من الأمر 02/72، المرجع السالف الذكر.

² راجع المادتين 145 و 147 من القانون 04/05، المرجع السابق الذكر.

أما إذا كان المفرج عنه مسجوناً لسبب آخر في مؤسسة عقابية غير تلك التي كان مسجوناً قبل الإفراج عنه بشرط، يبلغ مدير المؤسسة العقابية المسجون فيها لتقييد مقرر الإلغاء ويطلب ملف المحكوم عليه من المؤسسة التي أفرجت عليه لضمه إلى مقرر الإلغاء.

(2) آثار الإفراج المشروط بعد انقضاء مدة العقوبة

تترتب عن الإفراج المشروط بعد انقضاء مدة العقوبة آثار أخرى نرى بأنها هامة، فبمجرد انقضاء المدة المحددة في مقرر الإفراج المشروط يتحول هذا الأخير إلى إفراج نهائي - انقضاء العقوبة المحكوم بها- ويصبح بالتالي المفرج عنه بشرط يتمتع بكامل حقوقه بدءاً من تاريخ تسريحه، إلى جانب ذلك تسقط كل الالتزامات الخاصة وتدابير المراقبة والمساعدة التي كانت مفروضة عليه المحددة في مقرر الإفراج المشروط.

ب- الآثار العامة (الرعاية اللاحقة)

عادة ما يواجه المفرج عنهم عند خروجهم من المؤسسة العقابية ما يسمى "بأزمة الإفراج" التي تنشأ عن الاختلاف بين ظروف الحياة التي اعتادوا عليها داخل المؤسسة العقابية وبين الحياة خارجها، حيث يصادفون حرية قد ينحرفون في استعمالها ومسئولية قد يعجزون عن تحملها ومطالب مادية قد يفشلون في توفيرها. وقد يلقون صدمة من أفراد المجتمع نظراً لماضيهم الإجرامي فيعيشون معزولين دون مأوى أو عمل فيعودون مسرعين إلى سلوك سبيل الجريمة مرة أخرى.

لأجل هذا اتجهت السياسة العقابية الحديثة إلى الاعتراف للمفرج عنه بحقه في الرعاية اللاحقة بقصد مساعدته مادياً ومعنوياً على استعادة مكانته في المجتمع بعد انقضاء فترة سلب الحرية، فالرعاية اللاحقة تعتبر أسلوباً تكميلياً للتنفيذ العقابي تهدف إلى استكمال ما تم تطبيقه من أساليب معاملة وبرامج تأهيل داخل المؤسسة العقابية، وحتى لا تذهب المشاكل التي تعترض المفرج عنه بكل ما حققته له هذه الأخيرة من إصلاح وتهذيب¹.

(1) أشكال الرعاية اللاحقة للمفرج عنهم

هناك أنواع عديدة من الرعاية اللاحقة تعتمد عليها تشريعات الدول المختلفة نذكر منها:

- استفادة المفرج عنهم من إعانات مالية

وفقاً للتشريع العقابي الجزائري يمكن للمفرج عنه الاستفادة من المساعدات المالية التي تغطي احتياجاته من مأكل وملبس، وكذا على إعانات تضمن تنقله إلى مكان إقامته، مع العلم أن هذا النوع من المساعدات مقتصر فقط على فئة معينة من المفرج عنهم والتي تشمل فئة المحبوسين المعوزين، وتم الاستفادة منها عن طريق تقديم

¹ محمد عيد الغريب: المرجع السابق، ص 267.

المحبوس لطلب إلى مدير المؤسسة العقابية خلال شهر قبل الإفراج عنه، وقد تم العمل بهذا النظام بموجب صدور المرسوم التنفيذي رقم 431/05 المؤرخ في 2005/11/18¹.

- إتاحة فرص العمل للمفرج عنهم

بحيث يتم مساعدة المفرج عنهم على إيجاد مناصب عمل لهم تتناسب ومؤهلاتهم العلمية، ذلك من أجل توفير حاجياتهم بأنفسهم حتى لا يتقنلون كاهل الدولة.

- إعداد السجناء داخل المؤسسات العقابية

تقوم المؤسسات العقابية المختلفة بمساعدة وإعداد المفرج عنهم بطرق شتى، كتهيئتهم نفسيا لمرحلة الإفراج ويكون ذلك ببرامج تكوينية وحصى للعلاج النفسي للمساجين وإتاحة فرص العمل لهم، ويمكن أن نستشف هذا من أحكام القانون الجديد الذي وضع بعض الأنظمة لتحقيق هذه الغاية كنظام الحرية النصفية، التوقيف المؤقت لتنفيذ العقوبة... إلخ.

(2) الجهات المكلفة بالرعاية اللاحقة للإفراج

يمكن أن نجد هيئات مختلفة قد تكون عامة أو خاصة تتكفل بعملية المساعدة وتقديم الرعاية اللاحقة للمفرج عنهم:

- **الهيئات العامة:** بالنظر إلى الإمكانيات المادية التي تتمتع بها هذه الهيئات فإنها بمقدورها أن تؤدي هذا الدور على أحسن وجه، باعتبار أنها تابعة للدولة وممولة من طرفها، ففيما يخص التشريع الجزائري استحدثت المشرع لجنة وزارية مشتركة لتنسيق نشاطات إعادة تربية المحبوسين وإعادة إدماجهم الاجتماعي بموجب المرسوم التنفيذي رقم 429/05 المؤرخ في 2005/11/18، وتتكون من ممثلي الوزارات المختلفة، يرأسها وزير العدل، وهي تشارك في إعداد برامج الرعاية للمحبوسين بعد الإفراج عنهم، كما أسندت لها وظيفة تقييم وضعية مؤسسات البيئة المفتوحة ونظام الإفراج المشروط وتقديم الاقتراحات التي تراها مناسبة في هذا المجال².

- **الجمعيات الوطنية:** يمكن لهذه الجمعيات أن تتخذ أي إجراء تراه ضروري وهو من شأنه تقديم المساعدة والرعاية اللاحقة للمفرج عنهم من خلال مثلا تقديم المساعدات المادية والمعنوية لهم... إلخ.

وعليه، نود الإشارة في هذا المقام أن هناك ندرة لوجود مثل هذا النوع من الجمعيات في الجزائر عكس الكثير من الدول الأخرى في العالم.

¹ مرسوم تنفيذي رقم 431/05، مؤرخ في 2005/11/18، يحدد شروط وكيفية منح المساعدة الاجتماعية والمالية للمحبوسين المعوزين عند الإفراج عنهم، ج.ر. عدد 74، لسنة 2005.

² مرسوم تنفيذي رقم 429/05، مؤرخ في 2005/11/18، يحدد تنظيم اللجنة الوزارية المشتركة لتنسيق نشاطات إعادة تربية المحبوسين وإعادة إدماجهم الاجتماعي ومهامها وسيرها، ج.ر. عدد 74، لسنة 2005.

خاتمة:

إن الإفراج المشروط بصفة عامة هو عملية إنسانية معقدة تعتمد على جملة من العناصر والظروف شخصية كانت أو بيئية أو ثقافية... إلخ، كما أنها عملية تتوقف نتائجها وآثارها على مدى استجابة المجتمع الحر لتحسين موافقة نحو المجرم ومدى استعدادة لقبوله كمواطن صالح.

ومن خلال عرضنا لنظام الإفراج المشروط في التشريع العقابي الجزائري، بصفة خاصة، فإنه يمكن لنا استنتاج بعض المظاهر الايجابية لهذا النظام من خلال الأحكام التي استحدثها القانون الجديد رقم 04/05، فرغم كون أن هذا النظام في حد ذاته عقوبة إلا أن المشرع يهدف من خلال تكريسه إلى الإدماج الاجتماعي للمحبوس وتأهيله وكذا إصلاحه، كما كرس القانون الجديد أيضا لامركزية منح الإفراج المشروط ليصبح بذلك قاضي تطبيق العقوبات إلى جانب وزير العدل الجهتين المخول لها قانونا سلطة منح الإفراج بعدما كان القانون القديم يقتصر الأمر فقط على وزير العدل.

وعلى العموم، ما ينبغي الإشارة إليه أنه لا بد من الاعتراف بأن دور الدولة الجزائرية في الرعاية اللاحقة يظل قاصراً نظراً لضعف الإمكانيات المادية لأجهزتها، و نرى بأنه لا يتسنى تعويض هذا النقص إلا بضرورة تدخل الجمعيات الخاصة والمجتمع المدني، مثلاً في رجال الأعمال وأصحاب المشروعات الصناعية والتجارية، فتصبح مكافحة الظاهرة الإجرامية رسالة المجتمع كافة.

مسؤولية مراكز نقل الدم*

د/طفيفاني مختارية- أستاذة محاضرة "أ" - جامعة ابن خلدون - تيارت .

ملخص :

تعتبر عملية نقل الدم وسيلة علاجية لإنقاذ حياة المرضى والمصابين في الحوادث المختلفة، لذلك فإنه إذا لم تخضع هذه العملية لإجراءات وخصوصات طبية دقيقة للتأكد من خلوه من الفيروسات، تصبح وسيلة لنقل الأمراض الخطيرة. ولذلك فقد أثارت هذه المسألة مشاكل قانونية متعددة تتمثل في تحديد المسؤول عن عملية نقل الدم الملوّث سواء أكان المستشفى العام أم الخاص، أو الطبيب المعالج أم مركز نقل الدم. وكذا تحديد أساس قيام دعوى المسؤولية .

Résumé :

Thérapeutique des transfusions de sang sont un moyen de sauver la vie des malades et des blessés dans des accidents divers, de sorte que si cette opération sous réserve de modalités précises et des tests pour s'assurer qu'il est exempt de virus, il devient un moyen de transmission de maladies graves. Par conséquent, cette question a soulevé de nombreux problèmes juridiques consiste à déterminer les responsables de la transfusion de sang contaminée, publics ou privés, Centre hospitalier ou médecin ou transfusion sanguine. Et définir la base d'une revendication de responsabilité.

مقدمة.

تعتبر المسؤولية شرطا أساسيا للحرية⁽¹⁾، فالسلطة التي لا تسأل عن أعمالها تعني أنها سلطة طاعية ودكتاتورية، والإنسان غير المسؤول يُعدّ عنصرا من عناصر المتاعب، ويكون في مرتبة أدنى من الناحية الإنسانية، أما الإنسان الحرّ فهو الذي يقدر نتائج أعماله ويكون مسؤولا عنها، وتتمثل المسؤولية في إلزام المسؤول بتعويض المضرور عما أصابه من أضرار، ويأخذ التعويض غالبا صورة مبلغ مالي معادل لقيمة الضرر، فالحق في تعويض الضرر يعتبر من الحقوق الأساسية، فهو من حقوق الإنسان. وقد قضت محكمة النقض في هذا الصدد بأنه «يتبين من نصوص المواد 124 وما يليها من القانون المدني الجزائري أنّ الأصل في المساءلة المدنية أن التعويض عموما يقدر بمقدار الضرر المباشر الذي أحدثه الخطأ ويستوي في ذلك الضرر المادي والضرر الأدبي على أن يراعى القاضي في تقدير التعويض الظروف والملابسة للمضرور دون تخصيص معايير

* تاريخ إيداع المقال: 2016/12/05

تاريخ تحكيم المقال: 2017/01/09

1- حسام الدين كامل الأهواني ، النظرية العامة للالتزام ، مصادر الالتزام ، الجزء الأول ، الطبعة الثانية، 1995، ص 482 .

معينة لتقدير التعويض عن الضرر الأدبي»⁽¹⁾، وتنوع المسؤولية بحسب موضوعها، فقد تكون المسؤولية إدارية، وقد تكون مدنية. وهذه الأخيرة قد تكون عقدية أو تقصيرية.

ومسؤولية مراكز نقل الدم عن الأعمال الضارة التي قد تصيب المرضى تتحدد بحسب ما إذا كانت هذه المراكز ملحقة بمستشفى تابع للدولة أو لإحدى هيئاتها العامة، فتتعدد المسؤولية الإدارية لهذه المراكز⁽²⁾، أو أن مراكز نقل الدم ملحقة بمستشفى خاص أو مراكز خاصة، فتكون مسؤوليتها مدنية، و أيضا في إطار مسؤولية مراكز الدم المدنية، و في هذه الحالة يجب تحديد طبيعة العلاقة بين المريض ومركز نقل الدم. ومن خلال ذلك كيف تحدد طبيعة مسؤولية تلك المراكز؟ وما هو أساس قيام تلك المسؤولية؟.

المبحث الأول: طبيعة مسؤولية مراكز نقل الدم.

تختلف طبيعة مسؤولية مراكز نقل الدم بحسب طبيعة المركز فإما أن تكون إدارية أو مدنية، وهذه الأخيرة إما أن تكون عقدية أو تكون تقصيرية.

المطلب الأول: طبيعة مسؤولية مراكز نقل الدم بين المسؤولية الإدارية و المسؤولية المدنية.

تتعامل مراكز نقل الدم مع المستشفيات أو المؤسسات العلاجية، فتقوم هذه المراكز بإبرام عقود لتزويد المستشفيات بكميات الدم أو أحد مشتقاته التي تحتاج إليها، وقد تتعامل مراكز نقل الدم مباشرة مع الأفراد كأن يتفق مريض أو أحد أقاربه محتاج إلى كمية محدّدة من الدم من فصيلة معينة، أو لأحد مشتقات الدم، على أخذ هذه الكمية في مقابل مبلغ معين. ونظرا لهذا الدور الفعال الذي تقوم به مراكز نقل الدم في إمداد المستشفيات والمرضى بكميات الدم أو أحد مشتقاته، فقد ثار جدلا فقهيًا في فرنسا حول طبيعة مسؤولية هذه المراكز، هل هي مسؤولية إدارية أم مسؤولية مدنية؟ ذهب رأي في الفقه الفرنسي- إلى أن مركز نقل الدم يعتبر مرفقا عاما⁽³⁾، بحيث أن الدم يكون محلا لاحتكار عام وضروري بواسطة هذا المركز، فكل عناصر المرفق العام متوافرة في مركز نقل الدم.

فاختصاصات الدولة - ممثلة في وزارة الصحة - والدور الذي تقوم به في عملية نقل الدم يكشف حقيقة نشاط المرفق العام الذي تتم مراقبته من خلال الدولة⁽⁴⁾، كما أن مجموع النصوص القانونية تخلق مرفقا عاما متعلقًا بنقل الدم بالنظر إلى التنظيم التدريجي لمركز نقل الدم المعتمد من قبل وزير الصحة، واحتكار الدم أو أحد مشتقاته،

¹ - نقض مدني 1982/4/8، مجموعة أحكام النقض، السنة 32 ق، ر 105، ص 670.

² - أيضا تكون مسؤولية مراكز نقل الدم ذات طبيعة إدارية إذا كانت هذه المراكز خاصة وتعاقبت مع مؤسسة علاجية تابعة للدولة أو لإحدى هيئاتها العامة على توريد الدم أو أحد مشتقاته الذي تحتاج إليه هذه المؤسسة العلاجية لعلاج المرضى.

³ - Savatier (R), De Sanguine Jus, D.1954, Chr, P 141.

⁴ - Stahlberger (E): 3. Responsabilité Administrative Et Contamination Par Transfusion Sanguine, Rev.fr.dr.adm.mai - juin 1992, P.552 - Debouy (ch.): Le reponsabilité de l'Administration française du fait de la contamination par le virus du SIDA, J.C.P. 1993, I, 3646.

وحفظه وتوزيعه. فتسليم منتجات الدم يكون منظماً بقرار من وزير الصحة⁽¹⁾، وأيضاً يتولى وزير الصحة تعيين الأشخاص الذين يتولون الرقابة على تحضير وحفظ وتخزين الدم أو أحد مشتقاته⁽²⁾. ولذلك قضى- مجلس الدولة الفرنسي-⁽³⁾ بمسؤولية الدولة عن كل خطأ، وليس فقط عن الخطأ الجسيم التي ترتكبه في ممارسة اختصاصاتها.

فمراكز نقل الدم - طبقاً لهذا الرأي - تقوم بخدمة عامة للمرضى في تزويدهم بالدم -أو أحد مشتقاته - بطريق مباشر أو بطريق غير مباشر، في الأحوال التي تقتضي- ظروفهم الصحية ذلك. فهذه المراكز تحقق مصلحة عامة من خلال سياسة الدولة في مجال الصحة العامة، وأيضاً من خلال الرقابة التي تمارسها الدولة على مراكز نقل الدم⁽⁴⁾. ولهذا فإن طبيعة مسؤولية مراكز نقل الدم تكون إدارية.

وعلى العكس من ذلك، فقد ذهب رأي آخر في الفقه الفرنسي إلى أنه لا يمكن أن تعتبر مراكز نقل الدم مرفقاً عاماً⁽⁵⁾ إذ أن هذه المراكز لا تتمتع بامتيازات السلطة العامة، ولهذا فلا يختص القضاء الإداري بدعوى المسؤولية المرفوعة على مراكز نقل الدم الخاصة.

ونعتقد أن أهمية هذا الخلاف الفقهي حول طبيعة مسؤولية مراكز نقل الدم قد يتضاءل نظراً لعدم توافر مراكز نقل الدم في الجزائر. ونرى أن الإجابة على التساؤل السابق يتطلب بداية تحديد طبيعة العلاقة بين مراكز نقل الدم من جهة، والمؤسسات العلاجية أو المرضى المحتاجين لنقل دم من جهة أخرى، فإذا كانت مراكز نقل الدم ملحقمة بمستشفى تابع للدولة أو لإحدى هيئاتها العامة، فإن العقد الذي تبرمه هذه المراكز مع المؤسسات العلاجية أو المريض -أو أحد أقاربه- يكون عقداً إدارياً، أما إذا كانت مراكز نقل الدم تابعة لمستشفى خاص أو مراكز خاصة، فإن العقد الذي تبرمه هذه المراكز مع المستشفيات أو أحد المرضى، يكون عقداً مدنياً.

وقد ذهب القضاء الفرنسي- في تكييف العلاقة بين مراكز نقل الدم والمؤسسات العلاجية على أنها عقد توريد⁽⁶⁾، فقضت محكمة استئناف باريس⁽⁷⁾ بأن العقد المبرم بين المستشفى الخاص والمركز الإقليمي لنقل الدم لا يعد عقداً للعلاج الطبي يلتزم بموجبه المركز بعلاج المريض، وإنما هو عقد توريد دم لتنفيذ الوصفة الطبية.

¹- المادة L-669 من قانون الصحة العامة الفرنسي.

²- المادة L-670 من قانون الصحة العامة الفرنسي.

³-Cons.d'Etat ,9 avril ,1993,p ,312.

⁴-Cass. Civ.14 nov.1995,Bull.Civ.,I ,No.414,P.289.

⁵-Deforges (J-M.):Sida :Responsabilité et indemnisation des préjudices résultant de contamination par transfusion sanguine ,Rev.dr.Sanit. et social.1992,No 4,P.555.

3 -Paris ,28 nov. 1991 ,D.1992,note Dorsner -Dolivet(A) -J.C.P 1992 ,P85 .

7-Nice, 27 juill.1992 ,D.1993 , ,note Vidal (D),P.38

وقد قضت أيضا محكمة نيس ⁽¹⁾ Nice - في فرنسا- بأن حقن مريض بالدم يتم في إطار عقد توريد الدم المبرم بين المستشفى ومركز نقل الدم.

وأكدت كذلك محكمة تولوز Toulouse بفرنسا ⁽²⁾ على وجود عقد توريد مبرم بين المستشفى الذي يتناول فيه المريض العلاج ومركز نقل الدم حيث يلتزم هذا الأخير بضمان سلامة المريض الذي يكون من حقه الحصول على دم نظيف غير ملوث.

وعلى ذلك فإذا كانت مراكز نقل الدم خاصة أو تابعة لمستشفى خاص، وأخلت بالتزاماتها نحو المرضى الذين يحتاجون على نقل دم أو أحد مشتقاته، انعقدت مسؤوليتها المدنية. ولكن ما نوع مسؤولية هذه المراكز، هل هي مسؤولية عقدية أم مسؤولية تقصيرية، هذا ما سوف نتناوله في المطلب الثاني.

المطلب الثاني: طبيعة مسؤولية مراكز نقل الدم بين المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية

المسؤولية المدنية هي - بوجه عام- الالتزام بتعويض الضرر المترتب على الإخلال بالتزام أصلي سابق ⁽³⁾. هذه الالتزامات الأصلية ينشأ بعضها من العقد، والبعض الآخر من القانون. فالمسؤولية التي تنشأ عن الإخلال بالتزام عقدي يطلق عليها « مسؤولية عقدية » والمسؤولية التي تترتب على الإخلال بالتزام قانوني تسمى « مسؤولية تقصيرية ».

ولهذا فإن تطبيق أحكام المسؤولية العقدية يستلزم وجود عقد صحيح بين المضرور والمسؤول، وأن يكون الضرر ناشئا عن إخلال هذا الأخير بإحدى الالتزامات الناتجة عن هذا العقد. أما أحكام المسؤولية التقصيرية تكون واجبة الإلتزام في حالة انقضاء الرابطة العقدية بين المسؤول والمضرور، أو أن الضرر الذي أصاب هذا الأخير لم يكن ناشئا عن الإخلال بالتزام تعاقدية.

ولذلك إذا تعاقد المريض المضرور- أو أحد أقاربه - مباشرة مع مركز نقل الدم على الحصول على كمية من الدم ⁽⁴⁾ - أو أحد مشتقاته- من فصيلة معينة، فإن مسؤولية هذا المركز تكون عقدية في حالة إخلاله بالتزام التعاقدية، كأن يسلم المريض المضرور دما غير نظيف وملوث بفيروس مرض الإيدز، الأمر الذي يؤدي إلى إصابة المريض بهذا المرض اللعين.

1- ولقد جاء في هذا الحكم:

«L'injection de sang à un patient transfusé s'inscrit dans le cadre d'un contrat de fourniture de sang à titre anereux exclusif de tout bénéfice.»

2-Toulouse ,9 juin 1992 ,D,1992,inf.rap ,P.204.

3 - سلمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، في الالتزامات ، في الفصل الضار والمسؤولية المدنية، المجلد الثاني، الطبعة الخامسة، 1988، ص 11.

4-Limoges,31 juill.1991 ,Gaz.Pal.1992,somm,P.407.

ولكن يختلف الوضع تماما إذا لم تكن هناك ثمة علاقة تعاقدية بين المريض ومركز نقل الدم، فإن مسؤولية هذا الأخير تكون تقصيرية، في حالة نقل دم ملوث إلى المريض.

هذا ما اتجه إليه القضاء الفرنسي، في بادئ الأمر، إذ قرر بأن مسؤولية مركز نقل الدم تكون تقصيرية وليست عقدية، حيث تنتفي الرابطة العقدية بين المريض ومركز نقل الدم. فلقد قضت محكمة استئناف باريس⁽¹⁾ بمسؤولية مراكز نقل الدم على أساس المسؤولية التقصيرية، نظرا لعدم وجود علاقة عقدية بين هذا المركز والمريض الذي أصيب بمرض الزهري Syphilis نتيجة نقل دم إليه ملوث بهذا المرض.

ولكن تطبيق أحكام المسؤولية التقصيرية - في حالة نقل دم ملوث - يقتضي قيام المريض المضروب بإثبات خطأ مركز نقل الدم، ولهذا فأحكام المسؤولية التقصيرية لا توفر الحماية الكاملة للمريض المضروب الذي أصيب بفيروس مرض الإيدز نتيجة للخطأ الذي ارتكبه مركز نقل الدم.

ولذلك لجأ القضاء الفرنسي إلى تطبيق أحكام المسؤولية العقدية بالرغم من عدم وجود رابطة تعاقدية بين مركز نقل الدم و المريض المضروب، رغبة في توفير حماية أقوى لهذا الأخير، واستند القضاء على وسيلتين هما: الاشتراط لمصلحة الغير، والدعوى مباشرة. فلنتناول كل وسيلة على حده في فرع مستقل.

الفرع الأول: الاشتراط لمصلحة الغير .

الاشتراط لمصلحة الغير عقد بين طرف يسمى المشتراط وطرف آخر يسمى المتعهد، بمقتضاه يحصل المشتراط على التزام المتعهد تجاه ولمصلحة شخص ثالث من الغير يسمى المستفيد أو المنتفع من الاشتراط⁽²⁾.

فالاشتراط لمصلحة الغير يدخل في إطار العلاقات القانونية ثلاثية الأطراف التي تستهدف أن ترتب لمصلحة الغير، الذي ليس طرفا في العقد، حقا مباشرا في مواجهة المتعهد⁽³⁾.

ولقد طبق القضاء الفرنسي أحكام الاشتراط لمصلحة الغير في حالة إصابة المريض بفيروس مرض الإيدز الناشئ عن نقل دم ملوث إليه، فأجاز القضاء للمضروب أن يرجع بالتعويض على مركز نقل الدم على أساس المسؤولية العقدية بالرغم من انقضاء الرابطة العقدية بينها، بحيث يعتبر المريض - المنقول إليه الدم الملوث - مستفيدا من العقد المبرم بين مركز نقل الدم والمؤسسة العلاجية التي يتلقى فيها المريض العلاج، مما يعطي لهذا المريض الحق في الرجوع مباشرة بدعوى المسؤولية العقدية على مركز نقل الدم.

¹ - Paris, 26 avil. 1948, D, 1948, P. 272.

² - حسام الدين كامل الأهواني، المرجع السابق، ص 361.

³ - قضت محكمة النقض المصرية بأن «مفاد نص المادة 154 / 1 من القانون المدني أنه في الاشتراط لمصلحة الغير يتعاقد المشتراط مع المتعهد باسمه لمصلحة شخصية في تنفيذ المتعهد الالتزامات المتعاقد عليها نحو المنتفع دون أن يدخل المنتفع طرفا في العقد وأن المنتفع إنما يكسب حقه مباشرة من العقد ذاته المبرم بين المشتراط والمتعهد بأن تشترط الالتزامات لصالحه باعتباره منتفعا فيه ويجري تعيينه بشخصه أو بوصفه شخصا مستقبلا أو يكون مستطاعا تعيينه وقت أن ينتج العقد أثره » قض مدني 1969/04/29، مجموعة أحكام النقض، السنة 20 ق، رقم 111، ص 693.

فالمريض يعتبر مستفيدا من العقد المبرم بين مركز نقل الدم والمؤسسة العلاجية بالرغم من أنه ليس طرفا في هذا العقد، باعتبار أن هذه الأخيرة قد اشترطت ضمينا على مراكز نقل الدم - المتعهد- أن ينشأ للمريض حقا مباشرا تجاه هذا المركز.

ولذلك يكون مركز نقل الدم مسؤولا عن كل تقصير في أداء التزاماته نحو المستفيد، كما لو تأخر المركز في تقديم الدم في المواعيد المتفق عليها، أو قدم دما ملوثا وغير نظيف، فيكون للمستفيد- المريض- أن يرجع على هذا المركز بدعوى مباشرة للمطالبة بالتعويض على أساس المسؤولية العقدية. ولكن يجوز لمركز نقل الدم أن يتناسك في مواجهة المريض -المستفيد- بكل الدفوع التي يمكن أن يتمسك بها في مواجهة المؤسسة العلاجية، بأن هذه الأخيرة لم تقم بالوفاء بالتزاماتها المتولدة عن العقد المبرم بينها وبين مركز نقل الدم، أو أن هذا العقد باطل.

ويثار التساؤل حول الحكم، إذا كانت المؤسسة العلاجية تتعامل مع أكثر من مركز نقل دم للحصول على كمية الدم- أو أحد مشتقاته- اللازمة لعلاج المرضى. فهل يرجع المريض-المستفيد- على كل هذه المراكز باعتباره مدعى عليهم في دعوى المطالبة بالتعويض، أم أن يختار المريض مركزا من بين مراكز نقل الدم يرجع عليه بدعوى التعويض؟ فإذا اختار المريض مركزا بعينه، فما هو المعيار الذي يتحدد على أساسه هذا الاختيار؟ للإجابة على هذه التساؤلات، ينبغي التفرقة بين فرضين:

الفرض الأول: إذا كان المريض -المستفيد- يعلم مركز نقل الدم الذي يتعامل مع المؤسسة العلاجية وحصلت منه على الدم الملوث بفيروس مرض الإيدز، بأن تحدد هذه المؤسسة مصدر كل كيس دم -أو أحد مشتقاته- بالكتابة عليه أنه تابع لمركز معين، فإن المريض يرجع على هذا المركز لنقل الدم بدعوى المسؤولية العقدية للمطالبة بالتعويض باعتبار أنه مستفيدا من الاشتراط الضمني لمصلحة الغير.

الفرض الثاني: إذا كان المريض -المستفيد- لا يعلم أي مركز لنقل الدم الذي حصلت منه المؤسسة العلاجية على الدم الملوث بفيروس مرض الإيدز، فإنه تماشيا مع اتجاه القضاء الفرنسي- في توفير أكبر قدر من الحماية الفعالة للمضروب- المريض- فإن هذا الأخير يستطيع أن يرجع على كل هذه المراكز التي تتعامل مع المؤسسة العلاجية للحصول على دم نظيف - أو أحد مشتقاته-⁽¹⁾ على أساس أن كل تعاقد بين هذه الأخيرة وبين مراكز نقل الدم يتضمن اشتراطا ضمينا لمصلحة الغير - المريض - إلى أن تثبت إحدى هذه المراكز أن الدم الذي تعاقدت مع المؤسسة العلاجية للحصول عليه، ليس هو الدم الذي أدى إلى إصابة المريض بفيروس مرض الإيدز.

¹—Jourdain (P): Responsabilité civile et contamination par le virus du SIDA à la suite de transfusions, Rev.tr.Dr.civ.1992,P.117.

وقد قرر هذا الفقيه في صفحة 120 ما يلي:

«Les responsables sont tous des fournisseurs de sang»

ولقد أكدت العديد من الأحكام القضائية – في فرنسا- فكرة الاشتراط الضمني لمصلحة الغير، بأن العقد المبرم بين مركز نقل الدم والمؤسسة العلاجية يتضمن اشتراطاً ضمناً لمصلحة المريض المحتاج الى الدم – أو أحد مشتقاته – فقضت محكمة باريس الجزئية⁽¹⁾ بأن توريد وحقن الدم للمريض يكون في إطار العلاقات التعاقدية التي تربط هذا المريض، ليس فقط بالمستشفى والجراح، ولكن أيضاً بمركز نقل الدم، إذ المستشفى- قد اتفق مع هذا المركز- المتعهد- على الاشتراط لمصلحة المريض.

وقضت محكمة استئناف باريس⁽²⁾ بأن العقد المبرم بين مستشفى ومركز إقليمي لنقل الدم يولد اشتراطاً ضمناً لمصلحة المريض –المستفيد، ولا يكون هذا العقد للعلاج الطبي، فلا يلتزم هذا المركز بعلاج المريض، وإنما هو عقد توريد دم لتنفيذ الوصفة الطبية.

وقد ردّد الفقه الفرنسي ما اعتنقه القضاء من تطبيق أحكام الاشتراط لمصلحة الغير في حالة إصابة المريض بفيروس مرض الإيدز الناشئ عن نقل دم ملوث إليه. فلقد أكد الفقه الفرنسي⁽³⁾ على أن المريض يعتبر مستفيداً من العقد المبرم بين المؤسسة العلاجية ومركز نقل الدم، بالرغم من أنه لم يكن طرفاً فيه، إذ يتضمن هذا العقد اشتراطاً ضمناً لمصلحة الغير، بحيث يكون المريض-المستفيد-أن يرجع على هذا المركز-المتعهد-بدعوى المسؤولية العقدية للمطالبة بالتعويض، في حالة إخلال مركز نقل الدم بالتزامه بتقديم دم نقي وخال من الفيروسات.

غير أن ما قضت به المحاكم الفرنسية، واخذ به الفقه الفرنسي، من رجوع المريض على مركز نقل الدم بدعوى المسؤولية العقدية، بالرغم من أنه لم يكن طرفاً في العقد المبرم بين هذا المركز والمؤسسة العلاجية، باعتبار أن هذا العقد يتضمن اشتراطاً لمصلحة الغير، قد يبدو حديثاً بالنسبة لاكتشاف فيروس مرض الإيدز. ولكن فكرة الاشتراط لمصلحة الغير قد طُبقت من قبل على حالة مماثلة، فقضت محكمة النقض الفرنسية في عام 1954⁽⁴⁾، في حالة تلقي مريض لكمية من الدم ملوث بفيروس مرض الزهري وهو مرض مماثل في ذات الوقت لفيروس مرض الإيدز- بأن المريض يستطيع أن يرجع مباشرة على مركز نقل الدم بالمسؤولية العقدية تطبيقاً لأحكام الاشتراط لمصلحة الغير، إذ أن العقد المبرم بين المستشفى الذي يتلقى فيها المريض العلاج ومركز نقل الدم قد تضمن اشتراطاً ضمناً لمصلحة المريض، فيكون لهذا الأخير أن يطالب مركز نقل الدم بتعويض الأضرار التي

¹-Paris, 1^{er} juill.1991, J.C.P.1991, II, 21762, note Harichaux(M.).

²-Paris, 28 nov. 1991,D.1992, P.85,note Dorsner-Dolivet (A)-J.C.P.1992, II, 21797, note Harichaux (M).

وقد جاء في هذا الحكم مايلي:

«Le contrat conclu entre une clinique et un centre département du transfusion sanguine, auquel le bénéficiaire du sang est associé par la stipulation tacite qu'il contient en sa faveur.»

³—Jourdain(P):Responsabilité civile et contamination par le virus du SIDA à la suite de transfusions, Rev.tr.dr.civ.1992, P.117 et SS.Morançais-Demeester (M.L.):Contamination par transfusion du virusdu SIDA:Responsabilité et indemnisation, D.1992, chr.P.189 et S.

⁴—Cass.Civ.17dec.1954, D.1955, P.269, note Rodiere(R) —J.C.P.1955, II, 8490,note Savatier (R).

الحكم الصادر من الدائرة الأولى لمحكمة النقض الفرنسية الذي أكد صراحة على وجود الاشتراط لمصلحة الغير، حيث جاء في هذا الحكم:

أصابته من جراء إخلال هذا المركز بالتزامه التعاقدى بتقديم دم نقي وخال من الفيروسات. ولقد اعترض جانب من الفقه⁽¹⁾ على فكرة الاشتراط الضمني لمصلحة الغير بسبب طابعها الاصطناعي، إذا لم تتجه نية المتعاقدين إلى أن يكتسب المريض حقاً من عقد ليس طرفاً فيه.

فلم تنصرف إرادة الطرفين إلى نشوء حق للمريض المضروب تجاه مركز نقل الدم.

وقضت محكمة النقض في هذا الصدد بأنه « لما لم يورد الشارع المصري نصاً خاصاً يقرر أن للمصاب حقاً مباشراً في مطالبة المؤمن بالتعويض عن الضرر الذي أصابه والذي يسأل عنه قبل المستأمن وجب الرجوع إلى القواعد العامة لنعرف ما إذا كانت وثيقة التأمين على مسؤولية المستأمن قصد بها اشتراط لمصلحة الغير أم قصد بها اتفاق خاص بين الطرفين المتعاقدين، فإذا كان الحق الذي اشترطه المستأمن إنما اشترطه لنفسه فلا يكون هنا كاشتراط لمصلحة الغير حتى لو كانت تعود منه منفعة على الغير، أما إذا تبين من مشاركة التأمين أن العاقدين قصداً تحويل المصاب الحق المباشر في منافع العقد، فإن القواعد الخاصة بالاشتراط لمصلحة الغير هي التي تطبق »⁽²⁾.

وإزاء النقد الذي وجه إلى فكرة الاشتراط لمصلحة الغير، فقد أجاز جانب آخر من الفقه⁽³⁾ والقضاء⁽⁴⁾ أن يرجع المضروب - المريض - على مركز نقل الدم بالتعويض عن الأضرار التي أصابته بسبب نقل دم ملوث إليه بفيروس مرض الإيدز، على أساس المسؤولية العقدية - رغم انتفاء الرابطة العقدية بين المريض ومركز نقل الدم - ليس باعتبار المريض مستفيداً من الاشتراط الضمني لمصلحة الغير، ولكن باعتبار المريض دائناً لهذا المركز، فيستخدم الدعوى مباشرة.

الفرع الثاني : الدعوى المباشرة .

يقر القانون في بعض الحالات التي يريد أن يضيف إلى الدائن حماية خاصة، إلى أن يجعل لهذا الدائن دعوى مباشرة قبل مدين المدين ويستأثر الدائن بفضل هذه الدعوى المباشرة بالحق الذي لمدينه في ذمة مدين المدين، ويصبح بمثابة دائن له امتياز على هذا الحق يتقدم بمقتضاه على سائر الدائنين ولهذا السبب فإن الدعوى

La victime M.X...» ayant invoqué, dès la première instance, l'existence d'une stipulation faite à son profit par les prescripteurs» Cass.civ,14 nov.1995,Bull.Civ,I. no 414.

¹ -Viney (G), Traité de droit civil, La responsabilité :conditions, L.G.D.J,1982, NO 188.

نقلاً عن عبد الحى حجازي، النظرية العامة للالتزام، الجزء الثاني، مكتبة عبد الله وهبه، القاهرة، ص 270.

² -قضى مدني 1955/5/5، مجموعة أحكام النقض، السنة 6ق، رقم 140، ص 1079،

³ - Jourdain(P): Responsabilité civile et contamination par le virus du SIDA à la suite de transfusions, Rev.tr.dr.civ.1992, P.117 et SS.Morançais-Demeester (M.L.): Contamination par transfusion du virus du SiDA: Responsabilité et indemnisation, D.1992, chr.P.- 189 Viney (G): Responsabilité civile.J.C.P.1996, I.3985.

⁴ -Cass, civ.12avril.1995, 2arrêts, J.C.P.1995, II, 22467, note Jourdain(P)-Cass.civ.9 juill.1996, D.1996, inf.rap.P.211.

المباشرة تعتبر نوعا من أنواع التأمينات، وبالتالي فإنها لا تنتقَر إلا بنص خاص، ولم يقرّر القانون في شأنها - نظرا لطبيعتها - نظرية عامة⁽¹⁾.

وانطلاقا من هذا التعريف فالشخص الذي يعد أجنبيا عن العلاقة التعاقدية، منذ إبرامها، وحتى لحظة الانتهاء من تنفيذها هو الذي يخرج من نطاق مبدأ نسبية آثار التصرفات القانونية. بينا الشخص الذي لم يكن موجودا على مسرح التعاقد وقت إبرام العقد، ولكنه شارك في تنفيذ هذا العقد، فإنه يتعين اعتباره عاقدا طبقا لمفهوم السلسلة العقدية - ويستفيد من الدعوى المباشرة العقدية في رجوعه على مدين مدينه⁽²⁾. ويؤكد الفقيه Durry⁽³⁾ على ذلك، مقررًا بأنه يجب البحث عن معيار يسمح بالتمييز بين الغير، الذي يكون له الحق في التمسك بقواعد المسؤولية التقصيرية، وذلك الذي يمنع من هذا الحق، ويخضع لقواعد مسؤولية المتعاقد مع محدث الضرر الذي لحق به.

وقضت محكمة النقض الفرنسية⁽⁴⁾ في هذا الصدد بأن المضرور في إطار المجموعة العقدية لا يمكنه الرجوع على المسؤول، إلا طبقا لقواعد المسؤولية العقدية، رغم انتفاء الرابطة العقدية بينها، لأن الشخص لم يصب بضرر إلا بسبب كونه دائما بالتزام تعاقدية.

وفي مجال الإصابة بفيروس مرض الإيدز بسبب نقل الدم أو أحد مشتقاته، فإن هناك التزاما بتحقيق نتيجة على عاتق مركز نقل الدم يتمثل في توريد دم نظيف، غير ضار، وخال من الفيروسات، فضلا عن أن يكون الدم من نفس فصيلة دم المريض لكي يحقق الغرض المنشود من العلاج⁽⁵⁾. هذا الالتزام الملقى على عاتق مركز نقل الدم يتشابه مع التزام البائع المهني⁽⁶⁾.

وإذا كان الفقه⁽⁷⁾ قد تردد كثيرا في اعتبار الدم شيئا يمكن أن يكون محلا لعقد بيع، إلا أن المشرع الجزائري نص على العلاج بالدم في المواد 158-159-160 من قانون الصحة ولم يجدد ما هو، ولهذا يمكن اعتبار الدم

¹ - محمد علي عمران، الوجيز في آثار الالتزام، 1984، ص 81، - سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، في الالتزامات، أحكام الالتزام، الجزء الثاني، المجلد الرابع، الطبعة الثانية، 1992، ص 302.

² - Mestre, obs.rev.trim.dr.civ.1989, P.75-Delebecque, obs.sous cass.Civ.21 juin 1988, J.C.1988, II, 15294.

³ - Durry, obs.Rev.trim.dr.civ.1973, P.128.

⁴ - Cass.civ.21 juin.1988, D.1989, P.5-J.C.P.1988, II, 15294, obs.Delebecque (ph).

⁵ - Paris, 1^{er} juill 1991, J.C. P.1991, II, 21762, note Harichaux (M) - Paris, 28 nov.1991, D.1992, P.85, note Dorsner- Dolivet (A) - J.C.P 1992, II, 21797, note Harichaux (M) - Cass. Civ.14 nov.1995, Bull.civ, I, No 414- Cass civ, 12 avr.1995, 2 arrêts, J.C.P.1995, II, 22467, note Jourdain (P) - Cass.civ.9 juill.1996, D.1996, inf.rap.P.211.

⁶ - Savatier (R): De sanguine jus, D, 1954, chr.P.141-Rodière (R) note sous cass Civ.17 déc.1954, D.1955, P.269.

⁷ - Jourdain (P), note sous.civ.12 avr.1995, 2 arrêts, J.C.P.1995, II, 22467 Responsabilité civile et contamination par le virus du SIDA à la transfusions, Rev.tr.dr.civ.1992, P, 117.

الذي يورد بواسطة مركز نقل الدم شيئاً داخل دائرة التعامل، خاصة بالنسبة للدم الذي يقوم هذا المركز بحفظه، ومعالجته وتقديمه للأغراض العلاجية، فإنه يكون محلاً لعقد بيع.

ولذا فإن قيام مركز نقل الدم بتوريد الدم إلى إحدى المستشفيات يولد التزاماً على عاتق هذا المركز بالتسليم، وبضمان العيوب الخفية، وبالضمان من الأضرار التي تحدث بسبب هذا الدم. ويخضع الالتزام بالضمان لتوجيه الاتحاد الأوروبي رقم 374-85 الصادر في 25 يوليو عام 1985 المتعلق بالمسؤولية عن فعل المنتجات المعيبة⁽¹⁾، أيضاً قيام هذا المستشفى ببيع كمية الدم أو أحد مشتقاته إلى مريض يحتاج إليه يؤدي إلى اكتمال السلسلة العقدية، فيعتبر مركز نقل الدم بمثابة الصانع أو المنتج خاصة بالنسبة لمشتقات الدم التي تعالج صناعياً⁽²⁾، والدم أو أحد مشتقاته بمثابة المنتج، وفيرس مرض الإيدز الموجود في الدم بمثابة العيب. فيجوز لكل مريض بمنتج ملوث - فيروس مرض الإيدز - أن يرفع دعوى مباشرة ذات طبيعة عقدية على أي من الصانع أو المنتج أو البائع لهذا المنتج الملوث - الدم أو أحد مشتقاته - وبعبارة أخرى يستطيع المريض أن يرجع بالدعوى المباشرة العقدية على كل الأشخاص الذين لا تربطهم به ثمة علاقة تعاقدية مباشرة وذلك استناداً إلى فكرة السلسلة العقدية.

وقد أثير التساؤل حول مدى إمكانية تمسك المسؤول في مواجهة المضرور ببند الإعفاء من المسؤولية في إطار فكرة السلسلة العقدية، فإذا كان هناك بند يعفي مركز نقل الدم من المسؤولية تجاه إحدى المؤسسات العلاجية، فهل يجوز لهذه الأخيرة أن تتمسك بهذا البند في مواجهة المريض المضرور وتعفى من مسؤوليتها بالرغم من عدم وجود مثل هذا الإعفاء في العلاقة بين المؤسسة العلاجية والمريض؟

لاشك أن من مقتضى صحة بند الإعفاء من المسؤولية هو حرمان المضرور من الحصول على التعويض الجابر للضرر الذي أصابه. ولذلك يجب أن تتوافر شروط تطبيق هذا البند، فإذا لم تكن هذه الشروط متوافرة بأن قام المسؤول بغش، أو ارتكب خطأ جسيماً⁽³⁾، فهذا يؤدي إلى عدم تطبيق بند الإعفاء من المسؤولية.

أيضاً يشترط، لتطبيق بند الإعفاء من المسؤولية في إطار السلسلة العقدية، علم المضرور بهذا البند وقبوله إياه، فإذا كان من حق مركز نقل الدم أن يتمسك في مواجهة المريض المضرور بكافة البنود الواردة في العلاقة التعاقدية التي تساهم في تكوينها، وخاصة البند المتعلق بالإعفاء من المسؤولية، إلا أن ذلك مشروط بعلم المريض المضرور بهذا البند وقبوله له⁽⁴⁾. وبالتالي إذا لم يكن المريض يعلم بهذا البند، أو كان عالماً به ولكنه لم يقبله، فلا يجوز للمؤسسة العلاجية أن تتمسك بالإعفاء من المسؤولية في مواجهة المريض، على أساس أن علم

¹-Ghestin produits défectueux ,D.1986 ,chr,P,135.

²-Margeat (H) :Séropositivite,SIDA et Jurisprudence,Gaz.Pal.oct.1991,P.11

³-حسن زكي الأبراشي، المرجع السابق، ص 177 وما بعدها-

⁴ - المرجع نفسه، ص 159 وما بعد .

هذا الأخير ببند الإعفاء وقبوله إياه يعتبر من الشروط الجوهرية التي يلزم توافرها لصحة هذا البند، إذ أن رجوع المريض المضرور بالدعوى المباشرة العقدية على المسؤول يجب ألا يترتب عليه إهدار هذا الشرط⁽¹⁾.

كذلك يشترط لصحة بند الإعفاء من المسؤولية ألا يكون الضرر متعلقا بصحة الإنسان أو سلامة جسده، فقد ذهب الرأي الراجح⁽²⁾ إلى بطلان بند الإعفاء من المسؤولية في حالات الضرر الجسدي، على أساس أن الأضرار التي تلحق بالإنسان في جسده أو في صحته يجب أن تخرج

عن دائرة التعامل تكريما للإنسان، خاصة وأن سلامة الجسد متعلقة بالنظام العام⁽³⁾. ولذا فإن الإنسان لا يستطيع أن يتصرف في جسده أو في حياته بأي عقد من العقود⁽⁴⁾.

وتطبيقا لذلك، فإنه لا يجوز للمؤسسة العلاجية أن تتمسك في مواجهة المضرور ببند الإعفاء من المسؤولية الوارد في العلاقة القانونية بينها وبين مركز نقل الدم، فضلا عن عدم جواز هذا الأخير التمسك ببند الإعفاء في مواجهة المضرور المتعاقد معه مباشرة- أو أحد أقاربه- إذ أن الدم الملوث يصيب المريض بأضرار بالغة في جسده تؤدي إلى الموت المحقق. فلا يجوز إعفاء المؤسسة العلاجية - أو مركز نقل الدم- من المسؤولية.

ونرى أن الأساس القانوني لهذا الشرط يكمن في اعتبار أن بند الإعفاء من المسؤولية استثناء من القاعدة التي تقضي بوجوب التعويض في حالة إصابة شخص بضرر، ولذا لا يجوز القياس على هذا البند أو التوسع في تفسيره⁽⁵⁾. كما يجب علم الخلف الخاص ببند الإعفاء تطبيقا للمادة 109 من القانون المدني الجزائري التي تنص على أنه «إذا أنشأ العقد التزامات وحقوقا شخصية تتصل بشيء انتقل بعد ذلك إلى خلف خاص، فإن هذه الالتزامات والحقوق تنتقل إلى هذا الخلف ... إذا كانت من مستلزماته وكان الخلف الخاص يعلم بها وقت انتقال الشيء إليه». ويتضح من هذا النص أن المشرع قد تطلب علم الخلف الخاص ببند الإعفاء من المسؤولية حتى يمكن للمسؤول أن يتمسك بهذا البند في مواجهته.

وانطلاقا من بطلان بند الإعفاء من المسؤولية -في حالة عدم توافر شروط تطبيقه- الذي قد يشترطه مركز نقل الدم في العلاقة القانونية بينه وبين إحدى المؤسسات العلاجية، عند توريد دم ملوث بفيروس مرض الإيدز، أدى إلى إصابة المريض بهذا الفيروس اللعين، فإن هذا الأخير يستطيع أن يرجع على مركز نقل الدم بدعوى مباشرة عقدية⁽⁶⁾، بالرغم من انتفاء الرابطة التعاقدية بين المريض ومركز نقل الدم، للمطالبة بالتعويض عن الأضرار التي أصابته بسبب انتقال فيروس مرض الإيدز إليه.

¹—Viney (G) :l'action en responsabilité entre participants à une chaine de contrats,melanges,Holleaux,1990,PP.423 et s.

² — محمد جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، الجزء الثاني، مطبعة جامعة القاهرة، 1990، ص 85 وما بعدها.

³ — محمود نجيب حسني، الحق في سلامة الجسد، مجلة القانون والاقتصاد، سبتمبر 1959، العدد الثالث، ص 527 وما بعدها.

⁴ — حسام الدين كامل الأهواني، المرجع السابق، ص 111.

⁵ — جميل الشراوي، النظرية العامة للالتزام، 1981، ص 340.

⁶ —Cass.Ass.Plén.7 fév.1986 ,2 arrêts,J.C.P.1986 ,II ,20616 ,obs.Malinvaud(ph).

ولكن ما هو أساس مسؤولية مركز نقل الدم؟ هذا هو موضوع دراسة المبحث الثاني.

المبحث الثاني: أساس مسؤولية مراكز نقل الدم .

تتعامل مراكز نقل الدم بإبرام عقود لتزويد المستشفيات بكميات الدم أو أحد مشتقاته الذي تحتاج إليه، كما تبرم أيضا هذه المراكز عقودا مباشرة مع المرضى الذين يحتاجون إلى كميات من الدم من فصيلة معينة، أو لأحد مشتقات الدم، في مقابل ثمن تقدي.

ولقد استقرت أحكام القضاء الفرنسي في تكييف العلاقة بين مراكز نقل الدم والمؤسسات العلاجية على أنها عقد توريد، تلتزم فيه هذه المراكز بتوريد دم بمقابل لتنفيذ الوصفة الطبية⁽¹⁾. كما أن عقد التوريد يلتقي على عاتق مراكز نقل الدم التزاما بتحقيق نتيجة محله تقديم دم سليم خال من الفيروسات والأمراض المعدية⁽²⁾.

ولكن ما مدى تأثير أحكام عقد البيع خاصة التزامات البائع على عقد توريد الدم؟ (مطلب أول) ثم ماهو مضمون التزام مراكز نقل الدم (مطلب ثان)؟

المطلب الأول: مدى تأثير أحكام عقد البيع على عقد توريد الدم.

لقد اصطدم تكييف عقد توريد الدم عن طريق مركز نقل الدم بعقبة متمثلة في النظام القانوني لدم الإنسان⁽³⁾. هذه العقبة مصدرها المادة 1128 من القانون المدني الفرنسي⁽⁴⁾ التي تقرر أن الأشياء التي تصلح للتعامل فيها، هي التي تكون محلا للاتفاق، ونظرا لأن جسم الإنسان، والدم يعتبر جزءا من هذا الجسم، خارج دائرة التعامل، فلا يكون محلا لأي عقد.

ولكن تحيد طبيعة العقد المبرم بين مركز نقل الدم، والمؤسسة العلاجية يكون ضروريا لبيان النظم القانونية للمسؤولية العقدية لهذا المركز. ولذا ميز القضاء الفرنسي⁽⁵⁾ - في محاولة لوضع تعريف قانوني للدم- بين الدم المورد، والدم المنقول، على أساس أن الاتفاق المبرم بين المتبرع بالدم ومركز نقل الدم يختلف تماما عن الاتفاق الموجود بين هذا الأخير والمستفيد بنقل الدم إليه.

¹ _Paris, 28 nov.1991,D,1992,P.85,note Dosner-Dolivet (A) -J.C.P.1992,II,21797,note Hari chaux (M)- Nice,27juill.1992,D.1993,P.38,note Vidal (D) - Cass Civ,17déc.1954,D,1955,P.269,note Rodière (R)- J.C.P1955,II,8490,note Savatier(R).

² _Paris, 1^{er} Juill. 1991.J.C.P.1991.II.21762,note Harichaux (M)-Toulouse,5nov.1991,Gaz.Pal 1992,II,P,405,note Cukier (B) -Rev.Trim.dr.civ.1992,P.117,obs.Jourdain(P).

³ _Morançais-Demeester (M-L):Contamination par transfusion du virus de SIDA :responsabilité et indemnisation D.1992, chr.P.190-Joudain (P) :note sous 2 arrêts, cass.Civ.12avril.1995,II,22467.

⁴ _Il n'y a que les choses qui sont dans le commence qui peuvent être l'objet de convention».

⁵ _Toulouse, 16 juill,J.C.P.1992,II,21965,note Labbé(X).

فالدّم المورّد الذي يطلبه الطّبيب المعالج لمريضه من مركز نقل الدّم هو عبارة عن وحدة دم التي يمكن أن تعتبر وفقاً للقانون شيئاً داخلياً في دائرة التعامل، وقابلة أن تكون محلاً لعقد بيع⁽¹⁾، وأنّ ثمن الدّم محدّد سنوياً عن طريق قرار وزاري صادر من وزير الصحة طبقاً لحكم المادة L.673 من قانون الصحة العامة- في فرنسا- التي تقرر أن ثمن العمليات المتعلّقة بدم الإنسان، والبالزما، ومشتقاته، والخاصة بالتحضير والتخزين والتسليم بمقابل، تكون محدودة بقرار من وزير الصحة العامة.

ولقد أكّدت المادة L.667 من ذات القانون على أن الدّم يمكن أن يكون محلاً لعقد بيع، فقررت بأنّ التخلي عن الدّم يكون بمقابل، وأن توزيع الدّم يحقق هدف علاجي.

كذلك أقر المشرّع المصري صراحة جواز التصرف في الدّم وذلك بمقتضى- القانون رقم 178 لسنة 1920 بتنظيم عمليات جمع وتخزين وتوزيع الدّم ومركباته بالإقليم الجنوبي⁽²⁾، ونصّت المادة الخامسة من قرار وزير الصحة رقم 150 لسنة 1960 في شأن تنظيم إجراءات جمع وتخزين الدّم ومركباته ومشتقاته وتحديد الجهة التي تقوم بفحص المتطوعين والتعليقات الواجب اتباعها في نقل الدّم والشروط التي يجب أن تتوافر في المتطوعين وأثمان الدّم ومركباته ومشتقاته⁽³⁾ على أن « تحدد مكافآت المتطوعين وأثمان الدّم ومركباته ومشتقاته الوجه الآتي:

ينقسم أنواع التطوع بالدّم بالنسبة للمكافآت إلى:

- 1- تطوع مجاني كامل (شرف) تصرف له شارة يحدّد نوعها وقيمتها تبعاً لعدد مرات التطوع.
- 2- تطوع مجاني مع هدية قيمتها في حدود خمسين قرشاً.
- 3- تطوع نظير مكافأة مالية قدرها 150 مائة وخمسون قرشاً لكمية دم 400 سم³.
- 4- تطوع نظير مكافأة مالية قدرها 100 مائة قرش لكمية 200 سم³، على أن يعطى المتطوع بعد إعطائه الدّم وجبة خفيفة...» .

ولذلك يتضح أن التصرف في الدّم يكون بمقابل⁽⁴⁾، حقيقة أن المقابل الذي يحصل عليه المعطي بدمه شيء ضئيل لا يذكر، ولكن من الناحية القانونية تتوافر له تلك الصفة. « فلا يقدح في وجود عقد البيع ضالة المقابل نسبياً لقيمة المبيع، فشراء رغيف العيش في مصر- بأقل من ثمن تكلفته لا يمنع من أن العيش يباع ويشترى، فيكفي لوجود البيع عدم تفاها الثمن⁽⁵⁾».

¹ - Labbé(X) note sous, Toulouse, 16 juill.1992,op.Cit.

² - الجريدة الرسمية في 12/6/1960، العدد 130.

³ - الوقائع المصرية في 17/4/1961، العدد 31.

⁴ - حمدي عبد الرحمن، معصومية الجسد، المرجع السابق، ص 79- رمضان أبو السعود، الوسيط في شرح مقدمة القانون المدني، النظرية العامة للحق، 1992، ص 521 - محمد ليب شنب وعاطف عبد الحميد حسن، دروس في نظرية الحق، 1994، دار الثقافة الجامعية، ص 21 وما بعدها

⁵ - حسام الدين كامل الأهواني، المرجع السابق ص 138.

ولذا فإن عقد توريد الدم من جانب مركز نقل الدم إلى المؤسسات العلاجية يتشابه مع عقد البيع، الأمر الذي يؤدي إلى تأثير أحكام عقد البيع - فيما يتعلق بالتزامات البائع-على علاقة مركز نقل الدم بالمستشفى في مجال تلوث دم المريض بفيروس مرض الإيدز الناتج عن عملية نقل دم ملوث إليه.

هذا التشابه الذي أقر به توجيه مجلس الاتحاد الأوروبي الصادر في 14 يونيو عام 1989⁽¹⁾، وأكده المشرع الفرنسي بعد ذلك في القانون رقم 5-93 الصادر في 4 يناير عام 1993 و المتعلق بضمان سلامة الدم والأدوية⁽²⁾، حيث قرر تشبيه مركبات الدم المحضرة صناعيا عن طريق مراكز الدم العامة أو الخاصة بالأدوية.

La directive du conseil des Communautés européennes assimile: " les composants du sang préparés industriellement par les établissements publics ou privés " à des médicaments.

وبالتالي تصبح هذه المركبات قابلة لأن تكون محلا لعقد البيع، أما بالنسبة للدم المنقول فإنه يجب الاقتراب من جسم الإنسان حتى نحصل على هذا الدم عن طريق سحبه من هذا الجسم، وهذا الأمر يفترض تدخل الطبيب.

ولقد عرّف القضاء الفرنسي⁽³⁾ عملية نقل الدم بأنها عمل طبي يقتضي وجود طبيب لحظة القيام بهذه العملية. .

وعلى ذلك فإن تشبيه عقد التوريد المبرم بين مركز نقل الدم والمؤسسة العلاجية بأنه عقد بيع يبدو واضحاً من خلال الأحكام القضائية التي تضع على عاتق هذا المركز كل التزامات البائع⁽⁴⁾.

فلقد قضت محكمة باريس⁽⁵⁾، بمسؤولية مركز نقل الدم، بسبب تلوث دم المريض بفيروس مرض الإيدز الناشئ الناشئ عن عملية نقل دم ملوث إليه، مقرة بوجود التزام بتحقيق نتيجة على عاتق هذا المركز، دون أن تحدد طبيعة هذا الالتزام ومضمونه.

وأقامت محكمة باريس هذا الالتزام على أساس طبيعة العلاقة الموجودة بين المريض ومركز نقل الدم، إذ أن الطبيعة الخاصة لهذه العلاقة الموجودة بين المريض ومركز نقل الدم، والتي تدلّ عليها الثقة التي يمنحها المريض

¹ -Toulouse, 16 Juill. J.C.P. 1992, II, 21965.

—La loi No 93-5, du 4 janv. 1993 relative à la sécurité en matière de transfusion sanguine et de médicament J.O. 5 janv. 1993, P. 237 —D. 1993, Lég. P. 154.

³ - Toulouse, 16 juill. 1992 J.C.P. 1992, II, 21965, note Labbé (X).

⁴ -Savatier (R) : De sanguine jus, D. 1954, chr, P, 141- cass. civ. 4 fév. 1959, J.C.P. 1959, II, 11046-D. 1959, P. 153, note Esmein (P).

وقد قضت محكمة النقض الفرنسية في هذا الحكم بمسؤولية المستشفى نتيجة لحقن المريض بمصل أدى إلى إحداث إصابات جلدية عديدة، استلزمت نوعاً من التطعيم، لذلك فإن المستشفى يلتزم بتوريد سائل يفي بطبيعته وصفاته بالغرض المنشود منه، ولهذا فقد شبت المحكمة المستشفى بالبائع.

⁵ -Paris, 1^{er} juill. 1991, J.C.P. 1991, II, 21762, note Hari chaux (M).

إلى المتعاقدين معه (المستشفى والطبيب ومركز نقل الدم) تجعل هذا الأخير ملتزماً بتوريد دم يفي بطبيعته وصفاته بالغرض العلاجي المنشود⁽¹⁾.

وإذا كانت محكمة باريس لم تؤكد صراحة في حكمها على طبيعة الالتزام الملقى على عاتق مركز نقل الدم، إلا أنه يمكن أن يستخلص هذا الالتزام من انعقاد مسؤولية هذا المركز بسبب توريد دم ملوث بفيروس مرض الإيدز إلى المدعية، فيعتبر مركز نقل الدم مخلاً بالتزامه، فتتعدّد مسؤولية هذا الأخير.

غير أنه لا يكفي تكييف التزام مركز نقل الدم، وباعتباره التزاماً بتحقيق نتيجة، لتطبيق الأحكام العامة المتعلقة بالتزامات البائع على عقد توريد الدم عن طريق هذا المركز، وذلك بهدف توفير حماية أفضل للمريض المضرور. هذه الالتزامات - التي تتفق مع الحالة محل البحث - تتمثل في الالتزام بالتسليم، والالتزام بضمان العيوب الخفية⁽²⁾، والالتزام بالسلامة⁽³⁾. ونظراً لأن كل التزام من هذه الالتزامات الملقاة على عاتق البائع يخضع لنظام قانوني يختلف في أحكامه عن الالتزامات الأخرى، فإن القضاء الفرنسي قد تولى تحديد مضمون التزام مركز نقل الدم بتحقيق نتيجة لبيان حدود المسؤولية العقدية لهذا المركز.

بالنسبة للالتزام بالتسليم، هل إقامة مسؤولية مركز نقل الدم على أساس أحكام الالتزام بالتسليم تحقق فائدة للمريض المضرور؟ هذا ما قضت به محكمة Toulouse-⁽⁴⁾ السابق الإشارة إليه - بأن تسليم شيء تطبيقاً لحكم

¹ - « La nature particulière de ces relations marquées par la confiance que le malade doit nécessairement faire à ses cocontractants implique pour ces derniers (en l'espèce la clinique, le médecin et l'organisme fournisseur du sang) l'obligation de fournir et d'injecter un sang répondant par sa nature et ses qualités au but thérapeutique poursuivi.

² - عبد الرسول عبد الرضا، الالتزام بضمان العيوب الخفية في القانونين المصري والكويتي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1974، ص 120.

³ - علي سيد حسن، الالتزام بالسلامة في عقد البيع، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1990، ص 20.

نقض فرنسي: Viney (G) :La responsabilité civile, conditions, L.G.D.J., 1982, No 500. Cass. Civ. 11 juin 1991, Bull. Civ. I, No 201-J.C.P. 1992, I, 3572, ob. Viney (G) - Rev. Trim. dr. civ. 1992, P. 114, obs. Jourdain (P) - D. 1993, somm, P. 241, obs. Tournafond (o).

ولقد جاء في هذا الحكم:

La vendeur a une obligation contractuelle de sécurité qui consisté a ne livrer que des produits exempts de tout vice ou de tout défaut de fabrication de nature a créer un danger pour les personnes ou pour les biens.

⁴ - « La délivrance de la chose au sens de l'article 1604 du code civil suppose que cette dernière soit propre à l'usage que les parties avaient en vue lors de la vente ; or il est démontré que le produit livré était vicié par un virus entraînant la mort, alors qu'il est d'évidence que ce produit avait pour seul but de guérir.

En ne livrant pas un produit sain conforme à sa destination, le centre de transfusion sanguine a manqué à son obligation de délivrance ».

Toulouse, 5 nov. 1991, op.cit. - Le Tourneau (ph), La responsabilité civile, 1982, Nos 1749 et S.

المادة 1604 من القانون المدني يقتضي أن هذا الشيء يفي بالغرض من استعمله حسب اتفاق الطرفين لحظة إبرام عقد البيع.

وإذا كان الثابت أن المنتج الذي تم تسليمه - الدم - كان معيبا بفيروس يؤدي إلى الموت، في حين أنه من البديهي أن هدف هذا المنتج الوحيد هو شفاء المريض. فإن عدم تسليم منتج نظيف مطابق للغرض المقصود من استعمله، يجعل مركز نقل الدم مخلا بالتزامه بالتسليم نظرا لطبيعة هذا الفيروس المميت، ونتائج الجسمة سواء من الناحية النفسية أو الاجتماعية أو الاقتصادية⁽¹⁾.

أما فيما يتعلق بالالتزام بضمان العيوب الخفية، في مجال تلوث دم المريض بفيروس مرض الإيدز، فإنه يبدو أن فيروس الإيدز بمثابة العيب الذي يجعل الشيء (الدم) غير نظيف في جسم المريض، لأن الحالة الصحية لهذا الأخير تكون بعيدة عن التحسن، بل على العكس تتفاقم - نتيجة لعملية نقل الدم - لدرجة تصل إلى حد الموت المحقق - لذلك نرى أن قيام مسؤولية مركز نقل الدم على قواعد ضمان العيوب الخفية لا يوقر للمريض المضرور الحماية اللازمة.

فمن ناحية أن إثبات العيب الخفي يعد أمرا صعبا على المضرور - وهو المكلف بعبء الإثبات⁽²⁾ - خاصة إذا كان العيب عبارة عن فيروس مرض الإيدز الذي عجز العلماء حتى الآن عن اكتشاف علاج فعال للقضاء عليه، وإذا كانت الخبرة الطبية تلعب دورا رئيسا في إثبات وجود هذا العيب من عدمه، فإن تقرير الخبرة غالبا لا يكون في مصلحة المضرور⁽³⁾.

ومن ناحية ثانية أنه يجب على المضرور أن يرفع دعوى ضمان العيوب الخفية في خلال المدة القصيرة طبقا للمادة 383 من القانون المدني الجزائري التي قررت أنها مدة سنة من تاريخ التسليم، وإلا سقط حقه في رفع الدعوى بالتقادم. هذه المدة القصيرة - التي يجب أن ترفع خلالها دعوى الضمان - تمثل عقبة أمام المريض، لأن فيروس مرض الإيدز لا يكشف عادة في جسم هذا الأخير إلا بعد مرور مدة من الزمن على عملية نقل الدم. هذه المدة تتجاوز مدة الضمان القانوني المنصوص عليها في المادة سالفة الذكر⁽⁴⁾، مما يؤدي إلى سقوط حق المضرور في رفع دعوى الضمان.

¹ - جميل عبد الباقي الصغير، عرض المشاكل الناتجة عن مرض الإيدز، القانون الجنائي والإيدز، 1995، دار النهضة العربية، القاهرة، ص 17 وما بعدها.

² - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، البيع والمقايضة، الجزء الرابع، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، 1986، ص 621.

³ - أحمد السعيد الزقرد، تعويض ضحايا مرض الإيدز والتهاب الكبد الوبائي، المرجع السابق، ص 54.

⁴ - لم تحدد المادة 1648 مدني فرنسي - تقابل المادة 452 مدني مصري - مدة سقوط دعوى ضمان العيوب الخفية تحيدا رقميا بستة أشهر، كما هو الحال في القانون المدني المصري، وإنما تسقط دعوى ضمان العيوب الخفية بمضي مدة قصيرة يختلف تقديرها بحسب ظروف كل واقعة على حده. حسن عبد الباسط جمبجي، شروط التخفيف والإعفاء من ضمان العيوب الخفية، دراسة مقارنة بين القانون المصري وقانون دولة الإمارات والقوانين الأوروبية، 1993، ص 64، ص 129.

ومن ناحية ثالثة أن تطبق أحكام ضمان العيوب الخفية يترتب عليه نتائج لا تتفق مع إصابة المريض بفيروس مرض الإيدز، الأمر الذي يجعله لا يستفيد من هذه الأحكام، إذ يكون للمريض الحق في رفع دعوى ضمان العيب الخفي⁽¹⁾، في حالة إبقاء الشيء المباع في إنقاص الثمن والتعويض على العيب، كذلك يكون للمضروب الحق في رفع دعوى لرد الشيء المباع بسبب العيب الخفي والتعويض إن كان له مقتضى. وإذا حدث فعلا الإصابة بفيروس مرض الإيدز، وأصبح المريض حاملا للفيروس، فإن التعويض المقرر في دعوى الضمان لا يكون كافيا- لترضية المضروب عما أصابه من أضرار جسيمة باعتبار أن هذا الأخير يعوز عما لحقه من خسارة وما فاتته من كسب بسبب العيب.

وإذا لم يكن العيب جسيما، فلا يكون للمضروب إلا التعويض⁽²⁾. وقد قضت محكمة النقض المصرية في هذا الصدد بأنه " إذا اختار المشتري- وفقا لحكم المادة 444 من القانون المدني- استبقاء المباع فإنه لا يكون له إلا أن يطالب البائع بالفرق بين قيمة المباع سليما وقيمتة معيба ومصرافات دعوى الضمان الذي أضطره البائع إليها وبوجه عام ما لحقه من خسارة وما فاتته من كسب بسبب العيب⁽³⁾ .

ولذلك فإن تأسيس مسؤولية مركز نقل الدم على قواعد ضمان العيوب الخفية لا تقدم للمضروب الحماية اللازمة، فلا يجد هذا الأخير نفعاً سواء إبقاء الشيء المباع- الدم- مع إنقاص الثمن والتعويض، أو رد الشيء المباع- الدم- واسترداد الثمن مع التعويض، لأن المريض أصيب فعلا بفيروس الإيدز نتيجة عملية نقل الدم، وتسلسل هذا الفيروس إلى جسم المريض وأصبح حاملا للفيروس.

أما فيما يتعلق بالالتزام بضمان السلامة، باعتباره التزام مستقل عن ضمان العيوب الخفية، فإنه يتعد عن كل سهام النقد التي وجهت إلى الالتزام بالتسليم و بضمان العيوب الخفية⁽⁴⁾، فضلا عن أنه يوقر حماية فعالة للمريض المضروب. ولذا فإن القضاء الفرنسي قد أكد في أحكامه على وجود التزام بضمان سلامة الدم المنقول إلى المريض يقع على عاتق مركز نقل الدم، ويعتبر مسؤولا عن الأضرار التي تصيب المريض نتيجة نقل دم ملوث إليه بفيروس مرض الإيدز.

ولكن ما هو مضمون الالتزام بالسلامة الملقى على عاتق مراكز نقل الدم؟ هذا ما سوف تناوله في المطلب الثاني.

¹ عبد الرزاق أحمد السنبوري، المرجع السابق، ص 935، فقرة 374.

² - مجموعة الأحكام التحضيرية للقانون المدني، الجزء الرابع، ص 133.

³ - قض مدني 1967/01/26، مجموعة أحكام النقض، السنة 18، ص 264، رقم 40.

⁴ - Cass.Civ.11 juin 1991, Bull.Civ.I. No 201-J.C.P.1992,I,3572,obs.Viney(G)-

Rev.Trim.dr.civ.1992,P.114,obs.Jourdain (P)-D.1993,somm.,P.241,obs.Tournafond (O).

وقد جاء في هذا الحكم :
L'action en responsabilité contractuelle exercée contre le vendeur pour manquement é son :
obligation de sécurité n'est pas soumise au bref délai imparté par l'art 1648C.civ.

المطلب الثاني: مضمون التزام مراكز نقل الدم (الالتزام بضمان السلامة) .

استقر القضاء الفرنسي في العديد من أحكامه على أن مركز نقل الدم يكون ملتزما بضمان سلامة الدم المنقول إلى المريض، ويعتبر مسؤولا عن الأضرار التي تصيب هذا الأخير الناشئة من نقل دم ملوث إليه بفيروس مرض الإيدز أو بأي فيروس آخر. فقررت محكمة Toulouse⁽¹⁾ وجود التزام بضمان السلامة على عاتق مركز نقل الدم بسبب احترام تكامل جسم الإنسان.

وقضت محكمة باريس Paris⁽²⁾ بأن مركز نقل الدم - بصفته مهنيا - يلتزم بتسليم دم خال من العيوب، ولا يستطيع مركز نقل الدم أن يتخلص من مسؤولية - عن عدم تنفيذ التزامه بالسلامة بتسليم دم معيب - إلا بإثبات السبب الأجنبي الذي لا يد له فيه.

En sa qualité de professionnel, le centre doit livrer un sang exempt de vices, sa responsabilité en cas d'inexécution de son obligation de résultat de livrer du sang non vicié ne peut lui être imputée.

وقضت محكمة Montpellier⁽³⁾ بأن الالتزام الملقى على عاتق مركز نقل الدم لتوريد الدم هو التزام بتحقيق نتيجة بمقتضاه يلتزم هذا المركز بأن يسلم المرضى سواء بطريق مباشر أم بطريق غير مباشر - بواسطة المؤسسات العلاجية - دم غير معيب.

L'obligation pesant sur les centres de transfusion sanguine en tant que fournisseurs de sang humain, est une obligation de résultat, il appartient à ces établissements de livrer aux malades soit directement, soit indirectement par le truchement d'un établissement hospitalier, un sang non vicié.

وتطبيقا لما استقرت عليه أحكام القضاء الفرنسي، السابق الإشارة إليها، فإن مركز نقل الدم ملتزم بتوريد دم نقي ونظيف وخال من الفيروسات المعدية وبقي بالغرض المنشود من العلاج⁽⁴⁾. فإذا قدم مركز نقل الدم، سواء إلى المريض مباشرة أو عن طريق إحدى المؤسسات العلاجية، دما غير نظيف أدى إلى إصابة المريض بفيروس مرض الإيدز أو بأي فيروس آخر، فإنه يكون مسؤولا عن إخلاله بالالتزام بتحقيق نتيجة محله ضمان سلامة الدم المنقول إلى المريض.

¹ - Toulouse, 16juill.1992,J.C.P.1992,II,21965,noteLabbée (X).

² - Paris,28nov,1991,J.C.P.1992 ,II , 21797,note Harichaux (M)-D.1992 P.85,note Dorsner –Dolivet (A).

Toulouse ,5 nov.1991,Gaz,Pal,1992,II,P. 405,note Cukier (B) –Rev .Trim.dr.civ.1992,P.117,obs,Jourdain (P).

Nice ,27juill.1992,D.1993 ,P.38,note Vidal (D).

Toulouse ,9juin .1992,D.1992,inf.rap.P.204.

Cass.civ.20mars.1989,Bull .Civ .I,No137-D.1989,P.381,note Malourie (ph).

³ - Montpellier,13 fév.1992,J.C.P.1992.IV ,P.229,No 2094.

⁴ -Paris,1^{er} juill.1991,J.C.P.1991 ,II ,21762 ,note Harichaux.(M).

وحقيقة الأمر أن الالتزام بضمان السلامة من صنع القضاء⁽¹⁾.

فقد نشأ هذا الالتزام في عقد النقل⁽²⁾، ثم ما لبث أن اتسع نطاقه في معظم حالات المسؤولية خاصة عندما يتعرض أحد طرفي العقد لخطر في جسده⁽³⁾، إذ هدف الالتزام بالسلامة توفير الحماية للإنسان في مواجهة التطور التكنولوجي⁽⁴⁾.

لكن يلزم لقيام الالتزام بضمان السلامة توافر شروط معينة، فهل تنطبق هذه الشروط على التزام مركز نقل الدم بالسلامة تجاه المريض؟ تمثل أول شروط الالتزام بالسلامة، في وجود خطر يهدد سلامة أحد العاقدين الجسمية⁽⁵⁾، إذ أن لسلامة جسد الإنسان قدسية. فإذا سلم شخص جسده لآخر، واثمنه على أغلى ما لديه في هذا الوجود، فإنه ينتظر منه ضمانا خاصا، يصطبغ بصبغة القدسية التي تنسم بها هذه الوديعة الحية⁽⁶⁾.

وبتطبيق هذا الشرط على نشاط مركز نقل الدم، نجد أنه متوافر، ذلك أن عمل هذا الأخير هو تجميع الدم - أو أحد مشتقاته - وحفظه وتوزيعه بطريقة تضمن خلو هذا الدم من الفيروسات المعدية. ونظرا لأن الدم يعتبر منتجا خطرا بطبيعته وصفاته على صحة وسلامة المريض، فإن ذلك يقتضي أن يلتزم مركز نقل الدم بتوريد دم نقي وسليم. فإذا كان الدم ملوثا بفيروس مرض الإيدز، فإن هذا الفيروس ينتقل إلى المريض عبر عملية نقل الدم إليه، فتتعدد مسؤولية مركز نقل الدم لإخلاله بالالتزام بضمان السلامة⁽⁷⁾.

ويتعلق الشرط الثاني - من شروط الالتزام بضمان السلامة - في أن يسلم أحد طرفي العقد نفسه للآخر⁽⁸⁾، للآخر⁽⁸⁾، بمعنى أن سلامة جسد أحد العاقدين موكولا إلى العاقد الآخر. وهذا هو حال المريض الذي يعهد بنفسه إلى الطبيب الذي يتولى علاجه ويثق في كفاءته، وفي مركز نقل الدم الذي يقدم للمريض الدم أو أحد مشتقاته باعتبار أن هذا الأخير الطرف الضعيف في علاقته بالطبيب أو بمركز نقل الدم نظرا لظروف مرضه وجعله بأساليب العلاج وتحاليل الدم المستخدم في علاجه⁽⁹⁾.

¹ -نقض مدني 1962/04/26، مجموعة أحكام النقض، السنة 13 ق، ص 522، رقم 79-نقض مدني 1966/01/27، مجموعة أحكام النقض، سنة 17 ق، رقم 26، ص 199، و في القضاء الفرنسي: note Sarrut: Cass.Civ.21 nov.1911,D.1913.P.73، Cass.Civ.25 Avril 1967,II,15156,note Rodieré.

² - محمد علي عمران، الالتزام بضمان السلامة وتطبيقاته في بعض العقود، دار النهضة العربية، 1980، ص 113.

و في الفقه الفرنسي: P.81, D.1994, Lambert -Faire (Y) :Fondement et régime de l'obligation de sécurité,

³ - علي سيد حسن، الالتزام بالسلامة في عقد البيع، المرجع السابق، ص 22 وما بعدها.

⁴ -Lambert -Faire (Y) :Fondement et régime de l'obligation de sécurité, D.1994, P.81.

⁵ - محمد علي عمران، المرجع السابق، ص 143.

⁶ - Goldschmidt(S) :Théorie de l'obligation de sécurité, thèse,Lyon,1947,P,133.

⁷ - Cass.Civ.12AVRIL 1995 ,.

⁸ - محمد علي عمران، المرجع السابق، ص 145.

⁹ - Pris, 28 nov .1991,D,1992,P,85,noteDorsner-Dolivet (A)- J.C.P.1992 ,II,21797 note Harichaux (M).

و أيضا: Nos.1096-1097, Dalloz,3ed ,1982, Le Tourneau (ph) ,La responsabilité civile ,

لذا فإنه يقع على عاتق مركز نقل الدم التزام بضمان سلامة الدم المنقول إلى المريض وخلوه من الفيروسات المعدية.

أما الشرط الثالث -من شروط الالتزام بالسلامة - ففاده أن يكون المدين بالالتزام بضمان السلامة محترفاً⁽¹⁾. ذلك أن الحكمة من هذا الشرط تتمثل في أن الناس تقدم على التعامل مع هذا المهني لما يتوافر لديه من خبرة ودراية بأصول مهنته أو حرفته، ولذا يجب عليه أن يكون ملماً بالأصول العلمية والخبرات الفنية التي تؤهله من ممارسة نشاطه على أكمل وجه، حتى يكون أهلاً للثقة التي يمنحها له عملاؤه. فإذا أخل بهذه الثقة، فإنه يكون مخالفاً بالتزامه وتنقذ مسؤوليته⁽²⁾.

وبإعمال هذا الشرط على مركز نقل الدم، يتضح أنه يحترف مهنة تجميع الدم - أو أحد مشتقاته - وحفظه وتوزيعه بطريقة معينة، فيكون ملتزماً دائماً بتعويض الأضرار الناشئة عن عملية نقل الدم التي تصيب المريض، مادام مركز نقل الدم كان يعلم بالعيب، أو كان في مقدوره أن يكشفه، لأنه في الحالة الأولى يكون سيء النية، وفي الثانية أما ممحلاً لعدم قيامه بفحص الدم- أو أحد مشتقاته- قبل توريده، وأما تنقصه الدراية لعدم إمكانه أن يكشف العيب الموجود في الدم. فيعتبر مركز نقل الدم، في الحالتين، قد ارتكب خطأ جسيماً، يسري عليه الحكم المقرر في حالة سوء النية⁽³⁾. لذلك يلتزم مركز نقل الدم بضمان سلامة الدم الذي يقدمه إلى إحدى المؤسسات العلاجية أو إلى المريض مباشرة، بحيث يكون مخالفاً بهذا الالتزام في حالة إصابة المريض بفيروس مرض الإيدز الناشئة عن عملية نقل دم ملوث إليه.

وقد استقر القضاء الفرنسي⁽⁴⁾ على أن مركز نقل الدم لا يستطيع أن يتخلص من مسؤوليته الناشئة عن إخلاله بإخلاله بالالتزام بضمان السلامة إلا إذا أثبت السبب الأجنبي الذي لا يد له فيه والمتمثل في القوة القاهرة أو خطأ المضرور أو خطأ الغير⁽⁵⁾.

(La responsabilité du centre de transfusion sanguine ne peut être écartée que par la preuve d'une cause étrangère telle que la force majeure).

ولكن هل يعتبر فيروس مرض الإيدز بمثابة القوة القاهرة التي تعفي مركز نقل الدم من مسؤولية عن إخلاله بالالتزام بضمان السلامة، خاصة إذا تمت عملية نقل الدم في وقت لم تتوافر فيه المعطيات الطبية حول هذا الفيروس وطرق انتقاله⁽⁶⁾.

¹ -Cass civ.20mars1989 ,Bull.civ,I,No137-D.1989.P.381 ,note,Malaurie(Ph).

² - محمود التلي ، النظرية العامة للالتزام بضمان سلامة الأشخاص ، المرجع السابق ، ص 206.

³ - محمود جمال الدين زكي ، المرجع السابق ، ص 420 وما بعدها

⁴ -Toulouse ,5 nov.1991,op.cit .- Cass.civ.14 nov.1995 ,Bull.

⁵ -Lambert -Faire (Y) :Fondement et régime de l'obligation de sécurité, op.cit.P.84.

⁶ - Moranchais -Demeester(M-L) :Contamination par transfusion du virus du SIDA :responsabilité et indemnisation,D,1992,chr.P.189 ,surtout P.191.

لقد تشدد القضاء الفرنسي في جعل فيروس مرض الإيدز بمثابة قوة قاهرة لإعفاء مركز نقل الدم من المسؤولية. فقد ربطت محكمة باريس⁽¹⁾ بين تاريخ نقل الدم وبين اعتبار أن فيروس مرض الإيدز - في هذا التاريخ - لا يتوافر فيه شرط عدم إمكانية التوقع واستحالة الدفع، على أساس أن مخاطر تلوث الدم كانت معروفة، وطريقة تسخين الدم كانت مؤثرة. ولهذا قررت محكمة باريس بأنه إذا تم نقل الدم قبل عام 1984، بشرط ألا يكون تلوث الدم بفيروس مرض الإيدز قد حدث قبل هذا التاريخ، فإن مركز نقل الدم قد يعفى من مسؤوليته بسبب وجود القوة القاهرة. غير أنه لا يمكن اعتبار واقعة معينة - على الدوام - بمثابة قوة قاهرة، بل العبرة بالظروف التي أحاطت بها في خصوص الحادث محل النزاع، بحيث يثبت للواقعة هذا الوصف، أو ينتفي، بحسب ما إذا كان توقعها، أو تجنب أثرها، في تلك الظروف، مستحيلا أو ممكنا⁽²⁾.

وعلى ذلك إذا كان عيب الخصيصة الخارجية يشكل عقبة في الاعتراف بوجود القوة القاهرة، فإن العيب الداخلي - حتى ولو كان غير ظاهرا - لا يعتبر سببا لإعفاء مركز نقل الدم من المسؤولية⁽³⁾. وذلك باعتبار أن البائع المهني يتشابه مع البائع سيء النية، بحيث لا يستطيع أن يستند على العيب الذي يصعب كشفه لكي يعفى من مسؤوليته⁽⁴⁾.

ولكن تعدد مخاطر التطور من قبيل القوة القاهرة التي تعفي مركز نقل الدم من المسؤولية، يقصد بمخاطر التطور تلك المخاطر اللصيقة بطبيعة الشيء والتي لا يمكن كشفها لحظة صناعة الشيء أو بيعه، طبقا للمعلومات الفنية المتوافرة في ذلك الوقت، ثم ما تلبث هذه المخاطر أن تنكشف فيما بعد نتيجة للتقدم العلمي⁽⁵⁾.

وفي مجال عملية نقل الدم الملوث، فإن العيب اللصيق بالدم الملوث - فيروس الإيدز - يتطابق تماما مع فكرة مخاطر التطور. بحيث أن وقت توريد الدم - أو أحد مشتقاته - لإحدى المؤسسات العلاجية أو المريض مباشرة، لم يكن معروفا لمركز نقل الدم العيب الموجود في الدم طبقا للمعلومات العلمية المتوافرة في ذلك الوقت، ولكن سرعان ما ينكشف هذا العيب فيما بعد نتيجة للتقدم العلمي⁽⁶⁾.

¹ - Paris, 1^{er} juill. 1991, op.cit. - Toulouse, 5 nov. 1991, op.cit.

² - محمود جبال الدين زكي، المرجع السابق، ص 262.

³ - Huet (J) : op.cit. No 523 et S.

⁴ - Huet (J) : op.cit. , No 491 et 497- cass.com.15 nov.1971,D.1972,P, 211.

⁵ - Huet (J) : op.cit. No 526.

و أيضا في تعريف فكرة خطر التقدم: محمد شكري سرور، التأمين ضد الأخطار التكنولوجية، دار الفكر العربي، 1987، ص 31.

⁶ - Lambert-Faivre(Y) L'indemnisation des victimes post - transfusionnelle du SIDA, hier, au jour d'hui et demain, Rev. Trim. dr. civ. 1993, P, 1, surtout P. 13.

وقد استقر الفقه⁽¹⁾ على أن الصانع يتحمل مخاطر التطور باعتباره مهنيا يتساوى مع البائع سيء النية⁽²⁾، فلا تعد مخاطر التطور سببا للإعفاء من المسؤولية.

كذلك أن مركز نقل الدم - باعتباره مهنيا- يقوم بحفظ الدم- أو أحد مشتقاته- وتصنيع منتجات الدم، فلا تعتبر مخاطر التطور سببا للتخلص من مسؤوليته، بل يلتزم بالتعويض عن الأضرار التي تصيب المريض نتيجة للعيب الموجود بالدم وقت توريده -فيروس الإيدز- والذي استطاع التقدم العلمي، فيما بعد، أن يكشف هذا العيب.

خاتمة:

العدالة توجب إلقاء عبء الأضرار التي يحدثها الدم- أو أحد مشتقاته- على عاتق مركز نقل الدم- باعتباره مهنيا- حتى ولو لم يكن في مقدوره كشف العيب الموجود بالدم، لأنه ملتزم بتقديم دم نقي وسليم وخال من الفيروسات المعدية وفي الغرض المنشود من العلاج.

ولذلك نعتقد أن التزام مركز نقل الدم بضمان سلامة الدم المنقول للمريض يحقق فائدة عملية لهذا الأخير في مجال الإثبات، إذ لا يكلف المريض المضور بعبء إثبات خطأ مركز نقل الدم المتمثل في تلوث الدم المنقول إليه، نظرا لظروفه الصحية وحالته المرضية التي تجعله يعجز عن إثبات هذا الخطأ. ولنا يكفي المريض إثبات أنه أصيب بفيروس مرض الإيدز بسبب الدم الذي تلقاه من مركز نقل الدم، حتى نتعقد مسؤولية هذا الأخير، والذي لا يستطيع أن يتخلص من هذه المسؤولية إلا بإثبات السبب الأجنبي حيث لا يد له فيه. ولذلك فإن التزام مركز نقل الدم هو التزام بتحقيق نتيجة، محله ضمان سلامة الدم المنقول إلى المريض.

¹-Morancais-Demeester (M.L) :Contamination par transfusion du virus du SIDA ,op.cit.P.191.

محمود جمال الدين زكي، المرجع السابق، ص 421.

²-Cass.civ.19 janv.1965,D.1965 ,P,389. رقم 67. 297، ص 27، السنة 27 ق، مجموعة أحكام النقض، 1976/01/1 /26، نقض مدني 26

الموظف الدولي على ضوء النظم الأساسية للمنظمات الدولية*
د/قوسم الحاج غوثي- أستاذ محاضر "أ"- جامعة ابن خلدون - تيارت
محمدي محمد الأمين- باحث دكتوراه- جامعة ابن خلدون - تيارت

ملخص:

من اجل أداء المنظمات الدولية لنشاطها يتوجب عليها تعيين مجموعة من الموظفين الذين توكل إليهم مهام يسهرون على تنفيذها ، ولذلك يمكن تعريف الموظف الدولي على انه : شخص يعمل باسم المنظمة و لحسابها و يستوي بعد ذلك أن يكون عمله ذات طبيعة دائمة أو مؤقتة ، وسواء كان يتقاضى عنه أجرا أم كان يؤديه دون مقابل .

و يتطلب لتعيين الموظف الدولي إتباع أسلوين ، الأول منها يتمثل في تدخل الدول الأعضاء في المنظمة مباشرة ، وعادة ما يكون هذا التعيين خاص بكبار المسؤولين التنفيذيين في المنظمة ، أما الأسلوب الثاني فيمكن في تعيين باقي الموظفين عن طريق الموظف الإداري الأكبر في المنظمة ذاتها .

و من اجل استقلال الموظف الدولي في أداء مهامه يجب أن لا يخضع هذا الأخير في ممارسته لعمله باسم المنظمة و لحسابها بأي نوع من الضغوطات التي قد تسلط عليه من أي جهة كانت .

و يخضع هذا الموظف الدولي لنظام قانوني معين يقصد به مجموعة القواعد القانونية التي تحكمهم منذ أن يتولون مناصبهم إلى أن يتركوها لأي سبب من الأسباب ، و يقتضي- ذلك بيان القواعد القانونية التي تحكم ممارسته لأعمال وظيفته، خاصة تلك المبنية لحقوق الموظف و التزاماته في مواجهة المنظمة

و من اجل تحقيق أهداف المنظمة و حماية الموظف أثناء تأدية مهامه من التعسف ، وجب هنا أن يحظى الموظف الدولي بعدة ضمانات تكفل له حقوقه مقابل أداءه لواجبه .

Résumé:

Pour la performance des organisations internationales pour leurs activités doivent être par un groupe d'employés affectés pour les tâches OBLIGATOIREMENT SEJOURNE sur leur mise en œuvre a dû être, donc peut l'international employé est défini comme: une personne agissant au nom de l'organisation et pour son propre compte et ceux égaux alors fait avec un permanent ou temporaire nature, et si les frais elle lui a versé ou a été réalisée sans frais.

Et il exige la nomination de membres du personnel international de suivre deux méthodes, la première d'entre elles est l'intervention des États membres de l'Organisation directement, et

* تاريخ إيداع المقال: 2017/05/04

تاريخ تحكيم المقال: 2017/05/28

le plus souvent cette nomination de cadres supérieurs spéciaux dans l'organisation, tandis que la seconde méthode réside dans la nomination du reste du personnel à travers le plus grand dans l'organisation elle-même agent administratif.

Et pour l'indépendance de l'employé international dans l'exercice de ses fonctions si celui-ci ne sont pas soumis à l'exercice de son travail au nom de l'organisation et pour son propre compte dans toute sorte de pressions qui peuvent le répandre de toute partie que ce soit.

Et est soumis à ce régime salarié international des moyens juridiques spécifiques des règles juridiques qui sont régies par un groupe, car ils sont en fonction de quitter pour une raison quelconque, et exige une déclaration des règles juridiques régissant l'exercice de son travail et son contrôle, notamment celles prévues pour les droits de l'employé et obligations face à l'organisation

Afin d'atteindre les objectifs de l'organisation et de la protection des employés pendant l'exercice de ses fonctions de l'arbitraire, il ici que le membre du personnel international a un certain nombre de garanties pour assurer que ses droits en échange de son exercice de leurs fonctions.

مقدمة :

تنشأ المنظمات الدولية عن طريق اتفاق بين دولتين أو أكثر، من اجل تحقيق أهداف أو غايات معينة ، و يعتبر الاعتراف بالشخصية القانونية للمنظمات الدولية من أهم المحاور، والتي يتولد عنها مجموعة من الآثار و ينبثق عنها كذلك جملة من الحقوق و الالتزامات .

و يتطلب لهذه المنظمات الدولية في تسيير نشاطها الداخل في إطار اختصاصها مجموعة من الموظفين و الذين تولى لهم مهام تتفاوت حسب أهميتها و طبيعتها، وكذا بالاعتماد على جانب مالي في تسيير شؤونها المادية.

فنشاطها لا يتحقق على حساب الوسائل المادية فقط و إنما يعتمد و بشكل كبير على الموارد البشرية ، فالمستخدم الدولي أو الموظف الدولي عامل مؤثر من عوامل التطور و النمو الذي تصبو إليه هذه المنظمة ، مثله مثل الموظف الداخلي أو الوطني ، كما انه يخضع إلى تنظيم معين و تكوين خاص من شأنه أن يرفع من قدرات تحقيق أهداف المنظمة .

و باعتباره عنصرا جوهريا لا يمكن التنازل عليه في تسيير شؤون المنظمة إلى جانب انه يرتبط ارتباطا وثيقا بنظامها الأساسي ، ارتأينا طرح الإشكالية التالية :

- ما هي العلاقة القانونية التي تربط الموظف الدولي بالمنظمة الدولية ؟ .

المبحث الأول: ماهية الموظف الدولي

يتميز الموظف الدولي عن طائفة من الأشخاص الذين يعملون لحساب دولتهم، ذلك في عدة جوانب من حيث اختصاصاته و كذلك من ناحية مركزه القانوني كما أنهم يختلفون كلياً عن ممثلي الدول الأعضاء في المنظمة الدولية .

المطلب الأول: مفهوم الموظف الدولي :

1- تعريف الموظف الدولي : من البديهي و الواضح أن يتطلب للمنظمات الدولية في أداء نشاطها مجموعة من الموظفين الذين توكل إليهم مهام يسهرون على تنفيذها ، بحيث يكون لهذه المهام تفاوت حسب الطبيعة و الأهمية ، و من هنا يمكن أن يكون لهذا الموظف تعريفاً خاصاً به ، حيث يعرف على أنه :
(كل شخص يعمل باسم المنظمة و لحسابها و يستوي بعد ذلك أن يكون عمله ذات طبيعة دائمة أو مؤقتة ، وسواء كان يتقاضى عنه أجراً أم كان يؤديه دون مقابل) .

و هذا التعريف قد جاءت به محكمة العدل الدولية في رأيها الاستشاري الشهير الصادر سنة 1949 بصدد مدى حق الأمم المتحدة في المطالبة بالتعويض عن الأضرار التي تلحق بمستخدميها أثناء قيامهم بعملهم⁽¹⁾ .

و نعتقد أن هذا التعريف يغني عن الكثير من العناصر التي يتطلبها الفقه في الموظف الدولي ، كالعمل لتنفيذ اتفاق دولي بحكم كون المنظمات الدولية لا تقوم إلا عن طريق اتفاق بين الحكومات ، و كضرورة أن يؤدي العمل لمصلحة المجتمع الدولي ، ذلك أن هدف المنظمات الدولية هو تحقيق المصلحة العامة الدولية ، و مع ذلك فبتحليل هذا التعريف يتضح أماننا ضرورة توافر الشروط الآتية في الموظف الدولي :

* يجب أن يعمل الموظف الدولي في خدمة ليست تابعة لمصلحة دولة معينة و لا لمجموعة من المنظمات الخاصة التابعة لجنسيات مختلفة و إنما لإدارة دولية لا تتصل بدولة معينة و إنما بمجموع الدول الأعضاء

* يعمل الموظف الدولي من أجل تحقيق الأهداف التي أنشئت من أجلها المنظمة ، و من ثم فهو لا ينشغل بالمصالح الخاصة لدولة عضو ، وإنما بمصالح المجتمع الدولي في المجموعة .

* ينبغي أن يتفرغ الموظف الدولي للمهمة الملقاة على عاتقه ، و بمعنى آخر يجب أن يكون الموظف الدولي موظف طول الوقت لدى منظمة دولية مستمرة و غير مؤقتة ، و هنا نجد فكرة الاستقرار هي التي تسمح بتمييز الموظف الدولي عن المستخدم الدولي و هو الذي يندب لأداء عمل غير مستمر⁽²⁾ .

¹ د . محمد السعيد الدقاق ، التنظيم الدولي ، بدون سنة الطبعة ، الحار الجامعية - الإسكندرية ، ص 175.

² د . جعفر عبد السلام ، المنظمات الدولية - دراسة فقهية و تأصيلية للنظرية العامة ، الطبعة السادسة ، دار النهضة العربية - القاهرة ،

2/ خصائص الموظف الدولي :

الصفة الملحوظة إذن في الموظف الدولي هو انه يعمل باسم المنظمة و لحسابها على سبيل التفرغ و الاستمرار ، و يستفاد من ذلك عدة معاني تعتبر النتيجة لاتصافه بهذا الوصف.

أولا : إن قيام الموظف الدولي بعمله في خدمة المنظمة لا يعني بأي حال انفصاله عن الجنسية التي تربطه بدولة معينة ، و لا تعفيه من التزاماته كمواطن نحوها ، و مع هذا فطالما يقوم بعمله كموظف دولي ، فان ولاءه الوظيفي ينبغي أن ينحصر في المنظمة فحسب و طبيعي أن ذلك يصدق أيضا في علاقة الموظف الدولي بالدول الأخرى الأعضاء و غير الأعضاء في المنظمة الدولية⁽¹⁾.

ثانيا : إن قيام الموظف الدولي بعمله في خدمة المنظمة وحدها تفيد في تمييز طائفة الموظفين الدوليين عن غيرهم ممن يعملون بصورة أو بأخرى في إطار المنظمة الدولية و الذين يمارسون نوعا من الازدواج الوظيفي في هذا الصدد .

فهم يتميزون عن مثلي الدول الأعضاء في المنظمة الدولية، فهؤلاء يعملون باسم الدولة التابعين لها و لحسابها، و يتلقون التعليمات الصادرة إليهم منها و ينفذونها.

و هم يتميزون كذلك عن طائفة من الأشخاص الذين يعملون في ذات الوقت لحساب دولتهم من ناحية ، و في أداء مهمة أمرت بها المنظمة أو تدخل في إطار اختصاصاتها من ناحية أخرى ، و من ذلك مثلا القوات العسكرية التي تعيرها دولة ما إلى المنظمة التي تتمتع بعضويتها .

المطلب الثاني: تعيين الموظف الدولي :

إن تعيين الموظف الدولي يكون بإتباع أسلوبين ، الأول منها يتمثل في تدخل الدول الأعضاء في المنظمة مباشرة، وعادة ما يكون هذا التعيين خاص بكبار المسؤولين التنفيذيين في المنظمة ، أما الأسلوب الثاني فيمكن في تعيين باقي الموظفين عن طريق الموظف الإداري الأكبر في المنظمة ذاتها .

1 / تعيين كبار المسؤولين :

لقد أشار ميثاق الأمم المتحدة إلى الأمانة العامة في الفصل الخامس عشر- المادة 97 على أن : (يكون للهيئة أمانة تشمل أميناً عاماً و من تحتاهم الهيئة من موظفين ، و تعين الجمعية العامة الأمين العام بناء على توصية مجلس الأمن) .

فمن خلال هذه المادة نستطيع أن نستنتج بان اختيار الرؤساء التنفيذيين في منظمة الأمم المتحدة بما فيها الأمين العام ، هو من اختصاص الدول الأعضاء ، هذا وقد تلجأ المنظمة الدولية للدول الأعضاء فيها طالبة منهم

¹ د . محمد السعيد الدقاق ، مرجع سابق ، ص 176.

ترشيح و اقتراح أشخاصها و التي تراهم صالحين للعمل بالمنظمة ، ولا يمس هذا الترشيح حرية المنظمة في تعيين من تشاء و اعتبار المرشح معينا من قبل المنظمة وحدها⁽¹⁾.

و الملاحظ أن هذا الإجراء سارت عليه باقي المنظمات الأخرى بحيث يكون تعيين الأمين العام للمنظمة و باقي الموظفين التنفيذيين من اختصاص الدول الأعضاء وهذا قد يكون من باب محافظة كل دولة عضو على مصالحها بتعيين من يرى تلك المصالح.

2/ تعيين الموظفين العاديين:

عادة ما يكون تعيين باقي الموظفين الآخرون ممن ليسوا على ذات أهمية ، عن طريق الموظف الإداري الأكبر في المنظمة ، ولذلك نجد أن المادة 101 من ميثاق الأمم المتحدة قد نصت على ما يلي :

(1- يعين الأمين العام موظفي الأمانة طبقا للوائح التي تضعها الجمعية العامة.

2- يعين للمجلس الاقتصادي و الاجتماعي و لمجلس الوصاية ما يكفيها من الموظفين على وجه دائم و يعين لغيرها من فروع الأمم المتحدة الأخرى ما هي بحاجة إليه منهم ، و تعتبر جملة هؤلاء الموظفين جزءا من الأمانة⁽²⁾.

كما نص دستور منظمة الصحة العالمية في الفصل السابع ، المادة 31 (.....و هو المسؤول الفني و الإداري للمنظمة) حيث يقصد بهذه المادة الأمين العام للمنظمة .

فبعد تعيين الدول للأمين العام للمنظمة فإن هذا الأخير هو بدوره من يقوم بتعيين باقي الموظفين وفقا للقواعد التنظيمية للمنظمة ، مع مراعاة الشروط الضرورية التي تكون مرتبطة إما بشخص الموظف أو مرتبطة بالمنظمة في حد ذاتها .

و لذا فإننا نجد الفقرة الثالثة من نص المادة 101 قد ألححت إلى مراعاة الشروط التي يجب احترامها : (ينبغي في استخدام الموظفين و في تحديد شروط خدمتهم أن يراعى في المكان الأول ضرورة الحصول على أعلى مستوى من القدرة و الكفاءة و النزاهة ، كما أن من المهم أن يراعى في اختيارهم أكبر ما يستطيع من معاني التوزيع الجغرافي)⁽³⁾.

فمن جهة الشروط المرتبطة بشخص الموظف فإننا نجد أول شرط يتمثل في السلامة العقلية و الجسدية و ذلك حتى يتمكن هذا الموظف من القيام بأعباء وظيفته ، وكذلك شرط الكفاءة العلمية و المهنية التي يجب أن تتوفر في هذا الموظف من أجل السير الحسن للمهمة التي أوكلت إليه .

¹ روا حنة بدر الدين ، المركز القانوني للموظف الدولي ، مذكرة ماستر - جامعة محمد خيضر - بسكرة ، 2016 ، ص 39 .

² د . محمد السعيد الدقاق ، مرجع سابق ، ص 179.

³ د. جعفر عبد السلام ، مرجع سابق ، ص 74 .

أما من جهة الشروط المرتبطة بالمنظمة فإننا نجد أن معظم المنظمات الدولية تسعى إلى تحقيق شرطي التوزيع الجغرافي العادل والمساواة بين الجنسين.

المطلب الثالث: استقلال أداء الموظف الدولي :

يقصد باستقلال الموظف الدولي في أداء مهامه بأن لا ينبغي أن يخضع هذا الموظف في ممارسته لعمله باسم المنظمة و لحسابها بأي نوع من الضغوطات التي قد تسلط عليه من أي جهة كانت .

وعليه فقد نص ميثاق الأمم المتحدة في الفصل الخامس عشر ، المادة 100 في كل من الفقرتين 1 و 2 على ما يلي:

1- ليس للأمين العام و لا للموظفين أن يطلبوا أو أن يتلقوا في تأدية واجبه تعليمات من أية حكومة أو من أية سلطة خارجة عن الهيئة ، و عليهم أن يمتنعوا عن القيام بأي عمل قد يسيء إلى مراكزهم بوصفهم موظفين دوليين مسئولين أمام الهيئة وحدها .

2- يتعهد كل عضو في الأمم المتحدة باحترام الصفة الدولية البحتة لمسؤوليات الأمين العام و الموظفين و بالأخص يسعى إلى التأثير فيهم عند اضطلاعهم بمسؤولياتهم⁽¹⁾ .

و الملاحظ أن الفقرة الأولى قد أكدت على ضرورة عدم الانصياع لأي جهة كانت أثناء تأدية الموظف لمهامه ، باستثناء هيئة الأمم المتحدة فقط ، وكذلك امتناع الموظف عن كل فعل قد يجلب الإساءة إلى مركزه كونه موظف دولي خاضع لمسؤولية الهيئة وحدها .

أما الفقرة الثانية فقد أكدت على وجوب الدول الأعضاء لاحترام استقلال الموظفين الدوليين عن طريق التعهد لعدم التدخل في مسؤولياتهم⁽²⁾ .

و استقلال الموظفين الدوليين يمكن أن يتخذ مظهرين احدهما سياسي و الآخر مالي ، فإما الاستقلال السياسي فانه يعني من ناحية أن الحكومات المختلفة ينبغي أن تحترم الصفة الدولية للموظفة الدولية و القائم بها ، كما ينبغي من ناحية أخرى أن على الموظف الدولي أن يمارس عمله بحياد تام و نزاهة كاملة

أما عن الاستقلال المالي فانه يعني أن على الموظف الدولي أن يمتنع عن ممارسة أي نشاط ذي طابع اقتصادي أو مالي بدون إذن من المنظمة ، هذا الخطر يوجد في إطار الأمم المتحدة و يصل إلى حد تحريم تملك الموظف الدولي لأسهم أو سندات في مؤسسة ما تكفل له مكانة السيطرة على إدارتها⁽³⁾ .

¹ نص المادة 100 من ميثاق الأمم المتحدة .

² د . محمد السعيد الدقاق ، مرجع سابق ، ص 181.

³ د . محمد السعيد الدقاق ، مرجع سابق ، ص 181.

المبحث الثاني: النظام القانوني للموظف الدولي:

يقصد بالنظام القانوني للموظفين الدوليين مجموعة القواعد القانونية التي تحكمهم منذ أن يتولون مناصبهم إلى أن يتركوها لأي سبب من الأسباب، و يقتضي ذلك بيان القواعد القانونية التي تحكم ممارسته لأعمال وظيفته، خاصة تلك المبنية لحقوق الموظف و التزاماته في مواجهة المنظمة⁽¹⁾.

المطلب الأول: حقوق الموظف الدولي:

يتمتع الموظف الدولي بجملة من الحقوق لعل أهمها:

أولاً: التمتع بالحقوق المالية:

في مقابل الأعباء الجسيمة الملقاة على عاتق الموظفين الدوليين ، نجد أن المنظمات الدولية تحرص على منحهم حقوقاً مجزية تكفل تعويضهم عما يكابدونه في تأدية أعمالهم من مشاق ، و هم يوضعون بشكل عام في مركز متميز بالنسبة لموظفي الدولة التي بها مقر المنظمة من ناحية ، و بالنسبة لموظفي الدولة التي ينتمون إليها بجنسيتهم من ناحية أخرى ، و لا تخضع هذه التعويضات للضرائب التي تفرضها دولة المقر أو الدولة التي ينتمي إليها الموظف بجنسيته⁽²⁾.

ثانياً: حرية الرأي و الفكر السياسي:

يتمتع الموظف الدولي بحرية الرأي و الفكر السياسي، و هذا ما أشارت إليه صراحة كافة اللوائح و الأنظمة الوظيفية ، فقد نص النظام الأساسي لموظفي المحكمة الجنائية الدولية في المادة 1 فقرة " و " بقولها :
" مع أن آراء الموظفين و معتقداتهم الشخصية، ومعتقداتهم السياسية و الدينية يجب أن تظل مصونة"⁽³⁾، و هذا يعني أن الموظف الدولي يتمتع بحرية الرأي بمختلف أنواعه السياسية و الدينية.

ثالثاً : الحق في الحماية :

يتمتع الموظف الدولي بنوع من الحماية الوظيفية ، وهي حاية المنظمة الدولية لموظفيها ضد كل ما يمكن أن يقع عليهم من ضرر أو اعتداء بسبب تأدية وظيفتهم ، وهي في سبيل ذلك تبأشر جميع وسائل المطالبة عنهم ، و هذا ما أكدته محكمة العدل الدولية في رأيها الاستشاري الصادر في 11/04/1949 في قضية مقتل المبعوث الأممي (لكونت بيرنادوت) ، و تعتبر الحماية الوظيفية أمر ضروري لضمان استقلال الموظف في عمله فالمنظمة الدولية تتولى حماية موظفيها في الدول التي يعمل فيها من أي إجراءات و انتهاكات أو مضايقات ضدهم و التي تعيق أداء عملهم⁽⁴⁾.

¹ د . محمد السعيد الدقاق ، مرجع سابق ، ص 182.

² د . جعفر عبد السلام ، مرجع سابق ، ص 78.

³ النظام الأساسي لموظفي المحكمة الجنائية الدولية .

⁴ روا حنة بدر الدين ، مرجع سابق ، ص 44.

رابعا : الحق في تكوين نقابات :

من الحقوق المتاحة للموظفين الدوليين حق تكوين نقابات تدافع عن مصالحهم في مواجهة المنظمة ، وهناك من المنظمات ما يشترط الموافقة على النظام الأساسي لمثل هذه النقابات قبل قيامها ، كما أن منها ما يحظر على موظفيه الالتحاق بالنقابات المهنية كما هو الحال في اتحاد المواصلات السلوكية و اللاسلكية ⁽¹⁾.

المطلب الثاني : التزامات الموظف الدولي :

كما أن لهذا الموظف جملة من الحقوق وجب عليه كذلك تحمل الالتزامات الملقاة على عاتقه ، بحيث تكون هذه الالتزامات طبعاً في إطار أداء مهامه .

أولاً : التزام الولاء الدولي الكامل و المطلق للمنظمة الدولية :

يعتبر هذا الواجب أو الالتزام حجر الزاوية في الالتزامات الدولية و أكثرها جدلاً و غموضاً و حساسية ، و يرتبط ارتباطاً مباشراً باستقلالية الموظف الدولي و عدم ازدواجية ولاءه و تبعيته الإدارية حيث نصت جميع المواثيق الدولية المنشئة للمنظمات الدولية و الأنظمة الأساسية و اللوائح الداخلية على هذا الالتزام الأساسي و الذي يرتبط بوجود الوظيفة الدولية و يعمل على تحقيق أهدافها و حماية مصالحها العليا دون اعتبارات أخرى ⁽²⁾.

و قد نصت على هذا الالتزام المادة الأولى من النظام الأساسي لموظفي هيئة الأمم المتحدة فقرة “ب” على ما يلي : “ يدلي الموظفون بالإعلان الكتابي التالي بحضور الأمين العام أو ممثله المخول له ذلك (أعلن رسمياً بان أمارس بكل ولاء و ضمير المهام المسندة إلي بصفتي موظفاً مدنياً دولياً في الأمم المتحدة ، وان أؤدي هذه المهام و انظم سلوكي واضعاً نصب عيني مصالح الأمم المتحدة وحدها ، وألا أتمس أو أقبل أية تعليمات فيما يتعلق بأداء واجباتي من أية حكومة ، أو جهة أخرى خارجة عن المنظمة) ” ⁽³⁾

ثانياً : الالتزام بعدم إفشاء السر المهني :

يلتزم الموظف الدولي بالمحافظة على أسرار مهنته ، و أن يؤدي عمله بروح دولية تهدف إلى تحقيق أهداف المنظمة التي يخدمها و يجب على الموظف الدولي أن يعرف كيف يتصرف بحكمة و حسن تقدير ⁽⁴⁾.

و في هذا السياق نصت كل الأنظمة الأساسية للمنظمات الدولية على واجب كتمان الأسرار الوظيفية و عدم إفشائها حتى بعد مغادرة الوظيفة الدولية و هذا ما نلمسه من خلال إلزامية النظام الأساسي لموظفي الأمم

¹ د . محمد السعيد الدقاق ، مرجع سابق ، ص 183.

² د . منصور الفيتوري حامد ، التزامات الموظف الدولي تجاه المنظمة و دولة المقر – دراسة في ضوء أحكام القانون الدولي الإداري ، مقال من الانترنت <https://www.docdroid.net/FUces3Z/-pdf.html#page=4>

³ د . فتح الله محمد حسين السري ، المركز القانوني للموظف الدولي ، دار الفكر الجامعي – الإسكندرية ، طبعة 2013 ، ص 83 .

⁴ د . جعفر عبد السلام ، مرجع سابق ، ص 76

المتحدة ، حيث يجب على جميع الموظفين اخذ الحيطة و الحذر عند التعامل مع الأسرار الوظيفية للمنظمة من خلال المادة الأولى البند 1/2 فقرة "ط" :

(يمارس الموظفون أقصى قدر من الحصانة فيما يتعلق بجميع مسائل العمل الرسمي ، و لا يجوز لهم أن ينقلوا إلى أي حكومة أو كيان أو شخص أو أية جهة أخرى أية معلومات يكونون قد اطلعوا عليها بحكم مركزهم الرسمي⁽¹⁾ .

ثالثا : الالتزام بالحياد و النزاهة في العمل الدولي :

تدور التزامات الموظفين الدوليين حول ضرورة التزام الحياد و النزاهة في أداء و وظائفهم⁽²⁾ ، و قد تطرق النظام الأساسي لهيئة الأمم المتحدة تحت بند الحقوق و الواجبات الأساسية للموظفين الدوليين إلى هذا الالتزام من خلال المادة 1 البند 1/2 فقرة "ب" إلى ما يلي :

(يتمسك الموظفون بأعلى مستويات الكفاءة و المقدرة و النزاهة و يشمل مفهوم النزاهة على سبيل المثال لا الحصر الاستقامة ، الحياد و العدل ، الأمانة و الصدق في جميع الأمور التي تمس عملهم و مركزهم)

كما تطرقت الفقرة 2 إلى الحياد السياسي حيث نصت على : (للموظفين أن يمارسوا حق التصويت ، و لكن عليهم كفالة أن يكون اشتراكهم في أي نشاط سياسي متماشيا مع الاستقلال و الحياد ، الذين يقتضيها مركزهم كموظفين مدنيين دوليين ، و غير ضار بهذا الحياد) .

رابعا : التفرغ التام للوظيفة :

نصت الأنظمة الأساسية للمنظمات الدولية على هذا الالتزام الأساسي حيث ألزمت الموظف الدولي بالتفرغ التام ، و تخصيص كل وقته و مجده لوظيفته و حضرت على الموظف القيام بأعمال و لو كانت مؤقتة دون موافقة المنظمة⁽³⁾ ، و في هذا السياق جاء النظام الأساسي لموظفي جامعة الدول العربية ليؤكد هذا الالتزام في مادته الثامنة تحت عنوان واجبات الموظفين فقرة " و " : (يحضر على موظف الجامعة الجمع بين وظيفته و بين عمل آخر) .

المطلب الثالث : ضمانات الموظف الدولي :

من اجل تحقيق أهداف المنظمة و حماية الموظف أثناء تأدية مهامه من التعسف ، و جب هنا أن يحظى الموظف الدولي بعدة ضمانات تكفل له حقوقه مقابل أداءه لواجبه .

¹ النظام الأساسي لموظفي الأمم المتحدة .

² د. سعيد الدقاق ، مرجع سابق ، ص 184 .

³ د. منصور الفيتوري حامد ، مرجع سابق ، ص 269 .

1- ضمانات الموظف في علاقته بالمنظمة :

أ / الضمانات الإدارية للموظف الدولي: عندما يتعرض الموظف الدولي لإجراء تعسفي من طرف رئيسه و كان هذا التصرف على وضوح من عدم الصحة، فان الضمانات الإدارية هنا تبرز بقسميها (ضمانات إدارية سابقة و ضمانات إدارية لاحقة).

ب / الضمانات القضائية للموظف الدولي : من اجل استفتاء الضمانات الخاصة بالموظف الدولي ، فإنها لا تكفي الضمانات الإدارية وحدها ، وإنما يتطلب الأمر وجود آلية تحمي هذا الحق من التعسف ، ومثلما هناك محاكم إدارية خاصة بهذا الشأن على المستوى الوطني ، فان هناك كذلك محاكم دولية مختصة في حماية حقوق الموظفين الدوليين .

2- ضمانات الموظفين الدوليين في مواجهة الدول (الحصانات و الامتيازات) :

تقتضي طبيعة الوظيفة الدولية ممارسة بعض الأعمال التي قد تستلزم التنقل بين أقاليم مختلف الدول الأعضاء ، ولقد جرت موافقة المنظمات الدولية على كفالة عدد معين من الحصانات و الامتيازات التي تهيئ للموظف الدولي جوا من الطمأنينة و الثقة في أدائهم لمهامهم .

و لقد نص ميثاق الأمم المتحدة في الفقرة 2 من المادة 105 على ما يلي : (و كذلك يتمتع المندوبون عن أعضاء الأمم المتحدة و موظفو هذه الهيئة بالمزايا و الإعفاءات التي يتطلبها استقلالهم في القيام بمهام وظائفهم المتصلة بالهيئة)⁽¹⁾.

و قد تنقرر الحصانات و الامتيازات بموجب اتفاق يبرم بين المنظمة و الدول الأعضاء فيها و تحدد ماهيتها و مداها و من يتمتع بها ، وغالبا ما تتفاوت هذه الحصانات و الامتيازات من حيث مضمونها و مداها بحسب الدرجة التي يشغلها الموظف الدولي ، ومن الطبيعي أن تزداد كلما علت درجة الموظف الدولي .

و يمثل مضمون الحصانات و الامتيازات غالبا في حصانة قضائية جنائية كانت أو مدنية ، وفي منحه حرية الانتقال و الاتصالات و كفالة سرية و في منحه مجموعة من الإعفاءات المالية و الجمركية و الضريبية⁽²⁾.

خاتمة:

مما تقدم من هذه الدراسة الموجزة نستطيع القول بان للمنظمات الدولية الأثر الكبير و البالغ في ظهور الوظيفة الدولية التي تطورت و أصبحت على ما هي عليه اليوم ، كما تبين لنا بان الموظف الدولي له خصائص معينة

¹ الموظف الدولي والنظام القانوني المنظم لعمل الموظف الدولي ، مقال من الانترنت :

http://hkbraveheart.blogspot.com/2013/02/blog-post_8981.html

11/06 27/12/2016

² د. سعيد الدقاق ، مرجع سابق ، ص 186 .

تميزه عن بعض الوظائف التي تشبهه على غرار ممثلي الدولة الذين يعملون لحسابها من سفراء و قنصلين و غيرهم .

إضافة إلى أن لهذا الموظف الدولي نظام قانوني معين و له علاقة خاصة تربطه بالمنظمة التي يعمل لحسابها ، وهذا يقتضي طبيعة العمل التي تربطه بالمنظمة و التي تمنحه بدورها مجموعة من الحقوق و بالمقابل يكون عليه جملة من الالتزامات و المسؤوليات .

و هذا ما يؤكد على أن العلاقة بين الموظف الدولي و المنظمة الدولية هي علاقة عقدية غالبا ما تضع المنظمة نظامها القانوني الذي يناسبها لرعاية مصالحها .

و بما أن هناك تشابه إلى حد كبير بين الأنظمة الأساسية الموضوعة من طرف المنظمات الدولية و التي تحدد كيفية تعيين الموظف الدولي و كذا تحدد ما عليه من واجبات و ما له من حقوق ، نرى بأن توحيد هذا النظام الأساسي أمرا محاميا ، ليصبح نظاما دوليا خاضعا لأحكام القانون الدولي، و لكي يستفيد منه أشخاص المجتمع الدولي من جهة ، و يقلص الجهد على المحاكم الدولية الخاصة بهذا الشأن مثل المحكمة الإدارية لمنظمة العمل الدولية أو المحكمة الإدارية لمنظمة الأمم المتحدة للفصل في المنازعات المعروضة عليها .

معضلة تحديد مصطلح جرائم الإرهاب في النظام الجنائي الدولي وأثر ذلك على تكريس فكرة عدم المشروعية في العلاقات الدولية .

د/ مبخوطة أحمد - أستاذ محاضر "أ" - معهد الحقوق المركز الجامعي - تيسمسيلت

ملخص:

أصبحت الحرب ضد الإرهاب أحد المرتكزات الأساسية في سياق العلاقات الدولية، خاصة باعتباره أحد الجرائم الدولية التي تنطوي على فئة من الأفعال تمس بالمصالح المتعلقة بأمن وسلامة البشرية، وبالنظام العام الدولي وتستهدف زعزعة العلاقات الدولية. خاصة أنه يعدّ أحد المشكلات الأساسية لمشروعية الأفعال العسكرية الأحادية ضد الإرهاب في غياب تعريف متفق عليه لجرائم الإرهاب مما يؤدي إلى خلط متعلق بالتصنيف القانوني لأفعال العنف، حيث ظلت منظمة الأمم المتحدة، إبان الحرب الباردة، تحاول تحقيق التوافق حول موضوع التعريف الأساسي، لكن دون جدوى، وبعد الحرب الباردة، حدد مجلس الأمن في اجتماعه المنعقد في 31 يناير 1992، الإرهاب باعتباره أحد أهم قضايا المجلس ومسؤولياته في حفظ السلم والأمن الدوليين، مما يؤكد على حاجة المجتمع الدولي إلى معالجة كل هذه الأفعال بشكل فعال، من أجل أمن واستقرار المجتمع سواء على المستوى الدولي أو الداخلي، فكان من اللازم أن تتم مكافحته في إطار التعاون بين أعضاء المجتمع الدولي مع احترام كامل لقواعد القانون الدولي ذات الصلة، وعلى الرغم من نجاح المجتمع الدولي في إرساء دعائم نظام جنائي دولي دائم، مع اعتماد ميثاق روما، إلا أن خلو نظام المحكمة الجنائية من اعتبار الإرهاب جريمة دولية، خاصة لما تمثله ظاهرة الإرهاب وأثرها على النظام الدولي، بل أنه أصبح ظاهرة خطيرة تهدد السلم والأمن الدوليين والأمن الجماعي الدولي، كما أن مفهوم الإرهاب يعدّ من أكثر المفاهيم السياسية والقانونية إثارة للجدل، حالت دون توصّل المجتمع الدولي إلى تعريف محدد متفق عليه لمفهوم الإرهاب، وهو مرتبط بالرؤى المتباينة وازدواجية المعايير خاصة بعد أحداث 11 سبتمبر 2001، وعلى الرغم من ذلك إلا أن الأمل يبقى قائماً في التصدي لمشكلة الإرهاب والوصول إلى تعريف موحد وتجريم هذه الأفعال كما كان الأمر بالنسبة لمفهوم جريمة العدوان، مما من شأنه أن يساعد على احترام مبادئ القانون الدولي واحترام الحقوق المشروعة للشعوب فضلاً عن توحيد الجهود الدولية لمكافحة الإرهاب.

Résumé:

La guerre contre le terrorisme est devenu l'un des piliers fondamentaux dans le contexte des relations internationales, en particulier comme l'un des crimes internationaux impliquant la catégorie des actes portant atteinte aux intérêts liés à la sécurité et la sécurité humaine, et le système du droit international public et visant à des relations internationales

تاريخ إيداع المقال: 2017/02/02

تاريخ تحكيم المقال: 2017/02/26

de déstabilisation, notamment en ce qui est l'un des problèmes fondamentaux de la légalité des actions militaires unilatérales contre le terrorisme l'absence d'une définition commune des crimes de terrorisme, menant à la confusion liée à la qualification juridique des actes de violence, où les Nations Unies ont été, pendant la guerre froide, en essayant de parvenir à un consensus au sujet de la définition de base, mais en vain, et après la guerre froide, sélectionnez Sécurité lors de sa réunion tenue le 31 Janvier 1992, le terrorisme comme l'une des questions les plus importantes et les responsabilités du Conseil dans la paix et la sécurité internationale, qui souligne la nécessité pour la communauté internationale pour répondre à tous ces actes efficacement pour la sécurité et la stabilité de la société, tant au niveau international ou interne, était trop être combat dans le cadre de la coopération entre les membres de la communauté internationale dans le plein respect des règles du droit international, pertinentes, et malgré le succès de la communauté internationale pour établir les bases d'un système pénal international permanent, avec l'adoption du Statut de Rome, mais l'absence de système de justice pénale de considérer le terrorisme est un crime international, en particulier, car il représente J le terrorisme et son impact sur le système international, mais il est devenu un phénomène dangereux qui menace la paix et la sécurité internationales de sécurité collective internationale, et le concept de terrorisme est l'un des concepts les plus politiques et juridiques controversés, empêché d'atteindre la communauté internationale à une définition convenue spécifique du concept du terrorisme, qui est lié à des visions divergentes et les doubles standards, surtout après les événements du 11 Septembre 2001, et bien que seul espoir reste valable pour résoudre le problème du terrorisme et de parvenir à une définition commune et la criminalisation de tels actes comme ce fut le cas pour le concept de crime d'agression, qui contribuerait à respecter les principes du droit international .Des droits légitimes des peuples, ainsi que l'unification des efforts internationaux pour lutter contre le terrorisme.

مقدمة:

خطت فكرة العدالة الجنائية الدولية خطوة عملاقة، باعتماد نظام روما الأساسي الذي يجسد اعتراف الجماعة الدولية، بالحاجة الماسة لرؤية العدالة الدولية تسود بتطبيقاتها حماز من قضائي دولي جنائي دائم، يمارس سلطاته الوقائية والردعية تجاه كل انتهاك للمصالح الجوهرية للجماعة الدولية، لكن خلو النظام الأساسي لروما من تعريف وتجريم الأعمال الإرهابية كجريمة دولية، وعلى الرغم من نجاح المجتمع الدولي في إرساء دعائم نظام جنائي دولي دائم، مع اعتماد ميثاق روما، إلا أن خلو نظام المحكمة الجنائية من اعتبار الإرهاب جريمة دولية، قد أثار جدلاً كبيراً، خاصة لما تمثله ظاهرة الإرهاب وأثرها على النظام الدولي، ولا شك أن الإرهاب يعدّ أخطر الظواهر التي تهدد أمن واستقرار المجتمع سواء على مستوى النظام العام الدولي أو الداخلي، بل أنه أصبح

ظاهرة خطيرة تهدد السلم والأمن الدوليين والأمن الجماعي الدولي، كما أن مفهوم الإرهاب يعدّ من أكثر المفاهيم السياسية والقانونية إثارة للجدل، حالت دون توصل المجتمع الدولي إلى تعريف محدد متفق عليه لمفهوم الإرهاب خاصة أن الأمر يتعلق الأمر بتبرير استخدام القوة، وتكشف من ناحية أخرى الجدل حول العلاقة بين عدم المشروعية ومفهوم الجرائم الإرهابية، وتفتح الباب أمام التفسير الذاتي لقواعد القانون الدولي، مما أفرز سياسة معايير مزدوجة ليست في القرارات الأممية التي تهم الدول، بل كذلك في حقل العدالة الجنائية الدولية، بحيث يقع ذلك في سياق سياسات القوى وهيمنة المصالح الإستراتيجية، يمارس القانون الدولي الجنائي تحت مراقبة مجلس الأمن الفعلية أساس انتقائي، ومن ثم فإن الإشكالية تتمحور في بيان ماهية الإرهاب من حيث تقديم مفهوم محدد وضرورة وضع نظام قانوني خاص بتحديد الأفعال الإرهابية، ومن ثم إدراج الإرهاب ضمن الأفعال الغير مشروعة بمقتضى القانون الدولي وإدراجه كجريمة دولية.

المبحث الأول: معالم النظام القانوني الدولي المتعلق بتعريف وتحديد الأفعال الإرهابية :

تقتضي سيادة القانون على المستوى الدولي وفق المبادئ العامة للقانون الدولي، العمل وفق روح ميثاق الأمم المتحدة، والذي مرتكزة عدم استخدام القوة في العلاقات الدولية لكن تدخل المصالح للدول الكبرى أظهر إشكالية سيادة القانون على الصعيد الدولي، خاصة في الحرب على الإرهاب ومع تغيرات العلاقات الدولية في ظل الأحادية القطبية، وعندما يتعلق الأمر بتبرير استخدام القوة ضد بعض الدول، انطلاقاً من فكرة الحق في الفعل الوقائي ضد التهديدات الإرهابية، دون تعريف مصطلح الإرهاب، وهو يعدّ إحدى المشكلات الأساسية لمشروعية الأفعال العسكرية الأحادية ضد الإرهاب، في غياب تعريف متفق عليه، وبالتالي يقع خلط متعمد يتعلق بالتصنيف القانوني لتلك الأفعال، والتمييز بين الجرائم الإرهابية والحق في المقاومة، الذي كرسه القانون الدولي.

المطلب الأول: الجهود التشريعية الدولية للتوصل لوضع نظام قانوني لجرائم الإرهاب:

تطور القانون الدولي بصورة متسارعة لاسيما بعد نهاية الحرب الباردة مما أتاح الفرصة أمام تحديد معالم نظام قانوني خاص بتعريف وتحديد الجرائم الإرهابية، وظهور العديد من النصوص القانونية الدولية، والتي تتعلق بالإرهاب وبالتالي تكريس العديد من المبادئ القانونية التي تعالج ظاهرة الإرهاب، فالأحكام المتعلقة بظاهرة الإرهاب في القانون الدولي تكرس بصورة أساسية خاصة عن طريق المعاهدات الدولية والقرارات الصادرة عن منظمة الأمم المتحدة، خصوصاً الجمعية العامة ومجلس الأمن، على الرغم من أن محاولة الوصول إلى وضع تعريف دولي للإرهاب من أصعب المسائل القانونية، في ظل أن مصطلح الإرهاب قد تطور وتغير منذ بداية استخدامه، حيث أن تغير النظام الدولي أدى إلى التغير في مفهوم الإرهاب، بل أن الإرهاب أصبح اليوم سمة

من سيات النظام الدولي الجديد، وهو ما يفسر- إغفال إدراج جريمة الإرهاب في النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية⁽¹⁾.

الفرع الأول: المعاهدات الدولية المتعلقة بتحديد طائفة الأفعال الإرهابية:

تعدّ المعاهدات الدولية تعدّ مصدراً أساسياً لقواعد القانون الدولي، لأنها تعني بتدوين القواعد الموجودة في القانون الدولي وهي في معظمها قواعد عرفية دولية، كما تعمل على تنمية وتطوير القانون الدولي عن طريق وضع قواعد دولية جديدة بواسطة المعاهدات الدولية، لهذا حظي موضوع تعريف الإرهاب باهتمام كبير من طرف المجتمع الدولي، بدءاً بأولى المحاولات في عهد عصبة الأمم، باعتماد اتفاقية دولية لتعريف مفهوم الإرهاب بإبرام معاهدة منع ومعاينة الإرهاب المبرمة سنة 1937 التي اعتمدت حسب نص الديباجة: "قصد أن يكون منع معاينة الإرهاب ذا طابع دولي أكثر فعالية"، غير أنها لم تدخل أبدا حيز التنفيذ⁽²⁾. وجاء تعريف الإرهاب الدولي في المادة 1، في فقرتها 2، من أنه يراد بإعمال الإرهاب بأنها أفعال إجرامية موجهة ضد الدولة، تتمثل غرضها أو طبيعتها في خلق حالة رعب في أذهاب شخصيات معينة، أو جماعات من الأشخاص، أو عامة الناس⁽³⁾.

وتجددت المحاولات في عهد الأمم المتحدة بمبادرة من أمينها العام آنذاك "كورت فولدهايم" بوضع الإرهاب ضمن أجندتها عقب الفعل الإرهابي خلال الألعاب الاولمبية في ميونيخ سنة 1972، إذ عثّوت رسالة الأمين العام في الاجتماع السابع والعشرين العنوان الآتي: "إجراءات لمنع الإرهاب، وباقي أشكال العنف التي تهدد الأبرياء تهدد الحريات الأساسية، وكذل دراسة الأسباب الكامنة وراء تلك الأشكال الإرهابية والأفعال العنيفة والتي تدفع بعض الناس إلى التضحية بالحياة البشرية بما في ذلك حياتهم"، تبين هذه الصياغة الطويلة بوضوح سعي المجتمع الدولي آنذاك، الذي كان يميل ليس فقط إلى معالجة أعراض الإرهاب، وإنما أيضاً إلى دوافعه وأسبابه، فبنذ سنة 1963 تنبّت الأمم المتحدة 12 اتفاقات متعددة الأطراف حول الإرهاب، إذ انصبّ تركيز المنظمة في البداية على سلامة الطيران المدني، نذكر من ذلك مثلاً: معاهدة طوكيو، تركيزها العنف المرتكب ضد زعماء

¹ - نبيل حلمي: "الإرهاب الدولي وفقاً لقواعد القانون الدولي العام"، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1988، ص 11-12، أيضاً محمود صالح العدلي: "موسوعة القانون الجنائي للإرهاب"، دار الفكر، الإسكندرية، 2005، ص 39.

² - أبرمت اتفاقية جنيف الخاصة بتجريم والعقاب الدولي في 16 نوفمبر 1937، إلا أنها لم تدخل حيز النفاذ لعدم التصديق عليها، ومع ذلك فإن أحكامها لها أهمية في مجال التعريف بجريمة الإرهاب الدولي، أنظر: مسعد عبد الرحمان زيدان قاسم: "الإرهاب في ضوء أحكام القانون الدولي العام"، دار الكتب القانونية، المحلة الكبرى، مصر، 2007، ص 133.

³ - عبد العزيز سرحان: "حول تعريف الإرهاب الدولي وتحديد مضمونه من واقع قواعد القانون الدولي وقرارات المنظمات الدولية"، المجلة المصرية للقانون الدولي، المجلد 29، 1973، ص 173. وأيضاً:

الدول والشخصيات الرسمية والدبلوماسية، حيث وقعت معاهدة منع ومعاقبة الجرائم ضد الأشخاص المحميين دولياً، بمن فيهم الممثلون الدبلوماسيين يوم 14 ديسمبر 1973، وقد اتسع مجال معاهدة الأمم المتحدة في نهاية المطاف، ليشمل معاقبة اختطاف الرهائن 1979، الاتفاقية الأوروبية لقمع الإرهاب سنة 1977 مشروع اتفاقية دولية لقمع الإرهاب النووي سنة 1998 والتفجيرات الإرهابية بصفة عامة سنة 1997 وتمويل الإرهاب سنة 1999، مشروع الاتفاقية الشاملة بشأن الإرهاب الدولي عام 2001 المقدمة إلى اللجنة المختصة لذلك، والتي تناولت عدة مسائل خاصةً نطاق الاتفاقية والتعريفات، وعلاقة الاتفاقية بغيرها من الاتفاقيات المناهضة للإرهاب⁽¹⁾.

الفرع الثاني: قرارات منظمة الأمم المتحدة المتعلقة بتجريم الأفعال الإرهابية:

فضلاً عن هذه المعاهدات الملزمة قانونياً، تعدّ قرارات المنظمات الدولية والتي تعبر عن الإرادة الخاصة لها، ومن أهمها قرارات منظمة الأمم المتحدة التي أرست المبادئ المتعلقة بإدانة ومكافحة الإرهاب، وقرارات تتعلق بمعالجة أسباب ظاهرة الإرهاب على المستوى الدولي، والقرارات المتعلقة باتخاذ التدابير الضرورية لمكافئتها، منذ بداية السبعينات بالنسبة للجمعية العامة، في حين قرارات مجلس الأمن اتجهت بعد نهاية الحرب الباردة إلى اعتبار الإرهاب وتشجيعه أو مساندته تهديداً للسلم والأمن الدوليين، يستدعي تطبيق أحكام الفصل السابع من الميثاق التي تسمح لمجلس الأمن بمعاينة الدول المخلة بالسلم والأمن الدوليين، فصدرت قرارات عديدة تهتم بوضع إستراتيجية لمواجهة الإرهاب الدولي، وإجراءات لاستئصاله، من بين الإجراءات الجديدة اعتماد الجمعية العامة قرار سنة 1999 الذي يقضي - بإنشاء فرع منع الإرهاب، يرتبط بمكتب الأمم المتحدة لمراقبة المخدرات ومنع الجريمة في فيينا، ومن بينها أيضاً قرار الجمعية العامة حول تقرير اللجنة السادسة الذي يهم إجراءات استئصال الإرهاب الدولي (قراراً 54/110 الصادر في 2 فيفري 2000)، وقرار مجلس الأمن رقم 1373 بموجب الفصل السابع بتاريخ 28 سبتمبر 2001 الذي يتيح تأسيس ما يسمى بلجنة مكافحة الإرهاب⁽²⁾، ومع صدور القرار رقم 51/210 المعتمد يوم 17 ديسمبر 1996 ففي فقرته التاسعة أسست الجمعية العامة للأمم المتحدة لجنة خاصة، مهمتها بلورة معاهدة دولية لمنع التفجيرات الإرهابية، ومنذ تأسيس هذه اللجنة انكبت على صياغة اتفاق دولي شامل حول الإرهاب غير أن رئيس اللجنة السريلانكي "روهان بيريرا" اعترف في تصريح لوسائل الإعلام باستحالة الاتفاق حول المادة(2) من مسودة المعاهدة موضوع تداول اللجنة والمتعلقة بتعريف الإرهاب وكذا المادة 18 التي تهتم بأفعال القوات المسلحة أو الأطراف في نزاع ما، وبالإشارة المحتملة إلى الاحتلال الأجنبي،

¹ - أشرف محمد لاشين: "النظرية العامة للجريمة الدولية/ دراسة تحليلية تأصيلية"، سنة 2012، ص 345. وأيضاً: أحمد إبراهيم محمود، الإرهاب الجديد، الشكل الرئيسي للصراع المسلح في الساحة الدولية، مجلة السياسة الدولية، العدد 147 مركز الدراسات السياسية والإستراتيجية بالأهرام، القاهرة يناير 2002.

² - عبد العزيز مخيمر عبد الهادي: "الإرهاب الدولي مع دراسة للاتفاقيات الدولية والقرارات الصادرة عن المنظمات الدولية"، دار النهضة العربية، القاهرة، ص 165.

فضلا عن ذلك أشار رئيس اللجنة إلى استحالة حصول التوافق حول مادة مفترضة تهم من سيقصون من مجال الاتفاق ذلك أن السؤال العويص حول احتمال استثناء حركات التحرر الوطني لا زال يؤرق اللجنة ظاهريا، لم تستطع مسودة الاتفاق التوفيق بين آراء مجموعة الدول الغربية من جهة وانشغالات الدول الأعضاء في منظمة المؤتمر الإسلامي خاصة المتعلقة منها بوضع الحركات مثل المنظمة التحرير الفلسطينية من جهة أخرى، فكل جهد يرمي إلى إعداد مقارنة موحدة يبقى حبيس حلقة مفرغة تدور حول فكرة تفيد أن: التعريف الخاص للمفهوم يحدد الاستثناءات وفي المقابل قد تحدد الاستثناءات الراهبة التي تطالب بها بعض الدول لصالح مقاتليها من أجل التحرير، مجال التعريف وعوامله الأساسية وهكذا دواليك⁽¹⁾.

الفرع الثالث: التكييف القانوني للهجمات الإرهابية 11 سبتمبر 2001:

عقب هجمات 11 سبتمبر 2001 مباشرة أدى إلى إدراج هذه الهجمات على مستوى الأمم المتحدة خاصة مجلس الأمن، في نطاق العدوان المسلح الذي يتيح حق استخدام القوة طبقا لمقتضيات لميثاق خاصة المادة (51) المتعلقة بحق الدفاع الشرعي الفردي والجماعي، مما أثار إشكالية هامة على مستوى بنية القانون الدولي، لأنه يفرض التعامل مع أوضاع لم تستقر بعد، عن طريق أدوات لم يتم وضعها واستحداثها في القانون الدولي، هذه الإشكالية أثارت نقطتين هامتين الأولى تتعلق بالطبيعة القانونية لتلك الهجمات، والثانية تتعلق بمدى مشروعية التدابير المسلحة المضادة للإرهاب. حيث انه بعد نهاية الحرب الباردة اعتبر مجلس الأمن في عدة حالات بان دعم دولة ما للإرهاب يشكل تهديدا للسلم والأمن الدوليين، فالتهديد الذي لاحظته مجلس الأمن في قراراته المتعلقة بليبيا والسودان وأفغانستان هو تهديد مصدره دولة متورطة في الإرهاب أو داعمة له كما في حالة ليبيا، أو مصدر حكومة راعية للإرهاب من حيث أنها تقدم المأوى والملاذ الآمن للإرهابيين كما هو الحال بالنسبة للسودان وأفغانستان على عهد حكومة طالبنا بعد تفجير السفارتين الأمريكيتين في نيروبي كينيا ودار السلام تنزانيا في عام 1998، هذا التوسع النوعي لمفهوم تهديد السلم والأمن الدوليين ليشمل الأفعال الإرهابية الصادرة عن الحواسب الذين لا يمثلون أية دولة ولا يعملون باسم أية دولة أو لمصلحتها امتد بالقرار 1373 الصادر في 28 سبتمبر 2001 ليشمل أي تمويل أو مساعدة للإرهاب من قبل الكيانات القانونية الداخلية كالبنوك والمؤسسات المالية ووكالات الأسفار ووسائل المواصلات والاتصالات فالقرار 1373 استند صراحة إلى أحكام الباب السابع من ميثاق الأمم المتحدة، واستحدث آلية للمراقبة على مستوى مجلس الأمن هي الأولى من نوعها في مجال مكافحة الإرهاب ومراقبة تمويله، لكن المفارقة هنا هي أن القرار 1368 اختزل سلطة مجلس الأمن في سلطة التكييف القانوني للهجمات 11 سبتمبر 2001 بينما منح القرار 1373 لمجلس الأمن سلطة جديدة وواسعة في مجال المراقبة المالية واستخدام الوسائل غير العسكرية، وبتعبير آخر امتنع مجلس الأمن عن اتخاذ التدابير العسكرية

¹ - محمد شوقي عبد العال: "الإرهاب رؤية سياسية قانونية حول التطورات المعاصرة لظاهرة الإرهاب الدولي"، وأيضاً: أحمد محمد المهدي بالله النظرية العامة للقضاء الدولي الجنائي، دار النهضة العربية، القاهرة، ط الأولى، سنة 2010، ص 453.

في المجال المحجوز له بمقتضى ميثاق الأمم المتحدة، وهو مجال حفظ السلم والأمن الدوليين، إذ أبعد نفسه من هذه المسؤولية الملقاة على عاتقه، واتخاذ بموازاة ذلك قرار ينطوي على اتخاذ تدابير غير عسكرية في مجال مكافحة الإرهاب خاصة في مجال التمويل، وهو مجال لن يمارس فيه مجلس الأمن أية سلطة حقيقة هذا التوسيع النوعي لمفهوم تهديد السلم والأمن الدوليين جاء متطابقاً من حيث مضمونه، ومتناسق من حيث الهدف منه، مع وجهة النظر الأمريكية التي اعتمدت مفهوماً غير محدد للإرهاب بطبيعة الغضون التام ويرتقي به إلى درجة العدوان المسلح، وليس هناك شك في أن مجلس الأمن قد مارس سلطة ممنوحة بمقتضى ميثاق الأمم المتحدة بشأن تكيف هجمات الحادي عشر من سبتمبر على أنها تهديد خطير للسلم والأمن الدوليين وعدواناً بمفهوم المادة 51 من ميثاق، لكن هذه السلطة التي مارسها مجلس الأمن هي سلطة جزئية ومحدودة جداً ولا تشكل جوهر السلطة الأساسية التي يتمتع بها مجلس الأمن في مجال المحافظة على السلم والأمن الدوليين، فطبقاً للباب السابع من الميثاق، تكمن السلطة الرئيسية لمجلس الأمن في اتخاذ الإجراءات اللازمة للمحافظة على السلم والأمن الدوليين بما في ذلك الإجراءات التي تنطوي على استخدام القوة المسلحة.

على الرغم من أحداث 11 سبتمبر 2001 المأسوية يبدو أن مشروع معاهدة شاملة، تلك التي ستوحد وتكمل المقاربة العرفية لمعاهدات الأمم المتحدة الإثني عشر المناهضة للإرهاب، لا زالت بعيدة كل البعد عن متناول اللجنة الخاصة، ولجنة الجمعية العامة السادسة (الشؤون العامة)، إذ لا يمكن الجمع بين المصالح السياسية المتشعبة والتصورات العرفية المتناقضة بمجرد الإشارة إلى المبادئ الكونية لحقوق الإنسان باعتبارها جزءاً من المبادئ السامية للقانون الدولي العام، وقد جعل غياب الإجماع الفعل المتعدد مستحيلاً من الناحية العملية، وأصاب منظمة الأمم المتحدة بالشلل في واحد من أهم مجالات الأمن الجماعي، فلا غرابة في ظل هذه الظروف أن تكون المبادرة موضع ابتزاز دول ترى نفسها مهددة من طرف جماعات إرهابية أو دول تمول الإرهاب، إذ سلط الرئيس الأمريكي "جورج بوش" الضوء على راهنية المشكلة في وثيقة سلمها إلى الكونغرس يوم 17 سبتمبر 2002 طالب فيها بالحق في فعل أحادي بل ووقائي قائلاً: "لن تجدي مفاهيم الردع التقليدية نفعا ضد عدو إرهابي، تنزع تكتيكاته المعلنة نحو والتدمير الوحشي، واستهداف الأبرياء وبحث جنوده على الشهادة ولا يحتجى بأي دولة"⁽¹⁾.

تكمن مشكلة هذه المعاهدات والقرارات، فيما يتعلق بمباشرة تنفيذها من أجل سياسة منسجمة مناهضة للإرهاب للمجتمع الدولي، في الفكرة القائلة: إن التعريف الدقيق للإرهاب غائب في هذه المواثيق الأمية ذلك أن غياب تعريف متفق عليه يتناقض بحده مع طابعه الإستعجالي، إذ لا توجد إلا تعريفات ضمنية أو عملية وذلك مرده إلى غياب الإجماع بين الدول الأعضاء على العوامل الأساسية التي تحدد الأفعال الإرهابية، وعلى الخصائص التي تميزها عن أفعال التحرر الوطني (التي تقدم بعض الاستثناءات الخاصة لبعض الحركات بموجب

¹ - محمد رفعت، صالح بكر الطيار: "الإرهاب الدولي"، مركز الدراسات العربي الأوروبي (1998)، ص 146. وأيضاً: جميل القدسي الدويك: "الإرهاب والقانون الدولي دراسة للجرائم الإرهابية الإسرائيلية"، ص 16.

معاهدات مناهضة الإرهاب)، من ثم يمكن تلخيص المعضلة التي لا زالت تستعص على الحل حتى الآن في صيغة الإرهاب في مقابل التحرر الوطني⁽¹⁾، وبالتالي لا يمكن حل مشكلة تنفيذ القانون الدولي التي نتجت عن غياب الإجماع حول مفهوم الإرهاب إلا بخطوات عملية ضمن نظام الأمم المتحدة مثل تأسيس الجمعية العامة فرع مكافحة الإرهاب سنة 1999 وإنشاء لجنة مكافحة الإرهاب الواردة أعلاه سنة 2001 بموجب قرار ملزم، كما سلط الأمين العام الضوء على تلك المعضلة في رسالته إلى الجمعية العام يوم فاتح أكتوبر 2001 وإلى مجلس الأمن يوم 12 نوفمبر 2001، إذ اعتبر السيد "كوفي عنان" تعريف الإرهاب قضية من أصعب القضايا المطروحة على المنظمة العالمية وقال إنه يفهم الحاجة إلى التدقيق القانوني وقبلها، غير أن الأمين العام أشار إلى مجموع أعراف القانون الدولي الإنساني القائمة التي بموجبها يكون استهداف الأبرياء المدنيين حتى في ظروف النزاع المسلح غير قانوني، قد يعطي تلميح الأمين العام للأمم المتحدة إلى أعراف القانون الإنساني الملزمة إشارة صالحة إلى كيفية جسر الهوة بين مدار الفكر المتعارضة التي بتعريف الإرهاب على أنه جريمة⁽²⁾.

المطلب الثاني: مبادئ القانون الدولي المتعلقة بتجريم الأفعال التي تعد جريمة إرهاب:

جميع النصوص القانونية الدولية على كثرتها وحداثتها بعضها لم تصل بعد إلى درجة وضع إطار قانوني متناسق ومتفق عليه، ولم تضع مدونة ملزمة تتعلق بالتصدي لظاهرة الإرهاب الدولي عن طريق وضع معايير دقيقة وضوابط عادلة وهو ما يستدعي وجود تعريف للإرهاب متفق عليه عالمياً، والملاحظة الثانية وهي أن النصوص القانونية الدولية تكشف في الواقع عن مجموعة من مبادئ القانون الدولي سواء على مستوى إدانة وتجريم الأفعال الإرهابية الدولية أو على مستوى مكافحة هذه الأفعال.

الفرع الأول: مبدأ عدم التمييز بين إرهاب الأفراد وإرهاب الدول:

يمكن تحديد لأتمة بالأفعال الإرهابية من خلال الرجوع إلى النصوص القانونية الدولية من معاهدات وقرارات دولية واجتهادات قضائية دولية، لكن الملاحظ هو أن الأحكام القانونية الدولية لا تجرم فقط الأفعال الإرهابية الصادرة عن الأفراد، وإنما تتضمن أيضاً إدانة صريحة لأفعال الإرهابية الصادرة عن الدول، وعلى هذا الأساس فإن إدانة الإرهاب في القانون الدولي تشمل الأفعال الإرهابية الصادرة عن الأفراد من جهة والأفعال الإرهابية المنسوبة إلى دولة من الدول من جهة أخرى، لكن التوسع في إدانة الأفعال الإرهابية بهذا الشكل يشير ملاحظتين هامتين: الملاحظة الأولى: وهي أن هذا التوسع يعكس في الواقع التطور الحاصل في مبدأ المسؤولية الدولية، بحيث أصبحت الأفعال المولدة للمسؤولية الدولية، لا تقتصر فقط على الدول وإنما تشكل أيضاً

¹ - محمد سويدان، "الإرهاب الدولي في ظل المتغيرات الدولية"، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ط1 (2005)، ص 78.

² - هانس كوككر: "العنالة الجنائية الدولية في مفرق الطرق / عدالة عالمية أم انتقام شامل؟"، ترجمة، محمد جليد، ط1، 2010، ص 339-340 وأيضاً: مصطفى مصباح دبار: "الإرهاب مفهومه وأهم جرائمه في القانون الدولي الجنائي"، منشورات جامعة، قار يونس، بنغازي، ليبيا، 1990، ص 108-109.

لأشخاص الطبيعيين سواء كانوا مسئولين حكوميين أو أفراد عاديين وسواء كانوا يعملون من تلقاء أنفسهم أو يعملون باسم دولة أخرى أو لمصلحتها.

والملاحظة الثانية: وهي أن الفرد أصبح مسئولاً أمام القانون الدولي مباشرة نتيجة لتطور قانون المسؤولية الدولية من جهة، ولظهور فروع جديدة في القانون الدولي كالقانون الدولي الجنائي والقانون الدولي الإنساني والقانون الدولي لحقوق الإنسان، وهكذا فبدأ إدانة الإرهاب في النصوص القانونية الدولية المختلفة شمل الأفراد والدول على حد سواء، وهذا هو الطابع المميز بصورة عامة لنصوص المعاهدات الدولية والقرارات الصادرة عن الجمعية العامة ومجلس الأمن والمحاکم الدولية بشأن إدانة الإرهاب ومكافحته، لكن الملاحظ هو أن النصوص الجديدة في القانون الدولي اتجهت نحو بلورة مبدأ جديد هو مبدأ توسيع نطاق الجريمة الإرهابية.

الفرع الثاني: مبدأ توسيع نطاق الجريمة الإرهابية:

فالنصوص الدولية الأكثر حداثة في مجال إدانة الأفعال الإرهابية أو زجرها نحو صياغة مبدأ قانوني جديد يتمثل في توسيع نطاق أعمال الإرهاب الدولي لتشمل جرائم أخرى أصبحت طبقاً لهذه النصوص في حكم الأفعال الإرهابية خاصة الأفعال المرتبطة بتحويل الإرهاب بالجريمة المنظمة والأفعال المتعلقة بغسيل وتبييض الأموال والانحياز غير المشروع في المخابرات، والأسلحة والنقل غير المشروع للمواد النووية والكيميائية والبيولوجية، وهذا ما يبدوا واضحاً في المعاهدة العالمية المتعلقة بمكافحة تمويل الإرهاب الموقعة 19 أكتوبر 1999، فقد أدخلت هذه المعاهدة في إطار جريمة الإرهاب، دعم ومساندة الإرهاب بالأموال أو بأي نوع من المقتنيات الأخرى أو الوثائق أو توفير المساكن الآمنة أو المواصلات أو غير ذلك، بل إن هذه المعاهدات ألقت بالمسؤولية على الكيانات القانونية من هيئات ومؤسسات إلى جانب الأشخاص الطبيعيين مثل وكالات الأسفار والمؤسسات التي تتولى حركة النقد والسندات المالية عبر الحدود ومكاتب التحويلات المالية التي يمكن استغلالها في عمليات غسيل الأموال وتمويل الشبكات الإرهابية، لكن هذا التوجه نحو توسيع نطاق الجريمة الإرهابية يؤدي من الناحية العملية أدى إلى الخلط بين مفاهيم قانونية متناقضة تتراوح بين الاستخدام غير المشروع للعنف كما هو الشأن في الإجرام المنظم العابر للحدود وبين الاستخدام المشروع في الدفاع عن النفس وفي تقرير المصير والحصول على الاستقلال الوطني، رغم أن مبدأ استثناء المقاومة من العدوان بصورة عامة ومن الإرهاب بصورة خاصة هو مبدأ من المبادئ المستقرة في القانون الدولي.

الفرع الثاني: مبدأ استثناء حق المقاومة من اعتباره من جرائم الإرهاب:

إن القانون الدولي يميز بين الإرهاب والمقاومة الوطنية ضد السيطرة الاستعمارية أو العنصرية أو الاحتلال الأجنبي، وقد اتجهت الجمعية العامة للأمم المتحدة منذ بداية الستينات نحو تأكيد الحق وتواتر قراراتها على حق الشعوب في استعمال جميع الوسائل من أجل ممارستها لحقها في تقرير مصيرها بما في ذلك اللجوء على الكفاح المسلح، بل إن الجمعية العامة في قرارها رقم 2635 في 24 أكتوبر 1970 المتعلق بمبادئ القانون الدولي الخاصة بالعلاقات الودية والتعاون بين الدول طبقاً لميثاق الأمم المتحدة، طالبت من جهة جميع الدول بالامتناع عن

استخدام القوة أو التهديد بها وكذلك بالامتناع عن التنظيم أو لمساعدة أو المشاركة في أي عمل إرهابي من أجل إكراه دولة أخرى والحصول منها على أهداف سياسية أو مكاسب أخرى، وفي ذات الوقت طالبت بالامتناع عن استخدام القوة لتجريد الشعوب من هويتها القومية ومنعها من ممارسة حقها في تقرير المصير، وهذا يعني أن العنف المحظور في القانون الدولي يشمل العنف الذي يستهدف حرمان شعب من ممارسة حقه في تقرير المصير، وهذا النوع من العنف يندرج في الواقع في إطار إرهاب الدولة.

وعلى هذا الأساس، اعتبرت قرارات الجمعية العامة بأن التدخل العسكري أو العنف ضد حركة تحرير وطني هو عمل غير مشروع في القانون الدولي، في حين أن تقديم الدعم المعنوي والمساندة المادية لحركات التحرير الوطني هم عمل قانوني. فالقرار 3034 المشار إليه سابقاً والصادر عن الجمعية العامة للأمم المتحدة في 18 ديسمبر 1972 تضمن تأكيداً صريحاً لقانونية النضال من أجل التحرر الوطني وميزه بينه وبين الإرهاب الدولي، ومؤدى ذلك كله أن قواعد القانون الدولي تكرر مبدأ مشروعية المقاومة الوطنية كأداة لممارسة الحق في تقرير المصير ومكافحة الاحتلال الأجنبي والسيطرة الاستعمارية أو العنصرية، ولكن المثير للانتباه في هذا المجال هو أن الولايات المتحدة والدول المتحالفة معها لا تعترف بمشروعية المقاومة في بعض الحالات كما هو الشأن بالنسبة للمقاومة اللبنانية أو الفلسطينية ضد الاحتلال الإسرائيلي، بينما هي تعترف بمشروعية المقاومة ضد الدول والحكومات التي تعتبرها عدوة لها كاعترافها بمشروعية المقاومة الأفغانية ضد الاحتلال السوفيتي لأفغانستان فيما بين 1979 و 1989، أو اعترافها بمشروعية الكفاح المسلح ضد حكومة طالبان بعد إيوائها لأسامة بن لادن وتنظيم القاعدة، هذه ازدواجية في موقف الولايات المتحدة وحلفائها من مبدأ مشروعية المقاومة المسلحة تقدم التفسير الحقيقي لعدم وجود تعريف للإرهاب متفق عليه عالمياً، يسمح بتحديد من هو الإرهابي أو من هم الإرهابيون، وفي الواقع فإن هذه الازدواجية لها آثار سلبية فيما يتعلق بتطبيق المبادئ المتعلقة بمكافحة الإرهاب.

المبحث الثاني: عوائق تطبيق العدالة الجنائية الدولية في ظل الغموض حول تعريف الجرائم الإرهابية:

التصدي للجرائم الدولية أحد مجالات اختصاصات المحكمة الجنائية الدولية، وفي غياب تعريف واعتماد جرائم الإرهاب فإن ولايتها القضائية تصبح مستحيلة، خصوصاً في ظل واقع العلاقات الدولية، وصراع القوى التي أصبحت تخوّل لمجلس الأمن التدخل، مما يترتب إشكالية فرض سلطة المحكمة على الدول، وهي تعكس المعضلة الأساسية التي تعيشها العدالة الجنائية الدولية. في سياق السياسة لواقعية للعلاقات الدولية، وتأثيرها على مبادئ القانون الدولي في مواجهة مصالح سياسات القوة الكبرى .

المطلب الأول: إشكالية الطبيعة القانونية للأفعال الإرهابية بوصفها جرائم دولية:

يعدّ نظام روما الأساسي المؤسس للنظام الجنائي الدولي، ركيزة أساسية للعدالة الجنائية الدولية، ومرجعاً أساسياً في تجريم بعض الأفعال، كاتهامات للقانون الدولي، وهو المرجعية في كون الفعل المرتكب يكتسب صفته الجنائية، أو يعدّ انتهاكاً للالتزامات دولية، وبالتالي عند دراستنا لفكرة الإرهاب كجريمة دولية، فلا بد من بيان الأفعال التي ترتب الإرهاب جريمة دولية.

الفرع الأول: الإرهاب ليس جريمة دولية بموجب النظام الأساسي لروما:

كان تحديد ماهية الجرائم التي تدخل في اختصاص المحكمة إحدى الإشكالات أثناء صياغة النظام الأساسي للمحكمة، ففي مشروع نظام روما الأساسي الذي أعدته لجنة القانون الدولي عام 1994 كان المقترح أن تختص المحكمة - من بين ما تختص به - بنظر جرائم الإرهاب الدولي، إلا أن آراء الوفود قد توزعت بين مؤيد لهذا ومعارض له. حيث رأى المؤيدون أنه من غير المتصور استبعاد جرائم الإرهاب الدولي من اختصاص المحكمة، بالنظر لطبيعتها شديدة الخطورة واهتمام المجتمع الدولي بها، فضلاً عن أن إدراجها في اختصاص المحكمة سوف يساعد الدول التي تعاني من الاضطرابات السياسية، وتعجز عن تقديم مقترفي هذه الجرائم إلى العدالة الداخلية، من أن تستعين بالمحكمة في تحقيق هذه الغاية، ومن ثم لا يقلت مقترفوها من العقاب. أما المعارضون فقد ذهبوا إلى أن جرائم الإرهاب الواردة في الاتفاقيات الدولية، لم تعد بعد جزءاً من القانون الدولي العرفي، كغيرها من الجرائم الأساسية التي تختص بها المحكمة، وأن إثقال كاهل الأخيرة بنظر هذه الجرائم الإرهابية قد يتسبب في إفشال مهمتها، فضلاً عن عدم وجود تعريف جامع مانع للإرهاب، في ظل الخلاف السياسي الظاهر بين مؤتمر مؤتمرو روما الدبلوماسي⁽¹⁾.

الفرع الثاني: إمكانية إدراج الإرهاب كجريمة دولية وفق نظام روما الأساسي:

وفي إطار السعي إلى صياغة إستراتيجية دولية لمكافحة الإرهاب، وجب التفكير بعمق في مسألة مدى الحاجة إلى إدراج جريمة الإرهاب في اختصاص المحكمة الجنائية الدولية. وكما هو معلوم فإن هذه المحكمة هي أول محكمة جنائية دولية دائمة، تختص بمحاكمة الأشخاص الطبيعيين (أي الأفراد وليس المؤسسات أو الدول) عن الجرائم التي اعتبرها المجتمع الدولي أشد الجرائم خطورة، كما أوردت ديباجة ميثاق روما المنشئ للمحكمة وموادها الأخرى ذات الصلة، وهي التي حددتها المادة الخامسة من الميثاق بأربع جرائم هي، جريمة الإبادة الجماعية، الجرائم ضد الإنسانية، جرائم الحرب، جريمة العدوان، خاصة في ظل التطورات التالية بعد أحداث الحادي عشر من سبتمبر 2001، قد دفعت مجلس الأمن الدولي إلى إصدار قرارات عديدة يعتبر فيها الإرهاب بمنزلة تهديد للسلم والأمن الدوليين. على أن الزيادة الكبيرة في عدد العمليات الإرهابية، وعدد ضحاياها، فضلاً عن التطور الهائل في أعداد المنتمين إلى الجماعات الإرهابية، تستدعي جميعها بالإضافة إلى ما يتخذ مجلس الأمن في هذا الصدد، النظر في شأن إدراج جريمة الإرهاب في اختصاص المحكمة الجنائية الدولية⁽²⁾.

وتتمثل القيمة الكبرى لمثل هذا الإدراج فيما يلي. أولاً ما قضت به المادة (29) من ميثاق روما من أن الجرائم التي تدخل في اختصاص المحكمة لا تسقط بالتقادم، ومن ثم فإن مرتكبي جريمة الإرهاب - حال إدراجها في

¹ - مسعد عبد الرحمان زيدان قاسم مرجع سابق، ص 141، وأيضاً: باسم علي خريسان، "السياسة الدولية ومنطق الإرهاب الصفري"، مجلة أوراق دولية، مركز الدراسات الدولية، جامعة بغداد، العدد 133 السنة السادسة، نيسان 2004. مقال منشور في الإنترنت.

² - أنظر نص المادة (121) من النظام الأساسي لمحكمة الجنائية الدولية.

اختصاص المحكمة سيكونون عرضة لتطبيق اختصاص المحكمة عليهم، وإن طال الأمد دون أن تسقط التهمة بالتقادم كما هو شأن القوانين الداخلية للدول. ثانياً أن تمكن مرتكبي جريمة الإرهاب من الفرار من العدالة، لعدم قدرة أو عدم رغبة النظم القضائية القائمة في الدولة، التي يوجدون على أراضيها في محاكمتهم وتطبيق القانون عليهم، يؤدي مباشرة إلى انعقاد الاختصاص بمحاكمتهم للمحكمة الجنائية الدولية، ومن ثم لا يستطيع هؤلاء الفرار من العدالة بالبقاء في دول لا تستطيع أو لا ترغب في محاكمتهم. ثالثاً أن إدراج جريمة الإرهاب، وما يرتبط بها من تمويل وحماية للقائمين بها من جانب بعض الدول، في اختصاص المحكمة يجعل حكام وكبار مسؤولي الدول التي تمول الإرهاب وترعاه، أو تقدم للقائمين به ملاذاً آمناً، يخضعون لاختصاص المحكمة، حيث لا عبرة في هذا الصدد الحصانات مرتبطة بمناصبهم الرسمية، وهو ما قرره المادة 27 من الميثاق بنصها على أنه «1- يطبق هذا النظام الأساسي على جميع الأشخاص بصورة متساوية دون أي تمييز بسبب الصفة الرسمية، وبوجه خاص فإن الصفة الرسمية للشخص، سواء كان رئيساً لدولة أو حكومة أو عضواً في حكومة أو برلمان، أو ممثلاً منتخباً أو موظفاً حكومياً، لا تعفيه بأي حال من الأحوال من المسؤولية الجنائية بموجب هذا النظام الأساسي، كما أنها لا تشكل في حد ذاتها سبباً لتخفيف العقاب. 2 - لا تحول الحصانات أو القواعد الإجرائية الخاصة التي قد ترتبط بالصفة الرسمية للشخص، سواء كانت في إطار القانون الوطني أو الدولي، دون ممارسة المحكمة اختصاصها على هذا الشخص»، ومن ثم فإنه من البديهي أن تعيد الدول الداعمة للإرهاب، التفكير مراراً وتكراراً قبل الإقدام على مثل هذا الفعل إن ثبت الاختصاص للمحكمة، إضافة إلى ما جاء في نص المادتين 121 و123 من نظام روما الأساسي، اللتان تسمحان بتوسيع الاختصاص الموضوعي للمحكمة، وذلك بالنظر في جرائم الإرهاب الدولي بقصد التوصل إلى تعريف مقبول لها وإدراجها في قائمة الجرائم الداخلة ضمن اختصاص المحكمة. حيث أن نص المادة (121) من الميثاق قد تحسبت لمسألة تعديل ميثاق المحكمة، فقررت في فقرتها الأولى أنه «بعد انقضاء سبع سنوات من بدء نفاذ هذا النظام الأساسي، يجوز لأي دولة طرف أن تقترح تعديلات عليه، ويقدم نص أي تعديل مقترح إلى الأمين العام للأمم المتحدة، ليقوم على الفور بتعميمه على جميع الدول الأطراف»، ثم قررت في فقرتها الثالثة أنه «يلزم توافر أغلبية ثلثي الدول الأطراف لاعتماد أي تعديل يتعذر بصدده التوصل إلى توافق آراء في اجتماع لجمعية الدول الأطراف أو في مؤتمر استعراضي»، فكان أن تقدمت هولندا في هذا المؤتمر والذي عقد في العاصمة الأوغندية كيبالا عام 2010، باقتراح كان من شأنه التعامل مع جريمة الإرهاب بذات الطريقة التي تم التعامل بها من قبل مع جريمة العدوان، أي إدراج جرائم الإرهاب الدولي في قائمة الجرائم المنصوص عليها في الفقرة الأولى من المادة الخامسة من النظام الأساسي، مع إرجاء ممارسة الاختصاص القضائي في شأنها إلى حين التوصل إلى تعريف وشروط لممارسة هذا الاختصاص، يكونا مقبولين من جانب المجتمع الدولي، مثلاً في موافقة ثلثي الدول الأطراف في النظام الأساسي⁽¹⁾، على الرغم من صعوبة تنفيذ المقترح في ضوء عدم الاتفاق على تعريف محدد للإرهاب حتى الآن، فإن التحديات شديدة

¹ - تم التوصل إلى تعريف جريمة العدوان بنفس الطريقة خلال مؤتمر كيبالا الاستعراضي ماي 2010.

الخطورة التي يفرضها تصاعد موجات الإرهاب على نحو غير مسبوق، قد تكون دافعاً للمجتمع الدولي أو بالأحرى ينبغي أن تكون كذلك للتغلب على مشكلة التعريف.

المطلب الثاني: المخرج من المعضلة في سبيل التوصل إلى تعريف دولي شامل للإرهاب :

ليس ثمة شك أن مفهوم الإرهاب، سواء دولياً أو محلياً يمثل هاجساً حقيقياً في النظام القانوني، خاصة في غياب التعريف المحدد الدقيق لهذا المفهوم، مما يجعل مصطلح الإرهاب يفتقد لمحتوى قانوني محدد، لكن على الرغم من الغموض المستمر يمكن بشكل عام الاعتماد على جملة من العناصر يمكن اتخاذ أساساً للوصول إلى تعريف محدد ومقبول عالمياً، يسهم في التصدي لهذه الظاهرة بوصفها جريمة دولية.

الفرع الأول: من خلال وسائل الإدماج في القانونين الدولي الإنساني والدولي الجنائي:

تقتضي سيادة القانون على الصعيد الدولي، كما هو الشأن بالنسبة لكل المصطلحات المرتبطة بالإجراءات الملزمة بما في ذلك استعمال القوة، تعريفاً قانونياً دقيقاً لمصطلح الإرهاب هذا التعريف، يجب أن يتضمن أو يأخذ بعين الاعتبار تمييزاً واضحاً بين أفعال الإرهاب الجنائية، وأفعال المقاومة ضد الاحتلال الأجنبي، إذاً يجب أن يكون نظام أعراف القانون الدولي الإنساني، وفي مقدمتها تلك الواردة في معاهدات جنيف، التي تحدد وتنضبط الفعل الدولي الموجه ضد الاعتداءات الإرهابية، منسجمة بغية تفادي "سياسة المعايير المزدوجة" في مجال تنفيذ القانون الدولي، ينبغي أن تكون ثمة، ضمن نظام عرف دولي موحد في الآن ذاته، ينشأ كامتداد للوثائق القانونية القائمة، مجموعات قواعد مرافقة تنص على معاقبة الهجمات على المدنيين أو البنيات المدنية في زمن الحرب (كما تغطيها معاهدات جنيف)، ومعاقبة الهجمات المقصودة على المدنيين في زمن السلم، كما تغطيها معاهدات مكافحة الإرهاب المشار إليها أعلاه سابقاً، فمن شأن الانسجام بين القواعد القانونية الأساسية المرتبطة بالأفعال العنيفة ذات الحوافز السياسية الموجهة ضد المدنيين، أن تجعل إدماج مصطلح إرهاب الدولة ضمن التعريف العام للإرهاب منسجماً من الناحية القانونية كذلك، كما سيعني هذا الانسجام، أن أحكام المادة (3) المشتركة بين معاهدات جنيف، وخاصة معاهدة جنيف الرابعة المتعلقة بحماية الأشخاص المدنيين، قد تطبق كذلك على أفعال العنف ذات الحوافز السياسية في ظروف السلم (سواء ذات بعد دولي أو وطني)، في سياق مقارنة شاملة مثل هذه يجب كذلك أن تطبق مبادئ البروتوكول الثاني الملحق بمعاهدة جنيف، المتعلقة بحماية الضحايا في النزاعات المسلحة غير الدولية (1977) خاصة المادة 13(2) التي تنص على أنه لا يجوز أن يكون السكان المدنيون بوصفهم هذا ولا الأشخاص المدنيون محلاً للهجوم وتخطر أعمال العنف أو التهديد به، الرامية أساساً إلى بث الذعر بين السكان المدنيين⁽¹⁾، وتؤكد هذا سنة 1987 في وثيقة منظمة التقدم العالمي "إعلان جنيف حول الإرهاب"، التي باشرت مجهداً يروم إعداد تعريف شامل يتضمن أفعال الدول، والجماعات والأفراد على الصعيدين الدولي والوطني، وتنسجم هذه المقاربة الشاملة بل وتتكامل، مع الانشغالات التي

¹ - هانس كوكر المرجع السابق ، ص 342

عبرت عنها الأمم المتحدة بشكل متكرر مبدأ تقرير المصير، وكما ينص عليه ميثاق الأمم المتحدة، والحق الثابت في تقرير المصير واستقلال كل الشعوب، الواقعة تحت الاحتلال الأجنبي، النابع منه ما ينتج عنه من حفاظ على مشروعية كفاح حركات التحرر الوطني (القرار 46/51 الصادر يوم 9 ديسمبر 1991)⁽¹⁾.

ولا ينبغي تجريم أفعال المقاومة الوطنية في حد ذاتها (كما تحاول ذلك الدول في الغالب عندما تكون في موقع القوة المحتلة)، لكن ينبغي أن تحاكم طبقاً لنفس القواعد التي تحكم أفعال جيش وطني في زمن الحرب؛ إذ ينبغي أن تخضع الدولة والفاعلون من غيرها لنفس معايير القانون الإنساني الدولي، من الناحية المثالية يجب أن يشكل تعريف الإرهاب وضبط عقوباته، جزءاً من النظام العرفي لاتفاقيات جنيف، كما يقترح ذلك إعلان منظمة التقدم العالمي الصادر يوم 21 مارس 1987 ومن الناحية التطبيقية قد يتحقق هذا المبتغى في صيغة بروتوكول إضافي يتم الاتفاق عليه، عبر مفاوضات شبيهة بتلك التي انتهت إلى البروتوكولين الإضافيين سنة 1977، من خلال هذا الجهد الذي يهدف إلى إحداث قانون شامل، قد يتضح أن المقاومة أو الحركات التحرر الوطني لا تلجأ بأي حال إلى التكتيكات الإرهابية، كما قد يتبين أن أية ما مشروعة من الناحية السياسية لا تبرر بالضرورة كل الوسائل المتاحة، أو أي وسيلة أخرى تخدم الغاية ذاتها؛ إذ يمكن معاقبة الأساليب الإرهابية داخل الإطار العام لنظام قانون إنساني دولي موحد، بغض النظر عن الأهداف السياسية الخاصة الكامنة وراءها، وبصرف النظر عما إذا كانت حركات تحررية أو جيوش نظامية ترتكب تلك الأفعال، بل يمكن تبني معاهدة دولية على هذا الأساس تحيل في ديارها على مبادئ معاهدة جنيف الرابعة، والبروتوكول الإضافي الثاني⁽²⁾.

إن المشكلة العويصة المرتبطة بالاستثناءات أثناء تطبيق معاهدة شاملة حول الإرهاب، والتي تشكل إحدى المضكلات التي تواجه لجنة الأمين العام الخاصة منذ إنشائها، إذا لن يتعلق الأمر بناء على هذا الطرح بمسألة استثناء بعض الجماعات، التي تقاتل الاحتلال الأجنبي من تطبيق معاهدة مكافئة الإرهاب المقترحة لسنة 1949، من ثم ستحتكم الجماعات العسكرية، وغير العسكرية والدولة والفاعلون غير الرسميين، العاملون في ظرفية ما دون حرب معلنة رسمياً إلى المعايير ذاتها، فمنذ أحداث يوم 11 سبتمبر 2001 بذلت اللجنة الخاصة التي تأسست بموجب قرار الجمعية العامة رقم 51/210 الصادر سنة 1996. جهوداً متجددة تروم اعتداد اتفاق شامل. وعلى نحو مماثل أكد مجلس الأمن مسؤولية في المعركة ضد الإرهاب، بتأسيس ما يسمى بلجنة مناهضة الإرهاب بموجب قراره رقم 1373 (2000)، الذي اعتمد يوم 28 سبتمبر 2001، غير أن مآزق لجنة مناهضة الإرهاب، التي قامت على آليات تنفيذية صارمة ينص عليها الفصل السابع، من الميثاق التي تتمتع بصلاحيات واسعة إزاء الدول الأعضاء، يتجسد في فكرة مفادها أنه يجب أن تنكب على الموضوع إنكباً حاسماً، لكن في

¹ - هانس كوكر المرجع نفسه ، ص 342.

² - صلاح الدين عامر، مرجع سابق، ص 491.

غياب تعريف ذلك المصطلح ذاته، حيث في ظل هذه الظروف لا يزال المجتمع الدولي مشلولاً بسبب النزاعات، وتصارع القوى بين الدول الأعضاء في الأمم المتحدة حول موضوع تعريف المصطلح، والاستثناءات المحتملة في تطبيقه، ففي النظام الأحادي القطبية صار من الصعب حل التنازع المصالح المتحذر بين الدول الأعضاء؛ إذ لا يزال السؤال الجوهري الذي يأبى الحل هو: من يمتلك سلطة التعريف، وطالما لا يوجد أي جواب عن هذا السؤال، مادام أنه لا يمكن الجمع بين الاقتراحات النظرية القانونية وتنازع مصالح الدول الأعضاء فإن منظمة الأمم المتحدة ستبقى عاجزة عن اعتماد مقارنة ناجعة متعددة الأطراف في محاربة الإرهاب.

الفرع الثاني: ضرورة وضع سياسة منسجمة برعاية الأمم المتحدة لمحاربة الإرهاب وتجريمه دولياً:

لا يمكن للأمم المتحدة أن تضع إستراتيجية متأسكة لمحاربة الإرهاب تقوم على سيادة القانون وأحكام الميثاق إلا من خلال إدماج المعايير والمعاهدات القانونية القائمة في نظام أعراف كوني يكون بمثابة قاسم مشترك للنظم الفرعية المعنية أو العكس صحيح، إذا افترضنا أن الجمعية العامة ستبني في نهاية المطاف معاهدة شاملة حول الإرهاب وستدمجها في مجموع الأعراف القائمة في القانون الإنساني الدولي، إخضاع مصالح معينة للدول الأعضاء بما في ذلك القوى العظمى للمراقبة الفعلية خلال سيرورة التفاوض المؤدية إلى اعتماد معاهدة دولية، مع إنشاء مؤسسة حكم دولي تعني بالعقوبات والحجزات التي ستفرض على أساس هذه المعاهدة وعلى أساس قدرة هذا الجهاز على التصرف بطريقة مستقلة وموضوعية وغير منحازة (تشبه نموذج اشتغال محكمة العدل الدولية)، إلغاء حق الفيتو المخول لأعضاء مجلس الأمن، بغية السماح للحكم الدولي بالتصرف في استقلالية كاملة، ومن دون تدخل من الفرع التنفيذي للأمم المتحدة، ولأنه حدود اليوم منح امتياز الفيتو حصانة واقعية، وإن لم تكن قانونية للعديد من متبكي القانون الإنساني الدولي، بل ولمرتكبي إرهاب الدولة نتيجة القاعدة الإجرائية الفعالة، التي تجعل أي فعل تنفيذي لا يباشر إذا كان المنتهك عضواً دائماً في مجلس الأمن، أو حليفاً له، لا غرابة أن تثبط هذه الوضعية العامة هم المجتمع الدولي بشكل عميق فيما يتعلق بمقتضيات تنفيذ القانون، على الصعيد الدولي إزاء الدول أو الأفراد، فمن الناحية المثالية يجب أن يعهد ذلك للمحكمة الجنائية الدولية، بالتقاضي في دعاوى قصد تفادي تطبيق المعايير المزدوجة من قبل مجلس الأمن، إذ ثبتت طبيعة إشكالية انخراط مجلس الأمن في المسائل القضائية، وذلك على نحو متكرر في ممارسة محكمة يوغسلافيا الخاصة، بمقاضاة جرائم الحرب في لاهاي، وقد تدرج جريمة الإرهاب ما إن تعرّف في معاهدة دولية شاملة في لائحة المادة 5(1) من قانون روما، المؤسس للمحكمة الجنائية الدولية، بالإضافة إلى أربعة أنواع من الجرائم ودرت في اللائحة وهي جرائم الحرب، وجريمة الإبادة والجرائم ضد الإنسانية، وجريمة العدوان كما يمكن إدراج أفعال الإرهاب في لائحة جرائم الحرب إذا ارتكبت أثناء الحرب، على الرغم من أنه يتجلى دور سياسيا القوى الذي يسيء إلى الجهود الراهنة الرامية إلى وضع قوانين وأعراف شاملة حول الإرهاب في المعارضة الأمريكية المستميتة لوضع قانون روما

المؤسس للمحكمة الجنائية الدولية، ودخوله حيز التنفيذ (هددت من خلاله الإدارة الأمريكية بفرض عقوبات على دول اعترمت المصادقة على قانون روما⁽¹⁾).

غير أنه إذا كان نؤمن حقاً بمنظمة الأمم المتحدة، باعتبارها الضامن لسيادة القانون فلا يوجد أي بديل عن القبول بمؤسسة قضائية دولية مستقلة، تكون قادرة على العمل كحكم في قضايا الإرهاب الدولي، ومعاقبة مرتكبي هذه الجريمة، بصرف النظر عن موقعهم أو جنسهم بناء على أساس متساو وصارم، سيبقى المشروع الطموح البعيد المنال المتجسد في تطوير مجموع القانون الدولي والقانون الجنائي الدولي، بوصفه جزءاً منه كما يدافع عنه دعاة نظام عالمي جديد وهما، إذ لم يكن وضع وثائق قانونية موحدة لتنفيذ القانون تشكل معاهدة شاملة لمحاربة الإرهاب، لهما وجوهها ويصاحبها إصلاح حقيقي لمنظمة الأمم المتحدة، ويجب أن يتضمن هذا الإصلاح إعادة تحديد دور المجلس الأمن، وخاصة مفهوم الأعضاء الدائمين، بما يروم إلغاء امتياز الفيتو الوارد المادة 27 من الميثاق، أو تطبيق بند الامتناع ليس فقط على القرارات المتخذة بموجب الفصل السادس، بل كذلك على تلك المتخذة بموجب الفصل السابع، حتى لا يتمكن الأعضاء الدائمون من التصرف بمصانة، في القضايا المتعلقة بالسلم والأمن الدوليين، وينبغي أن ينكب الإصلاح على مبدأ فصل السلطات، الذي يعتبر ضروريا لسيادة القانون سواء على الصعيد الوطني أو الدولي، ويجب أن يتضمن إجراءات تسمح بتعريف أدق لصلاحيات مجلس الأمن، كل ذلك من أجل التصدي لظاهرة الإرهاب، الذي يشكل مع بزوغ فجر القرن الحادي والعشرين، أخطر تحدٍ لسيادة الأمم المتحدة في مسائل فرض مبادئ قانونية مشتركة ليجعل كل الفاعلين في الساحة الدولية لنفس معايير مشروعية أفعالها السياسية، كما تنادي به ديباجة الميثاق، كما أن إشكالية تعريف الإرهاب في القانون الدولي، لا تتأق إلا من خلال تقنين الأعراف المتعلقة بالإرهاب بما في ذلك التي تنظم سلوك حركات التحرر الوطنية، وتوحيد تلك الأعراف في الإطار العام للقانون الدولي الإنساني والقانون الدولي الجنائي.

خاتمة:

أصبحت الجرائم الإرهابية من المؤكد اليوم تشكل احد مصادر الجرائم الدولية، خاصة لارتباطها بالسلم والأمن الدوليين، وأيضاً تلك المتعلقة بحقوق الشعوب في تقرير مصيرها، ويبدو واضحاً أن معضلة الإرهاب قد أدت إلى تقديم قراءة جديدة لأحكام القانون الدولي، وأن تحديد الأفعال الإرهابية قد أضفت تطوراً على القانون الدولي، وأما من شأن ذلك في حقيقة الأمر المبادئ الأساسية كمبادئ تحريم استخدام القوة وعدم التدخل وقواعد الشرعية، والمبادئ المتعلقة بالأمن الجماعي وترسيخ الاحترام العالمي لحقوق الإنسان، وهو ما يتطلب بذل جهود وسعي حثيث من قبل المجتمع الدولي، من أجل التصدي ومعالجة هذه الظواهر الإجرامية، ووضع سبل المعالجة موضع الجد والتكاتف لمنع ومعاقبة جرائم الإرهاب الدولي، التي ما من شك فإنها اليوم تعدّ أخطر التحديات التي تواجه المجتمع الدولي اليوم، لهذا يستوجب إدراج جريمة الإرهاب ضمن النظام الأساسي للمحكمة

¹ - هانس كوكر، مرجع سابق، ص 443

الجنائية الدولية، بالإضافة إلى تدخل الأمم المتحدة على جملة من المستويات، سواء على المستوى تشجيع وترسيخ الحوار ورفض كل إيديولوجية تدعو إلى الكراهية وزيادة سبل التنمية والمساعدات الإنسانية، واتخاذ تدابير فعالة وحازمة وعاجلة بشأن منع ومكافحة الأنشطة الإجرامية المرتكبة، بهدف تشجيع الإرهاب بكل أشكاله ومظاهره، وتعزيز الامتثال العالي للصوصك والمواثيق والمعاهدات الدولية المتعلقة بمكافحة الإرهاب، وضرورة توثيق التنسيق والتعاون بين الدول في مكافحة الجريمة، وتفعيل المعاهدات البيئية والإقليمية والدولية يخص الجريمة المنظمة للإرهاب، والالتزام بمعايير الأمم المتحدة وقواعدها في مجال منع الجريمة والعدالة الجنائية، لتسهم في الجهود المبذولة لمعالجة الإجرام معالجة فعالة، ذلك أن "الحرب ضد الإرهاب" قد أصبحت هي العامل الأساسي في صياغة التفاعلات السياسية الدولية، في عالم ما بعد الحادي عشر- من سبتمبر، وفي بناء تحالفات جديدة على حساب غيرها من العوامل. وتدني ثقة الشعوب والأفراد بقواعد القانون الدولي ومؤسساته وعلى رأسها الأمم المتحدة، وما الحرب ضد الإرهاب، في حقيقتها، إلا ذريعة جديدة حتى تتمكن الدولة العظمى صاحبة القوة، من التدخل في الشؤون الداخلية للدول، وإحداث تغييرات جذرية فيها تتناسب ومصالحها، وبالنتيجة أن التصدي لمشكلة الإرهاب والوصول إلى تعريف موحد وتجريم هذه الأفعال كما كان الأمر بالنسبة لمفهوم جريمة العدوان، من شأنه أن يساعد على احترام مبادئ القانون الدولي واحترام الحقوق المشروعة للشعوب فضلاً عن توحيد الجهود الدولية لمكافحة الإرهاب، واستكمال دعائم النظام القانوني الجنائي الدولي.

البيئة الالكترونية و الأمن القانوني*

د/ فراق معمر- أستاذ محاضر "أ" - كلية الحقوق والعلوم السياسية - جامعة عبد الحميد بن باديس / مستغانم
بلحمزي فهمة - طالبة دكتوراه بكلية الحقوق والعلوم السياسية - جامعة عبد الحميد بن باديس / مستغانم

ملخص:

يعتبر مبدأ الأمن القانوني من أهم المبادئ التي يقوم عليها بناء دولة القانون، و هذا المبدأ يعني أن تلتزم كل سلطات الدولة بتحقيق قدر من الثبات للحقوق و المراكز القانونية بين المواطنين في تعاملاتهم ، بهدف توسيع مبدأ الأمن و الاستقرار ، كما يهدف هذا المبدأ إلى التزام السلطة التشريعية في إصدارها للنصوص القانونية ، و السلطة التنفيذية في إصدارها للوائح التنفيذية ، بعدم مفاجئة المواطنين ، و هدم توقعاتهم المشروعة ، لهذا - و تكريسا لمبدأ الأمن القانوني و تفعيل أهم صورة من صوره ألا و هي احترام التوقعات المشروعة - عمدت جل الدول إلى اعتماد التقنية في إيصال و إعلام المواطنين ، بكل ما هو جديد يخص المجال القانوني من نصوص قانونية أو مراسيم أو لوائح إلخ .

فالبيئة الالكترونية تعتبر وسيلة هامة و حتمية في الوقت الراهن ، و أنها أصبحت من خصائص الدولة الحديثة، و التي تبشر اختصاصاتها و تقوم بتسيير مؤسساتها ، و متابعة أعمالها عن طريق المعلوماتية أو الشبكة الالكترونية ، لهذا ظهر في العالم مصطلح "الحكومة الالكترونية" ، و هذا إن دل على شيء فإنما يدل على الحاجة الماسة للمجتمع المعاصر لهذه التقنية ، في إيصال المعلومة القانونية ، و إتاحة العلم بها من جهة ، و حماية الحقوق و المراكز القانونية ، و أعمال ثبات المعاملات القانونية من جهة ثانية .

Résumé :

Le principe de la sécurité juridique est parmi des principes les plus importants pour le fondement de l'Etat de droit, et ce principe des moyens qui sont conformes à toutes les autorités de l'Etat pour atteindre la plus grande cohérence des droits et des centres juridiques entre les citoyens dans leurs relations afin d'étendre le principe de la sécurité et de la stabilité. Ce principe vise à l'engagement à l'autorité législative pour la délivrance des textes juridiques et le pouvoir exécutif dans la délivrance des règlements exécutif de ne pas surprendre les citoyens et la démolition de la confiance légitime, pour cela - et dédié au principe de sécurité juridique et d'activer l'image la plus importante d'une image qui est le respect des attentes légitimes - procédé Unis vrac Adoption de la technologie dans la prestation et informer les citoyens de tout ce qui est nouveau pour le domaine juridique des textes légaux ou des décrets ou règlements etc.

* تاريخ إيداع المقال: 2017/02/06

تاريخ تحكيم المقال: 2017/02/27

L'environnement électronique est considéré comme un moyen important et inévitable à l'heure actuelle et il est considéré comme l'une des propriétés de l'Etat moderne et qui exercera ses termes de référence et la conduite de ses institutions et de leur suivi sur l'information ou le réseau électronique, par cet après-midi dans le monde, le terme "e-gouvernement" et cela montre la nécessité urgente la société contemporaine de cette technologie dans la prestation de l'information juridique et de la disponibilité de la science d'une part et la protection des droits et des centres juridiques et la mise en œuvre de la stabilité des transactions juridiques de seconde main.

مقدمة:

لقد حققت البشري تقدما تكنولوجيا ضخما في مجال المعلوماتية؛ دفع بها إلى محاولة تسليط هذا التقدم في المجال القانوني بهدف حماية القانون و القاعدة القانونية من التغيير و الحذف و كذا حماية أمن الأفراد و الجماعات ، كما حاول المجتمع الدولي استغلال هذا التقدم التكنولوجي الباهر عن طريق وضع طرق مثلى للاستفادة منه، من دون المساس بحقوق و حريات الأفراد من جهة ، و لا بأمن الدولة و استقرارها من جهة ثانية ، مما أوجب على الدولة سن قيود لهذه الممارسة التكنولوجية حماية -بالدرجة الأولى- لحقوق الأشخاص و أمنهم¹.

إن دولة القانون على اختلاف الأزمنة تحاول جاهدة إرساء مقومات الشرعية القانونية ، و من أبرز و أحدث مقوم نادت به الأبحاث القانونية الجديدة ، ودعى إليه كبار الفقهاء و رجال القانون الأمن القانوني لكي يكون دعامة من دعائم دولة القانون من جهة ، و حام أساس لحقوق الإنسان من جهة ثانية².

الأمن القانوني هو مبدأ من مبادئ القانون ،يهدف إلى حماية المواطنين من الآثار الجانبية السلبية للقانون، وخاصة التناقضات أو تعقيد القوانين واللوائح، أو تغييرات متكررة ، و هذا المبدأ يشترط لقيامه عدة متطلبات، فيجب أن يكون القانون: مفهوما، يمكن التنبؤ به، معياري ، و يستمد الأمن القانوني من القانون الطبيعي للسلامة³، ويوضح دومينيك روسو هذه الفكرة مؤكدا أن "الأمن القانوني هو الإعلان العالمي لحقوق الإنسان." هذا هو واحد من جوانب الأمن، فدمج مصطلح الأمن بالقانون يعني أن هناك خطرا يدهم القاعدة القانونية ، سواء أكانت تشريعية أو تنظيمية أو قضائية؛ ومقتضى هذا أن يكون كل شخص في مأمن من القاعدة القانونية ، و من خطرها كالتعديل المفاجئ لها أو عدم الثقة فيها ، و عليه، فمبدأ الأمن القانوني يقوم على عنصرين أساسيين هما :

__قابلية القانون للتوقع

¹ _المادة 2 و 7 من الإعلان الفرنسي لحقوق الإنسان و المواطن 1789 اعتبر أن الأمن من الحقوق الطبيعية للإنسان و غير قابلة للتقادم و يشمل كذلك أمن الحقوق حسب المادة 8 و 10 منه.

² _ و تم ترسيخ هذا المبدأ في ألمانيا سنة 1961 كما تم الاعتراف به دوليا من قبل محكمة العدل للمجموعة الأوروبية في قرارها لسنة 1962.

³ _ أحمد ابراهيم حسن، دراسة في فلسفة القانون، دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية 2000، صفحة 180.

وضوح القاعدة القانونية المطبقة

فأصبح بهذا -أي مبدأ الأمن القانوني- شرطا أساسيا لدولة القانون¹، و ضمانه حقيقية لحقوق الإنسان و للتطور الاقتصادي في الدولة، و بالتالي فهو مطلب دولي أكثر منه مطلب داخلي .

إن الذي سرع ميلاد وإيجاد البيئة الالكترونية عصرة أو تقنة الدولة² و من أهم المجالات التي مستها التقنية الحديثة للدولة المعاصرة القانون ، حيث تعتمد الدولة على خاصية المعلوماتية في نشره وإصدار القاعدة القانونية الحديثة و تبيان شروط تطبيقها و مجالها .

فالي أي مدى تمثل البيئة الالكترونية دورا في ترسيخ و تفعيل الأمن القانوني؟؟ و هل يمكن اعتبارها وسيلة فعالة في دعم و إرساء دولة القانون من جهة، و حماية حقوق الأفراد و مراكزهم القانونية من جهة ثانية؟؟ و للإجابة على هذا الإشكال حاولنا التركيز على نقطتين مهمتين هما :

__ أثر استخدام البيئة الالكترونية على الأمن القانوني

__ مساهمة البيئة الالكترونية في تحقيق الأمن القانوني .

المبحث الأول: أثر استخدام البيئة الالكترونية على الأمن القانوني

إن المجتمع المعاصر هو مجتمع تكنولوجي بالدرجة الأولى ، و لقد أصبح كل مجالات حياة الأفراد بهذه التكنولوجيا، و انعكس هذا على القانون و كل قاعدة قانونية، مما أدى إلى ظهور مصطلحات عديدة مرتبطة بالقانون، كممكنة القانون³، بالإضافة إلى ظهور فروع قانونية جديدة تتماشى والبيئة الالكترونية، كقانون المعاملات الالكترونية والتجارة الالكترونية ، العقد الالكتروني ، الجرائم الالكترونية و أخيرا الحكومة الالكترونية.

نلاحظ أن القانون قد تجاوز تعريفه الكلاسيكي ، و أصبح وسيلة تقنية بالدرجة الأولى، و نتج عنه أن رجال القانون على اختلافهم ، ملزمون بمعرفة كل خبايا البيئة الالكترونية و الشبكة المعلوماتية ، و بهذا أصبحت التكنولوجيا الحديثة وسيلة تساهم في نشر و إعلام القاعدة القانونية .

المطلب الأول: العلم بالقاعدة القانونية

أصبحت البيئة الالكترونية تمثل دورا بارزا في الدولة الحديثة ، من خلال إيصال المعلومات المختلفة و في مجالات عديدة و متعددة ، و على رأسها القاعدة القانونية المنظمة لشؤون الأفراد، و شؤون الدولة بصورة

¹ __ اعتبرت ألمانيا أن مبدأ الأمن القانوني هو مبدأ دستوري حسب المادة 20 من قانونها الأساسي و انه مرتبط بالثقة المشروعة للمواطنين و حذت حذوها اسبانيا .

² __ حسين محمد منصور، المسؤولية الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة الإسكندرية ، 2007 ، الصفحة من 5 إلى 8.

³ __ J. PAILLUSSEAU, le droit est aussi une science d'organisation, Rev, SSOC, 1996, p10

عامة، و من هنا أصبح مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون¹ مبدأ دستوريا، بعد أن كان من المبادئ القديمة التي عرفتها الدولة، القائم على ركنين أساسيين هما: النشر- وفوات مدة زمنية محددة، فتقوم بهذا القرينة القانونية على العلم بالقاعدة القانونية، و بناء عليه، فإنه لا يمكن الاحتجاج بعدم العلم بها، و صار (مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون) منصوصا عليه في المادة 74 من الدستور الجزائري²، و مع ارتباط الدولة الحديثة بالبيئة الالكترونية أصبح مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون تحكمه قواعد جديدة تسمى بالنشر- الالكتروني، فهل يوفر هذا النشر العلم بالقاعدة القانونية الضمانات القانونية التي يوفرها النشر العادي؟

إن عملية النشر تعتبر من أهم وسائل العلم بالقاعدة القانونية، سواء الجديدة أو المعدلة و مهما كان مصدرها، حيث تنص المادة 4 من القانون المدني الجزائري ".....فنفاذ القانون يشترط شرطان أساسيان و هما: العلم بوجوده و الزمان و هو مرور يوم كامل من إصداره..." فعملية النشر- تختلف عن عملية الإصدار³، فهذا الأخير يكون بموجب مرسوم رئاسي بوجود القاعدة القانونية و هو بمثابة إعلان رسمي عن وجودها⁴، و لا يكون نافذا على الجميع إلا بعد توفر المعلومات الخاصة به أي إعلام الناس بوجوده، و هذا يكون عن طريق النشر، فهذا الأخير هو عبارة عن وسيلة تهدف إلى إدراج القانون في الجريدة الرسمية و إيصاله إلى علم جميع المواطنين⁵ و هذه المهمة تقوم بها طبع السلطة التنفيذية، فالمادة الأخيرة من كل نص تشريعي تنص على "ينشر هذا القانون في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية".

فالغرض من النشر هو إعلام الناس بمحتوى التشريع، حتى يسلكوا طريقا يناسب هذا القانون الجديد، و لا يخالفونه من جهة، و من جهة ثانية حتى يكونوا في مأمن من مباغتتهم بتطبيقه عليهم⁶، فالوسيلة الوحيدة المستعملة هي الجريدة الرسمية، فلا تغني عنها أية وسيلة أخرى مهما كانت، و التي انتقلت إليها عملية النشر- للقاعدة القانونية بعدما كانت في القديم تتم عن طريق الألواح الإثنى عشر-، أما حاليا أصبحت البيئة الالكترونية تفرض نفسها في عملية النشر، فهل المشرع الجزائري حصر عملية النشر المنصوص عليها في المادة 4 من القانون المدني على النشر الورقي و العادي فقط، أم يمكن أن تؤول عملية النشر- إلى الجريدة الرسمية الالكترونية؟

¹ _ محمد سعيد جعفر، مدخل للعلوم القانونية(في التطور التاريخي لمبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون) الطبعة الثالثة، سنة 2002 دار هومة الجزائر، ص 217 إلى 220.

² _ عار بوضياف: النظرية العامة للقانون و تطبيقاتها في التشريع الجزائري، الطبعة الثانية، 2000، دار ربحانة الجزائر، ص 19.

³ _ تنص المادة 144 من الدستور الجزائري "يصدر رئيس الجمهورية القانون في أجل ثلاثين يوما ابتداء من تاريخ تسلمه إياه، غير انه إذا أخطرت سلطة من السلطات المنصوص عليها بالمادة 187 المجلس الدستوري قبل صدور القانون يوقف هذا أجل حتى يفصل في ذلك المجلس الدستوري وفق الشروط التي تحددها المادة 188 "

⁴ _ علي فيلاي، مقدمة في القانون، دار هومة للنشر، 2005، ص من 242 إلى 244.

⁵ _ تنص المادة 3 من القانون المدني الجزائري " تحسب الآجال بالتقويم الميلادي ما لم ينص القانون على خلاف ذلك "

⁶ _ أحمد ابراهيم حسن، المرجع السابق، ص من 183 إلى 185.

نجد أن المشرع الجزائري عندما عرف الكتابة، لم يحدد الكتابة أي عادية أو إلكترونية، وهذا ما نجده في نص المادة 323 مكرر من القانون المدني الجزائري والتي تنص على: "ينتج الإثبات بالكتابة من تسلسل الحروف أو أوصاف أو أرقام أو أية علامات أو رموز ذات معنى مفهوم، مهما كانت الوسيلة التي تتضمنها، وكذا طرق إرساله"، وبالتالي نفهم بأن كتابة الجريدة الرسمية يكون وفق طريقتين: إما الكتابة الورقية العادية أو الكتابة الإلكترونية، فالنشر الإلكتروني¹ للجريدة الرسمية يحقق مبدأ الأمن القانوني و يرسخ دولة القانون، فالدولة المتمثلة في السلطة التنفيذية التي يقع على عاتقها نشر- وإعلان القاعدة القانونية، تكون ملزمة بتحسين خدماتها، وتوفير طرق أفضل للعلم السريع بالقاعدة القانونية في وقتها، وهذا ما يستوجب منها أن تلاءم أعمالها مع ما تتيحه البيئة الإلكترونية من تكنولوجيا واسعة في هذا المجال، وتعمل على تطوير خدماتها لتتلاءم أيضا مع التطور التكنولوجي الذي تعرفه البشرية، وتجسيدا لما يسمى بالحكومة الإلكترونية التي أصبحت من ضرورات دولة القانون الحديثة؛ فقد نص القانون الفرنسي صراحة على ضرورة استعمال التقنيات الحديثة² لتسهيل عملية الإدارة، وهذا وفقا للقانون رقم 2004/1343، وغاية هذا تسهيل وتبسيط النصوص القانونية و التعديلات التي يعرفها القانون، وإذا تم هذا، صارت البيئة الإلكترونية الوسيط الأساسي بين المواطنين من جهة، وبين النصوص القانونية الجديدة أو المعلقة أو الملغاة مما كان مصدرها من جهة ثانية، وبهذا يصير النشر الإلكتروني كالنشر العادي في توافر الحقوق القانونية، ويصبح الطريق الأفضل والأسرع والأقرب للأفراد، من الجريدة الرسمية الورقية.

المطلب الثاني: حجية النشر الإلكتروني

أصبحت الحكومة الإلكترونية³ الحديثة تمثي بطريقتين: النشر العادي والنشر الإلكتروني، وصار هذا الطريقة المثلى التي لا يمكن الاستغناء عنها حاليا، فهو يحوز على القوة نفسها التي يحوز عليها النشر- العادي الورقي وهو (النشر الإلكتروني) يعتبر بهذا دعامة لمولة القانون و لمبدأ الأمن القانوني.

إلا أنه ثار جدل فقهي حول حجية النشر الإلكتروني من عدمه للقوانين، و تطبيقا لمبدأ لا يعذر بجهل القانون، فهناك آراء متعددة:

¹ RECHA roroy, l'avenir du droit, optimisme malgré tous, p 822

² _المرسوم المؤرخ في 1996/05/31 المتعلق بالخدمة العامة للمعطيات القانونية و يصدر الجريدة الرسمية بتاريخ 1996/6/4 و الذي عدل النظام الابتدائي المحدد بموجب المرسوم 1984/10/24 ووضع المركز الوطني الفرنسي للمعلوماتية القانونية CNIJ و أعطى خدمة بث النصوص التشريعية و القرارات القضائية إلى احد الشركات الخاصة.

³ _ تقرير اللجنة الإلكترونية بتاريخ ديسمبر 2008 حول الحكومة الإلكترونية في الجزائر، إن من أهم تطبيقات الحكومة الإلكترونية في الجزائر هي الخدمات الإلكترونية الموجهة إلى الإدارات و التي تتضمن 44 عملية منها العملية رقم 378 الخاصة بإقامة مخطط توجيهي للإدارة الإلكترونية و الذي يعمل على وضع إجراءات لتسهيل الوظائف الإدارية الكترونيا و إيجاد مخطط قانوني و تنظيمي للتوقيع الإلكتروني على وثائق الإدارة العمومية، و العملية رقم 381 الخاصة بإقامة بوابة الحكومة الإلكترونية لتشكيل همزة وصل بين المواطنين و الإدارات، ص 12، 13، 14، 15، 16، 17، 18.

1_ الرأي الأول: يرى أنه بالرغم من أن الوسيلة الوحيدة للنشر- هي الجريدة الرسمية ، فهي غير كافية لأن أغلب المواطنين لا يمكنهم الحصول عليها إلا بناء على اشتراك مسبق أو طلب من المطبعة الرسمية ، و بالتالي فهي ليست في متناول الجميع. يرى هذا الاتجاه أن استعمال طرق أخرى لا يقوم مقامها أبداً ، و أنها تبقى الطريقة الوحيدة و الرسمية للنشر و إعلاما لمواطنين بالنصوص القانونية .

2_ الرأي الثاني: يرى أن النشر الالكتروني له حجية مطلقة ، في إعمال مبدأ لا عذر بجهل القانون من تاريخ نشره في الموقع الالكتروني للجريدة الرسمية ، و بهذا فهو لا يحتاج إلى أي مهلة كانت ، و إنما حجتة من تاريخ إيداع هذا القانون في الموقع الالكتروني ، و هذا تدعياً لفكرة نادى بها البعض ، و التي تتمحور حول أن القاعدة القانونية يجب أن تذهب هي إلى الفرد لا العكس ¹ .

فبالرغم من اختلاف الآراء و تعددها إلا أنه لا يمكننا التنازل للدور الجديد ، الذي يسمح بإدراج النصوص القانونية في شكل الكتروني للجريدة الرسمية ، مما يسهل نشرها و تطبيقها في الوقت نفسه ، فأصبحت تتمتع بنفس القوة و القيمة القانونية للنشر- العادي ، و أخذت الجزائر بهذا المنحى التكنولوجي ، فنجد عدة مواقع الكترونية سواء للسلطة التشريعية المتمثلة في البرلمان بغرفتيه ، و مواقع الكترونية للسلطة التنفيذية المتمثلة في موقع أمانة الحكومة ، و كذا الوزارات المختلفة ، و الحال نفسه بالنسبة للسلطة القضائية أين نجد كل محكمة أو مجلس قضائي أو هيئات قضائية ذات اختصاص واسع و شامل كالمحكمة العليا و مجلس الدولة ، لها موقع الكتروني لتصفح كل جديد و متابعة كل ما يتعلق بالنصوص القانونية الجديدة ، قصد تعزيز الثقة المطلوبة بين الأفراد و سلطات الدولة المختلفة .

فكل هذه المواقع الالكترونية على اختلافها و اختلاف مصدرها ، أصبحت ضرورة من ضروريات الدولة الحديثة و متطلبات الحكومة الالكترونية ، التي تسعى الجزائر جاهدة لإرسائها² من جهة و تعزيز ما يسمى ببنك المعلومات القانونية من جهة ثانية ، و كل هذا يصب في تجسيد و تفعيل مبدأ الأمن القانوني .

فأصبح النشر الالكتروني يوفر العلم الحقيقي و الفعلي للقوانين ، و هذا ما أخذت به الدولة الفرنسية أين اعتبرت أن النشر يكون ورقيا عاديا و الكترونيا بموجب الأمر³ الصادر بتاريخ 20 فيفري 2004 ، و أصبح نفاذ القاعدة القانونية بعد يوم من نشرها سواء أكان النشر عاديا أو الكترونيا .

أما الجزائر و بالرغم من الجهود المبذولة في سبيل تعزيز الحكومة الالكترونية ، و تحسين الخدمات المعلوماتية من خلال البوابات الالكترونية المختلفة و العديدة ، و وضع النصوص القانونية المنظمة للانترنت كخدمة تقدمها وزارة البريد و التكنولوجيات ، و التشريع الخاص بشهادة التصديق على التوقيع الالكتروني، و ضبط النصوص

¹ _NICOLE tortello ,PASCALTointier, internet pour les juriste, dalloz,paris,1996,p194 et195

² _ أنظر تقرير اللجنة الالكترونية حول الجزائر الالكترونية ، المرجع السابق، ص 18.

³ _ Loi n 1343-2004 Du 9/12/2004 de simplification du droit NOR :FPX 0400010L JORF du 10/12/2004 , précisément les articles 1,2,3

المنظمة لعملية الكتابة و التوقيع الالكتروني ، و طرق الدفع الحديثة ، و سبل محاربة الجريمة الالكترونية و غيرها....، تبقى هذه الجهود ناقصة بالنظر إلى الأهمية البالغة للتقنيات الحديثة في إرساء دولة تقنية بالدرجة الأولى و بالنظر إلى التطور الذي أحرزته الدول الأوروبية في هذا المجال .

المبحث الثاني: مساهمة البيئة الالكترونية في تحقيق الأمن القانوني.

إذا كان الدور الايجابي الذي تمثله البيئة الالكترونية ، في ترسيخ دولة القانون و إرساء مبدأ الأمن القانوني من خلال استعمال التقنيات الحديثة في إيصال القاعدة القانونية و عدم الاعتذار بجهلها أو عدم العلم بها ، فإن مساهمة البيئة الالكترونية في تحقيق الأمن القانوني يظهر أكثر من خلال حماية الحقوق و المراكز القانونية للأفراد و استقرار المعاملات القانونية المختلفة¹ التي تجمع الأشخاص باختلاف أدوارهم و مراتبهم في المجتمع.

وحتى تكون البيئة الالكترونية ذات فعالية في تحقيق متطلبات الأمن القانوني لابد أن تحوز-في الأصل-على الأمن و الحماية من الخرق و الاستغلال من طرف أشخاص مجهولين ، أو تنظيمات إجرامية، فعلاقة أمن البيئة الالكترونية بالأمن القانوني علاقة وطيدة ، و لا يمكن لنا تحقيق الأمن القانوني في عصرنا الحالي إلا بتوفير الأمن الكافي للمعطيات ، و المعلومات التكنولوجية مهما كان مصدرها ، و هذا ما سوف نتناوله بشيء من التفصيل .

المطلب الأول: حماية الحقوق و المراكز القانونية و ثبات المعاملات القانونية

تمام عملية الحماية الالكترونية للحقوق و المراكز القانونية² و استقرار المعاملات القانونية ، قائم على توفير ثقة كافية عند استعمال التقنيات الحديثة المرتبطة بالبيئة الالكترونية .

رغم إقرار المشرع الجزائري بحجية الكتابة الالكترونية و شروطها، فإنه لم يحدد مواصفات للتوقيع الالكتروني ، و جعل الاعتراف به بشروط نص عليها في المادة 323 مكرر¹ من القانون المدني، و المتمثلة في تسلسل الحروف و الأرقام و الأوصاف و الرموز ، و هذا من أجل التأكيد و التأكد من هوية صاحب التوقيع ، كما نجد للتوقيع الالكتروني عدة أنواع منها: التوقيع البيومتري، التوقيع بالقلم الالكتروني و التوقيع الكودي³.

¹ ANNE penneau , la securité juridique à travers le processus de normalisation ,p1,2,3

² أحمد ابراهيم حسن ، المرجع السابق، ص من 200 إلى 203.

³ التوقيع البيومتري و يكون باستخدام مواصفات فيزيائية للإنسان كالبصمة، مسح العين و نبض الصوت ، أما التوقيع بالقلم الالكتروني هو عبارة عن رسم الشخص لتوقيعه على شاشة الحاسوب و يتم تخزينها في ذاكرة الحاسوب، أما التوقيع الكودي فهو يتم باستعمال رقم سري في شكل أحرف أو أرقام يتم جمعها في شكل معين لتحديد شخصية صاحبها.

أما في ما يخص حجية الكتابة الرسمية الالكترونية ، فهناك اختلاف بين الفقهاء في حجيتها من عدمها، فهناك من يرى أنه لا يمكن الأخذ بها لوجود نصوص قانونية تستثني الرسمية من الكتابة الالكترونية ، وهذا لعدم إمكانية تدخل الضابط العمومي في مثل هذه الكتابات ¹.

أما الاتجاه الثاني و هو الاتجاه المؤيد للكتابة الالكترونية الرسمية² و على رأسه المشرع الفرنسي- الذي منح كل التسهيلات لعصرنة الإدارة و تسهيل الإجراءات لأصحاب الاستثمارات الوطنية أو الأجنبية، و هذا بفتح موقع الكتروني للموثقين³ حيث يمكنهم من خلاله تحرير تصرف قانوني الكتروني رسمي .

أما القيمة القانونية للتوقيع أو الكتابة الالكترونية ، فهناك كذلك اختلاف في وجهات النظر بين الفقهاء حول قيمتها القانونية ، و تبين الآراء بين مؤيد و معارض ، فهناك من تمسك بنص المادة 1316 فقرة 4 من القانون المدني الفرنسي التي تجعل من شهادة التصديق على التوقيع الالكتروني قرينة بسيطة يمكن إثبات عكسها .

إن البيئة الالكترونية التي مست مختلف ميادين القانون، كان لها أثر بارز حتى على القضاء ، حيث نجد العديد من الدول و منها الجزائر قد استحدثت ما يسمى بالمحاكم الالكترونية⁴ بهدف تسهيل إجراءات التقاضي و تبسيطها، فتقديم المذكرات، الالتزام بالمواعيد، تبليغ أطراف الخصومة، تنفيذ الأحكام القضائية، و الالتزام بأجل و طرق الطعن كل هذه الإجراءات و غيرها تعد من الإجراءات الضرورية لحماية حق الأفراد من جهة ، و الحصول على الحماية المطلوبة⁵ من القانون أو القاعدة القانونية من جهة ثانية ، ولكن التطور الكبير الذي عرفته البيئة الالكترونية و استخدام التكنولوجيات العصرية ، لتسهيل الحصول على المعلومات القانونية ، دفع إلى استخدام المحاكم الالكترونية ، بحيث أصبح التقاضي هو عبارة عن تسيير تقني علمي معلوماتي للملفات و المتقاضين، و أصبح كل من تسجيل الدعوى و حضور الجلسات و التبليغ بالأحكام و تنفيذها تتم عن طريق الإعلام الالكتروني الذي يسهل على المتقاضي⁶ الحصول على حماية أكبر و أوسع و أسرع لحقوقهم، اختصارا للوقت والسرعة في الحصول على المعلومة الذي يعد حقا من حقوق الأفراد.

كما تمثل المحكمة الالكترونية دورا مهما حتى بالنسبة للقضاة ، حيث تمكنهم من الاتصال بالمتقاضين ، و طلب الوثائق و الأوراق و الأدلة اللازمة ، و كذلك مباشرة إجراءات التقاضي عن طريق نظام المحاكم الالكترونية⁷.

¹ علي فيلاي، المرجع السابق ، ص من 241 إلى 243 .

² تنص المادة 323 مكرر 1 من القانون المدني الجزائري المعدل و المتمم " يعتبر الإثبات بالكتابة في الشكل الالكتروني كالإثبات بالكتابة على الورق بشرط إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها و أن تكون معدة و محفوظة في ظروف تضمن سلامتها".

³ خاصة بعد صدور المرسوم رقم 973_2005 المؤرخ في 10/08/2005 المتعلق بتأسيس تصرف الموثق ، خاصة المادة 16 منه .

⁴ حازم محمد شرعة، التقاضي الالكتروني و المحاكم الالكترونية كنظام قضائي ، الطبعة الأولى، دار الثقافة عان 2010 ، ص 44

⁵ حازم محمد شرعة ، المرجع نفسه، ص 50

⁶ خالد محمود إبراهيم، الدعوى الالكترونية و إجراءاتها أمام المحاكم، دار الفكر الجامعي الإسكندرية، الطبعة الأولى، 2007، ص 35 إلى 38.

⁷ خالد محمود إبراهيم ، المرجع نفسه ، ص 65.

فقد غدت عملية تسجيل الدعوى ، و دفع الرسوم ، و تقديم الملفات ، و العرائض الجوابية و إيداع تقارير الخبرات أمراً سهلاً ، ولم يعد من اللازم على هيئة الدفاع و غيرها من الأطراف ، الانتقال إلى المحاكم كما كان الشأن بالنسبة للمحاكم العادية ، أين يمكن لهم إتباع هذه الإجراءات بالاعتماد على الشبكة العنكبوتية للحصول على حقوقهم أو حماية مراكزهم القانونية .

فهذه الآلة أصبحت بلا منازع همزة وصل بين المتقاضين من جهة و بين هيئة القضاء من جهة ثانية ، و هذا ما يضمن حماية حقيقية و فعالة للحقوق ؛ فإن استعمال البيئة الالكترونية يوفر حماية أكبر للملفات خوفاً من ضياعها ، و بالمقابل حماية الحقوق و المراكز القانونية تكون بشكل واسع و مضمون ، كما يعتبر استعمال السند الالكتروني وسيلة فعالة و أكثر مصداقية في اكتشاف حقائق جديدة ، و يضمن هذا (أي السند) الالكتروني سهولة الاطلاع عليه و الوصول إلى مصدره.

المطلب الثاني: علاقة امن البيئة الالكترونية بالأمن القانوني

إن أمن البيئة الالكترونية و استقرارها ، فيه استقرار و أمن للحقوق و التصرفات القانونية على اختلافها ، كما أنه يوفر ثقة أكبر للأفراد حول مصدر هذا التصرف الالكتروني و قانونيته ، فأمن البيئة الالكترونية¹ من الناحية الأكاديمية هو البحث عن الاستراتيجيات لتوفير الحماية للمعلومات من المخاطر التي تهددها ، أما من الناحية التقنية فهو إيجاد الوسائل و الإجراءات اللازمة لتوفير حماية المعلومات و ضمانها ، أما من الناحية القانونية فأمن البيئة الالكترونية هو حماية سرية و سلامة محتوى المعلومة الالكترونية و مكافحة أنشطة الاعتداء عليها .

لقد اتسع استخدام مصطلح الأمن المعلوماتي أو أمن البيئة الالكترونية فشمل أنشطة معالجة ، و نقل البيانات ومعالجة و تخزين البيانات ، و تداولها و التفاعل معها عبر شبكات المعلوماتية ، وبذلك أصبح الأمن المعلوماتي من أبرز الهواجس التي تتركز المجتمعات² .

إن غرض الأبحاث ، و استراتيجيات وسائل أمن البيئة الالكترونية ، و كذا هدف التدابير التشريعية هو ضمان توفير العناصر التالية لأي معلومة إلكترونية يراد حمايتها³:

1_ السرية أو الموثوقية: و تعني التأكد من أن المعلومة لا تكشف أو يضطلع عليها من قبل أشخاص غير مخولين بذلك.

2_ التكاملية و سلامة المحتوى: و هو التأكد من أن محتوى المعلومة الالكترونية صحيح و لم يتم تعديله أو العبث به.

¹ _ جمال محمد غيطاس ، امن المعلومات و الأمن القومي ، دار النهضة القاهرة ، مصر 2008 ، ص 233.

² _ سمير السيد ، محاضرات في شبكة المعلومات العالمية ، مكتبة عين شمس ، القاهرة مصر ، 1998 ، ص 15

³ _ جمال محمد غيطاس ، المرجع نفسه ، ص 198 إلى 200.

3_ عدم إنكار التصرف المرتبط بالمعلومة الالكترونية: و يقصد من هذا ضمان عدم إنكار الشخص الذي قام بتصرف مرتبط بالبيئة الالكترونية ، حيث تتوفر قدرة إثبات أن هذا التصرف قام به شخص معين و في وقت محدد.

فالمخاطر المحدقة بالبيئة الالكترونية عديدة و متعددة ، مما يتطلب من المجتمع توفير الحماية اللازمة لها ، من خلال سن قواعد قانونية منظمة و رادعة لأي تصرف مخالف للأمن المعلوماتي ، فيجب على الدولة إجراء تصور للمخاطر القانونية المحدقة بالبيئة الالكترونية¹ و تحديد الآليات القانونية للتعامل معها، بالرغم من أن المواقع العربية على الخصوص تفتقد لقانون تقنية المعلومات، فخطر إغفال المخاطر القانونية يطال كافة المواقع و المؤسسات في الدولة ، و أصبح خطرا مضاعفا خاصة في بيئتي التجارة الالكترونية و الأعمال الالكترونية خاصة منها الأعمال المصرفية اللاسلكية و الأعمال المصرفية الالكترونية .

فوسائل أمن البيئة الالكترونية هي عبارة عن مجموعة من الإجراءات و الآليات التي تستخدم للوقاية، أو الحد من المخاطر أو التهديدات التي تطال المجال الالكتروني، فهدف حماية البيئة الالكترونية هو إظهار الثقة لدى المستخدم و توفير أكبر الوسائل لحماية حقوقه و تصرفاته القانونية .

و تتضمن وسائل أمن البيئة الالكترونية² في :

1_ التعريف و السلامة من خلال تزويد نظام المستقبل بالثقة في حماية حزم المعلومات، والتأكد من أن المعلومة التي وصلت إليه لم تعدل.

2_ السرية : حماية محتوى حزم المعلومات من الإفشاء إلا للجهة المرسل إليها .

3_ التحكم بالدخول : و تعني تقييد الاتصالات ، و حصرها بين النظام المرسل و النظام المستقبل.

فتحول هاجس أمن البيئة الالكترونية إلى أهم الهواجس التي تؤرق الدولة المدنية الحديثة ، على اعتباره من أهم إفرازات التقدم التكنولوجي السريع الذي يشهده العالم في الآونة الأخيرة من جهة ، و من جهة أخرى حماية حقوق الأفراد و مراكزهم ، و تحقيق ما يسمى بالأمن القانوني على وجه الخصوص.

كما تجدر الإشارة إلى أنه بالرغم من الدور الكبير الذي تلعبه البيئة الالكترونية في حماية الحقوق و ثبات التصرفات القانونية، إلا أنها ساعدت بشكل كبير في تنامي ظاهرة الجرائم³ عبرها ، و تعددت صورها وأشكالها، فلم يتوقف الأمر عند اقتحام الشبكة و تخريبها و سرقة المعلومات ، بل وصل الأمر إلى الجرائم الأخلاقية و تنامي ظاهرة الإرهاب و الجرائم المنظمة⁴ ، و في هذا يحذر المختصون من ضرورة وضع نصوص قانونية رادعة

¹ _ عبد الحق باسو، الإرهاب المعلوماتي في القانون المغربي و الدولي، أبحاث الدورة التدريبية لمكافحة الجرائم الإرهابية المعلوماتية، كلية التدريب ، جامعة نايف للعلوم الأمنية ، 2006 ، ص 10.

² _ جمال محمد غيطاس، أمن المعلومات و الأمن القومي، دار النهضة ، القاهرة ، مصر 2008 ، ص 250

³ _ هشام فريد رستم ، قانون العقوبات و مخاطر تقنية المعلومات، دار النهضة العربية ، 2007 ، ص 29.

⁴ _ عبد الحق باسو ، الإرهاب المعلوماتي في القانون المغربي و الدولي، المرجع نفسه، ص 15.

لحد من هذه الجرائم الالكترونية ، و قد أشارت آخر الإحصائيات إلى أن عمليات سرقة الهوية عبر الشبكة الالكترونية وصلت إلى 92 ألف حالة ، وبلغت عدد جرائم الاحتيال للحصول على الأموال إلى 207 ألف حالة ، و تمت 145 ألف عملية اختراق لحواسيب عبر الانترنت.

فأمن البيئة الالكترونية أصبح من القضايا الراهنة ، و التي تؤثر على الحياة العامة و الخاصة معا، فأمن المعلومات له علاقة وطيدة بحقوق الملكية الفكرية، السرية و الخصوصية، حماية البيانات و الحق في حرمة الحياة الخاصة إلى غيرها من الحقوق للصيقة بالإنسان، و المكفول حمايتها سواء بموجب نصوص دولية و داخلية ، و تجدر الإشارة إلى أن هناك تقريرا عن الجريمة الالكترونية و القوانين الوطنية¹ الذي تناول الوضع القانوني لـ52 دولة ، و بين أن هناك 10 دول فقط من أصدر تشريعا لمواجهة الجرائم الالكترونية ، و أن 9 دول³ فقط قد قاموا بتعديل جزئي في قوانينهم ، و أن 33 دولة لم تقم بتعديل أو تحديث لقوانينها من أجل مجابهة مثل هذه التحديات ، و تحقيق أمن البيئة الالكترونية.

خاتمة:

إن التطور السريع الذي يعرفه المجتمع في جميع الميادين ، و آخر المستجدات التي تطرأ عليه ، جعلت من النظام القانوني يتميز بنوع من المرونة في تطبيقه ، حتى يكون قادرا للاستجابة لمثل هذه المتغيرات و مواكبتها ، فعالم التكنولوجيات ، أحدث تغييرات كبيرة في القانون أو القاعدة القانونية ، و فرض مصطلحات قانونية جديدة تتماشى مع التطور التكنولوجي و التقني ، كما ساهم التطور التكنولوجي في إنشاء أساليب أو مناهج قانونية مستحدثة تطلبتها البيئة الالكترونية ، مثل النشر-الالكتروني ، الإثبات الالكتروني، التوقيع و الكتابة الالكترونية الخ ، كل هذه الإجراءات و غيرها من الإجراءات التقنية ، ساهمت في تسهيل الحصول على المعلومة القانونية وحماية حقوق الأفراد و استقرار معاملاتهم القانونية بطريقة أسرع و أضمن ، و هذا كله تجسيدا و تفعيلًا لمبدأ الأمن القانوني ، على اعتبار أن المعلومة الالكترونية القانونية ، هي التي تفرض نفسها على المتلقي أو المتصفح للموقع الالكتروني، و بالمقابل عدم إمكانية الاحتجاج بعذر جهله للقانون ، و هذا كله يصب في مجال قانونية الدولة أو الدولة القانونية ، التي تصبو كل دول العالم إلى تحقيقها .

و قد راعت الجزائر بالرغم من التطور التكنولوجي المحدود أو الضيق الذي تعرفه ، مواكبة هذا التقدم التقني ، من خلال فتح بوابات الكترونية لمختلف مؤسسات الدولة ، سواء التشريعية أو التنفيذية و حتى القضائية ، العامة منها و الخاصة ، رغبة منها في تكريس الحكومة الالكترونية ، و التي أصبحت حتمية في الوقت الراهن ، إلا أنه تبقى تجربة الجزائر ناقصة بالنظر إلى التطورات التي تعرفها الدول الأجنبية ، خاصة منها الأوروبية في

¹ _ Cyber crime and punishment, Archaiclawsthreaten global information. Areportprepared by Mc connelldecembre 2000,www.mcconnellinternational.com

² _ و يتعلق الأمر بكل من البيرو، الفلبين، تركيا، الولايات المتحدة الأمريكية، موريشيوس، استراليا، كندا، استونيا، الهند و اليابان.

³ _ و هذه الدول هي البرازيل ، تشيلي، الصين، تشيك، كوريا ، النازك ، ماليزيا ، بولندا، اسبانيا و بريطانيا.

هذا المجال، وخاصة ما يتعلق بوضع تشريع خاص بالبيئة الالكترونية يعمل على تنظيمها و تحديد و ضبط مجالاتها ، حتى تكون في مأمن من الاختراقات و الاعتداءات عليها ، فحمايتها فيه حماية للقانون بوجه عام و أمن و استقرار القاعدة القانونية بوجه خاص.

معوقات المحكمة الجنائية الدولية في تنفيذ قواعد القانون الدولي الإنساني*

د/ لعروسي أحمد- أستاذ محاضر "أ" - المركز الجامعي تيسمسيلت

أ/ بن مصرية نسيم- أستاذ مساعد "ب"- جامعة ابن خلدون تيارت

ملخص:

إن المتتبع للعلاقات الدولية، وبشكل أدق، العدالة الجنائية الدولية، يمكن أن يستنتج وبوضوح، أن الانتهاكات الخطيرة التي تحصل في العديد من دول العالم، على غرار ما حدث ويحدث في العراق وفلسطين وسوريا و ليبيا واليمن وغيرهم، كانت نتيجة ثقة مرتكبيها من إفلاتهم من العقاب، نظرا لعجز المحكمة عن التصدي للانتهاكات والجرائم الدولية التي تستهدف قواعد القانون الدولي الإنساني خاصة أثناء النزاعات المسلحة، الدولية منها والداخلية، مما جعل هذه الهيئة محل انتقاد من طرف فقهاء ورجال القانون الدولي، خاصة نظائها الأساسي الذي انطوى على الكثير من الثغرات القانونية والقيود التي تحول دون قيام هذه الهيئة بالمهام المرجوة منها.

Abstract:

Anyone who has followed international relations, and more precisely, the international criminal justice, it can be concluded and clearly, that the serious violations that occur in many countries of the world, along the lines of what has happened and is happening in Iraq, Palestine, Syria, Libya, Yemen, and others, were the result of the perpetrators the confidence of impunity, due to the inability of the court to address the violations and international crimes against the rules of international humanitarian law, especially during armed conflicts, international and internal, making this body has been criticized by scholars and men of international law, especially its statute, which involved a lot of legal gaps and constraints without this body do the desired tasks.

مقدمة:

تعتبر ولادة المحكمة الجنائية الدولية أمرا هاما على صعيد القانون الدولي الجنائي، ولا سيما في ما يتعلق بتقنين وتدوين العديد من القوانين الدولية الجديدة، خاصة وأن ما توصل له مشرعي النظام الأساسي للمحكمة جاء

* تاريخ إبداع المقال: 2017/04/19

تاريخ تحكيم المقال: 2017/05/01

بعد سلسلة امتدت لأكثر من قرن من الزمان لجهود حثيثة ومتوازنة في معالجة موضوع الجريمة، استدعت تشكيل العديد من المحاكم⁽¹⁾ للنظر في الجرائم الدولية، التي ارتكبت في حق الشعوب في تلك الفترة .

وبدخول النظام الأساسي للمحكمة حيز التنفيذ عام 2002 ضمن المجتمع الدولي أنه يعتمد فعليا على وجود آلية يفترض فيها أنها الأقدر على معاقبة مرتكبي أخطر الجرائم الدولية، إلا أنه وبعد مرور قرابة عقدين من الزمن على دخول هذا النظام حيز التنفيذ ، لم تزل الانتهاكات الخطيرة لحقوق الإنسان أولا والقانون الدولي الإنساني ثانيا⁽²⁾ تفوق كل التخييلات - نظرا لما ارتكب فيها من خرق معتمد وواضح لكل ما نصت عليه الاتفاقيات الدولية والقواعد التي تحكم الحروب والنزاعات في الوقت الراهن، وكان السبب في ذلك يكمن في النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية في حد ذاته، والذي شابته الكثير من الثغرات القانونية، إضافة إلى القيود العملية والواقعية التي تفرضها بعض الدول الكبرى على عمل المحكمة الجنائية الدولية .

إشكالية الدراسة:

تهدف المحكمة الجنائية الدولية إلى محاكمة مرتكبي الجرائم الدولية، إلا أن هناك معوقات تقف أما مسعى المحكمة، نشأت من الثغرات القانونية في النظام الأساسي للمحكمة، ومن المواقف السلبية لبعض الدول خاصة الكبرى منها، وما تعلق منها بتحديات الحصانة ومسألة السيادة الوطنية وغيرها. وعليه تكمن إشكالية الدراسة في التساؤل التالي:

ما هي معوقات تطبيق قواعد القانون الدولي الإنساني أمام المحكمة الجنائية الدولية ؟

ولأنه لا يمكن الإحاطة بكل هذه الثغرات والعوائق التي أثرت سلبا على تحقيق العدالة الجنائية وقوضت عمل المحكمة الجنائية الدولية، سنكتفي بدراسة أهمها من خلال تقسيمها إلى مبحثين، نتناول في المبحث الأول: العوائق الداخلية للمحكمة الجنائية الدولية التي تحول دون تنفيذ قواعد القانون الدولي الإنساني، ونتطرق في المبحث الثاني: للعوائق الخارجية .

المبحث الأول: العوائق الداخلية للمحكمة الجنائية الدولية في تنفيذ القانون الدولي الإنساني

رغم بناء آمالا كبيرة على إنشاء المحكمة الجنائية الدولية لتحقيق العدالة الجنائية الدولية، إلا أن نظامها الأساسي شابته مجموعة من العوائق الداخلية التي حالت دون تحقيق المحكمة لأهدافها. وتتمثل هذه العوائق في مجموعة الثغرات القانونية التي وردت في بعض النصوص التي اشتمل عليها النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية،

¹ - من المحاكم الجنائية التي أنشئت قبل دخول نظام روما حيز التنفيذ : محكمة نورنبورغ لمحاكمة مجرمي الحرب الألمان عام 1945 ، محكمة طوكيو لمحاكمة مجرمي الحرب اليابانيين عام 1946 ، ومحكمة يوغسلافيا السابقة في 1993/2/22 بموجب قرار مجلس الأمن رقم (93/808)، ومحكمة رواندا في 1994/11/08 بموجب القرار رقم (94/655) .

² - يهدف القانون الدولي الإنساني، والقانون الدولي لحقوق الإنسان إلى تحقيق هدف مشترك تتمثل في حماية الإنسان واحترام كرامته، مع أنها يختلفان من حيث طابعهما وأصلهما وتطورهما، فالقانون الدولي الإنساني هو القانون المطبق زمن النزاعات المسلحة، ويهدف إلى تحقيق غايات أكثر تعقيداً وتحديد مقارنة مع مفهوم حقوق الإنسان .

والتي تعيق المحكمة في أداؤها لاختصاصها (المطلب الأول)، بالإضافة إلى علاقة المحكمة بمجلس الأمن وهيئته على اختصاصها (المطلب الثاني).

المطلب الأول: العوائق المتعلقة باختصاص المحكمة الجنائية

وتتمثل أهم هذه العوائق فيما يلي:

الفرع الأول: إعاقة الطابع التعاهدي لنظام روما الأساسي مجال اختصاص المحكمة

يعتبر إنشاء المحكمة عن طريق معاهدة دولية من بين العوائق التي أثرت سلباً عن ممارسة المحكمة لاختصاصاتها في مواجهة الجرائم الدولية التي تثير قلق المجتمع الدولي، بحيث يترتب على الطبيعة التعاهدية لنظام روما الأساسي أن الدول غير ملزمة بالارتباط بهذا النظام رغماً عنها، فمسألة الموافقة والمصادقة والقبول والانضمام⁽¹⁾ إلى نظام روما خاضعة لرغبة الدول، كما يترتب على هذه الطبيعة أيضاً، إخضاع نظام روما لمبدأ نسبية المعاهدات، فالالتزامات المترتبة عنه تلزم فقط الدول الأطراف دون الدول غير الأطراف، وبذلك يسمح هذا الأسلوب بمنح فرصة واسعة للإفلات من العقاب عن الجرائم الدولية الخطيرة⁽²⁾.

وعليه، فتقرير اختصاص المحكمة بهذا الشكل في مواجهة الدول غير الأطراف فيه تناقض مع مبدأ عالمية العقاب في مواجهة الجرائم الدولية، والذي يسعى إليه نظام المحكمة، إذ قد لا تصادق على هذه المعاهدة إلا الدول التي لا تخشى أن يكون مواطنيها عرضة للمحاكمة أمام هذه الهيئة، مما يعني إفلات مواطني الدول غير الأطراف، وبالتالي لا يكون لهذه المحكمة فائدة، حيث تقف عاجزة إزاء الجرائم التي يرتكبها هؤلاء، كونها أنشئت بموجب معاهدة لا تلزم إلا الدول الأطراف، لأن المحكمة تختص بنظر الجرائم الواردة في نص المادة 5 عند وقوعها في إقليم إحدى الدول الأطراف سواء كان المعتدي من جنسية الدول الطرف أو من جنسية دولة أخرى، أما إذا كانت الدولة التي وقعت على إقليمها الجريمة ليست طرفاً في المعاهدة، فالقاعدة أن المحكمة لا تختص بنظرها إلا إذا قبلت تلك الدولة باختصاص المحكمة بنظر تلك الجريمة، وذلك تطبيقاً لمبدأ نسبية أثر المعاهدة⁽³⁾.

الفرع الثاني: تضيق نطاق اختصاص المحكمة الموضوعي

إضافة إلى الجرائم الأربعة الأساسية التي أعتمدها نظام روما الأساسي، أشارت المادة 5 من مسودة النظام الأساسي أيضاً إلى جرائم أخرى، تمثلت في جريمة الإرهاب، والجرائم المرتكبة ضد موظفي الأمم المتحدة والأفراد

¹ - تأتي مصطلحات الموافقة و القبول مرادفة لمصطلح التصديق، وذلك حسب اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات وفق المادة 14، أما الانضمام فهو إجراء يسمح للدول التي لم يسبق لها التوقيع على المعاهدة أن تصبح طرفاً فيها، وقد نصت على ذلك المواد: 1/2 ب والمادة 11 من قانون المعاهدات.

- لندة معمر يشوي، "المحكمة الجنائية الدولية المائمة واختصاصها"، الطبعة الأولى، دار الثقافة، 2008، الأردن، ص 117.

² - وهو ما حدث فعلاً بحيث بقيت الجرائم الإنسانية التي ترتكب ضد الفلسطينيين في دائرة الإفلات من العقاب، إذ لم تتمكن المحكمة من متابعة المسؤولين عنها، لأن إسرائيل ليست طرفاً في نظام روما.

³ - على عبد القادر القهوجي، "القانون الدولي الجنائي"، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية 2001 بيروت، ص 213.

المرتبطين بهم، وجرائم الاتجار غير المشروع بالمخدرات والمؤثرات العقلية والأسلحة فضلا عن الجرائم المحددة باتفاقيات دولية .

ورغم تضمين مسودة نظام روما لهذه الجرائم، إلا أنها لم تعتمد في الصيغة الحتمية، وهو ما يبين لنا بجلاء مسألة تغليب الاعتبارات السياسية والمصالح الشخصية على مصلحة المجتمع الدولي بأسره وإفراد بعض الدول بالقرار الدولي .

فعند انعقاد مؤتمر روما الدبلوماسي تم استبعاد جرائم جد خطيرة، مثل جريمة الإرهاب⁽¹⁾ التي أصبحت اليوم من أخطر الجرائم التي تهدد المجتمع الدولي بأسره، وكذا جريمة الاتجار بالمخدرات المؤثرات العقلية وكذا الاتجار بالأسلحة، وفي آخر المطاف وبانتهاء الصيغة النهائية لنظام روما تم تحديد اختصاص المحكمة بالجرائم الأربع المعروفة .

وبالرغم أن النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية فتح المجال للدول الأطراف لإضافة جرائم أخرى وفقا للمادتين (121، 123) إلا أن ذلك مقيد بعدد من الشروط التي من شأنها التضييق من إمكانية توسيع نطاق اختصاص المحكمة، وبالتالي سيتم استبعاد الكثير من الجرائم الخطيرة، كما يمكن الدول من عرقلة تطوير نظامها الأساسي، بل الأكثر من ذلك الحد من الدور الذي يمكن أن تلعبه في تعزيز فاعلية النظام القانوني الدولي⁽²⁾، إضافة إلى أن أي تعديل يطرأ على النظام الأساسي لن يكون ملزما إلا للدول الموافقة عليه، وهو ما نصت عليه المادة 5/121 من النظام الأساسي⁽³⁾ .

وإن كان الاختصاص الموضوعي للمحكمة الجنائية يمثل جوهر العلاقة بين المحكمة وقواعد القانون الدولي الإنساني، فكان الأجدر بالنظام الأساسي توسيع اختصاص المحكمة ليشمل جرائم جد خطيرة مثل جريمة الإرهاب، والاتجار غير المشروع بالأسلحة والمؤثرات العقلية، ولكن نظام روما ضيق من الاختصاص الموضوعي للمحكمة، لأن الاتجاه الغالب في مؤتمر روما رفض إدراج مثل هذه الجرائم على أساس أن تعريفها، غير نظرها، يثير الكثير من المتاعب، وأنه من الأفضل أن يكون الاختصاص محدود .

¹ - تم اقتراح إدراج جريمة الإرهاب من طرف الهند وتركيا ، أما جريمة الاتجار بالمخدرات والأسلحة فقد كانت من اقتراح دول أمريكا اللاتينية ، إلا أن هذه الاقتراحات لقيت معارضة شديدة انتهت بعدم إدراجها لصعوبة تعريفها .

² - محمد شريف بسيوني، "المحكمة الجنائية الدولية"، الطبعة الثالثة، نادي القضاة، القاهرة 2002، ص 500-502 .

³ - تنص المادة 5/121 من نظام روما الأساسي على أنه: (يصح أي تعديل على المادة 5 من هذا النظام الأساسي نافذا بالنسبة إلى الدول الأطراف التي تقبل التعديل، وذلك بعد سنة واحدة من إيداع صكوك التصديق أو القبول الخاصة بها. وفي حالة الدولة الطرف التي لا تقبل التعديل. يكون على المحكمة ألا تمارس اختصاصها فيما يتعلق بجريمة مشمولة بالتعديل عندما يرتكب هذه الجريمة مواطنون من تلك الدولة أو ترتكب الجريمة في إقليمها) .

الفرع الثالث: قصر اختصاص المحكمة على الجرائم المرتكبة بعد نفاذ نظامها الأساسي:

نظرا للرغبة في انضمام أكبر عدد من الدول لاتفاقية المحكمة الجنائية الدولية، تم تحديد اختصاص المحكمة بالجرائم التي ترتكب بعد سريان نظامها الأساسي⁽¹⁾، في حين أن مقتضيات العدالة الدولية الجنائية تقتضي- أن الجرائم الدولية الخطيرة المرتكبة ضد البشرية لا يمكن أن تتقادم، خاصة تلك التي ارتكبت في وقت قريب وبقي مرتكبوها بمنأى عن المساءلة والعقاب إلى حد الآن⁽²⁾.

وعليه، فقصر اختصاص المحكمة على الجرائم المرتكبة بعد نفاذ نظامها الأساسي يعني بالضرورة إفلات المجرمين من عقوبة أشنع الجرائم خطورة على البشرية، وهو أمر محبط للغاية خصوصا في حق ضحايا هذه الجرائم أو المتضررين منها الذين انتظروا وقتا طويلا معلقين آمالهم على إنصافهم من قبل هذه المحكمة، فأى ظلم أسوأ من هذا الظلم⁽³⁾.

الفرع الرابع: تمكين الدول من رفض اختصاص المحكمة فيما يتعلق بجرائم الحرب:

من أبرز العيوب والمآخذ التي تضمنها النظام الأساسي في مجال جرائم الحرب، الحكم الوارد في نص المادة 124 من نظام المحكمة، والذي يقر أنه يسمح للأطراف في النظام الأساسي الإعلان صراحة بعدم قبولها اختصاص المحكمة لمدة 7 سنوات من بدأ سريان هذا النظام عليها، وذلك في ما يتعلق بجرائم الحرب الواردة في نص المادة 8 من النظام الأساسي، عند حصول إدعاء بانتهاك مواطنين تابعين لتلك الدولة بارتكابهم جرائم حرب، وأن هذه الجرائم اقترفت على إقليمها⁽⁴⁾.

وعليه يعتبر نص المادة 124 من النظام الأساسي حكم انتقالي خطير في آثاره، إذ يترتب عليه استبعاد اختصاص المحكمة لفترة طويلة. وقد جاء النص باقتراح من فرنسا كأفضل تسوية، حيث عبرت الدول عن عدم رضاها على هذا الحكم الذي اعتبرته خيبة أمل كبرى أصيب بها مؤتمر روما، إذ أن وضع نظام جرائم الحرب يختلف عن النظام المطبق على الجرائم الأخرى يعطي الانطباع بأن جرائم الحرب ليست جسيمة كجسامة الجرائم الأخرى الواردة في النظام الأساسي رغم أنها الأكثر وقوعا. كما يمثل هذا الحكم الوارد بالمادة 124 من نظام المحكمة، والمعتمد في نهاية أعمال المؤتمر، تنازلا من جانب الدول المؤيدة لمحكمة جنائية دولية واسعة الاختصاص، لصالح الدول المحافظة التي بذلت كل ما في وسعها لتضييق اختصاص هذه الهيئة القضائية الجديدة، ونظرا لخطورة

¹ - في هذا الصدد نصت المادة 11 من نظام روما الأساسي على أنه:

(1- ليس للمحكمة اختصاص إلا فيما يتعلق بالجرائم التي ترتكب بعد بدء نفاذ هذا النظام الأساسي.

2- إذا أصبحت دولة من الدول طرفا في هذا النظام الأساسي بعد بدء نفاذه، لا يجوز للمحكمة أن تمارس اختصاصها إلا فيما يتعلق بالجرائم التي ترتكب بعد بدء نفاذ هذا النظام بالنسبة لتلك الدولة، ما لم تكن الدولة قد أصدرت إعلانا بموجب الفقرة 3 من المادة (12).

² - أحمد الحميدي، "المحكمة الجنائية الدولية"، الطبعة الأولى، مركز المعلومات والتأهيل لحقوق الإنسان، الجين، 2004، ص 125، 126.

³ - خالد بن عبد الله آل خليف الغامدي، "معوقات تطبيق القانون الدولي الجنائي أمام المحكمة الجنائية الدولية"، أطروحة دكتوراه، كلية الدراسات العليا، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، السعودية 2013، ص 113.

⁴ - على عبد القادر القهوجي، مرجع سابق، ص 327.

هذا النص وتأثيره على العدالة الدولية الجنائية، نادت العديد من الدول إلى إلغاء خاصة الدول المتحالفة لصالح المحكمة الجنائية الدولية⁽¹⁾.

الفرع الخامس: ضعف الجزاءات المقررة في النظام الأساسي للمحكمة

تطبيقاً لمبدأ شرعية الجرائم العقوبات حدد نظام روما الأساسي على سبيل الحصر- العقوبات الواجبة التطبيق ضد مرتكبي الجرائم الدولية، وهذا في المادة 77 منه⁽²⁾، مستبعداً أهم عقوبة والتي هي الإعدام. وإذا كان الاتجاه العام في المجتمع الدولي يطالب بإلغاء عقوبة الإعدام من القوانين الداخلية، على غرار ما قامت به بعض الدول، إلا أن الأمر يختلف بالنسبة للجرائم الدولية وبصفة خاصة الجدة خطيرة منها مثل جرائم الحرب، والجرائم ضد الإنسانية وجريمة الإبادة، ففضاء هذه الجرائم والوحشية التي تتم بها والنتائج الجسيمة التي تترتب عنها، تجعل الإبقاء على عقوبة الإعدام أمراً مبرراً ولو على سبيل التهديد والردع.

ولم يضع نظام روما الأساسي لعقوبة السجن شروط خاصة ولا حد أدنى وهو نفس الحال للغرامة، وهو ما يؤدي في بعض الأحيان إلى تفاوت العقوبات في جرائم مشابهة. وكما لم يتضمن نظام المحكمة الدولية أية إشارة للتعويضات التي يتم دفعها للمجني عليهم في الجرائم الدولية، إذ لا يكفي رد الأموال التي تم الاستيلاء عليها بصورة غير مشروعة، فقد يصيب المجني عليهم من جراء هذه الجرائم أضرار مادية ومعنوية جسيمة يستحقون عنها التعويض، فما هي الجهة التي تحدد مقدار هذا التعويض؟ ومن يتحمل فيه هذا التعويض؟ هل هم الأفراد الذين نتج الضرر عن أفعالهم أم الدولة؟⁽³⁾.

المطلب الثاني: همئة مجلس الأمن على اختصاص المحكمة الجنائية الدولية

أثارت علاقة مجلس الأمن بالمحكمة الجنائية الدولية، إشكاليات كثيرة أثناء مؤتمر روما، خاصة وأن مجلس الأمن هو أهم أعمدة الأمم المتحدة، فتضاربت وجهات النظر حول ذلك⁽⁴⁾، واستقر المؤتمر في النهاية، على إعطاء

¹ - تم اقتراح إلغاء نص المادة 124 من النظام الأساسي في إطار المؤتمر الاستعراضي الأول الذي انعقد في كيبالا العاصمة الأوغندية من 30-05 إلى 06-2010، بحيث عبرت الدول المتحالفة لأجل المحكمة الجنائية الدولية على إن إدماج هذه المادة في نظام روما الأساسي يضعف دور المحكمة في قمع الجرائم الدولية الأكثر خطورة، كما أنها لا تتطابق مع موضوع وهدف نظام روما في مكافحة الإفلات من العقاب لمرتكبي أخطر الجرائم الدولية، بينما عبرت دول أخرى على ضرورة الإبقاء على هذه المادة وانتهت المناقشة على الإبقاء على نص المادة 124 دون تعديل.

² - تمثل العقوبات الواردة في المادة 77 من نظام روما الأساسي في السجن لمدة أقصاها 30 سنة، والسجن المؤبد، والغرامة والمصادرة.

³ - على عبد القادر التهجوي، مرجع سابق، ص 293 و294.

⁴ - هناك اتجاه رفض أن يكون لمجلس الأمن الدولي أي دور في ممارسة المحكمة لاختصاصاتها، ذلك أن وجود مثل هذا الدور يمكن أن يؤدي إلى تسييس القضايا المعروضة على المحكمة، وإخراجها من الإطار القانوني السليم. ودعا اتجاه ثاني إلى إعطاء دور كبير للمجلس في كل ما يعرض على المحكمة، وكان هذا رأي الدول التي تملك سلطة واسعة داخل مجلس الأمن. بينما حاول اتجاه ثالث توخي الوسطية، حيث رأى إعطاء المجلس بعض الصلاحيات فقط. ينظر في هذا الصدد كل من:

- لندة معمر يشوي، مرجع سابق، ص 246. - لعبيدي الأزهر، "حدود سلطات مجلس الأمن في عمل المحكمة الجنائية الدولية"، دار النهضة العربية، القاهرة، 2010، ص 22.

- حازم محمد عتلم، "نظم الإحالة إلى المحكمة الجنائية الدولية"، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق جامعة عين شمس، العدد الأول، السنة 45، جانفي 2003، ص 124.

دور لمجلس الأمن وتمثل في منحه سلطة إحالة قضية إلى المحكمة وفقا لأحكام الفصل السابع من ميثاق الأمم المتحدة، وكذا منحه سلطة تعليق أو تأجيل النظر في قضية معينة أمام المحكمة لمدة 12 شهرا قابلة للتجديد.

ولقد كانت هذه السلطة الثانية هي التي أثارت أكبر الانتقادات أثناء مؤتمر روما، لأن من شأنه التعارض مع مبدأ استقلالية المحكمة، ولكن مع ذلك تم تمرير النص في المؤتمر وأخذ موضعه في النظام الأساسي بموجب المادة 13 بالنسبة لسلطة الإحالة، والمادة 16 بالنسبة لسلطة إرجاء وتعليق اختصاص المحكمة الجنائية .

أولا/ سلطة مجلس الأمن في الإحالة إلى المحكمة الجنائية الدولية

يجوز لمجلس الأمن الدولي وفقا للمادة 13/ ب من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية أن يحيل، متصرفا بموجب الصلاحيات الممنوحة له في الفصل السابع من ميثاق الأمم المتحدة، إلى المدعى العام للمحكمة أية حالة يبدو فيها أن جريمة أو أكثر من الجرائم التي تدخل في اختصاص المحكمة الجنائية الدولية قد ارتكبت⁽¹⁾. وذلك بغض النظر عن مكان ارتكابها، سواء ارتكبت على إقليم دولة طرف في النظام الأساسي للمحكمة أو على إقليم دولة غير طرف فيه، وبغض النظر أيضا عن جنسية مرتكبها، سواء كان مرتكبها من رعايا دولة طرف في النظام الأساسي للمحكمة أو كان من رعايا دولة غير طرف فيه .

واشترطت المادة السالفة الذكر ثلاث شروط حتى تصح الإحالة هي:

- 1- ارتباط الإحالة بالجرائم الواردة في المادة الخامسة من النظام الأساسي .
- 2- تصرف مجلس الأمن بموجب الفصل السابع من ميثاق الأمم المتحدة .
- 3- حالة يبدو فيها أن جريمة أو أكثر من هذه الجرائم قد ارتكبت .

ورغم ما تمثله السلطة الممنوحة لمجلس الأمن في مجال الإحالة للمحكمة الجنائية الدولية من أهمية خاصة، إذ تساهم في حفظ السلم والأمن الدوليين، إلا أن هذه السلطة تعد، إضافة إلى السلطات المخولة لهذا المجلس بمقتضى الفصل السابع من ميثاق الأمم المتحدة، في غير صالح المحكمة. إذ أن اضطلاع المجلس بهذه السلطة قد يكون من شأنه خضوع المجلس للاعتبارات السياسية، وهيمنة وسيطرة الدول الكبرى دائمة العضوية عليه باستخدام حق الفيتو، ضد كل ما يتعارض مع مصالحها أو مصالح الدول الموالية لها⁽²⁾، فيظل بالتالي مجلس

¹ - يعتبر قرار إحالة مجلس الأمن حالة إلى المحكمة الجنائية الدولية من المسائل الموضوعية، إذ يشترط فيه موافقة أغلبية تسعة من أعضائه من بينهم الدول دائمة العضوية فيه. وبذلك إذا ما تغيب إحدى هذه الدول الأخيرة أو امتنعت عن التصويت، فإن هذا قد يؤثر في فعالية المحكمة حول ممارسة اختصاصها القانوني على القضية المحالة إليها، لكن في النهاية يفعل هذا الاختصاص وتبقى مسألة ممارسته من عددها متعلقة بقناعة المحكمة. مدوس فلاح الرشيد، "آلية تحديد الاختصاص وانعقادها في نظر الجرائم الدولية وفقا لاتفاق روما لعام 1998" مجلة الحقوق، جامعة الكويت، السنة 27، العدد الثاني جوان 2003، ص 25، 26 .

² - ونضرب في هذا الصدد مثالين اثنين: الأول يتعلق بالوضع في الأراضي الفلسطينية المحتلة وما تعانيه من ويلات قوات الاحتلال الإسرائيلي، متبكية حقوق الإنسان على مرأى ومسمع من العالم، دون أن يحرك مجلس الأمن ساكنا ليحيل الجرائم الدولية التي ترتكبها إسرائيل، بعد دخول نظام روما الأساسي حيز التنفيذ، للمحكمة الجنائية الدولية بسبب استعمال الولايات المتحدة الأمريكية لحق النقض ضد أي قرار يعرض للتصويت في هذا الشأن. والثاني، هو عجز مجلس الأمن عن إحالة ما يحدث في سوريا، من مجازر وانتهاكات جسيمة لقواعد القانون الدولي الإنساني إلى المحكمة الجنائية

الأمن لا يستعرض سلطة الإحالة إلا ضد الدول الضعيفة حيث لم يحدث - وقد لا يحدث - وأن أحييت حالة إلى المحكمة الجنائية الدولية، تتعلق بجريمة ارتكبت في أراضي دول من الدول الخمس الكبرى المتمتعة بحق النقض مثلاً أو كان المتهم فيها من رعايا تلك الدول.

ثانيا- سلطة مجلس الأمن في إرجاء التحقيق أو المقاضاة :

إضافة إلى منح مجلس الأمن سلطة الإحالة وفقا للمادة 13/ب من النظام الأساسي من المحكمة الجنائية الدولية، فقد منحت المادة 16 من نفس النظام⁽¹⁾ مجلس الأمن سلطة أخرى تتمثل في السماح له بأن يطلب من المحكمة، طبقا للصلاحيات الممنوحة له بموجب الفصل السابع من ميثاق الأمم المتحدة، إرجاء أو تأجيل البدء أو حتى الاستمرار في إجراءات التحقيق أو المحاكمة في أي دعوى منظورة أمام المحكمة الجنائية الدولية لمدة سنة قابلة للتجديد⁽²⁾.

وقد آثار هذا النص مخاوف العديد من الدول لأنه يعطي مجلس الأمن سلطة مطلقة وغير خاضعة لأي قيد أو حدود بما يتمتع به من سلطة منع التحقيق أو الملاحقة أو وقفه مرارا أو تكرارا، من دون أن يكون للدول القدرة على منع التجديد. وتكمن خطورة هذه المادة في إدخال الجرائم الأكثر خطورة على المجتمع الدولي في المعادلة السياسية وإخراجها من المتابعة القضائية .

والملاحظ كذلك على صياغة المادة 16، أنها أشارت إلى البدء أو المضي- وهذا يعني أن المجلس يتمتع بسلطة طلب التأجيل في أي مرحلة تكون عليها الدعوى المنظورة أمام المحكمة، مما قد يؤدي إلى إهدار الأدلة وضياع آثار الجريمة وإحجام الشهود على الإدلاء بشهاداتهم، وهي مسائل تؤثر على سير التحقيقات، فضلا عن أنها غير محدودة بفترة زمنية بل أنها متاحة إلى أجل قد يكون غير مسمى. ولا يعني تحديد مدة التأجيل بفترة اثني عشر- شهرا، أنها محدودة، لأن المادة أجازت للمجلس تجديد هذه المدة لمرات غير محدودة. ومن جهة أخرى، فإن مجلس الأمن يحتاج إلى اتفاق جميع الأعضاء الدائمين فيه لاستخدام هذه السلطة، بحيث يمكن لدولة واحدة أن تسلب المجلس هذه السلطة بلعب ورقة الفيتو. وهذا ما يفسر تبعية المحكمة كهيئة قضائية جنائية لولاية مجلس

الدولية، وهذا نتيجة أيضا لاستعمال حق النقض من طرف روسيا والصين. وما كان هذا ليحدث لو أعطيت الجمعية العامة للأمم المتحدة سلطة الإحالة إلى المحكمة الجنائية الدولية، لأنه لا وجود لحق النقض فيها .

¹⁻ ومصدر حكم المادة 16 هو المادة 23 من مشروع لجنة القانون الدولي بشأن المحكمة الجنائية الدولية والتي تنص على أنه: (لا يجوز البدء في إجراءات المقاضاة الناشئة عن وضع يكون محل نظر مجلس الأمن باعتباره تهديدا أو إخلالا بالسلم الدولي أو عمل من أعمال العدوان بموجب الفصل السابع من الميثاق، ما لم يقرر مجلس الأمن خلاف ذلك).

²⁻ لقد ثار الخلاف حول المادة العاشرة من مشروع النظام الأساسي المعروض على المؤتمر الدبلوماسي، بالنسبة لحق النقض لمجلس الأمن فيما يخص الحالات المعروضة على المحكمة. إذ تضمنت هذه المادة خيارين، الأول يتعلق بعدم إمكانية البدء في المقاضاة من قبل المحكمة حالة تتعلق بالسلم والأمن البولين أو حالة عدوان، والتي هي محل نظر المجلس باعتبارها تهديدا أو خرقا للسلم أو تشكل عدوانا بمقتضى- الفصل السابع من الميثاق، دون موافقة مسبقة من مجلس الأمن. أما الخيار الثاني، فإنه يسمح لمجلس الأمن بمقتضى الفصل السابع من ميثاق الأمم المتحدة بإرجاء النظر في حالة معروضة أمام المحكمة وهذا لمدة 12 شهرا قابلة للتجديد، وهذا الخيار جاء نتيجة لاقتراح سنغافورة المقدم أثناء اجتماع اللجنة التحضيرية الرابع من 4 إلى 15 أوت 1997 .

الأمن باعتباره هيئة سياسية، وفي هذا تسييس للمحكمة في ظل نظام عالمي يفتقر إلى التوازن السياسي وتتحكم فيه القطبية الأحادية⁽¹⁾.

المبحث الثاني: العوائق الخارجية للمحكمة الجنائية الدولية في تنفيذ القانون الدولي الإنساني

بالإضافة إلى العوائق الداخلية التي تحول دون قيام المحكمة الجنائية الدولية بمهامها، والتي كانت سببا في إفلات الكثير من المجرمين من العقاب، هناك مجموعة من العوائق الخارجية يعتبرها البعض أكثر من تلك الثغرات الداخلية خطورة على عمل واستقلالية المحكمة الجنائية الدولية. وتمثل هذه العوائق في العوامل الخارجية التي تعيق المحكمة الجنائية الدولية في أدائها للمهام المخولة لها بموجب نظامها الأساسي، والمتمثلة في إشكالية التعاون الدولي والمساعدة القضائية وتحديات الحصانة والسيادة الوطنية (المطلب الأول)، بالإضافة إلى موقف بعض الدول من إنشاء المحكمة الجنائية (المطلب الثاني).

المطلب الأول: إشكاليات التعاون مع المحكمة وتحديات الحصانة والسيادة الوطنية

بما أن النظام الأساسي للمحكمة معاهدة دولية لا تلزم إلا أطرافها، فإن العائق الأكبر الذي يمكن أن يواجه المحكمة هو مسألة تعاون الدول غير الأطراف بالإضافة إلى تحديات الحصانة والسيادة الوطنية، وهو ما سنحاول التعرف عليه في الفروع التالية :

الفروع الأول: إشكالية التعاون الدولي مع المحكمة الجنائية الدولية

خص النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية الباب التاسع لاستعراض أحكام التعاون الدولي والمساعدة القضائية⁽²⁾، بحيث يعد التعاون مع المحكمة واجب ينطبق على جميع الهيئات القضائية الوطنية المختصة، سواء كانت مدنية أو عسكرية، وتحيل المحكمة طلبات التعاون عن طريق القنوات الدبلوماسية أو أي قناة أخرى مناسبة تحددها كل دولة طرف عند التصديق، أو عن طريق المنظمة الدولية للشرطة (INTERPOL).

أما في ما يخص الدول غير الأطراف في النظام الأساسي، فإنه لا يوجد نص صريح في النظام الأساسي يطلب منها التعاون مع المحكمة الجنائية الدولية، وبما أن نظام روما أنشأ بموجب اتفاقية دولية لا تلزم إلا أطرافها، فإن مسألة تعاون هذه الدول مع المحكمة أمر صعب، ومهما يكن فالمحكمة لا تملك صلاحية الترخيص لدولة طرف باستعمال القوة ضد دولة أخرى من أجل الحصول على التعاون.

ورغم أن المادة 87 من نظام روما تسمح للمحكمة أن تدعوا أي دولة غير طرف لتقديم المساعدة الواردة في الباب التاسع على أساس ترتيب خاص أو اتفاق مع هذه الدولة، إلا أن هذا الالتزام بالتعاون، لا يمكن اعتباره

¹ - مانع جمال عبد الناصر، "اتفاق انضمام الدول العربية إلى النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية"، مقال منشور بالموقع الإلكتروني التالي:

<http://www.legalarabforum.org/ar/node/287>

² - وتتخذ المساعدة القضائية عدة صور منها: تسليم المطلوبين، الإنابة القضائية، القبض على الأشخاص ووضعهم تحت الحفظ، نقل أو قبول إجراءات المراقبة، نقل صحف الحالة الجنائية، نقل أو قبول تنفيذ الأحكام القضائية، وهي الصورة التي أخذ بها النظام الأساسي للمحكمة الجنائية في بابه العاشر عندما نظم العلاقة بين المحكمة ودولة التنفيذ .

سوى التزام شكلي، حيث لم يتضمن النظام الأساسي النص على عقوبة فعلية يمكن تسليطها على الدولة الطرف، في إخلالها بالتزاماتها الناتجة عن الانضمام إلى نظام روما. بالإضافة إلى افتقار المحكمة لجهاز تنفيذي يتبعها، وعدم وجود بوليس قضائي جنائي دولي، الأمر الذي يشكل عقبة من شأنها أن تعرقل عمل المحكمة في متابعة مرتكبي الجرائم الدولية الداخلة في اختصاصها لضمان تنفيذ قواعد القانون الدولي الإنساني، وهنا يطرح التساؤل عن الآلية التي أوجدها النظام الأساسي للمحكمة لإلزام الدول الأطراف من جهة والدول غير الأطراف من جهة أخرى لتنفيذ قراراتها، خاصة وأن التعاون الدولي مع المحكمة لا يقتصر على تسليم المتهم بارتكاب الجرائم الدولية، ولكن قد يكون هذا التعاون في مسائل أخرى مثل تقديم الوثائق المتعلقة بالقضية، وتسهيل استدعاء الشهود وغيرها من صور التعاون .

الفرع الثاني: إشكالية الحصانة أمام المحكمة الجنائية الدولية

غالبا ما تثار مشكلة الحصانة عند رفع الدعوى ضد مرتكبي الانتهاكات الخطيرة لقواعد القانون الدولي الإنساني، بحيث يدفع المتهم بالحصانة التي يتمتع بها باعتباره من المسؤولين حاليا، أو من المسؤولين العموميين أو باعتباره دبلوماسيا، أو رئيسا حاليا أو سابقا للدولة، الأمر الذي يعد مخالف للنظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، خاصة نص المادة 27 من نظامها الذي يقر مبدأ عدم الاعتماد بالصفة الرسمية⁽¹⁾.

وعليه، فإن جمود المحكمة الجنائية الدولية للحد من الحصانات الدولية عند وقوع الجرائم الدولية تواجهها عدة صعوبات واقية أكثر منها قانونية. فمن جهة هناك ضعف في بعض مواد نظامها المرتبطة بالحصانة، بالإضافة إلى تعارض نص المادة 98 مع المادة 27 من نفس النظام. ونظرا لكثرة هذه العوائق المتعلقة بالحصانة سنكتفي بأكثرها تأثيرا على اختصاص المحكمة .

أولا - تعارض نص المادة 98 مع مبدأ الحصانة:

يبدو من نص المادة 98 أن المحكمة الجنائية الدولية لا تملك وسيلة مؤثرة ناجحة في إحضار المسؤولين عن الجرائم التي تدخل ضمن اختصاصها للمثول أمامها. فنص المادة 98 يفترض تواجد المشمولين بالحصانة من رؤساء أو قادة عسكريين أو غيرهم على إقليم دولة غير الدولة التي ينتمون إليها بجنسيتهم، وتطلب المحكمة من الدولة التي

¹ - نص المادة 27 من نظام روما الأساسي على أنه:

(1- يطبق هذا النظام الأساسي على جميع الأشخاص بصورة متساوية دون أي تمييز بسبب الصفة الرسمية. وبوجه خاص، فإن الصفة الرسمية للشخص، سواء كان رئيسا لدولة أو حكومة أو عضوا في حكومة أو برلمان أو ممثلا منتخبا أو موظفا حكوميا، لا تعفيه بأي حال من الأحوال من المسؤولية الجنائية بموجب هذا النظام الأساسي. كما أنها لا تشكل، في حد ذاتها، سببا لتخفيف العقوبة.

2- لا تحول الحصانات أو القواعد الإجرائية الخاصة التي قد ترتبط بالصفة الرسمية للشخص، سواء كانت في إطار القانون الوطني أو الدولي، دون ممارسة المحكمة اختصاصها على هذا الشخص).

يتواجدون فيها تسليم هؤلاء إليها⁽¹⁾، وحسب نفس المادة يتوجب على المحكمة الجنائية أن تطلب من الدولة التي يحمل المتهم جنسيتها التنازل عن حصانة هؤلاء المتهمين المعترف لهم بها حسب تشريعاتها الوطنية، فإذا رفضت ذلك لا تستطيع المحكمة أن تطلب من الدولة المتواجدين على إقليمها أن تتخلى عن التزاماتها بموجب الاتفاقيات الدولية المتضمنة احترام الحصانة، وبالتالي تضارب نص المادة 98 مع المادة 27 من نظام روما .

ثانيا- حالة تعدد الجنسية :

قد تتعدد المشكلة متى كان الشخص المطلوب لدى المحكمة الجنائية الدولية المتمتع بالحصانة مزدوج الجنسية، أي يحمل جنسية دولة تمنحه حصانة معينة، ويتواجد على إقليم دولة أخرى يحمل جنسيتها من دون أن تمنحه أية حصانة، فهل يمكن للدولة التي يتواجد على إقليمها أن تتعاون مع المحكمة الجنائية مباشرة دون انتظار حصول المحكمة على التعاون من جانب الدولة الأخرى، التي يتمتع بجنسيتها الثانية ؟ وما تمنحه له من حصانة ؟.

إن نص المادة 98 يقضي بجعل عيب الحصول على التعاون من الدولة التي تمنح الشخص هذه الحصانة وليس على الدولة الموجه إليها الطلب، ومن ثمة فلن تتمكن الدولة التي يقيم الشخص المطلوب على إقليمها من تقديمه إلى المحكمة الجنائية قبل الحصول على التعاون المشار إليه، والسبب في ذلك هو أن المادة 98 لم تفرق بين حالتي مزدوجي الجنسية .

ومن جانب ثاني، تبرز مشكلة أخرى لم تعالجها أحكام النظام الأساسي وهي مدى تقديم اللجوء إلى المحكمة الجنائية الدولية، في ضوء الاعتراف بحق اللجوء باعتباره من الحقوق السيادية الخالصة التي تنفرد فيها كل دولة بتنظيم القواعد التي يتم بموجبها منح أو رفض إعطاء هذا الحق لمن يطلبه .

الفرع الثالث : تحدي المحكمة لمسألة السيادة الوطنية

أثير موضوع السيادة الوطنية⁽²⁾ أثناء مؤتمر روما، ورأت بعض الوفود أن المحكمة الجنائية تبقى جهة أجنبية تمارس اختصاص هو أصلا من اختصاص المحاكم الجنائية الوطنية، لاسيما ما جاءت به المادة 4 من نظام المحكمة الجنائية الدولية، ونخص بالذكر وفود المجموعة الغربية.

فلما كان إنشاء المحكمة الجنائية الدولية يعني وجود سلطة قضائية دولية يفترض أنها أعلى مكانة من السيادة الوطنية، فقد خشيت العديد من الدول أن تنتزع منها هذه المحكمة سيادتها الوطنية، وكانت الحجة التي أبدتها معارضو إنشاء تلك السلطة القضائية، أن إنشاء المحكمة لا يتفق مع مبدأ السيادة لتعارضه مع مبدأ الاختصاص

¹ - ومن ذلك ما حصل إثر الغارة التي قامت بها الولايات المتحدة على ليبيا في 15 أبريل 1986 حيث أصيب أكثر من مئتي شخص من المدنيين بين قنصل وجرّاح، وقد رفع ضحايا الغارة دعوة أمام المحكمة الأمريكية ضد الرئيس الأمريكي آنذاك والعديد من المسؤولين المدنيين والعسكريين، إلا أن القضاء الأمريكي رفض الدعوى استنادا إلى أن المدعى عليهم يتمتعون بالحصانة .

² - تعرف السيادة بأنها " تلك السلطة التي تملكها الدولة ممثلة في هيئاتها العامة في مواجهة أشخاص القانون الدولي الأخرى، وهي التي تميز الدولة كوحدة سياسية قانونية على الصعيد الدولي عن غيرها من الكيانات كالأمم والقبائل، وعن غيرها من أشخاص القانون الدولي كالمُنظمات الدولية " . عبد الرحمن مصطفى سيد، " القانون الدولي العام"، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002، ص 303، 304 .

الجنائي الداخلي للدولة، خاصة أنه بإمكان القضاء الجنائي الوطني، من وجهة نظرهم، القيام بأعباء المحاكمة عن الجرائم الدولية⁽¹⁾.

ومن النصوص التي ترى هذه الدول أنها تتعارض مع سيادتها نص المادة 3/3 من النظام الأساسي الذي يميز للمحكمة أن تعقد جلساتها خارج مقرها عندما ترى ذلك مناسباً، وهذا يعني أن لها عقد جلساتها في دولة أخرى غير دولة مقر المحكمة مما يتعارض مع سيادة هذه الدولة بوجود محكمة أجنبية على أراضيها.

كما خولت المادة 1/54 المدعي العام بالتحقيق في الجرائم في إقليم إحدى الدول وأن يجمع أدلة الجريمة وأن يستجوب المتهمين والجاني عليهم والشهود على إقليم تلك الدولة...الخ.

غير أن التعلل بمسألة التدخل في الشؤون الداخلية والمساس بالسيادة هي تعليقات غير منطقية، باعتبار المحكمة الجنائية الدولية مؤسسة قضائية وليست إدارة سياسية تسعى للضغط السياسية والاقتصادية، بل أنها محكمة تتمتع بالاستقلالية، وبعض قوانينها مستمدة من القوانين المحلية، بالإضافة إلى هذا، ف نظام المحكمة الأساسي عبارة عن اتفاقية دولية يتحدد فيها المبدأ الأساسي في قانون المعاهدات، وهو مبدأ الرضائية، إذ أن الدول في هذه الحالة لا تتعامل مع محكمة أجنبية، بل تتعامل مع جهاز قضائي دولي شاركت في إنشائه كدولة طرف، وهذا ما دعمته الفقرة 9 من ديباجة النظام الأساسي بأن المحكمة تكون مكتملة للولايات القضائية الجنائية الوطنية⁽²⁾.

كما أن مفهوم السيادة المطلقة هو أمر لم يعد له وجود، ولا ينسجم مع التركيب الجديد للمجتمع الدولي والتنظيمات الدولية، إضافة إلى أن سيادة الدولة قد أصبحت مقيدة بقواعد القانون الدولي، حيث يعتبر قبول الدول الانضمام إلى الأمم المتحدة اعترافاً ضمناً من جانبها بالتنازل عن جزء من سيادتها، وهكذا لم يعد بالإمكان التذرع بمفهوم السيادة الذي لم يكن إلا محاولة لمنح الحصانة للرؤساء والقادة وكبار المسؤولين لهذه الدول، الذي غالباً ما ترتكب الجرائم الدولية بأمرهم أو بتغاض منهم⁽³⁾.

ونتيجة للتمسك بمبدأ السيادة والمبالغة في حمايتها، الذي يقترن في الغالب بسوء النية، تبقى كثيراً من الدول مصرة على عدم الاعتراف بالمحكمة الجنائية الدولية، وعلى رأسها الولايات المتحدة الأمريكية، وهذا ما نراه من خلال المطلب الثاني الآتي ذكره.

¹ - خالد بن عبد الله آل خليف الغامدي، مرجع سابق، ص 140، 141.

² - دحافى عبد السلام، التحديات الراهنة للمحكمة الجنائية الدولية في ظل هيئة مجلس الأمن، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو 2012، ص 104.

³ - سوسن تمر خان بكة، "الجرائم ضد الإنسانية في ضوء أحكام النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية"، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2006، ص 76.

المطلب الثاني: موقف بعض الدول من إنشاء المحكمة الجنائية

واجه النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية معارضة شديدة من بعض الدول التي كانت تسعى إلى عدم إنشاء هيئة قضائية دولية، مثل الولايات المتحدة وإسرائيل، هذا من جهة، ومن جهة ثانية، هناك بعض الدول، رغم أنه كان لها دور كبير في بلورة النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، إلا أنها لم تصدق على نظام روما لأسباب عديدة، فمنها ما هو متعلق بالمواءمة الدستورية المترتبة على التصديق، ومنها ما هو متعلق ببعض الجرائم التي تدخل في اختصاص المحكمة مثل الدول العربية، وهو ما سوف نتطرق له في الفروع التالية .

الفروع الأول : معارضة الدول الكبرى لإنشاء المحكمة الجنائية الدولية

أبدت بعض الدول الكبرى، ولاسيما تلك المسيطرة والمهيمنة على المصالح الدولية كالولايات المتحدة وإسرائيل وغيرهما، عدم استعدادها لتأييد إنشاء قضاء دولي جنائي دائم، لأنه إن وجد بالفعل فإنها بالتأكيد ستكون الأولى في قنص الاتهام، كما أن رؤساء هذه الدول غير مستعدين إطلاقاً لقبول هذه الفكرة ما دام أن مثولهم أمام هذا القضاء أمر وارد وإدانتهم ليست بالبعيدة إزاء انتهاكاتهم ضد قواعد القانون الدولي الإنساني بصفة عامة، وقواعد القانون الدولي الجنائي بصفة خاصة، ولاسيما وأن هذا القضاء ليس فيه حصانة لكبار موظفي هذه الدول ما داموا مجرمين⁽¹⁾.

وقد كانت الولايات المتحدة الأمريكية من أكبر الدول تحمسا لقيام قضاء جنائي دولي مقنن، من خلال إنشاء محكمة جنائية دولية، إذا ما كانت تحقق مصالحها بالدرجة الأولى⁽²⁾، ولكن بعد أن أدركت أنها لن تستطيع التحكم بقرارات المحكمة، كما أنها لن تستطيع استعمال حق النقض أمامها مما سيجعل مواطنيها عرضة للمساءلة، بادرت إلى التحايل على نظام روما والعمل على حماية مواطنيها من المثول أمام المحكمة الجنائية، وهذا من خلال بعض القوانين والاتفاقيات في هذا الصدد .

أولا : قانون حماية القوات المسلحة :

بتاريخ 30 سبتمبر 2002 سنت الولايات المتحدة الأمريكية هذا القانون باقتراح من (Jesse helms) رئيس لجنة الشؤون الخارجية في مجلس الشيوخ الأمريكي. ويقضي- هذا القانون بعدم تعاون المحاكم الأمريكية مع المحكمة الجنائية الدولية، والحد من مشاركة القوات الأمريكية في عمليات حفظ السلام الأممية، فضلا عن عدم استبعاد اللجوء إلى استعمال القوة لإطلاق سراح المواطنين الأمريكيين المحتجزين لديها .

¹ - حسن سعد، "الحماية الدولية لحق الإنسان في السلامة الجسدية"، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة 2004، ص 598 .

² - وقعت الولايات المتحدة الأمريكية على نظام روما الأساسي في عهد الرئيس بيل كلينتون بتاريخ 2000/12/31، ثم سحبت توقيعها بتاريخ 2002/05/06 في عهد الرئيس جورج دبليو بوش بحجة مساس هذا التوقيع بالأمن الوطني الأمريكي والمصالح الوطنية .

كما تضمن هذا القانون النص على منع المساعدات الأمريكية الاقتصادية والعسكرية عن الدول الأطراف في النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، وعدم جواز متابعة هذه المحكمة الجنائية الدولية المواطنين الأمريكيين لتعارض أحكام نظامها الأساسي مع الدستور الأمريكي.

ثانيا- اتفاقيات الحصانة والإفلات من العقاب:

لقد استغلت الولايات المتحدة الأمريكية الضعف الوارد في الفقرة الثانية من المادة 98 من نظام روما الأساسي، والتي تمنع المحكمة من مطالبة دولة بتسليم أشخاص متواجدين عن إقليمها طالما كان هذا الطلب يتعارض مع التزامات الدولة السابقة على توقيعها أو تصديقها على نظام روما، وتحايلت على هذا النص وفسرته بما يخدم مصالحها ثم عمدت إلى استغلال نص هذه المادة للحصول على حصانة لرعاياها عبر دفع دبلوماسيتها في العالم لخوض مفاوضات مع حكومات تلك الدول للتوقيع على اتفاقيات تعفي بموجبها رعاياها من تسليمهم لدى المحكمة الجنائية، وتطلب فيها الموافقة المسبقة على أي عملية تقديم لأحد رعاياها متهم بجرمة تدخل في اختصاص النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية⁽¹⁾.

الفرع الثاني : موقف الدول العربية من المحكمة الجنائية الدولية

يعتبر الانضمام أو المصادقة على النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية الخطوة الأولى التي يجب اتخاذها حتى يمكن للدولة أن تكون طرفاً فيه، وبالتالي العمل على بدء تنفيذ الالتزامات المترتبة عليها، إلا أن هناك بعض التخوفات التي مازالت تشعر بها الدول العربية تجاه الانضمام إلى المحكمة الجنائية الدولية بالرغم من المشاركة العربية الفاعلة في صياغة النظام الأساسي والصكوك الأخرى الملحقه. وكانت لجنة الدول العربية المنبثقة عن مجلس وزراء العدل العرب، قد أجرت تقييماً لمسألة التوقيع في اجتماعها بالقاهرة، حيث خلصت إلى توصية بالتوقيع على النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، ورفع الموضوع إلى مجلس وزراء العدل العرب وإلى الحكومات العربية لاتخاذ قرار مناسب بهذا الشأن في الوقت الذي تراه كل دولة مناسب.

والواقع أن هناك أسباب دفعت الدول العربية إلى عدم التصديق على النظام الأساسي للمحكمة الجنائية، حيث أن معظم الدول العربية تقع في دائرة العالم الثالث التي تخشى- من أن تستخدم المحكمة ضدها، باعتبارها دولاً تشتهر بارتكاب العديد من الجرائم اللاإنسانية مثل تعذيب المعارضين والقتل خارج القانون. بالإضافة إلى أن وتيرة التصديق كانت أسرع مما توقعته الدول العربية التي كانت تتوقع أن المحكمة لن تدخل حيز النفاذ قبل عشر-

¹ - بعد دخول النظام الأساسي للمحكمة حيز التنفيذ مباشرة، وفي حدود 2002 وصل عدد الدول التي دخلت في اتفاقيات ثنائية إلى حوالي 14 دولة، كانت أولها رومانيا التي وقعت اتفاقية مع أمريكا في (01 / 08 / 2002)، وفي (14 / 10 / 2003) وصل عدد الدول التي سارت على درب رومانيا إلى 60 دولة، من بينها عشرون دولة إفريقية، وتسع دول أمريكية، وستة دول من الشرق الأوسط والشرق الأدنى، و13 من الشرق الأقصى، و5 دول أوروبية، وسبع دول من أقيانوسيا، وحتى تاريخ (28 / 07 / 2004) وصل العدد إلى 90 دولة، وقد كانت مصر من الدول التي وقعت اتفاقية ثنائية مع الولايات المتحدة رغم أنها من الدول الموقعة على معاهدة روما، وكذلك المملكة الهاشمية الأردنية التي وقعت اتفاقية مع الولايات المتحدة الأمريكية رغم أنها من الدول المصادقة (16 / 12 / 2004). زياد عيتاني، "المحكمة الجنائية الدولية وتطور القانون الدولي الجنائي"، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2009، ص 282.

سنوات، إلا أنها فوجئت باكتمال النصاب المطلوب للتصديق قبل أن تجري الدول العربية التعديلات المطلوبة في قوانينها الوطنية بما لا يتعارض مع النظام الأساسي للمحكمة، أو ما يعرف بالمواثمة الدستورية، وهي إحدى أهم شروط الانضمام، إذ على الدول التي ترغب في الانضمام إلى المحكمة الجنائية أن تصادق عليها أيضاً، وعند التصديق يجب أن يكون النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية متناسبا مع دساتير الدول المنضمة وكذا تشريعاتها الداخلية حتى ينفذ النظام داخل هذه الدول .

لذلك على الدول التي تكون تشريعاتها مخالفة لنظام روما، وترغب بالانضمام، إحداث تعديلات دستورية لنفاذ النظام الأساسي فيها، وهنا تكمن صعوبة الأمر، ذلك أن التعقيدات التي يتطلبها إجراء تعديلات الدستور، خاصة فيما يتعلق بالحصانة الممنوحة للمسؤولين والتي لا يقرها نظام روما، كانت إحدى أبرز الأسباب التي أدت إلى اعتراض بعض الدول على النظام الأساسي وعدم التصديق عليه لغاية اليوم ومنها الدول العربية .

كما أنه من بين أسباب إجماع كثير من الدول، خاصة الدول العربية، المصادقة على نظام روما أن أوضاعها السياسية الداخلية غير مستقرة، بالإضافة إلى السلطة التي منحها نظام المحكمة إلى مجلس الأمن بإحالة القضايا أمام المحكمة، والتي غالبا ما تكون لاعتبارات سياسية .

خاتمة:

لقد حاولنا في الدراسة قدر المستطاع، الإلمام بالعوائق والقيود، سواء الداخلية منها أو الخارجية التي تحول دون قيام العدالة الجنائية الدولية من خلال المحكمة الجنائية الدولية، ونظرا لكثرة هذه العوائق و تداخلها تطرقنا إلى أكثرها تأثير على عمل المحكمة الجنائية حسب رأي أغلب فقهاء القانون الدولي والعرفين بذلك .

وتوصلنا في الأخير، إلى إبداء بعض الملاحظات والتوصيات التي نرى أنه من الأحسن لو تتبع، تتمثل فيما يلي:

1- إعادة النظر في المادة 16 من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية التي منحت مجلس الأمن سلطة إرجاء التحقيق والمقاضاة في أي حالة ما، لمدة 12 شهرا قابلة للتجديد دون أن تحدد عدد التجديدات، فهي مرة واحدة أو عدة مرات، وهذا ما قد يجعل القضية المرفوعة أمام المحكمة الجنائية الدولية لعبة في يد مجلس الأمن يرجئ التحقيق فيها حسب هواه على الرغم من الشروط الموضوعية للإرجاء، وهذا نظرا للهيمنة الأمريكية على مجلس الأمن واستئثارها فعليا بمعظم قراراته. كما أن هذه المادة لم تحدد تاريخ ميعاد بدء مدة 12 الشهر، هل تكون من تاريخ تقديم الطلب أو من تاريخ صدور القرار بذلك من قبل مجلس الأمن، وهذا ما ينبغي تحديده لأهميته .

2- إعادة النظر في أحكام المادة 77 التي حددت العقوبات التي تقضي بها المحكمة الجنائية الدولية، وتضمنها عقوبة الإعدام، لأن جسامته وبشاعة الجرائم التي تدخل في اختصاص المحكمة، لن يكون لها رادع ولا مقابل إلا الإعدام .

3- مراجعة نص المادة 98 من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، والذي ينقض تماما ما أورده نص المادة 27 بشأن عدم الاعتراف بالحصانة، والنتيجة المترتبة على ذلك تؤدي إلى إفلات الكثير من المجرمين من المسؤولية .

4- إلغاء نص المادة 124 من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية حول تعليق اختصاص المحكمة بالنظر في جرائم الحرب لمدة 7 سنوات بالنسبة لأي دولة تنضم للمحكمة، لأنها لا تشكل حكما انتقاليا يشجع الدول على الانضمام إلى المحكمة، كما رأى البعض، بل تشكل ذريعة للإفلات من العقاب أمام المحكمة، وهذا ما من شأنه التشكيك في مدى فاعلية هذه المحكمة .

5- ينبغي على الدول الأطراف في نظام روما الأساسي ألا توقع أو تصادق على اتفاقيات الإفلات من العقاب مع الولايات المتحدة، و ألا ترفض اعتقال الأشخاص المتهمين من جانب المحكمة الجنائية الدولية أو تقديمهم إليها، لأنها بذلك تكون قد خرقت التزاماتها المترتبة على مبدأ التكامل، كما هو مجسد في الديباجة، وفي المادتين 1 و17 من نظام روما الأساسي، وكذا التزاماتها بالتعاون مع المحكمة، كما هو منصوص عليه في المواد 27، 86، 87، 89، 90، من نفس النظام. هذا من جهة ومن جهة أخرى، يتعين على المحكمة الجنائية الدولية عدم الاعتراف باتفاقيات الإفلات من العقاب التي أبرمتها الولايات المتحدة، والسير بشكل طبيعي في إجراءات الاتهام والمحاكمة لأي رئيس أو قائد - مدني أو عسكري - يحمل الجنسية الأمريكية ارتكب جريمة دولية، لكون هذه الاتفاقيات هي إفراغ لاتفاقية روما من محتواها وتجاوز لأحكامها. كما أن اتفاقية روما، وباعتبارها اتفاقية جماعية، يجب أن تسمو على جميع الاتفاقيات الثنائية التي تخالفها .

6- ينبغي على دول العالم الثالث، وخاصة الدول العربية، تعديل تشريعاتها العقابية، وفقا لما يقتضيه النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، وخاصة تعداد الجرائم الدولية بكافة أركانها وتضمين القواعد المتعلقة بمحاكمة الرؤساء والقادة، التي تكاد تكون منعدمة في الدول العربية. ثم التصديق على النظام الأساسي للمحكمة الدولية لتمكين من متابعة مرتكبي الجرائم الداخلة في اختصاص المحكمة أمام محاكمها، الأمر الذي يمنعها من أن تكون ضحية لقرارات مجلس الأمن الجائرة على غرار التجربة السودانية. إضافة إلى أن إدراج الجرائم الدولية ضمن التشريعات الداخلية لهذه الدول، وتقرير العقوبات اللازمة لها حتى وإن كانت مخالفة لتلك التي وردت في النظام الأساسي، يساعد على سد أوجه القصور التي شابت هذا النظام. حيث أن العقوبات التي ستطبقها محاكم هاته الدول وخاصة إذا تضمنت الإعدام، ستكون رادعا لمن تسول له نفسه ارتكاب مثل هذه الجرائم خصوصا وأن النظام الأساسي لا يعارض فكرة إدراج عقوبات أقسى من التي أوردها وفق المادة 80 .

سلطة الضبط السمعي البصري بين مهام تشجيع النشاط ومقتضيات المراقبة*
 د/ بوراس عبد القادر- أستاذ محاضر "أ"- جامعة ابن خلدون- تيارت
 بن بوعبد الله فريد - طالب دكتوراه تخصص قانون عام- جامعة ابن خلدون- تيارت

الملخص:

تعتبر عملية ضبط النشاط السمعي البصري في المجال الإعلامي من أهم المسائل التي تثير اهتمام رجال الإعلام من أجل الحصول على نشاط إعلامي نوعي واحترافي بعيد عن الممارسات السمعية البصرية التي تسيء إلى العمل الإعلامي الهادف ومن أجل ذلك تم إنشاء سلطة ضبط وفقا للقانون 04/14 المتعلق بالنشاط السمعي البصري تسمى سلطة ضبط السمعي البصري وفقا للمادة 52 منه وعليه نخصص هذه الورقة البحثية من أجل تناول سلطة الضبط هذه من حيث تكوينها وطريقة عملها ودورها في مجال الضبط الإعلامي

Résumé :

Il ne fait aucun doute que l'activité audiovisuel dans les média est l'un des plus importants sujets de préoccupation pour les média, a fin d'obtenir l'activité de média et de l'autorité professionnelle et il a été établi ajustée en fonction de la loi 14/04 sur l'activité audiovisuelle et donc on a consacré cet article a remédier a cette autorité de régulation de l'audiovisuelle en terme de son mode de fonctionnement et de composition et de son rôle dans le domaine du control des média.

مقدمة

لا يختلف اثنان في كون أن حرية ممارسة النشاط السمعي البصري تعتبر من الضرورة بمكان في إطار الرقي بحقوق الإنسان لاسيما ما تعلق منها بحرية التعبير والتداول المعرفي، بل تعد من مؤشرات الدول المعاصرة والريادية في مجال الإعلام، كما أن موضوع النشاط السمعي البصري قد أسال محابر الإعلاميين والمفكرين على مدار التاريخ القديم والحديث في سبيل تأطير هذا النشاط وتوجيهه التسليم الذي قوامه الحفاظ على المقومات الوطنية والاستثمار في اللغة، واحترام الأخلاقيات السامية التي يفرضها واجب التحلي بالاحترافية.

و نظرا للمهام النبيلة التي يجب يقدمها رجل الإعلام بمختلف أنواعه ونخص بالذكر الجانب السمعي البصري في إطار ترقية المجتمع والعمل على المعالجة الموضوعية لمختلف جوانب الحياة، فإن الإرادة السياسية عملت جاهدة على إيجاد مناخ مناسب لممارسة النشاط السمعي البصري وتوج ذلك قيام السلطة التشريعية بإصدار القانون 14/04 الخاص بالنشاط السمعي البصري الذي صادق عليه البرلمان في نهاية شهر يناير وصدر في العدد 16 من الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية ل23 مارس 2014 يحتوي على 113 مادة تنظم قطاع السمعي البصري

* تاريخ إيداع المقال: 2017/01/19

تاريخ تحكيم المقال: 2017/02/07

بالجزائر وقد أكد في مجمله على الاحترافية ومبدأ المساواة وغيرها من المبادئ التي ترتبط بالواقع السياسي العام وحتى بالواقع الإعلامي أيضا.

ولا شك أن الكثير من المهتمين بالافتتاح السمي البصري كان ينتظر أن يصدر القانون المتعلق بالقطاع لكن المفارقة العجيبة أن توجد قنوات فضائية جزائرية تنشط في الجزائر وتبث برامجها إلى المشاهد الجزائري قبل أن يصدر القانون المتعلق بالنشاط السمي البصري، ويسمح لها بذلك بطريقة رسمية بعيدا عن الناحية القانونية وكأن الأمر يتعلق بأمور عرفية، يتطلب الأمر بالدرجة الأولى إرادة سياسية من قبل المسؤولين وكذلك إرادة إعلامية من قبل المهنيين، وللإشارة فإنه على الرغم من مرور عامين على صدور القانون العضوي المتعلق بالإعلام، فإن المستفيدين من الفوضى الإعلامية يضغطون في الاتجاه الذي يدفع إلى خلق المزيد من الفوضى في القطاع وأن العشرات منهم من منتحلي مهنة الصحافة تفتنوا في نقل الفوضى إلى القطاع السمي البصري الذي أصبح هو الآخر مرتعا للفساد المهني والمالي. واستفاد هؤلاء من الربيع الإعلامي غير المشروع والممارسة الإعلامية المخرفة لأن الشفافية والمهنية والاحترافية سوف تقضى على مصالحهم المادية التي اكتسبوها بطرق غير شرعية وغير قانونية.

وفقا لنص للمادة 54 من القانون 14/04 فإن سلطة ضبط السمي البصري تسهر على حرية ممارسة النشاط السمي البصري ضمن الشروط المحددة في هذا القانون والتشريع والتنظيم ساري المفعول والسهر على عدم تحيز الأشخاص المعنوية التي تستغل خدمات الاتصال السمي البصري التابعة للقطاع العام وضمان الموضوعية والشفافية، كما أنها معنية أيضا بالسهر على ترقية اللغتين الوطنيتين والثقافة الوطنية".

وتتمتع سلطة ضبط السمي البصري قصد أداء مهامها بصلاحيات في مجال الضبط والمراقبة والاستشارة وتسوية النزاعات حددها القانون في مادته 55. وتشير نفس المادة إلى أن السلطة مكلفة بدراسة طلبات إنشاء خدمات الاتصال السمي البصري وتبث فيها علاوة على تخصيص الترددات الموضوعة تحت تصرفها من طرف الهيئات العمومية المكلفة بالثبث الإذاعي والتلفزي من أجل إنشاء خدمات الاتصال السمي البصري الأرضي في إطار الإجراءات المحددة في هذا القانون وفي مجال المراقبة تسهر سلطة ضبط السمي البصري على احترام مطابقة أي برنامج سمعي بصري كيفما كانت وسيلة بثه للقوانين والتنظيمات سارية المفعول وضمان احترام الحصص الدنيا المخصصة للإنتاج السمي البصري الوطني والتعبير باللغتين الوطنيتين. وعليها أيضا أن تمارس الرقابة بكل الوسائل المناسبة على موضوع ومضمون وكيفيات برمجة الحصص الإشهارية.

ومن أجل ذلك خصصنا هذه الورقة البحثية لمعالجة مهام المراقبة والضبط والاستشارة الموكلة لسلطة الضبط السمي البصري والتي تم تقسيمها إلى محورين على الشكل التالي:

المبحث الأول: النظام القانوني لتنظيم سير سلطة الضبط السمعي البصري :

لاشك أن قانون الإعلام رقم 05/12⁽¹⁾ يعتبر مرجعا أساسيا في تحديد المبادئ والقواعد التي تحكم ممارسة النشاط الإعلامي والصحفي لكونه أسس مرحلة جديدة تقوم على عصرنة قطاع الإعلام تحترم من خلالها حرية ممارسة الصحافة طبقا للقانون⁽²⁾، وتضمن من خلالها حرية ممارسة الصحافة طبقا للقانون وتضمن من خلالها الحماية لرجل الصحافة والإعلام بما في ذلك تعزيز مكانة وترقية حقوقه التي كانت قبل صدور هذا الإعلام غامضة وغير منظمة، وكثرة لهذا القانون تم إصدار القانون 04/14 المتعلق بالنشاط السمعي البصري⁽³⁾ الذي نظم نشاطا هاما يحتل أهمية بارزة في مجال الإعلام، وهو النشاط السمعي البصري من خلال تحديد خدماته في القطاعين العام والخاص وتوفير الجو المناسب لممارسته في إطار القانون بما يحقق الاستقرار والرقى في هذا المجال.

وحرصا من المشرع الجزائري في إطار العمل على تنظيم النشاط السمعي البصري وتأطير خدماته تم تأسيس سلطة ضبط مستقلة ذات طابع إداري تسمى سلطة ضبط السمعي البصري⁽⁴⁾ بموجب المادة 52 من القانون 04/14 والتي من خلالها تم توضيح مهام هذه السلطة وطريقة تشكيلها وعملها ونجزها فيما يلي :

المطلب الأول: النشأة القانونية لسلطة ضبط السمعي البصري

باعتبار أن سلطة ضبط السمعي البصري من بين الأجهزة المستحدثة في ميدان الضبط عموما، فإنه يقع لزاما على الباحث في هذا المجال قبل المرور إلى دورها في ضبط جراح النشاط السمعي البصري من الممارسات غير المهنية أو غير الاحترافية في بعض الأحيان الإحاطة بها من حيث تأسيسها ونشأتها وضوابط العضوية فيها وما ينجر عن ذلك من آثار قانونية، وعليه تم تقسيم هذا المطلب الى ما يلي من فروع:

الفرع الأول: تشكيلة سلطة ضبط السمعي البصري :

طبقا لأحكام المادة 57 من القانون 04/14 المتعلق بالنشاط السمعي البصري تم تأسيس سلطة ضبط تهتم بالسهر على ضرورة ممارسة النشاط في إطار القانون والتشريعات المعمول بها في هذا المجال ووفقا لنص المادة 57 فان سلطة ضبط السمعي البصري هي سلطة معينة تكون من 09 أعضاء بموجب مرسوم رئاسي كما يلي:

¹ - قانون الإعلام هو قانون عضوي صادر بتاريخ : 2012/01/12 تحت رقم : 2005/12 على أعقاب إلغاء القانون السابق رقم : 07/90 المؤرخ في 13 أبريل 1990 والملاحظ أنه ينتمي إلى مجموعة القوانين العضوية على نقيض القانون السمعي البصري.

² - يقصد بالنشاط الإعلامي في مفهوم القانون العضوي على نشر أو بث الوقائع والأحداث أو الرسائل أو آراء أو أفكار أو معارف عبر أي وسيلة مكتوبة أو مسموعة أو متلفزة أو الكترونية تكون موجهة للجمهور أو لفئة منه.

³ - القانون المتعلق بالنشاط السمعي البصري رقم 04/14 الصادر في : 2014/02/04 يتعلق بتنظيم المجال السمعي البصري الذي يقصد به كل عمل سمعي بصري ماعدا الأعمال السينمائية والجرائد والحصص الإعلامية والمنوعات والألعاب والبرامج الرياضية المعادة والإعلانات الإشهارية والافتناء عبر التلفزيون .

⁴ - أن الدور الجديد للدولة الذي أصطلح على تسميته بالضبط كرس من الناحية المؤسساتية القانونية بعد انسحاب الدولة وظهور شكل جديد وظيفي ينوب عن الدولة في مهامها الرقابية لمختلف النشاطات والمرافق، وهذا الشكل لم يكن معهودا سابقا سمي بسلطة الضبط autorité régulation وهي سلطة مستقلة لها دور حيادي عن الإدارة والسلطة السياسية، مهامها العمل على المراقبة ومطابقة أي نشاط مع القانون تعبر عن إرادتها بموجب قرارات إدارية تخضع للرقابة القضائية.

- 05 أعضاء من بينهم الرئيس يختارهم رئيس الجمهورية.
- عضوان يقترحهما رئيس مجلس الأمة.
- عضوان يقترحهما رئيس المجلس الشعبي الوطني.

أهم ما يلاحظ على هذه العضوية⁽¹⁾ أنها تخضع لسلطة عليا في تعيينها، وهي مجبرة على عرض تقاريرها بخصوص النشاط السمي البصري أمام رئاسة الجمهورية باعتبارها سلطة التعيين، الأمر الذي لم يعكس آمال وتطلعات رجال الإعلام والصحافة الذين كانوا يطمحون إلى أن تكون مثل هذه اللجنة مستقلة استقلالاً تاماً، ولا تخضع إلا للقانون كما كان من الأجدر أن تكون منتخبة خاصة في الجزئية المتعلقة بالرئيس رغم أن المادة 58 أكدت على استقلالية هذه السلطة استقلالية مطلقة، ويتنافى مبدأ استقلالية سلطة الضبط مع ما يسمى بالانقياد لسلطة التعيين⁽²⁾ وتحدد عهدة أعضاء هذه السلطة بستة سنوات (06) غير قابلة للتجديد.

الفرع الثاني: حالات التنافي بخصوص أعضاء سلطة ضبط السمي البصري :

بالرجوع إلى أحكام القانون 04/14 فإن أعضاء سلطة الضبط لا يجوز أن يمارسوا إلى جانب المهام الموكلة إليهم في إطار الضبط أي وظيفة عمومية أو نشاط مهني أو مسؤولية تنفيذية، كما تتنافى وظائفهم مع كل عمل برلماني⁽³⁾ عملاً بأحكام المادة 61 من ذات القانون، كما تتنافى العضوية في هذه السلطة مع ممارسة أي نشاط له علاقة بالجال السمي البصري حتى بعد انقضاء مدة العهدة لمدة سنتين⁽⁴⁾، وأي مخالفة لأحكام التنافي تقع تحت طائلة الاستخلاف الإجباري بناء على اقتراح الرئيس وموافقة سلطة التعيين، إضافة إلى ذلك يمنع على أي عضو من أعضاء السلطة أن يتقاضى أتعاباً أو أي مقابل آخر غير ذلك المتعلق بمهامه هذه⁽⁵⁾ ولعل العبرة من التنافي كضابط في مجال العضوية هو ضرورة التفرغ إلى العمل الجدي في مجال الضبط ومتابعة جميع أنواع

¹ سلطة الضبط السمي البصري هي سلطة إدارية مستقلة يتم اختيار أعضائها لعهددة تمتد إلى 6 سنوات غير قابلة لتجديد أعضاؤها يختارون بناء على كفاءتهم وخبرتهم واهتمامهم بالنشاط السمي البصري وغالباً ما يكونون من مجال الإعلام، وفي الجزائر تم تنصيب السيد زواوي بن حمادي من طرف الوزير الأول سابقاً عبد المالك سلال وكان ذلك في 2016/06/21 خلفاً للسيد ميلود شرفي.
-حفي عبد الله، السلطات الإدارية المستقلة، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، دولة مصر- العربية، القاهرة، سنة 2000، ص: 115.

² إن مصطلح السلطات الإدارية المستقلة لم يعتمد بشأنه تعريفاً توافقياً بصفة مطلقة وذلك يعود لغياب نظام قانوني موحد للسلطات الإدارية المستقلة، وما يمكن استنتاجه من المصطلح هو أن سلطة الضبط تعتبر من أشكال السلطة الإدارية كما أنها تتميز بالاستقلالية وهو المبرر الرئيسي لإنشائها بمعنى غياب أي رقابة سلمية أو وصائية، كما تتمتع بالشخصية المعنوية.

³ حالات التنافي الخاصة بالأعضاء يستثنى منها المهام المؤقتة في التعليم العالي والإشراف في البحث العلمي.

⁴ المادة 10 من الأمر 01/07 المتعلق بمجالات التنافي والالتزامات الخاصة ببعض المناصب والوظائف المؤرخ في 2007/03/01.

⁵ حالة الاستخلاف يتابع بشأنها عملاً بأحكام المادة 68 ما يتبع بشأن كفاءات التعيين المنصوص عليها في نص المادة 57.

- ناصر لباد، السلطات الإدارية المستقلة، إدارة، الجزائر، العدد الأول، طبعة 2001، ص: 36.

النشاط السمي البصري خاصة أمام كثرته وتنوعه لاسيما في إطار خوصص القطاع وما يفرضه ذلك من تحديات في سبيل الحفاظ على توازن الحقوق والحريات والمصالح داخل المجتمع.

كما يمنع على الأعضاء أن يمتلكوا مصالح في مؤسسات تعمل في مجال الإعلام طيلة شغلهم لهذا المنصب وهذا ما يوافق نص المادة 64 من القانون 04/14 وتستمر حالة التنافي حتى بعد انتهاء عهدة الأعضاء لمدة سنتين يمنع خلالها ممارسة أي نشاط له علاقة بالمجال السمي البصري ولعل الحكمة في ذلك ضمان الحياد لدى الأعضاء وعدم التعليق على قراراتهم السابقة التي تم اتخاذها.

كما تعتبر من حالات التنافي أي مانع مؤقت يصيب رئيس سلطة ضبط السمي البصري لأي سبب كان (قانوني، مادي) بحيث تسند الرئاسة وفقا لما تم الاتفاق عليه بين الأطراف عملا بالتنظيم الداخلي الذي تم المصادقة عليه من طرف سلطة الضبط قبل الشروع في أداء مهامها، وهذا ما جاء في نص المادة 48 من قانون 04/14 وإذا استمر المانع بأن أصبح دائما فانه وفقا لنص المادة 85 من ذات القانون تسند الرئاسة مؤقتا للعضو الأكبر سنا من بين الأعضاء شرط احترام المادة 57 بأن يكون من بين الخمسة المختارين من طرف رئيس الجمهورية على أن يتم تعيين رئيس جديد وفقا للأحكام السابقة في اجل أقصاه 06 أشهر.

الفرع الثالث: عوارض العضوية:

إن ممارسة المهام ضمن سلطة ضبط السمي البصري قد تصطدم ببعض العوارض التي من شأنها الحلول دون استمرارية العضو في هذه السلطة، بحيث انه في حالة شغور منصب أي عضو لأي سبب كان يتم استخلافه وفقا لطريقة التعيين السابق ذكرها وفقا للمادة 57، بشرط أن يمارس العضو الجديد مهامه للمدة المتبقية فقط من العهدة، وأية مخالفة لحالات التنافي المنصوص عليها سابقا من طرف أي عضو يترتب عليها بعد اقتراح رئيس سلطة الضبط استخلافه⁽¹⁾.

كما يعتبر من عوارض العضوية انقطاع العهدة لأي سبب كان لمدة تتجاوز 06 أشهر وفي هذه الحالة يتم الاستخلاف طبقا للأحكام السابقة، وأن العضو المستخلف يمارس مهامه للمدة المتبقية فقط.

المطلب الثاني: طريقة عمل سلطة ضبط السمي البصري

بعد الإشارة إلى التكوين القانوني لسلطة ضبط السمي البصري يصير ضروريا التطرق الى طريقة عمل هذه السلطة من خلال إبراز كيفية اتخاذ القرار فيها، وما يفرضه ذلك من التزامات على عاتق أعضائها ثم نخلص الى الحديث عن مختلف مصالحها الأساسية وأحكامها المالية كما يلي:

¹ -حفاظا على سمعة أعضاء السلطة وأبعادا لشبهة الفساد أو في سبيل أن لا تكون العضوية مصدرا للثراء يستوجب طبقا لنص المادة 62 من قانون 07/14 أن يصرح أعضاء سلطة ضبط السمي البصري بالملكات والمداخل الخاصة بهم أمام السلطة المختصة، ولعل ذلك يعتبر امتدادا إلى عملية التطهير الإداري للإدارة من الفساد والتي توج بالقانون 01/06 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته.

الفرع الأول: التزامات أعضاء سلطة السمعى البصري:

يلتزم أعضاء سلطة الضبط خلال مدة عهدهم طبقاً للمادة 66 من القانون 04/14 بالسـر- المهني بشأن الوقائع والأعمال والمعلومات التي تم الاطلاع عليها بمناسبة أداء مهامهم تحت طائلة جنحة إفشاء السـر- المهني، الفعل المنصوص والمعاقب عليه طبقاً لنص المادة 301 من قانون العقوبات⁽¹⁾ التي تعاقب المؤتمنين بحكم الواقع أو المهنة أو الوظيفة الدائمة أو المؤقتة على أسرار أدلي بها إليهم وأفشوها في غير الحالات التي يسمح بها ذلك بالحس من 01 شهر إلى 06 أشهر وبغرامة من 500 دج إلى 5000 دج.

كما يلتزم أعضاء سلطة ضبط السمعى البصري طيلة أداءهم لمهامهم وكذا في السنتين الموالتين لانتهاؤها بالامتناع عن اتخاذ أي تصرف أو موقف تجاه المسائل أو القضايا التي حصل التداول بشأنها ويدخل في ذلك حتى تلك المسائل التي قدموا بشأنها رأياً استشارياً.

الفرع الثاني: قرارات سلطة الضبط:

باعتبار أن سلطة الضبط السمعى البصري هيئة إدارية مستقلة فإنها تعتمد أسلوب المداولات في إصدار قراراتها ويشترط طبقاً لنص المادة 181 لصحة المداولات أن تتم بحضور 05 أعضاء على الأقل وأن تتم باللغة العربية والغريب في الأمر أنه لم يتم التطرق ضمن أحكام القانون 04/14 لواجب الالتزام بسرية المداولات والغالب في الأمر أن تكون كذلك وفقاً للقواعد العامة.⁽²⁾

وبناء على المداولات التي تجري بشأن المسائل المعروضة على السلطة الضبط يتم اتخاذ القرارات بالأغلبية المطلقة للأعضاء الحاضرين وأنه في حالة التساوي يكون صوت الرئيسى مرجحاً .

¹ - طبقاً لنص المادة 69 من قانون 04/14 فإن من موانع العضوية وعوارضها صدور حكم جزائي ضد أي عضو من الأعضاء بعقوبة سالية للحرية أو محلة بالشرف ويتم الاستخلاف وفقاً للأحكام المادة 57 المشار إليها سابقاً.

² - قانون العقوبات الجزائري الصادر بموجب الأمر رقم 56/66 المخر في 08 جويلية 1966 في مادته 301 التي جاء فيها في فقرتها الأولى : يعاقب بالحس من شهر إلى ستة أشهر وبغرامة من 500 دج إلى 5000 دج الأطباء والجراحون والصيادلة والقابلات وجميع الأشخاص المؤتمنين بحكم الواقع أو المهنة أو الوظيفة الدائمة أو المؤقتة على أسرار أدلي بها إليهم وأفشوها في غير الحالات التي يوجب عليهم فيها القانون إفشاءها ويصرح لهم بذلك.

- ديب نذيرة، استقلالية سلطات الضبط المستقلة في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون فرع القانون العام تخصص تحولات الدولة كلية الحقوق والعلوم والسياسية جامعة مولود معمري تيزي وزو، ص: 78.

- حنفي عبد الله، السلطات الإدارية المستقلة، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، دولة مصر العربية، القاهرة، سنة 2000، ص:

و بما أن القرار الذي تتخذه سلطة ضبط السمعي البصري هو قرار إداري صادر عن سلطة مركزية فإنه عملاً بأحكام المادة 88 وكذا أحكام المادة 901 وما بعدها من قانون الإجراءات المدنية والإدارية يتم الطعن فيها أمام مجلس الدولة، وهذا يشكل رقابة قضائية على أعمالها تضاف إلى الرقابة الإشرافية التي تمارسها سلطة التعيين.⁽¹⁾

الفرع الثالث : المصالح الإدارية التابعة لسلطة ضبط السمعي البصري :

من أجل السير الحسن لعمل سلطة الضبط وضمان الاستمرارية نشاطها وتنظيمه فإن القانون 04/14 أدرج جملة من المصالح الإدارية التي تسهر على تحقيق ذلك⁽²⁾ على أن توضع هذه المصالح الإدارية والتنفيذية تحت سلطة الرئيس، و أن يعهد سيرها إلى الأمين العام الذي يتم تعيينه بمرسوم رئاسي باقتراح من الرئيس سلطة الضبط، أما رؤساء المصالح والمكاتب الإدارية فيتم تعيينهم من طرف رئيس سلطة الضبط، ولعلم بين المهام الأساسية للأمين العام المشاركة في المداولات وإعداد المحاضر والعمل جدياً على تنفيذ القرارات المتخذة، غير أنه لا يجوز له التصويت.⁽³⁾

الفرع الرابع : الامتيازات المالية لأعضاء سلطة الضبط السمعي البصري

يستفيد أعضاء سلطة الضبط السمعي البصري من تعويضات مالية يتم تحديدها بموجب مرسوم رئاسي أما بخصوص الإعتمادات الضرورية التي تحتاجها سلطة الضبط لتأدية مهامها يتم الحصول عليها بناء على اقتراح السلطة ذاتها، على أن يتم تنفيذ هذه الإعتمادات في الميزانية العامة للدولة ويعتبر رئيس سلطة الضبط السمعي البصري هو الأمر بالصرف، وتخضع هذه الإعتمادات لقواعد المحاسبة العمومية المعمول بها وتدارس عليها إجراءات المراقبة وفقاً لمقتضيات المحاسبة العمومية كذلك.

المبحث الثاني: دور سلطة الضبط السمعي البصري في ضبط النشاط:

سبق الإشارة إلى النظام القانون لسلطة الضبط السمعي البصري وتنظيمها في المحور الأول وبالتالي سنتطرق في المحور الثاني من هذه الورقة البحثية إلى المهام والصلاحيات التي تضطلع بها هذه السلطة، والتي تتمثل خصوصاً في مهام ذات طبيعة عامة أهمها العمل على مطابقة النشاط السمعي البصري بمختلف صوره مع

¹ - طبقاً لأحكام المادة 79 من قانون 04/14 فإن الأمين هو الذي يسعى إلى إعداد المحاضر ويعمل على تنفيذ القرارات المتخذة ويشارك في مداولات سلطة الضبط السمعي البصري غير أنه لا يحق له التصويت، كما يمكن لرئيس السلطة أن يمنحه تفويضاً بإمضاء على كل الوثائق المتعلقة بالسير لا المصالح الإدارية والتقنية.

² - قانون الإجراءات المدنية والإدارية رقم 09/08 المحرر في 2008/02/25 ينص في مادته 901 بأن يختص مجلس الدولة كدرجة أولى وأخيرة بالفصل في دعاوى الإلغاء والتفسير وتقدير المشروعية في القرارات الإدارية الصادرة عن السلطات الإدارية المركزية والتي تعتبر سلطة الضبط واحدة منها كما يختص بالفصل في القضايا المخولة له بموجب نصوص خاصة.

³ - أسند القانون 04/14 وفقاً للمادة 74 إنشاء المصالح الإدارية والتقنية للتنظيم الخاص على شكل أحكام داخلية يتم إصدارها.
- ديب نذيرة، استقلالية سلطات الضبط المستقلة في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون فرع القانون العام تخصص تحولات الدولة كلية الحقوق والعلوم والسياسية جامعة مولود معمري تيزي وزو، ص: 25.

القوانين والتشريعات والتنظيمات السارية المفعول، وكذا مهام أخرى في مجال الضبط والرقابة وكذا تسوية النزاعات وإبداء الرأي في مختلف المسائل ذات الصلة بالنشاط السمعي البصري وهي النقاط التي ستم معالجتها فيما يلي :

المطلب الأول: مهام سلطة ضبط السمعي البصري في مجال الضبط

يعتبر الحديث عن مهام هذه السلطة حجر الزاوية في مضمون هذه الورقة البحثية، إذ أن عملية الضبط تعتبر أهم عملية تضطلع بها هذه اللجنة والتي يناط بها السهر على أن يمارس النشاط السمعي البصري (أفلام، مسلسلات، حصص، مسابقات.....) في إطار القانون بعيد عن الانحرافات وفي إطار النظام العام للدولة الجزائرية وعليه فقد يسار الى تقييد هذا العمل إذا تم رصد أي انزلاق من شأنه المساس بحسن سير النشاط¹، وبالإضافة إلى مهمة الضبط يناط بهذه السلطة بمهام عامة أخرى تدخل ضمن نشاط السلطة المعتاد وعليه يتم تناول هذه النقاط في الفرعين التاليين:

الفرع الأول : المهام العامة لسلطة ضبط السمعي البصري :

طبقا للمقتضيات المادة 54 من القانون 04/14 فإن سلطة الضبط السمعي البصري تضطلع بجملة من المهام ذات الصلة بالسهر على حرية ممارسة النشاط السمعي البصري في الإطار القانوني وفقا للقواعد والمبادئ العامة التي قوامها الحرص على أن تكون الخدمات المقدمة من طرف الأشخاص المعنوية التابعة للقطاع العام في إطار الحياد وعدم التحيز⁽²⁾ لأي طرف مهما كان ميوله أو توجهه أو انتمائه وفقا لقواعد الشفافية والموضوعية كما تعمل سلطة ضبط السمعي البصري على تحقيق ما يلي :

- 1 - ترقية اللغتين الوطنيتين العربية والأمازيغية من خلال الحرص على نوعية الخطاب المقدم في البرامج السمعية البصرية وعدم الانصياع وراء المواضيع فقط وإهمال عامل اللغة .
- 2 - العمل على احترام حرية التعبير التعددي الذي يعكس مختلف التيارات الفكرية والسياسية لاسيما خلال حصص الإعلام السياسي العام.
- 3- السعي للمحافظة على التنوع الثقافي الوطني من خلال الاهتمام بأصناف البرنامج المقدمة من طرف ناشرو خدمات الاتصال السمعي البصري.
- 4- العمل على احترام الكرامة الإنسانية .
- 5- السهر على حماية الطفل والمراهق.

¹ -المواد 1-2-5-10- من القانون 04/09 المتعلق بالقواعد الخاصة للوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الإعلام والاتصال ومكافحتها.

² - حنفي عبد الله، السلطات الإدارية المستقلة، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، دولة مصر العربية، القاهرة، سنة 2000، ص:

6- تسهيل وصول الأشخاص ذوي العاهات البصرية أو السمعية إلى البرنامج الموجهة للجمهور ومراعاة ذلك كل جدية.

7- احترام البعد البيئي وترقية الثقافة البيئية بما في ذلك صحة لسكان⁽¹⁾.

8- التوجيه الصحيح للسمعي البصري بحيث لا يؤدي البث البصري منه إلى حرمان جزء من الجمهور من إمكانية متابعة الأحداث الوطنية ذات الأهمية القصوى المحددة عن طريق التنظيم، ولا يتم ضمان ذلك إلا من خلال توفير خدمة مجانية بواسطة التلفزيون.

الفرع الثاني: صلاحيات سلطة الضبط السمعي البصري في مجال الضبط:

يعتبر مجال الضبط المجال الأهم الذي تمارس سلطة ضبط السمعي البصري صلاحياتها ضمنه وبالتالي يمكن تفصيل عملية الضبط في أول مرحلة بالقول أن طلبات منح الرخصة على البث التي تقدم من طرف المترشحين لذلك لسلطة السمعي البصري التي يعود لها الاختصاص في دراسة كل الترشيحات طبقاً للأحكام المادة 20 وما يليها من القانون 04/14 وعليه يعتبر الإشراف على ضبط عملية منح وترخيص البث أهم عملية ضبط لما لها من أثر على الخدمات السمعية البصرية، طالما أن سلطة الضبط لها صلاحية رفض الطلب أو قبوله الأمر الذي يعتبره البعض رقابة قبلية على الأشخاص المترشحة لنيل الرخصة تنصب على شروط في أغلبها تعتبر تعسفية⁽²⁾.

ناهيك عن دفتر الشروط الذي يمنح للمترشحين المقبولين وفقاً لنص المادة 27 من القانون 04/14 والذي يحدد الخطوط الحمراء التي لا يجب تجاوزها أثناء الشروع في ممارسة النشاط السمعي البصري وهي المرحلة الضرورية بل الأكثر أهمية في عملية الضبط³، وعليه فإن عملية المطابقة التي تقوم بها سلطة الضبط هي عينها وظيفة الضبط التي تتمثل في ضرورة مراعاة ما يلي:

- احترام متطلبات الوحدة الوطنية والأمن والدفاع الوطنيين.
- احترام المصالح الاقتصادية والدبلوماسية للبلاد.

¹ - المادة الأولى من القانون 10/03 المتعلق بحماية البيئة في إطار التنمية المستدامة المعدل والمتمم.

² - عز الدين عساوي، السلطة القمعية للهيئات الإدارية المستقلة في المجال الاقتصادي والمالي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون فرع قانون الأعمال كلية الحقوق والعلوم والسياسية جامعة مولود معمري تيزي وزو 2006، ص: 122.

- عبد الغاني بسيوني عبد الله، وقف تنفيذ القرار الإداري في أحكام القضاء الإداري، الطبعة الثانية، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، طبعة 2007.

³ - نشر في هذا الصدد بأن عدد القنوات التليفزيونية الناشطة بدون ترخيص في الجزائر 45 قناة بإستثناء 05 قنوات مرخص لها قانوناً، وتلك القنوات تمارس نشاطها خارج القانون وتثير الفوضى وتمارس الإشهار الكاذب وتنتهك الحياة الخاصة وتمارس التضليل الإعلامي وتبث الكراهية للدولة، وقد أغلقت السلطات في شهر مارس 2014 قناة الأطلس بسبب المعارضة الفاحشة التي لا تعتمد على الضوابط القانونية، صف إلى ذلك قناة الوطن المقرية من التيار الإسلامي المتطرف.

- احترام سرية التحقيق ⁽¹⁾.
- الالتزام بالمرجعية الدينية الوطنية وكذلك الأديان الأخرى وعدم المساس بها .
- احترام مقومات ومبادئ المجتمع لاسيما رموز الدولة حسب مقتضيات الدستور .
- ترقية ثقافة الحوار وروح المواطنة .
- احترام متطلبات الآداب العامة والنظام العام النقل
- وغيرها من الصلاحيات المشار إليها ضمن المادة 48 من القانون 04/14 والتي من بينها الإشراف على مراقبة الترددات الموضوعة سلفا تحت تصرفها من طرف الهيئة العمومية المكلفة بالبث الإذاعي والتلفزيوني وفقا للإجراءات القانونية المعمول بها.
- الإشراف على مدى احترام القواعد المتعلقة بشروط الإنتاج والبرمجة لاسيما حصص التعبير المباشر خلال الحملات الانتخابية .
- الوقوف على مدى احترام الحصص المخصصة لبث البرامج المتعلقة بمختلف التشكيلات السياسية والمنظمات الوطنية النقابية والمهنية المعتمدة
- العمل على تحديد الشروط التي تسمح بالاستعمال القانوني للإشهار المقنع للمنتجات بعيدا عن إست عمال برامج الاتصال كوسيلة للمنافسة غير المشروعة
- الإشراف على عملية تحديد محتوى البيانات ذات المنفعة العامة الصادرة على السلطات العمومية .

المطلب الثاني: مهام سلطة ضبط السمعي البصري في المجال الرقابي والاستشاري

إضافة إلى المهام العامة ومهام الضبط ينأط بهذه السلطة مهام أخرى تتمثل في مراقبة النشاط السمعي البصري طوال السنة من حيث الموضوع والمضمون وتقييده طبقا للقانون بما يكفل التوزيع الصحيح له باللغتين وفقا لمبدأ إتاحة الفرص لجميع الناشطين وفقا لمبادئ العدالة والحياد، كما تختص بالعمل الاستشاري إذا ما طلب منها ذلك بخصوص القضايا الوطنية ذات الصلة.

الفرع الأول: صلاحيات السلطة ضبط السمعي البصري في مجال المراقبة

إضافة إلى الاختصاص الأصيل لسلطة الضبط السمعي البصري تضطلع هذه الأخيرة بمهام وصلاحيات أخرى في مجال المراقبة ⁽¹⁾ والتي أهمها ما يلي:

19- وهذا ما يوافق نص المادة 11 من قانون الإجراءات الجزائية المعدلة بموجب الأمر 19/15 المؤرخ في 2015/07/23 التي تنص في محتواها على ضرورة احترام السرية في التحقيق الابتدائي خاصة وأن الإعلام يحصل على المعلومات الضرورية من طرف النيابة بالقدر الذي لا يؤدي إلى المساس بقرينة البراءة الأصلية أو حرمة الحياة الخاصة للمشتبه فيهم.

- أ - العمل على تقييد البرامج السمعية البصرية مع مقتضيات القانون وكذا التنظيمات السارية المفعول⁽²⁾.
- ب - مراقبة عملية استخدام ترددات البث الإذاعي للوقوف على ضمان استقبال جودة عالية للإشارات، وهذه المهام تكون بالاشتراك مع الهيئة العمومية المكلفة بتسيير طيف الترددات الراديوية وكذا الهيئة المكلفة بالبث الإذاعي والتلفزي.
- ج- الوقوف على التوزيع السليم للحصص الدنيا المخصصة للإنتاج السمعي البصري والوطني والتعبير باللغتين الوطنيتين مراعاة لمبدأي العدالة والحياة.
- د - مراقبة الحصص الإشهارية بكل الوسائل المتاحة من ناحية الموضوع والمضمون وكيفيات برمجتها.
- و- الوقوف على مدى توافق النشاط السمعي البصري مع دفتر الشروط المشار إليها ضمن نص المادة 48، وفي أداء مهامها فإن سلطة الضبط لها الحق في أن تطلب من ناشري وموزعي خدمات الاتصال السمعي البصري أية معلومة مفيدة لأداء مهامها، لاسيما من أجل إعداد آرائها وقراراتها، كما لها كل الصلاحيات في جمع المعلومات الضرورية من مختلف الإدارات والهيئات والمؤسسات دون أية حدود أو تدخلات سوا تلك التي يملها القانون⁽³⁾.

الفرع الثاني: صلاحيات سلطة الضبط السمعي البصري في المجال الاستشاري

من ضمن المهام والصلاحيات الموكلة لسلطة الضبط تبدي هذه الأخيرة آرائها في ما يتعلق بالإستراتيجية الوطنية لتنمية النشاط السمعي البصري⁽⁴⁾، كما تساهم في توجيه إستشاري أثناء وضع النصوص والتنظيمات القانونية المتعلقة بالنشاط السمعي البصري، ولها أن تبدي الرأي في مختلف القضايا الوطنية المتعلقة بموقف الدولة الجزائية إزاء المفاوضات الدولية حول خدمات البث الإذاعي والتلفزيوني المتعلقة لاسيما بالقواعد العامة بمنح الترددات .

¹ - حنفي عبد الله، السلطات الإدارية المستقلة، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، دولة مصر العربية، القاهرة، سنة 2000، ص: 102.

² - عز الدين عساوي، السلطة القمعية للهيئات الإدارية المستقلة في المجال الاقتصادي والمالي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون فرع قانون الأعمال كلية الحقوق والعلوم والسياسية جامعة مولود معمري تيزي وزو 2006، ص: 142-150.

³ -خلالف خالد، الرقابة القضائية على أعمال سلطات الضبط المستقلة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون فرع القانون العام تخصص القانون العام للأعمال، جامعة محمد الصديق بن يحيى جيجل.

⁴ - حنفي عبد الله، السلطات الإدارية المستقلة، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، دولة مصر العربية، القاهرة، سنة 2000، ص: 102.

- ديب نذيرة، استقلالية سلطات الضبط المستقلة في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون فرع القانون العام تخصص تحولات الدولة كلية الحقوق والعلوم والسياسية جامعة مولود معمري تيزي وزو، ص: 25.

كما لها الحق في إقامة علاقات وجسور تعاون مع مختلف السلطات والهيئات الوطنية والأجنبية الناشطة في المجال السمعي البصري بهدف ترقية هذا النشاط، يضاف إلى ذلك إبداء الرأي أمام القضاء بناء على طلب هذا الأخير في كل نزاع يتعلق بممارسة النشاط السمعي البصري .

الفرع الثالث: صلاحيات سلطة ضبط السمعي البصري في مجال تسوية النزاعات

من بين صلاحيات سلطة الضبط السمعي البصري التي تضاف إلى الصلاحيات المشار إليها سابقا عملية التحكيم في النزاعات القائمة بين الأشخاص المعنوية التي تشغل خدمة الاتصال السمعي البصري سواء تعلق الأمر في نزاعات قائمة بينهم أو تلك القائمة بينهم وبين المستعملين، وتشرف ضمن هذا المجال في التحقق في الشكاوى الصادرة عن الأحزاب السياسية والتنظمات النقابية والجمعيات وكذا الأشخاص الطبيعية عن أي أخلال يقع أثناء ممارسة النشاط السمعي البصري ويعتبر انتهاك للقانون⁽¹⁾ .

خاتمة:

بعد الانتهاء من هذه الورقة البحثية يتضح جليا أن قانون الإعلام 05/12 حقيقة أسس لمرحلة جديدة من تاريخ الإعلام الجزائري من ناحية التأطير القانوني وتنظيم حرية ممارسة النشاط الإعلامي وهي الوظيفة التي لم تتحقق في ظل القانون القديم 07/90 إلا أنه كرس مبدأ تدخل الدولة بتقييد حرية الصحافة تحت مظلة القانون كما أن القانون السمعي البصري 04/14 الذي يعتبر الابن البار هو بدوره من عزز هذا التقييد من خلال سلطة الضبط السمعي البصري التي أصبحت هاجسا بالنسبة لهذا النشاط الذي يرى العاملون في ساحته بضرورة أن لا يكون تحت وصاية رئاسة الجمهورية خاصة أمام التدخلات والاستدعاءات التي أصبحت توج من طرف سلطة الضبط التي خول لها القانون مراقبة البرامج لمختلف أنواعها والتدخل لجمع النشاط السمعي البصري كلما أنه مخالف للقانون ويحتوي على تجاوز بناء على مطابقة التي تجرئها مع قواعد القانون التي قامت السلطة بسنه.

و إن كان في الحقيقة قانون الإعلام والقانون السمعي البصري جاء من أجل تنظيم الساحة الإعلامية بمختلف نشاطها إلا أنه جاء في الواقع ليخلق وضعاً جديداً لم يكن مألوفاً سابقاً يحتاج إلى وقت للتأقلم معه لكونه يحتوي على قواعد صارمة لا تتوافق مع هذا النشاط الذي طالما كان حراً طليقاً وفقاً لاعتقاد البعض الذين يرون بأن لا حدود لحرية الإعلام ما دام أنه يؤدي الرسالة التي يريدونها.

كما أن هاذين القانونين لم يعكسا بعد طموحات وتطلعات رجال الإعلام والصحافة والممارسين في المجال السمعي البصري، لأن الأمر يستدعي إعادة النظر في دواليب هذا القانون ما دام أن أغلب قواعده معطلة وأنه في ارض الواقع لا تزال عديد القنوات الفضائية تنشط بدون ترخيص أو تقييد قانوني سوى البعض الذي يخضع

¹ - جوهرة بركات، نظام المنازعات المتعلقة بنشاط سلطات الضبط الاقتصادي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام فرع تحولات الدولة، كلية الحقوق جامعة تيزي وزو، ص: 35.

لذلك، نهيك عن الانحطاط الذي يشهده استعمال اللغتين الوطنيتين بحيث أصبح شاغل بال المشتغلين في السمي البصري توجيه المادة الإعلامية ولو بلغة ريككة أو عامية أو باستعمال ألفاظ خادشة للحياء ما دام أن الأمر يعود بالفائدة عليهم، بغض النظر على المستهلك الذي أصبح آخر الاهتمامات التي يمكن مراعاتها في معادلة الإعلام بمختلف أنواعه الذي يعتبر السلطة الرابعة مجازيا في الدولة.

الأجر الوطني الأدنى المضمون*

د/ مهدي بخدة- أستاذ محاضر "أ" - معهد الحقوق - المركز الجامعي غيليزان

الملخص:

يشكل الأجر الوطني الأدنى المضمون أحد أقسام الأجر ويختلف عن الأقسام الأخرى كونه من النظام العام الاجتماعي يقره التشريع وتحدده السلطة وفقا للقدرة الشرائية للعمال ليضمن القدر الأدنى من المعيشة. شكل تحديد القيمة المالية للأجر الوطني الأدنى المضمون ومحتوياتها مشكلات كبيرة في الأوساط العمالية سواء تعلق الأمر بمضمون الأجر ذاته أو لعدم تناسب قيمته مع القدرة الشرائية، مما رفع سقف المطالب النقابية وصعد من الاحتجاجات العمالية في الآونة الأخيرة للمطالبة بإلغاء النصوص التي تحدد مضمون الأجر الوطني الأدنى المضمون (المادة 87 مكرر)، ولم يسعف تدخل الدولة من حين لآخر في رفع قيمته منذ سنة 1963 وزادت وتيرة الرفع من قيمة الحد الأدنى في السنوات الأخيرة وفي فترات متقاربة كما زاد الأمر تعقيدا التخبط الذي وصلت إليه السلطة التنفيذية في الأشهر الأخيرة حين تقوم بإلغاء النص القانوني المحدد لمضمون الأجر الوطني الأدنى المضمون أحيانا وتقوم بتعديله أحيانا أخرى عن طريق تعديل محتوى الأجر الأدنى المضمون بالاعتماد على مكوناته، فهل سيلبي المحتوى الجديد للأجر الأدنى المضمون مطلب توفير القدرة الشرائية للعمال؟

Summary:

The national minimum guaranteed constituted the wage sections and are different from other sections of being a social public order legislation approved and specified by the Authority in accordance with the purchasing power of workers to ensure the minimum amount of living.

Determine the shape of the financial value of the national minimum wage guaranteed substance and contents big problems in labor circles Whether it is the content of the same pay or not to fit with the value of the purchasing power , Raising the ceiling of the trade union demands and ascended from labor protests recently to demand the cancellation of the texts that define the content of the national minimum guaranteed wage (Article 87 bis) , And not ministering state intervention from time to time to raise its value since the year 1963 and increased the pace Increase the minimum value in recent years and in frequent intervals, and is further compounded the confusion has reached the executive branch in recent months, while the cancellation of the legal text specific to the content national minimum wage sometimes secured and are sometimes amended again by adjusting the

* تاريخ إيداع المقال: 2016/12/28

تاريخ تحكيم المقال: 2017/01/09

minimum guaranteed wage depending on the content of its components, is the new content will meet the minimum wage requirement secured the purchasing power of workers?

مقدمة:

أجمعت مختلف التشريعات العمالية على أن الأجر يعتبر عنصراً أساسياً من عناصر عقد العمل والتي ساهمت أصلاً في ظهور القواعد العمالية بالحالة الراهنة، لأن ما كان يتقاضاه العمال في أواخر القرن الثامن عشر- إبان الثورة الصناعية من أجور زهيدة لا تتناسب وفترات تواجدهم بآماكن العمل ولا بالمجهود المبذول هو الذي أدى إلى قيام تكتلات نقابية واحتجاجات عمالية ساهمت على مر السنين في تحسين الوضعية الاجتماعية للعمال ومنها رفع الأجور، لهذا نجد المواثيق الدولية والتشريعات العمالية المقارنة تمنح للعمال الحق في أجر مناسب.

غير أن الأجر ينقسم إلى أجر أساسي أو أجر قاعدي *salaire de base* وهو الناجم عن التصنيف المهني داخل الهيئة المستخدمة فإذا ما أضيف إليه التعويضات المرتبطة بحكم الأقدمية أو مقابل الساعات الإضافية أو بحكم ظروف العمل وعلاوة المنطقة أو تلك المرتبطة بالمردودية وغيرها نكون أمام أجر رئيسي- أو إجمالي *salaire brut* وعندما يتم الاقتطاع سواء بقوة القانون عن طرق اقتطاع نسبة الضريبة على الدخل ونسبة التأمين لدى الضمان الاجتماعي أو بحكم العمل مثل الخصم من الأجر نكون أمام أجر صافي *salaire net*.

فهذه التقسيمات المتعلقة بالأجر ترتبط بالتصنيف المهني لكل هيئة مستخدمة وكذا التعويضات والعلاوات التي تخضع لها، فهي بهذا الحال ترتبط بالعمل داخل الهيئة المستخدمة وتختلف من مؤسسة لأخرى.

أما الأجر الوطني الأدنى المضمون فهو يشكل القاسم المشترك بين سائر القطاعات الاقتصادية التي تخضع لقانون العمل بل ويخضع له أيضاً قطاع الوظيف العمومي بحيث لا يمكن بأي حال من الأحوال أن يقل أجر العامل أو الموظف مهما كانت رتبته أو سلمه في التصنيف المهني عن القيمة المحددة للأجر الوطني الأدنى المضمون.

بهذا القول تثور إشكالية مضمون ومحتوى الأجر الوطني الأدنى المضمون بالنظر إلى النصوص التي تبين الأطراف والعوامل التي تدخل في تحديده.

سنحاول من خلال ذلك التطرق لتعريفات الأجر الوطني الأدنى المضمون ومراحل تطور قيمته لاسيما في السنوات الأخيرة وكذا إشكالية هذا النوع من الأجور ذات الطبيعة الخاصة، باستعمال المنهج التحليلي والتاريخي والمقارن في بعض الأحيان عن طريق تقسيم الموضوع إلى مبحثين اثنين؛ نخصص المبحث الأول لمفهوم الأجر الوطني الأدنى المضمون وفي المبحث الثاني نعالج إشكالية الأجر الوطني الأدنى المضمون:

المبحث الأول: مفهوم الأجر الوطني الأدنى المضمون

تختلف التسمية المعتمدة في القانون الجزائري منذ الاستقلال عنها في التشريعات المقارنة وكذا المواثيق الدولية حيث يسمى في التقنين الجزائري بالأجر الوطني الأدنى المضمون (SMNG) وفي التشريعات الدولية الحد

الأدنى للأجور وإن كان المدلول واحد، لهذا سنقوم بإعطاء مدلول للأجر الوطني الأدنى أو الحد الأدنى من الأجور في المطلب الأول ثم نرجع على اعتراف المواثيق الدولية بالحق في حصول العمال على أجر أدنى ضمن المطلب الثاني:

المطلب الأول: تعريف الأجر الوطني الأدنى المضمون

من خلال التسمية، فإن المقصود اللغوي لهذا الموضوع المركب يعني القيمة المالية الدنيا (لا يقبل بأقل منها) التي يضمنها التشريع الوطني لكل من يتقاضى أجرا سواء من العمال أو الموظفين.

وفي الاصطلاح لا نجد تعريفا في القانون الجزائري الحالي¹ لمادة الأجر الوطني الأدنى المضمون، بل اكتفى بتحديد محتوياته وطرق تحديده وقيمه المالية²، وهذا هو الأهم طالما أن القاعدة القانونية مهمتها تحديد الأحكام وليس إعطاء التعريفات التي غالبا ما تترك للفقهاء.

بينما نجد المشرع المغربي³ يعرفه بالقول: «هو القيمة الدنيا المستحقة للأجير والذي يضمن للأجراء ذوي الدخل الضعيف قدرة شرائية مناسبة لمسايرة تطور مستوى الأسعار والمساهمة في التنمية الاقتصادية والاجتماعية وتطوير المقاولات».

من خلال النظر في التشريعات المغربية يتبين أن المشرع المغربي هو الوحيد الذي منح تعريفا للأجر الوطني الأدنى المضمون بخلاف التشريعات الأخرى بما فيها تشريع العمل الجزائري.

أما المشرع الفرنسي- فعرّفه بأنه: «الحد الأدنى الذي يضمن لذوي الأجور المتدنية و الضعيفة قدرة شرائية ومساهمة في التنمية الاقتصادية للأمة»⁴.

¹ عرف المشرع الجزائري في القانون 12/78 الملغى الأجر الوطني الأدنى المضمون بأنه: «الأجر الذي يحدد تبعا لاحتياجات الحيوية للعمال ويرتبط أساسا بمتطلبات التنمية والأهداف الاقتصادية والثقافية والاجتماعية التي تسعى الأمة إلى تحقيقها».

المادة 129 من القانون 12/78 المؤرخ في 05 أوت 1978 المتعلق بالقانون الأساسي العام للعمال الملغى بالقانون 11/90 المتعلق بعلاقات العمل. ج.ر. عدد 32 سنة 1978 ص 724.

² وقد جاء في القانون 11/90 ما يلي: يحدد الأجر الوطني الأدنى المضمون المطبق في قطاعات النشاط بموجب مرسوم بعد استشارة نقابات العمال والمستخدمين والتنظيمات النقابية الأكثر تمثيلا، ويراعى عند تحديد الأجر الوطني الأدنى المضمون تطور ما يأتي: متوسط الإنتاجية الوطنية المسجلة- الأرقام الاستدلالية لأسعار الاستهلاك- الظروف الاقتصادية العامة. المادة 87 من القانون 11/90 المؤرخ في 21 أبريل 1990 المتعلق بعلاقات العمل ج.ر. عدد 17 سنة 90 ص 562 المعدل والمتمم بالقانون 29/91 المؤرخ في 21 ديسمبر 1991 ج.ر. عدد 68 سنة 91 ص 2654، والمرسوم التشريعي 03/94 المؤرخ في 11 أبريل 1994 ج.ر. عدد 20 سنة 94 ص 05، والأمر 21/96 المؤرخ في 9 جويلية 1996 ج.ر. عدد 43 سنة 96 ص 06، والأمر 02/97 المؤرخ في 11 جاني 1997 والأمر 03/97 المؤرخ في 11 جاني 1997 ج.ر. عدد 03 سنة 97 ص 05.

³ المادة 358 من القانون 65.99 المتعلق بمدونة الشغل المغربية الصادرة في الجريدة الرسمية عدد 5167 المؤرخة في 08 ديسمبر 2003 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف 1.03.194 المؤرخ في 11 سبتمبر 2003.

⁴ Art L.142-2: «le salaire minimum de croissance assure aux salariés dont les rémunérations sont les plus faibles la garantie de leur pouvoir d'achat et une participation au développement économique de la nation».

يمكن أن نستخلص تعريفاً للأجر الوطني الأدنى المضمون بأنه يمثل القيمة المالية الدنيا المحددة من طرف الدولة والتي يجب أن لا يتقاضى كل عامل أقل منها لضمان المستوى المطلوب من المعيشة.

من خلال ما سبق من التعريفات، يظل الأجر الأدنى هو الحد الذي لا يمكن النزول عنه عند تحديد الأجر عن طريق محتوياته المحددة قانوناً لأنه يعتبر من النظام العام الاجتماعي، وقواعد النظام العام عموماً لا يمكن مخالفتها لأنها قيد يرد على حرية المتعاقدين في تحديد الأجر حتى في النظام التعاقدى لكن إذا كان فيه مصلحة للعامل فيمكن رفع الحد الأدنى للأجور. فرغم اختلاف التشريعات العالية حول مفهومه بسبب اختلاف المذاهب الاقتصادية المتبعة إلا أنها تشترك في إقراره لهدف معين هو ضمان متوسط معيشي ملائم.

بالنظر إلى المذاهب الاقتصادية الموجودة في العالم نجد المذهب الليبرالي الحر الذي يعتمد على الطابع التعاقدى والذي يعتمد في تعريفه للحد الأدنى على المعيار المادي فهو يرى بأن الأجر الأدنى المضمون يمثل القيمة القادرة على إشباع حاجات العامل المادية.

بخلاف المذهب الاشتراكي الذي يعتمد على المعيار الاجتماعي فيعتبر الحد الأدنى من الأجور يقوم بإشباع الحاجات المادية والثقافية والاجتماعية وفقاً للمستوى الاقتصادي والحضاري داخل الدولة.

وهناك من الفقه الغربي من ينظر إلى معيارين معا حيث نجد الفقيه ريكاردو يعرف الأجر الأدنى المضمون بأنه الأجر الذي يسمح للعمال بالبقاء وتخليد جنسهم أو تجديده دون زيادة أو نقصان.

أما آدم سميث فيرى بأن الأجور المدفوعة للعمال يجب أن تكون بالقدر الكافي لأن تتيح لهم الاحتفاظ بنوعهم طبقاً لطلب المجتمع عليهم زيادة و نقصاً أو في حالة ثبات.

نلاحظ أن الفلسفة التي كانت سائدة في تلك الفترة¹ توحى بأن النظرة للأجر الأدنى الذي يتقاضاه العامل كانت تعبر عن وجوده ومجاوبته للمعيشة والحياة، إذ يمكنه أن يزيد عن المستوى المعيشي - كما يمكنه أن ينقص عنه أو أحياناً يوفر له ذلك الحد الأدنى الثبات فترة ما.

فالحد الأدنى من الأجور بهذا المعنى يعبر عن الوجود العمالي ومركزهم الاجتماعي الذي لا يصل إلى المستوى المعيشي المقبول إلا عند وجود توازن اقتصادي بين الأجور والأسعار².

المطلب الثاني: اعتراف المواثيق الدولية بالحق في الأجر الأدنى

ذلك ما أشارت إليه المواثيق الدولية في هذا الشأن، حيث اعتبر الإعلان العالمي لحقوق الإنسان أنه يحق للعمال الحصول على مكافأة عادلة ومرضية تكفل له ولأسرته وجوداً جديراً بالكرامة الإنسانية³، بينما أشارت الاتفاقية الدولية المتعلقة بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية إلى ضرورة اعتراف الدول بحق كل شخص

¹ د/ حاد محمد الشطا النظرية العامة للأجور والمرتبات ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر 1982 ص 54.

² د/ مختار اعمره التنظيم القانوني للحد الأدنى للأجر في ظل المتغيرات الاقتصادية دار النهضة العربية القاهرة 2006 ص 49.

³ انظر المادة 23 ف 03 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر عن الأمم المتحدة في 10 ديسمبر 1948.

في التمتع بظروف عمل مواتية تتمثل في المكافأة المقدمة لكل العمال كحد أدنى تضمن لهم ولعائلاتهم معيشة لائقة¹.

أما الاتفاقيات الدولية الخاصة بالعمل فقد أصدرت منظمة العمل الدولية الاتفاقية الدولية رقم 131 بشأن تحديد الحد الأدنى من الأجور ولم يأت تعريفا لهذا النوع من الأجور في موادها القانونية إلا أنها ألزمت كل دولة تصادق على هذه الاتفاقية بوضع نظام لمستويات الدنيا للأجور خاصة بجميع العاملين بأجر الذين يستحقون ذلك².

من جهتها أقرت التوصية الدولية رقم 138 الصادرة عن المنظمة ذاتها سنة 1970 الأهداف المرجوة من إقرار الدول للحدود الدنيا للأجور وكذا معايير وطرق تحديدها وتعديلها دون أن تبين ماهية الحد الأدنى للأجر.

عريبا، قامت منظمة العمل العربية عن طريق مؤتمر العمل العربي بالمصادقة على الاتفاقية العربية رقم 15 بشأن تحديد وحماية الأجور إذ عرفت الحد الأدنى العام للأجور بأنه: «المستوى المقدر للأجر ليكون كافيا لإشباع الحاجات الضرورية للعامل وأسرته، كالملبس والتغذية والسكن للعيش بمستوى إنساني لائق»³.

أما الاتفاقية العربية رقم 01 بشأن مستويات العمل لسنة 1966 المعدلة بالاتفاقية العربية رقم 06 لسنة 1976 فقد نصت على ضرورة أن تضع كل دولة صادقت على هذه الاتفاقية حد أدنى للأجور يضمن سد حاجات العمال الأساسية، ويراعى في هذا التحديد الاختلافات القائمة بين مختلف الصناعات والمناطق⁴.

تاريخيا تعتبر بريطانيا الدولة السباقة في تشريع الأجر الأدنى عندما اتخذ مجلس العموم البريطاني سنة 1891 قرارا يقضي بإدراج بند إلزامي في جميع العقود المبرمة بين الحكومة والمقاولين ينص على شرط الأجر العادل يلزم المقاول بأن يدفع للعامل أجرا لا يقل عن الأجور السائدة في منطقة العمل، تلاه بعد ذلك إنشاء هيئات خاصة تتولى تحديد الأجور الدنيا للعمال في المهن والصناعات المختلفة ابتداء من عام 1945، وفي فرنسا تم إصدار المرسوم المتعلق بالأجر العادل سنة 1899 تلاه سنة 1915 القانون الذي يحدد الحد الأدنى لأجور عمال المنازل⁵.

¹ انظر المادة 07 ف أ من الاتفاقية الدولية المتعلقة بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية الصادرة عن الأمم المتحدة في 16 ديسمبر 1966، وقد صادقت الجزائر على هذه الاتفاقية بموجب القانون 08/89 المؤرخ في 25 أبريل 1989. ج.ر. عدد 17 سنة 1989 ص 450.

² انظر المادة الأولى ف 01 من الاتفاقية الدولية رقم 131 بشأن تحديد الحد الأدنى للأجور الصادرة عن منظمة العمل الدولية في 04 جوان 1970 والتي بدأ نفاذها في 29 أبريل 1972. الجزائر لم تصادق على هذه الاتفاقية لحد الآن.

³ انظر المادة 16 من الاتفاقية العربية رقم 15 لسنة 1983 بشأن تحديد وحماية الأجور الصادرة عن منظمة العمل العربية. الجزائر لم تصادق على هذه الاتفاقية لحد الآن.

⁴ انظر المادة 34 من الاتفاقية العربية رقم 01 بشأن مستويات العمل لسنة 1966 المعدلة بالاتفاقية العربية رقم 06 لسنة 1976 الصادرة عن منظمة العمل العربية. الجزائر لم تصادق على الاتفاقيتين لحد الآن.

⁵ نقلا عن: بطاهر آمال النظام القانوني لحماية الأجور دار الجامعة الجديدة الإسكندرية 2013 ص 98.

رغم أن المشرع الجزائري أقر بحق العمال في الحصول على أجر لا يقل عن الحد الأدنى المقرر بمرسوم وذلك بالأمر 74/71 المتضمن التسيير الاشتراكي للمؤسسات¹ غير أنه لم يؤسس الأجر الوطني الأدنى المضمون إلا سنة 1974 بموجب الأمر 02/74 حيث تم منحه لكل العمال باختلاف نشاطاتهم إذ حدد الحد الأدنى للأجور بالنسبة للقطاع غير الزراعي بالساعة ومعدل 2080 ساعة من العمل الفعلي في السنة بينما في القطاع الزراعي فيحدد باليوم².

المبحث الثاني: إشكالية الأجر الوطني الأدنى المضمون في الجزائر

أوجدت مسألة الأجر الوطني الأدنى المضمون منذ فترة جدلا كبيرا في المجتمع وأصبح مشكلا للطبقة العمالية وللمنظمات النقابية حيث أضحى تطالب برفع قيمته أو تغيير مكوناته بما يتلاءم والحفاظ على القدرة الشرائية وتحقيق المستوى المعيشي المطلوب للعمال رغم النصوص المبكرة التي أقرت هذا الحق بصيغ أمرة معتبرة إياه حق أساسي مرتبط بالنظام العام، لا يمكن التنازل عنه ولا إسقاطه كليا أو جزئيا.

للتعرض للإشكالات التي أثارها النصوص القانونية في هذا المجال، وكذا القيم التي حددتها المراسيم وإسقاطات ذلك على الواقع العمالي، سنعالج تطور تحديد قيمة الأجر الوطني الأدنى المضمون في الجزائر في المطلب الأول ثم نخصص المطلب الثاني لعناصر الأجر الوطني الأدنى المضمون:

المطلب الأول: تطور الأجر الوطني الأدنى المضمون في الجزائر

سبق الذكر أن المشرع الجزائري أسس لأول مرة مسألة الأجر الأدنى وفق الأمر 02/74 ومنذ ذلك الوقت دخل هذا الموضوع لنصوص التشريع الجزائري، سواء تعلق الأمر بتحديد قيمته أو تحديد المصدر القانوني المؤسس لتلك القيمة ومعايير حسابها وكذا الطرق التي يتم بها اعتماد الحد المقرر قانونا وكذا محتويات الأجر الأدنى، بالرغم من أن هناك نصوص سابقة لهذا الأمر تحدثت عن الاعتراف بحق العمال في مختلف القطاعات بالحدود الدنيا للأجور كما حددت قِيَمًا دنيا للأجر الوطني الأدنى المضمون سواء في القطاع الفلاحي أو القطاع غير الفلاحي.

استدللا لما سبق، فقد صدر المرسوم 122/72 والمرسوم 157/72 ليحددا على الترتيب أجر الساعة للحد الأدنى المضمون للأجر الوطني المهني (غير الفلاحي) والحد الأدنى للأجر الفلاحي المضمون لكل يوم عمل فعلي بالنسبة للقطاع الفلاحي، وهو ما يميز النصوص التنظيمية آنذاك حيث كان تحديد الحد الأدنى في الأعمال غير الفلاحية³ يتم بالساعة وفق حجم ساعي يقدر ب 44 ساعة في الأسبوع أي ما يعادل 190.66 ساعة في الشهر

¹ انظر المادة 10 من الأمر 74/71 المؤرخ في 16 نوفمبر 1971 المتعلق بالتسيير الاشتراكي للمؤسسات. ج.ر. عدد 101 سنة 1971 ص 1736.

² انظر المادة 02 من الأمر 02/74 المؤرخ في 16 جانفي 1974 المتضمن تأسيس الأجر الوطني الأدنى المضمون. ج.ر. عدد 08 سنة 1974 ص 78.

³ المرسوم 122/72 المؤرخ في 07 جوان 1972 يتضمن تحديد أجر الساعة للحد الأدنى المضمون للأجر الوطني المهني. ج.ر. عدد 47 سنة 1972 ص 707.

مع تقدير سعر الساعة ب 1.73 د.ج، وفي الأعمال الفلاحية¹ يحدد الأجر باليوم إذ يقدر سعر اليوم ب 9.80 د.ج عن كل يوم عمل فعلي.

وبعد ذلك جاء المرسوم 25/76 الذي رفع من سقف الحد الأدنى للأجر الوطني المضمون سواء في الفلاحة أو في القطاعات المهنية الأخرى، فقدّر سعر الساعة للأجر الوطني الأدنى المضمون ب 2.40 د.ج لكل ساعة عمل للأعمال المهنية، أما الفلاحة فتمّ تحديدها باليوم بمقدار 15.30 د.ج عن كل يوم عمل فعلي².

وفي هذا المجال يجب التأكيد على أن تلك القيم سواء بسعر الساعة أو بسعر اليوم هي حدود دنيا لا يجب أن يقل عنها أجر العامل بما يعني أن حاصل ضرب سعر الساعة في 190.66 وضرب سعر اليوم في ثلاثين يجب أن يكون هو الحد الأدنى للأجرة الشهرية التي يجب أن لا يتقاضى العامل أقل منها.

وعليه نسجل ارتفاع في تسعير قيمة الساعة بالنسبة للنشاطات المهنية و قيمة اليوم بالنسبة لعمال الزراعة بواسطة المرسوم 142/77³ والمرسوم 145/77⁴ ثم المرسوم 98/78⁵ الذي ورد نصا منفردا يوحد الحدود الدنيا سواء في قطاع الفلاحة أو في غيرها لكنه حدد قيمة الحد الوطني الأدنى في القطاعات غير الفلاحية بالشهر وليس باليوم خلافا لما كان معتادا من قبل.

لم تشهد النصوص التنظيمية المحددة لقيمة الأجر الوطني الأدنى المضمون توحيدا لسائر النشاطات إلا في سنة 1990 بموجب المرسوم 46/90 أين حددت الحد الأدنى الشهري ب 1000 د.ج في الشهر، بحيث أوجبت على الهيئات المستخدمة والقطاعات الإدارية بأن لا تقل أجور العمال و الموظفين عن تلك القيمة⁶.

مرورا بالمرسوم التنفيذي 385/90 الذي حدد الحد الأدنى مرتين، تبدأ الفترة الأولى من 01 يناير 1991 ويساوي الحد الأدنى الشهري 1800 د.ج بينما تمتد الفترة الثانية من 01 جويلية 1991 إلى غاية 31 مارس 1992 وتكون

¹ المرسوم 157/72 المؤرخ في 27 جويلية 1972 يتضمن تعيين الحد الأدنى للأجر الفلاحي المضمون. ج.ر عدد 63 سنة 1972 ص 976.
² انظر المرسوم 25/76 المؤرخ في 07 فبراير 1976 يتضمن تحديد سعر الساعة للأجر الوطني الأدنى المضمون. ج.ر عدد 12 سنة 1976 ص 178.

³ انظر المرسوم 142/77 المؤرخ في 15 أكتوبر 1977 يتضمن تحديد الأجر الوطني الأدنى المضمون في القطاع غير الفلاحي. ج.ر عدد 72 سنة 1977 ص 1077.

⁴ انظر المرسوم 145/77 المؤرخ في 15 أكتوبر 1977 يتضمن تحديد الأجر الوطني الأدنى المضمون في القطاع الفلاحي. ج.ر عدد 72 سنة 1977 ص 1078.

⁵ انظر المرسوم 98/78 المؤرخ في 29 ابريل 1978 يتضمن رفع الأجر الوطني الأدنى المضمون وتحديده. ج.ر عدد 18 سنة 1978 ص 430.
النظر كذلك المرسوم 302/79 المؤرخ في 31 ديسمبر 1979 الذي يرفع الأجر الوطني الأدنى المضمون في القطاع الفلاحي فقط من 28 د.ج إلى 33.68 د.ج عن كل يوم عمل فعلي بدء من 1 يناير 1980. ج.ر عدد 01 سنة 1980 ص 12.

⁶ انظر المرسوم 46/90 المؤرخ في 30 يناير 1990 يحدد الأجر الوطني الأدنى المضمون. ج.ر عدد 05 سنة 1990 ص 213.

قيمة الشهر كحد أدنى مقدرة ب 2000 د.ج¹، إلى أن يتم رفعها مجددا بموجب المرسوم التنفيذي 112/92 لتصل إلى 2500 د.ج كحد أدنى في الشهر².

ومع غلاء الأسعار وانخفاض القدرة الشرائية للعمال وتدهور قيمة الدينار بعد الظروف الاقتصادية الصعبة التي مرت بها البلاد منذ بداية التسعينات، انصبت النصوص التنظيمية المحددة للأجور الدنيا على مواكبة تلك الظروف عن طريق رفع تلك القيمة تماشيا مع الظروف الاقتصادية للبلاد والمعيشية للأفراد حيث أورد المرسومان التنفيذيان 77/94 و 152/97 ارتفاع قيمة الحد الأدنى الشهري ب 4000 د.ج في سنة 1994³، أما ضمن المرسوم الثاني فقد تعددت الحدود الدنيا بدء من 4800 د.ج مرورا ب 5400 د.ج إلى أن استقر عند 6000 د.ج⁴، مع تسجيل اختلاف في الحجم الساعي الشهري الذي تغير بموجب الأمر 03/97 من 44 ساعة إلى 40 ساعة في الأسبوع.

من جهتها رفعت المراسم الرئاسية 392/2000 ، 467/03 ، 395/06 ، 416/09 وأخيرا 406/11 من سقف الأجر الوطني الأدنى المضمون بقم معتبرة بسبب النمو الاقتصادي الذي سجلته الجزائر في تلك الفترة وإضافة إلى ارتفاع أسعار النفط حيث تم تحديد الأجور الدنيا المضمونة ب 8000 د.ج، 10000 د.ج، 12000 د.ج ، 15000 د.ج ثم استقر حاليا منذ سنة 2011 عند عتبة 18000 د.ج⁵.

¹ انظر المرسوم التنفيذي 385/90 المؤرخ في 24 نوفمبر 1990 يحدد الأجر الوطني الأدنى المضمون. ج.ر عدد 51 سنة 1990 ص 1636.

² انظر المرسوم التنفيذي 112/92 المؤرخ في 14 مارس 1992 يحدد الأجر الوطني الأدنى المضمون. ج.ر عدد 20 سنة 1992 ص 579.

³ انظر المرسوم التنفيذي 77/94 المؤرخ في 09 ابريل 1994 يحدد الأجر الوطني الأدنى المضمون. ج.ر عدد 20 سنة 1994 ص 07.

⁴ انظر المرسوم التنفيذي 152/97 المؤرخ في 10 ماي 1997 يحدد الأجر الوطني الأدنى المضمون. ج.ر عدد 28 سنة 1997.

⁵ انظر المراسم الرئاسية الصادرة منذ سنة 2000 وهي كالتالي:

- المرسوم الرئاسي 392/2000 المؤرخ في 06 ديسمبر 2000 يحدد الأجر الوطني الأدنى المضمون. ج.ر عدد 75 سنة 2000 ص 06.

- المرسوم الرئاسي 467/03 المؤرخ في 02 ديسمبر 2003 يحدد الأجر الوطني الأدنى المضمون. ج.ر عدد 76 سنة 2003 ص 04.

- المرسوم الرئاسي 395/06 المؤرخ في 12 نوفمبر 2006 يحدد الأجر الوطني الأدنى المضمون. ج.ر عدد 72 سنة 2006 ص 14.

- المرسوم الرئاسي 416/09 المؤرخ في 16 ديسمبر 2009 يحدد الأجر الوطني الأدنى المضمون. ج.ر عدد 75 سنة 2009 ص 03.

- المرسوم الرئاسي 407/11 المؤرخ في 29 نوفمبر 2011 يحدد الأجر الوطني الأدنى المضمون. ج.ر عدد 66 سنة 2011 ص 04.

تبعاً لذلك سنبين تطور الحدود الدنيا في النصوص التنظيمية ضمن الجدول التالي:

النص القانوني	تاريخ النص القانوني	مضمون النص القانوني	الأجر الوطني الأدنى المضمون / الأجر الشهري		الحجم الساعي الشهري / السنوي	بداية سريان التنفيذ
			سعر الساعة	سعر اليوم الفعلي للعمل		
المرسوم 122/72	1972/06/07	تحديد أجرة الساعة للحد الأدنى المضمون للأجر الوطني المهني	1.73 دج		190.66 ساعة في الشهر	1972/05/01
المرسوم 157/72	1972/07/27	تعيين الحد الأدنى للأجر الفلاحي المضمون		9.8 دج	190.66 ساعة في الشهر	
المرسوم 25/76	1976/02/07	تحديد سعر الساعة للأجر الوطني الأدنى المضمون	2.40 دج	15.30 دج	190.66 ساعة في الشهر	1976/01/01
المرسوم 142/77	1977/10/15	تحديد الأجر الوطني الأدنى المضمون في القطاع غير الفلاحي	600 دج	3.16 دج	190.66 ساعة في الشهر	1977/01/01
المرسوم 145/77	1977/10/15	تحديد الأجر الوطني الأدنى المضمون في القطاع الفلاحي		20 دج		1977/01/01
المرسوم 98/78	1978/04/29	رفع الأجر الوطني الأدنى المضمون وتحديده	700 دج		190.66 ساعة في الشهر	1978/05/01
			3.69 دج	24 دج		
			800 دج		190.66 ساعة في الشهر	1978/11/01
			4.21 دج	28 دج		
المرسوم 302/79	1979/12/31	رفع الأجر الوطني الأدنى المضمون في القطاع الفلاحي		33.68 دج	190.66 ساعة في الشهر	1980/01/01
	1990/01/30	تحديد الأجر الوطني الأدنى	1000 دج		190.66 ساعة	

	في الشهر		5.25 د.ج	المضمون		المرسوم التنفيذي 46/90
1991/01/01	190.66 ساعة في الشهر		1800 د.ج	تحديد الأجر الوطني الأدنى المضمون	1990/11/24	المرسوم التنفيذي 385/90
			9.44 د.ج			
1991/07/01	190.66 ساعة في الشهر		2000 د.ج			
			10.48 د.ج			
1992/04/1	190.66 ساعة في الشهر		2500 د.ج	تحديد الأجر الوطني الأدنى المضمون	1992/03/14	المرسوم التنفيذي 112/92
			13.15 د.ج			
1994/01/01	190.66 ساعة في الشهر		4000 د.ج	تحديد الأجر الوطني الأدنى المضمون	1994/04/09	المرسوم التنفيذي 77/94
			20.98 د.ج			
1997/03/11	173.33 ساعة في الشهر		4000 د.ج	تحديد معدل ساعة العمل للأجر الوطني الأدنى المضمون	1997/04/30	المرسوم التنفيذي 139/97
			23.07 د.ج			
1997/05/01	173.33 ساعة في الشهر		4800 د.ج	تحديد الأجر الوطني الأدنى المضمون	1994/05/10	المرسوم التنفيذي 152/97
			27.69 د.ج			
1998/01/01			5400 د.ج			
			31.15 د.ج			
1998/09/01	173.33 ساعة في الشهر		6000 د.ج			
			34.62 د.ج			
2001/01/01	173.33 ساعة في الشهر		8000 د.ج	تحديد الأجر الوطني الأدنى المضمون	2000/12/06	المرسوم الرئاسي 392/2000
			46.15 د.ج			
2004/01/01	173.33 ساعة في الشهر		10000 د.ج	تحديد الأجر الوطني الأدنى المضمون	2003/12/02	المرسوم الرئاسي 467/03
			57.70 د.ج			

2007/01/01	173.33 ساعة في الشهر	12000 د.ج. 69.23 د.ج.	تحديد الأجر الوطني الأدنى المضمون	2006/11/12	المرسوم الرئاسي 395/06
2010/01/01	173.33 ساعة في الشهر	15000 د.ج. 86.54 د.ج.	تحديد الأجر الوطني الأدنى المضمون	2009/12/16	المرسوم الرئاسي 416/09
2012/01/01	173.33 ساعة في الشهر	18000 د.ج. 103.84 د.ج.	تحديد الأجر الوطني الأدنى المضمون	2011/11/29	المرسوم الرئاسي 407/11

المطلب الثاني: عناصر الأجر الوطني الأدنى المضمون

لقد سبق القول أن قيمة الأجر الوطني الأدنى المضمون تحدّد بمرسوم وذلك منذ تأسيسه بالأمر 02/74 حيث تتولى السلطة التنظيمية تحديد قيمته بعد اقتراح من وزير العمل سواء كانت تلك المراسيم تنفيذية كما هو الشأن في فترة التسعينات أو مراسيم رئاسية في الفترة الحالية.

نصت المادة 87 من القانون 11/90 قبل تعديلها بقانون المالية لسنة 2015 على أنه يجب عند تحديد تلك القيمة مراعاة تطور متوسط الإنتاجية الوطنية المسجلة والأرقام الاستدلالية لأسعار الاستهلاك والظروف الاقتصادية العامة كما تستشار الهيئات النقابية التمثيلية للعمال والمستخدمين.

من جهة أخرى استحدث المشرع الجزائري المادة 87 مكرر بواسطة المرسوم التشريعي 03/94 المعدل والمتمم للقانون 11/90 حيث نصت على ما يلي: «يشمل الأجر الوطني الأدنى المضمون المذكور في المادة 87 أعلاه الأجر القاعدي والعلاوات والتعويضات مهما كانت طبيعتها باستثناء التعويضات المدفوعة لتسديد المصاريف التي دفعها العامل».

ذلك يعني أن محتويات الأجر الأدنى تشمل الأجر القاعدي وكل التعويضات عدا تعويضات تسديد المصاريف دون حساب الاقتطاعات الضريبية واشتراكات الضمان الاجتماعي وغيرها مما يعني عدم مسايرة القيمة المحددة للقدرة الشرائية للعامل والموظف.

ومن هنا بدأت الطبقة العمالية وكذا تنظيماتها النقابية تطالب برفع قيمة الأجر الوطني الحالي المقدر ب 18000 د.ج و إلغاء المادة 87 مكرر حيث كانت في نظر العمال النص الذي يقيد قيمة الأجر الأدنى بدرجة كبيرة لا تسمح لهم بتحقيق المعيشة الدنيا بسبب غلاء الأسعار وانخفاض قيمة الدينار، ضف إلى ذلك تدهور قيمة البترول في الأسواق العالمية.

واشتد الضغط على السلطة التنفيذية في السنوات الأخيرة إلى غاية صدور قانون المالية لسنة 2015 حيث تم تعديل المادة 87 ونص على ضرورة تحديد عناصر الأجر الأدنى بموجب مرسوم¹ وألغى المادة 87 مكرر².

تطبيقا لذلك صدر المرسوم التنفيذي المحدد لعناصر الأجر الوطني الأدنى المضمون طبقا للمادة 87 من القانون 11/90 المعدلة بقانون المالية لسنة 2015 حيث أوردت المادة 02 من المرسوم على ما يلي: «يشمل الأجر الوطني الأدنى المضمون الأجر القاعدي والتعويضات والعلاوات مهما كانت طبيعتها باستثناء تلك المتعلقة بما يأتي: تعويض تسديد المصاريف التي دفعها العامل، الخبرة المهنية أو أي تعويض يدفع بعنوان الأقدمية، تنظيم العمل والتي تخص العمل التناوبي والخدمة الدائمة والساعات الإضافية، الظروف الخاصة بالعزلة، المردودية أو الحوافز أو المساهمة في النتائج ذات الطابع الفردي أو الجماعي³».

من خلال هذا النص فإن حساب قيمة الأجر الوطني الأدنى المضمون ومقارنتها بالقيمة المحددة في المرسوم الرئاسي (18000 دج) ينبغي أن يراعى فيها حساب مجموع كل من الأجر القاعدي المناسب لمنصب العمل مع كافة التعويضات والعلاوات التي تضاف لهذا الأجر باستثناء التعويضات التي يسدها العامل وتسترجعها من المؤسسة مثل مصاريف الأمر بمهمة وكذا تعويض الخبرة المهنية أو منحة الأقدمية التي تمكن العامل من الزيادة في الدرجات يضاف إليها منحة العمل التناوبي (travail posté) والخدمة الدائمة (l'astreinte) والساعات الإضافية (les heures supplémentaires) ومنحة العزلة ومنحة المردودية.

ذلك أن المشرع الجزائري ألغى المادة 87 مكرر من حيث الشكل لكن في المضمون هو أتى بعناصر مكونة للأجر الأدنى تختلف عن تلك التي كان يتضمنها نص المادة 87 مكرر، أي أنه عدل المادة 87 مكرر وفق ما ينظر إليه من حيث مكونات الأجر الأدنى التي أوردتها المرسوم التنفيذي 59/15 محاولا التخفيف من الأعباء التي يتحملها العمال لاسيما أولئك الذين يتقاضون أجورا لا تكفيهم للمعيشة من خلال استثناء عدد من المنح التي كانت في السابق تشكل عناصر للأجر الوطني الأدنى المضمون.

وبالتالي يكون المشرع في الآونة الأخيرة قد قطع مرحلة تعتبر ذات أهمية بالنظر إلى ارتفاع أجور البعض من العمال البسطاء واستجاب من وجه آخر للضغوطات العالية مراعيًا في ذلك أيضا الوضع الاقتصادي العام.

ينبغي الإشارة في هذه المسألة أن قيمة الحد الأدنى للأجر تعتبر من النظام العام حيث لا يمكن في الوظيف العمومي أن تستبدل بغيرها طالما أن نظام الوظيفة يتميز بطبيعة لائحية، لكن يمكن مخالفته بالزيادة إذا ما وُجد

¹ المادة 89 من القانون 10/14 المؤرخ في 2014/12/30 يتضمن قانون المالية لسنة 2015 التي عدلت المادة 87 من القانون 11/90 تعديلا شكليا زيادة على أنها أوجبت تحديد عناصر الأجر الأدنى بواسطة مرسوم.

² المادة 90 من القانون 10/14 السابق الذكر.

³ المادة 02 من المرسوم التنفيذي 59/15 المؤرخ في 08 فبراير 2015 يحدد العناصر المكونة للأجر الوطني الأدنى المضمون. ج ر عدد 08 سنة 2015 ص 11 و 12.

اتفاق بين نقابة العمال والمستخدم يمنح قيمة للأجر الوطني الأدنى المضمون أكبر من تلك التي حددها المرسوم، بمعنى أننا أمام قيمتين الأولى تنظيمية والأخرى اتفاقية تكون أكثر فائدة للعمال.

أكثر من ذلك اعتبر المشرع العمالي الجزائري¹ مخالفة قيمة الأجر الوطني الأدنى المضمون سواء كانت تنظيمية (القيمة المحددة بمرسوم) أو اتفاقية (القيمة المحددة باتفاقية جماعية أو اتفاق جماعي) جريمة يعاقب عليها باعتبار الضرر الذي لحق بالعمال حيث تضاعف بحسب عدد المخالفات المعالجة.

خاتمة:

يتبين من خلال دراستنا لموضوع الأجر الوطني الأدنى المضمون أن المشرع الجزائري حدد الجهة التي تضبط قيمة الأجر وهي السلطة التنظيمية ممثلة في أعلى هرم السلطة التنفيذية، سواء بمرسوم كما كان في ظل النظام الاشتراكي، أو بمرسوم تنفيذي كما هو في فترة التسعينات، أو بمرسوم رئاسي منذ سنة 2000 إلى اليوم.

حاليا يعتمد تقنين قيمة الأجر وتحديد العناصر المكونة له على المرسوم الرئاسي 407/11 الذي يحدد قيمته ب 18000 د.ج أما عناصر الأجر أو محتوياته فيقننها المرسوم التنفيذي 59/15 الذي يجعل من الأجر القاعدي المناسب لمنصب العمل، ويستثني عدد كبير من التعويضات عند حساب قيمة الأجر الممنوح للعامل.

نتيجة لهذا التحديد، يكون المشرع قد ساهم في رفع جزء من القدرة الشرائية للعمال أصحاب الأصناف الدنيا دوغما يكفي ويحقق المعيشة اللازمة، خاصة مع عودة ارتفاع أسعار المواد الاستهلاكية وانخفاض قيمة الدينار مما جعل القيمة المالية المحددة كسقف أدنى (18000 د.ج) لا تلبى الحدود الدنيا للمعيشة للكثير من العمال.

لكن المشرع لا يراعي عند تحديده للقيمة الدنيا للأجور القدرة الشرائية فقط وإنما الوضع الاقتصادي للبلاد أيضا وهو ما يحتم عليه البحث عن بدائل أخرى تحسن الوضع الاقتصادي وترفع من القدرة الشرائية للعمال.

¹ المادة 149 من القانون 11/90 السابق الذكر.

الضوابط الشرعية للحق في التنمية*

د/ موفق طيب شريف- أستاذ محاضر "أ"- جامعة أحمد دراية - أدرار

الملخص:

يعتبر الحق في التنمية من أسس حقوق الجيل الثالث التي انتهت إليها مسيرة حقوق الإنسان مع منتصف سبعينيات القرن الماضي. إلا أنه ورغم الجهود المبذولة من طرف هيئة الأمم المتحدة والمنظمات التابعة لها في النهوض بهذا الحق، فإنه يلاحظ أن هذا الحق يفتقد إلى الروح التي يتأسس عليها تفعيله، ويفتقر إلى القيم الإنسانية التي تحصل بها التنشئة الشاملة والتنمية المتكاملة.

هذه القيم هي محل بحث ضمن هذا المقال العلمي؛ الذي نحاول من خلاله تفصيل الضوابط التي يُفترض أن تتقيد بها كل تنمية ليتحقق مقصودها، والتي نرى أنها تستند إلى الفطرة الإنسانية التي يحصل حولها الاتفاق مما اختلفت النظم وتباينت الفلسفات وتعددت المذاهب.

وقد تم معالجة إشكال البحث من خلال تقسيمه إلى أربعة مطالب، تناول الأول منها ضبط مفهوم الحق في التنمية، وخصّصت بقية المطالب لاستقراء مختلف الضوابط المتعلقة بعناصر التنمية الثلاث وهي: بالعنصر- البشري، العمل والمال.

الكلمات المفتاحية: التنمية، الحق، الإنسان، الضوابط، الإنسانية.

Abstract :

Throughout these papers we intend to expose that the right of development is considered as one among the principal and basic rights of the third generation which ended with human rights during the 1970 seventies inspite of the great efforts made by the united nations organization and other organizations related to it thought this matter of right is still without soul that is based on to be more effective and far also from the human values which is the base of total development. It is through these pages that we show the basic principles that development should be governed with to relize this progress and protect human values ispite of the different philosophies and ruling systems.

key words : Development, right, controls, humanity.

المقدمة:

كان الانتقال من حقوق الجيل الأول إلى حقوق الجيل الثاني بسبب الفجوة العميقة التي وقعت بين الأفراد، وانتشار الطبقة بسبب أفكار المذهب الفردي.

إلا أن حقوق الجيل الثاني التي رافع عنها رواد المذهب الاشتراكي لم تُحقّق التوازن المطلوب، وسببت بدورها فجوة عميقة، لكن هذه المرة ليس بين الأفراد، وإنما بين الشعوب والأمم، حيث انقسم العالم على نفسه إلى عالم متطور تكنولوجيا واقتصادياً، وعالم متخلف منشغل بأزماته الداخلية من فقر وأوبئة وأمراض. الأمر الذي تطلب ضرورة الالتفاتة إلى هذه الدول ومساعدتها للخروج من أزماتها وتهيئة الظروف لنموها تحقيقاً للتوازن العالمي في المجال الاقتصادي، والاجتماعي، والعلمي والتكنولوجي وغيرها.

ومن جهة أخرى أدى التطور الصناعي والتكنولوجي الذي عرفته الدول الصناعية إلى تهديد البيئة بفعل المواد الكيميائية عالية التركيز، والتصحّر، والانبعاث الحراري، وغير ذلك من الكوارث البيئية التي باتت تهدّد استمرار الكون فضلاً عن حياة الإنسان واستقراره.

كما أن التوسع الاقتصادي، وما سبّبه من أطماع الدول المصنّعة في خيارات بقية الدول، ترك انطباع الشعور بالتهديد واللاأمن لدى شعوب دول العالم الثالث، فولّد ذلك عنفاً مضاداً وكراهية للدول المصنّعة من طرف تلك الشعوب، الأمر الذي دفع إلى التحرك نحو نشر ثقافة السلم ونبد العنف والكراهية.

كل هذه العوامل كانت كافية لتعلن عن بروز جيل جديد من حقوق الإنسان، فرضتها الظروف الاجتماعية والاقتصادية والكونية.

يعرف هذا الجيل الثالث من حقوق الإنسان في القانون الدولي باسم حقوق التضامن، حيث تتطلع البشرية من خلاله إلى بيئة نظيفة في مجتمع دولي متوازن اقتصادياً واجتماعياً وثقافياً، تسوده ثقافة السلم والتعاون. وإن كانت هذه الحقوق تزايد بمرور الوقت إلا أنها تتمحور حول الحقوق الآتية: الحق في التنمية، الحقوق البيئية، الحق في السلم.

وقد بيّنت الفقرة 1 من المادة 1 من إعلان الحق في التنمية أن الحق في التنمية¹ "حق من حقوق الإنسان؛ غير قابل للتصرف، وموجبه بحق لكل إنسان ولجميع الشعوب المشاركة والإسهام في تحقيق تنمية اقتصادية واجتماعية وثقافية وسياسية، والتمتع بهذه التنمية التي يمكن فيها إعمال جميع حقوق الإنسان والحريات الأساسية إعمالاً تاماً".

فقد أكّدت هذه المادة أن التنمية أضحت من أهم حقوق الإنسان، للإنسان والشعوب على حد سواء، وعليه يتم بيان مفهومها، ورسم ضوابطها من خلال المطلبين الآتيين:

¹ اعتمد ونشر على الملأ بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 128/41 المؤرخ في 4 ديسمبر 1986.

- المطلب الأول: مفهوم الحق في التنمية.
- المطلب الثاني: ضوابط العنصر البشري.
- المطلب الثالث: ضوابط العمل.
- المطلب الرابع: ضوابط تنمية المال.

المطلب الأول: مفهوم الحق في التنمية:

نتناول ضمن هذا المطلب مفهوم التنمية في كل من اللغة العربية، والفقه الإسلامي من خلال الفرعين الآتيين:

الفرع الأول: التنمية في اللغة العربية:

التنمية في اللغة من نما ينمو أي زاد. والنمو في اللغة هو الكثرة والزيادة كما ونوعاً¹. فالتنمية في اللغة تعني إحداث الكثرة والزيادة، كما وردت في القرآن بمعنى النمو والزيادة والصلاح والطهر والإنبات والتنشئة والارتفاع والبروز وهو معنى أوسع من مجرد الزيادة كما ونوعاً.

وقد ورد في القرآن الكريم الكثير من الألفاظ المرادفة للتنمية في المعنى. منها:

- الزكاة: في قوله تعالى: ﴿قَدْ أَفْلَحَ مَنْ زَكَّاهَا﴾ [الشمس 9]، أي نمّأها وأصلحها وصفها تصفية عظيمة بما يسره الله له من العلوم النافعة والأعمال الصالحة². وقوله تعالى: ﴿خُذْ مِنْ أَمْوَالِهِمْ صَدَقَةً تُطَهِّرُهُمْ وَتُزَكِّيهِمْ بِهَا﴾ [التوبة 103]، بمعنى تنمي بتلك الصدقة حسناتهم وأموالهم³.

- الإنبات: قال تعالى: ﴿وَنَزَّلْنَا مِنَ السَّمَاءِ مَاءً مُبَارَكًا فَأَنْبَتْنَا بِهِ جِبَاتٍ وَحَبَّ الْخَيْصِيدِ﴾ [ق 9]، قوله: ﴿فَأَنْبَتْنَا﴾ استدلال بنفس النبات أي الأشجار تنمو وتزيد فكذلك بدن الإنسان بعد الموت ينمو ويزيد أي يرجع الله إليه قوة النماء كما يعيدها إلى الأشجار بواسطة ماء السماء⁴.

الفرع الثاني: مفهوم التنمية في الإسلام:

شكل الإسلام منذ بداياته الأولى إطاراً مميزاً لتحصيل المصالح وتنظيمها، فهو يشمل كل مجالات الحياة الدنيوية والأخروية، حيث يرتبط عضويًا بالدولة والسياسة والقانون والمجتمع، ويكتنف الحياة العامة والخاصة، وهو لم يُفَرِّقْ بأيّ حال من الأحوال بين ما هو ديني وما هو دنيوي، وبين ما هو روحي وما هو بدني زمني. وعلى ذلك فإن الدين في المنظور الإسلامي هو منهج شامل، الأمر الذي يجعله إطاراً ملائماً لدفع التنمية الشاملة

¹ ابن منظور: لسان العرب، ج15، ص 341.

² البقاعي (برهان الدين أبي الحسن إبراهيم بن عمر): نظم الدرر في تناسب الآيات والسور، تحقيق عبد الرزاق غالب المهدي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان،، ط 1995، ج 8، ص 441.

³ الألوسي: روح المعاني، ج11، ص 14 / أبو السعود: إرشاد العقل السليم، ج4، ص 99.

⁴ أبو حفص (عمر بن علي بن عادل): الباب في علوم الكتاب، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط 1، 1998، ج 18، ص 19.

والمتواصلة، ذلك لأن التقدم في ميدان ما لا يمكن أن يتم إلا إذا صاحبه وتوافق معه تقدّم في باقي الميادين التي تنظم حياة الإنسان.

وقد اهتم الإسلام بالتنمية وأعطاهها معنى أعمق من مجرد محاكاة المفرد اللغوي، إذ اعتبرها عبادة لله تعالى، وجعلها من واجبات الاستخلاف قال تعالى: ﴿هُوَ أَنشَأَكُم مِّنَ الْأَرْضِ وَاسْتَعْمَرَكُمْ فِيهَا فَاسْتَغْفِرُوا لَهُمْ ثُمَّ تَوْبُوا إِلَيْهِ إِنَّ رَبِّي قَرِيبٌ مُّجِيبٌ﴾ [هود 61]، أي طلب منكم عازتها، قال الراغب الأصفهاني: "الخلافة النيابة عن الغير، إما لغيبة المنوب عنه، وإما لموته وإما لعجزه، وإما لتشريف المستخلف، وعلى هذا الوجه الأخير استخلف الله أوليائه في الأرض"¹. وقال الجصاص: "إن في هذه الآية دلالة على وجوب عمارة الأرض للزراعية والأبنية"²، ويقول القرطبي: "إن فيها طلب العمارة، والطلب المطلق من الله تعالى يكون على الوجوب". وعمارة الأرض بهذا المفهوم تسعى لخلق مجتمع المتقين الذي يستخدم الموارد المسخرة له في التمتع بمستوي معيشي- طيب مع استشعار تقوى الله في ذلك"³.

وقد استخدم المسلمون الأوائل لفظ عمارة الأرض للدلالة على التنمية وناادي المفكرون منذ صدر الإسلام بعمارة الأرض، ولقد جاء ذلك في كتب الخلفاء إلى الولاة، ومن أعظم ما ورد في ذلك ما جاء في كتاب علي بن أبي طالب - رضي الله عنه- إلى واليه في مصر مالك بن الحارث الأشتر: وقد ابتدأه بقوله: "... هذا ما أمر عبد الله علي أمير المؤمنين مالك بن الحارث الأشتر في عهده إليه حين ولاه مصر: جباية خراجها وحماد عدوها، واستصلاح أهلها، وعمارة بلادها"، ثم أتبعه يقول: "... وليكن نظرك في عمارة الأرض أبلغ من نظرك في استجلاب الخراج لأن ذلك لا يدرك إلا بالعمارة، من طلب الخراج من غير عمارة أخرج البلاد"⁴.

فمفهوم التنمية في الإسلام يظهر من خلال الهدف من التنمية، والمرتبط بتحقيق مقاصد الشريعة وما يقتضيه من إرساء العدالة الاجتماعية لكافة المجتمع الإنساني والتوزيع العادل للموارد.

وفي الفكر الإسلامي المعاصر أو القديم لا يوجد أفضل من ابن خلدون في شرح مفهوم عمارة الأرض، حينما تطرق إلى العمران فجعله معتمداً بصفة ضرورية على متغير السكان في أي بقعة من الأرض. فكلما ازداد عدد الساكنين كلما ازداد العمران والعكس صحيح. فالسكان يسعون بطبيعتهم إلى إشباع حاجاتهم من مأكل ومشرب وملبس ومسكن. وبالتالي فإنهم يفلحون الأرض ويقيمون الصناعات المختلفة ويشيدون المباني. وحيث يتعاون السكان ويقتسمون الأعمال فيما بينهم يحصلون من جراء مجهودهم الإنتاجي على أكثر من كفايتهم بكثير⁵.

¹ الراغب الأصفهاني: مفردات ألفاظ القرآن، ج 1، ص 314.

² أحكام القرآن: ج 4، ص 378.

³ الجامع لأحكام القرآن: ج 9، ص 56.

⁴ ابن أبي الحديد (عبد الحميد بن هبة الله بن محمد): شرح نهج البلاغة، تحقيق محمد أبو الفضل إبراهيم، الباني الحلبي، القاهرة، ط 1، 1958، ج 17، ص 70.

⁵ المقدمة: ص 163.

ثم جعل ابن خلدون العمران معتمداً على آمال السكان، والتي تتوقف على المناخ السياسي والاقتصادي السائد في المجتمع فإذا كانت الدولة متسامحة مع الرعايا وتقتصر في جباية الأموال على الواجبات الشرعية مثل الزكاة، انبسطت آمال الرعايا وازداد نشاطهم الإنتاجي واتسعت الأسواق وازدادت المكاسب. والعكس بالعكس إذا طغت الدولة وأسرفت في جمع الضرائب من الناس بالإضافة إلى الجباية الشرعية، بل وقد تزام الناس في نشاطهم الخاص حينئذ يحدث الخراب الاقتصادي¹.

وقد تناول بعض المعاصرين من المهتمين بالبحث في الفقه الإسلامي تعريف التنمية؛ في محاولة منهم للاقتراب من مفهوم محدد لها من منظور إسلامي وربط ذلك بالنظم القانونية المعاصرة، يتم ذكر بعض هذه التعاريف من خلال الأسس المعتمدة فيها وهي:

- العدل: حيث عرّف بعضهم التنمية من خلال ربطها بفكرة العدل بأنها "إنتاج عالي وتوزيع عادل"².
 - الإخلاص: حيث عرّفت التنمية بأنها "الإنتاج المرتبط بإخلاص العمل لله عز وجل"³.
 - مقاصد الشرع: فتم تعريفها بأنها: "تنمية الإنتاج وثروة المجتمع من أجل تحقيق مقاصد الشريعة، وأن التنمية معنية بتوفير متطلبات كرامة الإنسان، أولاً وما يلحق من متطلبات ثقافية ومادية"⁴.
 - آداب الإسلام: خلافاً للتنمية في الفكر الاقتصادي الغربي يرى البعض أن التنمية في الإسلام تحكمها آداب وأخلاق الإسلام، فعرفها بأنها: "العلم الذي يبحث في طرق الكسب والإنفاق على ضوء الأحكام والآداب التي تضمنتها شريعة الإسلام"⁵.
 - المنهج الشرعي: تعريف الموسوعة العلمية والعملية للبنوك الإسلامية بأنها: "علم وسائل استخدام الإنسان لسد حاجات الفرد والمجتمع الدنيوية طبقاً لمنهج شرعي محدد"⁶.
- ومن خلال ما سبق يمكن أن نستخلص تعريفاً جديداً للتنمية في الإسلام بأنها: "مجموع الأحكام والقواعد والوسائل الشرعية المتبعة لعارة الأرض إشباعاً لحاجات المجتمع الإنساني، الفردية والجماعية، الدنيوية والأخروية، المادية والمعنوية، تحقيقاً لعبادة الله تعالى ورعاية لمقاصد شرعه بما يُحقق حسن الاستغلال في الأرض".
- ويتميّز هذا التعريف عن غيره بما يلي:

✓ تعريف شامل يتجاوز التنمية المحلية إلى التنشئة الاجتماعية وفق المصطلح الحديث.

¹ المصدر نفسه: ص 165.

² يوسف إبراهيم: المنهج الإسلامي في التنمية الاقتصادية، الاتحاد الدولي للبنوك الإسلامية، القاهرة، ط 1980، ص 31.

³ شوقي أحمد دنيا: تمويل التنمية في الاقتصاد الإسلامي - دراسة مقارنة -، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ط 1، 1984، ص 96.

⁴ عبد المنعم محمد عفر: نحو النظرية الاقتصادية في الإسلام، المطبعة العربية الحديثة، جدة، ط 1981، ص 125.

⁵ محمد شوقي الفنجري: المذهب الاقتصادي في الإسلام، سلسلة الاقتصاد الإسلامي، رقم 5، شركة مكينات عكاظ، جدة، الرياض، ط 1، 1981، ص 18.

⁶ الموسوعة العلمية والعملية للبنوك الإسلامية: الأصول الشرعية والأعمال المصرفية في الإسلام، القاهرة، ط 1982، ج 5، ص 82.

- ✓ ربط التنمية بالإطار الشرعي الإسلامي، والمتمثل في مجموع الأصول والقواعد الشرعية.
- ✓ ربط حكم الغاية بحكم الوسيلة في تفعيل التنمية، خلافاً للفلسفة النفعية الميكانيكالية القائمة على أساس قاعدة "الغاية تبرر الوسيلة".
- ✓ اعتبار التنمية الدينية وتجاوزها إلى اعتبار التنمية الأخروية، وحفظ حقوق الأجيال اللاحقة، على ضوء قاعدة "غرسوا فأكثروا، ونغرس ليأكلوا"¹. وذلك لا يتحقق إلا إذا تجاوز الفرد أنانيته وربط أعماله بثواب الآخرة.
- ✓ التنمية في الإسلام لا تقتصر على الإشباع المادي، بل تشمل أيضاً التنمية الروحية للإنسان من خلال تركية نفسها والسمو بها إلى امتثال الفضائل واجتناب الرذائل، على نحو يتحقق معه مفهوم التكافل الاجتماعي العنوان الرئيسي للتنمية البشرية. بناء على أن الإنسان جسد وروح.
- ✓ التنمية في الإسلام تسير في اتجاهين متوافقين، تحقيقاً للتوازن بين الزعتين الفردية والجماعية للإنسان، مراعاة لحاجات الفرد ومتطلباته بما لا يؤدي إلى هدم أسس المجتمع وتدمير كيانه.
- ✓ مراعاة مقاصد الشرع في خلقه، خاصة الضرورية منها حفظاً لمصالح الإنسان في دينه، ونفسه، ونسله، وعقله، وماله.
- ✓ ربط التنمية بالعقيدة وفكرة الإخلاص، بأن يكون القصد من جميع برامج التنمية نيل رضا الله عز وجل لقوله تعالى: ﴿قُلْ إِنْ صَلَّيْتُ وَنُسَكِي وَمَخَيَّي وَمَمَّيْتُ لِلَّهِ رَبِّ الْعَالَمِينَ (162) لَا شَرِيكَ لَهُ وَبِذَلِكَ أُمِرْتُ وَأَنَا أَوَّلُ الْمُسْلِمِينَ﴾ [الأنعام 162-163]، واستحضاراً لحديث الرسول - صلى الله عليه وسلم - عن الشاب الذي أعجب الصحابة من جلده ونشاطه ما أعجبهم فتمنوا لو كان في سبيل الله، فقال: (إن كان خرج يسعى على ولده صغاراً فهو في سبيل الله وإن خرج يسعى على أبوين شيخين كبيرين فهو في سبيل الله وإن كان يسعى على نفسه يعفها فهو في سبيل الله وإن كان خرج رياءً وتفاخراً فهو في سبيل الشيطان)².
- ✓ عنوان التنمية في الإسلام: عمارة الأرض وحسن الاستخلاف فيها.

المطلب الثاني: ضوابط العنصر البشري:

اهتم الإسلام بإعداد الإنسان للقيام بمهمة الاستخلاف، من خلال تسخير المال لخدمته وتمكينه منه قصد الاستعمال أو الانتفاع. قال تعالى: ﴿وَلَقَدْ مَكَّنَّاكُمْ فِي الْأَرْضِ وَجَعَلْنَا لَكُمْ فِيهَا مَعَايِشَ قَلِيلًا مَّا تَشْكُرُونَ﴾ [الأعراف 10]، وقوله أيضاً: ﴿أَلَمْ تَرَ أَنَّ اللَّهَ سَخَّرَ لَكُمْ مَّا فِي الْأَرْضِ وَالْفُلْكَ تَجْرِي فِي الْبَحْرِ بِأَمْرِهِ

¹ الطوسي (نظام الملك الحسن بن علي بن إسحاق): سياسة نامه أو سبيل الملوك، ترجمة يوسف حسين بكار، دار الثقافة، قطر، ط 1987، ص 173.

² رواه الطبراني: المعجم الكبير، ج 19، ص 129، رقم 15953. قال الألباني: صحيح.

وَيُؤْمِسُكُمُ السَّمَاءُ أَنْ تَقَعَ عَلَى الْأَرْضِ إِلَّا بِإِذْنِهِ إِنَّ اللَّهَ بِالنَّاسِ لَرَءُوفٌ رَحِيمٌ ﴿الحج 65﴾، وقوله تعالى: ﴿أَلَمْ تَرَوْا أَنَّ اللَّهَ سَخَّرَ لَكُم مَّا فِي السَّمَاوَاتِ وَمَا فِي الْأَرْضِ وَأَسْبَغَ عَلَيْكُمْ نِعَمَهُ ظَاهِرَةً وَبَاطِنَةً﴾ [لقمان 20]، وقوله عز وجل: ﴿اللَّهُ الَّذِي سَخَّرَ لَكُمُ الْبَحْرَ لِتَجْرِيَ الْفُلُكُ فِيهِ بِأَمْرِهِ وَلِتَبْتَغُوا مِنْ فَضْلِهِ وَلَعَلَّكُمْ تَشْكُرُونَ﴾ [الجاثية 12].

والمقصود بالتسخير تسهيل الانتفاع بدون مانع وهو يؤذن بصعوبة الانتفاع لولا ذلك التسخير. وأصله تسهيل الانتفاع بما فيه إرادة المنع مثل تسهيل استخدام الحيوان الداجن من الخيل، والإبل، والبقر، والغنم ونحوها، بأن جعل الله فيها طبع الإلف للإنسان، ثم أطلق على تسهيل الانتفاع بما في طبعه أو في حاله ما يتعذر الانتفاع به لولا ما أهدى الله إليه الإنسان من وسائل التغلب عليها بتعريف نوااميسه وأحواله وحركاته وأوقات ظهوره.

ويتم إعداد الإنسان للقيام بواجب الاستخلاف المتمثل في عمارة الأرض عن طريق تربيته تربية إسلامية صحيحة، وتعريفه بأن المال مال الله مملكه إياه عن طريق الاستخلاف، وبالتالي فإنه مطلوب منه أن يتصرف في مملكه بما يتوافق مع أصول ومقاصد الشرع، قال تعالى: ﴿وَأَنْفَقُوا مِمَّا جَعَلَكُمْ مُسْتَخْلِفِينَ فِيهِ﴾ [الحديد 7]، وقال أيضاً: ﴿وَأَتَوْهُمْ مِنْ مَالِ اللَّهِ الَّذِي آتَاكُمْ﴾ [النور 33]، قال الرازي: "الأموال التي في أيديكم إنما هي أموال الله بخلقه وإنشائه لها، ثم إنه تعالى جعلها تحت يد المكلّف، وتحت تصرفه لينفع بها على وفق إذن الشرع، فالمكلّف في تصرفه في هذه الأموال بمنزلة الوكيل والنائب والخليفة"²، وقال القرطبي: "أصل الملك لله سبحانه، وأن العبد ليس له فيه إلا التصرف الذي يرضي الله فيثبته على ذلك بالجنة"³.

ولكي يقوم الإنسان بهذا العمل على أكمل وجه فإنه يجب إعدادة علمياً وفنياً وذلك عن طريق التعليم والتدريب ومدّه بأفضل وسائل الإنتاج والإمكانات، ووضعه في المكان المناسب وتزويده بأكسابه ومهارات ما تحتاج إليه الأمة وتشجيعه على الذوق والابتكار، مع ضرورة تزويده بسلاح العلم الشرعي، خاصة ما تعلق بالمعلوم من الدين بالضرورة، حتى لا يقع في محذور أو شبهة حرام. وبهذا يمكن إيجاد العنصر البشري الذي تتحقق فيه صفة الصدق والأمانة إلى جانب الخبرة والكفاءة والقوة: ﴿قَالَتْ إِحْدَاهُمَا يَا أَبَتِ اسْتَأْجِرْهُ إِنَّ خَيْرَ مَنْ اسْتَأْجَرْتَ الْقَوِيُّ الْأَمِينُ﴾ [القصص 26]، جاء في تفسير الطبري: "القوي الأمين هو خير من تستأجره للرعي، القوي على حفظ ماشيتك والقيام عليها في إصلاحها صلاح الأمين الذي لا تخاف خيانتة فيما تأمنه عليه"⁴. فهذان الوصفان، ينبغي اعتبارهما في كل من يتولى عملاً⁵.

¹ ابن عاشور: التحرير والتنوير، ج 17، ص 232.

² مفاتيح الغيب: ج 29، ص 452.

³ الجامع لأحكام القرآن: ج 17، ص 238.

⁴ جامع البيان في تأويل القرآن: ج 19، ص 562.

⁵ السعدي: تيسير الكريم الرحمن في تفسير كلام المنان، ص 614.

وفي الحديث عن أبي هريرة - رضي الله عنه - قال: قال رسول الله - صلى الله عليه وسلم -: (المؤمن القوي خير وأحب إلى الله من المؤمن الضعيف، وفي كل خير، احرص على ما ينفعك، واستعن بالله، ولا تعجز)¹. وفي هذا الحديث حثٌ عظيم على قوة المؤمن في كل شيء، فالقوة في الحديث مطلقة تشمل قوة الإيمان، والعمل الصالح على اختلافه، وقوة البدن وقوة المال، وسائر القوى. فهذا المؤمن القوي ينتج عنه خير كثير في كل الميادين، والمؤمن الضعيف لا ينتج عنه شيء إلا الضعف والقلة، ولا تقوم به دنيا ولا دين.

فوجود العامل الأمين في عمله القوي في أدائه شرط لقيام التنمية ضمن إطارها الصحيح. وقد كان عمر - رضي الله عنه - يشكو ضعف الأمين وخيانة القوي، فكان يقول: "أشكو إلى الله ضعف الأمين وخيانة القوي"². يريد أن يؤيده بقوي أمين يستعين به في أمور الخلافة.

كما يلزمه أن يؤمن بأن تفاوت الناس في الرزق سنة الله في خلقه، وضرورة كونه، تحقيقاً لغاية تسخير الناس لبعضهم البعض. فقد بين الله عز وجل أن التسخير المترتب على ما بين الناس من تفاضل إنما هو رحمة منه، يقول تعالى: ﴿وَرَفَعْنَا بَعْضَهُمْ فَوْقَ بَعْضٍ دَرَجَاتٍ لِيَتَّخِذَ بَعْضُهُمْ بَعْضًا سُخْرِيًّا وَرَحْمَةً رَبِّكَ خَيْرٌ مِمَّا يَجْمَعُونَ﴾ [الزخرف 32]، ومعنى تسخير بعضهم لبعض: خدمة بعضهم البعض، وعمل بعضهم لبعض، فيكون بعضهم سبباً لمعاش بعض³، وهذه من سنن الله في خلقه، وذلك "لأن نظام العالم في الدنيا، يتوقف قيامه على ذلك، فمن حكمته جل وعلا، أن يجعل هذا فقيراً مع كونه قوياً قادراً على العمل، ويجعل هذا ضعيفاً لا يقدر على العمل بنفسه، ولكنه تعالى يهتئ له دراهم، يؤجر بها ذلك الفقير القوي فينتفع القوي بدراهم الضعيف، والضعيف بعمل القوي، فتنتظم المعيشة لكل منها .. فقد أوضح تعالى حكمة هذا التفاضل، والتفاوت في الأرزاق، والحظوظ والقوة والضعف، ونحو ذلك"⁴.

وهذا التسخير الذي أقره الشرع الإسلامي والمتوافق مع سنن الكون ليس فيه انتقاص ولا حطٌ لكرامة الإنسان، متى التزم فيه الطرفان بأصول وأحكام الشرع، يقول الألوسي - في معنى الآية -: "ليستعمل بعضهم بعضاً في مصالحهم ويستخدموهم في مهنهم ويسخروهم في أشغالهم حتى يتعاشوا ويتزادوا ويصلوا إلى مرافقهم لا

¹ رواه مسلم: كتاب القدر، باب في الأمر بالقوة وترك الضعف، ج 8، ص 56، رقم 6945.

² ابن عاشور: التحرير والتنوير، ج 20، ص 106.

³ اختلف في تفسير "سخيراً" على معنيين. فقال بعضهم بالتسخير بمعنى أن ينتفع بعضهم ببعض، وهو قول قتادة والضحاك، وقال بعضهم بالسخرية التي هي بمعنى الاستئثار، وهو قول الأخفش والسدي / البغوي: معالم التنزيل، ج 7، ص 212 / القرطبي: الجامع لأحكام القرآن، ج 16، ص 83 / ابن كثير: تفسير القرآن العظيم، ج 7، ص 226.

وقال الطبري: "اختلفت القراء في قراءة قوله: ﴿سُخْرِيًّا﴾ على معنيين:

- فقرأه بعض قراء الحجاز وبعض أهل البصرة والكوفة بكسر السين، ويتأولون في كسرهما أن معنى ذلك الجزء،

- وقال البعض إنها إذا ضمت فعلى الكلمة: السخرة والاستعباد، وقرأ ذلك عامة قراء المدينة والكوفة بضم السين، .. والصواب من القول في ذلك، أنها قراءتان مشهورتان، ولغتان معروفتان بمعنى واحد، قد قرأ بكل واحدة منها علماء من القراء، فبأيتها قرأ القارئ ذلك فصيح، وليس يعرف من فرق بين معنى ذلك إذا كسرت السين وإذا ضمت " / جامع البيان، ج 19، ص 80.

⁴ الشنقيطي: أضواء البيان، ج 7، ص 112.

لكمال في الموسع عليه ولا لتقص في المقتر عليه"¹. وإنما هو لحكمة أرادها الله رحمة بالعباد، ذلك أن المال الذي للأغنياء والمسخر للفقراء مقابل ما يقدمونه لهم من منافع وأعمال إنما هو قسمة من الله على الناس، يقول ابن عاشور: "فإن الله أعطى كل شيء خلقه وجعل للأشياء حقاقتها ومقاديرها"².

ومن هنا يجب على الفرد المسلم السعي لكسب الرزق امتثالاً لأمر الله والرضا بما قسمه له وفق حكمته وعدله وعلمه بما هو صالح لهم قال تعالى: ﴿أَلَمْ يَقْسِمُوا رَحْمَةً رَبِّكَ نَحْنُ قَسَمْنَا بَيْنَهُمْ مَعيشتَهُمْ فِي الْحَيَاةِ الدُّنْيَا وَرَفَعْنَا بَعْضَهُمْ فَوْقَ بَعْضٍ دَرَجَاتٍ لِيَتَّخِذَ بَعْضُهُمْ بَعْضًا سُخْرِيًّا وَرَحْمَةُ رَبِّكَ خَيْرٌ مِمَّا يَجْمَعُونَ﴾ [الزخرف 32].

ويلزم أيضاً لإعداد الإنسان قصد القيام بالتنمية الاقتصادية، أن يعلم ويؤمن بأن مزاوله النشاط الاقتصادي عبادة، وهو محاسب عليها ومن هنا فهو إما مثاب أو معاقب. فإن سعى لكسب الرزق وبذل الجهد فيه ابتغاء مرضاة الله، ومساعدة له على القيام بواجباته التي أمره الله بها فإنه يثاب عليها، أما إذا قام بذلك بما يهدم أصول الشرع، أو يتناقض مع مقاصده فإنه يعاقب. قال تعالى: ﴿فَوَرَبِّكَ لَنَسْأَلَنَّهُمْ أَجْمَعِينَ (92) عَمَّا كَانُوا يَعْمَلُونَ﴾ [الحجر 92-93]، ومن هنا فلا بد أن يوجه هذا النشاط وفق أوامر الله وتوجيهاته وأن يكون الهدف منه التنمية التي تعود على جميع الأمة بالخير. وحتى يتحقق للإنسان مزاوله نشاطه الاقتصادي بما يتوافق مع شرع الله ورضا ربه وجب أن يتسلح بالعلم، قال رسول الله -صلى الله عليه وسلم-: (إنما الدنيا لأربعة نفر، عبد رزقه الله مالا وعلماً فهو يتقي فيه ربه ويصل فيه رحمه ويعلم الله فيه حقاً فهذا بأفضل المنازل. وعبد رزقه الله علماً ولم يرزقه مالا فهو صادق النية يقول لو أن لي مالا لعملت بعمل فلان فهو نيته فأجرها سواء. وعبد رزقه الله مالا ولم يرزقه علماً فهو يخبط في ماله بغير علم لا يتقي فيه ربه ولا يصل فيه رحمه ولا يعلم الله فيه حقاً فهذا بأخبث المنازل. وعبد لم يرزقه الله لا مالا ولا علماً فهو يقول لو أن لي مالا لعملت فيه بعمل فلان فهو بنيته فوزرها سواء)³.

المطلب الثالث: ضوابط العمل:

لكي يقوم الإنسان بعبارة الأرض فلا بد من العمل باستمرار من أجل تنمية أو تثير المال لتغطية حاجاته. والعمل المقصود هو "بذل الجهد الدائب في تثير الموارد، ومضاعفة الغلة من أجل رخاء الأمة ودعم وجودها وقيمتها العليا". وهو العمل الصالح والذي تُركى به النفس وتقوم به الأخلاق، وتتسع به دائرة البر ويحفظ به الدين والبدن والعقل والمال والنسل.

فيشترط أن يكون العمل الذي يحقق إصلاح الدين والدنيا، الذي تُنتزع به الأنانية ويزول به الاحتكار فيعم الخير الجميع. وقد ضرب رسول الله -صلى الله عليه وسلم- أروع مثال وأحسن صورة عن ذلك، فعن أنس -

¹ روح المعاني في تفسير القرآن العظيم والسبع المثاني: ج25، ص 78.

² التحرير والتنوير: ج25، ص 203.

³ رواه أحمد: ج29، ص 562، رقم 18031 / والترمذي: كتاب الزهد، باب مثل الدنيا مثل أربعة نفر، ج4، ص 562، رقم 2325. قال الألباني: صحيح.

رضي الله عنه- قال: قال رسول الله- صلى الله عليه وسلم- : (ما من مسلم يغرس غرساً أو يزرع زرعاً فيأكل منه طير أو إنسان أو بهيمة إلا كان له به صدقة)¹.

فالعمل المقصود هو العمل الذي يعمر الأرض، وينتج الطيبات، ويُحقق الحياة الكريمة للإنسان. وهو العمل الذي يتحقق به معنى الاستخلاف في الأرض لقوله تعالى: ﴿وَعَدَ اللَّهُ الَّذِينَ آمَنُوا مِنْكُمْ وَعَمِلُوا الصَّالِحَاتِ لَيَسْتَخْلِفَنَّهُمْ فِي الْأَرْضِ كَمَا اسْتَخْلَفَ الَّذِينَ مِنْ قَبْلِهِمْ وَلَيُمَكِّنَنَّ لَهُمْ دِينَهُمُ الَّذِي ارْتَضَىٰ لَهُمْ وَلَيُبَدِّلَنَّهُمْ مِنْ بَعْدِ خَوْفِهِمْ أَمْنًا يُعْبُدُونَنِي لَا يُشْرِكُونَ بِي شَيْئًا وَمَنْ كَفَرَ بَعْدَ ذَلِكَ فَأُولَٰئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ﴾ [النور 55]. فأخبر أن العمل الصالح المقرون بالإيمان الصادق سبب للاستخلاف المذكور.²

كما يلزم لتحقيق التنمية الاقتصادية الشاملة توفير فرص العمل وإتاحتها لكل قادر، فالإسلام يحث الأفراد على اكتساب الرزق عن طريق العمل، والسبيل الحقيقي للتنمية لا يكون إلا بتعبئة الطاقات البشرية ودفعها في مجالات الإنتاج المختلفة والمتنوعة لسد جميع الحاجات الإنسانية، وتحقيق مشيئة الله في عمارة الأرض، يقول سيد قطب - رحمه الله -: "مشيئة الله في عمارة هذه الأرض اقتضت أن تكون للناس حاجات لا ينالونها إلا بالعمل والكد، وفلاحة هذه الأرض، وصناعة خاماتها، ونقل خيراتها من مكان إلى مكان، وتداول هذه الخيرات وما يقابلها من سلعة أو نقد أو قيم تختلف باختلاف الزمان والمكان"³.

ولتحقيق هذه المشيئة الإلهية في عمارة الأرض أمر عز وجل بالأعمال الآتية:

- **أولاً: التجارة:** بشقيا البري والبحري. فقال عز وجل: ﴿فَإِذَا قُضِيَتِ الصَّلَاةُ فَانْتَشِرُوا فِي الْأَرْضِ وَابْتَغُوا مِنْ فَضْلِ اللَّهِ وَاذْكُرُوا اللَّهَ كَثِيرًا لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ﴾ [الجمعة 10]، وقوله تعالى: ﴿وَهُوَ الَّذِي سَخَّرَ الْبَحْرَ لِتَأْكُلُوا مِنْهُ لَحْمًا طَرِيًّا وَتَسْتَخْرِجُوا مِنْهُ حَبًّا ثَلَسُونَهَا وَتَرَى الْفُلْكَ مَوَاجِرَ فِيهِ وَلِتَبْتَغُوا مِنْ فَضْلِهِ وَلَعَلَّكُمْ تَشْكُرُونَ﴾ [النحل 14].

- **ثانياً: الزراعة:** وقد رفع الإسلام من قيمة الزراعة وشجع الناس عليها ووعدهم بثواب عظيم، ذلك لأنهم يمثلون بعملهم المؤمنين الحقيقيين الذين يعمرون الأرض ويستخرجون خيراتها ويفيدون البلاد والعباد. وقد أكثر الله عز وجل من التذكير بما أنعم به من إنتاج الزروع وخيرات الأرض، فقال: ﴿وَهُوَ الَّذِي أَنْزَلَ مِنَ السَّمَاءِ مَاءً فَأَخْرَجْنَا بِهِ نَبَاتَ كُلِّ شَيْءٍ فَأَخْرَجْنَا مِنْهُ خَضِرًا نُخْرِجُ مِنْهُ حَبًّا مُتَرَاكِبًا وَمِنْ الثُّحْلِ مِنْ طَلْعِهَا قِنْوَانٌ دَانِيَةٌ وَجَنَّاتٍ مِنْ أَعْنَابٍ وَالزَّيْتُونَ وَالزُّمَانُ مِثَشَابِهِ انظُرُوا إِلَى ثَمَرِهِ إِذَا أَثْمَرَ وَيَنْعِهِ إِنَّ فِي ذَلِكُمْ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يُؤْمِنُونَ﴾ [الأنعام 99]، وقال أيضاً: ﴿فَلْيَنْظُرِ الْإِنْسَانُ إِلَى طَعَامِهِ﴾ (24) أَتَا صَبَبْنَا الْمَاءَ صَبًّا (25) ثُمَّ شَقَقْنَا الْأَرْضَ شَقًّا (26) فَأَنْبَتْنَا فِيهَا حَبًّا (27) وَعَبَبْنَا وَقَصَبًا (28) وَرَیْثُونًا وَنَحْلًا (29) وَحَدَائِقَ غُلْبًا (30) وَفَاكِهَةً

¹ رواه البخاري: كتاب المزارعة، باب فضل الزرع والغرس، ج 2، ص 817، رقم 2195 / ومسلم: كتاب المساقاة، باب فضل الغرس والزرع،

ج 5، ص 27، رقم 4050.

² عبد الرحمن السعدي: تيسير الكريم الرحمن في تفسير كلام المنان، ص 126.

³ في ظلال القرآن: ص 2970.

وَأَبَا (31) مَتَاعًا لَكُمْ وَلِأَتَعَامِكُمْ﴾ [عبس 24-32]، وقال أيضاً: ﴿أَفَرَأَيْتُمْ مَا تَحْرُثُونَ (63) أَأَنْتُمْ تَزْرَعُونَهُ أَمْ نَحْنُ الزَّارِعُونَ﴾ [الواقعة 63-64]، وقال أيضاً: ﴿يُوقَدُ مِنْ شَجَرَةٍ مُبَارَكَةٍ زَيْتُونَةٍ﴾ [النور 35]، وقال سبحانه وتعالى: ﴿الَّذِي جَعَلَ لَكُمْ مِنَ الشَّجَرِ الْأَخْضَرِ نَارًا فَإِذَا أَنْتُمْ تُوقَدُونَ﴾ [يس 80].

وقد أكد الرسول -صلى الله عليه وسلم- أهمية الزراعة حين أمر بها حتى ولو قامت الساعة، فعن أنس بن مالك -رضي الله عنه- عن النبي -صلى الله عليه وسلم- أنه قال: (إن قامت الساعة وفي يد أحدكم فسيلة فإن استطاع أن لا يقوم حتى يغرسها فليغرسها)¹.

والإسلام يعلم الإنسان أن يقصد بعمله التخطيط البعيد، واعتبار المال. من غير أنانية في طلب النتائج، وذلك من عوامل تحقق التنمية الشاملة. ولعل فرض الخراج على الأراضي المفتوحة عنوة يعد في مقدمة التشريعات التي استنبطها عمر بن الخطاب -رضي الله عنه- من أصول شرعية صحيحة.

فقد زُوي أن عمر -رضي الله عنه- أراد قسم سواد العراق بين المسلمين فقال معاذ -رضي الله عنه-: "إذن والله ليكون ما تكره، إنك إن قسمتها اليوم صار الربع العظيم في أيدي القوم ثم يبيدون فيصير ذلك إلى الرجل الواحد أو المرأة ثم يأتي من بعدهم قوم يسدون في الإسلام مسدا وهم لا يجدون شيئاً فانظر أمراً يسع أولهم وآخرهم". فصار عمر إلى قول معاذ -رضي الله عنها-².

وروي عن عبد الله بن عمر -رضي الله عنها- قوله: "أحرث لديناك كأنك تعيش أبداً، واعمل لآخرتك كأنك تموت غدا"³. وفيه حث على بذل العمل ورسم أهدافه البعيدة. وربط ذلك بتذكر الآخرة وفناء الإنسان، ليقترن العمل بالإخلاص.

وروي أيضاً أنه حينما كان "أنوشروان"⁴ خارجاً للصيد يوماً وخاصته معه، مر بأطراف قرية فرأى عجوزاً في التسعين من عمره يغرس جوزاً فتملكه العجب لأن هذه الغراس لا تؤتي أكلها قبل عشر-سنوات أو عشرين. قال أنوشروان له: "يا شيخ أغرس جوزاً؟". قال: "أجل يا مولاي". قال أنوشروان: "أفستعيش حتى تأكل من ثماره". قال: "غرسوا فأكلنا ونغرس فيأكلون". فسرَّ أنوشروان لجوابه وقال: "أحسنْتَ". فناول الموكل بالحنة العجوز ألف دينار حالاً. فقال الشيخ: "يا مولاي لم يسبقني أحد إلى جني ثمار هذا الشجر". قال

¹ رواه البخاري في الأدب المفرد: كتاب البيان، باب اصطناع المال، ج1، ص 168، رقم 479. قال الألباني: صحيح.

² ابن رجب (عبد الرحمن بن أحمد): الاستخراج لأحكام الخراج، ط1، 1985، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ص 16.

³ القرطبي: الجامع لأحكام القرآن، ج13، ص 314.

⁴ أحمد بن الحسن أنوشروان بن أحمد بن الحسن بن أنوشروان الرازي الأصل ثم الرومي الحنفي أبو المفاخر ابن أبي الفضائل جلال الدين ابن قاضي القضاة حسام الدين ابن تاج الدين ولد سنة إحدى أو اثنين وخمسين وستائة بانكورية من الروم وقرأ القرآن واشتغل في النحو والتفسير والفقه، قال القطب في تاريخ مصر اشتغل كثيراً وكان جامعاً للفضائل ويحب أهل العلم مع السخاء وحسن العشرة وقد ولي القضاء وهو صغير ابن سبع عشرة سنة نجرت برت ودرس بدمشق وقدم مصر سنة 730، قال ابن رافع حدث بالسباع عن الفخر ابن البخاري، وقال البرزالي ولي قضاء الشام وناب عن والده قبل ذلك ودرس بالحنفية والقضاة وكانت له عناية بجامع الأصول ألفاه دروساً ويحفظ منه كثيراً وكان محبوباً إلى الناس كثير الصدقة جواداً منع بجواسه إلا السمع وكتب الخط المنسوب على الولي الذي كان ببلاد الروم ومات سنة 691 وكان قد انحنى من الكبر / ابن حجر (أبو الفضل أحمد بن علي العسقلاني): الدرر الكامنة في أعيان المائة الثامنة، دار الكتب الحديثة، القاهرة، مصر، دت، ص 36.

أنوشروان: كيف؟ قال الشيخ: "لو لم أكن أغرس جوزا ولم يمر مولاي من هنا فيسألني ما سأل وأجبه بما أجبت فأنتي لي هذه الألف دينار؟". فقال أنوشروان: "أحسننت، أحسننت" فأعطى الموكل بالخزانة الرجل ألفين آخرين لجران أحسننت على لسان أنوشروان مرتين¹.

فهذه نماذج حفظها التاريخ الإسلامي، في حين أن السياسات العالمية الحديثة تبحث عن تفعيل آليات حفظ حقوق الأجيال اللاحقة.

كما رغب نصوص الشرع في استصلاح الأراضي وتبنيها للزراعة، ومنحت حق التمليك لمن يبادر إلى إحياء الأراضي الموات، فعن عائشة - رضي الله عنها - عن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال: (من أعمار أرضا ليست لأحد فهو أحق)².

وقد تناول الإسلام القيم المهمة لحصول التنمية الزراعية كالتدبير الزراعي اليقظ، حيث وضع نظاماً للتموين وحض على الاحتفاظ بالحبوب في سنابلها في السنين المخصبة صيانة من السوس، وإبقاء عليها لأعوام القحط. يقول تعالى: ﴿قَالَ تَزْرَعُونَ سَبْعَ سِنِينَ دَأَبًا فَمَا حَصَدْتُمْ فَذَرَوْهُ فِي سُنْبُلِهِ إِلَّا قَلِيلًا مِمَّا تَأْكُلُونَ (47) ثُمَّ يَأْتِي مِنْ بَعْدِ ذَلِكَ سَبْعٌ شِدَادٌ يَأْكُلْنَ مَا قَدَّمْتُمْ لَهُنَّ إِلَّا قَلِيلًا مِمَّا تَحْصِنُونَ (48) ثُمَّ يَأْتِي مِنْ بَعْدِ ذَلِكَ عَامٌ فِيهِ يُغَاثُ النَّاسُ وَفِيهِ يُفْصَرُونَ﴾ [يوسف 47-49].

ولا شك أن هذه الآيات الكريمة تحمل في جوهرها العديد من المعاني السامية والتوجيهات التي إذا أخذت بها الأمة الإسلامية وجعلتها نبراساً لها تبوّأت مكانتها السامية بين الأمم كافة، وحصلت لها التنمية المنشودة بتحقيق الأمن الغذائي.

- **الثالث: الصناعة:** تناولت نصوص الشرع المجال الصناعي في العديد من المواضع، لتؤكد أهمية ونظرة الإسلام إليه، وبلغ اهتمام القرآن الكريم بالصناعة إلى درجة أنه قرن إنزال الكتب السماوية أساس الشرائع، بالحديد أساس الصناعة فقال سبحانه وتعالى: ﴿وَأَنْزَلْنَا الْحَدِيدَ فِيهِ بَأْسٌ شَدِيدٌ وَمَنَافِعُ لِلنَّاسِ﴾ [الحديد 25]، وقد بين عز وجل في مقام الامتنان بالنعم العظمى أنه علم نبيه داود - عليه السلام - صناعة الحديد، والدرع فقال عز وجل: ﴿وَعَلَّمْنَاهُ صَنْعَةَ لَبُوسٍ لَكُمْ لِتُحْصِنَكُمْ مِنْ بَأْسِكُمْ فَهَلْ أَنْتُمْ شَاكِرُونَ﴾ [الأنبياء 80]، كما لفت القرآن الكريم النظر إلى الصناعات المختلفة، مثل البناء، وصناعة الجلود، والنسيج، فقال عز وجل: ﴿وَاللَّهُ جَعَلَ لَكُمْ مِنْ بُيُوتِكُمْ سَكَنًا وَجَعَلَ لَكُمْ مِنْ جُلُودِ الْأَنْعَامِ بُيُوتًا تَسْتَخِفُّونَهَا يَوْمَ ظَعْنِكُمْ وَيَوْمَ إِقَامَتِكُمْ وَمِنْ أَصْوَافِهَا وَأَوْبَارِهَا وَأَشْعَارِهَا أَثَاءًا وَمَتَاعًا إِلَى حِينٍ (80) وَاللَّهُ جَعَلَ لَكُمْ مِمَّا خَلَقَ ظَلَالًا وَجَعَلَ لَكُمْ مِنَ الْجِبَالِ أَكْنَانًا وَجَعَلَ لَكُمْ سَرَابِيلَ تَقِيكُمُ الْحَرَّ وَسَرَابِيلَ تَقِيكُمُ الْبَأْسَ كَذَلِكَ يُبَيِّنُ نِعْمَتَهُ عَلَيْكُمْ لَعَلَّكُمْ تُسْلِمُونَ﴾ [النحل 80-81]، وأمر بالصناعة البحرية وهو يأمر نبيه نوح - عليه السلام - : ﴿وَاصْنَعِ الْفُلَكَ بِأَعْيُنِنَا وَوَحِّينَا وَلَا تَخَاطِبْنِي فِي الَّذِينَ ظَلَمُوا إِنَّهُمْ مُعْرِضُونَ﴾ [هود 37]، كما أشار سبحانه وتعالى إلى مختلف الصناعات التي يحتاجها الإنسان في

¹ الطوسي: سياسة نامه أو سير الملوك، ص 173.

² رواه البخاري: باب من أحيا أرضاً مواتاً، ج 8، ص 145، رقم 2167.

حياته اليومية فقال عز وجل: ﴿يَعْمَلُونَ لَهُ مَا يَشَاءُ مِنْ مَحَارِبَ وَتَمَاثِيلَ وَجِفَانٍ كَالْجَوَابِ وَقُدُورٍ رَاسِيَاتٍ اعْمَلُوا آلَ دَاوُدَ شُكْرًا وَقَلِيلٌ مِنْ عِبَادِيَ الشَّكُورُ﴾ [سبأ 13].

وقد رغب النبي -صلى الله عليه وسلم- في الصناعة فقال: (إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْعَبْدَ الْمُؤْمِنَ الْمُحْتَرِفَ)¹، وبين أهمية الأمن الغذائي المرتبط بمجال الصناعة، من خلال تحفيز أفراد الأمة على صناعة ما يأكلون، فقال -صلى الله عليه وسلم-: (مَا أَكَلَ أَحَدٌ طَعَاماً قَطُّ خَيْرٌ مِنْ أَنْ يَأْكُلَ مِنْ عَمَلِ يَدِهِ، وَإِنْ نَبِيَ اللَّهِ دَاوُدَ كَانَ يَأْكُلُ مِنْ عَمَلِ يَدِهِ)². وفي ذلك تحذير من الوقوع في التبعية للغير، إذ لا خير في أمة لا تأكل مما تنتج، ولا تلبس مما تصنع.

ونظراً لأهمية الصناعة فقد اشتغلها كثير من الأنبياء -عليهم السلام- فقد كان نوح نجاراً، وكان إدريس خياطاً، وكان داود خواصاً، وكان زكريا نجاراً³.

ومن كثرة اهتمام نصوص الشرع بالصناعة خصص فقهاء الإسلام فصولاً ومباحث مستقلة بعقد الاستصناع، فبينوا أهميته، وأحكامه، وشروطه، وضوابطه، وفروعه، ومختلف مسائله. فأتوا بذلك تقنين عقد الاستصناع في وقت كان فيه الغرب لا يزال تائها في ظلمة القرون الوسطى.

ومن ضوابط العمل في الإسلام، ضرورة ربطه بالعبادة ابتداء وانتهاء وممارسة، ذلك حتى لا يتغلب التكوين المادي للإنسان، على جوهره الفطري، ويكانه الروحي، وحتى لا ينجس الإنسان وراء إشباع حاجاته المادية، لاهيا وغافلاً عن تنمية وتركيز جانبه الروحي؛ فأمر عز وجل بقطع العمل إذا نودي للصلاة، قال تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نُودِيَ لِلصَّلَاةِ مِنْ يَوْمِ الْجُمُعَةِ فَاسْعَوْا إِلَى ذِكْرِ اللَّهِ وَذَرُوا الْبَيْعَ ذَلِكُمْ خَيْرٌ لَكُمْ إِنْ كُنْتُمْ تَعْلَمُونَ﴾ [الجمعة 9]، وتذكر سورة النور -المساة بسورة الأخلاق- أروع تصوير لحقيقة ربط العمل بالعبادة، وما يترتب عليه من آثار، فيقول سبحانه وتعالى في وصف المؤمنين بأنهم: ﴿رَجَالٌ لَا تُلْهِيمُهُمْ تِجَارَةً وَلَا بَيْعًا عَنْ ذِكْرِ اللَّهِ وَإِقَامِ الصَّلَاةِ وَإِيتَاءِ الزَّكَاةِ يَخَافُونَ يَوْمًا تَتَقَلَّبُ فِيهِ الْقُلُوبُ وَالْأَبْصَارُ﴾ [النور 37]، ليتواصل السياق القرآني بأنه إذا تحقق هذا الوصف من ربط العمل بالعبادة تتحقق التنمية، ويحل فضل الله على العباد فيقول عز وجل: ﴿لِيُجْزِيَهُمُ اللَّهُ أَحْسَنَ مَا عَمِلُوا وَيَرْيَهُمْ مِنْ فَضْلِهِ وَاللَّهُ يَزِرُّ مَنْ يَشَاءُ بِغَيْرِ حِسَابٍ﴾ [النور 38].

أما إذا غفل الإنسان عن ربط عمله بعبادة ربه كان عمله كسراب، فتتوقف التنمية، لما في ذلك من جمود للنعمة التي تدخل الإنسان في ظلمات أنانيته، وطمعه، التي تحبسه في دائرة مصالح نفسه فتمنعه من إحصار المصلحة الحقيقية والشاملة التي تحفظ المجتمع الإنساني، وتتحقق معه التنمية المنشودة، التي تضمن مصالح الفرد والمجتمع في إطار من التوازن والتكافل. قال تعالى: ﴿وَالَّذِينَ كَفَرُوا أَعْمَالُهُمْ كَسَرَابٍ بِقِيعَةٍ يَحْسَبُهُ الظَّمْآنُ مَاءً حَتَّى إِذَا جَاءَهُ لَمْ يَجِدْهُ شَيْئًا وَوَجَدَ اللَّهَ عِنْدَهُ فَوَفَّاهُ حِسَابَهُ وَاللَّهُ سَرِيعُ الْحِسَابِ (39) أَوْ كَظُلُمَاتٍ فِي بَحْرٍ لُجِّيٍّ يَغْشَاهُ مَوْجٌ

¹ رواه الطبراني: المعجم الأوسط، ج8، ص380، رقم 8934. / والسيوطي: جامع الأحاديث، ج6، ص237 / والبيهقي: شعب الإيمان، ج2، ص88، رقم 1237.

² رواه البخاري: كتاب البيوع، باب كسب الرجل وعمله، ج2، ص730، رقم 1966.

³ ابن حجر: فتح الباري، ج4، ص306.

مِنْ فَوْقِهِ مَوْجٌ مِنْ فَوْقِهِ سَحَابٌ ظُلُمَاتٌ بَعْضُهَا فَوْقَ بَعْضٍ إِذَا أَخْرَجَ يَدَهُ لَمْ يَكْذِبْهَا وَمَنْ لَمْ يَجْعَلِ اللَّهُ لَهُ نُورًا فَمَا لَهُ مِنْ نُورٍ ﴿ [النور 39 - 40]. فتكون العبادة نور الإنسان العامل الذي يُبصر- به الطريق الصحيح إلى التنمية الشاملة.

ولا يتحقق هذا الربط بين العمل والإخلاص لله إلا بإتقان العمل وتأديته على الصورة المطلوبة، وذلك لقوله - صلى الله عليه وسلم:- (إن الله يحب من أحكم إذا عمل عملاً أن يتقنه)¹.

ويتحقق أيضاً الربط بين العمل والعبادة في الإسلام، من خلال توجيهه توجيهاً إيمانياً واعتقادياً بأن يقصد المسلم مع كل عمل يقوم به رضا الله عز وجل، وبذلك يتحقق له النفع في الدنيا والأجر في الآخرة، فيكون العمل عبادة، ويتعد المجتمع الإسلامي عن الدروشة، والرهينة التي يعتزل معها صاحبها الناس والعمل بحجة التفرغ لعبادة الله، كما يتعد بها المجتمع الإسلامي عن المادية التي يندفع أصحابها وراء المادة بلا روح. فيقع التوازن الذي تتحقق معها التنمية.

المطلب الرابع: ضوابط تنمية المال:

المال في لغة العرب ما ملكته من جميع الأشياء، ومال الرجل يَمُولُ مَوْلاً ومَوْلاً إذا صار ذا مال، وتصغيره مَوِيلٌ².

أما اصطلاحاً فقد عرّفه السرخسي الحنفي بأنه: "اسم لما هو مخلوق لإقامة مصالحنا به، ولكن باعتبار وصف التمول، والتمول صيانة الشيء وادخاره لوقت الحاجة"³. وعرّفه الشاطبي المالكي بأنه "ما يقع عليه الملك ويستبد به عن غيره إذا أخذه من وجهه"⁴. وقال السيوطي الشافعي "إن اسم المال لا يقع إلا على ماله قيمة يباع بها، وتلزم متلفه، وإن قلت، وما لا يطرحه الناس مثل الفلس، وما أشبه ذلك"⁵. وعرّفه البهوتي الحنبلي بأنه "ما فيه منفعة مباحة لغير حاجة وضرورة"⁶.

ومطلوب من الإنسان في الإسلام تنمية المال وتكثيره، فما يحصل لدى الإنسان من مال بالسعي أو بالوراثة والهبة ونحوها يُطلب منه ديناً أن لا يتركه يتآكل بالإنفاق، وإنما عليه تنميته وتكثيره بأي نوع من أنواع الاستثمار المشروعة، تجارة في لعروض، أو استئصالاً في الحيوان أو النبات.

¹ رواه البيهقي: شعب الإيمان، ج4، ص 334، رقم 5313. قال الألباني: صحيح.

² ابن منظور: لسان العرب، ج13، ص 223 / الزبيدي: تاج العروس، ج8، ص 121 / ابن الجزري: النهاية في غريب الحديث: ج4، ص 373.

³ المبسوط: ج11، ص 79.

⁴ الموافقات: ج2، ص 17.

⁵ الأشباه والنظائر: ص 327.

⁶ كشف القناع: ج3، ص 152.

ولذلك فقد جاء رواج المال وتداوله بين الناس أمراً مطلوباً في الشريعة الإسلامية، وإنما كان ذلك لأن المال ينمو ويزيد بالتداول، ويتآكل وينقص بالكثرة، وهذا ما قصده عمر بن الخطاب -رضي الله عنه- حينما قال: "اتجروا في أموال اليتامى لا تأكلها الزكاة"¹.

فالإتجار في المال إنما لتتميته وتكثيره لما فيه من التعمير الذي لا يتحقق إلا بالمال، فالمال وجه من وجوه التعمير، وبه يتحقق حفظ الكرامة البشرية بتوفير العيش الكريم، وهو أهم وسائل التنمية الشاملة، فهو ليس حكراً على التنمية الاقتصادية وحدها بل يتجاوزها إلى كل أنواع التنمية، فالمال وإن كان جزء من المحيط المادي إلا أنه معالج بالسعي الإنساني على سبيل الكسب، فأصبحت علاقته بالإنسان علاقة تملك، وهي علاقة ذات بعد نفسي، كما أنه أصبح بالتداول بين الناس يكتسب بعداً اجتماعياً².

فالمال هو من الضروريات التي لا تستقيم مصالح الدنيا إلا بها، لذلك حذر عز وجل من وقوعها في يد من لا يحسن إيفاقها، ولا يدرك قيمتها. قال تعالى: ﴿وَلَا تُؤْثِرُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ الَّتِي جَعَلَ اللَّهُ لَكُمْ قِيَامًا﴾ [النساء 5]. فالمال هو قوام معاش الناس³.

والحاجة إلى المال ماسة في حق الفرد والجماعة والأمة ككل، إذا ارتبط مفهوم المال بكل ما يتحمله الإنسان من متاع أو نقد أو غيرها من القيمات. وعليه فالمقصود من المال في الشريعة الإسلامية ليس هو كثره أو التفاخر به، وإنما ليحقق مصالح شرعية أعظم وأجل تلتقي في نهايتها حول مقصد التنمية وعبارة الأرض وفق المنهج الرباني.

يقول الرسول -صلى الله عليه وسلم-: (إِنَّ اللَّهَ عَزَّ وَجَلَّ قَالَ: إِنَّا أَنْزَلْنَا الْمَالَ لِإِقَامِ الصَّلَاةِ وَإِيتَاءِ الزَّكَاةِ وَلَوْ كَانَ لابن آدم واد لأحب أن يكون إليه ثمن ولو كان له واديان لأحب أن يكون إليهما ثالث ولا يملأ جوف ابن آدم إلا التراب ثم يتوب الله على من تاب)⁴. فالمال مال الله لا يُعطى إلا لمن يعلم، ويؤدي حقوق الله فيه، قال تعالى: ﴿وَالَّذِينَ فِي أَمْوَالِهِمْ حَقٌّ مَعْلُومٌ (24) لِلْسَّائِلِ وَالْمَحْرُومِ﴾ [المعارج 24-25]. وقد تقدمت هذه الآية بإثبات صفة البخل وأنها طبع في الإنسان، لذلك وبسببها لا يؤدي حقوق الله في المال الذي رزقه إياه، إلا إذا عدل طباعه، وذلك لا يكون إلا بالإيمان ومداومة الصلاة التي تنهى عن الفحشاء والمنكر، قال تعالى: ﴿إِنَّ الْإِنْسَانَ خُلِقَ هَلُوعًا (19) إِذَا مَسَّهُ الشَّرُّ جَزُوعًا (20) وَإِذَا مَسَّهُ الْخَيْرُ مَنُوعًا (21) إِلَّا الْمُصَلِّينَ (22) الَّذِينَ هُمْ عَلَى صَلَاتِهِمْ دَائِمُونَ﴾ [المعارج 19-23]، وإنما حصل الربط بالصلاة لأنها تُعلم الإنسان المحافظة على الوقت، والتركيز في الأداء، والتنظيم، وهي أسس العمل الناجح والتنمية الفعالة.

¹ مالك بن أنس: الموطأ، ج 2، ص 129، رقم 329.

² انظر عبد المجيد النجار: مقاصد الشريعة بأبعاد جديدة، ص 186 - 189.

³ جامع البيان في تأويل القرآن: ج 7، ص 570.

⁴ رواه أحمد بن حنبل: ج 36، ص 237، رقم 21906. قال الألباني: صحيح.

وقد قُرنت الصلاة وهي عماد الدين بالزكاة أهم أركان الإسلام المرتبطة بالمال ارتباطاً مباشراً في الكثير من الآيات القرآنية، حتى قيل: "قرن الله الصلاة بالزكاة ولم يرض بإحداها دون الأخرى"¹. لاشتراكها في الطهارة، فالصلاة طهارة للنفس والأفعال من إتيان الفواحش والمنكرات. قال تعالى: ﴿إِنَّ الصَّلَاةَ تَنْهَى عَنِ الْفَحْشَاءِ وَالْمُنْكَرِ﴾ [العنكبوت 45]. والزكاة طهارة للنفس من الشح والبخل، وطهارة للمال. قال تعالى: ﴿خُذْ مِنْ أَمْوَالِهِمْ صَدَقَةً تُطَهِّرُهُمْ وَتُزَكِّيهِمْ بِهَا﴾ [التوبة 103]. قال الفخر الرازي: "أي تطهرهم وتزكئهم عن الاستغراق في طلب الدنيا"².

والمسلم يجب أن يراعي أحكام الله عز وجل في ماله كسباً وإنفاقاً. فلا يكسب إلا طيباً، ولا ينفقه إلا في المواطن المشروعة، ولا يمنحه إلا لمن يؤدي حقوقه.

فيراعي الإنسان في كسبه للمال بأن المال مسخر له، وليس العكس، ولذلك وجب أن يلتزم أحكام الشرع في كسبه للمال، فلا يكسب ماله بالربا، ولا بالقمار، ولا بالغش أو الاحتيال وغيرها من طرق الكسب غير المشروع.

كما يلزمه أن يحمي ماله ويستثمره في مواطن الكسب المشروع، ولا يرتبط بالأمان، أو يرضخ لذل السؤال، فالأرزاق مقدرة من الله، وكل إنسان قدير له رزقه فعليه الرضا به. قال تعالى: ﴿وَاللَّهُ فَضَّلَ بَعْضُكُمْ عَلَى بَعْضٍ فِي الرِّزْقِ فَمَا الَّذِينَ فُضِّلُوا بِرِزْقِهِمْ عَلَى مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ فَهُمْ فِيهِ سَوَاءٌ أَفَبِعِزَّةِ اللَّهِ يَتَحَدَّوْنَ﴾ [النحل 71]، وقال أيضاً: ﴿وَلَا تَتَمَنَّوْا مَا فَضَّلَ اللَّهُ بِهِ بَعْضُكُمْ عَلَى بَعْضٍ لِلرِّجَالِ نَصِيبٌ مِمَّا اكْتَسَبُوا وَلِلنِّسَاءِ نَصِيبٌ مِمَّا اكْتَسَبْنَ وَاسْأَلُوا اللَّهَ مِنْ فَضْلِهِ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيماً﴾ [النساء 32]، كما أن الحسد وتمني الأرزاق يورث الطمع الذي يؤدي إلى الاحتيال واكتناز المال، فيجس عن استثمار وتمنيته. فعن أنس بن مالك أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - قال: (لو أن لابن آدم وادياً من ذهب أحب أن يكون له واديان، ولن يملأ فاه إلا التراب ويتوب الله على من تاب)³.

ولأن احتكار المال واكتنازه محرم شرعاً فقد وجب إنفاقه لقوله تعالى: ﴿وَأَنْفَقُوا مِمَّا جَعَلَكُمْ مُسْتَحْلِفِينَ فِيهِ فَالَّذِينَ آمَنُوا مِنْكُمْ وَأَنْفَقُوا لَهُمْ أَجْرٌ كَبِيرٌ﴾ [الحديد 7]، وقال أيضاً: ﴿وَأَتَوْهُمْ مِنْ مَالِ اللَّهِ الَّذِي آتَاكُمْ﴾ [النور 33]. ويلزم الإنسان مراقبة شرع الله أثناء إنفاق المال، فلا يؤتيها من لا يعرف حق الله فيها، ولا يحسن إنفاقها. قال تعالى: ﴿وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ الَّتِي جَعَلَ اللَّهُ لَكُمْ قِيَامًا وَارْزُقُوهُمْ فِيهَا وَاكْسُوهُمْ وَقُولُوا لَهُمْ قَوْلًا مَعْرُوفًا﴾ [النساء 5]، وقد جعل الرسول - صلى الله عليه وسلم - البخل من أشر صفات الرجل، فعن أبي هريرة - رضي الله عنه - قال: قال رسول الله - صلى الله عليه وسلم - (شر ما في رجل شح هالع، وجبن خالع)⁴.

¹ ابن عطية: المحرر الوجيز في تفسير الكتاب العزيز، ج 3، ص 11.

² مفاتيح الغيب: ج 16، ص 77.

³ رواه البخاري: كتاب، باب ما يتقى من فتنة المال، ج 5، ص 2365، رقم 6075.

⁴ رواه البخاري في الأدب المفرد: كتاب حسن الخلق، باب المال الصالح للمرء الصالح، ص 112، رقم 299. قال الألباني: صحيح.

فأرشد الإسلام إلى حسن استعمال الأموال والتصرف فيها، حتى تقرّر المبدأ الإسلامي بقول الرسول -صلى الله عليه وسلم-: (نعم المال الصالح للرجل الصالح)¹، فإن أساء صاحب المال ذاته في ماله، وتعتسف في استعماله، ووضعه في غير مواضعه الشرعية قرر الإسلام الحجر على المعتوه، والسفيه، والمبذر. وذلك مبني على قاعدة من أهم قواعد النظام الاقتصادي الإسلامي وهي أن "المال مال الله وأن الفرد مستخلف فيه"².

ثم أن الإسلام وإن منع البخل والشح والاحتكار، وأمر بالإففاق، فإنه أمر بذلك على الاعتدال، والتوسط مما يدل على حسن الاقتصاد. قال تعالى: ﴿وَلَا تَجْعَلْ يَدَكَ مَغْلُولَةً إِلَىٰ عُنُقِكَ وَلَا تَبْسُطْهَا كُلَّ الْبَسْطِ فَتَقْعُدَ مَلُومًا مَّحْسُورًا﴾ [الإسراء 29]، فمنع الله عز وجل التبذير فقال: ﴿وَأَبَٰتِ ذَا الْقُرْبَىٰ حَقَّهُ وَالْمِسْكِينَ وَابْنَ السَّبِيلِ وَلَا تُبَذِّرْ تَبْذِيرًا﴾ [الإسراء 26]، وحرم الإسراف فقال: ﴿وَهُوَ الَّذِي أَنشَأَ جَنَّاتٍ مَّعْرُوشَاتٍ وَغَيْرَ مَعْرُوشَاتٍ وَالنَّخْلَ وَالزَّرْعَ مُخْتَلِفًا أَكْلُهُ وَالزَّيْتُونَ وَالزَّمَانَ مُتَشَابِهًا وَغَيْرَ مُتَشَابِهٍ كُلُوا مِن ثَمَرِهِ إِذَا أَثْمَرَ وَآتُوا حَقَّهُ يَوْمَ حَصَادِهِ وَلَا تُسْرِفُوا إِنَّهُ لَا يُحِبُّ الْمُسْرِفِينَ﴾ [الأنعام 141]، وقوله أيضاً: ﴿يَا بَنِي آدَمَ خُذُوا زِينَتَكُمْ عِندَ كُلِّ مَسْجِدٍ وَكُلُوا وَاشْرَبُوا وَلَا تُسْرِفُوا إِنَّهُ لَا يُحِبُّ الْمُسْرِفِينَ﴾ [الأعراف 31].

فهذه تنمية شاملة، تتواءم معها التنشئة الاجتماعية المطلوبة، من خلال تنمية عناصرها الثلاث الإنسان والعمل والمال. وهي تنمي مادية وروحية، فردية وجماعية تحكمها القيم الأخلاقية التي تفتقدها أنظمة وبرامج ومناهج العالم التي سقطت في عبودية المادة. فحدث الانهيار المتناهي مع التنمية المنشودة.

خاتمة وتوصيات:

بعد معالجة الإشكالات المتناولة في المقال يتم الخروج بجملة من النتائج والتوصيات بيان أهمها في الآتي:

1. حقوق الإنسان ضمن الجيل الثالث، والحق في التنمية بالذات يُشكل نقلة للفلسفة الإنسانية بخصوص حقوق الإنسان من النظرة إلى الإنسان إلى النظرة إلى الكون، ذلك أن التنمية إنما هي تفاعل بين الإنسان والكون الذي سُوِّجَ لتلبية حاجاته.
2. ارتباط الحق في التنمية ضمن حقوق الجيل الثالث بالحق في السلم، والحقوق البيئية منطقي على اعتبار أنه لا يمكن تحقيق التنمية في وسط غير آمن، ولا في بيئة غير سوية، لذلك بات يُطلق على هذا الجيل اسم "حقوق التضامن" لأن تحقيقها مسؤولية الجميع.
3. الحق في التنمية متعلق بإشباع الحاجات والنهوض بالإنسانية تحقيقاً لأمانة الاستخلاف وحسن عمارة الأرض.
4. التزام القيم للنهوض بالتنمية كفيل بحل الكثير من إشكالات العصر وأزماته الاقتصادية والاجتماعية.

¹ رواه البيهقي: شعب الإيمان، ج 2، ص 91. قال الألباني: صحيح.

² الفخر الرازي: مفاتيح الغيب، ج 1، ص 802 / ابن كثير: تفسير القرآن العظيم، ج 8، ص 11 / السعدي: تيسير الكريم الرحمن في تفسير كلام المنان، ص 567.

5. التنمية المنشودة متعدّدة المجالات مختلفة الرتب؛ من تنمية اقتصادية واجتماعية وثقافية..؛ تتكامل كلها لتحقيق التنشئة الاجتماعية المنشودة للإنسانية قاطبة.
6. التنمية الفعالة تقتضي الاستثمار في الإنسان، فهو رأس المال الحقيقي للنهوض بكل مجتمع.
7. العمل على ربط حقوق الإنسان عامة والتنمية خاصة بالقيم الإنسانية المستوحاة من الفطرة الإنسانية؛ منعاً من إخلال التوازن بالسعي نحو النمو المادي على حساب التحصيل القيمي.

قراءة في الأحكام القانونية المتعلقة بالقرارات الإدارية المتضمنة تأسيس الأحزاب السياسية على ضوء القانون العضوي 04/12

د/ باية عبد القادر- أستاذ محاضر "ب"- جامعة أحمد بن يحيى الوشرسي - تيسمسيلت-

ملخص

يُعد القانون العضوي 04/12 ملخص المؤرخ في 12 جانفي 2012 المتعلق بالأحزاب السياسية من بين أهم القوانين التي تم تشريعها ضمن رزمة الإصلاحات السياسية التي باشرتها الجزائر مطلع سنة 2012، باعتبار أن هذا التشريع له أهمية كبيرة في بناء دولة القانون، هذه الأخيرة التي يكون من أهم دعائمها وجود تعددية حزبية، ومن ثم فإن هذا التشريع منح صلاحيات إصدار القرارات الإدارية المتعلقة بتأسيس الأحزاب السياسية للإدارة ممثلة في وزارة الداخلية، هذه القرارات التي قد تفصح عنها الإدارة صراحة بقبول أو رفض اعتماد الطلب المقدم لها بشأن تأسيس حزب سياسي، كما يمكن أن يكون قرارها بالقبول ضمنا حينما تصمت عن الرد خلال الأجل المحدد لها قانونا. و من ثم فإن الأحكام القانونية التي وردت في القانون العضوي 04/12 المتعلقة بهذه القرارات لها من الأهمية بمكان في مسألة اعتماد التشكيلات السياسية.

Summary:

The Organic Law 12/04, which was issued on 12 January 2012 on political parties among the most important laws that began within the package of political reforms initiated by Algeria early in 2012, given that this legislation is of great importance in building a state of law, the latter of which is the most important pillars multi-party system, and therefore this legislation granting powers to issue administrative decisions relating to the establishment of political parties for the administration, represented by the Ministry of Interior, these decisions may disclose administration explicitly accept or reject the adoption of the application submitted her on the establishment of a political party, it can also be its acceptance implicitly when silent for a reply within the specified term has legally, Thus, the statutory provisions contained in the Organic Law 12/04 relating to these decisions it is important in the adoption of political formations.

مقدمة:

تسلك الإدارة العامة خلال ممارستها لوظيفتها في التعامل مع الأفراد أسلوبين رئيسيين، فهي إما أن تنتهج أسلوبا تعاقديا يعتمد بالأساس - كبدأ عام - على تناظر وتوافق إرادتين، إرادة الإدارة العامة وإرادة الشخص

المتعاقد معها، وأسلوباً آخر لا يأخذ النهج التعاقدي، وهو يتمثل في إفصاح الإدارة العامة عن إرادتها المنفردة في مواجهة الفرد، ويطلق على الأول العقد الإداري أما الثاني فيعرف بالقرار الإداري.

وإفصاح الإدارة العامة هذا عن إرادتها المنفردة في تعاملها مع الأفراد باستعمال القرارات الإدارية إنما تستمد من ممارستها لسلطة عامة تكون ظهيرا لها تتمكن من خلالها فرض إرادتها على الأفراد جبراً عند الاقتضاء، أي باستعمال القوة الجبرية.

غير أن الإدارة العامة ليس لها مطلق الحرية حينما تمارس سلطتها العامة بموجب القرارات الإدارية، بل يجب عليها أن تكون خاضعة للقانون ملتزمة بمحدوده تجسيدا لمبدأ المشروعية بمفهومه الواسع، ذلك أن عدم خضوعها للقانون وعدم التزامها به يجعل منها إدارة مطلقة غير مقيدة، الأمر الذي يعتبر خطراً محدقاً بحقوق وحرريات الأفراد. والقانون كقاعدة عامة لا يلزم الإدارة عند التعبير عن إرادتها إفراغها في قالب و شكل معين، غير أن هناك أيضا حالات أخرى يجبرها بإتباع شكليات يكون من شأن عدم احترام الإدارة لها بأن تعرض قراراتها للبطلان.

تعتبر القرارات الإدارية الوسيلة القانونية الأكثر استعمالاً من قبل الإدارة العامة، وذلك من أجل تحقيق المصلحة العامة التي هي الغاية الأساسية لأعمال الضبط الإدارية. ومن بين أهم القرارات التي تصدرها الإدارة المركزية، هي تلك المتعلقة بموضوع تأسيس الأحزاب السياسية.

لقد أوكل المشرع الجزائري مهمة إصدار القرارات الإدارية المتعلقة بتأسيس الأحزاب السياسية لسلطة إدارية مركزية هي وزارة الداخلية، وذلك استناداً إلى قانون الأحزاب، هذا الأخير الذي عرف تغييرات عديدة منذ صدور دستور فيفري 1989، الذي اعترف لأول مرة بالتعددية الحزبية، ومن ثم صدر قانون الجمعيات ذات الطابع السياسي تكريساً للمادة (40) من هذا الدستور، متنبياً من خلاله نظام التصريح المسبق في إنشاء الأحزاب السياسية، لكن المشرع ما لبث أن اعتمد نظام الترخيص المسبق لتأسيس الأحزاب طبقاً للأمر 09/97 المتضمن قانون الأحزاب، وذلك في إطار دستور 1996 .

ومع انطلاق الإصلاحات السياسية في الجزائر سنة 2012 أقر المشرع الجزائري القانون العضوي 04/12 المؤرخ في 15/01/2012 المتضمن قانون الأحزاب، الذي أبقى فيه على نظام الترخيص المسبق لتأسيس حزب سياسي، هذا الترخيص الذي يأخذ شكل قرار إداري يصدر من الإدارة التي يكون على عاتقها وحدها منح التراخيص باعتماد الأحزاب السياسية في الجزائر.

يستهدف هذا البحث إلى استقراء الأحكام القانونية المتعلقة بالقرارات الإدارية المتضمنة تأسيس الأحزاب السياسية، في إطار قانون الأحزاب 04/12، متجنبين الخوض في الجوانب السياسية التي تخرج عن إطار هذه الدراسة، مع إقرارنا في ذات الوقت بصعوبة الفصل بين مضمون القرارات الإدارية المتعلقة بهذا الشأن الذي يدخل ضمن العمل الإداري البحث للإدارة العامة من جهة، وآثار هذه القرارات الإدارية والإشكالات التي قد تعترضها أثناء تنفيذها لما لها من علاقة وطيدة من جهة أخرى. ومن ثم فإن الإشكالية الرئيسية التي

تُطرح في هذا الصدد: هل القرارات الإدارية الصادرة بشأن تأسيس الأحزاب السياسية وفقا للقانون العضوي 04/12 كفيلة عمليا بممارسة النشاط الحزبي في الجزائر؟

وتندرج تحت هذه الإشكالية التساؤلات التالية: ما هي طبيعة القرارات الإدارية المتعلقة بتأسيس الأحزاب السياسية؟ وهل للقضاء الإداري دور في اعتماد الأحزاب السياسية؟ وكيف تمت معالجة النصوص القانونية لتفعيل هذه القرارات عمليا؟

وللإجابة على الإشكالية والتساؤلات الأخرى المرتبطة بها، اعتمدت على منهج تحليل الأحكام القانونية الواردة بالقانون العضوي 04/12 والمرتبطة حصرا بمسالتين لهما من الأهمية بمكان كونهما يتعلقان بميلاد الحزب السياسي وخروجه إلى الحياة العملية مباشرة محامه وهما: التصريح بتأسيس حزب سياسي واعتماده. ولذلك ارتأيت تقسيم هذا البحث إلى مبحثين اثنين:

المبحث الأول: طبيعة القرارات الإدارية المتعلقة بتأسيس الأحزاب السياسية

في إطار قانون الأحزاب 04/12

المبحث الثاني: دور الإدارة في تنفيذ قراراتها في إطار قانون الأحزاب 04/12

المبحث الأول: طبيعة القرارات الإدارية المتعلقة بتأسيس الأحزاب في إطار القانون العضوي 04/12

إن إفصاح الإدارة عن إرادتها أمر وجوبي وضروري لميلاد القرار الإداري، إذ بغيره يستحيل التعرف على عنصر الإرادة، وهذا يعني عدم وجودها وبالتالي عدم وجود القرار الإداري الذي هو أولا وقبل كل شيء عمل إرادي قصدي.

في حالة الأحكام المتعلقة بالقرارات الإدارية المتضمنة تأسيس الأحزاب السياسية وفق القانون العضوي 04/12 فإن تعبير الإدارة العامة - والتي في هذه الحالة تتمثل في وزارة الداخلية- يكون وجوبيا، إذ لا يمكن أن تنشأ أحزابا بدون أن تُعتمد من قبل هذه الإدارة في إطار الأحكام التي يحددها هذا القانون.

والقانون العضوي 04/12 بين عدة أوجه لإفصاح الإدارة عن إرادتها في حالة ما إذا قُدم لها طلب في إطار الإجراءات المرتبطة بتأسيس حزب سياسي، فقد يكون هذا الإفصاح صريحا أو ضمنيا.

وللخوض في المسائل المتعلقة بالأحكام القانونية المتعلقة بالقرارات الإدارية المتضمنة تأسيس الأحزاب السياسية، يكون من الضروري التطرق إلى المفاهيم المرتبطة بالتعبير الإرادي للإدارة العامة باعتبارها عنصرا أساسيا مكونا لعناصر القرار الإداري في المطلب الأول، ثم التعرض في المطلب الثاني إلى القرارات الإدارية الصريحة منها والضمنية في إطار القانون العضوي 04/12 ، والتي قد يكون مضمونها ميلاد الحزب ودخوله النشاط السياسي أو تكون خلاف ذلك.

المطلب الأول: أوجه إفصاح الإدارة عن إرادتها

يجمع الفقه والقضاء على أن القرار الإداري هو إفصاح جهة الإدارة عن إرادتها المنفردة والملزمة بقصد إحداث أثر قانوني معين، فالإفصاح عن الإرادة أو التعبير عنها عنصر جوهري لا غنى عنه حتى نكون بصدد قرار إداري على وجه الخصوص أو أي عمل قانوني على وجه العموم، وفي غياب هذا الإفصاح لا نكون أمام عمل قانوني وإنما نكون بصدد أعمال مادية في إحدى صورها غير الإرادية.¹

وإظهار الإدارة لما تكنه أو تبطنه وإخراجه إلى حيز الوجود "الإفصاح" لا يعني أن يكون قرار الإدارة إيجابيا دائما، فكل ما يتطلب لوجود هذا العنصر هو أن يتم الإفصاح عن إرادة الإرادة بأي شكل من الأشكال .

وإذا كانت أي علامة ما أو شكل معين لتعبير الإدارة عن إرادتها يعد إفصاحا عن الإرادة ومحققا للعنصر- الأول لوجود القرار الإداري، فإن الفقه والقضاء في فرنسا ومصر- قد انتهى إلى تقسيم القرارات الإدارية من حيث أداة التعبير عن إرادة الجهة الإدارية وشكل هذا التعبير إلى صور ثلاث تمثل في القرار الصريح (الإيجابي)، القرار السلبي، القرار الضمني.²

أولا: القرار الإداري الصريح

يطلق أيضا على هذا النوع من القرارات الإدارية بالقرار الإداري "الإيجابي" ، إلا هناك بعض الفقه يفضل التسمية الأولى، مبررين هذا التوظيف بأن مصطلح " إيجابي" يوحي بأن القرار الإداري الصادر يكون إيجابيا، أي صدر بالموافقة على الطلبات ذوي الشأن ولم يرفضها. غير أن كلمة إيجابي في رأينا لا تعني دائما قبول طلب ذوي الشأن بل أن المعنى الحقيقي لها هو وجود رد على الطلب المقدم، ولا يهم إن كان مضمون الرد منحا أو منعا، وكل ما في الأمر أن صاحب الطلب استقبل الرد على طلبه، وهذا هو المدلول الحقيقي للفظ " إيجابي".

وتحييد مصطلح " صريح" وفق هذا القسم من الفقه مرده أيضا حسب رأيهم أن القرار الصريح كما يكون بالمنح أي إيجابيا في مضمونه يمكن أن يكون بالمنع أي سلبي المضمون، وهذا هو مدلول مصطلح إيجابي " التي تعرضنا له سابقا، ويوجد قسم آخر من الفقه يستعملها على أنها مترادفين، ومن ثم فإن القرار الإداري الصريح هو " ذلك القرار الذي تفصح فيه الإدارة عن إرادتها الإيجابية والملموسة بحيث يستطيع ذوو الشأن التعرف على وجود القرار عبر دلائل ظاهرة للعيان ومؤشرات خارجية لا تدع مجال للظن أو التأويل أو الافتراض أو التخمين.³

وتكون القرارات الإدارية الصريحة إذا ما عبرت الإدارة عن ردها كتابة أو أنها ترد عليه مشافهة ، بل أن محكمة الإدارية العليا في مصر اعتبرت أن مجرد الإيماء بإشارة ما تبين قصد الإدارة المتجه لإحداث الأثر القانوني يعد

¹ - محمود عاطف البناء، الوسيط في القضاء الإداري، دار الفكر العربي، مصر، 1990، ص 141.

² - رأفت فودة، عناصر وجود القرار الإداري، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2011، ص 54.

³ - المرجع نفسه، ص 55 .

قراراً إدارياً صريحاً.¹ ومثال ذلك أيضاً ما ورد من بعض أحكام مجلس الدولة الفرنسي- في القرارات الإدارية الفردية الصادرة شفاهة، رفض الحكومة شفاهة تسليم أحد المجرمين للممثل الدبلوماسي السويسري.²

ثانياً: القرار الإداري السلبي

يعرف القرار الإداري السلبي على أنه: "رفض الإدارة أو امتناعها عن اتخاذ تصرف، كان من الواجب عليها اتخاذه، وفقاً للقوانين واللوائح، أو سكوتها على الرد عن التظلم المقدم إليها، وذلك كله خلال مدة معينة يحددها القانون".³

ومن خلال التعريف السابق يتضح أن القرار الإداري السلبي، هو تصرف قانوني تلجأ إليه الإدارة عندما تمتنع عن اتخاذ إجراء كان من الواجب عليها اتخاذه، على أن يسمح القانون بذلك، ومن ثم فإن صورته، إما أن ترفض الإدارة إصدار قرار كان من اللازم أن تصدره، أو تمتنع عن فعل ذلك⁴، وهذا كله خلال مدة زمنية معينة محددة سلفاً، أو أن تسكت عن الرد على تظلمات الأفراد خلال مدة زمنية محددة قانوناً.⁵

كما يختلف القرار الإداري السلبي عن حالة امتناع الإدارة عن اتخاذ قرار بما لها من سلطة تقديرية، فالأولى هي امتناع الإدارة عن اتخاذ قرار يفرضه عليها القانون واللوائح، أما الحالة الثانية فإن الإدارة غير معرضة للإجبار من قبل القانون بالقيام بأي عمل، بل يمنحها سلطة تقديرية في القيام بالعمل، أو الامتناع عن ذلك، والإدارة في هذه الحالة ارتأت الامتناع عنه.

ثالثاً: القرار الإداري الضمني

القرار الضمني أو الحكمي هو: "ذلك الموقف الذي تكشف ظروف الحال - دون إفصاح - على أن الإدارة تتخذ حيال أمر معين".⁶ وفي هذا الشأن يعتبر الأستاذ عمار بوضياف أن القرار الإداري يكون ضمناً أو حكماً "متى توافرت قرائن وظروف وملابسات بما يستدل على اتجاه موقف الإدارة حيال موقف معين".⁷

¹ - المحكمة الإدارية العليا، الطعن رقم 1369، السنة العاشرة، مجموعة المبادئ التي قررتها المحكمة في خمسة عشر عاماً (1965-1985) ص 2042.

² - C.E , 14 /12/1994 , confederation helvétique , Rec, p, 549, A.J.D.A. 1995.p.56.conc. C. Vigouroux.

³ - عادل الطبطبائي، نشأة القرار الإداري وخصائصه- دراسة مقارنة - مجلة العلوم الإدارية، العدد 01، يونيو 1994، الشعبة المصرية للمعهد الدولي للعلوم الإدارية، 1994، ص 14.

⁴ - نصت المادة السادسة من المرسوم التنفيذي رقم 176/91 المؤرخ في 28 مي 1991 الذي يحدد كليات تحضير شهادة التعمير ورخصة التجزئة وشهادة التقسيم ورخصة البناء وشهادة المطابقة ورخصة الهدم، وتسليم ذلك، المعدل والمتمم بالمرسوم التنفيذي رقم 144/07 المؤرخ في 2007/05/22 على أنه: "يمكن صاحب شهادة التعمير عند عدم اقتناعه بالرد الذي يبلغ لـ أو في حالة سكوت السلطة المختصة خلال الآجال المطلوبة، أن يتقدم بطعن رسمي أو يرفع دعوى لدى الجهة القضائية المختصة".

⁵ - غيتاوي عبد القادر، وقف تنفيذ القرار الإداري قضائياً، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2008، ص 66 وما بعدها.

⁶ - رأفت فودة، مرجع ساق، ص 89.

⁷ - عمار بوضياف، دعوى الإلغاء في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، جسور للنشر والتوزيع، 2009، ص 47.

أما الأستاذ محمد الصغير بعلي فيعبر عنه بأنه " حالة سكوت الإدارة لمدة معينة تعبيراً عن إرادتها إما بالقبول أو الرفض".¹

وعلى النقيض من القرار السليبي الذي يكون دائماً سلبياً في مظهره وجوهره، فإن القرار الضمني الناجم عن سكوت الإدارة قد يكون بالمنح " أي الموافقة" أو المنع " أي الرفض" حسباً يفترضه المشرع أو القضاء.² وبصورة مبسطة فإن القرار الإداري الضمني هو: " شخص يتقدم بطلب للإدارة، هذه الأخيرة لا تستجيب ضمن الأجل المحدد لها قانوناً، ومن ثم يولد قرار ضمناً بالقبول أو الرفض حسب ما يقتضيه القانون".³

المطلب الثاني: أقسام القرارات الإدارية المتعلقة بتأسيس الأحزاب السياسية

تأخذ القرارات الإدارية المتعلقة بتأسيس الأحزاب السياسية وفق القانون العضوي 04/12 أحد المظهرين، فهي إما أن تكون قرارات إدارية صريحة أو قرارات إدارية ضمنية.

الفرع الأول: القرار الإداري الصريح المتعلق بتأسيس الأحزاب السياسية

إذا أصدرت الإدارة (وزارة الداخلية) قرارها بقبول التصريح بتأسيس حزب سياسي أو اعتمادها له أو قرارها برفض ذلك، وكان إفصاحاً قد أخذ شكلاً قانونياً سليماً يُعتمد به، والذي يعرف من خلال التبليغ بهذا القرار في الآجال المحددة قانوناً، فضلاً على أن يأخذ هذا التبليغ الشكل القانوني السليم، بما يضمن استلامه حقيقة من قبل أعضاء الهيئة التأسيسية كان هذا القرار صريحاً، ومن ثم يرتب كل النتائج القانونية التي أوجها القانون العضوي 04/12.

الفرع الثاني: القرار الإداري الضمني المتعلق بتأسيس الأحزاب السياسية

وفقاً للتعريف المقدم سابقاً للقرار الإداري الضمني، فإن الأمر لا يختلف في حالة صدور قرار إداري ضمني من الإدارة يتعلق بتأسيس حزب سياسي، غير أن هذا القرار الإداري يكون ضمناً مقبولاً وفق مقتضيات نص المادة (34) من القانون العضوي 04/12. ويُستدل هذا من نص المادة السابقة حينما اعتبرت صمت الإدارة عن الرد على الطلب المقدم لها باعتماد الحزب ضمن أجل معين قبولاً بالاعتماد.

سننتظر من خلال هذا المطلب للشروط التي يجب توافرها حتى يعتبر هذا القرار إدارياً ضمناً بالقبول ثم التعرف على الأساس القانوني للقرار الإداري الضمني بقبول تأسيس الحزب السياسي.

¹ - محمد الصغير بعلي، القرارات الإدارية، دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2005، ص 78.

² - ومثال ذلك ما نصت عليه المادة 58 من قانون البلدية 10/11 عند إخطار الوالي من قبل رئيس المجلس الشعبي البلدي، قصد المصادقة على المداولات المتضمنة: الميزانيات والحسابات، قبول الهبات والوصايا الأجنبية، اتفاقيات التوأمة، التنازل عن الأملاك العقارية، ولم يعلن الوالي قراره خلال مدة ثلاثين (30) يوماً ابتداء من تاريخ إيداع المداولة بالولاية، تعتبر هذه الأخيرة مصادقة عليها.

³ - Le régime du retrait des décisions implicites d'acceptation (CE, avis, 12/10/2006, Cavallo Epouse Cronier), cité sur le site : <http://www.fallaitpasfairedudroit.fr/droit-administratif...> Date de Consultation: 25/01/2017.

أولاً: شروط القرار الإداري الضمني بالقبول المتعلق بتأسيس حزب سياسي

لقيام القرار الإداري الضمني بالقبول المتعلق بتأسيس الحزب السياسي لا بد من توافر شرطين أساسيين هما:
1/ سكوت الجهة الإدارية (وزارة الداخلية) عن الرد على الطلب المقدم من الحزب وذلك وفقاً للمادة (33) من قانون الأحزاب 04/12، ذلك أن القرار الضمني هو نتيجة السكوت، والمقصود بالسكوت هنا هو السكوت المنتج الذي ينبغي أن يسبقه الطلب الذي اشرنا إليه سابقاً. و بصفة عامة فإن الطلب يظهر في حالتين اثنتين هما:

الحالة الأولى: الطلب الذي يعرف في القانون الإداري بالتظلم، وهذه الحالة غير معنية بما يتعلق بتأسيس الأحزاب السياسية، فالقانون 04/12 لم يشير إلى هذه الحالة، إلا أنه كقاعدة عامة وتطبيقاً للمادة 830 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية 09/08، يمكن للأعضاء المؤسسين في حالة رفض الإدارة الصريح للطلب المقدم بالترخيص بعقد المؤتمر التأسيسي للحزب أو طلب اعتماده بعد ذلك أن يقدموا تظلماً لوزارة الداخلية للنظر في الطلب المقدم من جديد ضمن الآجال المحددة بأربعة أشهر من تاريخ التبليغ بقرار الرفض، وذلك قبل اللجوء إلى القضاء.

الحالة الثانية: الطلب الذي يعني تقديم موضوع جديد للإدارة لم يسبق لها أن استقبلته من قبل. ويمكن الفرق بين الحالتين في أن الغرض من الطلب في الحالة الأولى هو إلغاء قرار إداري صريح مخالف للقانون أو عمل مادي ضار قامت به الإدارة، أما الحالة الثانية وهي التي عنت بها كل من المادتين (18) و (27) من قانون الأحزاب السياسية، فالمقصود هو الحصول على الترخيص بعقد المؤتمر السياسي للحزب بالنسبة للمادة (18) أو الحصول على اعتماده بالنسبة للمادة (18).

2/ استمرار السكوت لمدة تفوق عن ستين يوماً (60) من تاريخ تقديم الطلب في الحالتين المذكورتين سابقاً، وهذه المدة المحددة غير قابلة للتعديل من جانب الإدارة¹، وهي في نظرنا تعتبر من النظام العام، وهذه هي طبيعة الآجال القانونية التي يحددها المشرع في أغلب القوانين أو حتى التنظيمات لما لها علاقة وطيدة باستقرار الأوضاع القانونية المختلفة.

ثانياً: الأساس القانوني للقرار الإداري الضمني المتعلق بتأسيس الحزب السياسي

يولد القرار الإداري الضمني بالقبول وفق نص المادتين (23) و (33) من قانون الأحزاب السياسية في نهاية المدة القانونية المحددة للإدارة للرد على الطلب المقدم لها، وهي مدة ستون (60) يوماً من تاريخ تقديم الطلب لوزارة الداخلية، وفي هذا الشأن فإن الفقه الإداري يعتبر بأن القرار الإداري الضمني على عمومته سواء كان منحا أو

¹ - محمد جمال عثمان، السكوت في القانون الإداري في التصرفات الإدارية الفردية، دون ذكر دار النشر، 1995، ص 19.

منعاً فإنه يولد بموت السكوت¹. وبالتالي ففي حالة الطلب المقدم من أجل عقد المؤتمر التأسيسي- أو طلب اعتماد الحزب فإن قرار الإدارة الذي يُعتبر رداً وُلد بموت السكوت الذي انقضى بفوات مدة ستون (60) يوماً. كما أن هذه الحالة تعتبر فيها الظروف المصاحبة للسكوت محددة سلفاً من قبل نص قانوني، وهو ما يُطلق عليه فقهاً " بالسكوت الموصوف" وهو الذي يعبر عن إرادة الجهة الإدارية(وزارة الداخلية) في الإفصاح عن إرادتها، وقد جعل النص السكوت في مقام القبول سواء تعلق ذلك بعقد المؤتمر التأسيسي أو تعلق باعتماد الحزب. ومن ثم فإن الأساس الذي بنيت عليه دلالة السكوت الموصوف بالقبول هو إرادة المشرع، على عكس "السكوت الملابس" الذي يُبنى على فرض وجود قرائن أو ظروف يستنبط من خلالها القضاء الإداري دلالة السكوت الذي بدر من الإدارة.

وهذا الفرض يتحقق في جميع الحالات التي غفل فيها المشرع عن بيان دلالة السكوت، مثل افتراض القضاء لوجود خطأ من جانب الموظف لقيام مسؤولية الإدارة عن أعمال موظفيها².

المبحث الثاني: دور الإدارة في تنفيذ قراراتها في إطار قانون الأحزاب 04/12

لا تتوقف حدود تكوين حزب سياسي في النظام القانوني الجزائري عند استيفاء جملة من الشروط منعاً أو منحا، بل يجب اجتياز المتقدمين لطلب تأسيس الحزب السياسي حاجزاً آخر أمام الإدارة العامة يتشكل من مرحلتين، تمثل المرحلة الأولى في التصريح الذي يقدمه الأعضاء المؤسسون معلنين رغبتهم في تشكيل حزب سياسي أما المرحلة الثانية تتمحور حول مسألة الترخيص المقدم من قبل الإدارة العامة تأذن فيه باعتماد الحزب ودخوله كرقم إضافي جديد في الساحة السياسية.

فضلاً عن ذلك فإن الأحزاب السياسية وبعد حصولها على الاعتماد القانوني قد تعتمد إلى تعديل قانونها الأساسي أو تغيير قياداتها أو هيئاتها الوطنية أو المحلية، ومن ثم ألزها القانون 04/12 بإخطار الإدارة بهذه التغييرات والتعديلات في الآجال المحددة قانوناً، وفي الوقت ذاته يستوجب منها انتظار الرد من قبل الإدارة، ومع ذلك فإن هذه الأخيرة قد تتمتع عن الرد وتفضل السكوت عن ذلك. فكيف يكون الوضع القانوني بالنسبة لهذه الأحزاب؟ سنتعرض للإجابة عن ذلك أولاً بالتطرق إلى الصفة الإدارية لمصدر القرار ثم شكل إفصاح الإدارة عن قراراتها المتعلقة بتأسيس الأحزاب السياسية

المطلب الأول: الصفة الإدارية لمصدر القرار المتعلق بتأسيس الحزب السياسي

إن اعتماد الأحزاب السياسية في الجزائر وفقاً للقانون العضوي 04/12 من اختصاص وزارة الداخلية كقاعدة عامة التي هي من أهم وحدات السلطة المركزية في الجزائر، هذه السلطة التي يُقصد بها مجموعة الأجهزة والهيكل والتنظيمات الإدارية القائمة والعاملة في إطار السلطة التنفيذية التي لها اختصاص ذو طابع وطني، غير

¹ - محمد جمال عثمان، السكوت في القانون الإداري في النصف الثاني من القرن العشرين، مرجع سابق، ص 21.

² - رأفت فودة، قضاء المسؤولية الإدارية، دار النهضة العربية، 1994، ص 57.

أن الإدارة قد ترفض اعتماد حزب من الأحزاب، وهذا حق أصيل كفله المشرع للإدارة، إلا أن مقابل ذلك منح المشرع في إطار القانون 04/12 لأصحاب الشأن أن يطعنوا أمام القضاء مطالبين بإلغاء قرار الرفض ، فإذا ما استجاب القضاء لذلك عُدَّ بمثابة اعتماد للحزب كإجراء أولي، ومن ثم إجبار الإدارة فوراً على تسليم قرار الاعتماد لذوي الشأن.

الفرع الأول: الاختصاص الأصيل لوزارة الداخلية

إن تأسيس حزب سياسي وفق القانون العضوي 04/12 المؤرخ في 2012/01/12 يخضع إلى كليات حددتها المادة (16) منه على النحو التالي:

- يودع الأعضاء المؤسسون تصريح بتأسيس حزب سياسي لدى الوزير المكلف بالداخلية،
- تسليم قرار إداري يرخّص بعقد المؤتمر التأسيسي، في حالة مطابقة التصريح،
- ثم تأتي المرحلة الأخيرة والمتمثلة في اعتماد الحزب السياسي بعد التأكد من استيفاء شروط المطابقة لأحكام القانون العضوي 04/12.

واستقراء لهذه المادة يتضح أن كل مراحل تشكيل الحزب السياسي تشرف عليها الإدارة، فالأعضاء المؤسسون لا يقومون بأي خطوة مهما كانت إلا تحت بصر الإدارة.¹ كما يستخلص من هذه المادة أو حتى من غيرها من مواد القانون السابق الذكر أنه لا تفويض في منح الاعتماد للأحزاب إلى جهة إدارية أخرى، حتى وإن كانت أعلى من الإدارة التي خولها القانون إصدار قرار الاعتماد أو موازية لها.

الفرع الثاني: الاعتماد القضائي للحزب السياسي

وفق نص المادة (33) من القانون العضوي 04/12 فإن لذوي الشأن الحق في تقديم طعن ضد قرار الإدارة برفض اعتماد الحزب لمجلس الدولة الجزائري، ويكون ذلك من خلال الدعوى القضائية المرفوعة من قبل الأعضاء المؤسسين بعدما تم رفض اعتماده من قبل الإدارة (وزارة الداخلية)، ومن ثم فإن قبول المجلس للطعن المقدم له يكون بمثابة اعتماد للحزب، مع ترتيب هذا الحكم القضائي لنتيجة مستعجلة لا تقبل التأخير تتمثل في التسليم الفوري لقرار الاعتماد لأصحاب الشأن من طرف الوزير المكلف بالداخلية.

هذا الاعتراف باعتماد الحزب من قبل القضاء لا نجده حينما يتعلق الأمر بالطلب المقدم بعقد المؤتمر التأسيسي- للحزب ، وذلك وفقاً لنص المادة (21) من نفس القانون التي أجازت الطعن على القرار الإداري برفض الترخيص بعقد المؤتمر التأسيسي أمام مجلس الدولة، إلا أنها في الوقت نفسه لم تعترف للحكم القضائي الصادر بهذا الشأن في حالة ما إذا كان مضمونه إلغاء القرار الإداري السابق بمثابة ترخيص بعقد المؤتمر التأسيسي- مثلاً فعلت مع حالة رفض الاعتماد.

¹ - راجع في ذلك المواد (16 - 33) من القانون العضوي 04/12 .

وما يمكن تسجيله في هذا الشأن أن المشرع ميز بين الحالتين، من خلال عدم اعتباره الحكم الصادر بإلغاء قرار الرض أن يكون بمثابة ترخيصا بعقد المؤتمر التأسيسي دون الانتظار من جديد لتنفيذ هذا الحكم أو الانتظار لحين صدور ترخيص جديد مثلاً فعل مع حالة الاعتماد. وباستقراء لنص المادتين السابقتين يتضح أن المشرع منح حق اعتماد الحزب بعد تقديم الطعن على قرار الرض وقبول هذا الطعن منه، وفي الوقت ذاته أحجم عن ذلك في موضوع الترخيص بعقد المؤتمر التأسيسي، مع أننا نرى أن موضوع الاعتماد أخطر من مسألة الترخيص بعقد المؤتمر التأسيسي، بل أن هذا الأخير ما هو إلا حلقة وصل التي يمكن على أساسها اعتماد الحزب من قبل الإدارة،¹ وذلك خلال الأجل القانوني الذي عينه القانون والمحدد بسنة من تاريخ إشهار الترخيص بعقد المؤتمر التأسيسي من قبل الأعضاء المؤسسين، هذا الإشهار الذي كان وفق القانون 09/97 الملغى المتعلق بالأحزاب المؤرخ في 6 مارس 1997 من صلاحيات وزارة الداخلية الذي أوكلها القانون مهمة نشر- وصل التصريح في الجريدة الرسمية وذلك بعد الموافقة على طلب التصريح بالتأسيس لوزارة الداخلية.²

كما أن نص المادة (21) السابق الذكر لم يوضح أيضاً حالة ما إذا قبل مجلس الدولة الطعن المقدم إليه فيما يتعلق برفض الترخيص بعقد المؤتمر التأسيسي، فهل يعني ذلك عقد المؤتمر دون انتظار الترخيص من الإدارة؟ أم أن عليه أن ينتظر إصدار الترخيص؟

ونرى أنه كان على المشرع أن يستعمل نفس النهج الذي اتخذ مع موضوع الاعتماد، وبذلك يسمح بعقد المؤتمر التأسيسي فوراً دون الحاجة إلى استصدار قرار الترخيص من قبل الإدارة. وعلى الرغم من هذا القول إلا أن صمت المشرع في هذه الحالة مؤداه أن ينتظر رافع الدعوى نتيجتها أمام القضاء الإداري، فإن قبلها فما عليه إلا أن ينتظر مرة أخرى ليستلم الترخيص بعقد المؤتمر التأسيسي في أجل قد يحدده القضاء أو يترك ذلك للسلطة التقديرية للإدارة وذلك مراعاة لأحوال وظروف الإدارة مصدرة القرار.

المطلب الثاني: قرارات الإدارة في إطار "التصريح" بتأسيس الحزب السياسي

يتم التصريح بتأسيس حزب سياسي بإيداع ملف لدى وزارة الداخلية، ويترتب على هذا الإيداع وجوب تسليم وصل إيداع بعد التحقق الحضور من وثائق الملف³، هذا الأخير الذي حددت المادة 19 من قانون

¹ - على الرغم من أن عقد المؤتمر التأسيسي هو حلقة الوصل بين إجراء قبول التصريح ومسألة الاعتماد إلا أنه يبقى إجراءاً جوهرياً لا غنى، حيث رتب المشرع على عدم انعقاده خلال أجل معين وقف أي نشاط لأعضائه.

² - راجع في ذلك المادة (7) من الأمر رقم 09/97 المؤرخ في 06 مارس 1997 الذي يتضمن القانون العضوي المتعلق بالأحزاب السياسية.

³ - أوجبت المادة (18) على الإدارة العامة تقديم وصل استلام الملف المتعلق بإيداع التصريح بالحزب السياسي، وذلك بعد أن تتحقق من وثائق الملف وبحضور المتقدمين بالطلب. إلا أنه قد يطرح التساؤل حول ما إذا تعسفت الإدارة ورفضت تسليم الوصل رغم استلامها كل الوثائق الممكنة بذلك، أو أنها رفضت استلام الملف بأي حجة كانت أخرى ليس لها علاقة بالوثائق المطلوبة في الملف، ففي هذه الحالة كيف يثبت المتقدمين بإيداع التصريح أنهم تقدموا للإدارة بإيداع الملف؟

و نرى أن هذه الحالة استثنائية ونادرة الحدوث ولكن هذا لا ينيي افتراضها، لما لموضوع تشكيل الأحزاب السياسية من انعكاسات على النظام العام وتحديداً في جانبه المتعلق بالأمن العام، ومن ثم فما على المتقدمين بالطلب في هذه الحالة إلا أن يقوموا بتقديم التصريح مرة أخرى في حضور محضر قضائي، أو يرافق الملف بمحرر من قبل محضر قضائي. وهذه الحالة نصت عليها المادة (12) من قانون الجمعيات 06/12 المؤرخ في 12 جانفي

الأحزاب 04/12 على مشتملاته والتي لا تخرج عن نوعين من الوثائق¹، إحداها يتعلق بالأعضاء المؤسسين والثانية بالحزب ذاته.

وبعد أن تستلم الإدارة الملف، ينتظر الأعضاء المؤسسون الآجال المحددة قانوناً، لتظهر النتيجة بعد ذلك والتي قد تسفر عن قبول التصريح أو رفضه أو سكوت الإدارة عن الرد، وكل هذه الوضعيات تتطلب وجود قرار إداري يمكن الاعتداد به في مواجهة الإدارة، حتى في حالة صمت الإدارة، ذلك أن هذا الصمت رتب عليه المشرع قراراً ضمنياً بقبول الطلب المقدم إليها.

الفرع الأول: القرار الإداري بقبول التصريح أو رفضه

إذا وجدت الإدارة أن الملف المقدم مكتمل ومطابق للأحكام القانونية التي جاء بها القانون 04/12، تقوم على إثرها بإصدار قرار منح الترخيص بعقد المؤتمر التأسيسي مع تبليغ الأعضاء المؤسسين بذلك. ومن ثم يكون على عاتق الأعضاء المؤسسين بإشهار الترخيص في يوميتين إعلاميتين وطنيتين على الأقل.²

أما إذا رأت الإدارة أن الملف المقدم لها غير مطابق للشروط المطلوبة قانوناً، فإنها ترفض منح قرار التصريح بتأسيس حزب سياسي، ويكون هذا الرفض عن طريق إصدار قرار برفض الترخيص يبلغ إلى الأعضاء المؤسسين قبل انقضاء أجل ستون (60) يوماً التي حددها القانون من تاريخ تقديم الطلب. كما أن المشرع ألزم الإدارة في هذه الحالة أن تستند في قرار رفضها إلى مبررات قانونية مع إيرادها في صلب القرار، وأضافت المادة (21) أن بإمكان المتقدمين بطلب التصريح بالتأسيس أن يطعنوا على قرار الإدارة القاضي بالرفض أمام مجلس الدولة في أجل أقصاه ثلاثون يوماً من تاريخ التبليغ.

2012 حينما ألزمت مؤسسي الجمعية أن يرفقوا مع التصريح التأسيسي بالجمعية محضر الجمعية العامة التأسيسية محرر من قبل محضر قضائي. مع الإقرار أن الأمر يختلف بالنسبة للأحزاب. فالمؤتمر التأسيسي للأحزاب يشترط القانون انعقاده بعد منح الإدارة التصريح بتأسيس الحزب. ومع ذلك نرى أنه يمكن للأعضاء إتباع هذه الطريقة لإثبات تقديم ملف التصريح بالتأسيس للإدارة.

¹ - نصت المادة 19 من قانون الأحزاب 04/12 على ما يلي: "يشتمل الملف المذكور في المادة 18 أعلاه على ما يلي:

- طلب تأسيس حزب سياسي يوقعه ثلاثة (3) أعضاء مؤسسين، يذكر فيه اسم وعنوان ومقر الحزب السياسي وكذا عناوين المقرات المحلية، إن وجدت،

- تعهد مكتوب يوقعه عضوان (2) مؤسسان على الأقل عن كل ولاية، منبثقة عن ربع (¼) ولايات الوطن على الأقل. ويتضمن هذا التعهد ما يأتي: احترام أحكام الدستور والقوانين المعمول بها، وعقد المؤتمر التأسيسي- للحزب السياسي في أجل المنصوص عليه في المادة 24 من قانون الأحزاب، وتقديم مشروع القانون الأساسي للحزب في ثلاث (3) نسخ، ومشروع تمهيدي للبرنامج السياسي، ومستخرجات من عقود ميلاد الأعضاء المؤسسين، ومستخرجات من صحيفة السوابق القضائية رقم 3 للأعضاء المؤسسين، وشهادات الجنسية الجزائرية للأعضاء المؤسسين، وشهادات إقامة الأعضاء المؤسسين.

² - حظرت المادة (21) من القانون العضوي 04 / 12 على الأعضاء المؤسسين عدم الاعتداد بقرار الترخيص بعقد المؤتمر التأسيسي أمام الغير إلا بعد إشهاره من قبل في يوميتين وطنيتين وإعلاميتين على الأقل.

الفرع الثاني: سكوت الإدارة عن الرد (القرار الإداري الضمني)

اعتبرت المادة (23) من القانون 04/12 امتناع الإدارة بصمتها عن الرد على الطلب المقدم لها، بعد انقضاء أجل ستون (60) يوماً، بمثابة ترخيص للأعضاء المؤسسين من أجل العمل على عقد المؤتمر التأسيسي - للحزب السياسي في الأجل المحدد بسنة واحدة ابتداء من إشهار الترخيص في يوميتين وطنيتين، واشترطت المادة لصحة المؤتمر التأسيسي أن يكون ممثلاً بأكثر من ثلث (3/1) عدد الولايات على الأقل، موزعة عبر التراب الوطني. وبذلك فإن المشرع لم يعتبر سكوت الإدارة قراراً سلبياً بالرفض كما يتعارف عليه في النظرية العامة للقرارات الإدارية، وهو ما اعتبره بعض الفقه بأنه عقاب للإدارة على تماطلها عن الرد في الأجل المحدد قانوناً.¹

وسكوت الإدارة في هذه الحالة يمثل في حد ذاته إفصاح الإدارة عن إرادتها بشكل سلبى، حينما امتنعت عن الرد، سواء استندت في ذلك إلى النص القانوني الذي خولها حق الصمت أم أنها لم تهتم بالرد دون الأخذ بعين الاعتبار النص القانوني²، إلا أن المشرع رتب إزاء هذا الصمت نتيجة إيجابية عن هذا السكوت تمثلت في الموافقة الضمنية على طلب التصريح بتأسيس الحزب السياسي، على الرغم من المظهر السلبى لردّها حينما امتنعت عن الرد الطلب المقدم لها. وهو ما يعرف كما تطرقنا آنفاً بالقرار الإداري الموصوف.

غير أن السؤال الذي قد يطرح : كيف يمكن إشهار قرار الترخيص الضمني غير الصريح وغير المكتوب ؟ ذلك أن حساب الأجل المحدد قانوناً بسنة وفق المادة (23) من القانون العضوي 04/12 يسري ابتداء من تاريخ إشهار قرار الترخيص، ومن ثم فهل يمكن للأعضاء المؤسسين أن يستغنوا عنه ويحل محله إشهار وصل إيداع بالتصريح التأسيسي. ونرى أن ذلك غير ممكن من الناحية الإجرائية، وبالتالي فمن الأحسن أن يلزم المشرع الإدارة بتبليغ الترخيص الصريح بمقد المؤتمر بعد انتهاء الأجل المحدد، لكي يكون بمقدور الأعضاء المؤسسين من القيام بإشهاره، أو التخلي عن إجراء الإشهار المتعلق بالترخيص والأخذ بالتصريح الضمني كما أكدت عليه المادة (23).

المطلب الثالث: قرارات الإدارة في إطار اعتماد الحزب والتعديلات اللاحقة على قانونه الداخلي

إن قرارات الإدارة اتجاه طلب الاعتماد المقدم لها في شكل ملف يتضمن وثائق معينة حددتها المادة (28) من القانون العضوي 04/12، فهي لا تخرج عن إحدى القرارات التالية: فهي إما تُصدر قراراً بقبول الاعتماد أو رفضه أو أن تسكت عن الرد، ونفس الحالة يمكن أن ترد على قرارات الإدارة في حالة ما إذا قبلت اعتماد

¹ - للمراجعة أكثر فيما يتعلق بالقرار الإداري الضمني الناجم عن سكوت الإدارة راجع : رفعت عيد السعيد، القرارات الناشئة عن سكوت الإدارة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006 وراجع أيضاً: محمد جبال عثمان جبريل، السكوت في القانون الإداري في التصرفات الإدارية الفردية، دون ذكر البلد، 1995

² - Le régime du retrait des décisions implicites d'acceptation (CE, avis, 12/10/2006, Cavallo Epouse Cronier), citée sur le site : <http://www.fallaitpasfairedudroit.fr/droit-administratif...> Date de Consultation: 25/01/2017.

حزب ودخل هذا الأخير في النشاط السياسي المرخص له، فقد يعمد الحزب إلى تعديل قانونه الأساسي أو تغيير قياداته أو هيئاته الوطنية أو المحلية، وفي كل الأحوال فإنه يستوجب على الحزب إبلاغ وزارة الداخلية بكل ما قد يقوم به من تغييرات، ومن ثم يكون لها إقرار هذه الإجراءات المتخذة أو أن ترفضها، على أن يكون الإقرار أو الرفض عن طريق قرارات إدارية صادرة عنها حصراً.

الفرع الأول: القرار الإداري بالقبول أو الرفض الصريح للاعتماد

تظهر موافقة الإدارة على الطلب المقدم لها المتعلق بالتصريح بتأسيس حزب سياسي من خلال ردها الصريح (الإيجابي) بقبول اعتماد الحزب، ويكون هذا القبول صريحاً بكل الأشكال والإجراءات التي قد تعتمد إليها الإدارة في طريقة تبليغه إلى هيئة الأعضاء المؤسسين.

وللحصول على الاعتماد فإنه يستوجب على الأعضاء المؤسسين أن يعقدوا مؤتمرهم التأسيسي- خلال أجل أقصاه سنة واحدة ابتداء من تاريخ اشتهاار الترخيص. ووفقاً لنص المادة (27) من القانون العضوي 04/12 يفوض المؤتمر التأسيسي صراحة على اثر انعقاده عضواً من أعضائه يقوم خلال الثلاثين (30) يوماً التي تليه بإيداع ملف طلب الاعتماد لدى الوزير المكلف بالداخلية، مقابل تسليم وصل إيداع حالا، ونشير إلى أن نص هذه المادة أنها لم يشر إلى الآثار المترتبة عن عدم تقديم طلب الاعتماد في أجل المحدد بثلاثين يوماً.

وأضافت المادة (29) من نفس القانون أن الوزير المكلف بالداخلية له أجل ستون (60) يوماً للتأكد من مطابقة طلب الاعتماد مع أحكام القانون العضوي 04/12، مع الإشارة إلى أنه يمكن لوزير الداخلية وبعد إجراء التدقيق اللازم خلال الأجل المحدد أن يطلب استكمال وثائق ناقصة أو استخلاف أي عضو في الهيئة القيادية لا يستوفي الشروط التي نص عليها القانون، ومن ثم فإنه لا يمكن لوزير الداخلية أن يرفض طلب الاعتماد لأول وهلة بل تمنح فرصة للحزب لتصحيح ما أمكن.

وتقديم هذا الطلب يرتب نتيجتين، إما قبوله وبالتالي اعتماد الحزب وإما يتم رفض طلب الاعتماد ومن ثم لا يتأسس الحزب السياسي.

أولاً: القبول الصريح لطلب اعتماد الحزب السياسي

طبقاً للمادة (31) من القانون العضوي 04/12 فإن الحزب السياسي يُعتمد بقرار إداري صريح صادر عن الوزير المكلف بالداخلية ويبلغه إلى الهيئات القيادية للحزب السياسي وينشره في الجريدة الرسمية، وهذا الاعتماد يخول الحزب السياسي الشخصية المعنوية والأهلية القانونية واستقلالية التسيير ابتداء من تاريخ نشره في الجريدة الرسمية.¹

وتكمن أهمية التبليغ الإلزامي في إعلام الأعضاء المؤسسين بالقرار إذ لا يحتج به إلا من تاريخ تبليغه، كما يتطلب الطعن بالإلغاء في القرار الإداري إرفاق العريضة بنسخة منه.

¹ - راجع في ذلك نص المادة (4) من القانون العضوي 04/12.

والتبليغ في هذه الحالة إجراء جوهري يعرف من خلاله قبول ملف اعتماد الحزب لبياسر نشاطاته، ويكمل بناء هيكله الوطنية والمحلية، وبدونه تكون أمام وضعية صمت الإدارة الذي يعني قبولاً ضمنياً بالاعتماد، وهو ما سنتطرق إليه في الفرع الثاني من هذا المطلب.

ثانياً: الرفض الصريح لطلب اعتماد الحزب السياسي

أوجب القانون العضوي 04/12 وفقاً للمادة (33) منه على الإدارة أن يكون قرارها برفض الاعتماد معللاً وقابلًا للطعن أمام مجلس الدولة من قبل الأعضاء المؤسسين خلال شهرين (2) من تاريخ تبليغه. ومسألة تعليل القرار الذي اشترطه المشرع إجراء جوهري لا يجوز الخروج عنه، وفي حالة عدم احترام الإدارة لذلك فإن قرارها يكون معرضاً للإلغاء أمام مجلس الدولة.¹

وقبول الطعن المرفوع من قبل الأعضاء المؤسسين للحزب السياسي على قرار الإدارة الرفض لاعتماد الحزب يكون بمثابة اعتماد، ومن ثم يُسَلَّم هذا الأخير فوراً بقرار من الوزير المكلف بالداخلية ويبلغ للحزب السياسي المعني.

غير أن هذه المادة يكتنفها بعض الغموض فيما يتعلق بمسألة " التسليم الفوري للاعتماد"، ومن ثم يطرح السؤال حول كيفية تنفيذ هذه " الفورية" L'immédiateté ؟ وبالتالي التعرف على تنفيذ أحكام الفقرة الثانية من المادة (33) في حالة إذا ما رفضت الإدارة تنفيذ الحكم القضائي الذي يوجب على الإدارة تسليم الاعتماد فوراً أو أنها تاملت دون إظهار رفض التسليم.

ففي هذه الحالة المفترضة تكون أمام رفض الإدارة لتنفيذ أحكاماً قضائية يلزمها المشرع صراحة بتنفيذها، بمعنى أن الحكم القضائي لا يكون كافياً للاعتماد، فهذا الأخير هو اختصاص أصيل لوزارة الداخلية، وبالتالي هذا الحكم ما هو إلا كشف عن قرار إداري كان من الواجب أن يصدر من قبل الإدارة الممثلة في وزارة الداخلية. وبالتالي كان على المشرع أن يحدد الضمانات العملية والكفيلة بالزام الإدارة بتسليم قرار الاعتماد فوراً.

الفرع الثاني: سكوت الإدارة عن الرد (القرار الإداري الضمني)

يعتبر سكوت الإدارة عن طلب رد الاعتماد خلال مدة ستون (60) يوماً الموالية لطلب الاعتماد قبولاً ضمنياً بالاعتماد، كما أنه لا يمكنها بعد انقضاء هذا الأجل أن تصدر قراراً برفض الاعتماد، فهو اعتماد صريح بقوة القانون تقرر خارج الآجال. غير أن مسألة التبليغ بهذا القرار من قبل الإدارة وفق نص المادة (31) السابق الذكر، يطرح أكثر من سؤال : فهل يعتبر هذا التبليغ إجراء جوهري يجب على أعضاء الحزب انتظاره تسليمه ثم القيام بالنشاط الحزبي؟ أم أنه يمكن حقهم مزاوله النشاط في انتظار التبليغ والنشر- في الجريدة الرسمية؟ فسكوت

¹ - إن عنصر التسيب يوضح مدى مشروعية القرار الإداري المتخذ إذا كان مبنياً على أسباب موضوعية تتعلق بمخالفة أحكام القانون العضوي، ومن ثم يسهل على القاضي الإداري محمته في الفصل في الدعوى.

الإدارة في هذه الحالة يصاحبه نتيجتين، التبليغ بالقرار والنشر، لكن غياب اتخاذ هذين الإجراءين من قبل الإدارة المعنية يفهم منه أن الحزب لم يعتمد بعد، على الرغم من إقرار المشرع بوجود قرار إداري ضمني جراء صمت الإدارة وعدم ردها في الآجال المحددة قانونا . كما تثار إشكالية الوضعية القانونية لأعضاء الحزب الممارسين للنشاط الحزبي دون التبليغ والنشر من قبل وزراه الداخلية .

لقد أخذ المشرع الجزائري بالقرار الإداري الضمني الذي يمثل ضمانة أساسية لحرية تأسيس الأحزاب السياسية في الجزائر، فهو على حد تعبير أحد الباحثين "بعد قانوني تحرري" مازالت السلطة الإدارية في الجزائر لم تتعود عليه بعد، وعمليا نجد أن كل الأحزاب السياسية في الجزائر معتمدة بقرارات صريحة، ولم يعتمد أي حزب سياسي بقرار ضمني لحد الآن.¹

وعلى الرغم من ذلك فإن الجانب التطبيقي لنص المادة(34) من القانون العضوي 04/12 صعب التحقق عمليا، فالقرار الإداري الضمني بالقبول الذي جاء به سابقا الأمر 09/97 المتعلق بالأحزاب أثبت عدم فاعليته من قبل الإدارة، ويثبت هذا أن عدة أحزاب عقدت مؤتمراتها التأسيسية وأصبح اعتمادها صريحا بقوة القانون بسبب انقضاء الآجال المحددة قانونا للإدارة، إلا أن هذه الأخيرة قررت رفض اعتماد هذه الأحزاب وقامت بغلق مقراتها²، وهذا يعتبر مخالفة صريحة للقانون، فالمشرع لم ينص على الرفض الضمني للاعتماد، ومن ثم يطرح مسألة الفائدة المرجوة من إقرار الأحكام القانونية التي تتضمن أعمال القرارات الإدارية الضمنية ثم لا تطبق.

الفرع الثالث: القرار الإداري المتعلق بتعديلات القانون الأساسي للحزب أو هيئاته

أوجبت المادة (36) من القانون العضوي 04/12 على الأحزاب السياسية أن تبلغ الإدارة بأي تعديلات قد تطرأ على تنظيم الهيئات القيادية وتشكيلاتها طبقا للقانون الأساسي والنظام الداخلي للحزب، وكذا كل تعديل للقانون الأساسي للحزب خلال الثلاثين (30) يوما الموالية على هذه التغييرات.

ويعد سكوت الإدارة عن الرد خلال مدة الثلاثين(30) يوما قرار ضمينا بقبول هذه التغييرات، وهو نفس الأجل الذي نص عليه المشرع في نص المادة(44) بخصوص تشكيل الهيئات المحلية للحزب والتغييرات التي سوف تطرأ عليها، إلا أن المادة نفسها لم تتطرق إلى مسألة الإقرار الضمني في حالة سكوت الإدارة عن الرد على التبليغ الذي تستلمه بشأن التغييرات التي قد تطرأ على تشكيلة الهيئات المحلية. ويلاحظ أن المشرع قد ميز في الرد على تنظيم الهيئات القيادية وتشكيلاتها طبقا للقانون الأساسي والنظام الداخلي للحزب، وكذا كل تعديل للقانون الأساسي، وبين رده على تشكيلته هيئته المحلية وبكل تغيير يطرأ عليها .

¹ - لوراري رشيد، الإجراءات القانونية لإنشاء الأحزاب السياسية في الجزائر، مذكرة ماجستير في القانون، كلية الحقوق جامعة الجزائر، 2008/2007، ص 85.

² - تريعة نواره، صور المشاركة الشعبية في النظام الدستوري الجزائري، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2003/2002، ص 112.

ففي الحالة الأولى اعتبر صمت الإدارة لمدة ثلاثين (30) يوما بعد تبليغها بمثابة إقرار منها بهذه التغييرات، بينما في الحالة الثانية لم تنص المادة عن حالة الصمت هذه. فهل في هذه الحالة يمكن تطبيق أحكام المادة (36) السابقة الذكر؟

باستقراء للأحكام الواردة في القانون 04/12 المتعلقة بالقرارات الإدارية المرتبطة بتأسيس الحزب السياسي نجد أن المشرع قد تبنى الاستثناء على القاعدة العامة بالنسبة للقرارات الإدارية التي تعتبر سكوت الإدارة عن الرد ضمن الأجل القانوني المحدد لها بمثابة رفض، وذلك حينما اعتبر الصمت بمثابة قبول ضمني، والمشرع حينما فعل ذلك أراد من خلاله عدم إمكانية تعسف الإدارة وتماطلها في الرد على الطلبات المقدمة لها في إطار تأسيس الأحزاب السياسية، وبالتالي رتب تلك النتيجة.

ومن ثم كان على المشرع أيضا أن يسلك نفس الاتجاه الذي أخذ به في التعامل مع التبليغات على التغييرات التي قد تطرأ على المستوى القيادي وعلى قانونه الأساسي ويحدد أجل ثلاثون (30) يوما لقبولها وسكوته يعتبر قبوله بها ضمنا، وحتى لا يترك الهيئات المحلية للحزب عرضة لأي إجراء إداري قد تتخذه الإدارة ضدها.

خاتمة :

نخلص من هذا البحث إلى أن المشرع الجزائري ومن خلال القانون العضوي 04/12 المتعلق بالأحزاب السياسية قد جعل تأسيس هذه الأخيرة تمر بمراحل إجرائية ضرورية للاعتراف بها في الحياة السياسية. حيث تمثل المرحلة الأولى ابتداء بتقديم طلب التصريح بتأسيس الحزب إلى الإدارة ممثلة في وزارة الداخلية ثم مرورا بمرحلة عقد المؤتمر التأسيسي في حالة ما إذا كان هذا الطلب محل قبول، ووصولاً إلى المرحلة النهائية التي يتم فيها قبول طلب الاعتماد أو رفضه من قبل الإدارة.

ومع هذه المراحل جميعها منح القانون العضوي 04/12 للإدارة حق مرافقة هذه الإجراءات وتقييمها، وذلك عن طريق إصدارها لقرارات إدارية. هذه الأخيرة التي قد تتخذ مظهرا إيجابيا حينما يكون رد الإدارة صريحا سواء كان هذا الرد منحا أو منعا، كما قد تتخذ هذه القرارات مظهرا سلبيا حينما تصمت الإدارة عن الرد على الطلب المقدم لها بالتصريح بتأسيس الحزب كمرحلة أولى أو اعتماده أو رفضه كمرحلة نهائية، على الرغم من فوات الأجل المحدد قانونا بستون (60) يوما، وهو ما أسبغ عليه المشرع بالقبول ضمنا، هذه الحالة التي تعد استثنائية بالنسبة للنظرية العامة للقرارات الإدارية التي تعتبر صمت الإدارة كقاعدة عامة بعد انقضاء الآجال بمثابة رفض الطلب، وهو ما يمكن اعتباره قفزة نوعية في إطار إرساء قواعد حرية التعبير بكل أشكالها.

وعلى الرغم من تخميننا للأحكام القانونية المتعلقة باعتماد الأحزاب السياسية في إطار القانون العضوي 04/12 التي اعتبرت صمت الإدارة عن الرد على طلب اعتماد الحزب السياسي مدة معينة بمثابة إقرار ضمني باعتماده، إلا أن ذلك كله يبقى على محك الاختبار بالنسبة للإدارة، ذلك أن هذه الأخيرة ومن خلال تجارب سابقة - وتحديدا في التعامل مع قانون الأحزاب 09/97- أثبتت عدم جديتها في تفعيل مثل هكذا أحكام، ومن ثم نرى أنه يكون على المشرع أن يثري هذه الأحكام بقواعد تدعم إعمال النصوص القانونية بتفعيل القرارات الإدارية

الضمنية بالقبول، عبر إدراج وسائل ومكنات تضمن لأصحاب الشأن حقهم في اعتماد الحزب السياسي اتجاه
تأمل الإدارة في القيام بذلك.

مبدأ الوسائل القانونية السليمة في القضاء الدستوري المقارن^{*}
د/ بالجيلالي خالد- أستاذ محاضر "ب"- جامعة ابن خلدون- تيارت

ملخص:

لما كانت السلطة التقديرية للمشرع تعني حرية الاختيار بين عدة بدائل أو خيارات للمسألة محل التنظيم التشريعي دون أن يفرض المؤسس الدستوري على المشرع أسلوباً معيناً عند تنظيمه لمسألة معينة أو حرية من الحريات العامة، فإن تلك السلطة ليست مطلقة وإنما تخضع للرقابة الدستورية؛ إذ أن أغلب النظم الدستورية تجمع على حتمية التلازم بين السلطة التقديرية للمشرع والرقابة الدستورية عليها. ومن بين الآليات الفنية التي يستخدمها القاضي الدستوري وهو بصدد ممارسة رقابته على السلطة التقديرية للمشرع مبدأ الوسائل القانونية السليمة، ورقابة الملاءمة والتناسب التشريعي بين سبب التشريع ومحلّه، وكذا رقابة الخطأ الظاهر في التقدير التشريعي. فالوسائل القانونية السليمة تركز على معيار المعقولة، أما الملاءمة معيارها مدى التلاؤم بين النصوص التشريعية مع أحكام الدستور نصاً وروحاً، في حين أن التناسب معياره ارتباط الوسائل التي استخدمها المشرع مع موضوع التشريع، ومدى توافق هذا التناسب مع غايات التشريع. ذلك بأن البحث في موضوع مبدأ الوسائل القانونية السليمة في القضاء الدستوري تفرض علينا أولاً الوقوف على مفهوم مبدأ الوسائل القانونية السليمة، ثم التطرق إلى مجال تطبيق هذا المبدأ في القضاء الدستوري. الكلمات المفتاحية: سلطة تقديرية، مشرع، وسائل قانونية سليمة، ملاءمة، قضاء دستوري، تناسب تشريعي.

Abstract

If the discretionary power of the legislator is a necessity imposed by the logic because the constitutional legislator cannot put comprehensive and detailed regulation and prominent solutions for all problems of the society, this power is not absolute and encroaching on principal of the legality ;The contemporary constitutional systems almost agree on inevitability of the collocation between the discretionary power of the legislator and the judicial control on it ,as it considers the criterion which separates between the discretionary power and absolute one.

There are technical mechanisms , used by the constitutional judge to impose his control upon the discretionary power for the legislator, including the due process of law, compatibility and proportionality control and manifest error of the discretion.

^{*} تاريخ إبداع المقال: 2017/03/01

تاريخ تحكيم المقال: 2017/03/20

Thus ,the criterion of the due process of law is the reasonability. For the compatibility, its criterion is adapting the legislative texts to the constitutions texts in its correct interpretation under spirit of the constitution .while criterion of the proportionality is linkage the methods, created by the legislator, with the objectives that he to attain; For the manifest error of the discretion, its criterion is attainment of the causation relationship and place in the legislation with the constitution or one of its principles.

Key words: discretionary power of the legislator, criterion of the due process of law, apparent error, Legislative proportionality, legislator.

مقدمة

مما لا شك فيه أن الدستور بوصفه التشريع الأساسي الأعلى في الدولة يسمو على كافة القواعد القانونية القائمة في الدولة ضمن مبدأ تدرج القواعد القانونية، يعد حجر الزاوية في بناء الدولة القانونية التي تركز على مبدأ سيادة القانون كأحد المبادئ الرئيسية لقيام دولة القانون، وخضوع كل من في الدولة حكام ومحكومين، سلطات عامة وأفراد للقواعد القانونية القائمة في الدولة، وتبعاً لذلك يجب على كل سلطة من السلطات العامة الثلاث أن تكون تصرفاتها متفقة مع النظام القانوني القائم في الدولة.

إذ تعد السلطة التشريعية من أهم السلطات العامة في الدولة التي يعتبرها جانب من الفقه على أنها السلطة الأم، التي تتولى كقاعدة عامة سن القوانين المختلفة، الوظيفة الأساسية للبرلمان.

ولما كان مبدأ سيادة الدستور يقضي بضرورة خضوع السلطة التشريعية كغيرها من السلطات العامة في الدولة لأحكام الدستور والعمل في إطاره، إلا أن ذلك لا يعني عدم تمتع السلطة التشريعية بجانب من حرية التقدير والاختيار وهي بصدد مباشرة اختصاصاتها التي أوكلها لها الدستور بسن التشريع، خاصة وأن القانون كأداة لتنظيم العلاقات العامة في المجتمع يتأثر بالظروف والمستجدات التي يفرضها الواقع العملي، ومن ثم يتعين في التشريع الصادر عن السلطة التشريعية أن يكون مواكباً للمستجدات والتطورات الحاصلة في كافة مجالات الحياة العامة .

ومن أجل إقامة نوع من التوازن بين ضرورة التزام السلطة التشريعية إحدى أهم السلطات العامة في الدولة بمبدأ المشروعية، وبين ضرورة تمتع المشرع بجانب من حرية الاختيار لمواجهة المستجدات التي يفرضها الواقع العملي نشأت السلطة التقديرية للمشرع، التي تعني حرية المشرع في المفاضلة بين بدائل أو خيارات موضوعية للمسألة محل التنظيم التشريعي.

ولما كان الاعتراف بوجود السلطة التقديرية للمشرع هو أمر مسلم به في أغلب النظم الدستورية المقارنة، فإن تلك السلطة ليست مطلقة، ومن الضروري إخضاعها لنوع من الرقابة حتى لا يساء استعمالها، إذ تكاد النظم الدستورية المعاصرة تؤكد على حتمية التلازم بين السلطة التقديرية للمشرع وخضوعها للرقابة الدستورية، التي

تعد بمثابة المعيار الفاصل بين السلطة التقديرية والسلطة المطلقة، ذلك بأن القول بوجود السلطة المطلقة هو أمر يؤدي إلى الاستبداد والتعسف في استعمال تلك السلطة، الأمر الذي يتعارض مع مفهوم الدولة القانونية التي تقوم على مبدأ سيادة القانون، ومبدأ الفصل بين السلطات.

والحقيقة أن القاضي الدستوري وهو يصدد أعمال رقابته على السلطة التقديرية للمشرع يستخدم عدة تقنيات أو آليات فنية، أهمها استخدام مبدأ الوسائل القانونية السليمة، رقابة الملاءمة والتناسب والخطأ الظاهر في التقدير التشريعي، لذا يتوجب على الهيئة التي تمارس الرقابة الدستورية الالتزام بالقيود أو الضوابط بالشكل الذي لا يؤدي إلى تعارض هذه الرقابة مع مبدأ الفصل بين السلطات، وهو أمر قد ينعكس سلباً على نطاق السلطة التقديرية للمشرع، وقد يؤثر على الحقوق والحريات العامة للأفراد.

إن البحث في الموضوع المتعلق بمبدأ الوسائل القانونية السليمة في القضاء الدستوري المقارن يفرض علينا الاعتماد على عدة مناهج للبحث العلمي أولها المنهج التحليلي من خلال استقراء الآراء الفقهية والقضائية التي قيلت حول مبدأ الوسائل القانونية السليمة، وكذا استقراء وتحليل النصوص الدستورية، إضافة إلى المنهجين التاريخي والمقارن.

كما أن دراسة موضوع مبدأ الوسائل القانونية السليمة تنصب أساساً بالبحث حول مبدأ الوسائل القانونية السليمة كآلية من الآليات الفنية التي يستخدمها القاضي الدستوري في رقابته على السلطة التقديرية للمشرع، وهو أمر يثير إشكالية أساسية حول الأساس القانوني لمبدأ الوسائل القانونية وحدوده؟ إن الإجابة على هذه الإشكالية توجب علينا التطرق أولاً إلى تحديد مفهوم مبدأ الوسائل القانونية السليمة (الفقرة الأولى)، ثم التطرق إلى مجال تطبيق مبدأ الوسائل القانونية السليمة (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: مفهوم مبدأ الوسائل القانونية السليمة

يعد مبدأ الوسائل القانونية السليمة من أهم الآليات التي يستخدمها القاضي الدستوري في رقابته على السلطة التقديرية للمشرع، للوقوف فيما إذا كان المشرع عند تنظيمه للحقوق والحريات العامة قد استخدم الأسلوب السليم والطريق الواجب قانوناً محترماً في ذلك أحكام الدستور أم لا.

ولتحديد مفهوم مبدأ الوسائل القانونية السليمة في المجال الدستوري ينبغي علينا أولاً تعريف مبدأ الوسائل القانونية السليمة (أولاً)، ثم بيان الأساس القانوني لمبدأ الوسائل القانونية السليمة (ثانياً)، وأخيراً معرفة ضوابط العمل بهذه الآلية التي يفترض أن تستند على معايير موضوعية لا على معايير شخصية، أي بيان المعيار الذي يحكم الإطار العام لمبدأ الوسائل القانونية السليمة (ثالثاً).

أولاً: تعريف مبدأ الوسائل القانونية السلمية

الملاحظ على فقهاء القانون العام بأنهم قد اختلفوا حول التسمية التي يمكن إعطاؤها لمبدأ الوسائل القانونية السلمية، فمنهم من يسميه بمبدأ الوسائل القانونية السلمية¹، في حين يسميه البعض الآخر بشرط الطريق الواجب قانوناً، أو الإجراء القانوني المناسب، أو الإجراءات القانونية الأصولية².

وهناك من اتجه نحو تسميته بالإجراء القانوني المشروع، أو القواعد المرعية (أي القواعد القانونية الواجب مراعاتها)³؛ وفي رأينا نجد أن تسمية مبدأ الوسائل القانونية السلمية هي التسمية الدقيقة والأكثر شيوعاً في الفقه والقضاء الدستوريين.

ذلك بأن إعطاء تعريف ثابت ودقيق لمبدأ الوسائل القانونية السلمية هو أمر صعب لحداثة الفكرة من جهة؛ ولارتباط هذا المفهوم بالقواعد التي تحدد اختصاص المشرع في مجال التشريع، من جهة ثانية.

ولقد عرّفت المحكمة العليا الأمريكية مبدأ الوسائل القانونية السلمية بأنها القواعد القانونية والإجرائية السلمية التي تنبع من القواعد والمبادئ التي تنظم الحقوق والحريات الفردية وتكفل حمايتها⁴.

كما حاول جانب من الفقه تلخيص مضمون هذا المبدأ في كلمة واحدة وهي العدالة، التي يأخذ مفهومها عدة معان منها: العدالة في الإجراءات، أو العدالة في المعاملة، والمساواة أمام القانون، المساواة أمام المرافق العامة، المساواة في تولي الوظائف العامة، المساواة في الواجبات العامة وغيرها من المبادئ التي تجسد مظاهر العدالة⁵.

وقد عرّف البعض الآخر مبدأ الوسائل القانونية السلمية بأنه الضمانات الواجب مراعاتها في إطار محاكمة مُنصفة لإصدار حكم قضائي عادل.

وفي ذات السياق، اتجهت المحكمة الدستورية العليا في مصر تعبيراً عن مبدأ الوسائل القانونية السلمية، على أن تلك الوسائل تعكس نظاماً قانونياً متكامل الملامح تراعى فيه الأسس التي يقوم عليها حفظ كرامة الإنسان وحماية حقوقه وحرياته الأساسية، بالشكل الذي لا يؤدي إلى المساس بتلك الضمانات بما يُقرَّعُها من مضمونها⁶، وهو أمر دفع جانب من الفقه الدستوري المصري إلى القول بأن هذا المبدأ مع غموضه ما هو إلا تعبير عن مبدأ المشروعية⁷.

¹ - انظر، محمد رفعت عبد الوهاب، رقابة القضاء الدستوري على دستورية القوانين، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2010، ص. 188.

² - انظر، سامي جمال الدين، الوسيط في دعوى إلغاء القرارات الإدارية، ط1، منشأة المعارف، مصر، 2004، ص. 649.

³ - انظر، علي السيد الباز، الرقابة على دستورية القوانين في مصر، دار الجامعات المصرية، الإسكندرية، 1978، ص. 229.

⁴ - انظر، هالة أحمد سيد أحمد المغازي، المرجع السابق، ص. 526؛ عماد محمد محمد أبو حليم، الرقابة على السلطة التقديرية للمشرع (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، مصر، 2015، ص. 479.

⁵ - انظر، هالة أحمد سيد أحمد المغازي، المرجع نفسه، ص. 522.

⁶ - لتفصيل أكثر: انظر حكم المحكمة الدستورية العليا في مصر في القضية رقم 3 لسنة 10، قضائية دستورية، بتاريخ 2 يناير 1993.

⁷ - انظر، أحمد كمال أبو المجد، المرجع السابق، ص. 405.

وترتيباً على ما سبق، يمكننا القول بأنه يصعب وضع تعريف منضبط ودقيق لمبدأ الوسائل القانونية السلمية كآلية يستخدمها القاضي الدستوري في رقابته على السلطة التقديرية للمشرع التي تأخذ معنى العدالة أو المحاكمة المنصفة أو غيرها من التعبيرات التي استخدمها الفقه والقضاء الدستوريين للتعبير عن هذا المبدأ؛ وعلى الرغم من المحاولات السابقة لتحديد مفهوم مبدأ الوسائل القانونية السلمية، إلا أنها تبقى ناقصة.

ثانياً: الأساس القانوني لمبدأ الوسائل القانونية السلمية

لما كان الدستور باعتباره التشريع الأعلى الذي يسمو على كافة القواعد القانونية ضمن مبدأ تدرج القواعد القانونية القائمة في الدولة، والذي يحدد للسلطات العامة اختصاصاتها وحدودها؛ فإن منح المشرع جانب من حرية التقدير وسلطة تقديرية في المفاضلة بين عدة بدائل أو خيارات بمناسبة تنظيمه لمسألة معينة أو حق أو حرية معينة في الإطار الذي حدده له المؤسس الدستوري، وذلك لأن التشريع يعد ضمانة حقيقية لحماية وصون الحقوق والحريات الفردية للأفراد، وكأداة فعالة لإقامة نوع من التوازن بين ممارسة تلك الحريات الفردية والمصلحة العامة؛ ومن بين الآليات التي أقرها الدستور الأمريكي حماية للحقوق والحريات الفردية للأفراد مبدأ الوسائل القانونية السلمية.

ولقد اتجه جانب من الفقه الأمريكي إلى الربط بين تاريخ نشأة الرقابة القضائية على دستورية القوانين في الولايات المتحدة الأمريكية ومبدأ الوسائل القانونية السلمية، ذلك بأن المراحل التي مرت بها هذه الرقابة ما هي إلا تعبير عن تطور مدلول هذا المبدأ في القضاء الأمريكي.

والمسلم به في الفقه الأمريكي هو أن فكرة الوسائل القانونية السلمية قد نشأت في بداية الأمر في القانون الانجليزي القديم أين تم ذكرها لأول مرة في الميثاق الأعظم الصادر في عام 1215 «Magna carta». وقد كان للمستعمرات الانجليزية في أمريكا تأثير كبير على القواعد القانونية التي تم اتخاذها في تلك المستعمرات.

وبالرجوع إلى الدستور الأمريكي الصادر في 17 سبتمبر 1787 الذي جاء خالياً من النص صراحة على هذا المبدأ، وتضمنه التعديلين الخامس والرابع عشر، حيث ينص التعديل الخامس لعام 1791 على ما يلي:

« No person shall be held to answer for a capital or otherwise infamous crime ,unless on a presentment or indictment of a grand jury, except in cases arising in the land or naval forces, or in the militia, when in actual service in time of war or public danger ;nor shall any person be subject for the same offense to be twice put in jeopardy of life or limb ;nor shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself ,nor be deprived of life ,liberty, or property be taken for public use without just compensation . »

يفهم من هذا النص بأنه لا يجوز اتهام أي شخص بجريمة كبرى أو شائنة إلا بناءً على شكوى اتهام تقدم من قبل هيئة محلفين كبرى، باستثناء الجرائم الحاصلة حين كان المتهم يستخدم في القوات البرية أو البحرية أو في الميليشيا في وقت الحرب أو حالة وجود خطر عمومي؛ كما أنه لا يجوز أن يعرض أي شخص للتهديد مرتين في

حياته أو جسمه بسبب الجريمة ذاتها؛ أو أن يجبر أي شخص على أن يكون شاهداً ضد نفسه في قضية جنائية، ولا أن يحرم شخص من حقه في الحياة أو الحرية أو الممتلكات دون إتباع الإجراءات القانونية العادية؛ كما لا يجوز تسخير أية ملكية خاصة لاستخدامها في سبيل الصالح العمومي دون تعويض عادل.

كما نص التعديل الرابع عشر لعام 1868 في الفقرة الأولى منه على أنه لا يجوز لأي ولاية أن تحرم شخصاً من حقه في الحياة أو الحرية أو الممتلكات دون تطبيق القواعد القانونية العادية، ولا يجوز لها أن تحرم أي شخص تابع لسلطتها القانونية في الحماية القانونية¹.

والملاحظ على الدستور الفرنسي- لعام 1958 بأنه استخدم مبدءاً الوسائل القانونية السلمية دون أن ينص على ذلك صراحة في صلب الوثيقة الدستورية. الأمر الذي ورد في إعلان حقوق الإنسان والمواطن المؤرخ في 26 أوت 1789 في المواد 7 و 8 و 9 التي نصت على أنه لا يمكن اتهام أي إنسان أو توقيفه أو حجزه إلا في الحالات المحددة في القانون، وطبقاً للأشكال التي نص عليها؛ ولا يمكن أن يعاقب أحد إلا بموجب قانون صدر قبل وقوع الجريمة. كما يعد كل شخص بريء حتى تثبت إدانته².

وبالرجوع إلى الدستور المصري الصادر في 18 يناير 2014 -وعلى غرار الدساتير المصرية المتعاقبة، التي لم تنص صراحة على مبدءاً الوسائل القانونية السلمية، لكنه أخذ بمضمونه، الأمر الذي نصت عليه مثلاً المادة 95 من الدستور المصري لسنة 2014 على أن «العقوبة شخصية، ولا جريمة ولا عقوبة إلا بناءً على قانون، ولا توقع عقوبة إلا بحكم قانوني..» والمادة 96 التي تنص على أن «المتهم بريء حتى تثبت إدانته في محاكمة قانونية عادلة يكفل له

¹ - جاء في الفقرة الأولى من التعديل الرابع عشر لسنة 1868 ما يلي:

« All persons born or naturalized in the United States ,and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the state wherein they reside .No state shall make or enforce any law with shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any state deprive any person of life ,liberty ,or property ,without due process of law, nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the law. »

² - تنص المادة 07 من إعلان حقوق الإنسان والمواطن المؤرخ في 26 أوت 1789 على ما يلي:

«Nul homme ne peut être accusé, arrêté, ni détenu que dans les cas déterminés par la Loi, et selon les formes qu'elle a prescrites. Ceux qui sollicitent, expédient, exécutent ou font exécuter des ordres arbitraires, doivent être punis ; mais tout Citoyen appelé ou saisi en vertu de la Loi doit obéir à l'instant : il se rend coupable par la résistance. » ;

تنص المادة 08 من إعلان حقوق الإنسان والمواطن المؤرخ في 26 أوت 1789 على ما يلي:

«La Loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires, et nul ne peut être puni qu'en vertu d'une Loi établie et promulguée antérieurement au délit, et légalement appliquée. » ;

تنص المادة 09 من إعلان حقوق الإنسان والمواطن المؤرخ في 26 أوت 1789 على ما يلي:

« Tout homme étant présumé innocent jusqu'à ce qu'il ait été déclaré coupable ,s'il est jugé indispensable de l'arrêter, toute rigueur qui ne serait pas nécessaire pour s'assurer de sa personne, doit être sévèrement réprimée par la Loi. »

فيها ضمانات الدفاع عن نفسه....»، والمادة 98 التي تنص على أن «يضمن القانون لغير القادرين ماليا وسائل الالتجاء إلى القضاء والدفاع عن حقوقهم».

وبالرجوع كذلك إلى الدستور التونسي الصادر في 23 جانفي 2014 نجده هو الآخر قد تبني مبدأ الوسائل القانونية السليمة، وهو ما نص عليه الفصل 27 على أن «المتهم بريء إلى أن تثبت إدانته في محاكمة عادلة تكفل له فيها جميع ضمانات الدفاع في أطوار التتبع والمحاكمة». الفصل 28 الذي ينص على أن «العقوبة شخصية، ولا تكون إلا بمقتضى نص قانوني سابق الوضع، عدا حالة النص الأرق بالمتهم» كما ينص الفصل 29 على أنه «لا يمكن إيقاف شخص أو الاحتفاظ به إلا في حالة التلبس أو بقرار قضائي، ويعلم فوراً بحقوقه وبالتهمة المنسوبة إليه، وله أن ينيب محامياً. وتحدد مدة الإيقاف والاحتفاظ بقانون». والفصل 31 الذي ينص على أنه «لكل سجين الحق في معاملة إنسانية تحفظ كرامته. تراعي الدولة في تنفيذ العقوبات السالبة للحرية مصلحة الأسرة، وتعمل على إعادة تأهيل السجين وإدماجه في المجتمع».

ولقد حذا المؤسس الدستوري الجزائري حذو ما ذهب إليه المؤسس الدستوري الأمريكي والفرنسي- والمصري والتونسي في العمل بمبدأ الوسائل القانونية السليمة، الأمر الذي نصت عليه المادة نصت عليه المادة 56 من القانون رقم 01/16 المؤرخ في 6 مارس 2016 المتضمن التعديل الدستوري للدستور الجزائري لسنة 1996¹ على أن «كل شخص يُعتبر بريئاً حتى تثبت حمة قضائية نظامية إدانته، في إطار محاكمة عادلة تؤمّن له الضمانات اللازمة للدفاع عن نفسه»، والمادة 57 على أنه «للأشخاص المعوزين الحق في المساعدة القضائية يحدد القانون شروط تطبيق هذا الحكم»، كما تنص المادة 58 بأنه «لا إدانة إلا بمقتضى- قانون صادر قبل ارتكاب الفعل المجرم»، والمادة 59 «بأنه لا يُتابع أحد، ولا يُوقف أو يُحتجز، إلا ضمن الشروط المحددة بالقانون، وطبقاً للأشكال التي نص عليها. الحبس المؤقت إجراء استثنائي يحدد القانون أسبابه ومدته وشروط تمديده. يعاقب القانون على أعمال وأفعال الاعتقال التعسفي»، وكذلك ما نصت عليه المادة 60 «يخضع التوقيف للتظنر في مجال التحريات الجزائية للرقابة القضائية، ولا يمكن أن يتجاوز مدة ثمان وأربعين (48) ساعة. يملك الشخص الذي يُوقف للتظنر حق الاتصال فوراً بأسرته».

يجب إعلام الشخص الذي يوقف للنظر بحقه أيضاً في الاتصال بمحاميه، ويمكن القاضي أن يحدّ من ممارسة هذا الحق في إطار ظروف استثنائية ينص عليها القانون.

ولا يمكن تمديد مدة التوقيف للتظنر، إلا استثناء، ووفقاً للشروط المحددة بالقانون.

ولدى انتهاء مدة التوقيف للتظنر، يجب أن يُجرى فحص طبيّ على الشخص الموقوف، إن طلب ذلك، على أن يُعلم بهذه الإمكانية، في كل الحالات. الفحص الطبي إجباري بالنسبة للقصر».

¹ - القانون رقم 01/16 المؤرخ في 6 مارس 2016 المتضمن التعديل الدستوري للدستور الجزائري لسنة 1996، الجريدة الرسمية، العدد 14 لسنة 2016 .

ومما سبق، يمكننا القول بأنه وإن كان الدستور الفرنسي والمصري والتونسي والجزائري لم ينص صراحة على مبدأ الوسائل القانونية السلمية عند تحديد سلطة المشرع في تنظيم الحقوق والحريات العامة، إلا أنه في الحقيقة تأثر بهذا المبدأ وعمل بمضمونه، ذلك بأن النص على قرينة البراءة بالنسبة للمتهم وضرورة توفير الضمانات الإجرائية والموضوعية للدفاع في إطار محاكمة عادلة وغيرها من الضمانات يعد في حقيقة الأمر تطبيقاً وامتداداً لمبدأ الوسائل القانونية السلمية.

وإذا كان مبدأ الوسائل القانونية السلمية يجد أساسه ومصدره في الدستور، لنا أن نتساءل عن ضوابط هذا المبدأ، وذلك من خلال البحث عن المعيار أو المعايير لإثبات هذا مبدأ الوسائل القانونية السلمية؟

ثالثاً: ضوابط مبدأ الوسائل القانونية السلمية

لعل الحديث عن الرقابة القضائية على دستورية القوانين في القضاء الدستوري الأمريكي إنما ترتبط أساساً بمبدأ الوسائل القانونية السلمية كالية يستخدمها القاضي الدستوري في رقابته على السلطة التقديرية للمشرع، حيث يستند هذا المبدأ أساساً على فكرة المعقولة، وهو ما يستخلص من أحكام القضاء الدستوري الأمريكي، حيث قررت المحكمة الاتحادية العليا الأمريكية عام 1896 في القضية بين BUCHANAN ضد WARLEY على أن التشريع الذي يقيد حق المالك في التصرف في ملكه لشخص آخر يعد إنكاراً للإجراءات القانونية الصحيحة.

وفي حكم آخر لها عام 1905 قضت المحكمة الأمريكية في قضية لوتش- ضد ولاية نيويورك إلى سلطة الضبط الإداري الممنوحة للولايات مقيدة بالحدود التي فرضها الدستور، والقول بغير ذلك يؤدي إلى المساس بحقوق الأفراد وحرياتهم الفردية، بل وقد يؤدي إلى إهدارها، ويجعل للسلطة الإدارية سلطة تحكيمية تتعارض مع مبدأ المشروعية، لتنتهي المحكمة إلى القول بأن التشريع المطعون فيه أممها، الذي يرتبط بضرورة المحافظة على صحة العمال بوضع حد أقصى لساعات العمل بأنه يجاوز كل حدود المعقولة في التعاقد لمخالفته مبدأ الوسائل القانونية السلمية¹.

ومن ذلك أيضاً حكم المحكمة العليا الاتحادية في عام 1954 في القضية بين BOLLING V SHARPE بأن الحرية وفقاً للقانون تمتد إلى كامل السلوك الذي يقوم به الفرد، والذي لا يمكن تقييده إلا لغاية ترتبط بالمصلحة العامة، ذلك بأن التفرقة بين الأفراد في التعليم لا يمكن أن تتصل بالمصلحة العامة ويخالف شرط الإجراءات الصحيحة، على أن التفرقة العنصرية في المدارس العامة في إقليم كولومبيا تعد تجاوزاً خطيراً للإجراءات القانونية الصحيحة التي تضمنها التعديل الرابع عشر لعام 1868.

¹ - انظر، أحمد كمال أبو المجد، المرجع السابق، ص 291.

ومن تطبيقات ذلك في القضاء الدستوري المصري ما قضت به المحكمة الدستورية العليا في مصر- في 30 مارس 1993 فيما يتعلق بالقيود الاستثنائية التي ترد على العلاقة الإيجابية ومدى مساسها بحق الملكية التي كفلها الدستور¹.

ومن ذلك ما قضت به المحكمة الدستورية العليا في مصر- في 03 فيفري 1996 إلى أن "حرية التعبير التي كفلها الدستور على ما تقدم هي القاعدة في كل تنظيم تشريعي لا يقوم إلا بها ولا يعدوا الإخلال بها أن يكون إنكارا لحقيقة أن حرية التعبير لا يجوز فصلها عن أدواتها وأن وسائل مباشرتها يجب أن ترتبط بغايتها، فلا يعطل مضمونها أحد ولا يناقض الأغراض المقصودة من إرسائها..."²

كما أنه "لا يجوز أن تنفصل النصوص القانونية التي نظم بها المشرع موضوعا محددا عن أهدافها بل يجب أن تكون هذه النصوص مدخلا إليها، وموطنا لإشباع مصلحة عامة لها، وحدد ذلك أن كل تنظيم تشريعي لا يصدر من فراغ ولا يعتبر مقصودا لذاته، بل مرماه إنفاذ أغراض بعينها يتوخاها، وتعكس مشروعيتها إطارا للمصلحة العامة التي أقام المشرع عليها هذا التنظيم باعتباره أداة تحقيقها وطريق الوصول إليها"³.

وبالرجوع إلى الدستور الفرنسي والتونسي والجزائري نجده قد استند على فكرة المعقولة كجوهر لمبدأ الوسائل القانونية السليمة، فإذا كان للمشرع ولاية عامة في تنظيم الحقوق والحريات العامة، فإن ذلك مرتبط بضرورة احترام الضوابط والحدود التي وضعها الدستور، دون أن يؤدي ذلك إلى إهدار أصل الحق أو الحرية أو تعطيلها، أو فرض شروط تجعل ممارستها أكثر إرهاقا، بما يفقد هذا التشريع معقولته بالشكل الذي يُفترغ مبدأ الوسائل القانونية السليمة من مضمونه، ويضفي الطابع غير الدستوري على هذه التشريعات.

وإذا كانت فكرة المعقولة كضابط أصلي أو معيار لإثبات مبدأ الوسائل القانونية السليمة لنا أن نتساءل عن الضوابط التي من خلالها يستطيع القاضي الدستوري بيان فيما إذا كان تنظيم المشرع للحقوق والحريات العامة يتسم بالمعقولة أو يحا فيها.

وفكرة المعقولة هي علاقة بين ما يتضمنه العمل القانوني من ضوابط أو حدود أو تنظيمات وبين الهدف الذي يسعى المشرع إلى تحقيقه من وراء ذلك، وتنفي المعقولة إذا خرجت هذه العلاقة عن هذا الإطار المقبول عقلا ومنطقا، ومن ثم ينتفي التناسب بين سبب التشريع ومحلّه.

الحقيقة أن فكرة المعقولة تتحكم فيها عدة ضوابط أهمها ضرورة ارتباط الأهداف التي يسعى المشرع من وراء تنظيمه للحق أو الحرية وبين وسائل تحقيقها، فإذا كانت الوسائل التي يعتمد عليها المشرع وهو يصدد تنظيم الحق

¹- انظر حكم المحكمة الدستورية العليا في مصر في القضية رقم 63 لسنة 13 ق د بتاريخ 30 مارس 1993.

²- انظر حكم المحكمة الدستورية العليا في مصر في الدعوى رقم 02 لسنة 16 ق د ب جلسة 03 فيفري 1996.

³- انظر حكم المحكمة الدستورية العليا في الدعوى رقم 180 لسنة 20 ق د ب جلسة 11 يناير 2000.

أو الحرية لا تؤدي إلى تحقيق الغايات التي أوكل إليه المؤسس الدستوري أمر تحقيقها، كان هذا التنظيم مخالفاً لمبدأ الوسائل القانونية السليمة لتعارضه مع فكرة المعقولة التي تستند على العقل والمنطق.¹

إضافة إلى ذلك يعد معيار الموازنة بين المزايا والأعباء كضابط لفكرة المعقولة، حيث يقوم هذا المعيار على أساس الموازنة بين الأعباء التي تفرضها النصوص القانونية المنظمة للحقوق والحريات العامة والمزايا التي تسعى إلى تحقيقها، على أنه إذا زادت الأعباء التي تفرضها تلك النصوص القانونية على المزايا فإن التشريع يتسم بعدم المعقولة التي يقوم عليها مبدأ الوسائل القانونية السليمة.

ومن تطبيقات ذلك في القضاء الأمريكي ما قضت به المحكمة العليا الأمريكية في حكمها الصادر في 1975 في القضية بين GROSS V LOPEZ المتعلقة بتوقيف طالب عن متابعة الدراسة لمدة عشرة أيام، لارتكابه سلوكاً مخالفاً لتعليمات الدراسة، ودون السماح له قبل إصدار القرار بالدفاع عن نفسه، لتنتهي المحكمة إلى القول بأن عدم وجود حماية إجرائية قبل إصدار قرار الوقف، والسماح للطالب بالدفاع عن نفسه يعد في حد ذاته إخلالاً بمبدأ الوسائل القانونية السليمة.²

ومن تطبيقات ذلك في القضاء الدستوري المصري ما قضت به المحكمة الدستورية العليا في مصر- في حكمها الصادر في 6 ديسمبر 1993 الذي قضى بعدم دستورية القانون رقم 229 لسنة 1989 بفرض ضريبة على مرتبات العاملين في الخارج، تأسيساً على عدم تناسب دين الضريبة مع مقدراً الدخل الخاضع لها.³

وفي الشأن يتجه المجلس الدستوري الفرنسي في قراره رقم 192/85 بالقول إلى "أن المشرع وقد أخذ في اعتباره المدة المحددة للتعين المؤقت للمجلس الأعلى للجامعات، وقد وسع من السلطة المخولة له أي كانت الأخطاء المرتكبة من الإدارة، يجب أن ينظم هذه القواعد وفقاً لمقتضيات المرفق العام والمصلحة العامة".⁴ وفي قرار آخر

¹ وفي الشأن أبدت المحكمة العليا الأمريكية قانون صادر عن ولاية نيويورك بتعلق بتحديد أسعار منتجات الألبان، بأنه إذا كانت الوسيلة التي تم الاعتداد عليها ذات علاقة معقولة ومتناسبة مع غرض تشريعي مناسب، فإن متطلبات مبدأ الوسائل القانونية السليمة محقق؛ وفي ذات السياق اتجهت المحكمة الدستورية العليا في مصر في القضية رقم 8 بقولها "...الأصل في كل تنظيم تشريعي أن يكون منطوقاً على تقسيم أو تصنيف أو تمييز من خلال الأعباء التي يلقيها على البعض أو المزايا التي يمنحها لفئة دون غيرها، ويتعين دوماً لضمان اتفاق هذا التنظيم مع الدستور، أن تتوافر علاقة منطقية بين الأغراض المشروعة التي اعتنتها المشرع في موضوع محدد وفاء بمصلحة عامة لها اعتبارها، والوسائل التي اتخذها طريقاً لبلوغها، فلا تنفصل النصوص القانونية التي نظم بها هذا الموضوع عن أهدافها بل يجب أن تعد مدخلاً إليها، بما مؤده أن المزايا التي منحها المشرع للمعوقين من خلال هذه النصوص المطعون عليها لا يمكن فصلها عن أوضاعهم، ولا عن الأغراض التي توخاها من خلال فرص عمل مكّنها منها...." بتفاصيل أكثر انظر حكم المحكمة الدستورية العليا في مصر في القضية رقم 8 لسنة 16 ق د بتاريخ 5 أوت 1995.

² -أورده: أجبروم، و س بارون، وتوماس دينيس، ترجمة محمد مصطفى غنيم، الوجيز في القانون الدستوري، المبادئ الأساسية للدستور الأمريكي، نشر الجمعية المصرية لنشر المعونة والثقافة العالمية، جاردن سيتي، القاهرة، 1998، ص 189.

³ -لقد اتجهت المحكمة الدستورية العليا في مصر إلى القول بأن التنظيم التشريعي الذي يسعى إلى مجرد تنمية موارد الدولة من خلال تقرير ضريبة تنفتر إلى قوالبها الشكلية أو لا تتوافر في أركانها ودوافعها الأسس الموضوعية التي ينبغي أن تقوم عليها، لا يستهدف المصلحة العامة، كما أن العدالة الاجتماعية التي تقوم عليها الضريبة تكون ضابطاً لها في الحدود المنصوص عليها في الدستور، إضافة إلى ذلك يعد تحديد دين الضريبة شرطاً لازماً لها لتداتها بتفاصيل أكثر، انظر حكم المحكمة الدستورية العليا في مصر في القضية رقم 43 لسنة 13 ق د بتاريخ 6 ديسمبر 1993.

⁴ -انظر قرار المجلس الدستوري رقم 192/85 الصادر في 24 يوليو 1985، والقرار رقم 196/85 الصادر في 8 أوت 1985.

صادر عن في 8 أوت 1985 اعتبر المجلس الدستوري أن تمثيل الأقاليم المختلفة يجب ألا يكون نسبيا بالضرورة بالنسبة لسكان كل إقليم؛

« Cas considérations ne peuvent cependant intervenir que dans mesure limité qui ,en l'espièce a été manifestement dépassée. »

ومن خلال هذين القرارين يتضح لنا بأن المجلس الدستوري الفرنسي- قد أكد على ضرورة أن يكون التشريع الذي ينظم الحقوق والحريات العامة للأفراد مستندا على فكرة المعقولة التي تعد أساس مبدأ الوسائل القانونية السليمة.

أما في الجزائر، نظرا للتجربة الحديثة للقضاء الدستوري الجزائري، الذي عادة ما يمارس الرقابة الدستورية البسيطة دون أن تمتد رقابته إلى البحث في بواعث التشريع ومدى ملاءمته، إلا أنه يؤكد في قراراته على ضرورة التوافق والتلاؤم بين سبب التشريع ومحله، ومدى توافق هذا التناسب مع الغاية من التشريع.

إلى جانب ذلك تعد خاصية اليقين في المجال الدستوري الذي يستند على القرائن القانونية القاطعة، كأحد الضوابط الحاكمة لمعيار المعقولة جوهر مبدأ الوسائل القانونية السليمة، الأمر الذي أكدت عليه المحكمة العليا الأمريكية في حكمها الصادر في 1974 في قضية مجلس التعليم بين كليفلاند و لافلور، حيث ذهب إلى القول بأنه إذا كانت قواعد مجلس إدارة أية مدرسة تتطلب أن تأخذ كل مدرسة في حالة حمل إجازة ولادة بدون أجر لأجل محدد دون أن يكون لها حق الاعتراض، ذلك بأن افتراض عدم قدرة جميع السيدات الحوامل على العمل قبل الولادة، مع منحهن إجازة إجبارية بدون أجر هو أمر يخالف جوهر مبدأ المعقولة، وذلك بالنظر إلى أن هناك سيدات يستطعن العمل حتى وقت الولادة، لذا وجب التفرقة في المعاملة تبعا لظروف كل حالة¹.

ومما سبق، يمكننا القول بأن فكرة المعقولة تعد أساس مبدأ الوسائل القانونية السليمة، لأنها تعد الضابط العام والمعيار الأساسي الذي يستطيع القاضي الدستوري الاستناد عليه للوقوف على مدى والتناسق والتناسب والملاءمة فيما تناوله المشرع من تنظيم في مجال الحقوق والحريات العامة وفقا لسلطته التقديرية مع مبدأ الوسائل القانونية السليمة، الذي يقوم على فكرة المعقولة التي تحكمها مجموعة الضوابط والحدود من أجل إعمالها في القضاء الدستوري.

وبعد تعريف مبدأ الوسائل القانونية السليمة والأساس القانوني له، وكذا الضوابط التي تحكمه لنا أن نتساءل عن نطاق أو مجال تطبيقه؟

¹ - أ جيروم، و س بارون، وتوماس دينيس، ترجمة محمد مصطفى غنيم، الوجيز في القانون الدستوري، المبادئ الأساسية للدستور الأمريكي، نشر- الجمعية المصرية لنشر المعونة والثقافة العالمية، جاردن سيتي، القاهرة، 1998، ص 186.

الفقرة الثانية: مجال تطبيق مبدأ الوسائل القانونية السلمية

ولما كان مبدأ الوسائل القانونية السلمية يشمل مجموعة القواعد القانونية والإجرائية السلمية التي تنبع من القواعد والمبادئ التي تنظم الحقوق والحريات الفردية وتكفل حمايتها، أو هو الطريق الواجب قانوناً، أو الإجراء القانوني المناسب، أو الإجراءات القانونية الأصولية، فإنه من الضروري تحديد نطاق أو مجال تطبيق مبدأ الوسائل القانونية السلمية. لبيان فيما إذا كان هذا المبدأ مجرد قيد إجرائي مُلزم للسلطات العامة الذي تخضع له إجراءات المحاكمة العادلة، أو أنه قيد موضوعي يتصل بالحماية التي يقرها المؤسس الدستوري والمشرع العادي عند تنظيمه للحقوق والحريات العامة للأفراد خاصة الحقوق الاقتصادية والاجتماعية للأفراد.

ولمعرفة مجال تطبيق مبدأ الوسائل القانونية السلمية في المجال الدستوري سوف نحاول التطرق أولاً إلى بيان مبدأ الوسائل القانونية السلمية باعتباره قيداً إجرائياً أو موضوعياً (أولاً)، ثم عرض بعض نماذج أو التطبيقات لهذا المبدأ في القضاء الدستوري (ثانياً).

أولاً: مبدأ الوسائل القانونية السلمية باعتباره قيداً إجرائياً أو موضوعياً

إن مبدأ الوسائل القانونية السلمية منذ نشأته يعد ضمانة إجرائية تستوجب ضرورة توفير الضمانات الإجرائية للمحاكمة المنصفة العادلة لمنع تعسف السلطة الإدارية في استخدام سلطتها في مواجهة الأفراد، لينتقل بذلك هذا المبدأ من قيد إجرائي إلى قيد موضوعي يلزم السلطات العامة في الدولة بعدم مخالفته .

ومن بين مجالات تطبيق مبدأ الوسائل القانونية السلمية كقيد إجرائي على تدخل السلطات العامة في مجال الحقوق والحريات العامة المسائل الجنائية التي تستلزم قبل إصدار الحكم فيها ضرورة وجود إجراءات قانونية سلمية تشمل جميع المراحل التي تمر بها المحاكمة لتوقيع الجزاء المحدد قانوناً على كل من ثبتت التهمة عليه.

ذلك بأن المحاكمة العادلة تستوجب توافر مجموعة من العناصر أهمها ضرورة وجود نص قانوني يحدد بدقة السلوك غير المشروع والجزاء المقرر لذلك، أيضاً حياد القاضي واستقلاليتيه في إصدار الأحكام القضائية، الذي يعد أساس المحاكمة العادلة، إضافة إلى حق الدفاع.

إذ يقع على المشرع مسؤولية تحديد الأفعال التي تعد جرائم وبيان أركانها وتحديد العقوبات المقررة لها، وذلك من أجل إقامة نوع من التوازن بين ممارسة الفرد لحقوقه وحرياته العامة وبين ممارسة الأفراد الآخرين لتلك الحقوق والحريات العامة، لذا ينبغي أن تكون التشريعات الجنائية واضحة ومحددة بدقة حتى لا يؤدي غموضها إلى التوسع في تفسيرها بالشكل الذي قد يؤثر على حقوق وحريات الأفراد.¹

¹ في هذا الشأن اتجه المحكمة الدستورية العليا في مصر فيما يتعلق بغموض النصوص التشريعية الجنائية إلى القول بأنه يقع على المشرع واجب تحديد الجرائم والعقوبات المقررة لها بصورة واضحة ومحددة بصورة يقينية، بالشكل الذي لا يترك للقاضي أو الإدارة أية سلطة للتوسع في تفسيرها؛ لتفاصيل أكثر، انظر حكم المحكمة الدستورية العليا في مصر في القضية رقم 24 لسنة 18 ق د بتاريخ 5 يوليو 1987؛ وهو الأمر الذي أكدت عليه المحكمة العليا الأميركية في حكمها الصادر في 1948 من أن التشريع إذا كان غامضاً وغير محدد في عباراته، بما يعطي له أكثر من مدلول، يكون هذا التشريع مخالفاً لمبدأ الوسائل القانونية السلمية؛ وأورده، أحمد كمال أبو المجد، المرجع السابق، ص. 298.

كما يعد استقلال القضاء وحياد القاضي من أهم ضمانات المحاكمة العادلة، وفي هذا الشأن نجد التعديل الرابع عشر من الدستور الأمريكي قد اشترط سلامة الإجراءات القانونية في المحاكمة الجنائية بواسطة قاضي عادل غير متحيز لأي طرف في الدعوى، وهو نفس الأمر الذي نصت عليه المادتين 7 و8 من إعلان حقوق الإنسان والمواطن الفرنسي لعام 1789 .

وبالرجوع إلى الدستور المصري الصادر في 18 يناير 2014 -وعلى غرار الدساتير المصرية السابقة، نجده هو الآخر قد حدا حذو ما ذهب إليه الدستور الأمريكي و الفرنسي في التأكيد على مبدأ المحاكمة العادلة ومبدأ استقلال القضاء وحياد القاضي، الأمر الذي نصت عليه المادة 96 من الدستور المصري لعام 2014 على أن «المتهم بريء حتى تثبت إدانته في محاكمة قانونية عادلة، تُكفل له فيها ضمانات الدفاع عن نفسه. وينظم القانون استئناف الأحكام الصادرة في الجنايات.

وتوفر الدولة الحماية للمجني عليهم والشهود والمتهمين والمبلغين عند الاقتضاء، وفقاً للقانون¹»، ومن بين النصوص الدستورية التي تؤكد على استقلال القضاء وحياد القاضي في الدستور المصري لسنة 2014 المادة 184 «السلطة القضائية مستقلة، تتولاها المحاكم على اختلاف أنواعها ودرجاتها، وتصدر أحكامها وفقاً للقانون، ويبين القانون صلاحياتها، والتدخل في شئون العدالة أو القضايا، جريمة لا تسقط بالتقادم»، والمادة 186 التي تنص «القضاة مستقلون غير قابلين للعزل، لا سلطان عليهم في عملهم لغير القانون، وهم متساوون في الحقوق والواجبات، ويحدد القانون شروط وإجراءات تعيينهم، وإعاراتهم، وتقاعدهم، وينظم مساءلتهم تأديبياً، ولا يجوز نديهم كلياً أو جزئياً إلا للجهات وفي الأعمال التي يحددها القانون، وذلك كله بما يحفظ استقلال القضاء والقضاة وحيديتهم، ويحول دون تعارض المصالح. ويبين القانون الحقوق والواجبات والضمانات المقررة لهم »

ومن خلال استقراءنا لهذه النصوص الدستورية يتضح لنا بأن المؤسس الدستوري المصري قد أكد على ضرورة توفير ضمانات المحاكمة العادلة في كافة المراحل التي تمر بها الدعوى، مؤكداً على ضرورة ضمان استقلال

¹ - ومن بين ضمانات المحاكمة العادلة في الدستور المصري لعام 2014 ما نصت عليه المادة 54 على أن الحرية الشخصية حق طبيعي، وهي مصونة لا تُمس، وفيما عدا حالة التلبس، لا يجوز القبض على أحد، أو تفتيشه، أو حبسه، أو تقييد حريته بأي قيد إلا بأمر قضائي مُسبَّب يستلزمه التحقيق. ويجب أن يُبلغ فوراً كل من تقييد حريته بأسباب ذلك، ويحاط بحقوقه كتابة، ويُمكن من الاتصال بذويه ومحاميه فوراً، وأن يُقدَّم إلى سلطة التحقيق خلال أربع وعشرين ساعة من وقت تقييد حريته.

ولا يبدأ التحقيق معه إلا في حضور محاميه، فإن لم يكن له محام، يُدب له محام، مع توفير المساعدة اللازمة لنوى الإعاقة، وفقاً للإجراءات المقررة في القانون؛ والمادة 55 التي تنص على أن «كل من يُقبض عليه، أو يُحبس، أو تقييد حريته تجب معاملته بما يحفظ عليه كرامته، ولا يجوز تعذيبه، ولا ترهيبه، ولا إكراهه، ولا إيدأؤه بدنياً أو معنوياً، ولا يكون حجزه، أو حبسه إلا في أماكن مخصصة لذلك لائقة إنسانياً وصحياً، وتلتزم الدولة بتوفير وسائل الإنعاش للأشخاص ذوي الإعاقة.

ومخالفة شيء من ذلك جريمة يُعاقب مرتكبها وفقاً للقانون. وللمتهم حق الصمت. وكل قول يُثبت أنه صدر من محتجز تحت وطأة شيء مما تقدم، أو التهديد بشيء منه، يبدر ولا يُعول عليه.»

القضاء وحياد القاضي الناظر في الدعوى دون لأية توجهات أو ضغوطات قبل إصدار الأحكام القضائية كأساس للمحاكمة العادلة.

والملاحظ كذلك على الدستور التونسي الصادر في 23 جانفي 2014 بأنه هو الآخر قد اتجه نحو تكريس مبدأ استقلال السلطة القضائية وتوفير الضمانات اللازمة لهذا المبدأ، الذي يعد أحد المبادئ الأساسية التي تقوم عليها المحاكمة العادلة، الأمر الذي نص عليه الفصل 27 «المتهم بريء إلى أن تثبت إدانته في محاكمة عادلة تُكفل له فيها جميع ضمانات الدفاع في أطوار التتبع والمحاكمة»، والفصل 102 «القضاء سلطة مستقلة تضمن إقامة العدل، وعلوية الدستور، وسيادة القانون، وحماية الحقوق والحريات. القاضي مستقل لا سلطان عليه في قضائه لغير القانون»، الفصل 103 «يشترط في القاضي الكفاءة. ويجب عليه الالتزام بالحياد والنزاهة، وكلّ إخلال منه في أدائه لواجباته موجب للمساءلة»، والفصل 104 «ينتمى القاضي بصفته جزائية، ولا يمكن تتبعه أو إيقافه ما لم ترفع عنه، وفي حالة التلبس بجريمة يجوز إيقافه وإعلام مجلس القضاء الراجع إليه بالنظر الذي يبت في مطلب رفع الحصانة.»

وبالرجوع إلى القانون رقم 01/16 المؤرخ في 6 مارس 2016 المتضمن التعديل الدستوري للدستور الجزائري لسنة 1996 الذي تضمن العديد من الإصلاحات التي مست بالخصوص كفالة الحقوق والحريات العامة، وتنظيم السلطات العامة في الدولة؛ ومن بين النصوص الدستورية التي نصت على استقلال السلطة القضائية وحياد القاضي، المادة 156 «السلطة القضائية مستقلة، وتُمارس في إطار القانون. رئيس الجمهورية ضامن استقلال السلطة القضائية»، والمادة 157 «تحمي السلطة القضائية المجتمع والحريات، وتضمن للجميع ولكلّ واحد المحافظة على حقوقهم الأساسية»، والمادة 158 «أساس القضاء مبادئ الشرعية والمساواة. الكلّ سواسية أمام القضاء، وهو في متناول الجميع وبجسده احترام القانون»، والمادة 165 «لا يخضع القاضي إلا للقانون» والمادة 166 «القاضي محمي من كلّ أشكال الضغوط والتدخلات والمناورات التي قد تتضرر -بأداء مهمته، أو تمس نزاهة حكمه. يُحظر أي تدخل في سير العدالة. يجب على القاضي أن يتفادى أي سلوك من شأنه المساس بنزاهته.»

وبناء على ما تقدم يمكننا القول بأنه يشترط في المحاكمة العادلة خاصة في المسائل الجنائية ضرورة احترام القواعد الشكلية والإجرائية والموضوعية التي تقوم عليها المحاكمة العادلة، إضافة إلى ضمان استقلال السلطة القضائية وهي بصدد ممارسة اختصاصاتها الدستورية التي منحها لها الدستور، مع التزام القاضي بالحياد والنزاهة وعدم التحيز لأي طرف، أو الخضوع لأية ضغوط كانت، أو فرض إرادته في القضية المطروحة أمامه.¹

¹ -ومن حالات تجاوز القاضي للدور الذي منحه لها الدستور ما قضت به المحكمة العليا الأمريكية في عام 1928 على أن عدم احترام القاضي لمبدأ الوسائل القانونية السلمية وعدم التزامه بالموضوعية في ممارسة اختصاصه، بأن تكون له مصلحة شخصية في القضية يعد انتهاكاً لهذا المبدأ وتجاوزاً لإرادة المؤسس الدستوري، والمشرع العادي؛ ذلك بأن قيام القاضي تلقائياً بتحذير شاهد الدفاع الوحيد من شهادة الزور، مبيهاً العقوبة اللازمة لشهادة الزور، بحيث دفع سلوك القاضي إلى امتنع الشاهد عن الشهادة، ومن ثم، فلقد كانت ملاحظات القاضي تتضمن عبارات غير ضرورية، الأمر الذي

ومن القيود الإجرائية أو الضمانات المقررة للأفراد لضمان المحاكمة العادلة الحق في الدفاع¹؛ الذي يعتبر من المبادئ الأساسية لحقوق الإنسان، ويمكن هذا الحق في الإمكانيات المتاحة للفرد بهدف إثبات ادعاءاته أو الرد على كل دفاع، فحق الدفاع حق أساسه مصلحة المتقاضى في أن يتلقى محاكمة عادلة ومستقلة للدفاع عن نفسه في كل مراحل المحاكمة أو بتوكيل بمحام للدفاع عنه، الأمر الذي أكدت عليه النظم الدستورية المختلفة ومواثيق وإعلانات حقوق الإنسان.

ولقد أدى التطور الذي شهدته الحياة الاجتماعية والاقتصادية إلى تطور مفهوم مبدأ الوسائل القانونية السلمية الذي كان مجرد قيد إجرائي مُلزم، لصبح قيда موضوعيا يتعين مراعاته، بحيث توسع مفهوم هذا المبدأ كقيد موضوعي إلى كافة الحقوق والحريات العامة ذات الطبيعة الاجتماعية والاقتصادية، مثل الحرية الدينية، حرية التعبير وغيرها من الحقوق والحريات الفردية؛ ولقد استخدمت المحكمة العليا الأمريكية مبدأ حرية التعاقد في أحكامها كأساس للقضاء بإبطال العديد من التشريعات، ومن ذلك ما قضت به في القضية ALLGEYER V LOUISIANA² إلى أن الحرية الواردة في التعديل الرابع عشر- لا تعني حماية الفرد من العدوان المادي على شخصه فحسب، وإنما تشمل فوق ذلك حق الفرد في التمتع بثمرات مواهبه، وفي استغلالها بكافة الوسائل المشروعة، وفي أن يعيش ويعمل حيث يشاء مكتسبا قوته بأي طريق مشروع، ومتمتعا في سبيل ذلك، بحق الدخول في أي تعاقد يختاره ويراه ضروريا ومناسبا لتحقيق شيء من هذه الأغراض.²

واستكمالا لدراستنا التي تتعلق بمبدأ الوسائل القانونية السلمية في القضاء الدستوري سوف نعرض بعض نماذج أو تطبيقات لاستخدام القضاء الدستوري لمبدأ الوسائل القانونية السلمية في رقابته على دستورية القوانين الصادرة عن المشرع.

ثالثا: نماذج أو تطبيقات لمبدأ الوسائل القانونية السلمية في القضاء الدستوري

في هذا المجال سوف نحاول عرض بعض النماذج لاستخدام مبدأ الوسائل القانونية السلمية في القضاء الدستوري في رقابته على السلطة التقديرية للمشرع، لاسيما في قضاء المحكمة العليا الأمريكية باعتبار أن التجربة الأمريكية تعد مهد مبدأ الوسائل القانونية السلمية؛ ومن تطبيقاته هذا المبدأ في القضاء الدستوري الأمريكي

دفع الشاهد إلى الامتناع على الشهادة؛ لئلا قررت المحكمة إلى أن من شروط حياد المحكمة ألا يقع قضائها تحت تأثير الضغط داخل المحكمة أو خارجها، وأن التأثير يمثل هذا الضغط يعد إخلالا بشرط الوسائل القانونية السلمية؛ لتفاصيل أكثر، انظر حكم المحكمة العليا الأمريكية عام 1928 أورده، كمال أبو المجد، المرجع السابق، ص 299.

¹ - تنص المادة 11 في فقرتها الأولى من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر عام 1948 على ما يلي: «كل شخص متهم بجريمة يعتبر بريئا إلى أن يثبت ارتكابه لها قانونا في محاكمة علنية قد وفرت له فيها جميع اللامزة للدفاع عن نفسه»؛ كما نصت المادة 39 من التعديل الدستوري الجزائري لسنة 2016 بأن «الدفاع الفردي أو عن طريق الجمعية عن الحقوق الأساسية للإنسان وعن الحريات الفردية والجماعية، مضمون»؛ وهو ما نصت عليه المادة 96 من الدستور المصري الصادر في 18 يناير 2014، والفصل الفصل 018 من الدستور التونسي لعام 2014 «لكل شخص الحق في محاكمة عادلة في أجل معقول، والمتقاضون متساوون أمام القضاء. حق التقاضي وحق الدفاع مضمونان، ويسير- القانون اللجوء إلى القضاء ويكفل لغير القادرين ماليا الإعانة العدلية.»

² - أورده، كمال أبو المجد، المرجع السابق، ص 321.

استخدام هذا المبدأ لحماية الحق في الحياة بالنسبة للجنين، حيث يعد الحق في الحياة من أهم الحقوق الأساسية التي يتمتع بها الإنسان، الأمر الذي نصت عليه المادة الثالثة من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر في 10 ديسمبر 1948 بقولها:

« Tout individu droit à la vie ,à la liberté et à la sureté de sa personne »

بمعنى لكل فرد الحق في الحياة وفي الحرية والأمان بما يضمن سلامة شخصه وأمواله؛ إذا لا يجوز المساس بهذا الحق إلا وفقا للأشكال المحددة قانونا، فمثلا لا يجوز تنفيذ عقوبة الإعدام على شخص إلا إذا ارتكب جريمة تكون عقوبتها الإعدام.

وبالرجوع إلى الدستور الأمريكي الصادر في عام 1787 لاسيما في التعديل الرابع عشر لعام 1868 الذي ينص على أنه :

« ...No state shall any state deprive any person of life ,liberty, or property ,within its jurisdiction the equal protection of the laws;... »

أي أنه لا يجوز لأي ولاية أن تحرم شخصا من حقه في الحياة أو الحرية أو الممتلكات دون تطبيق الإجراءات القانونية العادية.

ولقد ذهبت المحكمة العليا الأمريكية في حكمها الصادر لعام 1989 في القضية Webster V Reproductive Health Services، إذ يشترط قانون ميسوري للموافقة إجراء إجهاض للجنين ضرورة عمل الحامل تحليلا عن فترة الحمل ووزن الجنين ونضج الرئة بعد مرور عشرين أسبوعا من الحمل، ولدى عرض هذا القانون على المحكمة العليا الأمريكية أكدت على دستوريته، وانتهت المحكمة إلى أن هذا القانون الهدف منه حماية الحياة البشرية، الأمر الذي يتفق مع مبدأ الوسائل القانونية السلمية¹.

وعليه، فإن اشتراط الولاية ضرورة إجراء بعض التحاليل والاختبارات الطبية للمرأة الحامل للوقوف على إمكانية بدء الحياة فيه، يعد من حجة تكريسا للحق في الحياة المكفول لجميع الأفراد، بل ويمتد الحق في الحياة كذلك إلى الجنين؛ ومن حجة ثانية، تطبيقا لمبدأ الوسائل القانونية السلمية.

ومن تطبيقات مبدأ الوسائل القانونية السلمية حماية الحق في الحياة بالنسبة للأشخاص الذين يدخلون في غيبوبة، والموصولين بالأجهزة الصناعية، الأمر الذي قضت به المحكمة العليا الأمريكية في القضية بين Cruzan V Director Missouri Dept of Health 497 U.S، حيث تتلخص وقائع هذه القضية في أن فتاة Nancy أصيبت بجروح خطيرة في حادث سيارة بتاريخ 11 يناير 1983 حرمت على إثرها من الأوكسجين لمدة

¹ - حكم المحكمة العليا الأمريكية في الصادر لعام 1989 في القضية Webster V Reproductive Health Services؛ أوردته، عماد محمد محمد أبو حليلة، المرجع السابق، ص. 500.

تتراوح ما بين 12 و14 دقيقة، الأمر الذي أدى إلى إتلاف بعض الأجزاء من المخ، لتدخل بعد ذلك في غيبوبة لمدة ثلاثة أسابيع، ولقد قام الأطباء ببناء على طلب المريضة قبل دخولها في غيبوبتها الدائمة بزرع أنابيب التغذية والماء في معدتها، غير أنها دخلت في غيبوبة دائمة في مستشفى حكومي بولاية ميسوري، هذه الأخيرة كانت قد أصدرت قانوناً يبيح نزع أجهزة التغذية و الإرواء الصناعية عن المرضى الميئوس من حالتهم، إذا كان ذلك يتفق وإرادة سابقة وواضحة لهم، وبناء على ذلك تقدم والدي الضحية بطلب لإحدى المحاكم المحلية للحصول على أمر بسحب الأجهزة عنها، غير أن المحكمة رفضت الطلب لعدم وجود الموافقة السابقة من المريضة.

ولدى عرض القضية على المحكمة العليا الأمريكية حول عدم دستورية القانون الذي يبيح نزع أجهزة التغذية و الإرواء الصناعية عن المرضى الميئوس من حالتهم، إذا كان ذلك يتفق وإرادة سابقة وواضحة لهم، حيث أكدت المحكمة العليا الأمريكية على دستورية هذا القانون لعدم مخالفته لأحكام الدستور، ومبدأ الوسائل القانونية السلمية.

ذلك بأن اشتراط موافقة المريض على نزع الأجهزة عنه يعد تطبيقاً لمبدأ الوسائل القانونية السلمية وكضمانة لحماية الحق في الحياة أحد أهم الحقوق الأساسية التي كفلها الدستور والقواعد الدولية، ومنع إهدار هذا الحق أو الانتقاص منه إلا بالوسائل القانونية السلمية.

كما نجد كذلك فعالية مبدأ الوسائل القانونية السلمية في تحديد ضوابط حجية الشيء المقضي به بالنسبة للأحكام القضائية، ومن ذلك حكم المحكمة العليا الأمريكية الصادر في سنة 2008 في القضية بين V TAYLOR و STRUGELL N°7-371 U.S 2008، حيث تلخص وقائع هذه القضية في أن السيد HERRICK تقدم بطلب لإدارة الطيران الفيدرالية للحصول على المواصفات الفنية لطائرة من طراز إف-45 من شركة فيرتشاليد بموجب قانون حرية تناول المعلومات، إلا أن طلبه رفض، باعتبار أن تلك المواصفات تمثل أسرار تجارية تخرج من نطاق المعلومات التي يجوز تداولها بموجبه.

وبناء على ذلك تقدم السيد TAYLOR بطلب آخر لإدارة الطيران الفيدرالية للحصول على المواصفات الفنية لذات الطائرتين، ولدى رفضه أقام دعوى قضائية أمام محكمة كولومبيا، إلا أن إدارة الطيران الفيدرالية دفعت بعدم جواز نظر الدعوى لسبق الفصل في الموضوع إعمالاً لحجية الأمر المقضي به في الدعوى المقامة من قبل شريكه HERRICK، حيث أخذت المحكمة بالدفع المقدم من طرف إدارة الطيران الفيدرالية وقضت بعدم جواز النظر في الدعوى لسبق الفصل في الموضوع تأسيساً على أن السيد TAYLOR كان خصماً حقيقياً في الدعوى السابقة.

وعند الطعن في الحكم أمام المحكمة العليا الأمريكية التي قضت بتنقض الحكم كلية، حيث ذهبت إلى القول بأن مجرد صدور حكم في نفس الدعوى لا يعد حجة في مواجهة مطلقة لأطراف الخصومة، إذ لا بد من ضمان وكفالة حق الدفاع، الأمر الذي أكد عليه التعديل الرابع عشر للدستور الأمريكي.

ذلك بأن شروط حجية الأمر المقضي به ترتبط من جهة بالحكم ذاته الصادر عن الجهة القضائية المختصة باعتباره حائزا لقوة الشيء المقضي به، كما ينبغي في الحكم الصادر أن يكون قطعيا فاصلا في موضوع الدعوى.

ومن جهة ثانية، ترتبط شروط حجية الأمر المقضي به بالحقوق المدعى به، حيث ينبغي أن يكون هناك اتحاد في أطراف الدعوى، وكذلك أن يكون هناك اتحاد بين سبب الدعويين الأولى والثانية.

ومن ثم، فإن حرمان السيد TAYLOR من عرض دعواه أمام المحكمة والدفاع عن حقه في الحصول على المواصفات الفنية للطائرات التي يملكها المدعي، والقضاء بعدم جواز النظر في الدعوى لسبق الفصل في موضوعها إعمالا لحجية الأمر المقضي- به، إنما يتجاوز حدود تلك الحجية إلى إنكار حق الأفراد في التقاضي، بالشكل الذي لا يتفق مع مبدأ الوسائل القانونية السليمة المنصوص عليه في التعديل الرابع عشر- للدستور الأمريكي¹.

والمستقر في قضاء المحكمة الدستورية العليا في مصر بأنها قد استعملت كذلك مبدأ الوسائل القانونية السليمة في رقابتها على السلطة التقديرية للمشرع وهو بصدد تنظيم الحقوق والحريات العامة متأثر في ذلك بما استقر عليه القضاء الدستوري الأمريكي في هذا المجال. وتتنوع تطبيقات مبدأ الوسائل القانونية السليمة في قضاء المحكمة الدستورية العليا في مصر بين حماية الحرية الشخصية. ومن أهم الحقوق التي تكفلها حماية الحرية الشخصية حق الفرد في اختيار الزوج، حيث اتجهت المحكمة الدستورية العليا في مصر- في حكمها الصادر بتاريخ 18 مارس 1995، وتستلخص وقائع القضية في أن أحد الأفراد عين كندوب في مجلس الدولة اعتبارا من 01 أكتوبر 1972، ثم عين بعد ذلك مستشارا، وبعد زواجه من فرنسية أصدر رئيس الجمهورية قرارا بتعيينه وكيلا عاما بهيئة النيابة الإدارية، فطعن الموظف ضد قرار رئيس الجمهورية أمام المحكمة الإدارية العليا للمطالبة بإلغاء ذلك القرار مؤسسا دعواه على عدم دستورية البند السادس من المادة 73 من قانون مجلس الدولة رقم 47 لسنة 1972².

وفي هذا الصدد قضت المحكمة الدستورية العليا في هذه الدعوى على أن "...الزواج يكون في مضمونه ومرماه عقيدة لا تنفصم عراها أو تهين صلاحيتها، وتصل روابطها في خصوصيتها إلى حد تقديسها، ولا يجوز بالتالي التدخل تشريعيًا في هذه العلائق للحد من فرص الاختيار التي تنشئها، وتقيمها على أساس من الوفاق والمودة، ذلك ما لم تكن القيود التي فرضها المشرع على هذا الاختيار عائدة في بواعثها إلى مصلحة جوهرية لها ما يظاهاها، تسوغ بموجبها تنظيم الحرية الشخصية بما لا يهدم خصائصها، ذلك أن تقييد الحرية الشخصية لغير مصلحة جوهرية لا يغتفر.... وحيث إنه متى كان ذلك فإن حق اختيار الزوج لا يمكن أن يكون منفصلا عن

¹ - حكم المحكمة العليا الأمريكية الصادر في سنة 2008 في القضية بين STRUGELL N°7-371U.S 2008 V TAYLOR منشور على الموقع الإلكتروني: www.superme.justia.com

² - تنص المادة 73 من قانون مجلس الدولة رقم 47 لسنة 1972 على أنه « يشترط فحين يعين عضوا بمجلس الدولة... ألا يكون متزوجا من أجنبية مع ذلك يجوز بإذن من رئيس الجمهورية الإعفاء من الشرط إذا كان متزوجا من تنتمي بجنسيها إلى إحدى البلاد العربية ».

خواص الحياة العائلية أو واقعا وراء حدودها، إذ يتصل بتكوينها... ولا يعدو إنكاره أن يكون إخلالا بالقيم التي تقوم عليها الحرية المنظمة، وهو كذلك يناقض شرط الوسائل القانونية السلمية، وما يتوخاه من صون الحرية الشخصية بما يحول دون تقييدها بوسائل إجرائية، أو وفق قواعد موضوعية لا تلتزم و أحكام الدستور... ولا يجوز بالتالي أن يركن المشرع ولغير مصلحة جوهرية إلى سلطته التقديرية ليحدد على ضوءها من يتزوج ومن لا أن يتدخل في أغوار هذه العلائق بعد اكتمال بنيانها بالزواج، ذلك أن السلطة التقديرية التي يملكها المشرع وإن كان قوامها أن يفاضل بين البدائل التي بقدر مناسبتها لتنظيم موضوع معين وفق ما يراه محققا للصالح العام، إلا أن حدها النهائي يتمثل في القيود التي فرضها الدستور عليها...."¹

ومن خلال استقراءنا لحكم المحكمة الدستورية العليا أعلاه يتضح لنا بأنه لا يمكن تقييد حق الفرد في اختيار الزوج، أو حظر الزواج بأجنبية إلا إذا كان ذلك الحظر سببه مصلحة عامة ترتبط بكتان أسرار الدولة أو الأمن القومي للبلاد، ذلك بأن تدخل المشرع للحد من فرص اختيار قبل الزواج، أو التدخل بعد قيامها يمثل مصادرة للحق في الزواج بغير الوسائل القانونية السلمية، بالشكل الذي يعد انتهاكا للحرية الشخصية المضمون دستورا.

ومن تطبيقات مبدأ الوسائل القانونية السلمية في قضاء المحكمة الدستورية العليا في مصر مبدأ عدم جواز توقيع العقوبة على الفعل الواحد مرتين، الأمر الذي قضت به المحكمة الدستورية العليا في مصر- في القضية رقم 5154 لسنة 1993 التي تتلخص وقائعها في أن أحد الأفراد ثبت أنه مسجل خطر سبق ضبطه في قضايا المخدرات آخرها كان في القضية رقم 129 لسنة 1992 في قسم جنابات مخدرات الجمارك، وبتاريخ 9 فيفري 1994 قضت محكمة الجناح غايبا بإيداعه إحدى المؤسسات الاجتماعية لمدة سنة، فعارض الحكم لتؤكد محكمة الاستئناف الحكم السابق.

إذ طعن مرة ثانية في هذا الحكم مؤسسا طعنه بالدفع بعدم دستورية المادة 48 مكرر من القانون رقم 182 لسنة 1960 فيما يخص مكافحة المخدرات وتنظيم استعمالها المعدل بالقانون رقم 40 لسنة 1966؛² إذ اتجهت المحكمة الدستورية العليا في هذه القضية إلى القول "وحيث إن من المقرر أن مبدأ خضوع الدولة للقانون المحدد على ضوء المفهوم الديمقراطي مؤداه ألا تخل تشريعاتها بالحقوق التي يعتبر التسليم بها مفترضا أوليا لقيام الدولة القانونية، وضمانة أساسية لصون حقوق الإنسان وكرامته وشخصيته المتكاملة، ويندرج تحت طائفة الحقوق الوثيقة الصلة بالحرية الشخصية بالنظر إلى مكوناتها وخصائصها، ومن بينها ألا تكون العقوبة مهينة في ذاتها، أو كاشفة عن قسوتها، أو منطقية على تقييد الحرية الشخصية بغير انتهاج الوسائل القانونية السلمية، أو متضمنة معاقبة

¹ لتفاصيل أكثر، انظر حكم المحكمة الدستورية العليا في مصر في الدعوى رقم 23 لسنة 16 ق دستورية بتاريخ 18 مارس 1995.

² تنص المادة 48 مكرر من القانون رقم 182 لسنة 1960 على ما يلي: «تحم المحكمة الجزئية المختصة باتخاذ أحد التدابير الآتية على كل من سبق الحكم عليه أكثر من مرة، أو اتهم لأسباب جديّة أكثر من مرة في إحدى الجنايات المنصوص عليها في هذا القانون: 1- الإيداع في مؤسسات العمل التي تحدد بقرار من وزير الداخلية. 2- تحديد الإقامة في جهة معينة. 3- منع الإقامة في جهة معينة. 4- الإعادة إلى الوطن الأصلي. 5- حظر التردد على أماكن أو محال معينة. 6- الحرمان من ممارسة مهنة أو حرفة معينة. ولا يجوز أن تقل مدة التدبير المحكوم به عن سنة، ولا تزيد عن عشر سنوات، وفي حالة مخالفة المحكوم عليه التدبير المحكوم به يحكم على المخالف بالحبس.»

الشخص أكثر من مرة على فعل واحد، وهذه القاعدة الأخيرة التي كفلتها النظم القانونية جميعها، وصاغتھا الموائيق الدولية باعتبارھا مبدأً مستقرا بين الدول مردها أن الجريمة الواحدة لا تزر وزرين، وأنه وإن كان الأصل أن يفرد المشرع لكل جريمة العقوبة التي تناسبها، إلا أن توقيعها في شأن مرتكبيها واستفاءها، يعني قد اكتمل باقتضاءها، وليس لأحد بعدئذ على فاعلها من سبيل....¹

ومما سبق يمكننا القول بأنه تطبيقاً لمبدأ الوسائل القانونية السليمة التي تعد كفيد على السلطات العامة في الدولة عند تنظيمها للحقوق والحريات العامة، لا يمكن توقيع الجزاء مرتين على الفعل الواحد، لأن القول بخلاف ذلك يعتبر انتهاكاً لمبدأ الوسائل القانونية السليمة وضمانات المحاكمة العادلة.

ومن تطبيقات مبدأ الوسائل القانونية السليمة التي تستند عليه المحاكمة العادلة الحق في الدفاع، الذي يعتبر من المبادئ الأساسية لحقوق الإنسان، ويمكن هذا الحق في الإمكانيات المتاحة للفرد بهدف لإثبات ادعاءاته أو الرد على كل دفاع، ويكون حق الدفاع في كل مراحل الخصومة، فحق الدفاع حق أساسه مصلحة المتقاضين في أن يتلقى محاكمة عادلة ومستقلة للدفاع عن نفسه بتوكيل المحامي، وينطبق هذا المبدأ أساساً على الإجراءات التي تتخذها الإدارة مثلاً بحق الموظف قبل فرض العقوبة التأديبية بحقه، إذ يجب أن يخضع إلى تنظيم عادل يضمن له الدفاع عن نفسه أمام هيئة التحقيق أو المحاكمة التأديبية، فإذا كانت العقوبة التأديبية التي توقعها الإدارة على الموظف العام لاقترافه خطأ يعاقب عليه القانون، فإنه في المقابل تمكن الموظف العام المتهم للدفاع عن نفسه، ورد التهم المنسوبة إليه، علماً بأن الإدارة هي الطرف الأقوى في العلاقة التنظيمية التي تربط الموظف العام بالإدارة، فإذا خالفت الإدارة النظام القانوني الذي ينظم العلاقة بينها وبين الموظفين أو الغير، فإنه يمكن الطعن في القرارات الصادرة عن الإدارة أمام الجهات القضائية المختصة من أجل إلغائها أو التعويض عنها؛ ولقد وسع القضاء الإداري من نطاق وظيفته الرقابية من خلال نظرية المبادئ العامة، والتي استطاع عن طريقها من احتواء النقص في النصوص التشريعية المنظمة للتأديب الإداري.

إضافة إلى ذلك يعد حق الطعن في الأحكام القضائية (التقاضي على درجتين) من ضمانات المحاكمة العادلة تطبيقاً لمبدأ الوسائل القانونية السليمة، الأمر الذي أكد عليه القانون رقم 01/16 المؤرخ في 6 مارس 2016 المتضمن التعديل الدستوري للدستور الجزائري لسنة 1996 في المادة 160 بقولها «تخضع العقوبات الجزائية إلى مبدأي الشرعية والشخصية. يضمن القانون التقاضي على درجتين في المسائل الجزائية ويحدد كليات تطبيقها.»

وبالرجوع إلى قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، الذي نص على مبدأ التقاضي على درجتين، حيث تنص المادة السادسة منه بقولها بأن: «المبدأ أن التقاضي يقوم على درجتين ما لم ينص القانون على خلاف ذلك.»

¹ لتفصيل أكثر، انظر حكم المحكمة الدستورية العليا في مصر في القضية رقم 46 لسنة 17 قضائية دستورية بتاريخ 15 يونيو 1996.

ووفقا لذلك فقد كفل المشرع للمتقاضين حق الطعن ضد الأحكام الصادرة في حقهم أمام الجهات القضائية المختصة لمراجعة أو إلغاء الحكم الصادر عن الجهات القضائية كأول درجة، وذلك لتصحيح ما يعتري الأحكام القضائية الصادرة من قصور أو أخطاء، بحيث يمنح للمتقاضين طلب مراجعة الأحكام الصادرة في حقهم.

وقد نظم قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الأحكام الخاصة بممارسة حق الطعن ضد الأحكام القضائية الصادرة عن جهات القضاء الإداري (محاكم إدارية، مجلس الدولة)، ونص على ذلك في المواد (800، 902، 903، 920، 937، 949، 953، 957) منه، حيث تنص المادة 800 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية على أن المحاكم هي صاحبة الاختصاص للنظر في المنازعات الإدارية التي تكون الدولة أو الولاية أو البلدية أو إحدى المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية طرفا فيها¹.

يكون الطعن في الأحكام القضائية الصادرة عن جهات القضاء الإداري كأول درجة من اختصاص مجلس الدولة وفقا لنص المادة 902 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، التي تنص على أنه « يختص مجلس الدولة بالفصل في استئناف الأحكام والأوامر الصادرة عن المحاكم الإدارية.

كما يختص أيضا كجهة استئناف، بالقضايا المخولة له بموجب نصوص خاصة.»

ونستنتج من نص هذه المادة أن ممارسة حق الطعن ضد الأحكام القضائية الصادرة عن المحاكم الإدارية أو القرارات الصادرة عنه كدرجة أولى للتقاضي، يكون أمام مجلس الدولة، الذي يعتبر في هذه الحالة درجة ثانية للتقاضي.

وبالرجوع إلى الأحكام الخاصة بطرق الطعن والواردة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية في الباب الرابع في الفصل الأول والثاني الخاص بطرق الطعن العادية وغير العادية على الترتيب، فقد نصت المادة 949 منه على أنه يجوز لأطراف الخصومة استئناف الحكم أو الأمر الصادر عن المحاكم الإدارية أمام مجلس الدولة وفقا². كما نصت كذلك المادة 957 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية على أن الطعن بالنقض ضد الأحكام والقرارات الفاصلة في موضوع النزاع والصادرة في آخر درجة عن المحاكم الإدارية أو مجلس الدولة³.

وترتباً على ما سبق، يختص مجلس الدولة كدرجة ثانية للتقاضي للقضاء الإداري بالنظر والفصل في الطعون العادية والطعون غير العادية المطروحة عليه من أطراف الخصومة الإدارية ضد الأحكام الابتدائية الصادرة

¹ - انظر نص المادة 800 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية

² - تنص المادة 949 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية على ما يلي: « يجوز لكل طرف حضر الخصومة أو استدعي بصفة قانونية، ولو لم يقدم أي دفاع، أن يرفع استئنافاً ضد الحكم أو المر الصادر عن المحكمة الإدارية، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك.

³ - تنص المادة 957 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية على ما يلي: « توزع الطعون بالنقض المعروضة أمام مجلس الدولة على الغرف من طرف رئيس مجلس الدولة: » كما تنص المادة 959 منه على أنه: « تطبق الأحكام المتعلقة بأوجه النقض المنصوص عليها في المادة 358 من هذا القانون أمام مجلس الدولة.»

عن المحاكم الإدارية بالدرجة الأولى، والقرارات النهائية الصادرة عن مجلس الدولة وفقاً للإجراءات القانونية المحددة قانوناً التي تكفل حق الطعن أو حق التقاضي على درجتين¹.

خاتمة:

من خلال دراستنا لمبدأ الوسائل القانونية السليمة في القضاء الدستوري المقارن توصلنا إلى مجموعة من النتائج منها:

إن مبدأ الوسائل القانونية السليمة كآلية يستخدمها القاضي الدستوري في رقابته على السلطة التقديرية للمشرع، يجد أساسه في فكرة المعقولية، مع ضرورة مراعاة واحترام الضوابط والحدود التي وضعها الدستور، ذلك بأنه يشترط في التشريع المنظم للحقوق والحريات العامة أن لا يؤدي إلى إهدار أصل الحق أو الحرية أو تعطيلها، أو فرض شروط تجعل ممارستها أكثر إرهاقاً، بما يفقد هذا التشريع معقوليته بالشكل الذي يُفَرِّغ مبدأ الوسائل القانونية السليمة من مضمونه، ويضفي الطابع غير الدستوري على هذه التشريعات.

إن فكرة المعقولية التي تعد أساس مبدأ الوسائل القانونية السليمة تتحكم فيها عدة ضوابط أهمها ضرورة ارتباط الأهداف التي يسعى المشرع من وراء تنظيمه للحق أو الحرية وبين وسائل تحقيقها، ومعيار الموازنة بين المزايا والأعباء كضابط لفكرة المعقولية، إذ يقوم هذا المعيار على أساس الموازنة بين الأعباء التي تفرضها النصوص القانونية المنظمة للحقوق والحريات العامة والمزايا التي تسعى إلى تحقيقها، فضلاً عن ذلك تعد خاصية اليقين في المجال الدستوري الذي يستند على القرائن القانونية القاطعة، كأحد الضوابط الحاكمة لمعيار المعقولية جوهر مبدأ الوسائل القانونية السليمة.

¹ انظر، دالي الهادي، مرشد المتعامل مع القضاء الإداري، منشورات بغدادي، الجزائر، 2008، ص. 17.
- إلى جانب مبدأ المساواة وحق التقاضي أمام القضاء، وحق الدفاع، وحق الطعن في القرارات الإدارية والأحكام القضائية، توجد وسائل أخرى من مقومات المحاكاة العادلة منها حق طلب المساعدة القضائية، وحق طلب التحقيق، وحق طلب الخبرة الطبية.
فتعد المساعدة القضائية وسيلة إجرائية قانونية بمقتضاها يعنى المتقاضي المعوز من تحمل نفقات وأعباء تسديد مختلف الرسوم القضائية المستحقة للخزينة العمومية عند حصوله على المساعدة القضائية من طرف مكتب المساعدة القضائية المختصة.
وطالما أن تمثيل الخصوم بمحامي الزامي أمام الجهات القضائية الإدارية (محاكم إدارية، مجلس الدولة)، استناداً لنص المادة 826 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، كان من الضروري إيجاد صيغة قانونية جديدة لدعم ومساعدة المتقاضي المعوز غير القادر على تحمل نفقات ومصاريف الدعوى القضائية.

وحتى يتمكن المتقاضي المعوز من الحصول على المساعدة القضائية، عليه أن يتوجه أولاً بطلب لمكتب المساعدة القضائية المختص على مستوى كل جهة قضائية إدارية تحت إشراف محافظ الدولة، على أن يكون الطلب مرفوقاً بالوثائق والسندات الرسمية التي تثبت وضعيته الاجتماعية والاقتصادية.

إن تحديد أحقية الاعتداع بالمساعدة القضائية يستلزم الوقوف على أمرين، الأمر الأول يتعلق بصفة المستفيد من هذا التدبير، والحالات التي تمنح فيها هذه المساعدة، والأمر الثاني يتمثل في الإجراءات المتبعة للحصول على المساعدة القضائية، وذلك استناداً إلى الأمر رقم 17-57 المؤرخ في 05 أوت 1971 المعدل والمتمم بالأمر رقم 02-09 المتعلق بالمساعدة القضائية، وكذا المواد (405 و 406 و 829 و 830 و 907 و 950 و 954 و 956 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية. ومن بين الآثار القانونية التي ترتبها المساعدة القضائية، قطع سريان الآجال المحددة قانوناً وفقاً لنص المادة 832 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

على الرغم من أن للمشرع ولاية عامة وسلطة تقديرية واسعة في تنظيم الحقوق والحريات العامة، إلا أن استخدام مبدأ الوسائل القانونية السليمة يعد ضمانة حقيقية لصون هذه الحقوق والحريات العامة، خاصة في الحالة التي يؤدي فيها التشريع الصادر عن المشرع إلى المساس بأصل الحق أو الحرية، أو فرض شروط تجعل ممارسته أكثر إرهاباً للأفراد.

وإن كان استخدام مبدأ الوسائل القانونية السليمة التي يستخدمها القاضي الدستوري في رقابته على السلطة التقديرية للمشرع، يعد كضمانة لحماية الحقوق والحريات العامة، ينبغي ألا يؤدي ذلك إلى المساس بخيارات المشرع وهو بصدد تنظيم تلك الحقوق والحريات العامة، بالشكل الذي يؤدي إلى إحلال إرادة القاضي الدستوري محل إرادة المشرع، وهو أمر يتناقض مع مبدأ الفصل بين السلطات.

لذا ينبغي على المؤسس الدستوري أن يحدد الأطر والنطاق التي يمكن إعمال مبدأ الوسائل القانونية السليمة فيه، ورسم حدود استخدام هذا المبدأ بالشكل الذي لا يؤدي إلى المساس بالسلطة التقديرية للمشرع لتنظيم وتسوية المسائل التي أوكّلها إليه الدستور .

ولما كان مبدأ الوسائل القانونية السليمة يعد من بين الآليات الفنية التي يستخدمها القاضي الدستوري عند رقابته على السلطة التقديرية للمشرع، توجد وسائل أو آليات أخرى تمثل أساساً في رقابة الملاءمة التي يلجأ إليها القاضي الدستوري لمراقبة الخيارات أو الحلول التي استند عليها المشرع عند تنظيم مسألة من المسائل أو تنظيمه للحقوق والحريات العامة.

إلى جانب رقابة التناسب التشريعي الذي يستند أساساً على فكرة الخطأ الظاهر في التقدير التشريعي، وكالية فنية يستخدمها القاضي الدستوري في رقابته على السلطة التقديرية للمشرع للوقوف على مدى توافق والتلاؤم والتناسب بين سبب التشريع ومحله، ومدى توافق هذه التناسب مع الغاية التي يقصدها المشرع من وراء إصداره لهذا التشريع .

وأخيراً تعد فكرة الانحراف في استعمال السلطة التشريعية كذلك كالية فنية يستخدمها القاضي الدستوري في رقابته على السلطة التقديرية للمشرع، تطبيقاً لرقابته على ركن الغاية في التشريع، وذلك للوقوف على الغاية الحقيقية التي قصدها المشرع من وراء إصداره لهذا التشريع، ومدى اتفاق هذه الغاية مع الغاية التي أوكّل المؤسس الدستوري أمر تحقيقها للمشرع العادي، وهو أمر سنحاول التطرق إليه في أبحاثنا القادمة إن شاء الله.

أساس المسؤولية الدولية الناجمة عن التلوث البيئي*
د/ لقمش محمد أمين - أستاذ محاضر "ب" - جامعة ابن خلدون - تيارت

الملخص:

موضوع المسؤولية الدولية الناجمة عن التلوث البيئي من خلال مفهوم قواعد القانون الدولي العام هي مترابطة ترابطاً موثقاً نتيجة جهود المجتمع الدولي الرامية إلى وضع قاعدة قانونية لتوطيد دعائم الحماية في هذا الصدد .

أما الغاية من وراء هذه الدراسة هي توضيح مدى نجاعة و فعالية النظام القانوني للمسؤولية بمفهومها الكلاسيكي في حماية البيئة من ظاهرة التلوث، باعتبارها الأساس الجوهرى احترام للقانون الدولي ، فالثابت أن المسؤولية كمفهوم عام لا يمكن فصلها عن مجال حماية البيئة، وذلك أن أية حماية للبيئة لا يمكن أن تكون محققة لهدفها إلا بوضع نظام للمسؤولية.

الكلمات المفتاحية : النظام القانوني للمسؤولية ، القانون الدولي العام ، التلوث البيئي

Résumé:

Le sujet de la responsabilité internationale causé par la Pollution de l'environnement selon le droit internationale public est lié au effort de la communauté internationale qui vise à instaurer une base juridique afin de renforcer la protection dans ce sens.

L'utilité de cette étude ; vise à éclaircir la fiabilité et l'efficacité du système juridique de la responsabilité selon la notion classique dans le domaine de la protection de l'environnement par rapport au phénomène de la pollution, En tant que base fondamentale du droit internationale, il est clair que la responsabilité autant que notion générale ne peut être séparée du domaine de la protection d'environnement ; ce si dit que n'importe quel protection apporter à l'environnement ne peut être abouti sans qu'il soit instauré un système de responsabilité .

مقدمة :

كل الأنظمة القانونية الحديثة تقر بوجود نظام المسؤولية و التي تعرف من حيث المبدأ أن الإنسان حر في تصرفاته، ولكن هذه الحرية قد تصطدم بحاجز هو عدم الإضرار بالغير، ومن هنا منشأ نظرية التعسف في استعمال الحق، و يترتب على ذلك أن الحرية في التصرف تنقيد بحدود، وهذه الحدود قد تفرضها الأخلاق، وقد يفرضها القانون وبمجرد تجاوز هذه الحدود سواء أكانت أخلاقية أم قانونية، فإن الشخص يتحمل تبعه

* تاريخ إيداع المقال: 2017/03/06

تاريخ تحكيم المقال: 2017/03/28

ذلك، وهذه هي المسؤولية *La responsabilité* ، ويتبين من ذلك أن المسؤولية إما أن تكون أدبية، أي أخلاقية، وإما أن تكون قانونية.

فالنظام القانوني الدولي لا يستثني تطبيق هذه القاعدة و بطبيعة الحال يعرف بمفهوم آخر أي المسؤولية الدولية تماشياً مع خصوصية المجتمع الدولي و الذي يقوم أساساً على مبدأ سيادة الدول .

وهذا النظام القانوني ينشأ في حالة قيام دولة أو شخص من أشخاص القانون الدولي بعمل أو امتناع عن عمل مخالف للالتزامات المقررة وفقاً لأحكام القانون الدولي و الذي من شأنه أحدث ضرراً بالنسبة للأشخاص أو الممتلكات أو حتى النظام البيئي ، ومن ثم تتحمل الدولة أو الشخص القانوني الآخر في هذه الحالة تبعه تصرفاته المخالفة للالتزامات الدولية الواجبة الاحترام و الذي يستوجب معها التعويض .

فالأضرار البيئية هي من أهم اشغالات المجتمع الدولي و التي هي مرتبطة بالمسؤولية والتعويض عن الأضرار البيئية فهذا الشق لا يمكن إغفاله إذا ما عجزت كل الإجراءات الوقائية في معالجة أضرار التلوث البيئي ، خاصة وأن نظام المسؤولية يحقق بالإضافة لل دور العلاجي دوراً آخر وقائي، إذ سيجد من يمارس نشاطاً مضراً بالبيئة نفسه مضطراً إلى الإقلال لأقصى حد من خطورة أنشطته تجنباً للإلزامه بالتعويضات التي غالباً ما تكون باهظة .

من هذا المنطلق نتساءل عن طبيعة المسؤولية الدولية عن الضرر البيئي المتولد عن التلوث و ما هو أسسها القانوني ، وهل أن تفعيل مبدأ المسؤولية بمفهومها الكلاسيكي ضمن المجال البيئي آلية كافية لجبر الضرر و بالنتيجة حماية البيئة ؟

المبحث الأول : إمكانية تطبيق نظام المسؤولية الدولية عن التلوث البيئي

إن المسؤولية الدولية هي رابطة قانونية تنشأ في حالة الإخلال بالتزام دولي بين أشخاص القانون الدولي و التي يترتب قيامها ، فهذا المبدأ هو من المبادئ المسلم بها في القانون الدولي العام ، و التي تنظمه مجموعة من القواعد العرفية التي أفرزتها الممارسة الدولية ، كما يشكل هذا المبدأ أحد الأركان الرئيسية للنظام القانوني الدولي باعتباره ضماناً لتنفيذ قواعده والتكريس الفعلي للإلزامية أحكامه¹.

¹ أحمد أسكندري، أحكام حماية البيئة من التلوث في ضوء القانون الدولي العام، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق-جامعة الجزائر، 1995 ص

و أنظر كذلك د/- نبيل أحمد حلمي، الحماية القانونية الدولية للبيئة من التلوث ، دار النهضة العربية للطبع والنشر- والتوزيع، القاهرة، 1991 ، ص 27. و أنظر كذلك الأستاذ محمد بواط ، فعالية نظام المسؤولية الدولية في حماية البيئة من التلوث ، مجلة الأكاديمية للدراسات الاجتماعية و الإنسانية قسم العلوم الاقتصادية و القانونية ، العدد 15 ، جانفي 2016 ، ص 170 .

ورغم الصعوبات التي تكتنف تحديد الإطار القانوني لأركان المسؤولية المدنية عن الأضرار البيئية إلا أن تحمل المسؤولية المدنية والتعويض عن الأضرار البيئية هو شق لا يمكن إغفاله بعد فشل الإجراءات الاحتياطية والوقائية في معالجة أضرار التلوث البيئي¹.

المطلب الأول : المفهوم المسؤولية الدولية نتيجة التلوث البيئي .

لا يوجد في فقه القانون الدولي موضوع أثار من الخلاف مثل ما أثارته المسؤولية الدولية في مجال حماية البيئة ، فلا يوجد مجال يكتنفه ما يكتنف المسؤولية الدولية من غموض وإبهام من الناحية النظرية ، لذلك اتجهت الجهود إلى ضرورة تدوين قواعد المسؤولية الدولية لاستقرار العلاقات السلمية بين الدول ضمن إطار دولي للمحافظة على البيئة² و أمام هذا الحال اعتبر جانب من الفقه³ أن مبدأ تطبيق النظرية التقليدية للمسؤولية الدولية و التي تقوم إتما على أساس مبدأ الخطأ وإتما على أساس العمل الدولي غير المشروع.

الفرع الأول : مفهوم العام للمسؤولية الدولية

المسؤولية الدولية موضوع حديث في الدراسات القانونية فرضته التطورات السريعة التي عرفها المجتمع الدولي، وهو ما زال يثير نقاشاً واسعاً في الفقه والعمل الدوليين. فلجنة القانون الدولي التابعة للأمم المتحدة والتي شرعت بالعمل منذ العام 1961 لم تصل بعد إلى وضع نص قرار دولي حول المسؤولية الدولية.

وتكمن أهمية المسؤولية الدولية في القانون الدولي العام باعتبارها جزءاً أساسياً من كل نظام قانوني، ففعالية هذا النظام تتوقف على مدى نضج قواعد المسؤولية ونموها باعتبارها أداة تطور بما تكفله من ضمانات ضد التعسف، بل إن البعض يعتبر «قواعد المسؤولية مفتاحاً لكل نظام قانوني». المسؤولية الدولية موضوع حديث في الدراسات القانونية فرضته التطورات السريعة التي عرفها المجتمع الدولي، وهو ما زال يثير نقاشاً واسعاً في الفقه والعمل الدوليين. فلجنة القانون الدولي التابعة للأمم المتحدة والتي شرعت بالعمل منذ العام 1961 لم تصل بعد إلى وضع نص قرار دولي حول المسؤولية الدولية. وتكمن أهمية المسؤولية الدولية في القانون الدولي العام باعتبارها جزءاً أساسياً من كل نظام قانوني، ففعالية هذا النظام تتوقف على مدى نضج قواعد المسؤولية ونموها باعتبارها أداة تطور بما تكفله من ضمانات ضد التعسف ، بل إن البعض يعتبر « قواعد المسؤولية مفتاحاً لكل نظام قانوني »⁴.

¹ عمر محمود أكرم، دور المسؤولية الدولية في حماية البيئة من التلوث، مجلة العلوم القانونية جامعة بغداد كلية القانون، المجلد 26 ، العدد 01 ،

2011ص313

² د/- بدرية عبد الله العوضي، دور المنظمات الدولية في تطوير القانون الدولي البيئي ، بحث منشور في مجلة الحقوق الكويتية، كلية الحقوق، السنة التاسعة، العدد الثاني، 1985، ص 24 .

³ د/- ياسر محمد المنيوي ، المسؤولية المدنية الناشئة عن التلوث البيئي ، دار الجامعة الجديد ، الإسكندرية ، 2008 ، ص 28

⁴ كانت المسؤولية الدولية قديماً مسؤولية جماعية، تقوم على أساس التضامن المفترض بين كافة الأفراد المكونون للجماعة، التي وقع الفعل الضار من أعضائها، ففي تلك الفترة كان من شأن فعل من أحد الأفراد المكونين للجماعة معبئة يسبب ضرار لأحد الأفراد والمكونين للجماعة أخرى، وأن يصبح جميع الأفراد المكونين للجماعة الأولى مسئولين بالتضامن عن تعويض هذا الضرر، ظل هذا الوضع مطلقاً في سائر الدول الأوروبية حتى أواخر

أولا : المفهوم الفقهي للمسؤولية الدولية

في بداية الأمر نجد بان الفقه الغربي بصورة عامة و الفقه الفرنسي¹ بصورة خاصة نظر إلى المسؤولية الدولية على أنها واجب الرد في حالة انتهاك قاعدة قانونية و هذا الأمر ثابت و منبثق من المفهوم القاعدي و الأساسي للمسؤولية من الأنظمة القانونية ذاتها و الذي يعكس إلزامية القاعدة القانونية على الصعيد الوطني و الدولي²

عرف بعض من الفقه أن المسؤولية الدولية هي ذلك المبدأ الذي ينشئ الالتزام بالتعويض عن كل خرق للقانون الدولي و ترتكبه دولة مسئولة ويسبب ضرر³ و عرفها بعض آخر من الفقه بأنها فكرة واقعية تقوم على التزام الدولة بإصلاح النتائج عن عمل غير مشروع منسوب إليها.⁴

وقد تصدى الفقه العربي كذلك لمسألة المسؤولية الدولية، فلم يخرج عن نطاق الفقه الغربي في هندسة مفهوم المسؤولية فاعتبر ما إن تخلف شخص من أشخاص القانون الدولي عن القيام بالتزاماته و ترتب على تخلفه تحمل تبعة المسؤولية لامتناعه عن الوفاء بها، فعرّفها بعض من الفقه بأنها الالتزام الذي يفرضه القانون الدولي على الدولة التي ينسب إليها تصرف أو امتناع يخالف التزاماتها الدولية، بأن تقدم للدولة التي كانت ضحية هذا التصرف أو الامتناع ما يجب من جبر لهذا الضرر.⁵

و عرفها البعض الآخر من الفقه - في نفس السياق- بان المسؤولية الدولية القانونية في حالة قيام دولة أو شخص من أشخاص القانون الدولي بعمل أو امتناع عن عمل مخالف للالتزامات المقررة وفقا لأحكام

القرن السابع عشر إلى أن حدث تطور آخر، وذلك بابتكار نظرية جديدة محل نظام التضامن المفترض وهي نظرية الخطأ. أنظر في هذا معمل يوسف، المسؤولية الدولية بدون ضرر - حالة الضرر البيئي - أطروحة الدكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة منتوري، قسنطينة، 2013، ص 15

¹ La responsabilité est le devoir de répondre en cas de violation du droit, chaque ordre juridique a des règles sur ce qu'il doit se passer dans le cas ou le droit est violé. De ce point de vue la responsabilité est une fonction cardinale du droit, c'est une autre manière de déterminer le caractère obligatoire d'une règle juridique. Voir dans ce sens ; Patrick Daillier et Alain Pellet, Droit international public, 7è éd., L.G.D.J., Paris, 2002, p. 796.

² La violation de celles-ci est sanctionnée par l'engagement éventuel de la responsabilité des Etats. La notion de responsabilité «ne s'entend pas comme une nouvelle obligation à charge de l'Etat défaillant mais plus largement comme l'ensemble des nouvelles relations juridiques qui s'établissent entre lui et les autres Etats intéressés au respect de la légalité. Voir dans ce sens Jean Combacau et Serge Sur ; Droit international public, 4è éd., Montchrestien, Paris, 1999, p. 518.

³ هميسي رضا، المسؤولية الدولية، دار القافلة للنشر والطباعة والتوزيع، الطبعة الأولى، الجزائر، 1999، ص 10

⁴ هميسي رضا، المسؤولية الدولية، نفس المرجع، ص 11

⁵ د-أعمر يحياوي، المسؤولية الدولية، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2009، ص 14.

القانون الدولي و يترتب على ذلك المسؤولية القانونية و هي تطبيق جزاء على الشخص الدولي المسؤول.¹

ثانيا : المفهوم القانوني للمسؤولية الدولية

كان المفهوم القانوني – التقليدي- للمسؤولية الدولية² يقوم على أساس الخطأ البسيط الذي مرده المسؤولية المفترضة أي الخطأ القائم و الثابت ، غير أن مجال المسؤولية الدولية خضعت لتطورات العميقة ، و كلها تدل على أن المجتمع الدولي في حركة مستمرة ، وذلك تحقيقا للتعايش السلمي ما بين الشعوب المعمورة ، ويمكن حصر هذه التطورات في تلك النظريات التي ظهرت تماشيا مع نظرية الخطأ و الفعل غير المشروع ، مروراً بنظرية المخاطر ووصولاً إلى نظرية المسؤولية عن الأضرار الناتجة عن أفعال لا يحظرها القانون الدولي.

أ -/ نظرية الخطأ : مفاد هذه النظرية حسب البعض من الفقه³ أنّ الدولة لا يمكن أن تعتبر مسؤولة ما لم تخطئ، ومن ثمّ لا تقوم المسؤولية الدولية ما لم يصدر من الدولة فعل يكيف على أساس أنه يضر غيرها من الدول .

وهذا الفعل الناتج عن الخاطئ إما أن يكون خطأ في شكله الإيجابي (مباشر) فيتخذ صورة نشاط الدولة الغاية من ورائها إلحاق الضرر بدولة أخرى ، و قد يأخذ شكلاً آخر سلبياً (غير مباشر) يكمن أساساً في أفعال الامتناع عن القيام بعمل كان ينبغي القيام به ، فعلى هذا الأساس إذا انتفى الخطأ فلا مسؤولية على الدولة إذ لا تعويض بغير ثبوت الخطأ أو حتى الإهمال.⁴

ب -/ الفعل الدولي غير المشروع : تعتبر نظرية الفعل الدولي غير المشروع من بين المبادئ الأساسية التي بنية بهندسة القانونية حددت من خلالها البعد الحقيقي و المنطقي للمسؤولية الدولية ، و هذا الطرح تواضع العمل به فقها و سايره فيما بعد القضاء الدولي ، فالضرر - حسب أنصار هذه النظرية - هو وليد الفعل غير المشروع لا أكثر ، وبالتالي كان من البديهي أن تتحمل الدولة المسببة في الضرر التعويض المناسب لجبر هذا الضرر المرتكب.⁵

¹ د -/ السيد أبو عطية ، الجزاءات الدولية بين النظرية و التطبيق ، مؤسسة الثقافة الجامعية ، الإسكندرية ، 2001 ، ص 447

² د -/ السيد ابوعطية ، الجزاءات الدولية بين النظرية والتطبيق ، مؤسسة الثقافة الجامعية ، القاهرة ، 2001 ، ص 45

³ د -/ معمر رتيب محمد عبد الحافظ ، المسؤولية الدولية عن نقل وتخزين النفايات الخطرة دار النهضة العربية ، مصر ، 2007 ، ص 314

⁴ د -/ عمر محمود أعمار ، دور المسؤولية الدولية في حماية البيئة من التلوث ، مجلة العلوم القانونية جامعة بغداد كلية القانون ، المجلد 26 ، العدد 01 ، 2011 ص 313

⁵ د -/ السيد ابوعطية ، الجزاءات الدولية بين النظرية والتطبيق ، نفس المرجع ، ص 55 و أنظر كذلك في نفس الصدد معلم يوسف ، المسؤولية الدولية بدون ضرر - حالة الضرر البيئي - أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون العام - فرع قانون دولي - كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة منتوري ، قسنطينة ، الجزائر ، 2012-2013 ، ص 21 و ما يليها

ج/ - نظرية المخاطر: جاءت نظرية المخاطر لسد الثغرات التي أفرزتها نظرية الخطأ والفعل غير المشروع وقصورهما وعدم قدرتهما على مواكبة وثيرة التقدم الحاصل في المجال العلمي والتكنولوجي¹، وتهدف النظرية الجديدة لتوسيع نطاق المسؤولية الدولية وتسعى وراء هدف رئيسي- وهو وصول التعويض إلى المضرورين بأقصى سرعة ممكنة و بطريقة عادلة²، و تماشيا مع هذا الطرح، فإن الضرر وحده يكفي لقيام المسؤولية تجاه الدولة التي تمارس النشاط أو الفعل غير المحظور دوليا، شريطة قيام علاقة سببية بين الضرر والشخص القانوني المباشر للفعل المشروع³.

د/- الأضرار الناتجة عن أفعال لا يحظرها القانون الدولي⁴: و يتخلص مضمون هذه النظرية في أن الشخص (القانون الدولي) يجب أن يتحمل المسؤولية في بعض الأحيان دون حاجة إلى إقامة الدليل على خطأ الشخص المسؤول و ذلك على افتراض وقوع مثل هذا الخطأ أو على افتراض وجود علاقة سببية بين الخطأ والضرر⁵.

فالمسؤولية طبقا لهذه النظرية إنما تبنى على مجرد وجود علاقة سببية التي تقوم بين نشاط الدولة و بين الضرر الذي أصاب الدولة، فهي مسؤولية ذات صفة موضوعية و تستند إلى فكرة، أن المستفيد من النشاط الخطر يجب أن يتحمل مسؤولية الأضرار الناجمة عن هذا النشاط حتى ولو كان الفعل المقترف مشروعاً⁶.

الفرع الثاني : التلوث البيئي .

يعد التلوث من المشاكل الكبيرة التي يواجهها الإنسان المعاصر لا بل وأخطرها، وهي بحاجة إلى تضافر الجهود كافة لمعالجتها والحد منها، ومما يزيد المشكلة تعقيداً إن للإنسان نفسه الدور الواضح في زيادة خطورتها من خلال نشاطاته المختلفة التي أصبحت تهدد الحياة البشرية . فضلاً عن تأثيرها في الكائنات الحية الأخرى مما يحدث تغيراً في التوازن الطبيعي للبيئة ومكوناتها المختلفة الحية منها وغير الحية⁷.

¹ د/- صالح محمد محمود بدر الدين، المسؤولية الموضوعية في القانون الدولي، دار النهضة العربية، 2004، ص 22-21

² معلم يوسف، المسؤولية الدولية بدون ضرر - حالة الضرر البيئي - نفس المرجع، ص 24-23.

³ معلم يوسف، المسؤولية الدولية بدون ضرر - حالة الضرر البيئي - نفس المرجع، ص 24

⁴ la responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international

⁵ د/- إسلام دسوقي عبد النبي دسوقي، النظرية العامة للمسؤولية الدولية بدون خطأ (المسؤولية الدولية الموضوعية)، الطبعة الأولى، مركز الدراسات العربية للنشر و التوزيع، 2016، ص 169.

⁶ د/- إسلام دسوقي عبد النبي دسوقي، النظرية العامة للمسؤولية الدولية بدون خطأ (المسؤولية الدولية الموضوعية)، نفس المرجع، ص 170

⁷ د/- السعدون وليد عبد الهادي، (الأبعاد المكانية للتلوث البيئي لمصفي البصرة)، رسالة ماجستير، مركز التخطيط الحضري والإقليمي، جامعة بغداد، 2000، ص 45 و انظر د/- العاني هيفاء عبد إبراهيم، (تحديد الملوثات في مياه الأنهار وتأثيرها على البيئة)، المؤتمر القطري العلمي الأول في تلوث البيئة و أساليب حلها، منظمة الطاقة الذرية بالتعاون مع دائرة حماية وتحسين البيئة، بغداد، 5-6 تشرين الثاني 2000، منظمة الطاقة الذرية العراقية بالتعاون مع دائرة حماية وتحسين البيئة، بغداد، 2000، ص 307.

أولاً : تعريف التلوث البيئي وأنواعه

أ - تعريف التلوث : من الممكن أن يعرف التلوث بأنه إضافة مواد مضرّة إلى البيئة، وتسمى هذه العناصر والمواد بالملوّثات وهي كيميائية أو فيزيائية أو حيوية، وتسبب هذه الملّوثات آثاراً سلبية في البيئة تؤدّي إلى دمارها واختلال توازنها، كما تؤثر هذه الملّوثات في العناصر الحيوية في البيئة بشكل مباشر أو غير مباشر.¹

ب- أنواع التلوث :

* التلوث الهوائي : يحدث التلوث الهوائي من المصادر مختلفة والتي قد تكون طبيعية أو من الأنشطة المختلفة للإنسان ، فالطبيعية مثل :العواصف والرياح والإمطار والزلازل والفيضانات .ويسهم الإنسان بالجزء الأكبر في حدوث التلوث الهوائي عن طريق مخلفات الصرف الصحي والنفايات والمخلفات الصناعية والزراعية والطبية والنفط ومشتقاته والمبيدات والمخصبات الزراعية والمواد المشعة، وهذا يؤدي إلى إلحاق العديد من الأضرار بالنظام البيئي.

* التلوث المائي : ينزل الماء إلى الأرض في صورة نقيّة ،خالية من الجراثيم الميكروبية أو الملوثات الأخرى، لكن نتيجة للتطور الصناعي الهائل يتعرض للعديد من المشكلات مما يحوله إلى ماء غير صالح للشرب والاستهلاك الآدمي .ومن أكثر الأمثلة على ذلك تلوث ماء المطر بما تطلقه المصانع من أبخرة وغازات ، ونتيجة لذلك نشأ ما يسمى بالمطر الحمضي . كما يتلوث الماء بالعديد من الملوثات المختلفة فيتلوث على سبيل المثال بمخلفات الصرف الصحي وبالمخلفات الكيميائية المختلفة وبعض العناصر المعدنية مثل : الرصاص والزرنيخ والفوسفات والنترات والكبريت والنفط.

* التلوث الإشعاعي: تسبب الإنسان في إحداث تلوث يختلف عن الملوثات المعروفة وهو التلوث الإشعاعي الذي يُعد في الوقت الحالي من أخطر الملوثات البيئية .وقد يظهر تأثير هذا التلوث بصورة سريعة ومفاجئة على الكائن الحي ، كما قد يأخذ وقتاً طويلاً ليظهر في الأجيال القادمة ، ومنذ الحرب العالمية الثانية وحتى وقتنا الحالي استطاع الإنسان استخدام المواد المشعة في إنتاج أخطر القنابل النووية والهيدروجينية.

* التلوث عن طريق مواد معدنية : تعد مشكلة التلوث بالعناصر المعدنية السامة في الوقت الحاضر من أهم المشكلات التي تواجه المتخصصين في مجال البيئة ،ذلك لأنها ذات أضرار صحية بالغة على صحة الإنسان . وقد تفاقمّت هذه المشكلة نتيجة للتطور السريع في المجالات الصناعية المختلفة ،فعلى سبيل المثال زادت نسبة غاز أول أكسيد الكربون في الهواء الجوي . أما عنصر الرصاص فقد لوحظت زيادته باستمرار نتيجة لاحتراق العديد من وقود المركبات .

¹ التلوث هو إدخال الملوثات إلى البيئة الطبيعية مما يلحق الضرر بها ويسبب الاضطراب في النظام البيئي، وهذه الملوثات إما أن تكون مواد دخيلة على البيئة أو مواد طبيعية ولكن تجاوزت مستوياتها النسب المقبولة، ولا يقرن التلوث بالمواد الكيميائية فقط بل يمتد ليشمل التلوث بأشكال الطاقة المختلفة كالتلوث الضوضائي والتلوث الحراري. أنظر الرابط التالي (<https://ar.wikipedia.org/wiki>)
و أنظر أحكام المادة 02 من القانون رقم 10-03 المؤرخ في 2003/07/19 (جريدة رسمية رقم 43 الموافقة 2003/07/20)

* **الضوضاء :** تزداد شدة الضوضاء في عالمنا المعاصر بشكل ملحوظ ، ولم تعد مقتصرة على المدائن الكبرى والمناطق الصناعية ، وإنما وصلت إلى الأرياف ، واستطاع الإنسان أن يصنع الضوضاء بفضل إنشاء طرق لسيارات الحديثة والسكك الحديدية والطائرات والآلات الزراعية والصناعة . كما لم تسلم البيوت من الضوضاء بعد أن سخر الإنسان كل وسائل التقنية الحديثة لرفاهيته من راديو وتلفزيون وأدوات تنظيف وأدوات طبخ وغيرها ، وكلمات أخرى لقد غزت الضوضاء المآوي القليلة الباقية للصمت في العالم . وربما حتى نهاية هذا القرن لن يجد الإنسان مكاناً باقياً كي يلجأ إليه إذا أراد الهرب إلى بقعة هادئة.

ثانياً : أثر التلوث العابر للحدود

يعرف التلوث العابر للحدود - كما جاءت به منظمة التعاون والتنمية الاقتصادية¹ في تعريفها - هو التلوث العمدي و غير العمدي ، و الذي يكون مصدره أو أصله العضو المتسبب بعملية التلوث خاضعاً أو موجوداً كلياً أو جزئياً في منطقة تخضع لاختصاص الوطني للدولة و يكون له أثره في منطقة أخرى خاضعة لاختصاص الوطني لدولة أخرى².

فأصبح المفهوم الحالي و نتيجة لعدم تحكم في الآثار العرضية لظاهرة التلوث ، بدأ القانون الدولي للبيئة³ يهتم بالتلوث العابر للحدود الذي تتعدى آثاره الدولة الواحدة و تمتد للدولة أخرى أو العديد من الدول الأخرى.

ونجد -في ذات السياق- أن البعض من الفقه الدولي⁴ أنه في مثل هذه الحالات لا يعتد بالحدود السياسية للدولة و بالتالي بدأ المجتمع الدولي في التعامل مع التلوث العابر للحدود من خلال وضع مجموعة من القواعد القانونية الدولية و التي تساهم في الحد من ظاهرة التلوث في بعده الدولي ، و لعل الوقوف عند أهم مصادر القانون الدولي و الذي يعكس إرادة الدول هي المعاهدات و الاتفاقيات الدولية ، و العرف الدولي في مجال حماية البيئة .

ولا تقتصر أثر التلوث البيئي العابر للحدود على البيئة البرية فقط ، بل تشمل الغلاف الجوي و الفضاء الخارجي و البيئة المائية و غيرها من العوامل الأخرى ، هذا مع الأخذ بعين الاعتبار كل مصادر التلوث الأخرى العابرة للحدود⁵.

¹ د- علي عدنان الفيل ، شرح التلوث البيئي في قوانين حماية البيئة العربية ، الطبعة الأولى ، المركز القومي لإصدارات القانونية ، 2013 ص 40

² -/ علي عدنان الفيل ، شرح التلوث البيئي في قوانين حماية البيئة العربية ، ص 40

³ -/ علي عدنان الفيل ، شرح التلوث البيئي في قوانين حماية البيئة العربية ، ص 40 هامش 01

⁴ -/ علي عدنان الفيل ، شرح التلوث البيئي في قوانين حماية البيئة العربية ، ص 41

⁵ -/ علي عدنان الفيل ، شرح التلوث البيئي في قوانين حماية البيئة العربية ، ص 41

المطلب الثاني : المفهوم الحديث للمسؤولية الدولية في مجال التلوث البيئي .

في المجال القانون الدولي ، التساؤل المطروح بالنسبة للدولة هي مسألة الأضرار الناجمة عن التلوث البيئي في مواجهة المجتمع الدولي ، فالمسؤولية من هذا المنظور يحكمه إطار القانون الدولي البيئي - الذي سبق التطرق إليه - الذي يقوم على مجموعة من القواعد القانونية التي تجد مصدرها الأساسي في الاتفاقيات الدولية و المبادئ العامة للقانون و قرارات القضاء الدولي في مجال حماية البيئة ، و في مجال تحديد المسؤولية الدولية عن أضرار تلوث البيئة .

من هذا المنطلق ، يقوم نظام المسؤولية القانونية و الذي يستند إلى فكرة الضرر التي تقوم على ركنين فقط ، وهما الضرر وعلاقة السببية بينه وبين الفعل الذي أحدثه ومنه ظهر ما يسمى بالمسؤولية الموضوعية المطلقة¹ ، و تماشياً مع هذا يتجلى مبدأ الملوث الدافع كأساس لإسناد المسؤولية الدولية

الفرع الأول : المسؤولية المطلقة (نظرية المخاطر)

لقد سبق لنا و تطرقنا إلى مفهوم المسؤولية المطلقة أو نظرية المخاطر ، فهذه النظرية هي وليدة الأمور المستحدثة أو عبارة أخرى سببية وجودها هي الأنشطة الخطرة التي يصعب معها إثبات الخطأ أو حالة التعسف في استعمال الحق² .

فممكن على الدول إلا أن اتجهت للأخذ بنظرية المسؤولية المطلقة في قوانينها الداخلية لمواجهة الأضرار الناجمة عن استخدام هذه الأحمزة الخطرة دون الحاجة لإثبات وقوع خطأ من المسئول ثم اتجهت القوانين والاتفاقيات الدولية إلى الأخذ بالمسؤولية المطلقة³ .

و بعبارة أخرى ، يجب أن يتحمل الشخص الدولي المسؤولية في بعض الأحيان دون حاجة إلى إقامة الدليل على خطأ الشخص الدولي المسئول وذلك على افتراض وقوع مثل هذا الخطأ أو على افتراض وجود علاقة سببية بين الخطأ والضرر ، فالمسؤولية طبقاً لهذه النظرية إنما تبنى على مجرد وجود علاقة السببية التي تقوم بين نشاط الدولة وبين الفعل المخالف للقانون الدولي ، فهي مسؤولية ذات صفة موضوعية وتستند إلى فكرة أن المستفيد من النشاط الخطر يجب أن يتحمل مسؤولية الأضرار الناجمة عن هذا النشاط حتى ولو كان الفعل المقترف مشروعاً⁴ .

¹ أ/ محمد بواط ، فعالية نظام المسؤولية الدولية في مجال التلوث البيئي ، الأكاديمية للدراسات الاجتماعية و الإنسانية ، العدد 15 ، جافني 2016 ، ص 172

² د-/ صر الله سناء ، الحماية القانونية للبيئة من التلوث في ضوء القانون الدولي الإنساني ، منشورات بغدادي ، طبعة 2013 ، ص 25
³ د-/ صر الله سناء ، الحماية القانونية للبيئة من التلوث في ضوء القانون الدولي الإنساني ، نفس المرجع ، ص 26 . مثل اتفاقية روما لعام 1925 المتعلقة بالمسؤولية عن الأضرار التي تصيب الغير على سطح الأرض من الطائرات التي تحلق في الجو ، وكذلك اتفاقية بروكسل لعام 1962 الخاصة بالمسؤولية عن السفن النووية كما أخذت بها اتفاقية فيينا لعام 1963 الخاصة بالمسؤولية عن الأضرار النووية

⁴ د-/ عبد الغني محمود - المطالبة الدولية لإصلاح الضرر في القانون الدولي العام والشرعية الإسلامية - دار الطباعة الحديثة القاهرة - الطبعة الأولى 1986 ، ص 12

و بعبارة أخرى ، أن المتضرر عليه فقط أن يثبت وجود العلاقة السببية بين الضرر الذي وقع به وبين فعل الشخص المتهم ، وليس على هذه الأخيرة التنصل من مسؤوليته استنادا إلى أن تصرفه كان مشروعاً ، والمسئولية هنا تنطلق من فكرة ضمان تعويض المفهوم الذاتي للضرر.¹

الفرع الثاني : مبدأ الملوث يدفع كأساس لإسناد المسؤولية الدولية.

لقد أوجبت التوجهات البيئية الحديثة ،² إلزامية تحميل المسبب في إلحاق الضرر بالبيئة كل النفقات المتعلقة بالتدابير الوقائية من التلوث وكذا إعادة الأماكن التي تضررت من جراء النشاط إلى حالتها الأصلية استنادا إلى مبدأ الملوث الدافع، و الذي يعتبر من بين المبادئ القانونية الرئيسية التي تقوم عليها المسؤولية البيئية في المجتمعات الغربية والذي تم التأكيد عليه في تشريعات العديد من الدول و في عدة اتفاقيات دولية.³

و يعرف مبدأ الملوث الدافع⁴ على أنه "مفهوم اقتصادي، و الذي يعني أن السلع أو الخدمات المعروضة في السوق يجب أن تعكس كلفة المواد المستعملة، بما في ذلك الموارد البيئية، ذلك أن إلقاء نفايات ملوثة في الهواء أو المياه أو التربة هو نوع من استعمال هذه الموارد ضمن عوامل الإنتاج و يؤدي عدم دفع ثمن استخدام هذه الموارد البيئية التي تدخل ضمن عوامل الإنتاج إلى هدرها وتخطيها و القضاء عليها".⁵

و ما يمكن ملاحظته كذلك ، و يبدو أن مبدأ الملوث الدافع مبدأ هام يساهم في إرساء القواعد الجديدة للمسؤولية الدولية بمنظور حديث ، كون أن هذا المبدأ جاء ليتجاوز تلك القواعد التقليدية للمسؤولية في مواجهة ظاهرة التلوث ما بين أشخاص المجتمع الدولي و التي تقوم على أساس الخطأ، باعتباره مفهوما اقتصاديا⁶.

¹ د/ محمود عبد المولى، التلوث البيئي، مؤسسة شباب الجامعة، طبعة 2003، ص 26 "ومن السوابق الدولية التي أخذت بهذه النظرية الحكم الصادر في 1929/6/7 عن المحكمة فرز يجل في قضية إعدام أحد المواطنين الفرنسيين من قبل بعض أفراد القوات المكسيكية . فقد طلبت الحكومة المكسيكية تعويض هذا الضرر على الرغم من أن الإعدام حصل على أيدي جنود متمردين ودون أية أوامر صادرة عن قيادتهم الشرعية المفروض أن يتبعوها"

² د/- أشرف عرفات أبو حمزة، مبدأ الملوث يدفع، المجلة المصرية للقانون الدولي، العدد 62، الصادرة عن الجمعية المصرية للقانون الدولي، القاهرة، مصر ، 2006 ، ص 09 .

³ الاتفاقيات الدولية التي أكدت هذا المعنى اتفاقية بروكسل المؤرخة في 1969/11/29 و المؤرخة في 1969/11/28 المتعلقة بالمسؤولية المدنية عن التلوث الناجم عن الزيت و التي صادقت عليها الجزائر بموجب أمر رقم 72 -17 المؤرخ في 1972/07/07 جريدة رسمية رقم 53 لسنة 1972

⁴ بوفلجة عبد الرحمان ،المسؤولية المدنية عن الأضرار البيئية و دور التأمين ،كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة تلمسان ، 2015-2016 ، ص 116 .

⁵ بوفلجة عبد الرحمان ،المسؤولية المدنية عن الأضرار البيئية و دور التأمين ،نفس الرسالة ، ص 117 .

⁶ بوفلجة عبد الرحمان ،المسؤولية المدنية عن الأضرار البيئية و دور التأمين ،نفس الرسالة ، ص 118 . " وقد ورد مبدأ حسن الجوار في الاتفاقية الأوروبية بحماية المياه العذبة من التلوث الصادرة من الاتحاد الأوروبي سنة 1969 والتي أقرت أن "من المبادئ العامة للقانون الدولي لا يحق لأي دولة استغلال مواردها الطبيعية بطريقة يمكن أن تسبب ضرر كبيراً في دولة مجاورة."

و على العموم ، نلاحظ أن مبدأ حسن الجوار يعتبر أحد العناصر والمحور الأساسية في حل مشكلة التلوث ، وقد وضع أساسا من حيث الإلزام كبدأ من مبادئ القانون الدولي ، وهذه النقطة متعلقة بالتطور التدريجي لنظام المسؤولية الدولية عن النتائج الضارة عن أفعال و التي قد يحضرها القانون الدولي كما قد لا يحضرها .

المبحث الثاني : أهم التطبيقات الحديث للمسؤولية الدولية في مجال التلوث البيئي

يرى بعض الفقهاء¹ صعوبة فبتطبيق القواعد الخاصة بالمسؤولية الدولية على الأضرار التي تصيب البيئة من جراء التلوث ، ويفضل هؤلاء الفقهاء اللجوء إلى وسائل إدارية أو فنية أو وسائل قانونية غير تقليدية من أجل تحقيق حماية فعالة للبيئة في ظل التطورات التي يمر بها المجتمع الدولي، وقد عبر عن هذه الحقيقة المبدأ رقم (22) من إعلان استوكهم الخاص بالبيئة في عام 1972م ، وكذلك المبدأ رقم (13) من إعلان ريودي جانير و عام 1992م ، وذلك بتشجيع التعاون الدولي من أجل العمل على تطوير قواعد المسؤولية الدولية عن أضرار التي تلحق البيئة².

وفي إطار التنظيم القانوني الدولي للمسؤولية عن الأضرار البيئية من جراء التلوث سنقسم هذا المبحث إلى المطلبين التاليين ففي المطلب الأول نتطرق الصعوبات التي تعترض تطبيق القواعد المسؤولية الدولية في مجال حماية البيئة من جراء التلوث ، و أما في المطلب الثاني نتطرق للحلول المناسبة للصعوبات التي تواجه المجتمع الدولي من جراء التلوث³.

المطلب الأول : الصعوبات التي تعترض تطبيق القواعد المسؤولية الدولية في مجال حماية البيئة من جراء التلوث

إن الأضرار العابرة للحدود والتي تصيب مناطق تقع داخل نطاق السيادة لإقليمية لدولة أخرى يشير عدة تساؤلات تتعلق بالقواعد التقليدية للمسؤولية الدولية ، والتي يأتي في مقدمتها العلاقة السببية بين التصرف المخالف والضرر الناشئ عنه : يثير التلوث العابر للحدود عدة مشاكل منها المسافة فلا يمكن أن تحدد بدقة المسافة التي تفصل بين مصدر الضرر وبين المكان الذي حدث فيه الضرر، كتلوث الهواء الجوي أو تلوث المياه بالنفايات المشعة أو بالادخنة لا يعرف حدوداً معينة. و بالتالي يمتد إلى مسافات بعيدة من الصعب تحديدها و السيطرة عليها أيضاً⁴.

¹ Massoud Mentrí ;la coopération entre l'union européenne et l'Algérie au titre de la protection de l'environnement ; revue des sciences juridique et administrative ;2003 ; n 1 ;p 73

² د/- محمد صابر سيد ، المباشرة والتسبب في الفعل الضار ، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون المدني، دار الكتب القانونية ، 2008، ص 126

³ د/- محمد صابر سيد ، المباشرة والتسبب في الفعل الضار ، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون المدني، نفس المرجع ، ص 127

⁴ د/- سمير حامد الجمال . المسؤولية المدنية عن الأضرار البيولوجية . دراسة مقارنة، مجلة الشريعة والقانون، العدد 2009 ، ص 632

الفرع الأول: العلاقة السببية بين التصرف المخالف و الضرر الناشئ عن التلوث

العلاقة السببية هي الرابطة المؤكدة والمباشرة التي تربط الفعل بالنتيجة ، وان كان إثبات هذا المبدأ يتفق مع القواعد العامة التقليدية فهو صعب جداً إثباته في المجال البيئي و بالأخص من جراء التلوث ، هذا بسبب تعدد مصادر الضرر البيئي فالأساس القانوني للمسؤولية عن الضرر البيئي من جراء التلوث لا نجد له تطبيق مباشر في القانون الدولي العام - في مرحلته الراهنة - فما هي إلا قاعدة عرفية دولية تسمح بتطبيق نظرية المسؤولية المطلقة أو المشددة ، كما أن هذه النظرية لم تصل بعد إلى درجة اعتبارها أحد المبادئ العامة للقانون ، ذلك لدى الاتجاه الغالب في فقه القانون الدولي ، ولهذا فإن اللجوء إلى هذه النظرية لا يمكن أن يحدث إلا من خلال اتفاق دولي صريح ، وهذا بالفعل هو ما لجأت إليه ¹.

فالعلاقة السببية بين التصرف المخالف و الضرر الناشئ عن التلوث تثير مشكل إثبات الرابطة السببية بين الخطأ والضرر الكثير من الصعوبات في نطاق المسؤولية بصفة عامة ، وتزداد هذه الصعوبة والغموض في المسؤولية المدنية البيئية وذلك لأن السبب لا يكون حادث واحد أو فعلاً واحداً ، بل قد يكون مجموعة من الحوادث والأفعال يطلق عليها اسم الشروط ، وينشأ عن توافرها النتيجة ، وعليه لا تظهر النتيجة إذا تخالف أحد هذه الشروط ، نظراً لصعوبة تحديد هوية المسؤول في ظل مجموعة عوامل ، و مؤثرات تساهم في إحداث الضرر وكذلك تكمن صعوبة العلاقة السببية كركن ثالث للمسؤولية المدنية عن الأضرار البيئية في حصول فارق زمني بين تحقق الركن الأول وتحقق الركن الثاني منه ، فعادة ما يظهر الضرر البيئي بعد مدة زمنية من حصول الفعل الضار. ²

الفرع الثاني : الآثار المترتبة عن تطبيق قواعد المسؤولية في مجال حماية البيئة من جراء التلوث .

إن الآثار المترتبة عن تطبيق قواعد المسؤولية في مجال حماية البيئة من جراء التلوث على الصعيد الدولي ، ينعكس من خلال مختلف القوانين والاتفاقيات الدولية في مجال استغلال مواردها الطبيعية وممارسة سلطاتها واختصاصاتها ، غير أن ذلك ليس مطلقاً وإنما هو نسبي فهو مقيداً بالحدود المرسومة ولا يجوز للدولة أن تتجاوزه ، فإن هي خالفت ذلك خرجت عن دائرة الحق ليحول إلى سوء استعمال الحق ، وتحمل الدولة

¹ عودة مريم ، المسؤولية الدولية عن تلوث البيئة البحرية بأفعال غير محظورة دولي .. بحث علمي قانوني اعد لنيل درجة الدكتوراه في القانون الدولي ، جامعة دمشق ، 2008 ، ص 230

² عودة مريم ، المسؤولية الدولية عن تلوث البيئة البحرية بأفعال غير محظورة دولي ، الرسالة السابقة ، ص 241 .

تبعات ذلك من حيث المسؤولية الدولية عن الأضرار التي تلحق بالأشخاص والممتلكات جراء التعدي الضار على البيئة من خلال عمليات التلوث.¹

من هذا المنطق تقوم المسؤولية القانونية للأفراد المجتمع الدولي عن الأضرار البيئية، فهذا يرتبط ارتباطاً وثيقاً بالخطأ في الفعل المرتكب و الذي لا يشترط في كل الأحوال أن يكون متعمداً ، لأن المسؤولية يمكن أن تقوم بناءً على الخطأ بإهمال أو عدم التبصر، و من هذا المنظور فإن كل خطأ يسبب ضرراً للغير يلزم من وقع الضرر بخطئه بتعويضه، فقيام أي شخص تسبب بتلويث الماء أو الهواء أو التربة أو امتناعه عن اتخاذ الإجراءات اللازمة لمنع حدوث التلوث من النشاط الذي يقوم به يعرضه لتحمل المسؤولية والتعويض عن الأضرار التي تقع.²

أما فيما يخص الجانب الجزائي من المسؤولية القانونية فيهدف إلى حماية المجتمع من أخل بأمنه واستقراره بارتكابه عملاً إجرامياً عرفه القانون ووضع له العقاب المناسب³ ، ومن المعلوم أن المسؤولية تنشأ عن إخلال بالالتزام قانوني سابق بعدم الإضرار بالبيئة، ويكون الإضرار غير المشروع مصدراً للمسؤولية في حدود النصوص القانونية التي تحكمها، ولتقنين مبدأ المسؤولية عن الأضرار البيئية .

ولعل من أهم الآثار المترتبة عن تطبيق قواعد المسؤولية في مجال حماية البيئة من جراء التلوث هي بالطبع تلازمها مع فكرة النظام العام الدولي من أجل حماية البيئة لتحقيق التوازن بين احتياجات البيئة ومتطلبات التنمية و الحد من ظاهرة التلوث ووضع كل الدول أمام مسؤولياتهم، ذلك أن حماية البيئة من مشكل التلوث والحفاظ عليها يستدعي الجهود الدولية للدول قاطبة، و هذا بالمحتم سينعكس على طبيعة العلاقات ما بين أشخاص القانون الدولي على أن ألا يشكل بالمقابل عائناً رئيسياً لبرامج التنمية الاقتصادية في دول العالم.⁴

المطلب الثاني : الحلول المناسبة للصعوبات التي تواجه المجتمع الدولي من جراء التلوث

¹ د/عبد الواحد محمد الفار " الالتزام الدولي بحماية البيئة البحرية والحفاظ عليها من أخطار التلوث، دراسة قانونية في ضوء اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار سنة 1982 "، دار النهضة العربية، القاهرة، 1985، ص 145. لعل هذا ما تم تأكيده في مؤتمر الأمم المتحدة الثاني حول البيئة والتنمية الذي عقد في البرازيل سنة 1992، حيث نص المبدأ الثاني منه على أن "تملك الدول وفقاً لميثاق الأمم المتحدة ومبادئ القانون الدولي الحق السيادي في استغلال مواردها وفقاً لسياساتها البيئية والإنمائية وهي مسؤولة عن ضمان ألا تسبب الأنشطة التي تدخل في نطاق ولايتها أو سيطرتها أضراراً لبيئة دولة أخرى أو لمناطق واقعة خارج حدود ولايتها الوطنية"، وفي هذا المجال نشير إلى المبدأ رقم (21) من مجموعة مبادئ مؤتمر ستوكهولم لسنة 1972 الذي نص على أن "على الدولة مسؤولية ضمان الأنشطة التي تتم داخل حدود ولايتها أو تحت إشرافها لا تسبب ضرراً لبيئة الدول الأخرى أو للمناطق فيما وراء حدود ولايتها الوطنية". كما جاء في اتفاقية الكويت حول البيئة البحرية للخليج العربي لسنة 1978 النص على أن تتعهد الدول الأطراف فيما بينها في صياغة وإقرار القواعد والإجراءات المناسبة لتحديد المسؤولية المدنية والتعويض عن الأضرار الناجمة عن تلويث البيئة البحرية مع مراعاة القواعد والإجراءات الدولية السارية والمتعلقة بهذه الأمور.

² د/عبد الواحد محمد الفار " الالتزام الدولي بحماية البيئة البحرية والحفاظ عليها من أخطار التلوث، نفس المرجع، ص 160 .

³ د/عبد الواحد محمد الفار " الالتزام الدولي بحماية البيئة البحرية والحفاظ عليها من أخطار التلوث، المرجع السابق، ص 162 .

⁴ د/- أحمد خالد الناصر، " المسؤولية المدنية عن أضرار تلوث البيئة البحرية"، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر- والتوزيع، عمان، 2010.

بالرغم من الأخطار الداهية التي تهدد توازن المجال الحيوي فإنه لم يفت الأوان بعد و أصبح أكثر من سابقه لكي تدرك الإنسانية أن الضرورة تحتم القيام بوعي فكري وعقلي في الأرض و تحمل المسؤولية لتحديد خارطة طريق موحدة من أجل ضمان مجتمع دولي مستقر، إن هذا التنظيم الجديد- في أطار مجتمع دولي موحد - يتطلب المحافظة على المناطق الطبيعية والمواطن الإنسانية أو على الأقل الاحتفاظ بحد أدنى للتطور، وإنهاء التبذير في المواد التي لا تتجدد، وكذلك التبذير في الطاقة ووضع سياسة سكانية متزنة و مجابهة بالدرجة الأولى ظاهرة التلوث.¹

الفرع الأول : الاتجاهات الدولية الحديثة لمعالجة ظاهرة التلوث

تستلزم حماية البيئة من ظاهرة التلوث في إطار المجتمع الدولي القيام بعدة مهام أساسية لا غنى عنها جميعا لتحقيق الهدف المنشود وهي:

أولا : وسائل الحماية من التلوث

تستلزم حماية البيئة في أي مكان القيام بعدة مهام أساسية لا غنى عنها جميعا لتحقيق الهدف المنشود وهي :

1- **الاهتمام بالوعي البيئي** : ينبغي رفع مستوى الوعي البيئي لدى السكان لتفادي مخاطر الجهل بأهمية الحفاظ على البيئة ومواجهة حالات التلوث التي تكون الرذيلة فيها جهلا ، ويتم ذلك عن طريق إدخال حماية البيئة ضمن برامج التعليم في المدارس والجامعات واستخدام أجهزة الإعلام العصرية واسعة الانتشار ، أهمها التلفاز وكذلك تقديم المعلومات لرجال الأعمال التقنية السلمية بيئيا ومزايها.²

2- **إعداد الفنيين المؤهلين** : يجب إعداد الفنيين الأكفاء في مجالات علوم البيئة بالقدر الكافي للعمل على حماية البيئة ووقايتها من كل أنواع التلوث وذلك في مجالي التخطيط والتنفيذ على السواء حتى تكون حماية البيئة من عناصر دراسة الجدوى بالنسبة للمشروعات المراد أقامتها، ومن أهم ضبط السلوك البشري في المجالات التنفيذية وفي حياة الناس وعاداتهم بصفة عامة.

3- **سن القوانين اللازمة** : يلزم سن القوانين اللازمة لحماية البيئة من الاعتداءات التي يمكن أن تقع على أي عنصر من عناصرها ، والقوانين الأكثر فعالية هي تلك التي تقي من التلوث وتحول دون وقوعه ، فهو موضوع العقوبات الرادعة على مخلفات البيئة وذلك ليس بقصد معاقبة المعتدين بقدر ما هو بهدف منع الآخرين من الاعتداء على البيئة خشية العقاب.³

4 - **منع الحوافز البيئية** : يمكن الاستفادة من طموحات الإنسان ورغبته في تحقيق المكاسب المادية في حماية البيئة، وذلك عن طريق تقديم القروض الميسرة لتحويل إلى تقنيات البيئية النظيفة ، وتقديم المساعدة التقنية

¹ د/- نبيل أحمد حلمي، الحماية القانونية الدولية للبيئة من التلوث، دار النهضة العربية للطبع والنشر والتوزيع، القاهرة، 1991، ص 27.

² د/- نبيل أحمد حلمي، الحماية القانونية الدولية للبيئة من التلوث، المرجع السابق، ص 30

³ د/- نبيل أحمد حلمي، الحماية القانونية الدولية للبيئة من التلوث، المرجع السابق، ص 31

المؤدية إلى حاية البيئة عن طريق السباح بالمتاجرة في تصاريح التلوث، بحيث تستطيع المنشأة قليلة التلوث أن تبني حصتها من التلوث المسموح به إلى منشأة يفوق تلوثها الحدود المسموح بها.¹

5-ردع ملوثي البيئة : إن خوف الإنسان من العقاب كثيرا ما يدفعه إلى تقويم سلوكه، لذلك ينبغي تنمية قدرات المؤسسات المسؤولة عن الكشف عن المخالفات البيئية وعدم التراخي في توقيع العقوبات البيئية على المخالفين لقوانين البيئة.²

ثانيا : الإجراءات الوقائية والحلول المقترحة لمعالجة التلوث

1:- الإجراءات الوقائية للمحافظة على سلامة الهواء.

هناك عدد من الإجراءات والتدابير يمكن إتباعها حتى تقي من التلوث الهوائي، منها على سبيل المثال التخطيط العلمي السليم عند إنشاء أية صناعة، بحيث يراعي المناخ والتضاريس وتحديد المقاييس الخاصة بالتركيزات القصوى للمواد الملوثة التي يسمح بوجودها في الهواء، وإنشاء نقاط رصد ومراجعة لقياس جودة الهواء في مناطق مختلفة من كل مدينة مع مراعاة أنماط النمو في هذه المدن وكمية المواد الملوثة، ونشر معايير جودة الهواء بالنسبة للمواد الملوثة، وكذلك نتائج ورصد قياس تلك الجودة في وسائل الإعلام المختلفة، والاهتمام بزراعة الأشجار وزيادة المسطحات والأحزمة الخضراء حول المدن والمناطق الصناعية.³

ومن الحلول المقترحة لمقاومة تلوث الهواء اختيار أنواع من الوقود خالية هي ومخلفاتها من المواد الملوثة، والتحول إلى مصادر جديدة للطاقة قليلة التلوث ومراقبة السيارات ووسائل النقل العامة وإيقاف أية وسيلة مواصلات تنبعث منها نسبة غازات عالية، ومراقبة مصادر التلوث وبالذات آلات الاحتراق في المصانع ومحطات الطاقة الكهربائية، وذلك لتقليل من كمية المواد الملوثة المنطلقة منها.⁴

2:- الإجراءات الوقائية للمحافظة على سلامة الماء :

من ذلك استقصاء المواد الملوثة للماء وإعداد قوائم قياسية لها ودراسة طبيعة الماء من حيث حجم وتركيب وشحنة الجسيمات الملوثة منه وكذلك خواصه، وتحديد التأثيرات المزمنة للمواد الملوثة عند تعرض الإنسان والكائنات الأخرى لتركيزات منخفضة منها وتحديد الأمراض المنقولة عن طريق المياه الملوثة وسن التشريعات الفردية للإبقاء على الماء في حالة كيميائية وطبيعية وبيولوجية لا تسبب أضرارا للإنسان والحيوان والنبات، والحرص على التحليل الدوري للمياه كيميائيا وبيولوجيا للتأكد من سلامتها باستمرار .

¹ د/- نبيل أحمد حلمي، الحماية القانونية الدولية للبيئة من التلوث، المرجع السابق، ص31

² د/- نبيل أحمد حلمي، الحماية القانونية الدولية للبيئة من التلوث، المرجع السابق، ص32

³ د/- أحمد خالد الناصر، " المسؤولية المدنية عن أضرار تلوث البيئة البحرية "، الطبعة الأولى، المرجع السابق، ص 140

⁴ د/- أحمد خالد الناصر، " المسؤولية المدنية عن أضرار تلوث البيئة البحرية "، الطبعة الأولى، المرجع السابق، ص141

ومن الحلول المقترحة لمعالجة تلوث الماء : تحسين طرق معالجة مصادر المياه العامة ، ومعالجة مياه المجاري لسد الحاجة المضطرة للمياه نظرا لازدياد أعداد السكان والتقدم الصناعي والزراعي وما تحتاجه الصناعة والزراعة من مياه .¹

3/-: الإجراءات الوقائية للمحافظة على سلامة التربة

وبما أن التلوث لم يقتصر على مجالي الهواء والماء، بل تعداه إلى التربة ، فإنه يلزم اتخاذ جملة من هذه الإجراءات الوقائية للمحافظة عليها ، وهي مكافحة الآفات الضارة والتخلص من بعض المخلفات كالمواد البلاستيكية والإطارات المطاطية وذلك بفرمها وخلطها بمواد رصف الطرق .²

وعن الحلول المقترحة لمعالجة تلوث التربة : فإذا ما دعت الضرورة القصوى لاستخدام المبيدات، نستخدم تلك السريعة التحليل بدلا من الثابتة وإذا ما دعت الضرورة لاستخدام المبيدات الثابتة فيكون ذلك بأقل قدر ممكن، وفي ظروف تجعلها أقل تلويثا للبيئة ، وكذلك إجراء المزيد من البحوث عن العلاقة بين المبيدات التي تلوث البيئة وبين الكائنات الحية منها، مع التوعية والتدريب المستمران لمستخدمي المبيدات للتعريف بالأساليب المثلى لمكافحة الآفات واستخدام أقل كمية ممكنة من المبيدات لتحقيق الغرض المطلوب وتحسين معدات استخدام المبيدات .³

الفرع الثاني : دور أشخاص المجتمع الدولي و مسؤوليتهم في حماية البيئة من التلوث

و تقصد بذلك ذلك التنظيم الدولي و الذي يسعى إلى إرساء قواعد المسؤولية الدولية التي تحكم إنشاءها ونشاطها ، هذا من خلال كل أنواع المنظمات الدولية و من خلاله أهميتها و نجاحها في مجال حماية البيئة من التلوث.

فالنشاط الحكومي له دور فعال في مختلف أرجاء العالم على التخلص من التلوث الذي يسبب التلف لأرضنا من يابسة وهواء وماء ، وبالإضافة إلى ذلك بذلت جهود دولية عديدة لحماية الموارد الأرضية . ، وقد سنت العديد من الحكومات القوانين التي تساعد في تنقية البيئة .⁴

و لعل من بين الجهود الذي يقدم عليها المجتمع الدولي هو على الصعيد العلمي فالدافع للاهتمام الواسع بمجابهة ظاهرة التلوث على الصعيد الدولي ، هو قناعة رجالات العلم للبحث عن الحلول التقنية لهذه المسألة .⁵

فبعض الأبحاث تحاول إيجاد طرق للتخلص من التلوث أو تدبيره ، وبعضها الآخر يهدف إلى منعه كل هذا أمام مسؤولية دولية قائمة .¹

¹ د/- عامر محمود طراف، إرهاب التلوث والنظام العالمي ، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر، 2002، ص 77 .

² د/- عامر محمود طراف، إرهاب التلوث والنظام العالمي ، نفس المرجع ، ص 78

³ د/- عامر محمود طراف، إرهاب التلوث والنظام العالمي ، نفس المرجع ، ص 80 .

⁴ د/- أحمد خالد الناصر ، " المسؤولية المدنية عن أضرار تلوث البيئة البحرية " ، الطبعة الأولى ، المرجع السابق ، ص 140

⁵ د/- أحمد خالد الناصر ، " المسؤولية المدنية عن أضرار تلوث البيئة البحرية " ، الطبعة الأولى ، المرجع السابق ، ص 148

هذا مع أخذ بعين الاعتبار جهود الأفراد في مجال الحفاظ الطاقة من أهم الطرق التي يمكن للفرد أن يتبعها للحد من التلوث. مع وضع حكوماتهم أمام مسؤولياتهم المحلية و الدولية ، فمسألة الحفاظ على الطاقة على سبيل المثال- يجد من التلوث الهوائي الناجم عن المحطات المتسبب فيه .

خاتمة:

إن مسألة حماية البيئة بمفهومها التقني وكذا ما يحيط بها من خصوصية في ضل الرهانات الحالية على الصعيد الدولي ، ما كانت أن تكون إلا نتيجة ظاهرة التلوث التي سببها عامل الإنسان و ما انجر عنها من انعكاسات خطيرة أدت إلى عدم توابك قواعد المسؤولية الدولية بمفهومها الكلاسيكي لأجل جبر الضرر ألاحق بها فهذه الدراسة جاءت لتبين ذلك الترابط القائم ما بين قواعد المسؤولية و ظهرت التلوث ، باعتبار أنها أصبحت اليوم من أكثر مشاكل العصر الحديث ضمن المجتمع الدولي .

فيعتبر الضرر الناتج عن التلوث البيئي هو شرط جوهري لقيام مسؤولية الدولية للملوث البيئة، و لا تقتصر- الأضرار التي تنتج عن التلوث على تلك التي تصيب الأشخاص أو تلك التي تلحق بأموالهم الخاصة، و إنما يترتب على التلوث أيضا الإضرار بعناصر البيئة الطبيعية الأساسية و التي تحيط بمصادر التلوث خاصة من الدول المصنعة في الكثير من الأحوال، و هذه الأضرار بكل أنواعها يلزم التعويض عنها وتقرير المسؤولية بشأنها.

ما يمكن أن نلمسه كذلك من خلال هذه الدراسة ، هو صعوبة تطبيق نظرية المسؤولية الدولية على الأضرار البيئية، مقارنة مع المبادئ القانونية الكلاسيكية المتواضع العمل بها في مثل هذه الحالات و التي تبتنها جل النظم القانونية الحديثة ، فنلمس العديد من المبادئ منها مبدأ الاحتياط ومبدأ الوقاية و اللذين يحتاجان إلى تصور قانوني واقعي لتفعيلهما على الصعيد الدولي و بالنتيجة تسمح بتطبيقهما لجبر العديد من الأضرار البيئية مع اتخاذ كل الإجراءات الوقائية و التدابير العلاجية الكفيلة لمجابهة هذه الظاهرة مع التزام الدول بها على الصعيد الجهوي والإقليمي و العالمي في إطار ما يعبر عليه بالمساعي الدولية لمنع وقوعها والتصدي لها من أجل حماية البيئة وهي أفضل الطرق القانونية - على حسب اعتقادنا - لحماية البيئة في بعدها الدولي .

¹ د/- أحمد خالد الناصر، " المسؤولية المدنية عن أضرار تلوث البيئة البحرية "، الطبعة الأولى ، المرجع السابق ، ص 150

جرائم الإعلام الماسة بالسلطة القضائية*

د/ تاري مختار- أستاذ محاضر "ب"- كلية الحقوق والعلوم السياسية-جامعة جيلالي ليايس-سيدي بلعباس-

ملخص:

نخلص مما سبق ذكره إلى أن فلسفة التجريم في الأعمال الإعلامية اتجاه السلطة القضائية تتمحور ،حول ما إذا ارتكب الإعلامي باختلاف صور نشاطاته الإعلامية، فعلا يعتبر جريمة في حق السلطة القضائية يعاقب عليها القانون.

ولعل من أهم هذه الأفعال الإعلامية المجرّمة ،هي ما يتعلق بمسألة المساس بشرف واعتبار القضاة، كجريمة القذف والسب العلني المرتكب من طرف الإعلامي اتجاه السلطة القضائية هذا من جهة.

ومن جهة أخرى تلك الأفعال الإعلامية المخلة بالاحترام الواجب نحو الهيئات القضائية، كإهانة المجالس القضائية والمحاكم على سبيل المثال.

الكلمات المفتاحية: القضاة- الصحفي- القذف- السب- الاحترام-المجالس القضائية.

Summary

We conclude from the above told me that the philosophy of crime in the media business of the judicial authority centered on whether the media are committed in images of media activities, is in fact a crime against the Justice is punishable by law, and Ola of the most important of these established press offenses is the issue of prejudice to honor and consideration judges, as a crime of defamation and defamatory media perpetrated by the Directorate of Justice of 'a part.

On the other hand, these acts against the media the respect due to the judicial organs, insult the courts and for example.

Key words :The judges-journalist- Defamation-insults-respect- Legal advice.

مقدمة:

يعتبر كل من جهاز الإعلام والقضاء من أهم الأجهزة الفاعلة في بناء وتجسيد مفهوم دولة الحق والقانون، بل أن الثابت في حياة المجتمعات المتحضرة أن حرية التعبير وحق الإعلام يحظى برعاية وحماية أقدس جهاز وهو

* تاريخ إبداع المقال: 2017/01/19

تاريخ تحكيم المقال: 2017/02/07

العدالة، كما أن تكريس مبدأ العدالة بين أفراد المجتمع الواحد لا يبرز ولا يتباين إلا من خلال الدور الذي يلعبه جهاز الإعلام في مدى إبراز إحقاق الحق وتكريس العدل بين أطراف المجتمع.

إلا أنه قد ترتكب بعض الأعمال الإعلامية التي تمس بجرمة جهاز القضاء وتبرر تلك الأعمال على أنها من قبيل حرية التعبير والحق في الإعلام، لذلك عملت مختلف التشريعات في منظوماتها ولاسيما الجزائرية على وجه الخصوص بتجريم بعض الأفعال، فما هي الأفعال الإعلامية التي تعتبر مجرمة في نظر قانون العقوبات؟

أولا: المساس بشرف واعتبار القضاة

1- القذف :

عرفت المادة 296 من قانون العقوبات القذف بأنه: "كل إدعاء بواقعة من شأنها المساس بشرف واعتبار الأشخاص أو الهيئة المدعي أو ذلك الإسناد مباشرة أو بطريق إعادة النشر- حتى ولو تم ذلك على وجه التشكيك أو إذا قصد به شخص أو هيئة دون ذكر الاسم ولكن كان من الممكن تحديدها من عبارات الحديث أو الصياح أو التهديد أو الكتابة أو المنشورات أو اللافتات أو الإعلانات موضوع الجريمة".

هذه المادة تشبه المادة 29 فقرة 1 من قانون حرية الصحافة الفرنسي- الصادر في 29 جويلية 1881، وقد نص المشرع الفرنسي على جريمة القذف ضمن أحكام قانون الصحافة لأجل الحد من المتابعات الجزائية وإخضاعها للقيوم الإجرائية التي ينص عليها القانون المذكور غير أنه بالرغم مما في هذا الموقف من حرص على حماية القذف الذي قد يرتكب في سياق العمل الصحفي والإعلامي وبين القذف الذي يرتكبه عامة الناس¹.

وتعتبر جريمة القذف ذات خطورة خاصة لأنها تتخذ عادة صورة واقعية تجعل احتمال تصديقها كبيرا، الأمر الذي يتيح لهت مجا واسعا للذيع والانتشار، وهي بذلك أشد جرائم الاعتداء على الشرف والاعتبار² جسامة.

ولتوضيح الركن المادي لجريمة القذف يتعين الوقوف على معاني العناصر التالية المستخلصة من نص المادة 296 (ق،ع):

- الإسناد
- تعيين الواقعة
- المساس بالشرف والاعتبار
- تعيين الشخص أو الهيئة المقدوفة

¹ Rassat Michél-Laure , droit pénale spécial, Dalloz, 1999, n° 239, p 130.

² محمود نجيب حسني: شرح قانون العقوبات القسم الخاص، دار النهضة العربية، مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي، 1986، ص 615
فقرة، 832

- العلانية.

- الإسناد L'imputation:

يعني نسبة الأمر إلى شخص المقتوف على سبيل التأكيد¹ وهو ما يفيد أن الفاعل يكون على علم شخصي- بذلك الأمر² أما الإدعاء l'allégation فإنه يحتمل معنى الرواية عن الغير أو إيراد الخبر الذي يحتمل الصدق أو الكذب³ ويختلف الأمر هنا عن الإسناد لكون الفاعل لا يروي شيئاً عنياً بنفسه بل أمراً يكون قد وصل إلى عمله عن طريق الغير أو حتى عن طريق الإشاعة⁴ وقد أكدت المادة 296 (ق،ع) أن هذين الفعلين يشملهما التجريم حتى إذا تما بصيغة التشكيك Forme dubitative أو الاستفهام⁵ أو الافتراض⁶ وعموماً أي تلميح يجعل الشكوك تحوم حول الشخص المقتوف.

وخلاصة القول أن الأسلوب المستعمل في القول أو الكتابة غير ذي أهمية في تقدير مدى قيام الجريمة وإنما العبرة بما يوحيه هذا الأسلوب من معنى مشين.

كما أن نشر الخبر الذي يشكل قذفاً أو إعادة نشره اعتماداً على منشور أصلي Publication originelle أو روايته عن الغير يشكل جريمة جديدة يتابع عليها الفاعل بقطع النظر عن متابعة وإدانة المرتكب الأصلي للقذف وهو ما قصده المشرع من خلال استعمال عبارة "إعادة النشر".

- تعين الواقعة:

هذا العنصر هو الذي يميز القذف عن السب فلا يكفي أن يسند الفاعل إلى الغير وصفاً ماساً بالشرف والاعتبار بل ينبغي لقيام جريمة القذف أن يتمثل الأمر المنسوب للشخص المعني في واقعة معينة يمكن تحديدها في الزمان والمكان، فالواقعة يجب أن تتمثل في أمر يمكن التحقق من صحته أو كذبه بالرجوع إلى وقت وظروف ارتكابه.

غير أن القذف قد يستغرق السب⁷ عندما يكون الأمر المسند إلى الشخص المقتوف في نفس الوقت وصفاً مشيناً وإذا صلة بوقائع محددة ومثال ذلك أن يوصف الشخص بالحركي "فهذا الوصف يعتبر في آن واحد سباً لما يحمله من معاني التحقير والمساس بالشرف ويعتبر أيضاً قذفاً لأنه يتضمن وقائع محددة وهي تعامل الشخص

¹ محمود محمود مصطفى: شرح قانون العقوبات القسم الخاص، مطبعة جامعة القاهرة، الطبعة الثامنة، 1984، ص 312

² Rassat Michel- laure , op.cit , n° 240 , p221.

³ محمود محمود مصطفى: المرجع السابق، ص 346 فقرة 312،

⁴ Rassat Michel- Laure , opcit , n° 244, p 250.

⁵ Crim 3mai 1997 , Bull Crim n° 344, 15 mars 2004, Bull Crim n° 99 .

⁶ Crim ,24 avril 1987 DP 79 .1 . 435 .

⁷ Crim 8 aout 1989 Bull crim n° 286.

المعني مع إدارة أو جيش الاحتلال خلال حرب التحرير غير أن هذا الوصف إذا أطلق على شخص مولود بعد الاستقلال فإنه يشكل سباً لأن الواقعة المسندة مستحيلة التحقيق لذلك فإن الظروف والملابسات المحيطة بالإسناد هي التي تحدد الوصف الجزائي للفعل .

- المساس بالشرف والاعتبار:

لا جريمة بمفهوم المادة 296 (ق، ع) إلا إذا كانت الواقعة المسندة أو المزعوم ارتكابها من طرف الشخص المنسوبة إليه تمس بالشرف أو الاعتبار.

والشرف والاعتبار ليسا كلمتين مترادفتين بل لكل منهما معناها المحدد فالشرف ذو صلة بنزاهة الشخص وإخلاصه وذلك مهما كانت مرتبته الاجتماعية، أما الاعتبار فهو مرتبط بالتقرير والاحترام الذي يكتسبه الشخص في محيطه¹.

والشرف والاعتبار من المسائل النسبية التي تختلف باختلاف نظرتنا إليها فوفق المنظور الذاتي يتحدد الشرف والاعتبار انطلاقاً من وجهة نظر الشخص المقذوف نفسه ومقدار شعوره بكرامته وإحساسه بأنه يستحق من أفراد المجتمع معاملة واحتراماً متفقين مع هذا الشعور، أما وفق المنظور الموضوعي فإن الشرف والاعتبار هو المكانة التي يحتلها الشخص في المجتمع وما يتفرع عنها من حق في أن يعامل على النحو الذي يتفق مع هذه المكانة بقطع النظر عن شعوره الشخصي وإحساسه².

وفي هذا الشأن قضت محكمة النقض الفرنسية بأنه ينبغي على القاضي عند تقريره لمسألة المساس بالشرف والاعتبار أن لا يعتد بنظرة الشاكي الشخصية والذاتية للشرف والاعتبار ولا بنظرة الرأي العام لهذا الشخص لأن القانون عندما جرم القذف لم يميز بين الأشخاص على أساس المقاييس المذكورة³.

وتعتبر أيضاً ماسة بالشرف، الوقائع التي تتمثل في مخالفة القواعد الأخلاقية وتجعل الشخص المسندة إليه محل احتقار في نظر الناس، ومثال ذلك أن يقال عن الشخص أنه غش في الامتحان أو أنه بشأن مسألة معينة أو أنه كان سكراناً في مناسبة محددة.

أما الوقائع الماسة بالاعتبار فهي التي تكون ذات صلة بمحيط الشخص الاجتماعي سواء لحقته الإساءة في حياته الخاصة أو في حياته العامة والمهنية⁴ كوصف الشخص بأنه مصاب بمرض عقلي أو بمرض معد أو وراثي⁵ وراثي⁵ أو بأن له صلة قرابة مع مجرم¹ كما يعتبر قذفاً إسناد الوقائع التي تهز مكانة الشخص في وسطه المهني

¹ Encyclopédie Dalloz ، pénal –diffamation (mise à jour 31 aout 2001) n°77.

² محمود نجحي حسني: المرجع السابق، ص 608 فقرة، 826.

³ Crim ,2 juill 1999, Bull Crim , n°174

⁴ Rassat Michèle ; op.cit ,p 402n°406

⁵ Crim , 29nov 2001 ,DP 46 , 148

من حيث الثقة التي وضعت فيه كوصف المحامي بأنه أهمل الدفاع عن المتهم لأن توكيله تم في إطار المساعدة القضائية² أو القول أن شعبية صحفي قد انخفضت لأن صورته في الشاشة ليست محبوبة وذلك اعتادا على عملية سبر الآراء مزعومة³.

- تعيين الشخص أو الهيئة المقدوفة:

تشرط المادة 296 (ق،ع) أن يكون القذف موجها ضد شخص معين غير أنه ليس لازما أن يكون هذا الشخص معينا بالاسم والجريمة تعتبر قائمة إذا كانت العبارات المستعملة كافية للتعرف على الشخص المقدوف كما أنه ليس شرطاً أن يتعرف على الضحية جميع من وصلت إلى عمله الأخبار المشينة وإنما يكفي أن يعرف الشخص المقدوف في الوسط الاجتماعي أو المهني الذي يعيش فيه⁴ وقد لاعتبرت محكمة النقض الفرنسية أن تقدير هذه المسألة يخضع لقضاة الموضوع إذا ما استخلصتها المحكمة من عناصر خارجة عن الخطاب أو الكتابات المجرمة أما إذا استخلصت من تفسير الكتابات المذكورة فإنها تخضع لرقابة محكمة النقض⁵.

وللموضوع أهميته في القانون الفرنسي- لأن قانون 1881 يشترط لتحريك الدعوى العمومية في جريمة القذف والسب الشكوى المسبقة للشخص أو الهيئة المتضررة وفقاً للشروط التي حددتها المادة 48.

ينبغي التوضيح أن المادة 296 (ق،ع) تحمي الشخص الطبيعي والشخص الاعتباري على حد سواء وهو المقصود بمصطلح " الشخص " وقد اعتبرت محكمة النقض في فرنسا أنه يمكن لشركة تجارية أن تصاب في شرفها واعتبارها لأن القذف الذي يحصل في حقها يلحق القائمين بإدارتها⁶ أما مصطلح هيئة الذي يقابله في النص الفرنسي Corps فينطبق على المجموعات التي تتمتع بشخصية معنوية corporations وأيضا على الهيئات التي ليست لها شخصية معنوية مستقلة كالمحاكم أو المجالس القضائية وقوات الجيش ويشمل أيضا " الهيئات النظامية " التي عرفت محكمة النقض الفرنسية بأنها الهيئات التي لها وجود شرعي دائم والتي منحها الدستور والقوانين جزءا من السلطة أو الإدارة العمومية⁷.

أما بالنسبة لمجموعات الأفراد عدا المجموعات العرقية والمذهبية التي تحميها نصوص خاصة (المادة 298 ق،ع) فإن المادة 2969 تشملها أيضا وقد استقر الاجتهاد القضائي في فرنسا على الاعتراف لكل فرد من أفراد الجماعة

¹ Crim10 mars 1999 :bull crim , n° 150

² Trib cour Dijon 9 qrs 1901 Dp 1901 .2.462

³ Crim22mars 1985 Bull , crim n°15

⁴ Crim 13vov 1990 , DT pén 1991 , comm 131 ; cité par Rassat, op.cit , 400

⁵ Crim 12 juillet 1981, B 242 11 mai 1992 ,B170

⁶ Crim 10 juillet 1993,Bull Crim n° 147 ,12oct 1996 ,ibid n° 287 Rev seccrim 1997 ,G levasseur

⁷ صدر هذا القرار بشأن عبارة Corps constitués الواردة في المادة 30 من قانون 29 جويلية 1881

Crim 26avr , 1982 ; Bull crim n° 106

بحقه في اللجوء إلى القضاء إذا كانت الجماعة محدودة العدد¹ أما إذا تعلق الأمر بطائفة كبيرة كما لو تعلق الوصف بالماسونيين أو بالشواذ فإن الدعاوي التي يقيمها الأفراد بشكل مستقل لا تقبل².

- العلانية:

لا يكون الإسناد أو الإدعاء الماس بالشرف والاعتبار جريمة بمفهوم المادة 296(ق،ع) إلا إذا تم نشره وتحققت علانيته فجريمة القذف تقتضي العلانية وخطورتها لا تكمن في العبارات المشينة ذاتها بقدر ما تكمن في إعلانها³. وتتحقق هذه العلانية بالحديث أو الصياح أو التهديد ومعنى الحديث كل أقوال مفهومة يجهر بها الفاعل أما الصياح فيعني كل صوت ولو لم يكن مركبا من ألفاظ واضحة⁴ والتهديد هو كل تعبير يحمل معنى الوعيد والحاق وإلحاق الأذى في وقت لاحق لمن يوجه له ويمكن أن يقع التهديد بالقول أو الكتابة غير أنه في الحالتين مثله مثل الحديث والصياح يجب أن يتم في مكان عمومي أو في اجتماع عمومي وبشكل يجعله يصل إلى علم الجمهور، والمكان العمومي قد يكون عموميا بطبيعته كالشارع العمومي أو يصبح عموميا بالتخصيص مثل قاعات العرض التي تفتح للجمهور في أوقات محددة كما يمكن أن يصبح المكان الخصوصي عموميا بالمصادقة ومثال ذلك فناء المنزل أو مكتب المدير الذي يدخله الجمهور لسبب ما أما الاجتماع العمومي فهو كل تجمع احتشد فيه عدد كبير من الناس لم يدعوا إليه بصفة خاصة ولا حرج على أي شخص أن ينضم إليه وذلك بقطع النظر عن المكان الذي وقع فيه التجمع⁵.

ويقع القذف أيضا بالكتابة أو المنشورات أو اللافتات أو الإعلانات غير أن استعمال جميع هذه الأساليب يجب أن يحقق العلانية ويحصل ذلك بتوزيع الكتابات أو المطبوعات على الناس سواء كان عددهم قليلا أو كثيرا أو بإرسالها إلى عدة جهات أو عرضها للأنظار في مكان ظاهر ليطلع عليها الجمهور أو بيعها أو عرضها للبيع، وواضح أن العلانية تتحقق أيضا عن طريق مواقع الشبكة المعلوماتية الدولية انترنت Internet المفتوحة للجمهور.

2- السب العلني:

¹ Crim 16 jan 1976 b, 35-28 oct 1985 , B315

² Crim 16 fevr 1893 , D94-1.25 .25juillet 1900 .1.376 , 9fev 1954 D1954 . 117 note M.R.M.P crim 19 oct 1984 gaz-pal 1985 , nota Doucet

³ محمود محمود مصطفى : شرح قانون العقوبات قسم الخاص، دار النهضة العربية، مطبعة جامعة القاهرة والكتاب، 2006، ص 355 .

⁴ محمود محمود مصطفى : المرجع السابق، ص 357 .

⁵ محمود محمود مصطفى : نفس المرجع، ص 357 و 358 .

عرفت المادة 297 من قانون العقوبات السب بأنه كل تعبير مشين أو عبارة تتضمن تحقيرا أو قدحا لا ينطوي على إسناد أية واقعة" ويتبين من هذا المشرع عرف جريمة السب بتمييزها عن جريمة القذف فالقذف كما أسلفنا يقع فيه المساس بالشرف والاعتبار من خلال إسناد واقعة محددة للشخص المقذوف، أما السب وهو أيضا من الجرائم الماسة بالشرف والاعتبار فيتحقق بأي وصف وبأي إسناد عام لا يتعلق بواقعة محددة وبذلك يكون السب أشمل من القذف باعتبار أن كل قذف يتضمن بالضرورة إسناد أمر معين¹ وهو ما عبر عنه المشرع بصيغة كل تعبير مشين أو عبارة تتضمن تحقيرا أو قدحا....." أما الشرط الثاني لاكتمال الركن المادي في جريمة السب فهو العلانية وإن لم ينس عليها المشرع صراحة كما سترى .

- التعبير المشين أو عبارات التحقير والقدح:

ذكرنا عند تعرضنا لجريمة القذف أن الشرف والاعتبار هما مجموع للشخص من رصيد معنوي يوجب احترام وتقدير الغير له ويحدث المساس بشرف الشخص واعتباره عندما تنكر عليه صفة من الصفات التي تكون هذا الرصيد والمثثلة إما في صفاته الفطرية التي تتبع من كرامته أو صفاته المكتسبة بحكم المركز الذي يحتله الشخص في محيطه الاجتماعي² والملاحظ أن المشرع لم يتشريط صراحة أن يكون السلوك المجرم ماسا بالشرف والاعتبار كما في جريمة القذف لأن ذلك يستخلص مباشرة من العبارات المشينة أو من كل عبارة تتضمن التحقير والقدح³.

وهكذا فإننا إذا استثنينا القذف الذي له شروطه الخاصة كما ذكرنا يصبح سب كل سلوك يمس بشرف واعتبار المجني عليه.

ورغم أن المشرع لم ينص صراحة على الشكل الذي يتخذه هذا السلوك فإنه قد يقع بأي وسيلة من وسائل التعبير كالقول أو الكتابة وحتى بالإشارة إذا كانت لها في العرف دلالة المساس بالشرف والاعتبار .

والكتابة لا تعني اللغة المفهومة فقط وإنما تعني أيضا الرموز والرسوم والصور كما أسلفنا وتشمل أيضا المخطوطات والمطبوعات وسواء كانت العبارات المكتوبة أو المنطوق بها صريحة أو في شكل كتابة فإن الجريمة تعتبر قائمة متى أردت معنى المساس بالشرف والاعتبار وهذا ما حكمت به محكمة النقض في مصر- حيث ساوت من هذه الناحية بين السب والقذف والإهانة مؤكدة أنه لا عبرة في الجرائم القولية بالمداواة في الأسلوب ما دامت العبارات مفيدة بسياقها معنى الإهانة"⁴.

¹ محمود مجيب حسني: شرح قانون العقوبات قسم الخاص، دار النهضة العربية، مطبعة جامعة القاهرة والكتاب، 2003، ص 328

² محمود نجيب حسني: نفس المرجع، ص 330.

³ Rassat M.L op.cit , p 403 N° 407

⁴ نقض 27 فبراير 1933 مجموعة القواعد القانونية ج رقم 96، ص 140 (أورده الدكتور محمود نجيب حسني، المرجع السابق، ص 700 فقرة 944).

أما مضمون العبارة التي تكون السب فقد يتجدد من خلال الكلمة المستعملة ذاتها كان تكون نائية أو قبيحة ومثال ذلك الكلام المخل بالحياء الذي يشكل في نفس الوقت جريمة الفعل المخل بالإحياء إذا توفرت شروطها وهو المقصود بالتعبير " المشين" كما يحدث الجرم الشخص أو قدحا invective أي تجريحا في شخصه ويتحقق ذلك بإسناد عيب أخلاقي أو بدني للشخص كوصفة بأنه لص أو نصاب أو أو فاسق أو وصفه بأنه أعور مسلول وكل هذه الأوصاف تتضمن القدح والتحقير، ويمكن أيضا أن يقع السب بغير إسناد عيب معين كوصف الشخص بالحمار أو الكلب، ويقع السب أيضا بتمنى الشر للشخص كمن يستعمل عبارة بتمنى بها الموت والهلاك الضحية.

وخلافا لما هو مقرر في جريمة القذف من عدم الاعتداد بصفة الشخص المقذف للقول بمدى قيام الجريمة فإن محكمة النقض الفرنسية اعتبرت أن مكانة الضحية ذات أهمية في جريمة السب لأن الأسلوب الذي يخاطب به وزير يختلف عن الأسلوب الذي يخاطب به سكير أو عريذ¹ وكذلك القاضي فما يجب نحوه من احترام يتنافى ومخاطبته بلغة سوقية².

ويجب القول أن للعرف دوره في تحديد ما إذا كانت العبارة المستعملة تحمل الأدلة مشينة أو معنى التحقير والقدح³.

وكذلك تتدخل الظروف المحيطة الواقعة في تحديد معنى العبارة المستعملة ودلالاتها فكلمة يهودي لا تعني التحقير في حد ذاتها وإنما قد تؤدي هذا المعنى إذا اقترب بظروف معينة ووقعت في محيط معين بل كيفية النطق والنبوة المستعملة في الكلام قد تعطي للقول معاني مختلفة.

يجب التوضيح أيضا أن جريمة السب تقتضي أن تكون العبارة المشينة والقبيحة موجهة لشخص محدد سواء كان شخصا طبيعيا أو معنويا فإذا كانت الألفاظ عامة أو موجهة إلى أشخاص خالين فلا جريمة ومثال ذلك السكير الذي تدفعه حالة السكر إلى التفوه بعبارات قبيحة أو نائية دون أن يقصد بها شخصا معينا بالذات غير أنه إذا أمكن التعرف على الشخص المقصود رغم استعمال عبارات عامة فإن الجريمة تتحقق وفي كل الأحوال فإن تقدير هذه المسألة يرجع إلى قاضي الموضوع وقد قضت محكمة النقض المصرية بأنه ليس شرطا أن يقع

¹ Crim 20 oct 1991 : bull crim n° 329

² Paris , 2 mars 1995, Dt pén , 1995 , comm 121 à propos d'un procureur de la République qui à été traite de mec et de barjo

³ فكلمة قواد مثلا تؤدي معاني مختلفة في شرق الجزائر وغربها ففي الشرق قد تأخذ معنى نقل الأخبار وإبلاغها وكشفها للغير أو في وسط البلاد وغربها فإن معناها أقرب من القوادة والإستزاق من إستغلال دعاية النساء.

السب بحضور المقصود أو أن يصل إلى علمه فقد قصد المشرع من جريمة السب حماية المكانة الاجتماعية للمعتدي عليه لا صيانة نفسه من الأذى قد يتعرض له من جراء السب¹.

ولابد من الإشارة في الحكم على العبارات التي تشكل السب كما صدرت عن المتهم دون تحريفها أو اختصارها لأن إعطاء العبارة وصف السب يخضع لرقابة المحكمة العليا مثله مثل العبارات التي تكون جريمة القذف².

وتجدر الإشارة أخيرا إلى أن العبارات مهما كانت بذينة وقبيحة لا تشكل جريمة السب إذا كانت موجهة إلى مذهب معين أو فكرة معينة مع الملاحظة أن الأمر يختلف ويصبح جريمة إذا كان موجها إلى شخص أو ينتمون إلى مجموعة عرقية أو مذهبية أو إلى دين معين، والتجريم هنا يحدد أساسا في نص المادة 298 مكرر من قانون العقوبات.

- العلانية:

لم ينص المشرع صراحة على شرط العلانية لكنه يستخلص من تجريمه للسب غير العلني بنص مستقل (المادة 463 ق، ع) ويستخلص أيضا من المحكمة في تجريم السب وهي حماية المكانة الاجتماعية للشخص، والمساس بهذه المكانة لا يقع إلا إذا سمع الناس ناعت به الضحية من أوصاف بذينة أو ما قيل بشأنه من عبارات التحقير والقذح.

ومثل القذف تتحقق العلانية هنا عن طريق الجهر بالقول في مكان عمومي يرتاده الجمهور ف كل وقت كالساحة العامة أو مكان عمومي يرتاده الجمهور في أوقات محددة كالمطعم أو المقهى أو قاعة العرض كما تتحقق العلانية إذا وقع السلوك المجرم في اجتماع عمومي وتتحقق أيضا بمختلف وسائل الإعلام التي تتيح للجمهور معرفة العبارات المشينة أو التحقيرية، مثل: توزيع المطبوعات أو الصور المشينة لعدد من الأفراد بغير تمييز أو عرضها في مكان يتيح رؤيتها لمن يكون في مكان عام وكذلك بيعها أو عرضها للبيع غير أن العلانية لا تتحقق بالرسالة الموجهة إلى الشخص المقصود بالسب وحده وفي هذه الحالة يصبح الفعل مشكلا لجريمة السب غير العلني إذا توفرت شروطه (المادة 463 ق، ع) أما الرسالة التي تنسخ وترسل إلى عدد كبير من الناس فتتحقق بها العلانية لأنها تعتبر بمثابة توزيع.

ثانيا: الإخلال بالاحترام الواجب نحو الهيئات القضائية

¹ نقض 1 فبراير 1913 المجموعة الرسمية، ص 42 رقم 14، ص 81-27 فبراير 1992، المجموعة الرسمية، ص 109 رقم 23، ص 168 (محمود نجيب حسني، المرجع السابق، ص 704 فقرة 952).

² Rassat M.L op.cit , n° 407, p 403.

1- إهانة المجالس القضائية والمحاكم:

نصت المادة 146 من قانون العقوبات على تجريم الإهانة أو السب أو القذف الموجه بواسطة الوسائل التي جحدتها المادتان 144 مكرر و 144 مكرر 1 ضد البرلمان أو إحدى غرفتيه أو ضد المجالس القضائية أو المحاكم أو ضد الجيش الوطني الشعبي أو أية هيئة نظامية أو عمومية أخرى".

كانت المادة 146 (ق،ع) من ضمن المواد التي احتواها القانون رقم 09-01 المؤرخ في 26 يونيو 2001 المعدل والمتمم لقانون العقوبات وبموجب هذا النص تم توسيع نطاق تطبيق المادة 146 إلى الهيئة التشريعية والمجالس القضائية والمحاكم والجيش الوطني الشعبي وأية هيئة عمومية وذلك بعد أن كان تطبيقها يقتصر على الهيئات النظامية.

خاتمة:

نستنتج مما سبق أن الإعلام حق من حقوق الأساسية التي كفل لها المشرع حماية خاصة بموجب مختلف الآليات القانونية، إلا أن وظيفة القضاء تقتضي هي الأخرى احترام واثقياد لهيئاتها المختلفة حتى تحقق الدور الذي وجدت من أجله، وهو احترام القانون والسهر على تطبيقه، وتجسيد معنى العدالة بين أفراد المجتمع، لذلك عمد المشرع الجزائري كغيره من التشريعات على أفراد حماية جزائية للهيئات القضائية وممثليها، وذلك للحد من التجاوزات التي يمكن أن تصدر من الإعلامي اتجاه السلطة القضائية، وعليه لابد من الاعتراف بواجب التكامل بين الجهازين الإعلام والقضاء باعتبارهما الوسيطتين الأساسيتين لمعيار تحضر مجتمع ما من تخلفه.

الأحكام القانونية للتسخيرة الطبية^{*}

أ/ باعزیز أحمد- أستاذ مساعد "أ"- بمعهد الحقوق والعلوم السياسية - المركز الجامعي مغنية.

ملخص:

في إطار مهمته كمساعد للعدالة ومصالح الشرطة القضائية ، يتصل الطبيب لاسيا الشرعي بالجهات القضائية الجزائية بمناسبة البحث عن الدليل الجنائي بإحدى الوسيطتين ، فإما أن يكون مدعوا بناءً على تسخيرة طبية للقيام بفحوصات أو معاينات مستعجلة لا تختمل التأخير .

أو بناءً على أمر أو حكم ينتدبه لإجراء خبرة طبية و تحرير تقرير يجب فيه عن الأسئلة التي سبق و أن حددتها له الجهة التي انتدبته ؛ فهاتان الوسيطتان تشكلان حلقة وصل بين الطبيب و جهاز العدالة كما تشكلان في نفس الوقت الأداة الأكثر استعمالا الموضوعة تحت تصرف القاضي الجزائي الذي يمكنه بواسطتها أن يقلل دوره الإيجابي في البحث عن الدليل الجنائي في المسائل الجزائية .

Résumé:

Dans le cadre de sa mission en tant que complément aux intérêts de la justice et la police judiciaire, le médecin concerne en particulier judiciaire pénale légitime approche à l'occasion de la recherche de preuves en matière pénale dans l'une des deux méthodes, soit être invité basée sur harnaché médicale pour effectuer des contrôles d'urgence ou les inspections ne peuvent pas être retardées.

Ou sur le délégué de l'ordre ou jugement d'expertise médicale et la modification d'un rapport répondant aux questions déjà et mettre son corps qui a attribué par: Ces deux moyens constituent un lien entre le médecin et le système de justice et constituent en même temps le plus largement utilisé mettre l'outil à la disposition du juge pénal dans lequel, qui peut faire un rôle positif dans la recherche de preuves en matière pénale en matière pénale.

تمهيد :

تعتبر التسخيرة الطبية من أكثر الوسائل استعمالا لاتصال الجهات القضائية بالطبيب ، فهذا الأخير لا يخطر نفسه بنفسه، فهولا يلعب دوره كسأهم في البحث عن الدليل الجنائي إلا تنفيذاً لأمر صادر عن جهة قضائية، وعليه فهو يتدخل في حدود الإطار المبين له بموجب هذا الأمر الذي غالبا ما يظهر في شكل تسخيرة طبية

^{*} تاريخ إيداع المقال: 2017/06/07

تاريخ تحكيم المقال: 2017/06/25

يكلف بناءا عليها بالإجابة عن قائمة الأسئلة المطروحة عليه والذي يلتزم بالرد عليها في حدود معرفته وإمكاناته ليحرر تقريراً بذلك يودعه لدى الجهة التي انتدبته.

مما يدفع بنا الى التساؤل حول المقصود بالتسخيرة الطبية ، ما هي الجهات المسخرة ؟ ما هي حالات التسخيرة ؟ و فيما يتمثل شكل التسخيرة ؟

للإجابة عن هذه الأسئلة ، سنقسم بحثنا هذا إلى أربعة مباحث ، الأول سنعالج فيه مفهوم التسخيرة الطبية ، أما الثاني سنتطرق فيه إلى الجهات المسخرة ، في حين أن حالات التسخيرة الطبية فسنناولها في المبحث الموالي على أن شكل التسخيرة فيكون محل للمبحث الرابع.

المبحث الأول: مفهوم التسخيرة LA REQUISITION

تعرف التسخيرة الطبية بأنها أمر صادر إلى طبيب للقيام بتنفيذ مهمة ذات طابع طبي قضائي غالبا ما تتسم بالطابع الإستعجالي، و التسخيرة بهذا المعنى تعني كل طبيب ممارس حاصل على شهادة في الطب بغض النظر عن كونه طبيبا شرعيا، و تهدف إلى القيام بأعمال فنية طبية تقتضيها مرحلة التحريات الأولية و جمع الاستدلالات حفاظا على الأدلة التي كلما تأخر تدخل الطبيب المسخر زاد احتمال اختفائها و زوالها، و تتميز عن إجراء الخبرة الطبية التي تأمر بها جهات التحقيق أو الحكم بطابعها الإستعجالي ودورها في حفظ الدليل أكثر من البحث عنه.

ويمكن الإشارة هنا إلى أن الطبيب المسخر في إطار تسخيرة طبية لا يمكنه رفض أداء المهمة المسندة إليه طالما أنه يتمتع بصفة الطبيب و هو ما يفرض عليه واجب قبول المهمة وأداءها في نفس الوقت، إذ ليس للطبيب المسخر أن يناقش أمر التسخير أو أن يدفع بعدم كفاءته في تنفيذ المهام المسندة إليه، اللهم إلا إذا تعلق الأمر بمهمة تشريح الجثث مثلا، التي تسند حصرا إلى الأطباء الشرعيين في إطار خبرة طبية غالبا. أما في سائر ذلك من الحالات فيبقى أمر التسخير واجب التنفيذ تحت طائلة العقوبات المنصوص عليها في المادة 187 مكرر من قانون العقوبات⁽¹⁾، لاسيما إذا تعلق الأمر بمعاينات و فحوصات لا يمكن تأخيرها كما هو الشأن في معاينة الوفاة وكذا فحص ضحايا الجروح العمدية و تحرير شهادات طبية وصفية و تقدير نسبة العجز و تبيان الوسيلة المستعملة في إحداثها.

المبحث الثاني : الجهات المسخرة.

تعتبر التسخيرة الطبية من الأدوات التي وضعها المشرع تحت تصرف النيابة العامة والأشخاص العاملين تحت سلطتها وإشرافها بغرض جمع الأدلة أو على الأقل الحفاظ على الدليل وعلى حالة الأماكن ريثما يتدخل أهل

(1) - جاء في نص المادة 187 مكرر المعدلة بموجب القانون رقم 23-06 المؤرخ في 20 ديسمبر سنة 2006 : أنه يعاقب بالحبس من شهرين 2 إلى ستة 6 أشهر و بغرامة من 1.000 دج إلى 10.000 دج أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط كل من لا يمثل لأمر تسخير صادر ومبلغ له وفقا للأشكال التنظيمية.

الاختصاص بموجب خبرة طبية إن اقتضى- الأمر للتنقيب عن الدليل، و في انتظار ذلك ونظرا للطابع الإستعجالي للعملية فقد خول المشرع لوكيل الجمهورية.

و ضباط الشرطة القضائية أن يستعينوا بكل شخص مؤهل يرون تدخله ضروريا أثناء التحريات عن طريق إجراء التسخيرة، و هذا ما نصت عليه المادة 62 من قانون الإجراءات الجزائية حينما أجازت لوكيل الجمهورية الانتقال إلى مكان وقوع الجريمة و اصطحاب أشخاص قادرين على تقدير ظروف الوفاة، و إن كان النص هنا لا يشير صراحة إلى أن الشخص المستخر يجب أن يكون طبيبا إلا أنه يجب القول أنه لا يوجد شخص آخر غير الطبيب أهلا لتقدير ظروف الوفاة، كما أجازت المادة 49 من نفس القانون لضباط الشرطة القضائية في حالة التلبس أن يلجؤوا إلى أهل الاختصاص متى تطلبت الجريمة المرتكبة ذلك إذ نصت على أنه « إذا اقتضى- الأمر إجراء معاينات لا يمكن تأخيرها، فلضباط الشرطة القضائية أن يستعينوا بأشخاص مؤهلين لذلك...».

المبحث الثالث : حالات التسخيرة.

لقد خص قانون الاجراءات الجزائية بالذكر حالة اكتشاف جثة كحالة من حالات التسخيرة في مادته 62، إلا أن ذلك جاء على سبيل المثال طالما أن المادة 49 من نفس القانون تخول لضباط الشرطة القضائية اللجوء إلى نفس الإجراء متى تعلق الأمر بمعاينات لا يمكن تأخيرها⁽¹⁾ و من هنا يظهر أن معيار تحديد حالات التسخيرة يكمن في الطابع الإستعجالي للوقائع والخشية من زوال الآثار التي يتركها الجاني في مسرح الجريمة والتي غالبا ما يتفنن في إخفائها وعليه يمكن تحديد بعض الحالات التي يلجأ فيها إلى التسخير الطبي في ما يلي:

المطلب الأول : رفع الجثة و حالة الأماكن : Levée du corps et état des lieux

إن اكتشاف جثة يمثل دائما حدثا قضائيا قانوني هام جدا عادة ما يؤدي إلى تحريك الدعوى العمومية من طرف النيابة.⁽²⁾ تعرف عملية رفع الجثة بأنها عملية طبية شرعية يمكن أن تسند لأي طبيب ممارس تحت شكل تسخيرة سواء من وكيل الجمهورية أو من ضباط الشرطة القضائية في حالة العثور على جثة و كانت أسباب وفاتها مجهولة بغض النظر عن طابعها الإجرامي.

و هو ما أشارت إليه المادة 62 من ق.إ.ج، فرفع الجثة هو فحص أولي لهذه الأخيرة مند اكتشافها بحكم أنه أول اتصال مادي بين الطبيب الشرعي و الجثة.

و تهدف هذه العملية إلى الحصول على معلومات من شأنها توجيه التحقيق للتعرف على الشكل الطبي الشرعي للوفاة وما إذا كانت ناتجة عن حادث أو ذات طابع إجرامي أو عرضي (قتل، انتحار، موت طبيعي).

(1) - كان يجد المحقق نفسه أمام حالة فتح خزائن محكمة الأقفال أو معرفة طبيعة مادة كيميائية أو تقدير وزن مادة مخدرة... للمزيد من التفاصيل عن حالات تسخير الأشخاص المؤهلين، راجع مؤلف أحمد غاي تحت عنوان: **الوجيز في تنظيم و مهام الشرطة القضائية**، الطبعة الثانية، دار هومة الجزائر، 2006، صفحة رقم: 39 و ما يليها.

(2) - براجع مختار: العلاقة بين الطب الشرعي القضاء و الضبطية القضائية، مجلة الشرطة، العدد 70، الجزائر ديسمبر 2003، ص: 39.

و يقع على الطبيب المسخر مهمة الإجابة عن الأسئلة الموجهة له من الجهة المسخرة و التي غالبا ما تدور حول تحديد الشكل الطبي الشرعي للوفاة، تحديد لحظة الوفاة والبحث عن علامات العنف المترجمة للجريمة⁽¹⁾ و وصولا إلى ذلك فإن الطبيب يمر في مهمته هذه عبر ثلاث (03) مراحل، تتمثل أساسا في مرحلة فحص حالة الأماكن والأشياء المتواجدة في مسرح الجريمة ثم مرحلة الفحص الخارجي للجنة وأخيرا فحص الملابس.

وهكذا نقول بأن رفع الجثة مصلحة طبية شرعية تتمثل أساسا في معاينة الوفاة. التعرف على الجثة، تحديد الشكل الطبي الشرعي للوفاة، فحص حالة الأماكن، البحث عن الآثار و الدلائل، تحديد و توجيه عمليات رفع العينات، تحديد موقع الجثة في مكان اكتشافها وكل المعاينات المفيدة. التوجيه المفيد والفعال للتحقيق الأمني من خلال التنسيق مع تقني مسرح الجريمة. و في هذا السياق ترى الدكتورة **لعربي سهيلة** أن من بين أهم العوائق أو المشاكل التي تعترض رفع الجثة ما يلي:⁽²⁾ مهلة تدخل الطبيب الشرعي، تعفن الجثة، طمس معالم الجريمة، الرفع البيولوجي و التحاليل المخبرية.

المطلب الثاني : حالة الضرب و الجرح.

يلجأ إلى التسخيرة الطبية في هذه الحالة غالبا لتحديد مدة عجز الضحية عن العمل الشخصي. وكذا الأضرار اللاحقة بها و هذا تفاديا لشهادات المجاملة التي يحضرها الضحية و التي كثيرا ما تحتوي على مدة عجز لا تقابل الحقيقة إضرارا بملتهم، ضف إلى ذلك أن تحديد مدة العجز إجراء تطلبه القانون نفسه الذي أوقف عليه تكليف الجريمة، و بالتبعية تحديد الجهة القضائية المختصة، فإذا حدّد الطبيب المسخر مدة العجز بأقل من 15 يوم في الضرب و الجرح العمديين أو أقل من 03 أشهر في الجروح الخطأ أخذت الجريمة وصف المخالفة (المادة 442 قانون العقوبات) أما إذا زادت عن 15 يوم أو 03 أشهر في الجروح الخطأ فإنها تأخذ وصف الجنحة⁽³⁾، في حين إذا تعلق الأمر بأعمال عنف نتجت عنها عاهة مستديمة كفقْدان البصر، أو بتر أحد الأعضاء فإن الجريمة تتخذ وصف الجنائية⁽⁴⁾ وهنا ينصح بالتريث في معالجة مثل هذه المسائل خاصة إذا نتجت عنها إصابات بليغة فالأنسب في مثل هذه الحالات إحالة القضية إلى التحقيق و انتظار التتام الجروح للتأكد من عدم وجود العاهات المستديمة أو حدوث الموت⁽⁵⁾، و الواضح أن الهدف من إجراء التسخيرة هنا لا يهدف إلى البحث عن الدليل الجنائي بقدر ما يساعد على تحديد اختصاص المحكمة اللهم إلا إذا تضمنت التسخيرة ذاتها تحديد

(1) - د/ لعربي سهيلة ، مسرح الجريمة : مكانة الطبيب الشرعي ، خبرة مصلحة الطب الشرعي بتملسان. مداخلة غير منشورة. أشغال الملتقى الوطني الأول- طب شرعي وجمع ، تلمسان يوم: 06 نوفمبر 2008.

(2) - د/ سهيلة لعربي، المداخلة المشار إليها أنفا.

(3) - أنظر المواد: 264 – 289 من قانون العقوبات.

(4) - أنظر المادة: 264 بقرة 03 من قانون العقوبات.

(5) - د/ أحسن بوسقيعة : " الوجيز في القانون الجنائي الخاص "، الجزء الأول، طبعة 2002 ، دار هومة، ص: 54.

وسيلة الضرب أو الجرح باعتبارها ظرف مشدد، إذ هنا تصبح شهادة الطبيب بمثابة دليل إثبات على الظرف المشدد قابل للمناقشة،

ومن ثمة فللنيابة أن تمسك به للمطالبة بتشديد العقوبة أو حتى تغيير التكييف القانوني للجريمة إذ قد يصرح قاضي محكمة المخالفات بعدم اختصاصه في نظر جريمة الضرب والجرح العمد التي نتج عنها عجز أكثر من 15 يوم أو مع استعمال السلاح، و لكن و مع ذلك فإنه تجدر الإشارة أن هذه الشهادة الطبية لا تفيد في إسناد الوقائع إلى المتهم إذا أنكر ارتكابها و لم يكن هناك دليل آخر ضده يسند الوقائع إليه، ذلك أن الشهادة الطبية المحررة بهذه الصفة و حسب اجتهاد المحكمة العليا تفيد في إثبات الضرر و لا تفيد في إسناد ارتكاب الوقائع المشككة للركن المادي للجريمة للمتهم.

المطلب الثالث : حالة هتك العرض.

تقتضي جريمة هتك العرض في القانون الجزائري أن تكون هناك واقعة رجل لامرأة بدون رضاها، أو حتى برضاها إذا كانت لا تتجاوز 16 سنة، ولما كانت هذه الجريمة تتطلب كركن مادي لها حدوث فعل الوقاع واستعمال العنف، فإنه يقع على النيابة باعتبارها سلطة اتهام أن تثبت هذا الركن، و بما أن آثار العنف معرضة لخطر الزوال مع مرور الوقت، فإن النيابة و بمجرد ما تودع لديها شكوى بهذه الجريمة غالبا ما تسارع إلى تحرير تسخيرة إلى طبيب شرعي تحدد له مهمة فحص الضحية و بالضبط الجهاز التناسلي و ما إذا كانت هناك آثار للإيلاج وعلامات تدل على حدوث عراك بين الجاني والضحية الأمر الذي يثبت عنصر استعمال العنف الذي يعتبر جوهريا لقيام هذه الجريمة، و التسخيرة على هذا النحو تشكل سعيًا من النيابة للحصول على دليل إثبات تمهيدا لعرضه على قاضي الحكم. وهو ما يلتجأ إليه السيد ضابط الشرطة القضائية في التحريات الأولية⁽¹⁾. على أن مصالح الشرطة القضائية أول من يقوم باستقبال الضحية و سماعها، حيث يتم توجيهها إلى مصلحة الطب الشرعي أو طب النساء لتخضع إلى فحص طبي دقيق من الفعل الجنسي- أو الحمل إذا تعلق الأمر بفتيات كن ضحايا اغتصاب وتدون كل التفاصيل في شهادة طبية ترفق إلى السيد وكيل الجمهورية مصحوبة بملف الإجراءات التي يتم اتخاذها.

المطلب الرابع: تحديد نسبة الكحول في الدم.

نصت المادة 19 من القانون 01-14 المؤرخ في 2001/08/19 المتعلق بحركة بتنظيم المرور عبر الطرق و سلامتها وأمنها على أنه في حالة وقوع حادث مرور جسامي تقوم الشرطة القضائية بإجراء عملية الكشف عن تناول الكحول بواسطة جهاز زفر الهواء و عندما تبين عملية الكشف عن احتمال تناول مشروب كحولي أو في حالة اعتراض السائق على نتائج هذه العمليات أو رفضه ذلك تقوم الشرطة القضائية بإجراء عمليات الفحص الطبي

(1) - خيرة مسعودان، أشغال اليوم الدراسي حول: الأطفال ضحايا العنف و سوء المعاملة، المنعقد في أواخر شهر مارس لسنة 2007، منقول عن مجلة الشرطة، العدد: 84، الجزائر 2007.

و الإستشفائي و البيولوجي للوصول إلى إثبات ذلك، وتثبت حالة السكر بوجود الكحول في الدم بنسبة تعادل أو تزيد 0,20 غ/1000⁽¹⁾، حيث أن مأمور الضبط القضائي و بمقتضى نص المادة 49 من ق.ا.ج عادة ما يسخر الطبيب بموجب تكليف شخصي من أجل نزع عينتين من دم -المتورط في جنحة القيادة في حالة سكر لترسل القنيتين في إطار تسخيرة ثانية إلى مخبر الشرطة العلمية بغية إجراء التحاليل عليهما قصد موافاة مصالح الأمن لدى دائرة الاختصاص بتقرير كتابي عن الخبرة العلمية المنجزة من طرف فرع الكحوليات. وقد أكدت المحكمة العليا على إجبارية الخبرة لإثبات جنحة السياقة في حالة سكر ولو اعترف المتهم⁽²⁾. وهو ما يفيد في تشديد العقوبة باعتبار هذه النسبة طرفا مشددا قد يغلط العقوبة إلى الضعف⁽³⁾.

المطلب الخامس: فحص الأشخاص الموقوفين للنظر

إن الفحص الطبي الذي نص القانون على وجوبه عند انقضاء أجال التوقيف للنظر من شأنه أن يكشف عن الممارسات غير المشروعة والأعمال المنافية للقانون والآداب التي يمكن أن يلجأ إليها ضباط الشرطة القضائية من أجل استئصال المعلومات عنوة من الموقوف إذ قد يلجأ إلى العنف والقوة، الأمر قد ينتج عنه آثار على جسم الشخص محل التوقيف الذي رفض الإدلاء بتصريحات حول الجريمة أو أنكر علاقته تماما بها.

ولقد نصت المادة 51 مكرر 01 من ق.ا.ج في فقرتها الثانية على أنه عند انقضاء مواعيد التوقيف للنظر يتم وجوبا إجراء فحص طبي للشخص الموقوف إذا ما طلب ذلك أو بواسطة محاميه أو عائلته ويجرى الفحص الطبي من طرف طبيب يختاره الشخص الموقوف من الأطباء الممارسين في دائرة اختصاص المحكمة. وإذا تعذر ذلك يعين له ضابط الشرطة القضائية تلقائيا طبيبا، تضم شهادة الفحص الطبي بملف الإجراءات...⁽⁴⁾.

وهو ما تضمنته المذكرة رقم 09/أع/1111/1111 الصادرة عن الأمانة العامة لوزارة العدل -الجزائر- بتاريخ 07 ديسمبر 2009 بخصوص الفحص الطبي للموقوف تحت النظر، و التي أكدت أن عرض الموقوف للنظر للفحص الطبي ينبغي أن يتم في نهاية فترة التوقيف و قبل تقديمه أمام وكيل الجمهورية، و لهذا يجب أن تدون على شهادة الفحص الطبي ساعة حضور الموقوف أمام الطبيب المعين، كما يجب أن يتم الفحص الطبي للموقوف على انفراد مع الطبيب المعين ما لم يكن حضور أعوان الأمن ضروريا لدواعي أمنية ويجب أن توضع شهادة الفحص الطبي وجوبا، وفي جميع الأحوال في ظرف مغلق بختم الطبيب المعين و عليه عبارة (سري). و يوجه مع ملف الإجراءات إلى وكيل الجمهورية المختص.

(1) - المعدل و الختم بموجب الأمر رقم 03-09 المؤرخ في 22 يوليو سنة 2009، الجريدة الرسمية العدد: 45، لعام 2009 ..

(2) - قرار مؤرخ في 19/02/1981، نشرة القضاة عدد: 44. وكذا القرار الصادر عن المجلس الأعلى سابقا بتاريخ 10/09/1984، المجلة القضائية، العدد: 04، لسنة 1984.

(3) - أنظر المادة: 290 من قانون العقوبات.

(4) - مبخوتي فاطمة: التوقيف للنظر، مذكرة التخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، الدفعة السادسة عشر، وزارة العدل، الجزائر، 2009، ص: 41.

للإشارة فان فحص الأشخاص الموقوفين للنظر من طرف الأطباء الشرعيين في فرنسا يتم داخل مقرات الضبطية القضائية (الشرطة ، الدرك الوطني ، الأمن العسكري) .

المطلب السادس : فحص الأشخاص المتواجدين في حالة السكر العلني السافر

حيث أنه و عملا بما هو منصوص عليه في الأمر رقم :75-26 المؤرخ في 29 أبريل سنة 1975 المتعلق بقمع السكر العمومي و حماية القصر من الكحول ، لاسيا نص المادة 06 فان كل شخص يوجد في حالة سكر في الشوارع أو في المقاهي أو في الحانات أو في المحلات العمومية الأخرى يجب، من باب الأمن أن يقاد إلى مركز الشرطة الأقرب أو إلى غرفة الأمن يمكث بها إلى أن يسترجع وعيه. على أنه لا يوجد أي نص قانوني يلزم مصالح الأمن بفحص الحالة الصحية لأصحاب السكر البين ، إلا أن الواقع العملي أملى ذلك بحكم أنه ومن باب الإجراءات الوقائية و أثناء التواجد بالخدمة و بعد عملية التلمس الجسدي عادة ما يقتاد عبر مركبة المصلحة أو سيارة السلاح المخالف إلى أقرب الاستعجالات أو أي مرفق صحي عمومي ليعرض على الطبيب المناوب ليحدد هذا الأخير بعد الفحص الطبي و بخاصة الجسدي حالة المحتجز و ذلك بعد تسلم الطبيب المعين تسخيرة صادرة عن الشرطة أو الدرك الوطني صاحبة الإجراء بغية موافاتهم بشهادة طبية تثبت الحالة الصحية لتوضع تحت تصرفهم. و بعد مباشرة هذه الإجراءات يعاد المعني بالأمر إلى الغرفة الأمنية ليمكث بها حين استعادة تمام رشده و فور زوال حالة السكر وانجلائها يتم سماعه ليحرر تقرير عن مخالفة يرفع إلى السيد وكيل الجمهورية لدى المحكمة المختصة إقليميا ، و هكذا يطلق سراح المسموع على التو.

المطلب السابع : نزع الدم لإجراء خبرة طوكسيكولوجية

حيث أنه في حالة اكتشاف جثة تباشر كافة الجهات المختصة عملها ، على أن لعناصر الشرطة العلمية أو ما يعرف في الواقع العملي بفرق التعريف القضائي العديد من الأعمال التقنية سواء تلك المنجزة بمسرح الجريمة ، مصلحة حفظ الجثث و كذا بالمحطة كرفع البصمات و معاينة الملابس و أخص صور فوتوغرافية لغرض إثبات حالتها . كما بإمكان ذات العناصر تسخير الطبيب الشرعي من أجل نزع الدم من جسم الضحية ، ليرسل إلى مخبر الشرطة العلمية بغية إجراء خبرة طوكسيكولوجية عليه لإخضاعه لتحاليل كيميائية ومجهريّة لتحديد نوعية السم ودرجة تركيزه من عدمه⁽¹⁾.

المطلب الثامن : حالة تأجيل تنفيذ الأحكام الجزائية

جاء في مؤدى نص المادة 16 من قانون رقم 04-05 المؤرخ في 06 فبراير 2005 المتعلق بتنظيم السجون و إعادة الإدماج الاجتماعي للمساجين أنه لا يجوز منح الاستفادة بالتأجيل المؤقت للأحكام الجزائية للمحكوم عليه إلا

(1) - للاستزادة و التوسع أكثر في هذا المجال راجع مذكرتنا الموسومة بعنوان : **الطب الشرعي و دوره في الإثبات الجنائي**. مذكرة التخرج لنييل شهادة الماجستير في القانون الطبي ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة أبي بكر بلقايد ، تلمسان ، الجزائر، سنة 2010 / 2011.

في حالة ما إذا كان المعني بالأمر مصاب بمرض خطير معين بموجب تقرير طبي منجز من طرف طبيب تسخره النيابة و يتناقض مع وجوده رهن الحبس.

المبحث الرابع : شكل التسخيرة الطبية.

نظرا للطابع الإستعجالي للمعانيات التي يطلب من الطبيب المسخر القيام بها في إطار تسخيرة طبية فإن القانون لم يخضع هذه الأخيرة لشكل معين و من ثمة يجوز أن يؤمر بها كتابة⁽¹⁾، كما يمكن أن يؤمر بها شفاهة كما هو الشأن مثلا في حالات تحليل الدم للكشف عن نسبة الكحول، بل و قد يؤمر بها عن طريق الهاتف في حالات الاستعجال القصوى على أن تلحق كتابيا بعد ذلك.

هذا مع مراعاة ما تقتضيه المواد 49، 62 من قانون الإجراءات الجزائية التي توجب على الطبيب المسخر تأدية اليمين كتابة على إبداء رأيه بما يمليه عليه الشرف و الضمير، ما لم يكن قد سبق له و أن أداها عند قيده لأول مرة في الجدول.

ولما كانت حالة تسخير النيابة للطبيب الشرعي هي الأكثر شيوعا فإن ذلك يدفعنا للتركيز عليها بالتعرض للخصائص أو الشروط الشكلية و الموضوعية للتسخيرة.

فإذا كانت الشكلية عادة لا تطرح إشكالات كأن تكون معلومة المصدر مؤرخة و موقعة، تعيين الطبيب المعني بها، فإن الشروط الموضوعية تستوجب الوقوف عندها لعدة أسباب⁽²⁾:

1- من حيث المهمة : على الجهة المسخرة تحديد مهمة الطبيب الشرعي بكل دقة و تحديد المطلوب منه في سياق البحث عن الحقيقة لتفادي العمومية و اللجوء المبالغ فيه إلى التشريح العام اللهم إلا إذا اقتضى الأمر ذلك.

2- عادة ما تسلم التسخيرة في شكل ورقة وحيدة غير مرفقة بأي شيء يمكن بواسطته توجيه الطبيب الشرعي لذلك ينصح بضرورة إرفاقها على الأقل بشهادة معاينة الوفاة، ونسخة من التقرير الإخباري الأولي في الحالة التي يكون قد سبق معاينتها من طرف طبيب عام ، وذلك بطبيعة الحال إذا ما تعلق الأمر بالبحث في أسباب الوفاة.

و مما ينبغي الإشارة إليه أنه كلما كانت الأسئلة الموجهة للطبيب واضحة دقيقة زاد ذلك في احتمال الوصول إلى الحقيقة، باعتبار أن دقة طرح السؤال يشكل نصف الجواب الوافي لتفادي أي تأويل أو دراسة مخالفة للتقرير الطبي.

(1) - على أن الواقع العملي أثبت أن ضابط الشرطة القضائية المختص إقليميا عادة ما يطلب هاتفيا من الطبيب الالتحاق به إلى العنوان المحدد من طرفه بدقة ، ليقوم فيما بعد بتسليمه تكليف شخصي لمعاينة الجثة مثلا.

(2) - محمد لعزيزي : الطب الشرعي ودوره في إصلاح العدالة ، مجلة الطالب القاخي، المدرسة العليا للقضاء ، عدد تجريبي ، لسنة 2005 ، ص:

واعتبارا بالنتيجة فان التسخيرة – الطبية - تعتبر فعلا وحقيقة همزة وصل ما بين الأطباء ومصالح الشرطة القضائية والجهات القضائية و هكذا يقع التكامل ما بين مختلف الجهات المختصة.

التدخل الدولي الهدام وقواعد القانون الدولي^{*} أ/ مجادي أمين- أستاذ مساعد¹ - المركز الجامعي البيض

ملخص:

إن واجب الدول مجتمعة هو دعم حق الشعوب في الاستقلال وهذا الواجب يقابله الالتزام بعدم جواز التدخل في الشؤون الداخلية للدول، والتدخل إما أن يأخذ شكل مباشر أو غير مباشر، وهذا الأخير يعد من أخطر أشكال التدخل أو ما يسمى بالتدخل الهدام، حيث استنكرته كل الجهود الدولية وحرمته، ويتم من خلال إرسال العصابات المسلحة والمترتبة وتجنيدهم، وإقامة الإذاعات المعادية أو بث الإشاعات المغرضة أو القيام بدعم حرب أهلية، أو بتدعيم المتمردين وإثارة الفتن، وذلك بغية خلق حالة من عدم الاستقرار الداخلي أو الفوضى بقصد تقويض نظام الحكم القائم في دولة أخرى أو هدمه، وهذا ما يؤثر في السلامة الإقليمية للدولة أو الاستقرار السياسي لها، وهذا حتما يؤدي إلى تهديد السلم والأمن الدوليين.

Summary

It's all countries duty to support the right of independence of all peoples and this duty on other side requires commitment of no interference of countries internal affairs, this interference could be direct or indirect. The indirect one is considered the most dangerous aspect of interference which is called destructive interference and it was forbidden by international organization, this is carried out by sending armed gangs and mercenaries , recruiting them , creating enemy radios and spreading rumors or supporting civil war or rebellion to create a state of internal instability or chaos to topple the existing regime which affects territorial peace and political stability and hence all of this affects indirectly international peace and security.

مقدمة

يرمي التنظيم الدولي عموما إلى غايتين تتمثلان في إحلال وحفظ السلام، وترقية التعاون الدولي. ومن أجل تحقيق هاتين الغايتين يجب أن تنطلق العلاقات الدولية من قاعدة أساسية تتمثل في احترام قواعد وأحكام الشرعية الدولية، وعدم التدخل في الشؤون الداخلية للدول، وبعد التدخل الهدام شكلا من أشكال التدخل غير المباشر، إذ يتخذ هذا النوع من التدخل صورا وأساليب مختلفة، وذلك من أجل خلق حالة من عدم

^{*} تاريخ إيداع المقال: 2017/05/02

تاريخ تحكم المقال: 2017/05/21

الاستقرار الداخلي أو زرع الفوضى، أو زعزعة ثقة المواطنين بقصد تقويض نظام الحكم القائم في دولة أخرى أو هدمه.

وتكمن أهمية الموضوع في انه ليس بالضرورة أن يكون التدخل في شؤون الدول عملا عسكريا ومباشرا حتى يكتسب صفة التحريم القانوني في المجال الدولي، وإنما هناك صورا ووسائل أكثر وأكبر خطورة من الأعمال العسكرية المباشرة، وهو ما يسمى التدخل الغير المباشر بحيث يكون هداما وأكثر فتكا. فقد شهدنا سقوط العديد من الأنظمة بواسطة دول أخرى دون الحاجة إلى التدخل المباشر مثل ما حدث في إيران عام 1953 لإسقاط حكومة مصدق، وجواتيالا عام 1954 ونيكاراغوا عام 1967 بالإضافة إلى جورجيا في سنة 2003¹ وصولا إلى ما حدث في العالم العربي أواخر 2011 إلى يومنا هذا، كما إن هذا النوع الجديد من التدخل قد ساهم بشكل كبير في تقسيم بعض الدول على غرار السودان التي انقسمت إلى دولتين ومؤخرا أوكرانيا بانضمام إقليم القرم إلى روسيا.

وموضوعنا ينطلق من أن ميثاق الأمم المتحدة قد حرم استخدام القوة أو التهديد باستعمالها، ما عدا حالة الدفاع الشرعي استنادا إلى المادة (51) من الميثاق، ولكن الميثاق لم يعالج تحريم التدخل بنص مباشر، وإنما كان يستنبط من النص على تحريم استخدام القوة في الفقرة الثالثة المادة (2) من الميثاق، ولكن حتى في هذه المادة اختلف الفقه في إطار هذا التحريم ومن حيث تحديد نطاقه على القوة المسلحة أم القوة بمعناها العام.

فالإشكال الذي يرد هنا هو مدى مشروعية التدخل الدولي الهدام، وكذلك قياس خطورة التدخل الهدام من حيث مساهمته بالسلامة الإقليمية للدولة واستقلالها السياسي، ومن ثم سوف يعرض السلم والأمن الدوليين للخطر، وذلك في حال قيام الدولة المتدخلة بإرسال العصابات المسلحة للقيام بالأعمال الهدامة، التي تهدف إلى تغيير نظام الحكم، وهل يبيح للدولة المتدخلة ضدها حق اللجوء إلى الدفاع عن النفس للحد من هذا التدخل ووقفه، ومن اجل توضيح ذلك قد اعتمدنا المنهج الاستدلالي في كتابة هذا البحث.

وللإجابة على هذه التساؤلات التي انطلقت منها في هذا البحث نقسم هذا الموضوع إلى مبحثين، تناولنا في المبحث الأول مفهوم التدخل الدولي الهدام وماهية عناصره والأساس القانوني الذي يمكن أن يبرره، أما في المبحث الثاني فقد تناولنا فيه أساليب التدخل الهدام والآثار المترتبة عليه.

المبحث الأول: مفهوم التدخل الدولي الهدام

سنتناول في هذا المبحث مفهوم التدخل الدولي الهدام وذلك من خلال تبيان تعريفه والعناصر المكونة لهذا النوع، وما هي الطبيعة القانونية له لذلك سوف نقسم هذا المبحث إلى مطلبين في الأول نتطرق لتعريف التدخل الدولي الهدام وبيان عناصره أما في المطلب الثاني نبحث عن الأساس القانوني للتدخل الدولي الهدام.

¹ - محمد تاج الدين الحسيني، التدخل وأزمة الشرعية الدولية، مطبوعات أكاديمية المملكة المغربية، سلسلة البورات، الرباط 1992، ص 38.

المطلب الأول: تعريف التدخل الدولي الهدام وعناصره:

سننتقل إلى تعريف التدخل الدولي الهدام وماهية المفاهيم التي يتضمنها، وتحديد صورة واضحة عن مضمونه وتحديد الهدف الذي تروم الدولة المتدخلة إلى تحقيقه من خلال اللجوء إلى الأعمال الهدامة، ومن خلالها سوف نصل إلى العناصر التي يتضمنها التدخل الهدام.

الفرع الأول: تعريف التدخل الدولي الهدام:

قد انتهت الحقبة الزمنية التي كانت فيها الحرب التقليدية هي السائدة في العلاقات الدولية وحل محلها الهدم كوسيلة فعالة في تحقيق أهداف وغايات الدول العظمى، واليوم أصبح التدخل يؤثر في الجانب النفسي والفكري للناس أكثر مما يؤثر في البقعة الإقليمية لهم وأصبحت التدخلات في الوقت الحاضر غير مباشرة بصورة أكبر وبدأت تتعاظم مجالاته سياسية، اقتصادية ونفسية. وإذا كانت الحرب سابقا هي استمرار للسياسة فإن السياسة في الوقت الحاضر أصبحت امتدادا للحرب ولكن بوسائل أخرى.

وعليه فإن الهدم كفعل يعني هدم الشيء وإضعاف قوته، أما الصفة فيقصد بها الإضعاف للنظام السياسي أو لحكومة ما¹. وهذا النموذج من التدخل يعتمد بشكل كبير على الصبر والطموح كعنصرين فيه، إذ تعد المعركة المباشرة من أسوأ الحلول بحيث يهدف إلى هدم الخصم ماديا ومعنويا عن طريق أساليبه التي سننتقل إليها لاحقا وخلق حالة من عدم الاستقرار الداخلي فيه واستنزاف قدراته والتدخل في شؤونه الداخلية من نواحي متعددة تمهيدا للقضاء عليه نهائيا²، وعليه فإن هذا النوع من التدخل يمثل خطورة كبيرة قياسا بالتدخل المباشر وذلك لاستهدافه المجتمعات المتعددة القوميات والمذاهب الطائفية التي من الصعب جدا توحيدها، هذا بالإضافة إلى استغلالها للأوضاع التي يمكن أن تخلفها بعض الأنظمة الدكتاتورية مع فئات معينة من الشعب، ناهيك عن القصور في الجانب القانوني للتعريف بهذا النوع من التدخل وتحديد الالتزامات الملزمة على الدول التي تلجأ إليه، والعقوبة التي تفرض على الدولة التي تقوم به.

في الوقت الحاضر نلاحظ لجوء القوى العظمى إلى مثل هذا النوع من التدخل والضغط، وإن الدول الضعيفة تكون أكثر عرضة من غيرها للتدخل الهدام حيث لا تلجأ الدول العظمى إلى الهجوم المسلح المباشر بل تفضل إثارة فوضى داخلية وتقدم المساعدة للشوار، إلا أن هذا النوع ليس مقصورا على الدول العظمى فقط لأنه يمكن الوقوع بين الدول المتجاورة عن طريق التسلسل عبر الحدود أو إقامة الإذاعات المعادية مثل ما هو واقع لسوريا واليمن حاليا، بأن القانون الدولي يقر بالحق في الثورة، فإنه لا يستطيع أن يسمح للحكومات الأخرى بالتدخل لمنعها، والأمم المتحدة نفسها لا تستطيع التدخل لإيقاف النزاع الأهلي إلا إذا استنتجت أن هذا النزاع يهدد

1- Callins cobwld – English dictionary, London , 1995.

² - أكرم ديري: أراء في الحرب الإستراتيجية وطريقة القيادة، ط3، المؤسسة العربية للدراسات والنشر، بيروت، 1984، ص13.

الأمن والسلم الدوليين أو يتضمن انتهاكا لحقوق الإنسان¹، هذا بالإضافة إلى أن الإعلام المعادي والتسلل عبر الحدود والتخريب المستخدم يبدو كأنه محمي بلائحة حقوق الإنسان في حرية الرأي وحرية الاتصال عبر الحدود الوطنية، وبسبب هذه الصعوبات سيكون من الضروري أن يعرف القانون الدولي وبوضوح مصطلح التدخل الهدام وذلك لتمييزه من الاتصالات الدولية والتجارة والسفر والمساعدات المالية المشروعة.

وعليه يمكن أن نعرف التدخل الدولي الهدام أو التدخل الخفي أو المخرب أو المستتر أو المتع وهو من أخطر أنواع التدخل لأنه يجري في تكتم وخفاء في الشؤون الداخلية لدولة أخرى عن طريق أشخاص تبعث بهم أو تشترهم الدولة المتدخلة، لإثارة الفوضى والاضطرابات وعن طريق الدعاية الهدامة، أو إثارة الفتن والتمرد أو دعم الحرب الأهلية في دولة من الدول، أو تشجيع أو تمويل الأنشطة التخريبية الهدامة التي تهدف جميعها إلى إسقاط نظام الحكم القائم وتغييره، فهو بذلك يمس الحقوق السيادية للدولة ومنها حقها في السلامة الإقليمية والاستقلال السياسي، وهذا بطبيعة الحال كله يهدف إلى تبديل توازن القوى القائم في اتجاه أكثر تلاؤما مع مصالح الدول التي تمارس هذا التدخل².

الفرع الثاني: عناصر التدخل الهدام:

لكي يكتمل المعنى بصورة دقيقة لابد من بيان العناصر التي يقوم عليها التدخل الهدام وهي كالآتي:

أولاً: أن يكون التدخل واقعا على دولة مستقلة: أي أن تكون تمتلك الدولة الحق في إدارة جميع شؤونها الداخلية والخارجية دون أن تكون خاضعة قانونا لسيطرة دولة أخرى، فالاستقلال شرط لازم لقيام الدولة بتسيير شؤونها ومن ثم الامتناع عن التدخل في شؤونها، فهذا شرط مهم جدا توافره للقول بوقوع تدخل على دولة ما من الدول، وان التدخل الهدام لا يمكن أن يقع إلا على دولة تتمتع بالاستقلال محاولة لكسر- هذا الاستقلال وإضعافه.

ثانياً: أن يمس التدخل سيادة الدولة: بما أن السيادة تتضمن أمورا عديدة، وهي تمثل الركيزة الأساسية للقانون الدولي العام، فالتدخل الهدام ينتهك سيادة الدولة المتدخل في شؤونها واستقلالها، لأنه يكون موجها نحو علاقة الدولة بمواطنيها، ويهدف إلى إثارة النزاعات الداخلية أو التمرد أو العصيان داخل الدولة، أو إثارة الحرب الأهلية أو دعم فئة معينة للانفصال عن الدولة (دارفور بالسودان، القرم بأكرانيا). فهو بذلك يمس السلامة الإقليمية للدولة وحريتها في اختيار النظام السياسي الذي ترتئيه وهو من اختصاص الدولة الداخلي المحض.

ثالثاً: أن يكون الغرض من التدخل هدم النظام السياسي القائم: أن يكون الهدف الرئيسي للتدخل الهدام هو تغيير نظام الحكم، وهدم قوته وتأثيره، عن طريق إضعافه واستنزافه ماديا سواء عن طريق دعم الحرب الأهلية أو دعم التمرد أو العصيان أو إثارة الفتن، أو إرسال العصابات المسلحة أو المرتزقة أو تجنيدهم (إرسال جنود

¹ - Quincy, Wight, op , cit, p530.

² - إسماعيل صبري مقلد، العلاقات السياسية الدولية، ط5، منشورات ذات السلاسل الكويت، 1987، ص277.

الحرس الثوري الإيراني وأفراد حزب الله اللبناني (إلى سوريا) أو معنويا من خلال الدعاية الإعلامية والبيانات الهدامة والتهديد أو عن طريق التدخل اقتصاديا أو إيديولوجيا، فجوهر التدخل الهدام هو هدم نظام الحكم القائم.

رابعا: أن يكون التدخل خفيا: وهو عنصر جوهريا يميز التدخل الهدام من التدخل المباشر، فهو يتميز بالخفاء، ولذلك أطلق عليه بعض الكتاب التدخل الخفي أو المستتر أو المتع، لأن الدولة تلجأ بصورة غير مباشرة وذلك تجنباً للمسؤولية التي تكون واضحة وجلية في التدخل المباشر، وهو يهدف كما أسلفنا إلى هدم الخصم ماديا ومعنويا عن طريق أساليبه لخلق حالة من عدم الاستقرار الداخلي تمهيدا للقضاء عليه نهائيا.

المطلب الثاني: الأساس القانوني لتحريم التدخل الهدام وموقف المنظمات الدولية والإقليمية منه

من خلال هذا المطلب سنحاول إخضاع التصرف الذي تقوم به الدولة لنص قانوني معين ونبين موقف المنظمات الدولية منه.

الفرع الأول: الأساس القانوني لتحريم التدخل الهدام:

من خلال بحثنا لم نجد نص واضح يحدد بصفة دقيقة مدى الإباحة أو التحريم لهذا التصرف سوى نص المادة (2) في فقرتها (4) من ميثاق الأمم المتحدة والتي تنص على أنه "يمنع جميع أعضاء الهيئة في علاقاتهم الدولية عن التهديد باستخدام القوة أو استخدامها ضد سلامة الأراضي أو الاستقلال السياسي لأية دولة أو على أي وجه آخر لا يتفق ومقاصد الأمم المتحدة" وبما أن التدخل الهدام يتميز عن التدخل المباشر سوف نبرز الجانب الذي يؤثر في هذا النوع من التدخل في العلاقات الدولية، ويبد أن القوة المقصودة في النص السالف الذكر هي القوة بمعناها الواسع، أي أن التحريم يشمل جميع أنواع التدخل بما فيها التدخل الهدام، حسب ما ورد في قرار الجمعية العامة (2625) لعام 1970¹، وعليه علينا أن نبين معنى استخدام القوة ضد السلامة الإقليمية والاستقلال السياسي لأية دولة.

أولا: السلامة الإقليمية: بالرجوع إلى قرارات الأمم المتحدة ونصوص الميثاق فإن السلامة الإقليمية تعني وحدة أراضي الدولة وعدم تغيير حدودها أو تقسيمها أو اقتطاع جزئ منها وضمه إلى الدولة المتدخلة، وعدم خرق مجالتها سواء البرية أو البحرية، وهذا ما حدث في دولة أوكرانيا من خلال دعم روسيا للمتمردين في شبه جزيرة القرم جنوبا حيث انفصلت عن أوكرانيا وانضمت إلى روسيا، وهذه الأخيرة تسعى في نفس المنحى من أجل ضم الجهة الشرقية من خلال استعمال كل طرق التدخل الدولي الهدام. و بالإضافة إلى ذلك فإن السلامة الإقليمية للدولة تتضمن حريتها في استغلال مواردها الاقتصادية والسيطرة عليها.

¹ - صلاح الدين احمد حمدي: الحرب في القانون الدولي المعاصر بين النظرية والتطبيق، مجلة القانون المقارن، العدد 20، كلية القانون والسياسة جامعة بغداد، 1987، ص 203.

وعليه فأى دعم للمتمردين تقدمه الدولة المتدخلة لفصل جزء من أراضي الدولة المتدخل في شؤونها يشكل مساساً بالسلامة الإقليمية للدولة.

ثانياً: الاستقلال السياسي للدولة: قد يكون للدولة شخصية قانونية إلا أنها لا تتمتع بالاستقلال السياسي، لأن هذا الأخير يتطلب توافر أهلية الأداء بالإضافة إلى توافر الشخصية القانونية للدولة، وعليه فإن الدولة تكون مستقلة سياسياً عندما تكون مستقلة في إدارة شؤونها بنفسها بجرية كاملة والمتمثل في حق الدولة في اختيار نظام الحكم الذي يليق بها، وكذلك حريتها في سن القوانين بإرادتها الحرة بما يتوافق ونظامها، فالدولة الواقعة تحت الوصاية تمتلك الشخصية القانونية إلا أنها لا تملك الاستقلال السياسي.

وبالرجوع إلى الفقرة الأولى من نفس المادة التي تنص على المساواة في السيادة بين الدول ومن واجب كل دولة أن تحترم الشخصية القانونية للدول الأخرى، وإن تمتنع من تغيير نظامها السياسي أو الاجتماعي أو الثقافي. بالإضافة إلى الفقرة الثانية والثالثة والتي تحث على حسن النية بالالتزامات وفرض النزاعات بين أعضاء الهيئة بالوسائل السلمية.

ومن خلال ذلك كله يتبين أن اللجوء إلى التدخل الهدام لإسقاط نظام الحكم القائم في دولة من الدول، هو مساس بالاستقلال السياسي لتلك الدولة، ومن ثم فهو يمثل انتهاكاً لنص المادة (2) في الفقرة (4) من ميثاق الأمم المتحدة، ولابد أن عدم التدخل في الشؤون الداخلية للدول. كما أن أي تدخل أجنبي بالتغيير الداخلي سواء بمساعدة الثوار على الإطاحة بالحكومات الشرعية أو بمساعدة الحكومة للقضاء على الثورة، يعتبر تدخلاً مخالفاً للقانون الدولي مثل التدخل في الحرب الأهلية الإسبانية سنة 1936 سواء أكان لمساعدة الحكومة أو لمساعدة الثوار فهو مخالف للقانون الدولي¹، وكذلك ما يحصل اليوم في سوريا.

تجدر الإشارة إلى أن مثل هذا التدخل يمكن أن يحدث من قبل الحكومات من خلال الدعم الذي تقدمه للجاعات المسلحة، أو من خلال التكوين المقدم للأفراد على قلب نظام الحكم وتقديم الدعم الدولي لهم إيديولوجياً وهو ما يقع مخالفاً للنصوص السالفة الذكر، كما يمكن أن يكون هذا التدخل الهدام من قبل أفراد أو جماعات من الأفراد أو ما يعرف بتجار الحروب² والوكالات الخاصة، ولأن هذه الأعمال الصادرة عن الأفراد ضد دول أجنبية لا تساهم في قيام المسؤولية الدولية لتلك الدول، لذلك اعتبرت محكمة نيرنبورغ التحضير زيادة على التخطيط والتمهيد لشن الحرب من الجرائم الدولية المعاقب عليها، كما اعتبرت هذه المحكمة وباقي المحاكم الدولية لجرائم الحرب الأشخاص الذين يجرضون ويعدون الناس نفسياً للحرب العدوانية مسئولين ومسؤوليتهم لا تقل عن مسؤولية القادة والمنظمين والشركاء في الجريمة لمثل هذه الحروب³.

¹ - ولفانغ فريدمان، تطور القانون الدولي، ترم لجنة من الأساتذة الجامعيين، منشورات دار الأفاق الجديدة، بيروت، 1964، ص 162.

2 - Quincy Wright, OP. Cit, p532.

3 - Quincy Wright, OP. Cit, p533.

الفرع الثاني: الموقف الدولي من التدخل الهدام

في هذا الفرع سوف نتطرق إلى الموقف الدولي من التدخل الهدام وذلك من خلال إبراز أهم المحطات الدولية والمتمثلة في مختلف المواثيق الدولية في هذا الشأن من جهة، ومن جهة أخرى تلقي الضوء على موقف القضاء الدولي من هذه الظاهرة.

أولاً: القرارات والإعلانات الدولية المتعلقة بتحريم التدخل الهدام:

أ- القرارات: هناك العديد من القرارات الصادرة عن هيئة الأمم المتحدة في هذا الصدد منذ نشأتها حيث سنذكر أهم ما صدر عنها:

- سنة 1948 قرار بالإجماع يندد بجميع أنواع الدعاية التي تثير الفتن والتي يتم بثها من أية دولة والهادفة إلى تهديد السلم أو من المرجح أن تثير هذا التهديد، كما دعت الأمم المتحدة عام 1949 كل الدول إلى عدم إثارة حرب أهلية أو تقويض إرادة الشعب.

- قرار الجمعية العامة لسنة 1976 بعنوان عدم التدخل في الشؤون الداخلية للدول، والذي يؤكد تحريم التدخل الخفي والصريح، المباشر وغير مباشر، كما يحرم استخدام وإرسال المرتزقة من طرف دولة أو مجموعة دول...

ب- الإعلانات: هناك العديد من الإعلانات التي أكدت على امتناع الدول في علاقاتها الدولية عن عدم استخدام الإكراه العسكري أو السياسي أو الاقتصادي أو غير ذلك من أشكال الإكراه الموجه ضد الاستقلال السياسي أو السلامة الإقليمية لأية دولة، ومن أهمها:

- إعلان الأمم المتحدة 2131 لسنة 1965 والمتعلق بتحريم التدخل في الشؤون الداخلية للدول وحماية استقلالها وسياساتها¹.

- إعلان مبادئ القانون المتعلقة بالعلاقات الودية والتعاون بين الدول وفقاً لميثاق الأمم المتحدة: والذي تم إقراره من قبل الجمعية العامة للأمم المتحدة بالقرار رقم (2625) حيث نص في فقرته (3) على أنه " ليس لأية دولة أو مجموعة من الدول أن تتدخل بصورة مباشرة أو غير مباشرة ولأي سبب كان في الشؤون الداخلية أو الخارجية لأية دولة أخرى ". بمعنى تحريم كافة أشكال التدخل الظاهرية أو تلك الخفية كالتدخل الهدام بكافة أشكاله².

¹ - علاء الدين حسين مكي خاس، استخدام القوة في القانون الدولي، دار الشؤون الثقافية العامة، بغداد، 1988، ص 141.

² - P.M. Dupuy, les grands textes de , Droit international public, 2 (edition), 2000,p32,34.

- إعلان خاص عن عدم جواز التدخل في الشؤون الداخلية للدول المعتمد بقرار الجمعية العامة 103/36 لسنة 1981 بعنوان عدم قبول التدخل في الشؤون الداخلية ، يتطرق الى أنواع متعددة للتدخل، وإثارة العصيان أو عدم الاستقرار داخل الدولة¹.

- إعلان الأعمال الهدامة الذي اقر في أكرّا من قبل رؤساء الدول والحكومات الإفريقية، إذ ينص على الامتناع عن التدخل بصورة مباشرة أو غير مباشرة، وكذا الامتناع عن تنظيم النشاطات الهدامة أو المسلحة الرامية إلى تغيير نظام الحكم في دولة معينة.

وبالإضافة إلى هذه الإعلانات والقرارات الدولية هناك مشروع الجرائم ضد الإنسانية وأمنها والذي جاء ضمن الدورة السادسة للجمعية العامة للأمم المتحدة لسنة 1954 إذ نصت على العديد من الجرائم و من بينها المادة(2) وخاصة في فقرتها الرابعة والخامسة والتاسعة والتي تنص على التوالي على ما يلي:

(قيام سلطات دولة ما بتنظيم عصابات مسلحة داخل إقليمها أو داخل إقليم دولة أخرى، أو بالتشجيع على ذلك، بغية شن غارات على أراضي دولة أخرى، أو بالتغاضي عن تنظيم مثل هذه العصابات داخل إقليمها، أو عن استخدام مثل هذه العصابات لإقليمها كقاعدة أو نقطة انطلاق لشن غارات على أراضي دولة أخرى، كذلك بالاشتراك المباشر في مثل هذه الغارات أو بدعمها دعماً مباشراً)²

(قيام سلطات دولة ما بأنشطة ترمي إلى إثارت حرب أهلية في دولة أخرى، أو بالتشجيع على ذلك، أو بتغاضي على مثل هذه السلطات عن تنظيم أنشطة ترمي إلى إثارة حرب أهلية في دولة أخرى)

(تدخل سلطات دولة ما في الشؤون الداخلية أو الخارجية لدولة أخرى باتخاذ تدابير قسرية، ذات طابع اقتصادي أو سياسي من اجل فرض أرادته للحصول على مزايا ايا كانت طبيعتها)³.

ثانياً: موقف المنظمات الدولية والإقليمية من التدخل الهدام:

1- موقف الأمم المتحدة من التدخل الهدام: على الرغم من الجهود الكثيفة للأمم المتحدة لتحقيق السلم والأمن الدوليين وخاصة ما جاء في الفقرتين (2،1) من المادة (1)، وفي كل من الفقرة الأولى والرابعة والسابعة من المادة(2) من ميثاق الأمم المتحدة⁴، وكذلك قرارات الأمم المتحدة الصادرة عن الجمعية العامة والتي تحرم التدخل الهدام بجميع وسائله سواء عن طريق إرسال العصابات المسلحة أو تجنيدهم داخل الدولة المتدخل في شؤونها،

¹ - انظر قرار الجمعية العامة رقم (36/103)

² - أعمال لجنة القانون الدولي، الأمم المتحدة، ط2، نيويورك 1988، ص 185

³ - نفس المرجع، ص 186.

⁴ - انظر : المادة (1) فقرة (1)، (2) والمادة (2) فقرة (1)، (4)، (7). من ميثاق الأمم المتحدة

وغيرها من الأساليب المذكورة في هذا القرار. هذا بالإضافة إلى ما أكدته محكمة العدل الدولية في قضية نيكاراغوا في القرار الصادر في 1986/6/28¹.

فان انعدام النص المباشر والدقيق الخاص بهذا النوع من التدخل ألا وهو التدخل الهدام لا يمكن إغفاله، بحيث يصعب تحديد فيما إذا كانت تلك التدخلات مشروعة أم غير مشروعة لأنه لا يمكن الاستناد دائماً على المادة الثانية في فقرتها الرابعة من الميثاق والمتعلقة أصلاً بتحريم التهديد باستخدام القوة أو استعمالها، هذا نظراً إلى التطور التكنولوجي والعلمي لوسائل الاتصال بحيث أضحت تنقل الصورة حية بواسطة الأقمار الصناعي، كما أن التدخل لم يعد مقصوراً على استخدام القوة المسلحة، أو الضغوطات الاقتصادية بل تعدى الأمر ذلك وشمل العديد من الوسائل والأساليب التي لا يمكن إدراجها ضمن المادة الثانية السالفة الذكر من ميثاق الأمم المتحدة.

2- موقف المنظمات الإقليمية من التدخل الهدام: بحكم اتبائنا إلى كل من جامعة الدول العربية والاتحاد الإفريقي سوف تقتصر على هذين المنطمتين فقط.

أ- جامعة الدول العربية: من أهم المبادئ التي جاء بها ميثاق الجامعة مبدأ عدم التدخل في نظم الحكم، وكذا مبدأ المساواة في السيادة بين الدول الأعضاء، مع التأكيد على احترام استقلال الدول العربية وسيادتها في دياجة الميثاق وتوثيق الصلات بين الدول والامتناع عن اللجوء إلى القوة للحفاظ على السلم والأمن الدوليين، كما أن المادة (8) من ميثاق الجامعة تنص على الامتناع من أي عمل يرمي إلى تغيير هذا النظام سواء أكان عملاً مباشراً أم غير مباشر².

ب- منظمة الاتحاد الإفريقي: تعتمد الدول الإفريقية إلى تحريم اللجوء إلى التدخل الهدام والقيام بأعمال تخريبية تحقيقاً لأهدافها ولقد نددت منظمة الوحدة الإفريقية بهذا النوع من الأعمال التي تمس الاستقلال السياسي ووحدة أراضي الدولة الموجه ضدها.

لذلك تنص المادة (3) في الفقرة (2) من ميثاق منظمة الوحدة الإفريقية على أنه " واجب عدم التدخل في الشؤون الداخلية للدول الأعضاء"، تنص الفقرة (5) من نفس المادة على أنه " على الاستنكار المطلق لأعمال الاغتيال السياسي في جميع صوره وكذلك أنواع النشاط الهدام الذي تقوم به دول مجاورة أو أي دولة أخرى"³.

لأن هذا النوع من التدخل يخلق حالة من الفوضى وعدم الاستقرار السياسي في العلاقات الإفريقية الإفريقية، ولذلك عقدت العديد من المؤتمرات الإفريقية التي تستنكر وترفض هذه الأعمال الهدامة نذكر منها:

¹ - باسيل يوسف، سياسة التدخل ضد القانون الدولي من العراق إلى يوغسلافيا، مجلة دراسات قانونية، بيت الحكمة، العدد 2، قسم الدراسات القانونية، 2000، ص 126

² - حسن نافعة، محمد شوقي عبد العال، التنظيم الدولي، مكتبة الشروق الدولية، 2004، ص 201.

³ - عبد المجيد العبدلي، قانون العلاقات الدولية، ط 1 مديرة دار أقواس للنشر، مطبعة فن وألوان، تونس، 1994، ص 550.

- مؤتمر منروfia عام 1961 الذي استنكر ما تقوم به الدول المجاورة من هذه الأعمال وطالبها بالتوقف عن تشجيع تلك الجماعات المعارضة التي تقوم بالنشاطات الهدامة بصورة مباشرة أو غير مباشرة.
- مؤتمر أكرا عام 1965 تم من خلاله تحديد الأساليب التي يتم بها التخريب وهي الحملات الإعلامية، العمل على إثارة الفتنة، تقديم الدعم والمساعدة على زيادة هذه الأعمال في الدول الأفريقية التي بها هذه الأعمال¹.

المبحث الثاني: أساليب التدخل الدولي الهدام وأثاره

للتدخل الهدام الذي تمارسه العديد من الدول أساليب مختلفة تختلف عن باقي أنواع التدخل الأخرى وذلك للتخلص من المسؤولية الدولية، فبعض من هذه الأساليب ينصب على الجانب المعنوي للأفراد الموجه إليهم، وقد يتخذ هذا التدخل شكل الدعم المادي الملموس. مما يرتب آثارًا بارزة على مختلف الأصعدة للدولة المتدخل ضدها.

المطلب الأول: أساليب التدخل الهدام

تقسيم هذا المطلب إلى فرعين بالأول يتناول التدخل المعنوي وما ينطوي عليه أما في الثاني نبين التدخل المادي.

الفرع الأول: التدخل المعنوي: يهدف هذا الأسلوب من أساليب التدخل الهدام إلى التأثير في الجانب النفسي- للأفراد الموجه إليهم، وذلك من خلال توجيههم حسب ما يخدم مصلحة الدولة المتدخلة ويستجلى ذلك في (الدعاية، البيانات الهدامة).

أولاً: الدعاية: تمثل الدعاية المحرك الرئيسي- للتأثير في الرأي العام بحيث تدفعه إلى دعم حكومته أو تغييرها وظهرت كلمة الدعاية في المجال الدولي أول مرة حسب رأي الأستاذ (شال رومبيو) سنة 1792 وقد أنشأت فرنسا سنة 1978 لأول مرة وزارة للدعاية، كما لجأت بعض الحكومات إلى استعمال الدعاية خلال الحرب العالمية الثانية كوسيلة للتدخل لمصلحتها حيث أنشأ هتلر جهازاً للدعاية، ومنها قد أصبحت الدعاية وسيلة مهمة من وسائل التدخل الهدام⁽²⁾.

ويتميز هذا النوع من التدخل بإمكان وصوله إلى شرائح المجتمع المختلفة دون المرور بالقنوات الدبلوماسية وأهم دعائم الدعاية استعمال الكذب كشكل من أشكال الدعاية، وتؤدي إلى القتل والأعمال التي تمس النفس ليحول اليهود إلى شياطين كما اسماه (احتالين) الملايين من المواطنين الروس.

¹ - فاروق صادق حيدر: تحريم التدخل في الموائيق المنظمات الإقليمية وقراراتها، مجلة العلوم الاجتماعية والإنسانية، العدد (1)، الهيئة القومية للبحث العلمي، طرابلس، 1996 ص 231.

⁽²⁾ - محمد تاج الدين الحسيني، التدخل وأزمة الشرعية الدولية، المرجع السابق، ص

فهي قد تستند إلى الكذب أو قلب الحقائق وهو ما يؤدي إلى إثارة نفسية الفرد أو الجماعة الموجهة إليهم، حيث إنهما تستطيع زرع العواطف الملتبسة والتأجيجية في نفوس الأفراد والجماعات وتستطيع تحريضهم على أعمال القتل والحرق والتنكيل وإثارة الفوضى وعدم الاستقرار.

وتعتمد الدعاية بالدرجة الأولى على وكالات الأنباء والصحافة أو من خلال الكتب والاتصالات الشخصية خاصة في الآونة الأخيرة عن طريق شبكات التواصل الاجتماعي التي أصبحت أكثر انتشار وأخطر الوسائل.

ثانياً: البيانات:

يتعلق هذا الموضوع ببيانات القذف والتشهير بحكومات أخرى مثل البيانات الصادرة عن الأشخاص المتكلفة بالإعلام لدى الرئاسة قبل الحرب مثل ما حدث قبل الحرب الإيرانية العراقية وكذا حرب العراق الأول⁽¹⁾، وما نشهده من بيانات هدامة من خلال التراشق الإعلامي الواقع بين الدول الخليجية من جهة ودولة قطر من جهة أخرى.

ثالثاً: التهديد. قد تم الإشارة إليه في كل من مشروع إعلان مفوضي الدول وواجباتها الصادر عن الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 67 سنة 1941، وكذلك نص المادة 2 في فقرتها 4 من ميثاق الأمم المتحدة، وكذلك نص المادة 2 فقرة 2 من مشروع قانون الجرائم المحلة بسلم الإنسانية وأمنها وكذا الفقرة 11 من نفس المادة⁽²⁾.

ومن الأمثلة في ذلك الحرب الإيرانية العراقية سنة 1961 من خلال إلغاء معاهدة الحدود لسنة 1937 من جانب واحد وعملية التعبئة العسكرية والبعثة العسكرية على الحدود حيث يمثل هذا التصرف تهديداً للسلم والأمن الدوليين⁽³⁾.

الفرع الثاني: التدخل المادي: يقوم هذا الأسلوب من التدخل الهدام من خلال التأثير مادياً على الدولة المتدخل في شئونها، عن طريق تقديم الدعم المادي والمساعدة والتمويل أو التشجيع تمهيداً لتحقيق هدف الدولة المتدخلة وله عدة أشكال:-

أولاً: دعم الحرب الأهلية. تقدير مفهوم الحرب الأهلية عبر عدة محطات عديدة على غرار ما يأتي.

تعتبر حرباً أهلية تلك التي تجري في إطار دولة واحدة، وذلك عندما يلجأ طرفان متضادان إلى السلاح داخل الدولة لغرض الوصول إلى السلطة فيها، أو عندما تقوم نسبة كبيرة من المواطنين في دولة ما بحمل السلاح ضد حكومته الشرعية⁽¹⁾.

(1) - جيمس بينيت وتوماس ديبلور ينزو، الأكاذيب الرسمية، كيف يتم تضليل واشنطن ترجمة محمود برهوم ونقلاً ناصر دار الفكر للنشر والتوزيع، عمان، 1993، ص 88.

(2) - شفيق عبد الرازق السامرائي، الحرب العراقية الإيرانية والموقف العربي، مجلة الحقوق، العددان 1-9، اتحاد الحقوقيين العراقيين، مطبعة العمال المركزية بغداد، 1981-1986، ص 11-12.

(3) - حولىة القانون الدولي، ج 2، م 2 دورة 40، نيويورك، 1981، ص 143.

وبما أن قواعد القانون الدولي، لا تطبق فيما يتعلق بالحرب الأهلية أو الاضطرابات الداخلية إلا إذا كان للنزاع الداخلي أثر يمتد إلى التأثير في السلم والأمن الدوليين، ففي هذه الحالة تستطيع الأمم المتحدة أن تتدخل للحفاظ على السلم والأمن الدوليين وإعادته إلى نصابه.

لذلك قد جرت عدة محاولات لإخضاع النزاع الداخلي للقانون الدولي وذلك للحد من القمع والقتل الذي يتعرض له المتمردون من قبل حكوماتهم، وقد تم ذلك في مؤتمر جنيف الدبلوماسي لعام 1949.

قد توجت تلك الجهود بإقرار المادة 3 التي أدرجت في اتفاقيات جنيف الأربع تنص في حالة قيام نزاع مسلح ليست له صفة دولية في أراضي أحد الأطراف المتعاقدين يتعين عليهم تطبيق الأحكام المنصوص عليها في هذه المادة على كل طرف في النزاع⁽²⁾.

هذا النوع من التدخل الهدام قد يكون موجه الى فئة معينة من الشعب للثورة والانتفاضة على الحكومة الشرعية القائمة، كما يمكن أن تقوم دولة معينة بدعم الحرية الأهلية عن طريق تقديم المساعدة للحكومة الشرعية وبذلك لأنه تدخلاً في حركة الإرادة الشعبية وكلا الاتجاهات من التدخل تعد غير مشروعة حسب المادة (2) فقرة خاصة ميثاق الأمم المتحدة⁽³⁾.

بالإضافة إلى الاتفاقات المعقودة في عدة من الدول يمنع التدخل سواء كانت سابقة للحرب الأهلية أو المصاحبة لها مثل اتفاقية المنعقدة في الدول الأوروبية بشأن الحرب الأهلية الأسبانية، هذا بالإضافة إلى أن مثل هذا التدخل يشكل خرقاً للمادة 4 من إعلان حقوق الدول وواجباتها المقدم الى لجنة القانون الدولي سنة 1999.

كما أن قيام الدولة بمثل هذه الأنشطة الهدامة يشكل جريمة من جرائم المحلة بسلم الإنسانية وأنها ضمن المادة 2 في فقرتها 5⁽⁴⁾.

ثانياً: إثارة الفتن ودعم الذم. تختلف الأساليب المعتمدة في التدخل باختلاف المراحل والطرق ومن أبرزها ما تعتمد عليه الدول التي تستعمل التدخل الهدام هو استغلال التعدد الديني أو العرقي داخل الوطن الواحد ولكن من خلال خلق الفتنة بين الطوائف أو مختلف العرقيات كما حصل في العراق بين السنة والشيعة، وكذا داخل سوريا خلال ثورتها بين السنة والطائفة العلوية.

(1) - صلاح الدين عامر، المقاومة الشعبية المسلحة في القانون الدولي العام، دار الفكر العربي، القاهرة، ص 11-16.

(2) - صلاح الدين عامر، نفس المرجع، ص 26

(3) - شارول زورغيب، الحرب الأهلية، ترجمة أحمد برز، ط1، دار منشورات عويدات، بيروت، 1981، ص 83.

(4) - أعمال لجنة القانون الدولي، تقرير لجنة القانون الدولي إلى الجمعية العامة عن أعمال دورتها الأربعين، الأمم المتحدة، المجلد2، الجزء2، ط1، ص

ذلك بهدف اقتطاع جزء منها وضمه إلى الدولة المتدخلة أو محاولة دعم أي انفصال لأي جزء من إقليمها، أي سلامة وحدة أراضيها، ويعتمد الالتزام دولي بمنع التدخل ويحث على احترام السلامة الإقليمية والاستقلال السياسي المنصوص عليه في المادة 2 فقرة 4 من ميثاق الأمم المتحدة.

بحيث أن الدولة المتدخلة تقوم بالتدخل الهدام من خلال تشجيع وتخريض الشعوب المتدخل في شؤونها خاصة الدولة التي تتكون من قوميات متعددة وأقليات عرقية ودينية وذلك للتمرد من أجل الانفصال، أي تقسيم الدولة المتدخل ضدها إلى دولتين أو أكثر مثل ما حدث مع السودان وذلك لإضعاف قوته وتفتيت قدرته.

كما يمكن أن يهدف إلى ضم جزء من إقليم الدولة المتدخل ضدها لصالح الدولة المتدخلة وذلك ما حدث بالفعل في الآونة الأخيرة على الساحة الدولية في أوكرانيا حيث سعت روسيا إلى التأثير على الفئة الشعبية المتكلمة بالغة روسيا أن تعلن التمرد والانفصال على أوكرانيا ودعت إلى استفتاء كل القوانين والأعراف الدولية محاولة بذلك إضفاء الشرعة على هذا التدخل الهدام.

هذا كله يتعارض مع مبدأ الوحدة الذي يحظر كل دعوة انفصالية لأن سلامة الأراضي هي شرط لتحقيق الوحدة الوطنية يشكل مبدأ عدم المساس بالحدود واحترام الأراضي الوطنية قاعدة ثابتة في القوانين والمواثيق الدولية.

حيث لا يوجد في القانون الدولي أي مبدأ يميز أو يشجع عملاً مما كان يؤدي إلى التقطيع أو التهديم الكلي أو الجزئي لجميع أراضي دولة ذات سيادة مستقلة حيث أن قوانين الأمم المتحدة لا تقبل حتى الآن أي انفصال لأي جزء من السكان في دولة مستقلة وتؤكد ذلك والإعلان الخاص بمبادئ القانون الدولي الودية التعاون بين الدول رقم 2621 الصادر في 1970/10/24.⁽¹⁾

ثالثاً: الاستقلال السياسي.

تكون الدولة مستقلة سياسياً عندما تكون حرة في إدارة شؤونها الداخلية والخارجية بنفسها وبكل حرية، وذلك من خلال اختيار نظام الحكم التي تجيزه وذلك استناداً إلى سيادتها على إقليمها، كما لها أن تضع للدستور الذي يتلاءم وطبيعة الحكم، ولذلك لها كامل الحرية في تغيير نظامها أو تشكيلها الحكومي، وأن تسن ما يناسبها من قوانينها بعيداً عن أي إكراه أو سيطرة خارجية.⁽²⁾

فالدولة التي تقوم بالتدخل الهدام يكون هدفها الأول والأساسي هو تغيير نظام الحكم في الدولة المتدخلة في شؤونها، حيث تعتمد إلى تحقيق ذلك الهدف بكل الوسائل والأساليب مثل ما حدث في نيكارغوا من خلال

(1)- إساعيل الغزالي، القانون الدولي العام، ط1، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر و التوزيع، بيروت، 1986، ص 87.

(2)- علاء الدين حسين مكي خماسي، استخدام القوة في القانون الدولي، ص 176.

تدخل الولايات المتحدة في الإطاحة بنظام الحكم القائم فيها الذي كان آنذاك مخالفاً ومتنافياً إيديولوجياً لما تدعو إليه الولايات المتحدة الأمريكية⁽¹⁾.

حيث أن المحكمة الدولية وبهذا الصدد أكدت بخصوص هذه القضية أن تبني أي دولة لعقيدة معينة لا يمثل أخيراً القانون الدولي العزيز ومحاولة الزعم يعبر ذاتياً يكون هدفه تفريغ مبدأ السيادة من محتواه الذي يركز عليه القانون الدولي⁽²⁾.

فهذه الأعمال الهدامة تشكل خرقاً مباشراً للاستقلال السياسي للدولة المتدخل في شئونها وفي مما يتهائي اختيار النظام السياسي الذي ترتبته حيث المادة 2 فقرة 4 من ميثاق الأمم المتحدة.

الفرع الثاني: الآثار المترتبة على السلم والأمن الدوليين .

إن المقصد المهم والرئيسي- للأمم المتحدة هو حفظ السلم والأمن الدوليين وحالة عيابة عيان إمكان تحقيق المقاصد أو الأهداف الإجرائية أمر من الصعب تحقيقه، فهذا يمثل القاعدة الأساسية التي تتبنى على وجودها المقاصد والأهداف الأخرى للأمم المتحدة حيث تنص م 1 فقرة 1 من ميثاق الأمم المتحدة أن مقصد الأمم المتحدة الرئيسي هو حفظ السلم والأمن الدوليين⁽³⁾.

وإعمال القانون وتحقيق العدل هو أمر رئيسي لبلوغ هذا المقصد، وهناك التزام بالامتناع عن التدخل الهدام، وذلك بالامتناع في القيام بإصدار دعاية معينة أو بيانات أو تشريعات تهدف إلى إثارة الفتن أو التمرد ضد الحكومة القائمة في دولة أخرى مثل ما حدث مع أوكرانيا من قبل الدعاية الروسية وكذا مثل ما حدث في سوريا والدعاية الإعلامية القائمة لتشجيع الثورة.

وقد تبنت الجمعية العامة للأمم المتحدة سنة 1977 وسنة 1949 قرارات تحظر كل أنواع الدعاية التي تنشر- الفتن والامتناع عن إثارة الحرب الأهلية أو إقامة إذاعات معادية التي تهدف إلى تغيير النظام السياسي القائم أو دعم الحركات الانفصالية.

وتعتمد الأمم المتحدة ممثلة بمجلس الأمن على معيارين الأول إمكان نشوب نزاع مسلح بين الدولتين المتدخلتين والمتدخل ضدها مما يهدد السلم والأمن الدوليين ويخرق مبادئ القانون الدولي الذي يحمل اللجوء إلى القوة.

والمعيار الثاني يتمثل فيما يترتب على التدخل الهدام في الدولة المتدخل في شئونها بحيث تتأثر كل المجالات بها اقتصادياً، اجتماعياً والإنسانية، حيث يؤدي ذلك إلى قيام حالة من الفوضى وعدم الاستقرار داخل الدولة المتداخلة فيها وإمكان قيام حرب أهلية، وهذا ما يؤثر على مراسم الحدود وامتداد الجريمة المنظمة وخل المجال

(1)- محمد محمود ربيع، الإيديولوجية السياسية، مجلة مصر المعاصرة، العدد 274، مطابع الأهرام التجارية، القاهرة، 1977، ص 107.
(2)- Seif Ahmed el – Wadydies Romahi, Studies in international law and diplomatic practice part, Idatal aboinc, tokyo, p151.

(3)- محمد صالح المسفر، منظمة الأمم المتحدة، خلفيات النشأة والمبادئ، ط1، مطبعة قطر الوطنية، قطر، 1997، ص 471.

للجماعات المتطرفة، كل هذا يؤثر في السلم والأمن الدوليين وإشاعة جو من عدم التعاون وانعدام العلاقات الودية بين الفواصل في المجتمع الدولي⁽¹⁾.

والأمم المتحدة قد تبنت النص على قيام الدولة بالتدخل الهدام الأمر لا يتفق مع مقاصد الأمم المتحدة وبذلك فهو يشكل انتهاكاً للمادة 2 في فقرتها 4 من الميثاق 1، ولما كان التدخل الهدام يمس كما أسلفنا بالأدلة الإقليمية للدولة المتدخل ضدها واستقلالها السياسي فإنه بالتأكيد يعرض السلم والأمن الدوليين للخطر في ذلك لإمكان امتداد إثارة الى الدول المجاورة فضلاً عن إمكان حدوث انتهاكات خطيرة لحقوق الإنسان على غرار ما يحدث اليوم في ليبيا وسوريا والعراق.

خاتمة:

إن عدم وضع اتفاقية دقيقة ومحددة لمثل هذا النوع من التدخل والأساليب التي يتم بها، ومسئولية الدولة المتدخلة عنها سوف يؤدي إلى انتشار هذا التدخل الهدام في العلاقات الدولية، وذلك لما يتصف به من خفاء وإمكان عدم قيام المسؤولية الدولية عنه على الدولة التي تنتهجه، وهذا كله يعرض السلم والأمن الدوليين للخطر، وهذا النمط من التدخل يمكن القول أنه قد انتهت الحقيقة إلى انه نشاط سري محله الهدم بوصفه وسيلة فعالة في تحقيق أهداف الدول العظمى، ويعتمد هذا النوع من التدخل على عنصرين أساسيين هما الصبر والطموح ويهدف هذا النوع من التدخل إلى هدم الخصم في الداخل مما أدى معنوياً إلى كسر- المتدخل ضده، من خلال أساليب مختلفة لتحقيق نوع من عدم الاستقرار والاضطراب تمهيداً لقلب نظام الحكم أو تقسيم الدولة المتدخل ضدها.

بالتالي فإن التدخل الهدام هو التدخل غير المباشر إذ تطور هذا النوع واتخذ عدة أساليب، ويكون أما بصورة معنوية أو مادية، وطبيعته القانونية تخضعه لنص المادة (2) ف(4) من ميثاق الأمم المتحدة، لان لجوء الدولة إليه لا يتفق مع مقاصد الأمم المتحدة، كما انه يمثل خرقاً لمبدأ عدم التدخل وانه يساوي باقي أنواع التدخل الأخرى من حيث الخطورة وعدم المشروعية وهو ما أكدته محكمة العدل الدولية في قضية نيكاراغوا سنة 1986.

قد توصلنا إلى أن النظام السياسي الذي لم يأتي إلى السلطة بطريق ديمقراطي يكون بينه وبين الشعب فجوة مما يسهل إنجاح التدخل الهدام.

يترتب على قيام الدولة بالتدخل الهدام المساس بالسلامة الإقليمية والاستقلال السياسي للدولة المتدخل في شؤونها، مما قد يصعد من درجة المواجهة ثم إمكان نشوب نزاع مسلح بين الدولتين، وهو ما يهدد السلم والأمن الدوليين ويمكن امتداده للدول المجاورة.

(1)- انظر المادة 2 في الفقرة 4 من .ميثاق الأمم المتحدة.

توصيات.

في ظل غياب نص واضح يجب العمل على صياغة نص واضح يعالج موضوع التدخل الهدام بصفة دقيقة مع تحديد عناصره والأساليب التي يمكن أن يتخذها، وكذلك تحديد الالتزام الواقع على الدول في حفظ مبدأ عدم التدخل مع تقرير العقوبة المناسبة لذلك، ومن خلال هذا النص يجب وضع حد فاصل بين حفظ حقوق الإنسان وحرية الاتصال من جهة والتدخل الدولي من جهة أخرى.

وفي المقام الثاني على الدول أن تسعى قدر الإمكان إلى سد الفجوة بين الحكام والمحكومين من خلال معالجة الأسباب التي أدت إلى التباعد والتعامل بأكثر شفافية.

المنع من مغادرة الإقليم الوطني في التشريع الجزائري
أ/ سلامي دليلا- أستاذ مساعد "أ" - جامعة محمد بوقرة بومرداس- كلية الحقوق-بودواو

ملخص:

إن أهم الحقوق والحريات اللصيقة بالإنسان هي حرية التنقل، ويقصد بها حرية الإنسان في الانتقال من مكان لآخر داخل دولته، أو من الدولة إلى خارجها والعودة إليها متى شاء.

وتعد حرية السفر أو مغادرة الإقليم الوطني من الحقوق الأساسية للإنسان وقد تضمنت المعاهدات والمواثيق الدولية مظاهر هذه الحرية، ومن ذلك ما جاء في المادة 13 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، والمادة 12 من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، حيث أكدوا على حق الفرد في مغادرة أي بلد بما فيه بلده والعودة إليه.

ورغم ذلك فإن حق مغادرة الإقليم الوطني ليس مطلقا، وإنما ترد عليه بعض القيود، تختلف هذه الأخيرة باختلاف الجهة المختصة باتخاذ إجراء المنع، سواء كانت جهات قضائية والمتمثلة في وكيل الجمهورية، قاضي التحقيق، قاضي حكم، ويتخذ أثناء المتابعة القضائية، أو كانت جهات إدارية، تدرج ضمن سلطاتها في المحافظة على المصلحة العامة.

Résumé :

Les droits et les libertés les plus importants inhérents à l'être humain est la liberté de mouvement, et sont destinées à la liberté humaine de se déplacer d'un endroit à l'autre dans l'état ou de l'Etat à l'extérieur et y revenir quand il veut.

La liberté de voyager ou de quitter le territoire national des droits de l'homme fondamentaux ont été traités et conventions internationales inclus les manifestations de cette liberté, et il est énoncé à l'article 13 de la Déclaration universelle des droits de l'homme, l'article 12 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, le Pacte international, où a souligné le droit de l'individu de quitter tout pays, y compris le sien, et de revenir.

Néanmoins, le droit de quitter le territoire national n'est pas absolue, mais y répondre certaines limites, celle-ci varient en fonction de l'autorité compétente pour la prévention de l'action, que ce soit des organes judiciaires représentés par le procureur, le juge d'instruction, le juge a statué et pris au cours du suivi judiciaire, ou étaient des organes administratifs, inclus dans son autorité pour maintenir l'intérêt public.

تاريخ إيداع المقال: 2017/01/04

تاريخ تحكيم المقال: 2017/01/17

مقدمة:

تعد حرية التنقل إلى الخارج من الحقوق الدستورية المقررة للأفراد، حيث تنص الفقرة الأولى من التعديل الدستوري⁽¹⁾ على أنه: " يحق لكل مواطن يتمتع بحقوقه المدنية والسياسية، أن يختار بحرية موطن إقامته، وأن يتنقل عبر التراب الوطني. حق الدخول إلى التراب الوطني والخروج منه مضمون له ".

وإعمالا لسيادة الدولة على إقليمها وعلى الأشخاص المتواجدين عليه، يكون لها في حالات معينة ولأموار تستوجب ذلك، وضع قيود على حرية الأفراد في التنقل، ولها أن تمنعهم من مغادرة إقليمها استثناء عن الأصل، إلا أن صلاحية الدولة في هذا المجال ليست مطلقة، فلا يجوز لها المساس بحق التنقل إلا في حالات استثنائية وفي إطار القانون، ورغم ذلك فإنّ المشرع لم ينظم المنع من مغادرة الإقليم الجزائري كإجراء قائم بحد ذاته، وإنما يستخلص ذلك من خلال بعض النصوص القانونية التي تنص على إجراء المنع بصفة صريحة، أو من خلال إجراءات معينة تهدف في مجملها إلى منع الشخص سواء كان وطنيا أو أجنبيا من مغادرة الإقليم الوطني. نحاول من خلال هذه الدراسة تحديد الجهات المختصة باتخاذ إجراء المنع من مغادرة الإقليم الوطني على سبيل المثال لا الحصر، مع توضيح الأسباب المؤدية لذلك.

المبحث الأول: الجهات القضائية

تنص الفقرة الثالثة من التعديل الدستوري على أنه: " لا يمكن الأمر بأي تقييد لهذه الحقوق إلا لمدة محددة وبموجب قرار مبرر من السلطة القضائية".

يستفاد من هذا النص أن القيود الواردة على حرية أو حق التنقل تكون مؤقتة، باعتبار أن المشرع نص على مدة معينة يتم من خلالها تنفيذ الإجراء الذي اتخذ، ويتم تقييد مثل هذا الحق في إطار متابعة المتهم قضائيا، ولا يتم إلا من طرف السلطة القضائية، والمتمثلة في:

المطلب الأول: وكيل الجمهورية

الأصل أن وكيل الجمهورية باعتباره سلطة اتهام لا يملك مهام سلطة التحقيق، إلا أن المشرع قد منح لوكيل الجمهورية بعض مهام التحقيق وذلك على سبيل الاستثناء، ومن بين هذه المهام نجد المادة 36 مكرر 1 ق إ ج التي خوّلت لوكيل الجمهورية ممارسة بعض إجراءات الرقابة القضائية بمنحه سلطة إصدار أمر بمنع أي شخص سواء كان وطنيا أم أجنبيا من مغادرة التراب الوطني، وذلك خلال التحريات الأولية التي يقوم بها ضباط الشرطة القضائية، باعتبار أن وكيل الجمهورية هي الجهة المكلفة بإدارتها، والمنع من المغادرة هو إجراء جوازي وليس وجوبي، لكنه مقيد بتوافر الشروط التالية:

أن تقتضي التحريات الأولية المتخذة من طرف الضبطية القضائية ضرورة اتخاذ مثل هذا الإجراء.

¹ - قانون رقم 01-16، مؤرخ في 6 مارس 2016، يتضمن التعديل الدستوري، ج ر عدد 14.

-تقديم ضابط الشرطة القضائية تقريراً مسبباً لوكيل الجمهورية.

-وجود دلائل ترجح ضلوع الشخص في جناية أو جنحة.

-صدور إجراء المنع من مغادرة التراب الوطني بموجب أمر.

-ألا تتجاوز مدة إجراء المنع من مغادرة التراب الوطني ثلاثة أشهر، وهي قابلة للتجديد مرة واحدة.

استثنى المشرع من هذا التمديد الجرائم المتعلقة بالإرهاب أو الفساد، حيث أجاز بشأنها تمديد المنع إلى غاية الانتهاء من التحريات.

ويرفع إجراء المنع من مغادرة التراب الوطني بنفس الأشكال.

المطلب الثاني: قاضي التحقيق

يستند اختصاص قاضي التحقيق في اتخاذ إجراء المنع من مغادرة الإقليم الوطني إلى ماله من سلطة في مجال التحقيق القضائي، ويتعلق الأمر باتخاذ إجراء الرقابة القضائية، في إطار المتابعة القضائية، وهو إجراء يطبق على المواطنين والأجانب على حد سواء (الفرع الأول)، كما نص المشرع على إجراء الإفراج المؤقت الخاص بالأجانب الذي قد يترتب عليه إجراء المنع من المغادرة (الفرع الثاني)، كما يمكن منع الأجنبي من المغادرة بسبب عدم دفع الكفالة الضامنة للعقوبات المالية المستحقة (الفرع الثالث).

الفرع الأول: الرقابة القضائية

أسند المشرع مهمة التحقيق القضائي إلى سلطة مستقلة عن سلطة الاتهام، والمتمثلة في قاضي التحقيق وذلك كأول درجة من التحقيق، ويتسم هذا التحقيق بالطبيعة القضائية، لذلك خص المشرع إجراءات التحقيق بنوع من الشدة في مباشرتها كي تفيد في الكشف عن الحقيقة⁽¹⁾، ومن أجل ذلك خول المشرع قاضي التحقيق صلاحية اتخاذ إجراء سحب الوثائق التي تسمح بمغادرة التراب الوطني كقيد على حرية المتهم في التنقل، سواء كان وطنياً أم أجنبياً، وذلك في إطار ما يسمى بالرقابة القضائية المنصوص عليها في الفقرة الثانية من المادة 123ق إ ج⁽²⁾.

ولا يؤمر بوضع المتهم تحت الرقابة القضائية إلا إذا اقتضت الضرورة ذلك، فالأصل أن المتهم يبقى حراً أثناء إجراءات التحقيق، وضماناً لمصلحة التحقيق ومن أجل التقليل من فرص الهرب خارج الوطن، يتم إخضاع المتهم للالتزام الوارد في الفقرة الرابعة من المادة 125 مكرر 1 والمتعلقة بـ "تسليم كافة الوثائق التي تسمح بمغادرة التراب الوطني...إما إلى أمانة الضبط أو مصلحة أمن يعينها قاضي التحقيق، مقابل وصل".

¹ -عبد الرحمن خلفي، الإجراءات الجزائية في التشريع الجزائري والمقارن، دار بلقيس، الطبعة الثانية، 2016، ص 239.

² - تنص الفقرة الثانية من المادة 123ق إ ج على أنه: "غير أنه إذا اقتضت الضرورة اتخاذ إجراءات لضمان مثوله أمام القضاء يمكن إخضاعه للالتزامات الرقابة القضائية".

يستفاد من هذا النص أن المشرع خول قاضي التحقيق سلطة إلزام المتهم بتسليم كافة الوثائق التي تسمح بمغادرة التراب الوطني، كجواز السفر الذي يعد الوثيقة الأساسية التي تخول صاحبها السفر إلى خارج حدود الوطن، ويتم تسليم هذه الوثائق إلى أمانة ضبط المحكمة أو مصلحة الشرطة أو فرقة الدرك التي يعينها قاضي التحقيق، وذلك مقابل وصل.

وقد نص القانون رقم 03-14 المتعلق بسندات ووثائق السفر⁽¹⁾ في المادة 3 على أنواع أخرى من سندات ووثائق السفر التي تمكن من مغادرة التراب الوطني، والمتمثلة في:

— رخصة طيار بالنسبة لقائدي الطائرات.

— شهادة الأمن والإنقاذ لمستخدمي الملاحة الجوية التجارية.

— دفتر الملاحة البحرية.

ويصدر الأمر بوضع المتهم تحت الرقابة القضائية من قاضي التحقيق، وفي أية مرحلة من إجراءات التحقيق، لكن بتوافر الشروط التالية:

- أن تكون الجريمة معاقبا عليها بعقوبة الحبس أو لعقوبة أشد، طبقا لما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة 125 مكرر 1 ق إ.ج.

- يتعين أن يبرر هذا الإجراء بضرورات التحقيق، بمعنى ضمان مثول المتهم أمام القضاء طبقا لما نصت عليه المادة 123 ق إ.ج.

- صدور إجراء الرقابة القضائية بموجب أمر، وهو ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة 125 مكرر 1 ق إ.ج.

- إن الرقابة القضائية إجراء يتخذ في مواجهة المتهمين البالغين فقط⁽²⁾، ولا يتخذ ضد المتهمين الأحداث أي من هم دون سن 18 سنة⁽³⁾.

تدخل الرقابة القضائية حيز التطبيق ابتداء من التاريخ المحدد في القرار الصادر عن جهة التحقيق، وفي حالة إحالة المتهم أمام جهة الحكم تبقى الرقابة القضائية قائمة إلى أن ترفعه الجهة القضائية المعنية طبقا لما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة 125 مكرر 3 ق إ.ج.

¹ - قانون رقم 03-14 مؤرخ في 24 فبراير 2014، يتعلق بسندات ووثائق السفر، ج ر عدد 16، مؤرخة في 23 مارس 2014.
² - خاصة وأن الإخلال بالتزامات الرقابة القضائية ينجم عنه بصفة استثنائية وضع المتهم في الحبس المؤقت وهو ما نصت عليه الفقرة الثالثة من المادة 123 ق إ.ج.

³ - محمد حزيط، مذكرات في قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، دار هوم، الطبعة السادسة، 2012، ص 147.

ترفع الرقابة القضائية بإجراء قضائي، وذلك إما بموجب أمر بعدم وجود وجه لإقامة الدعوى صادر عن قاضي التحقيق بصفة تلقائية، أو بموجب طلب من وكيل الجمهورية، أو بطلب من المتهم بعد استشارة وكيل الجمهورية⁽¹⁾، وهو ما نصت عليه المادة 125 مكرر 2 ق إ.ج.

الفرع الثاني: الإفراج المؤقت للأجنبي

نص المشرع على حكم خاص يطبق على المتهم الأجنبي الذي وُضِعَ في الحبس المؤقت، حيث يستفيد حسب المادة 129 ق إ.ج من الإفراج المؤقت، ويتم إصدار مثل هذا الأمر من طرف كل من: جهة التحقيق أو جهة الحكم بحسب الحالة.

تمثل جهة التحقيق في كل من قاضي التحقيق كدرجة أولى للتحقيق حسب المادة 126 ق إ.ج، وغرفة الاتهام كدرجة ثانية للتحقيق حسب المادة 186 ق إ.ج، وذلك قبل أن تصدر هذه الجهة قرارها بالأمر وجه للمتابعة. أما بالنسبة لجهة الحكم فيتم الإفراج عن المتهم الأجنبي في إطار التحقيق النهائي الذي تقوم به، وذلك حسب الفقرة الأولى من المادة 128 ق إ.ج، وذلك قبل أن تصدر هذه الجهة حكمها النهائي في الدعوى. وفي كلا الحالتين، سواء تعلق الأمر بجهة التحقيق أو بجهة الحكم، يتم إخضاع الأجنبي الذي أخلي سبيله بالضرورة إلى إجراء تحديد الإقامة، وكل مخالفة لهذا الإجراء يترتب عليها عقوبة جزائية.

أولاً: تحديد الإقامة

أدرج المشرع تحديد الإقامة ضمن التدابير المتخذة في إطار الرقابة القضائية، حيث نصت المادة 125 مكرر 1 على أنه: "يمكن قاضي التحقيق أن يأمر بالرقابة القضائية إذا كانت الأفعال المنسوبة للمتهم قد تعرضه لعقوبة الحبس أو عقوبة أشد.

تلتزم الرقابة القضائية المتهم أن يخضع، بقرار من قاضي التحقيق، إلى التزام أو عدة التزامات، وهي كالاتي:

1-عدم مغادرة الحدود الإقليمية التي حددها قاضي التحقيق إلا بإذن هذا الأخير".

يترتب على تحديد الإقامة المتخذ سواء من طرف قاضي التحقيق، أو غرفة الاتهام، أو جهة الحكم، تقييد حرية الأجنبي في التنقل، وبالتالي منعه من مغادرة الإقليم الوطني، ويلتزم وكيل الجمهورية باعتباره المختص حسب البند السابع من المادة 36 ق إ.ج، بتنفيذ قرارات التحقيق وجهات الحكم، تبليغ قرار تحديد محل الإقامة الإجبارية لوزارة الداخلية المختصة باتخاذ الإجراءات المتعلقة بمراقبة محل الإقامة المحدد، وتسليم التصريحات المؤقتة بالتنقل في داخل الأراضي الجزائية عند الاقتضاء، باعتباره المشرف على منافذ الحدود، لمنع الأشخاص

¹ -المادة 125 مكرر 2 ق إ.ج.

من مغادرة التراب الوطني. مع إخطار جهة التحقيق بذلك، ويتخذ نفس الإجراء والمتعلق بالتبليغ، بعد أن يتم رفع الرقابة القضائية.

ثانيا: العقوبة المقررة على مخالفة إجراء تحديد الإقامة

يترتب على مخالفة المتهم لإجراء تحديد الإقامة عقوبتين، الأولى أصلية والثانية تكميلية، تتمثل العقوبة الأصلية في الحبس الذي تتراوح مدته من ثلاثة أشهر إلى ثلاث سنوات، والغرامة التي تتراوح قيمتها من 500 إلى 50.000 دج أو إحدى هاتين العقوبتين.

أما العقوبة التكميلية والتي يتم الحكم بها بصفة وجوبية، فتتمثل في سحب جواز السفر بصفة مؤقتة، كما يجوز لجهة التحقيق أو الحكم، بحسب الحالة، أن تمنع الأجنبي من مغادرة التراب الوطني، وفي هذه الحالة يتم إدراج اسمه في قائمة الممنوعين من السفر والمتواجدة على مستوى جميع منافذ الخروج القانونية سواء كانت برية أو بحرية أو جوية.

نفس الحكم المطبق على الأجنبي بموجب المادة 129 ق إ ج، نجد أن المشرع قد نص عليه في المادة 113 من الأمر رقم 71-28 المتضمن قانون القضاء العسكري⁽¹⁾.

الفرع الثالث: المنع من المغادرة بسبب عدم دفع الكفالة الضامنة للعقوبات المالية المستحقة

أخضع المشرع المتهم سواء كان وطنيا مقيما في الخارج، أم أجنبيا، بوجوب دفع كفالة عند مغادرتهم للإقليم الجزائري، تضمن هذه الكفالة دفع العقوبات المالية المستحقة، وذلك بموجب الفقرة الثالثة من المادة 8 مكرر من الأمر رقم 96-22⁽²⁾ المتعلق بقمع مخالفة التشريع والتنظيم الخاصين بالصرف وحركة رؤوس الأموال من وإلى الخارج، حيث نصت على أنه: " يتوقف خروج المتهمين المقيمين في الخارج أو ذوي الجنسية الأجنبية المتابعين بارتكاب مخالفة للتشريع الخاص بالصرف وحركة رؤوس الأموال من وإلى الخارج على وجوب تقديم كفالة تضمن دفع العقوبات المالية المستحقة ".

¹ - أمر رقم 71-28 مؤرخ في 22 أبريل 1971، يتضمن قانون القضاء العسكري، جريدة رسمية عدد 38، مؤرخة في 11 ماي 1971، المعدل والمتمم. تنص المادة 113 على أنه: " يكون قضاء التحقيق أو قضاء الحكم الذي يفرج عن مته من جنسية أجنبية أو يقرر الإفراج المؤقت عنه أو عن ظنين أو مشتكى عليه، هو وحده المختص بتحديد محل إقامة له ويحظر عليه الانتعاد عنه إلا بإذن قبل صدور قرار بمنع المحاكمة أو حكم نهائي، تحت طائلة الحبس من ثلاثة أشهر إلى ثلاث سنوات وغرامة من 500 إلى 50.000 دينار أو إحدى هاتين العقوبتين فقط، فضلا عن ذلك يقرر وجوب سحب جواز السفر مؤقتا.

وبلغ قرار تحديد محل الإقامة لوزير الداخلية المختص باتخاذ إجراءات مراقبة محل الإقامة المحدد وتسليم الأذن المؤقتة بالنقل داخل الأراضي الجزائرية عند الاقتضاء. ويجرى إخبار قضاء التحقيق بذلك.

ويعاقب من تهرب من إجراءات المراقبة بالعقوبات المنصوص عليها في الفقرة الأولى من هذه المادة".

² - أمر رقم 96-22، مؤرخ في 9 يوليو 1996، يتعلق بقمع مخالفة التشريع والتنظيم الخاصين بالصرف وحركة رؤوس الأموال من وإلى الخارج، جريدة رسمية عدد 43، مؤرخة في 10 جويلية 1996، المعدل والمتمم.

لكن وفي إطار القواعد العامة المنصوص عليها في قانون الإجراءات الجزائية، نجد أنّ المشرع قد نص في المادة 132 ق إ ج على أنّ الإفراج بكفالة هي مسألة جوازية متروكة للسلطة التقديرية لجهة التحقيق، وقد ضيق القانون من نطاق الكفالة، فجعلها إجراء خاصا بالمتهمين الأجانب المحبوسين مؤقتا المراد الإفراج عنهم⁽¹⁾، وذلك في جميع الحالات التي لا يكون فيها الإفراج بقوة القانون، وتضمن هذه الكفالة:

1- مثول المتهم في جميع إجراءات الدعوى لتنفيذ الحكم.

2- أداء ما يلزم حسب الترتيب الآتي:

- المصاريف التي سبق أن قام بدفعها المدعي المدني.

- المصاريف التي أفقها القائم بالدعوى العمومية.

- الغرامات.

- المبالغ المحكوم بردها.

- التعويضات المدنية.

ويحدد قرار الإفراج المبلغ المخصص لكل جزء من جزئي الكفالة، وتسلم الكفالة ليد كاتب المحكمة أو المجلس القضائي، أو محصل التسجيل إذا كانت عبارة عن سندات⁽²⁾.

المطلب الثالث: قاضي الحكم

تنص المادة الأولى ق ع على أنه: "لا جريمة ولا عقوبة أو تدبير أمن بغير قانون".

الملاحظ من خلال نص المادة أن تقرير العقوبة لا يتم إلا بناء على قانون يحدد نوعها ومقدارها، ولا توقع إلا بموجب حكم قضائي، وحسب المادة 4 ق ع نجد أنها نصت على نوعين من العقوبات، عقوبات أصلية⁽³⁾ وعقوبات تكميلية، هذه الأخيرة عزفتها الفقرة الثالثة منها كما يلي: "العقوبات التكميلية هي تلك التي لا يجوز الحكم بها مستقلة عن عقوبة أصلية، فيما عدا الحالات التي ينص عليها القانون صراحة. وهي إما إجبارية أو اختيارية".

الملاحظ على هذا النص أن العقوبة التكميلية هي العقوبة التي تضاف إلى العقوبة الأصلية، وقد حددت المادة 9 ق ع هذه العقوبات، ومن بينها العقوبة المقررة في البند رقم 11 والمتعلقة بسحب جواز السفر، وهي عقوبة

¹ - عبد الله اوهابيه، شرح قانون الإجراءات الجزائية الجزائري-التحري والتحقيق -دار هوم، الجزائر، 2004، ص 436، 437.

² - لمزيد من المعلومات أنظر المواد: 133، 134، 135 ق إ ج.

³ -تنص الفقرة الثانية من المادة 4 ق ع، على أنه: "العقوبة الأصلية هي تلك التي يجوز الحكم بها دون أن تقترن بها أية عقوبة أخرى".

مستحدثة عند تعديل قانون العقوبات سنة 2006 بموجب القانون رقم 23-06⁽¹⁾، وهي العقوبة التي من خلالها يمنع المحكوم عليه من مغادرة التراب الوطني.

حددت المادة 16 مكرر 5 شروط تطبيق هذه العقوبة، والمتمثلة في:

- أن يتعلق الأمر بجريمة لها وصف جنائية أو جنحة.
- صدور حكم أو قرار من الجهة القضائية المختصة محكمة الجench أو محكمة الجنايات بحسب الحالة- يقضي بالإدانة بإحدى العقوبات المقررة في المادة 5، والمادة 5 مكرر 5 كعقوبة أصلية، ويسحب جواز السفر كعقوبة تكميلية، فلا عقوبة إلا بموجب حكم.
- ألا تزيد مدة العقوبة عن خمس (5) سنوات تبدأ سريانها من تاريخ النطق بالحكم، ولم يميز المشرع بالنسبة لهذه المدة بين الجنايات والجench.
- أن يبلغ الحكم إلى وزارة الداخلية.

وقد أجازت الفقرة الثانية من المادة 16 مكرر 5 ق 5، على أن يؤمر بتنفيذ المعجل بالنسبة لهذا الإجراء. والأصل أن عقوبة سحب جواز السفر هي عقوبة اختيارية بدليل أن المشرع استهل نص المادة 16 مكرر 5 ق 5 بعبارة "يجوز"، ومن أمثلة ذلك ما نص عليه المشرع في القانون رقم 18-04 المتعلق بالوقاية من المخدرات والمؤثرات العقلية وقمع الاستعمال والاتجار غير المشروعين بها⁽²⁾ وذلك في المادة 29 منه والتي تنص على أنه: "في حالة الإدانة لمخالفة الأحكام المنصوص عليها في هذا القانون، للجهة القضائية المختصة أن تقضي- بعقوبة الحرمان من الحقوق السياسية والمدنية والعائلية من خمس (5) سنوات إلى عشر (10) سنوات. ويجوز لها، زيادة على ذلك، الحكم بما يأتي: ...-سحب جواز السفر...".

كما نص المشرع على هذه العقوبة كعقوبة اختيارية لكن بأسلوب آخر، وذلك عند إشارته إلى إمكانية تطبيق إحدى العقوبات التكميلية أو أكثر المنصوص عليها في المادة 9 ق 5، ومن بينها عقوبة سحب جواز السفر، وهو ما نجده في القانون رقم 01-06 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته في المادة 50 منه والتي تنص على أنه: "في حالة الإدانة بجريمة أو أكثر من الجرائم المنصوص عليها في هذا القانون، يمكن الجهة القضائية أن تعاقب الجاني بعقوبة أو أكثر من العقوبات التكميلية المنصوص عليها في قانون العقوبات".

¹- قانون رقم 23-06 مؤرخ في 20 ديسمبر 2006 المعدل والمتمم لقانون العقوبات، جريدة رسمية عدد 84.

²- قانون رقم 18-04، مؤرخ في 25 ديسمبر 2004، يتعلق بالوقاية من المخدرات والمؤثرات العقلية وقمع الاستعمال والاتجار غير المشروعين بها، جريدة رسمية عدد 83.

الملاحظ على عقوبة سحب جواز السفر أن المشرع قد نص على أنها عقوبة إجبارية في موضع آخر، ومثال ذلك⁽¹⁾ المادة 19 من الأمر رقم 06-05 المتعلق بمكافحة التهريب⁽²⁾، والتي تنص على أنه: "في حالة الإدانة من أجل إحدى الجرائم المنصوص عليها في هذا الأمر، يعاقب الجاني وجوبا بعقوبة تكميلية أو أكثر من العقوبات الآتية: ... سحب جواز السفر".

ويترتب على خرق الالتزام المنصوص عليه في المادة 16 مكرر 5 ق ع، معاقبة المحكوم عليه بالحبس من ثلاثة (3) أشهر إلى ثلاث (3) سنوات، وبغرامة من 25.000 د ج إلى 300.000 د ج طبقا لما نصت عليه المادة 16 مكرر 6 ق ع.

المبحث الثاني: الجهات الإدارية

يؤول الاختصاص للجهات الإدارية فيما يتعلق بتقييد حرية الوطني أو الأجنبي في التنقل، في إطار صلاحياتها المتعلقة بالضبط الإداري، ومن أجل ذلك يمكن أن تتخذ إحدى الإجراءات التالية:

المطلب الأول: عدم تسليم أو تجديد جواز السفر

تنص المادة 6 من القانون رقم 03-14 المتعلق بسندات ووثائق السفر على أنه: "جواز السفر سند سفر فردي يمنح بدون شرط السن لكل مواطن ما لم يكن محكوما عليه نهائيا في جنائية ولم يرد اعتباره".

الملاحظ من خلال هذه المادة أن المشرع قد نص على المبدأ العام والمتمثل في حق كل مواطن في الحصول على جواز السفر، بغض النظر لسنه ما إذا كان بالغا سن الرشد والمحددة بتسعة عشر- سنة، أم قاصرا وهو ما يستفاد من العبارة "بدون شرط السن".

حددت المادة 11 ق 03-14 السلطات المكلفة بتسليم سندات ووثائق السفر، حيث خولت للوالي صلاحية تسليم جواز السفر العادي للمواطنين المتواجدين في الإقليم الوطني، كما يجوز أن يسلم من طرف كل موظف مؤهل يفوضه لهذا الغرض. أما بالنسبة للمواطنين المقيمين أو المتواجدين في الخارج فإن جواز السفر أو رخصة المرور القنصلية تسلم من طرف رؤساء المراكز الدبلوماسية والقنصلية الجزائرية أو أي موظف قنصلي مفوض لهذا الغرض.

وتدرج هذه الإجراءات ضمن سلطة الدولة في تنظيم كيفية ممارسة مواطنها لحق التنقل خارج حدودها. وإذا كان الأصل أن لكل مواطن الحق في الحصول على جواز السفر، فقد نص المشرع على الاستثناء الوارد على هذا الأصل والمتمثل في رفض تسليم وثيقة السفر أو تجديدها بحسب كل حالة، من طرف السلطات

¹ - كما تنص المادة 389 مكرر 5 ق ع، على أنه: "يطبق على الشخص الطبيعي المحكوم عليه لارتكابه الجرائم المنصوص عليها في المادتين 389 مكرر 1 و 389 مكرر 2 عقوبة واحدة أو أكثر من العقوبات التكميلية المنصوص عليها في المادة 9 من هذا القانون".

² - أمر رقم 06-05، مؤرخ في 23 أوت 2005، يتعلق بمكافحة التهريب، جريدة رسمية عدد 59، المعدل والمتمم.

المكلفة بتسليم هذه الوثائق، وذلك طبقاً لمبدأ توازي الأشكال. وما يترتب على ذلك أن رفض منح هذه الوثائق يعد بالضرورة منعا من مغادرة الإقليم الوطني، لأن هذه الوثائق تعد لازمة لكل مواطن من أجل السفر إلى الخارج، وما يؤكد ذلك كلمة "يجب" التي استهل بها المشرع نص المادتين 2 و3 ق 03-14.

الملاحظ من خلال نص المادة 6 أنّ المشرع خص فقط جواز السفر دون بقية الوثائق الأخرى من الامتناع عن استصدارها، كما أنه قيد هذا الامتناع بتوفر الشرطين التاليين:

- 1- صدور حكم نهائي من طرف الجهات القضائية الجزائية المختصة، ويتعلق الأمر بكل من:
 - محكمة الجنايات، التي يؤول لها الاختصاص في الحكم جزائيا بالنسبة للأفعال الموصوفة بجنايات ⁽¹⁾ والمرتبكة من طرف الأشخاص البالغين سن الرشد الجزائري والمحددة بثمانية عشر سنة ⁽²⁾.
 - محكمة الأحداث، المتواجدة بمقر المجلس القضائي باعتبارها المختصة بالنظر في الجنايات التي يرتكبها الأطفال حسب الفقرة الثانية من المادة 59 من القانون رقم 12-15 المتعلق بحماية الطفل ⁽³⁾.
- 2- عدم توافر شروط رد الاعتبار للمحكوم عليه بنوعيه القانوني والقضائي ⁽⁴⁾، وهو ما يؤكد عدم استقامة المحكوم عليه.

المطلب الثاني: الحصول على رخصة

يجوز للسلطة التنفيذية، أن تخضع ممارسة حرية التنقل إلى الخارج لنظام الترخيص، وهو نظام يسمح للسلطة العامة أن تتخذ موقف التدخل الوقائي لممارسة الحق في التنقل، من أجل منع كل إخلال بالنظام العام ومصالح الدولة، ومن أمثلة ذلك:

الفرع الأول: تنقل الأطفال القصر

إن خروج الأطفال القصر من التراب الوطني نحو الخارج منظم بموجب التعليمات الصادرة عن وزارة الداخلية والجماعات المحلية رقم 15 المؤرخة في 29 أوت 1972، المتعلقة بخروج الأطفال القصر- الجزائريين من التراب الوطني، والمعدلة بموجب التعليمات الوزارية رقم 10-08 المؤرخة في 15 جويلية 2010.

محتوى هذه التعليمات أنّ الأطفال القصر الذين تقل أعمارهم عن تسعة عشر (19) سنة ⁽⁵⁾ يخضعون لإجراءات خاصة عند سفرهم خارج الوطن، فلا يكفي حيازة الطفل القاصر لجواز سفر فردي، قيد الصلاحية، وإنما

¹- أنظر في ذلك المادة 248 ق إ.ج.

²- أنظر في ذلك المادة 249 ق إ.ج.

³- قانون رقم 12-15، مؤرخ في 15 يوليو 2015، يتعلق بحماية الطفل، جريدة رسمية عدد 39.

⁴- نظم المشرع أحكام رد الاعتبار في المواد من 676 إلى 693 ق إ.ج.

⁵- تنص المادة 40 ق م على أنه: "كل شخص بلغ سن الرشد متمتعاً بقواه العقلية، ولم يحجر عليه، يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية. وسن الرشد تسعة عشر (19) سنة كاملة".

يجب حصولهم على رخصة، بالإضافة إلى الوثائق الأخرى الضرورية والتي يجب إظهارها أثناء خروج الأطفال عبر المراكز الحدودية، والتي تختلف بحسب الحالة التي يتواجد عليها الطفل القاصر، والمتمثلة في:

1- ترخيص بخروج الطفل مقدم من أحد الوالدين المتمتع بحق الولاية القانونية، مصادق عليها من طرف محافظة الشرطة المختصة إقليمياً، أو من طرف ضابط الحالة المدنية لبلدية مقر الإقامة أو لدى الممثلات الدبلوماسية والقنصلية المعتمدة بالخارج، في حالة ما إذا خرج الطفل القاصر بمفرده أو مصحوباً بشخص آخر.

2- ترخيص بخروج الطفل القاصر المكفول من التراب الوطني بأمر من رئيس المحكمة الجزائية المختصة إقليمياً الذي وافق على الكفالة، أو المحكمة التابع إليها الموثق الذي أعد عقد الكفالة، في حالة ما إذا كان الطفل مكفول.

3- ترخيص بخروج الطفل القاصر من التراب الوطني ممضي من طرف مدير المركز أو من طرف رئيس المحكمة المختصة إقليمياً عند الاقتضاء، في حالة ما إذا كان الطفل القاصر مكفول ومتواجد بمركز لحماية الطفولة المسعفة التابع للدولة.

4- كل الإبانات المبيّنة لتواجد الطفل القاصر بالخارج بصفة منتظمة كسند إقامة، شهادة مدرسية بالخارج، جواز سفر أو بطاقة التعريف الوطنية مقدّمة بالخارج...، في حالة ما إذا كان الطفل القاصر مقيم بالخارج، وسواء كان مسافراً بمفرده أو مصحوباً⁽¹⁾.

تجدر الإشارة إلى أن الرخصة الأبوية تشترط من كل الأطفال القصر- الحاملين للجنسية الجزائرية مهما كان موطن إقامتهم سواء داخل الوطن أو خارجه، ولا تطلب في حالة سفر القاصر رفقة أحد الوالدين⁽²⁾، وإنما يجب في هذه الحالة تقديم وثيقة تثبت صلة القرابة والمتمثلة في دفتر العائلي أو نسخة طبق الأصل مصادق عليها.

غير أنه لا يسمح للطفل القاصر من مغادرة التراب الوطني إذا كان قد استصدر أحد والديه أمراً قضائياً من إحدى الجهات القضائية الجزائرية المختصة، يقضي- بمنعه من السفر إلى الخارج. وتقوم النيابة العامة باعتبارها المختصة بتنفيذ الأحكام القضائية⁽³⁾، بمجرد صدور الأمر القاضي بمنع الطفل القاصر من مغادرة التراب الوطني، بإخطار مصالح الشرطة القضائية الواقعة ضمن دائرة الاختصاص التي تتخذ بغير تمهل، الإجراءات اللازمة لمنع الطفل من السفر إلى الخارج⁽⁴⁾.

أما بالنسبة للأطفال القصر الذين ولدوا من زواج مختلط، فيجب في هذه الحالة التمييز بين حالتين:

¹ - المديرية العامة للأمن الوطني، إجراءات خروج القصر من التراب الوطني، خلية الاتصال والصحافة، 2015.

² - عمر قادري، ممارسة الضبطية القضائية في الجزائر، دار هوم، الجزائر، ص 95.

³ - تنص الفقرة الثامنة من المادة 36 على أنه: "يقوم وكيل الجمهورية بما يأتي: - العمل على تنفيذ قرارات التحقيق وجهات الحكم".

⁴ - المديرية العامة للأمن الوطني، المرجع السابق، 2015.

- حالة ما إذا كان القاصر مولودا من أب جزائري وأم أجنبية، يبقى القاصر خاضعا لوثيقة الرخصة الأبوية مهما كان موطن إقامته سواء داخل الوطن أو خارجه.
- أما إذا كان القاصر مولودا من أب أجنبي وأم جزائرية، ففي هذه الحالة لا يكون القاصر ملزما بتقديم وثيقة الرخصة الأبوية عند خروجه عبر المراكز الحدودية⁽¹⁾.

الفرع الثاني: تنقل موظفي الأمن والمستخدمين العسكريين

- تنص المادة 33 من المرسوم التنفيذي رقم 10-322 المتضمن القانون الأساسي الخاص بالموظفين المنتمين للأسلاك الخاصة بالأمن الوطني⁽²⁾ على أنه: "لا يمكن لموظفي الأمن الوطني مغادرة التراب الوطني إلا برخصة كتابية مسبقة من السلطة التي لها صلاحية التعيين".
- يستفاد من نص المادة أن موظفي الأمن مقيدين بشأن مغادرتهم للتراب الوطني بوجوب الحصول على رخصة، ويشترط في هذه الرخصة ما يلي:
- أن تكون كتابية، فلا يكفي التصريح الشفوي بالموافقة.
 - أن يكون طلب الحصول على الرخصة كإجراء أولي يقوم به موظف الأمن الذي يعتزم على مغادرة التراب الوطني.
 - أن يتم منح هذه الرخصة من طرف الجهة المختصة بالتعيين، طبقا لمبدأ توازي الأشكال.
- كما يطبق نفس الحكم على العسكريين، وذلك بموجب المادة 36 من الأمر رقم 06-02 المتضمن القانون الأساسي العام للمستخدمين العسكريين⁽³⁾، التي تنص على أنه: "يجب ألا تمس حرية تنقل العسكري الموجود في نشاط الخدمة عبر التراب الوطني، بأي حال من الأحوال، بممارسة وظائفه. يحدد قانون الخدمة في الجيش القواعد المتعلقة بذلك.
- يخضع التنقل خارج التراب الوطني لترخيص مسبق يحدد عن طريق التنظيم".
- يستفاد من نص المادة، وجوب استيفاء العسكريين على رخصة لمغادرة التراب الوطني تقدم من طرف وزارة الدفاع.

¹ -أعمر قادري، المرجع السابق، ص 95.

² - مرسوم تنفيذي رقم 10-322 مؤرخ في 22 ديسمبر 2010، يتضمن القانون الأساسي الخاص بالموظفين المنتمين للأسلاك الخاصة بالأمن الوطني، جريدة رسمية عدد 78.

³ - أمر رقم 06-02، مؤرخ في 28 فبراير 2006، يتضمن القانون الأساسي العام للمستخدمين العسكريين، جريدة رسمية عدد 12، مؤرخة في 1 مارس 2006.

المطلب الثالث: منع الأجنبي من المغادرة لعدم تسوية وضعيته

قد يمنع الأجنبي من مغادرة الإقليم الجزائري بسبب تواجده في وضعية غير قانونية (الفرع الأول)، كما يجوز منعه لأسباب تتعلق بعدم تنفيذ التزاماته الضريبية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الحجز المؤقت لجواز أو وثيقة السفر الخاصة بالأجانب

لم يكتف المشرع تقييد حرية الأجنبي في التنقل من خلال وجوب تقديم الأجنبي عند مغادرته للإقليم الجزائري جواز السفر وبطاقة المقيم ساريين المفعول حسب المادة 6 من القانون رقم 11-08 المتعلق بشروط دخول الأجانب إلى الجزائر وإقامتهم بها وتنقلهم فيها⁽¹⁾، بمعنى على الأجنبي أن يلتزم بالمغادرة بمجرد انقضاء مدة صلاحية تأشيرته أو بطاقة إقامته، أو المدة القانونية المرخص بها للإقامة بالإقليم الجزائري، أما بالنسبة لتأشيرة الخروج فلم تعد تشترط بعد أن تم إلغائها، وهو ما يستفاد من خلال نص المادتين 6⁽²⁾ و 9⁽³⁾ من القانون رقم 11-08.

إلا أن المادة 26 من القانون رقم 11-08 تنص على أنه: "يمكن مصالح الأمن أن تحجز مؤقتا جواز أو وثيقة السفر الخاصة بالأجانب الموجودين في وضعية غير قانونية مقابل وصل، يعد بمثابة بيان لهويتهم، إلى غاية البت في وضعيتهم".

يستفاد من نص المادة أن الأجنبي الذي يخالف حكم المادتين 6 و 9 من القانون رقم 11-08، تعتبر وضعيته غير قانونية، وبالتالي جاز لمصالح الأمن أن تحجز جواز أو وثيقة السفر الخاصة به على أن يدفع له وصل مقابل ذلك، ويترتب على احتجاز مثل هذه الوثيقة منع الأجنبي من مغادرة الإقليم الوطني مؤقتا إلى أن تسوى وضعيته.

الفرع الثاني: المنع من المغادرة بسبب عدم تسديد الضرائب المستحقة

يفتضي خروج الأجانب من الإقليم الجزائري مساءلتهم عن جميع الضرائب والحقوق والرسوم المستحقة الأداء بموجب قانون الضرائب، بالإضافة إلى مساهمات الضمان الاجتماعي بموجب التشريعات الاجتماعية، وهو ما نصت عليه المادة الأولى من المرسوم رقم 196-63 المتعلق بحماية مصالح الخزينة وصناديق الضمان الاجتماعي⁽⁴⁾.

¹ - قانون رقم 11-08 مؤرخ في 25 يونيو 2008، يتعلق بشروط دخول الأجانب إلى الجزائر وإقامتهم بها وتنقلهم فيها، جريدة رسمية عدد 36.
² - تنص المادة 6 ق 11-08 على أنه: "على الأجنبي مغادرة الإقليم الجزائري بمجرد انقضاء مدة صلاحية تأشيرته أو بطاقة إقامته، أو المدة القانونية المرخص بها للإقامة بالإقليم الجزائري".

وعلى الأجنبي المقيم إعادة بطاقة المقيم الخاصة به إلى الولاية التي أصدرتها.

³ - تنص المادة 9 ق 11-08 على أنه: "يمكن الأجنبي غير المقيم والموجود في وضعية قانونية من حيث الإقامة في الإقليم الجزائري، أن يغادره في إطار التشريع والتنظيم المعمول بها".

⁴ - décret n°63-196 du 5 juin 1963 portant protection des intérêts du trésor et des caisses de sécurité sociale à l'égard des personnes sortant du territoire national, j o n°38.

ومن أجل ذلك يمكن أن يمنع الأجنبي من مغادرة الإقليم الجزائري حسب المادة 2 من المرسوم 196-63، إذا لم يلتزم بتقديم أمام المصالح المختصة (شرطة الحدود) الوثائق التي تشمل التصريحات المتعلقة بتصفية الضرائب والرسوم والمساهمات، والتي تثبت دفعه لها، وذلك عند مغادرته للإقليم الجزائري.

ويحدد نطاق تطبيق هذا المرسوم بالنسبة للأجانب المقيمين فقط، باعتبار أنّ المادة 3 منه قد استثنت المواطنين الجزائريين والأجانب ذوي الحصانات والامتيازات، والأجانب غير المقيمين.

خاتمة:

يتبين مما سبق، أنّ المنع من مغادرة الإقليم الوطني من أخطر الإجراءات التي يمكن اتخاذها في إطار تقييد حرية الشخص في التنقل، وبالرغم من ذلك يعد وسيلة مشروعة إذا تم فرض ضوابط على الجهة المختصة باتخاذها، ولا يكون ذلك إلا لضرورة اقتضتها الظروف، ويتعين أن يتخذ لفترة مؤقتة، ينتهي بانتهاء السبب الذي أدى إلى اتخاذها.

مع العلم أنّ المنع من مغادرة الإقليم الوطني المتخذ من طرف الجهات القضائية، عكس الجهات الإدارية، يكون قابلاً للطعن فيه، حيث يجوز الطعن ضد الأوامر الصادرة من طرف قاضي التحقيق أمام غرفة الاتهام، أما القرارات الصادرة عن هذه الأخيرة في إطار الرقابة القضائية فلا يجوز الطعن فيها أمام المحكمة العليا حسب الفقرة الأولى من المادة 496 ق إ ج، أما بالنسبة لجهات الحكم، فالطعن في أحكامها يتم وفقاً لطرق الطعن العادية وغير العادية.

موجبات استئناف أحكام محاكم الجنايات في الجزائر
/1 بن أحمد محمد- أستاذ مساعد "ب" - جامعة ابن خلدون - تيارت -

ملخص:

ليس غريباً أن تتضمن هذه المقالة ضرورة المطالبة بإنشاء درجة ثانية من درجات التقاضي في الجنايات إلى ركب أخلاقيات العدالة وضوابط التشريع الإجرائي، لأن الاقتصار على درجة واحدة للتقاضي في الجنايات لا يهدر فقط حق الإنسان المتهم في إعادة فحص إدانته أمام درجة أعلى، بل ينال ذلك وبصورة مباشرة من سمو أحكام القضاء إلى مصاف العدالة والإنصاف، حال كون محكمة النقض ليست درجة من درجات التقاضي بل هي طبقة أعلى من طبقات التقاضي، تحاكم الحكم المطعون فيه على مدى التزامها بصحيح القانون من عدمه ولا تتدخل في كل ما يختص به قاضي الموضوع من تقديرات تحتاج في كثير من الأحيان إلى درجة أعلى من درجات التقاضي كي ما تعيد النظر في أمر الإدانة أو مقدار العقوبة المقررة لها.

فلا اعتراف بوجود خلل في عناصر العدالة الحالية هو بداية لإصلاحه، وعدم وجود درجة ثانية من درجات التقاضي في الجنايات هو في الحقيقة خلل في نظام العدالة وإجراءاتها، يجب أن نعترف به لنصححه.

Abstract

Not surprisingly, this study include the need to claim creates a second class of degrees of litigation in the criminal to ride the ethics of justice and controls procedural legislation, because only the one degree of litigation in the criminal is not wasted just the human right of the accused to re-examine the guilty before a higher degree, but receives it and more directly from His Highness the provisions of the judiciary to the level of justice and fairness, the event that the Court of Cassation is not the degree of litigation, but is higher than the layers of litigation layer, try the impugned judgment over Altmzha correct. law or not does not interfere in regard by the trial judge of the estimates need often to the point of the highest degrees of litigation in order to reconsider the conviction or the amount of the penalty ordered by the res judicata.

The recognition of the existence of a defect in the elements of the current justice is beginning to fix it, and the absence of second-class degrees in criminal litigation pieces of legislation and is in fact a defect in the justice system and its procedures, we must recognize done to correct it.

مقدمة:

على الرغم من رقي المهمة التي ينهض بها مبدأ التقاضي على درجتين في إرساء قواعد العدالة الجنائية، فإن التشريعات الإجرائية الحديثة في الدول المختلفة، قد تباينت مواقفها بشأن تطبيق هذا المبدأ على أحكام محاكم الجنايات. فتمتة تشريعات جنائية أقرت تطبيق هذا المبدأ أمام جميع أنواع القضاء الجنائي العادي من محاكم المخالفات وكذا الجرح وحتى الجنايات؛ كي لا يكون المتهم الملاحق جنائياً أمام محكمة الجنايات أقل حظاً من نظيره الذي تتم محاكمته أمام محكمة الجرح.

وعلى العكس من ذلك، أهدرت تشريعات أخرى هذا المبدأ في الأحكام الصادرة من محاكم الجنايات، فأخذت بنظام التقاضي على درجة واحدة أمام هذا النوع من الجرائم، استناداً إلى وجود ضمانات أخرى في الجنايات، كبديل كافي عن الدرجة الاستثنائية.

وأبرز ما يمثل الطائفة الأولى في الوقت الحالي التشريع الفرنسي وكذا التشريع التونسي.. ويتصدر الطائفة التالية التشريع الجزائري، وقلة من قوانين دول أخرى كالتشريع المصري، وإن كان هذا الأخير نص على دستورية هذا المبدأ مع بروز دستور 2014، وتبعه في ذلك دستور الجزائر لعام 2016، في انتظار ما سوف يقدم عليه البرلمان الجزائري.

وحتى نستطيع أن نحدد ما إذا كان هذا النظام ملائماً للأخذ به في النظام القضائي الجزائري، فإن الباحث سوف يحاول قدر إمكانه المتواضعة، أن يتحدث بشيء من التحليل والنقد لبعض الإجراءات المقررة أمام محكمة الجنايات في النظام الإجرائي الجزائري، والتي تعتبر من أهم الأسباب الموجبة لاستئناف أحكام الجنايات. هذه الأسباب الموجبة لاستئناف الأحكام الصادرة من محاكم الجنايات، هي التي دفعت بالنظام الإجرائي الجنائي في الجزائر بعدم الأخذ بالنظام الاستثنائي لأحكام الجنايات. وبالتأمل نجد أن جلهما تم هجره من طرف التشريعات المقارنة التي أصبحت تأخذ بقاعدة التقاضي على درجتين في الجنايات، وهذه الإجراءات تتعلق بعدم تسبيب أحكام محاكم الجنايات (مبحث أول)، ومسألة نظام المحلفين (مبحث ثاني)، وأخيراً محدودية آجال الطعن بالنقض (مبحث ثالث).

المبحث الأول: عدم تسبيب حكم محكمة الجنايات

يعتبر تسبيب وتعليل الأحكام ضمانة بالغة الأهمية للرأي العام والخصوم على حد سواء، وذلك من خلال ما يتحقق بعلم الرأي العام، وكذا الأحكام الصادرة باسم الشعب فيمكنه من رقابته والتحقق من صحتها وعدالتها بما يشيع حاسة الثقة في الجهاز القضائي كما أنه وسيلة قانونية للردع العام، غير أن ذلك لا يتحقق إلا لاقتناع الناس جميعاً بعدالة الحكم.

وعليه فإن الالتزام بالتسبيب والتعليل يجعل الحكم وسيلة للاقتناع ومن هنا يصبح له دور هام في تحقيق التوازن بين القوة الإلزامية للحكم والاقتناع به، ويحقق أيضاً التوازن الفعلي بين القانون والواقع في المجتمعات

الحديثة⁽¹⁾.

ولقد جعل الدستور الجزائري الجديد لعام 2016 ومن خلال مادته (162) من موضوع تسبب الأحكام القضائية عموماً، التزام يقع على عاتق القاضي، حيث جاء في نص هذه المادة أنه: "تعلل الأحكام القضائية وينطق بها في جلسات علنية..."⁽²⁾.

فمن خلال قراءتنا لهذه المادة، نجد أنها تتكلم بشكل واضح وصرح على وجوب أن تسبب وتعلل كل الأحكام القضائية، وهو الأمر الذي كرسه المشرع الجزائري في أكثر من قانون لا سيما قانون الإجراءات المدنية والإدارية، أما فيما يتعلق بقانون الإجراءات الجزائية، فهنا نجد أن المشرع الجزائري قد اعتمد على نظامين اثنين في تعليل أحكام القضاء الجنائي، وهما: (نظام تسبب الأحكام الجزائية)، فيما يخص الجنب والمخالفات بما يؤكد حرصه على التامشي مع نص المادة (162) من الدستور، وبالمقابل نجد نظام آخر يعرف (بنظام الأسئلة)، بالنسبة لأحكام محكمة الجنائيات والذي لا أساس له في الدستور الجزائري.

ففيما يتعلق بنظام تسبب أحكام الجنب والمخالفات، فقد نصت المادة (379) ق إ ج ج بقولها: "كل حكم يجب أن ينص على هوية الأطراف وحضورهم أو غيابهم في يوم النطق بالحكم، ويجب أن يشتمل على أسباب ومنطوق، وتكون الأسباب أساس الحكم. ويبين المنطوق الجرائم التي تقرر إدانة الأشخاص المذكورين أو مسؤولياتهم أو مساءلتهم عنها، كما تذكر به العقوبة ونصوص القانون المطبقة والأحكام في الدعوى المدنية، ويقوم الرئيس بتلاوة الحكم"⁽³⁾. فنجد أن هذه المادة جاءت بصيغة الوجوب، بحيث تعد الأسباب من أهم الركائز والدعائم التي يقوم عليها الحكم الجزائي إذ لا يتصور وجوده بدونها.

ومع كل ذلك، وخلافاً لما هو معمول به قانوناً في باقي الجهات القضائية الجزائية، لا يخضع الحكم الصادر في مواد الجنائيات في النظام القضائي الجزائري للأحكام العامة للتسبب، وإنما يقوم مقام ذلك نظام الأسئلة؛ ويرر ذلك بخصوصية تشكيل محكمة الجنائيات من (قضاة ومحلفين) هذا من جهة، وكذا علاقة ذلك بفكرة الاقتناع

(1) د. فضيل العيش، شرح قانون الإجراءات الجزائية الجزائري بين الواقع والتطبيق، ج2، منشورات أمين، الجزائر، 2013، ص 274.

(2) وتجدر الإشارة أيضاً هنا إلى القول بأن هذه الإلزامية في تعليل وتسبب أحكام القضاء، قد كرستها جميع الدساتير المتعاقبة في الجزائر، سواء ذلك بموجب المادة (170) من دستور 1976، وكذا المادة (135) من دستور 1989، وأخيراً المادة (144) من دستور 1996، وهو الأمر نفسه ما أكدته المادة (277) من ق إ ج ج بقولها: "لا يجوز النطق بالحكم إلا بعد تسببه، ويجب أن يسبب الحكم من حيث الواقع والقانون..."

(3) ففي القانون الفرنسي على سبيل المثال نصت المادة (485) من ق إ ج فرنسي على أن: "كل حكم يجب أن يتضمن أسبابه ومنطوقه، وتعد الأسباب أساس الحكم".

-Article 485: " -Tout jugement doit contenir des motifs et un dispositif. -Les motifs constituent la base de la décision " .

- إلا أنه لا يلزم الشارع الفرنسي محكمة الجنائيات ولا محكمة استئناف الجنائيات بتسبب الحكم الصادر من أي منها، ومن ثمة فإن محكمة استئناف الجنائيات ومحكمة النقض يعرض عليها حكم جنائي غير مسبب.

-Voir: Stefani (G) et Levasseur (G) et Bolouc (B) :- procédure pénale. 21^{ème} ED.Dalloz, paris.1996, p 652.

الشخصي للقاضي من جهة أخرى⁽¹⁾.

حيث يقوم نظام طرح الأسئلة في الأحكام الصادرة في مواد الجنايات مقام التسبيب وتعتبر ورقة الأسئلة العمود الفقري في جسم الحكم الجنائي، وهي المرجع الرئيسي للقول بإدائته المتهم أو براءته، وهي بالتالي مرآة المنطوق الجنائي، كما أنها تعتبر ورقة رسمية يترتب على خلو الحكم الجنائي منها نقضه وإبطاله⁽²⁾.

ومن خلال قراءتنا للمادة (307) من ق إ ج جزائري نجد أنها تنص على أن يتلو الرئيس قبل مغادرة المحكمة قاعة الجلسة التعليمات الآتية والتي تعلق فضلاً عن ذلك بحروف بارزة وكبيرة في أظهر مكان من غرفة المداولة، وهذه التعليمات التي نصت عليها المادة أعلاه والتي جاء فيها أنه: "إن القانون لا يطلب من القضاة أن يقدموا حساباً عن الوسائل التي بها قد وصلوا إلى تكوين اقتناعهم، ولا يرسم لهم قواعد بها يتعين عليهم أن يخضعوا لها على الأخص تقدير تمام أو كفاية دليل ما، ولكنه يأمرهم أن يسألوا أنفسهم في صمت وتدبر، وأن يبحثوا بإخلاص ضائرهم في أي تأثير قد أحدثته في إدراكهم الأدلة المسندة إلى المتهم وأوجه الدفاع عنها ولم يضع لها القانون سوى هذا السؤال الذي يتضمن كل نطاق واجباتهم: (هل لديكم اقتناع شخصي؟)"⁽³⁾.

وعليه ومن خلال هذه المادة يمكن أن نقول، أن ما يميز أحكام محكمة الجنايات في التشريعات المطبقة لنظام المحلفين كالنظام القضائي الجزائري، أنها تصدر دون بيان لأسبابها لتحل محلها الأجوبة (بنعم أم لا) على الأسئلة التي يطرحها رئيس المحكمة على هيئة الحكم في الجلسة قبل البدء في المداولة⁽⁴⁾، وهذه الأسئلة التي يتلوها الرئيس تجد مصدرها في قرار الإحالة à décision de mise en accusation، والتي يطلق عليها تسمية الأسئلة الأصلية questions principales، واستثناء قد تستمد من كل جديد يطرأ أثناء المرافعات، وذلك عملاً بالمواد (305) و(306) ق إ ج جزائري، بحيث يشترط القانون أن يطرح سؤال عن كل واقعة وعن كل ظرف مشدد⁽⁵⁾، وعند الاقتضاء عن كل عذر قانوني بسؤال مستقل.

لكن الباحث يطرح سؤال مفاده: هل يستطيع أن يكون نظام الأسئلة بديلاً عن نظام تسبيب الأحكام؟، خاصة أمام محكمة الجنايات وإن كانت هي محكمة اقتناع؟

(1) د. عمر خوري، شرح قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، شرح قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2009، ص 110.

د. طاهري حسين، تسبيب الأحكام القضائية في القانون الجزائري وبعض الدول العربية، دار هومة، الجزائر، 2004، ص 132.

(2) قرار المحكمة العليا رقم 33486، بتاريخ 18/10/1983، الغرفة الجنائية الأولى، نشرة القضاة، الجزائر، ع 4 لسنة 1985، ص 60.

(3) يراجع نص المواد من 305 إلى 308 من ق إ ج جزائري، القسم الرابع في إقبال باب المرافعة.

(4) د. زوليخة التيجاني، نظام الإجراءات أمام محكمة الجنايات، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2012، ص 172.

(5) يستثنى من ذلك الظروف المخففة، لأن السؤال بشأنها إذا ما طرح، سيدل عن توجه المحكمة واقتناعها بإدانة المتهم، فعرف أن الأسئلة الخاصة بالظروف المخففة لا تطرح على أعضاء المحكمة إلا بعد ثبوت إدانة المتهم، يراجع في ذلك: (قرار المحكمة العليا رقم 226529، الصادر بتاريخ 1999/11/23، المجلة القضائية، الجزائر، 2003، ص 549).

وللإجابة على هذا التساؤل فقد انقسم جانب من الفقه والقضاء في الجزائر بخصوص هذه المسألة إلى رأيين:

الرأي الأول:

يرى أنصار هذا الرأي أن نظام الأسئلة هو بمثابة تعليل للأحكام الجنائية، كما يمكن لها أن تتضمن ورقة الأسئلة - بما تحتويه من أسئلة وأجوبة - كل العناصر بما فيها النص القانوني وكذا الوقائع، لكن من دون ذكر الأدلة التي تشكل أساس التسيب⁽¹⁾، فالأسئلة والأجوبة عنها قد تلعب دوراً كبيراً في إقناع الخصوم بعدالة الأحكام، وتوضح الطريقة التي توصل بها القضاة إلى منطوق الحكم⁽²⁾.

وقد ساق أنصار هذا الرأي حجتين لرفضهم مبدأ تسيب أحكام الجنايات.

حجة تاريخية: قوامها معصومية "هيئة المحلفين من الخطأ"، فقرار المحلفين كان يعتبر قراراً مقدساً لا سبيل لاستئنافه أو الرقابة عليه، فالمحلفون يمثلون الشعب، وبالتالي قضاؤهم هو قضاء الله، حيث قيل على لسان أحد الفقهاء:

" le jury c'est le jugement du peuple, le jury c'est le jugement du pays, le jury c'est le jugement du dieu "

كما قال آخرون: "إن عدالة المحلفين هي صوت الشعب وصوت الرب vox populi, vox dieu". وعيله اعتبر قرار المحلفين قرار سيادي لا مجال لتبريره أو تسيبيه أو الطعن فيه، لأن كلمة الشعب يجب أن لا ترد، خاصة وأن وجود المحلفين اليوم ضمن تشكيلة محكمة الجنايات يعد دليلاً على ديمقراطية جهاز القضاء⁽³⁾.

حجة عملية قضائية: وتتجسد في أنه إذا تم تسيب حكم محكمة الجنايات، فإن ذلك قد يؤثر في عقيدة هذه المحكمة، مما يضعف من الفائدة المنتظرة منها، أضف إلى ذلك الصعوبات الجمة التي تعوق إتمام إنشاء استئناف الجنايات كدرجة ثانية للتقاضي؛ بسبب عدم تخصص أعضاء هيئة المحلفين من ناحية، والعدد الكبير الذي تتشكل منه محكمة الجنايات من قضاة ومحلفين من ناحية أخرى، فضلاً عن صعوبة التوفيق بين آرائهم للوقوف على الأسباب التي يستند عليها الحكم⁽⁴⁾.

كما يصعب أيضاً على القاضي المكلف بوضع أسباب الحكم اختراق اليقين الخاص بغيره من القضاة أو أعضاء هيئة المحلفين، ولذلك فإنه غالباً لا يضع أسباب اقتناعه، وقد يلجأ إلى وضع الأسباب الخاصة بزملائه القضاة،

(1) د. زغميش رياض، إجراءات تأسيس الحكم الجنائي، دار الهدى، الجزائر، 2010، ص 88.

(2) د. جيلاني بغدادي، الاجتهاد القضائي في المواد الجزائية، الديوان الوطني للأشغال التربوية، ج 1، الجزائر، 2002، ص 343.

(3) د. زوليخة التيجاني، نظام الإجراءات أمام محكمة الجنايات، المرجع السابق، ص 136، 137.

- Soyer (J-c) :- droit pénal et procédure pénale, op-cit, p 352.

- Merle (R) et viti (A) :- traité de droit criminel, T 2 procédure pénale, 5ème ED, cujas, paris, 2001, p 644.

(4) د. محمد علي سويلم، الإصلاح القضائي (استئناف أحكام الجنايات)، ط 1، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2014، ص 529.

لكن قد لا يكون من اليسير عليه أن يتصور الأسباب الخاصة بأعضاء هيئة المحلفين⁽¹⁾.

وتمثل الصعوبة الثانية في ضرورة استمرار المرافعات حتى صدور الحكم بالإدانة أو بالبراءة في نهاية المرافعات، ودون إمكانية تأجيل النطق بالحكم أو تحديد جلسة لها إلى جلسة تالية على النحو المتعارف عليه أمام المحاكم الأخرى ذات التشكيل القضائي المختلف كما هو الحال في التشريع المصري، بحيث يتطلب هنا وضع الأسباب وقتاً كافياً، خاصة بالنسبة للجرائم الخطيرة مما يجعل تسييب الأحكام أمراً صعباً إن لم يكن مستحيلاً⁽²⁾.

كما شهد الواقع العملي القضائي أيضاً في كثير من المرات نقض أحكام محاكم الجنايات سواء في (الجزائر أو فرنسا) وذلك إذا كانت ورقة الأسئلة بها شيء من التعقيد، والواقع أن هذا النوع من الأسئلة المعقدة كثيراً ما يكون سبباً لنقض الأحكام الجنائية⁽³⁾.

الرأي الثاني:

ولقد ذهب هذا الرأي - الفقهي والقضائي - السائد في الجزائر إلى المناداة بتأييد مبدأ تسييب أحكام محكمة الجنايات، وأن المبررات التي سيقى لرفض التسييب لم تعد قائمة، فإن السبب التاريخي الذي ساقه رافضي- التسييب لم يعد له وجود من الناحية العملية، لأنه أصبح الآن كل من المحلفين والقضاة يتداولون فيما يتعلق بإدانة المتهم أو براءته في كل ما يتعلق بالواقع والقانون.

أما من الناحية القانونية، فالتسييب هو الأساس الأول لفهم الأحكام وتقبلها، وهو أحد المعايير المهمة لمصادقية العدالة؛ لأن وجوده يدفع القاضي إلى الروية والتفكير الهادئ فيما يصدره من أحكام حتى تتفق مع طبيعة الواقع وصحيح القانون. فضلاً عن ذلك، فإن قرار الإحالة إلى محكمة الجنايات يكون مسبباً، ولم يعترض أحد بإمكانية تأثير هذه الأسباب على محكمة الجنايات كأول درجة⁽⁴⁾.

كما أن عدم تسييب أحكام الجنايات سوف يؤدي إلى تجاهل حق المتهم في معرفة أسباب إدانته، والضحية في معرفة أسباب براءة المتهم⁽⁵⁾. فكيف يتسنى لأي منهم الطعن على هذا الحكم، وكيف تتمكن محكمة النقض من ممارسة دورها الرقابي في رقابة القواعد القانونية والموضوعية وضمان توحيد كلمة القانون.

(1) Virginie (Mggio): le jury de cour d'assises, thèse, faculté de droit et science politique, Marseille, France, 2005- 2006, p90.

(2) د. محمد علي سويلم، الإصلاح القضائي، المرجع السابق، ص 227.

(3) قرار المحكمة العليا رقم 33186، بتاريخ 1984/04/03، المجلة القضائية، ع1، الجزائر، 1989، ص 277.

- قرار المحكمة العليا رقم 34875، بتاريخ 1984/05/15، المجلة القضائية، ع1، الجزائر، 1989، ص 292.

- قرار المحكمة العليا رقم 34777، بتاريخ 1984/05/29، المجلة القضائية، ع1، الجزائر، 1989، ص 294.

- قرار المحكمة العليا رقم 61782، بتاريخ 1988/11/08، المجلة القضائية، ع4، الجزائر، 1991، ص 250.

(4) د. محمد علي سويلم، الإصلاح القضائي، المرجع السابق، ص 530.

(5) د. راجح بوداش، المحلفين ومبدأ اقتصار الشخصي في مادة الجنايات، مقال منشور بمركز البحوث القانونية والقضائية، الجزائر، 2010، ص 80.

ولذلك كله يؤكد هذا الاتجاه الأخير أنه يجب تذليل جميع الصعوبات والعوائق التي تحول دون التسييب، وشدد ذات الاتجاه على حق المتهم بأن يواجه بالوقائع المنسوبة إليه، وهو ما يعني أنه يتعين على المحكمة في حال إدانته أن تثبت تورطه في ارتكاب الفعل المجرم، ولا يكون ذلك قطعاً إلا بتسييب الأحكام، فصار اليوم من حق كل متهم معرفة جملة الأسباب التي دفعت هيئة الحكم لإدانته حتى يتمكن من مباشرة حق الطعن ونظر دعوته للمرة الثانية، وهو ما أكدته مختلف المواثيق الدولية⁽¹⁾، والتي اعتبرت أن ذلك مجافياً للحق والعدل، وماساً بحقوق المتهم حين حرمانه من معرفة أسباب إدانته وعقابه.

ومن جهة أخرى ألا يجوز لنا أن نتساءل أيضاً، كيف أن الحكم الفاصل في الجنية أو المخالفة الذي يقضي- فقط بعقوبة الحبس والغرامة، توجب معه المادة (379) أعلاه تسييبه وتعليبه، في حين أن حكم محكمة الجنابات الذي سيتضمن الحكم بالسجن المؤقت أو المؤبد أو الإعدام لا يسبب ويعتمد فقط على الاقتناع الشخصي- للقضاة والمخلفين حسب ما يقتضيه ضمير كل واحد منهم، بمجرد طرح الأسئلة والإجابة عنها فقط⁽²⁾.

رأينا في الموضوع:

وعليه وبالنظر للأسباب السالف ذكرها فإنه أضفى من الضروري على المشرع الجزائري تعديل قانون الإجراءات الجزائية في شقه المتعلقة بتشكيلة محكمة الجنابات، لتصبح مشكلة من قضاة معينين ذوي خبرة عالية، يسبون أحكامهم طبقاً لقواعد الإثبات المنصوص عليها قانوناً، وبعيداً عن مبدأ الاقتناع الشخصي- الذي أثبتت معه الممارسات الميدانية بطشه أحياناً بحقوق المحكوم عليهم⁽³⁾.

المبحث الثاني: إشراك المخلفين في الحكم الجنائي

إن الجزائر هي الدولة العربية الوحيدة التي مازالت متمسكة بنظام المخلفين⁽⁴⁾ في محكمة الجنابات، وذلك بنص المادة 164 من دستور 2016 والتي جاء فيها: "يختص القضاة بإصدار الأحكام، ويمكن أن يعينهم في ذلك مساعدون شعبيون حسب الشروط التي يحددها القانون". وذلك انطلاقاً من مبدأ صدور الأحكام باسم الشعب⁽⁵⁾.

(1) د. عمار بوضياف، المحاكمة العادلة في النظام الجنائي الإسلامي والمواثيق الدولية، منشورات جسور، الجزائر، 2010، ص 61.62.

(2) د. عبد العزيز سعد، أصول الإجراءات أمام محكمة الجنابات، دار هومة، الجزائر، 2012، ص 208.

(3) د. رايح بوداش، المخلفين ومبدأ الاقتناع الشخصي في مادة الجنابات، المرجع السابق، ص 80.

(4) ومن بين المصطلحات القرية (لنظام المخلفين) نجد على سبيل المثال:

- قضاة السلام (juge de paix) في كل من الجزائر وإسبانيا.

- القاضي البلدي (juge communal) في كل من المغرب.

- مساعدي القضاة (l'échevinage) وهو النظام المعمول به في كل من الجزائر وفرنسا، ورغم ذلك لا يزال يفضل استعمال مصطلح نظام المخلفين

(le système du jury).

(5) وذلك تبعاً لنص المادة 159 من دستور 2016 والتي تنص على أنه: " يصدر القضاء أحكامه باسم الشعب".

وإن معضلة إشراك المحلفين في تشكيل محكمة الجنايات أو عدم إشراكهم فيها ليست وليدة اليوم وإنما هي معضلة قديمة وجديدة في آن واحد، فهي قديمة باعتبار أن مسألة مشاركة عناصر شعبية في تشكيل محكمة الجنايات، واجهة المشرع الجزائري منذ السنوات الأولى للاستقلال، وذلك بمناسبة إعداد أول قانون إجراءات جنائية جزائري الذي رأى النور بموجب الأمر رقم 155-66 والمؤرخ في 08 جوان 1966.

ورغم تكريس مختلف دساتير الدولة الجزائرية المتعاقبة⁽¹⁾، ضرورة الحفاظ على العنصر- الشعبي ضمن جهاز القضاء، فقد نصت المادة (258) من ق.إ.ج التي تشجع فيه أفراد من عامة الشعب المساهمة في إصدار الأحكام، وذلك باعتبارهم يمثلون الرأي العام، مما يضمن ثقة المواطنين في هذه الأحكام. وهكذا فلا يزال نظام المحلفين في الجزائر محل جدل ونقاش، بحيث طرحت هذه المسألة أمام اللجنة الوطنية لإصلاح العدالة في الفترة ما بين (1999 و 2000) فكان موقفها مترددا وتأرجح ما بين إلغاء هذا النظام والإبقاء عليه فانقسم كل منهم ما بين مؤيد ومعارض لهذا النظام ولكل منهم حججه في ذلك.

أولا: بالنسبة لمؤيدي نظام المحلفين: في سبيل الدفاع عن نظام المحلفين وضمان سيورته، عمد مؤيدوه إلى بيان مزياه، ويستندون في ذلك إلى اعتبارين أحدهما تاريخي والآخر سياسي دستوري.

أ) مبدأ الديمقراطية وسيادة الشعب: تنطلق هذه الحجة من مسلمة أساسية مفادها أن الشعب هو مصدر كل السلطات⁽²⁾، وأن الشعب هو الذي منح السيادة للحاكم على الدولة وليس العكس، وبما أن المحلفون ممثلين عن الشعب فهم يعبرون تعبيرا صادقا عن السيادة الشعبية في المجال القضائي، فتأتي قراراتهم تعبيرا عن الشعور العام في المجتمع.

وإشراك المحلفين في محكمة الجنايات عنوان لديمقراطية القضاء⁽³⁾ وذلك باعتبارها رابطة بين الشعب والعدالة وتدعم النزعة الوطنية، بحيث يمثل الانضمام إلى هيئة المحلفين وسيلة فعالة لتدعيم هذه النزعة الوطنية في علاقتها بين الفرد والدولة، إذ لما كانت هيئة المحلفين تضطلع بنظر الدعاوى الجنائية الناشئة عن أشد الجرائم جسامة، سواء ضد الأشخاص أو الأموال أو المصلحة العامة، فإن ذلك يفي لدى المحلفين شعورا بالتضامن الوطني مع غيرهم من أقرانهم في المجتمع ككل، وذلك تأسيساً على ما لتلك الوظيفة من دور مباشر في اتخاذ إجراءات قد تمسهم شخصيا في مراحل لاحقة⁽⁴⁾.

(1) فنجد المادة 168 في دستور 1976، وكذا المادة 137 في دستور 1989، وأيضا المادة 146 في دستور 1996، تنص جميعها على العنصر- الشعبي ودوره في تشكيل محكمة الجنايات.

(2) د. أسامة حسنين عبيد، محكمة الجنايات المستأنفة، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2009، ص 52. - د. ثروة بدوي، النظم السياسية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1999، ص 184. - د. سعاد الشرفاوي، النظم السياسية في العالم المعاصر، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002، ص 49.

(3) د. أحسن بوسقيعة، مرافعة من أجل محكمة الجنايات بمحلفين أو بدونهم، مقال بمركز البحوث القانونية والقضائية، الجزائر 2010، ص 58.

(4) د. أسامة حسنين عبيد، محكمة الجنايات المستأنفة، المرجع السابق، ص 67.

ويترب على ذلك أن أحكام محاكم الجنايات تأتي تعبيرا عن الحقيقة المطلقة *la vérité absolue* وهو ما يفسر- أساس رفض استئناف أحكامها⁽¹⁾.

ب) مبدأ الاستقلالية: إن وجود المحلفين في تشكيلة محكمة الجنايات يعد ضمانة للمتهم، فالمحلف يتمتع بالاستقلالية إزاء السلطة التي لا تستطيع الضغط عليه كونه ليس معينا من طرف الدولة مقارنة بالقضاة الذين تعينهم السلطة العامة، كما أن المحلف في منأى عن شكوك الرأي العام لأن المحلف لا يخضع إلا لضميره⁽²⁾ وبذلك فهو يجسد بالفعل مبدأ استقلالية القضاء.

ج) مبدأ تحقيق العدالة: إن وجود المحلف يعتبر إحدى الضمانات الهامة للمتهم لأنه أدرى بظروفه ومحيطه، ونظراته أكثر موضوعية مقارنة بالقاضي الذي لا يتمتع بما يتمتع به المحلف من معرفة ما يقبله المجتمع وما يستنكره، فضلا عن ذلك أن المحلف يولي اهتماما بسير المحاكمة وإجراءاتها أفضل من القضاة، لأن المحلفين يجدون في هذه الوظيفة تجربة جديدة يخوضونها بكل جدية محطمين بذلك حاجز الروتين الذي يعيشه القاضي بسبب ممارسته الدائمة لوظيفة القضاء⁽³⁾؛ هذا إضافة إلى أن القاضي قد يطغى على عمله الجانب التقني من قراءة للنص وتطبيقه على الوقائع، في حين أنه يطغى على المحلف شعور العدل، وقد يتفق ذلك مع روح القانون لا مع نص القانون⁽⁴⁾.

ثانيا: بالنسبة لمعارضي نظام المحلفين: لم يسلم نظام المحلفين من الانتقاد، بحيث يؤكد بعض الفقه الجنائي ولا سيما في الجزائر والذين يرون فيه ذلك النظام المعيب، وهذا لكثرة العيوب اللصيقة به. لكن لا بأس هنا أن نركز على الانتقادات التي وجهت للحجج التي تبناها الرأي المؤيد لهذا النظام، وأذكر منها:

أ) نظام المحلفين في الجزائر نظام موروث: إن نظام المحلفين في الجزائر ليست له مرجعية ولا شرعية من أي طبيعة كانت، فهو ليس بموروث ثقافي أو عقائدي ولا تقليدياً وطنياً، وإنما هو موروث استعماري ورثناه عن التشريع الفرنسي لما قبل الاستقلال⁽⁵⁾، ومع ذلك فإن هذا لا ينعنا من القول بأن نظام المحلفين وإن كان يصلح لغيرنا ممن أورثونا إياه فإنه نظام يعتبر قديما جدا تجاوزه الزمن، ودليل ذلك أن العالم اليوم يمشي نحو الاستغناء عنه، وأنه بذلك لم يعد للمحلفين أي دور أو فائدة في إشراك القضاة في إصدار أحكام جنائية كبرى، وأن

⁽¹⁾ Durieux (F):- *le double degré de juridiction applique à la peine*, ED, Dalloz, Paris 1991, p 113.

⁽²⁾ Larguier (J):- *Droit pénal général et procédure pénal*, 5^{ème} ED, D, Paris, 1974, p 117.

⁽³⁾ د. زوليلة التيجاني، نظام الإجراءات أمام محكمة الجنايات، المرجع السابق، ص 122.

⁽⁴⁾ د. نصر الدين عمران، تسيب الحكم الجنائي بين مقتضيات القانون ومتطلبات المحاكمة العادلة، مذكرة ماستر في العلوم الجنائية، جامعة ابن خلدون، تيارت، 2014، ص 88.

⁽⁵⁾ لعل أنه عندما أنشئت محاكم الجنايات (*les cour d'assises*) لأول مرة في الجزائر بمرسوم 19 أوت 1854، كانت حينها هذه المحاكم تتشكل من خمسة (05) قضاة محترفين، ولم يدرج ضمنها العنصر الشعبي إلا بمرسوم 24 أكتوبر 1870، لكن المشرع الجزائري بعد الإستقلال مباشرة ونظرا للمناخ السياسي الذي كان سائدا، فقد إختار الإبقاء على نظام مساعدتي القضاة (نظام المحلفين) وذلك من خلال المرسوم رقم 63- 146 والمؤرخ في 1963/04/25 والذي أنشأ المحاكم الجنائية الشعبية وجعل عدد المساعدين المحلفين ستة (06) وذلك بموجب المادة 07 من هذا المرسوم.

القضاء بدونهم سيكون أفضل وأعدل من العمل مع أشخاص غرباء عن الحقل القضائي⁽¹⁾.

والواقع اليوم يثبت أن السند الأساسي لاستمرار نظام المحلفين حتى الآن هو الاعتبار التاريخي الذي صوّر وجود المحلفين ضمن جهاز القضاء كمظهر من مظاهر الديمقراطية، كما أنه أيضا فكرة راسخة في تقاليد الدول التي أخذت به مما صعب عليها التخلي عنه⁽²⁾.

ويؤكد بعض الفقه أن سيادة الشعب كسند لنظام المحلفين فَقَدَ بريقه، ومن وجهة نظرهم أيضا أن القضاء لم يعد مقصوراً على طبقة اجتماعية معينة، وإنما أصبح اختيار رجال القضاء يتم من أفراد الشعب طبقاً لمعيار الكفاية والكفاءة، وليس على أساس انتائهم الطبقية؛ يضاف إلى ذلك أن سيادة الشعب تكفلها القوانين المختلفة وصدور الأحكام باسم الشعب. وعلى هذا النحو، ينهار الأساس الذي يقوم عليه نظام المحلفين.

ب) **عدم تمتع المحلفين بالثقافة القانونية والقضائية:** ففما يتعلق بالقيمة العملية لنظام المحلفين، فيعاب على هذا النظام أنه لا يتمتع بالاختصاص الوظيفي، بحيث يعهد بالفصل في الدعوى إلى أشخاص لا علم لهم بالقانون، وقد يجهلون المبادئ الأولى للقضاء، والنتيجة الحتمية لذلك أن تجيء أحكامهم منطوية على الجهل بالقانون والاضطراب في تطبيقه⁽³⁾.

فهية المحلفين هم من عامة الشعب وليس هناك أي ارتباط أو صلة بين تكوينهم العلمي أو تشكيلهم الثقافي وبين القانون العقابي، ولذلك تثور صعوبة مشاركتهم في أمور قانونية معقدة، خاصة ما يتعلق منها بأخطر الجرائم وأشدّها مساساً بحقوق الفرد والمجتمع⁽⁴⁾، كما وأنه لا توجد أي جدية في اختيار هؤلاء المحلفين سوى إلزامية الإلمام بالقراءة والكتابة⁽⁵⁾.

وهذا أقصى ما يطلبه القانون الجزائري ونظيره الفرنسي⁽⁶⁾ بالنسبة للمحلف.

ولكن السؤال يطرح نفسه هنا، هل يكفي شرط الكتابة والقراءة لأن يكون المحلف كشخص قاضي شعبي مثالي يشارك في إصدار أخطر الأحكام ؟

(1) د. عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 112، 113.

(2) د. زوليخة التيجاني، نظام الإجراءات أمام محكمة الجنائيات، المرجع السابق، ص 125، 126.

(3) د. محمود نجيب حسني، الدستور والقانون الجنائي، الدستور والقانون الجنائي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1992، ص 128.

(4) د. محمد علي سويلم، الإصلاح القضائي، المرجع السابق، ص 224.

(5) هذا الشرط قد يعتبر شرطاً قاصراً، فمجرد معرفة القراءة والكتابة دون معارف أخرى لاسيما في المجال القانوني، قد يقف حجرة عثرة في وجه تحقيق عدالة جنائية حقة، ثم إن المشرع الجزائري لم يشترط اللغة المطلوب الإلمام بها، وذلك خلافاً لبعض التشريعات مثل إنجلترا، والتي تجعل من أسباب عدم الصلاحية في جلوس المحلف مع القضاة (كل من كان علمه باللغة الإنجليزية غير كاف). وكما هو معروف أن المحلفين في الجزائر معظمهم من كبار السن المتأثرين باللغة الفرنسية والمتشبهين بها، وقد لا يفقهون كثيراً مما يجري من مرافعات المحامين والتي تكون باللغة العربية فقط.

(6) يراجع في ذلك نص كل من المادتين: المادة 261 من (ق إ ج) رقم 22-06 والمؤرخ في 2006/12/20.

Voir : Loi N° 2011-939 du 10 Août 2011 sur la participation des citoyens au fonctionnement de la justice pénale. Article 255 à 257.

فيرى الفقه المعارض لنظام المحلفين أن المستوى العلمي والثقافي الضعيف لمعظم المحلفين يصعب معه استيعاب ما يدور حولهم من مرافعة واستجواب، أو ما يقدم من تقارير الخبرة، مما يمنعهم من المتابعة السليمة لإجراءات المحاكمة، الأمر الذي قد يجعل المحلف لقمة سائغة أمام المرافعات الرنانة للمحامين⁽¹⁾، فلا يجدون من سبيل لإخفاء هذا العيب سوى الانضمام ألياً لرأي القضاة خاصة عندما يختلط الأمر على المحلف بين مسائل الواقع questions de fait (كإدابات الجريمة)، ومسائل القانون questions de droit (كالأركان القانونية للجريمة)⁽²⁾. مما يضطر معه القضاة إلى تلخيص القضية للمحلفين بشكل يبسط لهم الفهم، ومساعدتهم في تحليل النصوص القانونية واستيعاب الوقائع الجرمية.

فما بالنا والعالم يمشي اليوم نحو التكنولوجيا والتي قد يستفيد منها حتى المجرمين في تطوير أساليب الإجرام والتي قد تبقى معها الأدلة الحديثة عاجزة. فهل يكفي للمحلف الإلمام بالقراءة والكتابة فقط ؟

(ج) سهولة التأثير على المحلفين: وما يعاب على هذا النظام أيضاً سهولة التأثير على المحلفين، فكثيراً ما ينجرون وراء المرافعات الخطائية التي يقدمها المحامون المحنكون حتى وإن كانت تفتقد للتأصيل القانوني، أو يكون نصيبها من التأصيل القانوني محدوداً، وإنما تعتمد فقط على العاطفة أو العبارات البلاغية، مما ينعكس على المحلفين سواء في التسامح المبالغ فيه أو التشدد المفرط عند اتخاذهم القرار⁽³⁾. كما أن طول المرافعات يبعث في روح المحلفين الملل، وبدوره هذا يؤثر في مدى استيعابهم ومتابعتهم لمجريات المحاكمة، لذلك ينبغي ألا تصدر الأحكام القضائية متأثرة، وإنما تبنى على اقتناع شخصي يقيني.

ويعاب على هذا النظام كذلك سهولة تأثرهم بوسائل الإعلام وضعفهم إزاء ما يسود الرأي العام من شائعات، بحيث أنهم يتأثرون بما تنبثه وسائل الإعلام المرئية أو التعليقات الصحفية عن القضايا التي عينوا للفصل فيها⁽⁴⁾.

كما قد يظهر هذا التأثير السلبي للمحلفين في صدور أحكام بعقوبات إما مخففة لبعض الجرائم التي يتعاطف معها المحلفون، مثل الموت الرحيم (العاطفي أو الشفقة) أو الإجماض، وهذا ما قضت به إحدى محاكم الجنايات في بلجيكا بالبراءة لأم اتفقت مع طبيب الأسرة على قتل ابنتها حديث الولادة لأنها ولدت مشوهة نتيجة تعاطي عقار (الثالوميد) أثناء الحمل، وتم وضع السم للطفلة في وجبة الرضاعة الخاصة بها فماتت من فورها، واكتشفت الجريمة واتهمت الأم والطبيب من طرف النيابة، دفعت وقتها الأم عن نفسها بشدة وقالت أنها لم تكن تطيق رؤية طفلتها معذبة، وبسؤال هيئة المحلفين عن إذئاب الأم والطبيب في تسميم الطفلة، أجاب المحلفون بعد

(1) د. زوليخة التيجاني، نظام الإجراءات أمام محكمة الجنايات، المرجع السابق، ص 124. - د. نصر الدين عمران، تسييب الحكم الجنائي، المرجع السابق، ص 89.

(2) قرار المحكمة العليا رقم 226101 بتاريخ 1998/01/20، المجلة القضائية لسنة 2003، ص 376.

(3) د. أحسن بوسقيعة، المرجع السابق، ص 59. - د. محمود نجيب حسني، المرجع السابق، ص 129.

(4) د. زوليخة التيجاني، نظام الإجراءات أمام محكمة الجنايات، المرجع السابق، ص 124.

تأثرهم بذلك بالنفي وصفق الجمهور لهيئة المحلفين، وتم تبرئة المتهمين من المحكمة⁽¹⁾.

وعلى العكس من ذلك فقد تحيء بعض الأحكام قاسية في بعض الجرائم الأخرى نتيجة تأثر هيئة المحلفين أثناء المحاكمة، ومثال ذلك أنه في إحدى الوقائع التي توفي فيها زوج بعد فترة صراع مع المرض، وبدت الوفاة وكأنها طبيعية، وتشرح الجثة ثبت أن الوفاة ترجع إلى تسمم بالزرنيخ، وهو كسم لا تظهر رواسته بوضوح عند التحاليل الأولية، وجهت النيابة العامة الاتهام إلى زوجته؛ وهذا لسببين: الأول أنها كانت تقوم بخدمته وتقديم الطعام والشراب إليه، والثاني تم العثور على خطابات متبادلة بين الزوجين يتصالحان من بعض الخلافات الزوجية، فأجاب المحلفون بإذناها وحكم عليها بعقوبة السجن، وصدر لها عفو بعد مضي سنة غير أنها فارتحت الحياة بسبب هذه التجربة المريرة، واتضح فيما بعد أن القاتل الحقيقي هو زوج شقيقة المتوفى وذلك طمعا في أن يؤول إلى زوجته ميراث أخيه، وبرر الدافع الرئيسي وراء ذلك الحكم ومعاينة الزوجة بسبب تأثر عواطف وأهواء المحلفين عند مشاركتهم في الحكم⁽²⁾، وهذا ما يؤكد الآثار السلبية لمشاركة غير القانونيين في محاكمة أخطر الجرائم وهي الجنايات⁽³⁾.

رأينا في الموضوع:

مع أن حجج كل من الرأيين تبدو منطقية ومقنعة، إلا أن وجود هيئة المحلفين في تشكيل محكمة الجنايات في الجزائر يعد بمثابة حجر الزاوية في تقرير وجود أو عدم وجود درجة ثانية للتقاضي في الجنايات، ولذلك أدم رأيي بما جاء على لسان العلامة الدكتور أسامة حسنين عبيد حينما قال: "...لا نرى تناقضا صريحا بين الوظيفة الاجتماعية لهيئة المحلفين ونظام التقاضي على درجتين في الجنايات، إذ لا مانع من إمداد محكمة الجنايات المستأنفة بمحلفين جدد، يكفل لهم المشرع شرعية خاصة، سواء من حيث زيادة عددهم عن محلفي محكمة جنايات أول درجة أو من حيث تدعيم تمثيلهم للشعب..." وهو ما سعى المشرع الفرنسي إلى تحقيقه فعلا في قانون 2000/06/15.

المبحث الثالث: محدودية أجل الطعن بالنقض وأسبابه

يعتبر الطعن بالنقض le pourvoi en cassation نظام له وظيفته، والتي يختلف بها عن الطرق الأخرى للطعن في الأحكام، حيث يعتبره جل الفقه المقارن أنه طريق طعن غير عادي ناقل موصوف أو محدد المجال⁽⁴⁾؛ يهدف إلى مراجعة الأحكام والقرارات النهائية الصادرة بالدرجة الأخيرة وذلك من أجل التأكد والتفحص

(1) محمد علي سويلم، المرجع السابق، ص 130.

(2) د. رمسيس هينام، قانون العقوبات، جرائم القسم الخاص، منشأة المعارف، ط1، الإسكندرية، 1999، ص 8.

(3) Merle (R) et viti (A) :- traité de droit criminel, T 2 procédure pénale, 5^{ème} ED, cujas, paris, 2001, p 795

(4) د. محمد إبراهيم زيد، نظم العدالة الجنائية في الدول العربية، ط1، أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، 2001، ص 426.

والتحقق من مطابقتها للقانون⁽¹⁾.

ولكي نفهم مدى ذلك الاختلاف الذي يتسم به هذا النظام نشير إلى أنه بينما يعمل القاضي في المحاكم الابتدائية - بما فيها محكمة الجنايات- على معرفة كل ما يتعلق بالدعوى فإنه في النقض يتعرض بصورة مفيدة من حيث الكم والكيف إلى بعض النقاط الخاص بالحكم القضائي، ولذلك يقال أن قاضي النقض هو قاضي القانون في حين أن القضاة الآخرين هم قضاة وقائع⁽²⁾. لذلك يعتبر الطعن بالنقض محاكمة للحكم أو حكماً عليه⁽³⁾، إذ أن تنظيمه يرمي إلى تحقيق تلك الوظيفة الأصلية المرتبطة بالرقابة على المشروعية سواء فيما يتعلق بولاية القضاء من حيث الموضوع أو من حيث توفير ذلك الالتزام الخاص برقابة تسبب الأحكام سواء من حيث وجودها أو من حيث تعارضها وتناقضها في عناصرها.

ويعطي الفقه المقارن أيضاً حقيقة أخرى للطعن بالنقض، هو أن هذا النظام يعمل على ضمان التطبيق الصحيح للقانون، إذ ينصب النشاط من خلاله على رقابة تطبيق القانون تطبيقاً سليماً، وتنحصر- مهمة المحكمة العليا⁽⁴⁾ بصدده في التأكد من صحة الأحكام من حيث أخذها بالقانون. وبمقتضى ذلك لا تعتبر هذه المحكمة درجة ثالثة من درجات التقاضي⁽⁵⁾ وبالتالي فإن الطعن في الحكم أماً لا يترتب عليه طرح النزاع برمته من جديد بل تنحصر وظيفتها في الحكم ذاته في نطاق التطبيق القانوني، مما يدل معه أن الحكم المطعون فيه بالنقض قد اكتسب حجية الشيء المقضي فيه بالنسبة للمسائل الواقعية، أما المسائل القانونية فتفتقر لمثل تلك الحجية انتظارا لما ستسفر عنه مرحلة النقض.

ولكن ذلك لا يعني أن كل ما يتصل بواقع الدعوى من أوجه طعن لا يقبل أمام محكمة النقض، فمسائل الواقع ليست بمنأى عن رقابة محكمة النقض فهي تسلم بالوقائع كما أثبتتها الحكم المطعون فيه وتقتصر- مهمتها على مراقبة ما إذا كانت هذه الوقائع كافية لتبرير الحكم أم أصابها التحريف، أو ترتب عليها نتائج غير سائغة لا تستقيم في العقل أو المنطق⁽⁶⁾. وبذلك يتضح أن للمحكمة العليا⁽¹⁾ نظام قانوني خاص - متفرد ومتميز- عن غيرها من المحاكم

(1) د. فضيل العيش، شرح قانون الإجراءات الجزائية الجزائر، المرجع السابق، ص 393.

(2) د. محمد إبراهيم زيد، تنظيم الإجراءات الجزائية في التشريعات العربية، ج3، المركز العربي للدراسات الأمنية والتدريب، الرياض، د ت ن ص 235.

(3) Larguier (J) et Conte (PH) :- procédure pénal, op-cit, p 402.

(4) يصطلح على المحكمة العليا بـ (la cour suprême)، ولها مصطلحات أخرى ماثلة:

- محكمة النقض في كل من مصر وفرنسا.

- محكمة التعقيب في كل من تونس.

- محكمة التمييز في كل من الكويت والأردن.

- محكمة الجزاء الكبرى في كل من العراق.

(5) Pradel (J) :- procédure pénal, 7^{ème} ED, cujas, paris, 1993, p 665,666.

(6) محمد جمال الدين محمد حجازي، رقابة محكمة النقض على موضوع الدعوى الجنائية، رسالة دكتوراه، الإسكندرية، 2000، ص 44.

المحكم في المنظومة القضائية بالدولة، فلا تخضع أحكامها لأي رقابة من سلطة أخرى في الدولة، كما لا يباح الطعن في أحكامها أمام أي هيئة قضائية أخرى، فهدفها هو المصلحة العامة المتمثلة في وحدة القانون، فهي تضمن التطبيق الصحيح للقانون وبذلك تحقق وحدة القضاء في الدولة ثم وحدة القانون نفسه، وصولاً إلى أسمى وأعلى المبادئ الدستورية وهو مساواة المواطنين أمام القانون، وهو ما يشكل الدعامة السياسية للنظام القانوني والقضائي في الدولة⁽²⁾.

وبالرجوع إلى صلب الموضوع فإن الطعن بالنقض طريق استثنائي لا يجوز الالتجاء إليه إلا في حالات حددها المشرع على سبيل الحصر- مع توافر سائر الشروط المحددة قانوناً، والتي من بينها آجال وميعاد -le délai- الطعن.

ومن هنا سوف نركز في حديثنا على آجال وأوجه الطعن بالنقض في التشريع الجزائري كأحد أهم الأسباب التي تدعم إيجاد درجة ثانية للتقاضي في الجنايات، وذلك مع تبيان نوع من المقارنة مع نظيره المشرع المصري في ذلك.

أولاً: في محدودية آجال الطعن بالنقض

من خلال الاطلاع على نص المادة 313 من (ق إ ج ج)⁽³⁾، نجد أنها تنص في الفقرة الأولى منها على أنه: "بعد أن ينطق الرئيس بالحكم يبينه على المتهم"⁽⁴⁾ أن له مدة ثمانية (08) أيام كاملة منذ النطق بالحكم للطعن فيه بالنقض". كما نجد نص المادة 492 منه تنص على أن: "لنليابة العامة وأطراف الدعوة ثمانية (08) أيام للطعن بالنقض...".

ومن خلال محاولة في تحليل هذين النصين، يتضح لنا أن قانون الإجراءات الجزائية الجزائري قد منح المحكوم عليه بحكم صادر عن محكمة الجنايات باعتبارها محكمة أول وآخر درجة، مهلة ثمانية (08) أيام كاملة لممارسة حقه في الطعن بطريق النقض، وذلك أمام المحكمة العليا في هذا الحكم⁽⁵⁾.

(1) سابقاً كان المجلس الأعلى للقضاء في الجزائر هو الذي له الولاية في مراقبة مدى صحة وتطابق الأحكام مع قواعد قانون الإجراءات الجزائية والعقوبات، وألغى هذا المجلس بصدور القانون رقم 22-89 والمؤرخ في 1989/12/12، فأصبحت تسمى الآن بالمحكمة العليا والتي تسهر على ضمان حسن تطبيق القانون، كما يميز التشريع الجزائري بين الطعن بالنقض، والطعن لصالح القانون وذلك تبعاً لنص المادتين 500 و 530 (ق إ ج ج).

(2) د. أحمد فتحي سرور، النقض في المواد الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1988، ص 06.07.

(3) يراجع في ذلك المواد من 313 إلى 315 من (ق إ ج ج)، القسم الثاني فيما يتعلق بنـ "الحكم الذي يصدر في الدعوى العمومية".

(4) كان من المفروض أن يلاحظ ذلك المشرع، فعبارة "المتهم" لا تؤدي معناها في هذه المادة، مقارنة بعبارة "المحكوم عليه" وذلك حين ممارسته حقه في الطعن بطريق النقض، لأن هذا الأخير يدخل في إطار ضمانات المحكوم عليه وليس ضمانات المتهم، وأكد أن هنالك فرق واضح بينهما.

(5) للعلم أن المادة 323 من نفس القانون والتي نصها: "ليس للمحكوم عليه المتخلف عن الحضور حق الطعن بالنقض"، وهذه المادة جاءت لتضع حاجزاً بين المحكوم عليه في الجناية وحقه الدستوري وهو الطعن بطريق النقض.

ومقارنة مع نص المادة 1/34 من قانون النقض المصري⁽¹⁾ والتي جاء فيها أنه: "يحصل الطعن بتقرير في قلم كاتب المحكمة التي أصدرت الحكم في ظرف ستين (60) يوماً تحسب من تاريخ الحكم الحضورى..."، ويبين من نص هذه الفقرة ان المشرع المصري قد حدد ميعاداً واحداً للطعن بطريق النقض، وهو ستين يوماً سواء كان الحكم المطعون فيه صادراً في الدعوى الجنائية أو في الدعوى المدنية، وأياً كان الخصم الطاعن على الحكم، فإن ميعاد الستين يوماً هو الميعاد الذي حدده القانون للطعن بالنقض، وجعله شرطاً هاماً من شروط قبول هذا الطعن⁽²⁾.

وبالتالي يظهر الاختلاف واضحاً في تقرير آجال وميعاد الطعن بالنقض بين كل من المشرع الجزائري ونظيره المصري، وهذا ما يثير الانتباه ويبعث على التساؤل بشأن أجل ومدة الطعن بالنقض في حكم محكمة الجنايات. فبالنسبة لمدة الستين (60) يوم في التشريع المصري نراها مدة كافية ومعقولة، تتناسب مع كل الأحكام التي يجوز الطعن فيها بالنقض، بينما مدة الثمانية (08) أيام في التشريع الجزائري فهي مدة قصيرة جداً لا تتناسب مع خطورة الإدانة وجسامة العقوبة لاسيما في مادة الجنايات والتي تتراوح ما بين السجن المؤقت والمؤبد ولا ربما تصل إلى عقوبة الإعدام أحياناً، خاصة بالمقارنة مع الأحكام الجنحية التي لا تتجاوز عقوبتها سوى بضعة سنوات أو شهور من الحبس، أضف إلى ذلك أن مدة الطعن في أحكام الجناح بالاستئناف تعطي المحكوم عليه فرصة لمحاولة ممارسة حقه في التقاضي على درجتين، وهي فرصة غير متاحة لمن صدر ضده حكم عن محكمة الجنايات.

والأصل أن القانون عندما يحدد ميعاداً معيناً لاستعماله في الطعن - عادي أو غير عادي - فإنه يسعى من خلاله إلى ضمان الاستقرار القانوني⁽³⁾، وهذا ما لا يختلف عليه اثنان، لذا المشرع عند تحديده لهذا الميعاد فإنه يبتغي من وراء ذلك التوفيق بين أمرين اثنين (أحدهما في صالح المجتمع والثاني في صالح المحكوم عليه) وذلك:

الأولى: الرغبة في تحقيق الاستقرار القانوني داخل المجتمع، عن طريق وضع حد للنزاع وسرعة الإجراءات الجنائية.

الثانية: هو إتاحة الفرصة للمحكوم عليه في دراسة الحكم وإعداد دفاعه واعتراضاته عليه.

فالأولى وقد تحققت، أما الثاني فلا سبيل إليها مع وجود مدة زمنية لهذه المحدودية لميعاد الطعن بالنقض.

وعلى كل حال فإننا نعتقد جازمين أن محدودية آجال الطعن بالنقض بثمانية (08) أيام في حكم بخطورة وقساوة حكم محكمة الجنايات، هو أجل لا يتناسب مع الإدانة والعقوبة المقررة والمحكوم بها على الطاعن، خاصة إذا

(1) هذه المادة 01/34 معدلة بالقانون رقم 23 لسنة 1992، حيث كان ميعاد الطعن قبل التعديل أربعين (40) يوماً، فأصبح الآن ميعاد الطعن بالنقض ستين (60) يوماً وذلك بعد تعديل الفقرة الأولى من هذه المادة من قانون النقض المصري وذلك بموجب القانون رقم 74 لسنة 2007.

(2) د. أمين مصطفى محمد، قانون الإجراءات الجنائية-التحقيق الابتدائي والمحاكمة- ج2، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2012، ص 394 وما بعدها.

(3) المستشار عز الدين الناصوري والدكتور عبد الحميد الشاوري، طرق الطعن في الأحكام الجنائية في ضوء الفقه والقضاء، ج1، د د ن، ص8.

علمنا أن أسباب أوجه الطعن بالنقض هي الأخرى محدودة ومذكورة على سبيل الحصر، وهي أسباب تتعلق أساساً بالأخطاء الإجرائية القانونية ولا تتسع لمناقشة الأخطاء الموضوعية⁽¹⁾.

ثانياً: في أوجه الطعن بالنقض

بما أن الطعن بالنقض طريق غير عادي للطعن في الأحكام، فإنه لا بد أن يشتمل طلب النقض على أسباب قانونية والتي يستند عليها الطاعن في طلبه، ولا بد أن يحدد الأسباب الجديدة ولا تعرض الحكم أو القرار محل الطعن بعدم القبول ورفضه تأسيساً.

ومن هذا المنطلق فقد اختلفت التشريعات المقارنة فيما يتعلق بأوجه الطعن بالنقض بين المرونة إلى الحصر- الشديد، فإن أغلب هذه التشريعات تحدد أسباب النقض *les causes d'ouverture* والتي يمكن أن يبنى عليها هذا الطعن، ففيما يخص كل من المشرعين الجزائري بمقتضى- المادة 500 من (ق إ ج ج) ونظيره المصري بموجب المادة 30 من (ق إ ج م) في هذه المسألة، قد أورد هذه الأوجه والأسباب على سبيل الحصر-⁽²⁾، وإن كان هنالك اختلاف واضح بينها.

حيث جاء في نص المادة 500 (ق إ ج ج) والتي نصها كالآتي: "لا يجوز أن يبنى الطعن بالنقض إلا على أحد الأوجه التالية:

- (1) عدم الاختصاص.
- (2) تجاوز السلطة.
- (3) مخالفة قواعد جوهرية في الإجراءات.
- (4) انعدام أو قصور الأسباب.
- (5) إغفال الفصل في وجه الطلب أو في أحد طلبات النيابة العامة.
- (6) تناقض القرارات الصادرة من جهات قضائية مختلفة في آخر درجة، أو التناقض فيما قضى- به الحكم نفسه أو القرار.
- (7) مخالفة القانون أو الخطأ في تطبيقه.
- (8) انعدام الأساس القانوني".

أما عن المادة 30 من (ق إ ج م) والتي جاء فيها: "لكل من النيابة العامة، والمحكوم عليه، والمسؤول عن

(1) د. عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 214 وما بعدها.

(2) كما أنه تم حصر أوجه الطعن بالنقض في التشريع الفرنسي بتسعة (09) حالات وذلك بموجب المواد 591، 592، 593، 599 من (ق إ ج ف) وهي على التوالي: (1) التشكيلة غير القانونية للمحكمة، (2) عدم الاختصاص، (3) تجاوز السلطة، (4) خرق القواعد الشككية، (5) خرق القانون، (6) مخالفة القواعد المقررة قانوناً للتحقيق الابتدائي، (7) الخلو من الأسباب أو نقص أو قصور فيها، (8) حينما يقضي- الحكم بغير ما طلب الخصم، (9) الإخلال بحقوق الدفاع.

الحقوق المدنية والمدعى بها، الطعن بالنقض في الحكم النهائي الصادر من آخر درجة في مواد الجنايات والجنح، وذلك في الأحوال الآتية:

- (1) إذا كان الحكم المطعون فيه مبنياً على مخالفة القانون أو على خطأ في تطبيقه أو في تأويله.
- (2) إذا وقع بطلان في الحكم.
- (3) إذا وقع في الإجراءات بطلان أثر في الحكم".

بداية ما يمكن قوله عن هاتين المادتين في كل من التشريعين الجزائري والمصري نجد أنهما اختلفتا في تحديد أوجه الطعن بالنقض بين شيء من المرونة إلى الحصر الشديد، وما هو معلوم عند معظم الفقه الجنائي أنه كلما كانت أوجه الطعن بالنقض محصورة ومحددة كلما كان ذلك له أثره السليبي على مبدأ قرينة البراءة والعكس صحيح⁽¹⁾.

خاتمة:

بداية لا بد وأن نذكر أنه ليس المقصود من هذه الخاتمة تكرار أو تلخيص أو اختزال ما سبق تناوله في هذا البحث، وإنما المقصود هو استخلاص أبرز النتائج التي تم التوصل إليها، فضلاً عن تسجيل أهم التوصيات التي يراها الباحث لازمة في لفت أنظار المشرع الجزائري للأخذ بها من أجل سد ثغرة عدم الأخذ بازدواجية التقاضي في المادة الجنائية.

أولاً: أبرز النتائج

- (1) أثبت هذا البحث أن الجزائر هي الدولة العربية الوحيدة التي تأخذ بنظام المحلفين، وأن أحكام الجنايات فيها لا تسبب، وإنما تعتمد على نظام الأسئلة، كما أن قانون الإجراءات الجنائية فيها لا يأخذ بمبدأ التقاضي على درجتين في مادة الجنايات، وإنما يعتمد ذلك في الجنح وبعض المخالفات فقط.
- (2) كما يتوافق هذا البحث مع ما ينادي به المشرع الدستوري الجزائري، فقد أحسن صنعا، حين قنن الدستور لعام 2016 مبدأ التقاضي على درجتين في المواد الجنائية، دعماً لحق المتقاضي وتأكيداً لمعنى العدالة الجنائية، كقيمة إنسانية وحضارية، تحفظ للمتهم حقه في محاكمة عادلة ومنصفة.

ثانياً: أهم التوصيات

يرى الباحث أنه من أجل إعادة النظر في التنظيم القضائي لمحكمة الجنايات، بما يضمن فعالية تطبيق استئناف أحكامها، فنرى ضرورة استهداء المشرع بالمقترحات التالية عند إنشاء محكمة استئناف الجنايات، وتمثل أهم ملامح التنظيم التشريعي المقترح فيما يلي:

- (1) اعتباراً لكون المادة (162) من الدستور تلزم صراحة بتسبيب الأحكام القضائية، ونظراً لكون التسبيب

⁽¹⁾ قرار المحكمة العليا رقم 33186 بتاريخ 1984/04/03، المجلة القضائية، العدد 1، الجزائر، 1989، ص 277.

يعمل من جهة أولى على تمكين جهة الاستئناف من مراجعة الحكم الابتدائي، وكذا تمكين المحكمة العليا من أداء دورها الدستوري المتمثل في تقويم أعمال المحاكم والمجالس القضائية، ومن جهة ثانية يضيف على العمل القضائي مزيداً من الشفافية. واعتباراً كذلك لكون التسبيب مكرس بشأن أفعال أقل خطورة وهي الجنح والمخالفات، فإنه يتعين من باب أولى أن يشمل الأفعال الأكثر خطورة وهي الجنايات.

- لذا نوصي المشرع بوجوب النص في قانون الإجراءات الجنائية على تكريس مبدأ تسبيب أحكام محاكم الجنايات بدرجتها الأولى والثانية.

(2) واعتباراً لكون استناد محاكمة الجنايات وهي أخطر الجرائم، إلى تشكيلة تتضمن محلفين شعبيين تعزيرهم جملة من النقائص التي أثبتتها الممارسات العملية في قصور هذا النظام.

- نوصي المشرع بإعادة النظر في تشكيلة محكمة الجنايات، لتصبح متكونة من قضاة محترفين فقط، وذلك على مستوى الدرجتين معاً.

(3) وفي الأخير نتوجه بحثنا هذا إلى المشرع الجزائري، أنه وفي ظل التطور التشريعي الفرنسي- وكذا ما أحدثه الدستور المصري مؤخراً، وأيضاً ما ذهب إليه العديد من الدول العربية، فإنه لم يعد لقانون الإجراءات الجنائية الجزائري مصدراً تاريخياً يستند إليه للتمسك بموقفه الرفض لاستئناف أحكام الجنايات، وأصبح موقف المشرع الجزائري في هذه الجزئية غريباً بين نظرائه من المشرعين، كما أن هذا المطلب يأتي تحقيقاً للمزايا التي يوجد من أجلها مبدأ التقاضي على درجتين في الجنايات.

أثر الظروف الاستثنائية في الحياة الخاصة للأفراد في التشريع الجزائري*

جلاد سليم - باحث دكتوراه - جامعة وهران

الملخص

من مظاهر الاستقرار التي يصبوا إليها كل مجتمع، أن يأمن أفرادها على حياتهم الخاصة، فيضمن لهم القانون الحماية في كل ماله علاقة بالسرية والخصوصية من مسكن ومراسلات واتصالات، وكذا التدخل في العفة الجسدية والعقلية والأخلاقية، فأصبح لازما تحديد نطاق الحياة الخاصة وحمايتها . وفي المقابل هناك بعض القيود تزد على الحياة الخاصة، وتحد من نطاقها كظروف استثنائية مما استدعى وضع قوانين استثنائية توازن بين حفظ خصوصيات الأفراد، وحفظ النظام العام وأمن وسكينة المجتمع.

الكلمات المفتاحية: حقوق الإنسان - الحياة الخاصة - الخصوصية - الظروف الاستثنائية - نطاق وقيود الحق .

Résumé :

L'une des caractéristiques d'une société stable est la protection et la sécurisation de la vie privée de ses individus. la loi leur garantit ainsi la confidentialité de leurs biens, leurs logements, leurs correspondances ainsi que leurs communications : elle intervient également sur l'intégrité physique, mentale et éthique de l'individu. Cela exige une caractérisation du domaine de la vie privée et de le protéger.

En revanche, il existe certaines restrictions qui réduisent l'étendue de la vie privée tel les cas exceptionnelles où il serait question de créer un équilibre entre le droit à la vie privée et le devoir de maintenir l'ordre public et la sécurité de la société.

مقدمة:

إن الحق في الحياة الخاصة أو الخصوصية يعد من أبرز الحقوق اللصيقة بشخصية الفرد والملازمة لحياته، لما له من أثر كبير في تحقيق الكرامة الإنسانية، كما يُصنّف ضمن أهم الحريات لاتصاله بكيان الفرد، ويُقدّر تمتعه بهذا الحق يمكنه مباشرة الحقوق والحريات الأخرى. لذا كان لازما على الشرعة الدولية أن تقر به كحق من حقوق الإنسان (الإعلان العالمي المادة 12، والعهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية المادة 17) كما أصرّت اللجنة المعنية على ضرورة ضمان هذا الحق في مواجهة جميع التدخلات والاعتداءات سواء كانت صادرة عن سلطات الدولة، أم عن أشخاص طبيعيين (التعليق العام رقم 16)، كما تسهر اللجنة العامة على وجوب التزام

* تاريخ إبداع المقال: 2017/03/19

تاريخ تحكيم المقال: 2017/04/03

الدول الأطراف في المنظومة الأمية على احترام حق في الحياة الخاصة، والالتزام بمجايته من التدخل التعسفي وغير المشروع، وذلك بواسطة السلطات التشريعية والإدارية والقضائية.

والجزائر باعتبارها عضوا في الأمم المتحدة، ومصادقة على المواثيق السابقة الذكر، فقد حظي الحق في الحياة الخاصة باهتمام المؤسس الدستوري، حيث نص في جلّ الدساتير التي تعاقبت بدءا بدستور 1976 حتى دستور 1996 تحت فصل "الحقوق والحريات" على عدم جواز انتهاك حرمة حياة المواطن الخاصة، واعتبره حقاً مضموناً يحميه القانون، و ذكرّ المشرع صراحة ضمانات تحمي نطاق هذا الحق كما جرّم المساس والاعتداء على هذا الحق في قانون العقوبات في باب الجنايات والجنح ضد الأفراد.

ولكن حماية الحق في الحياة الخاصة يطرح إشكالية حدود الحماية المضمونة في التشريع الجزائري ومعيّار التوفيق بين رعاية خصوصية الأفراد، وحقّ المجتمع في الأمن والسلامة، مما استدعى من المشرع وضع قيود تقلص من نطاق الحق في الحياة الخاصة.

لأجل ذلك تم دراسة هذا الموضوع ضمن محورين، استوجب الأول تحديد مفهوم الحق في الحياة الخاصة ونطاقه وفق التشريع الجزائري، أما الثاني تم التطرق فيه للظروف الاستثنائية، وأثرها الكبير في تقييد الحياة الخاصة للأفراد، مع إعطاء تفسير عمّا قد يظهر من تعارض بين ضمانات تحمي نطاق هذا الحق، وقيود تحدّ من هذه الحماية.

المحور الأول : مفهوم الحق في الحياة الخاصة ونطاقه القانوني

أولا : مفهوم الحق في الحياة الخاصة (الخصوصية)

رغم الاعتراف بالحق في الحياة الخاصة في جلّ التشريعات، إلا أنه لم يتم الاصطلاح على تعريف دقيق للحياة الخاصة أو الخصوصية، مما انعكس على وضع تعريف دقيق بين فقهاء القانون يُبين مدلول هذا الحق، حيث اتجه بعض الفقه الفرنسي إلى تعريف الحق في الخصوصية¹ بأنه " حق ينطوي على عنصر- الذاتية في الإنسان والتي تتعلق بشخصه وأمنه وطمأنينته بعيدا عن تدخل الغير"²، كما حاول رجال القانون في البلاد الأنجلوسكسونية في بداية الأمر تحديد فكرة الحياة الخاصة بأنها: " مرادف لمفهوم الحرية"³، أو هي: " قلب الحرية في الدول المتقدمة،

¹ - في اللغة الانجليزية استخدم مصطلح الخصوصية Privacy في القرن 15 م :

The term privacy refers to individuals' interests in preventing the inappropriate collection, use, and release of personally identifiable information. Privacy interests include privacy of personal behavior, privacy of personal communications, and privacy of personal data. Department of justice, Privacy, civil Rights and civil liberties, Policy Templates for justice information systems, United States, 2008, p2.

² - علي أحمد عبد الزعبي، حق الخصوصية في القانون الجنائي- دراسة مقارنة- المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، ط 1، سنة 2006، ص 121.

³ - ممدوح خليل بحر، حماية الحياة الخاصة في القانون الجنائي، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، بدون ط، سنة 1403 هـ - 1983 م، ص 187.

أما عن الوضع في الدساتير الجزائرية فلم تتضمن تعريفا للحياة الخاصة بدءا من دستور 1963 حتى دستور 1996 ، بل اكتفى المؤسس الدستوري بحماية هذا الحق في المادة (46) بقوله: " لا يجوز انتهاك حرمة حياة المواطن الخاصة ، وحرمة شرفه وجميعها القانون " ، كما لُح إلى سرية الحياة الخاصة في المادة (77) بقوله : "يمارس كل واحد جميع حرياته ، في إطار احترام الحقوق المعترف بها للغير في الدستور ، لاسيما احترام الحق في الشرف ، وستر الحياة الخاصة ، وحماية الأسرة والشبيبة والطفولة"¹. ومن الملاحظ أن المؤسس الدستوري استخدم عبارة حرمة حياة المواطن الخاصة ، ولم يستعمل كلمة الخصوصية أو الحق في الخصوصية.

كما حصر- الدستور الحياة الخاصة في حرمة الشرف وسرية المراسلات والاتصالات الخاصة بكل أشكالها واعتبرها مضمونة (المادة46) كما التزم بضمان عدم انتهاك حرمة المسكن (المادة47) ، وأدرج صورة تحمي الأشخاص الطبيعيين في مجال معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي (المادة 46) .

كما جرّم المشرع في قانون العقوبات المساس بجرمة الحياة الخاصة للأشخاص بأية تقنية كانت وفقا للمادة 303 مكرر (القانون رقم 06-23 المؤرخ في ديسمبر 2006)². وأعطى للمُعْتَدَى عليه في حقوقه الملازمة لشخصيته الحق في طلب وقف هذا الاعتداء والتعويض عما يكون قد لحقه من ضرر طبقا للمادة 47 من القانون المدني³.

وما يمكن استنتاجه مما ذكر أنَّ المشرع الجزائري انتهج منهج العدول عن وضع تعريف للحق في حرمة الحياة الخاصة ، واكتفى بسرد ما يمكن حمايته من اعتداء واقع على حرمة الحياة الخاصة للأشخاص ، ولعله ترك الفضاء للاجتهاد القضائي مسترشدا بتطبيقاته ، لأن حصر هذا الحق ينقص من نطاق الحماية .

ويستخلص من جملة التعريفات والمحاولات المبذولة لتحديد معنى الحياة الخاصة أن صعوبة الوصول إلى تعريف جامع مانع يرجع إلى مضمون الحياة الخاصة؛ لأنه مرتبط ارتباطا وثيقا بالتقاليد والقيم الأخلاقية والدينية والثقافية والنظام السياسي والاجتماعي السائد في كل مجتمع ، ومن ثم فهو يختلف من دولة إلى أخرى ، وفي داخل الدولة من زمن لآخر. لذا تَرَك الأمر للفقه والقضاء وفقا لظروف كل مجتمع ، على أن يركز على أساسين⁴ : يشمل الأول حق الفرد في اختيار أسلوب حياته دون أي تدخل من الغير في حدود النظام العام ، والثاني حق الفرد في سرية ما ينتج عن هذه الحرية في اختيار أسلوب حياته من معلومات أو وقائع بعيدا عن معرفة أي شخص

¹ - دستور 1996 المعدل بالقانون 01-16 المؤرخ في 06مارس 2016 ، الجريدة الرسمية العدد14 الصادرة بتاريخ 07 مارس 2016.

² - بوسقيعة أحسن ، قانون العقوبات في ضوء الممارسة القضائية ، وفق تعديلات 20 ديسمبر 2006 مدغم بالاجتهاد القضائي ، منشورات بيرتي ، الجزائر ، بدون ط ، سنة 2008 ، ص 137.

³ - الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني ، الجريدة الرسمية العدد 78 ، الصادرة بتاريخ 24 رمضان 1395 الموافق 30 سبتمبر 1975 ، المَعْدَل والمُنَقَّم

⁴ - إن هاتين النتيجةين توصل إليهما الدكتور ، أحمد فتحي سرور ، الحق في الحياة الخاصة ، مجلة القانون و الاقتصاد للبحوث القانونية و الاقتصادية ، مطبعة جامعة القاهرة ، العدد 54 سنة 1986 م ص 51.

كان وبأي وسيلة كانت، إذ أن السرية هي السمة المميزة لصميم الحياة الخاصة للفرد بما يضمن له احترام ذاتيته الشخصية ويحقق له السكنية والأمن بعيدا عن تدخل الآخرين¹.

ثانيا : النطاق القانوني للحياة الخاصة في التشريع الجزائري

مما يلاحظ في التشريع الجزائري أنه نص صراحة على بعض الصور التي تُعدُّ أساسية ومحل اهتمام جلّ التشريعات، أو ما تعرف بالصور المتفق عليها، لأنها تدخل في صلب نطاق أو منطقة الحق في الحياة الخاصة، ولم تُثر جدلا كبيرا في الفقه والقضاء، وتمثل في حرمة المسكن، سرية المراسلات والاتصالات الخاصة، حرمة الشرف والاعتبار. وفيما يلي سيتم عرض هذه العناصر بشكل موجز.

1 - حرمة المسكن

لم يعرف المشرع الجزائري المسكن بصدد تجريمه لفعل انتهاك حرمة المسكن، في قسم الاعتداء على الحريات الفردية وحرمة المنازل والخطف² (المادة 295 من قانون العقوبات) بل عرّفه بصدد تشديد العقوبة في السرقة إذا ما وقعت في مكان مسكون³، فالمادة 355 من قانون العقوبات تنص على أنه: "يعدّ منزلا مسكونا كل مبنى أو دار أو غرفة أو خيمة أو كشك ولو متنقل متى كان معدا للسكن، وإن لم يكن مسكونا وقتذاك وكافة توابعه مثل الأحواش وحظائر الدواجن ومخازن الغلال الأسطبلات والمباني التي توجد بداخلها مهما كان استعمالها حتى ولو كانت محاطة بسياج خاص داخل السياج أو السور العمومي"⁴.

وحرمة المسكن تُعدّ ضمنا كفهله المؤسس الدستوري في جميع الدساتير التي تعاقبت، فبسط الحماية اللازمة له، حيث نص في المادة 47 من دستور أنه: "تضمن الدولة عدم انتهاك حرمة المسكن، فلا تفتيش إلا بمقتضى القانون وفي إطار احترامه ولا تفتيش إلا بأمر مكتوب صادر عن السلطة القضائية المختصة"⁵.

ولم يتوقف المشرع الجزائري أثناء حفظ خصوصيات المسكن على منع شخص معين، بل يستوي في ذلك الشخص العادي أو الموظف عند الدولة مهما كانت رتبته، حيث نص في المادة 135 قانون عقوبات على أن: "كل موظف في السلك الإداري أو القضائي وكل ضابط شرطة وكل قائد أو أحد رجال القوة العمومية دخل بصفته المذكورة منزل أحد المواطنين بغير رضا، وفي غير الحالات المقررة في القانون وبغير الإجراءات

¹ - قايد أسامة عبد الله، المرجع السابق، ص 18/ بحر ممدوح خليل، المرجع السابق، ص 225/ عادل عبد العال إبراهيم خراشي، ضوابط التحري والاستدلال عن الجرائم، دراسة مقارنة بين القانون الوضعي والشريعة الإسلامية، (رسالة دكتوراه)، كلية الحقوق، جامعة القزاق، مصر، سنة 1423 هـ، 2002 م، ص 294.

² - أحسن بوسقيعة، المرجع السابق، ص 131.

³ - وكان من الأحسن لو أن تعريف المسكن ورد في القسم الخاص بالاعتداء الواقع على الحريات الفردية وحرمة المنازل والخطف (م: 195 من قانون العقوبات) حتى يكون هناك انسجام في طبيعة المسكن الذي يتطلب الحماية.

⁴ - أحسن بوسقيعة، المرجع السابق، ص 166.

⁵ - دستور 1996 المعدل بالقانون 01-16 المؤرخ في 06 مارس 2016.

المنصوص عليها فيه يعاقب بالحبس من شهرين إلى سنة وبغرامة من 20.000 إلى 100.000 دج دون الإخلال بتطبيق المادة 107¹.

ومن الملاحظات التي يمكن أن توجه في هذا الصدد هو افتقار النصوص القانونية عند المشرع الجزائري لعبارة "المكان الخاص" تبعاً لمصطلح "المسكن"، لأن فكرة المكان الخاص أعم وأشمل من فكرة المسكن، وحماية المكان الخاص تمتد لتشمل كل من يَمْكُثُ فيه بصرف النظر عما إذا كان هذا الشخص مالكا أو مستأجرا أو زائرا أو موجودا بصورة عرضية. فضلا عن أن المسكن ينطوي على مفهوم واقعي للإقامة، في حين يشمل المكان الخاص كل مكان يقيم فيه الشخص بصفة مؤقتة أو دائمة، ويشمل مظاهر الأنشطة الفردية.

2- سرية المراسلات والاتصالات الخاصة

أ/ سرية المراسلات

إن المقصود بالمراسلات كافة الرسائل المكتوبة، سواء أرسلت بطريق البريد أو بواسطة رسول خاص، كما يقصد بها البرقيات والتلكسات، ويستوي أن تكون الرسالة داخل ظرف مغلق أو مفتوح أو أن تكون بطاقة مكشوفة، طالما أن الواضح من قصد المرسل عدم اطلاع الغير عليها بغير تمييز².

وجدر الإشارة أن المراسلات تسري عليها صفة السرية في ظل أحدث الوسائل، كتبادل الرسائل عبر البريد الإلكتروني E-mail، فغالبا ما يستعمل البريد الإلكتروني لنقل وتخزين الملفات والبطاقات، ما يلزم معه عدم جواز مراقبة المراسلات، ولا الكشف عن المعلومات إلا عن طريق القضاء أو السلطات الإدارية لأسباب مشروعة، وذلك لأن البريد الإلكتروني يعد جزءا من مفهوم المراسلات والحياة الخاصة. وهو ما نصت عليه المادة 08 من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان والحريات الأساسية الموقعة في ستاربورغ³.

ومن مقتضى الحرمة التي تتمتع بها المراسلات باعتبارها مستودعا الخصوصيات الأفراد، فقد كفلها الدستور الجزائري في المادة 46 الفقرة 02 حيث تضمن أن: "سرية المراسلات والاتصالات الخاصة بكل أشكالها مضمونة"⁴.

1- الأمر رقم 66- 156 المعدل والمتمم بالقانون رقم 06-23 المؤرخ في 20 ديسمبر 2006 المتمم، الجريدة الرسمية، العدد 84، الصادرة بتاريخ 04 ذو الحجة 1427 الموافق 24 ديسمبر 2006 م

2- أحمد فتحي سرور، المرجع السابق، ص 45/ ممدوح خليل بحر، المرجع السابق، ص 249/ محمد الشهاوي، الحماية الجنائية لحرمة الحياة الخاصة، دار النهضة العربية، القاهرة، دون ط، سنة 2005 م، ص 184.

3- كريم كريمة، حماية الحق في الخصوصية من التعدي في ظل مجتمع المعلوماتية، مجلة العلوم القانونية والإدارية، كلية الحقوق، جامعة جيلالي ليايس، سيدي بلعباس، العدد 2، سنة 2006 م، ص 147- بتصرف-

4- دستور 1996 المعدل بالقانون 16-01 المؤرخ في 06 مارس 2016.

ومّا يلاحظ في المادة 2/46 من الدستور أن المؤسس الدستوري أصاب إذ أضاف استثناء للضمانة، حيث جوّز المساس بسرية المراسلات والاتصالات الخاصة بأمر معلل من السلطة القضائية وذلك عند البحث والتحري عن الجريمة وبذلك خرج من عدم دستورية الفصل الرابع المتعلق باعتراض المراسلات وتسجيل الأصوات والتقاط الصور في باب التحقيقات في قانون الإجراءات الجزائية (المادة 65 مكرر 5).

وإلى جانب الضمانات الدستورية التي تحمي سرية المراسلات، فقد أحاط المشرع الجزائري هذا الحق بنصوص تجرّم كل اعتداء عليه، منها المادة 303 من قانون العقوبات والتي نصت على أن: "كل من يفرض أو يتلف رسائل أو مراسلات موجهة إلى الغير وذلك بسوء نية، وفي غير الحالات المنصوص عليها في المادة 137 يعاقب بالحبس من شهر واحد (1) إلى سنة (1) و بغرامة من 25000 دج إلى 100.000 دج أو بإحدى هاتين العقوبتين"¹. والعقوبة تكون أشد إذا صدر الاعتداء من موظفي الدولة وذلك ما نصت عليه المادة 137 من قانون العقوبات: "كل موظف أو عون من أعوان الدولة أو مستخدم أو مندوب عن مصلحة للبريد يقوم بفض أو اختلاس أو إتلاف رسائل مسلمة إلى البريد أو يسهل فضاها أو اختلاسها أو إتلافها بالحبس من ثلاثة (3) أشهر إلى خمس (5) سنوات وبغرامة من 30.000 دج إلى 500.000 دج ويعاقب بالعقوبة نفسها كل مستخدم أو مندوب في مصلحة البرق يختلس أو يتلف برقية أو يذيع محتواها. ويعاقب الجاني فضلا عن ذلك بالحرمان من كافة الوظائف أو الخدمات العمومية² من خمس إلى عشر سنوات"³.

ب/ حرمة الاتصالات الخاصة (المحادثات الشخصية)

تعتبر الأحاديث الشخصية أسلوبا من أساليب الحياة الخاصة، ففيها يبدأ المتحدث إلى غيره. وهذه الأحاديث تعدّ مجالات لتبادل الأسرار وتناقل الأفكار الشخصية، دون حرج أو خوف من تصنت الغير، وفي مآمن من فضول استراق السمع⁴.

والمحادثات الشخصية إما أن تكون مباشرة والتي تدور بين الأفراد مباشرة، أو تكون غير مباشرة، وتتمثل في الأحاديث المتبادلة عبر وسائل الاتصال الحديثة السلوكية واللاسلكية، ويتم الاعتداء عليها عن طريق التصنت⁵.

1. القانون رقم 06-23 المؤرخ في 20 ديسمبر 2006، الجريدة الرسمية، العدد 84، الصادرة بتاريخ 04 ذو الحجة 1427، الموافق لـ 24 ديسمبر سنة 2006، ص 23.

2. لقد أورد المشرع عقوبة عزل الموظف باعتباره أنه أصبح غير أمين على أسرار المجتمع.

3. القانون رقم 06-23 المؤرخ في 20 ديسمبر 2006، الجريدة الرسمية، العدد نفسه، ص 20.

4. آدم عبد البديع آدم حسين، الحق في حرمة الحياة الخاصة ومدى الحماية التي يكفلها له القانون الجنائي، (رسالة دكتوراه) قسم القانون الجنائي

كلية الحقوق، جامعة القاهرة، سنة 1420هـ - 2000 م، ص 313-314

5. أحمد فتحي سرور، المرجع السابق، ص 47.

تغطي الاتصالات الخاصة بحصانة مماثلة للمراسلات، لذا قُريت في الدستور بالمراسلات، واعتبرها مضمونة بكل أشكالها (المادة 2/46) الشالفة الذكر. كما جرم المشرع كل اعتداء عليها، وجعل المساس بها انتهاكاً لحرمة الحياة الخاصة¹، وقد ورد ذلك في المادة 303 مكرر الفقرة 1 من قانون العقوبات ونصها: "يعاقب بالحبس من ستة (6) أشهر إلى ثلاثة (3) سنوات وبغرامة من 50.000 دج إلى 300.000 دج كل من تعمد المساس بجرمة الحياة الخاصة للأشخاص، بأية تقنية كانت وذلك: بالتقاط أو تسجيل أو نقل مكالمات أو أحاديث خاصة أو سرية، بغير إذن صاحبها أو رضاه". ورتب المشرع المسؤولية الجنائية عند وقوع الاعتداء على الاتصالات الخاصة، مهما كانت صفة الفاعل أو المساهمة في الجريمة طبقاً للمادة 303 مكرر 1 من قانون العقوبات ونصها: "يعاقب بالعقوبات المنصوص عليها في المادة السابقة كل من احتفظ 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 هذا القانون، عندما ترتكب الجنحة المنصوص عليها في الفقرة السابقة عن طريق الصحافة، تطبق الأحكام الخاصة بالمنصوص عليها في القوانين ذات العلاقة لتحديد الأشخاص المسؤولين"².

والواقع أن المحادثات الخاصة أو الشخصية قد تتعرض لكثير من الانتهاك من قبل السلطات العامة، أو من قبل الأفراد العاديين، فسلطات الدولة تلجأ إلى مراقبة هذه المحادثات بهدف الضغط على إرادة الأفراد بغية تحقيق أغراض سياسية، أو من أجل كشف الحقيقة في جريمة قد ارتكبت في حين أن الأفراد العاديين قد يلجئون إلى هذه الوسائل للحصول على دليل يثبت حقوقهم³. لذا ذهب بعض القضاة في الولايات المتحدة الأمريكية إلى وصف التجسس على المكالمات التليفونية بأنه عمل دنيء غير شرعي⁴.

فيما يخص المشرع الجزائري فقد وضع استثناءات لمبدأ سرية الاتصالات الخاصة، فأجاز اعتراض المراسلات التي تتم عن طريق وسائل الاتصال السلكية واللاسلكية إذا اقتضت ضرورات التحري أو التحقيق الابتدائي في

1. ينظر: عبد الله عبد الكريم عبد الله، جرائم المعلوماتية والانترنت (الجرائم الإلكترونية) دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ط1، سنة 2007م، ص 143-145.

2. (القانون رقم 06-23 المؤرخ في 20 ديسمبر 2006)، الجريدة الرسمية، العدد نفسه، ص 23.

3. آدم عبد البديع آدم حسين، المرجع السابق، ص 316- وما بعدها.

4. ويرى القاضي دوجلاس douglas أن المراقبة الإلكترونية أكبر سالب لخصوصية الإنسان، ويرى أنه من أجل سياسة اجتماعية مقبولة، يجب إلغاء المراقبة الإلكترونية، أو على الأقل قصرها على الحالات شديدة الاضطراب. وحقيقة أن المراقبة الإلكترونية الممتدة شيء لا يطاق في مجتمع يتمتع بحرية التعبير والحرية الشخصية. ينظر: يوسف الشيخ يوسف، حماية الحق في حرمة الأحاديث الخاصة، دراسة مقارنة في تشريعات التنصت وحرمة الحياة الخاصة، دار الفكر العربي، القاهرة، ط1، سنة 1418هـ - 1998م، ص 137/ ممدوح خليل بحر، المرجع السابق، ص 247.

بعض الجرائم، وفقا لما نصّت عليه المواد 65 مكرر 5، و 65 مكرر 6، و 65 مكرر 7، و 65 مكرر 8، و 65 مكرر 9، و 65 مكرر 10 من قانون الإجراءات الجزائية¹.

3- حرمة الشرف والاعتبار

تضاربت الآراء في وضع تعريف للشرف و الاعتبار²، فذهب بعض الفقه إلى كونها مترادفات فيعرف الشرف بالتعريف المقتر للاعتبار والعكس³. ويرى جانب آخر من الفقه أن الشرف: "هو مجموعة الميزات والمكانات التي تمثل قدرا من القيم أدنى من القيم الأدبية، يفترض توافرها بالضرورة لدى كل فرد بحكم كونه شخصا آدميا، فيستوي أن يكون صاحب الحق صغيرا أو كبيرا غنيا أو فقيرا شريفا أو خارجا عن القانون"⁴. أما الاعتبار فيقصد به: "حصيلة الرصيد الأدبي أو المعنوي الذي اكتسبه الشخص تدريجيا من خلال علاقاته بغيره"⁵.

وقد عني الإعلان العالمي لحقوق الإنسان على حماية الحقين في نص واحد (المادة 12)، وكذا فعلت الاتفاقية الدولية للحقوق المدنية والسياسية (المادة 17)⁶، و المؤسس الدستوري سار على نفس النهج حيث كفل حرمة الشرف في موضع كفاية حرمة الحياة الخاصة حسب المادة 46 من الدستور وورد فيها: "لا يجوز انتهاك حرمة حياة المواطن الخاصة، وحرمة شرفه، ويحميها القانون"، وهذا فيه دلالة على وجود العلاقة بين الحياة الخاصة والشرف والاعتبار إلى جانب العناصر الأخرى المتمثلة في سرية المراسلات والاتصالات وحرمة المسكن، ويعضد ذلك ما ذهب إليه بعض الفقه والقضاء من أن توافر المساس بالحياة الخاصة مع الاعتداء على حق الشخص في شرفه واعتباره يشكلان تعددا صوريا بين الجريمتين⁷. إضافة إلى التصريح المباشر في المادة 77 من الدستور، هناك تصريح غير مباشر بجرمة الشرف والاعتبار، وذلك ما نصت عليه المادة 40 من الدستور بقولها: "تضمن الدولة عدم انتهاك حرمة الإنسان، ويحظر أي عنف بدني أو معنوي أو أي مساس

1- (القانون رقم 22-06 المؤرخ في 20 ديسمبر 2006) الجريدة الرسمية، العدد 84، الصادرة بتاريخ 04 ذو الحجة 1427 الموافق لـ 24 ديسمبر 2006، ص 8-9.

2- ذهب بعض الآراء الفقهية إلى القول بأن الحق في الشرف والاعتبار هو حق في السمعة، ورأى آخرون أن السمعة هي الشرف دون الاعتبار، وذهب فريق إلى عكس ذلك. لمزيد من التفصيل ينظر: محمد ناجي ياقوت، فكرة الحق في السمعة، منشأة المعارف، الإسكندرية، بدون ط، ولا سنة ط، ص 26.

3- مدحت رمضان، الحماية الجنائية لشرف واعتبار الشخصيات العامة، دار النهضة العربية، بدون ط، ولا سنة، ص 9 وما بعدها.

4- محمد ناجي ياقوت، المرجع السابق، ص 26، وما بعدها.

5- عماد حمدي حجازي، الحق في الخصوصية ومسؤولية الصحفي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، بدون ط، سنة 2008 م، ص 194.

6- نص المادة 12 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان 1948 جاء فيها: "لا يجوز تعريض أحد لتدخل تعسفي في حياته الخاصة... ولا لعمليات تمس شرفه وسمعته..". وأما المادة 17 من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية 1966 فنصها: "لا يجوز تعريض أي شخص، على نحو تعسفي أو غير قانوني لتدخل في خصوصياته... ولا لأي حملات غير قانونية تمس شرفه أو سمعته". ينظر: "نجان دغيوش، معاهدات دولية لحقوق الإنسان

تعلو القانون، دار الهدى، الجزائر، بدون ط، سنة 2008 م، ص 39-176.

7- أشرف توفيق شمس الدين، الصحافة والحماية الجنائية للحياة الخاصة (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية ط1، سنة 2007م، ص 42.

بالكرامة" وكذا المادة 41 ونصها: "يعاقب القانون على المخالفات المرتكبة ضد الحقوق والحريات، وعلى ما يمس سلامة الإنسان البدنية والمعنوية".

كما وسع المشرع من نطاق حماية الشرف والاعتبار، فقد جرم جميع الأفعال الماسة بها، وأول هذه الاعتداءات جريمة القذف، فقد عرّفها في المادة 296 قانون العقوبات بقوله: "يعدّ قذفا كل ادعاء بواقعة من شأنها المساس بشرف واعتبار الأشخاص¹، أو الهيئة المدعى عليها به أو إسنادها إليهم، أو تلك الهيئة، ويعاقب على نشر هذا الإدعاء أو ذلك الإسناد مباشرة، أو بطريق إعادة النشر حتى ولو تمّ ذلك على وجه التشكيك، أو قصد به شخص أو هيئة دون ذكر الاسم، ولكن كان من الممكن تحديدها من عبارات الحديث أو الصياح أو التهديد أو الكتابة أو المنشورات أو اللافتات أو الإعلانات موضوع الجريمة". وحدد للقذف عقوبة بنص المادة 298 قانون العقوبات ورد فيها: "يعاقب على القذف الموجه إلى الأفراد بالحبس من شهرين (2) إلى ستة (6) أشهر وبغرامة من 25000 دج إلى 100.000 دج أو بإحدى هاتين العقوبتين، ويضع صفح الضحية حداً للمتابعة الجزائية"². ولم يشترط المشرع لقيام القذف عدم صحة الواقعة المسندة للمعني عليه³، على خلاف المشرع الفرنسي الذي نص بشكل صريح (في المادة 35 من قانون حرية الصحافة) على أن إثبات صحة الوقائع ينفي جريمة القذف ما لم تتعلق هذه الوقائع بالحياة الخاصة للضحية أو بفعل مضى على وقوعه أكثر من عشر سنوات أو كان محل عفو⁴.

ومن صور الاعتداء على حرمة الشرف والاعتبار جريمة السب، وقد عرّفها المشرع في المادة 297 قانون العقوبات بقوله: "يعدّ سبّا كل تعبير مّشين أو عبارة تتضمن تحقيرا أو قدحا لا ينطوي على إسناد واقعة" وحدّد لها عقوبة بنص المادة 299 قانون العقوبات⁵: "يعاقب على السب الموجه إلى فرد أو عدة أفراد بالحبس من شهر (1) إلى ثلاثة (3) أشهر وبغرامة من 20000 دج إلى 100000 دج، ويضع صفح الضحية حدا للمتابعة الجزائية".

1- تتطلب جريمة القذف توافر العلانية التي يجب إبرازها في القرار، وإلا كان مشوبا بالقصور (غرفة الجنج والمخالفات، ق2، قرار 191099 ملف 198057، غير منشور).

2- (القانون رقم 06-23 المؤرخ في 20 ديسمبر 2006) الجريدة الرسمية العدد 84 الصادرة بتاريخ 4 ذو الحجة 1427/24 ديسمبر 2006، ص22.
3- إن المحكمة العليا قد خالفت أحكام القانون بإضافة ركن جديد إلى أركان جريمة القذف بإشترط عدم صحة الواقعة المسندة للمعني عليه في القرار غ ج م ق 2 قرار 1999/9/7 ملف 179811: غ منشور، والقرار ف ج م ق 2 قرار 1999/11/2 ملف 195535 غ منشور، لمزيد من التفصيل ينظر: أحسن بوسقيعة، المرجع السابق، ص133.

4- ينظر:

5- Dalloz, 5^e édition, Paris, 2001, p450. Gilles Leberton, Libertés publiques et droits de l'homme

⁵- يقتضي تطبيق المادة 299 الإشارة في القرار إلى الكلام المشين الموجه للضحية، والذي يشكل الركن المادي للجريمة (غرفة الجنج والمخالفات ملف 193556، قرار 2000/03/14، المجلة القضائية، عدد خاص، 1/2002، ص183).

وإلى جانب جرمي القذف والسب أضاف المشرع جريمة البلاغ الكاذب أو الوشاية الكاذبة، واعتبارها من صور الاعتداء على الشرف والاعتبار حسب تصنيفها في القسم الخامس من قانون العقوبات، وتمثل الوشاية الكاذبة في الإخبار بواقعة غير صحيحة تستوجب عقاب من تُسندُ إليه¹ موجهة إلى رجال الضبط القضائي أو الشرطة الإدارية أو القضائية²، وقد رتب لها المشرع في المادة 300 من قانون العقوبات: "عقوبة الحبس من ستة أشهر إلى خمس سنوات وبغرامة من 20.000 دج إلى 100.000 دج ويجوز للقضاء علاوة على ذلك أن يأمر بنشر الحكم أو ملخص منه في جريدة أو أكثر على نفقة المحكوم عليه"³، ولعلّ المشرع يريد من وراء نشر الحكم رد الاعتبار، وحفظ شرف من وُجِعت إليه الوشاية.

المحور الثاني : الإطار القانوني للظروف الاستثنائية المقيدة للحق في الحياة الخاصة

1- مفهوم الظروف الاستثنائية

وتتلخص نظرية الظروف الاستثنائية⁴ في أن بعض التصرفات التي تقوم بها الإدارة والتي تعتبر في الأصل غير مشروعة لو كانت في الظروف العادية، تصبح مشروعة في نظر المشرع والقضاء متى قام مبررها- الطرف الاستثنائي- وتوفرت شروط إعلانها واحترمت إجراءات تنفيذها حسب مقتضيات حفظ النظام العام وتأمين سير المرافق العامة.

إذا كانت نظرية الضرورة أساسا فلسفيا لتبرير السلطات الاستثنائية في الظروف الاستثنائية، فإن ذلك وحده لا يكفي ما لم تسمح الشرعية الدستورية بهذا الاستثناء⁵.

2 - حالات الظروف الاستثنائية

بالنظر إلى الدستور الجزائري يلاحظ أنه قد تبني عدّة أوجه للظروف الاستثنائية وتدرج في حالة الطوارئ، وحالة الحصار، والحالة الاستثنائية، وحالة الحرب، وقد تعاقب ذكرها صراحة منذ دستور 1976 إلى 1996⁶.

¹- إن تقدير الوقائع المبلغ عنها موكل لاجتهاد قضاة الموضوع على شرط أن يعللوا قضاءهم تعليلا كافيا (غرفة جنائية 2 قرار 9/11/1982، نشرة القضاء 2/1983، ص 80).

²- محمد ناجي ياقوت، المرجع السابق، ص 36 - بتصرف-

³- المادة 300 ق.ع المعدلة المضمنة بالمادة 60 من القانون رقم 23-06 المؤرخ في 20 ديسمبر 2006. ينظر: أحسن بوسقيعة، المرجع السابق، ص 135.

⁴- مراد بدران، القيود الواردة على حقوق الشخصية في ظل الظروف الاستثنائية، مجلة العلوم القانونية والإدارية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، عدد خاص، الملتقى الوطني حول حقوق الشخصية، يوم 13-14 سبتمبر 2008، ص 225.

⁵- أحمد فتحي سرور، الشرعية الدستورية وحقوق الإنسان في الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، ط معدلة، سنة 1995م، ص 400.

⁶- دستور 1963 في المادة 59 لم يذكر الحالات صراحة، أما دستور 1976 فقد نص عليها في المواد 119 إلى 123، وكذا دستور 1989 أعاد تبني تبني هذه الحالات في المواد من 86 إلى 91، وقد احتفظ دستور 1996 في مواده من 91 إلى 96 بنفس الحالات، وكذا التعديل الدستوري 2016

وتمثل حالة الحصار الحالة الأكثر تهديدا لسلامة الدولة مما يستوجب إعلان حالة الظروف الاستثنائية، وبذلك فهي تعتبر سلطة استثنائية وحالة استعجالية ملجئة توضع لمواجهة أشد الظروف التي تعجز فيها السلطات المدنية عند مباشرة مهامها، تلجأ إليها حكومة بلد في حالة خطر وشيك على الأمن الداخلي أو الخارجي، يسمح بنقل سلطات حفظ النظام العمومي من السلطة المدنية إلى السلطة العسكرية، مما يسمح لهذه الأخيرة بتقييد الحرية والحد من ممارستها¹، ولأن القضاء العسكري يحل محل القضاء العادي في كثير من الحالات².

وبالنسبة لحالة الطوارئ لم يميز الدستور الجزائري في المادة 105 بين حالة الحصار وحالة الطوارئ من حيث القواعد التي تحكمها أو المبررات التي تعلن لأجلها³، ويبقى الفرق بين الحالتين في السلطة المخوّل لها اتخاذ التدابير الكفيلة بحفظ النظام العام، ففي حالة الطوارئ السلطة المدنية تتولى تسييرها وليست السلطة العسكرية، فوزير الداخلية والجماعات المحلية في كامل التراب الوطني أو جزء منه، والوالي في دائرته الإقليمية لهم صلاحيات اتخاذ القرارات وفقا للأحكام المنصوص عليها وفي إطار احترام التوجيهات الحكومية⁴.

وتما سبق ذكره يظهر أن الظروف الاستثنائية لها أثر كبير في تقييد الحريات الأساسية لضرورة حفظ النظام إيثارا للمصلحة العامة على المصلحة الخاصة التي يحميها الدستور⁵. إن الحق في الحياة الخاصة كباقي الحقوق يتأثر بالتقييد الذي يفرضه تطبيق الأحكام الاستثنائية، وعليه فما حدود التضييق الذي يمارس أثناء الظروف الاستثنائية على مظاهر الحق في الحياة الخاصة ؟

3- القيود الواردة في الظروف الاستثنائية على الحياة الخاصة

من التطبيقات التي توضح أثر الظروف الاستثنائية على الحياة الخاصة ما نصّت عليه المادة 7 من المرسوم الرئاسي رقم 91- 196 المتضمن تقرير حالة الحصار⁶، حيث مكّنت السلطة العسكرية المخوّل صلاحيات للشرطة

من المادة 105 إلى 110 ينظر: ناصر لباد، دساتير الجزائر، الصفحات حسب المواد 36- 118 - 198 - 200 - 290 - 292 / دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، دار بلقيس، الجزائر، بدون ط، سنة 2016، ص 26- 27

¹ - شطاب كمال، حقوق الإنسان في الجزائر بين الحقيقة الدستورية والواقع المفقود، دار الخلدونية، الجزائر، بدون ط، سنة 2005م، ص 104

² - سحنين أحمد، الحريات العامة في ظل الظروف الاستثنائية في الجزائر (مذكرة ماجستير) كلية الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، سنة 2005م، ص 26.

³ - محمد الصغير بيلي، الوجيز في المنازعات الإدارية، المرجع السابق، ص 19.

⁴ - وفق المادة 4 من المرسوم الرئاسي رقم 92- 44 المؤرخ في 5 شعبان 1412 الموافق 9 فبراير 1992 المتضمن إعلان حالة الطوارئ، الجريدة الرسمية، العدد 10، الصادرة بتاريخ 5 شعبان 1412 الموافق لـ 09 فبراير 1992م، ص 285.

⁵ - عليان بوزيان، دولة المشروعية بين النظرية والتطبيق، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، بدون ط، سنة 2009م ص 378.

⁶ - المرسوم الرئاسي رقم 91- 196 المتضمن إعلان حالة الحصار، ذكر على سبيل المثال، وقد رفعت حالة الحصار بموجب المرسوم رقم 91- 336 المؤرخ في 13 ربيع الأول عام 1412 الموافق 22 سبتمبر سنة 1991، الجريدة الرسمية، العدد 44 الصادرة بتاريخ 16 ربيع الأول 1412 الموافق 25 سبتمبر 1991، ص 1684.

في إجراء أو التكليف بإجراء تفتيشات ليلية أو نهائية في المحال العمومية أو الخاصة، وكذلك داخل المساكن¹. كما نصت المادة 6/6 من المرسوم الرئاسي رقم 92-44 المتضمن إعلان حالة الطوارئ²: "أن لوزير الداخلية والجماعات المحلية في كل التراب الوطني والوالي على امتداد تراب ولايته في إطار التوجيهات الحكومية سلطة إصدار الأوامر استثنائياً بالتفتيش نهاري أو ليلي"³، ويتضح من خلال المادتين السابقتين أنها قيدتا صورة من صور الحياة الخاصة، وهي حرمة المسكن المضمون دستورياً وفق المادة 47 التي جاء فيها: "أن الدولة تضمن عدم انتهاك حرمة المسكن، فلا تفتيش إلا بمقتضى القانون في إطار احترامه، ولا تفتيش إلا بأمر مكتوب صادر عن السلطة القضائية المختصة".

ويلاحظ في حالة الحصار أو الطوارئ لم يوضع ضوابط لتفتيش المساكن مثلما هو الحال في الظروف العادية، فقد يقع في كل وقت ليلاً ونهاراً⁴، حرمة المسكن كغيرها من الحقوق تخضع لممارسة قيد الضبط الإداري شأنها شأن سائر الأعمال الإدارية لقواعد المشروعية، فالتوسع سلطات الضبط لإداري في مواجهة حرمة المسكن في الظروف الاستثنائية لا يترتب عليها المساس بحرمة المسكن إلا من خلال إجراءات تتوافر فيها الضمانات القانونية، إذ لا يتصور أن تكون حرمة المسكن قيداً على السلطة العامة أو معوقاً لها، وفي المقابل لا يعني توافر ظرف استثنائي عدم خضوع أعمال السلطة لقواعد المشروعية بصورة مطلقة، بل المقصود هو توسيع قواعد المشروعية بصفة استثنائية، وعليه حرمة المسكن يجب أن لا تحجب عن الإدارة قدراً من الحرية تضمن حسن السيطرة على الأمن والسكينة⁵.

وتجدر الإشارة إلى أنه رغم عدم ذكر القيود الواردة على صورة الحق في الحياة الخاصة صراحة في حالة الطوارئ أو الحصار إلا ما تعلق منها بتفتيش المساكن، غير أنه يُفهم التقييد من خلال السلطات المخولة للجهات العسكرية والحكومة وبالأحرى لوزارة الداخلية والجماعات المحلية في منع مرور الأشخاص والسيارات في أماكن وأوقات معينة، وإنشاء مناطق الإقامة المنظمة لغير المقيمين، ومنع من الإقامة أو وضع تحت الإقامة الجبرية كل شخص راشد يتضح أن نشاطه مضر بالنظام العام أو سير المصالح العمومية⁶.

- 1- الجريدة الرسمية، العدد 29 الصادرة بتاريخ 29 ذو القعدة 1411 الموافق 12 يونيو 1991، ص 1088.
- 2- المرسوم الرئاسي رقم 92-44، وتقدمه بالمرسوم التشريعي رقم 93-02، ثم ألغي بموجب الأمر رقم 11-01 المؤرخ في 20 ربيع الأول 1432 الموافق 23 فبراير 2011 المتضمن رفع حالة الطوارئ، الجريدة الرسمية لعدد 12 الصادرة في 20 ربيع الأول 1432 الموافق لـ 23 فبراير 2011، ص 4.
- 3- الجريدة الرسمية العدد 10 الصادرة في 5 شعبان 1412 الموافق 9 فبراير 1992، ص 285.
- 4- وقد سبق ذكر ذلك في المادة 7 من المرسوم الرئاسي 91-196 المتعلق بتقرير حالة الحصار، والمادة 16 من 06 من المرسوم الرئاسي رقم 92-44 المتضمن إعلان حالة الطوارئ.
- 5- علي أحمد عبد الزغي، حق الخصوصية في القانون الجنائي، المرجع السابق، ص 382-بتصرف-
- 6- ذكر سلطة القيام بهذه الإجراءات خولت لسلطة العسكرية في المادة 7 من المرسوم الرئاسي رقم 91-196 المؤرخ في 21 ذو القعدة 1411 الموافق 4 يونيو 1991 المتضمن تقرير حالة الحصار، وقد ذكرت هذه الإجراءات في هذا البحث رغم رفع حالة الطوارئ والحصار من باب إعطاء بعض الأمثلة التطبيقية التي تفرضها الظروف الاستثنائية على الحياة الخاصة أو على صورتها.

أضف إلى ذلك الإجراءات التنظيمية والتدابير الاستثنائية التي يمكن أن تتخذها الحكومة والسلطة العسكرية، والتي تفسر صوراً أخرى للحق في الحياة الخاصة كاعتراض المراسلات وتسجيل الأصوات والتقاط الصور.

ويجدر التنويه إلى أن الظروف الطارئة مهما بلغت حدتها فليس من شأنها أن تبرر التصرفات غير الفعالة أو المنتجة لأضرار زائدة أو متجاوز فيها، وبالتالي فإن ممثلي السلطة لا تمتنع مساءلتهم في تلك الأحوال إلا إذا كان يصدق عليها حالة الضرورة¹، وتكون الغاية من التشريع استهداف المصلحة العامة حتى لا تكون أمام عيب الانحراف التشريعي، حيث إذا حاد المشرع عن تحقيق المصلحة العامة لتحقيق غايات أخرى كتحقيق النفع لبعض الأفراد ولحزب من الأحزاب أو لمجموعة من الأشخاص، أو يصدر بهدف الكيد أو الانتقام من بعض الخصوم السياسيين للأغلبية البرلمانية أو الحزب الحاكم، فإن التشريع في كل هذه الصور والحالات ينطوي على انحراف بالسلطة التشريعية، أو الحزب الحاكم، وعليه يكون غير دستوري².

وفي هذا الصدد تطرح إشكالية مدى دستورية مرسومي تنظيم حالي الحصار والطوارئ في الجزائر، ذلك أنه إذا كان يترتب على حالة الحصار والطوارئ تقليص الحقوق أو الحريات العامة، فإن مسألة تنظيم حقوق الأشخاص وحرياتهم هي من المسائل المحجوزة للمشرع دستوريا طبقاً للمادة 140 من الدستور وجاء فيها أنه: "يشعر البرلمان في الميادين التي يخصها له الدستور وكذلك في المجالات الآتية: حقوق الأشخاص وواجباتهم الأساسية، لاسيما نظام الحريات العمومية، وحماية الحريات الفردية، وواجبات المواطنين.."، ويترتب على هذا أن السلطة المختصة بتنظيم حالة الحصار أو الطوارئ هي من المسائل التي تدخل في المجال التشريعي العائد للبرلمان طبقاً للمادة 140 و141، وليس في المجال التنظيمي³ العائد لرئيس الجمهورية طبقاً للمادة 143/1 من دستور الذي ليس له سوى أن يتخذ الإجراءات الضرورية لاستتباب الوضع في حدود ما تسمح به النصوص التشريعية، فمادام أن حالة الحصار وحالة الطوارئ يترتب عليها المساس بتلك الحقوق والحريات فإنه يجب أن يتم ذلك في إطار ما تسمح به النصوص التشريعية⁴.

1- محمد زكي أبو عامر، الحماية الجنائية للحريات الشخصية، منشأة المعارف الإسكندرية، بدون ط، سنة 1979م، ص 115- بتصرف.
2- شعبان أحمد رمضان، الحماية الدستورية لحقوق الإنسان "الرقابة كوسيلة لحماية الحقوق والحريات"، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون ط، سنة 2006م، ص 43.

3- تجدر الإشارة إلى أن تنظيم حالة الحصار أو حالة الطوارئ بقرارات إدارية تبدو كوسيلة غير ملائمة في مجال حماية الحقوق والحريات العامة، أما إذا تم تنظيمها بتشريع البرلمان، فيترتب عنه الرقابة على دستورية القوانين، وهو ما لا يجوز في النظام الدستوري الجزائري نظراً لحصر جهات إخطار المجلس في ثلاثة هيئات بموجب دستور 1996، ولأن الجزائر لا تأخذ بالرقابة القضائية على دستورية القوانين، فإنه يستحيل الطعن في ذلك أمام القاضي. ينظر: مراد بدران، الرقابة القضائية على أعمال الإدارة في الظروف الاستثنائية، دار المطبوعات الجامعية، بدون ط، سنة 2008م، ص 170.

4- عليان بوزيان، دولة المشروعية بين النظرية والتطبيق، المرجع السابق، ص 385، 386.

خاتمة:

لقد اعترفت جلّ النظم بفكرة الحق في الحياة الخاصة، واعتبرته أسمى الحقوق الفردية، واحترامه أصبح من مقاييس رُقّي وتقدم الأنظمة، ويتجلى الاعتراف في عديد من الاتفاقيات الدولية، وعقد العديد من المؤتمرات والإعلانات والعهود والحلقات الدراسية، وقد تزعمت ذلك الأمم المتحدة في الدعوة إلى ضرورة احترامه، فضلا عما ناله هذا الحق من اهتمام على المستوى الداخلي، فنجد المؤسس الدستوري قد تبناه في معظم الدساتير التي تلت المصادقة على الاتفاقيات، كما كرس المشرع ما جاء به الدستور حيث جرم المساس به في قانون العقوبات، وقد تضمن التشريع الجزائري نطاق الحياة الخاصة إذ نص على جلّ الصور المتفق عليها كحرمة المسكن وسرية المراسلات والاتصالات الخاصة، كما أضاف صورا مختلف فيها كحرمة الشرف والاعتبار. وبعد هذه الدراسة المختصرة، يمكن سرد بعض المقترحات أو التوصيات التي قد تثيري الرعاية المرجوة للحق في الحياة الخاصة وهي كالآتي:

- 1- يقترح تعديل المادة 46 من الدستور الجزائري بدءا بحذف كلمة "مواطن" لأنها محصورة في الأشخاص المتمتعين بالجنسية، وهي تفرقة لا أساس لها، وتعارض مع نص المادة 39 التي جعلت الدفاع عن الحقوق الأساسية للإنسان وعن الحريات الفردية والجماعية مضمون.
- 2- لا بد من تخصيص فصل خاص بتجريم المساس بالحق في الحياة الخاصة في قانون العقوبات، وليس مجرد إدراجه تحت فصل الجنايات والجنح ضد الأشخاص، ليسع جميع الجرائم الحديثة التي تمس الحق، ولا ينحصر على التقليدية فقط، مع إعادة النظر في العقوبات الحالية، لأنها ليست كافية للردع ومنع الاعتداء.
- 3- إن القيود التي وضعها المشرع والتي تحد من ممارسة الحق في الحياة الخاصة تحتاج إلى الدقة والضبط، فعلى سبيل المثال أثناء قيام ضابط الشرطة القضائية بمهمة الاعتراض على المراسلات والتسجيل الصوتي أو السمعي البصري تنتهك حرمت أطراف أبرياء، لذلك كان لزاما وضع إجراءات أكثر حيطة حفاظا على الأسرار المهنية.
- 4- لا بد من تشديد الرقابة على بيع واستيراد الأجهزة المتطورة خاصة الرقمية منها سواء ما تعلق منها بالتصوير والتسجيل، وذلك بعدم تداولها إلا بترخيص من هيئة مختصة، ويُفضل أن تكون بالتنسيق مع الهيئات القضائية مع تسجيل من لهم الحق في استعمال هذه الأجهزة.

السلطة الإدارية المتخصصة في مواجهة الممارسات المقيدة للمنافسة*
قعموسي هوارى – باحث دكتوراه- جامعة سعيدي

ملخص

إن أهمية موضوع المنافسة في اقتصاد السوق جعل أغلب التشريعات تبحث عن إيجاد آليات جديدة ، بما في ذلك استحداث سلطات إدارية مستقلة تسهر على المنافسة في السوق ، فأسندت مهمة الرقابة والتحقيق و المتابعة وبصفة حصرية إلى هيئات إدارية عمومية ممثلة في بعض مصالح وزارة التجارة ، و مجلس المنافسة كهيئة قطاعية مكلفة بالضبط الاقتصادي تتميز بالاستقلال و الحياد .

Résumé:

L'importance du sujet de la concurrence dans l'économie de marché, ce qui rend le plus de la législation et la recherche de nouveaux mécanismes, y compris la création d'une des autorités administratives indépendantes veillent à la concurrence sur le marché, la fonction de surveillance , et l'enquête et le suivi et exclusivement à des organismes administratifs généralement représentés dans certains des intérêts du Ministère du commerce, et Conseil de la concurrence en tant qu'organe chargé de sectoriel exactement caractérisée par l'indépendance économique et la neutralité.

مقدمة

تعتبر الإدارة صاحبة الدور الفعال لإمكان التطبيق الفعلي للقواعد القانونية التي تكفل حماية المستهلك لأنها الجهة المنوط بها تنفيذ هذه القواعد ، وقدرتها على دقة و سلامة التنفيذ، تنتقل الحماية من مجال التشريع إلى الواقع الفعلي الذي يحقق الحماية على أرض الواقع، ولئن كان لوزارة التجارة الدور الكبير في حماية المستهلك إلا أن ذلك لا يقتصر عليها وحدها بل يجب أن تشاركها كل الجهات الإدارية ذات العلاقة بحماية المستهلك ، لابد من تصدي وزارة التجارة للممارسات المنافية للمنافسة (مبحث أول) المتابعة الإدارية لمجلس المنافسة (مبحث ثاني) .

المبحث الأول : تصدي وزارة التجارة للممارسات المنافية للمنافسة

الأجهزة الإدارية تتمثل في أعوان قمع الغش الذين ينتمون لوزارة التجارة ويتعلق الأمر بالخصوص أوكل لها المشرع للمديرية العامة لضبط النشاطات التجارية كسلطة إدارية مهمة رقابة السوق⁽¹⁾ ، سنتناول المبحث من خلال المعاينة و التحقيق(مطلب أول) ثم (متابعة المخالفات مطلب ثاني)

* تاريخ إيداع المقال: 2017/01/19

تاريخ تحكيم المقال: 2017/02/07

المطلب الأول :المعاينة و التحقيق

تستعين الأجهزة الإدارية بموظفين مؤهلين قانونا في حدود صلاحياتهم أولا،إجراء المعاينات (ثانيا)

أولا : الموظفون المؤهلون و حدود صلاحياتهم

ذكر المشرع الجزائري في نص المادة 49 من القانون 02-04⁽²⁾، المعدل و المتمم الموظفين الذين أسندت إليهم مهمة القيام بالمعاينة و التحقيق في مخالفات الممارسات التجارية،و هذا يدل على نية المشرع في توفير الآليات اللازمة التي من شأنها إقامة التوازن بين المتدخل و المستهلك

إضافة إلى هؤلاء الموظفين الوارد ذكرهم في المادة 49 من القانون 02-04 فإن فئة أخرى يضيف عليها المشرع صفة أعوان ضباط الشرطة القضائية ، إن الأمر يتعلق ، بالمادة 6 من المرسوم التنفيذي رقم 96-265 المتضمن إنشاء سلك الحرس البلدي وتحديد مهامه و تنظيمه⁽³⁾.

لقد كانت مهمة المعاينة و التحقيق حسب المادة 78 من الأمر 95-06 المتعلق بالمنافسة الملغى تُسند إلى الأعوان التابعين لمديرية المنافسة والأسعار ، وكذا أعوان المفتشية الجهوية للتحقيقات وقمع الغش ، بعد هيكلة الإدارة ، أصبح هؤلاء الأعوان بموجب المادة 16 من المرسوم التنفيذي 03-409⁽⁴⁾،

المعدل و المتمم ، ينتمون إلى المديريات الولائية أو الجهوية لوزارة التجارة ، هؤلاء الموظفون يقومون بمراقبة الأسواق حسب الاختصاص الإقليمي.

أولا : المهام المسندة إلى الموظف المؤهلين

من نص المادتين 49 و 51 من قانون 02-04 المعدل و المتمم ، نجد المشرع الجزائري قد حصر- المهام في مهمتين أساسيتين ، مهمة المعاينة و التحقيق في جرائم البيع المرتكبة ، و حجز السلع محل جريمة البيع و يكون ذلك على النحو التالي.

أ -المعاينة و التحقيق : لا يشترط قانون المنافسة و الممارسات التجارية على الموظف المؤهلين الإذن القضائي من أجل زيارة المحلات التجارية،أو تفحص أي مستند سواء كان إداريا ، تجاريا ، محاسبيا معلوماتيا يوجد

¹ - مرسوم تنفيذي رقم 11-09 مؤرخ في 20 يناير 2011، يتضمن تنظيم المصالح الخارجية في وزارة التجارة و صلاحياتها ، ج ر عدد4 صادرة في 23 يناير 2011 .

² -القانون رقم 04-02 مؤرخ في 23 يونيو 2004 ، يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية ، ج ر 41 صادرة في 27 جوان 2004 معدل و متمم بالقانون رقم 10-06 مؤرخ في 15 غشت 2010 ، ج ر 46 صادرة في 18 غشت 2010 .

³ -المرسوم التنفيذي رقم 96-265 المؤرخ في 3 أوت 1996 ، المتضمن إنشاء سلك الحرس البلدي و تحديد مهامه و تنظيمه ، ج ر العدد 47، الصادرة 7 أوت ، 1996 ، معدل و متمم.

⁴ - المرسوم التنفيذي رقم 03-409 مؤرخ في 5 نوفمبر 2003 ، المتعلق بتنظيم المصالح الخارجية لوزارة التجارة و صلاحياتها و عملها ، معدل و متمم ، ج ر عدد 68 ، صادرة في 09 نوفمبر 2003

داخل المؤسسة أو المحل التجاري للعون الاقتصادي (المتدخل) هذه المرحلة تجمع بين البحث و معاينة الممارسات التجارية التي تخالف التشريع المعمول به ، يكلف الموظفون المؤهلون قانونا للقيام بمباشرة التحقيق ، و يزودون بكل الوسائل القانونية و المادية، تتمثل سلطاتهم في:

1 -الدخول إلى المحلات التجارية: تنص المادة 52 من القانون 04- 02، للموظف المؤهل حرية الدخول إلى المحلات التجارية و المكاتب و الملحقات و أماكن الشحن و التخزين و بصفة عامة كل ما كان له علاقة⁽¹⁾، باستثناء الأماكن المعدة للسكن يتم فإنهم يخطر و وكيل الجمهورية المختص إقليميا للحصول على إذن مكتوب بتفتيش المحل السكني⁽²⁾، ويمكن للمحققين ممارسة عملهم خلال نقل البضائع أو فتح أي طرد أو متاع بحضور المرسل أو المرسل إليه، أو الناقل ، يكون الخيار للموظفين المكلفين بالمعاينة و التحقيق بين حجز هذه المستندات و إضافتها للمحضر إذا كانت تشكل وسيلة إثبات ضد المؤسسة المخالفة، أو إعادتها بعد التحقيق وفي هذه الحالة يتم تحرير محضر إعادة المستندات المحجوزة و تسلّم نسخة منه إلى المؤسسة المخالفة.

المقرر في مجلس المنافسة له صلاحية التحقيق في الجرائم المخلة بحرية المنافسة بموجب المادة 51 من قانون المنافسة 03-03 المعدل والمتمم، يمكن للمقرر أن يفحص كل وثيقة ضرورية أو أن يطالب باستلام أية وثيقة حيثما وجدت ،أو يحجز المستندات .

المطلب الثاني : متابعة المخالفات

أولا : الحجز يمكن للموظفين المؤهلين القيام بحجز البضائع و السلع و ذلك في حالات معينة حدتها المادة 8 من قانون رقم 10-06⁽³⁾، إذ نصت على أنه : " يمكن حجز البضائع عمد مخالفة أحكام المواد 4 و5 و6 و7 و 8 و 9 و 10 و 11 و 12 و 13 و 14 و 20 و 22 و 22 مكرر و 24 و 25 و 26 و 27 فقرة (2 و 7) و 28 من هذا القانون ، كما يمكن حجز العتاد و التجهيزات التي استعملت في ارتكابها مع مراعاة حقوق الغير ذوي حسن النية، يجب أن تكون المواد المحجوزة موضوع محضر جرد وفق الإجراءات التي تحدّد عن طريق التنظيم والحجز قد يكون حجرا عينيا أو حجرا اعتباريا .

أ-الحجز العيني : عزفت المادة 40 من القانون 04-02 الحجز العيني على أنه.."كل حجز مادي للسلع.." يكلف الموظف المؤهل بحجز السلع محل الجريمة على أن تُحدّد قيمة المواد المحجوزة على أساس سعر البيع المطبق من صاحب المخالفة أو الرجوع إلى السعر الحقيقي في السوق، يكلف الخالف بجراسة السلع والتجهيزات التي

¹ - BURST (J) et KOVAR (R) , Droit de la concurrence , Paris , 1981, Page.333

² - المادة من الأمر رقم 66 - 155 مؤرخ في 8 يونيو 1966 ، يتضمن قانون الإجراءات الجزائية ، ج ر عدد 48 ، صادرة في 10 يونيو 1966 معدل و متمم .

³ - القانون 06-10 مؤرخ في 15 أوت 2010 ، يعدل و يتم القانون 02-04 مؤرخ في 23 يونيو 2004 ، يحدّد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية ، ج ر عدد 46 ، صادرة في 18 أوت 2010.

استعملت في ارتكاب المخالفة المنصوص عنها في المادة 8 من القانون 06-10 بشرط أن يمتلك محلات لتخزينها بعد تسميعها وعند التحقق من أن العون لا يملك محلات للتخزين يكون الحجز على إدارة أملاك الدولة تكون التكاليف المرتبطة به على عاتق مرتكب المخالفة.

ب- الحجز الاعتراري للسلع والتجهيزات : عزفت المادة 40 من قانون 04-02 الحجز الاعتراري على أنه " كل حجز يتعلق بسلع لا يمكن للمخالف أن يقدّمها لسبب ما ..."، في حالة الحجز الاعتراري للسلع والتجهيزات لا يمكن فيها للموظف المحقق الحصول على السلعة واستلامها من طرف مرتكب المخالفة من أجل الحجز عليها، فالحجز الاعتراري مجرد وصفي وكمي لهوية السلع وقيمتها الحقيقية و يعتمد في ذلك على قاعدة سعر البيع الذي تطبقه المؤسسة المخالفة حسب الفاتورة، أو السعر الحقيقي في السوق ⁽¹⁾.

غير أنه يمكن للوالي المختص إقليميا بناء على اقتراح المدير الولائي المكلف بالتجارة أن يتخذ بشأن المواد المحجوزة إحدى القرارات التالية:

- إذا كانت من بين الأشياء المحجوزة مواد سريعة التلف يتم بيعها من قبل محافظ البيع بالمزايدة دون المرور بالإجراءات القضائية التي تنسم بالتعقيد .

- يقرر تحويل المواد المحجوزة إلى المؤسسات ذات الطابع الاجتماعي و الإنساني .

- تتلف المواد المحجوزة من قبل مرتكب المخالفة و بحضور وكيل الجمهورية و بحضور المصالح المؤهلة و تحت رقابتها.

يتخذ الوالي مثل هذا القرار إذا كان فقدان مثل هذه المحجوزات يؤدي إلى اضطراب محسوس للسوق أو صعوبات مزمنة في الترميم داخل قطاع نشاط معين أو في منطقة جغرافية معينة، إذا قرر الوالي بيع السلع المحجوزة ، فإن المبلغ الناتج عن البيع يتم إيداعه لدى أمين الخزينة الولائية في انتظار صدور قرار العدالة ⁽²⁾، سواء تعلق الأمر بعملية الحجز، أو بالمعاينة والتحقيق، فإنه يجب أن تدون في محضر.

ثانيا : تحرير محضر المخالفة

بموجب المادة 55 من القانون 04-02 يحزر المحضر في ظرف 8 أيام ابتداء من تاريخ نهاية التحقيق تبين فيه هوية الموظفين الذين قاموا بالتحقيق وكذا هوية وعنوان ونشاط المؤسسة المخالفة، وكذا نوع جريمة البيع والعقوبة المقترحة عندما يمكن أن تعاقب المخالفة بغرامة مصلحة كما يشار في المحضر- أيضا إلى مكان وتاريخ إجراء

¹ - بولحية علي ، حمّاز المرافعة و محاميه في حياية المستهلك ، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية و الاقتصادية و السياسية ، الجزء 39 ، الديوان الوطني للأشغال التربوية ، الجزائر ، 2001 ، ص 86 .

² - المادة 43 من قانون 04-02 ، مرجع سابق

المعاينات المادية المسجلة والتحقيقات المنجزة وإلى عملية الحجز في حالة حدوثها ،على أن يرفق المحضر- بكل وثائق الجرد التي تخص السلع المحجوزة.

- وحتى يكون المحضر صحيحا ، يجب أن يتم توقيعه من قبل الموظّفين الذين عاينوا شخصا المخالفة فإذا استوفى المحضر جميع هذه الشكليات كانت له حجة قانونية حتى يطعن فيه بالتزوير.

ثالثا : الغلق الإداري للمحلّات التجاري

الموظّفون المؤهلون لهم كامل الصلاحيات في اقتراح غلق المحلّ التجاري للعون الاقتصادي لمخالفته المواد 4 و 5 و 6 و 7 و 8 و 9 و 10 و 11 و 12 و 13 و 14 و 20 و 22 و 22 مكرّر و 23 و 24 و 25 و 26 و 27 و 28 و 53 من القانون 02-04 ، يصدر الوالي المختص إقليميا قرار الغلق المؤقت بناء على اقتراح من المدير الولائي المكلف بالتجارة طبقا لنص المادة 10 من القانون 06-10 .

- يجب أن يكون الغلق لمدة أقصاها 60 يوما

- يبلغ القرار للمعني ، و يكون ساري المفعول ابتداء من تاريخ التبليغ

- يكون قرار الغلق قابلا للطعن أمام الجهات القضائية المختصة ، وإذا قضت جهة الطعن بإلغاء قرار الطعن فإنه للمتضرر المطالبة بتعويض الضرر الذي لحقه أمام الجهة القضائية المختصة⁽¹⁾ بواسطة دعوى إلغاء أمام المحكمة الإدارية .

- في حالة العود تضاعف عقوبة الغلق المؤقت ويمنع العون الاقتصادي المحكوم عليه من ممارسة أي نشاط بصفة مؤقتة لمدة لا تزيد عن عشر- سنوات زيادة على ذلك تكون عقوبة الحبس من ثلاثة أشهر إلى خمس سنوات⁽²⁾ .

المبحث الثاني: المتابعة أمام مجلس المنافسة

كان لابد من التفكير في إيجاد آلية مراقبة النشاط الاقتصادي و ضبط السوق⁽³⁾ ، ممثلة في مجلس المنافسة، قسمنا هذا المطلب إلى:

المطلب الأول: التور التنظيمي والرقابي للمجلس

أوكل المشرع لمجلس المنافسة الاستشارة :

¹ - الفقرة الثالثة من المادة 10 من القانون 06-10 ، المرجع السابق .

² - الفقرة الثانية و الثالثة من المادة 11 ، من نفس القانون .

³ - عيساوي نصر الدين، المكانة الدستورية للهيئات الدستورية المستقلة مآل مبدأ الفصل بين السلطات، مجلة الاجتهاد القضائي، العدد 4 جامعة بسكرة ص 204

أولاً: الاستشارة الاختيارية

ييدي مجلس المنافسة رأيهِ في كل مسألة تتعلق بالمنافسة كما يستشار إلزامياً اتخاذ إجراءات استثنائية للحد من ارتفاع الأسعار أو تحديدها المفرط بسبب اضطرابات⁽¹⁾، السوق كما أن المادة 38 من الأمر قد سمحت للهيئات القضائية باستشارة المجلس في أي قضية متصلة بالممارسات المقيّدة.

لم يقتصر دور المجلس على الفصل في جرائم البيع الناتجة عن التعسف في استغلال وضعيّة التبعية و التي تدخل في إطار تعاقد المؤسسات مع بعضها، بل توسّعت صلاحياته أيضاً في فصل النزاعات الناشئة عن تعامل مؤسسة مع المستهلك كجريمة البيع بخسارة المنصوص عنها في المادة 12 من هذا الأمر، و يعود السبب في ذلك أن آثار هذه الجريمة لا تتوقّف عند المستهلك، ولكن تتجاوزهُ للمساس بالمنافسة ككل.

ثانياً : الاستشارة الإلزامية:

يستشار مجلس المنافسة و إلزامياً باعتباره خبيراً في مجال السوق قصد عدم الوقوع في الممارسات المنافية، إذ تنص المادة 36 من الأمر نفسه على "يستشار مجلس المنافسة في كل مشروع نص تشريعي أو تنظيمي له صلة بالمنافسة أو يدرج تدابير بشأنها ،

فمجلس المنافسة يتمتع بسلطة اتخاذ القرار و اقتراح و إبداء الرأي بمبادرة منه أو بطلب من الوزير المكلف بالتجارة و ضمان الضبط الفعال للسوق، فيمكنه اتخاذ تدابير للحد من الارتفاع المفرط للأسعار، أو التّموين داخل نشاط قطاع معين .

ثالثاً : كيفية تدخل مجلس المنافسة

عدّد المشرّع الجزائري بموجب المادة 44 من النصّ التشريعي 03-03 الجهات التي لها حق إخطار مجلس المنافسة لإحاطته بالممارسات المخلة بالمنافسة و من بينها الجرائم المنصوص عليها في المادة 11 و 12 من نفس الأمر التي تحدث على مستوى الأسواق مما يجعله يتخذ الإجراءات اللازمة للحد منها بالتالي ضمان منافسة حرة و مشروعة.

- الإخطار التلقائي: يتمّتع مجلس المنافسة بسلطة النّظر في القضايا تلقائياً و التّدخل في قطاعات و أسواق تسود فيها ممارسات مقيّدة للمنافسة و ذلك بموجب المادة 44 من الأمر 03-03 إذ نصت على أنه "... ينظر في القضايا من تلقاء نفسه ...".

¹ - ينظر المواد 35 ما بعدها من الأمر 03-03 المعدل و المتمم، مرجع سابق.

أ: الإجراءات أمام مجلس المنافسة

مجلس المنافسة أصبح يختص بالنظر في دعاوى جرائم البيع المؤدية إلى تقييد المنافسة مهما كان أطراف العقد المنصوص عليها في المادتين 11 و 12 من الأمر 03-03 .

- شروط الإخطار :لقد بينت المواد 12، 16، 17 من المرسوم الرئاسي 44/96 المؤرخ 17 يناير 1996 ، المحدد للنظام الداخلي للمجلس المنافسة ، الشكل الذي يجب أن يكون عليه الإخطار الموجه إلى المجلس

ب :إجراءات التحقيق

تبدأ مرحلة التحقيق الذي يقوم به موظفون مؤهلون و هم حسب المادة 50 من الأمر 03-03 المقرر الذي يتولى التحقيق في القضايا المرفوعة إلى المجلس ، يتولى المقرر تحرير تقرير أولي يتضمن عرض الوقائع و كذا المآخذ المسجلة، و يبلغ رئيس المجلس إلى الأطراف المعنية و إلى وزير التجارة، إلى جميع الأطراف ذات المصلحة الذين يمكنهم إبداء ملاحظات مكتوبة في أجل لا يتجاوز 3 أشهر طبقا للمادتين 51 و 52 من القانون 03-03، و يحزر تقرير آخر نهائي معلن يتم عند اختتام التحقيق يتضمن حسب المادة 54 من نفس القانون المآخذ المسجلة و مراجع المخالفات المرتكبة، كما يقترح فيه القرار الواجب اتخاذه و كذا التدابير التنظيمية إذا اقتضى الأمر ذلك طبقا لأحكام المادة 37 ، عندئذ رئيس المجلس يبلغ التقرير للأطراف المعنية، و إلى وزير التجارة الذين عليهم إبداء ملاحظاتهم المكتوبة في أجل شهرين و يحدد لهم تاريخ الجلسة و ذلك قبل 15 يوما من تاريخها.

يسمع مجلس المنافسة إلى الأطراف المعنية حضوريا و التي عليها أن تقدم مذكراتها مكتوبة وقد منحها المشرع حق الدفاع عن حقوقها بنفسها أو بواسطة ممثل عنها، و تتمخض عن الجلسة إما:

- الرفض: يتخذ مجلس المنافسة موقفا بالرفض لانعدام الصفة و المصلحة في حالة إخطاره من شخص غير ذي صفة، أو إذا كانت الوقائع المرفوعة إليه لا تدخل في إطار المصالح التي كلف بحمايتها.

- عدم القبول :إن مجلس المنافسة إذا ما تبين له بأن الملفات المرفوعة لا تدخل في إطار تطبيق المواد 6، 7، 9، 10، 11، 12 من قانون المنافسة.

- المتابعة: عندما تبين لمجلس المنافسة أن العرائض و الملفات المرفوعة أمامه من اختصاصه يتدخل لوضع حد للممارسات المنافية للمنافسة.

وامتدت أحكام قانون المنافسة 05-10⁽¹⁾، فوسع بموجب المادة الثانية الفقرة الثانية من تطبيق مبادئ المنافسة لتشمل الصفقات العمومية ابتداء من الإعلان إلى المنح النهائي للصفة، و بذلك كرس المشرع تدخل قانون المنافسة .

¹ - قانون رقم 05-10 مؤرخ في 2010/08/15، يتعلق بالمنافسة ، يعدل و يقيم للأمر 03-03، ج ر عدد 46 مؤرخة في 2010/08/18.

إن القانونين (قانون المنافسة، و قانون الصفقات العمومية) لم يتضمنا أي مقتضى- للإحالة أو الربط بين أحكامهما، غير أنهلا يعني القطعية بينهما، حيث من اليسر- استنتاج عناصر التقاطع بينهما سواء من حيث الضمانات المتعلقة بجرية الدخول للطلبات أو المساواة بين المتنافسين و توفير الشفافية لإجراء الصفقات⁽¹⁾.

قد منع المشرع الجزائري الممارسات المقيدة للمنافسة بموجب المادتين 6 و 7 من القانون 03-03 و من تطبيقات هذا المبدأ ما نصت عليه المادة 125 / 9 من المرسوم الرئاسي رقم 250-02⁽²⁾، المنظم للصفقات العمومية إذ نصت على أنه "التي تتيح للجنة التقييم أن تقترح على المصلحة المتعاقدة رفض العرض إذا أثبت أنه يترتب على المصلحة منح المشروع هيمة التعامل المقبول أو يتسبب في إخلال المنافسة في القطاع المعني و بالتالي تفادي كل تعسف قد ينتج عن هذه الوضعية.

كما نصت المادة 12 من الأمر 03-03 على أنه "يحظر عرض الأسعار أو ممارسة أسعار بيع منخفضة بشكل تعسفي ... إلى إبعاد مؤسسة أو عرقلة أحد منتجاتها من الدخول إلى السوق "

من تطبيقات هذا المبدأ ما نصت عنه المادة 11/125 من المرسوم الرئاسي 250-02 على أنه: "إذا كان العرض المالي للمتعاقل الاقتصادي المختار مؤقتا، يبدو منخفضا بشكل غير عادي فإنه يمكن للمصلحة المتعاقدة أن ترفضه بقرار معلل".

المطلب الثاني: الدور الردي لمجلس المنافسة

قرارات مجلس المنافسة متنوعة تكون حسب طبيعة النزاع و الاختصاص

الفرع الأول: صلاحية اتخاذ الأوامر و التدابير المؤقتة

أولا : القرارات الصادرة عن مجلس المنافسة

يتمتع مجلس المنافسة بصلاحيات جزائية واسعة، ما تعلق بالتجميع غير المشروع.

أ - العقوبات المطبقة على التجميع غير المشروع

تضمن أمر 03-03 العقوبات التي يطبقها مجلس المنافسة على التجميعات غير المشروعة بموجب المادة 61 من الأمر 03-03 فإنه " يعاقب على عمليات التجميع المنصوص عليها في أحكام المادة 17 أعلاه و التي أنجزت بدون ترخيص من مجلس المنافسة، بغرامة مالية يمكن أن تصل إلى 7% من رقم الأعمال من غير الرسوم، المحقق في

¹ - محمد الشريف ككو، حماية المنافسة ف الصفقات العمومية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية و الاقتصادية و السياسية، عدد 2 لعام 2010، ص 73.

² - مرسوم رئاسي رقم 250-02، منظم للصفقات العمومية، مؤرخ في 2002/07/24 ج ر عدد 52 صدارة في 2002/07/26، معدل و متمم بالمرسوم الرئاسي 08-338 مؤرخ في 2008/10/26، معدل و متمم، ج ر عدد 62 مؤرخة في 2008/10/27

الجزائر خلال آخر سنة مالية مختتمة ، ضد كل مؤسسة هي طرف في التجميع أو ضد المؤسسة التي تكونت من عملية التجميع".

تعدّ وضعية هيمنة على سوق ما كلاً كان التجميع يرمي إلى تحقيق حدّ من المبيعات و المشتريات يفوق 40% ، فإنّ العقوبة المقررة ضد كل مؤسسة هي طرف في التجميع أو المؤسسة التي تكونت من التجميع غرامة 7% من رقم الأعمال خلال آخر سنة مالية مختتمة ، لكن السؤال ماذا لو لم تكمل للمؤسسة المخالفة سنة من النشاط ؟ فإنه لا يمكن تقدير العقوبة (الغرامة) ، لذلك كان على المشرع الاحتفاظ بنص بالمادة من الأمر 95-06 الملغى و التي تنص على تقدير الغرامة بنسبة 7% من رقم الأعمال للسنة المالية الجارية بالنسبة للأعوان الاقتصاديين الذين لم يكملوا سنة من النشاط ، إلا أنّ المشرع الجزائري استدرك ذلك بموجب تعديل 2008⁽¹⁾ ، إذ نصّت المادة 62 مكرر " ...يتم حساب العقوبات المالية المطبقة على مرتكبي المخالفة حسب قيمة رقم الأعمال من غير الرسوم ، المحقق في الجزائر خلال مدة النشاط المنجز".

كما أنّ المشرع استثنى بعض التجميعات من تطبيق قاعدة 40% من المبيعات و المشتريات بموجب المادة 21 مكرر 1 لاسيما تلك التي تؤدي إلى تطوير قدرتها التنافسية أو تساهم في تحسين التشغيل أو من شأنها السماح للمؤسسات الصغيرة و المتوسطة بتعزيز وضعيتها التنافسية ، يبدو أنّ المشرع أصبح ينظر إلى وضعية الهيمنة بمعيارين ، ألا يؤدي هذا بمؤسسة من الحصول على قوة اقتصادية من شأنه يعرقل المنافسة في سوق ما ؟ أليس هذا تطبيقاً لشروط غير متكافئة لنفس الخدمات بين الشركاء ؟

منحت المادة 62 من الأمر 03-03 للمجلس سلطة إقرار عقوبة مالية تصل إلى 5% من رقم الأعمال من غير الرسوم المحققة في الجزائر خلال آخر سنة مالية مختتمة ضد كل مؤسسة هي في التجميع أو المؤسسة التي تكونت من عملية التجميع، و ذلك في حالة عدم احترام الشروط المادة 19 من هذا الأمر خاصة تلك المتعلقة بتخفيف آثار التجميع على المنافسة ، كما أضاف المشرع شروطاً أخرى في المادة 62 مكرر 1 تقرر العقوبات من طرف مجلس المنافسة معايير متعلقة بخطورة الممارسة المرتكبة و الضرر الذي لحق بالاقتصاد ، و الفوائد المجمعة من طرف مرتكبي المخالفة ، و مدى تعاون المؤسسات المتهمّة من طرف المجلس خلال التحقيق .

يعاب على المشرع أنّه قد سمع للسلطة التنفيذية ، أن تصرف النظر عن قرارات مجلس المنافسة و تلغيها في التجميعات بموجب المادة 21 من الأمر 03-03.

¹ - القانون 12-08 مؤرخ في 25 يونيو 2008، ج ر عدد 36 ، مؤرخة 02 جويلية 2008.

ثانيا : العقوبات المطبقة على الممارسات المنافسة للمنافسة

يتمتع مجلس المنافسة بصلاحيات جزائية واسعة حيث خصه المشرع بسلطة تسليط جزاءات مالية ويكون تقديرها حسب طبيعة المخالفة المرتكبة⁽¹⁾ بينت المادة 56 من القانون 08-12 العقوبة واجبة التطبيق من طرف مجلس المنافسة على الأشخاص التي ارتكبت ممارسة مقيدة للمنافسة المنصوص عليها في المادة 14 من هذا الأمر، تمثل هذه العقوبة في عقوبة مالية لا تفوق 12% من مبلغ رقم الأعمال من غير الرسوم المحقق في الجزائر خلال آخر سنة مالية محتمة، أو بغرامة تساوي على الأقل ضعفي الربح بواسطة هذه الممارسات على ألا تتجاوز هذه الغرامة أربعة أضعاف هذا الربح، وإذا كان مرتكب المخالفة لا يملك رقم أعمال محدد فالغرامة لا تتجاوز ستة ملايين دينار (6000000)، ويجرم مجلس المنافسة بغرامة تهديديه لا تقل عن مائة و 50 ألف دينار عن كل يوم تأخير إذا لم تنفذ الإجراءات و الأوامر⁽²⁾.

تحرص التشريعات الاقتصادية على أن يتناسب مقدار الغرامة مع دخل المخالف وهذا ما أخذ به المشرع الجزائري بصفة ضمنية وذلك عندما حدّد الحد الأقصى وترك لمجلس المنافسة سلطة تقدير مبلغ الغرامة بتحريك مقدارها تخفيفا أو تشديدا لتناسب حسب طبيعة المخالفة كما أنّ العقوبة في ظل الأمر 95-06 الملغى لم تكن واحدة، بل تختلف باختلاف الممارسة غير المشروعة، فهي تتراوح بين ضعفي وأربعة أضعاف الربح المحقق بالنسبة للاتفاقات المحظورة، و البيع بخسارة وعمليات التجميع غير المشروع وهي بين مرة ونصف و ثلاثة أضعاف الربح إذا ما كان المتدخل متعسفا في وضعية الهيمنة في السوق.

إقرار العقوبة لم يكن حكرا على مرتكب الممارسة المقيدة للمنافسة فحسب، بل يستطيع مجلس المنافسة بموجب المادة 57 من الأمر السالف الذكر مواجهة كل شخص طبيعي ساهم بالطرق الاحتيالية في تنظيم الممارسات المقيدة للمنافسة و تنفيذها بغرامة قدرها مليوني (2000000) دج من نص المادة لم يكتف المشرع بالمعيار المادي الذي يستوجب المساهمة الشخصية فقط، و مثاله الغش نشاط مادي موجه إلى نفس السلعة بالعبث فيها على صورة ما، أو عرضها للبيع أو استيرادها أو حتى بحيازتها أو تعبئتها، بل أدرج المعيار المعنوي الذي يمثّل في صفة الاحتيال التي تصاحب المساهمة حماية لضرر محتمل أو للخطر، و للملاحظة أنه في ظل الأمر 95-06 الملغى كانت المساهمة في تنظيم هذه الممارسات تعدّ جنحة تقتضي تدخل القاضي الجزائري للفصل فيها، بعد قيام رئيس مجلس المنافسة بتحويل ملف القضية إلى وكيل الجمهورية المختص إقليميا قصد المتابعة القضائية.

¹ - أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي الخاص جرائم الفساد و جرائم الأعمال و جرائم التزوير، الجزء 2، دار هومة، ط3، منقحة و ممتعة في ضوء قانون 2006/02/20، المتعلق بالفساد، ص 227.

² - المادة 58 من القانون 08-12، المرجع السابق.

يمكن لمجلس المنافسة إقرار غرامة تتجاوز ثمانمائة ألف دينار (800000 د ج) على كلّ مؤسسة تعتمد تقديم معلومات خاطئة ، أو غير كاملة أو تنهون في تقديمها ، أو التي لا تحترم الآجال المحددة من المقرر⁽¹⁾ ، و يمكن أن يحكم المجلس بغرامة تهديدية لا تقلّ عن 100 ألف دج عن كلّ يوم تأخير طبقا لمتطلبات المرونة التي يفرضها القانون الاقتصادي دفعت المشرع الجزائري بموجب المادة 60 من الأمر 03-03 إلى إعطاء المؤسسة المرتكبة للمخالفة المتعلقة بالمنافسة، أن تتحاشى العقوبة التي يمكن أن تلحق بها وتقصيرها من العملية التنافسية، إذا ما تعاونت بالإسراع في التحقيق و تعهدت بعدم ارتكاب مخالفات أخرى أو اعترفت بالمخالفة المنسوبة إليها ، بناء على هذه الشروط يمكن لمجلس المنافسة أن يخفض مبلغ الغرامة أو يلغيا، و لاعتبارات اقتصادية حرمان كلّ مؤسسة من هذا الحق في حالة العود بغية الوقاية.

النظام القانوني لعقد الامتياز الموجه لإنجاز مشاريع استثمارية على الأراضي التابعة للأملاك الخاصة للدولة

عميري أحمد - باحث دكتوراه : قانون عام / جامعة ابن خلدون تيارت

وأستاذ متعاقد بكلية الحقوق والعلوم السياسية - جامعة ابن خلدون تيارت -

ملخص:

¹ - المادة 59 من القانون 12-08 ، المرجع السابق.

تاريخ إبداع المقال: 2016/12/26

تاريخ تحكيم المقال: 2017/01/16

استحدث المشرع الجزائري سنة 2008 إجراءات جديدة تتضمن شروط وكيفيات منح الامتياز على الأراضي التابعة للأموال الخاصة للدولة والموجهة لإنجاز مشاريع استثمارية، والهدف من هذه الإجراءات الجديدة هو تسهيل عملية استغلال العقار وجذب أكبر عدد ممكن من المستثمرين تحقيقا للتنمية، وفي نفس الوقت ألغى المشرع إمكانية تنازل الدولة عن العقار الموجه للاستثمار، فتم إلغاء الأمر رقم 11-06 بموجب الأمر رقم 04-08، هذا الأمر الذي جاء بأسلوبيين لمنح الامتياز على الأراضي التابعة للأموال الخاصة للدولة والموجهة لإنجاز مشاريع استثمارية، فالأسلوب الأول يتمثل في منح الامتياز عن طريق إجراءات المزايدة العلنية، في حين يتمثل الأسلوب الثاني في المنح عن طريق إجراءات التراضي وذلك بموجب قرار صادر عن الوالي المختص إقليميا، باقتراح من لجان وهيئات حددها القانون، وباستراط موافقة هيئات أخرى، إضافة إلى اشتراط موافقة وزير القطاع المختص، لكن بقي إشكال يتمثل في طول الإجراءات المتعلقة بمنح عقد الامتياز عن طريق المزايدة العلنية، هذا الوضع أدى إلى العزوف عن مشاريع الاستثمار التي أصبحت محتشمة وبنسب جد ضئيلة، مما أدى بالمشرع الجزائري إلى التدخل مرة ثانية في جويلية 2011 بموجب قانون المالية التكميلي وألغى إجراءات المنح عن طريق المزايدة العلنية، وحصر منح امتياز العقار في إجراء واحد وهو إجراء التراضي، وبعد صدور قرار منح الامتياز من طرف الوالي يتم تحرير عقد الامتياز من طرف إدارة أملاك الدولة بناء على مراسلة من الوالي تتضمن ملف المستثمر مرفقا بقرار منح الامتياز، ويمنح الامتياز لمدة أدناها 33 سنة قابلة للتجديد مرتين ومدة أقصاها 99 سنة .

Summary:

In 2008, the Algerian legislator introduced new procedures that include the conditions and modalities of granting concessions on land belonging to the state's property and directed to make investment projects. the aim of these new measures is to facilitate the exploitation of real estate and attracting as many investors as possible for the development. At the same time the legislator cancelled the possibility that the state renounce the real estate meant for the investment property therefore order N° 06-11 was canceled under the order N° 08-04 which came in two modes of granting concessions on lands belonging to the State' real estate property and directed towards the completion of investment projects. So the first mode is to grant the concession by means of public auction procedures while the second mode is through the consensual procedures according to decision issued by the provincial governor expert by the suggestion of the committees and bodies specified by the law and by the approval of other bodies, and the approval of the concerned minister expert. However, the length of the procedures for granting the concession contract through auction remained problematic. This situation led to the reluctance of investment projects which became very modest and very few. The latter led the Algerian legislator to intervene again in July 2011

under the supplementary finance law, it canceled the grant procedures through the auction, and to limit granting the concession of real estate in one procedure which is a consensual procedure. After taking a decision on granting concession by the governor, the concession contract is issued by the state real estate department on the basis of a letter from the governor containing the investor file attached with the decision of granting concession. The concession is granted for a minimum of 33 years, renewable twice, and in a period of no more than 99 years.

مقدمة:

عرفت البلاد غداة الاستقلال سنة 1962 وضعاً اقتصادياً واجتماعياً صعباً، و فراغاً إدارياً وقانونياً وأمام حرمان المجتمع من متطلبات الحياة الأفضل كان على عاتق الدولة تلبية حاجيات الأفراد، ومحو كل أشكال التخلف والبطالة وذلك ببناء اقتصاد قوي، والحد من التبعية الأجنبية والاعتماد على القدرات الوطنية وتطويرها، اختارت السلطات العمومية آنذاك النهج الاشتراكي وأسلوب التنمية لمحو الآثار السلبية السائدة قبل استعادة السيادة الوطنية، فركزت على الصناعة الثقيلة ثم الحفيفة كما هو الحال في الأنظمة الاقتصادية الاشتراكية .

ومن أمثلة ذلك إنشاء مؤسسات صناعية ومناطق صناعية ذات طابع اشتراكي، حيث امتلكت الدولة الموارد كالعقارات، وكانت هي المستثمرة فقد حققت بعض الأهداف كلقضاء على البطالة واكتساب مهارات ومؤهلات، لكن بالمقابل ظهر سوء التسيير، فكان الاتجاه إلى هيكلة هذه المؤسسات وفتح المجال للاستثمار الخاص سنة 1982 وبدأت السلطات العمومية في الإصلاحات الاقتصادية سنة 1987 بعد سقوط أسعار المحروقات سنة 1986، والذي تسبب في أزمة اقتصادية فتمنحت الدولة استقلالية للمؤسسات العمومية الاقتصادية.

وبموجب دستور 23 فبراير 1989 تخلت الجزائر عن النهج الاشتراكي وبرزت مصطلحات بديلة كتحرير السوق، المنافسة، تحرير الأسعار، الخصخصة، العولمة، هذه المصطلحات تتماشى مع مبادئ اقتصاد السوق الذي اقترحه الدولة في تلك السنة، فوسعت من صور الاستثمار وأشكاله، كما وفرت المناخ الاستثماري الجيد مع الحماية الإدارية والقانونية، مع تدخلها في مجال العقار باعتبارها المالكة الرئيسية له، لذلك تعمل على استغلال الموروث الإيجابي من الاقتصاد المخطط والقاعدة الصناعية الموجودة واستغلالها لفائدة المشاريع الاستثمارية الصناعية وتكاملها مع قطاعات أخرى وتسمح للمستثمر بتوظيف أمواله ومهاراته، وهذا ما يؤدي إلى تلبية حاجيات المناطق المطلوب تنميتها، وعليه تمتص اليد العاملة في مجال الصناعة.

وتبرز أهمية عقد الامتياز في الآونة الأخيرة لما يتضمنه من حلول صاحب الامتياز محل الدولة في إدارة أحد مرافقها العمومية الاقتصادية، مما يزيد من أهميته مع تنامي لجوء الدولة إلى التمسك باقتصاد السوق، ذلك أن هذا العقد من العقود التي تتعايش مع هذا الاقتصاد⁽¹⁾.

ومن أهداف منح الامتياز على الأراضي الموجهة للمشاريع الاستثمارية:

- تسهيل استغلال العقار الاقتصادي باعتباره عنصر جد فعال في مجال الاستثمار،
- حل مشكلة انعدام أو صعوبة توافر العقار الاقتصادي بالنسبة للمستثمرين،
- وضع حد لتلاعب وسوء نية المستثمرين الوهميين وجلب عدد من المستثمرين الحقيقيين والمحترفين في مجال الاستثمار.

وتم إنشاء هيئة عمومية تتمتع بالشخصية المعنوية تسمى الوكالة الوطنية للوساطة والضبط العقاري⁽²⁾، تتولى مهمة التسيير والترقية والوساطة والضبط العقاري للأموال الخاصة للدولة، الموجودة في المناطق الصناعية ومناطق النشاطات أو في كل فضاء مخصص للنشاط الاقتصادي، ويمكن لهذه الوكالة أن تتولى أيضا مهمة وساطة عقارية لحساب كل المالكين، وللوكالة صفة المرقى العقاري فتقوم بتهيئة الأوعية العقارية لإنجاز مناطق صناعية ومناطق النشاطات وكل فضاء آخر مخصص للنشاط الاقتصادي، وإنجاز بنايات ذات طابع صناعي وتجاري وحرفي ومكاتب.

إن اعتماد الدولة على عقد الامتياز يسهل إنجاز المشاريع الاستثمارية في جميع المجالات، فيخفف الأعباء على المستثمرين في البحث على العقار بأثمان جد مرتفعة، ويحد من مزاحمة المستثمرين الوهميين الذين استغلوا إمكانية التنازل عن الأراضي التابعة للأموال الخاصة للدولة والموجهة لإنجاز مشاريع استثمارية وذلك بموجب الأمر 06-11⁽³⁾، لكن في سنة 2008 ومع صدور الأمر رقم 04-08⁽⁴⁾ تم إلغاء الأمر رقم 06-11 الذي يحدد شروط وكيفية منح الامتياز والتنازل عن الأراضي التابعة للأموال الخاصة للدولة، وتم اعتماد وتكريس عقد الامتياز بنوعيه (المزاد العلني والتراضي)، مع إلغاء إمكانية تنازل الدولة عن الأراضي التابعة لأموالها الخاصة، ويكون

¹ - مراد بلكعبيات، منح الامتياز للاستثمار الصناعي في التشريع الجزائري، أطروحة مقدمة لنيل دكتوراه علوم في الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، 2012/2011، ص 1، 2.

² - المرسوم التنفيذي رقم 07-119، مؤرخ في 23 أبريل 2007، يتضمن إنشاء الوكالة الوطنية للوساطة والضبط العقاري ويحدد قانونها الأساسي، ج ر عدد 27 الصادرة بتاريخ 25 أبريل 2007، المعدل والمتمم بالمرسوم التنفيذي رقم 12-126 المؤرخ في 19 مارس 2012، ج ر عدد 17 المؤرخة في 25 مارس 2012.

³ - أمر رقم 06-11، المؤرخ في 30 أوت 2006، يحدد شروط وكيفية منح الامتياز والتنازل عن الأراضي التابعة للأموال الخاصة للدولة والموجهة لإنجاز مشاريع استثمارية، ج ر عدد 53 الصادرة بتاريخ 30 أوت 2006 (ملغى).

⁴ - الأمر رقم 04-08 المؤرخ في 01 سبتمبر 2008، يحدد شروط وكيفية منح الامتياز على الأراضي التابعة للأموال الخاصة للدولة والموجهة لإنجاز مشاريع استثمارية، الجريدة الرسمية عدد 49 المؤرخة في 03 سبتمبر 2008.

منح الامتياز على نمطين، النمط الأول يتمثل في المنح عن طريق إجراءات المزاو العلني في حين يتمثل النمط الثاني في المنح عن طريق التراضي، لكن نظرا لتلقي المستثمرين صعوبات كبيرة في الحصول على العقار الاقتصادي عن طريق إجراءات المزاو العلني تمّ التخلي عن هذا الإجراء من طرف المشرع وذلك بموجب قانون المالية التكميلي في جويلية 2011 وتم الإبقاء فقط على إجراءات المنح عن طريق التراضي.

حيث انتهجت الدولة بعد سنة 2011 منح الامتياز على الأراضي التابعة للأموالك الخاصة للدولة والموجهة للمشاريع الاستثمارية عن طريق أسلوب التراضي، هذا الأسلوب هو الإجراء الوحيد في منح الامتياز عن طريق قرار من الوالي باقتراح من لجنة المساعدة على تحديد الموقع وترقية الاستثمار وضبط العقار⁽¹⁾، أو باقتراح من الهيئة المكلفة بتسيير المدينة الجديدة إذا كان المشروع داخل في اختصاصها، ثم صدر قانون المالية التكميلي لسنة 2015 الذي نص في مادته 48 على تعديل المادة 05 من الأمر رقم 04-08 وتم إلغاء لجنة المساعدة على تحديد الموقع وترقية الاستثمار وضبط العقار، وتم الاعتماد على إجراءات جديدة في منح الامتياز.

وكرس المؤسس الدستوري الجزائري حرية الاستثمار من خلال التعديل الدستوري الأخير لسنة 2016⁽²⁾ حيث أضاف مادة جديدة وهي المادة 43 التي جاء فيها: "حرية الاستثمار والتجارة معترف بها، وتمارس في إطار القانون..."، وبالتالي أدرج المؤسس الدستوري حرية الاستثمار ضمن أعلى وثيقة قانونية في الدولة وهي الدستور، وبالتالي يكون المؤسس الدستوري قد قام بدسترة حرية الاستثمار، وهو ما سينتج عنه صدور ترسانة قانونية وتنظيمية متعلقة بمجال الاستثمار، كانت بدايتها مع صدور القانون رقم 09-16⁽³⁾ المتعلق بترقية الاستثمار.

والإشكالية التي يمكن طرحها في هذا الصدد:

هل يمكن أن يساهم منح الامتياز بالتراضي لانجاز الاستثمار في تجاوز الصعوبات المتعلقة بالعقار الاقتصادي في الجزائر؟ وما هو دور الدولة في تسهيل الاستثمار وتفعيله من أجل دعم التنمية الاقتصادية؟.

تتفرع هذه الإشكالية الرئيسية إلى مجموعة من الإشكاليات الفرعية:

¹ - المستحدثة بموجب المرسوم التنفيذي رقم 10-10 المؤرخ في 12 يناير 2010، يتضمن تنظيم لجنة المساعدة على تحديد الموقع وترقية الاستثمارات وضبط العقار وتشكيلتها وسيرها، الجريدة الرسمية عدد 4 المؤرخة في 17 يناير 2010، هذه اللجنة تم إلغاؤها بموجب المادة 48 من الأمر رقم 15-01 المتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2015.

² - المادة 43 من دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية لسنة 1996، المؤرخ في 28 نوفمبر 1996، ج ر عدد (76) الصادرة بتاريخ 8 ديسمبر 1996، المعدل بالقانون رقم 03-02، المتضمن التعديل الدستوري، المؤرخ في 10 أبريل 2002، ج ر عدد (25) الصادرة بتاريخ 14 أبريل 2002، والمعدل كذلك بالقانون رقم 19-08، المتضمن التعديل الدستوري، المؤرخ في 15 نوفمبر 2008، ج ر عدد (63) الصادرة بتاريخ 16 نوفمبر 2008، والمعدل كذلك بالقانون رقم 01-16، المؤرخ في 6 مارس 2016، المتضمن التعديل الدستوري، المؤرخ في 6 مارس 2016، ج ر عدد (14) الصادرة بتاريخ 7 مارس 2016.

³ - القانون رقم 09-16، مؤرخ في 3 أوت 2016، يتعلق بترقية الاستثمار، ج ر عدد 46 الصادرة بتاريخ 3 أوت 2016.

ما المقصود بعقد الامتياز الموجه للاستثمار ؟ وما هو الفرق بين قرار منح الامتياز وبين عقد الامتياز ؟ وما هي إجراءات منحه ؟ وما هي الآثار المترتبة عنه ؟ وما هي الحالات التي ينتهي فيها عقد الامتياز ؟ وما هي إجراءات حل المنازعات المتعلقة به ؟.

من أجل الإجابة عن هذه الإشكاليات وأخرى سوف نتطرق إلى ماهية عقد الامتياز الموجه لإنجاز الاستثمار (المبحث الأول)، ثم آثار عقد الامتياز، نهايته ومنازعاته (المبحث الثاني).

المبحث الأول: ماهية عقد الامتياز الموجه لإنجاز الاستثمار

يعد امتياز المرفق العام أحد طرق إدارة المرافق العامة الاقتصادية بطريقة غير مباشرة والتي تمكن أفراد القانون الخاص من المساهمة في تنمية الاقتصاد الوطني، عن طريق تقديم خدمات التي من شأنها تلبية الحاجات العامة للجمهور والتي غالبا ما يكون لها الطابع الصناعي والتجاري، وسوف نتطرق من خلال هذا المبحث إلى مفهوم عقد امتياز العقار الاقتصادي⁽¹⁾ (المطلب الأول)، ثم بعد ذلك نظرق إلى إجراءات إبرامه ومبررات تبني الدولة لعقد امتياز العقار الاقتصادي (المطلب الثاني).

المطلب الأول: مفهوم عقد امتياز العقار الاقتصادي

سوف نتطرق من خلال هذا المطلب إلى تعريف عقد امتياز العقار الاقتصادي (الفرع الأول)، ثم نبين طبيعته القانونية والفرق بينه وبين عقد امتياز المرفق العام (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تعريف عقد امتياز العقار الاقتصادي

يُعرّف عقد الامتياز بصفة عامة بأنه: "هو العقد الذي تكلف من خلاله الإدارة العمومية شخصاً عموماً أو خاصاً باستغلال مرفق عام بكل أعبائه ومخاطره وأرباحه، ويتحصل على مقابل مالي من خلال إتاوات المرتفقين مباشرة"⁽²⁾، ومثال ذلك أن تعهد الدولة لأحد الأفراد استغلال خدمات توزيع المياه أو الكهرباء أو الغاز أو استغلال البترول أو استغلال الميناء أو الأسواق العمومية...الخ، ولقد اعتبر القضاء الإداري عقد الامتياز بأنه عقد إداري من نوع خاص موضوعه إدارة مرفق عام يتعهد بمقتضاه الملتزم وعلى نفقته وتحت مسؤوليته وبتكليف من الدولة أو أحد هيئاتها بالقيام بنشاط معين وخدمة مُحدّدة والحصول على مقابل من المنتفعين⁽³⁾.

ويُعتبر الامتياز أسلوباً من أساليب تسيير المرفق العام الاقتصادي، وانتشر- في كافة دول العالم خاصة في فرنسا التي تعتبر مهداً له، فهو عبارة على توكيل المهمة الأصلية للشخص العام (تسيير المرفق) إلى شخص آخر

¹ - قصد بالعقار الاقتصادي الأراضي التابعة للأمالك الخاصة للدولة والموجهة لإنجاز مشاريع استثمارية.

² - STÉPHANE Braconnier, droit des services publics, presses universitaire de France, 2004, p 383.

³ - عمار بوضياف، الوجيز في القانون الإداري، الطبعة الثانية، جسر للنشر والتوزيع، الجزائر، 2007، ص 356، 357.

لتأمين تسيير هذا المرفق العام الاقتصادي، فهو وجه من أوجه التسيير التي تتماشى مع النهج الجديد الذي اتخذته الجزائر بعد 1989⁽¹⁾.

ويُعرف الأستاذ أحمد محيو عقد الامتياز: "هو أسلوب تسيير، يتولى من خلاله شخص يسمى صاحب الامتياز، أعباء مرفق خلال فترة من الزمن، فيتحمل النفقات، ويتسلم الدخل الوارد من المنتفعين بالمرفق"⁽²⁾.

كما عرّفته محكمة القضاء الإداري في حكمها الصادر في 25 مارس 1956: "امتياز المرافق العامة ليس إلا عقدا إدارياً يتعهد أحد الأطراف أو الشركات بمقتضاه بالقيام على نفقته، وتحت مسؤوليته المالية، بتكليف من الدولة أو إحدى وحداتها الإدارية وطبقاً للشروط التي تُوضع له، بأداء خدمة عامة للجمهور وذلك مقابل الترخيص له باستغلال المشروع (المرفق) لمدة محدّدة من الزمن والاستيلاء على الأرباح، فالالتزام عقد إداري ذو علاقة خاصة، وموضوعه إدارة مرفق عام ولا يكون إلا لمدة محدّدة، ويتحمل الملتزم نفقات إدارة المرفق العام، ويتحمل نفقات المشروع وأخطاره المالية، ويتقاضى رسوماً يُخصّلها من المنتفعين"⁽³⁾. وهذا التعريف دقيق لكونه يتضمن كافة عناصر الامتياز من الأطراف والشكل والمحل والمقابل المالي والمدة.

أمّا المشرع الجزائري قد أشار إلى عقد الامتياز كشكل من أشكال تفويض المرفق العام من خلال المادة 210 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247⁽⁴⁾، في بابه الثاني المتضمن الأحكام المطبقة على تفويضات المرفق العام، والتي نصت: "...يستغل المفوض له المرفق العام باسمه وعلى مسؤوليته، تحت مراقبة السلطة المُفَوَّضة، ويتقاضى عن ذلك أتاوى من مستخدمي المرفق العام..."

والمقصود بعقد الامتياز في مفهومه التقليدي، هو أن يقوم الملتزم فقط باستغلال المرفق العام، دون إقامة هذا المرفق عن طريق إنجاز منشآت أو اقتناء ممتلكات ضرورية، لأنّ ذلك - إقامة المنشآت أو اقتناء ممتلكات - يعتبر نمط جديد وتطور لعقد الامتياز، وهو ما جاء في المادة 210 المذكورة أعلاه، حينما نصت: "...تعهد السلطة المُفَوَّضة للمُفَوَّض له إمّا إنجاز منشآت أو اقتناء ممتلكات ضرورية لإقامة المرفق العام واستغلاله، وإمّا أن تعهد له فقط باستغلال المرفق العام..."

الفرع الثاني: الطبيعة القانونية لعقد امتياز العقار الاقتصادي والفرق بينه وبين عقد امتياز المرفق العام

¹ - نادية ضريفي، تسيير المرفق العام والتحويلات الجديدة، دون طبعة، دار بلقيس، الجزائر، 2010، ص 162.

² - أحمد محيو، (ترجمة محمد صاصيلا)، محاضرات في المؤسسات الإدارية، الطبعة الثالثة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1985، ص 440.

³ - سليمان محمد الطواوي، مبادئ القانون الإداري، (الكتاب الثاني)، نظرية المرفق العام، وأعمال الإدارة العامة، الطبعة العاشرة، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، 1979، ص 90، 91.

⁴ - مرسوم رئاسي رقم 15-247، مؤرخ في 16 سبتمبر سنة 2015، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، ج ر عدد (50) الصادرة بتاريخ 20 سبتمبر 2015.

الطبيعة القانونية لعقد الامتياز طرحت إشكالاً في الفقه الفرنسي والجزائري والمصري، فحاول العديد من الفقهاء التحديد وبدقة الطبيعة القانونية لعقد الامتياز.

1- الطبيعة التنظيمية لعقد الامتياز:

يرى البعض أن عقد الامتياز ليس عقداً أو اتفاقاً بين صاحب الامتياز والإدارة العامة، بل هو تنظيم يستلزم تنفيذ وإبرام العديد من الاتفاقيات المتعددة بين أطراف مختلفة⁽¹⁾. وذهب فريق من الفقهاء إلى أنَّ الامتياز هو وليد أمر انفرادي تصدره السلطة مانحة الامتياز بما لها من سلطة، ويرضخ له الملتزم اختياراً لقبوله شروط الامتياز⁽²⁾.

2- الطبيعة العقدية لعقد الامتياز:

ظهرت هذه النظرية في فرنسا في أواخر القرن 19 وبداية القرن 20 تُؤيّد فكرة أنَّ الامتياز هو عقد بالمعنى الصحيح للكلمة، لكونه يحظى بموافقة ورضا الملتزم وبذلك يُعتبر عقداً إدارياً ثنائياً ملزم لجانبين، أي يُحدّد الحقوق والالتزامات المتبادلة بين الملتزم والإدارة المانحة للامتياز⁽³⁾.

غير أنَّ الأستاذ (أندري دي لوبادير) A.De Laubadère كتب: "... من جهة أخرى إنَّ اتفاق إرادتين في العلاقات بين مانح الامتياز وصاحب الامتياز لا يمكن اعتباره ذا طبيعة تعاقدية بسبب الموضوع الذي يتضمنه هذا الاتفاق، إنَّ هذا الموضوع هو تنظيم وسير مرفق عمومي الذي يجب على الإدارة دوماً المحافظة والتحكم فيه وكذلك وضع القواعد التي تحكمه وهو ما يسمى بقانون المرفق العمومي، إنَّ مثل هذا الموضوع لا يخضع للمجال التعاقدية وذلك طبقاً للمبدأ الأساسي الذي يُعتبر أنَّ تنظيم المرافق العمومية هو من اختصاص السلطات العمومية فقط وبصفة انفرادية⁽⁴⁾.

3- الطبيعة المزدوجة لعقد الامتياز: La théorie de la double nature de la concession

وترتكز هذه النظرية على الطبيعة المزدوجة لعقد الامتياز، وتُعتبر أنَّ الامتياز هو عمل مُزدوج له شقان، شق تنظيمي وشق تعاقدية، ففي مواجهة المنتفعين، يُعتبر الامتياز هو بمثابة قانون المرفق تحكمه أحكام تنظيمية، لكنه يعتبر عقد في العلاقة بين صاحب الامتياز والملتزم.

¹ - هاني سر الدين، الإطار القانوني لمشروعات البنية الأساسية، المجلة المصرية للدراسات القانونية والاقتصادية، عدد 69، سنة 1999، ص 05.

² - سليمان محمد الطاوي، مبادئ القانون الإداري، مرجع سابق، ص 92، 93.

³ - YVES Madiot, Aux frontières du contrat et de l'acte administratif unilatéral, LGDJ, paris, France, 1971, p148.

أشارت إليه: نادية ضريفي، مرجع سابق، ص 175.

⁴ - A. De Laubadère, traité de droit administratif, T01, 08^{ème} Ed, L.G.D.J, paris, France 1980, p 669.

وهذا يعني أنّ عقد الامتياز له طبيعة تنظيمية تُجَاه المتنفعين وطبيعة تعاقدية بين السلطة المانحة للامتياز وصاحب الامتياز؛ وقد انتقدت هذه النظرية بسبب استحالة تصور تَغْيُر الطبيعة القانونية للتصرف بِتَغْيُر أطرافه لأنّه لا يمكن أن يكون تنظيمياً حيناً وتعاقدياً في حين آخر ⁽¹⁾.

كما أنّ التسليم بأنّ العلاقة بين الإدارة المانحة للامتياز والمُلْتَزِم هي علاقة عقدية بحتة يُعرقِل إمكانية الإدارة في التدخل لتعديل القواعد المتعلقة بتنظيم المرفق العام بإرادتها المنفردة، ما يؤدي إلى تجميد حسن سير المرفق العام، وهو ما يتعارض مع نظرية المجالات التعاقدية في القانون العام ⁽²⁾.

4- الطبيعة المختلطة لعقد الامتياز: Un Acte mixte

اتجه فريق آخر من الباحثين إلى إعطاء تكييف مغاير لعقد الامتياز الإداري، وجعلوا منه عملاً مُختلِطاً في كون بعض شروطه تكنسي الطابع التنظيمي والبعض الآخر الطابع التعاقدية، بمعنى أنّ هذا التصرف في جزء منه تعاقدية وفي جزئه الآخر تنظيمي ⁽³⁾.

وهذه الطبيعة المركبة لعقد الامتياز - على عكس نظرية الطبيعة المزدوجة - تتماشى وأنواع الشروط التي يمكن تمييزها في محتواه، باعتبار الشروط المتعلقة بتنظيم وسير المرفق تتمتع بالطبيعة التنظيمية في مواجهة كل من المُلْتَزِم والمتنفعين على حد سواء، أمّا الشروط المتعلقة بالامتيازات التي تمنحها الإدارة للملتزم مقابل إدارته للمرفق تتمتع بالطبيعة التعاقدية ⁽⁴⁾ قابلة للتفاوض وتُطبق عليها نظرية العقد شريعة المتعاقدين، وهذه الشروط لا تعني المتنفعين عملاً بمبدأ الأثر النسبي للعقد، وقد لاقَت هذه النظرية صدى واسعاً وتُعتبر الأكثر قبولا لتبرير الطبيعة القانونية لعقد الامتياز الإداري، وهي ما أخذت بها العديد من الدول أمثال فرنسا، مصر والجزائر.

➤ بعض نماذج عقود الامتياز في التشريع الجزائري:

من بين عقود الامتياز المنصوص عليها في التشريع الجزائري، نذكر عقد امتياز الأراضي الفلاحية التابعة للأُملاك الخاصة للدولة، المنصوص عليه في المادة 4 من القانون 03-10 ⁽⁵⁾ التي عرفته بأنّه: "الامتياز هو العقد الذي تمنح بموجبه الدولة شخصا طبيعياً من جنسية جزائرية، يدعى في صلب النص "المستثمر صاحب

¹ - راضية بن مبارك، التعليق على التعلية رقم 842/3.94 المتعلقة بامتياز المرافق العمومية وتأجيرها، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2001-2002، ص 47.

² - نعمة ألكي، النظام القانوني لعقد الامتياز الإداري في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2013، ص 75.

³ - المرجع نفسه، ص 76.

⁴ - AUBY (J.M); ROBERT (D.A) : Grand services publics et entreprises nationales, tome1 3^{ème} trimestres, PUF, Paris, France, 1969, p 208, 209.

⁵ - القانون رقم 03-10، مؤرخ في 15 أوت 2010، المُحدّد لشروط وكيفيات استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأُملاك الخاصة للدولة، ج ر عدد (46) الصادرة بتاريخ 18 أوت 2010، ص 4.

الامتياز"، حق استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأملاك الخاصة للدولة وكذا الأملاك السطحية المتصلة بها، بناء على دفتر شروط يحدد عن طريق التنظيم لمدة أقصاها أربعون (40) سنة قابلة للتجديد مقابل دفع إتاوة سنوية تُضبط كيفيات تحديدها وتحصيلها بموجب قانون المالية".

وبالرجوع إلى قانون البلدية رقم 10-11⁽¹⁾ نجد أنَّ المادة 150 منه أجازت للبلدية تسيير بعض المصالح عن طريق الامتياز، وهذه المصالح نصت عليها المادة 149 من نفس القانون، أمَّا المادة 155 فقرة 2 من نفس القانون، نصت على أنَّ الامتياز يخضع لدفتر شروط نموذجي، يُحدَّد عن طريق التنظيم.

أمَّا المادة 149 من القانون رقم 07-12⁽²⁾ المتعلق بالولاية، نصت على أنَّه: "إذا تعذر استغلال المصالح العمومية الولائية المذكورة في المادة 146 أعلاه عن طريق الاستغلال المباشر أو مؤسسة، فإنَّه يمكن المجلس الشعبي الولائي الترخيص باستغلالها عن طريق الامتياز طبقا للتنظيم المعمول به، يخضع الامتياز لدفتر شروط نموذجي يُحدَّد عن طريق التنظيم ويصادق عليه حسب القواعد والإجراءات المعمول بها...".

كذلك المادة الأولى من الأمر رقم 04-08 التي نصت: "يهدف هذا الأمر إلى تحديد شروط وكيفية منح الامتياز على الأراضي التابعة للأملاك الخاصة للدولة والموجهة لإنجاز مشاريع استثمارية"، أما المادة 10 من نفس الأمر نصت: "يكسر الامتياز المذكور في المادة 4 أعلاه بعقد إداري تعده إدارة أملاك الدولة مرفقا بدفتر أعباء يحدد بدقة برنامج الاستثمار وكذا بنود وشروط منح الامتياز".

وهكذا يتضح لنا بأنَّ عقد الامتياز المتعلق بالعقار الاقتصادي يخضع لنفس الأحكام المتعلقة بعقد امتياز المرفق العام، لكونهما يتحدان في الأركان سواء من حيث الأطراف أو الرضا أو المحل أو السبب أو الشكلية، مع اختلاف بسيط في المحل كون المستثمر في عقد الامتياز المتعلق بالعقار الاقتصادي يقوم باستغلال عقار تابع للأملاك الخاصة للدولة بهدف الاستثمار، أما في عقد امتياز المرفق العام فيكون محله تسيير مرفق عام اقتصادي ولا يشترط فيه أن يكون من الأملاك الخاصة للدولة بل قد يكون من الأملاك العامة، كذلك في عقد الامتياز الوارد على العقار الاقتصادي (الأراضي التابعة للأملاك الخاصة للدولة) فالمستثمر لا يتلقى المقابل المالي من الغير نتيجة انتفاعهم بالعقار - كما هو الشأن في عقد امتياز المرفق العام -، وإنما يحصل المستثمر على أرباح نتيجة الاستثمار، وبالتالي يكون العقار الاقتصادي وسيلة في يد المستثمر لتحقيق غايته الاستثمارية، في حين يتلقى الملتزم في عقد امتياز المرفق العام المقابل المالي من المتفعين بالمرفق نتيجة هذا الانتفاع، وبالتالي يكون التسيير هو هدف الملتزم في عقد امتياز المرفق العام كونه يعود عليه بالأرباح، كذلك تختلف المدة المحددة لكل عقد من العقود، كذلك يمكن للإدارة في عقد امتياز المرفق العام أن تقوم بفسخ العقد بإرادتها المنفردة، كما يمكن لها إنهاء العقد للمصلحة العامة وقبل نهاية مدته، في حين في عقد امتياز العقار الاقتصادي لا

¹ - القانون رقم 10-11، مؤرخ في 22 جوان 2011، المتعلق بالبلدية، ج ر عدد (37) الصادرة بتاريخ 3 جويلية 2011، ص 04.

² - القانون رقم 07-12، مؤرخ في 21 فبراير 2012، المتعلق بالولاية، ج ر عدد (12) الصادرة في 29 فبراير 2012، ص 5.

يمكن للإدارة ممارسة هذه السلطات ويبقى لها اللجوء إلى الجهات القضائية المختصة، هذه بعض الجزئيات التي يختلف فيها العقدين (عقد امتياز المرفق العام وعقد الامتياز الوارد على العقار الاقتصادي)، أما باقي الأحكام الأخرى للعقدين فهي واحدة لاسيما الآثار القانونية لكلا العقدين.

المطلب الثاني : إجراءات إبرام عقد الامتياز الوارد على العقار الاقتصادي ومبررات تبني الدولة لهذا النوع من العقود

سوف نتطرق من خلال هذا المطلب إلى إجراءات إبرام عقد امتياز العقار الاقتصادي (الفرع الأول)، ثم نبين بعد ذلك مبررات تبني الدولة لهذا النوع من العقود على الأراضي التابعة لأملأها الخاصة (الفرع الثاني).

الفرع الأول: إجراءات إبرام عقد امتياز العقار الاقتصادي

في البداية لابد من الإشارة أنه ليست كل الأراضي التابعة للأملأ الخاصة للدولة هي محل لمنح الامتياز، بل هناك بعض الأراضي هي مستثناة بموجب المادة 02 من الأمر 04-08، في حين نصت المادة 03⁽¹⁾ من نفس الأمر على أن الامتياز يمنح على أساس دفتر شروط، عن طريق التراضي على الأراضي التابعة للأملأ الخاصة للدولة المتوفرة، لفائدة المؤسسات والهيئات العمومية أو الأشخاص الطبيعيين أو المعنويين الخاضعين للقانون الخاص، وذلك لاحتياجات مشاريع استثمارية، ومع مراعاة احترام قواعد التعمير المعمول بها، أما المادة 4 من نفس الأمر حددت مدة عقد الامتياز بمدة أذاها ثلاث وثلاثون (33) سنة قابلة للتجديد وأقصاها تسع وتسعون (99) سنة - في حين المادة 12 من المرسوم التنفيذي رقم 152-09 نصت على أن الامتياز يكون قابل للتجديد مرتين -، أما المادة 5⁽²⁾ من الأمر رقم 04-08 نصت على إجراءات منح الامتياز بالتراضي حيث جاء فيها: "يرخص الامتياز بالتراضي بقرار من الوالي: - بناء على اقتراح من لجنة المساعدة على تحديد الموقع وترقية الاستثمارات وضبط العقار على الأراضي التابعة للأملأ الخاصة للدولة والأصول العقارية المتبقية للمؤسسات العمومية المنحلة والأصول الفائضة للمؤسسات العمومية الاقتصادية وكذا الأراضي التابعة للمناطق الصناعية ومناطق النشاطات، - بناء على اقتراح من الهيئة المكلفة بتسيير المدينة الجديدة على الأراضي الواقعة داخل محيط مدينة جديدة، - بعد موافقة الوكالة الوطنية لتطوير السياحة على الأراضي التابعة لمنطقة التوسع السياحي. وبعد موافقة وزير القطاع المختص"، لكن مرة أخرى تم تعديل المادة 5 من الأمر رقم 04-08 بموجب المادة 48 من الأمر رقم 01-15 المتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2015 وأصبحت صياغة المادة 5 بعد التعديل على النحو التالي: "يرخص الامتياز بالتراضي بقرار من الوالي: - بناء على اقتراح من المدير الولائي

¹ - المعدلة بموجب المادة 15 من القانون رقم 11-11 مؤرخ في 18 يوليو سنة 2011، يتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2011، ج ر عدد 40 الصادرة بتاريخ 20 يوليو 2011.

² - المعدلة بموجب المادة 15 من نفس القانون، والمعدلة كذلك بموجب المادة 48 من الأمر رقم 01-15، مؤرخ في 23 يوليو 2015، المتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2015، ج ر عدد 40 الصادرة بتاريخ 23 يوليو 2015.

المكلف بالاستثمار الذي يتصرف، كلما تطلب الأمر ذلك، بالتنسيق مع المديرين الولائيين للقطاعات المعنية... (والباقي بدون تغيير حتى مناطق النشاطات)، - بناء على اقتراح من الهيئة المكلفة بتسيير المدينة الجديدة على الأراضي الواقعة داخل محيط المدينة الجديدة بعد موافقة الوزير المكلف بالمدينة، - بعد موافقة الوكالة الوطنية لتطوير السياحة على الأراضي التابعة لمنطقة التوسع السياحي بعد موافقة الوزير المكلف بالسياحة"، وهكذا تم إلغاء لجنة المساعدة على تحديد الموقع وترقية الاستثمارات وضبط العقار، وتم اعتماد إجراءات جديدة لمنح الامتياز، أما المادة 8⁽¹⁾ من الأمر رقم 04-08 نصت: "يمكن أن تستفيد المشاريع الاستثمارية، بناء على اقتراح من المجلس الوطني للاستثمار وبعد قرار مجلس الوزراء، من تخفيض إضافي على مبلغ الإتاوة الإيجارية السنوية المحددة في المادة 9 أدناه"، أما المادة 9⁽²⁾ من الأمر نفس الأمر نصت: "تحدد مصالح أملاك الدولة المختصة إقليمياً الإتاوة الإيجارية السنوية التي تمثل 20/1 من القيمة التجارية للقطعة الأرضية محل منح الامتياز. تخفض الإتاوة الإيجارية السنوية التي تحددها مصالح أملاك الدولة لتخفيض يطبق كما يأتي: 90% خلال فترة إنجاز الاستثمار التي يمكن أن تمتد من سنة (1) واحدة إلى ثلاث (3) سنوات، - 50% خلال فترة الاستغلال التي يمكن أن تمتد كذلك من سنة (1) واحدة إلى ثلاث (3) سنوات، - الدينار الرمزي للمتر المربع (م2) خلال فترة عشر (10) سنوات وترتفع بعد هذه المدة إلى 50% من مبلغ إتاوة أملاك الدولة بالنسبة للمشاريع الاستثمارية المقامة في الولايات التي استعملت لتنفيذ برنامجي الجنوب والهضاب العليا، - الدينار الرمزي للمتر المربع (م2) خلال فترة خمس عشرة (15) سنة وترتفع بعد هذه المدة إلى 50% من مبلغ إتاوة أملاك الدولة بالنسبة للمشاريع المقامة في ولايات الجنوب الكبير. يتم تحيين الإتاوة السنوية كما هي محددة في الفقرة الأولى أعلاه، بعد انقضاء كل فترة إحدى عشرة (11) سنة. وتطبق هذه الأحكام أيضاً على مشاريع الاستثمارات التي حصلت مسبقاً على الامتياز بقرار من مجلس الوزراء". أما المادة 10 من نفس الأمر نصت: "يكرس الامتياز المذكور في المادة 4 أعلاه بعقد إداري تعده إدارة أملاك الدولة مرفقاً بدفتر أعباء يحدد بدقة برنامج الاستثمار وكذا بنود وشروط منح الامتياز"، ومن المادة 10 أعلاه يظهر لنا الفرق بين منح الامتياز وبين عقد الامتياز، فالأول (منح الامتياز) يكون بقرار صادر عن الوالي، أما الثاني (عقد الامتياز) تعده إدارة أملاك الدولة بالاستناد إلى قرار الوالي المانح للامتياز، كما يخول منح الامتياز للمستفيد منه الحق في الحصول على رخصة البناء، كما يسمح له زيادة على ذلك بإنشاء رهن رسمي لصالح هيئات القرض على الحق العيني العقاري الناتج عن الامتياز، وكذا عن البناءات المقرر إقامتها على الأرض الممنوح امتيازها، وذلك لضمان القروض الممنوحة لتمويل المشروع الذي تمت مباشرته فقط⁽³⁾.

¹ - المعدلة بموجب المادة 15 من القانون رقم 11-11، سالف الذكر.

² - المعدلة بموجب المادة 15 من نفس القانون.

³ - المادة 11 من الأمر 04-08، سالف الذكر.

ويترتب على كل إخلال من المستفيد من الامتياز للتشريع الساري المفعول وللالتزامات التي يتضمنها دفتر الأعباء، اتخاذ الإجراءات اللازمة من أجل إسقاط حق الامتياز لدى الجهات القضائية المختصة، بمبادرة من مدير أملاك الدولة المختص إقليمياً، على أن تدفع الدولة للمستثمر نتيجة إسقاط حق الامتياز تعويضاً مستحقاً بعنوان فائض القيمة المحتملة التي أتى بها المستثمر على القطعة الأرضية من خلال الأشغال المنجزة بصفة نظامية⁽¹⁾.

بالرجوع إلى الفقرة الثانية من المادة 17 من المرسوم التنفيذي رقم 152-09⁽²⁾ نجدها تنص: ".... يجب أن يتضمن عقد الامتياز، تحت طائلة البطلان، شروط منع التنازل أو الإيجار من الباطن للامتياز قبل إتمام المشروع". كما أقرّ المشرع بملكية المستثمر للبنىات المنجزة من طرفه وذلك طبقاً للمادة 18 من نفس المرسوم التنفيذي التي نصت: "عند إتمام البنائات المقررة في المشروع الاستثماري المعينة قانوناً ببناء على شهادة المطابقة، تكرر إجبارياً ملكية البنائات المنجزة من طرف المستثمر على الأرض الممنوح امتيازها بمبادرة من هذا الأخير بعقد موثق"، كما منح المشرع إمكانية تنازل المستثمر عن ملكية البنائات والحق العيني العقاري الناتج عن الامتياز بالنسبة للمدة المتبقية بشروط حددها المادة 19 من نفس المرسوم.

الفرع الثاني: مبررات تبني الدولة لعقد امتياز العقار الاقتصادي

كانت الدولة تتبع بالتراضي الأراضي التابعة لأملأها الخاصة للمستثمرين وفقاً للمادة 161 من القانون 25-91 المتضمن قانون المالية لسنة 1992، غير أن جعل بعض المستفيدين يمارسون المضاربة بشأن هذه العقارات لإعادة البيع الكلي أو الجزئي، أو تغيير النشاط وممارسة نشاط غير الذي كان من أجله شراء العقار، وتأجير العقار، وعدم إنجاز المشاريع الاستثمارية من طرف المستثمرين.

ومن أجل وضع حد لهذه الممارسات غير المسؤولة، والحيلولة دون الإضرار بالتنمية الشاملة، قررت السلطات العمومية اللجوء إلى اعتماد نظام امتياز ابتداء من المرسوم التشريعي رقم 12-93 وما تلتها من نصوص تنظيمية كالمرسوم التنفيذي رقم 322-94 وبعده الأمر رقم 03-01 الذي كرس الامتياز، وكشفت التجربة التي مر بها الاستثمار في إطار المرسوم التشريعي رقم 12-93 على أن العقار كان يشكل عائق في تحقيق التنمية، فانتشرت المضاربة بالعقار الاقتصادي، حيث تم تحويل عدد معتبر من العقارات الاقتصادية إلى وجهة غير استثمارية، كالبناء وقد أدى ذلك إلى بروز عامل الندرة ومحدودية التنمية، لكن مع ذلك نجد هناك نوع من التناقض الناجم عن سوء تسيير العقار الاقتصادي، حيث نجد كثرة الطلبات على هذا العقار من جهة ومن جهة أخرى غير

¹ - المادة 12 من الأمر 04-08، سالف الذكر.

² - مرسوم تنفيذي رقم 152-09 مؤرخ في 2 مايو 2009، يحدد شروط وكيفيات منح الامتياز على الأراضي التابعة للأملأ الخاصة للدولة والموجهة لإنجاز مشاريع استثمارية، ج ر عدد 27 الصادرة بتاريخ 6 مايو 2009.

مستغلة، فقدرتها وزارة الصناعة آنذاك بـ 15% من المساحة الإجمالية للعقار الاقتصادي⁽¹⁾، كما أن بعض المؤسسات العمومية تستحوذ على مساحات كبرى من العقار الاقتصادي في حين أن حاجاتها الفعلية لا تتعدى 3%.

وفي هذا الإطار قدم وزير المالية السابق السيد مراد مدلسي- تحليلا عن وضعية العقار أمام لجنة الشؤون الاقتصادية والتنمية الصناعية والتخطيط بمناسبة عرض الأمر رقم 11/06، حيث أبرز بعض مشاكل العقار التي تكمن في كون الدولة هي الوحيدة التي تقدم العقار، وأن العقار الموجود غير مستغل بصفة عقلانية من طرف بعض الشركات والمؤسسات التي تحصلت على قطع أرضية تفوق احتياجاتها الحقيقية، ولذلك كان لزاما على الدولة استرجاع هذه الأراضي الفائضة وإعادة توزيعها من جديد لتقليل الضغط على العقار من جهة، وتوفير أراضي من جهة أخرى لتشجيع الاقتصاد الوطني والتحفيز على الاستثمار⁽²⁾.

لهذه المبررات تمّ الاعتماد على عقد الامتياز لكونه يحمي العقار الاقتصادي من المضاربة والتلاعب، حيث ينحصر دور المستثمر في استغلال العقار لمدة محددة مقابل إتاوة يدفعها للدولة التي تبقى مالكة الرقبة لهذا العقار، وبواسطة عقد الامتياز نستطيع أن نحدّد المستثمرين الحقيقيين الذين لهم رغبة في الاستثمار، لأن المستثمر الذي يقبل على الاستثمار وهو على دارية تامة مسبقا أن الدولة لا يمكن لها أن تنازل له عن العقار، هو مستثمر له نية حسنة في الاستثمار، بخلاف المستثمرين المزيفين الذين هم في حقيقة الأمر سمسرة في العقار يختفون وراء قناع الاستثمار، وبالتالي يعتبر عقد الامتياز بمثابة صمام أمان للعقار الاقتصادي وسد منيع في مواجهة المضاربين بالعقار.

المبحث الثاني: آثار عقد امتياز العقار الاقتصادي ونهايته ومنازعاته

يترتب على إبرام عقد الامتياز بين إدارة أملاك الدولة والمتعاقد آثار قانونية عديدة، أي تطبيق بنود العقد ودفتر الشروط النموذجي، وينجم عنه التزامات وحقوق صاحب الامتياز، والتزامات السلطة المانحة للامتياز تجاه المستثمر، كما تتمتع الإدارة من جهة أخرى بسلطات واسعة في مواجهة هذا المستثمر، كما أنه هناك حالات قد تؤدي إلى نهاية عقد امتياز العقار الاقتصادي، كما قد ينبج عن هذا العقد منازعات تعرض على القضاء.

وسوف نحاول التطرق من خلال هذا المبحث إلى آثار عقد الامتياز ونهايته (المطلب الأول)، ثم المنازعات الناتجة عن عقد امتياز العقار الاقتصادي والجهة القضائية المختصة بالنظر فيها (المطلب الثاني).

¹ - مراد بلكعبيات، مرجع سابق، ص 42، 43.

² - مراد بلكعبيات، مرجع سابق، ص 44.

المطلب الأول: آثار عقد امتياز العقار الاقتصادي ونهايته

ينتج عن عقد امتياز العقار الاقتصادي آثار قانونية سواء بالنسبة للإدارة مانحة الامتياز أو بالنسبة للمستثمر (الفرع الأول)، كما أنه قد توجد حالات معينة تؤدي إلى نهاية عقد امتياز العقار الاقتصادي (الفرع الثاني).

الفرع الأول: آثار عقد امتياز العقار الاقتصادي

عقد الامتياز باعتباره عقدا، تترتب عليه مجموعة من الحقوق والالتزامات تقع على طرفي العقد، سواء على المستثمر صاحب حق الامتياز (أولا)، أو على الدولة باعتبارها مانحة لحق الامتياز⁽¹⁾ (ثانيا).

أولا: حقوق والتزامات المستثمر صاحب الامتياز

1- حقوق المستثمر:

- حق المستثمر المتعاقد في الحصول على حق الانتفاع لمدة لا تقل عن 33 سنة،
- حق المستثمر المتعاقد في إقامة البنايات والمنشآت اللازمة لمباشرة نشاطه الاستثماري،
- حق المستثمر المتعاقد في الحصول على التراخيص اللازمة لقيامه بالمشروع الاستثماري، لاسيما رخصة البناء بالإضافة إلى كافة الرخص التي يشترطها القانون لمباشرة أي نشاط استثماري،
- حق المستثمر المتعاقد في إنشاء رهن رسمي لصالح هيئات القرض على الحق العيني العقاري الناتج عن الامتياز وكذا عن البنايات المقرر إقامتها على الأرض الممنوح امتيازها وذلك لضمان القروض الممنوحة لتمويل المشروع الذي تمت مباشرته.

2- التزامات المستثمر:

- التزام المستثمر المتعاقد بالبداية في نشاطه الاستثماري،
- التزام المستثمر المتعاقد بإنجاز المشروع في المدة المحددة في العقد مع إمكانية التمديد،
- التزام المستثمر المتعاقد بتسديد الإتاوة،
- التزام المستثمر المتعاقد بتنفيذ التزامه بحسن نية،
- التزام المستثمر المتعاقد بالتنفيذ الشخصي وعلى مسؤوليته،
- التزام المستثمر المتعاقد باحترام مدة العقد،
- التزام المستثمر المتعاقد بعدم تغيير النشاط الذي على أساسه تم منحه الامتياز على العقار الاقتصادي،

¹ - تألوت فاطمة، المعالجة القانونية للعقار الصناعي في ضوء التشريع والاجتهاد القضائي، مذكرة لبليل شهادة الماجستير في القانون العقاري، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، 2014-2015، ص 135، 136، 137.

- التزام المستثمر المتعاقد بعدم إجراء أي تصرف على العقار الاقتصادي - وله إمكانية التنازل عن حق الامتياز للمدة المتبقية من العقد وبشروط محددة -،

- التزام المستثمر المتعاقد بأن يحترم شروط العقد الواردة في دفتر الشروط الملحقه بعقد الامتياز.

ثانيا: حقوق والتزامات الدولة مانحة الامتياز:

1- حقوق الدولة مانحة الامتياز:

- حق الدولة في الاحتفاظ بملكية العقار،

- حق الدولة في إسقاط حق الامتياز عن طريق الجهات القضائية المختصة،

- حق الدولة في مباشرة سلطتي الإشراف والرقابة لضمان عدم خروج المستثمر صاحب حق الامتياز عن البنود والشروط المحددة له في دفتر الشروط.

2- التزامات الدولة مانحة الامتياز:

- التزام الدولة المانحة للامتياز بتنفيذ بنود عقد الامتياز،

- التزام الدولة بعدم التعرض للمستثمر أثناء مباشرة نشاطه الاستثماري،

- التزام الدولة بعدم عرقلة المشروع الاستثماري للمستثمر،

- التزام الدولة بأن لا تمنح القطعة الأرضية لمستثمر آخر،

- التزام الدولة بأن تساهم قدر الإمكان في انجاز المشروع وتسهيل كافة الإجراءات،

- التزام الدولة بأن لا تطالب المستثمر بدفع الضريبة العقارية التي لا تدفع إلا من طرف المالك،

- التزام الدولة بتجديد عقد الامتياز - في حدود ما يسمح به القانون - إذا لم يخل المستثمر بالتزاماته.

الفرع الثاني: نهاية عقد امتياز العقار الاقتصادي

بالرجوع إلى المادة 12 من الأمر 04-08 نجدها تنص: "يترتب على كل إخلال من المستفيد من الامتياز للتشريع الساري المفعول وللالتزامات التي يتضمنها دفتر الأعباء اتخاذ إجراءات من أجل إسقاط حق الامتياز، لدى الجهات القضائية المختصة، بمبادرة من مدير أملاك الدولة المختص إقليميا"، كذلك المادة 21 من المرسوم التنفيذي رقم 152-09 نصت على إسقاط حق الامتياز في حالة عدم إتمام المشروع الاستثماري في الأجل المحدد في عقد الامتياز وفي الأجل الإضافي، مقابل دفع الدولة تعويض مقابل فائض القيمة التي أتى بها المستثمر على القطعة الأرضية من خلال الأشغال المنجزة بصفة نظامية، أما المادة 22 من نفس المرسوم التنفيذي نصت على إسقاط حق الامتياز في حالة إنجاز البناءات في الآجال المحددة وبدون مطابقتها للبرنامج المحدد و/أو رخصة البناء، وفي هذه الحالة يكون إسقاط حق الامتياز دون تعويض، أما الفقرة الثانية من نفس المادة نصت كذلك

على إسقاط حق الامتياز في حالة عدم إنجاز المشروع في الآجال المحددة مع عدم مطابقة البناءات مع البرنامج المحدد و/أو رخصة البناء، أما الفقرة الثالثة من نفس المادة نصت على أنه عند نطق الجهة القضائية المختصة بهدم البناءات، فإنه يتعين على صاحب الامتياز وعلى حسابه القيام بإعادة القطعة الأرضية محل الامتياز إلى حالتها الأصلية، أما الفقرة الأخيرة من نفس المادة نصت على أنه تُحوّل الامتيازات والرهون التي يحتمل أنها أثقلت القطعة الأرضية بسبب صاحب الامتياز المحل بالتزاماته إلى التعويض الناجم عن إسقاط الحق.

من خلال ربط المادة 12 من الأمر رقم 04-08 أعلاه بالمادتين 21، 22 من المرسوم التنفيذي رقم 09-152، يتضح لنا أن إسقاط حق الامتياز لا تقوم بها الإدارة بإرادتها المنفردة، بل إسقاط حق الامتياز تقررره السلطة القضائية المختصة بناء على إخطار من مدير أملاك الدولة المختص إقليمياً، وهنا يختلف عقد امتياز العقار الاقتصادي عن عقد امتياز المرفق العام، ففي هذا الأخير يمكن للإدارة بفسخ العقد بإرادتها المنفردة في حالة إخلال الملتزم بالتزاماته التعاقدية، بل أبعد من ذلك يمكن للإدارة في عقد امتياز المرفق العام أن تنهي العقد حتى قبل حلول مدته وتقوم باسترداد المرفق وذلك للمصلحة العامة، في حين لا يمكنها أن تقوم بذلك إذا كانت بصدد عقد امتياز العقار الاقتصادي لكون القانون ألزمها - عن طريق مدير أملاك الدولة - باللجوء إلى الجهة القضائية المختصة من أجل إسقاط حق الامتياز وهذا يعد بمثابة ضمانة قضائية للمستثمر من تعسف الإدارة مانحة الامتياز، كذلك ينتهي عقد الامتياز بوفاة المستثمر، وهذا كله يعد نهاية غير عادية وغير طبيعية لعقد الامتياز.

كما ينتهي عقد الامتياز نهاية طبيعية ونهاية عادية وذلك بانتهاء المدة المحددة للعقد والمقدرة بمدة أدناها ثلاث وثلاثون (33) سنة قابلة للتجديد مرتين، ومدة أقصاها تسع وتسعون (99) سنة، كما قد ينتهي عقد الامتياز إذا تنازل المستثمر عن هذا الحق لمستثمر آخر وفق للشروط المحدد قانوناً.

المطلب الثاني: منازعات عقد امتياز العقار الاقتصادي

أقر المشرع الجزائري ازدواجية القضاء بموجب الدستور الجزائري لسنة 1996، وذلك بفصل القضاء الإداري عن القضاء العادي وإحداث جهات قضائية إدارية تتمثل في المحاكم الإدارية التي تشكل الدرجة الأولى من درجات التقاضي في القضاء الإداري، والتي حلت محل الغرف الإدارية على مستوى المجالس القضائية، بالإضافة إلى مجلس الدولة كدرجة ثانية وأخيرة، والذي حل محل الغرفة الإدارية على مستوى المحكمة العليا في ظل أحادية القضاء.

وسوف نتطرق من خلال هذا المطلب إلى الجهة القضائية المختصة بالنظر في منازعات عقد امتياز العقار الاقتصادي، وإنّ الاختصاص القضائي يُعتبر مسألة من النظام العام تنبئ المحكمة من تلقاء نفسها، وأهمية تحديد الجهة القضائية المختصة نوعياً للنظر في النزاع تكمن في تحديد القواعد الموضوعية والقواعد الإجرائية المطبقة على

النزاع⁽¹⁾ (الفرع الأول)، كما أنه توجد محاكم عديدة تنتمي إلى نظام قضائي واحد مما يتعين على المدعي أن يرفع دعواه أمام الجهة القضائية المختصة إقليماً (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الاختصاص النوعي

بالرجوع إلى المادة 800 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، نجدها تنص: "المحاكم الإدارية هي جهات الولاية العامة في المنازعات الإدارية، تختص بالفصل في أول درجة، بحكم قابل للاستئناف في جميع القضايا، التي تكون الدولة أو الولاية أو البلدية أو إحدى المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية طرفاً فيها".

والقول بأن المحاكم الإدارية هي صاحبة الولاية العامة بمنازعات الإدارة يعني أنها لا تحتاج إلى نص لممارسة الاختصاص، بينما لا يجوز للمحاكم المدنية أو الهيئات الأخرى نظر أي نزاع إداري إلا بموجب نص صريح، لأن اختصاصها يأتي على سبيل الاستثناء، والاستثناء يحتاج دائماً إلى نص صريح⁽²⁾. ولنكون أمام نزاع إداري لابد أن يكون أحد طرفي النزاع على الأقل شخصاً من أشخاص القانون العام، وهم المحددين حصراً في المادة 800 أعلاه⁽³⁾.

وطالما أن إدارة أملاك الدولة هي طرف في النزاع - لكون عقد الامتياز تقوم بإعداده مديرية أملاك الدولة -، فطبقاً للمادة 800 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية المذكورة أعلاه يؤول اختصاص الفصل في النزاع المتعلق بعقد امتياز العقار الاقتصادي إلى القضاء الإداري مثلاً في المحاكم الإدارية، وذلك طبقاً للمعيار العضوي.

وبالرجوع إلى المادة 801 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية نجدها تشير إلى اختصاص المحكمة الإدارية بنظر منازعات المصالح غير الممركزة للدولة على مستوى الولاية، ومديرية أملاك الدولة هي مصلحة غير ممركزة للدولة على مستوى الولاية، وبالتالي تم وضع حد للإشكالات القانونية التي كانت سائدة قبل صدور قانون الإجراءات المدنية والإدارية، فالبعض كان يقاضي الوالي باعتباره مندوب الحكومة على مستوى الولاية وأن مديرية أملاك الدولة ليس لها الشخصية المعنوية وبالتالي لا تملك أهلية التقاضي، والبعض الآخر كان يقول برفع الدعوى ضد الدولة ممثلة في وزير المالية لكون أن مديرية أملاك الدولة هي مصلحة غير ممركزة للدولة تابعة لوزارة المالية وليس الولاية وبالتالي يكون مجلس الدولة هو المختص، وبصدور قانون الإجراءات المدنية والإدارية فصل في الأمر ومنح الاختصاص للمحاكم الإدارية، لكن الدعوى لا ترفع ضد مديرية أملاك الدولة وإنما ضد الدولة ممثلة في وزير المالية مثلاً في مدير أملاك الدولة على مستوى الولاية، وهذا بموجب قرار

¹ - عمر بوجادي، اختصاص القضاء الإداري في الجزائر، رسالة لنيل درجة دكتوراه دولة في القانون، كلية الحقوق، جامعة تيزي وزو، 13 جويلية 2011، ص 11.

² - مسعود شهبوب، المبادئ العامة للمنازعات الإدارية، الجزء الثاني - نظرية الاختصاص، الطبعة الخامسة منقحة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005، ص 5، 7.

³ - لحسين بن شيخ آث ملويا، قانون الإجراءات الإدارية - دراسة قانونية تفسيرية -، طبعة 2013، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2012، ص 36.

وزاري صادر عن وزير المالية يفوض ويؤهل المدير العام للأموال الوطنية ومديري أموال الدولة بالولايات ومديري الحفظ العقاري بالولايات بتمثيل وزير المالية في الدعاوى المرفوعة أمام القضاء، فقد نصت المادة 01 منه: "يؤهل لتمثيل الوزير المكلف بالمالية في الدعاوى المرفوعة أمام العدالة كل من:

- المدير العام للأموال الوطنية في القضايا المتعلقة بأموال الدولة والحفظ العقاري المرفوعة أمام:

➤ المحكمة العليا

➤ مجلس الدولة

- مديري أموال الدولة بالولايات ومديري الحفظ العقاري بالولايات كل فيما يخصه في القضايا المرفوعة أمام:

➤ المحاكم

➤ المجالس القضائية

➤ المحاكم الإدارية

وهكذا عندما يخطر مدير أموال الدولة الجهات القضائية من أجل إسقاط حق الامتياز طبقا للمادة 12 من الأمر 04-08 المذكورة أعلاه فإنه يتصرف باعتباره ممثلا لوزير المالية، لأن مديرية أموال الدولة لا تملك أهلية التقاضي أصلا، وهناك ملاحظة في غاية الأهمية لا بد من الإشارة إليها في هذا المقام مفادها أنه إذا صدر قرار عن الوالي بمنح الامتياز وقبل تحرير مديرية أموال الدولة لعقد الامتياز، وقام الوالي بإلغاء هذا القرار أو قام بسحبه وكان قرار الإلغاء أو السحب غير مشروع فهنا يتم مقاضاة الولاية ممثلة في شخص الوالي، ونفس الأمر في حالة ما إذا رأى المستثمر أنه لم يستفد من منح الامتياز رغم توافره على كامل الشروط، في حين تم منح الامتياز لمستثمرين آخرين لهم نفس الوضعية القانونية معه، فهنا كذلك يتم مقاضاة الولاية ممثلة في شخص الوالي، وبالتالي نكون أمام دعوى الإلغاء ويكون قاضي تجاوز السلطة هو المختص، هذا قبل تحرير عقد الامتياز لكن بمجرد تحريره من طرف مديرية أموال الدولة فإن أي نزاع قد يطرأ فتكون الدولة طرفا في النزاع ممثلة في وزير المالية ممثلا في مدير أموال الدولة المختص إقليميا وبالتالي نكون أمام دعوى القضاء الكامل، وتبقى المحكمة الإدارية هي المختصة للفصل في النزاع، أما مجلس الدولة يكون مختص باعتباره درجة ثانية (جهة استئناف) أو جهة نقض. أما إذا كانت الدعوى المرفوعة ضد صاحب الامتياز من طرف شخص من أشخاص القانون الخاص فهنا يكون القضاء العادي هو المختص، كالمنازعات الناتجة عن التنازل عن ملكية البنايات والحق العيني العقاري الناتج عن الامتياز لصالح مستثمر آخر، فهنا تكون المحكمة العادية هي المختصة، أما مالكة العقار (الدولة) قد تكون مدخلة في الخصام فقط.

والأصل العام أنه لا تخضع منازعات العقود الإدارية - ومنها عقد امتياز العقار الاقتصادي - إلى رقابة قاضي تجاوز السلطة لأنها من الأعمال الرضائية والاتفاقية بين الطرفين، وبالتالي فهي من دعاوى القضاء الكامل. لكن

هذه القاعدة ليست مطلقة بحيث توصل كل من الفقه والقضاء الإداريين إلى وضع نظرية: "الأعمال الإدارية المنفصلة" ومفادها أن هذه الأعمال حتى وإن كان موضوعها مرتبط مباشرة بالعقود الإدارية فإنها أعمال انفرادية قابلة لرقابة قاضي الإلغاء إذا توافرت فيها عناصر القرار الإداري، وقد صنف القضاء الإداري الأعمال المنفصلة إلى أعمال متعلقة بإبرام العقد والأعمال المتعلقة بتنفيذه.

الفرع الثاني: الاختصاص الإقليمي

المقصود بالاختصاص الإقليمي هو الاختصاص المحلي للمحاكم الإدارية، ولقد أحالت المادة 803 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية إلى تطبيق القواعد العامة المنصوص عليها في المادتين 37 و38 من نفس القانون، فالقاعدة العامة أنّ الاختصاص الإقليمي يعود للجهة القضائية التي يقع في دائرة اختصاصها موطن المدعى عليه.

إلا أنّ المادة 804 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، أوردت ثمانية (8) استثناءات على مبدأ اختصاص محكمة موطن المدعى عليه المنصوص عليه في المادة 37 من نفس القانون، وهذه الاستثناءات من النظام العام لأنّ المشرع أوجب رفع بعض الدعاوى أمام محاكم مُعَيَّنة دون سواها، ويلاحظ بأنّ المشرع لم يأخذ بموطن المدعى عليه - بالنسبة لهذه الاستثناءات -، بل أخذ بطبيعة النشاط موضوع النزاع ومكان تنفيذه أو مكان حصول الاتفاق عليه لتحديد الاختصاص الإقليمي تسهيلاً للإجراءات التحقيقية، فنصت المادة 804 أعلاه في المطة رقم 3 على ما يلي: "...في مادة العقود الإدارية، مهما كانت طبيعتها، أمام الجهة القضائية التي يقع في دائرة اختصاصها مكان إبرام العقد أو تنفيذه..."، وهكذا يوجد معيارين للاختصاص الإقليمي بالنسبة لمنازعات عقد امتياز العقار الاقتصادي، إمّا المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان إبرام العقد، أو المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان تنفيذه أي مكان تواجد العقار الاقتصادي، وفي الغالب فإن المحاكم الإدارية لها اختصاص إقليمي يتطابق مع الحدود الإقليمية للولاية، وبالتالي يكون مكان إبرام عقد امتياز العقار الاقتصادي هو مكان تواجد هذا العقار، إلا في الحالات التي يكون فيها جزء من إقليم الولاية تابع لمحكمة إدارية أخرى - مثل بلدية مهدية فهي تابعة إدارياً لولاية تيارت لكنها قضائياً تابعة للمحكمة الإدارية بتسميسيلت - في هذه الحالة يمكن أن يكون عقد امتياز العقار الاقتصادي مبرم من طرف مديرية أملاك الدولة لولاية تيارت في حين أن هذا العقار يقع ببلدية مهدية، فهنا كل من المحكمة الإدارية بتيارت والمحكمة الإدارية بتسميسيلت مختصتين إقليمياً للفصل في النزاع وعلى رافع الدعوى أن يختار بين المحكمتين، لكن تسهيلاً للإجراءات التحقيقية من الأفضل أن ترفع الدعوى أمام المحكمة الإدارية التي أبرم في دائرة اختصاصها العقد⁽¹⁾.

أما بالنسبة لطبيعة الاختصاص في مجال المنازعات الإدارية، فنصت عليه المادة 807 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، التي جاء فيها: "الاختصاص النوعي والاختصاص الإقليمي للمحاكم الإدارية من النظام العام،

¹ - لا بد من الإشارة إلى أن هذا المثال افتراضي للتوضيح فقط لكون أن المحكمة الإدارية بتسميسيلت لم يتم تنصيبها بعد.

يجوز إثارة الدفع بعدم الاختصاص من أحد الخصوم في أية مرحلة كانت عليها الدعوى، يجب إثارته تلقائياً من طرف القاضي".

وهكذا في مقدور الأطراف إثارة الدفع بعدم الاختصاص النوعي أو الإقليمي في أية مرحلة كانت عليها الإجراءات أمام الدرجة الأولى للتقاضي، سواء كانت القضية في مرحلة التحقيق أو أثناء جلسة المرافعة، كما يمكن إثارة الدفع بعدم الاختصاص أثناء الاستئناف أو أمام قاضي النقض، وحتى ولو للمرة الأولى، وعلى ذلك فإنّ قواعد توزيع الاختصاص بين الجهات القضائية الإدارية نفسها، أو بينها وبين جهات القضاء العادي هي من النظام العام.

خاتمة:

وهكذا بصدور الأمر رقم 04-08 تمّ إلغاء الأمر رقم 11-06 وتمّ التخلي عن إجراء التنازل عن الأراضي التابعة للأملاك الخاصة للدولة والموجهة لإنجاز مشاريع استثمارية، وتم اعتماد وتكريس عقد الامتياز بشكليته (المزداد العلني والتراضي) حفاظاً على الوعاء العقار من المضاربة، وبصدور قانون المالية التكميلي رقم 11-11 لسنة 2011 عاد المشرع مرة أخرى ليتراجع عن المزداد العلني، وكرس التراضي في منح الامتياز تسهلاً للحصول على العقار الاقتصادي من المستثمرين.

حيث انتهجت الدولة منح الامتياز على الأراضي التابعة للأملاك الخاصة للدولة والموجهة لإنجاز مشاريع استثمارية بنمط التراضي، هذا النمط هو الوحيد في منح الامتياز، ويرخص الامتياز بالتراضي بقرار من الوالي بناء على اقتراح من المدير الولائي المكلف بالاستثمار بالتنسيق مع المديرين الولائيين للقطاعات المعنية على الأراضي التابعة للأملاك الخاصة للدولة والأصول العقارية المتبقية للمؤسسات العمومية المنحلة والأصول الفائضة للمؤسسات العمومية الاقتصادية وكذا الأراضي التابعة للمناطق الصناعية ومناطق النشاطات، وبناء على اقتراح من الهيئة المكلفة بتسيير المدينة الجديدة على الأراضي الواقعة داخل محيط المدينة الجديدة بعد موافقة الوزير المكلف بالمدينة، وبعد موافقة الوكالة الوطنية لتطوير السياحة على الأراضي التابعة لمنطقة التوسع السياحي بعد موافقة الوزير المكلف بالسياحة، وهكذا بموجب المادة 48 من الأمر رقم 01-05 المتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2015 تمّ إلغاء لجنة المساعدة على تحديد الموقع وترقية الاستثمارات وضبط العقار، التي كانت تعتبر كاجبا للاستثمار المحلي نظراً لثقل هذه الآلية في الاستجابة لمطالب المستثمرين.

وبعد منح الامتياز من طرف الوالي - بعد اقتراح وموافقة الهيئات المذكورة أعلاه - تقوم إدارة أملاك الدولة بإعداد عقد إداري مرفقاً بدفتر الشروط، والمدة المحددة لعقد الامتياز أدناها ثلاث وثلاثون (33) سنة قابلة للتجديد مرتين، ومدة أقصاها تسع وتسعون (99) سنة، كما يحوّل منح الامتياز للمستفيد منه الحق في الحصول على رخصة البناء، كما يسمح له زيادة على ذلك بإنشاء رهن رسمي لصالح هيئات القرض على الحق العيني العقاري الناتج عن الامتياز وكذا عن البنائات المقرر إقامتها على الأرض، وذلك لضمان القروض الممنوحة

لتمويل المشروع الاستثماري، ويترتب على كل إخلال من المستفيد من الامتياز للتشريع الساري المفعول وللالتزامات التي يتضمنها دفتر الشروط اتخاذ إجراءات من أجل إسقاط حق الامتياز، لدى الجهات القضائية المختصة، بمبادرة من مدير أملاك الدولة المختص إقليمياً، كما يمكن للمستثمر التنازل عن ملكية البنايات والحق العيني العقاري الناتج عن الامتياز فور الانجاز الفعلي لمشروع الاستثمار والبدء في النشاط .

ضوابط الدفاع الشرعي في ميثاق الأمم المتحدة و واقع الممارسة الدولية
أيت عيسى رايح- باحث دكتوراه - جامعة الجزائر 02

الملخص:

أجاز ميثاق الأمم المتحدة للدول أن تلجأ إلى استخدام القوة المسلحة بحجة الدفاع الشرعي عن النفس لدفع خطر الاعتداء الواقع عليها من قبل دولة أخرى، وهذا الحق لا ينشأ إلا إذا كان هناك عدواناً مسلحاً حالياً ومباشراً واقعاً على نفس الدولة المدافعة أو غيرها من أعضاء الجماعة الدولية التي ترتبط معها برابط المصلحة المشتركة، و وضعت لذلك شروط وضوابط خاصة.

إلا أن الواقع الدولي والممارسة الدولية الراهنة غيرت من مفاهيم القانون الدولي ومن مضامينها وأشكالها، ومن بين هذه التغيرات هو إخراج الإستراتيجية الدفاعية التي كانت تحتكم إلى ضابط العدوان إلى إستراتيجية الدفاع الشرعي الوقائي، فيمكن بموجب هذا المفهوم استخدام القوة ضد دولة أخرى بمجرد التهديد بالعدوان، أي أن يمنح للدولة حق استخدام القوة العسكرية قبل تعرضها لهجوم عسكري موجه ضد إقليمها.

وعليه فإن إشكالية هذا المقال تركز على تحديد شروط وضوابط حق الدفاع الشرعي الوارد في المادة (51) من ميثاق الأمم المتحدة وإبراز مفهوم الدفاع الشرعي الوقائي ومدى شرعيته في الممارسات الدولية في ظل النظام الدولي الجديد

Résumé :

La Charte des Nations Unies permettait aux Etats de recourir à l'usage de la force armée sous le prétexte de la légitime défense pour le risque de pousser l'attaque par un autre État, que la droite ne se pose pas sauf s'il existe une agression armée directe et le même plaidoyer d'État ou autres membres de la communauté internationale qui relie l'intérêt commun et donc mettent des conditions et des contrôles.

Mais les réalités internationales et aux pratiques internationales actuelles changé les concepts du droit international et de son contenu et les formes et parmi ces changements est le résultat de la stratégie défensive était invoquant un agent d'agression, à une stratégie d'autodéfense préventive, en vertu de ce concept, le recours à la force contre un autre État avec la simple menace d'agression, ce qui donnerait à l'état le droit d'employer la force militaire avant l'attaque militaire contre son territoire.

Ainsi, le problème de cet article est basé sur la fixation des conditions et contrôle de droit de légitime défense prévu à l'article (51) de la Charte des Nations Unies, mettant en évidence la notion de légitime défense et la façon dont sa légitimité dans la pratique internationale sous le nouvel ordre international.

تمهيد:

عند نهاية الحرب العالمية الثانية كان ميلاد منظمة الأمم المتحدة، أتت بعد الخراب و الدمار الذي تعرضت له البشرية من جراء قيام هذه الحرب، حيث جاء ميثاق الأمم المتحدة ليحرم اللجوء إلى استخدام القوة تحريماً مطلقاً، ودون قبول أي أعذار أو مبررات من جانب الدول التي تريد اللجوء إلى أسلوب القوة العسكرية، فعبّرت ديباجة الميثاق عن عزم شعوب الأمم المتحدة على إنقاذ الأجيال المقبلة من ويلات الحرب، عن طريق التسامح من أجل العيش في سلام، حيث ورد في نص الفقرة الرابعة من المادة الثانية من ميثاق الأمم المتحدة على أنه: ((يمتنع أعضاء الهيئة جميعاً في علاقاتهم الدولية عن التهديد باستعمال القوة أو استخدامها ضد سلامة الأراضي و الاستقلال السياسي لأية دولة أو على أي وجه لا يتفق و مقاصد الأمم المتحدة.¹

وعلى الرغم من أن ميثاق الأمم المتحدة أقرّ المبدأ العام و هو تحريم استخدام القوة المسلحة في العلاقات الدولية، إلا أنه أورد على هذا المبدأ استثناءات يجوز بموجبها استخدام القوة أو التهديد بها، وتعتبر هذه الاستثناءات في نفس الوقت تأكيداً للمبدأ نفسه أكثر من كونها خروجاً عليه. حيث أجاز ميثاق الأمم المتحدة استخدام القوة في حالة تطبيق إجراءات الأمن الجماعي التي يقررها مجلس الأمن وفقاً لنصوص الفصل السابع من الميثاق.

أما الاستثناء الثاني الذي أجازته ميثاق الأمم المتحدة في استخدام القوة في العلاقات الدولية وهو موضوع بحثنا يتمثل في الدفاع الشرعي وهي الحالة إلى يجوز بمقتضاها للدولة أن تلجأ إلى استخدام القوة المسلحة لدرء خطر الاعتداء الواقع عليها من دولة أخرى. وقد تم التأكيد على هذا الاستثناء في المادة (51) من الميثاق عندما نصت على أنه: "ليس في هذا الميثاق ما يضعف أو ينقص الحق الطبيعي للدول فرادى أو جماعات في الدفاع عن النفس، إذا ما اعتدت قوة مسلحة على أحد أعضاء الأمم المتحدة إلى أن يتخذ مجلس الأمن التدابير اللازمة لحفظ السلم و الأمن الدولي".

¹ - د/أحمد أبو الوفاء، القانون الدولي والعلاقات الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006 ص 470

وينصرف هذا النص الذي يعالج الدفاع عن النفس أو ما يسمى "الدفاع المشروع" إلى الحالة التي تردّ فيها دولة ضحية لعدوان مسلح حال على هذا العدوان دفاعا عن وجودها و استقلالها ،وهو حق طبيعي و أصيل وظيفته رد العدوان إلا أن يباشر مجلس الأمن سلطاته و صلاحياته في مجال حفظ السلم و الأمن الدوليين.¹

ولكن إن أحداث 11 سبتمبر شكلت نقطة تحول هامة عن مسار العلاقات الدولية وحتى على مفاهيم القانون الدولي، فغيرت من مضامينها و أشكالها وكان من بين التغيرات التي أفرزتها هذه الأحداث هو إخراج الإستراتيجية الدفاعية من بعدها التقليدي الذي كان يحتكم إلى ضابط العدوان ،لتبرزها في حلة جديدة بمفهوم و تطبق مغاير عن ذلك الذي ألفه المجتمع الدولي.²

فما هي ضوابط استخدام القوة في إطار الدفاع الشرعي الواردة في منظمة الأمم المتحدة ؟ وما هي أسباب الاختلاف حول نطاقه ؟ وما مفهوم الدفاع الشرعي الوقائي ؟ وما مدى شرعيته ؟

سنحاول الإجابة على هذه التساؤلات من خلال مبحثين. حيث نتناول في المبحث الأول منه شروط ممارسة حق الدفاع الشرعي في ميثاق الأمم المتحدة و نتطرق خلاله إلى الشروط الخاصة بفعل العدوان المسلح ثم الشروط الخاصة بالدفاع و شرط رقابة مجلس الأمن ، أما المبحث الثاني نعالج فيه نطاق الدفاع الشرعي و أسباب الاختلاف حول نطاقه، ثم مفهوم الدفاع الشرعي الوقائي و مدى شرعيته .

المبحث الأول: شروط ممارسة حق الدفاع الشرعي في ميثاق الأمم المتحدة

إن الحق في استخدام القوة المسلحة بحجة الدفاع الشرعي عن النفس في مواجهة العدوان ،لا ينشأ إلا إذا كان هناك عدوانا مسلحا حالا و واقعا على نفس الدولة المدافعة أو غيرها من الأعضاء في الجماعة الدولية و التي ترتبط معها برباط المصلحة المشتركة .

فالهدف من الدفاع عن النفس هو رد عدوان مسلح ،و هو ما يقتضى- بالضرورة أن يكون استخدام القوة لغايات الدفاع أمرا ضروريا و متناسبا مع الفعل الموجه ضد الدولة المهدد لوجودها و لسيادتها ، فإذا كان يمكن رد الاعتداء بوسائل غير عسكرية لا تقوم حالة الدفاع ، كما يجب أن تلتزم الدولة في ردها بأن يكون فعل الدفاع بقدر حجم الاعتداء و أن لا تتجاوزه لتحقيق مرام أخرى، و يضاف إلى هذين الشرطين شرط آخر ورد صراحة في المادة (51) من الميثاق و هو الشرط الخاص برقابة مجلس الأمن.³

¹ - على دحامية، تجاوز حق الدفاع الشرعي في ظل القانون الدولي، مذكرة ماجستير في القانون الجنائي الدولي، جامعة سعد دحلب، البليدة، 2007، ص 67

² - د/ جمال محي الدين ، دور مجلس الأمن في تحقيق السلم والأمن الدوليين في ظل التغيرات الدولية، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق بن عكنون، الجزائر، 1998.

³ - د/ تونسني بن عامر ، المسؤولية الدولية: العمل غير المشروع كأساس للمسؤولية الدولية، منشورات حلب، 1995، ص 270

المطلب الأول : الشروط الخاصة بالعدوان

ينبغي لقيام حالة الدفاع الشرعي أن نكون بصدد عدوان مسلح غير مشروع، وأن يكون هذا العدوان حالاً و مباشراً و أن يهدد أحد الحقوق الجوهرية للدولة المعتدى عليها، و المتمثلة في سلامة الإقليم و الاستقلال السياسي و حق تقرير المصير، و من هنا يتبين لنا أن شروط العدوان تتمثل في ثلاثة شروط وهي:

الفرع الأول : حدوث عدوان مسلح غير مشروع

وحتى يكون هناك استخدام القوة المسلحة في إطار الدفاع الشرعي مشروعاً من وجهة نظر القانون الدولي يجب أن يكون مبرر استخدامها مواجهة اعتداء مسلح أو رد عدوان مسلح، غير أن التساؤل الذي يطرح في هذا الصدد، ما هي الأعمال التي تشكل عدوان في نظر القانون الدولي، و التي يسمح وقوعها للدول بمباشرة حق الدفاع عن نفسها؟ لاسيما أن ميثاق الأمم المتحدة اكتفى ببيان إمكانية استخدام القوى المسلحة بموجب أن مادتين (51) (في إطار الدفاع الشرعي) و المادة (34) (في إطار حفظ السلم و الأمن الدوليين) دون أن يحدد مفهوم العدوان.¹

نتيجة لذلك ظهرت عدة محاولات لتعريف العدوان و تعود إرهاباتها إلى عصبة الأمم المتحدة من خلال مؤتمر نزع السلاح عام 1932-1933 دون جدوى، ثم أثار بعدها الإتحاد السوفياتي الموضوع في الأمم المتحدة سنة 1950 عقب نشوب الحرب في كوريا بمائل المشروع الذي قدمه إلى اللجنة العامة لمؤتمر نزع السلاح سنة 1933، غير أن تضارب المصالح و اختلاف الإيديولوجيات و وقتها حال دون التوصل إلى تعريف العدوان²

وضلت المحاولات مستمرة إلى غاية صدور قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 3314 في 14 سبتمبر 1974 أين وضع تعريفا للعدوان في مادته الأولى التي جاء فيها: "العدوان هو إرسال الدولة باسمها مجموعة أو قوات غير نظامية أو مرتزقة شن عمل مسلح له خطورته على إقليم دولة أخرى" ثم استطردت المادة الثالثة من ذات القرار لتعدد جملة من الأعمال التي يشكل ارتكابها عملاً عدوانياً يخول للدول استخدام القوة بحجة الدفاع الشرعي لرده .

ونجد المادة الرابعة من القرار (3314) تضيف أن الأعمال المعددة أعلاه (أي في المادة الثالثة) ليست جامعة و إن المجلس الأمن سلطة الإقرار باعتبار أعمالاً أخرى شكل عدوان بمقتضى الميثاق.³

أما عن فعل العدوان المسلح فذلك لا يغدو متوافراً إلا إذا اجتمعت فيه عدة عناصر أهمها (كمية السلاح المستخدم و نوعيته، الصفة العسكرية للعدوان، القصد العدواني للدولة البادئة بالعدوان و أخيراً الخطورة الناجمة عن الفعل العدواني)، كما نلاحظ أنه لا بد أن تكون للفعل العدواني درجة معينة من الخطورة والجسامه وبدون

¹ - د/ أحمد أبو الوفا، المرجع السابق، ص 403

² - د/ أحمد بو عبدالله، العدوان في ضوء القانون الدولي المعاصر، مجلة العلوم القانونية، جامعة عنابة، الجزائر، العدد السابع، 1992، ص 92

³ - انظر قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 3314 الصادر في 14 ديسمبر

هذه الخطورة لا نكون بصدد عدوان مسلح ،ولعل هذا ما يميز حق الدفاع الشرعي في القانون الدولي عنه في القانون الداخلي (القانون الجنائي) الذي يتطلب درجة معينة من الجسامه بل يشترط فيه فقط أن يكون عدواناً خطر حال أو وشيك الوقوع.¹

ومن الأهمية بمكان أن نوضح هنا أن لفظ الاعتداء المسلح (العدوان) ينحصر عن أعمال المقاومة وذلك أن حق الشعوب في الكفاح من أجل تقرير مصيرها أصبح مبدأ من المبادئ الأساسية في القانون الدولي.²

الفرع الثاني: أن يكون العدوان المسلح حالاً و مباشراً

أن يكون العدوان قد وقع فعلاً و لكنه لم ينته بعد ،أو وقع ولا زالت آثاره بادية ،ومن ثم لا يجوز الدفاع الشرعي المواجهة العدوان المحتمل أو المستقبلي حتى ولو كان وشيك الوقوع.³

ومعنى ذلك أن العدوان يجب أن يكون واقعاً بالفعل و ليس على وشك الوقوع إذ لا يكفي أن يكون العدوان وشيك الوقوع حتى ولو كان منطوي على تهديد باستخدام القوة، أو اقترن بإعداد العدة للهجوم بالفعل، إذ يكون في وسع الدولة الموجه ضدها التهديد للتقدم بشكوى إلى مجلس الأمن لاتخاذ ما يراه مناسباً في هذا الصدد وفقاً لنص المادة(39) من الميثاق، وهذا بالإضافة إلى أن العدوان يجب أن يكون مباشراً بمعنى أن تكون القوات المسلحة لدولة ما قد بدأت بالفعل في غزو إقليم دولة أخرى، أما العدوان غير المباشر الذي يتمثل في القيام بمناورات على الحدود أو التحريض على إثارة الحرب فإنه لا يعد من قبيل العدوان الذي يستوجب قيام حالة الدفاع الشرعي.⁴

الفرع الثالث: أن يكون العدوان موجهاً ضد سلامة دولة عضو في الأمم المتحدة أو استقلالها السياسي أو أن يكون من شأنه إعاقة شعبها في تقرير المصير.

وهذا ما تم التأكيد عليه في المادة (2) الفقرة (4) من ميثاق الأمم المتحدة حيث ألزم الدول الأعضاء بأن تمتنع عن التهديد باستعمال القوة أو استخدامها ضد سلامة الأراضي الاستقلال السياسي لبقية الدول الأعضاء أو على وجه آخر لا يتفق وأحكام الميثاق، كما ورد حق السلامة الإقليمية في جميع مشاريع تعريف العدوان حتى قرار الجمعية العامة الصادر لتعريف العدوان رقم 3314.

أما عن حق الاستقلال السياسي يعني الاعتراف لحق الدولة في ممارسة مظاهر سيادتها و سلطاتها على المستوي الداخلي أو الدولي بجزية تامة و دون تدخل من أحد، وعليه يعد أي دعم أو مساعدة من الثوار أو المتمردين بقلب نظام الحكم عدواناً على الاستقلال السياسي للدولة.

¹ - د/ رجب عبد المنعم متولى المرجع السابق ص 299

² - د/ بوكرا إدريس، مبدأ عدم التدخل في القانون الدولي المعاصر، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1990، ص 188

³ - د/ أحمد سيف الدين ،مجلس الأمن، ودوره في حماية السلام العالمي، قدم له الدكتور محمد المجذوب، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، 2012، ص 44

⁴ - د/ جاد عبد الرحمان واصل، إرهاب الدولة في إطار قواعد القانون الدولي العام، دار الجامعة الجديد، مصر، 2008، ص 209

إن الحق في تقرير المصير يعني أن تكون لكل شعب السلطة العليا في تقرير مصيره دون تدخل أجنبي. ولهذا الحق جوانب داخلية و أخرى دولية.¹

ولقد تأكد حق تقرير المصير في المادة (1) الفقرة (2) و المادة (55) من الميثاق، فجاء سياق المادة الأولى في فقرتها الثانية واضحاً على هذا الحق حيث قالت: "أن من مقاصد الأمم المتحدة إنماء العلاقات الودية على أساس احترام المبدأ الذي يقضي بالتسوية في الحقوق بين الشعوب وبأن يكون لكل منها حق تقرير مصيرها، وكذلك اتخاذ التدابير الأخرى الملائمة لتعزيز السلم العام".²

وأكدت المادة (55) هذا الحق بقولها: "رغبة في تهيئة دواعي الاستقرار و الرفاهية الضروريين لقيام علاقات سلمية ودية بين الأمم مؤسسة على احترام المبدأ الذي يقضي- بالتسوية في الحقوق بين الشعوب و أن يكون لكل منها حق تقرير مصيرها".

كما نص على هذا مختلف المواثيق الدولية و قرارات الجمعية العامة للأمم المتحدة أهمها القرار رقم 1514/15 الصادر في 14 ديسمبر 1960.³

المطلب الثاني : الشروط الخاصة بالدفاع

من الشروط الواجب توفرها بمقتضى القانون الدولي العرفي في ممارسة الدفاع عن النفس ضرورة فعل الدفاع و تناسبه مع فعل الاعتداء أو الهجوم المسلح .

وهو شرط مستقر في القانون الدولي منذ حادثة السفينة "كارولين"⁴ عام 1937. فقد أُلِف الكتاب و الدول معا إلى الرجوع إليها لدعم الإدعاء بالحق في الدفاع عن النفس بأنه يجب أن يكون ضروريا و متناسبا مع الاعتداء.⁵ وعليه يشترط في فعل الدفاع شرطان هما اللزوم و التناسب.

الفرع الأول : اللزوم :

يتعلق بكيفية الدفاع عن النفس و يشترط فيه ما يلي :

¹ - د/ صالح الدين عامر، قانون التنظيم الدولي، النظرية العامة، دار النهضة العربية، الطبعة الثالثة، 1987، ص 263

² - د/ محمد أبو الفضل، جنوب السودان وحق تقرير المصير، مجلة السياسة الدولية، العدد 116، أبريل 1994.

³ - انظر القرار رقم 1514/15 الصادر عن الجمعية العام للأمم المتحدة

⁴ - تلخص وقائع هذه القضية في استخدام السفينة الأمريكية "كارولين" من قبل جاعات مسلحة كندية لإرهاب السلطات في كندا وإزعاجها، وبينما كانت راسية في أحد الموانئ الأمريكية المحاذية لشاطئ، قامت القوات البريطانية بمهاجمتها وتدميرها، وقد أثبتت قانونية السلوك البريطاني عندما رغبت السلطات البريطانية بتحرير أحد الأشخاص المشاركين في الهجوم ضد السفينة، حيث أوضحت حكومة الولايات المتحدة في ردها على الطلب البريطاني أن الدفاع عن النفس مقيد بشرط الضرورة والتناسب بين الاعتداء وفعل الدفاع.

⁵ - د/ محمد خليل الموسي، المرجع السابق، ص 98/97

أ- أن يكون الدفاع هو الوسيلة الوحيدة لصد الهجوم:

يقصد بذلك أن الدولة ليست لديها وسيلة أخرى غير اللجوء إلى استعمال القوة لدرء الاعتداء فإن وجدت لها وسيلة أخرى لصد العدوان غير استخدام القوة فلا يكون في هذه الحالة فعل الدفاع مباحاً، ويعتبر الفعل الذي تأتبه الدولة في هذه الحالة عدواناً، وتطبيقاً لذلك نرى أنه إذا تمكنت الدولة من الاستعانة في الوقت المناسب بمعونة منظمة دوليه و كانت المعونة على درجة كافية لإفقاذه من العدوان المسلح المرتكب ضدها، فلا يكون الدفاع الشرعي محل، والمغزى من هذا الشرط هو تجنب استعمال القوة المسلحة طالما كان في وسع الدولة المعتدى عليها رد الاعتداء بطرق أخرى كاللجوء إلى الإجراءات السلمية المتوفرة في القانون الدولي و متاح ذلك لها.¹

ب- أن يكون الدفاع موجه ضد الدولة المعتدية:

لا يجوز أن يكون مصدر العدوان دولة ما ويوجه الرد إلى دولة أخرى والا كان عدواناً، و يترتب على ذلك أيضاً أنه لا يجوز أثناء قيام الحرب أن تلجأ الدولة المحاربة إلى الدفاع الشرعي عن نفسها أو عن حلفائها عن طريق انتهاك حياد دولة غير مشتركة في الحرب.

ومن ثم إذا وقع الاعتداء على أحد الدول و مارست الدولة حقها في الدفاع فإن لها أن تقوم بأعمال الدفاع، وتوجيهها لنفس الدولة المعتدية ولا يجوز أن يوجه عمل الدفاع ضد دولة غير الدولة المعتدية حتى ولو كانت من حلفائها إلا عدّ هذا انتهاكاً لحيادها ومن ثم يكون لها حق الدفاع الشرعي في مواجهة هذا العدوان، مثل انتهاك ألمانيا لحياد بلجيكا بمعاهدة 1839 و حياد لوكسمبورغ المكفول بموجب معاهدة 1867 فلا يكون تبريره على أنه دفاعاً شرعياً بل هو عدواناً مسلحاً يستوجب إعمال الحق في الدفاع الشرعي في مواجهته.²

ج- الطابع المؤقت للدفاع الشرعي:

تمنح المادة (51) من ميثاق الأمم المتحدة لمجلس الأمن دوراً مركزياً و أساسياً. فهي تلزم الدول الأعضاء في الأمم المتحدة التي اتخذت عدداً من التدابير استعمالاً لحقها في الدفاع الشرعي على النفس أن تبلغ مجلس الأمن فوراً بهذه التدابير وهكذا يظهر أن الحق في الدفاع عن النفس هو مؤقت un droit temporaire ينتهي لحظة أن يتخذ الجهاز المختص (مجلس الأمن) التدابير التي يراها ضرورية لحفظ السلم و الأمن الدولي.³

فيجب أن يكون الدفاع في لحظة العدوان و عند غياب مجلس الأمن أو إلى أن يتخذ مجلس الأمن التدابير المناسبة لمواجهة العدوان وهذا العدوان و هذا واضح في نص المادة (51) من الميثاق التي نصت على ذلك بقولها " وذلك إلى أن يتخذ مجلس الأمن التدابير اللازمة لحفظ السلم و الأمن الدولي" و كأن اختصاص الدولة

¹ - د/ توفسي بن عامر، المرجع السابق، ص 278

² - د/ رجب عبد المنعم متولي، المرجع السابق، ص 306/307

³ - د/ محمد خليل الموسي، المرجع السابق، ص 103

بالدفاع هنا مقيد بقيد الحلول في الاختصاص أو بصلاحيات أعمال الوكالة أو النيابة عند غياب الأصل في القيام بأعمال الدفاع.¹

أي أن مقتضى هذا الشرط أن تتوقف الدولة المعتدى عليها عن استخدام حقها في الدفاع الشرعي بمجرد تدخل مجلس الأمن و اتخاذ كافة التدابير اللازمة لحفظ السلم و الأمن الدوليين ، ويكشف لنا الواقع العملي أن اتخاذ تلك التدابير من قبل مجلس الأمن قد يستغرق فترة زمنية طويلة، نظرا للإجراءات المتعددة التي يجب على المجلس إتباعها حتى يمكن التدخل لنجدة الدولة المعتدى عليها ، مما يمكن المعتدى من جني ثمار عدوانه و يؤدي إلى تدهور خطير في أوضاع الدولة المعتدى عليها في حالة عدم تمكنها من صد العدوان.²

الفرع الثاني: التناسب

يتعلق شرط التناسب بكمية الدفاع أي بمدى تناسب الوسيلة المستخدمة في الدفاع مع الوسيلة المستخدمة في الاعتداء أو مع فعل العدوان و يعني هذا تناسب الوسيلة التي تستخدمها الدولة ضحية العدوان في الدفاع عن نفسها مع فعل العدوان .

فلقد أجازت المادة (51) من ميثاق الأمم المتحدة أفعال الدفاع الشرعي عن النفس في حالات الاعتداء المسلح، غير أنه يتعين على الدول الأعضاء في الأمم المتحدة أن تضمن عدم اتخاذ الدفاع الشرعي عن النفس حجة لاستخدام القوة بطريقة غير مشروعة، و في هذا الصدد ينبغي أن نحدد معايير موضوعية لتحديد نطاق حق الدفاع الشرعي و أحد هذه المعايير هو مبدأ التناسب فليس هناك أي مبرر أمام الدولة المهددة للاستيلاء على السلطة في دولة أخرى أو تغيير نظامها السياسي القائم أو ضم إقليمها.³

فمعيار التناسب في القوانين الجنائية الداخلية يقوم على أساس مسلك الشخص العادي إذا وضع في نفس الظروف المحيطة بالمدافع، أما في المجال الدولي هناك رأيين:

- حيث تقوم وجهة النظر الأولى على أساس تحديد التناسب في ضوء الأخطار المرتكبة سلفاً، فالتناسب يتعلق فقط بحالة عدم المشروعية السابقة التي بررت اللجوء إلى الدفاع الشرعي، أما الأحداث المستقبلية فليس لها دور في تقدير التناسب.

-أما وجه النظر الثانية فتقر أن لاستخدام المتناسب للقوة هو ذلك لاستخدام الذي يقصد به منع المعتدي من تكرار أو معاودة تصرفه غير المشروع، وحثه على إنهاء هذا التصرف و عدم الإصرار على القيام به مستقبلاً.⁴

¹ - د/رجب عبد المنعم متولي، المرجع السابق، ص 307

² - د/سامي عبد الرحمان واصل، المرجع السابق، ص 215

³ - د/تونس بن عامر، المرجع السابق، ص 281/282

⁴ - د/ سامي جاد عبد الرحمان واصل، المرجع السابق، ص 216

و المشكلة هنا ليست في العدوان بالأسلحة العادية أو التقليدية إنما المشكلة في أعمال العدوان التي تتم بالأسلحة النووية أو الحديثة هل يتم الرد عليها بالأسلحة التقليدية أم بنفس الأسلحة؟

ولعل صعوبة هذا الوضع ترجع إلى الاختلاف البين بين الأسلحة التقليدية و الأسلحة النووية من حيث القوة التدميرية الهائلة التي تترتب عن الأسلحة النووية بخلاف الحال بالنسبة للأسلحة التقليدية فإن كمية الدمار و الخراب التي تحدثها تكون محدودة ، وفيها يتعلق بتوقيت الرد على تلك الأسلحة مما لاشك فيه أن استخدام السلاح النووي الهجوم لا يترك فرصة للدولة المعتدي عليها في التفكير و الرد، إن مدى الأسلحة التقليدية محدود بينما تتجاوز الأسلحة النووية حدود الدولة المعتدى عليها إلى حدود غيرها من الدول المجاورة.

فمقياس التناسب ليس معناه التماثل أو التساوي إنما معناه الرد في أضيق نطاق لرد العدوان أو وقفه أو تفادى نتائج الضارة قدر الإمكان و إلا ترتب على الرد بالمثل بالعدوان إلى الوراء حيث عصر- سيادة القوة على القانون و لعشنا في عصر شريعة الغاب هذا إن قدر و إن كانت هناك معيشة أو حياة فمن المعلوم أن السلاح النووي سلاح ذو قوة تدميرية شاملة حالة و مستقبلية بل تمتد آثاره عبر أجيال قادمة.¹

المطلب الثالث: شرط رقابة مجلس الأمن

بناءً على نص المادة (51) من ميثاق الأمم المتحدة تلتزم الدول الأعضاء بإخطار مجلس الأمن بكافة التدابير التي اتخذتها للدفاع عن نفسها ، ويقوم مجلس الأمن بناء على المادة (40) بتقديم توصيات للدول، وذلك باتخاذ تدابير مؤقتة دون الإخلال بحقوق المتنازعين ، ولا يمكن أن تؤثر هذه التدابير المتخذة من طرفه بأي حالة فيما له من سلطات و مسؤوليات المستمدة من أحكام هذا الميثاق في وقت ما يشاء من أعمال لحفظ السلم ولأمن الدوليين أو إعادته إلى نصابه.²

لعل الهدف من إلزام الدول المعنية بإبلاغ مجلس الأمن بما اتخذته من تدابير استناداً لحقها في الدفاع الشرعي، يكمن في تمكين هذا الجهاز المعني أساساً بحفظ السلم و الأمن الدولي، من التحقق من توافر شروط اللجوء إلى الدفاع الشرعي ، التزام الدولة التي تمارس حقها في الدفاع عن نفسها بالضوابط التي يجب مراعاتها عند ممارسة هذا الحق، وذلك حتى يمكن للمجلس أن يتخذ ما يراه مناسباً من تدابير لحفظ السلم و الأمن الدوليين، في ضوء ما تم اتخاذه من تدابير من قبل الدولة المعنية وظروف الحالة المعروضة.³

¹ د/رجب عبد المنعم متولي، المرجع السابق، ص 309/308

² د/ بوكرا إدريس، المرجع السابق، ص 279

³ د/عبد الله المسدي، الحرب ضد الإرهاب والدفاع الشرعي في ضوء أحكام القانون الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى، 2006، ص 89

وينتهي حق الدفاع الشرعي في الوقت الذي يضطلع فيه مجلس الأمن بمسؤولياته باتخاذ تدابير نحو الحفاظ على الأمن و السلم الدوليين، ولكن يجب أن تكون التدابير ذات مضمون واضح وفعال ومن ثم لا يكفي أن يناشد مجلس الأمن الدولي الدول أطراف النزاع بوقف العمليات العسكرية و ضبط النفس.¹

- إلى جانب هذه الشروط توجد شروط أخرى خاصة بالدفاع عن النفس الجماعي وهي إعلان الدولة الضحية تعرضها لهجوم مسلح و طلبها تدخل طرف ثالث و شرط وجود اتفاق للدفاع المشترك. أخيراً يمكننا القول أن حق الدفاع الشرعي من خلال القانون الدولي ومن خلال ميثاق الأمم المتحدة، يمثل الاستثناء الوحيد على المبدأ الأساسي المكرس فيه وهو حظر استخدام القوة أو التهديد بها في العلاقات الدولية، وهذا المبدأ الذي ألغى من قاموس القانون الدولي التقليدي فكرة حرية الدولة في شن الحرب، حيث كانت تعد من بين وسائل التعامل في علاقات الدول.

المبحث الثاني: ممارسة حق الدفاع الشرعي في النظام الدولي الجديد

إن حق الدول في الدفاع الشرعي عن النفس يعد من بين قواعد القانون الدولي كاستثناء عن مبدأ حظر استخدام القوة في العلاقات الدولية بدأ يتأثر بما يقع في المجتمع الدولي من تطورات و تغيرات متسارعة في موازين القوة الدولية و تبدل مفاهيم القانون الدولي بسبب ظاهرة العولمة التي تحكم نظام دولي أحادي القطب في دواليب اتخاذ القرار من خلال إفراد الولايات المتحدة بالريادة على المستوى الدولي.

فما نطاق الحق في الدفاع الشرعي ؟ وما مفهوم الدفاع الشرعي الوقائي ؟ وما مدى شرعية ؟

سنحاول التعرض في هذا المبحث للإجابة على هذه الإشكالية في ثلاثة مطالب :

المطلب الأول: نطاق الحق في الدفاع الشرعي.

المطلب الثاني: مفهوم الدفاع الشرعي الوقائي.

المطلب الثالث: مدى شرعية الدفاع الشرعي الوقائي.

المطلب الأول : نطاق الحق في الدفاع الشرعي.

يوصف نطاق الحق في الدفاع عن النفس بأنه من أكثر الحقوق المعترف بها في القانون الدولي إثارة للجدل والخلاف، فثمة انقسام واسع في القانون الدولي بخصوص نطاق الحق حيث يعتقد بعض الدارسين - وكذلك بعض الدول - بوجود حق في الدفاع عن النفس الوقائي "self-défence" و بأن الدفاع عن النفس يشمل أيضاً حماية المواطنين في الخارج، وهو ليس خلافاً جديداً في القانون الدولي، حيث تمتد جذوره بعيداً في أعماق

¹ د- محمد السعيد الدقاق، التنظيم الدولي، دار الجامعة الجديدة للنشر، إسكندرية، 1995، ص 243

الفكر القانوني و لم يكن طي النسيان أثناء وضع ميثاق الأمم المتحدة، وقد أضيف إلى هذا الخلاف موضوع آخر يتعلق باستخدام الدفاع عن النفس كرد على أعمال إرهابية.¹

إن أسباب الاختلاف حول نطاق دفاع عن النفس يرجع الى تفسير نص المادة (51) من ميثاق الأمم المتحدة، حيث تتنازع على هذا التفسير نظريتان: نظرية التفسير الموسع (المقررة) التي تعترف بحق الدفاع الشرعي الوقائي و أنصارها ميكي و كيلوغ، ونظرية التفسير الضيق (المنشئة) و أنصارها أو بنهايم وكلسن و التي وضعت شروطاً للدفاع الشرعي.²

فهناك اتجاهات فقهيان مختلفان إزاء تفسير نص المادة (51) الوارد في ميثاق الأمم المتحدة

الفرع الأول: نظرية التفسير الواسع:

تسمى النظرية المقررة و يرى أنصار هذا الرأي أن الحق في الدفاع عن النفس هو حق واسع، فهو يعطى الحق لجميع الدول الأعضاء في الهيئة الدولية وغير الأعضاء بصفة فردية أو جماعية في ممارسة حقهم في الدفاع الشرعي وهذا النظرية تعترف بالحق في الدفاع الشرعي بصفة عامة عند وقوع هجوم مسلح أو عدوان أو حتى مجرد تهديد بالعدوان وهي تعترف بهذا بحق الدفاع الشرعي الوقائي.³

يؤسس التيار الداعي إلى هذا التفسير الواسع وجهة نظره على جملة من الركائز و الأسانيد أهمها:

1- يظهر من الإشارة الوارد في المادة (51) من الميثاق إلى الحق الطبيعي "le droit naturel" للدفاع عن النفس على ثنياه الذي كان معروفاً به في القانون الدولي العرفي، و أنه لم ينشأ حقاً جديداً مخالفاً لذلك الذي كان معروفاً قبل نفاذه.

2- لقد كان "الحق الطبيعي" في الدفاع عن النفس المعترف به في القانون الدولي العرفي المعمول به قبل نفاذ ميثاق الأمم المتحدة يتضمن صوراً متنوعة للدفاع عن النفس غير الدفاع عن النفس ضد هجوم مسلح، فكان يشمل حماية المواطنين و الدفاع عن النفس الوقائي.

الفرع الثاني: نظرية التفسير الضيق :

تسمى النظرية المنشئة (constitutive) وهذه النظرية لا تعترف بالحق في الدفاع الشرعي إلا في أضيق الحدود التي تجعل له مضموناً كاملاً و محدداً من أنصارها أو بنهايم sorsen—kunz-klse-brownlie، ويستند أنصار هذه النظرية على الركائز التالية:

¹ - د/محمد خليل الموسى، المرجع السابق، ص 118

² - د/ رجب عبد المنعم متولي، حرب الإرهاب الدولي والشرعي الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، ص 320

³ - د/رجب عبد المنعم متولي، مبدأ تحريم الاستيلاء على أراضي الغير بالقوى في ضوء القانون الدولي المعاصر، المرجع السابق، ص 296

1- تنص المادة (51) ذاتها صراحة على الحق في الدفاع عن النفس ضد هجوم مسلح - *agresssion armed* - *attack armée*.

2- يعد الدفاع عن النفس استثناء على مبدأ تحريم استعمال القوة في العلاقات الدولية المقررة في المادة (2) الفقرة (4) من ميثاق الأمم المتحدة، والاستثناء وفقاً للقواعد المستقرة في التفسير - يجب أن يفسر- تفسيراً ضيقاً دون توسع.

3- لا يعدو للقيود والشروط المدرجة في نص المادة (51) من الميثاق أي معنى أو مغزى إذا جرى التوسع في تحديد نطاق الحق في الدفاع عن النفس، لان غايتها تقييد ممارسة هذا الحق إلى أدنى مدى ممكن.¹

وما يلاحظ في الممارسات الدولية أن الدول تسعى جاهدة إلى تجنب المواقف والتفسيرات المتضاربة بشأن نطاق الدفاع عن النفس لكنها تسعى في الوقت ذاته للتمتع بأوسع مدى ممكن أو متاح لها في ممارسة هذا الحق.

المطلب الثاني: مفهوم الدفاع الشرعي الوقائي

الفرع الأول: تعريف الدفاع الشرعي الوقائي

لا شك أن أحداث 11 سبتمبر شكلت نقطة تحول هامة على مسار العلاقات الدولية وحتى مفاهيم القانون الدولي فغيرت من مضامينها وأشكالها وكان من بين التغيرات التي أفرزتها هذه الأحداث هو إخراج الإستراتيجية الدفاعية من بعدها التقليدي الذي كان يحتكم إلى ضابط العدوان، وإبرازها في حلة جديدة بمفهوم وتطبيق مغاير عن ذلك الذي ألفه المجتمع الدولي.²

فأضحت الإستراتيجية الدفاعية في ظل الوضع الراهن لاسيما على مستوى الممارسة الدولية يحتكم إلى بعدين آخرين، يتعلق البعد الأول بالتهديدات النووية، رغم انحسارها عقب الحرب الباردة إلا أن شبحها مازال يلوح في الأفق في مناطق متفرقة من العالم مثل الصين، روسيا، جمهوريات الإتحاد السوفياتي سابقاً، إيران، كوريا الشمالية، الهند، باكستان.

أما البعد الثاني الذي أصبح الباعث لإعمال الإستراتيجية الدفاعية فهي الهجمات الإرهابية التي أطلت برأسها كبعد آخر في المعادلة.

فكان من المنطقي أن تنعكس مثل هذا التغيرات الجذرية الراهنة على آلية الدفاع التشريعي التقليدي الذي أصبح يكتسي طابعاً وشكلاً آخر دخل تحت مسمى الحرب الوقائية (الدفاع الشرعي الوقائي).³

¹ - د/محمد خليل موسى، المرجع السابق، ص 121

² - د/ ليلي نقولا الرحباني، التدخل الدولي، مفهوم في طور التبدل، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى 2011، ص 134

³ - د/عبد الرحمان لحرش، المجتمع الدولي، التطور و الأشخاص، دار العلوم والنشر والتوزيع، عنابة، الجزائر، الطبعة 2007، ص 82

ويقصد بالدفاع الشرعي الوقائي قيام دولة أو أكثر بهجمات عسكرية إستباقية "per empitive strikes" عند ما تكون متأكدة أو لديها أسباب تدفعها إلى الاعتقاد أنه دولة أخرى أو أكثر ستشروع بمهاجمتها عسكرياً، تمنح فكرة الدفاع عن النفس الوقائي "anticipatory self defence" الدول حق استخدام القوة العسكرية قبل تعرضها لهجوم عسكري موجه ضد إقليمها أو ضد قوات عسكرية تابعة لها موجودة خارج إقليمها.¹

الفرع الثاني: أساس فكرة الدفاع الشرعي الوقائي

تستند فكرة الدفاع عن النفس الوقائي - من جهة نظر الداعين إليها - إلى حجة "الميتافانونية" "argument - guridique" فهاها أن عالم اليوم يعج بأسلحة تهدد أمن الدول و وجودها مثل الصواريخ الباليستية بعيدة و متوسطة المدى والأسلحة النووية وغيرها من أسلحة الدمار الشامل التي يمكن بواسطتها تدمير أية دولة تدميراً كلياً دون الحاجة إلى مواجهة عسكرية مباشرة بين الدول، فليس مقبولاً أو منطقياً أن تنتظر الدول وقوع هجوم متوقع كهذا ضدها من جانب دولة أخرى، فتعرض الدولة إلى تهديد جدي يمنحها حق القيام بضربات إستباقية حفاظاً على وجودها وأمنها.²

بالإضافة إلى حجة "الميتافانونية" السالفة الذكر، يقدم مؤيدو فكرة الدفاع عن النفس الوقائي أساساً قانونياً لدعم وجهة نظرهم، حيث يوضحون أن القاعدة الدولية التي كان معمولاً بها قبل نفاذ ميثاق الأمم المتحدة لم تسمح بإقرار المادة (51) من الميثاق، وهو ما يعني أن القاعدة الدولية العرفية الموجودة قبل وضع الميثاق ظلت على حالها ولم تعدلها المادة (51) أو تلغي الحكم فيها، وهي قاعدة كانت تجيز الدفاع عن النفس الوقائي.³

كما حاولت الولايات المتحدة الأمريكية تحديد مفهوم الإرهاب بصورة منفردة وإعلان حرب شاملة عليه في كل مكان والخلط بينه وبين مفهوم "المقاومة" وظهور نظرية الحرب الوقائية مظهر من مظاهر الدفاع الشرعي .

المطلب الثالث : مدى مشروعية الدفاع الشرعي الوقائي

يعود استعمال الدفاع الشرعي الوقائي لأول مرة إلى بدايات الحرب العالمية الثانية عندما استخدمته ألمانيا ضد النرويج بذريعة منع غزو الحلفاء ألمانيا، غير أن محكمة نورمبرغ رفضت الحجة الألمانية وأكدت على عدم مشروعيتها في إشارة واضحة إلى عدم الاعتراف بمبدأ الدفاع الشرعي الوقائي .

الفرع الأول : موقف الفقه الدولي :

وقد ساهمت الممارسات الإسرائيلية كما هو معروف في تطوير هذا المبدأ حيث كانت غالباً ما تتمسك بما يسمى بالدفاع الشرعي الوقائي دعماً من اجتهادات الفقهاء الاسرائيليين الذين ساهموا بقسط كبير في تأصيل هذه

¹ - د/محمد خليل الموسى، المرجع السابق، ص124

² - Thomas frank. « recourse to force.state action against thecats and armed attack ».combridge. Cambridge université presse.2003.p140

³ - Antonio cassese « international law ».oxford ;oxford university press.2001.p308

النظرية ، أما عن موقف رجال القانون الدولي حيال مبدأ الدفاع الشرعي الوقائي فيذهب السواد الأعظم إلى التأكيد على أن الدفاع الشرعي المعترف به هو ما تضمنته المادة (51) من ميثاق الأمم المتحدة ، وإن كان نذر قليل منهم يهمل لهذا المبدأ ويدعم حق الدول في توجيه ضربات وقائية لمواجهة لخطر محتمل ولعل ابرز المنظرين لهذا المبدأ الفقيه الأمريكي اوينهايم الذي جاء في كتابه القانون الدولي الطبعة التاسعة ما يلي " بالرغم من أن اللجوء إلى استخدام حق الدفاع عن النفس الوقائي غير قانوني ولكنه في الوقت نفسه ليس بالضرورة انه عمل غير قانوني في جميع الحالات ويعتمد الأمر على حقائق الوضع القائم يضمنها على وجه التخصيص جدية التهديد ، وإلى أي حد يكون ضروريا استخدام الضربة الإستباقية ، وهل أنها السبيل الوحيد لتفادي التهديد الحقيقي" ¹.

وفي هذا الإطار يقول bowett أن العرف الدولي وكذلك قرارات المحاكم قبل منظمة الأمم المتحدة كانت تقر بمشروعية الدفاع الوقائي الذي كانت تبرره الضرورة التي لا تترك المجال لاختيار الوسائل ولا الوقت الكافي للتشاور ، شريطة أن يكون هناك خطر جدي وشيك الوقوع وانه لا تكون هناك وسيلة أخرى بديلة لدفع الخطر أو التهديد، وان تكون الإجراءات الوقائية التي تقوم بها الدولة دفاعا عن النفس معقولة ومحددة بضرورة الحماية فقط أما wettak يرى انه " الدولة يمكنها الدفاع بطريقة وقائية إذا رأت ذلك ضروريا لمواجهة دولة أخرى ، أو التهديدات بالهجوم أو التحضيرات أو جميع الأعمال الأخرى ، التي من شأنها أن تجعلها تخشى- نية الهجوم" ².

وتأسيساً على التطور الكبير في مجال أسلحة الدمار الشامل ، ولأسيا الأسلحة النووية ذهب nagendra singh إلى القول " بأنه إرغام الدولة التي تكون على بؤار عدوان مسلح ظاهر ، وذلك بأن تعطي فرصة للدولة التي تهددها بأن توجه لها الضربة الأولى والتي قد تكون قاضية لا يتفق مع غاية المادة (51) من ميثاق الأمم المتحدة " كذلك بول ولغو فيتر بأن الحرب لا تحتاج إلى دليل قاطع فالتأكيد يجب أن تركز على النيات والقدرات ³.

والطرح نفسه نجده عند (delivanis) الذي يرى أن " سرعة الأسلحة النووية وقوتها التدميرية تجيز ممارسة الدفاع الشرعي الوقائي ، لأنه لا يمكن أن نطلب من الدول في عصر- الصواريخ والأسلحة الهيدروجينية أن تنتظر وقوع الاعتداء المسلح .

عليها حتى يسمح لها بالدفاع عن نفسها " و يسترسل قائلاً أن "فكرة الدفاع الوقائي مشروعة و مقبولة في ممارسة أجهزة الأمم المتحدة،إذا توافرت فيها الضرورة و التناسب".

¹ - د/ عبد الرحمان لحرش، المرجع السابق، ص85

² - د/حسام حسن حسان، التدخل الإنساني في القانون الدولي المعاصر، دار النهضة العربية ، القاهرة، 2004، ص301

³ - د/ليلي نقولا الرحباني، المرجع السابق ، ص142/141

وفي الفقه العربي نجد نظرية الدفاع الشرعي بعض المؤيدين ، فيذهب أستاذنا الدكتور العلامة محمود نجيب حسني إلى أن "حق الدفاع الشرعي ينشأ حال كون العدوان المسلح وشيك الوقوع"¹.

الفرع الثاني : موقف الأمم المتحدة

أما عن موقف الأمم المتحدة عن مسألة تفسير نص المادة (51) من ميثاق الأمم المتحدة لم تجسم المحكمة في حكمها الصادر في قضية الأنشطة العسكرية و شبه العسكرية في بنكراغوا و ضدها 1986، فقد أعلنت المحكمة أن ميثاق الأمم المتحدة في المادة (51) منه يشير إلى القانون الدولي العرفي النافذ قبل إقراره من خلال إيراده لعبارة "الحق الطبيعي في الدفاع عن النفس" في هذه المادة، فالقانون الدولي المتعلق بالدفاع عن النفس يعيش جنباً إلى جنب مع الأمم المتحدة"².

كما أن محكمة العدل الدولية مثلاً رفضت أن يأخذ حق الدفاع الشرعي هذا الشكل و هذا ما ظهر جلياً من خلال رأيها الاستشاري عام 2004 بشأن الجدار العازل الإسرائيلي و ألزمت الأخيرة بأحكام ميثاق الأمم المتحدة بمعنى أحكام المادة (51).

هذا بالإضافة إلى أن الميثاق ذاته لم يتضمن تنظيمًا مختلف الجوانب و المسائل المرتبطة بالدفاع عن النفس و بمضمونه و نطاقه.

أما مجلس الأمن الدولي فبدوره لم يجد عن موقف محكمة العدل الدولية و أكد في أكثر من مناسبة على رفض خروج الدفاع الشرعي عما رسمته له المادة (51) من ضوابط ، كما ينصح ذلك في القرار 486 لعام 1981 الذي أدان فيه إسرائيل نتيجة الضربة الوقائية التي قامت بها اتجاه مفاعل تموز العراقي على اعتباره موقع مشكوك فيه لتطوير أسلحة الدمار الشامل.

الفرع الثالث: موقف الدول :

أما فيما يتعلق بسلوك الدول بشأن الدفاع الشرعي الوقائي فإن معظم الدول تخص فكرة الدفاع عن النفس الوقائي في حين أن طائفة بسيطة منها تقر بهاته الفكرة، وقد انعكست هذه السلوكية توصيات الجمعية العامة و إعلاناتها المتعلقة باستخدام القوة، فالدول الراضة للدفاع عن النفس الوقائي تعرض موقفها في العادة صراحة و تتمسك به ، بينما تعمل الدول الراغبة في إعطاء المادة (51) معناً واسعاً يشمل دفاعاً عن النفس وقائياً على منع تضمين هذه التوصيات و الإعلانات أحكاماً و نصوصاً تفصيلية ودقيقة تتعلق بنطاق الدفاع عن النفس.³

¹ - د/ حسام حسن حسان، المرجع السابق، ص 302

² - د/ محمد خليل الموسى، المرجع السابق، ص 126

³ - د/ محمد خليل الموسى، المرجع السابق، ص 127

ويلاحظ من الناحية العملية أن الدول نادراً ما تتذرع بنظرية الدفاع عن النفس الوقائي و هي تفضل الاستناد على الدفاع عن النفس رداً على هجوم مسلح كلما كان هنا متاحاً وممكناً ، وتسعى الدول أيضاً إلى التأكيد على مفهوم واسع للهجوم المسلح بدلاً من الاحتماء بالدفاع عن النفس الوقائي أو باستخدام القوة استخداماً إستباقياً، فالدول لا تلجأ على ما يبدو إلى نظرية الدفاع عن النفس الوقائي إلا عندما يسقط في يدها و تعدم إيجاد أي حجة أو ذريعة أخرى تدعم استعمال القوة ضد أي دولة من الدول.¹

أما عن الولايات المتحدة الأمريكية فقد أعلن وزير الدفاع الأمريكي "رونالد رامسفيلد" أمام لجنة القوات المسلحة في مجلس الشيوخ يوم 09 جويلية 2003 أن الولايات المتحدة الأمريكية لم تغزو العراق بناءً على معلومات جديّة و أكيدة عن أسلحة الدمار الشامل العراقية بل أنها قرأت المعلومات "من منظور جديد" وكان يقصد بذلك الحرب الإستباقية ، ويقصد بالحرب الإستباقية إمكانية القيام بضربات بناء على توافر معلومات بقصد إحباط أعمال يمكن أن تؤثر على الأمن القومي للولايات المتحدة الأمريكية.²

وعن سبب اعتماد الإستراتيجية الأمريكية خيار الحرب الوقائية ورد أنه "إن على الولايات المتحدة الأمريكية أن تحتفظ و تظل محتفظة بقدراتها على إحباط كل مبادرة يقوم بها أو يفكر بالقيام بها أي عدو من أعدائنا للنيل من قوتنا سواء كان هذا العدوان دولة أو غير منه، وأن تتزع من القدرة على فرض إرادته علينا أو حلفائنا أو أصدقائنا في العالم بل ستبقى قوتنا القوة الكبرى التي تردع جميع خصومنا و تشل قدراتهم سواء كانوا خصومنا بالفعل أو خصوماً محتملين".³

هذا دعاء الرئيس الأمريكي بوش بمناسبة عيد الاستقلال يوم 04 جويلية 2003 ليقول " سنتحرك في أي وقت نرى ذلك ضروريا و لن نسمح لأي مجموعة إرهابية أو نظام خارج عن القانون أن يمتلك أسلحة الدمار الشامل " .

خاتمة:

بعد تفكك الاتحاد السوفياتي وسقوط الشيوعية أخذت الولايات المتحدة الأمريكية تتحدث منذ 1991 عن بداية القرن الأمريكي والزعامة الأمريكية، فبرزت معالم الواقع الدولي الجديد الذي أصبح يتبلور بصورة واضحة وسريعة بفعل التغيرات الدولية الكثيرة.

لم يعد الدفاع الشرعي يقوم فقط بوقوع عدوان مسلح ، بل يقوم أيضاً بوجود خطر ناشئ عن فعل يحتمل معه وقوع اعتداء على أحد المصالح التي يحميها القانون الدولي كالتذرع بالدفاع عن حقوق الإنسان أو إحلال الديمقراطية وحتى الإطاحة بالأنظمة الديكتاتورية من أجل تخليص الشعوب التي يعاني منها، وأكثر من هذا ،

¹ - نفس المرجع، ص 127

² - د/لبيلى نقولا الرحباني، المرجع السابق، ص 114

³ - د/ أحمد سيف الدين، المرجع السابق، ص 175

هناك محاولات لتقنين الدفاع الشرعي الوقائي، فتحول بذلك من نظرية منبوذة إلى مبدأ مقبول على مستوى الممارسة وحتى القانون الدولي.

والقانون الدولي المعاصر يتعرض إلى انتقادات شديدة جراء عدم امتثال الدول لقاعدة تحريم استخدام القوة امتثالاً كاملاً، والتوسع في مفهوم الاستثناءات الواردة على هذا المبدأ خاصة فيما يتعلق بمفهوم الدفاع الشرعي عن النفس، فلا ينكر أحد أن القانون الدولي لم ينجح تماماً في ضبط سلوك الدول في مجال استخدام القوة، وأن هناك فجوة بين النظرية والممارسة الفعلية للدول في هذا المجال.

أخلاقيات الوظيفة العمومية ومكافحة الفساد: المساهمة والتحديات*
محمد عابد- باحث دكتوراه قانون عام- جامعة الجيلالي اليااس- سيدي بلعباس

ملخص:

كثيرا ما يثير انتشار مدونات السلوك خاصة في الفضاء العمومي إشكاليات ذات العلاقة بفحوى هذه القواعد الوافدة وقيمتها القانونية، ولكنه من وجهة نظر أخرى يطرح عدة تساؤلات حول مكاتها في المشروع الأخلاقي الذي تنو إليه نصوص وآليات مكافحة الفساد. وهو من هذا المنطلق، موضوع يدعو للتأمل في هذا الدور والتحديات التي تواجهه.

Résumé:

L'émergence des règles de la déontologie dans la sphère publique pose de véritables problématiques quant au contenu de ces nouvelles règles et leur valeur juridique. Elles occupent un rôle remarquable dans le cadre du politique anti-corruption. Un rôle qui mérite d'être souligné à travers cet article.

مقدمة:

تقيم دور أخلاقيات الوظيفة العمومية في مسار مكافحة الفساد ضمان مسار أخلقة الحياة العامة، على يشير أكثر من إشكال ويفتح عدة مسلمات متعلقة بقواعد سير الحياة العامة على المساواة والنظر. ولعل من أبرز مظاهر هذا التأثير هو انتشار مدونات أخلاقيات المهنة في جميع مظاهر الحياة العامة كرمز لتجسيد مشروع أخلقة الحياة العامة، غير أن هذا الانتشار رغم كثافته الكمية يبقى بحاجة إلى تقييم عميق لحقيقة تأثيره المعياري وواقع انتشاره العملي.

لتقييم تأثير القيم الأخلاقية خاصة تلك التي عرضتها سياسات مكافحة الفساد على المرجعية الأخلاقية للحياة العامة، لا بد من تحليل مدى تأثير هذه القيم على الوظيفة العمومية باعتبارها الفاعل المنشط باستمرار للحياة العامة إلى جانب المؤسسات السياسية الأخرى التي تتجاوز موضوع هذا المقال.

في هذا السياق، لا بد من التنبيه إلى أنه رغم أن الجذور الفلسفية لأخلاقيات المهنة (déontologie)¹ تعود للفيلسوف النفعي Bentham Jérémy الذي كان يعتبرها بمثابة "معرفة ما هو صحيح ومناسب"¹، و يقصد بها

تاريخ إيداع المقال: 2017/06/05

تاريخ تحكيم المقال: 2017/06/26

¹La déontologie, «ensemble des devoirs qu'impose à des professionnels l'exercice de leur métier» (Dictionnaire Robert), s'apparente davantage à la morale. Comme celle-ci, la déontologie donne lieu à codification. La différence essentielle étant que cette codification émane des représentants de la profession,

بوجه عام "علم الواجبات"² في إطار مهني معين، ورغم أن ظهورها التاريخي ارتبط بالمهن الحرة الكلاسيكية³ من أجل إعطائها نوعاً من الهوية والثقة، ولتعزيز استقلالية أصحاب هذه المهن اتجاه المجتمع⁴، إلا أن تفشي هذا النمط في مختلف أوجه الحياة، خاصة تحت ضغط سياسات مكافحة الفساد، أثار عدة إشكالات حول فعاليتها القانونية والتنظيمية، وتأثيرها على المحتوى المعياري للقيم الأخلاقية.

إذا كانت الإدارة العمومية هي المتهم الأول في انتشار الفساد، والمحور الرئيسي في كل سياسات مكافحته، فلا بد من التنبيه إلى أن محاولات إصلاحها وأخلفتها سبقت متطلبات مكافحة الفساد، نظراً للانتقادات التي وجهت لها منذ سبعينيات القرن الماضي، خاصة فيما يتعلق بالفعالية والمردودية، بل إن "إدارة من دون ضمير ليست إلا آثار دولة" حسب وصف R. Catherine و G. Thuillier⁵.

وعليه، فإنه من الضروري التمييز بين تلك الجهود الرامية إلى تحسين أساليب سير القطاع العام وتلك الهادفة إلى محاربة الفساد، رغم أن لهذين المقصدين الكثير من الغايات المشتركة كما سيأتي بيانه. ومن هذا المنطلق سيكون من الضروري لتناول إشكالية تقييم الجرعة الأخلاقية التي حملتها مدونات السلوك على طبيعة الوظيفة العمومية ومدى مساهمتها في مكافحة الفساد، لا بد أولاً من تحديد الحيز الأخلاقي المتصاعد في هذا المجال (المبحث الأول) ومن ثم محاولة قياس تأثير هذا النمو والوقوف على العقبات التي تواجهه (المبحث الثاني).

المبحث الأول: مكانة الأخلاق في الأساليب الجديدة للتسيير العمومي:

عرفت أساليب التسيير الإداري منذ تأسيس الدولة تطورات متتالية ونوعية تحت ضغط الخصوصية المتزايدة وتأثير النموذج الأنجلوساكسوني، وهو ما سمح باعتماد قيم جديدة في التسيير من خلال مقاربات "المناجنت العمومي".

alors que la morale met au premier rang le souci du bien général dont les impératifs peuvent s'affirmer en contradiction avec ceux de telle ou telle profession.

¹ B. Beignier, « Déontologie », in D. Alland et S. Rials (dir.), Dictionnaire de la culture juridique, Paris, Lamy/ PUF, coll. « Quadrige/Dicos de poche », 2003, p. 361.

² M. Hecquard-Théron (dir.), Déontologie et droit, Toulouse, Presses de l'Institut d'études politiques de Toulouse, 1994, p. 175.

³ تعتبر أخلاقيات المهن وفق هذا المنظور مجموعة الواجبات المتعلقة بممارسة مهنة حرة معينة، تحدد في الغالب من طرف المنظمة المهنية التي تجمع ممارسي المهنة أنفسهم.

la déontologie comme un « ensemble des devoirs inhérents à l'exercice d'une activité professionnelle libérale et le plus souvent définis par un ordre professionnel »: G. Cornu (dir.), Vocabulaire juridique, Paris, PUF, coll. « Quadrige », 2002, p. 281.

⁴ E. Causin, « Déontologie », in A.-J. Arnaud (dir.), Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit, Paris, LGDJ, 2e éd., 1993, p. 175.

⁵ DIDIER Jean-Pierre, « L'éthique du fonctionnaire civil », LGDJ, Paris, 1999., P69

المطلب الأول : تطور الانشغال الأخلاقي في أساليب التسيير العمومي:

لقد كان الالتزام بالشرعية القانونية وراء القيم التي حكمت التسيير العمومي وسلوك الموظف العمومي لمدة طويلة، غير أن الاتجاه نحو التسيير بالنتائج وفق أساليب أكثر مرونة دفع إلى اعتماد قيم أخرى مستوحاة من الممارسة الخاصة مع تكيف ملائم لها.

الفرع الأول: تأثير أساليب التسيير الجديدة على المنظومة القمية للموظف العمومية:

منذ منتصف ثمانينات القرن الماضي، ظهر تيار قوي ينتقد أساليب التسيير التقليدي للشؤون العامة مستندا إلى أزمة المالية العامة في تلك الفترة، ودفع نحو اعتماد أساليب جديدة في التسيير قائمة على تخفيف الهياكل البيروقراطية والتسيير بالنتائج، أثرت هذه الأنماط بصفة مباشرة على الوسط المهني إلى درجة إعادة هندسة العلاقات الداخلية خاصة تلك التي تربط الموظف بالمنتخب.¹

في ظل هذه التحولات، يجد الموظف العام نفسه مدعوا إلى اعتناق قيم جديدة تتلاءم مع هذا الحراك الجديد الذي يبحث باستمرار عن الفعالية². ورغم أن هذه التحولات جارية منذ فترة معتبرة إلا أنها لم تسفر عن تحول نهائي بل لا زالت في صدد محاض مستمر لبناء ثقافة جديدة للخدمة العمومية، خاصة في حالة الدول السائرة في طريق النمو، والتي تفرض خصوصياتها على هذه التحولات الكثير من العراقيل والاستثناءات.

أدت هذه التحولات إلى ظهور جملة من الطلبات المتناقضة المرتبطة بالقيم المختلفة والمتنافسة التي حملتها موجة التغييرات. بتعبير أوضح، يشير O. Larsen إلى صعوبة التوفيق بين تخفيف الأعباء الهيكلية وزيادة مجال حرية المبادرة للموظفين مع ضرورة احترام الأهداف المحددة حسب مؤشرات تركز على المردودية، وكذلك الجمع بين البحث عن أساليب جديدة للعمل والالتزام بتنفيذ برامج محددة زمنيا رغم تميزها بالكثير من المرونة وتعدد مراكز اتخاذ القرار خاصة في حالات الشراكة بين العام والخاص (D.A. Good, 2003).³

من وجهة نظر رسمية، لقد أدى تقلص حجم الدولة إلى تكوين مناخ غامض لممارسة الحكم يقوم حول هياكل متعددة المراكز "polycentriques"، جعلت البعض يعلن عن "انتصار الغموض" كون أن اعتماد أساليب مرنة وغير رسمية في التسيير صار أمرا ضروريا حسب G. Smith و D. Wolfish. إن هذا التطور مجاف من حيث المبدأ- لتصور معياري (رسمي) للأخلاق، أي أن تعدد القواعد يعتبر مخالفا لفكرة المساءلة (responsabilisation) وتدرج المساءلة حسب السلطة.

¹Pelletier Daniel et Beaulieu Alexandre , « Éthique et gouvernance : un regard criminologique », La Revue des Sciences de Gestion, 2009/5 n°239-240, p. 123

²Pelletier Daniel et Beaulieu Alexandre, «Éthique et gouvernance , Op. cit, p. 123

³Cité par Pelletier Daniel et Beaulieu Alexandre, «Éthique..., Op. cit, p. 123

⁴Cité par Pelletier Daniel et Beaulieu Alexandre, «Éthique .., Op. cit., p. 123

لقد أدى اعتماد هذه الأساليب الجديدة في التسيير العمومي إلى ضмор الكثير من المبادئ التقليدية، من أبرزها إفراغ فكرة المسؤولية الوزارية من محتواها، بل صارت الإدارة العمومية تابعة لسلطة سياسية خاضعة لمنطق التسيير بالنتائج وفق برامج محددة زمنيا حسب العهدة الانتخابية، وهو ما أسفر عن نقل كلي لوعاء المسؤولية من طرف لآخر.

في ظل هذا التفاعل، يصبح التحكيم صعبا لانتقاء القيم التي يمكن أن تمنح الموظف القدرة المعنوية الكافية للقيام بمهامه وفق متطلبات المرفق العام الجديد. إن هذه التحولات تطرح العديد من التساؤلات حول حدود مسؤولية الموظف، وتقسيم العمل، وتقييم المردودية، إضافة إلى تأثيرها المباشر على علاقة الإدارة بالمحيط العام الذي يشهد تحولات مماثلة.

الفرع الثاني : المنظومة القيمية الجديدة في مواجهة الفساد

تفرض عملية انسحاب الدولة وما ينجم عنها من اختلالات هيكلية ومعيارية، تحقيق بعض المتطلبات المتعلقة بالمردودية والمساءلة المتلائمة مع تدرج السلطة بشكل يوجب إيجاد نمط لإحلال التوازن على غرار الأخلاق. غير أن هذه الأخيرة بالإضافة إلى أبعادها المعيارية الضرورية، لا يجب أن تمس روح الإبداع النابعة من الفرص المتاحة في هياكل حكومية منفتحة على غير العادة.

بصفة أكثر وضوحا، إن تخفيف الهياكل الحكومية والإدارية يمنح الإدارة نوعا من الخصوصية ويعطي الموظفين استقلالية أكبر في اتخاذ القرار ويحرر روح المبادرة. هذا المناخ يوفر شروط انتشار المخاطر والشكوك بخصوص اتخاذ القرارات من طرف أعوان الدولة مما يتطلب نمطا جديدا للرقابة لا يمكن إلا أن يكون المعيار الأخلاقي بسبب طابعه الشخصي. إنه على المستوى المنظور، الحل الوحيد الكفيل بضمان هذا التوازن الشاق في الأزمنة التي تشهدها الأنماط الأخرى.

إن هذا التصور لا يعني اعتماد النظام المفتوح كبديل لتسيير الموارد البشرية، بل يعني إيلاء بعض العناصر المهمة والمستجدة عناية خاصة في ظل وظيفة عمومية مزودة بمنظومة قيمة محينة ومتناسقة، لا يعدو أن يكون النظام المعتمد فيها إلا أداة تنظيمية.

من جهة أخرى، فإن الأخلاق العامة تنتشر في المحيط المساعد على اتخاذ القرار مثلها مثل اللوبيات من أجل إحلال التوازن المنشود في هذا الفضاء المكشوف رغم طابعه غير الرسمي، أي أن الأمر يتعلق بدراسة تأثير الاعتبارات الأخلاقية على سلوك الموظف أثناء أو بمناسبة ممارسة مهامه، ولا يتعلق بتلك القيم المؤثرة في صياغة السياسات العامة استجابة للتطلعات والمتطلبات الأخلاقية الصاعدة مثل تلك الملاحظة في الصحة العمومي والبحوث العلمية الدقيقة.

من خلال مختلف الأبحاث، يتضح جليا أن الفساد ينتشر في "المناطق الرمادية" في التسيير العمومي¹، التي تسجل تأخرا ملحوظا بالمقارنة مع المنطق الاقتصادي والمالي، رغم أن هذه المقارنة تهدف فقط لتوصيف هذه المناطق لا أكثر. بتعبير آخر فإن هذه المناطق تشمل كل أساليب التسيير الأبوي *patrimoniale gestion la* للمال العام على عكس آليات التقييم والتنفيذ التي يكرسها المنطق الاقتصادي.

إضافة إلى ذلك، فإن عدم وجود تقييم شامل للممتلكات العمومية والعجز عن وضع سياسات دقيقة لتسييرها يشجع إنشاء شبكات اجتماعية للاستغلال غير الشرعي لهذه الأملاك، وهو ما يزيد من سلطة الهيئات البيروقراطية، ويرفع بالتالي فرص عروض الفساد (*corruptive offre*)².

إذن، فالأخلاق في هذا المحيط، عبارة عن قيمة للتوازن والضبط كونها تعبر عن أفضل ما يمكن أن يقوم به الإنسان ولا تقتصر على إعطاء وصفات نمطية. إنها تبعث الأمل لإنارة طريق بين متطلبات حماية الصالح العام من جهة، وفضاءات الحرية من جهة أخرى، خاصة في مسائل التسيير العمومي³.

المطلب الثاني : ظهور أخلاقيات الوظيفة العمومية:

عند معالجة تطور أخلاقيات المهنة وانتقالها إلى الفضاء العمومي لابد من الإشارة إلى تناقضين رئيسيين سيؤثران في تحليلنا:

(1) إذا كانت أخلاقيات الوظيفة العمومية حديثة الظهور نسبيا في الحياة العامة، فإنها تعالج انشغالات قديمة ترجع إلى بداية تكوين الدولة الوطنية مع الجيل الأول من الأعوان العموميين.

(2) إذا كان من السهل فحص محتوى أخلاقيات المهنة في مفهومها الفلسفي، باعتبارها علما للواجبات، فإن تحديد مضمون ومدى أخلاقيات الوظيفة العمومية بحاجة إلى جهد كبير.

الفرع الأول: تعريف أخلاقيات الوظيفة العمومي:

تعرف أخلاقيات المهنة على أنها مجموعة من القواعد والالتزامات التي تنظم السلوكات المتبعة من طرف الأعضاء أو الأفراد المشتركين في نفس المهنة، ولا يهم إن كانت مفروضة من طرف القانون أم مجرد نتيجة

¹Mathias Emmerich, La corruption des élus: de l'intérêt général aux services particuliers, Le Banquet, n°9, 1996/2, P15

²Mathias Emmerich, La corruption ...Op. Cit., P16.

³Louis Côté, La vague de fond éthique, Vigie (Ecole nationale d'Administration Publique du Québec), Volume 7, numéro 2, avril 2004,

لمسار اجتماعي غير رسمي، وبالتالي فهي تكون أخلاقيات مهنة معينة¹، إن هذه المرونة تطرح أكثر من تساؤل عندما يتعلق الأمر بالوظيفة العمومية بسبب أهمية القواعد الشكلية والرسمية في هذا الفضاء.

التطورات المتتالية بما فيها اعتماد قوانين وسياسات لمكافحة الفساد، جعلت هذا النوع من القواعد ينتشر بشكل سريع ليشمل أسلاكاً عديدة مختلفة تنتمي للوظيفة العمومي²، وأخرى مستقلة عنه، بل توسعت إلى مهن أخرى عدا تلك المهن الليبرالية التقليدية "الطب، المحاماة والصحافة" التي كانت تعتبر ميزتها الخاصة.

إن التطور اللافت هو ذلك الذي جعلها تلمس مجموعة من المهن في نفس الوقت أي أصبحت أخلاقيات ما بين مهنية "interprofessionnelle" تندرج معظمها في إطار آليات الضبط الاقتصادي (الإشهار، المناولة... إلخ)³. لقد أسهم هذا التطور في توسيع التعريف التقليدي لأخلاقيات المهنة، وزاد في الوقت نفسه، من أهمية دور هذه الآلية في أخلة الحياة العامة بشكل مباشر.

تستجيب فكرة أخلاقيات الوظيفة العمومية حسب الأستاذ Bourdon Jacques لمطالبات خارجية تتمثل أساساً في انتشار الفساد وأثاره على علاقة الإدارة بالمحيط الاجتماعي، وفقدان المعالم الأخلاقية والإيديولوجية التي كانت توجه سلوك الأفراد، ومطالبات أخرى داخلية تتعلق بتمكين الإدارة أو المرفق العام من التأقلم مع التطورات المتتالية التي مست جوهر الدولة تنظيمياً وسيراً⁴.

وقبله، نبه R.A.Chapman، في سنة 1993، إلى أن التحدي الذي كان يواجه الموظف العمومي لا يتعلق بمدى احترام النظم والقوانين، بل يرتبط بممارسة سلطاته التقديرية في ظل غياب معالم توجيهية واضحة من جهة، وتضارب القيم الأخلاقية كالفعالية والإنسانية من جهة أخرى⁵.

ويذهب O.Larsen إلى أبعد من ذلك حين يؤكد بأن المعضلة الأخلاقية تكمن في تقادم أو تصدع المبادئ العامة للنشاط العمومي، وفي بعض الأحيان في غياب مبادئ تحكم النشاط العمومي في مجال معين. في هذه الحالة، يكون الموظف مضطراً إلى اتخاذ القرار في غياب إطار ضبطي يسمح بتقييم الآثار المتوقعة⁶. بتعبير أشد وضوح يمكن القول أن ظهور هذه القواعد جاء كرد فعل عن الفراغ الأخلاقي الذي وجد فيه الموظف نفسه⁷.

¹ Document final, La déontologie dans la fonction publique, séminaire des 30 juin et 1er juillet 2011, institut régional d'administration de Nantes - promotion Julie-victoire Daubié, p 2

² C. Vigouroux, Déontologie des fonctions publiques, Paris, Dalloz, coll. « Praxis », 2006, p 786.

³ D.Terré...Op. Cit., P500.

⁴ François Chambon et Olivier Gaspon, La déontologie administrative, L.G.D.J., 1997, P1

⁵ Pelletier Daniel et Beaulieu Alexandre, Op Cit., p. 119.

⁶ Larsen, O. Administration, Ethics and Democracy, 2000, Aldershot : Ashgate Publishing Company., cité par Pelletier Daniel et Beaulieu Alexandre, op. cit, P118

⁷ Pelletier Daniel et Beaulieu Alexandre, « Éthique et gouvernance... », op. cit, P.119.

وعليه، فإن أخلاقيات الوظيفة العمومية التي تسعى لضمان جودة ونزاهة النشاط العمومي تحمل بالضرورة مجموعة من القيم والأهداف، هي في الحقيقة بمثابة أساسها الأخلاقي¹.

الفرع الثاني : مضمون وخصوصية أخلاقيات الوظيفة العمومية:

بالنسبة للوظيفة العمومية، فإنها مثل غيرها من المهن، تخضع لمجموعة من القواعد الأخلاقية والتي تعتبر قديمة جدا دون أن تدرج في إطار أخلاقيات المهنة في مفهومها الحديث، حيث أن طريقة التي وجدت بها تجعلها أقرب إلى التقاليد والأعراف الإدارية منه إلى قواعد أخلاقيات المهنة كما هو عليه الحال في المهن الحرة. ولكن اللافت للنظر هو انتشار هذه القواعد في محيط يخضع تقليديا لنصوص قانونية خاصة وصارمة².

إن التحدي الذي تواجهه أخلاقيات الوظيفة العمومية هو ذلك المتعلق بتحديد محتوى هذا النمط من الضبط المهني. لقد أدت التطورات التي عرفها تسيير الوظيفة العمومية إلى ظهور مفاهيم وقيم جديدة، مستمدة أساسا من طرق التسيير الحديث، وبالتالي صار البحث عن سبل التوفيق بين القيم القديمة وتلك الجديدة من أبرز اهتمامات البحوث الجارية منذ عشرينيتين على الأقل. وبالتالي، فإن ربطها بمكافحة الفساد هو في قلب كل محاولات التوفيق بين هاتين المنظومتين.

من حيث المضمون، وانطلاقا من القول بأن لكل مهنة أخلاقها، فإن هذه المدونات تسعى لبناء نظام أخلاقي مهني للموظف العمومي من خلال تحديد نوعية هذا النظام عن طريق تحديد منهج سلوك الموظف وحتى وصفه. وعليه، فإضافة إلى دورها التقليدي، ستصبح المدونات الأخلاقية وسيلة للرقابة المسبقة للسلوك الحسن في الإدارة العمومية. وبذلك فإنه على عكس ما يتداوله الكثيرون، ستمكن هذه المدونات من تعميق منطق المنوعات الذي أسست له النصوص التقليدية للوظيفة العمومية³.

يشكل تحديد مضمون أخلاقيات الموظف العمومي تحديا حقيقيا بالنظر إلى التناقض الذي يميز القيم المتصارعة لتوجيه سلوك العون العمومي، فرغم الإجماع على الانتقال النهائي إلى عصر- الموظف- المواطن⁴ إلا أن تحديد وتحليل الالتزامات الأخلاقية للموظف تبقى أمرا غير ميسور⁵.

¹ D. Terré, Op. Cit., P500

² Nicolas Guillet, « Interdits et interdictions dans le droit de la fonction publique », Droit et cultures [En ligne], 57 | 2009-1, mis en ligne le 08 septembre 2009, consulté le 21 juillet 2011. URL : <http://droitcultures.revues.org/1247>

³ Nicolas Guillet, « Interdits et interdictions dans le droit de la fonction publique », Droit et cultures [En ligne], 57 | 2009-1, mis en ligne le 08 septembre 2009, consulté le 21 juillet 2011. URL : <http://droitcultures.revues.org/1247>

⁴ Document final, La déontologie dans la fonction publique, séminaire des 30 juin et 1er juillet 2011, institut régional d'administration de Nantes - promotion Julie-victoire Daubié, p 2 et 3

⁵ J-P Didier, Op. cit., P65

في الفقه الفرنسي، يقدم البعض تصنيفات لهذه القيم المتنوعة التي تفرض نفسها على الموظف العمومي بين قيم جمهورية، وقيم مهنية، وأخرى إنسانية، بحيث تعكس هذه التفاعلات ضرورة التفكير في اعتماد منظومة قيمية جديدة كما أوصى الكتاب الأبيض حول مستقبل الوظيفة العمومية¹.

بالنسبة للدول النامية، لابد من الإشارة إلى دور مجموعة القيم التي حملتها التجربة الوطنية خلال مسار بناء الدولة في تحديد واجبات الموظف، فطالما ربط العمل الحكومي بقيم النضال والبناء الوطني والإخلاص في ظل السعي إلى استعادة الحرية، كما أن الأزمات التي عرفت بها بعض هذه الدول بعد الاستقلال ساهمت في صقل قيم أخرى كالالتزام بخدمة الدولة، والتضحية.

إن وجود مثل هذه القاعدة القيمة تساهم في علمية بناء المنظومة القيمة الخاصة بالوظيفة العمومية من خلال التراكم الفعلي للتجارب التي ترسخ التقاليد والأعراف المؤثرة في سير الإدارة أكثر من أي قاعدة أخرى. ولكن في نفس الوقت، توجد الوظيفة العمومية في هذا النوع من الدول في قفص الاتهام بسبب ارتباطها المباشر بالفساد الإداري، واعتبارها من ضمن أقوى دوائر مقاومة التغيير بما فيها ذلك الذي تحمله سياسات مكافحة الفساد.

وبالتالي فإن هذه الدول مضطرة لتكييف وظيفتها العمومية وفق خصوصياتها الداخلية مستعينة بثقافتها المحلية في ترسيخ واجبات الموظف، ومستجيبة للتطورات النوعية التي عرفها النشاط العام من أجل تحقيق مفهوم الموظف - المواطن.

المبحث الثاني : أخلاقيات الوظيفة العمومية: الإسهامات والتحديات

انتشار نظام أخلاقيات المهنة في الوظيف العمومي نتيجة عدة عوامل مركبة ووسط مواقف مختلفة، دفع مؤيديها إلى التركيز على تأثير هذه القواعد الوافدة على المرفق والموظف العموميين، في حين ركز المترددون حيالها على جملة المخاطر والتحديات التي تواجهها، كل ذلك بينما بقيت إشكالية القيمة القانونية لهذه القواعد مثار جدل ما زال في بداياته.

مع ذلك، مازالت أخلاقيات الوظيفة العمومية تشق طريقها نحو مزيد من التميز والإتقان ووفق مقاربات متعددة تعكس حيوية الموضوع وحساسيته.

المطلب الأول : حصيلة أخلاقيات الوظيفة العمومية:

ليس من السهل حصر كل الآثار التي أحدثها إدخال نظام أخلاقيات المهنة في الوظيفة العمومية، فبالرغم من أن مساهمات المعيارية والعملية تبقى -دون شك- جديرة بالدراسة والاهتمام، إلا أن التحديات التي تواجه انتشارها وتفعيلها تبرز حجم التفاعل الناجم عن هذه العملية النوعية.

¹Document final, La déontologie dans la fonction publique, op. cit., p 4

الفرع الأول :مساهمات أخلاقيات الوظيفة العمومية:

نظرا لأن اعتماد أخلاقيات الوظيفة العمومية يتجاوز حدود الانضباط أو التحفيز داخل المرفق العام، فإن حصر آثاره يدفع لاختيار المواضيع الأشد تأثرا بهذا التطور القيمي، وذلك دون الاقتصار على حالة معينة. وفق هذا المنطق، يمكن تقسيم مساهمة أخلاقيات الوظيفة العمومي من حيث مجال تدخلها إلى أربعة عناصر أساسية دون أي ترتيب بينها.

أولا :تأثير أخلاقيات الوظيفة العمومية على أسلوب التسيير:

تؤثر أخلاقيات الوظيفة العمومية مباشرة على المناجمت العمومي نظرا لاعتبارها إحدى آليات الرقابة الداخلية خاصة عندما يمكن تجسيدها من خلال إجراءات وقواعد عملية بحيث تشكل سياسة شاملة للنزاهة¹.

من وجهة نظر تسييرية بحثية، فإنه يمكن اعتبار موثائق أخلاقيات المهنة وسيلة مساعدة للأساليب الجديدة في التسيير التي حلت محل الطريقة التaylorية. فاعتماد طريقة Kan-Ban المتعلقة بالإنتاجية في الوقت **productionjusteà temps**، من خلال مخزن صفري وجودة شاملة، من شأنه أن يخلق مصادر جديدة للضغط داخل أي تنظيم، وهو ما يستدعي وجود مجموعة من القيم الجماعية التي تضمن التوافق والانصهار داخل مجموعة الفاعلين، وهي المهمة التي يمكن لهذه الموثائق الاضطلاع بها، كما يمكنها أن تسهل نقل هذه القيم إلى الأجيال المتلاحقة²، إنها بذلك، تعتبر وسيلة لبناء وحفظ ثقافة التسيير الجديدة.

إضافة إلى ذلك، إن تطور أخلاقيات المهنة يهدف لتقنين مجموع من الالتزامات المهنية من أجل ضمان تطبيع كامل لجملة الممارسات والتوجهات. والحالة هذه، فإن وضع معايير لسلوك والتزام الموظف بقيم المرفق العام خاصة ما تعلق منها بواجباته المهنية³، يمثل وثبة حقيقية في مجال التسيير يعمم الرقابة الذاتية "auto-contrôle".

من أجل ذلك فإنه من الضروري ضمان حد من التكوين لتلقين هذه الأخلاقيات للموظف من جهة⁴، والسهر على ترقيتها من خلال النصوص اللازمة في شكل موثائق ومدونات سلوك لإضفاء نوع من الرسمية أو الجدية عليها من جهة أخرى. إن الموظف من خلال تعويده على هذه القواعد وإقناعه بنفعها، سيدمجها في سلوكه

¹Chantal HEBETTE, La responsabilité et l'éthique dans le secteur public, Journée d'études Centre d'Études et de Recherches enAdministration publique de l'Université Libre de Bruxelles du 27 octobre 2010.

²Gilles DRYANCOUR, Les chartes éthiques sont-elles un outil de gestion ? in Ethique économique : Fondements, chartes éthique, justice (Actes du colloque organisé par le Centre de Recherches en Éthique Économique et des Affaires et Déontologie Professionnelle de la Faculté de Droit d'Aix-Marseille, avec le soutien du Club des Eurométropoles), paru dans la collection « Ethique et déontologie », Librairie de l'Université d'Aix-Editure, 1996, P6.

³J.-M. Auby, J.-B. Auby, D. Jean-Pierre, A. Taillefait, op. cit., p. 326.

⁴A. Taillefait, Déontologie des fonctionnaires et principes du service public de l'Education nationale, mars 2006, 16 p. (disponible sur <http://esen.education.fr>).

بشكل يجعلها ترتقي إلى صفة الطبيعي. وباعتبار أخلاقيات المهنة أداة لرقابة الذاتية الفردية، فسيكون الموظف مجبرا، في كل مرة، على التوفيق بين سلوكاته المنتظرة وضميره الخاضع لأخلاقيات المهنة¹.
بناء على ما سبق، فإن محتواها سيحاول المزج بين المهارات المهنية المكتسبة والقيم الأخلاقية الجديدة المشتركة في الوظيفة العمومية.

ثانيا :المساهمة المعيارية لأخلاقيات الوظيفة العمومية:

لقد ساهم ظهور أخلاقيات الوظيفة العمومية مثل غيرها من مدونات السلوك في تعقيد المشهد القانوني من خلال هذا النوع الجديد من النصوص الذي يقوم على تأسيس قانوني وأخلاقي قوي، ولكن يعالج مواضيعه بطريقة وسطية تتوقع بين الخطاب الوعظي والالتزام القانوني، دون أن يتحقق فيها أركان أي منها.

وهذا ما دفع بالأستاذ Mireille Delmas-Marty إلى التمييز بين قانون رخو **ledroit mou**، قانون وديع **ledroit doux** وآخر ضبابي **ledroit flou**، تمثل على ترتيب أشكالا فوضوية، متعددة القيم ومتناقضة للقانون، مناظرة لثلاثة أنواع من الشرعية: الرسمية، الإمبريقية و المحورية، بالطريقة التي تجعل التساؤل حول قدرة هذه الأنماط المستحدثة على تكوين ضمانات كافية لحماية المجتمعات المعاصرة، أكثر من حيث².

نتيجة لذلك، فإن مدونات السلوك غالبا ما تتم صياغتها في شكل واجبات بدل التزامات، ذلك أن الالتزام ما هو إلا المقابل النظري لحق الغير للمطالبة بخدمة، في حين أن الواجب يبقى مرتبطا فقط بصاحبه كقيمة داخلية في استقلالية تامة عن الأشخاص والظروف³.

يصبح الأمر أكثر تعقيدا عندما يتعلق الأمر بدراسة مثل هذا التوصيف في مجتمعات مازال الاحتكام فيها إلى الدين مقياسا لتقييم الأفعال، حيث يأخذ أي التزام أو واجب عدة أبعاد معقدة التركيب تتطلب مراعاة كل واحد منها بشكل يضمن انسجام المنظومة القيمية وفعالية الضبط الاجتماعي.

ثالثا :جودة المرفق العام:

يمكن في هذا الصدد، الإشارة إلى ما كتبه Catherine Robert سنة 1961، تحت عنوان "الموظف الفرنسي: الحقوق، الواجبات والسلوكات، مدخل إلى أخلاقيات الوظيفة العمومية"⁴، والذي لم يقتصر على ذكر وتعداد

¹ La déontologie ne se contente donc pas d'imposer un certain comportement, elle cherche aussi à « modeler le psychisme » : Ph. Jestaz, cité par D. Jean-Pierre, L'éthique du fonctionnaire civil, op. cit., p. 23, note 106. Dans le même sens, la Commission nationale de déontologie de la sécurité écrit : « La déontologie régit le comportement professionnel mais tend également à créer un état d'esprit » : <http://www.cnads.fr>

² Cité par D.TERRE, Op. cit., P500 :Mireille Delmas-Marty, Pour un droit commun, Paris, Le Seuil, 1994.

³ D.Terré, Op. cit., P500

⁴ R. Catherine, Le fonctionnaire français. Droits, devoirs, comportements. Introduction à une déontologie de la fonction publique, Paris, Albin Michel, 1961, P411

مجموعة القواعد الرسمية لقانون الوظيف العمومية الملزمة للموظف، بل تعداها إلى طرح مجموعة من المتطلبات التطبيقية "المهنية" التي تفرض نفسها عليه، والتي تشمل على سبيل المثال، قواعد أساسية "حس المسؤولية"، وصفات أخلاقية متميزة "التواضع، الشجاعة، النزاهة، روح المبادرة"، إضافة إلى مجموعة من الخصال المرتبطة بشخص القائد أو الرئيس في الإدارة العمومية.

إن اقتحام أخلاقيات المهنة لعالم الوظيفة العمومية، زيادة على عملها على إرساء سلوكات حميدة أو رشيقة، تظهر الإرادة والرغبة في وضع أخلاق مهنية، ذات طابع فردي، خاصة بالوظيفة العمومية "morale une professionnelle"، وبذلك فإن أخلاقيات المهنة تتعدى مجرد إملاء قواعد سلوك على الموظف، إلى تحسين نوعية المرفق العام بل إلى ضمان جودة خدماته.¹

رابعا: بناء نظام للنزاهة ومكافحة الفساد:

عموما، يمكن القول أن تزامن مكافحة الفساد مع إدخال أخلاقيات المهنة في الوظيفة العمومية من شأنه أن يخلق ولو بصفة جزئية، الشعور بالانتماء إلى مجموعة واحدة تخضع لقواعد مشتركة. ويكون بالتالي وسيلة لضبط المجموعة وإقصاء العناصر غير المنضبطة وتفكيك رابطة التضامن بين من يخترقون قواعد السلوك المتفق عليها، وبالتالي فإن أخلاقيات المهنة تشكل نمطا ملائما للضبط يسهل خلق رقابة ذاتية جماعية، هي في الأخير نواة للضبط الذاتي «autorégulation».

من أجل ترسيخ فكرة الرقابة الذاتية الفردية والجماعية، فإنه من الجدير الاهتمام بتعميم الميّن لتوثيق التزام الأعوان العموميين بقواعد أخلاقيات المهنة.² وعليه فإن ترسيم هذه القواعد وتشخيص الرقابة الذاتية وتعميمها ووضع معايير للسلوكات المهنية من شأنه أن يجعل من أخلاقيات المهنة أداة فعالة لتسيير الموارد البشرية، بحيث يصبح من السهل ضمان احترام السلوك الحميد داخل الإدارة العمومية من طرف الأعوان الذين يشاركون في وضعها منذ البداية.

إذن، بالنسبة لسياسات مكافحة الفساد، فإن موائيق أخلاقيات الوظيفة العمومية تعتبر ضمن الأدوات الوقائية التي تضبط الإجراءات الواجب القيام بها، وتلك التي يجب الامتناع عنها، إضافة إلى دورها في عقلنة تنظيم السلوك وفق منطق التسيير البحت.³

¹ A. Taillefait, op. cit., p. 326.

² بعض الدول حظي فيها الميّن باهتمام بالغ نظرا لخلفيته التاريخية التي رسخت هذه الممارسة ورفقه إلى مستوى العرف مثل ما هو عليه الحال في الإدارة الفرنسية التي تتفخر كثيرا بهذا التقليد، كما يمكن أن يكون أداة فعالا في الدول التي تولي ثقافتها المحلية اهتماما بالية الميّن لتوثيق التزام الموظف مثلما هو عليه الحال في الثقافة الإسلامية.

³ Gilles DRYANCOUR, Les chartes éthiques sont-elles un outil de gestion ? Op Cit, P6.

الفرع الثاني: تحديات أخلاقة الوظيفة العمومية:

تواجه أخلاقيات الوظيفة العمومية عدة تحديات مرتبطة بتكوينها وشروط تطورها بالنظر إلى طابعها الخاص، وهو ما أثار المخاوف من انفجارها المبكر بسبب تنوع مصادرها من جهة، وبالنظر إلى الانحرافات التي قد تشوب استعمالها.

أولا: خطر الانفجار المبكر:

رغم التزعة السائدة بأن الأخلاق تقوم على أسس عالمية، إلا أن هذه المقاربة رغم ما تحمله من نقد من مختلف المدارس الثقافية، فهي حتى في الثقافة الغربية ذاتها، تقدم أكثر من مصدر لهذه القيم. ففي حين تقدم النظرة التقليدية المقاربة النفعية القائمة على تقدير نتائج التصرف محل التقييم، تستعين أخرى بمقاربة أدبية تعتمد على القواعد والأعراف الموجودة مسبقا، بينما تعتمد مقاربة أخرى على التوافق محيلة بذلك الأخلاق على أساس تعاقدية¹.

بهذا الخصوص، تقدم الثقافات الأخرى أجوبة مختلفة لتحديد مصدر الأخلاقيات بالاستعانة بترائها الخاص سواء من خلال أديانها التاريخية أو قيمها الدينية، أو حتى بالاستناد إلى تجاربها الوطنية الحديثة من أجل بناء القيم الملائمة لموظفيها. ومهما يكن الأمر، فإن أي خيار يتخذ، إنما يعكس في الحقيقة قima أخلاقية معينة وبذلك يكون إما مقبولا أو مرفوضا حسب المرجعية الأخلاقية التي يتم اعتمادها².

وبما أن الحسم في مصدر أخلاقيات الوظيفة العمومية متوقف على صراحة القواعد المعتمدة ومدى قدرتها على إنتاج نمط ضبط واضح وخال من التناقضات، ففي كثير من الأحيان يتحول التناقض الموجود بين مختلف القيم المراد إدماجها إلى نوع من "الترقيع الأخلاقي" (*bricolage moral*). وعليه، فإن أخلاقيات المهنة، وفق هذا التصور، مزدوجة بالتعريف، عامة بالنظر إلى المبدأ الأخلاقي الذي ترنو لتجسيده، وخاصة وفقا لخصوصية القطاع والمهنة التي تريد مراعاتها.

في الجزائر، بينت النقاشات التي أثّرت على هامش مختلف الاحتجاجات التي عرفتها أسلاك الوظيفة العمومي حجم المفارقات والغموض بخصوص أخلاقيات المهنة، من الأمثلة على ذلك، غلبة الانشغالات المادية على كل المطالب النقابية وحتى على المعالجة الحكومية لمشاكل المردودية.

في نفس السياق، بينت النقاشات -مثلا- حول الخدمة المدنية لدى الأخصائيين الطبيين حجم الاختلاف بين تصورات المهنيين وقناعات الحكومة في ظروف متغيرة تعكس الفراغ القيمي الذي تنمو فيه الوظيفة العمومية في الجزائر.

¹Pasquero Jean , « Commentaire : Éthique des affaires, responsabilité sociale et gouvernance sociétale : démêler l'écheveau », Gestion, 2007/1 Vol. 32, p. 112

²Pasquero Jean , « Commentaire : Éthique des affaires,....op. cit., p. 112

ثانيا :الانحرافات البراغمية لأخلاقيات الوظيفة العمومية:

إن وجود اعتبارات مثالية وراء انتشار أخلاقيات المهنة ليس أمرا مسلما به، ذلك أن تحليل نصوص موثيق أخلاقيات المهنة يكشف عن تأثير الأبعاد البراغمية والنفعية على صياغة هذه التصورات. في هذا الصدد، يؤكد Terré أن معظم القواعد تستجيب لضرورات تقسيم المهام والانضباط وفق منهج عملي، كما أن جزءا معتبرا من هذه القواعد جاء تنويعا لمسار اجتماعي اتضح من خلاله حجم الفوائد العملية التي يمكن لاعتماد مثل هذه القواعد أن يجلبها¹.

نتيجة لذلك يمكن القول أن أخلاقيات المهنة إنما هي ثمرة "فلسفة انتهازية" تهدف لتعظيم منفعة جماعة معينة²، ولا تعكس بالضرورة انشغالا أخلاقيا يسعى إلى ترقية الحياة العامة بشكل يساهم في كبح جراح الفساد بصفة جذرية.

أكثر من ذلك، يمكن أن ترمي أخلاقيات المهنة إلى تحقيق أهداف أخرى قد تكون منافية للأخلاق أو على الأقل للعب دور تلميعي أو تجميلي لا يعكس حقيقة الالتزام بروح الوظيفة، مثلما هو عليه الحال مع ظهور أخلاقيات الممارسين في الأسواق المالية والبورصات من أجل كسب ثقة المدخرين، أمام مختلف الأخطار التي يحتملها اللجوء إلى هذه الطرق القويولة في ظل منافسة شديدة بين مختلف الأسواق المالية.

من جهة أخرى، تعكس فكرة أخلاقيات المهنة انزلاقا سياسيا وفلسفيا خفيا ولكنه أكيد، من خلال تقديم مقارنة تركز على الواجبات قبل الحقوق، حيث يؤكد كتاب "publique fonction la de Droit" أن الأعوان العموميين مشغولون بحقوقهم قبل واجباتهم، وأن الإدارة مضطرة لتنظيم محامها في إطار ما تسمح به هذه الحقوق أو على الأقل دون المساس بها، وبذلك فإن تضمين الالتزامات القانونية للموظف ضمن أخلاقيات المهنة ستمكن، ولو بصفة تدريجية، من خلق نوع من الأسبقية للواجبات على الحقوق في العمل اليومي³.

وباعتبار هذه القواعد قريبة من الأخلاق في مفهومها التقليدي، من حيث طبيعتها، ومن حيث موضوعها (تحديد مسبق لسلوكات نموذجية)، فإن أخلاقيات المهنة ستزيد من كثافة الواجبات وتعمق فحوى المنوعات في قانون الوظيفة العمومية، وبذلك فإن مجموعة القواعد التي كانت منتشرة وغير محررة، ستصبح مكتوبة ومعلنة بصفة رسمية، رغم عدم تأكد قانونيتها.

المطلب الثاني: إشكالية القيمة القانونية لقواعد أخلاقيات المهنة:

إن خصوصية الوظيفة العمومية تفرض الكثير من التحديات على مسار أخلفتها بالنظر لصعوبة دمج النصوص المكرسة لأخلاقيات الموظف العمومي ضمن مجموعة القواعد التي يخضع لها، ونظرا لمتطلبات الرقابة الداخلية

¹ D. Terré, Op. cit., P504

² D. Terré, Op. Cit, P504

³ A. Taillefait, op. cit., p. 326.

والخارجية التي يخضع لها سلوك الموظف. تندرج إشكالية القيمة القانونية لقواعد أخلاقيات الوظيفة العمومية في إطار النقاش الفقهي حول تطور العلاقة بين القانون والأخلاق، فهي تمثل امتدادا حقيقيا وتحديا عمليا لهذه العلاقة غير واضحة المعالم.

الفرع الأول: في الفقه موقف متفائل وتأثير محدود:

إن انتشار موثيق أخلاقيات المهنة يجسد التقاطع الاجتماعي بين القانون والأخلاق، وهو ما يطرح الكثير من التساؤلات حول تأثير هذا التلاقي على النظام القانوني. فحسب البعض، هذا الالتحام هو سبب في حدوث "فوضى قانونية"، باعتبار الأخلاق تهديدا للقانون، وهو ما يستدعي منح القواعد الأخلاقية الصفة القانونية في أقرب وقت ممكن تفاديا لأي آثار سلبية ناجمة عن هذه الازدواجية التنافسية¹.

إن محيي هذا النوع من القواعد لم يكن مفاجئا، فقد سبق لـ Ripert منذ فترة طويلة، أن تنبأ بتطور العلاقة بين القانون والأخلاق على هذا النحو، رغم أن نتائج هذا التطور لا تشكل البتة نقطة اتفاق بين الفقهاء.

فحسب Ripert، عندما لا تجد القاعدة الأخلاقية مكانا لها في المنظومة القانونية، فإنها تستقر بمحاذاة القانون، ليتم اعتبارها على الأقل، كقاعدة شبيهة بتلك المدرجة في إطار قواعد القانون الطبيعي. إن هذه الحالة ليست إلا إعادة إنتاج لفكرة القواعد غير الملزمة التي طالما رفضها أصحاب المنطق القانوني الصارم².

تبعا لما سبق، فإن الاختلاف حول العلاقة بين القانون والقواعد الأخلاقية "الصاعدة" أثر على تحديد القيمة القانونية لهذه الأخيرة. مبدئيا، يعتقد الكثيرون، وبالأخص منذ Gurvitch، أن قواعد أخلاقيات المهنة هي بداية لتعددية قانونية *juridique pluralisme*، فهذا الفقيه يعتبر أن المنظمات المهنية تقوم بنشاطات معيارية وتنظيمية هي في الحقيقة شبيهة بالمصادر الأولية للقانون، وهو ما يؤيده Santi³ و Romano. غير أن هذا الأخير يضيف شرطا مهما، بحيث يعتبر أن القانون، الذي تحتكر الدولة إصداره، هو الذي يحدد القيمة القانونية لباقى الأنظمة بما فيها تلك المنبثقة عن قواعد أخلاقيات المهنة.

إنه بذلك، يبسط هيمنة القاعدة القانونية على باقي القواعد الاجتماعية. أي أن قواعد أخلاقيات المهنة يمكن أن تكون ملزمة غير أنها تبقى خاضعة لسلطة القانون الذي يضيف عليها نوعا من النسبية أو يضعها في مرتبة ملائمة ضمن الهرم القانوني⁴. ولكن الغموض الذي يحيط بهذه الإجابات يتعلق بتحديد مفهوم القانون حيث أنه أخذ ضمن نطاق واسع يجعل كلا المفهومين مبهمين.

¹ D. Terré, Op. cit, P499

² Cité par D. Terré Op. Cit., Georges Ripert, La règle morale dans les obligations civiles, Paris, LGDJ, 4e éd., 1949.

³ D. Terré, Op. Cit., P501

⁴ D. Terré, Op. Cit , p501

وعليه، فإن فيلسوف القانون Hart يقدم إجابة أكثر واقعية، حيث يعتبر أن النظام القانوني يتكون من أنواع عديدة من القواعد القانونية¹:

- القواعد الأولية: التي تفرض سلوكات معينة على الأفراد
- القواعد الثانوية: التي تحاول تسيير الاختلالات الحتمية التي تعترض أي جماعة بشرية وتتكون بدورها من:

1. قواعد الإجراءات: الطرق التي يتم بها تغيير القواعد الأولية،
2. قواعد اتخاذ القرار: التي تمنح لبعض السلطات صلاحيات الفصل في النزاعات المتعلقة بتطبيق القواعد الأولية،
3. قواعد الاعتراف: وهي التي تحدد القواعد الأولية التي يجب تطبيقها.

ويؤكد Hart أن هذه القواعد تتفاعل ضمن نظام قانوني قابل للتكيف، ويتميز بنوع من التقنية. أما بالنسبة للقواعد الأخلاقية، فإن Hart يعتبر أنه لا يمكن لأي نظام أخلاقي أن يرقى إلى درجة الإعداد البنيوي الذي وصل إليه النظام القانوني، وعليه فإن القاعدة الأخلاقية بالنسبة له، تتميز باعتراف المجموعة بضرورة احترامها من جهة، واستحالة تغييرها بمجرد التعبير عن الرغبة في ذلك من جهة أخرى.

وفقا لهذا النموذج، فإنه يمكن اعتبار قواعد أخلاقيات المهنة بمثابة قواعد أولية تملي سلوكات محددة على الأفراد، غير أنها لا تتوفر على نظام قانوني بآتم معنى الكلمة، نظرا لافتقارها إلى القواعد الثانوية وخاصة تلك المتعلقة بالاعتراف واتخاذ القرار².

حسب LeTourneau تأخذ هذه القواعد طابعا خاصا باعتبارها تحدد قواعد اللعبة في الحياة الاجتماعية، أو بالضبط داخل جماعة مهنية معينة، هي في هذه الحالة الوظيفة العمومية أو أحد فروعها. هذه القواعد تؤدي في عدة أحيان إلى ممارسة مستمرة تصل لدرجة تشكيل عرف خاص كونه يتعلق بمهنة معينة أو حتى بمنطقة بذاتها بحيث تُعبر عن الذاكرة الجماعية للإرادة المستقلة لهذه المهنة³.

بهذا المعنى تأخذ الهيئات التأديبية والقضائية بعين الاعتبار هذه القواعد من أجل معاينة الإختلالات والمتطلبات المستجدة في الحياة المهنية مما يساهم بدوره في تثمين المساهمة المعيارية لهذه القواعد من جهة، ويرسخ دورها في الضبط المهني والاجتماعي من جهة أخرى.

¹ Cité par D. Terré, Op. Cit. , P502.

² D. Terré. Op cit., p501

³ Le Tourneau Philippe, L'éthique des affaires et du management au XXI^e siècle, essai, Dalloz Dunod, 2000, p 24.

من جانبه، يطرح **Lalonde Louise** طريقاً آخر لتكييف هذه القواعد من خلال التمييز بين تلك التي تكفي النصوص بإعلانها، وتلك التي يدمجها القانون في منظومته الإلزامية. بالنسبة للأولى، فهي تعاني غياب الإكراه وعدم الدقة وانعدام الطابع الإجباري. وعليه، فإن قيمتها مرتبطة بتفسيرها من طرف القضاة والأعوان العموميين. أما الثانية، فإنها تحوز بلا شك القيمة الكاملة للقاعدة القانونية، بل إن تفسيرها من طرف القضاة والأعوان العموميين يجعلها قابلة للتطور مثل المبادئ والقواعد القانونية الأخرى.¹

عند إثارة مساهمة القاضي في تحديد القيمة القانونية لقواعد أخلاقيات الوظيفة العمومية، يشير **J-P. Didier** إلى أن لهذه الأخيرة علاقة مزدوجة مع الرقابة القضائية، فهي أولاً غاية الرقابة من حيث سعي القاضي إلى ضمان احترام قواعد أخلاقيات الموظف والمرفق على حد سواء في إطار عام رغم أن مفهومها يبقى غامضاً، وهو ما يعبر عنه العميد **Hauriou** بالأخلاق الإدارية "**administrative moralité la**". كما أنها في نفس الوقت، باعتبارها مرجعاً قيمياً، تمثل أداة للقيام بالرقابة القضائية ومنحها الفعالية اللازمة.²

في الأخير، من الواضح أن الأمر يتعلق بخط جديد لإنتاج القانون وتحقيق الضبط، غير أن هذه القواعد أكثر ثراءً وتنوعاً، مع العلم أن اعتمادها ليس جديداً بالنسبة للجامعة. فمثلاً بالعودة إلى كتابات **Hayek** يتضح أن أسس القانون في حد ذاته هي نتيجة أنظمة ومسارات تلقائية يطبعها تفاعل البشر.³ وبالتالي فإن هذه المواثيق بإمكانها أن تنشئ أنظمة تلقائية وحتى سلطوية⁴، تعكس تفاعلاً محموماً بين الأخلاق والقانون لا يعلم مآله، إلى تصادم أو تلاحم؟

الفرع الثاني : مكانة أخلاقيات الوظيفة العمومي في القانون الجزائري:

إن تحديد القيمة القانونية لقواعد أخلاقيات الوظيفة العمومية التي مازالت في خطواتها الأولى في الجزائر أمر صعب يشوبه الكثير من الغموض، نظراً لعدم وضوح موقف المؤسس الدستوري بهذا الخصوص، والانشغالات الاستعجالية التي تحتكر ساحة النقاشات العامة تحت ضغط محنة القوانين الأساسية منذ صدور القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية سنة 2006.

وعليه، فإننا مطالبون في هذه النقطة، بالبحث عن الأسس القانونية التي يمكن أن تكون الإطار الشرعي لتكوين أخلاقيات الموظف العمومي في ظل غياب أطر خاصة.

¹ Louise Lalonde, « Les « lois éthiques », un défi pour le droit », Éthique publique [En ligne], vol. 13, n° 1 | 2011, P 122, mis en ligne le 20 décembre 2011, <http://ethiquepublique.revues.org/394>

² Didier Jean-Pierre, L'éthique du fonctionnaire civil, son contrôle dans les jurisprudences administrative et constitutionnelle françaises, Librairie Générale de Droit et de la Jurisprudence, 1999, P8.

³ Cité par D. Terré, Op. Cit., P499, Gérard Farjat, «Nouvelles réflexions sur les codes de conduite privée », in Jean Clam et Gilles Martin (dir.), Les transformations de la régulation juridique, Paris, LGDJ. 1998

⁴ D. Terré, Op. Cit., P499

من الناحية التأسيسية، وعلى خطى الدستور الفرنسي، جعل الدستور الجزائري في مادته 140 وضع الضمانات الأساسية للموظفين، والقانون الأساسي العام للوظيفة العمومي، من اختصاص المشرع¹.

ورغم أن هذا التحديد هو بمثابة التأسيس الدستوري لقانون الوظيفة العمومية غير أنه لم يتطرق لأي معايير لتشخيص مستوى تدخل المشرع في مجال غالبا ما تحتكر السلطة التنفيذية تنظيمه وتسييره. وبالتالي، فإن اعتماد هذا الأساس لتحديد القيمة القانونية لأخلاقيات الموظف العمومي يبقى مرتبطا بتفسير المقصود بـ"الضمانات الأساسية للموظفين".

القانون الأساسي للوظيفة العمومية² بدوره لم يتطرق إلى موضوع أخلاقيات المهنة إلى في موضع واحد عند تحديد مهام المجلس الأعلى للوظيفة العمومية في المادة 59 منه حيث أكد أن هذه الهيئة مكلفة بالسهر على احترام أخلاقيات الوظيفة العمومية. كما أن هذا القانون لم يربط بين المسؤولية التأديبية للموظف واحترام أخلاقيات المهنة، بل إنه لم ينص على كيفية اعتمادها أو مصادرها.

قبل هذا النص بأشهر، صدر القانون رقم 06-01 المتعلق بمكافحة الفساد³ الذي وسع وصف الموظف إلى غير الموظفين العموميين بمفهوم القانون الأساسي، كما نص على ضرورة اعتماد مدونات للسلوك محددات القيم التي يجب أن تركز عليها، حيث نصت المادة السابعة من هذا القانون على أنه "من أجل دعم مكافحة الفساد، تعمل الدولة والمجالس المنتخبة والجماعات المحلية والمؤسسات والهيئات العمومية وكذا المؤسسات العمومية ذات النشاطات الاقتصادية، على تشجيع النزاهة والأمانة وكذا روح المسؤولية بين موظفيها ومنتخبيها، لاسيما من خلال وضع مدونات وقواعد سلوكية تحدد الإطار الذي يضمن الأداء السليم والنزاهة والملائم للوظائف العمومية والعهد الانتخابية".

في هذا الصدد، لا بد من التذكير بأن الدعوة إلى اعتماد مدونات سلوك للموظفين العموميين من أجل نشر وترسيخ ثقافة النزاهة والأمانة وردت في جميع الاتفاقيات الدولية المتعلقة بمكافحة الفساد، وهو ما نصت عليه من قبل اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد في مادتها الثامنة المخصصة لمدونات قواعد سلوك الموظفين العموميين⁴، في حين كلفت الاتفاقية الإفريقية للجنة الاستشارية لمكافحة الفساد بالسهر على وضع وترقية اعتماد موثيق موحدة للأعوان العموميين في المادة 22 منها⁵، كما نصت الفقرة 5 من المادة العاشرة من الاتفاقية العربية

¹ دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية المعدل الصادر بتاريخ 7 مارس 2016.

² أمر رقم 06-03 المؤرخ في 15 يوليو 2006 يتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية، الجريدة الرسمية رقم 46.

³ القانون رقم 06-01 المؤرخ في 20 فيفري 2006 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، الجريدة الرسمية عدد 14 الصادرة في 8 مارس 2006.

⁴ اتفاقية الأمم المتحدة للوقاية من الفساد ومكافحته الموقعة في أكتوبر 2003 بمريدا (المكسيك)

⁵ اتفاقية الاتحاد الإفريقي لمكافحة الفساد الموقعة في 13 جويلية 2003

لمكافحة الفساد على تطبيق "مدونات ومعايير سلوكية من أجل الأداء الصحيح والمشفرف والسليم للوظائف العامة"¹.

يتضح من الفقرة الأخيرة من المادة الثامنة من اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد أن الدول الأطراف كانت تسعى إلى منح مدونات السلوك قيمة قانونية إجبارية من خلال إقامة المسؤولية التأديبية للموظف في حالة مخالفة هذه المدونات، غير أن قانون مكافحة الفساد والقانون الأساسي العام للوظيفة العمومية أهملتا تماماً هذا الموضوع.

إن هذا التوجه في القانون الجزائري يظهر جلياً عند التطرق إلى المواد المتعلقة بتقييم الموظف العمومي حيث لم يصنف الالتزام بقواعد أخلاقيات المهنة ضمن المعايير المعتمدة بجانب الكفاءة المهنية، الفعالية والمردودية، وكيفية الخدمة المنصوص عليها في المادة 99 من القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية.

إضافة إلى ذلك، فإن المشرع في هذا القانون خلال معالجته لواجبات الموظف وصلاحيات هيئات المشاركة والطن، لم يتطرق لاحترام قواعد أخلاقيات الموظف العمومي سواء من باب التأكيد عليها ضمن التزامات الموظف أو من خلال استغلال هذه الهيئات لضمان احترامها وتطويرها. لقد ترك المشرع هذا الفراغ المتعلق بتحديد الجهة المكلفة بوضع هذه القواعد وضمان احترامها، كما أنه لم ينص على أي إجراءات لوضع هذه النصوص.

من خلال هذه النقاط، يمكن القول أن المشرع الجزائري لم يكن متحمساً لإدماج مدونات السلوك ضمن النظام القانوني للموظف، بل حاول الإبقاء عليها في صيغتها الأدبية، كما يتضح كذلك أن فكرة مدونات السلوك ستبقى مرتبطة بقانون مكافحة الفساد أكثر منه بتسيير وتنظيم الوظيفة العمومي، وبهذا فإن التوجه نحو تكليف الإدارة بوضع هذه المدونات يمس بطابعها الاجتماعي ويقلص من حجيتها كونها تندرج في إطار تسيير رئاسي مرهون بالأحكام المسبقة التي اكتسبها الموظفون حول سلطاتهم الإدارية.

كما أنه من المحير التباطؤ الذي يعرفه تطبيق القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية خاصة فيما يتعلق بإنشاء المجلس الأعلى للوظيفة العمومية، الذي ينتظر أن يقوم بعمل كبير في مجال التنظير والتفسير في هذا المجال، عوض الاكتفاء بمراقبة القانونية التي تضطلع به المديرية العامة للوظيفة العمومية لحد الآن. وفي ظل عدم تنفيذ هذا الشق من القانون فإن مشروع أخلاقيات الموظف العمومي يبقى من دون راع رسمي يساعد على بعث هذه الثقافة وترقيتها بالموازاة مع الأحكام الواردة في قانون مكافحة الفساد.

¹ الاتفاقية العربية لمكافحة الفساد الموقعة بتاريخ 21 ديسمبر 2010 بمدينة القاهرة (جمهورية مصر العربية).

خاتمة:

الهدف من المقال هو المساهمة في إبراز ملامح علاقة جديدة بين القانون والأخلاق من خلال نموذج مدونات السلوك في ظل سياسات مكافحة الفساد، حيث تتضح ضرورة تضمين الاعتبار الأخلاقي في معايير جودة القاعدة القانونية، وأهمية اعتبار الغاية الأخلاقية خلال تقييم المصلحة العامة، وخاصة من أجل بناء وظيفة عمومية قائمة على النزاهة عبر مجموعة من القيم الأخلاقية الكفيلة بتكوين نظام مناعة ضد الفساد.

وللأسف، على صعيد بناء منظومة أخلاقية لضبط الحياة العامة، يتضح أن المنظومة الاجتماعية الجزائية بعيدة بشكل مزدوج عن منطق التطوير في هذا المجال، فهي لم تستوعب بعد متطلبات ما بعد المعاصرة، ولم تستطع تثمين مواردها القيمة لبناء منظومة تخصها.

في هذا الصدد، يجب التأكيد على أن المحافظة على مكانة القانون في فضاء الضبط الاجتماعي، تفرض ترقية وتطوير وظائفه المعيارية باعتباره نطا للضبط عن طريق بناء علاقات جيدة مع القواعد الأخلاقية إن بناء علاقة تكاملية بين القانون والأخلاق يعتبر مشروعا مستقبليا لتعزيز شرعية القانون وبناء مرجعية أخلاقية للوظيفة العمومية.

دور المجتمع المدني في تعزيز سيادة القانون في مجتمعات ما بعد الصراع
الباحث / سالم أنور احمد العبيدي- ماجستير قانون عام- جامعة تكريت
الباحث / م. حميد أنور احمد العبيدي المدرس في كلية الإدارة والاقتصاد- جامعة تكريت

الملخص:

تحتاج الدول التي تعاني من آثار الصراعات إلى تعزيز سيادة القانون والتي تمثل العلاج الشافي لكثير من مشاكل تلك البلدان، فالبنية التحتية تحتاج إلى إصلاح عاجل وكذلك مؤسسات الدولة المنهارة، وعليها ان تتعامل مع تركة ضخمة من انتهاكات حقوق الإنسان، فمن خلال تعزيز سيادة القانون تشريع القوانين العادلة والمحقة لطموحات الضحايا، وتسترد الحقوق التي استلبت، ويقام العدل، وفي هذه المهمة الصعبة تحتاج الدول الخارجة من الصراعات إلى أي مساعدة تقدم إليها، سواء على المستوى الوطني ام الدولي، وهنا يبرز دور المجتمع المدني بصفته الوسيط الأمين والمتنوع بالزاهة والشفافية اللازمة للتوسط بين المواطنين والحكومة لإيصال صوتهم بكل إخلاص، سواء بتقديم المساعدة القانونية بشكل استشارات قانونية وورش عمل لتعريفهم بحقوقهم، أم عن طريق مساعدتهم في الوصول إلى الحقيقة والكشف عن حجم الانتهاكات التي تعرضوا لها في فترة الصراع السابقة، أم من خلال مساعدتهم ودعم مطالبهم في الحصول على التعويض.

Abstract

The countries that suffer from the effects of conflicts need to strengthen the rule of law which is represent a remedial for many problems of these countries, however, the infrastructure needs urgent reform as well as the collapsed state institutions, and they have to deal with a huge of human rights violations, However, through the promotion of the rule of law the fair laws will be legislated which realize the aspirations of the victims recover the rights, and establish the justice. In this difficult task the countries that came out from the conflicts need any assistant offer to them, whether at the national level or international level, here the role of civil society is appearing as an honest mediator characterized by integrity and transparency which is necessary to play this role between citizens and government, whether by providing the legal assistance as legal advices and workshops to educate them with their rights, or by helping them to get to the truth and revealing the extent of the violations they suffered from in the previous period of the conflict or through their help and support in their demands for compensation.

تاريخ إيداع المقال: 2016/11/08

تاريخ تحكيم المقال: 2016/11/30

المقدمة:

لقد شهدت الفترة التي تلت الحرب الباردة زيادة ملحوظة في عدد الصراعات المسلحة الداخلية والتي تنوعت في أسبابها وآثارها فوفقت الأمم المتحدة عاجزة إمام هذه الزيادة الهائلة في تلك الصراعات, فلم تعد قادرة بمفرده وبوسائلها التقليدية من صنع السلام وحفظ السلام, أن تواجه هذا الكم الهائل في عدد هذه الصراعات وآثارها, فصنع السلام بوصفه وسيلة توافقية لحل الصراع وتجاوز الخلافات التي تعوق التوصل إلى تسوية سياسية ناجحة ترضي كل الأطراف, وحفظ السلام الذي يعد ضرورياً لخلق ظروف ملائمة لتحقيق السلام من خلال البعثات التي ترسلها الأمم المتحدة لمواجهة الصراعات التي تنشب بسبب عمليات الانتقال السياسي الفاشلة والانتقالات العسكرية وكذلك الصراعات التي تنشب بسبب التوزيع غير العادل للموارد والفصل العنصري وغيرها من أسباب نشوب الصراعات والتي يمكن أن تكون الشرلرة الأولى لصراع لا نهاية له بين أبناء البلد الواحد وهنا يجب على الأمم المتحدة أن تتدخل لمعالجة هذه الأزمات, وإلا فإنها سوف تستفحل وقد تهدد استقرار البلدان المجاورة وما الأزمة السورية منا ببعيد. كل هذه الصراعات تخلف وراءها كم هائل من انتهاكات حقوق الإنسان والبنية التحتية المدمرة وضعف في احترام القانون وسيادته, والتي تحتاج إلى التعامل الحذر معها كي لا تعود تلك البلدان الصراع المسلح مرة أخرى, ولعل الأمم المتحدة في هذه المهمة الصعبة تحتاج إلى المساعدة والمشاركة من كافة أطراف الصراع وهنا يبرز دور منظمات المجتمع المدني باعتبارها الأقرب من المواطنين الذين لا يزالون يعانون بشكل جسيم من آثار الصراعات التي دمرت بلادهم وما يتمتع به المجتمع المدني من استقلالية والنزاهة والشفافية في العمل تجعل منه لاعباً لا ينكر دوره في تلك المجتمعات.

أهمية البحث:- تكمن أهمية البحث في أن الدور الذي يمكن أن تلعبه منظمات المجتمع المدني في المرحلة التي تلي الصراعات يعد دوراً مهماً, خصوصاً في التعامل مع تركة الماضي من انتهاكات واسعة لحقوق الإنسان تحتاج إلى من يتعامل معها باستقلالية وحيادية ومهنية, تلك الانتهاكات التي تستوجب إعادة سيادة القانون إلى تلك البلدان, من خلال تحقيق العدالة عن طريق المحاكمات العادلة والعلنية وكذلك من خلال الكشف عن الحقيقة وتعويض الضحايا الذين عانوا من انتهاكات فضيعة في المرحلة السابقة, وكل هذا الدور تضطلع به الأمم المتحدة تحت مسمى بناء السلام, وفي كل هذا يمكن أن يكون دور وإسهام المجتمع المدني من خلال المنظمات غير الحكومية والقبابات وغيرها من تشكيلات المجتمع المدني مؤثراً حاسماً.

مشكلة البحث:- تكمن مشكلة البحث في أن زيادة عدد الصراعات في المرحلة التالية للحرب الباردة كانت تحتاج إلى وسائل واليات مستحدثة تقوم على مشاركة مجتمعية واسعة يساهم فيها كل أطراف شعوب تلك المجتمعات, وكذلك أن تكون غير قائمة على التطبيق المباشر لقوالب جاهزة من الحلول, وهذا ما كانت تعتمده الأمم المتحد في الغالب, فبرغم من استحداث الأمم المتحدة لآلية بناء السلام ومحاولتها الوصول إلى سلام دائم,

إلا أنها لم تسعى بشكل جاد إلى إشراك المجتمع المدني في تلك الآلية مما جعل الوصول إلى السلام الدائم ومستقر أمر عسير وصعب.

هيكلة البحث:- سوف يتناول الباحثان بحث (دور المجتمع المدني في تعزيز سيادة القانون في مجتمعات ما بعد الصراع) في مبحثين، يعالج المبحث الأول الإطار المفاهيمي لمصطلحي المجتمع المدني وسيادة القانون من خلال مطلبين، يتناول الأول مفهوم المجتمع المدني وعناصره، أما الثاني فيعالج مفهوم سيادة القانون وعناصره، أما المبحث الثاني فخصصه لمبحث تفعيل آليات تعزيز سيادة القانون في مجتمعات ما بعد الصراع، وقد قسمناه إلى ثلاث مطالب سوف نتناول في المطلب الأول إسهام المجتمع المدني في تفعيل دور المحاكم، والمطلب الثاني لإسهام المجتمع المدني في تفعيل دور لجان تقصي الحقيقة، والمطلب الثالث لإسهام المجتمع المدني في تفعيل دور صناديق تعويض الضحايا.

المبحث الأول: الإطار المفاهيمي لمصطلحي المجتمع المدني وسيادة القانون

يعد العمل الاجتماعي والتطوعي من أهم الوسائل المستخدمة للمشاركة في النهوض بمكانة المجتمعات في عصرنا الحالي، ويكتسب العمل الاجتماعي أهمية متزايدة يوماً بعد يوم ولا سيما مع اتساع الهوة بين موارد الحكومات وازدياد احتياجات الشعوب، حيث برز دور العمل التطوعي لسد تلك الفجوة ولم تعد الحكومات قادرة على توفير احتياجات أفرادها ومجتمعاتها سواء في البلدان المتقدمة أو النامية، ولذلك كان لا بد من وجود جهة أخرى تساند الجهات الحكومية وتكمل دورها لتلبية الاحتياجات الاجتماعية، ويطلق على هذه الجهة "منظمات المجتمع المدني" أو "المنظمات الأهلية"¹. ولا نظن أن المجتمعات القديمة، والوسيط، كانت بمنأى عن هذا الشغل الذي شغل دائماً بال البشر، وهو كيفية إطلاق تصرفاتهم وتدبر شؤونهم وتنظيم علاقاتهم في إطار المجتمع الذي يحضنهم، وهو بالضرورة مجتمع سياسي يرقاه قانون معين، إن "القانون"، الذي ليس بالنتيجة غير مجموعة أو كتلة من القواعد السلوكية الآمرة، مدين بوجوده إلى مصادر متباينة تبدأ بالقدس، وتمر بالفلسفي والأخلاقي، وتعول في أمكنة وأزمنة على الواقعي والاختباري، وتصل في نهاية المطاف إلى الوضعي، وقد انتسبت إليه، أو دارت في مداره، تسميات شتى². سوف يتناول الباحثان في هذا المبحث الإطار المفاهيمي لمصطلحي المجتمع المدني وسيادة القانون في مطلبين، خصص الأول لمفهوم المجتمع المدني وعناصره وخصص المبحث الثاني لمفهوم سيادة القانون وعناصره.

¹ د. أحمد إبراهيم ملاوي: أهمية منظمات المجتمع المدني في التنمية، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، مج 24، ع 2، 2008، ص 256.
² المركز العربي لتطوير حكم القانون والنزاهة: حكم القانون لقاءات ومحاضرات، د. غالب غانم: مدخل إلى حكم القانون، 2005-2006، ص 3، متاح على الموقع التالي: www.arabruleoflaw.com/files/the_rule_of_law_meetings_and_lectures_book.pdf اخر زيارة (2015/10/3).

المطلب الأول: مفهوم المجتمع المدني وعناصره

إن تحديد مفهوم المجتمع المدني يقتضي البحث في الجذور التاريخية لهذا المفهوم ومحاولة تأصيله بشكل سليم، وقد خضع مفهوم المجتمع المدني للعديد من المحاولات لتعريفه، كما أن له عناصره الخاصة التي تميزه عن غيره من التكوينات الاجتماعية، كل هذا اقتضى- من الباحثان تناول مفهوم المجتمع المدني في مطلبين، خصص الأول لتعريف المجتمع المدني، وكرس الثاني لبحث عناصره.

الفرع الأول: تعريف المجتمع المدني

ما تضمنته أطروحة المجتمع المدني من أبعاد أخلاقية واجتماعية يتطابق مع ما دعت إليه رسالة السماء في الكثير من الآيات القرآنية الكريمة والأحاديث النبوية الشريفة التي تدعو المؤمنين إلى التعاون والأخوة والتسامح والوحدة والتلاحم والمحبة وتنظيم أمورهم...¹ الح¹. ومنها قوله تعالى (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَحِلُّوا شَعَائِرَ اللَّهِ وَلَا الشَّهْرَ الْحَرَامَ وَلَا الْهَدْيَ وَلَا الْقَلَائِدَ وَلَا آمِينَ الْبَيْتِ الْحَرَامَ يَتَتَفَعُونَ فُضُلًا مِنْ رَبِّهِمْ وَرِضْوَانًا وَإِذَا حَلَلْتُمْ فَاصْطَادُوا وَلَا يَجْرِمُكُمْ شَتَائُ قَوْمٍ أَنْ صَدُّوكُمْ عَنِ الْمَسْجِدِ الْحَرَامِ أَنْ تَعْتَدُوا وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَى وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ وَاتَّقُوا اللَّهَ إِنَّ اللَّهَ شَدِيدُ الْعِقَابِ)².

وقد نشأ مفهوم المجتمع المدني لأول مرة في الفكر اليوناني الإغريقي حيث أشار إليه أرسطو باعتباره مجموعة سياسية تخضع للقانون أي أنه لم يكن يميز بين الدولة والمجتمع المدني فالدولة في التفكير السياسي الأوروبي القديم يقصد به مجتمعاً مدنياً يمثل تجمعاً سياسياً أعضاؤه من المواطنين الذين يعترفون بقوانين الدولة ويعترفون وفقاً لها³. وليس من فيلسوف أو مفكر سياسي مهما أسبغ على المجتمع المدني من مفهوم وتعريف مجددين يستطيع أن يكون خارج هذا الإطار المرجعي الكلاسيكي الغربي، منذ بداية عصر- النهضة الأوروبية 1450-1600، وامتداداً إلى عصر هيغل وماركس وغرامشي⁴.

أن التعريف (المجتمع المدني) خضع منذ ظهوره إلى الحدود التاريخية لوعي المفكرين وإلى الشكل الذي رأوا من خلاله علاقة السلطة السياسية بالأفراد، يكفي على سبيل المقارنة رؤية (هوبز) للمجتمع المدني كمخلوق اصطناعي للدولة (القرن 17) برؤية (لوك) له في القرن 18 باعتباره يشمل دائرة الملكية وعلاقات التجارة والتبادل على الضد من الدولة والمجتمع السياسي التي تضمن حماية المصالح الجماعية، أما في القرن التاسع عشر- فقد رأى الفيلسوف الألماني هيغل فيه مجتمعاً يوحد ويضم عناصر متنوعة ومتعارضة: العائلة، المهن، الطبقات

¹ عباس فاضل محمود: دور منظمات المجتمع المدني في تعزيز البناء الديمقراطي في العراق، مجلة الأستاذ، ع203، 2012، ص616.

² القرآن الكريم سورة المائدة الآية 2.

³ محمد الفاتح عبد الوهاب العتيبي: منظمات المجتمع المدني النشأة الآليات وأدوات العمل وتحقيق الأهداف، مقدمة إلى المشاركين في البرنامج التدريبي تأهيل القيادات والمنظمات الغير حكومية على الإدارة الديمقراطية ومهارات التحالف والتغيير، جمهورية اليمن، 2009، ص5، متاح على الموقع التالي: www.arabsi.org/attachments/article/2544 آخر زيارة (2015/10/3).

⁴ توفيق المديني: المجتمع المدني والدولة السياسية في الوطن العربي، اتحاد الكتاب العرب، مكتبة الأسد، دمشق، 1997، ص14-15.

الاجتماعية ¹ الخ¹. أما ماركس فنظر إلى مؤسسات المجتمع المدني باعتبارها الأساس الواقعي للدولة، أي انه ربط مفهوم المجتمع المدني بالاقتصاد، فهو يرى فيه مجالاً للصراع الطبقي وهو يشكل كل الحياة الاجتماعية قبل نشوء الدولة، ويحدد المستوى السياسي، أو الدولة، بوصفه مستوى تطور العلاقات الاقتصادية². أما الفيلسوف والمناضل الأممي انطونيو غرامشي (1891-1937) استعار مصطلح المجتمع المدني والمجتمع السياسي من منظومة الفكر البرجوازي وتحديدًا من كتابات هيجل وقام بتحويل هذين المفهومين الهيجليين، تماما مثلما فعل كل من ماركس وانجلز مع مفاهيم هيجلية أخرى وكانت نتيجة هذا التحويل أن أصبح تعبير المجتمع المدني مقطوع الصلة بدلالاته السابقة، فبعدما كان يشير إلى دائرة التنافس الاقتصادي بين الأفراد، أصبح جزءاً من البنية الفوقية يشير به (غرامشي) إلى المؤسسات الطبقية والاجتماعية التي تختص بالوظائف الأيدلوجية³.

يعد عبد الرحمن الكواكبي، في العالم العربي، أول من تصدى لهذا الموضوع في كتابه (طبائع الاستبداد) حيث أشار إلى أن (الحكومة لا تخرج عن وصف الاستبداد ما لم تكن تحت المراقبة الشديدة والمحاسبة التي لا تسامح فيها)، ودعا لاستخدام الآليات الانتخابية في الحكم لغرض الحد من تعسف الحكام⁴. أما مصطفى كامل السيد فيوسع تعريفه للمجتمع المدني (ليشمل المؤسسات الإنتاجية والطبقات الاجتماعية والمؤسسات الدينية والتعليمية والاتحادات المهنية والنقابات والأحزاب السياسية بجانب العقائد السياسية المختلفة)⁵. وفي هذا السياق فان ندوة (المجتمع المدني) التي نظّمها مركز دراسات الوحدة العربية بيروت 1992 تبنت تعريفاً للمجتمع المدني على انه (يقصد به المؤسسات السياسية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية المستقلة عن سلطة الدولة لتحقيق أغراض متعددة كالمشاركة في صنع القرار السياسي على المستوى الوطني عبر الأحزاب السياسية، والدفاع عن مصالح العمل النقابي والمساهمة في العمل الاجتماعي والتنمية إلى جانب نشر الوعي الثقافي)⁶.

¹ د. صالح ياسر: بعض إشكاليات المجتمع المدني والمجتمع السياسي والديمقراطية، مطبعة الرواد، بغداد، 2005، ص 11-14.
² أديب محمد جاسم الحماوي: مؤسسات المجتمع المدني ودورها في حياة الحقوق والحريات العامة، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة تكريت، 2009، ص 13.

³ غازي الصوراني: تطور مفهوم المجتمع المدني وازمة المجتمع العربي، مركز دراسات الغد العربي، غزة، فلسطين، الطبعة الأولى، 2004، ص 55، متاح على الموقع التالي: www.hamdoucheriad.yolasite.com/resources اخر زيارة (2015/10/3).

⁴ منظمة هاريكار غير الحكومية: دور منظمات المجتمع المدني في التنمية الاجتماعية، مطبعة زانا، دھوك، 2007، ص 9.

⁵ عاطف أبو سيف: المجتمع المدني والدولة، ط 1، دار الشروق للنشر، عمان، 2005، ص 108.

⁶ خيرة بن زيد: المجتمع المدني ودوره في مراقبة الانتخابات في الجزائر، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح بـ وورقلة، الجزائر، 2014، ص 17، متاح على الموقع التالي: www.bu.univ-ouargla.dz/master/pdf/Benzaid_Khayra.pdf?idthese=3076 اخر زيارة (2015/10/9).

الفرع الثاني: عناصر المجتمع المدني

ترتكز أطروحة المجتمع المدني على عناصر أساسية تميزها عن غيرها من التكوينات الاجتماعية التقليدية ، إذ أن الفارق الرئيسي الذي يميز عنها هو مدى توافر هذه العناصر ، والتي تتميز غالباً بالحركة والهدفية والشفافية والعطاء والتطوع والديمقراطية الداخلية¹. وبرز هذه العناصر هي:-

أولاً/ الطوعية:- أي المشاركة الإرادية؛ وهو ما يميز المجتمع المدني عن باقي التكوينات الاجتماعية التقليدية². فكرة "الطوعية" أو بكلمة أخرى المشاركة الطوعية التي هي بالأساس الفعل الإداري الحر أو الطوعي، وبهذه الطريقة تتميز تكوينات و بنى المجتمع المدني عن باقي التكوينات الاجتماعية المفروضة أو المتوارثة تحت أي اعتبار³.

ثانياً/ المؤسسة والتنظيم:- والمقصود منها هو ضرورة العمل ضمن تنظيمات ومؤسسات تعتمد على نظام إداري وبرنامج وأهداف آتية وإستراتيجية معينة، إذ لا نكاد نجد أي عمل أو نشاط فاعل ومؤثر من دون تنظيم وتخطيط مسبق يقوم به حماز فني وإداري يتمتع بمهارة وكفاءة وخبرة عالية⁴. وهو بهذا يختلف عن المجتمع التقليدي العام بمفهومه الكلاسيكي، حيث يشير هذا الركن إلى فكرة "المؤسسة" التي تطال مجمل الحياة الحضارية تقريباً، والتي تشمل الحياة السياسية والاقتصادية والاجتماعية و الثقافية⁵.

ثالثاً/ الاستقلالية:- استقلالية عن سلطة الدولة وهيمنتها (استقلالية مالية، تنظيمية، إدارية⁶). ونعني بالاستقلالية هنا هي أن لا تخضع مؤسسات المجتمع المدني لأي شكل من أشكال التبعية والهيمنة من الخارج أو الداخل والمثثلة بفرض آراء وسياسات واملاءات وبرامج وخطط الجهة المهيمنة، الأمر الذي يؤثر سلباً في مستقبلها وفشلها حتماً لأنها لا تنسجم مع طموحات الجماهير ومطالبها في الاستقلالية، وقد تلجا البعض من هذه المؤسسات إلى عدم استخدام مبدأ الشفافية في التعامل مع المواطنين لتجاوز هذا العنصر- الأساسي مما يؤدي إلى عدم ثقتهم بها وفشلها في الأجل المتوسط والبعيد، وعليه لابد لمؤسسات المجتمع المدني أن تمارس نشاطها بعيداً عن هذه التأثيرات الداخلية والخارجية التي تعرقل عملها وتضعف دورها المجتمعي ألا على وفق أطر محددة وشفافة ومقبولة من طرف المجتمع، ولا يعني استقلالية مؤسسات المجتمع المدني عن الدولة بأي حال من الأحوال ضعفها، بل هو عامل قوة كونه يمنح الدولة الشرعية الدستورية والقانونية وبحول دون هيمنة

¹ عباس فاضل محمود، مصدر سابق، ص 621.

² مرزوقي عمر: المجتمع المدني والتحول الديمقراطي في الجزائر: إشكالية الدور، مجلة المستقبل العربي، ع 432، 2015، ص 34، متاح على الموقع التالي: www.caus.org.lb/PDF/EmagazineArticles/mustaqbal_432_marzouki_omar.pdf آخر زيارة (2015/10/9).

³ محمد الفاتح عبد الوهاب العتيبي، مصدر سابق، ص 9.

⁴ عباس فاضل محمود، مصدر سابق، ص 622.

⁵ محمد الفاتح عبد الوهاب العتيبي، مصدر سابق، ص 9.

⁶ مرزوقي عمر، مصدر سابق، ص 34.

الولاءات والالتقاءات الضيقة (الطائفية المذهبية والعرقية والقومية والعشائرية.... الخ)، إذ إن الدولة القوية في النهاية هي ليست مرادفة للدولة التسلطية¹.

رابعاً/ الغاية أو الدور:- ومعناها إن فاعلية وتأثير مؤسسات المجتمع المدني ترتبط بمدى الدور الذي تؤديه داخل المجتمع وعلى ضوء ذلك يحدد مدى نجاحها أو فشلها، باعتبارها تمثل مؤسسات أمة وليس مؤسسات دولة، ومن خلال الدور الذي تقوم به هذه المؤسسات تتحدد علاقاتها مع الدولة أيضاً إذ إن كلا الطرفين يجب أن يتنافس مع بعضهما البعض في تقديم خدمة للمجتمع، ومن هنا فإن إيجاد مؤسسات وتنظيمات طوعية وحرّة تتحرك بنشاط وتعبر عن فاعلية وحيوية الأمة من خلال خلق قوى اجتماعية جديدة لها من السلطة ما يوازن سلطة الدولة ويؤثر في سياساتها الداخلية والخارجية، ويجول دون تفرداها واستبدادها في عملية صنع القرار من خلال وجود نظام رقابة مستمر على قراراتها يتمثل بمجموعة من القوى الاجتماعية والسياسية والاقتصادية منصوبة في إطار مؤسسات المجتمع المدني تعمل على الحيلولة دون انحراف الدولة وتسلطها². والدور الذي تقوم به هذه التنظيمات والأهمية الكبرى لاستقلالها عن السلطة وهيمنة الدولة من حيث هي تنظيمات اجتماعية تعمل في سياق وروابط تشير إلى علاقة التضامن والتماكك أو الصراع والتنافس الاجتماعيين³.

المطلب الثاني: مفهوم سيادة القانون وعناصره

تلقي "سيادة القانون" رواجاً واسعاً على الصعيدين الوطني والدولي دون تحديد دقيق لمعنى هذا المصطلح، فعلى الصعيد الوطني، تقتضي سيادة القانون وجود حكومة مبنية على القوانين، وسمو القانون، والمساواة أمام القانون، ويؤدي تعزيز النظام الدولي المبني على القواعد، من خلال تطبيق هذه المبادئ على المستوى الدولي، إلى زيادة القدرة على التنبؤ بالسلوك، ومنع التعسف وكفالة احترام أسس الإنصاف، وفضلاً عن أن سيادة القانون ستكون أداة لبناء السلام في مرحلة ما بعد النزاع، فإنه ينظر إليها حالياً على أنها أداة لمنع النزاعات أو حلها أيضاً⁴. ويرى الباحثان هنا ضرورة للبحث في تعريف سيادة القانون وجذوره التاريخية، كما إن له عناصر يتركز عليها لذلك سوف يفرد الباحثان لكل منها فرع مستقل.

الفرع الأول: تعريف سيادة القانون

إن الشرارات الأولى للمسألة تعود إلى حضارات قديمة، وعهود سحيقة، فقانون حمورابي (أواخر القرن العشرين ق.م. تقريباً)، على سبيل المثال، تشدد في معاقبة القضاة المحلين برسالتهم عن طريق الإهمال أو الارتشاء.

¹ عباس فاضل محمود، مصدر سابق، ص 622-623.

² المصدر نفسه، ص 622.

³ خميسي ابتسام: دور المجتمع المدني في إرساء حقوق الإنسان، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح-ورقلة، 2013، ص 15، متاح على الموقع التالي: www.bu.univ-ouargla.dz/master/pdf/Khemissi_Ibtissem.pdf آخر زيارة (2015/10/9).

⁴ الجمعية العامة: مجلس الأمن، سيادة القانون على الصعيدين الوطني والدولي، الوثيقة رقم (S/2008/270-A/63/69)، ص 5.

وتشريع صولون (القرن السادس ق. م) مسح العمل السياسي في اليونان بمسحة ديمقراطية، وقانون الألواح الاثني عشرة الروماني (حوالي العام ٤٥٠ ق. م)، على بدائته، كرس انفصال الدين عن القضايا المدنية وحمى حقوقاً أساسية للمواطنين¹. ولا نبالغ إذا قلنا بان الإنسان كان محور جميع الأديان والشرائع المساوية، بل انه غايتها، فهي جاءت لتأمين مصالح الناس بجلب النفع لهم ودفع المضار عنهم، وبما يحقق السعادة لهم في الدنيا والآخرة، وتعد الديانة المسيحية من الشرائع والرسالات المساوية التي تدعو إلى التوحيد في ما يخص العقيدة، كما اهتمت بحقوق الإنسان وحرياته الأساسية وقد إضافة إلى الحضارة الأوربية وقانون حقوق الإنسان بعض المبادئ السامية المتعلقة بكرامة الشخصية الإنسانية وفكرة تحديد السلطة². أن الفكر الإسلامي يتسق في أصوله مع مفهوم سيادة القانون طبقاً لدلالته العامة المشتركة، فهو يتفق مع التفسير الشكلي للمفهوم والذي يتعلق بوجود وجود قانون ينظم حركة المجتمع من خلال تقريره وجوب أن تحكم العلاقات بين الناس في المجتمع قواعد عامة مجردة سابقة على نشأة تلك العلاقات هي الشريعة الإسلامية أي النظام القانوني الإسلامي³. يقول تعالى ((وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ وَلَا مُؤْمِنَةٍ إِذَا قَضَى اللَّهُ وَرَسُولُهُ أَمْرًا أَنْ يَكُونَ لَهُمُ الْخِيَرَةُ مِنْ أَمْرِهِمْ وَمَنْ يَعْصِ اللَّهَ وَرَسُولَهُ فَقَدْ ضَلَّ ضَلَالًا مُبِينًا))⁴. إن حكم القانون هو أمر أساسي في النظام الديمقراطي الغربي، قال أرسطو منذ أكثر من ألفي سنة " حكم القانون أفضل من حكم الفرد، أيًا كان "، إن حكم القانون في معناه الحديث يدين الكثير بتعريفه للبروفسور أ. ف. دايسي. إن كتابات البروفسور دايسي حول حكم القانون هي ذات دلالة باقية. نشرت محاضرات ألبرت فان دايسي حول حكم القانون للمرة الأولى عام ١٨٨٥، وكذلك هناك التحديد لمصطلح حكم القانون الذي أثبتته القاضي التنزاني موالوسانيا (Mwalusanya) في معرض فصل إحدى الدعاوى عام ١٩٨٨ " حكم القانون يعني أكثر من تصرف يتم وفق القانون فهو يعني كذلك عدالة الحكومة ، ويجب أن يمتد إلى وجوب تفحص المثال ، و ألا يعطي الحكومة سلطاتٍ مبالغاً فيها يختم حكم القانون خضوع الحكومة للقانون لا خضوع القانون للحكومة"⁵. لقد ساق بعض الفقهاء تعريفاً مقتضياً لسيادة القانون حيث عرفوه بأنه (يعني أن الحكومة الرسمية والمواطنين على السواء مقيدون وملزمون بالقانون) ومما يلحظ على هذا التعريف خلوه من الإشارة إلى الديمقراطية وحقوق الإنسان وهنا يسوق أصحاب هذا التعريف بعض الحجج لدعم رأيهم⁶. هذا وقد صاغ الأمين العام للأمم المتحدة في تقريره عن سيادة القانون والعدالة الانتقالية في

¹ المركز العربي لتطوير حكم القانون والنزاهة، د. غالب غانم، مصدر سابق، ص 26.

² د. ماهر صالح علاوي ومجموعة مؤلفين: حقوق الإنسان والطفل والديمقراطية، دار ابن الاثير للطباعة والنشر، جامعة الموصل، 2009، ص 27-28.

³ د. صبري محمد خليل: مفهوم سيادة القانون في الفكر القانوني المقارن، ص 1، متاح على الرابط التالي: www.drsabrihalil.wordpress.com/2012/01/21 آخر زيارة (2015/10/24).

⁴ القرآن الكريم سورة الأحزاب الآية 36.

⁵ المركز العربي لتطوير حكم القانون والنزاهة، د. غالب غانم، مصدر سابق، ص 9-30.

⁶ Brian Z. Tamanaha: The History and Elements of The Rule of Law, Singapore Journal of Legal Studies, 2012, p.233.

مجموعات الصراع ومجتمعات ما بعد الصراع عام 2004 تعريفاً لسيادة القانون حيث عرفه بأنه (مبدأ للحكم يكون فيه جميع الأشخاص والمؤسسات والكيانات العامة والخاصة، بما في ذلك الدولة ذاتها، مسؤولين أمام قوانين صادرة علناً، وتطبق على الجميع بالتساوي ويحتكم في إطارها إلى قضاء مستقل، وتتفق مع القواعد والمعايير الدولية لحقوق الإنسان. ويقتضي هذا المبدأ كذلك اتخاذ تدابير لكفالة الالتزام بمبادئ سيادة القانون، والمساواة أمام القانون، والمسؤولية أمام القانون، والعدل في تطبيق القانون، والفصل بين السلطات، والمشاركة في صنع القرار، واليقين القانوني، وتجنب التعسف، والشفافية الإجرائية والقانونية)¹. أقرت الدول الأعضاء بالإجماع في مؤتمر القمة العالمية الذي عقدته الأمم المتحدة في أيلول/سبتمبر ٢٠٠٥ (بضرورة تقييد الجميع بسيادة القانون ووضعها موضع التطبيق على الصعيدين الوطني والدولي على السواء) وأكدت مجددا التزامها (بنظام دولي يستند إلى سيادة القانون والقانون الدولي) وفي هذا تجاوب مع النداءات السابقة في موثيق مثل الإعلان بشأن العلاقات الودية بين الدول لعام ١٩٧٠ الذي أشار إلى (تعزيز سيادة القانون فيما بين الأمم) وإعلان الألفية الذي قررت فيه الدول الأعضاء (تعزيز احترام سيادة القانون في الشؤون الدولية والوطنية على السواء)².

الفرع الثاني: عناصر سيادة القانون

مقتضى سيادة القانون وفقاً للمعايير السائدة في المجتمع المعاصر هو التزام جميع أعضاء المجتمع وسلطات الدولة على السواء باحترام القانون كأساس لمشروعية الأعمال إلا ان سيادة القانون لا تعني فقط مجرد الالتزام باحترام أحكامه، بل تعني أيضاً سمو القانون على الدولة، كما يجب أن يكفل القانون الحقوق والحريات للأفراد حيث أنها أساس سيادة القانون، فالقانون إذن ليس مجرد أداة لعمل الدولة ولكنه أيضاً الضمان الذي يكفل حقوق الأفراد في مواجهة الدولة³. إن العناصر التي يقوم عليها مبدأ سيادة القانون تنقسم إلى عنصرين هما:-

أولاً/ العنصر الشكلي:- تقتضي سيادة القانون أن تكون القوانين قواعد تتسم بمجموعة من الخصائص الشكلية، وهذه الخصائص تسمى شكلية لأنها لا تقول شيئاً عن مضمون أو جوهر القوانين، ومن أمثلة الخصائص الشكلية أن القانون الصادر يتضمن السمات التي تبين أنه تشريع نُشر- في الجريدة الرسمية القانونية الوطنية⁴. حيث أن القوانين يجب أن تكون واضحة ومؤكدة، ومنشورة بشكل كافي، لأن القوانين غير الواضحة أو غير المؤكدة أو غير المعلنة بشكل كافي، سيكون الناس غير قادرين على الانصياع لها، كما أن اليقين والوضوح يمكن أن توفر نوعية حياة أفضل للمواطنين، لأنه يصبح بمقدور المواطنين أن يتوقعوا سلوك الآخرين وخصوصاً من

¹ الأمم المتحدة، مجلس الأمن: سيادة القانون والعدالة الانتقالية في مجتمعات الصراع ومجتمعات ما بعد الصراع، رقم الوثيقة (S/2004/616)، 2004، ص 5-6.

² الجمعية العامة، مجلس الأمن: سيادة القانون على الصعيد الوطني والدولي، مصدر سابق، ص 13.

³ د. احمد فتحي سرور: الحماية الدستورية للحقوق والحريات، دار الشروق للنشر، عمان، 2000، ص 22-21.

⁴ معهد راؤول ويليبرغ لحقوق الإنسان والقانون الإنساني: سيادة القانون دليل للسياسيين، السويد، 2012، ص 9.

يشغلون مناصب رسمية، كما أن القوانين يجب أن تنطوي على عمومية معينة وفكرة العمومية هذه تشير إلى أن القوانين الوضعية يجب أن لا تحتوي على أسماء الإعلام فيها بل تنطبق على عامة فئات المواطنين، فهي بالإضافة إلى أنها تحقق المساواة الحقيقية بين المواطنين، فهي تمتع بشكل فعال القوانين من إيداء أفراد و/أو مجموعات اجتماعية بشكل غير ضروري، كما أن القوانين يجب أن تكون مستقرة قدر الإمكان حيث أن سيادة القانون لا تزدهر إذا كان يتم تغيير التشريعات أو تعديلها على حد كبير باستمرار، كما أن التغيير المستمر في القانون الوضعي يجعل من الصعب أن لم يكن من المستحيل للمواطنين أن يخططوا لحياتهم وفقاً للقانون، حيث أن الاستقرار في النظام القانوني يسهل التفاعل المثمر بين المواطنين.¹

ثانياً/العنصر الموضوعي:- وهو أن يكفل القانون في مضمونه احترام الحقوق والحريات للأفراد وتعتبر هذه الحقوق شرط أساسي لممارسة الديمقراطية، وهو في هذا الصدد يمثل أداة فعالة لحماية تلك الحقوق والحريات.² ونظرت هيئة الأمم المتحدة إلى حقوق الإنسان عموماً بأنها "الحقوق المتأصلة في طبيعتنا و التي لا يتسنى غيرها أن نعيش عيشة البشر.." "إن إنكار حق الإنسان - تضيف هيئة الأمم المتحدة- ليس مجرد مأساة فردية و شخصية ، إنه يؤدي إلى خلق ظروف يشيع فيها الاضطراب الاجتماعي و السياسي، علاوة على ما يفرسه من بذور العنف و الصراع داخل المجتمعات و الدول و فيما بينها".³ أن هذا العنصر- يتعلق بالطريقة التي توضع بها القوانين وهناك بصفة عامة خياران فالقوانين يمكن أن يضعها أشخاص منتخبون من جانب الشعب و يخضعون للمساءلة أمامه، أو يضعها أشخاص لم يجز انتخابهم، ويمكن أن توضع بطريقة ديمقراطية أو في نظام لا تطبق فيه أي ديمقراطية، ومن البديهي أن سيادة القانون لا يمكن تفعيلها بالكامل إلا في ظل نظام سياسي ديمقراطي، والأمر الأساسي هنا هو أن يخضع للقانون الأشخاص الذين توكل إليهم سلطة تشريعه، وان يخضعوا لرقابة دستورية مناسبة، وهذا لا ينفي أن الخصائص الرسمية لسيادة القانون يمكن أن تتحقق إلى حد ما أيضاً في بعض النظم السياسية غير الديمقراطية، كما أن سيادة القانون تستلزم احترام حقوق الإنسان، ويصدق هذا على وجه الخصوص على احترام الحقوق المدنية والسياسية.⁴ وإذا كانت الديمقراطية تمثل قيمة إنسانية، فإن معاييرها تتحدد حسب برهان غليون بثلاثة معايير هي: الشرعية، والمساءلة، والتداول السلمي للسلطة، فيمكن القول بأنها تمثل آلية ناجحة لبناء المجتمعات والحفاظ على وحدتها الوطنية.⁵ والصفة الرئيسية في النظم

¹ Dr. Augusto Zimmermann: The Rule of Law as a Culture of Legality, eLaw Journal, vol 14, no 1, 2007, p.18-19.

² د. احمد فتحي سرور، مصدر سابق، ص 22.

³ خميسي ابتسام، مصدر سابق، ص 27-28.

⁴ معهد راؤول ويلبيرغ لحقوق الإنسان والقانون الإنساني، مصدر سابق، ص 9-10.

⁵ عباس فاضل محمود، مصدر سابق، ص 633.

الديمقراطية هي مسؤولية الحكام عن أفعالهم أمام المواطنين الذين يمارسون دورهم بطريقة غير مباشرة من خلال تنافس ممثليهم المنتخبين وتعاونهم¹.

إن مفهومي المجتمع المدني وسيادة القانون مفهومان ضاربان في القدم وقد دلت عليها مختلف الشرائع وهذا أن دل فإنما يدل على أهميتها، كما أنهما مفهومان مستقلان ولكل منهما عناصره التي يتميز بها، إلا أن هذه الاستقلالية لا تعني الانفصال التام بينهما إذ يمكن أن يلعبان دور مهم ومؤثر وخصوصاً في الفترة التي تلي الصراعات العنيفة والتي تخلف وراءها تركبة ثقيلة تحتاج إلى تضافر الجهود للتعامل معها.

هذا ويرى الباحثان أن العمل الاجتماعي التطوعي الذي تؤديه منظمات المجتمع المدني ذو أهمية بارزة في النهوض بواقع المجتمعات حيث يلعب دور الوسيط بين الحكومة والشعب ليسد الفجوة بينهما، إن ظروف عدم الثقة بين مواطني البلد الواحد وكذلك بين المواطنين والحكومة يمكن أن يساهم المجتمع المدني في تحسينها، نظراً لما يتمتع به من استقلالية من جميع النواحي عن الدولة وهذه الاستقلالية هي التي تجعل المواطنين يلجؤون إليها ويرضون بها كما أن هذه الاستقلالية هي التي تميزها عن غيرها من التشكيلات الاجتماعية، وكذلك المؤسسية والطوعية والغاية كلها عناصر ضرورية لتجعل الدور الذي يمكن أن يلعبه المجتمع المدني دور مؤثر وفعال.

المبحث الثاني: تفعيل آليات تعزيز سيادة القانون في مجتمعات ما بعد الصراع

إن قيام الدولة ووجودها يعتمد على تعزيز وإعطاء الأولوية لمبدأ سيادة القانون، وإن وجود الدولة ومبدأ سيادة القانون يعتبران عنصرين متكاملين ويعتمدان على بعضهما، حيث أن إدارة النزاعات العنيفة تعتمد على ترسيخ هذا المبدأ وإن الدرجة التي يقاس بها وجود وقانونية الدولة بعد فترات النزاع هي مدى توزيع وتوسيع وظائف الدولة لخدمة الأفراد، وأيضاً تعتمد على مدى توزيع هذه الوظائف على السلطة التشريعية (صانعة القوانين) والتنفيذية (المنفذة للقوانين) والقضائية (المطبقة للقوانين)². لا تنبع الحاجة إلى سيادة القانون من تقيد ممارسة السلطة وتحقيق اليقين القانوني والحرية وتحقيق المساواة في المعاملة فقط، بل من التعامل بشكل صحيح مع تركبة الماضي الثقيلة من انتهاكات حقوق الإنسان وإشعار المواطنين بأن حقوقهم التي استلبت سوف ترد لهم وإن المساواة في ما بينهم في التعامل أمام القضاء الداخلي سوف تتحقق، وإن الحقيقة التي كانت مخفية طوال فترة الصراع سوف تظهر بلجان حقيقة وطنية، وإن ما من شيء قد استلب إلا وسوف يعود لصاحبه حيث يجب أن يعوض بشكل عادل وناجز، لذا سوف يتناول الباحثان تفعيل آليات تعزيز سيادة القانون في مجتمعات ما بعد الصراع في ثلاث مطالب مستقلة نخصص الأول لإسهام المجتمع المدني في تفعيل دور المحاكم، والمطلب الثاني

¹ فهيل جبار جاني: ضمانات حقوق الإنسان في مجتمعات ما بعد الصراع، رسالة ماجستير، فاكليتي العلوم الإنسانية سكول القانون، جامعة دهوك، 2011، ص 24.

² فهيل جبار جاني، مصدر سابق، ص 91.

لإسهام المجتمع المدني في تفعيل دور لجان تقصي- الحقيقة، والمطلب الثالث لإسهام المجتمع المدني في تفعيل دور صناديق تعويض الضحايا.

المطلب الأول: إسهام المجتمع المدني في تفعيل دور المحاكم

من المهم أن يكون اللجوء إلى المحاكم ميسوراً للناس ويجب أن لا يحجم الأفراد عن عرض قضيتهم على المحاكم لأن ذلك مكلف للغاية أو مرهق أو معقد، ويعد اللجوء إلى العدالة عنصر- مهم في مجتمع خاضع لسيادة القانون¹. تطبيق ثقافة المساءلة مكان ثقافة الإفلات من العقاب التي سمحت بارتكاب انتهاكات يعطي إحساساً بالأمان للضحايا ويوجه تحذيراً لمن يفكرون في ارتكاب انتهاكات في المستقبل كما أنها تعطي قدراً من الإنصاف لمعانة الضحايا². وإلى جانب المسؤولية القانونية الدولية التي تتحمل تبعاتها الدولة عن جرائم الحرب هناك أيضاً مسؤولية جنائية للأفراد عن جرائم الحرب، أما أن يكون مصدرها القوانين الوطنية مثل قانون العقوبات أو القوانين العسكرية، وأما أن يكون مصدرها أحكام ومبادئ القانون الدولي³. والمسؤولية الجنائية عن الجرائم المرتكبة خلافاً لأعراف وقوانين الحرب لم تكن موجودة قبل الحرب العالمية الثانية، فاتفاقية لاهاي لعام 1907 لم تعرض للمسؤولية الجنائية للأفراد، بل اكتفت بتحديد مسؤولية الدولة بدفع التعويض فقط، ولكن بعد الحرب العالمية الثانية أصبح نطاق المسؤولية الدولية يشمل المسؤولية الجنائية، فقد شُكلت محكمة عسكرية سميت بمحكمة نورمبرغ العسكرية لمحكمة مجرمي الحرب، وفي عام 1993 شكلت محكمة دولية خاصة بموجب قرار مجلس الأمن رقم 780/1993 لمحكمة مجرمي الحرب في إقليم يوغسلافيا السابقة، وفي العام 1994 اتخذ مجلس الأمن القرار 995/1994 بتشكيل محكمة دولية خاصة بمجرمي الحرب في رواندا وأيضاً تعززت المسؤولية الدولية بإقرار النظام الأساسي للمحكمة الدولية الجنائية في روما عام 1998⁴. تلعب تنظيمات المجتمع المدني دوراً بارزاً على الصعيد العالمي، وبخاصة المنظمات الدولية لحقوق الإنسان في هذا الإطار قد يكون دفاعها عن مواطنين دولة معينة في مواجهة السلطات القومية لهذه الدولة وقد يكون دفاعها ضد دولة أو قوة عالمية تبطش بحقوق مواطني دولة أخرى أو قد يكون دفاعها من أجل الحصول على حقوق ينبغي أن يتمتع بها البشر- في عالمنا المعاصر⁵. وفي العراق تتعاون منظمات دولية مع منظمات المجتمع المدني من أجل فتح مكاتب استشارة قانونية في محافظات مختلفة من البلد، فقد أعلنت الوكالة الأمريكية للتنمية (USAID) عن انطلاق برنامج (العدالة في

¹ معهد راؤول ويليبرغ لحقوق الإنسان والقانون الإنساني، مصدر سابق، ص16.

² د. رضوان زيادة: العدالة الانتقالية والمصالحة الوطنية في العالم العربي، معهد الربيع العربي، متاح على الموقع التالي: www.arabsi.org/index.php?option=com/attachments/article/123%D8%A7%D9 آخر زيارة: (2012/6/20).

³ عبد الله بن ناصر السبيعي: الحماية الدولية لضحايا النزاعات المسلحة في ضوء أحكام الشريعة الإسلامية والقانون الدولي الإنساني، رسالة ماجستير، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، 2008، ص147.

⁴ الآء محمد فارس عبد الجليل: حماية المدنيين أثناء النزاع المسلح، كلية الحقوق والإدارة العامة، جامعة بيرزيت، 2008، ص11، متاح على الموقع التالي: www.freewebs.com/plhr/Alaa%20Abdel%20jalil.pdf آخر زيارة (2012/7/16).

⁵ خميسي ابتسام، مصدر سابق، ص73.

متناول الجميع) في عدة محافظات عراقية من ضمنها محافظة الديوانية يتضمن فتح مكاتب استشارات قانونية تتبنى الدفاع عن الفئات المهمشة والرافع عنها أمام المحاكم المختصة وتقدم الاستشارات القانونية مجاناً، من خلال التنسيق مع منظمات المجتمع المدني المحلية في كل المحافظات، هذا وتعمل في هذا الميدان عدة منظمات مجتمع مدني من ضمنها منظمة الواحة الخضراء وكذلك شبكة فكر والمنظمات المنضوية معه¹. هذا ولا يخفى الدور الذي تلعبه المحكمة الجنائية الدولية في مجال تحقيق المسؤولية الجنائية الفردية عن الانتهاكات الجسمية لحقوق الإنسان والقانون الإنساني ومكافحة الإفلات من العقاب، ولا يخفى كذلك أن هناك تحالف في ضل هذه المحكمة أطلق عليه تحالف المنظمات غير الحكومية للمحكمة الجنائية الدولية، وقد تكلم السيد بيل بيس منظم اجتماعات تحالف المنظمات غير الحكومية للمحكمة الجنائية الدولية عن العلاقة بين المحكمة والمنظمات غير الحكومية حيث قال: (شكل نظام روما الأساسي إنجازاً لظاهرة جيوسياسية جديدة قوية – ألا وهي عمل ديمقراطيات ذات سلطة صغيرة ومتوسطة من جميع المناطق والنظم القانونية في شراكة غير رسمية مع منظمات المجتمع المدني من الجنوب والشمال من أجل وضع قوانين ومنظمات دولية جديدة لها من السلطة والموارد ما تواجه به التحديات العالمية المتجدرة)².

المطلب الثاني: إسهام المجتمع المدني في تفعيل دور لجان تقصي الحقيقة

أن الالتزام بالتحقيق في انتهاكات حقوق الإنسان يعد التزاماً بموجب المعاهدات الدولية وكذلك بموجب القانون الدولي العرفي واحد مكونات التزام الدولة بأن تضمن³. ففي أعقاب الانتهاكات الجسمية أو المنهجية وبعد فترات الصراع العام، فإن إعداد التعويض المجدي ينطوي على تحديات وصعوبات جسيمة، فقد يكون عدد الضحايا ضخماً، والضرر الذي لحقهم قد يتعذر علاجه سواء بالنسبة إلى الفرد أم المجموعة، وقد يكون له آثار بعيدة المدى لأفراد المجتمع ككل، وقد تكون انتهاكات حقوق الإنسان قد أصبحت هي القاعدة وليس الاستثناء، كما إن المؤسسات التي تكفل تلك الحقوق، مثل المحاكم أو جهات التحكيم المعتادة، ربما تكون قد انهارت خلال الصراع تحت وطأة التحديات المختلفة، أو فسدت نتيجة التدخل السياسي، وفي مثل تلك الأوضاع تصبح الإجراءات العملية أجدر السبل التي تؤدي إلى منفعة الضحايا وإنجاز التعويضات بدلاً من اللجوء إلى المحاكم والنظر في المظالم والدعاوي على حدة⁴. وقد تم تعريف لجان تقصي الحقائق بأنها (هيئات رسمية، ومؤقتة، وغير قضائية لتقصي الحقائق التي تحقق وجود نمط من انتهاكات حقوق الإنسان أو القانون الدولي الإنساني، عادة ما ترتكب

¹ وكالة أنباء عين العراق نيوز: منظمات دولية ومحلية تعمل على فتح مكاتب استشارة قانونية في الديوانية وعدة محافظات أخرى، مقالات وتقارير، الأربعاء 2015/10/21، متاح على الموقع التالي: www.aynaliraqnews.com/index.php آخر زيارة (2015/10/21).

² المحكمة الجنائية الدولية: نظام روما الأساسي الاحتفال بالذكرى العاشرة، الأمم المتحدة، نيويورك، 17 تموز 2008، ص 30.

³ فيديريكو أندرو- غوزمان: القضاء العسكري والقانون الدولي، اللجنة الدولية للحقوقين، جنيف، 2004، ص 31.

⁴ ليزا ماغاريل: التعويض نظرياً وعملياً، المركز الدولي للعدالة الانتقالية، نيويورك، 2007، ص 1. متاح على الموقع التالي: www.ictj.org/sites/default/files/ictj-Global-Reparations-Practice-2007-Arabic-pdf. آخر زيارة (2011/12/21).

على مدى عدد من السنوات والهدف من هذا التحقيق وجود نمط من انتهاكات حقوق الإنسان، بدلاً من حدث معين¹. ويرى الباحثان أن دور منظمات المجتمع المدني يمكن أن يظهر بوضوح في مراحل مختلفة سواء في المرحلة التي تسبق تشكيل لجان الحقيقة أو في المرحلة تشكيلها وممارستها لعملها أو في مرحلة إعداد التقرير النهائي للجنة.

لكي يتم تحديد ما إذا كان إنشاء لجنة تقصي الحقائق في ذاته أمراً ملائماً أم لا، ثم تحديد الشكل المناسب للجنة، يمكن لمنظمات المجتمع المدني أن تقوم بأجراء بحوث أساسية للتعرف على الآراء السائدة لدى الجماهير بطرق متعددة، منها استخدام استطلاعات الرأي العام، وورش العمل، والندوات، والمناقشات التشاورية، و/ أو مجموعات التركيز على موضوعات محددة². ففي إطار المساعي الرامية إلى حل الصراع الكولومبي، وبعد فضيحة التواطؤ بين مجموعات شبه عسكرية وقوات أمن تابعة للدولة من جهة وبين مجموعات شبه عسكرية وزعماء سياسيين على المستويات المحلية والجهوية والمعروفة بفضيحة (Parapolitica) أطلقت مجموعة ضمت أكاديميين وناشطين حقوقيين وضحايا وقيادات من المجتمع نقاشاً وطنياً بشأن سبل الاستجابة لمطالب العدالة والمساءلة، وإجراء المفاوضات حول تسريح المقاتلين وتوقيع اتفاقات سلام في المستقبل وارتفعت أصوات جهات حكومية وغير حكومية مطالبة بكشف الحقيقة والإنصاف وجبر الضرر لإجراءات مقترحة لتحقيق التوازن في معادلة السلام والعدالة³. يمثل أعضاء اللجنة الواجحة العامة للجنة تقصي الحقيقة، ومن ثم فهم يقومون بدور مهم في تعزيز مصداقيتها ومشروعيتها، وكثيراً ما تشارك المنظمات غير الحكومية مشاركة وثيقة في البت عملية الاختيار، بل وفي اختيار الأعضاء في بعض الأحيان، ففي حالة "لجنة الاستقبال والحقيقة والمصالحة" في تيمور الشرقية كان ستة من أعضاء اللجنة الوطنية السبعة يتمتعون بخبرة واسعة في العمل مع المجتمع المدني أو المنظمات غير الحكومية، وفي جنوب إفريقيا أعدت المنظمات غير الحكومية إجراءات اختيار أعضاء اللجنة وكان لها تأثير كبير في ضمان المشاركة العامة ومشاركة المنظمات غير الحكومية فيها بدرجة ملحوظة، في جميع المراحل أن وضع تصور مبدئي للتقرير النهائي في مرحلة مبكرة يساعد المنظمات غير الحكومية على الحفاظ على وعيها بتوجيه المشروع بصورة إيجابية، كما يعد أمر ضروري لضمان انجاز اللجنة مهمتها في صورة مشروع مفيد للمجتمع يحسن تسخير الحماس السائد لدى العامة، وقد تعرض التقرير النهائي للجنة الحقيقة والمصالحة بجنوب أفريقيا إلى الانتقاد بسبب تركيزه على ثنائية وهمية تقسم العنف إلى عنف سياسي وعنفي جنائي، كما تجاهل

¹ The United Nations High Commissioner for Refugees: Truth, Justice and Reparation, Establishing An Effective Truth Commission, Amnesty international, 11 June 2007, p.1, متاح على الموقع، www.unhcr.org/refworld/pdfid/4678de4a2.pdf. آخر زيارة (2012/6/20).
التالي:

² المركز الدولي للعدالة الانتقالية: لجان تقصي الحقائق والمنظمات غير الحكومية العلاقة الأساسية، مبادئ "فراقي" التوجيهية للمنظمات غير الحكومية العاملة مع لجان تقصي الحقائق، نيويورك، 2004، ص 10، متاح على الموقع التالي: www.ictj.org/sites/default/ICTJ-Global-TRC-Guidelines-2004-Arabic.pdf آخر زيارة (2012/6/15).

³ تقرير الرباط: مفهوم وتحديات جبر الضرر الجماعي، الرباط من 12-14 فبراير 2009، ص 18.

الجدل الاجتماعي الأساسي الذي كان هو السبب التاريخي وراء الفصل العنصري والمنتفعين من العنف المرتبط به، فإذا كانت صلاحيات اللجنة المحددة تقيد بالضرورة حجم التحقيقات وتفرض عليه الانتقائية، فمن الممكن أن تعمل المنظمات غير الحكومية على تعريف اللجنة بوجه الرأي العام وتوجهاته، وعلى تشجيعها على الاستفادة منه في التقرير النهائي¹.

المطلب الثالث: إسهام المجتمع المدني في تفعيل دور صناديق تعويض الضحايا

تطورت هذه الفكرة على أيدي العديد من الفلاسفة والفقهائ أمثال الفيلسوف الإنكليزي جرمي بنتام (1747- 1832)، والذي نادى بوجوب مبادرة الدولة بتعويض الجاني عليهم والمتضررين من الأعمال العدائية من الخزانة العامة، بحيث لا يترك المضرورون لمصيرهم التعس، كذلك رأى جارو فالو أحد أقطاب المدرسة الإيطالية الوضعية، إن على الدولة واجباً عاماً في تأسيس صندوق للتعويضات، يرمي إلى تعويض الأشخاص المتضررين من الجريمة حيناً لا يستطيعون الحصول على أي تعويض من مرتكب الأعمال الإرهابية². والتعويض أمر عاجل لا يحتمل الانتظار إذا أردنا أن يشعر الضحايا بأن لهم مكاناً من حيث مستقبل البلاد، وخلال حقبة الصراع فإن الأولوية قد تكون لاعتبارات الأمن وإعادة توطين النازحين والسكان الذين أثرت عليهم ظروف الحرب، أما التعويضات الأخرى من الممكن أن تنتظر حتى تسمح الظروف، ومهما كانت الإجراءات المؤقتة فينبغي مراعاة تحقيقها لأقصى فائدة مرجوة من حيث التعويض، التعويض هو دائماً قضية طويلة المدى تحتاج إلى دعم سياسي قد يكون أطول مدى عن فترة بقاء الحكومة ذاتها وعن المدة القانونية المقررة³. ويظهر جلياً دور منظمات المجتمع المدني في مجال تفعيل صناديق تعويض الضحايا، فمثلاً في سيراليون تم تشكيل صندوق ضحايا الحرب الذي سيدعم عمليات جبر الضرر والذي واجه مشاكل في تمويله والذي ما كان ليضي- لولا منحة صندوق الأمم المتحدة لبناء السلام بقيمة 3 ملايين دولار في عام 2007 وقد طلب صندوق الأمم المتحدة لبناء السلام من المنظمة الدولية للهجرة تدير أوجه صرف هذه المنحة، وفي ايلول 2008 أحدثت اللجنة الوطنية للعمل الاجتماعي مديرية جبر الضرر بغرض تنفيذ سياسة جبر الضرر وقد كان للمجتمع المدني تمثيل واضح⁴. وفي تيمور-ليشتي وعلى الرغم من دعوة تشريعات ولاية إدارة الأمم المتحدة الانتقالية فيها (UNTAET) إلى إحداث صندوق استئماني لضحايا الجرائم الخطيرة وأسره، فإن هذا الصندوق لم يرى النور أبداً، وقد أدارت لجنة الاستقبال والحقيقة والمصالحة برنامجاً طارئاً للتعويضات ساعد أكثر من 700 من الضحايا الأكثر هشاشة

¹ المركز الدولي للعدالة الانتقالية: لجان تقصي الحقائق والمنظمات غير الحكومية العلاقة الأساسية، مصدر سابق، ص 17-40.
² عبد الرحيم طه: تعويض المتضررين مادياً جراء الأعمال العدائية خلال انتفاضة الأقصى، الهيئة التنفيذية المستقلة لحقوق الإنسان، سلسلة مشروع تطوير القوانين (11)، رام الله، آب 2001، ص 34، متاح على الموقع التالي: www.ichr.ps/pdfs/legal32.pdf آخر زيارة (29/6/2012).
³ ليزا ماغاريل: التعويض نظرياً وعملياً، المركز الدولي للعدالة الانتقالية، نيويورك، 2007، ص 10، متاح على الموقع التالي: www.ictj.org/sites/default/files/ictj-Global-Reparations-Practice-2007-Arabic.pdf آخر زيارة (21/12/2011).
⁴ تقرير المغرب، مصدر سابق، ص 34.

على الحصول على الرعاية الصحية والمشورة وخدمات الدعم العامة، ولم يعد ضحايا الاحتلال 1975-1999 يتلقون من المساعدات المالية سوى ما تقدمه المنظمات غير الحكومية العاملة على المستوى المحلي¹. أما بالنسبة للمحكمة الدولية الجنائية فقد تم إنشاء الصندوق ألاستئماني للضحايا والمنصوص عليه في المادة (79)، وهو جزء من المحكمة الدولية الجنائية، وقد انشأ هذا الصندوق للاعتراف بأن العدالة لا تقتصر - على معاقبة الجناة وإنما باستعادة الضحايا لكرامتهم، بضمان حصولهم على التعويضات الملائمة التي تحددها المحكمة عند إصدارها لأحكامها، لأن أغلب الجناة لا يملكون الأموال اللازمة لتعويض الضحايا وإنهم عاجزون عن دفع التعويض المطلوب، ويدار هذا الصندوق من جانب إدارة المجلس والمتطوعين، أما فيما يتعلق بأموال هذا الصندوق فإن أغلبها يأتي بالتبرعات التي تدفع من الأفراد والمنظمات والشركات والحكومات فضلاً عن الأموال التي تجمع من الغرامات والمصادرات التي تفرضها المحكمة على الجناة².

يجد الباحثان أن ترسيخ سيادة القانون في مجتمعات ما بعد الصراع لا يعني فقط تقييد ممارسة السلطة والمساواة في المعاملة وخضوع الجميع سواء حكام أم حاكمين للقانون، بل يتطلب آليات خاصة للتعامل مع تركة كبيرة من الانتهاكات الخطيرة لحقوق الإنسان والقانون الدولي الإنساني، ويجب أن يكون هذا التعامل عاجل ومحقق لطموحات الضحايا في تحقيق العدالة التي يصبون لها.

ويرى الباحثان أن الدور الذي يمكن أن يلعبه المجتمع المدني في هذه المرحلة يمكن أن يكون مؤثر وفعال وفي صالح العدالة التي يصبو لها الضحايا، فيمكن أن يكون المجتمع المدني عوناً لهم في كل مرحلة من مراحل مطالباتهم بحقوقهم لا بل أنها قد تحفزهم على المطالبة بها خصوصاً في القضايا التي غالباً ما يعزف الضحايا عن الإفصاح عنها والمطالبة بحقوقهم خصوصاً في قضايا الاعتداء الجنسي، وقد يكون عدم مطالبتهم بحقوقهم ناجم عن عدم القدرة المالية على المطالبة بحقوقهم وهنا يمكن أن تقدم منظمات المجتمع المدني الدعم اللازم والاستشارة القانونية الضرورية.

خاتمة:

وفي ختام بحثنا الموسوم (دور المجتمع المدني في تعزيز سيادة القانون في مجتمعات ما بعد الصراع) توصلنا الى جملة من الاستنتاجات والمقترحات وهي:-

أولاً/ الاستنتاجات:-

1- ان مفهومي المجتمع المدني وسيادة القانون مفهومان ضاربان في القدم وقد دلت عليهما مختلف الشرائع وهذا ان دل فإنما يدل على أهميتهما، كما أنهما مفهومان مستقلان ولكل منهما عناصره التي يتميز بها، إلا أن هذه

¹ تقرير المغرب، مصدر سابق، ص38.

² مازن سلمان عناد: تعويض ضحايا انتهاكات القانون الدولي الإنساني "دراسة حالة العراق"، رسالة ماجستير، كلية القانون، الجامعة المستنصرية، 2011، ص 146-147.

الاستقلالية لا تعني الانفصال التام بينها اذ يمكن ان يلعبان دور مهم ومؤثر وخصوصاً في الفترة التي تلي الصراعات العنيفة والتي تخلف وراءها تركة ثقيلة تحتاج الى تضافر الجهود للتعامل معها.

2- إن العمل الاجتماعي التطوعي الذي تؤديه منظمات المجتمع المدني ذو أهمية بارزة في النهوض بواقع المجتمعات الخارجة من الصراعات، حيث يلعب دور الوسيط بين الحكومة والشعب ليسد الفجوة بينها.

3- إن ظروف عدم الثقة بين مواطني البلد الواحد وكذلك بين المواطنين والحكومة يمكن أن يساهم المجتمع المدني في تحسينها، نظراً لما يتمتع به من استقلالية من جميع النواحي عن الدولة وهذه الاستقلالية هي التي تجعل المواطنين يلجؤون إليها ويرضون بها كما أن هذه الاستقلالية هي التي تميزها عن غيرها من التشكيلات الاجتماعية، وكذلك المؤسسة والطوعية والغاية كلها عناصر ضرورية لتجعل الدور الذي يمكن أن يلعبه المجتمع المدني دور مؤثر وفعال.

4- إن المجتمع المدني ذو دور ساند وتكميلي للحكومة في ممارسة دورها في سد الحاجات وإصلاح ظروف المواطنين، إلا أن الأوضاع التالية للصراعات تكون صعبة وليس من اليسير على أي دولة أن تتجاوزها بمفردها وهنا يجب أن يتحرك المجتمع المدني وكذلك المجتمع الدول وبسرعة لدعم تلك الدولة لان نادراً ما ينحصر الصراع في بلد واحد بل في كثير من الأحيان يمتد ليضرب بآثاره دول مجاورة أخرى.

5- إن ترسيخ سيادة القانون في مجتمعات ما بعد الصراع لا يعني فقط تقييد ممارسة السلطة والمساواة في المعاملة وخضوع الجميع سواء حكام أم حاكمين للقانون، بل يتطلب آليات خاصة للتعامل مع تركة كبيرة من الانتهاكات الخطيرة لحقوق الإنسان والقانون الدولي الإنساني، ويجب أن يكون هذا التعامل عاجل ومحقق لطموحات الضحايا في تحقيق العدالة التي يصبون لها.

6- إن الدور الذي يمكن أن يلعبه المجتمع المدني في هذه المرحلة يمكن أن يكون مؤثر وفعال وفي صالح العدالة التي يصبو لها الضحايا، فيمكن أن يكون المجتمع المدني عوناً لهم في كل مرحلة من مراحل مطالباتهم بحقوقهم لا بل أنها قد تحفزهم على المطالبة بها.

7- لقد أثبتت التجارب أن الدور الذي يلعبه المجتمع المدني في كل آلية من آليات تعزيز سيادة القانون في مجتمعات ما بعد الصراع إنما هو دور تكميلي، وفي الغالب محقق للعدالة بشكل كبير.

ثانياً/ المقترحات:-

1- يجب إعطاء المزيد من الدور لمنظمات المجتمع المدني في مرحلة ما بعد الصراع كونها هي الأقرب إلى الضحايا وهي التي يتقون بها بشكل كبير.

2- يجب أن لا يتم تضيق الخناق على منظمات المجتمع المدني ومحاولة استبعادها بحجة أنها لا تعد طرفاً في أي نزاع بل يجب أن يحترم دورها على المستوى الحكومي.

3- يجب أن يتم التأكيد على أهمية تسجيل كل تشكيلات المجتمع المدني بشكل رسمي وقانوني لدى الدولة لكي لا يكون عدم التسجيل عائقاً أمام ممارستها لدورها الحيوي أو للمحاولة للتشكيك في استقلاليتها.

4- تعزيز سيادة القانون في الفترة التي تلي الصراعات أمر بالغ الأهمية ويتطلب تضافر كل الجهود المحلية والدولية وبشكل مستعجل ولعل الدور الذي يمكن أن يمارسه المجتمع المدني متمثلاً ببعض التشكيلات المحلية والقبلية البسيطة يمكن أن يكون مؤثراً وفعالاً لذلك لا يجب أن يهمل هذا الدور.

تدريب الموظف العام رؤية استراتيجية*

عيشوبة عمار- أستاذ متعاقد بجامعة ابن خلدون - تيارت-

طالب السنة الثانية صف دكتوراه " قانون عام مقارن"- جامعة جيلالي اليابس- سيدي بلعباس-

ملخص:

إن رفع كفاءة الموظف العام وتأهيله للقيام بالمهام الموكلة إليه بمهارة واحترافية يرتبط أشد الارتباط بمدى وجود إستراتيجية واضحة للتدريب من طرف الإدارة المعنية، تقوم على خطوات منهجية مدروسة سلفا تتماشى والسياسة العامة للدولة ككل بخصوص تسيير مؤسساتها وإدارة مواردها البشرية. كما أن الحديث عن تدريب الموظف العام، هو حديث عن حق من حقوق الموظف العام، المحمي بموجب القانون- القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية - وليس كمرية تتفضل بها المصلحة الإدارية. **الكلمات المفتاحية:** الموظف العام، التدريب، الإستراتيجية، الكفاءة.

Résumé:

Le perfectionnement de la compétence du fonctionnaire et sa réhabilitation pour assurer les fonctions qui lui sont confiées avec professionnalisme est très lié à l'existence de la présence d'une stratégie claire pour la formation par l'administration concernée qui se base sur des mesures méthodologiques antérieurement étudiées convenables à la politique générale de l'état concernant la gestion de ses institutions et de ses ressources humaines.

Le fait de parler de la formation du fonctionnaire c'est parler de l'un de ses droits protégé par la loi - statut général de la fonction publique - et non comme privilège offert par service administratif.

Mots clés : le fonctionnaire public, formation, stratégie, compétence.

مقدمة:

إن الدولة توكل لها مهمة القيام بجملة من الوظائف كالضبط الإداري، وأخرى إيجابية ممثلة في مرافقتها العامة بما تقدمه من خدمات متنوعة للمرتفقين والمنفعين منها، وحتى تتمكن من أداء هذه الوظائف فإنها تستعين بمجموعة من الوسائل بغية تحقيقها على غرار المال العام والموظف العام، هذا الأخير الذي يعتبر المحرك الفعال لتأدية الدولة لمهامها والظفر بالمتطلبات التي يحتاجها المواطن.

* تاريخ إيداع المقال: 2016/12/26

تاريخ تحكيم المقال: 2017/01/16

غير أن هذا المورد البشري لن يكون مؤهلاً لذلك إذا لم تقم الإدارة بتزويده بفرص ملائمة للتدريب والتكوين حتى يتم تعزيز قدراتهم وإكسابهم المهارات التي تؤهلهم للقيام بالمهام الموكلة إليهم في إطار السياسات والإستراتيجيات العامة المنتهجة من طرف الدولة في مجال تسيير مواردها البشرية، فهناك علاقة طردية بين تحسين أداء الموظف العام ومستوى الخدمة العمومية المقدمة للمواطن، فكلما تحسن أداء الموظف العام وارتفعت كفاءته بفعل البرامج التدريبية، كلما تحسنت نوعية الخدمات المقدمة إلى جانب السرعة في الوصول إليها من طرف المستفيعين منها.

وتبرز الأهمية البالغة للموضوع محل الدراسة، انطلاقاً من كونه يعتبر موضوعاً أساسياً من موضوعات الإدارة في عصرنا الحالي نظراً لما له من ارتباط مباشر بمستوى كفاءة الموظف العام وتنمية المورد البشري بوجه عام.

كما يلعب دوراً مهماً في سد العجز والقصور في الكفاءات الإدارية، إضافة إلى أن التدريب يمكن الموظفين من اكتساب المهارات والقدرات والمعارف التي تأهلهم لأداء المهام الموكلة إليهم والعمل على تغيير سلوكياتهم بالإيجاب.

فالحاجة لوجود استراتيجيات فاعلة لإدارة الموارد البشرية يعد مرحلة سابقة على التفكير بوجود بشرية فاعلة على إنتاج الاستراتيجيات.

ومن خلال ما تقدم توجب علينا طرح الإشكالية التالية :

ما مدى مساهمة التدريب كإستراتيجية لإدارة الموارد البشرية في رفع كفاءة الموظف العام وتحسين الخدمات العمومية؟

وحتى يتم الإجابة على الإشكالية محل البحث تم انتهاز خطة من مبحثين، حيث تضمن المبحث الأول ماهية التدريب، والذي خصص المطلب الأول منه لمفهوم وأهمية التدريب، أما الثاني لأنواع التدريب وأهدافه، في حين وضحنا في المطلب الثالث دور إدارة الموارد البشرية من عملية التدريب، أما المبحث الثاني عاجل إستراتيجية التدريب من خلال أبعاد التدريب في مطلب أول، أما الثاني فتضمن خطوات إعدادها، وقد خصصنا المطلب الثالث لقانون إدارة الموارد البشرية القطري "نموذجاً". والتي سنأتي على شرحها تباعاً.

المبحث الأول: ماهية التدريب

تتطلب دراسة موضوع التدريب كعامل أساسي لرفع كفاءة الموظف العام لأداء مهامه باحترافية عالية، التطرق لمفهوم هذه العملية ومن ثم الإشارة إلى أهمية وانعكاسات التدريب على الحياة الوظيفية داخل المؤسسة، على أن يوكل الأمر لإدارة الموارد البشرية بالمؤسسة للوقوف على نجاح التدريب.

المطلب الأول: مفهوم وأهمية التدريب

الفرع الأول: تعريف التدريب

رغم تعدد التعريفات بشأن التدريب إلى أنها تتفق في كونه آلية مهمة لرفع كفاءة الموظف العام وتحسين الخدمة العمومية، مما يؤدي إلى إرضاء المرتفقين من المرافق العامة للدولة.

ومن بين جملة هذه التعاريف نورد ما يلي:

" هو تلك العملية المنتظمة والمستمرة والتي تكسب الفرد معرفة أو مهارات لأداء عمل معين، أو بلوغ هدف محدد".

فالتدريب هو نشاط إنساني مخطط له يهدف إلى إحداث تغييرات في المتدربين من ناحية المعلومات والمهارات والخبرات والاتجاهات ومعدلات الأداء وطرق العمل والسلوك⁽¹⁾.

ويرى الدكتور عبد الكريم أن التدريب " هو نشاط مخطط له يهدف إلى إحداث تغييرات في الفرد والجماعة من ناحية المعلومات والخبرات والاتجاهات، بما يجعل الفرد أو الجماعة قادرين على أداء العمل بكفاءة وإنتاجية عالية"⁽²⁾.

أي أن التدريب يعمل على صقل المهارات والخبرات والمعلومات والمعارف، بحيث أن عملية التدريب يتفاعل فيها كل من المتدربين والمدربين وأدوات التدريب.

فالتدريب الفعال يحدث التغيير في المورد البشري، شريطة أن تكون لديه القابلية للتغيير والتطور من مستوى لآخر⁽³⁾.

كما عرف على أنه " تزويد الموظف بمهارات ومعارف وقواعد وسلوك موجه لتطوير أداء الوظيفة أو استعمال تقنية حديثة تتعلق بالوظيفة وتأهيل الموظف لشغل مركز أعلى مستقبلاً"⁽⁴⁾.

فهو تعبير عن جملة من الأنشطة التي تساعد الموظفين على رفع أدائهم، أي العمل الحالي والمقبل من خلال زيادة مهاراتهم أو تنمية معارفهم⁽⁵⁾.

¹ - علي عبد الوهاب، إدارة الأفراد " نهج تحليلي"، مكتبة عين شمس، القاهرة، بدون سنة نشر، صفحة 245.

² - جواهر عبد الهادي محمد العبيدي، أثر التوجه الإبداعي واستراتيجية التدريب على أداء العاملين في شركة نفط الكويت، جامعة الشرق الأوسط، ماجستير، 2013، ص33.

³ - خالد عبد الله المرابي الغامدي، دور التدريب في رفع كفاءة أداء موظفي القطاع العام، ماجستير، كلية العلوم الإدارية والمالية جامعة الباحة، المملكة العربية السعودية، 1434هـ ص 14.

⁴ - نفس المرجع، صفحة 15.

⁵ - أحمد صقر عاشور، إدارة الموارد البشرية، دار المعرفة الجامعية، 1997، ص239

أما الأستاذ IVANCEVICH يرى بأنه " عملية نظامية لتغيير سلوك العاملين باتجاه تحقيق أهداف المنظمة، وهو يتعلق بمهارات العمل الحالية، كما أنه نشاط موجه يساعد في الحصول على القابليات التي يحتاجونها من أجل نجاحهم في العمل ⁽¹⁾ .

ومما تقدم يتضح أن التدريب عمل هادف، تقصد الإدارة من خلاله جعل موظفيها أكثر كفاءة وفعالية في إطار المهام الموكلة إليهم بقاعدة أساسها القدرات والمهارات وروح الإبداع التي يمتلكها الموظف، والتي تتباين من فرد لآخر.

الفرع الثاني: أهمية التدريب

تنبع أهمية التدريب انطلاقاً من كونه إستراتيجية تعنى بخدمة وتطوير العنصر البشري الذي يعد محرك أي عملية تنمية أو إنتاجية وهذا فالتدريب له بالغ الأثر في مسار الموظف من جهة، وفي تحسين الخدمة وتطوير المرفق أو المصلحة العامة من جهة أخرى.

فالتدريب يدفع الموظف إلى اكتساب المهارات والمعارف والمعلومات والاستغلال الأمثل للقدرات اللازمة لأداء الوظائف بشكل مناسب، فهو يعتبر من بين الآليات الفعالة التي تساعد الموظف على المبادرة وتفجير القدرات الكامنة وتفعيلها وكذا حسن استغلالها ومما يزيد من قيمة التدريب أنه يجعل الموظف أكثر مواكبة للتطورات التكنولوجية الحديثة والتنظيمية منها.

وبهذا المعنى فالتدريب له بالغ الأثر على سلوك الموظف، فمن خلاله يتم تغيير سلوكه السلبي نحو سلوك إيجابي يخدم الموظف والمصلحة المعنية، الأمر الذي يضمن جودة في الخدمات المقدمة للمرتفقين إضافة إلى سرعة الإنجاز.

كما يساهم في رفع الروح المعنوية للموظفين وتخفيض ساعات الغياب، إلى جانب تعريف الموظفين بالظروف المرتبطة بالوظيفة وتنويرهم فيما يخص علاقات هذه المصلحة سواء بالمواطن أو الإدارات الأخرى ⁽²⁾ .

هذا فضلاً على أنه يؤدي إلى رفع مستوى الرقابة الذاتية، فالموظف الذي يتم تدريبه يعرف ماذا يفعل؟ وكيف يؤدي عمله بإتقان؟ أما غير المتدرب فيشكل عبئاً لرؤسائه وزملائه في العمل ⁽³⁾ .

¹ - IVANCEVICH J.M.1998: human resource management.7/e McGraw- hall companies, Inc.,p 416

² - يزن تم، إدارة الموارد البشرية " أساليب الإدارة الحديثة"، متاح على الموقع الإلكتروني: yazantayyem@live.com

³ - بلهي حسينة، علاقة التدريب باحتياجات المشرفين وانتظاراتهم " دراسة ميدانية بمركب مطال ستيل عناية"، ماجستير، جامعة باجي مختار عناية 2006 صفحة 38.

المطلب الثاني: أنواع التدريب وأهدافه

يتوقف اعتماد المؤسسة على نوع من أنواع التدريب كروية إستراتيجية دون غيره على فلسفة وسياسة المؤسسة في التدريب الخاصة بها، والتي ترى نجاحها بما يحقق ما تريد بلوغه من أهداف مستقبلا.

الفرع الأول: أنواع التدريب

أولا: التدريب حسب المرحلة الوظيفية

أ- الموظف المترص

وفي هذه المرحلة يحتاج الموظف باعتباره عنصرا جديدا في المصلحة المعنية إلى مجموعة من القدرات والكفاءات والمعلومات التي تأهله لمباشرة عمله.

وهذا النوع من التدريب له بالغ الأثر على الموظف، سواء من الناحية النفسية والعملية أو الذهنية والتي يكون لها ارتباط كذلك بكامل مساره المهني⁽¹⁾.

ويتحقق هذا الأمر باعتماد إدارة الموارد البشرية على جملة من الآليات التي تقوم عليها عملية التدريب بالإضافة إلى الاحتكاك بالزملاء من الموظفين القدامى الذين يملكون الخبرة المهنية التي تؤهلهم لأداء مهامهم بكفاءة عالية، ومعنى آخر التدريب على البرامج التمهيدية والتعريفية للموظفين الجدد⁽²⁾.

ب- الموظف المرسم هذا النوع من التدريب يخص الموظف الذي ثبت ورسم في منصب دائم، غير أن تقادم المعارف والمهارات والمكتسبات الناتجة عن التطور السريع للتكنولوجيا، وكون الحاجات كذلك تتجدد لدى المواطن وتتنوع عبر الزمن، الأمر الذي يفرض على الموظف العام اكتساب معارفه وتحديث مهاراته الوظيفية باستمرار.

ثانيا: التدريب حسب نوع الوظيفة

أ- التدريب المهني والفني

يعتبر التدريب المهني أو الفني من أقدم الأساليب التي استخدمت لتعليم المهن والوظائف، الذي صاحب التوسع الصناعي الضخم الذي شهده العالم وبالخصوص في أمريكا أين تم إنشاء مدارس التدريب المهني في نيويورك عام 1907.

¹ دور برامج تدريب الموارد البشرية في تحسين نوعية الخدمة بالمؤسسة "محاولة دراسة حالة بالمركز الإستشفائي بالجامعة، الحكيم ابن باديس قسنطينة CHUC ص 15.

² فهد بن حمد السعدون، دور البرامج التدريبية التخصصية في تحسين أداء العاملين في هيئة التحقيق والادعاء العام بمنطقة الرياض، ماجستير، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، السعودية 2013، ص 17.

يشمل هذا النوع من التدريب الموظفين الذين يقومون بأعمال يدوية وعضلية من خلال الاعتماد على أسلوب التمهين الذي يتطلب الاستعانة بالورشات أو المخابر....الخ
أي الاعتماد في هذا النوع من البرامج التدريبية على التدريبات الميدانية التطبيقية⁽¹⁾.

ب- التدريب التخصصي

يوجه هذا النوع من التدريب لفئات الموظفين الذين هم بحاجة إلى معارف ومهارات أعلى من الوظائف المهنية والفنية التي يشغلونها من خلال تصميم الأنظمة التشغيلية والوظيفية والتخطيط لها⁽²⁾.
وميزة هذه البرامج أنها توجه لمواجهة المشكلات الواقعية والتي تظهر خلال العمل، ويتم إعداد هذه البرامج باشتراك بين المصلحة القائمة على التدريب والجهة المستفيدة من التدريب.

ثالثا: التدريب حسب المكان

أ- في مكان العمل

إن هذا النوع من أنواع التدريب يقوم على فكرة أن المتدرب لابد أن يخضع لهذه العملية في نفس البيئة التي يعمل فيها، وحتى يتم أيضا تفادي الغياب، وتكيف الموظف مع المناخ والبيئة الداخلية للمصلحة المستخدمة، أما بخصوص المدرب فقد يكون زميلا ذو خبرة وأقدمية أو الرئيس المباشر للموظف.
كما يمكن أن تستعين الإدارة المعنية من أجل ذلك بمدرسين من خارج المؤسسة للاستفادة من الخبرات التي يمتلكونها في هذا النوع من المجالات، وفي هذا الصدد تعتمد بعض المصالح الإدارية على الاستعانة بموظفيها الذين أحيوا على التقاعد من أجل تدريب الموظفين الذين هم بحاجة إلى التدريب، في إطار عقود مؤقتة قابلة للتجديد حسب حاجة المصلحة.

ب- التدريب خارج المؤسسة

أي تكوين وتدريب الموظف في بيئة خارجة عن نطاق المؤسسة التي ينتمي إليها، من خلال المعاهد أو هيئات متخصصة.

ومن بين خصائص هذا النوع من أنواع التدريب أن الموظف ينقطع عن العمل لفترات معينة، كما يمكن أن يكون فرديا أو جماعيا، زيادة على كونه يساهم في إخراج الموظف من ضغط العمل⁽³⁾.

¹ - CHUC، مرجع سابق، ص 15.

² - نفس المرجع، ص 16.

³ - بلهي حسينة، مرجع سابق، ص 51.

الفرع الثاني: أهداف التدريب

يهدف التدريب كروية إستراتيجية إلى رفع كفاءة الجهاز الوظيفي، وتزويده بالمهارات والمؤهلات بما يحقق كفاءة الأداء من خلال تحقيق الأهداف التالية:

- تعزيز جوانب القوة ومعالجة نقاط الضعف في أداء الموظفين من خلال إستراتيجية منظمة وهادفة، وذلك بتهيئة الموظف نفسياً لمواجهة الصعوبات التي قد تواجهه مستقبلاً أو قد تواجهه المرفق القائم على خدمة المرتفقين المستفيدين من خدماته⁽¹⁾.

- تنمية مهارات الموظفين وقدراتهم، أي الاهتمام بتنمية وتحديث المهارات والقدرات والاستعدادات لدى الموظف العام للوصول إلى التسيير البناء⁽²⁾.

- الإسهام في إعادة التوازن النوعي والعددي لهيكل العمالة، فإذا حدث فائض في تخصص أو مصلحة ما، يمكن من خلال التدريب التحويلي تأهيلهم لتخصص أو تخصصات أخرى.

- تحسين مستويات الأداء، أي تحسين مستوى أداء الفرد والجماعة بالاعتماد على معايير لقياس مدى تقدم الموظف الذي خضع لعملية التدريب مما يزيد معه فعالية الأداء التنظيمي⁽³⁾.

- تطوير الإمكانيات والقابليات والمهارات من خلال التعليم المستمر، والدورات التدريبية والتطويرية، حالة أساسية تتطلبها المؤسسة لتحقيق الأهداف بكفاءة وفعالية⁽⁴⁾.

- تعزيز انتماء وولاء الموظفين العاملين في المصلحة المعنية، وخلق إيجابية داخلية وخارجية نحوها، كما تعتبر مخزون من الموارد البشرية يستعان بها عند الحاجة⁽⁵⁾.

1- نظام التدريب والتطوير لموظفي الحكومة الاتحادية، ص 03، متاح على الرابط الإلكتروني:

<http://www.moe.gov.ae> بتاريخ: 2016/10/26

² - بندي عبد الله عبد السلام وآخرون، واقع التكوين وتطوير الكفاءات في المؤسسة الجزائرية، ورقة بحثية جامعة تلمسان، ص 02.

³ - هيثم عبد المجيد محمد وآخرون، دراسة تقييمية لأثر البرامج التدريبية في عبادة الجودة والتطوير بجامعة حائل، عبادة الجودة والتطوير، جامعة حائل، السعودية، بدونسنة، ص 32.

⁴ - فالح شجاع فالح العبي، مدى الالتزام بتطبيق معايير إدارة الجودة الشاملة وأثرها على مستوى أداء الموارد البشرية - دراسة تطبيقية على إدارة الموارد البشرية في الحرس الوطني الكويتي -، ماجستير، جامعة الشرق الأوسط، 2010، ص 27.

⁵ - عبد الله بن عطية الزهراني، استراتيجية التدريب وأثرها على الجدارات السلوكية للعاملين في المصارف التجارية السعودية، المجلة الأردنية في إدارة العمال، المجلد 08، العدد الرابع 2012، ص 712.

المطلب الثالث: التدريب وظيفة إدارة الموارد البشرية

الفرع الأول: مفهوم إدارة الموارد البشرية

يصعب في الواقع تحديد تعريف محدد ودقيق لإدارة الموارد البشرية، غير أنه في ما يلي سنورد جملة من التعاريف التي حاولت ضبط هذا المفهوم.

عرفها **حبيب الصحاف** على أنها: "العملية الإدارية المتعلقة بتخطيط وتوظيف وتنظيم وتطوير وتحفيز ورقابة الأداء والإنتاجية والمحافظة على العناصر البشرية من **موظفين** ومدراء الذين يؤدون عملاً داخل المنظمة" ⁽¹⁾.

أما **ابراهيم الغمري** فيرى بأن إدارة الموارد البشرية : " هي العملية المرتبطة بالعنصر البشري في المنظمات من حيث البحث عن مصادر القوى البشرية، واختيارها وتهيئتها وتدريبها وتهيئة المناخ الملائم الذي من شأنه أن يدفع الأفراد إلى بذل أقصى مجهودهم في سبيل تحقيق أهداف المنظمة" ⁽²⁾.

أي أن إدارة الموارد البشرية تعمل على الاستخدام الأمثل للموارد البشرية بدءاً بتحديد احتياجات الإدارة ثم توصيفها ثم استعمالها تماشياً والإستراتيجية المعتمدة من الإدارة المعنية.

الفرع الثاني: التدريب مهمة إدارة الموارد البشرية

إن إدارة الموارد البشرية تتكفل بتجديد وتهذيب القدرات الموجودة - للموظفين - داخل الإدارة، أي جعل الموظف بمستوى معين يجعله يؤدي عمله بكفاءة عالية ووفق معايير حديثة لتتلي متطلبات المرتفقين وتكون عند حسن تطلعاتهم، أي تزويد الموظفين بمهارات جديدة على ضوء تقييم أدائهم ⁽³⁾.

فإدارة الموارد البشرية تسعى إلى تحقيق الفعالية التنظيمية من خلال العديد من الأنشطة، والتي على رأسها تنمية قدرات الموظف، وكذا اختيار الموظفين القادرين على التجديد والابتكار بما يحقق الأهداف الإستراتيجية المسطرة من قبل الحكومة - ممثلة في إدارتها العمومية - وهذا لا يتأتى إلا من خلال عملية التدريب الفعال والمخطط له مسبقاً ⁽⁴⁾.

¹ - حبيب الصحاف، معجم إدارة الموارد البشرية وشؤون العاملين، مكتبة لبنان ناشرون، الطبعة الأولى بيروت، لبنان، 1997، ص 01.

² - ابراهيم الغمري، الأفراد والسلوك التنظيمي، دار الجامعات المصرية، القاهرة، مصر، 1999، ص 43.

³ - عمري سامي، فعالية تخطيط الموارد البشرية في ظل التخطيط الإستراتيجي - دراسة حالة: شركة المناجم فوسفات تبسة، ماجستير، جامعة محمد بوضياف مسيلة، 2007 ص 65.

⁴ - عادل محمد زايد، إدارة الموارد البشرية رؤية إستراتيجية، بدون دار النشر، القاهرة، 2003، ص 12.

أي لبلوغ هذه الأهداف لا بد من تدريب وتكوين هذا المورد، فإدارة الموارد البشرية تتعامل مع العنصر البشري على أنه أصول استثمارية يجب استثمارها وإدارتها وتطويرها⁽¹⁾.

المبحث الثاني: إستراتيجية تدريب الموظف العام

تقوم الجهة المسؤولة عن تدريب الموظف العام بإعداد برامج التدريب، وذلك باحترام جملة من المراحل الواجب إتباعها من تصميم وتنفيذ وتقييم للأداء، بغرض تقويم سلوكيات هؤلاء الموظفين، حتى تحقق الأهداف والأبعاد المرجوة منها، على أن يراعى في إعدادها ما يمكن أن يطرأ من ظروف قد تشكل عائقاً لتنفيذها.

المطلب الأول: البعد الإستراتيجي للتدريب

إن لإستراتيجية التدريب أبعاد جد هامة بدءاً باعتبارها نظاماً فرعياً، أو نظراً لاستمراريتها وتجديدها الدائم، أو لكونها تشمل جميع الموظفين داخل المصلحة، والتي سنتطرق إليها تباعاً في الفروع الآتية:

الفرع الأول: التدريب نظام فرعي

إن تدريب الموظف العام جزء من الإستراتيجية المسطرة للدولة ككل، بحيث لا تأتي هذه الإستراتيجية أكلها إذا لم يحقق التدريب أثره على أداء الموظف العام، وبالتالي الخدمات المقدمة للمتفاعلين من المرفق.

ذلك كما سبق الذكر أن الإدارة كل متكامل بحيث أن تخلف أي جانب من هذه الجوانب سيؤثر سلباً على وظائف الدولة وواجباتها

فتدريب الموظف العام ليس غاية في حد ذاتها، وإنما يضحى مجرد وسيلة أمام المصلحة العامة التي تقتضي- تحسن الخدمات المقدمة وتوفرها بانتظام واطراد مستمرين، ولا يتأتى ذلك في حال ضعف هذه الموارد البشرية .

الفرع الثاني: التدريب عملية مستمرة

إن عملية التدريب التي تقوم بها إدارة الموارد البشرية نشاط مستمر استمرار عمل المرفق، ذلك أن الحاجات متجددة ومتطورة الأمر الذي يفرض استمرار عملية التدريب. إن الحكمة من استمرارية التدريب لا تتوقف عند هذا الحد، وإنما تتعداه إلى جعل المورد البشري قادراً على التكيف مع التغيرات والصعوبات هذا من جهة، ومن جهة أخرى أنه يمس بالجانب السلوكي لهذه الموارد البشرية لضمان اتمامها ووفائها⁽²⁾.

وعموماً فإن الاستمرار أول خطوة نحو تطوير المورد البشري للقيام بوظائف مستقبلية قد تحتاجها الإدارة.

¹ - أماني خضر أحمد شلتوت، تنمية الموارد البشرية كمدخل إستراتيجي لتعظيم الاستثمار في العنصر البشري "دراسة على موظفي الوكالة في قطاع غزة) الرئاسة ومكتب غزة الإقليمي) ماجستير، الجامعة الإسلامية - غزة- فلسطين، 2009، ص 10. للتوسع أكثر ينظر جواهر عبد الهادي محمد العبيدي، مرجع سابق، ص 40.

² - رقام ليندة، دور إدارة الموارد البشرية في تسير التغيير في المؤسسات الاقتصادية الكبرى في ولاية سطيف، أطروحة دكتوراه، كلية العلوم الاقتصادية وعلوم التسيير والعلوم التجارية، جامعة سطيف، 2014 ص 56.

الفرع الثالث: التدريب عملية شاملة

يعني هذا العنصر كون التدريب كنشاط من أنشطة إدارة الموارد البشرية يشمل جميع الموظفين المتعينين للمصلحة المعنية من جهة أولى، ومن جانب آخر أن يشمل جل المسار الوظيفي لهذا الموظف منذ ولوجه للتوظيف- من خلال قرار التعيين- إلى غاية بلوغه سن التقاعد - قرار الإحالة على التقاعد -.

كما أن الرؤيا الشاملة للتدريب تستدعي ضرورة إدراك إدارة الموارد البشرية إستراتيجية ومتطلبات وخطط برامج عمل القطاعات الأخرى، وكذا عدم الخروج على الإستراتيجية العامة ككل بشأن تسيير الموظف العام داخل المؤسسة⁽¹⁾.

المطلب الثاني: خطوات إعداد إستراتيجية التدريب

إن نجاح عملية التدريب يعتمد بشكل كبير على تحديد الاحتياجات التدريبية للموظفين المراد تدريبهم حيث يعتبر ذلك المؤشر الذي يواجهه التدريب من خلاله التوجه الأمثل، والذي يحقق الكفاءة وزيادة الأداء للموظفين، ومن ثم زيادة فعالية الإدارة وتحقيق أهدافها المرجوة.

ويؤدي التخطيط دورا هاما في مجال إدارة الموارد البشرية- الموظفين- فالتخطيط يتمثل في عملية تحديد الموظفين المعنيين بالتدريب والنوع والوقت، في ضوء الطلبات المتغيرة والمتجددة للمنتفع أو المرتفق من المصلحة الإدارية، حيث أن عملية إعداد إستراتيجية التدريب تمر بالمراحل التالية:

1-تحديد الاحتياجات التدريبية.

2- تخطيط وتصميم البرامج التدريبية.

3- تنفيذ خطة التدريب، وفي مرحلة رابعة يتم تقييم هذه البرامج التدريبية .

الفرع الأول: تحديد الاحتياجات التدريبية

إن مرحلة تحديد الاحتياجات التدريبية⁽²⁾ جد مهمة لنجاح عملية التدريب، كإستراتيجية منظمة تنتهجها الإدارة لرفع كفاءة الموظف وعصرنة الوظيفة العامة.

ويستلم المشكلة التدريبية اختصاصي أو الهيئة المسؤولة عن التدريب، سواء كان من داخل الإدارة المعنية أو من خارجها حالة عدم توفر الخبرة و الوسائل داخل المؤسسة.

¹ Arab British Academy for higher Education، مفاهيم إدارة الموارد البشرية الإستراتيجية متاح على الموقع الإلكتروني www.arab.co.uk، بتاريخ 2016/10/25.

² الهيئة الاتحادية للإمارات العربية المتحدة للموارد البشرية الحكومية، نظام التدريب والتطوير لموظفي الحكومة الاتحادية، بدون سنة نشر، ص 06.

فلاحتياجات التدريبية كما عرفها **درويش وتكلا** بأنها: " مجموعة من التغييرات المطلوب إحداثها في الفرد والمتعلقة بمعارفه ومهاراته وخبراته وسلوكه واتجاهاته لجعله لائقا لشغل وظيفة أعلى أو لأداء اختصاصات وواجبات وظيفته الحالية بكفاءة عالية".

أي من خلال هذه الخطوة من مراحل استراتيجية التدريب تستطيع إدارة الموارد البشرية إعداد الخطط التدريبية لضمان معالجة التدريب. الثغرات في المعرفة أو الكفاءات للموظفين بأسلوب فعال وتكاليف مجدية⁽¹⁾.

فهو الفارق بين ما يجب أن يكون عليه الموظف من مهارات ومعلومات، وما يتمتع به الموظف القائم بالعمل حتى يتمكن من تحديد الاحتياجات المطلوبة.

كما تعرف عملية تحديد الاحتياجات التدريبية على أنها: "مجموع المتغيرات والتطورات المطلوب إحداثها في معلومات ومهارات واتجاهات سلوكيات الموظفين العاملين، للتغلب على المشاكل التي تعترض سير العمل أو تعرق تحقيق الأهداف الإستراتيجية المسطرة"⁽²⁾.

ويتوقف التحديد السليم لهذه المتطلبات على دراسة النقاط التالية:

- 1- هيكل التنظيم.
- 2- الوضع الحالي للموظفين: أي تحليل سلوكيات الموظفين من خلال دراسة مدى حاجة الأفراد إلى التدريب وما هو مستوى هؤلاء الموظفين من خلال قياس أدائهم.
- 3- وصف الوظائف وذلك من خلال تحليل ما تتطلبه الوظيفة من أعباء ومسؤوليات لتحديد التدريب المطلوب⁽³⁾.

الفرع الثاني: تخطيط وتصميم البرامج التدريبية

حتى يأتي التدريب بثأره يجب أن تكون عملية التدريب قائمة على خطوات ومراحل مدروسة سلفا أي اعتماد إستراتيجية منظمة، لذا يتعين على إدارة الموارد البشرية إعداد خطة التدريب (أولا) إضافة إلى تحديد ميزانية خاصة لهذه العملية (ثانيا)، في إطار الأهداف التي تبتغي الإدارة بلوغها.

1- سعد العنزي، مؤيد الساعدي، فلسفة إستراتيجية الموارد البشرية، مجلة العلوم الاقتصادية والإدارية، المجلد 13، العدد 45، العراق، 2007، ص 17.

2- عادل محمد زايد، مرجع سابق ص 297.

3- عباس سهيلة، إدارة الموارد البشرية "مدخل استراتيجي"، دار وائل للنشر والتوزيع، الطبعة أولى، عمان، 2003، ص 190، للتوسع أكثر يراجع: عبده عز الدين، عملية تدريب الموظف العام في الجزائر، ماجستير جامعة الجزائر، 2002، صفحة 41.

أولاً: إعداد خطة التدريب

يتم إعداد خطة التدريب بناء على التقرير الخاص بتحليل احتياجات التدريب من طرف إدارة الموارد البشرية ضمن الإدارة المعنية.

وحتى تساير خطة التدريب الممارسات الإدارية الحديثة لابد أن يراعى في إعدادها النقاط التالية:

- تقسيم الموظفين إلى مجموعات ووضع حلول تدريبية لكل فئة .

- تحديد النتائج المرجوة من كل حل تدريب (1).

- تحديد المحتوى والمدة الزمنية التي يستغرقها التدريب.

- التكلفة الإجمالية للحلول التدريبية.

ثانياً- الميزانية الخاصة بالتدريب

أي ضرورة وجود بنود خاصة في ميزانية الإدارة ضمن الميزانية الكلية المعتمدة، تضم تغطية مالية لهذه الدورات التدريبية من علاوات للمدربين، وتغذية أو أماكن التدريب إذا كان التدريب خارج أماكن الوظيفة، نفقات السفر والإقامة للموظف المعني بدورة التدريب... الخ

كما تشمل الميزانية أدوات التدريب المستعملة: (أفلام، القاعات، أجهزة الإعلام الآلي...).

ثالثاً- تحديد أهداف البرنامج التدريبي:

بمعنى آخر ما هي الغايات المنشودة من خلال هذا البرنامج التدريبي المعتمد؟ والمتمثلة غالباً في السلوك المتوقع من الموظف بعد استكمال محاور البرنامج التدريبي، على أن تتناسب و احتياجات ورغبات هؤلاء الموظفين (2).

كما لا يجب إغفال ضرورة وجود انسجام بين متطلبات الوظيفة ومحتوى البرنامج، فكلما زادت دقة تحديد الاحتياجات التدريبية كلما زادت بالضرورة فرص تحقيق أهداف عملية التدريب.

الفرع الثالث: تنفيذ خطة التدريب

تعتبر هذه المرحلة نتيجة حتمية وتابعة لمسألة وضع خطط التدريب، وإن ما يميز هذه المرحلة أنها مرحلة عملية وتطبيقية، حيث تجعل ما تم إعداده من خطط واقعا ملموسا في الحياة العملية للموظف.

حيث يجب على المصلحة المعنية بالتدريب من خلال هذه المرحلة الالتزام بما ورد في برنامج التدريب المعد سلفاً من حيث أشكال التدريب، وآليات تطبيقها، والزمن المحدد لهذه العملية، وهيئة التدريب (المدربين).

¹ - يزن تيم، مرجع سابق، ص 117 .

² - نفس المرجع، ص 116.

غير أن هذا الالتزام لا يمنع من مراجعة هذه الخطة إذا ما اقتضت المصلحة العامة ذلك كحصول تعديلات بالنسبة للميزانية، أو تغيير ظروف العمل في مستوى معين من الإدارة، أو ظهور تكنولوجيا حديثة، أو لصدور تنظيمات قانونية جديدة، أي لابد من توقع العقبات التي تعترض التدريب⁽¹⁾.

ومن بين هذه المعوقات التي تحول دون تحقيق التدريب لكامل آثاره ما يلي:

- 1- ضعف إيمان الإدارة العليا بالدور الإستراتيجي للتدريب .
- 2- عدم وضوح الأهداف والسياسة العامة للدول ككل بالنسبة لبرامج التدريب.
- 3- عدم توفر الآليات المحققة لإستراتيجية التدريب كنظم المعلومات، نظم الاتصال، التكنولوجيا الحديثة.
- 4- عدم توفر البيئة الثقافية الداعمة لإستراتيجية التدريب⁽²⁾.

الفرع الرابع: تقييم البرامج التدريبية

ويرى كمال المفتي أن التقييم أو التقويم وسيلة للحصول على حقائق وبيانات محددة لأنها تساعد على تحليل وتقييم أداء الموظف ومسلكه في العمل خلال فترة معينة، ومدى كفاءته للنهوض بالأعباء والمسؤوليات والواجبات المتعلقة بعمله الحاضر والمستقبلي.

وعرف جرينيل التقييم بأنه: "الطريقة المنظمة لتحديد وقياس مدى نجاح عمل معين في تحقيق الأهداف التي تم تصميمها من أجله"⁽³⁾.

ويتم من خلال هذه المرحلة الوقوف على مدى فعالية التدريب وقياس مردوديته وأثره في سلوكيات هؤلاء الموظفين؟

وعموماً فإن الهدف الرئيسي للتقييم هو قياس مدى تأثير النشاط التدريبي على الموظفين المستهدفين في البرامج التدريبية.

فعملية التقييم تتطلب تحديد مدى الالتزام بخطة التدريب، والزمن المستغرق، وهل تم احترام المديرين للبرنامج المسطرة في برامج أو خطة التدريب؟ وهل هذا النوع من البرامج التدريبية ملائم لهذه الفئة من الموظفين محل العملية أم لا؟ وهل استطاع الموظفون من خلال هذا البرنامج التدريبي تجاوز نقاط الضعف وتعزيز نقاط

¹- بندري عبد السلام وآخرون، مرجع سابق، صفحة 03

2- عبد الله بن عطية الزهراني، مرجع سابق، صفحة 713.

3- خالد عبد الله المرباني الغامدي، مرجع سابق، ص 41، للتوسع أكثر ينظر تحسين أحمد الطراونة، الإلتزام بتطبيق مراحل التدريب وأثره في مجالات أداء العاملين، المجلة العربية للدراسات الأمنية والتدريب، المجلد 26، العدد 51، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، السعودية 2010، صفحة 260 وما بعدها.

القوة؟ أم أن مستوى الموظفين لم يعرف أي تغير يذكر. لأن هذه المسألة يتوقف عليها مدى الاستمرار بالعمل بهذا البرنامج أو ضرورة إعادة تغييره مستقبلاً.

وقد ابتكر دونالد كير كاتريك منهج قياس العائد على التدريب عام 1959 ومازال هذا المنهج صالحاً للتطبيق العملي إلى يومنا هذا- المرجع الأساس لعملية التقييم-، حيث اقتضت الاجتهادات بعد ذلك على الإضافة إليه دون استبداله⁽¹⁾.

وفي الختام يمكن القول أن عملية أو مرحلة تحديد الاحتياجات التدريبية هي الأساس الموضوعي الذي يمكن الاعتماد عليه في تقييم نتائج عملية التدريب، فنشاط التدريب نشاط اقتصادي يهدف إلى تحقيق نتائج محددة مقابل ما تم إنفاقه من مخصصات مالية لهذا النشاط⁽²⁾.

المطلب الثالث: قانون إدارة الموارد البشرية القطري "نموذجاً"

ارتأينا من خلال هذا المطلب التطرق لقانون إدارة الموارد البشرية "لمولة قطر" كمثال نموذجي عن الدول التي اهتمت بإستراتيجية تدريب الموارد البشرية بالغ الاهتمام، حيث ألغى قانون الخدمة المدنية القطري الذي كان المرجع العام لتنظيم الوظيفة العامة في دولة قطر بموجب قانون إدارة الموارد البشرية المذكور أعلاه⁽³⁾ حيث أضفى الاهتمام بإدارة المورد البشري محكماً بموجب قانون، وهذا يوضح درجة التطور والرؤيا الإستراتيجية المسطرة من طرف الحكومة القطرية بخصوص تنمية قدرات مواردها البشرية وخصوصاً الموظف العام.

ويعد هذا القانون مكسباً هاماً لكونه تضمن الآليات النظرية وكذا العملية منها، والتي تجعل حق الموظف العام في التدريب والتكوين موضع التنفيذ، حيث تضمن الفصل الثاني (02) من هذا القانون والمعنون بـ "تخطيط وتنظيم الموارد البشرية". والذي ألزم المشرع القطري بموجبه الجهة الحكومية بالاستثمار الأمثل للموارد البشرية المتاحة بما يحقق تطوير القدرات الفردية لموظفيها⁽⁴⁾.

أما الفصل الخامس (05) منه وسم بعنوان "التدريب والتطوير"، الأمر الذي لم يتم الإشارة إليه في أغلب القوانين التي تنظم مجال الوظيفة العامة في الدول المقارنة العربية، رغم وجود بعض المواد القليلة جداً والتي تحيل غالباً إلى التنظيم.

1- الهيئة الاتحادية للإمارات العربية المتحدة للموارد البشرية الحكومية، نظام التدريب والتطوير لموظفي الحكومة الاتحادية، صفحة 16.

2- محمد عادل زايد، مرجع سابق، صفحة 298.

3- قانون إدارة الموارد البشرية القطري رقم 08 لسنة 2009، الصادر بموجب الديوان الأميري بتاريخ: 1430/04/06 هـ الموافق ل 2009/04/02.

4- المادة الأولى من قانون إدارة الموارد البشرية القطري رقم 08 لسنة 2009.

حيث ألزمت المادة الثالثة وخمسون (53) من هذا الفصل الجهة الحكومية بتطوير مواردها البشرية، من خلال تزويد موظفيها بفرص ملائمة للتدريب والتطوير والتأهيل، والغرض من هذا الإلزام هو تنمية وتعزيز قدرات الموظف العام لتأدية مهامه بكفاءة عالية، مما يتحقق معه القبول بالخدمات المقدمة للمرتفقين.

على أن المادة الخامسة والخمسين (55) وما بعدها من هذا الفصل نصت على الكيفية التي يتم بها تحليل الاحتياجات التدريبية، هذا ما يعزز من مكانة هذا القانون، كونه تضمن في طياته الآليات العملية لتطبيق إستراتيجية التدريب التي يخضع لها الموظف العام .

على أن الفصل السادس (06) تضمن نظام تصميم وإدارة الأداء بهدف تحفيز الإنجازات الفردية التي كانت كثر مباشر للتدريب ⁽¹⁾.

الفرع الثاني: القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية الجزائري

تنظم الموارد البشرية في مجال الوظيفة العامة في الجزائر بموجب القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية الجزائري ⁽²⁾، والذي نص الفصل الخامس (05) منه والمعنون بـ "التكوين" والذي تضمن مادتين فقط وهو حجم ضئيل جدا مقارنة بقانون إدارة الموارد البشرية القطري الذي تطرق إلى التكوين والتدريب جملة وتفصيلا. فلقد نصت المادة 38 منه على كون التكوين والتدريب حق من حقوق الموظف العام.

أما المادة 104 فجاء نصها كالآتي: " يتعين على الإدارة تنظيم دورات التكوين وتحسين المستوى بصفة دائمة قصد ضمان تحسين تأهيل الموظف وترقيته المهنية، وتأهيله لمهام جديدة".

في حين أحالت المادة 105 على التنظيم فيما يخص شروط الالتحاق بالتكوين، كما لا يجب إغفال ما نصت عليه المادة 59 على اعتبار المجلس الأعلى للوظيفة العمومية مسؤولا عن تحديد سياسة تكوين الموظفين وتدريبهم لتحسين مستواهم ⁽³⁾.

وكما سبق الذكر تبقى مجرد أحكام عامة لم تحدد بدقة آليات وكيفيات تطبيق البرامج التدريبية للنهوض بكفاءة الموظف العام في الجزائر بغية تحسين نوعية الخدمة العمومي.

¹ المادة 62، من نفس المصدر.

² القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية الجزائري الصادر بموجب الأمر 03/06 والمؤرخ في 15 يوليو 2006، الجريدة الرسمية العدد 46، ص 03 لسنة 2006.

³ إضافة إلى المدرسة الوطنية للإدارة التي أنشأت بموجب المرسوم رقم 64 - 155 المؤرخ في 8 جوان سنة 1964، ج.ر رقم 48، وهي مؤسسة عمومية .

خاتمة:

ختاما لهذه الدراسة التي عنيت بمسألة التدريب الذي يخضع له الموظف العام منذ حصوله على قرار التعيين إلى غايته إحالته على التقاعد، فالوظيفة العامة يحميها مبدأ المسار والذي يشكل هو الآخر مدرسة مستمرة وحقيقية للتكوين تتطور من خلاله الكفاءات.

وحتى يكون التدريب فعالا باعتباره إستراتيجية هادفة ذات أبعاد ومعالم تنتهجها الإدارة بغرض رفع كفاءة موظفيها وعصرنة قطاع الوظيفة العامة، فلا بد أن يمر بخطوات معينة تحدد سلفا.

مع الإشارة إلى أن هذا الدور يناط بإدارة الموارد البشرية والتي في سبيل قيامها بهذا الدور تستند إلى مجموعة الآليات والوسائل التي يعتبر القانون بنصوصه التشريعية والتنظيمية الإطار العام لها الأمر الذي يقتضي- معه إعادة النظر في القوانين والأنظمة لإزالة الجمود المتعلق بالنشاطات التدريبية.

ومن هنا وجب التذكير بضرورة الاهتمام بالعنصر البشري واستغلاله استغلالا أمثل، مع فتح المجال للمبادرات الفردية والجماعية أي ضرورة تطوير ثقافة تنظيمية داعمة للنشاطات التدريبية، فهو المحرك الأساس لعملية التنمية، والرأس المال الحقيقي والدائم للدولة والأمة ككل .

تطور نظام السجل التجاري الجزائري من المعيارية إلى التجريد أ.د/ علي فتاك- أستاذ التعليم العالي- جامعة ابن خلدون- تيارت

الملخص:

السجل التجاري الجزائري تغيرت أحكامه مع مراحل متعاقبة مر بها التشريع الجزائري ذي الصلة، وكان المشرع دائما يقارب بين النظامين المعروفين له الممثلين في الإحصائي والقانوني، ويغلب في كل مرحلة بعض أحكام هذا النظام أو ذاك، ليستقر الأمر عند نظام إحصائي، تتميز أحكامه بمراعاة لاسيما الطابع الالكتروني للقييد.

Résumé:

Les règles de registre de commerce algérien ont changer toute au long les différentes étapes successives qui a suber la législation algérienne, et que le législateur algérien a toujours choisie entre l'un de deux, et qu'il fait dominer l'un ou l'autre, et enfin il a choisi le régime administratif, et qui a pris en considération l'au tille informatique pour l'inscription.

مقدمة:

إن المنتبع للتطور التشريعي لنظام السجل التجاري الجزائري، يستخلص نتيجة في غاية الدقة، مفادها إن التطور الذي شهده هذا الأخير كان ترجمة للتحويلات التي شهدتها الدولة في الميدان الاقتصادي، وكان من جانب آخر شاهدا على رغبة ملحّة في التطوير ولكن صاحبها مع الأسف تردد واضح في الوسيلة. و لذلك فإن البحث في أحكام السجل التجاري يستوجب منا رصد حركية تطور أحكامه في مفهومها العام لتحديد هويته بين أنظمة السجل التجاري المعروفة، ومن ثم الأحكام التي استقر عليها حاليا.

أولا- تطور أحكام السجل التجاري

بداية، كانت القوانين الفرنسية هي السائدة إلى غاية 1962، وبعد الاستقلال استمرت هذه الأحكام في السريان، إلى غاية صدور القانون التجاري، حيث تضمن هذا الأخير أحكاما للسجل التجاري بموجب المواد من 19 إلى 29 منه، تلتها عدة نصوص قانونية خاصة، تمثلت على التوالي بما يأتي:

-المرسوم رقم 79-15 المؤرخ في 1979/01/25 المتضمن تنظيم السجل التجاري،

-المرسوم رقم 83-258 المؤرخ في 1983/04/26 المتعلق بالسجل التجاري،

-القانون رقم 88-229 المؤرخ في 1988/11/5 المتضمن تخفيف شروط التسجيل في السجل التجاري،

تاريخ إبداع المقال: 2017/01/19

تاريخ تحكيم المقال: 2017/02/07

وتشكل هذه المرحلة، البداية الأولى لنظام السجل التجاري الجزائري في ظل حقبة الاستقلال، مما يعني البداية التنظيمية لهذه المؤسسة، مؤسساتيا وتشريعيا، وكان لهذا الأمر ما يبرره، فواقعيا هناك وضعية بسيطة للميدان التجاري، و سياسيا هناك نهج اقتصادي مطبق يحصر تدخل القطاع الخاص في النشاط التجاري.

أما في المرحلة الثانية، فلقد دفعت الإرادة التشريعية إلى الوجود نصوص قانونية تشريعية و تنظيمية هامة، كان الدافع إليها هو التنظيم الدقيق للميدان التجاري الذي عرف تغير جوهري على إثر اعتماد النهج الرأسمالي، الأمر الأخير الذي يدفع إلى التزام الدولة بدورها التقليدي و فسخ المجال للقطاع الخاص لاكتساح الحقل التجاري، مما ولد رغبة في تنظيم هذه المؤسسة الهامة، أي السجل التجاري، لتكون أداة الدولة التنظيمية و الرقابية المتقدمة بخصوص الميدان التجاري تمكنها من ضمان عدم إفلات هذا القطاع من يدها.

وشمل التعديل صدور نصوصا تشريعية وتنظيمية هامة، كانت كما يأتي:

- القانون رقم 22-90 المؤرخ في 18/08/1990 المتعلق بالسجل التجاري، و المتمم بالقانون رقم 91-14 المؤرخ في 14/09/1991،

- المرسوم التنفيذي رقم 90-355 المؤرخ في 10-11-1990 الذي ينهي وصاية الوزير المنتدب لتنظيم التجارة على المركز الوطني للسجل التجاري و يضعه تحت إشراف وزير العدل،

- المرسوم التنفيذي رقم 92-68 المؤرخ في 18/02/1992 المتضمن القانون الأساسي الخاص بالمركز الوطني للسجل التجاري وتنظيمه،

- المرسوم التنفيذي رقم 92-69 المؤرخ في 18/02/1992 المتضمن القانون الأساسي الخاص بمأموري المركز الوطني للسجل التجاري،

- المرسوم التنفيذي رقم 92-70 المؤرخ في 18/02/1992 المتعلق بالنشرة الرسمية للإعلانات القانونية،

أما في المرحلة الثالثة، فلقد لاحظت الإرادة التشريعية النقص الحاصل على المستوى التشريعي و التنظيمي، مما دفعها إلى إصدار العديد من النصوص ذات الصلة لتصلح المعوج و لتسد النقص، فجاءت بما يأتي من النصوص:

- المرسوم التنفيذي رقم 97-37 المؤرخ في 18/01/1997 المتعلق بمدونة النشاطات الاقتصادية الخاضعة للقيود في السجل التجاري،

- المرسوم التنفيذي رقم 97-38 المؤرخ في 18/01/1997 المتضمن كيفية منح ممثلي الشركات التجارية الأجانب بطاقة التاجر،

- المرسوم التنفيذي رقم 97-40 المؤرخ في 18/01/1997 المتعلق بمعايير تحديد النشاطات والمهن المقننة الخاضعة للقيود في السجل التجاري وتأطيرها،

- المرسوم التنفيذي رقم 41-97 المؤرخ 1997/01/18 المتعلق بشروط القيد في السجل التجاري،
- الأمر رقم 07-96 المؤرخ في 1996/01/10 المعدل والمتمم للقانون رقم 22-90 المؤرخ في 1998/08/18 المتعلق بالسجل التجاري،
- المرسوم التنفيذي رقم 91-97 المؤرخ في 1997/03/17 المعدل للمرسوم التنفيذي رقم 68-92 المتضمن القانون الأساسي الخاص بالمركز الوطني للسجل التجاري،
- المرسوم التنفيذي رقم 97-92 المؤرخ في 1997/03/17 المعدل والمتمم للمرسوم التنفيذي رقم 69-92 المتضمن القانون الأساسي الخاص بمأموري المركز الوطني للسجل التجاري،
- المرسوم التنفيذي رقم 322-97 المؤرخ في 1997/08/26 المتمم للمرسوم التنفيذي رقم 41-97 المتعلق بشروط القيد في السجل التجاري،
- المرسوم التنفيذي رقم 266-03 المؤرخ في 2003-08-05 المعدل و المتمم للمرسوم التنفيذي رقم 68-92 المؤرخ في 1992-02-18 المعدل و المتمم و المتضمن القانون الأساسي الخاص بالمركز الوطني للسجل التجاري و تنظيحه،
و لم تتوقف الآلة التشريعية عن العمل، فقامت، استجابة لغاية الحصول على معلومات حديثة عن الوضع الاقتصادي الجزائري، بإصدار نصوص تنظم عملية الإحصاء الشامل للتجار، و تجسد ذلك بموجب ما يأتي من النصوص:
- المرسوم التنفيذي رقم 42-97 المؤرخ في 1997/01/18 المتضمن إعادة قيد التجار الشامل،
- المرسوم التنفيذي رقم 323-97 المؤرخ في 1997/08/26 المتمم للمرسوم التنفيذي رقم 42-97 المتضمن إعادة قيد التجار الشامل،
أما المرحلة الرابعة، فقد دشنت من خلال المرسوم التنفيذي رقم 453-03 المؤرخ في 2003-12-01 المعدل و المتمم للمرسوم التنفيذي رقم 41-97 المؤرخ في 1997-01-18 والمتعلق بشروط القيد في السجل التجاري، المعدل والمتمم، فتماشيا مع تحضير الجزائر للانضمام للمنظمة العالمية للتجارة، وما يستتبع ذلك من عملية إعداد تشريعي وهيكلي، أصدر المشرع المرسوم التنفيذي المذكور، ولكنه ما لبث أن أصدر القانون رقم 08-04 المؤرخ في 14-08-2004 المتضمن شروط ممارسة الأنشطة التجارية، ولعل أهم ميزة يتصف بها هذا النص، تتمثل في أنه يعكس نظرة جديدة، تتمثل في إعطاء حرية أوسع للقائمين بالنشاط التجاري، حيث جاء هذا النص خاليا من عنوانه التقليدي باعتباره متعلقا بالسجل التجاري، ليحل محله عنوانا جديدا يتمثل في "شروط ممارسة الأنشطة التجارية"، يحتل فيها السجل التجاري حيزا ضيقا، مما يعني تأكيد الرغبة التي تجسدت من خلال المرسوم التنفيذي رقم 453-03، الذي تضمن تخفيفا لشروط القيد في السجل التجاري، من خلال إعفاء المترشح للقيد

من تقديم الكثير من الوثائق، والتي كانت تشكل عقبة كؤود أمام الكثيرين، الأمر الذي دفعنا لتوقع تطورا هاما ستجسده نصوص تشريعية وتنظيمية لاحقا في مطبوعتنا الموسومة نظرية التاجر¹.

كما انه يمكن أن نضيف إليه أحكام مهمة تحددت بإلغاء جزء كبير من القانون رقم 22-90 حيث نصت المادة من القانون رقم 08-04 على انه: "تلغى الأحكام المخالفة لهذا القانون، لاسيما أحكام القانون رقم 22-90 باستثناء المواد الأولى و 8 و 15 مكرر 1 و 15 مكرر 2 و 18 و 25 و 31 و 32 و 33 منه".

وبذلك تم استبعاد القانون رقم 22-90 عمليا من تنظيم السجل التجاري، فدل على انه لم يبق لهذا الأخير قانون ينظمه، بل أن التنظيم تعلق بالأنشطة التجارية.

وبالفعل فان المشرع الجزائري اصدر القانون رقم 06-13 المؤرخ في 2013/07/23 المتضمن تعديل القانون رقم 08-04²، بحيث شمل التعديل النصوص التالية:

- المادة 08 منه التي تتعلق بالأشخاص الذين لا يجوز لهم القيد،
- تمت المادة 5 بالمادة 5 مكرر من خلال النص على القيد الالكتروني،
- عدلت وتمت المادة المتعلقة بالاشهارات القانونية للشركات التجارية والمؤسسات الخاضعة للتسجيل في السجل التجاري،
- عدلت وتمت المادة 15 منه المتعلقة بالاشهارات القانونية للشخص الطبيعي الخاضع للتسجيل في السجل التجاري،
- عدلت وتمت المادة 17 بنصها على عدم خضوع المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري من واجب الاشهارات القانونية.
- عدلت وتمت المادة 21 المتعلقة بموطن الخاضع للقيد،
- وتقديرا** لمضمون التعديلات نجدها مجرد تعديلات تقنية لاسيما ما تعلق منها بالقيد الالكتروني انسجاما مع التوجه الالكتروني.
- وانسجاما مع التعديل التشريعي صدر المرسوم التنفيذي رقم 15-111 المؤرخ في 2015/05/03 المحدد لكيفيات القيد والتعديل والشطب في السجل التجاري³.

¹ - المعتمدة من قبل المجلس العلمي للكلية في السنة الجامعية 2012-2013.

² - ج ر عدد 39 المؤرخة في 2013/07/31.

³ - ج ر عدد 24 المؤرخة في 2015/05/13.

ولعل السؤال الذي يطرح هل أن مضامين التعديل التشريعي والتنظيمي في مرحلته الرابعة يشكل جيلا جديدا متميزا مكونا لهوية متجانسة تنتصر لصورة من أنظمة السجل التجاري المعروفة؟

أن الإجابة على التساؤل تقودنا إلى إبداء ملاحظات التالية حول النصوص المعنية، لنصل في نهاية الأمر إلى تشخيص طبيعة نظام السجل التجاري الجزائري.

تتلخص الأحكام الجديدة المشار إليها في ما يلي:

- أن المشرع اغفل بموجب المادة 1 من المرسوم التنفيذي رقم 15-111 الإشارة إلى القانون رقم 90-22 المعدل والمتمم، وهذا ما يؤكد التنصل من صورة النظام القانوني للسجل التجاري.

- أنه لم يتم النص على حق مأمور السجل التجاري في التحقق من الوثائق كما كان منصوص عليها بموجب المادة 14 من المرسوم التنفيذي رقم 97-41، مما قد يستتبع معه التخلي عن الوظيفة القانونية للسجل التجاري وترجيح الوظيفة الإحصائية له.

ثانيا- أحكام التسجيل في السجل التجاري النافذة

أ- شروط التسجيل في السجل التجاري الموضوعية

التسجيل في السجل التجاري قد يكون قيدا أو تعديلا أو شطباً، كما قد يتعلق بإعادة التسجيل، وذلك كما يأتي:

1- القيد

القيد قد يكون أساسيا وقد يكون ثانويا بحسب الأحوال ما إذا تعلق بمؤسسة وحيدة أو مؤسسة رئيسة ومؤسسة(ات) ثانوية¹.

يلتزم بالقيد في السجل التجاري الأشخاص الآتية:

- كل تاجر، شخص طبيعي أو معنوي،
- كل مؤسسة تجارية يكون مقرها في الخارج وتفتح في الجزائر وكالة أو فرع لها أو مؤسسة أخرى،
- كل ممثلة تجارية أجنبية مارس نشاطا تجاريا على التراب الوطني،
- كل مؤسسة حرفية وكل مؤدي خدمات، شخصا طبيعيا كان أو معنويا،
- كل مستأجر مسير للسجل التجاري².

¹ - المادة 6 من المرسوم التنفيذي رقم 15-111.

² - المادتين 19 و 20 من الأمر رقم 76-59 المؤرخ في 26/09/1975 المتضمن القانون التجاري المعدل والمتمم.

2- التعديل

يمكن أن يتجسد تعديل السجل التجاري، حسب الحالة، بإضافات أو تصحيحات أو حذف عبارات وإرادة في السجل التجاري¹.

3- إعادة التسجيل

بناء على نصوص تنظيمية تصدرها السلطة المختصة يلتزم الأشخاص المسجلين في السجل التجاري، بإعادة تسجيلهم فيه، بشكل شامل، ومثله المرسوم التنفيذي رقم 97-42 في 18/01/1997 المتضمن إعادة قيد التجار الشامل.

4- الشطب

يتم الشطب في السجل التجاري في الحالات الآتية: التوقف النهائي عن النشاط، وفاة التاجر، حل الشركة التجارية، حكم قضائي يقضي بالشطب من السجل التجاري، ممارسة نشاط تجاري بمستخرج سجل تجاري منتهي الصلاحية².

ب- الشروط الإجرائية للقيد في السجل التجاري

يتم القيد إجرائيا بتقديم تصريح مصحوبا بوثائق إلى الجهة المختصة التي تراقب الملف وتتخذ قرارها بخصوصه، مع ملاحظة انه يمكن ان يتم القيد بالطريقة الالكترونية³.

1- التصريحات

يتم القيد في السجل التجاري، بناء على طلب مقدم من الخاضع، أو بناء على عرائض من غير الخاضعين، فيتم التسجيل بناء على طلب الأشخاص المعنيين أو ممثليهم القانونيين⁴، كما يتم إعادة القيد في السجل التجاري من قبل التجار المسجلين في السجل التجاري⁵، كما يتم التعديل بناء على طلب من الخاضع المقيّد في السجل التجاري، أو بناء على عرائض من غير الخاضعين⁶.

¹ - المادة 14 من المرسوم التنفيذي رقم 15-111.

² - المادة 20 من المرسوم التنفيذي رقم 15-111.

³ - المادة 5 مكرر من القانون رقم 04-08 المعدل والمتمم.

⁴ - المادة 8 من نفس المرسوم.

⁵ - المادة 1/ ف1 من المرسوم التنفيذي رقم 97-42 المعدل والمتمم.

⁶ - ينظر المادة 26 من القانون التجاري، ينظر المادة 32 من القانون رقم 90-22 المعدل والمتمم، ينظر المرسوم التنفيذي رقم 2000-318 المؤرخ في 16/10/2000، المحدد لكيفيات تبليغ المركز الوطني للسجل التجاري من الجهات القضائية والسلطات الإدارية المعنية بجميع القرارات أو المعلومات التي يمكن أن تنجز عنها تعديلات أو يترتب عليها منع من صفة التاجر.

كما يتم الشطب بناء على طلب من الخاضع المقيد في السجل التجاري، أو من خلفه في حقوقه في حالة الوفاة أو من مصالح المراقبة المؤهلة بعد التأكد من احترام الإجراءات المطلوبة¹.

2- الوثائق

ميز المشرع بخصوص مكونات الملف بين الحالات التالية:

● تسجيل الشخص الطبيعي

يرفق الطلب بالوثائق التالية:

- إثبات وجود محل مؤهل لاستقبال نشاط تجاري².
- بطاقة المقيم عند الاقتضاء³.

● تسجيل الشخص الطبيعي الذي يمارس نشاطا غير قار

يرفق الطلب بنسخة من مقرر تخصيص مكان على مستوى قضاء محمياً لهذا الغرض أو نسخة من بطاقة تسجيل المركبة المستعملة في إطار التجارة غير القارة، وإثبات الإقامة المعتادة⁴.

● تسجيل شخص معنوي

يرفق الطلب بالوثائق التالية:

- نسخة من القانون الأساسي للشركة،
- نسخة من إعلان نشر القانون الأساسي للشركة في النشرة الرسمية للإعلانات القانونية،
- إثبات وجود محل مؤهل لاستقبال نشاط تجاري⁵.

● تسجيل الفروع و الوكالات و الممثلات التجارية و كل مؤسسة تجارية تابعة لمؤسسة مقرها في الخارج:

يرفق الطلب بالوثائق التالية:

- إثبات وجود محل مؤهل لاستقبال نشاط تجاري،

¹ - ينظر المادة 21 من المرسوم التنفيذي رقم 11-15، ينظر المادة 33 من القانون رقم 90-22 المعدل والمتمم.

² - المادة 7 من المرسوم التنفيذي رقم 11-15.

³ - المادة 13 من نفس المرسوم.

⁴ - المادة 08 من نفس المرسوم.

⁵ - المادة 9 من نفس المرسوم.

- نسخة من القانون الأساسي المتضمن تأسيس الشركة الأم.
- نسخة من محضر مداولات للمقرر الذي ينص على فتح مؤسسة بالجزائر¹.
- تسجيل المستأجر المسير للمحل التجاري
- يرفق الطلب بالوثائق التالية:
- نسخة من القانون الأساسي للمستأجر المسير للشخص المعنوي،
- نسخة من العقد التوثيقي المتضمن تأجير تسيير المحل التجاري،
- نسخة من إعلان نشر العقد التوثيقي المتضمن تأجير التسيير في النشرة الرسمية للإعلانات القانونية،
- نسخة من مستخرج السجل التجاري لمالك المحل التجاري تحمل عبارة تبين تأجير تسيير المحل التجاري²،
- نسخة من بطاقة المقيم عند الاقتضاء³.
- قيد النشاط الثانوي
- يرفق الطلب بإثبات وجود محل مؤهل لاستقبال نشاط تجاري⁴،
- تعديل السجل التجاري لشخص طبيعي
- يرفق الطلب بالوثائق التالية:
- أصل مستخرج السجل التجاري،
- إثبات وجود محل مؤهل لاستقبال نشاط تجاري⁵،
- تعديل السجل التجاري لشخص معنوي
- يرفق الطلب بالوثائق التالية:

¹ - المادة 13 مكرر من نفس المرسوم.

² - المادة 11 من المرسوم التنفيذي رقم 15-111.

³ - المادة 13 من نفس المرسوم.

⁴ - المادة 12 من نفس المرسوم.

⁵ - المادة 15 من نفس المرسوم.

- أصل مستخرج السجل التجاري،
- نسخة من القانون الأساسي المعدل،
- نسخة من إعلان نشر البيانات المعدلة للقانون الأساسي في النشرة الرسمية للإعلانات القانونية،
- نسخة من إثبات وجود محل مؤهل لاستقبال نشاط تجاري¹،
- الاستمرار في استغلال السجل التجاري في حالة وفاة تاجر
يرفق الطلب بالوثائق التالية:
- أصل مستخرج السجل التجاري،
- الفريضة،
- وكالة توثيقية يمنحها الورثة لشخص المكلف بمواصلة استغلال المحل التجاري للمورث².
- تعديل السجل التجاري في حالة إيجار تسيير المحل التجاري
يرفق الطلب بالوثائق التالية:
- نسخة من العقد التوثيقي المتضمن إيجار تسيير المحل التجاري،
- نسخة من إعلان نشر العقد التوثيقي في النشرة الرسمية للإعلانات القانونية³،
- الشطب من السجل التجاري
يتم شطب القيد من السجل التجاري الرئيسي- أو الثانوي بالنسبة للأشخاص الطبيعية على أساس طلب مرفق بالوثائق التالية:
- أصل مستخرج السجل التجاري،
- مستخرج من عقد وفاة المورث، عند الاقتضاء،
- نسخة من الحكم القضائي القاضي بالشطب من السجل التجاري، عند الاقتضاء،

¹ - المادة 16 من نفس المرسوم.

² - المادة 18 من المرسوم التنفيذي رقم 15-111.

³ - المادة 17 من نفس المرسوم.

- شهادة الوضعية الجبائية¹.
- شطب القيد من السجل التجاري الرئيسي للشخص المعنوي يرفق الطلب بنسخ من الوثائق التالية:
- أصل مستخرج السجل التجاري،
- نسخة من عقد حل الشركة التجارية،
- نسخة من إعلان نشر عقد حل الشركة في النشرة الرسمية للإعلانات القانونية،
- نسخة من الحكم القضائي القاضي بالشطب من السجل التجاري، عند الاقتضاء،
- شهادة الوضعية الجبائية².
- شطب القيد من السجل التجاري الثانوي للشخص المعنوي يرفق الطلب بالوثائق التالية:
- أصل مستخرج السجل التجاري،
- شهادة الوضعية الجبائية³،
- إعادة تقييد شخص طبيعي يرفق الطلب بالوثائق التالية:
- الوثيقة الأصلية للسجل التجاري،
- مستخرج من أصل عقد الميلاد للخاضع لإعادة القيد،
- مستخرج من صحيفة السوابق القضائية،
- وصل تسديد حقوق إعادة القيد⁴،

¹ - المادة 22 من نفس المرسوم.

² - المادة 23 من المرسوم التنفيذي رقم 111-15.

³ - المادة 24 من نفس المرسوم.

⁴ - المادة 3 من نفس المرسوم التنفيذي رقم 97-42 المعدل والمتمم.

● إعادة تقييد شخص معنوي

يرفق الطلب بالوثائق التالية:

- الوثيقة الأصلية للسجل التجاري،
- مستخرج من أصل عقد الميلاد للخاضع لإعادة القيد،
- مستخرج من صحيفة السوابق القضائية،
- وصل تسديد حقوق إعادة القيد¹،

3- الرقابة

يؤهل مأمور الفرع المحلي للمركز الوطني للسجل التجاري لتسجيل شخص طبيعي أو اعتباري في السجل التجاري على أساس الملف المطلوب².

وكان النص طبقاً للمادة 14 من المرسوم التنفيذي رقم 41-97 الملغى بأن تقوم مصالح المركز الوطني للسجل التجاري المختصة بحضور الخاضع للقيد، بفحص مطابقة الملف المقدم ويفرض كل ملف كامل غير كامل أو يحمل وثائق غير مطابقة في شكلها و/أو مضمونها تلقائياً.

غير أن النص بعد إلغاؤه بموجب المرسوم التنفيذي رقم 15-111 فان السؤال يتبادر إلينا حول دور مأمور السجل التجاري بخصوص مباشرته للرقابة من عدمه؟

ويبدو لنا أن الرقابة تبقى قائمة طبقاً للمادة 10 من القانون رقم 04-08 المعدل والمتمم، لكنها رقابة مطابقة وليست رقابة صحة كما كانت عليه دائماً.

4- قرار المأمور

يسلم وصل إيداع في انتظار تسليم مستخرج السجل التجاري في حالة إثبات مطابقة الملف³، مع ملاحظة أن الآجال اختصرت من الناحية العملية إذ يمكن أن يتم أخذه في نفس اليوم، كما أنه يمكن أن يتم تسليم مستخرج السجل التجاري بواسطة إجراء الكتروني⁴.

¹ - المادة 4 من نفس المرسوم.

² - المادة 10 من القانون رقم 04-08 المعدل والمتمم.

³ - الفقرة 2 من المادة 14 من المرسوم التنفيذي رقم 41-97 الملغى.

⁴ - المادة 3 من المرسوم التنفيذي رقم 15-111.

يعد مستخرج السجل التجاري سنداً رسمياً يؤهل كل شخص طبيعي أو اعتباري يتمتع بكامل أهليته القانونية، لممارسة نشاط تجاري، ويعتد به أمام الغير إلى غاية الطعن فيه بالتزوير.¹

يتضمن مستخرج السجل التجاري التسجيل في السجل التجاري للمؤسسة الرئيسية²، ويتم تسجيل كل مؤسسة ثانوية تنشأ عبر التراب الوطني بالرجوع إلى السجل الرئيسي³، ولا يسلم إلا مستخرج واحد من السجل التجاري لكل شخص طبيعي أو اعتباري تاجر.⁴

لا تطلب من التجار صوراً و/أو نسخ مطابقة للأصل من مستخرج السجل التجاري إلا في الحالات المنصوص عليها صراحة في التشريع والتنظيم المعمول بهما.⁵

يحدد نموذج مستخرج السجل التجاري ومحتواه بموجب المرسوم التنفيذي رقم 222-06 المؤرخ في 2006/06/21 المحدد نموذج مستخرج السجل التجاري ومحتواه النافذ.

يشتمل الملف المطلوب لاستخراج نسخة ثانية من السجل التجاري في حالة الضياع أو السرقة أو التلف على الوثائق التالية:

- طلب ممضي محرر على الاستمارات المسلمة من مصالح السجل التجاري،
 - تصريح بضياع أو سرقة أو تلف مستخرج السجل التجاري، عند الاقتضاء.⁶
- يمكن أي طرف له مصلحة أن يبادر بالطعون المتعلقة بالنزاعات الناجمة عن الاعتراض على أهلية التاجر أو الناجمة عن التسجيل في السجل التجاري أمام القاضي المكلف برقابة السجل التجاري والذي يبت في المسألة بإصداره أمره في شأنها.⁷
- وفي حالة الطعن بالاستئناف يوقف التسجيل حتى إصدار القرار القضائي النهائي.⁸
- وإذا أكد الحكم صفة التاجر يسري مفعول التسجيل بتمامه وكامل أثره، وفي الحالة العكسية يلغى ذلك التسجيل وتوضع علامة الإلغاء في هامش السجل التجاري.⁹

¹ - الفقرة 1 من المادة 2 من القانون رقم 08-04 المعدل والمتمم.

² - الفقرة 1 من المادة 3 من نفس القانون.

³ - الفقرة 2 من نفس المادة.

⁴ - الفقرة 3 من نفس المادة.

⁵ - الفقرة 4 من نفس المادة.

⁶ - المادة 19 من المرسوم التنفيذي رقم 111-15.

⁷ - الفقرة 1 من المادة 25 من القانون رقم 22-90 المعدل والمتمم.

⁸ - الفقرة 2 من نفس المادة.

⁹ - الفقرة 3 من نفس المادة.

خلاصة:

لقد ترنخ السجل التجاري بين النظام الإحصائي ابتداء والنظام القانوني ليستقر حاليا عند النظام الإحصائي، منسجبا بذلك مع عموم القانون الجزائري الذي لا يقر بأي حجية إلا وفقا للنموذج المعتمد. وتتوزع أحكام السجل التجاري الحالية بين أحكام تتعلق بالقيد والتعديل وإعادة القيد والشطب، تولت نصوص تشريعية لاسما القانون التجاري المعدل والمتمم والقانون رقم 08-04 المعدل والمتمم والنصوص التنظيمية لاسما المرسوم التنفيذي رقم 15-111 والمرسوم التنفيذي رقم 97-42 المعدل والمتمم. ولعل الجديد الذي يمكن أن نخلص إليه وهو موائمة السجل التجاري مع الوسيلة الالكترونية، من حيث جوزا القيد وكذا مستخرج السجل التجاري الالكتروني.

بقاء الشركة بعد التصفية في القانون الأردني دراسة مقارنة مع القانون العراقي*

أ.د/ طالب حسن موسى- عميد كلية الحقوق – مدير مركز التحكيم والاستشارات القانونية - جامعة العلوم التطبيقية الخاصة
- المملكة الأردنية الهاشمية – عمان

الملخص:

بالرغم من إعلان المصفي انتهاء تصفية الشركة وإعلام مراقب الشركات بذلك فهذا لا يعني أن الشركة زالت من العالم القانوني، إذ تبقى في حالة سبات لا تتمكن من ممارسة أي تصرف إلا بشرط واحد هو قيام ما يستدعي لذلك، كان تظهر أموال لها، لم يكن المصفي يعلم بها أو ظهور ديون عليها، لم يتقدم أصحابها بها إلى المصفي قبل غلقها وانتهاء منها، وان التقادم لم يسر عليها بعد. فحينئذ يمكن سلوك الطريق الذي رسمه قانون الشركات لتوزيع هذه الأموال من قبل نفس المصفي أو تعيين مصف جديد، وبذلك تقوم شخصية معنوية بهذا القدر فقط، والذي يمكنها من أن تكون مدعية أو مدعى عليها حسب الحال. و هذا يعني عدم قيام الحاجة الى الرجوع إلى أحكام إزالة الشيعو المنصوص عليها في القانون المدني .

الكلمات البالة :- شركة – انحلال- تصفية – شخصية معنوية

Summery:

"The Permanency of the Company after Liquidation in the Jordanian Law"

Comparative study with Iraqi law.

Despite the announcement of the end of the liquidation of a company and informing the companies' observer about this ,such an action does not mean that the company has been removed from the legal world. It actually remains at a standstill ,where it is unable to exercise any act ,except when an important thing needs to be done. For example, the debt that the liquidator had not been informed about. Moreover ,the debt that had not been paid back to the liquidator before the end of the liquidation had not become due yet. In such cases ,Companies Law is used for the distribution or collection of these debts or funds by the liquidator himself or through the appointment of a new one. This is the justification for the company to be a 'jurisdiction person' ,where it is able to be a plaintiff or a defendant. Accordingly ,there is no need to use the roles of 'removing condominium' in the Civil Law.

* تاريخ إيداع المقال: 2017/01/22

تاريخ تحكيم المقال: 2017/01/31

مشكلة البحث:

الشركة تحت التصفية تتقلص شخصيتها المعنوية إلى الحد الذي يساعدها على إنهاؤها وتصفية حساباتها. فالمفروض أن إنهاء التصفية يعني زوال هذه الشخصية. ولكن الواقع يشير إلى أن بعد هذه المرحلة، قد تظهر حقوق وديون لها وعليها، فهل تستعيد جزءا من شخصيتها أم لا، وبالتالي الرجوع إلى أحكام إزالة الشبوع المنصوص عليها في القانون المدني ؟ أم إن قانون الشركات هو الواجب التطبيق ؟

منهج الدراسة:

يعتمد منهج البحث على استقراء الواقع العملي من خلال ملاحظة الأحكام القضائية الأردنية وتحليلها تحليلًا قانونيًا بما يتطابق وأحكام قانون الشركات الأردني المعدل لسنة 1997 وفق الهيكلية الآتية :-

هيكلية البحث:

يبدأ البحث بمقدمة ثم تنتهي إلى إعلان خطة البحث وهي :-

الفصل الأول :- الشركة أثناء أعمال التصفية وينقسم إلى مبحثين هما :-

المبحث الأول: عدم التلازم بين الانحلال و التصفية

المبحث الثاني: التلازم بين الانحلال و التصفية

والفصل الثاني: الشركة بعد انتهاء أعمال التصفية وينقسم أيضا إلى مبحثين هما :-

المبحث الأول: الأساس القانوني لبقاء الشركة بعد التصفية

المبحث الثاني: القدر من الشخصية المعنوية للشركة بعد غلق التصفية

ثم ينتهي البحث إلى نتائج وتوصيات

مقدمة:

يقضي عنوان البحث تناول الشركة في مرحلتين، الأولى الشركة أثناء أعمال التصفية والثانية بعد انتهاء هذه الأعمال. والذي استوجب هذا البحث هو ملاحظة الواقع التطبيقي لها. فمثلا قرار محكمة التمييز الأردنية⁽¹⁾ حيث تتلخص وقائعها أن شركة تضامن استوردت من السودان لحوم ولدى تخليصها من الكمارك ألزمتها الكمارك بدفع رسوم وضرائب. فأقامت الشركة الدعوى عليها سنة 1998 لدى محكمة الجمارك البدائية لاسترداد ما دفعته من دون وجه حق. قضت المحكمة لصالحها. وألزمت الكمارك بالرد، غير أن محكمة الجمارك الاستئنافية، فسخت الحكم بحجة أن المدعية شركة قد انقضت وتم تصفيتا باتفاق الشركاء قبل إقامة الدعوى. فانقضت شخصيتها المعنوية مما يستتبع انقضاء سلطة مديرها المفوض أعمالا بأحكام المادتين 22/أ و 25/ب من

¹ - حقوق رقم 68 / 2000 في 22 / 6 / 2000 برنامج عدالة

قانون الشركات لسنة 1997 المعدل ⁽¹⁾، ولم تعد تتمتع بالأهلية القانونية، كما أن الدعوى مقامة باسمها بموجب وكالة موقعة من شخص انتهت سلطته وصفته. فتكون الدعوى مقامة ممن لا يملك حق تقديمها، مما يستوجب ردها. فالمسألة واجبة البحث، هي كيف تستعيد الشركة المصفاة حقوقها إذا ما ظهرت بعد تصفيته؟ وهل أن حكم الاستئناف كان صائبا في حججه وأسائده؟ وهل أن قانون الشركات الأردني النافذ تناول هذه الحالة؟ وهل أن الشركة التي تمت تصفيته تزول عنها شخصيتها المعنوية بالكامل، أم أنها تحتفظ بقدر منها بحيث يمكنها من المطالبة بأي حق قد يظهر بعد إنهاء أعمال التصفية؟ وهل أن الشريك ينتصب خصما باسمها؟ ونفس السؤال يقوم بالنسبة للغير التي تظهر له حقوق ولم يسر عليها التقادم، هل بإمكانه مقاضاة الشركة أم يتوجه إلى الشركاء أم يقاضي المصفي الذي تولى التصفية؟ وهل أن العامل مثلا يوجه مطالبته إلى الشريك بعد الانحلال أم إلى الشركة المنحلة؟ حتما لا ينهض السؤال تجاه مديرها، لأن القانون يجرده من صفته بمجرد إعلان التصفية، وتعيين مصف لها. وللإجابة عن كل ما تقدم، يتم تناول الموضوع من خلال خطة البحث الآتية :-

الفصل الأول: الشركة أثناء أعمال التصفية

من المتفق عليه أن التصفية مرحلة لاحقة لانحلال الشركة. بمعنى تبدأ مرحلة الانحلال أو الانقضاء أولا عند تحقق أي سبب من أسباب الانحلال لتدخل في مرحلة جديدة هي مرحلة التصفية والتي تعرف بأنها الفترة الزمنية المبتدئة من وقت انحلال الشركة حتى تسوية مالها وما عليها ويقوم بهذه العملية مصف واحد أو أكثر. وتنتهي بالقسمة ⁽²⁾ ولكن هل كل مرحلة انحلال تليها حتما مرحلة التصفية؟ هذا ما يتم بحثه في المبحثين التاليين :-

المبحث الأول : عدم التلازم بين الانحلال و التصفية

لا يعد مثلا مجرد نشوء نزاع بين الشركاء سببا لانحلالها إلا إذا توافرت فيه الشروط التي وردت في م 33 من قانون الشركات الأردني. ولا يوجد مقابل لهذا السبب لا في القانون العراقي الملغى ولا في القانون النافذ. ولا يعتبر هذا نقضا تشريعا لأنه مشمول ضمنا وفعليا في السببين المنصوص عليهما في م 147 من القانون النافذ، وهما عدم مباشرة الشركة نشاطها، وثانيا توقفها عن ممارسة هذا النشاط. وهذا قد يحدث بسبب هذا النزاع. فمجرد تحقق هذا السبب لا يعني لزوم التصفية إلا إذا تم الطلب من ذي صفة. كما ان محكمة التمييز الأردنية أضافت " وان مطالبة الشريك إحالة الخلاف بينه وبين شركائه إلى التحكيم طبقا لشروط عقد الشركة لا يعني انه يرغب بالانسحاب من الشركة وبالتالي لا يعد سببا للانحلال أصلا " ⁽³⁾ وكذلك الشركة التي يشهر إفلاسها قد لا يكون هذا سببا لتصفيتها، فقد يتم التوصل إلى صلح أو حل من الحلول التي نص

يبدو وجود خطأ مطبعي في رقي المادتين فيجب ان تكن م 32 بدلا من 22 وم 35 [بدلا من 22] -

د طالب حسن موسى - الموجز في الشركات التجارية ص 113²

³ - قرار محكمة التمييز الأردنية بصفتها الحقوقية رقم 1996/984 (هيئة خماسية) تاريخ 1996/6/19 منشورات مركز عدالة

عليها قانون التجارة⁽¹⁾ وأيضا في حالة تحقق أسباب الانحلال الواردة في م 266 من قانون الشركات الأردني ولكن قامت الشركة بتلافي هذه الأسباب، في حينئذ يمكن الطلب من المحكمة التي تنظر في انحلالها إيقاف النظر في دعوى الانحلال والتصفية ولكن بشرط انه لم تصدر حكمها بالانحلال والتصفية . وعندما تتفق الشركات فيما بينها على تأسيس ائتلاف من اجل القيام بتنفيذ مقالة ما او مشروع معين ، ويتوفر فيه كل الأركان اللازمة لتأسيس الشركة، ولكن من دون توفر الركن الشكلي المتمثل بالتسجيل والنشر . وبذلك نكون أمام شركة فعليه تقوم على أساس بقاء الشركات المكونة لهذا الائتلاف، ولا توجد أي تصفية لها بسبب عدم رغبة هذه الشركات المكونة لهذا الائتلاف بالانحلال كما انه لا يوجد مقتض قانوني يدعو لهذا الانحلال مادامت مستمرة بنشاطها. و أما عند توقف الشركة عن مزاولة نشاطها التجاري، فان هذا التوقف لا يستتبع انحلالها تلقائيا وإنما يكون للمراقب نقلها من قائمة الشركات العاملة إلى قائمة الشركات الموقوفة عن العمل ومن دون ان يعني هذا الإجراء الدخول في مرحلة التصفية، لان هذا الشطب والمناقلة الإدارية لم يعودا سببا لانحلال الشركة كما كان في القانون غير المعدل بسبب أن قرار الانحلال لم يعد قرارا إداريا وإنما تم حصره بولاية القضاء⁽²⁾ . ويحسن ملاحظة أن القانون في مادته 32 المشار إليها قد نص في فقرتها ح- تنقضي- شركة التضامن بشطب تسجيل الشركة بقرار من المراقب بمقتضى- أحكام هذا القانون . فالقارئ لهذا النص يتصور خطأ أن الشطب الإداري لازال من أسباب الانحلال بينما عاد القانون في مادته 34 / أ المشار إليها بأنه إذا توقفت شركة التضامن عن ممارسة أعمالها فعلى الشريك المفوض أو أي شريك فيها تبليغ المراقب بذلك خلال ثلاثين يوما من تاريخ توقفها. وإذا وصل لعلم المراقب أن الشركة متوقفة عن ممارسة أعمالها، وبعد التحقق من ذلك، فله في كلتا الحالتين إهمالها مدة محدودة لاستئناف ممارسة أعمالها، وإذا لم تستجب، فله طلب إجراء تصفية الشركة تصفية إجبارية . يمكن القول بان المادة 32 بفقرتها المذكورة أصبحت زائدة وحشوا بسبب وجود المادة 34 لسبب بسيط انه لم يعد الشطب من أسباب الانحلال. وان الحل يجب أن يكون بقرار من المحكمة، والذي يستند إلى عدم ممارسة الشركة أعمالها والتوقف عنه بالرغم من إهمالها، وتقدير ذلك يعود للمحكمة. وإذا ما صدر القرار بالحل، فانه يندرج تحت عنوان المبحث الثاني من البحث. ولكن القانون تناول الموضوع ذاته ولكن بشكل مختلف بالنسبة لشركة المساهمة العامة و الخاصة و التوصية الأسهم و ذات المسؤولية المحدودة. فنص في مادته 277 - أ- "إذا لم تشرع أي شركة من هذه الشركات في أعمالها خلال سنة من تسجيلها أو توقفت عن العمل لمدة لا تقل عن سنة دون سبب مبرر مشروع وثبت بعد إخطارها خطيا والإعلان من قبل المراقب بصحيفة يومية محلية لمرة واحدة عن توقفها عن العمل أو عدم قيامها بتقديم أي بيانات تثبت قيامها بالعمل وتصويب أوضاعها خلال ثلاثين يوما من تاريخ نشر الإعلان، يحق للوزير بناء على تنسيب المراقب

¹ - م 386 من قانون التجارة الأردني وما يليها ويقابلها م 678 وما يليها من قانون التجارة العراقي رقم 30 لسنة 1984

<http://www.iraqlid.iq/LoadLawBook.aspx?SP=ALL&SC=120120014595943&PageNum=34>

ف / ح من م 32 و م 277 من قانون الشركات²

شطب تسجيلها. ويعلن عن هذا الشطب في الجريدة الرسمية، وفي صحيفتين يوميتين محليتين لمرة واحدة. وتبقى مسؤولية المؤسسين أو الشركاء قائمة كان الشركة لم تشطب. ولا يمس هذا الإجراء صلاحية المحكمة في تصفية الشركة التي تم شطب تسجيلها من السجل " فالشطب الإداري هنا لم يعد أيضا من أسباب حل الشركة، وبالتالي لا تدخل في عملية التصفية لأنها تعد قائمة، ولكنها شركة متوقفة. وتترتب عليها الغرامات لهذا الوضع ولا تتبعها التصفية إلا إذا صدر القرار من المحكمة المختصة⁽¹⁾) فيظهر مما تقدم أن سبب انحلال الشركة قد يقع فعلا بسبب توقفها عن نشاطها وأن مجرد شطبها أو نقلها من سجل الشركات العاملة إلى سجل الشركات الموقوفة، لا يستتبع الدخول في أعمال التصفية إلا إذا حصل القرار بالطلب من المحكمة لمباشرة التصفية أو أن الشركة ذاتها قررت المباشرة فيها . وأما قانون الشركات العراقي النافذ فيعطي مسجل الشركات صلاحية أكثر. فالشركة التي لم تبشر نشاطها بالرغم من مرور سنة على تأسيسها دون عذر مشروع أو توقفها عن ممارسة نشاطها مدة متصلة تزيد على السنة دون عذر مشروع أو انجاز المشروع الذي تأسست من اجله أو استحالة تنفيذه وجب على مسجل الشركات إصدار قرار تصفيته بشرط أن يسبقه تنبيهها خلال مدة لا تقل عن ستين يوما بوجوب المباشرة في التصفية أو تعديل أوضاعها. ويحق للشركة الاعتراض على القرار لدى المحكمة المختصة⁽²⁾) ومثال آخر هو ما ينص عليه قانون الشركات الأردني في مادته 32/أ على الاندماج كسبب من أسباب انحلال الشركة، والذي يشمل بشكل غير مباشر التحول أيضا⁽³⁾). فيعد سببا لانقضاء الشركة بشكلها القديم، ولكن لا يستتبع هذا تحقق عملية التصفية.⁽⁴⁾ وتظل موجودات الشركة قائمة وتؤول إلى الشركة الدامجة بحالتها دون تصفية، الأمر الذي يعني بقاء الكيان المادي للشركة أمام الغير رغم انقضاء قانونا. وعلى هذا يضع المختصون سؤالا مفاده هل يجوز اتخاذ إجراءات التقاضي في مواجهة الشركة المندمجة بعد وقوع الاندماج استنادا للوضع الظاهر . ووجودها ماديا مما يوحي ببقائها أمام الغير ؟ La théorie de l'apparence؟

خلص القضاء الفرنسي بان هذا القول غير سديد لان الاندماج يترتب عليه انقضاء الشركة المندمجة وزوال شخصيتها الاعتبارية فلا يجوز إتباع الإجراءات تجاهها والقول بجواز ذلك مردود لان شهر انقضاء الشركة المندمجة يعتبر قرينة قانونية على العلم بوقوع الاندماج بما لا يقبل إثبات العكس كما أن القضاء المذكور أضاف بأنه لا محل لتطبيق قاعدة استمرارية شخصية الشركة لضرورات التصفية لان الاندماج لا يؤدي إلى تصفية الشركة المندمجة وإنما تؤول موجوداتها إلى الشركة الدامجة⁽⁵⁾).

¹ - م 277/ب

² - م 158 - ثانيا

وما يؤكد هذا التفسير هو أن قانون الشركات التجارية العراقي رقم 21 لسنة 1997 المعدل ينص في مادته 147 - رابعا على أن من أسباب الانحلال كل من اندماج الشركة أو تحولها³

⁴ - د حسام الدين عبد الغني الصغير - النظام القانوني لاندماج الشركات - ط 1 - القاهرة - سنة 1987 - ص 63

⁵ دحسام الدين عبد الصغير - النظام القانوني لاندماج الشركات - ص 485 - 486

و الجدير ذكره أن عدم إشارة النص القانوني إلى التحول كسبب من أسباب الانحلال، لا يعني انه لا يعد كذلك، لاقتصار النص على الإشارة فقط إلى الاندماج أو الدمج . لان الدمج قد يتضمن إجراء التحول. فقد تندمج شركة تضامن مع شركة توصية بسيطة أو مع شركة ذات مسؤولية محدودة . هذا من جهة، ومن جهة أخرى، لا يمكن القول أن أسباب الانحلال وردت في القانون على سبيل الحصر، وإنما وردت على سبيل المثال بدليل وجود الانحلال لأسباب عادية أو بما يعرف بالانحلال القضائي. وهذا ما جاء في نص المادة 33. وان أسباب هذا الانحلال لا يمكن حصرها. فالشركة المتحولة أو المندمجة يبقى شركاؤها، بل قد يزداد عددهم حسب الحال. وتبقى تزاو أعمالها اللازمة لتحقيق غرضها ولا تنتقص أهليتها، بل تحتفظ بأهليتها الكاملة، ولا يتم تعيين مصف لها، بل يبقى يديرها مدير أو مجلس إدارة أو هيئة مفوضين حسب الحال. وان التحول أو الاندماج لا يكون سببا بحلول آجال الديون المترتبة على الشركة لأكثر من سبب، أولا أن العملية لا تحدث بالاتفاق بين الشركاء فقط ومن دون رقابة مراقب الشركات وإنما لابد من الموافقة المكتوبة الخطية لدائنيها المالكين لأكثر من ثلثي الديون المترتبة عليها في التحول استنادا للمادة 216 ب-، كما يجوز للغير ولكل ذي مصلحة أن يعترض على عملية الدمج استنادا للمادة 234. وان القانون يشجع على التحول والاندماج لتشجيع الشركات على التكتل لتصبح قوة تتمتع بنفوذها التجاري ولتصمد أمام المنافسة التجارية الشديدة في عولمة العصر، إضافة إلى التشجيع على اختيار الشكل الأكثر تقدما من بين أشكال الشركات مثل المساهمة والمسؤولية المحدودة. ولذا فان القانون ينص في مادته 224 على إعفاء الشركة المندمجة ومساهميها والشركة الدامجة أو الشركة الناتجة من الاندماج أو الشركاء فيها من جميع الضرائب والرسوم بما في ذلك رسم نقل الملكية التي تترتب على الاندماج أو بسببه. فالشركة المندمجة أو الناتجة عن الاندماج، والشركة المتحولة لا تتبع أموالها ولا ترد الحصص أو الأسهم إلى شركائها، وإنما يتم تقديم ما لديها من أموال ليكون رأس المال للشركة الناتجة من هاتين العمليتين القانونيتين. فطبيعة وهدف كل من التحول والاندماج تتقاطع وعملية التصفية . ونفس الشيء يمكن قوله عند قيام الشريك في الشركة ذات الشخص الواحد بجل شركته هذه فان مثل هذا الانحلال لا تتبعه تصفية وإنما يحدث تحول كل ما في ذمة الشركة المنحلة إلى ذمة هذا الشريك وبحسب العبارة الفرنسية :

Elle entraine la transmission universelle du patrimoine à cet associé(¹)

وسواء أكان هذا الشخص الواحد في هذه الشركة شخصا طبيعيا وهو الغالب حدوثه أو شخصا معنويا شركة أو مؤسسة أو دولة (²) والجدير ذكره أيضا أن الشركة قد تتخذ قرارا يؤدي إلى إنزال رأسها إلى الصفر لاسيما إذا كانت مساهمة عامة وان مثل هذا القرار يؤدي إلى تحقق سبب انحلالها لانعدام رأسها، ولكنها إذا اتخذت في نفس الاجتماع قرارا معاكسا بزيادة رأسها إلى الحد الأدنى الذي يتطلبه القانون، فان مثل هذا

¹ - قرار محكمة التمييز الفرنسية الغرفة التجارية 11 مارس 2014 المجلة الفصلية لقانون التجارة والقانون الاقتصادي ويشار إليها دالوز - باريس - 2014 - ع 3 - ص RTDCOM/651

² - هذا ما نص عليه القانون المدني الفرنسي المعدل لسنة 1988 المجلة الفصلية الفرنسية المشار إليها ع 2 لسنة 2002 - ص 322

القرار الثاني يجنبها الانحلال، وبالتالي يجنبها التصفية. وان مثل هذه العملية يطلق عليها بفرنسا نعمة الأورديون⁽¹⁾ LE COUP D'ACCORDEON

فهل هذه الأحكام يلاحظها القضاء الأردني ؟ ففي قضية اندماج شركة بنك المشرق في المملكة الأردنية الهاشمية في شركة بنك الأردن والخليج المساهمة المحدودة سنة 1993، قضت محكمة التمييز، بأن الشركة المندمج فيها شركة بنك الأردن والخليج هي الخلف القانوني للشركة المندمجة. وتحل محل الشركة المندمجة شركة بنك المشرق بكافة حقوقها بمواجهة الغير. وتنقل جميع حقوق والتزامات الشركة المندمجة إلى الشركة المندمج فيها إعمالاً لأحكام المادة 238 من قانون الشركات. والسبب في ذلك هو أن الاندماج لا يترتب عليه تصفية الشركة المندمجة واقتسام موجوداتها، بل تنتقل ذمتها المالية بما تشمله من عناصر ايجابية وسلبية إلى الشركة الدامجة أو الجديدة⁽²⁾. ويظل المشروع الذي تألفت الشركة المندمجة لتحقيقه قائماً ومستمراً. وقد أملت هذه الحقيقة استمرار العقود التي أبرمتها الشركة المندمجة لتنصرف إلى الشركة المندمج فيها أو الجديدة وكأنها هي التي أبرمتها منذ البداية. وبما أن القضية كانت تدور حول عقود العمل التي كانت مبرمة مع الشركة المندمجة، فقضت المحكمة أنها تبقى سارية تجاه الشركة المندمج فيها، ولا يتوقف ذلك على رضا العامل و رضا الشركة المندمج فيها لاسيما أن م 222 / من قانون الشركات تشترط لحصول الاندماج أن تكون غايات الشركات الراغبة في الاندماج متاثلة أو متكاملة⁽³⁾. فهل أن محكمة التمييز ثابتة على هذا القضاء ؟ ففي قضية قضت بخلاف محكمة الاستئناف ومحكمة البداية بالرغم من أن الحثيات هي واحدة إلا أن الشركة هنا هي شركة تضامن، وان عنوانها التجاري كان عند إبرام عقد الإيجار هو شركة عوادة وعودة، وبعد إبرام عقد الإيجار وانسحاب بعض الشركاء، دخل شركاء جدد وتعديل عنوانها، ليصبح شركة هاني العوادة وشركاه⁽⁴⁾. وفي قضية "اعتبرت الشركة المندمجة في شركة أخرى نهاية شخصيتها المعنوية وقيام شخصية معنوية جديدة، وبالتالي تعتبر الشركة المندمج فيها من الغير. وان إشغالها المأجور يكون من دون موافقة المؤجر مما يستوجب الإخلاء"⁽⁵⁾. ولا يمكن تأييد هذا القضاء لاسيما في تعليقه بالنسبة للشركة المندمجة. فلو فرضنا أن الشركة المستأجرة هي التي كانت مندجاً فيها، فهل يصح قول المحكمة أن شخصيتها اختفت ؟ ومع ذلك لو سلمنا بقضاء المحكمة باختفاء شخصية الشركة المندمجة إلا انه لا يترتب على هذا الاختفاء أي تغيير في عقودها إذ تبقى سارية المفعول، وتنقل آثارها إلى الشركة المندمج فيها كخلف قانوني استناداً إلى حكم م 268 من قانون الشركات القديم لسنة

¹ - المجلة الفصلية الفرنسية - مشار إليها - سنة 2002- ع 3 ص 496 وما يليها

² - لو خصصت الشركة المندمجة جزءاً من ذمتها المالية الايجابية لسداد ديونها من اجل استبعاد انتقالها إلى الشركة الدامجة فحتى في هذه الحالة لا توجد تصفية لأنه لا يتم توزيع إبي موجودات على الشركاء فهم يبقون كشركاء في الشركة المندمج فيها او الشركة الجديدة الناتجة بعد الاندماج - د

حسني المصري - اندماج الشركات وانقسامها - ط 1 سنة 1986 127

³ - تمييز حقوق رقم 95/697 - مجلة نقابة المحامين الأردنيين - ع 9 و 10 سنة 1995 ص 2661-2667

⁴ - لاحظ تمييز حقوق رقم 365 / 2000 في 18 / 4 2002/ مجلة النقابة ع 7 لسنة 2002 ص 1673-1679

⁵ - تمييز حقوق رقم 94/944 في 22/ 3/ 1995 - مجلة نقابة المحامين الأردنيين ع 7 و 8 سنة 1995 ص 2313-2317

1989 وتقبله م 238 من قانون الشركات المعدل لسنة 1997 بسبب عدم تحقق التصفية. غير أن المحكمة ميزت بين العقود التي تنصرف آثارها إلى الشركة الدامجة والعقود التي لا تنصرف. وان مثل هذا التمييز لا وجود له لا في النص القديم ولا في النص النافذ، بل الصيغة شاملة وهي "الحقوق والالتزامات". و أليس عقد الإيجار مشمولاً بها؟ وان مثل هذا القضاء أيضا يكون عقبة أمام التشجيع على الاندماج والذي قد يكون طريقا من الطرق التي يتبعها مراقب الشركات عند ممارسة حوكمته عليها. يلاحظ إذن أن القضاء الأردني غير مستقر في مسألة خروج شريك من شركة تضامن وحلول آخر عنه، وبالتالي تعديل عقدها، هل يعد عقد الشركة بعد التعديل حلا للشركة التي كانت موجودة بعد إجراء التعديل؟ ففي قضية "اعتبرت شركة التضامن التي انسحب منها شريك وانضم إليها شريك جديد يجعلها شركة مفسوخة (محلوله)". وان انضمام الشريك الجديد يعني تشكيل شركة جديدة تختلف باسمها وبأشخاصها عن الشركة التي أبرمت عقد الإيجار مما يجعلها شاغلة للعقار من دون موافقة المؤجر مالك العقار، والحكم عليه بعدم معارضة الشركة للمالك وتحميله اجر المثل⁽¹⁾. ويلاحظ أن هذا القرار جاء مخالفا لحكم محكمة البداية ولحكم محكمة الاستئناف وبالرغم من إعادة القرار منقوضا من قبل محكمة التمييز إلا أن محكمة الاستئناف أصرت على رأيها المخالف لحكم التمييز. وعند تمييزه ثانية أصرت محكمة التمييز وبهيئتها العامة على وجوب الامتثال لرأي محكمة التمييز وهذا ما حصل فعلا بقول المحكمة :-

"وهذا يترتب بموجب هذا القضاء على أن اندماج الشركة المستأجرة للعقار بشركة أخرى زوال شخصيتها الاعتبارية. وتعتبر الشركة الدامجة شخصية مختلفة عن شخصية الشركة المندمجة، ويعتبر استمرار إشغالها للمأجور دون موافقة المالك الخطية موجبا للإخلاء عملا بالمادة 5/ج/3 من قانون المالكين والمستأجرين باعتبارها من الغير وليست طرفا في عقد الإيجار، ولا يغير من ذلك أن جميع حقوق والتزامات الشركة المندمجة تؤول إلى الشركة الدامجة بحدود عقد الاندماج باعتبارها خلفا لها عملا بالمادة 238 من قانون الشركات، إذ أن ذلك ينصرف إلى الأمور المالية، وليس في قانون الشركات رقم 1 لسنة 1989 ما يعالج حالة العقارات المستأجرة، وبما أن قانون المالكين والمستأجرين هو القانون الذي يعالج هذه الحالة، فيكون الحكم بإخلاء المأجور يتفق مع أحكام القانون"⁽²⁾. ولكن ماذا تقول المحكمة لو كان شكل الشركة المندمجة والمندمج فيها من شكل واحد. فهل يوجد اختلاف في الشخصية المعنوية؟

الجواب هو النفي ولو اختلف الشكل. فان الشخصية المعنوية هي ذاتها ولم تتغير، وإنما الشكل تغير، ولا يوجد هناك أي انحلال أو تصفية. وفي موضوع مشابه، ولكنه في عقد الاعتماد البنكي عندما يسمح البنك اعتمادا لشركة تضامن مثلا، وبعد إبرام العقد تتحول الشركة إلى شكل آخر ومن دون موافقة البنك، لان قانون

¹ - وكذلك في القضية تمييز حقوق رقم 2713/99 في 10/4/2000 - مجلة نقابة المحامين الأردنيين ع 11 و 12 لسنة 2000 ص 3771-3775

² - قرار محكمة التمييز الأردنية بصفتها الحقوقية رقم 944/1994 (هيئة خاسية) تاريخ 1995/3/22، منشورات مركز عدالة.

الشركات لا يوجب مثل هذه الموافقة، ففي مثل هذه الحالة لا يستطيع البنك طلب إنهاء عقد الاعتماد بحجة تغير شكل الشركة أو عبارة أخرى نشوء شخص معنوي آخر مختلف عن السابق، والزعم بالانحلال. وهذا ما حكمت به ذات المحكمة حيث أكدت أن مجرد تحول شركة التضامن إلى شركة توصية بسيطة، لا يؤثر على ما للشركة من حقوق وما عليها من التزامات، الأمر الذي يفيد أن مجرد تغير شكل الشركة لا يصلح سببا للبنك في تقليص مدة الاعتماد إلا بوجود نص يقضي بذلك. ولا يعقل أن نفرق بين الحكم فيما إذا كنا أمام اندماج أو تحول لان الأول قد يشمل الثاني أيضا في نفس الوقت ⁽¹⁾ والخلاصة أن الشركة المندمجة قد تكون في وضع شركة مستأجرة أو في وضع شركة مؤجرة. ففي وضعها كشركة مؤجرة، يترتب على الاندماج انتقال ملكية المحال المؤجرة إلى الشركة المندمج فيها أو عبارة أخرى الشركة الدامجة أو الجديدة. ولا يثير هذا الانتقال صعوبة تذكر. ويجوز لها بالتالي مطالبة مستأجري تلك المحال بتنفيذ كافة الالتزامات التي ترتبها عقود الإيجار المبرمة مع الشركة المندمجة. وأما إذا كانت الشركة المندمجة في وضع المستأجر، فإن انتقال الحق في الإيجار يثير بعض المشكلات إذا كان لا يجوز لها التنازل عن الإيجار سواء أكان هذا المنع مقررا بحكم القانون أو بمقتضى شرط مانع في عقد الإيجار. فإن منع الشركة المندمجة في هذه الحالة تطبيقا للقواعد العامة يؤدي إلى حرمان الشركة الدامجة أو الجديدة من الانتفاع من المحال التي استأجرتها. وقد يمثل هذا الانتفاع أصلا جوهريا من أصول هذه الشركة المندمجة، وله اعتبار في تحقيق هذا الاندماج. واعتد القانون الفرنسي- بهذه الحقيقة الاقتصادية مدركا أهمية بقاء عقود الإيجار في حالة الاندماج، حيث قرر المشرع الفرنسي بقاء هذه العقود ولو وجد شرط يخالف ذلك. وبذلك قضت محكمة باريس بذلك في حكم لها سنة 1973 مبررة أن الشركة الدامجة تحل محل الشركة المندمجة في كافة الحقوق والالتزامات التي يولدها عقد الإيجار بحكم القانون. ولا يجوز الاتفاق على غير ذلك. ويبرر المختصون هذا القضاء بحجة انتقال ذمة الشركة المندمجة لا ينصب في حالة الاندماج على حق الإيجار فقط وإنما ينصب على ذمة الشركة المندمجة بالكامل بما تشمله من عناصر ايجابية وسلبية (أصولها وديونها). فلا تتلقى الشركة الدامجة أو الجديدة عناصر الذمة المالية منفصلة بعضها عن بعض، لكل عنصر- منها ذاتيته وكيانه المستقل، بل تتلقى كافة العناصر مجتمعة في هيئة كتلة واحدة من المال. فتفنى ذاتية العناصر في المجموع الذي تكونه. ومادامت الشركة الدامجة لا تتلقى حقوق الشركة المندمجة حقا حقا، وإنما تؤول إليها كافة هذه الحقوق. فبالتالي أن الحق في الإيجار يفقد ذاتيته وكيانه المستقل ويذوب في المجموع الذي يتكون من عناصر الذمة المالية دون إعمال الشرط المانع الوارد في عقد الإيجار. ولأن مشروع الشركة المندمجة يظل قائما ومستمرا. وان الشركة الدامجة تخلفها في أصولها وخصوصها. وكأن هذه الشركة الدامجة هي التي أبرمت هذه العقود

¹ - فائق محمود الشاع- المفهوم القانوني للاعتماد المصرفي -مجلة العلوم القانونية - جامعة بغداد كلية القانون ع 1 سنة 2013 - ص 26 مع الهامش

من إيجار وغيرها. ويوجه هؤلاء المختصين الدعوة لكل المشرعين لسلوك مسلك المشرع الفرنسي- في هذا الصدد⁽¹⁾.

المبحث الثاني : التلازم بين الانحلال و التصفية

عند تحقق أي سبب من أسباب الانحلال مثل الانحلال الإتفاقي أو تحقيق الغاية التي تأسست الشركة من أجلها أو الانحلال القضائي أو لأي سبب من الأسباب التي تقضي- حلها وتصفيتها، فإنها تدخل في مرحلة التصفية حكماً. وهذا ما عبر عنه قانون الشركات في مادته 35 / أ بالنسبة لشركة التضامن بقوله " تعتبر شركة التضامن بعد انقضاءها لأي سبب من الأسباب المنصوص عليها في القانون في حالة تصفية ... " ولا يعني هذا زوال الشركة أو انحلالها أو فسخها على حد التعبير الوارد في القانون كما جاء مثلاً في مادته 252 / أ بقوله " ولا تفسخ الشركة إلا بعد استكمال إجراءات تصفيتها ... " وحددت م 267 / أ- بداية هذه المرحلة بالنسبة للتصفية القضائية بقولها أنها تبدأ من " تاريخ تقديم لائحة دعوى التصفية للمحكمة ... " ⁽²⁾ وبطبيعة الحال إنها تبدأ في التصفية الاختيارية من تاريخ قرار الشركاء أو من تاريخ تعيين المصفي إذا تم تعيينه بعد صدور قرار التصفية م 360 / ب .

ولكن هل هناك مدة محددة لهذا الاستكمال ؟ لم يرد جواب إلا بالنسبة لشركة المساهمة في م 258 / أ بقولها " إذا لم تنته التصفية خلال سنة من بدأ إجراءاتها... ويشترط في جميع الأحوال إلا تزيد مدة التصفية على ثلاث سنوات إلا في الحالات الاستثنائية التي يقرها المراقب في حالة التصفية الاختيارية والمحكمة في حالة التصفية الإجبارية " إن صيغة النص تشير بوضوح إلى منح الصلاحية للمراقب في تحديد المدة التي تحتاجها التصفية الاختيارية وللمحكمة في التصفية الإجبارية . وهذا ينطبق على كل الشركات من دون الحاجة إلى التمييز بين أشكال الشركات . وأما قانون الشركات العراقي النافذ فيلاحظ عليه الارتباك عندما تناول أسباب الانحلال حيث لم يشير إلى الانحلال القضائي بخلاف القانون الملغى والقانون الأردني النافذ في حين أشار إليه عند تناوله انحلال الشركة البسيطة ⁽³⁾ مما يثير السؤال هل أن القانون العراقي النافذ يريد سحب صلاحية الانحلال القضائي بالنسبة للشركات غير البسيطة ؟ الجواب لا يمكن أن يكون إيجاباً . فهذه الصلاحية لا يمكن سحبها من القضاء لتعارضه مع حق اللجوء إلى القضاء وتعارضه وفقه الشركات . ولا يمكن التمييز بهذا الشأن بين أشكال الشركات . فإن كانت شركة بسيطة يمكن اللجوء إلى القضاء، وإلا فلا يمكن إلا اللجوء إلى مسجل الشركات . هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإنه نص على مدة خمس سنوات كحد أقصى- لانجاز التصفية تبدأ من تاريخ صدور القرار بالتصفية، وبانتهائها يصدر قراره بشطبها، ولو لم تنته . وهذا ما يفهم من

¹ - نقلاً من د حسام الدين عبد الغني الصغير - النظام القانوني لاندماج الشركات - ص 603

² - كان الأفضل النص على أن الشركة تعد في حالة تصفية منذ تأشير القاضي بالموافقة على التصفية لا منذ تسجيل لائحة طلب التصفية فقد لا يوافق على الطلب.

³ - م 190 - ثالثاً

صياغة مادته 177 /أولا - 2- إذا استغرقت إجراءات التصفية مدة تزيد على خمس سنوات من تاريخ صدور قراره بالتصفية، وثبت للمسجل تعذر استكمال إجراءات التصفية ". وهذا يشير التساؤل ما أهمية الشطب المؤدي للتصفية وهذه غير مكتملة ؟ وفي الأقل كان بالإمكان السير على خطى المشرع الأردني بقيدها في سجل الشركات غير العاملة إلى حين الانتهاء من تصفيتها فعلا ,او بمرور المدة اللازمة لذلك كي يقوم يشطبها تماما باعتبارها شركة منحلة ومصفاة .

و عليه أن صدور قرار التصفية تترتب عليه النتائج الآتية وبمجرد البدء بها سواء أكانت اختيارية أم قضائية وهي:-

1- تنتهي سلطة المدير المفوض بالإدارة سواء أكان من الشركاء أو من غيرهم ويحل محله المصفي م 35 / ب وم 253 و260 /أ من القانون الأردني .

2- وعليه أن يمارس الأعمال باسمها. فيعقد العقود وينفذها بشكل اعتيادي، بشرط أن يكون هذا لازما أو ضروريا لإتمام ما التزمت به الشركة قبل دخولها مرحلة التصفية م 37 / ب .وبذلك تكون الصيغة الواردة لشركة المساهمة العامة في م 254/ أ غير دقيقة لأنها تنص على " تتوقف الشركة التي تقرر تصفيتها عن ممارسة أعمالها من تاريخ صدور قرار الهيئة العامة في حالة التصفية الاختيارية ومن تاريخ صدور قرار المحكمة في حالة التصفية الإجبارية ... "وبعكس القانون العراقي الذي اكتفى بصيغة واضحة وموجزة بنصه في مادته 158 -أولا - 2- يعتبر المصفي وكلا عن الشركة في حدود الاختصاصات الممنوحة له خلال مدة التصفية .

وهل يمكن للشركة أثناء التصفية أن تتخذ قرارا بالاندماج مع شركة أخرى قائمة ؟ يشير بعض المختصين أن المنطق القانوني المجرد يقتضي عدم جواز اندماج الشركة في دور التصفية .غير أن هذا النظر ليس في محله لاسميا لشركات الأموال لأنه يؤدي إلى عدم سلامة النتائج .فالشركة في حقيقة الأمر ليست مجرد شخص قانوني فقط وإنما هي بالإضافة إلى ذلك خلية اقتصادية يلزم الحفاظ عليها وتشجيع استمرارها وقد اعتد المشرع في كثير من الحالات بهذه الحقيقة الاقتصادية على حساب المنطق القانوني المجرد .وقد أدرك الفقه والقضاء الفرنسيان هذه الحقيقة ⁽¹⁾

3- على المصفي إضافة عبارة " تحت التصفية "إلى اسم الشركة في جميع أوراقها ومراسلاتها " م 254/ج وتقابلها في قانون الشركات العراقي النافذ م 164- أولا .

وهل يمكن العدول عن التصفية ورجوع الشركة إلى ما كانت عليه قبل الدخول فيها ؟

نعم يمكن سواء في التصفية الاختيارية أم القضائية. فيجوز للمصفي أن يدعو الشركاء للحصول على موافقتهم بالرجوع عن التصفية إذا كانت اختيارية م 264 /أ .وأما إذا كانت قضائية، فلوزير الصناعة والتجارة الطلب من

¹ - د.حسام الدين عبد الغني الصغير - النظام القانوني لاندماج شركات الأموال - ص 73 و74

مراقب الشركات أو من المحامي العام المدني إيقاف التصفية بشرط قيامها بتوفيق أوضاعها وقبل صدور القرار بتصفيتها م 266/ ب .

وأما بموجب القانون العراقي فيفهم من صيغة مادته 159 أن التصفية أن كانت اختيارية يتعين على الشركة الطلب من مسجل الشركات الموافقة على الرجوع عن قرارها بالتصفية مع بيان الأسباب المبررة لهذا الرجوع، وان كانت التصفية بموجب قرار مسجل الشركات، فللشركة حق الاعتراض لدى المحكمة المختصة خلال ثلاثين يوما من تاريخ تبليغها به. ويكون قرار المحكمة قابلا للتمييز لدى محكمة الاستئناف بصفتها التمييزية وقرارها قطعي.

الفصل الثاني: الشركة بعد انتهاء أعمال التصفية

إن العمل بالإجراءات الجماعية المتمثلة في قواعد التصفية الناجمة من انحلال الشركات لا يتعارض ومبدأ حرية التجارة والصناعة. فالمبدأ لازال فاعلا وهو القاعدة. وان القول بموت الشركة لا يمنع من القول بأنها يمكن أن تعود لها الحياة لتعيش ويبقى وجودها فاعلا عملا بمبدأي حرية التجارة والصناعة آف الذكر⁽¹⁾ فالقول بإعادة الحياة للشركة بعد الانتهاء من تصفيتها وغلقتها، لا يتقاطع مع المبدأ المذكور، بل يكون منسجا معه ومقويا له . فالقاعدة أن منح الشركة الشخصية المعنوية هو بسبب وجود مجموعة أشخاص يرومون مباشرة نشاط تجاري. وتبقى شخصياتهم القانونية مستقلة عن هذه الشركة التي يرومون تأسيسها، وبالتالي نكون أمام مصلحتين، مصلحة الشخص الاعتباري المتمثل بالشركة، ومصالح الشركاء. وان هذه الشخصية الاعتبارية تقتضيها الحقيقة الفنية، نظرا لطبيعة الشركة بصرف النظر عن حكم القانون. وهذا ما قضى به قرار محكمة التمييز الفرنسية الشهير منذ سنة 1954 في 28 من شهر كانون الثاني⁽²⁾، فيقوم السؤال عند الانتهاء من تصفية الشركة والإعلان عن هذا الانتهاء، هل تزول هذه المصالح، ولم يعد لها اعتبار، وبالتالي تصير الشركة بعد التصفية عدما، ولا يمكن أن تتمتع بأي شخصية معنوية، وبالتالي عند ظهور أموال لها أو ديون عليها، هل تعد داخلة في موضوع إزالة الشيوع المنصوص عليه في القانون المدني ؟ أم أن قانون الشركات عاجل هذه الحالة وهو الواجب التطبيق ؟ وهذا ما يتم الإجابة عليه من خلال المبحثين التاليين :-

¹ - بحثه Cheik Gqlokho

Les atteintes à la liberté du commerce et de l'industrie résultant de la prévention et du traitement des difficultés des entreprises –Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique juillet septembre 2014 Dalloz Paris p 489

² -DElodie Boronad-Lesoin- La survie de la personne morale dissoute

المبحث الأول: الأساس القانوني لبقاء الشخصية المعنوية للشركة بعد التصفية

يقرب هذا الموضوع مع شخصية الإنسان التي تبدأ بالحياة وتنتهي بالموت كأصل عام ويقول شراح القانون المدني بأن كثيراً ما يصار إلى القول بامتداد شخصية الميت إلى فترة بعد الوفاة بصورة اعتبارية إذ غالباً ما يترك الميت بعد وفاته مالا يقتضي توزيعه على الورثة وقد تكون عليه ديون لم يسدها حال حياته مما يقتضي - سدادها من التركة فلا بد إذن أن تضي فترة بين وفاة الإنسان وبين توزيع تركته فإذا قيل بانتفاء شخصية المتوفى بمجرد وفاته يشكل آلي ثار التساؤل عن هذا المال الذي تركه على أية ذمة يكون؟ والجواب لا يمكن أن يكون هذا المال مملوكاً للورثة والديون لازالت متعلقة به فلا مناص من القول باستمرار شخصية المورث المتوفى حتى يجري توزيع تركته على ورثته وعل دائنيه من اجل أن تستقر ملكية المال الذي تركه الميت في ذمته إلى أن يجري توزيعه⁽¹⁾ وما تشير إليه القاعدة الفقهية الشرعية ومفادها لا تركة إلا بعد سداد الديون والتي أخذت بها القوانين المدنية ومنها الأردني والعراقي في مادتيها وعلى التوالي.

ولما كان بقاء الشخصية الاعتبارية للشركة مقصود به تسهيل عملية التصفية وحفظ حقوق الغير فان شخصية الشركة لا تبقى إلا لأغراض التصفية أما فيما بعد ذلك فإنها تزول⁽²⁾ ومن المعروف تمتع الشركة بالشخصية المعنوية الكاملة منذ الانتهاء من تأسيسها وإشهارها ثم تنقل هذه الشخصية عند إعلان حلها. فتصبح بالقدر الذي يمكنها من انجاز أعمال تصفيتها. وهذا هو معنى النص القانوني، بأن الشركة تحت التصفية تحتفظ بشخصيتها الاعتبارية إلى أن تتم تصفيتها، وذلك بالقدر وإلى المدى اللازمين للتصفية ولإجراءاتها م 35/ب ق ش. وتقبلها م 163 و 164 من القانون العراقي⁽³⁾. وأما خارج هذا القدر فتعتبر الشركة تحت التصفية مجرد شركة فعلية بالنسبة لمثل هذه التصرفات التي لا تنسجم وإنهاء حياة الشركة⁽⁴⁾. ونفس هذا الحكم ينطبق عليها في المرحلة المبتدئة من إعلان غلق تصفيتها. ولكن بشكل آخر. فبعد أن كانت الشركة تتمتع بقدر من هذه الشخصية المعنوية، وان هذا القدر له فعالية من اجل تصفيتها، صارت الشركة بعدها متمتعة بنفس هذه

¹ - د عباس الصراف ود جورج حزيون - المدخل إلى علم القانون - مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع - عمان الأردن سنة 1994 - ص 151 ويوجد نقاش في المذاهب الإسلامية فهم متفقون على التركة تنتقل إلى ملك الورثة بمجرد الموت بشرط ألا يكون هناك دين أو وصية كما اتفقوا أيضاً على انتقال ما زاد على الدين والوصية إلى الورثة واختلفوا فيما يساوي الدين والوصية من التركة هل ينتقل إلى الورثة أم لا ؟ راجع محمد جواد مغنية - الفقه على المذاهب الخمسة الجعفري - الحنفي - المالكي - الشافعي - الحنبلي - مؤسسة الصادق للطباعة والنشر - طهران ط 5 - سنة 1998 - ص 496

² - د حسام الدين عبد الغني الصغير - النظام القانوني لاندماج الشركات - ص 70

³ - ويمكن انتقاد صياغة القانون العراقي فترة ينص في مادته 163 على " ان يستمر نشاط الشركة بالقدر اللازم لإيفاء التزاماتها وفق ما تقتضيه أعمال التصفية ومرة أخرى ينص في مادته 164 - أولاً - بأنها تحتفظ بشخصيتها المعنوية مدة التصفية ... " مرة ينص على شخصية معنوية وكأنها كاملة وأخرى ينص وكأنها محدودة وهو الصحيح وكما جاء في الصياغة الأردنية وكان بإمكان المشرع العراقي دمج المادتين بمادة واحدة هي الآتي " تتمتع الشركة بالقدر اللازم من الشخصية المعنوية وفق ما تقتضيه أعمال التصفية على أن تذكر عبارة تحت التصفية حيثما يرد اسمها "

⁴ - د مفلح عواد القضاة - الوجود الواقعي والوجود القانوني للشركة الفعلية في القانون المقارن - مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع - عمان الأردن - من دون تاريخ نشر - ص 324

الشخصية، ولكنها في حالة سبات، و بالرغم من تسجيلها في سجل الشركات المصفاة، ونقلها من سجل الشركات العاملة. وتبرير هذا هو في احتمال ظهور أموال أو حقوق لها أو عليها. وهذا الوصف له ما يقابله في إفلاس التاجر حينما يقرر القاضي غلق التفليسة. فللمحكمة من تلقاء نفسها في حال تحققها من وجود المال اللازم للإتفاق عليها أو بطلب يتقدم ذو مصلحة أن يطلب من المحكمة إعادة فتح التفليسة . وبهذا قيل من يملك شهر الإفلاس، يملك بالأولى تحريك هذا الإفلاس من السكون إلى الحركة ⁽¹⁾ وهذا الفرض نص عليه قانون الشركات الأردني عند تناوله شركة التضامن في مادته 40/ب بنصها "إذا تبين بعد الانتهاء من إجراءات التصفية وشطب تسجيل الشركة وجود أموال منقولة أو غير منقولة باسم الشركة لم تشملها التصفية يقوم المراقب بإحالة الأمر للمحكمة بناء على طلب مستعجل لإصدار قرار يحدد كيفية تصفية هذه الأموال بتعيين مصف جديد أو المصفي القديم بعمله".

وتناول نفس الموضوع في شركة المساهمة بمادته 272 / ب . ولكنه أكد على أن ما يتم حينئذ يتم وفق أحكام التصفية المنصوص عليها في قانون الشركات ⁽²⁾.

يلاحظ أن النصين يتحدثان عن شركة لازالت موجودة، ولزوم تعيين مصف جديد أو تكليف المصفي القديم. ولم ترد الإشارة إلى أي من الشركاء بصفاتهم الشخصية سواء أكانت شركة تضامن أو شركة مساهمة، وبالتالي لا يستقيم النصان مع محاصمتهم أو الادعاء بأسماهم الشخصية، لان النصين يستوجبان تعيين من يمثل هذه الشركة المصفاة وحصرها بالمصفي، وتأكيذا وفق أحكام التصفية المنصوص عليها في قانون الشركات ⁽³⁾. ويلاحظ أن قانون التجارة الأردني تبني نفس هذا النهج في مادته 1/425 بالنسبة للشركة المشهورة إفلاسها وعدم كفاية موجوداتها لوفاء ديونها. فقد أجاز للمحكمة أن تحكم بإغلاق تفليستها، وأجاز في مادته 1/ 426 لكل ذي مصلحة الطلب من المحكمة الرجوع عن حكمها هذا بغلق التفليسة عندما يثبت وجود مال كاف للقيام بنفقات التفليسة. ⁽⁴⁾ وكذلك لو كانت أموال مخفية لسبب أو لآخر، ثم ظهرت بعد انتهاء تصفية التفليسة، وانتهاء اتحاد الدائنين، يعاد فتح التفليسة بالقدر الذي يؤدي إلى توزيع هذه الأموال، والقول بغير هذا يؤدي إلى

¹ - د علي عصام غصن - الشركات المدنية في القانون اللبناني - بيروت - 2010 ط 1 - ص 133 و

² - يمكن القول أن هذا عيب في الصياغة التشريعية لان القانون كرر الحكم مرتين مرة في شركة التضامن ومرة أخرى في شركة المساهمة وكان من الممكن وضع فصل اسمه تصفية الشركة يتضمن الأحكام العامة ليجمع القواعد المشتركة لكل الشركات.

³ - وبنفس المعنى د محمود الكيلاني - الموسوعة التجارية والمصرفية - المجلد الخامس - الشركات التجارية - الإصدار الثاني - دار الثقافة للنشر والتوزيع - عمان الأردن - سنة 2009 - ص 145 وبالمقابل هناك من يقول ان حياة الشركة تنتهي ولو ان قسمة الأموال لم تنه بعد وتعد الشركة غير قائمة من تاريخ إعلان المسجل شطب الشركة د فوزي محمد ساي - الشركات التجارية - الإصدار الرابع سنة 2009 - دار الثقافة للنشر والتوزيع - عمان - الأردن - ص 147

⁴ - وتقابل هاتين المادتين كل من المادتين 674 و675 من قانون التجارة العراقي رقم 149 لسنة 1970 الساري المفعول فقط بالنسبة لأحكام الإفلاس بموجب قانون التجارة النافذ - قاعدة التشريعات الالكترونية - العراق - مدحت محمد الحسيني - الإفلاس - دار المطبوعات الجامعية - إسكندرية - سنة 1993 - ص 169 و 170 و د عبد الفضيل محمد احمد - الإفلاس والعقود التجارية طبقاً لأحكام القانون رقم 17 لسنة 1999 - دار النهضة العربية - القاهرة - سنة 2000 - ص 220 - 221

الإخلال بالمساواة بين الدائنين إذ يتيح للبعض سلوك الطريق الفردي لاستحصال دينه . وبذلك يكون القانون الأردني منسجماً مع أحكامه حيناً اعتبر أن الشركة سواء كانت تحت التصفية أم بعد انتهاء تصفيتها، فإن الممثل الوحيد لها هو المصفي سواء الذي اختارته الشركة أم المحكمة . وبذلك قضت محكمة استئناف عمان " وحيث انه وإعلان تصفية الشركة موضوع الدعوى (شركة المهم للتجارة) وتعيين المصفي لها، فإن المصفي هو الخصم الحقيقي وحيث أن المدعي أقام الدعوى على الشركة التي تمت تصفيتها وحيث أن الخصومة من النظام العام وللمحكمة أن تثيرها من تلقاء نفسها دون طلب من الخصوم وحيث أن المستأنف ضدها المدعي عليها (الشركة المصفاة) قد طعنت بصحة الخصومة كون المصفي هو الخصم الحقيقي في هذه الدعوى فإن إقامة الدعوى على المدعي عليها يغدو على حجة غير مختصة ويتعين معه رد الدعوى لعدم الخصومة " ⁽¹⁾ ويستنتج من هذه القضية أن الشركة بعد غلق التصفية لا يمكن محاصمتها إلا من خلال مصف.و. بين القانون الأردني طريقة اختياره . وأن الشخصية المعنوية المتبقية لهذه الشركة المصفاة لا تسمح لها التصرف إلا من خلال هذا المصفي . وبالتالي فإن محكمة الكارك الاستئنافية حيناً فسخت قرار محكمة البداية، تجاهلت هاذين النصين، بقولها ان المدعية شركة قد انقضت و تمت تصفيتها قبل إقامة الدعوى . وتأكيذاً لقضاء محكمة كارك البداية جاء قرار محكمة التمييز في قضية أخرى حيث تم وضع الشركة المجموعة الفنية للإنشاءات الفنية تحت التصفية الاختيارية وعين المدعو خالد .. مصفياً لها حيث انتهت تصفية الشركة بتاريخ 2005/8/21 وأن قاضي صلح عمان وموجب كتابه رقم 2007/125 تاريخ 2008/10/26 تم مخاطبة المصفي من خلال طلب مراقب عام الشركات أن هناك أموال ظهرت بعد التصفية وتم منح الإذن بإقامة الدعوى للمطالبة بحقوق الشركة. وحيث أن إقامة الدعوى قد تمت بناء على قرار التصفية الصادر بتاريخ 2008/10/26 الذي منح الإذن للمصفي خالد.. بإقامتها وأن إقامة الدعوى جاءت بتاريخ 2009/3/17 أي بتاريخ لاحق لمنح الإذن. وحيث أن لألحة الدعوى قد وضحت الوكالة الخاصة وبينت بأن خالد أقام الدعوى بصفته المفوض عن شركة خالد حمدان وشريكه (تحت التصفية) بموجب قرار محكمة بداية عمان فتكون الخصومة صحيحة ⁽²⁾ بينما جاء قرار محكمة التمييز في قضية أخرى مناقضاً لما سبق بقولها حيث " انه إذا تم تصفية شركة الصرافة محدودة المسؤولية تصفية اختيارية واستكملت الإجراءات القانونية لدى مراقب الشركات وتم شطب الشركة، فإن الشركة قد صفيت ولم تعد قائمة ولا يجوز محاصمتها، وأن محاصمة الشريكين المدعي عليهما فيها صحيحة " ⁽³⁾ . أن مثل هذا القضاء يعني عدم إتاحة أي فرصة لتطبيق ما جاء من أحكام في هذين النصين القانونيين المشار إليهما، وهذا ما لا يمكن تبريره أبداً حيث أشار صراحة إلى احتمال وقوع هذه الحالة. وما يؤكد على أن الشركة المصفاة لازالت باقية هو ما جاء في م 264 ج بقولها " على الرغم مما ورد النص عليه في الفقرة ب- من هذه المادة إذا لم يقدم الدائن

¹ - قرار محكمة استئناف عمان رقم 6947 / 2008 تاريخ 14 / 5 / 2008

² - محكمة التمييز الأردنية (حقوق) رقم 2608 / 2011 (هيئة خاسية) تاريخ 29 / 11 / 2011 منشورات مركز عدالة

³ - محكمة التمييز بصفتها الحفوقية 583 / 2004 - 13 / 7 / 2004 عدالة

مطالبته خلال المدد المحددة فيها، فيجوز تقديم مطالبته في أي مرحلة لاحقة على أن تصبح مطالبته في هذه الحالة مرتبة تالية لمطالبات الدائنين المقدمة ضمن المدد المحددة في هذه المادة¹.

وبذلك يكون قرار محكمة بداية الكمارك هو الموافق للقانون. ولو أخذنا بقرار محكمة الاستئناف لثم الرجوع إلى أحكام قواعد إزالة الشبوع المنصوص عليها في القانون المدني. وهذا ما أشار إليه قانون التجارة الأردني. وهو القانون العام لقانون الشركات في مادته 477 بنصها " تخضع الشركات المرخصة والمسجلة بمقتضى- قانون الشركات الساري المفعول إلى إجراءات التصفية الواردة فيه كما تخضع الشركات المدنية الأخرى إلى قواعد التصفية الواردة في القانون المدني ". وان عدم الأخذ بهذا المعنى وكما يقول المختصون، يؤدي إلى مزاحمة الدائنين الشخصيين للشركاء لدائني الشركة في التنفيذ على أموالها، وبذلك لا تنسجم هذه القواعد مع التعامل التجاري⁽¹⁾.

فبالرغم من أن النصوص في قانون الشركات نصت صراحة على الرجوع إلى أحكام التصفية التي نص عليها ، فان محكمة استئناف عمان تبنت الاتجاه القاضي بأن الشركة بعد تصفيتها لا يعد لها وجود قانوني وان الخاصة تكون بأسماء الشركاء بصفاتهم الشخصية لأنهم يصبحون ملاكاً على وجه الشبوع لهذه الأموال التي ظهرت بعد الانتهاء من التصفية، ولكل شريك في الشبوع أن يتخذ من الوسائل ما يحفظ المال المشترك ولو بغير موافقة باقي الشركاء وفقاً لأحكام م 1036 من القانون المدني، وعدم انطباق قانون الشركات مخالفة محكمة بداية حقوق الزرقاء التي قضت بقولها " بانطباق قانون الشركات وان الدعوى مقدمة ممن لا صفة لهم وهم الشركاء في الشركة المصفاة، إذ كان المفروض في المصفي التقدم بهذه الدعوى وفقاً لأحكام قانون الشركات " (2) وان قضاء محكمة بداية الزرقاء هذا ينسجم وما قضت به محكمة التمييز الأردنية في قضية تتلخص وقائعها بين شريك في شركة تضامن تمت تصفيتها من قبل مصف اختياري، وبعد انتهاء التصفية أقام شريك فيها الدعوى على المدعى عليه لدين له لصالح الشركة المصفاة غير أن محكمة التمييز قضت برد الدعوى بقولها " تبين للمحكمة أن شركة طويل وشريم قد تم تصفيتها وفسخها باتفاق الشركاء بتاريخ 8 / 9 / 2000 ... وتم تعيين ... مصفياً للشركة ... وبذلك يكون الاستئناف المقدم من المستأنف ... أي بعد تصفية الشركة وتعيين مصف لها والذي تم في 8 / 9 / 2000 مقدماً ممن لا يملك حق تقديمه . وهذا ما توصلت إليه محكمة الاستئناف بقرارها المميز وبالتالي يكون ما جاء بهذا السبب غير وارد. فقرّر رده لهذا ودون الحاجة للرد على أسباب التمييز بقرّر رد التمييز وتأييد القرار المميز " (3) يمكن القول أن المحكمة لم ترد الدعوى لان الشركة مصفاة وتم الانتهاء منها، وإنما سبب الرد كان واضحاً لان المدعي ولو انه كان شريكاً متضامناً فيها، إلا انه لا يملك حق الخصومة، لأنه لا يمثل الشركة، ولأنه لم يسلك الإجراءات التي تضمنها قانون الشركات، والمشار إليها سابقاً . ويلاحظ أن قانون

¹ - د محمود سمير الشرقاوي- الشركات التجارية في القانون المصري - دار النهضة العربية - القاهرة - سنة 1986 ص 64

² - رقم القرار 2012 / 20171 تاريخ 3 / 2 / 2014 برنامج قسطاس الالكتروني

³ - قرار محكمة التمييز بصفته الحقوقية رقم القضية 2088 / 2005 قسطاس

الشركات التجارية العراقي الملغى رقم 31 لسنة 1957 كان متوافقا مع القانون الأردني في اعترافه ببقاء الشركة بعد الانتهاء من أعمال تصفيته بديل وجود مادته 287 / ف - أ - بنصها على " ومع الاحتفاظ بالدعوى التي يمكن أن تقام على المصفين بصفتهم هذه تسقط دعاوى دائني الشركة المساهمة أو ذات المسؤولية المحدودة المقامة عليها وتسقط دعاوى الدائنين في الشركات الأخرى المقامة على الشركاء أو ورثتهم أو خلفائهم في الحقوق بعد انقضاء خمس سنوات على قرار انحلال الشركة أو على خروج احد الشركاء في الدعاوى الموجهة على هذا الشريك " ⁽¹⁾ أما بالنسبة لقانون الشركات الأردني فلا يوجد مقابل فيه إلا ما جاء في م 18 منه بالنسبة للتقادم الخمسي الذي يسري على الدعاوى التي يمكن ان تقام على المفوض بإدارة شركة التضامن بعد انتهاء تفويضه ومادته 157 بالنسبة للتقادم الخمسي عن الدعوى التي يمكن أن ترجع بها الشركة أو أي ذي مصلحة على رئيس مجلس إدارة الشركة المساهمة العامة أو أي عضو من أعضاء مجلس الإدارة والذي يسري من تاريخ مصادقة الهيئة العامة للشركة على ميزانيتها السنوية وحساباتها الختامية . ومع ذلك فإن القضاء الأردني يطبق على غير هاتين المسالتين، حكم المادة 58 من قانون التجارة الأردني وهو التقادم العشري ⁽²⁾ وان مثل هذا التقادم لا ينسجم وطبيعة الشركة التجارية مما حدا بالمشروع إلى تخصيص التقادم الخمسي بالشركات التجارية دون الشركات المدنية. وبعبارة أخرى أن هذا التقادم الخمسي- لانطباقه يستوجب أن تكون الشركة منحلة وأنها تصفيتا. فهي قبل ذلك تخضع للتقادم بموجب قواعده العامة، وبالتالي جاء هذا التقادم استثناء مما ينبغي عدم التوسع في نطاقه لعدم وجود نص مقابل لهذا التقادم في القانون المدني ⁽³⁾ إذ يبقى الباب مفتوحا طيلة هذه العشرة سنوات لاستقبال الدعاوى والمطالبات سواء أكان للشركة التي تظهر أموال لها أو للشركاء أو عليهم، وبذلك يوجد تمييز لا مبرر له بين نصه على التقادم الخمسي- بالنسبة للدعوى التي تقام على المدير المفوض للشركة بعد انتهاء تفويضه بالرغم من تحقق المبرر للتقادم في الحالة التي يؤثر إليها البحث .

ويظهر بوضوح لاسيما القانون العراقي أن الشركة تعد باقية بالرغم من انتهاء تصفيته بالساح لدائنيها بإقامة الدعوى عليها. ولكن القانون الملغى حدد أجلا لهذا البقاء وهو خمس سنوات من صدور قرار الانحلال. وهو ما يسمى بالتقادم الخمسي، إلا إذا تحقق سبب من أسباب انقطاع التقادم المنصوص عليه في الفقرة - ب - من المادة 287 المشار إليها سابقا ويبرر هذا التحديد الزمني على عدم بقاء المستثمرين ومن خلاهم شركاتهم ممددين بالرجوع عليها لأجل غير محدود ⁽⁴⁾ وتشجيع الشركات على الإعلان لدى مسجل الشركات عند الانتهاء من أعمال التصفية كي يبدأ سريان هذا التقادم ليتم الاحتجاج به ضد من يريد الرجوع عليها أو على

¹ - د سميحة القليوبي - الشركات التجارية - ط 5 سنة 2011 - دار النهضة العربية - القاهرة - 272

² - قرار محكمة استئناف عمان رقم - 4226588/2012

قرار محكمة استئناف عمان رقم 3911/2009 بتاريخ 17/12/2009 وكذلك 2013-02-21

³ - ولاحظ أيضا د أبو زيد رضوان - الشركات التجارية - ج 1- شركات الأشخاص والشركة ذات المسؤولية المحدودة - دار الفكر العربي - القاهرة - من دون تاريخ نشر - ص 196 و 197 و د مفلح عواد القضاة - مشار إليه ص 454

⁴ - د طالب حسن موسى - الموجز في الشركات التجارية ط 2 سنة 1975 - مطبعة المعارف بغداد - ص 121-125

شركائها⁽¹⁾ وجاء قانون الشركات العراقي النافذ خلوا من مثل هذا النص. ونص في مادته 177 - ثانيا- على " تعتبر الشخصية المعنوية للشركة منتهية من تاريخ صدور قرار شطب اسمها، "وأما إذا ظهرت أموال للشركة بعد التصفية سواء أكانت لها أو عليها، فإن القانون النافذ ينص في مادته 179 على "لا تجوز المطالبة بدين أو حق على الشركة فور صدور قرار شطب اسمها، فإذا ظهر دائن لم يستوف حقه ولم يكن المصفي على علم بذلك الحق، جاز للدائن مطالبة أعضاء الشركة بما آل إليهم كل حسب أسهمه أو حصته خلال ثلاث سنوات من تاريخ الشطب. ويسقط حقه في المطالبة بعد ذلك ".

ويلاحظ على هذا النص العراقي الجديد ما يلي :-

- 1- اختزل المدة من خمس سنوات إلى ثلاث سنوات. بينما يلزم المصفي بالاحتفاظ بسجلات الشركة المصفاة مدة خمس سنوات من تاريخ شطبها بموجب مادته 180 .
- 2- اخرج الدعوى التي تقام على الشركة المصفاة من نطاق هذا التقادم خلافا للقانون الملغى
- 3- فهو يشير بصراحة إلى زوال الشخصية المعنوية للشركة بمجرد الإعلان عن انتهاء التصفية عند شطبها من قبل مسجل الشركات .

- 4- فجعل هذا التقادم على الدعاوى التي تخص الشركاء في الشركة المصفاة .⁽²⁾
- 5- لم يعالج الحالة التي يعالجها النص الأردني عند ظهور أموال للشركة بعد انتهاء التصفية. فحينئذ تكون ملكيتها على وجه الشيع للشركا وورثتهم كل حسب حصته، وبالتالي نلزم بالرجوع إلى أحكام إزالة الشيع المنصوص عليها في القانون المدني، وتجاهل القواعد الخاصة بالتصفية المنصوص عليها في قانون الشركات. وهذا ما نص عليه صراحة بالنسبة للشركة البسيطة في مادته 199 بنصه " تتبع قسمة أموال الشركة البسيطة الإجراءات المتبعة في قسمة المال الشائع " .وهذا تمييز لا يوجد في قانون الشركات الأردني .

المبحث الثاني : مقدار الشخصية المعنوية للشركة بعد التصفية

أشار الكتاب الفرنسيون منذ القرن الماضي إلى أن أعمال التصفية تعود مرة أخرى إذا وجدت مؤخر ديون أو أية أموال للشركة المصفاة أو أية أموال يجب تقسيمها⁽³⁾ وهناك من المختصين من يبرر للوصول إلى هذه النتيجة هو تمييزهم بين تصفية ظاهرية ويفسرونها بأنها التصفية التي لم تنته بالفعل. وان هناك عمليات ضرورية

¹ - في التعليق على قرار محكمة استئناف باريس 27 /حزيران /2003 - المجلة الفصلية - مشار إليها سنة 2003 - ص 753-754 M.H.MB راجع

² - د هيو ابراهيم الحيدري - شركة الشخص الواحد ذات المسؤولية المحدودة ط1- منشورات الحلبي الحقوقية - سنة 2010 - بيروت - ص

³ -Gaston Lagarde cours de droit commercial- Paris- 1965 - p405

- د الودي بورونادليزوان - مشار إليه - 21

-بينما خلاف ذلك د لطيف جبر كومانى - الشركات التجارية - الجامعة المستنصرية 2006 - ص 299

ترتبط بتصفية الشركة استجدت بعد إقفالها. فالفقضاء يميل في هذه الحالة إلى اعتبار الشخصية المعنوية للشركة لم تنته. وأنها تبقى طالما لم يتم تسوية الحقوق والالتزامات المرتبطة بالشركة⁽¹⁾ ويمكن التعليق على هذا التبرير بأنه يزيد الأمر تعقيدا نحن في غنى عنه، إذ يلزم البحث هل أن التصفية كانت مجرد فقط ظاهرية أم لا. فان كانت ظاهرة، يكون القول ببقاء الشخصية المعنوية. وان لم تكن مجرد ظاهرة، يكون السؤال ما هو الحل؟. لذا يكون التبرير هو بمجرد ظهور حقوق للشركة أو عليها ولم تكن معلومة من المصفي، يكون الحكم ببقاء الشخصية المعنوية بالقدر المطلوب لاستيفائها. وان الشخصية المعنوية لهذه الشركة لا تعد شخصية معنوية جديدة. وليست مختلفة عن الشخصية التي كانت تتمتع بها قبل التصفية، إلا أنها شخصية محدودة بهدف إنهاؤها من الوجود القانوني تماما. وان غلق التصفية لا يؤدي إلا إلى إنهاء الوكالة المعطاة إلى المصفي الذي تولى تصفيته وأعلن عن غلقها. ولذا استقر القضاء على رد الدعوى المقامة ضد المصفي بعد ذلك⁽²⁾.

وهذا ما يتفق و ما ورد من نصوص قانونية تشير إلى أن الشركة المصفاة تبقى ممتعة بقدر من الشخصية المعنوية، وبذلك تترتب آثار هذه الشخصية من تمتعها باسمها وذمتها وأهليتها وموطنها وجنسيته. ولكن كل ما هناك أنها أصبحت شركة غير عاملة، وان ما تتمتع به هو فقط من أجل إنهاء وجودها والقضاء على شخصيتها القانونية بالكامل. ولا يتحقق هذا إلا بتصفية ذمتها المالية مالها وما عليها. ولذلك فهي تحتفظ بقدر من شخصيتها المعنوية، ولكن بالقدر الذي يمكنها من القيام بالتصرفات التي تؤدي إلى تحقيق هذا الغرض. ولذا يمكن أن تكون مدعية أو مدعى عليها⁽³⁾. ويمكن الاستشهاد على ذلك بما جاء في حيثيات قرار محكمة التمييز بشأن دعوى مقامة على شركاء في شركة تضامن بعد تصفيته حيث قضت "وانه لم يبق للشركة أموال للتنفيذ عليها وبهذا وحسب المادتين 26 و 27 من قانون الشركات فان الشركاء المتضامنين مسؤولون بالتضامن والتكافل عن ديون والتزامات الشركة. وينفذ على أموالهم لأنه لم يبق للشركة أموال للتنفيذ عليها." ⁽⁴⁾ وهذا يعني لو كان هناك أموال حسب تعبير المحكمة العليا لكان ممكنا رفع الدعوى على الشركة المصفاة. ولكن لم يعد للشركاء في هذه الشركة الخيار بتعيين المصفي الجديد أو تكليف المصفي القديم إلا من خلال المحكمة بعكس الحال قبل إنهاء التصفية، لاسيما إذا كانت اختيارية حيث يملكون حق تعيين المصفي أو تبديله أو الرجوع أصلا عن المضي في التصفية، كما أن الشركة المصفاة لم تعد أهلا لمباشرة نشاطها التجاري الذي كان لها قبل التصفية لأكثر من سبب أولها مادي لعدم وجود البنية التحتية لها، والثاني لعدم تمتعها بالأهلية القانونية اللازمة لذلك لأنها مصفاة. وان أهليتها تقتصر على أداء أو تسلم ما يظهر من أموال وحقوق ليس إلا. ويمكن الاستنتاج من قرار محكمة

¹ - د القاضي عبد علي الشخابة - النظام القانوني لتصفية الشركات التجارية - سنة 1992 - ص 518 ويبدو أن المؤلف وان كان يشير إلى أقوال الكتاب الفرنسيين إلا انه يخالفهم بقوله يجب عدم المبالغة في القول 0 أن عدم امتداد الشخصية المعنوية يؤدي إلى إهدار حقوق أصحاب المصلحة

والحل لديه هو إتباع قسمة المال الشائع المنصوص عليها في القانون المدني - ص 516

² - د الودي بورونادليزوان - مشار إليه ص 13 و 14 وص 22

³ - د الودي بورونادليزوان - مشار إليه ص 23

⁴ - قرار محكمة التمييز حقوق رقم 858 / 2010 تاريخ 2/8 / 2011

التمييز الفرنسية غرفتها التجارية لسنة 1994 بأن الحساب المفتوح سابقا بين البنك والشركة المنحلة يمكن أن يمدد إذا ما تطلبت التصفية هذا التمديد وعدم غلقه لمجرد حل الشركة وغلق تصفيتها. وكما أن وفاة المصفي سواء أكان تعيينه قضائيا أم إتفاقيا، لا تمنع من بقاء الشخصية المعنوية لهذه الشركة المنحلة، والتي لا يمثلها إلا المصفي وليس غيره ⁽¹⁾. وعليه لم تعد الشركة بعد التصفية قادرة على مباشرة نشاطها التجاري الذي كان قبل إنهاء تصفيتها وغلقها حتى لو استحصلت على قرار من السلطة التنفيذية. وهذا ما قضت به محكمة العدل العليا في الأردن ⁽²⁾ ورسم القانون كيفية الطريق إلى ذلك. فبين الإجراءات واجبة الإلتباع، وهي تقديم طلب مستعجل إلى المحكمة. وهذا يعني أن المراقب لا يملك صلاحية مثل هذا التعيين. وفضل القانون أن يكون التعيين قضائيا، ولكن بطلب من المراقب، وكان الأولى بالمشروع أن يكفي بتكليف صاحب المصلحة وإفهامه بوجود مراجعة المحكمة، لا أن يضع عبئا على المراقب بتكليفه هو بتقديم هذا الطلب. ويلاحظ أن القانون لم يبين من الذي يقدم الطلب إلى المراقب. ولكن عملا بالقواعد العامة يمكن أن يقدمه أي شخص ذو مصلحة بشرط تعيينه الأموال المطلوب استحصالها أو أدائها. فيمكن أن يكون الطالب احد الشركاء لمصلحته الشخصية أو لمصلحة الشركة المصفاة أو من الغير ⁽³⁾. ولكن هل يجب على ذي المصلحة هذا أن يتوجه أولا بطلبه إلى المراقب؟ أم يمكن أن يتوجه مباشرة إلى المحكمة؟ أن النصوص لا تشير إلى مثل هذا التسلسل، كما أن المراقب لا يملك صلاحية اتخاذ أي قرار في هذا الشأن، وإن إلزام ذي المصلحة بوجود مراجعته، لا يحقق أي فائدة، وإنما مضیعة للوقت، ويصبح الحال إلزامه بروتين إداري لا تبرير له. وإن ما قالته محكمة الاستئناف بشأن إقامة الدعوى "صحيح أن الدعوى مقامة باسمها بموجب وكالة موقعة من شخص انتهت سلطته وصفته. فتكون الدعوى مقامة ممن لا يملك حق تقديمها، مما يستوجب ردها". فالمادة 35/ب تنص على "انتهاء سلطة المدير المفوض للشركة بمجرد صدور القرار بالتصفية"، ومن باب أولى لا صفة له إطلاقا بعد انتهاء التصفية. وهذا ما هو واقع في الدعوى حيث أن الوكالة موقعة منه. وإن م 32 أ تنص على أن "شركة التضامن يمكن أن تنقضي- باتفاق الشركاء". وهذا ما حدث بالنسبة للشركة المدعية. فالشخص الذي يتابع حقوق والتزامات مثل هذه الشركات لا يخاصم باسمه وإنما باسم تلك الشركة المصفاة. ولو كان هذا الشخص شريكا فيها بخلاف ما قالت محكمة التمييز الأردنية "يجوز للشريك في شركة التضامن المنقضية المطالبة بالديون المترتبة للشركة مادام أن اتفاقية انقضاءها قد رتب له حق المطالبة بتلك الديون وبالتالي ينتصب خصما للمدينين" والصحيح القول بأن الشركة المصفاة تنتصب خصما للمدينين، وإن هذا الشريك لديه وكالة سابقة مثبتة في اتفاقية انقضاءها. وهذا القضاء يتضمن توسيعا لمنطوق م 40 سالفة الذكر بحيث أن هذا الشريك لا حاجة به إلى سلوك الإجراءات

¹ - د الودي بورونادليزوان - مشار إليه - ص 11 و 17

² - قرارها رقم 30 / 1961 قسطاس

³ - د الودي بورونادليزوان - مشار إليه - ص 22

التي نصت عليها وكل ما هناك الاقتصار بإعلام مراقب الشركات⁽¹⁾ فالشريك لم يكن دائئاً لينتصب خصماً، وإنما الشركة هي دائئة أو مدينة. ومن خلال قضاء محكمة التمييز يلاحظ أنها تميز بين خصم حقيقي، وهنا يتمثل في الشركة منحلة أم غير منحلة ومصفاة أم غير مصفاة، وبين خصم غير حقيقي. ويتمثل هنا بالشريك المفوض بالمخاصمة أو حتى المصفي مديراً كان أم غير مدير. فهو عندما يخاصم لا يكون خصماً حقيقياً، لأن آثار الخصومة لا تنصرف إليه، وإنما إلى الشركة التي يخاصم عنها حيث قضت "يتوجب توجيه اليمين الحاسمة على مقدار الراتب لممثل الشركة وليس للشركاء فيها لأنها هي الخصم الحقيقي بالدعوى..."⁽²⁾ فالذي يقيم دعواه على الشريك تكون دعواه مستوجبة الرد ولو كانت الشركة هي شركة أشخاص. وإن الشريك متضامن مع الشركة. وهذا ما قضت به محكمة التمييز⁽³⁾ بقولها "يجب إقامة دعوى العامل التي يطالب فيها بحقوقه العمالية على الشركة التي عمل لديها وليس على أحد الشركاء المتضامين، وعليه فإن إقامة الدعوى على الشريك المتضامن في شركة توصية بسيطة، وليس على الشركة، مستوجبة الرد لعدم توفر الخصومة. وإن التحقق من توافر شرط الخصومة هو من النظام العام، وتوجب على محكمة الموضوع أن تبت بها تلقائياً. فلو وقع الشريك عقداً بصفته مديراً مفوضاً، فإن الخصومة تعد غير متوفرة لو أقيمت عليه الدعوى بصفته الشخصية والدعوى تتوجب الرد"⁽⁴⁾ ولكن لا يمنع المدعي من إقامة الدعوى على الاثنين ويطلب الحكم بالتضامن والتكافل نظراً لطبيعة هذه الشركة.

النتائج:

- 1- تعد الشركة موجودة في العالم القانوني بعد انتهاء تصفيتها ولكنها في سبات.
- 2- لا تسقط أية حقوق تظهر بعد مرحلة التصفية ولم يكن المصفي على علم بها.
- 3- كما لا تسقط ديون الدائنين الذين لم يتقدموا بها إلى المصفي قبل الإعلان عن انتهائها.
- 4- رسم قانون الشركات الطريق واجب الإتياع لظهور الشركة المصفاة مرة أخرى لتكون مدعية أو مدعى عليها. ولكن لا يمنع هذا من جواز إعطاء الشركة أثناء الانحلال وقبل الإعلان عن إنهاء تصفيتها من إعطاء وكالة لمن يمثلها بعد هذه المرحلة إذا ما استجد ما يستوجبها لأن ما رسمه القانون في مثل هذه الحالة لا تعد نصوصاً آمرة.
- 5- لا تقبل الدعوى الموجهة إلى المصفي القديم ولا إلى الشركاء لعدم توجه الخصومة لأن المصفي القديم انتهت وكلاته ولأن الشركاء لا يعدون خلفاً لهذه الشركة بعد الانحلال.

¹ - رقم الحكم 1780/1998 برنامج عدالة

² - تمييز حقوق رقم 94/2 1994/1/27 مجلة نقابة المحامين الأردنيين - ع 4 و 5 وسنة 1994 ص 1755-1758

³ - رقم الحكم 3128/2002 في 1/1/2003 - البرنامج عدالة

⁴ - تمييز حقوق رقم 99/2885 - مجلة نقابة المحامين الأردنيين - ع 2 سنة 1999 ص 750-754

التوصيات:

- 1- التأكيد على التمييز بين التصفية اللاحقة للانحلال وبين الانحلال من دون إجراء أية تصفية .
- 2- تعديل قانون الشركات الأردني بإضافة مادة تنص على تقادم ثلاثي يبدأ من تاريخ الإعلان عن غلق التصفية ليشمل كل دعوى للشركة أو عليها أو للشركاء أو عليهم .
- 3- تعديل قانون الشركات العراقي النافذ بالرجوع إلى ما كان عليه القانون الملغى والنص على التقادم ولكن جعله ثلاثيا بعد إن كان خماسيا .
- 4- إعادة النظر في م 177 / 2 من قانون الشركات العراقي بعدم شطب الشركة التي استغرقت تصفيتها مدة خمس سنوات وتبين لمسجل الشركات تعذر استكمال إجراءات تصفيتها وعدم معاملتها معاملة الشركة التي انتهت تصفيتها بصورة طبيعية وذلك بإيجاد سجل خاص لتسجيل الشركات المتعذر تصفيتها .

الأسباب والمبررات لاعتماد الوسائل البديلة لحل النزاعات كطريق لعدالة توافقية*
د/ بوغرة الصالح- أستاذ محاضر "أ"- عضو مخبر- جامعة ابن خلدون. تيارت

الملخص:

معظم النظم القانونية في العالم تدعم الحق حصري للدولة في حل النزاعات من خلال نظامها القضائي باعتباره واحدا من جوانب سيادة الدولة الحديثة وحامي الحقوق والحريات في المجتمع والأفراد. ومع ذلك، يمكن أن الإجراءات المطولة ونوعية الأحكام والقرارات جعل المستثمرين يشككون في تحقيق العدالة وإفراغها من أي محتوى وأي قيمة.

ومن أجل إجراء الإصلاحات القضائية المطلوبة، أصبح من الضروري البحث عن كل السبل والوسائل لتعزيز سيادة القانون والشفافية والنزاهة والإنصاف والسرعة في اتخاذ القرارات وتنفيذ القرارات القضائية. لذلك، كان لزاما على النظام القضائي الجزائري أن يقوم بتطوير الموارد المؤسسية والبشرية والنظم القانونية لتلبية مطالب العدالة والحداثة.

فالمشرع الجزائري مؤخرا قام بتحديث التشريعات الوطنية لتكييفها مع الحقائق الاجتماعية والاقتصادية الراهنة والامتنثال للالتزامات الدولية التي تعتبر الجزائر طرفا فيها. وذلك من خلال قانون الإجراءات المدنية والإدارية رقم 09/08 بتاريخ 2008/02/25 هو تعبير ملموس عن إرادة المشرع الجزائري إلى إيجاد وسائل بديلة لحل المنازعات المدنية من خلال الصلح والوساطة والتحكيم.

Résumé:

La plupart des systèmes juridiques du monde consacrent le droit exclusif de l'Etat pour résoudre les litiges via le système judiciaire en tant qu'un des aspects de la souveraineté de l'État moderne et le protecteur des droits et libertés de la société et des individus.

Toutefois, la lenteur des procédures et l'inefficacité des jugements pourraient rendre le droit d'ester en justice vide de tout contenu et toute valeur ; ainsi, il est évident qu'il ne suffit pas de reconnaître le droit d'ester en justice, il faut aussi que l'exercice de ce droit soit facile de telle façon que le justiciable puisse faire valoir ses droits dans les meilleurs délais et au moindre coût.

Dans le but d'apporter les réformes judiciaires souhaitées, il est devenu nécessaire de rechercher toutes les méthodes et moyens pour renforcer l'État de droit, la transparence,

* تاريخ إيداع المقال: 2016/10/10

تاريخ تحكيم المقال: 2016/12/05

l'intégrité, l'équité et la rapidité dans la prise et l'exécution des décisions judiciaires. Par conséquent, le système judiciaire algérien est appelé à développer ses ressources humaines et institutionnelles ainsi que ses régimes juridiques pour répondre aux exigences de la justice et de la modernité.

Le législateur algérien a récemment actualisé la législation nationale pour la moderniser et l'adapter aux réalités sociales et économiques du moment et de la rendre conforme aux obligations internationales auxquelles l'Algérie a adhéré. le Code de procédure civile et administrative n ° 08/09 daté du 25/02/2008 est l'expression concrète de la volonté du législateur algérien afin de rechercher des moyens alternatifs pour résoudre les litiges civils par le biais de la conciliation, la médiation et l'arbitrage.

مقدمة:

اللجوء للوسائل البديلة لحل النزاعات في وقتنا الحالي أصبح أمراً حتمياً، وذلك لتلبية متطلبات المعاملات الحديثة، والتي لم تعد المحاكم قادرة على التصدي لها بشكل منفرد ووفق إجراءات إصدار الأحكام المقتنة في القوانين الإجرائية، فمع التطور المستمر في التعاملات والخدمات وافتتاح الدوال على العالم الخارجي خاصة في مجال جلب المستثمر سواء الأجنبي أم الوطني، وما نتج عن ذلك من تعقيد في المعاملات، والحاجة إلى السرعة والفعالية في حل الخلافات التي قد تنشأ بين المتعاملين، وتخصص من قبل من ينظر بهذه الخلافات أو يساهم في حلها، نشأت الحاجة لوجود آليات قانونية يمكن للأطراف من خلالها حل خلافاتهم بشكل سريع وعادل وفعال، مع منحهم مرونة وحرية لا تتوفر عادة في المحاكم، فكان من الضروري إذن أن تعرف الوسائل البديلة لحل النزاعات اهتماماً متزايداً على صعيد مختلف الأنظمة القانونية والقضائية، وذلك لما توفره هذه الأخيرة من مرونة وسرعة في الحل والحفاظ على السرية وما تضمنه للأطراف من مشاركة في إيجاد الحلول لمنازعاتهم.

ونظراً لما أصبحت تحتله الوسائل البديلة لحل النزاعات من مكانة بارزة في الفكر القانوني على المستوى العالمي، وما شهدته العالم في الآونة الأخيرة من حركة فقهية وتشريعية لتنظيم الوسائل البديلة، وما تمثله من فعل مؤثر على صعيد التقاضي كان من الطبيعي أن تعمل الدول جاهدة لإيجاد إطار ملائم يضمن لهذه الوسائل تقنينها ثم تطبيقها لتكون بذلك أداة فاعلة لتحقيق وتثبيت العدالة وصيانة الحقوق.

ونظراً لما يكتسبه موضوع الوسائل البديلة لحل النزاعات من أهمية كبيرة خاصة على المستوى الدولي والداخلي أيضاً فقد تأثرت تشريعات الدول وأصدرت تعديلات على قوانينها ومنها الجزائر التي قننت أحكام جديدة تتماشى والتحوللات الاقتصادية والتجارية، فوجد قانون الإجراءات المدنية والإدارية رقم 08-09 المؤرخ في 25 فبراير 2008 خص في الكتاب الخامس المعنون: بالطرق البديلة لحل النزاعات وذلك بعدما كانت تعطي التخصص للمحاكم الوطنية لحل النزاع أصبحت تسمح اليوم باللجوء إلى الوسائل البديلة بنصوص صريحة.

ومنه تكمن أهمية الموضوع من خلال التسليم بمدى فاعلية هذه الوسائل في حياية وتطوير المعاملات، حيث أنه عندما يقع نزاع فإن مطلب كل الفرقاء هو حل النزاع بأقصر الطرق وأكثرها ايجابية، وبأقل جهد ووقت وكلفة ممكنة وأسرع وأكثر سرية حفاظا على سمعتهم كذلك نجد أن هذه الوسائل البديلة قد حظيت باهتمام كبير في الفقه الغربي وحتى العربي لكن ليس بنفس القدر من الاهتمام وربما هذا راجع إلى انتهاج هذه الدول حديثا لهذه الوسائل ولذلك جاءت دراستنا لهذا الموضوع من اجل فهم أساليب ودوافع ذلك من خلال التطرق إلى: أسباب اعتماد نظام الطرق البديلة:

● المبررات الموضوعية لاعتماد الطرق البديلة لحل النزاعات

● مميزات نظام الطرق البديلة لحل النزاعات مقارنة بالطرق القضائية

لقد بات القضاء في جميع دول العالم يشكو من معوقات تحول دون تحقيق أهدافه في الوصول إلى العدالة بسرعة وبأقل التكاليف مع المحافظة على العلاقات الاجتماعية للفرقاء ومن هنا كان التفكير في استحداث الآليات البديلة لحل المنازعات مطلبا ملحا تبنته العديد من دول العالم، نظرا لأهميتها ومميزاتها وللدور الريادي الذي يمكن أن تطلع به في التخفيف من الثقل الذي تعانيه المحاكم، والتحول العميق في القانون والنسيج الاجتماعي بكامله.

إن استخدام الطرق البديلة لحل النزاعات ينطوي على فوائد عديدة لاسيما التوصل إلى حل ودي وسريع يشارك فيه الأطراف وبأقل التكاليف والنفقات، فضلا على بساطة إجراءاتها، وإمكانية تكييفها مع ظروف كل قضية هذا بالإضافة إلى ما تنسم به من تخفيف اللجوء إلى القضاء، واختصار مدة النظر في القضايا.

المطلب الأول: أسباب اعتماد نظام الطرق البديلة

تعرف الوسائل البديلة لحل المنازعات انتشارا واسعا في العالم المعاصر، فقد أصبحت نظاما قانونيا قائما بذاته تبنته أغلب التشريعات المعاصرة، بل أصبحت هذه الوسائل أولوية سياسية في بعض الدول، والمشرع الجزائري وأكب هذا التطور والتحول وتبنى هذا النظام في قانون الإجراءات المدنية والإدارية¹.

¹ لقد عرف المجتمع الجزائري الوساطة والصلح كمارسة اجتماعية مستمدة من الدين الإسلامي قبل وأثناء الاستعمار وبعد الاستقلال في التنظيمات القبلية التي عرفتها مناطق في الجزائر وهذا لحل النزاعات التي تقوم بين أفراد القبيلة الواحدة كمنطقة القبائل وبني مزاب والشاوية وهذا ليحافظ على الروابط الاجتماعية داخل القبيلة الواحدة . ففي منطقة القبائل مثال وخلافا للتنظيمات القبلية السائدة في بعض الدول، والتي يحكمها رئيس القبيلة، تمارس الوساطة في هذه المنطقة مؤسسة اجتماعية تسمى " تاجمعت " أو " مجلس القرية " الذي يتشكل من الأعيان وكبار ممثلي العائلات التي تكون القبيلة. ونفس الدور تقوم به مؤسسة " العزابة " في منطقة بني مزاب. ثم مورست الوساطة في الجزائر لمقاومة الاستعمار الفرنسي، وفي هذا السياق نسجل تدعيم وازدياد اللجوء إلى الوساطة لتسوية النزاعات تفاديا للجوء إلى المحاكم الفرنسية. وبعد استرجاع السيادة الوطنية انعكست التحولات الاجتماعية والاقتصادية للبلاد على التنظيم الاجتماعي داخل المدن والأرياف وتطورت معه أشكال ممارسة الوساطة أهمها: أ- وساطة المؤسسات التقليدية: مثل مؤسسة " تاجمعت " في منطقة القبائل و مؤسسة " العزابة " في منطقة بني مزاب والتنظيمات القبلية الأخرى . ويلاحظ في هذا الشأن أن مجال الوساطة تقلص واقتصرت بين الإدارة والسكان.

وقبل أن يصبح نظام الطرق البديلة لحل المنازعات نظاماً قانونياً كان ولا يزال سلوكاً متجذراً في مجتمعنا، ومرسناً لمقومات الشعب الجزائري الأصيلة، والمتمثلة في رأي الجماعة ووساطة أهل الخير والمصلحين والحكماء، وكل هذا نابع من تعاليم ديننا الإسلامي الحنيف الذي حث على الصلح والإصلاح بين المتنازعين، لقد جاء في قوله تعالى ((إنما المؤمنون إخوة فأصلحوا بين أخويكم واتقوا الله لعمركم ترحمون))¹، وقوله أيضاً ((وان امرأة خافت من بعلها نشوزاً أو إعراضاً فلا جناح عليهما أن يصلحا بينهما صلحا والصلح خير وأحضرت الأنفس الشح وان تحسنوا وتتقوا فإن الله كان بما تعملون خبيراً))².

كما يلاحظ أن جميع الأنظمة القضائية في العالم أصبحت تعاني من مشكل كثرة القضايا الراجعة أمام المحاكم، وتراكم الملفات بسبب تعدد الإجراءات، وتعقد القوانين، والبطء في البت في النزاعات، والتأخير في إصدار الأحكام، وقصور النصوص التشريعية عن الاستجابة للحاجيات والمتطلبات بسبب التغيير الذي عرفته الأوضاع الاقتصادية والاجتماعية وفرضته سياسة العولمة والانفتاح الاقتصادي على العالم الخارجي، من أجل تشجيع الاستثمار الأجنبي والتبادل الحر، مما خلق نوعاً من التذمر في نفوس المتقاضين وأدى إلى نوع من عدم اطمئنناهم في سير الإجراءات ودفع الممتئين بإصلاح الأنظمة القضائية إلى التفكير في إحداث وسائل بديلة للبت في النزاع، بمساهمة الأطراف المتنازعة في البحث عن الحلول التوفيقية والملائمة لإنهاء الخلاف بشكل رضائي في اقرب وقت وبأقل تكلفة.

تختلف أسباب اللجوء إلى الطرق البديلة لحل النزاعات حسب النظام القضائي المتبع في كل دولة، فقد كانت انطلاقاً من البلدان التي تتبنى النظم الأنجلوساكسونية (Comman Law) مثل الولايات المتحدة الأمريكية وبريطانيا التي تفضل أنظمتها القانونية الحوار والتراضي في حل النزاعات وظهرت كرد فعل من الاستياء العام لمواطنين من العمل القضائي كما هو الحال في الولايات المتحدة الأمريكية³. وهكذا في عام 1977 في وم.أ. كانت هناك دعوى عالقة أمام القضاء منذ ثلاث سنوات وكان هناك محامون ومرافعات وخبراء وجلسات ومستندات وفتقات خبرة، وفتقات قضائية وأتعاب محامين، فأرهقت الدعوى الأطراف بالوقت والمصارف ثم طرحت فكرة الوسائل البديلة لحسم هذا النزاع، لماذا لا نؤلف محكمة مصغرة كل طرف يختار كبار موظفيه ممن له دراية ومعرفة بتفاصيل النزاع ثم يختار الموظفون رئيساً محايداً، وراقت الفكرة للطرفين وأوقفت إجراءات المحاكمة القضائية، وعقدت المحكمة المصغرة جلسة ليست إلزامية في شيء واستمرت الجلسة نصف ساعة، وأدلى

ب- وساطة الجمعيات المدنية: وتشمل الوساطة بين هذه الجمعيات والسكان وبين السكان والإدارة وتشمل قضايا المشاكل اليومية.

ج- وساطة المنظمات الإدارية: وهي المنظمات التي أنشأتها الدولة بعد الاستقلال في إطار تحسين العلاقات بين السلطات المحلية والسكان.

¹ سورة الحجرات الآية 10

² سورة النساء الآية 128

³ لمزيد من التفصيل حول أسباب اللجوء إلى الطرق البديلة لحل المنازعات في الولايات المتحدة الأمريكية أنظر: هادي منذر، الحلول البديلة

للنزاعات القضائية، دليل تطبيقي، طباعة شبلي، لبنان، 2004، ص 12.

بعدها رئيس المحكمة برأي محايد شفهي للطرفين، ثم دخل الطرفان إلى غرفة جانبية فدخل في مفاوضات استمرت نصف ساعة وخرجا ليعلنا اتفاقها وانتهت الدعوى فكان ميلاد ADR وهو مختصر.. . Alternative . « dispute résolution »

وكان السبب الأساسي في ابتكار هذه الطريقة هو طول الإجراءات وضياع الوقت بالإضافة إلى ارتفاع التكلفة، كما قد يكون الدافع الرئيسي من وراء الأخذ بهذه الطرق هو ما تتحمله الأطراف من تكاليف مرتفعة لمتقاضي كما هو الحال في بريطانيا.

أما الدول التي تعتمد النظام اللاتيني (Civil Law)¹، فإن تعقيدات النظام القضائي أقل من النظام الأنجلوساكسوني ومن الطبيعي أن يكون اللجوء إليه أقل كلفة وسهل المائل، إلا أن ذلك لم يخفي الوضع المتأزم للقضاء الذي يصارع ضغط الكم الهائل من القضايا مع قلة الإمكانيات المادية والبشرية والكلفة المبهمة، كما أن تطور المبادلات يقترن بتزايد المنازعات فضلا على الاعتبارات السياسية والاجتماعية التي تضافرت مع الاعتبارات الشخصية والرامية إلى اقتصاد الكلفة وضمان السرعة والنجاعة.

ففي فرنسا أصبحت العدالة مكلفة للغاية، وبطيئة جدا ومعقدة وفقد الفرنسيون الثقة بها، وتدل الإحصائية بأن أكثر من 50 بالمئة من الفرنسيين يؤيدون ذلك، ولكن رغم هذا التأييد فإن أغلب النزاعات في فرنسا تحل عن طريق القضاء التقليدي، لسببين أساسيين، يقول الأستاذ جاك كركسون الرئيس الشرفي للمحكمة التجارية بباريس: إن العدالة تنفض العدد الأكبر من النزاعات الخاصة بالمقاولات لسببين:

1- أن اختصاصها إلزامي في كثير من الأحيان

2- قدم المؤسسة القضائية وجودة خدماتها تجعل المتقاضين يثقون فيها ومع التطور الذي وصل إليه العالم في كافة الميادين ظهرت هذه الطرق من جديد على الساحة القانونية العالمية فخطت بالقبول من قبل معظم دول المعمورة المتخلفة والمتقدمة على السواء .

فالخصوصية تجاوزت الميدان الاقتصادي إلى الميدان القضائي فأصبحت لإرادة أطراف المنازعة مفعولها في حل النزاع ومجرى الإجراءات ويتجلى ذلك من خلال خصائص ومميزات الطرق البديلة التي تتسم بصبغتها التفاوضية من بداية اللجوء إليها حتى نهايتها.

والجزائر تشهد تطورا اقتصاديا وتراكما تشريعيا لا تشكل الاستثناء بحيث تولي اهتماما خاصا لهذه الوسائل وهكذا صدرت عدة تشريعات تنحوا هذا المنحى، فقانون الإجراءات المدنية الملغى رقم 154/66 المؤرخ في

¹ لمزيد من التفصيل حول أسباب اللجوء إلى الطرق البديلة لحل المنازعات في النظام اللاتيني أنظر: هادي منذر، الحلول البديلة للنزاعات القضائية، دليل تطبيقي، طباعة شالي، لبنان، 2004، ص 16.

1966/07/08 نظم التحكيم بنوعيه الوطني والأجنبي في الكتاب الثامن في المواد من 442 إلى 458 مكرر 28 .
وذلك بموجب المرسوم التشريعي رقم 93/09 المؤرخ في 1993/04/25 .

كما أقر المشرع الجزائري الصلح في قانون الإجراءات الجزائية بشأن جرائم محددة، كما جعل الصلح في قضايا الطلاق والتطليق إجراءاً جوهرياً، هذا فضلاً عما تضمنه قانون علاقات العمل من مقتضيات تتعلق بالصلح والوساطة والتحكيم .

وفي إطار إصلاح العدالة والذي مافتئت تعمل على تجسيده السلطة العليا في البلاد كان لزاماً التفكير في الآليات البديلة لحل النزاعات فجاء قانون الإجراءات المدنية والإدارية رقم 08/09 المؤرخ في 2008/02/25 وبالضبط في الكتاب الخامس منه بعنوان " الطرق البديلة لحل النزاعات "، ليحدث ثورة في المنظومة القانونية ومن هنا كان اعتماد الصلح والوساطة والتحكيم كآليات بديلة لحل النزاعات جزءاً من هذا الإصلاح.

المطلب الثاني: المبررات الموضوعية لاعتماد الطرق البديلة لحل النزاعات

لتحقيق الإصلاح القضائي المنشود، أصبح من الضروري البحث عن كل الوسائل والطرق الكفيلة لترسيخ سيادة القانون والشفافية والنزاهة والإنصاف والسرعة في الإنجاز على مستوى إصدار الأحكام وتنفيذها، مما أصبح معه النظام القضائي الجزائري مطالباً بتطوير موارده البشرية وأجهزته وإجراءاته، ليستجيب لمتطلبات العدل ومتطلبات عولمة الاقتصاد وتنافسيته.

في هذا السياق فتحت عدة ورشات إصلاح من أجل تحديث القضاء الجزائري، يستنتج تحميل أهدافها وغايتها أن هناك مشاكل وصعوبات تحد من دوره ورسالته، فظاهرة البطء الذي يعرفه سير القضايا، وتعقيد الإجراءات، والتعسف في استعمال الضمانات وحقوق الدفاع، والتقاضي بسوء نية، وتعدد أوجه الطعن، وارتفاع التكلفة... كلها عوامل ومبررات لم تزد معه فكرة إدخال أو اعتماد وسائل بديلة لحل المنازعات سوى ترسيخاً، وأصبح اللجوء إلى هذه الوسائل البديلة مطلباً ملحاً لما تتميز به من مرونة وما تحققة من فعالية. وذلك موازاة مع المجهودات المبذولة لتحديث القضاء على الصعيد الوطني لاسيما من خلال تحديث الإدارة القضائية والتعميم التدريجي للمعلومات وإحداث المحاكم المتخصصة وتوجيه عناية خاصة بالتكوين. مما سبق يمكن حصر هذه المبررات في ما يلي:

الفرع الأول: واقع القضاء

طول أمد التقاضي أمام المحاكم وتأخر الفصل في المنازعات التي تعرض عليه، أصبح عائقاً أمام تطور العلاقات الخاصة الدولية وانسياب التجارة بين الدول.

وهذا كنتيجة لعدة عوامل منها الزيادة المضطردة في عدد القضايا وتعقد إجراءات التقاضي وتعدد درجاتها وقلة عدد القضاة.

كما أنه هناك مشكل حقيقي يطرحه التقاضي التقليدي يتمثل في صعوبة تطبيق الأحكام القضائية لاسيما المدنية منها.

إذ أن الحصول على حكم من المحكمة لا يعد مرضيا وكافيا ونظرا لصعوبات التطبيق مثلا: عندما يكون المدين سئى النية، فهنا نلجأ في سبيل تطبيق الأحكام المدنية المتعلقة بالتنفيذ إلى إجراءات الحجز بأنواعه مما يزيد التكاليف وتكون النتيجة غير مرضية في غالب الأحيان.

كذلك فإن نقص الخبرة لدى القضاة خصوصا في البلدان النامية، يلقي الشك حول قدرة القضاء في هذه الدول على تقديم حلول عادلة للمنازعات التي تبلغ حدا معيناً من التعقيد، مما يؤدي إلى ثغور المتعاملين مع هذه الدول من الخضوع لقضائها والاتجاه لقضاء دول أخرى أو إلى التحكيم¹.

وعلى الرغم من محاولات هذه الدول تخصيص القضاة إلا أن هذه المحاولات وعلى الرغم من جدتها لم تفي بحاجة المعاملات الحديثة. لذلك وفي سبيل تفادي سلبات العمل القضائي المذكورة أعلاه بات لزاما على هذه الدول تنظيم سلطتها القضائية بإقرار نظام الطرق البديلة.

الفرع الثاني: واقع المنازعات وطبيعتها

إن طبيعة المنازعات المعروضة على القضاء، أصبحت أكثر تعقيدا وتنوعا نتيجة التطور العملي والتكنولوجي، كمنازعات الملكية الفكرية والتجارة الإلكترونية ومسؤولية المقاول والمهندس والنقل البحري والجوي والحوالات المصرفية الإلكترونية.... إلخ

وهي أمور لا يتصور أن يكون بمقدرة القاضي الإحاطة والفصل فيها، وكثيرا ما تكون هذه الأمور محكومة بأعراف وعادات وممارسات مهنية لا علم للقاضي بمضمونها وهكذا صار الفصل في النزاع يتطلب شخص في ملم ليس فقط بوقائعه وإنما كذلك بالقواعد التي تحكمه خصوصا في ضوء عدم اعتماد التخصص في ميدان القضاء، وأمام هذه الضغوط الناتجة عن التنوع والتقدم التقني أصبح الفصل في المنازعات يتطلب تدخل أهل الخبرة، فأصبحت خبرتهم هي الأساس في صدور الأحكام القضائية بدلا من أن تكون مجرد رأي استشاري.

وأخيرا فإن بروز أنواع مستحدثة من العقود مازالت تفرزها الحياة الاقتصادية يوميا ويقف القاضي غير المتخصص عاجزا عن فهم مضمونها أو تفاصيلها، مما يجعل نظام الطرق البديلة وسيلة أفضل من القضاء لفهم مكنوناتها والحكم في منازعاتها .

ويتفرع عن واقع المنازعات وطبيعتها واقع آخر يرتبط بطبيعة العلاقة بين فريقتي النزاع، حيث انه في الغالب الأعم يرغب كمال الفريقين في استمرار علاقتهم الاقتصادية والتعاقدية وإنهاء الخلاف بينهما بصورة لا يخرج إلى

¹ رضوان عبيدات، إلزامية قرارات التحكيم وقوتها التنفيذية في التحكيم المحلي والدولي مجلة الشريعة والقانون، العدد السادس والعشرون، أبريل . 2006 ص 469 .

العلن وأن طرح النزاع أمام القضاء قد يؤدي إلى انتشار الخلاف نظرا لان من ضمانات حسن التقاضي العلانية، الأمر الذي لا يرغب به الطرفان. ومن هنا يلجأ الأطراف إلى الطرق البديلة لحل منازعاتها نظرا لما يتسم به نظام الطرق البديلة من مزايا غير متوفرة في القضاء¹.

الفرع الثالث: ظاهرة العقود المستحدثة

والتي أفرزتها الحياة المعاصرة كما هو الحال في العقود المتعلقة بالاستثمار واتفاقيات البحوث واستعمال براءات الاختراع وعقود نقل التكنولوجيا والعقود الإلكترونية.

الفرع الرابع: واقع المعاملات التجارية والمالية

لقد بات من المؤكد أن المعاملات التجارية والمالية المحلية منها والدولية خاصة، وفي سبيل حل ما قد ترتبه تعاقدها واتفاقاتها من خالف، تستلزم سبلا ذات طابع خاص لفض تلك المنازعات، نظرا لأن تلك المعاملات والتعاقدات هي نفسها ذات طابع خاص².

فواقع هذه المعاملات التي تنشأ عنها المنازعات فالغالب فيها أن تكون هذه المعاملات مجرد مظهر من مظاهر علاقات مستمرة يحرص طرفاها على تواصلها رغم ما نشب بينهما من خلاف بالإضافة إلى رغبة أطراف العلاقة في السرية.

من هنا تبدو أفضلية الطرق البديلة في حسم منازعات العقود التجارية والمالية خاصة منها العقود الاستثمارية فالتحكيم يشجع ويحمي الاستثمارات ويؤكد في نظر المستثمرين الأجانب الحياد اللازم والضمانات الضرورية لحماية استثماراتهم، وذلك على خلاف الوضع بالنسبة للقضاء الرسمي.

ذلك أن العقود الاستثمارية غالبا ما تربط دولة معينة بمستثمر أجنبي لا يثق عادة في قضاء الدولة المتعاقدة أو في قوانينها، حيث يسهل أن يتأثر القاضي بالدوافع الوطنية التي تخالف مصالح المستثمر، كما أن القوانين في الدول النامية سهلة التعديل والإلغاء وتتسم بعدم الاستقرار.

ولعل الأمر هو ذاته مع الوسائل البديلة الأخرى، فالوساطة والتوفيق كوسائل بديلة لتسوية المنازعات المترتبة عن تنفيذ العقود التجارية، هي أيضا خيارات أفضل من القضاء لأطراف المنازعات التجارية والمالية، تتميز بسهولة إجراءاتها، والسرعة في إنهاء النزاعات وحسمها، وبالشكل الذي يمكن الأطراف من ضمان سرية تعاملاتهم، واستمرارها، ويجول بينهم وبين التورط في تعقيدات القضاء وإجراءاته الطويلة والبطيئة، والتي قد تؤثر دون شك في نشاطاتهم التجارية واستمرارها بالشكل الدائم.

¹ الدكتور رضوان عبيدات، مرجع سابق، ص 470.

² هاني محمد البوعاني، الآليات والوسائل البديلة لحسم منازعات العقود التجارية، مداخلة مقدمة لـ: ورشة العمل الوطنية الثانية لمناقشة مسودة التقرير الوطني الخاص بإفقاد العقود التجارية، واسترداد الديون في الجمهورية اليمنية، صنعاء، /2009/12/20 ص 08.

وأخيرا فإن اللجوء إلى الآليات البديلة لتسوية النزاعات المترتبة والناتجة عن تنفيذ العقود التجارية والمعاملات المالية من شأنه المساهمة في تحسين مناخ الأعمال وتعزيز جاذبيته. بالإضافة إلى تشجيع اللجوء إلى الوساطة والتحكيم والمصالحة والتفاوض وغيرها من الوسائل، والنهوض بهذه الآليات البديلة والموازاة، مع ما توفره من أفاق إيجابية من حيث مرونتها وقمة تكاليفها، سيسهم دون شك في تنمية الاستثمارات المحمية والأجنبية والمساهمة في خلق المناخ الآمن والملائم لقطاع الأعمال¹.

وعليه فإن تطوير أنظمة القضاء والبحث عن أنظمة جديدة تساهم في حل المنازعات وتكون رديفا لآلية التقاضي التقليدية من شأن ذلك أن يكون ذو اثر فعال في تطوير الناحية الاقتصادية وفي تقوية الحقوق المالية، فإذا وضعت قواعد مختصرة ميسرة مؤدية إلى سرعة الحصول على الحقوق كان لذلك أثره في زيادة قيمة تلك الحقوق وانتعاش الحالة الاقتصادية ويقوي الائتمان ويزيد الضمان، مما يؤدي إلى زيادة المعاملات وتنشيط الحياة الاقتصادية في المجتمع²، من ناحية أخرى فإن تطوير آليات حل المنازعات باعتماد الطرق أو الوسائل البديلة لحل المنازعات يكون له دور اجتماعي مهم، مظهره ما يحدثه قيام قواعد صالحة لحل المنازعات من إشاعة الطمأنينة في نفوس أصحاب الحقوق وصونها والدفاع عنها، من هنا كان وجود نظام الطرق البديلة لحل المنازعات من العوامل المهمة في إشاعة السلام بين الناس وعلى اطمئنانهم على حقوقهم والحصول عليها بيسر وسهولة.

المطلب الثالث: مميزات نظام الطرق البديلة لحل المنازعات مقارنة بالطرق القضائية

ثمة مميزات وخصائص تتمتع بها هذه الطرق جعلتها متقدمة على الطريق الأساسي والتقليدي لحل المنازعات المدنية وتقصد به القضاء، هذه المميزات باتت مقبولة وفعالة في حسم هذه المنازعات، إن كان ذلك من حيث السرعة وقيمة التكاليف، أو من حيث السرية التي تحيط بكافة إجراءاتها، حيث انه لا يمكن الحديث عن أهمية نظام الطرق البديلة دون تبيان مميزاته³ التي سنتناولها في الفروع التالية :

¹ هاني محمد البوعاني، مرجع سابق، ص 11.

² بشير الصليبي، الحلول البديلة للمنازعات المدنية، دار وائل للنشر، الطبعة الأولى، عمان، الأردن، 2010، ص 282

³ لقد أثبتت التجارب العملية أن التحكيم كأحد الطرق البديلة لحل المنازعات المدنية، بالرغم من مميزاته لم يعد بديلا مغريا عن القضاء، بل بات مقرونا ببطء القضاء العادي وارتفعت تكاليفه . فمن حيث السرعة وبالرغم من أن القوانين الخاصة بالتحكيم تنص على أنه يجب فيها حسم النزاع ، إلا أن تأجيل جلسات التحكيم وإشكالات تنفيذ حكم التحكيم قد تكون أسباب كافية لكي يكون التحكيم مقرونا بعبء البطء . فتنفيذ حكم التحكيم مثلا يتوقف على أمرين : أولا أن يكون حكم التحكيم نهائيا وذلك بأن يستنفذ طرق الطعن العادية المثبتة في استئناف حكم التحكيم في أجل شهر من صدوره. وثانيا أن يأمر رئيس المحكمة التي صدر في دائرة اختصاصها حكم التحكيم بتنفيذ الحكم النهائي . هذا في حالة قبول القاضي الأمر بالتنفيذ، أما في حالة الرفض يكون أمر القاضي قابلا للاستئناف في أجل 15 يوما من تاريخ الرفض. أما من حيث الكلفة التي يتحملها المتنازعون عند لجوئهم إلى التحكيم فهي تشكل عبئا آخر يؤخذ عليه . فالمحكوم يتقاضون أتعابا لقاء قيامهم بالمهمة التحكيمية الموكلة إليهم ، أصبحت اليوم تشكل أرقاما خيالية، فالتحكيم يكلف المتنازعين أكثر من القضاء الرسمي، الذي تدفع الدولة مرتبات قضائه ولا يدفع من يرفع الدعوى سوى الرسوم المقررة ، بينما في التحكيم.....يدفع الخصوم أتعاب المحكمين ومصاريف انتقلهم وإقامتهم بالإضافة إلى الرسوم المطلوبة لمركز التحكيم في حالة التحكيم المؤسساتي.

الفرع الأول: بساطة الإجراءات والسرعة في حل النزاعات

إن طول الإجراءات وكثرة الشكليات أصبحت السمة المميزة للقضاء الرسمي في أغلب الدول مما يؤثر سلباً على حقوق ومصالح الخصوم، حيث لا يكفي لتحقيق العدالة بين المتقاضين إعطاء كل ذي حق حقه وإنما ينبغي أن لا تأتي العدالة بطيئة بعد فوات الأوان وبعد أن يفقد الحق أهميته. وهو ما تتطلب اعتماد آليات بديلة مختلف الأنظمة القانونية والقضائية للإطار غير الرسمي لهذه الوسائل وقمة الشكليات يشكل الميزة الأساسية لها مقارنة بالقضاء هذه المرونة أي مرونة الإجراءات تنسم بها كل أنواع الطرق البديلة لا سيما الوساطة فلا توجد في الوساطة إجراءات أو قواعد محددة يجب على الوسيط أن يتبعها بشكل يترتب على إغفالها البطلان بشرط عدم مخالفة النظام العام والآداب.

وهذا على خلاف التقاضي الذي يتسم بالشكلية حيث يجب أن تراعى فيه الإجراءات القانونية التي نص عليها القانون ولعل مرونة الوساطة السبب الذي جعل من القوانين التي نظمت أحكام الوساطة من بينها المشرع الجزائري لم تحدد مراحل الوساطة وأنها ترك الأمر لأطراف النزاع والوسيط وما لديه من مهارات لخلق الاتصال بين الأطراف والمحافظة على استمرارية التفاوض بينهم. فالوساطة تهدف إلى إتباع أي إجراء يمكن أن يؤدي إلى التوصل إلى حل مرضي لأطراف النزاع.

فقلة الشكليات ومرونة إجراءات الطرق البديلة وعدم ارتباطها إجمالاً بشكليات محكمة وأصول محاكمات يعزز من مكانة وفعالية هذه الوسائل فقد أصبحت عوامل أساسية في تأثيرها على حل النزاعات وإيجاد حلول ذات طبيعة توافقية وجية.

الفرع الثاني: سرية الإجراءات

من الخصائص المميزة للقضاء ما يعرف بمبدأ علانية الجلسات والتي تعتبر من الضمانات الأساسية لمتقاضي وهي الميزة التي تعد أحد الأسباب التي أدت إلى عزوف الأفراد والشركات التجارية التي تحرص على سمعتها عن اللجوء إلى القضاء، إذ من شأن العلانية إذاعة الأسرار التجارية التي تمثل في نظر التجار قيمة أعلى من قيمة الحق الذين يناضلون من أجله في الدعوى. في مقابل ذلك تعد السرية مبدأ من المبادئ الأساسية للوسائل البديلة لحل النزاعات¹

حيث أن السرية تحيط بكافة جوانب وإجراءات الوسائل البديلة فلا يجوز الكشف عنها أو الاحتجاج بها لدى الجهات القضائية ويترتب على ذلك أن ما يتم من تنازلات أثناءها لا يجوز الاحتجاج به، فالشخص الثالث المكلف بحل النزاع سواء كان وسيطاً أو محكماً أو موفقاً يلتزم بالسرية المطلقة مما يشجع الأطراف المتنازعة على تقديم المعلومات التي يحتاجها الفصل في النزاع.

¹، علاء أباريان، الوسائل البديلة لحل النزاعات التجارية، " دراسة مقارنة"، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2008، ص 100

فنظام التحكم مثلاً يقوم على خاصية السرية، حيث يضمن للأطراف حفظ أسرارهم خلال مختلف مراحلها فلا تكون جلساته مفتوحة لأشخاص أجانب عن الخصومة، كما لا يتم نشر قراراته إلا بموافقة الأطراف الذين لهم وحدهم أو ممثلهم اختيار المحكمين. وهذا ما يعطي للأطراف نوعاً من الأمان والراحة النفسية عكس القضاة الذين لا دور للأطراف في تعيينهم.

كما تبني المشرع الجزائري عند تنظيمه للوساطة مبدأ السرية أيضاً وشدد عليه، فالأزم الوسيط بحفظ السر- إزاء الغير أي أن لا يفشي المعلومات التي حصل عليها من الأطراف في جلسات الوساطة. فنصت المادة 1005 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على ما يلي: ((يلتزم الوسيط بحفظ السر إزاء الغير))

الفرع الثالث: الطبيعة الرضائية للطرق البديلة

تنسجم جميع الطرق البديلة لحل النزاعات بالطبيعة الرضائية فلا يمكن إلزام أي من المتنازعين باللجوء إليها أو إلزامه بقراراتها ما لم يرتضي ذلك بداية. وقد يتفق المتنازعون على أن يكون اللجوء إلى هذه الوسائل شرط مسبق قبل اللجوء إلى حسم النزاع في تنفيذ العقد المساس بحقوق المتنازعين والعلاقة الودية بينهم طوال تنفيذ العقد¹ فإعمال الصلح القضائي أمر جوازي سواء كان التصالح تلقائياً أو بسعي من القاضي كما جاء في نص المادة 990 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي جاء فيها ما يلي: ((يجوز للخصوم التصالح تلقائياً، أو بسعي من القاضي، في جميع مراحل الخصومة)). ومنه نستنتج أن التصالح يخضع لاتفاق الأطراف دون أي يفرض من أي طرف حتى ولو كان القاضي.

أما بالنسبة للوساطة فإذا كان عرضها على الخصوم من قبل القاضي هو أمر إلزامي إلا أن إعمال هذا الإجراء يخضع لإرادة الأطراف المتنازعة من حيث قبول أو رفض عرض القاضي لحل النزاع المطروح أمامه.

وهو ما تنص عليه المادة 994 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية ((يجب على القاضي عرض إجراء الوساطة على الخصوم إذا قبل الخصوم هذا الإجراء، يعين القاضي وسيطاً)) كما أن اللجوء إلى التحكم لحل النزاع المحتمل أو الناشئ أمر جوازي كما جاء في المادة 1006 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

الفرع الرابع: نظام الطرق البديلة لحل النزاعات ممكن إعماله في أي وقت من النزاع

لا شك أن الحل الودي هو ما يطمح إليه الفرقاء عندما يلجؤون إلى نظام الطرق البديلة، ويمكن أن يتم اللجوء إلى هذه الوسائل أو الطرق قبل أو أثناء الإجراءات المتبعة أمام القضاء العادي.

فمن مزايا هذا النظام أنه يمكن إعماله قبل نشوء النزاع أو أثناءه أو بعده، وعليه قد يكون هناك اتفاق أطراف

¹ علاء أباريان، مرجع نفسه، ص 102.

العقد على إخضاع نزاعهم في حال نشوبه إلى هذه الوسائل وذلك بالنص عليه أثناء توقيع العقد أو في أي مرحلة من مراحل تنفيذه. وفي هذه الحالة يخضع النزاع لإجراءات وشروط هذه الوسائل وفق ما تحدده الهيئة أو المؤسسة التي يتم اللجوء إليها مع مراعاة أحكام النظام العام.

أما إذا لم يوجد اتفاق ينص على اللجوء إلى هذه الوسائل، فعلى المتنازعين الذين يرغبون بتسوية نزاعهم بطريقة ودية أن يقدموا طلباً إلى المؤسسة أو الهيئة أو أي مركز لحل النزاع ودياً، ويدون استعدادهم لحله عن طريق هذه الوسائل. وفي مقدمتها الوساطة التي يمكن أن يباشر من خلالها حل النزاع بناء على طلب المتنازعين أو أحدهما، إلى الوسيط أو المركز أو المؤسسة التي تخضع لها الوساطة فيتم تحديد الشكليات والمواعيد ومكان إجراء الوساطة وإجراءاتها.

وهنا نتكلم عن ميزة خاصة بنظام الطرق البديلة يفقده بشكل واضح القضاء والذي يتدخل عن طريق الدعوى القضائية بعد نشوء النزاع.

الفرع الخامس: قلة التكاليف في حل النزاعات

لعل من الأسباب التي تؤدي إلى لجوء الأشخاص إلى نظام الطرق البديلة لتسوية النزاعات القائمة بينهم من خلال الوساطة خاصة هو ما يحققه هذا النظام من تجنب الكثير من النفقات التي يتكبدها أطراف النزاع عند التجاؤم للقضاء. فالوساطة لا تتطلب الرسوم والمصاريف وأتعاب المحاماة كالتي تتطلبها إجراءات التقاضي في كل درجة من درجاته فضلاً عن طول الانتظار وما يصحبه من كثرة نفقات ومصاريف أثناء الدعوى من مصاريف خبرة وشهود وعليه فقيمة النفقات والتكاليف تحقق مصلحة الأطراف في تحمل تكلفة أقل لحسم النزاعات بينهم.

إن من الأسباب المؤدية إلى قلة تكاليف حل النزاعات في نظام الطرق البديلة مقارنة مع تكاليف التقاضي نذكر منها أن إجراءات المحاكمة تحكمها الشكليات التي تتطلب وقتاً أطول وما يستتبع ذلك من رسوم ومصاريف ونفقات ومحمد عكس نظام الطرق البديلة الذي يمتاز كما اشرنا إليه بالمرونة.

كما أن رغبة المشرع في تشجيع الأطراف على اللجوء إلى هذا النظام الحديث العهد في النظام القانوني الجزائري هي أيضاً من أسباب قلة التكاليف في هذا النظام.¹

¹ تنص المادة 12 من المرسوم التنفيذي رقم 100/09 المؤرخ في 2009/03/10، الذي يحدد كفايات تعيين الوسيط القضائي على ما يلي: " يتقاضى الوسيط القضائي مقابل أتعاب ، يحدد مقداره القاضي الذي عينه. يمكن الوسيط القضائي أن يطلب من القاضي. تسبقاً، يخصم من أتعابه النهائية. يتحمل الأطراف مناصفة مقابل أتعاب الوسيط القضائي، ما لم يتفقوا على خلاف ذلك أو ما لم يقرر خالف ذلك بالنظر للوضعية الاجتماعية للأطراف "..... كما جاء في المادة 13 من القانون المذكور أعلاه على ما يلي: " يمنع على الوسيط القضائي أن يتحصل أثناء تأدية مهمته على أتعاب غير تلك المنصوص عليها في المادة 12 أعلاه ، وذلك تحت طائلة الشطب واسترجاع المبالغ المقبوضة بغير وجه حق " . أما في الأردن فقد نصت الفقرة 'أ' من المادة 09 من قانون الوساطة لتسوية النزاعات المدنية على ما يلي: " إذا تمت تسوية النزاع كلياً بطريق الوساطة القضائية فالمدعي استرداد نصف الرسوم القضائية التي دفعها " . كما نصت الفقرة 'ب' من المادة 03 من نفس القانون على ما يلي: " لأطراف الدعوى بموافقة قاضي إدارة الدعوى أو قاضي الصلح الاتفاق على حل النزاع بالوساطة وذلك بإحالاته على شخص يروونه مناسباً وفي هذه الحالة يحدد

الفرع السادس: المحافظة على العلاقات الودية بين الخصوم

عكس الخصومة القضائية التي تؤدي في أغلب الأحيان إلى قطع العلاقات بين الخصوم اجتماعية كانت أو تجارية أو غيرها. فإن الطرق البديلة لحل المنازعات هي طرق ناجحة للحفاظ على استمرارية هذه العلاقات أفضل من التقاضي، لأن هذه الطرق تقوم على مبدأ التفاوض والحوار وهو ما يتيح الفرصة لليم للقاء بشكل متواصل أثناء جلسات الحوار للوصول إلى حل للنزاع يرتضيه الطرفان لأنه صنيعة تفاوضهم، وذلك دون الإضرار بعلاقاتهم وإتاحة الفرصة للمحافظة على التعامل في المستقبل .

الفرع السابع: الطابع الاجتماعي للطرق البديلة

إن التنوع في الحياة الاجتماعية والاقتصادية يشجع على التطور في أنماط حل النزاعات، حيث أن مصطلح الطرق البديلة لحل المنازعات يتعلق بمفهوم اجتماعي أكثر منه قانوني ذلك أن الحلول البديلة لفض النزاعات لا تستند في أعمالها على الجوانب القانونية فحسب، بل على قيم مهنية واجتماعية هامة وفي مقدمتها الاستقلالية، والعدل والنزاهة وخدمة المتخاصمين، والعمل الجماعي، وهذا يؤكد تميز الطرق البديلة في أدائها وخدماتها، وتعتبر هذه القيم ركائز أساسية في تحقيق العدالة من خلال التوفيق والمصالحة وغيرها من الوسائل كالتحكيم والوساطة.

فهي تساعد عبر أدائها على نشر ثقافة المصالحة باعتبارها أقصر الطرق وأنجعها وأن التراضي بين الأطراف هو حل ودي ومقبول ينزع الخصومات ويعطي الحقوق لأصحابها ويعزز صفو العلاقات الاجتماعية بين الأفراد والمؤسسات من جهة، ويخفف من الأعباء عن جميع أطراف عملية التقاضي بمن فيهم القضاء وأطراف النزاعات من جهة أخرى.

إلا أن اللجوء إلى الطرق البديلة يتجاوز لحسن الحظ هذا الاستخدام المنفعي، حيث تساهم في إيجاد تواصل بين الناس وتقادي النزاعات والمحافظة على الروابط الاجتماعية، وحل الإشكالات بالتراضي وخلق روابط جيدة بين الفرقاء¹

الفرع الثامن: الطابع الاستثنائي للطرق البديلة

يكتسي اللجوء إلى الطرق البديلة لحل المنازعات طابعا استثنائيا وهذا بالنظر إلى ما جاء في الدستور وقانون الإجراءات المدنية والإدارية. والتي جعلت اللجوء إلى القضاء هو الأصل فالدستور الجزائري يكفل حق التقاضي بموجب المادة 140 منه ونصت المادة 03 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على حق كل شخص يدعي حقا، رفع دعوى أما القضاء للحصول على ذلك الحق أو حمايته.

الوسيط أتعابه بالاتفاق مع أطراف النزاع، وفي حالة تسوية النزاع وديا يسترد المدعي الرسوم التي دفعها " .

¹ حول علاقة الطرق البديلة وبالذات الوساطة بالحياة الاجتماعية أنظر: فايز المجالي، معنى الوساطة وأسبابها لدى الشباب في المجتمع الأردني : دراسة تحليلية من منظور عمل اجتماعي، مجلة مؤتة للبحوث والدراسات، المجلد الحادي عشر، العدد الثالث، الأردن، 1996 . ص 77.

كما أن المشرع الجزائري نظم هذه الآليات أو الطرق البديلة ضمن النظام القضائي كما فعل مع إجراء الوساطة، فهذا الأخير لا يتحرك لحل المنازعة إلا بعد رفع الدعوى أمام القضاء وعرض القاضي لهذا الإجراء على الخصوم وقبول المتخاصمين له، وفي حالة الرفض فذلك لا يلغي حق الأطراف في الاستمرار في الدعوى وواجب القاضي الفصل فيها بحكم.

بل أن إعمال إجراء الوساطة لحل النزاع بعد قبول المتخاصمين لعرض القاضي، وفي حالة فشل الوساطة أو عدم الاستمرار فيها لأي سبب كان يعطي الحق لأطراف النزاع بالعودة إلى الطريق القضائي للحصول على حكم يفصل في النزاع .

الفرع التاسع : الطابع التكميلي للطرق البديلة

تلعب الطرق البديلة دورا تكميليا للقضاء الرسمي، فلم توجد لتعوضه أو تنافسه بل جاءت لتساعده في التخفيف من الأعباء التي أصبحت تعيق سيره وأداء مهامه.

فجهاز القضاء في جميع الدول لا يمكن الاستغناء عنه أو تعويضه بأي جهاز أو نظام مما كانت المزايا التي يقدمها وإيجابياته، ومما عددنا من مشاكل ومعوقات تقف حائلا أمام حسن سير جهاز القضاء.

إن نظام الطرق البديلة لحل المنازعات وإن كان يعبر عن حاجة ملحة للفصل في المنازعات في أسرع وقت وبأقل جهد وتكلفة، فيه يبقى وجه من أوجه إصلاح قطاع العدالة الذي ما فتئت الدول تسعى إلى تحقيقه يسير جنبا إلى جنب مع جهاز القضاء ويلعب دورا مكملًا له من أجل تحقيق غاية واحدة وهي حل النزاعات.

الفرع العاشر: ضمان الشفافية في حل النزاعات

من بين أهم مميزات الطرق البديلة لحل المنازعات أنها تركز وتضمن الشفافية في حل المنازعات وتظهر تجليات الشفافية من خلال هذه الطرق في اعتمادها على آلية الحوار والتفاوض لحل المنازعات، حيث تتيح للأطراف فرصة المشاركة في إيجاد الحل للنزاع فتساهم بذلك في إشاعة ثقافة الحوار والسلم الاجتماعي .

الفرع الحادي عشر: الطرق البديلة لحل المنازعات هي وسائل ملائمة لحل المنازعات في القطاعات غير المقتنة.

من المزايا التي يمكن أن تذكر لنظام الطرق البديلة لحل المنازعات، كونها ملائمة لحل المنازعات في القطاعات غير المقتنة، فمن مصلحة أطراف النزاع المنتهين إلى قطاع نشاط معين غير مقنن، اللجوء إلى هذا النظام وما يقدمه من آليات ووسائل لحل النزاع بعيدا عن القضاء، ذلك أن القاضي وإن كان يسعى إلى حل النزاع فإنه يلجأ إلى تطبيق القانون المنظم لهذا القطاع في سعيه هذا. عكس الطرف المحايد في الطرق البديلة ونخص بالذكر الوساطة، فهتمت الوسيط تتمثل في تقريب وجهات النظر بخلق الثقة لدى المتنازعين، وتسهيل الاتصالات فيما بينهم بهدف الوصول إلى حل ودي ينهي النزاع يشتركان في وضعه. دون أن تكون له سلطة فرض حل للنزاع، وهذا بعيدا عن ما تفرضه النصوص القانونية في حله أمام القضاء.

خاتمة:

* إن تبني نظام الطرق البديلة اليوم ضمن المنظومة القانونية لأي دولة، أصبح ضرورة ملحة تفرضها المشاكل التي يعاني منها القضاء النظامي، وما يفرضه من تعقيدات وشكليات تشكل هدرا للوقت والمال والجهد في حين أن هذه الطرق الحديثة تعود فاعليتها بالأساس إلى بساطتها ومرونتها، وهو ما يكفل تطبيقها تبعا لظروف كل قضية، بما ينهي النزاع دون قطع للروابط الأسرية، الاجتماعية أو التجارية.

أ/ أنه لا يمكن الحديث عن الطرق البديلة دون ربطها بالمشاكل التي تعانيها المؤسسة القضائية، وذلك بالنظر إلى كلفة التقاضي المرهقة وتعقيد الإجراءات، وثقل العمل القضائي، مما اضعف ثقة المتقاضين في اللجوء إليه، لهذا أصبح اعتماد الطرق البديلة مطلبا ملحا وممكنا لتلافي تراكم القضايا بمحاكمنا إذا توفرت النوايا الحسنة وتكاثفت الجهود على مختلف الجهات خصوصا وأن فكرة الوساطة ليست غريبة على بلادنا، فجل النزاعات كانت تحل في العديد من المناطق ببلادنا عن طريق الوساطة، كل ذلك من شأنه أن يساهم في إنجاح هذه التجربة التي أقدمت عليها بلادنا، وعلى غرار ما سارت عليه العديد من الدول.

ب/ إن الطرق البديلة هي ظاهرة تدخل في نطاق الحركة العامة للتطور السياسي والاجتماعي فأصبحت مظهرا من مظاهر تنظيم الحياة الاجتماعية توفر دعما ضروريا للثقة التي يتوجب أن تسود العلاقات بين أفراد المجتمع فيما بينهم من جهة وفي ما بينهم وبين جهازهم القضائي من جهة أخرى.

ج/ رغم ما تحققه الوسائل البديلة للتقاضي المنتهية بالصلح بين الأطراف من ربح في الوقت وسرعة في إنهاء الخلاف والتقليل من التكاليف، واختصار للجهد وتخفيف العبء على قضاة الموضوع فإنه يحقق ما هو أسمى من ذلك وهو استمرار الروابط المدنية والتجارية وتوطيد العلاقات الإنسانية بين الطرفين المتصالحين، الأمر الذي لا يحصل في الكثير من الأحيان عند السير في إجراءات التقاضي إلى نهايتها وانتصار المحكمة لأحد الخصوم أو إدانة أحد الأطراف، إذ غالبا ما تخلف هذه الأحكام أضرارا تمس مصالح أحد الطرفين المتنازعين كما أنها قد لا تأخذ بعين الاعتبار مصالحهما الكاملة، بل إن بعض الأحكام قد تخلف جروحا في نفسية الطرف المدان أو الخاسر للدعوى.

إلا أن مكانة الوسائل البديلة لتسوية النزاعات في الوقت الراهن تظل محدودة جدا في منظومة عدالتنا لعدة اعتبارات وهي:

- حداثة الإطار القانوني المنظم للوساطة والمعدل لقانون التحكيم.
- إن اللجوء إلى التحكيم أو الوساطة أو الصلح متوقف على اتفاق إرادة الأطراف.
- اقتصر المشرع الجزائري على اعتماد وتنظيم طريقة الوساطة القضائية دون الوساطة الاتفاقية والخاصة.

د/ يعتمد نجاح هذه الطرق في المقام الأول على الغير (الوسيط أو الشخص الثالث المكلف بحل النزاع)، لذا يجب أن يتمتع هذا الغير بالشروط الشكلية المطلوبة والمتعلقة بوجوده، وأيضاً بالشروط الموضوعية والتي تتعلق باختصاصه وكفاءته واستقلاله وحياده.

من هنا أضحت العدالة المبنية على أساس الصلح والاتفاق أكثر ايجابية لأنها تأخذ في الاعتبار مصالح الطرفين وتنتهي النزاع بلا غالب ولا مغلوب، وبذلك فهي تساهم في نهاية المطاف في تعزيز السلم الاجتماعي وتحقيق النماء الاقتصادي.

****** إن فض النزاعات باللجوء إلى الطرق البديلة لحل المنازعات لا يجب فهمه على أنه طريقة منافسة للقضاء، ولكنه فرصة جديدة تمنح للمواطن توقي حصول نزاع أو حله، وذلك إلى جانب الإمكانية المتاحة له في حق اللجوء إلى القضاء.

كما أن العلاقة بين نظام الطرق البديلة والقضاء لا يجب أن تكون إلا علاقة تكامل وتجانس ذلك أن كل منهما يهدف إلى فض النزاعات وإحقاق الحق، ولو أنها يعتمدان أساليب وأصول مختلفة إلا أن المبادئ الأساسية التي ينطلقان منها واحدة، وتتمحور حول احترام الوجاهية وحقوق الدفاع، والقواعد الإلزامية واجبة التنفيذ.

ومن ثمة تقتضي طبيعة نظام الطرق البديلة تعاونا وثيقا بينه وبين القضاء، لضمان فعاليته، فالمشرع أناط بالقضاء عدة أدوار لتحقيق هذه الغاية، بدءا بالإشراف على هذا النظام وصولا إلى دور المساعدة ذلك أن الشخص المكلف بحل النزاع في نظام الطرق البديلة تحددها إرادة الأطراف وتنتهي عند فض النزاع دون أن تكون له سلطة الإلزام والأمر الذي يتمتع به القاضي.

فالطرف الثالث المكلف بحل النزاع في نظام الطرق البديلة لا تعود له سلطة البت في بعض المسائل المرتبطة به كمشكل تنفيذ اتفاقيات التسوية الناجمة عن هذا النظام وبعض المسائل العارضة، والتي يحتاج فيها إلى تدخل القضاء.

المناطق الصناعية بين التنظيم والآفاق.. الجزء الأول *

د/حساني علي - أستاذ محاضر "أ" - جامعة ابن خلدون، تيارت، الجزائر

ملخص:

تتميز القطاعات الاقتصادية المختلفة بمساهمتها الفعالة في تحقيق الأهداف العامة للنمو الاقتصادي ومن أهم هذه القطاعات "الصناعة". حيث يعتبر التصنيع مصدر النمو الاقتصادي بالنسبة للجزائر والذي لا يمكن بدونه التغلب على التخلف الاقتصادي داخل المجتمع، حيث تعتبر مساهمة الصناعة في تطوير الهياكل الإنتاجية وتنوع مصادر الدخل لإحداث نمو اقتصادي حقيقي مما دفع الحكومة إلى الاهتمام بموضوع المناطق الصناعية اهتماماً خاصاً لقناعتها بأنها وسيلة ضرورية في جميع مخططاتها التنموية.

لاشك أن هذه المناطق الصناعية تلعب دور كبير وحيوي في زيادة الناتج المحلي والدخل القومي وخلق العديد من فرص العمل، وما يترتب عن ذلك من استقرار الوضع الاقتصادي الجيد وارتفاع مستوى المعيشة وتشجيع البحث العلمي من أجل التطوير والنمو. لاسيما إذا ما تم إدراجها في أولويات برنامج الإنعاش الاقتصادي. ومع ذلك فبالرغم من الأهمية التي تكتسبها هذه المناطق لكن لازالت تواجه صعوبات معقدة من أبرزها تدهور سوق المحروقات بالجزائر والسياسة الاقتصادية المتبعة.

Résumé:

Les secteurs économiques sont caractérisés par des différentes contributions efficaces, pour but de réaliser des objectifs généraux de la croissance économique. Les plus importants de ces secteurs « L'Industrie », ou l'industrialisation est la source de la croissance économique en Algérie.

la contribution de l'industrie au développement des structures de production et de diversifier les sources de revenus est le seul moyen pour créer une croissance économique réelle, ce qui incite le gouvernement à prêter attention à la question des zones industrielles, une attention particulière à la conviction comme un outil nécessaire dans tous ses plans de développement.

Il ne fait aucun doute que ces zones industrielles jouent un rôle important et essentiel dans l'augmentation du produit intérieur brut et le revenu national et de créer les emplois.

* تاريخ إيداع المقال: 2017/02/20

تاريخ تحكيم المقال: 2017/03/07

Malgré l'importance des zones industrielles, mais elles sont confrontés à des difficultés encore complexes, notamment devant la détérioration du marché du carburant en Algérie et la politique économique a fait connaitre.

مقدمة:

لا يخفى على أحد تأثير المناطق الصناعية على نمو الناتج المحلي الإجمالي¹ داخل الولاية المتواجد بها هذه المناطق، وكل ذلك منوط بمدى فعالية هذه الأخيرة من حيث مردودها الإنتاجي المترتب عن ما تملكه من ميزات ومواصفات، كالمساحة والموقع، حجم الاستثمارات المحلية والأجنبية إن وجدت- وتلك الظروف الأخرى المحيطة بها.

يبد أن المناطق الصناعية تتأثر أيضاً بما تقدمه الدولة من حوافر للمستثمرين كخفض للإيجارات والتكاليف التشغيلية، ووجود قاعدة تشريعية شاملة، سياسة تمويلية جاذبة للاستثمار، استقراراً سياسياً، وكذا تحقيق تسهيلات كافية لتصدير منتجات تلك المناطق الصناعية وغيرها...

إن المناطق الصناعية تساهم بشكل كبير في تحقيق التنمية الاجتماعية والاقتصادية عندما تدرج ضمن أولويات برنامج الإعاش الاقتصادي وهذا ما لمسناه من خلال قراءتنا للتجربة الماليزية.²

إن أول عملية لتنظيم العقار الصناعي كانت في بداية السبعينات، حيث ظهرت فكرة تقسيمه إلى مناطق. كالمناطق الصناعية المنشأة عام 1973، بيد أنه ظهر إشكال في غاية الأهمية يتفرع إلى جانبين أساسيين: أحدهما موضوعي، خاص بطبيعة عقد الملكية المخصص لهذه المناطق والآخر شكلي: مرتبط بالتسيير وحماية هذه المناطق، وقبل هذا وذاك تقتضي الضرورة معرفة حدود هذه المناطق ومعاملها حتى يتمكن المشرع من إخضاعها إلى نظام خاص في استغلالها.

أول تحديد للعقار الصناعي كان بالقانون 45/73 المؤرخ في 1973/02/28 المتعلق بتكوين لجنة استشارية لإنشاء ما يسمى بالمناطق الصناعية³، وكذا المراسيم التنفيذية اللاحقة به التي صدرت بعد مرور 10 سنوات من

¹ الناتج المحلي الإجمالي هو: "قيمة السلع والخدمات المنتجة من الموارد الموجودة محلياً في منطقة ما خلال فترة زمنية معينة". (نائل محمد ابراهيم مصبح، رسالة ماجستير في الاقتصاد، كلية الاقتصاد والعلوم الإدارية، غزة، فلسطين، 2011-2012.

² التجربة الماليزية من التجارب المتميزة في إنشاء المناطق الصناعية، حيث تعتبر ماليزيا من الدول النامية الصناعية، والتي حقق الناتج المحلي الإجمالي فيها نمواً بنسبة (7.156 %) في عام 2010 مقارنة ما نسبته (1.714 %) في عام 2009 . وهذا يجعل ماليزيا تحتل المرتبة (33) في التصنيف العالمي وفقاً لنمو الناتج المحلي الإجمالي، أما معدل الاستثمار داخل ماليزيا كنسبة من الناتج المحلي الإجمالي بلغ حوالي (21.297 %) ، أما معدل الادخار الوطني الإجمالي من الناتج المحلي الإجمالي فيبلغ (33.113 %) ، ووصل معدل التضخم كنسبة من متوسط أسعار المستهلك (1.7 %) كما إن حجم الصادرات الكلية بلغت (12.91 %) من الناتج المحلي .

"www.economywatch.com/economic-mراقب الاقتصادي"، المؤشرات الاقتصادية لماليزيا لعام 2010.

statistics/country/maleshia .

³ ج ر عدد 20 السادة بتاريخ 1973/03/09.

ذلك، أي خلال سنة 1984. حيث حدد شروط إيجاد 77 منطقة صناعية على مستوى إقليم البلديات والولايات وعبر التراب الوطني، وتم تحديد شروط إدارتها عن طريق المرسوم رقم 84/55 المؤرخ في 1984/03/03.

بعد ذلك طفت مسألة العقار الصناعي على الواقع في إطار القانون 88/01 المؤرخ في 1988/01/12 المتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية، إلى صدور القانون 93/12 المؤرخ في 1993/10/05 المتعلق بترقية الاستثمار الذي شكل تنظيم خاص بالاستثمار في مجال العقار الصناعي، ومن حيث الأهداف الاقتصادية تم ذلك عبر المراسم التنفيذية الصادرة خلال سنة 1994 واستمر الحال على هذا النحو إلى غاية صدور قانون 01/16 المؤرخ في 2001/10/21 والمصادف للأمر 01/03 المتعلق بتطوير الاستثمار، والأمر رقم 01/04 المتعلق بتنظيم المؤسسة العمومية الاقتصادية وسيرها وخصوصتها، حيث تم تنظيم حدود استغلال العقار الصناعي.

في البداية لا بد أن نشير بأننا قسمنا هذا البحث إلى جزأين منفصلين:

- **الجزء الأول:** يتعلق بكيفيات تسيير وإدارة المناطق الصناعية.
- **أما الجزء الثاني** فقد خُصص للحديث عن وضعية هذه المناطق ومدى الاهتمام بها لإصلاح المنظومة الاقتصادية في الجزائر.
- وبالنظر إلى تأثير المناطق الصناعية على النمو الاقتصادي يمكن صياغة مشكلة الدراسة في السؤال الرئيسي- التالي:
- كيف تم تنظيم المناطق الصناعية في التشريع الجزائري، وما هي وضعيتها الحالية والآفاق المبتغاة من وراء الاهتمام بها؟

ومن خلال هذا السؤال الرئيسي يمكن طرح الأسئلة الفرعية التالية:

- كيف نظم التشريع المناطق الصناعية، تسييرها وإدارتها ؟
- هل هناك تأثير للمناطق الصناعية على الاقتصاد الوطني ؟
- ما هي الظروف التي تعيشها هذه المناطق داخل الجزائر ؟
- هل فعلا السياسة المطبقة على المناطق الصناعية في الجزائر رسخت دورها الإيجابي وأثمرت نتائجها؟

الجدير بالذكر أن لهذه الدراسة أهمية سواء على المستوى العلمي القانوني أو العملي، فعلى المستوى العلمي ربما تدفع نحو دراسات أخرى في الموضوع ذاته، لاسيما أن الدراسات القانونية في هذا المجال محدودة، وعلى المستوى العملي فان لهذه الدراسة أهمية خاصة لأنها ستفيد بشكل أو آخر في رسم السياسة الاقتصادية في

الجزائر من اتخاذ الإجراءات القانونية اللازمة للعناية وتطوير المدن والمناطق الصناعية سواء عن طريق دعم الموارد المحلية وتوجيهها أو استقطاب الموارد الأجنبية.

المحور الأول: مفهوم المناطق الصناعية

كان وجود المناطق الصناعية الإطار الأول لمحاولة تنظيم وتوفير أراضي لصالح المستثمرين، ثم ظهر نوع آخر من هذه المواقع العقارية الذي يقارب المناطق الصناعية إلا أنه يختلف عنه وهي ما يعرف بمناطق النشاط. وتعرف المناطق الصناعية بأنها هي فضاءات ذات مساحة كبيرة نسبياً مجهزة وصالحة، موجهة إلى إنشاء وتأسيس نشاطات وأنشطة اقتصادية.

وهناك تعاريف متعددة للمنطقة الصناعية منها هي أنها: "عبارة عن مساحة معينة من الأرض تقع ضمن النسيج الحضري للمدن وتخصص للصناعات المختلفة، أي أنها عبارة عن تجمع صناعي غير منظم"¹.

كما يعرف Bale المنطقة الصناعية بأنها مواقع أدخلت عليها التحسينات لتشكيل عاملاً محفزاً لإنشاء الصناعات بكل أنواعها وأحجامها، وأن الخدمات المقدمة في المنطقة الصناعية تقتصر على تحديد الأراضي المخصصة للمشاريع الصناعية بتخصيص مساحة معينة لكل مشروع حسب حاجته، وحسب تقدير الجهات ذات العلاقة لهذا الحاجة، فضلاً عن مد الطرق دون تقديم أي خدمات أو توجيهات، ويصبح كل مشروع مسؤول عن إدارة مشروعه لعدم وجود إدارة موحدة، وتضم المنطقة الصناعية صناعات من الأنواع والأحجام كافة، ويرى الباحث أنه يمكن وصف المنطقة الصناعية بمساحة من الأرض غير منظمة، وأنها تنشأ ضمن النسيج الحضري دون الريفي وأن الخدمات المقدمة تقتصر على تحديد الأراضي بدون تقديم الخدمات أو التوجيهات.²

كما تعرف المناطق الصناعية على أنها تلك الفضاءات العقارية الاقتصادية المنشئة والمحددة النطاق من قبل الدولة لاحتواء مشاريع استثمارية والتي ينبغي إنشاؤها خارج المحيط العمراني وهذا تفادياً للمخاطر التي يمكن أن تنجم عن الاستغلال الصناعي.³

وتعرف أيضاً بأنها أجزاء من استعمالات الأرض في مركز حضري أو مركز ضاحية مقيدة ومصممة للاستخدام الصناعي بشكل إداري أو رسمي على وفق ضوابط محددة، تشمل نوع الصناعة وكثافتها والمتطلبات الأخرى،

¹ الأمم المتحدة، " دليل تأسيس المناطق الصناعية في الدول النامية، نيويورك، 1997، ص 6

² J.R.Bale, " Toward a definition of Industries in India – Policies program and progress", u.k 1989, p.p.31 -33.

³ La définition de la zone industrielle en Algérie est : « l'espace qui doit offrir à l'entreprise le cadre adéquat de travail et l'épanouissement, elle constitue un vecteur essentiel de promotion de l'investissement et d'amélioration de l'entreprise.(rapport du ministère de l'aménagement du territoire et de l'environnement , n°21, projet SNAT, 2005, p 03).

ولا توجد وظيفة تنموية مقدمة في منطقة الصناعة، وإنما فقط تحديد تنظيمي بتخصيص الأرض للنشاط الصناعي¹.

أما مناطق النشاط يمكن تعريفها على أنها فضاء ذو مساحة ذات حجم صغير، مجهزة وصالحة وموجهة إلى إنشاء الصناعات الصغيرة والمتوسطة. فهي فضاء عقاري أقل حجماً من المناطق الصناعية ويمارس فيه عادة نشاط إنتاج سلع أو خدمات أو تجارة، وتم إنشاء هذه المناطق لاستيعاب مشاريع المؤسسات الصغيرة والمتوسطة.

تختلف مناطق النشاط عن المناطق الصناعية كونها تحتوي على نشاطات صغيرة غالباً ما تكون تابعة لقطاع الخدمات مثل: نشاطات التوزيع، الفنادق، تجارة، تخزين...الخ. هذا من حيث نوع النشاط أما من حيث التهيئة والتسيير فيتم تهيئة وتسير المناطق الصناعية عن طريق أجهزة وهيئات تختلف عن الهيئات المشرفة والمسيرة لمناطق النشاط.

أولاً: المقصود بتسيير المناطق الصناعية

تعني تسيير المناطق الصناعية تهيئتها كمرحلة أولى تم القيام بإدارتها كمرحلة ثانية، ومن الناحية القانونية فإن عملية الإدارة تعني التهيئة والتسيير معاً، وتتم تهيئة المناطق الصناعية عن طريق أجهزة ومؤسسات مختلفة نذكرها حسب الترتيب الآتي:

- هيئات عمومية اقتصادية منشأة بموجب المرسوم 82/02 المؤرخ 1983/02/06² عندما تكون المنطقة الصناعية تحتوي على ما يلي:

- نشاطات ذات منفعة محلية.

- نشاطات ذات منفعة وطنية تابعة لوزارات مختلفة، وغيرها.....

تقوم الهيئات المديرة بإدارة الفضاءات العقارية، وهيئات أخرى تتولى بصفة تعاقدية تهيئة هذه المنشآت المشتركة، مع احترام شروط ومبادئ التهيئة العمرانية في المناطق الصناعية، وللوالى صلاحيات واسعة في إطار ممارسة الضبط الإداري، خاصة فيما يتعلق بالأمن الداخلي للمنطقة الصناعية (قواعد السير، التوقف، الوقاية من الأخطار، وحماية البيئة.....الخ).

نظمت عملية تسيير المناطق الصناعية بالمرسوم رقم 56/84³ الذي اسند هذه العملية إلى مؤسسات اقتصادية (مؤسسات التسيير) بعد أن كان يخضع إلى التسيير الجماعي للمؤسسات.

¹ الشجاع، سميرة كاظم، "تحليلات الموقع الصناعي"، رسالة ماجستير غير منشورة، جامعة بغداد، العراق، 2002، ص 37..

² القانون رقم 82/02 المؤرخ في 06 فيفري 1983 المتضمن رخصة البناء ورخصة تجزئة الأراضي للبناء. (ج ر 06 ل 09 فيفري 1983).

³ مرسوم تنفيذي 56/84 مؤرخ في 03/03/1984 المتضمن تنظيم مؤسسات تسيير المناطق الصناعية (ج ر 10 في 84/3/6).

وتطبيقاً لأحكام المرسوم التشريعي رقم 73/45¹ والنصوص التنظيمية اللاحقة له بدأ في إنشاء مناطق صناعية عهدت مهمة تسييرها إلى أجهزة عديدة ومتخصصة نذكر منها:

- المركز الوطني للدراسات والأبحاث العمرانية.
- مؤسسة تسيير المناطق الصناعية .

ورغم النصوص القانونية المنظمة لتسيير وإدارة المناطق الصناعية، لكن لازالت الوضعية الحالية للعقار الصناعي في هذه المناطق يشوبها الكثير من النقائص مما أدى إلى ظهور صعوبات جمة لاسيما في عمليتي المتابعة والمراقبة لهذه المناطق.

ثانياً: كيفية الحصول على وعاء عقاري

بتاريخ 22 فيفري 2011 اتخذت الحكومة تدابير جديدة جاءت لتكرس عملية التنازل بالتراضي كطريقة للحصول على العقار. وتشمل الإجراءات الجديدة تخفيضات على الرسوم الضريبية وتحسينات في طبيعة العرض العقاري عبر برنامج إعادة التهيئة للمناطق الصناعية الموجودة. كما تقوم الدولة بالتنازل بالتراضي لمدة 33 سنة قابل للتجديد مرتين على :

- الأملاك العقارية والسكنية الموجهة للاستثمار التابعة للقطاع الخاص.
 - الأراضي الواقعة في مناطق النشاطات التابعة للأملاك الوكالات العقارية للولاية.
- يمكن للمتعاملين الاقتصاديين الباحثين عن الأوعية العقارية أو عن منطقة لانجاز مشاريعهم الاستثمارية الاستعلام عن كيفية الحصول على ذلك من قبل الوكالة الوطنية للوساطة والضبط العقاري أو على مستوى الوكالات الجهوية أو الولائية.
- ولغرض الحصول على قطعة أرض يجب إيداع طلب على مستوى أمانة اللجنة المختصة في كل ولاية والمكلفة بتحديد وترقية الاستثمارات وتنظيم العقار والتي يترأسها الوالي أو ممثلاً عنه، حيث توكل الأمانة إلى مدير الصناعة والمؤسسات الصغيرة والمتوسطة وترقية الاستثمار.
- ويتم دراسة الطلب من قبل اللجنة السالفة الذكر التي يقرر قبول أو عدم قبوله، وفي حالة الموافقة على الطلب يتم إصدار قرار التنازل بالتراضي من طرف الوالي عن الملك العقاري لفائدة صاحب الطلب.
- وتبعاً لهذا القرار يقوم مدير الأملاك بإصدار عقد التنازل لمدة 33 سنة يرافقه دفتر أعباء يحدد بنود وشروط التنازل. بعد الإعلان عن العقد للحفظ العقاري يتم تسليمه إلى المستفيد للسماح له بالتقرب من السلطات المعنية للبدء في انجاز مشروعه.

مرسوم 45/73 مؤرخ في 18/02/1973 المتضمن إحداث لجنة استشارية لتهيئة المناطق الصناعية (ج ر 20 في 09/03/1973).¹

يمنح التنازل مقابل مبلغ سنوي يحدد من طرف أملاك الدولة ما قيمته 1/20 من قيمة الملك العقاري معفى من الضرائب المحددة قانوناً ويتم تحيين قيمة المبلغ كل 11 سنة. كما يتم تحديد قيمة الضرائب وفقاً للمشروع وموقعه. فبالنسبة للمشاريع التي تنجز في شمال البلاد تقرر : تخفيض بنسبة 90 % في مرحلة الانجاز يمكن أن تصل إلى 3 سنوات تخفيض بنسبة 50 % خلال مرحلة الاستغلال يمكن أن تصل إلى 3 سنوات. بالنسبة للمشاريع التي تنجز في بلديات الهضاب العليا والجنوب :

- 1دينار للمتر المربع لمدة 10 سنوات. وأكثر من 1متر يصل التخفيض إلى 50 بالمائة من قيمة الكراء بالنسبة للمشاريع المنجزة في ولايات الجنوب الكبير (أدرار، اليزي، تمراست وتندوف).
- 1دينار للمتر المربع لمدة 15 سنة. أكثر من المتر المربع تصل التخفيضات إلى 50 بالمائة خلال 15 سنة.¹

في هذا الإطار يجب الإشارة إلى البلديات التي تندرج ضمن الصندوق الخاص للتنمية الاقتصادية للهضاب والمناطق الجنوبية وهي كالتالي: ولاية البيض، النعامة سعيدة، الجلفة، المسيلة، باتنة، تبسة، بشار، بسكرة، الوادي، غرداية والأغواط.²

المحور الثاني: تسيير المناطق الصناعية

يُعد المرسوم رقم 45/73، المؤرخ في 28 فيفري 1973، المتضمن إنشاء لجنة استشارية لتهيئة المناطق الصناعية أول تنظيم قانوني للمناطق الصناعية، حيث تكلف هذه اللجنة بجمع كافة عناصر ومعايير المتعلقة بتهيئة المناطق الصناعية في كافة التراب الوطني و تقديم كل مساعدة ضرورية للقسم الوزاري المكلف بهندسة المدن وذلك لترقية المناطق المذكورة على أحسن وجه وتنمية المناطق العمرانية المعنية، وقد حدد المرسوم رقم 55/84-56/84 المؤرخان في 03 مارس 1984 كفاءات إدارة وتسيير المناطق الصناعية.³

وبعد اتخاذ قرار إنشاء للمناطق الصناعية تتم تهيئة هذه المناطق من طرف مراكز التهيئة المختصة وفور انتهاء من تهيئتها تعهد مهمة تسييرها إلى مؤسسات تسيير المناطق الصناعية. إلا أنه بعد سنوات من التطبيق تراكت الديون على عاتق مؤسسات تسيير المناطق الصناعية بسبب عدم تحصيلها للإيرادات المتشكلة أساساً من الحصص التي يتوجب على المتعاملين دفعها جراء استخدامهم للشبكات والمساحات المشتركة للمناطق الصناعية.

¹ انظر في ذلك: الأمر رقم 04-08 الصادر في 1 سبتمبر 2008 التي تحدد شروط وكفاءات التنازل عن الأراضي التابعة للأمولاك للدولة الموجهة لمشاريع الاستثمار. - القانون رقم 90-30 الصادر في 01 سبتمبر 1990 المعدل والمتمم والخاص بقانون الأملاك. - قانون المالية التكميلي لسنة 2011.

² وزارة الصناعة المؤسسات الصغيرة والمتوسطة وترقية الاستثمار، الوكالة الوطنية للوساطة والضبط العقاري

³ م 02 من المرسوم 45/73، المؤرخ في 28 فيفري 1973 المشار إليه سابقاً.

وبعد فشل مؤسسات تسيير المناطق الصناعية في تسيير هذه الأخيرة تم إنشاء أربعة شركات لتسيير مساهمات الدولة لتسيير المناطق الصناعية SGP/ZI وعلى المستوى المحلي فقد تم تدعيم هذه الشركات عن طريق إنشاء شركات محلية لتسيير المناطق الصناعية تسمى بشركات التسيير العقاري SGF لتحل محل مؤسسات تسيير المناطق الصناعية.

ومن خلال ما سبق، فالمناطق الصناعية قبل أن تعهد مهمة تسييرها إلى مؤسسات التسيير المختصة تتم تهيئتها أولاً عن طريق أجهزة التهيئة، وعلى هذا المنوال نتناول أجهزة تهيئة المناطق الصناعية، ثم تسيير المناطق الصناعية.¹

أولاً: تهيئة المناطق الصناعية

تشكل المناطق الصناعية مواقع تم إحداثها وتنظيمها وتعيين حدودها القانونية بموجب المرسوم رقم 45/53، المؤرخ في 28 فيفري 1973 والنصوص القانونية المطبقة له. وتطبقاً لهذا المرسوم تم تخصيص لكل منطقة صناعية هيئة قائمة بالتهيئة مثل المركز الوطني للدراسات والانجاز العمراني (CNERU) ومراكز الدراسات والانجاز في مجال التعمير URBA، وفي سنة 2011 تم تكليف الوكالة الوطنية للوساطة والضبط العقاري ANIREF بتهيئة مناطق صناعية جديدة.

1- الأجهزة والهيئات المكلفة بتهيئة المناطق الصناعية

هناك أجهزة كثيرة تقوم بالإشراف على تهيئة المناطق الصناعية، فقد جاءت المادة 86 من المقرر 11/56 المعتمد بالمرسوم المؤرخ في 12 ابريل 1956 على ما يلي: "تنشأ مؤسسة عمومية ذات طابع صناعي وتجاري تتمتع بالشخصية المدنية والاستقلال المالي تسمى بالصندوق الجزائري للتهيئة العمرانية (C.A.D.A.T) والتي تهدف إلى تسهيل تطوير المناطق السكنية والصناعية في الجزائر".² حيث تمثل اختصاصات هذا الصندوق في ما يلي:

- المشاركة مع الإدارات المعنية بدراسة مشاريع إنشاء وتوزيع الأحياء السكنية والمناطق الصناعية.
- حيازة العقارات بالتراضي أو عن طريق إجراء نزع الملكية.
- تهيئة الأراضي وتزويدها بمرافق من شأنها جلب قيمة مضافة لهذه العقارات التي هي ملك الصندوق.
- كما لعب هذا الصندوق دوراً مهماً في تنظيم الأرض وتهيئتها وكان يعتبر كمتعامل رئيسي- للدولة والجماعات المحلية وإدارة المناطق الصناعية. سواء فيما يتعلق بالتخطيط المالي أو في عمليات الانجاز. وقد باشر هذا الأخير

¹ تاتولت فاطمة، المعالجة القانوني للعقار الصناعي على ضوء التشريع والاجتهاد القضائي، مذكرة ماجستير، تخصص القانون العقاري، جامعة ابن عكنون، الجزائر، 2014-2015، ص 14.

² م 88 من المقرر 11/56 المعتمد بالمرسوم المؤرخ في 12 ابريل 1956. (ج ر 1956/04/12).

منذ سنوات عدة في إنشاء مناطق صناعية بالبيدة، الرويبة، وهران، بالإضافة إلى حيازة محفظة عقارية هامة لتوطين المشاريع المستقبلية.

وعقب الاستقلال وضع الصندوق مباشرة تحت وصاية وزارة الأشغال العمومية والبناء وهذا بموجب المرسوم رقم 217/63 المؤرخ في 18 جوان 1963، المتعلق بتشكيل مجلس مراقبة الصندوق الجزائري للتهيئة العمرانية ومجلس إدارته¹.

بعد صدور الميثاق الوطني ودستور سنة 1976 توجهت الرؤيا إلى تحديد الإطار المستقبلي وإعطاء أهمية كبيرة لوظيفة التخطيط فأصبحت تتكفل به التهيئة العمرانية وفق منظور قانوني واضح بوزارة قائمة بذاتها هي وزارة التخطيط والتهيئة العمرانية فانعكست هذه الإصلاحات على الصندوق الجزائري للتهيئة العمرانية فكان موضوع إعادة هيكلته. وبهذا تم حل الصندوق الجزائري للتهيئة العمرانية بموجب المرسوم 275/80 بتاريخ 22 نوفمبر 1980 المتضمن "حل الصندوق الوطني للتهيئة العمرانية"².

بالإضافة إلى ذلك تم وضع المركز الوطني للدراسات والانجاز العمراني (C.N.E.R.U) منذ البداية تحت وصاية وزير الإسكان والمنظم بموجب المرسوم 275/80 المؤرخ في 22 نوفمبر 1980 والمتضمن "إحداث المركز الوطني للدراسات والانجاز العمراني".

كما يكلف المركز الوطني للدراسات والانجاز العمراني (C.N.E.R.U) بالمهام الموكلة للصندوق الوطني للتهيئة العمرانية، في مجال انجاز المناطق الصناعية وتسييرها طبقا للمادة 18 من المرسوم الخاص به 256/80 ومواصلة انجاز الدراسات المتعلقة بالتهيئة والتعمير.

إلا أنه، في سنة 1983 تم حل المركز الوطني للدراسات والانجاز العمراني وتم استبداله بالمركز الوطني للدراسات والأبحاث التطبيقية في التعمير والذي تنحصر صلاحياته في نطاق إقليم الجزائر العاصمة فقط دون غيرها من الولايات³. أما النواحي الأخرى من الوطن تم إنشاء سبعة (07) مراكز جهوية مماثلة وهي "مراكز الدراسات والانجاز في مجال التعمير (U.R.B.A) في كل من عنابة، قسنطينة، سطيف، البليدة وهران وتيارت، تلمسان"⁴.

¹ ج ر، عدد 43 ل 18/06/1963.

² ج ر، العدد 48 الصادرة بتاريخ 25/11/1989.

³ المرسوم 154/83، المؤرخ في 05 مارس 1983، المتضمن حل المركز الوطني للدراسات والانجاز العمراني وتحويل ممتلكاته وأعماله وهيكلته ومستخدميه. (ج ر 10 الصادرة بتاريخ 08/03/1983).

⁴ المراسم المرقمة على التوالي من 166/63 إلى 172/83، المؤرخة في 08 مارس 1983، المتعلقة بانجاز المركز الوطني و المراكز الجهوية للدراسات والانجاز في التعمير في كل من المدن المذكورة. (ج ر 10 الصادرة بتاريخ 08 مارس 1983).

وهكذا ففي سنة 1984 أصبحت المناطق الصناعية التي كانت سابقا ملكية الصندوق الجزائري للتهيئة العمرانية (C.A.D.A.T) ملك للمركز الوطني للدراسات والأبحاث التطبيقية للتعمير و ملكية للمراكز الجهوية للدراسات والانجاز في مجال التعمير.

وضعت أيضاً الوكالة الوطنية للتهيئة العمرانية (A.N.A.T) تحت وصاية وزارة التخطيط والتهيئة العمرانية وذلك بموجب المرسوم 277/80 المؤرخ في 22 نوفمبر 1980 المتضمن "الوكالة الوطنية للتهيئة العمرانية"¹.

تم تحديد أهداف هذه الوكالة بالمرسوم المنظم لها السابق ذكره، فهي تواصل بدورها انجاز مخططات التهيئة الولائية (PAW) وكذلك دراسة مشاريع التعمير الجهوية (E.P.U.R).

تجدر الإشارة، في هذه الفترة كان قرار إنشاء المناطق الصناعية يتخذ من طرف وزير الأشغال العمومية والبناء بناء على الملف المقدم من طرف الوالي المختص إقليميا وقرار الإنشاء لا يتخذ إلا بعد أخذ رأي اللجنة الاستشارية لتهيئة المناطق الصناعية المنشأة بموجب المرسوم رقم 45/73، المؤرخ في 28 فبراير 1973، المتضمن "تشكيل اللجنة الاستشارية لإنشاء المناطق الصناعية" والتي تتكون من كافة ممثلي الوزارات إضافة إلى المدير العام للصندوق الجزائري للتهيئة العمرانية ورأسها وزير الأشغال العمومية والبناء².

أما صلاحياتها فهي تكلف بجمع كافة عناصر المعالم المتعلقة بتهيئة المناطق الصناعية في كافة التراب الوطني وبتقديم كل مساعدة ضرورية للقسم الوزاري المكلف مهندسة المدن وذلك لترقية المناطق المذكورة على أحسن وجه وتنمية المناطق العمرانية المعنية، وبعد اتخاذ قرار إنشاء تتم تهيئتها من طرف مراكز التهيئة على النحو الذي سبق ذكره.

وطبقا لأحكام المرسوم رقم 45/73، المؤرخ في 28 فبراير 1973 المشار إليه سابقاً تم الشروع في تخصيص لكل منطقة صناعية مرقياً، أي هيئة قائمة بالتهيئة، حيث تم تكليف المركز الوطني للدراسات والانجازات في مجال التعمير (C.N.E.R.U) والمراكز الجهوية للدراسات والانجاز في مجال التعمير (U.R.B.A) كأجهزة مراقبة ومهيئة للمناطق الصناعية.

2- دور هذه الأجهزة في تهيئة المناطق الصناعية

تتمثل مهام أجهزة التهيئة السالفة الذكر في اقتناء واكتساب أراضي المناطق، وبعد اكتسابها لها يتم إدخال مختلف المرافق فيها من خلال توفير الغاز والكهرباء ومد قنوات المياه، ثم تقوم بتهيئتها بإنشاء طرق وشبكات صرف المياه وغيرها ومن ثم التنازل عن هذه القطع المهيأة بعقود موثقة لفائدة المتعاملين الاقتصاديين والمستثمرين.

¹ ج ر 48 الصادرة بتاريخ 05/03/1980.

² عبد الحميد جبار، "السياسة العقارية في المجال الصناعي"، رسالة ماجستير، فرع إدارة ومالية، جامعة ابن عكنون، الجزائر، 2003، ص 21.

وبعدها تقوم هذه الأجهزة بتحويل المساحات المشتركة إلى مؤسسات تسيير المناطق الصناعية لإدارة المساحات والمرافق المشتركة.

وبالتالي فإن المركز الوطني للدراسات والانجاز العمراني ومراكز الدراسات والانجاز في مجال التعمير الذين اقتنوا للمكبتهم الأراضي التابعة والواقعة في المناطق الصناعية لم يعودوا حالياً مالك مجموع هذه المواقع بما أنه تم إعادة التنازل عن جزء هام منها بواسطة عقود موثقة وذلك لفائدة متعاملين اقتصاديين جدد.

لكن هذا التنازل لم يكن على مجموع هذه الأراضي كلها وإلا لما كانت هذه المراكز (CNERU) (URBA) لم تقوم إلى غاية اليوم بإعادة التنازل عن جميع قطع الأراضي المنشأة لفائدة المستثمرين ولما بقيت هذه الهيئات موجودة في هذه المناطق الصناعية.

وحسب مصالح وزارة الصناعة فإن هذا الأمر خلق على مستوى هذه المناطق تنازع في الاختصاصات والصلاحيات بين الهيئة القائمة بالتهيئة (CNERU) و (URBA) والهيئة المسيرة- أي مؤسسات تسيير المناطق الصناعية (EGZI)-، هذا ما زاد من تفاقم وضعية هذه المناطق التي تعرف تدهورا مستمرا بالرغم من عمليات التهيئة الممولة من قبل الدولة، فضلا عن المشاكل والصعوبات المرتبطة بالاستغلال أو عدم استغلال بعض الأراضي.

لقد أظهر الإحصاء الذي قامت به إدارة أملاك الدولة انطلاقا من سنة 1997 بأن جميع الأراضي التابعة لأمالك الدولة التي استخدمت كأسس عقارية لإحداث مناطق صناعية تم تحويلها عبر وثائق وعقود إدارية لفائدة هؤلاء المرقين والمهيئين كما سبق ذكره، غير انه يمكن تسجيل في هذا الصدد بعض الملاحظات التالية:

- عدم تسوية وضعية الأسس العقارية التي كانت تابعة في الأصل للخواص.
- عدم إتمام إنجاز مختلف المرافق لانعدام الوسائل المالية أو عدم ضبط وتسوية الوضعية القانونية للأراضي التي تم التنازل عنها.
- انعدام رخصة التجزئة بالنسبة لبعض المناطق الصناعية.
- عدم تسوية الوضعية القانونية والإدارية لحالات عديدة من قطع الأراضي.
- غياب مراكز الدراسات والانجاز في مجال التعمير (URBA) في بعض المناطق الصناعية.
- عدم ضبط بعض المناطق الصناعية لفائدة مراكز التهيئة.
- عدم نقل ملكية القائمين بالتهيئة لفائدة المستثمرين الصناعيين¹.

¹ تاتولت فاطمة، المرجع السابق، ص 20.

فضلا عن ذلك، فالشروط المالية لعملية التنازل عن قطع الأراضي من طرف الهيئة المراقبة للمنطقة الصناعية لفائدة المتعاملين الاقتصاديين قد شكلت عائقا كبيرا لتحديد أسعار التنازل الواجب تطبيقها.

فكانت الهيئات القائمة بالتهيئة تطالب بدفع الثمن المحين الذي يعكس القيمة الحقيقية للقطعة الأرضية وقت بيعها، بينما كان المتعاملون الاقتصاديون يطالبون بأن يعادل ثمن التنازل عن القطعة الأرضية قيمة هذه القطعة وقت امتلاكها¹.

في هذا الإطار، وبعد سنة 2008 تقرر من طرف السلطات العمومية التوقف عن أي عملية تنازل مستقبلا عن الأملاك العقارية التي تحوزها مؤسسات التعبير العمومية الاقتصادية (EPE/URB). لهذا فقد تم منع القيام بأي تصرف قد تقوم به مؤسسات عمومية اقتصادية تابعة لشركة لتسيير المساهمات المسماة (SGP/GENEST) على المؤسسات العقارية التابعة لها².

وفي إطار تهيئة المناطق الصناعية الجديدة وتنفيذا لما جاء به قرار مجلس الوزراء لسنة 2011، تم صدور المرسوم التنفيذي رقم 176/12، المؤرخ في 11 أبريل 2012 والذي يتضمن التصريح بالمنفعة العمومية للعملية المتعلقة بانجاز مناطق صناعية في بعض الولايات من الوطن³.

حيث يهدف هذا المرسوم إلى التصريح بالمنفعة العمومية للعملية المتعلقة بانجاز مناطق صناعية في بعض الولايات من الوطن، طبقا للمادة 2 من هذا المرسوم فالأملاك العقارية أو الحقوق العينية العقارية التي تستخدم لانجاز المناطق الصناعية في بعض الولايات التي تكتسي طابع "المنفعة العمومية" يتولى ولاية الولايات المعنية تنفيذ إجراءات نزع الملكية للمنفعة العامة طبقا للتشريع والتنظيم المعمول بهما .

في هذا الصدد يجب أن تلحق الاعتمادات المالية الخاصة بهذه العملية بعنوان والي الولاية المعنية. هذه الاعتمادات تتوفر على التعويضات الممنوحة لفائدة المعنيين (الأشخاص الذين تم نزع ملكيتهم من أجل المنفعة العامة لانجاز المناطق الصناعية الجديدة)، هذه الاعتمادات تودع لدى الخزينة العمومية. كما أن هذا مرسوم حدد قائمة المناطق الصناعية المزمع انجازها وحدد موقعها بالضبط ومساحتها بالهكتار بخضوعها لعملية نزع الملكية للمنفعة العمومية⁴.

ثالثا: دور الوكالة الوطنية للوساطة والضبط العقاري في تهيئة مناطق صناعية جديدة

لقد اتخذ مجلس الوزراء المنعقد في 22 فيفري 2011 مجموعة من التدابير الاقتصادية من أجل إعادة إنعاش الاستثمارات والتشغيل وخلق فرص العمل، تتعلق هذه التدابير بتمويل الاستثمارات، خلق أنشطة ومناصب

¹ Moukrani Nouredine, fiche relative aux zones industrielles, document non publié.

² تعليمية صادرة عن وزارة المالية، المديرية العامة للأملاك الوطنية (مديرية الأملاك التابعة للدولة) رقم 5340 الصادرة في 14 أبريل 2003.

³ ج ر، ع 23 لسنة 2012

⁴ القانون رقم 10/91، المؤرخ في 27 أبريل 1991 الذي يحدد القواعد المتعلقة بنزع الملكية من أجل المنفعة العمومية، المعدل والمتمم.

شغل موجهة للشباب ومجموعة من الحوافز تخص القروض المصغرة. وقد اتخذ هذا المجلس في مجال العقار الصناعي مجموعة من التدابير تتعلق بكيفية منح الامتياز، بالإضافة إلى ذلك فقد قرر منح هبة سنوية محددة بـ 15 مليار دينار جزائري لصالح الجماعات المحلية (2012/2011) لإعادة تأهيل وتهيئة مناطق النشاطات الموجودة سابقا.

وقد تقرر كذلك دعم الميزانية والقروض طويلة المدى عبر الصندوق الوطني للاستثمار لانجاز 30 منطقة صناعية ذات مساحات 4000 هكتار، وتم إسناد مهام تهيئة هذه المناطق إلى الوكالة الوطنية للوساطة والضبط العقاري، وهذا تطبيقا للمرسوم التنفيذي رقم 126/12، المؤرخ في 19 مارس 2012، المعدل والمتمم للمرسوم التنفيذي رقم 119/07، المؤرخ في 23 ابريل 2007 والمتضمن إنشاء الوكالة الوطنية للوساطة والضبط العقاري وتحديد قانونها الأساسي.

وفي هذا الصدد جاءت المادة 4 من المرسوم التنفيذي 126/12 التي عدلت المادة 9 من المرسوم التنفيذي 119/07 لتنص على انه " للوكالة صفة المرقى العقاري وهي مؤهلة بهذه الصفة للقيام بما يأتي¹:

- تهيئة الأوعية العقارية لانجاز مناطق صناعية ومناطق نشاطات وكل فضاء آخر مخصص للنشاط الاقتصادي.

- انجاز بنايات ذات طابع صناعي وتجاري وحرفي ومكاتب، وهي مؤهلة أيضا للقيام بصفة مباشرة أو غير مباشرة بتسيير المناطق والفضاءات المذكورة أعلاه."

وعلى هذا الأساس في سياق الصلاحيات الجديدة المخولة إليها شرعت الوكالة الوطنية للوساطة والضبط العقاري في تهيئة مناطق صناعية بمواصفات عصرية على مساحة إجمالية تمتد إلى 8000 هكتار.

هذه المناطق الجديدة المتصفة بكونها "مناطق الجيل الجديد" تحتوي:

- تحتوي على عقارات صناعية قابلة للتطور.

- مراكز خدمات مشتركة ومكاتب لمؤسسات، مراكز تكوين وابتكار، تجهيزات إطفاء وإيواء، مؤسسات مالية وغيرها...الخ.

- مناطق مشتركة منظمة (أثاث عمراي، مواقف السيارات، شبكات اتصال...الخ).

- أنظمة معمارية وحضرية مناسبة.

- مرافق الجمع، المعالجة والتخلص من النفايات الصناعية.

¹ مرسوم تنفيذي 119/07 مؤرخ في 2007/04/23 (ج ر 27 في 2007/04/25) المعدل والمتمم بموجب المرسوم التنفيذي 126/12 المؤرخ في 2012/03/19 والمتضمن إنشاء الوكالة الوطنية للوساطة والضبط العقاري وتحدد قانونها الأساسي (ج ر 17 في 2012/03/25).

كما أن هذه الوكالة تهتم بمراعاة معايير البيئية، فهي تسعى إلى تحقيق مبادئ " الكفاءة البيئية " عن طريق اللجوء إلى مواد البناء ذات جودة بيئية عالية، إلى الطاقات المتجددة، بالخصوص الطاقة الشمسية، وإلى المعالجة الفورية للنفايات الصناعية، إنتاج الطاقة لإعادة التصنيع، التحويل.... وغيرها.

كما تتطلع الوكالة أيضا إلى احترام القواعد والتنظيمات الخاصة بالمنطقة الصناعية، من خلال تحديد القطع الأرضية والتقيد بالتوصيات والتعليقات الخاصة بالمعايير المعيارية، ومعالجة الجوانب المحيطة بالأبنية والتجهيزات الأخرى المحددة لحالة بحالة وفق طبيعة وغاية المنطقة الصناعية.

ثالثاً: دور الوكالة الوطنية للوساطة والضبط العقاري في إنشاء مناطق صناعية جديدة

تسمح عملية تحديد المساحة العقارية على اثر إحداث والمساهمة في تنظيم سوق العقارات من خلال رفع حجم العرض العقاري وفضلا عن ذلك ستسمح إحداث هذه المواقع الصناعية الجديدة تحقيق التوازن بين العرض والطلب ومالها من تأثير على أسعار عملية التنازل البيع وعلى مبلغ الإتاوة الايجارية وهي العملية التي سيكون لها الصدى الكبير وتلقى ارتياح لدى أصحاب المشاريع.

مما تجدر الإشارة إليه في هذا الإطار، أنه قد تم في المشروع الجديد لهذه العملية استثناء العاصمة وضواحيها من ذلك واختيار مساحات بمدن الجنوب الجزائري، فاستفادت المناطق الجنوبية من 07 مناطق صناعية تمتد على مساحة إجمالية تقدر بـ 1601 هكتار موزعة على ولايات بسكرة، الجلفة، غرداية، بشار ورقلة و ادرار. وفي العديد من المناطق الصناعية في الهضاب العليا التي تستفيد من مزاي جباية على غرار المناطق الجنوبية أيضا، وتعتبر منطقة سطيف الصناعية أكبر وأهم المشاريع المستحدثة، ببلدية عين رمان على مساحة 700 هكتار تليها منطقة بلارة بجيجل التي تمتد على مساحة 523 هكتار.

اعتمدت الوكالة الوطنية للوساطة والضبط العقاري على مقاييس صارمة لضمان استقطاب المستثمرين وعدم التركيز على العاصمة وضواحيها فحسب، حيث تم تخصيص منطقتين صناعيتين ببجاية، برج بوعريرج وتيارت، كما تم تخصيص مناطق بالطارف وقلمة وعنابة وقسنطينة ووهران وتيزي وزو والمدينة وعين الدفلى والشلف وغلزيان إلى جانب مستغانم ومعسكر وسعيدة وعين تموشنت لضمان انتشار كامل للمناطق الصناعية وتوفير الأوعية العقارية الموجهة للاستثمار في مختلف المناطق لتخفيف الضغط على مناطق الوسط وخاصة العاصمة، البلدية و تيارت التي لم يمسهما هذا الإنشاء، بينما تضمنت القائمة أيضا مناطق في بومرداس، البويرة وبسيدي لخضر¹.

¹ تاتولت قاطمة، المرجع السابق، ص 24.

رابعاً: إدارة المناطق الصناعية

لقد سبقت الإشارة إلى أن أول تنظيم حقيقي للمناطق الصناعية كان في سنة 1973 بصور الأمر 45/73، المؤرخ في 18 فيفري 1973، المتضمن إحداث لجنة استشارية لتهيئة المناطق الصناعية والذي حدد شروط إيجاد المناطق الصناعية على مستوى إقليم البلديات والولايات وعلى كامل التراب الوطني. وتم تحديد شروط إدارتها وتسييرها بموجب المرسوم 55/84، المؤرخ في 03 مارس 1984، المتضمن "إدارة المناطق الصناعية" الذي جاء بمؤسسات تسيير المناطق الصناعية وكذا القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 05 مارس 1984 المتضمن "دفع الشروط النموذجي المتعلق بإدارة المناطق الصناعية" بالإضافة إلى المرسوم 56/84 المتضمن "تنظيم مؤسسات تسيير المناطق الصناعية" والذي يتعلق بعمل هذه المؤسسات¹.

فجل هذه المراسيم بمثابة النصوص الأساسية الوحيدة التي تستمد منها مختلف الأحكام المتعلقة بإدارة المناطق الصناعية حيث صنف الهيئات المكلفة بإدارة المناطق الصناعية كما حدد لها صلاحياتها وتمثل هذه المؤسسات في مؤسسات تسيير المناطق الصناعية (EGZI)².

للإشارة فانه في سنة 2003 تم تحويل مؤسسات تسيير المناطق الصناعية (EGZI) إلى شركات التسيير العقاري (SGI).

1- المؤسسات المكلفة بإدارة المناطق الصناعية

وفقا للمرسوم رقم 55 / 84 المتعلق بإدارة المناطق الصناعية وبالرجوع إلى المادة الأولى منه يتم تسيير المناطق الصناعية عن طريق مجموعة من الهيئات والمؤسسات تحدد طبيعتها وفقاً لطبيعة النشاطات الممارسة فيها. فتتضمن هذه المادة على أنه تتولى إدارة المناطق الصناعية حسب الحالات التالية³:

أ- مؤسسة عمومية ذات طابع اقتصادي منشأة بموجب المرسوم 200/83 بتاريخ 19 مارس 1983 إذا أقيم في المنطقة الصناعية ما يأتي:

- أعمال ذات مصلحة محلية.

- أعمال متعددة الصلاحيات ذات مصلحة وطنية تابعة لوصاية وزارات متعددة.

ب- مؤسسة ذات طابع اقتصادي، وهذا حسب الكيفيات التي ستحدد بمرسوم عندما تكون المنطقة أو إذا أقيمت في المنطقة الصناعية المعنية نشاطات ذات مصلحة وطنية نوعية تابعة لوصاية واحدة.

¹ جميع هذه المراسيم ودفع الشروط النموذجي جاءت في ج ر رقم 10 الصادرة بتاريخ 06 مارس 1984.

² Le Conseil National Economique et Social (Commission Perspectives de Développement Economique et Social), Projet de Rapport sur La Configuration du Foncier en Algérie une Contrainte au Développement Economique, Juin 2004, p 44 .

³ ج ر 10 في 1984/03/06.

ت- بوحدة متخصصة تنشأ بموجب القانون وفي إطار القوانين والتنظيمات معمول بها، إذا أقيمت في المنطقة الصناعية المعنية نشاطات ذات منفعة نوعية أو ذات مصلحة وطنية تابعة لمؤسسة واحدة.

نستخلص من هذا النص أن المناطق الصناعية التي تحتوي على نشاطات ذات فائدة محلية أو نشاطات متعددة الاختصاصات وذات فائدة وطنية كالصناعة مثال وتابعة لوزارات متعددة فإنها تدار عن طريق مؤسسة عمومية ذات طابع اقتصادي (E.G.Z.I) تنشأ إما بواسطة قرار من الوالي تطبيقاً لأحكام المرسوم 200/83، المتضمن "شروط إنشاء المؤسسة العمومية المحلية وتنظيمها" أو بموجب "مرسوم" عملاً بأحكام المرسوم 56/84، المتضمن تنظيم مؤسسات تسيير المناطق الصناعية وعملها .

أما المناطق الصناعية التي تتضمن نشاطات تابعة لمؤسسة واحدة لكنها ذات أهمية وطنية فإنها تتم إدارتها بموجب هيئة متخصصة كما هو الحال بالنسبة للمحروقات.

2- اختصاصات مؤسسات إدارة المناطق الصناعية

يشمل اختصاص هيئات التسيير الأجزاء المشاعة من المنطقة ويمتد إلى المهام المذكورة بالتفصيل في المادة 4 من المرسوم 55/84 السالف الذكر وكذا في دفتر الشروط النموذجي المتعلق بإدارة المناطق الصناعية والصادر بموجب القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 05 مارس 1984 وهي على الخصوص:

- المحافظة على الأعمال الكبرى والتجهيزات والتهيئات الجماعية.
- متابعة صيانة الهياكل الأساسية المشاعة التابعة لاختصاص هيئات متخصصة وتنسيقها.
- مراقبة المنطقة وحمايتها، وتنظيم المساعدة المتبادلة وتنفيذها.
- احترام متطلبات الأمن ومستلزماته بالاتصال مع المصالح والهيئات المعنية.
- تسيير المنطقة واحترام مخطط تهيئتها.
- تنظيم المصالح المشتركة بين جميع المتعاملين في المنطقة وتنشيطها وإنجاز التجهيزات المناسبة.
- إنجاز أشغال التكيف أو التجهيزات التكميلية الأزمة لحسن سير الوحدات المقامة في المنطقة.
- مراعاة بنود دفتر الشروط النموذجي المحدد بقرار مشترك بين وزير الداخلية والجماعات المحلية ووزير التعمير والإسكان.
- تمثيل الوحدات والهيئات المقامة في المنطقة لدى السلطات المحلية فيما يتعلق بالمسائل ذات المصلحة المشتركة.

وبالرجوع إلى محتوى هذه المادة نستخلص أنها حددت المهام العامة لمؤسسات تسيير المناطق الصناعية إلا أنه لم يحدد معنى الأجزاء المشاعة والقانون الذي يطبق عليها¹.

3- تنظيم الشرطة الإدارية المتخصصة

بالإضافة إلى المهام السابق ذكرها، تتولى هيكل إدارة المناطق الصناعية ذات الطابع النوعي تحت سلطة الوالي حسب المادة 5 من المرسوم رقم 55/84 التي تنص: " تطبق تنظيمات الشرطة الإدارية الخاصة المنصوص عليها في مجال الأمن داخل المنطقة ومرور الأشخاص ووقوفهم، وكذلك الممتلكات ونظافة الطرق والمنشآت والمباني والتجهيزات وأمنها، والوقاية من الأخطار ومحاربة الحرائق والتلوث.

كما تضيف الفقرة 2 من نفس المادة 5 فضلا عن ذلك " يتولى مسؤول هيكل التسيير التنسيق الفني بين مختلف المتعاملين الموجودين في المنطقة كما يتولى الهيكل نفسه أعمال التكوين في ميدان الأمن الصناعي".

أما عن علاقة مؤسسات التسيير بصاحب المشروع فتتضمن المادة 6 من المرسوم على أنه "يستمر صاحب المشروع أو المستثمر في القيام بجميع المهام المنوطة به في إطار مخطط تهيئة المنطقة بغض النظر عن ممارسة الهيئة المسيرة لهاكما المذكورة أعلاه".

تظهر هذه العلاقة كون صاحب المشروع يستمر في ممارسة صلاحياته في مجال تسيير الاستثمار وشراء الأراضي اللازمة لإنجاز المشاريع في المنطقة، كما يقوم أيضا عند الاقتضاء بتعديل البرنامج بما يتناسب وحجم الصناعات المقامة في المنطقة وحجمها أو فيما يتعلق بالهيئات التكميلية².

أما بالنسبة للقاءم بالتهيئة فقد خصص له هذا المرسوم 55/84 مادة واحدة فقط حيث يقوم بوضع شبكات المنطقة الصناعية ومنشآتها الكبرى تحت تصرف الهيئات المتخصصة، والتي تتولى استغلالها في إطار القوانين والتنظيمات التي تسري على نشاطها³.

تجدر الملاحظة، أن هذا المرسوم المتعلق بإدارة المناطق الصناعية 55/84 تم إرفاقه بالقرار الوزاري المشترك، المؤرخ في 5 مارس 1984 الذي يضبط دفتر الشروط النموذجي المتعلق بإدارة المناطق الصناعية والذي نص على حقوق و واجبات الأطراف الهيئة المسيرة والجهة القائمة بالتهيئة والمتعامل:

¹ تأتولت فاطمة، المرجع السابق، ص 56.

² MEDJOUBI Khair-Eddine, Document sur la Gestion des Zones Industriel, Document non publié.

³ م 3 من المرسوم رقم 22/22 السالف الذكر.

أ- واجبات الجهة القائمة بالتسيير

وفقا للمادة 4 منه تلتزم مؤسسات تسيير المناطق الصناعية بعد فراغها من القيام بالتزاماتها بمراعاة الأحكام المنصوص عليها في ملفات تجزئة الأراضي وكذلك في جميع الوثائق التي يتكون منها، وكذلك للأحكام الواردة في التنظيم المطبق في مجال المناطق الصناعية¹.

- تضبط باستمرار جميع مخططاتها وأية وثيقة تقنية ضرورية لتسيير مخطط تهيئة المناطق.

- تسيير المساحات والشبكات المشتركة مجرد تسليمها من طرف الهيئة القائمة بالتهيئة.

- تتولى الهيئة المسيرة مراقبة الطرقات والأماكن المخصصة للمرور بمجرد فتحها للجمهور، عندما تتوقف الهيئة القائمة بالتهيئة وتحديد الأماكن والأوقات المخصصة لإبعاد النفايات.

ب- واجبات الجهة القائمة بالتهيئة

كما تتولى الهيئة القائمة بالتهيئة تسيير المساحات والشبكات ذات الاستخدام المشترك حتى يتم تسليمها إلى الهيئة المسيرة للمنطقة الصناعية كما تقوم بما يأتي:

- تلزم الهيئة القائمة بالتهيئة بتسليم الهيئة المسيرة مخططات التنفيذ الخاصة بالشبكات.

- تمنح الهيئة القائمة بالتهيئة، حسب المادة 8 موافقتها المسبقة على جميع أشغال الوصل التي يقوم بها المتعامل لربط قطعة أرضه بقنوات جلب الماء و صرفه.

- تتولى الهيئة القائمة وفقا لنفس المادة مرافقة الطرق والأماكن المخصصة للجمهور².

ت- حقوق و واجبات المتعامل

- احترام ومراعاة الأحكام المنصوص عليها في ملف تجزئة الأراضي.

- يحق للمتعامل أن يحصل في الطرق والأماكن المخصصة للمرور على حقوق الضوء والمنظر والمنفذ مثلما له الحق في الوصول إلى طريق عمومي مصنف قانونيا ويتمتع بحق المرور.

- يجوز للمتعامل أن يودع التفريغات المختلفة أو النفايات في الطرق أو في الأماكن والمساحات غير المشغولة أو في الأراضي المجزأة ولو كان هذا للإيداع مؤقتاً.

- القيام بجميع أشغال الوصل التي تربط قطعة أرضه بقنوات جلب المياه .

- تحمل أعباء ترميم الأضرار التي يتسبب فيها بنفسه أو أي مقاول يستعمله.

¹ م 2 من المرسوم رقم 22/22 السالف الذكر.

² م 2 من المرسوم رقم 22/22 السالف الذكر.

تضيف المادة 7 من المرسوم 55/84 على انه يتولى القائم بالهيئة وضع شبكات المنطقة الصناعية وأعمالها الكبرى تحت تصرف هذه الهيئات المتخصصة والتي تتولى استغلالها في إطار القوانين والتنظيمات التي تسري على نشاطها¹.

4- التسيير المالي لمؤسسات تسيير المناطق الصناعية

تنص المادة 8 من المرسوم رقم 55/84 على أن: "تتكون الموارد المالية لهيئة تسيير المنطقة الصناعية خاصة من عائدات الخدمات التي تقدمها".

تتكون الموارد المالية لهذه المؤسسات من عائدات الخدمات التي تقدمها هذه المؤسسات لصالح المستثمرين وكذا من المساهمات المالية المقدمة من الوحدات المقامة في المنطقة تبعا لنسب المساحة المشغولة، رقم الأعمال ودرجة أهمية الشبكات، كما يمكن أن تدخل على العائدات المذكورة معاملات موازنة تحدد وفقاً للمميزات الخاصة المحلية.

وفي سنة 1994، بسبب المشاكل المختلفة التي تتخبط فيها المناطق الصناعية، اصدر مجلس الحكومة المنعقد في 22 أكتوبر 1994، تعليمية رقم 1041 تتضمن 10 نقاط لأجل التكفل بالمناطق الصناعية وإصلاح الوضع القائم واهم ما جاء فيها:

- اقتراح إنشاء لجان محلية للمتابعة و تطوير المناطق الصناعية.
- منح لهيئات التسيير حق ممارسة امتيازات السلطة العامة لتفعيل دورها وتأكيد صلاحيتها خاصة في مجال الاقتطاع الجبري لمستحقاتها تجنباً لمشاكل الموارد المالية.
- أما بقية النقاط الأخرى فهي لا تعد أن تكون تذكيراً بالأحكام الواردة في دفتر الشروط النموذجي المتعلق بإدارة المناطق الصناعية.

رغم كل هذه التدابير عرفت المناطق الصناعية والتي وصل عددها إلى 70 منطقة والتي تغطي مساحة 12000 هكتار مصاعب وعراقيل تتمثل في²:

- انعدام رخصة التجزئة أو تقسيم الأراضي.
- ظهور منازعات بسبب مشكل تحديد أسعار عمليات التنازل بالتراضي.
- اهتراء الشبكات وانعدام مختلف المرافق فيها.

¹ م 7 من المرسوم 55/84 السالف الذكر.

² جاء في التقرير الصادر عن المجلس الوطني والاقتصادي (لجنة آفاق التنمية الاقتصادية والاجتماعية لسنة 2004) على إن عدد المناطق الصناعية تختلف المعطيات حول عددها حسب المؤسسات المكلفة بتهيئة هذه المناطق أو بتسييرها. (تاتولت فاطمة، المعالجة القانونية للعقار الصناعي في ضوء التشريع والاجتهاد القضائي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، فرع القانون العقاري، بن عكون، الجزائر، 2014-2015).

- عدم استقرار الهيئات المسيرة ونقص الوسائل.
- إفلاس بعض مؤسسات تسيير المناطق الصناعية.
- تغيير طبيعة النشاط للقطاع الأراضي المنوحة.
- بقاء بعض الأراضي بدون استغلال رغم ضبط وضعيتها القانونية.
- انعدام الكيفيات والإجراءات الواضحة والشفافة للحصول على العقار الصناعي.
- التأخر المسجل من طرف الهيئات القائمة بالتهيئة في عملية تهيئة مرافق الحياة واسترداد العقود الموثقة.
- غياب رؤية واضحة في مجال التهيئة العمرانية، مما أدى إلى ظهور فوضى في تعيين وتحديد مواقع المشاريع الصناعية وانحراف في اعتماد إجراءات الحصول على العقار الصناعي¹.
- أمام هذه الوضعية قررت السلطات العمومية انطلاقاً من سنة 1998 إلى اتخاذ سلسلة من التدابير والإجراءات تتمثل في:
- تجسيد عملية إنشاء المناطق الصناعية الجديدة ومنح العقارات المتوفرة.
- إطلاق برنامج واسع لتهيئة المناطق الصناعية ومناطق النشاط فقررت السلطات العمومية منح قروض مالية موجهة إلى إعادة تهيئة الهياكل أو المنشآت القاعدية لبعض المناطق.
- تسوية الوضعية القانونية لقطاع الأراضي المتنازل عنها.
- وأمام افتتاح البلاد على اقتصاد السوق وعلى اثر ارتفاع حجم الرغبة في الاستثمار أصبحت المناطق الصناعية عموماً غير قادرة على تلبية طلبات الحصول على العقار الصناعي فتم إعادة النظر في نظام التسيير من خلال التفكير في إنشاء وحدات تنشيط على أساس المبدأ التجاري.

المحور الثالث: تسيير المناطق الصناعية وفقاً لقرار مجلس مساهمات الدولة لسنة 2003

- في سنة 2003، بعد فشل هذه المؤسسات في تسيير واستيعاب مشاكل العقار الصناعي في إجراءات تطهير العقار الصناعي اتخذ مجلس الحكومة المنعقد بالمناطق الصناعية بتاريخ 22 جوان 2003 ولأجل النهوض بالعقار الصناعي في المناطق الصناعية إجراءات أساسيين:
- ضرورة إعادة النظر في النظام الحالي لتسيير واستعمال الفضاءات العقارية داخل المناطق الصناعية .

¹ جاء في التقرير الصادر عن المجلس الوطني والاقتصادي (لجنة آفاق التنمية الاقتصادية والاجتماعية لسنة 2112).

- ضرورة مراجعة طرق تسيير مناطق صناعية المسيرة بموجب نصوص قديمة إنشاء هيئات جديدة للتسيير .
وتطبيقا لقرار مجلس الحكومة، صدر عن الوزير المنتدب لدى رئيس الحكومة والمكلف بالمساهمة وترقية الاستثمار قرارا يتضمن إعادة تنظيم تسيير المناطق الصناعية وذلك في دورته 16 القرار رقم 05 المؤرخ في 02 جويلية لسنة 2003 والمتضمن إنشاء أربعة "شركات تسيير مساهمات الدولة SGI"¹. تقوم هذه الشركات (SGP/ZI) على قواعد اقتصاد السوق كما تعمل على تكوين محفظة عقارية للدولة في هذه المناطق.
تعتبر هذه الشركات من حيث الطبيعة القانونية شركات مساهمة (SPA) حسب القوانين السارية المفعول لاسيما أحكام القانون التجاري، وكذا المرسوم التنفيذي 283/01 لـ 24 سبتمبر 2001 المتضمن الأشكال الخاصة بأجهزة إدارة المؤسسات العمومية الاقتصادية وتسييرها.

فالقرار السالف الذكر حدد كيفية وشروط إنشاء هذه الشركات وهذا حسب جهات الوطن وهي:

- شركة تسيير مساهمات الدولة للمناطق الصناعية بالغرب.
- شركة تسيير مساهمات الدولة للمناطق الصناعية بالوسط.
- شركة تسيير مساهمات الدولة للمناطق الصناعية بالشرق.
- شركة تسيير مساهمات الدولة للمناطق الصناعية بالجنوب.²

أولا: مهام شركات مساهمات الدولة وشركات التسيير العقاري

- تقوم شركات مساهمات الدولة (SGP) حسب أحكام القرار على الخصوص بالمهام التالية:
- نظم حافظة أوراق أو أسهم مؤسسات التسيير العقاري (SGI) المتواجدة على المستوى المحلي.
 - السير في إجراءات تحويل الإطار القانوني لمؤسسات تسيير المناطق الصناعية إلى شركات مساهمة.
 - تسيير حافظات الدولة من أراضي داخل المناطق الصناعية.

¹ Résolution n° 05 portant création de 04 quatre sociétés de gestion des participations de l'Etat (SGP), du 21 Juillet 2003

²SGP centre: 13 wilayas

Alger –Tipaza – Boumerdes – Blida – Médéa – Ain Defla – chlef – Tissemsilt Djelfa-M'sila – Bouira – Bejaia –Tizi-ouzou

SGP ouest: 11 wilayas

Oran –Tlemcen – Mascara –Mostaganem – Ain Temouchent – Relizane –Sidi Bel Abbés- Tiaret – Saida – El Bayadh – Naama.

- استعمال كل الوسائل والإجراءات القانونية المتوفرة لتحقيق ذلك، هذا حسب اختصاصها الإقليمي وطبقا لأحكام القانون التجاري.

- التسيير لحساب الدولة العقار الصناعي داخل المناطق الصناعية.

- تكون حافطة عقارية للدولة، ويكون ذلك عن طريق إنشاء شركات محلية لتسيير المناطق الصناعية تسمى حسب أحكام هذا القانون "شركات التسيير العقاري SGI".

- تحديد شروط وكيفيات منح امتياز استغلال الأراضي داخل المناطق الصناعية في إطار أحكام القانون 30/90 المتضمن الأملاك الوطنية، المعدل والمتمم، حيث تم تكريس وبصفة نهائية عقد الامتياز في استغلال العقار الصناعي داخل المناطق الصناعية.

- تعرض على الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار وفي إطار التشريعات السارية المفعول لاسيما المادة 27 من الأمر 03/01 المتضمن "تطوير الاستثمار" مختلف الأراضي المتوفرة والتي يمكن أن تستعمل كأساس لإنشاء مشاريع في إطار المناطق الصناعية وبذلك فقد كان للوكالة في إطار هذا الأمر دور أكثر فعالية في المناطق الصناعية حيث يتصل بها المستثمر وهي توجهه إلى مختلف الأراضي المتوفرة.

- حيث أن المدير العام للوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار يعتبر من أعضاء الجمعية العامة لشركة تسيير مساهمات الدولة.

- تعمل شركات التسيير العقاري (SGI) تحت إشراف شركات تسيير مساهمات الدولة (SGP) وتتولى على الخصوص:

- التسيير المادي للأموال العقارية وعرض الأراضي المتوفرة على الوكالة عن طريق ممثل شركة التسيير العقاري على مستوى الوكالة.

- استلام طلبات الحصول على الأراضي

- تحديد مختلف شروط وكيفيات شغل هذه الأراضي على مستوى المناطق الصناعية.

- وضع تحت تصرف المتعاملين حوصلة أو جدول يتضمن كل ما هو متوفر من عقارات على مستوى المناطق الصناعية.

- إقامة علاقات خاصة مع المتعاملين داخل المناطق الصناعية لضمان تسيير الأجزاء المشاعة والمشاركة.

ثانيا: الحلول المقترحة لتسيير المناطق الصناعية

أ- إنشاء مؤسسة عمومية ذات طابع صناعي وتجاري، عن طريق المبادرة بإنشاء مؤسسة للتسيير لها قانون أساسي كمؤسسة عمومية ذات طابع صناعي وتجاري (EPIC).

كما يمكن أن تكون المبادرة بإنشاء مؤسسة عمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري المكلفة بالتسيير انطلاقاً من دمج مؤسسات تسيير مساهمات المناطق الصناعية في مؤسسة واحدة مع:

- مراجعة مبلغ الحصص.

- إدخال تدابير من شأنها إجبار المتعاملين على تسديد حصصهم من خلال فرض تدابير جبرية أو من خلال على الخصوص منح الامتياز على المياه عبر فرض التسعيرة الوحيدة.

- انجاز خدمات الدعم على مستوى المناطق الصناعية يجب وضعه تحت تصرف المؤسسة العمومية ذات الطابع الصناعي و التجاري، ذلك عبر صندوق المنافسة.

- توسيع مهام المؤسسة العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري لتشمل الخدمات حتى بنسبة للمتعاملين المتواجدين خارج المنطقة الصناعية وذلك قصد رفع حجم إيراداتها.

- إشراك السلطات العمومية عبر تمثيلهم على مستوى مجلس إدارة المؤسسة العمومية ذات الطابع الصناعي و التجاري.

- فرض رسم يتم جبايته من طرف الهيئات المسيرة على العقار الممنوح وغير المستغل.

- اقتطاع نسبة مئوية من مبلغ الرسم على النشاط المهني (TAP) لفائدة مؤسسة التسيير الصناعي¹.

خاتمة:

الملاحظ من خلال دراستنا السابقة في هذا الجزء أنه ليس هناك تعريفاً محدداً للمناطق الصناعية الحرة وإنما هناك قواعد متعارف عليها عالمياً بما يسمى بالمنطقة الصناعية الحرة وغيرها من المسميات، و هناك صور وأشكال للمناطق الصناعية لان الاتجاه الحالي للاقتصاد الجزائري يوجي بإقامة مناطق للتصدير وجلب العملة الصعبة للتعويض عن الخسارة الفادحة التي مست قطاع المحروقات. لذلك فالمناطق الصناعية قد تفي بالغرض إذا وُجّهت توجيهها صحيحاً، وتقديم كل المساعدات اللازمة لتحريرها بدل من تقييدها بالتبعية الاقتصادية للدولة.

لاشك أن نجاح المنطقة الصناعية يتوقف على جذب الاستثمارات الأجنبية وتحقيق أهدافها على توافر العوامل المؤدية لنجاحها، ابتداء من دراسة ملائمة الموقع لظروف إنشاءها بدراسة الجدوى الاقتصادية، وتزويد المناطق الصناعية بما يلاءم نجاحها وتطورها من حوافز وإمدادات .

يحقق إنشاء المناطق الصناعية إيجابيات كثيرة للقطاع الصناعي، فهي البيئة المناسبة لازدهار وتطور مختلف الصناعات وتكاملها، فتتظم المناطق الصناعية من إدارة وتسيير يعكس إيجاباً في تخفيض تكاليف إنتاجها

¹ تاتولت فاطمة، المعالجة القانونية للعقار الصناعي في ضوء التشريع والاجتهاد القضائي، المرجع السابق ذكره.

ويحقق لها مزايا توفر الإنتاج الوافر، وخفض للتكاليف الاستثمارية . ومن ناحية أخرى فان انتشار المناطق الصناعية في أي بلد يعود عليه بالعديد من المنافع كتوفير فرص العمل، واجتذاب الاستثمارات الأجنبية، ونقل التكنولوجيا والتقنية العالمية ، وتعزيز قدرة المنتجات الوطنية على المنافسة في الأسواق العالمية، والالتزام بالمتطلبات البيئية، وتوسيع رقعة البنية الأساسية من الخدمات.

كما أن أهمية المناطق الصناعية تتجلى في تطوير المؤسسات الصغيرة والمتوسطة، وفي خلق الجو الملائم لاستقرار الصناعة وجذب الاستثمارات إلى القطاع الصناعي والنهوض بالصناعات الأساسية. وكل هذا لا يتأتى الا بتوفير كل الظروف اللازمة في إنشاءها بناء على دراسات نظرية وتطبيقية مبنية على العلم، حتى تتحقق الغاية المرجوة من ذلك والمتمثلة في الحصول على نمو اقتصادي مُعتبر داخل الدولة.

ومن أهم النتائج المتوصل إليها:

- ضعف الحوافز المقدمة للمستثمرين وارتفاع الإيجارات والتكاليف التشغيلية.
 - عدم كفاية التشريعات والقوانين.
 - ضعف السياسات التمويلية الجاذبة للاستثمار وعدم الاهتمام بذلك.
 - عدم ثبات الاستقرار السياسي.
 - الأثر السلبي للتجارة غير المشروعة وغير المقننة على الأوضاع داخل الولايات والمدن وبالتالي على المناطق الصناعية .
 - تراجع الحكومة الجزائرية في تقديم التمويل والتسهيلات الكافية لتصدير منتجات تلك المناطق الصناعية مما جعل العديد من الهياكل الصناعية تغلق وتنتقل إلى مناطق صناعية أخرى في الخارج.
 - عدم توفر المواد الخام في السوق الوطنية مما جعل الشركات تعتمد بشكل كبير على السوق الدولية في توفير المواد الخام. هذا ما كلفها خسارة كبيرة وصعب تحكّمها في رأس مالها.
 - الاعتماد على التمويل الذاتي بشكل كبير في توفير رأس المال.
 - تسويق معظم إنتاج المناطق الصناعية على السوق المحلي.
- وتوصي الدراسة بمجموعة من التوصيات منها:
- اهتمام الدولة بالمناطق الصناعية واعتبارها كوسيلة مجدية للخروج من الأزمة الاقتصادية وعامل تمويلي بديل عن المحروقات.
 - ضرورة الاعتماد على التقنية الحديثة سواء على مستوى تسيير المناطق الصناعية أو إدارتها، أو في جميع مراحل الإنتاج .

- ضرورة زيادة الحوافز والإعفاءات الضريبية من طرف الدولة.
- تقديم التسهيلات اللازمة للمستثمرين في المناطق الصناعية من تمويل ودعم وتسويق للمنتجات وتصدير .
- تخفيض الضرائب ومبلغ الإيجار وزيادة الخدمات المقدمة إلى أصحاب المشاريع داخل المدن والمناطق الصناعية.
- العمل على توفير الوسائل اللازمة وإعداد البرامج الخاصة لاستقطاب المستثمرين المحليين والأجانب .
- العمل على القضاء على كل وسائل التهريب على الحدود الجزائرية، سيما الغربية منها.
- تقديم تسهيلات وإعفاءات جمركية لأصحاب المصانع داخل المدن والمناطق الصناعية لتصدير منتجاتهم إلى الأسواق الخارجية.

اختلاف دلالة العربون وطبيعته القانونية وأثرها على العلاقة التعاقدية^{*}
د/ سمير شهباني- أستاذ محاضر قسم "أ" بكلية الحقوق والعلوم السياسية. جامعة البويرة
د/ ضريفي الصادق- أستاذ محاضر قسم "أ" بكلية الحقوق والعلوم السياسية. جامعة البويرة

ملخص:

كثيراً ما يودّ شخص التعاقد مع الغير، ويخشى أن يقوم الطرف الآخر بالتصرف في الشيء المراد التعاقد عليه، لاسيما إن قدّم له شخص آخر عطاءً أكبر. أو يطلب منه الطرف الثاني دفع مبلغ من المال ليسيدي جديته في الإقدام على إتمام العقد، ويطمئن بأن احتفاظه بالشيء محلّ التعاقد لم يكن دون جدوى.

غير أن إتمام أو تنفيذ العقد في التعاقد بالعربون قد يتم وقد لا يتم؛ وإذا لم يتم، إما أن يخسر من دفع العربون ما دفع، وإما أن يردّ مُستلّته ضعفيه، ولا نقول حينها عن أحدهما إنه قد أخل بالتزامه، وهذا إذا ما اعتبرنا العربون خياراً للعدول. وإما أن نلزم المتعاقدين على تنفيذ العقد طبقاً لما اتفقا عليه أو طبقاً لما نصّ عليه القانون، وهذا باعتبار ما تم دفعه تنفيذاً جزئياً للعقد.

الكلمات المفتاحية: العربون، الحق في العدول، الحق في الرجوع، الالتزام البديلي، الشرط الواقف، الشرط الفاسخ، الشرط الجزائي.

Résumé:

Souvent, une personne souhaite contracter avec autrui et craint que l'autre partie puisse disposer de l'objet du contrat, surtout si quelqu'un d'autre lui a offert un prix plus élevé. Ou si l'autre partie lui demande de verser une somme d'argent pour montrer son sérieux à l'exécution du contrat et s'assurer que la réservation de la chose objet du contrat n'a pas été en vain

Toutefois, l'achèvement ou l'exécution du contrat avec le versement d'arrhes peut être conclu comme il ne peut l'être. S'il n'est pas conclu, soit celui qui a versé les arrhes perd ce qu'il a versé, soit celui qui a reçu les arrhes doit restituer le double du montant des arrhes, nous ne dirons pas alors de l'un d'entre eux avait manqué à son obligation, et ceci si l'on considère les arrhes comme option donnant la faculté à chacun des contractants de se dédire. Ou bien, on oblige les contractants à exécuter le contrat conformément à ce qui a été convenu, ou selon le texte de la Loi, en prenant en considération ce qui a été partiellement payé pour l'exécution du contrat.

^{*} تاريخ إيداع المقال: 2016/12/14

تاريخ تحكيم المقال: 2017/01/04

Mots clés: Les arrhes, Droit de dédit, Droit de rétractation, Engagement alternatif, Clause suspensive, Clause résolutoire, Clause pénale.

مقدمة:

إن العربون في المعاملات ليس وليد اليوم بل هو ممارسة قانونية تمتد جذورها إلى العصور القديمة؛ حيث كان يُتَعامَل به عند الآشوريين، والفينيقيين، والقرطاجيين، والآراميين، وفي بلاد الرافدين، وعند اليونان؛ فكان يعتبر ضماناً لتنفيذ عقدٍ أو وعدٍ. كما تم التعامل به فيالعصر العلمي الذي يمتد من سنة 130 قبل الميلاد إلى 284 ميلادية، ثم في عصر الإمبراطورية الرومانية السفلى التي تمتد من 284 ميلادية إلى 565⁽¹⁾. وكان في هذين العهدين يمثل وسيلة إثباتٍ ووسيلة ضمانٍ أيضاً؛ فهو وسيلةٌ تمكن من إثبات عقد البيع إذا ثار خلافٌ حوله، كما يشكل ضماناً للبائع بأنه لن يفقد الثمن كله فيعتبر جزءاً من الثمن الكلي الذي على ذمة المشتري. وفي عصر هذه الإمبراطورية أيضاً، أصبح العربون يعطي حقاً للعدول عن العقد أو الصفقة⁽²⁾.

أما في الفقه الإسلامي، فإن العربون يعطي للمشتري حق العدول عن إتمام الصفقة دون البائع، فيفقدّه إذا اختار عدم إتمام الصفقة، وهذا واضح من خلال تعريفهم له بأنه: «أن يشتري الرجل العبد أو الوليدة، أو يتكاري الكراء، ثم يقول للذي اشتري منه، أو تكاري منه: أنا أعطيك ديناراً أو درهماً أو أكثر من ذلك أو أقل، على أتي إن أخذت السلعة، أو ركبت ما تكاريث منك، فالذي أعطيتك هو من ثمن السلعة، أو من كراء التابة. وإن تركت السلعة، أو الكراء، فما أعطيتك، فهو لك باطل بغير شيء»⁽³⁾.

(1) دخل العربون في المعاملات وغير المعاملات؛ حيث كان موجوداً في مجال الأحوال الشخصية، مثلما كان معمولاً به في قانون حمورابي، حيث جاء في نصي المادتين 159 و 160 على التوالي: «لو أن رجلاً قدم هبة لمحبه بالإضافة إلى هبة الزواج ثم نظر إلى امرأة أخرى فقال لمحبه لن أخذ ابنتك زوجة لي يحتفظ والد الفتاة بكل ما قدم له». «لو قدم رجل هدية لمحبه مع هدية الزواج ثم قال المحي له لن أعطيك لبنتي (زوجة) عليه أن يرد للرجل كل ما أخذه منه مضاعفاً».

فقد كان الخاطب يفقد ما دفعه لوالد الزوجة إذا كان العدول منه، أما إذا كان العدول من الوالد، فعليه رد الضعف.

انظر في هذين النصين: William H. McNeil وآخرون، شريعة حمورابي وأصل التشريع في الشرق القديم، ترجمة أسامة سراس، دار علاء الدين، الطبعة الثانية، دمشق، سوريا، 1993م، ص 49، ص 116-117.

كما كان في المعاملات المدنية، مثل عقد البيع والإيجار؛ ومن ذلك ما ورد من أن أرسطو طاليس استأجر كل معاصر ملطية وشيزو بعراين قليلة، جعلته غنيّاً بعد أن كان فقيراً.

انظر في ذلك: أرسطو طاليس، السياسة، ترجمة: أحمد لطفي السيد، دار الكتب المصرية، 1947، ص 119.

(2) انظر في تفصيل ذلك: أفلوشي فتحة، العربون، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق بن عككون، جامعة الجزائر، 2006-2007، ص 7-8؛ بوترفاس حفيظة، التعاقد بالعربون، دراسة مقارنة، مذكرة ماجستير في القانون، تخصص عقود ومسؤولية، جامعة تلمسان، 2008-2009، ص 1 وما بعدها.

(3) - مالك بن أنس، الموطأ، رواية أبي مصعب الزهري، تحقيق: بشار عواد معروف، محمود محمد خليل، مؤسسة الرسالة، الطبعة الثالثة، بيروت، لبنان، 1418هـ- 1998م، ج 2، ص 305.

أو هو: «أن يشتري السلعة، فيدفع إلى البائع درهماً أو غيره، على أنه إن أخذ السلعة، احتسبه من الثمن، وإن لم يأخذها، فذلك للبائع»⁽¹⁾.

أما في الفقه والقوانين المعاصرة، فإن العربون مألٌ يقدمه أحد المتعاقدين للآخر عند التعاقد، يترتب عنه منح الحق لأيّ منهما في العدول عن إتمام تنفيذ العقد عند القوانين اللاتينية ومن حذا حذوها، أو هو مال يدفعه أحد المتعاقدين للآخر دليلاً على أن العقد أصبح باتاً⁽²⁾ عند القوانين الجرمانية ومن سار مسارها⁽³⁾.

على أن كلا الاتجاهين يعطيان للمتعاقدين حرية الاتفاق على خلاف الأصل الذي حدّده النص القانوني باعتباره مكملًا لإرادتهما. وهذا يعني أن العقود التي تكون محلاً لدفع العربون هي العقود الملزمة للجانبين.

وإذا كان الحال كما قلنا، واعتبرنا العربون من صور الخيار، بأن يعطي للمتعاقد حق العدول؛ فإنه إما أن يكتف على أنه بدل ضمن التزام بدلي؛ فيكون العربون بدلا من المحل الأصلي، ويحصل الوفاء به، فيكون من استعمله في حلّ من التزاماته التعاقدية. وإما أن يحوي اتفاق متمايزين، فيكونا معلقين على شرطين، أحدهما مغاير للآخر (واقف وفاسخ)؛ فيترتب عن تحقق الأول تخلف الثاني، والعكس.

أما إذا قلنا إن التعاقد بالعربون تعبير على أن العقد أصبح باتاً، فإنه لا بد من تنفيذ الالتزامات التعاقدية المنجزة عن العقد العادي. وهنا إما أن يكون العقد معلقاً على شرط واقف، فلا يرتب آثاره إلا بتحقيق ذلك الشرط، وإما أن يكون عقداً معلقاً على شرط فاسخ، فيكون مرتباً لكافة الآثار إلى حين تحقق الشرط الفاسخ فيصبح كأن لم يكن.

(1) عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة، المغني، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، عبد الفتاح محمد الحلو، دار عالم الكتب، الطبعة الثالثة، الرياض، 1417هـ - 1997م، ج 6، ص 331.

(2) يرى الأستاذ "Redouin" بأنه يستحيل إعطاء تعريف دقيق للعربون بسبب تعدد وظائف هذا الأخير
«Il ressort que les arrhes se caractérisent par le fait qu'elles remplissent diverses fonctions. Il est impossible, pour en donner une définition exacte, de les dissocier de leurs différents rôles».

V: LI Bei, Les arrhes, étude franco-chinoise, Thèse de doctorat endroit privé, Université Panthéon-Assas, 23 septembre 2015, p. 38

(3) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الأول، مصادر الالتزام، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2000، مج 1، البند 140، ص 277؛ مصادر الحق في الفقه الإسلامي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 1998، مج 1، ج 2، ص 88؛ أنور سلطان، الموجز في النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1998، ص 82؛ محمد حسنين، الوجيز في نظرية الالتزام، مصادر الالتزامات وأحكامها في القانون المدني الجزائري، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1983، ص 34.

يقترح LI Bei بأن يسمي العقود المرتبطة بالعربون كالآتي: arrhes- promesse إذا كان دفع العربون مقترناً بوعدهم بالتعاقد، arrhes-formation إذا كان العربون يدل على أن العقد بات، arrhes-résolution إذا كان العربون يعطي الحق للمتعاقد في فسخ العقد. هذا لإضافة طبعاً إلى العربون الذي له دلالة العدول arrhes-dédie، والعربون الذي له دلالة الإثبات arrhes-preuve.

LI Bei, op. cit. p. 37.

من هنا نقول: كيف لهذه الفروق بين الدلالات والأوصاف - التي ذكرناها آنفا- أن تؤثر على العلاقة التعاقدية بين الطرفين؟ وبعبارة أخرى: فيم تتجلى تأثيرات دلالات العربون وطبيعة التعاقد به على العلاقة التعاقدية؟

المبحث الأول: العدول عن إتمام العقد ليس إخلالا بالالتزامات التعاقدية

تعتبر التشريعات اللاتينية، وعلى رأسها التقنين المدني الفرنسي في نص المادة 1590 منه⁽¹⁾، والتشريعات التي حذت حذوها، كالتقنين المدني الجزائري في نص المادة 72 مكرر⁽²⁾؛ العربون وسيلة قانونية تعطي للمتعاقد الحق في العدول عن إتمام الصفقة⁽³⁾، حيث جاء فيه: «يمنح دفع العربون وقت إبرام العقد لكل من المتعاقدين الحق في العدول عنه خلال المدة المتفق عليها...».

وهذا يعني أن لأي من المتعاقدين أن يمارس حقه ويعدل عن إتمام العقد دون الرجوع إلى المتعاقد الآخر، ولا يعتبر حينها قد أخل بالتزام تعاقد، كل ما في الأمر أنه يلتزم بدفع مقدار العربون، فإن كان من دفع العربون هو من عدل، فقد ما دفعه، وإن كان متلقي العربون هو من عدل، أرجع العربون إلى صاحبه وزاد عليه مثله، حتى ولو لم يترتب عن ذلك العدول ضرر بأحد الطرفين⁽⁴⁾، وهذا ما ورد في الفقرتين 2 و3 من نص المادة 72 مكرر.

غير أن شراح القانون في فرنسا يرون أن العربون يُثبت للطرفين الحق في العدول إذا دفعه البائع، لاستحالة اعتباره جزءاً من الثمن. وكذلك الأمر إذا دفعه المشتري في عقد معلق على شرط واقف⁽⁵⁾، أو في بيع منقول لم

(1)- نص المادة 1590 هو كالآتي:

«Si la promesse de vendre a été faite avec des arrhes chacun des contractants se est maître de s'en départir,

Celui qui les a données, en les perdant,

Et celui qui les a reçues, en restituant le double».

(2)- تقابلها المادة 103 مدني مصري، والمادة 104 مدني سوري، والمادة 103 مدني ليبي، والمادة 107 مدني أردني، والمادتان 100-101 مدني قطري، والمادتان 74-75 مدني كويتي؛ 148 مدني إماراتي.

(3)- السنهوري، الوسيط، ج1، مع1، فقرة 140، ص260؛ محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، النظرية العامة للالتزام، دار الهدى، الطبعة الثانية، الجزائر، 2004، ج1، ص141.

(4)- أما في الفقه الإسلامي كما سبق وأشرنا، فإن العدول يكون من حق من دفع العربون فقط دون الطرف الآخر، ولا محل للقول برد العربون ومثله، وهذا طبعاً عند من يجيزون العربون وهم الحنابلة، أما من لا يجيزونه - وهم جمهور الفقهاء - فلا مجال للحديث عن التعاقد بالعربون.

(5)- تعقياً على مسألة اعتبار العقد - عقد البيع- المقترون بعربون معلقاً على شرط واقف يقول Thomas-Louis Bergeron: ماذا يقول المتعاقدان لبعضهما؟ أيقول المشتري للبائع لن أشتري الآن ولكن بعد 30 يوماً، أو عندما أعلن رغبتني في الشراء، وإلا فاحفظ المبلغ الذي أعطيتك إياه. ويقول المالك: لا أبيع، ولكن في الميعاد المحدد سأشير إلى رغبتني في البيع، أو سأرد إليك ضعف ما أعطيتني. وهذا يعني أن الطرفان حزين في البيع والشراء من عدمهما، مما يظهر معه بوضوح أن هذا الالتزام هو التزام تخيري مبني على محض الإرادة.

ويصل في الأخير إلى أن اعتبار التعاقد (الوعد) بالعربون لا يمكن اعتباره معلقاً على شرط واقف كما لا يمكن اعتباره معلقاً على شرط فاسخ، باعتبارها مبتنية على أسس غير سليمة؛ فالعربون يقوم على تعزيز العلاقة بين الطرفين، في حين أنه يمثل مانعاً من التعاقد!

BERGERON Thomas-Louis, Des arrhes et de leur incidence sur la promesse de vente, Les Cahiers de droit, vol. 6, n° 1, 1964, p. 13-14.

يتم تسليمه بعد، أو في حوالة الحق، لاسيما إن كان الثمن مؤجل الدفع. بينما كان العرف والقضاء المصريين يعتبران العربون عقد البيع دليلا على جواز العدول إذا كنا بصدد عقد ابتدائي بخلاف العقد النهائي، بخلاف عقد الإيجار أين تكون له دلالة البت دائما⁽¹⁾. أما بعد صدور التقنين المدني الجديد فأصبحت دلالة هي أن لكلا المتعاقدين الحق في العدول، ما لم يظهر خلاف ذلك⁽²⁾.

وهذا العدول إما أن نبرره على أساس أن العربون هو محل في التزام بدلي، أو على أساس أنه يتضمن اتفاقين متميزين في الوقت نفسه⁽³⁾.

(1) انظر في ذلك: السنهوري، الوسيط، ج1، فقرة 141، ص261؛ ج4، فقرة 45، ص87؛ أنور سلطان، الموجز في النظرية العامة للالتزام، ص83؛ محمد شريف عبد الرحمن، مطول القانون المدني في عقد البيع، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، القاهرة، 1422هـ-2003م، ص116-117.

وفي هذا الباب، هناك من يجعل التعاقد بالعربون عقدا تمهيديا أو مرحلة تحضيرية للعقد النهائي، فدفع العربون كما يقول تروлонج "Troplong" ما هو إلا مشروع أو وعد بسيط أو اتفاق ينتظر الاكتمال.

انظر في ذلك: بوترفاس حفظة، المرجع السابق، ص83.

وهذا الرأي في اعتقادنا مجانب للصواب؛ كون العقد التمهيدي لا يكون ملزما للجانبين، في حين أن التعاقد بالعربون ملزم للجانبين. كما أن العقد التمهيدي ليس عقدا نهائيا، في حين أن التعاقد بالعربون هو عقد تام، وهذا يعني أن عدم إتمام العقد في العقد التمهيدي لا تترتب عنه مسؤولية أحد الطرفين ما لم يكن هناك غش أو تدليس، في حين أن العدول عن العقد في التعاقد بالعربون يترتب عنه إما فقد العربون أو رد ضعفه؛ هذا إن كانت له دلالة العدول، أما إن كانت له دلالة البتات، فإن التعاقد بالعربون - زيادة على كونه عقدا تاما- لا محل فيه للعدول، بل يجب فيه على الطرفين تنفيذ الالتزام.

(2) يمكن اعتبار دلالة العربون أن العقد بات إذا كان هناك اتفاق صريح أو ضمني بين المتعاقدين على ذلك.

انظر: السنهوري، الوسيط، ج1، فقرة 142، ص262.

كما قد يستخلص ذلك من نية المتعاقدين. انظر الطعن رقم 6 لسنة 36، جلسة 1970/07/30، السنة 21، المكتب الفني، عدد 2، ص743، القاعدة رقم 120. حيث جاء فيه: «...وقد يريد العاقدان بالاتفاق عليه أن يجعلا عقدهما مبرما بينهما على وجه نهائي وقد يريدان أن يجعلا لكل منهما الحق في إمضاء العقد أو نقضه، ونية العاقدين هي وحدها التي يجب التعويل عليها في إعطاء العربون حكمه القانوني». وهذه النية يستخلصها قاضي الموضوع من ظروف الدعوى ووقائعها دونما رقابة عليه من محكمة النقض (المحكمة العليا). انظر: الطعن رقم 72 لسنة 55، جلسة 1988/05/11، السنة القضائية 39، عدد 2، ص944، القاعدة رقم 154؛ الطعن رقم 2388 لسنة 71، جلسة 2003/01/21، السنة القضائية 54، عدد 1، ص212، القاعدة رقم 37.

(3) هناك من اعتبر العدول شرطا فاسخا، لكن هذا القول يصطدم بأمرين: أولهما أن الشرط الفاسخ وصف خارجي في العقد أي أمر عارض، في حين أن حق العدول أمر أساسي فيه إذ يترتب عنه سحب الرضا؛ والأمر الثاني أنه لو اعتبرنا حق العدول شرطا لكان شرطا إراديا جحًا، ومعلوم أن الالتزام المعلق على شرط إرادي محض باطل.

انظر في هذا المعنى:

BERGERON Thomas-Louis, op. cit, p. 12.

وهناك من اعتبر حق العدول نوعا من حق الندم على سبقي رضا المتعاقدين بالعقد؛ ولهذا السبب، من يكون العدول من جانبه عليه دفع العربون ثمنا لهذا الندم.

انظر في ذلك: محمد حسنين، عقد البيع في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الرابعة، الجزائر، 1994، ص37-38.

المطلب الأول: العربون بدل ضمن التزام بدلي يؤدي إلى فقدان البدل

الالتزام البدلي هو التزام له محل واحد، غير أن المدين بالالتزام يمكنه أن يؤدي شيئاً آخر بدلاً ما هو ملزم بتأديته، فينتهي التزامه، كأن ينشأ التزام في ذمة شخص بإعطاء منزل لشخص آخر، ويحتفظ لنفسه بحق إعطائه مبلغاً من المال أو قطعة أرض مكان المنزل، فإذا قدم له المنزل فقد نفذ التزامه الأصلي وإن قدم له المال أو الأرض فيعتبر أيضاً أنه قد نفذ التزامه، ولكن عن طريق محله البديل، فأى الالتزامات تُنفذ تم الوفاء⁽¹⁾.

وعلى هذا يرى بعض الفقهاء وعلى رأسهم السنهوري، أن العربون ينشئ التزاماً بدلياً في ذمة طرفيه، ومن ثم فهو بدل في التزام بدلي⁽²⁾، أي هو مقابل للرجوع في العقد أو بدل عن هذا الرجوع⁽³⁾.

فالعربون وفق هذا الوصف هو البدل في الالتزام البدلي إذا أُعْثِر وسيلة للعدول عن العقد، بحيث يعطي فسخاً للمدين بأن يؤديه بدلاً من التزامه الأصلي، فيفقد العربون بدلاً أن يُنفذ الالتزام الأصلي إن كان العدول ممن دفعه، أو يردّ ضعفيه إذا كان العدول من ممن استلم العربون؛ فإن اتفق (أ) مع (ب) على أن يشتري منه سيارة ودفع له عربوناً بقيمة 5000 دينار، ثم عدل عن رأيه في شراء السيارة، فقد ذلك المبلغ، أما إن عدل (ب) عن بيع سيارته، فإنه يرجع إلى (أ) مبلغ 10000 دينار، فيعتبر حينها أن كلاً منهما قد نفذ التزامه تُجاه الآخر⁽⁴⁾، تنفيذاً عينياً للعقد وليس تنفيذاً بطريق التعويض⁽⁵⁾.

(1) - يسمى أيضاً بالالتزام الاختياري، وقد نص عليه المشرع الجزائري في المادة 216 من التقنين المدني الجزائري. نقابها المادة 265 مدني لبيي؛ 278 مدني مصري؛ 278 مدني سوري؛ 411 مدني أردني؛ 340 مدني عراقي؛ 340 مدني كويتي؛ 301 مدني قطري؛ 262 بحريني؛ 435 مدني إماراتي.

(2) - السنهوري، الوسيط، ج 1، م 1، فقرة 142، ص 264، هامش رقم 1؛ مزار الحق، م 1، ج 2، ص 89؛ سمير عبد السيد تناغو، عقد البيع، الفنية للطباعة والنشر، الإسكندرية، دون ذكر سنة النشر، ص 62؛ محمد شريف عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 118.

(3) - محمد شتا أبو سعد، الشرط كوصف للتراضي في القانون المدني المقارن والشريعة الإسلامية، رسالة دكتوراه منشورة، عالم الكتب، القاهرة، 1981، ص 168.

(4) - ما يلاحظ من الناحية القضائية بأن القضاة لم يتقيدوا بمبدأ ردّ العربون ومثله دائماً، حيث جاء في حكم صادر عن محكمة باتنة بتاريخ 1992/11/15، وأيده مجلس القضاء بتاريخ 1994/02/09، والمحكمة العليا بتاريخ 1996/03/13؛ أن على مالك العقار الذي عدل عن إتمام البيع رد المبلغ الذي تسلمه كعربون والذي مقداره 44 ألف دينار، ودفع تعويض مقداره 5000 دينار.

وهذا الحكم ليس سليماً لا باعتبار العربون حلاً للعدول حيث يجب رد 88 ألف دينار، رغم أن قراراً للمحكمة العليا بتاريخ 1979/01/31، ملف رقم 14447، جاء فيه خلاف ذلك، أي أنه أعاب على القرار المطعون فيه إلزام البائع الذي عدل برد نفس المبلغ المقبوض، وأكد أن الاجتهاد القضائي مستقر على أن يرد الضعف.

كما لا يعتبر الحكم السابق سليماً حتى وإن جعلنا العربون دليلاً على أن العقد بات، حيث يلزم هنا بتنفيذه عينياً، إلا إن تعذر ذلك، حينها قد نكون بصدد التعويض عن الضرر، ولا اعتقد الأمر متعزراً في هذه الحالة، بل كان الحال هو رفض إتمام عملية البيع ونقل الملكية.

انظر في هذه الأحكام والقرارات: أقولوشي فتيحة، المرجع السابق، ص 61-62.

(5) - سمير عبد السيد تناغو، عقد البيع، الفنية للطباعة والنشر، الإسكندرية، دون ذكر سنة النشر، ص 62-63.

وجدير بالذكر أن العرف المطبق في الجزائر بخصوص العربون مخالف لما هو منصوص عليه في القانون؛ حيث يفقد دافع العربون المال الذي دفعه إذا كان العدول منه، ويعيد من تسلم العربون ما دفع إليه دون زيادة إذا كان العدول منه، وهذا موافق - في شق منه - لما جاء في الفقه الإسلامي عند من يميزون التعاقد بالعربون.

يُضاف إلى ذلك أنّ العرف الجاري في بلادنا يقضي بأنّ مرور المدة المتفق عليها دون تقدّم من دفع العربون إلى إتمام (تنفيذ) العقد يجعله يخسر العربون، ويجعل الطرف الآخر في حِلٍّ، وله أن يتصرف في الشيء وفي المال المدفوع، أي إن مرور المدة دلالة على استعمال حق العدول، في حين أن القانون بخلاف ذلك، حيث يصبح العقد ملزماً للطرفين بعد مرور المدة المقررة لاستعمال حق العدول، ما لم يتفق على خلاف ذلك طبقاً لنص المادة 1/72 مكرر. أي أن المبلغ المدفوع يصبح تنفيذا جزئياً للعقد⁽¹⁾. بمعنى أن العربون يصبح قسطاً من الثمن.

على أن هناك من انتقد القول الذي يعتبر أن فوات مدة العدول يجعل من عربون العدول جزءاً أو قسطاً معجلاً من الثمن الكلي المستحق؛ فلا يعقل أن يكون حقاً للعدول ثم يتحول فجأة إلى قسط من الثمن، بل هناك من اعتبر هذا الأمر غير سليم قانوناً؛ لأنه لا يمكن أن تكون للعربون دلالتان في الآن ذاته، فإمّا أن يُعتبر دلالة عن حق العدول أو دلالة على تأكيد العقد.

وفي هذا الصدد يقول الدكتور عبد الحفي حجازي بأن الأسلم قانونياً هو أن نقول: إذا لم يُفسخ العقد المقترن بالعربون لعدم استعمال حق العدول، يصبح العربون في يدي قابضه بدون سبب، وبالتالي لا بد من رده إلى صاحبه، وما دام أن الغالب عدم ردّ العربون - بسبب تنفيذ العقد - فإننا نكون أمام انقضاء جزئي للعقد عن طريق المقاصة بين الثمن المستحق وقيمة العربون، ولا نعتبر العربون قسطاً من الثمن بتاتاً⁽²⁾.

وفيما يتعلق بفساخ العقد بسبب استحالة التنفيذ، أو لهلاك المحل بسبب قوة قاهرة مثلاً؛ فإننا نخرج عن دائرة العدول الاختياري من أحد الطرفين عن العقد، أي إنه يجب في هذه الحالة ردّ العربون إلى من آذاه⁽³⁾، ويعاد الطرفان إلى ما كانا عليه قبل دفع العربون.

وتجدر الإشارة إلى أنّ ما ورد في نص المادة 1590 من التقنين المدني الفرنسي - من تنظيم، ما هو إلا مكمل لإرادة الطرفين في العقد وليس من النظام العام⁽⁴⁾، فلها أن يخالفا ما جاء فيه من حيث العدول أو عدمه، ومن حيث ردّ العربون أو فقدّه من عدمه.

(1) - د. محمد حسين، الوجيز في نظرية الالتزام، ص 35.

(2) - انظر في القول الأول: "Redouin"، وفي الثاني عبد الحفي حجازي. أشارت إليهما: أفلوشي فتيحة، المرجع السابق، ص 79-80.

(3) - أنور سلطان، الموجز في النظرية العامة للالتزام، ص 85.

(4) - انظر في ذلك، قراري محكمة النقض الفرنسية:

غير أن هذا التوجه منتقدٌ بسبب أن الالتزام البدلي هو التزام واحد ذو محلين متعادلين، أحدهما أصلي وهو الأول بالتنفيد، والثاني بدلي يجوز للمدين أن يفني به مكان الالتزام الأصلي، والأمر على خلاف ذلك في العربون.

فالبيع بالعربون مثلاً ينشئ التزاماتٍ متعددة في ذمة البائع، وكلّ التزامٍ له محلٌّ خاصٌّ به؛ فإنّ عدل عن البيع، برئت ذمته منها جميعاً رغم أنه محل محلها التزام واحد مختلف عنها هو دفع العربون، ولهذا لا يستقيم أن يقال عن العربون إنه البديل في التزام بدلي⁽¹⁾.

وهناك اعتراض آخر من الفقيه "برونو سليس"، مفاده أن العربون لا علاقة له أصلاً بفكرة البديل في الالتزام البدلي - كما ليس له علاقة بفكرة الشرط كما سنذكره لاحقاً - بل هو عقد مقترن بتحفّظ أو خيار، وهذا التحفّظ أو الخيار ليس أمراً عارضاً كما هو الحال في البديل أو الشرط، بل هو مسألة أساسية في العقد، وأنّ من مستلزمات هذا التحفّظ تمتع صاحب الشأن بحق إرادي يتمثل في حقّ العدول، ومن ثمّ يكون مصدر الالتزام بدفع العربون هو نص القانون، تدعمه القواعد العامة في الالتزامات⁽²⁾.

غير أن السنبوري ردّ على هذا الاعتراض بأنه لا يوجد ما يمنع من أن يكون المحل الأصلي في الالتزام البدلي متعدّداً، في الوقت الذي يكون فيه البديل واحداً⁽³⁾.

مع ذلك، تبقى بعض الاعتراضات على اعتبار التعاقد بالعربون التزاماً بدلياً، باعتبار العربون بدلاً، منها:

- أن البديل في الالتزام البدلي لا بد أن يكون معادلاً للمحل الأصلي، وإلا فإنه لا يعتبر وفاءً تاماً؛ فالعربون المدفوع غالباً ما يكون ضئيلاً بالمقارنة مع قيمة المحل الأصلي، وحتى ولو كانت قيمته كبيرة، فإنه يبقى دوماً أدنى من قيمة المحل الأصلي.

(1)- سليمان مرقس، شرح القانون المدني، العقود المسماة عقد البيع، عالم الكتب، الطبعة 4، بيروت، 1980، ص 76-77؛ السنبوري، الوسيط، ج4، البيع والمقايضة، ص91، هامش رقم1.

(2)- انظر في ذلك: محمد شتا أبو سعد، المرجع السابق، ص168.

و ذات المعنى ذكره الدكتور علي فيلاي، (الالتزامات، النظرية العامة للعقد، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، الجزائر، 2008، ص151)؛ حيث يرى أن التعاقد بالعربون يتميز عن غيره من العقود، فهو حالة خاصة تطبق عليها قواعد خاصة.

(3)- السنبوري، الوسيط، ج4، فقرة 46، ص91، هامش رقم1.

وفي هذا المقام يقول الدكتور محمد ليب شنب بأن محل الالتزام البدلي يتمثل ابتداءً في أداء شيء واحد، غير أنه عند الوفاء يتعدد هذا المحل، فيكون للمدين إما أن يفني بالشيء الذي تم الاتفاق عليه منذ البداية أو بشيء آخر بدلا عنه. ضف إلى ذلك أن المدين هو من يختار الوفاء بالمحل البديل عوضاً عن المحل الأصلي.

انظر: محمد ليب شنب، دروس في نظرية الالتزام، الإثبات - أحكام الالتزام، دار نافع للطباعة، دون ذكر بلد النشر، 1974-1975، ص334-335.

- عند الاستعاضة بالبدل في الالتزام البدلي نكون قد تخلصنا من التزام واحد وهو الوفاء بالمحل الأصلي، فهو ويمثل وسيلة للخلاص من الالتزام، في حين أن ترك العربون بدل تنفيذ الالتزام المراد تنفيذه هو إنهاء للعقد كله، فهو يمثل وسيلة للخلاص من العقد لا من الالتزام⁽¹⁾.

المطلب الثاني: العربون يتضمن اتفاقيين متميزين معلقين على شرطين مختلفين في الطبيعة

بمقابل الرأي الأول، هناك رأي فقهي آخر يقول إن التعاقد بالعربون يتضمن اتفاقيين وليس اتفاقاً واحداً، كل منهما مختلف عن الآخر؛ الاتفاق الأول معلق على شرط واقف أو شرط فاسخ حسب قصد المتعاقدين، والثاني اتفاق على تحديد ثمن لاستعمال الحق في العدول، يترتب عنه أن من يستعمل هذا الحق يدفع مبلغاً يساوي مبلغ العربون⁽²⁾.

ومضمون هذا الرأي أن الاتفاق الثاني الذي ينشئ التزاماً بدفع ما يساوي قيمة العربون مقترن بشرط عكس شرط الاتفاق الأول، الذي يكون إما اتفاقاً معلقاً على شرط واقف وإما معلقاً على شرط فاسخ. وهذا يعني أنه إذا اعتبرنا الاتفاق الأول معلقاً على شرط واقف⁽³⁾، فإن الاتفاق الثاني معلق على شرط فاسخ؛ فإن تحقق الشرط الواقف بأن تم تنفيذ العقد، فإن العقد يسري بأثر رجعي، وفي الوقت يكون قد تحقق الشرط الفاسخ في الاتفاق الثاني والمتضمن الالتزام بدفع العربون، فيصبح دفع العربون غير واجب؛ لأنه لم يعد له وجود بتحقيق الشرط الفاسخ فيه.

أما إذا تخلف الشرط الواقف في الاتفاق الأول، أصبح العقد كأن لم يكن، وبالتالي يتخلف الشرط الفاسخ المتعلق بدفع ما يساوي قيمة العربون، فيصبح واجباً دفعه من طرف من عدل عن إتمام تنفيذ العقد.

(1) - بوترفاس حفيظة، ص 97. نقلا عن: ياسر محمد علي النيداني، العربون، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، ص 241-242.

(2) - سلمان مرقس، المرجع السابق، ص 77.

وهناك من التشريعات، مثل التشريع الصيني في المادة 117 من قانون التأمينات، من تعطي للمتعاقد الحق في الفسخ، وقد يكون ذلك حتى بعد البدء في تنفيذ العقد، شرط أن يكون الفسخ يتوافق مع مبدأ حسن النية، وأن لا يكون قد وصل المتعاقدان إلى مرحلة متقدمة من تنفيذ العقد كأن يكون قد تم دفع مبلغ يقارب المبلغ الكامل للشيء. ويترب على الفسخ إما فقدان العربون المدفوع أو رد ضعفه.

V: LI Bei, op. cit. p.p. 75- 76.

(3) - يرى كثير من الفقهاء الفرنسيين والمصريين، إضافة إلى بعض أحكام القضاء، بأن التعاقد بالعربون معلق على شرط واقف من بينهم: "بودري لاكتنزي" و"سيني" "Sagnet" et "Baudry-Lacantinerie"، عبد المنعم بدرأوي، أحمد نجيب الهالائي، وحامد زكي.

انظر في ذلك: محمد شتا أبو سعد، المرجع السابق، ص 166.

وفي الحالة الثانية التي يكون فيها الاتفاق الأول معلقاً على شرط فاسخ⁽¹⁾، وهو عدم رغبة المتعاقدين في تنفيذ العقد، ويكون الاتفاق الثاني معلقاً على شرط واقف؛ فإن تحقق الشرط الفاسخ أصبح العقد كأن لم يكن، ومن ثم يتحقق الشرط الواقف في الاتفاق الثاني، وهو وجوب دفع العربون من قبل من عدل عن تنفيذ العقد. وبالعكس، إذا لم يتحقق الشرط الفاسخ للتعاقد، لم يتحقق بدوره الشرط الواقف المقابل له في العربون، وتم تنفيذ العقد دون دفع ما يساوي قيمة العربون.

وفي ذات الاتجاه يرى الفقيه "Redouin"، بأن الالتزام بالعربون ذو طبيعة مركبة؛ فهو يشتمل على حق العدول المقرر للطرفين، وعلى الضمان المتأني من دفع العربون. فالضمان يظهر في الدفع المباشر للعربون عند انسحاب دافعه من العقد تعويضاً عن الضرر الذي يقع للطرف الآخر، وإن كان الانسحاب ممن قبضه فإنه لا يبقى هناك مبرر لاحتفاظه بالعربون، وبالتالي يعيده إضافة إلى مثله تأسيساً على رضاه بالتعامل بالعربون، فهذا النوع من التعاقد لا يختلف عن الاتفاق الذي يتضمن إمكانية عدم تنفيذ الطرفين لالتزاماتها مقابل دفع مبلغ معين⁽²⁾.

هذا الكلام يرجعنا إلى مسألة اعتبار العربون وسيلة للضمان التي كانت سائدة قديماً، في حين أن العربون ليس وسيلة ضمان في حد ذاته، وحتى لو اعتبرناه كذلك، لكان من الأولى اعتباره وسيلة ضمان لتنفيذ العقد وليس وسيلة لضمان عدم تنفيذه.

يضاف إلى ذلك أن القول بأن التعاقد بالعربون يماثل التعاقد الذي يتضمن بند إمكانية عدم تنفيذ الالتزام، كلام غير سليم، بسبب أن العربون تختلف دلالاته حسب نية أو اتفاق الطرفين أو العرف – هذا إن لم يحدد القانون تلك الدلالة- ومن ثم قد يعطي للطرفين حق التملص من إتمام العقد أو تنفيذه بل يلزمهما بالتنفيذ. وحتى لو كانت للعربون دلالة العدول، فإن العقد الذي يتضمن بنداً بإمكانية عدم تنفيذ الالتزامات الناشئة عنه مقابل دفع مبلغ ما هو إلا عقد يتضمن شرطاً جزائياً، وهذا الأخير يختلف كثيراً عن التعاقد بالعربون كما سنوضحه في المطلب الثالث من المبحث الثاني.

فضلاً عما يُعترض به على أن اعتبار العقد معلقاً على شرط بأنه رأي لا يستقيم إلا في حالة اعتبار العدول شرطاً فاسخاً للتعاقد. أما في حالة اعتباره شرطاً واقفاً له، فإننا نجعل الالتزام بالعربون مقررّاً في ذمة كلا الطرفين تحت شرط فاسخ هو عدم العدول، مما يترتب عنه إمكان مطالبة كل طرف للآخر بقيمة العربون من

(1)- من بين الذين يرون أن التعاقد بالعربون معلق على شرط فاسخ: بلانيول "Planiol" وريبير "Ripert" وهامل "Hamel" وكوله دي سنتر "Colmet de SanterreGuillourd"، وجميل الشرفاوي.

انظر في ذلك: سلجان مرقس، المرجع السابق، ص 79، هامش رقم 1 و 6؛ محمد شتا أبو سعد، المرجع السابق، ص 167؛ أفلوشي فتيحة، المرجع السابق، ص 46.

(2)- انظر في ذلك: بوترفاس حفيظة، المرجع السابق، ص 98.

وقت التعاقد وليس من وقت تحقق الشرط الفاسخ، وكل ما في الأمر أنه يقوم برده للطرف الآخر إذا لم يتم العدول بأن تم تنفيذ العقد، وهذا طبعاً لم يكن قصد المتعاقدين وقت التعاقد، كما أنه يخالف المنطق القانوني⁽¹⁾.

يضاف إلى ذلك أن ما يُعلّق عليه العقد في التعاقد بالعربون ليس مجرد واقعة محايدة قد تقع وقد لا تقع، بل يتعلق الأمر هنا بإرادة أحد الطرفين، حيث يكون لأحدهما - بناءً على الحق الإرادي المنبثق من الاحتفاظ بمكّنة استعمال أو عدم استعمال خيار العدول - التحكم في مصير العقد، ومن ثم فإن العقد هنا يكون مقترناً بتحفظ وليس بشرط، لا واقف ولا فاسخ⁽²⁾.

كذلك، إن تخلّف الشرط الواقف أو تحقّق الشرط الفاسخ يؤدّيان إلى زوال العقد بشكل نهائي، ومن ثم لا نجد أي سند قانوني يبرر التزام من عدل عن العقد برّد العربون الذي استلمه، أو رده ومثله⁽³⁾. فضلاً عن أنّ الاتفاق الثاني في العقد ينافي مبدأ التبعية الذي يميّز به الاتفاق على العربون؛ ذلك أن العربون موجود لخدمة الالتزام الأصلي ولضمان تنفيذه⁽⁴⁾.

المطلب الثالث: العربون يعطي للمتعاقدين حق العدول وليس حق الرجوع

بالنظر الحاصل في العقود اليوم، ظهرت مصطلحات تبدو لأول وهلة أنها متماثلة، في حين أنها ليست كذلك، ومن هذه المصطلحات حق الرجوع، والذي نجده بشكل واسع في عقود الاستهلاك⁽⁵⁾، حيث يعرف بأنه: «تعبير عن إرادة معاكسة، بمقتضاها يقصد صاحب تصرّف أو تعبير بإرادة منفردة الرجوع عن إرادته وسحبها وكأنّها لم تكن من أجل إفراغها من كل أثر في الماضي والمستقبل»⁽⁶⁾. أو «تعبير عن إرادة مخالفة لما وقع الاتفاق عليه، يرمي من ورائها [ورائه] أحد الأطراف [إلى] الرجوع فيما وقع الاتفاق عليه واعتباره كأن لم يكن»⁽⁷⁾.

(1) - سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 77، هامش رقم 1.

(2) - محمد شتا أبو سعد، المرجع السابق، ص 167-168.

(3) - سليمان مرقس، المرجع نفسه، ص 80.

(4) - تالا عقاب حسين الخصاونة، المرجع السابق، ص 119-120.

(5) - كما يوجد في عقود أخرى كثيرة، مثل: التعليم بالمراسلة، بيع المنازل بقصد إبرام اتفاقيات مالية، وبيع المنازل، والبيع عبر المسافات. انظر في ذلك: شوقي بناسي، أثر تشريعات الاستهلاك على المبادئ الكلاسيكية للعقد، أطروحة دكتوراه، جامعة الجزائر 1، 2015-2016، ص 321.

(6) - هذا تعريف Gérard Cornu. ذكره: شوقي بناسي، المرجع السابق، ص 322.

(7) - هذا تعريف لطفي بن كريم. ذكره: عمار زعي، الحق في العدول عن التعاقد ودوره في حماية المستهلك، مجلة الفكر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، العدد 9، 2013، ص 122.

وقد نصّ عليه المشرع الجزائري في نصوص متفرقة منها: المرسوم تنفيذي رقم 15-114، يتعلق بشروط وكيفيات العروض في مجال القرض الاستهلاكي⁽¹⁾. حيث ورد في نصّ المادة 2/11 منه: «...يتاح للمشتري أجل للعدول مدته ثمانية (8) أيام عمل، تحسب من تاريخ إمضاء العقد...»⁽²⁾.

ومقتضى هذا الحق أن المشتري، أو المكتتب، أو المستهلك عموماً، له الحق إنهاء العقد، خلال مدة معينة، تكون غالباً قصيرة، بإرادته المنفردة⁽³⁾، مع الاحتفاظ بحقه في استرداد ما دفعه إلى البائع أو المتدخل (المحترف أو المهني سابقاً)، دون أن على من رجع أن يدفع أي شيء مقابل استعماله حق الرجوع، ودون أن يكون للطرف الآخر طلب التعويض عن الأضرار التي تصيبه نتيجة هذا الرجوع، ما دام قد استعمل في إطار القانون⁽⁴⁾. وبالتالي فحق الرجوع الممنوح للمستهلك يمثل خروجاً عن القوّة الملزمة للعقد في القواعد العامة، اقتضته ضرورة حماية المستهلك باعتباره الطرف الضعيف⁽⁵⁾.

ومن خلال ما تقدم، يظهر جلياً أن حق العدول "Droit de dédit" أو رخصة العدول "Faculté de dédit"، يختلف عن حق الرجوع "Droit de rétractation" في جوانب كثيرة، تتمثل في⁽⁶⁾:

- إن استعمال حق العدول في التعاقد بالعربون لا بد فيه من مقابل، فإن تمّ ممن دفع العربون، خسره، وإن تمّ ممن قبضه، رده ومثله، في حين تكون ممارسة حق الرجوع دون دفع أي مقابل.
- يمكن استعمال رخصة العدول من أيّ من المتعاقدين، في حين أن حق الرجوع لا يكون إلا لطرف واحد، وهو المشتري أو المستهلك عموماً، وليس البائع أو المتدخل.
- خيار العدول في التعاقد بالعربون ليس من النظام العام؛ لذلك يمكن الاتفاق على مخالفته واعتباره تنفيذاً للعقد، في حين أن حق الرجوع من النظام العام، فهو يتعلق بالنظام الحمائي للمستهلك.
- أن خيار العدول يعد حقاً بالمعنى القانوني، لاسيما أنه يقابله التزام يقع على من يستعمل في مواجهته، في حين أن خيار الرجوع لا يعتبر حقاً بالمعنى الدقيق، فلا يمكن اعتباره حقاً شخصياً بما تمثله علاقة الدائنية، ولا يعتبر حقاً عينياً بما يحمله من سلطة على الشيء، كما لا يعتبر رخصة بما أنه لا يمثل حقاً، وليس حرية أيضاً بما أنه مقصور على فئة المستهلكين، وليس الجميع؛ وبالتالي فهو في منزلة وسطى بين الحق والحرية، إذ يمثل مُكنة

(1) - المرسوم تنفيذي رقم 15-114، مؤرخ في 12 مايو 2015، يتعلق بشروط وكيفيات العروض في مجال القرض الاستهلاكي، الجريدة الرسمية عدد 24، صادرة في 13 مايو 2015، الصفحة 10.

(2) - وقد نصّ قبل ذلك على مثل هذا في المادة 3/119 مكرر 1 من الأمر 11-03، المتعلق بالنقد والقرض، المعدل والمتمم بموجب الأمر 10-04؛ حيث جاء فيها: «يمكن أي شخص أكتب تعهداً أن يتراجع عنه في أجل ثمانية (8) أيام من تاريخ التوقيع على العقد».

(3) - وفي هذا يتشابه حق العدول الممنوح في التعاقد بالعربون مع حق الرجوع.

(4) - انظر: زعي عمار، المرجع السابق، ص 123.

(5) - زعي عمار، المرجع نفسه، ص 123.

(6) - انظر في ذلك: شوقي بناسي، المرجع السابق، ص 329.

قانونية، وحق إرادي محض يعطي لصاحبه حق إحداث أثر قانوني بإرادته المنفردة بصرف النظر عن الطرف الآخر⁽¹⁾.

المبحث الثاني: دفع العربون يلزم العاقدین بتنفيذ العقد

في مقابل التشريعات اللاتينية التي تجعل من العربون دلالة لحق العدول، نجد التشريعات الجرمانية - وفي مقدمتها القانون الألماني في نص المادة 336⁽²⁾ - تأخذ به دلالة على تأكيد العقد وجعله بائناً⁽³⁾.

ومن التشريعات العربية التي تعتبره دليلاً على تمام العقد: التقنين المدني العراقي في نص المادة 1/92، والإماراتي في نص المادة 1/148، حيث جاء فيها: «يعتبر دفع العربون دليلاً على أن العقد أصبح بائناً لا يجوز العدول عنه إلا إذا قضى الاتفاق أو العرف بغير ذلك».

وظهير الالتزامات والعقود المغربي في الفصل 288، الذي اعتبر فيه أن: «العربون هو ما يعطيه أحد المتعاقدين للآخر بقصد ضمان تنفيذ تعهده»، ومجلة الالتزامات والعقود التونسية في الفصل 303، لما نصت على أن: «العربون هو ما يعطيه أحد المتعاقدين للآخر لأجل إتمام ما تعاقدا عليه».

والقانون المدني الجيني الذي نص في المادة 575: «بيع العربون هو أن يدفع المشتري للبائع جزءاً من الثمن في بيع اتفقاً عليه يحتسب من الثمن إذا أخذ المشتري المبيع ودفع باقي الثمن سواء عيّن وقت لدفع الباقي أم لم يُعيّن».

فإذا دفع أحد المتعاقدين عربوناً إلى المتعاقد الآخر؛ فإنّ ذلك يعتبر تنفيذاً جزئياً للعقد. ففي حالة البيع مثلاً: إذا كان المشتري هو من دفع العربون، فإنّ ذلك المبلغ يخصم من الثمن الكلي للمبيع، وإن كان البائع هو من دفع العربون، فإنّه يسترده عند تنفيذ العقد⁽⁴⁾.

(1) - انظر في ذلك: منصور حاتم محسن، إساءة خضير مظلوم، العدول عن التعاقد في عقد الاستهلاك الإلكتروني، دراسة مقارنة، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، جامعة بابل، السنة الرابعة، العدد الثاني، 2012، ص 54-55.

(2) - جاء في نص المادة 336 فقرة أولى:

«Si, lors de la formation d'un contrat, il a été donné quelque chose à titre d'arrhes, cela vaut comme signe de la conclusion du contrat».

(3) - جاء في نص المادة 336:

Code civil Allemand, traduit et annoté par C. BUFNOIR et autres, tome 1, l'imprimerie nationale, Paris, p483.

(4) - في هذا الصدد ينص الفصل 289 مدني مغربي على: «إذا نفذ العقد، خصم مبلغ العربون بما هو مستحق على من أعطاه. مثلاً إذا كان من أعطى العربون هو المشتري أو المكترى [المستأجر] خصم من ثمن البيع أو من الكراء، وإذا كان من أعطى العربون هو البائع أو المكري [المؤجر]، ونفذ العقد وجب رده.

كما يجب رد العربون أيضاً، إذا ألغى العقد بتراضي عاقيه».

غير المشرع الجيني كان مخالفاً للتشريعات العربية التي تجعل العربون تأكيداً للعقد، وذلك حينما نص في المادة 576 من القانون المدني: «إذا اتفق على أنه في حالة العدول عن الصفقة يبقى العربون للبائع فلا يصح البيع». وهذا يعني أنه - فضلاً عن اعتبار العربون تأكيداً للعقد- لا يمكن أن يستبقي من أخذ العربون هذا العربون، حتى ولو تم الاتفاق على إمكانية العدول عن العقد، بل يعتبر العقد برمته باطلاً.

وهذا يعني أن دفع العربون يجعل العقد قد تم بصفة نهائية، ولا يجوز لأي من الطرفين العدول عنه منفرداً وإلا اعتبر مُخلّاً بتنفيذ التزاماته، فيكون حينها للطرف الآخر أن يتمسك إما بالتنفيذ⁽¹⁾ العيني للعقد أو بالفسخ مع التعويض⁽²⁾، أو بالدفع بعدم التنفيذ طبقاً للقواعد العامة في القانون المدني.

والتعويض هنا يكون عن الضرر الذي سببه الطرف الذي أخل بالتزامه التعاقدى للطرف الآخر، ولا علاقة له بالعربون، إذ قد يكون مقدار التعويض أكبر من مقدار العربون وقد يكون أقل منه، كما قد يكون مساوياً له. وهذا يرجع تقديره إلى قاضي الموضوع⁽³⁾.

ولهذا فإن اعتبار العربون جزءاً من العقد، يمثل ضمانة لمن دفع العربون بأن الطرف الآخر لن يقوم بالتصرف في الشيء المتعاقد عليه، حتى ولو تقدم إليه شخص آخر بعطاء أفضل، وفي الآن ذاته يكون مستلم العربون مطمئناً إلى الطرف الآخر بأنه سيُتم عملية تنفيذ العقد، وأنه لن يرجع عن قراره⁽⁴⁾.

وإذا تم الفسخ بطريق التراضي، فإن دافع العربون يسترد ما دفعه، سواء كان بائعاً أم مشترئاً، مؤجراً أو مستأجراً...⁽⁵⁾.

غير أنه وإن اتفق هذا الرأي على أن العربون تأكيد للعقد، فقد انقسموا إلى رأيين مشهورين⁽⁶⁾: أحدهما يجعله عقداً معلقاً على شرط واقف، والثاني يجعله عقداً معلقاً على شرط فاسخ.

(1)- ولعل في هذه الحالة تظهر دلالة أخرى للعربون، وهي دلالة الإثبات، إلا أنها هنا دلالة ثانوية بالنظر إلى الدلالة الأصلية التي تكون عند التعاقد والتي تتمثل في جعل العقد بائناً.

(2)- وقد جاء في قرار لمحكمة النقض المصرية ما يفيد بذلك: «...أما إذا تبين للمحكمة أن العربون كان للبت والتأكيد على تمام العقد فلا يجوز لأي من الطرفين العدول عن البيع، ويعتبر العربون المدفوع جزءاً من الثمن، وجاز لأي من الطرفين إلزام الطرف الآخر بتنفيذ العقد. ويجرى على العقد القواعد العامة من جواز المطالبة بالتنفيذ العيني أو بالتعويض أو بالفسخ مع التعويض إن كان له وجه». الطعن رقم 618 لسنة 70 قضائية، جلسة 2001/01/04، السنة 52، المكتب الفني، عدد 1، ص 118، القاعدة 22.

(3)- انظر في هذا المعنى: السنيوري، مصادر الحق، مج 1، ح 2، ص 90.

وقد سمي المشرع التونسي في الفصل 305 من مجلة الالتزامات والعقود التعويض بالغرامة المالية، والتي يسدها دافع العربون إن كان هو السبب في عدم تنفيذ العقد أو فسخه، حيث يحق له أن يجبس العربون إلى حين دفع الطرف الآخر الغرامة المالية التي يحددها القاضي. بخلاف المشرع المغربي في الفصل 290، الذي ساه تعويضاً.

(4)- انظر في هذا المعنى: بوترفاس حفظة، المرجع السابق، ص 28.

(5)- انظر الفصل 289 فقرة 2 من ظهير الالتزامات والعقود المغربي، والفصل 304 من مجلة الالتزامات والعقود التونسية.

(6) - قلنا مشهورين نظراً إلى أن هناك آراء أخرى في التعاقد بالعربون؛ حيث من الفقهاء من يقول بأن العقد المقترن بعربون هو اتفاق تهديدي أو ابتدائي؛ لأن التحول من العقد الابتدائي إلى العقد النهائي دليل على أن إرادة المتعاقدين لم تلتق بصورة نهائية وباتة. منهم جلال العدوي، محمد كامل مرسي، غير أن هذا منتقد.

المطلب الأول: العقد المتضمن دفع عربون معلق على شرط واقف

يرى بعض الفقهاء أن التعاقد بالعربون عقد معلق على شرط واقف⁽¹⁾؛ ومعنى ذلك أنه لا يمكن لأي من المتعاقدين أن يرجع في العقد بإرادته المنفردة خلال مدة معينة تحدد عن طريق الاتفاق، أو العرف، أو من الظروف الملازمة للعقد⁽²⁾.

وهذا في رأيهم هو التكييف الذي يتفق مع ما تذهب إليه إرادة المتعاقدين؛ لأن خيار العدول يعني أن رضا المتعاقدين بالعقد ليس نهائياً، أما في هذه الحالة فرضاؤها نهائياً، كل ما في الأمر أن جميع آثار العقد تتوقف إلى حين سقوط خيار العدول، فيسقط بعدم استعماله، وجبها يتحقق الشرط الواقف، وتتحقق معه جميع الآثار التي ينتجها العقد بأثر رجعي من وقت العقد وليس من وقت تحقق الشرط الواقف⁽³⁾.

فلو فرضنا أن شخصين اتفقا على مبيع معين بثمن قدره 1 مليون دينار، ودفع المشتري عربوناً مقداره 100 ألف دينار للبائع، فإن العقد يعتبر قد تم، ولكن تنفيذه النهائي متوقف على عدم استعمال أحد الطرفين لحقه في العدول، خلال المدة المتفق عليها أو خلال المدة التي يحددها العرف، فإن مرت تلك المدة، أصبح المشتري ملزماً بدفع ما بقي من الثمن وهو 900 ألف دينار، وصار البائع ملزماً بنقل الملكية إلى المشتري⁽⁴⁾.

(1)- من بين الذين يقولون بهذا: بودري وسينيا، كولان وكايتان، جوسران.
راجع في ذلك: السنبوري، الوسيط، ج4، البند 46، ص91، هامش رقم2.
وانظر كذلك:

BERGERON Thomas-Louis, op. cit. p. 12-13.

(2)- اعتبار العقد هنا معلق على شرط واقف أو على شرط فاسخ ليس له ذات الآثار التي ذكرناها عندما أوردنا مسألة الشرط الواقف والشرط الفاسخ إذا ما كان للعربون دلالة العدول؛ ذلك أن العربون هنا إنما دفع لأجل الخيار بين المضي في العقد، وذلك عندما نقول إن الشرط الواقف في الاتفاق الأول قد تحقق، أو الشرط الفاسخ في الاتفاق الثاني قد تخلف، في حين أن الشرط الواقف أو الفاسخ في حال اعتبار العربون بداية لتنفيذ العقد يقتضي أن العقد قد تم وأن آثاره إنما أن تكون موقوفة إلى حين تحقق الشرط الواقف، وليس لأي من الطرفين الرجوع عن العقد، فإن تحقق، ترتبت الآثار من وقت العقد لا من وقت تحقق الشرط. وإما أن تكون الآثار سارية من وقت العقد إلى حين تحقق الشرط الفاسخ، فإن تحقق اعتبر العقد من أساسه كأن لم يكن. كل هذا مع الأخذ في الحسبان أن المدة التي يتحقق فيها الشرطان - الواقف أو الفاسخ - أو يتخلفان فيها، تكون في التعاقد بالعربون قصيرة، وليس مثل باقي العقود، حيث قد تطول مدة تعليق الاتفاق أو العقد على الشرط، مما يجعل مسألة تهديد العقد بالزوال ليست بذات الحدة في العقود العادية لاسيما إن اعتبرنا العربون تنفيذاً جزئياً للعقد.

(3)- وهو الرأي الراجح عند الدكتور أنور سلطان. انظر: أنور سلطان، الموجز في النظرية العامة للالتزام، ص85.
أغلب التقنيات المدنية العربية أخذت بالأثر الرجعي للشرط كأصل عام، واقفاً كان أم فاسخاً، من بينها: التقنين المدني الجزائري في نص المادة 1/208، والمصري في المادة 1/270، والليبي في المادة 1/257؛ والمغربي في الفصل 124، والسوري في المادة 1/270، والكويتي في المادة 1/238، والعراقي في المادة 1/290، والقطري في المادة 1/290، والبحريني في المادة 1/250.
غير أن المشرع الأردني أخذ بمبدأ عدم رجعية أثر الشرط في نص المادة 400 من التقنين المدني.
(4)- انظر في ذلك: أقولوشي فيتحه، المرجع السابق، ص79.

وهذا يعني أنه في الحالة المعاكسة، أين يستعمل أحد الطرفين حقه في العدول، يتخلف الشرط الواقف، ولا ينتج العقد أي أثر قانوني، ويصبح كأن لم يكن، فيرد المتعاقدان إلى الحال التي كانا عليها قبل التعاقد، فيردّ من عدلّ العربون إلى الطرف الآخر.

في اعتقادي أن هذا القول مجانب للصواب، بل فيه خلط بين اعتبار دلالة العربون هي العدول، وبين اعتبار دلالتة هي البدء في تنفيذ العقد؛ فالمثال يصلح فيما لو كانت دلالة العربون هي العدول، ولا يمكن إعطاء دلالتين له في الآن ذاته⁽¹⁾.

ومما يترتب عن هذا التكييف، أنه لا يمكن للدائن أن يقوم بأي إجراء من إجراءات التنفيذ على المدين⁽²⁾. وهذا راجع إلى أن العقد ما زال في مرحلة التعليق.

كما أن تبعة الهلاك هنا تقع على البائع إذا حدثت قبل تحقق الشرط الواقف⁽³⁾، أما إذا حدثت بعده فإنها تكون على المشتري إذا كانت بعد التسليم⁽⁴⁾.

لكن ما يؤخذ على هذا الرأي، أن تخلف الشرط الواقف يجعل العقد كأن لم يكن، ويعاد المتعاقدان إلى ما كانا عليه قبل التعاقد، ومن ثم من دفع مبلغ العربون يسترده، وهذا لا نجده في التعاقد بالعربون، فإذا عدل من دفع العربون فقده، وبالتالي بأي حق يأخذه الطرف الآخر، وإذا عدل من استلمه، أرجعه - وهذا طبيعي - ورد مثله، فبأي حق أيضاً أن يستلم الطرف الثاني ضعف ما دفع⁽⁵⁾؟

كما أن هذا الرأي يقتصر على بيان حكم العقد الأصلي دون أن يحدد طبيعة التزام الطرف الذي يستعمل حق العدول⁽⁶⁾.

(1)- وهذا الذي ذهب إليه "Redouin"

انظر في ذلك: أفلوشي فتيحة، المرجع السابق، ص 79-80.

لكن الكلام حسب اعتقادي يتعلق بعربون العدول وليس بعربون القسط (أي الذي له دلالة البتات)، والباحثة أخطأت بين الأمرين.

(2) - تالا عقاب، المرجع السابق، ص 116. نقلا عن: عبد الحكيم فودة، الوعد والتهديد للتعاقد، ص 186.

(3) - السنهوري، الوسيط، ج 4، ص 91، هامش رقم 2.

(4) - وهذا تطبيق للقواعد العامة في القانون المدني (المادة 369).

(5) - السنهوري، الوسيط، ج 4، ص 91، هامش رقم 1.

ولعل هذا القول مأخوذ من عند فقهاء الشريعة الذين رأوا عدم جواز التعاقد بالعربون، باعتباره أكلاً لأموال الناس بالباطل؛ فأخذ العربون عند عدم تنفيذ العقد لم يكن بعوض كما لم يكن هبة، وبالتالي فهو أكل لأموال الناس بالباطل.

أما إن كان المبلغ المدفوع كهرون جزءاً من الثمن الإجمالي، يتعين إقامه، فإن العقد يكون جائزاً عند الجميع.

انظر في ذلك: محمد بن أحمد بن أبي بكر القرطبي، الجامع لأحكام القرآن والمبين لما تضمنه من السنة وآي القرآن، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي وآخرون، مؤسسة الرسالة، الطبعة الأولى، بيروت، لبنان، 1427هـ-2006م، ج 6، ص 248.

(6) - محمد حسنين، عقد البيع، ص 39.

يضاف إلى ذلك أن التشريعات التي جعلت من العربون دلالة على أنه عقد تام، لا تعتبره معلقاً على شرط واقف، بل تمنع استعمال حق العدول للطرف الواحد، فلا يكون التخلص من الالتزامات التعاقدية إلا باتفاق الطرفين، أو إذا جرى العرف على ذلك، أو تعذر تنفيذ العقد أو تم فسخه بسبب عدم تقصير أحد الطرفين. وهنا إذا تم تنفيذ العقد احتسب العربون ضمن الثمن، وإن فسخ باتفاق الطرفين أو وفق ما يقضي- به العرف أعيد إلى من دفعه، أما إن فسخ بسبب تقصير أحد الطرفين، فإن للطرف الآخر الاحتفاظ بالعربون إلى حين الحصول على التعويض الذي تحدده المحكمة.

المطلب الثاني: العقد المتضمن دفع عربون معلق على شرط فاسخ

في مقابل من يرى أن التعاقد بالعربون عقد معلق على شرط واقف، يوجد رأي آخر يجعل منه عقداً معلقاً على شرط فاسخ⁽¹⁾، وهذا يعني أن العقد المبرم بين المتعاقدين صار نهائياً وناظراً فيما بينها، أي أن الآثار التي ينتجها العقد تكون سارية من وقت التعاقد وليس من وقت تخلف الشرط الفاسخ.

وهذا عكس ما هو عليه الأمر بالنسبة إلى العقد المعلق على واقف؛ فإذا تخلف الشرط الفاسخ بأن لم يستعمل أي من طرفي التعاقد حقه في العدول، استقر العقد بشكل نهائي.

أما إذا تحقق الشرط الفاسخ بأن استعمل أحدهما حقه في العدول؛ فإن العقد يزول بأثر رجعي، فتزول معه الآثار التي كان قد رتبها، وبالتالي من عدل عن العقد كان عليه دفع مقدار العربون.

وما يؤخذ على هذا الرأي هو نفسه ما يؤخذ على القول بأن التعاقد بالعربون عقد معلق على شرط واقف، أي أنه لا مسوغ لإرجاع مقدار العربون ومثله من طرف من تسلمه، أو خسارة العربون من طرف من دفعه.

المطلب الثالث: العربون دليل بداية تنفيذ العقد، لكنه ليس شرطاً جزائياً

هناك من الفقه من يعتبر العربون شرطاً⁽²⁾ جزائياً في العقد، إذا ما استعمل أحد الطرفين حقه في العدول وعدم تنفيذ الصفقة؛ فالعقد يعتبر قد تم بشكل نهائي، ومرتباً لكافة آثاره القانونية، وبالتالي استعمال حق العدول

(1)- أنور سلطان، الموجز في النظرية العامة للالتزام، ص 85؛ محمد حسنين، عقد البيع، ص 39.

من بين من يقول بهذا: كوكليه دي سانتير، جوار.

راجع في ذلك: السنبوري، الوسيط، ج 4، فقرة 46، ص 91، هامش رقم 2.

(2) - تقول الباحثة تالا عقاب بأنه يجب التفريق بين الطبيعة القانونية للتعاقد بالعربون وبين الطبيعة القانونية للعربون، وهذا على أساس أن العربون باعتباره يمثل شرطاً، أو هو وصف يلحق بالالتزام فيؤثر في نفس المتعاقدين دون أن يدخل في تكوين العقد.

تالا عقاب حسين الخصاونة، التعاقد بالعربون، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، جامعة آل البيت، الأردن، 2001، ص 114-115.

ونحن نوافقها في شق، ونخالفها في آخر؛ فصحيح أن الطبيعة القانونية للتعاقد بالعربون تختلف عن الطبيعة القانونية للعربون؛ ذلك أن الأولى تقتضي- من تحديد طبيعة العلاقة بين الطرفين، هي عقد تام مثلاً أم عقد ابتدائي أم وعد بالتعاقد، أم عقد معلق على شرط....، في حين أن الثانية تقتضي- البحث في ذات العربون ودلالته، هل هو مبلغ نقدي أم غير ذلك، وهل هو بدل عن الالتزام الأصلي، وهل يمثل دلالة على العدول أم لا... أما ما لا نوافقها عليه فهو جعل العربون شرطاً أو وصفاً يلحق بالالتزام. فهذا ليس بصحيح؛ فالعربون ليس شرطاً في حد ذاته بل مبلغ من المال أو شيء يُقدّم من طرف أحد العاقدين، قد يجعل العقد أو الاتفاق معلقاً على شرط، كما أنه عنصر في الالتزام أو جزء منه وليس خارجاً عنه؛ ولذلك لا

يقتضي توقيع جزاء على صاحبه، إما بفقد ما دفع، أو برد ما أخذ ومثله، أو إذا تم دفعه دون الاتفاق عليه باعتباره وسيلة للعدول⁽¹⁾.

غير أن القول مُعارض من عدّة وجوه؛ فرغم أنّ العربون يتشابه مع الشرط الجزائي في بعض المسائل منها: أنّ كلاً منها يمثل التزاماً من أحد المتعاقدين تُجَاه الآخر⁽²⁾، وأن كلا منها يهدف إلى تحقيق سلامة العقود من التلاعب، وحث المتعاقدين على تنفيذها، ذلك أن عدم التنفيذ يقتضي -خسارة العربون، أو دفع الشرط الجزائي⁽³⁾، وأن كلا منها يتضمن تقديرًا لمبلغ يُدفع؛ عند العدول في العربون، وعند الإخلال بالعقد في الشرط الجزائي⁽⁴⁾.

إلا أنّها - كما قلنا - يختلفان من عدة أوجه:

- **الوجه الأول:** العربون هو المقابل لحق العدول عن العقد، بينما الشرط الجزائي هو تقدير لتعويض عن ضرر وقع بسبب عدم تنفيذ العقد⁽⁵⁾.
- **الوجه الثاني:** العربون قائم عند العدول حتى ولو لم يترتب عن العدول ضرر، أما الشرط الجزائي فلا يستحق إلا إذا وقع ضرر⁽⁶⁾.

يمكن اعتباره وصفًا، فالوصف أمر خارج عن العقد يعطي لنا انطباعًا أو تصورًا عنه، أو يبيّن طبيعته أو فئته أو درجته أو حكمه...، كأن نقول مثلاً بأنّ البطلان وصفٌ يلحق بالالتزام أو العقد، إذا تخلف ركنٌ من أركانه أو شرطٌ من شروط صحة تلك الأركان. ثم لا ندري كيف يكون للعربون أن يؤثر في نفس المتعاقدين، رغم أنّه مادّي بحث وليس أمرًا نفسيًا. ولسنا نفهم كذلك كيف أن العربون خارج عن تكوين العقد مع أنّه إما أن يكون تنفيذًا جزئيًا لهذا العقد، أو هو بديل عن الالتزام الأصلي في حالة إرادة عدم تنفيذه، وبالتالي هو أيضًا تنفيذ للالتزام، ولكن من جانب مغاير؟!

(1) - انظر في من قال بذلك: محمد عبد العزيز، المرجع السابق، ص 150؛ بوترفاس حفيظة، المرجع السابق، ص 90. وكذلك: "Faribault" الذي اعتبره نوعًا من أنواع الشرط الجزائي.

V: BERGERON Thomas-Louis, op. cit. p.p. 19- 20.

ويعقب هذا الأخير على هذا الرأي قائلًا بأن هذا يعني أنه ليس للطرفين الخيار بين الالتزام الأصلي والالتزام الشاوي، بل هما ملزمان بتنفيذ الاثنين، والعربون بخلاف ذلك، حيث يكون للطرفين الخيار في ذلك، كما أنه لا يمكن شغل ذمة المدين بالتزامين في آن واحد. ومن التشريعات التي ذكرت بأنه جزاء: التقنين المدني العراقي في نص المادة 2/92، والإماراتي في نص المادة 2/148، حيث ورد فيها: «إذا اتفق المتعاقدان على أن العربون جزاء للعدول عن العقد...».

(2) - زكي الدين شعبان، نظرية الشروط المقتربة بالعقد، ص 164؛ إبراهيم الدسوقي أبو الليل، تعويض الضرر في المسؤولية المدنية، ص 423. نقلًا عن: محمد بن عبد العزيز بن سعد الجني، الشرط الجزائي وأثره في العقود المعاصرة، رسالة دكتوراه، جامعة الملك سعود، المملكة العربية السعودية، 1425هـ - 1426هـ، ص 149.

(3) - إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع السابق، ص 423. نقلًا عن: محمد بن عبد العزيز، المرجع السابق، ص 149.

LI Bei, op. cit. p. 77.

(4) - السنهوري، الوسيط، ج 2، فقرة 490، ص 864.

(5) - السنهوري، الوسيط، ج 2، فقرة 490، ص 864؛ محمد حسنين، الوجيز في نظرية الالتزام، ص 264.

(6) - السنهوري، الوسيط، ج 2، فقرة 490، ص 864؛ محمد حسنين، الوجيز في نظرية الالتزام، ص 35، وص 264.

- **الوجه الثالث:** أن الجزء الجزائي الثابت في الشرط الجزائي يكون لعدم تنفيذ العقد بصورة غير مشروعة للعقد، فالجزء راجع إلى الخطأ وهو جزاء تعاقدية خاص يتعلق بالمسؤولية، في حين أن العدول يكون عند عدم التنفيذ لسبب مشروع، وهو خارج عن فكرة جبر الضرر الموجود في المسؤولية⁽¹⁾.
- **الوجه الرابع:** العربون لا يجوز تخفيضه من طرف القاضي، بل يجب دفعه كما هو، بينما يجوز للقاضي تخفيض الشرط الجزائي بما يتناسب مع الضرر؛ ذلك أن الشرط الجزائي هو تعويض اتفاقي عن الضرر الذي ينشأ بسبب الإخلال بأحد شروط العقد، ولهذا يجوز فيه للقاضي أن يخفض مقداره إذا كان مبالغاً فيه، بل وله ألا يحكم به أصلاً إذا لم يحصل ضرر للطرف الآخر، بينما العربون واجب الدفع ولو لم يكن هناك ضرر بالدائن، فلا يجوز للقاضي تخفيضه أو عدم الحكم به⁽²⁾.
- **الوجه الخامس:** دافع العربون مخير بين تنفيذ العقد وبين العدول عنه- وكذلك مستلمه- فهو بدل في التزام بدلي (عند من يقول بهذا الرأي). أما الملتزم بالشرط الجزائي فغير مخير- فهو تعويض- بل عليه تنفيذ التزامه الأصلي إن كان ممكناً⁽³⁾؛ ففي التعاقد بالعربون إذا اختار أحد الطرفين دفع العربون فلا يحق للطرف الآخر رفض استلامه، أما في الشرط الجزائي فليس للمتخلف عن إتمام العقد أن يجبر الطرف الآخر على أخذ قيمة الشرط الجزائي بدل الالتزام الأصلي إلا إذا استحالت تنفيذ هذا الالتزام أو قبل بذلك⁽⁴⁾.
- **الوجه السادس:** العربون يتفق عليه وقت العقد، ولا يمكننا أن نتصوره بعد العقد. أما الشرط الجزائي فيجوز أن يتفق عليه بعد العقد وقبل وقوع الضرر⁽⁵⁾.
- **الوجه السابع:** العربون يتم قبضه وقت العقد، بل قد يحصل ذلك قبل تمام العقد والمضي فيه، بينما يكون الشرط الجزائي متأخراً عن العقد، عند تحقق شرطه وهو وقوع الضرر⁽⁶⁾.
- **الوجه الثامن:** استحقاق الشرط الجزائي يكون في ثلاث حالات: عند عدم تنفيذ العقد، أو عند التأخر فيه، أو عند تنفيذه تنفيذاً معيباً. وإذا نظرنا إلى العربون فإننا لا نجد ما يسمى عربون التأخر في تنفيذ العقد، أو عربون التنفيذ المعيب له⁽¹⁾.

(1) - LI Bei, op. cit. p. 77.

(2) - السنهوري، الوسيط، ج1، فقرة 142، ص 263-264؛ ج2، فقرة 490، ص 865؛ ج4، البيع والمقايضة، فقرة 46، ص 92؛ محمد شريف عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 118-119.

(3) - السنهوري، الوسيط، ج2، فقرة 490، ص 865.

(4) - بوترفاس حفيظة، المرجع السابق، ص 92. نقلاً عن: إلياس ناصيف، موسوعة العقود المدنية والتجارية، ج8، ص 166.

(5) - طلبة وهبة، أحكام الالتزام بين الشريعة الإسلامية والقانون، ص 151؛ عبد الله بن محمد آل سلمان الشهري، الشرط الجزائي وتطبيقاته في المحكمة الكبرى وديوان المظالم بمدينة الرياض، ص 82. نقلاً عن: محمد عبد العزيز، المرجع السابق، ص 151.

(6) - محمد عبد العزيز، المرجع السابق، ص 151.

- **الوجه التاسع:** حصول العدول بموجب الحق الذي يمنحه العربون يؤدي إلى فسخ العقد، بينما تحقق الشرط الجزائي لا يؤدي بالضرورة إلى فسخ العقد⁽²⁾.

- **الوجه العاشر:** إذا مرت المدة المتفق عليها أو المتعارف عليها في التعاقد بالعربون، وأصبح العقد نهائياً، تحول العربون إلى جزء من الثمن، في حين أن الشرط الجزائي يعتبر تعويضاً لا جزءاً من الثمن⁽³⁾.
مما سبق يتضح أن العربون له طبيعة مغايرة تماماً للشرط الجزائي، ولا يمكن بأي حال اعتباره كذلك.
خاتمة:

ختاماً لهذه الدراسة، يتبين لنا أن العربون رغم قدم التعامل به بين الناس، إلا أنه لم يستقر على مفهوم واحد ولا على دلالة واحدة، لا في التشريعات ولا في الأعراف السائدة، وهو ما صعب عملية إعطاء تعريف يشمل جميع أصنافه ودلالاته دون فصلها عن بعضها، ومن إعطاء وصف قانوني ثابت له.

فاعتبار العربون بدلاً في التزام بدلي، أو اعتباره يجعل العقد معلّقاً على شرط واقف أو فاسخ، مع دلالة العدول أو مع دلالة البت، أو اعتباره شرطاً مقترناً بتحفظ... كل هذه التوصيفات - رغم وجاهة بعضها في بعض الجوانب - منتقدة في جوانب عديدة، تجعل هذا التوصيف أو ذاك غير مسلم به، وغير حاسم للمسألة.

وهذا التعدد والاختلاف كان له بالغ الأثر على تحديد طبيعة العلاقة التعاقدية، وعلى الآثار التي يترتبها دفع العربون أو العدول عن العقد أو عدم الاستمرار في تنفيذ العقد؛ حيث يتوقف مسار العقد ولا يكتمل إذا كانت للعربون دلالة العدول، واستعمل هذا الحق، مقابل خسارة العربون أو ردّه ومثله. أو يُعدّ العقد كأن لم يكن إذا اعتبرناه معلّقاً على شرط، وذلك بتخلف الشرط الواقف إذا اعتبرناه معلّقاً على شرط واقف، أو بتحقيق الشرط الفاسخ إذا ما اعتبرناه معلّقاً على شرط فاسخ. رغم ما لهذه الوصفين من آثار متباينة بخصوص اعتبار العقد مرتباً لآثاره إلى حين تحقق الشرط الفاسخ، أو غير مرتب لآثاره إلى حين تحقق الشرط الواقف، وفي كلتا الحالتين يصبح العقد كأن لم يكن!

ونعتقد أن التعاقد بالعربون له وصف خاص؛ حيث يعدّ أمراً قريباً من المانع من التعاقد إذا أعطى لطرفيه الحق في العدول، فيكون مستعمل هذا الحق قد قطع الطريق على الطرف الآخر الذي كان يودّ إتمام العقد، مع أنه ليس مانعاً بالمعنى القانوني الدقيق.

(1) - الشهري، المرجع السابق، ص 80: عبد المحي حجازي، النظرية العامة للالتزام، ص 82. نقلاً عن: محمد عبد العزيز، المرجع السابق، ص 152.
(2) - محمد حسنين، الوجيز في نظرية الالتزام، ص 264؛ عبد السلام التمانيني، أحكام العربون في الشريعة الإسلامية والحقوق، مجلة الحقوق والشريعة الكويتية، العدد الأول، 1977، ص 60: المحوي، الشرط الجزائي، ص 189. نقلاً عن: محمد عبد العزيز، المرجع السابق، ص 152.
(3) - بوترفاس حفظة، المرجع السابق، ص 94. نقلاً عن:

وهو قريب من التعاقد بالتقسيط، والذي مقتضاه إكمال دافع القسط بقية الأقساط حتى يتم تنفيذ العقد نهائياً، رغم أنه ليس تعاقدًا بالتقسيط بالمعنى الدقيق، حيث إن هذا الأخير معلق على شرط واقف في حين أن التعاقد بالعربون ليس كذلك كما رأينا سابقاً، كما أن التعاقد بالتقسيط يقتضي - وجود أجلٍ تُدفع فيه الأقساط بشكل دوري، في حين أنه ليس بالضرورة دفع ما بقي في آجال متفرقة في التعاقد بالعربون، بل الغالب هو دفع ما بقي مباشرة ودفعة واحدة في الأجل المتفق عليه.

ولعلّ أيسر التوصيفات القانونية للعربون أو التعاقد بالعربون هو أنه مال يدفع من أحد الطرفين، يجعل العقد مقترناً بخيار العدول عنه، والذي يكون مصدره نص القانون - ما لم يتفق الطرفان على دلالة أخرى له - ومن ثم يعتبر حالة خاصة مقررة بنص القانون، لكنه يدخل في دائرة الخيارات المعروفة في الفقه الإسلامي بشكل أوسع، يعطي لأحد لأي من الطرفين العدول عن المضي - في إتمام العقد، دون أن يعتبر ذلك إخلالاً منه بالتزاماته، ويمنح للطرف الآخر حق الاحتفاظ بذلك العربون، كمقابل لذلك العدول.

أما إن اتفق العاقدان على دلالة أخرى للعربون، أو نص القانون عليها - وهي دلالة البت - فإن العقد حينها يكون مثله مثل أي عقد آخر، ملزم لطرفيه، ويجب تنفيذه طبقاً لما اشتمل عليه، وطبقاً لقواعد حسن النية، والعدول عنه تنفيذه يعد إخلالاً بالالتزامات الملقاة على عاتق الطرف الذي عدل، فيجبر على التنفيذ العيني، أو على التنفيذ بمقابل إن لم يكن التنفيذ العيني ممكناً، مع التعويض إن كان له مقتضى.

حق المستهلك الإلكتروني في التراجع عن العقد وأثره على النظرية العامة للعقد في ظل نظريات القانون الاقتصادي

د/ عجلال بخالد- أستاذ محاضر "أ"- جامعة بن خلدون تيارت

الملخص:

طبقا للمادة 106 من التقنين المدني الجزائري، فإن العقد متى نشأ صحيحا مستوفيا جميع شروط انعقاده وصحته، فإنه يكون بمثابة القانون بين الطرفين فلا يجوز نقضه ولا تعديله ولا إلغاؤه إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون، ولكن نظرا لأن المتعاقد في العقد الإلكتروني ليس لديه من الوسائل ما يكفل معاينة السلعة والإلمام بخصائصها قبل إبرام العقد، فإن التشريعات المنظمة للتعاقد عن بعد عموما، ونظيراتها المتعلقة بالمعاملات الإلكترونية، أجازت للقابل أن يعدل عن قبوله بعد تنفيذ العقد إذا تبين له أنه تسرع في التعبير عن إرادته أو أن قبوله صدر عن غير يقين وهذا ما يسمى بالحق في التراجع عن العقد، وهذا ما يجعل هذا الحق وسيلة من وسائل حماية رضاء المتعاقد وضمانة حقيقة لصد ما قد يتركبه المتعاقد الآخر الذي يملك تقنية المعلومات ويملك السلعة أو الخدمة من وسائل تغري المتعاقد الذي تسيطر عليه حالة الضعف وتدفعه إلى إبرام العقد.

Résumé:

Selon l' article 106 du code civil algérien lorsqu' un contrat nait de manière régulière et dans les conditions pour lesquelles il a été stipulé ce contrat fait force de loi à l'égard de ses parties .

Il ne peut être révoqué modifié ou annulé qu'avec l'accord de ces derniers. ou selon les moyens et causes dont dispose la loi.

Cependant , lorsqu'il s'agit du contrat électronique et vu que le contractant n'a pas en sa position au moment de l'acte, tous les moyens qui lui permettent de visionner cette marchandise et de connaitre ses caractéristiques, les différentes législations qui régissent les contrats à distance concernant les transactions électroniques ont permis à la partie qui a acquiesce à ce genre de transaction de revenir sur sa décision après l'exécution du contrat dès lors qu'elle prouve qu'elle s'est précipitée en exprimant sa volonté. ou lorsqu'elle prouve que son acceptation s'est faite dans l'incertitude c'est ce qu'on appelle le Droit à Repentir qui permet de protéger la volonté du contractant en lui donnant une véritable garantie contre

تاريخ إيداع المقال: 2017/01/19

تاريخ تحكيم المقال: 2017/01/31

les dépassements éventuels commis par l'autre partie qui détient la technique de l'information. la marchandise ou encore la prestation de service .avec à sa disposition des moyens qui induisent en erreur son faible vis à vis en le poussant en fin de compte à conclure ce contrat.

مقدمة:

طبقاً للمادة 106 من التقنين المدني الجزائري⁽¹⁾، فإن العقد متى نشأ صحيحاً مستوفياً جميع شروط انعقاده وصحته، فإنه يكون بمثابة القانون بين الطرفين فلا يجوز نقضه ولا تعديله ولا إلغاؤه إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون، ولكن نظراً لأن المتعاقد في العقد الإلكتروني ليس لديه من الوسائل ما يكفل معاينة السلعة والإلمام بخصائصها قبل إبرام العقد، فإن التشريعات المنظمة للتعاقد عن بعد عموماً، ونظيراتها المتعلقة بالمعاملات الإلكترونية، أجازت للقاتل أن يعدل عن قبوله بعد تنفيذ العقد إذا تبين له أنه تسرع في التعبير عن إرادته أو أن قبوله صدر عن غير يقين وهذا ما يسمى بالحق في التراجع عن العقد⁽²⁾، وهذا ما يجعل هذا الحق وسيلة من وسائل حماية رضا المتعاقد وضمانة حقيقة لصد ما قد يرتكبه المتعاقد الآخر الذي يملك تقنية المعلومات ويملك السلعة أو الخدمة من وسائل تغري المتعاقد الذي تسيطر عليه حالة الضعف وتدفعه إلى إبرام العقد.

والحق في التراجع عن العقد في التشريعات التي نصت عليه، يعد وسيلة إضافية إلى جانب نظرية عيوب الإرادة تكفل حماية للطرف الجدير بها، والذي صدر رضاؤه دون بينة من أمره.

إن ما يدعو إلى البحث في مفهوم الحق في التراجع عن العقد هو تحديد مضمون هذا الحق ومدى تأثيره على العقد الذي يرد عليه، والنظر فيما إذا كان الحق في التراجع يرد على عقد تم إبرامه أم على عقد لم يبرم بعد، والإجابة على ذلك تمس في اعتقادنا بمبدأ الرضاوية في العقد، وهو المبدأ الذي يجعل العقد مبرماً بمجرد تبادل

¹ - وهي تقابل المادة 147 من التقنين المدني المصري، والمادة 148 من التقنين المدني السوري، والمادة 196 من التقنين المدني الكويتي، والمادة 1134 من التقنين المدني الفرنسي.

² - يطلق الفقه الفرنسي على هذا الحق عبارة Droit à Repentir وقد اختلف الفقه العربي حول هذا المصطلح فمنهم من عبر عنه بالحق في إعادة النظر كالذكور أحمد سعيد الزرق في مقاله: حق المشتري في إعادة النظر في عقود البيع بواسطة التلفزيون، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، السنة 19 عدد 03، سبتمبر 1995 ص 179 وما بعدها، ومنهم من فضل استعمال خيار العدول، كالذكور إبراهيم الدسوقي أبو الليل في مؤلفه العقد غير اللازم، دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، جامعة الكويت، 1994، ص 28؛ وفضل آخرون مصطلح الحق في التراجع كالذكور محمد السعيد رشدي، التعاقد بوسائل الاتصال الحديثة ومدى حجيتها في الإثبات، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، طبعة 2008، ص 97؛ ومنهم من استعمل مصطلح الحق في التراجع كما ذهب إلى ذلك الدكتور محمد حسن قاسم في كتابه التعاقد عن بعد، قراءة تحليلية في التجربة الفرنسية مع إشارة لقواعد القانون الأوروبي، دار الجامعة الجديدة، مصر، طبعة 2005، ص 55؛ ونحن في هذه الدراسة نستعمل مصطلح الحق في التراجع وإن كان مشروع تعديل التقنين المدني الجزائري قد استعمل مصطلح الحق في العدول، وسنخلص إلى أن المصطلح الدقيق الذي يعبر عن هذا الحق هو الحق في التراجع. أما المصطلح المتداول في الفقه الإسلامي ونصت عليه الكثير من التشريعات المستمدة منه هو خيار الرؤية.

الإرادتين المتطابقتين، كما يجعل الحق في التراجع عن العقد في حال اعتناقه مبدأ القوة الملزمة للعقد محل التباس وترزع، إذ كيف يمكن لأحد الطرفين العدول عن عقد أبرم صحيحا وعلى أي أساس قانوني. بغرض وضع هذه المسائل على بساط البحث فإننا نقسم هذا البحث إلى مطلبين تناول في الأول منها مضمون هذا الحق، لنعالج في الثاني أحكام الحق في التراجع عن العقد.

المطلب الأول: مضمون الحق في التراجع

يعد الحق في التراجع عن العقد من الوسائل التي تتيحها التشريعات المنظمة لعمليات البيع عن بعد بغرض حماية رضا المستهلك باعتباره يقدم في هذا النوع من العقود على التعبير عن إرادته دون وعي تام أو كامل، فإذا تم تنفيذ العقد اتضح له أنه تسرع في قبول العقد وأنه لم يكن يعتقد أن السلعة أو الخدمة بهذا الشكل.

فالعقد الإلكتروني بوصفه عقدا عن بعد لا يسمح للمشتري مثلا بمعاينة محل العقد كما يتيح ذلك العقد التقليدي، فضلا عن أن طريقة إبرامه لا تسمح له بمناقشة الشروط بنفس الحرية التي يملكها في العقود العادية، وإذا كان واضحا أن الحق في التراجع عن العقد على هذا النحو يمثل خروجاً عن مبدأ القوة الملزمة للعقد، فإن هذا الخروج قد أملت ضرورات حماية المستهلك ولذلك فإن بعض الفقه يرى بأن ظهور هذا الحق لم يرتبط بتنظيم التعاقد عن بعد، وإنما ارتبط وجوده بظهور التشريعات الرامية إلى حماية المستهلك⁽¹⁾.

وعلى ذلك فإننا نقسم هذا المطلب على فرعين، نعالج في الفرع الأول مفهوم الحق في التراجع وكيفية ظهوره، لنتولى في الثاني معالجة نطاق هذا الحق.

الفرع الأول : مفهوم الحق في التراجع عن العقد ونشأته

الحق في التراجع عن العقد هو وسيلة بمقتضاها يتيح المشرع لأحد المتعاقدين أن يعيد النظر من جديد، من جانب واحد، في الالتزام الذي ارتبط به مسبقا فهو يفترض أن عقدا تم إبرامه لكن أحد طرفيه، ويكون المستهلك غالبا، يستفيد من محلة للتفكير خلالها يكون بوسعه سحب قبوله الذي ارتبط بموجبه بالعقد⁽²⁾.

والحق في التراجع عن العقد بهذا المعنى يتشابه إلى حد بعيد مع خيار الرؤية الذي قال به فقهاء الشريعة الإسلامية، فخير الرؤية هو حق المتعاقد في أن يبطل العقد أو يجيزه بعد رؤية محل العقد إن لم يكن قد رآه أثناء العقد أو بعده⁽³⁾.

¹ - د/ محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 55.

² - د/ سامح عبد الواحد التهامي، التعاقد عبر الانترنت، دار الكتب القانونية، دار شتات للنشر، مصر، طبعة 2008، ص 321.

³ - راجع في موضوع الخيارات د/ محمد سعيد جعفر، الخيارات العقدية في الفقه الإسلامي كمصدر للقانون المدني الجزائري، دار هومة، الجزائر طبعة 1998، ص 75، 76.

وقد نصت على خيار الرؤية المادة 320 من مجلة الأحكام العدلية عندما عرفته بقولها: "من اشترى شيئاً ولم يره كان له الخيار إلى أن يراه، فإذا رآه إن شاء قبله وإن شاء فسخ البيع ويقال لهذا الخيار خيار الرؤية"⁽¹⁾.

ويتفق خيار الرؤية مع الحق في التراجع في الدافع إلى تقريره أو أساس كل منها، فلقد قرر فقهاء الشريعة الإسلامية، على اختلاف فيما بينهم⁽²⁾، خيار الرؤية في العقد الذي لم يتمكن المشتري فيه من رؤية محل العقد، كما أن التشريعات الحديثة قررت الحق في التراجع في العقود عن بعد عموماً والعقود الإلكترونية خاصة لأن في مثل هذه العقود لا يتمكن المتعاقد من رؤية محل العقد وإن أتيح له ذلك فإنما يتاح له على دعامة إلكترونية في شكل صور قد لا تعبر عن الواقع.

ويلاحظ مما سبق أن الحق في التراجع عن العقد مثله مثل خيار الرؤية فكلاهما حق مطلق يخضع لتقدير المشتري وحده بإرادته المنفردة دون معقب عليه في ذلك ودون اشتراط موافقة الطرف الثاني، ودون اللجوء إلى القضاء بل ويعفى صاحب هذا الحق من تقديم مبرر استعماله.

فمدلول الحق في التراجع عن العقد يعني أنه يحق للمشتري خلال المهلة التي حددها القانون أن يعدل عن هذا العقد بإرادته المنفردة وذلك بأن يعلن للبائع رغبته في العدول، وعندئذ يجب على البائع أن يقوم بإرجاع الثمن واستعادة البضاعة أو السلعة⁽³⁾.

وظهر حق المشتري في العدول عن العقد في فرنسا بمناسبة حماية المستهلك من التسرع في التعاقد في بعض أنواع البيوع، وهي تلك التي تكون فيها إرادة المشتري متسعة في ظل تأثرها بوسائل الدعاية والإعلان وتدفع المشتري إلى التعاقد دون أن يأخذ وقته الكافي للتدبر، فضلاً عن قلة خبرته أو انعدامها أحياناً فيما يتعلق بموضوع العقد⁽⁴⁾.

وقد لجأ المشرع الفرنسي إلى سن هذا الحق في التشريع الصادر في 1971/07/12 الخاص بالتعليم عن طريق المراسلة حيث منح هذا القانون طالب العلم الذي يتلقى الدروس عن طريق المراسلة أن يتراجع عن العقد الذي سبق وأبرمه مع المؤسسة التعليمية وذلك خلال ثلاثة أشهر من تاريخ بدء تنفيذ العقد وتسلم الطالب

¹ - وفي التقنينات المدنية العربية المستمدة من الفقه الإسلامي راجع المواد 517 من التقنين المدني العراقي، والمادة 235 من التقنين المدني اليمني والمادة 184 من التقنين المدني الأردني.

² - لم يقل الإمام مالك، ولا الإمام الشافعي في مذهبه الجديد، ولا الإمام أحمد بن حنبل في إحدى الروايتين عنه بخيار الرؤية، في حين ذهب المذهب الحنفي ووافقه الشافعية في المذهب القديم وابن حنبل في إحدى الروايتين إلى القول بمشروعية وجواز خيار الرؤية. في تفصيل ذلك راجع: د محمد سعيد جعفر، المرجع نفسه، ص 77، 78؛ د/ محمد كمال الدين إمام، الفقه الإسلامي، قواعد الفقه ونظرياته العامة، دار الجامعة الجديدة، مصر، طبعة 2004، ص 195.

³ - د/ أبو الخير عبد الونيس الخويلدي، حق المشتري في فسخ العقد المبرم بوسائل الاتصال الحديثة، دار الجامعة الجديدة، مصر، طبعة 2006، ص 113.

⁴ - د/ طاهر شوقي عبد المؤمن، عقد البيع الإلكتروني، دار النهضة العربية، مصر، طبعة 2007، ص 114.

وسائل التعليم، وهذا الخيار متروك لمحضر إرادة الطالب ولظروفه الخاصة على أن يلتزم بتعويض المؤسسة التعليمية بمبلغ لا يزيد عن 30% من أجر التعليم⁽¹⁾.

ثم كرس المشرع الفرنسي هذا الحق في القانون المؤرخ في 1972/12/22، وأتاحه للمستهلك في جميع عقود البيع أو أداء الخدمات التي تبرم على إثر السعي إلى منزله من قبل البائع أو مقدم الخدمة، حيث أجاز للمستهلك في مثل هذه العقود الحق في التراجع عن العقد الذي أبرمه خلال سبعة أيام كاملة تحسب من تاريخ الطلب أو الالتزام بالشراء⁽²⁾.

وجاء بعد ذلك القانون رقم 12/88 المؤرخ في 1988/01/06 بشأن عقد البيع عن بعد والبيع من خلال التلفزيون ومنح المشتري الحق في التراجع عن العقد خلال سبعة أيام تحسب من تاريخ تسلمه البضاعة وذلك في المادة الأولى منه التي جاء فيها: "في كافة العمليات التي يتم فيها البيع عبر المسافات فإن لمشتري المنتج وذلك خلال سبعة أيام من تاريخ تسلم المبيع، الحق في إعادته إلى البائع لاستبداله بآخر، وأورده واسترداد الثمن دون أية نفقات من جانبه سوى مصاريف الرد"⁽³⁾.

ولم يقف تقرير الحق في التراجع عند حدود التشريعات الفرنسية، بل تقرر أيضا في دول كثيرة منها لوكسمبورغ التي أصدر المشرع فيها القانون المؤرخ في 1983/08/25 بشأن البيع بالمراسلة حيث جاء في المادة السابعة منه مايلي: "في العقود التي تبرم عن طريق المراسلة بين مورد مهني ومستهلك غير مهني يكون من حق هذا الأخير خلال مهلة سبعة أيام من تاريخ الطلب أو من تاريخ تمام الشراء وخلال مهلة خمسة عشر يوما من تاريخ استلام البضاعة، أن يرجع في الصفة بخطاب مسجل بعلم الوصول"⁽⁴⁾.

كما أن القانون الإنجليزي الصادر سنة 1946 المتعلق بالبيع الإيجاري خول للمشتري حق العدول عن تعاقدته في مهلة أربعة أيام تبدأ من تاريخ تسلم المشتري نسخة من العقد، واعتنق المشرع الألماني حق العدول في القانون

¹ - د/ عبد العزيز المرسي حمود، الحماية المدنية الخاصة لرضاء المشتري في عقود البيع التي تتم عن بعد، دار النهضة العربية، مصر، طبعة 2005، ص 69، 70؛ عبد الله ذيب عبد الله محمود، حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني، رسالة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، 2009، ص 126.

² - د/ السيد محمد السيد عمران، حماية المستهلك أثناء تكوين العقد، منشأة المعارف، الإسكندرية، طبعة 1987، ص 93؛ د/ خالد مدوح إبراهيم، حماية المستهلك في المعاملات الإلكترونية، دراسة مقارنة، البار الجامعية، الإسكندرية، مصر، طبعة 2007، ص 267.

³ - جاءت صياغة المادة باللغة الفرنسية كما يلي:

« Pour toutes les opérations de vente à distance, l'acheteur d'un produit dispose d'un délai de sept jours à compter de la livraison de sa commande pour faire retour de ce produit au vendeur pour échanges ou remboursement sans pénalités, à l'exception des frais de retour. »

⁴ - أورد هذا النص وعلق عليه د/ محمد السعيد رشدي، المرجع السابق، ص 86.

الصادر سنة 1974 المتعلق بالبيع بالتقسيط حيث منح المشتري الحق في التراجع عن العقد خلال سبعة أيام من إبرام العقد⁽¹⁾.

وانتقل تنظيم الحق في التراجع عن العقد إلى التوجيه الأوروبي رقم 07/97 الصادر في 20 ماي 1997 المتعلق بتنظيم التعاقد عن بعد، حيث نصت الفقرة الأولى من المادة 6 منه على ما يلي: "كل عقد عن بعد يجب أن ينص فيه على أحقية المستهلك في العدول خلال مدة لا تقل عن سبعة أيام تبدأ من تاريخ الاستلام بالنسبة للمنتجات والسلع، أما بالنسبة للخدمات فإن مهلة السبعة أيام تبدأ من تاريخ إبرام العقد أو من تاريخ كتابة المورد الإقرار الخطي، وتصل هذه المدة إلى ثلاثة أشهر إذا تخلف المورد عن القيام بالتزامه بإرسال إقرار مكتوب يتضمن العناصر الرئيسة للعقد"⁽²⁾.

وإعمالاً لتوصيات التوجيه الأوروبي، أصدر المشرع الفرنسي- المرسوم 741/2001 الذي سبقت الإشارة إليه والذي بمقتضاه تم إضافة المادة 121-20 إلى تقنين الاستهلاك الفرنسي متضمنة الحق في التراجع عن العقد في كل العقود التي تبرم عن بعد حيث نصت هذه المادة على ما يلي: "للمستهلك خلال سبعة أيام كاملة أن يمارس حقه في العدول دون إبداء أسباب أو دفع أية جزاءات باستثناء مصاريف الرد"⁽³⁾.

أما عن القوانين العربية المتعلقة بالمعاملات الإلكترونية، فإن القانون التونسي- الخاص بالمبادلات والتجارة الإلكترونية فقد نظم هذا الحق في المادة 30 منه التي نصت على أنه يمكن للمستهلك العدول عن الشراء في أجل عشرة أيام عمل تحتسب:

- بالنسبة للبضائع بداية من تاريخ تسلمها من قبل المستهلك.

- بالنسبة للخدمات من تاريخ إبرام العقد.

ويتم الإعلام بالعدول بواسطة جميع الوسائل المنصوص عليها في العقد، وفي هذه الحالة يتعين على البائع إرجاع المبلغ المدفوع إلى المستهلك في أجل عشرة أيام عمل من تاريخ إرجاع البضاعة أو العدول عن الخدمة، ويتحمل المستهلك المصاريف الناجمة عن إرجاع البضاعة.

¹ - د/ محمود السيد عبد المعطي خيال، التعاقد عن طريق التلفزيون، المرجع السابق، ص 93.

² - د/ محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 58؛ عبد الله ذيب محمود، الرسالة السابقة، ص 128.

³ - تجري صياغة المادة 121-20 من تقنين الاستهلاك الفرنسي كمايلي:

« Le consommateur dispose d'un délai de sept jours francs pour exercer son droit de rétractation sans avoir à justifier de motifs ni à payer de pénalités, à l'exception le cas échéant, des frais de retour ».

ويلاحظ أن هذا النص يتطابق مع المادة الأولى من التقنين رقم 12/88 المؤرخ في 88/01/06 المتعلق بالبيع عن بعد الذي سبقت الإشارة إليه.

وخلافا لذلك لم يتضمن قانون المملكة الأردنية ولا قانون مملكة البحرين أو قانون إمارة دبي الخاص بالمعاملات الإلكترونية نصا خاصا يقرر حق العدول في هذا النوع من المعاملات وكذلك فعل القائمون على إعداد مشروع قانون التجارة الإلكترونية لدولة الكويت.

أما مشروع قانون المبادلات الإلكترونية لدولة فلسطين فقد تضمن المادة 56 منه التي قررت حق العدول للمستهلك⁽¹⁾.

أما مشروع تعديل التقنين المدني الجزائري في جزئه المتعلق بعقد البيع والمخصص لتنظيم البيع عن بعد فقد أورد القائمون على المشروع نص المادة 412 مكرر 06 التي جاء فيها:

"للمشتري مهلة سبعة أيام كاملة للتمسك بحقه في العدول دون تسبب ذلك، ولا دفع أي تعويض باستثناء مصاريف الإرجاع إن كانت..."

وما يلاحظ على هذا النص أن المشرع الجزائري قد اقتنع أخيرا بضرورة تنظيم الحق في التراجع عن العقد في البيع التي تتم عن بعد والتي من أهم صورها العقد الإلكتروني وإذا كان الحق في التراجع عن العقد بهذا المفهوم وتلك النشأة، فإن التساؤل الذي يثار هو حول نطاقه، فما هي العقود التي يجد الحق في التراجع مجالا له فيها وما هي العقود التي يستبعد من نطاقها.

الفرع الثاني: نطاق الحق في التراجع

كان نتيجة لتواتر التشريعات المنظمة للحق في العدول عن العقد، أن أصبح هذا الحق متاحا في كل العقود التي تتم عن بعد بما فيها العقود التي يكون محلها أداء خدمات وهذا بعدما كان قاصرا في بداياته التشريعية على بعض العقود دون غيرها.

وباستقراء نصوص مواد التوجيه الأوروبي رقم 07/97 المتعلق بالتعاقد عن بعد وأحكام تقنين الاستهلاك الفرنسي المضافة إلى هذا التقنين بالمرسوم رقم 741/2001، ونصوص مشروع تعديل التقنين المدني الجزائري يلاحظ أن حق المشتري في العدول عن العقد يشمل كل عقود البيع وعقود الخدمات التي تتم بوسائل اتصال إلكترونية⁽²⁾ وإذا كان ذلك أصلا ثابتا في تلك النصوص ونظيراتها، فإنها من جانب آخر أوردت استثناءات لا تقبل فيها ممارسة الحق في التراجع عن العقد ومن تلك الاستثناءات ما يلي :

¹ - وقد جاء في النص ما يلي: "يجوز للمستهلك إرجاع المنتج على حالته إذا كان غير مطابق لشروط البيع وإذا لم يحترم البائع آجال تسليمه وذلك خلال عشرة أيام تحسب من تاريخ التسليم".

² - د/ محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 59؛ د/ أحمد السعيد الزقرد، المقال السابق، ص 205.

أولاً- عقود الخدمات التي يبدأ تنفيذها قبل انتهاء المدة المقررة للعدول:

أوردت الفقرة الثالثة من المادة السادسة من التوجيه الأوروبي رقم 07/97 هذا الاستثناء ونصت عليه أيضاً المادة 121-20 فقرة 02 من تقنين الاستهلاك الفرنسي⁽¹⁾ وهذا الاستثناء خاص بعقد من عقود تقديم الخدمات ويتم الاتفاق فيه بين المهني البائع والمشتري المستهلك على أن بداية تنفيذ هذا العقد ستكون قبل انتهاء مهلة العدول.

وصورة هذا الاستثناء أن يرم عقد عن بعد بوسيلة إلكترونية يكون محله مثلاً تقديم خدمات من طرف المهني لصالح المستهلك، فإذا تم الاتفاق بين الطرفين على البدء في التنفيذ قبل انتهاء المهلة القانونية المقررة لممارسة الحق في التراجع، فإنه لا يمكن للمشتري أن يتمسك بالعدول عن العقد.

ويرى بعض الفقه أنه إذا كان الهدف من وراء هذا الاستبعاد هو تفادي أن يبدأ المستهلك في الاستفادة من الخدمة المقدمة له ليعدل عن العقد بعد ذلك، مما يلحق أضراراً بالمهني فإن المستهلك في كثير من الحالات لا يتمكن من الحكم على الخدمة إلا بعد البدء في الاستفادة منها، يضاف إلى ذلك أن المهني بما يملك من وسائل تقنية، قد ينجح في إقناع المستهلك بالبدء في تنفيذ الخدمة قبل انتهاء المدة ولذلك ينتهي هذا الرأي إلى أن هذا الاستثناء لا مبرر له⁽²⁾.

ولتفادي هذا النقد عرض بعض الفقه إلى أنه يجب أن يكون اتفاق المستهلك مع المهني على بداية تنفيذ العقد خلال مدة ممارسة الحق في التراجع صريحاً، وأن يتم من خلاله تبصير المستهلك بأنه في هذه الحالة يسقط حقه في العدول عن العقد⁽³⁾.

وقد نصت على هذا الاستثناء المادة 32 من القانون التونسي الخاص بالمبادلات والتجارة الإلكترونية حيث جاء فيها: "مع مراعاة أحكام المادة 30 من هذا القانون وباستثناء حالات العيوب الظاهرة أو الخفية لا يمكن للمستهلك العدول عن الشراء في الحالات التالية:

- عندما يطلب المستهلك توفير الخدمة قبل انتهاء أجل العدول عن الشراء ويوفر البائع ذلك..."⁽⁴⁾.

أما مشروع قانون تعديل التقنين المدني الجزائري فقد تضمنت المادة 412 مكرر 08 الحالات التي يستبعد فيها الحق في التراجع عن العقد لكنها لم تشر إلى هذا الاستثناء.

¹ - De fourniture de service dont l'exécution a commencé avec l'accord du consommateur, avant la fin du délai de sept jours francs.

² - د/ محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 60.

³ - د/ سامح عبد الواحد التهامي، المرجع السابق، ص 324؛ د/ أبو الخير عبد الوئيس الخويلدي، المرجع السابق، ص 182.

⁴ - ويلاحظ أن هذا النص يتطابق حرفياً مع المادة 57 من مشروع قانون المبادلات الإلكترونية لدولة فلسطين.

ثانيا- العقود الواردة على سلع أو خدمات تتقلب أسعارها:

فالعقود التي ترد على السلع والخدمات التي يتغير سعرها مع تقلبات السوق المالي تستثني من نطاق ممارسة الحق في التراجع عن العقد، وهذا الاستثناء يشمل السلع والخدمات التي تتقلب أسعارها باستمرار مع تقلبات السوق المالي، وواضح من هذا الاستثناء أنه إذا مارس المستهلك حقه في العدول عن العقد، فإن المهني أي البائع يكون ملزما برد المبلغ الذي دفعه المستهلك عند إبرام العقد وهذا ما قد يكون مخالفا لسعر السلعة أو الخدمة عند الرد⁽¹⁾.

ويلاحظ أن التوجيه الأوروبي وتقنين الاستهلاك الفرنسي، لم يذكر ما إذا كان هذا الاستبعاد يشمل أيضا العقود الواردة على السلع والخدمات التي تتقلب أسعارها وفقا لظروف المواد الأولية.

ولذلك فإن القائمين على أمر تعديل التقنين المدني الجزائري أوردوا في المادة 412 مكرر 08 أن الحق في التراجع لا يقبل في العقود التي يكون محلها أموالا يرتبط ثمنها بتقلبات سعر السوق المالية أو المواد الأولية.

وبهذا سيتفادى التقنين المدني إذا عرض للمناقشة وصدر، النقد الموجه للتوجيه الأوروبي ولتقنين الاستهلاك الفرنسي.

ولم يتضمن قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي- ولا مشروع قانون المبادلات الإلكترونية لدولة فلسطين نصا على هذا الاستثناء.

ثالثا- العقود الواردة على سلع تم تصنيعها للمستهلك خاصة:

وهذا الاستثناء خاص بالسلع التي يتم تصنيعها لمستهلك معين ووفق متطلبات معينة استجابة لرغبته، مثلما هو الأمر في الأزياء التي يتم تصميمها بمقاسات محددة وفقا لطلب المستهلك، كالمنتجات المصنعة لفائدة شخص ما بناء على رغبته.

فلو اتفق شخص ما مع شركة لإنتاج السيارات على تصنيع سيارة بمواصفات معينة، كالسيارات المعدة لذوي الاحتياجات الخاصة، فلا يمكن بعد تجهيزها تحويل هذا الشخص الحق في التراجع عن العقد وإلا وقع ضرر على المنتج الذي لا يستطيع بيعها إلى شخص آخر إلا بتحمل ضرر أكبر.

وقد نصت على هذه الحالة المادة 412 مكرر 08 في البند الثاني منها الذي جاء فيه:

- الأموال المنجزة وفقا لرغبات المستهلك أو المشخصة.

كما نصت عليه المادة 32 من قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية في البند الثاني الذي جاء فيه:

¹ - د/ عبد العزيز المرسي حمود، المرجع السابق، ص 82؛ السيد محمد السيد عمران، المرجع السابق، ص 97

- إذا تم تزويد المستهلك بمنتجات حسب خاصيات شخصية⁽¹⁾.

رابعا- السلع التي لا يمكن إعادتها للبائع بطبيعتها أو السلع سريعة الهلاك والتلف:

ويقصد بالسلع التي لا يمكن إعادتها للبائع بحسب طبيعتها، كل شيء يؤدي إرساله وإرجاعه للبائع على حدوث تغيير فيه، كالأدوية التي يتم تركيبها من محلولين، إذ لا يمكن إرجاعها بعدما تم تركيبها، أما الأشياء التي يسرع إليها الهلاك أو التلف فمثالها المواد الغذائية والأزهار.

وعلة تقرير هذا الاستثناء واضحة، وهي عدم الإضرار بالمهني بإعادة سلعة بعد انتهاء مدة صلاحيتها لا يمكن أن يكون وسيلة لحماية المستهلك.

وقد نصت على هذا الاستثناء المادة 6 من التوجيه الأوروبي رقم 07/97 وتقتين الاستهلاك الفرنسي- في المادة 121-20 فقرة 4 والبند الثالث من المادة 412 مكرر 08 من مشروع تعديل التقنين المدني الجزائري⁽²⁾.

خامسا- العقود الواردة على التسجيلات السمعية البصرية وبرامج الإعلام الآلي عند فتحها من طرف المشتري:

فلا يتقرر حق العدول للمستهلك إذا كان محل العقد تسجيلات سمعية بصرية أو برامج إعلام الآلي إذا كان قد قام بنزع الغلاف الخاص بالتسجيل السمعي البصري أو قام بفتح برنامج الإعلام الآلي أو القرص المضغوط⁽³⁾.

والهدف الأساسي من وراء هذا الاستبعاد هو حماية حقوق الملكية الفكرية، فمنح المستهلك الحق في التراجع عن العقد قد يمكنه من الحصول عليها دون مقابل، فقد يفتح المستهلك التسجيل السمعي البصري أو برنامج الحاسوب وينسخه ثم يرجعه إلى المعني مستندا على حقه في العدول وهذا ما يشكل مساسا بالملكية الفكرية⁽⁴⁾.

وقد نص على تقرير هذا الاستثناء مشروع تعديل التقنين المدني في البند الرابع من المادة 412 مكرر 08 الذي جاء فيه: " التسجيلات السمعية البصرية وبرامج الإعلام الآلي عند فتحها من طرف المشتري"⁽⁵⁾.

¹ - وهو يطابق المادة 57 من مشروع قانون المبادلات الإلكترونية لدولة فلسطين.

² - كما نص على هذا الاستثناء البند الثاني من المادة 32 من قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي وهي تتطابق مع المادة 57 من مشروع قانون المبادلات الإلكترونية لدولة فلسطين.

³ - وردت الفقرة الرابعة من المادة 121-20 من تقنين الاستهلاك الفرنسي بصياغتها كما يلي:

« De fourniture d'enregistrements audio ou vidéo ou de logiciels informatique lorsqu'ils ont été descelles par le consommateur. »

⁴ - د/ محمد حسين منصور، المسؤولية الإلكترونية، المرجع السابق، ص 126؛ د/ خالد ممدوح إبراهيم، حماية المستهلك في المعاملات الإلكترونية، المرجع السابق، ص 277.

⁵ - كما نصت على هذا الاستثناء المادة 32 من قانون التونسي- الخاص بالمبادلات والتجارة الإلكترونية إذ جاء فيها: "عند قيام المستهلك بنزع الأختام عن التسجيلات السمعية أو البصرية أو البرمجيات والمعطيات الإعلامية المسلمة أو نقلها أليا" وهو يتطابق مع المادة 57 من مشروع قانون دولة فلسطين للمبادلات الإلكترونية.

وقد ثار خلاف بين الفقه حول إمكانية تطبيق هذا الاستثناء على التسجيلات السمعية أو البصرية أو برامج الحاسوب التي يتم شراؤها عبر الإنترنت وتحميلها من طرف المشتري على جهازه مباشرة، ففي هذه الصورة فإن المستهلك بعد تحميل الفيلم أو البرنامج أو الكتاب على جهازه سيقروءه، فهل يمكن تطبيق هذا الاستثناء وحرمانه من الحق في التراجع.

ذهب البعض إلى أن الاستثناء لا ينطبق على هذه الحالة لأن النص استعمل لفظ عند نزع الأختام عنها. Lorsqu'ils ont été descellés.

والمقصود بالنزع هو النزع المادي أما التحميل فلم يذكره النص، وهذا مع ملاحظة أن مشروع تعديل التقنين المدني الجزائري استخدم لفظ عند فتحها ولم يستعمل عبارة نزع الأختام. في حين ذهب آخرون إلى أن الحكمة من النص متوافرة والعلة أيضا وهي حماية الملكية الفكرية⁽¹⁾.

سادسا-العقود الواردة على الصحف والمجلات والدوريات:

والحكمة من استثناء العقود الواردة على الصحف والمجلات تتمثل في أن استعمالها يكون ذا طابع زمني وبعد انقضائه لا يكون للصحيفة أو المجلة أية قيمة، فلا يجوز منطقيا أن يتلقى المستهلك صحيفة أو مجلة فيقرأها ثم يتمسك بحقه في العدول، أما بالنسبة للدوريات فإن العلة من استثنائها تتمثل في الحفاظ على حقوق الملكية الفكرية حتى لا يقوم المستهلك بنسخها ثم إعادة إنتاجها⁽²⁾.

وينطبق هذا الاستثناء على عقود شراء الجرائد والمجلات والدوريات التي يتم تنفيذها عبر شبكة الإنترنت. وقد نص البند الأخير من المادة 412 مكرر 08 على هذا الاستثناء وكذلك المادة 32 من قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي⁽³⁾.

سابعا- العقود الواردة على خدمات الرهان المصرح بها:

لاشك أن جوهر هذه العقود يتنافى والحق في التراجع عن العقد المقرر لحماية المستهلك، فالمتعاقد في هذا النوع من العقود يقدم عليها انطلاقا من روح المجازفة والمغامرة على نحو لا يسمح بتخويله الحق في التراجع وإلا فقد العقد جوهره ومغزاه⁽⁴⁾.

ولم يتضمن نص المادة 412 مكرر 08 هذا النوع من العقود ولعل القائلين على المشروع أغفلوا النص عليه لوضعهم في الحسبان نص المادة 612 من التقنين المدني الجزائري التي تحظر القمار والرهان.

¹ - د/ أسامة أبو الحسن مجاهد، الوسيط في قانون المعاملات الإلكترونية، المرجع السابق، ص 257.

² - د/ عمرو عبد الفتاح علي يونس، الرسالة السابقة، ص 475؛ لما عبد الله صادق سلهب، الرسالة السابقة، ص 131.

³ - وهي تطابق المادة 57 من مشروع قانون المبادلات الإلكترونية لدولة فلسطين.

⁴ - د/ محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 61.

وبالإضافة إلى الاستثناءات السابقة أوردت المادة 121-20/4 من تقنين الاستهلاك الفرنسي حالات خاصة هي عقود توريد سلع استهلاكية عادية⁽¹⁾، وهي التي يتم تنفيذها في مكان مسكن أو عمل المستهلك من خلال موزعين يقومون بجولات متكررة ومنتظمة وكذلك العقود التي يكون محلها أداء خدمات الإقامة أو الإطعام، أو النقل وعموما كل تلك العقود التي يتم الوفاء بها في مكان معين أو على فترات متجددة، فقد يقوم المستهلك بحجز غرفة في فندق عن طريق الإنترنت أو تذكرة سفر في الطائرة ثم يمارس حقه في العدول لحظات قبل إقلاع الطائرة أو في الليلة المعنية بالحجز في الفندق. أو كمن يطلب من مطعم يوفر خدمة توزيع الوجبات على المنازل إحضار وجبة، وبعد وصول العامل إلى منزله يتمسك بحقه في العدول عن العقد، وهذا ما يسبب للمهني خسارة كبيرة لا تحقق أي توازن في العلاقة الاستهلاكية.

وقد رأى بعض الفقه أن الاستثناءات التي قررها القانون على ممارسة الحق في العدول تقلل إلى حد بعيد من الحماية الواجبة للمستهلك، وذلك أن هذه الاستثناءات ستنطبق على كثير من العقود الإلكترونية، غير أن الواضح من خلال الوقوف على كل استثناء على حدى أنها إنما قررت في حدود ضيقة حتى لا تتحول حماية المستهلك إلى ذريعة للإضرار بالمهني⁽²⁾.

وإذا كان المبدأ العام يقضي بأنه يجوز الاتفاق على توسيع مجال حماية المستهلك فإنه لا يجوز التضيق منها، إذ لا يجوز الاتفاق على استثناء عقد معين من الحق في التراجع إذا كان هذا العقد غير وارد في الحالات المحصورة من طرف المشرع وإلا كان هذا الاتفاق باطلا لمخالفته مقتضيات النظام العام.

ولذلك أورد المشرع الفرنسي في المادة 121-20 في فقرتها الثامنة أن الأحكام الواردة في هذا القسم ومنها المتعلقة بالحق في التراجع من النظام العام⁽³⁾.

المطلب الثاني: أحكام الحق في التراجع عن العقد

في الحالات التي يثبت فيها للمتعاقد الحق في التراجع عن العقد الذي أبرمه، فإنه من الطبيعي أن يبين المشرع المدة التي يحق فيها للمتعاقد استخدام هذا الحق وكيفية ذلك، كما أن الحق في التراجع متى تم استخدامه فإنه سيؤثر في المركز القانوني لكلا الطرفين بل وفي العقد ذاته.

وعليه فإننا نكرس هذا المطلب لبحث المهلة التي يجوز للمتعاقد ممارسة هذا الحق وكيفية ممارسته في الفرع الأول، لنعالج في الفرع الثاني آثار التمسك بهذا الحق.

¹ - جاء في المادة 412 مكرر 10 من مشروع تعديل التقنين المدني: "لا يخضع لهذه الأحكام توزيع الأموال ذات الاستهلاك العادي التي تتم في محل سكن المستهلك أو عمله عن طريق عمليات توزيع متكررة ومنتظمة".

² - د/ سامح عبد الواحد التهامي، المرجع السابق، ص 331.

³ - Article 121- 20/8: « les dispositions de la présente section sont d'ordre public ».

الفرع الأول: مهلة ممارسة الحق في التراجع وكيفية

إن بدء سرين المهلة التي يكون للمتعاقد أن يمارس خلالها حقه في العدول عن العقد تختلف باختلاف محل العقد.

فإذا كان محل العقد بيع سلع أو منتجات، فإن مهلة ممارسة حق العدول عن العقد تبدأ منذ لحظة تسلم المتعاقد للسلعة أو الخدمة، وعلى هذا الحكم نصت المادة 121-20 من تقنين الاستهلاك الفرنسي في فقرتها الثانية⁽¹⁾.

أما إذا كان محل العقد أداء خدمة فإن مهلة سرعان الحق في التراجع عن العقد تبدأ منذ لحظة قبول الإيجاب.

وقد جاء في الفقرة الثانية من المادة 412 مكرر 06 من مشروع تعديل التقنين المدني الجزائري ما يلي:

— للمشتري مهلة سبعة أيام كاملة للتمسك بحقه في العدول دون تسبب ذلك ولا دفع أي تعويض باستثناء مصاريف الإرجاع إن وجدت.

— يسري الأجل المذكور في الفقرة السابقة ابتداء من تسلم المال المباع (المبيع).

ويلاحظ أولاً أن مشروع التعديل لم يفرق في بدء حساب المهلة بين ما إذا كان محل العقد خدمة أو سلعة أو منتوجاً كما فعل المشرع الفرنسي.

أما المشرع التونسي فقد اتبع نهج نظيره الفرنسي، فنصت المادة 30 من قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية التونسية على ما يلي: "يمكن للمستهلك العدول عن الشراء في أجل عشرة أيام عمل تحتسب:

— بالنسبة للبضائع بداية من تاريخ تسلمها من قبل المستهلك.

— بالنسبة للخدمات بداية من تاريخ إبرام العقد⁽²⁾.

كما لاحظ بعض الفقه أن تلك النصوص لم تبين من الطرفين يكلف بإثبات التسليم⁽³⁾.

والواقع أن التشريع لم يكن في حاجة إلى إيراد ذلك لأن القواعد العامة كفيلاً بأن تجعل المدعي هو صاحب المصلحة في الإثبات، فإن احتج المشتري وتمسك بحقه في العدول فعليه يقع إثبات أنه تمسك بهذا الحق في الأجل القانوني، وإن تمسك بحقه في العدول خارج الأجل ونازعه البائع، وقع على هذا الأخير إثبات أن واقعة التسليم حدثت قبل التمسك بالحق في التراجع لمدة أطول.

¹ - Article 121-20/2: « le délai mentionné à l'alinéa précédent court à compter de la réception pour les biens ou de l'acceptation de l'offre pour les prestations de services ».

² - وهذا النص يتطابق مع المادة 55 من مشروع قانون المبادلات الإلكترونية لدولة فلسطين.

³ - د/ محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 63؛ أسامة أحمد بدر، المرجع السابق، ص 112.

ولابد من الإشارة في هذا الموضوع، إلى أن المشرع يجعله محلة التمسك بالحق في التراجع تبدأ من تاريخ تسلم المبيع فإن هذا يعني أن العقد الذي ورد عليه الحق في التراجع هو عقد قائم ونهائي وأن التمسك بهذا الحق هو نقض للعقد من جانب واحد خوله المشرع بنص صريح، وفي المادة 106 من التقنين المدني ما يسمع بذلك إذا ذكرت عبارة "أو للأسباب التي يقررها القانون" وهذا سبب وجيه قرره المشرع بصريح النص للطرف الذي يراه جديرا بالحماية حتى لا تصبح قاعدة العقد شريعة المتعاقدين كلمة حق يراد بها إرهاب طرف ضعيف.

أما عن المدة التي يتعين فيها على صاحب الحق ممارسة حقه في العدول عن العقد، فإن المواد التي قررت هذا الحق في القوانين المختلفة قد وضعت مدة أصلية ومدة استثنائية. فقد جاء في المادة 121-01/20 من تقنين الاستهلاك الفرنسي أن للمستهلك مدة سبعة أيام كاملة لممارسة حقه في العدول عن العقد⁽¹⁾ أما التوجيه الأوروبي فقد عبر عنها في المادة 06 منه بسبعة أيام عمل sept jours ouvrables⁽²⁾.

والفرق بين سبعة أيام عمل وسبعة أيام كاملة، هو أن الأيام الكاملة يقصد بها 24 ساعة لكل يوم ولكنها قد يصادف أول يوم منها أو آخر يوم يوم عطلة، فلو صادف آخر يوم يوم عطلة وتم احتسابه فإن ذلك يعني أن صاحب الحق قد أمهل ستة أيام فقط، أما عبارة سبعة أيام عمل فهذا يعني أن اليوم الأخير إذا صادف يوم عطلة فلا يتم حسابه في المهلة، وتفاديا لذلك أورد المشرع الفرنسي الفقرة الأخيرة من المادة 121-20 من تقنين الاستهلاك التي قضت بأنه إذا صادف اليوم الأخير من الأيام السبعة المذكورة يوم سبت، يوم أحد، أو يوم عيد أو يوم عطلة فإن هذه المدة تمتد إلى أول يوم عمل تال⁽³⁾.

وإذا كان مشروع تعديل التقنين المدني الجزائري قد سار على خطى المشرع الفرنسي فجعل محلة ممارسة الحق في التراجع سبعة أيام فإنه استعمل لفظ كاملة وهنا تطبق القواعد العامة في المواعيد والتي لا يحتسب بموجبها اليوم الأخير إذا صادف يوم عطلة.

أما المشرع التونسي فقد نص في المادة 30 على أن محلة استعمال الحق في التراجع هي عشرة أيام عمل⁽⁴⁾. على أن محلة سبعة أيام المقررة لممارسة الحق في التراجع تمدد إلى ثلاثة أشهر في الحالة التي لا يتضمن فيها الإيجاب الموجه من طرف الموجب المعلومات التي فرض القانون أن يحتويها الإيجاب والمذكورة في المادة 412

¹ - Article 121-20/1 « le consommateur dispose d'un délai de sept jours francs pour exercer son droit de rétractation... »

² - يلاحظ أن فقهاء الشريعة الإسلامية عندما تحدثوا عن خيار الرؤية وهو المقابل للحق في العدول عند شرح التقنين لم يحددوا مدة زمنية توجب على صاحب الخيار أن يمارس حقه خلالها كما فعلوا بمناسبة خيار الشرط فحدده بعضهم بثلاثة أيام وتركه البعض الآخر دون تحديد، أما بالنسبة لخيار الشرط فلم يحدد الفقهاء الذين أجازوا مشروعية خيار الرؤية مدة معينة لاستعماله، خلاصة احتلافهم أنه يجب أن يترك لصاحب الخيار محلة معقولة لاستعمال حقه، راجع تفصيل ذلك: د/ محمد سعيد جعفر، الخيارات العقدية، المرجع السابق، ص 94.

³ - د/ محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 64.

⁴ - أما مشروع قانون المبادلات الإلكترونية لدولة فلسطين فقد ورد في المادة 55 منه عبارة خلال عشرة أيام دون وصف.

مكرر 03، وهي التي سبق أن عرضنا لها عند الحديث عن الإيجاب ومنها: هوية بائع المال ورقم هاتفه وعنوانه، مدة صلاحية العرض والتمن المقترح للبيع، كيفية دفع الثمن وتسليم المال، مصاريف التسليم وكذا تكلفة تقنية الاتصال إذا كانت على عاتق المشتري، المميزات الأساسية للمال المعروض، كيفية خدمة ما بعد البيع ومدة توافر قطع الغيار، حق المشتري في العدول، المدة الدنيا لعقد البيع بالنسبة للعقود المستمرة.

وتمديد مهلة سبعة أيام إلى ثلاثة أشهر هو بمثابة الجزاء المدني الذي فرضه المشرع على الموجب الذي يوجه إيجاباً لا يتضمن البيانات الأساسية التي نص القانون على ضرورة إحاطة من وجه إليه الإيجاب بها حتى يقدم على إبرام العقد على بصيرة من أمره.

أما إذا تدارك الموجب التزامه وقام بتبصير المشتري بالبيانات الإلزامية خلال ثلاثة أشهر التي تم تمديد مهلة الحق في التراجع إليها، فإن المشتري لا يبقى له إلا مهلة سبعة أيام من تاريخ تبصيره لممارسة الحق في التراجع، وعلى هذا الحكم نصت المادة 121-20 من تقنين الاستهلاك الفرنسي وتبعتها المادة 412 مكرر 06 من مشروع تعديل التقنين المدني الجزائري⁽¹⁾.

وإذا كان الأصل أن المدة التي يجوز للمتعاقد أن يعدل فيها عن العقد هي سبعة أيام كاملة، فإنه يجوز للأطراف الاتفاق على زيادة هذه المدة بجعلها أكثر، ويكون اتفاقهم صحيحاً لأنه ينسجم مع الأساس القانوني الذي تقرر بموجبه الحق أصلاً وهو حماية مصلحة جديرة بالحماية، غير أنه لا يجوز إنقاص المدة لتعلقها بالنظام العام.

أما عن كيفية ممارسة الحق في التراجع فطبقاً للمادة 121-20 في فقرتها الأولى من تقنين الاستهلاك الفرنسي- الموافقة للمادة 412 مكرر 06 من مشروع قانون تعديل التقنين المدني الجزائري⁽²⁾ فإن المشتري يكون له ممارسة حقه في العدول عن العقد خلال المدة المحددة له دون إبداء أسباب ذلك، فهو حق خالص للمشتري يمارسه بإرادته المنفردة دون العدول إلى القضاء وبغض النظر عن موقف المهني ودونما حاجة إلى تبرير⁽³⁾.

ولذلك فإن المشرع لم يحدد شكلاً للتعبير عن ممارسة هذا الحق وإن كانت الجواب العملية تفرض على المشتري أن يتمسك بهذا الحق عن طريق وسيلة تضمن له الإثبات في حال قيام نزاع حول تاريخ التمسك بهذا الحق.

فقد يعدل المشتري عن العقد إذا وجد أن السلعة أو المنتج الذي أقدم عليه غير متوافق مع ما كان يتوقعه أو يتصوره، بل يتاح له هذا الحق حتى ولو وجد أن السلعة أو المنتج متوافق مع ما كان يتوقعه لكنه تبين له أنه تسرع فهو ليس بحاجة إليه، وبذلك فإن الحق في التراجع عن العقد هو حق مطلق.

¹ - ولم يتضمن التشريع التونسي نصاً مماثلاً، وكذلك مشروع قانون المبادلات الإلكترونية لدولة فلسطين.

² - وهي توافق المادة 30 من قانون المبادلات الإلكترونية التونسي والمادة 55 من مشروع قانون المبادلات الإلكترونية لدولة فلسطين.

³ - د/ سامح عبد الواحد التهامي، المرجع السابق، ص 337؛ د/ عبد العزيز المرسي حمود، المرجع السابق، ص 86.

ويستطيع المشتري أن يمارس حقه في العدول بإحدى طريقتين، فإما أن يطلب رد المبيع واسترداد الثمن أو أن يطلب استبدال المبيع بآخر، ويلاحظ في الحالة الأخيرة أن ممارسة الحق في التراجع إذا انصبت على تغيير المنتج فإن ممارسة هذا الحق لن تغير من جوهر العقد ولن تمس بقوته الملزمة.

ويمكن للمشتري أن يمارس حقه في العدول عن العقد بالطريقتين معا، فقد يقدم على طلب تغيير البضاعة بأخرى خلال المهلة المحددة ويتبين له بعد تغييرها أن المبيع لا يصلح أو أنه ليس بحاجة إليه وعندئذ يطلب رد المبيع واسترداد الثمن⁽¹⁾.

ولا يخل استخدام الحق في التراجع أو ممارسته بالقواعد العامة المطبقة على عقد البيع، فالمشتري بعد التسليم يفترض فيه أنه تسلم المبيع مطابقا تماما لما تم الاتفاق عليه فإذا وجد أن المبيع به نقص، أو أن الصفات التي تعهد به البائع لا توجد به فإن من حقه طبقا للقواعد العامة طلب فسخ العقد أو إنقاص الثمن مع التعويض في الحالتين إن كان له مقتضى⁽²⁾، وهذا بخلاف الحق في التراجع فلا يأخذ المشتري أي تعويض ولا يمكن إنقاص الثمن فيه.

الفرع الثاني: آثار الحق في التراجع عن العقد

إذا كان العقد الإلكتروني عقدا قوامه التراضي، ويعتقد كما أشرنا سابقا، بمجرد تبادل إرادتين متطابقتين، فإن تمكين المشتري في هذا العقد من الحق في التراجع يجعلنا أمام صورة جديدة من التعاقد تتيح لطرف واحد الاستقلال بنقض العقد بإرادته المنفردة وفي هذا خروج على القواعد العامة.

فتمتثل الحق في التراجع عن العقد في الحالات التي ذكرناها بالشروط التي فصلناها فإنه يترتب آثارا تغير من طبيعة العقد، ومتى تمت ممارسة الحق في التراجع ترتبت أيضا آثار على طرفيه.

ولذلك فإن آثار الحق في التراجع يمكن تقسيمها إلى مرحلتين، مرحلة ثبوت الحق في التراجع وهذه المرحلة تؤثر في الوصف القانوني لهذا العقد، ومرحلة استعمال الحق في التراجع وهي تؤثر على المراكز القانونية للطرفين.

أولا- تأثير الحق في التراجع عن العقد في ذاته:

حول ما إذا كان الحق في التراجع عن العقد يمثل اعتداء على مبدأ الرضائية أو خرقا لمبدأ القوة الملزمة للعقد، فإن الفقه قد اختلف بصدد هذه المسألة حيث ذهب البعض بأن العقد الذي يتضمن حق العدول لا يبرم بصفة نهائية وإنما هو في الحقيقة مازال في طور التكوين، وأن المهلة القانونية، التي منحها المشرع للمشتري ما هي إلا فترة للتفكير والتروي في أمر هذا العقد، ومعنى ذلك أن الاتفاق الذي تم بين البائع والمشتري عن بعد لم يكن

¹ - د/ أحمد السعيد الزقرد، المقال السابق، ص 214؛ د/ خالد ممدوح إبراهيم، حماية المستهلك في المعاملات الإلكترونية، المرجع السابق، ص 279.

² - وهذا ما تنص به المادة 366 مدني جزائري المطابقة لنص المادة 434 مدني مصري، و 498 مدني كويتي، و 402 مدني سوري.

المقصود منه إبرام العقد بصفة نهائية وإنما كان مجرد رغبة في إبرام العقد، وأن العقد لا يوجد إلا بانقضاء المهلة المقررة لممارسة الحق في التراجع وبانقضاء هذه المهلة يكون المتعاقد الذي تقرررت لمصلحته قد حظي بالوقت الكافي للتأمل والتدبر ويكون رضاه قد اكتمل بصفة نهائية⁽¹⁾.

وخلاصة هذه النظرة إلى الحق في التراجع عن العقد هي أنه لا يمثل أي اعتداء على القوة الملزمة للعقد، فيحدث العدول في لحظة لم يكن العقد قد أبرم فيها بعد، ذلك أن هذا الحق يتطلب تراضيا عليه، وهذا التراضي يتم على مرحلتين متتابعتين.

ففي المرحلة الأولى يولد العقد بتطابق إرادتي الطرفين، لكنها مرحلة لا تكفي بذاتها لتتام العقد ففيها يتشكك المشرع من تسرع المتعاقد لأسباب معينة ولذلك منحه مهلة للتفكير والتأمل تبدأ من لحظة تسلمه محل العقد أو من تاريخ إبرام العقد، ولا يكتمل وجود العقد إلا بانتهاء المهلة وهذه هي المرحلة الثانية النهائية، فالعقد لا يبرم نهائيا طالما أن الفترة المقررة لممارسة الحق في التراجع لم تنته وخلالها يكون العقد محددا بالزوال⁽²⁾.

ومن الواضح أن القول بفكرة انعقاد العقد على مرحلتين هو قول لا يستند إلى أي أساس قانوني، إذ من المعلوم أن العقد ينشأ متى تم التراضي عليه، ولم يعترف أي تشريع بفكرة انقسام التراضي على مرحلتين.

بينما ذهب آخرون إلى أن تقرير الحق في التراجع لا يغير من أمر العلاقة العقدية شيئا، فالعقد يكتمل وجوده بمجرد تبادل إرادتين متطابقتين على العناصر الجوهرية للعقد، وصاحب الحق في التراجع يملك هذا الحق بمقتضى عقد قائم ومنعقد، ويدعم هؤلاء رأيهم بأن آثار العقد قد ترتبت عليه، فالملكية تنتقل إلى المشتري ويتحمل تبعه الهلاك حتى خلال مهلة ممارسة الحق في التراجع، كما له أن يتصرف في محل العقد⁽³⁾.

وقد حاول البعض الآخر البحث عن أساس العقد المتضمن الحق في التراجع في الوعد بالتعاقد، وشبهوا الفترة المتاحة للمشتري في التمسك بحقه في العدول بفترة الوعد، لكن انتقادا شديدا وجه لهذا الرأي على اعتبار أن الواعد يبقى مالكا للشيء ولثاره في فترة الوعد بينما تنتقل الملكية للمشتري صاحب الحق في التراجع، كما أن المشتري في العقد المتضمن حق العدول يملك أن يفسخه، أو ألا يمارس هذا الحق فيحصن العقد، بينما الموعود له لا يملك إلا أن يوافق على الوعد فيقتصر دوره على التعبير عن القبول⁽⁴⁾.

كما أن انقضاء المدة المحددة للموعود له لإظهار رغبته في العقد، يجعل من الوعد كأن لم يكن، في حين أن انقضاء المهلة المخولة للمشتري في ممارسة حقه في العدول تجعل العقد محصنا.

¹ - د/ عبد العزيز المرسي حمود، المرجع السابق، ص 88؛ د/ طاهر شوقي عبد المؤمن، المرجع السابق، ص 121.

² - د/ أحمد السعيد الزقرد، المقال السابق، ص 227.

³ - د/ محمد السعيد رشدي، المرجع السابق، ص 106؛ عبد الله ذيب محمود، الرسالة السابقة، ص 137.

⁴ - د/ عبد العزيز المرسي حمود، المرجع السابق، ص 95.

وحاول آخرون تلمس الأساس القانوني للعقد المتضمن الحق في التراجع في البيع بشرط التجربة، وذلك أن المتعاقد الذي يملك حق العدول يتاح له رؤية المبيع وتجربته فإن لم يقبله أرجعه للبائع، وفي هذا تطابق مع البيع بشرط التجربة، والواقع أنه من غير المقبول الأخذ بهذه النظرة القاصرة إلى الحق في التراجع، ففي العقد المقتن بشرط التجربة يقتصر حق المشتري على قبول المبيع أو رفضه، في حين يتسع المجال لصاحب الحق في التراجع فهو يملك الإبقاء على العقد مع تغيير البيع أو رده مع استرداد الثمن⁽¹⁾.

كما أن الحق في التراجع هو حق مطلق يعنى فيه المتعاقد الذي مارس حقه في العدول من إبداء الأسباب أو اللجوء إلى القضاء في تقرير حقه، بينما يخضع المشتري في البيع بشرط التجربة لرقابة القضاء، يضاف إلى ذلك أن البيع بشرط التجربة هو في واقع الأمر عقد معلق على شرط واقف فإذا تسلم المشتري المبيع لتجربته وهلك بسبب أجنبي، فإنه يهلك على مالكة أي البائع الذي يتحمل تبعة الهلاك أما إذا هلك المبيع في يد المشتري الذي يملك حق العدول فإنه يهلك عليه باعتبار أن الملكية قد انتقلت إليه⁽²⁾.

ورجح بعض الفقهاء أن فكرة العقد غير اللازم تعد وصفا دقيقا للحالة التي يكون عليها العقد المتضمن الحق في التراجع وهي صفة استثنائية لأنها تخالف الأصل العام وهي القوة الملزمة للعقد، وهي صفة مؤقتة لأنها تزول بانتهاء المدة المقررة لممارسة الحق في التراجع⁽³⁾.

وفكرة العقد غير اللازم معروفة في الفقه الإسلامي وهي تعني العقد الجائز أي الذي يجوز لأحد الطرفين أو لكليهما فسخه فهي عقود قبل الفسخ بطبيعتها كالوكالة والوصية والعارية والوديعة، والمقصود بالفسخ في الفقه الإسلامي هو إنهاء العقد⁽⁴⁾.

نتهي إلى القول بأن العقد الإلكتروني بما أنه ينتمي إلى طائفة العقود عن بعد، وبما أن المشرع خول للمشتري في هذا النوع من العقود ممارسة الحق في التراجع في الحالات التي يجيزها، فإنه هذا العقد هو عقد غير لازم بالنسبة إليه فيملك ممارسة الحق في التراجع في الحالات التي يجيزها القانون وفي المهلة التي يحددها.

ثانيا- آثار ممارسة الحق في التراجع على أطراف العقد:

إذا مارس المتعاقد حقه في العدول في المهلة المحددة ترتبت على ذلك آثار بالنسبة إليه وآثار بالنسبة إلى الطرف الثاني.

¹ - د/ محمد السعيد رشدي، المرجع السابق، ص 124.

² - د/ أبو الخير عبد الوينس الخويلدي، المرجع السابق ص 132.

³ - د/ أحمد السعيد الزقرد، المرجع السابق، ص 230.

⁴ - د/ أحمد فراج حسين، المرجع السابق، ص 275؛ د/ محمد سعيد جعفرور، الخيارات العقدية، المرجع السابق ص 75.

فبالنسبة للمشتري المستهلك فإنه متى تمسك بحقه في العدول زال العقد وأعتبر كأن لم يكن منذ لحظة إبرامه، وهذا ما يعني التزامه برد السلعة أو المنتج للبائع أو التنازل عن الاستفادة من الخدمة، ويجب أن يعيد البضاعة أو المنتج بالحالة التي تسلمها عليها فإن أصابها تلف أو هلاك تحمله هو باعتباره كان مالكا لها.

وطبقا لنص الفقرة الأولى من المادة 121-20 من تقنين الاستهلاك الفرنسي وهي تقابل المادة 412 مكرر 06 من مشروع قانون تعديل التقنين المدني الجزائري، فإن المشتري متى مارس حقه في العدول فإنه لا يتحمل أية جزاءات أو مصاريف ماعدا مصاريف الإرجاع إن وجدت، وهذا ما دفع ببعض الفقه إلى التعليق على هذا الحق بأنه بالإضافة إلى كونه حقا مطلقا وتقديريا فإنه أيضا حق مجاني⁽¹⁾.

ولا يوجد ص يمنع اتفاق الطرفين على إعفاء المشتري حتى من مصاريف الإرجاع أما الاتفاق على تحمل المشتري أية نفقات إضافية فمضرة بطلان لمخالفته قواعد حماية المستهلك⁽²⁾.

وإذا اقتضت محلة العدول دون أن يتمسك المشتري بحقه في العدول عن العقد، فإن صفة اللزوم تلحق بالعقد ويصير باتا ويستقر نهائيا ولا يكون للمشتري ممارسة هذا الحق مرة أخرى.

غير أن سقوط الحق في التراجع بانقضاء المهلة لا يمنع المشتري من الاستفادة بالقواعد العامة في التقنين المدني الخاصة بضمان العيوب الخفية أو الاستناد إلى نظرية عيوب الإرادة إذا تبين أن إرادته كانت معيبة، وذلك أن الحق في التراجع هو وجه من أوجه الحماية الخاصة التي لا تسقط الحماية العامة المقررة في التقنين المدني.

أما بالنسبة للبائع فيلتزم في حالة ممارسة الحق في التراجع من قبل المشتري، برد ما قبضه من ثمن، كما يترتب بالنسبة إليه فسخ عقد القرض الذي يكون قد أبرمه مع المشتري لتمويل شراء البضاعة أو الاستفادة من الخدمة⁽³⁾.

فوفقا لنص الفقرة الأولى من المادة 121-20 من تقنين الاستهلاك الفرنسي- الموافقة للمادة 412 مكرر 07 من مشروع قانون تعديل التقنين المدني الجزائري فإنه يجب على البائع المهني أن يقوم برد الثمن خلال ثلاثين يوما من اليوم الذي أعلن فيه المشتري تمسكه بالعدول، وفي حالة تجاوز البائع هذا الأجل دون أن يرد الثمن فإنه يتعرض لزيادة في الثمن على سبيل الغرامة وهي الغرامة التي يعود تقديرها للقانون الذي ينظم الفوائد القانونية في فرنسا، أما في الجزائر فقد حددها مشروع التعديل بـ 10% من ثمن المبيع عن كل يوم تأخير⁽⁴⁾.

¹ - د/ محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 71.

² - د/ سامح عبد الواحد التهامي، المرجع السابق، ص 342.

³ - د/ طاهر شوقي عبد المؤمن، المرجع السابق، ص 120؛ عبد الله ذيب محمود، الرسالة السابقة، ص 137.

⁴ - Article 121-20/1 « lorsque le droit de rétractation est exercé, le professionnel est tenu de rembourser sans délai le consommateur et au plus tard dans les trente jours suivant la date à laquelle ce droit a été exercé, Au-delà, la somme due est de plein droit, productive d'intérêts aux taux légal en vigueur ».

بالإضافة إلى ذلك، فإن المشرع الفرنسي قد نص على جزاء جنائي يوقع على البائع في حالة رفضه إرجاع ثمن البيع إلى المشتري، حيث جاء في المادة 121-20-02 على أن توقع عقوبة جزائية على كل بائع رفض رد المبالغ التي دفعها المستهلك خلال ثلاثين يوما من إعلان المستهلك عدوله عن العقد، ويلاحظ أن هذه العقوبة التي تطبق على البائع هي العقوبات المطبقة في مجال المنافسة وقمع الغش⁽¹⁾، وهي قد تصل إلى الحبس 6 أشهر وغرامة قدرها 7500 أورو⁽²⁾.

وإذا كان ثمن البيع مولاكليا أو جزئيا بقرض ممنوح من البائع أو من الغير باتفاق مع البائع، فإنه يترتب قانونا على تمسك المشتري بحقه في العدول فسخ عقد القرض وذلك دون تعويض ولا مصاريف باستثناء تلك المتعلقة بفتح الاعتماد، وهذا ما نصت عليه المادة 311-25 في فقرتها الأولى والتي أضيفت إلى تقنين الاستهلاك الفرنسي بمقتضى المرسوم 741/2001 الذي سبقت الإشارة إليه والذي صدر إعمالا لأحكام التوجيه الأوروبي لاسيما المادة 6 فقرة 04 من التوجيه رقم 07/97.

وهذا النص مطابقا للمادة 412 مكرر 12 من مشروع تعديل التقنين المدني الجزائري⁽³⁾ وبذلك يكون المشرع قد نظر إلى العقدين، العقد المبرم عن بعد والعقد المبرم تمويلا له، باعتبارهما كلا لا يتجزأ فقرر أن زوال الأصلي منها يستتبع زوال التابع، فالمشتري لم يبرم عقد القرض إلا لتمويل شراء المنتج أو الاستفادة من الخدمة فإن تمسك بحقه في العدول فلم يبق مجال للقرض.

ومن خلال استعراض مظاهر الحماية الخاصة للمتعاقد في العقد الإلكتروني، فإنه يمكن القول بأن حماية المستهلك في العقد الإلكتروني قد ألفت بظلالها الكثيفة على عدد من المبادئ التقليدية التي تحكم النظرية العامة للعقد، إما لحظة إبرام العقد بهدف حماية رضا المتعاقد المستهلك، وإما بالتدخل في مضمون العقد بهدف إعادة التوازن إلى الرابطة العقدية، أو حتى بالنسبة لآثار العقد بزيادة التزامات المهني (المنتج، الموزع، البائع) أو التوسع في حقوق المستهلك، بتقرير حق العدول عن العقد الذي أبرم صحيحا، وإعفاءه من إبداء الأسباب أو تحمل المصاريف، بل وبلغت الحماية إلى تدخل التشريع الجزائي لفرض عقوبات جزائية على عدم تنفيذ التزامات مدنية.

¹ - Article 121-20/02: « est punie de la peine d'amende prévue pour les contraventions de la cinquième classe le refus du vendeur de rembourser dans les conditions fixées à l'article 121-20-1 le produit retourné par l'acheteur, lorsque celui-ci dispose d'un droit de rétractation ».

² - د/ محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 67.

³ - وهذا النص يقابل نص المادة 33 من قانون المبادلات التجارية الإلكترونية التونسي، والمادة 58 من مشروع قانون المبادلات الإلكترونية لدولة فلسطين.

ترشيد القاصر إطار مخفض لمسؤولية الآباء*

د/ حر العين عبد القادر - أستاذ محاضر "أ" - جامعة ابن خلدون - تيارت

الملخص:

الأصل انه لا يسأل المرء إلا عن أفعاله الشخصية ، واستثناء من ذلك فان الأولياء لاسيما الآباء يسألون عن الأفعال غير المشروعة التي يأتيها أبناءهم القصر، كونهم بحاجة إلى الرقابة والرعاية، غير انه وبلوغهم سنا معينة يمكن ترشيدهم حالة توافر شروط معينة، ومن ثم يعفى الآباء من المسؤولية وتنعقد مسؤوليتهم الشخصية عن الأفعال غير المشروعة التي يرتكبونها.

Résumé:

A l'origine que l'on ne demande pas seulement pour les actions personnelles, et une exception à cela, les saints, en particulier les parents demandent des actes illicites que les vocations fils mineurs, ils ont besoin de contrôler et de soins, mais il a atteint un certain âge peut le cas Trashidhm de disponibilité de certaines conditions, et les parents alors soulagés de responsabilité et d'être tenue responsabilité personnelle pour des actes illicites commis par eux.

مقدمة:

تعدّ مسؤولية متولي الرقابة - لاسيما مسؤولية الآباء عن أبناءهم القصر - مسؤولية استثنائية إذ الأصل أن المرء لا يسأل إلا عن عمله الشخصي، ولكن القانون قد خرج عن هذا الأصل في بعض الحالات، وجعل الشخص مسؤولاً عن فعل غيره لاعتبارات متعددة منها التيسير على المضرور في الحصول على تعويض ما أصابه من ضرر بإعفائه من الالتزام بإثبات الخطأ، وكذا تعدّ هاته المسؤولية ضمانة حقيقية للمضرور إذ غالبا ما يكون المشمول بالرقابة شخصا لا يملك شيئا، أو لا يمكن مساءلته لعدم أهليته للمساءلة الأمر الذي أتاح من خلاله القانون للمضرور مسؤولاً يعوضه عن الضرر الذي أصابه من ذلك الشخص الخاضع للرقابة.

ولا شك أن القانون إذ يجعل الآباء مسؤولين عن الأفعال غير المشروعة التي يأتيها أبناءهم القصر⁽¹⁾ فإنما يكون ذلك لكونهم بحاجة إلى الرقابة نظرا لحالة القصر التي يكونون عليها فلا تتوافر له ملكة الإدراك وذلك لقصور

* تاريخ إيداع المقال: 2016/12/05

تاريخ تحكيم المقال: 2016/12/27

- بعد التعديلات الجديدة التي جاء بها المشرع الجزائري بموجب القانون 10/05 المتضمن القانون المدني نجد أن مشرعنا لم يشر إلى مسؤولية الآباء عن أفعال أبنائهم القصر، وذلك أكفاء بالنص العام الذي يلزم كل من يجب عليه قانونا أو اتفاقا رقابة شخص في حاجة إلى الرقابة بسبب قصره أو بسبب حالته العقلية أو الجسمية بتعويض الضرر الذي يحدثه ذلك الشخص للغير، وهذا ما نصت عليه المادة 134 من القانون المدني الجزائري،

عقولهم عن معرفة حقائق الأشياء واختيار النافع منها لأنفسهم، والبعد عن كل ما من شأنه الإضرار بهم ، ومرد ذلك كله إلى عدم اكتمال فوهمهم، وضعف قدرتهم الذهنية والبدنية بسبب وجودهم في سن مبكرة ليس في استطاعتهم بعد وزن الأشياء بميزانها الصحيح وتقديرها حق التقدير، غير انه وبمرور الزمن يدرك هؤلاء معاني الكلام ومقاصده ، ويستوعبون معنى الحياة ومتطلباتها، ومن ثم يمكن ترشيدهم ، ويقصد بالترشيد بلوغ القاصر سن معينة حددها المشرع في القانون يعفى فيها الآباء من المسؤولية المفترضة عن أعمال القاصر غير المشروعة التي تسببت في ضرر للغير، ويسأل عنها القاصر المرشد على أساس مسؤوليته الشخصية، ولم يبين مشرعنا في هذا الصدد أحكام ترشيد القاصر في القانون المدني على خلاف التشريع الفرنسي- والمصري ولكن يمكن استخلاص بعض الأحكام التي تطبق في هذا الشأن ويعفى من خلالها الآباء من المسؤولية إذ الهدف من الرقابة والرعاية المفروضة قانونا قد زال بترشيد القاصر، ومنه لنا أن نتساءل عن الترشيد وأثره في مسؤولية الآباء عن أبنائهم القصر؟

وللإجابة عن هذا التساؤل تناول الترشيد في القانون الفرنسي- والمصري لعدم ورود الأحكام الكافية لمسألة الترشيد في تشريعنا.

أولا- الترشيد في القانون الفرنسي

ويعتبر ترشيد القاصر من بين الأطر المخفظة لمسؤولية الآباء، ويقصد به الإذن الذي يسمح للقاصر أن يصبح أهلا قانونا ويمكن أن يكتسب بطريقتين إما بالإذن عن طريق الزواج أو الإذن الصريح من الآباء.

ففي حالة زواج القاصر وباستثناء الفقيه Rodier⁽¹⁾ فإن كل الفقهاء⁽¹⁾ يتفقون على القول بأن الإذن عن طريق الزواج يحلر الآباء من المسؤولية المنصوص عليها في المادة 1384 فقرة 4 من القانون المدني الفرنسي-، لأجل

وتتجسد الرقابة القانونية للإباء في ما تضمنته المادة 87 في فقرتها الأولى من قانون الأسرة إذ نصت على ما يلي: "يكون الأب وليا على أولاده القصر، وبعد وفاته تحل الأم محله قانونا.."

إذن فالأب هو الولي الطبيعي على نفس ابنه القاصر وذلك لما له من سلطة أبوية عليه تخوله الحق في حفظه ورعايته وتهذيبه ومراقبة سلوكه، فإذا ارتكب الابن القاصر عملا غير مشروع ترتب عليه إلحاق ضرر بالغير كان الأب مسؤولا عن تعويض الغير عما لحقه من ضرر بسبب فعل ابنه القاصر، لذلك نجد أن ولاية الأب على نفس ابنه القاصر تعدّ حقا وواجبا في نفس الوقت، فهي حق إذ تخوله الحق في حفظه ورعايته وواجب إذ تلزمه بمراقبته ومنعه من الأضرار بالغير.

¹ - يرى السيد Rodiere بأن الإذن للقاصر بالزواج لا يخرج من السلطة الأبوية، وبالتالي لا تمنع إقامة مسؤولية والديه استنادا لأحكام المادة 1384 فقرة 4 إلا أنه يقر بأن مسؤولية الآباء في هذه الحالة نادرة ما تقام لتخلف شرط المساكاة أو الإقامة المشتركة مع الآباء إذ شرط الإقامة أو المساكاة المشتركة شرط من شروط مسؤولية الآباء عن أبنائهم القصر - voir - RODIERE .RENE - La responsabilites civil - extrait de cours de droit civil français

de ch. Ben d'ont - 2^{eme} ed - Rousseau et cie - paris - 1952- p88

¹ - JOSSERAND.LOUIS - cours de droit civil positif français - tome2 - 3^{eme} ed - p495 .

Et - RIPERT . G et BOULANGER .J - traite de droit civil - les obligation -

tome2- L.G.D.J -1957 p 422 .

ذلك يرى بعض الفقهاء إلى أن القاصر يصبح مستقلاً⁽¹⁾ ، ويشير فقهاء آخرون إلى أن السلطة الأبوية تنتهي والمسؤولية تتوقف لأنه تزوج، وبالإضافة يخرج القاصر من السلطة الأبوية ليصبح رب أسرة أو ينتقل إلى سلطة الزوج إذا كان القاصر أثنى⁽²⁾ .

أما فيما يتعلق لحالة الإذن الصريح بترشيده القاصر فكان في الأصل ينشأ من مبادرة شخصية للآباء سواء الأب أو الأم ويتم ذلك أمام القاضي⁽³⁾ ولكن هاته السلطة التحكيمية في منح الإذن قادت جانب كبير من الفقه إلى إنكار كل أثر إعفائي، واستدلوا بذلك على أنه إذا الطفل أحدث ضرراً، فمن المنطقي أن يستخلص من ذلك أن أباه قد ارتكب خطأ بالإذن له بممارسة بعض الأعمال⁽⁴⁾ .

لكن الفقهاء المعاصرون⁽⁵⁾ أشاروا إلى أن التفسير الطبيعي للنصوص يسمح بالاستنتاج أن الإذن يضع نهاية للسلطة الأبوية، وعلى كل فإن هذا الخلاف حسمه المشرع الفرنسي- في قانون 1974/07/05 إذ تضمن الإذن الصريح، والذي لم يعد ينشأ عن مجرد إعلان أو ترخيص من الآباء ولكن قاضي الوصاية وحده هو الذي يملك إصدار قرار بالإذن متى طلب منه ذلك ورأى الأسباب العادلة لذلك⁽¹⁾ .

هذا وقد جاءت المادة 481 من التقنين المدني الفرنسي- بما مفاده أن القاصر المرشد يتمتع بالأهلية كالرشيد في سائر أعمال حياته المدنية، ونصت المادة 482 من نفس القانون أن السن المحدد للترشيده هي خمسة عشرة سنة، وتضمنت أيضاً أن القاصر المرشد يخرج من سلطة أبيه وأمه وأنها لا يسألان بقوة القانون عن الأفعال غير المشروعة التي يأتياها القاصر المرشد ويسبب من خلالها أضرارا للغير.

ثانياً: الترشيده في القانون المصري والجزائري

إذا بلغ الشخص سن التمييز فإن ذلك لا يعني أنه قد أصبح رشيداً وصالحاً للركون إليه في كل أو بعض شؤونه، فهو لا يزال غير ذلك، ولكن بمرور فترة يقرر على الحياة ويتعرف فيها على الكيفية التي يمارس بها شؤونه فهو يتدرج في ذلك تدرجاً حتى يصل إلى السن التي يمكن أن يكون قد تكيف مع الحياة وشؤونها فيختبر في ذلك ويمكن من مزاولة بعض التصرفات التي تهمه في شؤونه بموجب إذن يصدر له في ذلك لاختبار قدرته على حسن التصرف.

¹ - SOURDAT .M – traite générale de la responsabilité ou de l'action en dommages et intévets en dehors des contrats - tome.11- 5^{eme} ed – L.G.D.J 1952 p 80

² - MACADE.V – explication théorique et pratique du code napoleon – tome7- 5^{eme} ed –1959 - p 269.

³ -المادة 476 من القانون المدني الفرنسي

⁴ - DURNTON .M – cours de droit français suivant- le code civil c5 – 1831- p 733 .

⁵ - RODIERE. R– OP – CIT – P89.

¹ -المادة 477فقرة 2 من القانون المدني الفرنسي.

ومن خلال ذلك الاختبار تعرف حالة الشخص العقلية وقدراته الذهنية إذ القاصر عادة ما يكون في هذه المرحلة قريبا من اكتمال قواه العقلية ويظهر لديه طموح كبير يحاول به إظهار نفسه وكأنه قد أصبح عاقلا رشيدا يركن إليه، وجدير بإدارة شؤونه بنفسه فيحاول التصرف بحذر وروية ليدلل على أنه قادر على ذلك . وإدراكا لهذه المرحلة من حياة الإنسان فإن القوانين قد اهتمت بتنظيمها بوضع ضوابط ونصوص من شأنها تحديد الكيفية والطريقة التي يأذن فيها للقاصر تولي شؤون نفسه قبل بلوغه سن الرشد القانونية، وهذا ضمن أطر وشروط محددة وهو ما يصطلح عليه بترشيد القاصر .

أ- الترشيد في القانون المصري

تنص المادة 112 من القانون المدني المصري على أنه " إذا بلغ الصبي المميز الثامنة عشر- من عمره وأذن له في تسلم أمواله لإدارتها أو تسلمها بحكم القانون كانت أعمال الإدارة منه صحيحة في الحدود التي رسمها القانون ". وتنص المادة 54 من قانون الولاية على المال على أنه " للولي أن يأذن للقاصر الذي بلغ الثامنة عشرة في تسلم أمواله كلها أو بعضها لإدارتها ويكون ذلك بإشهاد لدى الموثق وله أن يسحب الإذن أو يحد منه بإشهاد آخر...".

وتشير المادة 57 من نفس القانون أنه " لا يجوز للقاصر سواء كان مشمولا بالولاية أو الوصاية أن يتجر إلا إذا بلغ الثامنة عشرة من عمره وأذنت له المحكمة في ذلك إذا مطلقا أو مقيدا ". وتضيف المادة 64 أنه " يعتبر القاصر المأذون له من قبل وليه أو المحكمة أو تطبيق القانون كامل الأهلية فيما أذن له فيه وفي التقاضي فيه ".

ويتضح لنا من خلال هاتاه النصوص أن المشرع المصري قد أجاز تأهيل القاصر والإذن له بإدارة أمواله كلها أو بعضها شريطة بلوغه سن الثامنة عشرة وحصوله على إذن من وليه أو من المحكمة، ولا يسمح له بممارسة التجارة إلا وفقا للقانون التجاري وبترخيص من القضاء، ويعد القاصر المرشد كامل الأهلية فيما أذن له بالتصرف فيه، ومن ثم فهو مسؤول عن أعمال حياته المدنية ويسأل عن أفعاله غير المشروعة التي تلحق ضررا بالغير وترفع مسؤولية الأولياء بالترشيد ⁽¹⁾.

ب - الترشيد في القانون الجزائري

بالرجوع إلى أحكام القانون المدني الجزائري لا نجد نصا يتضمن ترشيد القاصر وبيان أحكامه، غير أنه بالرجوع إلى نصوص قانون الأسرة والقانون التجاري فيمكن القول في هذا الصدد أنه وباستقراء نص المادة 7 من قانون الأسرة نجد أنها تنص على أنه " تكتمل أهلية الرجل والمرأة في الزواج بتمام 19 سنة وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج.

¹ محمد رفعت الصباحي - المسؤولية المدنية للوالدين عن القاصر - دراسة مقارنة - مكتبة عين شمس - القاهرة - 1989 ص 95.

يكتسب الزوج القاصر أهلية التقاضي بما يتعلق بآثار عقد الزواج من حقوق والتزامات".

ومن هذا يمكن القول أنه للقاضي أن يرخص للقاصر بالزواج فيتم بذلك ترشيده ويكون له أهلية التقاضي فيما يخص آثار عقد الزواج، إذن فالقاصر المرشد هنا يتحمل الالتزامات والحقوق التي مصدرها عقد الزواج فيكون بذلك الزوج ملزم بنفقة زوجته ورعاية أولاده حالة إنجابهم بالإضافة إلى اعتباره رب أسرة و المسؤول عنها⁽¹⁾، ومنه فمادام هذا القاصر المرشد مسؤول عن الآثار المترتبة عن عقد الزواج فأولى به أن يكون مسؤولاً عن الأفعال غير المشروعة التي يأتيها و تسبب ضرراً للغير، هذا ناهيك أن المسؤولية عن الأفعال الضارة أساسها التمييز فقط، وبذلك نعتقد بعدم مسؤولية الأولياء عن أبنائهم القصر المرشدين بالزواج.

أما نصوص القانون التجاري فقد وردت فيه أحكام خاصة بالقاصر الذي يجوز له مباشرة التجارة على سبيل البرية وهذا ما يعرف بنظام التأهيل، فنصت بذلك المادة الخامسة منه على أنه " لا يجوز للقاصر المرشد، ذكراً أم أنثى، البالغ من العمر ثمانية عشر سنة كاملة والذي يريد مزاوله التجارة أن يبدأ في العمليات التجارية، كما لا يمكن اعتباره راشداً بالنسبة للتعهدات التي يبرمها عن أعمال تجارية .

- إذا لم يكن قد حصل مسبقاً على إذن والده أو أمه أو على قرار من مجلس العائلة مصادق عليه من المحكمة ، فيما إذا كان متوفياً أو غائباً أو سقطت عنه سلطته الأبوية أو استحال عليه مباشرتها أو في حالة انعدام الأب والأم .

- ويجب أن يقدم هذا الإذن الكتابي دعم الطلب التسجيل في السجل التجاري ."

ويفهم من مضمون هذا النص أن مشرعنا يسمح بتأهيل القاصر المرشد وذلك بالإذن له وتأهيله لممارسة التجارة في حدود معينة وضمن شروط محددة تتجلى أساساً في:

1- **الترشيده:** ويستوجب مشرعنا لذلك أن يكون القاصر مرشداً دون أن يبين المقصود بالترشيده ولا أحكامه، وإذا ما رجعنا لمختلف نصوص القانون الجزائري لا نجد نصاً يسعفنا إلا ذلك المتعلق بالقاصر المأذون له بالزواج طبقاً لنص المادة 7 من قانون الأسرة سالفة الذكر.

¹ - ذهب رجال الفقه الإسلامي إلى القول بإنهاء الولاية على النفس على الشخص القاصر بمجرد البلوغ، والبلوغ حدده القرآن الكريم ببلوغ النكاح لقوله تعالى ﴿ وَابْتَغُوا الْبُتَاتِ حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ... ﴾ - سورة النساء آية رقم 06 - وهنا قال رجال الفقه الإسلامي أن الآية واضحة التفسير في أن الصغير لا يسلم إليه ماله بمجرد بلوغه وإنما بعد أن يؤنس منه الرشد، ولم يحدد رجال الفقه سناً معينة للرشد ذلك أن العدالة المثلثة تقتضي الأخذ بالمعيار الشخصي أي أن القاصر لا يعتبر رشيداً إلا إذا توافرت فيه شخصياً مقومات الرشد أما تحديده بالنسب - كما يفعل المشرع الوضعي الآن - فلا يحقق كامل العدالة إذ أنه بما لا جدال فيه أن القصر يتفاوتون في زمن اكتساب البراية في الحياة تبعاً لبنية نشأتهم وما نالوه من ثقافة وتهذيب وما مجتمعون به من ذكاء وفطنة - أنظر - عبد الحميد البجلي - ضوابط العقود - مكتبة وهبة - 1989 - ص 167.

ويلاحظ في هذا المقام أن المشرع قد حدد سن التميز بثلاثة عشر- سنة ولا يجوز قبول الترشيد إذا لم يكن الصغير مميزاً، وعليه فإن القاصر المرشد له أهلية مباشرة الأعمال المدنية⁽¹⁾ وليس له مباشرة الأعمال التجارية إلا وفقاً للمادة 5 و 6 من القانون التجاري.

2- شرط السن: فيشترط لذلك أن يكون القاصر المرشد قد بلغ من العمر ثمانية عشر سنة كاملة، وبحق لنا أن نتساءل والحالة هاته ما فائدة اشتراط هذا السن مع العلم أن سن الرشد هو تسعة عشر- سنة، وإجراءات استحصال هذا الإذن وتسجيله قد تستغرق أكثر من هذا الوقت أو كله، فكان حري على مشرعنا أسوة بما فعله قانون الأسرة أن يجعل هذا السن ستة عشر سنة.

3- شرط الإذن : بالرجوع إلى المادة 5 من القانون التجاري السالفة الذكر يتضح أنه لا يأذن للقاصر المرشد بمزاولة التجارة إلا إذا حصل على إذن والده، وفي حالة ما إذا كان والده متوفى أو غائب أو سقطت عنه السلطة الأبوية - كأن كان مجنوناً أو معتوها - أو استحال عليه مباشرتها فمن عند أمه، وفي حالة عدم وجود الأب والأم فإن المشرع قد منح لمجلس العائلة حق إعطاء الإذن مع اشتراط مصادقة أو إقرار من المحكمة التي يقع في دائرتها مواطن القاصر المرشد، هذا ولم يحدد هذا النص ولا القانون المدني ولا قانون الأسرة ولا أي نص قانوني آخر مجلس العائلة، غير أن هذا المصطلح ورد في التقنين المدني الفرنسي- إذ يختص القاضي الذي يقع في دائرته المسكن الذي يقيم فيه الصغير بتحديد الأشخاص الذين يتكون منهم مجلس العائلة وبيان عددهم ويتراوح عدد الأشخاص المكونين لمجلس العائلة عادة من 4 إلى 6 أفراد⁽²⁾.

4- شرط قيد الإذن في السجل التجاري: أوجب كذلك المشرع الجزائري على القاصر المرشد المأذون له أن يقوم بقيد الإذن في السجل التجاري، ويكون عادة ذلك بأن يقدم القاصر المؤهل طبقاً لأحكام السجل التجاري الإذن مكتوباً رفقة ملف طلب القيد في السجل التجاري⁽³⁾.

وعلى ذلك فإذا ما توافرت هذه الشروط فإن القاصر المرشد يكون مأذوناً له بممارسة التجارة في حدود ما يسمح به القانون⁽¹⁾، ومن ثم نعتقد أن في ذلك الترشيد لمزاولة النشاط التجاري وما يترتب عنه من

¹ - وفي هذا المقام وبالرجوع إلى قانون 11-90 المتعلق بعلاقات العمل نجد أنه يحدد السن الأدنى للتوظيف بستة عشر سنة، وهو ما يفهم منه أنه يمكن للولي الإذن لأبنائه القصر لمزاولة مهنة ما، ومن ثم فيكون ذلك الولد قد رشد بإذن وليه وذلك بالسماح له بالعمل كأجير بمقتضى عقد العمل.

- المادة 15 من قانون 11/90 المتعلق بعلاقات العمل المؤرخ في 21 أبريل 1990 ج.ر. رقم 17 لسنة 1990.

² - RAYMOND. LEGAIS - Droit civil - introduction - personnes - famille - edition - cujas - 1971 - p 234

³ - المادة 06 من قانون 22/90 المؤرخ في 18 أوت 1990 المتعلق بالسجل التجاري المعدل والمتمم - ج.ر. رقم 36 لسنة 1990 .

¹ - المادة 6 من القانون التجاري الجزائري تنص " يجوز للتجار القصر المرخص لهم طبقاً للأحكام الواردة في المادة 5 أن يبرتوا التزاماً أو رهناً على عقاراتهم .

غير أن التصرف في هذه الأموال سواء كان اختيارياً أو جبرياً لا يمكن أن يتم إلا بإتباع أشكال الإجراءات المتعلقة ببيع أموال القصر- أو عديمي الأهلية " .

مسؤوليات لاسيا والقاصر يكتسب صفة التاجر⁽²⁾ إعفاء الأولياء من مسؤوليتهم عن الأفعال غير المشروعة التي يأتينا الأبناء القصر المرشدين إذا القاصر المأذون له بالتجارة يكون مسؤولا لوحده عن الأفعال الضارة التي يسببها للغير.

خاتمة:

وبناء على ما تم ذكره فيما يخص ترشيد القصر باعتباره وسيلة من شأنها إعفاء الآباء - أو من يقوم مقامهم - من المسؤولية نقول أن ما ذهب إليه التشريع الفرنسي- أولى بالإتباع إذ كان أكثر وضوحا ودقة من التشريع الجزائري والمصري وهذا بإقراره صراحة على الترشيح بطريق الزواج والإذن الصريح يعني الآباء من مسؤوليتهم بقوة القانون وهو ما لم يتبناه مشرعنا ، وأكثر من ذلك لم ينظم أحكام الترشيح في المسائل المدنية مثلما فعل المشرع المصري .

ونعتقد ضرورة تجسيد ذلك تشريعا، كما نرى أن تضيق حالات مسؤولية الأولياء أمر تقتضيه العدالة لاسيا والقاصر أصبح مكلفا كونه قد أضحى زوجا مسؤولا أو تم ترشيده للقيام بمعاملات مدنية أو تجارية تقتضيا الحياة الاجتماعية وأولى به أن يكون مسؤولا مسؤولية شخصية ولا يسأل غيره عن أفعاله الضارة .

² -ويترتب على اكتساب صفة التاجر الخضوع إلى قواعد أكثر صرامة فالنظام في المسائل التجارية أمر مفترض، ولا يمنح المدين أجلا للوفاء وإنما في حالة توقفه عن دفع ديونه فإنه يشهر إفلاسه وتغل يده عن إدارة أمواله، وإذا كان هذا التوقف عن دفع الديون نتجا عن تقصير أو تدليس فيمكن اعتباره مرتكبا لجريمة الإفلاس بالتدليس أو الإفلاس بالتقصير لأكثر تفصيل - أنظر - علي فتاك - مبسوط القانون التجاري الجزائري - ابن خلدون للنشر - 2004- ص 66 وما بعدها.

إحلال وسائل الدفع المصرفية التقليدية بالالكترونية*
أ/ نعمة مولفزة- أستاذ مساعد"ب"- جامعة التكوين المتواصل - مركز تيارت -

الملخص:

يعتبر نظام و وسائل الدفع لأي اقتصاد مؤشراً عن مدى سيره و عمله، و هو ما جعل البنوك في مختلف دول العالم تدرك بأن لتطوير و تحديث وسائل الدفع أولوية، و هذا لأن وسائل الدفع التقليدية لم تعد فعالة في عصر يتطلب السرعة في معالجة المعاملات و الصفقات. ولقد سمح التطور التكنولوجي بخلق وسائل دفع الكترونية، غير مكلفة و مجردة من المادة، لكن من جهة أخرى فإن العمل المتناسق لوسائل الدفع الالكترونية الحديثة النشأة، يتطلب تنظيمًا قانونيًا و درجة أمان عالية. والجزائر هي الأخرى مدركة تماما لهذه الضرورة، ليس فقط من أجل إجبارية و ضع وسائل دفع الكترونية ولكن أيضا لضرورة تألية الوسائل التقليدية القليلة الاستعمال من طرف الجزائريين. في ظل هذه الشروط تتساءل عما إذا كانت وسائل الدفع المعاصرة قد أثبتت فعاليتها مقارنة بالوسائل التقليدية مما سيسمح لها بأخذ مكان الوسائل التقليدية بصورة تامة. الكلمات الأساسية: وسائل الدفع التقليدية، وسائل الدفع الالكترونية.

Résumé :

Les instruments et le système de paiement d'une économie est un indicateur de son fonctionnement, c'est pour ça que les banques doivent savoir, que la modernisation des moyens de paiement est une préoccupation majeure, car les moyens de paiement classiques deviennent peu efficace dans une époque nécessitant une rapidité pour le traitement des transactions.

Le développement technologique a aidé à créer des instruments de paiement électronique efficace, moins cher, plus rapide et dématérialisés, mais d'autre part, le fonctionnement harmonisé de ces nouveaux instruments de paiement électroniques nécessite un cadrage réglementaire et de haute sécurité.

L'Algérie aussi a réalisé l'importance de cette nécessité, non seulement pour l'installation obligatoire des instruments de paiement électroniques, mais aussi la nécessité d'automatiser les moyens classiques qui sont peu utilisés par les Algériens. Dans ces conditions, on se

* تاريخ إيداع المقال: 2016/09/13

تاريخ تحكيم المقال: 2016/10/11

demande, si les moyens de paiement électroniques ont prouvé leurs efficacités par rapport aux moyens traditionnelles, qui permettant à ces moyens électroniques d'occuper complètement la place des instruments traditionnelles.

Mot Clés: Les Moyens De Paiement classiques, Les Moyens De Paiement Electroniques.

مقدمة :

على مر العصور و التعاملات المالية في المبادلات التجارية و حتى اليومية تستحوذ فيها النقود على حصة الأسد من مجمل العمليات، فقيم الأشياء يعبر عنها تعبيراً نقدياً، و معظم ما يدور داخل مجتمع ما من معاملات يتم تسويته بالنقود.

لكن مع التطور الزمني أصبح يتم يوميا إجراء ملايين المعاملات و الصفقات و القروض باستخدام النقود، مما أدى إلى ظهور عدة مشاكل أهمها العمليات الحسابية المعقدة، حوادث السرقة و الضياع، ثقل حمل النقود عند إجراء صفقات ضخمة... الخ، و حل مثل هذه المشكلات حصل اتفاق بين المجتمعات في أزمنة و أماكن مختلفة، على اتخاذ شكل معين يتصف بالقبول العام و له قيمة معروفة تسمح بقيام مقام النقود، و يطلق عليها عموما باسم وسيلة الدفع.

غير أن التطور الاقتصادي لم يسمح لوسائل الدفع بالاستقرار على شكل معين، بل تطورت على عدة مراحل لتتخذ أشكالاً معروفة لأزمنة معينة، أصبحت تعرف الآن بوسائل و نظم الدفع التقليدية.

وفرض التطور التكنولوجي في الوقت الحاضر و زيادة تطبيقه في جميع مناحي الحياة و منها العمل المصرفي، استخدام وسائل دفع تختلف عن تلك الوسائل التقليدية، و التي تعرف بوسائل الدفع الالكترونية.

ووسائل الدفع الالكترونية هي الأخرى توجد على أشكال مختلفة تلائم طبيعة العمليات و الصفقات الالكترونية و التي ظهرت بظهور التجارة الالكترونية، ضمن هذا الإطار العلمي و الفكري المتداخل و أمام العرض السابق تبرز ملامح إشكالية البحث و التي يمكن صياغتها على النحو التالي:

هل مع التطور الزمني في ظل ظهور وسائل الدفع الالكترونية، سيكون مآل وسائل الدفع التقليدية الزوال أم البقاء إلى جانبها ؟

لقد تم تقسيم هذا البحث إلى بحثين:

المبحث الأول: مفهوم وسائل الدفع وتطورها

أصبحت النقود بمختلف أنواعها أهم أداة للتعامل في المجتمع كافة، ولقد حملت التطورات الاقتصادية و الاجتماعية البنوك على ابتكار وسائل و أساليب قانونية للقيام بنشاطها بطريقة تتماشى و ما تتطلبه الحياة

الاقتصادية من سرعة في الإنجاز، وتمثل هذه الوسائل القانونية في وسائل الدفع " Les moyens de paiement" التي خففت من الاستخدام الكبير للنقود سواء المعدنية منها أو الورقية.

المطلب الأول : مكونات وسائل الدفع التقليدية.

كما سبق و ذكرنا فإن أهم وسائل الدفع الكلاسيكية و التي ظهرت منذ القرون الوسطى هي السفتجة [الكبيالة]، الشيك، السند لأمر و التحويلات المصرفية و التي سنتناولها فيما يلي:

أولاً: السفتجة.

لم يرق المشرع الجزائري بتعريف السفتجة، غير أنه عرفها بأنها "محرر كتابي وفق شرائط مذكورة في القانون يتضمن أمراً صادراً من شخص هو الساحب إلى شخص آخر هو المسحوب عليه بأن يدفع لأمر شخص ثالث هو المستفيد أو حامل السند مبلغاً معيناً بمجرد الإطلاع أو في ميعاد معين أو قابل للتعين"، و تسمى بالإضافة إلى كلمة سفتجة بالكبيالة أو بسند السحب أو بوليصة¹.

وعليه تفترض السفتجة وجود ثلاث أشخاص هم:

1- الساحب: وهو من يحرر الورقة و يصدر الأمر الذي تتضمنه.

2- المسحوب عليه: وهو من يصدر إليه هذا الأمر.

3- المستفيد: وهو من يصدر الأمر لصالحه.

تفترض السفتجة وجود علاقات سابقة على إنشائها بين هؤلاء الأشخاص الثلاثة²، ومن أهم خصائص هذا السند قابليته للتداول بالطرق التجارية، وهي التظهير إن كان السند لأمر، و التسليم إن كان لحامله فلا يمكن للورقة التجارية أن تقوم بوظيفتها كأداة دفع و ائتمان تغني عن استعمال النقود إلا إذا كانت قابلة للتداول بطرق سهلة و سريعة تتفق و طبيعة المعاملات التجارية التي قوامها السرعة و الائتمان.

ثانياً: الشيك.

لقد تناول المشرع الجزائري الأحكام المنظمة للشيك من خلال المواد 465 إلى غاية 471 من القانون التجاري الجزائري، غير أنه لم يتطرق إلى تعريف الشيك.

¹ ياملكي أكرم، "الأوراق التجارية و العمليات المصرفية"، الطبعة الأولى، الدار العلمية الدولية و دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان، 2001، ص 284.

² فوزيل نادية، "الأوراق التجارية في القانون الجزائري"، دار هومة، بدون سنة النشر، ص 12.

والشيك هو "صك يتضمن أمرا من شخص يدعى الساحب إلى شخص آخر هو المسحوب عليه بأن يدفع لإذن شخص ثالث هو المستفيد مبلغا نقديا، و ذلك بمجرد الإطلاع و عادة ما يكون المسحوب عليه في الشيك أحد البنوك و التي تقوم بطبع نماذج للشيك يبرز فيه اسم البنك المسحوب عليه بشكل ظاهر"¹.

ويعتبر الشيك من أكثر أنواع الأوراق التجارية ذيوعا في العمل نظرا لأهميته البالغة في المعاملات، كما يتميز بأنه قليل الحاجة إلى استعمال النقود فيحد من كمية تداولها كما أنه لا يجبر الساحب على الاحتفاظ بالنقود في حوزته للوفاء بها و يؤدي ذلك إلى التقليل من مخاطر ضياع أو سرقة النقود، هذا بالإضافة إلى أنه وسيلة فعالة لإثبات الوفاء، إذ يقيد البنك في دفاتره أن الشيك المخصص للوفاء بمبلغ معين قد دفع لشخص معين²، مما جعل استخدام الشيكات كأداة للدفع يحتل المرتبة الأولى بين الأوراق التجارية رغم حداثة إنشائه مقارنة بالسفتجة و السند لأمر.

و للشيك عدة أنواع خاصة، نختصرها فيما يلي:

1- الشيك المسطر: يتميز بوضع خطين متوازيين على صدر الشيك، مما يترتب عليه امتناع البنك عن الوفاء بمبلغ الشيك إلا إلى بنك ليتولى استيفاء المبلغ لحساب هذا العميل، و التسطير قد يكون عاما إذا ترك الفراغ بين الخطين على بياض دون كتابة أي كلمة، أو إذا كتب لفظ بنك من غير تعيين اسم بنك معين، و قد يكون التسطير خاصا متى ذكر اسم بنك معين بين الخطين و عندئذ لا يقوم البنك المسحوب عليه بدفع مبلغ الشيك إلا للبنك المذكور اسمه بين الخطين، عكس التسطير العام حيث يجوز تقديم الشيك لأي بنك لاستيفاء المبلغ.

2- الشيك المعتمد: و هو شيك محرر بشكل عادي، فضلا عن أنه يحمل توقيع البنك المسحوب عليه على صدر الشيك بما يفيد اعتماده مع ذكر التاريخ، و يترتب على اعتماد الشيك تجميد مقابل الوفاء لصالح الحامل فيصبح الوفاء بالشيك مؤكدا.

المطلب الثاني : العوامل المؤدية إلى تطور وسائل الدفع.

هناك العديد من العوامل التي أدت إلى تطور وسائل الدفع و تحولها من الشكل التقليدي إلى أشكال أخرى تؤدي نفس الوظيفة لكن بطرق مختلفة أكثر تطورا، و لعل أهم هذه العوامل ما سنطرق إليه فيما يلي:

¹ - علي و الفقي محمد السيد، "القانون التجاري"، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1999، ص [514-515].

² - مجدي محب حافظ، "جرائم الشيك"، بدون دار النشر، القاهرة، 2002، ص 3.

أولاً: تراجع فعالية وسائل الدفع التقليدية.

قضى ظهور وسائل الدفع التقليدية على الكثير من المشاكل الناجمة عن حمل النقود، كالسرقة والضياع و ثقل عبئ حملها إن كانت بمبالغ كبيرة، فأصبحت بذلك بديلة عن النقود، و بالتالي سهلت الكثير من العمليات خاصة منها التجارية.

ولذلك أصبح الإحساس بالأمان الذي ولدته وسائل الدفع التقليدية بمرور الوقت مرتفع جداً، إلا أن لهذه الوسائل مشاكل كثيرة، و منها:

* **انعدام الملائمة:** الحاجة إلى الوجود الشخصي -سواء شخصياً، أو عبر التليفون- لكلا الطرفين يقيد الحرية المعاملاتية، و بالنسبة للعملاء يترجم هذا إلى تأخير في اقتناء المنتج أو الخدمة مما ينتج عنه تكلفة أعلى، و بالنسبة للبائع يعني ذلك خسارة في الإيرادات نتيجة لانخفاض المبيعات أو فقدها.

* **عدم إجراء المدفوعات في الوقت الحقيقي:** لا تتم المدفوعات التقليدية في الوقت الحقيقي، و يتوقف التأخير في التحقق الفعلي على نوعية السداد فالمدفوعات بالشيكات مثلاً تستغرق ما يصل إلى أسبوع.

* **انعدام الأمن:** فالتوقيعات يمكن أن تزور و الشيكات و الكبيالات و السندات لأمر يمكن أن تسرق أو تضيع، و التجار يمكن أن يلجؤوا للغش و الاحتيال بمختلف أشكاله.

* **ارتفاع تكلفة المدفوعات:** إن كل معاملة تكلف مبلغاً ثابتاً من المال، و بالنسبة للمدفوعات الصغيرة تغطي بالكاد تكاليف المصروفات.

وأكبر مشكل يواجهه المجتمع فيما يخص وسائل الدفع التقليدية، هو مشكل الشيكات بدون رصيد حيث أصبحت مشكلة اجتماعية بسبب الانتشار الواسع لها، فقد سجلت فرنسا على سبيل المثال 5,8 مليون حالة سنة¹ 1996.

أما الأردن فقد سجلت 472,6 ألف شيك بدون رصيد سنة 2002، السعودية بلغت عدد القضايا المتعلقة بالشيكات بدون رصيد إلى 5800 قضية أما الإمارات فحسب بنكها المركزي فقد بلغت قيمة الشيكات بدون رصيد 59 مليار دولار سنة 2002 حيث شهدت ارتفاع سنوي خلال العشر سنوات الماضية بنسبة 5%، و المغرب هي الأخرى سجلت 3,2 مليون دولار قيمة شيكات بدون رصيد سنة 2005 هذا بالإضافة إلى حوادث السرقة و الضياع، الاختلاسات، التزوير و تقليد الشيكات².

¹-Gamdji Mohamadou , » La Sécurité Du Chèque « ,Edition L'HARRAMTTAN,Paris,1992,P[37-38].

² - أنظر في هذا الصدد: - الحديدي هالا، " قضايا الشيكات بدون رصيد"، الشرق الأوسط - جريدة العرب البولية، تاريخ الإطلاع: 02 ماي 2016 .

أما البنوك فمن جهة تعاني من ارتفاع تكاليف معالجة الشيكات ذات المبالغ الصغيرة نظرا لتعدددها فعلى سبيل المثال بلغ ثمن معالجة الشيكات في فرنسا حوالي 3 مليار فرنك سنة 1997 ، فالشيكات الورقية أثقلت كاهل الدول باستهلاكها الكبير للورق الذي يستعمل كدعامة لها و الذي بدوره يستنزف أموال ضخمة في صناعته، كما أن الشيكات الورقية تتطلب في عملياتها اليد البشرية لإجراء عمليات الدفع و التحصيل بالإضافة إلى تكاليف عملية المقاصة.

كما أن استعمال الشيك في المعاملات الدولية بالإضافة لخطر عدم كفاية الرصيد أو انعدامه، فإن التجار يواجهون صعوبة المتابعات الجزائية و التي تختلف من بلد لآخر، لذلك للحصول على دفع مؤكد، يجب طلب الدفع بشيك مقدما، قبل إرسال السلعة فهذه الطريقة غالبا ما يتم العمل بها، خاصة من قبل المصدرين في الشرق الأقصى و الولايات المتحدة الأمريكية، لكن في فرنسا هي غير مستحبة لأنها تؤدي إلى استياء العملاء في المستقبل.

ومن الجرائم أيضا التي ترتكب في حق الشيك، إصدار أمر للمسحوب عليه بعدم صرف الشيك في غير الحالات المقررة قانونا و تحرير شيك و التوقيع عليه بصورة تحول دون صرفه¹.

أما السفتجة، ففي حالة تعرضها للسرقة أو الضياع فإنها تعرض صاحبها لخطرين كبيرين:

الأول: أنه لن يستطيع أن يتقدم للمسحوب عليه مطالبا بالوفاء بعد أن فقد حياة السفتجة،

الثاني: هو احتمال أن يتقدم من عثر عليها أو من سرقها، فيحصل على هذا الوفاء دون صاحبها، لذلك من مصلحة صاحب السفتجة بمجرد ضياعها أو سرقها أن يبادر بالمعارضة لدى المسحوب عليه حتى يمتنع عن الوفاء لمن يتقدم إليه بتلك السفتجة في ميعاد الاستحقاق، ثم يلتمس بعدئذ طرق الحصول على الوفاء بقيمة السفتجة الضائعة، أو طريق إثبات حقه في النزاع الذي يشب بينه وبين حامل السفتجة.

أما التحويلات المحلية التي تتم من حساب إلى حساب آخر جرى تنفيذها في الماضي، إما بواسطة الشيكات أو الحوالات المصرفية، حيث كانت تودع الشيكات بواسطة المستفيدين بها لدى بنوكهم المختلفة، ثم يقوم كل بنك بتجميع الشيكات المسحوبة على البنوك الأخرى كل مجموعة على حدا، ثم يقوم مندوبوا هذه البنوك بتبادل الشيكات في غرفة المقاصة، و يأخذ كل مندوب الشيكات المستحقة على مصرفه ليجري قيدها بعد ذلك على حسابات الساحبين لديه، وكانت عملية المقاصة التي تتم على هذا النحو تستغرق في العادة ثلاثة أيام.

أما التحويل البنكي الدولي و الذي غالبا ما يتلخص في طلب المستورد من بنكه جعل حسابه مدين من أجل جعل حساب المصدر دائن، فمن أهم المشاكل التي يتسبب بها عدم القدرة على فهم الرسائل و غموضها، كذلك

¹ - حميدي معوض عبد التواب، "جرائم الشيك و أوجه الدفاع و الدفع فيه"، الطبعة الأولى، المركز القومي للإصدارات القانونية، مصر، 2003، ص 69.

في حالات عدم الدفع يصعب إثباته لعدم اعتماده على أوراق كالشيك، لذلك غالبا ما يتم التعامل به بين التجار الذين تسود بينهم ثقة.

ثانيا: استخدام شبكة الانترنت في المجال المصرفي.

كان للتطور التكنولوجي في مجال الاتصالات الفضل في حدوث ثورة في المعاملات المصرفية، من خلال شبكة الانترنت خاصة بظهور شبكة الويب العالمية (World Wide Web - WWW)، و ظهرت في هذه الفترة شركات توفر خدمة الانترنت حيث تزود الأشخاص بالاشتراك بخدمة الانترنت عبر شبكة الاتصال الهاتفي¹.

وهو ما ساعد البنوك لعرض خدماتها مما سمح للعملاء بقضاء أشغالهم دون حاجة للتعامل مع الموظفين، أو الانتظار ساعات طويلة في طوابير لأجل قضاء مصلحة مصرفية، و توفر البنوك هذه الخدمات بصفة ايجابية كثيرة منها الملائمة و الكفاءة و السرعة و الوفرة الاقتصادي.

و العميل من خلال الشبكة يمكن له أن يراجع حساباته و يفحصها و يسدد الفواتير الخاصة به في أي وقت و دون التقيد بمواعيد العمل الرسمي لموظفي البنوك²، فأصبحت هناك ضرورة ملحة لتطبيق التقنيات الحديثة في البنوك من أجل:

- التعامل بكفاءة مع النمو الهائل و المتسارع لعدد حسابات العملاء بالبنوك.
 - تخفيض التكلفة الحقيقية لعمليات المدفوعات، فقد ازداد حجم استخدام الشيكات كأداة للدفع زيادة ضخمة عقب الحرب العالمية الثانية، و تقلص استخدام النقود إلى حد ما، و قد شكك الكثير من المصرفيين في مدى قدرة البنوك على التعامل مع هذا الكم الهائل من الشيكات و ما يصاحبها من كم هائل أيضا من المعاملات الورقية.
 - ضرورة تحرير العملاء من قيود المكان و الزمان، إذ كان في الماضي يتعامل العملاء مع بنوكهم داخل مقرها و خلال مواعيد العمل الرسمية بها، في حين أصبح الآن في وسعهم التعامل مع بنوكهم في أي وقت و دون حاجتهم للانتقال إلى مقر هذه البنوك، فأصبح بالإمكان تحويل الأموال بين حسابات العملاء المختلفة، و تقديم طرق دفع العملاء للكميالات المسحوبة عليهم الكترونيا.
- كما ساهمت هذه الشبكة في تطور مفهوم التجارة ليظهر مصطلح التجارة الالكترونية و التي يكون الدفع فيها الكترونيا، مما ساهم و استوجب ضرورة استحداث طرق الدفع التقليدية، لتظهر بذلك وسائل الدفع الالكترونية الأكثر ملائمة للمعاملات المصرفية الالكترونية.

¹ - الجنيبي منير و الجنيبي ممدوح، "التبادل الالكتروني للبيانات"، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2004، ص8.

² - مجاري بيوي عبد الفتاح، "النظام القانوني لحماية الحكومة الالكترونية"، الجزء الأول، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2003، ص 397.

ثالثا: التوجه نحو التجارة الالكترونية.

منذ تسعينات القرن الماضي تمت الاستفادة من الإمكانيات الهائلة لاستعمال شبكة الانترنت في التسويق و المعاملات التجارية على نطاق واسع، و هو ما أطلق عليه اصطلاحا بالتجارة الالكترونية والتي يمكن تعريفها بأنها "العمليات التجارية التي تتم عبر المبادلات الالكترونية"، حيث أصبحت شبكة الانترنت سوقا مفتوحا للبيع و الشراء، فيمكن للتاجر الإعلان عن سلعته بالصوت و الصورة و لديه الفرصة لإجراء مقارنة بين كل السلع المتاحة في كل أنحاء العالم، و للمشتري أن يختار ما يريد و تصله السلعة إلى منزله.

و إن كانت العلاقات التجارية التقليدية قامت منذ فجر النشاط التجاري على أساس الإيجاب و القبول بخصوص أي تعاقداً، و هي أساس التزام البائع مثلاً بتسليم المبيع بشكل مادي، و أن يقوم المشتري بالوفاء بالثمن إما نقداً أو باستخدام أدوات الدفع البديل و هي وسائل الدفع التقليدية.

فإن التجارة الالكترونية كونها تعبر عن تبادل السلع و الخدمات و معلومات ما بين أطراف متباعدة مكانياً عبر شبكة الانترنت، استوجبت تطوير طرق و وسائل الدفع و قد كان ظهور وسائل الدفع الالكترونية من العوامل المباشرة المساعدة في نمو التجارة الالكترونية، فالتجارة الالكترونية تقوم على أربعة عناصر: بائعون، مشتررون، شبكة الانترنت و وسائل الدفع الالكترونية.

و بذلك استدعت الضرورة إلى استحداث وسائل دفع تكون ملائمة لطبيعة و متطلبات التجارة الالكترونية، و قد استفادت الشركات بدورها نتيجة لظهور شبكة الانترنت و التجارة الالكترونية و بالتالي وسائل السداد الالكترونية، من انخفاض التكاليف مقارنة بطريقة إرسال الفواتير الورقية ثم بعدئذ إجراء تسليم المدفوعات.

فيقول أحد رؤساء الشركات الأمريكية (شركة بوسطن أديسون) للطاقة، و هي شركة لها أكثر من 640000 عميل "أن نظم الفواتير و السداد الالكترونية"، هي نظام راجح فهي توفر على الشركة مبالغ كبيرة، و تشير التقديرات أن تكلفة فواتير عميل واحد تتراوح من واحد دولار و واحد و نصف دولار، و إرسال الفواتير و تلقي السداد عبر الانترنت، يخفض التكلفة إلى متوسط 50 سنت للفاتورة، و إذا لم يكن الأمر مقنعا بالنسبة لقيمة السداد الالكتروني حينئذ لابد من التفكير بالبيئة، و قد كتب جون دودج محرر صحيفة وول ستريت يقول: أن شركة "GTE" ترسل 53,5 مليون فاتورة سنوياً، فتستهلك 1,6 مليون رطل من الورق أي 2073 شجرة.

المبحث الثاني: وسائل الدفع الالكترونية.

كانت التجارة الالكترونية من أهم الأسباب التي أدت إلى استخدام وسائل الدفع الالكترونية، مما أدى إلى تحول النقود من شكلها المادي الملموس لتصبح تيارا غير مرئي من الالكترونيات المحفوظة في البطاقات الذكية أو على قرص صلب للكمبيوتر أو على الفضاء المعلوماتي لشبكة الانترنت.

المطلب الأول: تعريف وسائل الدفع الالكترونية، أهميتها و خصائصها.

وسائل الدفع المتطورة في الانترنت هي عبارة عن الصورة أو الوسيلة الالكترونية التقليدية للدفع و التي نستعملها في حياتنا اليومية، الفرق الأساسي بين الوسييلتين هي أن وسائل الدفع الالكترونية تتم كل عملياتها و تسير الكترونيا، و لا وجود للحوالات و لا للقطع النقدية¹.

و تعرف المادة الثانية من قانون التجارة الالكترونية التونسي وسيلة الدفع الالكترونية أنها "الوسيلة التي تمكن صاحبها من القيام بعمليات الدفع المباشر عن بعد عبر الشبكات العمومية للاتصالات"².

كما عرفت وسائل الدفع الالكترونية على أنها "عملية يتم من خلالها استبدال القيمة المالية بالبضاعة، أو بالخدمات أو بالمعلومات، فهي تستخدم وسيطا لتسهيل عملية التبادل مثل البنك".

ويعرف الدفع الالكتروني على أنه " عملية تحويل الأموال هي في الأساس ثمن لسلعة أو خدمة بطريقة رقمية أي باستخدام أجهزة الكمبيوتر، و إرسال البيانات عبر خط تلفوني أو شبكة ما أو أي طريقة لإرسال البيانات".

إن اتساع نطاق التجارة الالكترونية سمح بتضاؤل دور النقود الورقية و الدفع التقليدي أمام ازدهار الدفع الالكتروني، حيث كانت النقود الوسيلة الرئيسية لتسوية المعاملات المالية و كان الدفع يتم بصورة سائلة أو بواسطة وسيلة بديلة كالشيك و غيرها من وسائل الدفع التقليدية.

لكن تلك الوسائل لا تصلح في تسهيل التعامل الذي يتم عن بعد في بيئة غير مادية، كالعقود الالكترونية التي تبرم عبر شبكة الانترنت حيث تتوارى المعاملات الورقية، من هنا تظهر أهمية ابتكار وسائل سداد تتفق مع طبيعة التجارة الالكترونية، لهذا يتم الدفع الكترونيا.

و يمكن للعميل الوفاء بمقابل السلعة أو الخدمة بنفس الطرق التقليدية المتبعة في التعاقد بين غائبين، مثل إرسال شيك عن طريق البريد أو من خلال الفاكس، أو إرسال البيانات الخاصة بحسابه البنكي، لكن هذه

¹ - بن رجدةل جوهر، "الانترنت و التجارة الالكترونية"، رسالة ماجستير، قسم علوم تسيير، كلية العلوم الاقتصادية و علوم التسيير، جامعة الجزائر، 2002، ص 83.

² - مجازي بيوي عبد الفتاح، مرجع سابق، ص 25.

الوسائل لا تصلح و خصوصية التجارة الالكترونية و مقتضيات السرعة فيها، لذا كانت أهمية اللجوء إلى الدفع الالكتروني من خلال شبكة اتصال لاسلكية موحدة عبر الحاسب.

و ما زاد من أهمية وسائل الدفع الالكترونية الخصائص التي تميزها عن وسائل الدفع التقليدية و التي يمكن تلخيصها فيما يلي:

* **يتسم الدفع الالكتروني بالطبيعة الدولية**، أي أنه وسيلة مقبولة من جميع الدول، حيث يتم استخدامه لتسوية الحساب في المعاملات التي تتم عبر فضاء الكتروني بين المستخدمين في كل أنحاء العالم خاصة بما أن عمليات التجارة تتوسع إقليميا و دوليا، و بذلك تساعد وسائل الدفع الالكترونية على تحسين السيطرة على عمليات التوزيع و النقل¹.

* **يتم الدفع باستخدام النقود الالكترونية**، وهي قيمة نقدية تتضمنها بطاقة بها ذاكرة رقمية أو الذاكرة الرئيسية للمؤسسة التي تهيمن على إدارة عملية التبادل.

* **يستخدم هذا الأسلوب لتسوية المعاملات الالكترونية عن بعد**، حيث يتم إبرام العقد بين أطراف متباعدة في المكان، و يتم الدفع عبر شبكة الانترنت، أي من خلال المسافات بتبادل المعلومات الالكترونية بفضل وسائل الاتصال اللاسلكية، يتم إعطاء أمر الدفع وفقا لمعطيات الكترونية تسمح بالاتصال المباشر بين طرفي العقد.

* **يتم الدفع الالكتروني بأحد الأسلوبين:**

الأول: من خلال نقود مخصصة سلفا لهذا الغرض، و من ثم الدفع لا يتم إلا بعد الخصم من هذه النقود، و لا يمكن تسوية المعاملات الأخرى عليها بغير هذه الطريقة، و يشبه ذلك العقود التي يكون الثمن فيها مدفوع مقدما.

الثاني: من خلال البطاقات البنكية العادية، حيث لا توجد مبالغ مخصصة مسبقا لهذا الغرض، بل إن المبالغ التي يتم السحب عليها بهذه البطاقات قابلة للسحب عليها بوسائل أخرى كالشيك لتسوية أي معاملة مالية.

* **يلزم تواجد نظام مصرفي معد لإتمام ذلك**، أي توفر أجهزة تتولى هذه العمليات التي تتم عن بعد لتسهيل تعامل الأطراف و توفير الثقة فيما بينهم.

* **يتم الدفع الالكتروني من خلال نوعين من الشبكات:**

¹ - حميزي سيد أحمد، "تحديث وسائل الدفع كمنصر لتأهيل النظام المصرفي الجزائري"، رسالة ماجستير، قسم علوم اقتصادية، فرع التحليل الاقتصادي، كلية العلوم الاقتصادية و علوم التسيير، جامعة الجزائر، 2002، ص 29.

الأولى: شبكة خاصة يقتصر الاتصال بها على أطراف التعاقد، و يفترض ذلك وجود معاملات و علاقات تجارية و مالية مسبقة بينهم.

الثانية: شبكة عامة، حيث يتم التعامل بين العديد من الأفراد لا توجد بينهم قبل ذلك روابط معينة. وهذه الخصائص بالتأكد تسمح بتقليل و تخفيض تكاليف العمليات التجارية، إضافة إلى أنها تنظم الوقت، علاوة على تحسين إدارة النقد و الشراكة التجارية بين الممولين و العملاء.

المطلب الثاني: الوسائط المصرفية الالكترونية.

هناك العديد من الوسائط الالكترونية و التي تستخدم في عملية الدفع الالكتروني، حيث أن تطور وسائل الدفع في صورة وسائل الكترونية فرض أشكال مختلفة لكيفية تداولها و أهم هذه الأشكال المصرفية ما يلي:

1- الهاتف المصرفي [PHONE BANK]:

وهي نوع من الخدمات المصرفية التي تقدم للعملاء على مدار الأربع و عشرون ساعة طوال اليوم، و يستطيع العميل فيها أن يطلب من البنك تحويل مبلغ من المال مقابل السلعة أو الخدمة التي اشتراها عبر الانترنت إلى البائع، و يتم ذلك بعد التأكد من شخصية العميل عن طريق إدخال الرقم السري الخاص بالعميل (PIN NUMBER) و المعطى له من قبل البنك، و التعرف كذلك على رقم هاتف العميل و الذي يجري الاتصال به من خلال أرقام هاتفه المعروفة لدى البنك من قبل، فهي خدمة مصرفية حديثة بدأت البنوك باستخدامها و تقديمها للعملاء.

خاصة لتقديم خدمات التجزئة، و بالإضافة إلى إجراء تحويل من حساب إلى آخر يمكن فتح حساب جديد و تلقي طلبات اقتراض و تسديد الفواتير.

و سمح تقديم البنوك لخدماتها عبر الهاتف العادي بتقديم الخدمات عن طريق الهاتف النقال الذي انتشر- استعماله بسرعة و هو ما أدى إلى ظهور بنوك خلوية، و جعل البعض يتوقع أن تحل شركات الهواتف النقالة محل البنوك في عمليات سداد ثمن السلعة أو الخدمة المشتراة عبر الانترنت.

2- خدمات المقاصة¹ المصرفية الالكترونية:

حل هذا النظام مكان أوامر الدفع المصرفية، و ظهر نظام التسوية الإجمالية بالوقت الحقيقي، الذي يتم في خدمات مقاصة الدفع الالكترونية للتسوية الالكترونية في المدفوعات بين المصارف، و ذلك ضمن نظام المدفوعات الالكترونية للمقاصة، و هو نظام ينطوي على عنصر- اليقين حيث تتم المدفوعات في نفس اليوم بدون إلغاء أو تأخير.

¹ - المقاصة هي عبارة عن عملية تسوية الحقوق و الديون القائمة بين البنوك بسبب عملياتها المصرفية.

3- الانترنت المصرفي:

إن نظام الانترنت القائم على البنك المنزلي، نظام له أهمية كبيرة سواء على مستوى البنوك أو على مستوى العملاء الذين يتوفرون على خطوط الانترنت، كما تتعدد أشكاله فيما يلي:

- إمداد العملاء بالمعلومات الخاصة بأرصدهم.
- شكل بسيط من أشكال النشرات الالكترونية الاعلانية عن الخدمات المصرفية.
- تقديم طرق دفع العملاء للكمبيالات المسحوبة عليهم الكترونيا.
- كيفية إدارة المحافظ المالية (من أسهم و سندات) للعملاء.
- و لا شك أن هذا النوع من الخدمات ينطوي على مخاطر عالية حيث يسمح بنوع من الاتصال المحدود بأنظمة المعلومات الداخلية للمصرف، بما يمكن من تأدية الخدمة المطلوبة.
- و قد أدى تقديم هذه الخدمة إلى الحد من الاستعمال الورقي في المعاملات، و الحد من فتح فروع للبنوك ما دامت قد وجدت أجهزة الهاتف و الشبكات الالكترونية و الكمبيوتر المتصلة بها، و الحد من العمالة البشرية التي كانت متصلة بها.

4- القابض: هو عبارة عن وسيط بين المتعاملين يتلقى طلبات و بيانات كل منها و يتحقق منها عن طريق موقعه على الشبكة، و يتولى مباشرة عملية عرض السلعة أو الخدمة و التسليم و الوفاء أو الدفع نظير عمولة معينة.

كما تستخدم البنوك وسائل نقل الكترونية للمعلومات ذات السرعة الفائقة، و التي تساعد على أداء مهامها بكفاءة تتماشى و التطورات الحاصلة في المجال المصرفي.

المطلب الثالث : معوقات التجارة الالكترونية في الجزائر:

في الحقيقة ليس هناك تجارة إلكترونية في الجزائر ما عدا الأقليات التي تستخدم البطاقات البنكية الدولية، و لعل أهم معوقاتها في الجزائر ما يلي:

- الأمية المعلوماتية، و يقصد بها الجهل بأساليب و وسائل التعامل في مجال المعلوماتية، عدد الذين يملكون مستوى تعليميا مقبولا يصل إلى 17,5 مليون نسمة في الوقت الذي لا يفوق فيه عدد المؤهلين لاستعمال هذه التقنية 13 مليون جزائري لسنة 2004.
- الحاجز اللغوي، إذ أن معظم التعاملات التجارية الالكترونية تتم باللغة الإنجليزية،
- سيطرة قيم المجتمع النقدي، حيث أن التعاملات تتم في معظمها بالنقود التقليدية و ليس بأدوات

التعامل المالي الحديثة،

- الطابع اللامادي و غير الملموس للتعامل الالكتروني، الأمر الذي لا يشجع الكثيرين على التعامل مع أطراف لا يواجهونهم وجها لوجه و على وسائط إلكترونية غير ورقية.
- تطور القوانين المصرفية التي تنظم العمليات المصرفية الالكترونية، و الجزائر لا تزال بعيدة جدا عن وضع مثل هذه القوانين، فالجزائر لم تقم بوضع قوانين منظمة للمعاملات التجارية الالكترونية و ما بالك العمليات المصرفية الالكترونية.

ثانيا- مشاكل وسائل الدفع الالكترونية -البطاقات البنكية:-

- مشكل الأمية يجعل الأشخاص لا يثقون سوى في السيولة النقدية و غير قادرين على استيعاب أو استعمال البطاقات البنكية،
 - يجذب المواطن الجزائري استخدام النقد لأنها أحسن وسيلة للهرب من الضرائب و عدم القدرة على فرض رقابة، خاصة بالنسبة للتجار الذين سستجبرهم عملية البيع بالبطاقات على التصريح بالقيمة الفعلية لتعاملاتهم التجارية،
 - وجود أزمة ثقة بين العملاء و التجار و بين المؤسسات المالية التي تسير حساباتهم، و قد زاد من حدة هذه الأزمة الفضاخ المالية التي عرفتها البنوك الجزائرية كبنك آل خليفة،
 - عدم الثقة في النظام و المحاكم القضائية التي حال وقوع مشاكل ستأخذ وقتنا طويلا للفصل في القضايا، و مرد انعدام الثقة يعود إلى طول الإجراءات القضائية التي تتخذ في القضايا المتعلقة بالشيكات بدون رصيد،
 - ارتفاع الاستعمالات المتكررة للشيكات بدون رصيد أو غير كافية الرصيد ساهم في رفع الثقة عن وسائل الدفع مما ساهم في تفضيل السيولة النقدية.
- و هذا بالإضافة إلى المشاكل التي تواجهها البطاقات البنكية في أي دولة كانت و هي ¹:

1-السرقه والضياع: و لمواجهة هذا المشكل تم وضع في المتناول مركز خاص بهذه الحالات يتلقى الاتصالات لمدة 24 سا/ 24 سا و 7 أيام/ 7 أيام و هو مركز تابع لشركة SATIM و الذي بمجرد أن يتلقى اتصال بضياع أو سرقه بطاقة معينة يقوم بوضع البطاقة في حالة معارضة، لكن إن لم يتلق هذا المركز التأكد الكتابي من طرف

¹-"Normes Interbancaires De Gestion Automatiser Des Instrument De Paiement", Document Interne De La Banque D'Algérie, Février 2005, p 10.

الحامل أو بنكه على ضياع أو سرقة البطاقة في مدة 15 يوما فسيقوم برفع الحجز عن البطاقة، و تصبح المسؤولية على عاتق الحامل أو البنك.

حيث يتخصص هذا المركز بحالات السرقة و الضياع للبطاقات، بينما مركزية و عوارض الدفع مكلفة بوسائل الدفع الأخرى كالشيكات و السندات لأمر،

2- الاستعمال الاحتياطي للبطاقة: في حال اكتشاف استعمال مشبوه فيه لهذه البطاقة سيتم حجزها مؤقتا حتى يتم التأكد من عملية الغش، و في حال التأكد من براءة الحامل ستصدر بطاقة أخرى لصالحه.

لكن القانون لم يقيم بعد بالتطرق لمثل هذه الحالات المتعلقة بالبطاقات و التي بالتأكد إن كانت موجودة ستساهم في قمع حالات الغش و التزوير و السرقة فمثلا في فرنسا تنص المادة 67/01 من قانون العقوبات رقم 91/1382 المؤرخ في 30 ديسمبر 1991 تنص على ما يلي "يعاقب بالحبس من سنة إلى سبع (7) سنوات و بغرامة مالية أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط:

- 1- كل من قلد أو زور بطاقة الدفع أو السحب،
- 2- كل من، رغم علمه بالتقليد أو التزوير، استعمال أو حاول استعمال السحب أو التسديد ببطاقة مقلدة أو مزورة،

3- كل من، رغم علمه، قبل تسديد بواسطة بطاقة مقلدة أو مزورة".

3- العمليات التعسفية: كل بطاقة أصبحت غير صالحة للاستعمال كإقضاء مدة صلاحيتها أو تجاوز العميل للمبلغ المصرح له من قبل البنك، و تم قبول الدفع بهذه البطاقة من طرف التاجر، يتم وقف عمل الأجهزة التابعة للبنوك و التي تكون موجودة لدى هذا التاجر، و يطلب من البنك المتعامل مع التاجر إلغاء العقد.

4- إشكالية الإثبات: يتم إثبات العمليات المستخدمة للبطاقة من خلال التسجيلات التي تتم أتموماتيكيا على الشريط الإلكتروني، كما يتم استخدام كافة البيانات المسجلة حول كل عمليات السحب من أجهزة TPE و GAB و DAB، و عادة هذه المشكلة لا تثار إلا حينما يطرح نزاع على القضاء.

خاتمة :

يعرف الاقتصاد العالمي تحولات أفرزتها معطيات مختلفة أبرزها و أهمها التطورات التكنولوجية خاصة ما تعلق منها بأنظمة الاتصال عن بعد، هذا التطور جعل الاقتصاد العالمي يستفيد من السرعة و الفعالية التي يوفرها له، وظهر إلى الوجود أفكار اقتصادية جديدة تعكسها هذه التطورات التي تسمح بتجديدها، هذه الأفكار امتدت إلى الجهاز المصرفي الذي استغلها كحل لوسائل الدفع الكلاسيكية التي لم تعد تدر عليه ربحاً في غالب الأحيان و تكبده خسائر فادحة، فلم تعد هذه الوسائل ملائمة و تطورات العصر- لا من حيث السرعة و لا

من حيث الفعالية بل تسببت في حدوث أزمة ثقة بين البنك و عملائه، فكان من المنطقي أن يعتبر الحل إيجاد بدائل عنها في ظل تطورات توفر كل الأدوات و الإمكانيات لتحقيق ذلك.

لقد ظهر إلى الوجود ما يسمى بوسائل دفع الكترونية كان أولها بطاقات بنكية تمكنت من الانتشار السريع عبر كل أنحاء العالم و حظت بقبول واسع مما شجع على خلق وسائل دفع أخرى، ليستمر التطور فيشمل ابتكار أجهزة و تقديم خدمات جديدة تتلاءم و عالم الالكترونيات خاصة عمليات التجارة الالكترونية عبر شبكة الانترنت، غير أن هذه الوسائل الالكترونية بعد تقييمها اتضح انه هناك الكثير من العوائق التي تحد من انتشارها بالإضافة إلى العوامل الايجابية التي حبت الجمهور فيها، و هو كان أحد الأسباب التي ساهم في ضرورة إعادة النظر في الوسائل التقليدية و إعادة الاعتبار لها.

أما موقع الجزائر من هذه التطورات فهو محتشم نوعا ما، حيث أنها تشهد مشاكل في تطبيق وسائل الدفع التقليدية و تحسين خدماتها فكيف هو الحال مع وسائل دفع ظهرت حديثا و تشهد بعض الدول المتقدمة صعوبات في تطبيقها.

● يعود تعثر الجزائر فيما يتعلق بتحديث وسائل الدفع، إلى جملة من المعوقات و التي تشكل حجر عثرة أمام النجاح في المشاريع الجارية التنفيذ، و لعل أهم هذه المعوقات ما يلي:

1. غياب ثقافة مصرفية في المجتمع لا يتعامل بالشيك إلا قليلا،
2. عدم وضوح البيئة التشريعية و القانونية فيما يتعلق بتنظيم وسائل الدفع الالكترونية و عمليات التجارة الالكترونية،
3. ارتفاع تكلفة إنشاء و صيانة الشبكات الخاصة بالعمليات المصرفية الالكترونية،
4. صغر الحملة الإعلامية المخصصة للتعريف بالمنتجات الجديدة،
5. عدم الإقبال الواسع لاستخدام شبكة الانترنت، سواء من طرف البنوك أو من طرف العملاء،

● تسبب ظهور وسائل الدفع الالكترونية في انخفاض محسوس لاستخدام وسائل الدفع التقليدية، لكنه لم يؤد إلى اختفائها و لا زوالها و قد لا يحدث ذلك على المدى القصير و هذا يعود لسببين هما:

1. تمكن التكنولوجيا من إصلاح بعض الاختلالات الحاصلة في نظام الدفع الكلاسيكي،
2. إفراز وسائل الدفع الالكترونية لعيوب و عراقيل لا تأهلها لاحتلال مكان الوسائل التقليدية، بل تمكنها من التعايش معها.

نظام حماية السرية في اتفاقية حظر الأسلحة الكيميائية: تحديات الثقة والفاعلية*

د. دريدي محمد مختار - أستاذ محاضر "أ" - جامعة الجزائر 03

ملخص:

تعالج هذه الدراسة نظام حماية المعلومات السرية في إطار اتفاقية الأسلحة الكيميائية لعام 1993 على اعتبار أن حماية السرية هي واحدة من أهم الجوانب التي تضمنتها الاتفاقية، ولها أهمية حاسمة لتحقيق الفعالية من الامتثال لأحكامها.

تحتاج الدول الأطراف في إطار تنفيذ التزاماتها الحصول على ضمانات قوية للوقاية من إفشاء المعلومات التي تقدمها إلى المنظمة والتي يمكن أن تكون معلومات ومعطيات حساسة تتعلق بأمنها القومي أو بقطاع الأعمال والتجارة فيها، وبأن هذه المعلومات سوف تكون محمية بشكل صحيح من قبل منظمة حظر الأسلحة الكيميائية. من أجل ضمان حماية السرية، أنشأت المنظمة نظاما صارما لتنظيم التعامل مع المعلومات السرية من قبل الأمانة الفنية، فوضعت قواعد لتصنيف المعلومات التي تقدمها الدول الأطراف إلى المنظمة كما حددت القواعد والآليات لمعالجة مختلف أنواع الانتهاكات.

الكلمات المفتاحية: منظمة حظر الأسلحة الكيميائية - اتفاقية الأسلحة الكيميائية لعام 1993 - حماية المعلومات السرية - نظام التحقق

Abstract:

This study deals with the system of the protection of confidential information under the 1993 Chemical Weapons Convention, given the fact that the protection of confidentiality is one of the most important aspects addressed by the Convention, and is critically important for effective verification of compliance with its provisions.

States Parties need to get strong safeguards to prevent the disclosure of sensitive information relating to national security, or to the business sector, and that this information will be properly protected by the Organization for Prohibition of Chemical Weapons (OPCW).

In order to ensure the protection of confidential information, the Organization has established a stringent system to govern the handling of classified information by the Technical Secretariat, as well as a set of rules and mechanisms to deal with different types of violations.

* تاريخ إيداع المقال: 2016/10/10

تاريخ تحكيم المقال: 2016/12/05

Key words : The Organization for the Prohibition of Chemical Weapons(OPCW) - 1993 Chemical Weapons Convention - Protection of Confidential Information – Verification System on Compliance with the Convention.

مقدمة:

تعتبر اتفاقية الأسلحة الكيميائية لعام 1993،¹ أول معاهدة دولية متعددة الأطراف تقضي- بحظر فئة كاملة من أسلحة الدمار الشامل، وهي تمثل بذلك عنصرا هاما من عناصر الإطار القانوني الحالي للحد من الأسلحة و نزع السلاح في العالم.

تتميز اتفاقية حظر الأسلحة الكيميائية بأنها، إضافة إلى حظرها السلاح الكيميائي حظرا كاملا، أوجدت نظام تحقق بالغ الإحكام والصرامة. ويشمل هذا النظام، التحقق من أن الدول الأطراف تحترم التزاماتها في مجال تدمير مخزونها من الأسلحة الكيميائية والحيلولة دون إنتاجها وانتشارها، فضلا عن إجراءات الرقابة التي تفرضها على المواد الكيميائية السامة المستعملة في الصناعة التجارية لضمان عدم تحويلها لأغراض إنتاج السلاح الكيميائي. لدى المناقشات التحضيرية المتعلقة بإجراءات التحقق التي تتسم بطابعها التدخلي الواسع، ركز المتفاوضون اهتمامهم من أجل وضع آليات خاصة لحماية سرية المعلومات والمعطيات العسكرية والتجارية والصناعية. برزت بشكل خاص أهمية المحافظة على ثقة الدول والصناعة الخاضعة للرقابة في إطار النظام المنشأ وذلك بتقليل مخاطر تسريب معلومات من شأنه الإضرار بمصالح الدول وشركات الصناعة الكيميائية في المجال الأمني أو التكنولوجي أو التجاري التنافسي.

خلال القيام بأنشطة التحقق الواردة في اتفاقية الأسلحة الكيميائية بما في ذلك تقديم البيانات وعمليات التفتيش يمكن أن تتعرض سرية المعلومات للخطر. ولذلك تضمنت الاتفاقية إجراءات لضمان أمن المعلومات ولتشجيع الدول الأطراف على اتخاذ الإجراءات الحمائية اللازمة، بما يعزز مسعى تعزيز الالتزام بالاتفاقية.

تضمنت الاتفاقية نصوصا عديدة تتعلق بتنظيم تداول ومعالجة المعلومات الحساسة وحمايتها، وإلى جانب الملحق المتعلق بالسرية قرر المتفاوضون إحالة مسألة البث في التفاصيل المتعلقة بالسرية على مؤتمر الدول الأطراف، الذي أصدر بالفعل في دورته الأولى قرارا يتضمن نصا أساسيا تحت عنوان "سياسة المنظمة المتعلقة بالسرية".²

¹ فتح باب التوقيع على اتفاقية "حظر استحداث وإنتاج وتخزين واستعمال الأسلحة الكيميائية وتدمير تلك الأسلحة" في 13 جانفي 1993 بباريس، ودخلت الاتفاقية حيز التنفيذ في أبريل 1997.

² قرار مؤتمر الدول الأطراف الصادر في ماي 1997 رقم: C-1/DEC.13 المتضمن "سياسة المنظمة المتعلقة بالسرية" (OPCW Policy on Confidentiality)

يحتوي هذا القرار على مجموعة من المبادئ والتوجيهات الملزمة لأجهزة المنظمة ومنها الأمانة الفنية. تحدد هذه الوثيقة (المشار إليها فيما يلي باسم "السياسة المتعلقة بالسرية") الركائز والتوجيهات السياسية التي يتوجب على المنظمة إتباعها فيما يتعلق بحماية الطابع السري للنشاطات المتصلة بتطبيق الاتفاقية، وتصنيف المعلومات حسب درجة سريتها ومعالجتها، وكذا الإجراءات الواجب اتخاذها في حالة انتهاك السرية أو الادعاء بانتهاكها.

لقد أدركت الدول الأعضاء بأن وجود سياسة فيما يتعلق بالمعلومات السرية مسألة أساسية بالنسبة لعمل المنظمة نظرا لتدابير التحقق التدخلية التي تستهدف تعزيز الثقة في الالتزام بالاتفاقية، مع احترام الانشغالات المشروعة للدول الأطراف فيما يتعلق باحتمال إفشاء المعلومات الحساسة. فالتحقق الذي يمكن الاطمئنان إليه يتطلب التقبل من جانب الدول الأطراف ومستوى من التدخل عند القيام بأنشطة التحقق. وينبغي أن تقابل ضرورة الكشف عن المعلومات المناسبة لإثبات التزام الدول بالاتفاقية ضرورة تقديم تأكيدات مطمئنة إلى الدول الأطراف بأنه قد اتخذت التدابير المناسبة لمنع الكشف عن المعلومات التي لا تتصل بالاتفاقية وبأن أي معلومات سرية يكشف عنها ستتم حمايتها على النحو المناسب.

إن الاتفاقية في تحديد حقوق الدول الأطراف والتزاماتها حاولت إقامة توازن بين هذا الكشف الضروري لتعزيز الثقة في الالتزام بالاتفاقية ومنع الكشف عن المعلومات التي لا تتصل بالاتفاقية من أجل حماية الأمن القومي وحقوق الملكية، وذلك مع مراعاة الالتزامات الدستورية.

مبادئ المنظمة في حماية السرية:

تساور الدول الأطراف والصناعة الكيميائية التجارية الخاصة مخاوف بشأن تعرض سرية معلوماتها، للإفشاء نتيجة لمطالبات الوفاء بالتزامات الاتفاقية الخاصة بالبيانات والتفتيش والرصد بالموقع. وتشمل المعلومات السرية للأعمال أسرار التجارة، معلومات الملكية، الملكية الفكرية الصناعية، والمعرفة.¹ وتبرر هذه المخاوف بما للسرية من آثار على المنافسة في مجال إنتاج المواد الكيميائية والتجارة فيها. ومن أجل حماية تلك السرية تتضمن المعاهدة إجراءات لضمان أمن المعلومات ولتشجيع الدول الأطراف على اتخاذ إجراءات حامية مناسبة.

¹ لعبت الصناعة الكيميائية الدولية دورا هاما في مؤتمر نزع السلاح خلال المفاوضات حول اتفاقية الأسلحة الكيميائية لأنه دون تعاون وموافقة الصناعة التي يتم تنظيمها يكون من الصعب تنفيذ المعاهدة. وقد تدعم دور الصناعة الكيميائية في المفاوضات من خلال مؤتمر خاص بالصناعة الكيميائية (الصناعة ضد الأسلحة الكيميائية) عقد في كانبيرا بأستراليا في 1989، حيث اجتمع ممثلو التجارة في المواد الكيميائية التي تشكل 95 % من القدرة الإنتاجية في العالم مع مندوبي 60 دولة واتفقوا على أن الصناعة ستعاون مع الحكومات لحظر الأسلحة الكيميائية. انظر:

The Markland Group, Selected Issues for Consideration by the Preparatory Commission to the Confidentiality Regime under the Chemical Weapons Convention, september 1993,

إن جمع واستقبال بعض المعلومات السرية يعد أمراً بالغ الأهمية من أجل إنجاز عملية التحقق، ولذلك تصبح فعالية الضمانات المحيطة بمعالجة هذه المعلومات أمراً جوهرياً للإبقاء على مستوى كاف من الثقة بين الأطراف المعنية لضمان حسن سير العمل بهذا النظام.

لضمان حماية المعلومات السرية، أرست الاتفاقية مبدأً أساسياً يقضي - بأن تطلب منظمة حظر الأسلحة الكيميائية أقل قدر ممكن من المعلومات والبيانات اللازمة للقيام بمسؤولياتها بفعالية.¹ كما يتعين معالجة المسائل المتعلقة بالسرية وكذا الطبيعة الداخلية لإجراءات التنقيش بعناية خاصة، بحيث تسمح إجراءات التنقيش بتحقيق هدف المراقبة الموكلة للموظفين بطريقة معقولة، أي ضرورة أن تجرى أنشطة التحقق باستبعاد أي تدخل غير ضروري.

استجابة للانشغالات المشروعة للدول المتفاوضة فيما يتعلق بحماية السرية، تم تناول المسألة في مواضع مختلفة من الاتفاقية من خلال مجموعة من الإجراءات والتدابير الصارمة. فموجب المرفق المتعلق بالسرية يحق للبلد الخاضع للتحقق تعيين ممثلين عنه لحضور عملية التحقق أثناء مختلف مراحل التنقيش. كما يكون المفتشون ملزمون بضرورة احترام شرط حماية المعلومات السرية أثناء المفاوضات حول نطاق النشاط التنقيشي في المناطق المتفق عليها، وكذلك بالنسبة لإنفاقات المرافق التي تستهدف التحديد المسبق لإطار عمليات تنقيش بعض المواقع. ويجب على هؤلاء المفتشين حصر تحقيقاتهم على ما هو ضروري فعلاً بأقل قدر ممكن من التدخل، وكذا تقيدهم الكامل بالإجراءات الموضوعية لحماية المنشآت الحساسة ولمنع إفشاء المعلومات السرية.²

تحديد الطابع السري للمعلومات:

تناولت الاتفاقية مفهوم مصطلح "المعلومات" بمعنى واسع وشامل، بحيث يشمل من بين أشياء أخرى، الوثائق المكتوبة، والعينات، والصور الفوتوغرافية، والمواد السمعية البصرية و مواد الحواسيب، وكذا أية معارف مكتسبة أو مبلغة بأية وسيلة اتصال أو أية وسيلة حسية.³ كما ينطبق مصطلح المعلومات على أي معلومات أو بيانات يمكن لأي فرد أو للمنظمة، بما في ذلك موظفوها ومعدات الحصول عليها أو اشتقاقها أو الاحتفاظ بها لدى تنفيذ الاتفاقية. يظهر مصطلح "البيانات" في سياقات مختلفة في الاتفاقية. وبوجه خاص فإن مصطلح البيانات ينطوي على المعلومات المقدمة في هيكل أو شكل معين، مثل المعلومات التي يتضمنها إعلان وطني. على أنه لا يوجد، عند تفسير النص من وجهة نظر السرية، تمييز كبير بين "المعلومات" و "البيانات".

¹ الاتفاقية، الملحق المتعلق بالسرية، الفقرة (ألف)/1

² نفس المرجع، الفقرات 14، 15، 16

³ نصت سياسة المنظمة المتعلقة بالسرية على أن: "المعلومات تعرف بقدرتها الفعلية أو المحتملة على أن توفر بطريقة مباشرة أو غير مباشرة بيانات أو أية معارف بغض النظر عن طابعها أو كونها مادية أو غير ملموسة"، قرار مؤتمر الدول الأطراف رقم: C-1/DEC.13، (المرجع السابق)

تعتبر المعلومة سرية، بموجب الاتفاقية، إذا وصفت كذلك من قبل الدولة التي تصدر عنها. وعليه، فإن أي معلومة ترد إلى المنظمة من دولة ما حول نشاطات دولة أخرى تشترط وصفا ثنائيا حتى تحمل المعلومة المعنية هذه الصفة. وخارج هذا النطاق، يمكن اعتبار معلومة ما سرية إذا ارتأى المدير العام للمنظمة أن من المعقول توقع أن يتسبب إفشاؤها بغير ترخيص في الإضرار بالدولة أو بالمؤسسة التجارية التي تشير هذه المعلومات إليها، أو في الإخلال بآليات تنفيذ هذه الاتفاقية.

يتم تحديد حساسية عنصر من المعلومات من خلال مراعاة عوامل منها درجة الضرر الضمني الذي قد يسببه الكشف عنها لدولة طرف أو أي هيئة تابعة لها، أو للاتفاقية أو للمنظمة. وعلى هذا الأساس تصنف كل المعلومات التي تنتجها المنظمة وعناصرها المكونة، أو التي تحصل عليها، بحسب ثلاث فئات محددة مطابقة لدرجة حساسية المعلومات السرية المتدرجة من أقلها حساسية إلى أكثرها حساسية.

أ- فئة التصنيف "مقيدة طبقا لتصنيف المنظمة" (OPCW RESTRICTED):

تشمل المعلومات التي يضر الإفشاء عنها بدون ترخيص بفعالية الاتفاقية ومصادقتها، أو بمصالح دولة طرف أو هيئة تجارية أو حكومية أو مواطن من رعايا دولة طرف. ومثال المعلومات التي تنتمي إلى هذه الفئة التقارير الأولية والسنوية والإعلانات التي تقدمها الدول الأطراف وفقا لأحكام السياسة المتعلقة بالسرية ووفقا لمرفق السرية، حيثما تعتبر الدول الأطراف مصدر هذه المعلومات أنها تكتسي هذا المستوى من الحساسية؛ وكذلك التقارير العامة حول نتائج أنشطة التحقق، و المعلومات المقدمة لكل الدول الأطراف وفقا لأحكام الاتفاقية الأخرى.

ب- فئة التصنيف "محمية طبقا لتصنيف المنظمة" (OPCW PROTECTED):

تشمل المعلومات التي قد يؤدي الكشف عنها بدون ترخيص وتؤدي إلى إلحاق "ضرر هام" بفعالية الاتفاقية ومصادقتها ومصالح أي دولة طرف أو هيئة تجارية، مثل التقارير الأولية والسنوية والإعلانات التي تعدها الدول الأطراف، والمعلومات التكنولوجية غير المنشورة حول عمليات الإنتاج ومرافقه؛ التقرير الأولي التفصيلي حول عملية التحقق معلومات عامة أو أقل حساسية متصلة بالصفقات التجارية، وعوامل تكلفة العمليات الصناعية والإنتاج؛ البيانات والمعلومات المتعلقة بجدول تفتيشات الأمانة وأهداف تفتيش مرفق معين وما إلى ذلك.

ج- فئة التصنيف "شديد الحماية" (OPCW HIGHLY PROTECTED):

هي الفئة التي يلحق الكشف عنها بدون ترخيص "ضررا فادحا" لاسيما من وجهة نظر الأمن القومي أو السرية التجارية بمصالح دولة طرف أو هيئة حكومية أو تجارية أو مواطن من رعايا دولة طرف.

من أشكال المعلومات المصنفة تحت فئة شديد الحماية المعلومات السرية الشديدة الحساسية المقدمة من قبل دولة طرف؛ التقارير الأولية والسنوية والإعلانات التي تقدمها الدول الأطراف حيثما تعتبر مصدر هذه المعلومات أنها تكتسي هذا المستوى من الحساسية؛ العينات المأخوذة من مواقع التفتيش والعينات المرجعة من المختبرات المعينة للغرض، ونتائج تحليل العينات إلى غير ذلك من مثل هذه المعلومات.¹

يتحمل المدير العام المسؤولية الأولى في حماية المعلومات السرية، حيث يتوجب عليه وضع نظام لتداول المعلومات السرية داخل الأمانة وفقاً للمبادئ التوجيهية الواردة في الاتفاقية بما في ذلك المرفق المتعلق بالسرية وسياسة السرية. ويكون المدير العام مسؤولاً عن الإشراف على مدى الالتزام بنظام السرية داخل الأمانة، وعليه أن يقدم تقريراً سنوياً عن تنفيذ هذا النظام.

يتم إصدار المعلومات السرية من الأمانة الفنية في اتجاه الأجهزة السياسية للمنظمة أو في اتجاه الدول الأعضاء. وقد أكد قرار المؤتمر المتعلق بسياسة السرية على أن إصدار المعلومات السرية من الأمانة الفنية إلى المؤتمر أو إلى المجلس التنفيذي يتم وفقاً لـ "المبادئ العامة" التي تحكم إصدار المعلومات السرية. إلا أن القرار المذكور لم يوضح بشكل كاف مفهوم عبارة "المبادئ العامة". ونرى بأن هذه العبارة تتضمن على الأقل المبدأين الأساسيين اللذين ينظمان شروط الإطلاع المقررة في سياسة السرية وهما، من جهة ضرورة تنظيم الإطلاع على المعلومات السرية وفقاً لتصنيفها، ومن جهة ثانية أن يكون توزيع هذه المعلومات داخل المنظمة مقصوراً بصورة صارمة على "من يلزمهم العلم بها".

يترتب على هذه المبادئ الأساسية، أولاً أن مستوى حساسية المعلومات السرية هو الذي يحكم الإجراءات التي تتاح بها المعلومات لمن يتلقونها والوسائل المستخدمة لحمايتها. ويترتب عليها ثانياً ضرورة أن يتم تحديد من يرخص لهم بتلقي المعلومات السرية وفقاً لما يثبت من حاجتهم إليها تتصل بأغراض الاتفاقية.

مسؤولية الأمانة الفنية في حماية المعلومات السرية:

يستمد الدور الأساسي للأمانة الفنية فيما يتعلق بالسرية من مسؤولية المنظمة ومسؤولية المدير العام. فعند التنفيذ العملي للاتفاقية يكون تحديد مسؤوليات موظفي الأمانة في الحفاظ على السرية والنهوض بهذه المسؤوليات ورصد النهوض بها أمورا بالغة الأهمية. تتطلب المنظمة الحد الأدنى من المعلومات اللازمة للقيام بمسؤولياتها. ويعتبر المدير العام للمنظمة المسئول الأول عن حماية المعلومات السرية وإرساء نظام صارم لتلك الحماية. يتحمل موظفو الأمانة التزامات خاصة خلال اشتراكهم في أنشطة التحقق لما يتيح لهم ذلك من إمكانية الإطلاع على المعلومات السرية، سواء كانت مدنية أو عسكرية، بما في ذلك المعلومات التي تكشف عنها

¹ قرار مؤتمر الدول الأطراف الصادر في ماي 1997 المتضمن "سياسة المنظمة المتعلقة بالسرية"،

الجزء الخامس، المرجع السابق، ص. 16-20

الدولة الطرف عملاً بالتزاماتها بموجب الاتفاقية، فيما يتعلق بالتشاور والتعاون،¹ وكذلك المعلومات الحساسة التي لا تتصل بأغراض الاتفاقية في حالة الكشف عن هذه المعلومات الحساسة.

تصب المعلومات السرية على الخصوص لدى الأمانة الفنية. ويمكن أن يكون مصدر المعلومات الإعلانات التي تقدمها الدول الأطراف بموجب متطلبات التحقق في الاتفاقية. يمكن أن تكون هذه المعلومات نتيجة لعملية تفتيش موقعي لاسيما ما تتضمنه التقارير الخاصة بعملية التفتيش. أخيراً يمكن أن ترفع لعلم الأمانة من قبل دولة عضو في إطار إجراء توضيحي أو بمناسبة انطلاق عملية تفتيش بالتحدي.

تعتبر المصادر المذكورة أهم المصادر الخارجية للمعلومات السرية. وانطلاقاً منها تقوم المصالح الداخلية للأمانة الفنية بدورها بتوليد معلومات سرية لاسيما في إطار نشاطاتها في التحليل والتقييم التقني للمعطيات والبيانات المحصل عليها في إطار إجراءات الرقابة.

تختلف شروط الترتيب والتخزين وكذا كل معايير الحماية المتعلقة بهذه المعلومات من ناحية درجة الحساسية تبعاً للفئة التي تنتمي إليها. وينطبق الأمر نفسه على طريقة الوصول إليها داخل الأمانة. تضاف المتطلبات الخاصة بكل فئة إلى الالتزامات العامة المسبقة التي تنطبق على كل الموظفين.

تسهل الأمانة الفنية للمنظمة على تخزين المعلومات ذات الصلة بالاتفاقية تخزيناً آمناً. ويكون هناك تحكماً صارماً في الوصول للمعلومات ومعالجتها من قبل موظفي منظمة حظر الأسلحة الكيميائية.² وتقوم الأمانة الفنية بوضع إجراءات الحفظ بالملفات والتوزيع وحفظ السجلات قصد رصد حركة الوصول للمعلومات. ويمكن نسخ صور من المعلومات السرية فقط تحت إشراف موظف آخر ويجب أن يرخص به عضو مسئول بهيئة الموظفين. ويجب أن يتم معالجة والاحتفاظ بالمعلومات بطريقة تمنع تحديد المنشأة التي تتعلق بها المعلومات. وبالنسبة لكل موقع في الأمانة الفنية يحدد وصف رسمي حرية الوصول الضروري للمعلومات السرية.

يكون الموظفون المطلعون على المعلومات السرية ملزمون بالكتان التام، فلا يحق لهم إصدار أي معلومات سرية لأي شخص غير مخول حتى بعد انتهاء مهامهم. وبهذا الصدد تجدر الإشارة إلى أن كل موظف ملزم بالدخول مع الأمانة الفنية في اتفاق فردي لحماية السرية خلال كل فترة توظيفه وخلال الخمس سنوات التالية بعد انتهاء عمله.³

¹ نصت المادة التاسعة، الفقرة 3 من الاتفاقية على: "يجوز لأي دولة طرف أن تطلب إلى المجلس التنفيذي المساعدة في توضيح أي حالة قد تعتبر غامضة أو تثير قلقاً بشأن احتمال عدم امتثال دولة طرف أخرى للاتفاقية. ويقدم المجلس التنفيذي ما لديه من معلومات ملائمة ذات صلة بمثل هذا القلق"

² الاتفاقية، الملحق المتعلق بالسرية، الفقرتين (باء) 5 و 12

³ نفس المرجع، الفقرة 7.

أ- مبدأ الحاجة إلى المعرفة:

يتم حفظ وتأمين المعلومات السرية في منظمة حظر الأسلحة الكيميائية أو لدى الدول الأطراف بطريقة تمنع التعرف على المنشأة التي تتعلق بها المعلومات.¹ وتكون هناك رقابة مشددة على حرية الوصول إلى تلك المعلومات ومعالجتها من طرف موظفي المنظمة. ولذلك لا يرخص الاطلاع على المعلومات السرية لموظف في الأمانة إلا إذا أثبت ضرورة هذا الاطلاع لإنجاز نشاطاته العملية وطبقا لمبدأ "الحاجة إلى المعرفة". يحكم هذا المبدأ تحديد نطاق الإطلاع على المعلومات وتحديد من يتلقونها. فليس في المنظمة حق مطلق في تلقي المعلومات السرية. إذ ليس من حق أي موظف في الأمانة أو أي عضو في أي جهاز من أجهزة المنظمة حق بمقتضى مركزه أو رتبته وحدهما في الاطلاع على أي بند من بنود المعلومات السرية بالمنظمة.

في الأحوال العادية يسمح حق الاطلاع على المعلومات السرية طبقا لظروف كل حالة على حدة وفقا لما يتقرر من وجود حاجة وظيفية إلى المعرفة. ثمة ضرورة غير مشروطة لاطلاع الدول الأطراف على بعض المعلومات المعينة كان توفر الأمانة الفنية بصورة روتينية للدول الأطراف ما تطلبه من بيانات تتعلق بالإعلانات الأولية والسنوية المقدمة من الدول الأطراف.² ينظر إلى هذه الضرورة وما يتصل بها من أحكام على أنها تنشئ حاجة لا شك فيها إلى المعرفة بالنسبة لكل دولة من الدول للتأكد من استمرار امتثال الدول الأطراف الأخرى للاتفاقية.

لا يرخص لموظفي منظمة حظر الأسلحة الكيميائية بالاطلاع على معلومات سرية تتعلق بنشاطات تتم داخل أراضي دولة طرف أو أي مكان موضوع تحت ولايتها أو سلطتها إلا بعد إرسال إشعار بذلك الترخيص إلى الدولة المعنية ثلاثين يوما على الأقل قبل منح الترخيص للموظف.³ ويكون الموظفون المطلعون على المعلومات السرية ملزمون بالكتان التام، فلا يحق لهم إصدار أي معلومات سرية لأي شخص غير مخول حتى بعد انتهاء مهامهم. وبهذا الصدد يجدر التذكير بأن كل موظف ملزم بالدخول مع الأمانة الفنية في اتفاق فردي لحماية السرية خلال كل فترة توظيفه، ويكون ملزما كذلك بعدم إفشاء أي معلومات خلال الخمس سنوات التالية بعد انتهاء عمله.⁴

بالنسبة لإتاحة المعلومات السرية من الأمانة الفنية إلى الجهازين الآخرين للمنظمة، نلاحظ أن ثمة تناقضا في أحكام هذا الجزء. فهي تقضي من جهة بأن الأمانة الفنية ومديرها العام مسؤولين عن حماية المعلومات السرية،

¹ نفس المرجع، الفقرة 2

² الاتفاقية، المرفق المتعلق بالسرية، الفقرة الفرعية (ألف) / 2 ب

³ نفس المرجع، الفقرة (باء) / 11

⁴ نفس المرجع، الفقرة (باء) / 9

في حين نجد أن البنية الهيكلية للمنظمة وضعت الأمانة الفنية، وعلى رأسها المدير العام، في وضعية الجهاز الخاضع للمؤتمر والمجلس التنفيذي الخولين قانونا بالحصول على المعلومات السرية الضرورية لعملها.

إن تقييد الحصول على بعض المعلومات بهذا الشكل يمكن أن يؤثر على فعالية نشاط المجلس والمؤتمر عندما يتعلق الأمر مثلا بحصولها على معلومات ضرورية لمعالجة وضعيات معينة. وفي حالة التنازع بهذا الخصوص، على الأمانة الفنية أن تتصرف بمرونة ودبلوماسية في تعاملها مع الجهاز المعني لإيجاد حل وسط.

نتيجة لذلك فإن الطابع السري للمعلومات يصبح أمرا نسبيا إلى حد ما، بالنظر إلى أن المعلومات التي تزود بها الأمانة المؤتمر أو المجلس تفقد صفتها السرية بإتاحة الاطلاع عليها إلى الدول الأطراف أو إلى أعضاء المجلس التنفيذي.

على الرغم من أن السياسة المتعلقة بالسرية لا تعالج هذا الوضع إلا أنه عمليا يفترض بأن الدول الأطراف بقدر ما هي ملزمة بالمحافظة على سرية المعلومات التي تتلقاها بواسطة القنوات الرسمية فإنها تكون ملزمة كذلك بالمحافظة على سرية المعلومات التي تطلع عليها في إطار المؤتمر أو المجلس التنفيذي. تقدم الدولة الطرف، عند الطلب، تفاصيل عن تداول المعلومات التي تزودها بها المنظمة.¹ ومن ثم فإن الدول الأطراف مسؤولة عن أي إفشاء لأي معلومات سرية تزودها بها المنظمة.

بناء على ما سبق، وفي تقييم مدى فعالية نظام حماية السرية، يمكن القول بأنه انطلاقا من فرضية أن الدول الأعضاء المتلقية لمعلومات سرية تتصرف بحسن نية في تنفيذ التزاماتها، فإن آلية حماية السرية تبدو كافية بالنسبة للمعلومات السرية ذات الطابع التجاري أو التنافسي، إلا أن الأمر ليس كذلك إذا كانت هذه المعلومات تكنسي طابعا سياسيا أو ذات علاقة بالأمن القومي للدول، ففي هذه الحالة تصبح تلك المعلومات تلقائيا في متناول جميع ممثلي الدول في المؤتمر أو المجلس التنفيذي، وليس ثمة من حل لهذه الإشكالية.

تداول المعلومات السرية خارج المنظمة والدول الأعضاء:

قد توجد حالات يتعين فيها إصدار المعلومات خارج المنظمة على نحو لا يمثل إصدارا عاما كاملا. فقد يلزم توزيع المعلومات السرية للمنظمة على كيانات أو أفراد معينين مرخص لهم بوجودهم خارج الأمانة ولكنهم مكملون لها في تنفيذ وظائف معينة محددة في الاتفاقية. فيمكن لبعض الهيئات أو الأفراد العاملة خارج الأمانة الفنية، ولكنها مرتبطة بنشاطاتها مثلا مخبر التحليل أو مكاتب الدراسات، الإطلاع على معلومات سرية. في هذه الحالة يطبق النظام الخاص بموظفي الأمانة الفنية. يمكن أن يتضمن ذلك إصدار المعلومات لمنظمة دولية أو هيئة حكومية للاستخدام الرسمي فقط ومع مراعاة شروط معينة. ولذلك على المدير العام أن يضع نظاما صارما

¹ الاتفاقية، المرفق المتعلق بالسرية، فقرة (ألف) 4.

لتنظيم هذا الإطلاع، كما أن عليه أن يتحمل المسؤولية الأولى بالنسبة لأي إطلاع يوافق عليه وفقا لهذا النظام. ولا يتم ذلك إلا بعد أن يثبت بوضوح أن لدى المتلقي المقترح حاجة وظيفية إلى المعرفة.

يمكن أن ينطبق هذا الإصدار المحدود على المعلومات السرية التي تحمل تصنيفا من تصنيفات المنظمة أو المعلومات التي رفعت عنها صفة السرية، أو المعلومات التي لم تصنف كمعلومات سرية. ولا يجوز إصدار المعلومات السرية التي تحمل تصنيفا من تصنيفات المنظمة إلا إذا تأكد المدير العام من إمكانية توفير الحماية والرقابة الكافيتين في المنظمة أو الهيئة التي تتلقى هذه المعلومات.¹ فقد يرم المدير العام مع المنظمات والهيئات التي يحتمل تلقيها للمعلومات اتفاقا أو ترتيبات متفق عليها بشأن تداول وحماية المعلومات السرية، ويتم إصدار المعلومات السرية خارج المنظمة مع مراعاة مبدأ الحاجة إلى المعرفة وبناء على قرار من المؤتمر أو من المجلس التنفيذي.²

لا يتم إصدار المعلومات السرية خارج المنظمة إلا وفقا لمبدأ "الحاجة إلى المعرفة"، أي أن تكون الجهة المتلقية المقصودة لديها حاجة واضحة إلى معرفة المعلومة السرية وفقا لدور هذه الجهة في تنفيذ الاتفاقية. وعندما تظهر حاجة واضحة إلى إصدار معلومات سرية، يقوم المدير العام بإعداد مشروع اقتراح بالإصدار تم التشاور بشأنه واستعراضه من جانب الأطراف المعنية. ويتعين لدى صياغة قرار الإصدار المقترح أن تبحث بحثا كاملا عوامل تقرير السرية وتصنيف هذه المعلومات. ويتعين عند الضرورة تجهيز المعلومات المقترح إصدارها في أشكال أقل حساسية بحيث يتجنب إفشاء أي معلومات سرية لا تتصل بالغرض من الإصدار.

يمكن للمدير العام، لدعم إعداد اقتراح الإصدار، أن يقترح شروطا أو قيودا معينة على نطاق هذا الإصدار لضمان تركيز الإصدار على غرضه المحدد المتصل بتنفيذ الاتفاقية، كأن يكون الإصدار على أساس مؤقت فقط للاستعمال خلال اجتماع أو فترة تشاور، أو أن يخضع الإصدار إلى ضوابط محددة على بعض الأجزاء الحساسة من المعلومات السرية كأن يطلب إعدادها أو إعادتها بعد فترة معينة. وإذا كانت المعلومات السرية قد تم الحصول عليها من دولة من الدول الأطراف أو تتعلق بإحدى هذه الدول، يتعين على المدير العام أن يحصل على موافقة كتابية من تلك الدولة الطرف على الإصدار المقترح. وفي جميع الحالات لا يمكن لأي دولة من الدول لأطراف أن تستخدم حجب هذه الموافقة لتجنب الوفاء بالتزاماتها بمقتضى الاتفاقية.

يلاحظ بأن هذه الصياغة الغامضة تهدف إلى تغطية أكبر قدر ممكن من الحالات المحتملة مع توفير القدر اللازم من المرونة لهذا الغرض. وطالما أن قانون المنظمة يخول أحد أجهزتها السياسية رفع قضايا أو مسائل أمام منظمات دولية أخرى، فإنه لا يمكن لأي دولة رفض تقديم المعلومات السرية المتعلقة بها لأن ذلك يؤدي إلى إفراغ القضية المرفوعة من محتواها. إن الدول بمصادقتها على الاتفاقية تلتزم باحترام سلطات ومهام المنظمة. ولا

¹ قرار مؤتمر الدول الأطراف رقم: C-1/DEC.13 المتضمن "سياسة المنظمة المتعلقة بالسرية"، الجزء السادس، (المرجع السابق) الفقرة 3.

² نفس المرجع، الجزء السابع فقرة 3.2

يؤدي حق الدولة المعنية في رفض الإصدار من الناحية العملية سوى إلى إتاحة الفرصة للمدير العام لتعديل اقتراح ذلك الإصدار بما يتماشى مع مصالح تلك الدولة. وإذا أصرت الدولة على الرفض بصفة تعنتية فإن المدير العام يعرض مع ذلك المقترح على المؤتمر أو المجلس التنفيذي.

يتضح بأن النظام الذي وضعه كل من المرفق المتعلق بالسرية والسياسة المتعلقة بالسرية جاء متضمنا متطلبات صارمة ودقيقة بشأن الحصول على المعلومات السرية والتعامل مع إصدارها. وتشمل هذه المتطلبات التزامات فردية تقع على عاتق كافة موظفي المنظمة الذين يؤدي إخلالهم بالتزاماتهم في هذا السياق إلى الإضرار بنظام حماية المعلومات السرية وتعرضه للخطر. ومن ثم تبرز الأهمية الجوهرية للطريقة التي تتم بها معالجة الإخلال بهذه الواجبات أو الادعاء بالإخلال بها.

انتهاك السرية والإدعاء بانتهاكها:

يمكن أن يكون الإخلال بالالتزامات المتعلقة بحماية المعلومات السرية واقعا في حالة عدم الامتثال للإجراءات المحددة لتداول المعلومات السرية وحمايتها وإصدارها وتوزيعها بما يؤدي إلى خطر واضح لحدوث الإفشاء غير المرخص به، سواء مع حدوث الإفشاء فعلا أو عدم حدوثه.¹

حددت الاتفاقية آليتين لمعالجة مختلف أنواع الانتهاكات. فمن جهة يملك المدير العام سلطة إجراء تحقيق في حالة وجود شك بالانتهاك أي إذا توفرت في رأيه "أدلة كافية" على أن الالتزامات المتعلقة بحماية المعلومات السرية قد انتهكت. ويشجع المدير العام فورا في إجراء تحقيق أيضا إذا تقدمت دولة طرف بادعاء بوقوع انتهاك السرية. أما الآلية الثانية المخولة معالجة انتهاك السرية فهي لجنة تسوية المنازعات المتعلقة بالسرية.

سلطات المدير العام في التحقيق بشأن السرية:

يتمتع المدير العام بسلطات محددة وفقا لسياسة المنظمة المتعلقة بالسرية. فيشرع دون إبطاء في إجراء تحقيق سواء فيما يتعلق بالانتهاك من جانب موظفي الأمانة أو شخص أو كيان آخر مرخص له خارج الأمانة أو ممثل أو مسؤول من دولة من الدول الأطراف. كما يمكن للمدير العام أن يجري تحقيقا في أي ادعاء من جانب أي دولة من الدول الأطراف بوقوع انتهاك للسرية.² ويكون الغرض من التحقيق هو إثبات ما إذا كان قد حدث انتهاك للسرية أو إخلال بإجراءات تداول المعلومات السرية أو حمايتها أو توزيعها أو إصدارها، ومدى خطورة أي

¹ حددت سياسة المنظمة المتعلقة بالسرية مفهوم "انتهاك السرية" بأنه يشمل أي إفشاء غير مرخص به لمعلومات بالمنظمة إلى أي فرد أو حكومة أو كيان خاص، بصرف النظر عن النية أو الآثار التي تترتب على هذا الإفشاء. ويغطي المفهوم كذلك إساءة استعمال المعلومات لتحقيق فائدة شخصية أو لتحقيق مصالح طرف ثالث أو الإضرار بهذه المصالح". (سياسة المنظمة المتعلقة بالسرية، الجزء التاسع-1، فقرة 2)

² نصت سياسة المنظمة المتعلقة بالسرية، الجزء التاسع-1، الفقرة 3.3 على: " ينبغي تقديم هذا الإدعاء كتابة إلى المدير العام، وأن يكون مصحوبا قدر الإمكان بالمعلومات المؤيدة، وأن يبين الادعاء طبيعة المعلومات التي يتناولها والزمان والمكان الذي يدعي بحدوث الانتهاك فيها، والضرر الذي يعتقد بحدوثه أو احتمال حدوثه مستقبلا بالنسبة للمصالح التي تتعلق بها الأمر."

انتهاك بما في ذلك درجة وطبيعة أي ضرر ترتب عليه. وينبغي أن تبحث في التحقيق أيضا سبل تعزيز نظام السرية لمنع أي تكرار لانتهاك الإجراءات أو الإخلال بها.

إن المدير العام، وبالرغم من أنه ملزم بمباشرة التحقيق إلا أنه يجوز له أن يوقف هذا التحقيق في مراحله الأولى إذا ارتأى أن لم يتبين من الأدلة وقوع انتهاك، وله حسب تقديره في هذه الحالة أن يتشاور مع الدولة الطرف التي تقدمت بالادعاء أو ينهي التحقيق ويقدم تقريراً بما توصل إليه من عدم وجود دليل على حدوث الانتهاك. أما في حالة ثبوت ما يشير إلى حدوث انتهاك يؤثر على مصالح دولة من الدول الأطراف، فيقوم المدير العام بإخطار المجلس التنفيذي والتشاور معه واقتراح ما يمكن اتخاذه من إجراءات فورية لحماية جميع المصالح المشروعة التي يمكن أن تتأثر بالانتهاك أو الانتهاك المدعى به للسرية، بما في ذلك مصالح أي دولة من الدول الأطراف أو مصالح المنظمة.¹

نطاق التحقيق:

يقصد بالتحقيق هنا جمع وفحص الأدلة على أساس استشاري عموماً داخل المنظمة أو أجهزتها أو بالنسبة لأي مواد إضافية تقدمها الدول الأطراف كدليل، أو لدى ممثلي الصناعة أو الكيانات التجارية الخاصة. كما يمكن إجراء مقابلات سرية مع موظفي الأمانة، وينبغي إجراء التحقيق على أساس من الموضوعية والإجراءات القانونية السليمة، وألا يلجأ إلى أي نوع من الإكراه للحصول على المعلومات من أي فرد يتعلق به الأمر.

خلال التحقيق يمكن للمدير العام أن يتخذ تدابير مقيدة مؤقتة طوال مدة التحقيق مثل إعفاء الموظف الذي له صلة بالقضية من مسؤوليات معينة أو حرمانه من الإطلاع على معلومات معينة. ويمكن أن يقترح اتخاذ إجراءات فورية بالتشاور مع المجلس التنفيذي لحماية جميع المصالح المشروعة التي يمكن أن تتأثر بالانتهاك أو الانتهاك المدعى به للسرية.

تظل إجراءات التحقيق سرية وخاضعة لتطبيق مبدأ الحاجة إلى المعرفة ويتم إعداد التقرير من نموذجين، أحدهما نموذج كامل يعرض الوقائع التي ثبتت بالتفصيل، والآخر نموذج معدل تحذف منه بعض المواد السرية المعنية لضمان عدم إفشاء المعلومات السرية المتصلة بالانتهاك فيما يتجاوز النطاق المرخص به للإطلاع عليها واحترام خصوصيات الموظفين التي لا تتصل بالقضية. ويجب أن يعامل التقرير الكامل على أنه سري وأن يكون تصنيفه وتداوله طبقاً لمدى حساسيته، وينبغي ألا يتاح هذا التقرير إلا لمن يتصلون بالتحقيق اتصالاً مباشراً. ويمكن إتاحة التقرير في صيغته المعدلة لأي دولة طرف بناء على طلبها. تترتب على أي تحقيق أو تقرير، ينتهي إلى ثبوت حدوث انتهاك أو إخلال، أربع فئات عامة من الإجراءات حسب الحالة:

¹ سياسة المنظمة المتعلقة بالسرية، المرجع السابق، الجزء التاسع-1، الفقرة 3-6 و الفقرة 4-1

أ) إجراءات تأديبية تتخذ ضد موظف يعمل بالأمانة:

إذا تقرر، عند انتهاء التحقيق، أن موظفاً يعمل بالأمانة قد ارتكب انتهاكاً أو إخلالاً بأحكام السرية، يتخذ المدير العام الإجراءات التأديبية المناسبة وفقاً للنظام الأساسي والنظام الإداري لموظفي المنظمة، مع إمكانية النظر في رفع الحصانة عنهم. ولا ينظر في رفع الحصانة إلا في حالة وقوع انتهاك خطير وعند ثبوت المسؤولية الفردية وثبوت ما ترتب على الانتهاك من ضرر. وينبغي أن يتم رفع الحصانة بعد إجراء مشاورات سرية فيما يتعلق بإمكانية إعمال الولاية القضائية الوطنية ذات الصلة. كذلك ينبغي استعراض اتفاق السرية الفردي الذي وقعه الموظف لبحث إمكانية استخدامه في الدعوى.¹

ب) إجراءات تتخذ ضد موظف سابق بالأمانة:

إذا توصل التقرير إلى أن ثمة انتهاكاً أو إخلالاً ارتكبه موظف سابق بالأمانة، يجوز للمدير العام أن يقرر اتخاذ أي إجراءات يكون ما زال من الممكن اتخاذها وفقاً لأحكام النظام الأساسي والنظام الإداري لموظفي المنظمة. ويمكن أن تشمل هذه الإجراءات الحرمان من استحقاقات المعاش التقاعدي التي اكتسبها الموظف خلال مدة خدمته بالمنظمة أو إلغاء ما تبقى له من استحقاقات مالية أو استحقاقات أخرى.

ج) إجراءات قانونية تتخذ في نطاق الولاية القضائية الوطنية:

إذا انتهى التحقيق الذي يجريه المدير العام إلى أن شخصاً طبيعياً أو معنوياً (بما في ذلك كيان تجاري) خاضعاً للولاية الوطنية لدولة من الدول الأطراف يبدو مسؤولاً عن انتهاك للسرية، أو حصل على منفعة خاصة من انتهاك للسرية، أو تورط على أي نحو آخر في انتهاك للسرية، جاز أن يطلب إلى تلك الدولة الطرف اتخاذ الإجراءات القانونية المناسبة المحددة في سياسة السرية.

وإذا كان شخصاً طبيعياً أو معنوياً تثبت مسؤوليته عن انتهاك للسرية مقيماً أو موجوداً بأي صفة أخرى داخل نطاق الولاية القضائية لدولة ليست طرفاً في الاتفاقية، يجوز للمدير العام أن يطلب إذن المجلس التنفيذي أو المؤتمر في إجراء مشاورات تستهدف تشجيع تلك الدولة على أن تشرع في اتخاذ، أو تيسر- اتخاذ، الإجراءات المناسبة التي تساعد على اتخاذ الإجراءات القانونية المترتبة على الانتهاك.

د) إجراءات قانونية تتخذ عندما تقوم مسؤولية دولة من الدول الأطراف:

إذا انتهى تحقيق المدير العام إلى أن دولة من الدول الأطراف تبدو مسؤولة، أو أن موظفاً من موظفيها يبدو مسؤولاً، عن انتهاك السرية، فيتعين أن تقوم تلك الدولة الطرف إلى الحد الممكن بمساعدة المدير العام في حسم المسألة بما في ذلك تقديم التفاصيل الكاملة عن كيفية تدولها وحمايتها للمعلومات السرية التي تزودها بها المنظمة. كما يتعين من جهة أخرى على تلك الدولة الطرف أن تتخذ الإجراءات القانونية المناسبة، وفقاً

¹ سياسة المنظمة المتعلقة بالسرية (المرجع السابق)، الفقرة 3-9.

للأحكام ذات الصلة من السياسة المتعلقة بالسرية، في إطار من التعاون الكامل مع المنظمة.¹ يلاحظ بهذا الصدد أن "السياسة المتعلقة بالسرية" لا تحدد أية تدابير داخلية معينة يمكن أن تتخذها الدولة الطرف بالنسبة لتحقيق أهداف الاتفاقية فيما يتعلق بالسرية، أو بالنسبة لتنفيذ مسؤوليات محددة من مسؤوليات الدول في هذا الصدد مثل إعمال الولاية الوطنية.

في حالة ثبوت انتهاك للسرية من طرف أحد موظفي الأمانة الفنية وتسبب ذلك في وقوع ضرر لدولة من الدول الأطراف أو لإحدى شركاتها التجارية أو لأحد رعاياها، فإنه لا يحق لهذه الدولة مطالبة المنظمة بتعويضات مالية، حيث نص المرفق المتعلق بالسرية صراحة على أنه "لا تتحمل المنظمة تبعة أي انتهاك للسرية يرتكبه موظفو الأمانة الفنية".²

يمكن تفسير سبب عدم تحميل المنظمة بهذه المسؤولية بأنه كان يهدف لتشجيع الدول على الإقبال بالتصديق على الاتفاقية مقابل التخفيف من أعباء المساهمات المالية للدول الأطراف في تمويل المنظمة. ومن ثم فإن إمكانية التعويض عن الأضرار التي يمكن أن تلحق بدولة معينة من جراء إفشاء معلوماتها السرية يتحملها الموظف المسؤول عن الإفشاء من ماله الخاص، وذلك بعد إدانته من قبل جهة قضائية وطنية، ولا يتأتى ذلك إلا بعد رفع الحصانة عنه. ويبدو أن هذا الوضع، على علته، كان أفضل الحلول الوسطية التي توصل إليها المتفاوضون بشأن إبرام الاتفاقية.

إذا لم تكن الدولة الطرف التي طلبت إجراء التحقيق غير راضية عن التقرير الذي يصدره المدير العام بعد إجراء التحقيق، وبعد بذل كل المحاولات المعقولة لحسم المسألة عن طريق المشاورات، يكون من حق تلك الدولة الطرف أن تطلب عقد اجتماع للجنة تسوية النزاعات المتعلقة بالسرية.³

لجنة المنظمة الخاصة بتسوية المنازعات المتعلقة بالسرية:

تضمنت اتفاقية الأسلحة الكيميائية النص على إنشاء "لجنة لتسوية المنازعات المتعلقة بالسرية" المشار إليها فيما يلي بـ "لجنة السرية" كجهاز فرعي من أجهزة المنظمة تابع لمؤتمر الدول الأطراف.⁴ وتكون مهمتها الأساسية النظر في حالات انتهاك أحكام الاتفاقية المتعلقة بالسرية التي تشمل دولة طرف والمنظمة معا. كما تتولى اللجنة النظر في القضايا التي يعهد بها إليها المؤتمر في نزاع يتصل بالسرية، وأخيرا يمكن أن تختارها دولتان من الدول الأطراف ينشأ بينهما نزاع بشأن مسألة تتعلق بالسرية كوسيلة لحسم نزاعهما.⁵

¹ سياسة المنظمة المتعلقة بالسرية (المرجع السابق)، الجزء التاسع-3، فقرة 2-1

² الاتفاقية، المرفق المتعلق بالسرية، الفقرة 22.

³ سياسة المنظمة المتعلقة بالسرية، (المرجع السابق الجزء التاسع - 1، الفقرة 5-4

⁴ الاتفاقية، المرفق المتعلق بالسرية، الفقرة 23

⁵ الاتفاقية، المادة الرابعة عشرة، للفقرة 2 .

من الناحية المبدئية ترفع القضايا أمام لجنة السرية عند نشوء خلاف بشأن تقرير لتحقيق أجري بناء على طلب تقدمت به إحدى الدول الأطراف يتعلق بانتهاك للسرية من طرف أحد موظفي الأمانة الفنية. إلا أن المرفق التعلق بالسرية ينص على أن "اللجنة تنظر في حالات الانتهاك التي تشمل دولة طرف والمنظمة معا".¹ ومن ثم فإنه يجوز للدول الأطراف أن ترفع القضايا المتعلقة بالسرية مباشرة أمام هذه اللجنة دون الحاجة على طلب تحقيق مسبق. وفي كلتا الحالتين نكون أمام نزاع بين المنظمة وإحدى الدول الأطراف وليس بين هذه الأخيرة وموظفي المنظمة.

تشكيل اللجنة:

تشكل لجنة السرية من أشخاص يعينون بصفته الشخصية من قائمة بالمرشحين الذين تقدمهم الدول الأطراف. ويجوز لكل دولة طرف أن ترشح واحدا من مواطنيها يكون مؤهلا للعمل في هذه اللجنة. وتقدم قائمة المرشحين هذه إلى المؤتمر الذي يعين 20 شخصا منها للعمل في لجنة السرية لفترة أولية مدتها سنتان. ويتم اختيار العشرين عضوا من خلال عملية تشاور تجري مع المجموعات الإقليمية تحت إشراف رئيس المؤتمر. وينبغي أن تراعي هذه المشاورات مبدأ التناوب والحاجة إلى مجموعة متكاملة من مجالات الخبرة ذات الصلة، ليتم التوصل إلى تعيين أربعة مرشحين من كل مجموعة من المجموعات الإقليمية، من قبل الدول الأعضاء المنتمة إلى المجموعات المعنية. ويتولى المؤتمر تعيين الأعضاء كقرار بشأن مسألة موضوعية.

تقترح الدول الأعضاء المرشحين على أساس صفاتهم الفردية من حيث الكفاءة والقدرة والنزاهة وتوافر الخبرة في مجال أو أكثر من المجالات المتصلة بعمل لجنة السرية مثل الأشكال المختلفة لتسوية النزاعات؛ وأحكام الاتفاقية المتعلقة بالسرية والتحقق؛ والصناعة الكيميائية؛ والأمن العسكري؛ وأمن البيانات والقانون الدولي. على كل عضو في اللجنة مباشرة العمل دون تدخل أو توجيه من بلده أو من الأمانة أو غيرها. وعليه، حيث يكون هناك تنازع في المصالح بخصوص نزاع معين، الامتناع عن التعامل مع ذلك النزاع. وحفاظا على استقلالية اللجنة لن يحتل أعضاؤها أي منصب آخر داخل المنظمة ولن تكون لهم أية علاقة قانونية أو مالية أو مصلحة مع المنظمة.

كيفية عمل اللجنة:

تباشر لجنة السرية عملها وفقا لإجراءات العمل التي تقرها ويصادق عليها مؤتمر الدول الأطراف. وتتخذ اللجنة قراراتها بتوافق الآراء. وفي حالة تعذر التوصل إلى توافق في الآراء يحسم الأمر بأغلبية الثلثين من جميع أعضائها. تعقد اللجنة اجتماعات سنوية كما تجتمع في مواعيد أخرى، عند الاقتضاء، للنظر فيما يعرض عليها من منازعات.

¹ الاتفاقية، المرفق التعلق بالسرية، الفقرة 23.

حددت سياسة المنظمة المتعلقة بالسرية المبادئ التي تتعامل بها اللجنة في تسوية النزاعات، حيث نصت على أن من واجب اللجنة أن تعتمد وسيلة من وسائل تسوية المنازعات مناسبة للحالة، مع مراعاة ما قد يتفق طرفا النزاع على تفضيله من وسائل التسوية.¹

يلاحظ من خلال هذا النص بأن الاتفاقية أوردت مجموعة من الخيارات التي يمكن أن تلجأ إليها لجنة السرية في عملية تسوية النزاعات المعروضة أمامها، مشيرة إلى إمكانية اعتماد عملية الوساطة كوسيلة محبذة من أجل تسوية متفق عليها عن طريق المفاوضات. ويوضح نص "سياسة السرية" في هذا السياق بأنه يجوز للجنة السرية أن تنشأ لجنة استشارية تتألف من خمسة من أعضاء لجنة السرية واحد عن كل إقليم جغرافي، ما لم يتفق طرفا النزاع على طلب بنية مغايرة. وعلى اللجنة الفرعية أن تقدم تقريراً إلى لجنة السرية بشأن التقدم والنتيجة المحرزين في أية مشاورات ويجب على لجنة السرية أن تعتمد أي تسوية متفق عليها مستمدة من هذه العملية.²

في حال فشل الوساطة وتعذر الوصول إلى حل متفاوض بشأن النزاع يكون على لجنة السرية أن تعد تقريراً يحدد الوقائع الأساسية للنزاع ويوصي بما يمكن اتخاذه من إجراءات أخرى من جانب طرفي النزاع أو من جانب لجنة السرية أو من جانب المؤتمر أو من جانب أي جهاز آخر في المنظمة وفقاً لولاية خاصة من المؤتمر، لتسوية هذا النزاع. ويجب على اللجنة أن تزود طرفي النزاع بتقرير وقائعي عن النتيجة المتوصل إليها. ولا يكون تقرير اللجنة أو توصياتها ملزمة لطرفي النزاع، ولكن يمكن أن يكون هذا التقرير وهذه التوصيات أساساً أو مبرراً لمزيد من الإجراءات من جانب طرفي النزاع أو من جانب الأجهزة المختصة في المنظمة. ويجوز للجنة على وجه الخصوص أن تحيل الأمر إلى المؤتمر، أو إلى جهاز آخر في المنظمة وفقاً لولاية خاصة من المؤتمر إذا اتفق طرفا النزاع على ضرورة ذلك بسبب استعجال الحالة.

تشير صلاحيات اللجنة في عملها لتسوية النزاعات المتصلة بالسرية، على النحو الذي سبق ذكره، بعض التساؤلات بخصوص مجال عملها. فعلى مستوى النصوص المنظمة لعمل اللجنة، نلاحظ أنها ضمنت مجالا واسعا للتحرك، حيث يمكنها أن تلجأ إلى كل الوسائل المناسبة لتسوية النزاعات، من المصالحة إلى الوساطة إلى التحكيم. إلا أن سياسة المنظمة المتعلقة بالسرية تبرز بوضوح تفضيلها للوساطة وتهمل تماماً الآليات الأخرى في النزاعات التي تكون فيها المنظمة طرفاً. إضافة إلى ذلك نلاحظ وجود بعض أوجه اللبس فيما يتعلق ببحثها عن الوسيلة المناسبة لحل النزاعات.

يثور التساؤل هنا حول معنى عبارة "تأخذ اللجنة بعين الاعتبار ما قد يتفق طرفا النزاع على تفضيله". فهل تعني أن اللجنة ليست ملزمة باحترام التفضيل المشترك لأطراف نزاع معين بخصوص الطريقة المعتمدة لتسوية هذا النزاع، أم شيئاً آخر؟ بالرجوع إلى أحكام النصوص ذات الصلة نجد بأن هذا الاحتمال وارد، لكن في نفس

¹ سياسة المنظمة المتعلقة بالسرية (المرجع السابق)، الجزء التاسع - 2، الفقرة 2-3.

² سياسة المنظمة المتعلقة بالسرية (المرجع السابق)، الجزء التاسع - 2، الفقرة 4-3.

الوقت نجد بأن عبارة "تأخذ بعين الاعتبار" كما وردت في سياق الفقرة تفيد بإمكانية عدم الأخذ بهذا الاحتمال.

من جهة أخرى، يكون هدف اللجنة، وفقا لنصوص الاتفاقية ذات الصلة، هو تسوية النزاع "بطريقة تكون مقبولة من أطراف النزاع"، لكنه يبدو من الناحية العملية أن من الصعب التوصل إلى تسوية مقبولة من الأطراف إذا ما فرضت عليهم إجراءات يرفضونها، ومن ثم لا يمكن تصور أن اللجنة ترفض إمكانية اختيار الأطراف المشترك لوسيلة تسوية النزاعات.

خاتمة:

على الرغم من أن نظام حماية السرية في اتفاقية الأسلحة الكيميائية جاء متكاملًا وصارمًا فإن التساؤل يبقى مطروحا بشأن مدى فاعليته أثناء التنفيذ وما إذا كان دور اللجنة المكلفة بتسوية النزاعات المتعلقة بالسرية يستجيب فعلا لانشغالات الدول الأطراف. يبدو هامش التحرك المتاح للجنة المكلفة بتسوية النزاعات المتعلقة بالسرية ضيقا. وهي إلى جانب ذلك ملزمة، في حال فشلها في مساعدتها، بإحالة ملف النزاع إلى المؤتمر أو إلى الأجهزة الأخرى للمنظمة. إن أحكام النصوص ذات الصلة لا تتناول الدور والكيفية التي يمكن أن تتعامل بها لجنة السرية مع الملف المعني في هذه الأحوال. يضاف إلى ذلك كون المنظمة لا تتحمل أي مسؤولية مالية عن أعمال موظفيها بانتهاك السرية.

الأصول الفلسفية للنظم الانتخابية والسلوك الانتخابي: دراسة في المفاهيم والأشكال والنماذج^{*} أ/ دلباز كمال- أستاذ مساعد "أ"- جامعة ابن خلدون - تيارت

ملخص:

مع إلزام الدول نفسها ببناء غرف تمثيلية منتخبة ديمقراطياً، أصبح الانتخاب يشكل قلب الديمقراطية النيابية لإسناد السلطة كالية مشروعة لتقسيم المهام بين المجموعات السياسية وفقاً لأوزانها النسبية، ولا يمكن لهذه الغرف أن تكتسب هذه القيمة إلا إذا اقترنت بوجود نظام انتخابي عادل كركيزة أساسية في كل إصلاح سياسي، بل وإن إفساده يؤدي إلى إفساد الديمقراطية وانحطاطها.

ومجمل القول، أن النظم الانتخابية بمفهومها الحديث وتعدد تقنياتها تعد من المواضيع الحديثة التي شكلت ثورة كبرى أواخر القرن التاسع عشر بدول أوروبا الغربية، وأضحت فلسفة انتقائها تشكل أحد أهم القرارات لأي نظام ديمقراطي، كونها صاحبة الاختصاص في توسيع أو تضيق دائرة المشاركة السياسية، وذلك بفرض إستراتيجية معينة إما ضماناً للتداول السلمي على السلطة بين النخب السياسية أو لإعادة إنتاجها من جديد، فهذا الحدث الكبير في عالم النظم الانتخابية سمح لها أن تحتل مكانة هامة في دراسات العديد من الباحثين من علماء السياسة وفقهاء القانون، سواء من ناحية أصولها الاستمولوجية أو فلسفة نماذجها الفكرية.

Summary :

Lorsque les pays s'engagent à construire une chambre de représentation démocratiquement élus, l'élection est devenu le cœur de la démocratie parlementaire comme mécanisme pour la dévolution du pouvoir à une division légitime des tâches entre les groupes politiques selon leurs valeurs relative, et ces chambres ne peuvent pas peut acquérir cette valeur si elle est couplée avec un système électoral comme un substrat essentiel dans toute réforme politique, et toute corruption conduit à la corruption de la démocratie et son déclin.

Les systèmes électoraux dans leurs sens moderne et leurs diversités de ses techniques est l'un des sujets modernes qui formaient une révolution majeure dans la fin du XIXe siècle, dans l'ouest d'Europe, et sa philosophie de sélection constitue l'une des décisions la plus importante de tout système démocratique, en possédant la compétence exclusive pour élargir ou restreindre le cercle de la participation politique, en imposant une certaine stratégie qui garantit soit de la négociation pacifique pour le pouvoir entre les élites politiques ou de

^{*} تاريخ إيداع المقال: 2017/05/07

تاريخ تحكيم المقال: 2017/05/31

reproduire le même pouvoir de nouveau ; Ce grand événement dans le monde des systèmes électoraux qui lui a permis d'occuper une place importante dans les études de plusieurs chercheurs parmi les politologues et les spécialistes de droit, Tant en termes de ses sources épistémologique ou la philosophie de son modèles intellectuels.

تمهيد:

لقد شكل الانتخاب* إحدى إفرازات الحياة المشتركة للمجموعات السياسية التي قطعت شوط الصراعات العنيفة نظرا لتباين مصالح وفوذ الأفراد والجماعات داخلها، فتطور الفكر البشرى من السيادة الإلهية إلى سيادة الشعب وبالتالي تقسيم السلطة بين حاكم ومحكوم *gouvernant et gouverné* وفق آلية الانتخاب الذي يتيح للشعوب حق المشاركة في الحياة السياسية بما يحقق التوافق بين خضوع الشعب لنوابه وسيادته عليهم، الأمر الذي جعله المعيار الذي تقاس على أساسه درجة افتتاح المجتمعات السياسية من انغلاقها.

فالانتخاب في جوهره أداة للمشاركة السياسية في تسيير الشؤون العامة عن طريق الهيئات التي تنتخب لهذا الغرض، وتؤدي هذه المشاركة بالضرورة إلى إثارة المنافسة بين كل التشكيلات السياسية بصفتهم ناخبين أو منتخبيين الأمر الذي من شأنه أن يرسخ فكرة الديمقراطية التشاركية كواحدة من أبرز ركائز بناء الدولة الوطنية الحديثة، ووفقا لهذا الطرح تسعى هذه الورقة البحثية الاقتراب من طبيعة العلاقة الوظيفية بين النظام الانتخابي والسلوك الانتخابي وفقا للمحاور التالية:

أولا: مفهوم النظام الانتخابي.

مع إلزام الدول نفسها ببناء غرف تمثيلية منتخبة ديمقراطيا، أصبح الانتخاب يشكل قلب الديمقراطية النيابية لإسناد السلطة، ولا يمكن لهذه الغرف أن تكتسب هذه القيمة إلا إذا اقترنت بوجود نظام انتخابي عادل، باعتباره يشكل الركيزة الأساسية في كل إصلاح سياسي واجتماعي وبذلك فإن إفساده يؤدي إلى فساد الديمقراطية وانحطاطها.

فالنظم الانتخابية بمفهومها الحديث وتعدد تقنياتها تعد من المواضيع الحديثة- رغم امتداد أصولها إلى الحضارات القديمة- قد شكلت ثورة كبرى في أواخر القرن التاسع عشر بدول أوروبا الغربية، فهذا الحدث الكبير في عالم

* لم ينشأ الانتخاب في بداية كما هو الآن، بل عرف تطورا كبيرا عبر التاريخ سواء في محتوى مفهومه أو في الأشكال التي طبق بها فالمفهوم خلال ق 17 اشتق من الكلمة الإنكليزية *To vote* المشتقة في حد ذاتها من المصطلح اللاتيني *Votum* ذات الفحوى ديني المعبر عن إعطاء عهد إلى الرب أو الإله أي الالتزام العلني لصالح شخص ما، ثم ما لبثت هذه الكلمة أن أخذت معنى المداولة *La délibération* وخلال ق 18 أصبح التصويت يعبر عن قرار متخذ من قبل مجلس أو جمعية إلى أن أصبح مع حلول ق 19 تصرفا فرديا يسمح لصاحبه بالقيام باختيار أمر ما، وبهذا الشكل أصبح الانتخاب من المواضيع التي يتقاسم في معالجتها الكثير من الحقول العلمية، بدءا بعلماء الجغرافيا والديمقراطية مروراً بعلماء السياسة وصولاً إلى فقهاء القانون الذين ما فتئوا أن جعلوا منه فرعا مستقلا من فروع القانون العام أي القانون الانتخابي *Le droit électoral* بعد أن كان موضوعا من مواضيع القانون الدستوري الذي يهتم بدراسة ظاهرة السلطة و ما تعلق بها من مسائل.

النظم الانتخابية سمح لها أن تحتل مكانة هامة لدى العديد من الباحثين من علماء السياسة وفقهاء القانون الدستوري، وهذا الاهتمام دفع بتعدد التعريفات الخاصة بحقل النظم الانتخابية، وقبل التطرق إلى تعريف النظم الانتخابية فإن منهجية التحليل السياسي تفترض بداية تسليط الضوء أولاً معرفة الانتخاب تمهيدا لبسط مفهوم النظام الانتخابي.

أ- تعريف الانتخاب: يحمل الانتخاب في طياته دلالات لغوية واصطلاحية وقانونية:

1- الانتخاب لغة: في لسان العرب لابن المنصور، "الانتخاب مشتق من الفعل نخب، ونخب: أُنخب الشيء أختاره، والنخبة ما أختاره منه، ونخبة القوم ونخبهم خيارهم والنخب هو النزاع ويقال رجل نخب أي خيار القوم، وهو نخب القوم"¹، وفي حديث علي وقيل عمر بن الخطاب (رضي الله عنهما) "وخرجنا في النخبة النخبة - بضم النون- المنتخبون من الناس المنتخبون"².

وفق هذا الاستقراء يصبح مصطلح الانتخاب يحمل دلالات الانتزاع والاختيار والانتقاء.

2- الانتخاب اصطلاحاً: "هو قيام المواطنين المؤهلين باختيار البعض منهم، شريطة أن يكونوا ذوي كفاءة لتسيير الأجهزة السياسية والإدارية، وذلك من خلال القيام بعملية التصويت"³.

3- الناحية القانونية: في القاموس السياسي عرف الانتخاب على أنه "اختيار شخص بين عدد من المرشحين ليكون نائباً يمثل الجماعة التي ينتمي إليها، وكثيراً ما يطلق على الانتخاب الاقتراع: أي الاقتراع على اسم معين"⁴، وهناك من يعده الوسيلة التي بموجبها يختار المواطنون الأشخاص الذين يسندون إليهم مهام ممارسة السيادة أو الحكم نيابة عنهم سواء على المستوى السياسي أو على المستوى الإداري أو على مستوى المرافق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية⁵.

ب- تعريف النظام الانتخابي: لقد تعددت النظم الانتخابية المعمول بها في دول العالم، وهي تتغير من وقت لآخر طبقاً لظروف ومقتضيات العملية السياسية، ومن شأن هذا التعدد أن ينعكس على تعريف النظم الانتخابية، وفيما يلي تحاول هذه الدراسة استعراض بعضاً منها:

¹ ابن منظور جمال الدين محمد، لسان العرب. ج2، مصر: الدار المصرية للتأليف والترجمة، د.س.ن. ص.649.

² حسين ناصر أحمد سرار، المصطلحات السياسية الجمنية: دراسة دلالية (الوثائق السياسية المعاصرة نموذجاً)، أطروحة دكتوراه جامعة قسنطينة: كلية الآداب واللغات، قسم اللغة العربية وآدابها، 2008-2009، ص.108.

³ -Ibtissem Garram, Terminologie juridique dans la législation Algérienne, Blida: Palais des livres, 1998 , P. 114.

⁴ -أحمد عطية، القاموس السياسي. ط.3، القاهرة: دار النهضة العربية، 1968، ص.129.

⁵ -Philippe Ardant.Institution politiques et droit constitutionnel .L.G.D.J. 12em_edition. Paris.2002 P.206.

تعريف المؤسسة الدولية للديمقراطية والانتخابات (IDEA) على أنه "ترجمة للأصوات التي يتم الإدلاء بها في الانتخابات إلى عدد المقاعد التي تفوز بها الأحزاب والمرشحين المشاركين فيها"¹، كما يعرف على أنه ترجمة الأصوات التي يتم الإدلاء بها إلى مقاعد تفوز بها الأحزاب والمرشحون، وفق ثلاثة متغيرات تفسيرا لهذه العملية هي²:

- المعادلة الانتخابية المستعملة من حيث كون الانتخابات تعددية أو أغلبية.
 - هيكل الاقتراع: حيث يكون التصويت لمرشح واحد أو لحزب أي (سلسلة من التفضيلات).
 - حجم المنطقة، حيث يتم بعدد الممثلين المنتخبين عن المنطقة وليس بعدد الناخبين.
- أما في تقرير للجنة الأوروبية من أجل الديمقراطية اعتمد الفرنسي- "كريستوف بروكي" "BROQUET Christophe" في دراسته على تعريف النظام الانتخابي بأنه "مجموعة القواعد التي تنظم عملية الإدلاء بالأصوات أثناء الانتخابات وتحويل تلك الأصوات إلى مقاعد"³.

في حين تكلم "ديتر نوهلن" Diteer Nohlen عن التفضيل، فالنظام الانتخابي يعني الكيفية التي يعبر على أساسها الناخبون عن تفضيلاتهم سواء لأحزاب أو مرشحين، بحيث يتم تحويل هذه التفضيلات بعد ذلك إلى تفضيل، وعليه فالنظام الانتخابي هو الآلية التي تحدد الفائز والخاسر طبقا لأسلوب إحصاء الأصوات والذي يختلف بدوره من نظام لآخر، وتحدد الموسوعة الدولية للعلوم الاجتماعية مجموعة من المؤشرات لتعريف النظام الانتخابي منها⁴:

- حجم وهيكل المنظمة التي تجرى فيها العملية الانتخابية.
- المعيار - إن وجد - الذي يتم على أساسه إعطاء وزن مرجح لصوت عن صوت آخر.
- الطريقة المتبعة لتسجيل خيارات الناخبين.
- الطريقة التي يتم على أساسها ترجمة مجموع الأصوات إلى قرارات جماعية.

¹ - أندرو رينولز بن رابلي وآخرون، أشكال النظم الانتخابية. ترجمة أيمن أيوب، السويد: المؤسسة الدولية للانتخابات والديمقراطية 2002، ص.19.

² - سمير بارة والإمام سلمى، "السلوك الانتخابي في الجزائر: دراسة في المفهوم والأنماط والفواعل"، مجلة دفاتر السياسة والقانون العدد الأول، جوان، 2009، ص.50.

³ - Christophe broquet . Alain lancelot. Les systèmes électoraux tableau de l'offre et critères de choix. STRASBOURG : CEDD ; 2003 .P .06.

⁴ - بوشنافه شمس، "النظم الانتخابية وعلاقتها بالأنظمة الحزبية"، مجلة دفاتر السياسة والقانون، عدد خاص، 2011، ص.463.

وعلى هذا الأساس فمن المستحيل الجزم بوجود أنظمة انتخابية تتفق تماماً مع تطلعات البلد وظروفه الخاصة، فهي غالباً ما تكون موروثه عن نظام استعماري سابق، أو نتيجة لتطورات التي تفرزها البيئة الدولية ما يعكس في الغالب تدخل قوى خارجية وهذا ما يحول دون وجود قواعد انتخابية تشكل النموذج الأمثل لتمثيل الشعب، إذ يجب على كل ديمقراطية حديثة أن تختار أو أن ترث نظاماً انتخابياً يضمن استمرارها شريطة أن يعمل بطريقة تعبر عن جميع المواطنين¹ ولكي يكون النظام الانتخابي حراً وعادلاً ينبغي أن يتوفر على جملة من الشروط يمكن ذكر بعضها منها²:

- أن يتمتع جميع المواطنين بحق الاقتراع والمشاركة في الشؤون العامة.
- أن تجري الانتخابات بصورة دورية، تضمن احترام الحقوق الأساسية للمواطنين.
- أن تضمن إجراءات الاقتراع حرية الاختيار سرية التصويت وصحة فرز البطاقات.
- أن تراقب العمليات الانتخابية هيئة مستقلة عن بقية سلطات الدولة.

فمن خلال استقراء مفاهيم السابقة، يمكن القول أنه لا يوجد لدى المهتمين بحقل النظم الانتخابية تباين كبير لتعارفهم، ومن جهة ثانية يرى الباحث إلى أن الأنظمة الانتخابية لا تخرج عن نطاق الآلية التي يمكن من خلالها ترجمة الأصوات المدلى بها في عملية الاقتراع إلى مقاعد تفوز بها الأحزاب والمرشحون، قصد تمثيل الشعب في الهيئات النيابية العامة.

ومن نافلة القول أن هذه العملية تتأثر بالعديد من المتغيرات، سواء كانت خارجية تعكس تدخل قوى دولية في رسم مسار العملية الانتخابية بما يخدمها، أو داخلية حيث تشكل الثقافة وطبيعة المشاركة السياسية أحد طرفا معادلة التأثير، علاوة على مدى استقلالية الإدارة والهيئة والنخب التي تدير العملية الانتخابية وكذا واقع البلد الديموغرافي وسوسيو-اقتصادي.

ج- تصنيفات النظام الانتخابي.

إن الملاحظ في العديد من الدراسات أن الكثير من النظم السياسية عبر العالم تسعى لتبني العديد من صيغ الانتخاب ضمن الحارطة الانتخابية، بما يتماشى مع ظرف البلد وتطلعاته المختلفة، على اعتبار أن النظم الانتخابية هي الآلية المتبعة لتحويل أصوات الناخبين إلى مقاعد في الهيئات المنتخبة، لذلك أصبحت مسألة

¹ - موريس ديفرجيه، المؤسسات السياسية والقانون الدستوري: الأنظمة السياسية الكبرى. ترجمة جورج سعد، ط.2، لبنان: المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، 1992، ص.93.

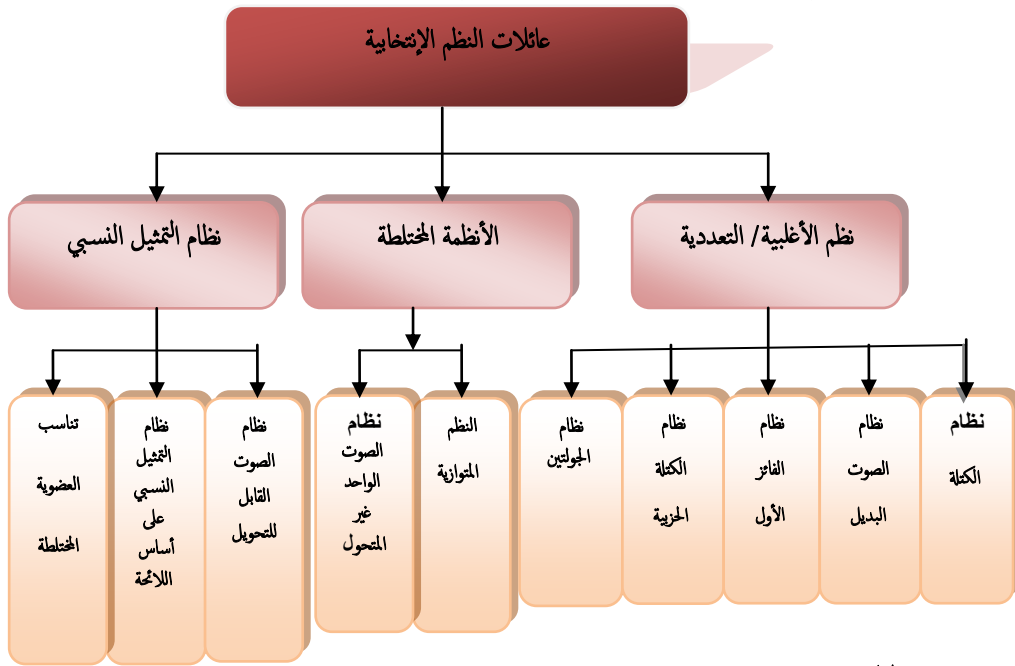
² - عصام نعمة إسماعيل، النظم الانتخابية: دراسة حول العلاقة بين النظام السياسي والنظام الانتخابي. ط.1، بيروت: منشورات زين الحقوقية، 2009، ص.26.

كيفية ملئ المقاعد البرلمانية محل اهتمام العديد من الباحثين السياسيين والأكاديميين بشأن النظم الانتخابية، ما دفع بتعدد أنماط النظم الانتخابية.

فلقد أشار بعض الدراسات إلى أن النظم الانتخابية تتعدد لتصل إلى عشرة أنواع هي: الانتخاب العام المقيد، المباشر، غير المباشر، الفردي الانتخاب بالقائمة، السري والعلني الانتخابات بالأغلبية أنظمة التمثيل النسبي، الأنظمة المختلطة¹، ومثل هذا التعدد في أشكال النظم الانتخابية يمكن تصنيفه ضمن ثلاثة عائلات أساسية هي²:

- نظم التعددية/الأغلبية: (Plurality/Majority Systems).
- نظم التمثيل النسبي: (proportional systems).
- النظم المختلطة: (mixed Systems).

- الشكل رقم: "1" يوضح تصنيفات النظم الانتخابية.



المصدر:- من إعداد الباحث.

¹ - حسينة شرون، "دور الإدارة المحلية في مراقبة العملية الانتخابية: المراحل التحضيرية"، ورقة مقدمة في إطار الملتقى الدولي الخامس حول: "دور ومكانة الجماعات المحلية في الدول المغاربية"، جامعة بسكرة، المنعقد يومي 03/04/2009، ص.125.

² - سعد مظلوم العبدلي، الانتخابات: ضآاناتها، حريتها، نزاهتها (دراسة مقارنة). ط.1، عمان، الأردن: دار دجلة، 2009، ص.82.

قبل التطرق لشرح تصنيفات النظام الانتخابي تحاول الدراسة إعطاء لمحة تاريخية موجزة حول المنظورات الفكرية التي تناولت أهم العوامل التي كانت وراء التطور الذي عرفه عالم النظم الانتخابية، إذ يصعب تنفيذ النتيجة القائلة أن النظم الانتخابية المنبثقة في العالم هي وليدة ظروف معينة، وفي هذا السياق يمكن التطرق إلى ثلاثة محطات رئيسة في اختيار النظام الانتخابي تتوافق مع نظرية صموئيل هنتنغتون حول موجات التحول الديمقراطي.

بداية يقصد بالتحول الديمقراطي حسب صموئيل هنتنغتون "بأنه محاولة تبني النهج الديمقراطي في الحكم والذي يتضمن تبني الانتخابات الحرة، التداول على السلطة بين الأحزاب السياسية في ظل تكافؤ الفرص وحرية الاختيار بالنسبة للناخبين ومؤسسات سياسية مستقرة وثابتة ترعى هذا التحول"¹، وحسب هنتنغتون في كتابه "الموجة الثالثة" فإن هذا التحول لا يعود إلى الفترة الراهنة، فهناك تاريخ ممتد من تحول الأنظمة التسلطية والشمولية إلى أنظمة تتبنى الديمقراطية من خلال ثلاث موجات عرفها العالم منذ أواخر القرن الثامن عشر².

- الموجة الأولى من 1828- 1926.

- الموجة الثانية من 1943- 1962.

- الموجة الثالثة من 1974 حتى الآن.

1- التعددية: Plurality Majority System

من الواضح أن أنظمة الأغلبية هي أقدم الأنظمة الانتخابية وأبسطها، حيث يعرف نظام الأغلبية على أنه النظام الذي يفوز في كل دائرة انتخابية المرشح أو المرشحون الذين حصلوا على غالبية الأصوات³، وبهذا يكون الاقتراع الأكثرية له صورتان، فقد يكون أكثرية على أساس الصوت الواحد أو الصوت الجمعي، ففي الحالة الأولى يتم التصويت لمرشح واحد أما في الحالة الثانية فيطلب أن يصوتوا لعدة مرشحين في ذات الوقت، ويجرى الاقتراع الأكثرية على دورة واحدة أو دورتين⁴.

وتحاول الدراسة إعطاء نظرة سريعة على توزيع النظم الانتخابية عبر دول العالم، حيث تؤكد أن ما يزيد بقليل عن نصف الدول المستقلة، والأقاليم شبه ذاتية الاستقلال في العالم (114) دولة، أو ما يعادل 54% من المجموع الكلي لدول العالم، والتي تمارس الانتخابات البرلمانية المباشرة تستخدم نظم الأغلبية التعددية، وهناك (75)

¹ - عبد القادر عبد العالي، "محاضرات في النظم السياسية المقارنة". محاضرات أقيمت على طلبة السنة الثانية علوم سياسية، جامعة سعيدة: قسم العلوم السياسية، 2007- 2008، ص. 88.

² - صامويل هنتنغتون، الموجة الثالثة: التحول الديمقراطي في أواخر القرن العشرين. ترجمة عبد الوهاب علوب، ط. 1، الكويت: دار سعاد الصباح للنشر والتوزيع، 1993، ص. 74.

³ - محمد رفعت عبد الوهاب، الأنظمة السياسية. بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية، 2005، ص. 296.

⁴ - عصام نعمة إسماعيل، مرجع سابق، ص. 332- 333.

دولة، أي ما يعادل 35% من دول العالم تستخدم النظم التمثيل النسبي وتستخدم (22) دولة أخرى، أي ما يعادل 11% من دول العالم النظم التي تقوم على نظام التمثيل شبه النسبي¹، وعلى أية حال فإن طريقة تحقيق ذلك عمليا تختلف بصورة واسعة، نحو خمسة أنواع من نظم الأغلبية التعددية كما هو واضح في الشكل.

2- نظام التمثيل النسبي: proportional systems.

يأتي نظام التمثيل النسبي* كضرورة ملحة نظرا لشغرات وإنزلاقات نظم الأغلبية التعددية التي تميزت في طابعها العام بأنها نظم غير عادلة، كونها ألحقت ضررا كبيرا بالأحزاب الصغيرة وحقت مزايا للأحزاب الكبرى، ويمكن ملاحظة ذلك جليا في الحياة السياسية بالتحلّ ترا فيألى غاية عام 1981 كان يوجد حزبان كبيران "حزب المحافظين والعمال" إضافة إلى وجود أحزاب صغيرة أبرزها "حزب الأحرار"، فكان هذا الأخير يحصل على عدد من مقاعد في مجلس العموم لا تتناسب مع عدد الأصوات التي حصل عليها في الانتخابات.

لذلك اتجه الفكر السياسي والقانوني للبحث عن نظام يكفي لتمثيل كل الأطياف والتشكيلات السياسية تمثيلا صحيحا وهذا النظام هو نظام التمثيل النسبي² باعتباره "نظام انتخابي يقوم على التنافس الحر بين لوائح أو تكتلات سياسية في دوائر انتخابية كبرى بحيث تفوز كل لأحة بعدد من المقاعد النيابية مساوي للنسبة المئوية التي تنالها من مجموع عددا لمقترعين"³، أي أنه يترجم لكل حزب نصيبه من الأصوات إلى نسب مماثلة من المقاعد البرلمانية وبشكل حقيقي.

لهذا لقي هذا النظام تجاوبا كبيرا من طرف العديد من الديمقراطيات الجديدة مثل أمريكا اللاتينية وأوروبا الغربية، ويمثل ثلث النظم المستخدمة في إفريقيا، لذلك يمكن ملاحظة عدد من البلدان مثل ناميبيا وإسرائيل وهولندا والدنمارك ونيوزيلندا والعراق أن التصويت القومي هو الذي يحدد توزيع المقاعد البرلمانية، وذلك عندما يكون البلد أجمعه دائرة انتخابية واحدة، سواء كان ذلك لانتخاب جميع النواب أو لعدد محدد منهم، كما يتسم حجم الدائرة بأهمية كبرى بالنسبة لنتائج التمثيل النسبي كلية وإلى طبيعة وحجم الاتفاق بين هذه الأحزاب من

¹ - سعد مظلوم العبدلي، الانتخابات: ضماناتها، حريتها، نزاهتها (دراسة مقارنة). ط.1، عمان- الأردن: دار دجلة، 2009، ص.84.
- لقد بدأ التفكير بالاقتراع النسبي في النصف الثاني من القرن 19 عندما التفت علماء الرياضيات وعلى رأسهم الدنماركي "اندرس" الذي ساهم في إدخال هذا الاقتراع في دستور 1855 من أجل أن يطبق في انتخابات مجلس الشيوخ، وبعد عدة سنوات أعيد الاهتمام به أكثر خاصة في بلجيكا تحديدا في الأوساط الكاثوليكية المحبذة لصيغة التعددية والتي أرادت انقاذ الحزب الليبرالي المهدد من الحزب الاشتراكي، وبناء على طلب وزير العدل قام "فيكتور هوندت" بإعداد مشروع قانون انتخابي على أساس النظام النسبي الذي أقره البرلمان في أكتوبر عام 1899 وبعدها وصلت شرارة النسبية إلى فرنسا وبريطانيا وبعد انتهاء الحرب العالمية الأولى توجهت أوروبا الغربية بمجملها بالمطالبة بتطبيق النظام النسبي. لمزيد انظر:- عصام نعمة إسماعيل، مرجع سابق، ص.378 - 380.

² - سعد الشرفاوي، النظم السياسية في العلم المعاصر. القاهرة: دار النهضة العربية، 2007، ص.155.

³ - عصام نعبان، نحو النسبة والخط الثالث والمقاومة المدنية، مشروع دراسات الديمقراطية في البلدان العربية، اللقاء السنوي السابع عشر- أكسفورد: 2007، ص.1.

جهة أخرى¹، فكلما زاد عدد المرشحين عن كل دائرة انتخابية كلما ارتفع مستوى النسبية في النظام الانتخابي، كما أن نظم التمثيل النسبي تختلف فيما بينها على حسب الخيارات التي توفرها للناخبين، من حيث استطاعتهم الاختيار بين أحزاب أو مرشحين منتخبين أفراد أو كليهما معاً².

وما نستنتجه أنه إذا كان هذا النظام يفترض إجراء الانتخاب على أساس لائحة قد تكون مغلقة أو مفتوحة، لدى فهو يساعد على تمثيل عدد كبير من الناخبين في المجالس النيابية وهو ما يضمن تكوين معارضة برلمانية حقيقية³ وتجدر الإشارة إلى أن مسألة "حدود التمثيل" (نصاب الإبعاد) في ظل هذا النظام تصبح بالغة الأهمية.

3- الأنظمة المختلطة: mixed Systems

إن النظم المختلطة ليست نوعاً من النظم الانتخابية مستقلة بذاتها ولها خصائصها المميزة لها بل إن الأنظمة الانتخابية المختلطة قائمة على محاولة المزج بين الصفات الإيجابية لكل من الأنظمة الانتخابية التعددية / الأغلبية والتمثيل النسبي، ويوجد في النظام المختلط نظامان انتخابيان يستخدمان معادلات مختلفة هو نظام التعددية / الأغلبية، والثاني هو نظام قائمة التمثيل النسبي⁴.

وفي سبيل تجنب عيوب كل من النظامين (الأغلبية والتمثيل النسبي) اتجهت العديد من الدول مثل ألمانيا إلى اعتماد نظام انتخابي جديد يقوم على الجمع بين كلا النظامين السابقين حيث يقوم النظام المختلط على تقسيم المقاعد البرلمانية على صعيد الدولة إلى قسمين، قسم يتم انتخاب مقاعده من قبل جمهور الناخبين بطريقة الانتخاب بالأكثرية، وينتخب ذات الناخبين بموجب هذا النظام ما تبقى من المقاعد البرلمانية المحددة العدد مسبقاً بطريقة التمثيل النسبي⁵، فالطابع العام للنظم المختلطة من خلال هذا الطرح هي تلك النظم التي تترجم الأصوات إلى مقاعد فائزة بأسلوب يقع بين أغلبية نظم الأغلبية التعددية وتناسبية نظم التمثيل النسبي.

د- علاقة النظام الانتخابي ببعض المفاهيم المجاورة:

كثيراً ما يتداخل النظام الانتخابي بالعديد من المفاهيم المرتبطة به ولدى تحاول الدراسة كشف النقاب عن هذه العلاقة وفقاً للعناصر التالية:

¹ - سعد مظلوم العبدلي، مرجع سابق، ص. 99-100.

² - Reynold Andrew, Reilly Ben, electoral systems désigne, Stockholm: IDEA, 2005, p.57.

³ - تامر كامل محمد الخزرجي، النظم السياسية الحديثة والسياسات العامة: دراسة معاصرة في إستراتيجيات إدارة السلطة. ط1. عمان: دار مجد الاوي، 2004، ص. 246.

⁴ - فرانثيسكا بيندا وأندرو اليس، خيارات الرئيسة في عملية التحول الديمقراطي في العراق. لبنان: المؤسسة الدولية للديمقراطية والانتخابات، 2005، ص. 29.

⁵ - جهاد حرب، "تقرير حول تأثير النظام الانتخابي على الأداء الرقابي للمجالس التشريعي"، سلسلة التقارير القانونية (21)، رام الله: الهيئة الفلسطينية لحقوق المواطن، 2000، ص. 10.

1- النظام الانتخابي والتعددية الحزبية: لاشك أن موضوع التعددية الحزبية يعني الاعتراف بحق إنشاء الأحزاب في ممارسة أنشطة الحياة السياسية، كونها تعتبر من بين التقاليد التي لا غنى عنها في الديمقراطيات الراسخة والديمقراطيات المعاصرة، فالتعددية الحزبية "تحدث في الأنظمة التي تؤدي فيها طريقة الاقتراع إلى وصول أكثر من حزبين إلى البرلمان"¹، وتشكل النظم الانتخابية محورا في رسم "قواعد اللعبة" من أجل توسيع أو تضيق منابع هذا التعدد، فلقد عكف العديد من المنظرين بعد الخمسينيات على قياس شدة تأثير الأنظمة الانتخابية على الأنظمة السياسية وخاصة النظم الحزبية، لذلك تسعى الهندسة الانتخابية إلى إبراز "القوانين" و "السنن" الكفيلة بتبيان العلاقة التفاعلية بين النظم الانتخابية والتعددية الحزبية، وفقا للعناصر التالية:

2- نظام التمثيل النسبي والتعددية الحزبية: بداية لقد شكلت أعمال "ديفرجيه" (1951-1976) نقطة الانطلاقة الحقيقية في الدراسات التي اهتمت بموضوع العلاقة بين النظام الانتخابي والنظام الحزبي، حيث توصل من خلال كتابه "Political parties" أن نظام الأغلبية في دورة واحدة يؤدي إلى ثنائية حزبية، بينما ينتج عن تطبيق كل من نظام الأغلبية في دورتين أو النظام النسبي تعدد الأحزاب²، ومن جهة ثانية يؤكد الفقيه "جون جيم" أن نضام التمثيل النسبي علاوة على أنه يوفر تكافؤ الفرص أمام كل الأحزاب للفوز بالمقاعد البرلمانية، فهو مدعاة لتعدد الحزبي التي تحرص التشكيلات على وجوده إن كان موجودا أو المناداة به إن لم يكن مطبقا³.

ففي ألمانيا وبارما مثلا عرفت الشيوعية بفضل نظام التمثيل النسبي انتشارا سريعا مقارنة على ما كانت عليه في فرنسا حيث ألجمت بنظام الأغلبية⁴ لذلك يمكن القول أن التمثيل النسبي لم يساهم فقط في ميلاد حركات جديدة فقط بل مكبها من طرح نفسها كمنافس حقيقي لدكتاتورية الأحزاب الكبرى حتى ولو كان بمقدورها أن تتسبب بكارثة، وخير مثال على ذلك صعود الفاشية والنازية (1922-1933).

وما تجدر الإشارة إليه في هذا السياق أن الطرح الذي تقدم به كل من "ديفرجيه، جون جيم" قد خالف الطرح الذي جاء به، "دوغلاس"، حيث أكد أنه "من غير المنطقي الاستنتاج بأن التمثيل النسبي هو السبب في تعدد الأحزاب"⁵.

¹ - عفاف حبة، التعددية الحزبية والنظام الانتخابي: دراسة حالة الجزائر، مذكرة ماجستير غير منشورة، جامعة بسكرة: كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق (فرع قانون عام)، 2004-2005، ص.50.

² - Andre blais .Mode de Scrutin et Système de Partis . A- Laurent, P- Delfoss, A-P Frogner, les systèmes électoraux : permanences et innovations.paris: L'Harmattan. 2004P.47.

³ - زين الدين بلال، الأحزاب السياسية من منظور الديمقراطية المعاصرة: دراسة مقارنة. ط.1، الإسكندرية: دار الفكر الجامعي 2011، ص.372.

⁴ - عصام نعمة إساعيل، مرجع سابق، ص.135.

⁵ - نفس المرجع، ص.140. نقلا عن:

وهنا تجدر التفرقة ما بين الديمقراطيات المستقرة التي تمثل غالبا غرب أوروبا والولايات المتحدة والديمقراطيات الجديدة أو الناشئة، ففي الديمقراطيات المستقرة تجرى السياسة فيها وفقا لمناخ يحترم التعددية والثقافة العامة ما يجعل وجود التمثيل النسبي انعكاس لمناخ التنوع والتعدد بينما وفي في الديمقراطيات الناشئة، فإن وجود نظم التمثيل النسبي كان القصد منها في الغالب هو تحقيق التمثيل لكل تلك الأطياف خاصة إذا كانت هذه الأخيرة قد عانت في وقت قريب من تناحر على أساس عرقي أو إثني، ربما وصل إلى درجة النزاع المسلح، إلا أنه من جهة ثانية لا يوجد دليل علمي على أن النظم الانتخابية بها قللت من الاحتقان الطائفي، بل أكدت العديد من الدراسات على نظم النسبية كانت السبب وراء تعميق هذه الانقسامات لا العكس كونها تجعل الأحزاب تركز في سياسات خطاباتها على مجالات ضيقة، بالمقارنة بنظم الأغلبية¹.

3- نظام الأغلبية والتعددية الحزبية: لقد أشارت الدراسة سابقا إلى أن نظام الأغلبية هو الذي بمقتضاه ينجح المرشح الذي يحوز على أغلبية الأصوات الصحيحة، لذلك تلعب نظم الأغلبية دورا هاما في زيادة الأحزاب وتعددها وإن كانت لا ترقى في هذا السياق إلى ما حققته نظم التمثيل النسبي فلقد أكدت بعض الدراسات أن الدول التي أخذت بنظام الأغلبية المطلقة في مرحلة ما قد صاحبها تعدد حزبي، فمثلا ألمانيا بعد الأخذ بدستور فبراير 1919 فقد وجد ما يقارب الإثني عشر- حزبا وفي هولندا كان يوجد سبعة أحزاب عام 1918 وفرنسا في ظل الجمهورية الثانية وفي انتخابات 1956 إذ بلغ عدد الأحزاب ما يزيد عن الإثني عشر- حزبا²، إن هذا التأثير للنظام الانتخابي على التعددية كان مجال اهتمام العديد من الباحثين، فلقد قام "موريس ديفرجيه" M.duverger بدراسة أكد فيها³:

- أن التمثيل النسبي يتوافق مع نظام الأحزاب المتعددة الجامدة والمستقلة.
 - أن التصويت الأغلبية على جولتين يتوافق مع نظام الأحزاب متعددة مرنة ومتراطة.
- أن الاقتراع الأكثر ذي الدورة الواحدة يتوافق مع ثنائية الأحزاب فالأكثر ذي الدورين حيثما وجد تكون التعددية هي القاعدة، لأن التكتلات في الدورة الثانية تشجع الأحزاب على التحالفات فمثلا أجريت

- Rae D.W- The political conséquences of electoral laws ; news Haven Yale University press; 2^{ed} 1971.p.167.

¹ - حسن مازن، "الآثار السياسية للنظم الانتخابية المختلفة"، ص 16-17. أظُر الرابط:

<http://www.fnst-egypt.org/downloadable/Political-implications-of-different-electoral-systems.pdf>.

تاريخ الدخول يوم: 2013 / 01 / 11.

² - زين الدين بلال، الأحزاب السياسية من منظور الديمقراطية المعاصرة.. ط.1، الإسكندرية: دار الفكر الجامعي، 2011، ص.373.

³ - Duverger . m ; les partis politiques ; paris :a.colon- 9^{eme} ed 1977.p.356.

* - إن الآثار المباشرة للاقتراع الأكثر تكون مشروطة فعلا بقوة التحالفات الإستراتيجية للفاعلين السياسيين فالحزب الشيوعي الفرنسي- كان حزبا معزولا سنة 1958 تعرض لتمثيل ضعيف جدا، أما عندما تحالف عام 1967 مع جبهة اليسار الديمقراطي الاشتراكي، فقد حصل على سبعة أضعاف

انتخابات تشريعية في فرنسا عام 2002 حيث دخلت الأحزاب المنافسة الانتخابية في تكتلات لتأمين وصول ممثليها إلى البرلمان، كما دخلت الأحزاب اللبنانية في تحالفات عرفت "بتحالف 14 آذار" إذ دخلت بكتلة مؤلفة من 55% من أعضاء البرلمان¹.

وما يمكن استنتاجه من طبيعة هذه العلاقة أن نظام الأغلبية قادر على إنتاج نظام الحزبين وفي ظل وجود حزبين قويين وحزب ثالث ضعيف، فإنه يضطر إلى الاتحاد مع أحد الحزبين أو يسحب مرشحيه ليتم استبعاده، وهو بذلك نظام لا يعكس التمثيل السياسي الحقيقي وحالة بريطانيا مثال على دور نظام الأغلبية في تكريس الثنائية بين حزب العمال والمحافظين، أما نظام التمثيل النسبي فإنه - حسب دو فرجية - يعمل على التخفيف من عملية القطبية التي ينتجها نظام الأكثرية ويتميز هذا النظام بأنه يسمح للأحزاب الأخرى الحصول على مقاعد البرلمانية، ما يجعله النظام الأقرب لتمثيل المجتمع وضمان الاستقرار، لذي تسعى مختلف الفواعل السياسية لاختيار النظام الانتخابي الذي يخدم موقعها في هيكل النظام السياسي.

4- النظم الانتخابية والمشاركة السياسية:

تشكل المشاركة السياسية جوهر الديمقراطية وأحد الأبعاد المهمة لتحديد السلوك السياسي للإفراد، وتؤكد العديد من الدراسات على الدور الإيجابي الذي يمكن أن يلعبه الفرد في الحياة السياسية كالترشح والتصويت والعضوية في الأحزاب...، كل هذا يعطي مؤشرا على مدى ثقة المواطنين في النظام الديمقراطي، فكلما شعر المواطنون بأن لهم درجة أكثر فعالية في التأثير السياسي كلما أقبلوا على المشاركة في الانتخابات العامة والعكس صحيح، وتبرز أهمية المشاركة السياسية في العلاقة التي ذهب إليها "صمويل هينجنتون" حيث ربط بين المشاركة بالتنمية السياسية، فهذه الأخيرة - حسب تصوره - تشمل على ثلاث تطورات ترشيد السلطة، التمايز في الوظائف السياسية، والتهيئة للمشاركة السياسية²، فلا يمكن الحديث عن المشاركة السياسية بمعزل عن الثقافة السياسية التي من شأنها أن تحدد طبيعة المشاركة السياسية وموقعها تجاه النظام الانتخابي خاصة والنظام السياسي والتنمية بصفة عامة، ويمكن توضيح ذلك في المخطط التالي³:

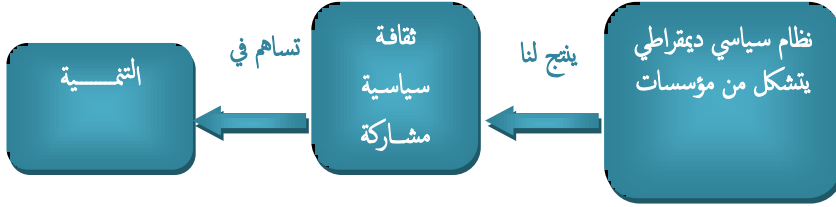
عدد المقاعد، رغم أن أسلوب الاقتراع بقي نفسه. أنظر: - فليب برو، علم الاجتماع السياسي ترجمة محمد عرب صاصيلا، ط.2، بيروت: مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، 2006، ص.312.

¹ - عصام نعمة إسماعيل، مرجع سابق، ص.141.

² - بوشنافة شمسة، مرجع سابق، ص.467.

³ - نبيل حليلو، " التنمية والثقافة السياسية: أية علاقة؟"، مجلة العلوم الإنسانية والاجتماعية، العدد الثامن، جوان 2012، ص ص 27-33.

الشكل رقم "2" يوضح العلاقة بين النظام الديمقراطي والتنمية.



المصدر: نبيل حليلو، " التنمية والثقافة السياسية: أية علاقة؟، مرجع سابق، ص.33.

وبهذا تعد المشاركة السياسية خيارا ديمقراطيا يهدف بالدرجة الأولى إلى إشراك الجميع وما ينبثق عنها من تحولات رائدة تسهم في تحقيق التنمية بكل أبعادها والتي يطمح إليها كل مجتمع ومن وجهة نظر أديبات النظم السياسية فإن النظام الانتخابي المطبق في أي دولة يشكل عاملا في إحداث التباين تجاه نسبة المشاركة السياسية.

5- النظم الانتخابية والسلوك الانتخابي:

إن الهدف الأسمى للنظم الانتخابية يكمن في ترسيخ العملية الديمقراطية وأمام هذه الأهمية البالغة ظهر علم اجتماع الانتخابات الذي يهتم بعد الاجتماعي في العملية الانتخابية المتشكلة من إحدائتي الناخب والمترشح، ولقد استطاع هذا العلم أن يطور آليات القياس الخاصة بدراسة السلوك الانتخابي الذي يشكل أحد أهم مباحثه الكبرى كما هو الحال في علم النفس السياسي الذي أعطى هو الآخر اهتماما بالغاً لطرح السيكلولوجي في الدراسات السياسية.

فقد برز الاهتمام الأكاديمي به منذ الحرب العالمية الأولى وتزامنا مع ظهور المدرسة السلوكية والتي بانتقالها إلى المجال السياسي بدأ الحديث عن السلوك السياسي¹ ذلك أن ممارسة الفرد لسلوكه الانتخابي تضبط بشكل مزدوج من خلال القواعد القانونية والتصورات الثقافية والإيديولوجية وفق هذا الطرح تحاول هذه الدراسة التنقيب عن طبيعة الخلفيات السلوكية التي تصدر عن الناخب أثناء أدائه لواجبه الانتخابي وعلاقة ذلك بالنظم الانتخابية المختلفة.

- **مفهوم السلوك الانتخابي:** قبل الحديث عن السلوك الانتخابي يجدر أولاً معرفة المقصود بالسلوك السياسي بصفة عامة تمهيدا لسط مفهوم السلوك الانتخابي، حيث يعتبر السلوك السياسي نمط مهم من أنماط السلوك الاجتماعية الذي يعبر عن ذلك النشاط والفعالية التي يمارسها فرد أو مجموعة أفراد يشغلون أدوارا

¹ - مجذوب عبد المؤمن وآخرون، " السلوك الانتخابي في الجزائر: دراسة في المفهوم، الأنماط والفواعل"، أنظر الرابط:

<http://www.bouhania.com/news.php?action=view&id=49> تاريخ الدخول يوم: 2013/02/05

سياسية معينة يستطيعون خلالها تنظيم الحياة السياسية في المجتمع، وتحديد مراكز القوى فيه وتنظيم العلاقات السياسية بين القيادة والجمهور¹، أما السلوك الانتخابي Electoral Behavior فهو مجموعة المواقف والتصرفات التي يتبناها المواطنون الذين تتوفر فيهم شروط التصويت أثناء مناسبة انتخابية معينة بحيث تؤثر في نهاية المطاف في نتائج تلك الانتخابات ولسلوك الانتخابي عدة صور منها²:

- السلوك الانتخابي الإيجابي: فيه يتوجه الناخب للإدلاء برأيه من خلال عملية التصويت.
- السلوك الانتخابي السلبي: وهو يتجلى في ظاهرة الامتناع عن التصويت وهو ما يعكس اللامبالاة (ثقافة سياسية هامشية) على حد تعبير "جبرائيل الموند" و"باول".
- ظاهرة الأوراق الملقاة: يمكن النظر إلى اللاموقف موقفاً مهماً للناخب التي تدير العملية السياسية كما أنه يمكن تصنيفها ضمن ظاهرة الامتناع.

في إطار العلاقة بين النظام الانتخابي والسلوك الانتخابي، فإن تحديد هذا الأخير لا يتوقف عند الآلية التي يتشكل منها النظام الانتخابي لتحويل أصوات إلى مقاعد، بل إن تحديد السلوك الانتخابي علاوة على آليات النظام الانتخابي- تتحكم فيه مجموعة من المتغيرات فعلى إثر الجدل الذي قام بين "ديفرجيه" و"لاقو" في الخمسينيات، اختلف علماء السياسة حول معرفة مدى تأثير الأحكام القانونية على سلوك الناخبين وعلى سير عمل المنظومة السياسية، فتم التوصل إلى أنه من الوهم عزل التأثير الخاص لأسلوب الاقتراع، لأن الأسلوب يمارس آثاره من خلال تفاعل ثابت مع معطيات الوضع السياسي والتقاليد الثقافية والتاريخية والعوامل المؤسسية ذات الصلة بالمحيط الذي يعيش فيه الفرد.³

وفق هذا السياق حضي- موضع السلوك الانتخابي باهتمام العديد من الحقول المعرفية فقد تعددت النماذج والتحليلات المفسرة للميولات الانتخابية وفق العديد من الروايات التي يوليها كل باحث للمحددات والمتغيرات البيئية والنفسية والاجتماعية، ومن جملة هذه النماذج يمكن رصد بعض منها على سبيل المثال وليس على سبيل الحصر فمنا:

¹ - تيش سليمان محمد لمين، "السلوك الانتخابي عند المواطن الجزائري: دراسة على عينة من طلبة علم الاجتماع بجامعة سكيكدة" ورقة مقدمة في إطار الملتقى وطني حول: "الانتخابات و التغير السياسي في العالم العربي"، مرجع سابق، ص 4-5.

² - عادل عباس، " واقع النشاط الحزبي في الجزائر وانعكاساته على سلوك الهيئة الناخبة: دراسة في ضوء تشريعات 2007 مع إطلالة على التشريعات المقبلة "، المجلة العربية للعلوم السياسية، العدد 35 أوت، 2012، ص 28.

- يبدو أن التفريق بين الامتناع L'abstention والإمتناعية L'abstentionisme ضروري هنا فالامتناع ما هو إلا موقف ظرفي قد يكون نتيجة لعدم الاهتمام بالسياسة بينما الإمتناعية يمكن اعتبارها مذهب مقنع به معاد لمبدأ الانتخاب كليا ومكرس لعدم المشاركة نهائيا نتيجة ضعف الاندماج أو الاعتزاب السياسي. أنظر: - سمير بارة، سائلة ليام، تفعيل دور البرلمان في تحقيق حكم شفاف، مرجع سابق، ص 16.

³ - فليب برو، مرجع سابق، ص 307.

- النماذج النظرية المفسرة للسلوك الانتخابي:

- **النموذج البيئي:** والذي حظي بالمقاربة باهتمام العديد من الباحثين أمثال "أندريه سيغفريد Andre Siegfried" "موريس أغو لون Maurice Agulhon" و"فرانسوا فوغيل" Francois Goguel و"ليف لاكوست" Live Lacoste، ويعتبر "النموذج البيئي" هو الأول في تفسير السلوك الانتخابي.
- **النموذج النفسي:** تفترض هذه المقاربة أن التطورات والتحويلات السريعة التي عرفها مجال تقنيات "سبر الآراء" في الأربعينيات من القرن الماضي قد ساهمت في إيجاد علاقة سببية ما بين الفرد وجماعة الانتماء، وتأثير ذلك في السلوك الانتخابي، ويذهب البعض إلى تسميتها "بالاتجاه البنائي" لأنه يحاول الكشف عن العلاقة بين البناء الفردي والبناء الجماعي.
- لذلك قام Lazarsfeld Paul مع فريق عمله بدراسة في الولايات المتحدة الأمريكية 1944 حول تأثير الحملة الانتخابية في سلوك الناخبين وتوصلوا إلى أن الخيارات السياسية للناخبين تحددها الخصائص الاجتماعية والدين وليس وسائل الإعلام¹، فسلوك الناخب الأمريكي يحدده التقمص الحزبي Partisane Identification الموروث كالارتباط بأحد الحزبين ثم يتطور الارتباط بفعل تأثير الوسط الاجتماعي للناخب فيتشكل سلوكه الانتخابي على المدى البعيد².

- **النموذج العقلاني: (التحليل الإستراتيجي).** إن الدافع وراء طرح هذا النموذج هو القصور الذي اكتشفه النماذج السابقة في تفسيرها لتباين السلوك الانتخابي وفي سنوات السبعينات بدأ يظهر توجه الناخبون في بحث الاختيارات الدقيقة وهذا التقييم عمل على بناء نموذج جديد، انطلق من فكرة مفادها أن النمط الانتخابي دائماً عقلاني- يتم النظر إلى الساحة الانتخابية وفق السوق المحكوم بقواعد نفعية-، حيث أن كل مواطن يجري سلسلة من العمليات الذهنية المثالية يحدد من خلالها المكاسب والتكاليف ثم يقيم النتائج بمنظور بمرغماتي التي من شأنها أن تسفر عن خياره وسلوكه الانتخابي³.

وهناك صور عديدة حاولت تطوير هذا النموذج منها دراسة أنطوني داوونز Anthony Downs التي تركز أساساً على ظاهرة "التطهير الانتخابي"، ولقد كان لتحليلاته الأثر البالغ في ولادة مفهوم "الناخب العقلاني أو الإستراتيجي"، بحيث يقوم الناخب بتكييف صوته مع عروض السوق الانتخابي، إضافة إلى تحليلات "كرامر" Kramer الذي درس سلوك الناخب الأمريكي، وخلص أن الناخب يصوت إلى من يحسن من

¹ - عادل عباسي، مرجع سابق، ص. 29.

² - عبد الغفور مرقاة، "الصعوبات المنهجية لدراسة السلوك الانتخابي في الوطن العربي"، ورقة مقدمة في إطار الملتقى الوطني حول: "الانتخابات والتغير السياسي في العالم العربي"، مرجع سابق، ص. 5.

³ - عبد المؤمن مجذوب وآخرون، مرجع سابق، انظر الرابط: <http://www.bouhania.com/news.php?action=view&id=49>

وضعه السوسيو-اقتصادي، وأكد كل من "هاملويت وكايتز وهمفري Himmelweit- Katz-Humphreys مفهوم "الناخب المستهلك" وفق دراسة لستة انتخابات متتالية في بريطانيا، وخلصوا أن الاستقرار في التصويت "قاعدة" وليس "إستثناء"، حيث اكتشفوا أن 70% من المقترعين يغيرون تصويتهم وفقا لحسابات عقلانية مرتبطة بعروض السوق الانتخابي للأحزاب بعيد عن الانتماءات الإيديولوجية، وهذا ما يجعل النموذج الإستراتيجي متأثرا بالنظرية الاقتصادية القائمة على إحدائتي الربح والخسارة¹.

خاتمة:

إن ما يمكن استخلاصه من هذا العرض هو أن النظم الانتخابية تعد خيارا جوهريا للديمقراطية النيابية وأحد الأبعاد المهمة لتحديد السلوك الانتخابي للإفراد في الحياة السياسية كالترشح والتصويت والعضوية في الأحزاب وغيرها، وأمام هذه الأهمية البالغة ظهر علم اجتماع الانتخابات الذي يهتم بالبعد الاجتماعي في العملية الانتخابية المتشكلة من إحدائتي الناخب والمرشح هذا من جهة، ومن جهة أخرى فلقد استطاع هذا العلم أن يطور آليات القياس الخاصة بدراسة السلوك الانتخابي الذي يشكل أحد أهم مباحثه الكبرى كما هو الحال في علم النفس السياسي الذي أعطى هو الآخر اهتماما بالغا للطرح السيكلوجي في الدراسات السياسية.

ويستوي القول ، أن طبيعة العلاقة الوظيفية بين النظام الانتخابي والسلوك الانتخابي تكمن في أن الأصول الأستمولوجية للسلوك الانتخابي لا يتوقف تحديدها عند الآلية التي يتشكل منها النظام الانتخابي في تحويل الأصوات إلى مقاعد، فعلاوة على آليات النظام الانتخابي- تتحكم فيه مجموعة من المتغيرات ذات الصلة بالأحكام القانونية ومعطيات عمل المنظومة السياسية عامة، فضلا على التقاليد الثقافية والتاريخية ذات الصلة بالمحيط الذي يعيش فيه الفرد الناخب والمنتخب على حد سواء.

¹ - عادل عباسي، مرجع سابق، ص.30.

حقل السياسة المقارنة: أكمال حلقة التخصص بين الجدلالات المنهجية والتوجهات النظرية وبين الانقلاط الموضوعاتي .

أ/ بلخضر طيفور - أستاذ مساعد "أ" - جامعة ابن خلدون - تيارت -

الملخص:

يُعتبر حقل السياسة المقارنة من أوسع حقول علم السياسة المعاصر نظرا للكم الهائل من المواضيع التي يغطيها، وقد تأثر بالكثير من فروع العلوم الاجتماعية والنفسية والاقتصادية نجاحات معينة بفضل تطويرها لمنهج علمية معينة تراعي خصوصية كل ظاهرة، إلا أن العلوم السياسية بفروعها ومن بينها حقل السياسة المقارنة لم يكن لها نصيب في تحقيق نتائج قطعية فيما يخص الدراسات والبحوث السياسية حول الظواهر والوقائع السياسية في العالم، وهو الأمر الذي خلق جدل دائم بين أنصار التوجهات النظرية والمنهجية وبين توجهات أنصار البحث الموضوعاتي، وعلى الرغم من سيطرة كلا التوجهين على الحقل لفترات زمنية متفاوتة إلا أنها لم تكن سيطرة مطلقة، فهناك دائما من علماء السياسة من يرفض الانسحاق وراء قواعد بحثية معينة في ظل هيمنة جماعة بحثية على الحقل، وهو الأمر الذي جعل الحقل يتعرض لمراجعات دائمة سواء على مستوى المناهج البحثية أو على مستوى المواضيع والتطبيقات النظرية، ولقد وُجدت العديد من المشكلات التي صادفت علماء السياسة المقارنة نتيجة عدة عوامل، خاصة مع تعقد الظاهرة السياسية، وهو الأمر الذي ألغى نهائيا البحث عن نظرية عامة والاكتفاء بنظريات قصيرة المدى، وذلك بسبب تناقص القدرة على التنبؤ البعيد في التحليل السياسي، وهناك إشكالات موضوعية تنتج عن الدراسات نفسها وأهمها إشكالية التحيز والتوقع الفكري، وهي التهمة التي لازمت كثيرا الحقل خاصة مع المنظور التنموي، بالإضافة إلى تهمة المحافظة على الوضع القائم وإهمال البحث في قضايا المجتمع الفعلية، وهو أمر ظهر جليا في الحركة المابعد السلوكية التي جعلت من ضرورة دراسة الواقع السياسي من أهم مطالبها، وهناك إشكالات منهجية نتجت عن هيمنة وتشدد الجانب التجريبي والمغالاة فيه في الدراسات السياسية، بالإضافة إلى تعذر استخدام وسائل القياس الكمي بسبب خصوصية الظاهرة السياسية وأهمها عدم ثبات متغيراتها المنفلتة.

الكلمات المفتاحية: السياسة المقارنة، النظرية، المنهج المقارن، الأجندات البحثية.

Abstract:

Comparative Politics is the largest science contemporary fields of politics because of the enormous amount of topics covered by, has been influenced by a lot of branches of the social, psychological and economic sciences due to the development of certain scientific

تاريخ إيداع المقال: 2017/04/02

تاريخ تحكيم المقال: 2017/04/26

methods take into account the specificity of each phenomenon, but the political science branches including Comparative Politics field did not have a share in the achieve conclusive results with respect to research and studies political about the phenomena and political realities in the world, which will create a lasting controversy between supporters of the theoretical and methodological approaches and orientations of supporters of research agendas, and in spite of the control of both approaches are on the field for varying lengths of time, but they were not absolute control, always there are political scientists who refuse to yield to specific research rules in light of the dominance of a research group on the field, which will make the field under permanent review whether the research approaches the level or at the level of issues and applications theory, and I have found many of the problems encountered by the comparative political scientists as a result of several factors, especially with the complexity of the political phenomenon, which canceled the final search for a general theory and sufficiency of short-range theories, due to the decrease in the ability to run prediction in political analysis, there are problematic objective result from the same studies, the most important problem of intellectual bias, a charge haunted often a private field with a developmental perspective, in addition to the charge of maintaining the status quo and the neglect of research in the actual issues of society, which is clearly evident in the movement of post-behaviorism that has made the need to study the political reality of the most important demands, there are problematic methodology resulted from the dominance of stresses side experimental and overpricing it in political studies, in addition to not use the means of quantifying because of the privacy of the political phenomenon and the most important of the instability of uncontrolled variables.

Keywords: Comparative politics, theory, comparative method, research agendas.

مقدمة:

إن دراسة السياسة المقارنة هي دراسة وطيدة الصلة بحقول متعددة في العلوم السياسية والعلوم الاجتماعية والاقتصادية بل وحتى العلوم الطبيعية، فهي دراسة تركز على منظور تتقاطع فيه حقول معرفية متعددة في دراسة النظم السياسية خاصة "دراسات المناطق" بالإضافة إلى "النظرية السياسية"، علم الاجتماع السياسي، والتنمية السياسية أو ما يعرف بسياسات التنمية. ومرد ذلك إلى أن دراسة أنظمة الحكم والظواهر السياسية تتطلب تحليل متعدد الأبعاد يجمع بين ما هو : سياسي واقتصادي وقانوني واجتماعي وثقافي وتاريخي وغير ذلك، وهذا التنوع المعرفي أوجد عدة جدالات نظرية ومنهجية داخل كان لها تأثير بالغ في توجيه الأساليب البحثية واختيار المواضيع التي يجب دراستها إضافة إلى الاستناد النظري.

ولذلك فإن الطبيعة المعرفية التي يتميز بها حقل السياسة المقارنة إنما تنعكس بالأساس على تنوع الإقترابات التي تتبناها دراسة الظواهر السياسية؛ فوحدة الحقيقة الاجتماعية تقتضي- ذلك، ومختلف النظم الاجتماعية من سياسية واقتصادية وثقافية ترتبط وتتكامل مع بعضها، ويترتب عن ذلك أن أي تحليل علمي للظواهر السياسية ينبغي أن يأخذ بعين الاعتبار الإطار الاجتماعي الأوسع ولكن دون أن يتحول بالظاهرة السياسية إلى مجرد متغير تابع. لذلك اتجهت بعض الدراسات المقارنة إلى تبني الفروع العلمية المزدوجة أو "الدراسات البيئية" وهو ما يعرف بـ"الدراسات ما بين الحقول"، أو "عبر-الحقول المعرفية" الأخرى، بالإضافة إلى الاستفادة من باقي حقول المعرفة العلمية الطبيعية أو الاجتماعية. وكل هذه المشارب المعرفية المختلفة ساهمت إلى حد بعيد في إحداث عدة تغييرات نظرية ومنهجية في حقل السياسة المقارنة في فترات زمنية مختلفة ومتلاحقة وإلى غاية بدايات الألفية لازل هذا التخصص يعاني من عدم التماسك النظري والمنهجي وصولاً إلى إشكالية العدد اللامتناهي من الظواهر والمواضيع التي تدخل ضمن اختصاصه.

وعليه يُطرح السؤال التالي:

إلى أي مدى تغيرت بنية حقل السياسة المقارنة نتيجة الجدالات النظرية والمنهجية ؟

محاور المقالة:

- أولاً: حقل السياسة المقارنة
- ثانياً: التوجهات المنهجية
- ثالثاً: التوجهات النظرية
- رابعاً: الانفلات الموضوعاتي (توسع أجندات البحث)

أولاً: حقل السياسة المقارنة

تشكل الظاهرة السياسية امتداداً طبيعياً يرتبط بحياة الإنسان والمجتمعات، حيث بدأت مع بداية وجوده وتطورت مع تطور حياته، فكان الاهتمام بقضايا تطور المجتمعات وسبل تنظيمها في شكل معين من أشكال الدولة يمثل أولوية للدراسات الفلسفية والسياسية للفلاسفة والعلماء والمفكرين السياسيين، وهو ما يظهر في ذلك الجهد التقليدي الذي استمر طويلاً حين نضج الحياة الاجتماعية والإنسانية منتصف القرن التاسع عشر-، حيث كانت معظم الجامعات الأوروبية آنذاك تدرس السياسة والحكم كفرع من فروع الفلسفة الأخلاقية قبل أن ينفصل علم السياسة عنها ويغدو أحد فروع العلوم الاجتماعية¹. وقد تنوعت الحقول الأكاديمية التي تتناول دراسات علم السياسة بحسب الاهتمامات التي ينصب عليها تركيز كل واحد من هذه الحقول، وكذلك وفقاً لطرق وأساليب البحث التي تستخدم في كل منها². ونظراً لتشعب الدراسة في كل من هذه الفروع فإنه يمكن

¹ فهدى خليفة الفهداوي، السياسة العامة: منظور كلي في البنية والتحليل، عمان: دار المسيرة للنشر والتوزيع والطباعة، 2001، ص 27.

² محمد نصر مهنّا، الاتجاهات المعاصرة في تنظيم السياسة. الإسكندرية: دار الوفاء لدنيا الطباعة والنشر، 2008، ص 18.

القول بأن كل منها يشكل علماً قائماً بذاته، ولتغطية هذا التشعب نجد أن هناك اتجاهها يكاد يكون عاماً في تقسيم العلوم السياسية إلى عدة فروع¹، ويعد حقل السياسة المقارنة أحد هذه الفروع ويعتبر من أوسعها وذلك نظراً للظواهر والمواضيع السياسية التي يغطيها، وكذلك للدراسات والمعارف التي أوجدها هذا الحقل.*

أ- تعريف السياسة المقارنة: يمكن تعريف السياسة المقارنة بأنها الدراسة المقارنة والنسقية لمختلف النظم السياسية السائدة في العالم، وتهدف من خلال ذلك إلى تفسير التشابهات والاختلافات بين تلك النظم كما تصبو نحو تطوير مجال المقارنات فيما بينها، وفي سعيها نحو استكشاف المداخل فهي تهدف إلى تطبيق الصرامة في البحث إضافة إلى توظيف التحليل والانتظام قدر الإمكان، كما تعمل على تطوير الافتراضات (مثلاً: لماذا بعض الدول أكثر ديمقراطية أو تطوراً أكثر من دول أخرى؟ أو لماذا بعض الدول غنية ومتطورة في حين تقع أخرى في الفقر والتخلف؟) وهذا من خلال الدقة العلمية عن طريق توظيف الدلائل (مثل استخدام الإحصاءات العلمية) ومحاولة عرض تلك الصرامة البحثية التي يمكن اختبارها من خلال باحثين آخرين في دول مغايرة.²

والسياسة المقارنة هي دراسة ومقارنة السياسات فيما بين الدول، فدراسة السياسة بهذه الطريقة تساعدنا على فحص الأسئلة الرئيسية في علم السياسة، من مثل لماذا بعض الدول تملك أنظمة ديمقراطية في حين أن دول أخرى ذات أنظمة شمولية؟ لماذا وكيف تتغير الأنظمة؟ لماذا بعض الدول آمنة ومستقرة، لكن أخرى متزعزعة وهشة؟³، لماذا تحدث الصراعات الإثنية في مناطق دون أخرى، ولماذا الهوية الإثنية تبرز في أماكن ولا تبرز في أخرى؟ لماذا بعض الأحزاب تُحَصَّر- للانتخابات عن طريق برامج في حين أن أحزاب أخرى تعتمد على منطق العلاقات الزبائنية مع المنتخب؟، فالسياسة المقارنة تعتبر حقل معرفي جد غني وديناميكي، وخاصة في مجال البحوث السياسية و الذي بإمكانه أن يشمل تقريباً كل الأنظمة السياسية السائدة في العالم.⁴

محمد سعد أبو عامود، ومحمد جاب الله، العلوم السياسية في إطار الكونية البشرية، مصر: الإسكندرية المكتب الجامعي للنشر، 2005، ص 19.¹
* من أبرز التقسيمات المستقرة لحقول علم السياسة هي التي استقرت عليها لجنة الخبراء التي نصبها منظمة اليونسكو التابعة للأمم المتحدة سنة 1948 والتي فرعت علم السياسة إلى أربعة حقول وهي: (النظرية السياسية، العلاقات الدولية، الإدارة العامة، السياسة المقارنة). وقد نال علم السياسة أهمية خاصة منذ ذلك الحين ولا سيما من خلال السياسة المقارنة التي لم تعد تقتصر- على النظم السياسية السائدة في أوروبا وأمريكا بل امتدت أيضاً إلى النظم السياسية في آسيا وأفريقيا وأمريكا اللاتينية، وقد كان للجمعية الدولية لعلم السياسة التي تأسست سنة 1949 من طرف اليونسكو دور مهم في كسب حقول علم السياسة اعترافاً وكياناً دولياً.

²Wiarda Howard, Comparative Politics: Approaches and Issues. Usa, New York: Romwman & Littelfield Publishers, 2007, p 04.

³Patrick H, O'Neil, Karl Fields, and Don Share, Cases in comparative politics. 3rd edition, London, Norton and Company Ltd, Castle House, 2010, p 02.

⁴Howard wiarda, Comparative politics: critical concepts in political science. Usa, Routledge Oxon, 2005, p 05.

وهناك عدة مصطلحات يستخدمها علماء السياسة المقارنة كترادفات وهي: الحكومات المقارنة، السياسة المقارنة، التحليل المقارن، على أن التمييز هنا ممكن نظرياً بين هذه المصطلحات. فالحكومات المقارنة هي اتجاه في السياسة والاجتماع يُعنى بدراسة الحكومة على أساس مقارن، بحيث تركز الدراسة على الخبرات السياسية والأنظمة وأنماط السلوك¹، وهي تهتم أساساً بدراسة المؤسسات الحكومية من تكوينها ووظائفها وتركز على الدولة ومؤسساتها ودستورها ونظامها القانوني على أساس أن الدولة هي وحدة التحليل الرئيسية وغالباً ما يستخدم مصطلح التحليل المقارن كترادف للمنهج المقارن²، خاصة بعد أن اشتهر حقل السياسة المقارنة بمنهجه أكثر من موضوعه ومحتواه، لأنه لو عرف بموضوعه فسيكون من الصعب الفصل بينه وبين النظرية السياسية والاجتماع السياسي والتحليل السياسي، وبذلك أصبحت السياسة المقارنة الفرع الوحيد الذي يحمل عنواناً منهجياً، وليس كماً معرفياً أو نطاقاً جغرافياً، ويبحث دائماً عن إجابة للسؤالين كيف؟ ولماذا؟ وليس عن ماذا؟³.

و يمكن القول أن علم السياسة كان في أفضل حالاته كعلم وكحقل دراسي عندما كان يوظف المنهج والمنظور المقارن، لأن أشهر المفكرين في تاريخ الفكر السياسي كانوا في نفس الوقت يدرسون السياسة المقارنة ولو بطريقة المقارنة غير الواعية وغير المبنية على أطر علمية ومنهجية، فكل حقول علم السياسة وليس حقل السياسة المقارنة تزداد قدراتها التحليلية كلما استعملت المنهج والمنظور المقارن⁴. فحقل السياسة إذن يستوعب الكثير من المفاهيم والتعاريف خاصة كلما اقتربنا من البنية الكلية للمفاهيم السياسية التي تفيد الشمول من دون الخلط بين حقول المعرفة السياسية أو الضياع في التفاصيل التي يمكن لها أن تغيب الطرح الكلي الذي يفيد في السيطرة على حدود المواضيع التي هي قيد الدراسة، وأيضاً التحكم في تقنيات وأساليب المنهج المستعمل في بحث وتفكيك وتحليل وتفسير ظواهر ومواضيع ووحدات السياسة المقارنة وكل ذلك من خلال منظور مُقارن.

ب- تقنية المقارنة (ما المقصود بالمقارنة؟): إن قابلية الاستعداد للباحث المقارن لا تكفي لفهم سؤال ما هي التطلعات وراء إجراء المقارنة، إذ يجب تكثيف الملاحظة للكيانات المستهدفة في إطار التحليل المقارن لتحقيق النتائج السليمة⁵. فالدراسة المقارنة ليست مجرد تجميع لمواضيع ودراساتها، بل لها معاني وراء تلك الدراسات فهي تستعمل المعرفة كأسلوب مقارن من خلاله يتم الوصف، التعريف وتفسير التوجهات في بعض الحالات وحتى

¹ عبد الكافي إسماعيل عبد الفتاح، الموسوعة الميسرة للمصطلحات السياسية، 2003، موقع كيب عربية: www.kotobarabia.com، ص 185.

² كمال المنوفي، أصول النظم السياسية المقارنة، الكويت: شركة الريعان للنشر والتوزيع، 1987، ص 17.

³ محمد نصر عارف، إستيمولوجيا السياسة المقارنة: النموذج المعرفي، النظرية، المنهج، بيروت: المؤسسة الجامعية للدراسات، 2002، ص 99.

⁴ محمد زاهي بشير المغربي، قراءات في السياسة المقارنة: قضايا منهجية ومدخل نظرية، الطبعة الثانية، ليبيا: منشورات جامعة قاريونس، دار الكتب الوطنية بنغازي، 1998، ص 17.

⁵ Lim Timothy, Doing Comparative Politics: An Introduction to Approaches, usa, Lynne Rienner, 2006, p 20.

التنبؤ بالسلوك السياسي، فالمقارنين لدى تبنيهم للمقارنة فهم معنيين بتعريف العلاقات وأنماط السلوك والتفاعلات بين الأفراد والجماعات والمؤسسات والدول وهم يفحصون في الظاهرة السياسية المواضيع الواحدة بعد الأخرى لاستخلاص التشابهات والاختلافات بين أو في العناصر المستهدفة من أجل تحقيق المقارنة¹.

تعتبر المقارنة إحدى أساسيات النشاطات الإنسانية، وهي بمثابة الأصل في أي اختيار تتخذه في حياتنا ونرجع إليها في جميع القرارات والخيارات وذلك بالمقارنة بين ما يطرح أمامنا، فهي بذلك عملية نمارسها يوميا بطريقة واعية أو غير واعية. فالمقارنة هي أصل البحوث في العلوم الاجتماعية ضمن منظومة من أجل فهم السلوك البشري، لذلك نحن بحاجة إلى دراسة العديد من القضايا، لأنه بإمكان علماء السياسة دراسة الحكومة بمعزل عن العمليات السياسية لكنهم لن يقدروا أبدا على الفهم الكامل للخيارات التفسيرية من دون التأسيس للمواضيع التي يدرسونها سواء كانت مألوقة أم لا. ولا يتأتى ذلك إلا من خلال دمج دراسة المؤسسات مع العمليات السياسية من خلال المقارنة بين أزمنة أو دول أو مجتمعات مختلفة، وهكذا يمكن البناء والتأسيس لأطر يمكن عن طريقها فهم وتفسير السلوك السياسي². وعلماء السياسة الذين يتبنون المقارنة أو ما يسمى بالمقارنين "Comparativists" يركزون في التحليل المقارن على قياس واختبار المتغيرات من أجل تفسير التماثلات والتناقضات بين الظواهر السياسية والدول باعتبار هذه الطريقة أساس المقارنة، وذلك باستخدام اقتراب واحد في السياسة المقارنة يحتوي تطور ما يسمى بالنظريات السببية التي تفسر العلاقة الخفية القائمة أن نفس الأسباب تؤدي لنفس النتائج، وهذه قاعدة راسخة في المنهج العلمي يطبقها المقارنون حتى لا يتوقفوا عند مجرد المقارنة السطحية بل يتجاوزون ذلك للوقوف الشامل ومعرفة الأسباب الكامنة والحقيقية من وراء العمليات السياسية وتفاعل الظواهر السياسية³. وهناك تنوع في مفاهيم المقارنة، وقد عرّفها "جون ستبوارت ميل" بأنها دراسة ظواهر متشابهة أو متناظرة في مجتمعات مختلفة، أو هي التحليل المنظم للاختلافات في موضوع أو أكثر عبر مجتمعين أو أكثر، فالمقارنة في أوسع معانيها تعني ذلك النشاط الفكري الذي يستهدف إبراز عناصر التشابه والاختلاف بين الظواهر⁴، وهي بمثابة البديل عن التجربة في العلوم الطبيعية. أي أنها مطلب رئيسي في التحليل العلمي لأي ظاهرة، والمقارنة متضمنة بطبيعتها في أية محاولة للتحقق من صحة الفروض ولتحقيق هدف العلم في دراسة التباين والاختلاف أو التماثل بين الظواهر الواقعية، وتحديد الشروط والظروف التي تقف وراء هذا الاختلاف والاتفاق⁵.

¹Laura Luehrmann, Comparative Politics of the 3d World, usa, Lynne Rienner, 2007, p 04.

²John McCormick, Comparative Politics in Transition, usa, Wadsworth Center Street Boston, 2010, p 01.

³Mark Kesselman, and others, Introduction to Comparative Politics, Usa, Houghton Mifflin Harcourt Publishing Company Boston, New York, 2009, p 07.

⁴محمد شليبي، المنهجية في التحليل السياسي: المفاهيم، المناهج، الإقترابات، والأدوات، الجزائر: دار هومة، 2001، ص 70.

⁵مصباح عامر، منهجية البحث في العلوم السياسية والإعلام، الطبعة الثانية، الجزائر: ديوان المطبوعات الجامعية، 2010، ص 93.

ج- مبررات المقارنة (لماذا تقارن؟): وفقاً لـ برزفورسكي Adam Przeworski هناك إجماع بأن الغاية من وراء البحث المقارن ليست المقارنة فقط بل التفسير أيضاً، فالمغزى العام للبحث عبر الظواهر هو الفهم، لأن دعامة المعرفة المقارنة تقدم مفتاح الاستيعاب والفهم بالإضافة إلى الشرح والتفسير. والسياسة المقارنة كحقل هدفها بناء نظرية تفسيرية إمبريقية الطرح، لكن هناك دائماً طرح لأسئلة من قبيل ماذا بعد المقارنة؟ لماذا تقارن؟ ما هي المبررات لتبني صيغة المقارنة باتجاه المعرفة؟، والإجابة وفق هذا الطرح أن المقارنة تهدف إلى الضبط، فالمقارنة الضابطة هي منهج يكون وفقاً لصيغة تجريبية لكنها تبقى تعاني من ضعف الإحاطة الشاملة، ولعل الغاية من وراء المقارنة الضابطة هي الاستفادة من تجارب الآخرين، فالذي تقتصر معرفته على بلد واحد هو بالتأكد لا يعرف شيئاً حيث أن المقارنة تساعد على توسيع معرفتنا بالمناطق التي المجهولة، كما أنها تحسن قدراتنا التصنيفية في المعارف والوقائع السياسية وعلى اختبار الفرضيات السياسية، كما أن التعميمات في الدراسات السياسية المقارنة تمتلك إمكانية واحتمالية التنبؤ، فالقدرة على التنبؤ ليست فقط علامة على معرفة النظم بل تزودنا بقواعد استنباط الدروس ما بين الدول¹. ولقد لخص "ماكورميك" John McCormick مبررات المقارنة في النقاط التالية:

- المقارنة تساعدنا على وصف الأنظمة السياسية.
- تزودنا بالقرينة والمغزى العام، أي التفسير الشامل و الصحيح للعمليات والتفاعلات السياسية سواء داخل أو عبر الدول، كما تساعدنا على استنباط قواعد السياسة وعلى فهم المجتمعات الأخرى.
- ترتكز على معنى مشترك وأسس مرجعية في حالة توسع الدراسة وتساعدنا أكثر على فهم أنفسنا ومكانتنا ومدى الحيز الذي نشغله في العالم وتوسع خياراتنا وذلك عن طريق الاستفادة من تجارب الآخرين.²
- أما "ليندمان" Todd Landman فيرى أن أهداف المقارنة تنحصر- في وصف المحتوى الكلي للعمليات السياسية، ويضيف خاصية التصنيف النظري والإمبريقي للظواهر السياسية، كما يرى أن المقارنة تساعد على اختبار الفرضيات بالإضافة إلى التنبؤ³. من جانبه يرى "تيموثي ليم" Timothy Lim أن للمقارنة ثلاثة مقاصد تتمثل في المقارنة التي تمارس الضبط، وهو مرة أخرى يوافق من سبقه في طرح مفهوم المقارنة الضابطة، ونفس الشيء بالنسبة لهدف القدرة على الاستيعاب والفهم ويختتم بخاصية إمكانية التفسير والخروج بنظرية عامة⁴.

¹ Rod Hague, and Martin Harrop, Comparative Government and Politics: An Introduction, 6th Edition, USA, New York, Palgrave Macmillan Hound mills, Basingstoke, 2004, p 70.

² John McCormick, op, cit, p, 03.

³ Todd Landman, Issues and Methods in Comparative Politics: An Introduction, UK, Routledge London, 2005, p 04.

⁴ Lim C, Timothy, op. cit, pp. 21-22.

د- منطق التحليل المقارن (كيف تقارن ؟): اختلف الباحثون في طرحهم حول الإستراتيجية الواجب إتباعها في التحليل المقارن للأنظمة الاجتماعية والسياسية، فقد رأى أmond Gabriel ضرورة تضيق نطاق المقارنة بإتباع إستراتيجية الاقتراب الإقليمي، وهو دراسة عدة ظواهر أو وحدات تنتمي إلى منطقة معينة¹؛ في حين وضع آخرون تصميم الأنظمة الأكثر تشابهاً والأنظمة الأكثر اختلافاً، وذلك من حيث خصائص الظواهر والوحدات المكونة لتلك الأنظمة. وأضاف آخرون إستراتيجية مقارنة دولتين فقط. والتحليل المقارن يساعد على تطوير التفسيرات واختبار النظريات التي تبين الطرق التي تتم بها العمليات السياسية والتغير السياسي، فمنطق المنهج المقارن الذي يستخدمه علماء السياسة هو شبيه للمناهج الأخرى التي تستخدمها العلوم الأكثر دقة؛ والباحث السياسي لا يستطيع أن يضع تصميمات تجريبية للتحكم في العوامل السياسية وملاحظة النتائج، ولكنه يستطيع أن يصف ويفسر التوليفات المختلفة من الأحداث والمؤسسات السياسية في مجتمعات مختلفة.

ثانياً: التوجهات المنهجية

تجدر الإشارة إلى ضرورة التفريق بين السياسة المقارنة والمنهج المقارن، فالسياسة المقارنة تعني دراسة السياسة على المستوى الكلي والجزئي "Macro/micro-politics" من مثل: النسق السياسي، الدولة، والدولة-الأمّة؛ أما المنهج المقارن فهو المنهجية المتبعة في دراسة الوحدات الاجتماعية أو السياسية. ويدل تاريخ الفكر السياسي أن المنهج المقارن قديم الاستعمال في الدراسات السياسية وخلال تطوره ارتقى من المقارنة الهلوية إلى المقارنة العلمية وبفضله احتلت الدراسات المقارنة مكانة هامة في علم السياسة، ومن ضمن التقسيم المعروف يعتبر حقل السياسة المقارنة هو الحقل الوحيد الذي يحمل عنواناً منهجياً بدل أن يكون عنواناً فرعياً³.

أ- المنهج المقارن: المنهج المقارن هو أسلوب في البحث يتعلق بمقارنة خواص الظواهر وعناصرها الجوهرية بتناول البنات الأساسية المكونة لها، كما أن الهدف من وراء هذا الأسلوب في البحث هو التعمق في دراسة الظاهرة السياسية وقياس العلاقة بين المتغيرات وبرهنة الافتراضات المطروحة في البحث لتتجلى بعد ذلك أمام الباحث مسارات واتجاهات المتغيرات ومنحى تبدلاتها ومدى عمق وحدات المقارنة المعيارية⁴. ويرى "ليجفارت" Arend Lijphart بأن المنهج المقارن هو أحد المناهج الرئيسية في البحث كالمناهج التجريبي، الإحصائي ومنهج دراسة الحالة؛ وهو يهدف إلى التأسيس لافتراضات أمبريقية عامة، ويرى "ميكستروث" Theodor Meckstroth أن وظيفته الأولية هي اختبار الافتراضات الإمبريقية لإثبات صحتها أو تفنيدها، وله معنى واسع كحقل دراسي منفصل وترجع إرهابات استعمالاته إلى المحاولات المنهجية في التحليلات النظامية،

¹ محمد نصر عارف، مرجع سابق، ص 106.

² غابريال أmond، وآخرون، السياسة المقارنة: إطار نظري، (ترجمة: محمد بشير المغيري)، ليبيا: جامعة قاريونس، 1996، ص 22.

³ Arend Lijphart, Comparative politics and comparative method, The American political science review, Vol. 65, Issue.3, (Sep, 1971), p 682.

⁴ مصباح عامر، مرجع سابق، ص 93.

وهو ليس مجرد مصطلح يرمز إلى التركيز على اهتمامات بحثية ويعتبر أحد المناهج العلمية وليس هو المنهج العلمي الوحيد ومنهج لاكتشاف العلاقات بين المتغيرات أمبريقيا وليس أداة للقياس، لأن هذه الأخيرة تعتبر خطوة علمية مهمة تسبق منطقيا استنباط العلاقات بين المتغيرات؛ كما يختلف عن أدوات وتقنيات البحث فهو منهج عام يشمل تلك التقنيات¹.

ب- توظيف المنهج المقارن في الدراسات السياسية: يُعتبر حقل السياسة المقارنة من أكثر حقول المعرفة بالنسبة للعلوم السياسية الذي عرف جدلا واسعا من خلال المراجعات التي تعرضت له بالنقد، وذلك نظراً لقدم جذوره التاريخية بالإضافة إلى الظواهر والمواضيع التي يدرسها، وبالأخص المناهج والأساليب البحثية المتبعة في تلك البحوث؛ وأغلب علماء السياسة ينظرون إلى نطاق دراسات السياسة المقارنة على أنه نطاق قديم قدم دراسة السياسة نفسها. ويشكل المنهج المقارن أحد العناصر الجوهرية في تصميم البحث الإمبريقي في الدراسات السياسية المقارنة بالإضافة إلى عناصر الضبط والتحكم والتعميم، وتعتبر عملية تحديد كيفية لقياس متغيرات أي ظاهرة سياسية أحد أكبر العقبات في وجه الباحث المقارن، خاصة مع تغير قيم تلك المتغيرات من بلد لآخر وتسمى تلك بالعملية الإجرائية وتتوقف على النجاح في تأسيس وتطوير قياس المتغيرات المجردة ذات البعد المعقد مقارنة بالمتغيرات البسيطة ذات المؤشرات القابلة للقياس، والعملية متعددة المراحل وبالتالي ازدياد احتمالية الوقوع في الخطأ خلال المراحل المختلفة للقياس وارادو يتأثر قياس المتغيرات بالعوامل التالية: عدم ثبات أساس لكيفية تحديد المتغيرات مقارنة بالعلوم الطبيعية حيث ثبات معاني المفاهيم والمتغيرات، وأيضاً يرتبط قياس المتغيرات في السياسة المقارنة بخبرات، تحيزات، فرضيات، والمرجعية الفكرية التي يدن لها الباحث بالولاء، وأخيراً كلما تغيرت الأهداف التي يتوخى الباحث تحقيقها كلما تغيرت الأسس التي بموجبها يتم قياس المتغيرات².

ووفقاً لـ "ماير" Peter Mair فإن الحقل لا يمكن فهمه إلا من خلال مفهوم مركب يضم مادة الحقل والمنهج البحثي، ومن خلال التأسيس على هذا المفهوم يمكن اعتبار أن تطور الحقل قد مرّ بثلاث مراحل تتمايز فيما بينها من حيث المواضيع المتناولة وكذلك من حيث الأساليب البحثية المتبعة في الدراسات، فالمرحلة الأولى يغلب عليها الطابع الوصفي وشملت في أغلبها دراسة الدول الخارجية، أما المرحلة الثانية فحنحت نحو التوجهات المنهجية وتغلب عليها النزعة العلمية، وفي مراحل متأخرة من التطور ظهرت الدراسات التي يغلب عليها الطابع التحليلي المقارن وهو عبارة مزيج من التركيز على الجوهر والمنهج معاً، ومن الملاحظ أن المرحلة الأولى تطورت في أوروبا، أما المرحلة الثانية فقد تطورت على أيدي علماء السياسة الأمريكيين بعد الحرب العالمية الثانية³.

¹ محمد زاهي بشير المغربي، مرجع سابق، ص 117.

² مصطفى عبد الله خشم، (تصميم البحث في إطار علم السياسة)، المجلة العربية للعلوم السياسية، العدد 20، خريف 2008، ص ص 69-70.

³ Van Biezen Ingrid and Daniele Caramani, (Non)Comparative Politics in Britain, University of Birmingham, Politics, Vol.26,no.01, (2006), p 29.

ج- الجدالات المنهجية في السياسة المقارنة: تُعتبر الثورة السلوكية التي ظهرت في خمسينات القرن العشرين أهم تطور في السياسة المقارنة، وذلك بفضل الطرح العلمي الذي انتهجته، بالإضافة إلى الكم الهائل من الإثراء المعرفي الذي غير جوهر الدراسات السياسية المقارنة؛ إلا أنها لم تكد تمر أقل من عقدين حتى اشتد النقد والسخط على المنهج الذي لم يعط أي أهمية لخصائص الظاهرة السياسية، خاصة معيارية قيمها وعدم ثباتها، بالإضافة إلى أن السلوكية لم تولي أهمية لحل الإشكاليات السياسية والمجتمعية، وكان جلّ اهتمامها البحث العلمي والاستقرار والمحافظة على الوضع القائم كما هو، وبدت الحاجة إلى التغيير أكثر من ضرورة، خاصة في ظل تصاعد الصراع بين التوجهات الأكاديمية في الجامعات الأمريكية، فظهرت إلى الوجود ما اصطلح عليه بالمرحلة ما بعد السلوكية والتي منهجياً في علم السياسة بدأت مع مطلع سبعينات القرن العشرين، وهي حركة ترى أن البحث القائم على الملاحظة وتحليل الظواهر السياسية ليس بمنأى عن التحيزات القيمة والنظرية، إلا أنها سارت في طريق الدراسات البحثية التي تستند على الاستنتاجات القوية من خلال البحث الإمبريقي¹. ومصطلح "الما بعد" في علم السياسة مثله مثل ما بعد الحداثة ضمن السياق الفكري العام، فكما واكبت السلوكية في توجهاتها المنهجية والجوهرية الموضوعات الكبرى للحداثة، فقد ارتبطت ما بعد السلوكية بما آل إليه التفكير البشري في أواخر القرن العشرين وركونه إلى ما بعد الحداثة، نتيجة عدم الرضى عما وصلت إليه الأوضاع السائدة، فمفردة "الما بعد" تعني أن مرحلة التطور قد بلغت مراحلها الأخيرة ضمن السياق الكرونولوجي؛ و الما بعد السلوكية في علم السياسة وفي السياسة المقارنة من ناحية التوجهات المنهجية تقتصر- على الأولويات التالية ضمن مقابلات ثنائية:

- 1- المعيارية في مقابل الإمبريقية والوصف في مقابل التفسير.
 - 2- الاستدلال في مقابل الاستقراء والفهم في مقابل التغيير.
 - 3- التحديد في مقابل اليقينية. (النظريات متوسطة المدى وشبه النظرية بدل النظرية العامة).
 - 4- التأويل في مقابل الاستكشاف. (التعليل بدل محاولة اكتشاف قوانين عامة).
 - 5- التوجهات الحكومية في مقابل التوجهات السياسية. (السياسة العامة بدل السياسة الكلية).²
- وتجدر الإشارة إلى أن الدراسات المقارنة في أوروبا تطورت منهجياً في هذه الفترة بصورة مغايرة عن تطورها في الولايات المتحدة الأمريكية، حيث أن الاقترابات الكمية كانت أقل تقدماً، وفي مقابل ذلك مُنحت أهمية للإقترابات التاريخية والمعيارية، أما التدريب على المناهج الإحصائية ونماذج الخيار العقلاني والأساليب الكمية فلم يتم إلا في بعض المعاهد المتخصصة، على عكس الجمعية الأمريكية للعلوم السياسية التي كرست الفصل بين المعيارية والعلمية، وكان نتيجة ذلك خلق جماعتين متلازمتين في الدراسات وهذا الأمر لم يحدث في أوروبا، لكن هذا لم يمنعها من تطوير البحوث وفقاً لتصميم المناهج المختلطة، ولم تُغلب قصراً اقترابات منهجية كمية على

¹Todd Landman, op. cit, p 249.

²Krestin Renwick Monroe, Contemporary empirical political theory, usa, Berkeley, press, 1997, p.p74-75.

حساب أخرى كيفية أو العكس، وهذا ما لم يحدث في الجامعات الأمريكية التي سيطر عليها العقل الاستقرائي¹. ولقد اعتقدت "جيدز" Barbara Geddes في التسعينات أن اقترابات الخيار العقلاني لها قدرة وإمكانية لتفسير الواقع من خلال الإختبار الإمبريقي، لأنها (الإقترابات) تتطابق مع منطقة (من المنطق) الاستنتاجات الإحصائية، أي جعلها أكثر واقعية وقبولاً، وتلك الإقترابات كانت تنحوا نحو التجريد من خلال التركيز على قضايا جزئية، ثم يتم استنتاج الإفتراضات من نماذج دقيقة وهذا الأمر يؤدي إلى بناء نظرية متماسكة²، كما أشارت "ليني" Margaret Levi أن البحوث الإمبريقية في نظريات الخيار العقلاني ونظرية اللعب في الحقل لا زالت في طور النشوء، وبهذا فإنها تعمل على التحفيز للمزيد من التمييز والتقييد بالصرامة العلمية التي يجب أن تقود علم السياسة نحو منعطف الدراسات الكمية في نظريات الخيار العقلاني، ومن المزيد من النماذج الرياضية، وهذه الرؤية الصارمة في علم السياسة مستمدة من الفيزياء والكيمياء والنماذج الصارمة للاقتصاد الجزئي، وتفترض النزعة الإمبريقية ونظريات الخيار العقلاني أن العقل البشري واحتماليات المعرفة جزء طبيعي ومهم من التفكير، وهذا كان له أثره على الوضع الأنطولوجي لبحوث الدراسات السياسية، وتعتبر مبادئ العقلانية في علم السياسة مرافعة وتأكيد على الفردانية والذاتية، التشبث والاختزال، التفكير وحل الارتباطات الإدراكية، التفريق بين القيم والواقع، بالإضافة إلى مثالية الموضوعية، وهي نفسها المبادئ التي قامت عليها ما بعد الحداثة في أواخر القرن العشرين، ومنهجياً فكل تفسيرات السلوك البشري يجب أن تُبنى على تفسيرات السلوك الفردي، وهذا عكس فكر الوظيفة - البنيوية³.

وقد كان لأثر توسع البحوث في التسعينات في السياسة المقارنة أن تفرعت الاهتمامات المنهجية إلى ثلاث اتجاهات: الخيار العقلاني، النظرية الشكلية والمناهج الكمية، وتوسعت معها دراسات المناطق خاصة مع الموجة العالمية للديمقراطية وتكون مفاهيم ترشيد المؤسسات، وهو أمر كان يحتاج إلى معلومات مسحية كثيرة كما لم يتم إغفال تطوير البحث المنهجي، ولا تقتصر - نظريات الخيار العقلاني على الإحصاءات والقياسات الاقتصادية، بل أيضاً نظرية اللعب وتقنيات تمييز النماذج والمزيد من أدوات التكميم، بالإضافة إلى استعمال المناهج التقليدية كالمسح الأرضي ومقابلات النخبة وغيرها⁴. وإذا كان النموذج التقليدي في علم السياسة قام نسبياً على قاعدة (من يحصل على ماذا، متى، وكيف؟) ففي السياسة المقارنة المعاصرة تم تطوير هذا النموذج

¹Paul Kellstedt and others, The Political Methodologist: Newsletter of the Political Methodology Section, American Political Science Association, Vol.15, No.02, (Winter 2008), p 05.

²George Thomas, The Qualitative Foundations of Political Science Methodology, Perspectives on Politics, Review Essay, Vol.03, No.04, (December, 2005), p 856.

³Gerardo Munck, Game Theory and Comparative Politics: New Perspectives and Old Concerns, World Politics, vol.53, no.02, (January 2001), p 175.

⁴Margaret Levi, The Economic Turn in Comparative Politics. Comparative Political Studies, Vol.33, (August-September, 2000), p 835.

ليصبح (من يجعل من يفعل ماذا، متى، ولماذا وكيف؟)، والعقلانيون اهتموا عامة بتفسير الإصلاحات ومؤسسية الخيار العقلاني، الصراع الجماعي، سياسات الدولة. لكن في سنة 1994 أطلق كل من "شايبرو" Ian Shapiro و "جرين" Donald Green هجمة نقدية قوية على هذه النظريات وذلك في كتابها (أمراض نظرية الخيار العقلاني)، حيث يريان أنه سواء فكرت هذه النظريات في استنباط قوانين عامة، أو جعل السلوك ضمن الآليات سببية، فإنه في كلتا الحالتين ستتهار النظرية في الاختبار الإمبريقي، وبالتالي فكل من المدافعين عن هذه النظرية أو المنتقدين لها لم يولوا أي أهمية للاختبار الإمبريقي، لأنه لقياس مدى نجاح أي نظرية يجب أن تكون لها قدرة التفسير بواسطة الاختبار¹. وبالإضافة إلى الفشل التطبيقي فقد تشتت التخصص حيث أن أجندات البحث منذ الخمسينات كانت واضحة، غير أن التوجه نحو تطبيقات علم الاقتصاد على الظواهر السياسية قد وجه الكثير من الباحثين نحو دراسة غير مجال تخصصهم وأصبح أغلبهم علماء اقتصاد سياسي².

ولقد أصبح الانقسام واضحاً بين علماء السياسة حول مقولات الطرح العلمي التي ترسخت في الحقل مع بداية التسعينات، فلغة نظرية اللعب، النماذج الشكلية والخيار العقلاني هي مقولات خارجية وغريبة بالنسبة للكثير من علماء السياسة، حيث وجدوها بأنها غير ممكنة الاختراق وصعبة المنال، كما أن الافتراضات، التجريدات وتبسيطات الواقع غالباً ما تمثل عائقاً وغير مرحب بها من طرف الذين يدرسون السلوك السياسي من منظور معياري. و حجة الذين يعارضون بشدة تطبيق المنهجية الصارمة أنه يستحيل الفصل بين المعايير القمية والحقائق وتصادم الافتراضات الوضعية للعلم مع واقع الظاهرة السياسية، مما أدى في النهاية إلى اختصار الظواهر وما تُعبر عنه من حقائق إلى مجرد حساب ميكانيكي، والوصول بمقولة عزل الحقائق عن القيم وتحقيق علم خال من القيم إلى درجة التعامل مع حقائق مزيفة ومن ثم علم زائف، ولذلك اتجه علماء السياسة الحديثة إلى المطالبة بضرورة أخذ المعايير القمية بعين الاعتبار، ومع بداية الألفية الثالثة تم فتح نقاش جدي حول مستقبل علم السياسة في ضوء التقلبات التي شهدتها بالإضافة إلى تعنت أنصار المنهج العلمي، وهو أمر جعلهم يقترحون فتح المجال أمام جميع علماء السياسة ليقدّموا تصوراتهم حول كيف سيكون الحقل خلال العقد الأول من الألفية الثالثة.

ثالثاً: التوجهات النظرية

يقوم الخطاب العلمي على هيكلية بنوية تشكل البنية التحتية لشريط إنتاج المعرفة، وتضم هذه الهيكلية ثلاث مستويات أساسية تتمثل في الظواهر قيد الدراسة، المنهج والنظرية³، وهذا المنطق تُعتبر النظرية بمثابة مجموعة مدججة من القوانين العامة التي تستطيع تأمين التفسير النظامي لحقل معرفي أو مجموعة الملاحظات التي قد

¹Donald Green, and Ian Shapiro, Pathologies of Rational Choice Theory: A Critique of Applications in Political Science, USA, New Haven and London, Yale University Press, 1994, p 32.

²Petter Hall, The Dilemmas of Contemporary Social Science, boundary 2, vol.34, no.03, (Fall, 2007), p 10.

³روجر هيكوك، وآخرون، البحث النقدي في العلوم الاجتماعية: مداخل اشرقية - غربية عابرة للاختصاصات، ترجمة: ألير أغزيان، فلسطين: معهد ايراهيم بولغدراسات الدولية، جامعة بيرزيتو معهد علم الإنسان الاجتماعي، 2011، ص 88.

تُستعمل للتنبؤ بالأحداث، ومن هذه الناحية فمركزية النظريات العلمية تهدف إلى تفسير الظواهر والأحداث السياسية أو التنبؤ بها، ويُفترض أن هذه النظريات تشير إلى العلاقات التي هي ليست قابلة للمراقبة على نحو مباشر، غير أنها تُختبر على نحو غير مباشر عن طريق الملاحظة. والتصور النظري هو محل خلاف وجدل في العلوم الاجتماعية، فالمفهوم البسيط للنظرية غير وارد التطبيق فيما بين الحقول المعرفية من الاقتصاد الذي يستخدم الرياضيات إلى الأنثروبولوجيا الثقافية تبقى تفسر النظرية تماماً كأي محاولة تفسير ظاهرة معينة وهذا لا يعني أن النظرية لا تلعب دوراً مركزياً في العلوم الاجتماعية والسياسية.¹

أ- دور النظرية: جوهر النظرية هو تفسير الظاهرة السياسية، بينما لا تقوم النماذج سوى بالكشف عن العلاقات التي يمكن أن يستخدمها الباحث في دراسته وبحوثه، فالنظرية في آخر المطاف هي عبارة عن أي مجموعة من المقولات والافتراضات الموضوعية من قبل البشر. وبالتالي هي أطروحات يمكن مجادلتها وإيجاد ما يثبت بطلانها أو صحتها. ويتضح مما سبق أن أي نظرية تتكون أساساً من مجموعة مداخل هي عبارة عن تعريفات للمصطلحات التي تشير إلى المفاهيم الأساسية للظاهرة أو الموضوع المدروس وهي على درجة كبيرة من التجريد، ثم تأتي الفرضيات التي هي عبارة عن تخمينات الباحث، أي افتراضه لوجود قواعد معينة في الموضوع قيد التحليل، حيث أن الظواهر التي يشاهدها الباحث تثير في ذهنه أفكاراً وتصورات معينة تكون الإطار النظري لنسق المعرفة العلمية المتعلقة بالظاهرة، وهذه التصورات والفرضيات تُعد بمثابة مصدر للكشف العلمي وجوهه.²

وتلعب الفرضيات دوراً كبيراً في بناء النظريات، وينظر إلى الفرض على أنه أداة تعمل على كشف الحقائق كما أنه خطوة لتوجيه البحث، بعدها يأتي الوصف الذي هو عرض حول علاقات لشيء معين ويمكن أن يرتبط بالتصنيف والتعريف والتحديد. أما فيما يخص التحليل فهو التجزئة وتفتيت الكل إلى أجزائه الأساسية وإخضاعها إلى التجربة الكمية أو الكيفية ويمكن أن يرتبط التحليل بالشرح والتوضيح عكس التفسير الذي هو الآخر أحد بُنى النظرية، وهو تجميع الأجزاء في شكل الكل من الأفكار والتحليلات المختلفة إلى تركيب معقد ومتناسك؛ ومن المهم فهم تمييز أساسيين النظرية وشبه النظرية "Meta-theory" التي تُعنى بالمعايير التي تستخدم للفصل بين مختلف معاني النظرية وأي منها يجب تقديمه على غيره من المعاني، كما أن مصطلح النظرية يُستخدم بطريقة تأسيسية كمفهوم النموذج، الإطار التحليلي ونظرة كلية "Global context".³

ويختلف الباحثون حول دور النظرية في البحث، حيث الخلاف حول وظيفة النظرية، هل إنها تكتفي بالوصف والتصنيف والتحليل والفهم والتفسير، أم إنها تستفيد من بناء فرضياتها للوصول إلى حقائق وقوانين

¹ International Encyclopedia of the Social Sciences, (William A. Darity, and others), 2nd edition, (Vol.08), Usa, Thomson, Star Logo and Macmillan Reference, Printed in the United States of America, 2008, p 343.

² محمد عبد الفتاح العسوي، مناهج البحث العلمي في الفكر الإسلامي والفكر الحديث، القاهرة: دار الراتب الجامعية، 1996، ص 130.

³ مارتن غريفيس، المفاهيم الأساسية في العلاقات الدولية، (ترجمة ونشر: مركز الخليج للأبحاث)، الإمارات العربية المتحدة، 2008، ص 430.

تستخدمها بعد ذلك في الوصول إلى التنبؤ والتوقع، فهناك يرى بأن قيمة النظرية وصلاحياتها إنما تتوقف على صحة وواقعية الفروض التي تقوم عليها، وهناك من يرى بأن قيمتها تتحقق بقدرتها على التنبؤ. فالطرف الأول يلخص وظيفتها في تنظيم الحقائق والبيانات في إطار من الترتيب المنطقي الذي يمكن من خلاله استخلاص مدلول معين لهذه الحقائق، والتعرف على جوانب الانتظام والشذوذ في التفاعلات بين تلك الظواهر وتحديد مقاييس الأهمية النسبية بين العوامل والمتغيرات التي تدخل في سياق تلك التفاعلات، وبذلك تقدم النظرية إطاراً فكرياً يمكن على أساسه تنظيم الظواهر وتصنيفها وإيجاد العلاقات بينها؛ أما الطرف الثاني فيرى أن وظيفة النظرية هي التفسير والتنبؤ، أي أن يتجاوز الإنسان الوصف للظواهر التي تمت ملاحظتها وأن يشتغل بالتفسير السببي أو التنبؤ المبني على الوقائع المؤكدة مسبقاً، ويعتمد هذا الاتجاه على إمكانية استعمال وسائل القياس الكمي، مثلاً لأرقام والإحصائيات، وينظر في الأساس إلى النظرية بأنها مجموعة من الحقائق وأنها تكتشف من خلال الفرضيات وبصفة عامة هناك ثلاث وظائف للنظرية في البحث العلمي: التفسير، التأويل والتنبؤ، هذه الميزات الثلاثة توافق متطلبات العلوم الطبيعية، أما فيما يخص العلوم السياسية فلم يثبت بعد وصولها إلى هذه الدرجة من النضج لأنها لم تصل إلى مستوى التطور الكافي من أجل توليد النماذج الصارمة كما هو الحال في العلوم الطبيعية¹.

ب- النظرية في السياسة المقارنة: تجدر الإشارة أنه ولغاية الحاضر أن استخدام مصطلح النظرية في العلوم السياسية يرجع إلى دراسة النظم الفلسفية التي تطرح نماذج مثالية للحكومات والأنظمة الاجتماعية، وموضوع هذا النوع من النظرية ليس لشرح كل الظواهر وإنما فقط لكشف ووصف المعايير والقيم، فدور النظرية إذن محدود وكثيراً ما يتوقف على التحليل الأيديولوجي². ولقد أحدث التحليل في الحقل عدة جدالات حول النظرية، فهذا الجدال يمثل صعوبة جديدة في السياسة المقارنة، وطرحت جملة من الإشكالات من قبيل النموذج المعرفي المسيطر، ولكن في حقيقة الأمر أن الاختلافات المذهبية والأيديولوجية هي مشتركة بين مدارس السياسة المقارنة³؛ لكن هذا لم يمنع من تشكل بعض النظريات بعد الحرب العالمية الثانية، إلا أنها لم تسيطر بالكامل على الحقل ولو أن المنظور التنموي سيطر جزئياً فقط، عكس حقل العلاقات الدولية بحيث هيمنت الواقعية بالكامل. والنظرية في مجال السياسة المقارنة يقصد بها مجموعة الافتراضات حول ظاهرة معينة تخص الوحدات التي تدخل ضمن نطاق المواضيع التي يدرسها هذا الحقل، وحتى تكون هناك نظرية في السياسة المقارنة يجب أن يكون التحليل السياسي المقارن في طليعة تلك النظرية ويجب أن يُربط بأفضل صلة

¹Denis Monière, Introduction aux théories politiques, Canada, Montréal, (Une collection développée en collaboration avec la Bibliothèque Paul-Émile-Boulet de l'Université du Québec à Chicoutimi), 1987, p 19.

²Monière Denis, Critique épistémologique de l'analyse systémique de David Easton : Essai sur le rapport entre théorie et idéologie, Canada, Les Éditions de l'Université d'Ottawa, 1976, p 116.

³Atul Kohli, The role of theory in comparative politics, World Politics, vol.48, n1,(October 1995),p1.

من زاوية منطق البحث أو التصميم البحثي المناسب، ويفضل علماء السياسة التأكيد أكثر على الإنتظامات الشكلية في دراساتهم لتلك الأنظمة، كافتراضهم بأن النظام السياسي هو مجموعة تفاعلات اجتماعية¹، وبناء على هذا الافتراض ينطلقون في بناء نظرية للنظام السياسي. ولا تختلف بنية النظرية في السياسة المقارنة، حيث أنها كغيرها من نظريات العلوم السياسية تتكون من مجموعة افتراضات وتصورات كلية بالإضافة إلى احتوائها لمداخل معينة ومجموعة أوصاف وتحاليل، ويبقى الاختلاف في الكيفية التي يتم بها بناء واختبار النظرية.

ج- تصنيف النظرية في السياسة المقارنة:

يمكن أن تصنف نظريات السياسة المقارنة بعدة طرق، فهناك تقسيمات كثيرة للنظرية وتعتمد على معايير مختلفة في التصنيف، وأغلبها تتخذ شكل ثنائيات متقابلة، منها ما يتخذ معيار شمولية النظرية، أو معيار المنهج المتبع فيها، أو معيار قدرة النظرية على تقديم الوصف أو التفسير أو التنبؤ، ويمكن القول أنه توجد ثلاث تقاليد بحثية قوية في هذا الحقل: الخيار العقلاني، المقاربات الثقافية، والتحليل البنيوي. وعلماء السياسة المقارنة الذين يستخدمون نظرية الخيار العقلاني "Rational Choice Theory" كأساس في بحوثهم يؤمنون أن السياسة والتحليل السياسي يبدأ من سلوك الأفراد، فالمنظورات العقلانية تركز على تأثيرات وسلوك الأفراد حيث الخيارات المقصودة والسببية مبنية على مجموعة من التفضيلات أو الفوائد²، وفي حقيقة الأمر فإن نظرية الخيار العقلاني تمثل أكثر من نظرية واحدة، لكن تماثلاتها فيما بين اختلافاتها تعني إمكانية الدمج الواضح لأغراض الأساليب النقدية في العلوم السياسية، لذلك فإن نظرية الخيار العام، العلوم السياسية الوضعية، نماذج الفعل العقلاني، والاقتراب الاقتصادي في السياسة ترجع كلها إلى ما يسمى بنظرية الخيار العقلاني، والتي تسمى أيضاً نظرية الفعل العقلاني، التي يرجع أصلها إلى دراسات الاقتصاد الجزئي، لكنها استُخدمت في مختلف الفروع الأكاديمية، بحيث ارتكزت على دراسة تأثير التغيرات في أفعال القرارات الفردية، بحيث يتبع السلوك المصالح الفردية التي تُعتبر جوهر الافتراض في النظرية ووحدة التحليل هي الفعل العقلاني³.

وبعكس نظرية الخيار العقلاني فإن المقاربات الثقافية "The Cultural approaches" تنشده فهم الظاهرة السياسية بالتركيز على المعاني والرموز المشتركة والأطر الكلية للجاءات، فالمصالح الفردية والفواعل لا يمكن فهمها بمعزل عن بعضهما، فهذا الفهم الكلي للثقافات والمجتمعات بإمكانه الالتحام وتحليله كوحدة واحدة، فبعض تلك الثقافات والمجتمعات يمكن لها أن تساعد بواسطة بعض القواعد الاجتماعية أن تُعرّف الهويات عن طريق الترميز لكل من الأفراد والجماعات نفسها، وتهدف المقاربات الثقافية إلى بناء نظريات سياسية وضعية ومثلت

¹Sheldon s. Wolin, Political theory as a vocation, American Political Science Review, vol.63, no.4, (December 1969), p 1065.

²Todd Landman, op. cit, p 224.

³Lance Lindauer, Rational Choice Theory, Grounded Theory, and Their Applicability to Terrorism. Pittsburgh: Carnegie Mellon University, The Heinz Journal, Vol.9, Issue.02, p 05.

إقترابات بإمكانها النمو والتطبيق والتوسع، كما مثلت بديلاً للهيئة الطويلة للدراسات المؤسسية والشكلية على دراسات حقل السياسة المقارنة، وترجع إرهابات الدراسة الثقافية إلى الدراسة المشتركة التي أجراها كل من Sydney Verba و Almond Gabriel في كتابهما (الثقافة المدنية) The civic cultur (1963).¹ أما فيما يخص التحليل البنوي "The Structural analysis" فهو مثل التحليل الثقافي يدرس الظواهر السياسية من منطلق التصورات الكلية، لكنه يركز أكثر على العلاقات التبادلية بين الأفراد، الجماعات، المؤسسات، ويهتم بدراسة المجتمع والسياسة والاقتصاد في إطار شبكة تتشكل من خلال أو بين الأفراد، وقد ساهم كثيراً علماء الاجتماع في تطوير النماذج البنوية التي انتشرت في الدراسات النفسية والتربوية والسياسية،² فالتحليل البنوي يرى أن فهم وتفسير أي ظاهرة لا يتم فقط بالاعتماد على الميزات الفردية للفعل، بل تخضع للتفسير بالارتكاز على تفاعلات أجزاء البنية الكلية للنظام الاجتماعي والسياسي.

وكان من أهم المشاريع البحثية للسياسة المقارنة في المرحلة السلوكية هو مشروع "دراسة التنمية والتحديث"، في محاولة تنظرية لخلق نظرية عامة والقيام بتعميمها، وكانت من أهم الأعمال في هذا المجال هي المجلدات الخمسة التي أنتجتها لجنة السياسة المقارنة. وستصبح النظرية التنموية "Developmentalism" في هذا الوقت من أكثر البحوث إثارة للجدل والأهمية ليس في حقل السياسة المقارنة فقط بل وفي العلوم السياسية كلها، وهذا المنظور الجديد هو من سيؤسس لتصورات تساهم في تثبيت نموذج معرفي، وبالإضافة إلى الاهتمام الأكاديمي فقد تطلعت الخارجية الأمريكية إلى إيجاد نظرية غير اشتراكية للتنمية من بسط نفوذها في دول العالم في ظل تخوفها من المد الشيوعي³ وفي محاولة لعلماء الحقل لإضفاء طابع العلمية، فقد سعوا إلى تطوير نظرية وضعية يمكن تعميمها، لذلك فرقوا بين دراسة المواضيع الجديدة وبين محاولة التنظير الذي يسعى إلى تجريد المفاهيم وبناء أسس مجردة للعمليات السياسية، وستلعب النظرية التنظيمية لدافيد إيستون، والاتصالية أو نظرية الجماعة لكارل دويتش، بالإضافة إلى البنوية الوظيفية لغايريل آلوند دوراً مهماً في ذلك. وكان الهدف من وراء ذلك إيجاد أنماط عامة للنظم السياسية تحكم بواسطة قوانين وضعية وتنبؤية، والسبيل الوحيد إلى ذلك هو تجريد التصورات لبناء نظرية بإمكانها أن تفسر الوقائع التي تحدث في أي دولة بنفس الطريقة وببنفس المفاهيم⁴. ومن خلال تعانق الاقتراب البنوي الوظيفي والاقتراب النظمي والاقتراب الاتصالي أو فكرة الجماعة، حاول باحثو السياسة المقارنة استخدام الفيزياء الكلاسيكية للبحث عن القوانين العامة ذات التطبيقات الكونية لصياغة

¹ Harry Eckstein, A Culturalist Theory of Political Change, The American Political Science Review, Vol.82, No.3, (Sep., 1988), p 789.

² William T. Bielby, Structural Equation Models, Annual Review of Sociology, Vol.3,(1977),p139.

³ Howard Wiarda, Is comparative politics dead? Rethinking the field in the post-Cold War era, Third World Quarterly, Vol.19, No.05, (1998), p 937.

⁴ Mark Blyth, "Great Punctuations: Prediction, Randomness, and the Evolution of Comparative Political Science, American Political Science Review, vol.100, no.04 (November 2006), p 493.

أطر مفاهيمية وأطروحات للتصنيف والتمهيط ووضع افتراضات قابلة للاختبار، وذلك في سبيل تفسيرات مجردة وكونية للظاهرة السياسية تساعد على فهم أفضل وتسمح بإمكانية التنبؤ. كما أن هذه المحاولات النظرية ساهمت في إرساء البنى الأولى للتقاليد النظرية الأربعة والموجودة في حقل السياسة المقارنة إلى اليوم وهي:

- 1- **النظريات البنوية:** وهي النظريات التي تفسر- كيف أن تفضيلات الفواعل مبنية بواسطة البيئة الاجتماعية، مثل بعض الإقتربات النظرية المبنية على أعمال علم الاجتماع والأنثروبولوجيا.
 - 2- **النظريات الثقافية:** وهي تفسر كيف أن أعراف مستويات المجتمع تشكل المخرجات السياسية.
 - 3- **نظريات الطبقة:** ترجع إلى الفكر الماركسي ومفادها أن الفواعل في المجتمعات هي الطبقات.
 - 4- **نظريات الخيار العقلاني:** لها خلفية اقتصادية تقوم على مبدأ ترشيد السلوك وفقاً لحسابات المنفعة.
- ومما يؤخذ على النظرية في السياسة المقارنة اعتمادها على طرق القياس الكمي والاستقراء، فالإحصائيات تعطي توصيفات ولكنها تعجز عن إعطاء تفسيرات ولا تستطيع سد الفجوة بين الوصف والتفسير، والتجربة لا تؤدي مباشرة إلى معرفة المسببات، كما أن الاعتقاد بإمكانية نيل دقة النتائج من خلال تجميع معلومات وبيانات أكثر وتجربة أكبر عدد من الحالات هي مغالطة، وذلك لأن المنظرين هنا لا يعملون في تجريد تام، بل تؤثر عليهم الثقافة والولاء والالتقاء لحدود نموذج معرفي معين.

رابعاً: الاقلاات الموضوعاتي (توسع أجندات البحث)

تعتبر السياسة المقارنة حقل دينامي، وكإطار عام للمواضيع والبحوث الميدانية في حالة تغير مستمر ودائم، فهناك دائماً مداخل ومقاربات جديدة، حركات سياسية جديدة وحتى دول جديدة تُكتشف وتفسّر. فهذه الديناميات والتغيرات تطرح مواضيع جد مثيرة للاهتمام في السياسة المقارنة. ويختلف الرأي حول حدود حقل السياسة المقارنة، فهناك من يعتبره قلب علم السياسة المعاصر ويطالب بتوسيعه ليشمل أكبر عدد من الدول وبالتالي من المؤسسات والتفاعلات السياسية التي تخضع للمقارنة، واحتج هؤلاء بأنه ليس ثمة منطق وراء قصر مجال الإهتمام على الدول الغربية كما أنه ليس هناك معايير تحكم اختيار الوحدات موضع التحليل المقارن¹.

أ- **توسع أجندات البحث السياسي المقارن:** لقد تأسست الأجندات الجديدة للسياسة المقارنة في تقرير لمشروع مجلس بحوث العلوم الاجتماعية SSRC في ملتقى علمي جمع عدة جامعات في جامعة Northwestern، وذلك بفضل المساهمة الكبيرة للأوراق البحثية التي تقدم بها مجموعة من علماء السياسة، وفي نفس الجامعة تم إعلان "ولادة السياسة المقارنة الحديثة"، وتم إنشاء لجنة السياسة المقارنة بتحفيز من مجلس بحوث العلوم الاجتماعية

¹ كمال المنوفي، أصول النظم السياسية المقارنة، مرجع سابق، ص 18.

"Committee on Comparative Politics"، والتي ترأسها آلوند من سنة 1954 إلى غاية 1963، والتي سوف تلعب دوراً كبيراً في تطوير حقل السياسة المقارنة خلال سنوات قليلة¹.

والسياسة المقارنة الحديثة لم تعد كسابقتها حيث أنها بخلاف المدرسة الأولى، اختلفت عنها في اعتماد وحدة تحليل مغايرة، فبدل اعتماد المؤسسة أو المنظمة أو الدولة وحدة للتحليل، اتجهت إلى اعتماد السلوك أو التفاعل بدلاً في وحدة التحليل، أي التركيز على الجانب السلوكي التفاعلي في العملية السياسية، وتهدف من وراء ذلك إلى الوصول إلى تعميمات نظرية بخصوص السلوك الإنساني، تدعمها أدلة تجريبية قابلة للإثبات، بناءً على الملاحظة وتتبع الإنتظامات السلوكية، حتى تتمكن من فهم السلوك الإنساني والعملية السياسية وإمكانية التنبؤ به، فالمنهج السلوكي ينظر للظاهرة السياسية كظاهرة حركية تقوم على تفاعلات البشر- في موقف سياسي معين. وتغيرت الكثير من وحدات التحليل السياسي، حيث أن دراسة السلوكيات غير الشككية لها علاقة بالأحزاب السياسية، جماعات المصالح، الاتصال الجماهيري، والتنشئة السياسية، وهي كلها عبارة عن مفاتيح يتم توظيفها لتحليل النظم السياسية²؛ وكذلك حل مفهوم النظام السياسي أو النسق السياسي "Political system" محل الدولة، وحلّ مفهوم الوظائف "Functions" بدل السلطات، والأبنية بدل المؤسسات، بل أعيد صياغة المفاهيم التقليدية مثل المؤسسة في إطار التوجه المؤسسي الجديد ليتطابق مع المفهوم السلوكي. ونتيجة لذلك فالنظام السياسي في هذا الإطار ليس له وجود واقعي ملموس، بل هو مفهوم مجرد وأداة تحليلية تنطبق على العديد من المواضيع والظواهر السياسية، ولتعبّر عن الأشكال المختلفة لوجود وممارسة السلطة عبر نطاق الدولة أو ما فوق الدولة أو في داخل الدولة.

ومع إقرار فشل السلوكية في تفسير الكثير من الظواهر السياسية بالإضافة إلى فشل النموذج التنموي والذي تعرض إلى انتقاد شديد بدأت أدبيات الحقل تنحوا نحو التغيير، خاصة مع بداية عودة مفهوم الدولة بقوة باعتبارها وحدة تحليل أساسية وذلك بفضل التحليل الماركسي الذي عاد مع نهاية الستينات والذي أخذ مكانه بالإضافة إلى التحليل المؤسسي، وقد توسعت مقاربات جديدة في الحقل، خاصة التي لها علاقة بما بعد الحداثة وبالدراسات البنوية في السياسة، وهي اقترابات في أغلبها ترتبط بالوقائع السياسية والاجتماعية، كما أصبح يُنظر إلى غاية الأمور وليس إلى وسائل تحقيقها، وتم العودة إلى دراسة المؤسسات لكن هذه المرة من باب التحليل والتصميم المؤسسي والذي مثلته المؤسسة الجديدة وكان هذا الاقتراب الجديد يهدف إلى تبيان أهميته التي أهلها السلوك السياسي كما أهمل كذلك المقاربات البنوية مثل أنواع النظم الانتخابية، وتم العودة إلى التحليلات التاريخية نظراً لاستدراك أهميتها في التحليل السياسي، بالإضافة إلى دراسة صنع القرار والاهتمام

¹Harry Eckstein, Regarding Politics Essays on Political Theory, Stability, and Change,usa, University of California press, Berkeley and Los Angeles, 1992, p 103.

²Gerardo Munck, and Richard Snyder, Passion, Craft, and Method in Comparative Politics,usa, the Johns Hopkins University Press, 2007, p 43.

بالتمية الديمقراطية ووسائل تحقيقها كالثقافة السياسية أو مستويات الرفاه، وغير ذلك من الإقترابات التي بدأت تؤكد على دور الفواعل التي أهملتها المدرسة السلوكية، وجاء هذا التأكيد من أن تكون تطبيقات السياسة المقارنة أكثر واقعية، ولكي تكون كذلك كان يجب الاهتمام أكثر بالتصميم المؤسسي والقواعد السياسية.¹

ولقد وفرت أوضاع النظم السياسية في السبعينات فرصة واعدة لعلماء السياسة المقارنة، حيث أن عشرات الدول عرفت موجة تحولات ديمقراطية بعد أن تحكمها أنظمة دكتاتورية لمدة عقود أو حتى تلك التي لم تكن كذلك، على الرغم من عدم خلو تلك الدراسات من الربط بين التصنيع والرأسمالية تارة وبين الديمقراطية تارة أخرى، إلا أنهم استفادوا من أخطاء السلوكية حيث أنهم هذه المرة حاولوا تطوير نظريات لها إدراك أعمق بالتاريخ والجغرافيا². ومع عودة مصطلح الدولة والمؤسسية، خاصة مع الأخير الذي غيبته المدرسة التعددية التي ركزت فقط على الفواعل، والسلوكية التي أخرجتها تماماً من ميدان البحث، عاد هذا المفهوم لكن ليس كالدراسات التقليدية حيث التركيز فقط على الأبنية والأشكال، بل بإعطاء أهمية قصوى للفواعل السياسية والاجتماعية، وقد عالج الباحثون إشكاليتين، الأولى أثر هذه المؤسسات على النشاط، وذلك من خلال اكتشاف أثر المؤسسات على سلوك الفاعلين، على استراتيجياتهم، خياراتهم، هوياتهم، طبيعتهم وحتى على وجودهم، الثانية هي التعرف على أصول المؤسسات وأشكالها وذلك بفحص إنتاجها وإعادة إنتاجها ضمن سياق تاريخي ومكاني معين. وربما عودة المؤسسية ارتبطت بالنتائج المترابطة عن التحولات الكبرى في المؤسسات الاقتصادية، السياسية والاجتماعية مع ازدياد تعقدها، وعُرف التحليل المؤسسي في هذه المرحلة بالمؤسسية الجديدة وانقسمت إلى ثلاث أقسام، المؤسسية التاريخية، نظرية التنظيم (الاجتماعية)، ومؤسسية الخيار العقلاني، ويُعتبر هذا الأخير الفرع الوحيد في المؤسسية الذي ينتج الطرح العلمي الذي يهدف إلى اكتشاف القوانين التي تحكم سلوك المؤسسات، وذلك بواسطة اختبار عدة نماذج نظرية تدخل في إطار نظريات الخيار العقلاني³.

وفيما يخص أجنداث السياسة المقارنة الرائدة في هذه الفترة فيعتبر كتاب Lipset Seymour و Stein Rokkan (التصدعات البنوية، النظم الحزبية وتشكيلات الاقتراع، 1967) بمثابة بداية لمجالات بحث جديدة، حيث لطالما بقي علم الاجتماع يمثل مصدراً مهماً لأجنداث البحث في السياسة المقارنة، كما أن هذه المرحلة تصدّرها في الحقل الكثير من الباحثين الشباب وحتى لجنة السياسة المقارنة تغيرت أدبياتها وغيرها من الأجنداث التي في

¹John Ishiyama, Comparative Politics Principles of Democracy and Democratization, USA, Wiley-Blackwell, A John Wiley & Sons, Ltd., Publication, 2012, p.21-22.

²Jeffrey Kopstein and Mark Lichbach, Comparative politics interests, identities, and institutions in a Changing global order. 2ed edition, USA, Cambridge university press, New York, 2005, p 09.

³Mellen Immergut, The Theoretical Core of the New Institutionalism, Politics & Society, Vol.26, No.01, (Mar 1998)p05.

أغلبها تدرس: التغير، البيروقراطية، الثورة، العنف، العسكرية السلطوية، الحركات الاجتماعية، الدولة، علاقة الدولة بالمجتمع، التمسك بالقيم الليبرالية، تطوير دراسة جماعات المصالح إلى مفهوم الكوربوراتية، تنظيم الانتخابات، التكوين في الأحزاب، العلاقة بين فروع الحكومة. وفي المنعطف المابعد سلوكي بدأ العلماء يُركنون إلى التزام كبير بالإقترابات التي تُعنى بالقضايا العامة التي تهم المجتمع، ولم تعد تهمهم كثيراً قضية المنهجية و"العلم الصرف"، ولم تعد مواضيع الحداثة ومشروع التنمية السياسية يحظى بالأولوية البحثية¹، وإلى جانب اهتمامه بالمؤسسية انتقد "هنتغتون" المنظور التنموي والفرضية التي سقاها علماء السياسة المقارنة القائمة على مبدأ أن الإصلاح الاقتصادي يقود إلى الإصلاح السياسي، ورأى بأنه لا علاقة بين التطور الاقتصادي والاستقرار السياسي، وبتر ذلك بأن الخلفية الفكرية للأمريكيين تنفقر إلى ضرورة وجود نظام سياسي، الأمر الذي جعلهم يعتمدون بشكل استثنائي، فهم لا ينظرون إلى ضرورة قيام السلطة وتراكم القوة، بل إلى الحد من السلطة وتوزيع القوة².

ب- واقع حقل السياسة المقارنة اليوم: يكتسب التفكير العلمي سماته المميزة التي أتاحت له بلوغ نتائج النظرية والتطبيقية الباهرة إلا بعد تطور طويل، وبعد التغلب على عقبات كثيرة، وخلال هذا التطور تباينت أنماط التفكير، وصعدت أشكال منه وانهارت أخرى، ولم تصمد في النهاية إلا تلك السمات التي تثبت أنها تساعد الإنسان على زيادة قدرته لفهمه لنفسه وللمحيط والعالم الذي يعيش فيه، وباعتبار حقل السياسة المقارنة بصفة عامة جزء من حقول العلوم الاجتماعية التي أرادت في فترات معينة من مراحل تطورها الزج بأساليب البحث العلمي الصارمة، لكن بقي ذلك كهدف بعيد المنال على الرغم من بعض الإنجازات، فالأمر دائماً وأبداً يبقى منوطاً بخصائص الظاهرة المدروسة، فالفرق بين منهج العلوم الطبيعية والعلوم التي تدرس الظواهر غير الثابتة والسلوك هو في النظام التصنيفي، خاصة من حيث التفسير والبناء النظري، فالعلوم الطبيعية لا تعرف شيئاً حول الأسباب النهائية، فالبحث والتنظير مُسَيَّر بواسطة المبادئ الصلبة والصارمة للسببية، أما باقي العلوم فتدور في فلك المقاصد والوعي التام حول إنشاد النهايات، أي أنه في بحوث العلوم غير الطبيعية هناك دائماً قصد وهدف يُراد الوصول إليه، سواء تحت ضغط المعايير القمعية أو غير ذلك³.

والفصل الحاد في الدراسات السياسية بين المناهج الكمية والمناهج الكيفية غالباً ما يكون زائفاً، والفصل يكون غير ملائم لقوة العلاقة والتغيرات التي يفرضها الزمن على الدراسات السياسية، وهذه تُعتبر نتيجة غير منطقية بالنسبة للسؤال الذي يطرحه الباحث، وهو إلى أي شكل سينتهي إليه بحثه؟، فالدراسات الجيدة هي التي تحافظ على مسافة معينة بين الجدل القائم حول المناهج الكمية والمناهج الكيفية، وليس الانتصار لأحدهما،

¹James Farr Jacob and Hacker Nicole Kazee, The Policy Scientist of Democracy: The Discipline of Harold D. Lasswell, American Political Science Review, Vol.100, No.04,(November 2006), p 584.

²صامويل هنتغتون، النظام السياسي لمجتمعات متغيرة، (ترجمة: سميرة فلو عود)، بيروت: دار الساقي، 1993، ص 13 - 15.

³Von Mises Ludwig, Theory and history, USA, Ludwig von Mises Institute, Auburn, Alabama, 2007, p 240.

والأصل في البحوث هو مدى إمكانية وصوله إلى هدفه بل الإشكالية القائمة وليس المنهجية المتبعة في حلها، وأفضل سبيل هو التوظيف المزدوج للمناهج الكمية والكيفية لخدمة أفضل للدراسات السياسية¹.

ولقد أصبح حقل السياسة المقارنة حقلاً منقسماً منذ أواخر ستينات القرن العشرين، فلا يوجد الآن اقتراب واحد مهيمن على الحقل، كذلك لا وجود لمجموعة من المسلمات النظرية التي يتفق عليها جميع العلماء، ومن الواضح أن الحقل يحتوي الآن على مجموعة من الفروع ولكل منها برامجها البحثية الخاصة، أي أنه يوجد مجموعة جزر متعددة من النشاطات البحثية مع عدم وجود أي نظرية مركزية توفر التماسك للحقل كله². فهو في حالة تغير دائمة، فالإقترابات يتم تطويرها وقبولها أو رفضها استجابة للاتجاهات الفكرية والمنهجية ولتغيرات الواقع السياسي، وهذه التغيرات سواء كانت منهجية ذات توجهات علمية أو جوهرية ذات توجهات موضوعاتية، هي تحولات طبيعية تتطلب مرونة وتكيفاً من قبل الباحثين، ومع فرض النسبية لمنطقها في السنوات الأخيرة لا بد من قبول فكرة أن المفاهيم السياسية نسبية وغير مطلقة، وحتى وإن سيطر اقتراب ما لفترة زمنية فستأتي لحظة يصبح فيها غير قادر على إعطاء أي تفسيرات، وفي ظل هذه الأزمة ستظهر اقترابات أخرى تحل محله، وهكذا تقريباً كان حقل السياسة المقارنة منذ نشأته. ولقد فهم علماء السياسة المقارنة في السنوات الأخيرة مدى عدم إيجابية تغليب منهج بحثي على آخر، وانتهت مركزية البحث وتجزأت وتفككت مفاهيم ومناهج الدراسة، فلا هيمنة ولا سيطرة لأي من الأساليب التي كانت سابقاً أو حتى التي تريد فرض نفسها، وانتهى زمن القطعية واليقينية المطلقة وسلم علماء السياسة بالاحتمالية والنسبية، ومستقبل حقل السياسة المقارنة سيمشي على إيقاع الموازنة بين المناهج الكمية العلمية والمناهج الكيفية المعيارية، وأوضح "راغان" Charles Ragin أنه في حقيقة الأمر الكثير من الإقترابات والتحليلات الكمية تخرج بنتائج وتفسيرات كيفية، وفي الوضع الإستيمولوجي يوضح "ريفيلا" Cioffi-Revilla أنه يجب أن ينتقل علم السياسة من التفسيرات القطعية باتجاه الاهتمام بالتفسيرات الاحتمالية.

خاتمة:

في خضم هذا الجدل القائم بين السجلات النظرية والمنهجية التي قامت في حقل علم السياسة بصفة عامة وامتداداتها إلى العديد من الفروع خاصة حقل السياسة المقارنة، لا يجب النظر إليه على أنه جدل عقيم، بل على العكس هو جدل صحي يساهم في تطور الحقل من وجهات نظر مختلفة، ومن مشارب معرفية ومنهجية متعددة. والتنافس أو حتى التصادم بين علماء السياسة المقارنة الذي حدث في الحقل هو نتيجة طبيعية، وحين يتعلق الأمر بالجدال بشأن النظريات والمناهج والمواضيع التي يجب دراستها فإن القيم المشتركة بين العلماء لا تكفي للوصول إلى نتيجة في هذا الشأن.

¹Bent Flybjerg, Five Misunderstandings About Case-Study Research, Qualitative Inquiry, Vol.12 No.02, (April, 2006), p.p 241 – 242.

²محمد بشير المغربي، مرجع سابق، ص 293.

فكما هو الحال في التغير السياسي فالأمر كذلك بالنسبة للاختيار بين ما هو متاح من معارف نظرية ومنهجية في الحقل، حيث لا يوجد معيار أسمى من موافقة المجتمع العلمي المختص، فهو السلطة الأعلى التي تحسم الاختيار. وحتى يُبين كيف تؤثر تلك الجدالات المعرفية، فاللازم ألا تقتصر الدراسات السياسية المقارنة على أثر وفعالية الحجج المستمدة من علماء السياسة أنفسهم، بل ينبغي أن تشمل أيضا التداعيات والتأثيرات الواقعية لتلك الأطر العلمية والمعرفية. وحقل السياسة المقارنة لم يعد يهتم بالأطر المعرفية الموجهة بقدر الاهتمام بما يخدم قضايا المجتمع ويحل إشكالاته الاجتماعية والسياسية، لأن العلماء غالبا ما يستقون تصورهم للنشاط العلمي من مصدر سلطوي أو بنيوي اجتماعي وهو الأمر الذي سيحجب إلى تلك السجلات المعرفية ودلالاتها.

جدلية العلاقة بين الديمقراطية التوافقية ومسألة تحقيق الاستقرار السياسي في الدول المتعددة دراسة في الآليات والفواعل (ماليزيا نموذجاً)

أ/ عمر كعبوش- أستاذ مساعد "ب"- جامعة ابن خلدون - تيارت

الملخص:

تتميز العديد من المجتمعات ببنيتها الاجتماعية غير المتجانسة - تعدد العرقيات والأقليات والطوائف والأقليات والمذاهب - وفي ظل غياب رؤية إستراتيجية وطنية، مما يؤثر سلباً على حالة الاستقرار السياسي والاجتماعي، وظهور الصراعات الداخلية التي قد تتحول إلى حرب أهلية بين مختلف التيارات والقوى الموجودة في المجتمع باتجاه انهيار الدولة وتفككها، بسبب عجز النظام السياسي القائم على استيعاب كل هذه المكونات وإشراكها في العملية السياسية وصناعة القرار السياسي ورسم السياسات العامة، وتمثيلهم في مختلف المؤسسات الرسمية، ومن أجل معالجة هذه المسألة تم طرح نموذج الديمقراطية التوافقية كآلية لتحقيق الاستقرار السياسي والتخفيف من حدة الصراعات الداخلية في المجتمعات غير المتجانسة والمتعددة التركيبية الاجتماعية. ودولة ماليزيا تعكس واقعا اجتماعيا وسياسيا جديرا بالدراسة، كونها دولة مركبة متعددة الأثنيات والعرقيات، لكنها استطاعت تحقيق استقرارا سياسيا نسبيا في إطار توافق سياسي ودستوري، يشجع الانتماء للوطن الواحد ماليزيا.

الكلمات المفتاحية: الديمقراطية التوافقية، الاستقرار السياسي، المجتمعات المتعددة، ماليزيا.

Summary:

Many societies have a heterogeneous social structure - multiple ethnicities, ethnicities, sects, minorities and sects - and in the absence of a national strategic vision, which negatively affects the state of political and social stability and the emergence of internal conflicts that may turn into civil war between different currents and forces The collapse of the state and the disintegration of the state, because of the inability of the political system based on the absorption of all these components and involve them in the political process and political decision-making and the formation of public policies, and representation in various official institutions, and to address these The issue of : Consociational democracy has been put forward as a mechanism for political stability and the alleviation of internal conflicts in heterogeneous and multi-social societies. The State of Malaysia reflects a social and political reality worthy of study, as a complex multi-ethnic and ethnic state, but it has

تاريخ إيداع المقال: 2017/01/19

تاريخ تحكيم المقال: 2017/02/07

been able to achieve relative political stability within a political and constitutional consensus that promotes a single Malaysia.

Keywords: Consociational Democracy, Political Stability, Multiple Communities, Malaysia

مقدمة:

تتميز العديد من الدول في العالم بتركيبها غير المتجانسة اثنيا وعرقيا وطائفيا، وقد أضحت هذه الميزة عائقا أمام تحقيق استقرارها السياسي والحفاظ على وحدتها الوطنية، مع إمكانية انهيار وتفكك الدولة نتيجة للصراعات والأزمات الداخلية التي تنشأ بين مختلف المكونات والتيارات السياسية الموجودة في المجتمع التعددي، ومن أجل معالجة هذه المشكلة تم طرح نموذج الديمقراطية التوافقية كشكل من أشكال ممارسة السلطة وإدارة الحكم، ومعالجة مسألة الانقسامات وتحقيق التجانس المجتمعي، من خلال إشراك كل المكونات في العملية السياسية وصناعة القرار ورسم السياسات العامة، لتحقيق الاستقرار السياسي والتخفيف من حدة الصراعات والأزمات التي قد تتحول إلى حروب أهلية في هذه الدولة المتعددة. وماليزيا من بين الدول التي تتميز بتعدد تركيبها الاجتماعية كونها متعددة الأعراق والمذاهب والطوائف، ورغم تركيبها غير المتجانسة إلا أنها استطاعت تحقيق مستويات مقبولة من الاستقرار السياسي والاجتماعي، كون النظام السياسي الماليزي استطاع استيعاب كل التباينات والاختلافات الثقافية والعرقية والدينية التي يتميز بها المجتمع الماليزي، وتحويل هذا التنوع والتعدد من عامل ضعف محدد لحالة الاستقرار السياسي إلى عامل قوة وإنماء من خلال ترسيخ مفهوم التضامن والوحدة الوطنية، والتأكيد على ضرورة التعايش السلمي بين مختلف الطوائف والأعراق، وتحقيق التوازن وتكريس مبدأ العدالة في التوزيع بين مختلف مكونات المجتمع الماليزي من جهة، وبين مختلف المناطق والأقاليم من جهة ثانية في ظل نظام سياسي توافقي قائم. لذلك يحاول الباحث من خلال هذه الدراسة تبين دور الديمقراطية التوافقية في تحقيق الاستقرار السياسي وتحديد الآليات الكفيلة بنجاحها في المجتمعات المتعددة، والوقوف على التجربة الماليزية في هذا الصدد. ومن خلال هذا الطرح تأتي المشكلة البحثية لهذه الدراسة كالآتي: إلى أي مدى يمكن القول أن الديمقراطية التوافقية ساهمت في تحقيق الاستقرار السياسي في ماليزيا؟

في إطار معالجة المشكلة البحثية لهذه الدراسة يمكن الانطلاق من الفرضيتين التاليتين:

01- تحقيق الاستقرار السياسي في الدول المتعددة التركيبية الاجتماعية مرتبط بمدى الفاعلية في تطبيق مبادئ الديمقراطية التوافقية.

02- إن نموذج الديمقراطية التوافقية في ماليزيا يعتبر مدخلا لتحقيق مستويات مقبولة من الاستقرار السياسي، والتخفيف من حدة الانقسامات وأثرها على الوحدة الوطنية الماليزية.

من أجل معالجة هذه المشكلة البحثية، تم تقسيم الدراسة إلى ثلاثة محاور رئيسية، حيث يتناول المحور الأول الإطار النظري للديمقراطية التوافقية: (المفهوم، الأركان والمتطلبات)، أما المحور الثاني فيعالج الاستقرار السياسي

مقاربة نظرية معرفية: (المفهوم، الأبعاد والمؤشرات)، أما المحور الثالث يتم التطرق فيه إلى تطبيق الديمقراطية التوافقية في ماليزيا كآلية لتحقيق الاستقرار السياسي في مجتمع متعدد الأعراق والطوائف.

المحور الأول: الإطار النظري للديمقراطية التوافقية: (المفهوم، الأركان والمتطلبات):

تعد الديمقراطية التوافقية في الأصل ابتكاراً غريباً حديثاً، وكمؤذج بديل عن الديمقراطية التنافسية أو =ديمقراطية الأغلبية، تم تطبيقها في مجتمعات تنسم بالانقسامات المجتمعية والاختلافات العرقية والإثنية والطائفية، وضعف الوحدة الوطنية وصعوبة تحقيق الاستقرار السياسي، فالتجربة التوافقية التي نشأت بعد الحرب العالمية الثانية جاءت اعترافاً بقصور نموذج ديمقراطية الأكثرية، بذلك أصبحت الديمقراطية التوافقية أحد النماذج المقترحة لمعالجة مسألة المشاركة السياسية في المجتمعات التعددية، كون الديمقراطية التوافقية توفر الضمانات الكافية لتبديد مخاوف الأقليات من توجهات الأكثرية، بمعنى الديمقراطية تسعى إلى تحقيق الأهداف المشتركة وتعزيز الانسجام والوحدة الوطنية.¹

الديمقراطية التوافقية "Consociational Democracy" حسب "آرنت ليبهارت" Arend Lijphart هي: "نموذج تجريبي معياري في الوقت نفسه، فهي تستخدم في المقام الأول بمثابة تفسير للاستقرار السياسي في عدد من الديمقراطيات الأوروبية الصغرى مثل النمسا وبلجيكا وسويسرا وهولندا، ومصطلح التوافقية مستلهم من مفهوم Consociatio الذي وضعه "يوهانس ألتوسسيوس" في كتابه "مختصر المنهج السياسي" Politica². Methodice Digesta

تعرف الديمقراطية التوافقية تبعاً لأربعة خصائص أو عناصر حددها "آرنت ليبهارت"، أولاً الائتلاف الكبير أو الموسع Grand Coaliton، والذي من خلاله يتم حكم الدولة من طرف الزعماء السياسيين من مختلف القطاعات المهمة في المجتمع التعددي، وهذا الأخير يحل مشكلة الاستثناء الدائم للأقلية من الحكم في حالة المجتمعات المتعددة، كون الانقسامات الطائفية والعرقية والإثنية تميل إلى التطابق مع الانقسامات السياسية والحزبية، بمعنى أن لكل مكون من هذه المكونات حزباً سياسياً يمثلها في المؤسسات السياسية ويعبر عن مطالبها ومصالحها المختلفة.³

العنصر الثاني هو الفيتو المتبادل Mutual Veto، أو حكم الأغلبية المتراضية عند "جون. س. كلهون John. C. Calhoun، ويعتبر الفيتو كآلية لمنع استبداد الأكثرية ضد الأقلية، فهو بمثابة حماية سياسية للأقلية ضد

¹ - حسن تركي عمير، "إشكاليات التحول الديمقراطي في العراق: دراسة في الديمقراطية التوافقية"، دليالي، ع.58، (2013)، ص.ص. 135-204.

² - آرنت ليبهارت، "الديمقراطية التوافقية في مجتمع متعدد، ترجمة: حسني زينة (بغداد: الفرات للنشر والتوزيع، ط. 01، 2006)، ص. 12.

³ - يوسف بن يزة، "مستقبل الديمقراطية التوافقية في العالم العربي - قراءة في المقومات الثقافية والاجتماعية"، "دفاتر المتوسط"، ع. 02، (جانفي 2015)، ص.ص. 23-41.

قرارات الأكثرية، فالمشاركة في الائتلاف الموسع يؤمن ضمانة سياسية لقطاعات الأقلية، فهذه الآلية تمنح لكل قطاع القدرة على حماية نفسه، وتضع حقوق كل قطاع وسلامته في أولويات الحكم، أي تحت وصايته الخاصة.¹ أما العنصر الثالث هو النسبية Proportionality، ويعتبر مبدأ النسبية بمثابة انحراف عن حكم الأكثرية، كونه يتيح لكل مجموعة التأثير في القرارات بنسبة قوتها العددية، والعنصر- الرابع هو الاستقلال القطاعي Segmental Autonomy، وهو يسمح للأقليات والطوائف بحكم نفسها بنفسها فيما يتعلق بالأمور التي لا تخص سواها، في الإقليم أو المنطقة الذي تمثله هذه الأقلية أو الطائفة.²

تقوم الديمقراطية التوافقية على شكل من أشكال التعاون والتوافق بين مكونات المجتمع المتعدد، بدلا من حالة التنافس والصراع بين هذه المكونات، وأن يكون هناك اتفاقا عاما على أساس البرامج السياسية والأهداف المشتركة الجماعية، وتعتمد الديمقراطية التوافقية على خاصيتين أساسيتين هما:³

الخاصية الأولى : عدم السماح للأغلبية الانتخابية من التفرد بالسلطة.

الخاصية الثانية : التمثيل الفعال لجميع مكونات المجتمع في المؤسسات السياسية الرسمية، وتمكينهم من المشاركة في العملية السياسية، والمساهمة في صنع القرارات التي تتعلق بحياتهم ومصالحهم.

استنادا على ما سبق يمكن تحديد خصائص الديمقراطية التوافقية من خلال النقاط التالية:⁴

01- آلية سلمية لتداول السلطة.

02- يمكن تطبيقها في الدول الصغيرة العدد والمتعددة التركيبة الاجتماعية.

03- آلية لتشجيع المشاركة السياسية على مستوى التكوينات الجزئية وعلى مستوى الشعب.

04- التخفيف من حدة الصراعات الداخلية وتحقيق مستويات مقبولة من الاستقرار السياسي.

05- اتخاذ القرارات يتركز على أسلوب التراضي وتقديم التنازلات بدلا من المنافسة والصراعات.

06- الاستناد على قاعدة التمثيل العرقي والطائفي والإثني في اختيار الحكام والممثلين في المؤسسات السياسية الرسمية، وكذلك في شغل الوظائف العليا.

¹ - أحمد شيخاوي، "الديمقراطية التوافقية في دولة جنوب إفريقيا ما بين النجاح والإخفاق"، **قراءات إفريقية**، ع. 19، (مارس 2014)، ص ص. 54-48.

2 - آرنست ليبهارت، مرجع سابق، ص. 70.

³ - أمنة محمد علي، "إشكالية تجربة الديمقراطية التوافقية في العراق"، **المستنصرية للدراسات العربية والدولية**، ع. 51، (2015)، ص ص. 85-120.

⁴ - يوسف بن يزة، مرجع سابق، ص ص. 41-23.

تطرح الديمقراطية التوافقية كشكل من أشكال ممارسة السلطة في الدول غير المتجانسة التركيبية، والتي تعاني من الانقسامات والأزمات السياسية، وضعف في الوحدة الوطنية، لذلك يستلزم الأمر إشراك كل الفواعل ومكونات المجتمع في الحياة السياسية وعمليات رسم السياسات العامة وصناعة القرارات. من أجل قيام الديمقراطية التوافقية لابد من توفر مجموعة من العوامل المتغيرات المساعدة على ذلك، ومن بين هذه العوامل ما يلي:¹

01- حجم الدولة: نجاح الديمقراطية التوافقية في الدول الصغيرة العدد يكون أكبر مقارنة بالدولة الكثيرة العدد، من منطلق أنه في الدول الصغيرة الحجم تزداد فرص التعارف والتعاون بين مختلف مكونات المجتمع وبين الزعماء والقادة السياسيين.

02- التحدي الخارجي: إن صغر حجم الدولة إضافة إلى طابعها التعددي وتركيبها غير المتجانسة، تجعلها عرضة لتأثير التحديات الخارجية التي تواجهها، مما يجعل هذه الدول أكثر حاجة للديمقراطية التوافقية من الدول الكبيرة التي تطبق ديمقراطية الأكثرية، حيث يستوجب على القادة السياسيين في الدول الصغيرة الحجم أن يتفاهموا ويتعاونوا فيما بينهم لتجنب بلادهم مخاطر التحديات الخارجية (وجود التهديدات الخارجية يحتم على القادة الأخذ بالنموذج التوافقي).

03- ميزان القوى: التوازن بين الجماعات أساسي وليس المقصود هنا التوازن الديموغرافي فحسب، بل السياسي والاقتصادي والاجتماعي وحتى العسكري (توزن القوى المتعددة الجوانب).

04- التباينات الواضحة: وجود الاختلافات الواضحة بين فئات ومكونات المجتمع يشجع على قيام الديمقراطية التوافقية، خاصة عندما تكون هذه الفئات متساوية نسبياً وعددها مضبوطاً (انقسام المجتمع إلى ثلاثة أو أربع فئات رئيسية).

الديمقراطية التوافقية ليست نظرية مثالية لإرساء الاستقرار السياسي فلها مساوئها وهي تختلف من مجتمع إلى آخر، وقد انتقدت كثيراً لأنها ليست على درجة كافية من الديمقراطية، ولأنها لا تتمتع بالقدرة الكافية على تحقيق حكومة مستقرة وفعالة، فحكومة الائتلاف الواسع تستلزم معارضة حتماً، إما معارضة صغيرة أو ضعيفة أو غياب أي معارضة رسمية في المجلس التشريعي، مع العلم أن المعارضة هي بمثابة مكون رئيسي في الديمقراطية كما هو الحال في بريطانيا، ضف إلى ذلك أن النموذج التوافقي يركز على الحرية والمساواة والأخوة، فالقطاع الذي ينتمي إليه الفرد قد يكون حائلاً بينه وبين المجتمع الوطني والحكومة، فالنموذج التوافقي يشبه المجتمع الطائفي الذي تكون فيه الجماعات تميل إلى احتواء كافة أوجه حياة أفرادها، كما أن الديمقراطية التوافقية قد تفضي- إلى تقسيم المجتمع التعددي إلى عناصر أكثر تجانساً واستقلالية، أما مبدأ النسبية في التعيين في الوظائف العليا والسياسة

¹ - أنطوان مسرة، "التوافقية من منظار تاريخي عالمي"، في: التوافقية وإدارة التعددية اللبنانية (لبنان: مركز عصام فارس للشؤون اللبنانية، ط. 01، 2003)، ص ص. 34، 35.

قد يكون على حساب الكفاءة والجدارة مما يؤثر سلباً على تأدية هذه الأخيرة، وفيما يخص مبدأ الفيتو المتبادل قد يؤدي إلى تعطيل القرارات بسبب سوء استخدامه من الأطراف المشاركة في الائتلاف. فالديمقراطية التوافقية تتطلب تتعاوناً بين قادة القطاعات على الرغم من الانقسامات العميقة التي تفصل بين هذه القطاعات، ولابد أن يتصف القادة السياسيين وقادة الأحزاب السياسية بالتعاون والتسامح، وتغليب المصلحة الوطنية للدولة على حساب المصالح الشخصية، بمعنى أن لدور القيادات دور محوري في نجاح الديمقراطية التوافقية.¹

المحور الثاني: الاستقرار السياسي مقارنة نظرية معرفية: (المفهوم، الأبعاد والمؤشرات) :

حسب الدكتور "نيفين مسعد" الاستقرار السياسي هو: "ظاهرة تتميز بالمرونة والنسبية، وتشير إلى قدرة النظام السياسي على توظيف مؤسساته لإجراء ما يلزم من تغييرات لمجاوبة توقعات الجماهير، واحتواء ما قد ينشأ من صراعات دون استخدام العنف السياسي، إلا في أضيق نطاق دعى لشرعيته وفعالته".² فالاستقرار السياسي لا يعني تجميد الأوضاع القائمة والحفاظ على بقائها على المدى البعيد، بل يمكن أن يتحقق الاستقرار السياسي من خلال وجود آليات سلمية للتداول على السلطة بين قوى سياسية نشيطة في المجتمع، وهذا لا يتحقق إلا بوجود التعددية السياسية، وحرية تكوين الأحزاب السياسية والعمل السياسي، ووجود انتخابات نزيهة ديمقراطية ودورية.³ فدرجة الاستقرار السياسي في أي مجتمع مرتبطة بمدى قدرة وكفاءة النظام السياسي على استيعاب كل الجماعات والمكونات الاجتماعية وخاصة الجماعات الجديدة، ومدى فعاليته في الاستجابة لمطالب كل هذه الفئات، وتحقيق العدالة التوزيعية و ضمان وتوفير الآليات السياسية والقانونية والإجرائية لضمان مشاركتها في العملية السياسية دون تهميش أو إقصاء لأي طرف على حساب طرف أو أطراف أخرى.

النظام السياسي غير المستقر حسب " تيد جور Ted .R. Gurr" هو: "ذلك النظام الذي يفقد السلم وطاعة القانون، وتحدث فيه تغييرات سياسية واجتماعية، وتتم عملية اتخاذ القرارات ليس وفقاً لإجراءات مؤسسة، بل نتيجة لإعمال العنف الجماعي، أي أنه في الحصلة عدوان موجه من قبل الأفراد ضد النظام السياسي".⁴

الاستقرار السياسي هو محصلة أداء النظام في مجالات الشرعية السياسية والعدالة الاجتماعية والتنمية الاقتصادية، وقدرة مؤسسات النظام السياسي على الاستجابة للمتغيرات المحيطة بالبيئة المحلية الداخلية، أو متغيرات البيئة الخارجية سواء الإقليمية أو الدولية، من خلال التغيير التدريجي والمنظم في وسائل التعبير التي

¹ - شاكراً الأثري، الديمقراطية التوافقية: مفهومها ومبادئها (العراق: معهد الدراسات الإستراتيجية، ط. 01، 2007)، ص. 24-26.

² - حسان بن نوى، تأثير الأقاليم على استقرار النظم السياسية في الشرق الأوسط (الإسكندرية: مكتبة الوفاء القانونية، ط. 01، 2015)، ص. 74-75.

³ - إسماعيل صبري عبد الله، "التنمية المستقبلية في منظور المشروع الحضاري"، المستقبل العربي، ع. 269، (2001)، ص. 181.

⁴ - حسين عبد فياض العمر، "ظاهرة عدم الاستقرار السياسي في دول العالم الثالث"، واسط للعلوم الإنسانية، م. 10، ع. 27، (2014)، ص. 567-598.

يستخدمها النظام السياسي، ومضمون هذا التعبير واتجاهه، هو زيادة شرعية وفعالية النظام السياسي دون اللجوء إلى استخدام العنف السياسي.¹ ويمكن تقسيم الاستقرار السياسي إلى بعدين هما:

البعد الأول: الاستقرار السياسي الداخلي: يعني إدارة الصراعات الداخلية من خلال مؤسسات الدولة الرسمية، ومن خلال توازنات القوى الداخلية، وهو مرتبط بقدرة الدولة على الاستجابة لمصادر التوتر والضغط في البيئة الداخلية، والتخفيف منها وتطويرها لخدمة المصلحة العامة للدولة.² ومن بين أهم مؤشرات الاستقرار السياسي الداخلي ما يلي:

01- غياب حالات الاغتيالات السياسية ومحاولات الاغتيال داخل الدولة (عمليات القتل أو محاولة القتل التي تستهدف شخصيات سياسية، الرؤساء، الوزراء....)

02- غياب حالات العصيان والسياسي وأعمال الشغب، والمظاهرات المعادية لشرعية النظام السياسي والحكومة.

03- غياب الإضرابات العامة إلا في إطارها المشروع.

04- غياب الانقلابات العسكرية (هو تغيير غير شرعي في إدارة الحكم).

05- غياب الاعتقالات السياسية وأحكام الإعدام المرتبطة بالقضايا السياسية (إلا في إطارها القانوني).

البعد الثاني: الاستقرار السياسي الخارجي: مرتبط بقدرة الدولة على إدارة مصالحها العليا في الخارج، وحمايتها من التدخلات الخارجية، والتي غالباً ما تسهم في عدم استقرار النظم السياسية، بسبب تأثيرها على مختلف المستويات الداخلية سواء السياسية أو الاقتصادية أو الاجتماعية، أي تناغم الصراع الداخلي مع الخارجي يؤدي إلى عدم الاستقرار السياسي.³ إذاً يمكن أن يأتي عدم الاستقرار السياسي بفعل عوامل خارجية، مثلاً تدخل دولة أجنبية وصياغتها لنظام حكم دولة ما، أو أن تدفع دولة أجنبية لبعض القوى السياسية الداخلية المحسوبة عليها إثارة عوامل عدم الاستقرار السياسي الداخلي.⁴

إن تحقيق الاستقرار السياسي يتطلب قدر كبير من الشرعية، وهو هدف مشترك لكل الأنظمة السياسية في العالم وهذا يتطلب قواعد قانونية مستقرة تطبق بشكل دائم، وتنظيم انتقال السلطة سلمياً بين مختلف القوى

¹ - بشري عبد الباري أحمد، "تحليل العلاقة المالية بين الاستقرار السياسي وبنية الاقتصاد الخفي في عينة مختارة من دول العالم"، تكريت للعلوم الإدارية والاقتصادية، م. 10، ع. 30، (2013)، ص ص. 148-158.

² - عمر ياسين خضيرات، "الطبعة الوسطى وأثرها على الاستقرار السياسي في الأردن (1990-2006)، المستنصرية للدراسات العربية والدولية، ع. 38، (2012)، ص ص. 59-101.

³ - المكان نفسه.

⁴ - عدي عبد مظهر، "النظام الانتخابي وانعكاساته على الاستقرار السياسي (مع نظرة في ضوء الدورة الانتخابية 2010-2014 في العراق)، المستنصرية للدراسات العربية والدولية، ع. 54، (2016)، ص ص. 01-31.

السياسية المشاركة في العملية السياسية، لأن فشل هذا الانتقال قد يؤدي إلى لجوء بعض الأطراف إلى استخدام العنف للوصول إلى السلطة، وهو ما يؤدي إلى حدوث حالة من عدم الاستقرار السياسي.¹

يلجأ بعض الباحثين لدراسة ظاهرة عدم الاستقرار السياسي وتحديد عواملها ومؤشراتها من أجل فهم وتفسير ظاهرة الاستقرار السياسي، وفي هذا الصدد نجد "حمدي عبد الرحمن حسن" الذي عرف عدم الاستقرار السياسي بأنه: "عدم قدرة النظام في التعامل مع الأزمات التي تواجهه بنجاح، وعدم قدرته على إدارة الصراعات القائمة داخل المجتمع بشكل يستطيع من خلاله أن يحافظ عليها في دائرة تمكنه من السيطرة والتحكم فيها، ويصاحبه استخدام العنف السياسي من جهة وتناقض شرعيته وكفاءته من جهة ثانية".² فالعنف السياسي حسب هذا التعريف يعتبر مؤشراً لحالة عدم الاستقرار السياسي والاجتماعي داخل المجتمع وينتج عنه توترات واضطرابات سياسية داخلية، تؤثر على جماعات طائفية أو أقاليم موجودة داخل المجتمع المعني من جهة، كما تؤثر على حالة الاستقرار السياسي واستمرار شرعية النظام القائم من جهة ثانية.

حالة عدم الاستقرار السياسي تؤثر سلباً على الوحدة الوطنية في المجتمعات المتعددة، كونها تعكس حالة الصراعات الداخلية بين مختلف القوى والتيارات السياسية والمكونات الاجتماعية في المجتمع، هذه الصراعات الداخلية قد تتطور إلى حرب أهلية مما يهدد استمرار الدولة وإمكانية انهيارها وتفككها، كما تعرقل حالة عدم الاستقرار السياسي جهود تحقيق التنمية وبناء المؤسسات الديمقراطية. و توجد عدة مستويات لحالة عدم الاستقرار السياسي نذكر منها ما يلي:

- 01- عدم الاستقرار على مستوى النخبة الحاكمة ووظائفها الإدارية والسياسية.
 - 02- عدم الاستقرار اعلى مستوى المؤسسات السياسية والدستورية كالحكومات و الوزارات والبرلمانات.
 - 03- عدم الاستقرار على مستوى السلوك السياسي (لجوء الجهات الرسمية ممثلة في المؤسسات الرسمية الحكومية أو غير الرسمية ممثلة في الأحزاب السياسية والقوى الاجتماعية في المجتمع إلى استخدام العنف).
- في سنة 1964 قام "Brucen Russet" بدراسة حول العلاقة بين عدم المساواة في توزيع ملكية الأراضي وعدم الاستقرار السياسي، هذه الدراسة أجراها "ريست" على 47 دولة، ووصل إلى نتيجة مفادها أن الدول التي شهدت مستويات عالية من الاستقرار السياسي حققت نوع من المساواة في التوزيع، على عكس الدول التي

¹ - أحمد عبد الله ناهي و زيد حسن علي، "إشكالية التعاقب على السططة ومستقبل الاستقرار السياسي في المملكة العربية السعودية"، دراسات دولية، ع. 63، (2015)، ص ص. 23-48.

² - حسان بن نوى، مرجع سابق، ص. 74.

شهدت درجة عالية من عدم المساواة في التوزيع، عرفت مستويات عالية من عدم الاستقرار السياسي، وبالتالي توجد علاقة طردية بين عدم العدالة في التوزيع والاستقرار السياسي.¹

عدم الاستقرار السياسي له الأثر الكبير في تعطل وتأخر المشاريع والبرامج التنموية بكافة قطاعاتها ومستوياتها، من خلال الآثار السياسية لعدم الاستقرار السياسي ممثلة في عدم الاستقرار الأمني والنتائج المترتبة عن هذا الوضع، بالإضافة إلى الآثار الاقتصادية لظاهرة عدم الاستقرار السياسي ممثلة في هجرة رأس المال إلى الخارج، فهذه الحالة من عدم الاستقرار تؤدي إلى هجرة رؤوس الأموال الوطنية إلى موطن أكثر أمناً للاستثمار وضعف مساهمة رأس المال الوطني في العملية التنموية من جهة، وضعف وغياب الاستثمار الأجنبي المباشر وغير المباشر من جهة ثانية، لعدم توفر بيئة سياسية واقتصادية مستقرة وآمنة.² فظاهرة عدم الاستقرار السياسي تؤدي إلى تراجع مؤشرات التنمية، فضلاً عن التبعية السياسية والاقتصادية، إذ لا يمكن أن يوجه الادخار المحلي للمساهمة في العملية الاستثمارية في ظل عدم وضوح في الرؤية، وغياب القانون المنظم لهذه العملية.³

إن تحقيق الاستقرار السياسي يتوقف على مدى فاعلية النظام السياسي في عمله وأدائه السياسي والوظيفي، وفي الاستجابة للمطالب المجتمعية، ووفاء النخب السياسية الحاكمة بتحقيق وعودها الانتخابية من جهة، كما يقتضي- تحقيق الاستقرار السياسي من جهة ثانية توفير الشروط الضرورية لاحتواء مصادر الاستقرار السياسي والاجتماعي، بمعنى على النظام السياسي أن يكون على درجة كبيرة من الفاعلية في توظيف مؤسساته الرسمية المختلفة، وحسن استخدام الموارد المتوفرة من أجل التخفيف من حدة الصراعات التي قد تنشأ دون اللجوء إلى استخدام وسائل العنف المادي، إلا في أضيق الحدود وفي إطار القانون والعمل على فتح وتنشيط قنوات الاتصال السياسي الرسمي وغير الرسمي في مختلف مستويات النظام السياسي لضمان وصول المعلومات، وفتح باب المشاركة السياسية لكل المكونات الاجتماعية دون تمييز، والعدالة في توزيع الخيرات المادية والمعنوية والوظائف بين كل فئات المجتمع، وسيادة القانون كأداة لتوجيه سلوك الأفراد في المجتمع، مما يوفر للنظام السياسي القبول والرضا الشعبي، ويمنحه صبغة الشرعية وتحقيق حالة من الاستقرار السياسي، فالاستقرار السياسي يتحقق عندما يستطيع النظام السياسي القائم تحقيق الأمان الرباعي، من خلال إلغاء مصادر الجهل، المرض، الفقر والخوف.

¹ - Bruken Russet , "Inequality and Instability : The Relation of Land Tenure to Politices", **World Politces**, N.03, (April 1992), p.442.

² - فوزية خدا كرم عزيز، " أثر عدم الاستقرار السياسي على التنمية الاقتصادية في العراق"، **الأستاذ**، م.02، ع. 207، (2013)، ص ص. 85-96.

³ - رشيد باني الظالمي و غسان طارق ظاهر، " إشكالية العلاقة بين التنمية الاقتصادية وعدم الاستقرار السياسي في البلاد النامية (العراق نموذجاً)، **المتن للعلوم الإدارية والاقتصادية**، م. 05، ع. 01، (2015)، ص ص. 86-107.

المحور الثالث : تطبيق الديمقراطية التوافقية في ماليزيا كآلية لتحقيق الاستقرار السياسي في مجتمع متعدد الأعراق والطوائف.

تعاني العديد من الدول غير المتجانسة التركيبية الاجتماعية من حالة عدم الاستقرار السياسي والاجتماعي، نظرا للصراعات الداخلية التي تنشأ بين مختلف القوى والتيارات المشاركة في العملية السياسية أو التي تم إقصاؤها أو تهيمشها، مع ذلك فإن مجموعة من الباحثين والمختصين يؤكدون على أنه يمكن تحقيق الاستقرار السياسي والتخفيف من حدة الصراعات والتوترات الداخلية في المجتمعات المتعددة، من خلال تطبيق الديمقراطية التوافقية، فيمكن في هذه المجتمعات إقرار الديمقراطية والاستقرار السياسي فقط عن طريق إجماع الآراء والتوافق العام بين مختلف مكونات المجتمع ألتعددي، ومساهمة جميع الفرقاء السياسيين في العملية السياسية وفي السلطة¹. ومن بين الدول التي عملت على تطبيق الديمقراطية التوافقية كآلية لإدارة العملية السياسية من أجل تحقيق الاستقرار السياسي، والتخفيف من حدة الصراعات الداخلية بين مختلف مكوناتها الاجتماعية.

Malaysia:

Capital: Kuala Lumpur.

Government type: Constitutional Monarchy.

Independence: 31 August 1957.

Constitution: : 31 August 1957 Amended 16 September 1963.

Administrative Division: 13 State on Federal Territory With Three component : Kuala Lumpur, Labuan, Putrajaya.

أولا : الخصائص الجغرافية و البشرية للماليزيا:

(1)- الخصائص الجغرافية:

تقع ماليزيا في جنوب شرق آسيا قرب خط الاستواء بين خطي عرض 01 درجة و 07 درجة شمالا، وخطي طول 155 درجة و 119 درجة شرقا، تبلغ مساحتها الإجمالية 329.847 كلم مربعا، وهذا يشمل جزيرة ماليزيا (ماليزيا الغربية) وصباح وسرواك وولاية لابوان الفيدرالية (ماليزيا الشرقية) في جزيرة بورنيو، وأما أرخبيل الملايو فهو عبارة عن مجموعة من الجزر المتقاربة، تقع تجاه السواحل الجنوبية الشرقية من آسيا بين المحيطين

1 - مسعود أسد الله، الإسلاميون في مجتمع متعدد: حزب الله في لبنان نموذجا، ترجمة: دلال عباس (لبنان: بيروت، مركز الاستشارات والبحوث، ط. 01، 2004)، ص. 94.

الهادي والهندي، وتعتبر أكبر أرخبيل في العام الذي يتألف من آلاف الجزر التي تكون اندونيسيا والملايو والفيليبين وسنغافورة وبروناي.¹

(2)- الخصائص البشرية:

حسب إحصاء سنة 2010 بلغ عدد سكان ماليزيا 28.3 مليون نسبة، بمعدل نمو سكاني 1.5%، وتكون ماليزيا من مجموعة من العرقيات والإثنيات، حيث توجد 03 أعراق رئيسية هي: الملاويين والسكان الأصليون ويعرفون باسم "بوميبوترا" Bumiputeras بنسبة 67.4%، والصينيين Chinese بنسبة 24.6%، أما الهنديين Indians ما نسبته 7.3%، وأعراق أخرى Others بنسبة 0.7%، يشكل المسلمون Muslims ما نسبته 61.3%، أما البوذيين Buddhists بنسبة 19.8%، والهندوس Hindus بنسبة 6.3%، أما المسيحيين Charitians فيشكلون 9.2%.² ويرجع طبيعة المجتمع الماليزي متعدد الأعراق حسب الدكتور "هدى ميتكيس" إلى الهجرات البشرية الواسعة النطاق والمتتالية، التي جاءت من شرق وجنوب آسيا، والتي أدت إلى التنوع الكبير في التركيبة الاجتماعية في ماليزيا.³

حسب المادة الثالثة (03) الفقرة الأولى (01) من الدستور الماليزي، الدين الإسلامي هو دين الدولة الرسمي، مع حرية ممارسة الشعائر مكفولة لكل الطوائف الأخرى، حيث توجد المسيحية إضافة إلى ديانات أخرى مثل: البوذية والهندوسية والسيخية والعقيدة البهائية..الخ، واللغة الوطنية للبلد هي "بهاسا ماليزيا"، مع ذلك تستخدم اللغة الانجليزية في المرتبة الثانية على نطاق واسع، كما توجد لغات أخرى مثل الصينية والتاميلية.⁴

ثانيا: التكوين السياسي لماليزيا: ينص الدستور الماليزي حسب المادة (04) الفقرة (01)، بأن الدستور هو القانون الأعلى للاتحاد على الإطار القانوني ونظام الحكم على النحو التالي:⁵

01- تأسيس ماليزيا في شكل اتحاد.

02- توزيع السلطات بين الاتحاد والولايات.

03- تأسيس ملكية دستورية.

¹ - عمر كميوش، "ترسيخ الحكم الراشد كمدخل لتحقيق التنمية المستدامة: مقارنة تحليلية دراسة في واقع التجربة الماليزية"، مذكرة ماجستير في العلوم السياسية، قسم العلوم السياسية، جامعة المسيلة، 2014-2015، ص. 85.

² - David Chew Huat Hock, " Striving for Regime Change 1998-2014 Opposition Contestation in Multi-Ethnic Malaysia", Thesis is Presented for The Degree of Doctor of Philosophy of The University of western Australia, 2015, pp.01,02.

³ - هدى ميتكيس، "التجربة التنموية في ماليزيا"، في: الإسلام السياسي (النموذج الماليزي) (الإمارات العربية المتحدة: دبي، مركز المسبار للدراسات والبحوث، ط. 02، 2012)، ص. 232.

⁴ - عمر كميوش، مرجع سابق، ص. 87.

⁵ - المرجع نفسه، ص. 99.

04- تشكيل حكومة برلمانية على غرار الحكومة البريطانية.

حصلت ماليزيا على استقلالها في 31 أوت 1957، و بعد 07 سنوات من استقلالها عن بريطانيا، وتحديدًا بتاريخ 16 سبتمبر 1963 شكلت مع كل من سنغافورة وصباح وسراوك ما يعرف بإتحاد ماليزيا، وبعد سنتين (09 أوت 1965) خرجت سنغافورة من الإتحاد وأصبحت دولة مستقلة بذاتها.¹ حاليًا ماليزيا تتكون من 13 ولاية و03 ولايات فيدرالية: كولا لمبور سنة 1974، لابوان سنة 1984 وبوتراجيا سنة 2001، عاصمتها الرسمية كوالالمبور، أما عاصمتها الإدارية فهي بوتراجيا.

The Three Federal Territories or as Follows: Kuala Lumpur Was Mad a Federal Territory in 1974, Labuan Was Mad a Federal Territory in 1984, and Putrajaya Which Was Created as a Federal Territory in 2001, The Administrative Capital of Malaysia is How Putrajaya.²

بعد الإعلان عن نتائج الانتخابات في ماي 1969 عرفت ماليزيا أعمال عنف وأحداث شغب وصراعات عرقية بداية من 13 ماي 1969 بسبب هذه النتائج، مما أسفر عن العديد من القتلى (143 قتيل من الصينيين و25 من الملايو) من أبناء الشعب الماليزي، وبعد هذه الأحداث تبنت الحكومة الماليزية سياسة اقتصادية جديدة 1970- New Economic Policy (NEP) من أجل إعادة هيكلة المجتمع الماليزي وتحقيق التوازن بين مختلف العرقيات والإثنيات المكونة له.³

أعطت هذه الأحداث التي شهدتها ماليزيا في ماي 1969 مؤشرا قويا على ضرورة اتخاذ إجراءات عاجلة لمواجهة تصاعد التوترات والصراعات العرقية والعمل على استيعابها وتخفيف منابها حتى لا تتكرر مرة ثانية، إذ كشفت هذه الأحداث على مدى هشاشة السلام الاجتماعي الذي عاشته البلاد منذ حصولها على استقلالها سنة 1957، وهو دليل على عجز الحكومة الماليزية في تحقيق التقارب والتعاون بين المكونات العرقية الرئيسية الثلاثة ممثلة في الملايو والصينيون والهنديين، وتزايدت الانتقادات لحكومة "تنكو عبد الرحمان" لفشله في تهدئة التوتر العرقي، وبناء على ذلك قدم استقالته سنة 1970، ليأتي بعده رئيس الوزراء الثاني "تون عبد الرزاق" الذي عمل على تحقيق الانسجام العنصري والاندماج الوطني والاستقرار السياسي، فأحداث 1969

¹ - Loura L Thornton, " Malaysia," in Peter M. Manikas and Loura L.Thornton (ed) , **Political Parties Asia Promoting Reform and Combating Corruption in Eight Countries** (United States of America : Washington, National Democratic Institute for International Affair, 2003), p.114.

² - Gordon P Means, "Malaysia (The Federation Malaysia)," Handbook of Federal Contries, 2005, pp. 183-193.

³ - Johansson G , "On The Challenge to Competitive Authoritarianism and Political Patronage in Malaysia", Stockholm – School of Economics Asia Working Paper, N.29, (February 2014), P.09

فرضت ضرورة مراجعة كيفية الاستجابة لمصالح الجماعات العرقية المختلفة في المجتمع الماليزي متعدد الأعراق، من أجل تعزيز الوحدة الوطنية والتكامل الوطني.¹

1- الفيدرالية والحكم المحلي في ماليزيا: أفضت فكرة الاتحاد إقامة دولة واحدة تديرها حكومة واحدة، بينما أقرت فكرة الفيدرالية بوجود دول (ولايات) بمثابة مكونات تكون مجموعها الفيدرالية، وتعزز تحديد مدى استقلال هذه المكونات في اتفاقية ثنائية، وبالتالي تحديد مدى السلطة الفيدرالية على هذه الدول (الولايات)، وبناء على ذلك شكلت حكومة فيدرالية متماسكة، واستفادتها الولايات من كافة السلطات التي تمتعت بها عندما كانت محميات بريطانية، وقد ترأس مجلس كل ولاية رئيس وزراء يسمى حاكم الولاية، فانطلقت المرحلة الأولى من فيدرالية ملايا غداة تأسيس اتحاد الملايو الفيدرالي في فيفري 1948، وبدأت مرحلة ثانية يتمتع فيها الشعب بحكم ذاتي، وكانت فيدرالية ماليزيا المستقلة ملكية دستورية وفقاً للديمقراطية برلمانية، ولن تزيد مدة بقاء الحكومة المنتخبة في السلطة على خمسة سنوات، مع إمكانية طلب الحكومة من الحاكم الأعلى (الملك) حل البرلمان وإجراء انتخابات عامة في أي وقت لانتخاب برلمان جديد وتشكيل حكومة جديدة.²

لماليزيا نظام حكم ديمقراطي وفيدرالي تتقاسم السلطة السياسية فيه حكومة مركزية و 13 مجلساً تشريعياً في الولايات وحكومات الولايات (باستثناء صباح وسراوك) القليل من السلطات، وتشرف حكومات الولايات على إدارة الأراضي والحكومة المحلية والإسكان والخدمات الاجتماعية وتوفير المياه... إلخ، وتملك الحكومة الفيدرالية من خلال المجلس الوطني للحكم المحلي مسؤولية تنسيق أعمال المجالس المحلية والبلديات ومجالس المدن، معظم الولايات لها مناطق إدارية باستثناء ولاية "برليس" كونها صغيرة جداً و "سراوك وصباح" كونها كبيرتان واشتمالهما على مناطق ثانوية، وتتركز السلطة التنفيذية للولاية في يد حاكم الولاية، وكل ولاية لها مجلسها التنفيذي الخاص أو حكومتها التي تقدم النصح لحاكم الولاية، وكل منها (حاكم الولاية والحكومة المحلية للولاية) خاضع لمساءلة المجلس التشريعي. ويوجد على مستوى الأقاليم التابعة للماليزيا هيئتين هما:³

أ- مؤتمر الحكام: هو بمثابة هيئة رسمية تم تأسيسه بموجب دستور 1948 (دستور الملايو)، ويتشكل من سلاطين وحكام الولايات (تسعة حكام وارثين وأربعة غير وارثين)، وظيفته الأساسية انتخاب الملك ومندوبه، كما يقوم بالوظيفة الاتصالية بين الحكومة الفيدرالية وحكومات الولايات، ويحضر اجتماعاته من قبل الملك ورئيس الوزراء يقوم بما يلي (انتخاب وعزل الملك ونائبه، مناقشة مسائل السياسة الوطنية، قبول أو رفض أي قانون بعد التشاور مع أعضاء مؤتمر الحكام... إلخ).

¹ - وفاء لطفي حسين عبد الواحد، التجربة الماليزية في إدارة مجتمع متعدد الأعراق والدروس المستفادة للمنطقة العربية: دراسة لحالي الأفارقة الزنوج في جنوب السودان والأكراد في العراق (مصر: المكتبة المصرية للنشر والتوزيع، 01، 2010)، ص 100-103.

² - محمد مهاتير، طبيب في رئاسة الوزراء: مذكرات الدكتور محمد مهاتير، ترجمة: أمين الأيوبي (بيروت: الشبكة العربية للأبحاث والنشر، ط. 01، 2014)، ص 177-189.

³ - عمر كعبوش، مرجع سابق، ص 101-103.

ب- **المجالس التشريعية والتنفيذية:** تعقد المجالس لمناقشة الموضوعات التي تتعلق باختصاصاتها، ويقوم المواطنون بانتخاب ممثلين لهم في المجالس التشريعية لمدة 05 سنوات، وينتمي أغلبهم إلى أحزاب سياسية. كما تتركز السلطة التنفيذية للولاية بيد حاكم، حيث تتمتع حكومة كل ولاية بدستورها الخاص ومجلس وزراء يرأسه كبير وزراء الولاية، فالمجالس التنفيذية هي بمثابة مجالس وزارة لحكومات الولايات، ويوجد الرئيس المحلي التنفيذي، ووظيفته تشبه إلى حد كبير وظيفة رئيس الوزراء في الحكومة الفيدرالية.

2- الهيئات السياسية المكونة للنظام السياسي الماليزي الفيدرالي:

أ - **السلطة التنفيذية:** تمثلت في الملك ومجلس الوزراء، فالملك حاكم أعلى يعرف في الدستور باسم (أغونغ)، منتخبا من قبل الحكام من بينهم لولاية مدتها 05 سنوات، يكون عاهلا دستوريا من دون سلطة تنفيذية، ويكون الرمز الحي في الشكل، والمضمون الثقافي الملايوي والسيادة الوطنية.¹ أما مجلس الوزراء فيتكون من رئيس الوزراء ومجموعة من الأعضاء الذين يتم اختيارهم من البرلمان، وتناط السلطة التنفيذي إلى هذا المجلس تحت رئاسة رئيس الوزراء.² فالسلطة التنفيذية في ماليزيا لا تختلف عما هو موجود في الأنظمة البرلمانية من حيث وجود ملك دستوري يقوم بوظائف تشريعية، مع وجود مجلس وزراء يتولى الوظائف الأساسية والرسمية ممثلة في تنسيق السياسة الحكومية وتحل أعباء المسؤولية.³

ب- **السلطة التشريعية:** هي البرلمان الفيدرالي، وتتكون السلطة التشريعية من مجلس الشيوخ Consists of Senate ويسمى (ديوان نيجار Dewan Negara)، ويتكون من 70 عضوا ينتخبون لمدة 03 سنوات، 26 عضو منهم ينتخبون على مستوى 13 ولاية، و 44 عضوا يعينون من طرف الملك، وظيفته الرئيسية فحص تفاصيل النشاطات التشريعية لمجلس النواب مع تقديم وجهة نظر تتعلق بتحسين التشريع المقرر من طرف هذا المجلس (النواب)، أما مجلس النواب The House of Representative، ويسمى (ديوان راكيات Dewan Rakyat)، هو ديوان الرعية ويتكون من 219 عضوا ينتخبون لمدة 05 سنوات.⁴

ج - **السلطة القضائية:** تتألف السلطة القضائية من المحكمة الاتحادية ومحكمة الاستئناف والمحكمة العليا في شبه جزيرة ماليزيا، والمحكمة العليا في "صباح" وكذلك المحكمة العليا في "سراوك"، ويعد قاضي القضاة بمثابة رئيس السلطة القضائية، ويتم تعيينه هو ورئيس محكمة الاستئناف وقاض قضاة المحاكم العليا وقضاة المحكمة الفيدرالية من قبل الملك بناء على اقتراح رئيس الوزراء، بعد استشارة مؤتمر الحكام، وللسلطة القضائية على تحديد ومراقبة شرعية القوانين، كما أنها لها سلطة تفسر الدستور الاتحادي ودستور الولايات، والفصل القضائي في

¹ - محمد مهاتير، مرجع سابق، ص. 188.

² - عمر كميوش، مرجع سابق، ص. 105.

³ - المرجع نفسه، ص. 105.

⁴ - United Nation, "Malaysia Public Administration.. Country Profile," D P AOM , (November 2005), p.05.

النزاعات بين الولايات من جهة، وبين أي ولاية والحكومة الفيدرالية من جهة ثانية.¹ وحسب الدكتور محمد مهاتير، يكفي المحاكم والقضاة أن يكونوا بعددين عن تدخل الهيئات التنفيذية والتشريعية، ولا يمكن استخدام ضغوط على شكل تهديدات بإقالتهم بغرض التأثير على قراراتهم، وهناك قضايا كثيرة في ماليزيا حكمت المحاكم فيها ضد الحكومة أو حزب الحكومة.²

(3)- إدارة العملية السياسية في ماليزيا: يصنف علماء السياسة هذا النظام، و انطلاقاً من خصائص النظام السياسي الماليزي، بأنه نظام شبه ديمقراطي أو نصف ديمقراطي أو ديمقراطية معدلة، بمعنى أن النظام السياسي الماليزي يمزج بين الديمقراطية والاستبداد.

Political Scientists have Categorist The Malaysia Quasi Democracy, Semi democracy, or Modified Democracy According To on Summary, Hat ever Their Theoretical Assumption These Characterization Implied The Political System Was Perched Uneasily Between Democracy and Authoritarianism.³

يعكس المشهد السياسي في ماليزيا، دور مشاركة مختلف الفئات الإثنية والجماعات العرقية في العملية السياسية، كون مختلف التيارات والقوى الموجودة في المجتمع تحظى بفرصة المشاركة في عملية صناعة القرارات ورسم السياسات العامة، فضلاً عن إدارة شؤون البلاد على جميع المستويات، لذلك تعرف ماليزيا تعددية سياسية وحزبية، حيث توجد الأحزاب المشاركة في الائتلاف الحاكم، والتي لا يقل عددها عن 14 حزبا سياسيا، كما توجد الجبهة المعارضة التي تضم أكثر من 30 حزبا سياسيا، هذه التعددية الحزبية تعكس التركيبة العرقية للمجتمع الماليزي، ولتجنب المجتمع الدخول في دوامة الصراعات العرقية والإثنية، وتعد الأحزاب المشاركة في الائتلاف (التنظيم القومي أو الجبهة الوطنية) اتحادا فيدراليا للأحزاب السياسية، وهي تمثل شعب ماليزيا بغض النظر عن العرق أو الجنس أو الدين، وهي تتكون من 14 حزبا سياسيا (منظمة الملايو الوطنية، المؤتمر الهندي الماليزي، الاتحاد الماليزي الصيني، حزب الحركة الشعبية الماليزية،...الخ)، بالمقابل نجد الجبهة المعارضة التي تمثل الائتلاف البديل (الحزب الإسلامي الماليزي، حزب العدالة الوطنية، حزب العمل الديمقراطي،...الخ).⁴

¹ - ماهر جبار الخليلي، " سياسة الإسكان في ماليزيا وإمكانية الإفادة منها - دراسة تاريخية اقتصادية، " الغري للعلوم الاقتصادية والإدارية، عدد خاص بمؤتمر الإسكان، (2015)، ص ص. 228 - 238.

² - محمد مهاتير، موسوعة الدكتور مهاتير بن محمد رئيس وزراء ماليزيا، الكتاب الخامس : ماليزيا، ترجمة: عبد الرحمان الشيخ وآخرون (لبنان: بيروت، دار الكتاب اللبناني، م. 05، ط. 01، 2004)، ص. 22.

³ - Suara Rakyat Malay, "Freedom of Expression and the Media in Malaysia," Part of Series of Baseline Studies on Seven Southeast Asian Countries, Article 19, Kuala lumpur, (December 2005), p. 15.

⁴ - عمر كعبوش، مرجع سابق، ص ص. 121، 122.

يرى الدكتور محمد مهاتير أن حكومة الجبهة الوطنية، هي حكومة ديمقراطية لكنها لا تنبع تلك الجماعة التي تعبد الديمقراطية كهدف في حد ذاتها، وهي تعتبر الديمقراطية وسيلة لاختيار الحكومة، ويمكن للشعب أن يختار إعادة نفس الحكومة بشكل متكرر إذا أراد ذلك، لكن لا بد أن يكون له حق الاختيار، ولابد من انتخابات على فترات محددة، ومن حق الشعب أن يختار من يمثله ومن يشكل الحكومة، أما بالنسبة للحكومة فمن واجبها ومن حقها أن تحكم بالطريقة التي ترضي الناس وتقتنعهم بالاستمرار في وضع ثقتهم في الحكومة، ويقدر ما يجب أن يعرف الشعب كيف يستخدم الديمقراطية في الحصول على أفضل حكومة له، بقدر ما يجب أن تعرف الحكومة كيف تحكم حتى تحتفظ بالدعم الديمقراطي من الشعب وتطوره من أجل استمرار حقها في الحكم.¹ ويؤكد "مهاتير" على أنه ليس كل الذي بشر- به الديمقراطيون الغربيون اللبراليون يجب أن يمارس من قبل الماليزيين، وإنما نحن الذين نختار الأفضل لنا، أو نهمل الأسوأ أو غير المجدي.²

حدد النظام السياسي الماليزي صلاحيات الحكم بالشعب ومثليه البرلمانيين، والذين يعكسون واقع التعدد العرقي والديني والإثني والاقسام الجغرافي، ولذلك بدأت السياسة الماليزية بالارتكاز على تبني مشاريع التنمية عبر الأحزاب السياسية والحكومات على المستوى المحلي، التي تتبنى تجميع وتمثيل مصالح الفئات الاجتماعية والتعبير عنها، مما جعل عملية صناع القرار في السياسة الداخلية والخارجية أكثر ثباتاً واستقراراً، لذلك ترسخت ديمقراطية توافقية دستورية حظيت بمساندة وتأييد الشعب الماليزي على اختلاف مكوناته وطوائفه، مما عزز من سلطة الحكومة الفيدرالية على تنفيذ سياساتها بنجاح، وعلى هذا النحو ترسخت قيم الديمقراطية الغربية بشكل متنازع مع القيم الماليزية الآسيوية الإسلامية.³

استطاع الماليزيون تطوير عقد اجتماعي، وهو أحد عناصر نجاح التجربة الماليزية، وأحد ضمانات استمرارها، من خلاله تم الاعتراف بالتنوع العرقي والديني والطائفي، والعمل على معالجة الاختلافات الموجودة بين هذه التكوينات، ومعالجة العوامل المغذية للانقسامات من أجل تحقيق التعايش السلمي، وتحسين مستويات الاستقرار السياسي والاجتماعي، وقد أسهم وجود قيادات سياسية واعية ذات رؤية إستراتيجية في إنجاح ذلك، من خلال تكريس وحماية حقوق كل المكونات الاجتماعية دون تمييز، وفتح باب المشاركة في المسؤولية والحياة السياسية لمختلف القوى والتيارات الفاعلة في الحياة السياسية.⁴

لقد تميز النظام السياسي الماليزي بالمرونة، وهذه الخاصية مكنته من استيعاب الاختلافات والتباينات العرقية والإثنية والطائفية الموجودة في المجتمع، مما ساعده على تحقيق مستويات مقبولة من الاستقرار السياسي

¹ - محمد مهاتير، مرجع سابق، ص. 13.

² - مصطفى محمود منجود، "الإسلام والحركة السياسية في فكر محاضير محمد"، في سيف الدين عبد الفتاح والسيد صديقي عابدين (محرران)، الأفكار السياسية الآسيوية الكبرى في القرن العشرين (القاهرة: مركز الدراسات الآسيوية، 2001)، ص. 222.

³ - عقيل وصفي، "السياسة الخارجية الماليزية تجاه دول جنوب شرق آسيا (الآسيان)، المارة، م. 17، ع. 04، (2011)، ص. 311-346.

⁴ - محسن صالح، "فضايا النموذج السياسي الماليزي وإدارة الاختلاف"، مركز الجزيرة للدراسات، (21 يونيو 2012)، ص. 04.

والاجتماعي، كون النخبة الحاكمة الماليزية عملت على تحقيق التوازن والعدالة بين مختلف التكوينات الاجتماعية، مع العمل على ترسيخ مفهوم المواطنة والوحدة الوطنية، ومن أجل تعزيز هذا الوضع وضعت النخبة الحاكمة الماليزية ضمن أولوياتها مجموعة من النقاط ندرجها على النحو التالي:¹

- 01- تنمية الموارد البشرية والتضامن القومي.
- 02- تنمية وتطوير العلاقات العرقية، ومعالجة قضية عدم المساواة الاقتصادية الاجتماعية.
- 03- التوزيع العادل للثروة، وإصلاح مستوى واستدامة جودة حياة الماليزيين.
- 04- تقوية قدرات البلاد المؤسساتية والتنفيذية.
- 05- الشراكة مع القطاع الخاص ومؤسسات المجتمع المدني في معالجة القضايا المتعلقة بالفساد والنزاهة في مختلف القطاعات.

مند استقلال ماليزيا في سنة 1957 إلى يومنا هذا حكمها ستة (06) رؤساء وزارة، وهذا ما يشير إلى حالة الاستقرار النسبي الذي عاشته ماليزيا، وهم على التوالي:²

- 01- تنكو عبد الرحمان (1957- 1970).
 - 02- تون عبد الرزاق حسين (1970- 1976).
 - 03- تون حسين عون (1976- 1981).
 - 04- محمد مهاتير محمد (1981- 2003).
 - 05- عبد الله أحمد بدوي (2003- 2009).
 - 06- نجيب بن تون عبد الرزاق (2009- إلى يومنا هذا).
- تمتعت ماليزيا نسبيا بحالة من الاستقرار السياسي مند استقلالها سنة 1957 إلى يومنا هذا، ويظهر ذلك من خلال مجموعة من المؤشرات التالية:³
- 01- حالة الاستقرار السياسي، حيث انتظمت الانتخابات الديمقراطية الحرة في مواعدها، ولم تحدث أي انقلابات.

02- حالة من التوافق والتعايش السلمي بين مختلف الأعراق والطوائف السياسية والدينية.

03- تطور اقتصادي انعكست فوائده على مجمل شرائح المجتمع الماليزي.

¹ - عمر كميوش، مرجع سابق، ص. 146.

² - محمد صادق إساعيل، التجربة الماليزية..مهاثير محمد والصحة الاقتصادية (القاهرة: العربي للنشر والتوزيع، 2014)، ص ص. 28-31.

³ - محسن صالح، مرجع سابق، ص. 01.

04- استقرار في الأمن الداخلي.

التنوع العرقي والإثني في ماليزيا ساعد أكثر مما عرقل من خلال تحالفات وتكوينات ساهمت في بلورة الاستقرار السياسي والاجتماعي، لأن تأكيد ارتباط الانتماء العرقي رسمياً بالعملية السياسية، عمل على تعزيز كفاءة ومصادقية مؤسسات الحكم في ماليزيا، هذه الأخيرة التي عملت على تبني أنظمة محلية استوعبت مختلف الأعراق والإثنيات وتشكيل حكومات محلية عن طريق تحالفات بين جماعات عرقية مختلفة.¹ فقد عملت النخبة الحاكمة في ماليزيا على توفير مناخ مواتي للاستقرار السياسي، والذي يمثل بدوره أحد أهم ركائز التنمية السياسية، وفقاً لرؤية القيادة في قبول قدر أقل من الديمقراطية في سبيل ضمان أكبر قدر من الاستقرار السياسي، وقد حضت القيادة الماليزية بقدر ملحوظ من الشرعية عدا فترات من التذبذب، ويرجع ذلك إلى موقع المتغير الثقافي في العملية السياسية.²

الاستقرار السياسي في ماليزيا قائم على تحالف الأعراق أو اللاعبين الكبار المشاركين في العملية السياسية وتعاونهم، حيث تحالف أكبر حزب للملايو مع أكبر حزب للصينيين مع أكبر حزب للملنود، وتطور هذا الائتلاف ليشكل الجبهة الوطنية التي اتسعت ل: 14 حزبا سياسيا، ومالت هذه الأحزاب السياسية إلى التوافق، وحل مشاكله وخلافاتها دون اللجوء إلى العنف أو الابتزاز السياسي، بل عن طريق الرضا والقبول.³

خاتمة:

من خلال هذه الدراسة يمكن القول أن نموذج الديمقراطية التوافقية، يعتبر آلية لإدارة الحكم والعملية السياسية في المجتمعات المنقسمة، ذات التركيبة غير المتجانسة، من خلال بلورة وفاق سياسي قائم على التعاون بين مختلف القطاعات المشكلة للمجتمع التعددي، من أجل تحقيق الاستقرار السياسي والمحافظة على الوحدة الوطنية للدولة.

ماليزيا استطاعت مواجهة مشكلة التعددية العرقية والإثنية والدينية، من خلال بناء نظام سياسي يقوم على أساس التعاون بين مختلف التكوينات والتيارات السياسية المشاركة في العملية السياسية، مما ساعدها على تدعيم شرعيتها السياسية الديمقراطية، بما يضمن مناخاً مواتياً هياً سبل استقرار مؤسساتها السياسية (الحكومة الفيدرالية، والبرلمان)، والاستقرار السياسي والاجتماعي بصفة عامة، فالنخبة الحاكمة في ماليزيا تمكنت من إدارة تعدداتها الاجتماعية غير المتجانسة بنجاح، فوجود هذه التعددية في التركيبة وتعدد الأحزاب السياسية لم يعد يشكل أي تهديد لحالة الاستقرار السياسي داخل الدولة الماليزية، وتحقيق الاندماج الوطني والمحافظة على وحدتها الوطنية، كون ماليزيا منذ استقلالها سنة 1957 استطاعت تحقيق مستويات مقبولة من

¹ - عمر كميوش، مرجع سابق، ص. 116.

² - هدى ميتكيس، مرجع سابق، ص. 222، 223.

³ - محسن صالح، مرجع سابق، ص. 09.

الاستقرار السياسي (نسيا)، باستثناء الصراعات العرقية وأعمال الشغب التي عرفتها سنة 1969، والتي خلفت حوالي 200 ضحية من أبناء الشعب الماليزي، ولقد عملت النخبة الحاكمة الماليزية في إطار إستراتيجية الديمقراطية التوافقية من أجل معالجة هذه المسألة، لتجنب البلاد الوقوع في أزمات مماثلة، من خلال إشراك كل الفواعل والتيارات في العملية السياسية، وتحقيق العدل والمساواة وسيادة القانون كأداة لتوجيه سلوك الأفراد في المجتمع الماليزي، وتحقيق الاستقرار السياسي الذي يعتبر عملا مساعدا في تحقيق التنمية الاقتصادية والتطور الذي حققتها ماليزيا في السنوات الأخيرة.

مفهوم الملكية العقارية المحمية جزائيا في قانون العقوبات الجزائري*
العربي شحط محمد الأمين: باحث وطالب دكتوراه- كلية الحقوق. جامعة وهران 2.

الملخص بالعربية:

تجسيدا للمبدأ الدستوري القاضي بحماية حق الملكية العقارية، فإن المشرع الجزائري قد تدخل من خلال نص المادة 386 من قانون العقوبات لردع كل إعتداء مادي على هذه الحق العقاري أو العيني العقاري. غير أن مفهوم الملكية العقارية في القانونين المدني والعقاري يختلف عن مفهوم الملكية في القانون الجزائري. وعلى هذا الأساس يبقى النص الجزائي المتعلق بجريمة التعدي على الملكية العقارية قاصرا على إستيعاب كافة المفاهيم التي تثار بهذا الشأن، لاسيما فيما يتعلق مفهوم الحياة العقارية، مما يؤدي إلى تفسير موسع لبعض المصطلحات الجزائية، مع ما يشكله ذلك من إشكالات قانونية. وسنتولى من خلال هذا البحث دراسة الجوانب القانونية والعملية التي يثيرها تطبيق نص المادة 386 من قانون العقوبات، مبينين تطبيقاتها من خلال إجتهادات المحكمة العليا.

Résumé :

La reforme constitutionnelle entamée en Algérie conformément à la loi 01-16 du 06 mars 2016 a mis en œuvre un ensemble de principes constitutionnels qui confèrent un caractère sacré doit de la propriété

publique et prive reconnue ou non conformément à un titre juridique. C'est ce qui ressort des articles 02,22 , et 64 de la constitution.

En effet , l'article 18 de la constitution stipule que la propriété publique est un bien de la collectivité nationale, de même l'article 22 stipule que l'expropriation ne peut intervenir que dans le cadre de la loi et elle donne lieu a une indemnisation juste et équitable. L'article 64 confère a la propriété privé une protection et une garantie constitutionnelle.

En conséquence, le législateur a légiféré certains textes qui incriminent toute atteinte à la propriété immobilière publique et privé en absence de tout titre quel qu'il soit.

c'est ce que nous étudierons à travers l'analyse de textes de l'article 386 du code pénal Algérien suivi Par la jurisprudence de la cour suprême.

تمهيد:

جسد التعديل الدستوري الذي عرفته الجزائر بموجب القانون رقم 01-16 المؤرخ في 06 مارس 2016 مجموعة من المبادئ الدستورية التي تقدر حق الملكية عامة كانت أو خاصة، ثابتة بموجب سند قانوني أو بدون سند، وهذا ما يستفاد من استقرار أحكام المواد 02، 22 و 64 من الدستور.

بالفعل إن نص المادة 18 يؤكد على أن الملكية العامة هي ملك للمجموعة الوطنية، كما حرصت المادة 22 على عدم نزع الملكية إلا في إطار القانون ومقابل تعويض عادل ومنصف، وأما المادة 47 فأكدت على ضمان الدولة، بمختلف مؤسساتها، عدم انتهاك حرمة المسكن، وأخيرا أضفت المادة 64 على الملكية الخاصة حماية وضمانة دستورية.

وتعكس هذه الحماية من خلال إصدار المشرع لعدة نصوص قانونية وإجرائية من شأنها تجريم كل اعتداء على حق الملكية العامة وكذا الملكية الخاصة للعقار، ولو كانت بدون سند. هذا ما سنتعرض إليه من خلال تحليلها لأحكام المادة 386 من قانون العقوبات المعدلة بموجب القانون 06-23 بتاريخ 20 ديسمبر 2006 والتي جاءت تحت عنوان التعدي على الأملاك العقارية.

إن مضمون نص المادة 386 من قانون العقوبات يشير عدة تساؤلات قانونية بالموازاة، مع الحكمة من تأكيد الدستور الجزائري على أن الملكية الخاصة مضمونة، وأن القانون يعاقب كل من يعتدي على ملكية الغير، سواء كان حاملا لسند ملكية أو مجرد حائز للعقار على الاعتداءات، بغض النظر عن الملكية العامة، والتي لا تجوز حيازتها حيازة من شأنها أن تؤدي إلى تملكها، ما عدا تلك الحيازة التي تأخذ طابعا استغلاليا، وهو أمر جائز قانونا.

أولا: مضمون نص المادة 386 من قانون العقوبات الجزائري

بالرجوع إلى نص المادة 386 من قانون العقوبات فإنه وبصرح العبارة يؤكد أن محل الجريمة هو الملكية العقارية التي يعتدى عليها عن طريق الإسراع باستعمال الخلسة أو الطرق التدليسية.

وقبل الخوض في غمار إشكالية الحماية الجزائية للملكية العقارية، لاسيما الخاصة منها، يجدر التذكير أن إثبات الملكية العقارية يكون وفقا للنظام القانوني الجزائري بإحدى الوسائل التالية:

- السندات التوثيقية كما تؤكد عليه المادة 328 مكرر من القانون المدني.
- السندات العرفية حسب مفهوم المادة 324 من القانون المدني.
- السندات القضائية وفق أحكام المادة 284 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.
- السندات الإدارية الصادرة عن الهيآت الإدارية المختصة، مع مراعاة في كل الأحوال إجراء الشهر العقاري المنصوص عليه في المادة 793 من القانون المدني وكذلك ما نصت عليه القوانين الخاصة.

و تثير جنحة التعدي على الملكية العقارية بوصفها المنصوص عليه في المادة 386 من قانون العقوبات عدة تساؤلات قانونية هذا يعود بالدرجة الأولى إلى اختلاف قراءة النص في نسخته العربية مقارنة بالنسخة الفرنسية. وبالرغم من أن النص العربي هو الأصل وفق أحكام المادة 3 من الدستور الجزائري التي تنص على أن اللغة العربية هي اللغة الوطنية الرسمية، وهو الواجب التطبيق في حالة وجود تعارض، إلا أنه يحدث أن يكون النص الفرنسي هو الأصح، ذلك أن نصوص قانون العقوبات الجزائرية وضعت في الأصل سنة 1966 باللغة الفرنسية تم ترجمت إلى العربية، مع ملاحظة هامة وهو أن الترجمة، في بعض الأحيان كانت حرفية، وتمت بصورة رديئة في بعض الأحيان، الأمر الذي انعكس سلبا على فحوى النص، وبالتالي خلق تذبذبا وتناقضا في الأحكام القضائية من جهة، ومساسا بحقوق المتقاضين من جهة أخرى، وهو ما نلمسه من خلال تعامل القضاء، على مختلف مستوياته، مع جنحة التعدي على الملكية العقارية.

ثانيا: طبيعة العلاقة بين العقار المعتدى عليه والغير صاحب الحق.

إذا كان المبدأ أن الملكية عامة أو خاصة أمر مقدس يحكم الدستور، وأن القانون يعاقب كل من اعتدى على ملكية الغير سواء كان بحوزته سند أو بدون سند، كما هو الأمر بالنسبة لحائز العقار، مع أن الملكية العامة لا يجوز حيازتها حياة تؤدي إلى التملك وإنما يسمح فقط بالحيازة الاستغلالية، فإن السؤال المطروح، و انطلاقا من قراءة نص المادة 381 من قانون العقوبات باللغتين العربية ثم الفرنسية يثير إشكالية جدية تعثر القضاء الجزائري في العديد من المناسبات الإجابة عنها والفصل فيها بصفة نهائية.

1 (موقف القانون المقارن من المسألة.

بالرجوع إلى كل من قانون العقوبات الفرنسي القديم، وكذلك الحديث، فإنها لم يتضمننا نصا خاصا يتعلق بجنحة التعدي على الملكية العقارية كما جاء في قانون العقوبات الجزائري، بينما تعرض قانون العقوبات المصري إلى موضوع حماية الملكية العقارية بموجب المواد من 369 إلى 373 تحت عنوان إنتهاك حرمة ملك الغير، واعتبر دخول عقار يحوزه الغير بهدف منع حيازته بالقوة جريمة، بمعنى أن المشرع المصري يجرم صراحة التعدي على الحيازة العقارية، مما كانت طبيعة هذا العقار، وبهذا النص تفادى المشرع المصري الإشكالية القانونية التي يثيرها تطبيق المادة 386 من القانون العقوبات الجزائري حول تحديد طبيعة حماية العقار ليشمل كلا من حق الملكية والحيازة.

2) موقف المشرع الجزائري من طبيعة الحق المعتدى عليه.

من استقراء محتوى المادة 386 من قانون العقوبات الجزائري يظهر جليا أن جنحة التعدي على الملكية العقارية وبكافي الجرائم تقوم على أركان أساسية ثلاثة واجب توافرها لإدانة مرتكب الجريمة وتطبيق العقوبات المقررة عليه وهي الركن الشرعي والركن المادي والركن المعنوي⁽¹⁾.

فأما بالنسبة للركن الشرعي لجنحة التعدي على الملكية العقارية، وهو موضوع هذا البحث، فلقد نصت المادة 386 من قانون العقوبات على ما يلي:

يعاقب بالحبس من ستة إلى خمس سنوات وبغرامة من 20.000 إلى 100.000 دج كل من انتزع عقارا مملوكا للغير، وذلك خلصة أو بطرق التدليس.

و إذا كان انتزاع الملكية قد وقع ليلا بالتهديد أو العنف أو بطريقة التسلق أو الكسر- من عدة أشخاص أو مع حمل السلام ظاهرا أو محبا بواسطة واحد أو أكثر من الجناة، فتكون العقوبة الحبس من سنتين إلى عشرة سنوات والغرامة من 20.000 إلى 100.000 دج.

أما النص باللغة الفرنسية فهو كالتالي:

-Est puni d'un emprisonnement d'un (1) an à cinq(5) ans et d'une amende de vingt mille(20.000) à cent mille (100.000) DA quiconque ,par surprise ou fraude ,dépossède autrui d'un bien immeuble si la dépossession a eu lieu, soit la nuit, soit avec menaces ou violences, soit à l'aide d'escalade ou d'effraction, soit par plusieurs personnes, soit avec un port d'arme apparente ou cachée par l'un ou plusieurs des auteurs, l'emprisonnement est de deux(2) ans à dix (10) ans et l'amende de vingt mille (20.000)DA à cent mille (100.000)DA.

من استقراء ومقارنة مضمون النص في النسختين العربية والفرنسية يظهر جليا أن هناك تباين واضح بينهما من شأنه أن يثير إشكالات قانونية وعملية، وهذا فعلا ما يلاحظ من خلال الإطلاع على العديد من الاجتهادات القضائية للهيئات القضائية على مختلف مستوياتها، بما فيها قرارات المحكمة العليا.

1 - الفاضل خمار، الجرائم الواقعة على العقار، الجزائر، دار هومة، ط1، 2006، ص 14 .

بالفعل هناك اتجاه فقهي يذهب إلى التقييد بالتفسير الضيق للنص العربي للمادة 389 من قانون العقوبات فيحصر مجال الحماية الجزائية فقط بالنسبة للمالك الحقيقي و لا وجود، حسبهم لأي جنحة التعدي على الحياة العقارية⁽¹⁾.

ويستند هذا الرأي إلى ما ذهبت إليه المحكمة العليا في إحدى قراراتها من أنه " تقتضي- جنحة التعدي على الملكية العقارية للغير أن يكون العقار مملوكا للغير و من ثم فان قضاة الموضوع للذين أدانوا الطاعنين بهذه الجنحة دون أن يكون الشاكي مالكا حقيقيا للعقار يكونوا قد أخطئوا في تطبيق القانون "⁽²⁾.

لكن رأي آخر يفسر مفهوم الملكية العقارية على أساس اختلاف المرجع القانوني، فهي تعتبر ملكية الرقبة والانتفاع، وفقا لأحكام القانوني المدني الجزائري، وتخول لمالك العقار السلطات الثلاث الاستعمال، الاستغلال و التصرف، بينما تأخذ صورة أخرى إذا ما رجعنا إلى التشريعات الخاصة، إذ يعتبر حق الانتفاع طبقا لأحكام قانون المستثمرات الفلاحية وكذلك القانون رقم 10-03 المؤرخ في 15 أوت 2010 والذي يحدد شروط و كفايات استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأمولاك الخاصة للدولة وقانون التوجيه العقاري بمثابة حق ملكية، نظرا لاتصافه بالديمومة والقابلية للانتقال إلى الورثة⁽³⁾.

ثالثا- موقف القضاء الجزائري من طبيعة الحق المعتدى عليه.

بالفعل إن قراءة النسخة العربية لنص المادة 386 من قانون العقوبات تفيد بأنه "يتابع بجنحة التعدي على الملكية العقارية كل من انتزع عقارا مملوكا للغير" بينما النص باللغة الفرنسية يفيد كل من انتزع من الغير حيازة عقار إذ استعمل في ذلك الفعل dépossède والذي يعني انتزاع الحيازة la possession ، وهذا ما أدى إلى تذبذب الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا الذي تأرجح تارة بين اشتراط الملكية الثابتة بموجب سند رسمي ومشهر، والاكتفاء، تارة أخرى بحيازة الغير للعقار بصفة مشروعة وهادئة.

ففي قرار صادر بتاريخ 1988/02/02 ذهبت المحكمة العليا إلى أنه "يستفاد من صريح نص المادة 386 ق.ع المحررة باللغة الفرنسية أن الجنحة تتحقق بانتزاع حيازة الغير لعقار خلصة أو بطريق الغش، وبناء على ذلك فلا جريمة ولا عقاب إذا لم يثبت الاعتداء على الحيازة"⁽⁴⁾، بينما في قرار مؤرخ في 1989/02/14 اعتبرت أن

1 - حمدي باشا عمر، حماية الملكية العقارية الخاصة، دارهومة ، ط 2002، ص 130 .

2 - قرار رقم 75919 مؤرخ في 1991/11/05 .

3 - بربارة عبد الرحمان، الحماية الجزائية للأمولاك العقارية الخاصة، مذكرة ماجستير، جامعة البليدة ، 1999- 2000، ص 7 .

4 - قرار رقم 70 مؤرخ في 1988/02/02 ، مشار إليه في الجليلي بغدادي، الاجتهاد القضائي في المواد الجزائية، ج 1 ، المؤسسة الوطنية للنشر والإشهار، طبعة 1996 ، ص 401 .

الحائز ليس له الحق في رفع الشكوى ضد الحائز الثاني الذي قام بانتزاع حيازته، لأن هذا الحق يختص به المالك فقط⁽¹⁾.

واعتمدت المحكمة العليا في قرار آخر على النسخة العربية للنص و اعتبرت أن جنحة التعدي على الملكية العقارية تقتضي أن يكون العقار مملوكا للغير، ومن ثم فإن قضاة الموضوع الذين أدانوا الطاعنين بهذه الجنحة دون أن يكون الجاني مالكا حقيقيا للعقار يكونوا قد أخطأ في تطبيق القانون.

كما ذهبت المحكمة العليا في قرارها المؤرخ في 1995/05/21 إلى أن المشرع لا يقصد بعبارة "المملوك للغير" الملكية الحقيقية للعقار فحسب وإنما يقصد بها أيضا الملكية الفعلية، ولذا ينبغي أن تؤخذ هذه العبارة بمفهومها الواسع الذي لا يقتصر على الملكية حسب تعريفها في القانون المدني بل يتعداها ليشمل أيضا الحيازة القانونية⁽²⁾.

إن هذا الرأي هو الذي يريح منطقيا لأنه ينسجم مع أحكام القانون المدني الجزائري الذي كفل حماية الحيازة حتى يحافظ على النظام العام، إذا أن الحائز هو المالك الظاهر أمام الغير، مما يمكنه من تقديم شكوى لأجل التعدي على ملكية العقارية استنادا إلى كون الحيازة الهادئة في حد ذاتها تمنح حقوقا مكتسبة للطرف المتواجد على الأرض محل النزاع، كما أكدته المحكمة العليا في اجتهاداتها.

على أنه وفي حالة تمسك الطرف الآخر بحقه في ملكية العقار فعليه إثباتها بكل وسائل الإثبات بسعيه إلى الحصول على حكم مدني نهائي يقضي بالطرد وأن يقوم بإجراءات التبليغ والتنفيذ الخاصة بهذا الحكم.

إن السؤال المطروح في هذا الصدد هل القاضي الجزائري، إذا ما طرحت عليه شكوى لأجل التعدي على الملكية العقارية وأثيرت مسألة الحيازة أن يبحث في شروط صحة الحيازة والمتمثلة في الهدوء والاستقرار والعناية قبل تطرقه إلى مدى تمتع حائز العقار بالحماية الجزائية.

إن إثارة هذه المسألة يدخل تحت طائلة الدفع التي تحكمها المادتين 330 و 331 من قانون الإجراءات الجزائية، إذ على القاضي، وفي حالة إثارتها من طرف المتهم، إرجاء الفصل في الدعوى العمومية، ويمكن المتهم من تقديم دفعه أمام الجهة القضائية المختصة.

وتجدر الملاحظة أن الدفع في هذه الحالة تعتبر من المسائل الفرعية، questions préjudicielles أي ذات طبيعة عارضة تظهر أثناء الفصل في الدعوى العمومية، يجب على القاضي الجزائري في حالة إثارتها أن يرجأ النظر في الدعوى العمومية إلى غاية الفصل النهائي في المسألة الفرعية من طرف الجهة القضائية المختصة، كأن يقدم

1 - قرار رقم 141 مؤرخ في 1989/02/14، مشار إليه في نواصر العياش، قانون العقوبات مدعما بالاجتهاد القضائي، 197.

2 - قرار رقم 117996 مؤرخ في 1995/05/21، مشار إليه في أحسن بوسقيعة، قانون العقوبات، الطبعة 3، 2001، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر ص 158.

المتهم بجنحة التعدي على الملكية العقارية وثيقة يبرز بمقتضاها أنه يحوز العقار محل النزاع حيازة شرعية، وأن تواجد فيه ليس تصرفا ماديا فقط⁽¹⁾.

في هذه الحالة يستلزم الأمر صدور حكم مدني يحدد بمقتضاه من له الحق على العقار محل النزاع، ليتم تنفيذه متى أصبح سندنا تنفيذيا، طبقا لأحكام المادة 600 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، فإذا رجع المنفذ عليه إلى عين المكان بعد تنفيذ حكم الطرد عليه اعتبر مرتكبا لجنحة التعدي على الملكية العقارية وتطبق عليه العقوبات المنصوص والمنوه عليها في المادة 386 من قانون العقوبات.

وفي هذا الصدد تجب الإشارة إلى أن اشتراط صدور حكم مدني يقضي بالطرد من العقار المعتدي عليه ليس أمرا قطعيا بالنسبة لكل الحالات، وإنما يتطلب إلا في حالة إثارة المسألة الفرعية المتعلقة بأحقية وجود المتهم بالعقار محل النزاع، طبقا لأحكام المادة 331 فقرة 2 من قانون الإجراءات الجزائية.

أما في باقي الحالات فإن اشتراط صدور حكم قضائي يقضي بالطرد من العقار وإتمام إجراءات تبليغه وتنفيذه ثم عودة المنفذ عليه لشغل الأماكن التي طرد منها، ليس ضروريا لقيام جريمة التعدي على الملكية العقارية، وهذا ما سارت على منواله المحكمة العليا في اجتهاداتها القضائية من قبل.

وفي نفس السياق قضت المحكمة العليا، وفي مناسبات عديدة، بإمكانية المتابعة الجزائية على أساس جنحة التعدي على الملكية العقارية دون اشتراط الملكية الثابتة للعقار المعتدى عليه بموجب سند رسمي ومشهر، ذلك أن مجرد الحيازة الهادئة تمنح صاحبها حقوقا مكتسبة على الأرض محل النزاع⁽²⁾.

كما أكدت في قرار لاحق بأنه "لا يقصد بعبارة العقار المملوك للغير الواردة في المادة 389 من قانون العقوبات ملكية العقار فقط وإنما الحيازة كذلك"⁽³⁾.

خاتمة:

جرم المشرع الجزائري الاعتداء على الملكية العقارية بموجب نص المادة 389 من قانون العقوبات وقصد من وراء ذلك حماية الحيازة حفاظا على استقرار أوضاع المجتمع والأمن العام، فلا يهتز بمجرد الرغبات واستعمال القوة الفردية دون اللجوء إلى جهاز القضاء صاحب القول الفصل في تحقيق هذه الحماية.

1 - قرار رقم 188475 مؤرخ في 23/06/1999.

2 - أحسن بوسقيعة، المرجع السابق، ص 146.

3 - أحسن بوسقيعة، نفس المرجع، ص 180.

ولا يخفى عن أحد أن الحيازة محمية مدنيا عن طريق رفع دعاوى الحيازة الثلاثة المعروفة وهي دعوى منع التعرض و دعوى وقف الأشغال الجديدة و دعوى استرداد الحيازة، وإما محمية جزائيا، كما هو بالنسبة لنص المادة 389 من قانون العقوبات.

بالفعل إن الحماية الجزائية للملكية العقارية الخاصة تهدف بالدرجة الأولى الى المحافظة عليها من أي اعتداء أو إتلاف أو تخريب و ذلك بتوقيع عقوبات جزائية صارمة لردع كل مخالف.

إن ما أفرزته الممارسة القضائية عند تطبيق أحكام هذا النص العقابي هو عدم وجود نظرة موحدة في تفسير مقتضيات المادة 389 من قانون العقوبات من طرف القضاء على مختلف درجاته، الأمر الذي دفع المحكمة العليا في اجتهاداتها الأخيرة الى محاولة توضيح معالم هذا النص حتى يتسنى الأخذ بموقف موحد كمرجع أساسي في أية متابعة قضائية موضوعها التعدي على الملكية العقارية الخاصة.

إن المتتبع للتطور الذي عرفه الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا في الجزائر يتوصل إلى نتيجة قانونية هامة، وهي إشتراط أن يكون العقار محل جريمة التعدي على الملكية العقارية مملوكا للغير بموجب سند من السندات المثبتة للملكية العقارية، سواء تعلق الأمر بعقارات موجودة في مناطق شملتها عملية المسح العقاري أو لم تشملها، بمعنى يستوي في ذلك أن يكون العقار مملوكا للغير بموجب سند رسمي مشهر، أو يكون العقار في حيازة الغير حيازة مشروعة، كما هو الأمر بالنسبة للمستأجر الذي يحوز على عقد إيجار رسمي.

وعلى هذا الأساس تستبعد من مجال الحماية الجزائية حالة الحيازة غير المشروعة أو التي يكون العقار فيها محلا لمنازعة قضائية.

ومهما تباينت الاجتهادات القضائية في تفسيرها لمقتضيات المادة 389 من قانون العقوبات بالنسبة لمسألة الحيازة، فإن الاتجاه الراجح يقتضي قراءة شمولية لكل المنظومة القانونية الجزائية، لاسيما أحكام القانون المدني الذي كفل الحيازة بصورة شاملة تحقيقا للمحافظة على النظام العام، بحجة أن الحائز يبدو في مواجهة العامة، وكأنه المالك الحقيقي أو الظاهر.

وعلى هذا الأساس، فإن غالبية رجال القانون والقضاء يتفقون على أن ملكية الغير المحمية، وفق أحكام المادة 389 من قانون العقوبات، هي الملكية الثابتة بموجب سند رسمي، وكذلك الحيازة الظاهرة المشروعة وغير المتنازع عليها، ذلك أن هذا النص الجزائي وضع أصلا لحماية الأشخاص من الاعتداءات التي يكون محلها عقار موجودا بين أيديهم دون إشتراط ملكيتهم له، فالقاضي الجزائي غير مختص النظر في أصل الحق بفحصه مدى وجود الملكية من عدمها، وإنما يقتصر- دوره في البحث عن مدى تحقق إعتداء على عقار موجود في يد الضحية، ولو لم تتوفر فيه صفة المالك الحقيقي بل تكفي حيازته المشروعة للعقار.

Etude sur la preuve du paiement en ligne^{*}

Abdelsadok Kheira -Faculté de droit et science politique - Université d'Ibn Khaldoune-Tiaret

الملخص باللغة العربية: دراسة حول الإثبات عبر الدفع الإلكتروني .

إن تأمين الدفع الإلكتروني أصبح من الضروريات و ذلك لتفادي الفراغ القانوني الذي قد يعرقل مسار العمليات الالكترونية، ويصعب عبأ الإثبات في هذا المجال، خاصة بالنسبة لتبرئة ذمة المدين، و القضاء على الدين.

فعلى هذا الأساس تأمين سير عمليات الدفع الإلكتروني عبر شبكات الانترنت أصبح من الضروريات ليس من أجل مصداقية العمليات فحسب و إنما من أجل سلامة أرشيف المعطيات المتداولة لإتمام تحويل الدفع الإلكتروني.

INTRODUCTION

Il convient de sécuriser les mécanismes de paiement sur les réseaux afin d'éviter toute incertitude juridique qui freinerait son développement. En effet si la preuve du paiement ne peut être apportée ce dernier perd tout intérêt puisque la satisfaction du créancier et l'extinction de la dette ne sera pas acquise.

Dès lors la sécurisation des paiements en ligne est indispensable, non seulement à des fins de fiabilité de la transaction mais également à des fins probatoire et de pérennité des données archivées.

A) Création de la preuve du paiement en ligne

Selon le Traite de droit civil du Professeur Ghestin «prouver, au sens courant du terme (...) est ce qui sert à établir qu'une chose est vraie. Il n'en va pas autrement en matière juridique, à cette précision près que c'est le juge qu'il s'agit de convaincre de la vérité d'une allégation, la preuve juridique est une preuve judiciaire¹». Dès lors, en droit civil, deux régimes de preuve sont distingués : la preuve libre et la preuve légale.

1. Liberté de la preuve du paiement

En droit français, la preuve est libre en matière commerciale en vertu de l'article 109 du Code de commerce ainsi qu'en, droit civil pour les actes juridiques n'excédant par 800

^{*} Date du dépôt du l'article : 22/12/2016

Date de l'arbitrage du l'article :12/01/2017

¹ Ghestin 7., Traité de droit civil, introduction générale, 4^e édition, Paris, LGDJ, 1994.

euros¹ par application de l'article 134I du Code civil. Dès lors la preuve est libre pour les actes juridiques, tel que le paiement, n'excédant pas ce montant, mais également lorsque le paiement est effectué entre commerçants ou pour le particulier partie à un acte mixte conclu avec un commerçant. En pratique, si la majorité des transactions de commerce électronique unitaires ne dépassent pas le montant de 800 euros, par contre la demande en justice pourra dépasser ce montant car la demande d'intérêt viendra s'ajouter à la demande en capital, ce qui restreint le champ de la liberté de la preuve puisque c'est le montant de la demande en justice qui doit être pris en compte.

Le principe posé par l'article 1341 du Code civil connaît cependant différentes exceptions. Ainsi, l'article 1348 alinéa 1^{er} du Code civil prévoit une exception à l'exigence de la preuve légale « lorsque l'une des parties, soit n'a pas eu la possibilité matérielle ou morale de se procurer une preuve littérale de l'acte juridique, soit a perdu le titre qui lui servait de preuve littérale, par suite d'un cas fortuit ou d'une force majeure ». L'appréciation de l'impossibilité de se procurer un écrit relève du pouvoir du juge qui l'a admise notamment lorsqu'une partie à un contrat ne savait pas écrire². Dès lors, bien que certains auteurs, considèrent que l'impossibilité matérielle pourrait résulter d'une impossibilité technique, il semble difficile d'envisager que le professionnel qui choisit d'opérer sur les réseaux puisse en cas de litiges se prévaloir d'une impossibilité de se procurer un écrit. D'autre part, comme l'a rappelé le sénateur Jolibois dans son rapport³ sur le projet de loi portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et relatif à la signature électronique, ajouter à l'impossibilité matérielle et morale l'impossibilité technique «présenterait l'inconvénient de faire de l'écrit informatique un mode de preuve imparfait, en tant qu'exception à l'article 1341 » ce qui tendrait « à ranger le message électronique dans la catégorie du commencement de preuve par écrit (article 1347 du Code civil). En effet, il ne s'agirait que d'un début de preuve qui devrait être complété par d'autres éléments extrinsèques à l'acte (par exemple un

¹ Décret simple n° 2001-476 du 30 mai 2001 portant adaptation de la valeur en euros du montant exprimé en francs figurant dans le décret n° 80-533 du 15 juillet 1980 pris pour l'application de l'article 1341 du Code civil.

² Article 1348 du code civil, alinéa 1, 13 mai 1964, Bull. Civ., 1, n° 251.

³ Jolibois C., Rapport n° 203 (1999-2000) sur le projet de loi portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et relatif à la signature électronique, Commission des lois.

témoignage) ». C'est dès lors pour cette raison que le législateur n'a pas retenu cette proposition tendant à intégrer le document électronique dans les dérogations ouvertes par le premier alinéa de l'article 1348 du Code civil.

L'article 1348 alinéa2 prévoit également une exception à l'article 1341 «lorsqu'une partie ou le dépositaire n'a pas conservé le titre original et présente une copie qui en est la reproduction non seulement fidèle mais aussi durable ». Sachant qu'est réputée durable toute reproduction indélébile de l'original qui entraîne une modification irréversible du support, il serait dangereux d'assimiler l'écrit électronique à une copie constituant une reproduction fidèle et durable. En effet, cela supposerait l'existence d'un original, ce qui va à l'encontre de la dématérialisation offerte par le monde informatique.

L'exigence d'un écrit est également écartée lorsqu'il existe un commencement de preuve par écrit. Ainsi, la télécopie ou la photocopie¹ tout comme les déclarations faites dans un procès verbal² ont été admises par le juge comme commencement de preuve par écrit. Cette solution a été consacrée dans l'article 1347 du Code civil qui dispose que le commencement de preuve par écrit est « tout acte par écrit qui est émané de celui contre lequel la demande est formée, ou de celui qu'il représente, et qui rend vraisemblable le fait allégué ». Dès lors, un écrit électronique qui ne satisferait pas les conditions de la preuve littérale pourra toutefois être admis comme commencement de preuve à l'égard de la personne dont il émane.

2. La preuve légale du paiement

La preuve légale par écrit est exigée par application de l'article 1341 du Code civil pour les actes juridiques civils, excédant 800 euros. Dès lors avec l'avènement de la dématérialisation la question essentielle de l'admission, ou pas, de l'écrit électronique au titre de preuve légale s'est rapidement posée.

La prise en compte légale de l'écrit électronique résulte de la Loi du 13 mars 2000 qui est venue définir la notion d'écrit au sein de l'article 1316 du Code civil : «La preuve littérale, ou preuve par écrit, résulte d'une suite de lettres, de caractères, de chiffres ou de tous autres signes ou symboles dotés d'une signification intelligible,

¹ Article 1347 , alinéa 1 du code civil, 14 février 1995, JCP, édition générale, 1995, II, 22, 402, note Charlier ; D. 1995, 340, note S. Piedelièvre.

² Article 1. 1341, alinéa 2 du code civil , 15 juillet 1957, Bull. Civ, I, 1957, n° 329, p. 260.

quels que soient leur support et leurs modalités de transmission». Le législateur qui jusque là, n'avait pas jugé utile de définir la notion d'écrit s'est inspiré des définitions extensives de l'écrit proposées par certains auteurs dont Marcel Fontaine selon lequel l'écrit était « l'expression du langage sous la forme de signes apposés sur un support¹ » ou Jacques Larrieu pour qui l'écrit constituait « l'expression de la parole ou de la pensée par des signes² ».

Nous aborderons donc successivement les caractéristiques de l'écrit reçu à titre de preuve et l'admission de l'écrit électronique à titre de preuve. Mais au préalable il convient de procéder à un rappel historique de la notion d'écrit.

3. L'historique de la notion d'écrit

Avant l'apparition de l'écriture, le sceau était utilisé afin d'indiquer le propriétaire du bien sur lequel il était appliqué. Avec l'avènement de l'écriture le sceau a commencé à jouer un rôle différent qui n'était plus restreint à l'identification de son propriétaire mais manifestait son consentement à l'acte. En l'an 63 avant Jésus-Christ, la validité de certains actes juridiques, notamment les testaments, était subordonnée à la « subscriptio » du testateur et de ses témoins. Chacun d'eux devait en effet apposer de sa propre main son nom, sa qualité et son rôle dans l'établissement de l'acte. La force probante de l'acte découlait donc à la fois de la marque matérielle apposée sur l'acte mais également du caractère indestructible du support. Cependant jusqu'au XII^e siècle, en vertu de l'adage « témoins passent lettres », tout écrit pouvait être attaqué par d'autres moyens de preuve tel que le témoignage.

La preuve littérale a connu sa consécration en Europe aux XVI^e-XVII^e siècles. C'est l'article 4 de l'ordonnance de Moulins de 1566 qui a établi la primauté de l'écrit tandis que l'exigence de la signature des actes en toutes lettres plutôt que de l'utilisation d'un motif, d'une croix ou d'un sceau a été prévue par l'ordonnance de 1667. A cette époque, un écrit non signé ne pouvait même pas être admis comme commencement de preuve par écrit.

Au bas Moyen Age l'usage de la « Charte partie » qui prévoyait la rédaction des actes privés en autant d'exemplaires que de parties ayant un intérêt distinct au contrat, a été instaurée par la jurisprudence du châtelet avant d'être reconnue obligatoire en France par un arrêt du

¹ Fontaine M., La preuve des actes juridiques et les techniques nouvelles, Rapport présenté au colloque UCL sur « La Preuve », organisé à Louvain-la-Neuve les 12 et 13 mars 1989, La Preuve, 1987.

² Larrieu J., « Les nouveaux moyens de preuve : pour ou contre l'identification des documents requise à des écrits sous seing privé », 1988, H (nov.) et 1 (déc.), Cahiers Lamy Droit de l'informatique.

Parlement de Paris en 1763¹. Cette obligation sera finalement reprise dans la rédaction de l'article 1325 du Code civil de 1804.

Si la signature des parties est rapidement devenue une obligation, l'évolution de la notion d'écrit, au fil des siècles, a également suscité des interrogations quant au support utilisé. En effet, le papier a mis du temps à faire l'unanimité, car à l'époque le parchemin était reconnu comme étant un support plus solide que le papier et donc plus à même de garantir l'intégrité de l'acte. Ce désaccord était en quelque sorte prémonitoire du débat sur le support écrit par rapport au support électronique.

4. Les caractéristiques de la preuve par écrit du paiement

La preuve par écrit du paiement doit satisfaire trois fonctions, la lisibilité, la stabilité et l'inaltérabilité.

4-1. La lisibilité

Les informations doivent être accessibles à la compréhension humaine, dès lors les documents sur support papier satisfont sans difficulté cette exigence puisqu'ils sont rédigés dans un langage et une écriture directement accessibles à l'homme.

S'agissant d'un document électronique, cette exigence de lisibilité sera satisfaite au moyen d'un dispositif de lecture approprié, aucun texte n'exigeant que l'accès aux informations soit direct. Dès lors le logiciel nécessaire à la lisibilité des informations doit être conservé ou les données régulièrement converties afin de les rendre lisibles par de nouveaux logiciels.

4-2. La stabilité

Le contenu de l'écrit doit être fixé durablement lors de sa rédaction, dès lors il convient que le support de l'écrit se dégrade peu. L'article 1348 alinéa 2 du Code civil relatif à la copie, définit d'ailleurs la notion de durabilité : «est réputée durable toute reproduction indélébile de l'original qui entraîne une modification irréversible du support ».

Les deux critères de la stabilité semblent donc être la durée et la permanence. Cette obligation de pérennité des informations est indépendante du support. Dès lors pour des raisons de pérennité il peut être judicieux de transférer l'écrit d'un support sur un autre voire d'un format vers un autre en fonction de l'évolution des technologies.

¹ de Bouârt A., Manuel de Diplomatie Française et pontificale, tome II, Paris, l'acte privé, p. 237, 1948.

5. L'inaltérabilité ou immutabilité

La condition d'inaltérabilité suppose que l'écrit ne puisse pas être modifié par les parties ou les tiers. Or les altérations sur support papier sont plus facilement décelables que sur support électronique. En effet l'écrit électronique peut être indéfiniment modifié. Toutefois ces modifications laissent des traces du fait de la mise à jour automatique de la date et de l'heure de réalisation du nouveau document. D'autre part, l'utilisation de la signature électronique garantit l'intégrité du document. L'écrit électronique peut donc remplir les mêmes caractéristiques que l'écrit papier, ce qui explique qu'il ait été reconnu de façon quasi universelle.

6. Admission de l'écrit électronique comme preuve littérale

L'innovation conceptuelle majeure de la Loi du 13 mars 2000 consiste à redéfinir la preuve littérale afin de la rendre indépendante de son support. En effet, la loi élève clairement les documents électroniques au rang de la preuve littérale.

Après avoir redéfini la notion de preuve par écrit, nous nous intéresserons à la consécration de l'équivalence de l'écrit électronique et de l'écrit papier avant d'opérer une distinction entre l'acte sous seing privé électronique et l'acte authentique électronique.

7. La notion juridique de preuve par écrit

Bien que le signe écrit corresponde généralement à une inscription marquée à l'encre sur un support papier, il n'y a aucune règle imposant le mode ou le support de l'écriture.

Selon une ancienne jurisprudence de la Cour d'Appel d'Aix en Provence du 27 janvier 1846¹, relative à la rédaction d'un testament au crayon par un berger, « dans son acception légale, le mot écrire signifie tracer des lettres, des caractères ; que la loi n'a spécifié ni l'instrument ni la matière avec lesquels les caractères seraient tracés ». La loi ne spécifiant ni l'instrument, ni la matière avec lesquels les caractères doivent être tracés, la jurisprudence a considéré qu'un testament olographe pouvait être rédigé et signé de la main du testateur sur des supports variés tels que le parchemin, le papier, le métal², le bois, le cuir, le carton, le verre et même l'épiderme du testateur³... Concernant le mode d'écriture, la jurisprudence considère que le

¹ Cour d'Appel d'Aix en Provence du 27 janvier 1846, Dalloz Périodique 1846, 2, 230.

² Sur le dos d'une machine à laver le linge, Nancy, 26 juin 1986, JCP édition Notariale 1987, II, 96, note Venandet.

³ Cass. Req. 17 juillet 1906, Dalloz Périodique 1907, 1, 121.

testament peut-être rédigé à l'encre, à la craie, à la peinture, au crayon de papier et même avec du sang¹... Ces exemples de jurisprudence démontrent la grande variété de supports et de modes d'écriture acceptés. Malgré tout pendant longtemps l'écrit a été considéré comme indissociable de son support.

Avec le développement des nouvelles technologies c'est l'avènement de la dématérialisation de l'écrit. Il était dès lors normal que le contenu de la notion d'écrit évolue, car « ce qui assure la stabilité du droit c'est la plasticité des règles générales, qui peuvent toujours être étendues à des objets nouveaux² ».

Par conséquent, la définition juridique de la notion d'écrit instaurée par la Loi du 13 mars 2000 se devait de tenir compte du caractère évolutif des technologies. Dès lors le texte a adopté une approche neutre et « non restrictive ».

8. Equivalence entre l'écrit papier et l'écrit électronique

La première référence au concept d'équivalent fonctionnel résulte de la loi type de la CNUDCI de 1996 qui s'est fondée sur la définition de l'écrit consacrée par la Convention de Vienne de 1980³ qui prévoit que la notion d'écrit ne doit pas exclure les nouveaux moyens de communication.

Le principe d'équivalence fonctionnelle posé par ces deux textes fondateurs a été repris par la Loi du 13 mars 2000⁴ dans la législation nationale. Désormais l'article 1316-1 du Code civil dispose que : « L'écrit sous forme électronique est admis en preuve au même titre que l'écrit sur support papier, sous réserve que puisse être dûment identifiée la personne dont il émane et qu'il soit établi et conservé dans des conditions de nature à en garantir l'intégrité ».

En cas de conflit entre deux preuves littérales, le législateur a donné les pleins pouvoirs aux juges pour régler les conflits opposant une preuve littérale présentée par écrit et une preuve littérale sur support électronique. En effet, l'écrit sur support électronique ayant la même force probante que l'écrit sur support papier le législateur a prévu que « lorsque la loi n'a pas fixé

¹ Aix-en-Provence, 27 janvier 1846, Dalloz 1846, II, 250 ; Besançon, 6 juin 1882, D.P. 1883, II, 60 ; Paris, 19 avril 1983, JCP 1983, II, 310.

² Ripert G., Les forces créatrices du droit, 2e édition, Paris, LGDJ, 1994, p. 39.

³ Convention des Nations-Unies sur les contrats de vente internationale de marchandise, adoptée le 11 avril 1980 à Vienne et entrée en vigueur la 1^{er} janvier 1988.

⁴ Loi n° 2000-230 du 13 mars 2000 portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et relative à la signature électronique, Journal Officiel de la République Française, n° 62 du 14 mars 2000, p. 3968.

d'autres principes, et à défaut de convention valable entre les parties, le juge règle les conflits de preuve littérale en déterminant par tous moyens le titre le plus vraisemblable, quel qu'en soit le support¹ ».

La loi a donc fixé les fonctions essentielles de l'écrit (identification de l'auteur et intégrité de l'acte) pour pouvoir les transposer sur tout support susceptible de reproduire ces mêmes fonctions².

Ainsi un écrit électronique non signé verra sa force probante affaiblie ce qui le relèguera au rang de commencement de preuve par écrit. Au contraire l'écrit électronique signé électroniquement dans les conditions fixées par décret, disposera de la même force probante qu'un acte sous seing privé et ne pourra être contesté que par un acte d'une valeur équivalente ou supérieure.

9. Acte sous seing privé et acte authentique :

9-1. Acte sous seing privé :

La validité de l'acte sous seing privé est subordonnée à sa réalisation en autant d'originaux qu'il y a de parties ayant un intérêt distinct. D'autre part, lorsqu'une seule partie s'engage envers une autre à lui payer une somme d'argent ou à lui livrer: un bien fongible, cet acte juridique doit être constaté dans un titre qui comporte la signature de celui qui souscrit cet engagement ainsi que la mention de la somme ou de la quantité en toutes lettres et en chiffres. La Loi du 13 mars 2000 a donc également modifié l'article 1326 du Code civil qui exigeait la « mention manuscrite » de la somme ou de la quantité en toutes lettres et en chiffres. En effet, l'article 1326 du Code civil dispose désormais que « l'acte juridique par lequel une seule partie s'engage envers une autre à lui payer une somme d'argent ou à lui livrer] un bien fongible doit être constaté dans un titre qui comporte la signature de celui qui souscrit cet engagement ainsi que la mention, écrite par lui-même, de la somme; ou de la quantité en toutes lettres et en chiffres. En cas de différence, l'acte sous] seing privé vaut pour la somme écrite en toutes lettres ».

Le fait d'exiger que la mention soit écrite par la personne qui s'engage envers une autre à lui payer une somme d'argent, et non plus que la mention soit manuscrite, permet dès lors de

¹ Article 1316-2 du Code civil français.

² Caprioli E., Sorieul R., « Le commerce international électronique : vers l'émergence des règles juridiques transnationales », Journal du droit international (Clunet), n° 2, p. 323-393, 1997.

reconnaître la validité de l'acte sous seing privé passé électroniquement lorsque la personne qui s'engage appose la mention sur l'acte par le biais de son système informatique.

9-2. Acte authentique :

La reconnaissance de l'écrit électronique a été étendue aux actes authentiques (actes notariés, actes de l'état civil...), c'est-à-dire aux actes qui ont été reçus 1.officiers publics ayant le droit d'instrumenter dans le lieu où l'acte a été rédigé, - avec les solennités requises. L'article I316-4 du Code civil prévoit ainsi que lorsque l'acte juridique est signé (y compris électroniquement) par un officier public, c'est 1 signature qui confère l'authenticité à l'acte.

L'établissement de l'acte authentique électronique (AAE) s'appuie donc sur les dispositions relatives à la signature électronique. En effet, l'officier public de respecter les conditions exigées pour la validité de la signature électronique avancée - Pourtant, l'article I317 du Code civil dispose que l'acte authentique peut être dressé sur support électronique s'il est établi et conservé dans des conditions fixées décret en Conseil d'Etat. Cette dispositions semble prévoir que l'établissement d' AAE nécessite le respect de plus de conditions que l'établissement de l'acte sous seing privé électronique. L'apposition de la signature électronique avancée l'officier public ne saurait donc suffire à l'établissement d'un AAE, dans la logique des textes qui prévoient une grande solennité, cette signature ne créerait qu'un acte électronique authentique.

L'article 1317 du Code civil renvoie également aux dispositions qui devront être prises par décret en Conseil d'Etat en matière de conservation de l'AAE. D'ailleurs dans domaine la Loi du 13 mars 2000 reste également silencieuse ce qui rend nécessaire l'adoption d'un nouveau texte.

Il apparaît dès lors, que s'agissant des étapes de création et de conservation de l'AAE, «en son état actuel, le dispositif textuel est vite confronté à des insuffisances si ce n'est à des contradictions : on est de ce fait assez démunie à ce jour pour effectuer une approche solide de l'acte authentique électronique et il faut donc souhaiter qu'un décret spécifique vienne mieux baliser la matière tant pour la constitution de ces actes que pour leur conservation¹ ».

¹ Linanant et Bellefonds X. L'acte authentique électronique. entre exégèse des textes et expérimentation, Revue Communication- Commerce électronique, chronique n° 22, p. 09- 13 Editions du Juris-Classeur, octobre 2002.

Pour Xavier Linant de Bellefonds le décret à venir devra écarter tout systématisme, l'authenticité ne pouvant plus être organisée sur un modèle unique -pour tous les actes authentiques. Il est en effet nécessaire de prendre en compte les fonctions d'utilités de ces différents actes et l'impact de solennité recherché pour adapter le processus de sécurisation. Il serait donc souhaitable, que différents décrets viennent définir à quelles conditions techniques les différents actes dressés par les officiers publics (état civil, jugements, actes notariés, exploits d'huissiers...) seront authentiques. Il estime également qu'il serait judicieux de limiter au maximum la dématérialisation des actes authentiques à la phase de conservation. La mise en œuvre des techniques actuelles de sécurisation basées sur la signature électronique et l'utilisation de clés de chiffrement étant assez lourde que ce soit pour la constitution de l'acte ou sa consultation. En effet, chaque accès ultérieure au document nécessite d'utiliser à nouveau les mêmes clés pour pouvoir restituer le document sous sa forme compréhensible.

B) Pérennité de la preuve du paiement en ligne :

Les règles applicables en matière de durée de conservation des archives sont fixées soit par la loi, soit en fonction des délais de prescription applicables ou des périodes pendant lesquelles les administrations peuvent effectuer des contrôles. Les délais varient également selon la nature ou le type de document envisagé.

A titre d'exemple, en matière commerciale les documents comptables et les pièces justificatives des commerçants (contrats, correspondance, bons de commandes, livres et registres comptables, documents bancaires, factures...) doivent être conservés pendant 10 ans en vertu des articles L. 110-4 et L. 123-22 du Code de commerce.

En matière civile, les contrats d'acquisition et de cession de biens immobiliers et fonciers doivent être conservés pendant 30 ans par application de l'article 2262 du Code civil.

Enfin, en matière fiscale bien que la conservation soit de 3 ans, l'administration fiscale peut exercer son droit de communication, d'enquête et de contrôle des livres et registres comptables pendant un délai de 6 ans à partir de la date de la dernière opération mentionnée, ou de la date à laquelle le document a été établi. Dès lors, en pratique ces documents doivent être conservés pendant 6 ans.

1. La notion d'archivage :

La Loi n° 79-18 sur les archives publiques¹ est le seul texte qui définit la notion d'archive. Selon cette loi, les archives sont constituées de « l'ensemble des documents, quels que soient leur date, leur forme et leur support matériel, produits ou reçus par toute personne physique ou morale, et par tout service public ou privé dans l'exercice de leur activité. La conservation des archives est organisée dans l'intérêt public tant pour les besoins de la gestion et de la justification des droits des personnes physiques ou morales, publiques ou privées, que pour la documentation historique de la recherche ».

Ainsi, le terme d'archivage ne doit pas être confondu avec le simple stockage, évoqué notamment dans l'article 2(e) de la directive 2001/I15 relative à la facturation en matière de TVA, selon lequel le stockage est effectué « au moyen d'équipements électroniques de traitement (y compris la compression numérique) et de stockage de données, et en utilisant le fil, la radio, les moyens optiques ou d'autres moyens électromagnétiques ». En effet, alors que l'archivage renvoie l'image d'un procédé dynamique qui permet de mettre en œuvre la conservation d'éléments matériels, au contraire, le stockage suggère l'idée d'un état statique pour les éléments conservés².

Les notions de conservation et d'archivage sont également reprises au niveau technique par la norme ISO 15489³ selon laquelle, le système d'archivage est un « système d'information qui intègre les documents, les organise, les gère et les rend accessibles à terme ». La conservation comprend dès lors, l'ensemble des actions et tâches concourant à la pérennité technique et intellectuelle des documents.

2. La nécessaire fiabilité du procédé d'archivage électronique :

Le procédé d'archivage doit être fiable, c'est-à-dire susceptible d'aboutir à la finalité pour laquelle il a été mis en œuvre. D'un point de vue technique la norme ISO 15489 prévoit qu'un « document fiable est un document dont le contenu peut-être considéré comme la représentation complète et exacte des opérations, des activités ou des faits qu'il atteste, et sur lequel on peut s'appuyer lors d'opérations, d'activités ou de faits ultérieurs ».

¹ Loi n° 79-18 du 3 janvier 1979 sur les archives, Journal officiel de la République Française, p. 43, 5 janvier 1979.

² Piette-Coudol T., « Conservation et archivage de l'écrit sous forme électronique » (1^{re} partie), Revue Communication – Commerce électronique, chronique n° 12, p. 10-16, Editions du Juris-Classeur, mai 2002.

³ Norme ISO/DIS 15489 en date du 29 mai 2000 dite « Records Management », traduction française par l'AFNOR du document officiel en langue anglaise.

Dès lors, concernant l'exigence de fiabilité il peut sembler utile de s'inspirer des exigences de fiabilité instituées en matière de signature électronique par l'article 1316-1 du Code civil : « L'écrit sous forme électronique est admis en preuve au même titre que l'écrit sur support papier, sous réserve que puisse être dûment identifiée la personne dont il émane et qu'il soit établi et conservé dans des conditions de nature à en garantir l'intégrité ». Les garanties techniques essentielles demandées^{es} sont donc l'identification de l'auteur de l'acte et l'intégrité de l'écrit. La technique se fait d'ailleurs l'écho de ces exigences dans une formulation plus générale.

En effet la norme ISO 15489 prévoit concernant la preuve de l'authenticité d'un document que soit établi : qu'il est bien ce qu'il prétend être ; qu'il a été effectivement produit ou reçu par la personne qui prétend l'avoir produit ou reçu ; et qu'il a été produit ou reçu au moment où il prétend l'avoir été. Ici, encore, la question de l'identification et de l'intégrité est au cœur de la sécurité.

Si l'identification et l'intégrité sont les garanties essentielles que doit satisfaire un système d'archivage, il existe d'autres exigences secondaires de lisibilité et d'intelligibilité, mais également de traçabilité.

3. L'identification :

L'identification permet d'attribuer un écrit à son auteur tandis que l'intégrité est la garantie que l'écrit n'a pas été altéré au cours de son traitement (création, transmission, conservation). Lorsque l'écrit a été sécurisé au moment de sa création par l'utilisation de la signature électronique reposant sur un procédé de cryptologie asymétrique, et d'un certificat électronique, il conviendra que l'écrit, à l'issue de l'archivage, soit dans le même état que lors de sa création. Or la garantie de l'identité n'étant pas un attribut immédiatement visible, elle demande à être vérifiée.

En effet le document électronique désarchivé ne pourra servir de preuve que si la signature électronique est valide. Il sera donc nécessaire de vérifier la signature par l'emploi du certificat. Ainsi, lors de l'archivage il conviendra de conserver non seulement l'écrit électronique mais également la clé publique attestée par un certificat électronique lui-même archivé, afin d'en faciliter la disponibilité. Précisons que la clé privée qui ne doit pas être divulguée n'a pas à être conservée par quelqu'un d'autre que son propriétaire.

4. L 'intégrité :

L'intégrité suppose que le message n'ait pas été altéré lors de l'archivage. Toutefois, l'intégrité ne doit pas être confondue avec l'intégralité qui suppose que le message soit conservé en entier. L'intégrité au contraire n'implique pas que la totalité des données et informations soit présente dans le même message. Elles doivent simplement être archivées dans l'ordre et selon l'agencement d'origine.

4-1. Intégrité et changement de support :

L'intégrité de l'écrit doit être assurée avant et après le changement de support. Or plutôt qu'un changement de support, en réalité, l'écrit électronique est le plus souvent dupliqué sur le nouveau support et devient dès lors l'écrit actualisé, alors que l'ancien écrit électronique subsiste et dépérit. Dès lors, l'informatique permet la multiplication à souhait du même écrit électronique dont certains exemplaires ne seront plus lisibles avec le temps. Les anciens exemplaires de l'écrit électronique deviennent-ils de simples copies dès lors qu'ils ne sont plus d'actualité ou perdurent-ils en tant qu'originaux ? Précisons d'ailleurs, que c'est bien évidemment sur la dernière forme électronique que pèseront toutes. Les exigences probatoires. Quoi qu'il en soit, dans la pratique les anciens exemplaires sont souvent détruits, ce qui constitue l'atteinte ultime à leur intégrité¹.

La norme ISO 15489 traite également de la question du sort final de l'archive et prévoit notamment « qu'aucune élimination ou aucun transfert n'ait lieu sans l'assurance que le document n'est plus utile, qu'aucun travail relatif à ce document, n'est en cours, et qu'aucun contentieux ou aucune enquête ne sont en cours qui pourraient nécessiter la production de ce document comme preuve ». La norme préconise ainsi que la destruction ait été autorisée ; que les archives relatives à un contentieux ou une enquête en cours ou non close ne soient pas détruites ; que la destruction d'archives une fois autorisée, soit exécutée de manière à garantir la confidentialité des informations qui s'y trouvent ; que toutes les copies visées par l'élimination, y compris les copies de sécurité, les copies de conservation et les sauvegardes soient détruites.

¹ Piette-Coudol T., « Conservation et archivage de l'écrit sous forme électronique >1 (2^e partie), Revue Communication — Commerce électronique, chronique n° 14, p. 09-13, Editions du Juris-Classeur, juin 2002.

4-2. Intégrité et recours à un tiers :

Si l'archivage interne est la solution la plus évidente, elle est également sujette à caution. En effet en cas de litige, comment s'assurer que le message électronique archivé objet du litige n'a pas été modifié ou altéré lors de sa conservation puisqu'il est demeuré sous le contrôle d'une des parties à l'acte. Dès lors, dans un souci de sécurisation, l'archivage interne peut être couplé à une certification externe. Ce tiers extérieur témoignera que les archives n'ont pas été volontairement ou involontairement modifiées, altérées... Lors de l'archivage électronique, le certificateur attestera de l'état d'un message à un moment donné, il pratiquera donc un horodatage.

Toutefois, afin d'alléger le système d'information des parties tout en renforçant la confiance et la sécurité, l'archivage électronique peut être confié à un tiers archiveur. Dès lors les messages électroniques, les signatures électroniques, les clés publiques de chiffrement et s'il y a lieu les certificats électroniques devront être transmis à l'archiveur distant. D'ailleurs selon Le Guide de l'archivage électronique sécurisé¹ publié en juillet 2000 par le groupe de travail créé par l'association IALTA France² et le Conseil supérieur de l'ordre des experts comptables, le message électronique à archiver, sa signature électronique, le certificat électronique et la clé publique nécessaire au rejeu de la vérification forment un lot qui doit être envoyé à l'archiveur distant. Le Guide préconise ainsi que l'envoi du lot soit lui-même sécurisé par signature électronique.

A réception, le tiers archiveur effectuera différents traitements destinés à vérifier la permanence des garanties de sécurité des données. Il vérifiera ainsi que l'émetteur est un client, que les éléments transmis sont arrivés en bon état et accusera réception au client des éléments du lot présenté à l'archivage.

L'archiveur distant a pour mission de conserver les informations dans l'état où il les a reçues afin de pouvoir les restituer à l'identique ultérieurement. A défaut de dispositions légales

¹ Guide de l'archivage électronique sécurisé du 12 juillet 2000, Recommandations pour la mise en œuvre d'un système d'archivage interne ou externe utilisant des techniques de scellement aux fins de garantir l'intégrité, la pérennité et la restitution des informations, <http://www.edificas.org/ftp/Archivage/GuidArcv.PDF> (consulté le 18/11/2003).

² Association nationale pour la promotion de la signature électronique. Depuis novembre 1997, IALTA cherche à promouvoir la confiance dans le commerce électronique par la modélisation d'une infrastructure apte à lier les tiers certificateurs et autres autorités, <http://www.ialtafrance.org> (consulté le 18/11/2003).

spécifiques encadrant cette profession, il convient de recourir au contrat afin de régler les rapports entre l'utilisateur et l'archiviste distant et notamment les situations engageant la responsabilité de ce dernier. Dans le même sens, la norme ISO 15489 conseille de rédiger une charte d'archivage afin de formaliser le processus d'archivage. Il est ainsi conseillé de prévoir clairement la responsabilité méthodes d'archivage (classification, indexation, révision et sort final des archives), de recenser les normes applicables afin de définir les contraintes, de prévoir la documentation et la conservation de toutes décisions relatives aux modalités d'archivage et aux durées de conservation...

4.3. Lisibilité et intelligibilité :

La lisibilité est le fait de pouvoir être lu par l'œil humain. Dans certains échanges électroniques la lisibilité est attestée par l'envoi à l'émetteur d'un accusé de réception électronique. En effet, la technologie informatique permet de mettre en place simplement, un système d'accusé de réception des envois électroniques, suivant l'exemple de l'avis de réception des lettres envoyées en recommandé avec accusé de réception. Ce système est très facile à installer, car généralement les clients de messagerie (Microsoft Outlook, Lotus Note...) contiennent une option permettant l'envoi d'un accusé de réception à l'adresse indiquée sur l'entête du message, dès la réception de ce dernier. D'ailleurs en matière d'EDI, ce système d'avis de réception est très utilisé. La lisibilité va parfois plus loin, en impliquant une certaine structuration des données afin de garantir l'exploitabilité directe par le système.

Plutôt que de lisibilité, l'article 1316 du Code civil traite français d'une signification intelligible sans en préciser le sens. L'intelligibilité exclut ainsi, contrairement à la lisibilité, les assemblages de caractères sans signification compréhensible. De plus, s'agissant des écrits électroniques le choix de la notion d'intelligibilité permet d'admettre les messages électroniques provisoirement illisibles du fait de l'application d'une technique de chiffrement. En effet, dès l'application de la clé publique, le message sera déchiffré transformant ainsi l'intelligibilité en lisibilité¹.

¹ Piette-Coudol T., « Conservation et archivage de l'écrit sous forme électronique » (1^{re} partie), Revue Communication- Commerce électronique, chronique n° 12, p. 10-16, Editions du Juris-Classeur, mai 2002.

Dans le même sens que la Loi du 13 mars 2000, l'article 289 bis du Code General des impôts modifié par la Loi de finance rectificative du 30 décembre 2002¹ (qui transpose la directive européenne du 20 décembre 2001) dispose que « seules les factures transmises par voie électronique qui se présentent sous la forme d'un message structuré selon une norme convenue entre les parties, permettant une lecture par ordinateur et pouvant être traitées automatiquement et de manière univoque, constituent, sous réserve des dispositions ci-après, des documents tenant lieu de factures d'origine ». Si depuis 1991, les entreprises avaient la possibilité de dématérialiser et de télé-transmettre leurs factures par EDI (Echange de Données Informatisé), la Loi de finance rectificative du 30 décembre 2002 est venue alléger le processus de dématérialisation de la facture en autorisant deux procédés de dématérialisation^{ation} : la facture EDI et la facture signée électroniquement². La stipulation prévoyant que les factures électroniques doivent être dans un format permettant une lecture par ordinateur, implique dès lors que l'ordinateur qui « lira » la facture la rendra lisible par l'homme, ce qui rejoint l'exigence d'intelligibilité.

Enfin, les messages ont été créés, voire transférés et archivés sous un certain format correspondant à un logiciel de traitement ou de présentation, qui, lors du désarchivage^e quelques années plus tard, n'existera peut-être plus. Il convient dès lors d'archiver le message dans un format indépendant ou de conserver le logiciel de traitement initial.

4.4. Traçabilité :

Compte tenu de la problématique posée par la preuve en matière de relations dématérialisées, certains auteurs ont proposé que soit mis en place « un chemin de preuve » ou « une chaîne de sécurité³ » permettant de garantir, à chaque étape du cycle de vie du document, que l'identification de l'émetteur et l'intégrité du message ont été garanties. La sécurité du document doit ainsi se maintenir lorsqu'il passe

¹ Loi n° 2002-1576 du 30 décembre 2002 art. 17 finances rectificative pour 2002, Journal Officiel, 31 décembre 2002 en vigueur le 1er juillet 2003.

² Pour en savoir plus sur la facture électronique : Wery E., Facture, Monnaie et paiement électroniques, collection droit@litec, Paris, Litec, Editions du Juris-Classeur, 2003.

³ Piette-Coudol T., « Conservation et archivage de l'écrit sous forme électronique » (2e partie), Revue Communication – Commerce électronique, chronique n° 14, p. 09-13, Editions du Juris-Classeur, juin 2002.

d'un cycle de vie à un autre (création, transmission, conservation) mais également au sein d'un même cycle de vie (changement de support, de technologie de stockage...).

Il s'agirait en fait de mettre en place la traçabilité du processus de sécurité. Ainsi, la norme ISO 15489 préconise de tracer les mouvements et traitements effectués sur les messages électroniques, notamment pour prévenir la perte d'un document ; contrôler la maintenance du système et la sécurité, et conserver une piste d'audit des opérations effectuées sur les documents archivés (intégration, enregistrement, classification, indexation, stockage, accès, utilisation, migration, élimination, transfert) ; maintenir la possibilité d'identifier la provenance fonctionnelle d'un document donné en cas de fusion ou de migration de systèmes...

La traçabilité nécessite dès lors que tous les traitements et tous les événements soient documentés et enregistrés dans le système informatique, notamment par le biais d'historiques créés automatiquement par le système ou de listes récapitulatives alimentées automatiquement par le système de télétransmission telles qu'exigées en matière de facturation électronique (liste récapitulative séquentielle, -par ordre chronologique et exhaustive des messages émis et/ou reçus et des anomalies éventuelles détectées lors des contrôles). Dans le même sens la norme AFNOR Z 42-013 préconise de mettre en place une liste récapitulative des événements et caractéristiques de chaque message électronique comprenant notamment :

- le nom et prénom de l'opérateur pour la cession, ou de la personne qui a démarré le système lorsqu'il n'y a pas d'opérateur ;
- la date et l'heure de création et d'arrivée du document,
- le format de fichier utilisé pour le stockage ;
- la taille des documents exprimés en octets (bruts et après compression, s'il y a lieu) ;
- le destinataire et l'émetteur lorsqu'il y a transmission de ce document ;
- les éventuels incidents lors de la transmission si ce document provient d'un autre système informatique.

Conclusion :

Sur la lumière de cette étude on peut conclure que la preuve en ligne est un nouveau procédé, demandé par les nouvelles exigences de la mondialisation, sur toute l'asphère

financière, et par l'usage intensif des nouvelles technologies de l'information, qui a envahit l'infrastructure bancaire entièrement, sachant que pour la réussite d'une transaction électronique cela nécessite :

- un cadre législatif compétant qui couvre toutes les failles des nouvelles technologies de l'information bancaire tel que : les normes ISO, EDI, tiers de confiance, et réseau bancaire ;
- harmoniser le rôle des centrales d'impayé et de risque à la fois comme règle prudentielle ;
- renforcer la tâche des autorités et des services financiers en ligne ;
- vérification postérieure aux conditions d'accès à l'activité bancaire ou financière en ligne surtout en matière de cryptologie et de d'archivage.

