



جامعة عباس لغرور خنشلة

مجلة الحقوق والعلوم السياسية

مجلة دولية دورية محكمة

تصدر عن جامعة عباس لغرور خنشلة

— الجزائر —

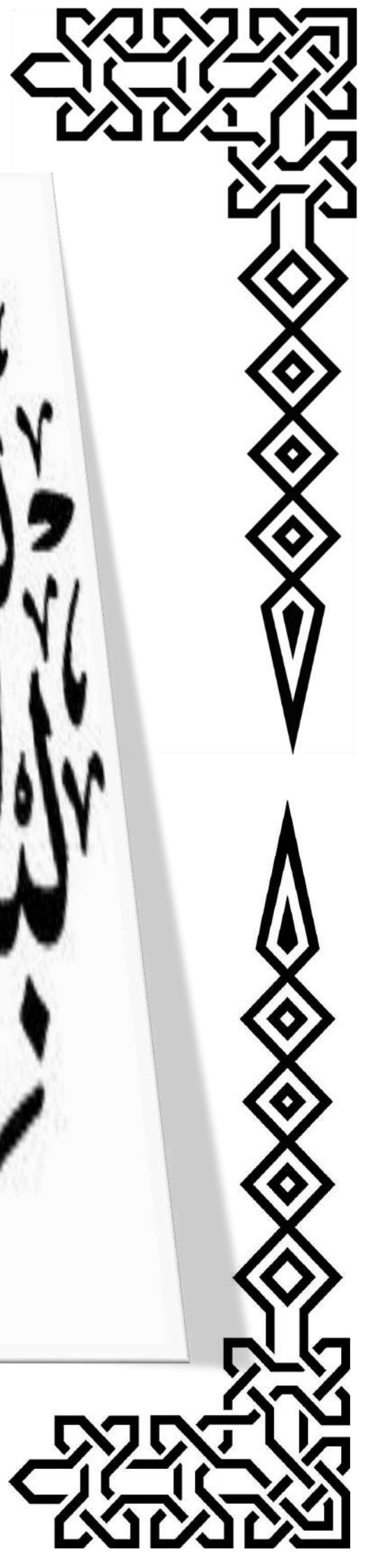
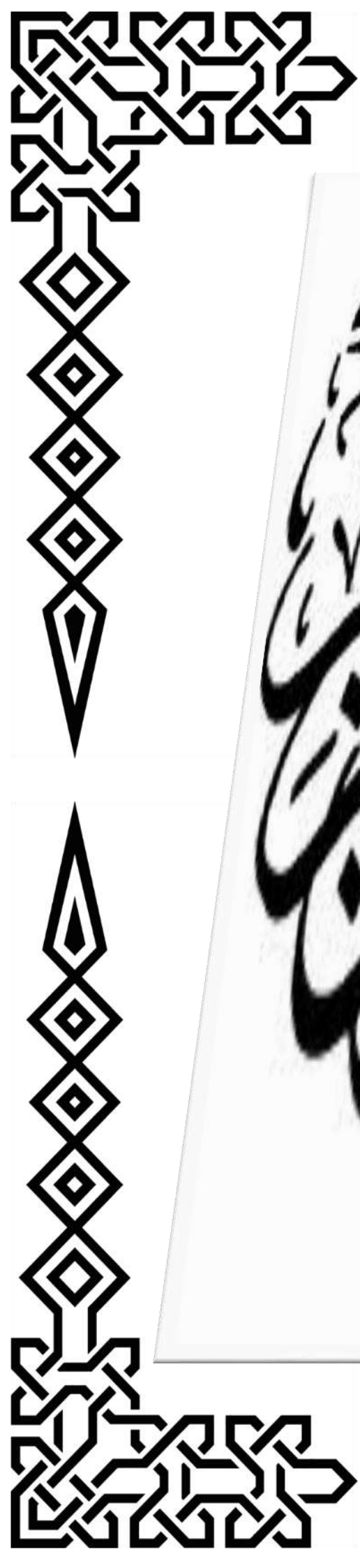
— تعنى بالمواضيع القانونية والسياسية والتخصصات ذات الصلة —

العدد 09 / جانفي 2018

التقديم الدولي : ISSN 2352-9806

الايداع القانوني: NR :2014-3506

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ
الْحَمْدُ لِلَّهِ الَّذِي
بَدَأَ خَلْقَ الْإِنسَانِ
مِنْ طِينٍ مَسْكُونٍ
إِذْ أَمَرْنَا الْمَلَائِكَةَ
سُجُودًا لِلَّذِي
بَدَأَهُمْ فَقَالَ لَا
يَسْبِقُكَ إِلَّا الْوَجْدُ
الْحَمْدُ لِلَّهِ الَّذِي
بَدَأَ خَلْقَ الْإِنسَانِ
مِنْ طِينٍ مَسْكُونٍ
إِذْ أَمَرْنَا الْمَلَائِكَةَ
سُجُودًا لِلَّذِي
بَدَأَهُمْ فَقَالَ لَا
يَسْبِقُكَ إِلَّا الْوَجْدُ



مجلة الحقوق و العلوم السياسية
REVUE DE DROIT ET SCIENCES
POLITIQUES

مجلة دولية دورية محكمة
تصدر عن جامعة عباس
لغزور خنشلة

تعنى بالمواضيع القانونية والسياسية
والتخصصات ذات الصلة

الترقيم الدولي : ISSN 2352-9806

الايذاع القانوني : NR :2014-3506

الرئيس الشرفي للمجلة:

أ.د: سياب رشيد

مدير جامعة خنشلة

مدير المجلة و مؤسسها:

أ.د: زواقري الطاهر

عميد كلية الحقوق و العلوم السياسية

رئيس التحرير:

د: بوكماش محمد

نائب رئيس التحرير:

د: تافرونت عبد الكريم

مساعد رئيس التحرير:

قماز شعيب

السكرتاريا و التنفيذ

سظمبولي حساؤ

- المجلة تهتم بنشر المقالات والأبحاث المرتبطة بتخصص الحقوق و العلوم السياسية
و كذا التخصصات ذات الصلة في الآداب و اللغات و العلوم الاقتصادية
و العلوم الإنسانية و الاجتماعية و العلوم الإسلامية

للاتصال

E-mail : droit.sspkh@gmail.com

هاتف / فاكس: 032.73.12.59

Facebook : revue de droit

Adresse : Université Abbes LAGHROUR Khenchela - Algérie -

(BP 1252 Route de Batna Khenchela -40004-)

الهيئة العلمية للمجلة:

من داخل الوطن

جامعة خنشلة	د. حنان أوشن	جامعة خنشلة	أ.د. زواقري الطاهر
جامعة خنشلة	د. كمال تكواشت	جامعة خنشلة	د. محمد بوكماش
جامعة خنشلة	د. الطيب بوحالة	جامعة خنشلة	د. تافرونت عبد الكريم
جامعة خنشلة	د. يسين قوتال	جامعة باتنة 1	أ.د. بدر الدين زواقة
جامعة المدية	د. هارون أوروان	جامعة تيارت	أ.د. مقني بن عمار
جامعة تبسة	د. السايح بوساحية	جامعة بسكرة	أ.د. بن مشري عبد الحليم
جامعة بسكرة	د. يعيش تمام شوقي	جامعة بجاية	أ.د. عبد الرحمان خلفي
جامعة الجلفة	د. زروق يوسف	جامعة خنشلة	د. قصوري رفيقة
جامعة سعيدة	د. ساسي محمد فيصل	جامعة خنشلة	د. بوقرة إسماعيل
جامعة المسيلة	د. عبد المالك صاولي	جامعة خنشلة	د. راجي عبد العزيز
جامعة خنشلة	د. طارق طراد	جامعة خنشلة	د. عبد المجيد لخذاري
جامعة تيارت	د. كمال محمد الأمين	جامعة خنشلة	د. عثمانية كوسر
جامعة خنشلة	د. سليمان مباركة	جامعة خنشلة	د. بن يكن عبد المجيد
جامعة خنشلة	د. ناصري سميرة	جامعة أدرار	د. باخويا ادريس
جامعة خنشلة	د. ماية بن مبارك	جامعة خنشلة	د. اونيسي ليندة
جامعة خنشلة	د. توفيق عطاء الله	جامعة خنشلة	د. عبدلي حبيبة
جامعة خنشلة	د. زرمان كريم	جامعة خنشلة	د. بن مكي نجاة
جامعة خنشلة	أ.سعيد حفظاوي	جامعة خنشلة	د. عرشوش سفیان
جامعة خنشلة	أ.طرشي ياسين	جامعة خنشلة	د. دمان دبيح عماد
جامعة خنشلة	أ.باله عبد العالي	جامعة خنشلة	د.باله عمار
جامعة خنشلة	أ.بن النوي خالد	جامعة خنشلة	د.بلعيد عبد الله
جامعة خنشلة	أ.صالحى نصيرة	جامعة تبسة	د. لخضاري عبد الحق
جامعة خنشلة	أ.العقون رفيق	جامعة خنشلة	د. بوجوراف عبد الغاني
جامعة خنشلة	أ.مناصرية سميحة	جامعة الأغواط	د. رابحي لخضر
جامعة خنشلة	أ.عبد الحي صالح	جامعة الجلفة	د.لدغش سليمة
جامعة خنشلة	أ.معمري عبد الرشيد	جامعة تمنراست	د.نذير شوقي
جامعة خنشلة	أ.غلابي بوزيد	جامعة باتنة	د.ميلود بن عبد العزيز
جامعة خنشلة	أ.لوصيف عبد الوهاب	جامعة تلمسان	د. مراد بن صغير
جامعة خنشلة	أ.زمورة داود	جامعة الوادي	د.زعي عمار
جامعة خنشلة	أ.كواشي مراد	جامعة خنشلة	د.سليم قط
جامعة خنشلة	أ.باديس الشريف	جامعة خنشلة	د.صبرينة جبالي
جامعة خنشلة	أ.بوشربي مريم	جامعة باتنة	د. شعبان رضا
جامعة خنشلة	أ.بوكريطة موسى	جامعة باتنة	د.حيدوسي عمر
جامعة خنشلة	أ.بولقواس ابتسام	جامعة الوادي	د.حوبة عبد القادر
جامعة خنشلة	أ.بلقاسم حبيب	جامعة بسكرة	د.حسونة عبد الغني
		جامعة خنشلة	د. لكبير علي

من خارج الوطن:

د. شادي عدنان الشديفات

جامعة الشارقة – الإمارات العربية المتحدة.

د. عبد الصمد عبو

كلية العلوم القانونية والإقتصادية والإجتماعية جامعة مولاي إسماعيل مكناس.

د. صالح أحمد محمد اللهيبي

جامعة الشارقة – الإمارات العربية المتحدة.

د. جواد الرباع

كلية العلوم القانونية والإقتصادية والإجتماعية – جامعة ابن زهر بأكادير -
المملكة المغربية.

د. هشام الصافي

جامعة حلوان – مصر.

قواعد النشر

مجلة الحقوق والعلوم السياسية مفتوحة لكل الأساتذة والباحثين المتخصصين في الحقوق أو العلوم السياسية أو التخصصات ذات العلاقة بهما، من داخل الوطن ومن خارجه. وتخضع الأبحاث العلمية التي ترد المجلة إلى شروط شكلية وموضوعية يجب على الباحثين التقيد بها وهي:

✓ أن يكون البحث المقدم للنشر أصيلا ويتسم بالجدية والموضوعية وسلامة اللغة، ولم يسبق نشره بأي شكل من الأشكال في أية مجلة أو مؤلف.

✓ أن لا يكون المقال مستلا من رسالة أو مداخلة أو بحث آخر

✓ أن يتراوح عدد صفحات البحث من 12 إلى 16 صفحة.

✓ أن يشتمل البحث على ملخصين أحدهما باللغة العربية والآخر بإحدى اللغتين الأجنبية (الانجليزية أو الفرنسية). ويتضمن الملخص الإشكالية وأهم النتائج المقررة .

✓ أن يكون البحث المنجز باللغة العربية محررا بخط Sakkal Majalla حجم 14 و بحجم 11 في التهميش أسفل كل صفحة على حدة.

✓ أما البحث المنجز بإحدى اللغات الأجنبية فيحرر بخط Times New Roman حجم 12 و بحجم 10 في التهميش.

✓ أن يرسل البحث عبر منصة المجلات العلمية الجزائرية بعد الإضطلاع على "تعليمات للمؤلف" عن طريق الموقع الإلكتروني التالي: <https://www.asjp.cerist.dz/en/PresentationRevue/76>

✓ أن يراعى في تدوين الهوامش ما يلي:

- إذا كان المرجع كتابا، يدون الاسم الكامل للمؤلف، عنوان الكتاب، مكان النشر، الناشر، سنة النشر، الصفحة.

- إذا كان المرجع دورية، يدون الاسم الكامل للباحث، عنوان البحث، بين مزدوجتين، اسم الدورية، عددها، تاريخ صدورها، الصفحة.

- إذا كان موقع الانترنت، يدون الاسم الكامل للباحث، عنوان البحث، المعلومات الأخرى مثل مكان تقديم العمل (والتاريخ)، ثم يدون هذا الموقع كاملا وبدقة، ويذكر تاريخ الرجوع إلى الموقع.

✓ أن تدون الهوامش أسفل الصفحة بطريقة آلية.

✓ يمكن إنجاز المقال بصفة فردية كما يمكن إنجازها بشكل ثنائي على الأكثر ويرتب الأعلى درجة .

✓ المقالات المنشورة في هذه المجلة لا تعبر إلا عن آراء أصحابها.

✓ في حال إجازة البحث للنشر مع ملاحظات بالتعديل يجب على الباحث الالتزام بالأجل المحدد له وإلا يلغى البحث.

✓ البحوث التي ترسل إلى المجلة لا ترد إلى أصحابها نشرت أم لم تنشر.

✓ يستفيد صاحب كل بحث منشور من نسخة أصلية واحدة من العدد مع شهادة إدارية بالنشر.

✓ عدم المساس أو التجريح في الهيئات والأشخاص.

✓ المجلة لاتتحمل مسؤولية أية سرقة علمية ترتكب ولم ينتبه إليها خبراء التحكيم الإلكتروني أو خبراء التحكيم العلمي للمجلة ،

كلمة السيد رئيس الجامعة

يتزامن صدور العدد التاسع من مجلة الحقوق و العلوم السياسية بجامعة خنشلة في شهر جانفي 2018 مع تحقيق المزيد من الإستقرار في جامعتنا بيداغوجيا ووظيفيا، ما ساهم في التطور العلمي والبحثي من خلال تنظيم مجموعة من مسابقات دكتوراه LMD خلال سنة 2018/2017 بنجاح،

كان من بينها مسابقتي دكتوراه الحقوق في القانون الإداري و الإدارة العامة، و علم الإجرام و السياسة الجنائية، والتي ستكون مصدرا علميا هاما فيها للطلبة الباحثين من خلال نشر مقالاتهم المتخصصة، كما أنها آلية ناجعة لكل الطلبة الباحثين في إطار الدكتوراه لرسم مساهمهم البحثي تحت إشراف أساتذتهم، وكذا الأساتذة الجامعيين على المستوى الوطني و الدولي في الحقوق و التخصصات ذات الصلة لتكون لهم منبرا هاما لنشر أبحاثهم و مقالاتهم لتحقيق ترقياتهم و مزيد من التطور في البحث العلمي الجامعي، سيما وأن المجلة تصدر في البوابة الوطنية للمجلات العلمية المحكمة بدءا من هذا العدد.

رئيس الجامعة:

أ.د : سياب رشيد

كلمة مدير المجلة ورئيس التحرير

بسم الله الرحمن الرحيم والصلاة والسلام على أشرف المرسلين وبعد:

تستقبل مجلة الحقوق والعلوم السياسية بجامعة الشهيد عباس لغرور خنشلة سنة 2018 بصدر عددها التاسع، الذي ينشر لأول مرة وفق الطريقة الجديدة المفعلة من طرف مديرية البحث العلمي والتطوير التكنولوجي بوزارة التعليم العالي والبحث العلمي عن طريق البوابة الوطنية للمجلات العلمية،



والتي تعتبر إضافة نوعية من خلال العديد من المزايا التي تمنحها كإضفاء الشفافية والمصداقية ، ومنح أكبر الفرص للإستفادة مما ينشر من أبحاث ودراسات في مختلف المجالات التي تضمن المنصة الوطنية الوصول إليها بسهولة ويسر.



لقد احتوى هذا العدد أكثر من ثلاثين مقالا في مختلف التخصصات التي تضمن المجلة النشر فيها (الحقوق والعلوم السياسية والتخصصات ذات الصلة ، والتي تساهم في إثراء الحياة العلمية والأكاديمية على مستوى الجامعات الجزائرية والعالمية من خلال منح فرص النشر لكافة الباحثين من أجل إتمام أبحاثهم العلمية.

ونذكر جميع الباحثين الذين يريدون الإطلاع على أعداد المجلة، أن جميع أعدادها منشورة ضمن موقع المنصة الوطنية للمجلات ، والدعوة إلى النشر موجهة لجميع المهتمين، شريطة الإلتزام بشروط النشر الخاصة بالمجلة والتي يمكن تحميلها من موقع المجلة عبر المنصة. وإلى لقاء جديد مع صدور العدد العاشر بحول الله .

رئيس التحرير ونائب عميد الكلية
د. بوكماش محمد

مدير المجلة و عميد الكلية
أ.د. زواقري الطاهر

الموضوع رقم الصفحة

شروط حظروضية الهيمنة في قانون المنافسة الجزائري 21-11

د.لاكلي نادية جامعة وهران 2

معادلة المحرر الالكتروني بالمحرر الورقي..... 38-22

د.كمال تكواشت أستاذ محاضر "ب" جامعة عباس لغرور خنشلة

تأصيل قواعد القانون الدولي على أساس فكرة القياس: دراسة في الفضاءات الدولية (الفضاء

الخارجي ، أعالي البحار)..... 49-39

د.خرشي عمر معمر جامعة الدكتور مولاي الطاهر -

سعيدة

تولية رئيس الدولة في الفقه السياسي عند المسلمين 60-50

د. رضا شعبان جامعة باتنة 1

نحو قضاء تجاري جزائري متخصص..... 75-61

د. حاج بن علي محمد أستاذ محاضر "أ" جامعة حسيبة بن بوعلي - الشلف -

د. مغربي قويدر أستاذ محاضر "أ" جامعة الطاهر مولاي - سعيدة -

المقاربات التكوينية لمفهوم الأمن من المقرب البنائي إلى نظريات ما بعد الحداثة..... 88-76

د. بالة عمار أستاذ محاضر -ب- جامعة خنشلة

الضبط الإداري البلدي والحسبة ودورهما في حفظ الصحة العامة وجمال المدينة- دراسة

مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون البلدية الجزائري -..... 106-89

د/ بن السيمو محمد المهدي بن مولاي مبارك - جامعة أدرار -

د/ حاج أحمد عبدالله - جامعة أدرار -

أثر التعديل الدستوري 2016 على اختصاصات السلطة التشريعية في الجزائر..... 121-107

د.بوجوراف عبدالغاني جامعة عباس لغرور خنشلة

135 -122 خيار الوساطة الجنائية ودوره في حماية الطفل الجانح على ضوء قانون حماية الطفل 12-15
مونة مقلاتي أستاذة محاضر-ب- جامعة 8 ماي 1945-قالملة

151 -136 مظاهر حماية المستهلك في عقد البيع على التصاميم.....
سمية بولحية أستاذة مساعدة "أ" جامعة قسنطينة 1

167 -152 آليات ضمان جودة التعليم الجامعي " المرافقة البيداغوجية نموذجاً".....
د.صالح السعيد جامعة خنشلة
ط.د عبدلي هالة جامعة خنشلة

179 -168 أحكام السرية المصرفية في التشريع الجزائري.....
د.حسونة عبد الغني أستاذ محاضر "أ" جامعة بسكرة

196- 180 مبدأ التمييز الإيجابي لصالح المرأة كإجراء استثنائي لتفعيل حقوقها.....
لعقابي سميحة أستاذة محاضرة-ب- جامعة سطيف02

211 -197 تداعيات الانشقاقات الحزبية على الائتلافات الحكومية (2011-2017)-تونس نموذجاً.....
أ. لحواسنية ياسمين جامعة الجزائر3

220 -212 أحكام المسؤولية المدنية في المادة الجمركية.....
عبدلي حبيبة أستاذ محاضر أ جامعة عباس لغرور-خنشلة-
عبدلي وفاء باحثة دكتوراه جامعة عباس لغرور - خنشلة-

234-221 الرقابة القضائية على عيب السبب بين الشرعية و الملائمة في قرارات الضبط الإداري.....
د. زغود جفلول أستاذ جامعة أم البواقي
لريس سمراء طالبة دكتوراه جامعة أم البواقي

248-235 الوساطة الجزائية في التشريع الجزائري.....
زمورة داود طالب دكتوراه بجامعة باتنة 1
أستاذ مساعد "أ" جامعة خنشلة

260 -249 ظاهرة اللجوء في الأندلس إبان عصر ملوك الطوائف الأسباب والآثار.....
لبيل الصالح باحث دكتوراه جامعة باتنة-1

شروط الثبات في العقود الإدارية كضمانة لجذب الاستثمارات الأجنبية..... 261- 271

د. جبابلي صبرينة
جامعة عباس لغرور خنشلة

إشكاليات مفهوم المواطنة في الفكر السياسي الإسلامي المعاصر..... 272- 292

د. عبد الرحمان رّاد
جامعة باتنة1

محاكمة أسرى الحرب في غوانتانامو من طرف الولايات المتحدة الأمريكية على ضوء اتفاقية جنيف الثالثة لأسرى الحرب لعام 1949..... 293- 314

بلول صبرينة
أستاذة مساعدة
جامعة قلمة
طالبة دكتوراه
جامعة عنابة

الحركات الإجتماعية و الخصوصية المجتمعية : دراسة على مستوى إنعكاس العلاقات الجدلية بين الأمن والتنمية على واقع دول المنطقة العربية – ليبيا نموذجًا -..... 315- 325

د عبد الحق زغدار
أستاذ محاضر "أ"
جامعة باتنة 1
أمال بلغالم
طالبة دكتوراه
جامعة باتنة1

دور التعاون الدولي في حماية الحقوق البيئية..... 326- 340

د. توفيق عطاء الله
أستاذ محاضر "ب"
جامعة عباس لغرور خنشلة

سلطات القاضي الاداري في مجال الرقابة على إبرام وتنفيذ الصفقة العمومية في النظام القانوني الجزائري..... 341- 351

د. شوقي يعيش تمام
أستاذ محاضر "أ"
جامعة محمد خيضر بسكرة

التربية البيئية كآلية لتحقيق التنمية المستدامة دراسة تحليلية لمناهج التعليم الابتدائي في الجزائر..... 352- 365

د. صليحة رحالي
أ. زهية عباذ
جامعة باتنة
جامعة باتنة 1

الإفصاح المحاسبي للكشوف المالية من منظور المعايير المحاسبية الدولية وتبنيه من قبل المشرع الجزائري..... 366- 380

أ.سليم بن رحمون
أ.سميحة بوحفص
جامعة عباس لغرور -خنشلة-
جامعة عباس لغرور -خنشلة-

تداعيات الإصلاحات السياسية الراهنة على المشاركة السياسية "دراسة تحليلية للانتخابات التشريعية لسنتي 2012-2017"..... 381- 395

أ. مناصرية سميحة
أ.عوايجية وافية
باحثة دكتوراه
أستاذ مساعد
جامعة باتنة-1-
بجامعة خنشلة
جامعة تبسة
بجامعة خنشلة
وأستاذ مساعد

المعيار الموضوعي أم المعيار الشخصي لتقدير الخطأ الطبي الجزائري..... 408 -396

أ.غضبان نبيلة أستاذ مساعد جامعة أكلي محند أولحاج - البويرة
وباحثة دكتوراه جامعة تيزي وزو

المواجهة التشريعية لجرائم تلويث البيئة الطبيعية..... 426 -409

باديس الشريف أستاذ مساعد "أ" جامعة عباس لغرور خنشلة

آلية إخطار المجلس الدستوري في الجزائر: من نظام الإخطار المقيد إلى نظام الإخطار الموسع..... 440 -427

د. عمار كوسة أستاذ محاضر-أ- جامعة سطيف 2

الطبيعة القانونية لعقد ضمان الاستثمار الأجنبي..... 457 -441

عينوش عائشة أستاذة مساعدة (أ) جامعة أكلي محند أولحاج-البويرة

الهيئة العليا المستقلة لمراقبة الانتخابات في التشريع الجزائري (دراسة تحليلية على ضوء القانون

العضوي 16 / 11)..... 472 -458

بهلول سمية باحثة دكتوراه جامعة باتنة -1-
فارس مزوزي باحث دكتوراه جامعة باتنة -1-

تسوية الأزمة السورية في ظل التوازنات الدولية والاقليمية " قراءة في مؤتمر جينيف 2 و 3 "..... 485 -473

حمدان محمد الطيب باحث دكتوراه جامعة محمد خيضر بسكرة



الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة عباس لغرور خنشلة
مجلة الحقوق والعلوم السياسية



خنشلة في : 2018/02/13

مستخرج من محضر اجتماع مكتب الهيئة العلمية للمجلة

- بناء على المراجعة النهائية من طرف هيئة تحرير المجلة للعدد الثامن (جوان 2017)، وتسجيل خلل كبير في مقال الدكتور: رمضان السبتي الموسوم: الودائع النقدية.
- بناء على جلسة سماع المعني، واجتماع مكتب الهيئة العلمية بتاريخ: 2018/01/09.
- بناء على اجتماع مكتب الهيئة العلمية للمجلة بتاريخ: 2018/02/06.

قررت الهيئة ماييلي:

- 1- سحب مقال الدكتور رمضان السبتي، الموسوم: الودائع النقدية، من العدد الثامن الجزء الثاني (جوان 2017).
- 2- حرمان المعني من النشر في مجلة الحقوق والعلوم السياسية جامعة خنشلة لأربعة أعداد متتالية.
- 3- نشر مضمون القرار في العدد التاسع من المجلة.
- 4- تبليغ المعني بمحتوى هذا القرار.



مدير المجلة

أ.ب.ذ. زواقري الطاهر



رئيس التحرير

رئيس التحرير

د. بوكماش محمد

شروط حظر وضعية الهيمنة في قانون المنافسة الجزائري

د. لأكلي نادية

كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة وهران 2 محمد بن احمد

lakli.nadia@gmail.com

الملخص:

تُشكل قواعد المنافسة في الوقت الراهن ضرورة لا يمكن الاستغناء عنها في المجال الاقتصادي، حيث تسمح هذه القواعد بالمحافظة على النظام التنافسي والسير المنتظم لآليات السوق. ومن هنا تتجلى لنا الخاصية التي تُميز قانون المنافسة عن غيره من القوانين، ألا وهي إعداد شروط تحقيق فعالية الإنتاج والتبادل أو ما يُسمى " بالفعالية الاقتصادية".

ولذلك يتضمن قانون المنافسة قواعد تهدف إلى المحافظة على المنافسة وممارستها بصورة مشروعة، و مكافحة التقييدات التي قد ترد عليها نتيجة تصرفات بعض العملاء الاقتصاديين، وهذا ما يُعرف في القانون الجزائري " بالممارسات المقيدة للمنافسة". وتعدّ وضعيّة الهيمنة من بين الممارسات التي يمكن أن تقيّد المنافسة غير أنّها لا تشكّل ممارسة مقيدة للمنافسة إلا في حالة توافر بعض الشروط.

سنلاحظ من خلال هذه الدراسة أنّه يكمن الشرط الأساسي في الحظر في الإستغلال التعسفي لوضعية الهيمنة من طرف المؤسسة المعنية بهدف تقييد المنافسة في السوق. الكلمات المفتاحية: المنافسة، السوق، وضعيّة الهيمنة، التعسف

Résumé :

Les règles de la concurrence sont actuellement essentielles dans le domaine économique, car ces règles protègent la concurrence dans le marché. Et cette protection caractérise le droit de la concurrence des autres régimes en appliquant les conditions de l'efficacité économique.

Et le droit de la concurrence contient des règles visant la protection de la concurrence en l'exerçant d'une façon licite, et en luttant contre tout acte pouvant restreindre le libre jeu de la concurrence, et c'est ce qu'on appelle en droit de la concurrence « les pratiques anticoncurrentielles ».

Et la position dominante ne peut constituer une pratique anticoncurrentielle que si elle comporte quelques conditions. Quelles sont les conditions juridiques de la prohibition de la position dominante en droit de la concurrence algérien ?

Nous allons constater à travers cette étude que la condition principale de cette prohibition consiste à exploiter abusivement la position dominante par l'entreprise concernée afin de restreindre le libre jeu de la concurrence.

Les mots clés : la concurrence, le marché, la position dominante, l'abus.



المقدمة

تُعتبر المنافسة حقيقة اقتصادية بحتة تفترض وجود عدد كبير من الأعوان الإقتصاديين يعرضون منتوجات أو خدمات، ويتمتعون باستقلالية كاملة في اتخاذ القرارات المتعلقة بنشاطهم الإقتصادي ويتعلق الأمر بمنافسة مُمارسة بصورة فعلية وكافية والتي تتحقق من خلال شفافية السوق، فترتكز المنافسة على الدخول الحر للمؤسسات في السوق مع الأخذ بعين الاعتبار استقلاليتها الإقتصادية، بالإضافة إلى تمتع المستهلكين بحرية الاختيار. غير أنه قد تقوم بعض المؤسسات بتصرفات من شأنها تغيير شروط المنافسة الفعلية قصد تعزيز وضعيتها الإقتصادية في السوق من خلال إقصاء منافسيها أو تقييد حريتهم التعاقدية، لذلك اضطرت معظم التشريعات إلى التدخل من أجل مراقبة تصرفات المؤسسات المتنافسة في السوق وردع الممارسات المقيّدة للمنافسة.

و تعدّ وضعية الهيمنة من بين الممارسات التي يمكن قيامها في السوق، غير أنها لا تشكل ممارسة مقيّدة للمنافسة إلا في حالة توافرها على بعض الشروط.

فقد تتمتع المؤسسة بقوة إقتصادية مُعتبرة مقارنة بباقي المؤسسات المنافسة لها في السوق بسبب قدرتها الإنتاجية الفعالة واعتمادها على أجهزة حديثة و عمال أكفاء و غيرها من العوامل التي تساعد على هيمنة السوق، ولا يمنع قانون المنافسة هذه الهيمنة إذ تُشكل هيكل المؤسسة الدافع الأساسي لتواجدها في هذه الوضعية، غير أنه يُمنع التعسّف في هذه الهيمنة حيث يُشكل هذا الأخير ممارسة مقيّدة للمنافسة يعاقب عليها القانون. و عليه، لا تشكل هيمنة المؤسسة للسوق ممارسة محظورة إلا في حالة توافرها على بعض الشروط ، فما هي شروط حظر وضعية الهيمنة في قانون المنافسة الجزائري؟

لقد تدخل المشرع الجزائري لردع هذه الممارسة من خلال المادة السابعة من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة¹ مبيّن شروط منع الهيمنة مع إعطاء بعض الأمثلة عنها، وتنصّ المادة على أنه: " يحظر كلّ تعسّف في هيمنة على السوق أو احتكار لها أو على جزء منها قصد:

- الحد من الدخول في السوق او في ممارسة النشاطات التجارية فيها،
- تقليص أو مراقبة الإنتاج أو منافذ التسويق أو الإستثمارات أو التقدّم التقني،
- اقتسام الأسواق أو مصادر التموين،
- عرقلة تحديد الأسعار حسب قواعد السوق بالتشجيع المصطنع لارتفاع الأسعار و لانخفاضها،
- تطبيق شروط غير متكافئة لنفس الخدمات تجاه الشركاء التجاريين مما يحرمهم من منافع المنافسة،
- إخضاع إبرام العقود مع الشركاء لقبولهم خدمات إضافية ليس لها صلة بموضوع هذه العقود سواء بحكم طبيعتها أو حسب الأعراف التجارية."

من خلال استقراء هذه المادة نلاحظ بأنه يُشترط لحظر الهيمنة تواجد المؤسسة المعنية في وضعية هيمنة فعلية مقارنة بباقي المؤسسات المنافسة لها، بالإضافة إلى ضرورة تقييد المنافسة من خلال التعسّف في استغلال هذه الهيمنة.

(1) المؤرخ في 19 يوليو 2003 المتعلق بالمنافسة، ج. ر. 20 جويلية 2003، ع. 43، ص. 2. (المعدل والمتّم)

1 تواجد المؤسسة في وضعية هيمنة على السوق

يعتبر تواجد المؤسسة في وضعية هيمنة فعلية على السوق أول شرط يركز عليه حظر هذه الممارسة، فلا يمكن تطبيق الحظر إلا على المؤسسة المهيمنة على السوق المعنية. ولكن ما المقصود بالهيمنة في قانون المنافسة؟ وما هي معايير تحديدها؟

1 مفهوم وضعية الهيمنة

عرّف المشرع الجزائري وضعية الهيمنة في المادة الثالثة من الأمر رقم 03-03 بأنها "....الوضعية التي تُمكن مؤسسة ما من الحصول على مركز قوة اقتصادية في السوق المعني من شأنها عرقلة قيام منافسة فعلية فيه وتعطيها إمكانية القيام بتصرفات منفردة إلى حدّ معتبر إزاء منافسيها، أو زبائنها أو مموئنها...".

ويعرّف البعض وضعية الهيمنة بأنها: " تلك القوة الإقتصادية التي تتحصّل عليها مؤسسة وتتيح لها سلطة التخلّص من منافسة مؤسسات أخرى موجودة في السوق نفسها"¹. و عليه، تسمح وضعية الهيمنة للمؤسسة المعنية بتجنّب الضغوطات التنافسية وسيطرتها على السوق ممّا يؤدي بالأعوان الإقتصاديين المتعاملين معها إلى الرضوخ لشروطها.

2 معايير تحديد وضعية الهيمنة

تُشكّل السوق المعيار الأساسي في تحديد وضعية المؤسسات المتنافسة فيها، ولقد عرّف المشرع الجزائري السوق بأنها " كلّ سوق للسلع أو للخدمات المعنية بممارسات مقيدة للمنافسة وكذا تلك التي يعتبرها المستهلك مماثلة أو تعويضية، لاسيما بسبب مميّزتها وأسعارها والاستعمال الذي خصّصت له، والمنطقة الجغرافية التي تعرض المؤسسات فيها السلع أو الخدمات المعنية"². وترتكز السوق على وجود منافسة بين المنتوجات أو الخدمات ويجب أن تكون هذه الأخيرة قابلة للاستبدال في نفس السوق. وبالتالي يمكن كذلك تعريف السوق بأنها مكان مواجهة بين عرض و طلب المنتوجات أو الخدمات القابلة للاستبدال فيما بينها، و لكتّهما غير قابلة للإستبدال مع منتوجات أو خدمات أخرى³.

و يجد مفهوم " القابلية للاستبدال " مصدره في التحليل الإقتصادي للسوق، أي دراسة الشروط التي تُمارس فيها المنافسة في أسواق مُختلفة⁴، ولقد أكد مجلس المنافسة الفرنسي⁵ على أنّه يُعرّف التحليل الاقتصادي للسوق بأنه مكان تواجه عرض و طلب المنتوجات أو الخدمات المعروضة.

و يتعلّق الأمر بتقدير ما إذا كانت المنتوجات أو الخدمات تُشكّل تعاقبات فعلية بالنسبة للمستهلكين، وذلك من خلال مميّزاتها أو وظيفتها، أو بمعنى آخر، يجب أن تُشبع هذه السلع و الخدمات نفس الطلّب وفي نفس السوق.

(1) م.ش. كتو، قانون المنافسة و الممارسات التجارية وفقا للأمر 03-03 و القانون 02-04، داربغادي للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر 2011، ص.

45.

(2) المادة الثالثة -ب- من الأمر 03-03 السالف الذكر.

(3) L.Arcelin, *Droit de la concurrence : les pratiques anticoncurrentielles en droit interne et communautaire*, P.U.R. 2009, p. 49.

(4) M.C.BOUTARD LABARDE, *La notion du marché pertinent : entre analyse économique et droit de la concurrence*, R.P.E. 1994, p. 16.

(5) Rapport du Cons. Conc. Fr. pour 1987, p. xx. www.autauritedelaconcurrence.

و لذلك يرى بعض الفقه¹ بأنه " يتحقق تحديد سوق المنتجات أو الخدمات من خلال تقدير مدى قابليتها للاستبدال، أخذاً بعين الاعتبار التحكيم الشخصي للمستهلكين"، فيتم تحديد المنتجات أو الخدمات المعنية على أساس طبيعتها وخصائصها الموضوعية من جهة، وعلى أساس المستعملين من جهة أخرى.

وبما أنه يعتبر معيار استبدال المنتجات أمراً جوهرياً حيث يُترجم الضغوطات التنافسية اللاحقة من قبل المؤسسات المعنية، فيجب أن تُحدّد السوق من خلال مصدرين أساسيين يتمثل الأول في القابلية للاستبدال بالنسبة للطلب بينما يتمثل المصدر في القابلية بالنسبة للعرض.

أولاً: القابلية للاستبدال بالنسبة للطلب

يتم تحديد السوق المعنية بالرجوع إلى الطلب إذ يمكن أن تكون الأسواق محلّ تفرقة بالنظر إلى طبيعة الطلب ويمكن أن يختلف التصرف من طالب إلى آخر، فمن الضروري تحديد الحاجة المشبعة والمقدّرة من خلال تفضيل أو سلوك الطالبين، وهذا ما صرّحه مجلس المنافسة الفرنسي² مؤكداً أنه " لا يمكن لسلطة الرقابة في مجال المنافسة أن تركز فقط على التحليل التقني لمميزات المنتجات المعنية من أجل تعيين حدود السوق، لأنه لا يبيّن هذا التحليل ردّ فعل المستهلكين أو الطالبين بالنسبة للتشابهات أو المفارقات الملحوظة بين المنتجات. ولهذا السبب يجب تحديد الطالبين المعنيين من خلال التمييز بين المستهلكين أو المستعملين الخواصّ عن المستهلكين أو المستعملين المهنيين".

إذن يؤدي تقدير القابلية للاستبدال بالنسبة للطلب إلى تحديد المنتجات التي يعتبرها المستهلك قابلة للاستبدال مع غيرها من المنتجات التي تُشبع نفس الحاجة، ويتم هذا التقدير من وجهة نظر كميّة وأخرى كميّة.

الجانب الكيفي :

يتمثل الجانب الكيفي لتقدير القابلية للاستبدال بالنسبة للطلب في دراسة خصائص ومميزات المنتجات، الاستعمال الموجه من قبل المستهلك وميزات القطاع في حد ذاته وهذا ما أقرته اللجنة الأوروبية³.

كما اعتبرت محكمة عدل المجموعة الأوروبية⁴ في إحدى القضايا المطروحة أمامه، أنه تختلف سوق الموز عن سوق الفواكه الأخرى نظراً لعدم اتجاه المستهلكين الراغبين في الموز إلى سوق الفواكه الأخرى، وهذا ما يُثبت عدم وجود معيار الاستبدال.

الجانب الكمي :

يتمثل الجانب الكمي في تقدير الأسعار المرنة المتقاطعة من خلال دراسة الطرق الإقتصادية، حيث تُشكل مرونة الأسعار واختلافها معياراً مهماً في تحديد سوق المنتجات أو الخدمات، لأنه يُشكل غياب اختلاف أسعار

(1) A-L. Durviaux, *Logique de marché et marché public en droit communautaire: « Analyse critique d'un système »*, Larcier 2006, p. 306, n° 289.

(2) Décision du Cons. Conc.fr. n° 98-D-16, *Commercialisation des espaces publicitaires dans les annuaires téléphoniques*, B.O.C.C.R.F. n° 9/98, p. 218.

(3) Commission C.E. du 18 oct. 1995, *ABB/ Daimler-Benz*, J.O.C.E. n° L 11 du 14 janv. 1996. www.eur-lex.europa.eu.

(4) C.J.C.E. du 14 févr. 1978, *United Brands*, Aff. 18/76, Rec. C.J.C.E. 1978, P. 271. www.eur-lex.europa.eu.

منتجات مُعيّنة مقارنة بأسعار منتجات أخرى دليلا على عدم تواجدها في نفس السوق و بالتالي عدم قابليتها للاستبدال فيما بينها¹.

و عليه، يُشكّل تأثر الطلب باختلاف أسعار السلع أو الخدمات دليلا على القابلية أو عدم القابلية للاستبدال، لأنّه يؤدي اختلاف أسعار منتوجين متشابهين إلى استنتاج عدم اعتبارهما قابلين للاستبدال من قبل المستهلكين نظرا لتنقل الطلب من مؤسسة إلى أخرى².

ثانيا : القابلية للاستبدال بالنسبة للعرض

يعتبر تحليل معيار استبدال العرض تكميلا لمعيار استبدال الطلب، ويتمثل في إمكانية العارضين من إشباع الطلب المتوجّه إلى المؤسسة المنتمية إلى سوق معين.

و يجب أن تُؤخذ إستراتيجية التمييز المُطبّقة من طرف عارضي السلع أو الخدمات بعين الاعتبار لتبيان حدود السوق، فيمكن للمنتج أن يُميّز منتوجه عن تلك المنتوجات المعروضة من قبل مُنافسيه بتقديمه بصورة مختلفة³، أي أنه يعرض اختيارا واسعا لنفس المنتوجات من ناحية الجودة و النوع. ويتعلّق الأمر هنا بتقدير وجود عروض قابلة للاستبدال مع عروض أخرى، فينبغي أن تكون هناك مرونة في العرض أي إمكانية اقتراح منتجات مختلفة من قبل العارضين لإشباع نفس الحاجة.

و يرى بعض الفقه⁴ بأنه لكي تكون هناك قابلية للاستبدال بالنسبة للعرض، يجب أن يتمكن المُوردون من إعادة إنتاج نفس المنتج و تسويقه في مُدة قصيرة دون تحمّل أية تكلفة أو خطر إضافي.

إذا كان يسمح تحديد سوق المنتوجات أو الخدمات بتقدير إمكانية استبدال هذه الأخيرة بمنتجات أو خدمات أخرى مُشعبة لنفس الحاجة، فإنّه يهدف تبيان مفهوم السوق الجغرافية إلى تحديد الفضاء الداخلي الذي تُمارس فيه المنافسة بين العملاء الإقتصاديين حول هذه المنتوجات أو الخدمات. و تتمثل السوق الجغرافية في الإقليم الذي تتعهد فيه المؤسسات المعنية بعرض السلع أو الخدمات، و التي تعتبر فيه شروط المنافسة منسجمة بصورة كافية و التي يمكن تمييزها عن مناطق جغرافية مجاورة، و يتجسّد هذا الانسجام عندما يكون عارضو المنتج في وضعية متساوية، فلا تكون السلع أو الخدمات، المتشابهة و المشعبة لنفس الحاجة، قابلة للاستبدال إلا في حالة تواجدها في نفس المناطق الجغرافية، و ذلك للسماح للمستهلكين التحكيم بين منتجات أو خدمات من نفس الطبيعة ولكن متواجدة في مناطق جغرافية أخرى.

كما قد تستند سلطات المنافسة إلى بعض المعايير الإقتصادية لتحديد وضعية الهيمنة، و لقد حدّد المشرع الجزائري سابقا هذه المعايير في المادة الثانية من المرسوم التنفيذي رقم 314/2000⁵ غير أنّه سرعان ما ألغى هذا المرسوم، و لكن هذا لا يمنع سلطات المنافسة بالإستعانة بهذه المقاييس المذكورة فيه نظرا لانعدام النصوص التي تبين كيفية تحديد وضعية الهيمنة.

(1) P. Laurent, *La concurrence dans l'union européenne*, J.C.: com. Conc. Cons. n° 3, Lexis Nexis 2001, fasc. 425, p. 5, n° 24.

(2) C.A. Paris, 11 mars 1993, *Vente de livres par club*, B.O.C.C.R.F. n° 6/93: www.lexinter.net, et v. aussi :Rapport du Cons. Conc. fr. pour 1992, p. 53: www.autauritedelaconurrence.fr.

(3) M.C.Boutard Labarde , *op. cit.*, p. 21.

(4) P. Laurent, *op. cit.* , p. 5. n° 26.

(5) المؤرخ في 14 أكتوبر 2000 المحدد للمقاييس التي تبين أن العون الإقتصادي في وضعية هيمنة و كذلك مقاييس الأعمال الموصوفة بالتعسف في وضعية الهيمنة، ج. ر. ع. 61 الصادرة بتاريخ 18 أكتوبر 2000. (ملغى)

فقد تستند سلطات المنافسة إلى حصّة السوق التي تحوزها المؤسسة المعنية، إذ يُشكّل امتلاك المؤسسة لحصّة هامة و معتبرة من السوق مقارنة بباقي المنافسين على تواجدها في وضعية هيمنة، ولم تحدّد النصوص القانونية نسبة هذه الحصّة غير أن مجلس المنافسة الفرنسي اعتبر في إحدى قراراته بأنّ حيازة المؤسسة لحصّة تزيد نسبتها عن 50% من السوق المعنية يجعلها في وضعية هيمنة¹. كما يمكن الإستناد إلى القوة الإقتصادية للمؤسسة المعنية التي تمنحها امتيازات في علاقاتها مع باقي الأعوان الإقتصاديين.

II تعسّف المؤسسة في استغلال وضعية الهيمنة

لا تُشكّل وضعية الهيمنة ممارسة محظورة في حدّ ذاتها بل يُشترط أن تعسّف المؤسسة المعنية في استغلال هذه الوضعية من خلال تقييد المنافسة في السوق، ويتجلى هذا التقييد في حالات مختلفة ولقد ذكر المشرع الجزائري في المادة السابعة من الأمر رقم 03-03 هذه الحالات على سبيل المثال لا الحصر من أجل توسيع نطاق الحظر. وتفترق سلطة المنافسة الفرنسية بين التعسّف الهيكلي والتعسّف السلوكي في الهيمنة، إذ ينتج التعسّف الهيكلي عن علاقة تعاقدية تتضمن بنودا تعسّفية تفرض على الأعوان الإقتصاديين اتباع استراتيجية معينة في التسويق فتغيّر هذه البنود من شروط المنافسة الفعلية وبالتالي من هيكلّة السوق، بينما يتمثّل التعسّف السلوكي في قيام المؤسسة المهيمنة على السوق بتصرف غير عادي كرفض بيع منتجاتها دون مبرّر شرعي، أو قطع العلاقة التعاقدية في حالة عدم خضوع المتعامل معها للشروط المفروضة عليه².

غير أنّه يرى جانب من الفقه بأنّه لا داعي للتفرقة بين التعسّف الهيكلي والتعسّف السلوكي، إذ يؤدي السلوك التعسّف للمؤسسة المهيمنة بالضرورة إلى تغيير هيكلّة السوق³، بينما يذهب جانب آخر من الفقه إلى أنّه يشكّل التعسّف الهيكلي مفهوما موضوعيا ناتجا عن الطبيعة الهيكلية للسوق، بينما يتمثّل التعسّف السلوكي في مفهوم شخصي ناتج عن الإرادة الشخصية للمؤسسة في تقييد المنافسة⁴.

أمّا عن المشرّع الجزائري فنلاحظ بأنّه يأخذ بالمفهوم السلوكي للتعسّف باستعماله لعبارة " قصد " في المادة السابعة من الأمر رقم 03-03 و التي بيّن فيها اهتمامه باتجاه الإرادة الشخصية للمؤسسة المعنية إلى ارتكاب ممارسة محظورة.

وقد تستغل المؤسسة المعنية تواجدها في وضعية هيمنة على السوق المعنية إمّا في تقليص عدد منافسيها من خلال استبعادهم من السوق، أو من خلال تقييد حريتهم التعاقدية.

3 تقليص عدد المنافسين في السوق

قد تسعى المؤسسة المهيمنة على السوق إلى إقصاء منافسيها من خلال رفع أسعار منتجاتها أو تخفيضه بشكل مُصطنع لاسيما أنّه يشكّل السّعر العامل المُحرّك للسوق، ونشير إلى أنّه لا يسمح المشرّع الجزائري بتحديد الأسعار أو الهوامش إلا عن طريق التنظيم و في حالات مُعيّنة، حيث ينص: " ...يمكن أن تحدد أسعار الهوامش

(1) L. Arcelin, *op. cit.*, p. 67.

(2) P. Laurant, *op.cit.*, p. 10, n° 35.

(3) Y.Serra, *Le droit français de la concurrence*, Dalloz 1993, p.56.

(4) L. Arcelin, *op. cit.*, p. 83.

والسلع و الخدمات أو الأصناف المتجانسة من السلع و الخدمات أو تسقيفها أو التصديق عليها عن طريق التنظيم.

تُتخذ تدابير تحديد هوامش الربح و أسعار السلع و الخدمات أو تسقيفها أو التصديق عليها على أساس اقتراحات القطاعات المعنية و ذلك للأسباب الرئيسية الآتية:

_ تثبيت استقرار مستويات أسعار السلع و الخدمات الضرورية، أو ذات الاستهلاك الواسع، في حالة اضطراب محسوس للسوق،

_ مكافحة المضاربة بجميع أشكالها و الحفاظ على القدرة الشرائية للمستهلك.

كما يمكن اتخاذ تدابير مؤقتة لتحديد هوامش الربح و أسعار السلع و الخدمات أو تسقيفها، حسب الأشكال نفسها، في حالة ارتفاعها المفرط و غير المبرر، لاسيما بسبب اضطراب خطير في للسوق أو كارثة أو صعوبات مزمنة في التموين داخل قطاع نشاط معين أو في منطقة جغرافية معينة أو في حالات الاحتكار الطبيعية¹. و بالتالي لا يمكن تدخل التنظيم من أجل تحديد الأسعار أو الهوامش إلا في الحالات الحصرية المذكورة في المادة.

و في حالة تحديد الأسعار من قبل التنظيم، يتوجب على كل عون اقتصادي احترام هذا التحديد²، كما أنه " تُمنع الممارسات و المناورات التي ترمي لاسيما إلى:

- القيام بتصريحات مزيفة بأسعار التكلفة قصد التأثير على هوامش الربح و أسعار السلع و الخدمات المحددة أو المُسَقَّفة.

- إخفاء الزيادات غير الشرعية في الأسعار.

- عدم تجسيد أثر الانخفاض المسجل لتكاليف الانتاج و الاستيراد و التوزيع على أسعار البيع و الإبقاء على ارتفاع أسعار السلع و الخدمات المعنية.

- تشجيع غموض الأسعار و المضاربة في السوق.³

و عليه، لا تشكل حرية الأسعار عنصرا جوهريا في قانون المنافسة فحسب و إنما يتعداه لكي يُنظَم الممارسات التجارية بصفة عامة، فيجب أن تكون الأسعار المعروضة من قِبل المؤسسة المهيمنة على السوق متناسبة مع القيمة الفعلية للمنتجات أو الخدمات المعنية، لذلك تقوم سلطات المنافسة بمراقبة أسعار منتوجات المؤسسة المعنية و مدى تناسبها مع قيمتها الحقيقية حتى يتسنى لها التأكد من وجود هذه المؤسسة في وضعية هيمنة⁴.

كما قد تتعسف المؤسسة في وضعية هيمنتها من خلال رفضها التعامل مع عون إقتصادي كأن ترفض المؤسسة المهيمنة من تزويد مؤسسة أخرى بالمادة الأولية دون مبرر شرعي قصد استبعادها من السوق، أو من خلال اقتسام الأسواق و مصادر التموين إذ تهدف المؤسسة من خلال هذه الممارسة إلى تعزيز وضعيتها الاقتصادية و عرقلة دخول منافسين جُدد.

(1) المادة الرابعة من القانون رقم 05-10 المؤرخ في 15 غشت 2010 المتعلق بالمنافسة المعدل و المتمم للأمر رقم 03-03، ج. ر. 18 أوت 2010، ع. 46.

(2) أنظر المادة الرابعة من القانون رقم 06-10 المؤرخ في 15 أوت 2010 المعدل و المتمم للقانون رقم 02-04 المؤرخ في 23 يونيو 2004 الذي يحدد

القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، ج. ر. 18 أوت 2010، ع. 46.

(3) المادة السادسة من القانون رقم 06-10 السالف الذكر و الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية.

(4) M.A. Frison-Roche et M.S. Payet, Droit de la concurrence, Dalloz 2006, p. 102.

4 تقييد حرية المتنافسين

يمكن أن تتعسف المؤسسة في وضعية الهيمنة من خلال استغلالها لضعف باقي الأعوان الإقتصاديين بفرض بنود تعسفية، و يعدّ بند عدم المنافسة و بنود الحصرية من أهم البنود التعسفية المفروضة من قبل المؤسسات المتواجدة في وضعية هيمنة.

ويعتبر بند عدم المنافسة حكما يلتزم من خلاله أحد المتعاقدين بعدم ممارسة نشاطا مهنيًا منافسًا للطرف الآخر¹، فيصبح الملتزم في وضعية المدين ويتمثل التزامه في الامتناع عن القيام بعمل ألا وهو منافسة الطرف الآخر الذي يكون في وضعية الدائن². ويكمن الحد من حرية المتنافس في منعه من ممارسة نشاطا معينًا من خلال هذا البند، وقد تقيّد المؤسسة المهيمنة حرية المتعاقد معها من خلال هذا البند في حالة اشتراطها عدم منافستها أو عدم التعامل مع منافسيها حتى بعد انتهاء العلاقة التعاقدية بينهما.

ويرى بعض الفقه³ بأنه يؤدي بند عدم المنافسة إلى الإقصاء التعاقدية لخطر المنافسة، حيث تلجأ المؤسسة المتواجدة في وضعية هيمنة إلى هذه الطريقة من أجل إقصاء مخاطر المنافسة من السوق.

كما تعد بنود الحصرية من أكثر الشروط التي أثارت جدلا واسعا في الفكر القانوني لما لها من تأثير على حرية التبادل التجاري والسلي والخدمي بين الأطراف المختلفة، ويتعلّق الأمر بالشروط التعاقدية المفروضة على الأعوان الإقتصاديين المتعاملين مع المؤسسة المهيمنة على السوق والتي من شأنها تعزيز رقابة المؤسسة المهيمنة على باقي منافسيها، لاسيما عندما يتعلّق الأمر ببند الحصر الإقليمي المطلق الذي يلتزم من خلاله المرخص له بعدم تسويق منتج صاحب العلامة إلا في الإقليم المحدّد من هذا الأخير فنكون بصدد تقييد للمنافسة وهذا ما تقوم به غالبا المؤسسات المتواجدة في وضعية هيمنة.

و نشير إلى ضرورة وجود علاقة السببية بين وضعية الهيمنة و التعسف، إذ يجب أن يُحقّق التعسف من خلال استغلال وضعية الهيمنة.

و تشترط بعض التشريعات ضرورة تقييد المنافسة بشكل حسّاس و تستبعد بذلك عن نطاق الحظر الممارسات التي تؤثر بشكل ضئيل على هيكلّة السوق، إذ يتبنى التشريع الفرنسي مثلا قاعدة "العتبة المحسوسة" بينما يطبّق التشريع الأمريكي "قاعدة البرهان" و التي يُقضى من خلالها تطبيق قواعد المنافسة على الممارسات التي لا تؤثر على ميكانيزمات السوق بشكل خطير، وتُساهم هذه النظرية في تجنب تراكم النزاعات المتعلقة بالممارسات المقيدة للمنافسة.

فلا يُطبّق الحظر على التعسف في وضعية الهيمنة إلا في حالة تقييده للمنافسة في السوق بصورة حسّاسة، و نظرا لغياب مفهوم "العتبة المحسوسة" فإنه يتوجّب على السلطات المختصة التأكد من التقييد المحسوس للمنافسة في السوق المعنية من خلال الممارسة المنافية للمنافسة.

ولا يتم تطبيق قواعد المنافسة في القانون الفرنسي إلا في حالة تعديل الممارسة لهيكلّة التنافسية في السوق بصورة حسّاسة، وهذا ما يعتبره مجلس المنافسة الفرنسي عنصرا لتكييف الممارسات بالإضافة إلى دراسة آثارها

(1) D. Legeais, *Droit commercial et des affaires*, 13^{ème} éd., Dalloz, 2000, p.253.

(2) L. Arcelin, *op. cit.*, p. 323.

(3) D. Legeais, *op. cit.*, p. 429.

الحالية والإحتمالية¹، وتعتبر محكمة استئناف باريس² أنه يشكل الطابع الحساس للأثر المقيّد للمنافسة شرطا لحظره وليس فقط لتقرير العقوبة، كما قضت محكمة النقض الفرنسية³ في إحدى قضاياها بعدم إخضاع الممارسة للحظر نظرا لتأثيرها المحدود على السوق وعدم إضرارها بالمنافسة بصورة محسوسة.

ويرى بعض الفقه⁴ أنه "يؤدي فرض العتبة المحسوسة إلى عدم تطبيق قواعد المنافسة إلا على الإتفاقات أو التصرفات المعدلة بشكل حساس للميكانيزمات أو الهيكلات التنافسية للسوق...".

ولقد أكد المشرع الفرنسي⁵ على عدم حظر الممارسات التي لا تتجاوز 10٪ من حصة السوق المكتسبة من قبل المؤسسات عندما يتعلّق الأمر بممارسات قائمة بين مؤسسات متنافسة، و 15٪ بالنسبة للممارسات القائمة بين مؤسسات غير متنافسة.

وتتعدّد أسباب تطبيق شرط العتبة المحسوسة ولعلّ من أهمّها تجنّب تجميد العلاقات الاقتصادية، ولقد أكدت محكمة عدل المجموعة الأوروبية⁶ على أنه يرجع السبب في تطبيق نظرية العتبة المحسوسة إلى تجنب حظر الممارسات التي لا تعرقل تحقيق أهداف السوق المشتركة.

ويرى بعض الفقه⁷ أنه "ترجع العتبة المحسوسة إلى طبيعة قانون المنافسة" حيث يتميّز هذا الأخير بطابعه المرن مما يستوجب إقصاء الممارسات التي لا تؤثر على المنافسة إلا بشكل ضئيل لا يستدعي تطبيق الحظر، وبالتالي يساهم هذا الشرط في تقييد نطاق قانون المنافسة.

بينما تعتبر "قاعدة البرهان" مفهوما موروثا من القانون الأمريكي، وأستعملت هذه القاعدة من أجل التخفيف من حظر كلّ الممارسات بمجرد أثرها المقيّد للمنافسة⁸ وبالتالي الحفاظ على مبدأ حرية المنافسة.

فقد كان يعاقب القانون الأمريكي⁹ جميع الممارسات المقيّدة للحرية المنافسة دون استثناء، ولكن سرعان ما اكتشفت المحاكم الأمريكية صعوبة تطبيق هذا المبدأ نظرا لاكتظاظ القضايا المتعلقة بهذا المجال ووجود بعض الممارسات التي لا تستحق الحظر نظرا لضعف أثرها على المنافسة، ولذلك اضطرّ القضاء الأمريكي إلى تطبيق قاعدة البرهان وتساهم هذه الأخيرة في تقدير "الطابع المعقول" للممارسات المقيّدة للمنافسة¹⁰.

وتتمثّل هذه القاعدة في القيام بتحليل اقتصادي بدلا من القانوني، وذلك من خلال تمييز الممارسات النافعة عن تلك الضارة وعدم تحديد الطابع الإجرامي للممارسة إلا بعد إجراء دراسة شاملة لأثرها المحسوس على

(1) Décision du Cons. Conc. Fr. n° 99-D-68, aff. F.F.S.A., 9 nov. 1999, B.O.C.C.R.F. 2000, p. 23.

(2) C.A. Paris 18 mars 1997, Société Zannier, B.O.C.C.R.F. du 22 avr. 1997. www.lexinter.net.

(3) Cass. 28 mai 1993, Rocamat, B.O.C.C.R.F. du 10 sept. 1993, p. 260. www.lexinter.net.

(4) L. Arcelin, *op. cit.*, n° 123, p. 90.

(5) Art. L. 464-6 du C. com. Fr.

(6) C.J.C.E. 6 mai 1971, CADILLON, aff. 1/71, Rec. 1971, p. 351. www.eur-lex.europa.eu.

(7) E. CLAUDEL, *op. cit.* p. 74, n° 78.

(8) E.Arcelin, *op. cit.*, p. 90.

(9) Sherman Act de 1890.

(10) A. C. KASKIN, *Pour un nouveau droit international de la concurrence*, l'Harmattan 2009, p. 118.

السوق¹. و يرى بعض الفقه² أنه تساهم قاعدة البرهان في تصحيح حظر التصرفات من خلال تبريرات مُستوحاة من المصلحة العامة، كما تساهم في تحقيق الفعالية الاقتصادية.

الخاتمة:

يعد التعسف في وضعية الهيمنة ممارسة محظورة في قانون المنافسة نظرا للتقييدات التي تطرأ على السوق من جراء هذه الممارسة، و لذلك يقرّر المشرع الجزائري عقوبات ردعية على مرتكبي هذه الممارسة في المادة 26 من القانون رقم 08-12 المتعلق بالمنافسة³ و التي تنص على أنه: " يعاقب على الممارسات المقيدة للمنافسة كما هو منصوص عليها في المادة 14 من هذا الأمر، بغرامة لا تفوق 12% من مبلغ رقم الأعمال من غير الرسوم، المحقق في الجزائر خلال آخر سنة مالية مختتمة، أو بغرامة تساوي على الأقل ضعفي الربح المحقق بواسطة هذه الممارسات، على ألا تتجاوز هذه الغرامة اربعة أضعاف هذا الربح، و إذا كان مرتكب المخالفة لا يملك رقم أعمال محدد، فالغرامة لا تتجاوز ستة ملايين دينار (6000.000 دج)".

غير أنه لا يعتبر هذا الحظر مطلقا بل قد ترد عليه بعض الإستثناءات التي تجعل من هذا التعسف في الهيمنة ممارسة مشروعة في حالة وجود نصّ تشريعي أو تنظيمي يُبررها، أو في حالة مساهمتها في التقدّم الإقتصادي أو التقني، و هذا ما يُفهم من استقراء نص المادة التاسعة من الامر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة و التي تنص على أنه: " لا تخضع لأحكام المادتين 6 و 7 أعلاه، الإتفاقات والممارسات الناتجة عن تطبيق نص تشريعي أو نص تنظيمي أُتخذ تطبيقا له.

يُرخص بالاتفاقات و الممارسات التي يمكن أن يثبت أصحابها أنها تؤدي إلى تطور اقتصادي أو تقني أو تساهم في تحسين التشغيل، أو من شأنها السماح للمؤسسات الصغيرة و المتوسطة بتعزيز وضعيتها التنافسية في السوق. لا تستفيد من هذا الحكم سوى الاتفاقات و الممارسات التي كانت محل ترخيص مجلس المنافسة ". و يرى بعض الفقه⁴ بأنه تُشكّل هذه الإستثناءات وسيلة فعّالة لتحقيق سياسة المنافسة.

غير أنه يؤدي غياب مجلس المنافسة في الواقع، رغم حضوره بين النصوص القانونية، إلى عدم إمكانية بلوغ الهدف المنشود من قواعد المنافسة بصفة عامّة لذلك ينبغي تزويد مجلس المنافسة بمقرّ خاصّ به وبالإمكانيات اللازمة في مجال التحقيق التي تسمح له بالقيام بمهامه في تنظيم السوق و مكافحة الممارسات المقيدة للمنافسة، بالإضافة إلى نشر تعليمات و منشورات في نشرة رسمية للمنافسة تعالج النقائص التي تضمّنها قانون المنافسة، كما ينبغي إعداد تقارير سنوية تتضمّن جميع النشاطات التي قام بها مجلس المنافسة. و نشير إلى أنه رغم الجهود المبذولة من قبل المشرع الجزائري في تطوير مجلس المنافسة، إلا أن هذا الأخير يبقى مجهولا في واقعنا الاقتصادي مما يُترجم ندرة القرارات الصادرة عنه في مجال الممارسات المقيدة للمنافسة.

(1) J.MORIN, *le droit de la concurrence*, conférence générale des tribunaux commerciaux, Bordeaux le 19 nov. 2004, p. 24.

(2) J-B. Blaise, *L'utilisation de la règle de raison en droit interne de la concurrence*, Le droit de l'entreprise dans ses relations externes à la fin du xx^e siècle « Mélanges en l'honneur de Claude Champaud », Dalloz 1997, p. 86, n° 3.

(3) المؤرخ في 25 يونيو 2008، المعدّل و المتّم للأمر رقم 03-03، ج. ر. 2 يوليو 2008، ع. 36.

(4) C. Prieto, *Le progrès technologique dans le traitement des ententes contractuelles*, R.I.D. éco. 2007, p. 317-344.

قائمة المراجع

1- م.ش. كتو، قانون المنافسة و الممارسات التجارية وفقا للأمر 03-03 و القانون 02-04، دار بغدادي للطباعة و النشر والتوزيع، الجزائر 2011.

المصادر القانونية

1. أمر رقم 03-03 المؤرخ في 19 جمادى الأولى عام 1429 الموافق 19 يوليو سنة 2003 المتعلق بالمنافسة (ج.ر.رقم 43 المؤرخة في 20 جويلية 2003).
2. مرسوم تنفيذي رقم 05-175 مؤرخ في 3 ربيع الثاني عام 1426 الموافق 12 مايو سنة 2005، يحدد كيفيات الحصول على التصريح بعدم التدخل بخصوص الاتفاقات ووضعية الهيمنة على السوق (ج. ر.رقم 35-2005).
3. قانون رقم 08-12 مؤرخ في 25 يونيو سنة 2008، يعدل و يتمم الأمر رقم 03-03 المؤرخ في 19 يوليو سنة 2003 والمتعلق بالمنافسة (ج. ر.رقم 36-2008).
4. قانون رقم 10-05 مؤرخ في 15 غشت سنة 2010، يعدل و يتمم الأمر رقم 03-03 المؤرخ في 19 يوليو سنة 2003 والمتعلق بالمنافسة (ج.ر.رقم 46-2010).
5. مرسوم تنفيذي رقم 11-241 مؤرخ في 8 شعبان عام 1432 الموافق 10 يوليو سنة 2011، يحدد تنظيم مجلس المنافسة وسيره (ج. ر.رقم 39-2011).
6. مرسوم تنفيذي رقم 11-242 مؤرخ في 8 شعبان عام 1432 الموافق 10 يوليو سنة 2011، يتضمن إنشاء النشرة الرسمية للمنافسة و يحدد مضمونها وكذا كيفيات إعدادها (ج. ر.رقم 39-2011).
7. مرسوم تنفيذي رقم 15-79 مؤرخ في 8 مارس سنة 2015، يعدل و يتمم المرسوم التنفيذي رقم 11-241 المؤرخ في 10 يوليو سنة 2011 الذي يحدد تنظيم مجلس المنافسة و سيره ، (ج. ر.رقم 13 المؤرخة في 11 مارس 2015).
8. قرار وزاري مشترك مؤرخ في 7 فبراير سنة 2016، يحدد تنظيم مديريات مجلس المنافسة في مصالح (ج. ر.رقم 33 المؤرخة في 05 جوان 2016).

Bibliographie

- 1- L.Arcelin, Droit de la concurrence : les pratiques anticoncurrentielles en droit interne et communautaire, P.U.R. 2009
- 2-J-B. Blaise, L'utilisation de la règle de raison en droit interne de la concurrence, Le droit de l'entreprise dans ses relations externes à la fin du xx^e siècle « Mélanges en l'honneur de Claude Champaud », Dalloz 1997
- 3-M.C.BOUTARD LABARDE, La notion du marché pertinent : entre analyse économique et droit de la concurrence, R.P.E. 1994
- 4-A-L. Durviaux, Logique de marché et marché public en droit communautaire: « Analyse critique d'un système », Larcier 2006
- 5-M.A. Frison-Roche et M.S. Payet, Droit de la concurrence, Dalloz 2006
- 6-A. C. KASKIN, Pour un nouveau droit international de la concurrence, l'Harmattan 2009
- 7-P. Laurent, La concurrence dans l'union européenne, J.C.: com. Conc. Cons. n° 3, Lexis Nexis 2001
- 8-D. Legeais, Droit commercial et des affaires, 13^{ème} éd., Dalloz, 2000
- 9-J.MORIN, le droit de la concurrence, conférence générale des tribunaux commerciaux, Bordeaux le 19 nov. 2004
- 10-C. Prieto, Le progrès technologique dans le traitement des ententes contractuelles, R.I.D. éco. 2007
- 11-Y.Serra, Le droit français de la concurrence, Dalloz 1993.



معادلة المحرر الإلكتروني بالمحرر الورقي

كمال تكواشت

دكتور محاضر "ب" بجامعة عباس لغرور خنشلة

kameltakouachet@yahoo.fr

ملخص:

إذا كانت الأنظمة القانونية للإثبات قد تأسست على مبدأ المحرر الورقي الذي ظل يحكم المعاملات طيلة فترات تاريخية طويلة، فإن دقة ووضوح المحرر الإلكتروني جعله يتساوى مع المحرر الورقي بل يتفوق عليه أحياناً. مما يتطلب الأمر البحث في حجية المحررات الإلكترونية والشروط الواجب توافرها حتى تترتب عليها آثار قانونية سواء على المستوى التشريعي أو القضائي.

وقد تم التوصل إلى عدة نتائج، أهمها أن النصوص القانونية الحالية المتعلقة بالمعاملات الإلكترونية تعدّ كافية، إلا أنه على المدى المتوسط والطويل يجب تحيينها وتطويرها بالكيفية حتى تسير الجانب التقني للمعاملات الإلكترونية، لكون هذا الأخير يتميز بالتطور السريع جداً.

الكلمات المفتاحية: الإثبات، المحرر الورقي، المحرر الإلكتروني، المعاملات الإلكترونية، القوة الثبوتية، التصرفات المدنية، التصرفات التجارية.

Résumé:

Si les systèmes juridiques de preuves étaient fondés sur le principe de document papier, qui a régi les transactions pendant de longues périodes, l'exactitude et la clarté du document électronique l'ont rendu égal au document papier, Parfois même le surpassant. Ce qui nécessite une recherche Dans l'authenticité des documents électroniques et les conditions à respecter pour que avoir des effets juridiques aux niveaux législatif et judiciaire.

Plusieurs résultats ont été atteints, le plus important est que les textes juridiques actuels relatifs aux transactions électroniques sont suffisants, mais à moyen et à long terme doit être actualisés et adapté au côté technique des transactions électroniques, parce que ce dernier est caractérisé par un développement très rapide.

Mots clés : Preuve, document papier, document électronique, transactions électroniques, transactions électroniques, force probante, actes civiles, actes commerciales.

مقدمة:

تعتبر الأدلة الكتابية من أقوى طرق الإثبات وأهمها لكونها خيرة وسيلة لقطع الشك باليقين حول شروط ما تم الاتفاق بشأنه بين الأطراف، لأنها تعدّ مقدما وقبل أن يقع النزاع بشأنها، مما يجعلها تمتاز بانفرادها عن باقي الأدلة بقوتها المطلقة في الإثبات.

لكن مع ظهور جهاز الحاسب الآلي وشبكة الانترنت أدت إلى أحداث تغييرات جذرية في المجتمع من كافة نواحيه، مما انعكس على المعاملات اليومية للأفراد والإدارة على حدّ السواء، كما أدى ذلك إلى أحداث تغييرات على المستوى القانوني، بحيث ظهرت مفاهيم ومصطلحات لم تكن موجودة من قبل، فظهر مصطلح الوفاء بالنقود الالكترونية والبنوك الالكترونية والعقود المبرمة بأسلوب رقمي وغيرها من المعاملات الالكترونية التي أثرت في مجملها على نظام الإثبات.

وكان نتيجة لذلك أن بدأت المحررات الورقية تتراجع لتحل محلها المحررات الالكترونية، الشيء الذي جعل هذه الأخيرة لا تتكيف بسهولة والقواعد التقليدية للإثبات، مما دفع بالعديد من التشريعات من ضمنها الجزائر (وإن كانت جاءت متأخرة) القيام بتطويع وتحديث النصوص التشريعية بالكيفية التي تكفل الاستفادة من الوسائل التقنية الحديثة في إبرام التصرفات القانونية، وذلك بعد تبني المفهوم الواسع لفكرة الكتابة من خلال إقامة تكافؤ بين المحررات الالكترونية والمحررات الورقية.

وهكذا تبرز أهمية موضوع معادلة المحرر الإلكتروني بالمحرر الورقي من ذلك التقاطع الذي يتم بين التقنيات الحديثة للاتصال والقانون وما يترتب عنه من نقاط مهمة تتجسد في طبيعة المحرر الإلكتروني التي تختلف عن طبيعة المحرر الإلكتروني بالإضافة إلى كيفية حسم المنازعات التي تثور حول صحته، وعليه تتأسس إشكالية البحث التي تتمحور في مدى حجية المحرر الإلكتروني في الإثبات؟

ومنه، وبغرض إثراء الموضوع بالإجابة على الإشكالية بالكيفية المطلوبة، نرى أنه من المفيد تقسيم موضوع البحث تقسيماً ثلاثياً وذلك وفق الخطة التالية:

المطلب الأول- مفهوم المحرر الإلكتروني

المطلب الثاني - شروط معادلة المحرر الإلكتروني بالمحرر الورقي

المطلب الثالث- آثار معادلة المحرر الإلكتروني بالمحرر الورقي

المطلب الأول - مفهوم المحرر الإلكتروني

نتعرض في هذا المطلب إلى المحرر الإلكتروني من جوانبه المتعلقة بالتعريف، والخصائص، وبعض المفاهيم القريبة ووسائل التنفيذ، وذلك في أربعة فروع.

الفرع الأول- تعريف المحرر الإلكتروني

بالرجوع إلى النصوص العامة (القانون المدني) والنصوص الخاصة (القانون رقم 15-04 المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكتروني) نجد أن المشرع الجزائري لم يعرف المحرر الإلكتروني⁽¹⁾ على غرار بعض التشريعات المقارنة من ضمنها التشريع المصري الذي نجده في المادة 2/1 من قانون التوقيع الإلكتروني رقم 15 لسنة 200 قد حدد مدلول المحرر الإلكتروني بقوله: " المحرر الإلكتروني : رسالة تتضمن معلومات تنشأ أو تدمج، أو تخزن، أو ترسل أو تستقبل كلياً أو جزئياً بوسيلة الكترونية أو رقمية أو ضوئية أو بأي وسيلة أخرى مشابهة المحرر الإلكتروني".

أما من جهة الفقه، فإن التعريف السائد عند معظم فقهاء القانون للمحرر الإلكتروني هو: " مجموعة من الأرقام والإشارات أو الرموز الأخرى ذات دلالة واضحة، محررة على دعامة الكترونية أو مرسله بطريقة الكترونية ، يكون بالإمكان التعرف بصفة قانونية على الشخص الذي صدرت عنه، وتكون معدة ومحفوظة وفق شروط من شأنها ضمان سلامتها"⁽²⁾.

مما سبق يتضح أن المحرر الإلكتروني هو عبارة عن مستند أو وثيقة محررة بأسلوب يتضمن كتابة الكترونية كما تخزن، أيضاً، في دعامة الكترونية، غير أنه ما المقصد بالكتابة الإلكترونية والدعامة الإلكترونية؟

إن مفهوم الكتابة الإلكترونية في حد ذاتها لا تتعدى كونها مجرد رموزاً تعبر عن أفكار محددة متخذة شكل حروف أو أرقام أو إشارات أو غيرها ، مدرجة بشكل الكتروني أو رقمي أو ضوئي أو أي وسيلة أخرى مستحدثة. وهو ما نصت عليه المادة 323 مكرر قانون مدني.

أما الدعامة الإلكترونية فتختلف عن الدعامة التقليدية للكتابة، حيث تكون هذه الأخيرة مادية ملموسة، تتمثل في الورق عادة، بينما الدعامة الإلكترونية تكون غير مادية تتمثل في الأسطوانات الإلكترونية والأشرطة والأقراص الممغنطة والميكروفيلم، بل قد تتخذ شكل دبدبات كهرومغناطيسية تبحر ضمن شبكات اتصالية كالانترنت⁽³⁾. وعن طريق هذه الدعامات يتم تخزين الكتابة الإلكترونية وفق نظم معالجة يتم من خلال تحويلها إلى جملة أرقام تتكون من الثنائية (0 و 1)، وبعدها يتم ترجمتها إلى حروف وكلمات يمكن قراءتها عند الحاجة مرة أخرى.

¹ - لم يعرف المشرع الجزائري المحرر الإلكتروني في القانون المدني الصادر سنة 1975 لكنه لا يلام على ذلك لعدم وجود هذا النوع من المحررات آنذاك.

² - لورنس محمد عبيدات، إثبات المحرر الإلكتروني، دار الثقافة، الأردن، 2005، ص 123

وأيضاً: - محمد أمين الرومي، المستند الإلكتروني، مطبعة دار الكتب القانونية، مصر، 2008، ص 68

- نورالدين الناصري، المعاملات والإثبات في مجال الاتصال الحديثة، مطبعة النجاح الجديدة، المغرب، 2013، ص 9

- حسن عبد الباسط جمعي، إثبات التصرفات القانونية المبرمة عن طريق الانترنت، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص 20.

³ - رضا متولي وهدان، الضرورة العملية للإثبات بصورة المحررات في ظل تقنيات الاتصال الحديثة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007، ص 43

ومن خلال مما سبق نستنتج أن الأهم في المحرر الإلكتروني ليس الدعامة والتي يجب أن تبقى محايدة بل الكتابة، فالدعامة تعدّ كوسيلة لتثبيت ولصق المعلومات التي تتضمنها. وبالتالي، لا توجد صورة محددة للدعامة التي يتم عليها تثبيت الكتابة، فكل ما هو في الأمر هو أن تكون هذه الأخيرة مقروءة بسهولة ويسهل نقلها وعمل صور منها.

غير أن استخدام الدعامات الإلكترونية يعدّ من أهم مظاهر الخصوصية في المعاملات الإلكترونية، بل أنها أساس هذه المعاملات، فالعقد الإلكتروني لا يختلف من حيث الموضوع أو الأطراف عن سائر العقود التقليدية، إلا في ما يتعلق طريقة إبرامه نتيجة استخدامه وسائط الإلكترونية. فهذه الأخيرة هي التي دفعت إلى اختفاء الكتابة التقليدية القائمة على الدعائم الورقية لتحل محلها الكتابة في شكلها الإلكتروني أو الرقمي.

الفرع الثاني- خصائص المحرر الإلكتروني

من خلال التعاريف المعطاة للمحرر الإلكتروني يمكن حصر مميزات هذا الأخير في الخصائص التالية:

أولاً- خاصية تشابه طرق الكتابة: تمتاز المحررات الإلكترونية بتشابه طرق الكتابة، حيث أنها لا تتغير بين محرر وآخر، في حين أن الكتابة العادية تختلف من شخص لآخر وبالتالي يكون لها ارتباط بشخص المحرر، ولذلك يمكن إحالتها على خبير لمعرفة مدى صحتها ونسبتها إلى محررها وفق آلية تحقيق أو مضاهاة الخطوط⁽¹⁾. غير أن هذا الطرح القانوني لا ينطبق على الكتابة الإلكترونية لكونها ليست كتابة شخصية، بل هي مجموعة رموز وإشارات تعتمد فيها الكتابة على حروف الحاسب الآلي في شكل حروف عامة وموحدة، ولا يمكن أن تنسب إلى أي شخص.

ثانياً- خاصية مكونات كتابة المحرر: تختلف مكونات الكتابة الإلكترونية عن تلك الخاصة بالكتابة العادية، فالإلكترونية تتكون من نبضات كهربائية إلكترونية ومن جهاز، بينما الكتابة العادية تتكون من أحبار سائلة أو جافة وأوراق⁽²⁾.

كما تختلف الكتابة الإلكترونية عن الكتابة العادية أيضاً من حيث إمكانية الاطلاع على محتويات الوثيقة المكتوبة ومدى وجود واسطة، فالكتابة المتضمنة في محرر ورقي لا يتطلب وجود أي واسطة حتى يمكن قراءتها، بينما على خلاف ذلك فإن المحرر الإلكتروني يتطلب بالضرورة وجود حاسوب أو جهاز مشابه حتى يمكن الإطلاع على محتواه.

الفرع الثالث- بعض المفاهيم القريبة من المحرر الإلكتروني

تتجلى هذه المفاهيم أساساً في النقود الإلكترونية والعقد الإلكتروني.

أولاً - النقود الإلكترونية: إن التبادل الإلكتروني للبيانات (EDI) Electronic Data Interchange، المتمثلة في شبكة المعلومات والاتصالات الدولية (الانترنت)، أثرت جذرياً على الطريقة التي يتم بها تقديم الخدمات البنكية غير

¹- أيمن سعد، التوثيق والإثبات في مجال المعلومات، دار الكتاب اللبناني، لبنان، 2011، ص 17

²- أيمن سعد المرجع السابق، ص 27

الانترنت، إذ يحل التبادل الإلكتروني للبيانات محل المحررات الورقية على نحو متزايد وبصورة مطردة، وإلى نشوء مفهوم البنوك الإلكترونية⁽¹⁾، حيث هذه الأخيرة تثبت وجودها في بيئة افتراضية وليست ملموسة إلا أنها تضيف المصدقية على النقود الإلكترونية من خلال وجود برمجيات مناسبة داخل نظم الكمبيوتر⁽²⁾، بمعنى أن البنك يزود الزبون بحزمة برمجيات لتنفيذ عمليات مالية عن بعد وتسمى ببرمجيات الإدارة المالية الشخصية.

وقد وضعت كثير من المصطلحات للتعبير عن النقود الإلكترونية، حيث استخدم البعض مصطلح العملة الرقمية devise numérique، والبعض الآخر النقود الرقمية numérique - espèces، في حين استخدم آخرون مصطلح النقود الإلكترونية E-Cash⁽³⁾

ثانيا- العقد الإلكتروني: يجعل الطابع العالمي لشبكة الانترنت معظم دول العالم في حالة اتصال دائم على الخط on line، يجعل من عملية إبرام تصرف قانوني بين طرف يوجد في دولة ما والطرف الآخر في دولة أخرى أمراً سهلاً. غير أن الطابع الدولي للعقد الإلكتروني يثير العديد من المسائل، كمسألة بيان مدى أهلية المتعاقد للتعاقد، وكيفية التحقق من شخصية المتعاقد الأخر ومعرفة حقيقة المركز المالي له، وتحديد المحكمة المختصة وكذلك القانون الواجب التطبيق على منازعات إبرام العقد الإلكتروني.

ومهما يكن فإن العقد الإلكتروني لا يخرج في تركيبه وأنواعه ومضمونه عن هذا السياق، ومن ثم فهو خضع في تنظيمه للأحكام الواردة في النظرية العامة للعقد وهو من العقود غير المسماة، لكون المشرع لم يضع له تنظيمًا خاصاً به. ومن جهة أخرى يدخل العقد الإلكتروني ضمن التطور الذي تشهده نظرية العقد، لذا يحبذ توظيف مصطلح التعاقد بالأسلوب الإلكتروني أو الرقمي contrat numérique⁽⁴⁾ لكونه أدق تعبيراً على أن العقد الذي يتم باستخدام الأسلوب الإلكتروني ضمن مختلف مراحل بنائه.

الفرع الرابع - وسائل تنفيذ المحررات الإلكترونية

تتم عملية تنفيذ المحررات الإلكترونية عبر طريق الانترنت في وسيلتين أساسيتين هما: تبادل البيانات بالبريد الإلكتروني وتبادل البيانات الإلكترونية عبر مواقع الويب web site.

¹ البنوك الإلكترونية أو بنوك الانترنت هي مؤسسات بنكية إلكترونية تقدم خدماتها دون فروع، أي خدماتها المالية في كل وقت وفي أي مكان ويستطيع الزبون من خلال البنك الإلكتروني إدارة حساباته وإنجاز أعماله المتصلة بالبنك من موقعه في المكتب أو بالمزلة ودون حضور مادي لدى البنك. للمزيد من المعلومات أنظر- نورالدين الناصري، المرجع السابق، ص 86-87.

² لم يتوقف تأثير تقنية المعلومات على قواعد التعاقد والإثبات، بل أمتد إلى كل ما يتصل باليات الوفاء بالالتزامات العقدية وفي مقدمتها آليات الدفع النقدي، وأداء الالتزامات المالية محل التعاقد، وفي هذا الإطار أفرزت تقنية المعلومات وسائل حديثة لتقديم الخدمات المصرفية وإدارة العمل البنكي، وأبرزها ظهر في حقل أنظمة الدفع الإلكتروني، والدفع على الخط، وإدارة الحسابات عن بعد، كما حدث بفعل التقنية شيوخ بطاقات الدفع والائتمان، التي تمهد إلى انتهاء مفهوم النقد الورقي والمعدني وتفتح الباب أمام مفهوم النقد الإلكتروني أو الرقمي.

³ للمزيد من المعلومات راجع فراح مناني، العقد الإلكتروني، دار الهدى، الجزائر، 2009، ص 214

⁴ عمر محمد بن يونس، "العقد الرقمي"، منشورات المنظمة العربية للتنمية الإدارية، مصر، 2006، ص 99 وما يليها

أولا - تبادل البيانات بالبريد الإلكتروني: يعتبر البريد الإلكتروني أسلوبا للكتابة، وإرسال، واستقبال الرسائل عبر نظم الاتصالات الإلكترونية، أهمها شبكة الانترنت. وهي خدمة سريعة لتبادل الرسائل تُغني عن استخدام البريد التقليدي وتخزن الرسالة الإلكترونية في الحاسب الخادم serveur de messagerie électronique⁽¹⁾، إلى أن يفتحها المرسل إليه ويقرأها. ولا يشترط أن يكون المرسل والمرسل إليه على نفس المحرك، لكن السؤال المطروح هو هل تعتبر رسائل البريد الإلكتروني محررات الكترونية؟

يرى بعض الفقه⁽²⁾ في أن رسائل البريد الإلكتروني تعدّ كمحركات مقبولة كدليل في الإثبات، إذا حققت الأهداف التالية:

أ- هدف الموثوقية: وتتجسد في أن الرسالة قد صدرت من مرسلها الحقيقي دون غيره.

ب- هدف السلامة: وتتمثل في أن مضمون الرسالة لم يتعرض لأي عملية تزوير أو تعديل سواء بالحذف أو الزيادة، أي أن الرسالة لتي تم تلقيها من قبل المرسل إليها هي نفسها الرسالة المرسل من قبل المرسل عن طريق البريد الإلكتروني.

ج- هدف السرية: وهي أن الرسالة الإلكترونية مضمونة بطريقة لا يمكن قراءتها من قبل أي شخص غير الشخص المخول له ذلك.

ثانيا - تبادل البيانات الإلكترونية عبر مواقع الويب:

يرتكز نظام خدمة الويب web على فكرة تخزين معلومات مع القدرة على إقامة صلات وعلاقات ترابطية مباشرة بين مستخدميها. وبغرض تفادي كل الإشكالات التي من شأنها إعاقة التعامل عبر مواقع الويب، لجأت بعض التشريعات الحديثة استحداث ما يسمى بجهات التوثيق والتصديق الإلكتروني autorité de certification، والتي تتكفل بعملية تخزين وإثبات المعاملة الإلكترونية المبرمة بين الأطراف، مع إخبار المتعاملين الزبائن لكل ما يحيط أو يخدم مصداقية المواقع المستعملة، مما يزيد ذلك في منسوب الاستقرار القانوني والمعلوماتي للمعاملات الإلكترونية⁽³⁾. وهو الشيء الذي اعتمده المشرع الجزائري في المواد من 41 إلى 50 من القانون 04-15 المؤرخ في أول فبراير والمحدد للقواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين.

المطلب الثاني - شروط معادلة المحرر الإلكتروني بالمحرر الورقي.

يتطلب توافر شروط معينة، حتى يمكن مقارنة المحررات الإلكترونية بالمحركات العادية الورقية في مجال الإثبات، وهذه الشروط تتعلق بمحتوى الكتابة (كشروط وفرع أول) وهوية الشخص المصدر للوثيقة (كشروط وفرع ثاني) وسلامة المحرر (كشروط وفرع ثالث) مع إمكانية الرجوع إلى الوثيقة عند الطلب (كشروط وفرع رابع).

¹ - Jacques Larrieu, **Droit de l'internet**, ellipses, Paris, 2010, p20

² - ibid, p21-22

³ - Jacques Larrieu, *op.cit.*, p 94

الفرع الأول- شرط أن تكون الكتابة الالكترونية ذات محتوى مفهوم

الكتابة ذات المحتوى المفهوم هي الوثيقة التي تتركب من مجموعة أحرف أو أرقام أو أية إشارات أخرى، ذات دلالة وتعبير عن معني مفهوم وواضح يمكن إدراكه. ولا تهم الوسيلة المتضمنة لهذه للكتابة سواء كانت ورقية أو الكترونية، وهو ما نصت عليه المادة 323 مكرر من القانون المدني " ينتج الإثبات بالكتابة من تسلسل حروف أو أوصاف أو أرقام أو أية علامة أو رموز ذات معنى مفهوم، مهما كانت الوسيلة التي تتضمنها، وكذا طرق إرسالها".

وتجدر الإشارة، فإنه بالنسبة للكتابة الالكترونية تغيب فيها مكنة الاطلاع المباشر على الوثيقة كما هو الأمر بالنسبة للكتابة العادية، إذ يكفي النظر في هذه الأخيرة لفهم محتواها، نظراً لالتصاق الحبر بالورق مباشرة⁽¹⁾، في حين أنه بالنسبة للكتابة الالكترونية لا بد من وجود أجهزة تساعد على الاطلاع عليها. لكون المحررات الالكترونية مدونة على الدعامات بلغة الآلة وهي عبارة عن خوارزميات لا يمكن للإنسان أن يقرأها بشكل مباشر، وإنما لا بد من إدخال المعلومات للحاسب الآلي الذي يترجم هذه المعطيات إلى اللغة المعروفة للإنسان، وهذا ما يميز الكتابة الالكترونية عن الكتابة الورقية.

وإجمالاً لذلك، فإن أن ضمان قراءة المحرر وفهم محتواه يعدّ من بين ضمانات مصداقيته.

الفرع الثاني- شرط إمكانية التحقق من هوية الشخص مصدر المحرر الإلكتروني

إن من أهم مميزات المحرر الورقي أنه يؤكد على أنه صادر من صاحبه، لذا حتى يتساوى المحرر الإلكتروني المحرر الورقي العادي يجب أن يكون هو الآخر مصدر ثقة في المتعاملين به من خلال التأكد من أنه منسوب وبصفة قطعية إلى المنسوب إليه، وهذا كشرط ضروري⁽²⁾.

وبغرض تفعيل هذا الشرط من خلال التأكد من هوية الشخص مصدر المحرر الإلكتروني، يتطلب الاستعانة بخدمات الوسيط في المعاملات الالكترونية، إذ أن معظم التشريعات التي اعترفت بحجية الكتابة بالأسلوب الإلكتروني في الإثبات توظف هذه الآلية للتأكد من هوية مصدر المحرر الإلكتروني، ومن ضمنها القانون الجزائري الذي أنشأ بموجب المواد من 33 إلى 60 من القانون 04-15 المتعلق بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين ما يسمى بجهات المصادقة وسماها مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني.

ومهما يكن فإن الغاية من ضرورة توفر هذا الشرط لقبول المحرر الإلكتروني كوسيلة إثبات هي ربط محتوى المحرر الإلكتروني بمن صدرت عنه واقعا وقانونا.

¹ - فيما يخص العقود المحررة على الورق، فإنه يفرغ مضمونها بالكتابة، وهذه الكتابة قد تكون بخط اليد أو بالآلة الراقنة أو بالطباعة.

² - Christine Bitouzet, **Le commerce électronique**, hermes science publications, Paris, 1999, p 93

الفرع الثالث- شرط إعداد المحرر وحفظه بما يضمن سلامته

أن شرط المحافظة على سلامة المحرر الإلكتروني يهدف إلى أن يتوفر في المحرر الإلكتروني خاصية من الخصائص الواجب توافرها في المحرر الكتابي بصفة عامة، وهي خاصية ثبات مضمون المحرر⁽¹⁾، والمقصود بهذه الخاصية ألا تكون الكتابة الموجودة في المحرر قابلة للتعديل، وإذا حدث أي تغيير أو تعديل في الكتابة الواردة في المحرر، فإن هذا التعديل يجب أن يترك أثرا ماديا على الدعامة الخاصة بهذا المحرر.

مما يجعل هذا الشرط تقني بالأساس لكون أن المحرر الإلكتروني يتواجد في بيئة هشّة وبالتالي يتعرض إلى احتمال تعديل مضمونه، فالمحرر الإلكتروني أثناء انتقاله من المرسل إلى المرسل إليه أو عبر شبكة الانترنت فإنه قد يتعرض للكثير من المخاطر، لكون المسار الذي ينتقل من خلاله المحرر الإلكتروني قد يصاب ببعض الأعطاب الفنية، يترتب عليها أضرار تمس المحرر في مضمونه، غير أن هذه المخاطر تعدّ غير عمدية، بينما المخاطر العمدية التي قد تواجه المحرر أثناء انتقاله من المرسل إلى المرسل إليه فتتمثل أساساً في أعمال القرصنة، تؤدي إلى تعديل عن قصد مضمون المحرر من خلال تحوير بعض البيانات به مما تفقده ثباته ومصداقيته⁽²⁾.

ومنه، وبغرض لتلافي هذه العيوب التي قد تمس بحجية المحرر الإلكتروني أستطاع التقدم العلمي أن يسد ذلك بتقنية الحفظ الإلكتروني، من خلال تخزين صور وثائق الحفظ النهائي على أقراص WORM-DISK، وهي أقراص من نوع خاص ملائمة لإغراض الأرشيف، واسمها مأخوذ من الأحرف الأولى للكلمات (write one read many)، أي الكتابة مرة واحدة والقراءة مرات عديدة أو عن طريق ما يسمى fichiers pdf⁽³⁾. وبذلك يستطيع مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني أن يضمن أن المحرر الإلكتروني التي تم حفظه على هذا النوع من الأقراص لن تتغير أبداً.

وبالرجوع إلى المادة 323 مكرر1، نجد أن المشرع الجزائري لم يحدد وسيلة أو وسائل الحفظ والشروط الواجب توافرها بالنسبة لتلك الوسائل، بل تحدث فقد عن الحفظ بشكل الكتروني وهي عبارة عامة تشمل عدة وسائل للحفظ، نذكر منها القرص اللين والقرص الصلب والقرص المضغوط وغير ذلك من الوسائل⁽⁴⁾.

وأجمالاً لمقتضيات هذا الشرط فقد عبرت عنه المادة 10/ب م. القانون النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية في معرض حديثها عن المحرر الإلكتروني، هي القدرة على " الاحتفاظ برسالة البيانات بالشكل الذي أنشئت، أو أرسلت، أو استلمت به، أو بشكل يمكن إثبات أنه يمثل بدقة المعلومات التي أنشئت، أو أرسلت، أو استلمت"⁽⁵⁾.

¹ - Christine Bitouzet, op.cit, p 95

² - ibid, p 95

³ - ibid, p 96

⁴ - لم ينص المشرع إلا على هاذين الشرطين في المحرر الإلكتروني وهما: أن يتم التعرف على هوية صاحب المحررات الإلكترونية وأن يتم حفظها، في حين أن النص الفرنسي والذي استوحى منه المشرع الجزائري هذا القانون يحيل إلى مرسوم لتحديد المتطلبات التقنية الضرورية للاعتراف بحجية المحررات الإلكترونية

⁵ - قانون الأونسترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية، الصادر عن الجمعية العامة بموجب قرار رقم 162-51 المؤرخ في 16 ديسمبر 1996. للمزيد

من المعلومات حول هذا الموضوع راجع الموقع:

الفرع الرابع - شرط إمكانية الرجوع إلى المحرر الإلكتروني

هذا الشرط هو تأكيد لشرط المذكور أعلاه من جهة، ومن جهة أخرى يضيف الوصف القانوني للكتابة الواردة في المحرر الإلكتروني، وإعطائها الثقة والمصدقية الكاملة والاعتداد بها في الإثبات إلى أن يثبت العكس. مما أدى إلى ذكر هذا الشرط في القانون المقارن ومن ضمنها القانون النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية، إذ تنص المادة السادسة منه "عندما يشترط القانون أن تكون المعلومات مكتوبة، تستوفي رسالة البيانات ذلك الشرط إذا تيسر الاطلاع على البيانات الواردة فيها على نحو يتم استخدامها بالرجوع إليه لاحقاً".

وعلى نفس المنحى نص، أيضاً، قانون إمارة دبي المتعلق بالمعاملات والتجارة الإلكترونية في المادة 1/8 منه في إطار سرده للشرط والإجراءات واجبة المراعاة في حفظ السجلات الإلكترونية على "إمكان استرجاع المعلومات المحفوظة والرجوع إليها عند الحاجة إلى ذلك".

غير أنه حتى تتحقق إمكانية الرجوع إلى المحرر الإلكتروني فلا بد من توفر عنصر الحفظ بوقايته من أي تدخل أو تعديل أو إتلاف فترة من الزمن. إذ يعدّ ذلك عنصراً أساسياً في وجوده، فبدونه لا معنى له لأنه لا مادي لا يمكن تحسيسه ولا التعامل.

علماً أن مدة الحفظ تكون مرتبطة بمدة حفظ الحامل الإلكتروني الذي تتفاوت صلاحية الفنية من حامل إلى آخر، ولعل هذا هو موطن الهشاشة في الوثيقة الإلكترونية التي لا تكتسب صفة الديمومة العامة في الإثبات ومدة الحفظ تكون مرتبطة بمدة حفظ الحامل الإلكتروني الذي تتفاوت صلاحية الفنية من حامل إلى آخر.

كما أن هناك مشكل آخر يطفو على السطح وهو أنه نتيجة للتطور المستمر والهائل في عالم الإعلام الآلي وبالأخص فيما يخص البرمجيات software، فقد تتقدم تكنولوجيا بالكمية التي تصبح البرمجيات الجديدة الخاصة بالحاسوب الآلي لا تقرأ المحررات المدونة بالبرمجيات القديمة، إذ يتم استصدار في كل مرة نسخ جديدة من أنظمة البرمجيات في شكل أجيال، حيث الجيل الأول يعود إلى word 1997 وآخر جيل مطروح في السوق هو word 2016⁽¹⁾، ولكل نظام مميزاته الخاصة بها. الأمر الذي قد يؤدي إلى عدم تمكن القاضي من الإطلاع على المحرر الإلكتروني المقدم كدليل إثبات في نزاع ما، وذلك لكون المحرر قد تم إنشاؤه منذ سنوات، والبرامج الموجودة لا تسمح بقراءته. ولحل هذه المشكلة نرى من الضروري إلقاء التزام على مقدم خدمات المصادقة الإلكترونية بالقيام بحفظ كل البرامج اللازمة لقراءة المحرر الذي تم إنشاؤه منذ سنوات بعيدة.

¹ - للمزيد من المعلومات حول الموضوع طالع الموقع: <http://arb.developpez.com/histoire-microsoft-windows/>

نستنج مما سبق، أنه بعد توافر الشروط المطلوبة المذكورة أعلاه، فإن المحررات المكتوبة على الدعامات الإلكترونية توفر هي الأخرى الضمانة والمصدقية والاستمرارية كما هو الحل بالنسبة للدعامات الورقية، ويتحقق مبدأ المساواة الكتابة الإلكترونية بالكتابة اليدوية والمفهوم الواسع لفكرة الكتابة. ويسهل بالتالي التعامل مع هذه القواعد خاصة وأننا نتحدث عن تشريعات جديد تتضمن جوانب فنية قد يصعب فهمها في بعض الأحيان.

المطلب الثالث- أثار معادلة المحرر الإلكتروني بالمحرر الورقي

يترتب على توافر الشروط المطلوبة في معادلة المحرر الإلكتروني بالمحرر الورقي نتائج سواء على المستوى التشريعي من حيث التأطير (الفرع الأول) والترقية للمحرر الإلكتروني (الفرع الثاني) أو على المستوى القضائي من خلال تحديد القوة الثبوتية للمحرر الإلكتروني (الفرع الثالث) ومصدقية المستند الإلكتروني الأصلي والظعن فيه بالتزوير (الفرع الرابع).

الفرع الأول- التأطير التشريعي للمحركات الإلكترونية.

على الرغم من أن موضوع التعاملات الإلكترونية لا يزال حديثاً وغير واضح المعالم بالقدر الكافي، إلا أن نشاطاً واسعاً تحقق على المستوى الدولي والوطني للتعامل معه. ويتعين بالتالي الوقوف على الجهود التشريعية في هذا المجال.

أولاً- على الصعيد العالمي: جاء القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية لعام 1996 بهدف توحيد قواعد التجار الإلكترونية، كما أنه عمل على استقرار مبدأ عام وهو عدم التفرقة بين حجية محرر ومحرر آخر لمجرد أن أحدهما ورقي والثاني الكتروني، وعدم استبعاد أية تقنية من التقنيات المستخدمة نظراً لأنه قد تنشأ الحاجة لاستخدام أو استيعاب التطورات التي تحدث في المستقبل⁽¹⁾، خاصة وأن هذه التقنيات تتجدد وتتغير كل يوم، لذا لا بد من فتح المجال في هذا القانون ليستوعب كل هذه التغييرات التقنية وفي كل وقت. أي ترك الباب مفتوحاً على مصراعيه لأي تقنية يتمكن العلم من استحداثها مستقبلاً، طالما تتحقق فيها الشروط المطلوبة مع الأخذ بمبدأ الحياد التكنولوجي ضمن حدود وشروط معينة التي تؤدي إلى بناء وتعزيز الثقة لدى المتعاملين الإلكترونيين.

ثانياً- على الصعيد الوطني: سعياً وراء تطوير أنظمة الدول للتعاملات الإلكترونية، ظهرت نظريتان الأولى تدعو إلى وضع قانون خاص مستقل ينظم المعاملات الإلكترونية، والثانية تذهب إلى اعتبار أن القانون المدني غني بقواعده، وكل ما في الأمر هو تطويرها.

أ- التوجه القائل بتعديل قواعد القانون المدني: ويمثله النموذج الفرنسي، والذي يرى بأن المبادئ التقليدية في القوانين الفرنسية كافية لمعالجة كثير من المسائل القانونية التي تثيرها شبكة الانترنت، وهذا لا يتطلب تدخلاً تشريعياً أو تنظيمياً لشبكة الانترنت إلا في أحوال قليلة ومحددة. حيث قام المشرع الفرنسي بإضافة بعض التعديلات على

¹ -Christine Bitouzet, op.cit, p 147

القانون المدني خاص بالتعاملات الالكترونية سعيا منه إلى عدم فصل واستقلال هذه الأخيرة عن باقي التعاملات الأخرى. فبينت المادة 2/1369 منه كيفية إبرام العقود الالكترونية في ظل تطابق الإيجاب والقبول في الفضاء الالكتروني، كما أكدت المادة 1/1316 أن الكتابة الالكترونية مقبولة في الإثبات كالكتابة على الورق وتتمتع بذات الحماية التي تتمتع بها الكتابة على الورق⁽¹⁾.

ب- التوجه القائل باستصدار قانون خاص بتنظيم المعاملات الالكترونية: وهو توجه عالمي بقيادة لجنة الأنستروول للأمم المتحدة، يلقي بضلاله على أعلي التشريعات المقارنة من ضمنها التشريع المصري والذي أصدر قانون خاص يحمل رقم 15-2004 يتعلق بتنظيم التوقيع الالكتروني، دون أن يتم ضمه إلى قانون الإثبات المصري ملتزما بتوجيهات قانون الأنستروول في هذا الشأن.

ومن خلال هذا القانون الجديد تم توسيع مفهوم الكتابة وترسيخ استخدام الوسائل الالكترونية في تحرير وتبادل وحفظ المحررات، بما يحفظ حقوق المتعاملين ويضمن مصداقية وقانونية المعاملات الالكترونية في أن واحد⁽²⁾.

غير أن صورة تفعيل الحماية التشريعية للمحررات الالكترونية تجلت أكثر في إنشاء موقع الويب الخاص بالحكومة الالكترونية لإمارة دبي، فالمعلومات والخدمات الهامة لكل وزارة معلنة على موقع ويب لحكومة الإمارات، ويستطيع الأشخاص ومؤسسات الأعمال التفاعل عبر هذه الموقع لتنفيذ احتياجاتهم منها. فمن خلال الضغط على عنوان موقع ويب وحيد⁽³⁾ يمكن تصفح كامل إدارات الحكومة وما بها من خدمات متاحة. ونفس الشيء يقال بالنسبة لنشر مقالات البحث العلمي في الجزائر، إذ تم تنظيم العملية وتأطيرها من خلال البوابة الجزائرية للمجلات الجزائرية بحسب الموقع: <http://www.asjp.cerist.dz/login>

والملاحظة المسجلة في هذا المقام أن القواعد المنظمة للمعاملات الالكترونية سواء في ظل التشريعات العامة أو التشريعات الخاصة تعدّ كقواعد أمرّة لا تقبل الاتفاق على ما يخالفها وهي قواعد تعطي الحجية القانونية اللازمة للمحرر الالكتروني ومساواته بنظيره الورقي، وهذا بالطبع بعد تحقق الشروط المطلوبة.

الفرع الثاني – ترقية المحرر الالكتروني كدليل إثبات في المنظومة القانونية الجزائرية

لقد أظهر المشرع الجزائري استعدادا لتبني إستراتيجية سليمة في التعامل مع تحديات القانون في عصر التقنية، وقد صدرت عنه مجموعة من النصوص التشريعية ذات الصلة الوثيقة بعملية التكافؤ بين المحررات الالكترونية والمحررات الورقية، وهذه النصوص تتعلق بتعديلات مست بعض المواد في القانون المدني، بالإضافة إلى إصدار قانون حديث في أول فبراير 2015 يحمل رقم 04-15 والمحدد للقواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الالكترونيين، وهو

¹ - plus d'informations, voir: Christine Bitouzet, op.cit, p 157 et suite

² - محمد أمين الرومي، المرجع السابق، ص 132 وماليها

³ - موقع إدارة حكومة دبي www.uae.gov.ae

أول تشريع جزائري يهتم بتنظيم المعاملات الالكترونية ويركز على التوقيع الالكتروني باعتباره القاسم المشترك في كل المعاملات الالكترونية، مع تنظيم هذه الأخيرة بالكيفية التي تضي الشرعية القانونية عليها.

وقد حاول المشرع الجزائري ملائمة القواعد الحالية لقواعد الإثبات مع متطلبات المجتمع الالكتروني، بإضافة صنف جديد من المحررات، ألا وهو المحرر الالكتروني، وإقراره على أن الدليل الالكتروني والدعامة الورقية يوجدان على قدم المساواة، بنصه في المادة 323 مكرر¹ من القانون المدني⁽¹⁾ على أن المحرر الالكتروني يقبل كحجة على غرار المحرر المنشأ على دعامة ورقية، وهو نفس الاتجاه الذي أخذ به القانون الفرنسي والقانون النموذجي للتجارة الالكترونية.

ويتضح من ذلك أن المشرع الجزائري للإثبات والذي يركز على هيمنة الكتابة أساسا قد أعاد تعريف الدليل الالكتروني، بعد التعديلات التي عرفها القانون المدني، بتوسيع في مفهومه يجعله غير مرتبط بدعامته ومستقلا عنها، ويسمح ذلك بإدماج الوثائق الالكترونية كيفما كانت التكنولوجية المستعملة، وهو ما يسمى بالحياد التكنولوجي، كما وسع المشرع الجزائري من نطاق هذه النصوص بحيث لم يحصرها في نطاق الأنشطة التجارية، كما فعل القانون النموذجي المتعلق بالتجارة الالكترونية، كما لم يحصرها في نطاق قواعد الإثبات كما هو حال الإصلاح الفرنسي، فالمشرع قد اختار في هذا الإطار توجهها أكثر شمولية يرمي لمعالجة البيانات حيثما يتطلب وجود المعلومات في شكل مكتوب سواء تعلق الأمر بالقانون المدني أو التجاري أو حتى الإداري معتمدا في ذلك الصياغة البديلة التي أقترح لجنة الأمم المتحدة على الدول التي ترغب في توسيع نطاق تطبيق هذا لقانون وعدم حصره في المجال التجاري.

وقد جعل المشرع المدني كتابة العقد الالكتروني كشكل إثبات وليس شكل انعقاد⁽²⁾ لأنه لو أراد أن تكون شكلية انعقاد لنص عليها أو لأحال بخصوصها على المواد المنظمة لبعض العقود التي تتطلب شكلا معينا في كتابتها.

الفرع الثالث- القوة الثبوتية للمحرر الالكتروني

في ظل قانون المدني، تظل الكتابة مطلوبة كأصل في إثبات بعض التصرفات القانونية. بينما الإثبات الحر هو المعمول به في المعاملات التجارية، وقياسا على ذلك فإن كل التصرفات التي تتم عبر الانترنت يمكن إثباتها بجميع وسائل الإثبات دون الحاجة إلى الدليل الكتابي.

وبغرض الإحاطة بهذا الموضوع سنتطرق إلى طبيعة قوة الإثبات التي تحضي بها المحررات الالكترونية في التصرفات التجارية (أولا)، ثم في التصرفات المدنية (ثانيا).

أولا- القوة الثبوتية للمحرر الالكتروني في التصرفات التجارية: يعتبر الأصل في المواد التجارية هو مبدأ حرية الإثبات بمعنى أن الإثبات فيها جائز بكل طرق الإثبات بغض النظر عن قيمة التصرف، فالأعمال التجارية التي تتم بين التجار

¹ - المادة 323 مكرر 1 " يعتبر الإثبات في الشكل الالكتروني كالإثبات بالكتابة على الورق... "

² - اشتراط الشكلية في بعض العقود في القانون المدني هو أمرا نادرا ولا يتعدى بعض الاستثناءات كبيع العقار وما في حكمه حسب المادة 324 مكرر¹ أو معاوضته المادة 415 أو إنشاء الشركة 418

ولصالح تجارتهم تخضع لمبدأ حرية الإثبات، ويترب على ذلك أنه يمكن إقامة الدليل على صحة جميع العقود المبرمة عن طريق وسائل الاتصال الحديثة بكل حرية. دون الحاجة إلى اللجوء إلى دليل معين بصورة محددة⁽¹⁾. فهل يعني ذلك إمكانية الاستغناء كلية عن الدفاتر الورقية؟ نرى أنه إذا اقتصر الأمر على التعامل بالدفاتر الإلكترونية بين التجار دون أن يصل الأمر إلى المحكمة، فإنه من المتصور في هذه الحالة أن يتم هذا التعامل عن طريق الحاسب الآلي فقط دون الاستعانة بدفاتر ورقية، وذلك عن طريق تبادل الرسائل بشأن التعامل بين التجار عن طريق الموقع الإلكتروني لكل منهم والاطلاع عليها مباشرة من الشاشة دون الاستعانة بأية أوراق، أما إذا حدث نزاع بين التجار وعرض على القضاء⁽²⁾، ففي هذه الحالة لا يمكن الاستغناء كلية عن الدفاتر الورقية، على الأقل في شكل مخرجات ورقية مستخرجة من الحاسب الآلي عن طريقة الطباعة،

إذ أن ممارسة الحق في الدفاع وتحقيق مبدأ مواجهة تستلزم وجود فاتر ورقية تكون عبارة عن طباعة المستخرجة من الحاسب الآلي، إلى غاية عدم وجود بنية كاملة لشبكة إنترنت وانتشارها بين مختلف المتعاملين، فيمكن في هذه المرحلة الاستغناء عن كل ما هو ورقي.

أما من حيث حجية التعامل بالبريد الإلكتروني في معاملة تجارية، فإنها تعتمد على موثوقية النظام المعلوماتي والاستعانة بأليات تقنية تعزز ذلك⁽³⁾، لحمل القضاة على منح الثقة في مخرجات البريد الإلكتروني، لأن إمكانية التقليد والتزوير والتحويل للمعلومات وتعديلها واختلاق رسالة وهمية، وارد بهذا الخصوص، لمون المحرر الإلكتروني المرسل عبر البريد الإلكتروني يكون غير حامل لتوقيع صاحبه كما لا توجد ضمانات تؤكد استلام المرسل إليه للمحرر في حال إنكار هذا الأخير لذلك⁽⁴⁾.

وللإشارة، فإن أغلب التعاقدات التي تتم عن طريق الانترنت تكون موجهة للجمهور، ويغلب عليها الطابع المختلط بحيث يكون متلقي الخدمة طرفا مدنيا بينما عارض الخدمة يكون تاجرا، فمن يعتبر التصرف تجاريا بالنسبة له يجب عليه التقيد بالقواعد العامة، بحيث إذا زادت قيمة التصرف عن النصاب القانوني يقوم بإثباته بالكتابة (المادة 333 مدني) أو ما يقوم مقامها. أما متلقي الخدمة فينطبق عليه مبدأ حرية الإثبات في مواجهة التاجر ويجوز له بالتالي استخدام كافة وسائل الإثبات.

ويبقى لقاضي الموضوع تقدير قيمة الدليل المحرر الكترونيا من حيث الأمان التقني الذي يحميه من العبث والتحريف، وكلما تولدت لديه الثقة في هذا المحرر المستوفي لشروطه يمكن اعتباره دليلا كاملا في الإثبات ومساواته بالتالي بالمحرر الورقي.

¹ - نورالدين الناصري، المرجع السابق، ص 59

² - حسن عبد الباسط جميعي، المرجع السابق، ص 67

³ - رضا متولي وهدان، المرجع السابق، ص 133.

⁴ - حسن عبد الباسط جميعي، المرجع السابق، ص 69.

ثانيا- القوة الثبوتية للمحرر الإلكتروني في المادة المدنية: إذا كانت القوانين قد أوجبت الكتابة في التصرفات التي تتجاوز النصاب القانوني، يهدف التيسير على الأفراد وعدم إعاقة معاملاتهم اليومية، حيث أن اشتراط الكتابة حينها فيه إرهاب للمتعاملين فهو أيضا يراعي مستواهم المعيشي وقوتهم الشرائية ، لذلك فإن إثبات هذه التصرفات تجوز بجميع وسائل الإثبات.

ولقد أحسن المشرع المدني صنعا حينما عدل القاعدة العامة المنصوص عليها في المادة 333 منه، بأن طوعها وجعلها تستجيب للمتطلبات الاقتصادية وكذا للمعاملات الحديثة القائمة على الوسائل التكنولوجية الرقمية، إذ نقل قيمة إثبات التصرفات القانونية من 1000 دينار إلى 100.000 دينار

غير أن هذه القاعدة قد أثارت إشكالا يتعلق بمدى اعتبارها من النظام العام أم لا. إذا توجه فريق من الفقهاء الفرنسيين⁽¹⁾، في هذا الإطار، إلى اعتبارها من النظام العام وحجتهم في ذلك أن طرق الإثبات وثيقة الصلة بتنظيم القضاء وأن الخروج على القاعدة يفسح المجال أمام العامة للإكثار من رفع القضايا، لذلك فإن هذا التنظيم هو من مقومات الدولة فهو يتصل بالنظام عن قرب.

أما الاتجاه الثاني⁽²⁾ فذهب إلى أن الخصومة تتعلق بإطرافها فقط ولا تمتد للمصلحة العامة مما يجيز للأطراف الاتفاق على مخالفتها، سواء قبل نشوء النزاع أو بعده ويستندون في توجيههم إلى أنه إذا كان لهم أن يتنازلوا عن حقوقهم التي منحهم إياها القانون، فمن البديهي أن يكون لهم هذا الحق فيما يتعلق بقواعد الإثبات الموضوعية. وردهم على أصحاب الرأي الأول أن اتصال قاعد الإثبات بالنظام العام ينحصر في مجال القواعد الشكلية وليس الموضوعية .

ويهدف هذا التوجه إلى التحرر من مبدأ الإثبات بالكتابة المدون على الدعامة الورقية وقبول وسائل إثبات أخرى كالمحركات الإلكترونية، على أن تبقى هذه المحركات وسيلة إثبات ذات حجية قاطعة خاضعة في نهاية المطاف للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع لتحديد قيمتها، وعليه أن يراعي في ذلك الوسيلة المستحدثة في إنشائها بالإضافة إلى الشروط الواجب توفرها فيها وأن تكون حالتها لا تدعو إلى الشك إضافة إلى اعتراف طرفي العلاقة العقدية بهذه المحركات.

الفرع الرابع- مصداقية المحرر الإلكتروني الأصلي والطعن فيه بالتزوير

لا يتحقق الوصف القانوني للكتابة الواردة في المحرر الإلكترونية إلا عن طريق إمكانية تثبيت في صحة المحرر بالنظر إلى أصله أو نسخة منه (أولا)، وإلى إمكانية الطعن في صحة المحرر بالتزوير في حالة نزاع بشأنه (ثانيا).

¹ - راجع فيصل سعيد الغريب، المرجع السابق، ص 49

² - فيصل سعيد الغريب، المرجع السابق، ص 50

أولاً- مصداقية المحرر الإلكتروني الأصلي: بالرجوع إلى القواعد العامة نجد أن المحرر الأصلي يتطلب الكتابة والتوقيع، ولكن عند الحديث عن المحرر الإلكتروني، فإن التقنية المعتمدة على النظام الرقمي مهما تعددت النسخ فإنها تكرر تام للأصل، وذلك نظراً للخصوصيات التي تتميز بها التقنيات المعلوماتية في إعادة إنتاج نفس الوثيقة دون التمييز بين الأصل والنسخة. وبالتالي ذوبان الفوارق بين أصل المحرر الإلكتروني ونسخته، مما يجعل دعامة المحرر ليست هي أداة الكفيلة بحفظ الأصل، وإنما التوقيع الرقمي هو الذي يحفظ محتوى الكتابة

غير أنه يتم تقييم سلامة المعلومات الواردة في المحررات الإلكترونية دون تغيير أو تعديل، من خلال الظروف التي أعد في ظلها المحرر والوسيلة المخصصة للاحتفاظ بمعلومات المحرر وتخزينها⁽¹⁾.

وما يجب الإشارة إليه، في هذا المقام، هو أن الحجية القانونية للمحررات الإلكترونية شديدة الارتباط بدقة تقنية حفظ المعلومات وتخزينها.

ثانياً- الطعن في صحة المحرر الإلكتروني: إن حجية إثبات المحرر الإلكتروني تعود للمعلومات التي يحتويها هذا السند، ويبقى للقاضي الحق في تقدير هذه الحجية بما يضمن درجة عالية من الموثوقية وفق المعايير التي سبق توضيحها وحسب طريقة إنشاء المعلومات وتخزينها والمحافظة على سلامتها. لكن تبقى المحررات الإلكترونية عرضة للتزوير والقرصنة والتحويل الأمر الذي يدفع القضاء إلى عدم الاعتداد بها تشكيكاً في مصداقيتها⁽²⁾. لذلك تبرز أهمية الاستعانة بآليات تقنية تعزز من القوة الثبوتية للمحرر والثقة بها وعلى أنظمة معلوماتية قادرة على جعل وسائل التخزين ترصد فيها عدد المرات التي تجري فيها المعائنات وضبط إمكانية نسخ البيانات الرقمية التي تبقى موجودة حتى ولو كانت مسجلة داخل دعامات معمرة كالأسطوانات الضوئية من النوع غير القابل لإعادة التسجيل، بالإضافة إلى القدرة على تحديد دقيق لتاريخ إرسال واستلام المحررات والتأكد من كونها استلمت من قبل أرسلت إليه دون تعديل أو مس بسلامتها⁽³⁾.

ومن ثم يعدّ المساس بمحتوى هذه المحررات الإلكترونية عيباً من عيوب الإرادة الأمر الذي يؤدي إلى زعزعة استقرار هذه المعاملات والمساس بحجية ما تتضمنه من وقائع.

إلا أن الملاحظ، أن الاتجاه المتنامي للمعاملات التجارية الدولية كثف من اللجوء إلى قضاء التحكيم⁽⁴⁾ لما يتميز من سرعة في الفصل وتفادي التعقيدات في الإجراءات وهذا ما يتفق وطبيعة التجارة الإلكترونية، بحيث يتم إدراج شرط التحكيم في العقد وتضمين اتفاق الأطراف على قبول التحكيم الإلكتروني في حل المنازعات، فيتم ذلك دون حضور مادي للأطراف ويتم تقديم عرائضهم ووثائقهم إلكترونياً ويصدر الحكم إلكترونياً أيضاً، الأمر الذي يتلاءم مع

¹ - رجع الشرط الثالث من هذا البحث.

² - أيمن سعد، التوثيق والإثبات في مجال المعلومات، دار الكتاب اللبناني، لبنان، طبعة 2006، ص 195.

³ - رضا متولي وهدان، المرجع السابق، ص 137.

⁴ - للمزيد من المعلومات راجع أشرف خفاجي، "التحكيم في منازعات الملكية الفكرية"، منشورات المنظمة العربية للتنمية الإدارية، مصر، 2006،

كون الوقت عنصراً جوهرياً في المعاملات الاقتصادية وعلى هذا الأساس فانفاق الأطراف على التبادل الإلكتروني وقبوله كدليل إثبات لا يعطيه الحجية إلا بالقدر الذي تسمح به قواعد الإثبات القائمة أو متى تعلق الأمر بمادة تجارية .

أما إذا وصل الأمر إلى حد التقاضي عن طريق الانترنت فقط دون الاستعانة بأية محررات ورقية ، فإننا سنصبح أمام ما يمكن تسميته " بالقضاء الإلكتروني"⁽¹⁾، وهي آلية لا يحتاج فيها انتقال الخصوم إلى المحكمة ولا عقد جلسات ولا إصدار أحكام في جلسة علنية ، كما هو الحال بالنسبة للقضاء غير الإلكتروني، وعندما نصل إلى تلك المرحلة فإن الأمر سيكون في حاجة إلى وضع قواعد تشريعية إجرائية جديدة كلية تتمشى مع مقتضيات ومتطلبات القضاء الإلكتروني.

خاتمة

من خلال هذه الدراسة حاولنا تقديم مقارنة ما بين المحرر الإلكتروني والمحرر الورقي العادي ، وبيننا أن لفظ الورقة لا يعبر عن جوهر الإثبات بالكتابة لأنه تعبير يطلق على أية كتابة ولو لم تكن معدة للإثبات، مما أدى إلى توظيف بدلها مفهوم المحرر لأنه هو الذي يعبر عن الدليل الكتابي.

وقد توصلنا إلى نتيجة مفادها هو أنه يجب أن لا ينظر إلى هذا المحرر من حيث دعامته الحاملة للكتابة، بل ينظر إلى وظيفته المتمثلة في إعداد الدليل المناسب على وجود التصرف القانوني، وإلى ما يحققه من ثبات وضمانة ومصداقية. وهذا، بالطبع، بعد توافر الشروط المطلوبة قانوناً. كما أنه في حالة وقوع تضارب أو نزاع بين شكلي الكتابة الورقية والكتابة الإلكترونية، فإنه بناء على اعتراف المشرع المدني بالمساواة بين المحررين الورقي والإلكتروني، فيجب التمسك بالمحرر الأكثر مصداقية على مستوى القضاء.

ومن جهة أخرى نجد أن المشرع الجزائري قد أظهر استعداداً لتبني إستراتيجية سليمة في التعامل مع تحديات القانون في عصر التقنية، وقد صدرت عنه مجموعة من النصوص التشريعية ذات الصلة الوثيقة بعملية التكافؤ بين المحررات الإلكترونية والمحررات الورقية، وهذه النصوص تتعلق بتعديلات مست بعض المواد في القانون المدني، بالإضافة إلى إصدار قانون حديث في أول فبراير 2015 يحمل رقم 04-15 والمحدد للقواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين، وهو أول تشريع جزائري يهتم بتنظيم المعاملات الإلكترونية مع إضفاء الشرعية القانونية عليها. غير أن هذه النصوص تعدّ ضرورية لكنها غير كافية، لذا نقترح أن يتدخل المشرع لإعادة تنظيم نظرية الإثبات بالكيفية التي تؤدي إلى تقليص الفجوة بين القانون والتكنولوجيا (technologie de l'information et de la TIC : communication). لكون هذه الأخيرة تتميز بالتطور السريع سواء على المستوى المادي أو الغير المادي hardware أو software.

¹ - عمر محمد بن يونس، "سلسلة المنازعات عبر الانترنت"، منشورات المنظمة العربية للتنمية الإدارية، مصر، 2006، ص 181

قائمة المراجع :

- 1- أيمن سعد، التوثيق والإثبات في مجال المعلومات، دارالكتاب اللبناني، لبنان، 2011.
- 2- حسن عبد الباسط جميعي، إثبات التصرفات القانونية المبرمة عن طريق الانترنت، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000.
- 3- رضا متولي وهدان، الضرورة العملية للإثبات بصورة المحررات في ظل تقنيات الاتصال الحديثة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007.
- 4- فراح مناني، العقد الإلكتروني، دار الهدى، الجزائر، 2009.
- 5- لورنس محمد عبيدات، إثبات المحرر الإلكتروني، دار الثقافة، الأردن، 2005.
- 6- محمد أمين الرومي، المستند الإلكتروني، مطبعة دار الكتب القانونية، مصر، 2008.
- 7- نورالدين الناصري، المعاملات والإثبات في مجال الاتصال الحديثة، مطبعة النجاح الجديدة، المغرب، 2013 .
- 8- Christine Bitouzet, **Le commerce électronique**, hermes science publications, Paris, 1999
- 9- Jacques Larrieu, **Droit de l'internet**, ellipses, Paris, 2010
- 10 - أشرف خفاجي، "التحكيم في منازعات الملكية الفكرية"، منشورات المنظمة العربية للتنمية الإدارية، مصر، 2006.
- 11- عمر محمد بن يونس، "العقد الرقمي"، منشورات المنظمة العربية للتنمية الإدارية، مصر، 2006.
- 12- عمر محمد بن يونس، "سلسلة المنازعات عبر الانترنت"، منشورات المنظمة العربية للتنمية الإدارية، مصر، 2006.
- 13- فيصل سعيد الغريب، "التوقيع الإلكتروني وحجته في الإثبات"، منشورات المنظمة العربية للتنمية الإدارية، مصر، 2005.
- 14 - موقع إدارة حكومة دبي: www.uae.gov.ae
- 15- موقع تطور برمجيات ميكروسوفت- ونداوز: <http://arb.developpez.com/histoire-microsoft-windows/>
- 16- موقع شرح قانون الأمم المتحدة للتجارة الإلكترونية " الأنستول النموذجي":
https://www.uncitral.org/pdf/arabic/texts/electcom/ml-ecomm-a_ebook.pdf

تأصيل قواعد القانون الدولي على أساس فكرة القياس دراسة في الفضاءات الدولية (الفضاء الخارجي ، أعالي البحار)

الدكتور: خريشي عمر معمر
جامعة الدكتور مولاي الطاهر - سعيدة
med_omt@yahoo.fr

الملخص:

يعتبر مبدأ القياس في القانون الدولي العام من أهم المبادئ التي اعتمدها الفقه في بحثه عن القواعد القانونية التي تطبق على أنشطة الفضاء الخارجي، وذلك بالقياس على القواعد المعروفة في بعض الفضاءات المشابهة، ويرى الباحثين في مجال قانون الفضاء أنها مناسبة بالنظر إلى أهميتها في تحليل يمكن تصوره لما يجب أن يكون في هذا المجال الجديد. وما تجدر الإشارة إليه هو ضرورة أن يراعى عند القياس ما يوجد من فوارق قد تجعل منه وسيلة خطيرة وغير مناسبة في بعض الأحيان. وقد اتجه الفقه إلى دراسة القواعد القانونية المنظمة للمناطق التي تقع خارج السيادة الإقليمية للدول وهي : أعالي البحار و الفضاء الجوي الذي يعلوها.

Résumé :

Le principe de comparaison en Droit International Général est l'un des principes les plus importants adoptés par la jurisprudence dans sa recherche de règles juridiques applicables aux activités spatiales, par rapport aux normes connues dans certains espaces similaires. Ce qui devrait être dans ce nouveau domaine. Ce qu'il faut noter, c'est la nécessité de prendre en compte lors de la comparaison des différences qui peuvent en faire un moyen dangereux et parfois inapproprié. La jurisprudence a eu tendance à étudier les règles juridiques régissant les domaines qui échappent à la souveraineté territoriale des États: la haute mer et l'espace aérien au-dessus d'haute mer.

إن القواعد القانونية التي سنها الإنسان تتعلق بالأنشطة التي زاولها في الأرض، لهذا فإن القانون البري هو الذي يحكمها. كما أن عبور الإنسان الأنهار وتتبع سيلها فرض عليه إتباع الشروط التي تجيزله ذلك، لأنه لم يضع في الحسبان أنه سيفارق المجال الذي يعيش فيه، مما جعله في غنى عن البحث أو إيجاد قواعد قانونية خاصة بما يقوم به. ونفس الشيء ينطبق على التنقل عبر الأنهار لأنها تخضع لنفس القواعد التي يخضع لها النقل البري.

و على العكس من ذلك، عندما أراد الإنسان اقتحام البحر ومخاطره، أحس بضرورة إيجاد قواعد وأجهزة خاصة تتناسب مع البيئة البحرية التي تتم فيه مزاولة هذا النشاط الجديد. فالقانون البحري يتكون من مجموعة قواعد تنظم مختلف الأنشطة البحرية، وهو الأمر نفسه بالنسبة للقانون الجوي، الذي يجمع الأصناف الموجهة إلى تنظيم الأنشطة الجوية. وهذا الأمر ينطبق بشكل كبير على قانون الفضاء.

كان اقتحام الجو والفضاء أقدم حلم تسعى إليه الإنسانية. وبطلوع القرن العشرين 20 أصبح هذا الحلم حقيقة، ففي الحقبة الزمنية الأولى من هذا القرن، تمكن الإنسان من غزو الغلاف الجوي للككرة الأرضية وذلك بإخضاعه لمجال النقل والاتصالات، بحيث أصبحت الأنشطة الجوية الممارسة ذات طابع اعتيادي وبشكل يومي. وفي الحقبة الزمنية الثانية من هذا القرن، غامر الإنسان في الفضاء الخارجي بداية بدافع الفضول العلمي والشهرة، إلى أن أصبح يميزه عن الغلاف الجوي من حيث درجة الحرارة واختفاء الجاذبية الأرضية فيه، وأنه وسط واسع يسهل عملية الاتصال في أبعد الأماكن، واستهلاك الطاقة فيه يكون شبه منعدم، كما أن الأجسام الفضائية تتحرك فيه بسرعة مذهلة⁽¹⁾، الأمر الذي يسر استخدامه لأغراض عسكرية، مدنية وحتى تجارية، وهو ما دفع بظهور مجال خاص في القانون يناقش تساؤلات في المصطلحات المتعلقة بهذا الميدان.

فعندما غامر الإنسان في هذا المجال الجديد والمكون من الفضاء الخارجي والأجرام السماوية، كان عليه إيجاد قواعد قانونية جديدة تتناسب و الظروف أو الشروط الطبيعية، أين سيتم مزاولة هذا النشاط الجديد، وهو ما عبر عنه البروفيسور **Ambrosini** الذي كان يمثل إيطاليا في الجمعية العامة للأمم المتحدة في 12/11/1958 على أن " أي نشاط إنساني يجلب فائدة و الذي بدوره يقحم الآخرين فيه، و يجب تنظيمه بقواعد قانونية تتناسب و المنطق الذي يسير عليه، تفاديا للخلافات و الفوضى." كما أضاف الفقيه الروسي **M.C Marcoffe** بأن " نشأة قواعد قانونية خاصة تتماشى مع أنشطة إنسانية خاصة"⁽²⁾.

لقد اعتمد الفقه في بحثه عن القواعد القانونية التي تطبق على أنشطة الفضاء الخارجي، فكرة القياس على القواعد المعروفة في بعض الفضاءات المشابهة و يرى الباحثين⁽³⁾ في مجال قانون الفضاء أنها مناسبة بالنظر إلى أهميتها في تحليل يمكن تصوره لما يجب أن يكون في هذا المجال الجديد. وما تجدر الإشارة إليه هو ضرورة أن يراعى

1- Léopold Peyrefitte, Droit de l'espace, Dalloz, 1993, p 06

2- Marco, G ,Marcoff, traité de droit international public de l'espace, Edition universitaire, Fribourg, 1973 , p 20

3- Michel Bourely , les tendances actuelles du droit de l'espace ,Revue Française de Droit de l'Espace(RFDE), Sirey , 1988- p14

عند القياس ما يوجد من فوارق قد تجعل منه وسيلة خطيرة وغير مناسبة في بعض الأحيان⁽¹⁾. وقد اتجه الفقه إلى دراسة القواعد القانونية المنظمة للمناطق التي تقع خارج السيادة الإقليمية للدول⁽²⁾ وهي: أعالي البحار والفضاء الجوي الذي يعلوها. وستتم دراسة هذا الموضوع وفق الخطة المتبعة:

المبحث الأول: النظام القانوني لأعالي البحار

المطلب الأول: أوجه الاختلاف بين أعالي البحار والفضاء الخارجي

الفرع الأول: إمكانية التحديد.

الفرع الثاني: الاستخدام.

الفرع الثالث: المخاطر التي يتعرض لها أمن الدول.

الفرع الرابع: الاهتمام الدولي.

المطلب الثاني: أوجه الشبه بين أعالي البحار والفضاء الخارجي

الفرع الأول: مبدأ حرية أعالي البحار.

الفرع الثاني: التراث المشترك للإنسانية.

الفرع الثالث: جهاز السلطة لاستغلال قاع أعالي البحار.

المبحث الثاني: النظام القانوني للفضاء الجوي

المطلب الأول: أوجه الاختلاف بين الفضاء الجوي والفضاء الخارجي.

الفرع الأول: التكوين الطبيعي للمنطقتين.

الفرع الثاني: فكرة السيادة.

المطلب الثاني: أوجه الشبه بين الفضاء الجوي والفضاء الخارجي.

الفرع الأول: الاستعانة بالاتفاقيات المتعلقة بالفضاء الجوي.

الفرع الثاني: الفضاء الجوي الذي يعلو أعالي البحار.

خاتمة

المبحث الأول: النظام القانوني لأعالي البحار

يعتبر الوضع القانوني لأعالي البحار نموذجاً يدعو إلى القياس عليه بالنسبة للاستخدام العام والحرية في الفضاء الخارجي، غير أنه يجب الإقرار بوجود اختلافات وفوارق بين المجالين وهذا ما سنتعرض إليه في النقاط التالية:

المطلب الأول: أوجه الاختلاف بين أعالي البحار والفضاء الخارجي

الفرع الأول: إمكانية التحديد

إن معاهدة الفضاء الخارجي لعام 1967، المنظمة للمبادئ التي تحكم أنشطة الدول في الفضاء الخارجي، قد خلت تماماً من أي تحديد للفضاء الخارجي أو تعريف له، كما إنها لم تعرف الأنشطة الفضائية أو المجال الذي يبدأ عنده استخدامها، في أي نص من نصوصها.

¹ - علوي أمجد علي، النظام القانوني للفضاء الخارجي والأجرام السماوية، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، سنة 1979، ص 180.

² - بن حمودة ليلى، الاستخدام السلمي للفضاء الخارجي، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان 2008، ص 89

ولابد من الإشارة، إلى أنه في ظل مناقشات مطولة حول تحديد الفضاء الخارجي وجدل شديد بين الدول يحكمه تضارب المصالح واختلاف موازين القوى، لا يمكن معه الوصول إلى نتيجة حاسمة وعملية بشأن التحديد بغير اتفاق ضمني أو صريح بين الدول، ذلك لأن تحديد المنطقة التي يبدأ منها الفضاء الخارجي، مسألة ضرورية جداً، لإمكانية معالجة المشاكل القانونية الناجمة عن الأنشطة الفضائية، وترتيب المسؤولية الدولية على الدول التي تسبب بوقوع الضرر الناشئ عن أنشطتها في الفضاء الخارجي، ومنها مشكلة تلوّث بيئة الفضاء الخارجي، وما ينطوي عليها من خطورة تلحق المركبات الفضائية أو الأقمار الصناعية أثناء فاعليتها في مداراتها، وما يسببه التلوّث من أضرار بالمدارات المحيطة بالأرض وإعاقة للأنشطة الفضائية، مما يتطلب تنظيم قانوني خاص لتحديد النطاق الذي تمارس فيه هذه الأنشطة، وحماية هذا المجال من خطر التلوّث.

ويجب أن لا يغرب عن البال، إن مشكلة التحديد ليست غريبة على القانون الدولي العام، فلقد مر قانون البحار بهذه المحاولات عبر السنين، عند وضع النظام القانوني المعروف للبحر العالي.

فالواقف المتعارضة بين الدول ما زالت على أشدها في أروقة الأمم المتحدة حول المسائل المتعلقة بتعريف وتحديد الفضاء الخارجي، ولا زال المجتمع الدولي يسعى للوصول إلى حل حاسم بشأن الخلافات حول هذه المسألة. وقد تمكن الفريق العامل في اللجنة الفرعية القانونية Legal-Subcommittee التابعة للجنة الاستخدامات السلمية للفضاء الخارجي (COPUOS) من إعداد "الخلاصة التاريخية الوجيزة" "Brief Historical Summary"، عن المناقشات والآراء التي تم إعدادها عن موضوع التحديد طيلة الفترات التي مرت بشأن المسائل الخاصة بتعريف وتحديد الفضاء الخارجي، وتم عرضها في الدورة الأربعين للجنة الفرعية القانونية لعام 2001، والتي ستكون بالغة الفائدة لمواصلة النقاش في اللجنة الخاصة (COPUOS) في الدورة الحادية والأربعين لعام 2002 حيث تم تبنيها في جدول أعمالها⁽¹⁾.

وقد أثير النقاش حول هذا الموضوع مرة أخرى في الدورة الأربعين بعد أن كانت اللجنة قد أرجأت النقاش فيه إلى عام 1990 في الدورة الثالثة والثلاثين، وكذلك عام 1998 في الدورة الثامنة والثلاثين، إلى أن يتم تحقيق المزيد من التقدم في الأجسام الفضائية الجوية⁽²⁾.

وتبين أن مواقف الدول لم تتغير، إذ جاء في التقرير الصادر عن اللجنة الفرعية القانونية عن أعمال دورتها الأربعين لعام 2001، أن بعض الدول ترى أن تعريف الفضاء الخارجي وتعيين حدوده مسألة أساسية بالنسبة للدول، لكي يكون لديها أساس قانوني لتطبيق المعاهدات والمبادئ التي تحكم الفضاء الخارجي، ولوضع قواعد تسري على أقاليمها الوطنية، ذلك أن وضع التعريف أصبح أكثر إلحاحاً، نظراً إلى الابتكارات المستجدة في مجال تقنيات النقل الفضائي وإطلاق الصواريخ، وترى هذه الدول، أن الوقت قد حان لكي تتولى اللجنة الفرعية العلمية والتقنية في

¹-Report of The Committee on the Peaceful Uses of Outer Space, United Nations, General Assembly, Official Records, Fifty. Sixth Session, Supplement No. 20(A/56/20), New York 2001, para 157, p.21.

²- تقرير لجنة استخدام الفضاء الخارجي في الأغراض السلمية، الأمم المتحدة، الجمعية العامة، الوثائق الرسمية، الدورة الثالثة والخمسون، ملحق رقم 20 (A/53/20)، نيويورك، 1998، ص 28.

اللجنة الخاصة، النظر في هذه المسألة على أسس علمية وتقنية مع أخذ التطورات التقنية التي استحدثت في العقد الماضي بالاعتبار.

وهناك من يسعى الى تعليق النظر في هذه المسألة لأنه يعتبر الجدل في هذا الموضوع لبلوغ تلك النتيجة ليس له مسوغ عملي، وأنه ضئيل القيمة ، وهناك جانب آخر من الدول يحاول حسم الموضوع بالاستناد الى التمييز بين الأنشطة الجوية والفضائية⁽¹⁾.

إن عدم اتفاق دول العالم حتى الآن، على معيار محدد يمكن أن تستند عليه لاعتبار الحد الذي ينتهي عنده الغلاف الجوي ليبدأ منه الفضاء الخارجي، جاء بسبب تعارض المواقف التي تتبناها الدول طبقاً لمصلحتها من جهة، والجدل الفقهي الطويل من جهة أخرى، مما أدى إلى عجز المجموعة الدولية عن وضع تعريف للفضاء الخارجي، بالنسبة للفضاء الوطني حسب معايير فيزيائية أو جغرافية⁽²⁾.

وتبرز أهمية معرفة النطاق الذي يعد جويًا، والنطاق الذي يعد فضاءً خارجيًا، لتحديد القانون الواجب التطبيق في كل مجال، ومعرفة الأنشطة التي تمارس في النطاق الجوي وتلك التي تمارس في الفضاء الخارجي وما ينتج عنها من أضرار تلحق بالدول الأخرى، فضلاً عن ما يترتب على هذا التحديد من معرفة المجال الذي تمتد إليه السيادة.

لقد تعددت النظريات و الآراء في تحديد الفضاء الخارجي باعتباره امتداد لانتهائي يغطي الكرة الأرضية بأكملها، مما يجعل تحديده بأبعاد معينة من العسير بما كان، وعلى العكس من ذلك فإن أعالي البحار هي منطقة محددة، إذا ألقينا عليها النظر من حيث سطحها أو أعماقها⁽³⁾.

الفرع الثاني: الاستخدام

بالنظر إلى التكوين الطبيعي لكل من المجالين نجد أن الإنسان قد اقتحم أعالي البحار منذ أمد بعيد، حتى أنه صنفه من قبيل الشئ العام، مما أدى إلى تقرير حرية أعالي البحار واستخدامها على نحو مشترك.

حيث كانت أعالي البحار حتى القرن السابع عشر (17) محلاً لادعاءات السيادة من جانب العديد من الدول، وحتى في الوقت الحالي نجد بعض الدول تؤكد ادعاء السيادة على مناطق من أعالي البحار حفاظاً على أمنها القومي أو استناداً لعرف يبيح ذلك .

وكذا الخلاف الحاصل حول الحق القانوني في استعمال مناطق واسعة من أعالي البحار بصفة مؤقتة⁽⁴⁾، بدليل أن بعض الدول الكبرى تعلن عن أماكن حظر في أعالي البحار لإجراء المناورات البحرية والتجارب الذرية و الصاروخية رغم حظر التجارب الذرية التي جاءت بها معاهدة موسكو 1963 ، وهذا ما قامت به فرنسا سنة 1966 في منطقة تاهيتي .

¹ - Report of The Committee on the Peaceful Uses of Outer Space, United Nations, General Assembly, Official Records, Fifty-Sixth session Supplement No. 20 (A/56/20), New York 2001, p. 20.

² - اسماعيل الغزال، القانون الدولي العام، ط1، بيروت، 1986، ص 152.

³ - علوي أمجد علي ، المرجع السابق ، ص 181

⁴ - تقدر هذه المساحات من البحر بمئات الآلاف من الأميال المربعة لإجراء التجارب النووية .

الفرع الثالث: المخاطر التي يتعرض لها أمن الدول

إن غرق سفينة أو سقوط طائرة في البحر هي وقائع في معظمها لا تعرض مصالح الدول حتى الساحلية منها للخطر المباشر، وحتى الغواصات و السفن البحرية المزودة بالقذائف الصاروخية التي تستخدم حالياً وحظر استخدامها في الهجوم من البحر ليس أكبر من ذلك المتوقع حدوثه من اليابسة أو الهواء⁽¹⁾.
بخلاف ذلك نجد أن الفضاء يتصل بإقليم الدولة رأسياً مما يجعل سقوط الصواريخ ومركبات الفضاء وغيرها من الأجهزة الفضائية أو أجزاءها تشكل خطراً حقيقياً بالنسبة لحياة وأملاك مواطني الدول. حتى الهجوم من الفضاء الخارجي يكون بالغ الخطورة على أمن الدول إذا ما قورن بالهجوم الذي يشن من البحر، ونفس القياس بالنسبة للأنشطة الاستطلاعية من الفضاء الخارجي حيث تكون أكثر فاعلية بمقارنتها بالعمليات الشبيهة التي تتم في أعالي البحار⁽²⁾.

الفرع الرابع: الاهتمام الدولي

إن الإمكانيات الاقتصادية و المزايا السياسية التي تتمتع بها الدول يجعل منها تعد على الأصابع من حيث المشاركة في أبحاث الفضاء ، وإن كانت أغلبية الدول تبدي اهتمامها بهذا المجال غير أنها لا تعتبر مساهمة فعلية ، وعلى العكس من ذلك فإن غالبية الأسرة الدولية تشارك في استعمالات البحار.

المطلب الثاني: أوجه الشبه بين أعالي البحار والفضاء الخارجي

تشكل أعالي البحار مجموعة المساحات البحرية الممتدة خارج نطاق المياه الداخلية و البحر الإقليمي للدول⁽³⁾ ، وقد ناد أغلب الفقهاء بتحرير البحار من أي ادعاء للسيادة الوطنية عليها وهو ما يظهر من خلال الممارسات الدولية، ومن خلال استقرار النصوص المنظمة لأعالي البحار نجد أنها تشترك مع الفضاء الخارجي في النقاط التالية:

الفرع الأول: مبدأ حرية أعالي البحار

عالجت اتفاقية جينيف 1958 واتفاقية مونتيجوباي 1982 المعروفة باتفاقية قانون البحار أحكاماً قانونية منظمة للمياه الدولية، وقد أكدت اتفاقية مونتيجوباي 1982 على مبادئ تشكل في مجموعها النظام القانوني الذي يحكم قاع أعالي البحار وباطن تربته، كمبدأ حرية الطيران فوق البحار العالية، مبدأ حرية البحث العلمي، حرية الاستكشاف والاستغلال المشترك ... وذلك بغرض تحقيق قدر من التوافق بين المصالح الاقتصادية و العسكرية المتضاربة لمختلف الدول⁽⁴⁾ ، وهو ما أكدت عليه كل الاتفاقيات المتعلقة بقانون الفضاء و على رأسها معاهدة الفضاء الخارجي 1967 التي تعتبر ميثاق الفضاء الخارجي وكذا الاتفاقيات اللاحقة لها.

¹ - بن حمودة ليلي ، المرجع السابق ، ص 90

² - علوي أمجد علي ، المرجع السابق ، ص 184

³ - بن حمودة ليلي ، المرجع السابق، ص 91

⁴ - محمد السعيد الدقاق ، مصطفى سلامة حسين ، القانون الدولي المعاصر، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية، مصر ، 1997، ص 337.

الفرع الثاني: التراث المشترك للإنسانية

لقد تضمن قرار⁽¹⁾ الجمعية العامة للأمم المتحدة الصادر في 1970 أربعة مبادئ⁽²⁾: الأول مبدأ عدم جواز تملك المنطقة، و الثاني مبدأ الاستخدام السلمي للمنطقة، و الثالث مبدأ المساواة بين الدول في الوصول إلى موارد المنطقة والإفادة منها، مع مراعاة خاصة لمصالح الدول النامية وحاجاتها، و الرابع مبدأ النظام الدولي للمنطقة. وهذا يعني أن استغلال أعالي البحار يكون لصالح البشرية جمعاء، وهو ما يترتب عنه استبعاد أي ادعاء للسيادة على هذه المنطقة تأسيساً على مبدأ حرية أعالي البحار الذي يقابله مبدأ حرية الفضاء الخارجي⁽³⁾.

لقد كان الهدف الأساسي من اتفاقية مونتيجويباي 1982 هو تنظيم استغلال منطقة قاع أعالي البحار والمحيطات وباطن تربتها باعتبارها تراثاً مشتركاً للإنسانية جمعاء، وتبنت المبادئ الأربعة التي جاء بها قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 1970 حيث صارت أحكاماً في اتفاقية مونتيجويباي 1982، وكانت اتفاقية القمر 1979 هي السبقة في تبني مبدأ التراث المشترك للإنسانية عندما نصت عليها في المادة 11 منها، غير أن تفعيل هذا المبدأ على المستوى الدولي لم يحظى بالقبول نظراً لعزوف الدول الكبرى عن المصادقة على هذه الاتفاقية خاصة الولايات المتحدة الأمريكية.

الفرع الثالث: جهاز السلطة لاستغلال قاع أعالي البحار

السلطة الدولية لقاع أعالي البحار جهاز تم إنشاؤه من طرف اتفاقية مونتيجويباي 1982، وذلك بغرض إدارة موارد المنطقة ومنح تراخيص الاستغلال والدخول في مشروعات مشتركة تتعلق بالاستغلال لتوزيعها على الدول باعتبارها تراث مشترك للإنسانية، وقد نادى عدد من الدول خاصة النامية منها بإنشاء جهاز مماثل خاص بإدارة ثروات الفضاء الخارجي، في الوقت الذي يلقي اعتراضاً من بعض الدول أمثال الولايات المتحدة الأمريكية. وقد جاء النص في اتفاقية القمر 1979/12/18 على التزام الدول بتنظيم استغلال واستثمار الموارد الطبيعية للقمر عندما يصبح ذلك ممكناً في المادة الحادية عشر (11) فقرة خامسة (5)، غير أنه لحد الآن لم يتم إنشاء النظام الدولي لاستغلال الثروات الطبيعية المتواجدة في الفضاء الخارجي نتيجة العراقيل التي يشهدها من طرف الدول الفضائية العظمى.

المبحث الثاني: النظام القانوني للفضاء الجوي.

أشار المتخصصون في قانون الفضاء عند البحث عن الوضع القانوني له إلى الفضاء الجوي كمنطقة يمكن القياس عليها لاستنباط القواعد القانونية التي تحكم الفضاء الخارجي كبديل مكمل للقواعد القانونية التي تحكم البحار، ويمكن استخلاص أوجه الاختلاف والشبه فيما يلي:

¹ - قرار صادر في 1970/12/17 المتضمن " إعلان المبادئ التي تحكم قاع البحار والمحيطات وباطن أرضها، خارج حدود الولاية الوطنية. "

² - محمد المدوب، المرجع السابق، ص 109

³ - بن حمودة ليلي، المرجع السابق، ص 92

المطلب الأول : أوجه الاختلاف بين الفضاء الجوي و الفضاء الخارجي :

إن الحديث عن الاختلاف بين الغلاف الجوي و الفضاء الخارجي يدفعنا إلى التطرق للتكوين الطبيعي لكلا الوسطين، إذ أن نهاية الفضاء الجوي للكرة الأرضية يبدأ الفضاء الخارجي، و الاختلاف الوارد في تحديد متى يبدأ الفضاء الخارجي يطرح مسألة سيادة الدولة على إقليمها الجوي، وهو ما سنتطرق إليه في هذا المطلب.

الفرع الأول: التكوين الطبيعي للمنطقتين

يختلف الفضاء الجوي عن الفضاء الخارجي من حيث التكوين الطبيعي لكل منهما، فالأول يعلو الأرض مباشرة وهو مملوء بالهواء، أما الثاني فهو فضاء لا يصلح في ظروفه العادية للسكن كما لا تتوافر فيه الشروط اللازمة للحياة البشرية لانعدام الأكسجين و الوزن⁽¹⁾.

يتمد الغلاف الجوي نحو ألف كيلومتر فوق سطحها ، ونظرا لقوة جاذبيتها فقد احتفظت بالسيطرة على هذا الغلاف رغم ما تتميز به الغازات من خاصية التسرب. وللغلاف الجوي وظيفة أساسية تتمثل في حماية الحياة على الأرض من الإشعاعات و الأجسام الساقطة عليها ، كما يعمل المجال المغناطيسي للأرض على إبعاد الجسيمات ذات الطاقة العالية⁽²⁾.

يتكون الغلاف الجوي من طبقات ، لكل طبقة خواصها المتميزة ، وكل طبقة تتداخل في الطبقة التي تليها ، وسمك كل طبقة يختلف طبقا لمواصفاتها، و تتزايد درجة الحرارة كلما ارتفعنا إلى الأعلى، و بالتحديد عند بداية طبقة الترموسفير **Thermosphere** حيث تصل إلى المئات من الدرجات المئوية، لكن ليس لها أي تأثير على مركبات الفضاء بسبب قلة كثافة الهواء التي تقرب إلى الانعدام، الأمر الذي أدى بالعلماء إلى القول بأن هذا الجزء يعتبر بداية الفضاء الخارجي⁽³⁾.

ويلاحظ أن حدود التقسيم مسألة تقريبية ، نتيجة تغير الحدود من مكان لآخر ومن وقت لآخر، كما أن كل طبقة من طبقات الغلاف الجوي⁽⁴⁾ تتميز بصفات عن غيرها مثل اختلاف درجة الحرارة ، و التباين من التركيب الكيميائي ، وهذا ما يميز الغلاف الجوي عن الفضاء الخارجي الذي يتميز بكثافة هواء متناهية في الصغر⁽⁵⁾ ، وأمام هذه الاختلافات تعددت الاقتراحات بشأن وضع حدود بين المجال الجوي و المجال الخارجي .

¹ - د . مصطفى عصفور ، مدخل لعلم الفلك ، http://www.marsad.almashhad.org/doc/Astronomy_Basic.doc ، p08

² - علوي أمجد علي، المرجع السابق، ص 25.

³ - بن حمودة ليلي ، المرجع السابق ، ص 16.

⁴ - طبقة التروبوسفير Troposphere ، طبقة الستراتوسفير Stratosphere ، طبقة الميزوسفير Mésosphere ، طبقة الترموسفير Thermosphere

⁵ - علوي أمجد علي ، المرجع السابق ، ص 15

الفرع الثاني: فكرة السيادة

إن فكرة السيادة الإقليمية هي التي تحكم الفضاء الجوي، بمعنى امتداد سيادة الدولة المطلقة إلى ما يعلوها من فضاء جوي على عكس الوضع في الفضاء الخارجي الذي يحكمه مبدأ حرية استكشاف واستخدام الفضاء الخارجي و الأجرام السماوية. وإذا كانت قاعدة السيادة الإقليمية هي القاعدة الأساسية التي يعتمد عليها النظام القانوني للفضاء الجوي، فإن الفارق بين المجالين الجوي و الخارجي يظهر بوضوح في عدة نقاط منها: المسافة، السرعة، الوقت، طرق إطلاق وهبوط كل من المركبات الجوية و الأجسام الفضائية، أثار الجاذبية و الإشعاعات، وطبيعة التهديد العسكري، وإمكانية النقل من الناحيتين التجارية و الاقتصادية.. الخ، مما بين صعوبة قياس الفضاء الخارجي على الفضاء الجوي⁽¹⁾.

المطلب الثاني: أوجه الشبه بين الفضاء الجوي و الفضاء الخارجي

رغم عدم إمكانية القياس بين المجالين بالنظر إلى الفوارق المذكورة، إلا أنه لم يمنع الفقه من استنباط بعض أوجه التشابه من خلال استقراء النصوص القانونية المنظمة للفضاء الجوي.

الفرع الأول: الاستعانة بالاتفاقيات المتعلقة بالفضاء الجوي

لقد اعتمدت الاتفاقيات الدولية الخاصة بالفضاء الخارجي من خلال الأخذ بالعديد من القواعد القانونية التي تنظم الفضاء الجوي، فنجد اتفاقية المسؤولية الدولية عن الأضرار التي تحدثها الأجسام الفضائية 1972 التي أعدت على غرار اتفاقية روما 1952 المتعلقة بالأضرار التي تسببها طائرات أجنبية للغير على السطح، وكذا المبادئ و القواعد التي تضمنتها اتفاقية شيكاغو 1944 المتعلقة بالملاحة الجوية، مثل موضوع المساعدة و الإنقاذ التي تلتزم بها الدول بالنسبة لرجال الفضاء ومركباتهم⁽²⁾.

إن الممارسات الدولية في مجال الفضاء الجوي يمكن أن تكون مصدرا لتعاون أوثق بين الدول من خلال تكييفها لتصبح نظاما يحكم الفضاء الخارجي و التي تشمل عادة المساعدات الملاحية، سلامة الأرواح و الأموال، و الإنقاذ و الطرق الجوية، المسؤولية عن الأضرار، المنافسة و المعلومات الخاصة بالاتصالات و الأرصاد⁽³⁾. وقد صرح الدكتور فهمي شحاته في كتابه القانون الجوي الدولي وقانون الفضاء، على إمكانية انتقاء قواعد القانون الجوي لبناء قانون الفضاء، وعادة ما يقوم القاضي بعملية الانتقاء عندما تطرح عليه منازعة معينة، دون إنكار دور الفقه بشكل واضح وهام.

الفرع الثاني: الفضاء الجوي الذي يعلو أعالي البحار

يكيف الفضاء الجوي الذي يعلو أعالي البحار على أنه منطقة لا تخضع للسيادة الإقليمية لأية دولة، وهذا ما يجعل القياس ممكنا مع منطقة الفضاء الخارجي، ويظهر التشابه من خلال التنظيم القانوني الذي تخضع له مسائل متعددة، كالوقائع التي تحدث على متن الطائرات، و القواعد القانونية التي تحكم الطرق الجوية، ومبادئ الملاحة

¹ - علوي أمجد علي، المرجع السابق، ص 185

² - بن حمودة ليلي، المرجع السابق، ص 94.

³ - علوي أمجد علي، المرجع السابق، ص 186.

الجوية، ووسائل الإنقاذ... الخ. كل هذه الوقائع وغيرها تعتبر عديمة الصلة بمبدأ السيادة الإقليمية وذلك نتيجة حدوثها في الفضاء الجوي الذي يعلو أعالي البحار⁽¹⁾، باستثناء الطائرات التي تعبر هذا الفضاء الجوي بحيث تخضع لعلم الدولة التي تحملها الطائرة شأنها في ذلك شأن السفن عند وجودها في أعالي البحار.

إلا أنه من خلال الممارسات الدولية يتضح لنا أن بعض الدول تمارس اختصاص مانع ومؤقت في الفضاء الجوي الذي يعلو أعالي البحار بحجة الحماية و الدفاع عن أمنها القومي، فقد قررت حكومة الولايات المتحدة الأمريكية سنة 1950 إنشاء منطقة أسمتها بمناطق الدفاع الجوي لإعلان الهوية، و في العام الموالي أعلنت كندا إنشاء منطقة مشابهة أطلقت عليها مناطق الدفاع الجوي الكندي لإعلان الهوية، وهذا بغرض حماية الجزء الشمالي للقارة الأمريكية من خطر الرحلات الجوية السرية القادمة من أعالي البحار⁽²⁾. وقد استخدمت مناطق من أعالي البحار من طرف دول لإجراء تجاربها الذرية رغم حظر اتفاقية موسكو 1963 لإجراء التجارب الذرية في أعالي البحار. وبالتالي فإن الإجراءات التي تتخذها بعض الدول فوق منطقة من أعالي البحار والتي تكون مخالفة لمبدأ الاستخدام السلمي، تعد مساساً بالنظام القانوني لأعالي البحار، وكذا المبدأ القانوني الذي يقرر حرية استعمال الفضاء الجوي الذي يعلوها.

إلا أن جانباً من الفقه يؤيد هذه الادعاءات بأنها موافقة لأحكام القانون الدولي العام بالنظر إلى عدم اعتراض الدول الأخرى على مناطق الدفاع التي قررتها الحكومات الأمريكية و الكندية، كما استندوا على مشروعيتها بحكم الرحلات الجوية التجارية الكثيرة بين الدول عبر المحيط الأطلنطي إلى أمريكا الشمالية في هذا الفترة، و يعتبرون أن هذه الحقيقة تعد أفضل من أية حجة قانونية تبرهن على منطوقية هذا الإجراء من حيث المضمون و التطبيق⁽³⁾.

خاتمة

إن دراستنا لهذا الموضوع كان له أهمية بالغة في الدراسات القانونية، بحيث أنه من الناحية النظرية يساعد على فهم معاني ومضامين الأحكام القانونية التي تحكم الفضاءات الدولية، وحتى يتسنى لنا تطبيقها والاستعانة بها في الناحية العملية.

كما أن التطور الهائل الذي حققته تكنولوجيا الفضاء منذ 1957، فإن رجل القانون وجد نفسه يلهث للحاق بهذا التطور التكنولوجي السريع، ويسعى إلى إيجاد الحلول لكثير من المشاكل القانونية العالقة، والتي تقتضي إيجاد حل سريع لها في وسط يسوده التنافس وتطغى عليه المصالح. وأمام العمليات و التجارب التي تم إجراؤها في الفضاء الخارجي، والتي كانت نتيجة مجهودات علمية هائلة لم يشهد لها مثيل من قبل، و التي جسدت ما كان يعتبر

¹ - علوي أمجد علي، المرجع السابق، ص 187

² - بن حمودة ليلي، المرجع السابق، ص 95.

³ - علوي أمجد علي، المرجع السابق، ص 189.

خيالا إلى واقع بهر العالم كله، فإن الدول الأخرى لم تخف إعجابها، ولم تظهر أي اعتراض على هذه التجارب العلمية الرائعة، لذلك استمر قانون الفضاء في شق طريقه نحو الحرية منذ سنة 1957.

كما أن فكرة القياس التي تم تبنيها من قبل الفقهاء لتطبيق قواعد قانونية على مختلف الفضاءات الدولية لم تسلم من النقائص التي تشوب النظام القانوني للفضاء الخارجي، باعتباره يعاني نقصا في القواعد القانونية خاصة مسألة حدود الفضاء الخارجي التي مازالت عالقة لحد الآن، رغم اتجاه العمل الدولي نحو تقبل تحديد نهاية ارتفاع الفضاء الجوي وبداية الفضاء الخارجي بارتفاع يقدر ما بين 100 إلى 110 كلم.

كما أن توحيد جهود المجتمع الدولي من أجل التوصل إلى اتفاق دولي بمشاركة جميع الأطراف لتشكيل منظمة دولية مستقلة، من شأنها السهر على استغلال واستخدام الفضاء الخارجي على قدم المساواة وعلى أساس خير وفائدة الإنسانية لا يزال عالقا لحد الساعة لتعارض المصالح بين الدول، وصعوبة استغلال الموارد الطبيعية للقمر والأجرام السماوية الأخرى بالمقارنة مع ما يتم جنيه من الثروات الطبيعية في أعالي البحار والمنطقة .

قائمة المراجع المعتمدة:

المراجع باللغة العربية:

- ¹ - إسماعيل الغزال، القانون الدولي العام، بيروت، 1986، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر
- ² - بن حمودة ليلي ، الاستخدام السلمي للفضاء الخارجي ، بيروت ، لبنان 2008 المؤسسة الجامعية للدراسات و النشر و التوزيع .
- ³ - علوي أمجد علي، النظام القانوني للفضاء الخارجي والأجرام السماوية، جامعة القاهرة، سنة 1979، رسالة دكتوراه.
- ⁴ - محمد السعيد الدقاق ، مصطفى سلامة حسين ، القانون الدولي المعاصر، الإسكندرية، مصر، 1997، دار المطبوعات الجامعية .

⁵ - مصطفى عصفور ، مدخل لعلم الفلك

http://www.marsad.almashhad.org/doc/Astronomy_Basic.doc.

المراجع باللغة الأجنبية:

- 1- Léopold Peyrefitte, Droit de l'espace, France, 1993, Dalloz.
- ² - Marco, G ,Marcoff, traité de droit international public de l'espace, Fribourg, Suisse, 1973, Edition universitaire.
- ³ - Michel Bourelly , les tendances actuelles du droit de l'espace ,Revue Française de Droit de l'Espace(RFDE), Sirey , 1988

تولية رئيس الدولة في الفقه السياسي عند المسلمين

د. رضا شعبان

كلية العلوم الإسلامية

جامعة باتنة 1

ridha.chabane@gmail.com

ملخص:

يهدف هذا البحث إلى التعريف بأهم الطرق التي نصّ عليها الفقهاء في مصنفاتهم، لتولية رئيس الدولة، وهو أسى المناصب السياسية في دولة المسلمين، حيث بالغوا في الاهتمام به، وحرصوا على الاعتناء به، حفاظا على المقاصد السامية المنوطة به؛ مقصد حراسة الدين وسياسة الدنيا.

والتأمل في التجربة السياسية للمسلمين، عبر تاريخ دولتهم - الأبيض والأسود -، يفضي بنا إلى نتيجة مفادها: أنّ الفقه عموما كان حريصا على التمسك بالشرعية، والتجديد في الطرق الموصلة إلى منصب الرئاسة، وذلك قبل أن يستأثر الملك العضوض بمنصبها، ويرسي سبيل الوراثة طريقا واحدا للجلوس على كرسيها.

Abstract :

This search aiming to define the methods of state president assumption, which is the high political post that muslims are more taking importance for guarding the high targets of it (saving the religion and governing the state).

A general view over the muslims political experience, among history of their state (good or bad) leads to result that muslim law (Fiqh) was eager on legality; and renovation on methods to reach the presidential post, before the domination of muslim monarchy, and its only method to reach the auhthority (heredity)

مقدمة:

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على أشرف المرسلين سيدنا محمد، وعلى آله وصحبه، ومن تبعه بإحسان إلى يوم الدين، وبعد:

فإنّ الدولة للمسلمين ضرورة، اقتضتها مستجدات العصر وتقلباته، ونوائب الدهر ونكباته، وطوارئ التاريخ ومفارقاته؛ فلا يمكن الاستغناء عنها بحال، ولا العيش دون نظامها بمال، والغفلة عن ذلك تورد الأمة المهالك، وتردي أبنائها مستنقع المفسد، فيدخل الضّرر والحرّج على أفراد المجتمع، فيخسر المسلم سعادة الدنيا بذلك.

ولابد للدولة من رئيس يتولى زمام قيادتها، ويتصدى لمهمة الإصلاح السياسي لفائدة كافة مواطنيها، ضمن كافة مجالات الحياة فيها، وتلك أسمى واجبات الخليفة عند المسلمين؛ فالخليفة رأس النظام السياسي في التجربة التاريخية التي عرفها المجتمع المسلم، ويكون ارتقاؤه إلى هذه المنزلة وفق آليات وطرق بسطها الفقهاء في مصنفاتهم، حرصاً منهم على تحقيق شرعية الوصول إلى السّلطة، والحفاظ على مشروعيتها تصرفات رئيسها الزامية إلى تحقيق العدالة والمساواة.

فما هي الشروط المعتبرة في تولية رئيس الدولة؟ وما الطرق المعتبرة في ذلك؟

لقد كانت التجربة الإسلامية في بداياتها تجربة مثمرة، سعى روادها بجدّ إلى التجديد والابتكار في طرق تولية الخليفة؛ حيث نلحظ التنوع الجلي، والاختلاف البيّن في تعيين كل واحد من الخلفاء الرّشدين - رضي الله عنهم -، ولم ينتكس الفقه السياسي إلا بعد شيوع التقليد في العالم الإسلامي، وإحجام الفقهاء عن الخوض في السياسة بسبب الجمود حيناً، والرهبية من السّلطان أحياناً أخرى.

ويشهد العصر الحالي براعة أمم شتى، كانت قابضة في ظلمات الجهل والتّخلف، أيام كان الماوردي الشّافعي يخط براعة كتابه الأحكام السلطانية، ويؤسس فيه لنظرية سياسية انطلاقاً من تجربة الرّاشدين - رضي الله عنهم -؛ ولا غرو في قولنا: أنّ المسلمين كانوا سباقين في التّأصيل لأسس ومبادئ نظام الحكم، حيث سبقوا الغرب بقرون عدة، وهو الذي يفتننا في حاضرنا، وتُعي نجاحاته بصائرنا، فلم نستطع إدراك مكان القوة فينا.

لذا فإنّ الهدف الرئيس من هذا البحث، يكمن أساساً في التّعريف بأهم الطّرق المتبعة في تولية رئيس الدولة، انطلاقاً من كتابات الفقهاء حول الخلافة وطرق توليها، لإزالة بعض الغبش الذي غطّى العيون، وإنارة العقول المنهزمة حضارياً أمام الآخر الذي لا يؤمن باليوم الآخر.

ولتحقيق الهدف المنشود قسّمت البحث إلى ثلاثة محاور؛ خصصت الأول للتّعريف بالخلافة وبيان صلة لقب رئيس الدولة بمنصبها، والثاني لشروط تولية الخليفة في الفقه الإسلامي. والثالث لطرق توليته.

المحور الأول: تعريف الخلافة وبيان صلة لقب رئيس الدولة بمنصبها:

يتناول هذا المحور التعريف الموجز بالخلافة، ومحاولة الربط بين لقب رئيس الدولة والخليفة، لبيان الصلة بينه وبين منصبها.

أولاً/ تعريف الخلافة: ذهب فقهاء اللغة إلى أنّ الخلافة مصدر من الفعل [خلف]، وقد تعددت معانيه في لغة العرب إلى ثلاثة: قال ابن فارس: "الخاء واللام والفاء أصول ثلاثة: أحدها: أن يجيء شيء بعد شيء يقوم مقامه، والثاني: خلف قدام، والثالث: التغيير" (1).

والمعنى الأول هو الذي يعول عليه في بيان المدلول الاصطلاحي للخلافة؛ فمجيء شيء بعد شيء يقوم مقامه، أقرب المعاني الثلاثة في الدلالة على مقصود الفقهاء به.

قال ابن منظور: "خلف فلان فلانا، إذا كان خليفته، يقال: خلفه في قومه خلافة" (2).

وقال: "...وخلفته أيضا إذا جئت بعده" (3).

وورد في القاموس المحيط: "الخليفة: السلطان الأعظم... ج: خلائف وخلفاء. وخلفه خلافة: كان خليفته، وبقي

بعده" (4).

واضح أنّ الخلافة في اللغة تطلق ويراد بها المنصب الذي يتولاه الخليفة، ومن ثمّ اتفقت جماهير الفقهاء على تسمية الفترة التي أعقبت زمن النبوة باسم الخلافة الرأشدة، وأطلقوا على الصحابة الذين تولّوا منصب الخلافة فيها اسم الخلفاء الرأشدين.

وقد جاءت تعريفاتهم الاصطلاحية متفقة مع ذلك، ومحددة للمقاصد السامية التي يجب أن يعمل لتحقيقها القائم على منصبها؛ عرفها الماوردي الشافعي بقوله: "الإمامة موضوعة لخلافة النبوة في حراسة الدين وسياسة الدنيا" (5).

وهذا التعريف هو المعتمد عند غالبية الفقهاء، والمعول عليه في بيان ماهيتها؛ حيث اتفقوا على المعنى الوارد فيه، ولقد جزم بذلك الشيخ محمد رشيد رضا بقوله: "كلام سائر علماء العقائد والفقهاء من جميع مذاهب أهل السنة لا يخرج عن هذا المعنى" (6).

وهذا ما نقف عليه في تعريف الجويني لها بأنّها: "رياسة تامة، وزعامة عامة، تتعلق بالخاصة والعامة في مهمات الدين والدنيا، متضمنتها حفظ الحوزة، ورعاية الرعية، وإقامة الدعوة بالحجة والسيف، وكفّ الحنف

1 - ابن فارس، أبو الحسين أحمد: معجم مقاييس اللغة، تحقيق عبد السلام محمد هارون، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، 1979م، ج2، ص210.

2- ابن منظور، محمد بن مكرم: لسان العرب، تحقيق عبد الله علي الكبير وأخران، دار المعارف، القاهرة، مصر، ج2، ص1235.

3- المصدر نفسه.

4- الفيرزآبادي، مجد الدين محمد بن يعقوب: القاموس المحيط، تحقيق مكتب تحقيق التراث في مؤسسة الرسالة بإشراف محمد نعيم العرقسوسي، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ط8، 2005م، ص808.

5- الماوردي، أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب: الأحكام السلطانية والولايات الدينية، تحقيق عصام فارس الحرساني ومحمد إبراهيم الزغلي، المكتب الإسلامي، بيروت، لبنان، ط1، 1461هـ، 1996م، ص13.

6- محمد رشيد رضا: الخلافة، الزهراء للإعلام العربي، مصر، ص17.

والحيف، والانتصاف للمظلومين من الظالمين، واستيفاء الحقوق من الممتنعين وإيفائها على المستحقين" (1). وفي تعريف التفتازاني: "الإمامة رئاسة عامة في أمر الدين والدنيا خلافة عن النبي - صلى الله عليه وسلم -" (2). وأيضا تعريف ابن خلدون في قوله أنها تعني: "حمل الكافة على مقتضى النظر الشرعي في مصالحهم الأخروية والدنيوية الراجعة إليهما، إذ أحوال الدنيا ترجع كلها عند الشارع إلى اعتبارها بمصالح الآخرة؛ فهي في الحقيقة خلافة عن صاحب الشرع في حراسة الدين وسياسة الدنيا به" (3).

إنّ أمثال هذه التعريفات متداولة وبكثرة في كتب الفقه السياسي عند المسلمين، قديمه وحديثه، وحتى المعاصر منه في الغالب الأعم؛ فجعل الذين خاضوا غمار البحث في هذه المسألة لازالوا يستعملون العبارة نفسها، ويستندون إليها في بيان الأهداف، والمقاصد، والواجبات المنوط بالحاكم المسلم تحقيقها لمواطني دولته.

ثانيا/ صلة لقب رئيس الدولة بمنصب الخلافة: شاع في الفقه السياسي اطلاق عدة مصطلحات على متوّلّي منصب الخلافة؛ أشهرها على الإطلاق ثلاثة ألقاب: الخليفة والإمام وأمير المؤمنين.

وفي ذلك دلالة واضحة على أنّ في الأمر سعة، وأنّ العبرة بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ والمباني، ولو كان الأمر خلاف ذلك لما شهد تاريخ المسلمين تعدد الأسماء وتجدها من فترة لأخرى؛ فكان لقب "الخليفة" من نصيب أبي بكر الصديق، ولقب "أمير المؤمنين" من حظ عمر بن الخطاب، وأطلق الشيعة لقب "الإمام" على علي بن أبي طالب، ولم يمانع فقهاء أهل السنة من تسمية الخلفاء "أئمة"، وتسمّى الحاكم العثماني بـ "السلطان".

ويعد لقب "رئيس الدولة" حديث الاستعمال في بلاد المسلمين، إذا ما قارناه ببقية الألقاب المتداولة في منظومتنا الفقهية، ويعود سبب ظهوره بالدرجة الأولى إلى تشظي الخلافة الإسلامية، وتقسيم التركة العثمانية إلى عدة دويلات، يرأس كل واحدة منها حاكما مستقلا في تسيير وتديبر شؤون دولته، وفي عزلة تامة عمّا تساس به بقية الدّول الأخرى، وذلك بسبب التأثير بالفقه السياسي الغربي في هذه المسألة، وهي التي كانت تشكل إلى جانب بعضها ما اصطلح عليه ولو على سبيل المجاز اسم الخلافة الإسلامية.

ولقد حرص الفقهاء منذ الوهلة الأولى على مراعاة تحقيق الوحدة بين المسلمين، والحفاظ على المصالح العاجلة والأجلة للأمة في منصب الخلافة؛ فاتّجه الجمهور إلى منع تعدد الخلفاء، وشدّدوا في المنع، ووضع البعض منهم شروطا لإباحة التعدد.

لكن الواقع الحالي يشهد مستجدات وظروفا طارئة، لم تكن مألوفة في السّابق؛ فزوال نظام الخلافة، أدى إلى تشتت صف المسلمين، وذهاب وحدتهم، وذلك ما استدعى إعادة تكييف الأحكام، لتكون متلائمة ومتوائمة مع الواقع الجديد، حتى يزول الضرر، ويرفع الحرج.

لذا من العجيب التمسك بالمصطلح التاريخي الذي عرف به الحاكم المسلم، ولا مانع شرعا من استعمال المصطلح الجديد، وتسمية القائم بأمر المسلمين في الدولة القطرية الحديثة باسم رئيس الدولة؛ فاستعمال لقب

1- الجويني، أبو المعالي: غياث الأمم في التياث الظلم (الغيثي)، تحقيق مصطفى حلي وفؤاد عبد المنعم أحمد، دار الدعوة للطبع والنشر والتوزيع، الإسكندرية، مصر، 1979، ص55.

2- التفتازاني، سعد الدين: شرح المقاصد، تحقيق عبد الرحمن عميرة، دار عالم الكتب، بيروت، لبنان، ط2، 1998م، ج5، ص234.

3- ابن خلدون، عبد الرحمن: مقدمة ابن خلدون، دار الفكر، بيروت، لبنان، ط1، 1423هـ، 2003م، ص189.

الخليفة أو رئيس الدولة يفيد معناه في التّهيأة: الشّخص الذي بيده مقاليد الحكم وتدير شؤون الشّعب ضمن حدود الإقليم المتعارف عليه دولياً.

المحور الثاني: شروط تولية رئيس الدولة في الفقه الإسلامي:

قبل إبرام عقد الخلافة (رئاسة الدّولة) بين الشّخص المؤهل والأمة صاحبة الحق في توليته، وجب توقّر جملة شروط إلى جوار شروط الأهلية، حتى يحق له الارتقاء إلى منصب تدبير شؤون الرئاسة؛ حدّدها الفقهاء في ثلاثة شروط: أحدها: الاختيار من طرف جماعة أهل الحل والعقد، والثاني: القبول بتولّي منصب الرئاسة، والثالث: مبايعة الأمة له.

نستشف ذلك من قول الماوردي: "فإذا اجتمع أهل العقد والحل للاختيار تصفّحوا أحوال أهل الإمامة الموجودة فيهم شروطها فقدّموا للبيعة منهم أكثرهم فضلاً وأكملهم شروطاً، ومن يسرع النّاس إلى طاعته ولا يتوقّفون عن بيعته، فإذا تعيّن لهم من بين الجماعة من أداهم الاجتهاد إلى اختياره عرضوها عليه، فإن أجاب إليها بايعوه عليها وانعقدت ببيعتهم له الإمامة، فلزم كافّة الأمة الدّخول في بيعته والانقياد لطاعته، وإن امتنع من الإمامة ولم يجب إليها لم يجبر عليها لأنّها عقد مرضاة واختيار لا يدخله إكراه ولا إجبار، وعدل عنه إلى من سواه من مستحقّها"⁽¹⁾.

وقوله - رحمه الله - في مسألة تفرد شخص واحد بشروط الإمامة: "ذهب جمهور الفقهاء والمتكلمين إلى أنّ إمامته لا تنعقد إلا بالرضا والاختيار"⁽²⁾.

ويفضي بنا التأمّل في رواية الطّبري من وقائع بيعة رابع الخلفاء الرّاشدين إلى ملاحظة الحرص الشّديد لعلي - رضي الله عنه - على وجوب توفر هذه الشروط الثلاثة في توليته - رضي الله عنه -؛ فقد روى الطّبري عن محمد بن الحنفية قوله: "كنت مع أبي حين قتل عثمان - رضي الله عنه -، فقام فدخل منزله، فأتاه أصحاب رسول الله - صلى الله عليه وسلم -، فقالوا: إنّ هذا الرجل قد قتل، ولا بد للنّاس من إمام، ولا نجد اليوم أحداً أحق بهذا الأمر منك؛ لا أقدم سابقة، ولا أقرب من رسول الله - صلى الله عليه وسلم - فقال: لا تفعلوا فإنّي أكون وزيراً خيراً من أن أكون أميراً. فقالوا: لا، والله ما نحن بفاعلين حتى نبايعك. قال: ففي المسجد؛ فإنّ بيعتي لا تكون خفياً، ولا تكون إلا عن رضا المسلمين"⁽³⁾.

أولاً/ الاختيار من طرف جماعة أهل الحل والعقد(التّرشيح): تمثل هذه الجماعة ممثلي الأمة ونوابها في تدبير المصالح العامة؛ لها صلاحية تفحص الأشخاص الحائزين لشروط الأهلية، وتقديم الصالح منهم للمبايعة. ويمكن القول: أنّ التّصرف الصادر عن هذه الهيئة الرّسمية، والمتمثل في تميّزها للشخص الحائز لشروط أهلية الخلافة عن غيره، وتقديمه لتولّي منصبها، يعدّ شبيهاً بالتّرشيح في بعض الأنظمة الديمقراطية المعاصرة؛ وإذا

1 - الماوردي: الأحكام السلطانية، ص 17.

2 - المصدر نفسه، ص 19.

3 - الطبري، أبو جعفر محمد بن جرير: تاريخ الأمم والملوك (تاريخ الطبري)، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1407هـ، ج2، ص696.

أردنا تقريب الصورة أكثر، فإنّ ما يقوم به المجلس الدستوري الجزائري من معالجة للملفات المترشحين لمنصب الرئاسة، هو من قبيل الاختيار الذي تحدث عنه فقهاؤنا، ولكن بصورة مغايرة، وشروط مختلفة.

طبعا مع الأخذ بعين الاعتبار: أن بعض فقهاء المسلمين يكتفون بالاختيار من طرف جماعة أهل الحل والعقد، طريقا للوصول إلى منصب الرئاسة، ولا عبرة عنده برأي الأمة؛ والمتأمل في القول السابق للماوردي يدرك ذلك دون عناء.

وهذا الفعل شبيه لما عليه الديمقراطية غير المباشرة في عصرنا الحالي؛ حيث يكتفى فيها بأخذ رأي ممثلي الشعب في مصالحهم السياسية، وبالتالي فلا نقيصة فيما قرّره بعض فقهاءنا، بخصوص هذه المسألة، لأنّ صحة تصرف جماعة أهل الحل والعقد مرده إلى أحكام الوكالة في الفقه الإسلامي، حيث يتصرف الوكيل عن موكله في حدود الوكالة الممنوحة له.

ولقد شاع في الفقه السياسي استعمال مصطلح الاختيار، وهذا ما دلّ عليه القول السابق للماوردي؛ لكن التدقيق والتّمحيص في وقائع تولية الراشدين - رضي الله عنهم -، يصل بنا إلى حقيقة مفادها: أنّ ما تمّ في سقيفة بني ساعدة لا يعدو عن كونه ترشيحا للشخص المؤهل، وكذلك العهد من الصديق لعمر، وتصرف الستة الذين ترك الفاروق أمر الخلافة فيهم، وأيضا اتفاق الجماعة على تولية علي بن أبي طالب.

ثانيا/ قبول الشخص المرشّح تولّي الخلافة: أساس هذا الشرط هو أنّ الخلافة من عقود المراضاة، ومعلوم أنّ هذه العقود لا يدخلها الإكراه؛ فلا زواج دون رضا، ولا بيع، ولا وكالة، ولا غيرها من العقود المتعارف عليها بين الفقهاء.

وعليه فإنّ الرّضا شرط رئيس في الخلافة على المسلمين، وكذلك في رئاسة الدول المعاصرة، ولا يجوز الإكراه على تولي هذا المنصب؛ لأنّ المكره شأنه الإهمال والتّقصير، وذلك ما يفوّت على الأمة مصالحها، ويدخلها في الحرج والضيق المرفوعان شرعا.

ثالثا/ مبايعة الأمة للشخص المرشّح: إنّ الأمة أحد طرفي العقد في هذه المسألة، فلا يعقل تجاوز رأيها، وإهمال مشاورتها، بخصوص من يسوس شؤونها، ويدبّر أمورها.

والتأمل في تجربة الراشدين - رضي الله عنهم -، يلاحظ حرص كل واحد منهم على تحقيق هذا الشرط في بيعته؛ حين يقبل على الأمة في مسجد رسول الله - صلى الله عليه وسلم -، ويلقي عليها خطابا سياسيا، يحدد فيه معالم سياسته ومحاورها الكبرى، لتبايعة الأمة على الطّاعة والتّصرة في المنشط والمكره.

ولا جدال في أنّ تحقيق المبايعة قد تتنوع صوره، وتتعدد طرائقه، تبعا لتجدد الظروف والوقائع التاريخية؛ فلا مصلحة للأمة في الجمود على الصورة المألوفة، ولا مانع من الاستفادة من الفكر السياسي الغربي في هذه المسألة، والاعتماد على بعض آليات الديمقراطية - المباشرة أو غير المباشرة - في تجديد الطّريقة التي تتم بها البيعة، وهي الأساس الذي تعبّره الأمة عن رأيها.

المحور الثالث: طرق تولية رئيس الدولة في الفقه الإسلامي:

اختلف المسلمون ممن قالوا بوجود الخلافة بمختلف مذاهبهم وتوجهاتهم في الطريق الذي تتعقد به؛ فأهل السنة متفقون على جواز عقدها بأحد طريقتين هما: البيعة والعهد، وجوز بعضهم إمامة المتغلب اضطراراً، وشذّ آخرون فقالوا بوجود النصّ لأبي بكر الصديق - رضي الله عنه -، وأمّا الشيعة فيذهبون إلى انعقادها بالنصّ لعلي بن أبي طالب - رضي الله عنه - في بادئ الأمر وفي ذريته من بعده على اختلاف بينهم في ذلك (1).

والثابت يقينا عند أهل السنة: "أنّ رسول الله - صلى الله عليه وسلم - لم يعين للمسلمين من يقوم بأمر الدولة الإسلامية بعد وفاته، بل لم يحدد الطريقة التي تتبع في اختيار الحاكم بعده، وإمّا أوضح للمسلمين القواعد العامة التي يجب أن يراعيها الحاكم في سيرته في المسلمين، وبين - بسيرته وأقواله - المثل العليا التي يجب التمسك بها والمحافظة عليها من جانب الحاكم والمحكومين على السواء، دون أن يتضمن ذلك الجانب من سنة الرسول - صلى الله عليه وسلم -، كما لم تتضمن نصوص القرآن الكريم تفصيلاً لنظام الحكم الذي يجب أن يطبق في الدولة الإسلامية؛ إذ اكتفى في هذا الصدد بالقواعد العامة فحسب" (2).

وفيما يلي ذكر أهم الطرق المعتبرة عند أهل السنة في عقد الخلافة:

أولاً/ طريق الاختيار: يقصد به إقبال جماعة أهل الحل والعقد على عقد الخلافة لمن يقوم بأعبائها في المسلمين. ويختلف هذا الأمر عما ذكرته سابقاً في شروط التولية؛ فالاختيار باعتباره شرطاً للتولية، يتم فيه التمييز بين المؤهل وغير المؤهل، وأما الاختيار في هذه المرحلة فيتّم بموجبه عقد الخلافة لمن توفرت فيه شروطها. قال الماوردي: "والإمامة تتعقد من وجهين: أحدهما: باختيار أهل العقد والحل، والثاني: بعهد الإمام من قبل" (3). وقال ابن حجر العسقلاني: "قال النووي وغيره: أجمعوا على انعقاد الخلافة بالاستخلاف، وعلى انعقادها بعقد أهل الحل والعقد لإنسان حيث لا يكون هناك استخلاف غيره، وعلى جواز جعل الخليفة الأمر شورى بين عدد محصور أو غيره" (4).

واستمد الاختيار مشروعيته عند أهل السنة من تصرفات الصحابة - رضي الله عنهم - في اختيارهم لأبي بكر خليفة لرسول الله - صلى الله عليه وسلم -، حين اجتمع بعض كبار الصحابة في سقيفة بني ساعدة واتفقوا على اختيار الصديق - رضي الله عنه - لتولي منصب الخلافة.

وحتى طريقة تعيين الخليفة الرابع علي بن أبي طالب - رضي الله عنه - كانت قريبة من الطريقة التي اعتلى بها أبو بكر الصديق - رضي الله عنه - منصب الخلافة أو مماثلة لها؛ فالثابت تاريخياً أنّه بعد مقتل الخليفة عثمان بن عفان - رضي الله عنه -، أقبل أصحاب رسول الله - صلى الله عليه وسلم - على مبايعته - رضي الله عنه - سداً لباب الفتنة التي يمكن أن تقع.

1 - صادق شايف نعمان: الخلافة الإسلامية وقضية الحكم بما أنزل الله، دار السلام، القاهرة، مصر، ط1، 1425هـ، 2004م، ص63-67.

2 - محمد سليم العوا: في النظام السياسي للدولة الإسلامية، دار الشروق، القاهرة، مصر، ط1، 1989م، ص66.

3 - الماوردي: الأحكام السلطانية، ص16.

4 - ابن حجر العسقلاني، أحمد بن علي: فتح الباري، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي ومحب الدين الخطيب، دار المعرفة، بيروت، لبنان، 1379هـ، ج13، ص208.

وعقد الخلافة بطريق الاختيار، يشبه إلى حد بعيد انتخاب رئيس الدولة في بعض الأنظمة السياسية المعاصرة، التي تنتهج الديمقراطية غير المباشرة، حيث يتولى نواب البرلمان مهمة انتخاب الرئيس نيابة عن الشعب. ثانيا/ طريق العهد: يقصد به قيام الخليفة الحالي بالعهد بمنصب الخلافة لمن يكون خليفة بعده؛ طبعاً مع مراعاة توفر شروط أهلية وتولية هذا المنصب سواء في العاهد أو المعهود له. واستمد هذا الطريق مشروعيته من تصرف الصديق - رضي الله عنه - حين عهد بالخلافة لعمر بن الخطاب - رضي الله عنه -، وهذا العهد لم يكن نتيجة تقصير صادر عن الخليفة الأول، أو لمحاباة أو مودة أو قرابة بينهما؛ فقد ثبت أن الصديق - رضي الله عنه - لم يتجاوز إرادة الأمة، ولم يغمطها حقها في اختيار الخليفة. يؤكد ذلك خطابه - رضي الله عنه - في الناس قائلاً: "أترضون بمن أستخلف عليكم؟ فأبى والله ما آلت من جهد الرأي، ولا وليت ذا قرابة، وإني قد استخلفت عمر بن الخطاب، فاسمعوا له وأطيعوا، فقالوا: سمعنا وأطعنا"(1).

ويعد أيضاً تصرف عمر بن الخطاب - رضي الله عنه -، لما جعل أمر الخلافة شورى في ستة من خيرة صحابة الرسول - صلى الله عليه وسلم -، مما يستدل به على مشروعية هذا الطريق؛ هؤلاء الستة هم: عثمان بن عفان، علي بن أبي طالب، وعبد الرحمن بن عوف، وسعد بن أبي وقاص، والزبير بن العوام، وطلحة بن عبيد الله(2). ومن شدة حرصه - رضي الله عنه - على وحدة الصف وعدم حدوث الشقاق بين أفراد الأمة، أصدر توجيهاته الصارمة في وجوب المسارعة في الاختيار، واجتناب الاختلاف المؤدي إلى وقوع الفتن؛ قائلاً: "إنني نظرت فوجدتكم رؤساء الناس وقادتهم، ولا يكون هذا الأمر إلا فيكم، وقد قبض رسول الله - صلى الله عليه وسلم - وهو عنكم راض؛ إنني لا أخاف الناس عليكم إن استقمتم، ولكني أخاف عليكم اختلافكم فيما بينكم، فيختلف الناس؛ فانهضوا إلى حجرة عائشة بإذن منها، فتشاوروا واختاروا رجلاً منكم؛ ثم قال: لا تدخلوا حجرة عائشة ولكن كونوا قريباً. ووضع رأسه وقد نزفه الدم"(3).

ثالثاً/ طريق القهر والاستيلاء: أجاز الفقهاء اضطراراً هذا الطريق غير المشروع، والموصول إلى منصب الخلافة بواسطة الانقلاب العسكري؛ سعياً منهم للحفاظ على وحدة الأمة، وحقق دماؤها، وصون مصالحها، رغم مخالفته للأصول المتفق عليها عندهم في هذا الباب، لأن المستولي لم يراع في بلوغه منصب الخلافة شرطاً: اختيار أهل الحل والعقد له، ورضا الأمة عنه.

قال الإمام أحمد: "ومن غلب عليهم بالسيف حتى صار خليفة، وسعي أمير المؤمنين؛ فلا يحل لأحد يؤمن بالله واليوم الآخر أن يبيت ولا يراه إماماً، برأ كان أو فاجراً"(4).

وقال في رواية أخرى، متحدثاً عن الإمام الذي يخرج عليه من يطلب الملك؛ فتكون معه جماعة من الناس

1 - الطبري: تاريخ الأمم والملوك، ج2، ص351-352.

2 - المصدر نفسه، ج2، ص580.

3 - المصدر نفسه، ج2، ص380.

4 - الفراء، أبو يعلى محمد بن الحسين: الأحكام السلطانية، تصحيح وتعليق محمد حامد الفقي، دار الكتب العلمية، بيروت، 2000م، ص23.

ومع الآخر جماعة أخرى: "تكون الجمعة مع من غلب" (1).

واحتج الإمام أحمد لرأيه بتصريف ابن عمر - رضي الله عنهما - أيام الحرة، حين صلى بأهل المدينة. وقال: "نحن مع من غلب" (2).

إنَّ ضرورة عقد الخلافة للمتغلب لمذهب جمهور أهل السنة، وقد خالف في ذلك بعض العلماء منهم، كالشافعية وغيرهم، الذين ذهبوا إلى القول بعدم صحة استيلاء المتغلب إلا في حال شغور المنصب وخلوه من مستحق له؛ فلا تنعقد الإمامة للمتغلب على الإمام الحي الذي رضته الأمة لمنصب الخلافة، ويزيد بعضهم وجوب استجماع المتغلب لشروط الخلافة حتى تنعقد له.

قال التفتازاني: "وتنعقد الإمامة بالقهر والاستيلاء؛ فإذا مات الإمام وتصدى للإمامة من يستجمع شرائطها من غير بيعة أو استخلاف وقهر الناس بشوكته، انعقدت الخلافة له" (3).

وقال ابن جماعة: "أما الطريق الثالث الذي تنعقد به الإمامة . البيعة القهرية؛ فهو قهر صاحب الشوكة، فإذا خلا الوقت عن إمام فتصدى لها من هو أهلها، وقهر الناس بشوكته وجنوده بغير بيعة أو استخلاف، انعقدت بيعته، ولزمت طاعته، لينتظم شمل المسلمين وتجتمع كلمتهم" (4).

وقال الشربيني: "والطريق الثالث باستيلاء شخص متغلب على الإمامة جامع للشروط المعتمدة في الإمامة على الملك بقهر وغلبة بعد موت الإمام لينتظم شمل المسلمين" (5).

والظاهر أنَّ الجميع متفق على عقد للإمامة للمتغلب على المتغلب، المستولي على منصب الخلافة بالقهر والغلبة؛ حيث أنَّ وصوله للحكم لم يكن بطريقة شرعية، ومصالحة المسلمين تقتضي العقد للمتغلب عليه، خاصة إذا كان هذا الأخير مستجمعا للشروط والآخر فاقدا لها.

قال الشربيني: "أما الاستيلاء على الحي ففيه أمران: فإذا كان هذا الخليفة الحي متغلبا انعقدت إمامة المتغلب عليه، وإن كان إماما ببيعة أو بعهد من الإمام السابق لم تنعقد إمامة المتغلب عليه" (6).

وقال ابن جماعة: "إذا انعقدت الإمامة بالشوكة والغلبة لواحد ثم قام آخر فقهر الأول بشوكته وجنوده، انعزل الأول وصار الثاني إماما، لما قدمناه من مصلحة المسلمين وجمع كلمتهم" (7).

ويجب التنبيه إلى أنَّ إجازة الفقهاء عقد الخلافة للمتغلب لا تعني مشروعية هذا الطريق في الوصول إلى الحكم؛ فلا يجوز لأيِّ كان إهدار حق الأمة في الاختيار والرضا، ولا يحق له اغتصاب سلطانها في ذلك، والواجب عليها

1 - المصدر نفسه.

2 - المصدر نفسه.

3 - التفتازاني: مصدر سابق، ج 5، ص 233.

4 - ابن جماعة، بدر الدين: تحرير الأحكام في تدبير أهل الإسلام، تحقيق فؤاد عبد المنعم أحمد، رئاسة المحاكم الشرعية، قطر، ط 1، 1985هـ، ص 55.

5 - الشربيني، شمس الدين محمد بن الخطيب: مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، تحقيق محمد خليل عيتاني، دار المعرفة، بيروت، ط 1، 1418هـ، 1997م، ج 4، ص 171.

6 - المصدر نفسه.

7 - ابن جماعة: مصدر سابق، ص 55-56.

الاجتهاد في إزالة الظلم الواقع، وتعويض المتغلب بمن ترتضيه من الحكام، شريطة الحفاظ على مصلحة الجماعة دائما، لأنّ العقد له تم بموجب الضرورة، والضرورة في ديننا تقدر بقدرها.

قال الشيخ محمد رشيد رضا: "سلطة التّغلب كأكل الميتة ولحم الخنزير، عند الضرورة تنفذ بالقهر وتكون أدنى من الفوضى... ومقتضاه أنّه يجب السّعي دائما لإزالتها عند الإمكان، ولا يجوز أن توطن الأنفس على دوامها، ولا أن تجعل كالكرة بين المتغلبين يتقاذفونها ويتلقونها، كما فعلت الأمم التي كانت مظلومة وراضية بالظلم لجهلها بقوتها الكامنة فيها، وكون قوة ملوكها وأمراءها منها، ألم تر إلى من استناروا بالعلم الاجتماعي منها كيف هبوا لإسقاط حكوماتها الجائرة وملوكها المستبدين؟" (1).

خاتمة:

في ختام هذا البحث يمكن التأكيد على ما يلي:

. ظهرت بوادر الإبداع والابتكار في الفقه السياسي عند المسلمين مبكرا؛ بدء باختيار وانتهاء بظهور الدعوى الفاجرة بغلق باب الاجتهاد، ولقد توفي الرسول - صلى الله عليه وسلم - بعد أن حدد المعالم الكبرى للسياسة وترك تفصيل الجزئيات لأهل العلم من الأمة.

. شاع في الفقه السياسي اطلاق عدة مصطلحات على متوّلّي منصب الخلافة؛ أشهرها على الإطلاق ألقاب ثلاثة: الخليفة والإمام وأمير المؤمنين.

. بعد زوال نظام الخلافة الإسلامي، وتشكّل الدولة القطرية الحديثة، استعمل ظهر في بلاد المسلمين مصطلح "رئيس الدولة" للدلالة على من بيده زمام السلطة السياسية.

. أبداع الصّحابة - رضي الله عنهم - في إيجاد طرق مبتكرة لتوّلّي منصب الخلافة، تتلاءم ومعطيات الواقع؛ وفي ذلك دلالة واضحة على أنّ في الأمر سعة، وأن المسألة محل اجتهاد سياسي، يحفظ للأمة مصلحتها في كل زمان ومكان.

. يعتبر الاختيار من طرف جماعة أهل الحل والعقد الطّريق الأصل في توّلّي الخلافة (رئاسة الدولة)؛ لأنّ هذه الجماعة عبارة عن هيئة سياسية، تتشكل أساسا من نواب الأمة وممثلها، وهي شبيهة بالبرلمان في الدولة المعاصرة.

. نصّ الفقهاء على مشروعية الوصول إلى منصب الخلافة عن طريق العهد، واشتروطوا وجوب توفر شروط الأهلية والتّولية في العاهد والمعهود له.

. شاع في الفقه السياسي عند جمهور أهل السّنة قبول ولاية المتغلب اضطرارا؛ لكن تبقى قواعد الضرورة هي القواعد الحاكمة والمنظمة لهذه الحال، ويجب على علماء الأمة ونوابها الاجتهاد لتصحيح هذه الوضعية الطارئة، وتنقية الفقه من شوائب الاستبداد والطّغيان التي علقته به في عصور التّخلف والانحطاط، وذلك لتحقيق هدف الحفاظ على شرعية الوصول إلى السّلطة في الدولة.

. إنّ معرفة الطّريقة التي تنصّ الديمقراطية المباشرة على تتبعها في مسألة تعيين رئيس الدولة، تجعلنا نجزم بوجود تقارب بينها وبين طريقة تعيين كل واحد من الخلفاء الراشدين رضي الله عنهم .: فأبو بكر وعلي تمّ ترشيحهما للمنصب من قبل جماعة أهل الحل والعقد، ورُشّح عمر من قبل أبي بكر، وأما عثمان فقد تمّ ترشيحه من قبل

الستة الذين ترك عمر الأمر فيهم، هذا وقد جرت وقائع الاستفتاء على كل واحد منهم ليصير خليفة على المسلمين داخل مسجد رسول الله . صلى الله عليه وسلم .

. إنَّ التأمّل فيما توجب الديمقراطية غير المباشرة انتهاجه في هذه المسألة، يوصلنا إلى إدراك وجود تشابه كبير بينها وبين البيعة التي نصَّ عليها جمهور الفقهاء في تولية الخليفة.
. وفي الأخير؛ يجدر بالعلماء الراسخين والباحثين المؤهلين الاهتمام بفقه الدولة عند المسلمين، والسعي الجاد لأجل بناء نظرية سياسية إسلامية معاصرة تكفل للأمة تحقيق المقاصد العامة لرئاسة الدولة في الإسلام.

مصادر ومراجع البحث:

- التفتازاني، سعد الدين: شرح المقاصد، تحقيق عبد الرحمن عميرة، دار عالم الكتب، بيروت، لبنان، ط2، 1998م.
- الجويني، أبو المعالي: غياث الأمم في التياث الظلم (الغيثي)، تحقيق مصطفى حلي وفؤاد عبد المنعم أحمد، دار الدعوة للطبع والنشر والتوزيع، الإسكندرية، مصر، 1979.
- ابن جماعة، بدر الدين: تحرير الأحكام في تدبير أهل الإسلام، تحقيق فؤاد عبد المنعم أحمد، رئاسة المحاكم الشرعية، قطر، ط1.
- ابن حجر العسقلاني، أحمد بن علي: فتح الباري، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي ومحب الدين الخطيب، دار المعرفة، بيروت، لبنان، 1379هـ.
- ابن خلدون، عبد الرحمن: مقدمة ابن خلدون، دار الفكر، بيروت، لبنان، ط1، 1423هـ، 2003م.
- الشربيني، شمس الدين محمد بن الخطيب: مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المهاج، تحقيق محمد خليل عيتاني، دار المعرفة، بيروت، ط1، 1418هـ، 1997م.
- صادق شايف نعمان: الخلافة الإسلامية وقضية الحكم بما أنزل الله، دار السلام، القاهرة، مصر، ط1، 1425هـ، 2004م.
- الطبري، أبو جعفر محمد بن جرير: تاريخ الأمم والملوك (تاريخ الطبري)، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1407هـ.
- ابن فارس، أبو الحسين أحمد: معجم مقاييس اللغة، تحقيق عبد السلام محمد هارون، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، 1979م.
- الفراء، أبو يعلى محمد بن الحسين: الأحكام السلطانية، تصحيح وتعليق محمد حامد الفقي، دار الكتب العلمية، بيروت، 2000م.
- الفيروز آبادي، مجد الدين محمد بن يعقوب: القاموس المحيط، تحقيق مكتب تحقيق التراث في مؤسسة الرسالة بإشراف محمد نعيم العرقسوسي، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ط8.
- الماوردي، أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب: الأحكام السلطانية والولايات الدينية، تحقيق عصام فارس الحرساني ومحمد إبراهيم الزغلي، المكتبة الإسلامية، بيروت، لبنان، ط1، 1461هـ، 1996م.
- محمد رشيد رضا: الخلافة، الزهراء للإعلام العربي، مصر.
- محمد سليم العوا: في النظام السياسي للدولة الإسلامية، دار الشروق، القاهرة، مصر، ط1، 1989م.
- ابن منظور، محمد بن مكرم: لسان العرب، تحقيق عبد الله علي الكبير وآخران، دار المعارف، القاهرة، مصر.

" نحو قضاء تجاري جزائري متخصص "

« Vers une juridiction commerciale algérienne spécialisée »

د. مغربي قويدر

أستاذ محاضر " أ " بكلية الحقوق والعلوم السياسية
جامعة الطاهر مولاي - سعيدة -

meg.kouider@yahoo.fr

د. حاج بن علي محمد

أستاذ محاضر " أ " بكلية الحقوق والعلوم السياسية
جامعة حسيبة بن بوعلي - الشلف -

mohamed.hadjbenali@yahoo.fr

ملخص:

استحدث المشرع الجزائري قسما تجاريا وأقطابا متخصصة بتشكيلة جماعية بمقتضى نصوص قانون 25 فبراير سنة 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

ويتجه التنظيم القضائي الجزائري بمقتضى هذا التعديل إلى إرساء فكرة القضاء المتخصص على أرض الواقع عن طريق اعتماد التشكيلة القضائية الجماعية، والتي تتمتع بالدراية في المسائل التجارية، بعدما كانت هذه المنازعات تنظر بتشكيلة أحادية. ومن شأن هذا التعديل بخصائصه المميزة تكريس الضمانات التي توفرها القواعد التجارية القائمة على مبدأ حرية الإثبات التجاري، وتعدد الجهات القضائية المختصة إقليميا، مع تمكين قضاة ممن لهم الدراية بالمسائل التجارية لنظر المنازعة التجارية سواء في القسم التجاري أو الأقطاب المتخصصة بإتباع تكوين قاعدي وتخصصي يعد الركيزة الأساسية للوصول إلى الفعالية والتحكم في الأنواع الجديدة للمنازعات التجارية.

الكلمات المفتاحية: التنظيم القضائي، القسم التجاري، الأقطاب المتخصصة، المسائل التجارية، قضاء متخصص.

Résumé:

Le législateur algérien a créé une section commerciale et des pôles spécialisés qui statuent en formation collégiale conformément aux dispositions de la loi du 25 février 2008, qui comprend la Loi sur les procédures civiles et administratives.

En vertu de cet amendement, l'organisation judiciaire algérienne vise à mettre en pratique sur le terrain cette nouvelle démarche d'un pouvoir judiciaire spécialisé via une juridiction collective auparavant vue par un seul et unique juge. Ainsi, d'après les avantages de cet amendement, soit: les garanties fournies par les règles commerciales fondées sur le principe de la preuve du libre-échange, soit: la multiplicité des juridictions régionalement compétentes, tout en permettant aux juges experts dans la matière commerciale de faire face aux litiges commerciaux, que ce soit dans la section commerciale ou dans des pôles spécialisés en suivant une formation adéquate afin de parvenir à l'efficacité et au contrôle de nouveaux types de conflits commerciaux.

Les mots clés: Organisation judiciaire, section commerciale, pôles spécialisés, affaires commerciales, juridiction spécialisée.



مقدمة:

رغم انتشار مبدأ الحرية الاقتصادية الذي عمل على تحقيق مبدأ المساواة بين الأشخاص في مزاولة ما يشاء من النشاط، أبطت عديد التشريعات الحديثة على المحاكم التجارية تزاؤل اختصاصها في الفصل في المنازعات التجارية دون سواها كما كانت عليه في مجتمع التجار الطائفي، وهو ذات النظام الذي كان سائدا في الجزائر غداة استقلالها، والذي تم إلغاؤه بتبني مبدأ وحدة القضاء بدلا من مبدأ التخصيص، وهذا راجع إلى المبادئ التي تبنتها الجزائر والمتمثلة في مساواة الجميع أمام القانون واللجوء إلى قضاء واحد⁽¹⁾.

وبحسب النظام القضائي المعتمد في مختلف الدول بين قضاء موحد وآخر مزدوج، لا بأس القول في هذا الشأن أن المشرع الجزائري استحدث قسما تجاريا وأقطابا متخصصة بتشكيلة جماعية بمقتضى نصوص قانون 25 فبراير سنة 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية⁽²⁾، بعدما كان الأمر منوطا لتشكيلة أحادية. بما يعكس التوجه التشريعي المعتمد والقائم على ترقية العنصر البشري، باعتباره العمود الفقري الذي ترتكز عليه قوائم الإصلاح، إذ أن التكوين القاعدي و التخصيصي، وكذا التكوين المتواصل للقضاة هو الشرط الأساسي للوصول إلى الأهداف المسطرة لاسيما الفعالية والتحكم في الأنواع الجديدة للمنازعات التجارية والبنكية تماشيا مع التطور الاقتصادي والمالي الذي تعرفه بلادنا⁽³⁾، على اعتبار كذلك أن المعاملة المدنية تتباين والمعاملة التجارية؛ فإذا كان الفرد في الحياة المدنية يعنيه تحقيق كسب مادي سريع بقدر ما يهيمه الحفاظ على ذمته المالية والعمل على عدم الانتقاص من عناصرها، لذا فإن تصرفات الحياة المدنية يحيطها الحرص والحذر والتروي، وهو ما يعرف في المقولة الشهيرة " القانون المدني يتسم بالجمود لتحبيذه ثبات الأموال واستقرارها ولنفورته من تداولها".

وعلى عكس من ذلك بالنسبة للمعاملات التجارية، التي تبتغي المضاربة ونية تحقيق الربح، وهو ما يجسد أولى خصائص القانون التجاري السرعة والحركية، ويدعوا في المقابل إلى ضرورة تخصيص هيئة قضائية للنظر في المسائل التجارية تختلف عن الهيئة القضائية التي تنظر المسائل المدنية، وقد تشدد هذه الضرورة إذا ما راعينا تطور المعاملات التجارية إلى معاملات الكترونية، ومن ثم التوجه إلى الوسائل البديلة للقضاء لحل المنازعات التجارية والتي يأخذ فيها التحكيم التجاري حيزا وافرا من الأهمية.

مما يدعو للتساؤل حول أهمية هذا التعديل القانوني، من حيث بحث مدى توجه التنظيم القضائي نحو قضاء

(1) - عبد القادر البقيرات، محاضرات في مادة القانون التجاري، الأعمال التجارية- نظرية التاجر- المحل التجاري- الشركات التجارية - الشيك، بدون طبعة، ص 13.

(2) - قانون رقم 09-08 المؤرخ في المؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق لـ 25 فبراير سنة 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجريدة الرسمية الصادرة بتاريخ 17 ربيع الثاني عام 1429 الموافق لـ 23 أبريل سنة 2008، العدد 21.

(3) - وفي سياق منهجية حلقات إصلاح العدالة، كان من المنطقي إيلاء العناية بالتنظيم القضائي الذي يقع على كاهله الجزء الكبير في تحسين نوعية الأداء و مواكبة عملية الإصلاح والذي يتحقق اكتماله بقانون الإجراءات المدنية والإدارية، هذا القانون الذي صنف الجهات القضائية. بما في ذلك إحداث أقطاب قضائية متخصصة ذات اختصاص إقليمي واسع للنظر في القضايا المعقدة لاسيما قضايا البنوك. عن كلمة معالي وزير العدل، حافظ الأختام، بمناسبة اليوم الدراسي حول قانون البنوك. الأحد 5 جوان 2005. مجلس الأمة، جوان 2005.

تجاري متخصص باستحداث قسم تجاري وأقطاب متخصصة بتشكيلة جماعية لفض منازعة تجارية، وهل يعد هذا التعديل كافيا أمام رهان الكفاءة وسرعة الإنجاز المسير لسرعة وتطور النشاط التجاري في صورته العادية والالكترونية؟

ولإجابة هذه الإشكالية نعتمد الخطة التالية وفق الأفكار الأساسية الآتية:

أولا- نبذة تاريخية عن نشأة القضاء التجاري المتخصص؛ نتعرف من خلالها على تطور القضاء التجاري المتخصص بدءا من العصر الوسيط وصولا للعصر الحديث.

ثانيا- الجهة القضائية المختصة نوعيا في نظر المنازعات التجارية؛ والتي تتحدد في نظر المنازعات التجارية بالنسبة للمشرع الجزائري بتسليط الضوء على مدلول النظام القضائي الموحد وما وصل إليه من استحداث قسم تجاري بتشكيلة جماعية وأقطاب قضائية متخصصة، مع إبراز البعد الالكتروني لحل المنازعة التجارية، واعتماد وسيلة التحكيم التجاري كوسيلة بديلة.

ثالثا- الإثبات والجهة القضائية المختصة إقليميا طبقا للقاعدة التجارية؛ والتي تعد من الضمانات التي توفرها القواعد التجارية مبدأ حرية الإثبات التجاري، وتعدد الجهات القضائية المختصة إقليميا.

أولا- نبذة تاريخية عن نشأة القضاء التجاري المتخصص:

يمكن ضبط الصيرورة الزمنية لتطور القضاء التجاري المتخصص بناء على تطور وزيادة التجارة البرية والبحرية بدءا من العصر الوسيط وصولا للعصر الحديث، على اعتبار أن العصر القديم لم يعرف تنظيميا في الحياة التجارية إلا ما تعلق ببروز العادات والأعراف التجارية وبالأخص في مجال التجارة البحرية لدى الفينيقيين والإغريق، كما أن القانون التجاري كقانون مستقل عن القانون المدني لم ينشأ إلا في القرون الوسطى⁽¹⁾.

1- في العصر الوسيط: في الفترة ما بين القرن 11 وحتى القرن 16 جاء القانون التجاري أكثر وضوحا واستقلالا عن القانون المدني، وذلك نتيجة زيادة التجارة البرية والبحرية بسبب الحروب الصليبية في القرن الحادي عشر. ويمكن القول أن قواعد القانون التجاري والبحري قد وصلت في تطورها في هذا العصر إلى مرحلة يمكن اعتبارها أساسا للقانون التجاري الحالي؛ ففي إيطاليا وجدت أسواق عالمية لتبادل التجارة ومن ثم نشأت طائفة من الأشخاص في ممارسة هذا النوع من النشاط وخضعت في تنظيم أمورهما إلى التقاليد والعادات التي استقرت بينهم. وقامت هذه الطائفة بانتخاب قناصل (*consuls*) من كبار التجار يختصون في الفصل في المنازعات التي تنشأ بين التجار وذلك وفقا للعرف والعادات والتقاليد التي استقرت بينهم، وفي إطار محاكم أصطلح على تسميتها بالمحاكم القنصلية (*juridictions consulaires*)، وحتى في المجال البحري تم استحداث ما أصلح على تسميتهم باعتبارهم قضاة قناصل التجارة البحرية (*amirautés et consulats de mer*)، التي تم إلغائها بعد الثورة الفرنسية بمقتضى قانون 27 مايو 1790⁽²⁾.

(1) ينظر: محمد فريد العربي- محمد السيد الفقي، القانون التجاري (الأعمال التجارية- التاجر- الشركات التجارية)، منشورات الحلبي الحقوقية، طبعة 2003، ص 20، 21.

(2) - BONNECARRERE (PH), LABORDE-LACOSTE (M), Droit Commercial, Recueil Sirey, troisième édition, 1951, p.75.

2- في العصر الحديث: أما في العصر الحديث ورغم انتشار مبدأ الحرية الاقتصادية الذي عمل على تحقيق مبدأ المساواة بين الأشخاص في مزاولة ما يشاء من النشاط⁽¹⁾، إلا أن القواعد التجارية ظلت مستقرة كما كانت عليه في مجتمع التجار الطائفي وكذلك أبقّت العديد التشريعات الحديثة على المحاكم التجارية تراول اختصاصها في الفصل في المنازعات التجارية دون سواها. إذ جاء نص المادتين 637 - 631 من القانون التجاري الفرنسي الصادر بتاريخ 15 سبتمبر لسنة 1807 لتكريس قضاء تجاري مستقل ومتخصص؛ بأن قضت المادة 631 من القانون المذكور على عقد الاختصاص بالمحاكم التجارية بالنظر في المنازعات الخاصة بالمعاملات التجارية، وكذلك ما قضت به المادة 638 من ذات القانون على أن المحاكم التجارية لا تختص بنظر المنازعات المرفوعة على التجار بسبب تعاقدهم الخاصة أو شرائهم أشياء لاستعمالهم الخاص بعيدا عن نشاطهم التجاري.

وقد أخذت الجزائر بنظام المحاكم التجارية، والتي ألغيت بالأمر 69-63 الصادر في 01 مارس 1963، ونتيجة لذلك فإن مسألة الاختصاص بالمسائل المدنية والمسائل التجارية قد أضحت غير قائمة بعد أن ألغي التنظيم القضائي المبني على ازدواجية المحاكم، ومن ثم أصبح يتبنى مبدأ وحدة القضاء بدلا من مبدأ التخصيص، وهذا راجع إلى المبادئ التي تبنتها الجزائر والمتمثلة في مساواة الجميع أمام القانون واللجوء إلى قضاء واحد.

ثانيا- الجهة القضائية المختصة نوعيا في نظر المنازعات التجارية:

يقصد بالاختصاص القضائي السلطة التي يخولها المشرع لمحكمة ما للنظر في نزاع ما⁽²⁾، إذ تتحدد الجهة القضائية المختصة نوعيا في نظر المنازعات التجارية بالنسبة للمشرع الجزائري بما عرفه التطور التشريعي للتنظيم القضائي؛ باعتماده النظام القضائي الموحد وما وصل إليه من استحداث قسم تجاري بتشكيلة جماعية، وتنظيم أقطاب متخصصة في بعض المحاكم، مع تسليط الضوء على الطريق البديل لحل المنازعة التجارية المتمثل في التحكيم التجاري الذي تبناه المشرع الجزائري، مع إبراز البعد الالكتروني لحل المنازعة التجارية، يتم دراستها على التتابع.

1- النظام القضائي الموحد:

المشرع الجزائري أسوة بالمشرع المصري واللبناني لم يعتمد نظام القضاء المتخصص⁽³⁾، وهذا تطبيقا لنص المادة 32 الفقرة 1 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية حينما ذكرت أن: "المحكمة هي الجهة القضائية ذات الاختصاص العام وتشكل من أقسام..."، وتضيف الفقرة 3 من ذات المادة 32 التي نصت بأن: "تفصل محكمة في

(1) - سميحة القليوبي، الموجز في القانون التجاري، مكتبة القاهرة الحديثة، 1972، ص 20.

(2) - عبد العزيز سعد، أبحاث تحليلية في قانون الإجراءات المدنية الجديد، دار هومة، الجزائر، 2011، ص 43.

(3) - لم يأخذ المشرع المصري واللبناني بمبدأ تخصيص قضاء تجاري مستقل، بل جعل الاختصاص في شأنها يؤول للمحاكم العادية، وقد جرى العمل على تخصيص دوائر تجارية داخل المحاكم الابتدائية وغرف تجارية داخل محاكم الاستئناف للفصل في المنازعات التجارية. ينظر: محمد فريد العربي- محمد السيد الفقي، المرجع السابق، ص 50، 51.

جميع القضايا لاسيما المدنية التجارية والبحرية والاجتماعية والعقارية و قضايا شؤون الأسرة والتي تختص بها إقليميا".

وما يمكن استخلاصه من النص أن الاختصاص في المواد التجارية يؤول للمحاكم العادية، التي تتولى الفصل في المنازعات التجارية؛ فالمحاكم في النظام الجزائري هي الجهات القضائية الخاصة بالقانون العام، فهي تفصل في جميع القضايا المدنية والتجارية التي تختص بها نوعيا، والتي لا تقتصر فقط على الدعاوى القضائية التي تجمع بين التجار أنفسهم وإنما تتعداها للدعاوى التي تجمع بين المستهلك المتضرر والمحترف المسؤول من أشخاص القانون الخاص كالمنتج والموزع والبائع المحترف ممن يتمتعون بالصفة التجارية، وينسحب أيضا على دعاوى التعويض التي يرفعها المتضرر من حوادث الاستهلاك التي تسببها نشاطات المرافق العامة الاقتصادية والتجارية، وتبقى الجهات القضائية الإدارية مختصة بنظر بعض منازعات المستهلكين في مواجهة المرافق العامة الإدارية⁽¹⁾. على أن يطبق القانون التجاري على المنازعات التجارية والقانون المدني على المنازعات المدنية⁽²⁾.

إلا أنه وجب التمييز بين الدول التي تعتمد قضاء تجاري مستقل عن القضاء المدني كما هو الشأن في فرنسا وبلجيكا؛ وبين الدول التي تبنت النظام القضائي الموحد للمحاكم العادية كما هو ساري في الجزائر وعديد الدول العربية.

ففيما تعلق بالدول التي تعتمد قضاء تجاري مستقل عن القضاء المدني، فقد أفرد مثلا المشرع الفرنسي المنازعات التجارية بمحاكم خاصة، تختص بحسب الطبيعة التجارية لعمل المدعى عليه⁽³⁾. وهذا التخصيص تمليه الاعتبارات المتعلقة بطبيعة المعاملات التجارية، التي تستلزم الفصل فيما على وجه السرعة وبتابع إجراءات غير تلك المتبعة أمام المحاكم العادية، وتكون في هذه الحالة أمام محاكم تجارية، تعمل على حماية خاصيتي السرعة والحركية، الثقة والائتمان اللتان تميزان النشاط التجاري، وتعد من قبيل الضرورات القصوى التي تقتضيها طبيعته⁽⁴⁾، على اعتبار أن التجار يعملون على وجه الجوب في كنف الثقة والائتمان، ومن ثم وجب أخذ المخل بالخاصية بشيء من الصرامة يعكسها نظام الإفلاس⁽⁵⁾.

أما بالنسبة إلى الجزائر التي لا تتبع نظام القضاء التجاري المستقل، فتختص بنظر المنازعات التجارية المحاكم العادية كما سبق بيانه، وفق مفهوم الاختصاص النوعي للمحاكم الذي يقصد به؛ سلطة جهة قضائية معينة للفصل دون سواها في دعاوى معينة بحسب نوعها أو طبيعتها، فضايط إسناد الاختصاص لمحكمة معينة وفقا للمعيار النوعي يستند على نوع النزاع، مثال ذلك اختصاص محكمة النقض، نوعيا بنظر الطعون في الأحكام بهذا

(1)- قادة شهيدة، المسؤولية المدنية للمنتج، دار الجامعة الجديدة، 2007، ص 238-239.

(2)- عمورة عمار، الوجيز في شرح القانون التجاري الجزائري، دار المعرفة، 2000، ص 42.

(3)- محمد فريد العربي- محمد السيد الفقي، المرجع السابق، ص 145.

(4)- محمد فريد العربي- محمد السيد الفقي، المرجع السابق، ص 13.

(5) - BONNECARRÈRE (PH), LABORDE-LACOSTE (M), op.cit, p. 03.



الطريق. واختصاص محاكم الاستئناف نوعيا بنظر الطعن في الأحكام بهذا الطريق⁽¹⁾. فقد ساد طيلة عقود اجتهاد المحكمة العليا و الذي يقضي بما يلي: "متى كان مقررا أن المحاكم هي الجهات القضائية الخاصة بالقانون العام وهي تفصل في جميع القضايا المدنية و التجارية أو دعاوى الشركات التي تختص بها محليا، فإن إنشاء بعض الفروع لدى المحاكم لا يعد اختصاصا نوعيا لهذه الفروع بل هي تنظيم داخلي بحت، ومن ثم النفي على القرار بخرق قواعد الاختصاص النوعي غير سليم يتعين رفضه". والمبدأ العام أن قواعد الاختصاص النوعي متعلقة بالنظام العام؛ أي لا يجوز الاتفاق على مخالفتها، ويثيرها القاضي من تلقاء نفسه وفي أي مرحلة من مراحل سير الدعوى تطبيقا لنص المادة 36 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

إلا أن إجابة الوضع في الجزائر إلى هذا الحد لا يعكس أهمية التعديل الذي طرأ في قانون 08-09 المؤرخ في 25 فبراير سنة 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية؛ والمشروع الجزائري يستحدث في التنظيم القضائي قسما تجاريا من صلاحياته نظر المنازعات التجارية والبحرية وبشكيلة جماعية، بعدما كانت هذه المنازعات تنظر بتشكيلة أحادية؛ تطبيقا لنص المادتين 531 و535. فقد نصت المادة 531 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أن: "ينظر القسم التجاري في المنازعات التجارية، وعند الاقتضاء في المنازعات البحرية وفقا لما هو منصوص عليه في القانون التجاري والقانون البحري والنصوص الخاصة".

وتضيف المادة 535 من نفس القانون بأنه: "يفصل رئيس القسم التجاري بعد استشارة المساعدين (ممن لهم دراية بالمسائل التجارية م 533)، وفق الإجراءات الواردة في هذا القانون، والقانون التجاري والقوانين الخاصة"، كما تنص المادة 533 من نفس القانون دائما والتي أحالت إليها المادة 535 ضمينا على أنه: "يتشكل القسم التجاري من قاض رئيسا ومساعدين ممن لهم دراية بالمسائل التجارية، ويكون لهم رأي استشاري. يتم اختيار المساعدين وفقا للنصوص السارية المفعول".

وتطبيقا للنصوص المذكورة تنظر المنازعة التجارية بين التجار أمام القسم التجاري بتشكيلته الجماعية ذات الدراية بالمسائل التجارية، سواء قام المدعي باحترام هذا الترتيب أو رفع دعواه خطأ أمام القسم المدني. إلا أن هذه الممارسة لا تجعلنا أمام قضاء تجاري مستقل، بحيث يفتح لنا المجال بالدفع بعدم الاختصاص بمعناه القانوني، على أنه وحتى في ظل عدم إمكانية إثارة الدفع بعدم الاختصاص النوعي، فعلميا وفي الدول التي تتبنى نظام القضاء العادي الموحد، يتم إحالة الملف بأطرافه إلى القسم المختص، باعتبار أن استحداث هذه الأقسام هو لأجل تنظيم إداري لمرفق القضاء⁽²⁾؛ وفي هذا المعنى جاء نص الفقرة السادسة من المادة 32 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بأنه: "في حالة جدولة قضية أمام قسم غير القسم المعني بالنظر فيها، يحال الملف إلى القسم المعني عن طريق أمانة الضبط، بعد إخبار رئيس المحكمة مسبقا".

كما يتجه التنظيم القضائي الجزائري إلى إرساء فكرة القضاء المتخصص على أرض الواقع عن طريق تنظيم أقطاب متخصصة في بعض المحاكم، ومن جملة ما تختص به نظر المسائل التجارية بتشكيلة جماعية تطبيقا للفقرة

(1) - نبيل صقر، الوسيط في شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، دار الهدى، 2008، ص 56.

(2) - عمورة عمار، المرجع السابق، ص 42.

الثانية والفقرات الأخيرة من المادة 32 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، إذ نصت الفقرة الثانية من ذات المادة بأنه " يمكن أيضا أن تتشكل - المحكمة - من أقطاب متخصصة"، وتضيف الفقرة السابعة من ذات المادة بأن " تختص الأقطاب المتخصصة المنعقدة في بعض المحاكم بالنظر دون سواها في المنازعات المتعلقة بالتجارة الدولية، والإفلاس والتسوية القضائية، والمنازعات المتعلقة بالبنوك، ومنازعات الملكية الفكرية، والمنازعات البحرية والنقل الجوي، ومنازعات التأمينات"، رغم أن هذه الدعاوى يغلب عليها الطابع التجاري⁽¹⁾، لما لهذه المنازعات من خصوصيات تستوجب أن تستند معالجتها إلى أطر قانونية محددة وإلى قضاة متخصصين⁽²⁾، بمفهوم المخالفة فإن الدعاوى المتعلقة بال عقود التجارة أو تلك التي تنشأ بين التجار والمتعلقة بأعمال تجارية، والدعاوى المتعلقة بالأوراق التجارية والدعاوى المتعلقة بالشركات التجارية، تخرج من نطاق الأقطاب المتخصصة.

كما أكدت الفقرة التاسعة من ذات المادة دائما على التشكيلة الجماعية لهذه الأقطاب بأن نصت على أن: " تفصل الأقطاب المتخصصة بتشكيلة جماعية من ثلاثة قضاة".

2- أهمية التشكيلة الجماعية للقسم التجاري والأقطاب المتخصصة:

قبل تعديل قانون 08-09 المؤرخ في فبراير سنة 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، لم يكن ثمة ما يوحي بوجود تخصص في التشكيلة القضائية التي تنظر المنازعات التجارية وهذا بالنظر للتشكيلة الأحادية للقسم المختص، بما يجعل القضايا المدنية لا تتميز عن القضايا التجارية، وهو أمر غير مرغوب فيه على اعتبار أن المعاملة المدنية تتباين والمعاملة التجارية: فإذا كان الفرد في الحياة المدنية لا يعنيه تحقيق كسب مادي سريع بقدر ما يهيمه الحفاظ على ذمته المالية والعمل على عدم الانتقاص من عناصرها، لذا فإن تصرفات الحياة المدنية يحيطها الحرص والحذر والتروي وهو ما يعرف في المقولة الشهيرة " القانون المدني يتسم بالجمود لتحيده ثبات الأموال واستقرارها ولنفورته من تداولها"⁽³⁾.

وعلى عكس من ذلك بالنسبة للمعاملات التجارية، التي تبتغي المضاربة ونية تحقيق الربح، وهو ما يجسد أولى خصائص القانون التجاري السرعة والحركة، ويدعوا في المقابل إلى ضرورة تخصيص هيئة قضائية للنظر في المسائل التجارية تختلف عن الهيئة القضائية التي تنظر المسائل المدنية، على اعتبار أن تخصيص قضاء تجاري مختص يعد من أهم نتائج التمييز بين النظام القانوني المدني والنظام القانوني التجاري⁽⁴⁾.

(1)- براءة عبد الرحمان، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، قانون رقم 08-09 مؤرخ في 23 أبريل 2008، منشورات البغدادي، الطبعة الثانية، 2009، ص 378.

(2)- عمارة محمد (المدير العام للشؤون القضائية والقانونية)، مداخلة حول إصلاح العدالة و تطوير المنظومة التشريعية، السنة القضائية 2003-2004. www.mjjustice.dz

(3)- محمد فريد العربي- محمد السيد الفقي، المرجع السابق، ص 06.

(4)- نعيم مغيب، قانون الأعمال، دراسات في القانون المقارن، 2000، ص 32.

ضف إلى ذلك، أن الاختصاص يبقى قائما للمحاكم التجارية بمناسبة النزاعات التي تنشأ بين التجار وغيرهم من الأشخاص غير التجاري في حالة الاتفاق والتي يكون موضوعها من طبيعة تجارية.

ومن هذا المنطلق كان للمشرع الفرنسي أن أفرد المنازعات التجارية نظاما قضائيا مستقلا متمثل في محاكم تجارية، تتشكل من أشخاص ممن لهم الدراية بالمسائل التجارية. وهو ذات المنطلق الذي أدركه المشرع الجزائري ودفعه إلى استحداث قسم تجاري وأقطاب متخصصة مستقلة بتشكيلة جماعية. لاسيما وهو يساير في التشكيلة الجماعية للقسم التجاري مسار القسم الاجتماعي؛ أي أن تتضمن هيئة القضاء أشخاص ممن لهم الدراية في المسائل المطروحة. فكما تتشكل الهيئة القضائية للقسم الاجتماعي من ممثل لأرباب العمل وممثل للعمال إضافة لرئيس القسم، فالقسم التجاري المستحدث يضم في تشكيلته مساعدين برأي استشاري ممن لهم الدراية بالمسائل التجارية إضافة لرئيس القسم تطبيقا لنص المادة 533 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية كما سبق بيانه، والقول في الحقيقة في النص بمن لهم " دراية بالمسائل التجارية" لا يرقى للتخصص المطلوب القائم على الكفاءة والخبرة بكل فروعها، بقدر ما هو التمتع بثقافة قانونية تجارية لاتسع دائرة النشاط التجاري، ومن ثم التمكن من فضّ منازعاتها خدمة لمصالح الأطراف المتخاصمة، بما يدعو إلى تعديل هذه المادة في هذا الشأن.

كما أن طبيعة التشكيلة الجماعية للأقطاب المتخصصة لم تتضح بعد، ولم تحدد مقرات الأقطاب القضائية المتخصصة والجهات القضائية التابعة لها، في انتظار صدور تنظيم في هذا الشأن تطبيقا للفقرة الأخيرة من نص المادة 32 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية. وفي انتظار صدور التنظيم المعني يؤول مؤقتا الفصل فيما تختص به الأقطاب المتخصصة - على النحو السابق بيانه - إلى القسم التجاري على مستوى المحكمة⁽¹⁾.

وسواء تعلق الأمر بالقسم التجاري أو الأقطاب المتخصصة يبق الأمر رهين طبيعة إجراءات التقاضي التي تبقى علنية وتستغرق وقتا طويلا، تعتمد نتائجها في كثير من الأحيان على اعتبارات قانونية وليس اعتبارات تجارية⁽²⁾، وبالأخص إذا علمنا أن دائرة المعاملات التجارية الإلكترونية آخذة في الاتساع وبشكل متسارع، مما حذى بأنصار القانون الإلكتروني إلى القول بأن حل النزاعات التجارية يجب أن تتم بعيدا عن المحاكم العادية؛ أي باعتماد قضاء متخصص قضاته من رجال التجارة الإلكترونية، ذوي الخبرة بفروعها المختلفة، قائمين على هذه النزاعات في محاكم الكترونية وتحكيم الكتروني، بحيث يكون لهذه المحكمة نظامها الأساسي الذي ينص على كافة الإجراءات فيها تتم الكترونيا على موقعه الإلكتروني، بدءا من طلب تسوية النزاع ومرورا بالإجراءات اللازمة لسير الدعوى، وانتهاء بإصدار الحكم وقيده على موقعها الإلكتروني⁽³⁾، بما يضمن السرعة في التقاضي ومن ثم مسايرة وتجسيدها لخاصية السرعة في النشاط التجاري. وهو أفق القضاء التجاري المتخصص في بعده الإلكتروني، الذي وجب على المشرع الجزائري مراعاته، وبات أمرا حتميا لا يمكن إغفاله.

مع العلم أن المشرع الجزائري تبني المعاملة الإلكترونية في أكثر من موضع تشريعي؛ بحيث اعتنق في تعديله الأخير للقانون المدني رؤية العقود الإلكترونية بإقراره للكتابة الإلكترونية من خلال تعديله للمادة 323 من القانون

(1)- إلى حين تنصيب الأقطاب المتخصصة وتحديد طبيعة التشكيلة الجماعية لها تبقى قواعد الاختصاص النوعي في المادة 32 من هذا القانون والمتعلقة بالقسم التجاري سارية المفعول.

(2)- عمر سعد الله، قانون التجارة الدولية، النظرية المعاصرة، دار هومة، الطبعة الأولى 2007، ص 262.

(3)- عمر سعد الله، المرجع السابق، ص 265، 266.

المدني بإضافة المادة 323 مكرر ومكرر 01 بمقتضى القانون رقم 05-10 المؤرخ في 26 يونيو 2005⁽¹⁾. وتعريفه تقنية الاتصال عن بعد؛ من خلال المادة الثالثة من خلال المرسوم التنفيذي رقم 13-378 الصادر بتاريخ 9 نوفمبر 2013 يحدد الشروط والكيفيات المتعلقة بإعلام المستهلك⁽²⁾، والتي جاء نصها بأن "تقنية الاتصال عن بعد: هي كل وسيلة بدون الحضور الشخصي والمتزامن للمتدخل والمستهلك، يمكن استعمالها لإبرام العقد بين هذين الطرفين". وقام المشرع الجزائري بتحديد معنى التوقيع والتصديق الإلكترونيين بدءا بالمرسوم التنفيذي رقم 07-162 مؤرخ في 30 مايو 2007 والمتعلق بنظام الاستقلال المطبق فيها اللاسلكية، الكهربائية وعلى مختلف خدمات المواصلات السلكية واللاسلكية⁽³⁾، وصولا لصدور القانون رقم 15-04 المؤرخ في أول فبراير 2015 المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين⁽⁴⁾.

3- التحكيم التجاري كوسيلة لحل المنازعات التجارية البديلة:

يعد التحكيم أسلوب أو وسيلة بديلة للقضاء لحل المنازعات التجارية، تتم عن طريق شخص أو أشخاص محايدين يسمون المحكم أو المحكمون والذين يتم تعيينهم بواسطة الخصوم⁽⁵⁾، كما قضت به نص المادة 1017 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، ومن خلال اتفاق عليه شرطا كان في العقد أو مشاركة مستقلة عن عقد الأطراف الأصلي⁽⁶⁾، وقضت المادة 1011 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بأن: "اتفاق التحكيم هو الاتفاق الذي يقبل الأطراف بموجبه عرض نزاع سبق نشوؤه على التحكيم". كما تجري هذه الوسيلة على مستوى المعاملات الإلكترونية أو التجارة الإلكترونية فيما يسمى بالتحكيم الإلكتروني؛ ويمكن تعريفه بالتحكيم الذي يتم عبر شبكة الانترنت، حيث يتم بطريقة الكترونية من خلال وسائل سمعية بصرية مفتوحة للاتصال عن بعد، دون الحاجة إلى التقاء أطراف النزاع والمحكمين في مكان معين، بما يضمن السرعة واليسر والمرونة التي لا تتوافر في القضاء العادي، يضاف إلى ذلك سرعة إصدار الأحكام نظرا لسهولة الإجراءات، إذ يتم تقديم المستندات والأوراق عبر البريد الإلكتروني، كما يمكن الاتصال المباشر بالخبراء أو تبادل الحديث معهم عبر الانترنت⁽⁷⁾.

(1)- استحدثت المادة 323 مكرر ومكرر 01 بمقتضى القانون رقم 05-10 المؤرخ في 26 يونيو 2005. الجريدة الرسمية الصادرة بتاريخ 26 يونيو 2005 العدد 44، وللتان جاء نصهما على النحو الآتي:

نصت المادة 323 مكرر من القانون المدني الجزائري على أنه: "ينتج الإثبات بالكتابة من تسلسل حروف أو أوصاف أو أرقام أو أية علامات أو رموز ذات معنى مفهوم مهما كانت الوسيلة التي تتضمنها وكذا طرق إرسالها".

ونصت المادة 323 مكرر 1 من نفس القانون على أنه: "يعتبر الإثبات بالكتابة في الشكل الإلكتروني كالإثبات بالكتابة على الورق، بشرط إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها وأن تكون معدة ومحفوظة في ظروف تضمن سلامتها".

(2)- المرسوم التنفيذي رقم 13-378 مؤرخ في 9 نوفمبر 2013 يحدد الشروط والكيفيات المتعلقة بإعلام المستهلك، الجريدة الرسمية الصادرة بتاريخ 18 نوفمبر 2013، العدد 58.

(3)- المرسوم التنفيذي رقم 07-162 مؤرخ في 30 مايو 2007، معدل ومتمم المرسوم التنفيذي رقم 01-123 المؤرخ في 09 مايو 2007 والمتعلق بنظام الاستقلال المطبق فيها اللاسلكية، الكهربائية وعلى مختلف خدمات المواصلات السلكية واللاسلكية، الجريدة الرسمية الصادرة بتاريخ 7 يونيو 2007، العدد 37.

(4)- القانون رقم 15-04 المؤرخ في أول فبراير 2015 المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين، الجريدة الرسمية الصادرة بتاريخ 10 فبراير 2015، العدد 06.

(5)- هشام خالد، أوليات التحكيم التجاري الدولي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية 2004، ص 70.

(6)- محمد السيد عمر التحيوي، أركان الاتفاق على التحكيم وشروط صحته، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية 2008، ص 128.

(7)- عمر سعد الله، المرجع السابق، ص 280، 281.

ومن هذا المنطلق يعد التحكيم التجاري لا سيما في بعده الإلكتروني أفقا لفض المنازعة التجارية بما يضمن خصائص النشاط التجاري، تفرض على المشرع الجزائري مواكبته أمام اتساع رقعة المعاملات التجارية الإلكترونية.

ثالثا- الإثبات والجهة القضائية المختصة إقليميا طبقا للقاعدة التجارية:

من الضمانات التي توفرها القواعد التجارية مبدأ حرية الإثبات التجاري، وتعدد الجهات القضائية المختصة إقليميا، والتي لا تتأتى إلا بمتابعة ممن لهم الدراية بالمسائل التجارية نظرا للخصائص التي يتميز بها العمل التجاري عن بقية الأعمال الأخرى لاسيما الأعمال المدنية منها. ومن ثم رفع المدعي دعواه تاجرا كان أو غير ذلك ضد مدعي عليه تاجر بالضرورة أمام القسم التجاري يمكنه من هذه الضمانات وعلى التفصيل التالي:

1- مبدأ حرية الإثبات التجاري:

تتميز أنظمة القانون التجاري بخصائص معينة، أهمها تيسير الائتمان بين التجار وتبسيط الإجراءات القانونية في إبرام العمليات التجارية أو تنفيذها بالسرعة التي تتطلبها طبيعة التجارة.

إذ لا يستطيع التجار أشخاص طبيعية كانت أو معنوية تجاوز العلاقات التي لها صفة اقتصادية أو تجارية لأنها من ضروريات التنظيم الاجتماعي، وما فتئت أهمية القانون التجاري تزيد وتعلو بسبب تقدم المخترعات الحديثة، وانتشار المؤسسات الصناعية واشتغال كثير من الأفراد في تجارة منتجات هذه المؤسسات، أو القيام بعمليات تصديرها أو نقلها أو التوسط بين منتجها ومستهلكها. وفي ساحة القضاء التجاري حيث تتصارع المصالح تظهر أهمية الإثبات⁽¹⁾.

لذا يعد مبدأ حرية الإثبات التجاري التجسيد الأهم الذي يعكس خاصية السرعة والحركية التي يتمتع بها النشاط التجاري، بالنظر لكثرة الأعمال التجارية المتداولة التي تستلزم لمسايرتها السرعة في التعامل معها، ولعدم تناسبها والشكلية في المعاملات المدنية⁽²⁾، وفي ظل مبدأ تقييد الإثبات. وهذه السرعة هي التي فرضت قواعد خاصة تجارية تختلف عن قواعد القانون المدني⁽³⁾، بمقتضاها يغلب النص التجاري عن النص المدني في حال تعارضهما تطبيقا لقاعدة الخاص يقيد العام⁽⁴⁾، ولهذا السبب كان من الضروري قبول إثبات المعاملات التجارية بكل وسائل الإثبات⁽⁵⁾.

وقد أرسى المشرع الجزائري دعائم مبدأ حرية الإثبات في المسائل التجارية من خلال الفقرة الأولى من نص المادة 333 من القانون المدني الجزائري المعدلة بمقتضى قانون رقم 05-10 المؤرخ في 26 يونيو 2005، والتي نصت

(1)- صلاح دين كامل سعد الله، طرق الإثبات المستحدثة في المواد التجارية، ص 52، 53.

(2) - BONNECARRERE (PH), LABORDE-LACOSTE (M), op. cit, p. 02.

(3)- شادلي نور الدين، القانون التجاري، دار العلوم والنشر والتوزيع، 2003، ص 06.

(4)- شادلي نور الدين، المرجع نفسه، ص 14.

(5)- فرحة زراوي صالح، الكامل في القانون التجاري الجزائري، الأعمال التجارية، التاجر، الحرفي، الأنشطة التجارية المنظمة، السجل التجاري، ابن

خلدون، الطبعة الثانية، 2003، ص 59.

على أنه: " في غير المواد التجارية إذا كان التصرف القانوني تزيد قيمته على 100.000 دينار جزائري أو كان غير محدد القيمة فلا يجوز الإثبات بالشهود في وجوده أو انقضائه ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك."

كما أكد المشرع الجزائري في نفس السياق على مبدأ حرية الإثبات من خلال المادة 30 من القانون التجاري التي نصت على أن⁽¹⁾: "يثبت عقد تجاري:

- بسندات رسمية،
- بسندات عرفية،
- بفاتورة مقبولة،
- بالرسائل،
- بدفاتر الطرفين،

- بالإثبات بالشهود أو بأية وسيلة أخرى إذا رأت المحكمة وجوبها."

من هذين النصين؛ نجد أن الإثبات في المسائل التجارية كمبدأ عام جائز بكافة طرق الإثبات، ويقوم على مبدأ حرية الإثبات، على حين أن الإثبات المدني مقيد، فلا يجوز إثبات التصرف القانوني الذي تزيد أو تساوي قيمته على مبلغ 100.000 دينار جزائري أو غير محدد القيمة إلا بالكتابة. وهذا الاختلاف بين النظامين التجاري والمدني يفيد منه الطرف المدعي إذ يستطيع أن يثبت في مواجهة التاجر بكافة طرق الإثبات بما فيها شهادة الشهود والقرائن - الأخذ بهما محظور في القانون المدني إذا كان التصرف القانوني يزيد عن 100.000 دج - بمعنى أن للقضاء التجاري أخذ بالقرائن في كل حالة يجوز الأخذ فيها بالشهادة لأن القرائن ملازمة للشهادة، وتجب ملاحظة الأخذ بالأصول المقررة في القرائن القانونية سواء ما كان منها غير قابل للدليل العكسي أو ما كان يقبل الدليل العكسي؛ أي يجب إتباع وسائل الإثبات التجارية بالنسبة للتاجر ووسائل الإثبات المدنية بالنسبة لغير التاجر بحسب الطبيعة التجارية لعمل المدعي عليه⁽²⁾.

2- الاختصاص القضائي الإقليمي:

نظم المشرع الجزائري الاختصاص الإقليمي ضمن عديد نصوص قانون 08-09 المؤرخ في فبراير سنة 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، بحيث نصت المادة 37 منه على أن: " يؤول الاختصاص الإقليمي للجهة القضائية التي يقع في دائرة اختصاصها موطن المدعى عليه، وإن لم يكن له موطن معروف، فيعود الاختصاص للجهة القضائية التي يقع فيها آخر موطن له، وفي حالة اختيار موطن، يؤول الاختصاص الإقليمي للجهة القضائية التي يقع فيها الموطن المختار، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك."

(1) - الأمر رقم 57-59 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق لـ 26 سبتمبر سنة 1975 المتضمن القانون التجاري الجزائري، المعدل والمتمم.

(2) - علي سيد قاسم، دروس في قانون الأعمال، مطبعة العمرانية للأوفست، بدون طبعة، ص 124.

على أن المشرع الجزائري استثنى بعض المسائل من تطبيق القاعدة العامة؛ أي موطن المدعى عليه، إلى تحديد جهات قضائية مختصة إقليميا حسب الأحوال، ومن ضمنها حالة المنازعات التجارية، إذ نصت الفقرة الرابعة من المادة 39 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أن: " ترفع الدعاوى المتعلقة بالمواد المبينة أدناه أمام الجهة القضائية الآتية:

- في المواد التجارية، غير الإفلاس والتسوية القضائية، أمام الجهة القضائية التي وقع في دائرة اختصاصها الوعد، أو تسليم البضاعة، أو أمام الجهة القضائية التي يجب أن يتم الوفاء في دائرة اختصاصها، وفي الدعاوى المرفوعة ضد الشركة، أمام الجهة القضائية التي يقع في دائرة اختصاصها أحد فروعها."

من خلال نص المادة 39 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، نجد أن رفع المدعي تاجرا كان أو غير تاجر لدعواه أمام القسم التجاري ضدّ التاجر لأنّ العبرة بطبيعة الدين بالنسبة للمدين المدعى عليه بحسب الأصل؛ يمكنه من اختيار أكثر من جهة قضائية مختصة إقليميا؛ فله أن يرفع دعواه أمام الجهة القضائية التي يقع بدائرة اختصاصها مكان إبرام العقد، أو المكان الذي تم الاتفاق على تنفيذ العقد بالتسليم أو الوفاء بدائرتها. وتعدّ الجهة القضائية الأخيرة أي مكان تسليم الشيء أو أداء الخدمة، هي الجهة القضائية الأكثر ملائمة لتحقيق مصلحة المدعي، لارتباطه عمليا بالمكان الذي يقطن فيه، فيسهل عليه التداوي أمام الجهة الأقرب منه⁽¹⁾، ومن ثم تفادي مصاريف ونفقات هو في عني عنها، خاصة وهو يطمح إلى الحصول على تعويض عادل من المسؤول التاجر.

ويجب ملاحظة أنه في حال كان المضرور من الغير؛ أي لا تجمععه والمسؤول عن الضرر علاقة تعاقدية، فالاختصاص في هذه الحالة ينعقد للجهة القضائية التي يقع في دائرة اختصاصها الفعل الضار تطبيقا للفقرة الثانية من نص المادة 39 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري الجديد⁽²⁾.

وإذا تعلق الأمر بضرر ناتج عن فعل مؤسسة أجنبية مركز أعمالها في الخارج، فإن الاختصاص ينعقد للمحكمة التي يقع بدائرة اختصاصها فرع هذه المؤسسة الموجود في الجزائر باعتباره مركزا لها في نظر المشرع الجزائري تطبيقا لنص المادة 50 من القانون المدني الجزائري⁽³⁾.

على أن المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان افتتاح الإفلاس أو التسوية القضائية للشركات أو مكان تواجد مقرها الاجتماعي، هي التي ينعقد الاختصاص الإقليمي فيها لنظر دعاوى الإفلاس والتسوية القضائية للشركات،

(1) - قادة شهيدة، المرجع السابق، ص 243.

(2) - نصت الفقرة الثانية من المادة 39 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أن: " ترفع الدعاوى المتعلقة بالمواد المبينة أدناه أمام الجهة القضائية الآتية:

2- في مواد تعويض الضرر عن جناية، أو جنحة، أو مخافة، أو فعل تقصيري، ودعاوى الأضرار الحاصلة بفعل الإدارة، أمام الجهة القضائية التي وقع في دائرة اختصاصها الفعل الضار، ..."

(3) - نصت المادة 46 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي، على أن المحكمة المختصة بالفصل في قضايا التقويم القضائي والتصفية القضائية هي المحكمة التي يقع مقر الشركة في دائرة اختصاصها، فإن كان مقرها يقع بالخارج فيؤول الفصل للمحكمة التي يقع المركز أو الفرع الرئيسي للشركة في دائرة اختصاصها.

وهذا تطبيقا للمادة 40 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري⁽¹⁾، إلى حين تنصيب الأقطاب المتخصصة وتحديد مقراتها⁽²⁾. كما وجب القول أن المشرع الجزائري مكنّ التجار من خلال نص المادة 45 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، من اختيار الجهة القضائية المختصة إقليميا غير التي نص عليها مراعاة للطابع التجاري للمعاملات التي تجمع بينهم وفي كنف تحقيق خصائص النشاط التجاري الثقة والائتمان، السرعة والحركية⁽³⁾.

خاتمة:

نظرا لتباين المعاملة المدنية عن المعاملة التجارية، يمكن القول أن المشرع الجزائري، خص المحاكم العادية بنظر المنازعات التجارية، وفق مفهوم الاختصاص النوعي للمحاكم الذي يقصد به: سلطة الفصل في المنازعات بحسب نوعها أو طبيعتها، تطبيقا لنص المادة 32 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، وفي الواقع العملي جرى العمل على تخصيص دوائر تجارية، على رأسها قضاة لهم خبرة في هذا المجال، تتولى الفصل في المنازعات التجارية وفق التعديل الذي طرأ في قانون 09-08 المؤرخ في 25 فبراير سنة 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد؛ والمشرع الجزائري يستحدث في التنظيم القضائي قسما تجاريا من صلاحياته نظر المنازعات التجارية والبحرية وبتشكيلة جماعية تتمتع بالدراية في المسائل التجارية، بعدما كانت هذه المنازعات تنظر بتشكيلة أحادية. ويتجه التنظيم القضائي الجزائري إلى إرساء فكرة القضاء المتخصص على أرض الواقع عن طريق تنظيم أقطاب متخصصة في بعض المحاكم، ومن جملة ما تختص به نظر المسائل التجارية بتشكيلة جماعية تطبيقا للفقرة الثانية والفقرات الأخيرة من المادة 32 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية دائما.

ومن شأن هذا التعديل بخصائصه المميزة تكريس الضمانات التي توفرها القواعد التجارية القائمة على مبدأ حرية الإثبات التجاري، وتعدد الجهات القضائية المختصة إقليميا، أو حتى اختيار الجهة القضائية المختصة إقليميا غير التي نص عليها مراعاة للطابع التجاري للمعاملات التي تجمع بينهم، وفي كنف تحقيق خصائص النشاط التجاري الثقة والائتمان، السرعة والحركية، والتي لا تتأتى إلا بنظر المنازعة التجارية من طرف قضاة ممن لهم الكفاءة والخبرة بالمسائل التجارية سواء في القسم التجاري أو الأقطاب المتخصصة، متمتعين من تكوين قاعدي وتخصصي يعد الركيزة الأساسية للوصول إلى الفعالية والتحكم في الأنواع الجديدة للمنازعات التجارية، لاسيما أمام اتساع دائرة المعاملات التجارية الإلكترونية، والتي باتت من الضروري على المشرع الجزائري مساندة هذا التطور في المعاملات؛ باعتماد قضاء متخصص قضاته من رجال التجارة الإلكترونية، ذوي الخبرة بفروعها المختلفة، قائمين على هذه

(1) - نصت المادة 40 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه: " فضلا عما ورد في المواد 37 و38 و46 من هذا القانون، ترفع الدعاوى أمام الجهات القضائية المبينة أدناه دون سواها:

3...- في مواد الإفلاس أو التسوية القضائية للشركات وكذا الدعاوى المتعلقة بمنازعات الشركاء، أمام المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان افتتاح الإفلاس أو التسوية القضائية أو مكان المقر الاجتماعي للشركة...".

(2) - إلى حين تنصيب الأقطاب المتخصصة وتحديد مقراتها تبقى قواعد الاختصاص الإقليمي في المادة 40 من هذا القانون - السالف ذكرها - سارية المفعول.

(3) - نصت المادة 45 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه: " يعتبر لاغيا وعديم الأثر كل شرط يمنح الاختصاص الإقليمي لجهة قضائية غير مختصة، إلا إذا تم بين التجار."

النزاعات في محاكم الكترونية وتحكيم الكتروني، والتوجه بالمناسبة إلى الوسائل البديلة للقضاء في حل المنازعات التجارية، ويعد التحكيم التجاري من بين أهم هذه الوسائل، مما يضمن السرعة واليسر والمرونة التي لا تتوافر في القضاء العادي.

ومما تقدم يمكن إبداء التوصيات التالية:

- ضرورة تخصيص هيئة قضائية مستقلة، ترقى إلى نوع المحاكم التجارية للنظر في المسائل التجارية، تتشكل من أشخاص ذو كفاءة وخبرة في المسائل التجارية بفروعها المختلفة، متمتعين من تكوين قاعدي وتخصصي دائم ومستمر، بما يدعو لإعادة النظر في صياغة المادة 533 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية حيث يستحسن استبدال عبارة لهم "دراية بالمسائل التجارية".

- ضرورة إصدار التنظيم الموضوع لطبيعة التشكيلة الجماعية للأقطاب المتخصصة، والمحدد لمقرات الأقطاب القضائية المتخصصة والجهات القضائية التابعة لها، تطبيقاً للفقرة الأخيرة من نص المادة 32 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

- دعوة كل الفاعلين في الحياة التجارية من إدارة - وزارة التجارة والغرف التجارية - وهيئات قضائية، للعمل على زرع ثقافة تسوية المنازعات التجارية بالطرق البديلة للتسوية القضائية، لاسيما طريق التحكيم التجاري لما يوفره من ضمانات تخدم استقرار الحياة التجارية.

- دعوة المشرع الجزائري لاعتماد محاكم الكترونية وتحكيم الكتروني والعمل على تنظيمه تنظيماً قانونياً، أمام اتساع رقعة المعاملات التجارية الإلكترونية.

المراجع:

أولاً- الكتب والمؤلفات:

1- باللغة العربية:

- بربارة عبد الرحمان، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، قانون رقم 08-09 مؤرخ في 23 أبريل 2008، منشورات البغدادي، الطبعة الثانية، 2009.
- سميحة القليوبي، الموجز في القانون التجاري، مكتبة القاهرة الحديثة، 1972.
- شادلي نور الدين، القانون التجاري، دار العلوم والنشر والتوزيع، 2003.
- عمورة عمار، الوجيز في شرح القانون التجاري الجزائري، دار المعرفة، 2000.
- عمر سعد الله، قانون التجارة الدولية، النظرية المعاصرة، دار هومة، الطبعة الأولى 2007.
- عبد العزيز سعد، أبحاث تحليلية في قانون الإجراءات المدنية الجديد، دار هومة، الجزائر، 2011.
- عبد القادر البقيرات، محاضرات في مادة القانون التجاري، الأعمال التجارية- نظرية التاجر- المحل التجاري- الشركات التجارية - الشيك، بدون طبعة.
- علي سيد قاسم، دروس في قانون الأعمال، مطبعة العمرانية للأوفست، بدون طبعة.
- عمارة محمد (المدير العام للشؤون القضائية و القانونية)، مداخلة حول إصلاح العدالة وتطوير المنظومة التشريعية، السنة القضائية 2003-2004.

- فرحة زراوي صالح، الكامل في القانون التجاري الجزائري، الأعمال التجارية، التاجر، الحرفي، الأنشطة التجارية المنظمة، السجل التجاري، ابن خلدون، الطبعة الثانية، 2003.
- قادة شهيدة، المسؤولية المدنية للمنتج، دار الجامعة الجديدة، 2007.
- محمد فريد العريبي- محمد السيد الفقي، القانون التجاري (الأعمال التجارية- التاجر- الشركات التجارية)، منشورات الحلبي الحقوقية، طبعة 2003.
- محمد السيد عمر التحيوي، أركان الاتفاق على التحكيم وشروط صحته، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية 2008.
- هشام خالد، أوليات التحكيم التجاري الدولي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية 2004.
- نبيل صقر، الوسيط في شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، دار الهدى، 2008.
- نعيم مغيب، قانون الأعمال، دراسات في القانون المقارن، 2000.
- صلاح دين كامل سعد الله، طرق الإثبات المستحدثة في المواد التجارية، رسالة ماجستير في القانون، جامعة طنطا، 2009 (غير منشورة).
- كلمة معالي وزير العدل، حافظ الأختام، بمناسبة اليوم الدراسي حول قانون البنوك. الأحد 5 جوان 2005، مجلس الأمة، جوان 2005.

2- باللغة الأجنبية:

- BONNECARRERE (PH), LABORDE-LACOSTE (M), Droit Commercial, Recueil Sirey, troisième édition, 1951.

ثانيا - المصادر القانونية:

- الأمر رقم 57-59 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق لـ 26 سبتمبر سنة 1975 المتضمن القانون التجاري الجزائري، المعدل والمتمم.
- قانون رقم 09-08 المؤرخ في المؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق لـ 25 فبراير سنة 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجريدة الرسمية الصادرة بتاريخ 17 ربيع الثاني عام 1429 الموافق لـ 23 أبريل سنة 2008، العدد 21.
- القانون رقم 05-10 المؤرخ في 26 يونيو 2005 المعدل للقانون المدني الجزائري. الجريدة الرسمية الصادرة بتاريخ 26 يونيو 2005 العدد 44.
- القانون رقم 15-04 المؤرخ في أول فبراير 2015 المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين، الجريدة الرسمية الصادرة بتاريخ 10 فبراير 2015، العدد 06.
- المرسوم التنفيذي رقم 13-378 مؤرخ في 9 نوفمبر 2013 يحدد الشروط والكيفيات المتعلقة بإعلام المستهلك، الجريدة الرسمية الصادرة بتاريخ 18 نوفمبر 2013، العدد 58.
- المرسوم التنفيذي رقم 07-162 مؤرخ في 30 مايو 2007، معدل ومتمم المرسوم التنفيذي رقم 01-123 المؤرخ في 9 مايو 2007 والمتعلق بنظام الاستقلال المطبق فيما للاسلكية، الكهربائية وعلى مختلف خدمات المواصلات السلكية واللاسلكية، الجريدة الرسمية الصادرة بتاريخ 7 يونيو 2007، العدد 37.

المقاربات التكوينية لمفهوم الأمن من المقرب البنائي إلى نظريات ما بعد الحداثة.

د. بالة عمار

أستاذ محاضر قسم -ب- بجامعة خنشلة

Amarbala2009@yahoo.fr

الملخص:

أدى عجز نظريات الاتجاه التفسيري (الواقعية والليبرالية وعلى وجه التحديد) في الإلمام باتجاه نظري متكامل لمختلف ظواهر العلاقات الدولية، وعلى رأسها مفهوم الأمن، إلى بروز نظريات ومقترحات جديدة أطلق عليها وصف "التكوينية- التأملية" نظرا لمحاولتها الإحاطة بكل عناصر ومتغيرات النظرية بهدف تقديم منظور متكامل يؤسس لبناء نظرية عامة في العلاقات الدولية، وعليه فإن النظريات التكوينية كمجموعة من التصورات البديلة للسياسة العالمية تتبنى مواقف إبستمولوجية وخيارات منهجية وانطولوجية، غير تلك التي ميزت النظريات التفسيرية.

Abstract :

The inability of explanatory theories (Realism and Liberalism in particular) to developing an integrated theoretical approach to the various phenomenon of international relations (Security concept in particular), led to the emergence of new theories and approaches called "Formative-Reflective" given to their attempt to surround all theoretical elements and variables in order to provide an integrated perspective that sets the basis for the construction of a general theory in international relations; therefore, the formative theories - as a set of alternative perceptions in world politics- adopt different epistemological positions and other ontological-methodological choices than those which characterized the explanatory theories.

مقدمة:

نتيجة للقصور الذي طبع اتجاهات المنظور التفسيري/ الوضعي في الإمام باتجاه نظري متكامل لظواهر العلاقات الدولية، والأمن بشكل خاص، ظهرت مقاربات حديثة متزامنة مع حالة الركود التنظيري الذي شهده حقل العلاقات الدولية، تولي أهمية بالغة لفكرة البناء الاجتماعي (Social Construction)، والذي شكل تحدياً للمدرستين الواقعية والليبرالية، وذلك بهدف تقديم منظور متكامل يؤسس لبناء نظرة عامة مغايرة لمقاربات المنظور التفسيري. وقد أطلق على هذا المدخل المقارباتي وصف "المقاربات ما بعد الوضعية/ النقدية" كمجموعة تصورات بديلة للسياسات العالمية، تتبنى مواقف إبستمولوجية وخيارات منهجية ونظرية وانطولوجية، غير تلك التي يقدمها التفسيريون (الواقعيون والليبراليون بشكل خاص).

وقد تجلى هذا التوجه الجديد بداية من سعي المقترب البنائي إلى زعزعة التصورات الواقعية والليبرالية حول العديد من المفاهيم وعلى رأسها مفهوم الأمن الذي أخذ بعداً آخر من المنظور البنائي انطلاقاً من أساس مرجعي يقوم عليه المقترب البنائي هو: اعتبار كل ما يحدث ليس كمعطى مسبق وإنما مبنى اجتماعياً.

كما حاولت النظرية النقدية الاجتماعية بوصفها من النظريات الراديكالية المتشعبة بالفكر المثالي والماركسي خاصة- تقديم مفهوم جديد للأمن يركز على فكرة الانعكاسية، (Reflexive) حيث أن روادها يربطون الوقائع بالقيم، والأعمال بالخطابات والتفسيرات، ويركزون في نظرتهم للواقع على القيم والخطابات (Values and Speeches).

أما نظرية "ما بعد الحداثة" وانطلاقاً من افتراضاتها التفكيكية لأطر المقاربات التقليدية، فإنها تقدم مفهوماً للأمن ينطلق من قيمة الخطاب الذي يعتبرونه المنظار الوحيد لفهم سلوكيات الدول.

على هذا الأساس يمكن طرح الإشكالية التالية: إلى أي مدى ساهمت نظريات الاتجاه التكويني في تقديم إطار نظري بديل وشامل لمفهوم الأمن بعيداً عن افتراضات الاتجاه التفسيري الذي ينظر إلى الأمن كمعطى حتمي غير قابل في -تفسيره- لأي نقاش؟

للإجابة على الإشكالية نتناول الدراسة في إطار المحاور التالية:

- 1- البناء الاجتماعي للأمن من منظور المقترب البنائي.
- 2- مفهوم الأمن وفقاً لفكرة "الانعكاسية" حسب النظرية النقدية الاجتماعية.
- 3- مفهوم الأمن من منطلق "قيمة الخطاب" حسب نظرية ما بعد الحداثة.

أولاً: "البناء الاجتماعي" للأمن من منظور المقترَب البنائِي:

أدى بروز المقترَب البنائِي مع نهاية الحرب الباردة إلى زعزعة التصورات الواقعية والليبرالية حول العديد من المفاهيم وعلى رأسها مفهوم الأمن الذي أخذ بعداً آخر من المنظور البنائِي انطلاقاً من أساس مرجعي يقوم عليه المقترَب البنائِي هو: اعتبار كل ما يحدث ليس كمعطى مسبق وإنما مبنى اجتماعياً.

كما أن ظهورها تزامن مع نوع من الركود التنظيري في العلاقات الدولية وهو مبرر اتخذته البنائية لوصف النظريات السابقة . وعلى رأسها الواقعية والليبرالية . بالفاشلة نظراً لاهتمامها بالجوانب المادية وإهمالها للجوانب المعيارية. بتفصيل أكثر يعزو البنائيون عجز الواقعية إلى سيطرة المنهج المادي والفردية والقوة، وعجز الليبرالية إلى نفس الجوانب ولكن بالتركيز على المصلحة الاقتصادية.

غالباً ما ينظر إلى البنائية على أنها جسر رابط (Bridge Gap) بين الاتجاهات الوضعية- التفسيرية والنظريات ما بعد الوضعية - التكوينية على اعتبار أنها محاولة توفيقية أكثر منها نظرة نقدية أو تحد لمنطلقات الاتجاهات الواقعية والليبرالية¹.

تعود جذور البنائية إلى كتاب نيكولاس أونوف (Nicholas Onuf) "عالم من صنعنا" (World of our Making) الذي استعمل فيه لأول مرة مصطلح البنائية (Constructivism)، ومنقداً فيه أفكار وفرضيات واقعية والتز الجديدة، أما الانطلاقة الفعلية فكانت بفضل الكسندر وانت (Alexender Wendt) "الملقب بأبي البنائية" عام 1992 في إطار النظرية النقدية الاجتماعية كرد فعل على كل من الواقعية والليبرالية ومنطلق وانت أنه لا يطرح نظرية (Theory) وإنما مقارنة (Approache) تقوم على الافتراضات التالية:

- الدول هي الوحدات الأساسية للتحليل.
- البنى الأساسية للنظام القائم على الدول مبنية بشكل "تذاتاني" (Intersubjective).
- هويات ومصالح الدول تتشكل في إطار نسق مترابط بفعل البنى الاجتماعية داخل النظام².

انطلاقاً من هذه الافتراضات الثلاثة تحاول البنائية تبني نظرة أو تصور أكثر اجتماعية وأكثر إرادية، رافضة بذلك الأسس المادية والحتمية التي تبني عليها التصورات الواقعية والليبرالية، وهنا تنفرد البنائية بمقارنة بالواقعية والليبرالية بأنها تجمع بين معرفية/ وضعية، بمعنى أن الواقع الاجتماعي موجود ويمكن للباحث دراسته (ابستمولوجيا) وانطولوجيا ما بعد وضعية، بمعنى أن هذا الواقع لا هو موضوعي . معطى مسبقاً . ولا هو ذاتي تابع

¹ عبد الناصر جندلي، التنظير في العلاقات الدولية بين الاتجاهات التفسيرية والنظريات التكوينية، الجزائر، دار الخلدونية، الطبعة الأولى، 2007، ص 322.

² المرجع نفسه، ص 323.

لخطابات الشرعنة، ولكن تتداخل فيه "التذاتيات" وهي ما تصنعه المعتقدات المشتركة للفاعلين وهو التركيب الذي تسميه البنائية بالتذاتانية.

للتبسيط أكثر، يمكن أن نقارن الافتراضات الأساسية للبنائية بمختلف الافتراضات في المنظورات المشكلة للاتجاه التفسيري، "فالبراداييم البنائي" مثلا يختلف عن "البراداييم الواقعي" من حيث عدم تحديده للواقع بناء على توزيع القوى المادية، وإنما على ضرورة الأخذ بعين الاعتبار العلاقات الاجتماعية، وفي نفس الوقت فإن البنائية تتقاسم مع الواقعية بعض التصورات مثل: الطبيعة الفوضوية للنظام الدولي، الاعتراف بالقدرات الدفاعية للدول، انعدام الثقة في نوايا الآخرين وعقلانية الفاعلين¹.

تركز البنائية على عنصر الهوية (Identity) - الذي أهملته جميع النظريات التفسيرية- إذ تعتبر الهوية مسألة جوهرية في عالم ما بعد الحرب الباردة، وتؤكد على كيفية تعامل الهويات مع الطريقة التي تستوعبها الوحدات السياسية (الدول) وتستجيب لمطالبها ومؤسساتها. وعلى هذا الأساس، فالهوية تولد وتتصل بالمصالح، كما تعتبر هذه المقاربة أن العوامل الثقافية تؤثر بشكل مباشر وغير مباشر على الهوية، وأن المصالح القومية تنبع من بناء خالص لهوية الذات مقابل هوية الآخر، وهو ما يفسر بروز قضايا الأقليات بعدما تحول الصراع من صراع بين الدول أثناء الحرب الباردة إلى صراع داخل الدول بعد نهايتها، وكذا قضايا الإرهاب والتنظيمات الإرهابية بعد تحول الصراع من إيديولوجي إلى حضاري، فضلا عن تحريك الخلافات الطائفية والانتماءات العرقية والثقافية للأفراد صناعات قرار هذه الوحدات السياسية وهي كلها مؤثرات تدل على وجود عدة فاعلين وليس فاعل واحد في النظام الدولي لما بعد الحرب الباردة².

ويمكن تفسير اهتمام البنائية بمتغير الهوية على أنه نوع من التفكيك لنموذج كرة البليارد (Billiard Ball Model) الواقعي، حيث يرفض البنائيون هذا التصور لأنه- حسبهم- فشل في إبراز أفكار ومعتقدات الفاعلين الذين أقحموا أنفسهم في النزاعات الدولية، والمهم بالنسبة لهم هو فهم التفاعلات الاجتماعية الداخلية للدول (الكرات) لاستيعاب المخرجات السياسية لها حتى لا يتم حصرها في مخرجات البيئة الدولية الفوضوية للنظام الدولي³.

إذن الفوضوية (Anarchy) تعد من الإسهامات الأساسية للبنائية، حيث يرى ومنت في مقاله الصادر عام 1992 والموسوم بـ "الفوضى هي ما تصنعه الدول: البناء الاجتماعي لسياسة القوة"، (Anarchy is what states make of it : The social construction power politics)، بأن الفوضى في السياسة الدولية تبقى مجرد فكرة لكنها تكتسي القوة والتأثير عندما تعمل الدول على الاعتقاد بوجودها⁴.

¹ عمار حجار، السياسة المتوسطة الجديدة للاتحاد الأوروبي، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في العلاقات الدولية، الجزائر، جامعة باتنة.

كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم العلوم السياسية، جوان 2002، ص 41.

² عبد الناصر جندلي، مرجع سابق، ص 223.

³ المرجع نفسه، ص 224.

⁴ Juanita Elias and Peter Sutch, International relations- The Basics-, USA, New York ,Routledge, 2007, P 186

ويقول وانت أنه بما أن الهويات متعددة المصادر وليست ذاتية، وبما أنها أساس المصلحة القومية، فإنه ورغم إشارة هذه الأخيرة إلى مستلزمات الأمن وإعادة الإنتاج، فإنه لا يمكن أن تحدد من خلال مقارنة أنانية. في إشارة إلى الواقعية والليبرالية. حيث أن الفوضى الدولية التي تعيش وتتحرك فيها الدول والتي تصقل هوياتها وبالتالي مصالحها ليست إلا ما تصنعه الدول بها، وليست حتما مرادفا لحالة الحرب كما يقول الواقعيون. وعليه يفرق وانت بين ثلاثة أنواع/ تصورات للفوضى ترتبط بمسألة توظيف الأمن، حيث يقول بأن الدول توظف الفوضوية لخدمة مصالحها، فعندما تنظر الدول إلى بعضها البعض نظرة عدواة فإن البنية الدولية تكون مشكلة لفوضى هوبزية. ولما تنظر إلى بعضها البعض نظرة تنافس تكون مشكلة الفوضى لوكية، أما إذا نظرت الدول إلى بعضها ك أصدقاء نكون بصدد فوضى كانطية¹. ويرى وانت أن الثقافة الهوبزية المحددة للمصلحة القومية بشكل حصري وإقصائي وفق علامات القوة لم تعد موجودة في عالم ما بعد الباردة باستثناء بعض الحالات الشاذة والظرفية، وعليه فالعالم تطور نحو الثقافة اللوكية بل وحتى الكانطية كما هو الحال في بعض أنحاء العالم مثل: الجماعة الاورو- اطلسية، أين تحدد الثقافة الكانطية سلوك دول الجماعة، حيث أنه لما تتحرك دولة من هذه المجموعة فإنها لا تشبع مصالحها الوطنية فقط، بل وحتى مصالح الدول الصديقة والحليفة².

تتمحور نظرة البنائين لمصادر الأمن حول إثارة التساؤل التالي: أيهما يسبق الآخر الواقع أم الأفكار؟ وفي محاولة للإجابة يرون بأن العلاقات الدولية لا تقوم على تأثير علاقات القوة، ولكن على التصورات والمفاهيم التي تعطي للقوة "معنى"، وهو ما يمثل رفضا بنائيا لمتغير القوة في تفسير وتحليل الواقع الدولي، فبالنسبة لـ "وانت فإن الأمن هو ما تريد الدول العمل به"³.

أما بالنسبة لباحثين بنائين آخرين على غرار جون روجيه (John Rogie)، فريدريش كراتوشويل (Fredirich Kratochwill) و إيمانويل ادلر (Emanuel Adler)، وفي محاولة لوضع مجموعة من القوانين (Corpus) النظرية تتعلق بمفهوم الأمن يركزون على المسلمات الثلاثة التالية⁴:

- أسس النظام الدولي مبنية اجتماعيا، وأن الفوضى أو البحث عن القوة هي عبارة عن بنى (Structures) وليست حقائق موضوعية، ولا تكون ذات "قيمة" إلا إذا آمنت الدول بها، وعلى هذا الأساس سيصبح الأمن "تنبئيا" بصورة تلقائية لأن الفوضى ليست معطى موضوعي وإنما فكرة ذاتية عملت الدول منذ نظام وستفاليا على دمجها ضمن سلوكها.
- الشروط المادية ليست المحددات الوحيدة للأمن وإنما الأفكار والمعايير تلعب دورا هاما في تشكيل و تغيير هوية النظام الدولي مع مرور الزمن وبصورة مختلفة.

¹ Amelie Blom et Frederic Charillon, Theories et Concepts des Relations Internationales, France, Paris, Hachette, 2001, p 13.

² Ibidm p 13.

³ Charles P.David et Jean Jaques Roche, Theories de la Sécurité, France, Paris, Edition Montchrestien, 2002, P 104.

⁴ Ibid, P 103.

➤ يمكن للأمن أن يتحول ويتحسن (Amelioration) بشرط أن تتغير طريقة التفكير وبصورة حيادية، فإن المقترَب البنائِي يبعث على التفاؤل لأنه بدل الاعتقاد بديمومة التنافس والتنازع بين القوى الكبرى . كما يعتقد أغلب الواقعيين . يمكن لهذا التنافس أن يزول بتبني أفكار سلمية، كما حدث للاتحاد السوفياتي عندما لعبت أفكار غورباتشوف دورا هاما في إنهاء الحرب الباردة وبصورة سلمية دون اللجوء إلى خيار القوة السوفياتية كبديل عسكري.

لقد أعطت البنائية حيزا بحثيا تساؤليا للعديد من الباحثين حول مفاهيم عديدة، فبغض النظر عن إسهامات كل من وانت وأنوف باعتبارهما أعمدة المقترَب البنائِي، فإن ايمانويل ايدلر يحاول البحث عن كيفية بناء جماعة أمنية، أما بيتر كاتزنشتاين (Peter Katzstein) فيسعى إلى دراسة الكيفية التي يؤثر بها التاريخ على بناء السياسات الأمنية للدول، وبصورة خاصة عن الطريقة التي يؤثر بها التاريخ على بناء الهوية¹ . وهي محاولات تؤكد الأهمية التي يحظى بها مفهوم الأمن لدى هذا المقترَب الذي حاول إعطاه دفعة جديدة بعيدا عن التصورات الحتمية والاقصائية للمنظورات التفسيرية دون أن يلغيا.

ثانيا: مفهوم الأمن وفقا لفكرة "الانعكاسية" حسب النظرية النقدية الاجتماعية:

برزت النظرية النقدية الاجتماعية كنتاج للعمل الفكري الكبير الذي طورته "مدرسة فرانكفورت" (Frankfurt School) بألمانيا منذ فترة ما بين الحربين العالميتين الأولى والثانية، وترمي إلى إعادة هيكلة وتقييم التنظير في العلاقات الدولية بتبنيها لأطروحات انطولوجية، ابستمولوجية ومنهجية تختلف- بدرجة كبيرة- عن الأنساق الانطولوجية، الابستمولوجية والمنهجية التي تبنتها الاتجاهات النظرية التفسيرية.

تعد النظرية النقدية- الاجتماعية من المدارس الذائعة الصيت ولكنها لا تحظى إلا بتأثير نسبي نظرا لتصنيفها ضمن المقاربات الراديكالية، كما تستقي أسسها من رافدين هما: الفكر المثالي والفكر الماركسي لدرجة أن البعض يصفها بالماركسية الجديدة نظرا لأن بناءها النظري- المفهوماتي جاء في شكل انتقادات اجتماعية وثقافية متشعبة بالفكر الماركسي².

يعتبر يورغن هابرماس (Jurgen Habermass) أهم مفكر نقدي إلى جانب كل من تيودور ادورنو (Theodor Adorno)، ماكس هوركايمر (Max Horkheimer)، وهاربرت ماركيز (Herbert Marcuse) من ألمانيا، وكل من اندرولينكلاتير (A.Linklater) وروبرت كوكس (Robert Cox) من بريطانيا³.

يرتكز التصور النقدي للسياسة العالمية على رفض القواعد والأسس التي بنيت عليها النظريات التقليدية (التفسيرية) حيث يدرك النقاد بأن المعتقدات التي يحملها بعض المنظرين- الواقعيين مثلا- أثبتت ادعاءاتهم حول

¹ Idem, P 103.

² عبد الناصر جندي، مرجع سابق، ص 313.

³ المرجع نفسه، ص 314.

الحقيقة، والتي سوف تصبح جزءا من الأنماط الإيديولوجية العالمية لشرعنه بعض الترتيبات العالمية، ودعم بعض الأجنداث المزعومة للسيطرة، تكون ملائمة لتقديم الإيديولوجية متنكرة في شكل نظريات علمية، وعليه فإن مهمة النظرية النقدية هي إمالة هذا اللثام من خلال بناء مفاهيم ومعان أكثر عمقا¹. وهو ما يبرر سعي النظرية النقدية . الاجتماعية إلى تشكيل بناء مفهوماتي . نظري صلب يقوم على أسس انطولوجية وابستمولوجية مغايرة لتلك المعتمدة وضعيا².

فعلى المستوى الابستمولوجي تنطلق النقدية من افتراضات منهجية "لا وضعية" (Non-Posivist) للعلوم الاجتماعية، وهذا ما تؤكد أعمال هابرماس المنشورة لأول مرة سنة 1968 ثم سنة 1987 والمرتبطة بـ "المعرفة والمصالح الإنسانية" (Interests Knowledge and Human) حيث يميز هابرماس بين ثلاثة أشكال للنظرية تقوم بدورها على ثلاثة "مصالح معرفية" هي:

1. المصلحة المرتبطة بالعلوم التحليلية . التجريبية: وهي تلك العلوم التي وصفها الرعيل الأول من هذه المدرسة بالعلوم الوضعية (Posivist Sciences) ، وعلى الرغم من استهانة المنظرين الأوائل بهذا الصنف من المعرفة إلا أن هابرماس يؤكد على مكانتها في حياة البشر، كما يرى أن كل مصلحة تنمو من خلال ما يسميه بالوسط (Media) وهو المجال الذي توضع فيه المصلحة موضع التنفيذ³.
2. المصلحة العملية: وتؤدي بدورها إلى ظهور العلوم التأويلية أو ما يعرف بـ الهرمينيوطيقا (Hermeunitics) والتي ينصب اهتمامها على التفاعل البشري والسبل التي يتفاعل بها في إطار التنظيمات الاجتماعية⁴. ويذهب هابرماس إلى أن المصلحة العملية تفضي إلى نوع ثالث من المصلحة وهي:
3. مصلحة الانعتاق والتحرر: والتي تؤدي إلى ظهور العلوم النقدية التي تنطلق من التسليم بقدرتنا على التفكير وعلى الوعي وعيا ذاتيا بما نعمل على أساس الوقائع المعروفة لدينا عن الحالة وانطلاقا من إدراكنا لقواعد التفاعل المقبولة اجتماعيا⁵. وهي الفكرة التي قامت عليها أسس نظرية هابرماس النقدية⁶.

تواصل النظرية النقدية مهاجمتها الحادة لافتراضات الواقعية حول بنائها لنظرية "موضوعية علميا" و"حيادية معياريا"، حيث يرى روبرت كوكس-أحد أبرز المنظرين النقيدين- أن عقلانية الواقعيين ما هي إلا معيارية مستترة تستجيب لمصالح طبقة اجتماعية محددة، وهو ما يتوافق مع المنطلق النقدي لـ كوكس المرتبط بعبارة الشهيرة "النظرية هي دوما من أجل شخص معين ولهدف معين" (Theory is always for some one and for)

¹ Paul R. Viotti and Mark V. Kauppi, International Relations Theory, UK, London, Pearson, 5th Edition, 2012, P 9.

² Ibid, P 430.

³ ايان كريب، النظرية الاجتماعية من بارسونز الى هابرماس، ترجمة: محمد حسين غلوم، الكويت، عالم المعرفة، أبريل 1999، ص 307.

⁴ Dan L. MacIsaac, " The critical Theory of Jurgen Habermas", <http://physicsed.buffalostate.edu/danowner/habcrithy.html>.

⁵ ايان كريب، مرجع سابق، ص 308.

⁶ يرى هابرماس بأن النظرية هي نتاج للفعل البشري وتخدم غايات ذلك الفعل، وهي بشكل أساسي أداة لتحقيق حرية أكبر للبشر، كما أنها تتطور بأشكال متباينة بعيدا عن الأعمال المتأخرة لـ هوركايمر وادورنو وأصحاب اتجاه ما بعد الوضعية الذين ترتبط المعرفة عندهم بالهيمنة والاستعباد.

(some purpose) نازعا بذلك كل موضوعية وعلمية منحت للنظريات التقليدية في العلاقات الدولية، مقترحا بديلا لذلك يقوم على أساس المعيارية الذاتية¹ (Subjective Normative).

منهجيا: يرفض النقادون هيمنة منهج علمي واحد ويدعون إلى التعدد المنهجي بهدف إبراز أهمية الاستراتيجيات التفسيرية².

وانطلاقا من كونها مزيج من الماركسية والغرامشية³ تتبنى النظرية النقدية ابستمولوجيا "مادية تاريخية" وفق منهجية جدلية، ممثلة بذلك قطيعة واضحة مع الابستمولوجيا الوضعية التجريبية القائم على منهج علمي وحيد وهو المنهج الاستقرائي. الاستنباطي الذي يميز الواقعية البنيوية⁴.

انطولوجيا: تتحدى النقدية المفاهيم الواقعية حول الفعل (Action) والطبيعة الانسانية (Human nature) وأهمية الهوية في بناء المصالح والأفعال⁵. وكذا مفهوم الفوضى الأبدية للواقع الدولي المفترض قيامه على تنافس دول ذات سيادة لحماية مصالحها الوطنية واستقرار الترتيب العالمي القائم، فحسب وليامز (Mc Williams) و كروز (K Krause) فإن الفوضى والمصلحة الوطنية ليستا قوانين طبيعية حتمية وإنما مجرد سلسلة من الافتراضات والأطروحات حول الطبيعة السياسية للفاعلين وعلاقتهم بالسيادة⁶.

إذن وانطلاقا من أن الواقعيين والنيوليبراليين يقبلون "إشكالية الفوضى" كمعطى، ويسعون للتقليل من الآثار الجانبية السيئة للفوضى، فإن المقترحات الجديدة ومنها النقدية تسعى إلى إيجاد السبل التي عبرها يمكن للفوضى أن تخدم مصالح معينة⁷. ما يقصده النقادون هنا. وفي تحليلهم لمفهوم الأمن. ارتكاز هذا الأخير على فكرة الانعكاسية، بمعنى أنهم يسعون إلى ربط الوقائع بالقيم، والأعمال بالخطابات والتفسيرات، ويركزون في نظرتهم للواقع على القيم والخطابات (Values and Speeches).

¹ Dan L. Maclsaac, Op.Cit.

² Richard Price and Christian Reus-Smit, "Dangerous Liaisons? Critical International Theory and Constructivist", <http://ejt.sagepub.com/egi/content/short/4/3/259>.

³ هناك من يطلق على النظرية النقدية الاجتماعية اسم الغرامشية الجديدة نسبة إلى المفكر الإيطالي انطونيو غرامشي الذي ساهم في شرح فكرة الهيمنة والتي تعني عنده السيطرة على الغالبية وقبول الوضع القائم الذي تهيمن عليه الطبقة المسيطرة، والهيمنة لا تقوم إلا من خلال الأيديولوجيا التي تمثل منظومة فكرية تحدد البنى والممارسات الاجتماعية في المجتمعات والتي تجعل من هيمنة القوى الرأسمالية وأنماط العلاقات التي تفرضها أمرا عاديا وطبيعيا لا يثير التساؤل.

⁴ عمار حجار، مرجع سابق، ص 35.

⁵ R. Price and C. Reus – Smith, "Critical International Theory and Constructivism", European Journal of International Relations, UK, London, SAGE Publications, Volume 4, Number 3, September, p 262

⁶ عمار حجار، مرجع سابق، ص 35.

⁷ Chris Brown, Understanding International Relations, USA, New York, PAIGRAVE, Second Edition, 2001, P 57.

يتقاسم النقادون ثلاثة أفكار تحدد المسار التنظيري للنقدية الاجتماعية حول مفهوم الأمن هي¹:

1. يرفضون الخطابات العقلانية حول الأمن.
2. يشككون في قدرة الدولة على ضمان أمن حقيقي أي أمن الأفراد.
3. يحددون ويعرفون موضوع الأمن بالوجود والرفاه وحالة العيش في ظروف جيدة، والانعقاد الإنساني (Humen Emancipation) وهو مفهوم غير دولاتي.

وباعتبارها ترفض العديد من الافتراضات التقليدية حول مفهوم الأمن فإن النقدية تقترح تغييرات معيارية مهمة لمفهوم الأمن على النحو التالي:

أولاً: بوصفها راديكالية، فإن النقدية أعلنت القطيعة مع الدولة محولة اهتمامها إلى الأفراد الذين يعتبرون الهدف الرئيسي للأمن، على اعتبار أن الدولة عاجزة عن توفير أمن الأفراد وبالتالي فهي تشكل مصدر تهديد لهذا الأخير². وهو ما يفسر التحول إلى مفهوم أنساني للأمن.

ثانياً: تركز النظرية النقدية على دور الخطاب في شرعنة سلوكيات معينة وتبرير سياسات بعينها، وترى أنه لإعادة تشكيل المقاربات المهيمنة حول الأمن لابد أولاً من تغيير الخطابات³.

ثالثاً: يجب على المقاربات الأمنية أن تأخذ بعين الاعتبار وجهة نظر النساء غير المسموعة بشكل كاف، لأن مقاربة نسائية (Feminist Approach) للأمن يمكن أن تغزو الجامعات العالمية على وجه العموم والأمريكية على وجه الخصوص.

رابعاً: إن الرهانات الجديدة للأمن خاصة الاقتصادية والاجتماعية والبيئية تضعف الدول والأفراد، وتحتم تحمل قدر كبير من المسؤولية الشاملة (Global Responsibility)، كما تدعو إلى عولمة "استجابات الأمن" عن طريق الفعل "المؤسساتي" المدروس على المستوى الدولي وكذا المجتمع العالمي⁴.

إذن تحاول النظرية النقدية . الاجتماعية إعطاء مفهوم جديد للأمن بعيداً عن الافتراضات الاقصائية والحتمية للمدرستين الواقعية والليبرالية باتجاهاتهما المختلفة، وذلك . بالإضافة إلى ما سبق . من خلال نخبة من باحثيها البريطانيين أمثال: كين بوث (Ken Booth) الذي يشيد بانعقاد البشر عن أضرار الأمن الدولاتي ، و جيم جورج (Jim George) الذي يحلل الأمن باعتباره كفاح ومقاومة للخطابات المهيمنة والخطيرة، و جيمس دردين (James Der Derien) الذي يعتبر الصور (Images) أكثر تأثيراً من الواقع في التأثير على الأمن⁵ وأخيراً ماري كالدور

¹ Amelie Blom et Frederic Charillon, Op. Cit, p 14.

² Ibid, p14

³ Charles Ph. David et J.J. Roche, Op.Cit, P 106 – 107.

⁴ Ibid, P 107.

⁵ يعطي ديردين مثالا على ذلك بأن روايات Tom Clancy تحظى بتأثير أكثر من نظريات والتز.

(Mary Kaldor) الذي يدعو إلى "ممانعة مجتمعية عبر قومية" (Contestation communautaire transnationale) للسياسات المسؤولة عن الفصل بين الحروب والدول التي تسببها¹.

ثالثاً: مفهوم الأمن من منطلق "قيمة الخطاب" حسب نظرية ما بعد الحداثة:

على الرغم من بلوغ "ما بعد الحداثة"² مرتبة "النظرية" ابتداء من منتصف ثمانينيات القرن الماضي، إلا أن مساهمتها في تطوير نظرة أو تصور جديد للسياسة العالمية لا تزال في مرحلتها الأولى، على اعتبار أن اهتماماتها الأولية لا تزال مرتكزة على تكثيف النقد الاستيمولوجي والمنهجي لتحطيم أسس الفكر الإنساني المهيمن والذي تعتبره نتاج "المشروع التنويري الغربي" القائم على الفلسفة الوضعية والمنهج التجريبية العقلانية.

يعتبر كل من فوكولت (Foucault) دريدا (Derrida)، بودريار (Baudrillard)، ليوتار (Lyotard) ولاكان (Lacan) من أبرز المساهمين في بناء نظرية ما بعد الحداثة والتي ترجع أصولها الفكرية إلى مجموعة من الفلاسفة الفرنسيين الذين رفضوا هيمنة الفلسفة الوجودية على فرنسا أواخر الأربعينيات وأوائل الخمسينيات، إلا أن ما ساهم في دخول النظرية عالم العلاقات الدولية هو ترجمة كتاب جون فرونساو ليوتار "الوضع ما بعد الحداثي" إلى الانجليزية عام 1984، وهي تمثل إحدى النظريات الهامة في الحوار الثالث (Third Debate)، كما يطلق عليها رونالد بلايكر صفة التحول الجميل³ (The Aesthetic Turn).

تعد "ما بعد الحداثة" النظرية المابعد وضعية بامتياز، لأنها تمثل مقتربا يقوم على طرح "تساؤلات" حول ادعاءات المعرفة وعلاقتها بالقوة، حيث يرى فوكولت بأن كل من المعرفة والقوة ينشئان بعضهما البعض وبشكل متبادل⁴. ويقول بأن: "المعرفة والقوة" ببساطة وجهان لعملة واحدة، فمن الذي يقرر ما المعرفة، ومن الذي يعرف ما احتياجات أن تكون مُعرفة". وعلى هذا الأساس فإن أنصار ما بعد الحداثة يريدون التطرق إلى: أي علاقات قوة تدعمها "الحقائق" وممارسات المعرفة؟، وهي النظرة التي استخدمها منظرو ما بعد الحداثة لفحص "حقائق" العلاقات الدولية لمعرفة كيف أن مفاهيم وادعاءات المعرفة تعتمد في الواقع وإلى حد كبير على علاقات قوة محددة.

ولتأكيد ذلك يقدم كل من سينتيا ويدر (Cynthia Weber) و جينس بارتلسون (Jens Bartelson) مثالان حديثان حول مفهوم السيادة، حيث يظهر وفي كلتا الحالتين بأنه متغير تاريخيا رغم محاولة باحثي الاتجاهات السائدة إضفاء معنى ثابت له بشكل مصطنع⁵.

¹ Idem, P 107.

² تعرف أيضا بما بعد البنيوية.

³ عبد الناصر جندلي، مرجع سابق، ص 319.

⁴ Campbell Jones, "Theory After the Post Modernism Condition", <http://org.sagepub.com/cgi/content/abstract/10/3/503>.

⁵ جون بيليس وستيف سميث، عولمة السياسة العالمية، ترجمة: مركز الخليج للأبحاث، الإمارات العربية المتحدة، دبي، مركز الخليج للأبحاث، 2004، ص 388.

لقد أدت العديد من المؤشرات إلى الدفع نحو الانتقال من الحداثة إلى ما بعد الحداثة، وفي صورة نقدية لعل أبرزها:

1. اندلاع الثورات العرقية، وشيوع الحركات الانفصالية المرتبط بأزمة الدولة القومية.
2. تطور المجتمع المدني في مواجهة هيمنة الدولة على المجال العام (Public Realm).
3. صعود عنصر الهوية والعامل الثقافي في السياسة العالمية¹، حيث يركز هذا النقد في المقترَب "ما بعد الحداثي" على مهاجمة ما يسمى بالنظريات "ما وراء السردية"² (Metanarratives Theory) القائمة على مجموعة خاصة من "ادعاءات المعرفة" المتعلقة بالعالم، وعليه يرى منظرو ما بعد الحداثة بأنه لا توجد معرفة موضوعية للعالم³. حيث يعرف ليوتارد ما بعد الحداثة بوصفها "عدم التصديق إزاء ما وراء النصوص السردية"، بمعنى أنها تنكر إمكانية وجود أسس لإثبات حقيقة الأقوال الموجودة خارج حديث ما⁴.

أما على مستوى التنظير في العلاقات الدولية يتبنى ما بعد الحداثيون نظرة مغايرة لتلك التي يدافع عنها الواقعيون الجدد والليبراليون الجدد، حيث يرى والكر (R.B.J. Walker) أن نظريات العلاقات الدولية تصبح أكثر أهمية عندما ينظر إليها كمظاهر تتطلب تفسيراً للسياسة العالمية المعاصرة مقارنة بالنظر إليها كتفسيرات للسياسة الدولية المعاصرة وبعتمادها على عقيدة التناص⁵ (Intertextuality)

تتحدى ما بعد الحداثة حقل العلاقات الدولية في مستوى جذوره الأكثر عمقا، وذلك بطرح تساؤل "ماذا نعني بالعلاقات الدولية؟"، مع تأكيدها على أهمية طرح مثل هذه التساؤلات رغم انتقادات الاتجاهات النظرية الأخرى في إطار الاتجاه التفسيري⁶.

ومن خلال عقيدة "التناص" تدعو ما بعد الحداثة إلى ضرورة تضمين الخطاب في العلاقات الدولية "أصواتا كثيرة ومتعددة"، حيث أن توظيف هذه العقيدة يعني إعطاء دور أساسي للغة في فهم وإدراك العالم الاجتماعي أو الواقع⁷. وعلى هذا الأساس يعتقد ما بعد الحداثيون أن اللغة لا تعكس الواقع، بل الواقع يبني ويصاغ من خلال استعمال اللغة في مسار لا نهائي من التفسير⁸.

¹ قاسم حجاج، العالمية والعوامة: نحو عالمية تعددية وعوامة إنسانية، الجزائر، جمعية التراث، 2003، ص 143.

² يحدد Stephen Comings انطلاقاً من افتراضات Lyotard النقدية، النظريات ما وراء النصوص السردية في "الماركسية، الهيكلية، نموذج العلم العقلاني، المسيحية Christianity والتأكيدات الفرويدية لهيمنة العقل الباطن".

³ Chris Brown, Op.Cit, P 119.

⁴ جون بيليس وستيف سميث، مرجع سابق، ص 392.

⁵ عبد الناصر جندلي، مرجع سابق، ص 331.

⁶ Keith Webb, " Preliminary Questions about Post-Modernism ",

<http://www.ukc.xl.uk/politics/kentpapers.html>.

⁷ Ibid.

⁸ عمار حجار، مرجع سابق، ص 38.

ويعتبر الفيلسوف الفرنسي "ما بعد الحداثي" جاك دريدا الأكثر تطورا وإثراء لعقيدة "التناص" والمناهج التفكيكية والمقاربات اللغوية اللسانية في العلوم الاجتماعية، حيث يقول: "يستحيل معرفة الواقع خارج نطاق الخطاب المستخدم واستحالة التعبير عنه"¹. وبذلك يبقى دريدا المرجع الأساسي لكل محاولات التنظير البنائية المعتمدة على مقاربات نصوية أو لغوية.

استنادا للبناء النظري لما بعد الحداثة، يمكن القول بأننا أمام منظور أمني مختلف أو على الأقل متناسب مع الأبعاد الاستيمولوجية والانطولوجية لهذه النظرية المفككة للأطر والمقاربات التقليدية. فنظرة ما بعد الحداثيون للأمن تنطلق من قيمة الخطاب الذي يعتبرونه المنظار الوحيد لفهم سلوكيات الدول ويستندون في ذلك على نقد أو تهديم الطرح الأمني الواقعي الذي يعكس دلالات سلبية بخصوص اتجاه ومضمون الأمن.²

وانطلاقات من ذلك يقدم منظرو ما بعد الحداثة بديلا للخطاب الأمني الواقعي الذي يصطبغ بطابع سياسي يمثل مشكلة مركزية لانعدام الأمن الدولي، حيث يصفه ريتشارد أشلي (R.Ashley) بالإيديولوجية التي تحمل مشروعا شموليا يشجع على بروز الصراعات الأمنية باعتبار الواقعية تركز على متغير القوة في فهم سياسات الدول، هذا البديل هو تبني خطاب أمني جماعي يرتكز على متغيرات التعاون والسلم والعدالة والفهم المشترك من جهة ويعمل على نزع بذور التفكير الواقعي المسيطرة على عقول الساسة والأكاديميين من جهة أخرى.³

ويقترح مفكرو ما بعد الحداثة العديد من الأدوات لتطوير خطاب الأمن الجماعي لعل أبرزها اللجوء إلى الجماعات المعرفية (Epstemic) لنشر القيم الأمنية المشتركة وأفكار التعاونية والسلمية بين الدول لأن هذه الجماعات تعبر عن ادراكات موضوعية للسياسة الدولية بعيدا عن الاستقراءات الوضعية للواقعيين.

خاتمة:

على الرغم من التجديد الذي أضفته مقاربات المنظور التكويني على العديد من المفاهيم السائدة في العلاقات الدولية، ومن منظور تفكيكي . على رأسها مفهوم الأمن . إلا أنها تبقى عرضة للعديد من الانتقادات على اعتبار أنها مفرطة في الجانب النظري ولا تهتم بدرجة كافية بالعالم "الحقيقي"، لكن أنصارها يرون أنه لا يوجد في العالم الاجتماعي ما يسمى "بالعالم الحقيقي" بمعنى وجود حقيقة غير مفسرة في قبلنا، وهو ما يتعارض مع القبول المرجعي الذي تحظى به مقاربات المنظور التفسيري (الواقعية خاصة) لدى الدارسين لانطلاقها في تفسير الواقع الدولي (الأمن كأبرز ظواهره) من منظور مادي / وضعي.

¹ عبد الوهاب المسيري وفتحي التريكي، الحداثة وما بعد الحداثة، سوريا، دمشق، دار الفكر، الطبعة الأولى، 2003، ص 89.

² خالد معمري، التنظير في الدراسات الأمنية لفترة ما بعد الحرب الباردة، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في العلوم السياسية، الجزائر، باتنة، قسم العلوم السياسية، 2007 – 2008، ص 108.

³ المرجع نفسه، ص 109.

قائمة المراجع:

- 1/ ايان كريب، النظرية الاجتماعية من بارسونز الى هابرماس، ترجمة: محمد حسين غلوم، الكويت، عالم المعرفة، أبريل 1999.
- 2/ جون بيليس وستيف سميث، عولمة السياسة العالمية، ترجمة: مركز الخليج للأبحاث، الامارات العربية المتحدة، دبي، مركز الخليج للأبحاث، 2004.
- 3/ خالد معمري، التنظير في الدراسات الامنية لفترة ما بعد الحرب الباردة، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في العلوم السياسية، الجزائر، باتنة، قسم العلوم السياسية، 2007 – 2008
- 4/ قاسم حجاج، العالمية والعولمة: نحو عالمية تعددية وعولمة انسانية، الجزائر، جمعية التراث، 2003.
- 5/ عبد الناصر جندلي، التنظير في العلاقات الدولية بين الاتجاهات التفسيرية والنظريات التكوينية، الجزائر، دارالخلدونية، الطبعة الاولى، 2007.
- 6/ عبد الوهاب المسيري وفتحي التريكي، الحداثة وما بعد الحداثة، سوريا، دمشق، دارالفكر، الطبعة الاولى، 2003.
- 7/ عمار حجار، السياسة المتوسطة الجديدة للاتحاد الاوروبي، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في العلاقات الدولية، الجزائر، جامعة باتنة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم العلوم السياسية، جوان 2002.
- 8/ Amelie Blom et Frederic Charillon, Theories et Concepts des Relations Internationales, France, Paris, Hachette, 2001.
- 9/ Campbell Jones, "Theory After the Post Modernism Condition",
<http://org.sagepub.com/cgi/content/abstract/10/3/503>.
- 10/ Charles P.David et Jean Jaques Roche, Theories de la Sécurité, France, Paris, Edition Montchrestien, 2002
- 11/ Chris Brown, Understanding International Relations, USA, New York, PAIGRAVE, Second Edition, 2001
- 12/ Dan L.Maclsaac, " The critical Theory of Jurgen Habermas",
<http://physicsed.buffalostate.edu/danowner/habcrithy.html>
- 13/ JuanitaElias and Peter Sutch, International relations- The Basics-, USA, New York ,Routldge, 2007
- 14/ Paul R. Viotti and Mark V.Kauppi, International Relations Theory, UK, London, Pearson, 5th Edition, 2012
- 15/ Richard Price and Christian Reus-Smit, " Dangerous Liaisons? Critical International Theory and Constructivist", <http://ejt.sagepub.com/cgi/content/short/4/3/259>.
- 16/ R. Price and C. Reus – Smith, "Critical International Theory and Constructivism", European Journal of International Relations, UK, London, SAGE Publications, Volume 4, Number 3, September.

الضبط الإداري البلدي والحسبة ودورهما في حفظ الصحة العامة وجمال المدينة

- دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون البلدية الجزائري -

د/ حاج أحمد عبد الله.

- جامعة أدرار -

Abdellah0139@gmail.com

د/ بن السبحو محمد المهدي بن مولاي مبارك

- جامعة أدرار -

- Sihamou.mehdi@gmail.com

الملخص:

يقوم رئيس المجلس الشعبي البلدي بممارسة وظيفة الضبط الإداري لأجل المحافظة على النظام العام بعناصره المختلفة، وقد اهتمت الدراسة بعنصرين للنظام العام، هما: حفظ الصحة العامة وجمال المدينة، وهو ما يندرج ضمن العمل الإداري للمحتسب في النظام الإسلامي، لأجل دفع أي تهديد أو انتهاك للمصالح المقصودة من التشريع، حيث أكدت الدراسة بأنه كان لولاية الحسبة فضل السبق في المحافظة على الصحة العامة وجمال المدينة، وذلك قبل قرون من تعرض القانون الوضعي لتحديد العناصر المادية لفكرة النظام العام في تركيبها القديمة أو الحديثة.

وقد جاءت إشكالية الدراسة كالتالي: ماهو المقصود بالضبط الإداري البلدي والحسبة ؟ وما مدى إسهام رئيس المجلس الشعبي البلدي والمحتسب في حفظ الصحة العامة وجمال المدينة ؟

ومن أهم النتائج التي خلصت إليها الدراسة:

1- يتخذ رئيس المجلس الشعبي البلدي كافة الإجراءات المتعلقة بالمحافظة على النظافة في الطرق والأماكن العمومية، وكذا القضاء على كل مصادر وجود المخاطر الصحية، كما يتخذ رئيس المجلس الشعبي البلدي كافة الإجراءات المتعلقة بالمحافظة على المنظر العمومي بمنع كل ما من شأنه تشويه المحيط، وكذا العمل على مراعاة وترقية الطابع الجمالي والمعماري للمدينة.

2- رغم اهتمام المشرع الجزائري في المنظومة التشريعية بالمحافظة على الصحة العامة وجمال المدينة إلا أن ما هو قائم على المستوى الواقعي يتناقض مع ما ينبغي أن يكون عليه حال المدن، وهو ما يجعل تلك القواعد القانونية والتنظيمية تبقى حبراً على ورق، ما لم تتحمل كل من السلطات المختصة والمواطن قدر من المسؤولية الملقاة على عاتقه.

-Abstract:

The president of the -Municipal People's Assembly exercises management function in order to maintain public order in its different components, the study has addressed two elements of public order, namely: public health and the beauty of the city, which falls within the administrative work of the Islamic system calculated to pay any Threat or violation of the interests of the legislation, so the study confirmed that the hisbah state thanks to lead in public health and the beauty of the city, before centuries of positive law to determine the physical elements of the notion of public order in the composition

Our problematic was as follows:

What is exactly meant by municipal administration and Hassaba? And the extent to which the President of the Municipal People's Assembly and the Accountant contribute in the public health and beauty of the city? One of the most important findings of the study:

1. The President of the Municipal People's Assembly take all actions relating to maintain hygiene in public places and roads, as well as eliminating all sources of a health risk, as the head of the municipal people's Congress all procedures concerning maintenance The splendor of the public view to prevent anything that might tarnish the ocean, as well as to observe and promote aesthetic and architectural character of the city.

2. Despite the attention of Algerian legislator in the legislative system to safeguard public health and the beauty of the city but is based on the realistic level incompatible with what should be the case for cities, which makes them legal and regulatory rules remain on paper .unless both the competent authorities and the citizen have not assumed any responsibility

مقدمة:

تقوم الإدارة العمومية بممارسة وظيفة الضبط الإداري، وذلك عن طريق السلطات الإدارية المختصة، وتسعى من وراء قيامها بهذه الوظيفة، لأجل تحقيق أغراض وأهداف الوظيفة الإدارية في الدولة، والمتمثلة في المحافظة على النظام العام.

أما ولاية الحسبة فتعدّ نظاماً إسلامياً أصيلاً، تركز أساساً على مبدأ الأمر بالمعروف، والنهي عن المنكر، ويهدف نشاط القائمين عليها، للمحافظة على النظام العام في المجتمع الإسلامي، وذلك من خلال وقايته من كل فعل يُشكل تهديد أو إخلال بالمصالح المقصودة من التشريع، لذا جاءت هذه الدراسة لتبين أوجه التشابه والاختلاف بين نظام الضبط الإداري البلدي والحسبة في مجال المحافظة على النظام العام.

كما تقتصر دراستنا للموضوع على عنصرين من عناصر النظام العام؛ وذلك بالنظر لأهميتهما في حياة الفرد والجماعة، حيث يتعلّق أحدهما بالعناصر التقليدية للنظام العام، وهو عنصر حفظ الصحة العامة، والأخر يتعلّق بالعناصر الحديثة للنظام العام، وهو عنصر حفظ جمال المدينة.

فما هو المقصود بالضبط الإداري البلدي والحسبة؟ وما مدى إسهام رئيس المجلس الشعبي البلدي والمحتسب في حفظ الصحة العامة وجمال المدينة؟

ولدراسة هذا الموضوع اتبعنا الخطة التالية:

المطلب الأول: مفهوم الضبط الإداري البلدي والحسبة.

الفرع الأول: مفهوم الضبط الإداري البلدي.

الفرع الثاني: مفهوم الحسبة.

المطلب الثاني: دور الضبط الإداري البلدي والحسبة في حفظ الصحة العامة وجمال المدينة.

الفرع الأول: دور الضبط الإداري البلدي والحسبة في حفظ الصحة العامة.

الفرع الثاني: دور الضبط الإداري البلدي والحسبة في حفظ جمال المدينة.

المطلب الأول: مفهوم الضبط الإداري البلدي والحسبة.

المطلب الأول: مفهوم الضبط الإداري البلدي والحسبة.

لتحديد مفهوم كلّ من الضبط الإداري البلدي والحسبة، يجدر بنا أن نتناول في البداية مفهوم الضبط الإداري البلدي (الفرع الأول) باعتباره النظام المعمول به في وقتنا الحاضر، سواءً في التشريع الجزائري أو غيره من التشريعات، ثم نتعرض لمفهوم الحسبة (الفرع الثاني) باعتباره النظام الذي ظل قائماً في الجزائر منذ الفتح الإسلامي إلى حين خضوعها للاحتلال الفرنسي، الذي عمل على طمس الأنظمة الإسلامية، وإحلال أنظمة أخرى تتفق مع سياساته التي ترمي لتحقيق أهدافه.

الفرع الأول: مفهوم الضبط الإداري البلدي.

أولاً: تعريف الضبط الإداري وخصائصه.

1- الضبط لغة: الضبط في اللغة عبارة عن الحزم⁽¹⁾، وضبط الشيء حفظه بالحزم⁽²⁾، والرجل ضابط أي حازم⁽³⁾.

2- الضبط الإداري اصطلاحاً: لم يضع المشرع الجزائري تعريفاً للضبط الإداري، وإنما اكتفى بتحديد أغراضه بصفة عامة⁽⁴⁾، أما من الناحية الفقهية فقد وضع رجال القانون للضبط الإداري تعريفات كثيرة؛ تختلف هذه التعريفات باختلاف وجهة نظر أصحابها، وذلك باختلاف النواحي التي ينظر من خلالها لفكرة الضبط الإداري، وتتمثل هذه النواحي في ما يلي:

أ- الضبط الإداري من الناحية العضوية: يعرف أحمد محيو الضبط الإداري من هذه الناحية بأنه: «مجموع الأشخاص المكلفين بتنفيذ الأنظمة وبحفظ النظام»⁽⁵⁾، ويقصد بالأشخاص هنا قوات الشرطة أو جهاز الشرطة⁽⁶⁾، فالتعريف يركز هنا على الجانب العضوي الشكلي لفكرة الضبط الإداري دون التطرق إلى العناصر، والجوانب المادية الموضوعية لهذه الفكرة⁽⁷⁾، فهذا التعريف لا يفي بصورة كاملة عن تعريف الضبط الإداري.

ب- الضبط الإداري من الناحية الموضوعية: يعرف مصطفى أبو زيد فهمي الضبط الإداري بأنه: «عبارة عن قيود، وضوابط ترد على نشاط الأفراد في ناحية، أو عدة نواحي من الحياة البشرية»⁽⁸⁾، فقد تم التركيز في التعريف على الجانب الموضوعي المادي البحت، أي نشاط الإدارة المتمثل في فرض القيود والضوابط على نشاط الأفراد من غير التطرق للجانب العضوي، والمتمثل في الهيئات والأشخاص التي تقوم بممارسة النشاط الإداري⁽⁹⁾، فبالرغم من أن المعنى المادي هو الأهم في القانون الإداري، لأنه يمثل مجموع التدخلات الإدارية التي تضع حدوداً للحريات الفردية⁽¹⁰⁾، إلا أن هذا التعريف يعد ناقصاً بإهماله للجانب العضوي من تعريف الضبط الإداري.

ج- الضبط الإداري من الناحية الموضوعية والعضوية: أورد بعض الفقهاء تعريفات تجمع بين المعيارين العضوي والموضوعي، نذكر منها التعريف الذي أورده طعيمة الجرف التي عرفتها الضبط الإداري بأنه: «مجموعة ما تفرضه

(1) الجرجاني، التعريفات، تحقيق إبراهيم الأبياري، بيروت، 1405هـ، دار الكتاب العربي، ص 179.

(2) ابن منظور، لسان العرب، ط 1، 15 مج - بيروت، دار صادر- مج 7، ص 340، مادة (ضبط).

(3) ابن منظور، لسان العرب، مج 7، ص 340، مادة (ضبط).

(4) ناصر لباد، القانون الإداري - النشاط الإداري - ج 2، ط 1، الجزائر، 2004م، مطبعة SARP، دالي إبراهيم، ج 2، ص 05.

(5) أحمد محيو، محاضرات في المؤسسات الإدارية، ترجمة محمد عرب صاصيلا، ط 3، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، ص 398.

(6) ينظر: أحمد محيو، محاضرات في المؤسسات الإدارية، ص 398 - 399، وعمور سيلامي، الضبط الإداري البلدي في الجزائر، رسالة ماجستير،

1988 م، معهد العلوم القانونية والإدارية، جامعة الجزائر، ص 06.

(7) عمار عوادي، القانون الإداري - النشاط الإداري - ج 2، الجزائر، 2002م، ديوان المطبوعات الجامعية، ج 2، ص 09.

(8) مصطفى أبو زيد فهمي، القانون الإداري، مصر، 1993م، الدار الجامعية، ص 160.

(9) عمار عوادي، القانون الإداري، ج 2، ص 09.

(10) أحمد محيو، محاضرات في المؤسسات الإدارية، ص 399.

السلطة العامة من أوامرو نواه وتوجهات ملزمة للأفراد بغرض تنظيم حرياتهم العامة، أو بمناسبة ممارستها لنشاط معين بهدف صيانة النظام العام في المجتمع»⁽¹⁾.

كما عرّف عبد الغني بسيوني عبد الله الضبط الإداري بأنه: «مجموع الإجراءات والأوامر، والقرارات التي تتخذها السلطة المختصة بالضبط من أجل المحافظة على النظام العام في المجتمع»⁽²⁾.
وعرّفه قدارة مالك بأنه: «عبارة عن قيود، وضوابط تفرضها السلطة العامة على نشاط الفرد، أو الأفراد خدمة لمقتضيات النظام العام»⁽³⁾.

وبالرغم من أن هذه التعاريف تجمع بين المعيارين العضوي والموضوعي، إلا أنها لم تحدّد الأساس القانوني الذي تمارس في إطاره هيئات الضبط الإداري نشاطها الإداري، والمتمثل في اتخاذ الأوامر، والنواهي، أو الإجراءات الوقائية التي تقيد من حريات الأفراد، وذلك بغرض تنظيم النشاط الفردي، للمحافظة على النظام العام، فالأساس القانوني الذي تتخذ هيئات الضبط الإداري في إطاره تلك الإجراءات هو القانون، ولذلك كانت هذه التعاريف ينقصها الضبط، والدقة.

ويرجع السبب في ذلك إلى أن تقييد حريات الأفراد ليس من اختصاص الإدارة، بل يعود للسلطة التشريعية بوصفها الضامنة للحقوق، والحريات؛ فهي المختصة بتقييد بعض الحريات والممارسات تبعاً لخطورتها على النظام العام في الجماعة، وما على سلطة الضبط الإداري إلا تنفيذ القوانين، والأنظمة المتعلقة بالضبط الإداري، وذلك عن طريق التنظيم الوقائي لضبط ممارسة الأفراد حرياتهم، ونشاطاتهم وفق ما ينص عليه القانون⁽⁴⁾.

وانطلاقاً ممّا سبق؛ فقد أورد بعض الفقهاء تعريفات دقيقة للضبط الإداري، فبالإضافة إلى جمع هذه التعريفات بين المعيارين الموضوعي والعضوي، فقد حدّدت الإطار القانوني، الذي تستند عليه هيئات الضبط الإداري في فرضها للقيود على حريات الأفراد، ومن تلك التعريفات نجد تعريف عمّار عوابدي للضبط الإداري بأنه: «هو كل الأعمال، والإجراءات، والأساليب القانونية، والمادية، والفنية التي تقوم بها السلطات الإدارية المختصة، وذلك بهدف ضمان المحافظة على النظام العام بطريقة وقائية في نطاق النظام القانوني للحقوق، والحريات السائدة في الدولة»⁽⁵⁾.

يفيد هذا التعريف، بأن النصوص التشريعية تعدّ بمثابة الأساس، الذي تتولى في حدوده هيئات الضبط الإداري ممارسة نشاطها الإداري، والمتمثل في اتخاذ التدابير، والإجراءات الوقائية التي تهدف للحفاظ على النظام العام، وحمايته؛ وهذا ما يميزه عمّا سبقه من تعريفات، فهو يضيف تحديد الإطار القانوني إلى جانب جمعه بين المعيارين الموضوعي والعضوي ممّا يجعله تعريفاً جامعاً مانعاً في تحديده للمعنى الدقيق لفكرة الضبط الإداري.

(1) طعيمة الجرف، القانون الإداري والمبادئ العامة في تنظيم ونشاط السلطات الإدارية (دراسة مقارنة)، ط4، القاهرة، 1978م، دار النهضة العربية، ص487.

(2) عبد الغني بسيوني عبد الله، النظرية العامة في القانون الإداري - دراسة مقارنة لأسس ومبادئ القانون الإداري وتطبيقاتها في مصر - الإسكندرية، الإسكندرية، 2003م، منشأة المعارف، ص390.

(3) قدارة مالك - ضابط شرطة بأمن ولاية تبسة -، "الشرطة الإدارية"، مجلة الشرطة، تصدر عن المديرية العامة للأمن الوطني، ع67، سبتمبر 2002م، ص50.

(4) عمّور سيلامي، الضبط الإداري البلدي في الجزائر، ص08، ولطرش حمّو، سلطات الضبط الإداري الولائي في الجزائر، ص10.

(5) عمّار عوابدي، القانون الإداري، ج2، ص10.

3- خصائص الضبط الإداري: تتسم فكرة الضبط الإداري بعدة خصائص تتميز بها عن بقية وظائف السلطة التنفيذية في الدولة، وتتمثل هذه الخصائص فيما يلي:

أ- الصفة الإدارية: يعتبر الضبط الإداري فكرة إدارية بحتة من الناحية العضوية، والموضوعية، والقانونية⁽¹⁾؛ وقد أسند المشرع مهمة القيام بالضبط الإداري للسلطة التنفيذية، وذلك لما تتطلبه هذه الوظيفة من السرعة في التدخل لحماية النظام العام، ونظراً لطبيعة مهمة السلطة التنفيذية في تنفيذ القوانين حيث يجب عليها تهيئة الأوضاع ليسود النظام، والأمن في المجتمع⁽²⁾.

ب- الصفة الوقائية: يتميز الضبط الإداري بالطابع الوقائي، حيث تظهر هذه الخاصية في الأسلوب المستعمل من طرف السلطة الإدارية، بمناسبة تأديتها لوظيفتها الإدارية، وذلك عن طريق اتخاذ الإجراءات والتدابير الوقائية المانعة من وقوع الجريمة، أو الفوضى، والإضراب. أي: قبل أن يقع الإخلال فعلياً بالنظام العام.

ج- الصفة الإلزامية: تعتبر فكرة الضبط الإداري من أقوى مظاهر فكرة التعبير عن السلطة العامة، والسيادة في مجال الوظيفة الإدارية في الدولة، وتتجلى هذه السيادة في مجموعة الصلاحيات، التي تقوم بها السلطة الإدارية المخولة قانوناً بممارسة وظيفة الضبط الإداري، بغرض المحافظة على النظام العام⁽³⁾، فممارسة وظيفة الضبط الإداري تكون بصفة إلزامية، باعتبارها مظهر للسلطة العامة، والسيادة من أجل فرض النظام العام في الدولة الحديثة، وذلك مثل إصدار قرارات، وإجراءات التنفيذ الجبري؛ فهي تعبر عن مظهر من مظاهر السيادة، والسلطة العامة في الدولة⁽⁴⁾.

ثانياً: الأساس القانوني للضبط الإداري البلدي.

يختص رئيس المجلس الشعبي البلدي بصفته ممثلاً للدولة بممارسة إجراءات الضبط الإداري في الحدود الإقليمية الإدارية التابعة للبلدية، فيسهر رئيس المجلس الشعبي البلدي على المحافظة على النظام العام في إقليم البلدية، حيث تنص عليه م 88 من قانون البلدية⁽⁵⁾ على أنه: «يقوم رئيس المجلس الشعبي البلدي، تحت إشراف الوالي بما يأتي: تبليغ وتنفيذ القوانين والتنظيمات على إقليم البلدية. السهر على النظام، والسكينة، والنظافة العمومية ...».

وقد جاءت م 94 من نفس القانون موضحة ومفصلة لصلاحيات رئيس البلدية في مجال الضبط الإداري، حيث نصت على أنه: «في إطار احترام حقوق وحريات المواطنين، يكلف رئيس المجلس الشعبي البلدي على الخصوص بما يأتي:

➤ السهر على المحافظة على النظام العام وأمن الأشخاص والممتلكات،

(1) عمّار عوابدي، القانون الإداري، ج 2، ص 11.

(2) عمّور سيلامي، الضبط الإداري البلدي في الجزائر، ص 14، ولطرش حمّو، سلطات الضبط الإداري الولائي في الجزائر، ص 13.

(3) محمد عصفور، البوليس والدولة، القاهرة، 1971م، مطبعة الاستقلال الكبرى، ص 27 و 254-296، نقلاً عن: عمّار عوابدي، القانون الإداري، ج 2، ص 11.

(4) لطرش حمّو، سلطات الضبط الإداري الولائي في الجزائر، رسالة ماجستير، 2002م، كلية الحقوق والعلوم الإدارية جامعة الجزائر، ص 15.

(5) قانون رقم 10-11 المؤرخ في 20 رجب عام 1432 هـ الموافق 22 يونيو سنة 2011م يتعلق بالبلدية (ج.ر.ج.ج المؤرخة في 03-07-2011م، ص 48، ع 37، ص 04 وما بعدها).

- التأكد من الحفاظ على النظام العام في كل الأماكن العمومية التي يجري فيها تجمع الأشخاص، ومعاينة كل مساس بالسكينة العمومية، وكل الأعمال التي من شأنها الإخلال بها.
 - تنظيم ضبطية الطرقات المتواجدة على إقليم البلدية مع مراعاة الأحكام الخاصة بالطرقات ذات الحكة الكثيفة.
 - السهر على حماية التراث التاريخي والثقافي ورموز ثورة التحرير،
 - السهر على احترام المقاييس، والتعليمات في مجال العقار والسكن والتعمير وحماية التراث الثقافي المعماري،
 - السهر على نظافة العمارات، وضمان سهولة السير في الشوارع، والمساحات، والطرق العمومية.
 - السهر على احترام التنظيم في مجال الشغل المؤقت للأماكن التابعة للأماكن العمومية والمحافظة عليها،
 - اتخاذ الاحتياطات، والتدابير الضرورية لمكافحة الأمراض المتنقلة أو المعدية، والوقاية منها.
 - منع تشرد الحيوانات المؤذية، والضارة.
 - السهر على سلامة المواد الغذائية الاستهلاكية المعروضة للبيع.
 - السهر على احترام تعليمات نظافة المحيط وحماية البيئة،
 - ضمان ضبطية الجنائز، والمقابر طبقاً للعادات، وحسب مختلف الشعائر الدينية، والعمل فوراً على دفن كل شخص متوفى بصفة لائقة دون تمييز للدين أو المعتقد ...».
- كما حوّل القانون البلدي لرئيس المجلس الشعبي البلدي أن يستعين في أداء مهامه بسلك الشرطة، وعند الاقتضاء تسخير قوات الشرطة أو الدرك الوطني، حيث تنص م 93 من قانون البلدية على أن: «يعتمد رئيس المجلس الشعبي البلدي قصد ممارسة صلاحياته في مجال الشرطة الإدارية على سلك الشرطة البلدية التي يحدّد قانونها الأساسي عن طريق التنظيم.
- يمكن رئيس المجلس الشعبي البلدي، عند الاقتضاء، تسخير قوات الشرطة أو الدرك الوطني المختصة إقليمياً حسب الكيفيات المحددة عن طريق التنظيم.».
- وعليه، فإنه يمكننا القول بأن قانون البلدية يُعدّ الأساس القانوني لممارسة رئيس المجلس الشعبي البلدي لسلطة الضبط الإداري على المستوى المحلي لإقليم البلدية، حيث جاء هذا القانون موضحاً ومفصلاً لسلطات رئيس البلدية في مجال الضبط الإداري.
- الفرع الثاني: مفهوم الحسبة.
- أولاً: تعريف الحسبة.

1- الحسبة لغة: حُسِنَ التديير. يُقال فلان حَسَنُ الحسبة في الأمر، أي حَسَنُ التديير والنظر فيه⁽¹⁾.

2- الحسبة اصطلاحاً: اختلفت تعابير فقهاء السياسة الشرعية - المتقدمين منهم والمحدثين - بصدد تعريفهم الاصطلاحي للحسبة، وسنورد تعريفات كل من المتقدمين والمتأخرين على حدى، كما سنتعرض لنقد هذه التعريفات حتى نخلص لتعريف راجح يناسب الموضوع.

(1) ابن منظور، لسان العرب، مج 1، ص 317.

أ- تعريف الحسبة عند المتقدمين: يعرف الماوردي الحسبة بأنها: «أمر بالمعروف إذا ظهر تركه، ونهي عن المنكر إذا ظهر فعله»⁽¹⁾، كما عرفها أبو يعلى الفراء بأنها: «أمر بالمعروف إذا ظهر تركه، ونهي عن المنكر إذا ظهر فعله»⁽²⁾، وإلى نفس المعنى ذهب ابن الإخوة الذي عرفها بأنها: «أمر بالمعروف إذا ظهر تركه، ونهي عن المنكر إذا ظهر فعله وإصلاح بين الناس»⁽³⁾.

ويتضح من خلال هذه التعريفات بأنها لا تتفق مع طبيعة موضوع البحث، ذلك أنها تجمع بين مسؤولية المحتسب باعتباره موظفاً رسمياً يعين من طرف الدولة ويسمى المحتسب الوالي، ومسؤولية المحتسب المتطوع، في حين أن موضوع البحث يتطلب منا دراسة الحسبة باعتبارها وظيفة رسمية.

ب- تعريف الحسبة عند المتأخرين: يعرف منير العجلاني الحسبة بأنها: «اسم لمنصب في الدولة الإسلامية، كان صاحبه بمنزلة (مراقب) للتجار وأرباب المهن، والحرف، يمنعهم من الغش في عملهم، وموضوعاتهم، ويأخذهم باستعمال المكاييل، والموازين الصحيحة، وربما سحر عليهم بضائعهم»⁽⁴⁾، ويتضح من هذا التعريف بأنه حصر مهمة المحتسب في نطاق محدود، إذ جعلها تتناول فقط المسائل التجارية، والاقتصادية، في حين أن الحسبة أعم وأشمل، وذلك لأنها تشمل جميع مناحي الحياة الاقتصادية، والاجتماعية، والثقافية، فمهمة والي الحسبة لا تقتصر على جانب واحد.

ويعرف محمد المبارك الحسبة بأنها: «رقابة إدارية تقوم بها الدولة عن طريق موظفين خاصين على نشاط الأفراد في مجال الأخلاق، والدين، والاقتصاد، أي في المجال الاجتماعي بوجه عام للعدل والفضيلة، وفقاً للمبادئ المقررة في الشرع الإسلامي، وللأعراف في كل بيئة وزمان»⁽⁵⁾، والقصور الذي يعتري التعريف هو أنه لم يحدد اشتراط الظهور في المنكر، والذي يعدّ جانباً أساسياً للقيام بوظيفة الحسبة.

ويعرفها عبد الله محمد عبد الله بأنها: «سلطة تخوّل صاحبها حق مباشرة الأمر بالمعروف إذا ظهر تركه، والنهي عن المنكر إذا ظهر فعله، بتفويض من الشارع، أو توليه من الإمام، وتوقيع العقاب على المخالفين بمقتضى أحكام الشريعة في حدود اختصاصه»⁽⁶⁾، فالتعريف يشمل المحتسب الوالي والمتطوع.

وعلى ضوء هذه الانتقادات، فإنه يمكننا أن نضع للحسبة، تعريفاً يسلم من المآخذ التي أوردناها على التعريفات السابقة، فنعرّف الحسبة بأنها: «عبارة عن وظيفة إدارية، تقوم بها الدولة عن طريق والي الحسبة، إذ تخوّل صاحبها سلطة الأمر بالمعروف إذا ظهر تركه، والنهي عن المنكر إذا ظهر فعله، بهدف المنع من الإخلال بالنظام العام».

(1) الماوردي، الأحكام السلطانية والولايات الدينية، بيروت، 1422 هـ - 2001 م، المكتبة العصرية، ص 260.

(2) أبو يعلى الفراء، الأحكام السلطانية، بيروت، 1414 هـ - 1994 م، دار الفكر، ص 32.

(3) ابن الإخوة، معالم القرية في أحكام الحسبة، تحقيق إبراهيم شمس الدين، ط1، بيروت، 1421 هـ - 2001 م، دار الكتب العلمية، ص 13.

(4) منير العجلاني، عبقرية الإسلام في أصول الحكم، بيروت، 1409 هـ - 1988 م، دار النفائس، ص 288.

(5) محمد المبارك، الدولة ونظام الحسبة عند ابن تيمية، دمشق، دار الفكر، ص 73 - 74، نقلاً عن: عبد الله محمد عبد الله، ولاية الحسبة في

الإسلام، ط1، القاهرة، 1416 هـ - 1996 م، مكتبة الزهراء، ص 58.

(6) عبد الله محمد عبد الله، ولاية الحسبة في الإسلام، ص 60 - 61.

ومن خلال هذا التعريف للحسبة، يتبين لنا بأنه إذا كان الضبط الإداري البلدي يقوم به رئيس المجلس الشعبي البلدي، فإن الحسبة يقوم عليها والي الحسبة، كما أن الإجراءات التي تقوم بها السلطان بهدف المحافظة على النظام العام تختلفان من حيث الإطار المنظم لعمليهما، فإذا كان القانون يُعدّ الأساس الذي تتولى في حدوده هيئات الضبط الإداري ممارسة نشاطها الإداري، فإن أحكام الشريعة الإسلامية تُعدّ الأساس الذي يتولى في حدوده والي الحسبة ممارسة نشاطه الرقابي.

ثانياً: نبذة تاريخية عن نشأة نظام الحسبة وتطوره.

لقد ابتدأت فكرة الحسبة مع بداية التاريخ الإسلامي على أساس الأمر بالمعروف، والنهي عن المنكر؛ لذا فإن فكرة الحسبة بالمفهوم الفعلي، قد ابتدأت مع البدايات الأولى لنشأة المجتمع الإسلامي في المدينة⁽¹⁾؛ حيث اتضحت معالمها منذ زمن الرسول -صلى الله عليه وسلم- تشهد لذلك سيرته، وسنته العملية، إذ كان الرسول -صلى الله عليه وسلم- أول محتسب في الإسلام احتسب في كل شأن من شؤون الحياة، فكان أمراً بالمعروف إذا رآه متروكاً، ناهياً عن المنكر إذا وجده مفعولاً⁽²⁾، واستمرت الحسبة في عهد الخلفاء الراشدين امتداداً لعصر النبوة⁽³⁾.

أما نظام الحسبة من حيث كونه نظاماً مستقلاً في السلطة، يُباشر دور الرقابة لحماية المصالح الجماعية، وذلك من خلال الأمر بالمعروف إذا ظهر تركه، والنهي عن المنكر إذا ظهر فعله، فإننا نجد بأن بروز هذا النظام كان خلال العصر العباسي من التاريخ الإسلامي لما دعت الحاجة لذلك، حيث ازدهرت الحياة الاجتماعية، واتسع مجال التجارة، ونمت حركة الأسواق، وتعدّدت المهن ...، فكان لا بدّ من وضع نظام للرقابة، يملك من الصلاحيات الجزرية ما يُمكنه من منع المنكر قبل ارتكابه، كما يتدخّل للإنكار بعد ظهوره واستمراره، فظهرت ولاية الحسبة قوية السلطة، محدّدة الهدف، يُمارسها أصحاب الاختصاص، ممّن توكل إليهم السلطة أمرها، ويروى بأنّها ظهرت في عصر المهدي، وبعضهم يقول في عصر الرشيد⁽⁴⁾.

ولما أُلغي نظام الحسبة في سائر البلاد الإسلامية، تمّ توزيع أعمال وظيفته في الوقت الحاضر ما بين هيئات مختلفة إدارية، وقضائية، فما كان يقوم به المحتسب من مهام واختصاصات سابقاً في ميادين مختلفة لم تُعدّ تُباشره حالياً هيئة واحدة، لذا لا يُمكن أن نجد لوظيفة الحسبة مُقابلاً، يقوم بجميع وظائفها في أيّ من أجهزة الدولة المختلفة.

(1) محمد فاروق النهان، أبحاث إسلامية في التشريع والفكر والحضارة، ط1، بيروت، 1406 هـ- 1986م، مؤسسة الرسالة، ص180.

(2) عز الدين يحيى، ضوابط الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر-دراسة فقهية أصولية- رسالة ماجستير، قسم الفقه وأصوله، 1996م، كلية أصول الدين، جامعة الجزائر، ص28.

(3) لتفصيل النصوص الواردة في الحسبة في عهد النبي-صلى الله عليه وسلم- وعصر الخلفاء الراشدين-رضي الله عنهم- ينظر: فضل إلهي، الحسبة في العصر النبوي وعصر الخلفاء الراشدين-رضي الله عنهم، ط2، الرياض، 1998م، مؤسسة الجرسني، ص6-38.

(4) محمد فاروق النهان، أبحاث إسلامية في التشريع والفكر والحضارة، ص182.

المطلب الثاني: دور الضبط الإداري البلدي والحسبة في حفظ الصحة العامة وجمال المدينة.

يقوم رئيس المجلس الشعبي البلدي باتخاذ عدة إجراءات تهدف للمحافظة على الصحة العامة وجمال المدينة، وهو ما يُكرسه عمل المحتسب في النظام الإسلامي، لذا يجدر بنا أن نتناول في البداية دور الضبط الإداري البلدي والحسبة في حفظ الصحة العامة (الفرع الأول) باعتبار أن هذه الأخيرة تمثل أحد أهم العناصر التقليدية للنظام العام، وتعرض بعدها لدور الضبط الإداري البلدي والحسبة في حفظ جمال المدينة (الفرع الثاني) باعتبار أن هذا الأخير يمثل أحد أهم العناصر الحديثة للنظام العام.

الفرع الأول: دور الضبط الإداري البلدي والحسبة في حفظ الصحة العامة.

أولاً: دور الضبط الإداري البلدي في حفظ الصحة العامة.

1- الصحة العامة: يتناول موضوع الصحة العمومية حفظ النظافة العمومية، لأنها الطريق الأمثل للصيانة الصحية العمومية⁽¹⁾ وذلك باتخاذ الإجراءات، والاحتياطات الوقائية للأزمة لمنع وجود المخاطر التي تهدد الناس في صحتهم⁽²⁾، أيّاً كان مصدر الخطر، أو المرض، سواءً كان مصدره الحيوان، أو المياه، أو أي مادة أخرى⁽³⁾، إذ يتطلب ذلك من سلطات الضبط الإداري أن تتخذ إجراءات التطعيم والفحوص الدورية؛ كتحصين المواطنين ضدّ الأمراض المعدية بواسطة المصالح الصحية والبيطرية وكفالة الرقابة الدقيقة للتحقق من نظافة الأغذية، والسهر على قواعد النظافة لمنع انتشار الأمراض والأوبئة، ومكافحة آثارها إذا وقع بعضها⁽⁴⁾.

إنّ هذه الإجراءات من شأنها المحافظة على صحة المواطن في مأكله، ومشربه، وملبسه، ومسكنه، وفي المحيط الذي يعيش فيه، ذلك أن هذه الإجراءات تتضمن تنقية مياه الشرب من الجراثيم، والشوائب العالقة بها لتكون صالحة للاستعمال الصحي، وتفتيش أنابيب المياه لضمان سلامتها، ونظافتها من التلوث، وتنظيم المجاري العامة للمياه الناتجة عن الاستعمال المنزلي، والمياه المختلفة عن المصانع والورش بأفضل الطرق الصحية لتصريف محتوياتها في أماكن بعيدة عن الأحياء السكنية، واتخاذ الوسائل الكفيلة بالقضاء على ما تحتويه من جراثيم، وميكروبات عند استخدام مياهها في الأغراض الزراعية.

ويدخل في هذا الإطار أيضاً، مراقبة مخازن المواد الغذائية، ومحلات بيعها، والتفتيش على المطاعم، والمخابز، والمذابح، والمقاهي، ومحلات الحلوى، وبيع الألبان، ومنتجاتها، وغيرها من المواد الغذائية التي تحتاج إلى درجة عالية من النظافة، والعناية من أجل الاطمئنان إلى سلامتها، ونظافتها⁽⁵⁾ وكذلك إجراءات الضبط الإداري، للتأكد من سلامة صحّة الأشخاص الوافدين من الخارج والسلع المستوردة⁽⁶⁾.

(1) ناصر لباد، القانون الإداري، ج 2، ص 21.

(2) عمّار عوابدي، القانون الإداري، ج 2، ص 31.

(3) عمّار بوضياف، الوجيز في القانون الإداري، الجزائر، دار ريحانة، ص 202.

(4) ينظر: أحمد غاي، الوجيز في تنظيم ومهام الشرطة القضائية، الجزائر، 2005م، دار هومه، ص 95، وطعيمة الجرف، القانون الإداري، ص 490، ومصطفى أبو زيد فهي، القانون الإداري، ص 165.

(5) ينظر: محمد رفعت عبد الوهاب، مبادئ وأحكام القانون الإداري، بيروت، 2002م، منشورات الحلبي الحقوقية، ص 236-237، وعبد الغني بسيوني عبد الله، النظرية العامة في القانون الإداري، ص 495.

(6) ناصر لباد، القانون الإداري، ص 21.

وتجدر الإشارة إلى أن سلطات الضبط الإداري لا تتدخل فقط عند ظهور الخطر، أو المرض وإثما قبله أيضاً، وهو الأصل في إجراءات الضبط الإداري⁽¹⁾، فإذا اقتصر تدخل هيئات الضبط الإداري فقط عند ظهور الخطر، أو المرض، فإن ذلك من شأنه أن يؤدي للإخلال بنظام الصحة العمومية كتفشي الأوبئة، والأمراض، وانعدام النظافة في الأماكن العمومية قد يؤدي لاضطراب النظام العام⁽²⁾.

إن سلطات الضبط الإداري، يلزمها أن تتخذ كافة الاحتياطات فيما يخص كل ما من شأنه المساس بالصحة العامة، وذلك باتخاذ الإجراءات اللازمة، والمخولة لها دستورياً، وقانونياً، وهذه النصوص القانونية كثيرة؛ فهي تتيح لهيئات الضبط الإداري صلاحيات، واختصاصات واسعة بهدف الحفاظ على النظافة العامة، التي من شأنها وقاية الصحة العمومية.

2- بعض النصوص التشريعية المتعلقة بحفظ الصحة العامة في التشريع البلدي:

جاءت عدة نصوص تشريعية، تُفيد ضرورة المحافظة على عنصر الصحة العامة، ومن بين هذه النصوص نجد ما نصت م 88 ف 1 و 3 و 4 من قانون البلدية على أنه: «يقوم رئيس المجلس الشعبي البلدي، تحت إشراف الوالي بما يأتي:

السهر على النظام، والسكينة، والنظافة العمومية.

السهر على حسن تنفيذ التدابير الاحتياطية والوقاية والتدخل في مجال الإسعاف ...».

ومن المهام التي يتولاها رئيس المجلس الشعبي البلدي أيضاً، ما نصت عليه م 94 ف 1 و 7 و 9 و 11 و 12 من نفس القانون، حيث نصت على أنه: «في إطار احترام حقوق وحريات المواطنين، يكلف رئيس المجلس الشعبي البلدي على الخصوص بما يأتي:

السهر على نظافة العمارات، وضمان سهولة السير في الشوارع، والمساحات، والطرق العمومية.

اتخاذ الاحتياطات، والتدابير الضرورية لمكافحة الأمراض المتنقلة أو المعدية، والوقاية منها.

السهر على سلامة المواد الغذائية الاستهلاكية المعروضة للبيع.

السهر على احترام تعليمات نظافة المحيط وحماية البيئة».

كما نصت م 123 أيضاً على ما يلي: «تسهر البلدية بمساهمة المصالح التقنية للدولة على احترام التشريع والتنظيم المعمول بهما المتعلقين بحفظ الصحة والنظافة العمومية ولا سيما في مجالات:

- توزيع المياه الصالحة للشرب،
- صرف المياه المستعملة ومعالجتها،
- جمع النفايات الصلبة ونقلها ومعالجتها،
- مكافحة نواقل الأمراض المتنقلة،
- الحفاظ على صحة الأغذية والأماكن والمؤسسات المستقبلية للجمهور ...».

(1) عمار بوضيف، الوجيز في القانون الإداري، ص 202.

(2) لطرش حمو، سلطات الضبط الإداري ألولائي في الجزائر، ص 69.

وعليه، فإن هذه النصوص القانونية البلدية، تُتيح لرئيس المجلس الشعبي البلدي التدخل لأجل اتخاذ الإجراءات الوقائية اللازمة، للمحافظة على عنصر الصحة العامة من النظام العام؛ لأنها تفسح المجال أمام سلطات الضبط الإداري للقيام بمسؤوليتها في حفظ الصحة العامة للمواطنين، فمن واجبها تطبيق تلك النصوص فيما يخص مهمتها الضبطية.

وبناء على ما سبق، فإنه يمكننا تحديد أهم اختصاصات الضبط الإداري البلدي المتعلقة بحفظ الصحة العامة، وهي:

- المحافظة على النظافة العمومية في الطرق والأماكن العمومية.
- القضاء على مصادر وجود المخاطر الصحية، كاتخاذ إجراءات التطعيم، والفحوص الدورية للتأكد من السلامة الصحية للأشخاص الوافدين من الخارج، وصيانة قنوات الصرف الصحي
- التحقق من صلاحية المواد الغذائية الاستهلاكية.

وبالرغم من ثراء المنظومة التشريعية فيما يخص حفظ عنصر الصحة العامة من النظام العام إلا أن العبرة ليس بمدى ضخامة المنظومة التشريعية، ولكن العبرة بتجسيدها على أرض الواقع من قبل المسؤولين المختصين في الوقاية الصحية للمواطنين⁽¹⁾، فحفظ الصحة العمومية لأفراد المجتمع يؤدي لإنعاش التنمية الاقتصادية، والاجتماعية، لأن الجسم السليم، والمحيط النظيف عامل مهم في جعل الأفراد عناصر إيجابية في المجتمع.

ثانياً: دور الحسبة في حفظ الصحة العامة.

أدت ولاية الحسبة دوراً كبيراً في مجال حفظ الصحة، حيث فرض المحتسب العديد من الضوابط لمباشرة كل حرفة، وذلك لكي يمنع ما قد ينجم من أضرار على صحة المجتمع، فكانت من أهم واجبات المحتسب مراقبة الأماكن العامة، والمهن التي ترتبط بنظافتها صحة الناس، مثل الصيدالة، والخبازين، والفرانين، والطباخين، واللحامين، وغيرهم⁽²⁾، فإن لمس إخلال بالتدابير الصحية أمرهم بمراعاتها، ويجوز له أن يُصادر السلع التي يراها ضارة بالمصلحة العامة، كما يجب عليه أن يمنع الأدوية التي قد تهدد حياة الناس، أو تضرّ بهم⁽³⁾.

وتذخر كتب الحسبة بنصوص كثيرة، تتضمن جوانب من أعمال المحتسب المتعلقة بحفظ الصحة، إذ تتعرض لذلك أثناء ذكرها لاختصاصات المحتسب، ومن بين تلك النصوص نجد ما ذكره الغزالي حين قال: «... وكذلك ذبح القصاب، إذا كان يذبح في الطريق حذاء باب الحانوت ويلوث الطريق بالدم؛ فإنه منكريمه، بل حقه أن يتخذ في دُكانه مذبحاً، فإن في ذلك تضييقاً بالطريق، وإضراراً بالناس، بسبب ترشيش النجاسة، وبسبب استقذار الطابع للقاذورات ...»⁽⁴⁾.

ويقول الشيزري فيما يتعلق بالحسبة على الخبازين، حيث يقول: «ينبغي أن ترفع سقائف حوانيتهم، وتفتح أبوابها، ويجعل في سقوف الأفران منافس واسعة يخرج منها الدخان، لئلا يتضرر بذلك الناس، وإذا فرغ الخباز من

(1) لطرش حمّو، سلطات الضبط الإداري الولائي في الجزائر، ص 83.

(2) محمود عبد المولى، التلوث البيئي، الإسكندرية، 2003م، مؤسسة شباب الجامعة، ص 108 – 109.

(3) محمد فاروق النيهان، أبحاث إسلامية، ص 186 – 187.

(4) الغزالي، إحياء علوم الدين، 5 مج، بيروت، دار الجيل، مج 3، ص 46.

إحماؤه، مسح داخل التنور بخرقه نظيفة، ثم شرع في الخبز ... ويأمرهم بنظافة أوعية الماء، وتغطيتها، وغسل المعاجن، ونظافتها، وما يغطى به الخبز، وما يحمل عليه ...⁽¹⁾، ثم بعد ذلك يقول: «... ولا يعجن العجان بقدميه، ولا بركبته، ولا بمرفقيه؛ لأن في ذلك مهانة للطعام، وربما قطر في العجين شيء من عرق إبطيه، وبدنه ...، ويكون ملثماً أيضاً؛ لأنه ربما عطس، أو تكلم، فقطر شيء من بصاقه، أو مخاطه في العجين ...»⁽²⁾.

وما يلاحظ من خلال هذه النصوص، هو تلك الدقة فيما ينبغي للمحتسب مراعاته، وهذا عند نشاطه في ممارسة اختصاصاته الوظيفية، حيث يُعدّ ذلك خير شاهد على ما كانت عليه الحضارة الإسلامية في ذلك الوقت؛ فهذه النصوص تبين أهمية حفظ الصحة عند المسلمين، ومراعاتهم لقواعد النظافة، وهذا في وقت كانت فيه أوروبا متأخرة في هذا المجال⁽³⁾، وبالتالي يمكننا أن نقول، بأن حفظ الصحة العامة مظهر من مظاهر الضبط الإداري في نظام الحسبة، فالحضارة الإسلامية سبقت الفقه الغربي في العناية بحفظ الصحة العامة، وحمايتها، والنصوص التي تزخر بها كتب الحسبة في هذا المجال خير شاهد على ذلك.

ولعلّ أهم اختلاف يمكن تسجيله بين عمل الضبط الإداري البلدي والمحتسب هو أن نشاط الضبط الإداري ينتهي باتخاذ الإجراءات الوقائية اللازمة لمنع وجود المخاطر التي تهدد الناس في صحتهم، وعند الإخلال بتلك الإجراءات يتم التدخّل من قبل رئيس المجلس الشعبي البلدي باعتباره حامل لصفة الضبط القضائي لا باعتباره حامل لصفة الضبط الإداري، وفي المقابل فإن عمل المحتسب لا ينتهي باتخاذ تلك التدابير بل يوقّع العقوبة التعزيرية المناسبة عند ثبوت المخالفة، وهو ما يفتقر له عمل الضبط الإداري البلدي.

الفرع الثاني: دور الضبط الإداري البلدي والحسبة في حفظ جمال المدينة.

أولاً: دور الضبط الإداري البلدي في حفظ جمال المدينة.

1- جمال المدينة: يتمثل موضوع جمال المدينة في المحافظة على الجمال العمومي، ويقصد به اتخاذ كل الإجراءات المتعلقة بحماية المعالم الطبيعية، والآثار التاريخية، ومراعاة القواعد الهندسية المعمارية ومخططات العمران، بما يسمح بالمحافظة على المنظر العام للمدن، وشوارعها، ومراعاة عادات المجتمع وقيمه في إنشاء المباني، بحيث لا يشوّه المحيط، والذوق الجمالي العام للمدينة، كمظاهر البناء الفوضوي التي تعرفها كثير من المدن في عصرنا الحاضر، والتي تعدّ بمثابة المثال الحي لعدم مراعاة قواعد الجمال العمومي⁽⁴⁾.

ويعتبر الحفاظ على جمال المدينة من العناصر الحديثة للنظام العام، والذي تتولّى هيئات الضبط الإداري المحافظة عليه، وحمايته من كلّ ما من شأنه الإخلال به، وذلك عن طريق اتخاذ الإجراءات الوقائية اللازمة، والرامية إلى المحافظة على ما هو قائم بجماله، ورونقه، أو منع كل ما من شأنه إفساد هذا الجمال مستقبلاً⁽⁵⁾.

(1) الشيزري، نهاية الرتبة في طلب الحسبة، تحقيق الباز العريبي، ط2، بيروت، 1401هـ - 1981م، دار الثقافة، ص22.

(2) المصدر نفسه، ص22.

(3) سهام مصطفى أبو زيد، الحسبة في مصر الإسلامية، القاهرة، 1986م، الهيئة المصرية العامة للكتاب، ص202.

(4) أحمد غاي، الوجيز في تنظيم ومهام الشرطة القضائية، ص96.

(5) ناصر لباد، القانون الإداري، ج2، ص22.

وقد سائر المشرّع الجزائري ما انتهى إليه الفقه عموماً، والقضاء الفرنسي خصوصاً⁽¹⁾ حيث أسند إلى هيئات الضبط الإداري عموماً ورئيس المجلس الشعبي البلدي بوجه خاص مهمة القيام بواجب الحفاظ على النظافة العمومية، والعمل على مراعاة وتفعيل الجمال الرونقي للمدينة. ولما كان أول ما يقوم عليه جمال المدينة الاهتمام بنظافتها، فقد نصت أحكام م 88 ف 1 و 3 من قانون البلدية على أنه: «يقوم رئيس المجلس الشعبي البلدي، تحت إشراف الوالي بما يأتي: السهر على النظام، والسكينة، والنظافة العمومية ...».

ومن المهام التي يتولاها رئيس المجلس الشعبي البلدي في هذا الإطار أيضاً، ما نصت عليه م 94 ف 1 و 5 و 7 و 10 و 12 من نفس القانون، حيث نصت على أنه: «في إطار احترام حقوق وحريات المواطنين، يكلف رئيس المجلس الشعبي البلدي على الخصوص بما يأتي: السهر على حماية التراث التاريخي، والثقافي، ورموز ثورة التحرير الوطني. السهر على نظافة العمارات، وضمان سهولة السير في الشوارع، والمساحات، والطرق العمومية. منع تشرد الحيوانات المؤذية والضارة. السهر على احترام تعليمات نظافة المحيط وحماية البيئة ...».

كما نصت م 123 ف 1 و 3 من قانون البلدية على ما يلي: «تسهر البلدية بمساهمة المصالح التقنية للدولة على احترام التشريع والتنظيم المعمول بهما المتعلقين بحفظ الصحة والنظافة العمومية ولا سيما في مجالات: جمع النفايات الصلبة ونقلها ومعالجتها ...».

وبذلك، فإنه يمكننا تحديد أهم اختصاصات الضبط الإداري البلدي المتعلقة بحفظ جمال المدينة، وهي:

- المحافظة على النظافة العمومية بمنع كل ما من شأنه تشويه المحيط.

- المحافظة على كل ما هو قائم بجماله، ورونقه.

- العمل على حماية وترقية الطابع الجمالي، والمعماري للمدينة، وتزيينها.

ومن خلال ما سبق تقديمه فإن المشرّع الجزائري، أولى اهتماماً كبيراً للجمال الرونقي للمدن، وذلك بتكليف هيئات الضبط الإداري البلدي بالمحافظة على نظافة، وجمال المدن، والطرق، والمساحات الخضراء، والمساحات العمومية، وذلك بالقضاء على كل ما من شأنه أن يشوه جمال المدينة⁽²⁾، إلا أنّ ما يشاهده الناظر في واقع مدننا، من تشابك، وعدم انسجام في النسيج العمراني وتدهور المناخ البيئي العام، هو ناتج في الغالب عن تقصير الهيئات المختصة في أداء مهامها من جهة، وتدني في مستوى الحس الجمالي لدى المواطن من جهة أخرى⁽³⁾، ممّا يجعل تلك القواعد القانونية والتنظيمية، التي كان الهدف من وضع المشرّع لها؛ هو المحافظة على الجمال الرونقي للمدن تبقى حبراً على ورق، ما لم تتحمّل كلّ من السلطات المختصة، والمواطن قدر من المسؤولية الملقاة على عاتقه.

كما يتضح ممّا سبق بأن القاسم المشترك بين الصحة العامة وجمال المدينة هو المحافظة على النظافة العمومية، فاتخاذ التدابير التي تعمل على قيام هذا الجانب في المجتمع، يُحقّق لنا من ناحية حماية الصحة العامة، كما يُعدّ ذلك في حدّ ذاته بداية لتحقيق جمال المدينة، إذ لا جمال عمومي بدون تحقيق للنظافة العمومية.

(1) لطرش حمّو، سلطات الضبط الإداري الولائي في الجزائر، ص 115.

(2) لطرش حمّو، سلطات الضبط الإداري الولائي في الجزائر، ص 116.

(3) أحمد غاي، الوجيز في تنظيم ومهام الشرطة القضائية، ص 96.

ثانياً: دور الحسبة في حفظ جمال المدينة.

لقد جاءت في كتب الحسبة العديد من النصوص، تتضمن جوانب من أعمال المحتسب المتعلقة بحفظ نظافة المدينة، ورعاية مظهرها الجمالي، ومن بين تلك النصوص نجد:

قول الغزالي: «... وكذلك ذبح القصاب إذا كان يذبح في الطريق جذاء باب الحانوت ويلوث الطريق بالدم، فإنه منكر يمنع منه، بل حقه أن يتخذ في دكانه مذبحاً، فإن في ذلك تضييقاً بالطريق، وإضراراً بالناس، بسبب ترشيش النجاسة، وبسبب استقذار الطباع للقاذورات ...»⁽¹⁾ ثم يقول: «... وكذلك طرح القمامة على جواد الطرق، وتبديد قشور البطيخ، أو رشّ الماء بحيث يخشى منه الترتق، والتعثر، كل ذلك من المنكرات، وكذلك إرسال الماء من الميازيب المخرجة من الحائط في الطريق الضيقة، فإن ذلك ينجس الثياب، أو يضيق الطريق ...»⁽²⁾.

ويقول الشيزري: «وأما الطرقات، ودروب المحلات، فلا يجوز لأحد إخراج جدار داره، ولا دكانه فيها إلى الممرّ المعهود، وكذلك كل ما فيه أذية، وإضرار على السالكين، كالميازيب الظاهرة من الحيطان في زمن الشتاء، ومجاري الأوساخ الخارجة من الدور في زمن الصيف إلى وسط الطريق، بل يأمر المحتسب أصحاب الميازيب أن يجعلوا عوضها مسيلاً محفوراً في الحائط مكلساً يجري فيه ماء السطح، وكل من كان في داره مخرج للوسخ إلى الطريق، فإنه يكلفه سدّه في الصيف ويحفر في الدار حفرة يجتمع إليها»⁽³⁾.

أما ابن خلدون فيقول: «... ويحمل - أي المحتسب - الناس على المصالح العامة في المدينة...»⁽⁴⁾، إذ تُعدّ المحافظة على نظافة المدينة وجمالها مصلحة عامة، يلزم المحتسب باتخاذ الإجراءات اللازمة لحمايتها.

وعليه، فإنه من خلال النصوص السابقة، يتبين لنا الدور الذي كان يقوم به المحتسب للمحافظة على المظهر الجمالي للمحيط، والذي يعدّ بدوره مظهراً للضبط الإداري في نظام الحسبة.

وبناء على ما سبق، فقد جعل الفقهاء للمحتسب عدّة اختصاصات يقوم على تنفيذها في المجتمع، والتي تتعلق في مجملها بحفظ العناصر القانونية للنظام العام، ومن أهمها حفظ الصحة العامة وجمال المدينة، وبذلك يتبين لنا الدور الذي كان يقوم به المحتسب للحفاظ على تلك العناصر إبان قيام الحضارة الإسلامية من قرون عديدة. بينما لم يتعرض القانون الوضعي لهذه العناصر إلا في أواخر القرن التاسع عشر، ممّا يؤكد سبق النظام الإسلامي عن التشريع الوضعي في مجال الضبط الإداري.

يقول عمّار عوابدي: « ويعتبر أول، وأقدم نص تشريعي في العالم، تعرّض لتحديد العناصر المادية، لفكرة النظام العام كهدف لنشاط، وسلطات، وأعمال البوليس الإداري، القانون البلدي الفرنسي الصادر في 28 أوت - أغسطس - 1791م، والقانون الفرنسي الصادر في 05 أفريل 1884م، الذي حدّد عناصر، ومقومات النظام العام المادية ...»⁽⁵⁾.

(1) الغزالي، إحياء علوم الدين، مج3، ص46.

(2) المصدر نفسه، مج3، ص46.

(3) الشيزري، نهاية الرتبة في طلب الحسبة، ص14.

(4) ابن خلدون، المقدمة، بيروت، دار الجيل، ص249.

(5) عمّار عوابدي، القانون الإداري، ج2، ص29.

الخاتمة:

وفي نهاية هذا البحث نخلص للنتائج التالية:

1- يُعدّ قانون البلدية بمثابة الأساس القانوني لممارسة رئيس المجلس الشعبي البلدي لسلطة الضبط الإداري على المستوى المحلي لإقليم البلدية، حيث جاء هذا القانون موضعاً ومفصلاً لسلطات رئيس البلدية في مجال الضبط الإداري، والمتمثل في اتخاذ كافة التدابير، والإجراءات الوقائية التي تهدف للحفاظ على النظام العام، وفي المقابل يقوم المحتسب في النظام الإسلامي بالمحافظة على النظام العام في المجتمع الإسلامي.

2- يقوم رئيس المجلس الشعبي البلدي بحفظ الصحة العامة، وذلك باتخاذ كافة الإجراءات المتعلقة بالمحافظة على النظافة في الطرق والأماكن العمومية، والتحقق من صلاحية المواد الغذائية الاستهلاكية، وكذا القضاء على كل مصادر وجود المخاطر الصحية، كاتخاذ إجراءات التطعيم، والفحوص الدورية للتأكد من السلامة الصحية للأشخاص الوافدين من الخارج، وصيانة قنوات الصرف الصحي ...

3- يقوم رئيس المجلس الشعبي البلدي بحفظ جمال المدينة، وذلك باتخاذ كافة الإجراءات المتعلقة بالمحافظة على النظافة العمومية بمنع كل ما من شأنه تشويه المحيط، وحماية كل ما هو قائم بجماله، وكذا العمل على مراعاة وترقية الطابع الجمالي والمعماري للمدينة، بإعمال كل ما من شأنه تزيينها.

4- رغم اهتمام المشرع الجزائري في المنظومة التشريعية بالمحافظة على الصحة العامة وجمال المدينة إلا أن ما هو قائم على المستوى الواقعي يتنافى مع ما ينبغي أن يكون عليه حال المدن، وهو ما يجعل تلك القواعد القانونية والتنظيمية، التي كان الهدف من وضع المشرع لها هو المحافظة على النظام العام تبقى حبراً على ورق، ما لم تتحمل كل من السلطات المختصة، والمواطن قدر من المسؤولية الملقاة على عاتقه.

5- يعود لولاية الحسبة فضل السبق بالنسبة لحفظ العناصر القانونية للنظام العام، وهو ما تؤكد النصوص الموجودة في كتب الحسبة، والمتضمنة لاختصاصات المحتسب، وذلك قبل قرون عديدة من تعرّض القانون الوضعي لتحديد العناصر المادية لفكرة النظام العام، باعتبارها هدفاً لسلطة الضبط الإداري، إذ لم يكن ذلك إلا في أواخر القرن الثامن عشر.

6- يقتصر نشاط الضبط الإداري البلدي على اتخاذ الإجراءات الوقائية اللازمة للمحافظة على الصحة العامة وجمال المدينة، وعند الإخلال بتلك الإجراءات يتم التدخل من قبل رئيس المجلس الشعبي البلدي باعتباره حامل لصفة الضبط القضائي وليس الضبط الإداري، بينما عمل المحتسب لا ينتهي باتخاذ تلك التدابير بل يوقّع العقوبة التعزيرية المناسبة عند ثبوت المخالفة، وهو ما يميز عمل المحتسب عن نشاط الضبط الإداري البلدي.

وفي الأخير نحمد الله عز وجل على توفيقنا لإنهاء هذا البحث، كما نستغفره عن كلّ ما يكون قد صدر منّا من خطأ أو تقصير، وصليّ اللّهم وسلّم على سيدنا محمد، وعلى آله وصحبه، وسلّم تسليماً كثيراً.

- قائمة المصادر والمراجع:

- ابن الإخوة، معالم القرية في أحكام الحسبة، تحقيق إبراهيم شمس الدين، ط1، بيروت، 1421 هـ، دار الكتب العلمية.
- ابن خلدون، المقدمة، بيروت، دار الجيل.
- ابن منظور، لسان العرب، ط1، 15 مج - بيروت، دار صادر- مج7.
- أبو يعلى الفراء، الأحكام السلطانية، بيروت، 1414 هـ - 1994 م، دار الفكر.
- أحمد غاي، الوجيز في تنظيم ومهام الشرطة القضائية، الجزائر، 2005 م، دار هومه.
- أحمد محيو، محاضرات في المؤسسات الإدارية، ترجمة محمد عرب صاصيلا، ط3، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية.
- الجرجاني، التعريفات، تحقيق إبراهيم الأبياري، ط1، بيروت، 1405 هـ، دار الكتاب العربي.
- الشيزري، نهاية الرتبة في طلب الحسبة، تحقيق الباز العريبي، ط2، بيروت، 1401 هـ - 1981 م، دار الثقافة.
- الغزالي، إحياء علوم الدين، 5 مج، بيروت، دار الجيل، مج 3.
- الماوردي، الأحكام السلطانية والولايات الدينية - بيروت، 1422 هـ - 2001 م، المكتبة العصرية.
- سهام مصطفى أبو زيد، الحسبة في مصر الإسلامية من الفتح العربي إلى نهاية العصر المملوكي، القاهرة، 1986 م، الهيئة المصرية العامة للكتاب.
- طعيمة الجرف، القانون الإداري والمبادئ العامة في تنظيم ونشاط السلطات الإدارية (دراسة مقارنة) ط4، القاهرة، 1978 م، دار النهضة العربية.
- عبد الغني بسيوني عبد الله، النظرية العامة في القانون الإداري - دراسة مقارنة لأسس ومبادئ القانون الإداري وتطبيقاتها في مصر - الإسكندرية، 2003 م، منشأة المعارف.
- عبد الله محمد عبد الله، ولاية الحسبة في الإسلام، ط1، القاهرة، 1416 هـ - 1996 م، مكتبة الزهراء.
- عز الدين يحيى، ضوابط الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر - دراسة فقهية أصولية - رسالة ماجستير، قسم الفقه وأصوله، 1996 م، كلية أصول الدين، جامعة الجزائر.
- عمّار بوضياف، الوجيز في القانون الإداري، الجزائر، دار رحانة.
- عمار عوابدي، القانون الإداري - النشاط الإداري - 2 ج، الجزائر، 2002 م، ديوان المطبوعات الجامعية، ج2.
- عمور سيلامي، الضبط الإداري البلدي في الجزائر، رسالة ماجستير، 1988 م، معهد العلوم القانونية والإدارية، جامعة الجزائر.
- فضل إلهي، الحسبة في العصر النبوي وعصر الخلفاء الراشدين، ط2، الرياض، 1998 م، مؤسسة الجريسي.
- قانون رقم 11-10 المؤرخ في 20 رجب عام 1432 هـ الموافق 22 يونيو سنة 2011 م يتعلق بالبلدية (ج.ج.ج.ج المؤرخة في 03-07-2011 م، س 48، ع 37، ص 04 وما بعدها).

- قدارة مالك - ضابط شرطة بأمن ولاية تبسة-، «الشرطة الإدارية»، مجلة الشرطة، تصدر عن المديرية العامة للأمن الوطني، ع67، سبتمبر 2002م.
- لطرش حمو، سلطات الضبط الإداري الولائي في الجزائر، رسالة ماجستير، 2002م، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر.
- محمد المبارك، الدولة ونظام الحسبة عند ابن تيمية، دمشق، دار الفكر.
- محمد رفعت عبد الوهاب، مبادئ وأحكام القانون الإداري، بيروت، 2002م، منشورات الحلبي الحقوقية.
- محمد عصفور، البوليس والدولة، القاهرة، 1971م، مطبعة الاستقلال الكبرى.
- محمد فاروق النهمان، أبحاث إسلامية في التشريع والفكر والحضارة، ط1، بيروت، 1406 هـ- 1986م، مؤسسة الرسالة.
- محمود عبد المولى، التلوث البيئي، الإسكندرية، 2003م، مؤسسة شباب الجامعة.
- مصطفى أبو زيد فهمي، القانون الإداري، مصر، 1993م، الدار الجامعية.
- منير العجلاني، عبقرية الإسلام في أصول الحكم، بيروت، 1409 هـ- 1988م، دار النفائس.
- ناصر لباد، القانون الإداري - النشاط الإداري - ج2، ط1، الجزائر، 2004م، مطبعة دالي إبراهيم، ج2.

أثر التعديل الدستوري 2016 على اختصاصات السلطة التشريعية في الجزائر

د. بوجوراف عبد الغاني

كلية الحقوق والعلوم السياسية – جامعة عباس لغرور خنشلة

ghani.bjrf@gmail.com

ملخص:

أتناول في هذا المقال اختصاصات السلطة التشريعية في الجزائر وفقا للتعديل الدستوري 2016 حيث تعتبر السلطة التشريعية من أهم السلطات في الدولة، تناولها المشرع الجزائري بالتنظيم في جميع الدساتير المتعاقبة بدأ بدستور 1963 مروراً بدستور 1989 الذي شهدت فيه نقلة نوعية وكذلك الأمر في دستور 1996، و انتهاء بصدور التعديل الدستوري 2016 الذي ضمنه المشرع الجزائري إصلاحات مست جميع السلطات في الدولة، فما هو أثر التعديل الأخير على اختصاصات السلطة التشريعية في الجزائر، وهل في ذلك تعزيز وتفعيل لدور النائب؟.

الكلمات المفتاحية: السلطة التشريعية، التعديل الدستوري، اختصاصات السلطة التشريعية.

Résumé:

Dans cet article, on aborde les spécialités de l'autorité législative algérienne conformément à l'amendement constitutionnel 2016, où l'autorité législative est l'une des autorités les plus importantes de l'Etat. Elle est traitée par le législateur algérien dans toutes les constitutions successives, en commençant par la Constitution de 1963 et en passant par la Constitution de 1989, qui a connu une transition remarquable, et s'est terminée avec la publication de l'amendement constitutionnel de 2016 qui a été réformé par le législateur algérien et qui touche toutes les autorités de l'Etat. Donc quel est l'impact de l'amendement récent sur les pouvoirs de l'autorité législative en Algérie, et est-ce que cela améliore et renforce le rôle du député?

مقدمة:

واجهت كثير من الدول مسألة بناء المؤسسة التشريعية، من حيث اختيار أعضائها المشرعين و السلطات الممنوحة للهيئة التشريعية و تركيبها، و هذه القضايا نجدها عادة منصوص عليها في الدستور قبل دخول الهيئة التشريعية في الممارسة، أما في التجربة الجزائرية فقد عرفت المؤسسة التشريعية تطورات و تحولات من حيث تركيبها و صلاحياتها منذ الإستقلال إلى يومنا هذا، وصولا إلى الإصلاحات التي مست هذه المؤسسة في التعديل الدستوري الأخير لسنة 2016، الذي عزز من الصلاحيات الممنوحة للبرلمان الجزائري، حيث يعتبر التشريع و سن القوانين كوظيفة أصيلة وجدت و أنشأت السلطة التشريعية من أجلها، كما تتمتع هذه الأخيرة بصلاحيات دستورية أخرى.

تتمحور إشكالية الدراسة حول أهم التعديلات التي مست اختصاصات السلطة التشريعية في الجزائر من خلال التعديل الدستوري 2016، و إلى أي مدى ساهم ذلك في تعزيز مكانتها و هل في ذلك تمكين للنائب في هذه الهيئة ليقوم بالدور المنوط به؟ و لمعالجة ذلك جاءت هذه الدراسة مقسمة لثلاثة مباحث في المبحث الأول تطرقت فيه لوظائف البرلمان الجزائري في المجال التشريعي و في المبحث الثاني لوظائف البرلمان الجزائري في المجال الرقابي و في المبحث الثالث لوظائف البرلمان الجزائري في مجالات أخرى.

المبحث الأول: وظائف البرلمان الجزائري في المجال التشريعي

يعتبر التشريع و سن القوانين و وظيفة أصيلة للبرلمان، و هناك عدة مراحل يمر بها القانون داخل البرلمان بدأ بإيداعه ثم مناقشته فالتصويت عليه، و الانتقال بين الغرفتين ثم يرسل إلى رئيس الجمهورية ليصدره في الجريدة الرسمية و بعدها يأخذ طريقه للتطبيق.

المطلب الأول: إيداع مشاريع و اقتراحات القوانين و دراستها

قبل أن تصدر القوانين تكون على شكل مشاريع أو اقتراحات، فإذا جاءت من الوزير الأول تسمى مشاريع قوانين، و إذا جاءت من أعضاء البرلمان تسمى اقتراحات قوانين.

الفرع الأول: إيداع مشاريع و اقتراحات القوانين

لكل من الوزير الأول و نواب البرلمان حق المبادرة بالقوانين، و تكون اقتراحات القوانين قابلة للمناقشة إذا قدمها عشرون عضوا من مجلس الأمة أو عشرون نائبا من المجلس الشعبي الوطني، حيث نص التعديل الدستوري الأخير على إمكانية اقتراح القوانين من طرف أعضاء مجلس الأمة و لكن في مسائل معينة فقط و هي التنظيم المحلي و تهيئة الإقليم و التقسيم الإقليمي، أما نواب المجلس الشعبي الوطني فتكون اقتراحاتهم في المسائل الأخرى، و هذا ما جاء في المادة 136 من الدستور الجزائري¹.

¹ التعديل الدستوري الصادر بموجب القانون رقم 01-16، المؤرخ في 06 مارس 2016، ج ر عدد 14، المؤرخة في 07 مارس 2016.

أولاً- إيداع مشاريع القوانين: تعرض مشاريع القوانين على مجلس الوزراء بعد رأي مجلس الدولة، ثم يودع الوزير الأول مشاريع القوانين المتعلقة بالتنظيم المحلي وتهيئة الإقليم و التقسيم الإقليمي لدى مكتب مجلس الأمة، وتودع كل مشاريع القوانين الأخرى لدى مكتب المجلس الشعبي الوطني، ويقدم مكتب كل غرفة إشعار بالاستلام للمودع كما يتلقى مكتب الغرفة مشروع أو اقتراح القانون المودع لدى الغرفة الأخرى للإطلاع عليه، وهذا حسب المادة 20 من القانون العضوي 12-16¹، ويمكن للحكومة سحب مشاريع القوانين في أي وقت قبل أن يصوت عليها المجلس الشعبي الوطني أو مجلس الأمة.

ثانياً- إيداع اقتراحات القوانين: يجب أن يكون كل اقتراح قانون موقعا عليه من عشرين نائبا أو عشرين عضوا من مجلس الأمة، غير أنه لا يقبل اقتراح أي قانون مضمونه أو نتيجته تخفيض الموارد العمومية أو زيادة النفقات العمومية، إلا إذا كان مرفوقا بتدابير تستهدف الزيادة في إيرادات الدولة، أو توفير مبالغ مالية في فصل آخر من النفقات العمومية تساوي على الأقل المبالغ المقترح إنفاقها وهذا حسب ما جاء في المادة 139 من الدستور الجزائري المعدل في مارس 2016².

و يبلغ إلى الحكومة اقتراح القانون الذي تم قبوله، و تبدي هذه الأخيرة رأيا لمكتب المجلس الشعبي الوطني أو مجلس الأمة حسب الحالة، خلال أجل لا يتجاوز شهرين من تاريخ التبليغ، وإذا لم تبد الحكومة رأيا عند انقضاء أجل شهرين يحيل رئيس مجلس الأمة أو رئيس المجلس الشعبي الوطني حسب الحالة اقتراح القانون على اللجنة المختصة لدراسته، وتجدر الإشارة إلى أنه يمكن سحب اقتراحات القوانين من قبل مندوبي أصحابها قبل التصويت أو المصادقة عليها.

و عند نص المشرع الدستوري على إمكانية اقتراح القوانين من طرف أعضاء مجلس الأمة بعدما كان ذلك حكرا على نواب الغرفة الأولى فقط، يكون قد عزز من صلاحيات أعضاء مجلس الأمة ليجدوا الآلية التي تمكنهم من أداء الدور المنوط بهم، خاصة في المسائل المتعلقة بالتنظيم المحلي و تهيئة الإقليم و التقسيم الإقليمي.

الفرع الثاني: دراسة مشاريع واقتراحات القوانين

تم دراسة مشاريع أو اقتراحات القوانين على مستوى اللجان المختصة، حيث يشكل المجلس الشعبي الوطني لجانه الدائمة و عددها 12 لجنة³، كما أن لمجلس الأمة لجانه الدائمة الخاصة به و البالغ عددها تسعة لجان⁴.

ولهذه اللجان الحق في الاستماع في إطار جدول أعمالها و اختصاصاتها إلى ممثل الحكومة كما يمكنها الاستماع إلى أعضاء الحكومة كلما دعت الضرورة لذلك، و يبلغ كل رئيس غرفة طلبا بذلك حسب الحالة إلى الحكومة، و يمكن

¹ القانون العضوي رقم 16-12، يحدد تنظيم المجلس الشعبي الوطني و مجلس الأمة و عملهما و كذا العلاقات الوظيفية بينهما و بين الحكومة، المؤرخ في 25 أوت 2016، ج ر عدد 50، المؤرخة في 28 أوت 2016.

² التعديل الدستوري الصادر بموجب القانون رقم 01-16، المؤرخ في 06 مارس 2016، ج ر عدد 14، المؤرخة في 07 مارس 2016.

³ المادة 19 من النظام الداخلي للمجلس الشعبي الوطني، ج ر عدد 46، المؤرخة في 30 جويلية 2000.

⁴ المادة 16 من النظام الداخلي لمجلس الأمة، ج ر عدد 49، المؤرخة في 22 أوت 2017.

أعضاء هذه الأخيرة حضور أشغال اللجان الدائمة ويستمع إليهم بناء على طلب الحكومة الذي يوجه إلى رئيس كل غرفة حسب الحالة، وبعدها يعرض ممثل الحكومة نص القانون المتضمن اقتراح القانون المصوت عليه في الغرفة الأخرى، ويحق للجنة المختصة وللحكومة ولنواب المجلس الشعبي الوطني وأعضاء مجلس الأمة تقديم اقتراحات التعديلات على مشروع أو اقتراح قانون محال على اللجنة المختصة لدراسته، وهذا قبل التصويت على النص في الغرفة المعنية بذلك¹.

المطلب الثاني: إجراءات المناقشة والمصادقة على النصوص القانونية

بعد دراسة مشاريع أو اقتراحات القوانين على مستوى اللجان المختصة، تأتي مرحلة المناقشة والتصويت عليها في كل غرفة من البرلمان حسب الحالة.

الفرع الأول: إجراءات المناقشة على النصوص القانونية

تدرس مشاريع و اقتراحات القوانين حسب ثلاث حالات، إما التصويت مع المناقشة العامة وهو الإجراء العادي لدراسة مشاريع و اقتراحات القوانين، حيث يشرع في مناقشة مشروع القانون بالاستماع إلى ممثل الحكومة و مقرر اللجنة المختصة، ثم إلى المتدخلين حسب ترتيب تسجيلهم المسبق، أما فيما يخص اقتراح القانون فتبدأ مناقشته بالاستماع إلى مندوب أصحاب الاقتراح و ممثل الحكومة و مقرر اللجنة المختصة، ثم إلى المتدخلين حسب ترتيب تسجيلهم المسبق، و إما التصويت مع المناقشة المحدودة حيث يقرر ذلك مكتب المجلس الشعبي الوطني أو مكتب مجلس الأمة حسب الحالة، بناء على طلب ممثل الحكومة أو اللجنة المختصة أو مندوب أصحاب اقتراح القانون، حيث لا تفتح المناقشة العامة خلال المناقشة المحدودة، و لا يأخذ الكلمة إلا ممثل الحكومة و مندوب أصحاب اقتراح القانون و رئيس اللجنة المختصة أو مقررهما و مندوبو أصحاب التعديلات، و إما التصويت دون مناقشة الذي يطبق على الأوامر التي يعرضها رئيس الجمهورية على كل غرفة للموافقة عليها².

الفرع الثاني: إجراءات المصادقة على النصوص القانونية وإرسالها

تباشر المناقشة في المجلس الشعبي الوطني أو مجلس الأمة حسب الحالة، على النص المصوت عليه من قبل الغرفة الأخرى، حيث تبتدأ بالاستماع إلى ممثل الحكومة ثم مقرر اللجنة المختصة ثم المتدخلين حسب تسجيلهم المسبق، وتأخذ اللجنة المختصة و ممثل الحكومة الكلمة بناء على طلبهما وتنصب التدخلات أثناء المناقشة العامة على مجمل النص وليس على جزء منه.

¹ أنظر المواد 26 و 27 و 28 من القانون العضوي رقم 16-12، المؤرخ في 25 أوت 2016، ج رعد 50، المؤرخة في 28 أوت 2016.

² يمكن لرئيس الجمهورية أن يشرع بأوامر في مسائل عاجلة في حالة شغور المجلس الشعبي الوطني أو خلال العطل البرلمانية، بعد رأي مجلس الدولة، كما يمكن أن يشرع بأوامر في الحالة الإستثنائية.

بعد المناقشات يقرر مكتب المجلس الشعبي الوطني أو مكتب مجلس الأمة إما المصادقة على النص بكامله، إذا لم يكن محل ملاحظات أو توصيات، وإما الشروع في مناقشته مادة مادة، ويتخذ قراره بعد تدخل ممثل الحكومة و اللجنة المختصة، بعدها تصادق كل غرفة على النص الذي صوتت عليه الغرفة الأخرى، حيث يصادق مجلس الأمة على النص الذي صوت عليه المجلس الشعبي الوطني بأغلبية أعضائه الحاضرين بالنسبة لمشاريع القوانين العادية أو بالأغلبية المطلقة بالنسبة لمشاريع القوانين العضوية وهذا طبقا للمادة 138 فقرة 4 من الدستور المعدل في مارس 2016.

يرسل النص المصوت عليه إلى رئيس الغرفة الأخرى في غضون عشرة أيام، ويشعر الوزير الأول بهذا الإرسال مرفقا بنسخة من ذات النص، بعد ذلك يرسل رئيس مجلس الأمة أو رئيس المجلس الشعبي الوطني حسب الحالة، النص النهائي المصادق عليه إلى رئيس الجمهورية في غضون عشرة أيام، ويشعر رئيس الغرفة الأخرى والوزير الأول¹، و في حالة حدوث خلاف بين غرفتي البرلمان يطلب الوزير الأول اجتماع لجنة متساوية الأعضاء من كلتا الغرفتين (عشرة أعضاء عن كل غرفة)، في أجل أقصاه خمسة عشرة يوما، لاقتراح نص يتعلق بالأحكام محل الخلاف وتنتهي اللجنة نقاشاتها في أجل أقصاه خمسة عشرة يوما، وهذا حسب الفقرة 5 من المادة 138 من الدستور المعدل في مارس 2016².

المبحث الثاني: وظائف البرلمان الجزائري في المجال الرقابي

يعتبر الدستور الوثيقة المتضمنة لمجموعة من القواعد القانونية المتعلقة بالسلطات في الدولة من حيث إنشائها وإسنادها وتنظيمها وممارستها، ونجد الدستور الجزائري منذ صدوره ومرورا بمختلف تعديلاته ينص على تنظيم السلطة التشريعية ووظائفها المختلفة³، ولممارسة البرلمان لوظيفته في المجال الرقابي ينبغي أن يكون للبرلمان آليات تمكنه و تساعده على ذلك حيث تؤدي هذه الآليات في مجملها إلى تحقيق هدف واحد هو مراقبة نشاط الحكومة.

المطلب الأول: آليات الرقابة غير المرتبة للمسؤولية السياسية للحكومة

نص الدستور الجزائري على مجموعة من الآليات يمارس بها النائب الرقابة على أعمال الحكومة ولكنها لا ترتب المسؤولية السياسية للحكومة و لا يترتب عليها استقالة الحكومة، وتتمثل هذه الآليات في الاستجواب و لجان التحقيق و الأسئلة بنوعها الشفوية و الكتابية.

¹ المادة 42 و 43 من القانون العضوي رقم 12-16، المؤرخ في 25 أوت 2016، ج ر عدد 50، المؤرخة في 28 أوت 2016.

² القانون رقم 01-16، المؤرخ في 06 مارس 2016، ج ر عدد 14، المؤرخة في 07 مارس 2016.

³ الأمين شريط، الوجيز في القانون الدستوري و المؤسسات السياسية المقارنة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2008، ص 110.

الفرع الأول: الإستجواب

الاستجواب حق كفله الدستور الجزائري لأعضاء المجلس الشعبي الوطني قصد بسط الرقابة البرلمانية على أعمال السلطة التنفيذية وأنشطتها، حيث يمكن لأعضاء البرلمان استجواب الحكومة في إحدى قضايا الساعة، وهو كذلك آلية رقابية يحق لعضو البرلمان بمقتضاها أن يطلب من الوزير بيانات عن السياسة العامة للدولة أو عن سياسة الوزير في تسيير شؤون وزارته بهدف المناقشة¹، فالاستجواب هو استيضاح وتحري مشوب بالاتهام أو النقد مخول لأعضاء الغرفتين، يمكن من مطالبة الحكومة توضيح وشرح أسباب تصرفها في قضية من قضايا الساعة².

و تحدد أغلبية التشريعات البرلمانية الشروط الواجب توافرها في الاستجواب كآلية رقابة برلمانية وهي شروط لا تختلف في مضمونها عن الشروط المطلوبة في السؤال، ويشترط أن يكون الاستجواب مكتوبا وهذا الشرط أجمعت عليه معظم التشريعات كما أكده المشرع الجزائري، ويجب أن يكون الاستجواب في أمر من الأمور الهامة حول قضية من قضايا الساعة، كما يجب توقيعه من طرف عدد معين من نواب المجلس، هذه الشروط كلها تقتضي أن يشرح المستجوب موضوعه ويوضح أسبابه ومبرراته³، ويشترط كذلك أن يكون الاستجواب خاليا من العبارات غير اللائقة كما يقتضي أيضا التزام النائب المستجوب بأداب الاستجواب عند شرح استجوابه أو مناقشته أو الرد على إجابة الوزير المستجوب، ولا يجوز أن تقدم استجوابات تتجاوز حدود الدستور أو القانون، كأن يتعلق نص الاستجواب بأعمال الرئيس التي يمارسها بنفسه دون تدخل السلطات الأخرى⁴.

و تنص المادة 151 من الدستور الجزائري المعدل في سنة 2016 على أنه: "يمكن أعضاء البرلمان استجواب الحكومة في إحدى قضايا الساعة، ويكون الجواب خلال أجل أقصاه 30 يوما، يمكن لجان البرلمان أن تستمع إلى أعضاء الحكومة".

يبلغ رئيس مجلس الأمة أو رئيس المجلس الشعبي الوطني نص الإستجواب الذي يوقعه حسب الحالة على الأقل 30 نائبا من نواب المجلس الشعبي الوطني أو 30 عضوا من مجلس الأمة، وتحدد جلسة الاستجواب من طرف مكتب المجلس الشعبي الوطني أو مكتب مجلس الأمة وهذا بالتشاور مع الحكومة وتنعقد هذه الجلسة خلال 30 يوما الموالية لتاريخ تبليغ الاستجواب.

بعدها يقدم مندوب أصحاب الاستجواب عرضا يتناول موضوع استجوابه خلال جلسة المجلس الشعبي الوطني أو مجلس الأمة المخصصة لهذا الغرض، وتجب الحكومة على ذلك، ويمكن مندوب أصحاب الاستجواب سحب الاستجواب قبل عرضه في الجلسة المخصصة لهذا الغرض ويبلغ رئيس الغرفة المعنية الحكومة بذلك.

¹ مصطفى صالح العمادي، التنظيم السياسي والنظام الدستوري، دار الثقافة، عمان، الأردن، 2009، ص 269.

² مولود ديدان، المرجع السابق، ص 434.

³ وسيم حسام الدين الأحمد، برلمانات العالم، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2010، ص 311.

⁴ رمزي الشاعر، النظم السياسية والقانون الدستوري، مطبعة جامعة عين شمس، مصر، 1977، ص 152.

الفرع الثاني: الأسئلة

السؤال هو تقصي عضو البرلمان من وزير مختص أو من رئيس الحكومة عن حقيقة أمر معين خاصا بأعمال الوزارة أو الحكومة ككل لاحظته خلال أدائه لمهامه النيابية¹، والأسئلة كآلية للرقابة البرلمانية في النظام السياسي الجزائري نوعان، أسئلة مكتوبة وشفوية، المكتوبة ويقصد بها طلب معلومات موجه من قبل برلماني إلى عضو من أعضاء الحكومة الذي يتوجب عليه أن يرد ضمن مهلة محددة قد تكون طويلة نسبيا²، أما الأسئلة الشفوية فيقصد بها حسب ما تدل عليها صفتها ذلك النوع من الأسئلة التي تطرح شفاهة والإجابة عنها تكون وفق نفس الشكل³، و تستغرق الإجابة عنها مدة متوسطة تختلف باختلاف الأنظمة الدستورية، ففي بريطانيا حددت المدة بيومين، لتكون في فرنسا كل أسبوع، أما في الجزائر فقد حددت في التعديل الأخير بـ 15 يوما⁴.

يودع نص السؤال الشفوي من قبل صاحبه حسب الحالة لدى مكتب المجلس الشعبي الوطني أو مكتب مجلس الأمة، ثم يرسل السؤال الذي تم قبوله إلى الحكومة حيث ينظر مكتب كل غرفة في طبيعة وعدد الأسئلة التي تحال على الحكومة، ويكون جواب عضو الحكومة عن السؤال الشفوي في أجل لا يتعدى 30 يوما من تاريخ تبليغ السؤال، حيث يعقد كل من المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة بالتداول جلسة أسبوعية تخصص لأجوبة أعضاء الحكومة عن الأسئلة الشفوية للنواب وأعضاء مجلس الأمة، وهذا حسب ما جاء في المادة 158 من الدستور الجزائري المعدل سنة 2016.

ويمكن لعضو البرلمان سحب سؤاله الشفوي أو تحويله لسؤال كتابي قبل الجلسة المخصصة لهذا الغرض و تبليغ الحكومة بذلك، مع الإشارة إلى أنه لا يمكن لعضو البرلمان أن يطرح أكثر من سؤال في كل جلسة، بعدها يعرض صاحب السؤال الشفوي سؤاله ويمكن له بعد جواب عضو الحكومة أن يتناول الكلمة من جديد، كما يمكن لعضو الحكومة أن يرد عليه.

أما السؤال الكتابي فيودع من قبل صاحبه حسب الحالة لدى مكتب المجلس الشعبي الوطني أو مكتب مجلس الأمة، ثم يرسل السؤال الذي تم قبوله إلى الحكومة، ويكون جواب عضو الحكومة عن السؤال الكتابي الذي وجه إليه في شكل كتابي، في أجل لا يتعدى 30 يوما من تاريخ تبليغه، ويمكن لعضو البرلمان سحب سؤاله الكتابي و تبليغ الحكومة بذلك، ويودع الجواب حسب الحالة لدى مكتب المجلس الشعبي الوطني أو مكتب مجلس الأمة و يبلغ إلى صاحبه.

¹ مصطفى أبو زيد فهد، الدستور المصري فقها وقضاء، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 1996، ص 619.

² عبد الله بوقفة، أساليب ممارسة السلطة في النظام السياسي الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2002، ص 500.

³ عمر حوري، القانون الدستوري، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2009، ص 206.

⁴ إيهاب زكي سلام، الرقابة السياسية على أعمال السلطة التنفيذية، عالم الكتب، القاهرة، مصر، 1983، ص 37.

الفرع الثالث: لجان التحقيق

يقسم فقهاء القانون الدستوري لجان التحقيق إلى نوعين دائمة ومؤقتة، فاللجان الدائمة تتشكل من عدد محدد من أعضاء المجلس حيث تتولى كل لجنة دراسة وبحث الموضوعات المتعلقة بوزارة معينة وهي عين البرلمان المتخصصة في الميدان التشريعي¹، أما اللجان المؤقتة هي لجان مؤقتة أو خاصة من أجل النظر في مسألة معينة من غير المسائل التي تتولاها اللجان الدائمة².

يتم إنشاء لجنة التحقيق من المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة بالتصويت على اقتراح لائحة يودعه لدى مكتب المجلس الشعبي الوطني أو مكتب مجلس الأمة ويوقعه على الأقل عشر نواب أو عشرون عضواً في مجلس الأمة، ويجب أن تحدد بدقة في اقتراح اللائحة الوقائع التي تستوجب التحقيق والتحري، ويتم التصويت على اقتراح اللائحة بعد الاستماع إلى مندوب أصحاب اقتراح اللائحة ورأي اللجنة المختصة بالموضوع، وتعلم الغرفة التي أنشأت لجنة التحقيق الغرفة الأخرى والحكومة بذلك، ولا يمكن إنشاء لجنة تحقيق بخصوص وقائع تكون محل إجراء قضائي وتأخذ لجان التحقيق طابعا مؤقتا وتنتهي مهمتها بإيداع تقريرها أو على الأكثر بانقضاء أجل ستة أشهر قابلة للتمديد مرة واحدة، إبتداء من تاريخ المصادقة على لائحة إنشائها ولا يمكن أن يعاد تشكيلها لنفس الموضوع قبل انقضاء أجل إثني عشر شهرا إبتداء من تاريخ انتهاء مهمتها، ولا يعين في لجنة التحقيق النواب أو أعضاء مجلس الأمة الذين وقعوا اللائحة المتضمنة إنشاء هذه اللجنة³.

يرسل رئيس مجلس الأمة أو رئيس المجلس الشعبي الوطني حسب الحالة إلى الوزير الأول طلبات الاستماع إلى أعضاء الحكومة، ويضبط برنامج الاستماع إلى أعضاء الحكومة بالاتفاق مع الوزير الأول، ويوجه الاستدعاء إلى إدارات المؤسسات والإدارات العمومية وأعوانها للاستماع إليهم عن طريق السلطة السلمية التي يتبعونها، وتستطيع لجنة التحقيق الإطلاع على أية وثيقة وأخذ نسخة منها ماعدا تلك التي تكتسي طابعا سريا واستراتيجيا يهتم الدفاع الوطني والمصالح الحيوية للاقتصاد الوطني وأمن الدولة الداخلي والخارجي⁴.

يسلم التقرير الذي أعدته لجنة التحقيق إلى رئيس مجلس الأمة أو رئيس المجلس الشعبي الوطني حسب الحالة، ويبلغ التقرير إلى رئيس الجمهورية والوزير الأول كما يوزع على النواب أو على أعضاء مجلس الأمة حسب الحالة، ويمكن أن يقرر المجلس الشعبي الوطني أو مجلس الأمة نشر التقرير كليا أو جزئيا بناء على اقتراح مكتبه ورؤساء المجموعات البرلمانية بعد رأي الحكومة.

¹ بوزيد زهاري، عن اللجان الدائمة في مجلس الأمة، مجلة الفكر البرلماني، العدد التاسع، 2005، ص 72.

² صلاح الدين فوزي، البرلمان دراسة مقارنة وتحليلية لبرلمانات العالم، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1994، ص 38.

³ المادة 69 من النظام الداخلي للمجلس الشعبي الوطني، ج ر عدد 46، المؤرخة في 2000.

⁴ عمار عوابدي، مكانة وآليات الأسئلة الكتابية والشفوية في عملية الرقابة البرلمانية، مجلة الفكر البرلماني، العدد 13، 2000، ص 129.

المطلب الثاني: آليات الرقابة المترتبة للمسؤولية السياسية للحكومة

يملك البرلمان آليات أخرى من شأنها أن ترتب المسؤولية السياسية للحكومة، وتتمثل في عرض مخطط عمل الحكومة وبيان السياسة العامة على الغرفة الأولى وطلب التصويت بالثقة.

الفرع الأول: الموافقة على مخطط عمل الحكومة

يعرض الوزير الأول مخطط عمل حكومته أمام المجلس الشعبي الوطني خلال الـ 45 يوما الموالية لتعيين الحكومة للموافقة عليه أو تكييفه عند الإقتضاء، و في حالة عدم موافقة المجلس يقدم الوزير الأول استقالة حكومته لرئيس الجمهورية الذي يعين من جديد وزيرا أولا، و يحل المجلس الشعبي وجوبا عند رفضه لمخطط الحكومة الجديدة، كما يقدم الوزير الأول عرضا عن مخطط عمل حكومته إلى مجلس الأمة خلال 10 أيام على الأكثر التي تعقب موافقة المجلس الشعبي الوطني عليه، ويمكن لمجلس الأمة أن يصدر لائحة في هذا الخصوص.

أولا- مناقشة مخطط عمل الحكومة: يمارس المجلس الشعبي الوطني بموجب أحكام الدستور رقابته على الحكومة، وذلك عن طريق مناقشة مخطط عملها وتبادل الرأي بين الطرفين حول هذا المخطط، حيث تنص المادة 94 فقرة 1 و 2 من الدستور المعدل سنة 2016 على أنه: "يقدم الوزير الأول مخطط عمل الحكومة إلى المجلس الشعبي الوطني للموافقة عليه، و يجري المجلس الشعبي الوطني لهذا الغرض مناقشة عامة ويمكن للوزير الأول أن يكيف مخطط العمل هذا على ضوء هذه المناقشة بالتشاور مع رئيس الجمهورية".

بموجب هذه المادة يقدم الوزير الأول برنامج حكومته أمام المجلس الشعبي الوطني للموافقة عليه بعد تعيين الحكومة وقبل الشروع في العمل، وذلك خلال 45 يوما الموالية لتعيين الحكومة، ليشروع في مناقشته بعد مرور 7 أيام من تبليغ المخطط للنواب، وعلى ضوء هذه المناقشة يمكن للوزير الأول أن يكيف مخطط العمل بالتشاور مع رئيس الجمهورية، بعدها يقوم النواب بالتصويت عليه في أجل 10 أيام على الأكثر من تاريخ تقديمه في الجلسة¹.

فإذا تم قبوله من نواب المجلس الشعبي الوطني بتصويت الأغلبية عليه تشرع الحكومة في عملها أما في حالة عدم موافقة المجلس الشعبي الوطني على مخطط عمل الحكومة يقدم الوزير الأول استقالة حكومته ويعين رئيس الجمهورية وزيرا أولا جديدا، و إذا لم يوافق المجلس الشعبي الوطني من جديد على مخطط عمل الحكومة ينحل وجوبا، و تستمر الحكومة القائمة في تسيير الشؤون العادية إلى غاية انتخاب مجلس شعبي وطني جديد في أجل أقصاه ثلاثة أشهر.

ثانيا- عرض مخطط عمل الحكومة على مجلس الأمة: إن مخطط عمل الحكومة الموافق عليه من قبل المجلس الشعبي الوطني وقبل الشروع في تطبيقه لا بد من مروره الحتمي على مجلس الأمة للإطلاع عليه دون مناقشة، و

¹ أنظر المواد 47 و 48 و 49 من القانون العضوي رقم 16-12، المؤرخ في 25 أوت 2016، ج ر عدد 50، المؤرخة في 28 أوت 2016.

يكون ذلك خلال 10 أيام على الأكثر التي تعقب موافقة المجلس الشعبي الوطني وهذا حسب المادة 50 من نفس القانون العضوي 12-16.

الفرع الثاني: بيان السياسة العامة

يعد بيان السياسة العامة وسيلة إبلاغ وإحاطة للبرلمان بما تم تطبيقه أثناء السنة الماضية من البرنامج وما هو في طور الإنجاز، حيث يتم إبراز الصعوبات التي واجهتها الحكومة والأهداف المسطرة التي تنوي تحقيقها في المدى القريب والمتوسط والبعيد، فمناقشة البيان من قبل أعضاء المجلس الشعبي الوطني تمكنهم أكثر من الإطلاع على محتواه، حيث تنص المادة 98 من الدستور المعدل سنة 2016 على أنه: "يجب على الحكومة أن تقدم سنويا إلى المجلس الشعبي الوطني بيانا عن السياسة العامة، تعقب بيان السياسة العامة مناقشة عمل الحكومة، يمكن أن تختتم هذه المناقشة بلائحة كما يمكن أن يترتب على هذه المناقشة إيداع ملتمس الرقابة يقوم به المجلس الشعبي الوطني".

أولا- اللائحة: إن بيان السياسة العامة المقدم من طرف الحكومة والمعروض أمام المجلس الشعبي الوطني تعقبه مناقشة من طرف النواب، ويمكن أن تختتم هذه المناقشة باقتراح لائحة أو عدة لوائح فيقوم البرلمان بإبداء رأيه و التعبير عن رضاه أو عن سخطه وعدم رضاه لينذر الحكومة ويبرز لها القصور والانحرافات التي ارتكبتها، و خرجت عن البرنامج المسطر لها والمناقش سابقا من طرف البرلمان الذي يمكنه هنا أن يجبر الحكومة على تقديم إستقالتها¹.

يخضع اقتراح اللائحة لضوابط و شروط، حيث تقدم اقتراحات اللوائح خلال 72 ساعة الموالية لانتهاج تدخلات النواب في المناقشة الخاصة بالبيان، و يجب أن يوقع اقتراح اللائحة 20 نائبا على الأقل و يودع لدى مكتب المجلس الشعبي الوطني، ولا يمكن للنائب أن يوقع أكثر من اقتراح لائحة و قبل التصويت على اللائحة تجرى مناقشة حول الموضوع و لا يمكن أن يتدخل أثناءها إلا الحكومة إذا طلبت ذلك و مندوب أصحاب الاقتراح اللائحة و نائب يرغب في التدخل ضد اقتراح اللائحة أو نائب يرغب في التدخل لتأييد اقتراح اللائحة، و بعدها تعرض اقتراحات اللوائح للتصويت و في حالة تعددها تعرض حسب تاريخ إيداعها، و عند مصادقة المجلس الشعبي الوطني على إحدى هذه اللوائح بأغلبية أعضائه يجعل اللوائح الأخرى لاغية، فبمجرد حصول إحدى هذه اللوائح على مصادقة المجلس فإن رئيس الجلسة يوقف عرض الاقتراحات الأخرى للتصويت، و يعتبر الاقتراح المصادق عليه هو اللائحة الوحيدة المعتمدة من قبل المجلس بشأن بيان السياسة العامة.

ثانيا- ملتمس الرقابة: إلى جانب اقتراح اللوائح يمكن للنائب أن يقدم ملتمس رقابة و جاء النص على ملتمس الرقابة في الدستور الجزائري المعدل سنة 2016 في المواد 98، 153، 154، 155، و في القانون العضوي رقم 12-16 الذي يحدد تنظيم المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة وعملهما وكذا العلاقات الوظيفية بينهما و بين الحكومة في المواد من 59 إلى 62، و ما يلاحظ على هذه النصوص المتضمنة ملتمس الرقابة أنها جاءت واضحة و دقيقة لما لها من نتائج

¹ الأمين شريط، خصائص التطور الدستوري في الجزائر، أطروحة دكتوراه، جامعة قسنطينة، 1991، ص 498.

خطيرة تؤدي إلى تنحي الحكومة عن السلطة، وهي أخطر الوسائل المقررة دستوريا بشأن العلاقة بين الحكومة و المجلس الشعبي الوطني لما لها من حجب الثقة التي تؤدي إلى الإستقالة الجماعية للحكومة¹، و نظرا لخطورة هذا الإجراء وضمانا للاستقرار الحكومي أحاطه المشرع الجزائري بشروط يمكن إجمالها فيما يلي:

- يتم إيداع ملتمس الرقابة على إثر تقديم بيان السياسة العامة من طرف الحكومة كل سنة و الذي يتبع بنقاش عام يستمع أولا للحكومة عند عرضها للبيان ثم تكون مبادرة بإيداع اللائحة.
- لا يقبل هذا الملتمس إلا إذا وقعه سبع 1/7 عدد النواب على الأقل، و لا يمكن أن يوقع النائب الواحد أكثر من ملتمس رقابة واحد.
- لا يتدخل أثناء المناقشات التي تسبق التصويت على ملتمس الرقابة إلا الحكومة إذا طلبت ذلك مندوب أصحاب ملتمس الرقابة، نائب يرغب في التدخل ضد ملتمس الرقابة أو نائب يرغب في التدخل لتأييد ملتمس الرقابة.
- تتم الموافقة على ملتمس الرقابة بتصويت أغلبية ثلثي النواب، و لا يتم التصويت إلا بعد ثلاثة أيام من تاريخ إيداع ملتمس الرقابة.

و إذا صادق المجلس الشعبي الوطني على ملتمس الرقابة يقدم الوزير الأول استقالة الحكومة إلى رئيس الجمهورية، و عليه فإن ملتمس الرقابة آلية لرقابة أعمال الحكومة و يمكن أن تؤدي إلى إسقاطها إن هي خرجت عن السياسة المسطرة لها خلال سنة من العمل.

ثالثا- التصويت بالثقة: منح المشرع الوزير الأول خيار المحافظة على بقاء حكومته عن طريق تقديمه لطلب التصويت بالثقة، بدلا من أن يواجه بملتمس الرقابة خاصة إذا كانت الأغلبية البرلمانية إلى جانبه فهنا الوزير الأول واثق من أن التصويت بالثقة في حالة طلبه من المجلس سيكون لصالحه مع الإشارة إلى أن التصويت بالثقة مرتبط هو الآخر ببيان السياسة العامة للحكومة².

فالوزير الأول بطلبه من المجلس الشعبي الوطني التصويت بالثقة يريد التأكد من مدى الثقة الممنوحة له من قبل المجلس، و تكون نتيجته إما الموافقة على السياسة المتبعة و عليه تكون الاستمرارية في النهج المسطر، و إما معارضة سياسة الحكومة و منه تقرير مسؤوليتها التي تؤدي لاستقالتها، و يكون تسجيل التصويت بالثقة لفائدة الحكومة وجوبا بناء على طلب الوزير الأول، و يمكن أن يتدخل خلال المناقشة التي تتناول التصويت بالثقة لفائدة الحكومة زيادة على الحكومة نفسها، نائب يؤيد التصويت بالثقة و نائب آخر ضد التصويت بالثقة، و يكون التصويت بالثقة بالأغلبية البسيطة و في حالة رفض التصويت بالثقة يقدم الوزير الأول استقالة الحكومة.

¹ عبد الله بوقفة، المرجع السابق، 206.

² عبد الله بوقفة، المرجع السابق، 136.

المبحث الثالث: وظائف البرلمان الجزائري في مجالات أخرى

إلى جانب وظيفتي التشريع و الرقابة يتمتع البرلمان الجزائري بوظائف أخرى خصه بها الدستور تتمثل في الوظيفة الدبلوماسية و الوظيفة المالية و عدة وظائف أخرى.

المطلب الأول: الوظيفة المالية للبرلمان

من أهم القوانين في الدولة قانون المالية الذي تعده الحكومة في كل سنة و يصادق عليه البرلمان في مدة أقصاها خمسة و سبعون يوما، كما أنه لا يقبل اقتراح أي قانون مضمونه أو نتيجته تخفيض الموارد الطبيعية أو زيادة النفقات العمومية، إلا إذا كان مرفوقا بتدابير تستهدف الزيادة في إيرادات الدولة و تنص المادة 138 فقرة 9 من التعديل الدستوري 2016 على أنه: "يصادق البرلمان على قانون المالية في مدة أقصاها خمسة و سبعون يوما من تاريخ إيداعه، و في حالة عدم المصادقة عليه في الأجل المحدد، يصدر رئيس الجمهورية مشروع الحكومة بأمر".

فنظرا لأهمية قانون المالية في تسيير قطاعات الدولة في جميع المجالات خصه المشرع بمدة ممنوحة لغرفتي البرلمان للمصادقة عليه تقدر بخمسة و سبعون يوما من تاريخ إيداعه، فلم يتركها مفتوحة و في حالة عدم المصادقة عليه في هذه المدة يصدر رئيس الجمهورية قانون المالية بأمر و كل غرفة تصوت على مشروع قانون المالية في مدة محددة، فالمجلس الشعبي الوطني يصوت على مشروع قانون المالية في مدة أقصاها سبعة و أربعون يوما ابتداء من تاريخ إيداعه، و يرسل فورا إلى مجلس الأمة حيث يصادق هذا الأخير على النص المصوت عليه خلال أجل أقصاه عشرون يوما.

و في حالة حدوث خلاف بين الغرفتين يتاح للجنة المتساوية الأعضاء أجل ثمانية أيام للبت في شأنه و في حالة عدم المصادقة لأي سبب كان خلال الأجل المحدد، يصدر رئيس الجمهورية مشروع قانون المالية الذي قدمته الحكومة بأمر له قوة قانون المالية و هذا حسب المادة 44 من القانون العضوي 12-16¹.

المطلب الثاني: الوظيفة الدبلوماسية للبرلمان و وظائف أخرى

بالإضافة للوظائف السالفة الذكر يتمتع البرلمان الجزائري بعدة وظائف أخرى، منها الوظيفة الدبلوماسية.

الفرع الأول: الوظيفة الدبلوماسية للبرلمان

تشتترط موافقة كل غرفة صراحة على اتفاقيات الهدنة و معاهدات السلم قبل أن يصادق عليها رئيس الجمهورية، حيث تنص المادة 111 من الدستور المعدل سنة 2016 بأنه: "يوقع رئيس الجمهورية اتفاقيات الهدنة و معاهدات السلم، و يتلقى رأي المجلس الدستوري في الإتفاقيات المتعلقة بهما، و يعرضهما فورا على كل غرفة من البرلمان لتوافق عليها صراحة".

¹ القانون العضوي رقم 12-16، المؤرخ في 25 أوت 2016، ج ر عدد 50، المؤرخة في 28 أوت 2016.

أما المادة 149 من الدستور المعدل سنة 2016 فتتضمن على أنه: "يصادق رئيس الجمهورية على اتفاقيات الهدنة ومعاهدات السلم والتحالف والاتحاد والمعاهدات المتعلقة بحدود الدولة والمعاهدات المتعلقة بقانون الأشخاص والمعاهدات التي تترتب عليها نفقات غير واردة في ميزانية الدولة، والاتفاقيات الثنائية أو المتعددة الأطراف المتعلقة بمناطق التبادل الحرو والشراكة والتكامل الإقتصادي بعد أن توافق عليها كل غرفة من البرلمان صراحة".

على ضوء هاتين المادتين يمكن القول بأن الدستور حول السلطة التشريعية في المجال الدبلوماسي الذي يقوده رئيس الجمهورية منفردا سلطة الموافقة الصريحة قبل أن يصادق عليها رئيس الجمهورية، أي أن هذا الأخير لا يمكن له أن يصادق على المعاهدات الدولية إلا بعد أن توافق عليها كل غرفة من البرلمان صراحة، وذلك لمناقشتها دون إدخال تعديلات عليها، والتصويت عليها بالقبول أو الرفض أو التأجيل مع التعليل في الحالتين¹.

الفرع الثاني: الوظائف الأخرى للبرلمان

إلى جانب الاختصاصات السابقة يمارس البرلمان الجزائري الاختصاصات التالية:

- يعلن البرلمان المنعقد بغرفتيه المجتمعين معا ثبوت المانع لرئيس الجمهورية أو الشغور بالاستقالة الوجوبية عند استمرار المانع، ويتولى رئيس مجلس الأمة رئاسة الدولة لمدة 45 يوما أو 90 يوما حسب الحالة وهذا ما جاء في المادة 102 من الدستور المعدل سنة 2016.
- يستشار رئيس المجلس الشعبي الوطني، ورئيس مجلس الأمة عند إعلان الحالات الاستثنائية المنصوص عليها في المواد من 105 إلى 109 من الدستور المعدل سنة 2016.
- لا يمكن تمديد حالي الحصار والطوارئ إلا بعد موافقة البرلمان المنعقد بغرفتيه المجتمعين معا.
- يمكن للبرلمان فتح مناقشة حول السياسة الخارجية بناء على طلب رئيس الجمهورية أو رئيس إحدى الغرفتين، وهذا ما جاء في المادة 148 من الدستور المعدل سنة 2016.
- تنتخب كل غرفة عضوين منها لعضوية المجلس الدستوري وهذا ما جاء في المادة 183 من الدستور المعدل سنة 2016.
- يمكن لرئيسي الغرفتين أن يخطرا المجلس الدستوري، كما يمكن إخطاره من 50 نائبا أو 30 عضوا من مجلس الأمة وهذا ما جاء في المادة 187 من الدستور المعدل سنة 2016.
- يصوت البرلمان على اقتراح الرئيس بتعديل الدستور قبل عرضه على الاستفتاء الشعبي وهذا ما جاء في المادة 208 من الدستور المعدل سنة 2016.
- يصوت البرلمان بنسبة ¾ أعضاء غرفتيه المجتمعين معا على اقتراح تعديل الدستور الذي يوافق عليه المجلس الدستوري، وهذا ما جاء في المادة 210 من الدستور المعدل سنة 2016.
- يمكن ¾ أعضاء غرفتي البرلمان المجتمعين معا أن يبادروا باقتراح تعديل الدستور على رئيس الجمهورية، وهذا ما جاء في المادة 211 من الدستور المعدل سنة 2016.

¹ مولود ديدان، المرجع السابق، ص 428.

الخاتمة:

من خلال هذه الدراسة تم التوصل إلى مجموعة من النتائج وهي:

- آليات الرقابة على أعمال الحكومة تحد منها عوامل وعوائق مما يحول دون تحقيق الهدف منها.
- كرس ونص المشرع على منح صلاحية اقتراح القوانين لأعضاء مجلس الأمة في المسائل المتعلقة بالتنظيم المحلي وتهيئة الإقليم و التقسيم الإقليمي، وفي ذلك تعزيز لصلاحيات أعضاء مجلس الأمة ليجدوا الآلية التي تمكنهم من أداء الدور المنوط بهم.
- عزز من ممثلي البرلمان في المجلس الدستوري محاولا بذلك تقوية مجلس الأمة بإضافة عضو لكل غرفة لتصبح ممثلة بعضوين اثنين عن كل غرفة في المجلس الدستوري، وفي ذلك تعزيز لدورهم.
- منح نواب المجلس الشعبي الوطني و أعضاء مجلس الأمة حق إخطار المجلس الدستوري، وفي ذلك تعزيز لصلاحياتهم ليقوموا بدورهم في تكريس مبدأ سمو الدستور، باعتباره القانون الأعلى في الدولة .
- و من خلال هذه النتائج المتوصل إليها يمكن أن نعطي بعض التوصيات:
- تسهيل عملية وآلية ملتمس الرقابة لتمكين نواب المجلس الشعبي الوطني باستعمالها بكل سهولة.
- تعزيز الإصلاحات بالنص على آليات جديدة تحسن خاصة من التركيبة البشرية للبرلمان.
- رغم أهمية الإصلاحات التي جاء بها التعديل الدستوري 2016 لكنها تبقى غير كافية وبحاجة إلى تعزيز.

قائمة المصادر والمراجع:

الكتب:

- 1- الأمين شريط، الوجيز في القانون الدستوري و المؤسسات السياسية المقارنة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2008.
- 2- إيهاب زكي سلام، الرقابة السياسية على أعمال السلطة التنفيذية، عالم الكتب، القاهرة، مصر، 1983.
- 3- صلاح الدين فوزي، البرلمان دراسة مقارنة وتحليلية لبرلمانات العالم، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1994.
- 4- عبد الله بوقفة، أساليب ممارسة السلطة في النظام السياسي الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2002.
- 5- عمر حوري، القانون الدستوري، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2009.
- 6- مصطفى أبو زيد فهمي، الدستور المصري فقها وقضاء، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 1996.
- 7- مصطفى صالح العمادي، التنظيم السياسي و النظام الدستوري، دار الثقافة، عمان، الأردن، 2009.
- 8- رمزي الشاعر، النظم السياسية و القانون الدستوري، مطبعة جامعة عين شمس، مصر، 1977.
- 9- وسيم حسام الدين الأحمد، برلمانات العالم، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2010.

الأطروحات:

- 10- الأمين شريط، خصائص التطور الدستوري في الجزائر، أطروحة دكتوراه، جامعة قسنطينة، 1991.

المقالات:

- 11- بوزيد لزهاري، عن اللجان الدائمة في مجلس الأمة، مجلة الفكر البرلماني، العدد التاسع، 2005.
- 12- عمار عوابدي، مكانة وآليات الأسئلة الكتابية و الشفوية في عملية الرقابة البرلمانية، مجلة الفكر البرلماني، العدد 13، 2000.

القوانين:

- 13- التعديل الدستوري الصادر بموجب القانون رقم 01-16، المؤرخ في 06 مارس 2016، ج ر عدد 14، المؤرخة في 07 مارس 2016.
- 14- القانون العضوي رقم 16-12 الذي يحدد تنظيم المجلس الشعبي الوطني و مجلس الأمة وعملهما و كذا العلاقات الوظيفية بينهما و بين الحكومة، المؤرخ في 25 أوت 2016، ج ر عدد 50، المؤرخة في 28 أوت 2016.
- 15- النظام الداخلي لمجلس الأمة، ج ر عدد 49، المؤرخة في 22 أوت 2017.
- 16- النظام الداخلي للمجلس الشعبي الوطني، ج ر عدد 46، المؤرخة في 30 جويلية 2000.

خيار الوساطة الجنائية ودوره في حماية الطفل الجانح على ضوء قانون حماية الطفل 12-15.

د. مونة مقلاتي

أستاذة محاضر-ب-

جامعة 8 ماي 1945-قالمة

meguellati1982@gmail.com

ملخص:

لتجسيد حماية فعالة للطفل الجانح، وحفاظا من المشرع الجزائري على نهجه في الحيلولة دون توقيع العقوبة عليه، وبعبدا عن الآليات التقليدية التي لا تعطي وزنا كافيا للظروف الشخصية والموضوعية للطفل الجانح، وتقوم على ركيزتي العقاب والتجريم، استحدث المشرع آلية الوساطة بموجب قانون حماية الطفل 12-15. تتناسب هذه الآلية مع تطور العدالة الجنائية، وقوامها تدخل طرف ثالث توكل له مهمة القيام بدور الوسيط بين الطفل الجانح والضحية، على هذا الأساس ظهر ما يسمى بالعدالة التأهيلية التصالحية، والتي تسعى لإيجاد سبل لتقويم سلوك الطفل الجانح قصد إعادة تهيئته وإدماجه اجتماعيا، وإنصاف الضحية وجبر الضرر الذي لحقه من الاضطراب الذي أحدثته الجريمة، بغرض الوصول إلى إنهاء النزاع بين الطرفين بطريقة ودية تفاوضية، بين الطفل الجانح والضحية، وقبل تحريك الدعوى العمومية.

الكلمات المفتاحية: الوساطة، الطفل الجانح، الضحية، العدالة التصالحية

Abstract :

In order to achieve protection for a child who commits a misdemeanor, and in order for the Algerian legislator to maintain his approach in preventing the imposition of punishment on him, apart from traditional mechanisms that do not give sufficient weight to the personal and objective circumstances of the delinquent child, and based on tow pillars are punishment and criminalization the legislator introduced the mediation mechanism under the Child Protection Act 15.12

This mechanism is commensurate with the development of criminal justice, the basis of which is the intervention of a third party entrusted with the role of mediator between the delinquent child and the victim, on this basis, emerged so-called restorative and habilitational justice, which seeks to find ways improving the behavior of the delinquent child in order to reformulate his behavior and facilitate social integration of him, and to redress the victim and redress the damage caused by the crime with a view to reaching an end to the dispute between the parties in a friendly and negotiated manner between the delinquent child and the victim, and before initiating the proceedings in judiciary.

Keywords: mediation, child delinquent, victim, restorative justice.

مقدمة:

في ظل تنامي ظاهرة جنوح الأحداث، التي أصبحت تشكل هاجسا لدى الأسرة والمجتمع، ونظرا لما يتصل بهذه الظاهرة من انحراف في السلوك، وخروج عن قواعد الضبط الاجتماعي، للتصدي لهذه الظاهرة اتجهت تشريعات غالبية الدول إلى ابتكار سبل كفيلة بمواجهتها بما يتوافق مع العدالة الجنائية، وهي عدالة تقتضي لتحقيق أبعادها الإيجابية، ضرورة السعي إلى تجنب الطفل الجانح قدر الإمكان من الدخول في الإجراءات القضائية، والتعامل مع هذه الجنوح معاملة اجتماعية تستحق الحماية والعلاج، قبل أن تكون قضية جزائية تقتضي متابعة جزائية، مما يستوجب البحث عن بدائل كفيلة بحمايته، وإعادة تأهيله وإدماجه، وعلى ضوء البحث عن هذه البدائل جاءت فكرة الوساطة، التي قوامها أن الطفل الجانح الذي يخرق أحكام القانون هو ضحية، بحكم أن المرحلة العمرية التي يعيشها تجعله قابلا للإصلاح، كما هو قابل للانحراف، مما يتوجب إنقاذه، لذا تتطلب طبيعة المعاملة الجنائية مع الطفل الجانح معاملة خاصة، ولتحقيق هذا الغرض وتجسيد حماية فعالة لهذا الطفل الجانح استحدثت المشرع الجزائري آلية الوساطة بموجب قانون حماية الطفل 12/15، والتي تعتبر كأحد الطرق البديلة في المجال الجزائي .

أولا- أهمية البحث:

تتجسد لهذا البحث أهمية من الناحيتين العلمية والعملية:

أ- الأهمية العلمية: تتجلى الأهمية العلمية للوساطة كآلية لحماية الطفل الجانح من خلال الاقتران بين النظام القانوني والاجتماعي، وما يصبو إليه كلاهما في المحافظة على كيان المجتمع وأمنه واستقراره، اعتمادا على حقيقة أن طائفة من أبنائه في طريقهم إلى عالم الجريمة، مما يتحتم إقرار حماية ووقاية لهذا الطفل الجانح عن مسببات جنوحه، ومحاولة إصلاحه بما يسمح له بالتكيف مع المجتمع، وصيانة حقوق المجني عليه وجبر الضرر، وإنهاء الاضطراب الناشئ عن الجريمة، وبالتالي تتحقق هذه الأهمية النظرية بتسليط الضوء حول الوساطة كآلية مستحدثة في نظام عدالة الطفل الجانح .

ب- الأهمية العملية: تتجسد هذه الأهمية فيما تحققه الوساطة من مزايا، وذلك من خلال التوفيق بين أطراف الخصومة، وإنهاءها بطريقة ودية رضائية تصالحية، والسعي لإنهاء النزاع بأقل جهد وأقل تكلفة، وبالتالي يشكل الأخذ بهذه الآلية باعتبارها نمط للعدالة التصالحية⁽¹⁾، الحل الأنسب للطفل الجانح، بحكم أنها أكثر مراعاة لتحقيق مصالحه والعمل على إعادة إدماجه، على خلاف السياسة التقليدية التي لا تعطي وزنا كافيا للظروف الشخصية والموضوعية للطفل الجانح، والتي تقوم على ركيزتي العقاب والتجريم بشأن كل فعل مخالف للقانون دون النظر للبدائل الإصلاحية للطفل المدان، ومن هذا المنطلق جاءت آلية الوساطة لتحقيق هدف عملي من خلال محاولة جبر الضرر، وتأهيل الطفل الجانح وفق أطر تتجاوز حدود النظام القضائي.

(1)- العدالة التصالحية هي الإجراءات والأليات التي تهدف إلى جعل الطفل الجانح مسؤولا عن إصلاح الضرر الذي سببه الجرم المسند إليه، والتي تهدف إلى إيجاد الطرق التي يمكن من خلالها للطفل الجانح أن يتعامل مع مشاعر الذنب بطريقة إيجابية، كما تهدف إلى التعامل مع الضحية والمجتمع بهدف إشراكهم في حل النزاع، أي هي العدالة التي تركز على إعادة تأهيل ودمج الطفل الجانح بالمجتمع مجددا، وتتعامل مع الضحية أيضا من حيث تعويضه عن الضرر الذي لحق به، وتعويض المجتمع الذي لحق به نفس الضرر.

انظر: بن النصيب عبد الرحمن، العدالة التصالحية البديل للعدالة الجنائية، مجلة المفكر، العدد 11، سبتمبر 2014، ص 364.

ثانيا-أهداف البحث:

يهدف البحث في هذه الآلية المستحدثة إلى تحقيق جملة من الأهداف، والتي يمكن إجمالها على النحو التالي:
*تسليط الضوء على أحكام الوساطة على ضوء قانون حماية الطفل 12-15، إذ يتم بموجبها تحويل فكرة العدالة الجزائية إلى عدالة تصالحية رضائية، مع مراعاة البعد الاجتماعي، وحقوق المجني عليه وتأهيل الطفل الجانح ليصبح فردا بناء في المجتمع، ويشكل قيمة مضافة له.

*بيان الأهمية المتوخاة من إقرار واستحداث هذه الآلية بالنسبة للطفل الجانح، ومبررات اللجوء إلى تطبيقها، نظرا لأنها تهدف إلى تنمية روح الصلح بين الطفل الجانح والمجني عليه، من خلال الاتفاق على إصلاح ضرر المجني عليه وإعادة الحال إلى ما كان عليه، دون اللجوء إلى الطريق القضائي

ثالثا-مجال البحث:

يتحدد مجال دراستنا لهذه الورقة البحثية عبر ثلاثة مجالات تتجسد على النحو التالي:

أ-المجال التشريعي: نظم المشرع الجزائري الوساطة بموجب قانون 12/15 المؤرخ في 15 يوليو 2015 المتعلق بحماية الطفل ضمن الفصل الثالث المتعلق بالوساطة، من الباب الثالث الخاص بالقواعد الخاصة بالأطفال الجانحين وتحديد المواد 110-115 منه.

ب-المجال الشخصي: تقوم الوساطة بالنسبة للطفل الجانح بحضور 03 أطراف: الطفل الجانح وممثله الشرعي – الضحية أو ذوي حقوقها – وكيل الجمهورية كطرف وسيط أو أحد مساعديه أو أحد ضباط الشرطة القضائية، كما يحق للمحامي أن يطلب من وكيل الجمهورية إجراء الوساطة بالنسبة للطفل الجانح.

ج-المجال الموضوعي: بالرجوع للفصل الثالث من قانون 12/15 وتحديد المادة 110 نجد أن المشرع الجزائري، حدد المجال الموضوعي للوساطة بالجناح والمخالفات دون الجنايات، لكن الملاحظ انه لم يحدد الجناح التي تقبل الوساطة والتي لا تقبل، على خلاف الأمر في ظل قانون 02/15 أين نجد المشرع حدد وحصر قائمة من الجرائم المعنية بالوساطة.

د-المجال الزمني: يمتد المجال الزمني لإعمال الوساطة من تاريخ وقوع الجريمة إلى غاية تحريك الدعوى العمومية من قبل النيابة العامة، إذ يتعين المبادرة بالوساطة قبل مباشرة النيابة العامة للإجراءات المتعلقة بالحدث الجانح.

رابعا-منهج البحث:

اعتمادنا في معالجتنا لهذه الورقة البحثية على المنهج التحليلي، من خلال استقراء وتحليل النصوص ذات الصلة بالموضوع، كما ستم الاستعانة بالمنهج المقارن في بعض الجزئيات التي تخدم الموضوع وتأثيره، خاصة فيما يتعلق بموقف بعض التشريعات التي كانت سباقة في إقرار آلية الوساطة، رغم اختلاف تسميتها ونطاق تطبيقها.

خامسا-الإشكالية:

تطرح هذه الورقة البحثية إشكالية محورية، يمكن صياغتها على النحو التالي:

- ما مدى كفاية وفعالية الوساطة كألية مستحدثة بموجب قانون 12/15 في تجسيد حماية للطفل الجانح، بالنظر إليها كضمانة كرسست لحمايته؟

للإجابة على هذه الإشكالية؛ ارتأينا تقسيم هذه الورقة البحثية إلى محورين على النحو التالي:

المحور الأول: الضمانات الممنوحة للطفل الجانح من خلال الشروط المتعلقة بالوساطة

تعد الوساطة من أهم آليات حماية الحدث الجانح، التي جاء بها قانون حماية الطفل، وهي أحد الطرق البديلة في المجال الجزائي، ونظام الوساطة الجنائية ليس بالنظام الحديث، حيث عرفته العهود الأولى للمجتمعات، وكذلك فقد انتشر في التشريعات المقارنة الحديثة، وكان نتيجة لتوصيات المؤتمرات الدولية، أين اتجهت معظم الدول الأوروبية بالأخذ بنظام الوساطة في المواد الجنائية⁽¹⁾، ولم تتضمن غالبية القوانين قواعد قانونية تتعلق بالوساطة إلا في فترة متأخرة، وقد كان القضاء الأمريكي سباقا إلى معالجة الموضوع، قبل أن تبادر بعض التشريعات بتنظيم أحكامها، حتى أضحت الوساطة اليوم عوناً للقضاء⁽²⁾.

وبالنسبة لموقف المشرع الجزائري من هذه الآلية، فإنه تماشيا مع الإجراءات الجديدة التي جاء بها التعديل الأخير لقانون الإجراءات الجزائية بموجب الأمر 02-15، حيث استحدثت آلية الوساطة⁽³⁾، وقام بإدراج هذه الآلية ضمن قانون حماية الطفل 12-15 في المواد 110-115 منه، وعرف الوساطة ضمن المادة الثانية منه بأنها:

" آلية قانونية تهدف إلى إبرام اتفاق بين الطفل الجانح وممثله الشرعي من جهة، الضحية أو ذوي حقوقها من جهة أخرى، وتهدف إلى إنهاء المتابعات وجبر الضرر الذي تعرضت له الضحية ووضع حد لأثار الجريمة، والمساهمة في إعادة إدماج الطفل " ⁽⁴⁾

نستشف من ذلك أن المشرع الجزائري، قد صرح برغبته في جعل آلية الوساطة، سبيله نحو وضع حد للمتابعات الجزائية ضد الطفل الجانح، دون الإضرار بمصالح الضحية وذوي حقوقه⁽⁵⁾، كما عرف المشرع التونسي نظام الوساطة أول مرة في مجلة حماية الطفولة تحديدا في الباب الثالث المتعلق بحماية الطفل الجانح سنة 1995، وقد عرفه الفصل 113 من هذه المجلة بأنها:

" آلية ترمي إلى إبرام الصلح بين الطفل الجانح ومن يمثله قانونا، وبين المتضرر أو من ينوب عنه أو ورثته، وتهدف إلى إيقاف المتابعات الجزائية أو المحاكمة أو التنفيذ"

ومن التشريعات العربية التي لم تأخذ بالوساطة الجنائية ضمن منظومة البدائل التي قننتها، نجد التشريع المغربي، الذي اكتفى بتقنين مؤسسة الصلح الجنائي ضمن القانون المنظم للمسطرة الجنائية، مما يقتضي ضرورة

(1)- بوهنتالة ياسين ، رضاني فريد ، "الضمانات القانونية لحماية الحدث الجانح "، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية ، عدد خاص، جامعة باتنة 01 ، ماي 2016 ، ص: 155.

(2)-خلاف فاتح ، مكانة الوساطة لتسوية النزاع الإداري في القانون الجزائري ، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه ، تخصص قانون عام، كلية الحقوق ، جامعة محمد خيضر بسكرة ، 2014 ، 2015 ، ص: 29.

(3)- نشير ضمن هذا الإطار إلى أن المشرع الجزائري ضمن الأمر 02-15 المؤرخ في 23 جويلية 2015 المعدل والمتمم لقانون الإجراءات الجزائية ، جريدة رسمية عدد 40 الصادرة في 23 جويلية 2015 ، لم يتضمن تعريف للوساطة ، وإنما إكتفى بذكر وبيان أطرافها وموضوعها .

(4)- المادة الثانية من قانون 12-15 المؤرخ في 15 يوليوي 2015 ،

(5)- محمد توفيق قديري ، إتجاه المشرع الجزائري للحد من تسليط العقوبة على الحدث الجاني ، مداخلة ضمن فعاليات الملتقى الوطني حول جنوح الأحداث ، قراءة في واقع وأفاق الظاهرة وعلاجها ، يومي ، 4 ، 5 ماي ، 2016 جامعة باتنة 01 ، ص: 07.

تبنيه للوساطة الجنائية للاستفادة من مزايا هذه الآلية⁽¹⁾، من هذا المنطلق سنحاول التحدث عن هذه الضمانات من خلال تحديد محل الجريمة، ثم الأشخاص المؤهلين بطلب الوساطة " أي أطرافها ".
أولاً: موضوع الوساطة:

هو المحل الذي تنصب عليه الوساطة، بمعنى مجموعة الجرائم التي يرى المشرع سلوك الوساطة بشأنها كبديل عن تحريك الدعوى الجزائية، فقد يكون اختيار هذه الجرائم لبيساطتها أو لعدم إخلالها بالنظام العام إخلالاً جسيماً، أو لاعتبارات اجتماعية أو إنسانية، يرى المشرع أنها جديرة بالاهتمام، والملاحظ أن بعض التشريعات المقارنة التي تبنت هذه الآلية، لم تحدد الجرائم التي يمكن إعمال إجراء الوساطة بشأنها كالتشريع الفرنسي والأمريكي، الكندي والبولندي، وبالتالي ترك للسلطة القضائية السلطة التقديرية، في مدى ملائمة سلوك هذا الإجراء، بدل اللجوء للطريق التقليدي لحل النزاع، إذا كانت حالة من حالات ملائمة الوساطة قد تتحقق⁽²⁾، أما بالنسبة للمشرع الجزائري؛ فإنه بالرجوع لنص المادة 110 من قانون حماية الطفل 15-12، يتبين لنا أن المشرع الجزائري أجاز لوكيل الجمهورية إجراء الوساطة في مجال المخالفات والجناح، وورد الأمر بشأن الجناح على إطلاقه دون تقييد، بمعنى أنه لم يتم تحديد جناح معينة يستفيد منها الطفل الجانح بهذه الآلية، وعليه يمكن القيام بإجراء الوساطة في أية جناح يمكن أن يرتكبها الطفل الجانح، أما بالنسبة للجنايات فهي مستبعدة، ولا يجوز إجراء الوساطة بشأنها ويرجع ذلك لخطورة هذا النوع من الجرائم ومساسها بالنظام العام، وصعوبة وضع حد للإخلال والاضطراب

الناتج عنها داخل المجتمع⁽³⁾، وقد سار المشرع الجزائري بخصوص هذه المسألة وفق منحنى التشريعات سالفة الذكر، إذ ترك الأمر بيد وكيل الجمهورية وفقاً لسلطته التقديرية شريطة موافقة الأطراف، ونحن من جانبنا نرى أن المشرع الجزائري قد وفق في هذا المسعى والطرح حينما جعل مسألة الجناح التي تجرى فيها الوساطة بالنسبة للطفل الجانح مطلقة، ولم يقصرها على نوع محدد، وهذا ما يشكل ضماناً فعالة له تجعل الطفل الجانح يستفيد من هذا الإجراء في أية جناح، على خلاف الوضع في ظل الأمر 15-02 المعدل لقانون الإجراءات الجزائية، أين نجد المادة 37 مكرر منه؛ حددت وحصرت الجناح التي تجرى فيها الوساطة، وهذا ما يجعل هدف الوساطة الممنوحة للطفل الجانح أوسع وأشمل من تلك الممنوحة للبالغ، بحيث أن غاية الوساطة بالنسبة للبالغين علاجية فقط، أي تسعى لجبر الضرر المترتب عن ارتكاب الجريمة، ووضع حد للإخلال الناتج عنها، في حين أن الوساطة بالنسبة للطفل الجانح علاجية تأهيلية، بحيث ترمي إلى إنهاء المخالفات وجبر الضرر الذي تعرضت له الضحية، وكذلك تأهيل الطفل الجانح للمساهمة في إعادة إدماجه.⁽⁴⁾

(1)-العابد العمراني الملودي، "الوساطة الجنائية"، التشريع الفرنسي والتونسي نموذجاً"، مجلة القانون والأعمال، جامعة الحسن الأول، المغرب، سبتمبر 2017، ص: 10.

(2)-عمران نصر الدين، عبابسة الطاهر، الوساطة الجزائية كبديل للدعوى الجزائية، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، المجلد العاشر، العدد الأول، فيفري، 2017، ص: 151.

(3)-بن طالب أحسن، "الوساطة الجزائية المتعلقة بالأحداث الجانحين"، مجلة البحوث والدراسات الإنسانية، جامعة الجزائر، العدد 12، 2016، ص: 2014.

(4)-الزهره فرطاس، الوساطة الجزائية نموذج من العقوبات الرضائية وفقاً للأمر 15-02، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، جامعة حسبية بن بوعلی، الشلف، العدد الثاني، ماي 2016، ص: 323.

ثانيا: الشروط المتعلقة بأطراف الوساطة.

تتم عملية الوساطة بحضور ثلاثة أطراف كالتالي: الطفل الجانح وممثله الشرعي، والضحية أو ذوي حقوقها، ويقوم بدور الوسيط وكيل الجمهورية أو يكلف بذلك أحد مساعديه أو أحد ضباط الشرطة القضائية، كما أجاز القانون استعانة طرفي النزاع بمحاميهما أثناء إجراء الوساطة.

01-الطفل الجانح وممثله الشرعي:

نص المشرع الجزائري على أن الطفل هو كل شخص لم يبلغ 18 سنة كاملة، وأشار إلى أن مصطلح الحدث يقابله الطفل في نص المادة 02 من قانون 12-15⁽¹⁾، بينما لم يعطي تعريفا للحدث الجانح، بل اقتصر على تحديد سن دنيا للمتابعة الجزائية، واعتبر الطفل الجانح هو كل من ارتكب فعلا مجرما ولا يقل عمره عن 10 سنوات، أما المشرع الفرنسي فلم يعطي تعريفا للحدث الجانح في قانون الطفولة الجانحة، وترك ذلك لنص قانون العقوبات في المادة 122 فقرة 08، والتي نصت على أن الحدث هو الشخص ما بين 10 و18 سنة. ويتمتع على القدرة على التمييز، وبالتالي اتفقت التعاريف أن الحدث هو الطفل أو الصغير الذي لم يبلغ 18 سنة، وان الجنوح هو فعل مؤثم جنائيا⁽²⁾، ولكي يلزم إجراء الوساطة فإنه يجب موافقة الطفل الجانح وممثله الشرعي، ويقصد بهذا الأخير الوالي أو الوصي أو الكافل أو الحاضن أو المقدم، وتعد هذه ضمانات من أهم الضمانات التي نص عليها المشرع الجزائري، لما يشكله حضور الممثل الشرعي من حماية من الناحية النفسية للطفل الجانح.⁽³⁾

02-الضحية أو ذوي حقوقها:

يعتبر المجني عليه أو الضحية؛ عنصرا محوريا في الوساطة، والتي لا تتحقق في ظل انعدام الوجود الفعلي للضحية، على أساس ارتباطها بمسألة تعويضه، ويعرف بأنه:

" كل من وقع على مصلحته المحمية من فعل يجرمه القانون سواء ألحق به هذا الفعل ضرا معينا أو عرضه للخطر"⁽⁴⁾؛

كما يعرف بأنه:

" الشخص الطبيعي أو المعنوي الذي وقعت عليه نتيجة الجريمة، أو الذي اعتدى على حقه أو مصلحته التي يحميها القانون."⁽⁵⁾

(1)-عرف المشرع الجزائري الطفل في المادة 02 من قانون 12-15 بأنه " الطفل الذي تكون صحته أو أخلاقه أو تربيته، أو أمنه في خطر، أو عرضة له أو تكون ظروف المعيشة أو سلوكه من شأنهما أن يعرضاه للخطر المحتمل، أو المضرب بمستقبله، أو يكون في بيئة تعرض سلامته البدنية أو النفسية أو التربوية للخطر"

(2)-عبادة سيف الإسلام، الأحكام الإجرائية الخاصة بالطفل الجانح في قانون حماية الطفل الجزائري، دراسة مقارنة، دفاتر السياسة والقانون، العدد 17، جوان 2017، ص: 02.

(3)- بوهنتالة ياسين، رضباني فريد، مرجع سابق، ص: 252.

(4)-زكي زكي حسين زيدان، حق المجني عليه في التعويض عن ضرر النفس، در الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2004، ص: 17.

(5)-داليا قدرى عبد العزيز، دور المجني عليه في الظاهرة الإجرامية وحقوقه في التشريع الجنائي المقارن، در الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2013، ص: 86.

إن الضابط في تقدير التعويض كجزاء للضرر المترتب على الجريمة؛ هو الضرر المباشر الذي أصاب الضحية، ولا يكون الضحية أهلا للتقاضي إلا إذا بلغ سن الرشد، وكان متمتعا بقواه العقلية ولم يحجر عليه⁽¹⁾، أما إذا كان من لحقه ضرر من الجريمة عديم التمييز أو ناقص الأهلية، فلا تثبت له أهلية التقاضي، وإنما تثبت لمن يمثله قانونا كالولي أو الوصي، وهذا يعني أن المشرع الجزائري لم يعط لعديمي الأهلية أو ناقصيها أهلية التقاضي، وإنما أضفى عليهم صفة المضرور فقط⁽²⁾، ومرد ذلك أن الاتفاق المتمخض عن الوساطة يعد من التصرفات الدائرة بين النفع والضرر، وقد اشترط المشرع الجزائري رضا الطرفين الشاكي والمشتكى منه في إجراء الوساطة الجزائية. عكس المشرع الفرنسي الذي يشترط فقط رضا الضحية لإجرائها" حسب المادة 41 / 1 من قانون الإجراءات الجزائية الفرنسي"، وحسنا فعل المشرع لأنه لا يمكن إجبار أي شخص، ولو كان المشتكى منه على القيم بالوساطة، وبهذه المادة يعيد المشرع الأمور إلى نصابها، لما يولي الاهتمام اللازم للضحية والمشتكى منه، بوضعهما في مركز واحد في الوساطة الجزائية.⁽³⁾

03-الوسيط:

يقصد به الشخص القائم بعملية الوساطة، وهو الذي يتولى التوفيق بين مصلحتي الطفل الجانح والمجني عليه، بحيث يعتبر محور الوساطة، وتتوقف نتيجتها على مدى نجاحه في إدارة النقاش والحوار بين أطراف النزاع، خلال مراحل سير إجراءاتها، ويؤدي دورا حاسما في تقريب وجهات نظرهم وتوجيههم إلى التسوية التي يرونها مناسبة⁽⁴⁾، وقد حددت المادة 111 من قانون حماية الطفل: الأشخاص المؤهلين للقيام بهذا الدور:

أ-وكيل الجمهورية أو أحد مساعديه:

إذا رأى وكيل الجمهورية أن للوساطة مجالا يقوم بنفسه، أو يكلف أحد مساعديه باستدعاء الطفل وممثله الشرعي، كما يستدعي الضحية أو ذوي حقوقها ويستطلع رأي كلا منهم، لأن الوساطة تكون بتوافق الأطراف.⁽⁵⁾

ب-ضباط الشرطة القضائية:

يجوز لضباط الشرطة القضائية القيام بمهمة الوسيط بين طرفي النزاع، بناء على تكليف من وكيل الجمهورية المختص بالنزاع، وفي حالة نجاح اتفاق الوساطة التي يقوم بها ضباط الشرطة القضائية، يتعين على هذا الأخير أن يرفع محضر اتفاق الوساطة إلى وكيل الجمهورية، لاعتماده بالتأشير عليه⁽⁶⁾، وهذا ما أوجبه المادة 112 / 2 من قانون حماية الطفل، الجدير بالذكر في هذا السياق إلى أن وكيل الجمهورية، وأثناء قيامه بالوساطة فهو يسعى إلى الوصول إلى مقترحات، ويحاول خلق مناخ ملائم بين الطفل الجانح باعتباره جانبا، والضحية لغرض التفاهم والتفاوض، على

(1)-انظر المدين 40 ، 41 من القانون المدني الجزائري الصادر بالأمر 58-75 بتاريخ 26 سبتمبر 1975 ، ج ر عدد 78 بتاريخ 30-09-1975 المعدل والمتمم بمقتضى القانون 10-05 المؤرخ في 20-09-2005 ، ج ر ، عدد 44 المؤرخة في 26-09-2005.

(2)- عبد الرحمن خلفي ، محاضرات في قانون الإجراءات الجزائية ، دار الهدى ، عين مليلة ، الجزائر ، 2012 ، ص: 150.

(3)- مشري راضية ، " الوساطة الجزائية في الجزائر كبديل للعدالة القمعية " ، مجلة دراسات لجامعة عمارثليجي ، الاغواط ، مجلة دولية ، العدد 58 ، سبتمبر 2017 ، ص: 186.

(4)-خلاف فاتح ، مرجع سابق ، ص: 368.

(5)-محمد توفيق قديري، مرجع سابق، ص: 07.

(6)-بن طالب أحسن ، مرجع سابق ، ص: 06.

تسوية الأضرار الناجمة عن الجريمة، وخلق جو من الود بالشكل الذي يؤدي إلى اتفاق بين الطفل الجاني وممثله الشرعي والضحية، وفي هذا الصدد أشارت التوصية رقم 99-19 الصادرة عن المجلس الأوروبي على أنه:

" ينبغي على الوسيط دائما احترام كرامة الأطراف، وضمان أن يعمل الأطراف باحترام مع بعضهم البعض"⁽¹⁾

الملاحظ أنّ المشرّع الجزائري لم يوكل مهمة الوساطة إلى شخص ثالث محايد، بل أسندت المهمة لوكيل الجمهورية، على خلاف الوضع بالنسبة للتشريع الفرنسي وحرصا منه على استقلال الوسيط، فقد حظر بشكل مطلق كل من يمتن العمل القضائي، ممارسة مهنة الوساطة، ويشمل هذا الحظر الطوائف التالية:

رجال القضاء، قضاة النيابة العامة، قضاة الحكم، المحامون، الخبراء، وكلاء الدعوى، المحضرون، قضاة محكمة العمل، القاضي الفصلي، كتاب المحاكم، وقد نصّ المشرّع الفرنسي على ضرورة تقديم الشخص الذي يرغب في العمل كوسيط، الضمانات التي تتعلق باستقلاله وحياده واختصاصه⁽²⁾، ومن التشريعات العربية التي سارت ضمن هذا النهج نجد التشريع التونسي، حيث نص المشرّع التونسي في المادة 116 من مجلة حماية الطفل، برفع مطلب الوساطة من قبل الطفل أو من ينوبه إلى مندوب حماية الطفولة، الذي يسعى إلى إبرام صلح بين الأطراف المعنية، يدونه في كتاب ممضى، ويرفعه إلى الجهة القضائية المختصة التي تعتمده وتكسبه الصبغة التنفيذية، مالم يكن مغلا بالنظام العام أو الأخلاق الحميدة⁽³⁾، ونحن من جانبنا نؤيد موقف هذين التشريعيين بإيكال مهمة الوساطة إلى جهة محايدة لضمان فعاليتها بشكل أكبر، وتأدية دورها على النحو المطلوب، لذا حري بالمشرّع الجزائري أن يساير هذا الطرح، ويوكل هذه المهمة لجهة محايدة، ضمن هذا الإطار تشترط ندوة طوكيو⁽⁴⁾، أنه يشترط فيمن تعهد له مهمة الوساطة، أن يتحلى بجملة من الشروط، حيث قررت هذه الندوة أنه:

" يشترط في الوسيط أن تتوفر لديه الروح الإنسانية، والرغبة في خدمة المجتمع وحل مشاكله، فضلا عن المعرفة القانونية والنفسية المناسبة، التي تساعد على استنباط الحلول العملية، وحتى يتمكن من القيام بدوره هذا يتعين أن يكون مستقلا ومحيادا، ولا يجوز أن يكون حكما في النزاع في حالة فشل جهود الوساطة"⁽⁵⁾؛
والملاحظ أن المشرّع الجزائري اكتفى بذكر يجوز لوكيل الجمهورية.....إجراء الوساطة، دون ذكر للشروط الواجب توافرها في الشخص القائم بهذه العملية.

المحور الثاني: الضمانات الممنوحة للطفل الجانح خلال إجراءات الوساطة وآثارها:

لم يضع المشرّع الفرنسي نصوصا تشريعية لتنظيم إجراءات الوساطة الجنائية، ولم يحدد ضوابط الحوار بين طرفي النزاع، وإنما ترك ذلك للفقهاء ليحدده تبعا للمبادئ العامة التي تسعى الوساطة إلى تحقيقها، وكذلك الشأن

(1)-ياسر بن محمد سعيد بابصيل، الوساطة الجنائية في النظم المعاصرة، دراسة تحليلية، رسالة لنيل شهادة ماجستير في العدالة الجنائية، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، 2011، ص: 101.

(2)-صباح أحمد نادر، التنظيم القانوني للوساطة الجنائية وإمكانية تطبيقها في القانون العراقي، دراسة مقارنة، بحث مقدم إلى مجلس القضاء في إقليم كردستان، العراق، 2014، ص: 09.

(3)-قانون عدد 92 لسنة 1995، مؤرخ في 09 نوفمبر 1995، يتعلق بإصدار مجلة حماية الطفل، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، السنة 138، العدد 90، 10/11/1995، ص: 2205.

(4)- الندوة الدولية لقانون العقوبات التي عقدت في طوكيو باليابان في الفترة من 14-16 مارس 1983.

(5)-صباح أحمد نادر، مرجع سابق، ص: 09.

بالنسبة للمشرع الجزائري لم يتضمن نصوصا تفصيلية حول إجراءات الوساطة، سواء في قانون حماية الطفل أو في قانون الإجراءات الجنائية⁽¹⁾، مما يفتح المجال لاجتهاد النيابة العامة في إعداد أهم المراحل التي تتم من خلالها، وسنحاول ضمن هذا العنصر تبيان شروط اللجوء للوساطة، ثم أثارها.

أولاً: شروط اللجوء للوساطة:

تتجسد هذه الشروط في مسألتين أساسيتين: شرط الملائمة في إجراء الوساطة، وموافقة طرفي النزاع:

أ - الملائمة في إجراء الوساطة:

قد يكون إجراء الوساطة بناء على طلب الطفل الجانح أو ممثله القانوني، أو بمبادرة من النيابة العامة، في هذه الحالة وإعمالاً للمادة 110 من قانون 12-15، فإن لوكيل الجمهورية مطلق الحرية في تقرير اللجوء للوساطة بين الضحية والطفل الجانح، ضمن هذا الإطار نصت المادة 1/41 من قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي بقولها: " يستطيع مدعى الجمهورية واللجوء للوساطة الجنائية أمر جوازي للنيابة العامة. فلا يجوز للأطراف إجبار النيابة العامة على قبول الوساطة، ولا يجوز إحالة النزاع للوساطة دون موافقة النيابة العامة حتى ولو كان بموافقة الأطراف"⁽²⁾

نستشف من موقف التشريعين الجزائري والفرنسي، أن للنيابة العامة سلطة تقديرية في مدى جدوى اللجوء للوساطة لإنهاء الدعوى الجنائية إعمالاً لمبدأ الملائمة، ولا يجوز لأطراف النزاع إجبار النيابة على اللجوء للوساطة⁽³⁾، بحيث يتعين على ممثل النيابة العامة في القانون الفرنسي اختيار الوسيط⁽⁴⁾، وتحدد له إجراءات الوساطة" موضوعاً، أشخاصاً، ومدة"، بحيث يقوم الوسيط حسب التشريع الفرنسي بشرح قواعد الوساطة للطرفين مستعرضاً فوائدها لهما في سرعة حل النزاع وإصلاح العلاقة بينهما، حتى يتمكن من تحفيزهما على الموافقة، وعند عدم موافقة أحد الطرفين على الوساطة، يقوم الوسيط بإخطار النيابة العامة بهذا الموقف، وذلك بصفتها صاحبة التصرف في أي إجراء بخصوص الدعوى الجنائية⁽⁵⁾، أما في القانون الجزائري فلا وجود لنظام الوسيط، بالتالي يتكفل وكيل الجمهورية بنفسه بإبلاغ الطفل الجانح، أو ممثله والضحية، عن طريق استدعاء يتضمن خاصة الجريمة موضوع الوساطة والتدابير المقترحة، وطبيعتها والمدة القانونية لهذا الإجراء، وتاريخ الحضور لإجراء الوساطة، حتى يكون رضا كل منهما صادراً عن قناعة تامة، ويجب أن يحيطهم علماً بحقهم في الاستعانة بمحام أمثالاً للقيمة الدستورية لحق الدفاع⁽⁶⁾، والمشرع الجزائري لم يكن واضحاً بخصوص دور المحامي، فهل تعني إمكانية الاستعانة بالمحامي جواز حلول هذا الأخير محل الطرف المعني في قبول عرض الوساطة أو لا؟ على خلاف الأمر بالنسبة للمشرع

(1)- مشري راضية، مرجع سابق، ص: 187.

(2)- Article 41-1 du Code de procédure pénale français. Modifié par LOI n° 2016-444 du 13 avril 2016 JORF n° 0088 du 14 avril 2016.

(3)- صباح احمد نادر، مرجع سابق، ص: 12.

(4)- يعرف النظام الفرنسي عدة جهات للوساطة هي "جمعيات مساعدة المجني عليهم، حال وجود اتفاق بينها وبين النيابة العامة، دور العدالة والقانون، وقائمة الوسطاء المعتمدة.

(5)- عمران نصر الدين، عبايسة الطاهر، مرجع سابق، ص: 154.

(6)- نورة بن بوعبد الله، "الوساطة الجنائية في قانون الإجراءات الجنائية"، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، جامعة باتنة 01، العدد العاشر، جانفي، 2017، ص: 134.

التونسي كان صريحا في هذه المسألة، حيث استوجبت المادة 335 من قانون الإجراءات التونسية الحضور الشخصي للمشتكى منه، وحضور المحامي لا يكفي من أجل تنمية الشعور بالمسؤولية لدى المشتكى منه، بينما سمح للمحامي بأن ينوب عن الضحية في مرحلة التفاوض فقط، وليس في التوقيع محله سواء تعلق الأمر بقبول أو رفض الوساطة، أو قبول الاتفاق الناجم عنها إلا بتوكيل خاص من الضحية.⁽¹⁾

02- قبول الأطراف بالوساطة:

تقوم الوساطة على الأسلوب الرضائي التوفيق، إذ إنها لا تطبق إلا بعد عرضها على طرفي النزاع، وموافقتهما عليها، إذ لا تفرض عليهما مطلقا، حيث تقوم على مبدأ حرية الإرادة أي حرية الأطراف في اللجوء إلى هذه الآلية، ولا بد أن تكون هذه الإرادة صحيحة غير مشوبة بعيوب الإرادة، إذ لا يتصور ممارسة الوساطة إذا كان قبول الطفل الجانح أو الضحية تحت تأثير الإكراه أو الغلط أو التدليس، كونها نظاما اختياريا وليس إجباريا⁽²⁾، ويوقع الأطراف على ذلك تأكيدا بأنهم قد اختاروا الوساطة بكامل حريتهم، وليس لأي جهة أن تجبرهم على ذلك دون رضاهم، فموافقتهم شرط جوهري بقبول الوساطة والسير في إجراءاتها، وقد أشارت التوصية رقم 19/99 الصادرة عن المجلس الأوروبي " على تأكيد حصول موافقة طرفي النزاع، وتكون في صورة المشاركة في الوساطة بمحض إرادتهم"⁽³⁾، وبعد التأكد من قبول الطرفين، يتولى وكيل الجمهورية الجمع بين الأطراف أو ما يطلق عليه بالتفاوض المباشر أي المواجهة المباشرة بين طرفي الخصومة، أو مقابلة كل طرف على حدى، أو ما يطلق عليه بالتفاوض غير المباشر، حاملا وكيل الجمهورية لكل منهما عرضا من الجانب الآخر، مهتديا في ذلك بدرجة ونوع النزاع، كما يحاول في هذه المرحلة التقريب بين وجهات نظر الأطراف المتنازعة، ويكون ذلك من خلال تبني قواعد الحوار وتحديد من سيبدأ الكلام أولا، والوقت الذي يستغرقه وكيفية الرد على الأسئلة التي سيطرحها الأطراف⁽⁴⁾، لأن نجاح مهمة الوسيط في توجيه أطراف النزاع إلى الصيغة التوافقية ترتبط ارتباطا وثيقا بمدى تعاونهم معه، الأمر الذي يستدعي ضرورة سلوكه لمنهج عمل دقيق، يستطيع من خلاله كسب ثقتهم والحصول على رضاهم، ولاشك في أن تحقيق هذا الأمر في غاية الصعوبة، إذ يتعين عليه نقلهم من مرحلة التنازع والخصام، إلى مرحلة التفاهم والوفاق⁽⁵⁾، وتجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري لم يبين طبيعة اللقاءات التي تتم بغرض إجراء الوساطة، ولا عددها ولم يحدد ميعادها، فالأمر يرجع لتقدير النيابة العامة بحسب ملاسبات وظروف عملية الوساطة، فللوسيط-أي النيابة العامة-اختيار الوقت المناسب لإجراء اجتماع الوساطة حسب الظروف التي يراها مناسبة وملائمة⁽⁶⁾، على خلاف الأمر بالنسبة لبعض التشريعات المقارنة كالتشريع التونسي مثلا؛ نجده قيد سلطة وكيل الجمهورية في منح الأجل ضمن مهلة 06 أشهر كحد أقصى، مع إمكانية تمديد

(1)- مشري راضية، مرجع سابق، ص: 188.

(2)- الوساطة في نظام عدالة الأحداث نهج نحو تحقيق العدالة، وحدة عدالة الأطفال، الحركة العالمية للدفاع عن الأطفال، 2017، ص: 12، 16.

(3)- صباح أحمد نادر، مرجع سابق، ص: 12.

(4)- نورة بن بوعبد الله، مرجع سابق، ص: 135.

(5)- خلاف فاتح، مرجع سابق، ص: 370.

(6)- فتحي وردية، الوساطة الجزائية المور من العدالة القمعية إلى العدالة التفاوضية، الملتقى الدولي حول الطرق البديلة لتسوية النزاعات، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بجاية، يومي 26، 27 أبريل 2017.

الآجال الممنوحة لمدة لا تتعدى 03 أشهر، وذلك بقرار معلل بسبب تعذر تنفيذ المشتكى منه لأحد التزاماته، بسبب خارج عن إرادته، أو حالة طلب التمديد بناء على رغبة الطرفين⁽¹⁾، وحرى بالمشرع الجزائري أن يسير وفق هذا المنحى بخصوص هذه المسألة، حتى تحقق الوساطة غايتها الأساسية التي استحدثت لأجلها، لوصفها بأنها عدالة تقرب أو عدالة جنائية انتقالية من العقوبة إلى التفاوض .

03-الإجراءات المتعلقة بالاتفاق النهائي للوساطة:

بعد إنهاء مرحلة جلسة الوساطة يتجسد قبول الطرفين للوساطة في محضر خاص ، يتضمن هوية وعنوان الأطراف وعرضا موجزا للأفعال وتاريخ ومكان وقوعها، ومضمون اتفاق الوساطة وأجال تنفيذه، ويتم توقيعه من طرف الوسيط وبقية الأطراف، وتسلم نسخة منه إلى كل طرف، وإذا تمت الوساطة من قبل ضابط الشرطة القضائية، فإنه يتعين عليه أن يرفع محضر الوساطة لوكيل الجمهورية لاعتماده بالتأشير عليه⁽²⁾، والحكمة من التدوين هو توثيق الاتفاق كتابة، بغرض إزالة أي لبس حول الالتزامات المتفق عليها ضمنه بما فيها التنازلات المتبادلة التي أقرها الطرفان⁽³⁾، ويتم اتفاق الوساطة في محضر له قوة تنفيذية طبقا للمادة 113 من قانون 12/15، يتضمن تقديم تعويض للضحية أو ذوي حقوقها، أما بالنسبة لمضمون اتفاق الوساطة فقد اكدت المادة 114 من القانون نفسه، بأن يتضمن المحضر تعهد للطفل تحت ضمان ممثله الشرعي بتنفيذ الاتفاق، بالإضافة إلى واحد أو أكثر من الالتزامات الواردة في المادة 114 وهي كالتالي :

* إجراء مراقبة طبية أو الخضوع للعلاج

* متابعة الدراسة أو تكوين متخصص.

*عدم الاتصال بأي شخص قد يسهل عودة الطفل للإجرام؛

وعليه فإن وكيل الجمهورية لا تنتهي مهامه كوسيط، إلا بعد تنفيذ محتوى محضر الوساطة، إذ يعتبر كرقيب للجهة القضائية، وهذا ما أوجت به المادة 115 من القانون نفسه، ويعد هذا الدور الرقابي مكملا للدور التوفيقى. ثانيا: آثار الوساطة:

تعد الوساطة إجراء قضائيا سليما لحل المنازعات الناشئة بين الطفل الجانح -باعتياره جانبا-والضحية، مما يترتب على ذلك من آثار قانونية من حيث اعتبار فعل الجاني كأن لم يكن وإنهاء الدعوى العمومية، وتحدد آثار الوساطة بالنظر إلى نجاحها أو فشلها، وسنوضح ذلك على النحو التالي:

01-الآثار المترتب على قبول الوساطة:

ويتربط على ذلك آثاران وفقا لما يلي:

(1)-مشري راضية ، مرجع سابق ، ص: 188.

(2)-المادة 112 من قانون 12-15 سالف الذكر.

(3)-نورة بن بوعبد الله ، مرجع سابق ، ص: 136.

أ-وقف تقادم الدعوى العمومية:

قرر المشرع الفرنسي والتونسي أنّ الوساطة تؤدي إلى وقف تقادم الدعوى العمومية بغرض الحفاظ على مصالح المجني عليه، وضمان حصوله على تعويض الضرر الواقع، وحتى لا يلجأ الجاني إلى المماطلة وإضاعة الوقت في إجراءات الوساطة، بهدف استغلال توقف الدعوى⁽¹⁾، وهذا ما نصت عليه المادة 335/3 من ق إ ج التونسي بقولها:

" تعلق آمال سقوط الدعوى العمومية بمرور الزمن طيلة الفترة التي استغرقتها إجراءات الصلح بالوساطة في المادة الجزائية والمدة المقررة "

أقرّ المشرع الجزائري في هذا الصدد وبصورة صريحة، بأن اللجوء للوساطة يوقف تقادم الدعوى العمومية⁽²⁾، حيث نصت المادة 110 فقرة 3 من قانون حماية الطفل 15-12:

" إن اللجوء إلى الوساطة يوقف تقادم الدعوى العمومية، ابتداء من تاريخ إصدار وكيل الجمهورية لمقرر إجراء الوساطة "

وحسنا فعل المشرع الجزائري حينما قام بضبط مدة توقف التقادم بالنسبة لقانون حماية الطفل، والتي تحسب ابتداء من تاريخ إصدار وكيل الجمهورية لمقرر إجراء الوساطة ، على خلاف الأمر بالرجوع لقانون الإجراءات الجزائية 15-02، حيث نجد المادة 37 مكرر 7 منه تثير إشكالا خطيرا فيما يخص حساب التقادم، إذ يستمر أجل تقادم الدعوى العمومية في السريان طيلة فترة التفاوض، التي قد تستمر لمدة من الزمن ، مع الاحتمال إلى عدم التوصل إلى اتفاق، ويمكن أن نتصور استغراق الإجراءات لكامل المدة مما يؤدي إلى تناقض بين نصين صدرا تقريبا في شهر واحد⁽³⁾، وهذا ما يوجب على المشرع الجزائري التدخل وضبط المسألة بدقة أكثر، بعيدا عن هذا التناقض الذي قد يؤدي إلى صعوبة في التطبيق.

ب-إنهاء المتابعة الجزائية:

في حال نجاح الوساطة وتوصل طرفي النزاع إلى اتفاق، فإن الدعوى العمومية تنقضي ولكن ذلك لا يترتب إلا بعد التأكد من تنفيذ الطفل الجانح لالتزامات الوساطة خلال الأجل المحدد في الاتفاق، ويترب عن هذا الانقضاء عدم جواز رفع الدعوى العمومية عن ذات الواقعة، وعدم الاعتماد بها كسابقة في العود، وعدم جواز تسجيلها في صحيفة السوابق القضائية للمتهم⁽⁴⁾، أما في حالة عدم تنفيذ اتفاق الوساطة ببادرة وكيل الجمهورية بمتابعة الطفل " المادة 115 من قانون 15-12 "

(1)-ياسرين محمد بايصل ، مرجع سابق ، ص: 145.

(2)-يقصد بوقف التقادم هو عدم احتساب المدة التي سبقت الوساطة والمدة التي تلي فشل الوساطة.

انظر: مزعد إبراهيم، الوساطة في المادة الجزائية، مجلة الدراسات القانونية، مخبر السيدة والعولمة، جامعة المدية، المجلد 03، العدد 01، ص 47.

(3)-مشري راضية ، مرجع سابق ص: 190.

(4)-بن طالب أحسن ، مرجع سابق ، ص: 12.

02-الأثر المترتب على فشل الوساطة:

لم يتعرض المشرع الجزائري في قانون حماية الطفل أو في قانون الإجراءات الجزائية لحالة فشل الوساطة بين الجاني والضحية، وعدم توصلهم لاتفاق ينهي النزاع بينهم، إلا أنه وقياسا على حالة عدم قبول الأطراف للوساطة، أو عدم الوصول إلى اتفاق⁽¹⁾، فيترتب عن ذلك العودة إلى اتخاذ الإجراءات التقليدية من طرف النيابة العامة، إما بحفظ الدعوى إداريا إذا كان ثمة مسوغ لذلك، أو تحريك الدعوى العمومية ضد المشتكى منه، وهذا ما يستدل من نص المادة 115 التي أكدت على أنه في حالة عدم تنفيذ إلتزامات الوساطة في الأجل المحدد في الاتفاق، يبادر وكيل الجمهورية بمتابعة الطفل، كما أشار المشرع الفرنسي في المادة 70 من القانون الصادر في 04-03-09 تحت رقم 04-204 المعدل للمادة 1-41 من ق إ ج جواز لجوء النيابة العامة لتطبيق إجراء التسوية القضائية أو تحريك الدعوى الجزائية في حالة عدم تنفيذ اتفاق الوساطة لسبب يعود للجاني؛⁽²⁾

الجدير بالذكر أنّ المشرع الجزائري أضاف اثرا آخر -بموجب المادة 8/37 من ق إ ج- يتعلق بتعرض الشخص الممتنع عمدا عن تنفيذ اتفاق الوساطة عند انقضاء الأجل المحدد لذلك، إلى العقوبات المقررة للجريمة المنصوص عليها في المادة 2/147 من قانون العقوبات الجزائري، وبالتالي يمكن القول أن الوساطة لا تنته بصور حكم قضائي يتضمن توقيع العقوبة المناسبة، وإنما بمحضر يتضمن إلزام الجاني بتقديم التعويض المناسب، وما يدعم ويضمن فاعلية هذا الإجراء هو القوة التنفيذية التي يحوزها محضر اتفاق الوساطة، حيث يعد سندا تنفيذيا وهذا ما أكدته المادة 113 من قانون حماية الطفل بقولها :

" يعتبر محضر الوساطة الذي يتضمن تعويض للضحية أو ذوي حقوقها سندا تنفيذيا، ويمهر بالصيغة التنفيذية طبقا لأحكام قانون الإجراءات المدنية والإدارية "

إنّ هذا ما يكسبه قوة الحكم المقضي فيه من حيث قابليته للتنفيذ، لذا فإن تنفيذ اتفاق الوساطة هو الإجراء المنهني للمتابعة الجزائية، وليس الاتفاق في حد ذاته، ونحن من جانبنا نؤيد هذا الطرح؛ في حين أنّ هناك من يرى أنّ محضر الوساطة، وإن كانت له القوة التنفيذية، إلا أنه لا يرقى إلى درجة الحكم القضائي الجزائي الفاصل في الدعوى المدنية، وأنّ من مصلحة الضحية الادعاء مدنيا أمام المحكمة الجزائية، ضمانا لحقوقه لعدم وجود ما يمنعه من ذلك، بل إن إجراء الوساطة تقرر أساسا لضمان حقه في التعويض، وليس وسيلة للمشتكى منه للتهرب من التزاماته.

خاتمة:

نخلص في نهاية هذه الورقة البحثية إلى القول بأنّ تشابك العلاقات الإنسانية وتعقيدها، ألقى بظلاله ببروز وجه جديد للعدالة الجنائية، ومن أبرز هذه الوجوه الوساطة الجنائية، هذه الآلية المستحدثة تعبّر بشكل أكثر وضوحا، على رغبة المشرع في تجنب الطفل الجانح مغبة المتابعة الجزائية، حتى ولو كان في الجرم المرتكب ضحية تضررت ضررا بالغا، وبناء على ذلك نخلص إلى جملة من النتائج نجملها على النحو التالي:

(1)- المرجع نفسه ، ص 12

(2)- عمران نصر الدين ، عبايسة الطاهر، مرجع سابق ، ص، 156.

-للساطة دور فعال في معالجة الآثار السلبية للجريمة، عن طريق وضع حد لحالة الاضطراب التي أحدثتها الجريمة، وإيجاد مساحة للنقاش والتحاور بين المتخصصين، مما يساهم في تيسير العدالة الاجتماعية ومساعدتها في إصلاح الجاني وتأهيله، وإعادة دمجه في المجتمع، إلى جانب تعويض المجني عليه وجبر الضرر.

-للساطة بعد إنساني في الإجراءات الجنائية، بوضع حلول أكثر إنسانية ومرونة في الخصومة الجنائية، بالتفاوض لا خرقها، وإعادة مصداقية العدالة الجنائية، والحد من قرارات الحفظ وفرض تعويض فعلي للمجني عليه، جراء الخطأ المرتكب من الطفل الجانح.

-تعد الوساطة إجراء توفيقيا وتعويضيا، يسعى إلى إيجاد حل ودي بين الطفل الجانح وبين الضحية على النحو الذي يحقق رضا متبادلا بينهما، بعيدا عن السلطة القضائية ووسائلها التقليدية في حل المنازعات.

-تسعى الوساطة لتحسين العلاقة بين طرفي النزاع، بناء على أرضية متينة تركز على حصول المجني عليه على تعويض مناسب لجبر الضرر الذي أحدثته الجريمة، وتوفير عليه الوقت والجهد والمال، إذا ما تم السير بالدعوى الجزائية أمام القضاء، كما تجنب الطفل الجانح تعقيدات الدخول في إجراءات المحاكمة، وتعيد تأهيله من جديد.

-لا تسلب الوساطة السلطة القضائية اختصاصها بحيث تدار تحت رقابتها وإشرافها، كما أن لها الحق في قبول نتائجها أو رفضها.

-تعتبر الوساطة من ثمار الفكر الجديد الذي ينادي بضرورة المساهمة الإيجابية للمجني عليه في الإجراءات الجزائية، إضافة إلى إمكانية حصوله على اعتذار من الجاني، ما يعتبر مفتاحا لشفائه من الضرر النفسي الذي تعرض له.

-إن نجاح عملية الوساطة وتحقيق أهدافها، يعتمد بدرجة كبيرة على جهود الوسيط الذي يعد مشرفا ومنسقا ومراقبا ومحركا أساسيا لعملية الوساطة من بدايتها، إلى غاية تنفيذ بنود الاتفاق.

بذلك يمكن القول بان المشرع الجزائري حقق قفزة نوعية، وخطوة إيجابية في تبنيه لهذه الآلية كضمانة لحماية الطفل الجانح، وإفراد قانون مستقل به لاعتبارات تتعلق بهشاشة تكوينه وصغر سنه، خاصة وأنه لم يتم تحديد نطاق الجرح التي تقبل الوساطة، وإنما ورد الأمر على إطلاقه، وهو ما يفسر لصالح الطفل الجانح.

ومن التوصيات التي نقدمها بشأن هذه الآلية لضمان تحقيقها للهدف المرجو :

- نوصي أن يساير المشرع الجزائري بعض التشريعات المقارنة كالتشريع الفرنسي، ويسند هذه المهمة إلى جهات مستقلة وبعيدة عن الساحة القضائية، وذلك لضمان حياد ونزاهة الوسيط، مع بقاء هذه الجهات تحت رقابة الهيئات القضائية، وذلك تخفيفا للعبء على عاتق الهيئات القضائية، وعدم إثقال كاهلها.

-نوصي أيضا أن بضرورة تأهيل وسطاء مختصين تجتمع لديهم القدرة على القيام بهذه العملية وفق المنهج المحدد، وبما يتفق مع الأطر الاستراتيجية لعدالة الأحداث، وتدريبهم على منظومة حقوق الطفل وآليات حمايتها، ووضع ضوابط لشخصية الوسيط؛ كما ذهب إلى ذلك المشرع الفرنسي.

- نوصي أيضا أن يدرج المشرع نصوصا خاصا يضبط الأمر في حالة فشل الوساطة، وعدم ترك الأمر للقواعد العامة.

مظاهر حماية المستهلك في عقد البيع على التصاميم

أ. سمية بولحية

أستاذة مساعدة قسم "أ"

كلية الحقوق – جامعة قسنطينة 1

soumiabou85@gmail.com

ملخص:

حدد المشرع الجزائري طرفي عقد البيع على التصاميم بموجب نص المادة 28 من القانون 04-11 المؤرخ في 14 فبراير 2011 يحدد القواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية، حيث حصر مركز البائع في من يحمل صفة المرقى العقاري دون غيره من الأشخاص، وذلك بالنظر لخصوصية هذا العقد، كون البائع يلتزم بتشيد البناء محل العقد بالإضافة لنقل ملكيته للمكاتب، إلا أن المرقى العقاري يتميز بكونه محترف في مجال البناء، يمتلك مهارات وقدرات مالية تتجاوز بشكل كبير قدرات و معارف المشتري في عقد البيع على التصاميم، والذي يغلب عليه عدم الإطلاع و المعرفة في مجال البناء، مما يجعله الطرف الأضعف في العقد، وبالتالي يعتبر المكتب مستهلكا في مواجهة المرقى العقاري المحترف، لهذا اتجه المشرع بمجموعة من النصوص القانونية الآمرة، إلى توفير أكبر قدر من الحماية للمستهلك-المكاتب- في مواجهة المرقى العقاري، فما هي مظاهر هذه الحماية؟ وهل هي كافية لضمان حقوق المستهلك في عقد البيع على التصاميم؟

Résumé:

Le législateur Algérien a fixé, en vertu de l'article 28 de la loi n°11-04 du 17 février 2011 fixant les règles régissant l'activité de promotion immobilière, les deux parties à l'acte de vente sur plans ; puisque ayant défini le vendeur comme étant celui ayant qualité de promoteur immobilier sans nul autre et ce au vu de la spécificité de cet acte puisque le vendeur s'engage à édifier la construction, objet de l'acte, en plus du transfert de propriété au profit du souscripteur. Cependant, le promoteur immobilier se distingue du fait d'être un professionnel en matière de construction possédant des qualifications et des aptitudes financières dépassant largement les capacités et les connaissances de l'acquéreur dans l'acte de vente sur plans lequel, dans la majorité des cas, est profane en matière de construction ce qui fait de lui la partie la plus faible de l'acte. Par conséquent, le souscripteur est consommateur vis-à-vis du promoteur immobilier professionnel. C'est à ces fins que le législateur s'est orienté, en vertu d'un ensemble de textes juridiques ordonnateurs, vers la procuration de la plus haute protection du consommateur – souscripteur – vis-à-vis du promoteur immobilier. En ce sens, quels sont les aspects de cette protection ? Et sont-elles suffisantes en terme de garantie des droits du consommateur dans l'acte de vente sur plans ?

مقدمة

يعد السكن أكثر ما يسعى الفرد لتملكه، لكونه ضرورة أساسية من ضروريات الحياة، كما أنه يعتبر أداة يتحقق بموجبها التماسك الأسري والتطور المجتمعي الذي ينعكس على كافة المجالات السياسية والاقتصادية والاجتماعية، يشترط فيه أن يكون ملائما ويلبي كافة حاجات الفرد الإنسانية، ويحفظ كرامته، حتى يحقق رفاهية الأسرة وتماسكها وبالتالي رفاهية المجتمع وتماسكه.

سعت الدولة الجزائرية منذ الاستقلال إلى توفير السكن الملائم للمواطنين، وتحقيق المساواة فيما بينهم في هذا المجال، وتعد صيغة البيع على التصاميم التي أقرها المشرع عبر مختلف قوانين الترقية العقارية الأكثر انتشارا واستخداما من المرقيين العقاريين والمشتريين على حد سواء، لكونها أكثر الصيغ ملائمة للظروف الاجتماعية في الجزائر، كون المشتري غير مضطر لدفع ثمن السكن دفعة واحدة، وإنما يسدده على دفعات مقسمة تبعا لتقدم أشغال البناء، مما يساعد على تحسين القدرة الشرائية للفرد.

هدف المشرع من خلال القانون 04-11 المؤرخ في 17 فبراير 2011 يحدد القواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية،⁽¹⁾ إلى تقرير أكبر حماية ممكنة للمشتري الذي يعتبر مستهلكا في مواجهة المرقي العقاري الذي يتميز بكونه محترفا، بسنه مواد كثيرة منظمة لهذا العقد، للحد من وقوع المستهلك -المشتري- ضحية طرق تحايل مختلفة من المرقي العقاري، خاصة في ظل جهله لحقوقه في مواجهة المرقي العقاري، هذا الأخير الذي تتجلى قوته في توليه تحرير العقد وتقديمه للمشتري الذي يقبله كما هو أو يرفضه.

فما هي مظاهر الحماية التي أقرها المشرع للمستهلك في عقد البيع على التصاميم في مواجهة المرقي العقاري؟

المطلب الأول: حماية المستهلك عند إبرام العقد

سعى المشرع من خلال نصوص القانون 04-11 إلى حماية رضا المشتري لكونه الطرف المستهلك في هذا العقد يواجهه المرقي العقاري المحترف، والذي يفوقه خبرة وكفاءة بكل ما يتعلق بموضوع العقد. وذلك بوضع مجموعة من الأحكام بداية من الإعلان عن المشروع العقاري إلى غاية إبرام العقد بين الطرفين. أهم الأحكام التي أقرها المشرع لحماية رضا المشتري المستهلك تتمثل أساسا فيما يلي:

الفرع الأول: الترخيص الإداري لممارسة مهنة المرقي العقاري

يتولى المرقي العقاري عملية بيع العقارات بناء على التصاميم وفقا للقانون، وعرف المرقي العقاري في نص المادة 3 من القانون 04-11 "كل شخص طبيعي أو معنوي، يبادر بعمليات بناء مشاريع جديدة، أو ترميم أو إعادة تأهيل، أو تجديد أو إعادة هيكلة، أو تدعيم بنايات تتطلب أحد هذه التدخلات، أو تهيئة وتأهيل الشبكات قصد بيعها أو تأجيرها".

(1) القانون 04-11 المؤرخ في 17 فبراير 2011 يحدد القواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 14 الصادر بتاريخ 6 مارس 2011.

ولا يجوز للمرقين العقاريين القيام بالمشاريع العقارية إلا بعد الحصول على التراخيص، والتراخيص المقصودة هنا ليس تلك المتعلقة بالبناء، وإنما تلك المتعلقة بممارسة النشاط العقاري، حيث نصت المادة 4 الفقرة 2 من القانون 04-11 على أنه لا يمكن أن يكون مرقيا عقاريا أو يمارس هذا النشاط كل شخص غير متحصل على اعتماد و مسجل في الجدول الوطني للمرقين العقاريين، وهو ما يتوافق مع نص المادة 4 من المرسوم التنفيذي 84-12⁽¹⁾ مؤرخ في 20 فبراير سنة 2012 يحدد كفايات منح الاعتماد لممارسة مهنة المرقى العقاري وكذا كفايات مسك الجدول الوطني للمرقين العقاريين.

ويرجع اشتراط الحصول على هذا الترخيص كون أن نشاط بيع المباني تحت الإنشاء يتضمن مخاطر كثيرة قد تمس مصالح الأفراد، سواء من حيث احتمال خسارة الشخص لما دفعه من أموال في مشروع وهي كان قد اعتقد بجديته، أو من حيث مدى صلاحية و متانة المشروع المنفذ واكتسابه لشروط السلامة الفنية، فالترخيص الإداري بممارسة هذا النشاط يعد من قبيل الحماية المقررة للمشتري، إذ أن هذا الترخيص لا يحصل عليه إلا من تراه الجهة الإدارية المخولة بمنحه مناسبا، ويحظى بقدرة مالية وفنية تخول له إتمام المشروع بالشروط اللازمة.⁽²⁾

ويتعرض المرقى العقاري في حال مخالفته لذلك لعقوبات جزائية منصوص عليها في المادة 1/77 من القانون 04-11 والتي جاء فيها " يعاقب كل شخص يمارس مهنة مرقى عقاري بدون اعتماد طبقا لأحكام المادة 243 من الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 8 يونيو 1966 و المتضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم".

كما لا يمكن أن يكون قد سبقت إدانته بأي من الجرائم المنصوص عليها في المادة 20 من القانون 04-11، ويجب أن يكون متمتعا بكافة حقوقه المدنية. والهدف من ذلك هو حماية المشتري من الوقوع ضحية نصب أو تدليس، من قبل هؤلاء الأشخاص، الذين تكون لديهم سوابق في التزوير أو الرشوة وغير ذلك.

الفرع الثاني: التزام المرقى العقاري بالإعلان الصادق عن مشروعه

ألزم المشرع بموجب المادة 41 من القانون 04-11 المرقى العقاري بضمان الإعلام عن مشروعه العقاري في الأماكن المخصصة للإشهار،⁽³⁾ كما نصت المادة 25 من دفتر الشروط النموذجي الذي يحدد التزامات ومسؤوليات

⁽¹⁾ المرسوم التنفيذي رقم 84-12 المؤرخ في 20 فبراير 2012 يحدد كفايات منح الاعتماد لممارسة مهنة المرقى العقاري وكفايات مسك الجدول الوطني للمرقين العقاريين، ج ر العدد 11 لسنة 2012، المؤرخة في 26 فبراير 2012.

⁽²⁾ علاء حسين علي، عقد بيع المباني تحت الإنشاء، منشورات زين الحقوقية، الطبعة الأولى 2011، ص 99.

⁽³⁾ استعمل المشرع مصطلح إعلام في مختلف المواد المتعلقة بالإشهار عن المشروع العقاري، و المقصود هنا ليس الالتزام بالإعلام عن البيانات والمعلومات المتعلقة بالعقد، وإنما الإعلام الذي يتم عن طريق الدعاية والإعلان، وهو ما يمكن تحديده من محتوى المواد. حيث أن الهدف من الإعلام الذي يتم عن طريق الدعاية والإعلان هو جذب المستهلك، في حين أن الالتزام بالإعلام الهدف منه تنبيه المستهلك وإحاطته علما بتفاصيل تصرفه. حسن عبد الباسط جمعي، حماية المستهلك - الحماية الخاصة لرضاء المستهلك في عقود الاستهلاك، سنة 1996، دار النهضة العربية، القاهرة، ص 14.

المركبي العقاري المهنية الملحق بالمرسوم التنفيذي 12-85⁽⁴⁾ المؤرخ في 20 فبراير سنة 2012 يتضمن دفتر الشروط النموذجي الذي يحدد الالتزامات والمسؤوليات المهنية للمركبي العقاري، على أنه يتعين على المركبي العقاري قبل أي عملية بيع أو تسويق لكل أو لجزء من مشروعه، ضمان إشهار صادق وواسع بمختلف وسائل الإعلام ولا سيما عن طريق الإعلان المرئي والواضح على مستوى مقره، وفي موقع المشروع العقاري وفي الأماكن المخصصة للإشهار على مستوى إقليم بلدية موقع الإنشاء.

ويجب على المركبي العقاري حماية لرضا المشتري وعدم التأثير عليه، عدم اللجوء للإشهار الكاذب أو استغلال حسن نيته وثقته بأي شكل كان، كما يسهر على إشهار إعلام حقيقي وكامل لشركائه، وفقا لما جاء في الفقرة 4 من المادة 47 من القانون 04-11.

والإشهار غير الصادق أو الإعلان المضلل هو الإعلان الذي يتضمن تحت أي شكل من الأشكال إدعاءات أو بيانات خاطئة أو مضللة، بأي وسيلة من وسائل الإعلان التقليدية أو الإلكترونية، بهدف خداع المستهلك وإيقاعه في الغلط الذي يجعله يتعاقد على سلعة أو خدمة ما كان ليتعاقد عليها بذات الطريقة لو علم حقيقة الأمر، سواء تعلق التضليل بالجودة، أو الطبيعة، أو التركيب و الصفات، العناصر الجوهرية، نوع الخدمة والمكان، شروط التعاقد ومقدار الثمن النهائي وكيفية تسديده، هوية ومؤهلات المعلن، أو الالتزامات الواقعة على عاتقه، وغيرها من البيانات.⁽¹⁾ حيث أن المشتري قد يقع ضحية تأثير الإعلانات الضخمة التي تتصف غالبا بالعمومية، والتي قد تستعمل صور أو شعارات مؤثرة، تدفع المشتري لعدم تفويت فرصة المشاركة في هذا المشروع العقاري، في حين تكون مخالفة للواقع أو فيها خلط.

ومعيار التضليل هو معيار مشتري العقار متوسط الذكاء والاحتياط أي معيار موضوعي، فإذا تضمن الإعلان بيانات غير مطابقة للحقيقة، وانطلت على المستهلك المعتاد، فذلك يعد كذبا، كما أن التضليل والكذب في هذا العقد يكون متصلا بالعقار المعروض للبيع، كإعلان البائع مثلا عن استخدامه مواد وأساليب متقدمة في بناء وحدات فاخرة في حين لا يكون الأمر كذلك، أيضا التضليل حول مساحة الشقة المراد بيعها.⁽²⁾

الفرع الثالث: التزام المركبي العقاري بإعلام المستهلك

وفقا للقواعد العامة فإنه يجب أن يكون المشتري عالما بالمبيع علما كافيا، وقد لزم المشرع في عقد البيع على التصاميم المركبي العقاري بواجب الاعلام، وتجدر الإشارة إلى أن الالتزام بالإعلام هنا هو التزام إجباري يقع قبل التعاقد، الهدف منه ضمان رضا سليم لدى المتعاقد الآخر.⁽³⁾

⁽⁴⁾ مرسوم تنفيذي رقم 12-85 المؤرخ في 20 فبراير سنة 2012، يتضمن دفتر الشروط النموذجي الذي يحدد الالتزامات والمسؤوليات المهنية للمركبي العقاري، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية العدد 11 المؤرخ في 26 فبراير 2012.

⁽¹⁾ مصطفى أحمد أبو عمرو، موجز أحكام قانون حماية المستهلك، الطبعة الأولى، سنة 2011، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ص 175.

⁽²⁾ محمد فتحي شحنة إبراهيم دياب، الحماية الجنائية لمشتري العقار تحت التشييد، الطبعة الأولى، مكتبة الوفاء القانونية، الاسكندرية، 2015، ص 43.

⁽³⁾ محمد بودالي، حماية المستهلك في القانون المقارن، دار الكتاب الحديث، الجزائر، 2006، ص 61.

بالنظر لمواد القانون 04-11 والمرسوم التنفيذي 12-85، نجد أن المشرع سعى إلى ضمان رضا صحيح للمستهلك، وذلك بإلزامه للمرقي العقاري بإعلامه بمجموعة من البيانات والمعلومات المتعلقة بالعقد، سواء من حيث الالتزامات الواقعة على طرفيه، أو من حيث محله، وهو ما يعرف بالالتزام بالإعلام.

هذا الالتزام يعد وسيلة لمقاومة مخاطر الدعاية والإعلان، وذلك عن طريق تقديم معلومات موضوعية عن محل العقد.⁽⁴⁾ وهو وسيلة أيضا تهدف إلى تحقيق التوازن بين طرفين في العقد أحدهما محترف ومطلع على كافة النقاط الأساسية للمشروع العقاري، والثاني غير محترف ويرغب في الاكتتاب ضمن هذا المشروع.

ويعرف بأنه التزام يفرض على أحد طرفي العقد إعلام الطرف الآخر بما يجمله من بيانات جوهرية مرتبطة بالتعاقد، وذلك في الوقت المناسب مستخدما في ذلك اللغة والوسيلة الملائمة لطبيعة العقد ومحلّه.⁽¹⁾

كما يعرف أيضا بأنه الالتزام الذي يفرضه القانون أو طبيعة الأمور ذاتها، والذي ينصب محله على إحاطة المتعاقد الآخر علما ومعرفة بكل الوقائع والمعلومات التي تسمح له بتكوين فكرة واضحة ودقيقة بطبيعة العقد وجوهره والالتزامات المترتبة عنه، أو أي واقعة أو عنصر أساسي معروض عليه، وذلك بهدف تكوين قناعة تامة وشاملة وحرّة ومنتجة في إصدار رضاه.⁽²⁾

وتتمثل مظاهر الالتزام بالإعلام في عقد البيع على التصاميم في إلزام المشرع المرقي العقاري بإعلام المشتري بالبيانات والمعلومات المنصوص عليها في المادة 30 من القانون 04-11، المتعلقة بأصل ملكية الأرض ورقم السند العقاري عند الاقتضاء، مرجعيات رخصة التجزئة، وشهادة التهيئة والشبكات، وكذا تاريخ ورقم رخصة البناء، التي تبين جدية المشروع العقاري، وعدم وجود أي تدليس من قبل المرقي العقاري، كما رتب على مخالفة هذا الإلزام عقوبات جزائية منصوص عليها في المادة 76 من ذات القانون.

كما عرض المرقي العقاري بموجب المادة 47 من القانون 04-11، لعقوبات جزائية في حال إدلائه بمعلومات خاطئة أو غير كاملة في الوثائق والعقود والصفقات، لعقوبة الحبس من شهر إلى خمس سنوات وغرامة مالية من 200.000 دج إلى 2.000.000 دج أو إحدى هاتين العقوبتين.

ألزام المشرع المرقي العقاري بموجب الفقرة الأخيرة من المادة 47 من القانون 04-11، بوضع دفتر شروط يتضمن التزاماته ومسؤولياته المهنية. وبتمكين كل مقتن من نظام الملكية المشتركة، بوضع مجموع البيانات القانونية

⁽⁴⁾ حسن عبد الباسط جميعي، المرجع السابق، ص 14.

⁽¹⁾ مصطفى أحمد أبو عمرو، المرجع السابق، ص 52.

⁽²⁾ عبد الرزاق أيوب، مظاهر حماية المستهلك في بيع العقار في طور الإنجاز، مجلة المنازعات العقارية، منشورات مجلة القضاء المدني، المغرب،

والمالية والتقنية المتعلقة بالمشروع، وعليه خصوصا توضيح الأعباء والواجبات التي يلتزم بها المقتني عند إبرامه للعقد وفقا للمادة 61 من القانون 04-11 و المادة 29 من المرسوم 85-12.

الفرع الرابع: الالتزام بإبرام العقد بشكل رسمي

نتيجة للمخاطر التي قد يتعرض لها كإعادة بيع محل العقد مرة أخرى، أو خسارته للتسبيقات المالية التي يدفعها للمرقي العقاري، هذه المخاطر كانت موجودة رغم فرض المشرع ضرورة تحرير عقد البيع التصاميم في الشكل الرسمي بموجب نص المادة 12 من قانون الترقية العقارية السابق 03-93،⁽³⁾ بما يضمن حقوق المشتري - المستهلك - وهو ما أقره مرة أخرى في نص المادة 34 من القانون 04-11 حيث أخضع عقد البيع على التصاميم للشكل الرسمي و يخضع للشكليات القانونية الخاصة بالتسجيل والشهر، ويخص في نفس الوقت البناء والأرضية التي شيد عليها. كما أنه يحرر وفق نموذج جاء في المرسوم التنفيذي 431-13.⁽¹⁾

ويثير هذا الالتزام الكثير من المنازعات خاصة أن الكثير من المرقيين العقاريين يمتنعون عن تحرير عقود البيع على التصاميم في الشكل الرسمي، حيث يعتمدون على عقود تخصيص عرفية أو شهادات إدارية، وقد أقرت المحكمة العليا في عدة قرارات لها أن الشهادات الإدارية⁽²⁾ أو العقود العرفية⁽³⁾ لا ترقى إلى درجة العقد الرسمي تحت طائلة البطلان.

والتي لا إن الهدف من إخضاع العقود والمحركات للرسمية هو تحقيق حماية للأطراف المتعاقدة، لتنبههم لخطورة ما هم مقدمون عليه، كما أن تدخل الموظف العام أو الضابط العمومي في تحرير العقد، يزيد من قانونية المحرر وحجتيته، إذ يمنحه المشرع حجية مطلقة على ما تضمنه إلى أن يتم الطعن فيه بالتزوير، فضلا عن أن إفراغه أمام الأشخاص المؤهلين لذلك يضمن احترام الشروط القانونية المطلوبة مثل تحديد أطراف العقد بدقة، وتحديد العقار بصفة نافية للجهالة.⁽⁴⁾

⁽³⁾ المرسوم رقم 03-93 المؤرخ في 01 مارس 1993 المتعلق بالنشاط العقاري، ج رعدد 14 لسنة 1993، المؤرخة في 3 مارس 1993.

⁽¹⁾ مرسوم تنفيذي رقم 431-13 المؤرخ في 18 ديسمبر 2013، يحدد نمودجي عقد حفظ الحق وعقد البيع على التصاميم للأموال العقارية وكذا حدود تسديد سعر الملك موضوع عقد البيع على التصاميم ومبلغ عقوبة التأخير وأجالها وكيفيات دفعها. الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 66 الصادر بتاريخ 25 ديسمبر 2013.

⁽²⁾ قرار رقم 436937 صادر بتاريخ 2008/11/19 ((كان من الواجب على الطرفين تحرير العقد في الشكل الذي يتطلبه القانون وليس فقط الاستناد إلى شهادة إدارية صادرة عن المدعى عليه بتاريخ 1999/11/17 تفيد و أن السكن رقم 89 خصص للطاعن فهي شهادة لا ترقى إلى درجة العقد الرسمي الذي تحدد فيه حقوق وواجبات أو التزامات كل طرف تجاه الطرف الأخر ولا قيمة لها في تحديد هذه الالتزامات))، مجلة المحكمة العليا- العدد الثاني لسنة 2008، ص 193.

⁽³⁾ قرار رقم 664290 صادر بتاريخ 2011/07/14 ((حيث أن المادة 12 من المرسوم التشريعي رقم 03-93 تنص على أنه يحرر عقد البيع على التصاميم على الشكل الأصلي الرسمي ويخضع للشكليات القانونية في التسجيل والإشهار، حيث أن قضاة الموضوع رتبوا التزامات بناء على عقد عرفي باطل المنشأ وذلك بأمرهم للطاعنة بالتوجه إلى الموثق لإتمام و إفراغ العقد العرفي المبرم بينها وبين المطعون ضده في الشكل الرسمي يكونون قد خالفوا المادة المذكورة أعلاه وكذا المادتين 324 مكرر 1 و 793 من القانون المدني وبذلك عرضوا قراراتهم للنقض و البطلان))، مجلة المحكمة العليا، العدد الثاني، لسنة 2012، ص 363.

⁽⁴⁾ مجيد خلفوني، نظام الشهر العقاري في القانون الجزائري، الطبعة الثانية، 2008، دار هومة، الجزائر، ص 86.

ووفقا للفقرة الثانية من المادة 34 من القانون 04-11 و نموذج عقد البيع على التصاميم، فإن هذا العقد يتم تحريره أمام موثق، ويجب أن يتضمن مجموعة من البيانات تتمثل أساسا في تحديد هوية الأطراف المتعاقدة، تعيين العقار محل العقد تعيينا دقيقا من حيث موقعه و مساحته و أصل ملكيته، كذلك لا بد من تحديد كيفية تسديد سعر البيع، وأجل التسليم، والضمانات الناتجة عن ذلك.

بعد تحرير عقد البيع على التصاميم لدى الموثق، يلتزم هذا الأخير بإخضاعه للتسجيل في مصلحة التسجيل و الطابع المختصة إقليميا، ثم القيام بشهره، و الشهر العقاري هو عمل فني يهدف إلى تسجيل مختلف التصرفات الواردة على العقارات بإدارة الشهر العقاري لإعلام الكافة بها، إظهارا بوجودها ليكون الجميع على بينة من أمرها، و الهدف من الشهر العقاري هو تنظيم الملكية العقارية وتأمين استقرار المعاملات العقارية، ومنع المضاربة و تحقيق الثقة اللازمة فيها.⁽⁵⁾

المطلب الثاني: حماية المستهلك بالنسبة لالتزامه بأداء الثمن

يتم تعيين سعر البيع في عقد البيع على التصاميم بشكل نهائي، إلا أن المشرع حدد طرق تكفل حماية المستهلك عند أداءه للثمن للمرقي العقاري تتمثل في:

الفرع الأول: عدم قبول المرقي العقاري لأي تسبيقات مالية

لا يمكن للمرقي العقاري وفقا لنص المادة 42 من القانون 04-11 و كذلك المادة 19 من ملحق المرسوم التنفيذي 85-12 قبول أو طلب أي دفعات أو دفعات جزئية أو تسبيقات مالية، أو إيداع أو اكتتاب أو سندات تجارية مهما كان شكلها، من المشتري قبل التوقيع على عقد البيع على التصاميم، أو قبل تاريخ استحقاق أي قسط من الأقساط.

بالتالي فإن التزام المشتري بدفع ثمن البيع لا ينطلق إلا من وقت إبرام عقد البيع على التصاميم هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن المشرع حدد نطاق هذا المنع في صياغته للمادة القانونية، حيث لم يقصره على طلب المرقي العقاري لهذه التسبيقات أو غيرها، وإنما شملها أيضا بقبوله لها، أي أنه لم يترك المجال للمرقي العقاري للإدعاء بأنه لم يقم بطلب هذه التسبيقات أو الدفعات المالية وإنما جاءت بناء على رغبة المستهلك -المشتري-، لدفع الجزاء المترتب عن هذا المنع.

يتعرض المرقي العقاري في حال مخالفته لنص المادة 42، للعقوبات المنصوص عليها في المادة 71 من ذات القانون، والتي جاء فيها "يتعرض كل مرقي عقاري يطالب أو يقبل تسبيقا أو إيداعا أو اكتتابا أو سندا تجاريا قبل توقيع عقد البيع على التصاميم، أو عقد حفظ الحق، لعقوبة الحبس شهرين (2) وغرامة من مائتي ألف دينار (200.000دج) إلى مليوني دينار (2.000.000دج)".

⁽⁵⁾ مجيد خلفوني، المرجع السابق، ص 13.

والهدف من هذا المنع هو حماية المشتري من الوقوع ضحية لاحتياال بعض المرقين الذين يستلمون أموال دون البدء في إنجاز مشاريعهم العقارية، كما يمنع المشتري من استغلال تقديمه لتسبيقات قبل إبرام العقد للمرقي العقاري، للحصول على مزايا وأفضلية في هذا المشروع.

الفرع الثاني: أداء ثمن البيع في شكل أقساط

يتميز أداء الثمن في عقد البيع على التصاميم، بكونه لا يتم مباشرة عند إبرام العقد، ولا يتم أداءه دفعة واحدة، إنما وفقا للمادة 28 من القانون 04-11 يكون على دفعات تبعا لتقدم المرق العقاري في أشغال البناء. حيث من باب المساواة بين الأطراف عدم إلزام المشتري بالوفاء بكامل الثمن منذ اللحظة الأولى لإبرام العقد، ما دام لن يحصل على العقار محل العقد إلا بعد إنجازه، خاصة أن هذه العملية تأخذ حيزا زمنيا ليس بسيط.

الهدف من تقسيط أداء الثمن هو حماية مصالح طرفي العقد، فالمرقي العقاري يستفيد من هذه الأقساط في تمويل مشروعه العقاري، والمشتري يستفيد من جدية المرق العقاري في إنجاز المشروع، لأن كل تقدم في الإنجاز يوازيه أداء جزء من الثمن يلتزم به المشتري.

هذه الأقساط تكون متوالية إلا أنها تكون غير متساوية وغير ثابتة يراعى فيها التقدم في البناء، وما يقابله من حدود لا يجوز أن يزيد عنها القسط.⁽¹⁾

كما أن تقسيط الثمن يساعد المشتري في توفير سكن لائق و خاص به، لأنه غير ملزم بدفع ثمن البناء محل العقد دفعة واحدة، وبالتالي غير ملزم بتوفير قيمة العقار دفعة واحدة، مما يتيح له الفرصة لتوفير المال لكل مرحلة من الإنجاز على حدا، ولهذا يعتبر هذا العقد من العقود التي تساعد في حل أزمة السكن، لأنها تتيح الفرصة أمام غالبية الأشخاص لتملك مساكنهم.

حيث حدد المرسوم التنفيذي 13-431 في المادة 03 منه، المراحل التي يلتزم المشتري فيها بدفع الثمن، والنسبة المقابلة لكل مرحلة، حيث جاء نص المادة كما يلي " أثناء إبرام عقود البيع على التصاميم يتم تسديد سعر الملك العقاري حسب حالة تقدم أشغال الإنجاز في الحدود التالية:

- عند التوقيع، عشرون بالمائة (20%) من سعر البيع المتفق عليه،

- عند الانتهاء من الأساسات، خمسة عشر بالمائة (15%) من سعر البيع المتفق عليه،

- عند الانتهاء من الأشغال الكبرى، بما في ذلك المسافة والأسوار الخارجية والداخلية، خمسة و ثلاثون بالمائة (35%) من سعر لبيع المتفق عليه،

(1) علاء حسين علي، المرجع السابق، ص163.

- عند الانتهاء من جميع الأشغال مجتمعة، بما في ذلك الربط بالطرق والشبكات المختلفة بالإضافة إلى التهيئات الخارجية، خمسة وعشرون بالمائة (25%) من سعر البيع المتفق عليه.

يجب أن يتم دفع الرصيد المتبقي عند إعداد محضر الحيازة و المقدر بخمسة بالمائة (5%) من سعر البيع المتفق عليه."

يبدو أن المشرع بتحديد مراحل الدفع وما يقابلها من نسب، حاول تحقيق التوازن بين التكلفة الفعلية لكل مرحلة، وذلك حتى لا يدفع المشتري ثمنا أكثر من قيمة ما تم بناؤه فعلا، كما أن البائع يستفيد من هذه الأموال لتغطية نفقات كل مرحلة على حدا.

يلتزم المشتري في عقد البيع على التصاميم بأداء أقساط الثمن في ميعاد استحقاقها، وفقا لنص المادة 53 من القانون 04-11، وتستحق هذه الأقساط وفقا لنموذج العقد المحدد في المرسوم 431-13 عند انتهاء كل مرحلة من مراحل الأداء السابق ذكرها، ولو انتهت قبل الأجل المحدد لها.

الفرع الثالث: صندوق الضمان و الكفالة المتبادلة كضامن للتسبيقات والدفعات المالية

من الضمانات التي قررها المشرع للمشتري في عقد البيع على التصاميم، ضمان مالي خارجي يتمثل في وجود جهة مالية تتولى تمويل كاف للمشروع العقاري، في حالة عجز المرقى العقاري عن إتمام عملية البناء أو تعويض التسبيقات التي يدفعها المكتب في حالة عدم قيام المرقى العقاري بالبناء أصلا.

حدد المشرع الجهة الضامنة بصندوق الضمان والكفالة المتبادلة، وهو ما جاء في نص المادة 54 من القانون 04-11 "...يتعين على المرقى العقاري الذي يشرع في إنجاز المشروع العقاري من أجل بيعه قبل إنهائه اكتاب ضمان الترقية العقارية قصد ضمان ما يأتي:

✓ تسديد الدفعات التي قام بها المكتتبون في شكل تسبيقات،

✓ إتمام الأشغال،

✓ تغطية أوسع للالتزامات المهنية والتقنية."

وهو ما نصت عليه المادة 3 من المرسوم التنفيذي 406-97 المؤرخ في 3 نوفمبر 1997، المتضمن إحداث صندوق الضمان و الكفالة المتبادلة في الترقية العقارية،⁽¹⁾ المعدل والمتمم،⁽²⁾ والتي جاء فيها " يهدف الصندوق إلى:

- استحداث الضمانات عند الاككتاب التي يلتزم بها المرقون العقاريون وتسييرها ولاسيما منها تلك المتعلقة بما يأتي:
- تعويض التسديدات التي يدفعها المقتنون في شكل تسبيقات على الطلب بعنوان عقود البيع على التصاميم،..."

⁽¹⁾ المرسوم التنفيذي 406-97 المؤرخ في 3 نوفمبر 1997، المتضمن إحداث صندوق الضمان و الكفالة المتبادلة في الترقية العقارية، ج ر الجزائرية، العدد 73 لسنة 1997، المؤرخة في 5 نوفمبر 1997.

⁽²⁾ المرسوم التنفيذي 180-14 المؤرخ في 5 يونيو 2014، يعدل و يتم المرسوم 406-97 المتضمن إحداث صندوق الضمان و الكفالة المتبادلة في الترقية العقارية، ج ر الجزائرية، العدد 37 لسنة 2014، المؤرخة في 19 يونيو 2014.

حيث وفقا لنص المادتين 6 و 7 من المرسوم التنفيذي 14-181 المؤرخ في 5 يونيو 2014 يحدد شروط حلول صندوق الضمان و الكفالة المتبادلة في الترقية العقارية محل مقتني الأملاك العقارية المغطاة بضمان الترقية العقارية وكيفيات ذلك،⁽³⁾ فإن الصندوق يحل محل المقتنين فيما يتعلق بحقوقهم في مواجهة المرقى العقاري، ومن بينها التزام الصندوق بضمان التعويض حيث يلتزم بالدفع للمقتنين الدفعات التي قاموا بتسديدها للمرقى العقاري المخل بالتزاماته، والتي تكون في شكل تسبيقات على الطلب.

وهنا يجب أن نميز بين انطلاق المرقى العقاري في إنجاز المشروع، وفي هذه الحالة إذا أخل بالتزاماته هنا فإن الصندوق لا يلتزم بالتعويض، وإنما يلتزم بضمان إتمام الإنجاز وفقا للمادة 9 من ذات المرسوم، أما التزام الصندوق بضمان تعويض التسبيقات فلا يكون إلا في حالة عدم انطلاق المرقى العقاري في الإنجاز أي لم يتم إنجاز أساسات البناء، وفقا للمادة 3/6 من ذات المرسوم.

بالتالي فالتعويض لا يكون عن الأقساط التي قد تدفع تبعا لتقدم الأشغال، لأن الأشغال لم تنطلق بعد، ولم يتم المرقى بإنجاز الأساسات التي يتعلق بها مبلغ الدفعة الثانية من أقساط البيع، وإنما يتعلق الأمر بتلك التسبيقات التي تدفع عند التوقيع والتي قدرها المشرع بنسبة عشرون بالمائة (20%) من ثمن البيع المتفق عليه بين الأطراف.

المادة 8 من ذات المرسوم أشارت إلى أنه يترتب على تعويض الصندوق للتسديدات التي دفعها المقتني، تخلي هذا الأخير لفائدة الصندوق عن حقوقه المتعلقة بالملك العقاري، موضوع عقد البيع على التصاميم .

أما بالنسبة للدفعات التي يقوم المشتري -المستهلك - بدفعها للمرقى العقاري، الذي يخل بالتزاماته ويتوقف عن البناء فإن المشرع لم يلزم المرقى العقاري بردها وإنما كفل للمستهلك ضمان آخر هو ضمان إتمام الإنجاز بقدر التسديدات التي تم أداءها للمرقى العقاري وفقا لنص المادة 9 من ذات المرسوم.

إذا فإن المستهلك يضمن ما يقوم بدفعه للمرقى العقاري سواء بموجب ضمان التعويض بالنسبة للتسبيقات المالية دون أن ينطلق المرقى العقاري في عملية البناء، أو ضمان إتمام الإنجاز إذا تعلق الأمر بدفعات أو تسديدات مالية تقدم بعد انطلاق عملية إنجاز البناء من المرقى العقاري.

⁽³⁾ المرسوم التنفيذي 14-181 المؤرخ في 5 يونيو 2014 يحدد شروط حلول صندوق الضمان و الكفالة المتبادلة في الترقية العقارية محل مقتني الأملاك العقارية المغطاة بضمان الترقية العقارية وكيفيات ذلك. ج ر الجزائرية، العدد 37 لسنة 2014، المؤرخة في 19 يونيو 2014.

المطلب الثالث: حماية المستهلك بعد إبرام العقد

لم يكتف المشرع بحماية المستهلك العقاري قبل إبرام العقد بل أنه وفر له حماية تلي ذلك، وتتمثل مظاهر الحماية في:

الفرع الأول: التسليم المطابق

إن التزام تسليم المبيع من مقتضيات عقد البيع، نصت عليه المادة 367 من القانون المدني، وتبرأ ذمة البائع من التزامه بالتسليم بوضع الشيء المبيع مع كل ملحقاته تحت تصرف المشتري في الزمان والمكان المتفق عليه دون أي عائق، كما يجب أن يكون المبيع مطابقا للمواصفات المتفق عليها. فإن لم يقم البائع بالتزامه كما لو امتنع عن التسليم أصلا، أو سلم المبيع غير مطابق للمواصفات المتفق عليها فإنه يكون مخلا بالتزامه بالتسليم،

ويجب أن يقابل التزام البائع بتسليم المبيع تقبل استلام المبيع من المشتري حتى يستطيع حيازته والانتفاع به.

ويعتبر البائع في عقد البيع على التصاميم قد قام بالتزامه بالتسليم في حالة وضعه العقار المبيع تحت تصرف المشتري حتى يستطيع حيازته والانتفاع به، ويجب أن يوافق المشتري على العقار صراحة بعد فحصه ومطابقته للمواصفات المتفق عليها في العقد، ومدى مطابقته لأصول البناء.

ويثبت الوفاء بالتزام التسليم من خلال محضر يعد حضوريا لدى مكتب الموثق الذي يعد عقد البيع على التصاميم، يثبت فيه تسليم المرقى العقاري للبناء المنجزة للمكتب والحيازة الفعلية لها من قبل هذا الأخير طبقا لما نصت عليه الفقرة 2 من المادة 34 من القانون 04-11.

ولا يمكن للمرقى العقاري أن يقوم بتسليم البناء للمكتب إلا بعد حصوله على شهادة المطابقة المنصوص عليها في القانون رقم 90-29 المتعلق بالتهيئة والتعمير والقانون 08-15 المحدد لقواعد مطابقة البناء وإتمام إنجازها، التي يثبت من خلالها مطابقة البناء لرخصة البناء، وفقا لنص المادة 39 من القانون 04-11.

شهادة المطابقة هي وثيقة إدارية إلزامية تمنحها السلطات الإدارية المختصة، يثبت بموجبها إنجاز أشغال البناء وفقا للمواصفات المحددة في رخصة البناء المسلمة مسبقا، وطبقا لأحكام قانون البناء والتعمير. كما يتم بموجبها الترخيص باستغلال وشغل المبنى المنجز وفقا للغرض الذي شيد من أجله، وذلك وفقا لأحكام المادتين 9 و 10 من القانون 08-15.⁽¹⁾

تم تعريفها في نص المادة 2 من القانون 08-15 كما يلي "تحقيق المطابقة: الوثيقة الإدارية التي يتم من خلالها تسوية كل بناية تم إنجازها أو لم يتم بالنظر للتشريع والتنظيم المتعلق بشغل الأراضي وقواعد التعمير".

وتكمن أهمية حصول المرقى العقاري على شهادة المطابقة قبل تسليم البناء للمستهلك غير المحترف، في حمايته من العيوب التي قد يصعب أو يستحيل عليه تبيينها، والمتعلقة بمخالفة قوانين البناء والتعمير.

⁽¹⁾ القانون 08-15 المؤرخ في 20 يوليو 2008 المحدد لقواعد مطابقة البناء وإتمام إنجازها، ج ر الجزائرية، العدد 44 لسنة 2008، المؤرخة في 3

الفرع الثاني: الضمان العشري

يضمن المرقى العقاري للمشتري ما في المبنى من عيوب تهدد متانته وسلامته، فلا يكفي أن يسلمه مبنى مطابق للمواصفات المتفق عليها، إذ يبقى مسؤولاً عن هذه العيوب طيلة فترة الضمان. وهو ما أشارت إليه المادة 3/26 من القانون 04-11 بنصها "غير أن الحيازة وشهادة المطابقة لا تعفيان من المسؤولية العشرية التي قد يتعرض إليها المرقى العقاري، ولا من ضمان الإنهاء الكامل لأشغال الإنجاز التي يلتزم بها المرقى العقاري طيلة سنة واحدة".

كما نصت المادة 46 من القانون 04-11 "تقع المسؤولية العشرية على عاتق مكاتب الدراسات والمقاولين والمتدخلين الآخرين الذين لهم صلة بصاحب المشروع من خلال عقد، في حالة زوال كل البناية أو جزء منها جراء عيوب في البناء، بما في ذلك جراء النوعية الرديئة لأرضية الأساس".

وكذلك ما جاء في نص المادة 30 من المرسوم التنفيذي 85-12 والتي جاء فيها النص صراحة على تحمل المرقى العقاري بالتضامن مع مكاتب الدراسات، والمقاولين، والمقاولين الفرعيين وكل متدخل آخر للمسؤولية العشرية في عقد البيع على التصاميم.

من خلال المواد السابقة نجد أن المشرع وسع الأشخاص الملزمين بالمسؤولية العشرية اتجاه المستهلك، فبالإضافة لمكاتب الدراسات والمقاولين، فإن المرقى العقاري والمقاولين الفرعيين وكل المتدخلين الآخرين الذي لهم صلة به في إطار تنفيذ مشروعه على التصاميم متضامنين معه في هذه المسؤولية، إلا أن المادة 49 من القانون 11-04 أشارت إلى ضرورة مطالبتهم بالتأمينات والضمانات التي تغطي مسؤوليتهم العشرية من طرف المرقى العقاري حتى يمكن اعتبارهم متضامنين معه في هذه المسؤولية.

وفي حالة ما إذا أغفل أو قصر المرقى العقاري في المطالبة بالتأمين أو التأكد من وجوده، فإنه يتحمل المسؤولية المدنية كاملة عن الضمان العشري في مواجهة زبائنه، إلا إذا دفع هذه المسؤولية بإثبات السبب الأجنبي أو القوة القاهرة.⁽¹⁾

ومفاد الضمان العشري هو قيام المسؤولية المدنية خروجاً عن المبدأ العام الذي يقضي بأن التسليم له أثر معفي عن الأضرار اللاحقة له، إذ يستفيد منه المشتري أو المكتتب في عقد البيع على التصاميم وكذا كل المالكين المتوالين على البناية طول مدة الضمان وفقاً لنص المادة 3/49 من القانون 04-11.

لا يجوز الاتفاق على حصر أو الإعفاء من ضمان المسؤولية العشرية بين الأطراف، وكل اتفاق على خلاف ذلك يعد باطلاً وفقاً لنص المادة 45 من القانون 04-11.

(1) صبايحي ربيعة، الضمانات المستحدثة في بيع العقار على التصاميم على ضوء أحكام القانون 04-11، مداخلة المؤتمر الوطني حول الترقية العقارية في الجزائر-واقع وآفاق- 27 و28 فيفري 2012، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، ص68.

الفرع الثالث: ضمان الإنهاء الكامل لأشغال الإنجاز:

إن ضمان الإنهاء الكامل لأشغال الإنجاز هو ضمان لاحق لاستلام البناء محل عقد البيع على التصاميم، نص عليه في المادة 3/26 من القانون 04-11 إذ جاء فيها "غير أن الحيابة وشهادة المطابقة لا تعفيان من المسؤولية العشرية التي قد يتعرض لها المرقى العقاري، ولا من ضمان الإنهاء الكامل لأشغال الإنجاز التي يلتزم بها المرقى العقاري طيلة سنة واحدة".

كما جاء ضمن بند الضمانات في نموذج عقد البيع على التصاميم الوارد في المرسوم التنفيذي 13-431، ونصه كما يلي: "ضمان حسن التنفيذ:

يضمن البائع التنفيذ الجيد للأشغال، ويلتزم بتنفيذ الأشغال الضرورية قصد إصلاح عيوب البناء و/أو حسن سير عناصر تجهيزات البناية في أجل(....) يوما، ابتداء من تاريخ إخطاره من طرف المكتب.

إن هذا الضمان صالح لمدةسنة، ابتداء من تاريخ الحيابة كما هو محدد في الإجراء المتعلق بالحيابة المبين أعلاه. وكل الضمانات المعتادة المتعلقة بتغطية الالتزامات المهنية والتقنية الأخرى".

بالرجوع للمادة 44 من القانون 04-11 التي نصت على أنه " تحدد آجال تنفيذ الأشغال الضرورية لإصلاح عيوب البناء و/ أو حسن سير عناصر تجهيزات البناية بموجب العقد المذكور في المادة 26 أعلاه"، نجد أن المشرع قد شمل كل من عيوب المبيع و حسن سير عناصر التجهيز ضمن ضمان الإنهاء الكامل لأشغال الإنجاز.

وفقا للقواعد العامة في عقد البيع فإن البائع لا يتحمل ضمان العيوب الظاهرة، التي كان في استطاعة المشتري معرفتها وقت استلام المبيع، إلا إذا أثبت المشتري أن البائع أخفاها عنه غشا أو أكد له خلو المبيع من العيوب وفقا للمادة 2/379 من القانون المدني، على عكس عقد البيع على التصاميم.

حيث أن المشرع في نص المادة 44 من القانون 04-11 لم يحدد نوع العيوب محل الضمان، مما يجعلها تشمل العيوب الظاهرة أيضا بالإضافة لتلك الخفية، وقد جاء هذا الضمان في تشريعات مختلفة بقصد توفير أكبر قدر من الحماية للمستهلك العقاري، ذلك أن هذا الأخير يقوم بشراء عقار غير موجود وقت إبرام العقد مما لا يمكنه من معاينته، إلا بعد الانتهاء من تشييده واستلامه.

حدد المشرع الجزائري مدة الضمان بسنة، يلتزم المرقى العقاري خلالها بضمان حسن إنجاز كافة العيوب التي ستظهر في البناء، وكذلك بضمان حسن سير عناصر التجهيز، إلا أنه لم يحدد في القانون 04-11 الوقت الذي يبدأ فيه هذا الضمان، حتى صدور المرسوم التنفيذي المتضمن لنموذج العقد و الذي بين أن المرقى العقاري يلزم بهذا الضمان من تاريخ حيابة المشتري للعقار بموجب محضر الحيابة المنصوص عليه في المادة 2/34 من ذات القانون.

هذه المدة يمكن للأطراف الاتفاق على تمديدها، على أن لا تقل عن سنة وفقا لما جاء في نموذج عقد البيع على التصاميم، ولا يلزم المرقى بتنفيذ أشغال الإصلاح إلا بعد إخطاره من قبل المشتري المستفيد من الضمان بوجود عيب أو خلل في البناء، ويتم ذلك خلال مدة يتفق عليها الطرفين في العقد.

و في حالة إغفال تحديد مدة تنفيذ أشغال الإصلاح، فيجب مباشرة عمليات الإصلاح خلال آجال معقولة بحسب العرف الجاري في المعاملات، وذلك بعد إخطار المرقى العقاري بالعيب، وإن كان ذلك لا يحدث إلا نادرا.⁽¹⁾

ويعتبر ضمان حسن التنفيذ أو ضمان الإنهاء الكامل لأشغال الإنجاز من النظام العام، وفقا لما جاء في المادة 45 من القانون 04-11، والتي اعتبرت باطلا كل بند وغير مكتوب يهدف إلى إقصاء أو الحد من المسؤولية أو الضمانات الممنوحة للمشتري المنصوص عليها في ذات القانون.

الخاتمة

إن نصوص القانون 04-11 المؤرخ في 17 فيفري 2011 يحدد القواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية، وكافة المراسيم التنفيذية المتعلقة بهذا العقد، تتضمن الكثير من الأحكام التي تهدف إلى حماية مستهلك العقار، خاصة وأن قانون الترقية العقارية السابق لم يرتب ضمانات كافية، الأمر الذي أدى إلى وقوع المشتري المستهلك ضحية استغلال ونصب واحتيال من بعض المرقين العقاريين.

إضافة لذلك فقد رتب المشرع مجموعة من الجزاءات الإدارية والجزائية بهدف حماية مستهلك العقار، وردع المرقى العقاري المحترف عن مخالفة النصوص الآمرة الواردة في تنظيم عقد البيع على التصاميم.

لكن على الرغم من كثرة واختلاف مظاهر الحماية القانونية المقررة للمستهلك في عقد البيع على التصاميم، عبر مختلف مراحل العقد، سواء كانت حماية سابقة لإبرام العقد، أو أثناء تنفيذ العقد، أو مستمرة لما بعد تنفيذه، فإنها قد لا تحقق الغاية منها ما لم ترتبط مع وعي من المستهلك للحفاظ على حقوقه وحماية مصالحه، هذا الأخير وتحت ضغط رغبته في الحصول على سكن يقبل مرغما بمخالفة نصوص قانونية أمرة مثل ضرورة تحرير العقد في الشكل الرسمي، أو عدم دفع تسبيقات مالية للمرقى العقاري قبل إبرام العقد، أو عدم اللجوء للقضاء للمطالبة بإصلاح بعض العيوب التي قد يجدها عند تسلمه للمبيع.

لذا فإن الإشكال الأساسي لا يتمثل في نقص الحماية القانونية، بقدر ما يتمثل في تحقيق هذه الحماية على أرض الواقع، بتنمية وعي المستهلك من خلال تفعيل دور جمعيات حماية المستهلك والأجهزة الرقابية وإنشاء جهات مختصة لتلقي شكاوى.

⁽¹⁾ فؤاد كامل، التزام المرقى بضمان كمال إنجاز المنشأة العقارية، مجلة دفاتر السياسة والقانون، العدد الثالث، جوان 2015، مجلة صادرة عن جامعة ورقلة، ص 218.

قائمة المراجع

- المرسوم رقم 93-03 المؤرخ في 01 مارس 1993 المتعلق بالنشاط العقاري، ج رعدد 14 لسنة 1993، المؤرخة في 3 مارس 1993.
- القانون 04-11 المؤرخ في 17 فبراير 2011 يحدد القواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 14 الصادر بتاريخ 6 مارس 2011.
- مرسوم تنفيذي رقم 13-431 المؤرخ في 18 ديسمبر 2013، يحدد نموذجي عقد حفظ الحق وعقد البيع على التصاميم للأماكن العقارية وكذا حدود تسديد سعر الملك موضوع عقد البيع على التصاميم ومبلغ عقوبة التأخير وأجالها وكيفية دفعها. الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 66 الصادر بتاريخ 25 ديسمبر 2013.
- المرسوم التنفيذي رقم 12-84 المؤرخ في 20 فبراير 2012 يحدد كيفية منح الاعتماد لممارسة مهنة المرقى العقاري وكيفية مسك الجدول الوطني للمرقين العقاريين، ج رالعدد 11 لسنة 2012، المؤرخة في 26 فبراير 2012.
- مرسوم تنفيذي رقم 12-85 المؤرخ في 20 فبراير سنة 2012، يتضمن دفتر الشروط النموذجي الذي يحدد الالتزامات والمسؤوليات المهنية للمرقى العقاري، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية العدد 11 المؤرخ في 26 فبراير 2012.
- المرسوم التنفيذي 14-180 المؤرخ في 5 يونيو 2014، يعدل و يتمم المرسوم 97-406 المتضمن إحداث صندوق الضمان والكفالة المتبادلة في الترقية العقارية، ج رالجزائرية، العدد 37 لسنة 2014، المؤرخة في 19 يونيو 2014.
- المرسوم التنفيذي 14-181 المؤرخ في 5 يونيو 2014 يحدد شروط حلول صندوق الضمان و الكفالة المتبادلة في الترقية العقارية محل مقتني الأملاك العقارية المغطاة بضمان الترقية العقارية و كيفية ذلك. ج رالجزائرية، العدد 37 لسنة 2014، المؤرخة في 19 يونيو 2014.
- المرسوم التنفيذي 97-406 المؤرخ في 3 نوفمبر 1997، المتضمن إحداث صندوق الضمان و الكفالة المتبادلة في الترقية العقارية، ج رالجزائرية، العدد 73 لسنة 1997، المؤرخة في 5 نوفمبر 1997.
- القانون 08-15 المؤرخ في 20 يوليو 2008 المحدد لقواعد مطابقة البناء وإتمام إنجازها، ج رالجزائرية، العدد 44 لسنة 2008، المؤرخة في 3 غشت 2008.
- علاء حسين علي، عقد بيع المباني تحت الإنشاء، منشورات زين الحقوقية، الطبعة الأولى 2011 .
- حسن عبد الباسط جمعي، حماية المستهلك- الحماية الخاصة لرضاء المستهلك في عقود الاستهلاك، سنة 1996، دار النهضة العربية، القاهرة.
- محمد بودالي، حماية المستهلك في القانون المقارن، دارالكتاب الحديث، الجزائر، 2006 .
- مصطفى أحمد أبو عمرو، موجز أحكام قانون حماية المستهلك، الطبعة الأولى، سنة 2011، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان.

- محمد فتحي شحنة ابراهيم دياب، الحماية الجنائية لمشتري العقار تحت التشديد، الطبعة الأولى، مكتبة الوفاء القانونية، الاسكندرية، 2015.
- مجيد خلفوني، نظام الشهر العقاري في القانون الجزائري، الطبعة الثانية، 2008، دار هومة، الجزائر.
- عبد الرزاق أيوب، مظاهر حماية المستهلك في بيع العقار في طور الإنجاز، مجلة المنازعات العقارية، منشورات مجلة القضاء المدني، المغرب، 2013.
- صبايحي ربيعة، الضمانات المستحدثة في بيع العقار على التصاميم على ضوء أحكام القانون 04-11، مداخلة المؤتمر الوطني حول الترقية العقارية في الجزائر-واقع وآفاق- 27 و28 فيفري 2012، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة.
- فؤاد كامل، التزام المرتقي بضمان كمال إنجاز المنشأة العقارية، مجلة دفاتر السياسة و القانون، العدد الثالث، جوان 2015، مجلة صادرة عن جامعة ورقلة.
- مجلة المحكمة العليا، العدد الثاني لسنة 2008.
- مجلة المحكمة العليا، العدد الثاني لسنة 2012.

آليات ضمان جودة التعليم الجامعي " المرافقة البيداغوجية نموذجاً "

ط.د عبدلي هالة

د.صالح السعيد

جامعة خنشلة

جامعة خنشلة

Abdelli.hala@hotmail.com

الملخص :

تتسابق الكثير من المؤسسات التعليمية على اختلاف مستوياتها في تحقيق التميز في إطار ضمان جودة مخرجاتها التعليمية من خلال استحداث آليات و مناهج علمية متوافقة مع متطلبات العصر إذ تعد المرافقة البيداغوجية إحدى هذه السبل التي تعمل على ضمان جودة التعليم الجامعي من خلال الموازنة بين التحصيل الأكاديمي العلمي للطالب الجامعي و سوق العمل .

وتسعى هذه الورقة البحثية إلى تسليط الضوء على آليات ضمان جودة التعليم الجامعي و المرافقة البيداغوجية نموذجاً أساسياً ، و تقييم أبرز ملامح نظام الجودة في محاولة لتقييم مدى أثر الجودة على التعليم الجامعي و الحلول اللازمة لضمان جودتها.

الكلمات المفتاحية : الجامعة ، إدارة الجودة الشاملة ، ضمان الجودة ، المرافقة البيداغوجية .

Résumé

De nombreux établissements d'enseignement à différents niveaux rivalisent pour atteindre l'excellence en assurant la qualité de leurs résultats éducatifs grâce au développement de mécanismes et de programmes scientifiques sont compatibles avec les exigences de l'époque, L'accompagnement pédagogique est l'un de ces moyens qui assure la qualité de l'enseignement universitaire grâce à la compatibilité entre rendement scolaire académique de l'étudiant universitaire et du marché du travail.

Cet article cherche à faire la lumière sur les mécanismes de la qualité de l'enseignement universitaire et de l'accompagnement pédagogique en tant que modèle de base Et évaluation des caractéristiques les plus importantes du système de qualité dans le but d'évaluer l'impact de la qualité sur la formation universitaire et les solutions nécessaires pour assurer la qualité

Mots clé : l'université, Gestion de la qualité totale ,Assurance de la qualité , L'accompagnement pédagogique.

مقدمة :

أصبحت الجودة من الأساليب الحديثة التي نالت اهتمام العديد من المفكرين و الباحثين كإحدى الأنماط الإدارية المميزة لمعطيات الفكر الإنساني ، و نظرا للنجاح الذي حققه هذا المنهج الإداري بدا الاهتمام به في قطاع الجامعات لرفع مستوى الأداء و تشجيع التنافس في استقطاب الطلبة المستفيدين.

و في ظل إصلاح المنظومة التعليمية من ناحية ، و انتهاج أساليب عصريّة في التسيير البيداغوجي من ناحية أخرى، وجدت الجامعة نفسها مطالبة اليوم بالبحث عن أفضل السبل لتحسين و رفع كفاءة خريجها في كافة المجالات العلمية و العملية و المساهمة في بناء الاقتصاد المبني على المعرفة من خلال وضع الطالب الجامعي في قلب هذه الإصلاحات و تعزيز قدراته في مساندة سياسة التنمية الشاملة ، فالطلبة الجامعيون اليوم يبحثون عن من يؤكد لهم أن ما يدرسونه سيلبي احتياجاتهم المستقبلية و أن الشهادات التي سيحصلون عليها سوف تقدر احتياجاتهم المستقبلية و يعترف بها سوق العمل .

و تبرز أهمية هذه الورقة البحثية في بيان أهمية المراقبة البيداغوجية كألية من آليات ضمان الجودة في مؤسسات التعليم الجامعي لاسيما و امن مقارنة إصلاحية تربوية هدفها تحقيق الفعالية و الارتقاء بالتكوين الأكاديمي الجامعي الجزائري .

أما الأهداف المرجو الوصول إليها من خلال هذا الموضوع فهو إعطاء توضيح مفصل لمختلف آليات ضمان جودة التعليم الجامعي مع التركيز على المراقبة البيداغوجية باعتبارها الألية التي ينصب عليها موضوع هذا البحث كألية هادفة لتحقيق جودة أداء التعليم الجامعي الجزائري .

إشكالية الدراسة :

إن انخفاض النتائج الدراسية على مستوى الجامعات يشكل مصدر قلق كبير لدى مسؤولي التعليم العالي نظرا لانعكاساته السلبية على التحصيل العملي و مستقبل جودة التعليم العالي و المنظومة التعليمية ككل، فمؤسسات التعليم الجامعية تعاني من مشاكل التسيير البيداغوجي و التقني مما ينجر عنه صعوبات التحكم في المستوى التحصيلي للطلاب الجامعي لذلك عمدت الجامعات لتكريس آليات و سبل كفيلة بتحقيق جودة خدماتها و انفتاحها على المحيط الاقتصادي و الاجتماعي من ناحية و توفير المساعدة العلمية للطلاب الجامعي من ناحية أخرى ، لذا أدرجت المراقبة كأحد المستجدات الجوهرية في إطار فلسفة نظام ل.م.د والتي ترمي إلى تحسين نوعية التكوين من خلال مرافقة الطالب من بداية مساره التكويني في الجامعة بهدف توفير المساعدة العلمية و العملية للطلاب، ومن هنا و للتوضيح أكثر نطرح

التساؤل التالي :

✓ إذا كانت المراقبة البيداغوجية احد نماذج آليات ضمان الجودة بالجامعات ، فكيف يمكن تكريسها و تحقيق المبتغى منها بين المفروض و المأمول ؟ .

و للإجابة على الإشكالية المطروحة تم تقسيم البحث إلى ثلاثة محاور:

- 1- ماهية نظام الجودة في التعليم الجامعي .
- 2- الآليات و المناهج المستحدثة لضمان جودة التعليم الجامعي .
- 3- المرافقة البيداغوجية كأسلوب نموذجي لإنجاح تطبيق ضمان الجودة في التعليم الجامعي .

أولاً – ماهية نظام الجودة في التعليم الجامعي :

تعتبر جودة التعليم إحدى القضايا المهمة و الحيوية في نظام التعليم المعاصر ، فالمناهج و البرامج التعليمية التي طبقت لتحسين نوعية التعليم في الماضي قد أحدثت تحسناً ملحوظاً في الأداء الأكاديمي على مستوى الجامعات ، غير أن جودة التعليم لا تزال موضوعاً مثيراً للاهتمام من طرف الدارسين و الباحثين لمحاولة إعطاء مفهوم دقيق لها يتضمن مقوماتها و أبعادها.

1- مفهوم ضمان الجودة بالتعليم الجامعي : : لقد لقي مصطلح ضمان الجودة اهتمام العديد من الباحثين و وضعت له العديد من التعاريف ، حيث :

عرفه روبنسون ROBINSON بأنه : "مجموعة الأنشطة التي تتخذها مؤسسة أو منظمة لضمان معايير محددة وضعت مسبقاً لمنتج ما أو خدمة ما يتم بالفعل الوصول إليها بانتظام، وهدف هذه الأنشطة هو تجنب وقوع عيوب في المنتجات أو الخدمات "1.

كما تعرف على أنها : " نظام عالمي موحد لمقاييس الجودة ، اتفق عليه عالمياً ليكون وثيقة دولية لضمان جودة الإدارة "2.

أما فيما يخص ضمان الجودة في التعليم الجامعي فيعرف على انه : " استمرارية الإتقان في مخرجات التعليم ، أو بعبارة أخرى " ملائمة مخرجات التعليم الجامعي للهدف الذي حددته المؤسسة التعليمية "3 .
أما في الصيغة المشتركة لمفهوم الجودة في التعليم الجامعي فإننا نجد أنها في المفهوم الوارد في القانون رقم 11 الخاص بالإعلان الدولي للتعليم العالي الصادر عن الأمم المتحدة و هي اقرب صيغة يمكن تبنيها ، حيث اعتبر أن الجودة في التعليم الجامعي " مفهوم متعدد الأبعاد ، يشمل جميع الأنشطة ووظائف التعليم العالي " التدريس ، البرامج

¹ - انظر : محمد جبر دريب ، "التطبيقات الإجرائية لضمان الجودة في التعليم الجامعي" ، جامعة الكوفة ، كلية التربية للبنات ، العراق ، 2012 ، ص 09 .

² انظر : إلهام يحيوي ، حكيمة بوسلمة ، نجوى عبد الصمد ، " اتجاهات أعضاء هيئة التدريس نحو مدى تطبيق متطلبات ضمان الجودة في جامعة باتنة-دراسة ميدانية- " ، ورقة بحثية ضمن فعاليات المؤتمر العربي الدولي الثاني لضمان جودة التعليم العالي ، الجامعة الخليجية ، مملكة البحرين ، 5/4 ابريل 2012 ، ص 100 .

³ انظر : ناريمان حفاصة ، " التعليم الجامعي في الجزائر و تطلعات تحقيق الجودة الشاملة " ، مجلة الدراسات و البحوث حول الجزائر و العالم ، كلية العلوم السياسية و العلاقات الدولية ، جامعة الجزائر 3 ، الجزائر ، مارس 2017 ، ص 31 .

الأكاديمية، البحث العلمي، العاملين بالمؤسسة، الطلاب، المباني، الخدمات المصاحبة للعملية التعليمية و الخدمات المجتمعية ...¹

و من خلال التعاريف المقدمة مسبقا يمكن القول أن ضمان الجودة بالتعليم الجامعي هو الأداة التي تسمح لمؤسسة التعليم الجامعي بالقيام بدورها في ضمان جودة مخرجاتها من خلال الالتزام بمعايير الجودة الموضوعية لتحقيق أعلى المستويات في المخرجات مع الاهتمام بعملية التقييم المستمر لتحسين جودة مخرجات التعليم العالي . أما بالنسبة إلى موقف المشرع الجزائري من مصطلح ضمان الجودة فإنه و في سنة 2008 قامت وزارة التعليم العالي مؤتمر دولي حول ضمان الجودة و الذي كان بمثابة انطلاق لدراسة إمكانية تطبيق نظام ضمان الجودة في المؤسسات الجامعية الجزائرية و لتحقيق ذلك تأسست فرقة عمل كلفت من طرف الوزارة بالتفكير في المشروع مدعمة ببعض الخبراء الدوليين .

و في 31 ماي 2010 تم ترسيم عمل الفرقة بقرار إنشاء اللجنة الوطنية لتطبيق ضمان الجودة في التعليم العالي و البحث العلمي "CIAQES" ليتم بعدها اعتماد وسائل على مستوى مؤسسات التعليم العالي سميت ب"خلايا ضمان الجودة " المكلفة بالمساهمة في بناء و تطوير هذا النظام على مستوى كل مؤسسة جامعية² .

2- أهمية ضمان الجودة : يمكن تحديد الأهمية من اعتماد الجودة في مؤسسات التعليم العالي في النقاط التالية³ :

- تحقيق نقلة نوعية في عملية التعليم تقوم على أساس التوثيق للبرامج والإجراءات والتفعيل للأنظمة واللوائح والتوجهات والارتقاء بمستويات الطلبة.
- الوقوف على المشكلات التعليمية في الواقع العملي ودراسة هذه المشكلات وتحليلها بالأساليب والطرائق العلمية واقتراح الحلول المناسبة لها ومتابعة تنفيذها في الكليات التي تطبق نظام الجودة مع تعزيز الايجابيات والعمل على تلافي السلبيات .
- تطوير الهيكل الإداري للجامعة بطريقة تسهل عملية التعلم وتسمح بالمشاركة في اتخاذ القرارات التعليمية.
- النظرة الشمولية لعملية التعليم والتعلم والابتعاد عن التجزئة بين عناصر التعليم الجامعي مع الأخذ في الاعتبار عمليات التدريب المستمر لكافة المعنيين من أجل التطوير والتحسين للوصول إلى مخرجات تعليمية مناسبة ذات صبغة تنافسية.
- رفع مستوى وعي الطلاب الثقافي والمهني والأكاديمي وتوفير الفرص الملائمة للتعليم الذاتي بصورة أكثر فعالية باعتبارهم من أهم مخرجات النظام الجامعي.

¹ انظر: حسن حسين البلاوي وآخرون ، " الجودة الشاملة في التعليم - بين مؤشرات التميز و معايير الاعتماد - الأسس و التطبيقات " ، دار المسيرة للنشر و التوزيع، الطبعة الأولى ، عمان ،الأردن ، 2006 ، ص 36.

² انظر: زين الدين بروش، يوسف بركان، " مشروع تطبيق نظام ضمان الجودة في مؤسسات التعليم العالي في الجزائر الواقع والآفاق "، المؤتمر العربي الدولي الثاني لضمان جودة التعليم العالي، 4.5 أبريل 2012، الجامعة الخليجية، البحرين، ص 812.

³ انظر: ندى علي سالم الهويدي ، " مساهمة تقويم أداء عضو هيئة التدريس في رفع جودة التعليم الجامع -دراسة ميدانية من وجهة نظر عضوات هيئة التدريس وال طالبات في جامعة أم القرى- "، رسالة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه ماجستير ، جامعة أم القرى ، كلية التربية ، قسم الإدارة التربوية والتخطيط، المملكة العربية السعودية ، 1424 ، ص 44.

- زيادة الاحترام والتقدير المحلي والاعتراف العلمي بالمؤسسات التعليمية لما تقدمه من خدمات للطلاب والمجتمع .
- 3- معايير ضمان الجودة في التعليم الجامعي : إن التعليم الجامعي هو مرحلة متقدمة من التعليم ، إذ يحتل أعلى مستوى في الهرم التعليمي ، و يتمثل أساسا في الجهود و البرامج التعليمية المتطورة التي تحدث تغييرا في سلوكيات الطلبة لتأهيلهم لخدمة المجتمع ، و إن فلسفة الجودة في التعليم الجامعي تستند إلى جملة من المعايير التي تهدف إلى إكساب الطلبة المعارف و المهارات المتعددة التي تنمهم في مختلف جوانب شخصياتهم ، و هناك إجماع في الوقت الحاضر على أن معايير ضمان الجودة في التعليم الجامعي تتجلى في النقاط التالية :
- ✓ جودة عضو هيئة التدريس : يحتل عضو هيئة التدريس المركز الأول من حيث أهميته في نجاح العملية التعليمية ، فمهما بلغت البرامج التعليمية من الجودة فإنها لا تحقق الفائدة المرجوة منها إذا لم ينفذها أساتذة أكفاء و مؤهلون ، و على اعتبار أن عضو هيئة التدريس أهم مدخلات العملية التعليمية ، و بالرجوع إلى أدواره الأساسية اتجاه طلبته من "تدريس و تقييم و إرشاد و إشراف على البحوث العلمية و الدراسات بهدف إعداد الموارد التعليمية ، و كذلك أدواره اتجاه مؤسسات التعليم العالي بالمشاركة في اللجان و النشاطات التعليمية المختلفة ، فإن تحقيق جودة أدائه تتوقف على جملة من الكفاءات الأساسية يمكن تحديدها كالآتي¹ :
- التوازن النفسي : إن استمرارية بعض أعضاء هيئة التدريس لممارسة مهنة التدريس وهم تحت تأثيرات الضغوط النفسية سيكون لها آثار سلبية على الطلاب وعلى العملية التعليمية، ولذلك يجب أن يخضع عضو هيئة التدريس إلى اختبارات نفسية تؤكد قدرته على استيعاب ضغوط التدريس النفسية .
- قدرات الإلقاء و العرض : يجب أن يكون عضو هيئة التدريس على علم بفنون الإلقاء، فلا يمكن التنازل عن سلامة اللغة، ووضوح الألفاظ كمعيار لقبول أي عضو هيئة التدريس.
- ✓ جودة الطالب الجامعي : يعتبر الطالب الجامعي أهم عناصر العملية التعليمية ، و لتحقيق جودة الطالب الجامعي لا بد من² :
- العناية بنشاط الإرشاد الأكاديمي للطلبة .
- الاهتمام باتجاهات الطلاب نحو العملية التعليمية قبل التخرج .
- زيادة مشاركة الطلبة في اتخاذ القرارات المتعلقة بشؤونهم .
- مساعدة الطالب في الحصول على عمل ، و دراسة أسباب البطالة و خفض معدلها بين الخريجين .
- ✓ جودة البرامج التعليمية و طرق التدريس : يعرف كل من الطائي و العبادي جودة البرامج التعليمية على أنها³ " تلك البرامج التي تتميز بشموليتها و مرونتها و استيعابها لمختلف التحديات العلمية و المعرفية و مدى تطويرها بما

¹ انظر : رقاد صليحة، " تطبيق نظام ضمان الجودة في مؤسسات التعليم العالي الجزائرية- أفاقه و معوقاته-دراسة ميدانية بمؤسسات الشرق

الجزائري " ، رسالة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه ، كلية العلوم الاقتصادية و تجارية و علوم التسيير، جامعة سطيف ، الجزائر، 2014 ، ص 46 .

² انظر : محمد عوض الترتوري ، أغادير عرفات جويحان، " إدارة الجودة الشاملة في مؤسسات التعليم العالي و المكتبات و مراكز المعلومات " ، دار المسيرة للنشر و التوزيع ، الطبعة الأولى ، عمان، الأردن ، 2006 ، ص 98.

³ انظر : هاشم فوزي العبادي، يوسف حجيم الطائي، أفنان عبد علي الأسدي، " إدارة التعليم العالي-مفهوم حديث في الفكر الإداري المعاصر-"، دار الوراق للنشر و التوزيع، الطبعة الأولى ، عمان، الأردن، 2008، ص 528.

يتناسب مع المتغيرات العامة ، وإسهامها في تكوين الشخصية المتكاملة الأمر الذي من شأنه أن يجعل طرق تدريسها بعيدة تماماً عن التلقين ومثيرة لأفكار وعقول الطلبة من خلال الممارسات التطبيقية لتلك البرامج وطرق تدريسها ."

ولابد أن تتصف البرامج التعليمية بالخصائص التالية¹ :

- ملاءمتها لاحتياجات الطالب من جهة وسوق العمل والمجتمع من جهة أخرى.

- قدرتها على ربط الطالب بواقعه المعاش .

- ارتباطها برسالة الجامعة التي وجدت من أجلها .

- المرونة والتجدد لمسايرة المستجدات المصاحبة للتغير المعرفي ومتطلبات العولمة .

- ملائمتها لمتطلبات إعداد خريج لديه القدرة على التحليل والتفكير والإبداع .

✓ جودة الإدارة الجامعية : إن استقرار الإدارة وكفاءة العاملين بها وعلاقتهم بالطلاب وأعضاء هيئة التدريس و التزام الإدارة العليا بتطبيق معايير الجودة من خلال المحافظة على ممتلكات المؤسسة التعليمية وصيانتها وتوفير الخدمات اللازمة للطلاب وأعضاء هيئة التدريس تعتبر من المتغيرات الفاعلة والمؤشرات المؤكدة لجودة أداء هذه المؤسسة التعليمية² .

✓ جودة الهياكل البيداغوجية والمقررات الجامعية : تتمثل في مختلف المباني الجامعية والمكتبات والمعامل ومختبرات البحث وكذلك التمويل اللازم لكافة أنشطة المؤسسة ، حيث يجب أن يتسم المبنى بالمرونة والقدرة على استيعاب الطلاب ويعد موقعة الجغرافي في البيئة المحيطة من المؤشرات الايجابية لتحقيق متطلبات الجودة.

فكلما حسنت واكتملت قاعات التعليم كلما أثر ذلك بدوره إيجاباً على قدرات عضو هيئة التدريس والطلبة .

ثانياً – الآليات و المناهج المستحدثة لضمان جودة التعليم الجامعي :

تجتهد المؤسسات الجامعية باستمرار للتميز ولضمان الجودة في خدماتها التعليمية والبحثية وفي خدمة المجتمع حتى تكون مخرجاتها متميزة ومتوائمة مع متطلبات السوق المحلي والدولي، ومن هذا المنطلق سعت معظم مؤسسات التعليم العالي إلى إنشاء نظام لضمان جودة التعليم العالي تأكيداً منها على التزامها بجودة التعليم لضمان جودة الخريج ومنافسته عالمياً .

¹ انظر : أماني رفعت محمد، " مفهوم ومتطلبات إنشاء نظام داخلي للجودة بالكليات وأثرها على جودة الأداء الأكاديمي بها " ، ورقة بحثية ضمن المؤتمر العربي الثاني بعنوان تقويم الأداء الجامعي وتحسين الجودة، منشورات المنظمة العربية للتنمية الإدارية، القاهرة، مصر، 2007، ص 382.

² انظر : بوشلاغم حنان، " إدارة الجودة الشاملة بالجزائر - واقع ومأمول- " ، مجلة جيبيل للعلوم الإنسانية والاجتماعية ، جامعة محمد بن الصديق -جيجل-، الجزائر، العدد35، 2017 ، ص 08 .

- 1- أساليب تطبيق ضمان الجودة في التعليم الجامعي : إن أسلوب ضمان الجودة بالمؤسسة التعليمية مقارنة إصلاحية هادفة إلى التحقق من أن المعايير الأكاديمية المتوافقة مع رسالة المؤسسة التعليمية قد تم تحديدها و تحقيقها ويتم وفق أساليب معينة نجلها في النقاط التالية :
- ✓ إنشاء جهاز قيادي يتولى الاستراتيجيات و تنسيق الجهود: إن تطبيق الجودة يتم عن طريق مجلس يدعى "مجلس الجودة" إذ يتولى القيام بالمهام التالية¹ :
 - توجيه و قيادة كل النشاطات المبذولة لتطبيق أسلوب الجودة الشاملة .
 - السهر على تفعيل جهود منسوبي الجامعة لتحقيق هدف ضمان الجودة .
 - تطبيق نظام لقياس الأداء لتوفير المعلومات اللازمة لتحسين جودة الأداء الجامعي .
 - وضع نظام للحوافز و مكافأة منسوبي الجامعة المتميزين في تحسين جودة الأداء الوظيفي الجامعي .
- ✓ إحداث تغيير في الثقافة التنظيمية للجامعة : إن أسلوب التغيير في التعليم الجامعي له دور أساسي في بناء استراتيجيات بيداغوجية تساعد في بناء الهياكل التنظيمية و تشكيل اتجاهات العاملين و مواقفهم مما يجعلها تعد إطارا مرجعيا و مرشدا.
- و يعتبر التغيير أسلوبا لتطبيق إدارة الجودة الشاملة بالجامعات بهدف تعديل و تغيير الاتجاهات التعليمية و صياغة استراتيجيات بيداغوجية فاعلة لخدمة المصالح عامة و المجتمع خاصة و ذلك من خلال مجموعة من القيم نحددها في النقاط التالية² :
- ✓ قيم متعلقة بالجودة : تتعلق بمدى استجابة المؤسسة لحاجات المستفيدين من خلال جعل الفرد داخل المؤسسة التعليمية ملتزم بثقافة الجودة ، إذ يرى صالح المغازي أن ثقافة الجودة في مؤسسات التعليم الجامعي تتجلى في ستة قيم أساسية هي :
 - القيمة الأولى " نحن جميعا في خدمة المؤسسة الجامعية" : إحساس كل من أعضاء هيئة التدريس ، الطلبة ، الإداريين... بأنهم جزء لا يتجزأ من المؤسسة التعليمية .
 - القيمة الثانية "لا رئيس لا رؤوس" : و ذلك بهدف تعزيز المبادرات الشخصية و الحث على أهمية العمل الجماعي ، و تنمية روح الفريق .
 - القيمة الثالثة "الاتصال بين الأفراد داخل المؤسسة التعليمية" : و ذلك لفهم ما هو مطلوب و كيفية القيام به من خلال استمرارية تتقل المعلومات بين أفراد المؤسسة .
 - القيمة الرابعة " التعاطف" : بمعنى الشعور بمشاكل الآخرين بهدف خلق ثقافة للعمل .

¹ انظر : محمد عوض الترتوري ، أغادير عرفات جويحان، " إدارة الجودة الشاملة في مؤسسات التعليم العالي و المكتبات و مراكز المعلومات ، مرجع سبق ذكره ، ص 126 .

² انظر : مشنان بركة ، " دور الثقافة التنظيمية في تطبيق إدارة الجودة الشاملة في مؤسسات التعليم العالي: دراسة حالة جامعة الحاج لخضر - باتنة" ، رسالة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه ، كلية العلوم الاقتصادية و التجارية و علوم التسيير ، جامعة الحاج لخضر-باتنة-، الجزائر ، ص 166-170 .

- القيمة الخامسة " الحصول على المعلومة ": أي شخص يمكنه الحصول على المعلومة بهدف تشجيع القرارات المبنية على معلومات منطقية ومكتملة .
 - القيمة السادسة " التركيز على العمليات داخل المؤسسات التعليمية " : وذلك بهدف تحويل المدخلات إلى مخرجات باستخدام أدوات الجودة بكفاءة وفعالية أكبر لقياس الأداء التعليمي .
 - وعليه فإن تطوير ورفع كفاءة الأداء و جودة المعلومات سواء بأسلوب إدارة الجودة الشاملة أم بأسلوب آخر سيتطلب إحداث تغييرات في القيم وقواعد السلوك أو التصرفات لجميع منسوبي الجامعة ، وهذا لا يعني التضحية بقيم المجتمع الأكاديمي والخاصة بتوفير الحرية الفكرية وإنما يعني وضع قواعد أساسية لتحسين الأداء.
 - ✓ قيم متعلقة بالنجاح والنمو: وهي تلك المتعلقة باستثمار المؤسسة التعليمية لمواردها في النشاطات والهدف من النمو دعم قدرتها واستمراريتها على تطوير برامجها التدريبية و ايجاد قيمة مضافة لتزويد العاملين بها .
 - ✓ قيم متعلقة بالرضا الوظيفي : فالهدف من وجود هذه القيم هو توفير بيئة آمنة خالية من المخاطر، وذلك من إعداد القواعد والإجراءات الخاصة بالأمان، وتزويد كل فرد بالعمل الذي يرضى عنه ويمتلك الكفاءة والخبرة والسماح له بالمشاركة في التغيير الوظيفي والإدخال التكنولوجي .
 - ✓ قيم متعلقة بتنمية وتطوير مهارات العاملين : تعتبر مشاركة العاملين في صنع القرارات المتعلقة بالعمل من أساسيات إدارة الجودة الشاملة ، حيث يتم تشجيع العاملين على المشاركة في المعلومات والمعارف والأعمال التي تتطلب مهارات معينة، مما يساعد على انطلاق الطاقة الكامنة لدى العاملين .
- 2- مراحل تطبيق استراتيجيات ضمان الجودة في التعليم الجامعي¹ :
- المرحلة الأولى - "مرحلة تهيئة البيئة الملائمة للجودة الشاملة": تتسم هذه المرحلة ب :
- نشر ثقافة الجودة على مختلف المستويات "الادارية، البيداغوجية ، هيئات التدريس ، طلاب..."
 - تحديد الآليات ووضع السياسات والإجراءات اللازمة لتنفيذ إستراتيجية تقويم الأداء الجامعي وضمان الجودة التعليمية والجودة الشاملة .
 - العمل على ضمان الجودة الاداء الجامعي "عقد ندوات ، ورشات عمل ، حلقات نقاش .."
 - التعرف على المعايير الأكاديمية والمرجعية الخاصة بالبرامج الأكاديمية .
 - إقامة قنوات اتصال مع الوحدات والمراكز والهيئات الفاعلة في مجال الجودة في التعليم محلياً ودولياً .
- المرحلة الثانية - " تخطيط الجودة " : تتمثل في إنشاء هيكل لنظام الجودة يتماشى مع خصوصية الجامعة وسياساتها وتطلعاتها، اذ تتسم هذه المرحلة ب :
- تحديد مواصفات متطلبات الجودة وتطابقها مع المعايير والتوقعات .
 - تحديد أهداف الجودة والمستفيدين واحتياجاتهم.

¹ - انظر: فاطمة الشراوي، "ضمان الجودة وآلياتها" ، رسالة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه ، كلية العلوم الاقتصادية والتجارية وعلوم التسيير ، كلية العلوم والآداب بصامطة ، المملكة العربية السعودية ، 2006 ، ص 17-20.

- تحديد الاحتياجات المطلوبة لتطور العمليات الجامعية بالصورة المرغوبة .

المرحلة الثالثة - " تحسين الجودة " - تتسم ب :

- إنشاء هيكل تنظيمي داخلي مناسب لإدارة الجودة على مستوى المؤسسة الجامعية .

- تحديد طرق للاتصال بالطلبة ومراجعتها باستمرار لضمان تحقيق التلاحم مع الطلبة.

- تشجيع الهياكل البيداغوجية" كليات ، أقسام ، مخبر بحث ، مراكز معلومات" لتوكيد جودة برامجها الدراسية ، ومتابعة تنفيذ خطط الجودة .

المرحلة الرابعة - تنفيذ برامج خطط ضمان جودة الأداء الجامعي - تتسم ب :

- القيام بأعمال الرقابة الداخلية للجودة بالكليات ورصد تنفيذ آليات ضمان الجودة .

- تقويم وتطوير العملية التعليمية لكليات الجامعة .

- السعي للحصول على طلب الاعتماد المؤسسي والأكاديمي لبرامج المؤسسة الجامعية من الهيئات الإقليمية والعالمية المتخصصة في مجال جودة التعليم .

3- آليات مقترحة لتفعيل دور وحدات ضمان الجودة بالتعليم الجامعي¹ :

- تبادل المعلومات والخبرات بين الخبراء والاكاديميين والإداريين وصانعي السياسات بشأن معايير الجودة وآليات الاعتماد الأكاديمي بما يضمن استمرارية الجودة وهذا لا يأتي إلا من خلال تفعيل دور هيئة ضمان الجودة وأقسامها في الكليات المختلفة.

- ينبغي أن تتجاوز هيئة أو إدارة ضمان الجودة كونها مجرد أداة لمساعدة المؤسسات التعليمية في تحسن وتطوير أدائها الي نطاق أكثر شمولاً لضمان الجودة ومساعدة المؤسسات التعليمية لتصبح أكثر مهنية وربط البرامج البحثية داخل المؤسسات التعليمية بالبيئة.

- وضع بعد الشراكة الدولية لضمان الجودة بهدف نقل المعارف وتقاسم المعلومات وانتقال المعلم ولطلاب والمشاركة في المشروعات البحثية الدولية من خلال عمل توأمة مستمرة مع الأخذ في الاعتبار القيم الثقافية والوطنية للمجتمع

- إنشاء هيئة مستقلة لضمان الجودة تكون مسئولة عن التنسيق بين أقسام ضمان الجودة في الكليات تتسم بالحيادية وتديرها شخصيات أكاديمية لضمان الاستقلال والحياد الكامل في أداء مهامها .

ثالثاً - المرافقة البيداغوجية كأسلوب نموذجي لإنجاح تطبيق ضمان الجودة في التعليم الجامعي

أدرجت المرافقة البيداغوجية كأحد المستجدات الجوهرية في إطار فلسفة نظام ل.م.د هدفها الأساسي تحقيق النوعية للتكوين الجامعي ، و التوفيق بين استراتيجيات التكوين و متطلبات التوظيف بهدف التأثير في سلوك المتلقي ألا وهو الطالب الجامعي ، نتعرض لها بنوع من التفصيل :

¹ - انظر: فاطمة الشرقاوي، "ضمان الجودة وآلياتها" ، مرجع سابق ، ص 17-20.

- 1- تعريف المرافقة البيداغوجية : تتمثل مهمة المرافقة "الوصاية" بشكل عام في "عملية الإشراف التي يقوم بها المشرف لصالح طالب حديث العهد بالجامعة".¹
- كما عرفتها أسماء هارون بأنها : " عبارة عن متابعة مؤطرة للطلاب الجامعي ابتداء من دخوله إلى الجامعة و تتمثل في الإشراف التي يضعها الأستاذ المشرف وفق خطة بيداغوجية تعمل على مساعدة الطالب في مواجهة صعوباته وتنظيم نفسه وعمله".²
- أما القانون الجزائري فيعرف المرافقة "الإشراف" في المادة 2 من المرسوم التنفيذي رقم 03-09 المؤرخ في 2009/01/03 كالتالي : " يعد الإشراف مهمة متابعة و مرافقة دائمة للطلاب بهدف تمكينه من الاندماج في الحياة الجامعية وتسهيل حصوله على المعلومات حول عالم الشغل".³
- بناء على ما سبق نجد أن المرافقة البيداغوجية عبارة عن فضاء حوار بين الطالب الجامعي والأستاذ المشرف تقدم فيه إجابات هادفة للتكفل بإعداد هذا الطالب أكاديميا ونفسيا واجتماعيا وعلميا .
- و نفس المادة وفي فقرتها الثانية بينت أهم الجوانب التي يمكن أن تكون محل مرافقة بيداغوجية من قبل الأستاذ المرافق نحو طلبته ، والتي نتناولها بالشرح على النحو التالي :⁴
- الجانب الإعلامي والإداري : إذ يأخذ جوانب الاستقبال، التوجيه، الوساطة حيث نجد أن :
- الاستقبال : أول عملية يقوم بها المشرف للتعريف بنظام ل.م.د للطلاب من مصطلحات "القرض ، الوحدة التعليمية ، السداسي... الخ ، والغرض المنشود هو مساعدة الطالب على التأقلم مع المفاهيم الجديدة عليه .
- التوجيه : هي عملية توجيه الطالب بالهياكل البيداغوجية خاصة تلك التي يتعامل معها الطالب بشكل متكرر كإدارة القسم ، العمادة، إدارة الجامعة ..
- الجانب البيداغوجي: ويأخذ شكل المرافقة في التعلم وتنظيم العمل الشخصي للطلاب ومساعدته في بناء مساره التكويني.
- الجانب المنهجي: ويأخذ شكل تلقين مناهج العمل الجامعي، بصفة فردية وجماعية.
- الجانب التقني : ويأخذ شكل التوجيه في استعمال الأدوات والدعائم البيداغوجية من طرف الأستاذ المشرف "التنبيه إلى كيفية استخدام العلمي لهذه الوسائل".

¹ - انظر : فرحات بلولي ، "مهمة الإشراف في ظل نظام ل.م.د". ورقة بحثية ضمن فعاليات اليوم الدراسي حول إصلاحات التعليم العالي -الراهن والأفاق- ، منشورات مخبر الممارسات اللغوية ، كلية الآداب واللغات ، جامعة مولود معمري-تيزي وزو-، الجزائر ، 2013 ، ص 23-24.

² - انظر : حليلة قادري، بن نابي نصيرة ، " جودة التكوين في نظام ل.م.د في ضوء المرافقة البيداغوجية للطلاب الجامعي" ، مجلة الباحث ، قسم علم النفس وعلوم التربية والارطوفونيا ، جامعة الحاج لخضر - باتنة-، الجزائر ، ص 08.

³ - انظر: المادة 02 من المرسوم التنفيذي رقم 03-09 المؤرخ في 2009/01/03 والمتعلق بالمرافقة البيداغوجية للطلاب الجامعي .

⁴ - انظر : سليم سعداني ، " تقنيات تنشيط فرق التكوين والإشراف" ، خلية المرافقة البيداغوجية لفائدة الأستاذ حديث التوظيف، جامعة الشهيد حمه لخضر -الوادي- ، الجزائر ، ص 04.

- الفئة المعنية بالمرافقة البيداغوجية : و يتعلق الأمر هنا بالإشراف حيث أن الطلبة هم الفئة المعنية به ، و ينظم من قبل مؤسسة التعليم الجامعي لفائدة طلبة السنة الأولى من الطور الأول¹ .
غير انه يمكن دعوة الطلبة المسجلين لنيل شهادة الماستر أو الدكتوراه في الجامعة عند الحاجة للقيام بمهمة الإشراف تحت مسؤولية أستاذ باحث مكلف بالإشراف² .
- المدة الزمنية المحددة للإشراف "المرافقة البيداغوجية" : حددت بحد أقصاه "09 أشهر" في السنة و بمعدل "04 ساعات" في الأسبوع³ ، و يكون هذا الالتزام بين الأستاذ المشرف و مسؤول المؤسسة الجامعية .
أما بالنسبة للوسائل المقدمة للأستاذ المشرف لتسهيل عملية المرافقة البيداغوجية فنجمها في⁴ :
- فضاء ملائما للاتصال بالطالب.
- النصوص التنظيمية التي تنظم السير البيداغوجي والإداري للمؤسسة.
- المعلومات المتعلقة بأشكال التكوين المقترحة من مؤسسات التكوين العالي الأخرى.
- كل معلومة مفيدة حول المحيط "الاجتماعي - الاقتصادي" لتوجيه الطالب في اختياراته
أما المادة 08 من المرسوم 03-09 المتعلق بالمرافقة البيداغوجية و المشار إليه سابقا فقد حددت اختصاصات كل من فريق ميدان التكوين ورئيس القسم، الذي يلزم المشرف بتقديم تقرير عن نشاطاته كل 03 أشهر.
2- دور المرافقة البيداغوجية في تحقيق الجودة بالمؤسسات التعليمية: يعد أسلوب المرافقة البيداغوجية إحدى أساليب إصلاح و عصنة التعليم الجامعي و نشر ثقافة الجودة و ضمانها من خلال ترقية الطرائق التعليمية والتوجيه البيداغوجي للطلاب الجامعي الذي يشكل محور العملية التعليمية ، و إذا اعتبرنا أن المرافقة البيداغوجية أهم مدخلات النظام التعليمي الذي هو بالأساس قيادة تربوية هادفة لتحسين عمليتي التعلم والتعليم فالهدف المرجو هنا أن تكون المخرجات التعليمية على نحو أفضل من ذي قبل ، و الشكل "01" يحدد العملية الإشرافية حسب نظرية تحليل النظم .

الشكل 01 " نموذج توضيحي للعملية الإشرافية حسب نظرية تحليل النظم"

المدخلات	العمليات	المخرجات
1. معلمون غاياتهم التعليمية بحاجة إلى تطوير.	العمليات الإشرافية سلسلة من التفاعلات بين :	1. معلمون كفايتهم التعليمية على نحو أفضل .
2. طلاب لديهم حاجات أساسية تتعلق بالنمو المتكامل .	● المعلم والمشرف ● المعلم والطالب	2. طلاب إنجازهم التعليمي أعلى من ذي قبل .
3. المناهج الدراسية بما تتضمنه من	● المشرف والطلبة	3. استخدام فعال لجميع

¹ - انظر : المادة 03 من المرسوم التنفيذي 03-09 المشار اليه سابقا .

² - انظر : المادة 04 من المرسوم التنفيذي نفسه .

³ - انظر : المادة 06 من المرسوم التنفيذي نفسه .

⁴ - انظر : المادة 07 من المرسوم التنفيذي نفسه .

<p>الإمكانات المادية والبشرية والبيئة التعليمية والبيئة المحلية.</p>	<p>←</p>	<ul style="list-style-type: none"> • المعلم والمناهج الدراسي • الطلاب والمناهج الدراسي • التلاميذ والإمكانات المادية • المشرف والبيئة المحلية • المعلم والبيئة المحلية • المعلم ومدير المدرسة • المشرف ومدير المدرسة • المشرف والإدارة التربوية 	<p>أهداف ومحتوى وخبرات تعليمية وتقويم لتلبية حاجات المجتمع وحاجات الفرد .</p> <p>4.الإمكانات المادية والبشرية بما تتضمنه من الأجهزة والأدوات والإداريين.</p> <p>5. البيئة التعليمية والمحلية المناسبة.</p>
--	----------	---	--

المصدر : غادة حمزة الشريبي، " دور الإشراف التربوي في تحقيق الجودة في التعليم العام بالمملكة العربية السعودية " ، اللقاء السنوي الرابع عشر للجمعية السعودية للعلوم التربوية والنفسية ، جامعة الملك عبد العزيز ، كلية البنات للتربية ، 2007 ، ص 10 .

من خلال ما سبق يمكن القول أن المرافقة البيداغوجية تعد صمام أمان العملية التعليمية ، فهي المسؤولة عن تحقيق العديد من محاور الجودة في النظام التعليمي كجودة عضو هيئة التدريس وأساليب تدريسه وتوجيهه لطلابه وتغلبه على مشكلاتهم النفسية والسلوكية ، وكذلك جودة المناهج وأساليب التقويم والتدريس ، والعمل على إعادة النظر في المناهج من حيث تحقيقها للأهداف ، وأيضا جودة الطالب من خلال خلق الجو المناسب الذي تتوحد فيه الصلة بين الطالب وأستاذه المرافق ، والتعرف على حاجات الطلاب وميولهم والعمل على تليتها وتنميتها - بقصد توجيه الاهتمام بممارسة الأنشطة اللامنهجية - الاهتمام بالمتأخرين دراسيا وتوجيه اهتمام المعلمين بهم وإكسابهم سلوكيات مرغوبة تهيئ للطلاب مواقف شبيهة بمواقف الحياة ،والعناية باختيار طرق التدريس المناسبة لكل موقف تعليمي.

• متطلبات جودة المرافقة البيداغوجية : إن المرافقة البيداغوجية قد تحدث تأثيرا إيجابيا إذا استعملت بشكل موضوعي على كل الأطراف التي لها علاقة مباشرة أو غير مباشرة بضمان الجودة في التعليم الجامعي من " أستاذ ، طلبة ، جامعة ، محيط اقتصادي واجتماعي " ، و في النقاط التالية نحدد متطلبات المرافقة البيداغوجية كأسلوب ضمان جودة العملية التعليمية¹ :

• عضو هيئة التدريس : الهدف المرجو هنا هو تحقيق الكفاءة العلمية و المهنية الاجتماعية ، إذ يتم ذلك من خلال :

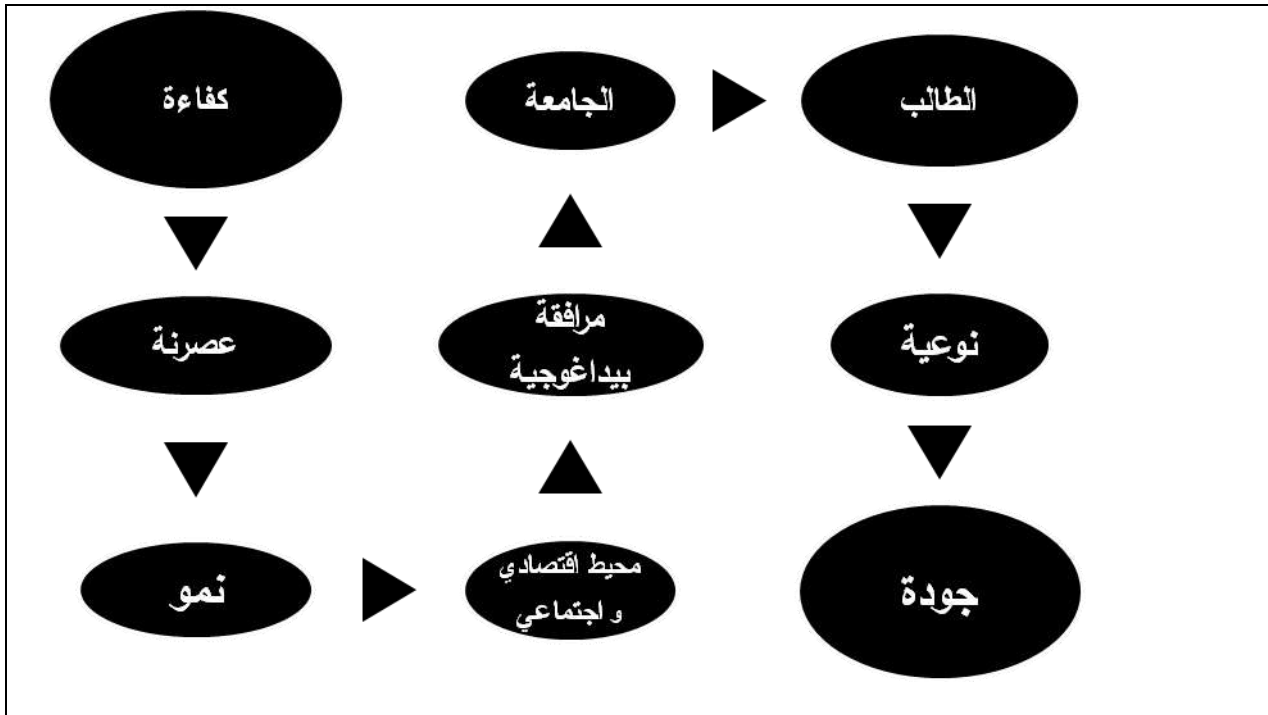
- تنظيم دورات تكوينية وتنسيقية لتمكين الطالب من اكتساب الخبرات و المعارف .

- تشجيع التدريس باستخدام الطرق الحديثة، والتنسيق بين الأساتذة في هذا المجال قصد تبادل الخبرات والحث على التأليف المشترك .

¹ - انظر : حليلة قادري، بن ناي نصيرة ، " جودة التكوين في نظام ل.م.د في ضوء المرافقة البيداغوجية للطلاب الجامعي "، مرجع سابق ، ص 9-10 .

- الحرص على حضور الأساتذة لمؤتمرات الجودة في التعليم التي تعقد في كل أنحاء العالم .
- توفير كل الوسائل الضرورية للأساتذة من قاعات الدراسة و ملحقاتها .
- تشجيع البحث العلمي لدى الأساتذة، وتنمية فرص البحث المشترك بين الأقسام والكليات .
- الطالب الجامعي : يهدف توجيهه قصد الرفع من مستوى عمله الشخصي من خلال :
 - تطوير خدمات الإرشاد والتوجيه للطلبة تسهيل الحراك الأكاديمي للطلبة في الجامعة. - إعداد برامج لتوعية الطلبة، والنهوض بمستوى تفكيرهم، وتوجيههم نحو العمل بروح الفريق و احترام الآخر.
 - الاهتمام بالطلبة لاكتساب قدرات معرفية، ومهارات فنية وتقنية تسهل انخراطهم في سوق العمل بكل ثقة بالنفس .
- المحيط الجامعي : لضمان علاقات رابطة بين المؤسسات الجامعية و حاجات المجتمع ، من خلال تحسين مناهج التعليم و برامجها وجعلها متماشية مع حاجات التنمية الشاملة في البلاد ، والشكل رقم (2) يبين المرافقة البيداغوجية كأداة لضمان الجودة في الجامعة

الشكل رقم (2) يبين المرافقة البيداغوجية كأداة لضمان الجودة في الجامعة



المصدر : حليلة قادري، بن نابي نصيرة ، " جودة التكوين في نظام ل.م.د في ضوء المرافقة البيداغوجية للطالب الجامعي"،
 مجلة الباحث ، قسم علم النفس و علوم التربية و الارطوفونيا ، جامعة الحاج لخضر – باتنة-، الجزائر، ص 11.

إن جودة العملية التعليمية وكفاءتها مرهونا بجودة وكفاءة أسلوب المرافقة البيداغوجية ، كون أن هذه الأخيرة "المرافقة البيداغوجية" تساهم بشكل كبير في الارتقاء بالحقل التعليمي وتحسن مستويات الأداء داخل المؤسسة الجامعية ، من خلال الإعداد الأكاديمي للطلاب والارتقاء به لمستوى عالي من النضج العلمي والمهني .

3- معيقات تطبيق المرافقة البيداغوجية في التعليم الجامعي :

العائق البشري : وهنا يمكن التمييز بين نوعين من العناصر البشرية التي تتدخل في عملية المرافقة "الأساتذة، الطلبة" :¹

- بالنسبة للأساتذة : وهنا يتعلق الأمر بتكوين الأستاذ في حد ذاته ، ففي حال نقص تكوين الأستاذ المشرف يحول في الغالب إلى الشك والريبة من جدوى المهمة ككل ، وبالتالي خوف الأستاذ وقلة حماسه خاصة في ظل نظام "ل.م.د" والريبة التي تعترى هذا المفهوم.

- بالنسبة للطلاب الجامعي : في بعض الأحيان نجد أن الطابع غير الإلزامي لحصص المرافقة البيداغوجية قد تؤدي إلى عزوف الطلبة عن حضورها بالشكل الذي يؤدي إلى فشل العملية بأكملها .

العائق البيداغوجي : إذ تعد أساليب المرافقة في بعض الأحيان عائقا في ضوء تطبيقاتها الحالية التي تقوم على أساس البحث عن العيوب من وجهة نظر المعلمين ، كما أن أساليب الإشراف لا تشجع الأساتذة الباحثين ، ولا تراعي إمكانياتهم مما يؤدي إلى وجود كثير من السلبيات كسوء العلاقات بين المرافقين والطلبة ، كما أن المرافق البيداغوجي في بعض الأحيان لا يتعاون في اتخاذ القرارات الإدارية ولا يشرف على وضع الاختبارات وطريق التصحيح ولا يزود الطالب بأحدث البحوث في مجال تخصصه وذلك لكونه لا يطلع على أي عمل خاص بالبحث العلمي البيداغوجي² ، في بعض الجامعات رفضت إدارة الجامعات الدفع مقابل أداء حصص المرافقة لان التقارير المقدمة من الأساتذة عن سير الحصص في بعض الأحيان تكون " سلبية " ، في حال غياب الطلبة بتاتا مثلا ، أو لم يحضر إلا طالب أو اثنين مما حتم عدم إجراء أي حصة .

خاتمة:

تعتبر المرافقة البيداغوجية في العملية التعليمية ضرورة حتمية لما يحتله من اهتمام في الفكر البيداغوجي المعاصر ومكانة بارزة إذ تكاد تنفرد بحقل علمي خاص بها متميز بأسسها وتطبيقاتها ، خاصة في ظل تبني نظام ل.م.د. في الجامعة الجزائرية .

¹ - انظر : فرحات بلولي ، "مهمة الإشراف في ظل نظام ل.م.د." ، مرجع سابق ، ص 31 .

² - انظر : سليم سعداني ، " تقنيات تنشيط فرق التكوين والإشراف " ، مرجع سابق ، ص 06 .

وإنّ الجامعة الجزائرية مطالبة اليوم، أكثر من ذي قبل، بالعناية بتحسين الأداء، وترقية الفعل البيداغوجي ، وذلك في ضوء جملة من مؤشرات الجودة التي يتعين اعتمادها، ولن يتأتى ذلك دون تعزيز ثقافة المرافقة والإشراف على مختلف مستويات المؤسسة الجامعية، وفي مجمل وظائفها المتّصلة بالتكوين والبحث وخدمة المجتمع، ووضع الآليات المناسبة لضبط النظام المرجعي والأدلة الاسترشادية الضرورية لذلك

- 1- ضمان استمرارية التحديث و التحيين للبرامج و المناهج التعليمية المتبعة في التكوين المهني و الأكاديمي للطلاب الجامعي تماشيا مع مقتضيات الجودة التي تسعى المؤسسات الجامعية لضمانها.
- 2- توفير فضاءات توعوية و تحسيسية و تخصيص مكاتب تسهل عملية الاتصال بين الأستاذ المشرف و الطالب.
- 3- الاعتراف بقيمة الجهود البناءة و تزكيتها و تشجيع الطلبة على الحديث عن مشاكلهم المشتركة و التحسيس بقيمة ما ينجزه الطالب الجامعي و الافتخار به .

قائمة المراجع :

- 1- محمد جبر دريب ، "التطبيقات الإجرائية لضمان الجودة في التعليم الجامعي" ، جامعة الكوفة، كلية التربية للبنات، العراق، 2012، ص 09 .
- 2- إلهام يحيوي، حكيمة بوسلمة، نجوى عبد الصمد، " اتجاهات أعضاء هيئة التدريس نحو مدى تطبيق متطلبات ضمان الجودة في جامعة باتنة-دراسة ميدانية- " ، ورقة بحثية ضمن فعاليات المؤتمر العربي الدولي الثاني لضمان جودة التعليم العالي، الجامعة الخليجية، مملكة البحرين ، 4/5 ابريل 2012 ، ص 100.
- 3- ناريمان حفاصة، " التعليم الجامعي في الجزائر و تطورات تحقيق الجودة الشاملة " ، مجلة الدراسات والبحوث حول الجزائر و العالم، كلية العلوم السياسية و العلاقات الدولية ، جامعة الجزائر 3 ، الجزائر، مارس 2017 ، ص 31.
- 4- حسن حسين البيلوي و آخرون ، " الجودة الشاملة في التعليم – بين مؤشرات التميز و معايير الاعتماد – الأسس و التطبيقات " ، دار المسيرة للنشر و التوزيع، الطبعة الأولى ، عمان ، الأردن، 2006، ص 36.
- 5- زين الدين بروش، يوسف بركان، "مشروع تطبيق نظام ضمان الجودة في مؤسسات التعليم العالي في الجزائر الواقع والآفاق"، المؤتمر العربي الدولي الثاني لضمان جودة التعليم العالي، 4،5 أفريل 2012، الجامعة الخليجية، البحرين، ص 812.
- 6- ندى علي سالم الهويدي ، "مساهمة تقويم أداء عضو هيئة التدريس في رفع جودة التعليم الجامع -دراسة ميدانية من وجهة نظر عضوات هيئة التدريس و الطالبات في جامعة أم القرى-"، رسالة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه ماجستير ، جامعة أم القرى ، كلية التربية ، قسم الإدارة التربوية و التخطيط، المملكة العربية السعودية ، 1424 ، ص 44.
- 7- رقاد صليحة، " تطبيق نظام ضمان الجودة في مؤسسات التعليم العالي الجزائرية- أفاقه و معوقاته-دراسة ميدانية بمؤسسات الشرق الجزائري " ، رسالة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه ، كلية العلوم الاقتصادية و تجارية و علوم التسيير، جامعة سطيف ، الجزائر، 2014 ، ص 46
- 8- محمد عوض الترتوري ، أغادير عرفات جويحان، " إدارة الجودة الشاملة في مؤسسات التعليم العالي و المكتبات و مراكز المعلومات " ، دار المسيرة للنشر و التوزيع ، الطبعة الأولى ، عمان ، الأردن ، 2006 ، ص 98.

- 9- هاشم فوزی العبادي، يوسف حجیم الطائي، أفنان عبد علي الأسدي، " إدارة التعلیم العالی-مفهوم حديث في الفكر الإداري المعاصر -"، دار الوراق للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، عمان، الأردن، 2008، ص 528.
- 10- أماني رفعت محمد، " مفهوم ومتطلبات إنشاء نظام داخلي للجودة بالكليات وأثرها على جودة الأداء الأكاديمي بها "، ورقة بحثية ضمن المؤتمر العربي الثاني بعنوان تقويم الأداء الجامعي وتحسين الجودة، منشورات المنظمة العربية للتنمية الإدارية، القاهرة، مصر، 2007، ص 382.
- 11- بوشلاغم حنان، " إدارة الجودة الشاملة بالجزائر -واقع ومأمول- "، مجلة جبيل للعلوم الإنسانية والاجتماعية، جامعة محمد بن الصديق -جيجل-، الجزائر، العدد 35، 2017، ص 08.
- 12- محمد عوض الترتوري، أغادير عرفات جويحان، " إدارة الجودة الشاملة في مؤسسات التعلیم العالی و المكتبات ومراكز المعلومات، مرجع سبق ذكره، ص 126.
- 13- مشنان بركة، " دور الثقافة التنظيمية في تطبيق إدارة الجودة الشاملة في مؤسسات التعلیم العالی:دراسة حالة جامعة الحاج لخضر - باتنة"، رسالة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه، كلية العلوم الاقتصادية والتجارية وعلوم التسيير، جامعة الحاج لخضر-باتنة-، الجزائر، ص 166-170.
- 14- فاطمة الشرقاوي، "ضمان الجودة وآلياتها"، رسالة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه، كلية العلوم الاقتصادية والتجارية وعلوم التسيير، كلية العلوم والآداب بصامطة، المملكة العربية السعودية، 2006، ص 17-20.
- 15- فاطمة الشرقاوي، "ضمان الجودة وآلياتها"، مرجع سابق، ص 17-20.
- 16- فرحات بلولي، "مهمة الإشراف في ظل نظام ل.م.د"، ورقة بحثية ضمن فعاليات اليوم الدراسي حول إصلاحات التعلیم العالی -الراهن والأفاق-، منشورات مخبر الممارسات اللغوية، كلية الآداب واللغات، جامعة مولود معمري-تيزي وزو-، الجزائر، 2013، ص 23-24.
- 17- حليلة قادري، بن نابي نصيرة، " جودة التكوين في نظام ل.م.د في ضوء المرافقة البيداغوجية للطلاب الجامعي"، مجلة الباحث، قسم علم النفس وعلوم التربية والارطوفونيا، جامعة الحاج لخضر - باتنة-، الجزائر، ص 08.
- 18- المادة 02 من المرسوم التنفيذي رقم 03-09 المؤرخ في 03/01/2009 و المتعلق بالمرافقة البيداغوجية للطلاب الجامعي .
- 19- سليم سعداني، " تقنيات تنشيط فرق التكوين والإشراف"، خلية المرافقة البيداغوجية لفائدة الأستاذ حديث التوظيف، جامعة الشهيد حمه لخضر -الوادي-، الجزائر، ص 04.
- 20- المادة 03 من المرسوم التنفيذي 03-09 المشار اليه سابقا .
- 21- المادة 04 من المرسوم التنفيذي نفسه .
- 22- المادة 06 من المرسوم التنفيذي نفسه .
- 23- المادة 07 من المرسوم التنفيذي نفسه .
- 24- حليلة قادري، بن نابي نصيرة، " جودة التكوين في نظام ل.م.د في ضوء المرافقة البيداغوجية للطلاب الجامعي"، مرجع سابق، ص 9-10 .
- 25- فرحات بلولي، "مهمة الإشراف في ظل نظام ل.م.د"، مرجع سابق، ص 31.
- 26- سليم سعداني، " تقنيات تنشيط فرق التكوين والإشراف"، مرجع سابق، ص 06.

أحكام السرية المصرفية في التشريع الجزائري

دكتور حسونة عبد الغني ، أستاذ محاضر قسم أ

كلية الحقوق والعلوم السياسية - جامعة بسكرة .

maitrehassouna@gmail.com

ملخص:

على الرغم من إحاطة المشرع الجزائري السرية المصرفية بالحماية انطلاقا من ترتيب المسؤولية الجزائية و المدنية على الإخلال بها ، إلا أنه في المقابل لم تكن الحماية المفروضة من قبله حماية مطلقة ، وإنما كانت حماية نسبية ، يحد من إطلاقها مصلحة عامة تعتبر أولى بالرعاية ، حيث تتنوع مظاهر هذه المصلحة في عدة صور على نحو عدم الاحتجاج بالسرية المصرفية أمام السلطات الإدارية و المالية و القضائية ، و في هذا الإطار تتمحور إشكالية هذا البحث حول ضوابط المساس بالسرية المصرفية وفق لأحكام التشريع الجزائري ؟ في ختام هذا البحث نخلص إلى القول بأن المشرع الجزائري قد سائر الأنظمة القانونية المقارنة بوضع نظام خاص بالسرية المصرفية يتسم و خصوصية التشريع الجزائري، بشكل تفرقت فيه أحكامه بين عدة نصوص قانونية ، منها ما يرتب المسؤولية و منها ما يضع حدا لها ويعفي منها .

Résumé:

Malgré que le législateur Algérien a pris soin de la protection des secret bancaire en imposant la responsabilité pénale et civile , cette protection n'est pas absolue , car elle est relative et, l'intérêt général considéré prioritaire , et qui peut se manifeste dans plusieurs images d'une manière non invoquer le secret bancaire devant les autorités administratives, financières et judiciaires..

Dans ce contexte, le problème de cette recherche s'articule autour des règles de la violation du secret bancaire conformément aux dispositions de la législation Algérienne. Au terme de cette recherche, nous concluons que le législateur Algérien a suivi les systèmes juridiques comparatifs pour développer un système de secret bancaire conforme avec la spécificité de la législation Algérienne ,Dans lequel ses dispositions sont divisées en plusieurs textes juridiques ,y compris ce qui impose la responsabilité, et ce qui la soulage

مقدمة :

تفرض الأنظمة المصرفية المقارنة في العالم نظام السرية على العمل المصرفي ، ولكن بدرجات مختلفة ، وتستند هذه السرية على الحق في الخصوصية لعملاء المصارف ، بشكل يحمي حياتهم الشخصية و مصالحهم الاقتصادية هذا من جهة ، من جهة أخرى تدعم هذه السرية مصلحة المصارف في حد ذاتها تأسيسا على أن الحفاظ على سرية العملاء يضمن حماية المصرف من المنافسة الداخلية والخارجية .

وفي هذا السياق تبني المشرع الجزائري نظام السرية المصرفية بشكل صريح من خلال القانون 01-03 المتعلق بالنقد والقرض ورتب في حالة الإخلال بها قيام المسؤولية في حق من ثبتت إدانته ، إلا أن أعمال هذه الأخيرة بصورتها الجزائية و المدنية تستند في وجودها إلى الأحكام العامة الواردة في كل من قانون العقوبات و كذا القانون المدني .

و على الرغم من إحاطة المشرع الجزائري للسرية المصرفية بالحماية انطلاقا من ترتيب المسؤولية الجزائية و المدنية على الإخلال بها ، إلا أنه في المقابل لم تكن الحماية المفروضة من قبله حماية مطلقة ، وإنما كانت حماية نسبية ، يحد منها إطلاقها مصلحة عامة تعتبر أولى بالرعاية ، حيث تتنوع مظاهر هذه المصلحة في عدة صور على نحو عدم الاحتجاج بالسرية المصرفية أمام السلطات الإدارية و المالية و القضائية ، و في هذا الإطار تتمحور إشكالية هذا البحث حول : ضوابط المساس بالسرية المصرفية وفق لأحكام التشريع الجزائري ؟

إن الإجابة على إشكالية هذا البحث تقودنا إلى معالجة هذا الموضوع من خلال محاور ثلاث أساسية هي:

محور تمهيدي : مفهوم السرية المصرفية.

المحور الأول : قيام المسؤولية عن انتهاك السرية المصرفية.

المحور الثاني : الإعفاء من المسؤولية عن انتهاك السرية المصرفية.

محور تمهيدي : مفهوم السرية المصرفية :

يقتضي تحديد الأحكام المتعلقة بالسرية المصرفية بيان مفهوم السرية المصرفية التي تتحدد انطلاقا من بيان تقديم تعريف لها ، ثم بيان الأسس التي تقوم عليها هذه السرية .

أولا: تعريف السرية المصرفية : في البداية تجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري لم يقدم تعريفا للسر المصرفي، و لم يحدد نطاقه ، كما لم يحدد المعطيات التي تعتبر من الأسرار، و عليه سنسترشد بالتعريفات الفقهية المحددة لدلول السرية المصرفية .

وفي هذا الإطار يندرج السر المصرفي بمعناه الواسع في إطار السر المهني ، وتحديد الواجب الملقى على عاتق المصرف بعدم إفشاء الأسرار المصرفية التي آلت إليه بحكم وظيفته أو بمعرض قيامه بهذه الوظيفة والمتعلقة بزبائنه⁽¹⁾ .

"و يعتبر التزام الجهاز المصرفي بكتمان السر المصرفي عمل سلبي يتمثل في الامتناع عن القيام بعمل و المتمثل في التحفظ على كافة المعلومات التي يعلم بها البنك بمناسبة ائتمانه عليها من قبل الزبون ، هذا الأخير الذي يرغب في أن تبقى أعماله المصرفية في سرية تامة "⁽²⁾ .

كما يمكن القول بأن "السرية المصرفية هي الالتزام الواقع على عاتق المصارف أو ان8 لبنوك بحفظ القضايا الاقتصادية و المالية و الشخصية المتعلقة بالزبائن ، و التي تكون قد آلت إلى علمهم في أثناء ممارستهم لمهنتهم أو في معرض هذه الممارسة"⁽³⁾ .

وبصفة عامة يمكن اعتبار المعلومات و المعطيات التي تدخل ضمن نطاق السر المصرفي أو البنكي اسم الزبون ، وضعية الرصيد ، عدد و طبيعة المستندات المودعة ، العمليات التي تطرأ على الرصيد ، عمليات إيداع المبالغ المالية و القيم المنقولة ، المعلومات المقدمة من الزبون عن وضعيته الاقتصادية عند فتح الحساب أو عند الحصول على قرض ، المعلومات الخاصة بالميزانية و رقم الأعمال ، تأجير صندوق الودائع ، الأوامر التي يصدرها الزبون المتعلقة بالتحويلات ، الضمانات الشخصية و العينية المقدمة للبنك⁽⁴⁾ .

ثانيا : الاعتبارات التي تقوم عليها السرية المصرفية : ترتكز السرية المصرفية في قيامها و الأخذ بها على جملة من الاعتبارات و الأسس على نحو حماية الحرية الشخصية ، دعم ثقة العميل في البنك ، حماية المصلحة العامة .

1- حماية الحرية الشخصية : تعد السرية المصرفية مظهرا من مظاهر حماية الحرية الشخصية للأفراد بمناسبة نشاطاتهم الاقتصادية ، و هي حماية تقوم على أسس قانونية و تملها اعتبارات سياسية و اقتصادية و اجتماعية ، ذلك أن للشخص مطلق الحرية في حدود القانون أن يمارس نشاطه الاقتصادي المشروع ، و أن يحافظ لنفسه بدمته المالية و تفصيلاتها دون أن يتعرض له أحد إلا وفق أحكام القانون ، و لا شك في أن حماية الحرية الشخصية للشخص و إسباغ السرية على حياته الخاصة تحقق له مصلحة ، إفشاء السر المصرفي يضر بالمصلحة المادية و المعنوية للعميل⁽⁵⁾ .

¹ نصر شومان ، أثر السرية المصرفية على تبيض الأموال، الطبعة الثانية ، بيروت 2009. منشورات زين الحقوقية ، ص 90.

² باخوية دريس ، " واقع السرية المصرفية في الجزائر وتأثيره على مكافحة جريمة تبيض الأموال "، مجلة المفكر ، صادرة عن كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة بسكرة ، عدد 07 ، ص 308 . نوفمبر 2013.

³ أديب ميالة و مي محرز ، " السرية المصرفية في التشريع السوري "، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية و القانونية، المجلد 27 ، العدد الأول ، 2011 ، ص 11 .

⁴ ملهاق فضيلة ، وقاية النظام البنكي الجزائري من تبيض الأموال، الجزائر ، 2003 ، دارهومة للطباعة و النشر ، ص 153.

⁵ محمد عبد الودود أبو عمر ، المسؤولية الجزائية عن إفشاء السر المصرفي ، الطبعة الأولى ، عمان ، 1999 ، داروائل للطباعة و النشر ، ص 31 .

II- دعم ثقة العميل في البنك : تستلزم طبيعة العمليات التي يقوم بها البنك لصالح عميله توافر ثقة العميل في البنك واطمئنانه إلى أن كافة حساباته ومستنداته في أيادي أمينة ، فمن الطبيعي أن يحرص كل شخص على إخفاء مركزه المالي عن الغير ، سواء كان هذا الغير من منافسيه أو حتى من أفراد عائلته (1).

حيث يؤخذ في عين الاعتبار أن تحقيق الثقة في الجهاز المصرفي يعد وسيلة فعالة لزيادة نشاطه ، و إقبال أصحاب رؤوس الأموال على التعامل معه ، ولا شك أن ذلك ينعكس على قدرة الاقتصاد القومي ويؤدي إلى انتعاش وازدهار الحياة الاقتصادية .

III- حماية المصلحة العامة : إن كتمان الأسرار المصرفية يؤثر إيجابا على الاقتصاد الوطني ، بما يوفره من ثقة للائتمان العام باعتباره مصلحة عامة ، ذلك أن دعم الثقة في الائتمان الوطني، ينطلق من دعم الائتمان في المصارف الوطنية الذي ينعكس على مستوى التعامل معها ، حيث يؤدي حماية أسرار العملاء من قبل هذه البنوك إلى رفع مستوى التعامل معها ، بجذب رؤوس الأموال الأجنبية ، والتي تساهم في دفع عجلة الاقتصاد الوطني وتحقيق ازدهار اقتصادي واجتماعي ، والعكس بالعكس .

المحور الأول : قيام المسؤولية عن انتهاك السرية المصرفية :

بالنظر إلى أهمية السر المصرفي وفقا لما سبق بيانه ، أقر المشرع الجزائري على الإخلال به ترتيب للمسؤولية في حق من ثبت منه هذا الإخلال ، حيث تظهر هذه المسؤولية في صورتها الجزائية والمسؤولية المدنية .

أولا: المسؤولية الجزائية: تختلف الأنظمة القانونية المقارنة في ترتيب المسؤولية الجزائية عن إفشاء السر المصرفي ، حيث لا تأخذ العديد من التشريعات بمبدأ إقرار المسؤولية الجنائية عن فعل إفشاء الأسرار المصرفية وتكتفي بمبدأ التعويض عنه للعميل المتضرر ، في حين تأخذ العديد من الأنظمة بمبدأ إقرار المسؤولية الجنائية عن إفشاء السر المصرفي ، ومن الأنظمة التي تأخذ بإقرار المسؤولية الجنائية عن هذا الإفشاء نجد القانون الجزائري .

حيث يبرز هذا الإقرار من خلال أحكام قانون النقد والقرض ، عندما أشار إلى أنه يخضع للسر المهني تحت طائلة العقوبات المنصوص عليها في قانون العقوبات كل عضو في مجلس الإدارة وكل محافظ حسابات وكل شخص يشارك أو يشارك بأي طريقة كانت في تسيير بنك أو مؤسسة مالية ، أو كان أحد مستخدميها ، وكل شخص يشارك أو يشارك في رقابة البنوك والمؤسسات المالية (2) .

ويتضح من النص المذكور أعلاه أن المشرع الجزائري قد حصر ترتيب المسؤولية الجنائية على الأشخاص الطبيعيين المذكورين في المادة أعلاه، دون ترتيب المسؤولية للبنك أو المصرف كشخص معنوي تم ارتكاب جريمة الإفشاء في إطار أجهزته ، وفقا للمادة 51 مكرر من قانون العقوبات الجزائري .

¹ - محمد عبد الحى إبراهيم ، إفشاء السر المصرفي بين الحظر والإباحة ، الإسكندرية ، 2012 ، دار الجامعة الجديدة ، ص 52 .

² - المادة 117 من القانون من الأمر 11-03 المعدل والمتمم ، المؤرخ في 26-08-2003 المتعلق بالنقد والقرض ، ج ر ، عدد 52 .

ومن الواضح أن المسؤولية الجنائية وفق القواعد العامة لا تتقرر إلا بإتيان الركن المادي للجريمة وفي هذا الصدد نلاحظ أن المشرع الجزائري لم يحدد بدقة من خلال القانون المتعلق بالنقد والقرض سابق الذكر، السلوكيات أو العناصر المشكلة للركن المادي لفعل الإفشاء ، وبالعودة إلى قانون العقوبات لا سيما المادة 301 و 302 التي أحال إليها المشرع من خلال ظاهرها المادة 117 من القانون 03-11 سالف الذكر، نجد مضمونها يتصف هو الآخر بالعمومية ، وهو ما يشكل نقص وفراغ تشريعي في هذا الشأن على اعتبار أن هذا الوضع يشكل ضعف في فكرة الشرعية الجزائية التي تقتضي التحديد بدقة ووضوح السلوكيات المشكلة للجريمة إفشاء السرا المصرفي .

واستكمالاً لهذا النقص نشير إلا أن فعل الإفشاء حتى يرتب المسؤولية الجزائية لا بد وأن يقع فعلاً ، بمعنى أنه لا يمكن تصور الشروع في فعل الإفشاء ، فيما أن يتم الإفشاء وإما أن لا تقع الجريمة على الإطلاق⁽¹⁾ .

و الإفشاء يكون بإخراج سر حسابات العميل أو ودائعه أو معاملاته وغير ذلك سواء بالإعلان للغير أو لشخص واحد أو نشرها في الصحف سواء كانت صحيفة محلية أو أجنبية ، أو توصيلها بطريقة مباشرة أو غير مباشرة إلى الغير الذي تولى إعلانها وإفشاءها ، ولا يشترط الإفشاء لجميع الحسابات ، بل يكفي الإعلان عن أي منها أو أي معاملة متعلقة بها حتى يتوفر فعل الإفشاء⁽²⁾ .

وتجدر الإشارة إلى أنه وبالعودة إلى أحكام قانون العقوبات نجد المشرع الجزائري قد رتب في حالة إثبات جريمة إفشاء السر المصرفي توقيع عقوبات متباينة تبعا للأوضاع والظروف المختلفة ، حيث رتب على جميع الأشخاص المؤتمنين بحكم الواقع أو المهنة أو الوظيفة الدائمة أو المؤقتة على أسرار أدلي بها إلهم وأفشوها في غير الحالات التي يوجب عليهم القانون إفشاؤها ، ويفرض لهم بذلك عقوبة الحبس من شهر إلى ستة أشهر وبغرامة من 20001 دينار إلى 100000 دينار⁽³⁾ .

من جهة أخرى أقر المشرع من خلال المادة 302 الفقرة الأولى عقوبات أشد ماسة بالحرية الجسدية ، حيث رتب عقوبة الحبس من سنتين إلى خمس سنوات وغرامة من 20001 دينار إلى 100000 دينار على كل من يعمل بأية صفة كانت في مؤسسة وأدلى أو شرع في الإدلاء إلى أجنب أو إلى جزائريين يقيمون في بلاد أجنبية بأسرار المؤسسة التي يعملون فيها دون أن يكون مخولاً له ذلك .

و إذا كان لتشديد العقوبات المنصوص عليها في الفقرة أعلاه لها ما يبررها ، على اعتبار أنها تدخل في إطار المساس بالسيادة الوطنية ، وتقترب إلى فعل الخيانة ، انطلاقاً من أن هذه المعلومات قد يتم استغلالها من أطراف أجنبية ، بشكل يؤدي إلى المساس باستقرار هذه المؤسسات ، إلا أن الفقرة الثانية من ذات المادة التي رتب من خلالها المشرع عقوبة الحبس من 03 أشهر إلى سنتين وبغرامة من 20001 دينار إلى 100000 دينار إذا تم الإدلاء

¹ - محمود كبيش ، الحماية الجنائية لسرية الحسابات البنكية ، القاهرة ، 1991 ، دار النهضة العربية ، ص 19.

² - محمد عبد الحي إبراهيم ، مرجع سابق ، ص 226 .

³ - المادة 301 ف 01 من الأمر 66-156 المعدل والمتمم ، المؤرخ في 08-06-1966 ، المتضمن قانون العقوبات ، ج ر ، عدد 49.

هذه المعلومات إلى جزائري مقيم في الجزائر ، لا تجد ما يبررها بالنظر إلى تداخلها مع الفقرة الأولى من المادة 301 الفقرة الأولى .

بناء على ما سبق نسجل أن المشرع أقر نظامين عقابيين على سلوك واحد ، و بالتالي يتعين عليه توحيد النظام العقابي الخاص بجريمة إفشاء السرا المصرفية حتى لا يحدث إرباك في التطبيق.

2-المسؤولية المدنية :إن الهدف من إقرار المسؤولية المدنية في هذا المجال هو تحصيل العميل المتضرر على التعويض الذي يجبر به الضرر الذي أصابه بسبب إفشاء أسرار المصرفية ، ونشير إلى أن البنك باعتباره شخصا معنويا هو الذي يتحمل المسؤولية عن تعويض العميل المتضرر ، وذلك تأسيسا على مبدأ مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه ، حيث أن البنك باعتباره شخصا معنويا يستعين في إدارته و تصريف شؤونه بوكلائه و مستخدميه و من ثم يتحمل المسؤولية في تعويض الأضرار التي تلحق بالعملاء نتيجة إفشاء أسرارهم المصرفية من قبل وكلائه و مستخدميه .

و تجدر الإشارة أن المشرع الجزائري لم يعالج هذه المسألة ضمن أحكام القانون 01-03 المتعلق بالنقد و القرض سالف الذكر ، باعتباره القانون الأساسي المنظم للنشاط المصرفي ، الأمر الذي يدفعنا للبحث في إطار القواعد العامة و هو ما يتحقق من خلال أحكام القانون المدني الجزائري الذي يشير فيه إلى أنه يكون المتبوع مسؤولا عن الضرر الذي يحدثه تابعه بفعله الضار متى كان وقعا منه في حالة تأدية وظيفته أو بسببها أو بمناسبةها⁽¹⁾

و بناء على النص المذكور أعلاه يتطلب لقيام مسؤولية المصرف عن تعويض الضرر الناشئ عن أعمال تابعيه توفر شرطين ، الأول أن توجد علاقة تبعية تربط بين المصرف و التابع ، و يقصد بذلك حق المصرف في اختيار تابعيه أو في رقابته أثناء قيامه بالعمل ، و رغم ما يثار حول مسألة اختيار التابع و رقابته من انتقادات في ظل البنوك الكبيرة ، إلا أن خطأ المتبوع في الاختيار و الرقابة مفترض و لا يقبل العكس ، حيث أن القانون المدني أقام مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه على خطأ مفترض⁽²⁾ .

أما الشرط الثاني فيتعين وقوع هذا الخطأ أثناء تأدية التابع لوظيفته أو بمناسبةها ، حيث يشترط أن يثبت أن إطلاع موظفي المصرف على سر العميل كان أثناء تأدية وظائفهم أو بسببهم ، و إذا ثبت العكس و كان إطلاعهم خارج دائرة عملهم و لا يمت له بصلة و لم تكن الوظيفة قد سهلت الوصول إلى الأسرار المعلنة ، فإن المصرف لا يسأل عن ذلك لانتهاء العلاقة بينه و بين الموظف في مثل هذه الحالات⁽³⁾ .

¹ - المادة 136 ف 01 من الأمر 58-75 المؤرخ في 26-09-1975 المعدل و المتمم ، المتضمن القانون المدني ، ج ر ، عدد 101.

² - محمد عبد الحي إبراهيم ، مرجع سابق ، ص 272

³ - محمد عبد الحي إبراهيم ، مرجع سابق ، ص 273

المحور الثاني: الإعفاء من المسؤولية عن انتهاك السرية المصرفية:

إن الالتزام بالسرية المصرفية يرتكز على حماية المصلحة الخاصة للعميل المصرفي، وهذه السرية لا ترفع إلا استثناء حماية لمصلحة أخرى معادلة لمصلحة العميل المصرفي أو مجاوزة لها⁽¹⁾، وفي هذا الإطار أقر المشرع الجزائري رفع هذه المسؤولية عن انتهاك السرية المصرفية أمام عدد من السلطات الإدارية والسلطات المالية والسلطات القضائية

أولاً: إفشاء السر المصرفي أمام السلطات الإدارية: بالنظر إلى الدور الكبير الذي تلعبه بعض السلطات الإدارية في تحقيق المصلحة العامة اعترف لها المشرع بسلطة عدم الإحتجاج أمامها بالسرية المصرفية، ومن بين هذه السلطات نذكر لجنة تنظيم عمليات البورصة ومراقبتها وإدارة الضرائب.

I- أمام لجنة تنظيم عمليات البورصة ومراقبتها: تعتبر هذه اللجنة إحدى الهيئات المكونة لبورصة القيم المنقولة المنشأة بموجب المرسوم التشريعي 93-10⁽²⁾، وفي إطار المهام الموكلة لها تقوم هذه اللجنة بإجراء التحقيقات لدى الشركات التي تلجأ إلى التوفير والاحتياط وكذا البنوك والمؤسسات المالية والوسطاء في عمليات البورصة...، حيث يمكن للأعوان المؤهلين في هذه اللجنة إمدادهم بأي وثيقة وأن يحصلوا على نسخ منها.

هذه الرقابة التي تقوم بها هذه اللجنة والتي من شأنها أن تمس بالسرية المصرفية لعملاء البنوك والمصارف تهدف إلى تتبع مسار ومصدر الأموال التي تساهم بها البنوك والمؤسسات المالية في البورصة، وتقدير إمكانية ارتباطها في جريمة تبييض الأموال.

II- أمام إدارة الضرائب: تعد المسائل الضريبية أحد الأسباب التي تدفع البنوك لإفشاء الأسرار المتعلقة بمدخرات الأفراد المتعاملين معها دون ترتيب المسؤولية في حقهم، وذلك كتمهيد لفرض الضريبة عليهم، إذ يحق للإدارة الضريبية الحصول على معلومات وبيانات من البنوك عن عملائها لغايات تقدير الضريبة أو مقارنة البيانات المقدمة من قبل المكلف بالضريبة مع البيانات التي يحوز عليها البنك والتأكد من مدى صحتها⁽³⁾، وقد أكد على هذا الأمر المشرع الجزائري من خلال أحكام المادة 51 من قانون الإجراءات الجبائية بأنه يجب على المؤسسات والشركات والقائمين بأعمال الصرف والمصرفيين وأصحاب العمولات، وكل الأشخاص أو الشركات أو الجمعيات أو الجماعات المتحصلة بصفة اعتيادية على ودائع للقيم المنقولة، أن يرسلوا إشعار خاصاً للإدارة الجبائية، بفتح وإقفال كل حساب إيداع السندات أو القيم المنقولة أو الأموال أو حساب التسبيقات أو الحسابات الجارية أو حسابات العملة الصعبة أو أي حسابات أخرى تسيرها مؤسساتهم في الجزائر، كما يمس هذا الإلزام خصوصاً البنوك وشركة

¹ - أنطوان جورج سركيس، السرية المصرفية في ظل العولمة: دراسة مقارنة، بيروت، 2008، منشورات الحلبي الحقوقية، ص 40.

² - المرسوم التشريعي 93-10 المعدل والمتمم، المؤرخ في 23-05-1993 المتعلق ببورصة القيم المنقولة، ج ر، عدد 34.

³ - محمد عبد الودود أبو عمر، مرجع سابق، ص 100.

البورصة و الدواوين العمومية و الخزائن الولائية و مراكز الصكوك البريدية و الصندوق الوطني للتوفير و صناديق القرض التعاوني و صناديق الإيداع و الكفالات .

و تجدر الإشارة إلى أن المشرع قد أوضح كفيات و شكليات أعمال هذا الإخطار من خلال الفقرة الثالثة من ذات المادة بنصها على أنه ترسل قوائم الإشعارات في مستند معلوماتي أو عن طريق الكتروني خلال 10 أيام الأولى للشهر الذي يلي فتح أو قفل الحسابات ، أما إذا كان المصريح غير جاهز لهذا الغرض في حصة الإشعار من الورق العادي تتضمن المعلومات المبينة في المقطع الأول من هذه المادة .

ليذهب المشرع أكثر من ذلك في الفقرة الثالثة من المادة 51 المذكورة أعلاه بفرض توقيع العقاب على مخالفة الأحكام السابقة بغرامة جبائية منصوص عليها في المادة 192 ف 2 من قانون الضرائب المباشرة و الرسوم المماثلة ، تطبق بعدد المرات التي لا يتم فيها التصريح بإشعارات الفتح و الإقفال.

من جهة أخرى و طبقا للمادة 60 من قانون الإجراءات الجبائية فإنه يمكن ممارسة مختلف حقوق الإطلاع على الوثائق المنصوص عليها لصالح الإدارات الجبائية من أجل مراقبة تطبيق التنظيم الخاص بالصراف ، حيث يتعين على المؤسسات المذكورة في المادة 51 أن ترسل إلى الإدارة الجبائية الكشف الشهري عن عمليات تحويل الأموال إلى الخارج التي تقوم بها لحساب زبائنها وذلك خلال 20 يوما الأولى من الشهر الذي يلي عمليات التحويل .

و يجب أن يبين هذا الكشف تعين و صفة و عنوان الزبون و رقم التوطين البنكي و تاريخ و مبلغ التسوية و مقابل المبلغ بالعملة الوطنية و التعين البنكي و رقم حساب المستفيد من التحويلات و مراجع أو شهادة و وصل دفع رسم التوطين البنكي .

ثانيا : إفشاء السر المصرفي أمام السلطات المالية : بالإضافة إلى السلطات الإدارية التي اعترف لها المشرع الجزائري بسلطة عدم الاحتجاج في مواجهتها بالسرية المصرفية ، وضع نظام مالي يحد من مبدأ السرية المصرفية و هو ما يظهر من خلال إنشاء نظام مركزية المخاطر و كذا نظام الإخطار بالشبهة .

1- إفشاء السر المصرفي في إطار نظام مركزية المخاطر : من أجل تجنب الأضرار التي يمكن أن تلحق بالمؤسسات البنكية جراء تقديمها لائتمانات مالية لأشخاص أو مؤسسات غير قادرة على الوفاء بسبب استغلال هؤلاء العملاء للمنافسة بين البنوك و عدم وجود تنسيق و تعاون فيما بينها ، بسعيهم للحصول على قروض تتجاوز إمكانياتهم في التسديد ، و ذلك من عدة بنوك و في وقت واحد، أوجد المشرع الجزائري على مستوى بنك الجزائر نظام لمركزية المخاطر .

حيث تشكل هذه المركزية هيكل وظيفي يتمثل دورها في جمع و معالجة و حفظ المعلومات حول القروض البنكية ، التي تستقيها من كل البنوك و المؤسسات المالية المعتمدة ، و التي ألزمها المشرع بضرورة الانضمام إليها

وتزويدها بمعلومات تخص أسماء المستفيدين من القروض وطبيعة القروض الممنوحة وسقفها والمبالغ المسحوبة ومبالغ القروض غير المسددة والضمانات المعطاة لكل قرض⁽¹⁾.

و يتضح مما سبق أن الهدف من مركزية المخاطر هو ضمان سلامة الائتمان المصرفي ، حيث يرتبط الائتمان المصرفي بالثقة، و الثقة تتطلب أن يكون مانح الائتمان على علم حقيقي بمركز و أموال طالب الائتمان⁽²⁾ ، و لا يتحقق ذلك إلا من خلال إنشاء منظومة لتبادل المعلومات ذات الصلة .

و تجدر الإشارة إلى أن المشرع قد أحال من خلال الفقرة السادسة من المادة 98 من قانون 03-11 المذكورة أعلاه إلى التنظيم مسألة تنظيم و سير هذه المركزية ، و هو ما ظهر من خلال نظام بنك الجزائر رقم 01-12⁽³⁾.

حيث وضح هذا الأخير كيفيات التصريح ، و ذلك من خلال المادة 06 منه و التي جاء فيها أن تصرح المؤسسات المصرفية شهريا بجميع القروض الممنوحة لزيائتها من مؤسسات و أفراد مهما بلغت قيمتها ، كما نصت المادة 10 من ذات النظام على أنه يجب على المؤسسات المالية المصرحة أن تبلغ أيضا و بدون تأخير مركزية المخاطر و بصفة مستقلة عن التصريح بالقروض ، بكل معلومة مهمة طرأت على وضعية المقترض كتعديل القانون الأساسي للشركة عند الاقتضاء ، أو تغير العنوان أو أي معلومة أخرى من قد تؤثر على ملاءته المالية .

في المقابل ألزم المشرع الجزائري من خلال المادة 12 من النظام 01-12 سالف الذكر، المؤسسات المصرحة بإعلام زبائنها بكل تصريح و تسجيل على مستوى مركزية المخاطر للقروض التي منحت لهم ، كما يتعين عليها أن توضح لهم الغاية من معالجة هذه البيانات من طرف مركزية المخاطر.

II- إفشاء السر المصرفي في إطار نظام الإخطار بالشبهة : في إطار مكافحة جريمة تبيض الأموال أعفى المشرع فئة من الأشخاص من المتابعة الجزائية نتيجة إفشائهم لأسرار مصرفية بنصه على أنه لا يمكن إتخاذ أية متابعة من أجل انتهاك السر البنكي أو المهني ضد الأشخاص أو المسيرين و الأعوان الخاضعين للإخطار بالشبهة الذين أرسلوا بحسن نية المعلومات ، أو قاموا بالإخطارات المنصوص عليها في هذا القانون⁽⁴⁾ ، حيث يرسل الإخطار بالشبهة إلى خلية معالجة المعلومات المالية التي أنشئت لهذا الغرض بموجب المرسوم التنفيذي رقم 02-127 و التي وضعت لدى الوزير المكلف بالمالية .

حيث يتعين على القائمين على الهيئات و المؤسسات المعنية بإخطار الخلية المذكورة أعلاه بكل عملية تتعلق بأموال يشتبه في أنها متحصلة من جنائية أو جنحة لا سيما الجريمة المنظمة أو المتاجرة بالمخدرات و المؤثرات العقلية

¹ - المادة 98 ف 02 و 03 من الأمر 11-03 المؤرخ في 26-08-2003 المعدل و المتمم ، المتضمن قانون النقد و القرض ، ج ر ، عدد 52.

² - محمد عبد الحي إبراهيم مرجع سابق ، ص 347

³ - نظام بنك الجزائر رقم 01-12 المؤرخ في 10-02-2012 ، يتضمن تنظيم مركزية مخاطر المؤسسات و الأسر و عملها .

⁴ - المادة 23 من القانون 01-05 المعدل و المتمم ، المؤرخ في 06-02-2005 المتعلق بالوقاية من تبيض الأموال و تمويل الإرهاب و مكافحتها ، ج ر

أو يبدو أنها موجهة لتمويل الإرهاب⁽¹⁾ ، لتتولى هذه الخلية تحليل و معالجة المعلومات التي ترد إليها و تجمع المعلومات و البيانات التي تسمح لها باكتشاف مصدر الأموال أو الطبيعة الحقيقية لموضوع العمليات ، و ترسل الملف لوكيل الجمهورية طبقا للقانون في كل مرة يحتمل فيها أن تكون الوقائع المصرح عنها مرتبطة بجريمة تبيض الأموال أو تمويل الإرهاب بحسب نص المادة 16 من القانون 01-05 سالف الذكر .

وقد ذهب المشرع إلى أكثر من الإعفاء من المسؤولية عن الإخطار بالشبهة حيث عاقب الأشخاص الخاضعين للإخطار بالشبهة و الممتنعين عن ذلك عمدا و بسابق معرفة عن تحرير أو إرسال الإخطار بالشبهة المنصوص عليه في هذا القانون ، بغرامة من 100.000 دينار إلى 1000.000 دينار دون الإخلال بعقوبات أشد أو بعقوبات و بأية عقوبات تأديبية أخرى.⁽²⁾

ثالثا: إفشاء السر المصرفي أمام السلطات القضائية: لا يستطيع البنك الاحتجاج بالسر المصرفي في مجال الإدلاء بالشهادة أمام جهات القضاء الجزائري ، لان ذلك يؤدي إلى إعاقة سير العدالة و يضر بالمصلحة العامة ، لأن اكتشاف الجرائم المتعلقة بالنظام العام ، و تمس المجتمع ، مما يعلو ذلك على المصالح الفردية و مصلحة العميل في كتمان سره⁽³⁾ .

و في هذا الإطار نص المشرع على هذا الأمر من خلال أحكام الفقرة 04 من المادة 117 من القانون 11-03 المتعلق بقانون النقد و القرض سالف الذكر ، بنصه على أنه تلزم بالسر مع مراعاة الأحكام الصريحة للقوانين جميع السلطات ماعداالسلطات القضائية التي تعمل في إطار جزائي .

و جدير بالذكر أن السلطات القضائية التي تعمل في الإطار الجزائري تجد تطبيقاتها في عدد من الهيئات على نحو النيابة العامة ، جهات التحقيق ، جهات الحكم .

فعلى مستوى النيابة العامة لا يعتد بالسر المصرفي وذلك إعمالا للمادة 36 من قانون الإجراءات الجزائية و التي تقضي بأن وكيل الجمهورية يقوم بمباشرة أو يأمر باتخاذ جميع الإجراءات اللازمة للبحث و التحري عن الجرائم المتعلقة بالقانون الجزائري .

و نفس الأمر ينطبق على مستوى التحقيق ، حيث ذهب المشرع الجزائري إلى تمكين قاضي التحقيق باتخاذ جميع إجراءات التحقيق التي يراها ضرورية للكشف عن الحقيقة بالتحري عن أدلة الاتهام و أدلة النفي⁽⁴⁾ ، و إذ تعذر على قاضي التحقيق مباشرة هذه الإجراءات بنفسه ، خول له المشرع إن يندب عنه ضابط الشرطة القضائية للقيام بذلك طبقا لذات المادة الفقرة 05 منها ، أو أن يكلف عن طريق الإنابة قاضي التحقيق في دائرة اختصاص محكمة أخرى .

¹ - المادة 20 من القانون 01-05 ، سالف الذكر .

² - المادة 32 من القانون 01-05 ، سالف الذكر .

³ - محمد عبد الودود أبو عمر . مرجع سابق ، ص 93 .

⁴ - المادة 68 من الأمر 66-155 المعدل و المتمم ، المؤرخ في 08-06-1966 المتضمن قانون الإجراءات الجزائية ، ج ر ، عدم 49 .

و لا يختلف الأمر بالنسبة لجهات الحكم و ذلك إعمالا لنص المادة 222 التي تقضي بأنه كل شخص مكلف بالحضور لسماع أقوله كشاهد ملزم بالحضور و حلف اليمين و أداء الشهادة .

و تجدر الإشارة إلى أن القضاء الجزائي هو الذي يشكل استثناء عن مبدأ الاحتجاج بالسري المصرفي من دون القضاء المدني و التجاري .

خاتمة :

في ختام هذا البحث نخلص إلى القول بأن المشرع الجزائري قد ساير الأنظمة القانونية المقارنة بوضع نظام خاص بالسرية المصرفية يتسم و خصوصية التشريع الجزائري، بشكل تفرقت فيه أحكامه بين عدة نصوص قانونية، منها ما يرتب المسؤولية و منها ما يضع حدا لها و يعفي منها، و بشكل أكثر تفصيل نخلص إلى النتائج و الاقتراحات التالية:

النتائج:

- 1- حصر المشرع الجزائري ترتيب المسؤولية الجزائية على الأشخاص الطبيعيين المشكلين لوكلاء و مستخدمي البنك، دون ترتيب المسؤولية للبنك أو المصرف كشخص معنوي تم ارتكاب جريمة الإفشاء في إطار أجهزته ، وفقا للمادة 51 مكرر من قانون العقوبات الجزائري .
- 2- لم يحدد المشرع الجزائري بدقة من خلال القانون المتعلق بالنقد و القرض و لا قانون العقوبات، السلوكيات أو العناصر المشكلة للركن المادي لفعل الإفشاء .
- 3- أقر المشرع الجزائري من خلال الفقرة 1 من المادة 301 و الفقرة 02 من المادة 302 من قانون العقوبات نظامين عقابيين على سلوك إجرامي واحد (إفشاء السر) ، حيث أقر في الأول عقوبة الحبس من شهر واحد إلى ستة أشهر، أما الثاني فقد فرض فيه عقوبة الحبس من 03 أشهر إلى سنتين .
- 4- لم يعالج المشرع مسألة التعويض المترتب على المسؤولية المدنية للبنك في حالة إفشاء السر المصرفي ضمن قانون النقد و القرض ، و إنما ضمن الأحكام العامة للقانون المدني لا سيما المادة 136 ف 1 منه و التي تقر بمسؤولية البنك عن أعمال مستخدميه طبقا لفكرة مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعيه متى توفرت شروطها .
- 5- تتطلب المشرع الجزائري لقيام مسؤولية المصرف عن تعويض الضرر الناشئ عن أعمال تابعيه توفر شرطين ، الأول أن توجد علاقة تبعية تربط بين المصرف و التابع ، أما الثاني فيتعين وقوع هذا الخطأ أثناء تأدية التابع لوظيفته أو بمناسبتها .
- 6- أبرز تطبيق للسلطات الإدارية التي لا يحتج في مواجهتها بالسري المصرفي هي إدارة الضرائب ، حيث بسط المشرع يده من خلال المادة 51 و ما بعدها من قانون الإجراءات الجبائية ، في استفاء كل المعلومات و البيانات التي تدخل في نطاق اختصاصها و عملها على مستوى البنوك و المؤسسات المصرفية .

7- بالإضافة إلى السلطات الإدارية التي اعترف لها المشرع الجزائري بسلطة عدم الاحتجاج في مواجهتها بالسرية المصرفية ، وضع نظام مالي يحد من مبدأ السرية المصرفية وهو ما يظهر من خلال إنشاء لنظام مركزية المخاطر و كذا نظام الإخطار بالشبهة .

8- خص المشرع الجزائري القضاء الجزائري من دون الأقضية الأخرى بسلطة عدم الاحتجاج في مواجهته بالسر المصرفي ، وذلك طبقا للفقرة 04 من المادة 117 من قانون النقد و القرض .

الاقتراحات :

1- ضرورة توسيع ترتيب المسؤولية الجزائية إلى البنك كشخص معنوي في حالة قيام جريمة إفشاء الأسرار في أجهزته ، ليكون هذا الأخير أكثر حرصا و صرامة في إلزام موظفيه ووكلائه بضمان السرية المطلوبة قانونا .

2- يتعين على المشرع استكمال النقص و الفراغ التشريعي المتعلق بالسلوكيات أو العناصر المشكلة للركن المادي لفعل الإفشاء ، على اعتبار أن هذا الوضع يشكل ضعف في فكرة الشرعية الجزائية التي تقتضي التحديد بدقة و وضوح السلوكيات المشكلة للجريمة إفشاء السر المصرفي .

3- يتعين على المشرع توحيد النظام العقابي الخاص بجريمة إفشاء الأسرار بما فيها السر المصرفي حتى لا يحدث إرباك في التطبيق على المستوى القضائي .

4- فضلا عن القضاء الجزائري يتعين على المشرع التوسع في طبيعة الأقضية التي لا يحتج أمامها بالسرية لتشمل أيضا القضاء التجاري لا يسما في المنازعات المتعلقة بالإفلاس و التسوية القضائية بالنظر إلى أن هذا النوع من النزاعات يستلزم التعرف على كامل الذمة المالية للتاجر المفلس حتى يتمكن القاضي من إصدار الحكم الصحيح .

مبدأ التمييز الإيجابي لصالح المرأة كإجراء استثنائي لتفعيل حقوقها

د.لعقابي سميحة.

أستاذة محاضرة قسم -ب- بكلية الحقوق والعلوم السياسية،

قسم الحقوق، جامعة سطيف 02.

slakabi@yahoo.fr

الملخص:

يعتبر مبدأ التمييز الإيجابي لصالح المرأة استثناء على مبدأ المساواة أمام القانون بينها وبين الرجل، هدفه ترقية حقوقها في الواقع، من خلال تكريس المساواة الفعلية بينهما. وقد كرس المشرع هذا الإجراء وأعمله في مجالين أساسيين هما ترقية مشاركتها في المجالس المنتخبة وحمايتها في سوق العمل.

ولضمان مشروعية مبدأ التمييز الإيجابي لصالح المرأة وعدم خروجه عن هدفه، فقد أحيط بشروط صارمة تتعلق سواء بمضمونه وهدفه أو بمدته، كما أخضعه القضاء الدستوري لرقابة مشددة تستهدف التثبت من عدم وجود تمييز تعسفي، وفي مرحلة ثانية التحقق من مدى توافر الشروط المبررة لإعماله.

الكلمات المفتاحية: مبدأ المساواة، المساواة القانونية، المساواة الفعلية، التمييز الإيجابي، حقوق المرأة.

Résumé:

La discrimination positive en faveur de la femme est une exception sur le principe d'égalité devant la loi, visant la promotion réelle de leurs droits par la consécration de l'égalité effective entre elle et l'homme. Le législateur algérien a adopté cette procédure dérogatoire dans deux principaux domaines, le premier concerne la promotion de la participation de la femme dans les conseils élus, et le deuxième concerne sa protection dans le marché d'emploi.

Pour assurer la légalité de ce principe, il était entouré par des conditions rigoureuses relatives soit à son contenu et son objectif, soit à sa durée. Il soumet également au contrôle de jurisprudence constitutionnelle qui vise d'abord d'assurer que la discrimination ne soit pas arbitraire et que les conditions de cette procédure soient remplies en suite.

Les mots clés : Le principe d'égalité, l'égalité juridique, l'égalité effective, la discrimination positive, les droits de la femme.

مقدمة

يعتبر مبدأ المساواة أمام القانون من أهم المبادئ التي رسخت في أواخر هذا القرن على المستوى العالمي، وهو يعني في عمومته عدم مشروعية التمييز بين الأشخاص أيًا كان مصدره الدين أو العرق أو الجنس أو التفاوت الطبقي أو الاجتماعي، ورغم التكريس القانوني لهذا المبدأ في المواثيق الدولية والداخلية، إلا أن التجسيد الواقعي له لاقى العديد من الصعوبات والإكراهات نتج عنها حرمان بعض الفئات في المجتمع من بعض حقوقها أو الانتقاص منها.

ويمثل موضوع حقوق المرأة أهم إسقاط لهذا التشوه الواقعي الذي يعترى مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة في التمتع بالحقوق والحريات، حيث ثبت أن عدم المساواة بين الجنسين ما تزال هي السمة الغالبة في العالم اليوم، إذ تشير معظم الدراسات التي تتناول الحقوق الدستورية للمرأة إلى أن قدرة النساء في الحصول على حقوقهن الدستورية والوصول إلى مواقع صنع القرار بما يتناسب مع وزنهن ودورهن كنصف المجتمع، ما تزال أقل بكثير من الرجال.

ومن هنا، مثل السعي لدعم وترقية حقوق المرأة جانبا مهما من جوانب الاهتمام الدولي والداخلي بقضية المرأة، ولعل هذا السعي لا يمكن أن يستقيم إلا إذا وجد سندا له في القانون، لذلك ظهر مبدأ التمييز الإيجابي لصالح المرأة كإجراء استثنائي يمكن الارتكاز عليه لتفعيل وترقية حقوقها في الواقع.

إنّ الهدف من إرساء مبدأ التمييز الإيجابي لصالح المرأة هو إنشاء اللامساواة لتكريس المساواة الفعلية بينها وبين الرجل، وذلك من خلال منحها معاملة تفضيلية تسمح بتصحيح المساواة المفقودة أو المنقوصة بينهما. وعليه تكمن إشكالية هذه الدراسة في معرفة مدى كفاية الضوابط المتعلقة بمبدأ التمييز الإيجابي لصالح المرأة في جعله تكريسا لمبدأ المساواة لا خرقا له؟.

لمعالجة هذه الإشكالية، نقوم بدراسة الموضوع وفق الخطة الآتية:

المطلب الأول: ماهية مبدأ التمييز الإيجابي لصالح المرأة.

المطلب الثاني: شروط مبدأ التمييز الإيجابي لصالح المرأة وتطبيقاته.

المطلب الثالث: الرقابة على دستورية مبدأ التمييز الإيجابي لصالح المرأة.

المطلب الأول: ماهية مبدأ التمييز الإيجابي لصالح المرأة

إذا كان مبدأ التمييز الإيجابي لصالح المرأة يعني في عمومها معاملة تفضيلية بغرض تعزيز وترقية بعض حقوقها، فإنه لا يتسم بالبساطة والوضوح، مما يفرض علينا تأصيله، من خلال التطرق إلى صعوبة تحديد المفهوم في فرع أول ومصادره في فرع ثان.

1 الفرع الأول: صعوبة تحديد مفهوم التمييز الإيجابي لصالح المرأة

يمتاز مفهوم مبدأ التمييز الإيجابي لصالح المرأة بعدم التحديد الواضح والدقيق، ومرد ذلك إلى عدة أسباب جعلت منه مفهوما متحركاً ومزدوجاً (أولاً)، غير أن هذا الإبهام والتعقيد لم يمنع من وجود محاولات لرسم معالم هذا المفهوم (ثانياً).

أولاً: أسباب صعوبة تحديد مفهوم التمييز الإيجابي لصالح المرأة

ترتد أسباب صعوبة وضع مفهوم واضح ودقيق لمبدأ التمييز الإيجابي لصالح المرأة إلى عاملين أساسيين، أولهما طابعه المتحرك (1) وثانيتها طابعه المزدوج (2).

1- الطابع المتحرك لمبدأ التمييز الإيجابي لصالح المرأة

يتميز مبدأ التمييز الإيجابي بطابعه المتحرك أو الديناميكي، وذلك بسبب اقترابه من بعض المفاهيم المجاورة له، حيث يتقابل مع مبدأ عدم التمييز (أ) من جهة، كما أنه يكرس مبدأ المساواة في مقارنته الفعلية من جهة ثانية (ب).

أ- تقابل مبدأ التمييز الإيجابي لصالح المرأة مع مبدأ عدم التمييز

إن ما يجعل من مفهوم التمييز الإيجابي مفهوماً متحركاً هو تقابله مع مبدأ عدم التمييز الذي يعتبر النتيجة الطبيعية لمبدأ المساواة. ولفهم مبدأ عدم التمييز لابد من فهم التمييز الذي يفيد معاملة أفراد أو مجموعات بطريقة مختلفة. ومن ثم فإن عدم التمييز يعني عدم التفرقة في المعاملة بين أشخاص تماثل مراكزهم القانونية أو متواجدين في نفس الوضعية. فهو إذن يعني التقليل من اللامساواة لبلوغ المساواة.

وقد أقر المؤسس الدستوري في الجزائر مبدأ عدم التمييز في المادة 32 من القانون رقم 01/16 المؤرخ في 06 مارس 2016 والمتضمن التعديل الدستوري¹، بنصها على أنه: "كل المواطنين سواسية أمام القانون. ولا يمكن أن يتدرج بأي تمييز يعود سببه إلى المولد أو العرق أو الجنس أو الرأي، أو أي شرط أو ظرف آخر شخصي أو اجتماعي".

¹ - ج.ر عدد 14 الصادرة في 07 مارس 2016.

وقد تطور مفهوم ونطاق مبدأ عدم التمييز، حيث حمل مضمونا ايجابيا مؤداه أن كل الأشخاص المتواجدين في وضعيات متماثلة يخضعون لنفس النظام ويعاملون بنفس الطريقة دون تمييز إلا إذا اقتضت المصلحة العامة ذلك، وهكذا أصبح هذا المبدأ يفيد رفض كل موقف وكل عمل تمييزي مع مراعاة الاختلاف في الوضعيات وكذلك إمكانية المعاملة التفضيلية بالنسبة للفئات التي تعاني من التمييز والأحكام المسبقة نتيجة محدودية قدراتها سواء كان ذلك بصفة دائمة أو بصفة وقتية، ولتجاوز هذه النقائص، يقع اللجوء إلى المعاملة التفضيلية لتعويض هذه الفئات حتى لا تجد نفسها في وضعية إقصائية¹.

وعليه، فإنه على مستوى التطبيق، يصعب وضع حدود فاصلة بين مفهومي عدم التمييز والتمييز الإيجابي، كما أن التصادم الذي يبدو بينهما هو في الواقع ظاهريا فقط لأن عدم التمييز لا يمكن تحقيقه في الواقع أحيانا إلا من خلال تكريس مبدأ التمييز الإيجابي، ذلك أن حظر التمييز يجب ألا يؤدي إلى إلحاق الضرر بفئات معينة، وهو أمر لا يمكن تحقيقه إلا من خلال تكريس مزايا تفضيلية لهذه الفئات تحت عنوان التمييز الإيجابي، وبمعنى آخر يظهر مبدأ التمييز الإيجابي بمثابة إجراء استثنائي لتهذيب مبدأ عدم التمييز، ومن ثم يبدو المفهومين متكاملين ولا يمس أحدهما بمشروعية وجود الآخر.

ب- تكريس مبدأ التمييز الإيجابي لمبدأ المساواة

يعد مبدأ المساواة مبدأ قانونيا عاما، وهو يعني في معناه الإيجابي أن يطبق القانون دون تمييز بين طائفة وأخرى سواء بسبب الأصل أو الجنس أو الدين أو اللغة أو المركز الاجتماعي². كما يعني أنه من حق كل شخص توافرت فيه الشروط التي تتطلبها القواعد القانونية المقررة أن يستفيد من الحقوق والخدمات التي ترتبها هذه القواعد في حالة توفر هذه الشروط³. أما في معناه السلبي فيقصد به عدم التمييز في المعاملة بين من تتماثل مراكزهم القانونية.

وقد عرف مبدأ المساواة تطورا، حيث انتقل مفهومه من المساواة أمام القانون والتي تفترض أن تتحقق المساواة بتطبيق القاعدة القانونية على كل أصحاب المراكز القانونية المتماثلة⁴ إلى المساواة الفعلية أو المساواة بالقانون والتي يقصد بها عدم الاكتفاء بتحقيق المساواة القانونية أي التكافؤ في الفرص والإمكانات القانونية فقط، ولكن التكافؤ في الفرص والإمكانات المادية أو الفعلية. ومن هنا يظهر دور مبدأ التمييز الإيجابي في كونه

¹ - Fardeau (M), « concilier non discrimination et compensation, non discrimination et discrimination positive », problèmes politiques et sociaux, n° 892, 2003, p 52.

² - خالد مصطفى فهي، حقوق المرأة بين الاتفاقيات الدولية والشريعة الإسلامية والتشريع الوضعي، -دراسة مقارنة-، الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007، ص11.

³ - محمد السيد الدماصي، "الحقوق الدستورية في المجال الوظيفي-حق المساواة في شغل الوظائف العامة"-، مجلة العلوم الإدارية، مصر، العدد 2، 1973، ص96

⁴ - عمار بن عاشور، القانون الإداري، الطبعة 3، مركز البحث والنشر الجامعي، تونس، 2006، ص310.

إجراء استثنائياً لتحقيق المساواة الفعلية أي المساواة القائمة على تجاوز اللامساواة الاجتماعية والاقتصادية من خلال خلق معاملات تمييزية لصالح الفئات الضعيفة التي تعاني من هذه الإكراهات الاجتماعية أو الاقتصادية حتى لا يتم إهدار حقوقها.

وعليه، فإن الصدام الذي يبدو بين مبدئي المساواة والتمييز الإيجابي هو في الحقيقة ظاهري فقط، لأنهما متكاملان ومتصالحان، حيث يظهر مبدأ التمييز الإيجابي في بعض الحالات حلاً ضرورياً لتحقيق المساواة في مفهومها الفعلي الواقعي، وبعبارة أخرى تؤدي المساواة المطلقة إلى اللامساواة، بينما تؤدي اللامساواة الإيجابية المبررة إلى المساواة.

2- الطابع المزدوج لمبدأ التمييز الإيجابي لصالح المرأة

إذا كان مبدأ التمييز الإيجابي لصالح المرأة يعني منحها وسائل تفضيلية بغرض تعويض أو تصحيح اللامساواة الفعلية بينها وبين الرجل، فإنه ذو وجهين، من حيث أنه إيجابي لمن ينتفع به أي للمرأة وسلي لمن لا ينتفع به أي الرجل.

أ- إيجابية مبدأ التمييز الإيجابي لصالح للمرأة

اقتضى التمييز الواقعي بين الجنسين في التمتع بالحقوق وممارستها إلى إثارة المرأة بوسائل تفضيلية من شأنها ضمان مشاركتها الفعلية في الحياة السياسية والاقتصادية. لذلك وصف هذا التمييز بأنه إيجابي، أي تمييز موضوعه منح امتيازات لصالح المرأة بغرض التقليل من التمييز الجنسي الذي تعاني منه والذي فرضته بعض العوامل الثقافية والاجتماعية كالعادات والتقاليد والموروث الثقافي الذي يضع المرأة في مرتبة دونية مقارنة بالرجل. وعليه، فإن وصف هذا التمييز بالإيجابية، قد استند إلى آثاره النافعة بالنسبة للمنتفع به وهو المرأة، حيث تجد نفسها متمتعاً ببعض الحقوق غير المعترف بها بالنسبة للرجل.

ب- سلبية مبدأ التمييز الإيجابي بالنسبة للرجل

إن مبدأ التمييز الإيجابي الذي يعطي للمرأة معاملة تفضيلية فيما يتعلق بالتمتع بالحقوق والحريات أو ممارستها، هو تمييز سلبي بالنسبة للرجل، لأنه يجد نفسه محروماً من بعض الحقوق المعترف بها للمرأة، ومن ثم فإن له أن يحتج بمبدأ المساواة الذي يمنع التمييز القائم على أساس الجنس ويثير عدم مشروعية مثل هذا التمييز. إن الطابع المزدوج لمبدأ التمييز الإيجابي لصالح المرأة قد أضفى ضبابية وغموضاً على مفهومه، كما أثار التساؤلات حول مدى مشروعيته.

ثانيا: محاولات تحديد مفهوم مبدأ التمييز الإيجابي لصالح المرأة

لم يعرف المشرع الجزائري مبدأ التمييز الإيجابي لصالح المرأة، وهو أمر طبيعي، لأنه ليس من مهامه صياغة التعريف، بل هو أمر منوط بالفقه والقضاء بحكم دورهما التأصيلي والتنظيري لما ينظمه المشرع. وبالرجوع إلى الفقه، نجده قد لاقى صعوبة في تعريف مبدأ التمييز الإيجابي بسبب طابعه المركب، حيث تختلط فيه الاعتبارات القانونية، الاعتبارات الفلسفية، والسياسية والاجتماعية من جهة، وبسبب الدلالات اللغوية المتناقضة للمصطلحات التي يتركب منها من جهة ثانية، ذلك أن الجمع بين لفظين متناقضين داخل نفس المصطلح يجعله متضاربا¹، فالقول بأن تمييزا ما إيجابي يحمل في دلالته تناقضا لأن كل تمييز هو بالضرورة سلبي.

وقد عرف الأستاذ Soucramanien التمييز الإيجابي بأنه: " اختلاف قانوني في المعاملة أنشأ بصفة وقتية، والذي تؤكد السلطة التشريعية بصفة صريحة أن الهدف منه هو تفضيل فئة معينة من الأشخاص الطبيعيين أو الاعتباريين على حساب فئة أخرى بهدف التقليل من اللامساواة الفعلية الموجودة بصفة مسبقة بينهما"².

أما الأستاذ Deshavanne، فقد عرف المبدأ بأنه: "أسلوب يتمثل في إرساء اللامساواة الشكلية بتمكين أفراد معينين من معاملة تفضيلية وذلك من أجل بلوغ المساواة الحقيقية"³.

كما عرّفه البعض الآخر بأنه التمييز القائم على اتخاذ تدابير خاصة يكون الغرض الوحيد منها تأمين التقدم الكافي لبعض الجماعات أو لبعض الأفراد المحتاجين إلى الحماية لتضمن لهم المساواة في التمتع بحقوق الإنسان والحريات الأساسية أو ممارستها، شرط عدم إدامة قيام حقوق منفصلة، وشرط عدم استمرارها بعد بلوغ الأهداف التي اتخذت من أجلها⁴.

من هذه التعريفات يتضح أنه، يوجد اتفاق على أن التمييز الإيجابي هو إجراء استثنائي يهدف لحماية بعض الأشخاص المحرومين وتصحيح اللامساواة الموجودة بينهم.

وانطلاقا من المفاهيم السابقة للتمييز الإيجابي بصفة عامة، يمكن تعريف التمييز الإيجابي لصالح المرأة بأنه: "مبدأ يستهدف إرساء معاملة تفضيلية للمرأة من خلال إثارتها بجملة من الإجراءات التمييزية لا يتمتع بها الرجل وذلك بغرض تعزيز وترقية ممارستها لحقوقها في إطار تكريس المساواة الفعلية بينهما".

¹ - Soucramanien (F-M), le principe d'égalité dans la jurisprudence du conseil constitutionnel, ed.Economica, p207.

² - Soucramanien (F-M), « Les adaptations du principe d'égalité à la diversité des territoires », R.F.D.A, 13(5) septembre, octobre, 1997, p 911.

³ - نقلا عن لطفي طرشونة، (التمييز الإيجابي)، مذكرة ماجستير في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، سوسة، تونس، 2013، ص 05.

⁴ - هاجر الهيشري، "مشروعية التمييز الإيجابي"، على الموقع: <http://www.htm/> محمود داوود يعقوب محام وأستاذ جامعي-مشروعية التمييز الإيجابي-، 1، في

2 الفرع الثاني: مصادر مبدأ التمييز الإيجابي لصالح المرأة

يجد مبدأ التمييز الإيجابي سنده في مصادر دولية (أولا) وأخرى داخلية (ثانيا).

أولا: المصادر الدولية لمبدأ التمييز الإيجابي لصالح المرأة

ترتد المصادر الدولية لمبدأ التمييز الإيجابي لصالح المرأة إلى عدة اتفاقيات ومواثيق دولية أهمها اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز العنصري¹، حيث نصت المادة الأولى منها في فقرتها الرابعة على: "لا تعتبر من قبل التمييز العنصري أية تدابير خاصة يكون الغرض الوحيد من اتخاذها تأمين التقدم الكافي لبعض الجماعات العرقية أو الإثنية المحتاجة أو لبعض الأفراد المحتاجين إلى الحماية التي قد تكون لازمة لتلك الجماعات وهؤلاء الأفراد لتضمن لها ولهم المساواة في التمتع بحقوق الإنسان والحريات الأساسية أو ممارستها، شرط عدم تأدية تلك التدابير كنتيجة لذلك، إلى إدامة قيام حقوق منفصلة تختلف باختلاف الجماعات العرقية، وشرط عدم استمرارها بعد بلوغ الأهداف التي اتخذت من أجلها".

وبالإضافة إلى هذه الاتفاقية الخاصة بجميع صور التمييز، يجد مبدأ التمييز الإيجابي لصالح المرأة سنده على المستوى الدولي كذلك في اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة²، حيث نصت المادة الرابعة منها في فقرتها الثانية على أنه: "لا يعتبر اتخاذ الدول الأطراف تدابير خاصة مؤقتة تستهدف التعجيل بالمساواة الفعلية بين الرجل والمرأة تمييزا كما تحدده هذه الاتفاقية، ولكنه يجب ألا يستتبع بأي حال، كنتيجة له، الإبقاء على معايير غير متكافئة أو منفصلة، كما يجب وقف العمل بهذه التدابير عندما تكون أهداف التكافؤ في الفرص والمعاملة قد تحققت".

ثانيا: المصادر الداخلية لمبدأ التمييز الإيجابي لصالح المرأة

لا ينص الدستور الجزائري صراحة على مبدأ التمييز الإيجابي، وذلك خلافا لمبدأ المساواة الذي كرسته جميع الدساتير الجزائرية المتعاقبة، حيث تنص المادة 32 من القانون رقم 01/16 المتضمن التعديل الدستوري، على أنه: "كل المواطنين سواسية أمام القانون ولا يمكن أن يتدرج بأي تمييز يعود سببه إلى المولد أو العرق أو الجنس أو الرأي أو أي شرط أو ظرف آخر شخصي أو اجتماعي".

غير أن مبدأ التمييز الإيجابي لصالح المرأة، وإن لم يقع دستره صراحة، إلا أنه يمكن أن نجد له سندا دستوريا ضمنيًا أو غير مباشر، يتمثل في مبدأ المساواة ذاته، حيث سبق القول أن المفهوم الحديث لمبدأ المساواة يقوم على تحقيق المساواة الفعلية وليس مجرد المساواة القانونية، وأن مبدأ التمييز الإيجابي لصالح المرأة ما هو إلا

¹ اعتمدها الجمعية العامة للأمم المتحدة بقرارها رقم 2106 المؤرخ في 21 ديسمبر 1965، ودخلت حيز النفاذ في 04 جانفي 1969.

² اعتمدها الجمعية العامة للأمم المتحدة بقرارها رقم 24/180 المؤرخ في 18 ديسمبر 1979، ودخلت حيز النفاذ في 03 سبتمبر 1981.

تقنية لتحقيق هذه المساواة الأخيرة. كما يجد المبدأ سنده الدستوري الضمني أيضا فيما تضمنته المادة 35 بنصها على أنه: "تعمل الدولة على ترقية الحقوق السياسية للمرأة بتوسيع حظوظ تمثيلها في المجالس المنتخبة". ولا شك أن هذا التوسع لا يتأتى إعماله إلا بإقرار نظام الكوطة القائم على مبدأ التمييز الإيجابي، وهو ما تحقق في القانون العضوي رقم 03/12 المؤرخ 12 جانفي 2012 والمحدد لكيفيات توسيع حظوظ تمثيل المرأة في المجالس المنتخبة¹.

II المطلب الثاني: شروط مبدأ التمييز الإيجابي لصالح المرأة وتطبيقاته

إن مبدأ التمييز الإيجابي لصالح المرأة وكونه إجراء استثنائيا يهدف إلى تفعيل وترقية حقوقها على المستوى الواقعي، فإنه محكوم بشروط يؤدي تخلفها إلى وصمه بعدم المشروعية (الفرع الأول)، كما أن تطبيقه يظهر في العديد من المجالات (الفرع الثاني).

3 الفرع الأول: شروط مبدأ التمييز الإيجابي لصالح المرأة

حتى لا يعتبر مبدأ التمييز الإيجابي لصالح المرأة إجراء غير مشروع، فإنه ينبغي أن يستوفي بعض الشروط المتعلقة سواء بهدف الإجراء التمييزي (أولا) أو بمدته (ثانيا).

أولا: الشروط المتعلقة بهدف الإجراء التمييزي

إن نقاط القصور الأساسية التي اعترت مبدأ المساواة في صورتها الشكلية حملت الفقه والقضاء الدستوريين على التوافق على أن مبدأ المساواة ليس مطلقا لأنه لا يمكن لأية قوانين وضعية أن تطبق مبدأ المساواة الشكلية بين كل المواطنين، ومن ثم وقع الانتقال على مستوى المفهوم من المساواة القانونية الشكلية إلى المساواة الفعلية والتي يشكل مبدأ التمييز الإيجابي الركيزة القانونية لتحقيقها.

غير أنه لما كانت المساواة مبدءا دستوريا، فإنه وجب توافر شرطا حاسما يتعلق بالإجراء التمييزي المعترف به لصالح المرأة حتى لا يترتب عنه خرق أهم مبدأ دستوري، ويتمثل هذا الشرط في الهدف الذي ينبغي أن يرمي إليه مثل هذا التمييز لصالح المرأة ألا وهو تحقيق المصلحة العامة.

إن هدف المصلحة العامة الذي يتعين على المشرع ابتغائه من وراء إقرار أي تمييز إيجابي لصالح المرأة يظهر فيما يسمى بتحقيق مبدأ المساواة في النتائج بينها وبين الرجل من خلال معالجة نتائج الإقصاء أو التمييز في مجالات المشاركة في الحياة العامة مثل مؤسسات اتخاذ القرار كالهيئات التشريعية أو التنفيذية أو الحزبية، لذلك دائما ما تعنى مساواة النتائج بتحديد الهدف بشكل دقيق ومحكم وذلك بتحليل مظاهر الإقصاء والتهميش المرتبطة بجنس المرأة.

¹ - أنظر ج. رعد 1 الصادرة بتاريخ 14 جانفي 2012.

وعليه، لا يعتبر التمييز الإيجابي لصالح المرأة مشروعا إلا إذا قصد منه المشرع تحقيق المساواة في صورتها الفعلية¹، من خلال إحلال مبدأ المساواة في الفرص الواقعية أو المساواة في النتائج محل المساواة في الفرص القانونية، ذلك أن التمييز الإيجابي ليس هدفا في حد ذاته بل هو وسيلة من أجل تفعيل المساواة الحقيقية التي يجب البحث عنها بالقانون².

ثانيا: الشروط المتعلقة بمدى الإجراء التمييزي

إن التمييز الإيجابي لصالح المرأة، وكونه إجراء استثنائيا، فإنه ينبغي أن يتسم بالطابع الوقتي، تأسيسا على أنه وسيلة تهدف إلى تصحيح اللامساواة الفعلية التي تعاني منها المرأة في مواجهة الرجل. وعليه، فإن إرساء المعاملة التفضيلية لصالح المرأة يجب ألا ينقلب على مبدأ المساواة ويرتد إلى إباحة التمييز بشكل مؤبد.

وقد تم تكريس الطابع الوقتي لمبدأ التمييز الإيجابي في المواثيق الدولية المتعلقة بمحاربة التمييز، حيث أقرته اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز العنصري في المادة 04/01 منها بنصها على أنه: "لا تعتبر من قبيل التمييز أية تدابير خاصة...، شرط عدم تأدية تلك التدابير كنتيجة لذلك إلى إدامة قيام حقوق منفصلة تختلف باختلاف الجماعات العرقية، وشرط عدم استمرارها بعد بلوغ الأهداف التي اتخذت من أجلها".

كما أقرته اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة بنصها في المادة 2/4 على أنه: "لا يعتبر اتخاذ الدول الأطراف تدابير خاصة مؤقتة... ولكنه يجب ألا يستتبع بأي حال، كنتيجة له، الإبقاء على معايير غير متكافئة أو منفصلة، كما يجب وقف العمل بهذه التدابير عندما تكون أهداف التكافؤ في الفرص والمعاملة قد تحققت".

يتضح من المادتين، أن التمييز الإيجابي لصالح المرأة بوصفه استثناء على مبدأ المساواة، يجب أن يتسم بالطابع الوقتي، أي أن يتم إيقاف العمل به بمجرد زوال الأسباب الداعية إليه، وترك المجال لتطبيق القواعد العادية المحققة لمبدأ المساواة بين الجنسين.

وبالنسبة للقانون الجزائري، فإنه لا توجد نصوص قانونية صريحة تفرض شرط الطابع الوقتي لمبدأ التمييز الإيجابي لصالح المرأة، كما أن المجلس الدستوري لم يشر إلى هذا الشرط في رأيه المتعلق بمدى مطابقة القانون العضوي رقم 03/12 المحدد لكيفيات توسيع تمثيل حظوظ المرأة في المجالس المنتخبة. غير أننا نرى أن صفة التأقيت لمبدأ التمييز الإيجابي تثبت دونما حاجة إلى نص يقررها، لأنها صفة كامنة في طبيعته وجوهره، فاعتبار التمييز الإيجابي إجراء استثنائيا تصحيحيا أو تعويظيا للمرأة، يجعل منه بحكم الضرورة واللزوم إجراء مؤقتا ينتهي العمل به بمجرد بلوغ الهدف المنشود منه وهو الوصول إلى المساواة الفعلية بين الجنسين.

¹ - Levade(A), « Discrimination positive et principe d'égalité en droit français », in Discrimination positive, pouvoir, n°111, novembre 2004, p59.

² - Gargouri (M), « légalité devant la loi à légalité par la loi, à propos de lavis du conseil constitutionnel n°34-205 concernant un projet de loi d'orientation relative à la promotion et la protection des personnes handicapés », Etudes juridiques, n°15,p80.

وإذا كان الطابع الوقي لمبدأ التمييز الإيجابي يفترض من طبيعته، فإنه يطرح إشكالا يتعلق بصعوبة الرقابة عليه من قبل القاضي الذي يصعب عليه عمليا في غياب النص الصريح المحدد لمدة سريان الإجراء التمييزي أن يقيم الوقت المحتمل للرجوع للحالة الطبيعية¹، هذا من جهة، ومن جهة أخرى، فإن هذا الطابع الوقي يثير صعوبة أخرى تتعلق بطبيعة الأداة القانونية التي يتم بمقتضاها إقرار التمييز الإيجابي والتي عادة ما تكون نصا عاما، يصعب إلغاؤه عمليا نتيجة مقاومة أو رفض المنتفعين به التخلي عنه.

4 الفرع الثاني: تطبيقات مبدأ التمييز الإيجابي لصالح المرأة

يجد مبدأ التمييز الإيجابي لصالح المرأة تطبيقاته في مجالين أساسيين، أولهما يتعلق بترقية مشاركتها السياسية (أولا)، وثانيتها يخص سوق الشغل (ثانيا).

أولا: التمييز الإيجابي كإجراء لترقية المشاركة السياسية للمرأة

إن التهميش السياسي الذي لاقته المرأة نتيجة للعادات والتقاليد والموروث الديني والثقافي شكل عائقا في سبيل وصولها لدائرة صنع القرار السياسي، لذلك برزت العديد من التيارات المنادية بتكريس المساواة الفعلية بينها وبين الرجل في الحقوق السياسية، وهو ما ترجم على المستوى القانوني من خلال نظامين أساسيين هما نظام الحصص (1) ونظام التنصيف (2).

1- إقرار حق المرأة في التمتع بنظام الحصص

يعتبر نظام الحصص أداة تسمح بمقتضاها الدولة بوضع النساء حسب بعض النسب في مختلف المؤسسات سواء كان ذلك على قوائم الترشح لوظائف انتخابية أو لوظائف حكومية². وعليه، فإنه يعتبر وسيلة تمييز إيجابي لتصحيح اللامساواة الواقعية بين المرأة والرجل على مستوى المشاركة في الحياة السياسية. ذلك أن المرأة، وإن كانت تتمتع بالحق في المشاركة السياسية على الصعيد القانوني، فإن تفعيل هذا الحق على المستوى الواقعي قد لاقى عدة إكراهات مرجعها أساسا إلى النظرة الدونية للنساء في المجتمع التي تجد مصدرها سواء في العادات والتقاليد أو حتى في اعتبارات ثقافية وعقائدية.

وقد كرس المشرع الجزائري نظام الحصص وذلك فيما يتعلق بتمثيل المرأة في المجالس المنتخبة، حيث نصت المادة 35 من التعديل الدستوري لسنة 2016 على أنه: "تعمل الدولة على ترقية الحقوق السياسية للمرأة بتوسيع حظوظ تمثيلها في المجالس المنتخبة". كما نص القانون العضوي رقم 03/12 المؤرخ في 12 جانفي 2012 والمحدد لكيفيات توسيع حظوظ تمثيل المرأة في المجالس المنتخبة في المادة 2 منه على أنه: "يجب ألا يقل عدد

¹ - Le pourhiet (A.M), « Discrimination positive ou in justice ? », R.F.D.A, n°14, mai-juin 1998, p 525.

² - محمد الخياري، (الحقوق السياسية للمرأة في بلدان المغرب العربي)، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تونس، 2009-2010، ص68.

النساء في كل قائمة ترشيحات حرة أو مقدمة من حزب أو عدة أحزاب سياسية، عن النسب المحدد أدناه، بحسب عدد المقاعد المتنافس عليها:

* انتخابات المجلس الشعبي الوطني:

- 20% عندما يكون عدد المقاعد يساوي أربعة مقاعد.

- 30% عندما يكون عدد المقاعد يساوي أو يفوق خمسة مقاعد.

- 35% عندما يكون عدد المقاعد يساوي أو يفوق أربعة عشر مقعدا.

- 40% عندما يكون عدد المقاعد يساوي أو يفوق اثنين وثلاثين مقعدا.

- 50% بالنسبة لمقاعد الجالية الوطنية في الخارج.

* انتخابات المجالس الشعبية الولائية:

- 30% عندما يكون عدد المقاعد 35 و 43 و 47 مقعدا.

- 35% عندما يكون عدد المقاعد 51 إلى 55 مقعدا.

* انتخابات المجالس الشعبية البلدية:

- 30% في المجالس الشعبية البلدية الموجودة في مقرات الدوائر والبلديات التي يزيد عدد سكانها عن عشرين

ألف (20.000) نسمة".

وتنها من المشرع على أن إلزامية إدراج عدد من النساء ضمن القوائم الانتخابية حسب النسب المذكورة أعلاه قد لا تسمح بتوسيع حظوظ تمثيل المرأة في المجالس المنتخبة بالنظر إلى نمط الاقتراع الذي اعتمده المشرع، إلا إذا كان ترتيبها ملائما، فقد نص في المادة 3 على أن تخصص النسب المذكورة أعلاه وجوبا للمرشحات حسب ترتيب أسمائهن في القوائم الفائزة، كما جعل المشرع التقيد بهذه النسب إلزاميا بالنسبة لقوائم الترشيحات، حيث رتب على تخلفها رفض القائمة¹.

2- إقرار حق المرأة في التمتع بنظام التناسف

يعتبر نظام التناسف تديرا انتقاليا يرمي إلى ضمان تقسيم السلطة السياسية بين الرجال والنساء، وهو أكثر من مجرد مشاركة في الهيئات القرارية أو الانتخابية بما أن الهدف هو مساواة عددية². وعليه فإن هذا النظام ينشئ تمثيلا متساويا بين المرأة والرجل في المجالس المنتخبة.

لم يتبن المشرع الجزائري نظام التناسف بين المرأة والرجل في المجالس المنتخبة مكتفيا فقط بنظام الحصص، غير أنه يمكن لهذا الأخير أن يكون مرحلة أولية في سبيل الانتقال إلى مبدأ التناسف. وفي المقابل، تبنته جزئيا بعض الأنظمة المقارنة كتونس مثلا، حيث فرض فيها التناسف في انتخابات المجلس التأسيسي في أكتوبر 2001، وقد لقي هذا الإجراء نقدا من قبل البعض، واعتبروا أن تواجد النساء في القوائم الانتخابية من شأنه أن ينعكس سلبيا

¹ - أنظر المادة 5 من القانون العضوي رقم 03/12.

² - محمد الخياري، المرجع السابق، ص 68-69.

وبالفشل على نجاح الانتخابات، وطالبوا بسحب التنافس على مجموعات أخرى تعاني من التمييز، غير أن مؤيدي التنافس اعتبروا أن المسألة تتعلق بمجلس تأسيسي¹.

وفي رأينا فإن مبدأ التنافس، يؤدي إلى الاتساع المفرط في إجراء التمييز الإيجابي ويحيله من استثناء على مبدأ المساواة ينبغي إعماله في أطر ضيقة إلى أصل أو مبدأ مواز له، كما أنه من جهة ثانية، قد يربط آثار ضارة على الحياة السياسية، لأنه يركز على فلسفة كمية عددية ويهمل معياري الكفاءة والجدارة كأحد أهداف الديمقراطية التمثيلية. وعليه، نعتقد أن مسعى إعمال المساواة الفعلية بين المرأة والرجل في المشاركة السياسية يجد حده الأقصى في إقرار نظام الحصص كإجراء تعويضي مؤقت.

ثانيا: التمييز الإيجابي كإجراء للحفاظ على المرأة في سوق الشغل

إن تطبيق المساواة الشكلية بين المرأة والرجل في مجال التشغيل من شأنه إقصاء الخصوصية البيولوجية والجسدية للمرأة كعامله وكأم، لذلك فقد حرصت التشريعات العمالية على إقرار تمييز إيجابي لصالح المرأة يوفر لها فرصا للاندماج في سوق الشغل ويزيل العقبات المهنية التي تواجهها كعامله (1) وكأم (2).

1- الإجراءات الحمائية للمرأة كعامله

عالجت المواثيق الدولية والقوانين الداخلية تنظيم شروط العمل وظروفه المتعلقة بالمرأة، على نحو يوفر لها الحماية اللازمة ويكفل لها أداء العمل في ظروف آمنة وصحية. وتتمثل هذه الإجراءات في حظر تشغيل النساء ليلا (أ) وحمايتهن من القيام ببعض الأعمال الخطرة أو الشاقة (ب).

أ- حظر تشغيل النساء ليلا

نظرا للخصوصية البيولوجية للمرأة ولطبيعتها واجباتها العائلية، حظر المشرع الجزائري العمل الليلي بالنسبة للنساء، حيث نصت المادة 29 من القانون رقم 11/90 المؤرخ في 21 أفريل 1990 والمتعلق بعلاقات العمل المعدل والمتمم على أنه: "يمنع المستخدم من تشغيل العاملات في أعمال ليلية. غير أنه، يجوز لمفتش العمل المختص إقليميا أن يمنح رخصة خاصة، عندما تبرر ذلك طبيعة النشاط وخصوصيات منصب العمل". يظهر من هذا النص أن المشرع أرسى تمييزا إيجابيا لصالح المرأة بمقتضاه حظر تشغيلها ليلا وذلك خلافا للرجل الذي لم يعترف له بمثل هذا الحق، غير أنه أورد على هذا الأصل استثناء مؤداه جواز تشغيل المرأة ليلا إذا كان مبررا بطبيعة النشاط وخصوصيات منصب العمل شرط الحصول على ترخيص من مفتش العمل المختص إقليميا. وفي تحديده للعمل الليلي، اعتبر المشرع أن كل عمل ينفذ ما بين الساعة التاسعة ليلا والساعة الخامسة صباحا هو عمل ليلي².

¹ - لطفي طرشونة، المرجع السابق، ص55.

² - أنظر المادة 27 من القانون رقم 11/90 المتعلق بعلاقات العمل.

ويهدف هذا الحظر إلى تفادي الأضرار التي تلحق بالمرأة العاملة نتيجة العمل الليلي ودفعها للمخاطر التي يمكن أن تتعرض لها مما يؤثر في صحتها أو يؤثر في وظيفة الأمومة لديها.

ب- حماية المرأة العاملة من الأعمال الخطرة والشاقة

أكدت مستويات العمل الدولية حرصها على توفير الحماية للمرأة العاملة من خلال حظر تشغيلها في الأعمال الخطرة أو الشاقة التي من شأنها أن تمثل خطرا ماديا أو معنويا عليها. وبدوره أكد المشرع الجزائري على هذه الحماية، حيث نص المرسوم التنفيذي رقم 05/91 المؤرخ في 19 جانفي 1991 والمتعلق بالقواعد العامة للحماية التي تطبق على حفظ الصحة والأمن في أماكن العمل¹ في المادة 26 على أنه إذا تطلب الأمر أن ينقل العمال العتاد أو أشياء عاتقة وثقيلة من مكان إلى آخر دون جهاز ميكانيكي، فيجب أن تكون أقصى الحمولة للعاملات الإناث 25 كغ في المسافات القصيرة، كما تنص المادة 11 من القانون رقم 07/88 المؤرخ في 2 جويلية 1988 المتعلق بالنظافة والأمن وطب العمل² على إلزام المستخدم بالتأكد أن الأعمال التي توكل للنساء لا تقتضي مجهودا يفوق طاقتهم، وقررت المادة 38 منه عقوبة غرامة تتراوح بين 500 و1500 دج ضد كل مستخدم يخالف أحكام المادة 11 وفي حالة العود يعاقب بالحبس لمدة 3 أشهر على الأكثر وبغرامة من 2000 إلى 4000 دج أو بإحدى هاتين العقوبتين.

أما القانون رقم 06/82 المتعلق بعلاقات العمل الفردية³، فقد نصت المادة 16 منه قبل إلغائه بمقتضى القانون رقم 11/90 المتعلق بعلاقات العمل على أنه: "لا يجوز استخدام النساء في أشغال خطيرة أو عديمة النظافة أو مضرة بصحتهم..."، في حين لم ينص القانون 11/90 على مثل هذا الحظر.

2- الإجراءات الحمائية للأمومة المرأة العاملة

عادة ما يشكل الحمل والولادة مصدرا لممارسات تمييزية نحو المرأة العاملة، لذلك أقرت التشريعات أحكام قانونية خاصة لحمايتها وتحقيق المساواة الفعلية بينها وبين الرجل. وهو ما ذهب إليه المشرع سواء فيما يتعلق بالموظفات العاملات في الهيئات الإدارية أو العاملات في القطاع الخاص.

بالنسبة للمرأة الموظفة، أقر لها الأمر رقم 03/06 المؤرخ في 15 جويلية 2006 والمتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية⁴ جملة من التدابير التمييزية لحماية أمومتها، حيث كفلت لها المادة 146 منه إمكانية الاستفادة من وضعية الإحالة على الاستيداع بقوة القانون بغرض السماح لها بتربية طفل يقل عمره عن خمس سنوات، وبانتهاء هذه الفترة يعاد إدماجها وجوبا في رتبها الأصلية ولو كانت زائدة عن العدد، كما أعطتها المادة 213 الحق في الاستفادة من عطلة الأمومة، واعتبرت المادة 204 فترة عطلة الأمومة فترة عمل تدخل في تحديد مدة العطلة السنوية.

¹ - ج.ر عدد 29.

² - ج.ر عدد 04.

³ - القانون رقم 06/82 المؤرخ في 27 فيفري 1982 يتعلق بعلاقات العمل الفردية (ج.ر عدد 9).

⁴ - ج.ر عدد 46 الصادرة بتاريخ 16 جويلية 2006.

وبالنسبة للموظفة المرضعة، فلها الحق ابتداء من انتهاء عطلة الأمومة، ولمدة سنة في التغيب ساعتين مدفوعتي الأجر كل يوم خلال الستة أشهر الأولى وساعة واحدة مدفوعة الأجر كل يوم خلال الأشهر الستة الموالية¹. أما بالنسبة للعاملات في القطاع الخاص، فقد أعطاهن المشرع كذلك حماية خاصة لأموتهن حيث نصت المادة 55 من قانون علاقات العمل على إفادة العاملات خلال فترات ما قبل الولادة وما بعدها من عطلة الأمومة، وكذلك الاستفادة أيضا من تسهيلات حسب الشروط المحددة في النظام الداخلي للهيئة المستخدمة، كما حظر المشرع على المستخدم إنهاء عقد العمل أثناء عطلة الأمومة، وفرض فقط تعليق علاقة العمل²، كما نص على ضرورة إعادة إدراج العامل في منصب عمله أو في منصب مماثل بعد انقضاء فترة التعليق³.

إن هذه الحماية الخاصة الممنوحة للمرأة وغير المعترف بها بالنسبة للرجل، تجد أساسها في طبيعتها البيولوجية التي جعلت منها حاملا أو أما، وكذلك في وضعيتها الخاصة التي قد لا تسمح لها بالالتزام بمتطلبات عملها.

III المطلب الثالث: الرقابة على دستورية مبدأ التمييز الإيجابي لصالح المرأة

لما كان مبدأ التمييز الإيجابي لصالح المرأة استثناء على المبدأ الدستوري القاضي بضرورة المساواة بين المواطنين وحظر التمييز بينهم على أساس الجنس، فإنه يخضع لرقابة دستورية تظهر على صعيد التثبت من عدم وجود تمييز تعسفي (الفرع الأول) وكذلك التحقق من مدى توافر شروط التمييز الإيجابي لصالح المرأة (الفرع الثاني).

5 الفرع الأول: التثبت من عدم وجود تمييز تعسفي

لا يقر المجلس الدستوري بدستورية التمييز الإيجابي لصالح المرأة، إذا عاين أنه ينطوي على تمييز تعسفي. إن إلحاق وصف التعسف بقاعدة ما، يعني أن هذه القاعدة تتوقف على إرادة واضعها فقط ودون أن تخضع في سنها لاحترام قواعد أخرى موجودة قبلها، وقد حاول الفقيه Vedel إيجاد تعريف لهذا الوصف معتبرا أن "التعسفي" ينطبق على كل ما لا يمكن قبوله بعقلانية⁴. وعليه، فإن مفهوم التعسف يرتبط غالبا بمفهوم العقلانية والموضوعية.

وقد اعتبر القضاء الدستوري الفرنسي أن كل تفرقة غير منطقية ومخالفة للدستور، هي تفرقة تعسفية خاصة إذا لم تكن مرتكزة على مبرر أو سبب كاف⁵. وعليه، يعتبر المجلس الدستوري أن التمييز الذي يقع لصالح المرأة هو تمييز تعسفي إذا لم يكن يستند إلى مبرر موضوعي ومعقول، ويكون هذا المبرر كذلك عندما يكون الهدف من التمييز مشروعاً.

¹ - أنظر المادة 214 من الأمر رقم 03/06 المتضمن القانون الأساسي للوظيفة العمومية.

² - أنظر المادة 2/64 من قانون علاقات العمل.

³ - أنظر المادة 65 من قانون علاقات العمل.

⁴ - Soucranian (F-M), *le principe d'égalité dans la jurisprudence du conseil constitutionnel*, op.cit, p128.

⁵ - هاجر الهيشري، المرجع السابق.

ولتقدير موضوعية ومعقولية التفرقة، يأخذ المجلس الدستوري في اعتباره جملة من المعطيات مثل الظروف والملايسات المحيطة بالإجراء التمييزي، والمجالات والموضوعات التي يمسها هذا التمييز¹. وقد اعتبرت المحكمة العليا بالولايات المتحدة الأمريكية في هذا الخصوص، أنه يمكن القبول بالاختلاف في الوضعيات التي يقرها المشرع، إذا كانت تجد تبريرها في الظروف الواقعية وإذا كانت ذات صلة بالهدف المنشود².

6 الفرع الثاني: التثبيت من شروط التمييز الإيجابي

بالإضافة إلى التحقق من عدم وجود تمييز تعسفي، يتثبت القاضي الدستوري كذلك من مدى توافر شروط التمييز الإيجابي، حيث يعاين ما إذا كان هناك اختلاف في الوضعيات يبرر مثل هذا التمييز (أولا)، وهل أن الهدف منه هو تحقيق المصلحة العامة (ثانيا).

أولا: التحقق من وجود اختلاف في الوضعيات

لا يشكل الاختلاف في المعاملة تمييزا في حد ذاته، فطبقا للرأي الغالب، لا يثبت التمييز إلا حين يعامل أشخاص يوجدون في ظروف متماثلة معاملة مختلفة، وعليه يعتبر القاضي الدستوري التمييز الإيجابي مشروعاً إذا كان مبرراً بوجود اختلاف في الوضعيات، وتطبيقاً لذلك، قضى المجلس الدستوري الجزائري في رأيه رقم 05 المؤرخ في 22 ديسمبر 2011 والمتعلق بمراقبة مطابقة القانون العضوي³ الذي يحدد كفاءات توسيع تمثيل المرأة في المجالس المنتخبة للدستور بأنه: "واعتباراً أن مبدأ المساواة المنصوص عليه في المادة 29 من الدستور لا يتعارض مع إقرار المشرع قواعد مختلفة عندما يكون لمعيار الاختلاف علاقة مباشرة بموضوع القانون الذي يضعه، والنتيجة عن حتمية دستورية، ولا يتعارض أيضاً مع إقرار المشرع قواعد مختلفة لمواطنين يوجدون في أوضاع مختلفة".

واضح تماماً من هذا الرأي، أن المجلس الدستوري قد أسس مبدأ التمييز الإيجابي لصالح المرأة على أساس الاختلاف في الوضعيات بينها وبين الرجل.

ثانياً: التحقق من وجود عنصر المصلحة العامة

بعد التثبيت من وجود اختلاف في الوضعيات يبرر إرساء التمييز الإيجابي لصالح المرأة، يتحقق القاضي الدستوري في مرحلة ثانية من مدى وجود مصلحة عامة في تطبيق التمييز الإيجابي، وتطبيقاً لذلك حكم القاضي الدستوري الألماني بأنه: "من الممكن خرق مبدأ المساواة من خلال نص قانوني خاص عندما يتم التحقق من وجود أسباب عقلانية متأنية عن طبيعة الأشياء، تأسيساً على مبدئي التناسب والإنصاف، لأنه في النهاية ما يحسم الإقرار بخرق مبدأ المساواة هو التوجهات التي ينتهجها المشرع في سبيل تحقيق العدالة، وتكون مبنية على تمييز ظاهري جدي يؤخذ بعين الاعتبار من قبل المشرع"، وهو نفس الحل الذي تبناه المجلس الدستوري

¹ - Lochak (D), « Réflexions sur la notion de discrimination », R.D.S, n°11, novembre 1987, p 783.

² - لطفي طرشونة، المرجع السابق، ص 88.

³ - ج.ر عدد 1 الصادرة بتاريخ 14 جانفي 2012.

الفرنسي عندما قرر: "أن مبدأ المساواة لا يمنع المشرع من أن يعامل بتشريعات مختلفة مواقع مختلفة ضمن الفئة الواحدة، شرط أن يكون التمييز في المعاملة متناسبا مع الهدف الذي رسمه القانون"¹.

ويخضع تقدير عنصر المصلحة العامة إلى السلطة التقديرية للقاضي الدستوري، الذي يتعين عليه أن يبسط رقابة مشددة على المشرع في هذا الخصوص، حتى لا يقع توظيف المصلحة العامة لسن نصوص قانونية تؤسس لتمييزات غير مشروعة.

الخاتمة

نخلص من هذه الدراسة، إلى أن مبدأ التمييز الإيجابي لصالح المرأة هو إجراء استثنائي لتبرير تفعيل وترقية تمتعها بالحقوق والحريات الأساسية، وممارستها، ورغم أنه مفهوم يتسم نسبيًا بالغموض والإبهام، ويبدو ظاهريًا أنه يتصادم مع مبدأ المساواة أمام القانون، إلا أنه في جوهره يعمل على تحقيق المساواة الفعلية بين المرأة والرجل، من خلال التحول من المقاربة التقليدية لمبدأ المساواة وهي المساواة أمام القانون إلى المقاربة الحديثة وهي المساواة بالقانون.

وحتى لا يخرج هذا الإجراء من دائرة المشروعية وينحرف عن هدفه، فقد وضع له القضاء الدستوري شروطًا، بعضها يتعلق بمضمون الإجراء التمييزي وهدفه، حيث يجب أن يكون مبررا بوجود اختلاف في الأوضاع وأن يكون الهدف منه هو تحقيق مبدأ تكافؤ الفرص أو المساواة الفعلية بين المرأة والرجل، وبعضها الآخر يتعلق بمدته، حيث أنه يجب أن يكون إجراء مؤقتا ينتهي أثره بمجرد تصحيح الأوضاع الداعية إليه.

وقد تبنى المشرع الجزائري مبدأ التمييز الإيجابي لصالح المرأة في مجالين أساسيين، أولهما يتعلق بترقية مشاركتها في المجالس المنتخبة، وثانيهما يتعلق بالإجراءات التفضيلية الحمائية الممنوحة لها في سوق العمل.

قائمة المراجع:

أولا: النصوص الرسمية

(1)-القوانين والأوامر:

- 1- القانون العضوي رقم 03/12 المؤرخ 12 جانفي 2012 والمحدد لكيفيات توسيع حظوظ تمثيل المرأة في المجالس المنتخبة، ج.ر عدد 1 الصادرة بتاريخ 14 جانفي 2012).
- 2- القانون رقم 01/16 المؤرخ في 06 مارس 2016 والمتضمن التعديل الدستوري، (ج.ر عدد 14 الصادرة في 07 مارس 2016).
- 3- القانون رقم 19/08 الصادر بتاريخ 15 نوفمبر 2008، (ج.ر عدد 63).
- 4- القانون رقم 07-88 المؤرخ في 2 جويلية 1988 المتعلق بالنظافة والأمن وطب العمل، (ج.ر عدد 04).
- 5- القانون رقم 06/82 المتعلق بعلاقات العمل الفردية المؤرخ في 27 فيفري 1987، (ج.ر عدد 09).

¹ - هاجر الهيشري، المرجع السابق.

- 6- الأمر رقم 03/06 المؤرخ في 15 جويلية 2006 والمتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية. (ج.ر عدد 46 الصادرة بتاريخ 16 جويلية 2006).
- (2)- المرسوم التنفيذي رقم 05/91 المؤرخ في 19 جانفي 1991 والمتعلق بالقواعد العامة للحماية التي تطبق على حفظ الصحة والأمن في أماكن العمل. (ج.ر عدد 29).
- (3)- آراء المجلس الدستوري:
- 1- الرأي رقم 05 المؤرخ في 22 ديسمبر 2011 والمتعلق بمراقبة مطابقة القانون العضوي. (ج.ر عدد 01 الصادرة في 14 جانفي 2012).

ثانيا: الكتب

- 1- خالد مصطفى فهبي، حقوق المرأة بين الاتفاقيات الدولية والشريعة الإسلامية والتشريع الوضعي، -دراسة مقارنة-، الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007.
- 2- عمار بن عاشور، القانون الإداري، الطبعة 3، مركز البحث والنشر الجامعي، تونس، 2006.

ثالثا: المقالات

- 1- محمد السيد الدماصي، "الحقوق الدستورية في المجال الوظيفي-حق المساواة في شغل الوظائف العامة"-، مجلة العلوم الإدارية، مصر، العدد 2، 1973.
- 2- هاجر الهيشري، "مشروعية التمييز الايجابي"، على الموقع: <http://www.htm> محمود داوود يعقوب محام وأستاذ جامعي-مشروعية التمييز الايجابي-، في 2017/02/17.
- رابعا: الرسائل والمذكرات الجامعية
- 1- محمد الخياري، (الحقوق السياسية للمرأة في بلدان المغرب العربي)، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تونس، 2009-2010.
- 2- لطفي طرشونة، (التمييز الايجابي)، مذكرة ماجستير في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، سوسة، تونس، 2013.

1)-OUVRAGES:

- 1-Levade(A), « **Discrimination positive et principe d'égalité en droit français** », in Discrimination positive, pouvoir, n°111, novembre 2004.
- 2- Soucramanien (F-M), **le principe d'égalité dans la jurisprudence du conseil constitutionnel**, ed.Economica.

2)-ARTICLES :

- 1-Fardeau (M), « **concilier non discrimination et compensation, non discrimination et discrimination positive** », problèmes politiques et sociaux, n° 892, 2003.
- 2-Gargouri (M), « **légalité devant la loi à légalité par la loi, à propos de lavis du conseil constitutionnel n°34-205 concernant un projet de loi d'orientation relative à la promotion et la protection des personnes handicapés** », Etudes juridiques, n°15.
- 3- Le pourhiet (A.M), « **Discrimination positive ou in justice ?** », R.F.D.A, n°14, mai-juin 1998.
- 4-Lochak (D), « **Réflexions sur la notion de discrimination** », R.D.S, n°11, novembre 1987.
- 5- Soucramanien (F-M), « **Les adaptations du principe d'égalité à la diversité des territoires** », R.F.D.A, 13(5) septembre, octobre, 1997.

تداعيات الانشقاقات الحزبية على الائتلافات الحكومية (2011-2017)

- تونس نموذجا -

أ. لحواسنية ياسمين

جامعة الجزائر 3

yasminelahouasnia@yahoo.fr

ملخص:

كان التفكك والتلاشي أبرز سمات المشهد السياسي التونسي بعد ثورة 14 جانفي 2011، تميز هذا المشهد السياسي بعدم الاستقرار كنتيجة طبيعية لسياسة الائتلافات الحكومية تبعا لمقتضيات مرحلة الانتقال الديمقراطي، يظل مآل هذا المشهد السياسي مرهونا بتجليات مستقبل مأمول قد يعاد فيه رسم الخارطة السياسية ومراجعة صيغ الائتلاف الراهنة باتجاه تشكيل تحالفات جديدة، إن نجاح الائتلافات الحكومية في تونس مرهون بمدى نضج الأحزاب السياسية وقدرتها على إيجاد آليات لتفادي الانشقاقات الحزبية، ذلك ما يطرح أسئلة حول مآل المشهد السياسي التونسي الراهن وقدرته على احتواء الانشقاقات الحزبية ومن ثم تشكيل ائتلافات حكومية تتميز بالاستقرار والديمومة وقادرة على تسيير الشأن العام التونسي في أحسن الظروف.

الكلمات المفتاحية: تداعيات، الائتلافات الحكومية، الانشقاقات الحزبية، تونس.

Summary:

Disintegration and fading were the main features of the Tunisian political scene after the revolution of 14 January 2011. This political scene is characterized by instability as a natural result of the policy of the government coalitions in accordance with the requirements of the democratic transition. This political scene remains subject to the prospect of a hopeful future. Towards the formation of new alliances. The success of the government coalitions in Tunisia depends on the maturity of the political parties and their ability to find mechanisms to avoid partisan schisms. This raises questions about the fate of the current Tunisian political scene and its ability to contain partisan schisms and thus form stable and sustainable government coalitions capable of running the public affairs. Tunisia in the best of circumstances.

Keywords: repercussions, government coalitions, partisan schisms, Tunisia.

مقدمة:

منذ بداية تشكل الأحزاب السياسية بعد ثورة 14 جانفي 2011، كانت الانشقاقات والانقسامات من أبرز سمات المشهد السياسي التونسي مع تنامي حدة الصراع على الحكم، أفرزت انتخابات المجلس التأسيسي في أكتوبر 2011 ائتلافا ثلاثيا بين "حركة النهضة" وحزبي "المؤتمر من أجل الجمهورية" و"التكتل من أجل العمل والحريات"، وبعد الانتخابات التشريعية والرئاسية لسنة 2014 إتفقت الأطراف السياسية المعنية على تشكيل حكومة إئتلافية رباعية بين أحزاب "نداء تونس" و"النهضة" و"الاتحاد الوطني الحر" و"أفاق تونس" ومن بعد حكومة وحدة وطنية ضمت 8 أحزاب.

شهد الائتلاف الثلاثي "الترويكا" حفاظ حركة النهضة على تماسك أعضائها، بالمقابل أنهكت الاستقلالات والانشقاقات حليفها حزبي المؤتمر والتكتل، كما اتسم أداء حزب المؤتمر من أجل الجمهورية بالاضطراب ليستقبل أغلب قياديه وممثليه بالمجلس التأسيسي، وقام المستقيلون بتأسيس حزبين هما "حركة وفاء" و"التيار الديمقراطي"، كما عرف حزب التكتل من أجل العمل والحريات تصدعا نتج عنه التحاق عدد هام من قياديه بأحزاب أخرى وتأسيس آخرين لحزب "الخيار الثالث"، كما شهد الائتلاف الرباعي وحكومة الوحدة الوطنية صراعات بين العلمانيين وحركة النهضة بسبب إختلاف التوجهات الحزبية، كما شهدت حركة نداء تونس إنشقاقات جعلت حركة النهضة صاحبة الأغلبية البرلمانية.

أهمية الدراسة:

تنبع أهمية الموضوع من خلال لفت الانتباه إلى ضرورة اهتمام الباحثين بدراسة الانشقاقات الحزبية كظاهرة سياسية تستدعي الإهتمام بها، بإعتباره موضوع من صميم العلوم السياسية من خلال دراسة وتحليل الموضوع، بإعتماد المناهج التحليلية للوصول إلى فهم وحل بعض العلاقات التفاعلية والمؤثرات الداخلية والخارجية المتعلقة بالانشقاقات الحزبية وانعكاساتها على الائتلافات الحكومية.

إشكالية الدراسة:

انطلاقا مما سبق يمكن صياغة الإشكالية محل الدراسة كالآتي : كيف أثرت الانشقاقات الحزبية على الائتلافات الحكومية على ضوء الحالة التونسية (2011-2017) ؟

تقسيم الدراسة:

للإجابة على الإشكالية المطروحة، إرتأينا تقسيم هذه الورقة البحثية إلى ثلاث محاور:
المحور الأول : واقع الائتلافات الحكومية في تونس (2011 إلى 2017).
المحور الثاني : دينامية الانشقاقات داخل الأحزاب المشكلة للائتلافات الحكومية.
المحور الثالث : مستقبل الظاهرة الحزبية وقدراتها الائتلافية في تونس.

المحور الأول : واقع الائتلافات الحكومية في تونس (2011 إلى 2017)

إن الائتلافات الحكومية ظاهرة جديدة على الساحة السياسية في تونس، اعتبرها البعض نتيجة مباشرة لنظام انتخابي يقوم على أساس النسبية التي لا تعطي فرصة لأي حزب، مهما كان شأنه ليحقق نتائج انتخابية تمكنه من تشكيل حكومة بمفرده، كما أن الرغبة في اقتسام أعباء الحكم والمعارضة شجعت على تشكل تحالفات حكومية، وقد شهدت تونس منذ انتخابات أكتوبر 2011، تعاقد خمس ائتلافات حكومية مختلفة التوجهات الحزبية نتيجة الظروف الاقتصادية والأمنية والسياسية، نوجزها في الجدول الآتي :

جدول رقم 01: الائتلافات الحكومية في تونس خلال الفترة 2011/2017.

الحكومة الائتلافية	الأحزاب المكونة للائتلاف	مدة الائتلاف	رئيس الجمهورية	رئيس الحكومة
حكومة الغنوشي الأولى	حزب التجمع الدستوري، حزب الديمقراطي التقدمي، حزب التجديد، مستقلين.	17 إلى 27 جانفي 2011	فؤاد المبرع	/
حكومة الترويكا 1	حزب النهضة، حزب المؤتمر من اجل الجمهورية، حزب التكتل الديمقراطي من اجل العمل والحريات، مستقلين.	22 ديسمبر 2011 إلى 13 مارس 2013	منصف المرزوقي	حمادي الجبالي
حكومة الترويكا 2	حزب النهضة، حزب المؤتمر من اجل الجمهورية، حزب التكتل الديمقراطي من اجل العمل والحريات، مستقلين.	13 مارس 2013 إلى 09 جانفي 2014	منصف المرزوقي	علي العريض
ائتلاف الحكومي الرباعي	حزب نداء تونس، حزب النهضة، الاتحاد الوطني الحر.	6 فيفري 2015 إلى 26 اوت 2016	القايد السبسي	الحبيب الصيد
حكومة الوحدة الوطنية	حزب نداء تونس، حزب النهضة، الاتحاد الوطني الحر، أفاق تونس، المبادرة الوطنية الدستورية، الحزب الجمهوري، المسار الديمقراطي الاجتماعي، حركة الشعب.	26 أوت 2016 إلى غاية الآن	القايد السبسي	يوسف الشاهد

المصدر: أنور الجمعاوي، الحكومة الائتلافية في تونس: "قراءة في التركيبة والتداعيات والتحديات"، الدوحة: المركز العربي للابحاث ودراسة السياسات ، فيفري 2015، ص ص 07،05،02.

أولا- حكومة الترويكا (13 مارس 2013 إلى 09 جانفي 2014):

إن تصاعد موجة العنف التي شهدتها عدة مدن تونسية لتنتهي في 6 فيفري 2013، باغتيال شكري بلعيد الأمين العام لحركة "الوطنيون الديمقراطيون" اليسارية وأحد أبرز قيادات الجبهة الشعبية*، التي تضم في تركيبها قوى يسارية وأخرى قومية، أدى هذا الى إعلان رئيس الوزراء حمادي الجبالي عن تشكيل "حكومة كفاءات وطنية" بديلا

من حكومة الترويكا* التي أفرزتها تفاهمات ما بعد انتخابات أكتوبر 2011 لقيادة المرحلة الانتقالية⁽¹⁾. حدث ذلك في سياق حركية سياسية غير مسبوقة تشهدها الساحة السياسية التونسية أفضت إلى تطورين في غاية من الأهمية يبدو وكأنهما يسيران في اتجاه متعاكس: تكتل في المعارضة وتفكك في الحكم.

1- من أزمة إلى حوار:

إن اغتيال النائب اليساري محمد البراهمي في جويلية 2013، أدى إلى إثارة أزمة سياسية في تونس هي الأكبر منذ الإطاحة بالرئيس زين العابدين بن علي عام 2011، حيث حمل ثلث أعضاء الجمعية التأسيسية المسؤولية للحكومة التي يترأسها الإسلاميون المسؤولية الأخلاقية عن جريمة القتل، ودخول هؤلاء الأعضاء في إضراب مفتوح⁽²⁾. في هذا الإطار نظم نواب المعارضة جنبا إلى جنب مع الآلاف من المحتجين، اعتصاما طالبوا فيه بحل الجمعية التأسيسية، وصبوا مخيمات أمام مبنى البرلمان لمدة تقارب ثلاثة أشهر، ولم يؤدي ذلك الاعتصام إلى وقف اعتماد الدستور الجديد للبلاد فحسب، بل إلى ارتفاع حدة التوتر بين جبهة الإنقاذ الوطني* الممثلة للكتلة العلمانية وائتلاف السلطة الثلاثية المشتركة الترويكا الحاكم، هذا وقد رفض أنصار المعارضة أي نوع من الحوار مع الحكومة. لم يعد تحالف الأحزاب واندماجها في تونس أمرا مستبعدا في ظل الديناميكية التي أطلقتها الثورة والتي من بين أبرز مظاهرها توالد الأحزاب وتشكل الجبهات في حركة دائبة لإعادة رسم المشهد السياسي عامة والبحث عن توازن مفقود، فالحزب الجمهوري ذاته تجمع لعدد من الأحزاب من بينها "الديمقراطي التقدمي" و"آفاق تونس" و"الإرادة" و"الكرامة"⁽³⁾، كما يضم المسار حزبي "حركة التجديد" (الحزب الشيوعي سابقا) و"العمل التونسي"، إضافة إلى قيادات من "القطب الحدائي" ذي التوجه اليساري⁽⁴⁾، تحت لافتة الاتحاد من أجل تونس* والذي يوصف في بعض الأوساط بـ"ترويكا المعارضة".

* الجبهة الشعبية: يتكون هذا القطب السياسي المعارض من عدد من الأحزاب اليسارية والقومية الراديكالية، تضم 14 حزبا ومن أبرز هذه الأحزاب حركة الشعب ذات الخلفية القومية والميل الناصري، وحزب العمال بزعامة حمة الهمامي.
* الترويكا: كلمة روسية تعني العربية التي يجرها ثلاثة جياذ مترابطة، وترويكا الحكم هو نظام الحكم الثلاثي، للمزيد من المعلومات أنظر أحمد سعيفان، قاموس المصطلحات السياسية والدستورية والدولية، مكتبة لبنان ناشرون، 2004، ص 89.

¹ - "تونس: أزمة الترويكا واصطفاف المعارضة"، مركز الجزيرة للدراسات، تم تصفح الموقع بتاريخ: 2017/10/14، <http://studies.aljazeera.net/ar/positionestimate/2013/02/201321010739424512.html>

² - حبيب السايح، "التحول الديمقراطي في تونس: من الخلاف الى التوافق؟"، معهد واشنطن لسياسة الشرق الأدنى، تم تصفح الموقع بتاريخ: 2017/10/14، <http://www.washingtoninstitute.org/ar/policy-analysis/view/tunisias-democratic-transition-from-centention-to-consensus>

* جبهة الإنقاذ الوطني: أسست بتاريخ 26 جويلية 2013 وتكونت من أحزاب سياسية معارضة تمثلت في "حركة نداء تونس"، و"الجبهة الشعبية"، و"حركة تمرد السياسية".

* الاتحاد من أجل تونس: هو تحالف سياسي تونسي أعلن عنه الباجي قايد السبسي في 7 ديسمبر 2012، وهو جبهة سياسية ضمت 5 أحزاب وقد صنف ذلك كمحاولة لتجميع القوى اليسارية والديمقراطية المشتتة.

³ - حبيب السايح، مرجع سابق.

⁴ - "تونس: أزمة الترويكا واصطفاف المعارضة"، مرجع سابق.

الملاحظة الأساسية على دينامية التحلل وإعادة التشكل في صفوف المعارضة هو أنه لم يعد هناك خطوط حمراء تمنع تقارب أحزابها أو تحالفها، على صعيد الأيديولوجيا ولا على صعيد البرنامج السياسي، إن الجامع الوحيد يتمثل في معارضتها الجذرية للحكومة وحركة النهضة ذات التوجه الإسلامي تحديدا.

2- إيجاد حل للزمة:

سادت فكرة السعي لإيجاد حل بين جميع الأطراف، بسبب النضج المفترض للأحزاب السياسية، وبعد قيام ضغط من قبل أربع جهات فاعلة رئيسية في المجتمع المدني هي "الاتحاد العمالي التونسي للشغل"، و"الاتحاد التونسي للصناعة والتجارة والصناعات التقليدية" (جمعية لأرباب الأعمال)، و"نقابة المحامين التونسيين"، و"رابطة حقوق الإنسان"، اضطر ائتلاف الترويكا والمعارضة إلى المشاركة في الحوار الوطني⁽¹⁾، اتفق الطرفان على خارطة طريق تتضمن اعتماد دستور توافقي وتعيين حكومة تصريف أعمال بقيادة رئيس الوزراء مهدي جمعة.

ثانيا- حكومة الائتلاف الرباعي الحاكم:

إن تبوأ حزب نداء تونس المرتبة الأولى وحركة النهضة المرتبة الثانية في انتخابات 2014 أدى إلى تشكيل حكومة ائتلافية برئاسة الحبيب الصيد التي لم تكن متوقعة، تم اعتبار هذا التحالف بمثابة الخيانة الواضحة للوعود الانتخابية التي قطعها الحزبان وبمثابة التنصل من المبادئ والقيم المميزة لكل واحد منهما⁽²⁾، تبعات هذا التحالف الاستراتيجي بين الحزبين أدى إلى بروز انشقاقات وصراعات.

بالرغم من اشتراك حزبين في تجربة الائتلاف الرباعي الحاكم، وهما: حزب آفاق تونس والاتحاد الوطني الحر وحصولهما على حقائق وزارية مهمة، مثل وزارة التنمية والتعاون الدولي والاستثمار، ووزارة التجارة، ووزارة الاقتصاد الرقمي، إلا أن حضورها في المشهد السياسي ثانوي، كما أن تأثيرها في توجيه خيارات الحكومة محدود⁽³⁾. وأسوأ من وضع تلك الأحزاب الليبرالية وضع الأحزاب القومية التي هي اليوم مفتتة وضعيفة الفعالية، بعضها اندمج في الجبهة الشعبية وبعضها يحاول توحيد الجهود مع أحزاب ديمقراطية اجتماعية ضعيفة الحضور والتأثير.

إن التفكير في مستقبل هذا التحالف الحكومي يستدعي النظر مليا في مدى متانة العلاقة بين مكوناته والأطراف المؤثرة فيه، وفي قدرته على تحقيق الأهداف التي وجد من أجلها، إن نسبة احتمال استمرار الائتلاف الحكومي بين حزبي النهضة والنداء أكبر من نسبة احتمال تصدعه وذلك للأسباب الرئيسة التالية⁽⁴⁾:

¹ - حبيب السايح، مرجع سابق.

² - شفيق بومنيجل، "أزمة حزب نداء تونس ومستقبل المشهد السياسي التونسي"، مركز الدراسات الإستراتيجية والدبلوماسية، تم تصفح الموقع بتاريخ: www.csds-center.com/archives/amp.9707.2017/10/17

³ - فتحي الجراي، "واقع المشهد السياسي التونسي وتحولاته المنظورة"، مركز الروابط للبحوث والدراسات الإستراتيجية، تم تصفح الموقع بتاريخ: <http://rawabetcenter.com/archives/26557.2017/10/18>

⁴ - شفيق بومنيجل، مرجع سابق.

* أعلن الرئيس التونسي الباجي القايد السبسي، في 2 يونيو 2016، خلال حوار تلفزيوني فاجأ به الجميع عن مبادرة تتمثل بالدعوة إلى تشكيل حكومة وحدة وطنية نظرا لفشل العمل الحكومي في تحقيق الأهداف المرجوة.

* وثيقة قرطاج؛ وثيقة سياسية تضمنت خطوطا عامة للسياسات الاقتصادية والاجتماعية، وعلى قاعدتها تم تشكيل حكومة الوحدة الوطنية، حددت الاتفاقية عدد من الأهداف أهمها: إحلال الأمن والاستقرار، وترسيخ الانتقال الديمقراطي، واعداد برنامج للنهوض الاقتصادي... الخ.

. تجاوز الحركتين لمسألة النموذج المجتمعي الذي اعتبر بؤرة الصراع بينهما، فمساهمة النهضة في صياغة الدستور الجديد مثلت حجة كافية على تبنيها لمبادئ الدولة المدنية وقيمها، وهذا ما جعل حركة نداء تونس تقبل بها شريكا رئيسيا في الحكم.

. قبول حركة نداء تونس بالتعددية السياسية واعتراف مؤسسها بأخطاء الماضي خصوصا الاستبدادي منها.
. تقاسم الحركتين التوجهات الاقتصادية والاجتماعية نفسها تقريبا، إذ يمكن تصنيفهما ضمن الأحزاب اليمينية المائلة نحو الوسط، مما شجعهما على التحالف من أجل مواجهة قوى سياسية أخرى.

ثالثا - حكومة الوحدة الوطنية (06 فيفري 2015 إلى غاية الآن):

نالت حكومة الوحدة الوطنية* بقيادة يوسف الشاهد ثقة مجلس نواب الشعب في 26 أوت 2016، لأنها انبثقت عن وثيقة قرطاج* التي تم التوقيع عليها في 13 جويلية 2017 من قبل رؤساء 9 أحزاب و ثلاث منظمات وطنية وهي: حركة نداء تونس وحركة النهضة والاتحاد الوطني الحر ومشروع تونس وآفاق تونس والمبادرة الوطنية الدستورية والحزب الجمهوري والمسار الديمقراطي الاجتماعي وحركة الشعب⁽¹⁾، أما المنظمات الوطنية الموقعة على هذه الوثيقة فهي: الاتحاد العام التونسي للشغل والاتحاد التونسي للصناعة والتجارة والصناعات التقليدية والاتحاد التونسي للفلاحة والصيد البحري.

لقد أدرك أغلب المعارضين في تونس أن فشل الحكومة لا يؤدي بالضرورة لانتهيار الائتلافات، بقدر ما يعبر عن اعتقاد شريحة عريضة من المعارضين في أن خيارات الحكومة وطرق معالجتها للأزمة الاقتصادية والاجتماعية غير فعالة، فالجبهة الشعبية على سبيل المثال مازالت تدعو إلى تبني نموذج تنموي بديل يهتم بالفئات الاجتماعية الفقيرة والوسطى، وبناء على هذه الشروط سيكون من المستبعد أن تلتحق الأحزاب المعارضة بحكومة الوحدة الوطنية.

رابعا- الجبهات السياسية المعارضة للائتلافات الحكومية في تونس منذ 2011:

على صعيد المعارضة، ائتلفت ثلاثة من الأحزاب الرئيسية لتشكيل قطبا أطلق عليه اسم "الاتحاد من أجل تونس"، ضم إلى جانب حركة نداء تونس، الحزب الجمهوري والمسار الديمقراطي الاجتماعي، وعلى صعيد الحكم تفجرت الخلافات بين الأحزاب الممثلة لائتلاف الترويكا الذي يقود البلاد منذ انتخابات 23 أكتوبر 2011⁽²⁾. في هذا الصدد انتقد القائد السبسي الائتلاف الحاكم لفشله في حماية شعبه من التطرف الديني والسلفية، اللذين يرى فيهما خطرا متفاقما عجزت النهضة عن حماية تونس منه، فضلا عن إخفاقات النهضة في معالجة المسائل الاقتصادية والاجتماعية الملحة⁽³⁾. كما أعلن حزب نداء تونس أيضا عن مبادرة لرص صفوف أحزاب أخرى في اليسار

¹ - "حكومة الوحدة الوطنية وسؤال تثبيت الاستقرار"، مركز الدراسات الاستراتيجية والدبلوماسية، تم تصفح الموقع بتاريخ: 2017/10/17،

<http://www.csd-center.com/archives/10411>

² - "تونس: أزمة الترويكا واصطفاف المعارضة"، مرجع سابق.

³ - سناء العجي، "إعادة تصنيع فراغ المعارضة السياسية في تونس"، مجلة شؤون دولية، العدد الأول، ربيع 2013، ص 26.

الوسط، منها الحزب الجمهوري والمسار الديمقراطي وحزب الوحدة الشعبية، واعتبر القايد السبسي وأنصاره أن السبيل الوحيد للوقوف في وجه النهضة هو عبر تشكيل جبهة معارضة موحدة⁽¹⁾.

ومن التغييرات التي نلاحظها هي تقلص حضور ائتلاف الترويكا، وصولا إلى التلاشي التام في حكومة الجبالي خلال الفترة بين 24 ديسمبر 2011 و12 مارس 2013، كان هناك لحركة النهضة 16 وزيرا من إجمالي 28 ولحزب التكتل 5 وزراء ولحزب المؤتمر 4 وزراء، ومع حكومة علي العريض بداية من 13 مارس 2013 تقلص الحضور إلى 10 وزراء للنهضة من إجمالي 28 و3 لكل من المؤتمر والتكتل⁽²⁾. والأهم من ذلك أن وزارات السيادة المؤثرة لم تعد من نصيب حزب النهضة وأحزاب الترويكا كوزارات الداخلية والعدل والشئون الخارجية وذهبت إلى حكومة تكنوقراط، وبحلول نهاية جانفي 2014 خرجت أحزاب الترويكا كليا مع تشكيل حكومة مهدي جمعة.

كما استطاع تحالف "الاتحاد من أجل تونس" أن يشكل قوة ضاغطة على الترويكا، ونجح في تعبئة المواطنين للقيام بتظاهرات احتجاجية سلمية للمطالبة بالمحافظة على مكتسبات الحداثة في تونس (مجلة الأحوال الشخصية، وحرية المرأة، وحرية الإعلام)، كما كان في صدارة القوى السياسية الداعية إلى استقالة الترويكا، والجدول (02) الموضح أدناه يوضح أهم الجهات السياسية المعارضة للائتلافات الحكومية في تونس منذ ثورة 2011.

الجدول رقم 02: الجهات السياسية المعارضة للائتلافات الحكومية (2011-2017)

الجهات السياسية المعارضة	توقيت إنشائها	الأحزاب المنتمية	هدفها
ائتلاف الجبهة الشعبية اليساري	2012/10/07	12 حزب سياسي ذات ايديولوجية شيوعية قومية.	توحيد وتجميع المعارضة السياسية.
الاتحاد من أجل تونس	2013 02/11	الحزب الجمهوري، حزب نداء تونس، حزب افاق تونس.	تحالف سياسي موسع معارض للترويكا الحاكمة.
جبهة الانقاذ الوطني	2013/08/26	حزب نداء تونس، الجبهة الشعبية، الاتحاد من أجل تونس، حركة تمرد تونس.	المطالبة برحيل ائتلاف الترويكا

المصدر: أنور الجمعاوي، "المشهد السياسي في تونس: الدرب الطويل نحو التوافق"، الدوحة: المركز العربي للأبحاث ودراسة السياسات، العدد 06، جانفي 2014، ص 06.

إن الواقع والممارسة يؤكد أن الأحزاب التي كونت أقطابا وتقاربت فيما بينها، كان هدفها الوحيد هو تكوين جهات سياسية انتخابية لتمثل ثقلا انتخابيا ورصيда سياسيا يغول لها الدخول للاستحقاقات السياسية، ما يمكن استنتاجه هو الاستخدام الخاطئ لفكرة التحالف في الممارسة السياسية في تونس، فبدل أن تكون آلية للجمع بين قوى سياسية تتشابه في توجهاتها صارت مجرد أداة لتفكيك الائتلافات.

¹ - المرجع نفسه، ص ص 26، 27.

² - كارم يحي، الديمقراطية الصعبة: رؤية مصرية للانتقال التونسي، القاهرة: مركز القاهرة لدراسات حقوق الإنسان، سلسلة قضايا الإصلاح، 35، دون سنة نشر، ص 42.

المحور الثاني : دينامية الانشقاقات داخل الأحزاب المشكلة للانتلافات الحكومية

لقد شهدت الأحزاب السياسية في تونس تصدعات داخل عدد من الأحزاب المشكلة للانتلافات الحكومية؛ وهذا من شأنه أن تكون له تداعيات على الحزب والحكومة، خاصة إذا ما لم تتم إدارة هذه الصراعات في مناخات سليمة، ويمكن إيجاز أهم الانشقاقات التي عاشتها الأحزاب السياسية التونسية الفاعلة فيما يلي:

أولاً_ الانشقاقات داخل الائتلاف الحزبي الثلاثي (الترويكا) :

1_ حزبي التكتل الديمقراطي من أجل العمل والحريات وحزب المؤتمر من أجل الديمقراطية:

شهدت الأحزاب الممثلة للترويكا حالات انشقاق داخلي، ولاسيما بالنسبة إلى حزبي المؤتمر من أجل الجمهورية والتكتل الديمقراطي من أجل العمل والحريات، فقد اعترض عدد كثير من قواعد الحزبين على قرار التحالف مع حركة النهضة ذات المرجعية الإسلامية، واعتبار الاختلاف الأيديولوجي مانعا من التحالف السياسي معها⁽¹⁾، لذلك اختار الانسحاب على مساندة الائتلاف الحزبي الثلاثي، لاعتقادهم أن الترويكا لم تنجح في تحقيق أهداف الثورة، ولم تتقدم في تكريس العدالة الانتقالية ولم تكن حازمة في مكافحة الفساد ومحاسبة رموز النظام السابق.

اتسم أداء حزب المؤتمر من أجل الجمهورية منذ تولي مؤسسه المنصف المرزوقي منصب رئاسة الجمهورية بالاضطراب، ليستقيل أغلب قياديه وممثليه بالمجلس التأسيسي، وفي هذا الإطار أسس عبد الرؤوف العيادي حزب "حركة وفاء"، وأسس محمد عبّو حزب "التيار الديمقراطي"، وكلاهما منشق عن حزب المؤتمر من أجل الجمهورية، وتعود أسباب انقسام حزب المؤتمر حسب القيادة في حزب التيار الديمقراطي سامية عبّو: « إلى غياب الانسجام بين قياديي الحزب والتبعية المبالغ فيها لحركة النهضة، ضمانا لبقاء المرزوقي في الرئاسة، وفشل كل محاولات الإصلاح من الداخل ما أدى إلى الانهيار»⁽²⁾.

كما عرف حزب التكتل من أجل العمل والحريات حليف حركة النهضة الثاني، تصدعا نتج عنه التحاق عدد هام من قياديه بأحزاب أخرى، وتأسيس آخرين لحزب "الخيار الثالث"، ولم يحظ كلاهما بأي مقعد نيابي خلال الانتخابات التشريعية لعام 2014، وتعود أسباب انقسام حزب التكتل حسب القيادي المستقيل من التكتل صالح شعيب : « إلى إن انفراد رئيس الحزب مصطفى بن جعفر برأيه وانشغاله بمنصبه كرئيس للمجلس التأسيسي الذي منحته له حركة النهضة، أبرز الأسباب التي سرعت بانتهاء الحزب سياسيا وفقدانه لقواعده»⁽³⁾.

¹ - مونيكا ماركس، "أي أسلوب اعتمدته النهضة أثناء عملية صياغة الدستور التونسي: الإقناع، أو الإكراه، أم تقديم التنازلات؟"، الدوحة: مركز بوكنجز، العدد 10، فيفري 2014، ص 08.09.

² - خولة العشي، "انشقاقات الأحزاب التونسية منذ الثورة: تحالفات من الورق"، تم تصفح الموقع بتاريخ: 2017/10/21.

³ - المرجع نفسه.

2_ الانشاقاقات داخل حزب النهضة:

كانت حركة النهضة الحزب الوحيد الذي تمكن من الحفاظ على مختلف ممثليه المنتخبين، حيث تم وصف حركة النهضة بأنها "جيش متجانس" وبالتالي أصبح يعمل كآلية دفاعية، تشتت الانتباه عن حقائق مؤلمة ذات صلة بأداء الحركة كحقيقة أن ممثلي حركة النهضة سيطروا على أصوات المجلس الوطني التأسيسي في شكل يفوق حصة المنافسين الأقرب إليه بنسبة تصل إلى 20% (1).

بدأت حركة النهضة منظمة بالمقارنة مع الأحزاب الأخرى بفضل اجتماعاتها الخارجية الفرعية والتصويت داخل مجلس الشورى، بالإضافة إلى الاجتماعات العادية ككتلة واحدة داخل المجلس الوطني التأسيسي، إن الانقسامات الأخطر داخل الحركة تمحورت حول قضايا سياسية - وليس أيديولوجية - ككيفية التعامل مع شخصيات النظام القديم الذين يريدون خوض انتخابات 2014 (2)، وما إذا كان يتعين على الحركة أن تتنازل للمعارضين الذين طالبوا بالتنحي من الحكومة بعد اغتيال السياسي محمد البراهمي في جويلية 2013، تصاعدت حدة المشادات بشكل كبير في خريف عام 2013، مع ارتفاع شكاوي العديد من الممثلين الإقليميين في مجلس شورى حركة النهضة (ممثلة في المكتب التنفيذي) كانت تساوم كثيرا على المفاوضات السياسية في الحوار الوطني (3)، إذ قدم الأمين العام السابق حمادي الجبالي والقيادي رياض الشعبي استقالتهما، وأسس رياض الشعبي حزب جديد "البناء الوطني" الذي استقطب عددا هاما من أنصار الحركة وقواعدها.

بالتالي تعد حركة النهضة الركيزة الثانية للتوافق في تونس، خرجت من مؤتمرها العاشر في شهر ماي 2016 بتباين واضح على المستوى القيادي حول فلسفة إدارة الحزب من جهة، وإدارة الخط السياسي من جهة أخرى، وعلى الرغم من محاولاتها الحثيثة المحافظة على صورة الحزب الموحد المنضبط والملتزم (4).

ثانيا_ الانشاقاقات داخل الائتلاف الحكومي الرباعي وحكومة الوحدة الوطنية :

لقد شهدت الساحة التونسية تصدعات مؤثرة داخل عدد من أحزاب الائتلاف الحكومي الرباعي وحكومة الوحدة الوطنية؛ لعل أبرزها:

1_ انشاقاقات داخل حركة نداء تونس:

إن حركة نداء تونس هو سليل حزب الدستور، رغم تصدعه وانقسامه إلى ثلاث تيارات منذ أكتوبر 2015 إثر خلاف حاد حول صيغة إنجاز مؤتمره التأسيسي، ويعود الحضور القوي لهذا الحزب بأجنحته وروافده المختلفة إلى سيطرته على أغلب دواليب الدولة من خلال اندماج قطاع كبير من الحرس القديم ورموز الدولة العميقة في صفوفه، ورغم تآكل هذا الحزب بشكل سريع بسبب استقالة عدد كبير من كوادره ونوابه بالبرلمان والتحاق أغلبهم

1 - أنور الجمعاوي، "المشهد السياسي في تونس: الدرب الطويل نحو التوافق"، مرجع سابق، ص 75.

2 - مونيكا ماركس، مرجع سابق، ص 08.

3 - المرجع نفسه، ص 08.

4 - هيثم سليمان، "التوافق السياسي في تونس: محطات ومطبات"، الدوحة: المركز العربي للأبحاث ودراسة السياسات، جانفي 2014، ص 11.

بحركة "مشروع تونس" (1) التي أسسها أمينه العام السابق، محسن مرزوق، إلا أنه ظل يسيطر على مقاليد الحكم مستفيدا من إسناد الائتلاف الحكومي له من خلال دعم مؤسسه الباجي قائد السبسي، وتأكيد الثقة في حكومة الحبيب الصيد ذات الأغلبية الندائية رغم أداؤها الضعيف.

شهد الحزب تصدع في نوفمبر 2015 من خلال استقالة 31 نائبا من كتلة حزب نداء تونس بالبرلمان، هذا مكن حركة النهضة بان تكون صاحبة الاغلبية البرلمانية، وبهذه الاستقالة فقد حزب نداء تونس أغلبية المقاعد البرلمانية بعد أن كانت كتلته تضم 86 نائبا أصبحت تضم 55 نائبا، لتكون الأغلبية لحزب النهضة بـ69 نائبا من إجمالي 217 نائبا، بخصوص تأثيرات هذه الاستقالة على الحكومة، قال أستاذ القانون الدستوري جوهري مبارك في هذا الصدد أن: «الدستور التونسي يمنح الحزب الحاصل على أكبر عدد من المقاعد أولوية تعيين رئيس الحكومة في حالة واحدة تتعلق بالمرحلة التي تعقب الانتخابات» (2).

إن انشقاق حركة نداء تونس وتحول الحزب إلى حزبين والكتلة البرلمانية إلى كتلتين، هذا الوضع قلب موازين القوى داخل الائتلاف برئاسة الحبيب الصيد، باعتبار الائتلاف الرباعي الحاكم هو ائتلاف غير متجانس في ظل اختلاف المرجعيات الحزبية ودفاع كل حزب من الائتلاف عن مصالحه ومواقع نفوذه، قادت الخلافات بين الأحزاب السياسية إلى تجريد الحكومة من أي إسناد سياسي من قبل الرباعي الحاكم الذي غرق في أزيماته الداخلية.

جدول رقم 03: الانشاقاقات الأحزاب السياسية الممثلة في الائتلافات الحكومية منذ 2011

تسمية الأحزاب الأصلية و أميتها العام	تسمية الأحزاب المنشقة	توقيت الانشاقاقات	نتائج الانشاقاقات
حزب نداء تونس / محسن مرزوق / حزب علماني	- تأسيس محسن مرزوق حزب "مشروع تونس" - تأسيس "حركة تونس المستقبل" بقيادة الطاهر بن حسين.	انتخابات تشريعية 2014.	- انقسام الحزب إلى كتلتين. - استقالة ثلث ممثليه في البرلمان بمعدل 22 نائب.
حزب التكتل من أجل الجمهورية / مصطفى بن جعفر تجانس إيديولوجيا / حزب علماني	- إنشاء حزب "الخيار الثالث" عام 2012 بقيادة صالح شعيب.	انتخابات تشريعية 2014.	- انسحاب 08 نواب في المجلس التأسيسي. ال فشل في الانتخابات التشريعية 2014.
حزب المؤتمر من أجل الجمهورية ومن بعد حزب حراك تونس منصف المرزوقي غياب التجانس الإيديولوجي / حزب علماني	- انشقاق القيادي عبد اللطيف العيادي وتأسيسه "حركة الوفاء". - انشقاق القيادي محمد عبو وتأسيسه لحزب "التيار الديمقراطي" في 2013.	- انتخابات تشريعية 2014 فراغ في منصب أمانة الحزب وتداول 4 قيادات عليه.	- استقالة 15 نائب في المجلس التأسيسي، 09 منهم التحقوا بـ "حركة وفاء" و 05 بـ "التيار الديمقراطي". - الفشل في الانتخابات التشريعية 2014.

1 - "واقع المشهد السياسي التونسي وتحولاته المنظورة"، مرجع سابق.

2 - إيمان مهذب، "نداء تونس... أزمة تتعدى الحزب"، شبكة الجزيرة الإعلامية، تم تصفح الحزب بتاريخ: 2017/10/16.

<p>- استقالة أمينها العام السابق حمادي الجبالي والنائب بن عمو. - انقسام الحركة إلى جناحين: جناح معتدل بقيادة راشد الغنوشي وجناح متشدد بقيادة حمادي الجبالي.</p>	<p>- المصادقة على قانون المصالحة الإدارية.</p>	<p>- تأسيس حزب "البناء الوطني" بقيادة رياض العشيبي في جانفي 2014.</p>	<p>حزب النهضة/حزب إسلامي</p>
---	--	---	------------------------------

المصدر: كارم يحي، الديمقراطية الصعبة: رؤية مصرية للانتقال التونسي، القاهرة: مركز القاهرة لدراسات حقوق الإنسان، سلسلة قضايا الإصلاح 35، دون سنة نشر، ص 21، 22، 42.

المحور الثالث: مستقبل الظاهرة الحزبية وقدراتها الائتلافية في تونس

يتسم المشهد السياسي التونسي حاليا، باستقرار هش هو نتيجة طبيعية لسياسة الائتلافات بين الأحزاب السياسية الفاعلة تبعا لمقتضيات مرحلة الانتقال الديمقراطي التي أعقبت ثورة 2011، يظل مأل هذا المشهد السياسي مرهونا بتجليات مستقبل منظور قد يعاد فيه رسم الخارطة السياسية ومراجعة صيغ الائتلاف الراهنة باتجاه تشكيل تحالفات جديدة، بعد مضي أكثر من ست سنوات على ثورة 14 جانفي 2011، ورغم تنظيم انتخابات تشريعية ورئاسية حرة ونزيهة، لا يزال المشهد السياسي التونسي الذي أفرزته تجربة الديمقراطية الناشئة في طور التشكل.

أولا- الانشقاقات الحزبية كسمة من سمات المشهد السياسي التونسي:

شهدت العديد من الأحزاب السياسية في تونس بعد انتخابات أكتوبر 2011 موجة من التصدعات والانشقاقات خلفت أزمات داخل الأحزاب السياسية، قد تنعكس على مصداقيتها وعلى الحياة السياسية ككل، وذلك راجع لعدة متغيرات لعل أهمها: (1)

- ✓ انتقال الأحزاب من التشتت والتنوع والتعدد إلى الانتظام ضمن أقطاب سياسية بارزة هي: الائتلافات الحكومية من ناحية، وأحزاب المعارضة اليسارية (الجهة الشعبوية) من ناحية أخرى.
- ✓ معاناة الأحزاب السياسية المكونة للائتلافات الحكومية في تونس من تفكك داخلي (خاصة حزب المؤتمر وحزب التكتل) وبسبب تردها في الإصلاح ومكافحة الفساد وفشلها في مواجهة التهديدات الإرهابية.
- ✓ تجاوز الأحزاب السياسية معطى تباين خلفياتها المرجعية والأيدولوجية وتنوع برامجها لتندمج ضمن تحالفات سياسية موسعة تجتمع على معارضة الحكومة والمطالبة باستقلالها.
- ✓ انتقال الأحزاب التونسية المعارضة من قوة اقتراح داخل المجلس التأسيسي وخارجه إلى قوة احتجاج وطاقية تغيير.

¹ - إيمان مهذب، "نداء تونس...أزمة تتعدى الحزب"، مرجع سابق.

* بعد ثورة 2011 أصبحت المسألة الاجتماعية وسيلة لتنمية مشاركة الرأي العام، في هذا الصدد تقوم مؤسسة سيغما كونساي بالتعاون مع صحيفة المغرب بإجراء سبر آراء حول مسائل: تنفيذ الحكومة لمبادئ خارطة الطريق، الموقف من الازمة الاقتصادية، ونوايا التصويت.

1- ظاهرة الاغتراب السياسي للمواطنين :

يشير تقرير الباروميتر السياسي* إلى تواصل تراجع شعبية الأحزاب السياسية عموما في تونس؛ إذ تشير التقديرات إلى أن 19.4% فقط من التونسيين يثقون بالأحزاب السياسية ويعتقدون أنها قادرة على تقديم الإضافة إلى البلاد. من جهة أخرى، فإن 70% من التونسيين يقيمون الوضع الاجتماعي ونحو 60% من التونسيين يعتقدون أن البلاد تسير في المسار الخطأ⁽¹⁾.

تدل هذه المؤشرات وغيرها على حالة الإحباط من الوضع العام وحالة انعدام الثقة بالمشهد السياسي عموما بوصفه المسؤول الأول عن إفرازه بغض النظر عن التفاصيل، وهو ما يفسره تراجع اهتمام التونسيين بالشأن السياسي مقارنة بسنوات الثورة الأولى، وحالة اللامبالاة تجاه هذا المشهد، والتوافق السياسي أحد تفاصيله الأساسية.

ثانيا- مآلات الائتلافات الحكومية في تونس بعد انتخابات أكتوبر 2011 :

إن الائتلاف الحكومي بما هو التقاء بين أحزاب سياسية؛ فالأحزاب هي أساسه وهي دعامة ورافعة الأساسية، ومتى اهتزت الأحزاب السياسية ولم تستقر سهبتز الائتلاف الحكومي بالضرورة.

1- أفاق التوافقات السياسية بين الأحزاب السياسية لتشكيل الحكومة:

إن التوافق بين القوى التونسية ظل خاليا من المضامين الحقيقية التي يمكن أن تؤسس لفعل سياسي مشترك. إن عجز التوافق عن التحول من موقف سياسي في لحظة زمنية إلى ورشة سياسية مجمعة يعود بالأساس إلى غياب تلك الأرضية الموضوعية المرجعية التي تستقيم في أفقها السياسات وترجم في ضوئها الممارسات⁽²⁾، وهو ما يمثل أحد أهم مواطن القصور الوظيفي للتوافق السياسي التونسي.

لم ينجح قادة الأحزاب السياسية في تونس في تحويل التعاقد السياسي الذي جمعهم إلى ثقافة سياسية شعبية قادرة على القيام بدور المحرك لبرامج النهوض بالبلاد ومشاريعه، وهو ما يفسر بوضوح عجز التوافق السياسي عن تحقيق منجز تنموي واقتصادي على الأرض. ولم تفلح في إنضاج مشروع وطني حقيقي تتكاتف من أجله المساعي. ينظر أغلب الفاعلين السياسيين للتحالفات الحكومية في تونس على أنه مرادف للتأمر سواء الحاكمة (النهضة والنداء) أو المعارضة (الجهمة الشعبية)، فالتوافق بين حزبي النهضة والنداء تحول في نظر البعض إلى تحالف حكومي يهدد سلامة الانتقال الديمقراطي، أما بالنسبة للجهمة الشعبية فيعتبره الملاحظين تحالف شكل أساسا للاعتراض على سياسات الحكومة خصوصا بعد رفضها المشاركة في حكومتها الحبيب الصيد ويوسف الشاهد ولذلك يمكن القول أن الأسباب التي دفعت إلى تشكيل الجبهة لا تزال قائمة وربما ستظل إلى غاية انتخابات 2019 مما يرجح احتمال استمرارها كتشكيل سياسي معارض.

¹ - أنور الجمعاوي، "المشهد السياسي في تونس: الدرب الطويل نحو التوافق"، مرجع سابق، ص 76.

² - هيثم سليمان، مرجع سابق، ص 12.

2- القوى السياسية المضادة كعائق لاستمرار الائتلافات الحكومية:

في الواقع أن الثورة التونسية قامت من أجل معالجة مشكلتين رئيسيتين: المشكلة الأولى هي التوزيع العادل للثروة، والمشكلة الثانية هي التوزيع العادل للسلطة، فالسلطة كانت محتكرة والثروة كانت محتكرة، الأحزاب السياسية حققت مكاسب كبرى أصبحت لها وقفات وأصبحت تظهر في الإعلام وتشارك في العملية السياسية، ولكن الثورة لما قامت، قامت من أجل مطالب اجتماعية من أجل التشغيل والتنمية والحد من التهميش (1)، إلى حد الآن الأحزاب السياسية المشكلة للائتلافات الحكومية المتعاقبة على تونس ابتداء من ائتلاف الترويكا إلى الائتلاف الحكومي الرباعي إلى حكومة الوحدة الوطنية، لم تستطع أن تحل المشكلة أو أن تحد على الأقل من نقمة الشباب الموجود في المناطق المهمشة ورغبته في العمل والحد من الفقر وغيره، فهناك نسبة تتجاوز المليون مواطن تحت خط الفقر.

يمكن أن نلمس الصراع بين الائتلافات الحكومية المتعاقبة على تونس مع القوى السياسية المضادة حول قضايا سياسية عدة، والجميع يلومون النهضة على قضايا عدة ولكن لا يوجد نقاش بين هذه الأحزاب حول القضايا الاجتماعية الحقيقية التي هي الوحيدة الكفيلة بمعالجتها، التي يمكن من خلالها إحداث استقرار اجتماعي (2)، لأن التعددية السياسية في ظل غياب استقرار اجتماعي الذي هو صمام أمان الاستقرار الأمني ستكون فوقية ولن يكون منها جدوى. من أجل الخروج من هذه الأزمة، فالأولوية هي لبناء نظام ديمقراطي حقيقي لكي تستمر الدولة لكي تستمر الحريات لكي تمنع عودة الاستبداد وعودة الفساد ثم بعد إذن سيكون هناك فرصة لحوار وطني من أجل محاربة الفقر وحل مشكلة البطالة وغيرها..

¹ - المرجع نفسه ، ص10.

² - هيفاء أحمد محمد، "الإسلاميون في تونس بين السلطة والمعارضة"، دراسات دولية، العدد مارس 58، ص44.

الخاتمة:

في ختام هذه الدراسة نلخص إلى إيراد جملة من النتائج على النحو التالي:

- ❖ إن موجة التكتلات والانصهار وعمليات الدمج التي حصلت مباشرة بعد انتخابات أكتوبر 2011 تمثلت في تشكيل الائتلافات الحكومية والجهات السياسية المناقضة لها، فالهدف من تشكيل الحكومة الائتلافية هو ضمان أغلبية برلمانية مساندة للحكومة تمكها من تنفيذ برنامجها السياسي.
- ❖ إن كانت طبيعة الخارطة السياسية في بعض الحالات لا تسمح بذلك وهنا تبرز تحديات بالنسبة للائتلافات الحكومية، أبرزها انشاقات الأحزاب المشكلة للائتلافات الحكومية وصعوبة أحداث التوافق بينها.
- ❖ إن مستقبل الائتلافات الحكومية في تونس غامضا مازال متناقضا، فهناك من يثمن هذه الظاهرة ويدعوا إلى استمرارها، في حين لا يرى البعض الآخر جدوى منها ويعتبرها مجرد أداة للوصول إلى الحكم وخدمة أجنداتها الخاصة، وأمام هاذين الرأيين يمكن اعتبار تجربة الائتلافات الحكومية في تونس تجربة مثمرة.
- ❖ بدل التفكير في إعادة النظر في القانون الانتخابي المتسبب في هذه الظاهرة لابد من ترسيخ مبدأ العمل الجماعي التشاركي أثناء ممارسة الحكم أو القيام بدور المعارضة.
- ❖ تتطلب عقلنة المشهد السياسي في ديمقراطية ناشئة تحويل التعددية السياسية من معطل معرقل إلى معطى منتج ومطور للحياة السياسية عامة والتجربة الديمقراطية تحديدا؛ الأمر الذي يتطلب التقليل أكثر ما يمكن من الأحزاب مقابل بناء تحالفات وائتلافات بين الأطراف السياسية التي لها رؤية أو أهداف مشتركة أو متقاربة.
- ❖ يجب الإقرار بأن الساحة السياسية في تونس لم تصل بعد إلى هذه المرحلة التي تتطلب فترة زمنية ليست بالقصيرة؛ لذلك سيظل الناخب مشتتا أمام هذا العرض المفرط من القوائم التي لا يعرف عنها إلا القليل.

قائمة المصادر والمراجع:

أولا_الكتب:

1 - كارم يحيى، الديمقراطية الصعبة: رؤية مصرية للانتقال التونسي، القاهرة : مركز القاهرة لدراسات حقوق الإنسان، سلسلة قضايا الإصلاح 35، ، دون سنة نشر.

ثانيا_المجلات:

- 1- الجمعاوي أنور، "المشهد السياسي في تونس: الدرب الطويل نحو التوافق"، الدوحة: المركز العربي للأبحاث ودراسة السياسات، العدد 06، جانفي 2014.
- 2- الجمعاوي أنور، الحكومة الائتلافية في تونس: "قراءة في التركيبة والتداعيات والتحديات"، الدوحة : المركز العربي للأبحاث ودراسة السياسات، ، فيفري 2015.
- 3- سليمان هيثم، "التوافق السياسي في تونس: محطات و مطبات"، الدوحة: المركز العربي للأبحاث ودراسة السياسات، مارس 2017.
- 4- العجمي سناء، " إعادة تصنيع فراغ المعارضة السياسية في تونس"، مجلة شؤون دولية، العدد الأول، ربيع 2013.
- 5- ماركس مونيكا، " أي أسلوب اعتمدته النهضة أثناء عملية صياغة الدستور التونسي: الإقناع، أو الإكراه، أم تقديم التنازلات؟"، الدوحة: مركز بوكنجز، العدد 10، فيفري 2014.
- 6- هيفاء أحمد محمد، " الإسلاميون في تونس بين السلطة والمعارضة"، دراسات دولية، العدد 58، مارس 2014.

ثالثا_الانترنات:

- 1-يومنجل شفيق، "أزمة حزب نداء تونس ومستقبل المشهد السياسي التونسي"، مركز الدراسات الإستراتيجية والدبلوماسية، تم تصفح الموقع بتاريخ: 2017/10/17، www.cds-center.com/archives/amp.9707
- 2- السايح حبيب، " التحول الديمقراطي في تونس: من الخلاف إلى التوافق؟"، معهد واشنطن لسياسة الشرق الأدنى، تم تصفح الموقع بتاريخ: 2017/10/14، <http://www.washingtoninstitute.org/ar/policy-analysis/view//centention-to-consensus>
- 3- العشي خولة، " انشقاقات الأحزاب التونسية منذ الثورة: تحالفات من الورق"، تم تصفح الموقع بتاريخ: 2017/10/21، <https://www.alaraby.co.uk/amp/politics/2016/1/17>
- 4- فتحي الجراي، " واقع المشهد السياسي التونسي وتحولاته المنظورة"، مركز الروابط للبحوث والدراسات الإستراتيجية، تم تصفح الموقع بتاريخ: 2017/10/18، <http://rawabetcenter.com/archives/26557>
- 5- مهذب إيمان، "نداء تونس...أزمة تتعدى الحزب"، شبكة الجزيرة الاعلامية، تم تصفح الحزب بتاريخ: 2017/10/16، <http://www.aljazeera.net/news/reportsandinterviews/2015/11/10>
- 6- "حكومة الوحدة الوطنية وسؤال تثبيت الاستقرار"، تم تصفح الموقع بتاريخ: 2017/10/17، <http://www.cds-center.com/archives/10411>
- 7- "تونس: أزمة الترويكا واصطفاف المعارضة"، مركز الجزيرة للدراسات، تم تصفح الموقع بتاريخ: 2017/10/14، <http://studies.aljazeera.net/ar/positionestimate/2013/02/201321010739424512.html>

أحكام المسؤولية المدنية في المادة الجمركية

عبدلحي وفاء
باحثة دكتوراه
جامعة عباس لغرور خنشلة

د.عبدلحي حبيبة
أستاذ محاضر أ
جامعة عباس لغرور-خنشلة-
Abdelli-habiba@hotmail.fr

الملخص :

من خلال استقراء نصوص التشريع الجمركي الجزائري وجميع النصوص القانونية المتعلقة به التي تتولى إدارة الجمارك السهر على تطبيقها ، يتضح جليا أن المشرع يسعى جاهدا ومن خلال هذه النصوص القانونية إلى قمع الجرائم الجمركية ومكافحتها من خلال استحداث نصوص تشريعية وتنظيمية تهدف لتحقيق أكبر قدر من الحماية للمصالح العامة مع ضمان التكيف مع الظروف الاقتصادية في الفترة الراهنة وذلك لمواجهة الجريمة الجمركية التي تطورت بتطور التكنولوجيات الحديثة وأصبحت أكثر انتشارا وتعقيدا، بل وترتكب بشكل منظم وعلى نطاق واسع يتعدى في كثير من الأحيان الرقعة الجغرافية للدولة.

الكلمات المفتاحية : المسؤولية المدنية ، الاستيراد الجمركي ، المكاتب الجمركية ، الدعوى الجبائية، الدعوى المدنية .

Résumé :

Par l'extrapolation des dispositions de la législation douanière algérienne et de tous les textes juridiques pertinents que l'administration des douanes est chargée d'appliquer, Il est clair que le législateur s'efforce, par le biais de ces textes juridiques, de réprimer et de combattre les délits douaniers par l'introduction de textes législatifs et réglementaires destiné à maximiser la protection des intérêts publics tout en assurant l'adaptation aux conditions économiques dans la période actuelle pour faire face au crime des douanes, qui s'est développé avec le développement des technologies modernes, Il est devenu plus répandu, compliqué, et systématiquement engagé sur une grande échelle, dépassant souvent la zone géographique de l'état .

Mot clé : Responsabilité civile , L'importation douanière , Bureaux douaniers , Le procès fiscaux, Le procès fiscale.

مقدمة :

تضمن التشريع الجمركي مجموعة من النصوص الرامية إلى تحديد الأفعال المجرمة والتي تعد أفعالاً محظورة ومعاقب عليها في القانون، إضافة إلى تحديد الأشخاص الذين تقع عليهم تبعة تحمل هذه الأفعال المحظورة قانوناً، ويتعلق الأمر بالمسؤولية القانونية التي تفترض ارتكاب جريمة يعاقب عليها القانون، وجرائم الاستيراد عبر المكاتب الجمركية يترتب عنها مسؤولية جزائية ترمي إلى الاقتصار من المجرم وإنزال العقاب عليه ومسؤولية مدنية موجبة للتعويض تقع على عاتق مسبب الضرر لمصلحة الطرف المتضرر.

إشكالية البحث : تفعيلاً للدور الذي تضطلع به الهيئات المسؤولة عن مكافحة الجريمة الجمركية وقصد تحقيق أكبر قدر من المداخل لفائدة الخزينة العمومية، يلقي المشرع على عاتق مرتكبي الجرائم الجمركية مسؤولية مدنية إلى جانب المسؤولية الجزائية المقررة في التشريع الجمركي، وهذا يدفعنا إلى التساؤل عن :

- طبيعة الأشخاص الذين تلقى على عاتقهم المسؤولية المدنية المترتبة عن جرائم الاستيراد عبر المكاتب الجمركية وفقاً للقانون المدني الجزائري وقانون الجمارك ؟

للإجابة عن هذه الإشكالية نتبع الخطة التالية :

- ✓ المحور الأول : المسؤولية المدنية الناشئة وفقاً لقواعد القانون المدني .
- ✓ المحور الثاني : المسؤولية المدنية المنصوص عليها في قانون الجمارك .

المحور الأول- المسؤولية المدنية الناشئة وفقاً لقواعد القانون المدني :

الجريمة الجمركية تشكل فعلاً غير مشروع من شأنه أن يترتب في جانب مرتكبيه مسؤولية جبر الضرر المترتب عنه، حيث تقتضي القواعد العامة للمسؤولية في القانون المدني أن الشخص مسؤول عن عمله الشخصي وأخطاء الغير كذلك، وسنعرض تطبيقاتاً لنوعين من المسؤولية في مجال الجريمة الجمركية محل الدراسة كالاتي:

أولاً- المسؤولية المدنية عن العمل الشخصي: كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه ويسبب ضرراً للغير يلزم من كان سبب في حدوثه بالتعويض¹، وتبعاً لذلك فإن الأضرار التي تصيب الخزينة العامة والاقتصاد الوطني نتيجة لارتكاب جرائم الاستيراد عبر المكاتب الجمركية بدون تصريح أو تصريح مزور يسعى مرتكبها إلى التملص من الرسوم والحقوق الجمركية، أو التفاوض عن تدابير الحظر الاقتصادي والقانوني للبضائع مما يعطي الحق لإدارة الجمارك ممثلة في الخزينة العامة في التأسيس للمطالبة بالتعويض عما لحقها من وراء الخطأ الذي يرتكبه المسؤولون عن هذه الجرائم الجمركية.

¹ - أنظر المادة 124 من القانون المدني 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 معدل بالقانون رقم 10/05 المؤرخ في 20 جوان 2005 ج.ر، العدد 44 الصادر في 29 جوان 2005 .

وعليه يكون مسؤولاً مدنياً كل من خالف أي حظر للمواد والبضائع ويتحمل المالك أو الحائز المسؤولية المدنية الناتجة عن هذا الفعل، والقاضي يتقيد بالحكم الجزائي الذي يثبت وقوع الخطأ الجنائي، ذلك لأن كل خطأ جنائي هو في الوقت ذاته خطأ مدني ولا عكس فإذا نشأ عنه ضرر وجب التعويض¹، وقواعد المسؤولية عن العمل الشخصي المقررة في القانون المدني² هي نفسها المطبقة في قانون الجمارك ويتعلق الأمر بضرورة توفر أركانها لقيامها وهي توافر الخطأ والضرر وعلاقة السببية:

1- الخطأ: يعتبر خطأً موجبا للتعويض على كل إخلال بالالتزامات المنصوص عليها في التشريع الجمركي ومفاد ذلك أن الخطأ كركن لقيام المسؤولية المدنية في مواجهة مرتكب الجريمة الجمركية يتحقق عن كل عمل يصدر من هذا الأخير ويؤدي إلى محاولة التملص أو التفاوض عن الحقوق والرسوم الجمركية، إضافة إلى تدابير الحظر الاقتصادية والقانونية على البضائع، ويتم إثبات هذا الضرر من طرف الأعوان المؤهلين قانوناً للفحص والمراقبة للبضائع المستوردة عبر المكاتب الجمركية عن طريق تحرير محاضر جمركية ذات الحجية المطلقة ولا يجوز الطعن فيها إلا بالتزوير أو تقديم الدليل العكسي إذا تعلق الأمر بمحاضر ذات حجية نسبية³، وعليه فإن الخطأ هو ركن مفترض في مرتكب الغش الجمركي.

2- الضرر: هو الركن الثاني لقيام المسؤولية، ويقصد به الأذى الذي يصيب الشخص نتيجة المساس بمصلحته المشروعة له أو بحق من حقوقه⁴ والضرر بهذا المعنى والموجب للتعويض في الجريمة الجمركية يتعلق بالخسارة التي ستصيب الخزينة العمومية نتيجة محاولة التهرب من دفع الحقوق والرسوم الجمركية، إضافة إلى الأضرار التي تلحق بالمجتمع عامة جراء مخالفة تدابير الحظر على البضائع سواء كان حظراً اقتصادياً أو قانونياً.

وطبقاً للقواعد العامة فإن للقاضي السلطة التقديرية في تحديد الضرر الموجب للتعويض، لكن بالرجوع إلى قانون الجمارك نجد أن المشرع قد خرج عن هذه القاعدة بأن ألزم القاضي بالحكم في القضايا الجمركية المطروحة أمامه وفقاً لطلبات إدارة الجمارك كتعويض عن الحقوق والرسوم التي تسبب فيها مرتكب الجريمة الجمركية دون أن يترك له سلطة مراعاة وجود الضرر ولا حتى الحق في إعفاء أو تخفيض الحقوق المطالب بها، غير أنه ومن جانب آخر أجاز له إعفاء المخالف من مصادرة وسيلة النقل عندما يكون الخطأ المرتكب من جانبه لا يتعلق بالبضائع المحظورة عند الاستيراد أو الخاضعة لرسم مرتفع⁵، وعليه فإن الضرر في مجال المسؤولية المدنية عن الجريمة الجمركية تحدده مصالح الجمارك وتطالب بالتعويض وفقاً لما هو منصوص عليه في قانون الجمارك.

¹ محمد حسنين، الوجيز في نظرية الالتزام مصادر الالتزامات وأحكامها في القانون المدني الجزائري، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1998، ص173.

² انظر المواد من 124 إلى 140 مكرر المخصصة للفعل المستحق لتعويض في القانون المدني المعدل والمتمم.

³ انظر المادة 254 من قانون الجمارك المتعلقة بحجية المحاضر الجمركية المطلقة والنسبية.

⁴ محمد صبري السعدي، الواضح في القانون المدني مصادر الالتزام، المسؤولية التقصيرية، دار الهدى، عين أميلة، الجزائر، 2001، ص77.

⁵ انظر المادة 281 من قانون الجمارك 07/79 المعدل والمتمم بالقانون 10/98 المؤرخ في أوت 1998.

3- علاقة السببية: إن علاقة السببية بين الخطأ والضرر هي الركن الثالث لقيام المسؤولية، وطبقا للقواعد العامة للمسؤولية المدنية يتعين توفر علاقة بين الخطأ والضرر الناتج عنه، وتتوفر هذه العلاقة كلما أمكن الجزم أنه لولا الخطأ لما وقع الضرر¹.

لكن بالنسبة للمسؤولية المدنية عن الغش الجمركي نجد انه وفي ظل افتراض الخطأ الموجب للتعويض في الجريمة الجمركية فانه يقع على عاتق كل من يريد نفي مسؤوليته عبء إثبات عكس ما تدعيه إدارة الجمارك ويبين انه لم يرتكب خطأ، ذلك لان المشرع جعل من الخطأ الذي يشكل الجريمة قرينة لتحقيق الضرر وقيام علاقة السببية مباشرة.

ويتعين التأكيد على أن قواعد المسؤولية المدنية التقصيرية الناتجة عن الفعل الشخصي مطبقة في إطار المسؤولية المدنية عن الغش الجمركي، لكنها مع بعض التشدد وخاصة من ناحية السلطة التقديرية للقاضي في تقدير التعويض المستحق جراء الخطأ المشكل للجريمة الجمركية.

ثانيا- مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه: المشرع طبق قواعد المسؤولية عن عمل الغير المنصوص عليها في القانون المدني² ضمانا لحماية مدا خيل الخزينة العامة ومنع التهرب من دفع التعويضات الناتجة عن مخالفة أحكام التشريع الجمركي ويتعلق الأمر بمسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه:

1- مفهومها: يقصد بمسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه أن يتحمل المتبوع مسؤولية عمل الغير، إذ يرجع المضرور بالتعويض على شخص لم يخطئ وإنما يكون غيره (التابع) هو الذي أخطأ³.

وبالرجوع إلى قانون الجمارك نجد المشرع قد نص صراحة في المادة 315 منه على انه: [يعتبر أصحاب البضائع مسؤولين مدنيا عن تصرفات مستخدمهم فيما يتعلق بالحقوق والرسوم والمصادرات والغرامات والمصاريف].

ومن هنا يكون المشرع قد نص صراحة على تطبيق القواعد العامة للمسؤولية المدنية للمتبوع عن أعمال تابعه في المجال الجمركي، والمقصود هنا بالقواعد العامة المطبقة في المجال الجمركي أساسا هي المسؤولية المنصوص عليها في المادة 136 من القانون المدني⁴.

2- أركانها: لكي تتحقق مسؤولية المتبوع لا بد من توفر أركان المسؤولية، وبالرجوع إلى المادة 136 المعدلة⁵، نجدها تنص على أنه: [يكون المتبوع مسؤولا عن الضرر الذي يحدثه تابعه بفعله الضار متى كان واقعا منه في حالة تأدية وظيفته أو بسببها أو بمناسبةها].

¹ محمد حسين، الوجيز في نظرية الالتزام، المرجع السابق، ص 164.

² انظر المواد 134-136-134 من التقنين المدني المتعلقة بالمسؤولية عن فعل الغير.

³ محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص 174.

⁴ عبد المجيد زعلاني، خصوصيات قانون العقوبات الجمركي، المرجع السابق، ص 389.

⁵ معدلة بالقانون رقم 10/05 السابق الذكر.

- من نص المادة يتضح انه يجب توافر شرطان لتحقيق مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه الأول وجود رابطة تبعية، والثاني خطأ التابع حال تأدية الوظيفة أو بسببها أو بمناسبةها:

- الشرط الأول. قيام رابطة التبعية: المقصود برابطة التبعية بين شخصين احدهما متبوع والآخر تابع السلطة الفعلية في رقابة وتوجيه التابع¹، ومفاد ذلك انه لكي تتحقق مسؤولية المتبوع يجب أن تكون هناك رابطة وسلطة، وليس من الضروري أن تكون سلطة شرعية بل يكفي أن تكون فعلية ولو كانت مستمدة من عقد باطل أو عقد غير مشروع.²

وعليه ولكي تتحقق مسؤولية المتبوع يجب أن تكون هناك رابطة وسلطة يتحمل بموجبها عمل التابع، وغالبا ما تكون هذه الرابطة هي علاقة العمل التي يمكن إثباتها بكافة الطرق وذلك لأنه لا يمكن تحميل شخص ما مسؤولية من لا تمت إليه بأي صلة، ومن هنا فان المسؤولية المدنية عن ما يترتب بفعل التابع المخالف لنصوص القانون الجمركي يتحملها المتبوع.

- الشرط الثاني. خطأ التابع حال تأدية الوظيفة أو بسببها: ويقصد به الخطأ الذي يرتكبه التابع وهو يقوم بعمل من أعمال وظيفته، ويستوي أن يكون الخطأ قد ارتكب بناءً على تنفيذ أوامر المتبوع أو بدون أمر منه، وبعلمه أو بغير علمه، ويستوي أن يكون التابع قد ارتكب الخطأ لباعث شخصي ورغبة في خدمة المتبوع.³

وعليه ولتحميل المتبوع المسؤولية المدنية عن الغش الجمركي الذي ارتكبه تابعه، لا بد أن يكون الخطأ الذي ارتكبه التابع كان وقت تأدية وظيفته، ومثاله في الجريمة الجمركية المتعلقة بجرائم الاستيراد بتصريح مزور أو بدون تصريح عبر المكاتب أو المراكز الجمركية قيام مساعد ربان السفينة بعمل من شأنه إخفاء البضائع الواجب التصريح بها لدى الجمارك، هنا يتحمل ربان السفينة المسؤولية المدنية عن هذا العمل كونه وقع أثناء تأدية المهام، ويتحمل المتبوع المسؤولية المدنية كذلك بمجرد أن يكون الفعل الضار قد تم بمناسبة تأدية الوظيفة، ذلك لأنه لولا الوظيفة لما استطاع التابع القيام بالعمل المسبب للضرر، وقرينة مسؤولية المتبوع لا يمكن نفيها إلا بنفي مسؤولية التابع استنادا إلى سبب أجنبي⁴، وعليه يتعين التأكيد على أن قواعد المسؤولية المدنية سواء بالنسبة للعمل الشخص أو عمل الغير يطبقها المشرع الجزائري في مجال المسؤولية المترتبة عن مخالفة نصوص القانون الجمركي بما يفرضه من التزامات على عاتق المخاطبين به.

المحور الثاني - المسؤولية المدنية المنصوص عليها في قانون الجمارك:

قانون الجمارك لم يكتف بالقواعد العامة للمسؤولية المنصوص عليها في الشريعة العامة ونص على بعض القواعد الغير مألوفة في القانون المدني، التي لا تطبق إلا في مجال المسؤولية المدنية عن الغش الجمركي الناتج عن تصريحات مزورة أو بدون تصريحات للبضائع المستوردة عبر المكاتب الجمركية، وهو ما سنراه فيما يلي:

¹ - محمد صبري سعدي، الواضح في القانون المدني، المرجع السابق، ص194.

² - محمد حسنين، الوجيز في نظرية الالتزام، المرجع السابق، ص192.

³ - محمد صبري السعدي، نفس المرجع، ص200.

⁴ - محمد حسنين، الوجيز في نظرية الالتزام، المرجع السابق، ص196.

أولاً- مسؤولية مالك البضاعة محل الغش: نص المادة 315 من قانون الجمارك جاء عاماً حيث اعتبر المشرع أصحاب البضائع مسؤولين مدنياً عن تصرفات مستخدميهم فيما يتعلق بالحقوق والرسوم والمصادرات والغرامات والمصاريف، وعليه فإنه وخلافاً للمسؤولية المؤسسة على أحكام القانون المدني التي تشترط لقيامها على وجه الخصوص إثبات خطأ التابع أثناء تأدية وظيفته، فإن مسؤولية المالك المقررة في قانون الجمارك مطلقة، إذ يكفي إقامة الدليل على أنه صاحب البضائع محل الغش لتحميله المسؤولية المدنية دون حاجة إلى البحث فيما إذا كان المستخدم ارتكب المخالفة بدون علم المالك أو مخالفاً لتعليماته أو لحسابه الشخصي¹، ويتربط على المسؤولية المدنية للمالك في قانون جمارك :

- 1- إن هذه المسؤولية تصيب المالك في ماله ويطولُه العقاب ليس لكونه ارتكب مخالفة أو شارك فيها بمفهومها الجزائي، وإنما لكونه مالك البضاعة محل الغش²، وقد تكون المركبة المستعملة في المخالفة الجمركية ملكاً له، أو صاحب العقار الذي وجدت به البضاعة محل الغش.
 - 2- من آثار مسؤولية المالك أيضاً عدم جواز مطالبته للبضائع المحجوزة أو التي تمت مصادرتها إلا إذا تقدم بطعن ضد مرتكب الغش³.
 - 3- يجوز أن تمارس الدعوى المدنية ضد المالك في نفس الوقت الذي تمارس فيه الدعوى الجبائية ضد التابع، وقد تمارس لاحقاً أمام الجهات التي تبنت في المسائل المدنية، ويتعين الإشارة إلى أن التصريح بالمصادرة يبقى واجباً في هذه الحالة حتى ولو لم يساهم المالك شخصياً في الغش⁴.
- ومما سبق يتضح أن مسؤولية المالك للبضاعة محل الغش التي نص عليها المشرع في قانون الجمارك تعد مستحدثة ونوع جديد من أحكام المسؤولية غير مألوفة مبنية على قرينة قاطعة أساسها مادي بحت يؤدي إلى تحميل مالك البضائع محل الغش مسؤولية قد لا يكون على علم بها، ولم يشارك في ارتكاب الخطأ الذي نتج عنه الضرر الموجب للتعويض لصالح الخزينة العامة، وسبب ذلك يعود للنظرة المادية للمشرع في تجريم الأفعال في قانون الجمارك التي قد تكون أحياناً مجرد تصرفات يأتها الشخص دون علم أو قصد وهو ما نتج عنه هذه المسؤولية الشديدة القسوة في حق مالكي البضائع محل الغش.
- ثانياً- المسؤولية المدنية للكفيل: الكفيل هو الملتزم ويطبق عليه لفظ الضامن أو المتعهد، وعرف القانون المدني الكفالة بأنها عقد يكفل بمقتضاه شخص تنفيذ التزام بأن يتعهد للدائن أن يفي بهذا الالتزام إذا لم يف به المدين نفسه⁵، وبالرجوع إلى قانون الجمارك نجد أنه تضمن أحكاماً خاصة بالكفالة .

¹ - أنظر في هذا الصدد القرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 1997/12/22، ملف رقم 156703، مصنف الاجتهاد القضائي في المنازعات الجمركية، المرجع السابق، ص 59.

² - موسى بودهان، المرجع السابق، ص 40.

³ - أنظر المادة 289 من قانون الجمارك المعدل والمتمم بالقانون 10/98. السابق الذكر.

⁴ - أنظر المادة 287 من نفس القانون.

⁵ - أنظر المادة 644 من القانون المدني المعدل والمتمم.

1- التزامات الكفيل: المتعهد طبقا للمادة 117 من قانون الجمارك يجب أن يضمن كفالة المستفيد من الأنظمة الاقتصادية الجمركية في التعويض عن أي إخلال بأي التزام من الالتزامات التي تعهد بها في مقابل استفادته من هذه الأنظمة الاقتصادية الجمركية.

وبالرجوع إلى قانون الجمارك نجده ينص على أنه: [يجب على الكفلاء، مثلهم مثل الملتزمين الرئيسيين دفع الحقوق والرسوم والغرامات المالية المستحقة من طرف المدينين التي هي في ذمتهم].¹ من نص المادة يتضح أن المشرع في قانون الجمارك قد خرج عن القواعد العامة المنصوص عليها في القانون المدني² عندما نص على أن الكفلاء ملزمون مثلهم مثل الملتزمين الرئيسيين، حيث أنه ليس للكفيل الحق بالدفع بحق التجريد ولا بحق التقسيم.

وحق التجريد هو حق ممنوح في القانون المدني للكفيل الذي يطالب بأداء الدين في إلزام الدائن بمطالبة المدين أولاً³ بشرط أن يثبت الكفيل بأن المدين موسراً ويملك أموالاً تفي بأداء الدين، غير أن المشرع خرج عن هذه الأحكام المألوفة في القانون المدني ووجد الكفيل من حقه في مطالبة إدارة الجمارك بتجريد المدين الأصلي من أمواله قبل الرجوع إليه.

أما حق التقسيم فيقصد به في حالة تعدد الكفلاء، لا يجوز للدائن أن يطلب كل الكفلاء بكل الدين بل أن المطالبة تكون بقدر حصصهم وهو المبدأ في الشريعة العامة⁴، لكن التضامن المفروض بموجب المادة 02/315 من قانون الجمارك والتي تنص على أن: [يجب بالتضامن على الكفلاء شأنهم في ذلك شأن الملتزمين الرئيسيين، أن يدفعوا الحقوق والرسوم والعقوبات المالية وغيرها من المبالغ المستحقة على المدينين الذين استفادوا من كفالتهم].

من نص هذه المادة فإن التضامن المفروض بين الكفلاء والملتزمين الرئيسيين تحول دون تطبيق القاعدة العامة في القانون المدني المشار إليها أعلاه، وعليه فإنه لا يمكن التذرع بالاستفادة من التقسيم ولا من التجريد ضمن مسؤولية الكفيل في التعويض عن إخلال الملتزم الأصلي أمام إدارة الجمارك، حيث تعتبر مسؤولية الكفيل ثابتة بمقتضى قرينة قانونية قاطعة أشارت إليها المادة 120 من قانون الجمارك، وكذلك المادة 308 من قانون الجمارك بقولها: [يعتبر الموكلون أو كفلائهم مسؤولين عن عدم الوفاء بالتعهدات الموقفة].

2- الأثر المترتب عن مسؤولية الكفيل: إن قانون الجمارك وضع الكفيل في نفس المرتبة مع المخالف في الوفاء بالتعهدات الموقفة، لكنه في المقابل أجاز له الرجوع على الناقل أو الوكيل بتقديم طعن بذلك⁵.

ويتعين الإشارة إلى أن الأحكام الخاصة السابقة سببها مراعاة المشرع لمصالح الخزينة العامة وفي سبيل ضمان عدم التهريب أو التغاضي عن دفع الحقوق والرسوم الجمركية المستحقة يفترض مسبقاً أن جميع الأفعال في الجريمة الجمركية تتم باتفاق هؤلاء الأفراد لذلك نص على تضامنهم في دفع هذه المستحقات الجمركية، وإن كانت أحكام

¹ - أنظر الفقرة 02 من المادة 120 من قانون الجمارك المعدل والمتمم بالقانون 10/98 السابق الذكر.

² - أنظر المادة 660 من القانون المدني.

³ - أنور طلبية، المسؤولية المدنية، الطبعة الأولى، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، مصر، 2005، ص20.

⁴ - أنظر المادة 664 من القانون المدني السابق الذكر.

⁵ - أنظر الفقرة الأخيرة من المادة 308 من قانون الجمارك.

مبنية على أساس ما يتحملة مرتكبوا هذه الجريمة من حقوق مالية تعد بمثابة تعويض لفائدة الخزينة العمومية في مسؤولية مدنية وإدارة الجمارك تتأسس كطرف مدني للمطالبة بتلك الحقوق والتعويضات لصالح الخزينة العمومية. لكن بالرجوع إلى قانون الجمارك نجده ينص على أنه: [1-تمارس النيابة العامة الدعوى العمومية لتطبيق العقوبات، 2- وتمارس إدارة الجمارك الدعوى الجبائية لتطبيق الجزاءات الجبائية، ويجوز للنيابة العامة أن تمارس الدعوى الجبائية بالتبعية للدعوى العمومية].¹، ومن نص هذه المادة نجد أن المشرع قد استحدث وضعاً جديداً، ويترتب عنه عدم إمكانية إدارة الجمارك أن تتأسس كطرف مدني، مما يدفع إلى التساؤل عن جدوى الدعوى المدنية للمطالبة بالتعويضات أصلاً في الجريمة الجمركية.

خاتمة :

إن إدارة الجمارك تحافظ على التوازن الاقتصادي للجزائر من خلال فرض قواعد قانونية حازمة وتطبيق عقوبات ردية صارمة لا تقف عند حد اكتشاف الجريمة الجمركية الناتجة عن إخلال المستوردين بالالتزامات الواقعة على عاتقهم بقدر ما تهدف إلى ضمان استقرار المعاملات التجارية في إطار منافسة شرعية ، وفي ظل تداعيات هذا التوجه الاقتصادي الذي عرفته الجزائر بانفتاحها على السوق الدولية حاصل هذا العمل يمكن إجماله في النتائج التالية:

- 1- خروج المشرع الجزائري عن القواعد العامة المقررة للمسؤولية المدنية عن الجريمة الجمركية فيما يتعلق بالضرر الذي تحدده مصالح الجمارك وتطالب بالتعويض وفقاً لقانون الجمارك .
- 2- في ظل افتراض الخطأ الموجب للتعويض في الجريمة الجمركية فإن عبء إثبات عكس ما تدعيه إدارة الجمارك يقع على عاتق المتابع بالمسؤولية المدنية عن الجريمة الجمركية .
- 3- طبقاً للقواعد العامة للقاضي السلطة التقديرية في تحديد الضرر الموجب للتعويض ، لكن بالرجوع إلى قانون الجمارك نجد المشرع قد حاد عن هذه القاعدة و أُلزم القاضي بالحكم في القضايا الجمركية وفقاً لطلبات إدارة الجمارك كتعويض عن الحقوق والرسوم الجمركية التي سببها مرتكب الجريمة الجمركية .

وعلى ضوء هذه النتائج نقترح:

- ✓ إصلاح التشريع الجمركي يجب أن يضع نصب عينيه مختلف الرهانات والتحديات الحاصلة قصد استئصال جذور الجريمة الجمركية بكل مظاهرها الماسة بالمصلحة الوطنية لاسيما في ظل تحول أساليب الغش الجمركي .
- ✓ ومن جانب آخر يتعين على هذا التشريع أن يسعى إلى تيسير المعاملات التجارية ورفع القيود الجمركية، وهو أمر لا يمكن تحقيقه إلا إذا عمد المشرع إلى وضع تشريع جمركي يتماشى ومعطيات الوضع الاقتصادي الجديد لكن مع ضرورة التأكيد على أن تحديث المنظومة القانونية في المادة الجمركية وتحسينها حتى تتلاءم والظروف الاقتصادية الراهنة يكون بالموازاة مع خلق إطار قانوني عصري مرشد للمتدخلين الاقتصاديين ويحمي الاقتصاد الوطني من جانب آخر.

¹ - أنظر المادة 259 من نفس القانون السابقة الذكر.

الهوامش والإحالات :

- 1-أنظر المادة 124 من القانون المدني 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 معدل بالقانون رقم 10/05 المؤرخ في 20 جوان 2005 ج.ر، العدد44الصادرة في 29 جوان 2005 .
- 2- محمد حسنين، الوجيز في نظرية الالتزام مصادر الالتزامات وأحكامها في القانون المدني الجزائري، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1998، ص.173
- 3- انظر المواد من124 إلى 140 مكرر المخصصة للفعل المستحق لتعويض في القانون المدني المعدل والمتمم.
- 4- انظر المادة254 من قانون الجمارك المتعلقة بحجية المحاضر الجمركية المطلقة والنسبية .
- 5-محمد صبري السعدي، الواضح في القانون المدني مصادر الالتزام، المسؤولية التقصيرية ، دار الهدى، عين امليلة، الجزائر، 2001، ص.77
- 6- انظر المادة281 من قانون الجمارك07/79 المعدل والمتمم بالقانون 10/98 المؤرخ في أوت 1998.
- 7- محمد حسين، الوجيز في نظرية الالتزام، المرجع السابق، ص.164
- 8- انظر المواد134-136-134 من التقنين المدني المتعلقة بالمسؤولية عن فعل الغير.
- 9- محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص.174
- 10- عبد المجيد زعلاني، خصوصيات قانون العقوبات الجمركي، المرجع السابق، ص.389
- 11- معدلة بالقانون رقم 10/05 السابق الذكر.
- 12- محمد صبري سعدي، الواضح في القانون المدني، المرجع السابق، ص.194
- 13- محمد حسنين، الوجيز في نظرية الالتزام، المرجع السابق، ص.192
- 14- محمد صبري السعدي، نفس المرجع ، ص.200.
- 15- محمد حسنين، الوجيز في نظرية الالتزام، المرجع السابق،، ص.196
- 16- أنظر في هذا الصدد القرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ12/22/1997، ملف رقم 156703، مصنف الاجتهاد القضائي في المنازعات الجمركية، المرجع السابق، ص. 59
- 17- موسى بودهان، المرجع السابق، ص.40
- 18- أنظر المادة 289 من قانون الجمارك المعدل والمتمم بالقانون 10/98. السابق الذكر.
- 19- أنظر المادة 287 من نفس القانون.
- 20- أنظر المادة 644 من القانون المدني المعدل والمتمم.
- 21- أنظر الفقرة 02 من المادة 120 من قانون الجمارك المعدل والمتمم بالقانون 10/98 السابق الذكر.
- 22- أنظر المادة 660 من القانون المدني.
- 23- أنور طلبة، المسؤولية المدنية، الطبعة الأولى، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، مصر، 2005، ص.20
- 24- أنظر المادة 664 من القانون المدني السابق الذكر.
- 25- أنظر الفقرة الأخيرة من المادة 308 من قانون الجمارك.
- 26- أنظر المادة 259 من نفس القانون السابقة الذكر.

الرقابة القضائية على عيب السبب بين الشرعية والملائمة في قرارات الضبط الإداري

لربس سمراء

طالبة دكتوراه ، جامعة العربي بن مهيدي أم البواقي

larbes.univ.droit@gmail.com

الدكتور / زغردو جغلول

أستاذ بجامعة العربي بن مهيدي أم البواقي

zdjaghoul@gmail.com

ملخص:

إن الهدف من توسيع الرقابة القضائية في مجال أعمال الضبط الإداري ، هو الحد من السلطة التقديرية للإدارة التي تظهر خصوصا من ناحية تقديرها لخطورة الوقائع المخلة بالنظام العام المؤدية لاتخاذ التدابير الضبطية اللازمة. هذه الأخيرة الذي يتسم في بعض الأحيان بعدم التناسب مع الأسباب القائمة، و من هنا جاءت ضرورة تسليط الضوء على طبيعة هذه الرقابة و التساؤل حول المدى الذي تصل إليه في سبيل التحري عن هذه الأسباب و ما يمكن أن يشوبها من عيوب؟ و كذا تحديد دور هذه الرقابة في إعمال التوازن بين المحافظة على النظام العام من جهة و عدم المساس بحقوق و حريات الأفراد من جهة أخرى ؟ و لعل أبرز النتائج المتوصل إليها هو القول بأن ازدواجية الرقابة بين النظر في مشروعية القرار الضبطي و كذا ملائمته يعد من أسوأ درجات ضمان هذه الحقوق و الحريات في هذا المجال الحساس.

Résumé:

L'objectif de l'expansion de contrôle judiciaire dans le domaine du travail de la police administrative, est de limiter le pouvoir discrétionnaire de l'administration, qui apparaît notamment en termes d'appréciation de la gravité des faits contraires à l'ordre public , conduisant à prendre les mesures de dissuasion nécessaires, ces dernières qui sont parfois disproportionnées aux causes existantes.

De là est venu le besoin de faire la lumière sur la nature de ce contrôle et la question de la mesure dans laquelle il atteint afin d'enquêter sur ces raisons et ce qui peut être pénétré par des défauts? Ainsi que de déterminer le rôle de ce contrôle dans la mise en œuvre de l'équilibre entre le maintien de l'ordre public d'une part et ne pas porter atteinte aux droits et libertés des individus d'une autre part ?

La conclusion la plus importante est peut-être que la double censure entre la considération de la légalité de la décision et son proportionnalité est l'un des plus hauts degrés de garantie de ces droits et libertés dans ce domaine sensible.

مقدمة:

إن القاعدة الأساسية التي تحكم القضاء الإداري في رقابته على القرارات الإدارية هي رقابة المشروعية، تاركاً بذلك جانب الملائمة للسلطة التقديرية للإدارة، إلا أن هذه القاعدة تحظى بطابع خاص في قرارات الضبط الإداري وبالتحديد في الرقابة على عيب السبب، نظراً لعلاقتها الوطيدة بالحريات العامة وإمكانية المساس بها في سبيل الحفاظ على النظام العام.

وتكتسي الرقابة القضائية على سبب القرار الضبطي أهمية كبيرة باعتبارها من أهم الضمانات الأساسية لاحترام مبدأ الشرعية، فتحديد الوقائع والظروف الخارجية المؤدية إلى إصدار القرار وتقدير الإجراءات الضبطية المتناسبة معه تنطوي تحت لواء السلطة التقديرية للإدارة، وهذه الأخيرة تعد ضرورة حتمية منحت للإدارة لكي لا تصاب بركود لا يتماشى والمستجدات التي يتميز بها النشاط الإداري، إلا أن الإدارة أحياناً تبالغ في استعمال اختصاصها التقديري والذي يعد المجال الخصب لحريتها في تقدير مدى خطورة هذه الوقائع على الإخلال بالنظام العام ما يؤدي بذلك إلى وقوع قراراتها تحت طائلة البطلان، وذلك راجع في تقديرها للسبب الذي يخرج عن نطاق الصواب فيتركز القرار على سبب غير جدي أو غير حقيقي، ولا يستدعي تدخل سلطات الضبط في حالات أخرى.

و من هنا يجد القاضي الإداري نفسه أمام مهمة صعبة وهي ضرورة تحقيق التوازن بين أعمال الضبط الإداري بالنظر إلى ضرورة المحافظة على النظام العام، ومن جهة أخرى ضمان حقوق وحريات الأفراد، ومن هذا المنطلق نطرح الإشكال التالي:

إلى أي حد تمتد رقابة القاضي الإداري في فحص عيب السبب في قرارات الضبط الإداري، وما هي طبيعة هذه الرقابة؟ وما هو دور هذه الرقابة في المحافظة على النظام العام من جهة و ضمان حقوق وحريات الأفراد من جهة أخرى؟

و تتفرع عن هذا الإشكال الرئيس تساؤلات فرعية يمكن أن تساعدنا في الوصول إلى الأهداف المتوخاة، تتمحور حول ما هي أوجه الرقابة على المشروعية التي يفحصها القاضي الإداري في سبيل التحري عن الوقائع المؤدية لإصدار القرار الضبطي؟ وهل ينظر القاضي الإداري في مدى التناسب بين الواقعة المخلة بالنظام العام والإجراء الضبطي المتخذ؟ وهل تختلف شروط التمييز الضبطي في الحالات العادية عن اتخاذه في الحالات الاستثنائية؟

وللإجابة على الإشكالية المطروحة نعلم إلى إتباع المنهج الوصفي والتحليلي هذا الأخير الذي يظهر من خلال تحليل ومناقشة أوجه الرقابة على عيب السبب في القرار الضبطي ومحاولة الوصول إلى معرفة الحد الذي تمتد إليه هذه الرقابة وكذا الاستعانة بالمنهج المقارن وذلك بطرح بعض القرارات القضائية المتعلقة بالموضوع في فرنسا والجزائر.

وللإجابة على الإشكالية السابقة عمدنا إلى تقسيم خطة الدراسة إلى المبحثين الآتيين:

الأول نتطرق فيه إلى الرقابة القضائية على مشروعية السبب في القرار الضبطي كأدنى درجات الرقابة ، أما المبحث الثاني فسنتناول فيه الرقابة القضائية على ملائمة الوقائع مع الإجراء الضبطي المتخذ، مع تدعيم ذلك ببعض التطبيقات القضائية في كل من فرنسا و الجزائر رغبة منا في إيضاح فحوى الدراسة بما سلكه القضاء في هذا الموضوع.

المبحث الأول : الرقابة القضائية على مشروعية السبب في القرار الضبطي

لقد ابتكر القضاء الإداري المقارن عدة أساليب و آليات قضائية فعالة لمراقبة كل ركن من أركان القرارات الإدارية المطعون فيها قضائيا بعدم الشرعية حتى تغطي رقابته الشاملة ، و هذه الأساليب و المراحل تتمثل في فحص و تحقيق القاضي المختص لمدى توفر جميع أركان القرار الإداري و مدى سلامتها من كافة العيوب¹ ، فالقضاء الإداري يسلط رقابته على الوقائع المادية و ذلك بالتحقق من وجودها و صحتها و من سلامة الوصف القانوني لهذه الوقائع عند وجودها² ، و من هنا نصل إلى رقابة شرعية القرار الضبطي من خلال العنصرين التاليين:

1 المطلب الأول: الرقابة القضائية على الوجود المادي للوقائع :

تعتبر رقابة القضاء الإداري على وجود الوقائع المادية التي استندت إليها الإدارة في إصدار قرارها أول درجات الرقابة القضائية على سبب القرار الإداري و الحد الأدنى لهذه الرقابة في هذا الميدان³ ، فلا يكفي ليكون مبدأ المشروعية محترما، أن تكون الوقائع التي اتخذت على أساسها بإمكانها تبريره من الناحية القانونية، بل يجب أيضا إثبات واقعية تلك الوقائع فلا يمكن أن لا تنجر عن رقابة الوصف القانوني للوقائع ، رقابة الواقعية المادية لها⁴ ، فيقوم القاضي الإداري بالتأكد من صحة الوجود الفعلي للحالة القانونية أو الواقعية التي بني عليها القرار ، فإذا وجده قائما يرفض الطعن لعدم التأسيس و إذا ما توصل إلى أنها غير موجودة فعليا يصدر حكمه بإلغاء القرار المطعون فيه لانعدام السبب كوجه للإلغاء⁵ ، و غالبا ما يكون تدخل القاضي الإداري في نشاط الضبط الإداري بإلغاء القرارات الغير شرعية بناء على طلب المواطنين و كذا إشراك مسؤولية الإدارة في الأضرار الناجمة على التدابير الضبطية ، و هنا للقاضي الإداري الصلاحية الكاملة في أمر الإدارة بدفع تعويضات عن الأضرار الناجمة عنها⁶

¹ عوادي عمار ، دعوى تقدير الشرعية في القضاء الإداري ، الجزائر، 2007، دار هومة للنشر والتوزيع ، ص 76 - 77.

² فهد عبد الكريم أبو العثم ، القضاء الإداري بين النظرية و التطبيق ، عمان (الأردن)، 2005، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ص 377.

³ عبد الغني بسيوني عبد الله، القضاء الإداري ، مصر، 1993، الدار الجامعية للطباعة و النشر، ص 342.

⁴ لحسين بن الشيخ آث ملويا ، دروس في المنازعات الإدارية - وسائل المشروعية - الجزائر ، 2006 ، دار هومة للطباعة و النشر، ص 364.

⁵ محمد الصغير بعلي ، القضاء الإداري - دعوى الإلغاء- الجزائر، 2007 ، دار العلوم للنشر والتوزيع، ص 352.

⁶ MANUEL GROS ,DROIT ADMINISTRATIF , CANADA, L'ANGLE JURISPRUDENTIEL,1998, EDITION L'ITARMATTAN INC RUE SAINT JACQUES MONTREAL,p 280.

1-1 الفرع الأول : موقف القضاء الفرنسي من رقابة الوجود المادي للوقائع

لقد بدأ تحول مجلس الدولة الفرنسي من مرحلة الامتناع عن رقابة مادية الوقائع المبررة لانخاذ القرار و المكونة لركن السبب فيه إلى فرض رقابته على هذه الوقائع في حكم MONOD سنة 1907 (CE.16 JUIN 1907) ، وتبع هذا الحكم صدور أحكام أخرى أشهرها حكم DESSAY سنة 1910 (CE.14 MAI 1910)، و حكم كامينو CAMINO في 14 يناير 1916¹، و تتمثل وقائع تلك القضية في عزل الحكومة لرئيس بلدية عن منصبه ، بسبب كونه لم يسهر كما يلزمه القانون على حرمة موكب جنائزي ، ولقد اوجد مجلس الدولة مبداء يتمثل في انه "يكون له ان يفحص مادية الوقائع" التي بررت ذلك التدبير ، و عندما تبين له بأن أوراق الملف أثبتت عدم صحتها أبطل العقوبة² ، و منذ قرار 14 يناير 1916 في قضية "كامينو" الصادر عن مجلس الدولة ، صرح هذا الأخير بأنه من صلاحيته في حالة ثبوت تلك الوقائع أن يبحث ان كان في مقدورها أن تكون سببا مشروعاً للقرار الإداري المهاجم³ ، و توالى القرارات القضائية الآخذة بالمبدأ و نجد منها قرار مجلس الدولة في 03 نوفمبر 1989 ، قضية شيناتون CHINA TOWN و الذي اثبت عدم الوجود المادي للوقائع المقحمة و التي كانت أساساً لقرار غلق مطعم⁴.

1-2 الفرع الثاني: موقف القضاء الجزائري من رقابة الوجود المادي للوقائع

أما عن القضاء في الجزائر فقد قضت الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى بقرار صادر عنها بتاريخ 1981/07/11 ، فصلا في القضية التي جمعت السيد: أوعمران رابح مدعي و السيد: وزير الداخلية مدعى عليه ، و جاء في فحوى القرار مايلي : " و لكن حيث انه كان في الإمكان قانونا رفض تسليم رخصة البناء أو منحها مع التحفظ بخصوص وجوب مراعاة مقتضيات خاصة ، و ذلك في حالة ما إذا كانت طبيعة البناءات من شأنها أن تخل من حيث موقعها و أبعادها بالصحة العامة و الأمن العام فانه يتعين على الإدارة معاينة و فحص كل حالة على انفراد للتوصل على ضوء خطورة المساس الذي يلحقه البناء بالصحة العامة أو بالأمن العام حيث انه كان على الإدارة فحص هذه النقطة أثناء مباشرة التحقيق بخصوص طلب السيد " أوعمران " حيث أن الإدارة رأت فيما يتعلق بهذه القضية انه لا مجال هناك لرفض منح رخصة البناء ، و لا لربطها باحترام مقتضيات خاصة ، و من ثم فان قرار رئيس دائرة بئر مراد رايس مشوب بخطأ واضح ... و مادام كذلك ، مستوجب الإبطال ، و بناء على ما سبق ، صرح المجلس الأعلى ببطلان القرار السالف الذكر"⁵.

نلاحظ من خلال هذه القرارات أن القضاء الإداري استقر على ضرورة الرقابة القضائية على الوجود المادي للوقائع في قرار الضبط الإداري ، فيجب أن تكون الوقائع صحيحة و غير وهمية ، و إلا كان القرار مشوباً بعيب

¹ - عبد الغني بسيوني عبد الله، المرجع السابق ، ص 342.

² - لحسين بن الشيخ آث ملويا ، المرجع السابق ، ص 364، 365.

³ - لحسين بن الشيخ آث ملويا ، المرجع السابق ، ص 371.

⁴ - لحسين بن الشيخ آث ملويا ، المرجع السابق ، ص 364، 365.

⁵ - قروف جمال، الرقابة القضائية على أعمال الضبط الإداري، مذكرة ماجستير، جامعة باجي مختار، عنابة، الجزائر، سنة 2006، ص 86، 87.

السبب ويقع تحت طائلة البطلان ، فيجب أن تكون هذه الأخيرة قائمة وقت إصدار القرار، فمهمة القاضي الإداري تكون في البداية بالتحقق من الوجود المادي لهذه الوقائع ، ويعد ذلك من أدنى درجات الرقابة القضائية على عيب السبب.

2 المطلب الثاني: الرقابة القضائية على التكييف القانوني للوقائع :

بعد أن يراقب القاضي الإداري الوجود المادي للوقائع فإنه ينتقل إلى المرحلة الثانية في رقابة السبب وتنصب على التأكد من سلامة التكييف أو الوصف القانوني الذي أصبغته الإدارة على هذه الوقائع فإذا كان هذا الوصف سليما من الناحية القانونية كان القرار صحيحا أما عكس ذلك فإن القرار معيب بعيب انعدام السبب¹.

2-1 الفرع الأول: موقف القضاء الفرنسي من رقابة التكييف القانوني للوقائع

لقد بدأ مجلس الدولة الفرنسي في مباشرة هذا النوع من الرقابة عندما اصدر قراره الشهير في قضية السيد GOMEL المؤرخ في 04 افريل 1914 الذي كانت تدور وقائعه حول رفض الإدارة منح رخصة البناء للسيد غومال في ميدان BEAUVEAU باعتبار أن العقار الذي يريد المعني انجاز الأشغال فيه، يعتبر موقعا محتملا لانجاز نصب تذكاري، وفقا لأحكام المادة 118 من قانون 1911/07/31 التي تسمح للإدارة رفض منح رخصة البناء في مثل هذه الحالة ، إذ أنها يمكن أن ترفض تسليم رخصة البناء بحجة أن الأشغال يمكن أن تؤدي إلى عرقلة انجاز النصب التذكاري المحتمل و هو سبب مذكور في قانون 1911 ، إلا أن السؤال المطروح : هل هذه الساحة كانت مكانا يحتمل إقامة نصب بها ؟ وقد أجاب مجلس الدولة الفرنسي عن ذلك بالنفي و ألغى قرار الرفض ، و بالتالي فإن القاضي أصبح يراقب ما إذا كانت الوقائع موضوع الدعوى تبرر اتخاذ القرار المطعون فيه ، أي ما إذا كانت الإدارة قد فكرت بطريقة سليمة في مواجهة الوقائع المعروضة².

يتضح من قرار "غومال" انه قفزة نوعية اتخذها القضاء الفرنسي في تحسين رقابة المشروعية على القرار الإداري ، و خطوة جيدة في سبيل الحد من التجاوزات والأخطاء المرتكبة من طرف الإدارة .

¹ - بوقريط عمر، الرقابة القضائية على تدابير الضبط الإداري، مذكرة ماجستير، جامعة منتوري قسنطينة، الجزائر، 2006/2007، ص 114.

² - Conseil d'états statuant au contentieux N°55125 -04 Avril 1914-Gomel, Publié au Recueil Lebon P :488

<http://www.conseil-etat.fr/Les-decisions-les-plus-importantes-du-Conseil>

أنظر موقع مجلس الدولة الفرنسي ، تاريخ الرجوع للموقع : 2017/09/20.

و للمزيد انظر : http://www.bibliodroit.com/2016/06/blog-post_97

عن موقع المكتبة القانونية العربية . الأحكام و القرارات الإدارية الكبرى في القضاء الفرنسي المؤسسة لأهم قواعد القضاء الإداري، منشور بتاريخ : 2016/01/06، تاريخ الرجوع للموقع : 2017/09/20.

وسنتطرق إلى دراسة ذلك من خلال المطالب التالية :

1- المطلب الأول: مفهوم الرقابة القضائية على القيمة الذاتية للأسباب (تقدير أهمية الوقائع)

القاعدة أن رقابة القضاء الإداري على أعمال الإدارة وقراراتها تقف عند المستويين السابقين أي رقابة مادية على الوقائع ورقابة على تكييفها القانوني ، حيث انه لا يتدخل في تقدير أهمية الوقائع وتناسبها مع مضمون القرار إذ يعود ذلك أصلاً للسلطة التقديرية للإدارة مصدرة القرار¹ ، إلا أن القضاء لم يلتزم هذه القاعدة في كثير من الحالات التي رأى فيها ضرورة التزام الإدارة بمراعاة التناسب بين الوقائع المبررة لاتخاذ القرار الإداري ومحل هذا القرار².

فقد طرح مجلس الدولة الفرنسي امتناعه السابق عن مراجعة تقدير الإدارة لأهمية وخطورة السبب، ومدى تناسبه مع القرار الإداري المؤسس عليه ، وأخذ يراقب الملائمة بين السبب والقرار المبني عليه ، وخاصة إذا كانت الملائمة تكون شرطاً من شروط المشروعية ، وتركزت أحكام المجلس في هذا الشأن على القرارات المتعلقة بالحريات العامة على وجه الخصوص³.

وبالتالي فإن القاضي الإداري لا يتجه مباشرة إلى النظر في ملائمة القرار إلا بعد النظر في مشروعيته وبعدها يرى ما إذا كانت مناسبة القرار تتلائم والإجراء المتخذ خصوصاً إذا أدى عدم التلائم إلى انعدام مشروعية القرار في حد ذاته أي أن تكون الملائمة عنصراً من عناصر المشروعية في حد ذاتها ، فالإدارة حرة في اتخاذها للقرار بهدف المحافظة على النظام العام لأنها لها سلطة تقديرية في ذلك إلا أن المشكلة تقع في نوع القرار المتخذ ومدى تحقيقه لهذا الهدف ومدى ضرورة اتخاذه وتناسبه مع الوقائع القائمة و بالتالي القاضي الإداري يجد نفسه يتدخل في السلطة التقديرية للإدارة وذلك لعلاقة هذا القرار بخرق مبدأ المشروعية وتكون هنا ملائمة مناسبة القرار مع التدابير المتخذة جزءاً لا يتجزأ من مشروعية القرار نفسه .

فلا يقصد بالملائمة تقدير الإدارة لملائمة إقدامها على التصرف أو الامتناع عنه فحسب، بل اختيار الإجراء الملائم أيضاً الذي يتفق ويتناسب مع أهمية الوقائع⁴.

من خلال ما سبق اتضح أن رقابة القاضي الإداري على الوجود المادي للوقائع وعلى تكييفها القانوني في قرارات الضبط الإداري لا تعد رقابة كافية لمجابهة ما قد ينجم عن التدابير الضبطية المتخذة في مواجهة الأفراد ،

¹ - محمد الصغير بعلي ، المرجع السابق ، ص 354.

² - حاحة عبد العالي ويعيش تمام آمال " الرقابة على تناسب القرار الإداري ومحلّه في دعوى الإلغاء " ، مجلة المنتدى ، العدد الخامس ، جامعة محمد خيضر بسكرة، مقال منشور ، ص 137.

³ - عبد الغني بسيوني عبد الله ، المرجع السابق ، ص 350.

⁴ - مايا محمد نزار أبو دان ، الرقابة القضائية على التناسب في القرار الإداري، لبنان، الطبعة الأولى سنة 2011، المؤسسة الحديثة للكتاب ، ص 64.65.

فقد تبتعد الإدارة بسلطتها التقديرية إلى درجة انتهاكها لحقوقهم و حرياتهم ، و ذلك ما يزيد من صعوبة مهمة القاضي في فرض رقابته .

و هذا يقودنا إلى معرفة ما إذا كانت الإجراءات الضبطية المتخذة لها شروط معينة أو قيود مفروضة عليها أم لا ؟، و يمكن أن يتضح لنا ذلك من خلال معرفة هذه الشروط في الحالات العادية ثم القيود الواردة في الحالات الاستثنائية ، و سنتطرق إلى ذلك في المطلبين الآتيين.

2- المطلب الثاني : الرقابة القضائية على شروط الإجراءات الضبطية في الظروف العادية

إن إجراءات الضبط الإداري المتخذة من طرف السلطات المختصة تقتضي توافر شروط لكي تكتسي طابع الشرعية ، و التي يفرض القاضي الإداري رقابته عليها ، و كما سبق رأينا أن هذا الأخير تمتد رقابته إلى مدى ملائمة التدابير الضبطية المتخذة مع أهمية الوقائع القائمة، و هذه التدابير لها شروط معينة في الحالات العادية نوردها كما يلي :

2-1 الفرع الأول: شروط الاجراء الضبطي في تقييد الحرية .

2-1-1 أولا : عدم مشروعية الحظر المطلق للحرية

إن القضاء الإداري لم يطلق يد الإدارة فيما تتخذ من إجراءات ضبطية و لكن حتى يكون الإجراء مشروعاً يجب أن يلتزم شروطاً و أوضاعاً رسمها القضاء هي في الواقع قيود على سلطات الضبط الإداري¹.

حيث أن القضاء الإداري يتشدد في الضوابط و القيود الواجب توافرها في إجراء الضبط الإداري الذي يتدخل في تنظيم الحريات الأساسية و المكفولة بموجب أحكام الدستور كحرية العقيدة و المعتقد و ممارسة الشعائر الدينية و حرية الاجتماع².

و قد قضى مجلس الدولة الفرنسي بعدم مشروعية الحظر المطلق للحرية في العديد من أحكامه نذكر منها:

الحكم الصادر بتاريخ 12 مارس سنة 1949 حول القرار التنظيمي الذي اتخذته عمدة إحدى المدن و الذي منع بموجبه المصورين منعاً مطلقاً من ممارسة مهنة التصوير في الطرقات العامة حيث يشكل ذلك مضايقة للمارين في هذه الطرق و يعيق حركة المرور ، و قضى فيه بعدم مشروعية الحظر المطلق لهذه الحرية بحجة أن الإدارة لها أن تحظر ممارسة المصورين لنشاطهم في أماكن و أوقات معينة و الحظر يكون نسبياً ، بعدما تتأكد من ضرورة الإجراء لمنع الازدحام و إعاقة المرور و ليس لها أن تمنعه بصورة مطلقة³.

¹ صلاح يوسف عبد العليم، أثر القضاء الإداري على النشاط الإداري للدولة ، مصر، سنة 2008، دار الفكر الجامعي ، ص 313.

² عصام الدبس، القضاء الإداري و رقابته لأعمال الإدارة -دراسة مقارنة -، عمان (الأردن)، سنة 2010، دار الثقافة للنشر و التوزيع، ص 196.

³ عصام الدبس ، المرجع السابق ، ص 197.

2-1-2 ثانيا: الالتزام بعدم تعدد الجزاءات الإدارية عن مخالفة واحدة، مع عدم فرض وسيلة معينة لمواجهة الإخلال بالنظام العام.

فأما عن عدم تعدد الجزاءات، فإنه إذا كان يجوز ازدواجية الجزاء الجنائي والإداري على ذات الواقعة، فإنه نزولا على مقتضيات مبدأ التناسب يجب ألا يزيد الجزاءان عند التماثل بينهما والمثال على ذلك: يكون للإدارة غلق المحل إذا ترتبت على إدارته خطر داهم على الصحة العامة فإذا استمر المخالف في إدارته رغم الغلق يحق لها أن تطبق في مواجهته جزاء آخر¹.

أما عن عدم فرض وسيلة معينة لمواجهة الإخلال بالنظام العام، فإنه لا يتصور ترك الحرية للأفراد في اختيار وسيلة توقي الخطر عندما يكون الاضطراب الذي تتوقعه الإدارة خطيرا، فترك الحرية للأفراد في اختيار وسيلة تجنب الخطر يكون مفهوما في حالات الاضطراب التي تهدد إلا بأضرار هينة أما في الحالات الخطيرة فيكون لسلطات الضبط الإداري بل يتعين عليها أن تتدخل بالوسائل التي ترى فاعليتها في درء الخطر².

2-1-3 ثالثا: تناسب الإجراء الضبطي مع خطورة التهديد للنظام العام وكذا تناسبه مع نوع الحرية المراد تقييدها.

إذا تقيدت الحريات العامة بسبب ممارسة تدابير الضبط الإداري فيجب أن يكون هذا الإجراء ضروريا ولزما ومجديا لمواجهة حالات معينة من دفع خطريته للنظام العام وبذلك تتحقق الموازنة بين الحرية والنظام العام وذلك تتحقق قاعدة التناسب وهذه القاعدة لها عناصرها:

- تقدير جسامة الاضطراب أو الخلل

- تقدير إجراء الضبط في حد ذاته³.

ومن أشهر التطبيقات القضائية على ذلك قرار مجلس الدولة الفرنسي في قضية "BENJAMIN" الصادر بتاريخ 19/05/1933 الذي قضى: "بالغاء قرار رئيس بلدية NEVERS الذي منع السيد بنجامين من إلقاء محاضرة عامة في اجتماع عام بحجة أن هذا الاجتماع العام والمحاضرة العامة تهدد للأمن العام، فلما بسط قضاء مجلس الدولة رقابته على مسألة مدى خطورة هذا التجمع والمحاضرة على النظام العام اكتشف وقرر أنها لا تشكل خطرا وتهديدا على النظام العام لأن رئيس البلدية يملك من الوسائل والإمكانية الأمنية ما يؤهله إلى تنظيم هذا التجمع والمحاضرة العامة بدون الإخلال بالنظام العام"⁴.

¹ - محمد باهي أبو يونس، الرقابة القضائية على الجزاءات العامة، الإسكندرية (مصر)، سنة 2000، دار الجامعة الجديدة للنشر، ص 125.

² - صلاح يوسف عبد العليم، المرجع السابق، ص 315.

³ - عصام الدبس، المرجع السابق، ص 198.

⁴ - العاصمي صورية، تأثير نظام الضبط الإداري على الحقوق والحريات العامة، مذكرة ماجستير، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2011/2012، ص 166.

بالإضافة إلى ذلك فإن إجراءات الضبط الإداري تتنوع وفقا لنوع الحرية المراد تقييدها للحفاظ على النظام العام فنجدها مقيدة إذا كانت الحرية المراد تقييدها مكفولة بنصوص دستورية أو تشريعية ، أما إذا كانت الحرية أو النشاط المراد تقييدهما مجرد رخصة و لا تشكل حريات عامة حقيقية ، فإن سلطة الضبط إزاء هذه النشاطات تكون تقديرية وواسعة ، و لا يمكن اعتبار تلك الإجراءات مشروعة إلا إذا كانت ضرورية¹.

2-2 الفرع الثاني : شروط إجراءات الضبط وفقا لظروف الزمان و المكان .

تتنوع إجراءات الضبط حسب الظروف الزماني الذي أصدرت فيه وكذا تختلف أيضا باختلاف الظروف المكاني فأما :

2-2-1 أولا : من حيث الزمان

سلطات الضبط الإداري تتسع في الظروف الاستثنائية عنها في الظروف العادية، حيث انه في فترات الأزمات فان الظروف الاستثنائي يهدد النظام العام بصورة أشد.

2-2-2 ثانيا : من حيث المكان

تختلف القيود التي ترد على الحريات من قبل سلطات الضبط تبعا للمكان الذي تمارس فيه ، فبعض إجراءات الضبط على الحدود مثلا تكون مشروعة و تعد غير مشروعة إذا اتخذت داخل المدن².

3 المطلب الثالث : الرقابة القضائية على قيود الإجراءات الضبطي في الظروف الاستثنائية

إن الإدارة في الظروف الاستثنائية تصبح لها صلاحيات واسعة مقارنة بالظروف العادية، و ذلك في سبيل مواجهة الأمور الطارئة التي تستدعي درء أي خطر يهدد الأمن العام في البلاد ، لذلك نجد القضاء متصديا لهذا الأمر بوضع قيود على الظروف الاستثنائي حتى لا تطلق الإدارة حريتها في انتهاك حريات الأفراد و يمكن تلخيص هذه القيود فيما يلي :

3-1 الفرع الأول: أن يكون الإجراءات الضبطي قد اتخذ خلال الظروف الاستثنائية

يتعين في إجراء الضبط حتى يكون في إطار المشروعية الاستثنائية أن يكون قد اتخذ خلال الظروف الاستثنائية و لإضفاء المشروعية الاستثنائية على تصرفات هيئات الضبط يتعين على هذه الهيئات أن تثبت أن هناك ظروف استثنائية لم تتضمنها القوانين العادية ، و أن تلك الإجراءات الاستثنائية قد اتخذت خلال تلك الظروف ، و ترتيبا على ما تقدم فعندما تطرح على القاضي الإداري قضية تدعي فيها الإدارة قيام ظروف استثنائية

¹ - عصام الدبس ، المرجع السابق ، ص 199.

² - عصام الدبس ، المرجع السابق ، ص 200.

لتبرر ما اتخذته من إجراءات ، فإنه يتحقق من خلالها ، فالمسألة أولا وأخيرا مسألة وقائع يقدرها القاضي الإداري في ضوء الظروف الزمانية والمكانية التي تحيط بها، هذا ما أكدته مجلس الدولة الفرنسي في قضية Veuve Goguet بتاريخ 1946/05/03 من عدم مشروعية القرار الذي اتخذته عمدة مدينة Nantes بالاستيلاء على شقة مملوكة لإحدى السيدات لتقييم بها إحدى العائلات التي نزحت من المناطق التي كانت مسرحا للعمليات الحربية في فرنسا خلال الحرب العالمية الثانية ذلك أن المصاعب والظروف التي واجهتها الإدارة في تلك المدينة لا تبرر إصدار قرار الاستيلاء".¹

3-2 الفرع الثاني: ضرورة الإجراءات الاستثنائية ولزومه

يقوم القاضي الإداري بالتحقق من أن مواجهة الظروف الاستثنائية تتطلب إجراء استثنائي لا تسعف به التشريعات السارية وهو ما يعني ضرورة الإجراءات الاستثنائية ولزومه لمتطلبات الحالة ، فإذا ثبت له أن الإدارة كانت تستطيع أن تتغلب على المصائب الناجمة عن الظروف الاستثنائية القائمة بما تملكه من سلطات ووسائل تنص عليها التشريعات السارية ومع ذلك اتخذت إجراء استثنائيا لا تجيزه هذه التشريعات ، فإنه يحكم بإلغاء هذا الإجراء"² وفي ذلك نذكر قرار مجلس الدولة (الجزائري) : في قضية والي ولاية ميلة ضد الشركة الوطنية للمحاسبة في 19/04/1999: أجاب مجلس الدولة بتأييده للقرار المستأنف وسبب قراره على سببين:

1. السبب الأول : أن نص المادة 92 من قانون الولاية لا تخول للوالي سلطة تسخير محل مشغول بطريقة قانونية من شركة وطنية .

2. السبب الثاني : أن الوالي لم يثرأية حالة تسمح له بتسخير مدير ديوان الترقية والتسيير العقاري لولاية ميلة لوضع المحلات الممنوحة للشركة المستأنف عليها تحت تصرف الولاية ، وأن الأمر بالتسخير لا يكون إلا في الحالات الاستثنائية"³.

أي أن حالات الاستعجال والحالات الاستثنائية فقط هي التي من شأنها تبرير إصدار الهيئات الضبطية لقرارات غير مسموح بها عادة وتبيحها فقط في الحالات الطارئة .

3-3 الفرع الثالث : ملائمة الإجراءات الضبطية للحالات الاستثنائية

يتعين أن يكون الإجراء الذي تتخذه الإدارة لمواجهة الظروف الاستثنائية ملائما ومناسبا لما تتطلبه هذه الظروف ، وأن يكون هذا التصرف بالقدر الذي يكفي لمعالجة هذه الظروف دون إفراط أو تفريط .

¹ - غلاي حياة ، حدود سلطات الضبط الإداري ، مذكرة ماجستير ، جامعة أبي بكر بلقايد ، تلمسان، 2014/2015 ، ص 139، 138.

² - غلاي حياة ، نفس المرجع ، ص 141، 140.

³ - لحسين بن الشيخ آث ملويا، المنتقى في قضاء مجلس الدولة "الجزء الثاني" ، الجزائر ، 2005 ، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع ، ص 42.

و يقوم القضاء الإداري بمراقبة تقدير الإدارة لأهمية و خطورة الاضطرابات في ظل تلك الظروف ، و ذلك للتحقق من مدى ملائمة الإجراء الذي تقيد به الإدارة حريات الأفراد و ما إذا كان من الممكن اللجوء إلى إجراء اخف وطأة بدل الإجراء المتخذ لتحقيق ذلك الهدف، و تطبيقا لذلك قضى مجلس الدولة الفرنسي في حكمه الصادر بتاريخ 1962/10/19 في قضية CANAL بإلغاء الأمر الذي صدر عن رئيس الجمهورية في أول أكتوبر 1962 بإنشاء محكمة عسكرية خاصة لمحاكمة المتهمين بالاشتراك في التمرد الذي قام به الجيش الفرنسي المرابط بالجزائر بتاريخ 1961/04/21 ذلك أن " الظروف التي تم إنشاء هذا القضاء الاستثنائي طبقا لها لم تكن على درجة كبيرة من الخطورة تبرر الاعتداء على المبادئ العامة للقانون و بصفة خاصة فيما يخص حقوق الدفاع"¹.

من خلال ما سبق يتضح أن فكرة الملائمة ووجوب توافرها تستوي في الحالات العادية مع الحالات الاستثنائية في ضرورة توافرها ، و مدى نظر القاضي فيها فمثلا هناك شروط يجب توافرها في الإجراءات الضبطية في الحالات العادية هناك أيضا قيود يجب أن تحترمها السلطات في إصدارها لتدابيرها في الحالات الاستثنائية فلا يجب أن تتحجج بالظرف الاستثنائي لتطلق العنان لسلطتها التقديرية وهذا ما يجب على القاضي الإداري التأكد منه ووضع حد له .

خاتمة:

من خلال تطرقنا لموضوع عيب السبب في قرارات الضبط الإداري و كيفية الرقابة القضائية عليه سواء من جانب المشروعية أو الملائمة توصلنا إلى النتائج التالية:

- أن القضاء الإداري يتجاوب مع واقع المستجدات التي تعترضه فيكون بذلك بحاجة إلى إيجاد وسائل قانونية تتماشى مع واقع تطور أعمال الإدارة التي تتسم بالمرونة بالدرجة الأولى لذلك كان مبدأ الملائمة في رقابة القاضي على هذه الأخيرة - خصوصا في مجال الضبط الإداري - و النظر في مدى التناسب بين أسباب القرار الضبطي و مدى أهمية خطورة الوقائع الدافعة لذلك من أهم مظاهر إرساء التوازن بين ضمان الحريات العامة ، و تحقيق النظام العام .

- يمارس القاضي الإداري هذا النوع من الرقابة لوضع حد لمبالغة الإدارة في فرض سلطتها التقديرية في تقدير الأسباب الدافعة لاتخاذ الإجراءات الضبطية التي تكون أحيانا غير متناسبة مع الوقائع القائمة.

- مما سبق اتضح أن القاضي الإداري في مجال القرارات الضبطية لا يعد قاضي مشروعية فقط بل هو قاضي ملائمة أيضا ، لكن بالعودة إلى الأصل نجد أن القاضي الإداري ما هو إلا قاضي مشروعية وهذه التفاصيل التي ينظر فيها لا تعدو أن تكون جانبا من جوانب الوصول إلى إرساء الشرعية الإدارية، إلا أن هذا التحليل يبقى نسبي إلى حد ما، كون الرقابة القضائية في هذا المجال تتسع من جانب و تتعقد من جانب آخر في عنصر السبب و

¹ - غلاي حياة ، المرجع السابق ، ص 142 ، 143.

ذلك بالنظر إلى الحالات التي ترك فيها المشرع الحرية للإدارة في تحديد الأسباب التي تبني عليها قرارها على خلاف الحالات الأخرى التي تحكمها نصوص قانونية حينما تكون سلطة الإدارة مقيدة ، كذلك تتعقد مهمة القاضي الإداري للعلاقة الشديدة التي تربط سبب القرار الضبطي بالحرية العامة للأفراد .

- ولعل أهم نتيجة حققها الرقابة القضائية في هذا المجال هي وضع حد للسلطة التقديرية للإدارة وإبقائها تحت مجهر السلطة القضائية التي تنفصل عن باقي السلطات ما يمنحها فرصة تحقيق العدالة و حماية حقوق و حريات الأفراد و عدم تقييدها لأي سبب كان .

- رقابة المشروعية التي تتعدى إلى رقابة الملائمة في قرار الضبط الإداري ما هي إلا عناصر متداخلة مع بعضها يصعب فصلها إلا أن ما يمكن قوله حول ذلك هو كون رقابة الملائمة تكون أكثر الشيء عنصرا لا يتجزأ من الرقابة على المشروعية حينما يتعلق الأمر بالإجراءات المتخذة ضد الحقوق و الحريات العامة المكفولة قانونا و نميز هنا بين الحالات العادية و الحالات الاستثنائية حيث لاحظنا أن القاضي الإداري في الظروف الاستثنائية ينظر أكثر الشيء في مشروعية القرار دون ملائمتة نظرا لضرورة الإجراءات المتخذ لدرأ الضرر الخاص بالظرف الطارئ ، إلا أن الإجراء مرتبط بقيود متمثلة في ضرورته و كذا مزامنته لهذا الظرف سواء زمانيا أو مكانيا و بالتالي ينظر في ملائمتة تلقائيا .

أما عن التوصيات التي يمكن طرحها:

فما يمكن قوله في هذا المقام هو وجوب سمو القضاء بمهمته في تحقيق كل المهام المنوطة به في هذا الموضوع الحساس وهو ضرورة العمل على إدخال عناصر الملائمة في نطاق مشروعية القرار الضبطي، و بالتالي النظر في تناسب الوقائع القائمة التي أصدر على أساسها القرار و تحديد مدى خطورتها ، و بالتالي معرفة ما إذا كانت التدابير المتخذة بشأنها تتناسب مع حجمها أم لا ، فإن كانت جسيمة كان الإجراء المتخذ مبررا أما إن كانت هينة و تحتمل اتخاذ تدابير أبسط من التي اتخذتها السلطات الضابطة، نجد القاضي الإداري هنا يتدخل في تقدير جسامه الخطر المهدد للنظام العام ومدى تناسبه مع الإجراءات المتخذة ، و بالتالي الوصول إلى حد بعيد في تحقيق الهدف المنشود و هو تحقيق التوازن بين ضمان تحقيق هدف الإدارة في المحافظة على النظام العام بعناصره و في نفس الوقت عدم المساس بحريات الأفراد.

المراجع:

- 1- العاصمي صورية، تأثير نظام الضبط الإداري على الحقوق و الحريات العامة ، مذكرة ماجستير، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2012/2011 .
- 2- بوقريط عمر ، الرقابة القضائية على تدابير الضبط الإداري، مذكرة ماجستير، جامعة منتوري، قسنطينة ، 2007/2006.
- 3- حاحة عبد العالي و يعيش تمام آمال ، الرقابة على تناسب القرار الإداري و محله في دعوى الإلغاء ، مجلة المنتدى ، العدد الخامس ، جامعة محمد خيضر بسكرة، مقال منشور.

- 4- صلاح يوسف عبد العليم، أثر القضاء الإداري على النشاط الإداري للدولة، مصر، دار الفكر الجامعي سنة 2008.
- 5- عبد الغني بسيوني عبد الله ، القضاء الإداري ، مصر ، الدار الجامعية للطباعة و النشر، سنة 1993 .
- 6- عصام الدبس، القضاء الإداري و رقابته لأعمال الإدارة –دراسة مقارنة-، الأردن، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، 2010.
- 7- عمار عوابدي، دعوى تقدير الشرعية في القضاء الإداري، الجزائر، دار هومة للنشر والتوزيع، سنة 2007.
- 8- غلاي حياة ، حدود سلطات الضبط الإداري ، مذكرة ماجستير، جامعة أبي بكر بلقايد ، تلمسان، 2014/2015 .
- 9- فهد عبد الكريم أبو العثم ، القضاء الإداري بين النظرية والتطبيق ، عمان (الأردن) ، دار الثقافة للنشر والتوزيع، سنة 2005.
- 10- قروف جمال، الرقابة القضائية على أعمال الضبط الإداري، مذكرة ماجستير، جامعة باجي مختار ، عنابة، سنة 2006.
- 11- لحسين بن الشيخ آث ملويا ، دروس في المنازعات الإدارية -وسائل المشروعية- الجزائر، الطبعة الأولى، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، سنة 2006.
- 12- لحسين بن الشيخ آث ملويا ، المنتقى في قضاء مجلس الدولة "الجزء الثاني" ، الجزائر، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، سنة 2005 .
- 13- مايا محمد نزار أبو دان ، الرقابة القضائية على التناسب في القرار الإداري لبنان ، الطبعة الأولى ، المؤسسة الحديثة للكتاب سنة 2011.
- 14- محمد أبو بكر عبد المقصود ، سلطة الإدارة بين التقييد والتقدير -التزام الأشخاص العامة بالتدخل- مصر، د.ط، دار الجامعة الجديدة، سنة 2014.
- 15- محمد الصغير بعلي، القضاء الإداري –دعوى الإلغاء-، عنابة –الجزائر- ، دار العلوم للنشر و التوزيع، سنة 2007.
- 16- محمد باهي أبو يونس، الرقابة القضائية على الجزاءات العامة، الإسكندرية (مصر)، الجامعة الجديدة للنشر سنة 2000.
- 17- MANUEL GROS, DROIT ADMINISTRATIF, L'ANGLE JURISPRUDENTIEL, CANADA, EDITION L'ITARMATTAN INC RUE SAINT JACQUES MONTREAL ,1998.
- 18- Conseil d'états statuant au contentieux N°55125 -04 Avril 1914–Gomel, Publié au Recueil Lebon P :488
انظر : <http://www.conseil-etat.fr/Les-decisions-les-plus-importantes-du-Conseil>
عن موقع مجلس الدولة الفرنسي ، تاريخ الرجوع للموقع : 2017/09/20.
- http://www.bibliotdroit.com/2016/06/blog-post_97 للمزيد أنظر موقع المكتبة القانونية العربية
الأحكام و القرارات الإدارية الكبرى في القضاء الفرنسي المؤسسة لأهم قواعد القضاء الإداري، منشور بتاريخ : 2016/01/06، تاريخ الرجوع للموقع : 2017/09/20.

الوساطة الجزائية في التشريع الجزائري

زمورة داود

طالب دكتوراه بجامعة باتنة 1

أستاذ مساعد "أ" جامعة خنشلة

zemouradaoud@gmail.com

ملخص

تبنت العديد من التشريعات نظام الوساطة في المواد الجزائية كأسلوب غير قضائي في إدارة الدعوى العمومية، إلا أن تطبيقه اختلف من دولة إلى أخرى من حيث مجال العمل به وشروطه، ما يعكس ترددها في أعماله نظرا لطبيعة الحقوق الناتجة عن الجريمة والدعوى الناشئة عنها، لا سيما مبدأ عدم جواز التصرف فيها بعد تحريكها وتعلقها بفكرة الحق العام والنظام العام .

ورغم ذلك التمايز في التطبيق فإن اجتماع الدول الآخذة به على فعاليتها جعل منه واحد من أهم الأساليب في حل النزاعات الجزائية دون حكم قضائي وهي القناعة التي جعلت المشرع الجزائري ينظمه في قانون الإجراءات الجزائية عام 2015 .

Résumé

Plusieurs législations dans le monde ont adopté le système de la médiation comme moyen non judiciaire en place et lieu de l'action publique. Néanmoins son application diffère d'un pays à un autre du point de vue de ses conditions ainsi que dans son champs d'action .ce qui n'a pas manqué de montrer des hésitations à travailler avec, au regard de la nature des droits qui peuvent résulter du délit commis et de l'action judiciaire qui en découle et qui ne peut permettre sa mise en action et sa suspension au nom de l'esprit du droit et de l'ordre publique .

Et malgré cette différenciation dans ce genre d'application, les pays qui l'ont adopté ont fait de lui une des plus importantes méthodes de travail dans le règlement des différents conflits judiciaires non assortis de jugements. C'est là la conviction du législateur à l'intégrer dans le code de procédure pénale en 2015.

مقدمة

أدخل المشرع الجزائري نظام الوساطة في المادة الجزائية بموجب الأمر 02-15 المؤرخ في 23 يوليو 2015 المعدل والمتمم لقانون الإجراءات الجزائية والقانون رقم 02-15 المؤرخ في 15 يوليو 2015 المتعلق بحماية الطفل، بعد أن سبق العمل به في المواد المدنية بموجب القانون رقم 09-08 المؤرخ في 25 فيفري 2008 المعدل والمتمم لقانون الاجراءات المدنية. ويبدو أن ميل المشرع الجزائري إلى تبني نظام الوساطة إنما إيماناً منه بفعاليتها في تخفيف العبء عن القضاء الجزائي وتدعيم النيابة العامة بألية جديدة تدعم سلطتها في الملائمة باتخاذ القرار المناسب بشأن الواقعة الإجرامية؛ فبدلاً من حصر سلطتها بين تحريك الدعوى العمومية والحفظ لعدم كفاية الأدلة أو تفاهة الجرم، لها أن تلجأ إلى حل ثالث هو الأمر بإجراء وساطة بين الشاكي والمشتكى منه بحيث يرضي الضحية المتضرر من الجريمة بدعوة الجاني إلى تعويضه تعويضاً لائقاً وسريعاً يرضيه، من جهة ومن جهة أخرى يتفادى الفاعل محاكمة لا يضمن نتائجها مع كل السلبيات الناتجة عن علنية المحاكمة والإدانة والعقوبة الممكنتين كذلك والتشهير من خلال قيد العقوبة في سجل السوابق العدلية. أما عن النيابة فهي أيضاً مستفيدة من نجاح الوساطة التي كانت باقتراح منها وإدارتها وأدى إلى انقضاء الدعوى العمومية التي كانت لتتحركها هي وبالتالي نجاحها في إدارة الشكوى بحل الخلاف وغلق الملف في أسرع وقت ممكن دون هدر لحقوق الضحية مع رضا الجاني وتخفيف العبء عن القضاء.

وعليه كيف نظم المشرع الجزائري نظام الوساطة في المواد الجزائية ؟

للإجابة على هذه الإشكالية اهتمنا إلى تناول الموضوع في محورين أساسيين، نتناول في الأول - بعد التعريف بنظام الوساطة - شروطها وفي المحور الثاني إجراءاتها ونختم الموضوع بتوصيات يراها الباحث مفيدة في تدعيم فعالية نظام الوساطة .

تعريف الوساطة

أورد الفقه الجنائي عدة تعاريف للوساطة الجنائية أهمها أنها: "كل طريقة غير تقليدية لحل المنازعات بواسطة شخص ثالث، كانت تحل وفقاً للأوضاع المعتادة بمعرفة قاضي الواقعة"¹ أو أنها: "إجراء يتوصل بمقتضاه شخص محايد للتقريب بين طرفي الخصومة الجنائية بغية السماح لهما بالتفاوض على الآثار الناشئة عن الجريمة أملاً في إنهاء النزاع القائم بينهما"² أو هي: "أسلوب غير قضائي يعتمد على اقتراح النيابة العامة ويستمد وجودها من الصلح الذي تم بين المجني عليه والجاني الذي تحقق من مسؤوليته الجنائية وتكلفه بتعويض المجني عليه"³ أما المشرع الجزائري فقد عرفها بأنها آلية قانونية تهدف إلى إبرام اتفاق بين الطفل الجانح وممثله الشرعي من جهة وبين الضحية أو ذوي حقوقها من جهة أخرى وتهدف إلى إنهاء المتابعات وجبر الضرر الذي تعرضت له الضحية ووضع حد لآثار الجريمة والمساهمة في إعادة ادماج الطفل"⁴.

¹ مقدم مبروك " عقوبة الحبس قصيرة المدة وأهم بدائلها " دارهومه للطباعة والنشر والتوزيع الجزائر 2017 ص 103

² أسامة حسين عبيد " الصلح في قانون الإجراءات الجنائية، ماهيته والنظم المرتبطة به " دار النهضة العربية . الطبعة الأولى 2005 ص 482

³ محمد حكيم حسين الحكيم " النظرية العامة للصلح وتطبيقاتها في المواد الجنائية. دراسة مقارنة " دار النهضة العربية - مصر 2002 ص 38

⁴ المادة 2 من القانون رقم 12/15 المؤرخ في 15 يوليو 2015 المتعلق بحماية الطفل

نشأة الوساطة

كنظام قائم بذاته ، غير منسوب إلى دولة معينة على سبيل التحديد، فهناك من يرجع أصل نشأتها الى قوانين الدول الأنجلو سكسونية كما هو الحال في الولايات المتحدة الأمريكية سنة 1969 ثم كندا سنة 1974 التي انتقلت إلى باقي الدول الأوروبية لا سيما فرنسا سنة 1993 و بلجيكا سنة 1994¹. وهناك من يرجع ظهورها الى كندا بتطبيق الوساطة ونجاحها أول مرة سنة 1974 بمدينة كيتشنر الكندية على خلفية سابقة قضائية حملت اسم المدينة ثم انتقلت إلى الولايات المتحدة الأمريكية سنة 1978² ثم إلى إنجلترا وبعدها فرنسا عام 1993³.

غير أن تعدد تجارب الوساطة باختلاف الدول وفي بعض الحالات اختلاف الممارسات داخل الدولة الواحدة يجعل الحديث عن نهج دولي واحد أمر صعب على أي باحث⁴، بل قد يكون من الخطأ جعل تجربة الوساطة في دولة معينة مصدرا لبقية التجارب اعتمادا على أسبقية تنظيمها في تلك الدولة وإلا كانت كلها متطابقة و من ثم فإننا سنركز على تنظيم الوساطة في التشريع الفرنسي باعتباره مصدر إلهام للمشروع الجزائري.

ظهرت الوساطة الجنائية في فرنسا في منتصف الثمانينات من القرن العشرين وكانت حدثت بناء على مبادرات من رجال البوليس وأعضاء النيابة العامة ، قاضي التحقيق ، قضاة الحكم على الرغم من عدم وجود أساس قانوني لذلك ما عدا ما كان للنياحة العامة من سلطة تقدير في مدى ملائمة اتخاذ الإجراءات الجنائية⁵، وقد تدخل المشروع الفرنسي بعد ذلك باعتبار هؤلاء الوسطاء بمثابة هيئات صلح تقوم النيابة باختيار القضايا التي تعهد بها إليهم وهذا بموجب مرسوم تنظيمي في مارس 1987⁶.

غير أن الميلاد الشرعي للوساطة في المواد الجزائية كان بصدور القانون رقم 2-29 المؤرخ في 4 يناير 1993 الذي أضاف إلى المادة 41 من قانون الإجراءات الجزائية فقرة أخيرة ينص فيها على إجازة النيابة العامة وقبل إصدار قرار في شأن الدعوى الجنائية وبناء على اتفاق الأطراف أن ترسل ملف القضية إلى الوساطة إذا تبين لها أن هذا الإجراء من شأنه حصول المجني عليه على تعويض كاف عن الضرر الذي حدث له وكذلك وضع حد لحالة الاضطراب التي أحدثتها الجريمة، وكذلك إعادة تأهيل الجاني، ومنه كان قانون 04 يناير 1993 أول من أسس لوساطة جنائية رسمية معترف بها في فرنسا⁷.

¹ أسامة حسين عبيد نفس المرجع ص 518 ، أسامة أحمد محمد النعيمي " دور المجني عليه في الدعوى الجزائية . دراسة مقارنة" دار الجامعة الجديدة للنشر الاسكندرية 2012. هامش ص 407

² إبراهيم العسكري " العدالة التصالحية مبررات بروزها وآفاقها بالمغرب- الوساطة الجنائية نموذجاً- المجلة المغربية للدراسات والاستشارات القانونية – العدد الرابع – الستة الثالثة 2013. ص 187

³ منصور عبد السلام عبد الحميد حسان العجيل " العدالة الرضائية في الإجراءات الجنائية . دراسة مقارنة" دار النهضة العربية مصر. الطبعة الأولى 2016 . ص 340 ، محمد حكيم حسين الحكيم " النظرية العامة للصلح المرجع السابق ص 157

⁴ أشرف رمضان عبد الحميد " الوساطة الجنائية ودورها في إنهاء الدعوى العمومية . دراسة مقارنة" دار أبو المجد للطباعة بالهرم . الطبعة الأولى 2007 . ص 39

⁵ طه أحمد محمد عبد العليم " الصلح في الدعوى الجنائية " دار النهضة العربية . مصر. الطبعة الثانية 2009 . هامش ص 143

⁶ ، عمر سالم " نحو تيسير الإجراءات الجنائية – دراسة مقارنة "دار النهضة العربية . مصر. الطبعة الأولى 1998. ص 121 ، 122.

⁷Jocelyne LEBLOIS-HAPPE la médiation pénale comme mode de réponse a la petite délinquance :état de lieux et perspectives . REVUE DE SCIENCE CRIMINELLE ET DE DROIT PENALE COMPARE n° 3 juillet – septembre 1994 trimestrielle pp.526

أما المشرع الجزائري فقد نص على الوساطة في المادة 37 مكرر من قانون الاجراءات الجزائية¹ والمادة 02 من قانون حماية الطفل.²

أولا - شروط إجراء الوساطة الجزائية

هناك مجموعة من الشروط الواجبة التوافر في نظام الوساطة وهي تختلف من تشريع الى آخر وعليه أثرنا حصرها والتعليق عليها مع اختلاف مصادرها وإجراء مقارنة بينها بحيث نتمكن من التعليق عليها وتقييم دورها في تعزيز فعالية نظام الوساطة من عدمه.

1 - أن تكون الوساطة في جرائم محصورة :

نص المشرع الجزائري على تحديد الجرائم التي يمكن أن تطبق الوساطة بشأنها ويتعلق الأمر بكل المخالفات و17 جنحة هي: السب، القذف، الاعتداء على الحياة الخاصة، التهديد، الوشاية الكاذبة، ترك الأسرة، الامتناع العمدي عن تقديم النفقة، عدم تسليم طفل، الاستيلاء بطريق الغش على أموال الإرث قبل قسمتها أو على أشياء مشتركة أو أموال الشركة، إصدار شيك بدون رصيد، التخريب أو الإتلاف العمدي لملك الغير، جنح الضرب والجرح غير العمدية، والعمدية المرتكبة بدون سبق الإصرار والترصد أو استعمال السلاح، جرائم التعدي على الملكية العقارية والمحاصيل الزراعية، الرعي في ملك الغير واستهلاك مأكولات أو مشروبات أو الاستفادة من خدمات أخرى عن طريق التحايل.³

وكذلك فعل المشرع التونسي، حيث اشترط قبل عرض الصلح بالوساطة على المتضرر والمشتكى به أن يكون الفعل الذي ينسب إلى هذا الأخير مخالفة أو إحدى الجنح التي ذكرت حصراً بالفصول المتعلقة بها وهي 18 جنحة.⁴

أما المشرع البرتغالي فقد وضع معيار جرائم الشكوى، حيث نص على احواله كل جرائم الشكوى على الوساطة⁵ عكس التشريع الفرنسي الذي حدد نطاق تطبيق الوساطة بمقتضى القانون الصادر في 4 يناير 1993 في الجرائم ذات الخطورة البسيطة Faible gravité دون تحديد معيار تقدير هذه الجسامة مما أدى إلى اختلاف العمل من نيابة إلى أخرى.

ولا عجب في ذلك إذا علمنا أن هذا النظام كان مطبق بمبادرة من النيابة دون أساس تشريعي له وأن خلفية تصرفها على هذا النحو إنما كان ضمن سلطاتها التقديرية في الملائمة في تحريك الدعوى .

يلاحظ أن جل هذه التشريعات اعتمدت في إقرارها للوساطة وغيرها من الأنظمة الرضائية كالصلح والمصالحة والوساطة، الأمر الجزائري، الأمر بالحفظ تحت شرط ، التنازل عن الدعوى على فكرة ضالة الجريمة، التي تهدف كلها إلى التخفيف عن القضاء⁶ وكأن الحذر الشديد والخشية من ردة فعل الحقوقيين ورجال القضاء بعد

¹ المادة 37 مكرر من قانون الاجراءات الجزائية المعدل و المتمم بموجب الامر رقم 02-15 المؤرخ في 23 يوليو 2015

² القانون رقم 12/15 المؤرخ في 15 يوليو 2015 المتعلق بحماية الطفل الجديدة الرسمية عدد 39

³ المادة 37 مكرر من قانون الاجراءات الجزائية

⁴ الفصل 335 ثالثاً من مجلة الاجراءات الجزائية المعدل بمقتضى القانون عدد 93 لسنة 2002 المؤرخ في 29 أكتوبر 2002 .

⁵ محمد فوزي ابراهيم " دور الرضا في قانون الاجراءات الجنائية دار النهضة العربية . مصر 2014 . ص 318

⁶ راجع في هذا الشأن بإسهاب عمر سالم المرجع السابق ص 6 - 22 ، 91 - 131

عقود من ممارسة القضاء تحت قيود مبدأ الشرعية وقضائية العقوبة وحضر المساومة أو التفاوض بشأنها؛ لا يزال يحتم على أنصار الفكر التصالحي الرضائي الجبوبديل الهرولة في إصلاح جهاز العدالة وتوسعة الأنظمة المساعدة على احتواء أزمتهما ليكون سندا للعدالة التقليدية، فهناك من يذهب إلى اعتبار أعمال المشرع الفرنسي مثلاً لنظام الوساطة الجنائية بمثابة معجزة حقيقية، خاصة بعد المناقشات التي دارت في البرلمان عقب مناقشة القانون الصادر بتاريخ 4 يناير 1993، فقد أثبتت مخاوف عدة منها اعتبار الوساطة تهديداً خطيراً للمؤسسة القضائية إذا ما وصل الأمر إلى إقرار العدالة خارج المحاكم، كما أن نموذج الوساطة الجزائية هو صورة من صور خصخصة الدعوى العمومية privatisation¹.

2 - موافقة الأطراف على مبدأ الوساطة :

تنص المادة 37 مكرر من قانون الإجراءات الجزائية على ضرورة موافقة كل من الضحية والمشتكى منه على إجراء الوساطة، فالنيابة العامة تحتاج لإجرائها إلى التبين من وجود قابلية للحوار فتصرف في الشكوى في أسرع وقت تفادياً لطول الإجراءات وتعقدها دون مبرر.

كما أن جوهر الوساطة هو مبدأ الرضائية وبدون الرضاء لا يمكن السير في جهود الوساطة² وهو يعني النيابة العامة أيضاً؛ فهذه الأخيرة لا تجبر على عرضها وإنما تخضع لسلطتها في الملائمة.

3 - نسبة الجريمة إلى شخص معين :

تفترض الوساطة وجود طرفين، طرف متضرر وآخر متسبب فيه، معين بذاته³، وعليه لا يمكن تصور إجراء وساطة مع شخص مجهول.

4 - أن تتم الوساطة قبل المتابعة الجزائية :

بالرجوع إلى نص المادة 37 مكرر من قانون الإجراءات الجزائية الجزائري أو الفقرة 41 من قانون الإجراءات الجزائية الفرنسي وغيرها من التشريعات التي تأثرت به يتضح أن الوساطة الجزائية تتم قبل تحريك الدعوى العمومية فالنيابة العامة هي التي تشرف على سير الوساطة، ما يعني أن الوساطة غير جائزة في مرحلة التحقيق الابتدائي ولا الحكم، فقاضي الموضوع لا يملك إحالة الدعوى إلى الوساطة كما لا يحق له إحالتها إلى النيابة العامة لكي تعرض الوساطة على الأطراف لغياب النصوص القانونية الإجرائية التي تنظمها، ما يعني أن إجراء الوساطة مقتصر على مرحلة ما قبل تحريك الدعوى العمومية، إلا أن المتأمل في تاريخ ظهور الوساطة وتنظيمها بهذا الشكل يتضح أن حصرها على هذه المرحلة مقصود لذاته، فذلك سيذلل من الانتقادات الموجهة إلى هذا النظام من إمكانية تعارضه مع مبادئ القانون الجنائي، خاصة مبدأ العمومية وعدم جواز التصرف في الدعوى بعد تحريكها، الذي لا يزال عائقاً أمام توسعة العمل بها في باقي المراحل.

¹ أشرف رمضان عبد الحميد نفس المرجع ص 51، 52، 71، 89، 90

² محمد سامي الشوا " الوساطة و العدالة الجنائية " دار النهضة العربية - القاهرة 1998 هامش ص 7

³ محمد فوزي ابراهيم نفس المرجع ص 306

5 - تحديد أجل لإجراء الوساطة :

تهدف الوساطة الجزائية إلى تخفيف العبء عن القضاء بالسرعة في الفصل في الدعوى واختزال الإجراءات وتبسيطها¹ ما يعني ضرورة النص على الانتهاء من إجراء الوساطة خلال مدة معقولة غير أن المشرع الجزائري لم يحدد آجالاً لإجرائها، ما يجعل منه فراغاً قانونياً قد يجبر النيابة على المبادرة إلى تحديده تبعاً لسلطتها التقديرية وإلا غابت الحكمة منها وهي السرعة والفعالية في فض النزاع .

6 - تعويض المجني عليه :

من الشروط المؤكد علمها من قبل المشرع الفرنسي قابلية الضرر للإصلاح، هذا يعني وجوب الاتفاق على إصلاح الضرر الذي تعرضت له الضحية لأن تنفيذ بنود اتفاق الوساطة شرط لنفاذ في التشريع الفرنسي² عكس المشرع الجزائري الذي أكد في المادة 37 مكرر 4 من قانون الإجراءات الجزائية على شرط الاتفاق على إعادة الحال إلى ما كان عليه مع تعويض مالي أو عيني عن الضرر ضمن محضر الوساطة مع تحديد آجال لتنفيذه . كما تجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري ميز في اشتراط إصلاح الضرر بين إعادة الحال إلى ما كان عليه والتعويض العيني عن الضرر والواقع أن كليهما واحد³؛ فالتعويض العيني للضرر هو إصلاح الشيء الواقع عليه الضرر عيناً بإرجاع الحال إلى ما كان عليه قبل الاعتداء أو تسليم الشيء بعينه وعليه فإن الفقرة الأولى تعد تكرار للفقرة الثانية وكان على المشرع الاكتفاء بالثانية التي تستغرق الأولى دون حاجة للتكرار.

7 - وضع حد للإخلال الذي أحدثته الجريمة :

تنص المادة 37 مكرر من قانون الاجراءات الجزائية أن لوكيل الجمهورية أن يلجأ إلى الوساطة إذا كان ذلك من شأنه أن يضع حداً للإخلال الناتج عن الجريمة. لتوسع أثرها إلى المساس بالنظام العام والسكينة العامة، غير أن ربط إجراء الوساطة بفكرة النظام العام يكشف الرغبة الشديدة في إظهار الاهتمام بمعالجة الجانب العمومي للجريمة والتخفيف من حدة التركيز على معالجة آثارها السلبية الواقعة على الحق الخاص وذلك للابتعاد قدر الإمكان عن فكرة خصوصية الدعوى العمومية. ولذلك وضع هذا الشرط للتذكير بالجانب العقابي للوساطة الذي يجب أن يخدم فكري الردع العام والخاص، ما جعل البعض يذهب إلى القول بأن وضع هذا الضابط يضي مسحة عقابية على نظام الوساطة.⁴

وعلى كل حال فإذا كان لابد من عقاب الجاني تحقيقاً لفكرة الردع العام والخاص فإن هناك من يعتبر التعويض عقوبة جنائية ويشبهها بفكرة الدية في الشريعة الإسلامية، فهي عقوبة مالية تحمل في طياتها معنى العقوبة والتعويض في آن واحد⁵.

8 - تأهيل الجاني :

¹ عمر سالم المرجع السابق ص 18 ، السيد عتيق . التفاوض على الاعتراف في قانون الاجراءات الجنائية الفرنسي في ضوء أحدث التعديلات دراسة مقارنة دار

النهضة العربية مصر 2008 . ص 34

² محمد حكيم حسين الحكيم نفس المرجع ص 152

³ محمد حزيط " مذكرات في قانون الاجراءات الجزائية . دار هومه . الطبعة الرابعة 2009 . ص 37

⁴ منصور عبد السلام عبد الحميد حسان العجيل نفس المرجع ص 395 ، أسامة حسين عبيد نفس المرجع ص 530

⁵ محمد حكيم حسين الحكيم نفس المرجع ص 86 - 89 .

لم يشترط المشرع الجزائري في الوساطة ضرورة إصلاح الجاني لنفاذها وإنما اختار الحل البسيط الذي يتلاءم والهدف من الإجراء ذاته، وهو إرضاء المجني عليه بالدرجة الأولى ثم التخفيف عن القضاء ومنه كان عدم الاهتمام بالجانب العقابي منطقياً؛ فإعادة تأهيل الجاني وإصلاحه من الأغراض التي يسعى الجزاء الجنائي تحقيقه¹ أما الوساطة فهي من الإجراءات اللاقضية في تسوية النزاعات، إلا أن هناك من يرى عدم وجود مانع من تحقيق الغرضين؛ فالمشرع الفرنسي نص صراحة على إمكانية إصلاح الجاني كشرط لإجراء الوساطة، وكأنه يرغب في تحقيق كل أهداف العقوبة الجزائية دون توقيفها بالذات.

9 - تنفيذ الوساطة :

لا يكفي لنفاذ الوساطة وصحتها إبرامها وإنما يجب تنفيذ الاتفاق في الآجال المحددة وهو ما نصت عليه المادة 37 مكرر 8 من قانون الإجراءات الجزائية حيث جعل المشرع تنفيذ الاتفاق شرطاً لازماً لوقف إجراءات المتابعة الجزائية²، ما يعكس اهتمام المشرع بحقوق الضحية التي طالما كانت على هامش اهتمامات القضاء الجزائري³. ويلاحظ أن المشرع الجزائري قسم إجراء الوساطة على مرحلتين، مرحلة إبرام اتفاق الوساطة ومرحلة ثانية بإعطاء مهلة لتنفيذ هذا الاتفاق، أما في فرنسا وبلجيكا فإن مرحلة تنفيذ الوساطة تعتبر من مهام الوسيط الذي ينبغي عليه متابعة دفع التعويضات الى غاية دفع القسط الأخير منه، فلا يرجع إلى النيابة العامة إلا بأحد التقديرين، سلبى في حالة فشل الوساطة أو ما يثبت تنفيذ الاتفاق⁴.

ثانيا - إجراءات الوساطة :

يكون تناولنا لموضوع اجراءات الوساطة الجزائية بإجراء المقارنة بين التشريع الجزائري والتشريعات الأخرى بحيث تتمكن من تقييم فاعلية الوساطة في التشريع الوطني .

أ - أطراف الوساطة :

ينص المشرع الفرنسي على اجراء الوساطة بين الفاعل والضحية بمبادرة من وكيل الجمهورية أو بواسطة ضابط شرطة قضائية أو مفوض أو وسيط وكيل الجمهورية⁵ بخلاف المشرع الجزائري الذي يحصر أطراف الوساطة بين الضحية والفاعل وتكون النيابة هي الوسيط بينهما دون تكليف طرف أجنبي للقيام بها عنه⁶ وكذلك فعل المشرع التونسي⁷، وإذا حاولنا تفسير ذلك فان الظروف التاريخية التي سمحت بظهور الوساطة في فرنسا تكشف أسبقية ظهور الوسيط الأجنبي عن جهاز العدالة قبل ترسيمها⁸ وبالتالي فان الاصل فيها تدخل طرف ثالث من التنظيم الاجتماعي (هيئة اجتماعية أو أفراد).

¹ منصور رحمانى . علم الاجرام و السياسة الجنائية . دار العلوم للنشر و التوزيع . بدون عدد الطبعة و السنة . ص 282

² أمين مصطفى محمد " انقضاء الدعوى الجنائية بالصلح في قانون الاجراءات الجنائية " دار المطبوعات الجامعية . الاسكندرية . بدون طبعة ولا تاريخ . ص 32

³ محمد معي الدين عوض حقوق المجني عليه في الدعوى العمومية المؤتمر الثالث للجمعية المصرية للقانون الجنائي . القاهرة أيام 14.12 مارس 1989 حقوق المجني

عليه في الاجراءات الجنائية دار النهضة العربية 1990 ص 27

⁴ أشرف رمضان عبد الحميد نفس المرجع ص 59

⁵ راجع الفقرة 1 من المادة 1-41 من قانون الاجراءات الجزائية الفرنسي

⁶ راجع نص المادة 37 مكرر من قانون الاجراءات الجزائية الجزائري

⁷ الفصل 335 ثالثا من مجلة الاجراءات الجزائية

⁸ Jean-baptiste Perrier la transaction en matière pénale * LGDJ lextensoeditions 2014. p70



وفي جميع الحالات تبقى رغبة المشرع في تمكين النيابة من السيطرة على الإجراءات المرتبطة بالجريمة ومراقبتها أكثر من ضروري، فهي المسؤولة عن استيفاء الدولة لحقها في العقاب¹ وبالتالي لا يجب أن يتحدد مصير الدعوى بعيداً عنها حتى وإن كان خارج القضاء.

كما أن غياب وسطاء آخرين في التشريعات الأخرى المتأثرة بالموديل الفرنسي يرجع ربما إلى عدم وجود أشخاص أو هيئات متخصصة ذات خبرة أو ربما انقطاع كل اتصال بين القضاء الرسمي والقضاء الشعبي أو العرفي بحيث جعل التفكير في التنسيق بينهما في الأفق القريب بعيدة المنال، إلا أنه ممكن وهو مرهون بنجاح أو فشل تجربة الوساطة التي تقوم بها النيابة العامة منفردة.

كما أن وقوف النيابة العامة على إجراءات الوساطة إنما باعتبارها المسؤولة بإعطاء الوصف القانوني للواقعة موضوع الوساطة أو المتابعة² فهي من تقرر إدراج هذه الجريمة ضمن الجرائم التي تشملها الوساطة أولاً سواء كانت محصورة كالمشرع الجزائري و التونسي أو خضوعها إلى المبدأ العام في الملائمة .

خضوع الوساطة لإدارة النيابة العامة أيضاً من شأنه توفير الحماية للطرف الضعيف في معادلة الصلح أو اتفاق الوساطة فهو بمثابة الرقيب على إنصاف الضحية وعدم بخرس حقوقها أو استغلالها أو تهديدها وإكراهها عليه، وإلا بادرت إلى تحريك الدعوى العمومية.

وفي جميع الحالات فإن محاولة تبرير قيام النيابة العامة مباشرة بدور الوسيط يعكس الاهتمام البالغ للمشرع بضرورة وضع حارس أمين يتابع مجرى التفاوض بشأن مآل الدعوى العمومية، رغم أنها طرف أصيل في الدعوى ولا يصح أن تكون الوسيط الذي يفترض فيه الحياد والاستقلال.³

ب - مراحل الوساطة :

تبدأ الوساطة بإرسال الملف إلى الوسيط أما إذا كان الوسيط هو نفسه عضو النيابة العامة فإن هذه الخطوة تكون محصلة و يبدأ بالتالي في مباشرة إجراءات الوساطة بالشكل التالي :

1 - المرحلة التمهيديّة :

المشرع الجزائري لم يعر أهمية لكيفية اتصال النيابة بالأطراف لعرض الوساطة وإنما تركها للاجتهاد بحسب ظروف عرض الملف عليه.

غير أن السؤال الذي يتبادر إلى الأذهان في هذا المقام هو؛ إذا كان نجاح الوساطة يعتمد أساساً على الاتفاق الحر الذي يتم بين الضحية والفاعل الذي ينفذ باعتباره سنداً تنفيذياً طبقاً لقواعد قانون الإجراءات المدنية، فما هي المرحلة التي تفرض فيها النيابة العامة شروطها هي لنجاح الوساطة باعتبارها طرف أصيل في الدعوى، فالقائم بالجرم عليه أن يقبل ليس فقط بشروط الضحية المتضرر من الجريمة وإنما بإملاءات النيابة العامة أيضاً، وفي هذه الحالة يطرح السؤال أي منهما يعرض أولاً للتفاوض بشأنه؟

¹ عمر سالم المرجع السابق ص 31 ، ليلي قايد المرجع السابق ص 52

² السيد محمد نجيب معاوية " المفهوم القانوني للصلح بالوساطة في المادة الجزائية و آلياته " المعهد الأعلى للقضاء الجمهورية التونسية " الصلح بالوساطة في المادة الجزائية ، الخميس 13 مارس 2003 ص 08

³ منصور عبد السلام عبد الحميد حسان العجيل " العدالة الرضائية في الإجراءات الجنائية - دراسة مقارنة " دار النهضة العربية مصر. الطبعة الأولى 2016 ص 379 ، ليلي قايد " الصلح في جرائم الاعتداء على الافراد - فلسفته و صور تطبيقه في القانون الجنائي المقارن " رسالة ماجستير - جامعة الإسكندرية 2011 ص 301

كما أن دور النيابة هنا يتحول من مجرد وسيط حيادي يبحث عن التوفيق بين الأطراف إلى طرف أصيل يبحث عن مصالحة معه بمقابل صلح transaction أو تسوية composition .

بالنسبة للمشرع الجزائري فإن بساطة النص توحى بأنه لا يركز كثيراً على الجانب العقابي للوساطة بقدر ما يهتم بإصلاح الضرر الذي حصل للضحية وكأنه يطبق بحق مبادئ العدالة الإصلاحية، فيكفيه رضاء الضحية بالتعويض وإصلاح الضرر ليكون عاملاً مؤهلاً للجاني ولصلاحه ومن ثمة لعدم المتابعة الجزائية ولسنا ندري إن كان ذلك مقصوداً لذاته، تحقيقاً للسرعة والبساطة أم لنقص في إمكانيات تتبع النيابة خضوع الفاعل لبرامج تأهيلية ؟

ويلاحظ أن المشرع التونسي اعتمد نفس اتجاه المشرع الفرنسي تقريباً حيث منح للنيابة العامة سلطة تقدير ملاءمة عرض الصلح بالوساطة على المشتكى به غير العائد والذي تبين أن النزعة الإجرامية فيه غير متأصلة بناء على بحث اجتماعي يأمر به¹، وكأنه مهتم بحالة الجاني وخطورته الاجرامية أيضاً.

2 - اجتماع الوساطة :

بعد انتهاء الوسيط من سماع أطراف النزاع يحدد موعد لاجتماع أطراف النزاع وجهاً لوجه فيعرض كل منهم وجهة نظره وطلباته ويحاول الوسيط التوفيق بالتقريب بينهما إلى غاية بناء اتفاق، ولكن هل يمكن إجراء الوساطة رغم تحفظ الأطراف على الالتقاء مباشرة أم أنه شرط لصحة مجلس العقد ؟

لم يضع المشرع الجزائري شرط التقاء الطرفين وجهاً لوجه كما لم يشترطه المشرع الفرنسي وإنما تركت هذه الجزئيات إلى ما تقتضيه الحالة؛ فقد يرغب الضحية في الاتفاق مع الفاعل لغاية واحدة هي تعويضه وإصلاح الضرر دون إنشاء علاقة مباشرة معه بل يسعى ربما إلى إنهاء تلك العلاقة بإنهاء سبب قيامها وهي الجريمة، وبالتالي نكون أمام صورة التفاوض غير المباشر la diplomatie de la vénéitie².

كما أن مكان إجراء الوساطة لم يحدد في التشريع الجزائري مما يعني أن مكانه الطبيعي سيكون بمحل تواجد الوسيط وهو مكتب النيابة العامة، داخل المحكمة. ولا يقل مكان إجراء الوساطة أهمية عن شخصية الوسيط ذاته، فكون الوسيط رجل دين مثلاً أو من الأعيان أو هيئة اجتماعية خيرية تكسبه الحد الأدنى من الاحترام والثقة والاطمئنان بحيث يساهم في تعزيز ذلك الشعور، ولا بد أن آداب الجلوس والحديث داخل دور العبادة وما تقتضيه من وقار وخفض الصوت والهدوء الذي يلتزم به الأطراف يساهم في صنع الجو الملائم للتسوية، عكس دور العدالة الخالية من هذه الروحانية لا لدى الأطراف المتخصصة ولا لدى النيابة القائمة بدور الوسيط.

وعليه يمكن القول أن تنوع الوسطاء وأمكنة إجراء الوساطة قد يكون أكثر فعالية من تلك التي تتم داخل أروقة العدالة، ناهيك على أن النيابة لا تنتقل إلى الأطراف لتقوم بدور الوسيط المتجول.

3 - الاتفاق :

قد تنتهي جهود الوسيط إلى فشل الوساطة أو عدم قبولها أصلاً، وعندها تتخذ النيابة العامة ما تراه مناسباً فتطبق أحد الإجراءات إما الحفظ وإما المتابعة الجزائية، أما إذا توصل الوسيط إلى عقد اتفاق، فقد أوجب

¹ الفقرة 2 من الفصل 335 ثالثاً من مجلة الاجراءات الجزائية

² منصور عبد السلام عبد الحميد حسان العجيل المرجع السابق ص 406

المشرع الجزائري أن يكون على الخصوص إعادة الحال إلى ما كان عليه، تعويض مالي أو عيني عن الضرر وكل اتفاق آخر غير مخالف للقانون.¹

أما بالنسبة للمشرع الفرنسي فإن الأمر لا يتوقف عند حدود التعويض وإنما يكون أيضاً بمجموعة من التدابير التي تلزم بها النيابة الفاعل لإصلاح ذاته بعد إصلاح أثار جريمته وهي:

1 - تذكير الفاعل بواجباته الناتجة عن القانون، 2 - توجيهه إلى مؤسسة صحية أو اجتماعية أو مهنية على حسابه من أجل تربيص صحي أو مهني، لا سيما تربيص حول المواطنة أو المسؤولية الأبوية أو ضد العنف في الأسرة أو حول مخاطر المواد المهلوسة والمسؤولية حول مخاطر المرور، 3 - الطلب منه تصحيح وضعيته تجاه القانون، 4 - الطلب منه إصلاح الأضرار التي تسبب فيها، 5 - إجراء الوساطة بناء على طلب الضحية أو موافقته بينه وبين الفاعل، 6 - الطلب منه السكن خارج مسكن الزوجية أو المعتاد في حالة العنف بين الأزواج أو الخضوع إلى برنامج تأهيل صحي أو اجتماعي أو نفسي .

4 - التنفيذ :

قد يتوصل الأطراف إلى عقد صلح إلا أن بناء هذا الاتفاق لا يكفي لنفاذ الوساطة وإنما يجب تنفيذه، ولذلك جعل المشرع الجزائري اتفاق الوساطة سنداً تنفيذياً طبقاً لقواعد قانون الإجراءات المدنية وكذلك فعل المشرع الفرنسي حيث نص في المادة 1-41 فقرة 5 .

وفي سبيل ضمان التزام الفاعل بالتنفيذ نص المشرع الجزائري على ضرورة تحديد آجال للتنفيذ ضمن بنود الاتفاق² وفي حالة عدم تنفيذه في الآجال المحددة يتخذ وكيل الجمهورية ما يراه مناسباً بشأن المتابعة³، مما يعني أن الاتفاق انفسخ وجوباً وتعود سلطة الملائمة من جديد إلى النيابة لاتخاذ ما تراه مناسباً بالمتابعة أو الحفظ. ويلاحظ هنا أن المشرع الجزائري كان أكثر تشدداً من المشرع الفرنسي الذي لم يلزم الأطراف بتحديد آجال للتنفيذ وإنما جعلها من ضمن مهام الوسيط، التي تنتهي عند دفع آخر قسط.⁴

آثار الوساطة :

1 - وقف تقادم الدعوى :

تنص المادة 37 مكرر 7 ق إ ج على أنه : يوقف سريان تقادم الدعوى العمومية خلال الآجال المحددة لتنفيذ اتفاق الوساطة ويقابله نص الفصل 335 سابعاً الفقرة 3 من مجلة الإجراءات الجزائية التونسي والمادة 41 - 1-1 فقرة 7 من القانون الفرنسي وعليه فقد وضع في الاعتبار الزمن الذي يمكن أن تستغرقه إجراءات الوساطة قصد سد أي ثغرة قانونية قد يستغلها الفاعل للتملص من المسؤولية.

¹ راجع نص المادة 37 مكرر 4 من قانون الإجراءات الجزائية

² مادة 37 مكرر 3

³ المادة 37 مكرر 8

⁴ عمر سالم المرجع السابق ص 125

2 - انقضاء الدعوى العمومية :

نص المشرع الجزائري في المادة 6 فقرة 3 من ق إ ج أن الدعوى العمومية تنقضي بتنفيذ اتفاق الوساطة وبسحب الشكوى إذا كانت شرطاً لازماً لذلك " ، أما المشرع التونسي فنص على انقضاء الدعوى العمومية ترتيباً على نجاح الوساطة.¹

رغم أن هذه التشريعات فصلت بما لا يدع مجالاً للشك في آثار الوساطة وتوجيه النيابة العامة إلى غلق الملف إلا أن هذه النصوص انتقدت على أساس أن أسباب الانقضاء محددة قانوناً وهي متعلقة بالدعوى العمومية في حين لا وجود لدعوى في حال الوساطة أصلاً وبالتالي ليس هناك ما يؤدي إلى انقضائها ، فهو إجراء سابق على تحريكها وكان من المفروض أن يؤدي إلى الأمر بحفظها لا انقضائها² ، غير أن تقرير هذه النتيجة الحتمية يعدم أية فرصة لاتجاه آخر غير إنهاء النزاع وغلق كل باب لإمكانية طرحه من جديد تحت أي ظرف وهي بالتالي ضماناً من المشرع للأطراف المتصالحة.

أما المشرع الفرنسي فسكت عن تقرير أثر محدد لنجاح الوساطة رغم أن منطق الرضائية يفترض ذلك³ ما جعل البعض يعتقد أن بانتهاء الوساطة يعود للنيابة العامة تقرير مصير الدعوى بحفظ الأوراق أو تحريك الدعوى متى رأت وأن بنود اتفاق الوساطة لم يحقق الغرض منها لا سيما تأهيل الجاني أو وضع حد للاضطراب الناشئ عن الجريمة.⁴

وتجدر الإشارة أن المشرع الجزائري أضاف ضماناً أخرى لفرض تنفيذ الوساطة وهي إمكانية تعرض الفاعل الممتنع عمداً عن التنفيذ لعقوبة جزائية، فاعتبر الاستخفاف بتنفيذ تعهداته أمام النيابة بمثابة إهانة للقضاء طبقاً للمادة 147 من قانون العقوبات بالإضافة إلى الجرم الأصلي.⁵

إلا أن المشرع استعمل مصطلح الامتناع العمدي عن التنفيذ، فقد يقع المتعهد في عسر مالي يحول دون التزامه بالتنفيذ ويثور التساؤل في هذه الحالة عن مصير اتفاق الوساطة ؟ وكيف ستتعامل النيابة العامة مع هذه الحالة ؟ هل تباشر المتابعة عن الجرم الأصلي دون تطبيق نص المادة 37 مكرر 9 ؟ وماذا عن مصير محضر اتفاق الوساطة الذي أصبح سندا تنفيذياً، هل يلغى بقوة القانون أم يحتفظ بقوته ؟ أم أن النيابة ستأمر - بالرغم من ذلك - بحفظ أوراق الدعوى تأسيساً على فشل الوساطة ومن ثم رجوع الحال إلى ما كان عليه قبل الأمر بها ؟

المشرع الجزائري لم يفصل في مصير محضر الوساطة في حالة الامتناع غير العمدي عن التنفيذ وإن كنا نتصور أن تجنح النيابة إلى الحل البسيط وهو المتابعة الجزائية عن الجرم الأول دون الثاني وبالتعبية يعتبر محضر اتفاق الوساطة كأن لم يكن كنتيجة حتمية عن فشل الوساطة التي لا تتم إلا بالتنفيذ ورغم ذلك فإننا ندعو المشرع الجزائري إلى الفصل في هذه الإشكالات التي قد تنتج عن حالة عدم التنفيذ الكلي أو الجزئي لاتفاق الوساطة سداً

¹ راجع المادة 335 سابعا من مجلة الاجراءات الجزائية التونسية

² عمر سالم المرجع السابق ص 125

³68 Jean-baptiste Perrier op cit p

⁴ محمد فوزي ابراهيم المرجع السابق ص 309 ، 323

⁵ راجع المادة 37 مكرر 9

لأي ثغرة خاصة إذا كان التنفيذ على مراحل يتوقف فيها عن دفع الباقي حيث يصبح مصير الأقساط الأولى مجهولة في حالة المتابعة.

خاتمة

اعتماد المشرع الجزائري لنظام الوساطة في المواد الجزائية إنما يعد اقتناعاً منه بفاعلية هذا الأسلوب رغم تعارضه مع مبادئ القانون الجنائي المتميزة ، لتعلقها بالحقوق العام و الدعوى العمومية التي لا تقبل بطبيعتها التصرف فيها بالصلح أو التنازل إلا أنه رغم تبنيه لهذا الأسلوب في إدارة الدعوى الجزائية فإن التردد و الريبة في تطبيقه بشكل واسع ظاهر من خلال انتهاجه أسلوب الحصر في تعيين الجرائم القابلة لأن تكون محل وساطة و صلح من جهة و استثثار النيابة العامة - المكلفة بطبيعتها للمتابعات الجزائية - بالإشراف على عملية الوساطة ، مما قد يهدد بفشلها وذلك لعدم توافر شروط الحياد فيها ، كما أنه إذا كان الهدف الأساسي من اجراء الوساطة هو تخفيف العبئ عن القضاء فلا يجب القاؤه على رجال النيابة العامة وحدها لأن ذلك سيرهقها أيضا ، ما يهدد مرة ثانية بفشل هذا الاجراء و احجام النيابة على الامر به ربحا للوقت و الجهد للتفرغ لما هو أهم .

ورغم ذلك فإن نظام الوساطة الجزائية يتمتع بخصائص إيجابية في معالجة النزاعات الجزائية والتخفيف من حدتها إلا أنه نظام يحتاج إلى بعض التحسينات التي نراها ضرورية لزيادة فاعليته منها:

التوصيات

- ضرورة توسيع العمل بالوساطة في عدد أكبر من الجرائم لتشمل جرائم أكثر خطورة من تلك المحددة قانوناً وذلك بوضع معيار تغليب المصلحة الخاصة والرضاء بدلاً من أسلوب الحصر المعتمد.
- ضرورة تنويع وسائل تيسير الإجراءات وتوسيع العمل بها ليشمل كل مراحل المحاكمة وذلك لإعطاء القاضي المكنتات التي تسمح له بالسرعة في الفصل في الدعوى بدلاً من الأسراع في الفصل فيها.
- إعادة صياغة المادة 37 مكرر 4 بإضافة حرف الوصل "أو" بين فقراته حتى يصبح التعويض العيني أو المالي أحد الخيارات في اتفاق الوساطة كالتعويض المعنوي أو الاعتذار مثلاً ، كما أن التعويض العيني للضرر يشمل إعادة الحال إلى ما كان عليه، الوارد في الفقرة 2 من نفس المادة ومنه فهذه الفقرة لا تعد سوى تكرار للثالثة مما يتعين إلغائها.
- استبعاد شرط وضع حد للإخلال الناتج عن الجريمة الوارد في المادة 37 مكرر للأمر بالوساطة لأنه يعبر عن فكرة غامضة نقلت حرفياً عن المشرع الفرنسي ، دون أن يعطي للنيابة العامة أي دور في امكانية التدخل في هذا الاتفاق أو فرض أي تدبير قد يساهم في وقف الإخلال هذا الإخلال.
- ضرورة توسيع دائرة الأشخاص المؤهلين للقيام بدور الوساطة مثل الأئمة في المساجد والمشايخ والجمعيات الخيرية أو المدنية وجماعات الصلح القبلية وضباط الشرطة، والاعتداد بمحاضر الاتفاق التي يعدونها كسندات تنفيذية يكون شرط تنفيذها سبب في انقضاء الدعوى العامة والخاصة معاً.
- وأخيراً إعادة صياغة النص للفصل في مصير الأقساط المدفوعة قبل التوقف القصري أو العمدي عن الدفع تنفيذاً لاتفاق الوساطة.

قائمة المراجع

- 1- أسامة حسين عبيد " الصلح في قانون الاجراءات الجنائية، ماهيته و النظم المرتبطة به" دار النهضة العربية . الطبعة الاولى 2005 .
- 2- منصور عبد السلام عبد الحميد حسان العجيل " العدالة الرضائية في الاجراءات الجنائية - دراسة مقارنة" دار النهضة العربية مصر. الطبعة الاولى 2016 .
- 3- محمد حكيم حسين الحكيم " النظرية العامة للصلح و تطبيقاتها في المواد الجنائية. دراسة مقارنة" دار النهضة العربية - مصر 2002 .
- 4- أشرف رمضان عبد الحميد " الوساطة الجنائية و دورها في إنهاء الدعوى العمومية . دراسة مقارنة " دار أبو المجد للطباعة بالهرم-مصر. الطبعة الاولى 2007 .
- 5- طه أحمد محمد عبد العليم " الصلح في الدعوى الجنائية " دار النهضة العربية . مصر. الطبعة الثانية 2009 .
- 6- عمر سالم " نحو تيسير الاجراءات الجنائية – دراسة مقارنة " دار النهضة العربية . مصر. الطبعة الاولى 1998 .
- 7- محمد فوزي ابراهيم " دور الرضا في قانون الاجراءات الجنائية دار النهضة العربية . مصر 2014 .
- 8- ليلي قايد " الصلح في جرائم الاعتداء على الافراد – فلسفته و صور تطبيقه في القانون الجنائي المقارن " رسالة ماجستير – جامعة الاسكندرية 2011 .
- 9- السيد عتيق " التفاوض على الاعتراف في قانون الاجراءات الجنائية الفرنسي في ضوء أحدث التعديلات دراسة مقارنة " دار النهضة العربية . مصر 2008
- 10- جمال الين علي الخرباوي " حق المجني عليه في التنازل عن الدعوى الجنائية " المركز القومي للإصدارات القانونية . الطبعة الاولى 2011 .
- 11- منصور عبد السلام عبد الحميد حسان العجيل " العدالة الرضائية في الاجراءات الجنائية – دراسة مقارنة" دار النهضة العربية . مصر. الطبعة الاولى 2016 .
- 12- منصور رحماني . علم الاجرام و السياسة الجنائية . دار العلوم للنشر و التوزيع . بدون عدد الطبعة و السنة .
- 13- أمين مصطفى محمد " انقضاء الدعوى الجنائية بالصلح في قانون الاجراءات الجنائية " دار المطبوعات الجامعية . الاسكندرية. بدون طبعة و لا تاريخ .
- 14- محمد محي الدين عوض " حقوق المجني عليه في الدعوى العمومية " المؤتمر الثالث للجمعية المصرية للقانون الجنائي القاهرة 12-14 مارس 1989 ، حقوق المجني عليه في الاجراءات الجنائية. دار النهضة العربية 1990 .
- 15- السيد محمد نجيب معاوية " المفهوم القانوني للصلح بالوساطة في المادة الجزائية و آلياته " المعهد الاعلى للقضاء الجمهورية التونسية " الصلح بالوساطة في المادة الجزائية ، الخميس 13 مارس 2003 .
- 16- إبراهيم العسكري " العدالة التصالحية مبررات بروزها و آفاقها بالمغرب- الوساطة الجنائية نموذجاً- المجلة المغربية للدراسات و الاستشارات القانونية – العدد الرابع – الستة الثالثة 2013 .
- 17- محمد حزيط " مذكرات في قانون الاجراءات الجزائية . دار هومه . الطبعة الرابعة 2009 .
- 18- مقدم مبروك " عقوبة الحبس قصيرة المدة و أهم بدائلها " دار هومه للطباعة و النشر و التوزيع الجزائر 2017

19 - محمد سامي الشوا " الوساطة و العدالة الجنائية" دار النهضة العربية - القاهرة 1998 .

18- Jean-baptiste Perrier * la transaction en matière pénale * LGDJ lextensoeditions 2014.

21- Jocelyne LEBLOIS-HAPPE la médiation pénale comme mode de réponse a la petite délinquance :état de lieux et perspectives . REVUE DE SCIENCE CRIMINELLE ET DE DROIT PENALE COMPARE n° 3 juillet – septembre 1994 trimestrielle pp.459-674

19- قانون الاجراءات الجزائية المعدل و المتمم بموجب الامر رقم 02-15 المؤرخ في 23 يوليو 2015

20- القانون رقم 12/15 المؤرخ في 15 يوليو 2015 المتعلق بحماية الطفل الجريدة الرسمية عدد 39

21- مجلة الاجراءات الجزائية التونسية المعدلة بمقتضى القانون عدد 93 لسنة 2002 المؤرخ في 29 أكتوبر 2002

22- قانون الاجراءات الجزائية الفرنسي المعدل بموجب قرار المجلس الدستوري رقم 569-2016 المؤرخ في 23 سبتمبر

. 2016

ظاهرة اللجوء في الأندلس إبان عصر ملوك الطوائف والأسباب والآثار

بليلى الصالح

باحث دكتوراه

كلية العلوم الإسلامية جامعة باتنة-1

bellilsaleh@gmail.com

الملخص:

تقوم هذه الدراسة بتتبع الأسباب الحقيقية المختلفة التي تقف وراء هجرة قطاعات واسعة من الشعب الأندلسي من فئات مختلفة من أوطانهم في القرن الخامس الهجري الحادي عشر الميلادي ولجؤهم إلى دول أخرى بالأندلس، ورصد خط سيرها ، ومحاولة التعرف على حجم وطبيعة الآثار التي نجمت عنها قصد إمطة اللثام عن حدث هام من الأحداث التي نعتقد أنها لم ينقب عنها بعد.

كلمات مفتاحية: اللجوء؛ عصر ملوك الطوائف ؛ الأسباب؛ الآثار.

Abstract:

This study traces the real reasons behind the migration of large sections of the Andalusian people from different parts of their homelands in the 5th century AH and their arrival to other countries in Andalusia, monitoring their route, and trying to identify the size and nature of the effects that resulted from them in order to uncover For an important event that we believe has not yet been explored.

Keywords :Asylum; Andalusia; Age of kings of sects; the reasons; ministers; consequences.

المقدمة:

يجمع المؤرخون بأن المرحلة التي تعرف تاريخيا بعصر ملوك الطوائف من أشد المراحل اضطرابا في التاريخ الأندلسي ، لذلك لا عجب إذا قرأنا في الكتب التي أرخت لهذا المرحلة بأن موجات من الأندلسيين هجروا دويلاتهم ولجأوا إلى دويلات أخرى للعيش فيها، ولا غرو بأن حدوث هذه الظاهرة في هذا الجزء من العالم الإسلامي وفي هذه الفترة تحديدا له ما يبرره إذ لا مجال للعشوائية في عالم تحكمه الأسباب والنواميس.

إن جهلنا بالظروف والملابسات التي حدثت فيها اللجوء من جهة ورغبتنا الملحة في معرفة الأسباب التي تقف خلف هذه الظاهرة وآثاره المترتبة عنها من جهة أخرى يدفعنا للبحث فيها انطلاقا من الإشكالية التالية: ما طبيعة الأسباب التي ساهمت في هجرة قطاعات واسعة من الأندلسيين ولجوئهم إلى مناطق مختلفة من الأندلس في عصر الطوائف وما هي آثارها المحتملة؟

وللإجابة على هذه التساؤلات قسمت البحث إلى ثلاثة مطالب وخاتمة .

1 - مطلب تمهيدي: ضبط مفاهيمي وتأطير زمني

1 -أولا: ضبط مفاهيمي

أ- اللجوء: لغة: مأخوذ من لجأ يلجأ لجوء قال ابن فارس في مادة " لجأ " : اللام والجميم والهمزة كلمة واحدة وهي اللجأ والملجأ : المكان الذي يلتجأ إليه يقال لجأت والتجأت ، وقال في اللجأ جاء الشتاء ولم أتخذ لجأ يا حركفي من حفر القراميص وقد أشار كل من الفيروزبادي والفراهيدي إلى المعنى نفسه¹ ويستخلص مما ورد في معاجم اللغة حول لفظة لجأ أن اللجوء هو الاحتماء بمكان ما واتخاذة ملاذا والاعتصام به على سبيل الاضطرار.

ب- اللجوء في الاصطلاح: يمكننا أن نعتمد على تعريف معهد القانون الدولي والذي جاء فيه: هو الحماية التي تمنحها دولة فوق أراضيها أو فوق أي مكان تابع لسلطتها لفرد طلب منها هذه الحماية²

انطلاقا من هذا التعريف يتضح لنا أن الأفراد الذين لجأوا إلى دول أخرى إنما فعلوا ذلك طلبا للحماية التي فقدوها في الأماكن التي جاءوا منها وهذا ما سيوضحه هذا البحث.

¹ ابن فارس: معجم مقاييس اللغة، (د.م)، 1979، دار الفكر، ج5، ص235-236؛ الفيروزآبادي: القاموس المحيط، القاهرة، 2008، دار الحديث، ص1459؛ الفراهيدي: كتاب العين، بيروت، لبنان، 2003، دار الكتب العلمية، ج4، ص70-71.

² عبد الوهاب الكيالي: موسوعة السياسة، (د.م)، دار نعمة للطباعة، 1990، ج5، ص467.

ب- الطوائف:

-لغة: قال ابن فارس: فأما الطائفة من الناس فكأنها جماعة تطيف بالواحد أو بالشيء ، ولا تكاد العرب تحدها بعدد معلوم...والعرب فيه أن كل جماعة يمكن أن تحف بشيء فهي عندهم طائفة ، وجاءت كذلك بمعنى: القطعة من الشيء، كالأعضاء من الجسد تسمى طوائف، وكل جزء منها يسمى طائفة¹ وبالاعتماد على المعاني الواردة في المعاجم اللغوية نجد بأن لفظ الطائفة يدل على الجماعة من الناس التي تجتمع حول شخص أو شيء ما ، كما تدل على القطعة من الشيء ، وطوائف الأندلس هي جماعات من الناس وقطع من المسلمين الذين تواجدوا بالأندلس في هذه الفترة اختارت كل قطعة وجماعة منهم الالتفاف حول شخصية من الشخصيات المؤثرة فيما حولها.

-اصطلاحاً: نعني بها الدويلات التي قامت بعد سقوط الخلافة الأموية بالأندلس في القرن الخامس الهجري الحادي عشر الميلادي، وقد وصل عددها إلى اثنين وعشرين دولة.

-ثانياً:تأطير زمني: اختلفت آراء المؤرخين حول التاريخ الذي بدأ فيه عصر الطوائف فابن الأبار مثلاً يعتبر التاريخ الذي قتل فيه علي بن حمود العلوي الإدريسي سليمان المستعين بالله وهو يوم الأحد من عام 407هـ هو بداية عصر الطوائف ، بينما ذهب جمهور المؤرخين إلى اعتبار عام 422هـ / 1031م هو التاريخ الفعلي لعصر الطوائف ، أما المؤرخ حسين مؤنس فله رأي آخر في المسألة إذ يعتبر معركة " قنتيش " الفاصلة التي نشبت بين محمد المهدي والمستعين بالله بتاريخ 11 ربيع الأول سنة 400هـ / 3 نوفمبر 1009م هي البداية الفعلية والحقيقية لعصر ملوك الطوائف لأن حكام الأقاليم والنواحي برأيه شعروا بعد هذه الواقعة باستحالة عودة السلطة المركزية من جديد وخاصة بعد انقسام الجيش الأندلسي إلى قسمين رئيسيين متعادين : البربر من جهة ، والأندلسيون من ناحية أخرى² ، وأنا أميل إلى هذا الرأي للأسباب والمبررات نفسها التي طرحها مؤنس.

II المطلب الثاني: أسباب اللجوء في عصر الطوائف

2 أولاً: الأسباب الاقتصادية:

سنلاحظ في هذا العنوان كيف أجبرت الظروف الاقتصادية بعض الأندلسيين أماكن سكنهم واللجوء إلى مناطق أخرى بحثاً عن ظروف اقتصادية أفضل.

ففي بلنسية تخبرنا المصادر التاريخية بأن الفترة التي كانت فيها تحت حكم مظفر ومبارك العامريين سادها الأمن في مستهل أمرها، فلجأ إليها الحرفيون والصناع من جميع التخصصات، وحملت إليها السلع التجارية من كل مكان فازدهر النشاط التجاري في أسواقها وعم الرخاء بها وهذا ما جعل أرباب الأموال في المناطق الخاملة اقتصادياً يحملون أموالهم ويلجأون إلى بلنسية لاستثمارها في التجارة تحديداً.³

¹ الفيروزآبادي: المصدر السابق، ج3، ص 432-433.

² ابن الأبار: الحلة السيرة، القاهرة، 1985، دار المعارف، ج2، ص6.

³ ابن عذاري المراكشي: البيان المغرب تونس، 2013، دار الغرب الإسلامي، ج2، ص 415 ؛ ابن بسام: الذخيرة ق3 م 1 بيروت، لبنان، 1997، دار الثقافة

ق3، م1، ص 16-17.

فلا شك بأن الأسباب التي دفعت بالحرفيين والصناع وأرباب الأموال للهجرة من بلدانهم الأصلية إلى بلنسية اقتصادية بالدرجة الأولى، فثمة ظروف ما حالت دون تمكثهم من مزاوله أعمالهم وصنائعهم في بلدانهم ، فأصبحوا عاطلين عن العمل، فحالة العطالة التي كانوا يعيشونها هي التي دفعت بهم للجوء إلى بلنسية التي توفر في هذه المرحلة من عمرها فرصا ثمينة للباحثين عن العمل في مجالات مهنية وصناعية مختلفة وفي ظروف جيدة، أما أرباب الأموال فلم تكن الرغبة في استثمار أموالهم هو السبب الوحيد في لجوئهم إلى بلنسية بل ثمة سبب اقتصادي آخر لا يقل عن السبب الأول ويتعلق الأمر بالضرائب الفادحة التي كانوا يدفعونها للحكام ، والتي ستبتلع أموالهم مع مرور الوقت.

وخلال حكم عبد العزيز بن عبد الرحمن (شنجول) لبلنسية (412-452هـ/1021-1061م) شهد القطاع الزراعي وفلاحة الأرض ازدهارا كبيرا بها، وقد ساعد على هذا الازدهار وقوعها على نهر الوادي الأبيض الذي تستعمل مياهه في سقي المزروعات من جهة والساحل الشرقي من جهة أخرى إضافة إلى خصوبة تربتها واعتدال مناخها واستعانتهم في عملية السقي بالنواعير والقنوات، كما شيّدوا الأبراج والمخازن لتخزين الحبوب، فزاد دخل العمال في هذا القطاع مقارنة بنظرائهم من الفلاحين في دويلات الطوائف الأخرى وهذا ما جعل أعدادا كبيرة من الفلاحين يتوافدون على بلنسية ويلجأون إليها لتحسين دخلهم ما دامت فرص العمل متاحة أمامهم وخاصة أولئك الذين يعيشون في المناطق المتوترة وتوقف عملهم في المجال الزراعي بسبب ذلك.¹

فهؤلاء الفلاحين والمزارعين كانوا في نهاية الموسم يبيعون محاصيلهم للحصول على المال الذي يمكنهم من شراء احتياجاتهم ، وعندما توقفوا عن فلاحة الأرض وزراعتها انعدمت مداخيلهم فساءت أحوالهم الاقتصادية لذلك رحلوا عن بلدانهم بحثا عن مزارع يعملون فيها وقد قادتهم أقدارهم للعمل في مزارع بلنسية.

وفي قرطبة هاجر الحرفيون والصناع الذين كانوا يعملون في معمل الصناعات العاجية بعد هجوم البربر على قرطبة وإحراقهم للمصنع ولجأوا إلى بلاط المأمون بن ذي النون، ولم يكن لجوءهم إلى طليطلة للعمل في مصنع مماثل فدولة المأمون يومئذ لم يكن بها مصنع للصناعات العاجية، ولكنهم خرجوا يلتمسون الرزق في مجالات أخرى، إلا أن المأمون اعتبر قدوم هؤلاء الخبراء في هذه الصناعة فرصة لتعزيز القطاع الصناعي في دولته بصناعة جديدة فاستقبلهم بحفاوة بالغة وشجعهم على الاستقرار في كونكة إحدى مدن طليطلة، ثم شيد لهم معملا للصناعات العاجية.²

فالداعي مرة أخرى إلى خروج عمال الصناعات العاجية من قرطبة اقتصادي محض ، فقد أصبحوا بعد احتراق معملهم بلا عمل ، وأصبحت جيوبهم خاوية من الأموال، وهذا بلا شك سيجعلهم يعيشون أوضاعا اقتصادية صعبة ، لذلك خرجوا يلتمسون العمل في طليطلة فكللت مساعيهم بالنجاح وواصلوا العمل في نفس الإختصاص، وتشير البحوث التي أجريت حول الصناعة العاجية في كونكة³ بأنها كانت تحظى بالإشراف المباشر لحكام بن ذي النون

¹ كمال السيد أبو مصطفى: تاريخ مدينة بلنسية، الإسكندرية، (د.ت)، لإشعاع ، ص 255، 256، 258، 260.

² الصناعات المحلية وتطورها في مدينة طليطلة (92-478هـ)، عبد الكريم خيطان الياسري، سعد قاسم علي السويدي، مجلة الأستاذ، ص 521.

³ الحموي: معجم البلدان، بيروت، لبنان، 1977، دار صادر، ج5، ص 119.

وتتلقى الدعم الكامل حتى تحقق أعلى مستويات الجودة لأن مصنوعات هذا المعمل كانت موجهة في البداية للطبقة الحاكمة.¹

وفي العقد الأول من القرن الخامس الهجري الحادي عشر الميلادي شهدت المرية ازدهار كبيراً في مجال الصناعات النسيجية، فقد كانت معاملها متخصصة في صناعة الوشي والديباج والحلل الموشية، وصارت توفر دخلاً محترماً للعمال، فيما وجد عمال النسيج في قرطبة أنفسهم بلا عمل بعد اندلاع أعمال العنف فيما بين البربر ومحمد بن عبد الجبار الملقب بالمهدي، هذا الوضع الاقتصادي الصعب جعل عمال النسيج في قرطبة يحزمون أمتعتهم ويختارون اللجوء إلى المرية التي وضعت حداً لبطالتهم بتشغيلهم في معاملها، وقد ساعدهم على الانخراط في هذا العمل خبرتهم الطويلة في هذا المجال، وتفيد المصادر التاريخية التي أرخت للجوء الأفراد بالأندلس خلال هذه الحقبة أنه قد لجأ للعمل في معمل المرية ناسجون من مناطق مختلفة في الأندلس وهذا ما أكدته الرازي عندما تحدثت عن أسباب ازدهار هذه الصناعة في المرية.² فاللجوء للعمل في مصنع النسيج بالمرية لم يكن من قرطبة وحدها بل من مناطق مختلفة من الأندلس ما يعني أن ظروف هؤلاء اللاجئين الاقتصادية متشابهة.

كما شهدت أسواق قرطبة في عهد أبي الحزم بن جمهور نشاطاً تجارياً منقطع النظير بسبب تشجيعه للنشاط التجاري ودعمه للتجار، إذ وزع عليهم أموالاً تمكنهم من ممارسة عملهم بكل يسر وسهولة على أن تبقى هذه الأموال ديناً في رقابهم يأخذون ربحها فقط ويحاسبون عليها من حين لآخر، فساهم هذا الإجراء في ازدهار التجارة، وتحسنت الأسعار، وحل الرخاء مكان الكساد، وقد كان ابن حيان ممن شهد هذا التحول في الحياة التجارية بقرطبة وتعجب من ذلك فكان الرخاء الاقتصادي وارتفاع دخل التجار فيها وتحسن مستوى المعيشة سبباً في لجوء أعداد كبيرة من الأندلسيين من مختلف الجهات إليها رغبة في حياة أفضل.³

3 ثانياً: الأسباب الاجتماعية:

تكون الأوضاع الاجتماعية الصعبة التي يزرع تحتها السكان أحياناً سبباً في هجرتهم ولجؤهم إلى دول أخرى أملاً في غد أفضل ومستقبل زاهر، لم يخل المجتمع الأندلسي في عصر الطوائف من ظروف اجتماعية صعبة جعلت عدداً من الأسرى يعيشون بؤساً حقيقياً سنقوم تحت هذا العنوان بإيراد نماذج لأسر عاشت هذه التجربة المريرة. ففي مملكة بلنسية تعرض سكان القرى التابعة لها لأقصى أنواع الظلم والاضطهاد على يد مبارك ومظفر العامريين، فقد أجبر الجميع على العمل لساعات غير محددة في أعمال شاقة وبدون مقابل، وقد كلف بمتابعة العمال وضمان السير الدائم للأعمال مشرفون لا يعرفون الرحمة أبداً، فكانوا في كل مرة يدفعون بالعمال إلى أعمال أكثر صعوبة، وكان هدف العامريين من وراء ذلك هو الحصول على مزيد من المال وتكديس الثروة.

¹ إبراهيم بن عطية الله بن هلال السلمي: تاريخ مدينة طليطلة في العصر الإسلامي دراسة تاريخية حضارية، السعودية، 1425هـ، جامعة أم القرى، ص 164.

² Levi-provençal :la Description D'Al- Andalus de Razi , Vol ,XVIII ,1953,P 65

³ ابن بسام: المصدر السابق، ق1، م2، ص 604؛ عنان: دولة الإسلام في الأندلس دول الطوائف، القاهرة، 1997، المدني، ص 23؛ ابن عذاري: المصدر السابق، ج2، 433.

لقد تأذى عدد كبير من العمال من هذه الممارسات، وأنهك العمل المتواصل أبدانهم الضعيفة، ومنعوا من الطعام مبالغاً في إذلالهم وإضعاف أجسامهم فاستبد الجوع بهم وحملهم على ملء بطونهم بالبقل والحشيش وتقطعت ملابسهم فأصبحت أبدانهم عرضة للبرد والأمراض فلبس الكثير منهم الحصر والجلود، وفي ظل هذه الظروف الكارثية فر الكثير منهم وتركوا أملاكهم، فاستولى عليها الحاكم، ولم يكن هذا مسلك مبارك ومظفر مع رعاياهم في القرى والبوادي بل كما يقول ابن بسام وابن عذاري هو مسلك كل متغلب في الأندلس¹

إن جزم المؤرخين بأن ظاهرة استعباد الناس في عصر الطوائف لم تكن حدثاً عابراً بل عملاً ممنهجاً كان الهدف الأساس من ورائه هو تخويف الناس من أجل إخضاعهم والتحكم فيهم يجعلنا نعتقد بأن الظروف الاجتماعية كانت وراء لجوء عدد من سكان الأندلس إلى أماكن تحترم إنسانية الإنسان.

إن لجوء أعداد كبيرة من الحرفيين والصناع وأصحاب الأموال والتجار إلى كل من طليطلة والمرية وبلنسية إنما كان إلى جانب السبب الاقتصادي فراراً من الأوضاع الاجتماعية الصعبة التي كانوا يعيشونها، فذوي الدخل المنعدم أصبحوا يعيشون ظروفًا اجتماعية مزرية بسبب عجزهم عن شراء ما يسد جوعهم من الطعام.

لقد أصبحت أجسام هؤلاء الجوعى بعد زمن يسير نحيلة، وصارت عرضة للأمراض القاتلة، كما أن الجثث الكثيرة المتناثرة في الشوارع بسبب القتل المتواصل جعل المدينة مرتعاً خصباً للكثير من الأمراض والأوبئة الفتاكة، وجعل من قرطبة مكاناً بائساً فغادره الكثيرون ولجأوا إلى أماكن لا يؤس فيها.²

كما أن توقف المزارعين عن العمل في المجال الزراعي جعل المعروض من الطعام فيها قليلاً جداً ما جل أسعارها ترتفع بشعل رهيب، وقد أدى هذا الخلل في العرض والطلب إلى انتشار المجاعات في قرطبة وفي المناطق التي شهدت أزمة مماثلة فزادت تعاسة الناس وخرجوا للبحث عن ظروف اجتماعية أفضل.

لقد شهد الأندلس في القرن الخامس الهجري الحادي عشر الميلادي مجاعات متكررة بسبب القحط الذي تكرر مراراً، فأصاب الأندلسيين بسببها فقر مدقع جعلهم في كثير من الأحيان يقتاتون على أشياء ضارة ومحرمة كالدم والميتة وهذا ما حصل في قرطبة سنة 401هـ/1009م، فقد أكل الناس الدم من مذيح البقر والميتة ومات رجل في السجن فأكله السجناء³، وتذكر المصادر التاريخية بان هذه المجاعة قد بدأت قبل هذا التاريخ أي سنة 447هـ/1055م) إلا أنه بلغت ذروتها في العام الموالي ومات بسببه خلق كثير، وهناك مجاعات أخرى غير هذه حدثت في الأندلس في هذه الفترة عانى بسببها السكان فغادر عدد كبير منهم أراضيهم ولجأوا إلى دويلات الطوائف التي تتوفر فيها الأقوات كدانية التي وجه صاحبها في نفس العام مركباً مملوءاً بالطعام إلى مصر لأنها كانت تعاني من مجاعة قاتلة.⁴

¹ ابن بسام: المصدر السابق، ق 3 م 1 ص 19 وابن عذاري: المصدر السابق: ج 2 ص 416-417.

² ابن عذاري: نفسه، ص 381

³ ابن عذاري: نفسه، ص 374.

⁴ ابن عذاري: نفسه، ص 461.

4 ثالثاً: الأسباب السياسية:

عندما يشعر الإنسان بأنه في خطر وأن حياته على المحك إما بسبب آرائه ومواقفه المعادية لنظام الحكم في بلده أو بسبب اتهامه بإفشاء أسرار الدولة والتخابر مع جهات خارجية أو محاولته قلب النظام الحاكم يطلب اللجوء عند دولة توفر له الحماية وهذا ما حدث مع عدد من الأشخاص سنكتفي بذكر شخصين فقط ، ومن وجهت لهم تهمة التآمر على النظام الحاكم ومحاولة قلبه من وزراء عصر الطوائف أبو الوليد بن زيدون المخزومي.

لقد تأثر ابن زيدون في صغره بمقتل جده لأمه الوزير والفقير صاحب أحكام الشرطة والسوق محمد بن محمد بن إبراهيم بن سعيد القيسي المعروف بابن الهدايد سنة (422هـ/1031م) بيد ابن سعيد وزير الخليفة الأموي المعتد بالله، فنقم ابن زيدون على الأمويين وسعى في إسقاط خلافتهم ، وبعد سقوطها اختار القرطبيين أبا الحزم بن جهور ليتولى زمام الأمور فيها فاتصل به ابن زيدون وأعانه وتوطيد أركان حكمه، وسعى بعد جلوس ابن جهور على كرسي الحكم ليكون ذراعاً الأيمن وتمنى أن يقلده أرفع المناصب، ولكن ابن جهور خيب ظنه فجعله كما وصفه البعض وزيراً بلا وزارة أو كما يقول أهل السياسة عندنا وزيراً بلا حقيبة، فعينه كاتباً يتولى شؤون أهل الذمة وكفى، فأثار هذا التصرف حفيظة ابن زيدون وأحيا في نفسه نزعة التآمر على بني جهور فضم صوته إلى صوت الداعين إلى تقويض أركان الدولة الجمهورية وعودة الحكم الأموي، وعمل سرا على تحقيق ذلك، إلا أن الأقدار لم تشأ لهذا التدبير أن يتم فقد اكتشف أمر الجماعة ونكل ابن ابن جهور بالمتآمرين، أما بشأن ابن زيدون فلم يكن ابن جهور في البداية متأكداً من ضلوعه في المؤامرة لكن الواشين جدوا في إقناعه بأن له يدا فيها، ومع ذلك لم يحاكمه ابن جهور بتهمة التآمر لقلب النظام الحاكم بل لفق له تهمة استغلال النفوذ للإستيلاء على عقار أحد الموالى بعد وفاته، فحاكمه محاكمة سريعة وزج به في السجن سنة 431هـ/1039م ولم تفلح محاولاته المتكررة من داخل السجن لإقناع أبي الوليد ببراءته فبقي في السجن زهاء عامين وبعد خروجه لجأ إلى اشبيلية بني عباد¹.

وعلى الرغم من ان أبي الحزم أصدر قبل وفاته ببضعة أشهر قراراً يقضي بالعفو عن ابن زيدون وسمح له بالرجوع إلى قرطبة فعاد إليها سنة 434هـ/1042م وبعد تولي أبي الوليد بن جهور الحكم بعد أبيه أقنعه المغرضون بان ابن زيدون لا زال يريد الانقلاب على الحكم فزج به في السجن مرة أخرى وفي هذه المرة استعان ببعض أصدقائه ففر من السجن ولجأ مرة أخرى إلى اشبيلية سنة 441هـ/1049م².

فقصة ابن زيدون تخبرنا بأن الأسباب السياسية كانت وراء هروبه من قرطبة ولجؤه إلى اشبيلية وقد حدث ذلك معه مرتين.

أما الفقيه أبو حفص بن الحسن الهوزني صاحب المعتضد بن عباد قبل جلوسه على كرسي الحكم، فقد استغل صداقته للمعتضد لينتقد طريقته في إدارة شؤون الرعية، ولكن المعتضد لم يتقبل ذلك فتغيرت معاملته

¹ فاضل فتحي محمد والي: الفتن والنكبات الخاصة وأثرها في الشعر الأندلسي، حائل، السعودية، 1996، دار الأندلس، ص 156-157.

² عنان: المرجع السابق، ص 25.

للفقيه وهذا ما جعله يطلب منه الإذن بالخروج من اشبيلية فأذن له فخرج منها سنة 440هـ/1047م وتنقل بين صقلية وسورية والعراق ومصر ثم لجأ بعد عودته إلى الأندلس إلى مرسية التي كانت حينها تحت حكم بني طاهر، ولم يرغب في العودة إلى اشبيلية لأنه كان يرى نفسه ممنوعاً من بعض حقوقه السياسية كحق الانتقاد، وقد وجد متنفساً له في مرسية فوجه رسائل ملتهبة إلى المعتضد يعاتبه فيها على التقاعس عن نصرة المسلمين في بريشتري ضد النصارى الذين نكلوا بهم سنة 456هـ/1063م ويذكره بواجبه كحاكم قوي تجاه المظلومين من المسلمين، فملاً هذا الانتقاد اللاذع صدر المعتضد غيضاً وحنقاً على الهونزي فدعا للعودة إلى اشبيلية وتظاهر له بأنه يقدر نصائحه وفي ليلة من الليالي أمر جنوده بإحضاره فقام بقتله¹.

ما أردنا قوله هنا هو أن الهونزي لم يستطع البقاء في اشبيلية لتوتر العلاقة بينه وبين المعتضد بن عباد بسبب آرائه السياسية، فقرر مغادرتها ولجأ إلى مكان يعتقد انه يستطيع أن يمارس فيه هذا الحق حيث وجه رسائل تتضمن نقداً لاذعاً لحاكم اشبيلية، فالداعي إلى لجوئه إلى مرسية سياسي محض.

وفي المرية التي نزل بها ابن حزم بعد خروجه من قرطبة اتهمه خصومه بالدعوة للأمويين لأن آل حزم قد تقلدوا مناصب مرموقة في الحكومات الأموية المتعاقبة إذ كانوا من مواليهم، وكان علي ابن حزم وزيراً في دولة المستظهر الأموي، وكان في المرية يتتبع أخبارهم، وهذا ما جعل خيران العامري حاكم المرية يلقي به في السجن، وبعد إطلاق سراحه لجأ إلى اشبيلية² لأن الحياة السياسية في المرية كانت تعيش انغلاقاً تاماً لا يسمح بظهور تيارات سياسية منافسة لبقاء ابن حزم فيها سيسبب له الكثير من المتاعب لذلك قرر اللجوء إلى اشبيلية.

فابن حزم في المرية سجن هذه المرة ليس بسبب اختياراته الفقهية ولكن بسبب آرائه السياسية إذ كان يرى بان الخلافة يجب ان تعود من جديد وفي البيت الأموي تحديداً.

رابعاً: الأسباب العسكرية: ونعني بها الحروب التي كان الأندلس مسرحاً لها في عصر الطوائف، تلك الحروب التي أرغمت الكثير من الأندلسيين على اختلاف نشاطاتهم ومراكزهم الاجتماعية على مغادرة أوطانهم ليلجأوا إلى مناطق آمنة، وفي هذا الإطار يمكننا أن نتحدث عن قطاع لا بأس به الحكام الذين لم يستطيعوا الصمود أمام أعدائهم فرفعوا راية الاستسلام وسلموا بلدانهم للمتغلبين عليها وقرروا النجاة بأنفسهم وأهلهم مصطحبين معهم أموالهم، وهؤلاء الحكام منهم من لجأ إلى دولة صديقة ومنهم من رضي باللجوء إلى عاصمة عدوه والعيش تحت سلطانه.

فمن النوع الأول يمكننا أن نذكر محمد بن يحيى البيهقي حاكم لبلة وابن أخيه فتح بن خلف وعبد العزيز البكري حاكم ولبة وجزيرة شلطيلى فهؤلاء لجأوا إلى بني جهور بقرطبة أما القاسم بن حمود فبعد تغلب المعتضد بن عباد عليه وإجباره على الاستسلام سنة 446هـ/1055م لجأ إلى المعتصم بن صمادح في المرية.

¹ ابن بسام: المصدر السابق، ق2، م1، ص82-83: أحمد بن عبود: جوانب من الواقع الأندلسي في القرن الخامس الهجري، تطوان، 1987، المعهد الجامعي للبحث العلمي، ص191-192.

² سعد البشري: الحياة العلمية، السعودية، 1986، جامعة أم القرى، ص59.

ومن النوع الثاني محمد بن سعيد بن هارون حاكم شنتمرية الغرب ومناد بن محمد بن نوح عزيز بن محمد بن عبد الله البرزالي حاكم قرمونة جميعهم لجأوا بعد نزولهم عن العرش إلى اشبيلية بلد عدوهم ابن عباد¹ هذا على مستوى الأفراد أما على مستوى الجماعات فيمكن الحديث عن الفرار الجماعي لأفراد قبيلة بني بريان البربرية من مدينة أركش وإخلائها تماما وإعطائها لجنود باديس بن حبوس ولجوئهم إلى مكان قريب من غرناطة. وتذكر المصادر التاريخية أن أفراد هذه القبيلة لم يقدر لهم أن يصلوا إلى المكان الذي قرروا اللجوء إليه فقد اعترض جنود المعتضد طريقهم وقتلوهم عن آخرهم.²

إن الأسباب والدوافع التي قذفت بالحكام المهزومين للعيش بعيدا عن أوطانهم واللجوء إلى عواصم أخرى هي نفسها التي دفعت بأفراد هذه القبيلة لمغادرة ديارهم واللجوء إلى مكان قريب من غرناطة وهي أسباب عسكرية محضه فالحكام لا حكم لهم بعد الهزيمة أما قبيلة بني بريان فقد قلبت الغارات المتكررة للمعتضد بن عباد حياتهم رأسا على عقب.

5 خامسا: الأسباب الثقافية:

وهنا يمكننا أن نتحدث عن اللجوء المتكرر للعالم الفقيه أبو محمد علي بن حزم: فقد كان اختياره للمذهب الظاهري ومخالفته لفقهاء المالكية في كثير من مسائل الفقه سببا في التحامل عليه وتأييب الحكام ضده، فلا يحط الرحال ببلدة إلا جاءه من يأمره بالرحيل بإيعاز من فقهاء المالكية، وقد سلك معه هؤلاء الفقهاء مسلك الطرد لأنهم عجزوا عن مجادلته وإفحامه، فلقد كان ابن حزم واسع العلم مطلعاً على جميع المذاهب حافظاً لكتب الفقه المالكي وقد ناظر فيه فقهاء المالكية مرارا فغلهم وبين قصوره في الكثير من المسائل، لذلك كان هؤلاء الفقهاء يتحاشونه فقرروا طرده حتى لا يتصل بالناس.³

وتشير بعض الأبحاث التي أجريت حول شخصية ابن حزم أنه في رحلة لجوئه المكوكية نزل بجزيرة ميورقة سنة 430هـ/1038م حيث آواه أحمد بن رشيق والي مجاهد العامري عليها وطلب منه أن يستقر عنده زمنا لأن الحكام الآخرين اضطهده وفي ميورقة ناظر ابن حزم عددا من فقهاء المالكية وأشهر محاضراته بها تلك التي حدثت بينه وبين أبي الوليد الباجي بعد عودته من رحلته إلى المشرق.⁴

كما لجأ ابن حزم في مرة من المرات بشاطبة، لقد تسببت آراؤه المتحررة واختياره للمذهب الظاهري ومخالفته لفقهاء المالكية في الكثير المسائل ودراسته للفلسفة والمنطق الأرسطي في اضطهاده وإحراق كتبه والحكم

¹ ابن الأبار: الحلة السرياء، القاهرة، 1985، دار المعارف، ج2، ص181-184. عنان: دولة الإسلام في الأندلس، دول الطوائف، القاهرة، 1997، المدني، ص 46-47. عنان: المرجع نفسه، ص 48.

² عنان: المرجع نفسه، ص 46.

³ ابن بسام: المصدر السابق، ق1، م1، ص 167-168.

⁴ عبد المجيد تركي: مناظرات في أصول الشريعة بين ابن حزم الظاهري والباجي، تحقيق عبد الصبور شاهين، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، ط1، 1986، ص 53-54؛ ابن الأبار: الحلة، ج2، ص 128.

عليه بالضلال، فحذر منه الفقهاء الملوك والعوام فكان كلما نزل بمدينة طرده ملكها ، فكان يلجأ من بلاط إلى بلاط حتى استقر به المقام أخيرا في مسقط رأسه بعيدا عن أعين فقهاء المالكية في بادية لبلة ينشر علمه هناك.¹

III المطلب الثالث: آثار اللجوء بالأندلس في عصر الطوائف

يعرف الأثر بأنه البقية من كل شيء، وآثار اللجوء هي نتائجه وما ترتب عنه سواء كان ايجابيا أو سلبيا وقد بدا لي بعد النظر والتأمل بأن كل سبب من الأسباب السابقة قد ترتبت عنه آثارا ما بعضها إيجابي وبعضها سلبي.

6 أولا- الآثار الاقتصادية:

بوسعنا أن نتحدث عن نوعين من الآثار الاقتصادية :

أ- السلبية:

-لقد خسر القطاع الاقتصادي في المناطق التي غادرها العمال وفي مقدمتها مدينة قرطبة يدا عاملة نشطة ومؤهلة وماهرة ، ولتكوين يد عاملة مماثلة يتطلب الأمر سنوات من العمل الدؤوب والتكوين المستمر.

- فقدت الكثير من الإمارات التي رحلت منها رؤوس الأموال الضخمة فرصتها في تحقيق النمو الاقتصادي المنشود إذ يعتبر المال رقما مهما في المعادلة الاقتصادية لا يمكن قيام أي نشاط بدونه، ومع ذلك استطاع بعض الحكام التغلب

على هذا التحدي وأنشأوا اقتصادا مزدهرا في وقت قصير، وتجربة أبي الحزم بن جهور خير مثال على ذلك.²

-عرف النشاط التجاري تراجعا ملحوظا في المدن التي توقفت فيها بعض النشاطات وغابت بعض المنتوجات من أسواقها.

ب-الإيجابية:

-ساعد انتقال رؤوس الأموال على خلق نشاطات اقتصادية جديدة وامتصاص البطالة في مناطق اللجوء.

-انتعاش التجارة والزراعة والصناعات النسيجية والعاجية في كل من بلنسية وطليلة والمرية بسبب انتقال اليد العاملة المؤهلة إليها.³

-تحسن دخل اللاجئين في المناطق التي لجأوا إليها.

7 ثانيا: الآثار السياسية:

-تسبب اضطهاد بعض الحكام لبعض الوزراء والكتاب وإجبارهم على مغادرة بلاطاتهم في خسارة هذه البلاطات للكثير

من الكفاءات السياسية المحنكة التي تملك الخبرة في إدارة مناصب معينة في الدولة كابن زيدون وأبي عامر وأبي

القاسم بن الفرج⁴ وأبي محمد عبد الله بن أبي عمريوسف بن عبد البر الذي كان كاتبها فذا فقد تكرر لجوءه وتنقل

¹ خوليان ريبيرا: التربية الإسلامية في الأندلس، القاهرة، 1994، دار المعارف، ص 29.

² تاريخ الأندلس السياسي (62-897هـ/711-1492م) دراسة شاملة: محمود مكي، بيروت، 1999، مركز دراسات الوحدة العربية، ص 103.

³ الحضارة العربية الإسلامية في الأندلس: الجيوسي، بيروت، 1999، مركز دراسات الوحدة العربية، ج 2 ص 873: ابن عذاري: المصدر السابق، ج 2 ص 415 و الذخيرة ق 3 م 1 ص 16-17.

⁴ ابن بسام: المصدر السابق، ق 3، ج 1، ص 103-104.

بين عدد من البلاطات¹، أما ابن حزم اللاجئ الدائم فله أفكار مهمة في السياسة ضمنها كتابيه "الإمامة والسياسة" و"كتاب السياسة" وكان بمقدور الحكام الاستفادة منها ولكنهم لم يفعلوا.

-اعتبر لجوء بعض الوزراء والعلماء الذين تقلدوا وظائف سياسية في البلاطات التي فروا منها مكسبا للبلاطات التي لجأوا إليها لأن هذه الأخيرة لم تتوان عن الاستفادة من خبراتهم، فبعد وصول ابن زيدون إلى اشبيلية قلده المعتضد الوزارة ورمى إليه بشؤون الحكم²، وصار أبو عامر بن الفرج بعد وصوله إلى طليطلة وزيراً للمأمون بن ذي النون، وحظي أبو القاسم بن الفرج بمنصب مماثل في البوننت، أما أبو محمد عبد الله بن عبد البر فقد كتب عن أكثر ملوك الطوائف³.

-ساهم خروج الوزراء والعلماء الذين كانوا بمثابة التيار المعارض للنظام الحكم في بقاء ما كان على ما كان أي بقاء الأنظمة الحاكمة الشمولية المغلقة على حالها وانقطاع الأمل في التغيير، وقد أثر ذلك سلباً على الهامش المتاح للحريات الفردية والجماعية.

8 ثالثاً: الآثار الثقافية:

- يعتبر اللجوء المتكرر لابن حزم إلى عدد من دويلات الطوائف فرصة ملائمة مكنته من نشر أفكاره التي يؤمن بها سواء تعلق الأمر بالمذهب الظاهري الذي كان مذهبه المختار أو بالعلوم التي جمعها من تخصصات مختلفة كالمنطق والفلسفة والتاريخ والأدب وغيرها، وكان ابن حزم مكتبة متنقلة خاض في جميع العلوم المعروفة في عصره وناظر أصحابها وكتب الكثير من الردود والمصنفات، وقد تمكن من نشر مذهبه في جزيرة ميورقة، أما بشأن العلوم الأخرى فكان له طلبة في كل مدينة لجأ إليها⁴.

- من الآثار السلبية للجوء ابن حزم تأليب فقهاء المالكية ضده بأرائه المنحرفة ما أدى إلى استصدار قرار من حكام المناطق التي نزل بها بإيعاز من الفقهاء بحرق مؤلفاته وهذا ما تم بالفعل، وهذه بلا شك خسارة كبيرة لجزء نفيس من التراث العربي والإسلامي، كما أنه منع من إلقاء الدروس وتعليم الناس وهذا ما جعله يختلي بنفسه في بادية لبلة ويلتقي بطلبته يدرسه حتى توفي بها سنة 456هـ/1064م⁵.

9 رابعاً: الآثار العسكرية:

-حرمت الصراعات العسكرية التي أجبرت بعض العقول والكفاءات على مغادرة بلدانها الأصلية من الاستفادة من خبراتهم في مختلف المجالات ومكنت مناطق اللجوء من ذلك؛ فعلي ابن مجاهد العمري الذي أجبره صهره المقتدر بن هو على ترك دانية كان خبيراً اقتصادياً من الطراز العالي وعالمًا في فدا⁶.

¹ ابن بسام: المصدر السابق، ق3م1 ص 125-126.

² عنان: المرجع السابق، ص 25.

³ ابن بسام: المصدر السابق، ق3م1، ص 126.

⁴ مناظرات في أصول الشريعة: المرجع السابق، ص 54.

⁵ ابن بسام: المصدر السابق، ق2، م1، ص 96، ق1م1، ص 168.

⁶ ابن الخطيب: أعمال الأعلام، بيروت، لبنان، 2002، دار الكتب العلمية، ج2 ص 206: المغرب في حلى المغرب: ابن سعيد ج2 ص 401.

- إن الإذن لبعض الحكام بإفراغ خزينة الدولة واصطحاب تلك الأموال معهم في رحلة لجوئهم بعد استسلامهم حرم قطاعا واسعا من الشعب من الاستفادة من تلك الأموال التي يفترض أنها من مدخرات الأمة، وهذا قطاعا من الآثار للحملات العسكرية، وممن حمل أموال الخزينة معه بعد استسلامه في ثلاث سفن معز الدولة أحمد بن صمادح بعد دخول المرابطين عليه¹

خاتمة:

نستخلص مما جاء في صلب هذه الدراسة ما يلي:

- الأسباب التي ساهمت في نشأة ظاهرة اللجوء في عصر ملوك الطوائف بالأندلس متعددة ومتنوعة .
- أن هذه الظاهرة قد مست جميع فئات المجتمع الأندلسي وليس جميع دول الطوائف فبعضها تم اللجوء إليها وليس منها.
- نتائج اللجوء وآثاره كذلك متنوعة ومتعددة بعضها إيجابي والبعض الآخر سلبي.
- كان اللجوء سببا في حدوث تحولات عميقة في المجتمعات الأندلسية على مختلف الأصعدة والمستويات.

¹ عبد الله بن بلقين: المذكرات، مصر، 1955، دار المعارف، ص 168.

شروط الثبات في العقود الإدارية كضمانة لجذب الاستثمارات الأجنبية

د. جبايلي صبرينة

جامعة عباس لغرور خنشلة

sabrinadgebaili@yahoo.fr

الملخص:

تؤدي شروط الثبات دورا كبيرا وهاما في عملية جذب الاستثمارات الأجنبية فهي تسعى الى تأمين حماية مطلقة للمتعاقد الاجنبي طيلة مدة العقد وتبعث في نفسه الثقة على مشاريعه الاستثمارية ، عن طريق تعهد الدولة بالامتناع عن المساس بالتوازن العقدي ومن تغيير العقد بارادتها المنفردة هذا من ناحية ومن ناحية اخرى تؤكد على عدم سريان أي تعديلات أو تغييرات تجريها على قانونها الوطني على العقد.

من هنا جاءت ضرورة تسليط الضوء حول ماهية هذه الشروط والأساس القانوني الذي تستمد منه مشروعيتها ومدى فعاليتها في الحفاظ على إستقرار العلاقة التعاقدية بين المستثمر الأجنبي والدولة ؟ وهل يمكن لهذه الشروط أن تؤثر على السيادة التشريعية للدولة وامتيازاتها كسلطة عامة في العقد؟ ومن خلال ما تمت دراسته توصلنا الى ضرورة إدراج بدائل لشروط الثبات مثل المراجعة أو إعادة التفاوض أو الشرط الجزائي في حالة تغير ظروف العقد حيث تحقق هذه الشروط ضمانات أكثر في جذب الاستثمارات الأجنبية حيث يفضل المستثمر أن يتضمن العقد شروط تقر له التعويض في حال اخلال الدولة بالتزاماتها بدلا من أن يتضمن العقد شروط تقيد يد الدولة عن تغيير عقودها أو قوانينها.

Abstract :

The conditions of stability play a large and important role in the process of attracting foreign investments. It seeks to provide absolute protection to the foreign contractor throughout the contract and trust in his investment projects through the commitment of the State to refrain from compromising the contractual balance and changing the contract with its individual will on the one hand and on the other Make sure that no amendments or changes to the contract are made by the national law.

Subsequently we need to shed light on the nature of these conditions and the legal basis from which their legality and effectiveness are derived in maintaining the stability of the contractual relationship between the foreign investor and the state. Can these conditions affect the legislative sovereignty of the State and its privileges as a public authority in the contract? In the course of the study we have reached the need to include alternatives to stability conditions such as review, renegotiation or penalty condition in the event of changing the conditions of the contract, where these conditions achieve more guarantees in attracting foreign investments where the investor would prefer to include the contract conditions to be compensated in case of breach of state obligations Rather than include in the contract conditions that restrict the State's authority to change its contracts or laws.

مقدمة:

يعد الاستثمار الأجنبي الدعامة الأساسية لتنمية الدول وتطورها الاقتصادي خاصة الدول النامية الأمر الذي استدعي دخول الدولة الحديثة في علاقات تعاقدية معقدة ومتشعبة ذات مبالغ خيالية مع الأشخاص الاجنبية الخاصة ونظرا لتخوف هذه الأخيرة من استبدال النظام القانوني والقضائي للدولة المتعاقدة وتحيزه لها، فانها تسعى الى استبعاد قانونها الوطني كقانون حاكم للعقد لتفادي خضوعه للتغييرات التي تلحق هذا القانون سيما التي تعمد الدولة الى اجرائها للإخلال بالتوازن المالي للعقد وانهاهت بارادتها المنفردة.

بالمقابل تسعى الدول جاهدة الى تطبيق قانونها الوطني على عقودها الادارية المبرمة مع الاطراف الاجنبية الخاصة، لتفادي خضوعها لنظام قانوني قد يجعل التفرقة بينها وبين العقود المدنية وبالتالي فلم يكن هناك من حل غير وضع ضمانات وتحفيظات للمستثمر تبعث في نفسه الطمانينة والثقة وتوفر له الحماية القانونية اللازمة وذلك عن طريق تعهد الدولة بالامتناع عن المساس بالتوازن العقدي ومن تغيير العقد بارادتها المنفردة هذا من ناحية ، ومن ناحية اخرى تأكيد عدم سريان أي تعديلات أو تغييرات تجريها على قانونها الوطني على العقد المبرم بينها وبين الطرف الاجنبي وهذا ما يعرف بشرطي الثبات التشريعي وثبات العقد او عدم المساس بالعقد.

. فما مدى فعالية شروط الثبات في الحفاظ على إستقرار العلاقة التعاقدية بين المستثمر الأجنبي والدولة ؟ وهل يمكن لهذه الشروط أن تؤثر على السيادة التشريعية للدولة وامتيازاتها كسلطة عامة في العقد الإداري؟

سنحاول الإجابة على هذه الاشكالية من خلال مطلبين على النحو التالي:

المطلب الأول: الاطار المفاهيمي لشروط الثبات

المطلب الثاني: تقييم دور شروط الثبات في العقود الإدارية

المطلب الأول: الاطار المفاهيمي لشروط الثبات

من المستقر عليه وخاصة في القانون الدولي الخاص أن تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد يتم بموافقة أطراف العقد أنفسهم، من هذا المنطلق فانه يحق للأطراف الاتفاق على تجميد القانون الذي يحكم عقدهم فترة من الزمن حتى ولو كانت الدولة طرفا فيه ، حيث لا يرسي عليه أ تعديلات أو تغييرات من شأنها المساس بالعلاقة التعاقدية وهذا ما يعرف بشرط الثبات التشريعي.

ومن جهة أخرى فإنه بإمكان الأطراف ايضا الإتفاق على عدم جواز تعديل بنود العقد بالإرادة المنفردة طوال مدة العقد إلا بموافقة الطرفين وهذا ما يعرف بشرط الثبات التشريعي.

الفرع الأول: تعريف شروط الثبات.

أولا: تعريف شرط الثبات التشريعي:

يعد شرط الثبات التشريعي من الشروط المألوفة في عقود الدولة، خاصة تلك المتعلقة بالاستثمار، فغالبا مايتفق الأطراف على أن قانون الإرادة الذي يسري على العقد عند المنازعة هو القانون المختار بأحكامه وقواعده النافذة فقط

وقت إبرام العقد مع استبعاد تطبيق أي تعديل يطرأ عليه في وقت لاحق⁽¹⁾.

يعرف الفقه شرط الثبات التشريعي أو التجميد الزمني لقانون الإرادة على أنه: "ذلك الشرط الذي تتعهد الدولة بمقتضاه بعدم تطبيق تشريع جديد أو لائحة جديدة على العقد الذي تبرمه مع الطرف الأجنبي، فشرط الثبات يهدف إلى تجميد القواعد التشريعية في الدولة المضيفة في علاقاتها بالطرف الأجنبي المتعاقد معها على الحالة التي كانت عليها في تاريخ إبرام العقد بهدف حماية الطرف الأجنبي ضد المخاطر التشريعية التي تتمثل في سلطة الدولة في تعديل اقتصاديات العقد، وذلك من خلال تغيير تشريعاتها حسب التطبيق سواء بوصفه القانون الذي يحكم العقد أو بوصفه من القواعد ذات التطبيق الضروي"⁽²⁾.

كما يعرف على أنه: "أداة قانونية يتم من خلالها حماية المستثمر الأجنبي من مخاطر التشريع متى حاولت الدولة تعديل العقد بسن تشريع جديد حيث تتم الحماية من خلال تجميد دور الدولة في التشريع والذي يحد من سلطاتها التشريعية ولكن لايجردها منها"⁽³⁾.

وقد كرس المشرع الجزائري شرط الثبات التشريعي في القانون رقم 09/16 المتعلق بترقية الاستثمار حيث نص في المادة 22 منه على أنه: "لاتسري الآثار الناجمة عن مراجعة أو الغاء هذا القانون التي قد تطرأ مستقبلا عن الاستثمار المنجز في إطار هذا القانون إلا إذا طلب المستثمر ذلك صراحة"⁽⁴⁾.

ثانيا: تعريف شرط ثبات العقد:

يشكل شرط ثبات العقد نوعا من الحصانة للطرف المستثمر المتعاقد مع الدولة ضد ما تتمتع به من سيادة وسلطان ، يهدف من خلاله المستثمر الحيلولة بين الدولة المضيفة للاستثمار وممارستها للأعمال ذات الطابع السيادي في تعديل العقد بارادتها المنفردة.

يعرف الفقه شرط عدم المساس بالعقد على انه: "تعهد الدولة بعد اجراء أي تعديلات في العقد بارادتها المنفردة مستغلة في ذلك ما تتمتع به من مزايا من قانونها الداخلي بوصفها سلطة تنفيذية مما يؤدي هذا التعهد الى استقرار التوازن العقدي بين كل من الدولة المضيفة والمستثمر"⁽⁵⁾.

(1)- أحمد عبد الكريم سلامة، شروط الثبات التشريعي في عقود الاستثمار والتجارة الدولية، المجلة المصرية للقانون الدولي، عدد 43، 1987، ص 68.

(2)- خالد كمال عكاشة، دور التحكيم في فض منازعات عقود الاستثمار، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2014 ص 132.

(3)- فاطمة رحيم شعلان، دور شرط الثبات التشريعي في عقد الاستثمار الأجنبي، مذكرة ماجستير، جامعة القادسية، العراق، 2017، ص 4.

(4)- القانون رقم 09/16 المؤرخ في 03/08/2016، يتعلق بترقية الاستثمار، جرد عدد 46.

(5)- محمد عامر شنجار، علي غسان أحمد، الوسائل الوقائية لتجنب منازعات الاستثمار، مجلة كاية الحقوق ، جامعة النهرين، العراق، 2016، ص 45.

كما يعرف على أنه: "اتفاق الأطراف على عدم جواز تعديل العقد بالإرادة المنفردة طوال مدة العقد الا إذا تم ذلك بموافقة الطرفين" (1)

ويذهب جانب فقهي في تمييزه بين شرط الثبات التشريعي وشرط ثبات العقد بالقول أن بنود الثبات التشريعي ناجمة عن صلاحية عامة تستمدّها الدولة من سيادتها ، اما بنود عدم المساس أو التعديل فتتعلق بسلطة لا تتحرك الا في المجال التعاقدية (2).

ويشير جانب آخر الى أنه من الرغم من اختلاف شروط ثبات التشريعي عن شروط ثبات العقد من الناحية النظرية الا أن كلا النوعين يسعى الى عدم المساس بالعقد ، سواء عن طريق العقد بطريقة مباشرة بإجراء تعديل في أحد بنوده أو بطريقة غير مباشرة من خلال إصدار تشريع جديد يؤثر على القانون الحاكم له (3).

الفرع الثاني : الطبيعة القانونية لشروط الثبات

تعتبر مسألة تحديد الأساس الذي يجد فيه شرط الثبات التشريعي مشروعيته ويرتب من خلاله الأثر المنشود منه، من المسائل التي تتصارع فيها المبادئ المستقرة في شأن العقود الدولية مع سيادة الدولة وحقها في تعديل الالتزامات الناشئة عن العقود التي تبرمها في المجال الدولي إذا ما تعلق الأمر بالمصلحة العامة (4). لذلك ظهرت ثلاثة إتجاهات بشأن تكييف طبيعة شروط الثبات:

أولاً: إتجاه يؤكد على صحة شروط الثبات:

يذهب هذا الإتجاه الى أن شروط الثبات المدرجة في العقود الإدارية صحيحة ومنتجة لكافة آثارها القانونية والمتمثلة في عدم جواز لجوء الدولة المتعاقدة الى تعديل العقد أو انهائه بإرادتها المنفردة أو أحداث أي تعديلات في قوانينها السارية وقت إبرام العقد والتي من شأنها المساس بشروط العقد (5).

وينحاز هذا الإتجاه المدافع عن الصحة المطلقة لشروط الثبات الى المبادئ المستقرة في القانون لا سيما مبدأ قدسية العقود وعدم المساس بها ، حيث يرى هذا الإتجاه أن شروط الثبات تجد أساسها القانوني في مبدأ القوة الملزمة للعقد وهو مبدأ سائد ومستقر عليه في القانون الدولي العام والذي يحرص المجتمع الدولي على مراعاته والحفاظ عليه، فاستناداً إلى ما يقضي به هذا المبدأ فإن الدولة المتعاقدة لا يمكنها المساس بالقانون الواجب التطبيق على العقد الذي سبق واتفقت عليه مع متعاقدتها الخاص سواء بالتعديل أو الإلغاء، طالما أن الأطراف قد

(1) - مال الله جعفر عبد الملك الحمادي، حقوق وضمائنات المتعاقدين مع الإدارة والتحكيم في العقد الإداري، منشورات الحلبي الحقوقية، ط1، بيروت، لبنان، 2014، ص209.

(2) - حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجانب، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان ، 2003، ص 327

(3) - مال الله جعفر عبد الملك الحمادي، مرجع سابق ، ص 215.

(4) - حفيظة السيد الحداد، مرجع سابق، ص 343.

(5) - محمد عامر شنجار، علي غسان أحمد، مرجع سابق ، ص49.

اتجهت إرادتهم إلى الموافقة على تثبيت القانون الواجب التطبيق وعدم المساس بالعقد⁽¹⁾، فحق الدولة في اتخاذ إجراءات التأميم مثلا سيكون باطلا إذا خالف معاهدة أو عقد ينص على شرط الثبات ولا يتم لمصلحة ما⁽²⁾.

وبالتالي فإن شروط الثبات التي وافقت الدولة على ادراجها في صلب العقد المبرم بينها وبين الطرف الخاص الأجنبي تعتبر صحيحة ومرتبطة لآثارها الملزمة، ولا تستطيع الدولة على إثر ذلك مخالفتها ولا تحققت المسؤولية الدولية في حقها.

وجه لهذا الاتجاه نقد مفاده أن مبدأ القوة الملزمة للعقد يؤدي إلى تحرير العقد من الخضوع إلى أي قانون اكتفاء بالتنظيم الذاتي للعقود الدولية، وهو ما لا يمكن قبوله، فلا يجوز للأطراف ولا لهيئة التحكيم الاستناد إلى قاعدة العقد شريعة المتعاقدين أو القوة الملزمة للعقد لتجريد العقد من الخضوع لأي قاعدة قانونية أخرى⁽³⁾، كذلك لا يوجد سبب منطقي لتشبيه العقد الإداري بالعقد المدني واعتبار الدولة شخص عادي شأنها شأنه الطرف المتعاقد معها على نحو يسلمها كل مزاياها كسلطة عامة⁽⁴⁾.

ثانيا: اتجاه ينكر صحة شروط الثبات:

يرى هذا الاتجاه أن قدسية العقد لا تمنع المشرع من أن يمارس سيادته التي تمكن الدولة من تعديل قانون معين أو اتخاذ إجراء تعتبره يخدم المصلحة العامة حتى لو تعارضت هذه التعديلات بشكل مباشر مع بنود العقد⁽⁵⁾. حيث يميل هذا الاتجاه إلى اعتبارات السيادة وحق الدولة في المساس بالعقد وتعديله متى اقتضت المصلحة العامة ذلك مستندا إلى طبيعة العقود التي تكون الدولة طرفا فيها⁽⁶⁾، حيث يمكن للدولة إصدار تشريعات تقضي بتعديل العقود المبرمة بينها وبين الطرف الأجنبي المتعاقد معها بغض النظر عن وجود شروط الثبات، فهذه الشرط لا تشكل قييدا على إرادة الدولة وسيادتها في تعديل العقود⁽⁷⁾.

كذلك فإن طبيعة عقود الدولة كونها عقود طويلة الأجل سيطلق في مدة هذه الضمانات فمن الخطأ غل يد الحكومات المتعاقبة عن مراجعة أحكامها تحسبا لتغير الظروف التي قد تطرأ أثناء سنوات التنفيذ الطويلة⁽⁸⁾. لم يسلم هذا الاتجاه بدوره من النقد حيث أن النظام الذي يسمح للدولة بالعدول عن التزاماتها يؤثر بشكل سلبي على استقطاب رؤوس الأموال الأجنبية، وينتج الشك وعدم الثقة بين الدولة والمتعاقد الخاص الأجنبي فهو

(1)- وليد محمد عباس، التحكيم في المنازعات الإدارية ذات الطبيعة التعاقدية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2010، ص 676.

(2)- عدلي محمد عبد الكريم، النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدولة والأشخاص الأجنبية، رسالة دكتوراه، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2010، ص 152.

(3)- بشار الأسعد، عقود الدولة في القانون الدولي، منشورات زين الحقوقية، ط1، بيروت، لبنان، 2010، ص 211.

(4)- حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدولة والأشخاص الأجنبية، مرجع سابق، ص 349.

(5)- بشار الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الخاصة الدولية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2006، ص 299.

(6)- حفيظة السيد الحداد، مرجع سابق، ص 352.

(7)- بشار الأسعد، عقود الدولة في القانون الدولي، مرجع سابق، ص 212.

(8)- شوشو عاشور، الحماية الاتفاقية للاستثمار الأجنبي في الجزائر، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2008، ص 104.

يفسح المجال للضن بأن الدول تعدل من قوانينها تحقيقاً لمصلحتها الخاصة على حساب مصلحة الطرف الخاص المتعاقد معها⁽¹⁾.

ثالثاً: التوفيق بين الآراء المتعارضة

من أجل التوفيق بين الآراء المتعارضة تلك التي ترجح مبدأ سيادة الدولة، وتلك التي تحكم مبدأ القوة الملزمة للعقد، ابتدع الأستاذ Weil نظرية جديدة تعتمد في إقرارها لصحة شرط الثبات على النظام القانوني الذي يتخذه العقد كإطار له والذي يستمد منه صحته والذي يحدد القواعد القانونية الواجبة التطبيق على موضوعه وهذا النظام القانوني إما ان يكون القانون الدولي او يكون القانون الوطني للدولة المتعاقدة⁽²⁾.

فإذا كان العقد موضوعه خاضعاً للقانون الدولي العام ففي هذه الحالة لا يوجد ثمة خلاف على الطابع الإلزامي لشروط الثبات ومدى صحتها، حيث تكون ملزمة للدولة ولا يجوز لها تعديل تشريعاتها، أو إصدار تشريعات جديدة، وإن خالفت إلزامها تتقرر في حقها المسؤولية⁽³⁾.

أما إذا كان العقد خاضعاً من حيث موضوعه للقانون الوطني للدولة المتعاقدة، فإن هذا القانون هو الذي يحدد مدى مشروعية شروط الثبات، فلا تكون ملزمة للدولة ويجوز لها تعديل قانونها مع ما تراه ضرورياً للمصلحة العامة⁽⁴⁾.

وعلى ذلك يربط هذا الاتجاه بين شروط الثبات والنظام القانوني الذي يحكم العلاقة التعاقدية إلا ان فكرة خضوع عقود الدولة للنظام القانوني الدولي هي فكرة منتقدة بشدة حيث أن موافقة الدولة على تضمين عقودها مثل هذه الشروط لا يعني قبولها الاستبعاد المطلق لأحكام قانونها الداخلي، إذ أن الأمر لا يعدو أن يكون استبعاد نسبي لهذا القانون كالقوانين الضريبية أو الاجتماعية لاغير⁽⁵⁾.

أمام هذا الجدل الفقهي في التكييف القانوني لهذه الشروط وتقدير مدى صحتها ونجاحها في اداء المهمة المنوطة بها على نحو يؤدي الى غل يد الدولة عن المساس بالعقد سواء بتعديله او انهائه بإرادتها المنفردة أو بحضر سريان التعديلات القانونية الجديدة عليه، نادى جانب من الفقه بضرورة تحويل وظيفة شروط الثبات بما يتماشى ومصلحة الطرفين: مصلحة الدولة في تأكيد سيادتها على مواردها الاقتصادية وتوجيه استغلال هذه الموارد الى الاستغلال الأفضل والمحقق للمصلحة العامة التي تبرر حق المساس بالتوازن الأصلي للعقد من جهة، ومن جهة اخرى مصلحة الطرف الخاص الأجنبي الذي يستثمر أموال ضخمة في ثبات العقد وعدم المساس به حتى لا ينهار التوازن المالي والاقتصادي الذي دفعه للتعاقد، وبدائل تتمثل في شرط إعادة التفاوض أو مراجعة العقد اذا ما

(1)- دريد محمود السامرائي، الاستثمار الأجنبي المعوقات والضمانات القانونية، مركز الدراسات العربية، بيروت، 2006، ص 246.

(2)- حفيظة السيد الحداد، مرجع سابق، ص 369.

(3)- عدلي عبد الكريم، مرجع سابق، ص 154.

(4)- وفاء مزيد فلحوط، المشاكل القانونية في عقد نقل التكنولوجيا الى الدول النامية، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2008، ص 774.

(5)- وليد محمد عباس، مرجع سابق، ص 681.

استجبت ظروف تستدعيها المصلحة العامة ، أو الشرط الجزائي الذي يقرر التعويض ضد الطرف الذي أخل بالتزامه أو لم ينفذه⁽¹⁾.

وبالتالي تحقق هذه الشروط ضمانات أكثر في جذب الاستثمارات الأجنبية من حيث ضمان التعويض والحصول على الأرباح في كل الأحوال، حيث يفضل المستثمر أن يتضمن العقد شروط تقرر له التعويض في حال اخلال الدولة بالتزاماتها بدلا من أن يتضمن العقد شروط تقيد يد الدولة عن تغيير عقودها أو قوانينها .

المطلب الثاني: تقييم دور شروط الثبات في العقود الإدارية

تعد شروط الثبات من الشروط المألوفة في عقود الدولة لأنها تسمح بضمن التنفيذ الجيد للعقد طوال مدته ، حيث تستهدف بالدرجة الأولى تجميد دور الدولة كسلطة تشريعية وطرف في العقد في من تغيير قانونها النافذ وقت إبرام العقد وتتعهد بعدم إصدار تشريعات جديدة تسري على العقد المبرم بينها وبين الطرف الأجنبي المتعاقد معها على نحو يؤدي إلى الإخلال بتوازن العقد⁽²⁾ ، وبالدرجة الثانية تستهدف إلى اعتبارات سياسية تتمثل في تشجيع وترغيب المستثمر في جذب رؤوس أمواله واستثمارها في البلد خاصة مع حاجة الدول لمشروعات التنمية والبنى التحتية⁽³⁾.

إلا أن ذلك لا يعني أن هذه التعهدات تشكل قيودا على سيادة الدولة التشريعية وامتيازاتها كسلطة عامة ، كما لا تعني هذه الشروط أن الدولة إستبعدت قواعد قانونها الوطني واتجهت نحو تدويل عقودها الإدارية.

الفرع الأول : فعالية شروط الثبات في العقود الإدارية

تؤدي شروط الثبات دورا كبيرا وهاما في عملية جذب الاستثمار فهي تسعى إلى تأمين حماية مطلقة للمتعاقد الأجنبي طيلة مدة العقد وتكون هذه الشروط دوما لصالح الشريك الأجنبي أكثر من الدولة المضيفة لأنها تضمن له الحماية الكافية وتبعث في نفسه الثقة على مشاريعه الاستثمارية مما يشجع على جذب رؤوس الأموال للدول النامية و تظهر فاعلية شروط الثبات من عدة نواحي:

أولا: تحقق شروط الثبات الرغبة المشتركة لأطراف العقد في مراعاة توقعاتهم المشروعة والمحافظة على توازن واستقرار التزاماتهم التعاقدية.

ثانيا: لها دور في الحد من المنازعات التي يمكن أن تنشأ بين الدولة والمستثمر الأجنبي ، حيث تقوي الوضع التفاوضي للمستثمر عند احالة النزاع بشأن العقد إلى محكمة ما أو هيئة تحكيم معينة حيث يمكن لهذه الشروط أن تمارس قوتها القانونية من حيث كونها باعنا هاما في الوصول إلى حلول وسطية أو تسوية ودية⁽⁴⁾.

(1)- شوشوعاشور، مرجع سابق ، ص 105-106.

(2)- حفيظة السيد الحداد، مرجع سابق، ص 324.

(3)- مال الله جعفر عبد الملك الحمادي، ، مرجع سابق، ص 215.

(4)-محمد عامر شنجار، علي غسان أحمد، مرجع سابق ، ص50.

ثالثا: تشكل معيارا حاسما لحسن تنفيذ العقد لما تفرضه من عواقب قانونية نتيجة انتهاك أحد بنوده إذ أن مخالفة هذه الشروط من طرف الدولة المتعاقدة من شأنه انشاء حق خاص بالتعويض⁽¹⁾.

رابعا: مساهمة شروط الثبات في توفير مناخ ملائم للإستثمار في حال احترام الدولة لها حيث تساهم في ضمان حقوق المستثمر واستقرار الأوضاع التي جرى في ظلها الاستثمار بما يؤدي الى نجاح المشروع ، ومحافظة الدولة على مصالحها ومؤسساتها وسيادتها⁽²⁾.

الفرع الثاني: النطاق النسبي لشروط الثبات

أولا: شروط الثبات لا تؤثر على مركز الدولة في العقد

إن ما يميز العقد الإداري عن العقد المدني هو طابع عدم المساواة الذي يستشف من الشروط المدرجة في العقد التي تعطي للإدارة امتيازات وسلطات استثنائية غير مألوفة في التعامل مع الأفراد بعضهم بعضا⁽³⁾.

وبدخول الدولة في علاقات تعاقدية مع الأشخاص الأجنبية واتفاقها على إدراج شروط التثبيت لا يعني تنازلها عن امتيازات السلطة العامة التي تتمتع بها ، ولا يؤثر بأي حال على مركزها السيادي المرموق في العقد ، إذ تظل الدولة محتفظة بكامل امتيازاتها كسلطة عامة في اتخاذ ما تراه ضروريا لتحقيق الصالح العام.

هذا المعنى أكدت عليه هيئة التحكيم من خلال الحكم الصادر في قضية Aminoil حيث قضت محكمة التحكيم بأن "شروط الثبات لا يقيد بأي حال حق الدولة في اتخاذ اجراءات التأمين"⁽⁴⁾.

فخصوصية عقود الدولة تتطلب الاعتراف بسلطة التعديل اللاحق للعقد طالما اقتضت ذلك المصلحة العامة شريطة أن تراعي تعاهداتها والتزاماتها التعاقدية بما في ذلك شروط الثبات حتى لا تؤدي الى انهيار التوازن المالي والاقتصادي للعقد والارتبت المسؤولية في حقها ، والتي يقابلها تعويض مالي مناسب يستحق للطرف المتعاقد معها وهذا ما اكد عليه التحكيم الصادر في قضية Aminoil إذ لزم الدولة عند ممارسة الامتيازات الممنوحة لها أن تحترم التوازن المالي للعقد⁽⁵⁾.

ثانيا : شروط الثبات لا تؤثر على الاختصاص التشريعي للدولة

من المسلم به أن من مظاهر سيادة الدولة على المستوى الداخلي حقها في التشريع وسن القوانين التي تراها محققة لمصلحتها، والمنظمة للعلاقات بين أفراد المجتمع، وبينهم وبين الهيئات العامة، وكذلك بين الدولة وبين الأطراف الأجنبية بطريقة غير مباشرة، وكذلك من حق الدولة أن تجري تعديلات على قوانينها متى رأت أن المصلحة

(1)- بشار الأسعد، مرجع سابق ، ص 200.

(2)- محمد سارة، الاستثمار الأجنبي في الجزائر، رسالة ماجستير، جامعة قسنطينة، 2010، ص 95.

(3)- مال الله جعفر عبد الملك الحمادي، ، مرجع سابق، ص 37.

(4)- بشار الأسعد، مرجع سابق ، ص 218.

(5)- وليد عباس، مرجع سابق، ص 689-690.

العامة تتطلب ذلك هذا لأن خصوصية عقود الدولة والموضوعات التي يعالجها تشريع الاستثمار والتشريعات الاقتصادية الأخرى ترتبط بنواحي هامة للاقتصاد القومي، وهذه النواحي تتسم بقابليتها للتطور فنجد الدولة مضطرة إلى مساندة هذا التطور والتعديل اللاحق للتشريع والعقد طالما اقتضت ذلك المصلحة العامة⁽¹⁾.

بالتالي فإن الدولة تستطيع أن تلغي أو تعدل من تشريعاتها الداخلية شريطة عدم الإخلال بالتوازن التعاقدية وإلا ترتبت المسؤولية في حقها، حيث أنه في حالة قيام الدولة بانتهاك شروط الثبات يستطيع المحكم في حالة تضرر الطرف المتعاقد مع الدولة جراء هذا العمل أن يقدر مسؤولية هذه الدولة لا على أساس القانون الدولي، وإنما على أساس انتهاك الالتزامات والتعهدات التعاقدية التي التزمت بها الدولة اتجاه متعاقدتها الخاص وذلك في إطار النظام القانوني للدولة المتعاقدة⁽²⁾.

على ضوء ما تقدم يمكن القول أن شروط الثبات لا تؤثر على السيادة التشريعية للدولة، حيث تبقى الدولة محتفظة بكامل اختصاصاتها التشريعية واللائحية في اتخاذ ما تراه ضروريا للمصلحة العامة، إلا أن الدولة عند ممارستها لهذه الاختصاصات يجب عليها أن تحترم التوازن المالي للعقد، وإلا تصبح مضطرة بتعويض الطرف المتضرر جراء انتهاكها لتعهداتها.

ثالثا: شروط الثبات لا تؤدي إلى تدويل العقد الإداري

يرى البعض الفقه بان وجود شروط الثبات في العقود الإدارية اشارة ضمنية على تدويلها على اساس أنه يمنع الدولة أن تجري أي تعديلات على قانونها أو عقودها المبرمة على الصعيد الدولي ، وقد استندت بعض أحكام التحكيم الى هذا الرأي حيث ذهب المحكم في قضية تكساكو الى اعتبار ان العقد يتصل بطائفة جديدة من العقود المسماة بعقود التنمية الاقتصادية التي تتميز بضرورة ايجاد التوازن بين مصلحة الدولة المتعاقدة ومصلحة الطرف الخاص الأجنبي ولتأكيد هذا التوازن يعمد الأطراف الى تضمين العقد شروط الثبات التي تهدف الى إخضاع جزء من العقد إلى القانون الدولي⁽³⁾.

إلا أن هذه الأفكار سرعان ما أختفت أمام سيل الانتقادات والآراء التي واجهتها حيث أن تضمين العقد شروط الثبات لا يفيد أن الدولة تتجه الى تطبيق القانون الدولي كما ذهب المحكم في تحكيم تكساكو، أو استبعاد أحكام قانونها الوطني، بل تعهد الدولة بعدم تغيير تشريعاتها في بعض المسائل المتعلقة بعلاقتها الاستثمارية فقط كمسألة الضرائب مثلا، وحتى تعهد الدولة في هذا المجال ليس مطلقا حيث تستطيع أن تعارض هذه الشروط كلما اقتضت المصلحة العامة ذلك مع الالتزام بالتعويض عند الإخلال بالتوازن المالي للعقد، وحتى لو بحثنا عن قيمة هذه الشروط من وجهة نظر القانون الدولي العام يظهر أنه من الصعب أن يكون لأي منها أي قيمة قانونية ملزمة وذلك

(1)- خالد كمال عكاشة، مرجع سابق، ص 129.

(2)- وليد عباس، مرجع سابق، ص 690.

(3)- هاني محمود حمزة، النظام القانوني الواجب الإعمال على العقود الإدارية الدولية أمام المحكم الدولي، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي

الحقوقية، بيروت، لبنان، 2008، ص 354.

اعمالاً لمبدأ السيادة الدائمة للدولة على ثرواتها الوطنية، فلا يمكن لمجرد تعهد أن يكون حاجزاً أمام ممارسة الدولة لسيادتها على مواردها الطبيعية أو ممارسة امتيازات السلطة العامة⁽¹⁾.

كما انه إذا لم يحدد الأطراف في العقد الإداري الدولي القانون الواجب التطبيق على العقد فإن القانون الواجب التطبيق هو قانون الدولة المتعاقدة وليس القانون الدولي، إضافة الى أن بعض العقود التي تبرمها الدولة على الصعيد الوطني تتضمن شروط تثبيت ومع ذلك لا يعقل القول بتدويل هذه العقود⁽²⁾.

خاتمة:

تعد شروط الثبات من الشروط المألوفة في عقود الدولة تؤدي دوراً كبيراً وهاماً في تشجيع وترغيب المستثمر في جذب رؤوس أمواله واستثمارها في البلد خاصة مع حاجة الدول لمشروعات التنمية والبنى التحتية، فهي تسعى الى تأمين حماية مطلقة للمتعاقد الاجنبي طيلة مدة العقد من خلال تجميد دور الدولة كسلطة تشريعية وطرف في العقد في من تغيير قانونها النافذ وقت ابرام العقد ووتعهدها بعدم اصدار تشريعات جديدة تسري على العقد المبرم بينها وبين الطرف الاجنبي المتعاقد معها على نحو يؤدي الى الاخلال بتوازن العقد من ناحية ، ومن ناحية أخرى فهي تحقق الرغبة المشتركة لأطراف العقد في مراعاة توقعاتهم المشروعة والمحافظة على توازن واستقرار التزاماتهم التعاقدية.

النتائج والإقتراحات:

- 1- تساهم شروط الثبات في توفير مناخ ملائم للإستثمار في حال احترام الدولة لها ، وتشكل معياراً حاسماً لحسن تنفيذ العقد لما تفرضه من عواقب قانونية نتيجة انتهاك أحد بنوده إذ أن مخالفة هذه الشروط من طرف الدولة المتعاقدة من شأنه انشاء حق خاص بالتعويض.
- 2- إن تضمين العقد شروط الثبات لا يفيد أن الدولة تتجه الى تدويل عقودها الادارية ، بل تتعهد بعدم تغيير تشريعاتها في بعض المسائل المتعلقة بعلاقتها الاستثمارية كما تستطيع أن تعارض هذه الشروط كلما اقتضت المصلحة العامة ذلك مع الالتزام بالتعويض عند الاخلال بالتوازن المالي للعقد.
- 3- لا تؤثر شروط الثبات على السيادة التشريعية للدولة، حيث تبقى الدولة محتفظة بكامل اختصاصاتها التشريعية واللائحية في اتخاذ ما تراه ضرورياً للمصلحة العامة.
- 4- إدراج الدولة لشروط الثبات في عقودها الإدارية لا يعني تنازلها عن امتيازات السلطة العامة التي تتمتع بها ، ولا يؤثر بأي حال على مركزها السيادي المرموق في العقد ، إذ تظل الدولة محتفظة بكامل امتيازاتها كسلطة عامة في اتخاذ ما تراه ضرورياً لتحقيق الصالح العام.

ونقترح في نهاية هذه الورقة البحثية ما يلي:

(1)- حفيفة السيد الحداد، مرجع سابق، ص 628.

(2)- هاني محمود حمزة ، مرجع سابق، ص 359.

- 1- يجب على الدولة أن تحترم تعاهداتها لأن زرع الثقة في نفوس المستثمرين وجلب الاستثمارات الأجنبية خاصة بالنسبة للدول النامية يعتمد على مصداقية الدولة في تعاقدها .
- 2- تحويل وظيفه شروط الثبات ببدائل تتمثل في شرط إعادة التفاوض أو مراجعة العقد اذا ما استجدت ظروف تستدعيها المصلحة العامة ، أو الشرط الجزائي الذي يقرر التعويض ضد الطرف الذي أخل بالتزامه او لم ينفذه حيث تحقق هذه الشروط ضمانات أكثر في جذب الاستثمارات الأجنبية من حيث ضمان التعويض والحصول على الأرباح في كل الأحوال، حيث يفضل المستثمر أن يتضمن العقد شروط تقرر له التعويض في حال اخلال الدولة بالتزاماتها بدلا من أن يتضمن العقد شروط تقييد يد الدولة عن تغيير عقودها أو قوانينها.

قائمة المراجع:

النصوص الرسمية:

- 1- القانون رقم 09/16 المؤرخ في 2016/08/03، يتعلق بترقية الاستثمار، ج.ر عدد 46.

الكتب:

- 1- بشار الأسعد، عقود الدولة في القانون الدولي، منشورات زين الحقوقية، ط1، بيروت، لبنان، 2010.
- 2- بشار الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الخاصة الدولية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2006.
- 3- حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2003.
- 4- خالد كمال عكاشة، دور التحكيم في فض منازعات عقود الاستثمار، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2014 .
- 5- دريد محمود السامرائي، الاستثمار الأجنبي المعوقات والضمانات القانونية، مركز الدراسات العربية ، بيروت، 2006.
- 6- مال الله جعفر عبد الملك الحمادي، حقوق وضمانات المتعاقد مع الإدارة والتحكيم في العقد الإداري، منشورات الحلبي الحقوقية، ط1، بيروت، لبنان، 2014 .
- 7- هاني محمود حمزة، النظام القانوني الواجب الأعمال على العقود الإدارية الدولية أمام المحكم الدولي، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2008.
- 8- وليد محمد عباس، التحكيم في المنازعات الإدارية ذات الطبيعة التعاقدية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2010.
- 9- وفاء مزيد فلحوط، المشاكل القانونية في عقد نقل التكنولوجيا الى الدول النامية، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2008.

المجلات:

- 1- أحمد عبد الكريم سلامة، شروط الثبات التشريعي في عقود الاستثمار والتجارة الدولية، المجلة المصرية للقانون الدولي، عدد 43، 1987.
- 2- محمد عامر شنجار، علي غسان أحمد، الوسائل الوقائية لتجنب منازعات الاستثمار، مجلة كاية الحقوق ، جامعة النهدين، العراق، 2016.

الاطروحات والرسائل الجامعية:

- 1- عدلي محمد عبد الكريم، النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، رسالة دكتوراه، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2010.
- 2- شوشو عاشور، الحماية الاتفاقية للاستثمار الأجنبي في الجزائر، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر، 2008.
- 3- ممحمد سارة، الاستثمار الأجنبي في الجزائر، رسالة ماجستير، جامعة قسنطينة، 2010.
- 4- فاطمة رحيم شعلان، دور شرط الثبات التشريعي في عقد الاستثمار الأجنبي، مذكرة ماجستير، جامعة القادسية، العراق، 2017.

إشكاليات مفهوم المواطنة في الفكر السياسي الإسلامي المعاصر

د. عبد الرحمان رداد

جامعة باتنة 1

abderrahmane.redad@univ-batna.dz

الملخص:

تحاول هذه المقاربة تأصيل وتجديد الرؤية الفكرية والشرعية لمفهوم المواطنة، حيث تنطلق في بناء وتأصيل هذا التصور في جانبه الشرعي من تحديد مفهوم الشعب في التداول القانوني والسياسي المعاصر، وما يقابله في حقل التداول الشرعي أعني مفهوم الجماعة ومفهوم الدار ومن ثم تخلص الدراسة إلى التمييز بين جماعة المسلمين المليية، وجماعة المسلمين السياسية، كما تعرض لمختلف الآثار الشرعية المترتبة على هذا التمييز، خاصة فيما يتعلق بأساس وحقوق المواطنة، لتخلص بعد ذلك إلى طرح الإشكالات التي يفرضها واقع الجغرافيا الدينية والمذهبية والسياسية المعاصر (تجزئة جماعة المسلمين وتجزئة دار الإسلام) وكيف تفاعل الفكر السياسي الإسلامي المعاصر مع هذه الإشكالات، مميزين في ذلك بين الأحكام الشرعية الدستورية الأصلية والتي تقضي من حيث المبدأ بوحدة جماعة المسلمين السياسية ووحدة دار الإسلام، وبين الأحكام الشرعية الدستورية الاستثنائية، وما ترتب عليه آثار استثنائية بالنسبة لأساس المواطنة، ثم تخلص الدراسة إلى تحديد الموقف الشرعي من مسألة أساس المواطنة هل هو الاشتراك في الدين أم الاشتراك في الدار؟

Abstract :

J'ai traitée dans cette approche -**problématiques du notion de la citoyenneté dans la pensée politique islamique contemporain**- dans le cadre d'une vision critique et renouvelée de la notion de citoyenneté dans la pensée politique islamique contemporain qui commence à construire et à consolider cette perception dans ses objets afin de définir la notion de peuple à partir de une distinction conceptuelle entre la notion de communauté musulmane religieuse, et la notion de communauté musulmane politique, et puis se débarrasser de ensuite la nécessité de distinguer entre les dispositions de la légitimité constitutionnelle ordinaires, qui nécessitent, en principe, l'unité de la communauté musulmane politique, et l'unité du **dar l'islam**, et les dispositions de la légitimité constitutionnelle (exclusives) qui imposé par les réalités de la géographie politique et la fragmentation actuelle de la communauté musulmane et la fragmentation du **dar l'islam**.

التفت الفكر الإسلامي منذ قرن تقريبا إلى طرح الاشكالات المتعلقة بتأصيل وتجديد الرؤية الفكرية والشرعية لمفهوم المواطنة في الفكر السياسي المعاصر، من خلال عدد من المقاربات التي حاولت تبينة هذا المفهوم في حقل التداول الإسلامي، وتزايد هذا الالتفات والاهتمام بشكل ملحوظ في العقود الأخيرة، من غير شك أن تماس الفكر الإسلامي مع الحضارة الغربية كان الحافز الأول لتدشين القول في فقه المواطنة، فقد فرضت الحضارة المعاصرة والحدثة الغربية المهيمنة على أرض الواقع مفهوما جديدا للدولة و رؤية مختلفة لطبيعة العلائق الناجمة عن العقد الاجتماعي المؤسس لها، وقد انبرى الفكر الإسلامي في تماسه مع هذا المفهوم وما نشأ عنه من أوضاع، لمقاربة هذا الواقع المستجد على استحياء شديد أول الأمر ثم ما لبثت أن توالت المحاولات والمقاربات، وهي المحاولات التي تهدف ولا تزال إلى تجسير الهوة السحيقة بين ما هو مقرر شرعا وفقها من أن دار المسلمين دار واحدة وأن جماعة المسلمين جماعة واحدة، وبين ما هو مفروض واقعا من تعدد ديار المسلمين وتعدد جماعاتهم (الوطنية). كما تهدف ثانيا إلى تجديد الرؤية في أساس المواطنة والانتماء من خلال الجهود الفكرية الرامية إلى تجسير الفجوة بين ما هو مقرر فقها من أن جنسية المسلم عقيدته، وأن المؤمنون إخوة يسعى بدمتهم أديانهم، وبين الوضع الحديث الذي ينطلق في بناء مفهومه للمواطنة من تحديد مفهوم الشعب في التداول القانوني والسياسي المعاصر حيث لا يولي اعتبارا للرابطة الدينية والاخوة الايمانية بقدر ما يعنى بالرابطة السياسية والمدنية. وما يترتب على ذلك من تكييف مختلف لأوضاع المواطن وحقوق المواطنة في الفكر السياسي والقانوني المعاصر، وهو ما دفع لفييف من أهل الفكر والفقه إلى استدعاء بعض مفاهيم السياسة الشرعية المقابلة لها في حقل التداول الشرعي كمفهوم الجماعة، ومفهوم الدار، ومفهوم الحقوق، ومفهوم الولاية، لمعالجة مختلف الأوضاع المستجدة عن تبني مفهوم المواطنة من طرف كل المجتمعات الإسلامية المعاصرة بلا استثناء. في حين ينزع لفييف آخر إلى الرضوخ والاستسلام لواقع الأمر، وتبني مفهوم المواطنة بكل حمولته الفلسفية والفكرية ومحاولة تسويغ ضرورة تبنيه كما جاء، وكما نظر له أهله.

ولا شك أن هذه المقاربات كانت وماتزال موضع سجال وجدال، ليس فقط من حيث المضامين والرؤى الفكرية التقليدية والتجديدية التي طرحها حول مختلف القضايا التي يثيرها تبني أو تبيئة هذا المفهوم في المجال الإسلامي، بل قبل ذلك من حيث مشروعية تأسيس وتناول مفهوم المواطنة في حد ذاته في مجال التداول الشرعي والفقهي، حيث لا يتردد عدد من الباحثين في ابداء اعتراضه على تناول هذا المفهوم (الدخيل) ومقارنته أو مقارنته بالمفاهيم الشرعية (الأصلية) بما يفرغها من محتواها ومضمونها. وهو ما يجعلنا ننطلق في بناء هذه المقاربة من الأسئلة الثلاثة التالية:

هل يقبل الفكر الإسلامي فكرة المواطنة كمصطلح ومفهوم ومضمون، أم ينظر إليها على أنها فكرة دخيلة على الفكر الإسلامي؟

هل للفكر الإسلامي رؤية معاصرة متكاملة لمفهوم وأساس المواطنة وما يترتب على ذلك من ضرورة تجديد النظر في الموروث الفقهي وإعادة قراءة النص الشرعي، بما يسمح بتجاوز مختلف الصعوبات على مستوى التأسيس والتنظير وعلى مستوى التأصيل والتطبيق.

هل حالف التوفيق الفكر الإسلامي المعاصر في اشتغاله بهذا المفهوم في تكييف أوضاع وحقوق المواطنة في المجتمعات الإسلامية المعاصرة. وتجاوز مختلف الإشكالات الناجمة عن تبني هذا المفهوم في تناول قضايا الحرية والعدالة والمساواة، وهي القضايا التي تصطدم ببعض النصوص الشرعية وبعض المقررات الفقهية التي ترى فيها التيارات اللادينية والتيارات الحداثية والنسوية أنها تؤسس لمواطنة منقوصة. إن هذه المقاربة هي بالضبط محاولة رصد وقراءة لمختلف التصورات المعاصرة التي حاولت التأصيل لضرورة التمييز بين جماعة المسلمين المليية، وجماعة المسلمين السياسية، وما يترتب على هذا التمييز من الآثار الشرعية؛ القانونية والسياسية، خاصة فيما يتعلق بأساس وحقوق المواطنة، بغية تجاوز مختلف الإشكالات التي يفرضها واقع الجغرافيا الدينية والمذهبية والسياسية المعاصر (تجزئة جماعة المسلمين وتجزئة دار الإسلام) وكيف تفاعل الفكر السياسي الإسلامي المعاصر مع الإشكالات التي تطرحها.

أولاً- خطاب المواطنة في الفكر الإسلامي المعاصر

من الناحية الموضوعية يمكن رد مجمل الانتاج الفكري حول فقه المواطنة إلى ثلاث أنواع من الخطابات:

- خطاب أول تناول مواطنة المسلم في المجتمع المسلم.

- وخطاب ثان ركز على مواطنة غير المسلم في المجتمع المسلم.

- أما الخطاب الثالث فقد ركز على مواطنة المسلم في المجتمع غير المسلم.

ومع الأسف فإن الدراسات الشاملة التي حاولت الامام بفقه المواطنة من جميع جوانبه مازالت قليلة وشحيحة، فأغلب الدراسات تنزع إلى تناول موضوع المواطنة بصورة غير مباشرة من خلال تناول جزئية معينة أو فرع معين حتى قبل تأسيس أصله، كتناول حقوق المرأة أو حقوق الأقليات الدينية، وهي الموضوعات التي استأثرت باهتمام الفكر الإسلامي لعقود في نزعة دفاعية طاغية، بسبب المطاعن والشبهات التي أثارها الخطاب الاستشراقي واللاذيني والحداثي والنسوي حول عدد من القضايا التي لاتزال تمضغ ولا تبلع.

ومن الناحية المنهجية فإنه يمكن أيضا تصنيف الأعمال الفكرية المعاصرة المتعلقة بفقه المواطنة في الفكر الاسلامي إلى ثلاثة خطابات:

- خطاب أول: فكري دعوي سجالي تغلب عليه منهجية المقارنة والمقاربة (1) في نزعة دفاعية واضحة وهي النزعة التي تفجرت مبكرا مع لحظة تماسنا مع الحضارة الغربية، وهو يقف عادة عند غاية محددة لا يتجاوزها وهي تنفيذ مزاعم وافتراءات الطاعنين في الفقه والتراث العريق من اجل استعادة تقدير الذات التاريخية، والشعور بالأناقة، واثبات القداسة والطهارة والنقاء للنص والتاريخ على حد سواء، لسان حاله نحن بخير أو نحن الأفضل. ومن ثم فهو إذا عرض لموضوع المواطنة فهو لا يعرض له إلا ضمن هذه الحدود لا يخرج عنها، وبالتالي فهو لا يعنى كثيرا بالتنظير والتأصيل لقضايا المواطنة ومختلف اشكالاتها.

1- ينظر مثلا: عبد القادر عودة: الإسلام وأوضاعنا السياسية، بيروت، مؤسسة الرسالة، ط1، 1981. وينظر: فهدى هويدى: مواطنون لا ذميون، غير المسلمين في مجتمع المسلمين، القاهرة، دار الشروق، 1990.

- خطاب ثان؛ تقليدي فقهي فروعى تغلب عليه المنهجية الاستراتيجية وهي المنهجية التي تكتفي بمسح واسترجاع مختلف الآراء الفقهية حول مختلف الموضوعات والمضامين الجزئية التي تشكل فقه المواطنة (1)، حيث ينخرط الباحث في تناول الآراء التقليدية التي أثارها الفقهاء تحقيقاً وتنقيحاً وترجيحاً دون أن تواتيه الجرأة لطرح المشكلات التي سكت عنها النص أو سكت عنها الفقيه، ومن ثم فهو في الغالب لا يشتغل على تأصيل موضوع المواطنة التي تبقى بالنسبة إليه خارج المفكر فيه.

- على أن الفكر الإسلامي قد أخذ منذ عقود في التأسيس لخطاب ثالث حول موضوع المواطنة خطاب تجديدي أصولي مقاصدي (2) يتوسل بالمفاهيم المقاصدية ويعيد تأويل وقراءة النصوص الدينية في ضوء هذه المقاصد بما يسمح بتأويلها في ضوء الإشكالات التي تطرحها أوضاع المواطنة في المجتمعات الإسلامية المعاصرة وواقع التعددية السياسية والثقافية والدينية والمذهبية التي تعرفها هذه المجتمعات، ولو أن هذا الخطاب لم يبلغ مداه بعد ولم يتخلص من ترده وميوله المحافظة بشكل كامل.

ثانيا- إشكالية المفهوم

المواطنة في مدلولها اللغوي تعود إلى الفعل الطبيعي التوطن الذي يعني المساكنة والاستقرار في مكان واحد، فمادة (وطن) في المصادر المعجمية تعني المنزل تقيم به، وأوطان الغنم مرايضها وأماكنها التي تقيم بها وتأوي إليها (3). ولم تعرف المعاجم العربية مصطلح المواطنة، ولو أنه ورد مرة واحدة في كتاب للعماد الأصفهاني "خريدة القصر"، وعلى ذلك فهو ترجمة محدثة مقابلة للفظ Citizenship باللغة الانجليزية و Citoyenneté باللغة الفرنسية Staatsbürgerschaft باللغة الألمانية، وهي المصطلحات التي ترجع إلى الثقافة الاغريقية الرومانية "Civitas" و "Civitas". التي جعلت مفهوم المواطنة محدوداً بحدود مفهومها للدولة-المدينة، فقد كانت المواطنة حقاً وراثياً محصوراً في أبناء أئتنا من الرجال دون النساء والعيبد والأطفال، ولم يكن التوطن سبباً لنيل حق المواطنة، فقد استثنى الأجانب المقيمون من حق المواطنة مهما طاللت اقامتهم. وفي العصور الوسطى كانت المواطنة في أوروبا حقاً مقصوراً على ملاك الأراضي، وبحسب الوضع الاجتماعي والسياسي للفرد، وعلى ذلك فإن تشكل وتبلور مفهوم المواطنة بصورته الحديثة يرجع إلى العصور الحديثة التي شهدت بفعل حركة الفنون وحركة التنوير تفجراً وتنامياً للشعور القومي في المدن الإيطالية ما لبث أن عم أوروبا كلها التي كانت شعوبها تخوض صراعات متعددة ضد سلطات البابا وسلطات الأباطرة والملوك، انتهى تدريجياً بتشكيل مفهوم الدولة الحديثة التي تؤسس على الرابطة

1- ينظر مثلاً: محمد الزحيلي الإسلام والذمة. وينظر: عبد الكريم زيدان: أحكام الذميين والمستأمنين في دار الإسلام، بيروت، ط، 1976.

2- للاطلاع على أهم هذه المقاربات ينظر ما كتبه: صلاح الدين سلطان مواطنة المسلمين في غير دار الإسلام. وينظر ما كتبه: يوسف القرضاوي في عدد من كتبه منها: غير المسلمين في المجتمع الإسلامي، مكتبة وهبة، القاهرة، 1992 (1985) و من فقه الدولة في الإسلام، دار الشروق، القاهرة، ط4، 2005 (1997)، وفقه الأقليات المسلمة، القاهرة، دار الشروق، (2007) و الوطن والمواطنة في ضوء الأصول العقدية والمقاصد الشرعية (2010). وينظر ما كتبه راشد الغنوشي في عدد من كتبه منها: راشد الغنوشي، الحريات العامة في الدولة الإسلامية، تونس، دار المجتهد للنشر والتوزيع، 2011، وحقوق المواطنة. تونس، دار المجتهد للنشر والتوزيع، 2013.

3- ابن منظور: لسان العرب، بيروت، دار صادر، مادة وطن، ن، 451/13.

المدنية وليس على الرابطة الدينية. وبرز ذلك بشكل جلي من خلال حدثين بالغي الأهمية في التاريخ الغربي وهما اعلان استقلال الولايات المتحدة في 1776، والمبادئ التي أعلنتها الثورة الفرنسية في 1789 م.

وقبل التعرض لإشكالية مفهوم المواطنة في الفكر الإسلامي المعاصر يحسن أو تبين المدلول الحديث لهذا المفهوم كما استقر في الفكر السياسي والقانوني الحديث والمعاصر.

1- مفهوم المواطنة في الفكر القانوني والسياسي الحديث

أ- مفهوم المواطنة في ضوء المفهوم الحديث للدولة

ينهض مفهوم الدولة في الفكر السياسي الحديث كما هو معلوم على ثلاثة أركان؛ الاقليم، والشعب، والسلطة أو (السيادة)، ويذهب غالبية الفقه الحديث إلى أن أهم أركان الدولة هو ركن الإقليم، ومن ثم يرتبط مفهوم المواطنة بهذا الركن وعلى أساسه كذلك يتحدد الركن الثاني من أركان الدولة أعني ركن الشعب، فمن خلال هذا المفهوم يتميز ويتميز التشكيل البشري للدولة عن غيرها من الدول. ويعبر عن المواطنة قانونيا وسياسيا من خلال الجنسية.

والجنسية رابطة سياسية وقانونية بين الفرد والدولة فهي رابطة سياسية لأنها تربط الفرد بوحدة سياسية هي الدولة، غايتها سيادة الدولة في تحديد ركن من أركانها وهو شعبيها، وهي رابطة قانونية حيث تحكمها قواعد قانونية وتترتب عليها آثار قانونية ويتمتع الفرد عند قيام رابطة الجنسية بمباشرة حقوقه السياسية وفي مقدمة هذه الحقوق حق الانتخاب وحق الترشح (1). حيث يقتضي هذا الشرط قصر حق مباشرة الحقوق السياسية على المواطنين الذين يحملون جنسية الدولة التي يتبعونها.

تعرف دائرة المعارف البريطانية المواطنة بأنها علاقة بين فرد ودولة كما يحددها قانون تلك الدولة متضمنة مرتبة من الحرية وما يلحق بها من الحقوق السياسية مثل حق الانتخاب وتولي المناصب العامة (2). وتشترك أغلب النظم السياسية في اعتبار عدد من الأسباب التي تؤسس الحق في المواطنة (أصلية كانت أو مكتسبة)؛ كالأصل، والمولد، والزواج والإقامة لمدة معينة.

ب- مفهوم المواطنة في ضوء المفهوم القانوني والسياسي للشعب

يتألف الشعب وفقا للمدلول القانوني من جميع الأفراد المقيمين على إقليم الدولة، الحاملين لجنسيتها المتمتعين بصفة المواطنة ويطلق عليهم اصطلاحا - المواطنين - أي الرعايا وعلى ذلك يشمل الشعب تبعاً لهذا المدلول كل من يرتبط بالدولة برابطة الجنسية رجالا ونساء، كهولا وأطفالا، ذوي الأهلية المدنية وفاقدتها، وكذلك المتمتعين بمباشرة الحقوق السياسية والمحرومين منها (3).

أما مفهوم الشعب في مدلوله السياسي فهو يتألف من جميع الأفراد الحاملين لجنسية الدولة المتمتعين بمباشرة الحقوق السياسية، والمدرجة أسماؤهم في قوائم الانتخاب (هيئة الناخبين)، وعلى ذلك يخرج من عداد هؤلاء

1- ينظر: محمد كامل عبيد: نظرية الدولة، دبي، أكاديمية شرطة دبي، طبعة 2008 ص: 50-51.

2- علي خليفة الكواري: (مفهوم المواطنة في الدول الديمقراطية) منشور ضمن المواطنة والديمقراطية في البلدان العربية، مركز دراسات الوحدة العربية، ط 2، 2004، ص: 30

3- ينظر: كامل عبيد: نظرية الدولة: ص: 49-50.

مواطنوا الدولة الذين لا يحق لهم مباشرة الحقوق السياسية، كالقصر الذين لم يتموا سن الرشد السياسي، وفاقدي الأهلية بسبب ما ألم بهم من عوارضها (كالجنون والعتة والسفه والغفلة)، والمحكوم عليهم بعقوبة الجنحة في الجرائم الماسة بالشرف والاعتبار ما لم يرد إليهم اعتبارهم، والمحرومين من مباشرة هذه الحقوق بمقتضى تشريعات خاصة، حيث تعد مواظمتهم منقوصة ولا يتمتعون بالمواطنة الكاملة، ومن ثم يمكن وفقا للمدلول السياسي تعريف الشعب بأنه مجموع المواطنين البالغين لسن الرشد السياسي والمقيدين في جداول الانتخاب، والذين لا يحظر عليهم قانونا مباشرة الحقوق السياسية (1).

ج- مفهوم حقوق المواطنة ومفهوم حقوق الإنسان

التمييز بين حقوق الإنسان وحقوق المواطن ليس وليد فترة قريبة، فقد حمل إعلان الثورة الفرنسية الصادر سنة 1789 هذا التمييز بين حقوق الإنسان وحقوق المواطن، فهناك حقوق يتمتع بها جميع البشر وهم فيها سواسية كونها لصيقة بشخصهم وتقتضيها الكرامة الإنسانية المتأصلة فيهم، وفطرة الإنسان من حيث هو إنسان، ولا يتوقف احترامها وممارستها وعدم المساس بها على اعتراف هذه الدولة أو تلك أو هذا النظام السياسي أو ذاك، كالحق في الحياة والحق في السلامة الجسدية والحق في التنقل والحق في الاعتقاد وسائر الحقوق التي لكل إنسان من حيث هو إنسان الحق في ممارستها إذ لا تتوقف ممارستها وحمايتها على اعتراف السلطة القائمة بها، بل يعد القانون الدولي الانساني المنع منها والعدوان عليها والتشجيع على انتهاكها على نطاق واسع جرائم ضد الإنسانية.

أما حقوق المواطنة فهي حقوق ترتبط ارتباط وثيقا بانتماء الفرد إلى جماعة سياسية معينة تعترف له بوصفه مواطنا بالحق في ممارسة تلك الحقوق. وتتعلق تلك الحقوق بكيفية تدير العيش المشترك وتسيير الشأن العام وتنظيم الأعباء والالتزامات الناجمة عن الاشتراك في هذا الانتماء، ومن ثم فهي حقوق وضعية في أساسها مرتبطة بشكل مباشر بطبيعة العقد الاجتماعي المؤسس للتمدن والتوافق والاجماع السياسي، فعلى عكس مفهوم حقوق الإنسان لا يمكن ولا يتصور الحديث عن حقوق المواطنة خارج مفهوم الدولة من حيث أنه مفهوم مرتبط عضويا بمفهوم الدولة كما استقر مدلولها في الفكر القانوني والسياسي الحديث.

2- مفهوم المواطنة في الفقه والفكر الإسلامي

من الثابت أن الفقه والفكر الإسلامي لم يشهد تداولا للفظ المواطنة، كما أننا لا نجد لهذا اللفظ حضورا في الوثائق التاريخية والسياسية عبر مختلف عصور التاريخ الإسلامي.

أما مدونات الفقه الإسلامي فلا نجد فيها حضورا لمصطلح المواطنة، وإن كنا نجد حضورا لمصطلح الوطن في مدونات الفقه الحنفي والفقه المالكي، فالحنفية كما في ترتيب الشرائع للكاساني يميزون بين ثلاثة أنواع من الأوطان:

- الوطن الأصلي وهو الموضع الذي ولد فيه أو تزوج أو قصد التعيش فيه وعدم الارتحال عنه.

- ووطن الإقامة وهو الموضع الذي نوى فيه الإقامة نصف شهر فما فوقه.

- ووطن السكنى وهو الموضع الذي نوى فيه السكنى أقل من خمسة عشر يوما (2).

1- ينظر: كامل عبيد: نظرية الدولة: ص: 51-53.

2- ينظر: أحمد بن مسعود الكاساني: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، بيروت، دار الكتاب العربي، ط1402 هـ، 1/103.

أما المالكية فيميزون بين الوطن والبلد، كما جاء في شرح الخرشي على خليل: "الوطن ما سكن فيه ونوى الإقامة على التأييد، والبلد ما كان منشأ له ولأصله ولو لم ينو الإقامة على التأييد (1).

ومن الواضح أن المعنى الذي وقف عنده الفقهاء للفظ الوطن هو الإقامة على سبيل التأييد. وهو معنى لا يغادر الأفق اللغوي ويتعد كثيرا عن المفهوم السياسي الحديث للوطن أي الانتماء لإقليم جغرافي يخضع لسلطة سياسية ذات سيادة، وهو المفهوم الذي كان يعبر عنه الفقهاء بلفظ آخر وهو لفظ الدار، أما مفهوم المواطنة كمدلول سياسي فقد ظل خارج المفكر فيه بالنسبة إلى الفقهاء، وإن كان كمضمون (حقوق وواجبات) لم يكن عنهم ببعيد.

كذلك لا نجد للفظ الوطن والمواطنة حضورا في الوثائق التاريخية والسياسية عبر مختلف عصور التاريخ الإسلامي. ولعل أول ظهور للفظ الوطن كان في فرمان (مرسوم) للدولة العثمانية صادر في 1255هـ / 1839م " الذي يعتبر مهمة العساكر هي المحافظة على الوطن"، أما قبل ذلك فقد كانت الألفاظ المعبر بها عنه في مجال التداول الإسلامي هي ألفاظ الأمة والجماعة والدار(2).

وقد دفع غياب لفظ الوطن والمواطنة في المصادر اللغوية والفقهية والفكرية وحتى الوثائق السياسية بعض المستشرقين كالمستشرق البريطاني المعاصر برنار لويس (1916-) إلى الاستنتاج أن الإسلام لا يعرف مفهوم المواطنة ولا يعرف مفهوم الشعب (3)، وواطأه على ذلك مفكرون عرب كسمير أمين، ومحمد أركون، بأن مفهوم المواطنة مفهوم غريب عن الإسلام وعن الفكر الإسلامي، كونه مفهوم يرجع إلى أصول اغريقية رومانية. وعلى الرغم من أن القرآن الكريم قد استعمل لفظ الشعب في صيغة الجمع مرة واحدة في قوله ﷺ: ﴿وجعلناكم شعوبا وقبائل لتعارفوا﴾ (4)، فإن معناه لا يتطابق مع المعنى السياسي والقانوني الذي يعطى لهذا اللفظ في الفقه الدستوري الحديث، حيث يرتبط بتراتب قبلي ومن ثم قيل في تأويله: الشعوب النسب البعيد والقبائل النسب القريب، وقيل الشعوب البطون والقبائل الأفخاذ (5).

والحقيقة التي يسلم بها مؤرخو الفكر أن غياب الاسم لا يعني بالضرورة غياب المسعى، وأن غياب لفظ معين لا يلزم منه غياب الظاهرة، بل قد يعبر عنها بألفاظ مختلفة، وهو ما سنتناوله لاحقا، ومن ثم فإن الفكر العربي والإسلامي المعاصر لما وفد عليه هذا اللفظ وقف منه أحد موقفين: موقف الرفض وموقف القبول.

فالفكر العربي القومي والعلماني في عمومته تبني المفهوم الغربي بكامل حملته الفلسفية والقيمية والحضارية، بينما الفكر الإسلامي المعاصر فقد اختلفت مواقفه إلى عدة اتجاهات:

يذهب المفكر المصري المعروف طارق البشري إلى أن مفاهيم المواطنة التي تبناها النظام العالمي على الترابط

1- ينظر: أبو عبد الله محمد الخرشي: شرح مختصر خليل، بيروت، دارصادر، 1/185.

2- محمد فريد بك: تاريخ الدولة العلية العثمانية، القاهرة، مكتبة الآداب، د.ت، ص: 254.

3- عبد الوهاب الأفندي: (إعادة النظر في مفهوم الجماعة السياسية) ضمن كتاب المواطنة والديمقراطية في البلدان العربية، مركز دراسات الوحدة العربية، ط 3، 2004، 55. نقلا عن:

4- Barnard Lewis ; Islam And Liberal Democracy ; a Historical overview; Journal of Democracy; vol v; 1996; pp 52-63

5- الحجرات/13.

5- ينظر ابن جرير الطبري: تحقيق أحمد محمد شاكر، بيروت، مؤسسة الرسالة، ط1، 2000، 310-311.

التاريخي بين أهل إقليم معين، بحيث يكون هذا الإقليم أساساً للعضوية والمواطنة، كذلك في الإسلام يستند المفهوم الإسلامي في المواطنة على الدين، بحيث يكون إسلام الشخص مؤهلاً لإياه للتمتع بحقوق المواطنة، إن مطابقة الكلمة العصرية مواطن في المصطلح الإسلامي القديم هي كلمة مسلم وليس مواطن.

3- علاقة مفهوم المواطنة بمفاهيم الإسلام والأمة والجماعة والدار

تقابل مفاهيم الاقليم والشعب والسلطة في الفكر السياسي الحديث مفاهيم الدار والجماعة والولاية في الفكر السياسي الإسلامي. وعلى الرغم من أن الفكر السياسي التقليدي لم يعرف مصطلح المواطنة إلا أن غياب المصطلح لا يعني بالضرورة غياب الظاهرة، فإن مفهوم الجماعة كان مشحوناً بدلالات معنى المواطنة من خلال الأحكام الكثيرة المبتوثة في مدونات الفقه ومصنفات السياسة الشرعية خاصة فيما يتعلق بالتمييز بين الذميين والمستأمنين. وعليه وجب قبل تأصيل القول في مفهوم المواطنة وأبعاده المختلفة في المجتمع الإسلامي يجدر بنا أولاً أن نقف عند مفهوم الشعب في الفقه السياسي الإسلامي المعاصر. فهل يعرف الإسلام مفهوم الشعب ومما يتكون وما هي أسس المواطنة فيه.

من غير شك لقد استعمل القرآن كثيراً لفظ الأمة استعمالاً متعددة، غير أن هذه المعاني لا تتطابق مع مفهوم الشعب، فلفظ الأمة في القرآن قد يراد به جماعة من الناس تتحد في الدين أو الأصل أو اللغة (1)، كما يأتي بمعنى الدين والملة (2)، كما يأتي بمعنى مدة من الزمن (3)، وقد يطلق على إمام جامع لصفات الخير مقتدى به (4). وما يهمنا هو الاستعمال الأول لفظ الأمة يعني جماعة متحدة في الدين أو الأصل أو اللغة، ومن ثم فهو لا يتطابق مفهوم الشعب كمفهوم سياسي وعنصر من عناصر تكوين الدولة، فاستقراء الواقع السياسي يبين أن الأمة الواحدة قد تتوزع على أكثر من شعب، كتوزع الأمة العربية على أكثر من شعب، وتوزع الأمة الإسلامية على شعوب متعددة، وتوزع الأمة الساكسونية على شعوب متعددة. كما أن الشعب الواحد قد يضم أكثر من أمة كالشعب السويسري الذي ينتمي لأكثر من أمة سواء من حيث الأصل أو اللغة.

4- معاني لفظ الجماعة

إن اللفظ الذي يعبر عن مفهوم الشعب بمدلوله السياسي في التداول الإسلامي هو لفظ الجماعة أو جماعة المسلمين، فقد ورد هذا اللفظ في عدد من النصوص الحديثية التي تحث على لزومها، وقد اختلف أهل العلم في تفسيره على خمسة أقوال كما أورده الإمام الشاطبي فقول: هم الصحابة (5)، وقيل هم العلماء (6)، وقيل أهل

1 - كقوله: ﴿كَذَلِكَ أَرْسَلْنَاكَ فِي أُمَّةٍ قَدْ خَلَتْ مِنْ قَبْلِهَا أُمَمٌ﴾ الرعد/ 30، وقوله ﴿كُلُّ مَا جَاءَ أُمَّةً رُسُوهَا كَذَّبُوهُ﴾ المؤمنون/ 44.

2 - كقوله تعالى: ﴿بَلْ قَالُوا إِنَّا وَجَدْنَا آبَاءَنَا عَلَىٰ أُمَّةٍ وَإِنَّا عَلَىٰ آثَرِهِمْ مُّهْتَدُونَ﴾ الزخرف/ 22.

3 - كقوله تعالى: ﴿وَقَالَ الَّذِي حَاجَّ مِنْهُمْ وَادَّكَرَ بَعْدَ أُمَّةٍ أَنَا أُنْبِئُكُمْ بِتَأْوِيلِهِ فَأَرْسِلُونِ﴾ يوسف/ 45.

4 - كقوله تعالى: ﴿إِنَّ إِبْرَاهِيمَ كَانَ أُمَّةً قَانِتًا لِلَّهِ حَنِيفًا وَلَمْ يَكُ مِنَ الْمُشْرِكِينَ﴾ النحل/ 120.

5 - ينظر أبو إسحاق الشاطبي: الاعتصام، دار الفكر، 2003، 2 / 170. وممن قال به عمر بن عبد العزيز.

6 - الشاطبي: نفس المرجع: 2 / 170. وممن قال به عبد الله بن المبارك، وإسحاق بن راهويه.

الإجماع (1)، وقيل هم السواد الأعظم من أهل الإسلام (2)، وقيل هم المسلمون إذا اجتمعوا على إمام (3)، غير أن هذه الأقوال لا تبتعد عن بعضها كثيرا ومن السهل ردها إلى معنيين:

- فيطلق لفظ الجماعة على المسلمين الذين التزموا الهدى ودين الحق، أي جماعة المسلمين المليية.
 - كما يطلق على المسلمين الذين اجتمعوا على إمام ذي بيعة شرعية. أي جماعة المسلمين السياسية.
- إن التمييز بين هذين المفهومين في غاية الأهمية، خاصة فيما يتعلق بقضية أساس المواطنة، وقضية المفارقة للجماعة، والتمييز بين الخروج عن الجماعة والخروج عليها، والآثار المترتبة عليهما دنيويا وأخرويا.

أ- جماعة المسلمين المليية

يطلق لفظ الجماعة على كل من أسلم وجهه لله والتزم دين الحق، فتفسير الجماعة بأنهم الصحابة أو العلماء لا يخرج عن مفهوم الجماعة المليية العقدية، فهي كلها معاني تدور حول التزام الهدى ودين الحق مما كان عليه النبي ﷺ وأصحابه. فمن فعل فقد التزم الجماعة، وإن لم يكن صحابيا، أو عالما، وعلى هذا المعنى يحمل لفظ الجماعة في النصوص الحديثية التي وردت في الحث على لزوم دين الحق، كما في قوله ﷺ: (إِنْ أُمَّتِي سَتَفْتَرِقُ عَلَى ثَلَاثِينَ وَسَبْعِينَ فِرْقَةً كُلُّهَا فِي النَّارِ إِلَّا وَاحِدَةً وَهِيَ الْجَمَاعَةُ) (4). ولفظ الجماعة في هذه الرواية مفسر في رواية أخرى (تفترق هذه الأمة ثلاثة وسبعين فرقة كلها في النار إلا واحدة قالوا وما تلك الفرقة قال من كان على ما أنا عليه اليوم وأصحابي) (5).

فالمقارنة بين الروایتين تبين أن عبارة (إلا واحدة وهي الجماعة) وعبارة (من كان على ما أنا عليه اليوم وأصحابي) تفسر إحداهما الأخرى، فلفظ الجماعة في الرواية الأولى مفسر في الرواية الثانية؛ بأنه التزام ما كان عليه النبي وأصحابه من الهدى ودين الحق، اعتقادا وعملا.

فالجماعة بهذا المعنى تشمل كل من اعتقد دين الحق، والتزم ما جاء به النبي ﷺ مما أجمع عليه المسلمون في أصول الدين والعقيدة، وهو المفهوم من قوله ﷺ (ما أنا عليه وأصحابي) وإنما اجتمع أصحابه على مسائل الأصول، فإنه لم يرو عن واحد منهم خلاف فيها.. فأما مسائل الفروع فيما ليس فيه نص كتاب ولا نص سنة فقد اجتمعوا على بعضه واختلفوا في بعضه " (6).

إن إيجاد جماعة المسلمين المليية كان من أول يوم مقصدا ضروريا من مقاصد الرسالة وكانت الوسيلة إلى ذلك هي الدعوة، وطريق الانتساب إلى جماعة المسلمين بمفهومها العقدي هو شهادة التوحيد كإعلان صريح للدخول في

1 - الشاطبي: نفس المرجع: 2/ 171. وممن قال به الإمام الشافعي.

2 - الشاطبي: نفس المرجع: 2/ 169. وممن قال به عبد الله ابن مسعود، وأبو مسعود الأنصاري.

3 - الشاطبي: نفس المرجع: 2/ 171-172. وممن قال به شيخ المفسرين الإمام الطبري.

4 - سنن ابن ماجه/ كتاب الفتن/ باب افتراق الأمم/ رقم: 3993. ص: 659. وضححه الألباني.

5 - الطبراني: المعجم الكبير، ت حمدي عبد المجيد، القاهرة، مكتبة ابن تيمية 2ط، 1994 باب الميم/باب من اسمه محمود/ رقم: 7840. 8/ 22. وقال لَمْ يَرَوْ هَذَا الْحَدِيثَ عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ إِلَّا عَبْدُ اللَّهِ بْنُ سَفْيَانَ الْمَدَنِيُّ، وَنَاسِيَةُ الرَّبَّاتِ.

6 - أبو بكر بن علي البيهقي: الاعتقاد، دارالأفاق الجديدة، بيروت، 1401هـ، 234/1.

ملة الإسلام، فعن أنس بن مالك أن النبي ﷺ قال: (من شهد أن لا إله إلا الله واستقبل قبلتنا وصلى صلاتنا، وأكل ذبيحتنا، فهو المسلم له ما للمسلم وعليه ما على المسلم) (1).

وطريق الخروج عن جماعة المسلمين الملية طريق واحد وهو الردة، فالمراد بالافتراق في الأحاديث السابقة: الافتراق في الملة والاعتقاد، أي الخروج من الإسلام إلى الكفر، فعبارة الخروج عن الجماعة، لا تعنى سوى مفارقة ملة الإسلام، كما هو مدلول لفظ التفرق في التداول القرآني ومن ذلك قوله ﷻ: ﴿إِنَّ الَّذِينَ فَرَّقُوا دِينَهُمْ وَكَانُوا شِيَعًا

لَسْتَ مِنْهُمْ فِي شَيْءٍ﴾ (2)، وقوله: ﴿مِنَ الَّذِينَ فَرَّقُوا دِينَهُمْ وَكَانُوا شِيَعًا كُلُّ حِزْبٍ بِمَا لَدَيْهِمْ

فَرِحُونَ﴾ (3). فإن مدلول الافتراق في هذه الآيات: الافتراق في الدين والملة، ويترتب على الخروج عن جماعة المسلمين الملية حكمان: حكما أخرويا وهو الحكم بكفره والخلود في النار. وحكما دنيويا وهو معاملته معاملة الكفار.

ب- جماعة المسلمين السياسية

من جهة أخرى يطلق لفظ الجماعة على المسلمين الذين اجتمعوا على إمام ذي سلطة عامة شرعية، وعلى هذا المعنى يحمل لفظ الجماعة في النصوص الحديثية التي وردت في الحث على البيعة ولزوم الإمام، وعدم الخروج عليه، كما قال ﷺ: (يد الله مع الجماعة) (4)، وفي رواية (يد الله على الجماعة) (5). فالمراد بلفظ الجماعة هنا جماعة المسلمين الذين اجتمعوا على إمام وهو مقيد بقيدين الأول أن تكون ولايته ولاية عامة والثاني أن تكون ولاية شرعية، كما هو مفسر في حديث الفتن عن حذيفة بن اليمان: (قال أئزم جماعة المسلمين وإمامهم، فقلت: فإن لم تكن لهم جماعة ولا إمام؟ قال: فاعتزل تلك الفرق كلها) (6). فلا يصح إطلاق لفظ جماعة المسلمين إلا على جمهور المسلمين الذين اجتمعوا على إمام ذي ولاية عامة ولا يصح إطلاقه على الجماعات التي لها بيعة خاصة، كما لا يصح إطلاقه إلا على المسلمين الذين اجتمعوا على إمام ذي ولاية شرعية، وهو الذي يعبر عنه في المصطلح الفقهي بالإمام العدل، في مقابل الإمام البغي، فاجتماع فئة من المسلمين على إمام بغي، لا يوجب لهم استحقاق وصف جماعة المسلمين وأحكامه.

- 1 - محمد بن إسماعيل البخاري: الجامع الصحيح، تحقيق وترقيم فؤاد عبد الباقي، القاهرة، المطبعة السلفية / كتاب الصلاة / باب فضل استقبال القبلة / رقم: 393. 146/1.
- 2 - الأنعام / 159.
- 3 - الروم / 32.
- 4 - محمد بن عيسى الترمذي: الجامع الصحيح، تحقيق بشار عواد معروف، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط2، 1998، / أبواب الفتن / باب ما جاء في لزوم الجماعة / رقم: 2166، 39/4. من حديث ابن عباس وقال هذا حديث حسن غريب لا نعرفه من حديث بن عباس إلا من هذا الوجه.
- 5 - الحاكم النيسابوري: المستدرک: ت مصطفى عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1990، / 1 / 268 / رقم: 157.
- 6 - مسلم بن الحجاج: الجامع الصحيح، ت أبو صهيب الكرمي، بيت الأفكار الدولية، الرياض، ط1، 1998، باب وجوب ملازمة الجماعة / تحريم الخروج على الطاعة ومفارقة الجماعة / رقم: 1847. ص: 772.

إن إيجاد جماعة المسلمين السياسية كان من أول يوم مقصدا ضروريا من مقاصد الدعوة والرسالة (1). ولكن المسلمون لم يتسنى لهم الانتقال من حيز الجماعة المليية إلى حيز الجماعة السياسية إلا بالبيعة ثم الهجرة إلى دار الإسلام، حيث كتب الرسول صلى الله عليه وسلم دستورا نظم بموجبه العنصر البشري في الدولة المدنية الناشئة، وحدد فيه العلاقات بين مختلف مكونات المجتمع الجديد، مبينا الالتزامات والحقوق الواجبات التي تناط بكل أفرادها ووفئاته.

إن مفهوم المواطنة مرتبط ارتباطا عضويا وثيقا بمفهوم الجماعة، أعنى الجماعة السياسية وليس الجماعة الدينية، لذا كان من الضروري جدا في معالجة إشكاليات المواطنة التمييز بين الخروج عن الجماعة بالكفر والخروج على الجماعة بالبغي. فالخروج على الجماعة السياسية يوصف بالبغي وليس بالكفر، ويرتب حكما دينويا وهو قتاله قتال أهل البغي ومعاملته معاملة البغاة لا معاملة الكفار.

ثالثا - إشكالية أساس المواطنة

يختلف المفكرون المعاصرون في أساس المواطنة في المجتمع المسلم على رأيين على الأقل:

1- الرأي التقليدي

أن أساس المواطنة في الدولة الإسلامية هو الدين أو الإيمان بالعقيدة الإسلامية (2)، ولما كان الأخذ بهذا الرأي يؤدي إلى مطابقة تامة بين الجماعة المليية والجماعة السياسية فقد أضاف البعض أساسا ثانيا وهو سكنى دار الإسلام، حيث يذهب الشيخ أبو الأعلى المودودي (3)، ومن من تابعه كالشيخ راشد الغنوشي (4)، إلى أن المواطنة في الدولة الإسلامية لها معياران، لا تتقرر إلا بهما في الحياة السياسية الإسلامية: الأول: الانتساب الديني، أما الثاني: فيتمثل في الإقامة في دار الإسلام.

فليس المراد بلزوم جماعة المسلمين - وفق هذا الرأي - مجرد لزوم عقيدة الإسلام، ولا يكفي ذلك للتحقق بوصف المواطنة في الدولة الإسلامية، حتى يقيم في دار الإسلام، فقد يكون الرجل مسلما يشمله وصف جماعة المسلمين المليية ومعدودا فيها ولا يشمله وصف جماعة المسلمين السياسية.

ويترتب على ذلك، أن غير المسلمين المقيمين في دار الإسلام وهم الذين يطلق عليهم فقها أهل الذمة، لا يتمتعون بحقوق المواطنة الكاملة، وعلى وجه الخصوص حقوق المشاركة السياسية والحق في تولي المناصب السياسية. كما يترتب على ذلك أن المسلمين غير المقيمين في دار الإسلام، لا يشملهم وصف المواطنة ففي رأي الغنوشي أن الدين يخول للمسلمين حقوقاً لا يتمتع بها غيرهم، غير أن المسلم غير المقيم لا يمكن أن يتمتع بحقوق المواطنة

1 - كما هو بين من الحديث عن ابن عباس قال: (مَرَضَ أَبُو طَالِبٍ فَجَاءَهُ قُرَيْشٌ وَجَاءَهُ النَّبِيُّ ﷺ) وَعِنْدَ أَبِي طَالِبٍ مَجْلِسٌ رَجُلٍ فَقَامَ أَبُو جَهْلٍ كَيْ يَمْتَعَهُ، وَشَكَّوهُ إِلَى أَبِي طَالِبٍ فَقَالَ: يَا ابْنَ أَخِي مَا تُرِيدُ مِنْ قَوْمِكَ؟ قَالَ إِنِّي أُرِيدُ مِنْهُمْ كَلِمَةً وَاحِدَةً تَدِينُ لَهُمْ بِهَا الْعَرَبُ، وَتُؤَدِّي إِلَيْهِمُ الْعَجْمُ الْجَزِيَّةَ. قَالَ كَلِمَةٌ وَاحِدَةٌ؟ قَالَ: يَا عَمِّ قُولُوا لَا إِلَهَ إِلَّا اللَّهُ. سنن الترمذي/أبواب تفسير القرآن/ باب سورة ص/ رقم: 3232، 281/5. من حديث ابن عباس وقال هذا حديث حسن غريب لا نعرفه إلا من هذا الوجه.

2 - ذهب فعلا بعض المفكرين إلى أن جنسية المسلم هي عقيدته وحسب، ورفضوا ما اشترطه المودودي من سكنى دار الإسلام، ومن هؤلاء سيد قطب، ينظر: سيد قطب: معالم في الطريق، دار الشروق القاهرة، ط15، 1992، ص: 80.

3 - ينظر: أبو الأعلى المودودي: تدوين الدستور الإسلامي، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، ط 1985، ص: 63-66.

4 - ينظر: راشد الغنوشي، الحريات العامة في الدولة الإسلامية، ص: 290-291.

حتى ولو أقر بشرعية الدولة، لأن شرط الإقامة شرط مكمل لشرط الدين في التمتع بالمواطنة (1). ويؤسس أصحاب هذا الرأي رأيهم على جملة أدلة منها:

أ- الآية الكريمة ﴿ إِنَّ الَّذِينَ ءَامَنُوا وَهَاجَرُوا وَجَاهَدُوا بِأَمْوَالِهِمْ وَأَنْفُسِهِمْ فِي سَبِيلِ اللَّهِ وَالَّذِينَ ءَاوَأُوا وَتَصَرُّوا أَوْلِيَّكَ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ وَالَّذِينَ ءَامَنُوا وَلَمْ يَهَاجَرُوا مَا لَكُمْ مِنْ شَيْءٍ حَتَّىٰ يُهَاجَرُوا وَإِنِ اسْتَنْصَرُوكُمْ فِي الدِّينِ فَعَلَيْكُمْ النَّصْرُ إِلَّا عَلَىٰ قَوْمٍ بَيْنَكُمْ وَبَيْنَهُمْ مِيثَاقٌ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ بَصِيرٌ ﴾

(2). حيث يرى المودودي أن هذه الآية قد حددت أساسين للمواطنة وهما: الإيمان بعقيدة الإسلام، والإقامة في دار الإسلام. وبحسبه فإن المسلم الذي لم يترك دار الكفر لا يعد من أهل دار الإسلام (3)، أي أنه يشملته وصف جماعة المسلمين المالية ولكن لا يشملته وصف جماعة المسلمين السياسية

ب - مقررات الشرع والفقهاء التي تقضي من جهة بحرمان غير المسلمين (أهل الذمة) من تولي الوظائف السياسية والمناصب العليا في الدولة، كما تقضي من جهة أخرى بإعفائهم من بعض الواجبات المالية والدفاعية والمساءلة القانونية عن ارتكاب بعض المحظورات. ومن ثم فإن غير المسلم حتى ولو أقام في دار الإسلام فإن مواطنته تظل ذات خصوصية لا ترتفع إلا بدخوله في الإسلام (4).

2- رأي المحدثين

ويرى أصحاب هذا الرأي أن أساس المواطنة في المجتمع الإسلامي هي الالتزام والولاء السياسي للدولة على قدم المساواة، فعلى الرغم من أن المجتمع السياسي الإسلامي التقليدي كان يحدد العضوية والانتساب إليه بالدين، فإن الوضع الآن وما يفرضه من الضرورات يحتم معاملة الأقليات على أسس متساوية. وهذا يعني العضوية الكاملة في المجتمع والحقوق المتساوية. وهو الرأي الذي نجده عند فتحي عثمان (5)، و طارق البشري (6)، ومحمد سليم العوا (7)، وفهبي هويدي (8)، وعبد الوهاب أفندي (9). ويوسف القرضاوي (10). وفريد عبد الخالق (11).

1 - راشد الغنوشي، الحريات العامة في الدولة الإسلامية، ص: 290-291.

2- الأنفال/72.

3 - ينظر: أبو الأعلى المودودي: تدوين الدستور الإسلامي، ص: 64.

4 - راشد الغنوشي، الحريات العامة في الدولة الإسلامية، ص: 290-291.

5 - ينظر: فتحي عثمان: الفكر الإسلامي والتطور، د ت، 1960، ص: 99.

6 - ينظر: طارق البشري، بين الجامعة الدينية والجامعة الوطنية، في الفكر السياسي، دار الشروق، القاهرة، 1998، ص: 25-48.

7 - ينظر: سليم العوا: في النظام السياسي للدولة الإسلامية، القاهرة، دار الشروق، ط 1988، ص: 246-264.

8 - ينظر: فهبي هويدي: مواطنون لا ذميون، غير المسلمين في مجتمع المسلمين، دار الشروق، القاهرة، 1990.

9 - ينظر عبد الوهاب أفندي: إعادة النظر في المفهوم التقليدي للجماعة السياسية في الإسلام، مسلم أم مواطن؟ مجلة المستقبل العربي، مركز دراسات الوحدة العربية، بيروت، عدد 264، 2001، ص: 144-158.

10 - ينظر: يوسف القرضاوي: من فقه الدولة في الإسلام، دار الشروق، القاهرة، ط4، 2005، ص: 193-198.

11 - ينظر: فريد عبد الخالق: في الفقه السياسي الإسلامي، دار الشروق، القاهرة، ط1، 1998، ص: 154.

وعلى الرغم من الاختلافات الجزئية بين هؤلاء المفكرين في مدى حقوق المواطنة التي يسلمون بها لغير المسلمين الذين استقروا في دار الإسلام، فإنهم من حيث المبدأ يرون أنه يشملهم وصف المواطنة ويؤسسون هذا الرأي على عدد من الأسس منها:

أ - صحيفة المدينة التي أسست لعلاقة المواطنة، الاختلاف في الدين والاشترك في الوطن، حيث بالهجرة صار المسلمون جماعة سياسية، ولم تقتصر الجماعة السياسية في أول الأمر " على المسلمين حصرا: مهاجرين وأنصارا بل شملت المخالفين في الملة والاعتقاد من القبائل اليهودية في المدينة التي أبرم معها النبي ﷺ "عقدا سياسيا" - أنت "الصحيفة" تعبر عنه في شكل "دستور" أو "ميثاق" سياسي يؤسس مبكرا لعلاقة "المواطنة": الاشتراك في الوطن لا في الدين" (1). وعلى ذلك فإن تسميتها بجماعة المسلمين لا يعني أنها تتشكل من المسلمين فحسب بل تسميتها بذلك إنما يرجع لأن الأمر فيها للمسلمين.

ب - مصلحة الاشتراك في الدار، فمفهوم المواطنة يشمل غير المسلمين الذين يشاركون المسلمين الدار، أو الوطن بتعبير عصرنا، "فكل ما حقق مصالح المشتركين فيه جاز وكل ما أهدرها فهو بالإهدار أولى وأحق" (2). وعلى هذا الأساس فإن مختلف الأحكام الاجتهادية التي تناولت وضع غير المسلمين في المجتمع الإسلامي ليست تشريعا لازما ليوم الدين، بل ما كان منها محققا لمصلحة الاشتراك في الدار جاز لنا الأخذ به وما تعارض معها أو تناقض فلا تثير علينا إن طرحناه.

ج - أن الذمة عقد وليست وضع (3)، فهو مفهوم تاريخي فرضته "شرعية الفتح" وهو احتواء الدولة الإسلامية غير المسلمين داخل حدودها على أساس الفتح ولم يكن لأهل الذمة، أي مساهمة في الفتح أو الجهاد أو الدفاع عن الدولة (4)، أما الوضع السياسي للدول الإسلامية اليوم فيستند إلى "شرعية التحرير" حيث نشأت هذه الدول نتيجة لصراع التحرير ضد الاستعمار الذي خاضته هذه الشعوب والذي ساهم فيه المسلمون و غير المسلمين بصورة مساوية للمسلمين، ومنه فقد استحقوا على هذا الأساس حقوق المواطنة كاملة (5) باعتبار أن شرعية التحرير قد أسست لأوضاع نسخت تلك الأوضاع التي أسست لها شرعية الفتح الإسلامي الأول.

3- مناقشة وترجيح

والذي نذهب إليه أن أساس المواطنة في الدولة الإسلامية لا يخرج عن إعطاء الولاء السياسي للدولة جماعة ودارا ودستورا. وقد يفترض هذا الولاء ابتداء بسبب الأصل أو المولد أو يكتسب بسبب الإقامة وإرادة التعايش وما إلى

1 - عبد الإله بلقزيز: تكوين المجال السياسي الإسلامي، مركز دراسات الوحدة العربية، بيروت، ط1، 2005، ص 41.

2 - سليم العوا: في النظام السياسي للدولة الإسلامية، ص: 247.

3 - الذمة في اللغة العهد والضممان واصطلاحا عقد يتضمن إقرار غير المسلمين على دينهم وتمتعهم بحماية الجماعة الإسلامية بشرط بذلهم الجزية وقبولهم أحكام دار الإسلام في غير شؤونهم الدينية. ينظر: عبد الكريم زيدان: أحكام الذميين والمستأمنين، ط بيروت، 1976، ص: 22، وينظر: يوسف القرضاوي، غير المسلمين في المجتمع الإسلامي، مكتبة وهبة، القاهرة، 1992، ص: 08.

4 - علل الفقهاء في أصح أقوالهم اشتراط الجزية على أهل الذمة في المجتمع الإسلامي بعدم مشاركتهم في الدفاع عنه. ونصوا على سقوطها بقبولهم المشاركة في ذلك. ينظر في ذلك: يوسف القرضاوي: غير المسلمين في المجتمع الإسلامي، ص: 61 وما بعدها.

5 - ينظر: محمد سليم العوا: في النظام السياسي للدولة الإسلامية، ص: 257-259.

ذلك من الشروط التي تشترط للحصول على الجنسية كرابطة قانونية-سياسية بين الفرد والدولة (1)، وما يهمننا منها في موضوعنا هو الجانب السياسي ومن ثم فإن حصر أصحاب الرأي الأول شروط المواطنة في العقيدة وسكنى الدار ترد عليه الملاحظات التالية:

أ - إن جعل العقيدة أساسا من أسس المواطنة معارض بما هو ثابت في السنة النبوية من جعل أساس المواطنة الولاء للدولة والالتزام بالصحيفة من دون تمييز بسبب الدين أو سبب آخر، فقد جعلت الصحيفة التي تمثل دستور دولة المدينة أساس المواطنة والالتزام بمضمون تلك الصحيفة بما يجسد إرادة العيش المشترك، بغض النظر عن العقيدة والجنس (فقد كانت تضم المسلم والمسيحي واليهودي والعربي والحبشي والفارسي والرومي) وجعلت المواطنة مفتوحة لكل من التحق بتلك الصحيفة فقد نص البند الأول منها (هَذَا كِتَابٌ مِنْ مُحَمَّدٍ النَّبِيِّ ﷺ بَيْنَ الْمُؤْمِنِينَ وَالْمُسْلِمِينَ مِنْ قُرَيْشٍ وَيَثْرِبَ وَمَنْ تَبِعَهُمْ فَلَجِقَ بِهِمْ، وَجَاهَدَ مَعَهُمْ أَنَّهُمْ أُمَّةٌ وَاحِدَةٌ مِنْ دُونِ النَّاسِ) (2). ورغم أنه في النهاية قد تم إجلاء طوائف اليهود من المدينة ومن جزيرة العرب، بسبب نقض العهد والتأمر على أمن الدولة والتبني لاعتقال الرسول ﷺ، فمع ذلك فإن هذا يبين بوضوح أن جماعة المسلمين السياسية على عكس جماعة المسلمين المدنية، يمكن أن يشمل مفهومها المخالفين في الملة والاعتقاد متى أعطوا الولاء السياسي والتزموا دستور الدولة.

ب - إن اعتبار الإقامة في دار الإسلام شرطا للمواطنة يحتاج إلى تحقيق وتنقيح، أما التحقيق فإن آية الأنفال التي اعتمدها المودودي لا تفيد أن الهجرة شرط في المواطنة وإنما تفيد أن الهجرة من مكة إلى المدينة واجبة، وهو حكم كما هو معلوم ليس عاما لقوله ﷺ (لَا هِجْرَةَ بَعْدَ الْفَتْحِ) (3)، فلا أحد يستطيع أن يقول اليوم أن على كل المسلمين الهجرة إلى دار الإسلام، لما في ذلك من الحرج، والحقيقة أن الآية الكريمة أفادت حكما خاصا في ظروف وحالات خاصة (4).

أما التنقيح فإن هذا الشرط يقفز على حقائق الجغرافيا السياسية اليوم، ولا يميز بين الأحكام الدستورية الأصلية والأحكام الدستورية الاستثنائية.

فمن جهة أولى نجد أن الأحكام الدستورية الأصلية تقضي أن المسلمين جميعا يعتبرون جماعة سياسية واحدة، وبلاد الإسلام كلها تعتبر دارا أو إقليما واحدا، فهي دولة واحدة يجتمعون فيها على إمام واحد، وفي هذه الحال فإن وصف المواطنة يشمل بالضرورة جميع المسلمين بالأصل والمولد في دار الإسلام، كما يشمل غير المسلمين الذين يشاركون المسلمين الدار من قديم وولاءهم لدولة الإسلام، فلهم من حقوق المواطنة ما للمسلمين من غير تمييز إلا في بعض الوظائف التي يتطلبها حفظ هوية الدولة.

1 - تعرف دائرة المعارف البريطانية المواطنة بأنها "علاقة بين الفرد والدولة كما يحددها قانون تلك الدولة وما تتضمنه من حقوق وواجبات في تلك الدولة" ينظر:

Encyclopedia Britannica Inc; The New Encyclopedia Britannica; Vol 3; p.332.

2 - ابن هشام، السيرة النبوية، تحقيق طه عبد الرؤوف سعد، دار الجيل بيروت، ط1، 1411هـ، 32/3.

3 - صحيح البخاري/ كتاب الجهاد/ باب فضل الجهاد والسير/ رقم: 2783. 301-302.

4 - صدر الدين القبانجي: المذهب السياسي في الإسلام، وزارة الإرشاد، طهران، د.ت، ص: 134.

ومن ثم لا مناص من الإقرار أولاً بأن كل مسلم جديد يختار الانتقال والإقامة الدائمة في دار الإسلام يحق له أن يكتسب حق المواطنة في الدولة الإسلامية بقوة الشرع، أما غير المسلمين الذين ينتقلون إلى الإقامة بدار الإسلام فلا يكتسبون حق المواطنة إلا بتشريع من ولي الأمر ينظم ذلك بحسب ما تقتضيه المصلحة. ومنه يتبين أن شرط الإقامة الذي تمسك به العلامة المودودي في اكتساب حق المواطنة ليس على إطلاقه.

ومن جهة ثانية فإن الأوضاع الدستورية الاستثنائية التي تعرفها بلاد الإسلام بعد سقوط الخلافة فرضت أحكاماً دستورية استثنائية، حيث يتوزع المسلمون اليوم على أكثر من جماعة سياسية وعلى أكثر من دولة، سواء بناء على قول من يرى جواز ذلك إذا تباعدت المسافات كما هو رأي الإمام عبد القاهر البغدادي إذ يقول: "قال أصحابنا: لا يجوز أن يكون في الوقت الواحد إمامان واجبا الطاعة، وإنما تنعقد إمامة واحد في الوقت، ويكون الباقيون تحت رايته، وان خرجوا عليه من غير سبب يوجب عزله فهم بغاة، إلا أن يكون بين البلدين بحر مانع من وصول نصره أهل كل واحد منهما إلى الآخرين فيجوز حينئذ لأهل كل واحد منهما عقد الإمامة لواحد من أهل ناحيته" (1) وتابعه على هذا الرأي إمام الحرمين الجويني حيث يقول "ذهب أصحابنا إلى منع عقد الإمامة لشخصين في طرفي العالم.. والذي عندي فيه أن عقد الإمامة لشخصين في صقع واحد، متضايق الخطط والمخالف غير جائز. وقد حصل الإجماع عليه. وأما إذا بعد المدى، وتخلل بين الإمامين شسوع النوى فلاحتمال في ذلك مجال، وهو خارج عن القواطع". (2).

وكذلك بناء على قول من يرى جواز ذلك استثناء للضرورة (3). فالواقع أن المسلمين رغم أنهم يمثلون جماعة ملية واحدة ولكنهم اليوم ليسوا جماعة سياسية واحدة، بل يتوزعون على عدد كبير من الجماعات السياسية كل منها تدين بالولاء والالتزام السياسي للدولة التي يتبعونها، فضلاً عن أن عدداً غير قليل من المسلمين لا يعيشون في ديار الإسلام وإنما يعيشون في بلاد الكفر، ومن ثم فلا يكفي الإقامة في أحد ديار الإسلام لاكتساب حق المواطنة في ظل تعدد ديار الإسلام، ومن ثم فمادام هذا الواقع الاستثنائي قائماً لم يتغير بعد فإن النزول عند الضرورات تفرض تشريعاً دستورياً استثنائياً يقضي أن يكون أساس المواطنة الولاء السياسي للجماعة التي يشاركونها الدار.

ويتربط على ذلك أن الحق في المواطنة في حال وجود دولة إسلامية واحدة يتحدد بالولاء السياسي والالتزام بدستورها، ويشمل في ذلك المسلمين، كما يشمل غير المسلمين الذين يشاركون المسلمين دار الإسلام. كما تبقى الدولة الإسلامية دولة مفتوحة لاكتساب جنسيتها لكل من توافرت فيه الشروط التي يشترطها دستورها.

1 - عبد القاهر البغدادي: أصول الدين، استانبول، مطبعة الدولة، ط1، ص:274.

2 - ينظر: إمام الحرمين الجويني: الإرشاد، ص:425.

3 - وهو ما نجده عند الشوكاني وصديق خان القنوجي حيث يقول الشوكاني: "لا بأس بتعدد الأئمة والسلطين ويجب الطاعة لكل واحد منهم بعد البيعة على أهل القطر الذي ينفذ فيه أوامره ونواهيته" ينظر: محمد بن علي الشوكاني: السيل الجرار على حدائق الأزهار، دار الكتب العلمية، بيروت، 512/4. كما نجده عند القنوجي وينقل عن الشوكاني نصه السابق بالحرف. ينظر: صديق خان القنوجي: أجد العلوم الواشي المرقوم في بيان أصول العلوم، دار الكتب العلمية، بيروت، 284/3.

أما الحق في المواطنة في ظل الوضع الدستوري الاستثنائي الذي فرض تعدد الدول الإسلامية فيتحدد بالولاء للجماعة والدار التي يقطنها سواء أكان مسلماً أم غير مسلم، ومن ثم فالمسلم الذي يملك حقوق المواطنة في دولة إسلامية معينة لا يملك أن يمارس حقوق المواطنة في سائر الدول الإسلامية.

رابعاً- إشكالية المساواة في المواطنة

إذا كانت المواطنة تعني التسليم من حيث المبدأ بحق المشاركة الكاملة في الشؤون العامة لجميع المواطنين على قدم المساواة، فإن مفهوم المواطنة يستبطن مفهوم المساواة ويتأسس عليه، غير الفكر الإسلامي في تبيئته لمفهوم المواطنة في المجال الإسلامي قد اصطدم ببعض الآراء الفقهية التي تتعارض مع مبدأ المساواة كاشتراط القرشية في الرئاسة العامة وغير ذلك من الإشكالات التي نكتفي بالإشارة إلى بعضها.

1. إشكالية المساواة بين الجنسين

يذهب البعض بغير حق إلى اعتبار شرط الذكورة شرطاً من شروط ممارسة حقوق المواطنة بصفة كاملة، فيمنع المرأة من التصويت والمشاركة في التعبير عن الإرادة العامة ومن هؤلاء العلامة محمد الخضر حسين، وحسين مخلوف⁽¹⁾، وأبو الأعلى المودودي⁽²⁾، وقد ذهبت إلى هذا الرأي لجنة الفتوى في الأزهر سنة 1952، وكذلك لجنة الفتوى في الكويت⁽³⁾، عموم فقهاء التيار السلفي.

بينما يذهب عموم الفقهاء المعاصرين إلى تأييد أن الشرع يساوي بين الجنسين مساواة كاملة في ممارسة حقوق المواطنة إلا ما كان من استثناءات قليلة حق المرأة في التعبير عن الإرادة السياسية لجماعة المسلمين، منهم مصطفى السباعي⁽⁴⁾، وعبد الكريم زيدان⁽⁵⁾، وتقي الدين النبهاني⁽⁶⁾، ويوسف القرضاوي⁽⁷⁾، ومحمد سليم العوا⁽⁸⁾، وحسن الترابي⁽⁹⁾، وراشد الغنوشي⁽¹⁰⁾، وهبة الزحيلي⁽¹¹⁾، وفريد عبد الخالق⁽¹²⁾، مستنديين في ذلك لكثرة الأدلة الشرعية التي تؤكد أن حق المرأة في المشاركة السياسية من خلال البيعات المختلفة التي شاركت فيها المرأة؛ منها ما كان بيعة عامة ومنها ما كان بيعة خاصة بهن كما أثبتته أحد الباحثين حديثاً في رسالته عن الحقوق السياسية للمرأة

1 - ينظر: وهبة الزحيلي: قضايا الفقه والفكر المعاصر، دمشق، دار الفكر ط1، 2006، ص: 522-527

2 - ينظر: أبو الأعلى المودودي: تدوين الدستور الإسلامي، ص: 61.

3 - ينظر: راشد الغنوشي: الحريات العامة في الدولة الإسلامية، ص: 128.

4 - ينظر: مصطفى السباعي: المرأة بين الفقه والقانون، ص: 155.

5 - ينظر: عبد الكريم زيدان: الفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم، بيروت، مؤسسة الرسالة 1994، 333/4.

6 - ينظر: تقي الدين النبهاني: نظام الحكم في الإسلام، تحقيق عبد القديم زوم، بيروت، دار الأمة، ط6، 2002، ص: 65.

7 - ينظر: يوسف القرضاوي، من فقه الدولة في الإسلام، ص: 170-176.

8 - ينظر: محمد سليم العوا: النظام السياسي في الإسلام، ص: 162-164.

9 - ينظر: حسن الترابي: السياسة والحكم، بيروت، دار الساق، ط2، 2004، ص: 286، 411.

10 - ينظر: راشد الغنوشي: الحريات العامة في الدولة الإسلامية، ص: 130.

11 - ينظر: وهبة الزحيلي: قضايا الفقه والفكر المعاصر، بيروت، دار الفكر، ص: 526.

12 - ينظر: فريد عبد الخالق: في الفقه السياسي الإسلامي، ص: 120 وما بعدها.

في الإسلام (1). ومن ذلك ما يثبت مشاركة النساء في البيعة (فَعَنْ عَائِشَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا قَالَتْ كَانَ النَّبِيُّ ﷺ يُبَايِعُ النِّسَاءَ بِالْكَلَامِ بِهَذِهِ الْآيَةِ (لَا يُشْرِكُنَ بِاللَّهِ شَيْئًا) قَالَتْ وَمَا مَسَّتْ يَدُ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ يَدَ امْرَأَةٍ ، إِلَّا امْرَأَةً يَمْلِكُهَا) (2). ومنها ما يثبت مشاركتها في الشورى كما في صلح الحديبية حيث (دَخَلَ ﷺ عَلَى أُمِّ سَلَمَةَ ، فَذَكَرَ لَهَا مَا لَقِيَ مِنَ النَّاسِ. فَقَالَتْ أُمُّ سَلَمَةَ يَا نَبِيَّ اللَّهِ، أُتِجِبُ ذَلِكَ أَخْرُجُ نَمَّ لَا تُكَلِّمُ أَحَدًا مِنْهُمْ كَلِمَةً حَتَّى تَنْحَرُ بُدْنَكَ ، وَتَدْعُوَ حَالِقَكَ فَيَحْلِقَكَ . فَخَرَجَ فَلَمْ يُكَلِّمْ أَحَدًا مِنْهُمْ، حَتَّى فَعَلَ ذَلِكَ نَحَرَ بُدْنَهُ، وَدَعَا حَالِقَهُ فَحَلَقَهُ . فَلَمَّا رَأَوْا ذَلِكَ، قَامُوا فَتَحَرَّوْا، وَجَعَلَ بَعْضُهُمْ يَخْلِقُ بَعْضًا، حَتَّى كَادَ بَعْضُهُمْ يَقْتُلُ بَعْضًا غَمًّا) (3). وما ثبت من سنة الخلفاء الراشدين (أن عَمْرُ بْنُ عَبْدِ اللَّهِ كَانَ لَيْسَتْ شِيرُ فِي الْأَمْرِ حَتَّى إِنْ كَانَ لَيْسَتْ شِيرُ الْمَرْأَةِ فَرَبَّمَا أَبْصَرَ فِي قَوْلِهَا أَوْ الشَّيْءَ يَسْتَحْسِنُهُ فَيَأْخُذُ بِهِ) (4). ومن ذلك استشارته لبعض النساء من بينهن ابنته حفصة حول المدة التي تصبر فيها المرأة على زوجها (5).

وقد تجدد الحديث عن هذا الموضوع بمناسبة صدور مرسوم في الكويت يجيز للمرأة التصويت فعارض هذا الأمر فريق وأيده فريق ومن العجب أن أكثر المعارضين كانوا من التيار الإسلامي عموماً ومن تيار الإخوان في الكويت على وجه الخصوص رغم أن الإخوان في مصر أصدروا منذ سنة 1994 رسالة عن حق المرأة في الانتخاب وفي الترشح لعضوية البرلمان، انتهوا فيها إلى أنه ليس في الشريعة ما يمنع مشاركة المرأة في هذا الأمر، ولا ندري كيف ساع للإخوان في الكويت تحريم ما أباحه الإخوان في مصر (6)؟

والخلاصة التي نستخلصها من هذه الشروط أنها تنزع إلى إفساح المجال للمسلمين في ممارسة حقوق المواطنة وخاصة حق المشاركة السياسية، ولم تحجر أو تقيد حق التصويت أو الاقتراع بكثير من الشروط فكل من تتوفر فيه هذه شروط الإسلام (المواطنة) البلوغ والعقل والعدالة، وله القدرة على المشاركة بالرأي شارك فيها بحسب قدرته على ذلك، ومنه يتبين أن نمط الاقتراع الذي يتبناه النظام السياسي الإسلامي هو نمط ينحو إلى توسيع قاعدة المشاركة السياسية من خلال تبنيه نمط الاقتراع العام Le Suffrage Universel .

2. المساواة بين الحر والعبد

يذهب البعض إلى عدم أهلية العبد للمشاركة السياسية استناداً إلى ما رواه مسلم أنه (جَاءَ عَبْدٌ فَبَايَعَ النَّبِيَّ ﷺ عَلَى الْهَجْرَةِ وَلَمْ يَشْعُرْ أَنَّهُ عَبْدٌ فَجَاءَ سَيِّدُهُ يُرِيدُهُ فَقَالَ لَهُ النَّبِيُّ ﷺ «بِعْنِيهِ» . فَأَشْتَرَاهُ بِعَبْدَيْنِ أَسْوَدَيْنِ ثُمَّ لَمْ يُبَايِعْ أَحَدًا بَعْدُ حَتَّى يَسْأَلَهُ «أَعْبُدُ هُوَ؟» (7). ويرى الدكتور محمود الخالدي أن الحرية ليست شرطاً لممارسة

- 1 - ينظر: محمد فريد الصادق: الحقوق السياسية للمرأة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1997. ص: 78-98، و156-163. وينظر: أحمد محمد أمين: الدولة الإسلامية والمبادئ الدستورية الحديثة، مكتبة الشروق، القاهرة، ط1، 2005، ص: 113-120.
- 2 - صحيح البخاري/ كتاب الأحكام/ باب بيعة النساء/ رقم: 7214. 345/4.
- 3 - صحيح البخاري/ كتاب الشروط/ باب الشروط في الجهاد والمصالحة/ رقم: 2731. 283/2.
- 4 - سنن البيهقي/ كتاب أدب القاضي/ باب من يشاور/ رقم: 20332. 193/10.
- 5 - ينظر القصة في: ابن الجوزي: تاريخ عمر بن الخطاب. مطبعة السعادة، القاهرة، ط1، 1342هـ، 1922م، ص: 77.
- 6 - ينظر: محمد سليم العوا: النظام السياسي في الإسلام، ص: 162-164. وينظر أيضاً: يوسف القرضاوي: من فقه الدولة في الإسلام، ص: 170-176.
- 7 - صحيح مسلم/ كتاب المساقاة/ باب جواز بيع الحيوان بالحيوان من جنسه متفاضلاً/ رقم: 1602. ص: 654.

الحقوق السياسية معللا ذلك بأمرين: الأول أن الحديث المستدل به لا حجة فيه من حيث أن موضوع البيعة هو الهجرة وليس رأيا سياسيا. والثاني: أن رأي العبد وأفكاره ليست ملكا لسيده، فكما أن الحر حر في رأيه السياسي فكذلك العبد حر في رأيه السياسي وبالتالي فله الحق في التصويت والتعبير عن الإرادة العامة بكل حرية. والذي نذهب إليه أن هذا الشرط وإن كان يعبر عن حالة تاريخية لم يعد لها وجود باعتبار أن الرق انتهى ولا وجود له اليوم، فإننا نراه شرطا غير معتبر شرعا من حيث أن العبد مكلف وقد ثبتت له حرية اختيار عقيدته ودينه والتعبير عنهما فكذلك فإن له الحق في اختيار رأيه السياسي والتعبير عنه وأن ذلك لا يتعارض مع حق سيده. وهكذا فإذا كانت الحضارة اليونانية والرومانية قد أقصت العبيد من كل مشاركة سياسية فإن الإسلام لا يقصي الرقيق من ذلك بحسب الراجح من أقوال الفقهاء.

3. اشكالية التعددية الدينية (الأقليات)

أ- الرأي التقليدي (1)

أن المشاركة السياسية في المجتمع الإسلامي حكر على المسلمين تأسيسا على أن المواطنة حق للمسلمين دون غيرهم، فلا حق لغير المسلمين (أهل الذمة)، الاستفتاء التشريعي ولا في الاستفتاء السياسي لا في الشورى ولا في البيعة، لا بيعة انعقاد ولا بيعة طاعة، وهو ما ذهب إليه تقي الدين النبهاني (2) والدكتور محمود الخالدي (3) وضو مفتاح محمد غمق (4) مستندين في ذلك لجملة من الأسس منها:

- أن إعطاء غير المسلمين هذا الحق (البيعة) لعقدوها لمن أرادوا فيصبح لهم بذلك سبيل على المؤمنين وهذا لا ي جوز شرعا لقوله ﷺ: «**وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا**» (5)، وإعطاء الكفار حق المشاركة السياسية من أعظم السبيل (6).

- كما يستند هذا الرأي إلى واقع الممارسة السياسية في عصر النبوة والخلافة الراشدة حيث لم يثبت أن أهل الذمة قد اشتركوا في البيعة أو الشورى السياسية والتشريعية، بل كان ذلك مقصورا على المسلمين (7).

- كما يستند أصحاب هذا الرأي في عدم جواز إشراك أهل الذمة القاطنين في دار الإسلام أو غيرهم في التشريع، أن التشريع في الإسلام مرتبط بالعقيدة فمن غير المنطق أن يشرك فيه من لا يؤمن بعقيدة الإسلام (8).

- 1- ينظر: إمام الحرمين الجويني: غياث الأمم، ت مصطفى حلي وفؤاد عبد المنعم، الإسكندرية، دار الدعوة، 1979 ص: 49 حيث يقول " لا مدخل لأهل الذمة في نصب الأئمة".
- 2- ينظر تقي الدين النبهاني: نظام الحكم في الإسلام، ص: 61.
- 3- النساء/ 141.
- 4- ينظر: ضو مفتاح محمد غمق: السلطة التشريعية في نظام الحكم الإسلامي والنظم المعاصرة، دراسة مقارنة، عين مليلة، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، 2002، ص: 45.
- 5- النساء/ 141.
- 6- محمود الخالدي: قواعد نظام الحكم في الإسلام، قسنطينة، مؤسسة الإسراء، 1979، ص: 128.
- 7- أحمد محمد أمين: الدولة الإسلامية والمبادئ الدستورية، ص: 131. وينظر: الحلو: الدولة في ميزان الشريعة، ص: 365.
- 8- ينظر: ضو مفتاح محمد غمق: السلطة التشريعية في نظام الحكم الإسلامي، ص: 45.

ب- رأي المحدثين

وعلى خلاف هذا الرأي يذهب الفقه الإسلامي المعاصر عموماً إلى حق المواطنين غير المسلمين في الانتخاب والبيعة والشورى وسائر أوجه المشاركة السياسية فيما لا يختص بشؤون العقيدة والشعائر الدينية المحضة بناء على ما سبق تأصيله في مساواة جميع المواطنين في حقوق المواطنة إلا في بعض الوظائف المحصورة التي يتطلبها حفظ هوية الدولة⁽¹⁾.

وهو ما ذهب إليه الدكتور يوسف القرضاوي (2)، ومحمد سليم العوا (3)، وحسن الترابي (4)، وراشد الغنوشي (5)، ووهبة الزحيلي (6). وفيه هويدي (7)، وعبد الوهاب أفندي (8) وفريد عبد الخالق (9)، وغيرهم.

والذي نذهب إليه أن المشاركة السياسية حق لجميع المواطنين سواء في ظل الوضع الدستوري الأصلي (دولة إسلامية واحدة) أو في ظل الوضع الدستوري الاستثنائي (دول إسلامية متعددة).

أما القول بأن إعطاء غير المسلمين حق المشاركة السياسية، يجعل للكافرين سبيل على المؤمنين، فهو قول تحول دونه أمور، منها الشروط الدستورية التي تشترط فيمن تسند إليه الولاية العامة، فلا تملك الأقلية غير المسلمة اختيار إلا من تتوفر فيه الشروط التي يشترطها دستور جماعة المسلمين. كما يحول دونه الواقع السياسي فإن من الممتنع أن تفرض الأقلية غير المسلمة رأياً على الأكثرية المسلمة. فلا خوف ولا محذور من هذه الجهة.

أما القول كيف يجعل لغير المسلم الحق في التعبير عن الإرادة السياسية للأمة في مجال التشريع وهو لا يؤمن بعقيدة الإسلام وليس له معرفة بأحكامه فالجواب عنه ما أجاب به الدكتور يوسف القرضاوي: "هو يساهم في التشريع للأمة فيما ليس فيه نص محكم، وذلك في (منطقة العفو) التي ليس بها أي نص، أو ما فيه نص ظني محتمل في ثبوته أو دلالة أو فهمهما"⁽¹⁰⁾، بمعنى أن مشاركة غير المسلم في الاستفتاء دستورياً كان أو تشريعياً إنما هو في المصلحة المبني على النظر المصلي وهو وإن لم يكن نظراً عقلياً محضاً فهو أيضاً ليس نظراً شرعياً محضاً، ومن ثم يمتزج فيه النظران، إن لم يكن النظر العقلي فيه غالب، والنظر العقلي مشترك إنساني، يشترك فيه المسلم وغير المسلم، بل لانعدام أن نجد بعض التشريعات المصلحية في النظم الوضعية أفضل في نظرنا من بعض الاجتهادات الفقهية⁽¹¹⁾، وعليه فإذا كان غير المسلمين من أهل دار الإسلام وبالتعبير الحديث مواطنون، فلا يوجد مانع شرعي من

1 - ينظر في ذلك: أحمد محمد أمين: الدولة الإسلامية والمبادئ الدستورية الحديثة، ص: 132.

2 - ينظر: يوسف القرضاوي، من فقه الدولة في الإسلام، ص: 193-198.

3 - ينظر: محمد سليم العوا: في النظام السياسي في الدولة الإسلامية، ص: 261.

4 - ينظر: حسن الترابي: السياسة والحكم، ص: 411.

5 - ينظر: راشد الغنوشي: الحريات العامة في الدولة لإسلامية، ص: 292.

6 - ينظر: وهبة الزحيلي: قضايا الفقه والفكر المعاصر، ص: 521.

7 - ينظر: فهد هويدي: مواطنون لا ذميون، موقع غير المسلمين في المجتمع المسلمين، ص: 147.

8 - ينظر: عبد الوهاب أفندي: إعادة النظر في المفهوم التقليدي للجماعة السياسية في الإسلام، ص: 144-158.

9 - ينظر: فريد عبد الخالق: في الفقه السياسي الإسلامي، ص: 158-159.

10 - يوسف القرضاوي: من فقه الدولة في الإسلام، ص: 194.

11 - من ذلك مثلاً تحديد مدة الولاية في النظم المعاصرة في مقابل إطلاق مدة الولاية في الفقه السياسي الإسلامي.

يكون لغير المسلمين الحق في التصويت والتعبير عن الإرادة السياسية والتشريعية فلا خوف من ذلك مادامت الأكتريّة الغالبة من المسلمين.

الخلاصة والنتائج.

على الرغم من المقاربات الحديثة والمعاصرة التي حاول من خلالها فقهاء السياسة الشرعية وأعلام الفكر السياسي الإسلامي معالجة موضوع المواطنة من حيث مفهومها وأسسها ومضامينها وآثارها الحقوقية والسياسية، فإن هذه المقاربات لا تزال لم تبلغ مداها بعد في توطين مفهوم المواطنة وتبيئته في الفكر الإسلامي، بسبب التحولات الفكرية والفلسفية الكبيرة التي رافقت نشأة وتطور الدولة الحديثة من جهة، وكذا بسبب التغيرات الكبرى التي شهدتها الجغرافيا السياسية للعالم الإسلامي قبل الاستعمار وبعده، وهي تغيرات وتحولات لا يزال أمام الاجتهاد السياسي الإسلامي وقت لاستيعابها والتفاعل معها بشكل أمثل.

المصادر والمراجع

القرآن الكريم

1. ابن الجوزي: تاريخ عمر بن الخطاب. مطبعة السعادة، القاهرة، ط 1، 1342هـ، 1922م.
2. ابن جرير الطبري: تحقيق أحمد محمد شاكر، بيروت، مؤسسة الرسالة، ط 1، 2000.
3. ابن منظور: لسان العرب، بيروت، دار صادر.
4. ابن هشام، السيرة النبوية، تحقيق طه عبد الرؤوف سعد، دار الجيل بيروت، ط 1، 1411هـ.
5. أبو عبد الله محمد الخرشبي: شرح مختصر خليل، بيروت، دار صادر.
6. أبو إسحاق الشاطبي: الاعتصام، دار الفكر، 2003.
7. أبو الأعلى المودودي: تدوين الدستور الإسلامي، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، ط 1985.
8. أبو بكر بن علي البيهقي: الاعتقاد، دار الأفق الجديدة، بيروت، 1401هـ.
9. أحمد بن مسعود الكاساني: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، بيروت، دار الكتاب العربي، ط 1402هـ.
10. أحمد محمد أمين: الدولة الإسلامية والمبادئ الدستورية الحديثة، مكتبة الشروق، القاهرة، ط 1، 2005.
11. إمام الحرمين الجويني: غياث الأمم، ت مصطفى حلبي وفؤاد عبد المنعم، الإسكندرية، دار الدعوة، 1979.
12. تقي الدين النبهاني: نظام الحكم في الإسلام، تحقيق عبد القديم زلوم، بيروت، دار الأمة، ط 6، 2002.
13. الحاكم النيسابوري: المستدرک: ت مصطفى عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، ط 1، 1990.
14. حسن الترابي: السياسة والحكم، بيروت، دار الساق، ط 2، 2004.
15. راشد الغنوشي: الحريات العامة في الدولة الإسلامية، تونس، دار المجتهد للنشر والتوزيع، 2011.
16. راشد الغنوشي: وحقوق المواطنة. تونس، دار المجتهد للنشر والتوزيع، 2013.
17. سليم العوا: في النظام السياسي للدولة الإسلامية، القاهرة، دار الشروق، ط 1988، ص: 246-264.
18. سيد قطب: معالم في الطريق، دار الشروق القاهرة، ط 15، 1992.
19. صدر الدين القبانجي: المذهب السياسي في الإسلام، وزارة الإرشاد، طهران، د.ت، ص: 134.
20. صديق خان القنوجي: أبجد العلوم الواثي المرقوم في بيان أصول العلوم، دار الكتب العلمية، بيروت.
21. صلاح الدين سلطان مواطنة المسلمين في غير دار الإسلام.

22. ضو مفتاح محمد غمق: السلطة التشريعية في نظام الحكم الإسلامي والنظم المعاصرة، دراسة مقارنة، عين مليلة، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، 2002.
23. طارق البشري، بين الجامعة الدينية والجامعة الوطنية، في الفكر السياسي، دار الشروق، القاهرة، 1998
24. الطبراني: المعجم الكبير، ت حمدي عبد المجيد، القاهرة، مكتبة ابن تيمية اط2، 1994
25. عبد الإله بلقزيز: تكوين المجال السياسي الإسلامي، مركز دراسات الوحدة العربية، بيروت، ط1، 2005.
26. عبد القادر عودة: الإسلام وأوضاعنا السياسية، بيروت، مؤسسة الرسالة، ط1، 1981.
27. عبد القاهر البغدادي: أصول الدين، اسطنبول، مطبعة الدولة، ط1، ص:274.
28. عبد الكريم زيدان: أحكام الذميين والمستأمنين في دار الإسلام، بيروت، ط، 1976.
29. عبد الكريم زيدان: المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم، بيروت، مؤسسة الرسالة 1994.
30. عبد الوهاب الأفندي: (إعادة النظر في مفهوم الجماعة السياسية) ضمن كتاب المواطنة والديمقراطية في البلدان العربية، مركز دراسات الوحدة العربية، ط 3، 2004
31. عبد الوهاب الأفندي: إعادة النظر في المفهوم التقليدي للجماعة السياسية في الإسلام، مسلم أم مواطن؟ مجلة المستقبل العربي، مركز دراسات الوحدة العربية، بيروت، عدد 264، 2001
32. علي خليفة الكواري: (مفهوم المواطنة في الدول الديمقراطية) منشور ضمن المواطنة والديمقراطية في البلدان العربية، مركز دراسات الوحدة العربية، ط 2، 2004.
33. فريد عبد الخالق: في الفقه السياسي الإسلامي، دار الشروق، القاهرة، ط1، 1998
34. فهبي هويدي: مواطنون لا ذميون، غير المسلمين في مجتمع المسلمين، القاهرة، دار الشروق، 1990.
35. فهبي هويدي: مواطنون لا ذميون، غير المسلمين في مجتمع المسلمين، دار الشروق، القاهرة، 1990.
36. محمد فريد بك: تاريخ الدولة العلية العثمانية، القاهرة، مكتبة الآداب، د.ت.
37. محمد الزحيلي الإسلام والذمة
38. محمد بن إسماعيل البخاري: الجامع الصحيح، تحقيق وترقيم فؤاد عبد الباقي، القاهرة، المطبعة السلفية.
39. محمد بن علي الشوكاني: السيل الجرار على حدائق الأزهار، دار الكتب العلمية، بيروت
40. محمد بن عيسى الترمذي: الجامع الصحيح، ترقيم بشار عواد معروف، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط2، 1998.
41. محمد فريد الصادق: الحقوق السياسية للمرأة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1997.
42. محمد كامل عبيد: نظرية الدولة، دبي، أكاديمية شرطة دبي، طبعة 2008.
43. محمود الخالدي: قواعد نظام الحكم في الإسلام، قسنطينة، مؤسسة الإسرائ، 1979.
44. مسلم بن الحجاج: الجامع الصحيح، ت أبو صهيب الكرمي، بيت الأفكار الدولية، الرياض، ط1، 1998
45. وهبة الزحيلي: قضايا الفقه والفكر المعاصر، بيروت، دار الفكر.
46. وهبة الزحيلي: قضايا الفقه والفكر المعاصر، دمشق، دار الفكر ط1، 2006.
47. يوسف القرضاوي: الوطن والمواطنة في ضوء الأصول العقدية والمقاصد الشرعية (2010).
48. يوسف القرضاوي: غير المسلمين في المجتمع الإسلامي، مكتبة وهبة، القاهرة، 1992 (1985)
49. يوسف القرضاوي: فقه الأقليات المسلمة، القاهرة، دار الشروق، (2007)
50. يوسف القرضاوي: من فقه الدولة في الإسلام، دار الشروق، القاهرة، ط4، 2005 (1997)
51. Barnard Lewis; Islam and Liberal Democracy; a Historical overview; Journal of Democracy; vol v; 1996
52. Encyclopedia Britannica; Vol 3 Encyclopedia Britannica Inc.; The New.

محاكمة أسرى الحرب في غوانتانامو من طرف الولايات المتحدة الأمريكية

على ضوء اتفاقية جنيف الثالثة لأسرى الحرب لعام 1949

بلول صبرينة

أستاذة مساعدة كلية الحقوق جامعة قلمة

طالبة بقسم الدكتوراه جامعة عنابة

beloulsabrina@gmail.com

الملخص:

تم التطرق في هذا البحث بالدراسة لموضوع غاية في الأهمية في حقل الدراسات القانونية يتعلق بحق أسرى الحرب في غوانتانامو في محاكمة عادلة ومُنصفة، نظرا لما يثيره من إشكاليات تتعلق أساسا بحقوق مجموعة من الأفراد اعتقلتهم الولايات المتحدة الأمريكية في معتقل "غوانتانامو" الشهير، بتهمة الانضمام إلى جماعات إرهابية تهدد أمنها القومي ثم قامت بمحاكمتهم، فتم في هذا البحث عرض معايير المحاكمة العادلة على ضوء اتفاقية جنيف الثالثة لأسرى الحرب لعام 1949 والبروتوكول الإضافي الأول لعام 1977، وبيان مدى تقيّد الولايات المتحدة الأمريكية بها أثناء محاكمتها لأسرى غوانتانامو أمام لجان عسكرية أمريكية.

كلمات مفتاحية: المحاكمة العادلة، أسرى الحرب في غوانتانامو، حقوق الأسرى.

Abstract:

This study examines a very important subject in the field of legal studies concerning the right of prisoners of war in Guantanamo a just and fair trial, because of the problems Mainly related to the rights of a group of individuals arrested by the United States of America at the famous Guantánamo prison on charges,for involvement in terrorist groups threatens its national security and then prosecuted them,In this paper, fair trial standards were presented in the light of the Third Geneva Convention on Prisoners of War of 1949 and Additional Protocol I of 1977,And the extent to which the United States has complied with it during its trial of Guantanamo prisoners through US military commissions.

Keywords: Fair trial, Prisoners of war at Guantanamo, Prisoners' rights.

تُعتبر أحداث 11 سبتمبر 2001 على الولايات المتحدة الأمريكية نقطة تحوُّل خطير في مجال حقوق الإنسان، إذ أفرزت هذه الهجمات ما يسمى بالحرب على الإرهاب التي أطلقتها الولايات المتحدة الأمريكية ضدَّ أي تهديد يمس بأمنها القومي، والتي طبَّقتها عام 2002 على أفغانستان باعتبارها البلد الذي يأوي عناصر تنظيم القاعدة، وكان من نتائج هذه الحرب أن قامت الولايات المتحدة الأمريكية باعتقال المئات من تنظيم القاعدة وطالبان، ثم نقلهم إلى معتقل "غوانتانامو" الذي يقع بكوبا إلى أجل غير مسمى، ودون توجيه التُّهم إليهم، وبعدها محاكمتهم أمام لجان عسكرية أنشأها الرئيس الأمريكي جورج بوش بموجب أمر رئاسي صادر عام 2001، حدَّد بموجبه المعايير التي تسير عليها هذه اللجان أثناء محاكمة أسرى الحرب في غوانتانامو أمامها.

غير أنَّ محاكمة مُعتقلي غوانتانامو أمام اللجان العسكرية السابقة الذكر أثارت استياء الكثير من المنظمات المدافعة عن حقوق الإنسان، وسيتم التطرُّق في هذا المقال لدراسة تلك المحاكمات بالنسبة لفئة واحدة من معتقلي غوانتانامو وهي أسرى الحرب دون باقي الفئات، ذلك أن معتقل غوانتانامو يحتوي بالإضافة لأسرى الحرب على المدنيين والمُختفون قسريًا، وهذا لعدم اتساع المجال في هذا المقال لدراسة محاكمة جميع تلك الفئات.

إن بحث هذا الموضوع ذو أهمية بالغة على المستويين النظري والعملي، وتتجلى الأهمية النظرية في أنه يبحث في بيان الوضع القانوني الدولي لفئة من معتقلي غوانتانامو، وبين مختلف الحقوق التي أقرتها لهم اتفاقية جنيف الثالثة لأسرى الحرب لعام 1949 والبروتوكول الإضافي الأول لعام 1977، وعرض النصوص ذات الصلة، أما الأهمية العملية فتبدو من حيث تقييم الممارسة الأمريكية الإجرائية لمحاكمة فئة من معتقلي غوانتانامو، وذلك ببيان مدى احترام تطبيق النصوص القانونية المنظمة لتلك المحاكمات من قبل واحدة من أكثر دول العالم تقدمًا في مجال حماية والدفاع عن حقوق الإنسان ألا وهي الولايات المتحدة الأمريكية، حيث كثيرا ما تُنصَّب نفسها الحامي والحارس لتلك الحقوق من تعسف سلطات غيرها من دول العالم، بل وتتخذ ذلك سببا للتدخل عسكريًا في تلك الدول بدوافع حماية حقوق الإنسان.

ويتطرح هذا الموضوع الإشكالية الآتية: ما مدى التزام الولايات المتحدة الأمريكية بمعايير المحاكمة العادلة والمُنصفة المقررة في اتفاقية جنيف الثالثة لأسرى الحرب لعام 1949 والبروتوكول الإضافي الأول الملحق لعام 1977 أثناء محاكمتها لأسرى الحرب في غوانتانامو أمام اللجان العسكرية التي أنشأتها لأجل ذلك؟

وعلى ضوء أهمية البحث والإشكالية المثارة حوله تم الاعتماد على عدد من المناهج العلمية في إعداده كان أساسها المنهج الوصفي عموما لضرورته في وصف حالة محاكمات أسرى الحرب في غوانتانامو وبيان وضعهم القانوني الدولي كأسرى حرب، مع الاستعانة بتقنية تحليل المضمون لتوضيح بعض جزئياته، إضافة إلى المنهج الاستدلالي عند الرجوع إلى مختلف النصوص القانونية والآراء الفقهية.

إن حل الإشكالية السالفة الذكر يتطلب التعرض إلى مسألتين يتم معالجتهما من خلال المبحثين الآتيين:

المبحث الأول: التعريف بأسرى الحرب في غوانتانامو طبقا لاتفاقية جنيف الثالثة والبروتوكول الإضافي الأول
لعام 1977

المبحث الثاني: محاكمة الولايات المتحدة الأمريكية لأسرى الحرب في غوانتانامو ومدى تقيدها بمعايير المحاكمة
العادلة.

المبحث الأول: التعريف بأسرى الحرب في غوانتانامو طبقا لاتفاقية جنيف الثالثة والبروتوكول
الإضافي الأول لعام 1977.

حدّدت اتفاقية جنيف الثالثة لأسرى الحرب لعام 1949 والبروتوكول الإضافي الأول لاتفاقيات جنيف
لعام 1977 والمتعلق بحماية ضحايا النزاعات الدولية المسلحة الفئات التي يمكن منحها وصف أسير حرب، والشروط
المُحققة لهذا الوصف، ونظرا لأن أسرى الحرب في غوانتانامو اعتقلوا خلال النزاع المسلح بأفغانستان، وتُقلوا بعدها
إلى معتقل غوانتانامو، فإنه كان من الضروري تحديد أولا معنى معتقل غوانتانامو من أجل إحاطة كاملة بهذا
المعتقل، ثم تحديد معنى أسير الحرب بصفة عامة، ثم أسرى الحرب في غوانتانامو بصفة خاصة، وأخيرا الفئات
المتمتعة بوصف أسير حرب، لذلك قسمنا هذا المبحث إلى مطلبين عالجننا في الأول تعريف أسرى الحرب في غوانتانامو
أما المطلب الثاني تعرضنا فيه للأشخاص المتمتعين بصفة أسرى الحرب طبقا لاتفاقية جنيف الثالثة لأسرى الحرب
والبروتوكول الإضافي الأول لعام 1977.

المطلب الأول: تعريف أسرى الحرب في غوانتانامو.

لتعريف أسرى الحرب في غوانتانامو يجب تعريف أسرى الحرب أولا، لهذا تم تقسيم هذا المطلب إلى فرعين تم
التعرض في الأول منهما إلى تعريف أسرى الحرب، وفي الثاني إلى بيان تعريف أسرى الحرب في غوانتانامو.

الفرع الأول: تعريف أسرى الحرب

تم تقسيم هذا الفرع إلى ثلاثة عناصر تم التعرض فيها على التوالي إلى تعريف أسير الحرب في اللغة العربية ثم
في الشريعة الإسلامية وفي القانون.

أولا: التعريف اللغوي لأسير الحرب

الأسير في اللغة العربية من أسر، والهزمة والراء أصل واحد وقياس مطرد وهو الحبس وهو الامسك، من ذلك
الأسير، وكانوا وهو يشدونه بالقد وهو الإسار، فسبي كل أخيد وإن لم يؤسر أسيرا، فالأسير هو الأخيد والمُقيّد
والمسجون⁽¹⁾.

كما عرّف الأسير بأنه الأخيد والمُقيّد والمسجون وتُجمع كلمة أسير لأسارى وأسرى، والأسارى هم من جاؤوا بالوثاق
والسجن⁽²⁾.

(1) - أنظر: الفيروز آبادي، القاموس المحيط، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، الطبعة الأولى، 1992، ص 6.

(2) - أنظر: ابن منظور، لسان العرب، الجزء الرابع، دار المعارف، بيروت لبنان، 1976، ص 19.

ثانيا: تعريف أسير الحرب في الشريعة الإسلامية

إن المتصفح للقران الكريم يجد أنه احتوى على كلمة أسير ولكنها جاءت بصيغة الجمع، وذلك في قوله (ﷺ) ﴿ مَا كَانَ لِنَبِيِّ أَنْ يُكُونَ لَهُ أُسْرَى حَتَّى يُنَجِّنَ فِي الْأَرْضِ... ﴾ من الآية 67 من سورة الأنفال وقوله (ﷺ) ﴿ يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ قُلْ لِمَنْ فِي أَيْدِيكُمْ مِنَ الْأَسْرَى إِنَّ يَعْلَمَ اللَّهُ فِي قُلُوبِكُمْ خَيْرًا يُؤْتِكُمْ خَيْرًا مِمَّا أُخِذَ مِنْكُمْ وَ يَغْفِرْ لَكُمْ وَاللَّهُ غَفُورٌ رَحِيمٌ ﴾ الآية 70 من سورة الأنفال.

كما احتوت الآية الكريمة 84 من سورة البقرة على كلمة أسارى بضم الهمزة حيث قال (ﷺ) ﴿...وَأِنْ يَأْتُوكُمْ أُسَارَى تُفَادُوهُمْ وَهُوَ مَحْرَمٌ عَلَيْكُمْ إِخْرَاجُهُمْ... ﴾.

ويُقصد بالأسرى في الآيتين الأولى والثانية من سورة الأنفال الأسرى في غزوة بدر، أما في الآية الثالثة من سورة البقرة فتتحدث عن أسرى اليهود فيما كان بينهم من عداوات.

أما في الفقه الإسلامي فلقد عُرّف الأسير بأنه "من يقع في يد قوم بينهم وبين قوم عداوة يتوقع منها قيام الحرب المسلحة ويُشترط في هذا الأسير انتماؤه إلى أعداء، وقد يكون هو من المحاربين، وقد لا يكون كذلك".⁽¹⁾

بعد ما تعرفنا على معنى أسير الحرب في اللغة ثم في الشريعة الإسلامية، سنتعرض إلى تعريفه على مستوى اتفاقية جنيف الثالثة لأسرى الحرب لعام 1949 والتي تعتبر النظام المتكامل الذي يحتوي على كل ما يتعلق بالأسير في العنصر الموالي.

ثالثا: التعريف القانوني لأسير الحرب

إن المُلطَّع على اتفاقية جنيف الثالثة لأسرى الحرب لعام 1949 والبروتوكول الإضافي الأول لعام 1977 لاتفاقيات جنيف الأربع لا يجد تعريفاً مباشراً لأسير الحرب، فاتفاقية جنيف الثالثة حددت أصناف معينة وأضفت عليها صفة أسير الحرب، لكن في نفس الوقت قيّدت تمتعها بهذه الصفة بشروط، فإذا لم تتوافر إحداها سقط حق الشخص في المطالبة بحق التمتع بصفة أسير حرب، وما يعقبها من حماية طبقاً لاتفاقية جنيف الثالثة لأسرى الحرب، ولقد نصت المادة 4 من ذات الاتفاقية على هذه الفئات، وبذلك تكون اتفاقية جنيف الثالثة قد عرّفت بطريقة غير مباشرة أسير الحرب، من خلال تحديدها للفئات التي تندرج تحت هذا الوصف، والتي سنتعرض لها في المطلب الثاني من هذا المبحث.

الفرع الثاني: تعريف أسرى الحرب في غوانتانامو

قبل تحديد المقصود بأسرى الحرب في غوانتانامو، يجب توضيح ما المقصود بمعتقل غوانتانامو ثم التطرق إلى تعريف أسرى الحرب في غوانتانامو.

أولاً: تعريف مُعتقل غوانتانامو

مُعتقل غوانتانامو (GUANTANAMO) هو سجن تم فتحه بناء على أمر من الرئيس الأمريكي جورج بوش، يقع على القاعدة العسكرية الأمريكية غوانتانامو في الجنوب الشرقي لجزيرة كوبا، حيث أجزت الحكومة الكوبية هذه

(1) -أنظر: عبد اللطيف عامر، أحكام الأسرى والسبايا في الحروب الإسلامية، دار الكتب الإسلامية، دار الكتاب المصري، دار الكتاب اللبناني، طبعة 1986، ص 79.

القاعدة للولايات المتحدة الأمريكية عام 1903 م وهذا لمدة 99 سنة⁽¹⁾، فالمعتقل يقع على بعد 150 كلم عن ولاية فلوردا الأمريكية⁽²⁾، وهو من الداخل يحتوي على أقفاص وزنازين عددها حوالي 320 زنزانا حديدية⁽³⁾، كما يتواجد به مجموعة كبيرة من المعتقلين المنتمين إلى عدة دول أغلبها عربية، والذين اتهموا بالقيام بعمليات إرهابية تهدد أمن الولايات المتحدة الأمريكية، وقد أصبح هذا المعتقل رمزا لانتهاك حقوق الإنسان ولممارسة أسوأ فنون التعذيب من الولايات المتحدة الأمريكية من دون حسيب ولا رقيب، وقد أطلق عليه اسم غوانتانامو منطقة اللاقانون، نظرا لعدم تطبيق قواعد القانون الدولي على المعتقلين فيه، وتركهم دون أية حماية قانونية .

ثانيا: تعريف أسرى الحرب في غوانتانامو

يمكننا تعريف أسرى الحرب في غوانتانامو بأنهم كل الأشخاص الذين كانوا يحملون السلاح أثناء حرب الولايات المتحدة الأمريكية على أفغانستان، وينتمون إلى حكومة طالبان وتنظيم القاعدة، حيث احتجزتهم الولايات المتحدة الأمريكية في سجن كبير أولا في أفغانستان⁽⁴⁾ قبل نقلهم إلى معتقل غوانتانامو، وقد وصل عددهم آنذاك إلى ست مائة (600) سجين ينتمون إلى أربعين دولة ومن جنسيات مختلفة، معظمهم أفغانيون وباكستانيون وعرب⁽⁵⁾ حسب تقرير منظمة العفو الدولية لعام 2015-2016.

وفي نهاية سنة 2016 أصبح عدد المعتقلين 107 رجلا لا يزالون محتجزين في غوانتانامو، إذ تم ترحيل 21 معتقلا منهم إلى استونيا، المغرب، المملكة العربية السعودية، موريتانيا، عمان، الإمارات العربية المتحدة والمملكة المتحدة⁽⁶⁾.

المطلب الثاني: الأشخاص المتمتعون بصفة أسرى الحرب طبقا لاتفاقية جنيف الثالثة لأسرى الحرب والبروتوكول الإضافي الأول لعام 1997.

حددت اتفاقية جنيف الثالثة لأسرى الحرب وكذا البروتوكول الإضافي الأول لعام 1977 م، الأشخاص الذين يمكن أن يُطلق عليهم وصف أسرى الحرب، ولكنها قيّدت ذلك بتوافر شروط معينة، كما ذكرت الأشخاص المحرومين من هذا الوصف، ونظرا لهذه التفرقة بين أسير الحرب وغيره من الأشخاص الذين لا يمكن تمتعهم بهذا الوصف، وجب علينا في هذا المطلب تحديد الفئات المتمتعة بوصف أسير حرب في الفرع الأول، ثم بيان الفئات المحرومة أو المستبعدة من وصف أسير حرب في الفرع الثاني.

⁽¹⁾ هذا حسب ما ورد في تقارير منظمة العفو الدولية والتي أكدت فيها أن أغلب المعتقلين في غوانتانامو ينتمون إلى البلدان التالية : السعودية، الجزائر، بريطانيا.

⁽²⁾ أنظر: عمرو رضا بيومي، دولة الإرهاب بين الشريعة الدولية والأمن القومي، دراسة تطبيقية على قضية جوانتانامو، دار النهضة العربية، القاهرة 2011، ص 51.

⁽³⁾ - أنظر: عمرو رضا بيومي، المرجع السابق، ص 60 و62.

⁽⁴⁾ - تحديدا في منطقة شيبورقان غرب مزار الشريف في شمال أفغانستان حسب الدكتور رشيد حميد العززي في مقاله المعنون ب «معتقلو جوانتانامو بين القانون الدولي ومنطق القوة»، مجلة الحقوق، السنة 2004، المجلد العدد الرابع، ص 19، وللإشارة إلى أن فتح هذا المعتقل تم في 11 جانفي 2001.

⁽⁵⁾ - حسب منظمة العفو الدولية، انظر ذلك على موقعها على شبكة الانترنت التالي: www.amnesty.org.

⁽⁶⁾ - للاطلاع على تقرير منظمة العفو الدولية لعام 2015 و2016 أنظر موقعها السابق ذكره على الانترنت.

الفرع الأول: الأشخاص المتمتعون بصفة أسير حرب

أولاً: المقاتلون النظاميون

تشمل فئة المقاتلين النظاميين الفئات الآتية:

1- أفراد القوات المسلحة النظامية:

عرّف الدكتور علي صادق أبوهيف القوات المسلحة النظامية بأنواعها على أنها "الجيش النظامية للدولة بمختلف تشكيلاتها، فيدخل فيها الجيش العامل والجيش الاحتياطي والحرس الوطني، سواء في ذلك الفرق المكون من جنود للدولة ذاتها أو من جنود المستعمرات التابعة لها..."⁽¹⁾

إذن عندما يقع أفراد القوات المسلحة النظامية في قبضة العدو يُطلق عليهم وصف أسرى الحرب، ولهم الحق في التمتع بالضمانات المقررة في اتفاقية جنيف لأسرى الحرب لعام 1949، إلا أن هذه الأخيرة قيّدت ذلك بوجود توافر شروط معينة من أجل التمتع بهذا الوصف، نصت عليها المادة 4 من اتفاقية جنيف الثالثة لأسرى الحرب وهي:

✓ يجب على أفراد القوات المسلحة ارتداء الزي العسكري المقرر في دولتهم أثناء أي اشتباك عسكري وحال تواجدهم في ميدان القتال.

✓ يجب على كل فرد من أفراد القوات المسلحة عدم الخروج في ممارسة أعمال القتال على أحكام القانون الدولي وإلا اعتبر مرتكباً لإحدى جرائم الحرب.

✓ يجب أن يكون أفراد القوات المسلحة مزودين ببطاقات لتحقق الهوية، موضح بها اسم حاملها ولقبه ورتبته ورقمه العسكري وتاريخ ميلاده وذلك بهدف التعرف عليه في حالة ما إذا تم أسره.⁽²⁾

إضافة إلى هذه الشروط أضاف البروتوكول الإضافي الأول لاتفاقيات جنيف الأربعة لعام 1977 شروطاً أخرى من أجل تمتع أفراد القوات المسلحة بمركز أسير الحرب نوجزها فيما يلي:

✓ القيادة المسؤولة: نصت عليها المادة 43 الفقرة 1 من البروتوكول الإضافي الأول لعام 1977، والمقصود بها هنا أن تكون أفراد القوات المسلحة التابعة لأحد طرفي النزاع تحت قيادة شخص مسؤول أمام هذا الطرف عن سلوكه مسؤولاً عنه.

✓ احترام قوانين الحرب وأعرافها: ومن أجل تحقيق ذلك يشترط خضوع القوات المسلحة لنظام داخلي، يكفل إتباع القوات المسلحة قواعد القانون الدولي المطبقة في النزاع المسلح.⁽³⁾

2- أفراد الميليشيات أو الوحدات المتطوعة التي تشكل جزءاً من أفراد القوات المسلحة لأحد أطراف النزاع بمن فيهم حركات المقاومة المنظمة.

يُقصد بهذه الفئة "جماعات من الأفراد يعملون مع جيوش الدولة النظامية أو بجانبها بقصد إرهاب العدو وتخريب مواصلاته ومهاجمة مؤخرته وقطع وسائل تمويله"⁽⁴⁾.

⁽¹⁾ - أنظر: علي صادق أبوهيف، القانون الدولي العام، الجزء الأول، منشأة المعارف بالإسكندرية، 1996، ص 787.

⁽²⁾ - راجع المادة 17 من اتفاقية جنيف الثالثة لأسرى الحرب لعام 1949.

⁽³⁾ - أنظر: عبد الغني عبد الحميد محمود، حماية ضحايا النزاعات المسلحة في القانون الدولي الإنساني والشريعة الإسلامية، الطبعة الأولى، القاهرة، اللجنة الدولية للصليب الأحمر، 2000، ص 272.

⁽⁴⁾ - أنظر: عبد اللطيف عامر، المرجع السابق، ص 97.

ومن أجل تمتع هذه الفئة بوصف أسير الحرب يجب أن تتوافر فيها أربعة شروط حسب المادة 4 من اتفاقية جنيف الثالثة لأسرى الحرب وهي:

✓ العمل في قيادة مسؤولة.

✓ وجود علامة مميزة أو إشارة مميزة.

✓ أن يكون حملها للسلاح بشكل ظاهر.

✓ احترام قانون وعادات الحرب.

إضافة للشروط السابق ذكرها وبالرجوع إلى البروتوكول الإضافي الأول لعام 1977 نجد أن المادة 44 فقرة 3 منه نصت على ضرورة توافر شرطين في أفراد الميليشيات والوحدات المتطوعة الأخرى وهما وجود علامة مميزة أو إشارة مميزة وحمل السلاح بشكل ظاهر.

3-أفراد القوات النظامية الذين يعلنون ولاءهم لحكومة أو سلطة لا تعترف بها الدولة الحاجزة.

4-سكان الأراضي غير المحتلة الذين يحملون السلاح باختيارهم عند اقتراب العدو: وهذه الفئة تحمل السلاح للدفاع عن وطنها في حالة وجود عجز في القوات النظامية أو غير النظامية وهذا بطلب من حكومتها أو من تلقاء نفسها، واشترطت المادة 4 فقرة 6 من اتفاقية جنيف الثالثة لأسرى الحرب من أجل اكتساب هذه الفئة لصفة أسرى حرب شرطين هما:

✓ أن يكون الإقليم لم يحتل بعد.

✓ احترام قوانين وعادات الحرب.

5-أفراد حركات التحرير الوطني: نصت المادتان 43 و44 من البروتوكول الإضافي الأول لعام 1977 على وجوب توافر شرطين في هذه الفئة من أجل التمتع بصفة أسرى الحرب هما:

✓ القيادة المسؤولة.

✓ احترام قوانين الحرب وأعرافها.

ثانيا: المقاتلون غير النظاميين (المقاتلون غير المباشرين)

تشمل هذه الفئة ما يلي⁽¹⁾:

-الأشخاص المرافقون للقوات المسلحة النظامية دون أن يكونوا جزءا منها وهم أفراد الخدمات الطبية.

-الأشخاص المدنيون الموجودون ضمن أطقم الطائرات الحربية.

-المراسلون الحربيون متعهدون التموين.

-أفراد الخدمات المختصة بالترفيه عن العسكريين وأفرادوحدات العمال.

-أفراد الأطقم الملاحية في السفن التجارية بما فيهم القادة، والملاحون ومساعدوهم وأطقم الطائرات المدنية التابعة لأطراف النزاع.

-العسكريون الملحقون بأجهزة الدفاع المدني.

⁽¹⁾ - أنظر: نداء عبد الخالق البرغوثي، أسرى الحرب في القانون الدولي، دراسة للقواعد العامة وتطبيقاتها على المعتقلين الفلسطينيين في السجون الإسرائيلية، دار النهضة العربية القاهرة، 2015، ص54.

الفرع الثاني: الأشخاص المستبعدون من وصف أسير حرب

تم حرمان بعض الفئات من التمتع بمركز أسير الحرب وهم المرتزقة والجواسيس، وسوف نتطرق للتعريف بهاتين الفئتين من خلال عنصرين:

أولاً: المرتزقة

نظّم البروتوكول الإضافي الأول لعام 1977، كل ما يتعلق بالمرتزقة من خلال تعريفه وبيان وضعه القانوني، حيث عرّفت المادة 47 فقرة 2 من البروتوكول السابق ذكره المرتزقة كما يلي: "المرتزقة هو أي شخص:

- ✓ يجري تجنيده خصيصاً محلياً أو في الخارج، ليقاتل في نزاع مسلح.
- ✓ يشارك فعلاً ومباشرة في الأعمال العدائية.
- ✓ يحفزه أساساً الاشتراك في الأعمال الرغبة في تحقيق المصالح الشخصية.
- ✓ وليس من رعايا طرف في النزاع ولا متوطناً في إقليم يسيطر عليه أحد أطراف النزاع.
- ✓ وليس عضواً في القوات المسلحة لأحد أطراف النزاع.
- ✓ وليس مؤمداً في مهمة رسمية من قبل دولة ليست طرفاً في النزاع بوصفه عضواً في قواتها المسلحة."⁽¹⁾

فكل شخص تتوافر فيه هذه الشروط يُعتبر من منظور القانون الدولي إنسانياً مرتزقاً، ومن ثم لا يتمتع بالحماية المقررة لأسير الحرب، إلا أنه إذا ما أثير الشك حول تمتعه بوصف أسير الحرب فإنه يتمتع بما للأسير من حقوق إلى أن تفصل في وصفه محكمة خاصة، وللمرتزقة الحق في التمتع بمعاملة إنسانية في كافة الأحوال وهذا طبقاً للمادة 75 من البروتوكول الإضافي الأول لعام 1977.

ثانياً: الجواسيس

عرّفت المادة 46 من البروتوكول الإضافي الأول لعام 1977 الجاسوس، حيث جاء في هذه المادة "أن كل فرد من أفراد القوات المسلحة لأحد أطراف النزاع يقع في قبضة الطرف الآخر المعادي أثناء ممارسته لأعمال تجسس يُحرم من مركز أسير الحرب، ويمكن معاملته على أساس أنه جاسوس".

إن الجاسوس لا يتمتع بامتيازات أسير الحرب، ويحق للدولة التي قبضت عليه متلبساً أن تُوقّع عليه عقوبة الإعدام، المنصوص عليها في قانون عقوباتها⁽²⁾، إلا أن محاكمته وتوقيع هذه العقوبة عليه لا يتم إلا إذا تم إمساكه وهو متلبس بجرم التجسس، وهذا طبقاً للمادة 46 فقرة 3 من البروتوكول الإضافي لعام 1977، ولقد أكدت ذات المادة على أن أفراد القوات المسلحة لطرفي النزاع لا تعد جاسوساً وهذا في الحالات التالية:

✓ الذي جمع أو حاول جمع معلومات لفائدة ذلك الطرف وهو يرتدي الزي العسكري للقوات التي يتبعها وقام بذلك العمل في إقليم يسيطر عليه الخصم.

(1) - أنظر: نداء عبد الخالق البرغوثي، المرجع السابق، ص 84

(2) - أنظر: نداء عبد الخالق البرغوثي، المرجع السابق، ص 88

✓ إذا قام في إقليم يحتله الخصم وعمل لفائدة الطرف الذي يتبعه بجمع أو محاولة جمع معلومات ذات قيمة عسكرية، داخل ذلك الإقليم دون نشر زائف أو تعمد التخفي، وإذا تعمد ذلك فلا يكون جاسوسا إلا إذا قبض عليه وهو متلبس بالجرم المشهود.

✓ إذا قام في الإقليم الذي يحتله الخصوم بأعمال تجسس في ذلك الإقليم ما لم يقبض عليه قبل التحاقه بالقوات المسلحة التي ينتمي إليها.

المبحث الثاني: محاكمة الولايات المتحدة الأمريكية لأسرى الحرب في غوانتانامو ومدى تقييدها بمعايير المحاكمة العادلة

اهتم القانون الدولي بالمحاكمة العادلة لأسرى الحرب، إذ أحاطها بضمانات قوية يؤدي تطبيقها إلى حماية الأسير من توقيع أية عقوبة عليه ظلما، فنص عليها في اتفاقية جنيف الثالثة لأسرى الحرب، ولمعرفة المقصود بحق الأسير في محاكمة عادلة بصفة عامة وأسرى الحرب في غوانتانامو بصفة خاصة، ومن ثم الحكم على الولايات المتحدة الأمريكية إما باحترامها لهذه المعايير أثناء محاكمتها لأسرى الحرب في غوانتانامو أو العكس تم تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين، تم التعرض في الأول منهما إلى محاكمة أسرى الحرب في غوانتانامو طبقا لاتفاقية جنيف الثالثة لأسرى الحرب، أما المطلب الثاني فتم التعرض فيه إلى محاكمة الولايات المتحدة الأمريكية لأسرى الحرب في غوانتانامو ومدى تطبيقها لمعايير المحاكمة العادلة.

المطلب الأول: محاكمة أسرى الحرب في غوانتانامو طبقا لاتفاقية جنيف الثالثة لأسرى الحرب

يتمتع أسرى الحرب بالحق في أن يُحاكموا أمام محكمة نزيهة وعادلة، وضمانا لذلك نصت اتفاقية جنيف الثالثة لأسرى الحرب على معايير أكدت على وجوب توفرها في أية محاكمة لأسرى الحرب، وبما أن المحتجزين في معتقل غوانتانامو أثناء النزاع المسلح بأفغانستان أسرى حرب، فلهم الحق في أن تتوفر تلك المعايير على مستوى المحكمة المختصة بمحاكمتهم، ومن أجل إعطاء صورة واضحة عن تلك المعايير يجب التطرق إلى تعريف المحاكمة العادلة في الفرع الأول، ثم التعرض في الفرع الثاني إلى معايير المحاكمة على مستوى المحكمة المختصة بمحاكمة أسرى الحرب في غوانتانامو وفقا لاتفاقية جنيف الثالثة.

الفرع الأول: تعريف المحاكمة العادلة:

لمعرفة المقصود بالمحاكمة العادلة يجب عرض تعريفها اللغوي ثم الاصطلاحي، هذا ما نعالجه من خلال عنصريين:

أولا: التعريف اللغوي للمحاكمة العادلة

المحاكمة هي المُخاصمة إلى الحكام، واحتكموا إلى الحاكم وتحاكموا بمعنى قواهم في المثل: في بيته يؤتى الحكم..⁽¹⁾

(1) - أنظر: ماجد بن بندر الدويش، مبدأ المحاكمة السريعة في النظام السعودي دراسة تأصيلية مقارنة، مذكرة ماجستير في العدالة الجنائية جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، 2010، ص. 97

ثانيا: التعريف الاصطلاحي للمحاكمة العادلة

اهتم فقهاء القانون بتعريف المحاكمة العادلة، حيث أعطى كل فقيه تعريفا خاصا به كل حسب معتقداته والزواية التي نظر من خلالها إلى المحاكمة العادلة، ومن بين أهم تلك التعاريف نذكر ما يلي:

عُرِّفَتِ المُحاكمة العادلة طبقا للمعيار الإجرائي بأنها "مجموعة من الإجراءات بداية من رفع الدعوى وانتهاء بالحكم الصادر بشأنها"⁽¹⁾.

وعُرِّفَتِ بأنها "المرحلة الثانية للدعوى الجزائية وهي مجموعة من الإجراءات تستهدف تمحيص أدلة الدعوى وجمع ما كان منها ضد مصلحة المتهم وما كان في موضوعها"⁽²⁾.

وعرّفها الدكتور أحمد فتحي سرور بأنها "أحد الحقوق الأساسية للإنسان، وهي تقوم على توافر مجموعة من الإجراءات، التي تتم بها الخصومة الجنائية في إطار حماية الحريات الشخصية، وغيرها من حقوق الإنسان وكرامته وشخصيته المتكاملة"⁽³⁾.

كما عرّفها الدكتور حاتم بكار بأنها "المكنة التي تستوجب مقاضاة المتهم بشأن الاتهام الجنائي الموجه إليه، أمام محكمة مستقلة محايدة، ومُنشأة بحكم القانون، قبل اتهامه طبقا لإجراءات علنية يتاح له الدفاع عن نفسه، مع تمكينه من مراجعة الحكم الصادر ضده من قبل قضاء أكثر علوا من المحكمة التي حكمت عليه"⁽⁴⁾.

من خلال هذه التعاريف يمكن القول أن المحاكمة العادلة عبارة عن مجموعة من الحقوق التي يجب أن يتمتع بها المتهم قبل وأثناء المحاكمة، والتي يجب النص عليها صراحة من خلال القوانين، بحيث تهدف إلى تحقيق محاكمة عادلة ومنصفة له بكل معاييرها، تضمن له التمتع بتلك الحقوق خصوصا علنية إجراءات المحاكمة، الحق في الدفاع والطعن في الحكم الصادر ضده.

الفرع الثاني: معايير المحاكمة على مستوى المحكمة المختصة بمحاكمة أسرى الحرب في غوانتانامو وفقا لاتفاقية جنيف الثالثة

بالرجوع إلى اتفاقية جنيف الثالثة لعام 1949 نجد بأنها نصت على مجموعة من المعايير التي أكدت على إلزامية احترامها والعمل بها على مستوى المحكمة المختصة بمحاكمة أسرى الحرب، ويمكن إجمال تلك المعايير فيما يلي:

أولا: معيار توفير محاكمة عادلة ومنصفة لأسرى الحرب

نصت اتفاقية جنيف الثالثة على وجوب توفير محاكمة نزيهة وعادلة لأسرى الحرب، فكل حكم يصدر على أسير الحرب لا يعتبر صحيحا إلا إذا كانت المحكمة التي أصدرته تُوصف بأنها قانونية ومحايدة طبقا نص المادة 84 فقرة 2 من اتفاقية جنيف الثالثة⁽⁵⁾.

(1) - أنظر: أحمد خليل، أصول المحاكمات المدنية، منشورات الحلبي، الحقوقية، بيروت، 2011، ص 37.

(2) - أنظر: عمر فخري عبد الرزاق الحديثي حق المتهم في محاكمة عادلة، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2005، ص 84.

(3) - أنظر: أحمد فتحي سرور، الشرعية الدستورية وحقوق الإنسان في الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1995، ص 185.

(4) - أنظر: حاتم بكار، حماية حق المتهم في محاكمة عادلة دراسة تحليلية تأصيلية انتقادية، منشأة المعارف، الإسكندرية، ص 50.

(5) تنص المادة 84 فقرة 2 من اتفاقية جنيف الثالثة على أنه «لا يحاكم أسرى الحرب بأي حال بواسطة محكمة أيا كان نوعها إذا لم تتوفر فيها الضمانات الأساسية المتعارف عليها من حيث الاستقلال وعدم التحيز، وعلى الأخص إذا لم تكن إجراءاتها تكفل له الحقوق وسائل الدفاع المنصوص عليها في المادة 105.»

وإذا لم تُوقّر الدولة الأسيرة محاكمة عادلة لأسير الحرب الذي يقع في قبضتها، وتقوم بإدانته دون أن يتمتع بمحاكمة مُسبقة، فإنها تُعد مُرتكبة لجريمة حرب طبقا لاتفاقية جنيف الثالثة وهذا ينجم عنه قيام المسؤولية الجزائية لتلك الدولة⁽¹⁾.

ثانيا: معيار توفير حق الدفاع لأسرى الحرب

يُعد حق الدفاع من أهم حقوق أسير الحرب، والذي يضمن له إمكانية التمتع بكل حقوقه القضائية، وبموجبه "يتحدد مركزه القانوني في الدعوى الجنائية"⁽²⁾، ولقد عرّفه الدكتور عادل محسن الفقهي بأنه "حق ينشأ منذ اللحظة التي يُواجه فيها الشخص بالاتهام، ويُقصد بهذا الحق تمكين الشخص من درء الاتهام عن نفسه وهو البراءة"⁽³⁾.

وهذا الحق هو الذي يجعل أسير الحرب في حماية من إصدار حكم ظالم عليه مبني على أساس أدلة لم تناقش، ولم يتم دحضها من طرف محاميه، ومن ثم الدخول في الابتعاد عن تحقيق العدالة الجنائية المتوخاة من تمكين أسير الحرب بالتمتع بحق الدفاع.

ولقد أكدت اتفاقية جنيف الثالثة على حق أسير الحرب في الدفاع عن طريق محام، وهذا ما يظهر جليا من خلال ما نصت عليه المادة 99 فقرة 3 حيث نصت على أنه: "لا يجوز إدانة أي أسير حرب بدون إعطائه فرصة للدفاع عن نفسه والحصول على مساعدة محام أو مستشار مؤهل".

أيضا ما جاءت به المادة 105 الفقرتين 01 و02 والتي نصت على أن: "لأسير الحرب الحق في الحصول على معاونة أحد زملائه الأسرى، والدفاع عنه بواسطة محام مؤهل يختاره، وفي حالة عدم اختيار الأسير لمحام، يتعين على الدولة الحامية أن تُوفّر له محاميا..."

ثالثا: معيار إحاطة أسرى الحرب بالتهمة الموجهة إليهم

نصت على هذا الحق المادتان 104 و105 من اتفاقية جنيف الثالثة، إذ جاء في المادة 104 ما يلي: "بيان التهمة أو التهم الموجهة إليه، والأحكام القانونية المطبقة"، أما المادة 105 فقرة 2 جاء فيها "يُبَلِّغُ أسير الحرب المتهم قبل بدء المحاكمة بوقت مناسب وبلغة يفهمها بصحيفة الاتهام، وكذلك المستندات التي تبلغ للمتهم عموما بمقتضى القوانين السارية بالقوات المسلحة للدولة الحاجزة ويبلغ الإخطار نفسه بالشروط نفسها إلى محاميه".

رابعا: معيار عدم ممارسة التعذيب أثناء التحقيق مع أسرى الحرب من أجل إجبارهم على الاعتراف بالتهمة المنسوبة إليهم

نصت المادة 103 فقرة أولى من اتفاقية جنيف الثالثة لأسرى الحرب على ضرورة إجراء التحقيق مع أسرى الحرب من أجل التحقق من ارتكابهم الجرائم التي نسبت لهم أو نفيها كما اشترطت أن يكون ذلك بأسرع ما تسمح به الظروف، كما نصّت المادة 99 فقرة ثانية من اتفاقية جنيف الثالثة لأسرى الحرب لعام 1949 على حق الأسرى في

(1) أنظر: الحاج مهلول، المقاتلون أثناء النزاعات المسلحة بين الوضع القانوني وضمانات الحماية، دار هومة، الجزائر، 2014 ص 178.

(2) أنظر: المرجع نفسه، ص 181.

(3) أنظر: سعد حماد صالح القبائلي، ضمانات حق المتهم في الدفاع أمام القضاء الجنائي، دار النهضة العربية، 1998، الطبعة الأولى، ص 15.

عدم ممارسة أي إكراه عليهم لحملهم على الاعتراف بالتهمة المنسوبة إليهم، حيث جاء في هذه المادة " لا يجوز ممارسة أي ضغط معنوي أو بدني على أسير الحرب لحمله على الاعتراف بالذنب عن الفعل المنسوب إليه....."، كما أكدت اتفاقية جنيف الثالثة على عدم جواز استعمال وسائل التهديد أو التعريض للإزعاج على أي أسير حرب يرفض تقديم الجواب أثناء استجوابه، في المادة 17 منها والتي جاء فيها " لا يجوز ممارسة أي تعذيب بدني أو معنوي أو أي إكراه على أسرى الحرب لاستخلاص معلومات منهم من أي نوع، ولا يجوز تهديد أسرى الحرب الذين يرفضون الإجابة أو سبهم أو تعريضهم لأي إزعاج أو إجحاف".

ما يُستفاد من المادتين سالفتي الذكر أنه لا يجوز ممارسة أي إكراه أو تعذيب للأسرى لجعلهم يعترفون بارتكابهم الفعل المنسوب إليهم، وعرفت اتفاقية مناهضة التعذيب التي دخلت حيز التنفيذ في 26 جوان 1984 التعذيب على أنه " أي عمل ينتج عنه ألم أو عذاب شديد، جسديا كان أو عقليا، يلحق عمدا بشخص بقصد الحصول من هذا الشخص أو من شخص ثالث على معلومات أو على اعتراف أو معاقبته على عمل ارتكبه أو يشتبه في أنه ارتكبه هو أو شخص ثالث أو تخويله أو إرغامه هو أو أي شخص ثالث على عمل معين"، وانتقد بعض من الفقه⁽¹⁾ هذا التعريف من زاويتين، فمن ناحية يتسم هذا التعريف بالشمولية والسعة حيث لا يتمشى مع جوهر التعذيب الذي لا يجب أن يشمل كافة صور الإكراه البدني، فهي لا ترقى إلى مرتبة التعذيب الذي يتضمن ألا ما مباشرة تلحق بالمجني عليه وهي نوع من إساءة استعمال السلطة، ومن ناحية ثانية لا تشترط الاتفاقية صفة في الفاعل وهي أن يكون موظفا عاما، لهذا فالتعذيب هو "عمل يتمثل في إساءة استعمال السلطة العامة لأغراض تهمة النظام السياسي"⁽²⁾، وتعتبر الباحثة أن تعريف التعذيب حسب اتفاقية مناهضة التعذيب جاء شاملا وموسعا لصور التعذيب بهدف تحقيق الحماية من جميع صور الإيذاء التي قد تُمارس.

خامسا: معيار حضور أسرى الحرب لإجراءات المحاكمة

نصت المادة 104 من اتفاقية جنيف الثالثة في الفقرة 04 على هذا المعيار بقولها "إذا لم يقم عند بدأ المحاكمة دليل على وصول الإخطار المشار إليه أعلاه إلى الدولة الحامية وأسير الحرب وممثل لأسرى المعني قبل بدء المحاكمة بثلاثة أسابيع على الأقل، امتنع إجراء المحاكمة ووجب تأجيلها. من خلال هذه المادة يمكن القول أنه لا يمكن أن تُجرى محاكمة أسير الحرب دون حضوره، ولهذا أكدت هذه المادة على وجوب استلام أسير الحرب للإخطار الذي يُلزمه بالحضور للمحاكمة، وأيضا وصوله إلى الدولة الحامية.

سادسا: معيار عدم جواز محاكمة أسرى الحرب عن ذات الفعل مرتين

يُعد معيار عدم جواز محاكمة أسرى الحرب عن ذات الفعل مرتين من أهم معايير المحاكمة العادلة المقررة لأسرى الحرب، لأنه يُمثل أهم مبادئ تحقيق العدالة الجنائية، ولهذا أكدت اتفاقية جنيف الثالثة على ضرورة احترامه في المادة 86 منها حيث نصت على "ألا يعاقب أسير الحرب إلا مرة واحدة عن الذنب نفسه أو التهمة نفسها".

(1) - وهو رأي الدكتور غنام محمد غنام، أنظر: غنام محمد غنام، حقوق الإنسان في السجون، دار الفكر والقانون، المنصورة، مصر، 2017، ص 23.

(2) - أنظر: غنام محمد غنام، المرجع السابق، ص 23-24.

سابعا: معيار طعن أسرى الحرب ضد الأحكام التي تصدر ضدهم

أكدت اتفاقية جنيف الثالثة على هذا المعيار في المادتين 106 و107، حيث أكدت المادة 106 على أن يُطبق هذا المعيار على أسير الحرب بنفس الشروط المُطبقة على أفراد القوات المسلحة بالدولة الحامية أو الحاجزة، إذ يحق للأسير الطعن بالاستئناف ضد أي حكم يصدر ضده، وأيضا نصت على حقه في رفع دعوى لنقضه أو لالتماس إعادة النظر فيه، وأكدت أيضا على وجوب إحاطة أسير الحرب بكامل حقوقه في الاستئناف والمدة المحددة للقيام به. أما المادة 107 اشترطت وجوب -في أي حكم يصدر على أسير الحرب- أن يُبَلَّغ إلى الدولة الحامية في صورة إخطار مُوجز، يُحدّد فيه ما إذا كان لأسير الحرب الحق في الاستئناف أو رفع نقص أو التماس إعادة النظر في الحكم، وهذا الإخطار لكي يكون صحيحا يجب أن يُبَلَّغ إلى ممثل الأسرى وأسير الحرب المعني به، كما يُستفاد من نص هذه المادة ضرورة قيام الدولة الحاجزة بإبلاغ الدولة الحامية، بما قرره أسير الحرب حول ما إذا كان سيرفع الاستئناف من عدمه ضد الحكم الصادر ضده.

ثامنا: معيار وجوب سير الدعوى المرفوعة ضد أسرى الحرب بسرعة

نصت المادة 103 فقرة 01 من اتفاقية جنيف الثالثة على معيار وجوب محاكمة أسير الحرب في مدة غير طويلة، مُوجزة حيث نصت على ما يلي: "تُجرى جميع التحقيقات القضائية المتعلقة بأسير الحرب، بأسرع ما تسمح به الظروف، ولا يجوز إبقاء أسير الحرب محبوسا احتياطيا في انتظار المحاكمة، إلا إذا كان الإجراء نفسه يُطبق على أفراد القوات المسلحة في الدولة الحاجزة إزاء المخالفات المماثلة، أو اقتضت ذلك مصلحة الأمن الوطني، ولا يجوز بأي حال أن تزيد مدة هذا الحبس الاحتياطي على ثلاثة أشهر".

تاسعا: معيار علانية جلسات محاكمة أسرى الحرب

أكدت اتفاقية جنيف الثالثة لأسرى الحرب على وجوب علانية جلسات محاكمة أسير الحرب في المادة 105 الفقرة الخامسة منها، حيث نصت على أنه "لممثلي الدولة الحامية الحق في حضور المحاكمة، إلا إذا كان لا بد أن تُجرى المحاكمة في جلسات سرية وبصفة استثنائية لمصلحة أمن الدولة..."، ويُقصد هنا أمن الدولة الحاجزة، فمحاكمة أسير الحرب تكون كقاعدة عامة جلسات علنية واستثناء سرية إذا كانت الدولة الحاجزة ترى أن لها ظروف غير طبيعية تمس بأمنها تستدعي ذلك.

المطلب الثاني: محاكمة الولايات المتحدة الأمريكية لأسرى الحرب في غوانتانامو ومدى تطبيقها لمعايير المحاكمة العادلة

بعد ما تعرضنا في المطلب الأول لمعايير المحاكمة العادلة التي مُنحت لأسرى الحرب وفقا لاتفاقية جنيف الثالثة، سيتم التعرض لمحاكمة الولايات المتحدة الأمريكية لأسرى الحرب في غوانتانامو ومدى تطبيقها لتلك المعايير على مستوى تلك المحاكمات، حيث أكدت اتفاقية جنيف الثالثة لأسرى الحرب على وجوب تطبيقها أمام المحكمة التي منح لها الاختصاص بمحاكمتهم، ومن أجل تحقيق ذلك قُسم هذا المطلب إلى الفرعين التاليين:

الفرع الأول: محاكمة أسرى الحرب في غوانتانامو أمام اللجان العسكرية وانتهاك حقهم في المحاكمة أمام محكمة مستقلة ونزيهة

أنشأ الرئيس الأمريكي جورج بوش لجان عسكرية لمحاكمة أسرى الحرب في غوانتانامو بموجب أمر رئاسي صدر عنه في نوفمبر 2001، وذلك عن العمليات الإرهابية التي ادّعت الولايات المتحدة الأمريكية بأنهم اقترفوها ضدها، خصوصا التخطيط لهجمات الحادي عشر من سبتمبر 2001، حيث أطلقت عليهم الولايات المتحدة الأمريكية وصف "المقاتلين الأعداء" ويُعرف باللغة الإنجليزية Enemy combatants، وهو وصف لا وجود له على مستوى الاتفاقيات الدولية، والملاحظة الأولى التي يمكن إبدائها عن هذه اللجان العسكرية أنها لا تتوافر على معايير المحاكمة العادلة المعروفة على مستوى القانون الدولي الإنساني بصفة خاصة والقانون الدولي بصفة عامة، سواء عند إنشائها لأول مرة من طرف الرئيس جورج بوش سنة 2001، أو تعديله لأحكامها سنة 2006، أو من خلال تعديل القواعد التي تسير عليها مرة ثانية من طرف أوباما بموجب قانون 2009 الصادر بعد تولي الرئيس الأمريكي باراك أوباما السلطة في الولايات المتحدة الأمريكية، حيث أراد تحسين هذه اللجان العسكرية من أجل تحقيق محاكمة عادلة لأسرى غوانتانامو، وتمثلت أهم هذه التحسينات في ما يلي: (1)

- إعطاء المعتقلين الحق في تغيير محامهم، حيث كانت اللجان العسكرية هي التي تختارهم.
- عدم الاعتماد على الاعترافات والأدلة التي أخذت بواسطة التعذيب الممارس على المعتقلين.
- فرض قيود على الأدلة القائمة على الإشاعات.
- حماية المعتقلين الذين يرفضون الإدلاء بشهاداتهم.

الفرع الثاني: تقدير محاكمة أسرى الحرب في غوانتانامو أمام اللجان العسكرية الأمريكية

أنتقدت اللجان العسكرية الأمريكية من طرف المنظمات الدولية المدافعة عن حقوق الإنسان خصوصا منظمة العفو الدولية، وذلك من خلال تقريرها لعام 2015-2016، حيث أكدت من خلاله أن "هناك أشخاصا في غوانتانامو لم تُوجه لهم تهمة ولم يُقدّموا للمحاكمة، وآخرون منهم من يُحاكم أمام هيئات عسكرية تعمل وفق نظام لا يلي المعايير الدولية في مجال المحاكمة العادلة" (2)، وأيضا هذه اللجان العسكرية لم يتقبلها أغلب المحامين سواء في الولايات المتحدة الأمريكية أو خارجها، لاسيما المدافعين عن أسرى غوانتانامو، حيث تقول المحامية العسكرية "برادلي" في هذا الشأن أن "قانون اللجان العسكرية سيء جدا، وليس عادلا أبدا، ولا يمكن وصف المحاكمات بمقتضاه بمحاكمة عادلة وكاملة" (3). ويمكن إثبات صحة الآراء السابقة حول عدم سير محاكمة أسرى الحرب في غوانتانامو أمام اللجان العسكرية، مع ما جاءت به اتفاقية أسرى الحرب، من خلال عرض الانتهاكات التي مست معايير محاكمة أسرى الحرب والتي ألزمت اتفاقية أسرى الحرب الدول الأطراف فيها بوجوب احترامها وتطبيقها أثناء محاكمة أسرى الحرب أمام المحكمة المختصة بمحاكمتهم، والتي يمكن عرضها فيما يلي:

(1)- أنظر: عمر رضا ببيومي، المرجع السابق، ص. 388.

(2)- أنظر تقرير منظمة العفو الدولية "حالة حقوق الإنسان في العالم"، الطبعة الأولى من قبل أمنيستي أنترناشيونال، ص. 31. متوفر على موقع منظمة العفو الدولية على الإنترنت التالي: www.amnesty.org

(3)- أنظر: عاصم قريشي، قواعد اللعبة اعتقال.. إبعاد.. تغيب... ترجمه إلى العربية إبراهيم يحي شهابي، العبيكان للنشر، الرياض، 2016، ص. 164.

أولاً: انتهاك اللجان العسكرية الأمريكية للمعايير السابقة على المحاكمة

1- انتهاك معيار توجيه التهم لأسرى الحرب في غوانتانامو:

انتهكت الولايات المتحدة الأمريكية حق أسرى الحرب في غوانتانامو في توجيه التهم إليهم، حيث لا يزال البعض من أسرى الحرب في غوانتانامو محتجزين دون توجيه أي تهمة لهم أو محاكمتهم، وهذا حسب تقارير المنظمات المدافعة عن حقوق الإنسان، وكمثال عنها منظمة العفو الدولية التي أكدت ذلك في تقريرها لعام 2015-2016، فطبقاً لما ورد في هذا التقرير فإن عدد الأسرى الذين لم توجه لهم التهم هو 107 أسير.

2- انتهاك معيار افتراض براءة أسرى الحرب في غوانتانامو إلى غاية صدور حكم من المحكمة بإدانتهم:

إن ميلاد الإجراءات الجنائية تزامن مع إرادة الدولة في ترشيد الانتقام الخاص الذي كان سائداً، بهدف تسوية النزاعات بين الأفراد⁽¹⁾، فكأن الولايات المتحدة الأمريكية تعود بممارساتها اتجاه معتقلي غوانتانامو إلى مرحلة من مراحل تاريخ العقوبة وهي الانتقام، والتي هجرتها جُل القوانين الجزائية في العالم، بأخذها بمبدأ قرينة البراءة والذي يعني أن الفرد بريء إلى أن تثبت جهة قضائية إدانته بحكم لا رجعة فيه، فهذا المبدأ يحمي الأفراد في علاقاتهم مع سلطات الدولة⁽²⁾.

إضافة إلى ما سبق فإنه من شروط إضفاء صفة المتهم في الدعوى الجنائية اشتراط القوانين الإجرائية الجزائية أن تتوفر دلائل كافية على ارتكاب هذا الشخص للفعل الذي يُشكل جريمة جنائية أو اشتراكه في ذلك، فلا يكفي مجرد الشك فيه، وهذا الشرط هو ضمانته هامة تقي الأفراد من الوقوع ضحايا لاتهامات قد تكون كيدية أو تعسفية، فاشتراط الدلائل الكافية شرط جوهري لأي إجراء فيه مساس بالشخص⁽³⁾.

وبالرجوع إلى الواقع نجد بأن الولايات المتحدة الأمريكية انتهكت مبدأ قرينة البراءة، حيث اتهمت أغلب أسرى الحرب في غوانتانامو بالانتماء إلى تنظيم القاعدة وارتكاب الجرائم الإرهابية وجرائم الحرب من دون تقديمها دلائل كافية على ذلك، والأكثر من هذا عاملتهم ولازالت تعاملهم على أنهم مدانون دون التمييز بين البريء والمتهم، فقامت باحتجازهم ولازالت لمدد طويلة وغير منتهية المدة في غوانتانامو فكان من المفروض أن تحترم مبدأ قرينة البراءة حتى صدور الحكم من قبل اللجان العسكرية، حيث لا يجوز حسب قرينة البراءة اتخاذ أي إجراء يمس بحرية المتهم طالما كان متناقضاً مع قرينة البراءة إلا استثناءً بنصوص القانون وبضمانات معينة تحقق احترام براءة المتهم⁽⁴⁾، والتي من أهمها أنه الأصل في الحبس المؤقت أن يتقرر توقيعه على المتهم لمدة محددة قانوناً، وهو ما يُعرف بطابع التأقيت⁽⁵⁾.

(1) - أنظر:

- Corinne Renault-Brahinsky, **Procédure pénale**, 5^e édition Gualino éditeur, Paris, 2003, p25.

⁽²⁾- **Ibid**, p89.

⁽³⁾- أنظر: مجدي الجارحي، ضمانات المتهم أمام المحاكم الاستثنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2008، ص ص 294-295.

⁽⁴⁾- أنظر: أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية، المجلد الأول الجزء الأول والثاني، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الرابعة، 1981، ص ص 560-561.

⁽⁵⁾- أنظر: أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية، المرجع نفسه، ص 782.

3- انتهاك معيار عدم ممارسة التعذيب أثناء التحقيق مع أسرى الحرب في غوانتانامو:

مارست الولايات المتحدة الأمريكية مُمثلةً في مسؤوليها على مستوى معتقل غوانتانامو كل أنواع التعذيب على الأسرى، وهذا أثناء الاستجواب من أجل دفعهم على الاعتراف بتهمة لا صلة لهم بها، سواء بتعذيبهم جسدياً كضربهم وقَلْع أظفارهم، أو بتعذيبهم نفسياً بتخويفهم وتهديدتهم وهذا بالرغم من إقرار الولايات المتحدة الأمريكية بنفاذ اتفاقية مُناهضة التعذيب على أسرى الحرب في غوانتانامو لعام 2014، وهذا حسب تقرير لجنة مُكافحة التعذيب بشأن الولايات المتحدة الأمريكية المُنعقدة في جنيف نوفمبر 2016⁽¹⁾.

وبذلك لم تحترم الولايات المتحدة الأمريكية ما سبق ذكره بشأن منع تعذيب أسرى الحرب في غوانتانامو حسب ما نصت عليه اتفاقية جنيف الثالثة، حيث يُستخلص من المادتين المذكورتين سابقاً أي 99 و 17 أنه كان على المحققين الأمريكيين أثناء تحقيقهم مع معتقلي غوانتانامو عدم استخدام أساليب التعذيب على أسرى غوانتانامو، وهذا بُغية تأكيد ارتكابهم للجرائم المنسوبة إليهم، وذلك عن طريق الاعتراف والذي لم يكن الحصول عليه نابعا من إرادة الأسرى الحرة، بل ناجما عن اتباع وسائل تعذيب وحشية.

كما أن الدليل الميداني للجيش الصادر في سبتمبر 1991 والذي حدّد كيفية إجراء التحقيقات مع ما يتماشى مع اتفاقيات جنيف لعام 1949، وقانون الولايات المتحدة الأمريكية الداخلي يَمنعان تعريض أي أسير لأعمال العنف والترهيب مثل التعذيب الجسدي والذهني والإهانة والتعريض لمعاملة غير آدمية كوسيلة من وسائل التحقيق، وقد أعطى الدليل الميداني للجيش أمثلة عن التعذيب الجسدي والمتمثلة في إجبار الشخص على الجلوس في أوضاع غير طبيعية لوقت طويل وأي شكل من أشكال الضرب، كما أكد على أنه في حالة ثبوت ارتكاب التعذيب من طرف المحققين فإنهم يُتابعون وفقا للقانون الموحد العسكري⁽²⁾.

إضافة إلى ما سبق أكدت مُنظمة العفو الدولية من خلال تقاريرها بأن المحققين على مستوى معتقل غوانتانامو قد مارسوا التعذيب بمختلف صوره على الأسرى المتواجدين على مستواه حيث حددت منظمة العفو الدولية أنواع التعذيب تلك وهي الحرمان من النوم، اقتلاع الأسنان والإضاءة القوية⁽³⁾، كما تأكد ذلك بشكل قطعي من خلال شهادات الأسرى المُفْرَج عنهم من طرف الولايات المتحدة الأمريكية، حيث أكد أحدهم أن المحققين جعلوا حقه في التمتع برعاية طبية مشروطة بتقديم أجوبة واعترافات تُخالف الحقيقة، ويُضيف نفس الأسير بأنه أصيب بألم حاد في ضرسه عندما كان مُقيما بأحد معسكرات معتقل غوانتانامو والمسماة "أشعة x" فطلب من المحققين إحضار طبيب

(1) - أنظر: موقع مُنظمة العفو الدولية على شبكة الانترنت: www.amnesty

(2) - أنظر: لوريل إي فلتشر، إيريك ستوفر، جوانتانامو وما يعقبها (ممارسات الولايات المتحدة في الاحتجاز والاستجواب وتأثيرهما على المعتقلين السابقين)، مركز حقوق الإنسان، مركز الحقوق الدستورية، جامعة كاليفورنيا، بيركلي، نوفمبر، 2008، ص 34.

(3) - للاطلاع على المزيد من أنواع التعذيب التي مارسها الولايات المتحدة في معتقل غوانتانامو، والتي حددتها بخمس وعشرون نوعا، أنظر: موقع منظمة العفو الدولية على شبكة الانترنت السابق ذكره.

أسنان له، فأجابه المحققون بقولهم إذا قلت لي هذا واعترفت بهذا ووقعت على هذا فسأحضر لك الطبيب، ويختم قائلاً فلم أرى طبيباً في معتقل غوانتانامو حتى تم إطلاق سراحى منه بعد مرور خمس سنوات على اعتقالى فيه⁽¹⁾.

كما يُعدّ "خالد الشيخ" من أشهر أسرى غوانتانامو حيث اعترف حسب المحققين في معتقل غوانتانامو بالتخطيط لشن هجمات الحادي عشر من سبتمبر عام 2001 على الولايات المتحدة الأمريكية، لكن دارت الشكوك حول مصداقية هذا الاعتراف من طرف منظمة العفو الدولية⁽²⁾، أين أكدت هذه الأخيرة بعد تلك الشكوك أن اعتراف "خالد الشيخ" كان نتيجة ممارسة أساليب التعذيب القاسية عليه لدفعه إلى ذلك الاعتراف، فاعترافه لم يتأسس ولم يتعزّز بأدلة قانونية تسمح بإدانتها بشكل قانوني وسليم، بل أخطر من ذلك أدت أساليب التعذيب التي مورست على أسرى الحرب في غوانتانامو أثناء استجوابهم والتحقيق معهم إلى وفاة بعضهم⁽³⁾، رُغم أن الولايات المتحدة الأمريكية أرجعت أسباب وفاتهم لحالتهم الصحية.

4- انتهاك معيار محاكمة أسرى الحرب في غوانتانامو خلال فترة معقولة:

حيث يوجد في معتقل غوانتانامو أسرى حرب اتهموا، ولكن ما زالوا لم يحاكموا بعد أمام اللجان العسكرية وهذا ما أكدته منظمة العفو الدولية، وكمثال عن هؤلاء الأسرى الأمير عبد الهادي العراقي، حيث وجهت إليه التهم، ولكن لا يزال في انتظار المحاكمة.⁽⁴⁾

ثانياً: انتهاك اللجان العسكرية الأمريكية للمعايير اللاحقة على المحاكمة

1- انتهاك معيار طعن أسرى الحرب في غوانتانامو في شرعية اعتقالهم:

يُعرّف الحق في الطعن بـ "habeas corpus" وهو تعبير لاتيني يُقصد به "الطعن ضد اعتقال غير قانوني للشخص المعتقل، ولقد حرّمت الولايات المتحدة الأمريكية أسرى الحرب في غوانتانامو من حقهم في الطعن في شرعية اعتقالهم أمام القضاء الأمريكي، بحجج أهمها ما يلي:

- معتقل غوانتانامو يقع بكوبا، أي يقع خارج إقليم الولايات المتحدة الأمريكية، ومن ثم فإن القضاء الأمريكي ليس له الصلاحية بالنظر في قضايا تتعلق بالأسرى المتواجدين فيه.

- السابقة التاريخية التي تتمثل أحداثها في توقيف واحد وعشرين مواطناً ألمانيا في الصين ثم محاكمتهم أمام لجان عسكرية بتهمة التجسس، وقد حكمت فيها المحكمة الأمريكية بعدم أحقية أي أجنبي يُقيم خارج الإقليم الأمريكي في الطعن في اعتقاله، والتي تُعرف بـ Johnson. V Eisentrage وهذا عام 1950⁽⁵⁾.

(1) -أنظر: لوريل إي فلتشر، إريك ستوفر، المرجع السابق، ص. 54.

(2) -أنظر موقف منظمة العفو الدولية حول اعتراف الأسير خالد الشيخ على موقعها السابق على شبكة الانترنت السابق ذكره.

(3) -أنظر:

Report on Torture and Cruel, Inhuman and Degrading Treatment of Prisoners at Guantanamo Bay Cuba, July 2006, p 9. Available on the following website: ccrjustice.org.

(4) -أنظر تقرير منظمة العفو الدولية "حالة حقوق الإنسان في العالم"، التقرير السابق، ص 31.

(5) -Ana Peyrollopis, «La place du droit international dans la jurisprudence récente de le cour suprême des Etats-Unis», *Revue Générale de Droit International Public*, Tome 109, N°3, 2005, P67

لكن هذه الحُجج غير مُؤسَّسةٍ لأن مُحتوى الاتفاق المُبرم بين الولايات المتحدة الأمريكية وكوبا سنة 1903 ينص صراحة على أنه للقضاء الأمريكي كامل الاختصاص على غوانتانامو⁽¹⁾، وتأكيدا لهذا أصدرت المحكمة العليا الأمريكية في 28 جوان 2004 قرارها الشهير الذي منح لأسرى غوانتانامو الحق في الطعن في شرعية اعتقالهم أمام القضاء الأمريكي⁽²⁾، وتطبيقا لهذا القرار طعن -سالم حمدان وهو أحد مُعتقلي غوانتانامو- في شرعية اعتقاله أمام المحكمة العليا الأمريكية، والتي أكدت أن له الحق في الطعن في شرعية اعتقاله⁽³⁾.

2- انتهاك معيار استئناف أسرى الحرب في غوانتانامو للأحكام الصادرة ضدّهم من اللجان العسكرية:

الاستئناف "هو طريق طعن عادي يسمح بإعادة النظر في موضوع الدعوى أمام محكمة أعلى درجة فيُحقق بذلك مبدأ التقاضي على درجتين"⁽⁴⁾، ويُعدّ الحق في الاستئناف أحد الحقوق القضائية المهمة بالنسبة للمتقاضين، وذلك لأنه يُحقق حسب بعض من الفقه⁽⁵⁾ غرضين الأول هو تصويب الأخطاء القضائية التي قد تقع فيها الجهات القضائية الابتدائية، أما الثاني فيتمثل في تجسيد قدر من وحدة التفسير القضائي للقانون، ويجب أن تنظر وتفصل في الاستئناف جهة قضائية أعلى درجة من الجهة التي أصدرت الحكم المستأنف حتى تكون قادرة على تحقيق هذين الغرضين.

ولقد حرّمت الولايات المتحدة الأمريكية أسرى الحرب في غوانتانامو من التمتع بحق الاستئناف أمام جهات القضاء العادي الأمريكي، وذلك ما يُستشف من خلال الأمر العسكري الصادر في 13 نوفمبر 2001، من طرف الرئيس الأمريكي جورج دبليو بوش، إلا أنها في نفس الوقت أكّدت أن إمكانية الاستئناف تكون فقط أمام محكمة عسكرية خاصة.

أدى انتهاك حق أسرى الحرب في غوانتانامو في الاستئناف من طرف الولايات المتحدة الأمريكية إلى ظهور موجة من الردود الدولية خصوصا من قبل المنظمات الدولية، هذا ما أجبر الولايات المتحدة الأمريكية على التراجع عن هذا الموقف المُخالف لقواعد المحاكمة المنصفة، وذلك من خلال السماح لأسرى غوانتانامو بالتمتع بحقوقهم في الاستئناف، لكن ذلك يكون على ثلاثة مستويات أولا أمام هيئة مراجعة عسكرية خاصة، ثم محكمة دورية مدنية فدرالية في مقاطعة كولومبيا وأخيرا أمام المحكمة الأمريكية العليا، وهذا ما نص عليه قانون اللجان العسكرية لعام 2006⁽⁶⁾.

(1) AudeBichovsky, «GUANTANAMO ou l'illégalité institutionnalisée », in MoreillonL/Kuhn A/Bichovsky A/M virginieet VirdazB, **Droit pénal humanitaire**, Genève BaleMunich:Hlbing&Lichtenhahn; Bruxelles : Bruylant, 2006, SERIE II, Vol04. p103

(2) أنظر موقع المحكمة العليا الأمريكية على شبكة الانترنت، وأيضا يمكن الاطلاع على قرارها الصادر في 28 جوان 2004 على نفس الموقع

التالي: www.Supermecourt.gov

(3) - وهو السائق السابق لأسامة بن لادن والمُدعي في قضية حمدان ضد رامسفيلد، أنظر موقع منظمة العفو الدولية على شبكة الانترنت السابق ذكره.

(4) - أنظر: أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية، المرجع السابق، ص 1235.

(5) - وهو رأي الدكتور أحمد فتحي سرور أنظر مؤلفه: الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية، المرجع السابق، ص 1235.

(6) - أنظر: قانون اللجان العسكرية لعام 2006، متوفر على موقع المحكمة العليا الأمريكية على شبكة الانترنت التالي:

www.Supermecourt.org

ويرى الدكتور رشيد حمد العنزي بخصوص هذه المسألة أن الولايات المتحدة الأمريكية بمنحها أسرى غوانتانامو الحق في الاستئناف على المستويات الثلاثة السابقة تكون قد أقصت المحاكم الفدرالية من النظر في قضايا أسرى غوانتانامو، رُغم أنها هي المختصة بنظر جرائم الإرهاب⁽¹⁾.

3- انتهاك معيار عدم محاكمة أسرى الحرب في غوانتانامو عن ذات الفعل مرتين:

قامت الولايات المتحدة الأمريكية بمحاكمة أسرى الحرب في غوانتانامو أمام لجان عسكرية أمريكية بتهمة الجريمة الإرهابية، أين انتهت في الأخير إلى تبرئة معظمهم لعدم تشكيلهم لأي خطر على الأمن الأمريكي، وقامت بإعادتهم إلى بلدانهم الأصلية، قامت هذه الأخيرة بدورها بمحاكمتهم مرة أخرى عن ذات الفعل وهو الانتماء إلى جماعة إرهابية، من أمثلة ذلك تسلم الجزائر أول الأمر 18 معتقلا من غوانتانامو، بموجب إجراءات تسليم تم الاتفاق عليها بين البلدين، أين تم إحالتهم بعدها أمام القضاء الجنائي الجزائري لإعادة محاكمتهم عن ذات الفعل تحت وصف أو جريمة الانتماء إلى جماعة إرهابية تنشط بالخارج، منهم من برئ ومنهم من أدين وعوقب بالسجن، فإعادة المحاكمة في الجزائر تتعارض كليا مع أحد المبادئ المكرسة دستوريا وتشريعا هو عدم جواز محاكمة الشخص عن نفس الفعل مرتين⁽²⁾.

خاتمة:

من خلال ما سبق ذكره نصل في نهاية هذا البحث إلى نتيجة مفادها أنه يمكن الجزم بأن الولايات المتحدة الأمريكية بعد حربها على الإرهاب في أفغانستان أصبحت لا تفي بالتزاماتها الدولية، والمتعلقة بحماية حقوق الإنسان، حيث ضربت عرض الحائط باتفاقية جنيف الثالثة لأسرى الحرب لعام 1949 والبروتوكول الإضافي الملحق لعام 1977 بل حتى منظومتها الهائلة لحقوق الإنسان، وابتكرت قوانين وإجراءات شرّعت لنفسها من خلالها ممارسة كل أنواع الانتهاكات الجسمية للقانون الدولي بصفة عامة، والقانون الدولي الإنساني بصفة خاصة في معتقل غوانتانامو على الأسرى المتواجدين فيه وهم لا يزالون في مرحلة الاتهام، بأن حرمتهم من التمتع بجميع حقوقهم الإنسانية والقضائية والتي تعتبر أساس الحق في محاكمة عادلة ومُنصفة.

ومواجهة للانتهاكات الصارخة لمعايير المحاكمة العادلة من طرف المتحدة الأمريكية على مستوى محاكمتها لأسرى الحرب في غوانتانامو تقترح الباحثة بعض الحلول القانونية تتمثل فيما يلي:

- وجوب تحرك أعضاء المجتمع الدولي وعلى رأسهم منظمة الأمم المتحدة بما تملكه من آليات، لوضع حد للممارسات اللاقانونية واللاأخلاقية للولايات المتحدة الأمريكية في حق معتقلي غوانتانامو، والتي تُرجعنا إلى قانون الغاب لدى أكثر الدول تقدما، وضرورة إلزامها بالرجوع إلى احترام اتفاقية جنيف الثالثة في مجال محاكمة أسرى الحرب في غوانتانامو، بإلزامها بإحالة أسرى الحرب في غوانتانامو على محكمة مُستقلة ونزيهة مُشكلة طبقا للقانون الأمريكي العسكري، فأين مجلس الأمن الذي ما فتئ في تدعيم الولايات المتحدة الأمريكية في حربها على الإرهاب في أفغانستان

⁽¹⁾ أنظر: رشيد حمد العنزي، المقال السابق ذكره، ص 82.

⁽²⁾ أنظر المادة 582 الفقرة 02 من الأمر رقم 66-155 المؤرخ في 08 جوان 1966 المتضمن قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 48، المؤرخة في 10 جوان، 1966، المعدل والمتمم.

وإدانتته لأحداث الحادي عشر من سبتمبر 2001 ليُدين ما تُمارسه السلطات الأمريكية في حق أسرى الحرب في غوانتانامو.

-إلغاء اللجان العسكرية وقوانينها وكل المحاكمات على مستواها حتى بعد التحسينات التي أجراها الرئيس أوباما سنة 2009 على القواعد التي كانت تدير عليها أثناء إنشائها من طرف الرئيس بوش سنة 2001، ذلك لأنها لا تستند في واقع الأمر إلى أية شرعة لا أمريكية ولا دولية هذا من جهة، ولافتقارها لجُل معايير المحاكمة العادلة المنصوص عليها في اتفاقية جنيف الثالثة لأسرى الحرب، وحتى وإن مُنحت لأسرى الحرب بعضا منها في عهد أوباما، إلا أنها بقيت مُقيّدة وخاضعة في تسييرها للسلطة التنفيذية الأمريكية.

-منح الولايات المتحدة الأمريكية تعويض عادل لأسرى الحرب في غوانتانامو الذين غادروا المعتقل وتمّ تبرئتهم من تهمة الإرهاب والمساس بأمن الولايات المتحدة الأمريكية، وذلك عما أصابهم من أضرار نتيجة احتجازهم مُدد غير معقولة ضاقوا خلالها أسوأ أشكال التعذيب.

وكان أمل الباحثة كقانونية أنه بوصول الرئيس الجديد للولايات المتحدة الأمريكية "دونالد ترامب" أن تتخلى الولايات المتحدة الأمريكية عن سياسة اللاقانون وأن ترجع إلى جادة الصواب بإعطائها الأسرى الذين ما يزالون يقبعون في معتقل غوانتانامو كافة حقوقهم القضائية، وأن يتم إلغاء نظام اللجان العسكرية ومحاكمة أسرى غوانتانامو أمام محكمة مُشكّلة طبقا لقواعد القانون الدولي الإنساني تكون العدالة سائدة فيها، إلا أنه وبمجرد تَوَلَّى الرئيس "دونالد ترامب" السُلطة صرّح -للأسف- بعدم إغلاق معتقل غوانتانامو، وبأنه سيقوم بجلب المزيد من الإرهابيين إليه، وهذا ما يُنذر بأن ظروف أسرى الحرب في غوانتانامو ستكون أصعب في عهد الرئيس الأمريكي الجديد، وربما أكثر انتهاكا مما سبق في ظل صمت دولي رهيب.

قائمة المصادر والمراجع:

أولاً: باللغة العربية

-القران الكريم.

1-النصوص القانونية:

1-1-الاتفاقيات الدولية:

-اتفاقية جنيف الثالثة لأسرى الحرب لعام 1949.

-البروتوكول الإضافي الأول لعام 1977 لاتفاقيات جنيف الأربع لعام 1949.

1-2-القوانين:

-الأمر رقم 66-155 المؤرخ في 08 جوان 1966 المتضمن قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 48، المؤرخة في 10 جوان 1966، المعدل والمتمم.

2-الكتب:

- ابن منظور، لسان العرب، الجزء الرابع، دار المعارف بيروت، لبنان، 1976.

-الفيروز أبادي، القاموس المحيط، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1992.

-أحمد فتحي سرور، الشرعية الدستورية وحقوق الإنسان في الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية القاهرة، مصر، 1995.

-أحمد خليل، أصول المحاكمات المدنية، منشورات الحلبي، الحقوقية، بيروت، لبنان، 2011.

-أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية، المجلد الأول، الجزء الأول والثاني، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الرابعة، 1981.

-لوريل إي فلتشر، إريك ستوفر، جوانتانامو وما يعقها (ممارسات الولايات المتحدة في الاحتجاز والاستجواب وتأثيرهما على المعتقلين السابقين)، مركز حقوق الانسان، مركز الحقوق الدستورية، جامعة كاليفورنيا، بيركلي، نوفمبر، 2008.

-حاتم بكار، حماية حق المتهم في المحاكمة عادلة، (دراسة تحليلية تأصيلية انتقادية مقارنة)، منشأة المعارف الإسكندرية، (د.ت).

-الحاج مهلول، المقاتلون أثناء النزاعات المسلحة بين الوضع القانوني وضمانات المحاكمة، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2014.

-مجدي الجارحي، ضمانات المتهم أمام المحاكم الاستثنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2008.

-نداء عبد الخالق البرغوثي، أسرى الحرب في القانون الدولي، دراسة للقواعد العامة وتطبيقاتها على المعتقلين الفلسطينيين في السجون الإسرائيلية، دار النهضة العربية القاهرة، 2015.

-سعد حماد صالح القبائلي، ضمانات حق المتهم في الدفاع أمام القضاء الجنائي، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، 1998.

- عمرو رضا بيومي، دولة الإرهاب بين الشرعية الدولية والأمن القومي، دراسة تطبيقية على قضية جوانتانامو، دار النهضة العربية، القاهرة، 2011.

-عمر فخري عبد الرزاق الحديثي، حق المتهم في محاكمة عادلة دراسة مقارنة، دار الثقافة، عمان الأردن، 2005.

-عاصم قريشي، قواعد اللعبة اعتقال..إبعاد.. تغييب... ترجمه إلى العربية إبراهيم يحي شهابي، العبيكان للنشر، الرياض، 2016.

-عبد اللطيف عامر، أحكام الأسرى والسبايا في الحروب الإسلامية، دار الكتب الإسلامية، دار الكتاب المصري، دار
الكتاب اللبناني، 1986.

-عبد الغني عبد الحميد محمود، حماية ضحايا النزعات المسلحة في القانون الدولي الإنساني والشريعة الإسلامية،
الطبعة الأولى، القاهرة، اللجنة الدولية للصليب الأحمر، 2000.

-علي صادق أبو هيف، القانون الدولي العام، الجزء الأول، منشأة المعارف الإسكندرية، 1996.

-غنام محمد غنام، حقوق الانسان في السجون، دار الفكر والقانون، المنصورة، مصر، 2017.

3-مذكرة ماجستير:

- ماجد بن بندر الدويش، مبدأ المحاكمة السريعة في النظام السعودي دراسة تأصيلية مقارنة، مذكرة ماجستير في
العدالة الجنائية جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، 2010.

4-المقالات:

- رشيد حمد العززي، "معتقلو جوانتانامو بين القانون الدولي ومنطق القوة"، مجلة الحقوق، العدد الرابع، المجلد 4،
2004.

5-تقارير:

-تقرير لمنظمة العفو الدولية: حالة حقوق الإنسان في العالم لعام 2015-2016، متوفر على متوفر على الموقع:
www.amnesty.org تاريخ وساعة الزيارة 2017/02/05 الساعة 11.00.

6-مواقع إلكترونية: موقع منظمة العفو الدولية www.amnesty.org

ثانيا: باللغتين الانجليزية والفرنسية

1- Laws:

-Patriot Act 2001, Available on the following website www.supermecourt.org.

-Military Commissions Act 2001, 2006, 2009. Available on the following
website www.supermecourt.org.

2-Books :

-Aude Bichovsky, «GUANTANAMO ou l'illégalité institutionnalisée», in Moreillon L/Kuhn
A/Bichovsky A/M virginie et Virdaz B, **Droit pénal humanitaire**, Genève
Bale Munich: Hlbing & Lichtenhahn; Bruxelles: Bruylant, 2006, SERIE II, Vol 04.

-Corinne Renault-Brahinsky, **Procédure pénale**, 5^e édition Gualino éditeur, Paris, 2003.

3-Articles:

-Ana Peyro Llopis, «La place du droit international dans la jurisprudence récente de le cour
suprême des Etats-Unis», **Revue Générale de Droit International Public**, Tome 109, N3, 2005

4- Web Site: www.supermecourt.org

5-Report:

-Report on Torture and Cruel, Inhuman and Degrading Treatment of Prisoners at Guantanamo
Bay Cuba, July 2006. Available on the following website: ccrjustice.org.

الحركات الاجتماعية والخصوصية المجتمعية : دراسة على مستوى إنعكاس العلاقات الجدلية بين
الأمن والتنمية على واقع دول المنطقة العربية - ليبيا نموذجًا -

آمال بلغالم
طالبة دكتوراه
جامعة باتنة 1
كلية الحقوق قسم العلوم السياسية
amelmona@hotmail.fr

عبد الحق زغدار
أستاذ محاضر
جامعة باتنة 1
كلية الحقوق قسم العلوم السياسية
zghdar.abdelhak@gmail.com

ملخص الدراسة:

يهدف المقال لتحليل ومناقشة طبيعة الإنعكاسات الأمنية-اللاتمائية الناتجة عن الحركات الاجتماعية في المنطقة العربية خاصة عقب موجة الحراك العربي، بإجراء الإسقاطات النظرية-التطبيقية تبعاً لديناميكيات النموذج الليبي، إنطلاقاً من تحديد المقاربات النظرية ذات الصبغة الكلاسيكية المفسرة لديناميكيات الحركات الاجتماعية، وما ترتب عنها من علاقات جدلية بين الأمن والتنمية، ثم تحديد المآلات الإستراتيجية لطبيعة هذه الحركات على واقع الدول العربية، سعياً للبحث عن حلول فعالة إنطلاقاً من الإسقاطات النظرية للطروحات الترابطية-التوازنية.

الكلمات المفتاحية: التهديدات الأمنية اللاتمائية، الحركات الاجتماعية، المنطقة العربية، ليبيا، الخصوصية المجتمعية، الفشل الدولي.

Abstract :

The article aims to analyse and discuss the nature of the security repercussions-asymmetric resulting from social movements in the Arab region, especially after the wave of the Arab movement to make projections theory-applied depending on the dynamics of the Libyan model, the basis of determining the theoretical approaches with the classic character interpreted the dynamics of social movements and consequent of the dialectical relationship between the security and development, and then determine the strategic consequence to the nature of these dynamics on the reality of the Arab countries, in an effort to find effective solutions based on projections of theoretical propositions-relational equilibrium.

Key words : the Asymmetric security threats, Social movements, arabregion, Libya, community privacy, international failure.

مقدمة:

نظراً لطبيعة التحولات الإستراتيجية التي شهدتها المنطقة العربية على جميع الأصعدة والمستويات خاصة الأمنية-المجتمعية منها، وتبعاً لجملة التطورات الكيفية-الجيلية التي عرفتها التهديدات الأمنية بفعل محركات سببية داخلية وأخرى خارجية، برزت العديد من الأنماط التي تعكس التطور الإبتيمولوجي-الأنطولوجي، الذي يتجاوز في طياته الأبعاد الخارجية إلى الحركات الإجتماعية وفق متغيرات ديناميكية ترتبط بعناصر تحليلية يدور فحواها حول طبيعة التهديد، مكانه، زمانه ودرجة تأثيره.

هذا ما أدى لتشكيل شبكة عنكبوتية بمرجعية واحدة، متعددة الفواعل ومتداخلة التأثيرات، تعمل وفق مقاربة براغماتية، إنتقل على إثرها مستوى التحليل من النسق الجزئي إلى النسق الكلي، تعبر فيه الحركات الإجتماعية عن إحدى المتغيرات المستجدة في المنطقة العربية، تبعاً لتداعيات الربيع العربي، التشرذم الأمني، التدخلات الأجنبية، تفشي السلاح والفسل الدولاتي. لهذا برزت الأزمة الليبية لتعكس الخصوصية النظامية، التنافس الضمني، تآكل شرعية النظام الليبي، إنهيار مؤسسات الدولة وتغير قيم الولاء والإنتماء.

هذا ما حتم فهم طبيعة التهديدات الأمنية في المنطقة العربية -ليبيا نموذجاً- من منطلق لا تماثلي لفحص إنعكاسات الحركات الإجتماعية على واقع الدول العربية، بمدخل متعددة المستويات وفق إشارات تطبيقية تعكس المستجدات النظرية في سياق تاريخي-إجتماعي يسعى لتكريس المقاربات الترابطية-الإستراتيجية التي يترجمها النموذج الليبي. من هذا المنطلق نتطرق لطرح الإشكال التالي:

ما مدى تأثير التهديدات الأمنية-اللاتماثلية للحركات الإجتماعية على الواقع البنيوي لدول المنطقة العربية تبعاً
لحيثيات النموذج الليبي؟

محااور الدراسة: لمعالجة هذا الموضوع سيتم التطرق للمحاور التالية:

المحور الأول: المنطلقات النظرية-الكلاسيكية لتفسير ديناميكيات الحركات الإجتماعية- ليبيا نموذجاً-

المحور الثاني: المآلات الإستراتيجية للحركات الإجتماعية في ظل الخصوصية المجتمعية لدول المنطقة العربية
و آثارها على التعقيد الشبكي للتهديدات اللاتماثلية- ليبيا والفسل الدولاتي متعدد الأبعاد-

المحور الثالث: نحو موضوعة المنظورات الترابطية- الإستراتيجية لتجاوز التهديدات اللاتماثلية للحركات
الإجتماعية- مستجدات نظرية حوكماتية-

المحور الأول: المنطلقات النظرية- الكلاسيكية لتفسير ديناميكيات الحركات الاجتماعية-ليبيا نموذجاً-

يركز الأمن من المنظور الواقعي الكلاسيكي على فكرة الدولة القومية (أمن الحدود، السيادة، حتمية الإستقرار... إلخ) على اعتبار أنها الفاعل المركزي في السياسة الدولية، يتكفل بالتهديدات العسكرية الخارجية، إنطلاقاً من أن القوة العسكرية هي الأداة الرئيسية لتحقيق الأمن¹. فالواقعيون هم الأكثر دفاعاً عن فكرة اعتبار الأمن من صميم إهتمام وصلاحيات الدولة، بمعنى أن مفهوم الأمن الوطني يرتبط مباشرة بالدولة، ويفسر بأنه أمن الدولة ضد الأخطار والتهديدات الخارجية، ولا يمكن ضمان هذا الأمن إلا بزيادة القدرات العسكرية-الوطنية وإقامة تحالفات عسكرية-دولية.

يوضح هانس مورغانثو Hans Morgenthau في كتابه السياسة بين الأمم Politics Among Nations أن النظرية العقلانية تعكس القوانين الموضوعية التي تسيّر وفقها السياسة، كونها تستند للطبيعة الإنسانية غير الخيرة، التي تحدد المصلحة كجوهر للعمل السياسي، يتحدد بمؤشر القوة* التي تعتبر وسيلةً وهدفاً في الوقت نفسه. تتحدد المصلحة وفق القوة التي تعتبر مفهومًا موضوعيًا يتمتع بصلاحيات غير جدلية، ما يعني أن مضامين المصلحة ليست ثابتة بالنسبة لكل الدول، كما أنها ليست ثابتة تبعاً للفترات التاريخية المتعاقبة².

أما على المستوى الأنطولوجي ترى الواقعية أن حدود الحقل المعرفي ترسمها السلوكيات التي تقف وراءها الدول، ويتضح ذلك جلياً من خلال التباين في التصورات المفتاحية المستخدمة وهو ما يجسده إعتقاد الواقعيين على الردع والتحالف³. كون أن المجتمع الدولي نظام تتفاعل فيه الدول وفق مبدأ كرة البليارد⁴ Billiard Ball في تفسير وتحليل طبيعة النزاعات الدولية.

لذا يعبر النزاع وفق ريمون أرون عن تنازع وحدتين سياسيتين للسيطرة على نفس الهدف أو السعي لتحقيق أهداف غير متجانسة، كون أن المبادئ الأخلاقية-المعنوية عند الواقعيين يصعب التعامل بها، ما رجح الكفة لمبدأ ميزان القوى كوسيلة لتحقيق السلام لإستحالة تفعيل دور التعاون الدولي أو التضامن الدولي أو حتى الحكومة العالمية في ظل غياب المؤسسات الإجرائية لحل النزاعات في العلاقات الدولية مقارنةً بتلك الموجودة في النظام السياسي الداخلي، ما يجعل من المتغير الأساسي -القوة- أكثر وضوحاً في المستوى الدولي منه في المستوى المحلي. لذا

1) عبد النور بن عنتر. البعد المتوسطي للأمن الجزائري: الجزائر، أوروبا والحلف الأطلسي. (الجزائر: المكتبة العصرية للطباعة والنشر والتوزيع، ط1، 2005)، ص 18.

2) عادل زقاغ، النقاش الرابع بين المقاربات النظرية للعلاقات الدولية. (أطروحة دكتوراه للعلوم السياسية، تخصص: علاقات دولية، جامعة الحاج لخضر-باتنة-، 2008)، ص ص 77-78.

3) المرجع نفسه، ص 82.

4) المرجع نفسه، ص 81.

يعتبر ميزان القوى في ظل التغيرات الهيكلية للنظام الدولي أفضل وسيلة لإدارة إستخدام القوة والتوجه نحو الدبلوماسية لما لها من أدوار مترابطة في الحفاظ على السلام عبر سلسلة التسويات السلمية¹.

لكن المرحلة العملية-التطبيقية وفق ريمون آرون تنص على إقحام التنظير المعياري، فعلى القائد السياسي أن يتذكر أنّ النظام الدولي هو نتيجة توازنات بين القوى الساعية للحفاظ على النظام والقوى الساعية لتغييره، مع التأكيد على أنّ أخلاقية القائد السياسي تختلف عن أخلاقية الفرد العادي².

من هذا المنطلق يمكن لنا تحديد المنطلقات النظرية-الكلاسيكية لفهم ديناميكية الحركات الاجتماعية في منطقة المنطقة العربية-ليبيا كنموذج-، حيث خاضت هذه الأخيرة تجربة الربيع العربي في 17 فيفري 2011 سعياً لتجاوز الدكتاتورية عن طريق الإحتجاجات المطالبة بإسقاط نظام معمر القذافي، والسعي لإقامة مبادئ ديمقراطية تراعي خصوصية حقوق الإنسان³.

كانت بداية الحركات الاجتماعية عبارة عن إحتجاجات سلمية ثم تصاعدت إلى إنتفاضة مسلحة ضد النظام السياسي، لتصل لصدام مفتوح بين النظام والمعارضة⁴. هذا ما جعل تداعيات الحركات الاجتماعية في ليبيا تختلف عن باقي دول الربيع العربي بما فيها دول الجوار (مصر-تونس) من حيث التأثير المتبادل على الأمن والإستقرار، فبسقوط كتائب الأمن وإستيلاء الشعب على مخازن السلاح، تدمير المعسكرات والإدارات الأمنية، إتهيار الجيش، الشرطة، والأجهزة المخبرانية ما أدى لفراغ وإنفلات أمني أدى لإتهيار مؤسسات الدولة في المناطق المتحررة⁵.

جعلت الحركات الاجتماعية الليبية الوضع الأمني في المنطقة يصطبغ بالهشاشة، فنفاذية الحدود، تردي فاعلية الأجهزة الأمنية، وتأهب القوى المعادية للثورة المضادة، عوامل شجعت التنظيمات الإرهابية على تفعيل مخططاتها في الفضاء الجغرافي، فإذا كانت كل المؤشرات السياسية والمعطيات العسكرية من جهة والمواقف الدولية من جهة أخرى تدل على أنّ مرحلة نظام القذافي في حكم المنتهي واقعيًا، لكن المرحلة المقبلة لا تزال غير واضحة المعالم لعدم وجود قوة عسكرية ليبية منظمة، أو وجود ترتيبات سياسية قانونية جديدة لمرحلة ما بعد القذافي، وهو ما جعل الوضع في ليبيا مرشحاً لعدم الإستقرار⁶.

1 (جيمس دورتي، وروبرت بالتسغراف، النظريات المتضاربة في العلاقات الدولية. ترجمة: وليد عبد الحى. الكويت: مكتبة شركة كاظمة للنشر والترجمة والتوزيع، 1975)، ص 61-81.

2 (المرجع نفسه، ص 95).

3 (محمد عبد الحفيظ الشيخ، "مسار المصالحة الوطنية والسلم الإجتماعي بعد ثورة 17 فبراير في ليبيا"، ص 66. نقلا عن الموقع الإلكتروني: www.arabaffairsonline.org/.../6/20/Mohamed/20، 2015/05/15).

4 (إسحاق كافومبا سوارى، نظرة نقدية في ثورات عام 2011 في شمال إفريقيا وتداعياتها. (إثيوبيا: أديس أبابا، 2011)، ص 11).

5 (عاشور شوايل، "تداعيات الربيع العربي أمنياً على ليبيا: واقع ورؤية"، ص 03: نقلا عن الموقع الإلكتروني

6 (http://carnegieendowment.org/files/security_sectorin_2013.Pdf، 2015/05/14).

6 (أحمد إدريس، "الأزمة الليبية وتداعياتها على منطقة المغرب العربي". مجموعة الخبراء المغاربة: مركز الدراسات المتوسطة والدولية، العدد السادس، سبتمبر، ص 04).

طبيعة هذه العوامل الداخلية ذات الصبغة العسكرية لا تنفي فرضية تأثير العوامل الخارجية، حيث أن أغلب التغيرات السياسية في المنطقة العربية بصفة عامة لم يكن دافعها الوحيد البيئة الداخلية، بل كان للبيئة الخارجية (العامل الخارجي) أثر في إحداث التغيرات، نخصص في هذا المجال الولايات المتحدة الأمريكية التي أعادت ترتيب إستراتيجياتها وأولوياتها بحسب إهتمامات الأمن الأمريكي وإعادة ترتيب الخارطة السياسية العربية بما يحقق مصالحها. حيث أسهم تغير السياسة الخارجية الأمريكية في الفترة الزمنية 2003-2005 إزاء المنطقة العربية في جعل الحراك السياسي ممكناً من خلال دعم الأنظمة الدكتاتورية ودعم المعارضة¹.

المحور الثاني: المآلات الإستراتيجية للحركات الاجتماعية في ظل الخصوصية المجتمعية لدول المنطقة العربية و آثارها على التعقيد الشبكي للتهديدات اللاتماثلية- ليبيا و الفشل الدولتي متعدد الأبعاد -

ساهمت إستراتيجية إستغلال الخصوصيات الثقافية المطبقة من قبل القذافي في تنامي المؤسسات المتناحرة، الإضطرابات، المحاولات الانقلابية المتتالية، تنامي شبكات التهريب، غسيل الأموال، تنامي معدلات الجريمة المنظمة، وتدفق الهجرة غير الشرعية التي كانت لها إنعكاسات خطيرة بلورتها تداعيات الربيع العربي على مستوى أكثر خطورة يتجسد في التجارة غير الشرعية للأسلحة الليبية².

هذه التغيرات الديناميكية-الكيفية في فحو الأزمة الليبية أدت لإنتقال ليبيا من دولة سائرة في طريق الفشل **Falling** في ظل حكم القذافي إلى دولة فاشلة **Failed** مع إندلاع الحركات الاجتماعية، ثم بسرعة إلى دولة منهارة مع التعقيدات المحلية والإقليمية، ومن أهمها زيادة إنكشاف الأمن عبر حدود دول المنطقة العربية، نعبّر عنها بالإنكشاف أمام مظاهر العنف السياسي، تدهور الأجهزة الأمنية أو أجهزة الخدمات العامة، كذا الإنكشاف أمام التدخل الخارجي، فقدان الشرعية الدولية، تطييف النخب، تفاقم وتعمق الأحقاد والضغائن الجمعية، زيادة عدم التوازن في التنمية، التدهور الإقتصادي، تفاقم إنتشار أشكال الإتجار³، ...إلخ.

فنتيجة عدم توفر الشرعية السياسية كان للعامل القبلي أثر كبير في إستبداد النظام السياسي الليبي، حيث عدت القبيلة واحدة من العوامل التي أثرت في تشكيل الثقافة السياسية الحديثة والمعاصرة، ما يعني إستحالة تجاوز النظام السياسي الليبي لدور القبيلة وتأثيرها السياسي⁴. فإنهار نظام القذافي أدى إلى زعزعة الإستقرار وهروب حكام الأقلية، ما فعل زيادة نشاط الجماعات المسلحة من الشمال نحو الجنوب نتيجة ضعف الدولة على إدارة الحدود

(1) عبد العظيم جبر حافظ، "التطورات السياسية في ليبيا على أثر ثورة 7 فيفري 2011: رؤية سياسية تحليلية". مجلة المستنصرية للدراسات العربية والدولية، العدد 38، ص 108.
(2) المرجع نفسه، ص 115.

(3) المرجع نفسه.

(4) شريفة كلاء، "التمهيش القبلي والطائفي كعامل تحقيق السلم الإجتماعي: حالة ليبيا". مجلة الدراسات والبحوث الاجتماعية. جامعة الوادي، العدد الخامس، فيفري 2014، ص 75.

وبروز الكتائب في بنغازي، مصراته، ... إلخ. إستغلت على إثرها الجماعات المسلحة **armed groups** ضعف القيادة الرسمية لسيطرتها على الأراضي والمراكز الحدودية المطالبة بمراقبة المناطق لأغراض تهريب الأسلحة¹.

في هذا السياق يمكن الحديث عن حالة حادة من اللانظام في الكيفية التي تحدث فيها التفاعلات الأمنية داخل مركب الأمن الإقليمي في المنطقة العربية، ما يعطي معنى أعمق للتعقيد في التعامل مع المنطقة كمركب أمن إقليمي **Complex Security Complex**، وهو ما يتجسد في تغذية نزعة التمرد لدى التوارق الطامحين لبناء إمبراطورية عابرة للحدود في ليبيا².

لا تنحصر التهديدات الأمنية الليبية اللاتمائية في الجانب القبلي-المجتمعي فقط بل تتعداه لمصادر التهديد الناجمة عن وصول تنظيم القاعدة في بلاد المغرب الإسلامي لترسانات الأسلحة بعد إتهيار نظام القذافي وبروز التهديدات الأمنية المدولة **Internationalizing** كالتهديد الوجودي هذا الأخير الذي يعتبر جزء من نظرية الأمننة كأداة تحليلية³.

كما أضحت تجارة الأسلحة غير الشرعية في ليبيا تجارة رائجة طالت الجوار العربي-الإفريقي، فقد أشارت التقديرات لتهريب عشرة 10 آلاف قطعة سلاح وقذائف آر- بي - جي - في مرحلة ما بعد الثورة. هذا ما غذى ظاهرة الإنفلات الأمني في مصر، ونشط تنامي قاعدة الساحل والصحراء، كون أن الثورة الليبية أفرزت ضعف دولاتي في ظل غياب المؤسسات الأمنية والتدخلات الدولية التي حفزت تسرب الأسلحة من ليبيا نحو دول الساحل⁴.

فتبني أداة التركيز الجماعية **Focus Group**، وتقنية تحليل المضمون **Content Analysis** يمكن القول أن التهديدات الأمنية الليبية-اللاتمائية كانت بمرجعية واحدة وأجنحة متعددة يلخصها التدخل الخارجي، التشرذم الأمني، الجماعات الإرهابية، تجارة السلاح، تنافي الحدود⁵،... إلخ.

هذا ما حتم تفعيل مبدأ أمننة إتهيار الدولة في ليبيا، حيث يعكس الجمع بين حالي **Ungovernability** و **Unstructuredness** الجمع بين مفهومي البنية والعمليات، حيث لا تعني التحديات الأمنية الليبية بالضرورة إفتقار الإقليم للحكومة الأمنية، غير أن الأجهزة الأمنية للدول قد لا تكون مؤهلة لمهمة حوكمة وضبط الأمن⁶، نتيجة بروز التحديات غير الأمنية كالفساد السياسي، عدم الإستقرار الإقتصادي والمالي كون أن النزاع في ليبيا أثر في مجريات

1 محمد حمشي ، "أثر الأزمة الليبية على الأمن في منطقة الساحل: نحو نزاع طابع التهديد الأمني عن إتهيار الدولة في ليبيا". (مداخلة خلال يوم دراسي حول: دور الجزائر كلاعب أساسي في منطقة المتوسط وفي الساحل، جامعة مولود معمري تيزي وزو، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، 26 فيفري 2014).

(2 المرجع نفسه.

3 Libyan Committee For Humanitarian Aid and Relief(LCHR). **Periodic Report**, 23 April 2011, p03.

4 Christopher chivvis& Jeffry martina ,**Libya after quaddafi : Lessons and implications for the future.** (Library of congress, cataloging in publication data.copyright, 2014), P04

(5 محمد حمشي، المرجع السابق.

(6 أحمد إدريس، المرجع السابق.

الأوضاع عبر كافة المستويات نتيجة تدفق العمال الأجانب نزوحاً من ليبيا نحو تونس، تحديات إغلاق السوق الليبية والتحديات الاجتماعية المرتبطة بعودة نظام العمالة¹،... إلخ. هذا الربط بين العوامل الأمنية وغير الأمنية يوضح ضعف المبادرات في علاج أو فهم الأزمة الليبية متعددة الأبعاد كضعف مبادرات مكافحة الإرهاب نتيجة الربط المتزايد بين الإرهاب في المنطقة وشبكات الإتجار والتهريب النشطة في جميع المجالات، كذلك فشل مساعي الحوار الليبي-الليبي لمأسسة الحلول المنطقية للأطراف المتنازعة في ظل التدخلات الخارجية².

المحور الثالث: نحو موضوعة المنظورات الترابطية - الإستراتيجية لتجاوز التهديدات اللاتماثلية للحركات الاجتماعية - مستجدات نظرية حوكماتية-

طبيعة التهديدات الأمنية الليبية متعددة الأبعاد خلقت مستويات معقدة تختلف حسب الأطر النظرية التحليلية فالمقاربة الواقعية ركزت على التهديدات العسكرية المباشرة مجسدة في النزاع المسلح، وتدخّل العوامل الخارجية، في حين نصت المقاربات الحديثة على تجاوز الطروحات الكلاسيكية والتركيز بدلاً من ذلك على العوامل فاعلية التوجه من منطلق عوامل الهوية، الإنتماء، الإقتصاد، التاريخ، الإضطهاد،... إلخ، لننتقل في هذا السياق لمحاولة تطبيق أو تجسيد المنظورات الترابطية-الإستراتيجية في إطار السعي لتجاوز الإنعكاسات السلبية للحركات الإجتماعية بمنطق الشق الثنائي-التوازني، من خلال التركيز على نظام الحوكمة خاصة العالمية منها، ومقترب الترابط الإستراتيجي .

فبما أنّ نظام الحوكمة العالمية يحوي الحكومات الوطنية، المنظمات العالمية، المنظمات الدولية غير الحكومية، مجموعات المصالح، والمجموعات الإستيمولوجية فهي تتكفل بمهام :

- حماية حقوق الإنسان وفق مقاربة توازنية.
- بناء نظام حكم القانون والبحث عن حلول فعالة وبناءة Holistic Solutions
- تجاوز المقاربة العسكرية وتبني المقاربات متعددة المسارات من خلال بناء علاقات تفاعلية تتجاوز العنف والنزاع³.
- إعادة النظر في قيم الولاء والإنتماء عبر مستويات تتعلق بالبنى الداخلية والخارجية.

1 محمد حمشي، المرجع السابق.

2 Vijay Mehta, world security, global governance and the role of UN : for a just peaceful and sustainable world.(A talk given at the conference of: world disarmament campaign, global security: new challenges. London: house of lords. VM, centre of peace. 29 october 2007).

(3 مصطفى كامل محمود، التوازن الإستراتيجي في الشرق الأوسط ودوره في مصر. (القاهرة: مركز الأهرام للترجمة والنشر، 1995)، ص ص 20-21.

إستناداً لهذه النقاط يمكن تبني مفهوم التوازن الإستراتيجي لتجاوز التأثيرات السلبية للحركات الإجتماعية في ليبيا، حيث يعبر هذا الأخير عن حالة تتعادل وتتكافأ عندها المقدرات البنائية، السلوكية والقيمية لدولة ما ، منفردة أو مجموعة من الدول المتحالفة لردع أو مجابهة التهديدات الموجهة ضدها من دولة أخرى أو أكثر. وبما يمكنها من التحرك السريع وحرية العمل في جميع المجالات للعودة إلى هذه الحالة عند إختلالها لتحقيق الإستقرار وفق مبادئ تفعيل دور الفواعل غير الرسمية¹.

ومعنى الترابط الإستراتيجي وفق هذا المفهوم ذو شقين، شق يتعلق بالموازنة بين الفواعل الرسمية وغير الرسمية في سياق معالجة و إدارة الأزمات، وشق يتعلق بموازنة المواضيع ذات الصلة كموازنة حقوق الإنسان ومتطلبات الأمن الوطني، موازنة أبعاد الأمن الإنساني مع مقتضيات الواقع الدولي (مكافحة الإرهاب). هذا ما يقتضي منا تفحص المبادئ التوجيهية للموازنة وفق مقارنة متعددة المستويات .

تبرز تفاعلات وأدوار الحوكمة العالمية في مجال إدارة الأزمات ذات الأبعاد المجتمعية-النموذج الليبي- بداية من خلال معالجة مشاكل الأمن الإنساني، بما فيها التهديدات الأمنية الجديدة عن طريق: نزع السلاح، تعزيز حقوق الإنسان، بناء قاعدة عالمية للقانون، تجاوز صراعات الدين والثقافة ومد العولمة، تجاوز العنف والإرهاب². أما ما تعلق بالشق الثاني للطرح التوازني فيركز على التفاعلات متعددة المستويات(عبر دولانية، دولانية، ضمن دولانية، فوق دولانية...إلخ)، أثبتت فيها المنظمات غير الحكومية جدارتها في عدة مجالات من أبرزها القضايا المتعلقة بحقوق الإنسان، تمكين المرأة، دمج الفئات المهمشة، حماية حقوق الأقليات، ...إلخ.

وبالتالي فالمدخل الحقيقي لمعالجة الأزمة يكمن في إعادة مراجعة مفهوم الأمن وما يرتبط به من سياسات أمنية، حيث يؤكد روبرت مكنمار على أن الأمن الحقيقي للدولة ينبع من معرفتها بمصادر تهديدها ومواجهتها مع ربطه بمفهوم الأمن الإنساني الذي ينطلق أساساً من رفاهية الإنسان مقابل بقاء الدولة³. يكون ذلك من خلال تطبيق مبدأ التحكم الديمقراطي **democratic control** في المؤسسات الأمنية في ليبيا مما يتطلب بدوره تفعيل أداء وتطوير مؤسسات النظام السياسي.

- ربط الأمن بقضايا حقوق الإنسان وبناء القدرات المختلفة، والعمل على بناء المؤسسة العسكرية ودعمها وتحديد دورها من خلال الدستور، بالتأكيد على مسألة تعزيز الحكم بالقانون، والتركيز على مفهوم الأمن الوقائي لتنافي التهديد.

1 George williams, Ben Golder, "Balancing National Security and Human Right : Assessing the legal Response of Common Law Nations to Threat of Terrorism". **journal of comparative policy analysis**: routledge of taylor and francis group.vol08.n01.march2006.P.54.

2 Ibid.

3 (أمال العبيدي، الأمن الوطني في ليبيا: تحديات المرحلة الإنتقالية.(ورقة بحثية مقدمة لمؤتمر: " ليبيا من الثورة إلى الدولة: تحديات المرحلة الإنتقالية"، قسم العلوم السياسية، المركز الليبي للدراسات والبحوث ، جامعة بنغازي، 7-8 فيفري 2012)، ص 11.

- الإلتزام بالخطط الإستراتيجية التي وضعت من أجل إعادة تأهيل الثوار وإدماجهم في الحياة المدنية من خلال برامج التدريب، والسعي نحو تحقيق المصالحة الوطنية الفعلية¹.
- العمل على تجاوز التشريعات المناقضة لحقوق الإنسان بما فيها قانون العزل السياسي²، والتأكيد على المبدأ العالمي لحقوق الإنسان وموازنته مع مبادئ الأمن الإنساني لتجاوز التأثيرات السلبية لقوانين مكافحة الإرهاب التعسفية الصادرة عقب أحداث 11 سبتمبر 2001.
- تجنب الفوضى لتأمين البيئة المواتية لعملية الإنتقال السياسي بتبني الإجراءات الفعالة للتخلص من الأسلحة الخفيفة والثقيلة التابعة لبقايا برامج الأسلحة النووية التابعة للقذافي والتي مثلت تهديداً يتجاوز الحدود الليبية³.

الخاتمة:

من خلال هذا المقال المتعلق بدراسة الانعكاسات الأمنية- اللاتماثلية للحركات الإجتماعية على الواقع الليبي لدول المنطقة العربية بتبني النموذج الليبي، يتضح لنا جليا مدى تأثير هذه التهديدات المنعكس بدرجة أساسية في مستويات الفشل الدولاتي متعدد الأبعاد بتحريك سببي متنامي تبعاً لمدى خطورة الحركات الإجتماعية ذات التأثيرات السلبية التي تفسرها المقاربات النظرية ذات الصبغة النيو-كلاسيكية خاصة عقب إدماج القضايا المجتمعية في المجال.

هذا ما يحتم ضرورة تبني المقترحات الترابطية- الإستراتيجية كونها تحمل في طياتها مستويات متعددة لمعالجة التهديدات الأمنية اللاتماثلية ذات الصبغة المجتمعية كدراسة حالة الحركات الإجتماعية ومدى تأثيرها في الواقع الليبي للمنطقة العربية، حيث يدور فحوى هذه المستويات على تفعيل دور الفواعل الدولانية وغير الدولانية تكيّفًا مع التحولات الإبيستيمولوجية في المنطقة من جهة، وتركيزاً على المواضيع ذات الصلة من جهة أخرى.

1 (الوضع الراهن لحقوق الإنسان في ليبيا"، تقرير لجنة التحقيق الدولية حول ليبيا إلى الأمم المتحدة. مركز القاهرة لدراسات حقوق الإنسان: "محامون من أجل العدالة". القسم 3، الجزء e، المقطع 6، النقطة 63. 02 مارس 2012).

2 Ben golder , georgewilliams, Ibid, P.43.

3 (محمد عبد الحفيظ الشيخ المرجع السابق. ص 71).

قائمة المراجع والمصادر:

- (1) عبد النور بن عنتر، البعد المتوسطي للأمن الجزائري: الجزائر، أوروبا والحلف الأطلسي. (الجزائر: المكتبة العصرية للطباعة والنشر والتوزيع، ط1، 2005)، ص 18.
- (2) عادل زقاغ، النقاش الرابع بين المقاربات النظرية للعلاقات الدولية. (أطروحة دكتوراه للعلوم السياسية، تخصص: علاقات دولية، جامعة الحاج لخضر-باتنة-، 2008)، ص ص 77-78.
- (3) المرجع نفسه، ص 82.
- (4) المرجع نفسه، ص 81.
- (5) جيمس دورتي ، و روبرت بالتسغراف، النظريات المتضاربة في العلاقات الدولية. (ترجمة: وليد عبد الحفيظ الكويت: مكتبة شركة كاظمة للنشر والترجمة و التوزيع، 1975)، ص ص 61-81 .
- (6) المرجع نفسه، ص 95.
- (7) محمد عبد الحفيظ الشيخ، "مسار المصالحة الوطنية والسلم الإجتماعي بعد ثورة 17 فبراير في ليبيا"، ص 66. نقلا عن الموقع الإلكتروني: www.arabaffairsonline.org/.../6/20/Mohamed/20 ، 2015/05/15.
- (8) إسحاق كافومبا سوارى، نظرة نقدية في ثورات عام 2011 في شمال إفريقيا وتداعياتها. (إثيوبيا: أديس أبابا، 2011)، ص 11.
- (9) عاشور شوايل، "تداعيات الربيع العربي أمثيا على ليبيا: واقع ورؤية"، ص 03: نقلا عن الموقع الإلكتروني: http://carnegieendowment.org/files/security_sectorin_2013.Pdf ، 2015/05/14.
- (10) أحمد إدريس، "الأزمة الليبية وتداعياتها على منطقة المغرب العربي". مجموعة الخبراء المغاربة: مركز الدراسات المتوسطية والدولية، العدد السادس، سبتمبر، ص 04.
- (11) عبد العظيم جبر حافظ، "التطورات السياسية في ليبيا على أثر ثورة 7 فيفري 2011: رؤية سياسية تحليلية". مجلة المستنصرية للدراسات العربية والدولية، العدد 38، ص 108.
- (12) المرجع نفسه، ص 115.
- (13) المرجع نفسه ص 115.
- (14) شريفة كلاع، "التمهيش القبلي والطائفي كعامل تحقيق السلم الإجتماعي: حالة ليبيا". مجلة الدراسات والبحوث الإجتماعية. جامعة الوادي، العدد الخامس، فيفري 2014، ص 75.
- (15) محمد حمشي ، "أثر الأزمة الليبية على الأمن في منطقة الساحل: نحو نزاع طابع التهديد الأمني عن إهميار الدولة في ليبيا". (مداخلة خلال يوم دراسي حول: دور الجزائر كلاعب أساسي في منطقة المتوسط وفي الساحل، جامعة مولود معمري تيزي وزو، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، 26 فيفري 2014).
- (16) المرجع نفسه.
- (17) Libyan Committee For Humanitarian Aid and Relief(LCHR). **Periodic Report**, 23 April 2011 , P03.
- (18) Christopher chivvis& Jeffry martina ,**Libya after quaddafi : Lessons and implications for the future.**(Library of congress, cataloging in publication data.copyright, 2014), P04.
- (19) محمد حمشي، المرجع السابق.
- (20) أحمد إدريس، المرجع السابق، ص ص 05.04.

- (21) محمد حمشي، المرجع السابق.
- (22) Vijay Mehta, **world security, global governance and the role of UN : for a just peaceful and sustainable world.**(A talk given at the conference of: world disarmament campaign, global security: new challenges. London: house of lords. VM, centre of peace. 29 october 2007).
- (23) مصطفى كامل محمود، التوازن الإستراتيجي في الشرق الأوسط ودوره في مصر. (القاهرة: مركز الأهرام للترجمة والنشر، 1995)، ص ص 20-21.
- (24) George williams, Ben Golder, "Balancing National Security and Human Right : Assessing the legal Response of Common Law Nations to Threat of Terrorism". **journal of comparative policy analysis**: routledge of taylor and francis group.vol08.n01.march2006.P.54.
- (25) Ibid.
- (26) أمال العبيدي، الأمن الوطني في ليبيا: تحديات المرحلة الإنتقالية. (ورقة بحثية مقدمة لمؤتمر: " ليبيا من الثورة إلى الدولة: تحديات المرحلة الإنتقالية"، قسم العلوم السياسية، المركز الليبي للدراسات والبحوث ، جامعة بنغازي، 7-8 فيفري 2012)، ص 11.
- (27) الوضع الراهن لحقوق الإنسان في ليبيا"، تقرير لجنة التحقيق الدولية حول ليبيا إلى الأمم المتحدة.(مركز القاهرة لدراسات حقوق الإنسان: "محامون من أجل العدالة".القسم3، الجزءe، المقطع 6، النقطة 63. 02 مارس2012).
- (28) Ben Golder , George Williams, Ibid, P.43.
- (29) محمد عبد الحفيظ الشيخ.المرجعالسابق.ص 71.

دور التعاون الدولي في حماية الحقوق البيئية

د. توفيق عطاء الله أستاذ محاضر ب

كلية الحقوق و العلوم السياسية

جامعة عباس لغرور خنشلة

Dtoufik40@hotmail.fr

ملخص:

تهدف هذه الدراسة إلى إلقاء الضوء على دور التعاون الدولي في حماية الحقوق البيئية، باعتباره من أهم مواضيع القانون الدولي البيئي المعاصر، من خلال الإجابة على الإشكالية المتمثلة في مايلي: إلى أي مدى ساهم التعاون الدولي في ضمان حماية الحقوق البيئية؟ في ظل التهديدات البيئية المتنوعة و المتزايدة، و بالرغم من وجود نظام قانوني دولي لحماية البيئة، فإن الحاجة تبقى ملحة من أجل وضع آليات فعالة للتعاون الدولي في هذا المجال، وتفعيل آلية القضاء الدولي لتوقيع المسؤولية الدولية على منتهكي الحقوق البيئية.

الكلمات المفتاحية: الحق البيئي، الأمن البيئي، الضرر البيئي، المسؤولية الدولية.

Résumé :

Le but de cette étude est de mettre en lumière le rôle de la coopération internationale dans la protection des droits environnementaux comme l'une des questions les plus importantes du droit international de l'environnement contemporain, en répondant à la problématique suivante: Dans quelle mesure la coopération internationale contribue-t-elle à protéger les droits environnementaux? Face aux menaces environnementales divers et croissantes, et malgré l'existence d'un système juridique international pour la protection de l'environnement, il est nécessaire de mettre en place des mécanismes efficaces de coopération internationale dans ce domaine, et d'activer le mécanisme international de responsabilité internationale des auteurs de violations des droits environnementaux.

Mots-clés: droit environnemental, sécurité environnementale, dommages environnementaux, responsabilité internationale.

مقدمة :

بالرغم من أهمية الحق البيئي البالغة فهو ليس بالأمر الجديد إذ أننا وقبل هذا نجد أن الشريعة الإسلامية السمحاء قد أولت البيئة بحماية منقطعة النظير وحرمت على الانسانية إفساد الحرث والنسل والإتلاف ، حيث أن ديننا الحنيف يحارب كل مظاهر الفساد في كل المجالات وخاصة في البر والبحر ، إذ يقول الله تعالى في محكم التنزيل (ظهر الفساد في البر والبحر بما كسبت أيدي الناس ليذيقهم بعض الذي عملوا لعلهم يرجعون)¹ وهنا نستشف من هذه الآية الكريمة أن القرآن الكريم يحث على وجوب عدول الناس عن الإفساد وتحريمه لكونه يتنافى مع القيم الإسلامية التي تسعى لتحقيق سعادة البشرية ونيلها الخير والرشاد في الدارين الدنيا والآخرة، ومن المنطقي جدا أن الشر مرادف للفساد والخير مرادف للصالح والسعادة، وعليه فمن يفسد أو يشجع على الفساد إنما هم المرضى النفسيون أو الذين أنقلبوا على الفطرة الانسانية المبنية على الخير على عكس النظريات الغربية .

ومن هنا نستشف أهمية الموضوع:

نظرا لأهمية البيئة ومكوناتها على مختلف الأصعدة باعتبارها الوسط الذي يعيش فيه الإنسان وكل الكائنات الحية ، وبالنظر لخطورة التعدي على البيئة ولتزايد عدد وحجم المهددات والملوثات البيئية سواء زمن السلم أو زمن الحرب ، ولكون الدول منفردة لا تستطيع حماية البيئة لوحدها بالنظر إلى جسامه الجرائم الماسة بالبيئة ، ولكون امكانيات الدول محدودة جدا لمواجهة التدهور البيئي ولكون الضرر البيئي متنقل بين حدود الدول خاصة مع تزايد الملوثات الجديدة للبيئة كالتلوث النووي والتلوث البحري والتلوث الجوي والغازات السامة وتسميم البحار والمحيطات ، فإن موضوع التعاون الدولي من أجل حماية البيئة والحقوق البيئية هو أمر لازم وحتي لا مفر منه، لأن الدول إذا ما تعاونت فحتما سيتم حصر المشاكل البيئية ومعالجتها في الحين بتوفير الكوادر البشرية المؤهلة من مختلف الجنسيات وتوفير رؤوس الأموال اللازمة ، ناهيك عن الآلات التكنولوجية المتطورة ، وهذا ما يعد من صميم الإدارة البيئية الرشيدة أو ما يسمى الحوكمة البيئية، واستغلال الثروات الطبيعية والمعادن المتواجدة في جميع الدول في خير البشرية جمعاء . وهذا ما يدخل في باب التعاون على الخير وهنا يقول الله تعالى في القرآن الكريم (.. وتعاونوا على البر والتقوى ولا تعاونوا على الإثم والعدوان)² ، والتعاون الدولي في حماية الحقوق البيئية يدخل في باب التعاون من أجل الخير وهو خير للإنسانية جمعاء في حفظ النفس والمال و نواحي الحياة برمتها ، أما الإثم والعدوان فإن إفساد البيئة والاعتداء عليها من شأنه أن يقضي على الحياة التي حرم الله تعالى الاعتداء عليها، وجل القوانين الدولية وخاصة القانون الدولي الإنساني والقانون الدولي الجنائي تكافح لقمع الجرائم البيئية ومعاقبة المعتدين، والقوانين الوطنية هي الأخرى تسير القانون الدولي بمختلف فروعها في هذه الخاصية وهذا كله يدخل في الفرع الجديد للقانون الدولي ألا وهو القانون الدولي البيئي.

وعلى هذا الأساس فإن الموضوع يلقي بضلاله على المستوى الدولي، الإقليمي والوطني، فالمجتمع الدولي يعيش الآن على هاجس الخوف من التدمير المتعمد للبيئة نتيجة التدهور البيئي الكبير الذي نتج عن النزاعات المسلحة

¹ الآية 41 من سورة الروم، القرآن الكريم.

² الآية 2 من سورة المائدة، القرآن الكريم.

بسبب الاستخدام المفرط للأسلحة المحظورة دوليا وخاصة في وقتنا المعاصر حيث مزقت الحروب أبناء الأمة الواحدة، بالنظر إلى ما تمثله من تأثير سلبي مباشر على حياة الإنسان ، كتغيرات المناخ وتهديد الثروات البحرية والبرية مما قد ينعكس مباشرة على صحة الإنسان وتلويث الهواء بل وعلى صحة الأجيال القادمة وتهديد النسل البشري برمته.

وتكون نتيجة هذا التعاون الدولي لحماية الحقوق البيئية هو هدف واحد و هو حماية البيئة بكل مكوناتها وأبعادها خاصة الحفاظ على التنوع البيولوجي و حماية ثقب الأوزون، وإدارتها إدارة دولية رشيدة لتحقيق التنمية المستدامة لأن البيئة هي تراث مشترك للإنسانية جمعاء، وباعتبار أن الضرر البيئي هو خطر متنقل لا يعترف بالحدود، وهذا ما يتسبب في إثارة المسؤولية الدولية. ونظرا للأهمية التي يكتسبها موضوع المقال فلقد أصبح أحد أهم موضوعات القانون الدولي البيئي ، الذي يمثل بدوره فرعاً من فروع القانون الدولي المعاصر ، ومن أهم مظاهر ذلك كثرة المؤتمرات الدولية التي تدعو للتعاون الدولي الجاد للقضاء على المهددات البيئية.

أما بخصوص المنهج المتبع في هذا المقال فلقد اعتمد الباحث على كويكبة من المناهج ومنها المنهج الوصفي التحليلي لكونه الأنسب لتقرير الحقائق وتقريبها ووصفها وصفا دقيقا ، وكذا المنهج الاستدلالي في بعض الحالات التي نبرهن فيها على بعض الحقائق ، كما استعنا بالمنهج المقارن كلما وجد الباحث أنه الأنسب لإيجاد أوجه التشابه والاختلاف بين قوانين الدول المختلفة وكيفية نظرتها للطريقة المثلى لحماية البيئة. ولدراسة هذا الموضوع نختار الإشكالية التالية وهي:

إلى أي مدى ساهم التعاون الدولي في ضمان حماية الحقوق البيئية؟

وللإجابة على هذه الإشكالية وإشكالات أخرى نقسم البحث إلى خطة مكونة من ثلاث مطالب وفي كل مطلب فرعين على التفصيل الآتي بيانه :

المطلب الأول: مفهوم البيئة ومدلول الحق البيئي كحق من حقوق الإنسان

المطلب الثاني: دور التعاون الدولي في تعزيز الحماية الدولية للبيئة ومظاهره

المطلب الثالث: المسؤولية الدولية عن الاخلال بنظام الحماية الدولية للبيئية

الخاتمة

المطلب الأول: مفهوم البيئة و مدلول الحق البيئي كحق من حقوق الإنسان :

يتميز موضوع البيئة و حق الإنسان في البيئة النظيفة والسليمة بحماية دولية كبيرة جدا و باهتمام بالغ و متزايد في كل الأوساط و يبدووا هذا جليا من خلال المؤتمرات و القمم الدولية و الاتفاقيات الدولية الثنائية و الجماعية ذات الصلة بالبيئة و الرامية إلى ترشيد السياسة الجنائية للمحافظة المثلى على البيئة و قمع الاعتداء عليها في السلم و في الحرب، و قبل التطرق للحق البيئي في حد ذاته، يجدر بنا التعرض لمفهوم البيئة من خلال الفرع الموالي :

الفرع الأول: مفهوم البيئة:

كلمة بيئة « Environment » مصطلح حديث نوع ما و قد ظهر لأول مرة في مؤتمر ستوكهولم أي مؤتمر الأمم المتحدة الأول للبيئة سنة 1972¹، و قبلها كان يتم استخدام لفظ الوسط الإنساني « Milieu du human »²، و من المعلوم أن للبيئة مفاهيم عدة منها ما هو علمي حيث يركز على مكوناتها و عناصرها الكيميائية المشكلة للماء و الهواء و التربة، و منها ما هو لغوي و الأهم من ذلك و المناسب لدراستنا القانونية هو التعريف القانوني للبيئة، لكن يذكر أنه من المتفق عليه لدى الباحثين في قضايا البيئة أنها تعني ضرورة و لزوم الإهتمام بالبيئة الطبيعية و حمايتها³ غير أننا سنوضح كل ذلك فيما يلي:

أولاً: التعريف اللغوي للبيئة:

البيئة في المعنى اللغوي جاءت من الفعل بوا أي احتل و اعتلى مكانة مرموقة أو سكن و نزل بمكان معين⁴، و نقول بآء إلى أهله بمعنى رجع لأهله، و يقول الله تعالى في محكم تنزيله «والذين تبوءوا الدار و الإيمان من قبلهم يحبون من هاجر إليهم...»⁵.

ثانياً: التعريف الاصطلاحي للبيئة:

من خلال الاطلاع على آراء علماء البيئة في تعريفاتهم المختلفة للبيئة نجد أنها في مجملها تعرف البيئة بقولها " هي كل ما يحيط بالإنسان من مكونات حية كالنباتات و الحيوانات و مختلف المكونات الأخرى كالجبال و الهواء و الماء و غيرها " ⁶ و عليه فجل التعريفات تتكلم عن علاقة التأثير و التأثر بين الإنسان و البيئة⁷ و هناك من يرى أن مصطلح البيئة تعني " مجموع الظروف و العوامل الخارجية التي تعيش فيها الكائنات الحية، تؤثر العمليات الحيوية و الكيماوية

¹ محمد خالد جمال رستم، التنظيم القانوني للبيئة في العالم The legal system of Environnement in the world مقدمة في القوانين البيئية، الجرائم و الحوادث البيئية و الدراسات الخاصة بحماية البيئة و التشريعات البيئية المقارنة و المعاهدات الدولية المتعلقة بحماية البيئة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2006، ص 08.

² خالد مصطفى فهمي، الجوانب القانونية لحماية البيئة من التلوث في ضوء التشريعات الوطنية و الاتفاقيات الدولية، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، مصر، الطبعة الأولى 2011، ص 15 نقلا عن صلاح الدين عامر، مقدمات القانون الدولي للبيئة، مجلة القانون و الإقتصاد، جامعة القاهرة، 1982، ص 681.

³ حميدة جميلة، النظام القانوني للضرر البيئي و آليات تعويضه، دار الخلدونية الجزائر، 2011، ص 23، نقلا عن م. بودهان، حماية البيئة في النظام القانوني الجزائري، مجلة حقوق الإنسان الصادرة عن المرصد الوطني لحقوق الإنسان سابقا، ص 6، العدد 6 سبتمبر 1994، ص 12.

⁴ ابن منظور، لسان العرب المحيط، دار لسان العرب، بلا سنة طبع، ص 283 نقلا عن سه نكه رداود محمد، التنظيم القانوني الدولي لحماية البيئة من التلوث- دراسة قانونية تحليلية، دار الكتب القانونية، مصر، ص 16.

⁵ الآية 9 من سورة الحشر، القرآن الكريم.

⁶ محمود صالح العادلي، موسوعة حماية البيئة، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، 2003، ص 17.

⁷ علي سعيدان، حماية البيئة من التلوث بالمواد الإشعاعية و الكيماوية في القانون الجزائري، دار الخلدونية، الطبعة الأولى، ص 6.

فيها¹ أو " هي الوسط أو المجال المكاني الذي يعيش فيه الإنسان ، بما يتضمنه من ظواهر طبيعية وبشرية يتأثر بها ويؤثر فيها " ².

ثالثا: التعريف القانوني للبيئة:

يتضح المفهوم القانوني للبيئة من خلال تفحص مختلف الاتفاقيات الدولية ذات الصلة أو المؤتمرات الدولية التي تتمخض عنها تلك الإتفاقيات وكذا بعد الإطلاع على تشريعات عديد الدول نجد أن مؤتمر ستوكهولم للبيئة سنة 1972 يعرف البيئة بقوله أنها رصد الموارد المادية والاجتماعية المتاحة في وقت ما وفي مكان ما لإشباع حاجات الإنسان وتطلعاته³، أما البيئة حسب مؤتمر بلغراد سنة 1975 فتعني " العلاقة القائمة في العالم الطبيعي والبيوفيزيائي، بينه وبين العالم الإجتماعي، السياسي الذي هو من صنع الإنسان"⁴، ونجد تعريف الحق في البيئة السليمة قد ورد في الميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان والشعوب لسنة 1981 في المادة 16 و 24، ونجده من خلال المادة 24 الفقرة الأولى من اتفاقية حقوق الطفل لسنة 1989، ولائحة الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 45-90 بتاريخ 14 ديسمبر سنة 1990⁵

بينما يعرفها المشرع الجزائري في قانون حماية البيئة رقم 03-10 بقوله " أن البيئة تتضمن الموارد الطبيعية اللاحيوية والحيوية والجو والماء والأرض وباطن الأرض والنبات والحيوان بما في ذلك التراث الوراثي وأشكال التلوث بين هذه الموارد وكذا الأماكن والمعالم الطبيعية"⁶ ونلاحظ هنا بداية تحديد المصطلحات المتعلقة بالبيئة بدقة من قبل المشرع الجزائري على عكس ما انتهجه في قانون البيئة 83-03، وهو ما يعكس وعيه التام بجسامة الجرائم البيئية وضرورة تحديد المصطلحات بدقة متناهية لتحديد المسؤوليات⁷. وما يمكن ملاحظته هنا أن التعريف القانوني قد وسع من مفهوم البيئة⁸ و"عليه فالبيئة تبقى كمفهوم قانوني كقيمة من قيم المجتمع يسعى القانون للحفاظ عليها جنائيا بصفة خاصة"⁹.

¹ مريم ملعب، المسؤولية الجزائرية للمنشآت المصنفة عن تلوث البيئة في القانون الجزائري، مكتبة الوفاء القانونية، الاسكندرية مصر، الطبعة الأولى 2018، ص 141.

² رائف محمد لبيب، حماية البيئة في ضوء الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية والاتفاقيات النافذة، مجلة معهد الكويت للدراسات القضائية والقانونية، العدد 15، الكويت، جوان 2008، ص 12.

³ أسامة عبد العزيز، نحو سياسة جنائية لحماية البيئة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، الاسكندرية، 2005، ص 23، نقلا عن: حميدة جميلة، النظام القانوني للضرر البيئي وآليات تعويضه، مرجع سابق، ص 30. وانظر مريم ملعب، مرجع سابق، ص 142-143.

⁴ مريم ملعب، المرجع نفسه، ص 143.

⁵ طاوس فاطمة، الحق في البيئة السليمة في التشريع الدولي والوطني، مذكرة ماجستير حقوق، جامعة ورقلة، 2014-2015 ص ص 18-19.

⁶ أنظر نص المادة 04 من 03-10 المؤرخ في 19 جويلية 2003 المتضمن قانون حماية البيئة في اطار التنمية المستدامة، ج.ر. رقم 43 الصادرة في 19 جويلية 2003.

⁷ حميدة جميلة، النظام القانوني للضرر البيئي وآليات تعويضه، مرجع سابق، ص 30.

⁸ حميدة جميلة، المرجع نفسه، ص 31.

⁹ عمر سعد الله، حقوق الإنسان وحقوق الشعوب، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 2005، ص 232.

الفرع الثاني: مدلول الحق البيئي كحق من حقوق الإنسان:

لا شك أن البيئة وحمايتها شكلت أهم التحديات التي رفعتها الإنسانية¹ منذ زمن بعيد والإنسان يصارع من أجل تحسين ظروف معيشته وتبادل الخبرات مع بني جلدته ، و إذا ما أردنا التطرق إلى الحق البيئي فإن ما يمكن ملاحظته أنه مفهوم مركب نتيجة منطقية لكون البيئة في حد ذاتها مفهوم مركب .

و أما بخصوص نشأة هذا الحق البيئي فإنه " ينشأ أساسا على حالة الإخلال بمبدأ حماية المجالات التي تحيط بالإنسان من هواء وغابات وماء وطيور و غلاف جوي"² " حق الإنسان في البيئة هو حقه في الانتفاع بها واستغلالها واستثمار ثروتها ، و حقه في المحافظة عليها وإبقائها نظيفة وملائمة وحماية كل عناصر البيئة من كل أشكال الاعتداء وحقه في العيش في بيئة نظيفة "³.

وعلى هذا الأساس فإن حق الإنسان في بيئة سليمة ونظيفة هو حق معترف به في كافة القوانين الوطنية والقانون الدولي "كحق من حقوق الإنسان غير القابلة للتصرف وبالوقت نفسه كحق من حقوق الشعوب" ⁴ وهذا بغية الحفاظ على كرامة الإنسان بغض النظر عن جنسه أو جنسيته أو ديانتته أو لغته، والحق البيئي هو حق يستند على ضرورة المحافظة على البيئة باعتبارها حقا مشتركا للإنسانية جمعاء على حد سواء للأجيال الحاضرة والأجيال القادمة خاصة، وما يعكس الأهمية الكبرى للحفاظ على الحق البيئي هو إقتراح هولاندا سنة 1988 إنشاء "مجلس الأمن البيئي"⁵ وهو ما يبين مدى أهمية القضايا البيئية وكونها احتلت الصدارة من بين كل القضايا الدولية، وهو من الحقوق التضامنية ويعرف بحقوق الجيل الثالث من أجيال حقوق الإنسان.

أولاً: الأساس القانوني للحق البيئي كحق من حقوق الإنسان:

من الواضح جدا أن أهم دراسة في حقل الدراسات القانونية هي تلك التي تبين الأساس القانوني لمختلف الحقوق والالتزامات ، وعلى هذا فإننا سنبين هنا الأسس القانونية التي ينبنى عليها الحق البيئي والتي يستمد حياتها القانونية منها،

وبداية نقول أن الحق البيئي هو حق مكفول دوليا وهذا استنادا إلى قواعد القانون الدولي المكتوبة والعرفية على حد سواء، أي أن الحق في البيئة هو من الحقوق الأساسية التي ترتبط ارتباطا وثيقا بالحق الأصلي وهو الحق في الحياة وبالصحة البشرية أي أنه حق من حقوق الإنسان بل هو حق أساسي من حقوق الإنسان⁶ ، غير أنه قد يثور اللبس بين البيئة وحقوق الإنسان في الوهلة الأولى لكن سرعان ما عالجت المؤتمرات الدولية المتلاحقة هذا اللبس من خلال مؤتمر 1972 بستوكهولم سابق الذكر ، وكذا مؤتمر 1992 بريوديجانيرو حيث أكدنا على الترابط الوثيق بين

¹ سه نكه رداود محمد، التنظيم القانوني الدولي لحماية البيئة من التلوث- دراسة قانونية تحليلية، دار الكتب القانونية، مصر، ص 93.

² عمر سعد الله، المرجع نفسه، ص 233.

³ سه نكه رداود محمد، المرجع نفسه، ص ص 94-95.

⁴ عمر سعد الله، مرجع سابق، ص 234.

⁵ عمر سعد الله، المرجع نفسه، ص 233.

⁶ عمر سعد الله، المرجع نفسه، ص 234.

البيئة وحقوق الإنسان¹ . وكذلك نجد دلالة الحق البيئي من " خلال المؤتمر المشترك بين المعهد الدولي لحقوق الانسان ومعهد السياسة الدولية الأوروبية للبيئة في فرنسا في 19 جانفي 1979 ، فقد أكد الوثيقة الختامية للمؤتمر على كون الحق البيئي هو حق من حقوق الإنسان"².

هذا من جهة ومن جهة أخرى نجد أن اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار لسنة 1982 (اتفاقية مونتيفيديو) تنص على ضرورة حماية البيئة البحرية من كل أشكال الإعتداء أو تلويثها بإلقاء مواد تؤثر سلبا على طبيعتها أو تخل بالتوازن الايكولوجي³ ، حسب ما ورد في المادتين 146 و المادة 147 منها⁴ ، ولا ننسى اتفاقية حماية طبقة الأوزون فمن خلالها يتوضح الحق البيئي بجلاء، كونها قد أكدت على المجتمع الدولي ووضعت على عاتقه حماية البيئة والوقاية من انبعاثات الغازات الملوثة للبيئة⁵.

وهناك نص قانوني دولي آخر هو " ميثاق نيقوسيا" المبرم في 28 أفريل 1990 الذي تمخض عن أشغال مؤتمر البيئة ، و الذي أوصى بضرورة اقامة محطات مائية على ضفاف البحر الأبيض المتوسط لمعالجة التلوث البيئي عن طريق تحديد مواقع التلوث وإنشاء هياكل لمراقبة البيئة البحرية⁶.

ثانيا: دسترة الحق في البيئة في الدستور الجزائري لسنة 1996 :

بتفحص مواد الدستور الجزائري لسنة 1996 المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 16-01 المؤرخ في 06 مارس 2016⁷ نجد أنه ينص صراحة على الحق البيئي من خلال نص المادة 68 منه حيث تنص على " للمواطن الحق في بيئة سليمة، تعمل الدولة على الحفاظ على البيئة، ويحدد القانون واجبات الأشخاص الطبيعيين والمعنويين لحماية البيئة "⁸ ومن خلال هذا نستشف وعي المشرع الجزائري بأهمية الحق في البيئة لهذا قام بحمايته في الدستور أسى وثيقة في الدولة والدول تسعى إلى المواءمة بين سياستها الداخلية وقوانينها الوطنية وقواعد القانون الدولي بمختلف فروعه خاصة القانون الدولي البيئي والقانون الدولي الإنساني عبر تكييف قوانينها الداخلية وفقا لالتزاماتها وتصديقها على الاتفاقيات الدولية، ولا شك أن المؤتمرات الدبلوماسية تساهم بشكل جلي في تقريب وجهات النظر وفي تعزيز التعاون الدولي المثمر والصادق من خلال تطبيق ما تتفق عليه من توصيات أو مبادئ ومن الفقهاء الذين ينادون بدسترة الحق في البيئة نجد الفقيه BUNY ET BRAND ، حيث يؤكد أهمية هذا المبدأ⁹.

¹ سه نكه رداود محمد، مرجع سابق، ص ص 93-94.

² عمر سعد الله، المرجع نفسه، ص 235.

³ عمر سعد الله، مرجع سابق، ص 236.

⁴ انظر نص المادة 146 من هذه الاتفاقية .

⁵ عمر سعد الله، المرجع نفسه، ص ص 236-237.

⁶ عمر سعد الله، المرجع نفسه، ص 239.

⁷ انظر القانون رقم 16-01 المؤرخ في 6 مارس 2016 المتضمن المبادرة بتعديل الدستور الجزائري لسنة 2016، طبقا لنص المادة 176 من دستور 1996 ، بعد أخذ رأي المجلس الدستوري في 28 جانفي 2016 وكذا مصادقة البرلمان بغرفتيه في 03 فيفري 2016.

⁸ انظر نص المادة 68 من دستور 1996 المعدل والمتمم سنة 2016.

⁹ وليد محمد الشناوي، الحماية الدستورية للحقوق البيئية، دراسة مقارنة، دون طبعة، دار الفكر والقانون، مصر 2013، ص ص 11-15، نقلا عن

مريم ملعب، مرجع سابق، ص 208.

المطلب الثاني: دور التعاون الدولي في تعزيز الحماية الدولية للبيئة ومظاهره:

لا شك أن حماية البيئة و خاصة البيئة البحرية أضحت من القضايا الكبرى لكل المجتمع الدولي بكل أطرافه كما سبق و أسلفنا ومن المعلوم أن صلاحيات الدولة الساحلية قد توسعت كثيرا من خلال الصلاحيات المخولة لها طبقا للاتفاقيات الدولية ذات الصلة بحماية البيئة البحرية، ومن أمثلتها الأثار القانونية التي " انبثقت عن حادثة ارتطام سفينة شحن البترول Amoco cadiz في ساحل فرنسي بفقدانها لحمولتها المقدرة ب 22 الف طن من النفط الخام وحدث تلوثا كبيرا، والتي اعتبرت كسابقة في القانون الدولي حيث تولد عنها مبدأ خضوع السفن لمعايير السلامة البيئية التي تضعها دولة الساحل"¹

وباستطلاع رأي الفقه الدولي في هذا الشأن، نجد أنه يؤكد على أن الدولة الساحلية استمدت قوة فرض الحماية الدولية للبيئة البحرية من خلال الاتفاقيات الدولية، والتي تنشأ قواعد قانونية ملزمة تلقائيا على عاتق الدول²، ولا ننسى هنا عناية " المنظمة البحرية الدولية "بمناسبة ابرام اتفاقية بروكسل لسنة 1969 والتي تنشأ في مجال حماية البيئة البحرية³ و" تعنى بالتدخل في أعالي البحار خاصة عند التصادم البحري بين السفن البترولية حيث خولت اتخاذ تدابير قسرية ضد سفن الدول الأجنبية"⁴ وهذه الاجراءات تعتبر جديدة نوعا ما نظرا للتطور الذي وصلته قواعد القانون الدولي طبقا للمادة 102 من اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار.

الفرع الأول: مدلول التعاون الدولي في مجال الحماية الدولية للبيئة:

و يبدو جليا أن مدلول التعاون الدولي في مجال حماية البيئة بمختلف عناصرها ينصرف إلى وجوب تكاتف مجهودات كل أشخاص القانون الدولي والمنظمات الحكومية وغير الحكومية لتبادل الخبرات ومحاصرة المشكلات البيئية والتغلب عليها تحقيقا للأمن البيئي وإدارة البيئة إدارة رشيدة وحوكمتها، وذلك لشدة ارتباط العلاقة بين البيئة والجنس البشري، ولكون الحق في البيئة هو حق من حقوق الانسان كما سبق و أسلفنا فإن هذا الحق يلقي بالتزامات كبيرة جدا على عاتق الدول والمجتمع الدولي من أجل حمايته وترقيته، والأمم المتحدة باعتبارها المنظمة الدولية الأولى الراعية للسلم والأمن الدوليين في مختلف المجالات، وخاصة الأمن البيئي وكذا الأمن الإنساني تسعى جاهدة لتقريب وجهات النظر بين الدول وكذا إقامة المؤتمرات والمحافل الدولية بهدف ابرام اتفاقيات دولية ملزمة لتدعيم التعاون الدولي المثمر وإصلاح العلاقات الاقتصادية بين الدول، وكذا المحافظة على الموارد المائية والثروات الباطنية للجميع باعتبارها تراثا مشتركا للإنسانية جمعاء.

¹ جمال عبد الناصر مانع، القانون الدولي العام، الجزء الثاني-المجال الوطني للدولة(البري-البحري-الجوي)، "، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، الجزائر 2009. ص 468.

² جمال عبد الناصر مانع، المرجع نفسه، ص 470.

³ جمال عبد الناصر مانع، المرجع نفسه، ص 470-471.

⁴ جمال عبد الناصر مانع، المرجع نفسه، ص 471.

وبخصوص التراث المشترك للإنسانية نستطيع تعريفه بقولنا هو " عبارة عن مجموعة الموارد الطبيعية والشواهد الفنية التي انتقلت من الأزمنة الماضية في مجال التكنولوجيا التي يقوم عليها رفاهية الجنس البشري ويخضع استغلالها لمبدأ المساواة بين كافة الشعوب والأمم"¹ ، وعليه وجب التعاون جنباً إلى جنب من أجل محاربة الفقر وإحداث التنمية اللازمة وتنفيذ المعاهدات الدولية بحسن النية² .

وهذا ما يتجسد في إعلان ريوديغانيرو للبيئة والتنمية لسنة 1992 طبقاً للمبدأ 15 الذي ينص على " من أجل حماية البيئة على الدول أن تطبق مبدأ التدابير الوقائية على نطاق واسع وبما ينسجم مع قابليتها وعندما يوجد تهديد بوقوع ضرر خطير أو متعذر الإلغاء ، فإن نقص الإثبات العلمي لا يمكن التذرع به لتأجيل اتخاذ تدابير فعالة لمنع الإضرار بالبيئة"³ وكذا المبدأ 39 في فقرته السادسة⁴ ،

وهو ما يتضمنه بروتوكول جنيف الأول المتعلق بوجوب إلزام الأطراف المتنازعة بأساليب القتال ومدى امتداد آثاره وما ينجر عنه من أضرار بيئية خطيرة⁵ . ونجد أن الدول قد فشلت قديماً في حماية البيئة لوحدها باعتبار تشعب مواضيع البيئة المراد حمايتها ولهذا يفرض التعاون الدولي البيئي نفسه بقوة هاهنا، ولهذا فقد تكاثفت جهود الدول تباعاً واتحدت أبعادا جديدة ومن أهم المبادرات على المستوى الدولي نجد المبادرة اليابانية التي طرحت خلال الجمعية العامة للأمم المتحدة سنة 1983 بخصوص تأسيس لجنة دولية للتنمية لتحقيق الأهداف المشتركة وتحقيقها على المستوى الدولي⁶ لأن البيئة واحدة مهما تعددت الدول، ومن أهم مبادئها إدماج البيئة بالاقتصاد العالمي، والقضاء على الفقر والتوعية البيئية⁷ .

والنتيجة الحتمية لهذا التعاون هي حماية حقوق الإنسان واحترامها وتعزيزها، كما ينجر عن هذه الإدارة الدولية المشتركة وجوب الاعتراف بكل الوثائق الدولية والمعاهدات ذات الصلة احتراماً لحقوق الشعوب. وهنا يفرض دور المنظمات الدولية نفسه بقوة على التعاون الدولي في مجال الحماية البيئية لمكافحة التلوث البيئي⁸ تحت مظلة هيئة الأمم المتحدة .

والبعد الوطني له كلمته في هذا الصدد إذ تبقى الدولة حريصة على المحافظة على البيئة المحيطة بها باعتبارها صاحبة الاختصاص المحلي، لكن وبالنظر إلى محدودية إمكانياتها المادية والبشرية أضحي لزاماً عليها طلب مساعدة بقية الدول ، وهذه الجهود الدولية قديمة نوع ما ، إذ بدأت بوادرها تلوح في الأفق منذ الحربين العالميتين

¹ عمر سعد الله، مرجع سابق، ص 242.

² طالب عبد الله فهد العلواني، تنفيذ الالتزامات الدولية ومبدأ حسن النية في القانون الدولي، دار الفكر الجامعي، مصر، 2015، ص 48.

³ انظر المبدأ رقم 15 من إعلان ريو للبيئة والتنمية.

⁴ ينص المبدأ 39 فقرة 06 من إعلان ريو للبيئة والتنمية على " ينبغي أن ينظر في اتخاذ تدابير تتفق والقانون الدولي للتصدي في أوقات النزاعات المسلحة لأي تدمير واسع النطاق للبيئة لا يمكن تبريره في القانون الدولي".

⁵ جمال مهدي، النظام القانوني الدولي لحماية البيئة من الأضرار الناجمة عن الأسلحة النووية، مركز الدراسات العربية، طبعة أولى، مصر، 2014، ص ص 164-165.

⁶ صباح العشاوي، المسؤولية الدولية عن حماية البيئة، دار الخلدونية، الجزائر، الطبعة الأولى، 2010، ص 194.

⁷ عمر سعد الله، المرجع نفسه، ص 238.

⁸ صلاح الدين عامر، القانون الدولي الجديد للبحار، دراسة لأهم أحكام اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار لعام 1982، دار النهضة العربية،

مصر، 1983، ص 499.

وبمبادرة من رئيس الاتحاد السوفيتي سابقا ميخائيل غورباتشوف الذي كان أول من نادى بضرورة التصدي للتلوث البيئي¹ ، لكن الولايات المتحدة الأمريكية كثيرا ما كانت تهرب من الاتفاقيات الدولية البيئية الملزمة، ويفسر هذا بتخوفها على مصالحها الاقتصادية ومن امكانية دفعها لمبالغ ضخمة نتيجة قوتها الصناعية التي تصدر تلوثا بيئيا رهيبا وخاصة الصناعات الحربية.

ونجد أن الجمعية العامة للأمم المتحدة تؤكد على أهمية التطور التكنولوجي والعلمي لكافة البشرية ، لكنها تؤكد بالوقت نفسه على وجوب استغلال التعاون الدولي في صالح السلم والأمن الدوليين وتعزيز حقوق الإنسان وفقا لميثاق هيئة الأمم المتحدة² هذه الأخيرة التي ساهمت في انعقاد زهاء 152 اتفاقية متعلقة بالبيئة³ وعليه يمكننا القول أن ميلاد القانون الدولي البيئي تولد في خضم هيئة الأمم المتحدة أو إحدى هيئاتها المتخصصة كمنظمة الأغذية والزراعة التي تسهر على تحقيق التنوع البيئي. ويعتبر تقرير الأمم المتحدة للبيئة لسنة 1987 الموسوم بـ " المنظور البيئي حتى سنة 2000 وما بعدها" كدليل على اهتمام هذه الهيئة بالتغيرات المناخية وبالنظام الايكولوجي⁴

وهنا يمكننا الإشارة الى دور المنظمة العالمية للتجارة في ترشيد الادارة البيئية الدولية والنهوض بدول الجنوب ومساعدتها وهذا ما تضمنه نص المادة 20 من اتفاقية الجات التي تؤكد على أهمية الإعتناء بالبيئة. وما يؤكد على أهمية التعاون الدولي هو المبدأ الرابع والعشرون (24) من اعلان ستوكهولم للبيئة حيث أكد على الدول بوجود التعاون فيما بينها لحماية البيئة وقمع التلوث العابر للحدود بالتشاور والتحكيم والإبلاغ أو عبر اللجان المشتركة وغيرها من الحلول المتاحة⁵. ومنه نستنتج أن التعاون والعمل المشترك بين الدول كفيل بالقضاء على المشكلات البيئية ويجب التنبيه لكون الدول الصناعية الكبرى تقوم بدفن نفاياتها في دول العالم الثالي سواء في البحر أو في المحيطات.

الفرع الثاني: مظاهر التعاون الدولي في مجال الحماية الدولية للبيئة:

ونستشف مظاهر التعاون الدولي بخصوص حماية البيئة في عدة مؤتمرات ومعااهدات دولية ومنها:

- مؤتمر ستوكهولم 1972 الذي تمخض عنه برنامج الأمم المتحدة للبيئة PNUME ، وكذا 1985 و 1988 .
- بروتوكول مونتريال الكندية مونتريال سنة 1987 الداعي إلى خفض النواتج المدمرة لطبقة الأوزون.
- مؤتمر قمة الأرض بالبرازيل سنة 1992 وحضره أكثر من 100 رئيس دولة وقد تمخض عن هذا المؤتمر ثلاث صكوك دولية هامة تتعلق بمبادئ البيئة والتنمية المستدامة ومكافحة سخونة الأرض وكذا تبيان حقوق وواجبات الدول فيما يتعلق بالبيئة لكن مع الأسف الشديدة لم تكن تلك الصكوك ملزمة للدول رغم أهميتها⁶.

¹ عامر محمود طراف، ارهاب التلوث والنظام العالمي، دار المجد المؤسسة، الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت ، لبنان ، الطبعة الأولى 2002. ص ص 254-255.

² محمد سعيد الرملاوي، موقف الشريعة من استخدام التكنولوجيا النووية والكيميائية والبيولوجية في الأغراض السمية والعسكرية- مع بيان ما تنص عليه الاتفاقيات الدولية، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية مصر، الطبعة الأولى 2009. ص 38.

³ صباح العشاوي، مرجع سابق، ص 105.

⁴ عمر سعد الله، مرجع سابق، ص 238.

⁵ سه نكه رداود محمد، مرجع سابق، ص 127.

⁶ صباح العشاوي، مرجع سابق، ص 114.

- مؤتمر الوزراء العرب في القاهرة سنة 1989 ثم سنة 1991 بدمشق وهذا لمكافحة التلوث، وكذا مؤتمر وزراء البيئة العرب في بيروت سنة 2003 بحضور المدير التنفيذي للأمم المتحدة المكلف بشؤون البيئة وهذا لتعزيز التعاون العربي في مجال حماية البيئة¹
- اتفاقية كيوتو 1997 للحد من الانبعاث الحراري التي القى على عاتق الدول عدة التزامات وخاصة على الدول الصناعية الكبرى كالولايات المتحدة الأمريكية واليابان وفرنسا وغيرها للحد من الانبعاث الغازي والتلوث البيئي ، فيما حثت الدول الصناعية الكبرى على وجوب نقل التكنولوجيا لبلدان العالم الثالث وعدم احتكارها وتكثيف الجهود الدولية من أجل التصدي لظاهرة التغير المناخي².
- بروتوكول جنيف الأول لعام 1949 المتعلق بحماية ضحايا النزاعات المسلحة المتعلقة بالأسلحة التي تحدث تخريبا و تدميرا للبيئة وكذا اتفاقيتي سنة 1972 و 1973³.
- اتفاقية بازل الخاصة بالنفايات الخطرة لسنة 1989 وغيرها من المؤتمرات التي لم نأتي على ذكرها.

المطلب الثالث: المسؤولية الدولية عن الاخلال بنظام الحماية الدولية للبيئة :

من منطلق الوعي البيئي للعالم ونظرا لخطورة المهددات البيئية الحقيقية التي تهدد الإنسان في وجوده وفي صحته وحياته ، ونظرا لسلبات التكنولوجيا الحديثة على البيئة والإنسان والحيوان على حد سواء، وبالنظر إلى كون الحماية البيئية لا تتطلب فقط النص على مختلف الحقوق البيئية في الدساتير أو القوانين الوطنية لمختلف الدول، والواقع يشهد على ذلك، بسبب كثرة الاعتداءات على البيئة سواء بقصد أو عن غير قصد كالانفجارات أو تكديس الأسلحة الخطيرة (الضرر البيئي) ، وتلوث الماء والهواء وخاصة في دول العالم الثالث بسبب امكانياته المحدودة وتخطب الادارة الدولية البيئة فيه في عدة مشاكل تقنية وسياسية وضعف التعاون الدولي الصادق في عدة حالات بسبب تضارب مصالح الدول أو غياب الثقة المتبادل وهنا وجب إقامة نظام دولي ملزم للمسؤولية الدولية والتي نعرفها فيما يلي:

الفرع الأول: تعريف المسؤولية الدولية البيئية:

نعرف المسؤولية الدولية البيئية بالقول "هي نظام قانوني يسعى الى تحميل الدول أو أحد أشخاص المجتمع الدولي تبعات تصرفاتها نتيجة وجود خطأ أو لمخالفتها لالتزام دولي يتطلب العناية وانجر عنه ضرر بيئي وجب التعويض عنه"⁴، وعليه فقد كان لزاما إقامة نظام قانوني دولي للمسؤولية الدولية المنجزة عن الأضرار البيئية كإحدى الدعامات الأساسية للحماية الدولية للبيئة بغية تفعيلها وضمان التعويض المناسب عن الأضرار الناتجة عنها وهذا ما يسمى المسؤولية المدنية الدولية، غير أنه يوجد نوع آخر من المسؤولية ألا وهو المسؤولية الجنائية الدولية والتي بمقتضاها يعاقب كل من يرتكب جريمة دولية تمس بمصلحة الجماعة بأكملها وفقا لما جاء في ميثاق روما لعام 1998 المتعلق بالمحكمة الجنائية الدولية والتي تختص بالفصل في الجرائم الأشد خطورة وهي الجرائم ضد الإنسانية

¹ عامر طراف، مرجع سابق، ص 176.

² سه نكه رداود محمد، المرجع نفسه، ص 122 وانظر ايضا صباح العشوي، مرجع سابق، ص ص 114-115.

³ سه نكه رداود محمد، المرجع نفسه، ص 119.

⁴ أمريحيواي، قانون المسؤولية الدولية، دارهومه الجزائر 2009، ص ص 11-13.

وجرائم الحرب والعدوان والإبادة الجماعية كما يمكن أن يرتب هذا الفعل الجريمة الدولية البيئية التي نستطيع تعريفها بـ " الجريمة البيئية هي تلك الأفعال المحظورة قانونا والتي توجب المسؤولية الجنائية الدولية وفيها نجد الضرر البيئي ذو الطبيعة الخاصة وتحدث أضرارا بالبيئة"¹.

الفرع الثاني: أساس المسؤولية الدولية البيئية:

بداية وكما أسلفنا فالدولة ملزمة بالحفاظ على البيئة بكل الطرق والوسائل للحيلولة دون وجود ضرر بيئي أو التقليل منه قدر الإمكان، لكونها مسئولة عن تشريعاتها الوطنية أمام المجتمع الدولي وعلميا يقع عبء اصدار قوانين وطنية تجرم افعال الاعتداء على البيئة ومكافحة التلوث ومعالجة المشاكل المنجزة عنه² ويتجلى هذا من خلال نص المادة 192 من اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار لسنة 1982 حيث تنص على " الدول ملزمة بحماية البيئة البحرية والحفاظ عليها"³.

والمسؤولية الدولية تقوم على الأسس التالية:

أولاً: على أساس الخطأ: فالدولة ينبغي أن تتحمل نتيجة أي خطأ يقع داخل اقليمها من شأنه أن يحدث ضررا بيئيا ، وهذا على أساس مخالفتها لقواعد القانون الدولي، و" كان الفقيه كروسيوس هو المتزعم لهذه النظرية، ومثالها قضية مضيق كورفو أين ارتطمت غواصتين حربيتين تابعتين لبريطانيا في المياه الاقليمية الألبانية وقد حكمت محكمة العدل الدولية ضد البانيا بسبب عدم تنبيه بريطانيا لهذا الخطر الداهم تقصيرا منها"⁴ لكن الفقه الحديث تخلى عن هذه النظرية لعدم ملائمتها للمستجدات في التكنولوجيا ونظرا لوجود أضرار دون وجود خطأ مما يحتم التخلي عن هذه النظرية القديمة.

ثانياً: على أساس العمل غير المشروع: تم الأخذ بهذه النظرية من طرف لجنة القانون الدولي كأساس للمسؤولية الدولية بشرط أن يشكل تصرف الدولة عملا غير مشروع وأن ينسب لدولة أو شخص من أشخاص المجتمع الدولي ، " لكن مع اشتراط وجود رابطة السببية بين الفعل غير المشروع والضرر وذلك للحصول على التعويض المناسب"⁵ لكن اثبات العلاقة السببية غير ممكن دائما بسبب الضرر البيئي المتغير والمتطور مما يحتم معه تطور نظريات المسؤولية الدولية (ضرر جديد).

ثالثاً: على أساس المخاطر: يمكن أن تقوم المسؤولية الدولية على أساس نظرية المخاطر وذلك بالنظر الى التقدم العلمي والتكنولوجي الباهر وازدياد ملوثات البيئة غير التقليدية كالأسلحة والغازات الخانقة وغيرها وهذا ما ينتج عنه وجود تلوث البحار والمحيطات بالنفط وبقية المواد الملوثة⁶ ، وهنا نطبق اتفاقية بروكسل لسنة 1969 المتعلقة بالمسؤولية المدنية عن الأضرار الناجمة عن المحروقات وغيرها من الاتفاقيات ذات الصلة كاتفاقية لندن لسنة

¹ محمد المدني بوساق، الجزاءات الجنائية لحماية البيئة في الشريعة والنظم المعاصرة، دار الخلدونية، الجزائر 2004، ص 12.

² سه نكه رداود محمد، مرجع سابق، ص 181.

³ انظر نص المادة 192 من اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار لسنة 1982.

⁴ أعمار يحيى، مرجع سابق ، ص 37.

⁵ سه نكه رداود محمد، مرجع سابق، ص 188.

⁶ حميدة جميلة، النظام القانوني للضرر البيئي وآليات تعويضه، مرجع سابق، ص 60.

1976، وعليه فهناك مخاطر عدة يجب أن تسند المسؤولية الدولية على أساسها حتى لا يبقى الضحايا بدون تعويض و"جاءت هذه النظرية نظرا لصعوبة اثبات الرابطة السببية وهنا يبقى المجال مفتوحا أمام القاضي المختص لتقدير الأدلة"¹.

رابعا: على أساس مبدأ الملوث الدافع:

فنظرا لتعدد المسؤولية الدولية عن الأضرار البيئية فيتفق فقهاء القانون الدولي أنه يجب اعتماد نظرية المسؤولية الموضوعية المطلقة لأنها الأنسب، ولكنها غير كافية لمعالجة مشكلة تنوع الأضرار البيئة وعليه يجب الاستناد إلى مبدأ الملوث الدافع الذي يمثل مبدأ قانوني واقتصادي للمحافظة على حقوق الأجيال القادمة في البيئة النظيفة، وقد كان المشرع الفرنسي أول من طبق هذا المبدأ عبر قانون حماية البيئة لسنة 1995² ويقضي هذا المبدأ بوجود تحمل المتسبب في التلوث المسؤولية القانونية عن تصرفاته والتي أحدث أضرارا بيئية سواء كانت مباشرة أو غير مباشرة، وقد تم اللجوء إلى هذا المبدأ بسبب قصور قواعد المسؤولية الكلاسيكية³ ونستطيع التذكير هنا بالمادة الثانية من اتفاقية المسؤولية عن الأضرار التي تسببها الاجسام الفضائية لسنة 1972 حيث تقضي بـ " أن تسأل دولة الإطلاق مسؤولية مطلقة عن دفع التعويض عن الضرر الذي تسببه الاجسام الفضائية على سطح الأرض أو الطائرة في حالة الطيران"⁴.

الخاتمة :

- بعد ما تقدم نصل إلى خاتمة الدراسة لنؤكد على أهمية التعاون الدولي لحماية البيئة من التلوث وقمع الجرائم البيئية ، لكن هذه الحماية تحتاج إلى تعزيز من خلال دسترة الحق البيئي وقد وتوصلنا للنتائج التالية:
- الحق في البيئة هو حق من حقوق الإنسان غير القابلة للتنازل.
 - الطبيعة الخاصة جدا للضرر البيئي، وهذا ما جعل من فرص تطبيق القواعد التقليدية للمسؤولية الدولية غير مناسبة، وعليه فقد التوجه لأسس أخرى من أهمها المسؤولية المطلقة و الملوث الدافع.
 - صعوبة إثبات الخطأ وصعوبة اثبات العلاقة السببية بين الضرر والفعل غير المشروع و حفاظا على الأمن البيئي ومكافحة التلوث لارتباطهما الوثيق .
 - وجوب تجريم كل الأفعال التي تمس بالبيئة لتعزيز الحماية الدولية للحق في البيئة النظيفة والسليمة، لكن وبالرغم من كثرة الاتفاقيات الدولية بهذا الخصوص إلا أن الأضرار البيئية في تنوع وهذا ما عرقل التطبيق السليم للحوكمة البيئية الرشيدة .
 - صعوبة حماية البيئة من قبل الدول بمفردها مما يحتم قيام تعاون دولي مثمر و جاد في مجال البيئة.
 - قصور قواعد الحماية الدولية للحق في البيئة النظيفة ولهذا نقدم المقترحات التالية :

¹ حميدة جميلة، مرجع سابق، ص 282.

² حميدة جميلة، المرجع نفسه، ص 196.

³ حميدة جميلة، المرجع نفسه ، ص 205.

⁴ سه نكه رداود محمد، مرجع سابق، ص 188.

- ضرورة تعزيز الأمن البيئي وهذا بالاحتكام إلى قواعد الحوكمة البيئية وتعزيز التعاون الدولي الجاد .
- ضرورة التطبيق الصارم لكل القوانين البيئية دون هوادة بشقيها الجنائي والمدني .
- ضرورة التزام الدول الصناعية الكبرى بمرافقة دول العالم الثالث وتعزيز التعاون الدولي المثمر والبناء،
- إقامة منظمة دولية تعنى بالحماية الدولية للبيئة والحوكمة البيئية و تتولى مكافحة التلوث البيئي ومدها بالكوادر البشرية وضخ رؤوس أموال ضخمة فيها وتعاون جل الدول فيها ومدها بصلاحيات واسعة على المستوى الدولي لمتابعة جرائم الاعتداء على الحقوق البيئية.

قائمة المراجع والمصادر:

- القرآن الكريم.
- الدستور الجزائري لسنة 1996 المعدل والمتمم
- اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار لسنة 1982.
- معاهدة ستوكهولم لسنة 1972
- إعلان ريو للبيئة والتنمية لسنة 1992 .
- قانون حماية البيئة في اطار التنمية المستدامة رقم 03-10 المؤرخ في 19 جويلية 2003 .
- المعاجم والكتب :**
- ابن منظور ، لسان العرب، ابن منظور ، المحيط، دار لسان العرب، بلا سنة طبع.
- أسامة عبد العزيز، نحو سياسة جنائية لحماية البيئة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، الاسكندرية، 2005.
- أعمري حيوي، قانون المسؤولية الدولية، دار هومه الجزائر 2009.
- جمال عبد الناصر مانع، القانون الدولي العام، الجزء الثاني-المجال الوطني للدولة(البري-البحري-الجوي)"، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، الجزائر 2009.
- جمال مهدي، النظام القانوني الدولي لحماية البيئة من الأضرار الناجمة عن الأسلحة النووية، مركز الدراسات العربية، طبعة أولى، مصر 2014.
- حميدة جميلة، النظام القانوني للضرر البيئي وآليات تعويضه، دار الخلدونية الجزائر، 2011.
- خالد مصطفى فهي، الجوانب القانونية لحماية البيئة من التلوث في ضوء التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، مصر، الطبعة الأولى 2011.
- رائف محمد لبيب، حماية البيئة في ضوء الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية والاتفاقيات النافذة، مجلة معهد الكويت للدراسات القضائية والقانونية، العدد 15، الكويت، جوان 2008.
- سه نكه رداود محمد، التنظيم القانوني الدولي لحماية البيئة من التلوث- دراسة قانونية تحليلية، دار الكتب القانونية، مصر 2012.
- صباح العشواوي، المسؤولية الدولية عن حماية البيئة، دار الخلدونية ، الجزائر، الطبعة الأولى، 2010.

- صلاح الدين عامر، القانون الدولي الجديد للبحار، دراسة لأهم أحكام اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار لعام 1982، دار النهضة العربية، مصر 1983.
- صلاح الدين عامر، مقدمات القانون الدولي للبيئة، مجلة القانون والإقتصاد، جامعة القاهرة، 1982.
- طالب عبد الله فهد العلواني، تنفيذ الالتزامات الدولية ومبدأ حسن النية في القانون الدولي، دار الفكر الجامعي، مصر، 2015.
- طاوس فاطنة، الحق في البيئة السليمة في التشريع الدولي والوطني، مذكرة ماجستير حقوق، جامعة ورقلة 2015.
- عامر محمود طراف، ارهاب التلوث والنظام العالمي، دارالمجد المؤسسة، الجامعية، بيروت لبنان، ط 2002، 1.
- عمر سعد الله، حقوق الإنسان وحقوق الشعوب، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 2005.
- محمود صالح العادلي، موسوعة حماية البيئة، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، 2003.
- علي سعيدان، حماية البيئة من التلوث بالمواد الاشعاعية والكيميائية في القانون الجزائري، دار الخلدونية، الطبعة الاولى 2008.
- مريم ملعب، المسؤولية الجزائرية للمنشآت المصنفة عن تلويث البيئة في القانون الجزائري، مكتبة الوفاء القانونية، الاسكندرية مصر، الطبعة الأولى 2018.
- محمد خالد جمال رستم، التنظيم القانوني للبيئة في العالم، مقدمة في القوانين البيئية، الجرائم والحوادث البيئية والدراسات الخاصة بحماية البيئة والتشريعات البيئية المقارنة والمعاهدات الدولية المتعلقة بحماية البيئة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2006.
- محمد المدني بوساق، الجزاءات الجنائية لحماية البيئة في الشريعة والنظم المعاصرة، دار الخلدونية، الجزائر 2004.
- محمد سعيد الرملاوي، موقف الشريعة من استخدام التكنولوجيا النووية والكيميائية والبيولوجية في الأغراض السمية والعسكرية- مع بيان ما تنص عليه الاتفاقيات الدولية، دار الفكر الجامعي، مصر، الطبعة الأولى 2009.
- م. بودهان، حماية البيئة في النظام القانوني الجزائري، مجلة حقوق الإنسان الصادرة عن المرصد الوطني لحقوق الإنسان سابقا، العدد 6 سبتمبر 1994.
- وليد محمد الشناوي، الحماية الدستورية للحقوق البيئية، دراسة مقارنة، دون طبعة، دار الفكر والقانون، مصر 2013.

سلطات القاضي الإداري في مجال الرقابة على إبرام وتنفيذ

الصفقة العمومية في النظام القانوني الجزائري

الدكتور: شوقي يعيش تمام

أستاذ محاضر صنف "أ"

قسم الحقوق - جامعة محمد خيضر بسكرة-

yaichthemem@Yahoo.com

ملخص

يعالج المقال نطاق رقابة جهاز القضاء الإداري في الجزائر وما يؤديه من دور محوري في مجال الطعون المقترنة بمادة الصفقات العمومية بهدف حماية المال العام وترشيد النفقات العامة ، فرغم حرص المنظم على إيجاد نظام متكامل يهدف من خلاله الحفاظ على المال العام من خلال ترشيد النفقات العمومية، إلا أنّ المساس بقواعد وإجراءات إبرام وتنفيذ الصفقات العمومية يبقى حتمية لا مفر منها، لذا كان من الضروري إحكام الرقابة على صحة تطبيق أحكام قانون الصفقات العمومية. ويبرز دور القاضي الإداري في هذه الحالة من خلال ما يملكه من سلطات مختلفة عبر مختلف مراحل إبرام الصفقة العمومية، وكذا تنفيذها ، والتي تتفوت ضيقا واتساعا بحسب نوع الاجراء أو القرار المطعون فيه

. الكلمات المفتاحية: سلطات ، القاضي الإداري ، الصفقة العمومية ، الإبرام ، التنفيذ، القرارات القابلة للانفصال، الاستعجال ما قبل التعاقد

Abstract

The article Treat the limits of the control administrative justice in Algeria and practiced by the major powers in the field of public procurement disputes in order to protect public funds and the rationalization of public expenditures, although the regulatory legislator wishing to provide a system balanced to maintain public funds through the rationalization of public spending, but prejudice the rules and procedures the conclusion and execution of public contracts remains an inevitable result, it was therefore necessary to ensure the control of the validity of the application provisions of the law of public markets. The role of the administrative judge in this case shows through what belongs to different authorities through the various stages of the conclusion of the public procurement agreement, as well as its implementation, which vary in terms of enlargement, according to the procedure or the type of administrative decision challenged.



مقدمة.

تحتاج كل دولة لغرض إنعاش المشاريع التنموية سواء الوطنية والمحلية الى آلية الصفقة العمومية التي يعول عليها لترشيد المال العام في إطار تسوية النفقات العمومية ، ولأجل تحقيق الغرض الأخير يضع المشرع في الحسبان عند صياغة الاطار القانوني الناظم لكيفية ابرام الصفقة وتنفيذها ، الأوضاع الاقتصادية القائمة والمحتملة في الدولة ، وذلك من أجل هدفٍ أسمى وهو النهوض بالاقتصاد الوطني مع تجنب الخسائر.

وإنطلاقاً من القاعدة الأساسية والتي مفادها أنّ الصفقات العمومية التي تبرهما الإدارات العمومية في الدولة هي الوسيلة المباشرة التي تستعمل الأموال العامة لتحقيق المشاريع وإنجازها حسبما رُسم لها وفق المخططات الاقتصادية في الدولة وعلى نهج قانون المالية المبرمج لكل سنة، وفي إطار رسم خارطة النفقات العامة كان لزاماً أن تحاط الصفقات العمومية بمختلف أوجه الرقابة ، وهو الأمر الذي يتجلى من خلال وسائل الرقابة الإدارية، الداخلية منها والخارجية ، والتي أقرها المنظم من خلال المراسيم الرئاسية المؤطرة لمجال الصفقات العمومية في الجزائر وأخرها المرسوم الرئاسي رقم 15 - 247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015¹ حيث نصّ هذا الأخير على هذا النوع من الرقابة من المادة من 156 إلى غاية المادة 202،

إلا أنّه ورغم التفصيل في قواعد وأحكام الرقابة الإدارية إلا أنها تبقى أقل فعالية مقارنة بآلية الرقابة القضائية، لذلك كان من الضروري تدخل جهاز القضاء في هذه الحالة ، بما يضمن السهر على حسن تطبيق قانون الصفقات العمومية بما يملكه من خصائص الحيادية والاستقلالية .

إنّ التسليم بمبدأ الرقابة القضائية في مادة الصفقات العمومية في الجزائر ينبع كأصل عام لجهة القضاء الإداري الذي يُعدُّ صاحب الاختصاص الأصيل للنظر في منازعات الصفقات العمومية. مع الإشارة هذا الاطار أن تدخل القاضي الاداري كجهة رقابة صارمة على الصفقة العمومية في الجزائر مرده الأهمية الكبيرة التي تربط موضوع الصفقات العمومية بالمال العام كما أسلفنا والتي تفرض بمقتضى ذلك أكثر طرق الرقابة نجاعةً وفعالية ، ناهيك على وجود الادارة كطرف يستأثر بامتيازات السلطة العامة.

وبالنظر إلى أنّ الصفقات العمومية أصبحت المجال الحيوي الذي تتحرك وتنتقل فيه الأموال العامة من الخزينة العمومية إلى المواطن عن طريق إنجاز مختلف المشاريع، فإن ذلك ينجر عنه حتما الكثير من الاشكاليات والمنازعات التي يحركها أحد طرفي العلاقة التعاقدية (المصلحة المتعاقدة، المتعامل مع الجهة الادارية) ، أين تبرز المصلحة المتعاقدة بصفتها صاحبة سلطة وسيادة في مواجهة المتعامل المتعاقد ، وذلك بما يمنحها المشرع والمنظم من امتيازات تجعلها بالضرورة في مركز أعلى من مركز المتعامل معها ، ومؤشر ذلك يتمثل في سلطة إصدار القرارات

¹ - المرسوم الرئاسي رقم 15/247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015 والمتضمن قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية عدد 50 لسنة 2015.

الإدارية المرتبطة بمادة الصفقات العمومية والتي تختلف حتما بحسب توقيت إصدارها ومضمونها من بين المراحل المكونة للصفقة العمومية سواء في مرحلة الإبرام أو التنفيذ.

ولغرض الإلمام بجوانب هذا الموضوع يكون من الضروري علينا أن نتساءل:

- ما هو نطاق وأثر السلطات الممنوحة للقاضي الإداري في مجال الرقابة على عملية إبرام وتنفيذ الصفقة العمومية؟

في سبيل الإجابة عن هذه الأسئلة سوف نعتمد على منهج تحليل المضمون من جهة، إلى جانب أسلوب المقارنة مع الوضع في النظام الفرنسي، وقد تم تقسيم الورقة البحثية إلى ثلاث محاور رئيسية.

المحور الأول: حدود رقابة إلغاء القرارات الإدارية المنفصلة

إنَّ الصفقة العمومية بوصفها عمل إداري تعاقدي بين المصلحة المتعاقدة والمتعامل الاقتصادي، يجعلها من هذه الزاوية في منأى عن رقابة قضاء الإلغاء نظرا لارتباط هذا الأخير بالفصل في دعاوى إلغاء الأعمال الإدارية الانفرادية والمتمثلة في القرارات الإدارية. ومع ذلك فإنَّ مجلس الدولة الفرنسي ابتكر منذ عقود طويلة نظرية القرارات الإدارية المنفصلة والتي تسمح للقاضي الإداري بفحص مشروعية القرارات الإدارية التي تصدرها الإدارة قبل وأثناء وبعد إبرام الصفقات العمومية.

وتعد نظرية القرارات الإدارية المنفصلة من بين النظريات التي سادت في فرنسا خلال القرن التاسع عشر، ومفادها أنَّ جميع القرارات التي تساهم في تكوين الصفقة تحتفظ بذاتيها المستقلة حتى لحظة إبرام الصفقة، فإذا تمَّ هذا الإبرام فإنَّ هذه القرارات تفقد استقلاليتها وتذوب في العقد الذي تم إبرامه، وبذلك فتح المجال أمام القضاء الإداري وخاصة سلطته في إلغاء هذه الأعمال¹ وهذا معناه أن القرارات المنفصلة تتكون من مجموعة من القرارات تمهيدا أو تحضيراً لإبرام العقد الإداري من ذلك القرار الإداري المتعلق بالمناقصة أو المزايدة فهو قرار إداري يمر بعدة مراحل أولها قرار الاعلان عن المناقصة ثم بعد ذلك فحص العطاءات وصولاً إلى إبرام العقد النهائي، وفي جميع هذه المراحل تقوم الإدارة بإصدار قرارات إدارية تمهيدا لإبرام العقد²

إنَّ إعمال نظرية القرارات القابلة للانفصال في المراحل السابقة على إبرام الصفقة على مستوى العمل القضائي في الجزائر في مجال الصفقات العمومية، ومثلما يذهب إليه جانب من الباحثين يُعزز الوقاية من الجرائم المرتكبة عند إبرام وتنفيذ الصفقات العمومية، حيثُ أنَّ إلغاء القرارات القابلة للانفصال عن الصفقة والتي اتخذت بطريقة

¹ - أنظر: محمد سمير محمد جمعة، (مدى قبول الطعن بالإلغاء في القرارات القابلة للانفصال في النظامين الفرنسي والمصري)، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، العدد التاسع والأربعون، - كلية الحقوق / جامعة المنصورة -، مصر، 2011، ص 195 وما يليها.

² - رشا عبد الرزاق، (الطعن بالإلغاء في القرارات الإدارية المنفصلة عن العقد الإداري)، مجلة الحقوق، الجامعة المستنصرية، العراق، المجلد: 4 الاصدار 13، 14، 2011، ص 194.

غير مشروعة أي مخالفة للقوانين والتنظيمات الجاري العمل بها من شأنه أن يحول دون استمرار عملية إبرام صفقة مخالفة للقانون ، كما يوقف تلقائياً إكمال أركان الجريمة في الحالات التي تكون فيها المخالفات تكتسي طابعاً جزائياً¹، ولو أن هذا الأمر لا يمكن بحسبنا التسليم به في جميع الأوضاع خاصة في حالة ما إذا كان هذا الإلغاء للقرار الباطل متأخراً بحيث يصعب أو يستحيل معه وقف أو تدارك الأفعال المادية المجرمة التي تمس بالنظام المالي لإبرام الصفقات العمومية بشكل مباشر، كما هو الحال في منح إمتيازات غير مبررة في الصفقة للمتعامل يتوج بإصدار قرار المنح المؤقت للصفقة.

ولا يتوقف إعمال نظرية القرارات القابلة للانفصال عند مرحلة التحضير لإبرام الصفقة، بل يتعداه حتى أثناء وحتى بعد إبرام الصفقة العمومية أين تصدر المصالح المتعاقدة مجموعة من القرارات ، وعلى العموم يمكن تحديد دائرة تلك الطعون وفقاً ما يلي:²

- الطعن بالإلغاء ضد قرار الحرمان من دخول الصفقة العمومية: تلجأ المصلحة المتعاقدة إلى إصدار قرار بحرمان شخص ما من صفقة عمومية، وذلك بالاستناد إلى نصوص قانونية، إذا ما ثبت غشه وتماطله في تعاقداته السابقة، وعلى هذا الأساس فإن قرار الحرمان من الصفقة هو قرار منفصل يمكن للمعني به أن يطعن به بدعوى إلغاء إذا كان الحرمان مبني على نص قانوني وأثبت هذا الشخص عدم إتمائه إلى الفئات المحددة في النص، أو أثبت إلغاء النص أو تعديله .

- الطعن بالإلغاء ضد قرار الاستبعاد: هذا القرار الذي يصدر بالموازاة مع إصدار الإدارة لقرار المنح المؤقت للصفقة والذي يرتب أثراً مباشراً في مواجهة من منحت له الصفقة بعد إعلامه بالمنح، حيث يكون قرار الاستبعاد في حق المتعهدين الآخرين نتيجة لعدم قبول عروضهم بسبب عدم مطابقتها للمواصفات أو الشروط أو المؤهلات المعلنة في الصفقة، أو لدواعي المصلحة العامة، وكلا القرارين هما قراران إداريان منفصلان عن الصفقة يمكن الطعن بهما في الإلغاء إذا ما تجاوزت الإدارة القوانين والأنظمة المعمول بها في مجال الصفقات العمومية، ولقد استقر قضاء مجلس الدولة الفرنسي على ذلك، خصوصاً لما يحمله قرار الاستبعاد من أثر قانوني متمثل في منع الشخص من التعاقد مع الإدارة، الأمر الذي يخول من له صفة في ذلك برفع دعوى إلغاء.

- الطعن في قرار إلغاء الصفقة العمومية: قد تلجأ الإدارة إلى إصدار قرار بإلغاء الصفقة العمومية بعد أن تكون قد قطعت أشواطاً كثيرة فيها، وذلك إما وفقاً لمقتضيات المصلحة العامة³، أو في حالة إعلان عدم الجدوى⁴ وعلى العموم

¹-أنظر: حمزة خضري ، آليات حماية المال العام في إطار الصفقات العمومية، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه علوم في الحقوق تخصص قانون عام، جامعة الجزائر1، 2014/2015، ص272.

²-أنظر: نادية تياب ، سلسلة محاضرات في مادة قانون الصفقات العمومية، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة عبد الرحمن ميرة، الجزائر، 2014 / 2015، ص54 وما يليها.

³-أنظر: المادة 73 من قانون الصفقات العمومية، مصدر سابق، ص21.

⁴- أنظر: المادة 52 من المصدر نفسه، ص15.

فإن الإدارة قد تتخذ قرار إلغاء الصفقة بعيداً عن الأسباب التي بينها المشرع في قانون الصفقات العمومية، لذلك اعتبر قضاء مجلس الدولة الفرنسي قرار إلغاء الصفقة قراراً إدارياً منفصلاً قابل للطعن فيه بالإلغاء.

- الطعن في القرارات المنفصلة في مرحلة تنفيذ الصفقة: تُصدر المصلحة المتعاقدة خلال مرحلة تنفيذ الصفقة جملة من القرارات، هذه الأخيرة التي ظل مجلس الدولة الفرنسي إلى مرحلة متأخرة لا يعتبرها قرارات إدارية منفصلة يمكن الطعن فيها بدعوى تجاوز السلطة، ويعيد ذلك لوجود دعوى موازية وهي دعوى القضاء الكامل، إلا أنه ما لبث إلا وان تراجع عن هذا التوجه وقبل الطعون بالإلغاء في القرارات القابلة للانفصال والصادرة في مرحلة تنفيذ العقد¹

ومن بين القرارات المنفصلة والتي تصدرها المصلحة المتعاقدة خلال مرحلة التنفيذ هو قرار الفسخ بإرادتها المنفردة المنصوص عليه في المادة 149 من قانون الصفقات العمومية، وكذلك القرارات المتعلقة بالعقوبات المالية التي أقرتها المادة 147 من قانون الصفقات العمومية سواء تعلقت هذه القرارات بتسليط العقوبة أو الإعفاء منها، وكذلك القرارات المتعلقة بكفالة حسن التنفيذ التي يُقدمها المتعامل المتعاقد، والشاهد في هذا المقام أن هذه القرارات كلها هي قرارات إدارية منفصلة عن الصفقة العمومية يمكن الطعن فيها بالإلغاء أمام القاضي الإداري الجزائري².

ومن المفيد التنويه وفقاً لما تقدم بيانه أن أعمال نظرية القرارات المنفصلة يقل في مرحلة تنفيذ الصفقة العمومية، كما يقل تبعاً له عدد حالات الطعون بالإلغاء مقارنة بمرحلة الإبرام، والسبب في ذلك أن القضاء يطبق في مرحلة التنفيذ المنهج التركيبي القائم على وحدة العملية العقدية، ويدخلها برمتها في المجال الطبيعي لاختصاص قاضي العقود، وقد ذهبت محكمة القضاء الإداري في هذا الصدد إلى أن "القرارات اللاحقة لإبرام العقد تكون مستندة إلى السلطة العقدية، ويراعى في هذه القرارات جميعاً أنها تصدر أثناء تنفيذ العقد، وهي وحدها التي تدخل في منطقة النزاع العقدي، ولا يرد عليها طلب الإلغاء"³

ومهما يكمن من أمر فإن إمكانية الطعن بالإلغاء في القرارات الإدارية المنفصلة عن الصفقة العمومية سواء قبل أو أثناء أو بعد مرحلة الإبرام، تشكل آلية قانونية ضرورية للرقابة على المال العام والسعي نحو ترشيد الإنفاق العام في مجال الصفقات العمومية، ولكن تحت رقابة القاضي الإداري إذا كانت غير مشروعة وتوافر شروط

¹ وكانت باكورة أحكامه في هذا الموضوع، الحكم الصادر في 24 أبريل 1964، أنظر في حيثيات ومحتوى هذا الحكم: حمزة خضري، مرجع سابق، ص 279.

² نشر في هذا الإطار أن الجهة القضائية الإدارية المختصة بالنظر في الطعون المتصلة بالقرارات الإدارية المنفصلة تختلف بحسب طبيعة الجهة الإدارية الطرف في المنازعة وفقاً لقواعد الاختصاص النوعي، فإذا تعلق الأمر بالجهة الإدارية ذات الاختصاص الإقليمي أو المحلي فالاختصاص ينعقد للمحكمة الإدارية المختصة محلياً، أما بالنسبة للقرارات المنفصلة الصادرة عن السلطات المركزية فالاختصاص ينعقد في هذه الحالة إلى مجلس الدولة كقاضي أول وآخر درجة وفقاً لقواعد اختصاصه: أنظر في هذا الأخير المادة 9 من القانون العضوي 98/01 المتعلق باختصاصات مجلس الدولة وتنظيمه وعمله المعدل والمتمم بموجب المادة 2 من القانون العضوي 13/11 المؤرخ في 26/07/2011، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، عدد 48، بتاريخ 2011/8/3، ص 8.

³ لمزيد من التفاصيل حول مبررات ذلك راجع: بوغازي وهيب، تطور الطعن بالإلغاء في العقود الإدارية، مذكرة ماجستير، فرع قانون عام، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة سطيف، 2010/2009، ص ص 46، 47.

الدعوى الشكلية والموضوعية. وتمسك مجلس الدولة الفرنسي أنّ إلغاء أحد القرارات الإدارية المنفصلة يُشكل سبباً في إلغاء الصفقة حتى لو لم يتمسك به أطرافها أو الغير¹، وهذا في الوقت الذي نسجل فيه عدم تدخل مجلس الدولة الجزائري من خلال عمله القضائي لتحديد موقفه من هذه المسألة.

المحور الثاني: حدود رقابة القضاء الإداري الاستعجالي (الاستعجال ما قبل التعاقد)

تدخل المشرع الجزائري بموجب قانون الإجراءات المدنية والإدارية² عن طريق إعطاء الاختصاص لقضاء الاستعجال في إطار الرقابة على الصفقة العمومية، هذا الاختصاص الذي يعتبر واحد من أهم مستجدات قانون الإجراءات المدنية والإدارية في مادة الصفقات العمومية، وذلك للمكانة التي تحتلها عملية إبرام العقود والصفقات العمومية ضمن نشاطات الإدارة ودورها في الاقتصاد الوطني والحفاظ على المال العام وترشيد إنفاقه وتلبية الاحتياجات العامة، الأمر الذي جعل تنظيم الاستعجال فيها أمراً لا مناص منه، ولعل السبب في ذلك يعود إلى رغبة المشرع في إيجاد آلية سريعة لمواجهة الأوضاع المستعجلة في مجال العقود والصفقات العمومية، خاصة وأنّ دعوى الإلغاء تُعرف بإجراءاتها الكثيرة والتي تستغرق وقتاً طويلاً.

وفي ظل عدم وجود تعريف تشريعي للاستعجال يمكن أن نعرفه من جانبنا بالقول أنه " إجراء مختصر واستثنائي يسمح للقاضي باتخاذ أمر وقتي في المسألة المتنازع عليها التي لا تحتل التأخير بحيث لا يمس هذا الأمر بأصل الحق في انتظار الفصل النهائي فيه من جانب قاضي الموضوع"
غير أن ما يهمنا في هذا الصدد هو التركيز على عنصر الاستعجال المقترن بالصفقة العمومية في المرحلة السابقة على التعاقد، وما يترتب عنه وفقاً لما يأتي:

أ. مدلول الاستعجال ما قبل التعاقد:

نص المشرع الجزائري على الاستعجال في مجال الصفقات العمومية بموجب المادتين 946 و 947 من الفصل الخامس "الاستعجال في مادة إبرام العقود والصفقات" من الباب الثالث "في الاستعجال" من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، إنّ هذا الإجراء الذي اصطلح عليه بالاستعجال ما قبل التعاقد يعتبر من أهم المسائل التي نظمها المشرع الجزائري في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وإن كانت هذه الخطوة متأخرة مقارنة بنظيره الفرنسي الذي كرّس هذه الوسيلة منذ سنة 1992 بموجب القانون رقم 92 - 10 الصادر بتاريخ 04 جانفي 1992 والقانون رقم 93-1416 الصادر بتاريخ 29 ديسمبر 1993³

¹ أكد مجلس الدولة الفرنسي ذلك في حكمه الصادر في أول مارس من سنة 1954 في قضية Société d'énergie industrielle، أنظر: نادية تياب، مرجع سابق، ص 67.

² القانون رقم 08 / 09 المؤرخ في 25 فبراير 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، عدد 21 لسنة 2008.

³ محمد فقير، مداخلة بعنوان: "رقابة القضاء الإداري الاستعجالي على الصفقات العمومية قبل إبرامها في التشريع الجزائري والتشريع المقارن - آلية وقائية لحماية المال العام -، الملتقى الوطني السادس حول: دور قانون الصفقات العمومية في حماية المال العام، جامعة د. يحي فارس بالمدينة، 20 ماي 2013، ص 2.

هذا وكان للمشرع الفرنسي نظرة مغايرة عن المشرع الأوروبي على عمومه في تبني الاستعجال ما قبل التعاقد، تتمثل في الفراغ التشريعي المتعلق بوجود دعوى تصحيحية وقائية سابقة على إبرام العقد، ذلك لأنّ دعوى الإلغاء ظهرت لفترة طويلة من الزمن بلا فاعلية، وذلك لأنّ القاضي غالباً ما يبت فيها بعد توقيع العقد، وأحياناً بعد تنفيذه، وبالتالي عدم فاعليتها في إيجاد حماية قانونية للمال العام ما دام العقد يبقى صحيحاً بإرادة أطرافه .

والجددير الإشارة هو الطابع المركب لهذا المصطلح والمكون من القضاء الاستعجالي من جهة والصفقة العمومية من جهة أخرى ، وبالجمع بين المصطلحين يمكن تعريف الاستعجال ما قبل التعاقد في الصفقات العمومية على أنّه "إجراء قضائي تحفظي وقائي مستعجل، الهدف منه حماية قواعد العلانية والمنافسة بشكل فعّال قبل إتمام إبرام الصفقة العمومية - بوجه عام - وذلك عن طريق إعطاء القاضي الإداري سلطات واسعة تختلف عن تلك الموجودة في القواعد العامة للاستعجال الإداري بهدف التصدي لأيّ إخلال بالتزامات العلنية والمنافسة"¹، ذلك أن الإخلال أو غياب العلانية والمنافسة ينعكس أثره على سرية التعاقد والذي بدوره لا يتيح الفرصة لمن يرغب في التعاقد لكي يتنافس مع غيره ، وبهذا تؤول قيمة الأشياء والمنافع الى النقصان بدلا من الزيادة ، كما قد يقع التعامل في المشاريع الحكومية بمبالغ خيالية لا تتناسب مع تكلفتها الحقيقية² .

ب. سلطات قاضي الاستعجال في مجال الصفقات العمومية

منح المشرع للمحكمة الإدارية في إطار سلطة الاستعجال مجموعة من الصلاحيات، وذلك بعد إخطارها بعريضة من طرف كل من كان له مصلحة في إبرام الصفقة وقد تضررت نتيجة الإخلال بالتزامات الأشهر أو المنافسة ، كما أنّ هذا الحق ممنوح كذلك لممثل الدولة على مستوى الولاية إذا كان العقد أبرم أو سيرم من طرف الجماعات الإقليمية أو مؤسسة عمومية محلية³ ، وعموماً تتمثل هذه الصلاحيات فيما يلي:

- أن تأمر المتسبب في الإخلال بقواعد الأشهر والمنافسة التي تخضع لها عمليات إبرام الصفقات العمومية، بالامتثال لالتزاماته، محددةً له الأجل الذي وجب عليه فيه الامتثال.

- وبالاستناد إلى الأمر السابق، نتيجة لعدم امتثال الطرف المخل بالتزامات الشفافية أو المنافسة خلال الأجل الذي حدده قاضي الاستعجال، فإنّ المشرع قد أقرّ للمحكمة الإدارية الحكم بغرامة تهديدية⁴ تسري من تاريخ انقضاء

¹ - أنظر: سلوى بومقورة ، مداخلة بعنوان: "رقابة القضاء الاستعجالي قبل التعاقد في مجال الصفقات العمومية في التشريع الجزائري"، الملتقى الوطني السادس حول: دور قانون الصفقات العمومية في حماية المال العام، جامعة د. يحي فارس بالمدينة، 20 ماي 2013، ص: 5، 6.

² - أنظر: تافرونت عبد الكريم ، (القواعد المنظمة لمبادئ الصفقات العمومية في التشريع الجزائري)، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، جامعة خنشلة، العدد 5، جانفي 2016، ص: 116.

³ - أنظر: المادة 946/1، 2، قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مصدر سابق، ص: 86.

⁴ - يُقصد بالغرامة التهديدية "تهديد مالي هدفه الضغط على الطرف الممتنع أو المماطل في تنفيذ التزامه بأداء مبلغ مالي عن كل فترة زمنية في تأخير تنفيذ الالتزام، وهو ما يمكن أن يحمله على الالتزام بقواعد العلنية والمنافسة" ، راجع في هذا الخصوص : محمد فقير، مرجع سابق، ص: 15،

الأجل المحدد في الأمر السابق ، وما ينبغي الإشارة إليه بأن هذه السلطة جوازية للمحكمة إذا ما انقضى الأجل أن تحكم بها أولاً ، وقد فصل المشرع في أحكامها الأخرى في المواد 480 و 486 من قانون الإجراءات المدنية والادارية.

- أن تأمر - بمجرد إخطارها - بتأجيل إمضاء العقد إلى نهاية الإجراءات ولمدة لا تتجاوز عشرين (20) يوماً، وما يُستنتج من هذه المادة بأن رفع الدعوى بعد إبرام العقد يُصبح هذا الأمر دون جدوى.

وما ينبغي التنويه إليه أنه إذا كانت الإدارة هي المخلة بالتزامات العلنية والمنافسة فإن سلطة القاضي في توجيه أوامرها لا يعد خرقاً لمبدأ الفصل بين السلطات ، وذلك لأن القاضي لا يأمر الإدارة بأمر منشئ بل يأمرها بما أمرها به القانون أي لا يعدو عن كونها سلطة كاشفة لما أمر به القانون.

ثالثاً: حدود رقابة القضاء الكامل

من المتعارف عليه في واقع العمل القضائي والدراسات الفقهية أن القضاء الإداري يتمتع بولاية القضاء الكامل ، حيث أنه صاحب الاختصاص أصيل والشامل في منازعات العقود الإدارية ومنها الصفقات العمومية ، وهو اختصاص مطلق يهدف إلى تصفية كافة العلاقات والحقوق والالتزامات التي نشأت عنها، وهو بذلك اختصاص أصيل لكل هذه الأعمال وما يتفرع عنها وما يرتبط بها من قرارات إدارية ، ولا يخرج عن سلطة القضاء الكامل في هذه الحالة إلا القرارات التي سبق وأن تم الإشارة إليها على أنها قرارات قابلة للانفصال عن العمل التعاقدية (الصفقة العمومية).

إنّ الوضع الغالب في منازعات الصفقات العمومية هو الإخلال ببند من بنود الصفقة ، أو وجود خطأ يرتكبه أحد المتعاقدين نتيجة أعماله المادية، أو نتيجة لقيام عارض ما كالقوة القاهرة، أو أحد الظروف الطارئة، وعلى العموم فإنّ هذه الأسباب التي تبني عليها الطعون تكون سبباً لانعقاد الاختصاص الواسع (الكامل) للقضاء الإداري ، وما يهمنا في هذا المجال هي الدعاوى المرفوعة من طرف المتعاقد مع الإدارة والمرتبطة ارتباطاً وثيقاً بالمال العام، وهذه الدعاوى تتمثل بوجه عام في:

أ. دعوى إعادة التوازن المالي للصفقة .

ما من شك أنّ التزامات المتعامل مع الإدارة قابلة للزيادة والنقصان، لذلك تعين خضوع الحقوق المقابلة لها بدورها للزيادة والنقصان ، وفي مجال الصفقات العمومية قد تطرأ بعد إبرام عقد الصفقة وأثناء تنفيذه ظروف وأوضاع خاصة يكون من شأنها التأثير في اقتصاديات العقد على نحو يخل مع التوازن المالي للعقد الإداري ، ولذلك قد يلجأ أحد الأطراف إلى رفع دعوى قضائية أمام القضاء الإداري يطالب فيها بإعادة التوازن المالي للصفقة العمومية ، ومن أجل ذلك ظهر في أحضان القضاء والفقه الإداريين عدة نظريات تعالج الظروف غير المتوقعة التي قد ينتج عنها إخلال في التوازن العقدي، وهي :

1- نظرية فعل الأمير؛ يراد بعمل الأمير جميع الإجراءات المشروعة التي تتخذها السلطة الإدارية المتعاقدة، ويكون من شأنها زيادة الأعباء المالية للمتعاقد معها ، وقد يتخذ فعل الأمير أو كما يسمى بالمخاطر الادارية شكل قرار فردي خاص

، كالقرار الذي يصدر عن السلطة التي أبرمت العقد بتعديل شروط التعاقد أو تعديل نظام المرفق أو الأسعار ، كما قد يصدر فعل الأمير في شكل قرارات تنظيمية عامة كما في حالة رفع أجور العمالة¹

2- نظرية الظروف الطارئة: لقد أسس قواعد هذه النظرية حكم مجلس الدولة الفرنسي الشهير الصادر في 1916 في قضية Bordeaux الفرنسية أين قرر بموجبها أنه اذا طرأت ظروف لم تكن في علم الطرفين وقت التعاقد وترتب عليها زيادة في أعباء الشخص المتعاقد بما يؤدي الى اخلال التوازن المادي للعقد اخلالا جسيما ، فإن للشخص أن يطلب من الادارة ولو بصورة مؤقتة، المساهمة في الخسائر التي ستلحق به من جراء تنفيذ العقد بحالته المتفق عليها².

والجدير بالاشارة أن نظرية الظروف الطارئة تعطي للقاضي الإداري سلطة تقدير مدى الإرهاق الذي يحيط بتنفيذ الالتزام، وليس الذي يجعله مستحيلاً، فهنا القاضي هو الذي يميز بين الحادث الطارئ الذي يجعل الالتزام مرهقاً فحسب، وبين القوة القاهرة التي تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً، والمهم في هذا المجال أن يكون تنفيذ الالتزام يهدد المدين بخسارة فادحة، حيث أن الخسارة المألوفة لا تكفي³

3- نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة ؛ والتي تقوم أساساً على مجموعة من الصعوبات المادية التي تكون لها خصائص استثنائية من شأنها أن تجعل من تنفيذ العقد مرهقاً، أين يجوز حينها للمتعاقد رفع دعوى قضائية يطالب من خلالها بتعويض كامل عما سببته هذه الصعوبات بما من شأنه أن يعيد التوازن المالي للصفقة العمومية⁴، ومن بين تلك الصعوبات نذكر: تغير قيمة الأسعار والعملات، ظهور أزمة اقتصادية، التضخم

ب. دعوى رقابة مشروعية وملائمة توقيع الجزاءات المالية والإدارية

تتمتع الادارة بسلطة توقيع جزاءات مالية على المتعاقد معها اذا قصر في تنفيذ التزاماته العقدية ، ويستوي في ذلك أن يكون قد امتنع عن تنفيذ التزاماته بعضها أو كلها أو تأخر في تنفيذها ، حيث أن سلطة الادارة في توقيع الجزاءات المالية لا تهدف في الأساس الى الردع وتقويم الاعوجاج بقدر ما تهدف الى تحقيق التنفيذ للالتزام الضروري لسير المرفق، وعموما تشمل هذه الجزاءات المالية : الغرامات، التعويضات ، مصادرة الضمان⁵.

¹ - بحري اسماعيل، الضمانات في مجال الصفقات العمومية، مذكرة ماجستير في الحقوق ، فرع قانون الدولة والمؤسسات العمومية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2009/2008، ص ص 71، 72.

² - لمزيد من التفاصيل بخصوص هذه القضية راجع: محمد أبو بكر عبد المقصود، إعادة التوازن المالي للعقد الإداري في ظل الأزمة المالية العالمية، "نظرية الظروف الطارئة"، المؤتمر العلمي السنوي الثالث عشر لكلية الحقوق جامعة المنصورة الموسوم بـ الجوانب القانونية والاقتصادية للأزمة المالية العالمية في الفترة من 1 الى 3 أبريل 2009، كلية الحقوق ، جامعة المنصورة، ص 12.

³ - أنظر: حمزة خضري، مرجع سابق، ص 314.

⁴ - أنظر: حورية بن أحمد، دور القاضي الإداري في حل المنازعات المتعلقة بالصفقات العمومية، مذكرة ماجستير تخصص القانون العام، جامعة أبو بكر بلقايد – تلمسان، 2011/2010، ص 113.

⁵ - عبد الرحمان عباس أدعين، (الغرامات التأخيرية في العقود الادارية)، مجلة جامعة بابل ، العلوم الانسانية، العراق المجلد 22 ، العدد 3 ، 2014، ص 555.

وإلى جانب الجزاءات المالية فإنّ هناك نوع آخر من الجزاءات والمتمثل في الجزاءات الفاسخة؛ وهو الجزاء الذي تضع فيه الإدارة حداً للصفقة بفسخها وفق الأوضاع والإجراءات التي نصّ عليها القانون. إلى جانب العقوبات الضاغطة، والتي تسعى من خلالها المصالح المتعاقدة إلى إنهاء الصفقة.

ولقد أكّد القضاء الإداري على الدعوى المنصبة على القرارات المتضمنة توقيع الجزاءات المالية والادارية في العديد من المناسبات، ومن بينها القرار الصادر عن مجلس الدولة الجزائري بتاريخ 08 مارس 1999 في النزاع القائم بين السيد ((ب.ت)) ضد رئيس المندوبية التنفيذية لبلدية سكيكدة، حيثُ ان هذا الأخير قد أصدر في حق السيد ((ب.ت)) غرامة مالية في شكل عقوبة تأخير تقدر بعشرة في المئة (10%) من قيمة الصفقة، بسبب تأخر المتعاقد في إنجاز الأشغال خلال الأجل القانونية، حيثُ ألزم مجلس الدولة المتعامل المتعاقد بدفع غرامة التأخير.

ونظراً لخطورة اجراء توقيع الجزاءات، فإنّ القاضي الإداري يفرض رقابته على السلطة التي تمارسها الإدارة في مواجهة المتعاملين المتعاقدين معها، وهذه الرقابة تكون من جهة رقابة مشروعية، أي مشروعية القرار الصادر عن الإدارة، ومن جهة رقابة ملائمة، أي مدى تناسب هذه العقوبة مع الخطأ المنسوب للمتعاقد، فضلاً على الرقابة التي تمارس على الإجراءات؛ وفيها يراقب القاضي الإداري مدى إلزام الإدارة بالإجراءات التي نصّ عليها القانون كإعذار المتعامل المتعاقد وفق الإجراءات والأجل الواردة في القوانين والتنظيمات المعمول بها¹.

ج. دعوى إبطال وفسخ الصفقات العمومية.

تعتبر الصفقات العمومية من أهم أشكال العقود الإدارية، وعلى شاكلة العقود المعروفة في القانون الخاص فإنها تستوجب توافر أركان العقد والمتمثلة أساساً في ركن الرضا، المحل والسبب إضافة إلى شروط صحة سلامة العقد. وإلى جانب ذلك فإنّ الإدارة تخضع في عقودها للشروط الموضوعية والإجرائية التي نصّ عليها المشرع، فإذا ما تخلف أحد هذه الأركان أو ورد عيب يؤثر في سلامة العقد جاز للمتعاقد مع الإدارة مطالبة القاضي الإداري الحكم ببطالان الصفقة. ومن جهة أخرى أجاز للمتعاقد المتعاقد أثناء مرحلة التنفيذ طلب فسخ الرابطة التعاقدية سواء على أساس القوة القاهرة، او على أساس الإخلال في الإلتزامات، أو تجاوز الحدود القانونية في سلطة الإدارة في التعديل²

ولعل من أبرز وأكثر الأسباب المشار إليها وأكثرها شيوعاً في الواقع العملي والتي تؤدي الى فسخ الصفقة من جانب المتعامل المتعاقد فكرة القوة القاهرة، ما يفيد بدهاء أن القاضي الإداري لا يمكن أن يفسخ العقد الإداري تحت طائلة نظرية الظروف الطارئة، ومرد ذلك أن هذه الأخيرة لا تؤدي بذاتها إلى استحالة التنفيذ بل تجعل تنفيذ الإلتزام مرهقا لا غير، وذلك بخلاف القوة القاهرة التي تعد سببا لتحلل المتعاقد مع الإدارة من الإلتزامات، وينصرف مدلول القوة القاهرة في هذه الحالة الى كل حادث خارجي يستقل عن ارادة كل من المتعاقدين، ويكون من شأنه أن

¹ - أنظر: حمزة خضري، مرجع سابق، ص 319 وما يليها.

² - أنظر: حورية بن أحمد، مرجع سابق، ص 69 وما يليها.

يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا فيؤدي الى اعفاء المتعامل مع الادارة من التزاماته التعاقدية ويجعل له الحق في طلب فسخ العقد ، ويحرم الادارة في المقابل من سلطتها في توقيع الجزاءات لعدم التنفيذ ، مع الاشارة انه لا تنتج القوة القاهرة آثارها إلا أثناء قيامها ، فاذا انتهت عادت التزامات المتعاقد الى الظهور مرة أخرى¹

خاتمة

نخلص من خلال الدراسة الى القول أن المشرع الجزائري وأسوة بالتشريعات المقارنة خاصة الفرنسي حاول رسم حدود تدخل القاضي الإداري في مجال الرقابة على الصفقة العمومية بما يضمن صحة وسلامة تطبيق أحكام قانون الصفقات من جهة ، ومهما يكن من أمر يمكن تقرير جملة من النتائج على النحو التالي:

- ✓ يمارس القاضي الإداري في الجزائر ولو من الناحية النظرية ، وعلى شاكلة نظيره الفرنسي رقابته بصفته قضاء الغاء بالنسبة للقرارات المنفصلة عن الصفقة العمومية ، وهي آلية تسمح له بفحص مدى مشروعية الاجراءات التي تسلكها الادارة في مرحلتي الابرام والتنفيذ، فيكون له سلطة الغائها اذا تبين له عدم مشروعيتها، وهذا الامر يعكس في الحقيقة خصوصية العقد المتضمن للصفقة العمومية والذي يمكن وصفه بالعمل المركب ، فرغم أن مبناه عمل تعاقدي ، إلا أنه يشمل سلسلة من الاجراءات المتضمنة في شكل قرارات تسهم في تكوين الصفقة العمومية.
- ✓ يتدخل القاضي الإداري الاستعجالي بصفته حامي للحقوق بصورة مؤقتة لا تمس أصل الحق في مادة الصفقات العمومية وتحديدًا في المرحلة التي تسبق التعاقد تحت طائلة ما يعرف بالاستعجال ما قبل التعاقد في حالة الاخلال بشروط الاشهار والمنافسة ، وهو الاصطلاح الذي استحدثه المشرع الجزائري لأول مرة من خلال قانون الاجراءات المدنية والادارية 09/08 ، مانحا للقاضي الاستعجالي سلطة اصدار أوامر وقتية للامتنال لالتزامات المنافسة والاشهار، وقد توسع في ذلك ليصل حتى إلى سلطة فرض غرامة تبيديية.
- ✓ تتسع سلطة القاضي الإداري في اطار الرقابة على عملية تنفيذ الصفقة العمومية بوصفه قضاء شامل لتصل الى حد مراجعة النظام المالي للصفقة العمومية من خلال ضبط التوازن المالي كلما طرأت ظروف وأوضاع غير متوقعة ، وقد كان للقضاء الإداري الفرنسي في هذا الصدد قصب السبق في ابراز هذه السلطة ، بل ان سلطته قد تتسع لتتطال حتى الرقابة على الجزاءات المالية والادارية التي تملكها الادارة في مواجهة المتعامل المتعاقد معها ، وأقصى ما يملكه القاضي في الأخير سلطة فسخ الصفقة اذا توافرت مبررات

¹ - سحر جبار يعقوب، (فسخ العقد الإداري لاستحالة التنفيذ)، مجلة مركز دراسات الكوفة، جامعة الكوفة، المجلد 1، العدد السابع، 2008، ص

التربية البيئية كآلية لتحقيق التنمية المستدامة دراسة تحليلية لمناهج التعليم الابتدائي في الجزائر

أ. زهية عجاز

جامعة باتنة 1

oumhayder@gmail.com

د. صليحة رحالي

جامعة باتنة

saliharahali@yahoo.com

الملخص:

سعت الكثير من الدول ومازالت تسعى من خلال جهود مكثفة إلى كيفية معالجة المشاكل البيئية، وذلك بوضع برامج لمكافحة التلوث البيئي وصون الطبيعة؛ فتطلب منها ذلك تكاليف مادية وبشرية، وفي المقابل أغفلت توعية الأفراد بطبيعة العلاقة بين الإنسان والبيئة. ومن بين أهداف هذه الدراسة الوقوف على مدى تحقق العلاقة بين مفهوم التربية البيئية والتنمية المستدامة، والتأكيد على مدى مساهمة التربية البيئية في تحقيق المسار البيئي الصحيح، وبغرض تحقيق هذه الأهداف تم التركيز على مناهج التعليم الابتدائي لكتب التربية المدنية للسنوات الخمس، باعتبار أن النشء هو المستقبل وكلما كانت المناهج ذات قيمة تربوية وسلوكية كلما أثرت على ما تحمله الأجيال من قيم وسلوكيات ايجابية تجاه بيئتها ومحيطها ومن بين النتائج النظرية التي تم التوصل إليها أن مفهوم التربية البيئية هو محصلة التعامل بين ما يحمله الفرد من قيم واتجاهات والبيئة المحيطة به، حيث يؤثر فيها ويتأثر بها، أما تطبيقيا فتم التوصل إلى أن مناهج التعليم الابتدائي (لكتب التربية المدنية للسنوات الخمس) في الجزائر لم تولى اهتماما كافيا لمفهوم التربية البيئية وعناصرها والسلوكيات المرتبطة بها.

الكلمات المفتاحية: البيئة؛ التربية البيئية؛ التنمية المستدامة؛ مناهج التعليم الابتدائي.

Résumé:

De nombreux pays ont cherché et cherchent toujours, en fournissant des efforts intensifs, à résoudre les problèmes de l'environnement. En établissant des programmes pour lutte contre la pollution et la protection de la nature, ce qui a nécessité des coûts matériels et humains. En revanche, la sensibilisation de la nature de la relation entre l'homme et l'environnement a été ignoré. L'un des objectifs de cette étude est de déterminer dans quelle mesure la relation entre le concept d'éducation environnementale et le développement durable est atteinte. Et pour souligner la contribution de l'éducation environnementale à la réalisation de la bonne piste environnementale. Et à fin de réaliser ces buts, l'accent a été mis sur les programmes d'enseignement primaire pour les livres d'éducation civique des cinq années, en considérant que les jeunes sont l'avenir. Plus les programmes ont des valeurs éducatifs et comportementaux, plus ils affectent les générations sur les valeurs et les comportements positifs envers l'environnement. Parmi les résultats théoriques obtenu est que le concept de l'éducation environnementale est le résultat de ce que a l'individu de valeurs et

l'environnement qui l'entoure, où il l'affecte et est affecté par lui. En ce qui concerne la pratique, il a été constaté que les programmes de l'enseignement primaire (livres d'éducation civique pour les cinq années) en algérie ne donnent pas l'importance nécessaire au concept de l'éducation environnementale et ses composants et les comportements liés à elle. Mots clés: environnement, éducation environnementale, développement durable, programmes d'enseignement primaire.

المقدمة:

في خضم التفاعل مع مطلب الاندماج في التنمية المستدامة وتبني المبادرات لترقية ممارسات المجتمعات لتحقيق أهداف هذا المطلب، تتزايد الانتقادات الموجهة للمؤسسات لدفعها لتحمل مسؤوليتها في هذا الجانب من جهة وتتناقل هذه المسؤولية على أفراد المجتمع من جهة أخرى، بصفتهم محور التنمية والعنصر الفعال الذي يدفع بها للأمام لتحقيق أبعادها الثلاث الاقتصادية والاجتماعية والبيئية.

فتفاعل الأفراد وتجاوبهم لتفعيل التوجه نحو التنمية المستدامة يعد حجر الأساس في ضمان مستقبل الأجيال القادمة. ويعد البعد البيئي النقطة السوداء التي لا زالت تثير الكثير من الجدل والنقاشات على المستوى المؤسسي والمجتمعي، فالفرد غالبا ما ينظر إلى هذا الأمر على أنه مسؤولية الدولة ومؤسساتها وبرامجها، في حين يمثل الفرد نفسه ونظرتة للبيئة وعلاقاته المتداخلة بها حجر الزاوية في تحقيق تنمية مستدامة من خلال تشبعه بالتربية البيئية وتوجيه سلوكاته نحو هذا المنهج من أجل خلق مسار بيئي صحيح يعزز وعيه ببيئته ويحقق استدامة التنمية.

وتعد المؤسسات التربوية حجر الزاوية في ترسيخ قيم التربية البيئية في الأفراد منذ الصغر وتغيير سلوكياتهم نحو المسار الصحيح، من خلال المناهج التعليمية التي تقررها على مدار السنوات الدراسية. وتفعيلا لخلق نشئ يعي حجم المشكلات البيئية ويساهم في حماية البيئة تطرح أهمية تجاوب المناهج الدراسية مع هذا المنحى نفسها بقوة. ومن خلال هذا الطرح يجدر بنا طرح التساؤلات التالية:

- 1- كيف تتحدد الاتجاهات السلوكية للفرد في المجتمع؟
- 2- كيف تتم تنمية علاقة الفرد ببيئته في ظل التنمية المستدامة؟
- 3- كيف تساهم التربية البيئية في تغيير سلوكيات الفرد نحو مسار بيئي صحيح؟
- 4- ما مدى تجاوب مناهج التعليم الابتدائي (كتب التربية المدنية) في الجزائر مع مفهوم التربية البيئية؟
وللإجابة على هذه التساؤلات تم تقسيم الدراسة كما يلي:

أولا- الاتجاهات السلوكية لدى الفرد في المجتمع.

ثانيا- العلاقات المتداخلة بين الفرد والبيئة في ظل التنمية المستدامة.

ثالثا- التربية البيئية كمنهج لتغيير السلوكيات نحو مسار بيئي صحيح

رابعا- عرض تحليلي لمناهج التعليم الابتدائي (كتب التربية المدنية للسنوات الخمس) في الجزائر

أهداف الدراسة: تهدف هذه الدراسة بمحاورها المختلفة إلى:

- تسليط الضوء على مفهوم "التربية البيئية".
 - الوقوف على مدى تحقق العلاقة بين مفهوم التربية البيئية والتنمية المستدامة.
 - تأكيد مدى مساهمة التربية البيئية في تحقيق المسار البيئي الصحيح.
 - التعرف على مدى تجاوب مناهج التعليم الابتدائي في الجزائر مع مفهوم التربية البيئية.
- أهمية الدراسة:** تكتسي هذه الدراسة أهمية من حيث كونها تصب في الإثراء المعرفي للجوانب التالية:

- أهمية تدعيم المسؤولية البيئية للفرد من خلال تبني منهج التربية البيئية؛
- توضيح العلاقات المتداخلة بين الفرد وبيئته يمثل استجابة واجبة لخلق سلوكيات ايجابية تدعم مفهوم التنمية المستدامة؛
- أهمية تجاوب مناهج التعليم مع أهداف التربية البيئية وغرس سلوكيات ايجابية لدى الأجيال؛
- قلة الدراسات العربية التي تناولت هذا الموضوع في مقابل الدراسات الأجنبية التي نالت فيه التربية البيئية حظا أوفر في المناقشات والتحليل، مما يمنح هذه الدراسة أهمية المساهمة في إثراء المكتبة العربية بالمعارف والمعلومات المرتبطة بأبعاد هذا الموضوع.

منهج الدراسة:

اعتمدت هذه الدراسة على المنهج التحليلي القائم على البحث المكتبي وفحص وتحليل الأدبيات المتوفرة في مجال " علم الاجتماع " و"علم البيئة" و" المناهج التربوية". ولأجل الوصول إلى النتائج المرغوب فيها تم التطرق لأربعة محاور ضمن إطار نظري تحليلي ممنهج من خلال إزالة اللبس وفك الاشتباك الفكري عن كل جوانب مفهوم " التربية البيئية"، وتوضيح علاقته بالتنمية المستدامة وكذا تحليل محتوى مناهج التعليم الابتدائي (كتب التربية المدنية للسنوات الخمس)، وعرض البيانات الإحصائية ووصفها باستخدام الجداول وطريقة التوزيعات التكرارية المعمول بها في تنظيم البيانات لتسهيل قراءتها وتحليلها.

أولا: الاتجاهات السلوكية لدى الفرد في المجتمع

1- تعريف السلوك :

يعرف السلوك خاصة عند المختصين في علم النفس بأنه: " ذلك النشاط الذي يصدر من الكائن الحي كنتيجة لعلاقته بظروف بيئة معينة، ومحاولاته المتكررة للتعديل والتغيير في هذه الظروف، حتى يتناسب مع مقتضيات حياته، وحتى يتحقق له البقاء ولجنسه الاستمرار"¹.

¹ محمد عماد الدين إسماعيل، المنهج العلمي وتفسير السلوك، ط4، الكويت، 1989، دار القلم، ص 162.

وهناك محاولات كثيرة لوصف السلوك، حيث قسم البعض السلوك إلى: السلوك الفطري وهو الذي لا يحتاج إلى تعلم (الرضاعة، الصراخ، البكاء)، والسلوك المكتسب وهو السلوك الذي يتعلمه الفرد نتيجة تفاعله مع البيئة المحيطة به مثل القراءة والكتابة واللغات والمهارات المختلفة التي يتعلمها الفرد، ويتأثر السلوك بالقيم والعقائد والاتجاهات. وتتحمل الظروف والعوامل البيئية المحيطة بالإنسان المسؤولية في تهيئة وتعديل وتطوير السلوك الفطري، بحيث يكون مقبولا من المجتمع المحيط، فالإنسان يولد ولديه دوافعه الفطرية في بداية حياته، وتؤثر مرحلة النشأة الاجتماعية والأسرية ومرحلة التعليم بأشكاله وأنواعه المختلفة الرسمية وغير الرسمية في سلوكه.¹

ونجد القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة وكل مصادر التشريع الأخرى تحتوي كل منهما على ضوابط للسلوك التي من شأنها أن توجه جميع جوانب الحياة دون تفريط لأي صغيرة أو كبيرة، وقد تكون صريحة أو ضمنية، تدرك بنوع من التأمل، "فالدين يؤدي دوره الأخلاقي والتهدبي أكثر من أية قوة ضبطية أخرى، فهو يؤثر في استقامة السلوك وتعميق العلاقات الإنسانية وتنمية الجماعات والمجتمعات أكثر من القانون الوضعي".²

2- العوامل المحددة للسلوك البشري:

إن السلوك البشري هو محصلة التعامل بين ما يحمله الفرد من قيم واتجاهات والبيئة المحيطة به، حيث يؤثر فيها ويتأثر بها، وكما يذكر البعض أن السلوك البشري هو محصلة التفاعل بين الوراثة والبيئة، والمقصود بالوراثة هنا تلك العناصر أو المحددات التي يتلقها الفرد في شخصيته وكيانه العضوي من الوالدين والمجتمع الذي يحيط به في نشأته، أما البيئة فهي مجموعة المؤثرات التي تؤثر على الفرد منذ وجوده في رحم الأم وحتى مماته، والتي يكون مصدرها أيضا الوسط الذي يعيش فيه، أو الذي تصدر استجابته للمؤثرات الواقعة عليه من خلاله. وبالتالي فالعوامل المحددة للسلوك البشري تتمثل في³

- السن: لا شك أن استجابات الفرد سوف تختلف لنفس المؤثر طبقا للمرحلة العمرية منذ الطفولة حتى الكهولة، ويمكن أن نلاحظ ذلك في أنفسنا وفي الآخرين، فالطفل يستخدم الصراخ والبكاء للحصول على حاجاته، والشاب يستخدم قوته وانفعاله الشديد، أما في مراحل العمر المتقدم فيستخدم الرجل خبرته وعاطفته. وهذا لا ينفي أيضا أن الفرد يمكن أن يغير من استجابته في مرحلة زمنية قصيرة جدا طبقا للموقف .

- الجنس: لا شك أن اختلاف الجنس ذو تأثير واضح على السلوك البشري نتيجة للتكوين الجسماني والدور الاجتماعي، ولا شك أن ذلك يرتبط بالبيئة والمجتمع لحد كبير، فثقافة المجتمع هي التي تحدد السلوك المناسب للمرأة في المواقف المختلفة، والذي نجده دائما يختلف من مجتمع إلى آخر.

¹ محمد عبد الغنى حسن، مهارات إدارة السلوك الإنساني متطلبات التحديث المستمر للسلوك، ط2، مصر، 2004، مركز تطوير الأداء، ص9.

² إحسان محمد حسن، علم الاجتماع الديني، عمان، 2005، داروائل للنشر، ص 107.

³ عبد الغنى حسن، مرجع سابق، ص ص 56-57.

- المجتمع: الوسط الاجتماعي الذي يعيش فيه الإنسان بمفهومه المادي والمعنوي ذو تأثير كبير على سلوكيات الأفراد، حيث يتحدد سلوك وعلاقات الآباء والأبناء والأقارب والجيران والمتزوج والأعزب، فكل فرد يحاول أن يلعب دوره في المجتمع طبقا لما يرسمه هذا المجتمع من ملامح لهذا الدور، وكل فرد يتقمص أدورا متعددة في حياته اليومية، وبذلك يتأثر سلوكه بالأدوار التي يلعبها والموقف الذي يتعامل معه.

- العوامل البيئية المحيطة بالفرد: لا شك أن العالم يتكون من بيئات مختلفة تكونت بفعل العوامل الطبيعية والحضارات، وأصبحت هذه البيئات تؤثر في الإنسان ويتأثر أيضا هو بها، ويمكن أن نلاحظ هذا الاختلاف في السلوك في الشخص الذي ينشأ في بيئة ريفية، ويحاول أن يتأقلم مع السلوكيات المطلوبة للعيش في البيئة الحضرية، حيث تختلف العادات والتقاليد والتي تؤثر على مظاهر السلوك المطلوبة في الأنشطة الحياتية المطلوبة من حيث المأكل والملبس والعلاقات والأداء وهكذا.

- الخصائص الشخصية: تتأثر شخصية الإنسان بفعل البيئة المحيطة منذ الصغر، وقبل أن يولد وهو جنين في بطن أمه، وخلال مراحل نموه المختلفة وحتى تتكون ملامح شخصيته، وتؤثر هذه الشخصية على سلوك الإنسان من خلال استجاباتها في تفاعلها مع العوامل البيئية، حيث تختلف استجابة الإنسان السلبي عن الإيجابي، والجريء عن الخجول، والشجاع عن الجبان.

ومن أجل تعديل السلوك غير المرغوب فيه لابد من أسس يُستند إليها ومن أهمها:¹

- السلوك البشري يتأثر بثقافة الفرد، ومعتقداته، وخبراته ومفهومه عن ذاته، وبطرق تفسيره للمثيرات، والفرد يتأثر بدوره بدرجة ذلك السلوك وبعدد مرات حدوثه وبمدى تقبل أو رفض من حوله لهذا السلوك؛

- أن السلوك البشري سلوك متعلم، بمعنى أن ما لدى الفرد من سلوكيات هي حصيلة لما تعلمه من الخبرة والتجربة مع محيطه الاجتماعي؛

- إمكانية تعميم السلوكيات المرغوب فيها حيث أن الفرد قد يعمم استجابات مرغوب فيها إزاء مواقف مرغوب فيها؛

- أن السلوك البشري قابل للزيادة والنقصان ويمكن زيادته عن طريق تقديم المعززات المختلفة إذا كان ذلك السلوك مرغوب فيه؛

أن السلوك البشري سلوك ملاحظ يمكن قياسه أي يمكن مراقبته وفهم مسيباته .

وبناء على هذه الأسس يمكن القول بأن السلوك قابل للتغيير، والعمل على تحسينه يستلزم وجود ضوابط ثابتة تغرس في الفرد تدريجيا حتى يصبح نافعا لنفسه ولغيره، والتربية البيئية تعتبر أداة يمكن من خلالها ترسيخ

¹ محمد الصيرفي، السلوك، 2007، دار الوفاء لدنيا الطباعة والنشر، ص ص 107- 109.

الثقافة والوعي البيئي لدى الأجيال وهي كفيلا بذلك إذا ما حرصت مؤسسات التربية تضمينها في مناهجها التعليمية والالتزام بها.

ثانيا: العلاقات المتداخلة بين الفرد والبيئة في ظل التنمية المستدامة

على مر الزمن أفرط الإنسان في استغلال البيئة وأضر بها لاعتقاده أنه يمكن استبدال العلاقات الطبيعية المعقدة الموجودة بين العوامل البيئية بعوامل اصطناعية بسيطة فعارض القوانين المنظمة للطبيعة، وبعلمه وتكنولوجياه صنع المعجزات وحقق الرخاء والرفاهية لكن في المقابل يواجه اليوم مضاعفات هذا الرخاء والمتمثلة في: التلوث، الاحتباس الحراري، تغير المناخ... فأضر بالبيئة وأفسد نوعية الحياة¹ ومن هنا لا يمكن تجاهل تلك العلاقة التي تربط بين الفرد وبيئته ومدى تأثيرها على التنمية بشكل عام والتنمية المستدامة بشكل خاص، فلقد خضعت هذه العلاقة على مر الزمن لتطورات هامة ميزها تفاعل الفرد بسلوكياته التي كانت أكثرها سلبية، مما جعل العلماء يدقون ناقوس الخطر ويوجهون اهتمامهم لوضع آليات تغير من هذه السلوكيات وتنجي تلك العلاقة بشكلها الإيجابي لترسيخ وعي بيئي يخدم استدامة التنمية. وفي هذا الإطار لخص العلماء علاقة الفرد بالبيئة في مراحل يمكن عرضها في الجدول التالي:

الجدول رقم 1: مراحل علاقة الفرد بالبيئة

المرحلة	نوع العلاقة
مرحلة الصفر	ظهر الإنسان الأول وظهرت معه النباتات والحيوانات وكانت علاقة اكتشاف.
المرحلة الأولى	تكيف مع البيئة، في البداية لم يؤثر الإنسان في التوازن البيئي، ثم بدأ تدريجيا يؤثر على البيئة بشكل بسيط جدا.
المرحلة الثانية	المرحلة الزراعية ميزتها حياة استقرار وتأثير سلبي بسيط على الوسط البيئي لكن يفوق المرحلة الأولى (زراعة، حرق غابات، الرعي).
المرحلة الثالثة	الثورة الصناعية الأولى وظهور الحرف والمصانع، والتقدم التقني مما أدى إلى ظهور مشاكل بيئية.
المرحلة الرابعة	الثورة الصناعية الثانية والتوسع في استخدام مصادر الطاقة وتفاقم المشكلات البيئية، مما أدى إلى المناداة بضرورة حماية البيئة.

المصدر: سامح الغرابية، يحي الفرخان، المدخل إلى العلوم البيئية، عمان، 2011، دار الشروق، ص ص 23-28.

¹ خالد مصطفى قاسم، إدارة البيئة والتنمية المستدامة في ظل العولمة المعاصرة، الإسكندرية، 2007، الدار الجامعية، ص ص 35-36.

يجب الإشارة إلى أن مفهوم التنمية المستدامة نشأ في بداية الأمر بفكرة التنمية البيئية في إطار استراتيجيات الاعتماد على الذات،¹ وظهر في المرحلة الرابعة عندما أصبح الإنسان يهدد نوعية الحياة مما جعل العالم ينادي بضرورة إعادة إصلاح الخلل في التوازن البيئي وبناء وعي بيئي لدى مكونات المجتمع أفراد ومؤسسات تفعيلاً لتنمية مستدامة تضمن تلبية احتياجات الجيل الحالي ولا تحرم حقوق الأجيال في المستقبل من حقهم في حياة ذات نوعية وبيئة صحية.²

ولقد شكل الفضاء البيئي محورا خاصا لمؤتمرات دولية عدة نذكر منها: مؤتمر ريو 1992، ومؤتمر جوهانسبورغ 2002، عشر سنوات بعد مؤتمر ريو، وربطت أدبيات هذين المؤتمرين بين التنمية المستدامة وحماية البيئة، واتسعت مروحة مؤشرات التنمية المستدامة لتشمل المسائل المتصلة بالبيئة، والحفاظ عليها، بترشيد استعمال الموارد الطبيعية، ووضع البرامج الخاصة بتنمية البيئة الطبيعية مثل: التشجير، استصلاح الأراضي، وتكرير المياه، ومكافحة التلوث، والبحث عن زراعات بديلة وعن مبيدات غير مضرّة بالبيئة والبحث عن بدائل للطاقة الملوثة.³

فالتنمية المستدامة في تعريف المبدأ الثالث في تقرير مؤتمر الأمم المتحدة للبيئة والتنمية المنعقد في البرازيل سنة 1992 هي " ضرورة إنجاز الحق في التنمية، بحيث تتحقق على نحو متساوي الحاجات التنموية والبيئية لأجيال الحاضر والمستقبل".⁴ فهي في بعبدها البيئي تركز لعلاقة ايجابية بين الفرد وبيئته، تلك العلاقة التي تحترم وتضمن حاجات وحق الأجيال القادمة. وهذا التعريف يثير الاهتمام بنوع جديد من العدالة والمساواة قلما أخذ في الاعتبار من قبل وهو مبدأ المساواة بين الأجيال وهذا النوع من المساواة يجب أن يحتل مكانة لدى الأفراد والمجتمعات.⁵

لقد بات من المؤكد أن كل جهد يبذل وكل مال ينفق في مواجهة مشكلات التلوث البيئي[♦] يضيع هباء منثورا ما لم يهتم الأفراد بالحفاظ على البيئة وصونها كما أنه من المؤكد أن التطبيقات التقنية في حد ذاتها لا تؤثر في البيئة إلا من خلال الانسان الذي يوجه التقنية إلى خير أو إلى ضرر البيئة، ويتعاطم الدور البشري بزيادة كثافة السكان، ولا

¹ عبد العزيز قاسم محارب، التنمية المستدامة في ظل تحديات الواقع من منظور إسلامي، الإسكندرية، 2011، دار الجامعة الجديدة، ص.15.

² سامح الغرابية وبيي الفرخان، المدخل إلى العلوم البيئية، عمان، 2011، دار الشروق، ص.28.

³ ابتسام الكتبي وآخرون، النوع الاجتماعي وأبعاد تمكين المرأة في الوطن العربي، تحرير رويدا المعايطه، القاهرة، 2010، صادر عن منظمة المرأة العربية، ص.191.

⁴ ف.دوجلاس موسشيت، مبادئ التنمية المستدامة، ترجمة بهاء شاهين، القاهرة، 2000، الدار الدولية للاستثمارات الثقافية، ص.11.

⁵ وثيقة الأنشطة البيئية والسكانية والصحية (نحو تحقيق تنمية مستدامة)، مصر، 2016 / 2017، من إعداد الادارة العامة للتربية البيئية والسكانية والصحية، قطاع التعليم العام الإدارة المركزية، ص.6.

[♦] لم تسلم طبقة الأوزون البعيدة عن سطح الأرض من افساد الإنسان لها، وقد بدأ الإنسان ينتبه إلى مخاطر تناقص الأوزون منذ عام 1975 حيث أثار تقارير الأقمار الصناعية إلى وجود ثغرة في طبقة الأوزون متمركزة فوق القطب الجنوبي، وأمكن قياس اتساعها بالطائرات في عام 1978، وقدرت مساحتها بما يعادل مساحة الولايات المتحدة الأمريكية وأن تناقص الأوزون فيها بنسبة 40-50%، وقد لوحظ زيادة اتساع الثغرة سنة بعد سنة حتى أصبحت قريبة من جنوب الأرجنتين وأستراليا ونيوزيلندا، ومن الأسباب التي تحدث نضوب غاز الأوزون في طبقات الجو ما يلي العوالت الرذاذ الطيران النفاث، صواريخ الفضاء. للمزيد أنظر:

راتب سعود، الإنسان والبيئة، عمان، 2004، دار الجامد للنشر والتوزيع، ص.73.

سيما حول الموارد الطبيعية المحدودة، ولا سبيل إلى انجاح برامج مكافحة التلوث البيئي وصون الطبيعة في غياب توعية ومشاركة الأفراد بيد أن الفرد لن يكون ايجابيا في أداء ما هو منوط به ما لم يكن واعيا بطبيعة العلاقة بين الإنسان والبيئة، وبين مكونات النظم البيئية وارتباط بعضها بالآخر.¹

ثالثا: التربية البيئية كمنهج لتغيير السلوكات نحو مسارب بيئي صحيح

في الكثير من الأحيان يتخلى الفرد عن أصول التربية الحقة ويمارس بلا وعي وضمير سلوكات أقل ما يقال عنها أنها سلبية ومضرة، بل أنها تصبح مع مرور الزمن متكررة في حياته اليومية وينقلها عن طريق الوراثة لأبنائه، فيكفي أن نشير هنا إلى التصرفات السلبية المعتادة التي يقوم بها من (رمي الفضلات في أي مكان وفي غير أوقاتها، الضوضاء المقصودة، التوسع العمراني على حساب الأراضي الزراعية، الاستغلال المفرط للثروات المتوفرة، استخدام الأسمدة الكيماوية بكثرة، الرعي الجائر، قطع وإحراق الغابات...إلخ).

وبالرغم من وجود ترسانة من القوانين التي تنهي على مثل هذه التصرفات إلا أن الإشكالية مرتبطة بتربية الفرد ونشأته، وهنا يبرز بالفعل أهمية وجود منهج يقوم هذه السلوكات ويوجهها نحو إطارها الإيجابي بما يحفظ مصلحة الفرد والمجتمع ويحمي البيئة بمكوناتها. ولا يمكن تحقيق ذلك ما لم يقتنع الفرد ويتشبع بمبادئ التربية البيئية.

ولقد عرفت التربية البيئية في ندوة بلغراد سنة 1975 بأنها " النمط من التربية الذي يهدف إلى تكوين جيل واع مهتم بالبيئة وبالمشكلات المرتبطة بها، ولديه من المعارف والقدرات العقلية والشعور بالتزام، مما يتيح له أن يمارس فرديا وجماعيا حل المشكلات القائمة وأن يحول بينها وبين العودة إلى الظهور".² كما عرفها برنامج الأمم المتحدة لشؤون البيئة على أنها "العملية التي تهدف إلى تنمية وعي المواطنين بالبيئة ومشكلاتها وتزويدهم بالمعرفة والمهارات والاتجاهات وتحمل المسؤولية الفردية والجماعية تجاه حل المشكلات المعاصرة".³ وكذلك عرفت المنظمة العربية للتربية والثقافة والعلوم بأنها "عملية تكوين القيم والاتجاهات والمهارات والمدرجات اللازمة لفهم وتقدير العلاقات المعقدة التي تربط الإنسان وحضارته بمحيطه الحيوي الفيزيقي وتوضيح حتمية المحافظة على مصادر البيئة وضرورة حسن استغلالها لصالح الإنسان وحفاظا على حياته الكريمة ورفع مستويات معيشته".⁴ وتطرح فكرة ضرورة تحلي الفرد بالوعي البيئي نفسها بقوة في هذه التعاريف وضرورة تحليه بروح المسؤولية تجاه بيئته من جهة واقتناعه بأنه طرف في المشكلة البيئية ولا بد أن يساهم في حلها من جهة أخرى لضمان نوعية حياة.

¹ محمد صابر، الإنسان وتلوث البيئة، المملكة العربية السعودية، 2000، الإدارة العامة للتوعية العلمية والنشر، ص 66.

² نظمية أحمد سرحان، منهاج الخدمة الاجتماعية لحماية البيئة من التلوث، القاهرة، 2005، دار الفكر العربي، ص 131.

³ طارق محمد، مشاكل بيئية وأسرية، الإسكندرية، 2008، مؤسسة شباب الجامعة، ص 115.

⁴ سوسن شاكر مجيد، دور المؤسسات التربوية والإعلامية في تنمية التربية البيئية، الحوار المتمدن-العدد: 3694، 2012/04/10، متاح على الموقع: <http://www.ahewar.org/debat/show.art.asp?aid=302838>

وتصب أهمية التربية البيئية في كونها منهج لتصحيح الاتجاهات السلوكية للفرد وخلق علاقة ايجابية بينه وبين بيئته وتنمية تلك العلاقة في إطار مفهوم التنمية المستدامة، فهي تحتاج لوجود برامج تطبيقية وتفاعلية تعكس الوعي بالمشكلات البيئية وايجاد مهارات ومعارف للتغلب عليها. وتصب أهداف التربية البيئية في:¹

- إزالة ومعالجة الأضرار البيئية القائمة،
- تجنب أو الإقلاع عن المشاكل والأخطار البيئية الراهنة؛
- الوقاية الاحتياطية من المشاكل البيئية المستقبلية التي قد يكون من الممكن تداركها.

كما تهدف التربية البيئية إلى ما يلي:²

- تنمية الوعي بالبيئة وحمايتها؛
 - التعرف على المشكلات البيئية القائمة والعمل على حلها؛
 - الحد من الأخطار البيئية في ضوء الجوانب الصحية؛
 - تكوين رؤية تحليلية ينتج عنها القدرة على التنبؤ بما يحدث؛
 - اجراء البحوث المتعلقة بمختلف النواحي البيئية واستخلاص النتائج وتفعيلها؛
 - اكتساب المهارات اللازمة لاتخاذ القرار في القضايا البيئية.
- ويبقى دائما الغرض الرئيسي من التربية البيئية هو تغيير سلوك الفرد السلبي من خلال مساعدته على إدراك المشكلة البيئية والبحث عن حلها، بتوظيف معارف ومهارات وبناء علاقة مستدامة بين هذه السلوكيات وهذا المنهج والاندماج والتأثير الفعلي والإيجابي في المجتمع.

رابعا: عرض تحليلي لمناهج التعليم الابتدائي (كتب التربية المدنية للسنوات الخمس) في الجزائر

بغرض تحقيق أهداف الدراسة تم التركيز على مناهج التعليم الابتدائي لكتب التربية المدنية للسنوات الخمس، باعتبار أن النشء هو المستقبل وكلما كانت المناهج ذات قيمة تربوية وسلوكية كلما أثرت على ما تحمله الأجيال من قيم وسلوكات ايجابية تجاه بيئتها ومحيطها. فمفهوم "التربية المدنية" يركز على علاقة الإنسان بمجتمعه، وبيئته، ووطنه، وأرضه، تلك البيئة التي تملي على الفرد واجبات وأحيانا ما تدمج الأخلاق كقاعدة لازمة لتحقيق الوعي بالمواطنة. ورغبة في الاطلاع على محتوى مناهج التربية المدنية للابتدائي والمخصصة للسنوات الخمس وما تحمله من مفاهيم تخدم التربية البيئية تم تخصيص ثلاث جداول للتحليل كما يلي:

- الجدول الأول: يستعرض تحليل محتوى كتب التربية المدنية للسنوات (1،2،3،4،5)؛

- الجدول الثاني: جدول التوزيع التكراري لعناصر البيئة للسنوات(1،2،3،4،5)؛

- الجدول الثالث: جدول التوزيع التكراري للسلوك البيئي المرغوب فيه للسنوات (1،2،3،4،5).

¹ عزايو اممر، لعى أحمد، " الثقافة البيئية بعد استراتيجي لحماية البيئة"، الملتقى العلمي حول سلوك المؤسسة الاقتصادية في ظل رهانات التنمية المستدامة والعدالة الاجتماعية، يومي 20 و21 نوفمبر 2012، ص4.

² وثيقة الأنشطة البيئية والسكانية والصحية (نحو تحقيق تنمية مستدامة)، من إعداد الادارة العامة للتربية البيئية والسكانية والصحية، قطاع التعليم العام الإدارة المركزية، مصر، 2016 / 2017، ص 11.

الجدول رقم 2: تحليل محتوى كتب التربية المدنية للسنوات (5.4.3.2.1)

كتاب التربية المدنية سنة أولى ابتدائي					
العنوان الرئيسي	العنوان الفرعي	عناصر البيئة	الصفة	السلوك البيئي المرغوب	الصفة
لم يتناول الكتاب الموحد للسنة الأولى في اللغة العربية والتربية الإسلامية والتربية المدنية أي نص يخص التربية البيئية.					
كتاب التربية المدنية سنة ثانية ابتدائي					
الحي والقرية 1	● الشجرة صديقة الإنسان ص 56	الشجرة الطبيعية	صريحة	● الاعتناء بالطبيعة	صرح
الحي والقرية 2	● لنحم غابتنا ص 62	● الغابة ● الأشجار ● الحيوانات	صريحة	● الحفاظ على الغابة من الحرائق. ● عملية التشجير	صريحة ضمنية
الحي والقرية 3	● الحديقة العامة ص 69	● الحديقة ● النباتات ● الأزهار ● الأشجار	صريحة	● المحافظة على الحديقة ● جمع النفايات	صريحة صريحة
البيئة والطبيعة 1	● نظافة المدرسة ص 98	● المحيط	ضمنية	● المحافظة على المحيط	ضمنية
البيئة والطبيعة 2	● الماء ثروة ص 104	● الماء ● الحيوان ● النبات	صريحة	● المحافظة على الماء	صريحة
البيئة والطبيعة 3	● نظافة المحيط ص 111	● البيئة ● التلوث ● الطبيعة	صريحة	● نظافة المحيط ● المشاركة في حملات التنظيف	صريحة صريحة
كتاب التربية المدنية سنة ثالثة ابتدائي					
ترشيد الاستهلاك	● صحي في نظافتي ص 12	● الماء	صريحة	● ترشيد استعمال الماء	صريحة
كتاب التربية المدنية سنة رابعة ابتدائي					
المحافظة على التراث الوطني والمحلي.	● المحميات الطبيعية في الجزائر ص 15	● المحميات الطبيعية ● الحيوانات ● النباتات	صريحة	● حماية المحميات الطبيعية	ضمنية

كتاب التربية المدنية سنة خامسة ابتدائي				
من مظاهر الحياة المدنية.	● الحياة في الريف ص 86	● البيئة	● صريحة	● لا يوجد
		● المحيط	● صريحة	
		● التلوث	● صريحة	

المصدر: من إعداد الباحثان بالاعتماد على: كتب التربية المدنية للتعليم الابتدائي للسنوات الخمس

الجدول رقم 3: جدول التوزيع التكراري لعناصر البيئة للسنوات (5.4.3.2.1)

الرقم	عناصر البيئة	سنة أولى	سنة ثانية	سنة ثالثة	سنة رابعة	سنة خامسة	التكرار	التكرار النسبي
1	الشجرة	0	3	0	0	0	3	0.13
2	الطبيعة	0	2	0	0	0	2	0.09
3	الغابة	0	1	0	0	0	1	0.04
4	الحيوانات	0	2	0	1	0	3	0.13
5	الحديقة	0	1	0	0	0	1	0.04
6	النباتات	0	2	0	1	0	3	0.13
7	الأزهار	0	1	0	0	0	1	0.04
8	المحيط	0	1	0	0	1	1	0.04
9	الماء	0	1	1	0	0	2	0.09
10	البيئة	0	1	0	0	1	2	0.09
11	التلوث	0	1	0	0	1	2	0.09
12	المحميات الطبيعية	0	0	0	1	0	1	0.04
	المجموع	0	16	1	3	3	22	1

المصدر: من إعداد الباحثان طبقا لمعطيات الجدول رقم 2

الجدول رقم 4: جدول التوزيع التكراري للسلوك البيئي المرغوب فيه للسنوات (5.4.3.2.1)

الرقم	السلوك البيئي المرغوب فيه	سنة أولى	سنة ثانية	سنة ثالثة	سنة رابعة	سنة خامسة	التكرار	التكرار النسبي
1	الاعتناء بالطبيعة	0	1	0	0	0	1	0.09

0.09	1	0	0	0	1	0	المحافظة على الغابة من الحرائق	2
0.09	1	0	0	0	1	0	عملية التشجير	3
0.09	1	0	0	0	1	0	المحافظة على الحديقة	4
0.09	1	0	0	0	1	0	جمع النفايات	5
0.18	2	0	0	0	2	0	المحافظة على المحيط	6
0.18	2	0	0	1	1	0	المحافظة على الماء	7
0.09	1	0	0	0	1	0	المشاركة في حملات التنظيف	8
0.09	1	0	1	0	0	0	حماية المحميات الطبيعية	9
1	11	0	1	1	9	0	المجموع	

المصدر: من إعداد الباحثان انطلاقاً من معطيات الجدول رقم 2

تحليل نتائج الدراسة والتوصيات:

1- تحليل نتائج الدراسة: يمكن تلخيص نتائج الدراسة بشقها النظري والتطبيقي فيما يلي:

أظهرت الدراسة في شقها النظري أن مفهوم التربية البيئية هو محصلة التعامل بين ما يحمله الفرد من قيم واتجاهات والبيئة المحيطة به، حيث يؤثر فيها ويتأثر بها وكلما كان الأثر إيجابياً تحققت التنمية المستدامة بمعناها الشامل والعكس صحيح.

- أن السلوك قابل للتغيير، إذا ما حرصت مؤسسات التربية تضمين مناهجها التعليمية ما يرسخ للقيم والمهارات الإيجابية تجاه البيئة.

- في الشق التطبيقي لم يتناول الكتاب الموحد للسنة الأولى في اللغة العربية والتربية الإسلامية والتربية المدنية، في جزئه المخصص لدروس التربية المدنية أي نص يخص التربية البيئية، ولقد لوحظ إدراج بعض النصوص في اللغة العربية (ص45، ص53، ص81، ص85) لعناصر البيئة كالهواء، الأشجار، الأزهار، الغابة، الحديقة، والتربية الإسلامية في ص68 لنص حول نظافة المكان.

- استئثار الكتاب الموحد للسنة الثانية في اللغة العربية والتربية الإسلامية والتربية المدنية، بأكبر عدد ممكن من عناصر البيئة مع تكرار بعضها أحيانا حيث بلغ مجموعها 16 عنصر، حيث تكررت كلمة الشجرة ثلاث مرات بشكل متفرق وفي نصوص متتالية، يلها كلمة الطبيعة والحيوانات والنباتات بمرتين، أما باقي العناصر (الغابة، الحديقة،

الأزهار، المحيط، الماء، البيئة، التلوث) فجاءت مرة واحدة في كل المنهاج كما يوضحه التوزيع التكراري في الجدول رقم 03.

- شح منهاج التربية المدنية للسنة الثالثة من عناصر وكلمات التربية البيئية، حيث لم يتناول سوى عنصر الماء كما يظهره التوزيع التكراري في الجدول رقم 03.

- تساوت العناصر في المستويين الرابع والخامس بثلاث عناصر لكل منهما كما يظهره التوزيع التكراري في الجدول 03.

- فيما يخص السلوك البيئي المرغوب فيه فلقد حصره المنهاج في كلمات هامة تنوعت ما بين (الاعتناء، المحافظة، الحماية) بشكل متكرر كما يوضحه التوزيع التكراري في الجدول رقم 04 حيث استأثرت السنة الثانية بالعدد الأكبر (09) وكلمة واحدة للسنتين الثالثة والرابعة، بينما غابت تماما الإشارة للسلوكات البيئية في المستويين الأول والخامس.

- تم تخصيص ثلاث نماذج لترجمة السلوك البيئي وهما (عملية التشجير، جمع النفايات، المشاركة في حملات التنظيف) والتي وردت كلها في منهاج السنة الثانية، وخت بقية السنوات من أي إشارة من هذا النوع.

2- التوصيات:

ومن خلال التحليل السابق يتضح لنا أن مناهج التعليم الابتدائي (لكتب التربية المدنية للسنوات الخمس) في الجزائر لم تولي اهتماما كافيا لمفهوم التربية البيئية وعناصرها والسلوكات المرتبطة بها وجاءت بشكل متكرر مما يوحي بعدم وجود طريقة منطقية في توزيع المفاهيم، ويعود ذلك لتوزيع مواضيع التربية البيئية بين بقية المواد كاللغة العربية والتربية الإسلامية والمحفوظات، مما أفقدها مكانتها كعملية هامة لها دور في تكوين القيم والاتجاهات والمهارات والمدرجات، ونطرح في هذا الصدد أهمية تخصيص نادي بيئي في كل مؤسسة تربوية وفي كافة المستويات دون ربط مفهوم التربية البيئية بكتاب معين كمنهج لتصحيح الاتجاهات السلوكية للتلاميذ وخلق علاقة ايجابية بينهم وبين بيئتهم الصغيرة (محيط المؤسسة)، للتوسع مستقبلا من خلال فكرة النوادي البيئية على مستوى كافة المراحل التعليمية الأخرى فيتحقق بذلك ما يسمى بتنمية العلاقة بين الفرد والبيئة في إطار مفهوم التنمية المستدامة.

المصادر والمراجع

- 1- إحسان محمد حسن، علم الاجتماع الديني، عمان، 2005، دار وائل للنشر.
- 2- ابتسام الكتبي وآخرون، النوع الاجتماعي وأبعاد تمكين المرأة في الوطن العربي، تحرير رويدا المعايطة، القاهرة، 2010، صادر عن منظمة المرأة العربية.
- 3- خالد مصطفى قاسم، إدارة البيئة والتنمية المستدامة في ظل العولمة المعاصرة، الإسكندرية، 2007، الدار الجامعية.
- 4- راتب سعود، الإنسان والبيئة، عمان، 2004، دار الحامد للنشر والتوزيع.

- 5- سامح الغرابية ويحي الفرحان، المدخل إلى العلوم البيئية، عمان، 2011، دار الشروق.
- 6- طارق محمد، مشاكل بيئية وأسرية، الإسكندرية، 2008، مؤسسة شباب الجامعة.
- 7- عبد العزيز قاسم محارب، التنمية المستدامة في ظل تحديات الواقع من منظور إسلامي، الإسكندرية، 2011، دار الجامعة الجديدة.
- 8- ف. دوجلاس موسشيت، مبادئ التنمية المستدامة، ترجمة بهاء شاهين، القاهرة، 2000، الدار الدولية للاستثمارات الثقافية.
- 9- محمد الصيرفي، السلوك، 2007، دار الوفاء لنديا الطباعة والنشر.
- 10- محمد عبد الغنى حسن، مهارات إدارة السلوك الإنساني متطلبات التحديث المستمر للسلوك، ط2، مصر، 2004، مركز تطوير الأداء.
- 11- محمد عماد الدين إسماعيل، المنهج العلمي وتفسير السلوك، ط4، الكويت، 1989، دار القلم.
- 12- محمد صابر، الإنسان وتلوث البيئة، المملكة العربية السعودية، 2000، الإدارة العامة للتوعية العلمية والنشر.
- 13- نظمية أحمد سرحان، منهاج الخدمة الاجتماعية لحماية البيئة من التلوث، القاهرة، 2005، دار الفكر العربي.

الملتقيات :

- 14- عزاوي اعمر، لعى أحمد، " الثقافة البيئية بعد استراتيجي لحماية البيئة"، الملتقى العلمي حول سلوك المؤسسة الاقتصادية في ظل رهانات التنمية المستدامة والعدالة الاجتماعية، يومي 20 و21 نوفمبر 2012.

وثائق رسمية :

- 15- وثيقة الأنشطة البيئية والسكانية والصحية (نحو تحقيق تنمية مستدامة)، من إعداد الادارة العامة للتربية البيئية والسكانية والصحية، قطاع التعليم العام الإدارة المركزية، مصر، 2016 / 2017، ص 11.

مواقع الانترنت :

- 16- سوسن شاكر مجيد، دور المؤسسات التربوية والإعلامية في تنمية التربية البيئية، الحوار المتمدن-العدد: 3694، 2012/04/10، متاح على الموقع:

<http://www.ahewar.org/debat/show.art.asp?aid=302838>

الإفصاح المحاسبي للكشوف المالية من منظور المعايير المحاسبية الدولية وتبنيه من قبل المشرع الجزائري

أ. سميحة بوحفص
جامعة عباس لغرور - خنشلة -
bouhafs.samiha@yahoo.fr

أ. سليم بن رحوم
جامعة عباس لغرور - خنشلة -
benrahmoune03@hotmail.com

الملخص:

يعد الإفصاح عن الكشوف المالية من مبادئ العمل المحاسبي الذي سعت أغلب المنظمات الدولية إلى تطبيقه من خلال إدراجه ضمن المعايير المحاسبية المعترف بها، هذه الأخيرة التي تميزت بتوحيدها للممارسات المحاسبية على المستوى الدولي في إطار انفتاح الأسواق العالمية وتوسعها، والجزائر كغيرها من الدول حاولت تطبيق هذه المعايير كأسلوب لتسهيل وتبسيط تعاملاتها الدولية. وفي هذه المقالة نسعى إلى تبيان ماهية الإفصاح المحاسبي المعمول به وفق المعايير المحاسبية الدولية وكيف تبناه المشرع الجزائري، من خلال التطرق لأبرز القوانين الخاصة بهذا الجانب، أهمها القانون رقم 07-11 الخاص بنص النظام المحاسبي المالي، الذي تبنى عدة أساسيات جاءت بها هذه المعايير ومن بينها الإفصاح المحاسبي. الكلمات المفتاحية: الإفصاح المحاسبي، المعايير المحاسبية الدولية، النظام المحاسبي المالي.

Résumé :

La divulgation des états financiers demeure primordiale au traitement comptable ou la plupart des organisations mondiales visent son application via les normes comptables reconnues, qui s'est caractérisées par l'unification des pratiques comptables régissant la profession comptable au niveau international dans le cadre de l'ouverture des marchés mondiaux. A l'instar de tous les pays, Algérie tente d'appliquer ces normes afin de faciliter et simplifier ses transactions internationales.

Dans cet article, nous cherchons à cerner la divulgation comptable vis-à-vis les normes comptables internationales et son adoption par le législateur algérien, les lois particulières régies, notamment la loi No 07-11 portant système comptable financier qui a pour objet de fixer les modalités de divulgation et présentation des états financiers.

Les mots clés: la divulgation comptable, les normes comptables internationales, le Système comptable financier.

تكتسي الكشوف المالية المعدة من قبل المؤسسات الاقتصادية دور بالغ الأهمية على المستوى الاقتصادي، من خلال ما توفره من معلومات لمستخدمي التقارير المالية تساعدهم في توجيه قراراتهم المراد اتخاذها نحو الغرض المرجو منها، وفي هذا الإطار كان لابد من عرض هذه الكشوف للجهات المستفيدة منها.

في إطار السعي لجعل الإفصاح على المعلومات المالية المدرجة ضمن الكشوف النهائية للمؤسسة من مبادئ عمل المحاسبة الدولية والمحلية توجهت عدة هيئات ومنظمات دولية لإعطائه الصبغة الإلزامية لتطبيقه، كون أغلب هذه التوجهات هادفة لتحقيق مبادئ التوحيد والتوافق المحاسبي، إلا أن أغلب الدول سواء منها المتقدمة أو المتخلفة تباينت فترات تبنيها لهذا المبدأ سواء أن المانع من تطبيقه كان لتحقيق الاستقلالية والتميز في أنظمتها المحاسبية أو أنها تمتلك أنظمة غير مؤهلة للعمل به، ولأجل تبسيط مفهوم هذا المبدأ ظهر ما يعرف بالمعايير المحاسبية الدولية، التي اعتبرت بمثابة نقطة التحول في الفكر المحاسبي الدولي، وما ساهم في انتشاره كان تطبيقه من قبل عدة دول تتميز بالسيادة الاقتصادية.

الجزائر كمحيط اقتصادي يحكمه الإطار القانوني، وتحتوى على عدد كبير من الشركات متعددة الجنسيات ألزمها هذا أن تعمل جاهدة على مجارات مختلف التطورات التي طرأت على هذا المحيط، خاصة تلك التغيرات التي مست الجانب المحاسبي، إذ مر العمل المحاسبي في الجزائر بعدة تحولات من تطبيق المخطط المحاسبي الوطني PCN بموجب الأمر رقم 75-35 الذي بقي العمل به ساري المفعول إلى غاية نهاية سنة 2009 ووجهت له خلال فترة سابقة لوقفه انتقادات عديدة من أبرزها عدم مواكبته للتطورات التي مست الجانب المحاسبي وأهمها عدم قدرته لمسايرة ما جاء في نصوص المعايير المحاسبية الدولية (IAS/IFRS)، وكحل للتأقلم مع هذه التطورات تم العمل على إستحداث نظام محاسبي آخريكون قادر على التماشي معها، هذا النظام هو النظام المحاسبي المالي SCF الذي كانت إنطلاقة العمل به ابتداء من سنة 2010 الذي تطلب وقتا لتطبيقه والتأقلم معه، ومن هذا المنطلق وفي إطار طرحنا لموضوع الإفصاح المحاسبي كمبدأ أساسي للعمل المحاسبي نطرح في هذه المقالة الإشكالية التالية:

هل تم تبني فكرة الإفصاح المحاسبي للكشوف المالية المتعارف عليها في المعايير المحاسبية الدولية من قبل المشرع الجزائري؟

للإجابة على الإشكالية المطروحة تم تقسيم هذه المقالة إلى المحاور التالية:

المحور الأول: الإطار المفاهيمي للإفصاح المحاسبي؛

المحور الثاني: المعايير المحاسبية الدولية المتعلقة بالإفصاح المحاسبي للكشوف المالية؛

المحور الثالث: الإفصاح المحاسبي للكشوف المالية وفق ما نص عليه المشرع الجزائري.

المحور الأول: الإطار المفاهيمي للإفصاح المحاسبي:

تحتاج الشركات في سياق عملها الاعتيادي إلى معلومات دقيقة وسليمة من أجل ضمان إستمراريتها، وتعود الجذور التاريخية لمفهوم الإفصاح عن المعلومات المالية لسنة 1837 حيث نشرت مجلة *Railway Magazine* مقالة عن الإفصاح، والتي أشارت إلى اثر الإبلاغ عن أرباح الشركات على سلوك المستثمرين ، حيث ساد في الربع الأخير من القرن التاسع عشر اتجاه يحث على زيادة في الإفصاحات المحاسبية، ودعم التشريعات التي تزيد من الإفصاح في الكشوف المالية والحد من البدائل في المعالجات المحاسبية.

توسع مفهوم الإفصاح بعد الأزمات الاقتصادية العالمية الكبرى 1929-1933 حيث انه لم يكن نادرا أن تمتنع إدارة الشركة عن الإفصاح عن قائمة الدخل بحجة أن نشرها يضر بمركزها التنافسي، لذلك كان الإفصاح محكوما بما ترغب الإدارة في الإفصاح عنه ولكن بعد تلك الأزمة الاقتصادية سعت الهيئات المحاسبية المهنية والعلمية خلال الفترة 1933-1973 إلى البحث عن مبادئ محاسبية مقبولة عموما على الإفصاح المحاسبي فمند عام 1933 أكد المعهد الأمريكي للمحاسبين القانونيين على ضرورة التزام مهنة المحاسبة بالإفصاح المحاسبي، كما أن لجنة تبادل الأوراق المالية الأمريكية مند تأسيسها في عام 1934 وبالتعاون مع المعهد الأمريكي للمحاسبين القانونيين تصدر تعليماتها الملزمة للشركات المساهمة المتعاملة في البورصة بمراعاة الإفصاح الشامل عن المعلومات المحاسبية لخدمة المستثمرين وحماية مصالحهم.⁽¹⁾

بمرور الزمن ازدادت أهمية الإفصاح عن المعلومات في الكشوف المالية وبالرجوع إلى التطور التاريخي للمحاسبة وخاصة عندما تحولت وظيفة المحاسبة من مدخل الملكية إلى مدخل المستخدمين في بداية الستينيات من القرن الماضي، وبتحولها إلى التركيز على دورها كنظام للمعلومات غايتها الأساسية توفير المعلومات المناسبة لصنع القرارات، ولكي تقوم المحاسبة بدورها الجديد ظهرت الكثير من المبادئ المحاسبية المتعارف عليها وكان من بينها مبدأ الإفصاح عن المعلومات التي تتميز بخصائص نوعية كالملاءمة والموثوقية على حساب قيود أخرى كالتحفظ والموضوعية، كما صاحب هذا التطور في المحاسبة انفتاح المحاسبين على فروع المعرفة الأخرى، مثل النظرية الحديثة للمعلومات والتي قدمت للمحاسبين كثيراً من الأدوات والمؤشرات التي استفادوا منها في مجالات شتى عززت من أهمية دور مبدأ الإفصاح، كذلك تزايد الدور الاقتصادي لأسواق المال العالمية كان له الأثر المباشر على المحاسبة، إذ فرضت على المحاسبين أن يولوا اهتماماً خاصاً للنظريات والمفاهيم التي تحكم مقومات وآليات هذه الأسواق مثل نظرية المحفظة وفرض السوق المالي الكفاء، وذلك مما أكد مرة أخرى على أهمية الإفصاح عن المعلومات في الكشوف المالية المنشورة بعد أن أصبحت هذه البيانات مصدراً رئيسياً للمعلومات بالنسبة للمتعاملين في الأسواق.⁽²⁾

(1) -حنان حلوه رضوان، "النموذج المحاسبي المعاصر"، من المبادئ إلى المعايير دراسة معمقة في نظرية المحاسبة، الطبعة الثانية، الأردن، 2006، دار وائل للنشر، ص ص 471، 472.

(2) - أحمد مخلوف، "الأزمة المالية العالمية وإستشراف الحل بإستخدام مبادئ الإفصاح و الشفافية و حوكمة الشركات من منظور إسلامي"، الملتقى العلمي الدولي حول: الأزمة المالية والإقتصادية الدولية و الحوكمة العالمية، جامعة فرحات عباس، سطيف، الجزائر، 20-21 أكتوبر 2009، ص 4.

1 تعريف الإفصاح المحاسبي:

في اللغة يعرف الإفصاح على أنه: الكشف عن الشيء وبيانها، أما من منظور المالي والمحاسبي للإفصاح فقد جاء في صياغته عدة تعاريف نذكر منها:

تعريف كل من الباحثين (Gibbins, Richardson and Waterhouse (1990) الإفصاح المالي بأنه: "هو كل عرض للمعلومات المالية (وغير المالية)، سواء كانت عددية أو كمية، مطلوبة أو إختيارية، عبر قنوات رسمية أو غير رسمية"⁽¹⁾.

في حين عرف الإفصاح المحاسبي بأنه: "الوضوح و عدم الإبهام في عرض المعلومات المحاسبية عند إعداد الحسابات و الكشوف و التقارير المحاسبية"⁽²⁾.

كما جاء في تعريف آخر أنه: "قيام المؤسسات بعرض ونشر وإظهار كافة المعلومات المهمة للمستثمرين، من أجل العمل على تحليلها و التنبؤ بمستقبل هذه المؤسسات وهذا ما يؤدي إلى إتخاذ القرارات المناسبة و ضمان عدم تضليلهم في ذلك"⁽³⁾.

إن مفهوم الإفصاح المحاسبي على وجه العموم هو العلانية الكاملة أما في المحاسبة فيقصد به أن تظهر الكشوف المالية جميع المعلومات الرئيسية التي تهم مستخدمي المعلومات و تساعدهم على إتخاذ القرارات بطريقة سليمة"⁽⁴⁾.

2 أهداف الإفصاح المحاسبي: يهدف الإفصاح المحاسبي إلى ما يلي:⁽⁵⁾

- وصف البنود المعترف بها، وتوفير قياسات ملائمة لهذه البنود عدا تلك القياسات المدرجة في الكشوف المالية لتحديد القيمة العادلة المقدمة للأدوات المالية من خارج القائمة المالية؛
- وصف البنود الغير المعترف بها، وتوفير قياسات مناسبة لها، كوصف الضمانات المباشرة وغير المباشرة للديون المباشرة للآخرين؛
- توفير معلومات لمساعدة المستثمرين والدائنين لتقييم مخاطر واحتمالات كل من البنود المعترف وغير المعترف بها، كتوضيح سياسة المؤسسة فيما يتعلق بالرهن؛

(¹)- Omaima Hassan, Claire Marston, "Disclosure measurement in the empirical accounting literature", A Review Article, 15 July 2010, p7. Available at SSRN <https://ssrn.com/abstract=1640598>, Date 21/12/2017 at 20:35.

(²)- لطيف زيود و آخرون، "دور الإفصاح المحاسبي في سوق الأوراق المالية في ترشيد قرار الإستثمار"، مجلة جامعة تشرين للدراسات والبحوث، سوريا، مجلد 29، العدد الأول، 2007، ص 179.

(³)- محمود جمام، أميرة دباس، "أثر عدالة الإفصاح المحاسبي في ترشيد القرارات الإستثمارية -دراسة حالة عينة من المستثمرين ببورصة الجزائر-"، مجلة دراسات وأبحاث، الجزء الأول، العدد 26، مارس 2017، ص 127.

(⁴)- كريم عيسى سيروان و آخرون، "دور مستوى الإفصاح المحاسبي في التقارير المالية على كفاءة سوق الأوراق المالية من وجهة نظر مراقبي الحسابات في إقليم كردستان/ العراق - دراسة إستطلاعية على عينة من مراقبي الحسابات في إقليم كردستان/العراق-"، مجلة جامعة التنمية البشرية، السلبيمانية، إقليم كردستان، العراق، المجلد 3، العدد 2، حزيران (جوان) 2017، ص 315.

(⁵)- أحمد رباحي بلقاوي، "نظرية المحاسبة"، عمان، الأردن، 2009، دار اليازوري العلمية للنشر والتوزيع، ص 403.

- توفير معلومات مهمة تسمح لمستخدمي الكشوف المالية بمقارنتها مع معلوماتها التي نشرت عبر سنوات مختلفة أو مع معلومات مؤسسات أخرى تنشط في نفس المجال؛
 - توفير معلومات عن التدفقات النقدية الحالية والمستقبلية؛
 - مساعدة المستثمرين في تقدير العائد عن الاستثمار ، كتحديد نسبة توزيعات الأسهم؛
 - الإفصاح المحاسبي يهدف إلى إزالة الغموض وتجنب التضليل في عرض المعلومات المحاسبية.
- 3 مستويات الإفصاح المحاسبي: يعتمد مقدار المعلومات التي ينبغي الإفصاح عنها ليس فقط على خبرة القارئ ولكن يعتمد أيضا على مستوى الإفصاح المطلوب ، فهناك مستويات مختلفة للإفصاح يجب على المحاسب اختيار المستوى المناسب الذي يمكن من خلاله توصيل المعلومات لمستخدمي الكشوف المالية ، حيث ميز الباحثون بين مدخلين رئيسيين في تحديد مستويات الإفصاح المحاسبي هما:⁽¹⁾
- المدخل الأول: تم التركيز فيه على مدى الإفصاح، إذ يمكن التمييز بين ثلاثة مستويات وهي:
- الإفصاح التام أو الكامل: و يقضي هذا المستوى بالضرورة إحتواء الكشوف المالية على كل المعلومات التي بحوزة المؤسسة و التي تؤثر على قرارات المستخدمين و على فهمهم للأحداث المختلفة، على أن تعد وتعكس هذه المعلومات الصورة الصادقة و الأداء الاقتصادي للمؤسسة ويمكن أن تقدم هذه المعلومات في صلب القوائم المالية أو أن تدرج في الملاحق.⁽²⁾
- الإفصاح العادل أو الواضح: وهو تجسيد للمدخل الأخلاقي في المحاسبة، ويعني تقديم البيانات والمعلومات المالية التي تقدم إلى كل الأطراف على حد سواء، ويخضع هذا المستوى من الإفصاح إلى اعتبارات سلوكية تتعلق بمعددي البيانات المحاسبية.
- الإفصاح الكافي: ويسمى أيضا الفعال أو المناسب، ويتطلب هذا المستوى من الإفصاح الحد الأدنى من المعلومات مما يجعل الكشوف المالية مفهومة وغير مضللة.
- المدخل الثاني: في هذا المدخل يتم التركيز على نوعية الإفصاح، حيث يقسم الإفصاح إلى:
- الإفصاح الوقائي: يهتم الدور الوقائي للإفصاح بضمان توفير المعلومات للجمهور في شكل معقول، وفي وقت مناسب بحيث يمكن الاعتماد عليها.
- الإفصاح التثقيفي: وهو اتجاه معاصر يعتمد على أن مستخدم البيانات المالية لديه القدرة على التحليل وعقد المقارنات وإجراء التنبؤات بطريقة مهنية.

(1) - زينة بن فرج، "متطلبات الإفصاح المحاسبي في الكشوف المالية للبنوك وفق المعايير المحاسبية الدولية - دراسة ميدانية لبعض البنوك التجارية الجزائرية"، مجلة العلوم الاقتصادية وعلوم التسيير، جامعة سطيف، العدد 15، 2015، ص 55-56.

(2) - فوزية العايب، "أثر محددات الإفصاح المحاسبي والمالي على نوعية المعلومات الواردة في التقارير السنوية - دراسة عينة من المؤسسات الاقتصادية الجزائرية"، أطروحة دكتوراه، جامعة قسنطينة 2، 2017/2016، ص 21.

الإفصاح الاختياري و الإفصاح الإجباري: ويرجع تصنيف الإفصاح إلى اختياري أو إجباري إلى البيئة والتشريعات والقوانين النافذة في تلك البيئة، ففي بعض البلدان يجبر المشرع مدراء المؤسسات على الإفصاح عن كشفها المالية لتمكين أصحاب المصالح من تكوين فكرة معينة عن وضعها المالي، وهذا مع تحديد الحد الأدنى للمعلومات التي يجب الإفصاح عنها، في حين أن باقي المعلومات التي قد تكون مصاحبة لما تم الإفصاح عنه سابقا ولم يأخذها المشرع بعين الإعتبار فإنه يتم الإفصاح عنها إختياريا، سواء في التقارير السنوية، أو في النشرات الصحفية أو على الموقع الإلكتروني للشركة خلال السنة، وأغلب هذه المعلومات تكون ذات طبيعة غير مالية مثل: معلومات حول الإستراتيجية المتبعة من قبل المؤسسة، إدارتها... وغيرها، كما أن هناك معلومات أخرى تكون ذات طبيعة مالية مثل: توقعات الأرباح التي تعطينا أهم المعلومات المتعلقة بالربح والمخاطرة من مشاريع مختلفة.⁽¹⁾

4 العوامل المؤثرة في عملية الإفصاح للكشوف المالية: من أهم العوامل الرئيسية المؤثرة على نوعية وحجم الإفصاح عن الكشوف المالية ما يلي:⁽²⁾

نوعية المستخدمين وطبيعة احتياجاتهم: ينبغي إعطاء اهتمام خاص بالكشوف المالية لتلبية احتياجات المستخدمين الرئيسيين والذين لهم مصالح مباشرة أو غير مباشرة في ذلك، ولا شك أن نوعية المستخدمين وطبيعة احتياجاتهم تختلف من دولة لأخرى باختلاف طبيعة ونوعية النظام الاقتصادي والسياسي السائد، هذا ويبقى مجال الإفصاح بالكشوف المالية قيد التطور والاتساع حيث مازالت تكتسيه العديد من المشاكل نتيجة لتوسع قاعدة المستخدمين لتلك الكشوف.

الجهات المسؤولة عن وضع معايير الإفصاح: تختلف الجهات المنظمة والمسؤولة عن تطوير وتنظيم وإصدار معايير الإفصاح باختلاف مداخل التنظيم المحاسبي المتبنى بكل دولة، فالدول التي تتبع المدخل القانوني للتنظيم المحاسبي تعتبر خطة المحاسبة الوطنية لديها المصدر المهم للوائح المحاسبة، وهي تدار بواسطة المجلس الوطني الذي يتبع الحكومة، في حين الدول التي تتبع مدخل التنظيم الذاتي فتلعب بها المنظمات المهنية وهيأت تبادل الأوراق المالية دورا مهما في تحديد درجة الإفصاح ومعاييرها، هذا وبالعديد من الدول خاصة النامية منها.

تحديد أساليب وأدوات الإفصاح عن المعلومات المحاسبية: يوجد العديد من وسائل وطرق الإفصاح المحاسبي والتي يمكن أن تساعد مستخدمي المعلومات على فهمه واتخاذ القرار الصحيح. وتتوقف المفاضلة بين طريقة وأخرى على طبيعة المعلومات المطلوبة وأهميتها النسبية وفيما يلي أكثر هذه الطرق شيوعاً في الاستخدام:

- الإفصاح من خلال الكشوف المالية؛

- الملاحظات الهامشية؛

- الملاحق؛

(1)- Alain Schatt, "L'influence des facteurs institutionnels sur la politique d'information financière des entreprises. Une analyse à la lumière...", La place de la dimension européenne dans la Comptabilité Contrôle Audit", Strasbourg, France, January 2009, pp 4,10. <https://www.researchgate.net/publication/46477563>. La Date 21/12/2017 à 20:40.

(2)- حكيم براضية، بن علي بلعوز، "أهمية الإفصاح وفق معايير المحاسبة الإسلامية لدعم الحوكمة بالمؤسسات المالية الإسلامية"، مجلة العلوم الاقتصادية والتسيير والعلوم التجارية، جامعة مسيلة، المجلد 9، العدد 14، 2015، ص 78.

- التوضيح بالأقواس؛
- تقرير مراجع الحسابات؛
- تقرير هيئة الرقابة الشرعية.

المحور الثاني: المعايير المحاسبية الدولية المتعلقة بالإفصاح المحاسبي للكشوف المالية:

محاولات وضع المعايير على المستوى الدولي قد إنطلقت مع بدايات القرن السابق حيث عقد المؤتمر المحاسبي الأول في 1904 في سانت لويس في ولاية ميسوري في الولايات المتحدة الأمريكية برعاية اتحاد جمعيات المحاسبين القانونيين في الولايات المتحدة الأمريكية، وقد دار البحث في ذلك المؤتمر حول إمكانية توحيد القوانين المحاسبية بين الدول، بعدها كانت أمستردام مقر انعقاد المؤتمر الثاني الذي عقد في عام 1926 وقد حضره مندوبون من كل دول أوروبا تقريبا بالإضافة إلى الولايات المتحدة وكندا وأمريكا اللاتينية، مع المؤتمر العالمي السابع الذي انعقد في أمستردام حددت الفترة الفاصلة بين مؤتمر وآخر بخمس سنوات وبقيت على هذا النحو إلى يومنا هذا.⁽¹⁾

هذه المؤتمرات أقرت بظهور عدة منظمات مهمتها وضع المعايير الدولية و تطبيقها و من أهم هذه المنظمات تأسست لجنة معايير المحاسبة الدولية سنة 1972 من 09 دول لتخضع هذه اللجنة إلى إعادة الهيكلة سنة 2001 ليصبح إسمها مجلس معايير المحاسبة الدولية IASB.⁽²⁾

حددت أهداف هذا المجلس بما يلي:⁽³⁾

- صياغة ونشر المعايير المحاسبية الدولية وتعزيز قبولها والتفديد بها في جميع أنحاء العالم؛
 - العمل بشكل عام على تحسين و تناعم المعايير والإجراءات المحاسبية و الأنظمة المتعلقة بعرض القوائم المالية.
- كما قام المجلس سنة 2002 بإعادة تسمية لجنة التفسيرات الدائمة SIC إلى لجنة تفسيرات المعايير الدولية لإعداد التقارير المالية IFRIC، التي تهدف إلى تفسير و توضيح معايير المحاسبة القائمة إضافة إلى تقديم إرشادات و توجيهات بشكل دائم حول المعايير المحاسبية الدولية القائمة و حول معايير التقارير المالية الدولية، و قد أصدرت اللجنة 41 معيارا محاسبيا دوليا IAS لغاية نهاية سنة 2000 و التي غطت غالبية المواضيع المحاسبية، ثم تم بعد ذلك دمج بعض المعايير في معايير أخرى و إلغاء البعض منها بما يسمح و يتوافق و المعطيات الدولية.⁽⁴⁾
- من أهم معايير المحاسبة الدولية التي تطرقت إلى عرض الكشوف المالية و الإفصاح عنها هو المعيار المحاسبي الدولي الأول الخاص بعرض البيانات المالية المعدل و المعتمد سنة 1997 والذي أصبح ساري المفعول ابتداء من

(1) - حسين يوسف القاضي، "مأمون حمدان، المحاسبة الدولية و معاييرها"، الطبعة الأولى، عمان، 2008، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ص ص 104-106.

(2) - صالح مزاقة، فتيحة بوهرين، "الإبداع المحاسبي من خلال معايير المحاسبة الدولية، الملتقى الدولي حول الإبداع و التغيير التنظيمي في المنظمات الحديثة"، جامعة سعد دحلب، بليدة، 12-13 ماي 2010، ص 07.

(3) - Stéphan Brun، "Guide d'application des normes IAS/IFRS"، France، 2005، Gualino éditeur، p30.

(4) - دليلة دادة، "الإفصاح المحاسبي في القوائم المالية للبنوك وفق النظام المحاسبي المالي (دراسة حالة القرض الشعبي الجزائري 2010-)", مذكرة ماجستير، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، 13 جوان 2013، ص 57.

عام 1998، بالإضافة إلى المعيار المحاسبي الدولي السابع الخاص بقائمة التدفقات النقدية الصادر سنة 1992 الذي شرع في تطبيقه سنة 1995.

1 متطلبات الإفصاح المنصوص عليها في المعيار المحاسبي الدولي الأول IAS1: تتمثل في:⁽¹⁾

الإفصاح عن السياسات المحاسبية: قد اوجب هذا المعيار على الإدارة مراعاة الاعتبارات الثلاثة التالية لدى المفاضلة بين السياسات المحاسبية لاختيار السياسة الأفضل: الحيطة والحذر، تفوق الجوهر على الشكل والأهمية النسبية.

المعلومات التي يجب الإفصاح عنها في الكشوف المالية المنشورة: يعالج المعيار الدولي الأول المعلومات التي يجب الإفصاح عنها في البيانات المالية التي تشمل الميزانية العمومية و بيان الدخل والملاحظات على البيانات الأخرى الملحقة بتلك البيانات التي تعتبر جزءا مكملًا لها، إن متطلبات الإفصاح التي يحددها هذا المعيار إنما تمثل الحد الأدنى للإفصاح المطلوب في الكشوف المالية. أما التفاصيل فيتم الإشارة إليها في المعايير المحاسبية الصادرة بشأن الموضوعات المحاسبية المختلفة.

2 متطلبات الإفصاح المنصوص عليها في المعيار المحاسبي الدولي السابع IAS7: في نطاق تطبيق هذا المعيار

يجب على المؤسسة أن تقوم بإعداد قائمة التدفقات النقدية، ويجب الإفصاح عن هذه القائمة كجزء متمم للكشوف المالية وذلك لكل فترة من الفترات التي تقوم المؤسسة بإعداد كشوف مالية عنها؛ بحيث يهتم مستخدمو الكشوف المالية للمؤسسة بمعرفة كيفية قيامها بتوليد واستخدام النقدية و ما يعادلها وذلك بغض النظر عن طبيعة أنشطة المنشآت المختلفة وعمّا إن كانت النقدية يمكن النظر إليها على أنها المنتج النهائي للمؤسسة كما هو الحال بالنسبة للمؤسسات المالية، و قد حدد هذا المعيار طريقتين للإفصاح عن قائمة التدفقات النقدية وعرضها وهما الطريقة المباشرة و الطريقة غير المباشرة.⁽²⁾

3 القوائم المالية المنفصلة والمجمعة ومتطلبات الإفصاح المتعلقة بها IAS27، IFRS 10، IFRS 12: بالإضافة

للمعيارين السابقين هناك أنواع من الكشوف الواجب إدراجها في حالة الشركات كبيرة الحجم والمتعددة الجنسية، إذ تتصف بنزعة توسعية فتهدف إلى امتلاك استثمارات في مؤسسات أخرى وقد تختلف نسبة المساهمة في رأس المال وكذا نسبة حقوق التصويت من مؤسسة مستثمرة إلى أخرى، وفيما يلي سنحاول إبراز أهم ما يميز هذه القوائم و ما تتطلبه في حالة الإفصاح:⁽³⁾

4 القوائم المالية المنفصلة IAS 27: هي القوائم المالية للمؤسسة (الأم) أو مستثمر يملك حق السيطرة في شركة

تابعة (فرع) أو سيطرة مشتركة أو تأثير هام، و قد حدد المعيار الحد الأدنى من المعلومات الواجب توفرها في القوائم

(1)- زونية بن فرج، مرجع سابق، ص ص 59-60.

(2)- صالح مرازقة، فتحة بوهين، "المعيار المحاسبي الدولي رقم 07 قائمة التدفقات النقدية"، مجلة الإقتصاد والمجتمع، جامعة قسنطينة 2، المجلد 6، العدد 6، 2010، ص 86.

(3)- فوزية العايب، مرجع سابق، ص ص 75-88. (بتصرف).

المالية المنفصلة حتى يسهل فهمها ومقارنتها ويتمكن مختلف المستثمرين من الإطلاع على استثمارات هذه المؤسسة في المؤسسات الأخرى ، وتعد هذه القوائم عندما تختار المؤسسة الأم أن لا تعد قوائم مالية موحدة. القوائم المالية المجمعة IFRS 10 والإفصاح عن الحصص في المنشآت الأخرى IFRS 12: تعد المؤسسة قوائم مالية مجمعة (موحدة) إذا كانت تسيطر على مؤسسة أو مؤسسات أخرى ، فلقد إعتبر المعيار أن السيطرة هي أساس التجميع، هذا المعيار تضمن إجراءات التجميع وشروطات حول كيفية تقييم سيطرة مؤسسة أم على مؤسسة أو مؤسسات أخرى ولكنه لم يتضمن عنصر المعلومات الواجب الإفصاح عنها كأغلبية المعايير بل ورد ذلك في معيار خاص إشتمل على مجمل الإفصاحات المرتبطة باستثمار مؤسسة في مؤسسات أخرى على اختلاف نوعية الاستثمار من مؤسسة تابعة إلى مؤسسة زميلة أو مشروع مشترك وكل هذا في معيار التقارير المالية الدولي رقم 12 الإفصاح عن الحصص في المنشآت الأخرى.

المحور الثالث: الإفصاح المحاسبي للكشوف المالية وفق ما نص عليه المشرع الجزائري:

مر الإطار القانوني للعمل المحاسبي في الجزائر بعدة تحولات منذ تاريخ الإستقلال، فبداية العمل كانت بالإستعانة بالمخطط الفرنسي العام PCG لعام 1957، و الذي إستمر العمل به إلى غاية بداية سنة 1976، التاريخ الذي تم فيه تطبيق المخطط المحاسبي الوطني PCN بموجب الأمر رقم 35-75 الصادر بتاريخ 29 أفريل 1975 في العدد 37 من الجريدة الرسمية الجزائرية لسنة 1975، في حين أن الكشوف المالية أو الجداول المحاسبية التي كان يفرضها المخطط الوطني المحاسبي بلغ عددها 17 قائمة تتمثل في: الميزانية، جدول حساب النتيجة، جدول حركة الأموال و 14 جدولا آخر في شكل ملاحق، وهي مفروضة على كل المؤسسات مهما كان حجمها، وهنا يكمن النقد الذي طال المخطط المحاسبي الوطني، لعدم مواكبته للتغيرات الاقتصادية التي تحدث على مستوى الاقتصاد الجزائري، وكذا عدم مسابته للتطورات الدولية. ذلك أن هذه الجداول لا تتوافق من حيث الشكل ولا من حيث المضمون مع القواعد والأسس التي تفرضها معايير المحاسبة الدولية (IAS/IFRS)، ولمواكبة مجريات التغير التي أتت بها هذه المعايير تم العمل على تطبيقها من خلال اللجوء تطبيق النظام المحاسبي المالي SCF ابتداء من 2010/01/01 الذي تطلب جهودا كبيرة لعملية تحضير تطبيقه؛ إذ تتمثل عملية المرور إلى النظام المحاسبي المالي والإفصاح وفق ما يقتضيه هذا الأخير، بمثابة ثورة ثقافية في الإطار المحاسبي الجزائري، وتحديا بالنسبة للمؤسسات للتكيف والتأقلم مع الواقع الجديد، حيث يتطلب العمل على تحضير المحيط الذي تنشط فيه المؤسسات، وكذا تحضير المحترفين والممارسين للمهنة يتبعه في ذلك تكييف الأطر التشريعية وخاصة الجبائية منها، لتتماشى مع النظام الجديد، ذلك أن هذا التحول يجب أن يضمن للمؤسسات الوفاء بالتزاماتها، وكذلك تمكين مستخدمي القوائم المالية من فهم ومعرفة تأثير هذا النظام على الوضعية المالية للمؤسسة.⁽¹⁾

(1) - أحمد زغدار، محمد سفير، "خيار الجزائر بالتكيف مع متطلبات الإفصاح وفق معايير المحاسبة الدولية (IAS/IFRS)"، مجلة الباحث، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، المجلد 7، العدد 7، 2010/2009، ص 85.

1 أهم الكشوف المالية وفق النظام المحاسبي المالي: بموجب القانون 07-11 المؤرخ في 25 نوفمبر 2007 تم إصدار النظام المحاسبي المالي كبدل للمخطط المحاسبي الوطني، الذي تم إقرار تطبيق أحكامه بموجب المرسوم التنفيذي رقم 08-156 المؤرخ في 26 ماي 2008، وللتوضيح أكثر فيما يخص أساليب العمل الأساسية صدر القرار المؤرخ في 26 جويلية 2008 المحدد لقواعد التقييم والمحاسبة و محتوى الكشوف المالية وعرضها وكذا مدونة الحسابات وقواعد سيرها، وبالنسبة لأول تطبيق للنظام المحاسبي المالي جاءت التعليمات رقم 02 الصادرة بتاريخ 29 أكتوبر 2009 الصادرة عن المجلس الوطني للمحاسبة لتسهيل هذه المهمة بإعتبارها نقطة تحول مهمة بالنسبة للمؤسسات الاقتصادية الجزائرية من النظام القديم للنظام الجديد، هذا القانون الذي ألزمت بتطبيقه "على كل شخص طبيعي أو معنوي ملزم بموجب نص قانوني أو تنظيمي بمسك محاسبة مالية مع مراعاة الاحكام الخاصة بها"⁽¹⁾ ففي نهاية كل سنة تكون المؤسسات الملزمة بتطبيق هذا القانون بإعداد كشوف مالية سنوية مرة على الأقل، "تتضمن الكشوف المالية الخاصة بالكيانات عدا الكيانات الصغيرة:

- الميزانية؛

- حساب النتائج؛

- جدول سيولة الخزينة؛

- جدول تغير الأموال الخاصة؛

ملحق يبين القواعد والطرق المحاسبية المستعملة ويوفر معلومات مكملة عن الميزانية وحساب النتائج"⁽²⁾.

2 متطلبات الإفصاح المحاسبي عن الكشوف المالية من منظور النظام المحاسبي المالي: يتم الإفصاح المحاسبي عن المعلومات المحاسبية والمالية ضمن الكشوف المالية، هذه المعلومات التي يجب أن تكون ذات جودة لتعطي تعبير صادق عن وضع المؤسسة، وتبرز جودة هذه المعلومات المالية من كونها تكون مفهومة، موثوقا بها وقابلة للمقارنة دوليا، وتكون أداة هامة في اتخاذ القرارات الاقتصادية لعدة أطراف أهمها المستثمرون، وهو ما تتوفر عليه المعايير المحاسبية الدولية، وتزيد جودة المعلومات بالنظر إلى أن إعداد الكشوف المالية يتم على أساس الخصائص النوعية للمعلومة المالية، التي جاء بها الإطار المفاهيمي الذي أصدرته لجنة المعايير المحاسبية الدولية IASC سنة 1989 والمعتمد كذلك في النظام المحاسبي المالي، والذي يعرف بوضوح قواعد التسجيل المحاسبي والتقييم، وتضمن المبادئ، الفرضيات والاتفاقيات المحاسبية، واحتوائه على قواعد واضحة تضمن مزيدا من التناسق وتقلل من عدم الفهم، وسد الثغرات والنقائص التي كان يعاني منها المخطط الوطني للمحاسبة في هذا الجانب.

(¹)- القانون 07-11، "المتضمن النظام المحاسبي المالي"، بتاريخ 25 نوفمبر 2007، الجريدة الرسمية رقم 74، المادة 2، ص 3.

(²)- نفس المرجع السابق، المادة 25، ص 5.

على اعتبار أن النظام المحاسبي المالي في الجزائر مستنبط من المعايير المحاسبية الدولية هو بعد ذاته مؤشر على الشفافية، بحيث بإمكان المستثمر الأجنبي أن يفهم بسهولة القوائم المالية التي تصدرها المؤسسات الجزائرية، بما أنها معدة بنفس القواعد المحاسبية المعترف بها دولياً، ويساهم ذلك في اتخاذ قرارات صحيحة من الأطراف المتعاملة مع المؤسسة، وتسهيل المراقبة الداخلية والتدقيق الخارجي للمؤسسة. وتحتوي الكشوف المالية على العناصر الضرورية التي تعمل على إعطاء صورة صادقة وواضحة عن وضعية المؤسسة وأدائها، خاصة الملحق الذي يحتوي على كل المعلومات التفصيلية والإيضاحات الضرورية من أجل تقديم إفصاح شامل عن المؤسسة، فضمن الميزانية مثلاً هناك فصل بين العناصر الجارية وغير الجارية، بما يفيد في حساب المؤشرات والنسب المالية والقيام بالتحليل المالي، بالإضافة إلى بعض المؤشرات الهامة والجديدة مثل الفائض الخام للاستغلال والنتيجة المالية ضمن جدول حساب النتائج، وعندما يكون هناك مستوى عال من الإفصاح يؤدي إلى التقليل من عدم تماثل المعلومات بالنسبة للمتعاملين مع المؤسسة والمستفيدين من قوائمها المالية، ويؤدي ذلك بدوره إلى التقليل من تكلفة رأس المال، ويقلل كذلك من التشتت وارتكاب الأخطاء عند إعداد التوقعات والتنبؤات من المحللين الماليين.⁽¹⁾

من أبرز متطلبات الإفصاح المحاسبي للكشوف المالية التي سنها المشرع الجزائري بناء على تطبيق المعايير المحاسبية الدولية تمثلت من خلال النصوص القانونية التي تم سنها كما يلي:⁽²⁾

القانون رقم 11-07: في الفصل الرابع من هذا القانون المتعلق بالكشوف المالية وبموجب المواد 26، 27، 28، 29 نصت على أنه:

يجب أن تعرض الكشوف المالية بصفة وفيه الوضعية المالية للكيان ونجاعته و كل تغيير يطرأ على حالته المالية؛

تضبط الكشوف المالية تحت مسؤولية المديرين وتعد في اجل أقصاه أربعة أشهر من تاريخ قفل السنة المالية المحاسبية، وتعرض هذه الكشوف بالعمل الوطنية؛

(¹)- عبد القادر بكحيل، عاشور كتوش، "المعايير المحاسبية الدولية (IAS/IFRS) بن مزايا و صعوبات التطبيق -دراسة حالة الجزائر-"، مجلة الأكاديمية للدراسات الإجتماعية والإنسانية، العلوم الإقتصادية والقانونية، جامعة حسيبة بن بوعلي، الشلف، العدد 16، جانفي 2016، ص ص 67-66.

(²)- للإطلاع أنظر:

- القانون رقم 11-07، "المتضمن النظام المحاسبي المالي"، بتاريخ 25 نوفمبر 2007، الجريدة الرسمية عدد 74، المواد (26، 27، 28، 29)، ص 5.

- المرسوم التنفيذي رقم 156-08، "المتضمن تطبيق أحكام القانون 11-07"، بتاريخ 26 ماي 2008، الجريدة الرسمية عدد 27، المواد (02، 03، 06، 07، 08، 09، 11، 18، 19، 32، 33، 34، 35، 36، 37)، ص ص 11-15.

- القرار المؤرخ في 26 جويلية 2008، "يحدد قواعد التقييم والمحاسبية ومحتوى الكشوف المالية وعرضها وكذا مدونة الحسابات وقواعد سيرها"، الجريدة الرسمية عدد 13، ص 3.

- التعليم رقم 02، "تتضمن أول تطبيق للنظام المحاسبي المالي 2010"، بتاريخ 29 أكتوبر 2009، الصادرة عن المجلس الوطني للمحاسبة، ص ص 4-5.

توفر الكشوف المالية معلومات تسمح بإجراء مقارنات مع السنة المالية السابقة؛ إذ يتضمن كل قسم من أقسام الميزانية و حساب النتائج و جدول تدفقات الخزينة، إشارة إلى المبلغ المتعلق بالقسم الموافق له في السنة المالية السابقة؛

المرسوم التنفيذي رقم 156-08: جاء هذا القانون في إطار تطبيق أحكام القانون 11-07 وهذا ما برز من خلال مواده 44، بحيث أن المادة 01 حددت المواد التي أخذها هذا القانون بعين الإعتبار و هي المواد 05، 07، 08، 09، 22، 25، 30، 36، 40 من القانون السابق الذكر، و ما يتعلق منها بالكشوف المالية تتمثل في:

المواد 02 و 03 من المرسوم أقرت على التوالي ما يتعلق بتطبيق أحكام المواد 07 و 08 من القانون 11-07 إذ بينت أن الإطار التصوري للمحاسبة المالية والذي جاء فيه أهم المفاهيم التي تشكل أساس إعداد و عرض الكشوف المالية ، كالإتفاقيات و المبادئ المحاسبية التي يتعين التقيد بها وكذا الخصوصيات النوعية للمعلومات المالية التي تدرج ضمن الكشوف المالية، بالإضافة أن المعايير المحاسبية تحدد محتوى الكشوف المالية و كيفية عرضها مع العمل على إبداء الرأي حول مدى مطابقة الكشوف المالية مع المعايير؛

المواد 06، 07، 08، 09، 11، 18، 19 من المرسوم التنفيذي التي جاءت لتوضيح كيفية تطبيق أحكام المادة 05 من القانون 11-07 من خلال النقاط التالية:

- كل المعاملات و غيرها من الأحداث تتم محاسبتها على أساس محاسبة الإلتزام عند حدوثها و تعرض في الكشوف المالية للسنوات المالية المرتبطة بها؛
 - تعد الكشوف المالية على أساس استمرارية الإستغلال ؛
 - يجب أن تتوفر المعلومات الواردة في الكشوف المالية على الخصائص النوعية؛
 - يجب ألا تأخذ الكشوف المالية للكيان في الحسبان إلا معاملات الكيان دون معاملات مالكيها؛
 - يجب أن تبرز الكشوف المالية كل معلومة مهمة يمكن أن تؤثر على حكم مستعملها إتجاه الكيان؛
 - يجب أن تعكس الصورة الصادقة للكشوف المالية معرفة المسيرين للمعلومة التي يحملونها عن الواقع و الأهمية النسبية للأحداث المسجلة؛
 - تقيد العمليات المحاسبية و تعرض ضمن كشوف مالية طبقا لطبيعتها و لواقعها المالي و الاقتصادي، دون التمسك فقط بمظهرها القانوني؛
 - يجب أن تستجيب الكشوف المالية بطبيعتها و نوعيتها و ضمن إحترام المبادئ و القواعد المحاسبية إلى هدف إعطاء صورة صادقة بمنح معلومات مناسبة عن الوضعية المالية للكيان.
- في حين أن المواد 32، 33، 34، 35، 36، 37 من المرسوم التنفيذي أتت لإيضاح أحكام المادة 25 من القانون 11-07 التي بينت أهم الكشوف المالية الواجب إعدادها و الإفصاح عنها من خلال نص المادة 32 المطابق في مضمونه لنص المادة 25، و باقي المواد تم فيها إعطاء توضيحات لهاية كل قائمة و تبيان أهمية إعدادها من قبل الكيان.

القرار المؤرخ في 26 جويلية 2008: المادة 02 من هذا القرار بينت أن الملحق الأول المرفق بهذا القرار يحدد قواعد تقييم ومحاسبة الأصول والخصوم والأعباء والمنتجات ومحتوى الكشوف المالية وكيفية عرضها وكذا مدونة الحسابات وقواعد سيرها.

التعليمة رقم 02 المؤرخة في 29 أكتوبر 2009: هذه التعليمة جاءت من أجل تسهيل مهمة الانتقال من المخطط المحاسبي الوطني بمختلف حيثياته و العمل بالنظام المحاسبي المالي الجديد عملا بالنصوص القانونية السابق ذكرها، فيما يخص الكشوف المالية التي كان لابد من إعدادها مع إنطلاق تطبيق النظام الجديد جاءت هذه التعليمة بعدة إجراءات موضوعة للتنفيذ تمثلت أهمها في:

- إعداد الكشوف المالية اللازمة وفق النظام الجديد فور مباشرة العمل به أي بتاريخ 2010/01/01 متمثلة في الميزانية الافتتاحية؛
- الأخذ بعين الاعتبار الأصول و الخصوم الغير مقيدة مسبقا، وإلغاء بعض الأصول و الخصوم المقيدة مسبقا؛
- إعادة ترتيب بعض الأصول و الخصوم.

الخاتمة:

المرحلة الإنتقالية التي عرفتها الجزائر في إطار إنفتاحها على السوق الدولية و محاولة استقطاب أكبر قدر ممكن من الإستثمارات الأجنبية، أوجبت ضرورة إستحداث نظام محاسبي جديد قادر أن يتأقلم مع متطلبات تطبيق المعايير المحاسبية الدولية من خلال إقرار قانون النظام المحاسبي المالي رقم 07-11 الذي تلتته عدة مراسيم وقرارات تنظيمية لتسهيل عملية تطبيقه بهدف تبني المعايير المحاسبية الدولية، وتوحيد المبادئ المحاسبية المتعارف عليها في مجال العمل المحاسبي، ومن أبرزها العرض والإفصاح المحاسبي للكشوف المالية السنوية، الذي إعتبر من أهم المبادئ التي هدف المشرع الجزائري إلى تسليط الضوء عليها كما تم التطرق له سابقا.

النتائج و التوصيات:

بناء على ما تم عرضه فإن أهم النتائج التي توصلنا إليها من خلال هذه المقالة تتمثل في أن:

- متطلبات الإفصاح المحاسبي للكشوف المالية التي أنت بها المعايير المحاسبية الدولية تتوافق مع التي قام المشرع الجزائري بإقرارها ضمن نصوصه القانونية الجديدة؛
- الكشوف المالية التي تطرقت لها المعايير المحاسبية الدولية من أجل الإفصاح عنها هي نفسها التي أوجب المشرع الجزائري ضرورة إعدادها و عرضها؛
- الكشوف المالية المعدة وفق متطلبات الإفصاح المحاسبي توفر معلومات محاسبية تتميز بقابليتها للمقارنة داخليا على عدة سنوات أو خارجيا بين عدة مؤسسات (دوليا او محليا)، هذا أيضا يتوافق مع ما اقره المشرع الجزائري ضمن الشكل النهائي للكشوف المالية السنوية؛

- الإفصاح المحاسبي عن الكشوف المالية عامل أساسي للمؤسسات العاملة بهذا المبدأ لكسب ثقة المتعاملين معها و جذب أكبر قدر من المستثمرين المحتملين للتوسع في نشاطها؛
- رغم إقرار المشرع الجزائري للنظام المحاسبي الجديد و التطرق من خلاله إلى الإفصاح المحاسبي للكشوف المالية وضرورة العمل به إلا أن هناك الكثير من النقائص التي لازمتها، و في إطار التوصيات التي يمكن تقديمها في هذا الجانب يمكن القول انه يجب:
- المراجعة الدورية و ضرورة إجراء تعديلات على القوانين المعمول بها في إطار النظام المحاسبي خاصة جانب الإفصاح للتماشي مع المتغيرات التي قد تطرأ عليه، كون الجزائر ومنذ إقرارها للنظام الجديد و مباشرة العمل به لم تقم بأي تحديث عليه؛
- ضرورة قيام المؤسسات بالإعتماد على مهنين و محاسبين ذو كفاءة و خبرة في المجال المحاسبي و القانوني لأجل تقديم كشوف مالية معدة وفق متطلبات الإفصاح؛
- توسيع نطاق الإفصاح المحاسبي ضمن القوانين المعمول بها كونه يمس فقط المؤسسات الكبرى ليشمل المؤسسات الصغرى التي لا تستطيع بقوة القانون أن تقوم بإعداد الكشوف المالية التي يجب الإفصاح عنها.

المراجع الببليوغرافية:

- 1- حنان حلوه رضوان، "النموذج المحاسبي المعاصر، من المبادئ إلى المعايير دراسة معمقة في نظرية المحاسبة"، الطبعة الثانية، الأردن، 2006، داروائل للنشر.
- 2- أحمد مخلوف، "الازمة المالية العالمية و إستشراف الحل بإستخدام مبادئ الإفصاح و الشفافية و حوكمة الشركات من منظور إسلامي"، الملتقى العلمي الدولي حول: الأزمة المالية و الإقتصادية الدولية و الحوكمة العالمية، جامعة فرحات عباس، سطيف، الجزائر، 20-21 أكتوبر 2009.
- 3- Omaina Hassan, "Claire Marston, Disclosure measurement in the empirical accounting literature", A Review Article, 15 July 2010. Available at SSRN <https://ssrn.com/abstract=1640598>, Date 21/12/2017 at 20:35.
- 4- لطيف زيود و آخرون، "دور الإفصاح المحاسبي في سوق الأوراق المالية في ترشيد قرار الإستثمار"، مجلة جامعة تشرين للدراسات و البحوث، سوريا، مجلد 29، العدد الأول، 2007.
- 5- محمود جمام، أميرة دباس، "أثر عدالة الإفصاح المحاسبي في ترشيد القرارات الإستثمارية - دراسة حالة عينة من المستثمرين ببورصة الجزائر"، مجلة دراسات و أبحاث، الجزء الأول، العدد 26، مارس 2017.
- 6- كريم عيسى سيروان و آخرون، "دور مستوى الإفصاح المحاسبي في التقارير المالية على كفاءة سوق أوراق المالية من وجهة نظر مراقبي الحسابات في إقليم كردستان/ العراق - دراسة إستطلاعية على عينة من مراقبي الحسابات في إقليم كردستان/العراق"، مجلة جامعة التنمية البشرية، السليمانية، إقليم كردستان، العراق، المجلد 3، العدد 2، حزيران (جوان) 2017.
- 7- أحمد رياحي بلقاوي، "نظرية المحاسبة"، عمان، الأردن، 2009، داراليازوري العلمية للنشر والتوزيع.

- 8- زينة بن فرج، "متطلبات الإفصاح المحاسبي في الكشوف المالية للبنوك وفق المعايير المحاسبية الدولية - دراسة ميدانية لبعض البنوك التجارية الجزائرية"، مجلة العلوم الاقتصادية وعلوم التسيير، جامعة سطيف، العدد 15، 2015، ص (55-56).
- 9- فوزية العايب، "أثر محددات الإفصاح المحاسبي و المالي على نوعية المعلومات الواردة في التقارير السنوية - دراسة عينة من المؤسسات الاقتصادية الجزائرية-"، أطروحة دكتوراه، جامعة قسنطينة 2، 2017/2016.
- 10- Alain Schatt, "L'influence des facteurs institutionnels sur la politique d'information financière des entreprises. Une analyse à la lumière...", La place de la dimension européenne dans la Comptabilité Contrôle Audit", Strasbourg, France, January 2009. <https://www.researchgate.net/publication/46477563>. La Date 21/12/2017 à 20:40.
- 11- حكيم براضية، بن علي بلعزوز، "أهمية الإفصاح وفق معايير المحاسبة الإسلامية لدعم الحوكمة بالمؤسسات المالية الإسلامية"، مجلة العلوم الاقتصادية و التسيير و العلوم التجارية، جامعة مسيلة، المجلد 9، العدد 14، 2015.
- 12- حسين يوسف القاضي، مأمون حمدان، "المحاسبة الدولية و معاييرها"، الطبعة الأولى، عمان، 2008، دار الثقافة للنشر والتوزيع.
- 13- صالح مرزاققة، فتيحة بوهرين، "الإبداع المحاسبي من خلال معايير المحاسبة الدولية"، الملتقى الدولي حول الإبداع و التغيير التنظيمي في المنظمات الحديثة، جامعة سعد دحلب، بلدية، 12-13 ماي 2010.
- 14- Stéphan Brun, "Guide d'application des normes IAS/IFRS", France, 2005, Gualino éditeur.
- 15- دليلة دادة، "الإفصاح المحاسبي في القوائم المالية للبنوك وفق النظام المحاسبي المالي (دراسة حالة القرض الشعبي الجزائري 2010-)", مذكرة ماجستير، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، 13 جوان 2013.
- 16- صالح مرزاققة، فتيحة بوهرين، "المعيار المحاسبي الدولي رقم 07 قائمة التدفقات النقدية"، مجلة الاقتصاد والمجتمع، جامعة قسنطينة 2، المجلد 6، العدد 6، 2010.
- 17- أحمد زغدار، محمد سفير، "خيار الجزائر بالتكيف مع متطلبات الإفصاح وفق معايير المحاسبة الدولية (IAS/IFRS)"، مجلة الباحث، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، المجلد 7، العدد 7، 2010/2009.
- 18- القانون 07-11، "المتضمن النظام المحاسبي المالي"، بتاريخ 25 نوفمبر 2007، الجريدة الرسمية رقم 74، المادة 2.
- 19- المرسوم التنفيذي رقم 08-156، "المتضمن تطبيق أحكام القانون 07-11"، بتاريخ 26 ماي 2008، الجريدة الرسمية عدد 27، المواد (02، 03، 06، 07، 08، 09، 11، 18، 19، 32، 33، 34، 35، 36، 37).
- 20- القرار المؤرخ في 26 جويلية 2008، "يحدد قواعد التقييم و المحاسبة و محتوى الكشوف المالية و عرضها وكذا مدونة الحسابات وقواعد سيرها"، الجريدة الرسمية عدد 13.
- 21- التعليم رقم 02، "تتضمن أول تطبيق للنظام المحاسبي المالي 2010"، بتاريخ 29 أكتوبر 2009، الصادرة عن المجلس الوطني للمحاسبة.

تداعيات الإصلاحات السياسية الراهنة على المشاركة السياسية "دراسة تحليلية للانتخابات التشريعية لسنتي 2012-2017"

أ. مناصرة سميجة

باحثة دكتوراه جامعة باتنة-1-

وأستاذ مساعد -أ- جامعة عباس لغرور- خنشلة

messaoudene1210@gmail.com

أ. عوايجية وافية

باحثة دكتوراه بجامعة تبسة

وأستاذة مساعدة بجامعة عباس لغرور- خنشلة

univ.droit.khen@gmail.com

الملخص:

من خلال دراستنا لموضوع تداعيات الإصلاحات السياسية الراهنة على المشاركة السياسية توصلنا إلى أن الإصلاحات السياسية التي باشرتها الجزائر في سنة 2012، ساهمت في تنامي المشاركة السياسية وذلك بالنظر للامتيازات التي صاحبها والظروف التي سادت فيها ، إلا أن الإصلاحات الدستورية والقانونية لسنة 2016 والتي دخلت حيز النفاذ بموجب تشريعات 2017 لم يكن لها التأثير ذاته على المشاركة السياسية بمظاهرها المتعددة ، ويعود ذلك في رأينا إلى نظام العتبة الانتخابية الذي ساهم في إقصاء العديد من الأحزاب السياسية والتراجع عن نظام الإشراف القضائي ، وكذا السياق العام الذي جرت فيه هذه الانتخابات. الكلمات المفتاحية: الإصلاحات السياسية ، المشاركة السياسية، الانتخابات التشريعية.

Résumé :

A travers notre étude du sujet des conséquences des réformes politiques en cours sur la participation politique, nous avons déterminé que les réformes politiques initiées par l'Algérie en 2012, a contribué à la participation politique croissante, compte tenu des privilèges qui ont accompagné et les conditions qui prévalaient, mais les réformes constitutionnelles et juridiques pour l'année 2016 et qui est entré en vigueur en vertu des élections 2017, n'a pas eu la même influence sur la participation politique dans ses différentes formes, et cela est dû à notre avis au système de seuil électoral, ce qui a contribué à l'exclusion de nombreux partis politiques et le recul du système de contrôle judiciaire, ainsi que le contexte général dans lequel ces élections se son dérouler.

مقدمة:

باشرت الجزائر في السنوات الأخيرة إصلاحات سياسية واسعة مست جوانب متعددة من الحياة السياسية من أهم هذه الإصلاحات في الوقت الراهن، إصدار جملة من القوانين العضوية لسنة 2012 والتي دخلت حيز التنفيذ لأول مرة بموجب الانتخابات التشريعية 2012 ، وقد أعقبها إصلاحات أخرى في سنة 2016 ، تم تجسيدها فعليا من خلال الانتخابات التشريعية 2017، وجاءت هذه الإصلاحات في محاولة من النظام لاحتواء الوضع الراهن، وتغيير الخارطة السياسية وتجسيد الديمقراطية الفعلية واستعادة ثقة المواطن في الفواعل السياسية وتقليص الهوة بينه وبين السلطة الحاكمة، وذلك بترسيخ قيم الديمقراطية وتجسيد روح المواطنة من خلال تنمية المشاركة السياسية وتعميق المسار الديمقراطي وتجسيد حرية الشعب في اختيار ممثليه ومشاركته في صنع القرارات السياسية.

فإلى أي مدى ساهمت الإصلاحات السياسية الراهنة في تنمية المشاركة السياسية؟

منهج الدراسة: استخدمنا المنهج الوصفي التحليلي باعتباره المنهج الذي يتواءم مع طبيعتها.

هيكل الدراسة: تشمل هذه الدراسة ثلاث محاور.

المحور الأول: مفهوم الإصلاح السياسي

المحور الثاني: مفهوم المشاركة السياسية وعلاقتها بالإصلاح السياسي

المحور الثالث: تأثير الإصلاحات السياسية على المشاركة السياسية

المحور الأول: الإصلاح السياسي:

1. مفهوم الإصلاح:

الإصلاح لغة : صلح صلاحا و صلوحا أي زال عنه الفساد ، وأصلح الشيء أي أزال فساده فهو يصلحه إصلاحا أي يقومه ويحسنه والصلاح هو نقيض الفاسد¹ ، وقد ورد مفهوم الإصلاح في القرآن الكريم في أكثر من موضع وفي سياقات مختلفة نذكر منها ما جاء في سورة النساء قوله تعالى: "لا خير في كثير من نجواهم إلا من أمر بصدقة أو معروف أو إصلاح بين الناس و من يفعل ذلك ابتغاء مرضات الله نُؤتيه أجرا عظيما"² ، والمقصود هنا إصلاح ذات البين.

أما في اللغة الإنجليزية فإن كلمة الإصلاح هي: (Reform) والتي تعني التعديل والوصول إلى وضع أفضل بتعديل الأخطاء أو إعادة البناء. (Form again)³.

¹ مجمع اللغة العربية ، معجم القانون ، القاهرة ، الهيئة العامة للشؤون الأميرية . 2006 ، ص 368.

² القرآن الكريم ، النساء، الآية 114.

³ - Virginia French Allen an others, - (3)Longman Dictionary of American English(New York: Longman Inc, 1983). P155.

أما الإصلاح اصطلاحاً: الإصلاح هو رتق وترميم ما هو موجود بالفعل بغية تصحيحه أو تحسينه و منع انهياره فهو تحسين للمجال أو للنظام دون المساس بأسسه.

2. مفهوم الإصلاح السياسي:

عرفته الموسوعة السياسية بأنه: "تغيير غير جذري في شكل الحكم أو العلاقات الاجتماعية دون المساس بأسسها وهو خلاف لمفهوم الثورة"، بمعنى انه ليس سوى تحسين في النظام السياسي والاجتماعي القائم دون المساس بأسس هذا النظام¹. غير أنه وابتداءً من مطلع سنوات التسعينيات من القرن العشرين بدأ مفهوم الإصلاح السياسي يأخذ منحى آخر يجيز آلية التغيير الجذري كما يعنى بآلية التغيير التدريجي ويمكن توضيح ذلك بصورة أدق من خلال التعريف الذي ساقه لنا الفقيه Gerado L.Munck الذي يرى بأن: "الإصلاح يمكن أن ينظر إليه بأنه تغيير في أنماط وسلوكيات قائمة بشكل جذري أو تدريجي، من خلال فترة زمنية محددة على جماعة بشرية"². كذلك يشير مفهوم الإصلاح السياسي إلى نوع من الانتقال من النظم الشمولية القائمة على شخصنة السلطة وقمع الحريات السياسية إلى نظم أكثر ديمقراطية قائمة على مبدأ سيادة القانون والمواطنة الفاعلة، من خلال انتخابات دورية حرة ونزيهة وتعددية حزبية³، وعلى هذا الأساس ذهب ثناء فؤاد عبد الله إلى تعريف الإصلاح السياسي بأنه "مجموعة من الممارسات التي تستهدف تحديث أداء الدولة في المجالات الحياتية المختلفة"⁴.

3. خطوات الإصلاح السياسي:

إن عملية الإصلاح السياسي تحدث في المجتمعات المتطورة، والنامية على حد السواء فهي باختصار الانتقال من وضع سائد فعلاً إلى وضع أفضل منه، من خلال تنفيذ سياسة معينة يصطلح على تسميتها بالإصلاح السياسي، وهذا الإصلاح يؤثر بصورة فاعلة في تغيير نمط الحكم ومؤسساته وطبيعة العلاقة بين الحكام والمحكومين، مما ينعكس إيجاباً على شكل الدولة ونظام الحكم والمشهد السياسي برتمته ويغير حالة المجتمع من مجتمع أقل ديمقراطية إلى مجتمع ديمقراطي وتحترم فيه الإرادة الشعبية وحقوق وحريات الأفراد، لذلك فإن الإصلاح السياسي يتطلب توافق مختلف القوى الوطنية من أحزاب سياسية ومؤسسات المجتمع المدني، والنخب الوطنية الموجودة في المجتمع⁵، وهذا ما أعربت عنه وثيقة الإسكندرية الصادرة عن مؤتمر الإصلاح السياسي المنعقد في الإسكندرية والتي أوضحت أن الإصلاح السياسي يتم عبر ثمان خطوات⁶ وهي: الإصدارات الدستورية والتشريعية، إصلاح المؤسسات التشريعية والديمقراطية، إصلاح المؤسسات والهيكل السياسية، توسيع الحريات وتأسيس الأحزاب السياسية في إطار الدستور والقانون

¹ - فهو يشبه الدعائم الخشبية المقاومة لمحاولة منع انهيار المباني المتداعية ويستعمل للحيلولة دون الثورة أو لتأخير وقوعه، مزيد من المعلومات حول هذا الموضوع راجع: حازم صباح حميد، الإصلاحات الدستورية في الدول العربية، عمان، دار الحامد للنشر والتوزيع، ط 1، 2012 ص 32.

² - نقلاً عن مسلم بابا عربي، "محاولة في تأصيل مفهوم الإصلاح السياسي"، مجلة دفاتر السياسة والقانون، العدد التاسع، جوان 2013، ص 237.

³ - مسلم بابا عربي، مرجع سابق، ص 238.

⁴ - ثناء فؤاد عبد الله، "الإصلاح السياسي، مجلة العلوم السياسية، مركز دراسات الوحدة العربية، العدد 12، بيروت، 2006، ص 49.

⁵ - عبد الإله بلقزيز، "ورقة الإصلاح السياسي في العالم العربي"، مجلة المستقبل العربي، مركز دراسة الوحدة العربية، العدد 304، بيروت بيروت 2002، ص 9.

⁶ - وثيقة الإسكندرية، مؤتمر قضايا الإصلاح السياسي في الوطن العربي، الإسكندرية، 12-14 مارس 2003.

، التصديق على منظومة المواثيق الدولية العربية، تحرير النظام من تأثير الهيمنة الحكومية، إطلاق الحريات لتشكيل مؤسسات المجتمع المدني، تشجيع إجراء قياسات الرأي العام وتحريرها من العوائق بوصفها أحد أهم وسائل الديمقراطية¹.

5: مضمون الإصلاحات السياسية الراهنة في الجزائر

تراوحت الإصلاحات السياسية الراهنة بين تلك الإصلاحات القانونية التي باشرتها السلطة في سنة 2012 ، وتلك التي استحدثتها في مطلع 2016.

أ. الإصلاحات السياسية لسنة 2012: أصدرت الدولة جملة من القوانين العضوية، والتي تعالج مسائل مختلفة، إلا أننا سنكتفي بإيراد القوانين العضوية ذات الصلة بموضوعنا وهي:

* قانون الانتخاب 01-12 من أهم الامتيازات التي جاء بها: استعمال صناديق اقتراع شفافة (المادة 44) تحديد السن الأدنى للترشح لمجلس الشعب لبلدية أو ولاية 23 بدلا من 25 سنة (المادة 78، الفقرة الثانية)، استبدال التوقيع على لائحة الناخبين ببصمات كافة الناخبين (المادة 46)، بإمكان الناخبين والمرشحين المستقلين وممثلي الأحزاب السياسية أن يطلعوا على اللائحة الانتخابية الخاصة بهم ("المادة 18)، وأخيرا إنشاء لجنة وطنية للإشراف على الانتخابات مؤلفة حصرا من قضاة².

* قانون الأحزاب 04-12 أهم الامتيازات التي جاء بها: حرية الانتماء السياسي، سن الانخراط هو سن الرشد، إلغاء شرط الجنسية الجزائرية الأصلية للأعضاء المؤسسين، وجوب تسبب قرارات رفض التراخيص من قبل الإدارة³، وجوب احترام الكوتا النسائية في القوائم الحزبية.

* قانون زيادة حظوظ المرأة في المجالس المنتخبة 03-12: أهم الامتيازات التي جاء بها: تحديد نسبة إلزامية لتمثيل المرأة في قوائم المرشحين (المادة 2) للانتخابات التشريعية والبلدية والولائية بما يتناسب مع عدد المقاعد، يتم معاقبة القوائم الانتخابية التي لا تحترم النسب المنصوص عليها في القانون، وذلك برفض تلك القوائم (المادة 5)، توفير مساعدة مالية خاصة للأحزاب السياسية، وفقا لعدد من المرشحات المنتخبات في المجالس الشعبية البلدية، والولائية والبرلمان (المادة 7)⁴، دخلت هذه القوانين حيز النفاذ لأول مرة بمناسبة الانتخابات التشريعية 2012.

ب. الإصلاحات السياسية لسنة 2016: تجلت الإصلاحات السياسية لسنة 2016 في إصلاحات ذات طبيعة دستورية وأخرى ذات طبيعة قانونية

¹ وثيقة الإسكندرية، المرجع السابق.

² القانون العضوي رقم 01-12 المؤرخ في 18 صفر عام 1433 هـ، الموافق ل 12 يناير سنة 2012، يتعلق بنظام الانتخابات.

³ القانون العضوي رقم 04-12، المؤرخ في 18 صفر عام 1433 هـ، الموافق ل 12 يناير سنة 2012، يتعلق بالأحزاب السياسية.

⁴ القانون العضوي رقم 03-12، المؤرخ في 18 صفر عام 1433 هـ، الموافق ل 12 يناير سنة 2012، يحدد كيفية توسيع حظوظ المرأة في المجالس المنتخبة.

* الإصلاحات الدستورية:

سوف نقتصر على ذكر أهم التعديلات الدستورية ذات الصلة بموضوعنا كتحديد العهدة الرئاسية بعهدتين فقط، وتعيين الوزير الأول باستشارة الأغلبية البرلمانية ، وتعزيز الدور الرقابي للهيئة التشريعية تعزيز دور المعارضة البرلمانية ومنع التجوال البرلماني، واستحداث الهيئة العليا المستقلة لمراقبة الانتخابات.

*الإصلاحات القانونية لسنة 2016: صدرت في مطلع سنة 2016 العديد من الإصلاحات القانونية كالقانون العضوي 10-16 والمتعلق بالانتخابات، والقانون 12-16 المتعلق بتنظيم المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة وعملهما وكذا العلاقة الوظيفية بينهما وبين الحكومة ، والقانون العضوي 11-16 المتعلق بالهيئة العليا المستقلة لمراقبة الانتخابات، غير أننا سنورد أهم التعديلات التي تضمنها قانون الانتخابات لتداعياتها المباشرة على المشاركة السياسية وتمثلت فيما يلي: ضمان وضع القوائم الانتخابية تحت تصرف المترشحين والأحزاب السياسية والناخبين¹، يحضر كل تغيير طوعي للانتماء السياسي لأي منتخب في البرلمان أثناء عهده الانتخابية، لا يمكن التسجيل في نفس قائمة الترشيح لأكثر من مترشحين اثنين ينتميان إلى أسرة واحدة بالقرابة أو المصاهرة أو من الدرجة الثانية، يمكن تقسيم الولاية إلى دائرتين انتخابيتين أو أكثر في انتخاب أعضاء المجلس الشعبي الوطني وفقا لمعايير الكثافة السكانية في ظل احترام التوازن الجغرافي، لا يمكن أن يقل عدد المقاعد في المجلس الشعبي الوطني عن (5) بالنسبة للولايات التي يقل عدد سكانها عن 350.000 نسمة ، يجب أن تزكى القوائم الحرة من طرف الأحزاب التي تحصلت على أكثر من (4%) من الأصوات المعبر عنها في الدائرة الانتخابية المرشح فيها خلال الانتخابات التشريعية الأخيرة ، وإما من طرف الأحزاب السياسية التي تتوفر على (10) منتخبين على الأقل للدائرة الانتخابية المرشح فيها ، لا يمكن أن تتجاوز نفقات الحملة الانتخابية لكل قائمة في الانتخابات التشريعية حداً أقصاه (1.500.000) كل مترشح².

المحور الثاني: المشاركة السياسية وعلاقتها بالإصلاح السياسي

تعتبر المشاركة السياسية احد أهم أهداف النظام السياسي التي يرمي إليها من خلال اقتراحه للإصلاحات السياسية ، كما أنها تعد مؤشرا جيدا للحكم على مدى نجاحها.

1- مفهوم المشاركة السياسية

أ.المشاركة: هي المساهمة الفعلية و الكاملة الرسمية و غير الرسمية للأفراد و الجماعات في كل أنشطة المجتمع الاقتصادية والاجتماعية و السياسية بهدف تحقيق الصالح العام، و تحقق المشاركة للأفراد التي تتبنى هذا السلوك نوع من الإشباع و الرضا وذلك من خلال الوصول للأهداف المراد تحقيقها³.

¹ - المادة 22 من قانون العضوي رقم 10-16، المؤرخ في 22 ذي القعدة عام 1437 الموافق ل25 غشت سنة 2016، يتعلق بنظام الانتخابات

² - المادة 194 من نفس القانون.

³ - احمد بنيبي، الإجراءات الممهدة للعملية الانتخابية في الجزائر، رسالة دكتوراه، جامعة باتنة ، كلية الحقوق، 2005 ص9

ب. السياسة: يتفق أغلب علماء السياسة و المعاجم على أن السياسة هي علم الحكومة و فن علاقات الحكم وتطلق أيضا على الطريقة التي يسلكها الحكام في إدارة شؤون الدولة¹.

ج- المشاركة السياسية

رغم أنه لا يوجد اتفاق بين الفقهاء حول مفهوم المشاركة السياسية إلا أنه من خلال عرض بعض التعريفات يمكن الوصول إلى مؤشرات محددة لهذا المفهوم، فعلى سبيل المثال يقصر جوزيف فيريا المشاركة السياسية على: "تلك الأنشطة القانونية التي يقوم بها المواطنون و التي تهدف بطريقة أو بأخرى إلى التأثير في اختيار الحكومة لموظفيها أو للأعمال التي يقومون بها"²، كما يحصرها محمد عبد الهادي في شكلها المنظم فهو يرى بأن المشاركة السياسية هي: "حرص الجماهير على ممارسة حقوقها السياسية ابتداء من التصويت الانتخابي إلى الإدلاء بالرأي في المواقف المختلفة إلى التمسك بكل حق مقرر في نظام الدولة، كل هذا فضلا عن الانتماء الحزبي أو العمل من خلال تنظيم سياسي مشروع ومعترف به والمشاركة في جهود وأعمال الندوات العامة والمؤتمرات وحلقات النقاش باختصار أن الفرد لا يقف موقف المتفرج من القضايا الأساسية والجماهيرية"³، غير أن التعريف الذي نجده أكثر شمولاً هو التعريف الأكثر ذيوفاً في الوسط الأكاديمي الأمريكي للفقهاء صموئيل هنتنغتون الذي يرى بأن المشاركة السياسية تتمثل في: "تلك الأنشطة التي يباشرها الأفراد والتي تهدف إلى التأثير على صناعة القرار الحكومي وهي فردية أو جماعية منظمة أو عفوية، مستمرة أو موسمية، سلمية أو عنيفة، فاعلة أو غير فاعلة، شرعية أو غير الشرعية"⁴.

من خلال التعريفات السابقة يمكن الوصول إلى أن المشاركة السياسية تشمل كل التصرفات والسلوكيات الاختيارية التي يتخذها الأفراد وتهدف إلى التأثير في القرارات السياسية التي تتعلق بالمصالح الحيوية في مختلف الجوانب السياسية والاجتماعية والاقتصادية والثقافية.

يمكن قياس درجة المشاركة السياسية من خلال عدة مؤشرات:

- درجة التمتع بالحقوق والحريات السياسية كحق الترشح وحق التصويت.
- نسبة التواجد في الهيئات التمثيلية والمجالس المنتخبة على المستوى الوطني والمحلي.
- نسبة التواجد في المؤسسات الحكومية ومراكز صنع القرار.
- نسبة مشاركة الأحزاب السياسية.

2. علاقة المشاركة السياسية بالإصلاح السياسي

تعتبر المشاركة في الحياة السياسية ضرورة لتحقيق أهداف النظام السياسي، التي يرمي إلى تجسيدها من خلال الإصلاحات السياسية التي يقرها، والتي تنعكس إيجاباً على توسيع قاعدة الشرعية للمؤسسات التمثيلية، مما يعطيها قوة تمثيلية نابعة مستندة إلى الخيار الديمقراطي، وبالتالي فقبول الشعب للإصلاح كآلية للتغيير يجعله يساند

1- محمد السويدي، علم الاجتماع السياسي، ميدانه وقضاياها، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، 1990، ص 173.

2- وصال نجيب العزاوي، المرأة العربية والتغيير الاجتماعي، عمان، دار أسامة للنشر والتوزيع، 2012، ص 8.

3- عبد الهادي محمد والي، التنمية الاجتماعية، مصر، الإسكندرية، دار المعرفة الجامعية، 1988، ص 114.

4- وصال نجيب العزاوي، مرجع سابق، ص 8.

الدولة في سياساتها وخياراتها الإستراتيجية والسياسية والاقتصادية ويمكنه ترجمة هذا التفاعل من خلال ممارسة حقه في التصويت الذي يمثل نصيبه من المشاركة السياسية ، وحقه في الترشح للمجالس المنتخبة حسب الشروط والإجراءات التي يقررها القانون.

المحور الثالث: تأثير الإصلاحات السياسية على المشاركة السياسية

1. دخول الإصلاحات السياسية حيز النفاذ بموجب الانتخابات التشريعية :

تعد الانتخابات من ضرورات التحول الديمقراطي ، والمدخل الأساسي في عملية الإصلاح ، وقد عرفها الفقيه فيليب برو على أنه: "الكيفية التي تهدف إضفاء الطابع الشرعي على السلطات الحاكمة"¹، أما اندريه هوريو فانه يعرفها على أنه: "الكيفية التي يختارها المواطنون الأفراد الذين يمثلونهم، والذين يستطيعون بالطبع ممارسة الحكم بتطبيق السياسة المفضلة لدى ناخبهم"². في حين يعرفه جون بول جاكى بأنه: "الطريقة الديمقراطية لاختيار الحكام"³. أما مارسال بريلوت فيذهب إلى اعتباره تسابق للإرادات المؤهلة قانونا من اجل القيام باختيار الحكام"⁴. فالانتخاب في جوهره أداة للمشاركة السياسية الشعبية في تسيير الشؤون العامة عن طريق الهيئات المنتخبة ، وفيما يلي سوف نحاول استقراء نتائج الإصلاحات السياسية الراهنة على المشاركة السياسية من خلال تحليل نتائج الانتخابات التشريعية التي تزامنت مع عمليات الإصلاح السياسي لسنتي 2012-2016 وتداعياتها على المشاركة السياسية.

أ. عرض نتائج الانتخابات التشريعية

النتائج بعد الطعون		النتائج الأولية				الأحزاب/القائمة		
عدد المقاعد	المقاعد المسحوبة	عدد المقاعد	عدد الأصوات	عدد المقاعد	عدد الأصوات			
2017	2012	2017	2012	2017	2012	2017	2012	
158	208	3-	-13	161	221	1.655.04	1.324.36	حزب جبهة التحرير
100	68	3+	-2	97	70	964.729	524.057	حزب التجمع الوطني
34	49	1+	+2	33	47	394.833	475.049	تكتل الجنازير الخضراء
-	27	-	+6	14	21	152.663	188.275	جبهة القوى الاشتراكية
-	-	-	-	19	ح			حزب التاج
-	18	-	-1	28	19		671.190	قوائم الأحرار
-	24	-	+7	11	17	188.187	283.585	حزب العمال
1	09	1+	00	00	09	150.056	198.544	الجبهة الوطنية جزائرية
-	08	-	+1		07		232.676	جبهة العدالة و التنمية
-	07	-	+1		06		165.600	الحركة الشعبية جزائرية
-	05	-	00	01	05	83.368	132.492	حزب الفجر الجديد
-	-	-	-	الى 02	الى 04			باقي الأحزاب تقاسمت

الشكل الأول: جدول يمثل نتائج التصويت (توزيع المقاعد بحسب الأحزاب و القوائم)⁵

¹ فيليب برو ، علم الاجتماع السياسي، ترجمة محمد عرب صاصيلا، المؤسسة الجامعية للدراسات و النشر، بيروت 1998، ص 306.

² - Hauriou André, droit constitutionnel et institution politique .Paris: Montchrestien, 1968, p214.

³ Jean Paul Jaque droit constitutionnel et institutions politiques . 3eme edi Paris: DALLOZ, 1963 p24.

⁴ Marcel Prelot, institution politique et droit constitutionnel, 3" Ed .Paris: DALLOZ, 1963.p.612.

⁵ إعلانات و بيانات المجلس الدستوري الخاصة بالنتائج الأولية و النهائية.

ب. قراءة في نتائج الانتخابات التشريعية في الجزائر: جاءت الانتخابات التشريعية 2012 كمحاولة من النظام الحاكم لاحتواء الوضع ، فكانت آمال كبيرة جدا في أن تكون نتائجها على قدر كبير من النزاهة و الشفافية والمصادقية ، تعكس تطلعات الشعب وتثبت إرادته في تغيير الخارطة السياسية والهيئة الحاكمة وإفراز مؤسسة دستورية تشريعية تعبر عن الإرادة الشعبية ، وعلى قدر عال من الكفاءة والاستحقاق وجديدة بثقة الشعب الذي رفع شعار التغيير السلمي، لتجنب الدولة التدخلات الأجنبية والانقسامات الداخلية "عن طريق إجراء انتخابات تشريعية حرة ونزيهة على أساس الاقتراع السري وعلى قدم المساواة بين الجميع"¹،

إلا أن نتائجها جاءت مفاجئة ومخيبة لآمال نسبة كبيرة من عامة الشعب والسياسيين والأحزاب المشاركة، بالنظر للتحضيرات التي مهدت إليها والظروف التي جرت فيها والوعود التي أطلقتها السلطة بأن تكون هذه الانتخابات بالذات نزيهة وشفافة² ، ذلك أنها لم تغير من شيء وأبقت على الخارطة السياسية كما هي وذلك باكتساح حزب جبهة التحرير الوطني وحزب التجمع الديمقراطي لأغلبية المقاعد البرلمانية والتي مثلت نسبة 60% مجموع المقاعد الموجودة³ ، في حين كانت خسارة الأحزاب الإسلامية فادحة إذ لم تحصل مجتمعة إلا على 59 مقعدا⁴ ، وهي النتيجة التي كانت تحزنها منفردة في الاستحقاقات السابقة ، كذلك لم تأت الانتخابات التشريعية الأخيرة بجديد على مستوى الخارطة السياسية وفازا حزبي السلطة بأغلبية المقاعد، فقط تم تسجيل تراجع في مقاعد حزب جبهة التحرير الوطني لصالح حزب التجمع الديمقراطي كما أفرزت العديد من الأحزاب المجهرية تصل إلى أكثر من 20 حزبا تحصلت على مقعد واحد مما ساهم في تشتت المعارضة ، كذلك حصول أحزاب جديدة على عدد كبير من المقاعد (كحزب التاج) في ظل تراجع عدد مقاعد أحزاب كبيرة وعريقة (كحزب العمال)⁵.

2- العوامل التي أفرزت نتائج الانتخابات التشريعية لسنتي 2012-2017

ساهمت عدة عوامل في إفراز نتائج الانتخابات التشريعية الأخيرة يمكن إجمالها في النقاط التالية:

أ- النظام الانتخابي: صرح السيد سالا فراسكا رئيس بعثة الاتحاد الأوروبي لمراقبة الانتخابات في الجزائر بأن السبب المباشر الذي أفرز نتائج الانتخابات التشريعية الأخيرة يعود إلى النظام النسبي⁶ بالقائمة مع تطبيق قاعدة الباقي الأقوى في توزيع المقاعد على القوائم المترشحة ، والذي اعتمده الجزائر منذ سنة 1997، وهو الأمر ذاته الذي أكدته

¹- أحمد بنيبي، "الإشراف القضائي على الانتخابات النيابية في ظل الإصلاحات السياسية في الجزائر"، دفاثر السياسة والقانون ، العدد الثامن جانفي، 2012، ص 221.

²- وهو اعتراف ضمني من السلطة الحاكمة بأن الانتخابات السابقة كان يشوبها طابع التزوير وعدم المصادقية والشفافية.

³- وحدة تحليل السياسات في المركز، مرجع سابق، ص11.

⁴- وحدة تحليل السياسات في المركز، مرجع سابق ، ص4.

⁵- وهذه النتائج كانت متوقعة بالنظر لحالة الجمود السياسي الذي تزامن معها واتساع الهوة بين السلطة والشعب في ظل الأزمة المالية التي دخلت بها البلاد هذه الانتخابات ، وتفعيل المال السياسي و طغيان الفساد في ظل انهيار أسعار النفط وارتفاع الأسعار وزيادة الضرائب والأعباء على المواطن البسيط والتي انعكست على قدرته الشرائية مما جعله لا يبدي أي اهتمام بهذه الانتخابات باعتباره متوقعا للنتائج سلفا ، خاصة في ظل الأزمة الصحية التي يعاني منها رئيس الجمهورية، كذلك تراجع الدولة ورسميا بموجب الإصلاحات السياسية التي أقرتها في سنة 2016 والمتعلقة بالتعديل الدستوري وقانون الانتخاب 16-10 وقانون الهيئة العليا المستقلة لمراقبة الانتخابات 16-11 عن المكتسبات التي حققتها بموجب الإصلاحات السياسية لسنة 2012 خاصة ما تعلق منها بنظام الإشراف القضائي عن طريق اللجنة الوطنية للإشراف على الانتخابات، والذي يمكن القضاء كسلطة مستقلة من التدخل في كافة مراحل العملية الانتخابية مما يعزز شفافية ونزاهة ومصادقية العملية الانتخابية، انظر الشكل(1).

⁶- بموجب الأمر رقم 97 - 07 المؤرخ في 27 شوال 1417 الموافق 06 مارس 1997.



البعثة الأوروبية في تقريرها النهائي¹، وهذا الرأي يجانب الصواب إذ تنص المادة 86 من قانون الانتخابات حسب آخر تعديل على أنه: "يترتب على طريقة الاقتراع المحددة في المادة 84 أعلاه توزيع المقاعد حسب نسبة عدد الأصوات التي تحصل عليها كل قائمة مع تطبيق قاعدة الباقي الأقوى، ولا يؤخذ في الحسبان، عند توزيع المقاعد القوائم التي لم تحصل على خمسة في المئة (5%) على الأقل من الأصوات المعبر عنها"²، وهو الأمر الذي أدى إلى تشتت الوعاء الانتخابي خاصة بالنسبة للأحزاب الجديدة، مما أدى إلى استبعاد معظم القوائم الحزبية مع الأصوات التي تحصلت عليها واقتصرت التمثيل على الأحزاب القديمة والتي تقاسمت مقاعد البرلمان بعدد قليل.

ب- توظيف الخطاب السياسي لتنمية الوعي الجماهيري: إذ فهم الشعب الجزائري أن الرهان الحقيقي في ظل هذه المرحلة الحرجة هو الدفاع عن استقلال القرار الوطني وحماية الوطن من الأعداء المترصين به، وذلك بدفع الإصلاحات السياسية التي اعتمها رئيس الجمهورية إلى ابعده مدى، خاصة وأن رئيس الجمهورية قد أكد من خلال خطابه المتتالية في جل المناسبات الوطنية التي سبقت هذه الانتخابات على أهمية الاستقلال الوطني وما دفعه الشعب الجزائري ثمننا لذلك، كما أكد على خطورة الانزلاق السياسي خاصة وأن للجزائر تجربة مريرة مع العشرية السوداء لا تريد بأي حال من الأحوال تكرارها.

ج- عدم وجود بديل: حقيقة أن المواطن الجزائري لا يثق في الأحزاب الموجودة على الساحة السياسية³.

د- ازدواجية التسجيل في القوائم الانتخابية لأصوات الأمن والجيش: تحليلات أخرى أرجعت سبب الفوز الكاسح لجبهة التحرير إلى مشاركة الجيش والأسلاك المشتركة، إذ وصف رئيس حزب التغيير البرلمان القادم ببرلمان الجيش الشعبي الوطني⁴، كما أكدت بعض الجهات الفاعلة بأن هناك جنود تم تسجيلهم في مناطقهم الأصلية وفي مواقع انتشارهم⁵.

هـ- التزوير في نتائج الانتخابات: وهو التفسير الذي قدمته الأحزاب الخاسرة في التشريعات الأخيرة على أثر إعلان النتائج، إذ اتهمت الرئيس والسلطة بالتلاعب والتزوير، إلا أنه لا يوجد أي دليل على أن ذلك حدث بالفعل⁶.

و- الإصلاحات السياسية الراهنة: ساهمت الإصلاحات التي أقرتها السلطة على قانون الانتخاب وقانون زيادة حظوظ المرأة في المجالس المنتخبة وقانون الأحزاب في إفراز نتائج الانتخابات خاصة ما تعلق منها بنسبة مشاركة المرأة وزيادة عدد الأحزاب المتنافسة، وكذا إقصاء الأحزاب السياسية التي لم تحصل على (4%) من الأصوات المعبر عنها في الدائرة الانتخابية المرشح فيها خلال الانتخابات التشريعية الأخيرة، والقوائم التي لم تحصل (5%) على الأقل من الأصوات المعبر عنها عند توزيع المقاعد كما شكل التراجع عن نظام الإشراف القضائي الذي تبنته الدولة في إصلاحات 2012

¹ الاتحاد الأوروبي، بعثة ملاحظة الانتخابات، التقرير النهائي، الانتخابات التشريعية في الجزائر، 2012، ص.3.

² القانون العضوي رقم 16-10 المؤرخ في 22 ذي القعدة عام 1437 هـ، الموافق ل 25 غشت 2016، يتعلق بنظام الانتخابات.

³ وحدة تحليل السياسات في المركز، مرجع سابق، ص.15.

⁴ جريدة الخبر، العدد 6717، 17/05/2012، ص.3.

⁵ منير مباركيه، مرجع سابق، ص.7.

⁶ المرجع نفسه، ص.19.

والذي تمارسه هيئة تتشكل حصرا من قضاة تتدخل في كل مراحل العملية الانتخابية وتعويضه بنظام رقابة تمارسه الهيئة المستقلة العليا لمراقبة الانتخابات ذات التشكيلة المختلطة إلى تقلص الضمانات القضائية لحماية الحقوق السياسية.

3. نتائج الإصلاحات السياسية على المشاركة السياسية والمسار الديمقراطي

يمكن رصد نتائج الإصلاحات السياسية على المشاركة السياسية من خلال من خلال المؤشرات التي أوردناها في تعريفنا للمشاركة السياسية وهي:

أ. درجة التمتع بالحقوق السياسية كحق التصويت وحق الترشح.

* نسبة التصويت: تعتبر عملية التصويت في الانتخاب من أهم مظاهر المشاركة السياسية في النظم الديمقراطية وترتبط مباشرة بالديمقراطية التمثيلية ، التي تعني إشراك الشعب في السلطة عن طريق ممثليه، ويتم ذلك من خلال العملية الانتخابية التي تختلف نظمها وأنواعها من مجتمع إلى آخر، لكنها تتفق جميعا على أن صوت المواطن في عملية الانتخاب يمثل نصيبه في المشاركة السياسية¹ قدرت نسبة التصويت في الانتخابات التشريعية لعام 2012 ب 43% وهي نسبة معقولة ومقبولة جدا مقارنة بالنسبة المحصل عليها في الانتخابات التشريعية لسنة 2007 والتي قدرت ب 35,65% وهو مؤشر ايجابي على تنامي المشاركة السياسية في الجزائر ، من خلال الإقبال على صناديق الاقتراع لمساندة الإصلاحات السياسية التي أقرها رئيس الجمهورية. على الرغم من أن هناك من يشكك في هذه النسبة² ويقدر النسبة الحقيقية ب 25% ، غير أنه لا يوجد أي دليل على أن هذه النسبة مزورة ، كما أن هناك من يرى بأن هذه النسبة غير كافية بالنظر للإمكانيات الهائلة التي جندت لإنجاح العملية الانتخابية خاصة إذا ما قارناها بنسبة العزوف عن المشاركة في الانتخابات والتي قدرت ب 56.86% مضاف إليها عدد الأصوات اللاغية والتي قدرت ب 18.23%، غير أنها تراجعت وبدرجة ملفتة من خلال الاستحقاقات التشريعية الأخيرة فقد بلغت حسب تصريحات المجلس الدستوري النهائية 35,37% وهي تقريبا نفس النسبة المحصلة في انتخابات 2007 مما ينبئ عن تراجع المسار الديمقراطي والعودة مرة أخرى إلى حالة العزوف عن المشاركة السياسية والشعور بالاعترا ب السياسي من قبل المواطن الجزائري وقد بلغت ب 61% مضاف إليها عدد الأصوات اللاغية والتي قدرت ب 10% من الأصوات المنتخبة ، ويعود هذا في نظرنا إلى الحالة التي آلت إليها البلاد في ظل تفاقم الأزمة المالية و الزيادة الفاحشة في الأسعار والضرائب وما خلفه قانون المالية لسنة 2017 الذي انعكس بالسلب على القدرة الشرائية للمواطن البسيط كذلك غياب الحماس الجماهيري بفعل الأزمة الصحية التي يعاني منها رئيس الجمهورية ، واتساع الهوة بين المواطن والفواعل السياسية وعدم قدرتهم على تلبية احتياجاته خاصة الصحة والشغل السكن.

¹ إبراهيم أبراش، مرجع سابق، ص 253.

² حيث أنهم النظام بأنه استغل أصوات الجيش من خلال ازدواجية التسجيل.

وفيما يلي جدول يبين نسبة المشاركة في الانتخابات التشريعية لسنة 2012 و 2017.

23251503	21645841	عدد الناخبين المسجلين
8225123	9339026	عدد الناخبين الذين صوتوا
% 35.37	%43.14	نسبة المشاركة
6446750	7634979	عدد الأصوات المعبر عنها (الصّحيحة)
1778373	1704047	عدد الأصوات الملغاة
%27.72	%35.27	نسبة الأصوات المعبر عنها/عدد الناخبين
%16	%20	نسبة الأصوات المعبر عنها/عدد السكان

الشكل 2: نسبة المشاركة في الانتخابات التشريعية لسنة 2012-2017

* نسبة الترشح: يعد حق الترشح من أهم مظاهر المشاركة السياسية، التي تتجسد من خلالها المساهمة الفعلية والمباشرة في إدارة شؤون الحكم وصنع القرارات السياسية من طرف المواطنين، الذين تتوافر فيهم الشروط الموضوعية والشكلية للترشح، كما حددها الدستور والقانون¹ وقد تكون القوائم المرشحة حرة أو مرشحة من قبل الأحزاب السياسية، وفي هذه الحالة يكون للأحزاب السياسية دورا بارزا في ترتيب المترشحين في القوائم الانتخابية، وقد بلغ عدد المرشحين في انتخابات 2016 (12,591) عن (938) قائمة انتخابية حزبية، و (1,125) عن (98) قائمة حرة. و من المعروف أن النظام الانتخابي النسبي يساهم في التزايد المستمر لتمثيل الأحرار حيث حصلوا في تشريعات 1997 على (11) مقعدا و في تشريعات 2012 على (19) مقعدا بينما ارتفع العدد إلى (28) مقعدا في الاستحقاقات التشريعية الأخيرة.

* نسبة العزوف: قدرت نسبة العزوف عن المشاركة في العملية الانتخابية في انتخابات 2012 بـ 58% من مجموع الهيئة الناخبة، وهي نسبة عالية نوعا ما برغم أنها أقل من تلك المسجلة في تشريعات 2007، و 61% في استحقاقات 2017 وقد جاءت هذه النسبة نظرا لتضارفا عدة عوامل أهمها: عدم ثقة المواطن بأن الإدلاء بصوته سوف يحدث تغييرا في الأوضاع القائمة خاصة الاقتصادية والاجتماعية منها، العزلة وصعوبة الاقتراع في المناطق النائية لعدم توفر الإمكانيات اللازمة لذلك²، عدم التسجيل في القوائم الانتخابية والسجلات المعدة لذلك، عدم ثقة الناخب في نزاهة وشفافية العملية الانتخابية، رداءة البرامج والشخصيات الحزبية التي قدمت للناخب والتي جاءت متشابهة و مطابقة لبرنامج رئيس الجمهورية، الأزمة المالية التي رافقت تشريعات 2017.

¹ نصت المادة 92 من قانون 10-16 المتعلق بالانتخابات على أنه: "يشترط في المترشح إلى المجلس الشعبي الوطني، استيفاء الشروط المنصوص عليها في المادة (3) من هذا القانون ويكون مسجلا في الدائرة الانتخابية التي يترشح فيها، وأن يكون بالغا حمسا وعشرين سنة على الأقل يوم الاقتراع، وأن يكون ذا جنسية جزائرية، وأن يثبت أداءه للخدمة الوطنية أو إعفائه منها، وألا يكون محكوما عليه بحكم نهائي لارتكاب جناية أو جنحة سالبة للحرية ولم يرد اعتباره باستثناء الجنح غير العمدية"

² وهو التفسير الذي قدمته السلطة على لسان وزير الخارجية دحو ولد قبيلية مع اليومية الناطقة بالفرنسية "liberté" الناطقة بالفرنسية في: 2012/05/15 و أعيد نشرها في جريدة صوت الأحرار في: 2012/05/16.

ب. نسبة التواجد في الهيئات التمثيلية والمجالس المنتخبة.

* ارتفاع عدد أعضاء البرلمان: كان إصلاح القانون الانتخابي مرفق بتعديل يحدد توزيع الدوائر الانتخابية ورفع عدد أعضاء الغرفة السفلى للبرلمان من 389 إلى 462 مقعد داخل المجلس الشعبي الوطني، مما يعكس حجم النمو الديمغرافي للسكان ويساهم في وتحسين التمثيل السياسي¹.

* نسبة تمثيل الجالية: نص قانون الانتخاب 16-10 على تقسيم كل ولاية إلى دائرة انتخابية واحدة مع العلم بأنه يجيز تقسيم الولايات ذات الكثافة السكانية العالية إلى أكثر من دائرة انتخابية، وإلى جانب الدوائر الانتخابية 48 هناك أربع دوائر للجالية الجزائرية في الخارج وهي باريس، مرسيليا وتونس وواشنطن خصص لكل منها مقعدان بلغت نسبة المشاركة فيها 15.58%².

* نسبة تمثيل المرأة: تعد مشاركة المرأة في الحياة السياسية، جزءا هاما عملية التحول الديمقراطي كما أن تمثيل المرأة في المجالس النيابية يعد مؤشرا على مقدار ما يتمتع به المجتمع من حرية وديمقراطية وقد كرسها المشرع الجزائري بموجب الدستور والقانون، حيث جاء في المادة 31 من الدستور: "تستهدف المؤسسات ضمان مساواة كل المواطنين والمواطنات في الحقوق والواجبات بإزالة العقبات التي تعوق تفتح شخصية الإنسان، وتحول دون مشاركة الجميع الفعلية في الحياة السياسية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية"، كما جاء التعديل الدستوري لسنة 2008 ليؤكد على دور المرأة في الحياة السياسية من خلال زيادة حظوظ تمثيلها في المجالس المنتخبة حيث نصت المادة 31 مكرر: "تعمل الدولة على ترقية الحقوق السياسية للمرأة بتوسيع حظوظ تمثيلها في المجالس المنتخبة، يحدد قانون عضوي كليات تطبيق هذه المادة"³. ورغم ذلك ضل تمثيل المرأة في المجالس المنتخبة ضعيفا، بالنظر للمكانة التي تحض بها المرأة في المجتمع الجزائري، ففي تشريعات 2002 لم تتجاوز نسبة المشاركة 6.2% حيث شغلت المرأة 24 مقعدا في المجلس الشعبي الوطني من مجموع 389. في حين شغلت المرأة في تشريعات 2007 (29 مقعدا من مجموع 368). أي بلغت نسبة المشاركة 7.7%. غير أن هذه النسبة قد قفزت إلى 31.6% في تشريعات 2012 أي ما يمثل (140 مقعدا من مجموع 462) وهي نسبة عالية جدا مقارنة بالنسب السابقة كما أنها من أعلى النسب التي سجلت على المستوى الإقليمي والدولي⁴ وهذا ما أكده الاتحاد البرلماني الدولي حيث سلط الضوء على أهمية الإبقاء على نسبة الكوتة "الحصص" في الانتخابات لزيادة مشاركة المرأة في الحياة السياسية، مشيدا بالتجربة الجزائرية وذلك خلال زيارة وفده إلى مجلس الشورى المصري لمناقشة قوانين الانتخابات خلال مراحل التحول الديمقراطي⁵ ويعود الفضل في ذلك إلى قانون 03-12 والذي يحدد نسبة إلزامية لتمثيل المرأة في قوائم المرشحين

¹ -زهيرة بن علي، دور النظام الانتخابي في إصلاح النظام السياسي، رسالة دكتوراه، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2014-2015، ص323.

² - نقلا عن وزارة الداخلية للجماعات المحلية.

³ - القانون 19-08 المؤرخ في 17 ذي القعدة عام 1429 الموافق ل 15 نوفمبر سنة 2008 والمتضمن تعديل الدستور ج، ر، رقم 63 الصادرة في 16 نوفمبر 2008.

⁴ - بلغت نسبة المشاركة السياسية للمرأة في فرنسا 18.2%، وفي اسبانيا 36.3%، وفي تونس 22.8%، وفي المغرب 10.5% وفي مصر 1.8%.

⁵ - <http://elraaed.com/ara/watan/21525>

للانتخابات¹ التشريعية والبلدية والولائية بما يتناسب مع عدد المقاعد تتراوح هذه النسب من 20 إلى 40% وتصل إلى 50% بالنسبة للمقاعد المخصصة للجالية، يتم معاقبة القوائم الانتخابية التي لا تحترم النسب المنصوص عليها في القانون، وذلك برفض تلك القوائم²، توفير مساعدة مالية خاصة للأحزاب السياسية، وفقا لعدد من المرشحات المنتخبات في المجالس الشعبية البلدية، والولائية والبرلمان³ المتعلق بزيادة حظوظ المرأة في المجالس المنتخبة، إلا أن هذه النسبة عادت وتراجعت في الانتخابات التشريعية الأخيرة إذ شغلت المرأة 121 مقعدا من مجموع (462) أي ما يمثل 25.76% وهي مشاركة محتشمة بالمقارنة مع تشريعات 2012، ويعود السبب في رأينا إلى السياق العام الذي جرت فيه الانتخابات وتفشي المال السياسي والرشاوى والفساد، تراجع المشرع عن آلية الإشراف القضائي التي كانت تشكل بالفعل ضمانا حقيقية لنزاهة العملية الانتخابية ولضمان تمثيل عادل لمختلف الأطياف والفئات، من خلال تدخلها في كل مراحل العملية السياسية.

ج- نسبة مشاركة الأحزاب السياسية: ساهمت الإصلاحات السياسية التي باشرتها السلطة في سنة 2012 في زيادة عدد الأحزاب المشاركة في الانتخابات، وذلك من خلال الامتيازات التي جاء بها قانون 04-12 حيث فتحت وزارة الداخلية الباب لاعتماد أكثر 22 حزبا قبل شهرين من موعد الاستحقاقات التشريعية لسنة 2012 وبلغ عدد الأحزاب في سنة 2017 (71) حزبا شاركت منها (57) ويرجع تقلص عدد الأحزاب المشاركة في الانتخابات الأخيرة إلى نظام العتبة الانتخابية الذي فرضها المشرع على قوائم الترشح وكيفية توزيع المقاعد في المادتين 86-94 من قانون الانتخابات والذي يشترط لقبول الترشح حصول الأحزاب السياسية في الانتخابات التشريعية الأخيرة على أكثر من (4%)، كما لا يؤخذ في الحسبان أثناء توزيع المقاعد القوائم الانتخابية التي لم تحصل على (5%) وهو الأمر الذي ساهم في إقصاء العديد من التيارات والأحزاب السياسية، كما أسهمت الإصلاحات في وصول كثير من الأحزاب السياسية الجديدة إلى البرلمان كحزب التاج الذي تحصل على 19 مقعدا.

¹ المادة (2): من قانون 03-12، مرجع سابق.

² المادة (5): ترفض كل قائمة ترشيحات مخالفة لأحكام المادة (2) من هذا القانون العضوي"

³ المادة (7): "يمكن للأحزاب السياسية أن تستفيد من مساعدة مالية خاصة من الدولة بحسب عدد مرشحاته المنتخبات في المجالس الشعبية البلدية والولائية والبرلمان".

الخاتمة:

نتائج الدراسة

- تنبئ الإصلاحات المعتمدة عن رغبة حقيقية لإحداث التغيير من قبل الإرادة السياسية، التي يقودها رئيس الجمهورية شخصياً، وقد ساهمت الخطابات السياسية لرئيس الجمهورية في تنامي الوعي الجماهيري.
- كان للإصلاحات السياسية التي تزامنت مع الانتخابات التشريعية لسنة 2012 انعكاساً إيجابياً على المشاركة السياسية خاصة في ظل الظروف التي سادت فيها.
- تهدف الزيادة الكمية في عدد أعضاء البرلمان، إلى إحداث التناسب بين نسبة التمثيل و معيار الكثافة السكانية إلا أنها غير كافية لتمثيل الإرادة الشعبية.
- لم يكن للإصلاحات الدستورية والقانونية لسنة 2016 و التي دخلت حيز النفاذ بموجب تشريعات 2017 تأثيراً كبيراً على المشاركة السياسية بصورها المتعددة.

اقتراحات الدراسة

- إلغاء نظام العتبة الانتخابية الذي فرضته الدولة على القوائم المرشحة والذي يعد إجحافاً في حق الأحزاب السياسية التي لم تحصل عليها.
- تدعيم وصول المرأة المثقفة للبرلمان من خلال تذليل العقبات التي تعيق تقدمها.
- تشجيع الأحزاب السياسية على تجنيد النساء في العملية الانتخابية من خلال تفعيل نص المادة السابعة من قانون 03-12.
- ضرورة البحث عن حلول عملية لأزمة المشاركة السياسية والشعور بالاعتزاز السياسي لدى المواطنين من خلال تفعيل مبدأ المواطنة وتوفير ضمانات أكبر لحماية الحقوق السياسية.
- ضرورة نشر ثقافة الوعي بأهمية الانتقال التدريجي والسلمي للسلطة من خلال احترام خيارات الشعب والاحتكام إلى صناديق الاقتراع.
- إن احترام إرادة الشعب في اختيار ممثليه يعد أهم عامل لتنمية مشاركته في تفعيل عملية الإصلاح السياسي من خلال مساهمته في تنشيط الحياة السياسية بممارسته لحقوقه السياسية.

قائمة المراجع والمصادر:

- القرآن الكريم.
- أحمد بنيني، "الإشراف القضائي على الانتخابات النيابية في ظل الإصلاحات السياسية في الجزائر"، دفا تر السياسة والقانون ، العدد الثامن جانفي، 2012.
- ثناء فؤاد عبد الله، "الإصلاح السياسي، مجلة العلوم السياسية، مركز د، الوحدة العربية، العدد 12، بيروت، 2006.
- مسلم بابا عربي، "محاولة في تأصيل مفهوم الإصلاح السياسي"، مجلة دفا تر السياسة والقانون، العدد 9، جوان 2013.
- عبد الإله بلقزيز، "ورقة الإصلاح السياسي في العالم العربي"، مجلة المستقبل العربي، مركز د، الوحدة العربية، العدد 304 ، بيروت 2002.
- مجمع اللغة العربية ، معجم القانون ، القاهرة ، الهيئة العامة للشؤون الأميرية ، 2006 .
- حازم صباح حميد، الإصلاحات الدستورية في الدول العربية، عمان، دار الحامد للنشر والتوزيع، ط 1، 2012 .
- محمد السويدي، علم الاجتماع السياسي، ميدانه وقضاياها، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، 1990.
- وصال نجيب العزاوي، المرأة العربية والتغيير الاجتماعي، عمان، دار أسامة للنشر والتوزيع، 2012.
- عبد الهادي محمد والي، التنمية الاجتماعية ، مصر، الإسكندرية ، دار المعرفة الجامعية ، 1988.
- فيليب برو، علم الاجتماع السياسي، ترجمة محمد عرب صاصيلا، المؤسسة الجامعية للدراسات و النشر، بيروت 1998.
- القانون 08-19 المؤرخ في 17 ذي القعدة 1429 الموافق ل 15 نوفمبر 2008 والمتضمن تعديل الدستور.
- الأمر رقم 97 – 07 المؤرخ في 27 شوال 1417 الموافق 06 مارس 1997، يتعلق بنظام الانتخابات.
- القانون العضوي رقم 01-12 المؤرخ في 18 صفر 1433 هـ، الموافق ل 12 يناير 2012، يتعلق بنظام الانتخابات.
- القانون العضوي رقم 04-12، المؤرخ في 18 صفر 1433 هـ، الموافق ل 12 يناير 2012، يتعلق بالأحزاب السياسية.
- القانون العضوي رقم 03-12، المؤرخ في 18 صفر 1433 هـ، الموافق ل 12 يناير 2012، يحدد كيفيات توسيع حظوظ المرأة في المجالس المنتخبة.
- القانون العضوي رقم 10-16، المؤرخ في 22 ذي القعدة 1437 الموافق ل 25 غشت 2016 ، يتعلق بنظام الانتخابات
- وثيقة الإسكندرية، مؤتمر قضايا الإصلاح السياسي في الوطن العربي، الإسكندرية، 12-14 مارس 2003.
- الاتحاد الأوروبي، بعثة ملاحظة الانتخابات، التقرير النهائي، الانتخابات التشريعية في الجزائر، 2012.
- احمد بنيني، الإجراءات الممهدة للعملية الانتخابية في الجزائر، رسالة دكتوراه، جامعة باتنة، كلية الحقوق، 2005 .
- زهيرة بن علي، دور النظام الانتخابي في إصلاح النظام السياسي، رسالة دكتوراه ، جامعة أبي بكر بلقايد ، تلمسان كلية الحقوق، 2014.
- Virginia French Allen an others, - (3)Longman Dictionary of American English(New York: Longman Inc, 1983). P155.
- Hauriou André, droit constitutionnel et institution politique .Paris: Montchrestien, 1968, p214.
- Jean Paul Jaque droit constitutionnel et institutions politiques . 3eme edi Paris: DALLOZ, 1963 p24.
- Marcel Prelot, institution politique et droit constitutionnel, 3" Ed .Paris: DALLOZ, 1963.p.612.
- <http://elraaed.com/ara/watan/21525> .

المعيار الموضوعي أم المعيار الشخصي لتقدير الخطأ الطبي الجزائي

أ. غضبان نبيلة

أستاذة مساعدة بجامعة آكلي محند أولحاج - البويرة

باحثة دكتوراه بجامعة تيزي وزو

nabilaghodebane@yahoo.com

الملخص:

يثير الخطأ الطبي الجزائي إشكالا في غاية الدقة، يتمثل في الضابط الذي على أساسه يتم تقديره، ومن ثم إمكانية مساءلة الطبيب عنه، إذ يوجد معياران رئيسيان هما: المعيار الشخصي والمعيار الموضوعي.

يعتمد المعيار الشخصي في تقدير الخطأ الطبي الجزائي على مقارنة سلوك الطبيب المتهم بما اعتاد اتخاذه من سلوكيات في نفس الظروف التي أحاطت به، بينما يركز المعيار الموضوعي على مقارنة سلوك الطبيب المتهم بسلوك طبيب آخر وسط من نفس مستواه ودرجة تخصصه.

ومن خلال المقارنة بين المعيارين نجد أن المعيار الأنسب والأصلح لتقدير الخطأ الطبي جزائيا هو المعيار الشخصي الذي يتوافق ويتلاءم مع روح ومبادئ وأهداف القانون الجنائي. الكلمات الدالة: الخطأ الطبي الجزائي; المعيار الشخصي; المعيار الموضوعي; القانون الجنائي.

Résumé

La faute médicale pénale, présente une problématique très précise de part ou les éléments qui détermineront son appréciation et son jugement, et de ce fait constituera le fondement des reproches envers le médecin mis en cause.

Il existe deux modes d'appréciation, **l'appréciation in concreto** et **l'appréciation in abstracto**, la référence voulue de premier mode est d'une comparaison du comportement du médecin accusé avec son comportement habituel devant les situations identiques, le second mode est la comparaison du comportement du médecin accusé avec le comportement d'un médecin moyen de même catégorie et spécialité du médecin.

Après analyse de ses deux modes d'appréciation, nous considérons que l'appréciation a **in concreto** est parfaite mieux et adoptée car elle correspond aux objectifs et aux principes du droit pénal.

LES MOTS_CLES: la faute médicale pénale; l'appréciation in concreto; l'appréciation in abstracto; le droit pénal.

مقدمة:

يُعرّف الخطأ الطبي الجزائري بأنه: « كل تقصير أو إهمال أو خروج من الطبيب في سلوكه على القواعد والأصول الطبية المتبعة التي يقضي بها العلم أو المتعارف عليها نظريا وعمليا وقت تنفيذه للعمل الطبي، دون أن تنصرف إرادته إلى إحداث النتيجة مع إمكانية توقعها ». إذ يقضي المبدأ العام في العمل الطبي، أن التزام الطبيب هو التزام بذل عناية لا تحقيق نتيجة، يفرض عليه بذل جهود صادقة يقظة متفقة مع الأصول العلمية الثابتة والمستقرة⁽¹⁾، وبالتالي فإن الطبيب لا يسأل إلا إذا ثبت في حقه تقصير في بذل هذه العناية.

يطرح موضوع الخطأ الطبي الجزائري إشكالا في غاية الدقة، يتمثل: في المعيار الذي على أساسه يتم تقدير مدى خروج الطبيب عن القواعد والأصول الطبية التي تفرضها المهنة، هذا الإشكال نابع بالأساس عن الغموض الذي يكتنف نظرية الخطأ غير العمدي، باعتبار أن الخطأ الطبي الجزائري صورة من صوره، بحيث يوجد معيارين للتقدير هما: المعيار الشخصي، والمعيار الموضوعي، فهل ينبغي إعمال المعيار الموضوعي أم المعيار الشخصي من أجل تقدير الخطأ الطبي جزائيا؟ .

للإجابة على هذا الإشكال نقسم الموضوع إلى ثلاث أجزاء، نعرض في الجزء الأول منه مضمون كُلاً من المعيار الموضوعي والمعيار الشخصي، وفي الجزء الثاني، موقف الفقه والقضاء الجنائيين من المعيارين، أما في الجزء الثالث، فنعرض إلى المعيار الراجح والأنسب لتقدير الخطأ الطبي الجزائري .

أولاً- مضمون المعيارين الموضوعي والشخصي:

يتنازع تقدير الخطأ الطبي الجزائري معياران أساسيان هما: المعيار الموضوعي و المعيار الشخصي، فما مضمون كل منهما؟.

1- مضمون المعيار الموضوعي: ويعبر عنه بالمعيار المجرد، ومقتضاه أن يقارن سلوك الشخص المشوب بالخطأ، بما يصح أن يصدر من شخص آخر وهمي ومجرد، متوسط الحيطة والحذر، يسمى « برب الأسرة العادي ». فلا يسأل الأول إلا إذا كان هذا الشخص العادي الوهمي لا يقع فيما وقع فيه الأول. وبمعنى آخر، يتعين مقارنة ما صدر عن المتهم مع ما يمكن أن يصدر من الشخص المعتاد متوسط الحيطة والحذر في الظروف نفسها، فإذا تبين أن هذا المتهم قد اتخذ نفس القدر من الحيطة والحذر الذي يتخذه الشخص المعتاد، والذي يقدر الأمور ويتصرف في مواجهتها على

1 - وهذا ما كرسته محكمة النقض الفرنسية من خلال قرار Mercier الصادر بتاريخ 20 ماي 1936 والذي جاء فيه ما يلي:

« ... Mais attendu qu'il se forme entre le médecin et son client un véritable contrat comportant pour le praticien, l'engagement, sinon, bien évidemment, de guérir le malade, ce qui n'a d'ailleurs jamais été allégué, du moins, de lui donner des soins, non pas quelconques, ainsi que paraît l'énoncer le moyen du pourvoi, mais consciencieux, attentifs et, réserve faite de circonstances exceptionnelles, conformes aux données acquises de la science [...] ».

تلخص وقائع القضية التي صدر فيها هذا القرار، في أن السيدة مرسية كانت تشكو من حساسية في الأنف، قامت إثر ذلك بمراجعة أحد الأطباء المختصين بالأشعة، حيث قام بعلاجها بأشعة X وكان ذلك في سنة 1925 نتج عن هذا العلاج تلف في الأنسجة المخاطية في وجهها وإثر ذلك قام زوجها برفع دعوى نيابة عنها عام 1929، وبعد أخذ ورد قررت محكمة النقض الفرنسية مايلي: « ينشأ بين الطبيب والمريض عقد حقيقي، وإن كان هذا العقد يتضمن التزام الطبيب، ليس بشفاء المريض ولكن بتقديم العلاج المتقن اليقظ والحذر والمتفق مع المعطيات العلمية المكتسبة ». «

النحو المؤلف المتفق مع الخبرة الإنسانية العامة، تعذر هنا إسناد الخطأ إليه، أما إذا اتضح أنه قد نزل عن هذا القدر فهنا يعتبر مخطئاً وحقت مساءلته جزائياً⁽¹⁾.

أما في المجال الطبي، فيقاس سلوك الطبيب المتهم بسلوك طبيب وسط، لا يهمل في بذل العناية اللازمة للمريض، فيلتزم جانب الحيطة والحذر، ولا يخرج في عمله عن أصول المهنة وقواعدها الثابتة لكن شريطة أن يكون هذا الطبيب من نفس درجته وتخصصه ومستواه، بحيث إذا كان الطبيب المتهم طبيباً عاماً كان القياس على سلوك طبيب عام مثله، أما إذا كان متخصصاً في فرع معين، كالجراحة أو التخدير أو طب النساء، فينبغي أن يكون القياس على طبيب من نفس التخصص.

يلاحظ على هذا المعيار تجاهله للظروف الذاتية والشخصية للطبيب، واقتصاره على الاعتداد بالظروف الخارجية التي أحاطت بمسلك الطبيب، والتي أثرت حتماً فيه، كونها لا تتعارض والطبيعة المجردة لقياس الخطأ الطبي⁽²⁾.

ولكن وقع اختلاف بين الفقه حول أساس التمييز بين ما هو ظرف شخصي ذاتي وما هو ظرف موضوعي مجرد وقد ذهب الفقهاء *مازو وتانك*⁽³⁾، إلى القول أن الظروف الشخصية هي تلك الظروف اللصيقة بشخصية المسؤول والمتعلقة بخصائصه الطبيعية الأدبية، وما عدا ذلك، فهي ظروف خارجية، أي أن هذه الأخيرة هي غير تلك المتعلقة بشخصية المسؤول ومميزاته البدنية والأدبية.

أنتقدت هذه التفرقة من قبل عدة فقهاء بما فهمه الفقيه سليمان مرقس الذي عبر قائلاً: « إن التفرقة بين الظروف الخارجية والظروف الشخصية لتقدير مسلك الطبيب فوق عدم استنادها إلى أي أساس من القانون أو من المنطق أو من العدالة، فإنها تؤدي أحياناً إلى حلول يأبأها الذوق والضمير، فهي تؤدي إلى التسوية بين واجبات الطبيب الريفي وواجبات الأخصائي الكبير، ولو كان منصوباً عليها قانوناً، لكن ما تؤدي إليه من مثل هذه النتائج غير المقبولة كفيلاً بحمل المحاكم على التحايل على النصوص تفادياً لهذه النتائج، أما وأنها لا نص عليها من قريب ولا من بعيد وليست نتيجة حتمية لأي مبدأ من المبادئ القانونية المسلمة. بل إنها وليدة الاختيار الحر وبعبارة أخرى أنها تفرقة تحكومية فحسب، فإن نتائجها المذكورة كفيلة بالحكم عليها، أو تتطلب على الأقل تحويرها أو تعديلها أو تكملتها بما يجنبها الوصول إلى هذه النتائج غير المقبولة⁽⁴⁾».

1- أنظر في هذا المعنى، جلال العدوي، أصول الالتزامات- مصادر الالتزام- منشأة المعارف، الإسكندرية 1997، ص 360 و361.

2- حميد السعدي وعامر عبيد المشاي، المسؤولية الطبية من الوجهة الجنائية بحث مقارن، دار التضامن للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، 1996، ص 93.

3- Mazeaud (Henri et léon) et Tunc (André) : Traité théorique et pratique de La responsabilité civile délictuelle et contractuelle, Tome I, 5eme édition, Montchrestien, Paris, 1957 p.503.

4- سليمان مرقس، المسؤولية المدنية في تقنينات البلاد العربية، القسم الأول، الأحكام العامة، معهد البحوث والدراسات العربية، مصر، 1971، ص 212 و 213.

اقترح هذا الفقيه تحديد الظروف الخارجية على أنها تلك الظروف الظاهرة للملأ، بحيث يعرفها الناس بغير حاجة إلى معاملة الفاعل وفحص نيته⁽¹⁾، وعلى ذلك يتعين إدخال بعض الظروف الشخصية الظاهرة والمؤثرة في السلوك، ومثال ذلك إذا استقدم مريض جراحا كبيرا مشهورا من الخارج لإجراء عملية غاية في الدقة، فيحق لهذا المريض، نظرا لما دفعه من أتعاب كبيرة لهذا الطبيب، أن يحصل على عناية كافية تتلاءم وشهرة الطبيب، ولا يقبل منه أن يتذرع لدفع المسؤولية عنه بأنه غير ملزم بأكثر من عناية الطبيب العادي، بمقولة أن عمله وتخصصه ومركزه العلمي وخبرته ليست سوى ظروفًا شخصية لا وزن لها، فالتخصص وإن كان أمرا باطنا، إلا أنه صفة خارجية من حيث أنها ظاهرة للملأ، وتحمل المريض على زيادة الثقة في الأخصائي، وعلى هذا يتعين الأخذ بها عند تقدير الخطأ الطبي من الناحية الجزائية.

وخلاصة القول أن الظروف الخارجية هي كل ما ليس متصلا بشخص الطبيب وخصائصه ومميزاته الطبيعية، كحالة المريض ودرجة خطورتها، أو ضرورة القيام بالمعالجة في مكان لا تتوافر فيه اللوازم والمعدات الطبية، أما الظروف الشخصية فهي ما تعلق بإمكانات الطبيب الذاتية، كسنه وحالته الصحية والنفسية، فهي اعتبارات لا تبرئه من الخطأ الذي يرتكبه، فالمفروض أن لا يقوم بالعمل الطبي إذا كانت حالته لا تسمح بذلك.

2 - مضمون المعيار الشخصي : ينضبط الخطأ وفق هذا المعيار في نطاق شخص الفاعل الأثم نفسه وظروفه الخاصة، بحيث يتم قياس سلوك الطبيب المتهم في ظروف معينة على أساس سلوكه المعتاد، أو ما كان في وسعه أن يفعله في الظروف التي أحاطت به، سواء كانت هذه الظروف خارجية أم خاصة شخصية⁽²⁾. بمعنى أن تتم مقارنة ما صدر عنه من سلوك خاطئ بما اعتاد اتخاذه من سلوكيات في الظروف ذاتها، فإذا تبين أن سلوكه كان أقل حيطة وحذرا مما اعتاده في مثل هذه الظروف، أمكن إسناد الخطأ إليه، أما إذا تبين أنه قد اتخذ القدر نفسه من الحيطة، تعذر إسناد الخطأ إليه وبرأت ساحتها من الاتهام⁽³⁾.

يتعين على القاضي وفق المعيار الشخصي النظر إلى شخصية الطبيب محل المساءلة، والاعتداد بحالته الصحية والعقلية والنفسية، وكذا الظروف اللصيقة بشخصه، مثل: سنه وجنسه ومستواه العلمي ودرجة ذكائه وثقافته، وبالنتيجة لا يستطيع مطالبة الطبيب بقدر من الحيطة والحذر يفوق مكنات ملكاته ويتجاوز ما تحتمله ظروفه الاجتماعية، كالثقافة والبيئة والسن والتجربة والصحة والمرض⁽⁴⁾، فلا يمكن أن يعامل الطبيب العام حديث التخرج، إذا ما أخطأ في عمله، كما يعامل طبيب عام ذو خبرة طويلة، حتى ولو وجد في نفس الظروف الخارجية.

1- سليمان مرقس، بحوث وتعليقات على الأحكام في المواد المدنية، مسؤولية الطبيب الأخصائي وكيفية تقدير خطئه، مجلة القانون والاقتصاد، السنة السابعة، العدد الخامس، مايو، 1937، مصر، ص 646، أشار إليه محسن عبد الحميد إبراهيم البيه، نظرة حديثة إلى خطأ الطبيب الموجب للمسؤولية المدنية في ظل القواعد القانونية التقليدية، مكتب الجلاء الجديدة، المنصورة مصر، 1993، ص 147.

2- تائر جمعة شهاب العاني، المسؤولية الجزائية للأطباء، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2013، ص 163.

- عبد الله سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري، القسم العام، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، بدون ذكر سنة النشر، ص 275.

3- فتيحة محمد قوراري، مسؤولية الطبيب الجنائية في ضوء أحكام التشريع والقضاء في دولة الإمارات العربية المتحدة، دراسة مقارنة، مجلة الحقوق، العدد الثالث، السنة 28، الكويت، سبتمبر 2004، ص 211، علي مصباح إبراهيم، مسؤولية الطبيب الجزائية، المجموعة المتخصصة في المسؤولية القانونية للمهنيين، الجزء الأول، المسؤولية الطبية، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2004، ص 527، مفتاح مصباح بشير الغزالي، المسؤولية الجنائية للأطباء عن التجارب الطبية والعلمية، دراسة مقارنة، المكتب الوطني للبحث والتطوير، ليبيا، 2005، ص 335.

4- مصطفى محمد عبد المحسن، الخطأ الطبي والصيدي، المسؤولية الجنائية، دار النهضة العربية، مصر، 2000، ص 113.

ثانيا- موقف الفقه والقضاء المقارن من المعيارين:

لم يتفق الفقه والقضاء حول معيار تقدير الخطأ الطبي الجزائي، حيث يتجه الفقه نحو الأخذ بالمعيار الشخصي، بينما يعتمد القضاء في مجمله على المعيار الموضوعي

1- موقف الفقه: يرى الفقه الجنائي الغالب⁽¹⁾، أن المعيار الأصح لتقدير الخطأ الطبي الجزائي هو المعيار الشخصي، وذلك لعدة مبررات ساغها كالآتي:

- عدم الشك في عدالة المعيار الشخصي الذي يأخذ كل شخص بجريته، ويقيس مسؤوليته بمعيار من حيثته وحذره، تأسيسا على أن الخطأ مدعاة للاستهجان واللوم، وإنما يلام الشخص لأنه كان ينتظر منه هو نفسه في تلك الظروف أن يتدبر الأمر ويحتاط، وأن يكون مسلكه مختلفا⁽²⁾.

- إن المعيار الموضوعي يصلح لقياس الخطأ الطبي من الناحية المدنية، فهو يتفق مع طبيعة القانون المدني وأهدافه، إذ يسعى إلى تعويض المضرور بأي شكل من الأشكال، حتى ولو بافتراض الخطأ أو التخلي عنه (المسؤولية دون خطأ)، في حين يتفق المعيار الشخصي مع مقاصد القانون الجنائي الذي يهدف إلى تفريد العقوبة بحسب مختلف الاستعدادات النفسية والذهنية للجناة، لذلك يرى الفقيه *Pirovano* أنه من الضروري تفحص المؤهلات الشخصية للفاعل من أجل تقدير الخطأ الذي ارتكبه⁽³⁾.

- إن العقوبة لا تشكل تعويضا عن الضرر الذي أصاب المجتمع فقط، ولكنها تمثل، قبل كل شيء، ألما يلحق الجاني⁽⁴⁾.

- يقتصر المعيار الموضوعي على مقارنة مسلك الطبيب المتهم بسلوك طبيب معتاد في نفس الظروف الخارجية المحيطة بالحادث وبالتالي يتوافر الخطأ كلما تعارض ذلك السلوك مع قواعد الحيطة والانتباه من الناحية الموضوعية البحتة، فنصل بهذا المفهوم إلى نتيجة غاية في الخطورة، وهي فريضة الخطأ، إذ يكون الطبيب مسؤولا بمجرد وقوع النتيجة التي تعتبر قرينة قاطعة على ثبوت الخطأ، ولا يمكن دحضها إلا بوجود سبب إباحة أو مانع للمسؤولية، وهو ما يتعارض مع المبدأ الأصيل في القانون الجنائي، ألا وهو الأصل في الإنسان البراءة.

1- من هؤلاء الفقهاء نذكر على سبيل المثال:

droit pénal -MERLE(R) et VITU(A), traité de droit criminel, problèmes généraux de la science criminelle . général 7ème édition Cujas, France,1997 . PIROVANO,(A),La faute civile et faute pénale, essai de contribution à l'étude des rapports entre la faute des articles, 1382,1383 du code civil, et la faute des articles 319-320 du code pénal, LGDJ, paris,1966,cité par Grappin(Christine), la responsabilité chirurgicale, Sauramps, France, 2001, p.269.

- عوض محمد، قانون العقوبات -القسم العام-، بدون ذكر دار النشر، الإسكندرية، 1987، ص 278 وما بعدها .

2- فتوح عبد الله الشاذلي، قانون العقوبات القسم العام، الكتاب الأول: أوليات القانون الجنائي، النظرية العامة للجريمة دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1998، ص 465.

3-Pirovano, (A), op, cit, p130, cité par BOUSSOUF-HAMANA (Naziha), la faute pénale issue de l'activité chirurgicale, thèse pour le doctorat d'état en droit, université de Constantine, 1999, p.199.

وفي هذا الصدد يقول كذلك الفقيه (R) MERLE:

« En droit pénal, en vertu de l'individualisation de la peine, le juge apprécie ou tout au moins doit apprécier la faute in_concréto en tenant compte de la psychologie du prévenu» Doit pénal général complémentaire, paris, 1957, p.246-247, cité par BOUSSOUF-HAMANA (Naziha), op.cit,p.198.

4- Dorsner_Dolivet, (A), contribution à la restauration de la notion de faute, condition des responsabilité civile et pénale à propos de la chirurgie, paris, 1988, p.153, cité par BOUSSOUF-HAMANA (Naziha), op.cit., p.199.

2- موقف القضاء المقارن: يظهر موقف القضاء الجنائي من خلال التعرض لجملة الأحكام الصادرة عن بعض القضاء العربي والفرنسي:

أ- بالنسبة للقضاء العربي: يظهر من خلال الأحكام الصادرة عن بعض القضاء العربي أنه يأخذ بالمعيار الموضوعي في تقدير الخطأ الطبي الجزائري، ومن أمثلة هذه الأحكام أذكر ما يلي :

قضت محكمة النقض المصرية في أحد قراراتها بأن: « الخطأ الطبي تقصير من جانب المتهم، لا يقع من طبيب يقظ وجد في نفس الظروف الخارجية التي أحاطت بالمسؤول⁽¹⁾»، كما قضت محكمة تارودانت المغربية ببراءة أحد الأطباء لعدم إمكانية نسبة أي خطأ إليه، معللة حكمها بما يلي: « حيث أنه مع ذلك لا مفر من الاعتراف بنوع من الخصوصية للخطأ الطبي والتي تقتضي تحديده في ذاته وطبيعته، بغض النظر عن تحقق النتيجة المتوخاة من العمل الطبي أو عدم تحققها، والعبرة في ذلك بما إذا كان الطبيب قد بذل في العلاج جهودا صادقة ويقظة متفقة مع المعطيات الحالية والمستقر عليها في علم الطب لمعيار الطبيب العادي المتواجد في نفس الظروف⁽²⁾»، كما قضت المحكمة الاتحادية العليا لدولة الإمارات العربية المتحدة بمسؤولية الطبيب عن الخطأ الطبي في عملية الختان، وذلك لانصياعه لطلب الشاكي، ففتح الجرح عدة مرات دون أن يكون ذلك في غرفة معقمة، في حين كان عليه أن يمتنع ويعمل وفقا لتوجيهاته هو، وإلا يكون قد قصر طبيبا، وأخفق في مراعاة السلوك الذي كان الطبيب العادي قادرا على مراعاته⁽³⁾.

كما كرست محكمة استئناف بيروت هذا المعيار بقرارها الصادر بتاريخ 18 ماي 1967 حيث قررت: " إن الطبيب يلتزم إزاء مريضه ببذل العناية الطبية له على الصورة التي تشترطها مهنته ومقتضيات فنه ومع هذا الالتزام وغرضه يكون معيار تبعة الطبيب موحدا سواء بحثت هذه التبعة على أساس عقدي أو على أساس تقصيري، فإن خرج الطبيب في تنفيذ التزامه عن سلوك طبيب من أوسط الأطباء كفاءة وخبرة وتبصرا ودقة في فرع اختصاصه أو في مستواه المهني فأحدث ضررا، فإن خروجه يؤلف خطأ تقوم عليه تبعته"⁽⁴⁾.

أما بالنسبة للقضاء الجزائري، ولأن المشرع الجزائري لم ينص على المعيار الواجب اتخاذه في تقدير الخطأ الجزائري⁽⁵⁾ - فيظهر أنه يتحاشى ذكر المعيار الذي يستند إليه لتقدير الخطأ الطبي الجزائري، إذ يقتصر على بيان نوع

- نقض مصري 11 أكتوبر 1960 أشار إليه ثائر جمعة شهاب العاني، المرجع السابق، ص 1163

2- حكم ابتدائي في الملف الجنحي، عدد 91/2294 بتاريخ 10 جويلية 1992، أشار إليه محمد أوغريس، مسؤولية الطبيب في التشريع الجنائي، دار القرويين، المغرب، 2002 ص 53.

3- حكم المحكمة الاتحادية العليا في الاستئناف رقم 98-153، بتاريخ 17 مارس 1999، أشار إليه يوسف جمعة يوسف الحداد، المسؤولية الجنائية عن أخطاء الأطباء في القانون الجنائي لدولة الإمارات العربية المتحدة، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2003، ص 77 و78.

4- حكم محكمة استئناف بيروت رقم 910 صادر بتاريخ 18 ماي 1967 ذكره، رائد كامل خير، شروط قيام المسؤولية الجزائية الطبية، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2004، ص 29.

3- لم ينص المشرع الجزائري صراحة في المادتين 288 و289 من قانون العقوبات، والمتعلقتان بالقتل والجرح الخطأ، على أي من هاذين المعيارين، خلافا لقواعد المسؤولية المدنية أين نص صراحة في المادة 172 من القانون المدني على المعيار الموضوعي في تقدير الخطأ المدني الناجم عن المسؤولية العقدية في عقود العمل، باعتبار أن العقد الطبي من العقود الواردة على العمل وأن المسؤولية المترتبة عنه هي مسؤولية عقدية، أنظر المادتين، 288، 289 من الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 08 يونيو 1966 المتضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم، ج.ر، عدد 49، المؤرخة في 11/06/1966، وأنظر كذلك المادة 172 من الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم ج.ر، عدد 78 مؤرخة في 30 سبتمبر 1975

الالتزام المفروض على الطبيب وهو كأصل عام التزام ببذل عناية ، لكن الأرجح أنه يعتمد على المعيار الموضوعي⁽¹⁾ ، ويمكن استنتاج ذلك من خلال الاطلاع على جملة من القرارات الصادرة عن المحكمة العليا ومنها القرار، الصادر بتاريخ 30 ماي 1995 عن غرفة الجنج والمخالفات⁽²⁾ الذي جاء فيه أن: "...حيث أن المدعي لم يأخذ بعين الاعتبار المرض الذي كانت تعاني منه الضحية من قبل، وأمر بتجريح دواء غير لائق في مثل هذه الحالة المرضية مما يجعل إهماله خطأ منصوص عليه بالمادة 288 من قانون العقوبات ...". إذ أن المحكمة لم تسأل عن إمكانات الطبيب، ولا عن ظروفه الشخصية، ولكن أدانته على أساس أنه لم يقيم بالعناية الضرورية الواجبة عليه مقارنة بطبيب آخر وجد في نفس الظروف الخارجية التي أحاطت به .

ب- بالنسبة للقضاء الفرنسي: ظل القاضي الجنائي الفرنسي يعتمد على المعيار الموضوعي في تقدير الخطأ الطبي الجزائري، رغم محاولة المشرع الفرنسي فرض المعيار الشخصي كأساس لتقدير الخطأ الجزائري بصفة عامة، وذلك من خلال القانون رقم 96-393⁽³⁾، محتفظاً بذلك بمبدأ وحدة الخطأ المدني والخطأ الجزائري الذي كانت قد أقرته محكمة النقض الفرنسية في 18 ديسمبر 1912⁽⁴⁾. وهو ما يظهر من خلال جملة الأحكام القضائية الصادرة عنه⁽⁵⁾، أما بعد تعديل قانون العقوبات بالقانون رقم 2000-647⁽⁶⁾ - والذي جاء ليؤكد مضمون ما جاء به القانون رقم 96-

1- سيدهم مختار، المسؤولية الجزائرية للطبيب في ظل التشريع الجزائري، مقال منشور بمجلة المحكمة العليا، عدد خاص بالمسؤولية الجزائرية الطبية في ضوء القانون والاجتهاد القضائي، الجزائر 2011 ص 28، يعي عبد القادر، المسؤولية الجزائرية للطبيب على ضوء القانون الجزائري والاجتهاد القضائي، مقال منشور بمجلة المحكمة العليا، عدد خاص بالمسؤولية الجزائرية الطبية في ضوء القانون والاجتهاد القضائي، المرجع السابق، ص 60.

2- قرار المحكمة العليا، الصادر بتاريخ 30 ماي 1995 عن غرفة الجنج والمخالفات، القسم الرابع ملف رقم 118720 المنشور بالمجلة القضائية، عدد رقم 2 سنة 1996، ص 181.

3- إذ نص القانون 96-393 المعدل لقانون العقوبات الفرنسي في المادة 1 منه المعدلة للمادة 121-3 من قانون العقوبات على ما يلي:

« ... تتوافر الجنحة أيضا عندما ينص القانون، في حالة عدم الاحتياط أو الإهمال أو الإخلال بواجب الحيطة أو السلامة، المنصوص عليها بمقتضى القانون أو اللوائح، إلا إذا كان قد اتخذ الاحتياطات العادية بالنظر إلى طبيعة مهامه أو وظائفه أو اختصاصاته، والسلطة والوسائل المتوفرة لديه...»

وهذا يكون المشرع قد أعاد العمل بنظرية ازدواج الخطأ المدني والجزائي، وعمم تطبيقها في مجال جرائم القتل والإصابات غير العمدية، وبالتالي تقدير الخطأ الجزائري بصورة واقعية، وهو ما يقتضي أخذ القاضي الفرنسي في اعتباره لمجموع الظروف الخارجية المحيطة بالفاعل، إلى جانب ظروف هذا الأخير الشخصية، لا سيما طبيعة مهامه ووظائفه أو السلطات والوسائل التي يملكها. وقد أراد المشرع الفرنسي من خلال هذا القانون القضاء على التماثل الموجود بين الخطأ المدني والخطأ الجزائي، سيما من حيث تقدير كل منهما أنظر:

Loi N° 96-393 du 13 mai 1996 relative à la responsabilité pénale pour des faits d'imprudence ou de négligence, J.O. N° 112 du 14 mai 1996, p. 7211.

4 - cass.civ, 18 décembre 1912, Recueil Dalloz 1914, p.249, cité par, BLANDET (Henri), op.cit, p.38.

5- فقد قضت محكمة النقض الفرنسية في قرار صادر بتاريخ 29 جوان 1999 بمسؤولية طبيب النساء والتوليد لإرتكابه جريمة القتل غير العمدية بسبب عدم إجرائه الفحوص الطبية الكاملة للمريضة، ما أضر التشخيص، ومن ثم العملية الجراحية، فلم تسأل المحكمة عن إمكانات الطبيب، ولا عن ظروفه الشخصية، ولكن أدانته على أساس أنه لم يقيم بالعناية الضرورية الواجبة عليه مقارنة بطبيب آخر وجد في نفس الظروف الخارجية التي أحاطت بالطبيب المسؤول n° 98-82300 Cass. crim., 29 juin 1999. كما قضت في حكمها صادر بتاريخ 28 مارس 2000، بتأييد قضاة الموضوع فيما ذهبوا إليه من مساءلة الطبيب عن جريمة القتل الخطأ، بحجة أنه لم يتدخل بصورة مسرعة، ولم يعط أوامر من أجل العناية بالمريض، معتمدين في ذلك على المعيار الموضوعي، وغير مكثرين بظروفه الشخصية، سيما طبيعة مهامه أو وظائفه أو سلطاته أو الوسائل التي يملكها، كما نصت على ذلك المادة 121-3 من قانون العقوبات n° 99-432، 28 mars 2000, cass.crim.

6 - La loi N° 2000-647 du 10 juillet 2000 tendant à préciser la définition des délits non intentionnels J.O. N° 159 du juillet 2000, p10484.

393 حول ضرورة تقدير الخطأ الجزائي تقديرا شخصيا واقعيا⁽¹⁾ - بدأت تظهر ملامح المعيار الشخصي في تقدير الخطأ الطبي الجزائي، يظهر ذلك من خلال بعض القرارات أذكر منها :

- قرار محكمة النقض الفرنسية الصادر بتاريخ 22 ماي 2002⁽²⁾، والذي قضت فيه بتأييد قرار قضى بإدانة جراح على أساس أنه كان يمارس مهنة طبيب جراح منذ سنوات عديدة، وأنه قد تدخل في حوالي 2000 عملية جراحية، مضيفة عنصرا آخر، وهو عدم توافر حالة الاستعجال .

- وفي قرار آخر صادر بتاريخ 10 فيفري 2009⁽³⁾، قضت محكمة النقض الفرنسية بنقض القرار الصادر عن محكمة استئناف فرساي التي برأت جراحا من تهمة القتل الخطأ، في حين كان عليها إدانته لعدم أداء مهامه كعادته، بسبب طبيعة عمله ووظائفه وكفاءته وكذلك السلطة المخولة له، وكل الوسائل التي وضعت تحت تصرفه، إذ لم يشرف على الطببة المقيمة أثناء قيامها بعملية جراحية لمريضة كانت تعاني من آلام حوضية، إذ خرقت الطببة جدار البطن، وقطعت الشريان الأورطي، مما تسبب في نزيف للمريضة، انتهى بها إلى الوفاة، رغم أنه كان باستطاعة الجراح - لو أنه أشرف على الطببة إشرافا صحيحا - أن ينقذ المريضة من الوفاة.

- وبتاريخ 11 سبتمبر 2012⁽⁴⁾، أيدت محكمة النقض قرار إدانة جراح بتهمة القتل الخطأ الناتج عن تهاونه وتقصيره في مرحلة ما بعد الجراحة لمريضة تعرضت لنزيف دموي حاد بعد إجرائها لعملية نزع الرحم، فقد أهمل الطبيب التعقيدات التي تعرضت لها المريضة، والتي حتمت إعادة العملية الجراحية. وقد استخلصت المحكمة الخطأ الجزائي معتمدة على المعيار الشخصي، فقد جاء في حيثيات الحكم "... فهو لم يؤد مهامه كعادته بسبب طبيعة عمله ووظائفه وكفاءته، وكذا السلطة المخولة له وكل الوسائل التي وضعت تحت تصرفه ."

على العموم يمكن القول أن القضاء الجنائي يجد صعوبة في اعتماد المعيار الشخصي لتقدير الخطأ الطبي الجزائي، ذلك أن هذا الأخير يفرض دراسة وافية لشخصية المتهم بالخطأ وثقافته وحالته العقلية والاجتماعية والصحية والظروف المتعلقة بسنه وجنسه، كما أن القاضي -ولغياب المؤهلات الكافية لديه- يعتمد على الخبرة الطبية في تقدير الخطأ الطبي، فهذا الأخير الذي ينتدبه ، في قضايا الأخطاء الطبية، يقوم بدراسة الوقائع دراسة

1- غير أن الجديد الذي أتى به هذا القانون أنه قد أدرج نوعا آخر من الأخطاء غير القصدية، وذلك بإضافة فقرة رابعة للمادة 121-3، ميز فيها بين الفاعل المباشر والفاعل غير المباشر للخطأ، واكتفى بالخطأ البسيط لعقاب الفاعل المباشر، بينما اشترط الخطأ الجسيم لمعاقبة الفاعل غير المباشر، كما أنه ألغى قرينة الخطأ التي كانت تقررها هذه المادة قبل التعديل، الأمر الذي يفرض على القاضي الجزائي البحث في مدى جسامة الخطأ بالنظر إلى الاستعداد النفسي الذي أظهره المتهم، وهو ما يستدعي اللجوء إلى المعيار الشخصي الواقعي لإثبات مدى إدراك المتهم خطورة سلوكه، أنظر المادة 1 المعدلة للمادة 121-3 من قانون العقوبات. كما أكد المشرع الفرنسي مبدأ الفصل المطلق بين الخطأ المدني و الخطأ الجزائي، وذلك بعد إضافته المادة 1-4 (لقانون الإجراءات الجزائية، بموجب المادة 2 من القانون 647-2000 والتي قضت بأن انتفاء الخطأ الجزائي غير العمدي بمفهوم المادة 121-3 من قانون العقوبات لا يمنع من رفع دعوى مدنية أمام المحاكم المدنية لغرض الحصول على التعويض، على أساس المادة 1383 من القانون المدني، أو على أساس المادة 452-1 من قانون الضمان الاجتماعي، وعلى هذا لم يعد القاضي مجبرا على الأخذ بالمعيار الموضوعي لأجل ضمان التعويض لضحية الخطأ الطبي الجزائي ، أنظر المادة الثانية من القانون رقم 647-2000.

2 - cass.crim, 22 mai 2002, pourvoi N° 01-85685.

3 - cass.crim, 10 fevrier 2009, pourvoi N° 08-80679, bull.crim, n°3 ; RDS, 2009, N°30.

4 - cass.crim, 11 septembre 2012, pourvoi N°11-88269.

موضوعية يوضح فيها السلوك الواجب اتخاذه من أجل تجنب النتيجة الضارة على ضوء المعطيات الطبية، دون أن يدرس سلوك المتهم وظروفه الشخصية⁽¹⁾.

ثالثا- المعيار الراجح لتقدير الخطأ الطبي الجزائي:

لا شك في عدالة المعيار الشخصي، وتلائمه مع روح ومبادئ وأهداف القانون الجنائي، إلا أن صعوبة تطبيقه، جعلت القاضي الجنائي يميل إلى المعيار الموضوعي المجرد لتقدير الخطأ الطبي الجزائي، وهذا حتى بالنسبة للقضاء الفرنسي، الذي قد تبني المعيار الشخصي بصعوبة كبيرة بعد سنة 2000.

لكن لا يمكن أن ننسى الطابع العقابي للقانون الجنائي، الذي يفرض على القاضي محاكمة المجرم بالنظر لاستعداداته النفسية. لذلك كان يجب الأخذ بالمعيار الشخصي، أما المعيار الموضوعي، فكان من المفروض أن يأخذ بعنصر مكمل للعناصر الشخصية للجاني التي تقتضي تحريات معقدة من أجل إصدار أحكام عادلة⁽²⁾،

على هذا الأساس، وكما يرى الدكتور محمد أبو العلا عقيدة⁽³⁾ في مؤلفه: "la responsabilité pénale des médecins du chef d'homicide et de blessures par imprudence"، ينبغي على القاضي وهو بصدد تقدير الخطأ الطبي الجزائي، أن يضع في اعتباره الكفاءة الشخصية للطبيب، وكافة الظروف المحيطة بالعمل الطبي، وهي على النحو التالي:

1- الكفاءة الشخصية للطبيب: إن الأطباء ليسوا على مستوى واحد من الكفاءة، التي تتحكم فيها جملة من العوامل، منها: الموهبة الطبيعية، الدراسات، الخبرة، والحالة الصحية والعجز البدني للطبيب، وكلها تختلف من طبيب لآخر، كما يتضح من خلال البيان التالي:

- الموهبة الطبيعية: فبالنسبة للعمليات الجراحية مثلا، تختلف من حيث درجة تعقيدها، فهناك العمليات البسيطة، كاستئصال اللوزتين مثلا، والتي لا تحتاج إلا لمجرد مهارة معقولة من الجراح القائم بها، بينما هناك عمليات معقدة تتطلب قدرا عاليا من الاستعداد الطبيعي في ممارسة الفن الجراحي، كما في حالة عمليات جراحة: المخ والقلب واستئصال الأورام السرطانية مثلا والتي من غير المعقول أن نلوم طبيبا لم تتوافر فيه مثل هذه الاستعدادات في حالة إخفاقه أو فشله في هذا النوع من العمليات.

- الدراسات: تشكل الدراسات أو التخصص المهني للطبيب، عنصرا مشددا للالتزام فلا يمكن مساءلة طبيب ممارس عام لعدم تقديمه الرعاية المناسبة التي يمكن أن يقدمها طبيب أخصائي.

- الخبرة: وهي عنصر لا يخلو من الأهمية والتأثير، خاصة في مجال التشخيص، فإذا كان الغلط في التشخيص لا عقاب عليه، طالما أن الطبيب قد أدى واجبه على قدر اجتهاده، إلا أن القانون لا يسمح للطبيب بتشخيص المرض

1- PENNEAU (M.), « Indépendance et expertise médicale », Droit et économie de l'assurance et de la santé, p 349, cité par MARZEC (Emilie), Les conséquences de la loi du 10 juillet 2000 dans le domaine de la responsabilité médicale, Mémoire de DEA, Lille 2, université du droit et de la santé, 2002-2003, p. 72.

2- طباش عز الدين، النظام القانوني للخطأ غير العمدي في جرائم العنف، رسالة لنيل درجة دكتوراه في العلوم، تخصص قانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2014، ص 56.

3- ABOUL_ELA AKIDA(Mohamed), la responsabilité pénale des médecins du chef d'homicide et de blessures par imprudence, librairie générale de droit et de jurisprudence, paris, 1994, p.56.

برعونة وطيش ودون أن يحيط نفسه بالمعلومات الضرورية، بل والمفيدة، التي تساعده على تكوين رأيه، ودون أن يستعمل الوسائل التي يوصي بها العلم. وقد استأنس الدكتور أبو العلا عقيدة بحكم محكمة روان⁽¹⁾، في قضية تتلخص وقائعها في أن امرأة تقدمت إلى أحد الأطباء تشكو آلاما في بطنها، وبعد فحصها شخص الحالة على أنها ورم ليفي يستوجب استئصاله، ليظهر أثناء العملية بأن الطبيب قد أخطأ في التشخيص، وأن المرأة حامل بجنين يوشك أن يتم شهوره الرحمية، فشرع في شق بطنها، وأخرج الجنين حيا، غير أن الأم تعرضت لنزيف أودى بحياتها مساء ذلك اليوم.

- الحالة الصحية والعجز البدني للطبيب: إذ يجب أن يوضع في الاعتبار عند تقدير مسلك الطبيب المستوى الصحي الذي يتمتع به، فيسأل الطبيب الذي يجري عملية جراحية ويده مصابة بما يعجزه عن إجرائها.

2- الظروف المحيطة بالعمل الطبي: إن العامل الثاني الذي يدخل في تقدير الخطأ الطبي من الناحية الجزائية هو ظروف المكان والزمان التي يجري فيها العمل الطبي أو الجراحي ومدى خطورة الحالة المرضية وما تستلزمه من إسعافات أولية، وذلك على التفصيل الآتي :

- ممارسة المهنة الطبية في منطقة نائية: فالطبيب الذي يعمل في الريف بمنأى عن التطورات العلمية، ليس كالطبيب الذي يعمل بالمدن الكبرى، والذي يكون مجبرا على تقفي أثر التطور العلمي، حيث لا يغفر له الجهل بالحقائق الجديدة التي أسفر عنها التقدم في فنون الطب، إذن على القاضي أن لا يغفل هذا العنصر حين تقديره للخطأ الطبي.

مراعاة الوسائل والامكانيات المتاحة للطبيب: إن الوسائل العلاجية اليوم تشكل وبحق العنصر الأساسي لممارسة النشاط الطبي، لذلك من الضروري أن نأخذ الوسائل المتوفرة و الظروف التي يوجد فيها الطبيب عندما نبحت تصرفه .

على هذا الأساس، لا يمكن أن يطلب من طبيب مثلا أن يقوم بتقديم مساعدة عندما لا تتوافر لديه الوسائل المادية والبشرية أو التقنية، بالرغم من أنه على استعداد من ناحية معرفته الشخصية لتقديم مثل هذه المساعدة .

كما أن الطبيب الذي يتدخل لعلاج المريض، على الرغم من ضآلة الامكانيات والوسائل المتاحة من أجل إنقاذ مريض أو مصاب في حالة استعجال، فيخفق في العلاج، لا يعد في الحقيقة مسؤولا عن نتيجة تدخله، حتى ولو حصلت الوفاة ما دام أنه قد بذل كل العناية والرعاية اللازمة وسخر جل الامكانيات المتاحة لديه، بخلاف الطبيب الذي يعمل في مستشفى جامعي أو متخصص، مجهز بأحدث الأجهزة ومتوفر على أطر تقنية ذات كفاءة عالية، إذ أن ذلك يجعل القاضي يتخذ معه موقفا أكثر تشددا .

- ممارسة الطب في حالة الاستعجال: لا يقل هذا العنصر، بدوره أهمية وتأثيرا عن سابقه، لذلك يتعين على القاضي الاعتماد به عند تقدير الخطأ الطبي، إذ كثيرا ما يكون سببا كافيا لإعفاء الطبيب من المسؤولية الجزائية، كما لو أن الطبيب الجراح أجرى عملية جراحية على وجه السرعة دون القيام بالفحوص الطبية السابقة، والتي لا

1- حكم محكمة روان الفرنسية، في 21 أبريل 1923، أشار إليه:
ABOUL_ELA AKIDA(Mohamed) , op.cit, p.58

تخفى أهميتها وفائدتها، لاسيما على مستوى الكشف عن بنية المريض واستعداداته المرضية ودرجة احتمالته العملية الجراحية، مما قد يدفعه إلى تغيير أسلوب العلاج المقترح، إذ يكون الطبيب أمام خيارين : إما أن يجري هذه الفحوص مع ما يستلزمه ذلك من وقت، مما قد ينعكس سلبا على حالة المريض أو يتدخل على وجه السرعة الطبيب لإنقاذ حياة المريض ؟ ففي هذه الحالة يفضل الطبيب الجراح التضحية بالضرر الأخف لاجتناب الضرر الجسيم، وهذا ما تفرضه الأصول والقواعد الطبية. كذلك الحال بالنسبة للطبيب الذي يقوم بالعمل الطبي اللازم دون تبصير المريض بمخاطره المحتملة أو حتى دون الحصول عن رضائه به⁽¹⁾.

خاتمة:

من خلال هذه الدراسة يتضح لنا أن المعيار الشخصي هو المعيار الأصح والأنسب لتقدير الخطأ الطبي الجزائري، وذلك لأنه الأكثر تلاءما مع روح ومبادئ وأهداف القانون الجنائي، أما التقدير الموضوعي فينبغي أن يأخذ بعنصر مكمل فقط ، على هذا الأساس ينبغي على القاضي وهو بصدد تقدير الخطأ الطبي الجزائري أن يضع في اعتباره الكفاءة الشخصية للطبيب وكافة الظروف المحيطة بالعمل الطبي ذاته، فمن غير المعقول ولا المقبول أن نعاقب الطبيب على أخطائه ونأخذ بعين الاعتبار معيار الرجل العادي أساسا لذلك، متجاهلين وغير مكترئين بما يحمله هذا الأخير من صفات شخصية أثرت بشكل أو بآخر في ارتكاب الخطأ.

وإذا كان القاضي الجزائري يجد صعوبة في تطبيق وإعمال المعيار الشخصي في تقدير الخطأ الطبي الجزائري، باعتبار أنه يتطلب الخبرة الفنية والدراسة التحليلية لشخصية الطبيب المتهم، فإن الحل يكمن في إمكانية إسناد هذه المهمة إلى قاضي يكون طبيبا، وهنا ندعو وبإلحاح إلى ضرورة تكوين أطباء قضاة يكون لهم الفصل في قضايا الأخطاء الطبية الجزائرية من أجل ضمان محاكمات عادلة، كما ندعو المشرع الجزائري إلى ضرورة تبني هذا المعيار، إما بالنص عليه في قانون العقوبات (باعتبار أن الطبيب يخضع لهذا القانون) أو في قانون خاص بالمسؤولية الطبية .

قائمة المراجع:

أولاً- باللغة العربية:

أ- الكتب:

- (1) نائر جمعة شهاب العاني، المسؤولية الجزائية للأطباء، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2013.
- (2) جلال العدوي، أصول الالتزامات- مصادر الالتزام- منشأة المعارف، الإسكندرية 1997.
- (3) حميد السعدي وعامر عبيد المشاي، المسؤولية الطبية من الوجهة الجنائية بحث مقارن، دار التضامن للطباعة والنشر والتوسيع، بيروت، 1996.
- (4) رائد كامل خير، شروط قيام المسؤولية الجزائية الطبية، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2004، ص 29.
- (5) سليمان مرقس، المسؤولية المدنية في تقنينات البلاد العربية، القسم الأول، الأحكام العامة، معهد البحوث والدراسات والعربية، مصر، 1971
- (6) عبد الله سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري، القسم العام، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، بدون ذكر سنة النشر.
- (7) عوض محمد، قانون العقوبات -القسم العام-، بدون ذكر دار النشر، الإسكندرية، 1987.
- (8) فتوح عبد الله الشاذلي، قانون العقوبات القسم العام، الكتاب الأول: أوليات القانون الجنائي، النظرية العامة للجريمة، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، 1998
- (9) محسن عبد الحميد إبراهيم البيه، نظرة حديثة إلى خطأ الطبيب الموجب للمسؤولية المدنية في ظل القواعد القانونية التقليدية، مكتب الجلاء الجديدة، المنصورة مصر، 1993.
- (10) محمد أوغريس، مسؤولية الطبيب في التشريع الجنائي، دار القرويين، المغرب، 2002 ص 53.
- (11) مصطفى محمد عبد المحسن، الخطأ الطبي والصيدلي، المسؤولية الجنائية، دار النهضة العربية، مصر، 2000
- (12) مفتاح مصباح بشير الغزالي، المسؤولية الجنائية للأطباء عن التجارب الطبية والعلمية، دراسة مقارنة، المكتب الوطني للبحث والتطوير، ليبيا، 2005.
- (13) يوسف جمعة يوسف الحداد، المسؤولية الجنائية عن أخطاء الأطباء في القانون الجنائي لدولة الإمارات العربية المتحدة دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2003.

ب- رسالة دكتوراه:

- (1) طباش عز الدين، النظام القانوني للخطأ غير العمدي في جرائم العنف، رسالة لنيل درجة دكتوراه في العلوم، تخصص قانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2014.

ج- المقالات والبحوث:

- (1) سيدهم مختار، المسؤولية الجزائية للطبيب في ظل التشريع الجزائري، مقال منشور بمجلة المحكمة العليا، عدد خاص بالمسؤولية الجزائية الطبية في ضوء القانون والاجتهاد القضائي، الجزائر 2011، ص 43، 18.
- (2) فتيحة محمد قوراري، "مسؤولية الطبيب الجنائية في ضوء أحكام التشريع والقضاء في دولة الإمارات العربية المتحدة، دراسة مقارنة"، مجلة الحقوق، العدد الثالث، السنة 28، الكويت، سبتمبر 2004، ص 195-275.
- (3) علي مصباح ابراهيم، "مسؤولية الطبيب الجزائية"، المجموعة المتخصصة في المسؤولية القانونية للمهنيين، الجزء الأول، المسؤولية الطبية، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2004، ص 519-561.

(4) يحي عبد القادر، المسؤولية الجزائية للطبيب على ضوء القانون الجزائري والاجتهاد القضائي، مقال منشور بمجلة المحكمة العليا، عدد خاص بالمسؤولية الجزائية الطبية في ضوء القانون والاجتهاد القضائي، الجزائر، 2011، ص 46،61.

ت- القرارات القضائية:

(1) قرار المحكمة العليا، الصادر بتاريخ 30 ماي 1995 عن غرفة الجنج والمخالفات، القسم الرابع ملف رقم 118720 المنشور بالمجلة القضائية، عدد رقم 2 سنة 1996 ص 181،179.

ث- النصوص القانونية:

(1) أمر رقم 66-156 المؤرخ في 08 يونيو 1966 المتضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم، ج.ر، عدد 49، المؤرخة في 1966/06/11.

(2) أمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم ج.ر، عدد 78 مؤرخة في 30 سبتمبر 1975.

ثانيا - باللغة الفرنسية:

أ- الكتب:

- (1) ABOUL_ELA AKIDA(Mohamed), la responsabilité pénale des médecins du chef d'homicide et de blessures par imprudence, librairie générale de droit et de jurisprudence, paris, 1994.
- (2) Dorsner_Dolivet,(A), contribution à la restauration de la notion de faute, condition des responsabilité civile et pénale à propos de la chirurgie, paris, 1988.
- (3) Grapin(Christine), la responsabilité chirurgicale, Sauramps, France, 2001.
- (4) Mazeaud (Henri et léon) et Tunc (André) : Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle, Tome 1, 5eme édition, Montchrestien, Paris, 1957.
- (5) PENNEAU (Jean), la responsabilité du médecin, 2^{ème} Edition Dalloz ,paris, 1996.

ب- الرسائل والمذكرات:

- (1) BOUSSOUF-HAMANA (Naziha), la faute pénale issue de l'activité chirurgicale, thèse pour le doctorat d'état en droit, université de Constantine, 1999.
- (2) MARZEC (Emilie), Les conséquences de la loi du 10 juillet 2000 dans le domaine de la responsabilité médicale, Mémoire de DEA, Lille 2, université du droit et de la santé, 2002-2003.

ت- المقالات والبحوث:

- (1) BLONDET (Henri), " la responsabilité pénale des professionnels et des établissements de santé " : la jurisprudence de la cour de cassation, revue de la cour suprême numéro spécial, la responsabilité pénale médicale à la lumière de la législation et de la jurisprudence, Alger, 2011, pp 26-74.
- (2) PAPANIKOLAOU (Dimitrios), " la responsabilité pénale des membres d'une équipe médicale ", revue générale de droit médicale, les Etudes Hospitalières, N 14, France 2004, pp 79-95.
- (3) TOUILLET, (Marc), " les atteintes involontaires à la personne ", revue les grandes décisions du droit médical, Edition ALPHA, France, 2010, pp.351-368. .

ث- القرارات القضائية:

- (1) cass.crim, 29 juin 1999, n° 98-82300.
- (2) cass crim, 28 mars 2000, n° 99-432.
- (3) cass.crim, 22 mai 2002, n° 01-85685.
- (4) cass.crim, 10 février 2009, n° 08-80679.
- (5) cass.crim, 11 septembre 2012, n°11-88269.

ج- النصوص القانونية:

- (1) Loi N° 96-393 du 13 mai 1996 relative à la responsabilité pénale pour des faits d'imprudence ou de négligence, J.O. N° 112 du 14 mai 1996, p. 7211.
- (2) Loi N° 2000-647 du 10 juillet 2000 tendant à préciser la définition des délits non intentionnels J.O. N° 159 du Juillet 2000, p10484.

المواجبة التشريعية لجرائم تلويث البيئة الطبيعية

باديس الشريف

أستاذ مساعد "أ"

جامعة عباس لغرور خنشلة

cherif3064@yahoo.fr

الملخص:

إن عرض وتحليل مضمون الحماية التشريعية للبيئة الطبيعية ضد مخاطر وأضرار التلوث البيئي، وبمعنى آخر دراسة الحماية القانونية المدعومة بالجزاءات الجنائية وغير الجنائية ضد كل مساس بعناصر البيئة الطبيعية، والبحث في الأحكام التشريعية الخاصة بالأركان العامة لجرائم تلويث البيئة، والمسؤولية الجنائية لمرتكبي تلك الجرائم، والجزاءات المقررة لردعهم، يقتضى في البداية تحديد المقصود بجرائم تلويث البيئة الطبيعية، وذلك من خلال البحث في المدلول القانوني لهذا النوع من الجرائم والخوض في أهم الجوانب المتعلقة بعناصر الجريمة البيئية، والتطرق إلى نطاق المكافحة القانونية لتلك الجرائم على صعيد التشريعات الداخلية للدول، وهي الجوانب التي تم استعراضها في هذه الدراسة.

الكلمات المفتاحية: التشريع، البيئة الطبيعية، الجريمة البيئية، المكافحة.

Résumé :

La présentation et l'analyse du contenu de la protection législative de l'environnement naturel contre les dangers et les atteintes de la pollution environnementale, en d'autres termes l'étude de la protection juridique appuyée par les sanctions pénales et non pénales contre tout atteinte aux éléments de l'environnement naturel et la recherche dans les dispositions législatives concernant les éléments généraux des infractions de la pollution de l'environnement et la responsabilité pénale des criminels, ceci à travers la recherche sur le signifiant juridique de ce genre d'infractions et le débat sur les aspects importants concernant les éléments de l'infraction environnementale et la discussion du domaine de la lutte juridique contre ces infractions sur le plan législations internes des états, tout cela représente les aspects présentés dans cette étude.

Mots clés: Législation – Environnement naturel – Infraction environnementale –Lutte.

مقدمة:

إن قضايا البيئة وانطلاقاً من الشعور بوجود التضامن تجاه الحد من مخاطر وأضرار التلوث البيئي كانت ولا تزال تشكل مصدر قلق كبير لكل الدول، لاسيما بعد التطورات التكنولوجية والصناعية الهائلة التي عرفها ولا يزال يعرفها المجتمع الدولي خلال العقود الأخيرة من الزمن، والتي تشير ومن دون أي شك إلى التداخل الكبير بينها وبين المخاطر والأضرار التي تهدد البيئة الإنسانية.

مما فرض على المجتمعات الحديثة ضرورة اتخاذ التدابير المناسبة والبدء في تطبيقها وتفعيلها للحد من التجاوزات الواقعة على البيئة، لتتخذ الأفعال التي تتسبب في إلحاق الضرر بعناصر البيئة الطبيعية، إضافة لما تقتضيه مكافحة تلك الأفعال في نطاق القانون الإداري، والمسؤولية المدنية عن الضرر البيئي، صفة الجرائم الماسة بالبيئة.

فقد شكلت الحماية القانونية لعناصر البيئة الطبيعية من ماء وهواء وتربة في وقتنا الحاضر في مختلف التشريعات الداخلية المنطلق نحو تكريس جوانب تلك الحماية في شقها الجنائي وغير الجنائي وذلك استجابة لمطالبات الأوضاع المتطورة ومنها الموضوعات ذات الصلة بتلوث البيئة الطبيعية.

ورغم أن البحوث والدراسات التي تعنى بموضوع الحماية الجنائية للبيئة بعناصرها الطبيعية والوضعية كثيرة ومتشعبة، إلا أن الجوانب المتعلقة بدراسة المدلول القانوني لجرائم تلويث البيئة وعناصر الجريمة البيئية، ومجالات المواجهة القانونية للجريمة البيئية في التشريع الداخلي للدول في حاجة إلى مزيد من الاهتمام لما تتسم به من السطحية والغموض.

فأهمية هذه الدراسة تتجلى أساساً من الحقيقة التي مفادها ومؤداها أن ضبط مفهوم جرائم تلويث البيئة وحصر المجال التشريعي لمكافحة هذا النوع من الجرائم سيساعد على تفعيل المكافحة الجزائية لتلويث البيئة، والتي لا تقل أهمية عن غيرها من الآليات التشريعية الأخرى المقررة للحد والتقليل من الآثار السلبية الناجمة عن تلك الجرائم.

ولأن الاعتداءات على البيئة الطبيعية أصبحت على قدر كبير من الاتساع ومصدر جدل كبير وجدنا أنه من الضروري البحث في نطاق المواجهة التشريعية الداخلية لجرائم تلويث البيئة، وانطلاقاً من ذلك كان لزاماً علينا أن نجيب على الإشكالية الآتية: ما مدى مساهمة التشريعات الوطنية الجنائية وغير الجنائية في الحد من المخاطر والأضرار التي تهدد البيئة الطبيعية؟ وتتفرع عن هذه الإشكالية تساؤلات نوردتها في الآتي: - ما المقصود بجرائم تلويث البيئة الطبيعية؟ - ما هي حدود الحماية القانونية غير الجنائية للبيئة الطبيعية؟ - فيما تتمثل أهمية الحماية الجنائية لعناصر البيئة الطبيعية؟

وللإجابة عن هذه الإشكالية والتساؤلات الفرعية ارتأينا تقسيم الدراسة إلى مبحثين نتطرق في المبحث الأول إلى مفهوم جرائم تلويث البيئة، وخصصنا المبحث الثاني لدراسة نطاق مكافحة جرائم تلويث البيئة الطبيعية في التشريع الداخلي وذلك على النحو الآتي:

المبحث الأول: مفهوم جرائم تلويث البيئة

تستمد جرائم تلويث البيئة الطبيعية خطورتها من كونها تخل بالتوازن البيئي، وتهدد استقرار وحيوة الإنسان ومستقبله، وفي ظل ظهور العديد من جرائم الاعتداء على البيئة، تم التوصل إلى وجوب البحث عن قانون جنائي للبيئة يضم كافة الجرائم البيئية، ولذلك كانت تلك الجرائم ولا زالت تشكل محور للكثير من الدراسات القانونية التي تسعى وراء تحديد مدلولها القانوني والتي تمخضت عن محاولات لتعريف الجريمة البيئية (المطلب الأول)، وإبراز سمات أو عناصر جرائم تلويث البيئة (المطلب الثاني).

المطلب الأول: المدلول القانوني لجرائم تلويث البيئة الطبيعية

يجمع الفقهاء على استحالة حصر كافة جرائم تلويث البيئة الطبيعية نظرا لتناثر بعض هذه الجرائم في العديد من القوانين مثل القوانين المتعلقة بالحفاظ على عناصر البيئة، والأخرى المتعلقة بالنظافة والصحة العامة وكافة مناحي الحياة، ومن ثم يصعب وضع معيار واحد وتحديد معنى واحد لها نظرا للتطور السريع الذي تشهده المخاطر والأضرار البيئية، مما يجعل الوقوف على المدلول القانوني لتلك الجرائم مسبقا بشرط تحديد المقصود بالبيئة الطبيعية من الناحية القانونية (الفرع الأول)، وتعريف التلوث من وجهة النظر القانونية (الفرع الثاني)، وبذلك فقط يمكننا أن نستخلص تعريف جرائم تلويث البيئة من الجانب القانوني (الفرع الثالث).

الفرع الأول: تعريف البيئة من الناحية القانونية

تختلف التعريفات القانونية للبيئة عن التعريفات اللغوية، فالتعريف القانوني وإن كان يعتمد على اللغة، إلا أنه يضم العديد من المصطلحات العلمية والقانونية الهادفة إلى إبراز المدلول القانوني، فالبيئة من الناحية القانونية تمثل قيمة مجتمعية يسعى القانون للحفاظ عليها سواء على المستوى الدولي أو الداخلي، وهذا هو أساس حمايتها قانونا من الاعتداء عليها أو التأثير فيها بشكل أو بآخر قد يؤدي إلى التغيير في مكوناتها الطبيعية والبيولوجية.¹

وقد نتج عن المحاولات المختلفة لتحديد المدلول القانوني للبيئة تعريفات متعددة في ظل الاتفاقيات الدولية، كما عرفت العديد من التشريعات الداخلية البيئة نذكر ببعضها في الآتي:

¹ - أحمد لكحل، النظام القانوني لحماية البيئة والتنمية الاقتصادية، دار هومة، الجزائر، د ط، 2015، ص 34.

أ- التعريف القانوني للبيئة في ظل الاتفاقيات الدولية.

أعطى مؤتمر ستوكهولم المنعقد في السويد سنة 1972 تحت إشراف الأمم المتحدة للبيئة مفهوماً واسعاً وعرفها بأنها مجموعة النظم الطبيعية والاجتماعية والثقافية التي يعيش فيها الإنسان والكائنات والتي يستمدون منها زادهم ويؤدون فيها نشاطهم.¹

ووفقاً لهذا الاتجاه قسم البعض مفهوم البيئة إلى عنصرين أساسيين، عنصر طبيعي ويسمى بالبيئة الطبيعية، ويقصد بها كل ما يحيط بالإنسان من عناصر طبيعية وليس للإنسان دخلاً في وجودها مثل الماء، الهواء، التربة، وهو العنصر المقصود بهذه الدراسة، وعنصر بشري ويسمى بالبيئة البشرية ويقصد بها الإنسان وإنجازاته التي أوجدها داخل بيئته الطبيعية.²

وعلى هذا فإن القانون البيئي بمفهومه الواسع لا يعنى بالبيئة الطبيعية فحسب، وإنما يشمل البيئة البشرية أيضاً.³

ب- التعريف القانوني للبيئة في التشريعات الداخلية.

لاقي موضوع البيئة اهتمام قانوني بالغ من سائر الدول في عالمنا المعاصر، فقد عرفت البيئة من خلال العديد من التشريعات الوطنية، وهذا دليل واضح على اهتمام المنظومات القانونية للدول بهذا الموضوع الحساس لكل أعضاء المجتمع الدولي.⁴

وكان للمشرع الجزائري نفس الاهتمام بموضوع البيئة أين عرف القانون رقم 10-03 المتعلق بحماية البيئة في إطار التنمية المستدامة، البيئة بمفهومها الشامل، وذلك يتضح من خلال استقراء الأحكام العامة للقانون، والذي يهدف إلى حماية الطبيعة، والحفاظ على الحيوان والنبات، والإبقاء على التوازنات البيولوجية، والمحافظة على الموارد الطبيعية، من جميع أسباب التدهور التي تهددها.⁵

ومن خلال محاولة استخلاص التعريف القانوني للبيئة في ظل القانون الجزائري نخلص إلى أن المشرع أخذ بالمفهوم الواسع للبيئة، فهو لم يقتصر على المفهوم الضيق للبيئة، والمركّز فقط على الوسط الطبيعي، بل وسع

¹ - صلاح عبد الرحمن عبد الحديثي، النظام القانوني الدولي لحماية البيئة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، الطبعة الأولى، 2010، ص 59.

² - أحمد لكحل، المرجع السابق، ص 35-36.

³ - وعرف برنامج الأمم المتحدة البيئة بأنها مجموعة الموارد الطبيعية والاجتماعية المتاحة في وقت معين من أجل إشباع الحاجات الإنسانية، فالبيئة وفقاً لهذا المفهوم تمثل نظام قائم بذاته، وليست مجالاً خاصاً أو محدوداً، كما أن المنظمة العربية للتربية والعلوم والثقافة عرفت البيئة بأنها كل العناصر الطبيعية والحياتية التي توجد حول وعلى وداخل الكرة الأرضية، وعرفها المؤتمر الدولي لمنظمة التربية والعلوم والثقافة اليونسكو المنعقد ببريس سنة 1968 بأنها كل ما هو خارج الإنسان من أشياء تحيط به بشكل مباشر أو غير مباشر، ويشمل ذلك كله جميع النشاطات والمؤثرات التي لها تأثير على الإنسان وسلوكه وعلى الظروف الطبيعية والعائلية والاجتماعية التي يدركها من خلال وسائل الاتصال المختلفة المتوفرة لديه.

⁴ - أحمد لكحل، المرجع السابق، ص 37.

⁵ - وتتكون البيئة طبقاً للمادة 04 من القانون 10-03 المؤرخ في 10/07/2003 والمتعلق بحماية البيئة في إطار التنمية المستدامة من الموارد الطبيعية الأحيوية والحيوية، كالهواء، الجو، الماء، الأرض، باطن الأرض، النباتات، والحيوان بما في ذلك التراث الوراثي وأشكال التفاعل بين هذه الموارد وكذا الأماكن والمناظر والمعالم الطبيعية.

نظرته إلى عناصر أخرى يحميها الإنسان بواسطة أنشطته، غير أنه تفتن لخطر تدهور الموارد الطبيعية، واعتمده كمبدأ من المبادئ التي يتأسس عليها قانون حماية البيئة في إطار التنمية المستدامة.¹

فمن هذا الجانب تعد البيئة بمثابة الوسط الذي يتصل بحياة الإنسان وصحته في المجتمع سواء كان من صنع الطبيعة أم من صنع الإنسان.²

الفرع الثاني: تعريف التلوث من الناحية القانونية

إذا كان للتعريف القانوني للبيئة مدلول يشمل الجانبين الإيجابي والسلبي لهذا المصطلح فهي تتضمن جانبا إيجابيا فيه منافع كثيرة للكائنات الحية البشرية والحيوانية، كالماء، الهواء، التربة، الموارد الطبيعية المختلفة، فإنه بالمقابل هناك جانب سلبي يضمه هذا المفهوم، وهو كل ما يصيب بالأساس البيئة الطبيعية من إتلاف واعتداء نتيجة ممارسة مختلف النشاطات البشرية.³

فالتلوث البيئي يعتبر من الانعكاسات السلبية التي تصيب البيئة، فأغلب الأضرار البيئية وخصوصا الأضرار التي يصعب تداركها ناتجة عن التلوث، وعليه هناك علاقة وطيدة بين التلوث والبيئة، كما أن هناك علاقة وثيقة بين الضرر البيئي والتلوث.⁴

أما من الجانب القانوني فقد وردت مجموعة من التعريفات بشأن التلوث البيئي،⁵ فقد جاء في تقرير المجلس المجلس الاقتصادي والاجتماعي للأمم المتحدة سنة 1965 بأن التلوث بوجه عام هو التغيير الذي يحدث بفعل التأثير المباشر وغير المباشر للأنشطة الإنسانية، أو في حالة الوسط على نحو يخل ببعض الاستعمالات أو الأنشطة التي كان من المستطاع القيام بها في الحالة الطبيعية لهذا الوسط.

وعرف المشرع الجزائري التلوث بمقتضى قانون البيئة في إطار التنمية المستدامة لسنة 2003 في نص المادة 04 فقرة 09 بأنه: "كل تغيير مباشر أو غير مباشر للبيئة يتسبب فيه كل فعل يحدث أو قد يحدث وضعية مضرة بالصحة وسلامة الإنسان والنبات والحيوان والهواء والجو والماء والأرض والممتلكات الجماعية والفردية."⁶

¹ - أحمد لكحل، المرجع السابق، ص 38.

² - إن أغلب التعريفات الفقهية الحديثة تأخذ بالمفهوم الواسع للبيئة، وقد جاءت معظم التشريعات الداخلية المعاصرة متفقة معها، فالبيئة في ظل التشريع المصري مثلا وطبقا للقانون رقم 04 لسنة 1994 المعدل بموجب القانون رقم 09 لسنة 2009 تمثل المحيط الحيوي والذي يشمل الكائنات الحية، وما يحتويه من موارد وما يحيط بها من هواء وماء، وتربة، وما يقيمه الإنسان من منشآت.

³ - حميدة جميلة، النظام القانوني للضرر البيئي وآليات تعويضه، دار الخلدونية، الجزائر، د ط، 2011، ص 60.

⁴ - المرجع نفسه، ص 60.

⁵ - وقد عرفت منظمة التعاون والتنمية الاقتصادية التلوث بأنه إدخال الإنسان مباشرة أو بطريق غير مباشر لمواد أو لطاقات في البيئة مما يستتبع نتائج ضارة على نحو يعرض للخطر الصحة الإنسانية ويضر بالموارد الجوية وبالنظم البيئية وينال من قيم التمتع بالبيئة أو يعيق الاستخدامات الأخرى المشروع للوسط.

⁶ - جاء في التعريف الذي أورده المشرع المصري في قانون البيئة رقم 04 لسنة 1994 المعدل بموجب القانون رقم 09 لسنة 2009 أن المقصود بالتلوث بالتلوث أي تغيير في خواص البيئة مما يؤدي بطريق مباشر أو غير مباشر إلى الإضرار بالكائنات الحية أو المنشآت أو يؤثر على ممارسة الإنسان لحياته الطبيعية.

ما يلاحظ على مختلف هذه التعريفات التي تضمنتها مختلف الصكوك الدولية والتشريعات الداخلية أنها تشترك في فكرة الضرر، أي أن التلوث البيئي هو الضرر البيئي، وتعبير أكثر دقة فالتلوث البيئي أضيف إلى مفهوم الضرر البيئي بل هو صورة من صورته من جهة، وهو من حيث الجسامة يعد من أخطر أنواع الضرر البيئي، فقد ورد في تعريف الجمعية العامة لتأمينات حوادث التلوث بأنه تدمير وتشويه للنقاء الطبيعي لكائنات حية أو لجمادات بفعل عوامل خارجية منقولة عن طريق الجو أو المياه أو التربة.¹

الفرع الثالث: تعريف الجريمة البيئية من الناحية القانونية

قبل التطرق إلى تحديد المفهوم القانوني للجريمة البيئية من خلال تعريفها نشير إلى أن هذا الأخير يعد من أهم الصعوبات التي واجهها ولا يزال يواجهها الباحثون في جرائم تلويث البيئة، لأن التلوث البيئي له علاقة بالأضرار وآليات تعويضها وله أيضا علاقة بالجريمة البيئية لأنه من أخطر صور الجرائم التي تصيب الموارد البيئية.

فخطورة جرائم تلويث البيئة الطبيعية تكمن في أن أضرارها تمتد لتشمل الأجيال الحاضرة والمستقبلية، كما أن أضرارها لا تقف عند مكان ارتكابها وإنما تشمل أماكن متعددة، وإذا كانت الجريمة بمفهومها القانوني هي محور الدراسات الإجرامية، فقد تعددت الآراء في تعريفها فهي من ناحية فعل أو امتناع يقرر القانون على ارتكابه عقابا، ووفقا للفقهاء التقليدي تعرف الجريمة بأنها سلوك ايجابي أو سلبي إنساني يخالف نصا من نصوص التجريم.²

ووفقا للقانون الوضعي تعرف الجريمة بأنها كل فعل غير مشروع صادر عن إرادة جنائية يقرر له القانون عقوبة أو تدبيرا احترازيا، وتندرج الجريمة البيئية ضمن هذا التعريف، كونها تنطوي على اعتداء على مصلحة يحميها القانون، سواء كانت هذه المصلحة تمثل اعتداء على حقوق مملوكة للدولة أم للأفراد، وسواء كانت هذه المصلحة تهدف إلى الحفاظ على البيئة الطبيعية أو صحة الإنسان أو عدم المساس ببعض المصالح الاقتصادية أو الاجتماعية.³

وعلى اعتبار أن الجرائم الماسة بالبيئة الطبيعية تترتب عنها أضرار وأخطار تلحق بعناصرها المختلفة، وتؤثر بشكل مباشر وغير مباشر على الأفراد والمجتمعات، كان لزاما على التشريعات الجنائية أن تتدخل لتجريم هذه الأفعال ومنها التشريع الجزائي، بيد أنه لم يضع تعريفا محدد للجريمة البيئية، ولكنه حدد معالمها وأركانها في جريمة من جرائم تلويث البيئة بشكل مستقل، ورتب الجزاءات على كل من ارتكابها وانطبقت عليه شروطها وأركانها.

¹ - حميدة جميلة، المرجع السابق، ص 64.

² - أشرف هلال، الموسوعة الجنائية البيئية - من الناحيتين الموضوعية والإجرائية، نادي قضاة مصر، القاهرة، د ط، 2011، ص 29.

³ - وللجريمة بصفة عامة والجريمة البيئية خاصة مدلول من الناحية الاجتماعية كونها ظاهرة إنسانية، وجدت بوجود الإنسان المنفرد بنوازع الخير والشر، والتي تكشف عنها سلوكيات خارجية يعبر بها عن بواطن نفسه ورغباته خيرا بخير وشرًا بمثله، فتكون الجريمة مخالفة لقيم المجتمع وعاداته وتقاليده، وهو ما يوضح المفهوم الاجتماعي للجريمة.

وانطلاقاً مما سبق يمكن أن نعرف جريمة تلويث البيئة الطبيعية بأنها: " كل سلوك إيجابي أو سلبي غير مشروع كان عمدياً أو غير عمدي يصدر عن شخص طبيعي أو معنوي يضر أو يحاول الإضرار بأحد عناصر البيئة الطبيعية سواء بطريق مباشر أو غير مباشر يقرر له القانون البيئي عقوبة أو تدبيراً احترازياً".¹

أو أنها: " ذلك السلوك الذي يخالف به من يرتكبه تكليفاً يحميه المشرع بجزاء جنائي، والذي يحدث تغييراً في خواص البيئة الطبيعية بطريقة إرادية أو غير إرادية، مباشرة أو غير مباشرة، يؤدي إلى الإضرار بالكائنات الحية والموارد الحية أو غير الحية مما يؤثر على ممارسة الإنسان لحياته الطبيعية".²

المطلب الثاني: عناصر الجريمة البيئية

يتضح من تعريف جرائم تلويث البيئة الطبيعية أن هذا النوع من الجرائم يمتاز بعدة سمات أو يقوم على عدة عناصر تتمثل في ارتكاب فعل مجرم ومعاقب عليه يشكل خطراً، أو قد يسبب ضرراً على البيئة الطبيعية (الفرع الأول)، وتسبب ذلك الفعل في إلحاق الضرر بأحد عناصر البيئة الطبيعية (الفرع الثاني)، وأن يصدر ذلك الفعل عن إرادة جنائية (الفرع الثالث).

الفرع الأول: ارتكاب فعل يتمثل فيه الجانب المادي للجريمة

ويتحقق عند ارتكاب شخص ما لفعل غير مشروع ضار بالبيئة الطبيعية، وقد يكون الفعل بسلوك إيجابي من خلال إحداث تغيير في البيئة المحيطة، أو بسلوك سلبي من خلال عدم الالتزام بقواعد قانون البيئة³، أو بالامتناع أي إجماع الشخص عن إتيان فعل إيجابي معين كان المشرع ينتظره منه في ظروف معينة بشرط وجود واجب قانوني يلزم بهذا الفعل، وأن يكون في استطاعة الشخص الامتناع عنه بإرادته.⁴

وهذا يعني حدوث خلل أو تغيير في عنصر من عناصر البيئة الطبيعية، ويجب أن يكون حدوث الخلل قد أدى لحدوث تغيير في مكونات الوسط الطبيعي، والتغيير يكون في عنصر أو أكثر من العناصر المكونة للبيئة الطبيعية، وأن يتسبب الإنسان في هذا الفعل من سلوكه أو نشاطه الخاطئ، ولا يلزم أن يكون المسبب شخص طبيعي فيمكن أن يكون شخص معنوي، ومؤدى ذلك أن الأفعال التي تنتج من فعل الطبيعة مثل الفيضانات، والزلازل لا تدخل في إطار السلوك المادي للجريمة. ولا يرفع ذلك عن كاهل الدولة عبء التزامها الطبيعي بتخفيف حدة الأضرار البيئية.⁵

ويمكننا من خلال هذا العنصر أن نقسم الجريمة البيئية بحسب محلها أو مكان ارتكابها إلى جريمة عادية أو وطنية، وهي التي يرتكبها أحد الأشخاص الطبيعية أو المعنوية متعدياً على الأحكام التي تضمن الحفاظ على التوازن

¹ - أشرف هلال، المرجع السابق، ص 30.

² - ابتسام سعيد المكاوي، جريمة تلويث البيئة - دراسة مقارنة-، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الطبعة الأولى، 2009، ص 33.

³ - مثال السلوك الإيجابي هو قيام شخص بإزعاج الناس بألات مكبرة للصوت، والسلوك السلبي امتناع الطبيب عن تطعيم الناس ضد مرض معد أوفتاك.

⁴ - خالد مصطفى فهبي، الجوانب القانونية لحماية البيئة من التلوث - في ضوء التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية-، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، الطبعة الأولى، 2011، ص 369.

⁵ - خالد مصطفى فهبي، المرجع السابق، ص 369.

البيئي، كالقيام بتصريف المبيدات أو المواد المشعة أو إغراقها في البيئة المائية، أو كعدم التزام المؤسسات الصناعية بمراعاة المقاييس والمستويات المسموح بها للمواد والغازات التي تضر بالبيئة.¹

الفرع الثاني: تسبب الفعل في إلحاق ضرر بالبيئة

وهو التغيير الذي يحدث في العالم الخارجي كأثر للسلوك الإجرامي، فالأوضاع الخارجية كانت على نحو معين قبل يصدر السلوك ثم صارت على نحو آخر بعد صدوره.

ومن المسائل الدقيقة التي يصعب إثباتها في جرائم تلويث البيئة الطبيعية عنصر النتيجة التي يمكن أن تتحقق من جراء ارتكاب فعل من الأفعال المضرة بالبيئة، ويرجع ذلك إلى طبيعة هذه الجرائم وما يتحقق عنها من نتائج، فهي بعكس الجرائم التقليدية التي تترتب عليها نتائج مادية محددة ومحسوسة.²

ومن ثم فالنتيجة هنا هي حدوث ضرر أو خطر يهدد البيئة الطبيعية في أي من عناصرها الهوائية أو المائية أو الأرضية، فالضرر أو الخطر يترتب عليه المساس بالمصلحة المحمية، وهذا يعبر عنه بالنتيجة الإجرامية للفعل المادي.

بيد أن النتيجة في جرائم تلويث البيئة الطبيعية قد لا تتحقق في الحال، ولكن لها نتائج قد تتحقق في المستقبل القريب أو البعيد، فالتلوث الإشعاعي أو النووي قد تترتب عليه نتائج مستقبلية كبيرة مثل تأثيرات القنبلتين الذريتين اللتان سقطتا على هيروشيما وناكازاكي والتي لا زالت لها تأثيرا ضاراً حتى اليوم.³

ويشترط في جرائم المساس بالبيئة الطبيعية كغيرها من الجرائم توافر العلاقة بين النتيجة الإجرامية والفعل أو السلوك الإجرامي المرتكب سواء كانت ضارة أو خطيرة، أي أن الخطأ هو سبب الضرر وهو ما يعرف في الدراسات القانونية والتشريعات الجنائية بالرابطة السببية بين الفعل والنتيجة والذي يعد بمثابة عنصر من عناصر الجريمة، ومفاده أن يكون الضرر أو الخطأ ناتجا عن الفعل المادي ويرتبط به بعلاقة سببية.

وعلاقة السببية في المواد الجنائية علاقة مادية تبدأ بالفعل الضار المقترف من قبل الجاني، وترتبط من الناحية المعنوية بما يجب عليه أن يتوقعه من النتائج المألوفة لفعله إذا ما أتاه عمداً، وثبوت قيام هذه العلاقة من المسائل الموضوعية التي ينفرد قاضي الموضوع بتقديرها، فالسببية هي إسناد أمر من الأمور الحياتية إلى مصدرها أي نسبة نتيجة معينة إلى فعل معين، ومن ثم إلى فاعل معين.

ويذهب البعض من الفقه إلى أن جرائم تلويث البيئة الطبيعية تتلاءم مع نظرية تعادل الأسباب بسبب تعدد أسباب التلوث والفاعلين في أغلب هذا النوع من الجرائم، مما يؤدي إلى تضافر الأفعال والأسباب والنتائج، وتكون متعادلة مما يؤدي إلى تلويث البيئة.⁴

¹ - وجرائم تلويث البيئة الطبيعية قد تكون جرائم دولية تسأل عنها الدولة إذا نسب النشاط الضار بالبيئة إليها، كأن تجري تجارب نووية في أعماق البحار أو الغلاف الجوي، أو تقوم بأنشطة صناعية داخل إقليمها، يترتب عليها انتقال ملوثات كيميائية، كالأدخنة أو الأمطار الحمضية، إلى إقليم دولة أخرى، ويسبب لها أضراراً بيئية.

² - أشرف هلال، المرجع السابق، ص 37.

³ - خالد مصطفى فهمي، المرجع السابق، ص 370.

⁴ - خالد مصطفى فهمي، المرجع السابق، ص 373.

الفرع الثالث: صدور الفعل عن إرادة جنائية

يضيف القانون إلى عناصر الجريمة البيئية الركن المعنوي حيث لا يكفي أن يرتكب الشخص الفعل غير المشروع بل يجب أن يكون هناك قصد في ارتكابه، وأن يصدر عن شخص مسؤول جنائياً سواء أكان شخصاً طبيعياً أو معنوياً¹، والإرادة الجنائية لها صورتان هما القصد الجنائي والخطأ غير العمدية.

فالقصد الجنائي هو أول وأهم صور الركن المعنوي في الجريمة بصفة عامة والجريمة البيئية بصفة خاصة، ويقوم على عنصرين هما العلم بأركان الجريمة وماديات الفعل، واتجاه إرادة الجاني إلى ارتكاب الفعل المعاقب عليه وتحقيق النتيجة الإجرامية.

فالجريمة تعتبر عمدية إذا اقترفها الجاني وهو عالم بحقيقتها الواقعية وعناصرها القانونية، فبدون العلم لا يمكن أن تكون الإرادة، لأن الإرادة الإجرامية تقوم على أساس العلم بالواقعة الإجرامية والعلم بالقانون، ويترب عن ذلك أن كل ما يخرج من أركان الجريمة لا يشترط علمه به².

ويتضمن العلم عنصران هما العلم بالواقعة من حيث موضوعها، والحق المعتدى عليه، وعناصر السلوك الإجرامي، والعناصر المتصلة بالجاني، والثاني هو علمه بالقانون فمن المفترض أن لا يعتبر الجهل بالقانون أو الخطأ في تفسيره سبباً للإفلات من المسؤولية الجنائية، والإرادة تمثل جوهر القصد الجنائي، وهي التي من خلالها يميز بين الجريمة العمدية والجريمة غير العمدية، كما يشترط القانون في بعض الحالات القصد الخاص وهو الغاية أو الدافع من وراء ارتكاب الجريمة.

والخطأ غير العمدية هو الصورة الثانية للركن المعنوي يعبر عنه بأنه المسلك الذهني للجاني الذي يؤدي إلى نتائج إجرامية لم يردها وكان بوسعها أن يتجنبها³، وللخطأ غير العمدية حالتان، ينسب للشخص في الحالة الأولى الخطأ بسبب الرعونة أو عدم الانتباه أو الإهمال، وفي الحالة الثانية بسبب عدم مراعاة القوانين والأنظمة.

وحتى تكتمل عناصر الجريمة البيئية يجب أن يكون الفعل أو السلوك غير مشروع أي أن يتضمن قانون العقوبات أو قانون حماية البيئة أو القوانين البيئية الأخرى نصاً يجرمه، وأن يقرر له المشرع بموجب تلك القوانين عقوبة أو تدبيراً احترازياً.

المبحث الثاني: نطاق مكافحة جرائم تلويث البيئة في التشريع الداخلي

إن فعالية الحماية القانونية والتنظيمية لسلامة البيئة الطبيعية والمحافظة عليها قائمة على مدى فاعلية الجزاءات الجنائية وغير الجنائية التي تضمنتها تلك القوانين والتنظيمات، فالجزاء يعد بمثابة الوسيلة المثلى لردع كل مخالف، وبناءً عليه وجب البحث في نطاق المواجهة التشريعية الداخلية لعناصر البيئة الطبيعية انطلاقاً من

¹ - ابتسام سعيد الملكاوي، المرجع السابق، ص 33.

² - خالد مصطفى فهري، المرجع السابق، ص 371.

³ - عادل ماهر الألفي، الحماية الجنائية للبيئة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، د ط، 2011، ص 363.

استعراض جوانب الحماية غير الجنائية لتلك العناصر (المطلب الأول)، وإبراز أهمية الحماية الجنائية المقررة في هذا المجال (المطلب الثاني).

المطلب الأول: الحماية غير الجنائية لعناصر البيئة الطبيعية

هناك العديد من الأساليب والنظم القانونية التي اتفقت بشأنها وتبنتها أغلب إن لم نقل كل الدول في تشريعاتها الداخلية المقررة لحماية البيئة الطبيعية من الاعتداء، وظهرت من بين هذه تلك النظم فروع قانونية متخصصة، ونذكر منها الحماية الإدارية لعناصر البيئة الطبيعية (الفرع الأول)، وحماية نصوص القانون المدني للبيئة الطبيعية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: حماية القانون الإداري لعناصر البيئة الطبيعية

يتأثر النظام الإداري في جميع الدول بمشكلات البيئة الطبيعية، إذ يقع على عاتق الإدارة العبء الأول والأهم في مجال تنفيذ القوانين البيئية واتخاذ التدابير اللازمة للمحافظة على البيئة، ذلك أن القانون الإداري بما يتضمنه من سلطات وامتيازات وقواعد أمره هدفها تحقيق الصالح والنفع العام، يعد أكثر فروع القانون اتصالا بمكافحة تلوث البيئة الطبيعية، ويعتبر الضبط الإداري البيئي على وجه الخصوص بسلطاته المتعددة أهم أداة لذلك الفرع ومن فروع القانون في هذا الشأن،

كما أن الجزاءات الإدارية المطبقة على جرائم تلويث البيئة الطبيعية تعد من أهم الجزاءات غير الجنائية المطبقة في مجال مكافحة هذا النوع من الجرائم.

فهناك علاقة وثيقة بين الضبط الإداري وحماية البيئة الطبيعية من التلوث، لذا فإن الضبط الإداري البيئي يتسم بنظام قانوني خاص يميزه عن كافة الأنشطة الإدارية الأخرى، كونه نظام وقائي أو مانع من الإخلال أو الاستمرار في الإخلال بعناصر البيئة الطبيعية، ويتضح ذلك من خلال اعتبار الضبط الإداري البيئي أداة لتوقيع الجزاءات الإدارية المقررة لحماية البيئة الطبيعية.

وعلى ذلك يمكننا أن نعرف الضبط الإداري البيئي في مجال المحافظة على البيئة الطبيعية على أنه مجموعة الإجراءات والقيود التي تفرضها الإدارة على الأفراد من أجل المحافظة على البيئة الطبيعية، أو هو مجموعة التدابير الوقائية التي تقوم بها الجهات الإدارية المختصة لمنع الإضرار بالبيئة الطبيعية وحمايتها من جميع أشكال التلوث والتدهور، وذلك من خلال الإجراءات الاحترازية أو الردعية ومن ثم تحقيق النظام العام.¹

وقد خصصت أغلب التشريعات الداخلية مجالات واسعة للضبط الإداري البيئي الخاص بمقتضيات الحماية التي تهدف إلى الوقاية من الأخطار المهددة والأضرار الماسة بالبيئة الطبيعية.

¹ - محمد غريبي، الضبط البيئي في الجزائر، مذكرة ماجستير تخصص الدولة والمؤسسات العمومية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، 2013/2014،

وتتجلى أهمية الضبط الإداري البيئي انطلاقاً من الدور المنوط بالإدارة البيئية لمسايرة متطلبات المحافظة على عناصر البيئة الطبيعية، وتتضح تلك الأهمية في الأهداف المرجوة من وراء ممارسة الإدارة لسلطات الضبط الإداري في مجال المحافظة على البيئة الطبيعية.

وتتمثل تلك الأهداف التي يجب أن تتولاها سلطات الضبط الإداري البيئي، في ذات الأهداف العامة التي تتوخاها الإدارة من ممارسة سلطات الضبط الإداري والمتمثلة في المحافظة على النظام العام،¹ وذلك بمنع الإخلال به أو الحد من الاستمرار في مثل هذا الإخلال، ومن ثم إذا استهدفت سلطات الضبط الإداري غرض آخر غير المحافظة على النظام العام اتسم تصرفها بالانحراف بالسلطة وإساءة استعمالها حتى ولو كان هذا الغرض من أغراض المصلحة العامة وله ارتباط وثيق بحماية البيئة.

وأياً كان محتواه فإن للنظام العام مفهوم محدد لدى الفقهاء فهو يشتمل على ثلاثة عناصر أساسية تتمثل في الأمن العام والصحة العامة والسكينة العامة، وهي العناصر التي يهدف الضبط الإداري إلى المحافظة عليها.

الفرع الثاني: حماية القانون المدني لعناصر البيئة الطبيعية

هناك مفهوم راسخ لدى البعض مفاده أن القانون المدني من القوانين غير ذات الصلة بالبيئة الطبيعية ومشكلاتها، إذ ينظر إليه على أنه القانون الذي ينظم العلاقات والروابط القانونية الشخصية والمادية بين أشخاص القانون الخاص، وما يترتب عن تلك الروابط من عقود وشبه العقود، بيد أن القانون المدني بوصفه فرع من فروع القانون الخاص، ويمثل الشريعة العامة أو الأصل العام الذي يتم الرجوع إليه لما يحويه من قواعد قانونية عامة متطورة ولها قابلية لأن تضع حلول قانونية للعديد من مشاكل البيئة الطبيعية.²

ويكفي هنا أن نذكر بقواعد المسؤولية المدنية والتي تطبق ولا محالة في حالات الضرر البيئي الذي ينشأ عن التزام مدني إرادي أو لا إرادي، ومثاله التعويض عن الأضرار البيئية الناتجة عن التلوث الذي قد يصيب عنصر من عناصر البيئة الطبيعية في ملكية الغير أو محيطها الطبيعي جراء سلوك إيجابي أو سلبي أو مخالفة التزامات محددة بتحقيق بنتيجة أو بذل عناية تتمثل في مراعاة أنظمة بيئية منصوص عليها قانوناً أو متفق عليها.³

ويثار التساؤل هنا حول العديد من المسائل القانونية تتعلق بالأساس القانوني للمسؤولية المدنية عن إلحاق الضرر بالبيئة الطبيعية، والقضاء المختص بنظر الدعوى البيئية الناشئة عن الضرر البيئي، والجزاءات غير الجنائية المترتبة على المسؤولية المدنية عن التلوث البيئي.

¹ - ولأكثر إطلاع على جوانب علاقة بالبيئة بالنظام العام راجع: جلطي أعمار، الأهداف الحديثة للضبط الإداري، أطروحة دكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2015/2016، ص 62 وما يليها.

² - أشرف هلال، المرجع السابق، ص 79.

³ - وهنا نشير إلى أن المسؤولية المدنية في نطاق قانون حماية البيئة من الممكن أن تكون عقدية إذا توافرت أركانها، كما أن المسؤولية التقصيرية يمكن أن تشكل أساساً للمسؤولية المدنية في نطاق هذا القانون، غير أنه في مجال أضرار البيئة لا يكون في العادة هناك عقد بين المضرور ومسبب الضرر، في حين أن المسؤولية التقصيرية في أصلها ذات نطاق واسع وأشمل من المسؤولية العقدية، مما يجعلها تستوعب صور التعدي على البيئة وخطورة هذا التعدي، ونطاقها يشمل الضرر المباشر المتوقع وغير المتوقع.

وبشأن الأساس القانوني للمسؤولية المدنية عن الأضرار البيئية، هناك من يأخذ بالنظرية الذاتية التي تجعل الخطأ الواجب الإثبات كأساس لذلك، والتي تشترط أيضا إثبات العلاقة السببية بين الخطأ والضرر البيئي لتحقيق المسؤولية، وتأخذ أيضا بالمسؤولية المدنية عن الضرر البيئي المستقبلي إذا كان محقق الوقوع في المستقبل أي أن تكون الأضرار نتيجة مؤكدة ومباشرة للوضع الحالي¹.

وهناك النظرية الموضوعية أو المادية التي تقيم المسؤولية على أساس الضرر، وتقوم هذه النظرية على عدة أسس ولعل أهمها فكرة المخاطر أو تحمل التبعة، ولهذه النظرية صورتان صورة مطلقة وصورة مقيدة، وتتجلى الصورة المطلقة للنظرية المادية في نظرية المخاطر المستحدثة ومقتضاها أن المتسبب بنشاطاته أو عن طريق استخدامه لأشياء معينة يلزم بتعويض الضرر الذي يصيب الغير، بغض النظر عن وقوع خطأ منه أو عدم وقوعه، فالشخص في كلا الحالتين يتحمل تبعه نشاطه².

أما الصورة المقيدة فأساسها فكرة الغنم بالغرم ومفادها أن إعمال نظرية المخاطر بصورتها المطلقة من شأنه أن يجعل الشخص مسؤولا عن النتائج الضارة لأي نشاط يبذله حتى ولو كان النشاط في أصله نافع، فالصورة المقيدة بذلك مفادها عدم تطبيق نظرية التبعة بصورتها المطلقة وإنما تطبق في حالات يكون فيها الشخص قد زاد من المخاطر العادية الملازمة للحياة في البيئة الطبيعية³.

المطلب الثاني: الحماية الجنائية لعناصر البيئة الطبيعية

سبق وأن أشرنا بأن حماية الهواء والمياه والتربة في زمننا المعاصر أصبحت تشكل الحد الأدنى الواجب حمايته بواسطة القانون الجنائي في أغلب التشريعات الوطنية، وهي الحماية التي تظهر أهميتها انطلاقا من دراسة المخاطر والأضرار التي قد تهدد وتلحق بالبيئة، وفيما يلي نوضح أهمية الحماية الجنائية لمختلف عناصر البيئة الطبيعية من هواء (الفرع الأول)، ومياه (الفرع الثاني)، وتربة (الفرع الثالث) انطلاقا من تحديد مفهومها، ومصادر تلوثها والأضرار الناجمة عن ذلك وفق الآتي:

الفرع الأول: أهمية الحماية الجنائية للهواء ضد التلوث

يعد الهواء من أهم عناصر البيئة الطبيعية على الإطلاق، لأنه سر حياة جميع الكائنات على وجه الأرض كما كان يسمى في الحضارات الإنسانية القديمة، ولا يستطيع الإنسان وغيره من الكائنات الحية العيش بدونها، حيث يمثل الهواء بيئة الغلاف الجوي.

¹ - للتوسع أكثر بشأن النظرية الشخصية أو الذاتية راجع: خالد مصطفى فهمي، المرجع السابق، ص 184 وما يليها.

² - بوفلجة عبد الرحمان، المسؤولية المدنية عن الأضرار البيئية ودور التأمين، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2015/2016، ص 89 وما يليها.

³ - أما في الجانب المتعلق بجبر الأضرار البيئية في حال قيام المسؤولية المدنية عنها فقد جعل المشرع المتسبب في الضرر ملزم بوجه عام سواء كانت المسؤولية شخصية أو تضامنية، إما بالتقيد بالبطان والإزالة والتعويض تبعا لنوع المسؤولية إن كانت عقدية أو تقصيرية.

وقد تعددت المفاهيم الخاصة بالهواء كعنصر من عناصر البيئة الطبيعية، فهو الغلاف الغازي أو الجوي الذي يحيط بالكرة الأرضية إحاطة تامة، ويتكون من مجموعة من الغازات تظل بعضها ثابتة كالأكسجين والنيتروجين، وبعضها غير ثابت يتغير من مكان إلى آخر، كغاز ثاني أكسيد الكربون، وغاز الأوزون.¹

وتتمثل أهمية الهواء في توزيع درجات الحرارة على سطح الأرض، وهو بذلك يشكل درعا واقيا يحمي سطح الأرض من الأشعة فوق البنفسجية ومن الشهب، ولهذا فإن أية تغيرات تطرأ على المكونات الطبيعية للهواء. تؤدي إلى تأثيرات سلبية على الكائنات الحية من إنسان وحيوان ونبات.²

هذا وقد كان لنشاط الإنسان في العصر الحديث أثر كبير في الإخلال بتوازن المكونات الطبيعية للهواء على نحو محل أخطارا جسيمة على الحياة، وذلك بما ابتدعه بشكل مباشر أو غير مباشر من موارد أو طاقة في الغلاف الجوي.³

ولذلك فإن التلوث الهوائي يمثل أحد أهم المشاكل البيئية الخطيرة ذات التأثير الضار على الإنسان والممتلكات على حد سواء، لاسيما إذا أخذنا بعين الاعتبار أهمية المجال الهوائي للبيئة الإنسانية، إذ أن الهواء خاصة الأكسجين ضروري جدا لتحقيق كثير من التفاعلات الحيوية والبيولوجية واستمرارها.

ويعرف علماء البيئة تلويث الهواء بأنه وجود أي مواد صلبة أو سائلة أو غازية في الهواء طبيعية أو بفعل الإنسان بكميات ولفترات تؤدي إلى وقوع أضرار فيزيولوجية أو اقتصادية أو الاثنين معا تلحق بالإنسان والحيوان والنبات والآلات والمعدات، أو تؤدي إلى التأثير في طبيعة الأشياء وفي مظهرها وخصائصها الفيزيائية والكيميائية.⁴

ويتضح من هذا التعريف أن ملوثات الهواء تتنوع:

فهناك الملوثات الطبيعية وهي تلك العوامل الملوثة للهواء بفعل الطبيعة ولا دخل للإنسان في حدوثها ومن أمثلتها الأدخنة والغازات المنبعثة من البراكين، وتسرب الغاز الطبيعي من المناجم أو بواسطة احتراق الشهب والنيازك وتقلبات الطقس والمناخ...، وهي ملوثات يصعب التحكم فيها.

والملوثات غير الطبيعية وهي تلك التي تحدث بفعل الإنسان، وهذه الملوثات يمكن تلافها أو التقليل من أخطارها، ومن أمثلتها الغازات المنبعثة من جراء استخدام موارد الطاقة كالفحم والغاز الطبيعي والمشتقات البترولية، ووسائل النقل والتدخين والضجيج...⁵

¹ - أحمد لكحل، المرجع السابق، ص 42.

² - رمضان محمد بطيخ، القانون وحماية البيئة، - مجلة بعنوان دور التشريعات والقوانين في حماية البيئة العربية، منشورات المنظمة العربية للتنمية الإدارية، القاهرة، 2010، ص 321.

³ - المرجع نفسه، ص 321.

⁴ - عبد الستار يونس الحمدوني، الحماية الجنائية للبيئة - دراسة مقارنة في الأحكام الموضوعية، دار الكتب القانونية - دار شتات للنشر والبرمجيات - (مصر الإمارات)، المحلة الكبرى، مصر، د ط، 2013، ص 199.

⁵ - المرجع نفسه، ص 200.

وتتنوع الأضرار التي تنجم عن الملوثات التي تهدد الهواء، كما أن تأثيراتها السلبية الخطيرة لا تقتصر على البيئة فحسب بل تتعداها لتصيب الإنسان وسائر الكائنات الحية على الأرض،¹ ونظرا لما يخلفه المساس بالهواء من آثار سلبية خطيرة، فقد بادرت الدول إلى إصدار تشريعات مختلفة تطبيقا لسياساتها الجنائية التي تهدف إلى منع انبعاث الملوثات الهوائية أو الحد منها ما أمكن.

الفرع الثالث: أهمية الحماية الجنائية للمياه ضد التلوث

تشكل البيئة المائية عنصرا هاما من عناصر البيئة الطبيعية، كونها تمثل الوسط الطبيعي للأحياء المائية والثروات الطبيعية الأخرى التي يجب الحفاظ عليها، وتنظيم استغلالها على الوجه الأمثل، ومن هذه المياه ما هو عذب ومنها ما هو مالح.

فالمياه العذبة هي عصب الحياة للكائنات الحية، فقد قال الله جل شأنه: "وجعلنا من الماء كل شيء حي..."، ونظرا لأهمية الماء لحياة الناس فقد جعله الله حقا مشاعا بينهم فقد قال الرسول صلى الله عليه وسلم: "الناس شركاء في ثلاث، الماء والكأ والنار"،² فالمياه العذبة تعد من العناصر البيئية الطبيعية الهامة والضرورية وهي تمثل ما نسبته 3% من الحجم الكلي لمياه الأرض، وترتكز هذه المياه في الأنهار ومعظم البحيرات،³ والبرك وباطن الأرض.

كما أن البحار والمحيطات تلعب دورا هاما في حياة الإنسان، فهي تغطي أكثر من 71% من سطح الأرض، وبالتالي فهي تسهم بنصيب وافر في الحفاظ على التوازن البيولوجي للكرة الأرضية، وهي مصدر لغذائه، ومصدر للطاقة، ومصدر للعديد من الثروات المعدنية والنباتية المختلفة، وسبيل للنقل والمواصلات ومجال للترفيه والاستجمام والسياحة.⁴

ولعل من أبرز المتناقضات التي ظهرت في تاريخ البشرية، أن الإنسان رغم حاجته للماء واعتماده الدائم عليه في معظم نشاطاته الفردية والاجتماعية، إلا أنه كان ولا يزال يتخلص من فضلاته من مخلفات ونفايات في الممرات المائية كالبحيرات والأنهار والتي تمثل أحد أهم المصادر التي تمد به بما يحتاج إليه من الماء.

فالمياه العذبة تواجه وعلى الرغم من محدوديتها إشكالات عديدة تتمثل في التدهور الكبير الذي يصيب نوعيتها وصلاحياتها لتغطية الاستخدامات المقصودة منها، بسبب التلوث الناشئ عن الأنشطة البشرية المختلفة، خاصة بعد

¹ - حيث تؤدي ملوثات الهواء إلى انتشار الأمراض، كأمراض الصدر والحساسية، وأمراض العيون، وتسمم الدم والإرهاق العصبي، كما تؤدي تلك الملوثات إلى إصابة الكائنات الحية من نباتات وحيوانات بأمراض وأوبئة فتاكة مصدرها دخول عناصر جديدة للهواء مثل ثاني أكسيد الكبريت والكلور وأبخرة الزئبق ومبيدات قتل الحشائش، هذا وتتسبب ملوثات الهواء في حدوث ظواهر لها تأثيراتها السلبية الخطيرة على العناصر البيئية الأخرى كالأمطار الحمضية وانتشار السحابة السوداء، كما تؤثر ملوثات الهواء على طبقة الأوزون.

² - رمضان محمد بطيخ، المرجع السابق، ص 324.

³ - تعد الأنهار والبحيرات المصدر الرئيس للمياه العذبة اللازمة لكل الاستخدامات الزراعية والصناعية، وتسيير السفن الملاحية، كما أنها تمثل أهم مصادر المياه الصالحة للشرب، ومصدرا للثروة السمكية والأحياء المائية الأخرى التي تعتمد عليها الدول ذات الأنهار والبحيرات في غذائها، وتنقسم الأنهار من حيث مركزها القانوني إلى أنهار وبحيرات دولية تجري وتقع في أقاليم عدة دول، وأنهار وبحيرات داخلية تبدأ وتجري وتنتهي، وتوجد داخل إقليم دولة واحدة

⁴ - رمضان محمد بطيخ، المرجع السابق، ص 325.

التطور الصناعي الهائل، والانفجار السكاني الكبير، وغير ذلك من الأسباب التي أدت إلى تلويث مياه معظم المسطحات المائية بما في ذلك مياه الشرب والمياه الجوفية، على نحو جعلتها غير صالحة للاستخدامات اللازمة للحياة.

كما أن البيئة البحرية تعاني من التلوث بسبب ما يلقي فيها من فضلات ومواد وأشياء ضارة، وقد أضحت مشكلة تلوث البيئة البحرية من المشكلات الخطيرة التي تهدد وجود الإنسان ذاته، فضلا عن سائر الكائنات البحرية الأخرى النباتية والحيوانية.

وتتنوع أسباب تلوث البيئة البحرية فهناك التلوث الراجع إلى استخدام وسائل النقل وهي الصورة الشائعة، ويكون التلوث في هذه الحالة عن طريق إلقاء المخلفات في البحر أثناء السير وأخطرها تفرغ المواد البترولية في عرض البحر، والتلوث الناشئ من مصادر في البر، كالتصريف من المنشآت الساحلية وإلقاء المخلفات من الجو، وأيضا التلوث الإشعاعي الذري الناجم عن التجارب النووية في أعماق البحار والمحيطات.

وعليه يمكن القول بأن تلوث المياه يعني كل تصريف للمواد أو الطاقة إلى مجرى مائي، يؤدي إلى أخطار تهدد صحة الإنسان ورفاهيته أو إلحاق الضرر بالبيئة المائية أو المرافق العامة أو تؤثر على الاستخدامات المقصودة من المياه.¹

ولا يمكن بحال حصر الأضرار الناجمة عن تلوث البيئة المائية نظرا لأن أثارها بالغة الجسام، فقد أظهرت الأبحاث والدراسات العلمية مدى خطورة الملوثات الصناعية والنفايات وغيرها من الملوثات الناجمة بشكل رئيسي عن الأنشطة البشرية المختلفة، وخطرها الداهم الذي يحيط بالبيئة المائية، ويعرض صحة الإنسان للمخاطر، وكذلك التأثير السلبي على باقي الكائنات الحية.²

وبذلك فقد كان من الضروري توفير الحماية القانونية للبيئة المائية من مياه عذبة وبيئة بحرية وتنظيم الانتفاع بها، لأنها تمثل ضرورة لازمة لا غنى عنها لأي مجتمع، وكان من الطبيعي أن تدعم هذه الحماية بالجزاءات الجنائية الكفيلة بمنحها الفاعلية المطلوبة وهي الحماية التي تتجلى من خلال التشريعات ذات الصلة بتنمية وحماية الموارد المائية والبيئة البحرية وحفظها من التلوث.

الفرع الثالث: أهمية الحماية الجنائية للتربة ضد التلوث

إن الحفاظ على التربة أو ما يعرف بالبيئة الأرضية والعناية بها لا يقل أهمية عن الحفاظ على الهواء والمياه، لأن التربة تعد من العناصر الجوهرية لمكونات البيئة الطبيعية البرية، إذ عليها تقوم الزراعة والحياة الإنسانية والحيوانية.

¹ - عبد الستار يونس الحمدوني، المرجع السابق، ص 227.

² - أحمد لكحل، المرجع السابق، ص 56.

ويقصد بالتربة كعنصر من العناصر البيئية الطبيعية في نطاقها الواسع والذي يشمل إضافة إلى التربة التنوع البيولوجي، المحيط الذي يعيش فيه الإنسان سواء كانت زراعية أو صحراوية سهولا ووديانا وجبالا، وكل ما ينبت فوقها من نباتات وأشجار ومفروسات وغابات ومراعي وما يعيش على ظهرها من حيوانات نافعة بريّة كانت أو غير بريّة. ومن الناحية الطبيعية تشكل التربة الطبقة السطحية للأرض، التي تصلح لنمو النبات وتتكون تلك الطبقة بقايا النباتات والحيوانات النافقة وفتات الصخور التي ترسبت مع مرور الزمن والتي تشكل مورد طبيعي متجدد من موارد البيئة، وهي أساس الدورة العضوية التي تجعل الحياة ممكنة، وخامات التربة بذلك تعد ثروة عظيمة للبشرية وعلى كيفية استخدامها يتوقف مصير الأجيال الحالية والأجيال المقبلة.¹

لذلك فإن تطور أي مجتمع بشري بغض النظر عن شكل بنائه الاقتصادي والاجتماعي يرتبط بدرجة كبيرة بموارد الأرض، لأنها تعد الوسيلة الرئيسية للإنتاج الغذائي، حيث يتم إنتاج معظم المواد الغذائية التي يحتاجها الإنسان في حياته من الزراعة والتي تقدم ما نسبته 88% من المواد الغذائية،²

والتربة كغيرها من عناصر البيئة الطبيعية معرضة لخطر التلوث بسبب التأثيرات الناتجة عن النشاطات الاقتصادية والتنموية المختلفة، حيث أدت الزيادات السكانية السريعة في العالم، وما واكب ذلك من الحاجة إلى المزيد من الغذاء والطاقة، إلى الإسراف الشديد في استخدام الإنسان المعاصر للأرض، وإلى الإفراط الهائل في استعمال كل ما من شأنه زيادة الإنتاج الغذائي لتغطية الحاجات المتزايدة منه.

فسطح التربة وباطنها يتلوث بالنفايات والمخلفات الزراعية والخدمية أيا كانت طبيعتها صلبة أو سائلة أو غازية، كالأسمدة والمواد الكيميائية، والمبيدات الحشرية، والمياه العادمة المنزلية والصناعية ونفايات التعدين، ونفايات البناء والمواد الإشعاعية المتولدة من التجارب والتفجيرات النووية، أو تلك التي يجري نفيها عن منشآت الصناعة النووية، الناجمة عن حالات التشغيل الاعتيادي، أو نتيجة لحوادث غير متوقعة.³

ويعرف تلوث التربة بأنه الفساد الذي يصيب التربة فيغير من صفاتها وخواصها الطبيعية أو الكيميائية أو الحيوية، أو يغير من تركيبها بشكل يجعلها تؤثر سلبا، وبصورة مباشرة أو غير مباشرة على من يعيش فوق سطحها من إنسان وحيوان ونبات.⁴

وللملوثات التي تهدد التربة آثار سلبية على المحاصيل الزراعية، كما تؤثر المياه السطحية والكائنات البرية بشكل تسمم مباشر وغير مباشر، كما تهدد ملوثات التربة الكائنات العضوية المساهمة في عمليات التفاعلات الطبيعية، وبالموازاة تؤدي إلى تكاثر الطفيليات والكائنات المسببة للأمراض المعدية سريعة الانتشار وشديدة الخطورة

¹ - أحمد لكحل، المرجع السابق، ص 56.

² - والباقي تقدمه المراعي الطبيعية والغابات بنسبة 10%، في تقدم البحار والمحيطات بنسبة 2% فقط من هذه المواد.

³ - نواردهام مطر الزبيدي، الحماية الجنائية للبيئة، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، الطبعة الأولى، 2014، ص 333.

⁴ - رمضان محمد بطيخ، المرجع السابق، ص 334.

على المجتمع، وتلوث التربة تأثير سلبي على صحة الإنسان من خلال السلسلة الغذائية، وعلى حياة الحيوانات والطيور، والتي تضطربها تلك الملوثات إلى مغادرة الأماكن الملوثة. هذا وتؤثر تلك الملوثات على النباتات بشكل يهدد الحياة النباتية بوجه عام.

وأكثر من ذلك فتلك الملوثات تؤثر على التربة وتجعلها غير صالحة للإنبات، وإذا أخذنا التربة كمثال سنجد أن الهواء يتخلل حبيباتها، كما أن مياه الري والأمطار أو المياه الجوفية قد تغمرها أو تتخللها، وبالتالي فإن أي اضطراب في أحد النظم سيؤدي إلى اضطراب بقية النظم الأخرى.¹

هذا ويرتبط بضرورة وأهمية إضفاء حماية قانونية جزائية للتربة بوصفها عنصر بيئي طبيعي هام على صعيد التشريعات الداخلية، توسيع نطاق هذه الحماية ليشمل النباتات والأشجار والغابات والمراعي، والحيوانات البرية وغير البرية بغية الحفاظ على التنوع البيولوجي وذلك لتوفير الشروط الملائمة التي تسمح بتنمية أعدادها، وتحسين نوعيتها، وتقليل فرص انقراضها، وتنظيم عمليات استغلالها واصطيادها.²

خاتمة:

تناولت هذه الدراسة المنظومة القانونية والتنظيمية المعتمدة في التشريع الداخلي للدول لمكافحة جرائم تلويث البيئة الطبيعية، انطلاقاً من البحث في المدلول القانوني لهذا النوع من الجرائم والذي يتجلى من خلال تعريف البيئة الطبيعية، والتلوث البيئي باعتباره أحد أهم المشكلات التي تعاني منها عناصر تلك البيئة من هواء ومياه، وتربة، ودراسة عناصر الجريمة الماسة بالبيئة الطبيعية والمتمثلة في الفعل المادي والضرر الناتج عنه، واتجاه إرادة الفاعل نحو ارتكاب فعل مجرم ضار بالبيئة الطبيعية.

هذا وقد توصلنا من خلال البحث في نطاق مكافحة جرائم تلويث البيئة الطبيعية على مستوى التشريعات الوطنية إلى النتائج الآتية:

01- المواجبة التشريعية غير الجنائية لجرائم تلويث البيئة الطبيعية تشمل نوعين من الحماية القانونية تنحصر أساساً في الضبط الإداري البيئي المنوط بالسلطات الإدارية المختصة، وأحكام المسؤولية المدنية عن المخاطر والأضرار الناجمة عن تلك الجرائم.

02- إن تحقيق الأهداف المرجوة من الحماية القانونية والتنظيمية لعناصر البيئة الطبيعية بمقتضياتها الجنائية وغير الجنائية مرتبط بمدى تفعيل تلك النصوص القانونية والتنظيمية في الواقع عن طريق التطبيق القضائي والإداري السليم لها، ذلك أن المشرع يقوم بإصدارها، ويبقى على القضاة والمكلفين بالضبط الإداري البيئي تنفيذها على النحو الصحيح، وعلى أساس ذلك يمكن تقييم نتائج المواجبة التشريعية لجرائم تلويث البيئة الطبيعية.

¹ - رمضان محمد بطيخ، المرجع السابق، ص 334.

² - عبد الستار يونس الحمدوني، المرجع السابق، ص 244.

قائمة المصادر والمرجع:

أولاً: الكتب.

01- ابتسام سعيد المكاوي، جريمة تلويث البيئة –دراسة مقارنة-، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الطبعة الأولى، 2009ع.

02- أحمد لكحل، النظام القانوني لحماية البيئة والتنمية الاقتصادية، دار هومة، الجزائر، د ط، 2015.

03- أشرف هلال، الموسوعة الجنائية البيئية- من الناحيتين الموضوعية والإجرائية-، نادي القضاة، د ط، 2011.

04- حميدة جميلة، النظام القانوني للضرر البيئي وآليات تعويضه، دار الخلدونية، الجزائر، د ط، 2011.

05- خالد مصطفى فهي، الجوانب القانونية لحماية البيئة من التلوث –في ضوء التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية- دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، د ط، الإسكندرية، 2011.

06- عادل ماهر الألفي، الحماية الجنائية للبيئة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، د ط، 2011.

07- عبد الستاريونس الحمدوني، الحماية الجنائية للبيئة – دراسة مقارنة في الأحكام الموضوعية-، دار الكتب القانونية –دار شتات للنشر والبرمجيات- (مصر الإمارات)، المحلة الكبرى، مصر، د ط، 2013.

08- نواردهام مطر الزبيدي، الحماية الجنائية للبيئة، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، الطبعة الأولى، 2014.

ثانياً: الرسائل العلمية.

01- بوفلجة عبد الرحمان، المسؤولية المدنية عن الأضرار البيئية ودور التأمين، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2015/2016.

02- جلطي أعمار، الأهداف الحديثة للضبط الإداري، أطروحة دكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2015/2016.

03- محمد غريبي، الضبط البيئي في الجزائر، مذكرة ماجستير تخصص الدولة والمؤسسات العمومية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، 2013/2014.

ثالثاً: المجلات.

- رمضان محمد بطيخ، القانون وحماية البيئة، - مجلة بعنوان دور التشريعات والقوانين في حماية البيئة العربية-، منشورات المنظمة العربية للتنمية الإدارية، القاهرة، 2010.

آلية إخطار المجلس الدستوري في الجزائر:

من نظام الإخطار المقيد إلى نظام الإخطار الموسع

Mécanisme de saisi au Conseil constitutionnel en Algérie :

Du système de saisi restreint au système de notification étendu

الدكتور عمار كوسنة

أستاذ محاضر قسم أ-

كلية الحقوق والعلوم السياسية-جامعة سطيف2

koussaammar@yahoo.fr

الملخص:

تمارس الرقابة على دستورية القوانين في الجزائر من طرف هيئة تسمى المجلس الدستوري من خلال الرقابة الوجوبية إذا كانت القوانين مستوجبة الرقابة قبلية قبل النفاذ أو من خلال الرقابة الاختيارية بعد النفاذ. وكان إخطار المجلس الدستوري قبل التعديل الدستوري 2016 يتم من طرف ثلاث مؤسسات أو جهات محددة على سبيل الحصر وهي رئيس الجمهورية ورئيس مجلس الأمة ورئيس المجلس الشعبي الوطني، وهو ما جعل المجلس الدستوري مقيدا في ممارسته للرقابة على دستورية القوانين، إذ لا يستطيع ممارسة مهامه الرقابية دون إخطاره من هذه الجهات الثلاث، وهي من العيوب التي حاول المؤسس الدستوري تفاديها في التعديل الدستوري 2016 بتوسيع آليات الرقابة الدستورية إلى آليتين بدل آلية واحدة، وهما آليتي الإخطار (التي كانت سابقا) مع توسيع ممارستها إلى ست جهات ، بإضافة ثلاث جهات أخرى هي الوزير الأول، 50 نائبا من المجلس الشعبي الوطني و30 عضوا من أعضاء مجلس الأمة، إضافة إلى آلية الإحالة من المحكمة العليا أو مجلس الدولة في الدفع بعدم الدستورية من طرف أحد أطراف دعوى مرفوعة أمام محكمة ما إذا كان الحكم التشريعي المراد تطبيقه يمس بحقوقه وحرياته المكفولة دستوريا.

تحاول هذه الورقة التطرق إلى هذا التحول والتطور في المنظومة الدستورية الجزائرية حول هذه الآلية (الإخطار) من خلال دراسة أبعاد هذا التطور وأفاقه ونتائجه النظرية والعملية وما هو مأمول منه من خلال التشريعات المرتقب صدورها لتكملة هذه المستجدات.

الكلمات المفتاحية: الإخطار؛ المجلس الدستوري الجزائري؛ الرقابة على دستورية القوانين؛ الدفع بعدم الدستورية.

Résumé:

Exercer un contrôle sur la constitutionnalité des lois en Algérie par un organisme appelé le Conseil constitutionnel à travers le système de contrôle de référence Ajobeh si les lois punissables par le contrôle des tribus par la force ou par le système de référence en option après l'accès. L'avis du Conseil constitutionnel avant la révision constitutionnelle en 2016 sont par les trois institutions ou des destinations spécifiques exclusivement pour un Président de la République et Président de l'Assemblée nationale et le Président de l'Assemblée nationale populaire, qui a fait le Conseil constitutionnel restreint dans l'exercice du contrôle de la constitutionnalité des lois, il ne peut pas exercer son contrôle des fonctions sans notification de ces trois organismes, l'un des défauts qui ont essayé le fondateur constitutionnel évité l'amendement constitutionnel en 2016 pour étendre la notification aux six points de vue ont le droit de notification directe, en ajoutant trois autres mécanismes de notification d'un premier ministre et 50 députés de l'Assemblée nationale populaire et 30 membres de l'Assemblée nationale, E Outre le mécanisme récent de paiement qui n'est pas constitutionnel par une partie à un procès intenté devant un tribunal si la disposition

législative à appliquer à porter atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution.

Mots clé : Saisi; Conseil constitutionnel d'Algérie; Contrôle de la constitutionnalité des lois.

يتوجب على كل السلطات أو الهيئات في الدولة الخضوع لأحكام الدستور في كل تصرفاتها وإلا فقدت هذه الأعمال الأساس الدستوري، مما يستوجب اللجوء إلى الرقابة على دستورية القوانين. واجتمعت جل الأنظمة الدستورية في العالم على وجود نظامين رئيسيين للرقابة على دستورية القوانين، يعرف النظام الأول بالرقابة السياسية، والنظام الثاني يعرف بالرقابة القضائية. اعتنق المؤسس الدستوري الجزائري الأسلوب الأول من الرقابة وهو الرقابة السياسية، حيث كان يتولى هذا النوع من الرقابة هيئة تسمى المجلس الدستوري، يمارس اختصاصه الرقابي بموجب آلية تسمى الإخطار، بحيث تعتبر هذه الآلية المحرك الأساسي لأي رقابة على مدى دستورية نص تشريعي. وكان إخطار المجلس الدستوري قبل التعديل الدستوري 2016¹ يتم بآلية واحدة وهي الإخطار من طرف ثلاث مؤسسات أو جهات محددة على سبيل الحصر، وهي رئيس الجمهورية ورئيس مجلس الأمة ورئيس المجلس الشعبي الوطني (التعديل الدستوري 1996²)، وهو ما جعل المجلس الدستوري مقيدا، إذ لا يستطيع ممارسة مهامه الرقابية دون إخطاره من هذه الجهات الثلاث، وهي من العيوب التي حاول المؤسس الدستوري تفاديها في التعديل الدستوري 2016 بتوسيع آليات الرقابة على دستورية القوانين من آلية الإخطار فقط (بطريقة مباشرة) إلى آليتين هما آلية الإخطار وآلية الإحالة من المحكمة العليا أو مجلس الدولة (بطريقة غير مباشرة)، فأصبحت جهات الإخطار ست جهات، بإضافة ثلاث جهات أخرى لها حق الإخطار المباشر، وهي الوزير الأول، 50 نائبا من المجلس الشعبي الوطني و30 عضوا من أعضاء مجلس الأمة، إضافة إلى آلية الإحالة، وهي طريقة غير مباشرة، تسمى الدفع بعدم الدستورية، وذلك من المحكمة العليا أو مجلس الدولة إلى المجلس الدستوري حينما يدفع أحد أطراف دعوى مرفوعة أمام المحكمة أن الحكم التشريعي المراد تطبيقه يمس بحقوقه وحياته المكفولة دستوريا.

نحاول من خلال هذه الورقة البحثية التطرق إلى هذه الآلية (الإخطار) قبل 2016 وآليات الإخطار والإحالة بعد 2016، من خلال دراسة آثار التغيير الجديد ومدى تحقيق نتائج تفتح آفاقا تنقص من محدودية آلية الإخطار التي كان يتميز بها من قبل، وذلك بتقسيم الورقة البحثية إلى نقطتين، نتناول في النقطة الأولى تعريف آلية الإخطار وخصائصها في النظام الدستوري الجزائري قبل التعديل الدستوري 2016، ثم خصائصها بعد إضافة الآلية الثانية وهي الإحالة وأهميتها. أما في النقطة الثانية فنتناول توسيع طرق الرقابة الدستورية على القوانين من آلية الإخطار وإضافة آلية ثانية وهي الإحالة من المحكمة العليا ومجلس الدولة وإنشاء الدفع بعدم الدستورية في الجزائر من خلال دراسة المادتين 187 و188 من التعديل الدستوري 2016 ومعرفة شروط وطريقة ممارسة هاتين الآليتين والآفاق المرتقبة من القانون العضوي المنظم للمسألة المنتظر صدوره.

¹ قانون رقم 01-16 مؤرخ في 26 جمادى الأولى عام 1437 الموافق 6 مارس سنة 2016، يتضمن التعديل الدستوري، ج رقم 14، 2016.

² مرسوم رئاسي رقم 96-438 مؤرخ في 26 رجب عام 1417 الموافق 7 ديسمبر سنة 1996 يتعلق بإصدار نص تعديل الدستور، المصادق عليه في استفتاء 28 نوفمبر سنة 1996.

أولاً: مفهوم آلية الاخطار وأهميتها في تفعيل الرقابة على دستورية القوانين.

1- مفهوم آلية الاخطار: يتطلب دراسة مفهوم آلية الاخطار التطرق الى تعريفها وخصائصها.

أ- تعريف آلية الإخطار

هو ذلك الإجراء الذي يسمح للمجلس الدستوري مباشرة عمله الرقابي⁽¹⁾. أو هو كيفية وضع المجلس الدستوري يده على النص المراد رقابة دستوريته⁽²⁾. وأصبحت آلية اخطار المجلس الدستوري أهم اجراء في المنازعة الدستورية⁽³⁾. ويتوقف حجم عمل المجلس الدستوري على حجم استعمال هذه الآلية.

ب- خصائص آلية الإخطار

1- قبل التعديل الدستوري 2016

تميز الاخطار في الجزائر قبل تعديل 2016 بعدة خصائص، منها محدوديته، حيث كانت هذه الآلية تقتصر على عدد محدد من الأشخاص أو الهيئات المخولة بممارسته، فالمادة 166 من التعديل الدستوري 1996 كانت تنص على أنه "يخطر رئيس الجمهورية أو رئيس المجلس الشعبي الوطني أو رئيس مجلس الأمة، المجلس الدستوري".

يعتبر منح هذا الحق لرئيس الجمهورية أمر مقبول لأنه يتماشى مع مكانته في النظام السياسي باعتباره حامي الدستور طبقاً لنص المادة 70 من ذات التعديل الدستوري (1996). ويمارس رئيس الجمهورية هذا الحق من خلال الرقابة الاختيارية المتعلقة بالقوانين العادية أو التنظيمات أو المعاهدات الدولية أو ما يعرف برقابة الدستورية، وهي التي يسمح فيها لكل من سمح له الدستور بالإخطار بأن يمارس فيها هذا الحق، أو الرقابة الوجوبية المتعلقة بالقوانين العضوية⁽⁴⁾ أو نظام غرفتي البرلمان (المادة 165 من ذات التعديل 1996) أو ما يعرف برقابة المطابقة⁽⁵⁾ والتي هي حق

¹ شيدة العام، المجلس الدستوري، تشكيل وصلاحيات، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة بسكرة، العدد السابع، فيفري 2005، بدون صفحة.

² بوسالم رابع، المجلس الدستوري الجزائري-تنظيمه وطبيعته-مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، فرع القانون العام، كلية الحقوق، جامعة منتوري، قسنطينة، 2005/2004، ص.26

³ محمد منير حساني، توسعة حق إخطار المجلس الدستوري للبرلمانيين تأمين للوظيفة التشريعية، مداخلة في الملتقى الدولي الأول حول التطوير البرلماني في الدول المغاربية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ورقلة، 15-16 فبراير 2012، ص.3

⁴ المجالات التي يتم التشريع فيها بموجب القوانين العضوية هي المجالات الواردة في المادة 141 من التعديل الدستوري 2016، إضافة إلى مواد أخرى في الدستور وهي المواد 4، 35، 54، 103، 106، 120، 125، 129، 132، 166، 172، 176، 177، 188، 194.

⁵ هناك عدة فروق بين رقابة الدستورية ورقابة المطابقة من الناحية الدستورية، أهمها:

- تكون رقابة المطابقة على القوانين العضوية والأنظمة الداخلية لغرفتي البرلمان فقط، بينما تكون رقابة الدستورية على المعاهدات والقوانين العادية والتنظيمات.

- رقابة المطابقة هي رقابة وجوبية من حيث اختيارها كإجراء، بينما رقابة الدستورية فهي رقابة جوازية تتوقف على تقديم الاخطار من الجهات المخولة.

- تكون رقابة المطابقة من طرف رئيس الجمهورية فقط، بينما رقابة الدستورية تكون من كل الجهات المخولة دستوريا (سبع جهات بعد التعديل الدستوري 2016).

- رقابة المطابقة رقابة قبلية فقط وجوبا، بينما رقابة الدستورية قد تكون قبلية وقد تكون بعدية لصدور النص.

- رقابة المطابقة تكون على كل النص المطعون فيه (من حيث الشكل والموضوع)، بينما رقابة الدستورية لا تكون إلا على البند أو الحكم المعروض على المجلس الدستوري من طرف صاحب الإخطار.

- رقابة المطابقة تكون دوما برأي، بينما رقابة الدستورية فتكون إما برأي في الرقابة قبلية أو بقرار في الرقابة اللاحقة.

مقتصر فيه الاخطار على رئيس الجمهورية. كما منحت السلطة التشريعية هذا الحق ممثلة في رئيسي الغرفتين، أي رئيس المجلس الشعبي الوطني ورئيس مجلس الأمة، مما يعني عدم منحه لأعضاء الغرفتين، فهو لم يمنح هذا الحق للسلطة كسلطة وإنما لأشخاص بصفتهم بحكم الوظيفة، إضافة إلى كونها سلطة تقديرية لهما وليست اجبارية كما هو الحال بالنسبة لرئيس الجمهورية كما سبق ذكره⁽¹⁾.

كما كان الاخطار قبل التعديل الدستوري 2016 يتميز باستبعاده تماما للأشخاص (الطبيين والمعنويين)، وهي من العيوب التي كان فقهاء القانون الدستوري والمهتمين ينادون بضرورة تجاوزها وتوسيع دائرة الاخطار ولو بطريقة غير مباشرة، لأن الطريقة المباشرة للإخطار التي تعطى للأفراد تسمى الدعوى الدستورية أمام المحاكم الدستورية وهي الطريقة المتبعة في نظام الرقابة القضائية على دستورية القوانين، أين يمكن لأي فرد الطعن بعدم دستورية نص، سواء عن طريق الدعوى الأصلية في الدول التي تتبنى الرقابة القضائية المركزية (محاكم دستورية، محاكم دستورية عليا، محاكم عليا...) أو عن طريق الدفع الفرعي في الدول التي تتبع نظام الرقابة القضائية اللامركزية (ممنوحة لجميع المحاكم في الدولة ومهما كانت درجتها).

وكنتيجة لاقتصار آلية الاخطار على ثلاث هيئات فقط، كان لابد من انتظار محدودة نتائج هذه الآلية وعدم تحقيقها لأهدافها، بل والأكثر من هذا لا يتم استعمالها إلا نادرا (إذا ما استثنينا اللجوء إليها وجوبا)، خاصة من طرف رئيسي الغرفتين، فلم يسبق لرئيس المجلس الشعبي الوطني استعمال هذه الآلية إلا ثلاث مرات منذ 1989⁽²⁾، بينما لم يستعملها رئيس مجلس الأمة إلا مرة واحدة في 27 ماي 1998 بشأن بعض أحكام القانون المتضمن نظام التعويضات والتقاعد لعضو البرلمان⁽³⁾.

¹ محمد منير حساني، المرجع السابق، ص.4

² قرار رقم 3-ق.ن.د-م 89-د مؤرخ في 18 ديسمبر 1989 يتعلق بلانحة المجلس الشعبي الوطني المؤرخة في 29 أكتوبر 1989، ص.1492، ج. رقم 54، الصادرة في 20 ديسمبر 1989.

- رأي رقم 2-ر.ق.م/د - 1989، متعلق بدستورية القانون الذي صادق عليه المجلس الشعبي الوطني في 5 ديسمبر 1989 والمتضمن تأجيل انتخابات تجديد المجالس الشعبية البلدية، أحكام الفقه الدستوري 97/1. للاطلاع على الرأي:

http://www.conseil-constitutionnel.dz/jurisprudence96_7.htm

- رأي رقم 3-ر.ق.م/د - 1989 المتعلق بدستورية القانون الذي صادق عليه المجلس الشعبي الوطني في 5 ديسمبر 1989 والمتضمن تأجيل انتخابات تجديد المجالس الشعبية الولائية، أحكام الفقه الدستوري 97/1. للاطلاع على الرأي:

http://www.conseil-constitutionnel.dz/jurisprudence96_8.htm

³ رأي رقم 04/ر.ق.م.د/98 مؤرخ في 13 يونيو سنة 1998 حول دستورية المواد من 4 إلى 7 و 11، 12، 14، 15 و 23 من القانون المتضمن نظام التعويضات والتقاعد لعضو البرلمان، ج. رقم 43، الصادرة في 16 يونيو 1998، ص.3.

مع الإشارة أن رئيس مجلس الأمة الأسبق بشير بومعزة تقدم بإخطار إلى المجلس الدستوري سنة 2001 لم يكن موضوعه دستورية نص من عدم دستوريته، وإنما كان موضوع الاخطار طلب تفسير لنص المادة 181 منالتعديل الدستوري 1996 فيما يخص اعفاء رئيس مجلس الأمة من عملية القرعة للتجديد النصف لأعضاء مجلس الأمة كل ثلاث سنوات.

أنظر: جمام عزيز، عدم فعالية الرقابة على دستورية القوانين في الجزائر، مذكرة ماجستير في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تيزي وزو، د. س، ص.79

3- بعد التعديل الدستوري 2016

وسعت المادة 187 من التعديل الدستوري 2016 من الهيئات المسموح لها بممارسة آلية إخطار المجلس الدستوري حول دستورية نص تشريعي من عدم دستوريته. فانتقل الإخطار من الهيئات التي كان منصوصا عليها في المادة 166 من التعديل الدستوري 1996، والتي كانت محصورة في رئيس الجمهورية ورئيس مجلس الأمة ورئيس المجلس الشعبي الوطني، إلى الهيئات المنصوص عليها في المادة 187 من التعديل الدستوري 2016، والتي نصت على أنه "يخطر المجلس الدستوري رئيس الجمهورية أو رئيس مجلس الأمة أو رئيس المجلس الشعبي الوطني أو الوزير الأول.

كما يمكن إخطاره من خمسين (50) نائبا أو ثلاثين (30) عضوا في مجلس الأمة.

لا تمتد ممارسة الإخطار المبين في الفقرتين السابقتين إلى الإخطار بالدفع بعدم الدستورية المبين في المادة 188 أدناه".

ما يلاحظ على هذه المادة أن المؤسس الدستوري هذا حذو المؤسس الدستوري الفرنسي الذي فتح الإخطار لمثل هذه الهيئات في دستور 1958 والتعديل الدستوري 1974، مع الاختلاف في عدد الأعضاء الغرفتين المسموح لهم بالإخطار (60 عضوا في فرنسا لكل غرفة). كما يلاحظ أن هذه الهيئات أعطاهم حق الإخطار المباشر، والدليل على ذلك أنه منعها من استعمال الطريقة غير المباشرة الواردة في المادة 188 وهي الدفع بعدم الدستورية التي منحها لأطراف أخرى سوف ستكون محل دراستنا اللاحقة.

2- أهمية آلية الإخطار في تفعيل الرقابة على دستورية القوانين.

لأهمية الإخطار أهمية كبيرة في تفعيل الرقابة على دستورية القوانين، ويظهر ذلك بوضوح في المجالات التالية:

أ- حماية حقوق الإنسان وحرياته.

تعد الرقابة على دستورية القوانين وسيلة المجلس الدستوري التي يتولى من خلالها ضمان ممارسة حقوق الإنسان وحماية حرياته، فهو آلية تحد من تجاوز هذه الحقوق.

يعترف المؤسس الدستوري بالحقوق والحريات لمواطني الدولة ويكفل حمايتها. وباعتبار السلطة التشريعية (كممثل للشعب) هي الكفيل الأول بحمايتها فإن الأشكال يثور لو تقاعست هذه السلطة عن أداء هذا الدور ، وذلك بعدم ممارستها لحقها في اللجوء إلى إخطار المجلس الدستوري الحامي الأول لها ، وهذا ما أكده المجلس الدستوري الجزائري في رأيه حول مطابقة مواد الأمر 97-09 المتضمن القانون العضوي للأحزاب السياسية للدستور⁽¹⁾ في معرض حديثه عن دور المشرع في حماية الحريات الأساسية وحقوق الإنسان بقوله أن تدخل المشرع ، خاصة في مجال

¹ رأي رقم 01 ر. أ. ق عض / م. د المؤرخ في 06 مارس 1997، يتعلق بمراقبة مطابقة الأمر المتضمن القانون العضوي المتعلق بالأحزاب السياسية للدستور، الجريدة الرسمية رقم 12، السنة الرابعة والثلاثون، 1997، ص. 40.

الحقوق والحريات الفردية والجماعية، يجب أن يهدف إلى ضمان ممارسة فعلية للحق أو الحرية المعترف بهل دستوريا⁽¹⁾.

كما قرر المجلس الدستوري عدم دستورية أحكام تشريعية رأى أنها تمس بالحقوق والحريات الأساسية. ففي رأيه حول نص المادة 29 من التعديل الدستوري 1996 المتعلقة بمبدأ المساواة صرح أنه اعتبارا أن مبدأ مساواة المواطنين أمام القانون، المنصوص عليه في المادة 29 من الدستور، يقتضي من المشرع إخضاع المواطنين المتواجدين في أوضاع مماثلة وإخضاعهم لقواعد مختلفة كلما تواجدوا في أوضاع مختلفة.

كشف المجلس الدستوري في هذا الرأي عن تجاوزين لمبدأ المساواة بخصوص دستورية القانون المتضمن نظام التعويضات والتقاعد لعضو البرلمان، حيث أورد المشرع تعويضة أساسية شهرية لعضو البرلمان، صافية بعد كل الاقتطاعات القانونية وأقر لها طريقة حسابية على أساس أعلى نقطة استدلالية لسلك الإطارات السامية، فاعتبر المجلس الدستوري هذا الأساس مخالف لذلك المطبق في نظام المرتبات والأجور، إذ أنها (أي التعويضة الشهرية) بهذا الأساس لن تتأثر بالاقتطاعات القانونية من اقتطاع ضريبي ونسبة الاشتراك في الضمان الاجتماعي، لأن أساس حسابها هو النقطة الاستدلالية بعد كل الاقتطاعات القانونية، بل العكس من هذا ترتفع التعويضة بارتفاع النقطة الاستدلالية ولن تتأثر بارتفاع نسبة الاقتطاعات القانونية⁽²⁾.

كما كان للمجلس الدستوري موقفا آخر في إطار حمايته للحقوق والحريات الأساسية، حيث، وعند نظره في مطابقة الأمر المتضمن القانون العضوي المتعلق بالأحزاب السياسية 97-09 للدستور، اعتبر أن المادة 03 منه، باشتراطها عدم استعمال الحزب السياسي للمكونات الأساسية للهوية الوطنية بأبعادها الثلاث، الإسلام، العروبة والامازيغية لأغراض سياسية، فإنها تكون قد وضعت شروطا يكون أثرها تضيق حق انشاء الأحزاب السياسية الذي يعترف له ويضمنه الدستور في الفقرة الأولى من المادة 42⁽³⁾.

ب-ضمان جودة العمل التشريعي (ضبط الاختصاص بين السلطتين التنفيذية والتشريعية)

يقوم المجلس الدستوري بدور هام في تقويم العمل التشريعي بعد إخطاره من الجهات المختصة. فبالرغم من وجود مبدأ الفصل بين السلطات، الذي يعد ضمانا لممارسة كل سلطة لاختصاصاتها وعدم سطو سلطة على اختصاصات سلطة أخرى، كأن تقوم السلطة التنفيذية بالتشريع في بعض المجالات المخصصة للسلطة التشريعية، إما لعدم قيام هذه الأخيرة بواجبها القانوني في التشريع أو بسهوا أو عدم اكتراث، وهو ما يسعى في الفقه الدستوري بـ

¹ المرجع نفسه، ص. 41

² رأي 04/ر. ق. م. د / 98 مؤرخ في 13 يونيو 1998 حول دستورية المواد 11، 12، 14، 15 و 23 من القانون المتضمن نظام التعويضات والتقاعد لعضو البرلمان، ج. رقم 43، 16 يونيو 1998، ص. 3

وانظر أيضا: محمد منير حساني، توسعة حق إخطار المجلس الدستوري للبرلمانيين تامين للوظيفة التشريعية، مرجع سابق، ص. 8.

³ رأي 01/ر. ا. ق. عض / م. د / المؤرخ في 06 مارس 1997، مرجع سبق ذكره.

عدم الاختصاص السلي للمشرع⁽¹⁾، لذلك قد تشكل هذه الحالات اضطرابا في العملية التشريعية تستدعي تدخلا من المجلس الدستوري لإرجاع الأمور إلى نصابها بعد إخطاره، فدوره هنا دورا ضابطا للاختصاص الأصيل لكل سلطة.

ومن الأمثلة الواقعية لهذه الحالة في الجزائر، أصدر المجلس الدستوري رأيا في 19 ماي 1998، اعتبر بموجبه أن الصياغة التي حدد بها المشرع اختصاصات مجلس الدولة في نظامه الداخلي (تحديد تنظيم مجلس الدولة وعمله واختصاصاته) يشوبها بعض الغموض والتي يستشف من قراءتها الوحيدة، أن نيته هو تحديد كفاءات تنظيم وعمل مجلس الدولة، لأنه في حالة العكس، يكون قد أحال مواضع من اختصاص القانون العضوي على النظام الداخلي لمجلس الدولة، ويكون بذلك قد أخل بمقتضيات المادة 153 من الدستور⁽²⁾.

يظهر من هذا الرأي الذي أورده المجلس الدستوري أنه فسر قصد المشرع من هذه العبارة بتحديد كفاءات تنظيم وعمل مجلس الدولة، لأن الفهم الآخر الذي أراده المؤسس الدستوري سيجعل المشرع يتنازل عن إحدى موضوعات اختصاصه بقانون عضوي وفق الدستور إلى مجلس الدولة لتنظيمه بنظامه الداخلي، وهو ما لم يقصده المؤسس الدستوري، مما يجعل التفسير المقبول دستوريا هو لجوء مجلس الدولة لتنظيم طريقة عمله وكفاءاتها (كفاءات التنظيم فقط وليس التنظيم ذاته)⁽³⁾. ولذلك فسر هذا الرأي على أنه إعادة المجلس الدستوري للمشرع اختصاصاته التي تنازل عليها سهوا. والأمر نفسه كان من المجلس الدستوري في نظره في دستورية القانون العضوي المتعلق بمحكمة التنازع⁽⁴⁾ حينما فسر فيه اختصاص تحديد قواعد سير محكمة التنازع في المادة 14 من القانون العضوي المتعلق بها بتحديد كفاءات عمل محكمة التنازع لاحق تنظيم نفسها لأنه التفسير الوحيد المقبول دستوريا.

ثانيا: توسيع آلية الإخطار وإنشاء آلية الدفع بعدم الدستورية بعد تعديل 2016 (المادتين 187-188).

وسعت المادتين 187 و188 من التعديل الدستوري 2016 من الهيئات المسموح لها بإخطار المجلس الدستوري حول دستورية نص تشريعي من عدم دستوريته. وكان من نتائج هذا التوسيع إنشاء آلية جديدة لأول مرة وهي آلية الإحالة من المحكمة العليا أو مجلس الدولة بعد دفع أطراف أي قضية بعدم دستورية حكم تشريعي سيطبق في قضية أمام المحاكم.

أ-توسيع الاخطار وفق المادة 187

وسع المؤسس الدستوري في عدد الهيئات المسموح لها بإخطار المجلس الدستوري حول دستورية نص من عدم دستوريته، فانتقل الاخطار من الهيئات التي كان منصوصا عليها في المادة 166 من التعديل الدستوري 1996، والتي كانت محصورة في رئيس الجمهورية ورئيس مجلس الأمة ورئيس المجلس الشعبي الوطني، إلى الهيئات المنصوص عليها

¹ محمد منير حساني، المرجع السابق، ص.10

² رأي 06/ر. ق. ع / م. د/98 مؤرخ في 19 مايو 1998 يتعلق بمراقبة مطابقة القانون العضوي المتعلق باختصاصات مجلس الدولة وتنظيمه وعمله للدستور، ج. ر. رقم 37، الصادر في 01 يونيو 1998، ص.09

³ محمد منير حساني، المرجع السابق، ص.11

⁴ رأي رقم 07 / ر. ق. ع/م. د/98 المؤرخ في 24 مايو 1998 يتعلق بمراقبة مطابقة القانون العضوي المتعلق باختصاصات محكمة التنازع وتنظيمها وعملها للدستور، ج. ر. رقم 39، 07 يونيو 1998، ص.06

في المادة 187 من التعديل الدستوري 2016 التي نصت على أنه "يخطر المجلس الدستوري رئيس الجمهورية أو رئيس مجلس الأمة أو رئيس المجلس الشعبي الوطني أو الوزير الأول. كما يمكن إخطاره من خمسين (50) نائبا أو ثلاثين (30) عضوا في مجلس الأمة. لا تمتد ممارسة الإخطار المبين في الفقرتين السابقتين إلى الإخطار بالدفع بعدم الدستورية المبين في المادة 188 أدناه".

إن أول ما يلاحظ على هذه المادة أن المؤسس الدستوري الجزائري حذا حذو المؤسس الدستوري الفرنسي الذي فتح الإخطار لمثل هذه الهيئات في دستور 1958 والتعديل الدستوري 1974، مع الاختلاف في عدد أعضاء الغرفتين المسموح لهم بالإخطار في الدستور الفرنسي (60 عضوا لكلتا الغرفتين). كما يلاحظ أن هذه الهيئات أعطاهما حق الاخطار المباشر، أي اللجوء مباشرة للمجلس الدستوري، والدليل على ذلك أنه منعها من استعمال الطريقة غير المباشرة الواردة في المادة 188 وهي الدفع بعدم الدستورية التي منحها لجهات أخرى.

يظهر من خلال نص المادة 187 من التعديل الدستوري 2016 أن المؤسس الدستوري وسع من الجهات التي بإمكانها إخطار المجلس الدستوري وهذا من جهة السلطتين التنفيذية والتشريعية.

1- التوسعة من جهة السلطة التنفيذية

بعد أن كان الإخطار مقتصرًا على رئيس الجمهورية في التعديل الدستوري 1996 داخل السلطة التنفيذية، وسعت المادة 187 السالفة الذكر الإخطار إلى الوزير الأول بحكم وظيفته التنفيذية.

إن إسناد هذا الاختصاص للشخص الثاني في السلطة التنفيذية يعد تطورا مقبولا بحكم أنه يشكل ضمانا إضافية وتوسيعا كان مطلوبا من قبل، على الأقل من الناحية النظرية. لكن هل يمكن توقع استعمال الوزير الأول لهذا الحق عمليا خاصة مع وضعه الدستوري؟ بمعنى آخر هل يمكن للوزير الأول اللجوء الى هذا استعمال هذه الآلية مع تقلص اختصاصاته في التعديل الدستوري 2008 وحتى 2016، فهو تابع لرئيس الجمهورية بحكم التعيين والاختصاص، فكيف يكون الحال إذا كان الأمر متعلقا باللجوء إلى إجراء خطير وهام كإخطار المجلس الدستوري؟⁽¹⁾

وإذا كان البعض رأى أن عدم اسناد حق الاخطار للوزير الأول هو تحصيل حاصل لأن اختصاصاته تنفيذية بحتة، كما أنه منفذ لسياسة رئيس الجمهورية وتابع له مباشرة، لذلك فإن اسناد الإخطار له يفتقر إلى أساس واقعي ومنطقي⁽²⁾، إلا أن البعض الآخر رأى أن هذا التعديل إنما ينصب في تدعيم الرقابة على دستورية القوانين وتوسيع فرص اتصال المجلس الدستوري بالقانون محل الرقابة، فهو إضافة نوعية، ولو أنها نظرية، لحماية الدستور من مخالفة القوانين له⁽³⁾.

¹ يعيش تمام شوقي، رياض دنش، توسيع إخطار المجلس الدستوري ودوره في تطوير نظام الرقابة الدستورية، مقاربة تحليلية في ضوء التعديل الدستوري الجزائري لسنة 2016، مجلة العلوم القانونية والسياسية، جامعة الوادي، العدد 14، أكتوبر 2016، ص. 158.

² بوسالم رابع، المرجع السابق، ص. 29.

³ يعيش تمام، رياض دنش، المرجع السابق، ص. 158.

2- التوسعة من جهة السلطة التشريعية

لجأ المؤسس الدستوري إلى توسيع الجهات المخولة بإخطار المجلس الدستوري داخل السلطة التشريعية أيضا. فبعد أن كان هذا الحق مقتصرًا على رئيس مجلس الأمة ورئيس المجلس الشعبي الوطني في التعديل الدستوري 1996، توسع ليصبح لـ 50 نائبا من المجلس الشعبي الوطني و30 عضوا من مجلس الأمة بإخطار المجلس الدستوري. ولا شك أن هذا الاتجاه الجديد كان بمثابة محاكاة لما ذهب إليه المؤسس الدستوري الفرنسي في تعديل 1974، ولو أن الاختلاف في عدد الذين يسمح لهم بالإخطار كما سبق تفصيله.

رأى البعض أن هذا الإجراء يعد اعترافا من المؤسس الدستوري لنواب المجلس الشعبي الوطني وأعضاء مجلس الأمة بحقهم في المشاركة في الأشغال البرلمانية والحياة السياسية كما ورد في نص الفقرة السادسة من المادة 114 من التعديل الدستوري 2016، التي جعلت من آلية الإخطار وسيلة لممارسة هذه المشاركة. كما أن هذا الإجراء الجديد يساعد في إخراج المجلس الدستوري من دوامة الجمود والقيود التي كانت مفروضة عليه سابقا، ولو أن تحديد العدد قد يفهم أنه قيودا آخر، لكن ربما تحديده هو جعل هذه الآلية ذات طابع جدي وليس مجرد إجراء، والدليل على ذلك أن الدساتير المقارنة كان لها الموقف نفسه في تحديد العدد.

ب- الإحالة من المحكمة العليا أو مجلس الدولة وفق المادة 188.

يعد هذا التطور في التعديل الدستوري 2016 أهم تعديل في الباب الثالث من التعديل المتعلق بالرقابة بوجه عام والرقابة على دستورية القوانين بوجه خاص، حيث سمح للمؤسس الدستوري لأطراف أي دعوى قضائية وفي أي جهة قضائية، الدفع بعدم دستورية حكم تشريعي يتوقف عليه الفصل في النزاع ومآله ينتهك الحقوق والحريات التي يضمنها الدستور.

يسمى هذا الأسلوب في الرقابة على دستورية القوانين بالطعن الدستوري غير المباشر¹، حيث يسمح لأحد الخصوم أثناء نظر قضية مرفوعة أمام القضاء العادي أو الإداري بالطعن في عدم دستورية نص قانوني ينتهك الحقوق والحريات التي يكفلها الدستور. ولعل هذا التطور في التجربة الدستورية الجزائرية يعتبر قفزة نوعية كما سبق تفصيله ولو أن المؤسس الدستوري الفرنسي كان السباق إليها منذ سنة 2008 (QPC). وتطبيق هذا الأسلوب يحتاج إلى شرطين أساسيين على الأقل:

1- وجود نزاع قائم بين أشخاص أمام القضاء العادي أو الإداري

عندما يكون هناك نزاع عادي أو إداري مطروح أمام أي قاضي وفي أي درجة وتمسك أحد أطراف النزاع بعدم دستورية نص لأنه يمس بأحد الحقوق أو الحريات التي كفلها له الدستور، له أن يطعن بطريق الدفع بعدم الدستورية أمام القاضي الذي ينظر النزاع.

¹ المرجع نفسه، ص.ص. 160-162

2- انتهاك النص المطعون فيه للحقوق والحريات المكفولة دستوريا

يستوجب تطبيق هذا النص الدستوري وجود مساس بالحقوق والحريات المكفولة في الدستور، وهي تلك الحقوق والحريات المحصورة بموجب مواد معينة وتعالج في نصوص عادية أو معاهدات أو تنظيمات، ولا يتصور معالجتها في قوانين عضوية أو أنظمة داخلية لأن موضوعها بهذه الطريقة محددة دستوريا كما أنها مرت على المجلس الدستوري وفصل في دستورتها⁽¹⁾.

تتطلب هذه الطريقة دورا للقضاء أيضا، فلا شك أن الدارس لهذه الطريقة المستحدثة في التعديل الدستوري 2016 يتصور بأنها أسلوب منح للأشخاص للطعن بعدم دستورية نص ولو بطريقة غير مباشرة، وهي خطوة إيجابية إن تم التحكم فيها واستغلالها كما ينبغي. لكنها أيضا طريق منح للقضاء ولو بطريقة غير ظاهرة. فالقاضي الذي ينظر قضية ما مطعون فيها بعدم دستورية نص من أحد أطرافها، يوقف النظر في الخصومة ويحيل القضية إلى المحكمة العليا (إذا كانت القضية عادية) أو مجلس الدولة (إذا كانت القضية إدارية)، وهنا يأتي دور قضاة هذه الجهات القضائية العليا لنظر الطعن والفصل فيه، إما بإحالة الطعن على المجلس الدستوري إذا كان جديا أو رفضه وإعادة القضية إلى الجهة المحال منها إذا كان الطعن غير جدي. فقضاة هذه الجهات أصبح لهم حق الإحالة، فمجرد منحهم حق إحالة الطعن ودراسة جديته من عدم جديته يعتبر وكأنه إخطار بطريق غير ظاهر. أما في الجزائر فإن المسألة متروكة للقانون العضوي المرتقب صدوره في هذا الإطار.

ج- القانون العضوي المرتقب المنظم للمسألة والأفاق المأمولة منه (الفقرة الثانية من المادة 188):

يعد نص المادة 188 نقلة نوعية في التجربة الدستورية الجزائرية، خاصة بتدعيمه بالقانون العضوي المرتقب صدوره تطبيقا للفقرة الثانية من المادة نفسها. ويمكن توقع بعض ملامح هذا القانون العضوي لأنها لن تخرج كثيرا عن القانون العضوي الفرنسي الذي صدر سنة 2009. فالشروط العامة المتوقعة في القانون العضوي المرتقب منصوص عليها في صلب المادة 188 من التعديل الدستوري 2016 هي إحالة الدفع بعدم الدستورية يكون من مجلس الدولة إذا كانت القضية ذات طابع إداري ومن المحكمة العليا إذا كانت القضية ذات طابع مدني. كما أن الدفع بعدم الدستورية يكون ضد حكم تشريعي يتوقف عليه النزاع المطروح بين أطراف القضية، بمعنى أنه لا يمكن لأي طرف الدفع بعدم دستورية نص لم يكن محل قضية مطروحة أمام القضاء. كما يجب أن يكون الحكم التشريعي المطعون فيه بعدم الدستورية يمس الحقوق والحريات المنصوص عليها في الدستور، مما يعني استبعاد القوانين العضوية والأنظمة الداخلية لغرفتي البرلمان لأنها ستكون محل إخطار وجوبي أمام المجلس الدستوري من طرف رئيس الجمهورية. كما تجدر الإشارة إلى أن المؤسس الدستوري الجزائري أحسن فعلا حينما نص على عبارة الحقوق والحريات بصفة عامة ولم يخصصها لبعض التشريعات المقارنة التي تفرق بين الحقوق والحريات الأساسية وغيرها من الحقوق.

¹ المرجع نفسه، ص. 162.

الخاتمة:

بعد هذه الدراسة أمكن التوصل إلى عدة نتائج، كما يمكن توجيه بعض التوصيات.

1-النتائج:

- يعد التعديل الدستوري 2016 من جانب توسيع الجهات المسموح لها بإخطار المجلس الدستوري نقلة نوعية كبيرة تحسب للمشرع الدستوري الجزائري، إذ أنها خطوة هامة نحو حماية الحقوق والحريات بالدرجة الأولى، خصوصا وأن العديد من هذه الحقوق والحريات كانت محمية نظريا في مختلف الدساتير ولكن كان لا يمكن الطعن فيها إذا ما تم المساس بها.

- إن توسيع آلية الإخطار وتدعيمها بآلية ثانية وهي الإحالة من المحكمة العليا أو مجلس الدولة يعد وسيلة لتنظيف المنظومة القانونية في الدولة، فقد أثبتت الدراسات المقارنة (خصوصا في فرنسا) أنه قبل اللجوء إلى توسيعها (خصوصا استعمال آلية الإحالة بعد الدفع بعدم الدستورية من أطراف القضايا) أن أكثر من ثلاثة أرباع القوانين تصدر وتطبق وهي غير مراقبة دستوريا من طرف المجلس الدستوري الفرنسي لدرجة أنه تبين فيما بعد أن معظمها كان غير دستوري.

-إن هذا المسلك الشجاع من المشرع الدستوري الجزائري لن يكتمل مبتغاه إلا بصدور القانون العضوي المنظم للمسألة، وهو ما نرجو أن يكون وفق ما كان عليه القانون العضوي في فرنسا سنة 2009 أو أكثر دقة، لأن الأمر حساس يحتاج إلى التعامل بحذر، خصوصا آلية الدفع بعدم الدستورية، خاصة ما هو معروف عن التكوين القانوني لأطراف القضايا ذات الصلة بالموضوع وحتى التكوين الدستوري والقانوني للقضاة في مثل هذا النوع من المسائل الدستورية الدقيقة.

2-التوصيات:

- يستوجب الإسراع في إصدار القانون العضوي المتعلق بالمسألة حتى يستفاد من الوقت والمحافظة على منظومة قانونية نظيفة، ثم إن المشرع يصبح أكثر حذرا في إصداره لنصوص تشريعية ما دام أنه يعرف مآله الرقابي فيما بعد خصوصا مع توسيع الهيئات المخولة بالإخطار. لكن هذه السرعة المطلوبة لا يجب أن تكون على حساب الدقة في وضع مضمون هذا القانون العضوي.

- يستوجب كذلك التركيز على المصطلحات القانونية التي ترد في القانون العضوي بدقة لأن الأمر مرتبط بمادة دستورية وقانون عضوي ينظمها. فإذا كان المشرع الدستوري أصاب مثلا في ذكره للحقوق والحريات بوجه عام دون تخصيص (حقوق عامة وخاصة أو حقوق أساسية وأخرى غير أساسية مثلا) فإن مصطلح "الأطراف" يبدو أنه كان يمكن تفاديه كما فعل المشرع الدستوري الفرنسي، لأن مصطلح طرف يعني الشخص الطبيعي والشخص المعنوي، والبدائية في الاختلاف في المصطلحات كانت مع المجلس الدستوري الجزائري في رأيه حول مشروع التعديل الدستوري قبل التصويت عليه حينما صرح بلفظ "المواطنين" في رأيه حول التعديل الدستوري الأخير لسنة 2016، وهو الاختلاف الذي كان يمكن تفاديه، لذلك يستوجب أن تكون المصطلحات دقيقة خصوصا أمام موضوع هام جدا دستوريا وقانونيا يحتاج إلى التحكم في دقة المصطلحات منذ البداية.

قائمة المراجع:

1-الدساتير:

- مرسوم رئاسي رقم 96-438 مؤرخ في 26 رجب عام 1417 الموافق 7 ديسمبر سنة 1996 ن يتعلق بإصدار نص تعديل الدستور، المصادق عليه في استفتاء 28 نوفمبر سنة 1996.

-قانون رقم 16-01 مؤرخ في 26 جمادى الأولى عام 1437 الموافق 6 مارس سنة 2016، يتضمن التعديل الدستوري، ج رقم 14، 2016.

التعديلات الدستوريين 1996 و.2016

2-قرارات وآراء المجلس الدستوري

-قرار رقم 3-ق.ن.د-م د-89 مؤرخ في 18 ديسمبر 1989 يتعلق بلائحة المجلس الشعبي الوطني المؤرخة في 29 أكتوبر 1989، ص.1492، ج. رقم 54، الصادرة في 20 ديسمبر 1989.

- رأي رقم 2 -ر. ق. / م د - 1989، متعلق بدستورية القانون الذي صادق عليه المجلس الشعبي الوطني في 5 ديسمبر 1989 والمتضمن تأجيل انتخابات تجديد المجالس الشعبية البلدية، أحكام الفقه الدستوري 97/1.

- رأي رقم 3 -ر. ق / م د - 1989 المتعلق بدستورية القانون الذي صادق عليه المجلس الشعبي الوطني في 5 ديسمبر 1989 والمتضمن تأجيل انتخابات تجديد المجالس الشعبية الولائية، أحكام الفقه الدستوري 97/1.

- رأي رقم 04 /ر. ق. / م. د/98 مؤرخ في 13 يونيو سنة 1998 حول دستورية المواد من 4 إلى 7 و11، 12، 14، 15 و23 من القانون المتضمن نظام التعويضات والتقاعد لعضو البرلمان، ج. رقم 43، الصادرة في 16 يونيو 1998، رأي رقم 01 ر. أ. ق عض / م. د المؤرخ في 06 مارس 1997، يتعلق بمراقبة مطابقة الأمر المتضمن القانون العضوي المتعلق بالأحزاب السياسية للدستور، الجريدة الرسمية رقم 12، السنة الرابعة والثلاثون، 1997، ص.40.

- رأي 06/ر. ق. ع / م. د/98 مؤرخ في 19 مايو 1998 يتعلق بمراقبة مطابقة القانون العضوي المتعلق باختصاصات مجلس الدولة وتنظيمه وعمله للدستور، ج. ر. رقم 37، الصادر في 01 يونيو 1998، ص.09.

- رأي رقم 07 / ر. ق. ع/م. د/98 المؤرخ في 24 مايو 1998 يتعلق بمراقبة مطابقة القانون العضوي المتعلق باختصاصات محكمة التنازع وتنظيمها وعملها للدستور، ج. ر. رقم 39، 07 يونيو 1998، ص.06.

3-الرسائل والمذكرات

-بوسالم رابح، المجلس الدستوري الجزائري-تنظيمه وطبيعته-مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، فرع القانون العام، كلية الحقوق، جامعة منتوري، قسنطينة، 2004/2005.

-جمام عزيز، عدم فعالية الرقابة على دستورية القوانين في الجزائر، مذكرة ماجستير في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تيزي وزو، د.س.

4-المقالات:

- رشيدة العام، المجلس الدستوري، تشكيل وصلاحيات، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة بسكرة، العدد السابع، فيفري 2005.
- يعيش تمام شوقي، رياض دنش، توسيع إخطار المجلس الدستوري ودوره في تطوير نظام الرقابة الدستورية، مقارنة تحليلية في ضوء التعديل الدستوري الجزائري لسنة 2016، مجلة العلوم القانونية والسياسية، جامعة الوادي، العدد 14، أكتوبر 2016.

5-المدخلات:

- محمد منير حساني، توسعة حق إخطار المجلس الدستوري للبرلمانيين تأمين للوظيفة التشريعية، مداخلة في الملتقى الدولي الأول حول التطوير البرلماني في الدول المغاربية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ورقلة، 15-16 فبراير 2012.

الطبيعة القانونية لعقد ضمان الاستثمار الأجنبي

La nature juridique de contrat de garantie de l'investissement étranger

عينوش عائشة

أستاذة مساعدة قسم (أ)

كلية الحقوق والعلوم السياسية

جامعة ألكلي محند أولحاج-البويرة

aichainouche1@gmail.com

الملخص :

إذا كان عقد ضمان الاستثمار يخضع للقواعد العامة التي تحكم العقود عموماً، إلا أنه يبقى عقداً متميزاً، لاحتوائه على بعض الخصوصيات التي ينفرد بها عن العقود المشابهة له خاصة عقد الكفالة وعقد التأمين حيث يرى بعض الفقهاء عقد الضمان لا يعدو أن يكون من ناحية التكييف القانوني إلا صورة من صور عقد التأمين، وذلك من حيث أن كليهما ينطوي على ذات العناصر، ويرتبان التزامات متماثلة.

غير أن هذه السمات التي ينفرد بها عقد الضمان وجدت خاصة لمسايرة طبيعته الدولية المركبة حيث يترتب على تحديد التكييف القانوني الصحيح لعقد الضمان معرفة الطبيعة القانونية له التي تفيد بدورها في تحديد النظام القانوني لعقد الضمان.

الكلمات المفتاحية: عقد ضمان الاستثمار، النظام القانوني لعقد الضمان، التكييف القانوني لعقد الضمان.

Résumé

Le contrat de garantie de l'investissement obéit aux règles générales qui régissent les contrats, mais il reste un contrat spécial parce qu'il contient certaines spécificités qui le distingue par rapport aux autres contrats tels que le contrat d'assurance, contrat de caution.

Sa spécificité liée à sa nature internationale l'étude de ce contrat nous démontre sa nature et son régime juridique.

Mots de clés: Contrat de garantie de l'investissement, Le régime juridique de contrat de garantie de l'investissement, La qualification juridique de contrat de garantie.

مقدمة

يلعب الاستثمار الأجنبي في المجال الدولي دورا عظيم الفائدة بالنسبة للمتعاملين في مجاله، من المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة له بل والدولة المصدرة له أيضا، فعملية الاستثمار تخدم في النهاية مصالح الجميع إذا ما تمت في الحدود التي تحول دون تعسف أي طرف في اغتنام العائد منها، وبقدر ما تكون هناك مصالح في الحركة الدولية لانتقال رؤوس الأموال تكون هناك حاجة إلى وجود أداة قانونية لتنظيم هذه الحركة وتشجيعها خدمة لهذه المصالح.

لذلك يُمثل الاستثمار الأجنبي حاجة ملحة لاقتصاديات البلدان النامية والمتقدمة على السواء بدون تمييز بينهما، فتكون عملية الاستثمار تكاملية إذا تمت بين البلدان المتقدمة، وتهدف هذه العملية إلى تنمية البلدان النامية إذا تمت في إطار شمال- جنوب أو جنوب-جنوب، لذلك فقد ازدادت أهمية الاستثمار الأجنبي خلال العقود القليلة الماضية.

تُعتبر فكرة تقديم الضمان للمستثمر الأجنبي ضد المخاطر غير التجارية والتي قد يتعرض لها في الدولة المضيفة لاستثماره واحدة من أنجح الطرق وأحدثها لجذب الاستثمار الأجنبي، وترجع هذه الفكرة في أصولها إلى النظام الأمريكي لضمان الاستثمار الذي ظهرت بوادره الأولى عقب الحرب العالمية الثانية، ثم ما لبثت أن تطورت هذه الفكرة بمرور الوقت، إلى أن تبلورت ذهنية دولية تدعو إلى نظام ضمان دولي للاستثمارات الأجنبية.

وهكذا ظهر عقد ضمان الاستثمار الأجنبي كوسيلة جديدة لحماية وضمان الاستثمارات الأجنبية، ونظرا لطبيعة العلاقة بين الدول الأعضاء في هيئة الضمان الدولية وبينها وبين المستثمر فقد أثير جدال فقهي حول الطبيعة القانونية لعقد ضمان الاستثمار الأجنبي، وعليه يمكن طرح الإشكالية التالية ماهو التكييف القانوني لعقد ضمان الاستثمار الأجنبي؟

تقتضي الإجابة على هذه الإشكالية التطرق لتعريف عقد ضمان الاستثمار الأجنبي وتحديد أطرافه (المبحث الأول)، ونظرا لأن مسألة تحديد الطبيعة القانونية للعقد تكتسي قدراً كبيراً من الأهمية العلمية في مجال الدراسة القانونية، فقد حاول بعض الفقه تكييف وتحديد طبيعة العلاقة القانونية التي تربط هيئة الضمان بالمستثمر المضمون، وذلك بالعودة إلى الأحكام العامة التي تحكمه (المبحث الثاني).

غير أن تحديد الطبيعة القانونية لعقد الضمان تقتضي دراسة جوهر عملية الضمان باعتباره عقد يدخل في فئة العقود الوطنية أو فئة العقود الدولية. كما أن تحديد الطبيعة القانونية لعقد الضمان لا يكون صحيحاً إلا إذا تم الأخذ بعين الاعتبار دور تلك الروابط والعلاقات القانونية التي تنشأ بين عدة أطراف والتي تتدخل وتسهام في تركيب العقد (المبحث الثالث).

المبحث الأول: تعريف عقد ضمان الاستثمار الأجنبي

تقوم هيئات الضمان بتعويض المستثمر عن الأضرار التي تلحق به نتيجة تحقق المخاطر غير التجارية، وذلك تنفيذاً للعقد المبرم بينها وبين المستثمر الأجنبي، في مقابل التزامه بدفع أقساط الضمان، وعليه نحاول تحديد المقصود بعقد الضمان (المطلب الأول)، وتحديد أطرافه (المطلب الثاني).

المطلب الأول: المقصود بعقد ضمان الاستثمار الأجنبي

يُعرف عقد ضمان الاستثمار الأجنبي بأنه "العقد الذي يتم إبرامه بين هيئة الضمان والمستثمر الأجنبي طالب الضمان، تلتزم بمقتضاه الهيئة بتعويض المستثمر المضمون عن الأضرار التي عسى أن تصيبه من تحقق خطر غير تجاري بسبب تصرف قانوني أو عمل مادي، صادر ضده من الدولة المضيفة لاستثماره، أو الغير مقابل قسط معلوم"⁽¹⁾.

كما يُعرف عقد ضمان الاستثمار الأجنبي بأنه "العقد المبرم بين المستثمر الأجنبي وهيئة ضمان الاستثمار الوطنية أو الدولية، بمقتضاه تعوض الهيئة المستثمر عن الخسائر الناتجة عن المخاطر غير التجارية التي يتعرض لها مشروعه الاستثماري في الدولة المضيفة، على أن يؤدي المستثمر الأقساط التي يفرضها عليه عقد الضمان"⁽²⁾.

يتمثل ضمان الاستثمار في حماية المستثمر المضمون من الخسائر التي قد يتعرض لها مشروعه الاستثماري في الدولة المضيفة وذلك بتحويل النتائج المالية للمخاطر غير التجارية إلى هيئة ضمان متخصصة تتحمل هي بدورها دفع التوابع المالية المترتبة عنها⁽³⁾.

يتبين من هذه التعاريف بأن العناصر الجوهرية المكونة لعقد ضمان الاستثمار الأجنبي تشمل ثلاثة عناصر أساسية، المخاطر التي تهدد المشروع الاستثماري ومبلغ التعويض الذي تلتزم الهيئة بدفعه إذا ما تحقق الخطر، والأقساط التي يلتزم المستثمر بأدائها لهيئة الضمان. فالمخاطر المشمولة بالضمان هي المخاطر غير التجارية أو السياسية، التي يتعذر التأمين عليها عن طريق التأمين التقليدي⁽⁴⁾، والتي تتمثل في التأميم، المصادرة، نزع الملكية، خطر الإخلال بالعقد، خطر عدم التحويل، وهي ما تسمى بالمخاطر السياسية وكذلك خطر الحروب والاضطرابات الداخلية.

أما مبلغ التعويض فهو أهم حق مقرر للمستثمر، فالهدف من إبرام العقد هو الحصول على مبلغ التعويض المغطي للخسارة الناتجة عن تحقق الخطر المضمون، مقابل التزامه بدفع أقساط الضمان، وبما أن الخطر الذي يغطيه العقد لا يخضع للقياس والتقدير طبقاً لقواعد الإحصاء، فإن الأقساط الواجبة الأداء تُحدد أيضاً بطريقة تحكيمية⁽⁵⁾.

المطلب الثاني: أطراف عقد ضمان الاستثمار الأجنبي

يُبرم عقد الضمان بين طرفين المستثمر الأجنبي من جهة (الفرع الأول)، وهيئة الضمان من جهة أخرى (الفرع الثاني).

الفرع الأول: المستثمر الأجنبي: وهو صاحب المشروع الاستثماري طالب الضمان، والذي يشترط فيه أن لا يكون متمتعاً بجنسية الدولة المضيفة للاستثمار كمبدأ عام، فهو أجنبياً عن الدولة التي ينفذ فيها مشروعه الاستثماري

⁽¹⁾ هشام خالد، "عقدا ضمان الاستثمار العربي والإسلامي"، دراسة مقدمة إلى مؤتمر الجديد في مجال التأمين (الضمان) في لبنان والعالم العربي، مجلة الجديد في مجال التأمين والضمان في لبنان والعالم العربي، الجزء الأول، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2007، ص 198.

⁽²⁾ ريواف فائق حسين، عقود التأمين من المسؤولية وضمان الاستثمار في ضوء قاعدة نسبية أثر العقد، دراسة تحليلية مقارنة، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، 2014، ص 188.

⁽³⁾ CARREAU Dominique et JUILLARD Patrick, Droit international économique, 5^{ème} édition, Dalloz, Paris, 2013, p533.

⁽⁴⁾ أحمد السعيد شرف الدين، عقود التأمين وعقود ضمان الاستثمار (واقعهما الحالي وحكمها الشرعي)، مطبعة حسان، القاهرة، 1982، ص 58.

⁽⁵⁾ دريد محمود السامرائي، الاستثمار الأجنبي (المعوقات والضمانات القانونية)، الطبعة الأولى، مركز دراسات الوحدة العربية، بيروت، 2006، ص 293.

حتى يعتبر استثماره أجنبياً، وقد يكون شخصاً طبيعياً أو معنوياً⁽¹⁾. بينما فيما يخص جنسية المستثمر، فيختلف الأمر بين عقود ضمان الاستثمار التي يبرمها المستثمر مع إحدى هيئات الدولة المصدرة للاستثمار، وبين العقود التي يبرمها المستثمر مع إحدى الهيئات الدولية.

الفرع الثاني: هيئة الضمان: التي تتعدد بتعدد أنواع نظم ضمان الاستثمار، فقد تكون هيئة وطنية تابعة للدولة المصدرة للاستثمار كما هو الشأن في النظام الأمريكي والنظام الفرنسي لضمان الاستثمار⁽²⁾، وقد تكون هيئة ضمان دولية إقليمية كما هو الوضع في المؤسستين: المؤسسة العربية لضمان الاستثمار وائتمان الصادرات والمؤسسة الإسلامية لتأمين الاستثمار وائتمان الصادرات، وقد تكون هيئة ضمان دولية عالمية كما هو الأمر بالنسبة للوكالة الدولية لضمان الاستثمار⁽³⁾.

فإذا كان الفقه متفق على تعريف عقد ضمان الاستثمار الأجنبي على أنه عقد ثنائي الطرفين، إلا أنه اختلف في تكييفها القانوني، وهذا ما يظهر من خلال المبحث التالي.

المبحث الثاني: مختلف المحاولات الفقهية في تكييف عقد ضمان الاستثمار الأجنبي

حاول الفقه تكييف عقد ضمان الاستثمار فانقسم إلى عدة اتجاهات، وقد كان لهذه الاتجاهات فضل السبق في تمييز هذا العقد عن غيره من العقود المشابهة له، وتقتصر هذه الدراسة على ذكر أهم هذه المحاولات في الاتجاه القائل بأن عقد الضمان ما هو إلا عقد كفالة (المطلب الأول)، بينما يذهب جانب آخر من الفقه إلى اعتباره عقد تأمين (المطلب الثاني).

المطلب الأول: اعتبار عقد ضمان الاستثمار عقد كفالة

يذهب جانب من الفقه⁽⁴⁾ إلى تكييف عقد الضمان على أنه عقد الكفالة *Contrat de caution*، وتُعرف الكفالة بأنها "عقد يكفل بمقتضاه شخص تنفيذ التزام بأن يتعهد للدائن بأن يفي بهذا الالتزام إذا لم يفي به المدين نفسه"⁽⁵⁾.

تعد الكفالة عقد بين الدائن في الالتزام الأصلي وبين الكفيل، تفترض وجود دين أصلي، ويأتي عقد الكفالة باعتباره عقد تابع يعمل على ضمان الوفاء بالدين الأصلي، أما المدين الأصلي فليس طرفاً في عقد الكفالة، فتؤدي الكفالة إلى إنشاء التزام على عاتق الكفيل لصالح الدائن وهو الالتزام بضمان الدين الأصلي، وبهذا يجد الدائن أمامه مدينتين هما المدين الأصلي والكفيل الذي يعد مدين احتياطي⁽⁶⁾.

⁽¹⁾ هشام خالد، عقد ضمان الاستثمار، القانون الواجب التطبيق عليه وتسوية المنازعات التي تثور بشأنه، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2007، ص 69.

⁽²⁾ هشام علي صادق، حماية المال الأجنبي، مع إشارة خاصة للوسائل المقترحة لحماية الأموال العربية في الدول العربية، الدار الجامعية، بيروت، 1981، ص 13.

⁽³⁾ عبد الله عبد الكريم عبد الله، "أحكام الوكالة الدولية لضمان الاستثمار (دراسة في الأحكام العامة لاتفاقية إنشاء الوكالة ونطاق أعمالها)". مجلة الدراسات القانونية، كلية الحقوق، جامعة بيروت العربية، العدد الثاني، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2005، ص 166.

⁽⁴⁾ من بين هؤلاء نذكر: أحمد السعيد شرف الدين، مرجع سابق، ص 66؛ دريد محمود السامرائي، مرجع سابق، ص 300.

⁽⁵⁾ المادة 644 من أمر رقم 75-58 مؤرخ في 1975/09/26 يتضمن القانون المدني، معدل ومتمم.

⁽⁶⁾ سمير تناغو، التأمينات العينية والشخصية، الرهن الرسمي، حق الاختصاص، الرهن الحيازي، حقوق الامتياز، الكفالة، قانون التمويل العقاري، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2008، ص 18.

يرى هؤلاء الفقهاء بأن عقد الضمان يعتبر من قبيل عقد الكفالة، مستندين في ذلك إلى مجموعة من الحجج (الفرع الأول) التي لم تسلم من النقد (الفرع الثاني).

الفرع الأول: حجج الفقه في اعتبار عقد ضمان الاستثمار الأجنبي عقد كفالة

تم الاعتماد في تكييف عقد ضمان الاستثمار الأجنبي بأنه عقد كفالة على الحجج التالية:

1- يتمثل الغرض من عقد ضمان الاستثمار في وفاء هيئة الضمان بالقرض الذي يقدمه المستثمر الأجنبي، فهي تقوم بكفالة التزام الدولة المضيفة للاستثمار في مواجهة المستثمر الأجنبي، ولذلك يعرف عقد الضمان على أنه "العقد الذي بمقتضاه تلتزم هيئة الضمان بكفالة التزام في ذمة المقترض المدين بأن يتعهد للدائن بأن يفي بهذا الالتزام إذا لم يف به المدين نفسه"⁽¹⁾.

2- معظم الأخطار التي يغطيها عقد الضمان قد تحدث بمقتضى إجراءات حكومية تتخذها الدولة المضيفة، التي تكون قد تعهدت مسبقاً للدولة المصدرة للرأس مال بتعويض مستثمريها عن الخسائر التي قد تصيبهم نتيجة هذه الإجراءات، فتكون مسئولة نحوهم، وبذلك يكون الالتزام بالتعويض بمثابة الالتزام الذي تكفله هيئة الضمان والتي ستقوم بالوفاء به في حالة امتناع الدولة عن الوفاء به⁽²⁾.

الفرع الثاني: النقد الموجه إلى هذا الرأي

على الرغم من اقتراب عقد الضمان من عقد الكفالة في بعض أحكامه، إلا أنه لا يمكن أن يتطابق

معه من الناحية القانونية والفنية، وذلك للأسباب والانتقادات التالية:

1- يختلف عقد الضمان عن عقد الكفالة من حيث المصطلح، فالكفالة Cautionnement هو ذلك العقد الذي يلتزم بموجبه الكفيل تجاه الدائن المكفول له، والكفيل هو الذي يلتزم لفائدة الدائن، وينظم إلى جانب المدين الأصلي لتنفيذ الالتزام إذا لم ينفذه المدين، بينما مصطلح الضمان Garantie فهو حماية شخص من ضرر يهدده، وتعويضه عن ذلك إذا ما تحقق هذا الضرر.

2- عقد الضمان عقد تبادلي ملزم للجانبين حسب بعض الفقه⁽³⁾، على خلاف عقد الكفالة باعتباره عقداً ملزماً لجانب واحد، كما أن عقد الضمان من عقود المعاوضة التي يأخذ فيها كل متعاقد مقابلاً لما يعطيه، أما الكفالة فإنها قد تكون من عقود التبرع بحيث لا يأخذ الكفيل مقابلاً لالتزامه بالضمان، فعقد الضمان يختلف عن عقد الكفالة من الناحية القانونية.

3- تكييف عقد الضمان بأنه عقد كفالة فكرة لا أساس لها من الصحة⁽⁴⁾، إذ أن التزام هيئة الضمان تجاه المستثمر ليس هو نفس التزام الدولة المضيفة للاستثمار تجاهه، بل هو التزام آخر له مضمونه الخاص وأوصافه الخاصة. في حين أن الكفالة ترد على ذات التزام المدين الأصلي بكل شروطه وأوصافه⁽⁵⁾.

⁽¹⁾ أحمد السعيد شرف الدين، مرجع سابق، ص 66.

⁽²⁾ أما بالنسبة لمخاطر الحروب والاضطرابات المدنية، فيقر أنصار هذا الاتجاه على أنها لا ترتبط بوجود التزام سابق على عاتق الدولة المضيفة. فهي إذن من قبيل القوة القاهرة التي لا تسأل عنه الدولة المقترضة، إلا أنها يمكن حسمهم تغطيتها استثناء متى تعهدت هذه الأخيرة بتحمل تبعاتها وبذلك تضمن الهيئة تبعاً القوة القاهرة، المرجع نفسه، ص 69.

⁽³⁾ هشام خالد، "عقدا ضمان الاستثمار العربي والإسلامي"، مرجع سابق، ص 213.

⁽⁴⁾ كون الكفالة عقد يفترض وجود علاقة قانونية أصلية إذ أن الالتزام الأصلي الذي تضمنه الكفالة ليس مصدره العقد دائماً، بينما الالتزام الناشئ عن الكفالة فمصدره العقد دائماً، لأن الكفالة بحسب تعريفها عقد راجع في ذلك: سمير تناغو، مرجع سابق، ص 17.

⁽⁵⁾ دريد محمود السامرائي، مرجع سابق، ص 302.

4- يتميز عقد الكفالة بأنه من عقود التبرع التي لا يجوز اشتراط العوض فيها، في حين يعتبر عقد الضمان من عقود العوض، تلتزم بموجبه هيئة الضمان بتعويض المستثمر عن الضرر الحاصل، أما إذا انتفى الضرر فهىئة الضمان لا تلتزم بأي شيء لأن الضمان "عقد تعويض عن الضرر"⁽¹⁾.

يتضح من كل ما سبق أن اعتبار عقد الضمان بأنه عقد كفالة لا يتفق مع المنطق القانوني، مما يضطرنا إلى البحث عن تكييف قانوني آخر.

المطلب الثاني: اعتبار عقد ضمان الاستثمار عقد تأمين

يُعرف عقد التأمين Contrat d'assurance حسب المادة 619 من القانون المدني الجزائري على أنه "عقد يلتزم المؤمن بمقتضاه أن يؤدي إلى المؤمن له أو المستفيد الذي اشترط التأمين لصالحه مبلغا من المال أو إيرادا أو أي عوض مالي آخر في حالة وقوع الحادث أو تحقق الخطر المبين بالعقد، وذلك مقابل قسط أو أية دفعة مالية أخرى يؤديها المؤمن له للمؤمن".

هذا بالنسبة لعقد التأمين بينما مصطلح تأمين الاستثمارات الأجنبية أو ضمانها ظهر لأول مرة في المنظومة القانونية الجزائرية في سنة 1972 بموجب المصادقة على أحكام الاتفاقية المنشئة للمؤسسة العربية لضمان الاستثمار التي اعتمدت مصطلح تأمين الاستثمار بدل ضمان الاستثمار⁽²⁾، ثم في سنة 1990 بموجب أحكام اتفاقية الاستثمار الخاصة لما وراء البحار، التي تقوم بموجها مؤسسة تأمين الاستثمارات الخاصة لما وراء البحار OPIC⁽³⁾ بضمان وتأمين وإعادة التأمين على الاستثمارات الأمريكية المنجزة في الجزائر⁽⁴⁾.

انطلاقا من تعريف عقد التأمين المذكور أعلاه، وكذلك ما ذهبت إليه بعض الاتفاقيات الدولية لضمان الاستثمار باعتبار أنها اعتمدت مصطلح التأمين في نصوصها بدل مصطلح الضمان، من هذا المنطلق حاول بعض من الفقه تكييف عقد الضمان على أنه عقد تأمين لوجود عناصر مشتركة بينهما (الفرع الأول)، غير أن هذا الاتجاه هو كذلك لم يسلم من النقد (الفرع الثاني).

الفرع الأول: حجج الفقه في اعتبار عقد ضمان الاستثمار عقد تأمين

يرى بعض الفقه⁽⁵⁾ أن عقد الضمان لا يعدو أن يكون من ناحية التكييف القانوني إلا صورة من صور عقد التأمين، وذلك من حيث أن كليهما ينطوي على ذات العناصر، كما أنهما يرتبان التزامات متماثلة، ويظهر ذلك في أركان العقد (أولا) وفي آثاره (ثانيا).

أولا- أركان العقد: يقوم كل من عقد التأمين وعقد الضمان على نفس الأركان وهي التراضي، المحل والسبب فيعتبر كلا العقدين من العقود الرضائية، وينعقد كل منهما بمجرد اقتتان الإيجاب بالقبول. وينصب التراضي في الحالتين على تغطية المخاطر الموصوفة في العقد. ويرد المحل على ضمان هذه المخاطر، وإن كان نوع الخطر يختلف من عقد لآخر،

⁽¹⁾ هشام خالد، "عقدا ضمان الاستثمار العربي والإسلامي"، مرجع سابق، ص 219.

⁽²⁾ اتفاقية المؤسسة العربية لضمان الاستثمار وانتماء الصادرات، مصادق عليها بموجب أمر رقم 16-72 مؤرخ في 07/06/1972، ج ر، العدد 53، الصادر في 04/07/1972. للاطلاع على الصيغة الرسمية للاتفاقية بتعديلها متاحة على موقع المؤسسة: اتفاقية المؤسسة العربية لضمان الاستثمار <http://www.iaigc.org>

⁽³⁾ OPIC: Overseas Private Investment Corporation.

⁽⁴⁾ المادة الأولى من الاتفاق الرامي إلى تشجيع الاستثمارات الموقع عليه في واشنطن بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة الولايات المتحدة الأمريكية، المصادق عليه بموجب مرسوم رئاسي رقم 90-319 مؤرخ في 17/10/1990، ج ر، العدد 45، الصادر في 24/10/1990.

⁽⁵⁾ نذكر من بين هؤلاء: هشام خالد، عقد ضمان الاستثمار، القانون الواجب التطبيق...، مرجع سابق، ص 318.

فهذا الاختلاف لا يمنع من اعتبار العقدين متماثلين في ركن المحل، كما أن ليس هناك ما يمنع من إدراج المخاطر غير التجارية ضمن المخاطر التي تغطيها عقود التأمين. فحداثة المخاطر غير التجارية هي السبب في عدم قيام شركات التأمين العادية بإدراجها ضمن الأخطار التي تغطيها عقود التأمين في العادة⁽¹⁾.

يعد السبب في كل من عقد ضمان الاستثمار وعقد التأمين واحداً، فسبب التزام المستثمر المضمون بدفع القسط لهيئة الضمان هو التزام هذه الأخيرة بتعويضه عن الخسارة الناتجة عن تحقق واحد أو أكثر من المخاطر المشمولة بالضمان، مقابل أداء المستثمر المضمون لأقساط الضمان باستمرار بشكل دوري، وهو نفس الأمر الذي نجده في عقد التأمين أيضاً.

ثانياً- آثار العقد: يترتب على عقد ضمان الاستثمار الأجنبي حسب هذا الاتجاه آثار متماثلة للآثار المترتبة عن عقد التأمين، من جهة ترتب عقود الضمان التزاما على المستثمر المضمون بأداء أقساط الضمان المقررة في العقد، كما تلزمه بإعلان الخطر عند التعاقد والإخطار بتغييره بعد ذلك، أي بكل المعلومات المتعلقة بموضوع العقد، وفي مقابل ذلك تلزم هيئة الضمان بدفع التعويض المستحق إلى المستثمر المضمون عند تعرضه لأحد المخاطر، ونفس الأمر ينطبق على عقد التأمين باعتبار أن كلا العقدين من العقود الملزمة للجانبين وأيضاً من عقود المعاوضة. إلا أن ذلك لا يكفي لاعتبار عقد الضمان عقد تأمين لاختلاف العقدين من عدة جوانب أخرى⁽²⁾.

الفرع الثاني: النقد الموجه إلى هذا الاتجاه

رغم تشابه عقد ضمان الاستثمار الأجنبي مع عقد التأمين في الكثير من الحالات، إلا أنهما مختلفان من عدة نواحي كذلك منها ما يتعلق بالمصطلح المعتمد (أولاً)، والغرض من كل نظام (ثانياً) وطبيعة الهيئة (ثالثاً)، والأساس الفني للعقد (رابعاً)، وطبيعة الخطر ومسببه (خامساً).

أولاً- من حيث المصطلح المستعمل: يختلف مصطلح "الضمان Garantie" عن مصطلح "التأمين Assurance"، وذلك بالرغم من أن بعض الاتفاقيات الدولية المتعلقة بضمان الاستثمار استعملت مصطلح التأمين في أحكامها التفصيلية، مثلما هو الشأن بالنسبة لأحكام الاتفاقية المنشئة للمؤسسة العربية لضمان الاستثمار وائتمان الصادرات، حيث تنص المادة 28/1¹ منها على أن "الغرض من المؤسسة هو تأمين المؤمن له العربي".

بينما المؤسسة الإسلامية لضمان الاستثمار وائتمان الصادرات فلم تكتف بالنص على مصطلح التأمين في أحكام الاتفاقية بل أطلقتها أيضاً على الاسم الذي تحمله المؤسسة والموسومة باسم "المؤسسة الإسلامية لتأمين الاستثمارات وائتمان الصادرات"⁽³⁾، رغم أن الغرض من استعمال مصطلح التأمين في أحكام الاتفاقيتين هو التعبير عن ضمان الاستثمارات الأجنبية Garantie des investissements étrangers، وهو المصطلح الأصح والأدق الذي يجب اعتماده، فعدم الوضوح والدقة في استعمال المصطلحات التي وردت في اتفاقات وعقود الضمان كان له تأثيراً بالغاً على موقف هذا الاتجاه من الفقه بقولهم أن عقد الضمان مثله مثل عقد التأمين.

⁽¹⁾ المرجع نفسه.

⁽²⁾ أنزليوي صليحة، النظام القانوني لعقد ضمان الاستثمار الدولي، مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزوزو، 2006، ص 67.

⁽³⁾ الاتفاقية المنشئة للمؤسسة الإسلامية لضمان الاستثمار وائتمان الصادرات، المصادق عليها بموجب مرسوم رئاسي رقم 96-144 مؤرخ في 23/04/1996، ج ر، العدد 26، الصادر في 24/04/1996. للاطلاع على الصيغة الرسمية للاتفاقية بتعديلاتها متاحة على موقع

المؤسسة: <http://www.iciec.org>

ثانيا- من حيث الغرض من كل نظام: تهدف عمليات التأمين إلى تحقيق أكبر قدر ممكن من الربح لمن يمارسها، إذ أن شركات التأمين تهدف من وراء إبرامها لعقود التأمين إلى تحقيق مصلحة تجارية محضة، كونها شركات تجارية تمارس نشاطا تجاريا، فتقوم بتحصيل الأقساط من المؤمن لهم لتحقيق الربح. بينما عمليات ضمان الاستثمارات الأجنبية التي تمارس عن طريق هيئات الضمان المختلفة، فغرضها تشجيع انتقال رؤوس الأموال بين الدول الأعضاء المتعاقدة لتمويل جهودها الإنمائية ودعم علاقاتها الاقتصادية في إطار من التعاون الفعال حسب ديباجة الاتفاقية المنشئة للمؤسسة العربية.

ثالثا- من حيث طبيعة الهيئة: يعتبر سير أنظمة التأمين من المواضيع الخاصة، بينما سير أنظمة الضمان هو من المواضيع العامة، حتى ولو أن تنظيم هيئة الضمان يظهر في شكل شركة تجارية. إذ تتسم هيئات الضمان بطابعها الوطني فهي هيئات وطنية تتبع الدولة التي تنتمي إليها⁽¹⁾ ولو تمتعت بالشخصية الاعتبارية المستقلة، ويصدق هذا القول على أنظمة الضمان الوطنية المختلفة فتعد هيئات الضمان الوطنية بمثابة مرافق عامة تبرم عقود الضمان بدافع المصلحة العامة، فهي تقوم على تنفيذ سياسة حكومية التي تحث على تشجيع وترقية الاستثمار الوطني في الخارج.

رابعا- من حيث الأساس الفني للعقد: لا يعتمد عقد ضمان الاستثمار على الأسس الفنية التي يستند عليها عقد التأمين بصفة عامة، ويرجع ذلك في الواقع إلى أن الخطر في عقد الضمان لا يقبل القياس والتقدير وفقا للأسس الفنية المتبعة في التأمين، ومن ثم فإن هيئة الضمان لا تقوم بتوزيع المخاطر على مجموع المستثمرين المتعاقدين معها، عن طريق تحصيل أقساط منهم تكفي للوفاء بالتزاماتها بضمن المخاطر التي يمكن أن تتحقق، وهي لا تتبع الحسابات الرياضية في تقدير احتمالات وقوع، تلك المخاطر ومدى جسامتها وفقا للأصول المعروفة في التأمين⁽²⁾. فالأقساط في عقد ضمان الاستثمار الأجنبي ليست أقساطا تجارية، بل يتم تقديرها عادة بمبالغ زهيدة تقل قيمتها بالمقارنة مع قيمة الخطر، كما أن تقدير التعويض في عقد الضمان، لا يخضع للأسس المعمول بها في نظام التأمين، إنما يخضع تقديره لقواعد خاصة تحددها اتفاقات وعقود الضمان بصورة مستقلة⁽³⁾.

خامسا- من حيث طبيعة الخطر ومسببه: يكون الخطر المؤمن منه في عقد التأمين خطرا طبيعيا كالحريق مثلا أو الوفاة، المرض، السرقة، الزلزال... فهي أخطار تقع بسبب الغير، بينما في عقد الضمان فإن الخطر هو خطر غير تجاري، وهو ما يعرف بالأخطار السياسية والتي تتمثل أساسا في الأخطار التي تحدث نتيجة عمل إرادي للدولة المضيفة للاستثمار مثل: التأميم، نزع الملكية، المصادرة، عدم التحويل، الإخلال بالعقد، إضافة إلى خطر الحروب و الفتن الداخلية⁽⁴⁾.

يختلفان كذلك من حيث طبيعة أقساط الضمان التي يلتزم بها الطرف المضمون عن كل خطر، كما يختلفان من حيث المدة، فعادة ما تبرم عقود التأمين لمدة لا تزيد عن ثلاثة سنوات، في حين تصل مدة عقد الضمان إلى 15 سنة، يمكن أن تمتد إلى 20 سنة⁽⁵⁾.

¹) CARREAU Dominique et JUILLARD Patrick, op.cit, p534.

²) دريد محمود السامرائي، مرجع سابق، ص 304.

³) راجع في ذلك مثلا المواد من 20 إلى 23 من عقد تأمين استثمار الذي أعدته المؤسسة العربية لضمان الاستثمار متاح على الموقع <http://www.dhaman.org>

⁴) GUYOMAR André et MORIN Etienne, Commerce international, Dalloz, Paris, 1992, p174.

⁵) <http://www.miga.org>، دليل ضمان المستثمر.

يشترط في الخطر المؤمن منه في عقد التأمين ألا يكون متوقفا على محض إرادة أحد المتعاقدين. ولما كانت معظم المخاطر التي يغطيها عقد الضمان هي من الإجراءات التي تتخذها الدولة المضيفة للاستثمار، وحيث أن تلك الدولة عضو في هيئة الضمان الدولية التي تبرم العقد مع المستثمر الأجنبي، فإن الخطر يكون وفقا لهذا التصور صادرا من جانب المؤمن (هيئة الضمان)⁽¹⁾، خاصة وأنه يشترط موافقة الدولة المضيفة للاستثمار كإجراء ضروري سابق لإبرام عقد ضمان الاستثمار.

مما تقدم نصل إلى أنه لا يمكن تكييف عقد ضمان الاستثمار الأجنبي بأنه عقد تأمين، وربما ما دفع ببعض الفقه إلى اعتبار عقد الضمان عقد تأمين أو حتى عقد كفالة، هو أن كل من التأمين والكفالة والضمان ألفاظ تستعمل جميعها كلفظ معادل لفظ الالتزام بالتعويض أو المسؤولية⁽²⁾، إلا أنها مصطلحات مختلفة عن بعضها البعض، كما بينا ذلك.

في حين يرى جانب آخر أن عقد ضمان الاستثمار هو مجرد علاقة بين متعهد ومنتفع في اشتراط لمصلحة الغير، تشترط من خلاله الدولة المضيفة الضمان على الهيئة لصالح المستثمر أو أنه عقد من العقود غير المسماة، غير أن هذه المحاولات، بالرغم من دورها في إبراز أوجه الشبه بين عقد ضمان الاستثمار الأجنبي مع غيره من هذه العقود، إلا أنها لم تسلم من النقد⁽³⁾.

المبحث الثالث: عقد ضمان الاستثمار عقد اقتصادي دولي مركب

إذا كان عقد ضمان الاستثمار يخضع للقواعد العامة التي تحكم العقود عموما، إلا أنه يبقى عقدا متميزا، لاحتوائه على بعض الخصوصيات التي ينفرد بها عن العقود المشابهة له وهذه الخصوصيات وجدت خاصة لمسيرة الطبيعة الدولية⁽⁴⁾ لهذا العقد من جهة (الفرع الأول)، وطبيعته المركبة من جهة أخرى (الفرع الثاني).

المطلب الأول: عقد الضمان عقد اقتصادي دولي

تقسم العقود إلى عقود وطنية ودولية، وإذا كانت الأولى تتميز بخصائص أنها مدنية أو تجارية أو إدارية، فإن الأمر مختلف في العقد الدولي، وذلك لما يعتره من صعوبة في تعريفه رغم محاولات بعض الفقه لتعريفه (الفرع الأول)، معتمدين في ذلك على عدة معايير (الفرع الثاني)، لإظهار الطابع الاقتصادي الخاص به (الفرع الثالث).

الفرع الأول: تعريف العقد الاقتصادي الدولي

رغم صعوبة وضع تعريف جامع ومانع للعقد الدولي⁽⁵⁾، إلا أن الفقه تواتر على تعريفه بأنه العقد الذي يتضمن عنصرا أجنبيا سواء تعلق هذا العنصر بأطرافه أو هدفه أو محل إبرامه، أو مكان تنفيذه أو بموضوعه، إذ أن

¹ دريد محمود السامرائي، مرجع سابق، ص 305.

² إبراهيم شحاتة، الضمان الدولي للاستثمارات الأجنبية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1971، ص 50.

³ راجع في هذه الآراء والانتقادات الموجهة لها كل من: أحمد السعيد شرف الدين، مرجع سابق، ص 75-77؛ هشام خالد، عقد ضمان الاستثمار، القانون الواجب التطبيق...، مرجع سابق، ص 315؛ دريد محمود السامرائي، مرجع سابق، ص 303؛ إبراهيم شحاتة، مرجع سابق، ص 74.

⁴ باستثناء عقد الضمان المبرم في إطار أنظمة الضمان الوطنية فهي عقود لها طابع وطني تبرم بين مستثمر وطني يحمل جنسية الدولة المصدرة للاستثمار وهيئة ضمان وطنية أنشأها هذه الدولة لتشجيعه وحثه على الاستثمار في الخارج.

⁵ محمد حسين منصور، العقود الدولية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2009، ص 11، وفي مفهوم العقد الدولي بصفة عامة راجع: هشام خالد، ماهية العقد الدولي، دراسة فقهية قضائية مقارنة في الأنظمة القانونية الأنجلوسكسونية، اللاتينية، العربية والاتفاقيات الدولية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2007، ص 14؛ معاشو عمار، الضمانات في العقود الاقتصادية الدولية في التجربة الجزائرية (في عقود المفتاح والإنتاج في اليد)، أطروحة لنيل درجة دكتوراه دولة في القانون الدولي والعلاقات الدولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 1998، ص 32.

دولية العقد تتوقف على مدى تطرق الصفة الأجنبية إلى عناصره القانونية المختلفة. فإذا اتصلت أحد عناصر العلاقة التعاقدية بدولة أجنبية أو أكثر فإنها تكتسب الطابع الدولي لتعلقها بأكثر من نظام قانوني واحد.

إلا أن الأمر لا يتوقف عند حد تَضُمّن العقد أو العلاقة القانونية عنصراً أجنبياً، وإنما يشترط أن يكون العنصر الأجنبي فعالاً مؤثراً حتى يعتبر العقد دولياً، ويرجع السبب في ذلك إلى اختلاف الفقه في تحديد واعتماد معياراً واحداً جامعاً ومانعاً لدولية العقد، إذ توجد عدة معايير معتمدة لدولية العقد.

الفرع الثاني: معايير دولية العقد⁽¹⁾

ذهب اتجاه فقهي أوّل إلى الاعتداد بعناصر الرابطة العقدية القانونية ومدى تطرق الصفة الأجنبية إلى هذه العناصر كلها أو بعضها (المعيار القانوني)، بينما ذهب البعض الآخر إلى البحث في مدى اتصال الرابطة العقدية القانونية بمصالح التجارة الدولية (المعيار الاقتصادي)، في حين فضل اتجاه ثالث الجمع بين المعيارين القانوني والاقتصادي (المعيار المختلط).

أولاً- المعيار القانوني

مؤدى هذا المعيار أن العقد يعتبر دولياً بمجرد تطرق الصفة الأجنبية إلى أي عنصر من عناصر العلاقة القانونية، سواء تعلق هذا العنصر بأحد أطراف العقد محل إبرامه أو بمكان تنفيذه، بل وحتى بموضوعه وهدفه⁽²⁾، غير أن أنصار هذا الاتجاه قد اختلفوا حول مدى فاعلية العناصر القانونية للرابطة العقدية وأثر كل منها على اتصال العقد بالصفة الدولية، ونتيجة لهذا الاختلاف فقد وجدت صورتين أو اتجاهين للمعيار القانوني، الصورة الأولى تقليدية، الصورة الثانية حديثة.

1- المعيار القانوني التقليدي: يذهب أنصار هذا الاتجاه إلى المساواة بين العناصر القانونية للرابطة العقدية، بحيث يترتب على تعرض الصفة الأجنبية إلى أي منها اكتساب العقد للطابع الدولي الذي يبرر إخضاعه لأحكام القانون الدولي الخاص⁽³⁾.

لقد تعرض هذا المعيار للنقد، باعتباره ألياً جامداً، فهو يقضي باعتبار العقد دولياً بمجرد أن يتوفر عنصر أجنبي في الرابطة العقدية بصرف النظر عن أهمية ذلك أو طبيعة الرابطة المطروحة، وهذا لا يكفي لإسباغ الصفة الدولية، وهو ما أدى إلى ظهور المعيار القانوني الحديث.

2- المعيار القانوني الحديث: يرى أنصار هذا المعيار بأنه لا بد من التفرقة بخصوص العناصر القانونية للعقد، التي تتطرق إلى الصفة الأجنبية بين العناصر غير الفاعلة (المحايدة) وبين العناصر الفاعلة أو المؤثرة في العلاقة التعاقدية. إذ لا يعتبر مجرد توافر العناصر الأولى كافياً لإضفاء الطابع الدولي على هذه الرابطة، وإنما يتعين لاكتسابها صفة دولية أن تكون الصفة الأجنبية قد تطرقت إلى عنصر قانوني فاعل أو مؤثر⁽⁴⁾.

⁽¹⁾ هشام خالد، ماهية العقد الدولي، مرجع سابق، ص 57.

⁽²⁾ بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2006، ص 78.

⁽³⁾ إقلولي محمد، النظام القانوني لعقود الدولة في مجال الاستثمار (التجربة الجزائرية نموذجاً)، رسالة لنيل درجة دكتوراه الدولة في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2006، ص 81.

⁽⁴⁾ بشار الأسعد، مرجع سابق، ص 80.

فتحديد دولية العقد من عدمه على هذا النحو هي مسألة نسبية تتوقف على الرابطة العقدية، إذا كانت مثلا جنسية المتعاقدين تعد عنصرا سلبيا غير مؤثر في المعاملات المالية، فهي على العكس تعد عنصرا حاسما في عقود الزواج، حيث أن تمتع أحد الزوجين بجنسية أجنبية من شأنه إضفاء صفة الدولية على العقد ونفس الحكم يقال على عقود ضمان الاستثمار الأجنبي إذ الجنسية في مثل هذه العقود هي محل اعتبار.

نستنتج مما سبق أن تكييف العقد لا يتم على أساس عددي لعناصره التي لحقتها الصفة الأجنبية، وإنما يتم الإسناد على منهج كئيفي (نوعي)، يقوم على طبيعة العنصر الذي لحقته الصفة الأجنبية وما إذا كان يعد عنصرا مؤثرا أو محايدا.

وفقا لهذا الرأي يمكن تعريف العقد الدولي بأنه العقد الذي تنطرق صفة أجنبية لأحد عناصره الفاعلة أو المؤثرة⁽¹⁾، وهذا ما ينطبق على عقد الضمان.

ثانيا- المعيار الاقتصادي

يُعتبر العقد دوليا وفقا لهذا المعيار إذا كان يتصل بمصالح التجارة الدولية، وفق ما ذهبت إليه محكمة النقض الفرنسية⁽²⁾. ولما كان مصطلح التجارة الدولية هو في ذاته يحتاج إلى تعريف، فقد اتخذ المعيار صورا متعددة، حيث كانت كل صورة بمثابة حلٍّ يُلبى حاجات اقتصادية معينة شهدها المجتمع الفرنسي الذي ظهر فيه المعيار، كحاجة لتفادي أو لتطبيق نص قانوني معين وذلك على النحو التالي:

1- الصورة الأولى: معيار المد والجزر: لكي يعتبر العقد دوليا وفقا لهذا المعيار، يجب أن ينطوي على مد و جزر (ذهاب وإياب) لقيم اقتصادية عبر حدود دولتين أو أكثر.

تعرض معيار المد والجزر للعديد من الانتقادات لعدم قدرته على استيعاب جميع العلاقات الاقتصادية الدولية، مما يجعل من الصعوبة بمكان الأخذ بهذا المعيار في نطاق بعض العقود، مثل عقود الخدمات الدولية، كما أنه لا يأخذ في الحسبان تنوع طرق الوفاء، إذ ليس كل ذهاب للبضاعة يقابله إياب يتمثل في مبلغ الوفاء، فقد يتم الوفاء بطرق أخرى لذلك اضطر القضاء الفرنسي إلى تطوير المعيار الاقتصادي لدولية العقد إلى صورة أخرى.

2- الصورة الثانية: معيار مصالح التجارة الدولية: وفقا لهذا المعيار يعتبر العقد دوليا إذا كان العقد يتصل بعملية اقتصادية، تتضمن حركة الأموال والخدمات أو بمدفوعات عبر الحدود حتى ولو كانت في اتجاه واحد، وقد ظهر هذا الاتجاه بمناسبة بحث مسألة صلاحية شرط التحكيم في عقود التجارة الدولية، وهذا ما ذهبت إليه محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر في 19/02/1930⁽³⁾.

لقد تبني المشرع الفرنسي في قانون الإجراءات المدنية ما استقر عليه القضاء الفرنسي من تبني معيار مصالح التجارة الدولية كمعيار لدولية التحكيم وذلك في المادة 1492 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي التي تقضي بأنه يكون التحكيم دوليا إذا كان متعلقا بمصالح التجارة الدولية⁽⁴⁾.

¹ هشام خالد، عقد ضمان الاستثمار، القانون الواجب التطبيق...، مرجع سابق، ص 80.

² إقلولي محمد، مرجع سابق، ص 82.

³ راجع وقائع القضية في: إقلولي محمد، مرجع سابق، ص 85.

⁴ جاء نص المادة كما يلي

« Est international l'arbitrage qui met en cause des intérêts du commerce international ».

يتطلب المعيار الاقتصادي لدولية العقد وجوب انتقال قيم اقتصادية عبر الحدود وإن كانت له صورتين: صورة (معيار المد والجزر) التي تتطلب أن يكون الانتقال "متبادلا"، وصورة (مصالح التجارة الدولية) والتي تكتفي بأن يكون الانتقال في اتجاه واحد.

ثالثا- المعيار المختلط

يجمع المعيار المختلط بين المعيارين السابقين معا، إذ لا يكفي لتقرير دولية العقد التحقق من وجود عنصر أجنبي في الرابطة العقدية (المعيار القانوني)، بل لا بد من تعلق الأمر بمصالح التجارة الدولية (المعيار الاقتصادي).

فقد استندت محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر في 1972/07/04⁽¹⁾ إلى المعيار المختلط لتقرير دولية العقد المبرم بين شركة هولندية وشخص فرنسي الجنسية، أصبح بمقتضاه وكيلًا للشركة الهولندية، مما يجيز له تسويق منتجاتها في فرنسا، وهو ما يكشف اتصال الرابطة العقدية بكل من النظام القانوني الفرنسي والنظام القانوني الهولندي، إلا أن المحكمة لم تكتف بتوافر المعيار القانوني لتقرير دولية العقد، بل أشارت في تأكيدها على دولية العقد إلى ما يهدف إليه العقد من انتقال الأموال عبر الحدود والذي يمس مصالح التجارة الدولية.

غير أن الكثير من الفقهاء يؤكدون كفاية المعيار القانوني الحديث لتقرير دولية العقد دون الأخذ بالمعيار الاقتصادي، على اعتبار أن التمييز بين العناصر الفاعلة والعناصر غير الفاعلة هي الأساس الصحيح لدولية الرابطة العقدية⁽²⁾ ومن هؤلاء د/هشام صادق إذ يرى أن المعيار القانوني الحديث الذي يمتاز بالمرونة والنسبية يصلح أساسا موحدا للكشف عن دولية العقود بصفة عامة، سواء كانت من العقود المتعلقة بالعلاقات الاقتصادية أو غيرها دون الاستعانة بالمعيار الاقتصادي، وفي ضوء ذلك يمكن تعريف العقد الدولي بأنه العقد الذي بحكم طبيعته ينتمي بعناصره الذاتية الفاعلة لأكثر من نظام قانوني واحد⁽³⁾. وعليه نتساءل عن مدى توفر هذه المعايير في عقد الضمان للقول بدوليته؟

الفرع الثالث: الطابع الاقتصادي الدولي لعقد ضمان الاستثمار الأجنبي

يتم إبرام عقد الضمان بين طرفيه هما هيئة الضمان التي تختلف وتعدد بتعدد أنظمة الضمان المختلفة من جهة، ومن جهة أخرى المستثمر الأجنبي صاحب المشروع الاستثماري. وعلى هذا فإن عقد الضمان يبرم عموما بين أشخاص لا تجمعهما جنسية واحدة وهذا يعني تطرق الصفة الأجنبية لأحد عناصره وهو أطرافه باستثناء عقد الضمان المبرم بين المستثمر الأجنبي وهيئة الضمان الوطنية، إذ يشترط في هذه الحالة أن يكون الطرفين يحملان جنسية الدولة المصدرة للرأس مال وإلا لن ينعقد العقد، هذا من جهة أولى.

من جهة ثانية فإن هيئات الضمان بمختلف أنواعها تضمن الاستثمارات الأجنبية التي يملكها مستثمر أجنبي. وعليه فإن عقد الضمان ينصب بالضرورة على استثمار أجنبي، وبذلك تتطرق صفة أجنبية أخرى لأحد عناصر العقد وهو موضوعه.

⁽¹⁾ يشار الأسعد، مرجع سابق، ص 84.

⁽²⁾ إقلولي محمد، مرجع سابق، ص 86.

⁽³⁾ هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1995، ص 51.

من جهة ثالثة فإن الهدف الذي وجد عقد الضمان من أجل تحقيقه هو توفير فرص الاستثمار المأمونة للدول المصدرة لرؤوس الأموال وتشجيع تدفق الاستثمارات الأجنبية إلى الدول المضيفة لها، وفي الوقت نفسه توفير رؤوس الأموال اللازمة لتحقيق برامج التنمية في كل الدول المستوردة لها، وهذا الهدف لا ينظر فيه إلى تحقيق مصلحة دولة معينة⁽¹⁾، بل يتناول أي دولة منظمة إلى إحدى الاتفاقيات المنشئة لهيئات الضمان الدولية.

كما أن عقد الضمان بما يوفره من حماية واطمئنان للمستثمرين الأجانب يعتبر سببا مباشرا لخروج رؤوس الأموال من الدول المصدرة لها إلى الدول المستوردة لها، الأمر الذي يتبين منه تجاوز هذا العقد للنطاق الاقتصادي لأي دولة معينة بالذات، وبذلك تتطرق صفة أجنبية لأحد عناصر هذا العقد الاقتصادي وهو الهدف منه.

إذا كان الثابت أن تطرق أي صفة أجنبية لأحد عناصر العقد الفعالة أو المؤثرة تكفي لإسباغ الصفة الدولية عليه، فإن هذا أولى إذا كانت الصفة الأجنبية قد تطرقت إلى ثلاث عناصر جوهرية فعالة، وهي موضوع العقد ووظيفته وأطرافه.

يتبين مما تقدم أن عقد ضمان الاستثمار الأجنبي هو عقد اقتصادي دولي، والذي هو نتيجة لمجموع العلاقات القانونية بين عدة متدخلين، باعتبار أنه عقد مشروط بإجراءات أولية أخرى، مما يجعله من العقود المركبة.

المطلب الثاني: عقد ضمان الاستثمار الأجنبي عقد مركب

يُعتبر عقد ضمان الاستثمار من العقود المركبة، يتم إبرامه بتدخل مجموعة من العلاقات القانونية الخارجة عن طرفي العقد، بحيث يعتبر وجودها في عملية الضمان عنصرا أساسيا لإبرام عقد الضمان بين المستثمر طالب الضمان وهيئة الضمان، فتتدخل هذه العلاقات في تكوين العقد وإن كانت لا ترقى إلى درجة الأركان الرئيسية المحددة لطبيعة العقد، ومنها العلاقة التي تربط الدولة المصدرة والدولة المضيفة للاستثمار (الفرع الأول)، وكذلك علاقة المستثمر الأجنبي بدولته الوطنية من جهة، وعلاقته أيضا بالدولة المضيفة لاستثماره من جهة أخرى (الفرع الثاني)، وفي الأخير علاقة هيئة الضمان بالدولة المضيفة للاستثمار (الفرع الثالث).

الفرع الأول: علاقة الدولة المضيفة للاستثمار بالدولة المصدرة له

يُقصد بالدولة المضيفة للاستثمار الدولة المستوردة للرأسمال، بهدف تحقيق التنمية والتطور الاقتصادي وهي الدولة التي يتم تنفيذ المشروع الاستثماري فيها. وبغرض تشجيع تدفق الاستثمارات الأجنبية إليها تلجأ عادة إلى الدخول في اتفاقات دولية ثنائية أو جماعية مع الدولة أو الدول المصدرة للرأسمال، من أجل حماية هذه الاستثمارات، وهذا ما يفسر في واقع الأمر كثرة الاتفاقيات الثنائية المبرمة في مجال تشجيع وترقية الاستثمارات. يتم النص بموجبها على السماح لهيئات الضمان الوطنية بأن تبرم عقود الضمان لتشجيع انتقال رؤوس الأموال إلى الخارج.

إلا أنه ونظرا لأن الدول المضيفة للاستثمار خاصة الدول النامية قد تتردد في قبول نظم الضمان الوطنية التي تضطلع بها هيئات وطنية تابعة للدول المصدرة للرأسمال خوفا من أن عملية ضمان الاستثمار قد يكون لها طابعا سياسيا أكثر مما هو طابع اقتصادي قانوني. كما أن بعض الدول المضيفة للاستثمار ترفض الدخول في اتفاقات ثنائية

(1) هشام علي صادق، النظام العربي لضمان الاستثمار ضد المخاطر غير التجارية، دار المطبوعات الجامعية، القاهرة، 2007، ص 81.

مع الدولة المصدرة للرأسمال بشأن تطبيق نظامها الوطني للضمان على الاستثمار الأجنبي، لأنها تجد في هذه الاتفاقات قيدا على سيادتها الوطنية في معاملة الاستثمارات الأجنبية على أراضيها⁽¹⁾.

من هنا تظهر الحاجة إلى الاتفاقيات المتعددة الأطراف والتي تربط كل من الدولة المضيفة والدولة المصدرة للرأسمال، والتي تتضمن إنشاء هيئة دولية لضمان الاستثمار⁽²⁾، حيث يكون انضمام كل من هذه الدول إلى هذه الاتفاقيات فرصة تمكن المستثمرين من إمكانية إبرام عقد الضمان مع هيئات الضمان الدولية، تتحمل بموجبه هذه الأخيرة تبعات الأضرار التي تلحق باستثماراتهم عند تحقق مخاطر غير تجارية، بغض النظر عن ارتباط الدولتين المصدرة والمستوردة للاستثمار- بموجب اتفاقية ثنائية أو جماعية أخرى لحماية وضمان الاستثمار- من عدمه، مادامت ظروف الاستثمار في الدولة المضيفة ملائمة ومقبولة.

الفرع الثاني: علاقة المستثمر المضمون بدولته الوطنية والدولة المضيفة لاستثماره

تظهر علاقة المستثمر الأجنبي بصدد إبرامه لعقد ضمان الاستثمار مع هيئة الضمان من ناحيتين، وذلك من ناحية علاقته بدولته الوطنية باعتباره يحمل جنسيتها (أولا)، ومن ناحية أخرى علاقته بالدولة المضيفة لاستثماره (ثانيا).

أولا- علاقة المستثمر المضمون بالدولة المصدرة للاستثمار

تظهر العلاقة في هذه الحالة، في حالة أنظمة الضمان الوطنية، تلك التي تضمن بوجه عام مواطنيها فقط، أي المتمتعين بجنسية الدول المنشئة لهذه الأنظمة دون سواهم، وبالمقابل فإن النتيجة العكسية المترتبة على ذلك هي حرمان عديدي الجنسية من هذا الحق حتى ولو كانوا متوطنين في الدولة المصدرة للاستثمار.

بينما في حالة أنظمة الضمان الدولية، فإنه يشترط لقبوله طرفا لإبرام عقد الضمان أن يكون من مواطني دولة عضو في الهيئة التي يتعاقد معها في حالة الشخص الطبيعي، أو أن يكون تابعا لدولة عضو استنادا إلى مركز إدارته الرئيسي المتواجد بها أو بخضوعه لرقابتها أو رقابة مواطنيها إذا كان المستثمر شخصا اعتباريا.

ثانيا- علاقة المستثمر المضمون بالدولة المضيفة للاستثمار

تعد علاقة المستثمر بالدولة المضيفة لاستثماره علاقة تعاقدية يحكمها عقد الاستثمار المبرم بينهما بهدف إقامة أو إنشاء استثمار من طرفه في إقليم الدولة المضيفة لاستثماره⁽³⁾.

فبعد الاستثمار يبرم بين طرفين هما: الدولة باعتبارها صاحبة السيادة فهي شخص من أشخاص القانون الدولي العام، والطرف الآخر هو الفرد الذي لا ينتمي مبدئيا إلى ذلك القانون، وفي هذا الصدد فإن المستثمر يسعى دائما من خلال علاقته بالدولة المضيفة للحصول على أكبر قدر من الحرية في العمل، وأكبر قدر من الحماية ضد المخاطر غير التجارية التي تهدد مشروعه الاستثماري.

⁽¹⁾ ريواف فائق حسين، مرجع سابق، ص 200.

⁽²⁾ تنص المادة 4/1 "العضوية في الوكالة مفتوحة لجميع الدول الأعضاء في البنك وسويسرا" من الاتفاقية المنشئة للوكالة الدولية لضمان الاستثمار، المصادق عليها بموجب مرسوم رئاسي رقم 95-345 مؤرخ في 1995/10/30، ج ر، العدد 66، الصادر في 1995/11/05. للاطلاع على الصيغة الرسمية للاتفاقية بتعدلاتها متاحة على موقع الوكالة <http://www.miga.org>

⁽³⁾ عيبوط محند وعلي، "عقد الاستثمار: بين القانون الداخلي والقانون الدولي"، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، العدد الأول، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2011، ص 7.

الفرع الثالث: علاقة هيئات الضمان الدولية بالدولة المضيفة للاستثمار

تتميز هيئات ضمان الاستثمار الدولية بأنها هيئات تضم نوعين من الدول، فهي تضم الدول المصدرة والمستوردة للاستثمار، وتعتبر مشاركة هذه الأخيرة في عضوية الهيئة وفي تمويلها، طريقة تساعد على تحسين مناخ الاستثمار في هذه الدول حيث تستطيع الإسهام في إدارة هيئة الضمان ومراقبتها من الداخل، بينما تضمن الدول المصدرة للاستثمار بهذا الشكل الحصول على معاملة أفضل من جانب هذه الدول في مواجهة الاستثمارات الأجنبية، خاصة إذا ترتب عن هذه العضوية قبول للالتزامات في معاملة الاستثمارات والمساهمة في تغطية الخسائر التي تلحق بها⁽¹⁾.

تكون في الأخير لهذه الدول جميعا مصلحة مالية في العمل من أجل عدم تحقق المخاطر المضمونة، وهذا ما من شأنه أن يساهم في تحسين المناخ الاستثماري. لذلك تمثل هيئات الضمان الدولية إطارا تتلاقى فيه الدول المصدرة للاستثمار مع الدول المضيفة بشأن توفير أكبر قدر ممكن من الحماية للاستثمارات الأجنبية من المخاطر غير التجارية التي تهددها. غير أن العلاقة في عقد الضمان، يمكن أن تمتد إلى إبرام اتفاقات ثنائية بين هيئة الضمان والدولة المضيفة للاستثمار- وهنا تظهر العلاقة مباشرة بين الطرفين- بشأن حماية ومعاملة الاستثمارات، تتعهد من خلالها الدولة المضيفة للاستثمارات المضمونة بتوفير قدر معين من الحماية والمعاملة لهذه الاستثمارات.

خاتمة

يُمكن القول مما تقدم، بأن عقد ضمان الاستثمار ليس بعقد تأمين ولا كفالة، ولا اشتراط لمصلحة الغير...على النحو الذي بيناه، بل هو في جوهره عملية ضمان قائمة بذاتها ومستقلة عن غيرها، تُمثل تطوُّراً حديثاً لتقنية دولية جديدة لتنظيم التجارة الدولية، تستجيب لمتطلبات الحياة المعاصرة، والتشجيع على تدفق الاستثمارات الأجنبية، فتلتزم بموجبه هيئة الضمان بدفع التعويض للمستفيد في حالة تحقق السبب الموجب له.

فبقدر ما تكون هناك مصالح في الحركة الدولية لانتقال رؤوس الأموال الخاصة، تكون هناك حاجة قانونية ملحة لتنظيم هذه الحركة وتشجيعها، وهذا ما تهدف هيئات ضمان الاستثمار الأجنبي إلى تجسيده وتكريسه بواسطة عقود ضمان الاستثمار النموذجية التي تعدها وتبرمها مع المستثمرين الأجانب، هذا العقد الذي هو عقد ينفرد بسمات وخصائص تجعله فريد من نوعه باعتباره عقدا دوليا اقتصاديا مركبا ليس كغيره من العقود الأخرى. يُعتبر عقد الضمان إذن عقداً مستقلا عن غيره من العقود ما يعني أن له طبيعة قانونية مستقلة ونظام قانوني خاص به.

يترتب على اعتبار عقد ضمان الاستثمار الأجنبي عقدا اقتصاديا دوليا عدة نتائج أهمها:

- تنتقل بموجبه رؤوس الأموال من الدول المصدرة إلى الدول المستوردة لها.
- عدم إخضاع هذا العقد لولاية أي قانون وطني، حيث تكفلت عقود الضمان النموذجية التي أعدها مختلف هيئات الضمان بتحديد القانون الواجب التطبيق عليه على نحو يتناسب مع صفته الدولية.
- تقضي القاعدة العامة بأن العقود الدولية التي تتضمن عنصرا أجنبيا، تخضع للقانون الذي تختاره إرادة المتعاقدين صراحة أو ضمنا، وفقا للمبادئ العامة في القانون الدولي.

(1) ريوافائق حسين، مرجع سابق، ص 200.

قائمة المراجع

أولاً- باللغة العربية

1- الكتب

- (1) إبراهيم شحاتة ، الضمان الدولي للاستثمارات الأجنبية، دار النهضة العربية ، القاهرة، 1971.
- (2) أحمد السعيد شرف الدين، عقود التأمين وعقود ضمان الاستثمار (واقعها الحالي وحكمها الشرعي)، مطبعة حسان، القاهرة، 1988.
- (3) بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2006.
- (4) دريد محمود السامرائي، الاستثمار الأجنبي (المعوقات والضمانات القانونية)، الطبعة الأولى، مركز دراسات الوحدة العربية، بيروت، 2006.
- (5) ريواف فائق حسين، عقود التأمين من المسؤولية و ضمان الاستثمار في ضوء قاعدة نسبية أثر العقد، دراسة تحليلية مقارنة، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، 2014، ص 200.
- (6) سمير تناغو، التأمينات العينية والشخصية، الرهن الرسمي، حق الاختصاص، الرهن الحيازي، حقوق الامتياز، الكفالة، قانون التمويل العقاري، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2008.
- (7) محمد حسين منصور، العقود الدولية، دارالجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2009.
- (8) هشام خالد، عقد ضمان الاستثمار، القانون الواجب التطبيق عليه وتسوية المنازعات التي تنور بشأنه، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2007.
- (9) _____، ماهية العقد الدولي، دراسة فقهية قضائية مقارنة في الأنظمة القانونية الأنجلوسكسونية، اللاتينية، العربية والاتفاقيات الدولية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2007.
- (10) هشام علي صادق، حماية المال الأجنبي، مع إشارة خاصة للوسائل المقترحة لحماية الأموال العربية في الدول العربية، الدار الجامعية، بيروت، 1981.
- (11) _____، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1995.
- (12) _____، النظام العربي لضمان الاستثمار ضد المخاطر غير التجارية، دار المطبوعات الجامعية، القاهرة، 2007.

2- الرسائل والمذكرات الجامعية

أ- رسائل الدكتوراه

- (1) إقلولي محمد، النظام القانوني لعقود الدولة في مجال الاستثمار (التجربة الجزائرية نموذجاً)، رسالة لنيل درجة دكتوراه الدولة في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزوزو، سنة 2006.
- (2) معاشو عمار، الضمانات في العقود الاقتصادية الدولية في التجربة الجزائرية (في عقود المفتاح والإنتاج في اليد)، أطروحة لنيل درجة دكتوراه دولة في القانون الدولي والعلاقات الدولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 1998.

ب- مذكرات الماجستير

- (1) نزيوي صليحة، النظام القانوني لعقد ضمان الاستثمار الدولي، مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزوزو، 2006.

3- المقالات

- 1) عبد الله عبد الكريم عبد الله، "أحكام الوكالة الدولية لضمان الاستثمار (دراسة في الأحكام العامة لاتفاقية إنشاء الوكالة ونطاق أعمالها)"، مجلة الدراسات القانونية، العدد الثاني، كلية الحقوق، جامعة بيروت العربية، 2004، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2005، ص ص 165-203.
- 2) عيبوط محند وعلي، "عقد الاستثمار: بين القانون الداخلي والقانون الدولي"، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، العدد الأول، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2011، ص ص 7-31.
- 3) هشام خالد، "عقدا ضمان الاستثمار العربي والإسلامي"، دراسة مقدمة إلى مؤتمر الجديد في مجال التأمين (الضمان) في لبنان والعالم العربي، مجلة الجديد في مجال التأمين والضمان في لبنان والعالم العربي، الجزء الأول، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2007، ص ص 197-227.

4- النصوص القانونية

أ- الاتفاقيات الدولية

- 1) اتفاقية المؤسسة العربية لضمان الاستثمار وائتمان الصادرات، مصادق عليها بموجب أمر رقم 72-16 مؤرخ في 07/06/1972، ج ر، العدد 53، الصادر في 04/07/1972. للاطلاع على الصيغة الرسمية للاتفاقية بتعديلاتها متاحة على موقع المؤسسة <http://www.iaigc.org>
- 2) الاتفاق الرامي إلى تشجيع الاستثمارات الموقع عليه في واشنطن بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة الولايات المتحدة الأمريكية، المصادق عليه بموجب مرسوم رئاسي رقم 90-319 مؤرخ في 17/10/1990، ج ر، العدد 45، الصادر في 24/10/1990.
- 3) الاتفاقية المنشئة للوكالة الدولية لضمان الاستثمار، المصادق عليها بموجب مرسوم رئاسي رقم 95-345 مؤرخ في 30/10/1995، ج ر، العدد 66، الصادر في 05/11/1995. للاطلاع على الصيغة الرسمية للاتفاقية بتعديلاتها متاحة على موقع الوكالة <http://www.miga.org>
- 4) الاتفاقية المنشئة للمؤسسة الإسلامية لضمان الاستثمار وائتمان الصادرات المصادق عليها بموجب مرسوم رئاسي رقم 96-144 مؤرخ في 23/04/1996، ج ر، العدد 26، الصادر في 24/04/1996. للاطلاع على الصيغة الرسمية للاتفاقية بتعديلاتها متاحة على المؤسسة <http://www.iciec.org>

ب- القوانين

- 1) أمر رقم 75-58 مؤرخ في 26/09/1975، يتضمن القانون المدني، معدل ومتمم.
ثانيا- باللغة الفرنسية

1) CARREAU Dominique et JUILLARD Patrick, Droit international économique, 5^{ème} édition, Dalloz, Paris, 2013.

2) GUYOMAR André et MORIN Etienne, Commerce international, Dalloz, Paris, 1992.

الهيئة العليا المستقلة لمراقبة الانتخابات في التشريع الجزائري
(دراسة تحليلية على ضوء القانون العضوي 11 / 16)

فارس مزوزي
باحث بقسم الدكتوراه حقوق
تخصص إدارة محلية
كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة باتنة-1-
faresmazouzi09@gmail.com

بهلول سمية
باحثة بقسم الدكتوراه حقوق،
تخصص إدارة محلية
كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة باتنة-1-
soumia.bahloul@hotmail.com

الملخص:

تعتبر الهيئات العليا المستقلة من أحدث الصور المتبناة على المستويين العالمي والعربي في مجال الرقابة على الانتخابات والعمل على ضمان نزاهتها وشفافيتها وهو الأمر الذي جعل انتشار استحداث هذا النوع من الهيئات سريعا في السنوات الأخيرة خاصة مع اثبات هذا النوع من الأجهزة الرقابية للدور الكبير الذي تلعبه في سبيل تحقيق الأهداف المرسومة لها والتي ساهم فيها بالدرجة الأولى التشكيلة المتنوعة التي تتمتع بها هذه الهيئات والتي تذهب أغلب الدول إلى جعلها مزيجا بين الرقابة القضائية والإدارية في نفس الوقت، والمشرع الجزائري حاله حال التشريعات العالمية تبني هذا النوع من الهيئات وأعطاه إطارا قانونيا لممارسة صلاحيات واسعة في مجال تنظيم الانتخابات والرقابة عليها في سعي إلى التقدم بسير الانتخابات إلى مستوى عالمي يتسم بالنزاهة والشفافية والجدية بعيدا عن جميع أنواع الضغوطات.

Abstract:

The independent higher bodies are among the latest images adopted at the global and Arab levels in the field of election control and work to ensure their integrity and transparency, which has made the spread of the development of this type of bodies quickly in recent years, especially with the verification of this type of regulatory bodies for the great role it plays for The objectives set for them, which contributed to the first place the variety of these bodies, which go to most countries to make a combination of judicial and administrative control at the same time.

The Algerian legislator in the case of global legislation adopted this and gave them a legal framework to exercise wide powers in the organization and control of elections in an effort to move the elections to a global level of integrity, transparency and seriousness away from all kinds of pressures.

المقدمة:

تعتبر الانتخابات من أهم الصور الديمقراطية لاختيار الشعب لرؤسائه وممثليه على المستوى الوطني والمحلي، وهو الأمر الذي منحها أهمية كبرى وجعل الحرص على نجاحها وتنظيمها بصور نزيهة وشفافة محل اهتمام الدولة والمؤسسات والأفراد على حد سواء، من هذا المنطلق كانت الجهود المبذولة تتكاثف وتتنوع في كل مرة وتسير في طريق استحداث العديد من السبل والوسائل والهيئات والمؤسسات التي من شأنها ضمان سير العملية الانتخابية وفق شروط المصادقية التي تضمن نزاهتها وشفافيتها وتضمن تعبيرها عن صوت الشعب واختياره بعيدا عن أي ضغط أو تزوير، فكانت الهيئات العليا المستقلة من أهم النتائج التي خرجت بها تضافر هذه الجهود والتي تعتبر من أحدث وسائل الرقابة التي انتهجتها العديد من دول العالم وعلى نهجها سارت الجزائر.

إن التوجه نحو منح الهيئات العليا المستقلة مهمة الرقابة على العملية الانتخابية أصبح توجهها عالميا فرضته متطلبات النزاهة والشفافية المنشودة في كل العمليات الانتخابية وذلك لما سجلته هذه الهيئات من دور إيجابي في هذا المجال على مستوى الدول السبابة لهذا التوجه، الأمر الذي وضع العديد من الدول العربية أمام حتمية تبني التوجه الغربي والعمل على استحداث هذه الهيئات خاصة أمام النتائج الكارثية التي تسجل على نزاهة وشفافية العملية الانتخابية على مستوى هذه الدول العربية.

من هذا المنطلق جاء التعديل الدستوري لسنة 2016 مستحدثا هذه الهيئة المهمة التي تعتبر قفزة نوعية في مجال الرقابة على العملية الانتخابية ليأتي القانون العسوي 10/16 منظما هذه الهيئة ومحددا تشكيلتها وصلاحياتها، هذه الأخيرة التي باشرت المهام الموكلة لها بشكل فوري ومباشر خاصة مع استحداثها في فترة تزامنت مع تنظيم الانتخابات التشريعية في الجزائر لتكون هذه المحطة تحديا لإثبات فعاليتها ونجاحها.

على هذا الأساس وأمام هذه الحقائق سنحاول من خلال هذه الورقة البحثية الوقوف بالدراسة والتحليل على أهم صلاحيات الهيئة العليا المستقلة لمرافقة الانتخابات في الجزائر والبحث في مدى إمكانية تحقيقها للأهداف المسطرة لها والنتائج المرجوة منها بعد التعرير على التشكيلة الرئيسية لهذه الهيئة وبيان أهم النقاط الإيجابية والسلبية المسجلة منطلقين بذلك من إشكالية رئيسية مفادها:

ما هو الإطار القانوني والوظيفي للهيئة العليا المستقلة للانتخابات وهل ساهم هذا الإطار في تحقيقها للأهداف المرجوة منها بوصفها آلية لتحقيق النزاهة والشفافية في الجزائر؟

وحتى نصل لحل دقيق يجيب إجابة شافية وافية متكاملة عن الأسئلة المطروحة اعتمدنا في دراستنا على المنهج الوصفي التحليلي الذي يتلاءم مع طبيعة الإشكالية والموضوع الذين يحتاجان إلى تحليل ونقد بالدرجة الأولى عند استعراض موقف المشرع من الهيئة محل الدراسة ووضع بعض الاقتراحات كلما تطلب الأمر.

وبناء على ذلك سنقسم دراستنا إلى قسمين رئيسيين:

المطلب الأول: التنظيم التشريعي للهيئة العليا المستقلة لمراقبة الانتخابات في الجزائر:

الفرع الأول: الأساس الدستوري والقانوني للهيئة العليا المستقلة لمراقبة الانتخابات في الجزائر.

الفرع الثاني: تشكيلة الهيئة العليا المستقلة لمراقبة الانتخابات في الجزائر.

المطلب الثاني: صلاحيات الهيئة العليا المستقلة لمراقبة الانتخابات.

الفرع الأول: صلاحيات الهيئة في مجال تنظيم الانتخابات.

الفرع الثاني: صلاحيات الهيئة العليا في مجال الرقابة على الانتخابات.

المطلب الثالث: ضمانات حياد الهيئة العليا المستقلة لمراقبة الانتخابات في التشريع الجزائري.

الفرع الأول: ضمانات حياد أعضاء الهيئة العليا المستقلة لمراقبة الانتخابات.

الفرع الثاني: ضمانات حياد الهيئة العليا المستقلة للانتخابات كجهاز مستقل.

II المطلب الأول: التنظيم التشريعي للهيئة العليا المستقلة لمراقبة الانتخابات في الجزائر:

إن إسناد مهمة الإشراف والرقابة على العملية الانتخابية إلهيئة تتمتع بنوع من الحرية والاستقلالية والحياد، تعتبر من بين الآليات الجديدة التي استحدثتها العديد من التشريعات العالمية والتي على نهجها سار المشرع الجزائري، الذي تبنى هذا التوجه من الرقابة في ظل الإصلاحات السياسية والقانونية التي عرفتها الدولة خلال الآونة الأخيرة و التي جعلت قوامها تحقيق مبادئ الديمقراطية وضمن أكبر قدر من النزاهة والشفافية، على اعتبار أن هذه الهيئة أثبتت نجاعتها في العديد من الدول في كونها ضمانة حقيقية لتفعيل الممارسة السياسية ضمن أطر الشفافية والنزاهة.

لتحديد التنظيم القانوني للهيئة العليا المستقلة لمراقبة الانتخابات في الجزائر لابد من تحديد أساسها الدستوري والتشريعي (الفرع الأول) ومن ثم تحديد تشكيلتها وفق ما جاء به التشريع العضوي (الفرع الثاني).

1 الفرع الأول: الأساس الدستوري والقانوني للهيئة العليا المستقلة لمراقبة الانتخابات في الجزائر.

تضمن التعديل الدستوري لسنة 2016 العديد من التعديلات في مجال الحقوق والحريات الأساسية للمواطن، ويعتبر هذا التعديل خطوة إيجابية نحو تفعيل المشاركة السياسية في الجزائر وحماية الحقوق الأساسية⁽¹⁾، ومن أهم التعديلات التي تضمنها النص على استحداث هيئة عليا مستقلة لمراقبة الانتخابات بموجب نص المادة 194 منه استجابة لمطالب الطبقة السياسية والمعارضة وكل الأصوات والفواعل الاجتماعية المنادية بضرورة إيجاد آلية تسهر على شفافية الانتخابات.

(1) - ليندا أونيسي، التعديل الدستوري 2016 وأثره في تطوير الرقابة الدستورية في الجزائر، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عباس لغرور خنشلة، العدد 06، جوان 2016، ص 101.

وتعد دسترة هذه الهيئة التي أوكلت لها مهمة السهر على سير الانتخابات في ظروف جيدة في مختلف مراحلها ضمانا حقيقية من شأنها المساهمة في ضمان الشفافية والحياد في العملية الانتخابية وإبعادها عن كل الخروقات والتجاوزات التي قد تلحق بها، كما أن إيجاد هيئة مكلفة بالإشراف على الانتخابات كان مطلباً رئيساً للعديد من الأحزاب السياسية التي ما فتئت تندد بالتزوير وتدعو إلى ضرورة وضع حد له، الأمر الذي من شأنه المساهمة في تفعيل المشاركة السياسية والمساعدة على إشراك جميع الطبقات السياسية في العملية الانتخابية.

نزولا عند مقتضيات نص المادة 194 من دستور الجمهورية الجزائرية لسنة 1996 المعدل في سنة 2016، التي نصت على إحداث الهيئة العليا المستقلة للانتخابات، صدر القانون العضوي رقم 16 - 11 المتعلق بالهيئة العليا المستقلة لمراقبة الانتخابات⁽¹⁾ والذي حدد بموجبه المشرع الجزائري التركيبة البشرية لهذه الهيئة ومجمل الصلاحيات التي تضطلع بها من أجل دعم حرية ونزاهة المنافسة الانتخابية.

2 الفرع الثاني: تشكيلة الهيئة العليا المستقلة لمراقبة الانتخابات في الجزائر.

حدد المشرع الجزائري من خلال القانون العضوي رقم 16 - 11 التركيبة البشرية للهيئة العليا المستقلة لمراقبة الانتخابات، حيث نصت المادة الرابعة (4) منه على أن تتشكل الهيئة العليا من الرئيس وأربعمئة وعشرة (410) أعضاء يتم تعيينهم من قبل رئيس الجمهورية وفق الكيفيات المحددة بموجب القانون، كما أوجد المشرع الجزائري مجموعة من الأجهزة التي تعمل تحت تصرف رئيس الهيئة كهيئات مساعدة له ويمكن حصر تشكيلتها في الهيئات التالية:

1 - رئيس الهيئة:

تماشيا مع الفقرة الثانية من المادة 194 من الدستور⁽²⁾، نصت المادة الخامسة (5) من القانون العضوي رقم 16 - 11 على أن تتبرأس الهيئة العليا شخصية وطنية يعينها رئيس الجمهورية، بعد استشارة الأحزاب السياسية ومنح المشرع الجزائري بموجب القانون العضوي رئيس الهيئة مجموعة من الصلاحيات التي يضطلع بها أثناء أداء مهامه⁽³⁾، ويساعد الرئيس أثناء أداء مهامه نائبان ويستخلفه في حالة غيابه أحدهما والذي يعين من قبله، وفي حالة حدوث مانع له تختار اللجنة الدائمة أحد نائبي الرئيس لاستخلافه مؤقتا⁽⁴⁾.

(1) - القانون العضوي رقم 16 - 11 المؤرخ في 25 أوت 2016 المتعلق بالهيئة العليا المستقلة لمراقبة الانتخابات، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، عدد 50 الصادر في 28 أوت 2016، ص 41.

(2) - المادة 194 من دستور الجمهورية الجزائرية لسنة 1996، المعدل بموجب القانون رقم 16 - 01 المؤرخ في 6 مارس 2016 المتضمن التعديل الدستوري، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، عدد 14 الصادرة في 7 مارس 2016، ص 34.

(3) - للإطلاع على صلاحيات رئيس الهيئة العليا المستقلة لمراقبة الانتخابات؛ انظر: المادتين 27، 28 من القانون العضوي رقم 16 - 11 المؤرخ في 25 أوت 2016 المتعلق بالهيئة العليا المستقلة لمراقبة الانتخابات، مصدر سابق، ص 44، 45.

(4) - انظر: الفقرة 4 من المادة 27 من المصدر نفسه، ص 45.

2 - الجهاز الإداري المساعد للهيئة العليا المستقلة لمراقبة الانتخابات:

وضع المشرع بموجب المادة 29 من القانون العضوي رقم 16 - 11 تحت سلطة رئيس الهيئة العليا أمانة إدارية دائمة تعمل على مساعدة أجهزة الهيئة في أداء مهامها، وتطبيقا لهذا النص صدر المرسوم الرئاسي رقم 17 - 10 الذي حدد من خلاله رئيس الجمهورية كليات تنظيم الأمانة الإدارية الدائمة، والتي تتشكل من:

- الأمين العام: ويساعده مديرا دراسات.

- رئيس الديوان: ويساعده ستة (6) مكلفين بالدراسات والتلخيص.

- هياكل دعم أجهزة الهيئة العليا والمتمثلة في: مديرية دعم عمليات متابعة الانتخابات والإحصائيات، مديرية الشؤون القانونية والتكوين، مديرية إدارة الموارد⁽¹⁾.

واعتبر المرسوم الرئاسي وظائف كل من الأمين العام ورئيس الديوان ومدير الدراسات والمكلف بالدراسات والتلخيص والمدير ونائب المدير ووظائف عليا في الدولة يتم التعيين فيها بموجب مرسوم رئاسي بناء على اقتراح من رئيس الهيئة العليا، أما بقية المناصب في الأمانة الإدارية الدائمة يكون رئيس الهيئة العليا هو المسؤول عن التوظيف فيها⁽²⁾، كما منح المرسوم الرئاسي الأمانة الإدارية الدائمة مجموعة من الصلاحيات التي تباشرها تحت سلطة رئيس الهيئة العليا المستقلة لمراقبة الانتخابات⁽³⁾.

3 - مجلس الهيئة العليا:

وفقا لنص المادة 30 من القانون العضوي رقم 16 - 11 يتشكل مجلس الهيئة العليا من مجموع أعضائها الذين يتم تعيينهم لعهد مدتها خمس (5) سنوات قابلة للتجديد مرة (1) واحدة ويبلغ عدد أعضائها أربعمئة وعشرة (410) عضو، يعينهم رئيس الجمهورية بالتساوي بين قضاة يقترحهم المجلس الأعلى للقضاء وكفاءات مستقلة يتم اختيارهم من ضمن أفراد المجتمع المدني، كما نصت المادة 6 على أن يتم اقتراح أعضاء الهيئة العليا بعنوان الكفاءات المستقلة من ضمن أفراد المجتمع المدني من طرف لجنة خاصة يرأسها رئيس المجلس الوطني الاقتصادي والاجتماعي هذا وحدد المشرع الجزائري بموجب المرسوم التنفيذي رقم 16 - 270 تشكيلة اللجنة الخاصة المكلفة باقتراح أعضاء الهيئة من الكفاءات المستقلة من ضمن أفراد المجتمع المدني⁽⁴⁾، كما اشترط المشرع مجموعة من الشروط الواجب توافرها في الكفاءات المستقلة الذين يتم تعيينهم كأعضاء في الهيئة العليا وألزم

(1) - المادة 2 من المرسوم الرئاسي رقم 17 - 10 المؤرخ في 9 جانفي 2017 المحدد تنظيم الأمانة الإدارية الدائمة للهيئة العليا المستقلة لمراقبة الانتخابات وسيورها، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، عدد 02 الصادرة في جانفي 2017، ص 12.

(2) - المادتين: 9، 10 من المرسوم الرئاسي نفسه، ص 13.

(3) - انظر على التوالي: المواد 3، 4، 5، 6، 7 من المرسوم الرئاسي نفسه، ص 12، 13.

(4) - انظر: المادة 02 من المرسوم التنفيذي المؤرخ في 29 أكتوبر 2016 المحدد لتشكيلة وسير اللجنة الخاصة المكلفة باقتراح أعضاء الهيئة العليا المستقلة لمراقبة الانتخابات بعنوان الكفاءات المستقلة من ضمن المجتمع المدني وكذا كليات الترشيح لعضوية الهيئة العليا بهذه الصفة، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 63 الصادر في 30 أكتوبر 2016، ص 4.

المشروع على ضرورة مراعاة التمثيل الجغرافي والجالية الوطنية في الخارج أثناء اختيار الكفاءات المستقلة المشكلة لأعضاء الهيئة العليا المستقلة لمراقبة الانتخابات⁽¹⁾.

هذا ويرأس مجلس الهيئة رئيس الهيئة العليا المستقلة لمراقبة الانتخابات⁽²⁾، ويجتمع مجلس الهيئة العليا وفقا لنص المادة 32 من القانون العضوي رقم 16 - 11 في دورة عادية بمناسبة كل اقتراع، بناء على استدعاء من رئيسه إضافة إلى أنه يمكن أن يجتمع في دورة غير عادية بناء على استدعاء من رئيسه أو بطلب من ثلثي (3/2) أعضائه كلما دعت الضرورة لذلك.

4 - اللجنة الدائمة:

نص القانون العضوي رقم 16 - 11 على جهاز آخر تتشكل منه الهيئة العليا المستقلة لمراقبة الانتخابات والذي اصطلح عليه بمصطلح "اللجنة الدائمة"، وتتكون اللجنة الدائمة بالتساوي من عشرة (10) أعضاء، خمسة (5) منهم قضاة، وخمسة (5) كفاءات مستقلة من ضمن أفراد المجتمع المدني والذين يتم انتخابهم من قبل نظرائهم ضمن مجلس الهيئة العليا حسب الكيفيات المحددة في النظام الداخلي للهيئة العليا⁽³⁾ والذي تعده الهيئة وتصادق عليه في أول اجتماع يلي تنصيبها وفقا لنص المادة 26 من القانون العضوي سالف الذكر كما كلف المشروع الجزائري اللجنة الدائمة بمجموعة من المسائل التي تتداول فيها وتكون مداولاتها نافذة بموجب قرارات رئيس الهيئة العليا⁽⁴⁾.

مما سبق نجد أن المشروع الجزائري كرس مبدأ الجماعية بالنسبة لتشكيلة الهيئة العليا المستقلة لمراقبة الانتخابات، حيث جاءت تشكيلة الهيئة العليا للانتخابات في الجزائر موسعة تضم بالإضافة إلى الرئيس أربعمئة وعشرة (410) عضوا ما يجعل منها تشكيلة غنية ومتنوعة ومن شأن هذا الطابع الجماعي أن يضمن تمثيل مختلف الجهات من أجل ضمان آراء وأفكار مختلفة للوصول إلى حلول توافقية ومتوازنة، كما أن هذه التشكيلة من شأنها أن تساهم في تكريس استقلالية الهيئة، حيادها ونزاهتها.

غير أننا من جهة أخرى ومن خلال استقراء النصوص القانونية المتعلقة بتشكيل الهيئة المستقلة لمراقبة الانتخابات نجد أن المشروع اعتمد على آلية التعيين سواء تعلق الأمر برئيس الهيئة الذي يتم تعيينه بعد استشارة الأحزاب السياسية أو ببقية الأعضاء الذين يتم تعيينهم وفق الأشكال التي تم التطرق إليها سابقا، ولا يخفى علينا ما في ذلك من مساس باستقلالية الهيئة، ذلك أن هذه الآلية تتركس لتبعية وخضوع عضو الهيئة للجهة المعينة الأمر الذي قد يمس بمصداقية الهيئة ويشكك في نزاهتها وفي قدرتها على إدارة العملية الانتخابية والوصول إلى انتخابات حرة ونزيهة.

(1) - انظر على التوالي: المادتين 7، 8 من القانون العضوي رقم 16 - 11 المؤرخ في 25 أوت 2016 المتعلق بالهيئة العليا المستقلة لمراقبة الانتخابات، مصدر سابق، ص 42.

(2) - المادة 27 من المصدر نفسه، ص 44.

(3) - المادة 35 من المصدر نفسه، ص 45.

(4) - انظر المواد: 36، 37، 38 من المصدر نفسه، الصفحة نفسها.

III المطلب الثاني: صلاحيات الهيئة العليا المستقلة لمراقبة الانتخابات.

قبل الخوض في دور وصلاحيات الهيئة يجدر بنا الإشارة إلى معايير وشروط نزاهة وشفافية الانتخابات والتي ذهب العديد من الفقهاء والباحثين إلى حصرها في النقاط التالية:⁽¹⁾

- 1- مبدأ استقلال الهيئات الانتخابية مقابل سلطة الحكومة.
- 2- توحيد السجلات المدنية والانتخابية وإصدار وثيقة موحدة لإثبات الشخصية تستخدم في الانتخابات.
- 3- تدريب مسؤولي لجان الانتخابات وإعدادهم جيدا من خلال تقديم برامج لهم وللصحفيين والمراقبين والأحزاب السياسية.
- 4- تطوير نظم إدارية ورقابية لإجراء انتخابات حرة ونزيهة ومنخفضة التكلفة.
- 5- تحسين نظام الفرز وإعلان نتائج الفرز.
- 6- التوعية والتشجيع على المشاركة السياسية وتوسيعها أمام الجميع.
- 7- النص على العقوبات المترتبة على التلاعب بالعملية الانتخابية.

وباستقراء نصوص القانون العضوي 16 - 11 المتعلق بالهيئة العليا المستقلة لمراقبة الانتخابات يمكن تقسيم صلاحيات الهيئة إلى صلاحيات تنظيمية الغاية منها الإشراف على العملية الانتخابية وتنظيمها (الفرع الأول) وصلاحيات رقابية الهدف منها الحفاظ على مصداقية العملية الانتخابية والحفاظ على نزاهتها (الفرع الثاني).

3 الفرع الأول: صلاحيات الهيئة في مجال تنظيم الانتخابات.

تمتع الهيئة العليا المستقلة لمراقبة الانتخابات بصلاحيات هامة في مجال تنظيم الانتخابات وتبدأ هذه الصلاحيات قبل العملية الانتخابية حيث نصت المادة 194 من الدستور على أن: "تسهر اللجنة الدائمة للهيئة العليا للانتخابات على الخصوص على ما يلي:

- الإشراف على عمليات مراجعة الإدارة للقوائم الانتخابية.
 - صياغة التوصيات لتحسين النصوص التشريعية والتنظيمية التي تحكم العمليات الانتخابية.
 - تنظيم دورة في التكوين المدني لفائدة التشكيلات السياسية حول مراقبة الانتخابات وصياغة الطعون.
- ومن هذا المنطلق جاء القانون العضوي المتعلق بالهيئة العليا المستقلة لمراقبة الانتخابات متمفصلا لصلاحيات هذه الهيئة والتي تأخذ صورتين أساسيتين: صلاحيات قبل الاقتراع (أولا) وصلاحيات بعد الاقتراع (ثانيا).

(1) - مصطفى بلعور، نحو نزاهة العملية الانتخابية من خلال ضمانات قانون الانتخابات رقم 01/12، دفاتر السياسة والقانون، جامعة ورقلة، العدد الثالث عشر، جوان 2015، ص 57.

أولا -صلاحيات الهيئة قبل عملية الاقتراع.

منح القانون العضوي 11/16 للهيئة العليا صلاحيات واسعة وهامة في مجال تنظيم الانتخابات قبل الاقتراع ضمانا لنزاهة وشفافية العملية الانتخابية ويمكن حصر هذه الصلاحيات في:

1-التأكد من حياد الأعوان المكلفين بالعمليات الانتخابية وعدم استعمال أملاك ووسائل الدولة لفائدة حزب سياسي أو مترشح أو قائمة مترشحين.

2-التأكد من احترام الترتيبات القانونية الخاصة بوضع القائمة الانتخابية البلدية تحت تصرف ممثلي الأحزاب السياسية المشاركة في الانتخابات والمترشحين الأحرار المؤهلين قانونا.

3-التأكد من مطابقة القوائم الانتخابية الموضوعة تحت تصرفها لأحكام القانون العضوي المتعلق بنظام الانتخابات.

4-التأكد من مطابقة الترتيبات الخاصة بإيداع ملفات الترشح لأحكام القانون المتعلق بنظام الانتخابات.

5-التأكد من توزيع الهياكل المعينة من قبل الإدارة لاحتضان تجمعات الحملة الانتخابية وكذا المواقع والأماكن المخصصة لإشهار قوائم المترشحين طبقا للترتيبات التي حددتها.

6-التأكد من تعليق قائمة الأعضاء الأساسيين والإضافيين لمكاتب التصويت وتسليمها لممثلي الأحزاب السياسية المشاركة قبل الانتخابات والمترشحين الأحرار المؤهلين قانونا إضافة إلى متابعة الطعون المحتملة المتعلقة بها.

7-التأكد من احترام الأحكام القانونية لتمكين الأحزاب السياسية من المشاركة في الانتخابات والمترشحين الأحرار من تمثيل تعيين ممثلهم المؤهلين قانونا على مستوى مراكز ومكاتب التصويت.

8-التأكد من احترام الأحكام القانونية لتمكين الأحزاب السياسية المشاركة في الانتخابات والمترشحين الأحرار من تعيين ممثلهم المؤهلين قانونا لاستلام نسخ المحاضر على مستوى اللجان الانتخابية.

9-التأكد من تعيين أعضاء اللجان الانتخابية البلدية طبقا لأحكام القانون المتعلق بنظام الانتخابات.

10-التأكد من التوزيع المنصف للحيز الزمني في وسائل الإعلام الوطنية السمعية البصرية المرخص لها بالممارسة طبقا للتشريع والتنظيم المعمول بهما بين المترشحين أو قوائم المترشحين.

هذا وتتابع الهيئة العليا مجريات الحملة الانتخابية وتسهر على مطابقتها للتشريع الساري المفعول كما ترسل ملاحظاتها المحتملة إلى كل حزب سياسي وإلى كل مترشح تصدر عنه تجاوزات أو مخالفات وتقرر بهذا الشأن كل إجراء تراه مفيدا وتخطر به السلطة القضائية المختصة عند الاقتضاء.

ثانيا - صلاحيات الهيئة أثناء الاقتراع.

حدد القانون العضوي 11/16 مجموعة هامة من الصلاحيات المخولة للهيئة العليا خلال الاقتراع⁽¹⁾ والتي تسعى من خلالها إلى ضمان نزاهة وشفافية الانتخابات وتمثل هذه الصلاحيات في:

- 1- التأكد من اتخاذ كل التدابير للسماح لممثلي المترشحين المؤهلين قانونا بممارسة حقهم في حضور عمليات التصويت على مستوى مراكز ومكاتب التصويت بما فيها المكاتب المتنقلة في جميع مراحلها.
- 2- التأكد من تعليق قائمة الأعضاء الأساسيين والإضافيين لمكتب التصويت المعني يوم الاقتراع.
- 3- التأكد من احترام ترتيب أوراق التصويت المعتمد على مستوى مكاتب التصويت.
- 4- التأكد من توفر العدد الكافي من أوراق التصويت والعتاد والوثائق الانتخابية الضرورية لا سيما الصناديق الشفافة والعوازل.

5- التأكد من تطابق عملية التصويت مع الأحكام التشريعية الجاري العمل بها.

6- التأكد من احترام المواقيت القانونية لافتتاح واختتام عملية التصويت.

4 الفرع الثاني: صلاحيات الهيئة العليا في مجال الرقابة على الانتخابات.

علاوة على الصلاحيات سابقة الذكر المخولة لها في مجال تنظيم الانتخابات والسهر على السير الحسن لها قبل وأثناء العملية الانتخابية فقد منح المشرع للهيئة العليا جملة من الصلاحيات في مجال الرقابة هذه الأخيرة التي تمنح لها السلطة الواسعة وفق ما يملية القانون في السهر على مراقبة الانتخابات بصورة تضمن نزاهتها وشفافيتها وتنصرف هذه الصلاحيات إلى مجموعتين أساسيتين بحيث سنحاول من خلال هذا المطلب بيان الصلاحيات التي تتمتع بها الهيئة العليا في هذا المجال بالوقوف على صلاحيات الرقابة بعد عملية الاقتراع ومن ثم صلاحيات الرقابة عامة.

أولا - صلاحيات الهيئة بعد عملية الاقتراع.

تتمتع الهيئة العليا للرقابة على الانتخابات بجملة من الصلاحيات في مجال الرقابة بعد عملية الاقتراع وقد حددها المشرع كما يلي:⁽²⁾

1- التأكد من احترام إجراءات الفرز والإحصاء والتركيز وحفظ أوراق التصويت المعبر عنها.

2- التأكد من احترام الأحكام القانونية لتمكين الممثلين المؤهلين قانونا للأحزاب السياسية المشاركة في الانتخابات والمترشحين الأحرار من تسجيل احتجاجاتهم في محاضر الفرز.

3- التأكد من تسليم نسخ مصادق على مطابقتها للأصل لمختلف المحاضر للممثلين المؤهلين قانونا للأحزاب السياسية المشاركة في الانتخابات والمترشحين الأحرار.

⁽¹⁾ - راجع نص المادة 13 من القانون العضوي 11/16 المؤرخ في 25 أوت 2016 المتعلق بالهيئة العليا المستقلة لمراقبة الانتخابات ، مصدر سابق .

⁽²⁾ - راجع المادة 14 من المصدر نفسه.

ثانيا- الصلاحيات العامة للهيئة في مجال الرقابة.

تتمتع الهيئة العليا بصلاحيات عامة في مجال الرقابة تمنحها هذه الصلاحيات القدرة على ممارسة وظيفتها الرقابية بصورة تضمن من خلالها أقصى حد من النزاهة والشفافية وتمثل هذه الصلاحيات في: (1)

1- التدخل في حالة مخالفة أحكام القانون العضوي المتعلق بنظام الانتخابات تلقائيا أو بناء على العرائض والاحتجاجات التي تخطر بها بعد التأكد منها.

2- التأهيل ضمن احترام الآجال القانونية لاستلام كل عريضة تتقدم بها الأحزاب السياسية المشاركة في الانتخابات أو المترشحون أو كل ناخب حسب الحالة، وفي هذا الإطار تؤهل للقيام باتخاذ كل اجراء للتأكد من تأسيسها وإخطار السلطات المعنية بشأنها.

3- إمكانية إخطار الهيئة العليا من قبل كل الأطراف المشاركة في الانتخابات كتابيا.

4- تطلب الهيئة العليا كل الوثائق والمعلومات من المؤسسات المعنية بتنظيم العمليات الانتخابية وسيرها قصد إعداد تقييم عام شامل بشأنها.

5- التأهيل لإشعار السلطات المكلفة بتسيير العمليات الانتخابية بكل ملاحظة أو تقصير أو نقص تتم معانيته في تنظيم العمليات الانتخابية وإجرائها، ويتعين على السلطات المعنية التي يتم إخطارها في هذه الحالة أن تتصرف بسرعة وفي أقرب الآجال لتصحيح الخلل المبلغ عنه، وأن تعلم الهيئة العليا كتابيا بالتدابير والمساعي المشروع في اتخاذها.

6- تأهيل الهيئة العليا لإشعار الأحزاب السياسية المشاركة في الانتخابات والمترشحين وكذا ممثلهم المؤهلين قانونا بكل ملاحظة أو تجاوز صادر عنهم تعينه خلال مختلف مراحل العمليات الانتخابية، ويتعين على الأطراف الذين تم إشعارهم أن يتصرفوا بسرعة وفي أقرب الآجال لتصحيح الخلل المبلغ عنه وأن تعلم الهيئة العليا كتابيا بالتدابير والمساعي التي شرع فيها.

7- الفصل في المسائل التي تدخل في مجال اختصاصها بقرارات غير قابلة لأي طعن وتبليغها بكل وسيلة مناسبة، ويمكن للهيئة العليا في هذه الحالة أن تطلب عند الحاجة من النائب العام المختص إقليميا تسخير القوة العمومية لتنفيذ قراراتها.

هذا وأهل المشرع الجزائري الهيئة العليا لإخطار سلطة الضبط السمعي البصري عن كل مخالفة تتم معانيته في مجال السمعي البصري قصد اتخاذ الإجراءات المناسبة، وفي حال ما سجلت الهيئة العليا واقعة من الوقائع التي عاينتها أو أخطرت بها تحتمل وصفا جزائيا فإنه يتعين عليها في هذه الحالة إخطار النائب العام المختص إقليميا بذلك.

(1) - راجع المواد من 16 على 24 من المصدر نفسه.

إضافة إلى أن الهيئة العليا تستفيد في إطار ممارسة صلاحياتها من استعمال وسائل الإعلام الوطنية السمعية البصرية المرخص لها بالممارسة طبقا للتشريع والتنظيم والتي يتعين عليها تقديم الدعم لها، وتخطر وسائل الاعلام في هذه الحالة ولهذا الغرض من قبل رئيس الهيئة العليا.

IV المطلب الثالث: ضمانات حياد الهيئة العليا المستقلة لمراقبة الانتخابات في التشريع الجزائري.

يشكل مبدأ الحياد أهم الضمانات الأساسية في مجال الانتخابات وهو أهم صفة يجب أن تتسم بها الهيئة العليا المستقلة لمراقبة الانتخابات ضمانا لنزاهتها ولموضوعية القرارات التي تصدر عنها الأمر الذي يجعل منه أحد الوسائل الهامة التي يمكن من خلالها تحقيق الفعالية والمردودية من جهة وإضفاء الشفافية والمصدقية على الأعمال وحسن سيرها من جهة أخرى.

إذا كان مبدأ الحياد مبدأ أصيل ومعروف ولا يحتاج إلى نص يقره فإن أعمال هذا المبدأ وتجسيده في مجال الانتخابات يحتاج إلى إحاطته بسياج من الضمانات والضوابط التي تعمل على تفعيله في أرض الواقع ذلك أن تحقيق هذا المعيار يعتبر أمر في غاية الأهمية من أجل وصف الانتخابات بالنزاهة والشفافية⁽¹⁾، كما أن السعي لتعزيز المبادئ الديمقراطية يتطلب أن تتمتع المؤسسات التي تدير العملية الانتخابية بالاستقلالية والحياد حتى تستطيع أن تلعب دورا بارزا في نجاح العملية الانتخابية وحماية الإرادة الشعبية⁽²⁾.

وعلى هذا الأساس وضع المشرع الجزائري مجموعة من الآليات والضمانات والوسائل القانونية التي من شأنها ضمان حياد الهيئة العليا المستقلة للانتخابات عند أدائها لوظائفها المعهود بها إليها، هذه الآليات منها ما يتعلق بضمان حياد الأعضاء (الفرع الأول) ومنها ما يتعلق بضمان حياد الهيئة كجهاز مستقل (الفرع الثاني).

5 الفرع الأول: ضمانات حياد أعضاء الهيئة العليا المستقلة لمراقبة الانتخابات.

لأجل نجاح أعمال الهيئة العليا المستقلة للانتخابات حدد المشرع الجزائري مجموعة من الآليات اللازمة ليظهر الأعضاء بمظهر محايد هذه الآليات قد تكون كالتزامات يقع على عاتق العضو احترامها وقد تكون كحقوق يتمتع بها عضو الهيئة العليا المستقلة ضمانا لاستقلالته وحياده ويمكن إجمالها في النقاط التالية:

أولاً: عدم الانخراط أو النشاط في أي حزب سياسي.

اشتراط المشرع الجزائري في أعضاء الهيئة العليا من الكفاءات المستقلة أن لا يكونوا منتمين لأي حزب سياسي، كما ألزم أعضاء الهيئة العليا بعدم الحضور أو المشاركة في الندوات والنشاطات التي تنظمها الأحزاب والمترشحون إلا في إطار ممارسة مهامهم الرقابية المنصوص عليها قانونا⁽³⁾.

(1) - سرهنك حميد البرزنجي، الأنظمة الانتخابية والمعايير القانونية الدولية لنزاهة الانتخابات، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت (لبنان)، 2015، ص 199.

(2) - فاروق خلف، الطعون الإدارية في العملية الانتخابية، مجلة البحوث والدراسات، جامعة حمة لخضر الوادي، العدد 22، جوان 2016، ص 115.

(3) - انظر على التوالي: المادتين 7، 11 من القانون العضوي رقم 16 - 11 المؤرخ في 25 أوت 2016 المتعلق بالهيئة العليا المستقلة لمراقبة الانتخابات، مصدر سابق، ص 42/ المادة 7 من النظام الداخلي للهيئة العليا المستقلة لمراقبة الانتخابات، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، عدد 13 الصادر في 26 فيفري 2017، ص 3.

ثانيا: واجب الحياد والتحفظ.

باستقراء مواد القانون العضوي 16 - 11 نجد أن المشرع الجزائري لم يشر إلى ضرورة التزام عضو الهيئة العليا بالحياد والتحفظ⁽¹⁾، غير أننا بالرجوع إلى النظام الداخلي للهيئة نجد المادة السادسة (6) منه قد ألزمت عضو الهيئة بضرورة التحلي بالتحفظ والحياد والتجرد أثناء مباشرة مهامه، كما ألزمت المادة الثامنة (8) من النظام الداخلي عضو الهيئة بضرورة السرية في أداء المهام وعدم الإدلاء بأي تصريح إلا بترخيص من رئيسها.

ثالثا: توفير الحماية لأعضاء الهيئة.

تفاديا للضغوطات والتأثيرات التي قد يتعرض لها عضو الهيئة أثناء أدائه لمهامه حيث نصت المادة التاسعة (9) من القانون العضوي 16 - 11 على أن يمارس أعضاء الهيئة العليا اختصاصاتهم بكل استقلالية حيث تضمن الدولة حمايتهم من كل تهديد أو أي شكل من أشكال الضغط كما نص المشرع في المادة الخمسين (50) من قانون الهيئة على معاقبة كل من يقوم بعرقلة أعضاء الهيئة العليا، خلال ممارسة المهام الموكلة إليهم أو بمناسبتها بالحبس من ستة (6) أشهر إلى سنتين (2) وبغرامة تقدر بين 20.000 دج و 100.000 دج وألزمت المادة 51 على ضرورة احترام أعضاء الهيئة وعدم إهانتهم وكل من يقوم بأفعال من هذا القبيل يتعرض للعقوبات المنصوص عليها في المادة 144 من قانون العقوبات.

من هذا المنطلق يمكن القول بأن هذه هي أهم الآليات التي قررها المشرع الجزائري لضمان حياد أعضاء الهيئة العليا المستقلة لمراقبة الانتخابات فكفاءة العنصر البشري وتحليه بسلوك وتصرفات مفعمة بروح الموضوعية والنزاهة عند ممارسته لأعمال وظيفته أساس نجاح مهمة الهيئة.

6 الفرع الثاني: ضمانات حياد الهيئة العليا المستقلة للانتخابات كجهاز مستقل.

إن القول بحياد الهيئة العليا من عدمه لا يمكن إقراره إلا بتوفر معيارين في غاية الأهمية ولهذا فإن فعالية تدخلها ونجاحها في أدائها لمهامها مرهون بتوفير الضمانات والآليات التي من شأنها تجسيد الحياد حيث يرتبط تحقيق هذا الأخير من الناحية الهيكلية بضرورة تحررها من كل أنواع التبعية الإدارية أو المالية عن طريق تكريس استقلاليتها وضمانها (أولا)، بالإضافة إلى تمتعها بسلطة تقريرية تمكنها من اتخاذ كل قراراتها باستقلالية دون الحاجة إلى الرجوع إلى هيئة أخرى وعدم إمكانية إلغاء أو تعديل قراراتها من طرف هيئة أعلى منها (ثانيا).

(1) - يعتبر هذا الالتزام بمثابة قيد آخر يضاف لجملة القيود المفروضة على العضو بحكم وظيفته داخل الهيئة العليا المستقلة لمراقبة الانتخابات والتي تفرض عليه الالتزام به، وتحت عنوانه، يلزم العضو بعدم التسرع في الكشف عن آرائه وأفكاره، وتحليله لمواقف معينة، حتى لا يمس الموقف الذي يبيده أو الرأي الذي يقدمه مبدأ الحيادة، لأن العضو لما يتسرع في إبراز موقف ما يعطي بذلك فرصة للغير لاتهامه بالتحيز والابتعاد عن الحياد، كما أن الإخلال بهذا الواجب يتجلى حينما يغير العضو عن موقفه بالشكل الذي يعرقل حسن سير الهيئة، للمزيد من التفصيل حول مضمون واجب التحفظ راجع: عبد الكريم بودريوة، مبدأ حياد الإدارة وضماناته القانونية (دراسة مقارنة: الجزائر، تونس، فرنسا)، أطروحة دكتوراه في القانون، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2005، ص 197 - 210.

أولاً: تكريس استقلالية الجهاز.

لا يمكن الحديث عن حياد الهيئة العليا لمراقبة الانتخابات دون توفر معيار الاستقلالية والذي يعد شرطاً أساسياً لفعالية المعيار الحقيقي المتمثل في الحياد وإحدى أهم مقوماته حيث أن إهمالها وغيابها يؤدي إلى انتفاء التطبيق السليم لمقتضيات مبدأ الحياد الأمر الذي يؤثر على النتائج المراد تحقيقها من استحداث هذا الجهاز.

إن منح الاستقلالية للهيئة له أهمية كبيرة لأنها تسمح بخلق جو من الثقة بين أعضاء الهيئة وتجعلها بعيدة عن التأثيرات والضغطات الخارجية ومن هذا المنطلق يمكن القول بأن الاستقلالية تعتبر العمود الفقري والدعامة الأساسية لإرساء دولة القانون كما أنها الضمانة الحقيقية لممارسة الوظائف بكل حرية وبموجبها تكون الهيئة بعيدة عن أية تبعية للغير⁽¹⁾.

وباستقراء نصوص القانون العضوي 16 - 11 المتعلق بالهيئة العليا المستقلة لمراقبة الانتخابات نجد أن المشرع قد كرس استقلالية الهيئة حينما نص في المادة الثانية (02) من القانون أن "...الهيئة العليا هيئة رقابية تتمتع بالاستقلالية المالية والاستقلالية في التسيير" كما حدد المشرع الجزائري بموجب الفصل الخامس من القانون العضوي الأحكام المالية المتعلقة بالهيئة مخصصاً بموجبه مجموعة من الموارد التي تتمتع بها الهيئة قصد القيام بمهامها وممارسة صلاحياتها إلا أن الملاحظ على الموارد المالية للهيئة العليا في الجزائر أنها لا تتعدى الاعتمادات السنوية التي تمنحها الدولة لها الأمر الذي قد يؤثر على استقلاليتها ذلك أن الاستقلالية الحقيقية تفرض ذاتية المورد والابتعاد عن كل أنواع الإعانات.

ثانياً: التشكيلة الجماعية للهيئة.

تعد تشكيلة الهيئة العليا لمراقبة الانتخابات من بين المؤشرات والمعايير التي يُضمن وفقها الحياد، فتشعب الأعمال الممنوحة للهيئة واتساعها تفرض تعدد أعضائها حتى تستطيع أداء مهامها على أكمل وجه نظراً لاستحالة إدارة جهاز يمثل حساسية الهيئة العليا لمراقبة الانتخابات من طرف شخص واحد لكن إذا كان الاعتراف بمبدأ الجماعية يشكل ضماناً مبدئية للحياد فإنه لا يمكن الاكتفاء بهذا المبدأ بل من الضروري إعطاؤه محتوى فعلي و ذلك بإيجاد صيغة لتركيبية متوازنة تضمن تمثيل كل الجهات المعنية والتي من شأنها أن تسهر وتقف على سلامة الانتخابات فالاعتماد على طابع التنوع في التركيبة البشرية للهيئة مظهر آخر لا بد من مراعاته في التشكيلة لضمان الحياد، حيث أن اشتراك الحد الأقصى من الجهات والأطراف المختلفة والمتنوعة في تركيبها يساعد في تسهيل أداء مهامها وإتمام وظائفها على أحسن وجه ويؤدي إلى شفافية أعمالها التي تتم على مستواها ويضفي عليها المشروعية وبذلك فإن تعدد المهن الممثلة في الهيئة من شأنه أن يمنع كل تحيّز وتواطؤ ما دامت نوعية الأعضاء تشكل عقبة في وجه ذلك ولهذا نجد المشرع الجزائري قد كرس كل من الطابع الجماعي والتنوعي في تشكيلة الهيئة العليا المستقلة لمراقبة الانتخابات مثلما تطرقنا إلى ذلك في العنصر الأول.

(1) - علي جمعة محارب، التأديب الإداري في الوظيفة العامة (دراسة مقارنة)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2004، ص 174.

ثالثا: تمتع الهيئة بسلطة اتخاذ القرار.

منح المشرع الهيئة العليا سلطة اتخاذ القرارات بكل استقلالية دون الحاجة للرجوع إلى هيئة أخرى فبالعودة إلى المادة 21 من القانون العضوي 16-11 المتعلق بالهيئة العليا نجد أنها تنص على أن تفصل الهيئة العليا في المسائل التي تدخل في مجال اختصاصها بقرارات غير قابلة لأي طعن وتبلغها بكل وسيلة مناسبة ولها في سبيل تنفيذ قراراتها الاستعانة بالقوة العمومية بعد تقديم طلب إلى النائب العام المختص إقليميا وألزمتها المشرع بموجب نص المادة 34 بضرورة رفع تقرير نهائي حول تقييم العمليات الانتخابية إلى رئيس الجمهورية.

وعلى هذا الأساس يمكن القول أن المشرع منح الهيئة المستقلة السلطة التقريرية تكريسا لاستقلاليتها محققا بذلك ركنا أساسيا لضمان نزاهة العملية الانتخابية، إلا أن الملاحظ على المشرع أنه جعل من قرارات الهيئة غير قابلة للطعن أمام القضاء وفي ذلك مساس بالمواد 157، 161 من الدستور كما أن النص على عدم إمكانية الطعن في قرارات الهيئة يعد مساسا بمبدأ الحياد، ذلك أن رقابة القاضي تعتبر أهم وأنجع وسيلة لحماية مبدأ الحياد كونها تعمل كجهة مقومة لأعمال المؤسسات والسلطات الإدارية، حيث يمارس القضاء رقابته حول شرعية القرارات التي تصدرها بناء على طلب الأشخاص المتضررين المعنيين الذين صدر في حقهم القرار، وتجدر الإشارة إلى أن استقلالية أية هيئة إدارية مهما كانت طبيعتها لا يعني أبدا إفلاتها من جميع أشكال الرقابة خاصة القضائية لكونها ضمانا حقيقية وحماية قانونية للحقوق والحريات الفردية ضد كل تعسف من الإدارة.

V الخاتمة:

من خلال ما سبق يمكن القول بأن استحداث الهيئة العليا المستقلة لمراقبة الانتخابات يعد خطوة إيجابية للوصول إلى انتخابات حرة ونزيهة، إلا أن بلوغ هذه النتائج يتطلب وجود إطار قانوني قادر على تنظيم هذه الهيئة وتوفير الضمانات الكافية حتى تستطيع الاضطلاع بصلاحياتها على أكمل وجه، وقد توصلنا من خلال هذه الورقة البحثية إلى العديد من النتائج الهامة المقترنة بجملة من الاقتراحات التي نرى أهميتها في تحسين أداء الهيئة وجعلها أكثر فعالية أهمها:

- اعتماد المشعر الجزائري على آلية التعيين في تشكيل الهيئة العليا لمراقبة الانتخابات وفي ذلك مساس باستقلالية الهيئة من جهة وبمبادئ الديمقراطية من جهة أخرى لذلك نرى ضرورة إعادة النظر في الإطار القانوني المتعلق بتشكيل الهيئة العليا المستقلة لمراقبة الانتخابات والاعتماد على آلية الانتخاب في تشكيل هذه الهيئة لما في ذلك ضمانة أكبر لاستقلالية الجهاز ونزاهته وشفافيته.

- أوجد المشعر الجزائري بموجب القانون العضوي المتعلق بالهيئة العليا المستقلة لمراقبة الانتخابات العديد من الضمانات لتحقيق استقلالية الهيئة وحيادها عضويا ووظيفيا إلا أنه أغفل العديد من الإجراءات خاصة منها ما يتعلق بأعضاء الهيئة والتي نراها ذات أهمية بالغة في مثل هذه المؤسسات ومن أبرز الإجراءات التي لم يشر إليها المشعر الجزائري إجراء الامتناع أو التنحي والذي يقصد به أن يتنحى أو يمتنع العضو عن النظر في قضية ما تكون له علاقة بأحد أطرافها⁽¹⁾، ضف إلى ذلك إجراء التصريح بالملكات الذي يعتبر ذو أهمية بالغة خاصة بعد تفشي ظاهرة الفساد الإداري خلال السنوات الأخيرة، لذلك نرى ضرورة إعادة النظر في هذه الضمانات وإدراجها ضمن الآليات المقررة لحماية حياد ونزاهة عضو الهيئة العليا المستقلة لمراقبة الانتخابات.

- منح المشعر الجزائري للهيئة العليا المستقلة لمراقبة الانتخابات مجموعة من الصلاحيات في حين نجد منها ما هو مقرر للجنة الانتخابية البلدية والولائية بموجب القانون العضوي 10/16 المتعلق بنظام الانتخابات وفي ذلك تداخل في الاختصاص رغم أن المشعر أوكل مهمة تعيين أعضاء اللجان الانتخابية للهيئة وبالتالي لا بد من إعادة النظر في هذه الاختصاصات المتنازع بينها وتحديد اختصاصات كل جهة بشكل واضح ودقيق.

(1) - Rachid Zouaimia·Les Autorités Administratives Indépendantes et la Régulation économique en Algérie· édition Houma· Alger, 2005, p 102 .

تسوية الأزمة السورية في ظل التوازنات الدولية والاقليمية

" قراءة في مؤتمر جنيف 2 و 3 "

حمدان محمد الطيب

باحث دكتوراه

جامعة محمد خيضر بسكرة

tayeb_monde2020@yahoo.fr

الملخص :

تتناول هذه الورقة محاولة لفهم مسار التفاوض السلمي حول الأزمة السورية في قراءة تحليلية لمواقف أطراف النزاع من خلال رؤيتهم وإدارتهم لمسار التسوية وكيف اثر هذا التصور على الأزمة والتي تدخل عامها السابع بمزيد من الدمار وتفاقم الأزمة الإنسانية من كل الجوانب ومع إصرار كل أطراف الأزمة على عدم تقديم تنازلات كافية وبناء جسور الثقة لتكون قاعدة أساسية لأي عمل سلمي أو اتفاق ينهي الحرب الدائرة من خلال خارطة طريق جنيف 1 و 2 التي تاتي تحت رعاية الامم المتحدة

الكلمات المفتاحية : التسوية السلمية / الأزمة السورية / مؤتمر جنيف 2 / مؤتمر جنيف 3 / التوازنات الدولية / سيناريوهات

Abstract :

This paper deals with an attempt to understand the path of peaceful session over the Syrian crisis and the impact of this vision on the crisis which enters its seventh year with more destruction and exacerbation of the humanitarian crisis from all sides and with the insistence of all parties to the crisis not to make sufficient concessions and build bridges of trust to be the basis for any work peace or agreement that ends the ongoing war through the Geneva 1 and 2 road map, which comes under the auspices of the United Nations.

مقدمة:

تجاوزت الأزمة السورية عامها الخامس و لم تستطع حتى الآن أطراف الصراع أن تحسم المعركة لصالحها فالنظام الرسي في دمشق بما يملكه من تفوق عسكري خاصة الجوي و بهالذي لم يستطع استرجاع مناطق واسعة خرجت عن سيطرته خاصة في الأرياف و التي فقدتها لصالح منظمات متطرفة مثل النصرة و الدولة الإسلامية و فصائل أخرى ، نفس الشيء بالنسبة للمعارضة لم تستطع أن تحسم المعركة لصالحها من خلال محاولاتها لإسقاط رأس النظام و اجتياح دمشق رغم الدعم اللا متناهي من أطراف عديدة سواء إقليمية أو دولية فيوميا يتم احصاء قتلى بالمئات من الجانبين و الأخطر من ذلك هو تمزيق النسيج الاجتماعي السوري و الذي يفرز تعصبا وانكفاء نحو الطائفية و التي تهدد بشرخ كبير داخل المجتمع سوف تكون له بما لا يدع من شك تداعيات وخيمة على المشهد الوطني السوري و قد يمتد إلى الجوار الإقليمي تباعا .

فالصراع السوري تتجلى فيه ثلاث مستويات الأول هو مستوى النظام الدولي على اعتبار أن هذا الصراع هو احد مظاهر الحرب الباردة الجديدة بين القوى العظمى في محاولة منها إعادة رسم خارطة الشرق الأوسط و ما افرز هذا التحول من صدامات و تجاذبات و تداخل للمصالح في المنطقة أما الثاني فهو مستوى النظام الإقليمي و هنا تبرز أهمية الشرق الأوسط كمنطقة جد حيوية بالنسبة لمصالح القوى الإقليمية المجاورة لسوريا كتركيا و إيران و دول اخرج كالسعودية و غيرها و ما تلعب علاقات هته القوى الإقليمية من تحالفات معها من اجل تنفيذ سياسات الهيمنة و النفوذ أما المستوى الثالث فهو المستوى الوطني و هنا تبرز أهمية النسيج الاثني والطائفي السوري، و كيف لعب دورا مهما في تغلغل الفكر المتشدد و كان كمبرر لحماية أقلييات و ما تمثله هته الحرب من تأثير خطير على التماسك الوطني الاجتماعي داخل سوريا على اعتبار أن النظام السوري هو نظام علماني بامتياز، وعلى مدار اكثر من خمس سنوات حاولت الدول المنخرطة في الازمة والامم المتحدة ايجاد حلول سلمية للازمة كان ابرزها جنيف 1 و 2 و 3 وغيرها من المبادرات لكن هذه المبادرات طرحت اشكاليات في نصوصها و حيثياتها و نتائجها على الازمة التي لحد الان لم ترى النور الى حل سلمي يحفظ سوريا و شعبيها .

حيث تناول هته الورقة جانبا للسياسات العامة و قراءة في مسار التسوية السلمية للازمة السورية في ظل التوازنات الإقليمية و مواقفهم عبر المسار الزمني للازمة السورية خاصة الأطراف الفاعلة و التي تتحكم في موازين القوى في المنطقة ككل من خلال دورها في الحراك الشعبي العربي من خلال الدعم و التأييد لأطراف الصراع و لقد شهدت عملية التسوية تعقيدات و عثرات متعددة الجوانب و المستويات أصبحت هي السمات الأبرز لمسار التسوية السياسية للصراع الممتد في سوريا منذ بداية الحراك الدبلوماسي الدولي المعنى بالازمة بعقد مؤتمر (جنيف- 1) في 30 جويلية 2012 و حتى الآن؛ نتيجة لانعدام وجود إرادة إقليمية ودولية قادرة على توفير فرص جادة و حقيقية لصياغة و صناعة تسوية توافقية بإمكانها إنهاء ذلك الصراع. و على هذا الأساس تبرز الإشكالية التالية : ما مصير التسوية السياسية للازمة السورية في ظل التوازنات الإقليمية و الدولية من خلال مؤتمر جنيف 2 و 3 ؟

وللاجابة على هذه الأشكالفة تم تقسفة الورقة إلى ثلاثة محاور رئفسفة الأولى تناول مؤتمر جنيف 2 قراءة في حفثافه ونواتجه لننتقل إلى المحور الثاني الذي تناول مؤتمر جنيف 3 والمحور الثالث عرض لسفنارفوفهات حل الأزممة السورية المسقفلفة بنااء على افرازات جنيف 2 و 3

المحور الأول : مؤتمر جنيف 2 قراءة في الحفثاف و النواف :

في الثاني والعشرفن من جانف 2014، بدأت فعالفات الجولة الأولى من مؤتمر جنيف 2- المعنى بالأزممة السورية بمفنة مونفرو السوفسرفة بحضور طرفف النزاع السوري، النظام والمعارضة، لأول مرة، إلى جانب الفاعلفن الدولففن المعنفن بالأزممة إقفمفا ودولفا. وقد انفم فعالفات الجولة الأولى من المؤتمر في الثاني من فففر 2014 بعد الاتفاق على أجنة مفاوضات دبلوماسفة ففد الأطراف المنزاعة إلى طاولة المباحثات في العاشر من الشهر المذكور.

1- الخلافات حول المشاركة في المفاوضات

حسم الائتلاف السوري المعارض مشاركفه في فعالفات مؤتمر جنيف 2- بعد أن أفا المشاركة 58 عضوا من أعضائه البالغ عدهم 120 عضوا، وعارض 14، وامتنع 3، بفنما انسحب 44 عضوا من الائتلاف ردا على قرار المشاركة في المؤتمر2، معفرفن أن الظروف التي ففقد ففها المؤتمر لفسف في صالح المعارضة، كما عارضف هفئة الفنسفق المشاركة في فعالفات المؤتمر لرغبفها في أن فكون ممثلة على قدم المساواة مع الائتلاف ولفس ضمنه. الموقف نفسه اففذه حزب الاتحاد الالفمقراطف الكردي .

في 10 نوفمبر 2013، اعلنف الهفئة العامة للائتلاف اسفعاها للمشاركة في جنيف 2- على أسس معفنة مما ففنى موافقها ضمنفا على الففاوض ومن ثم، ففعدم الحاجة لفففل نص الوثفقة، لأن اسفكمال النصاب القانونف لفففلها كان أمرا مسفحفلا في ظل الخلافات الحادة التي فعانفها الائتلاف ما بفن الخلافات حول فففل الوثفقة الفأسفسفة من ناحية3، والخلافات حول الففمفد للمكفب السفسف من ناحية ثانية، ورفض عفا من الأعضاء الجلوس للففاوض المباشر مع النظام من ناحية ثالفة .

أعلن الائتلاف شروفه لفسور المؤتمر والففاوض مع حكومة الأسد و هي أن فكون هدف الحل السفسف المأمول هو ففكفل حكومة انفقلفة، الأسد لفس جزءا منها، وأن ففمنج كافة الصلاحفات الفنففذفة بما ففها الصلاحفات الأمنية ، أف الإشراف على الففش ، والشرطة ، وأجنة الاسفخبارات، وأن فكلف فلك الحكومة مهمة فنظفم انفخابات شفافة.

¹ جنيف 2 الفرص والففداف ففحصل علىه من موقع : <http://sptth/moc.tr.cibara/sgat/ecnerefnoc/3aveneG> /6102.20.31

² المرجع نفسه.

³ Jacques FRÉMEAUX ; **LA SYRIE : QUELLES PERSPECTIVES POUR UNE SORTIE DE CRISE** Ministère de la Défense © IRSEM : La Lettre N°7 – 2014 p 3.

من ناحفة رفض النظام السوري شروط الائتلاف ، لأنه قرأ جفدا تغيرات المشهد السفسا ، سواء الداخلي بفة و بفن المعارضة ، أو الخارجي على المسؤوفن الإقليمي والدولي. فمن وجة نظره أن المعارضة السفسافة تبدو أكثر ضعفا وتشرذما عن الحالة التي كانت عليها في جنيف -1، بل وبراهن على انهيارها، وتفكك الائتلاف خلال المرحلة القادمة¹. كما أن ذراعها العسكرية (الجيش السوري الحر) يقاقل تنامي خطورة الجماعات المنطرفة كتنظيم الدولة الإسلامية في العراق والشام "داعش"2، وجة النصرة، في الوقت الذي تتواصل فيه دمشق دولفا لتطابق انفاقها الكفمياثي.

في إطار هذه التفاعلات، تخوفت المعارضة السورية من احتمالية تقبل الولايات المتحدة والغرب عامة لفكرة بقاء الأسد ونظامه 3، أو رحيل الأول. وبقاء الأخير، مقابل محاربهه للجماعات المنتمفة لتنظيم القاعدة، وهي تخوفات بنفب على معلوماث أفادت بحدوث اتصال استخباراثي بفن بعض الدول الأوروبية والحكومة السورية بشأن بعض المنتمفم للجماعات والفصائل الجهادفة المسلحة من الأوروبيفم، والتي تخشي دولهم من تداعفاث عودتهم إليها مسقبلا.

كما جاء غفاب إيران عن المؤتمر كإحدى إشكاليات انعقاده في إيران، التي قدمت تنازلات من أجل انفاقها النووي مع القوى الكبرى والأمم المتحدة ، كانت تتوقع أن تتم دعوتها لحضور المؤتمر. و بالفعل دعت الأمم المتحدة الحكومة الإيرانية، بحسابها الدولة الأكثر تأثيرا في الأزمة السورية، ولكن سرعان ما سحبت الدعوة تحت تهدفد الائتلاف السوري بعدم الحضور و برفض السعودية لدعوة إيران للمشاركة في المؤتمر.

وجود إيران كان مهما، وقد انعكس ذلك في تصريح وزير الخارجية الروسي ، سبرجي لافروف ، قبل انعقاد المؤتمر ببومفم ففنا قال إن عدم دعوة إيران للمؤتمر يعد "خطأ لا يغتفر"4. وقد اشترطت المعارضة على إيران إعلان قبولها لمجموعة من الشروط قبل مشاركتها في جنيف -2، منها : سحب قواتها من سوريا، سواء التابعة للحرس الثوري الإيراني، أو التابعة لحزب الله اللبناني، أو التابعة للمفليشفاث الشفعية العراقية، كذلك التزامها بقبول كافة مقرراث مؤتمر جنيف 1- لاسفما المتعلقة بالحكومة الانتقالية، وإعلانها مسبقا الالتزام بتنفيذ كافة القراراث الصادرة عن مؤتمر جنيف 2- وقد رفضت طهران قبول شروط المعارضة، و علقت رسمفا بالقول إن مؤتمر جنيف 2- "ماث قبل أن يولد"، في إشارة إلى حسابانه غير ذي جدوى.

¹ Souria Houria *Le conflit syrien pour les "nuls" paris ediction pcf centre 2014 pdf . p 5.*

² Ibid. pp.13-14.

³ عزمي بشارة، سورية درب الآلام نحو الحرية محاولة في التاريخ الراهن، المركز العربي للأبحاث ودراساث السفساث، (بيروت لبنان 2013)، ص. 480.
⁶ من تصريح وزير الخارجية الروسي سبرجي لافروف لقناة روسيا اليوم متحصل عليه من موقع القناة RT <https://arabic.rt.com/news/632650> بتاريخ 20.12.2015.

2- ءءفءاء الءل السفاسف الءائف في ءنفف 2-

ءمة ءوافق روسف- آمرفكف على طرء ءل سفاسف في ءنفف 2- ءون أن ءكون هناك أف "ءضماناء" للمعارضة ءضمن أن فكون الءل في صالءها بصورة ءاملة، أو ءء ءضمن الضءط على النظام السوري لءنففء مقرراء ءنفف 1- المصءق علمها أممفا. لءلك، فُنظر إلى المؤؤمر بءسبانءه مءرء ءولة ءبلوماسفة برعاءة آمرفكفة- روسفة لءءبفء ءل سفاسف فمكن "فرضه" على طرفف الصراع السوري، ءقل ففه إلى ءء ءبفر مسافءة الاءءلاف في ءفسفر مقرراء ءنفف 1- بفن الطرففن، مع الأءء في الءسبان أن هذا الءل لم فبضء إءلفمفا ولا ءولفا ءء هذه اللءظاء، لءنه في الوقت نفسه فبءو ظاهرا في الأفق، لاسفما بعء النءاءء الءف ءءقها ءءفاهم والءوافق الروسي- الأمرفكف بشأن الاءءاف ءل ءفمفائف السوري من نافءة، والنووف الإفرانف من نافءة أءرف.

الموقف الأمرفكف- الأوروبف الرافب في ءقوفب ءءطرف المءصاعء من ءانب بعض عناصر المعارضة السورية ءءءة النصرء، وءنظفم ءاعش وفبءو أن هذا الطرء بالءءفءفء فبء ءزاء رئفسفا من ءءسوفة المءءمءة، ومن ءم فبصء الطرفان شرفكفن في " المءءوف" السفاسف الءارف إنضافه عبر ءنفف 2- 1، وملاءصه إءءاء صفءة ما مءبولة ءولفا وإءلفمفا لءقاسم السلفة بفن الطرففن، عبر ءكومة انءقالفة ءفءة، وءلك القبول بالءمل المءءرك من الءانبفن لمءاربة الإرهاب والءءطرف.

أولوفاء الءل السفاسف في ءنفف 2- اصءءم بعضها ببعض، ناهفك عن الاءءلاف البفن في وءءاء النظر ءول ءفسفر مقرراء ءنفف 1-، فقء اءءلف الطرفان المءنازعان بشأن الأولوفاء الءف فءم ءءفابوض علمها ما بفن مءاربة الإرهاب الءف فرها النظام هف الملف الرئفسف الءف فبء أن فكون هو مءور المؤؤمر أن هناك ما فشفر إلى طرء آمرفكف- روسف ءفءف فءعو إلى إءراء انءءاباء رئاسفة مءكرة في ءضون ءلاءة أشهر من ءارفء إءرار ءءسوفة المءءمءة، ءون أن فءرشء الأسد فمها 2، و أن اءصلاءاء ما ءمء مع ءلفاء ءمشق في إفران ولبنان، طالبءهم بالضءط على بشار الأسد في هذا الاءءاه أف أن ءلفاء ءمشق "قء" فءءهون للإبقاء على النظام، ولفس على الأسد ءءفار أءفر قء "فبضطرون" إلفه إذا اسءءلمء ءءسوفة الإءلفمفة اللءوء إلفه.

فورقة ءنءف الأسد، الءف ءعء الورقة الءرءة، لا ءزال ءنءظر ءلءة إفران وروسفا، فالأولف بءء وءأن الاءءاف النووي الءف ءصلء علىه سفءعلها أءءر مرونة في ءسوفاء سورفا المءبءة. أما الأءفرءة، فلا ءزال ءؤءر موقفها النءافف في مسأءة ءنءف الأسد3، مع الإبقاء على النظام، ءء ءضمن ءءقق هءفن، الأول: ءضمان السفطرة ءاملة

¹ محمد فارء أبو النور، سورفا.. بفن ءءرء الأمرفكف والقرار الروسي مءءصل علمهم الموقع الرسمي لقناة IRT الروسية ءارفء الاطلاع 15.12.2015

<https://arabic.rt.com/news/632650>

² ءشارلز لفسءر، الأءمة المسءمرة ءءلفل المءشهد العسكرف في سورفا، (مركز بروءكز ءوءة ماف 2014)، ص 5.

³ المرفء نفسه، ص 8.

على مصالحها الإستراتيجية في سوريا ، لا سيما قاعدتها العسكرية البحرية في طرطوس¹. والآخر: ضمان استمرار تحالفها الاستراتيجي كما هو مع أي نظام انتقالي بديل مستقبلا.

3- أسباب فشل جولات جنيف -2:

استمرت الجولة الأولى من المفاوضات على مدى أسبوع، كان العنوان الأبرز فيها للقاءات المبعوث الأممي، الأخضر الإبراهيمي، مع وفدي الحكومة برئاسة وزير الخارجية، وليد المعلم، والمعارضة برئاسة أحمد الجربا، هو كيفية "بناء الثقة" بين الطرفين المتنازعين. بدأت عملية بناء الثقة بتوافق الطرفين على توصيل المساعدات الإنسانية لمدينة حمص المحاصرة، تبع تلك الخطوة إعلان الأخضر الإبراهيمي في اليوم الثالث من المفاوضات أن الوفدين الحكومي والمعارض وافقا على الجلوس معا وجها لوجه في غرفة واحدة في مقر الأمم المتحدة²، على أساس مقررات جنيف -1 التي تقر بتشكيل هيئة انتقالية. ولكن هذا الإعلان سرعان ما ذهب أدراج الرياح، وفشل الاجتماع الثلاثي قبل أن يبدأ، وتبادل الطرفان الاتهامات بالمسئولية عن فشل عقد هذا الاجتماع.

الإبراهيمي أعد ورقة تشتمل على خطوات جديدة في بناء الثقة بين الطرفين ، منها : عقد هدنة لوقف تبادل إطلاق النار بين الجانبين، وإدخال المساعدات الإنسانية إلى المدن المحاصرة ، وبدء التفاوض حول تشكيل الهيئة الانتقالية، مع تحديد المؤسسات التي يجب الحفاظ على بقائها. وقد تواكب ذلك مع موقفين لافتين للشريكين الروسي والأمريكي، حيث غادرت عناصر مهمة من الوفد الروسي فعاليات المؤتمر في اليوم الثالث من مفاوضات جنيف، وبالتحديد وزير الخارجية سيرجي لافروف، ومسئولو الملف السوري في الخارجية الروسية، مما أثار قلق الولايات المتحدة وأصدقاء المعارضة السورية من توقف الضغط الروسي على وفد الحكومة السورية لحمله على إبداء مرونة في المفاوضات.

أما الجانب الأمريكي، فقد شن وزير خارجيته، جون كيري- خلال فعاليات مؤتمر دافوس بسويسرا أيضا في الفترة من 22 إلى 25 جانفي 2014 ، الذي تزامن مع عقد مؤتمر جنيف- حملة انتقاد شديدة للهجة ضد الرئيس السوري بشار الأسد³، مصرحا وبصورة مباشرة بأن الصراع المسلح في سوريا سيستمر ، إذا أصر بشار الأسد على أن يكون جزءا من المرحلة الانتقالية القادمة، حيث قال: " إن المعارضة لن تتوقف عن القتال، ما دام الأسد مستمرا في السلطة"، و" أن الموافقة المتبادلة على تشكيل الحكومة الانتقالية بموجب بيان جنيف - 1 لا تعني أن المعارضة ستقبل ببقاء الأسد في السلطة⁴."

¹ جوي فوكس واخرون، التسلح ونزع السلاح، (مركز دراسات الوحدة العربية معهد ستوكهولم لبحاث السلام الدولي تر: عمر سعيد الايوبي الكتاب السنوي 2013)، ص 56 .

² هاني شادي، هل يبذوب الجليد بين موسكو والغرب، السفير، الجمعة 20.11.2015 الرابط <http://assafir.com/Article/1/457596>

³ ECHO FACTSHEET Syria crisis européen commission humanitarain aid and civil protection February 2016. P 2 .

⁴ عبد الجليل زيد مرهون، الأزمة السورية من منظور معرفي، متحصل عليه من الموقع <http://www.aljazeera.net/knowledgegate> تاريخ الاطلاع 25.11.2015. مركز الجزيرة للتدريب والتطوير.

لم يحمل مسار مفاوضات الجولة الأولى، التي انتهت في الثاني فيفري 2014 ، أية بارقة أمل في تقديم الطرفين لأية تنازلات جديدة يمكن أن تحلح الموقف المتجمد بينهما، مما يعني أن التوافق الأمريكي- الروسي على حل سياسي يتم "فرضه" على طرفي النزاع لم يختم بعد، ولم يأخذ صيغته النهائية، على الرغم من توافر النية بشأنه ، ولكل من الطرفين أسبابه ، فالروس وجدوا في فشل الجولة الأولى من المفاوضات فرصة لإلقاء المسؤولية على المعارضة ووفدها الضعيف.

يبدو ان البديل هو استمرار استنزاف القوى السورية، النظام والمعارضة المسلحة معا، أي مزيد من الفوضى التي تصاحبها عملية تزويد المعارضة المعتدلة بأسلحة غير نوعية ، لعلها تحدث التغير المنشود في موازين القوى في الداخل السوري لصالحها في مواجهة النظام. ومن ثم ، تصبح السيناريوهات المحتملة بعد فشل الجولة الأولى من مفاوضات جنيف 2-2.

المحور الثاني : (مؤتمر جنيف 3)

1- أسباب مشاركة المعارضة في "جنيف 3"

عندما أبدت الهيئة العليا للمفاوضات التي انبثقت من مؤتمر الرياض الموسع للمعارضة السورية استعدادها للمشاركة في مفاوضات "جنيف 3"، أوضحت الأسس التي يمكنها المشاركة بناءً عليها؛ وأهمها: رفض محاولات التدخل في تشكيل وفداتها إلى المفاوضات، والتمسك بموقفها بأن مؤتمر الرياض الذي انبثقت منه يمثل أطراف المعارضة كافة، بعد أن دعت إليه شخصيات شاركت في لقاءات القاهرة وموسكو، فضلاً عن ممثلين عن الأكراد، ومن ثم فإنها لن تقبل محاولات النظام وحلفائه الروس والإيرانيين لاختراقها. كما أكدت المعارضة تمسكها بإجراء مفاوضات وليس محادثات، وأن أية مفاوضات لن تبدأ قبل تنفيذ الالتزامات الإنسانية الواردة في الفقرتين 12 و13 من قرار مجلس الأمن 2254 بتاريخ 18 ديسمبر 2015، التي نصت على رفع الحصار عن المناطق المحاصرة وإدخال المساعدات الإنسانية وإطلاق سراح المعتقلين وخاصة النساء والأطفال، ووقف الهجمات الجوية والبراميل المتفجرة على المدنيين. وترى المعارضة أن هذه القضايا غير قابلة للتفاوض، فهي ملزمة وواجبة التنفيذ الفوري بنص قرار مجلس الأمن 2254، كما ترى أن المفاوضات لا يجب أن تبدأ من الصفر بل يتعين وضع برنامج تنفيذي لترجمة بيان جنيف لعام 2012 وقراري مجلس الأمن رقم 2118 لعام 2013 ورقم 2254 لعام 2015.

¹ By Christopher Kozak, FORECASTING THE SYRIAN CIVIL WAR September 17, 2015. www.understandingwar.org

16 محمد مسعد العربي تفكك سوريا طائفيًا سيناريوهات أمريكية لازمة السورية متحصل عليه من

<http://www.siyassa.org/NewsQ/2814.aspx> تاريخ الاطلاع 13.02.2016

³ قرار مجلس الأمن رقم 2254 بشأن سوريا متحصل عليه من <http://www.aljazeera.net/encyclopedia/events/2015/12/20/%D9%82%D8>

تاريخ الاطلاع : 2016/01/05 .

أطلق تمسك الهيئة العليا للمفاوضات بهذه المواقف ورفضها من طرف النظام وحلفائه حركة دبلوماسية نشطة لإقناع المعارضة بتلين مواقفها، باعتبار أن مفاوضات "جنيف 3" ستكون غير ذات معنى من دون مشاركة الهيئة وبعد ضغوط ورسائل متبادلة بين الهيئة والأمم المتحدة ممثلة بدي مستورا، قررت المعارضة المشاركة، لقد أكد دي مستورا في رسالته إلى الهيئة أنّ وفدها هو الوحيد الذي سيمثّل المعارضة وأنّ ما يجري هو عملية تفاوض وأنّ مخرجاتها تتمثل في إقامة حكم ذي صدقية وفق جدول زمني محدّد.

كان قرار الهيئة العليا للمفاوضات المتمثل بمشاركتها في جنيف ذا طابع استكشافي، هدفه اختبار مدى جدية النظام وحلفائه الروس والمجتمع الدولي في دفع عملية تفاوض حقيقي نحو الأمام، عبر تنفيذ المادتين المشار إليهما أعلاه من القرار 2254، وتوافقاً لتحميلها مسؤولية فشل الحل السياسي في حال قررت المقاطعة. إلا أنّ الهيئة أوضحت أنها ستسحب من المفاوضات في حال عدم تنفيذ ما وُعدت به في ما سمي "رسالة الضمانات" التي تلقتها من دي مستورا حول القضايا الإنسانية (مع أنها لم تتضمن أي ضمانات)، وتعهد بتحديد المسؤول عن إفشال العملية السياسية.

2- أسباب مشاركة النظام السوري الرسمي في جنيف 3

جاء النظام إلى جنيف مضطراً بفعل الضغوط التي مورست عليه من طرف حلفائه الروس، وقد عبّر عن هذا الموقف بتسمية مندوبه لدى الأمم المتحدة بشار الجعفري كبيراً للمفاوضين، علماً أنّ النظام اضطرب بسبب الضغط الروسي أيضاً إلى تسمية وزير خارجيته وليد المعلم رئيساً للوفد، في حال جرت مفاوضات حقيقية.

تزامنت استعدادات النظام للمشاركة في مفاوضات جنيف مع تصعيد ميداني كبير وتكثيف في القصف الجوي فقد حاول الوصول إلى جنيف من موقع قوة مستفيداً من غطاء جوي روسي كثيف، وحشد أعداد أكبر من المقاتلين و الحلفاء الإيرانيين من جهة أخرى، بدا واضحاً أنّ النظام يحاول زيادة مستوى الضغط العسكري على الأرض بالتزامن مع انطلاق عملية التفاوض، حتى يتحول الموضوع الإغاثي والإنساني إلى موضوع التفاوض الوحيد، ولكي تصبح طلبات الإغاثة هي المطالب الوحيدة، وذلك كمقدمة لفرض الحل الذي مازال يؤكد عليه منذ بداية الأزمة؛ أي "إصلاحات تحت سقف الأسد".

3- الموقف الروسي:

يلقي الدعم الروسي الكبير للنظام دبلوماسياً وعسكرياً بظلال كبيرة من التشكيك على مدى التزام موسكو نجاح مفاوضات الحل السياسي في جنيف من طرف أطراف المعارضة السورية. ويثير سلوك الروس مخاوف كبيرة لدى المعارضة من أنّ الهدف قد يكون شراء الوقت في المفاوضات لاستكمال محاولتهم قصف ظهر فصائل المعارضة المعتدلة على الأرض قبل أن يفرضوا طبيعة الحل السياسي الذي يرغبون فيه على الجميع.

التورط الروسي في الصراع السوري سوف يستمر ويتوسع وتزداد تكاليفه المادية والسياسية والبشرية مع بدء الحديث عن سقوط قتلى روس في المعارك الدائرة في شمال سورية الغربي¹، لذلك تبدو روسيا مهمة بالتوصل إلى حلٍ سياسي للصراع في سورية، لكنّ الحل الذي تريده يتضمن الاحتفاظ بالنظام الذي غدا معتمداً كلياً في بقائه عليها.

من هنا تستمر روسيا في قصف مواقع المعارضة المسلحة لإضعافها إلى الحد الذي لا تعود معه قادرة على مقاومة التسوية التي تراها روسيا؛ والتي لن تخرج في نهاية المطاف عن المبادرة، 2 التي طرحها إيران قبل عامين وتقوم على وقف إطلاق النار، وتشكيل حكومة وحدة وطنية بوجود الأسد، و تعديل الدستور والدعوة إلى انتخابات برلمانية ورئاسية³.

المحور الثالث : سيناريوهات جهود حل الأزمة السورية

شكّلت الوقائع الميدانية على الأرض، لجهة تقدم فصائل المعارضة والتآكل المستمر في قوة النظام، وسيطرة تنظيم الدولة على مساحات واسعة من سوريا، والتطورات السياسية التي شملت التوصل إلى اتفاق حول برنامج إيران النووي، والتفاهم التركي-الأميركي حول المنطقة الخالية والذي حوّل تركيا إلى طرف مباشر في الصراع، وسعي إيران إلى حماية مناطق نفوذها في سوريا، فضلاً عن محاولة موسكو استثمار تقاربها المستجد مع السعودية، شكّلت كلها بيئة جديدة دفعت مختلف الأطراف إلى محاولة استكشاف فرص تسوية الأزمة السورية. لكن عوامل نجاح هذه الجهود، كما دلّت التحركات الأخيرة ما زالت غير متوافرة بالكامل، وتكتنفها صعوبات كثيرة.

إن تعدد أطراف الأزمة وتشابكها والحاجة إلى تحقيق توافق على أكثر من مستوى من مستويات الصراع، يضع المسألة السورية في المدى المنظور أمام أحد الاحتمالات التالية :

أن تدفع المخاطر التي باتت تشكّلها الأزمة السورية على الأمن الإقليمي والدولي، بما في ذلك احتمال انهيار سوريا أو ذهابها إلى الفوضى أو سيطرة جماعات متشددة عليها، الأطراف الإقليمية والدولية المعنية بالأزمة (الولايات المتحدة-روسيا-السعودية-تركيا-إيران) إلى التوصل إلى رؤية مشتركة لحل الصراع تجبر أطراف الصراع من السوريين على الرضوخ لمتطلبات تسوية يحصل فيها كل طرف على جزء من مطالبه، وتحفظ لسوريا وحدتها واستمرارها. ورغم أن جميع الأطراف يبدو مدرّكاً لخطورة استمرار الصراع، إلا أن تحقق هذا الاحتمال يبدو ضعيفاً في المرحلة الراهنة لعدم القدرة على تجاوز عقدة بشار الأسد وتضارب مصالح مختلف الأطراف ورؤيتهم للحل بين من يرى أن ذهاب

¹أزاد احمد على وآخرون خلفيات الثورة دراسات سورية المركز العربي للأبحاث ودراسات السياسات بيروت لبنان 2013 ص 416.

² باسم راشد، المصالح المتقاربة دور عالمي جديد لروسيا في الربيع العربي، (مجلة مكتبة الاسكندرية، مصر 2015)، ص 19.

³ المرجع نفسه، ص 45.

الأسد يعد شرطاً لازماً لتوحيد الجهود لمواجهة الجماعات المتطرفة والجهادية والحفاظ على استمرارية الدولة السورية وما تبقى من مؤسساتها (السعودية وتركيا) وبين من يعتبر أن ذهابه سوف يؤدي حتماً إلى انهيار النظام وحلول الفوضى وتفشي الإرهاب والتطرف (روسيا وإيران). من جهة أخرى، ما زالت قدرة القوى الخارجية على التأثير على سلوك حلفائها السوريين على الأرض لم تُختبر بعد، خاصة أن للفصائل المسلحة اعتباراتها الداخلية وحساباتها المحلية التي ينبغي أخذها في الحسبان، فضلاً عن أن التشابكات الشديدة، الإقليمية والدولية، في المسألة السورية تترك للأطراف السورية على الأرض هامش مناورة ليس بالقليل .

أن تفشل الأطراف الإقليمية والدولية في التوصل إلى توافق يؤدي إلى تسوية سياسية، لتذهب الأمور نحو مزيد من التصعيد العسكري لكسر معادلة "لا حلّ سياسياً ولا حسم عسكرياً" التي سادت خلال السنوات الثلاث الماضية. وقد عبّر وزير الخارجية السعودي، عادل الجبير، بوضوح عن إمكانية الذهاب بهذا الاتجاه، حين قال: إنه لا يوجد في سوريا "سوى خيارين ممكنين لا ثالث لهما: إمّا عملية سياسية وانتقال سلمي للسلطة وصولاً إلى سوريا جديدة دون الأسد، وإلا فالخيار الآخر عسكري ينتهي بهزيمة الأسد". لكن الحسم العسكري الذي تحدّث عنه الجبير تحول دون إرادات ومصالح قوى كبرى وإقليمية، فضلاً عن أن أثمانه ستكون كبيرة على سوريا ومكلفة جداً لشعبها .

أن يستمر الصراع ويصبح مزمنًا، مع إصرار جميع الأطراف على التمسك بمواقفها المعلنة، لكن دون حدوث تغييرات كبيرة على جبهات القتال، بسبب الافتقار إلى الموارد وظهور قناعة عامة بعدم قدرة أي طرف على الحسم. في هذه الحالة سوف تستقر خطوط التماس وترتسم معالم مناطق نفوذ تعتمد كلياً على ما يتوفر من دعم خارجي يكون في الحد الذي يمنع الهزيمة لكنه لا يتيح النصر. وفي هذا السيناريو قد ينجح النظام وحلفاؤه في انتزاعه الزيداني من المعارضة، واندفاعه نحو الشمال السوري ومع إعلان الرياض دعم المعارضة بألاف من صواريخ قراد التي مداها 25 كلم في تحضير واضح لها لمعركة حلب التي يريد الجيش السوري استردادها قريباً في مقابل التخلي عن مناطق أقل أهمية بالنسبة إليهم ، وهو ما يعني أن منطقة كبيرة في الشمال ستصبح خاضعة للنظام وحلفائه والتي كانت تحظى بحماية تركية و يبدو أن تهديدات التركية الأخيرة باجتياح مناطق التي سيطرت عليها قوات سوريا الديمقراطية هو محاولة للحفاظ على النفوذ التركي لكن بوجود تركي ثقيل ، السؤال المطروح وحسب تصريح وزير الدفاع الروسي أن العلاقات الروسية الغربية هي حرب باردة جديدة وبشكل قوي خاصة مع قرار الحلف تعزيز قدراته الصاروخية شرق القارة الأوروبية و التقارير الغربية التي تتحدث عن محاولات قطرية لشراء صواريخ أرض جو و تسليمها للمعارضة وتدريبهم عليها هو محاولة لإحراج روسيا ... كيف سترد روسيا هذا هو السؤال المطروح الآن ، كما ان الروس ياكدون على ان الشركاء الامريكيين ليست لهم النية في فصل المعارضه المعتدلة عن المتطرفة واما عن الهدنة التي يتم تحديدها هنا وهناك خاصة في حلب ما هي الا اعادة لرسم خطوط النار والاشتباك بين الجيش السوري وحلفائه واطراف المعارضه الاخرى وفي تصريح اخير لوزير الدفاع الروسي اكد ان الحل السياسية في سوريا مأجل الى وقت غير معروف.

رغم أن هذا السيناريو هو الأرجح في ظل المعطيات الراهنة، إلا أن تكلفته ستكون كبيرة ليس فقط على السوريين، وإنما على عموم المنطقة، لأنه يعني تحويل سوريا إلى ثقب أسود كبير يمتص طاقاتها ومواردها، ويحول الصراع فيها إلى حرب استنزاف لقدرات الجميع. أمّا عالمياً، فالثمن سيكون في تحوّل سوريا إلى مصنع لإنتاج التطرف والتيارات الجهادية ذات النزعات الأممية.

4- الموقف الأميركي

يتحوّل الموقف الأميركي من موقفٍ داعِمٍ للمعارضة إلى موقف الوسيط الذي يضغط عليها للمشاركة في جنيف ويخفض توقعاتها من الحل السياسي المرتقب. ومع أنّ واشنطن لا ترغب في رؤية موسكو تنتصر في سورية، فإنها لا تفعل شيئاً لمنع انتصارها، فما زالت تعرقل إيصال الدعم للمعارضة من حلفائها وتركز بشكل مطلق على محاربة تنظيم الدولة "داعش"؛ علماً أنّ قيام روسيا بضرب المعارضة يفيد "داعش"1؛ وهو ما يقوّض بدوره جهد التحالف الدولي الذي تزعمه واشنطن لمواجهة التنظيم.

حثّ وزير الخارجية الأميركي جون كيري، في لقائه مع الهيئة العليا للمفاوضات في الرياض عشية انطلاق "جنيف 3"، المعارضة على المشاركة شخصياً "ضمن" ذلك من خلال تضمين القرار 2254 حقّ كل السوريين بمن فيهم اللاجئين في دول الجوار وغيرهم من السوريين المهجّرين بالإدلاء بأصواتهم في تلك الانتخابات. وفي نهاية اللقاء، لم يفت كيري أنّ يلمّح إلى أنّ المعارضة إذا لم تذهب إلى المفاوضات، فإنها تغامر بفقدان تأييد حلفائها.

الخاتمة :

بعد العرض السابق يمكن التوصل للنتائج التالية :

✓ إن الجولة الأولى من مفاوضات جنيف 2- السوري ، وفقاً لما سبق انتهت بفشل في التوصل لمرحلة طرح الحل السياسي، ولكنها نجحت فقط في جمع الطرفين المتنازعين وجهاً لوجه. فلا المعارضة ضمنت تأليف هيئة حكم انتقالي.

✓ أن القول إن جنيف 2- لم يشكل نقطة تحول فاصلة في مسار الأزمة السورية، حتى هذه اللحظات ولكنه، وعبر جولاته المنتهية ، قد يشكل منطلقاً نحو تسوية إقليمية كبرى ، وإن كان المشهد يبدو معقداً، لأن عناصر التسوية للأزمة السورية متشابكة، ولم تكتمل حتى الآن، وتصل أحياناً لمرحلة "الاستعصاء" على الحل، مما يشير إلى استمرار الصراع السوري قائماً خلال الفترة القادمة.

¹ احمد سعيد نوفل، الموقف الأميركي تجاه الأزمة في سوريا المحددات والتحولت، (مركز دراسات الشرق الأوسط عمان الأردن) متحصل عليه من الموقع http://www.mesc.com.jo/Activities/Act_Saloon/Act_Saloon_17.html تاريخ الاطلاع : 05.02.2016

² داود خير الله دور العناصر الخارجية في الأزمة السورية متحصل عليه من الموقع <http://www.al-akhbar.com/node/61517> تاريخ الاطلاع :

- ✓ من المؤكد أنّ المعارضة كانت متجهة إلى الانسحاب من العملية السياسية لولا أنّ دي مستورا استبق إعلانها بهذا الخصوص واتخذ قرار تعليق المفاوضات، لأنّ عدم تنفيذ البنود الإنسانية في القرار 2254 يجعل موقفها ضعيفاً أمام حاضنتها الشعبية والفصائل المسلحة التي فوضتها التفاوض باسمها .
- ✓ أما الهيئة العليا للمفاوضات فتري أنّ وقف إطلاق النار يجب أن يكون جزءاً من الاتفاق الشامل الذي يستند إلى بيان جنيف لعام 2012 وقرارات مجلس الأمن ذات الصلة.
- ✓ ان تغيير ايران كان معاقلاً للحل السياسي نظراً لعمق تدخلها في الشأن السوري باعتبارها احد حلفاء النظام الرسمي في دمشق.

المراجع :

اللغة العربية :

الكتب :

- 1- عزمي بشارة، سورية درب الآلام نحو الحرية محاولة في التاريخ الراهن، المركز العربي للأبحاث ودراسات السياسات، بيروت لبنان، 2013 .
 - 2- تشارلز ليستر، الأزمة المستمرة تحليل المشهد العسكري في سوريا ،مركز بروكتر الدوحة، ماي 2014.
 - 3- جوي فوكس و اخرون، التسليح و نزع السلاح، مركز دراسات الوحدة العربية معهد ستوكهولم لاجتاه السلام الدولي، تر: عمر سعيد الايوبي، 2013.
 - 4- أزيد احمد على وآخرون ،خلفيات الثورة دراسات سورية، المركز العربي للأبحاث و دراسات السياسات، بيروت لبنان، 2013.
 - 5- باسم راشد، المصالح المتقاربة دور عالمي جديد لروسيا في الربيع العربي، مكتبة الاسكتندرية مصر، 2015.
- مواقع الانترنت :

- 1- محمد فارج أبو النور، سوريا ..بين التردد الأمريكي والقرار الروسي متحصل عليهم الموقع الرسمي لقناة RT الروسية تاريخ الاطلاع (15.12.2015) <https://arabic.rt.com/news/632650>
- 2- هاني شادي، هل يذوب الجليد بين موسكو والغرب ؟، السفير، الجمعة (20.11.2015) الرابط <http://assafir.com/Article/1/457596>
- 3- عبد الجليل زيد مرهون الأزمة السورية من منظور معرفي متحصل عليه من الموقع <http://www.aljazeera.net/knowledgegate> تاريخ الاطلاع (25.11.2015). مركز الجزيرة للتدريب والتطوير.
- 4- من تصريح وزير الخارجية الروسي سيرجي لافروف لقناة روياء اليوم متحصل عليه من موقع القناة RT <https://arabic.rt.com/news/632650>
- 5- قرار مجلس الأمن رقم 2254 بشأن سوريا متحصل عليه من <http://www.aljazeera.net/encyclopedia/events/2015/12/20/%D9%82%D8>
- 6- جينيف 2 الفرص والتحديات متحصل عليه من موقع : https://arabic.rt.com/tags/Conference_Geneva3
- 7- داود خير الله، دور العناصر الخارجية في الأزمة السورية، متحصل عليه من الموقع <http://www.al-akhbar.com/node/61517> (2017/12/20)

8- أحمد سعيد نوفل الموقف الأمريكي تجاه الأزمة في سوريا المحددات والتحولت مركز دراسات الشرق الأوسط
عمان الأردن متحصل عليه من الموقع

(2017/12/22)http://www.mesc.com.jo/Activities/Act_Saloon/Act_Saloon_17.html

باللغة الأجنبية:

- 1- Jacques FRÉMEAUX ; LA SYRIE : QUELLES PERSPECTIVES POUR UNE SORTIE DE CRISE Ministère de la Défense © IRSEM : La Lettre N°7 – 2014
- 2- [Souria Houria](#) Le conflit syrien pour les "nuls" paris ediction pcf centre 2015
- 3- ECHO FACTSHEET Syria crisis européen commission humanitarain aid and civil protection February 2016.
- 4- By Christopher Kozak FORECASTING THE SYRIAN CIVIL WAR September i s w instute for the study of war 17, 2015. WWW.UNDERSTANDINGWAR.ORG



UNIVERSITÉ ABBES LAGHROUR KHENCHELA

REVUE DE DROIT ET SCIENCES POLITIQUES

Revue internationale périodique arbitrée, éditée

Par l'université Abbes laghrouur khenchela

— Algérie —

*Traitant des sujets juridiques, politiques, et
des spécialités s'y rattachant*

(N°: 09) / JANVIER 2018

Numéro International : ISSN 2352-9806

Dépôt Légal : N R :2014-3506