



وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
المركز الجامعي بأفك
معهد الحقوق والعلوم السياسية

مجلة البحوث القانونية والاقتصادية

مجلة دولية دورية محكمة

تصدر عن معهد الحقوق والعلوم السياسية بالمركز الجامعي بأفك



العدد الثالث

جانفي 2019

ISSN: 2602-6287

إدماج: 6287-2602



مجلة البحوث القانونية والاقتصادية

مجلة دورية دولية علمية محكمة

تصدر عن معهد الحقوق والعلوم السياسية

بالمركز الجامعي أفلو

المدير الشرفي للمجلة:

الدكتور طهاري عبد الكريم "رئيس المركز الجامعي"

مدير هيئة التحرير: الأستاذ زغودي عمر

مسؤول النشر: الأستاذ تريح مخلوف

هيئة التحرير

أ/ غقاقلية ياسين ----- أ/ جغوية الطاهر

أ/ عوية محمد ----- أ/ ورنقي شريف

أ/ حرشايي محي الدين ----- أ/ ميغارين يوسف

أ/ شربالي المواز ----- أ/ بعاج محمد

التدقيق والمراجعة

أ/ يخلف عبد القادر

التدقيق اللغوي

د/ عثمان بولرياح

د/ بدير محمد

سكرتير:

د/ بدير محمد

اللجنة العلمية للمجلة

■ من داخل الوطن

- الأستاذ الدكتور خضراوي الهادي ----- جامعة الأغواط	- الدكتور عبد الحليم بوقرين ----- جامعة الأغواط
- الأستاذ الدكتور براك الطاهر ----- جامعة الأغواط	- الأستاذ الدكتور زارة صالح الواسعة ----- جامعة باتنة
-الأستاذ الدكتور زارة لخضر ----- جامعة الأغواط	- الدكتور دمانة محمد ----- جامعة الأغواط
- الأستاذ الدكتور شهيد قادة ----- جامعة تلمسان	- الأستاذ الدكتور بن زين محمد لمين----- جامعة الجزائر 1
- الدكتور النحوي سليمان ----- جامعة الأغواط	- الدكتورة عائشة عمران----- جامعة الأغواط
- الدكتور ميلود بن عبد العزيز----- جامعة باتنة 1	- الدكتور رخوخ عبد الله-----المركز الجامعي أفلو
- الأستاذ الدكتور مقني بن عمار ----- جامعة تيارت	- الدكتور بوسالم أوبوكر-----المركز الجامعي ميله
-الدكتور عيسى جعيرن-----المركز الجامعي أفلو	- الدكتور هني عبد اللطيف----- جامعة سعيدة
-الدكتورة مكي خالدية----- جامعة تيارت	- الدكتور بوسنة جمال-----جامعة ام البواقي
-الدكتورة عزوز سارة----- جامعة باتنة 1	- الدكتورة نواره حسين -----جامعة تيزي وزو
- الأستاذ الدكتور ياسمين لعجال----- جامعة ورقلة	- الدكتور بلقنيشي الحبيب-----ملحقة سوقر
-الدكتورة بن بعلاش خاليدة----- ملحقة سوقر	- الدكتور محمد ميزاوي-----جامعة بشار
- الدكتور لحاق عيسى ----- جامعة الأغواط	- الدكتور ديدوني بلقاسم----- جامعة الأغواط
- الدكتور قطاف عبد القادر-----المركز الجامعي أفلو	- الدكتور كربوش أحمد-----المركز الجامعي أفلو
-الدكتورة عبد اللاوي خديجة-----المركز الجامعي عين تموشنت	- الدكتور عثمان بن عبد الرحمن ----- جامعة سعيدة
-الدكتور بن عمر الحجاج عيسى-----المركز الجامعي أفلو	- الدكتور عثمان بن علي-----المركز الجامعي أفلو
-الدكتورة سهام صديق-----المركز الجامعي عين تموشنت	-الدكتورة نادية عمراي----- جامعة بليدة 2
-الدكتور بدير يحيى ----- جامعة تلمسان	-الدكتور قرزان مصطفى-----المركز الجامعي أفلو
-_ الدكتور آسيا بوخاتم ----- جامعة تلمسان	

■ من خارج الوطن

- الأستاذ الدكتور زايد علي زايد الغواري ----- جامعة الشارقة	- الأستاذ الدكتور حسن عزالدين الدياب-- جامعة فرحات حشاد تونس
- الأستاذ الدكتور محمد الطيف شبيحه----- جامعة الجبل الغربي ليبيا	- الأستاذ الدكتور مالك المهدي ----- جامعة الخرطوم
- الأستاذ الدكتور علي جميل حرب ----- جامعة لبنان	- الأستاذ الدكتور صالح هويدي----- الجامعة الأمريكية الشارقة
- الأستاذ الدكتور أنور جمعة علي الطويل ----- جامعة غزة- فلسطين	- الأستاذ الدكتور محمد إقبال فرحات----- جامعة قطر
- الأستاذ الدكتور جمال محمد السيد ضلع----- جامعة القاهرة	- الأستاذ الدكتور شاكر مزوقي----- جامعة تونس
- الأستاذ الدكتور أنور جمعة علي الطويل ----- جامعة غزة- فلسطين	- الأستاذ الدكتور ثامر النوران ----- جامعة الأردن
- الأستاذ الدكتور فهد الراشد ----- جامعة الكويت	- الأستاذ الدكتور علي الكاسمي ----- المغرب
-الدكتور مصطفى الفوركي-----جامعة حسن الأول سطات	-الدكتور نبيل تقني -----جامعة وجدة

قواعد النشر في "مجلة البحوث القانونية والاقتصادية"

"مجلة البحوث القانونية والاقتصادية"، مجلة دورية علمية محكمة متخصصة في مجال العلوم القانونية والاقتصادية تصدر عن معهد الحقوق والعلوم السياسية، المركز الجامعي أفلوكل ستة أشهر (جانفي، جوان من كل سنة)، مع إمكانية نشر أعداد خاصة دون إعتبار للمدة القانونية للإصدار.

- 1- تقبل البحوث ذات الصلة بالعلوم القانونية والاقتصادية وباللغة العربية أو الفرنسية أو الإنجليزية على حد السواء.
- 2- يشترط في المقال أن لا يكون قد سبق نشره أو تم تقديمه للنشر في جهات أخرى، أو مشاركاً به ضمن ملتقى.
- 3- أن لا يكون البحث جزء من كتاب، أو فصلاً من رسالة أو أطروحة جامعية.
- 4- يتعين أن لا يزيد عدد صفحات البحث عن 25 صفحة، وأن لا يقل عن 10 صفحات بما في ذلك المراجع والهوامش والملاحق إن وجدت مع إرفاقه بملخص لا يتجاوز نصف صفحة باللغة العربية، وآخر باللغة الإنجليزية.
- 5- يرفق المقال بسيرة ذاتية للناشر خاصة ما تعلق بالدرجة العلمية والجهة التي يعمل فيها.
- 6- تقوم هيئة التحرير بالمراجعة اللغوية والعلمية للمقال وتحكيمه.
- 7- تصبح البحوث والمقالات ملكاً للمجلة، ولا يحق للباحث أن يطالب بإعادتها أو إعادة نشرها إلا بعد الموافقة من طرف إدارة المجلة.

- 8- يخضع ترتيب البحوث والمقالات لإعتبارات فنية فقط دون سواها.
- 9- يراعى في المقال اعتماد الأصول العلمية والمنهجية المتعارف عليها في كتابة البحوث الأكاديمية.
- 10- نوع وحجم الخط في المتن والهوامش:

✓ نوع وحجم الخط في المتن: (الخط باللغة العربية Simplified Arabic) حجم : 14

(الخط باللغة الأجنبية Times New Roman) حجم : 12

✓ نوع وحجم الخط في الهامش: (الخط باللغة العربية Times New Roman) حجم : 12

(الخط باللغة الأجنبية Times New Roman) حجم : 10

11- الصفحة من الحجم A4

12- حواف الصفحة (أعلى 2 سم) . (أسفل 2 سم) . (اليمين 3 سم) . (اليسار 2 سم)

13- الهوامش تكون في آخر المقال وليس في أسفل الصفحة بالطريقة الإلكترونية، الإحالة تكون بدون وضع الأقواس مثل (1) في المتن أو في الهامش،

وتكون على شكل: مثال- في المتن: مجلة¹ / في الهامش: 1- د. في بداية كل صفحة جديدة.

14- يجب ذكر قائمة المصادر والمراجع في نهاية المقال.

15- لا تعبر بالضرورة البحوث والمقالات التي تنشر لأصحابها عن وجهة رأي المجلة أو الجامعة، ويتحمل أصحابها مواقفهم، ولا تتحمل المجلة أي إخلال لأحد الباحثين بالأمانة العلمية ويخضع ذلك إلى النصوص القانونية المتعلقة بالملكية الفكرية.

16- يقدم المقال في شكل ثلاث نسخ ورقية وأخرى في شكل قرص مضغوط مباشرة إلى مدير هيئة التحرير، أو يتم إرسال المقال إلكترونياً إلى البريد الخاص بالمجلة، عبر البريد الإلكتروني: droit.eco86@gmail.com

ملاحظة :

ننبه على أن أي مقال يخالف شروط النشر لا يؤخذ بعين الاعتبار، وهيئة المجلة غير معنية بإعلام صاحب المقال بذلك .

افتتاحية العدد

بسم الله الرحمن الرحيم والحمد لله رب العالمين الذي بفضلته تتم الصالحات

ها نحن اليوم نضع بين يدي القارئ عددا من المجلة يضاف إلى أعدادها التي تواصلت وتتواصل بحول الله، ساعين إلى نشر الفكر في مختلف ميادين القانون والاقتصاد، كما يتعمق البحث العلمي لدى المختصين، وتشيع ثقافة القانون والاقتصاد في المجتمع.

وإذ تحرص المجلة دوما على الجمع بين الحدائث والرصانة والتنوع، سيجد القارئ مجموعة من الإسهامات العلمية التي تهدف إلى مواكبة متغيرات الحياة وحركة التشريع والقضاء وكذا مبادئ الاقتصاد، ملتزمة بمنح الأولوية لما يلامس اهتمامات ومصالح الأفراد.

وإذ نجد في طيات هذا العدد -بالإضافة إلى الإسهامات الأخرى ذات القيمة العلمية- بحثا يتناول الأحكام المتعلقة بالتعاون اللامركزي في ظل النظام القانوني الجزائري، وآخر يتعلق بالتعاقد الإلكتروني لدى جهة الإدارة في الجزائر، وثالثا يتناول آليات حماية البيئة من منظور الضبط الإداري، ورابعا يتناول ضوابط انعقاد اختصاص المركز الدولي CIRDI، كما نجد في مجال الدراسات المقارنة بين الشريعة والقانون بحثا يتعلق بطبيعة المسابقات التلفزيونية من منظور الشريعة الإسلامية والقانون المدني، وبحثا آخر يتعلق بأثر الأمراض الوراثية على فط الرابطة الزوجية.

أما في مجال الاقتصاد فنجد بحثا يتناول موضوع مؤشرات اقتصاد المعرفة في الدول العربية، وآخر يتعلق بسياسة التشغيل في ضوء نشاط المؤسسات الصغيرة والمتوسطة.

ومهما يكن من عمل، نسأل الله التوفيق والعون لخدمة العلم ونشر المعرفة القانونية والاقتصادية.

رئيس التحرير: الأستاذ زغودي عمر

الفهرس

التعاون بين الجماعات الإقليمية (دراسة في ظل القوانين الوطنية والدولية) ص 01

أ.مراح أحمد، جامعة معسكر

تعاقد جهة الإدارة إلكترونيًا في الجزائر (تعاقد إلكتروني أم تعامل إلكتروني) قراءة في أحكام المرسوم الرئاسي

رقم 15-247..... ص 14

ط.د/بن عزة حمزة، جامعة أوبوكر بلقايد، تلمسان

تعليق على قرار محكمة الإستئناف الإدارية بالرباط عدد: 3833 بتاريخ: 2017/10/09 في الملف عدد:

2017/7205/527 قضية السيد محمد مهني ضد الجماعة الترابية لوجدة ص 30

د. نبيل تقني، محام بهيئة وجدة_المغرب

الإجراءات الضبطية الوقائية لحماية البيئة في التشريع الجزائري ص 44

د.بن مصطفى عبد الله، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان

طبيعة المسابقات التلفزيونية في الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري ص 55

أ. بوداوي كريم، جامعة عمار ثليجي، الأغواط / أ. باقل علي، المركز الجامعي تيسمسيلت

قراءة في واقع منظومة التعليم العالي بالجزائر في ظل إصلاحات نظام (ل م د) ص 67

د. زموري كمال، المركز الجامعي عبد الحفيظ بالصوف - ميله - الجزائر

شروط إنعقاد اختصاص المركز الدولي -CIRDI- ص 90

ط.د/صوفيان شعبان ، جامعة أوبوكر بلقايد، تلمسان

الوضع تحت المراقبة الإلكترونية كبديل لتنفيذ العقوبة السالبة للحرية ص 101

ط.د/صديقي عبد القادر، جامعة أوبوكر بلقايد، تلمسان

مدى فعالية حماية المستهلك من العلامات التجارية المقلدة في ظل القانون الجزائري ص 111

د.عبد اللاوي خديجة، المركز الجامعي بلحاج بوشعيب -عين تموشنت-

الإيجار المدني في التشريع الجزائري ص 127

د. علاق عبد، المركز الجامعي أحمد بن يحيى الونشريسي، تيسمسيلت، الجزائر

أثر المبادئ الأساسية لعمل السلطات الإدارية المستقلة على مدى استقلاليتها

- دراسة مقارنة بين الجزائر وفرنسا- ص 142

ط.د/ سامية قلوشة، جامعة أوبوكر بلقايد، تلمسان

أثر الأمراض الوراثية على فك الرابطة الزوجية ص 162

ط.د مستاري محمد الأمين، جامعة جيلالي ليايس، سيدي بلعباس

شرط إعادة التفاوض الية لإعادة التوازن الاقتصادي في عقود الاستثمار الدولية ص 176
د. بوخالفة عبد الكريم ، جامعة قاصدي مبراح ورقلة

مؤشرات اقتصاد المعرفة في الدول العربية(الامارات العربية - السعودية)..... ص 197
د.بغداد باي غالي ، جامعة معسكر

حقوق التاجر المرتبطة بالانتمان والوفاء في القانون الجزائري..... ص 208
د.بن قويدر الطاهر، أستاذ مؤقت، بجامعة عمار ثليجي، الأغواط

إشكالية تكييف النزاع السوري في القانون الدولي الإنساني ص 230
ط.د/تمرنتات نسيمية ، كلية الحقوق سعيد حمدين، جامعة الجزائر

القاضي الدستوري : مشروع من الدرجة الثانية ص 244
ط.د/هزيل جلول ، جامعة أبوبكر بلقايد، تلمسان

المؤسسات الصغيرة والمتوسطة ودورها في التشغيل وخلق فرص العمل-ولاية أدرار نموذجاً-..... ص 259
د. يامة إبراهيم، جامعة أحمد دراية- أدرار/ د. عوماري عائشة ، أستاذة متعاقدة جامعة أحمد دراية- أدرار

مسؤولية البنك عن تنفيذ التحويل المصرفي ص 274
زكرياء ذيب، جامعة ملين دباغين سطيف1

مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه على ضوء تعديل القانون المدني الجزائري 10/05..... ص 284
أ.بلي بولنوار أستاذ مؤقت، جامعة عمار ثليجي، الأغواط / ط. يونس بلال، جامعة الأغواط

الصفقات العمومية كآلية لترشيد النفقات العمومية والاستغلال الأمثل للمال العام..... ص 297
د.براهيمي سهام، المركز الجامعي صالحى أحمد ،النعامة/ د.براهيمي فايزة، جامعة الجزائر 01

التعاون بين الجماعات الإقليمية
(دراسة في ظل القوانين الوطنية والدولية)
Cooperation between territorial communities
(Study under national and international law)

مراح أحمد: أستاذ مساعد قسم ب
كلية الحقوق والعلوم السياسية - جامعة معسكر
merah.ahmed@univ-mascara.dz



ملخص: هدفت هذه الدراسة إلى بيان التعاون بين الجماعات الإقليمية على ضوء النصوص القانونية الوطنية، باعتبار أنه يعد أحد العوامل المساعدة للنهوض بالتنمية المحلية وتحقيق المزيد من الاستقلالية للجماعات المحلية، وأيضا التعاون الدولي على أساس أنه هو الآخر يشكل فضاء مهما للجماعات الإقليمية، وذلك من أجل الاحتكاك بنظيراتها الأجنبية والاستفادة من خبرات وتجارب ومساعدات البلديات الأجنبية في مجال التسيير، ومن ثم سنركز فقط على اتفاقية التوأمة والمنظمات الدولية. كما أننا توصلنا في هذه الدراسة إلى مجموعة من التوصيات نظن أن الأخذ بها سيساهم في إصلاح الجماعات الإقليمية، والنتيجة تحقيق التنمية المستدامة.

الكلمات المفتاحية: التعاون؛ الجماعات الإقليمية؛ التنمية؛ المواطن؛ الرقابة.

Abstract:

The present study aims at demonstrating the cooperation between territorial communities in the light of the national legal laws as this cooperation is considered as one of the essential factor promoting the local development and realizing more autonomy for the local communities. This study aims also at demonstrating the international cooperation on the basis that it represents an essential space for the territorial communities in order to make real contact with the foreign communities and to make use of the goods, experiences and helps of the foreign municipalities in the management field. Thus, our study will focus on the twinning convention and international organizations. In addition, our study achieved a set of recommendations, which, if taken into consideration, will contribute to territorial communities' reform and to the realization of a sustainable development.

key words: Cooperation ; territorial communities; Development; Citizen; *control*.

مقدمة:

يعتبر التعاون الداخلي من أهم ملامح التحولات التي عرفتها اللامركزية الجزائرية، خاصة أمام العجز المالي لبعض الجماعات الإقليمية باعتباره العائق الأكبر الذي يحول دون تحقيقها لهدفها التنموي، الأمر الذي يتطلب هذا النوع من التعاون من أجل التغلب على الإشكالات التنموية المحلية على وجه الخصوص.

كما أن التعاون بين هذه الجماعات يسمح بسد العجز الحاصل في البنيات التحتية والتجهيزات العمومية، ويساهم أيضا في تلبية الطلبات الاجتماعية المعبر عنها، وبالتالي يساعد على نمو الأنشطة التي تخلق فرص التشغيل.

وفي هذا السياق، يعتبر التعاون ما بين الجماعات الإقليمية أحد أهم العوامل المساعدة على النهوض بالتنمية المحلية وتحقيق المزيد من الاستقلالية مجسداً بذلك الأهداف الأساسية للامركزية الإدارية الإقليمية. وعلى هذا الأساس، نجد أن أول نص قانوني تطرق لموضوع التعاون ما بين الجماعات الإقليمية في الجزائر هو الأمر رقم 24/67 المؤرخ في 18 يناير 1967 المتضمن القانون البلدي وذلك من خلال الفصل الثاني تحت عنوان مجموعات البلديات ابتداءً من المادة 12 التي نصت على أنه: "يجوز أن يقوم التعاون بين البلديات وأن تضع مواردها بصورة مشتركة بينها للقيام بأعمال ذات نفع مشترك. ويمكنها لهذا الغرض أن تحدث هيئات ومصالح مشتركة لتتولى بعض المهام التابعة لاختصاصها"¹.

كما أن هذا الأمر حدد التعاون في ثلاثة أشكال وهي: النقابات البلدية، ملتقيات المجالس البلدية، وتأسيس لجان لتسيير وإدارة الأموال والحقوق المشاعة.

غير أن القانون الصادر بموجب الأمر رقم 38/69 المؤرخ في 22 ماي 1969 المتضمن قانون الولاية لم يتطرق إلى التعاون بين الولايات².

كما أن تطور المجتمع الدولي ووسائل الاتصال والمواصلات وظهور المنظمات الدولية التي تعنى بالتنمية المحلية واللامركزية الإدارية خلق نوعاً آخر من التعاون بين الجماعات الإقليمية لمختلف الدول، والجزائر من بين الدول التي لم تكن بعيدة عن هذا التعاون، فمن جهة أنظمت إلى بعض هذه المنظمات، ومن جهة ثانية قامت بالتوقيع على العديد من اتفاقيات التوأمة مع الجماعات الإقليمية لعدة دول شقيقة وصديقة.

وبناءً على ما سبق، تأتي هذه الدراسة إجابة عن الإشكالية التالية: كيف عالج المشرع الجزائري التعاون بين الجماعات الإقليمية في ظل القوانين الوطنية والدولية، وما هي أنواع وصور هذا التعاون؟. للإجابة على هذه الإشكالية قسمنا هذه الدراسة إلى مبحثين: المبحث الأول نتناول فيه التعاون ما بين الجماعات الإقليمية في إطار القوانين الوطنية، أما المبحث الثاني يتمحور حول التعاون ما بين الجماعات الإقليمية في الإطار الدولي.

المبحث الأول

التعاون ما بين الجماعات الإقليمية في إطار القوانين الداخلية

كرس المشرع الجزائري منذ الاستقلال مبدأ التعاون بين الجماعات الإقليمية، وذلك من خلال القوانين المتعلقة بالجماعات المحلية وبالأخص القوانين التي تضمنت موضوع البلدية وهي الأمر 24/67 والقانون 08/90 وأخيرا القانون رقم 11/10 المؤرخ في 22 جويلية 2011 المتعلق بالبلدية³، والقانون رقم 07/12 المؤرخ في 21 فبراير 2012 المتعلق بالولاية، والذي جاء في محاولته لتكريس التعاون اللامركزي⁴ بصفة محتشمة، غير أنه بصدور المرسوم التنفيذي رقم 329/17 الذي يحدد كفاءات إقامة علاقات التعاون اللامركزي بين الجماعات الإقليمية الجزائرية والأجنبية أصبح هذا التعاون واقعا من خلال وضع إطار قانوني خاص به⁵. وعليه فإن هذا المرسوم وبالتحديد في المادة الثالثة منه لم يميز بين البلدية والولاية بخصوص التعاون اللامركزي⁶، وبالتالي أصبح موقف المشرع واضح، وهي خطوة إيجابية تحسب لصالحه.

كما نشير أن التعاون بين الجماعات الإقليمية أخذ عدة صور عبر مختلف القوانين التي تتعلق بالبلدية أو الولاية، وذلك تماشيا مع مستجدات كل فترة صدرت فيها هذه النصوص القانونية والتنظيمية.

المطلب الأول: التعاون الإداري

يقصد بالتعاون الإداري ذلك الشق من التعاون الذي يتعلق بالأمر الإداري التي تتعاون البلديات أو الولايات فيما بينها في تحقيقها من خلال عدة أشكال وطرق ومنها إحداث لجان مشتركة، أو هيئات أو مصالح أو مجالس تنسيق.

الفرع الأول: اللجان والهيئات المشتركة

اللجان أو الهيئات المشتركة هي لجان تهدف إلى تسيير وإدارة الأموال والحقوق المشاعة بين عدة بلديات تتألف هذه اللجان من منتخبي المجالس الشعبية البلدية للبلديات المعنية⁷، وهو ما نص عليه أول مرة الأمر 24/67 المتضمن القانون البلدي في المادة 12 فقرة الثانية بنصها: "ويمكنها لهذا الغرض أن تحدث هيئات ومصالح مشتركة تتولى بعض المهام التابعة لاختصاصها"⁸. لتأتي المواد من 27 إلى 32 من الأمر 24/67 لتحديد هذه المهام وطريقة تشكيل هذه اللجان، وقد اشترط المشرع في هذا القانون لتشكيل هذه اللجان غياب نقابة البلديات⁹.

وبإلغاء الأمر 24/67 بموجب القانون 08-90 المؤرخ في 07 افريل 1990 المتضمن قانون البلدية حلت محله المواد السالفة الذكر المواد 11 و12 من القانون 08/90 تحت عنوان التعاون ما بين البلديات فقد نصت المادة 11 على: "إذا كانت عدة بلديات تملك أموالا وحقوقا مشاعة بينها يسوغ لها أن تؤسس لجنة مشتركة بين

البلديات تتألف من منتخبى المجالس الشعبية البلدية للبلديات المعنية عند عدم وجود مؤسسة مشتركة بين البلديات، مشكلة منها ومكلفة بتسيير هذه الأموال والحقوق المشاعة إدارتها¹⁰. فمن خلال استقراء هذه المادة يتضح أنّ المشرع أشتراط لتأسيس هذه اللجان إلى جانب وجود أموال وحقوق مشاعة عدم وجود مؤسسات مشتركة بين البلديات.

ومع صدور القانون رقم 10/11 المؤرخ في 22 جويلية 2011 الذي بموجبه تم إلغاء القانون رقم 08/90 المتعلق بالبلدية، وبالتالي تم التخلي عن هذا الأسلوب من التعاون لعدم الحاجة إليه، وذلك بسبب القضاء على مشكل الحقوق والأموال المشاعة بين البلديات.

الفرع الثاني: مجلس التنسيق الحضري

مجلس التنسيق الحضري هو نظام يتعلق ببلديات الجزائر العاصمة إذ يمكن أن تنظم بلديات ولاية الجزائر في شكل مجالس تنسيق بين البلديات، وهو ما نصت عليه المادة 177 من القانون 08/90: "دون الإخلال بالصلاحيات المخولة قانونا لكل مجلس شعبي بلدي، تنظم بلديات ولاية الجزائر في شكل مجالس تنسيق بين البلديات تسمى: مجالس تنسيق حضرية"¹¹. وقد ترك المشرع للتنظيم تحديد عدد هذه المجالس والبلديات المكونة لها.

يتشكل مجلس التنسيق الحضري من مجموع رؤساء المجالس الشعبية البلدية لمكونة لهذا التجمع، يقوم المجلس بانتخاب رئيس المجلس من بين أعضائه، إذ يختص مجلس التنسيق الحضري بالخدمات والتجهيزات المشتركة بين بلديات التجمع في مجال التنمية الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، ويتداول المجلس القضايا ذات المصلحة المشتركة، تخضع مداولته لشروط المصادقة على مداولات المجالس الشعبية البلدية وتنفيذها وإلغائها. إن مجلس التنسيق الحضري هو هيئة دون الولاية وتخضع قراراته لمصادقة الوالي وهو هيئة تضم عدة بلديات.

كما حدد المشرع من خلال المادة 179 من القانون 08/90 المسائل المشتركة بين بلديات التجمع والمتعلقة بميادين التنمية الاقتصادية والاجتماعية والثقافية لاسيما:

- الأموال والتجهيزات المشتركة،
- التهيئة والتعمير،
- الإنارة العمومية،
- نظافة المدينة،
- مياه الشرب،
- صرف المياه،
- شبكات الصرف الصحي،

الطرق،

النقل العمومي،

وقد أبقى المشرع الجزائري على هذا النوع من التعاون في القانون 10/11 المتضمن قانون البلدية بصفة انتقالية إلى غاية صدور القانون الأساسي الذي يحدد القواعد التي تنظم الجزائر العاصمة.

الفرع الثالث: مخططات التهيئة والتعمير

يقصد بمخططات التهيئة والتعمير بتلك المخططات التي نص عليها القانون 29/90 المتعلق بالتهيئة والتعمير، فهذا القانون والنصوص التنظيمية المطبقة له منحت الجماعات المحلية صلاحيات لإنجاز أدوات التعمير منفردة أو بالتنسيق فيما بينها.

أولا: المخطط التوجيهي للتهيئة والتعمير.

يعرّف مخطط التوجيهي للتهيئة والتعمير حسب المادة 16 من القانون رقم 29/90 على النحو التالي " : المخطط التوجيهي للتهيئة والتعمير هو أداة للتخطيط المجالي والتسيير الحضري، يحدد التوجهات الأساسية للتهيئة العمرانية للبلدية أو البلديات المعنية آخذا بعين تصاميم التهيئة ومخططات التنمية. ويضبط المرجعية لمخطط شغل الأراضي"¹².

ومن ثم، فهو عبارة عن أداة للتخطيط وتسيير العمران، الذي تحدد فيه التوجهات الأساسية والعامّة للتهيئة العمرانية¹³.

كما يعتبر المخطط التوجيهي للتهيئة والتعمير مجالا آخر من المجالات التي تتعاون في الجماعات المحلية وتنسق للهوض بالسياسة العمرانية المحلية. فقد سمح المشرع للبلديات التي تقع في مجال إقليم واحد ومتشابه ومتداخل من حيث العمران أن تنسق فيما بينها لتعد مخطط توجيهي للتهيئة والتعمير واحد لمجموع هذه البلديات.

ثانيا: مخطط شغل الأراضي

مخطط شغل الأرض هو عبارة عن أداة حديثة للتخطيط المجالي والتسيير الحضري وجوده كان منعدما قبل 1990، حيث ظهر بموجب قانون 29/90 المؤرخ في 01 ديسمبر 1990، للتحكم في تسيير المجال، وهو أداة من اجل ضمان التوعية الحضرية والمعمارية للمدينة من خلال الاستجابة للمشاكل والخيارات، ويحتل الطابق الأخير في منظومة التخطيط العمراني في الجزائر¹⁴. كما أن له أهمية خاصة بالنسبة للجماعات المحلية، إذ يعتبر أداة جيدة للامركزية لاتخاذ القرار في تنظيم المجال.

ومخطط شغل الأراضي يعد وسيلة مهمة للتعاون بين الجماعات المحلية لاسيما بين البلديات للتنسيق والتعاون فيما بينها لإعداد مخطط يحقق الطموحات المحلية في مجال العمران لهذه البلديات.

المطلب الثاني: التعاون الاقتصادي

إن مجال التعاون لم يقتصر فقط على الجانب الإداري من خلال مجالس التنسيق واللجان المشتركة أو مخططات التهيئة والتعمير بل تعداه إلى تكريس نوع آخر من التعاون بشكل مختلف يأخذ بعين الاعتبار بروز حاجيات اجتماعية واقتصادية مشتركة بين عدة بلديات أو ولايات، وهو ما تجسد من خلال المؤسسات العمومية المشتركة بين البلديات أو بين الولايات والمؤسسات العمومية الاقتصادية أو من خلال إنشاء الصناديق المالية التي تساهم الجماعات المحلية في إيراداتها، والتي تهدف إلى مساعدة الجماعات المالية في تحقيق توازنها المالي.

الفرع الأول: المؤسسات العمومية المشتركة

بداية يتضح أن هذا النوع من التعاون أخذ عدة تسميات وعدة أشكال ولكن الرابط المشترك بين هذه المؤسسات هو أنها مؤسسة عمومية، ويظهر ذلك من خلال أن الأمر 24/67 قام بإحداث هذا النوع من المؤسسات تحت تسمية نقابة البلديات، وذلك بموجب المادة 13 منه والتي نصت على أنه: "يجوز لمجلسين أو عدة مجالس شعبية بلدية أن تقرر اشتراك البلديات التي تتولى تسييرها من أجل تحقيق خدمات أو مصالح ذات نفع مشترك بينها، فتقترح من أجل هذا الغرض إحداث نقابة للبلديات". كما نصت المادة 14 أيضا على كيفية إحداث نقابة البلديات فنصت على مايلي: "تحدث نقابة البلديات بموجب قرار:

• من عامل العمالة بالنسبة للبلديات التابعة لعمالة واحدة،

• من وزير الداخلية بالنسبة للبلديات التابعة لعمالتين فأكثر."

كما نصت المادة 18 على الطبيعة القانونية لنقابة البلديات في كونها مؤسسات عمومية ذات شخصية مدنية.

ثم جاء المرسوم رقم 117/85 المؤرخ في 07 ماي 1985 المحدد لشروط إنشاء المؤسسات العمومية المشتركة بين البلديات وتنظيمها وعملها، وقد نصت المادة 08 منه على أنه: "يمكن بلديتين أو عدة بلديات أن تشارك معا وتحدث مؤسسات مشتركة بين عدة بلديات تتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي وذلك من أجل تسيير مصالح عمومية ذات فائدة مشتركة بين البلديات.

يحدد هذا المرسوم شروط إنشاء المؤسسات المذكورة وتنظيمها وعملها¹⁵."

أما بخصوص المرسوم رقم 01/88 المتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية¹⁶ جاء هو الآخر ليضيف نوعا ثان من المؤسسات التي يمكن للجماعات المحلية أن تساهم فيها، وهذا النوع من المؤسسات مستوحى من المرجعية الفرنسية المنظمة للشركات العمومية المحلية، ولقد كان يطلق على هذا النوع من الشركات بفرنسا بشركات الاقتصاد المختلط حيث لم يتم اعتماد التسمية الحالية إلا خلال السنوات العشر الأخيرة لتجنب خضوع هذا النوع من الشركات لقوانين الاتحاد الأوروبي المطبقة على الشركات الخاصة.

وتعتبر الشركات العمومية المحلية نوعا من أنواع الشراكة العمومية، كما تتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي قصد تسيير مصالحها.

وأیضا العلاقات بين المؤسسات العمومية المشتركة بينها وبين البلديات تحدد في دفتر الشروط والذي يضبط حقوق كل طرف من الأطراف المعنية والتزاماته.

كما تعتبر حسب النظام الفرنسي شركات تجارية يملك القطاع العام الأغلبية في رأسمالها من أجل تحقيق مصلحة عامة.

أما في النظام القانوني الجزائري فالمؤسسات العمومية الاقتصادية هي شركات مساهمة أو شركات محدودة المسؤولية تملك الدولة أو الجماعات المحلية فيها مباشرة أو بصفة غير مباشرة جميع الأسهم أو الحصص. وعموما فإن المؤسسات العمومية التي تنشئها الجماعات المحلية يكتسي شكل شركات ذات مسؤولية محدودة. كما أن نجاح هذا المؤسسات المشتركة بين الجماعات المحلية يمكنها تحقيق النفع العام، وتستفيد من إيراداتها المحلية. غير أن جميع هذه المؤسسات المشتركة تم حلها خلال سنوات التسعينيات نتيجة إفلاسها.

الفرع الثاني: التعاون في إطار الصناديق المالية .

يعتبر صندوق الجماعات المحلية المشترك والذي ورد بهذه الصيغة في المرسوم رقم 86/ 266 أو صندوق التضامن والضمان للجماعات المحلية وفقا للمرسوم التنفيذي رقم 14/ 166 المؤرخ في 24 مارس 2014¹⁷ مؤسسة عمومية ذات طابع إداري تتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي. كما يكلف الصندوق بإرساء التضامن ما بين الجماعات المحلية من خلال تعبئة الموارد المالية وتوزيعها، ويعمل على تعاضد الوسائل المالية للجماعات المحلية الموضوعة تحت تصرفها. وتجب الإشارة أن أول مرسوم تطرق لنظام عمل الصندوق وسيره هو المرسوم رقم 86/ 266¹⁸ الملغى بموجب المرسوم التنفيذي 14/116 المؤرخ في 24 مارس 2014 المتضمن صندوق التضامن والضمان للجماعات المحلية الذي يحدد مهامه وتنظيمه وسيره، والذي بموجبه ولاسيما المادة 41 منه التي نصت على أنه يعاد تخصيص صندوق الجماعات المحلية المشترك ومستخدميه لفائدة صندوق التضامن والضمان للجماعات المحلية طبقا للتشريع والتنظيم المعمول بهما.

وصندوق التضامن والضمان للجماعات المحلية يتولى تسيير صندوقين وهما: صندوق التضامن للجماعات المحلية وصندوق الضمان للجماعات المحلية.

يكلف الصندوق وفي إطار التعاون ما بين الجماعات المحلية إلى جانب العمل على تعاضد الوسائل المالية للجماعات المحلية المشاركة في أعمال الإعلام وتبادل الخبرات واللقاءات لاسيما في إطار التعاون المشترك بين البلديات وهو ما نصت عليه المادة 05 من المرسوم 14/116 السابق الذكر.

ويدير الصندوق مجلس توجيه ويسيره مدير عام ويزود بلجنة تقنية.
يتأأس مجلس التوجيه الوزير المكلف بالداخلية أو ممثله ويضم المجلس:

سبعة (07) رؤساء مجالس شعبية ولائية منتخبين من طرف زملائهم.
(02) والييين.

أربعة (04) ممثلين عن وزارة الداخلية والجماعات المحلية
ثلاثة ممثلين عن وزارة المالية
ممثل واحد عن الوزارة المكلفة بالتهيئة العمرانية.

وفي ختام هذا المبحث نرى أنّ المشرع الجزائري، ومن اجل ترسيخ مبدأ التعاون ما بين الجماعات الإقليمية، خاصة القانونين 10/11 و 07/12 المتعلقين على التوالي قانون البلدية وقانون الولاية¹⁹، والنصوص التنظيمية، عمل على ضمان مرافقة جيدة للجماعات الإقليمية في مشاريعها الخاصة بالتنمية اللامركزية، وكل هذا من اجل تحسين ظروف المواطن بكل مستوياتها؛ وبمعنى أدق أنه لا يمكن ضمان مرافقة جيدة للجماعات الإقليمية إلا بعد إدخال عنصر فعال في المعادلة، وهو إشراك المواطن في الشأن المحلي، أي أن التعاون تحتل فيه الجوارية مع المواطن حيزا كبيرا.

ومن ثم، يتبين أن ثقافة الإشراك هذه تعتبر الرهان الجديد الذي يجب على السلطات الإدارية كسبه، باعتبار انه لا يمكن تحقيق تنمية اقتصادية واجتماعية في غياب ترسيخ أسس ديمقراطية محلية، تقوم على تحفيز المواطنين على المشاركة في تجاوز الصعوبات، ويتطلب الأمر أن لا تكون هذه الجماعات الإقليمية بمعزل عن ذلك. كما أنّ الهدف من التعاون هو في غالبه تحسين الأحوال الاقتصادية والاجتماعية والثقافية لتلك الجماعات من جهة والمواطن من جهة أخرى.

المبحث الثاني

التعاون ما بين الجماعات الإقليمية في الإطار الدولي

يعتبر التعاون الدولي فضاء آخر للجماعات الإقليمية للاحتكاك بنظيراتها الأجنبية للاستفادة من خبرات وتجارب ومساعدات البلديات الأجنبية في مجال التسيير، كما أن الانضمام إلى المنظمات الدولية يمكنها من الاستفادة من خدماتها في مجال القانون البلدي الدولي.

المطلب الأول: إبرام الجماعات الإقليمية للاتفاقيات الدولية (التوأمة)

تهدف اتفاقيات التعاون الدولي بين الجماعات الإقليمية في معظمها للقيام بالدراسات، وتخص تهيئة وتنمية المجال الإقليمي لهذه الجماعات وتوفير وتطوير آلياتها التسييرية.

الفرع الأول: اتفاقيات التوأمة

تعد اتفاقيات التوأمة أسلوباً للتعاون بين البلديات والولايات الجزائرية ونظيراتها من الدول الصديقة أو الشقيقة تشمل تبادل الخبرات في الميادين الاقتصادية والاجتماعية والثقافية والفنية، ولها أهمية تتمثل في التعريف بالبلديات والولايات على المستوى الدولي وخلق جو من التعاون.

ينبثق على اتفاقية التوأمة لجنة التوأمة كما هو معمول به في فرنسا، تعمل هذه اللجنة على تتبع انجاز وتنفيذ ما اتفق عليه في إطار اتفاقية هذه التوأمة.

كما يجب أن لا تكون هذه اللجنة مجرد آلية لتنظيم سفريات للمنتخبين والموظفين إلى الخارج بل مؤسسة تخضع لنظام أساسي يحدد مسؤولياتها في تسيير البرامج والأنشطة المنفذة في إطار التوأمة، مما يستوجب إبرام اتفاقية بين هذه اللجنة والجماعات المحلية المعنية بمشروع التوأمة.

توضح الاتفاقية المبرمة من طرف الجماعات الإقليمية ولجنة التوأمة العناصر الأساسية التالية: مهمة لجنة التوأمة، اختصاصات اللجنة، الإمكانيات الموصدة لها، قواعد صرف الإعتمادات العمومية وشروط إعداد تقرير بخصوص صرفها.

وفي هذا السياق، شهدت الجزائر في الآونة الأخيرة توقيع الجماعات الإقليمية الجزائرية عدة اتفاقيات توأمة مع نظيراتها من الدول الشقيقة والصديقة، حيث تم توقيع 86 اتفاقية في هذا الإطار مفصلة على النحو الآتي:

- حسب القارات: 18 بالنسبة لقارة إفريقيا، 60 قارة أوروبا، 06 قارة آسيا، و02 من قارة أمريكا.

- حسب البلدان: 21 دولة²⁰.

ومنه يلاحظ أنّ الجماعات الإقليمية الجزائرية أبرمت مع نظيراتها الأجنبية العديد من اتفاقيات التوأمة خاصة تلك البلدان التي لها روابط تاريخية وثقافية واقتصادية، وعلى هذا الأساس يرى الأستاذ سعيد الطيب أنّ الدولة الجزائرية متأثرة بالنظرة السيادية للعلاقات الدولية، لذلك فإنّ تعاونها دائماً مقصوراً على إبرام بعض اتفاقيات التوأمة مع بعض الدول التي تعتبرها صديقة أو شقيقة²¹.

الفرع الثاني: أهداف التوأمة

لما كانت التوأمة هي اتفاقية تنظم علاقة على مدى زمني طويل، فقد تطورت الآلية الآن إلى برامج تعاون، وهذا ما حصل خلال السنوات الأخيرة، حيث أن الاتحاد الأوروبي ضمن برنامج الشراكة الأورو متوسطية بتخصيص 10% من قيمة برامجه التنموية لبرامج التعاون والشراكة برامج عابرة للحدود. من هنا يمكن تلخيص أهداف التوأمة والتعاون على المستوى الداخلي والخارجي على النحو الآتي:
- تكسب الجماعات الإقليمية نقل التجارب والاستفادة من الخبرات.

- إقامة برامج إنمائية مشتركة يعود نفعها على الطرفين.
- تبادل المعلومات والزيارات والخبرات والتدريب وحتى يمكن تبادل الموظفين على سبيل الإعارة ولمدة محددة.
- الاستفادة بتمويل بعض البرامج الإنمائية في مجالات الثقافة، السياحة، البنية التحتية والدراسات.
- تعزيز المودة والتواصل بين مجتمعي الطرفين.
- استفادة المنتخبين المحليين من تجارب المنتخبين المحليين الذين حققوا نجاحات كبيرة على مستوى التسيير المحلي²².

المطلب الثاني: التعاون في إطار المنظمات الدولية.

إلى جانب اتفاقيات التوأمة التي تبرمها الجماعات الإقليمية الجزائرية هناك فضاء آخر للتعاون بين الجماعات الإقليمية الجزائرية ونظيراتها الأجنبية في إطار الانضمام إلى المنظمات الدولية التي تعنى بالتنظيم الإداري اللامركزي والمدن.

الفرع الأول: الانضمام إلى المنظمات الدولية

توجد منظمات دولية ذات طابع لامركزي تضم البلديات المنخرطة فيها تباشر الأنشطة واللقاءات على المستوى الدولي، وقد يمتد نشاطها في رقعة جغرافية معينة مثل منظمة المدن العربية ومنظمة العواصم والمدن الإسلامية، واتحاد المدن الإفريقية، وقد يمتد على مستوى العالم بأسره كالإتحاد الدولي لكبريات المدن، المركز التعاوني لمدن العالم، مؤتمر العواصم الإسلامية، الجمعية الدولية للمدن الناطقة كلية أو جزئيا باللغة الفرنسية.

وللمنظمات الدولية دور هام في تدعيم التعاون الدولي بين الجماعات المحلية لدول العالم وتطوير العمل المحلي على المستوى الدولي، وبدخول الجماعات الإقليمية في علاقات من هذا النوع يمكنها الاستفادة من إمكانيات التعاون الدولي.

الفرع الثاني: أهداف المنظمات الدولية الخاصة بالجماعات الإقليمية

تختلف الأهداف من منظمة إلى أخرى غير أنها كلها تصب في تطوير التعاون اللامركزي وتحقيق التنمية المحلية للجماعات المحلية.

فمنظمة المدن العربية التي مقرها الكويت، تهدف إلى رفع مستوى الخدمات والمرافق البلدية في المدن العربية وتطويرها بما يحقق النمو السكاني نحو حياة أفضل، ومعاونة المدن الأعضاء على تحقيق مشاريعها الإنمائية عن طريق مدها بالقروض والمساعدات الممكنة، كما تستعمل تبادل البحوث والدراسات والخبرات بين بلديات المدن الأعضاء لتحقيق أهدافها²³.

كما أن منظمة العواصم الإسلامية ومقرها مكة المكرمة تهدف إلى توثيق المودة والإخاء والصدقة بين العواصم والمدن الإسلامية وتطوير التعاون بينها، والحفاظ على تحقيق مخططات عمرانية شاملة تهدف لتوجيه

نمو العواصم والمدن الإسلامية، والعمل على رفع مستوى الخدمات المرفقة. تمويل مشاريع الخدمات البلدية والبيئة والبحوث والتدريب وحماية التراث وبرامج التعاون الفني في بلديات المدن الأعضاء من خلال صندوق التعاون التابع للمنظمة²⁴. أما الإتحاد العالمي للمدن - المدن المتحدة - الكائن مقره بباريس يسعى إلى تحقيق التعاون المباشر بين المدن عن طريق التوأمة وتبادل الخبرات وتأمين اللقاءات على المستوى الدولي. وبالنسبة لإتحاد المدن الإفريقية، ومقره بدار عاصمة السنغال يهدف هو الآخر إلى تعزيز العلاقات مع المنظمات الوطنية الدولية للمدن، ويعمل على تقديم الخدمات للمدن الأعضاء من خلال التعاون ونشر الوثائق والمعلومات²⁵. وما تجدر إليه الإشارة، أن هذا النوع من التعاون يخضع إلى رقابة متشددة من قبل السلطات المركزية، حيث لا يمكن القيام بأي مبادرة ترمي إلى إقامة علاقة لا مركزية مع جماعات إقليمية أجنبية إلا بعد الموافقة المسبقة للوزير الأول²⁶، وهو ما يقيد مبدأ المبادرة لدى الجماعات الإقليمية؛ أي أنّ الوزير الأول له كامل السلطة في قبول أو رفض أية مبادرة. ومن ثم يتبين أن المنظم أستبعد أي مبادرة أو اقتراح للجماعات المحلية في إبرام اتفاقيات التعاون اللامركزي.

خاتمة

من خلال كل ما سبق، تبين لنا أن التعاون ما بين الجماعات الإقليمية يلعب دورا هاما لنجاح هذه الجماعات، وبالتالي النهوض بالتنمية المحلية، والنتيجة تحقيق مزيدا من الاستقلالية. غير أن الواقع اثبت فشل بعض أنواع التعاون بين الجماعات الإقليمية لاسيما منها المؤسسات العمومية المشتركة التي تم حلها خلال سنوات التسعينيات.

كما أننا نجد أن السلطات المركزية لازالت تسيطر على الجماعات الإقليمية من خلال الرقابة المتشددة، الأمر الذي قد لا يحقق الأهداف المرجوة من التعاون بينها. والملاحظ أيضا أن التعاون بين الجماعات الإقليمية ونظيراتها الأجنبية عرف ديناميكية متسارعة خلال السنوات الأخيرة نظرا لتطور وسائل الاتصال. وفي الأخير توصلنا إلى عدد من التوصيات والمقترحات التي نرى أنها جديرة بالطرح نذكر أهمها في النقاط التالية:

-إعادة تنشيط المحيط الاجتماعي والجمعي المحلي وفتح فضاءات التعاون والتشاور مع المنتخبين المحليين والإدارات حتى السكان، وذلك من اجل إشراك المواطن في تسيير شؤونه المحلية، باعتبار انه لا يمكن إيجاد تعاون ما بين الجماعات الإقليمية إلا بوجود طرف أساسي في هذه المعادلة، وأساس ذلك أن التعاون الهدف منه تحسين الأحوال الاقتصادية والاجتماعية والثقافية للجماعات الإقليمية والنتيجة تحقيق حياة أفضل للمواطنين.

- توسيع دائرة التعاون بين الجماعات الإقليمية الجزائرية ونظيراتها الأجنبية خاصة بالنسبة لاتفاقيات التوأمة مع دول أخرى ، أي عدم حصر هذا التعاون مع الدول التي لها علاقات فقط تاريخية وثقافية واقتصادية.
- إعادة النظر في النص القانوني المنظم التعاون اللامركزي، والذي يشترط الموافقة المتشددة من قبل السلطات المركزية لإبرام أي اتفاقية تعاون، بل من المفترض أن يكون دور هذه السلطات مساند وموجه.

الهوامش:

- ¹ المادة 12 من الأمر 24/67 المتضمن القانون البلدي، المؤرخ في 18 يناير 1967، ج ر ع 06، سنة 1967.
- ² الأمر رقم 38/69 المتضمن قانون الولاية، المؤرخ في 22 ماي 1969، ج ر ع 44، سنة 1969.
- ³ القانون رقم 10/11 المتضمن قانون البلدية، المؤرخ في 22 يونيو 2011، الجريدة الرسمية رقم 37، سنة 2011.
- ⁴ يعرف التعاون اللامركزي على انه كل علاقة شراكة قائمة بموجب اتفاقية بين جماعة إقليمية جزائرية أو أكثر وجماعة إقليمية أجنبية أو أكثر، بهدف تحقيق مصلحة متبادلة في إطار صلاحياتها المشتركة. راجع، المادة 2 فقرة 1 من المرسوم رقم 329/17 الذي يحدد كيفية إقامة علاقات التعاون اللامركزي بين الجماعات الإقليمية الجزائرية والأجنبية، المؤرخ في 26 صفر عام 1439، الموافق 15 نوفمبر 2017، ج ر ع 68، ص 4.
- ⁵ راجع، بلال فؤاد، التعاون اللامركزي بين الجماعات المحلية الوطنية والأجنبية في التشريع الجزائري: الضوابط والمعوقات، مجلة الاجتهاد القضائي، العدد 16، مارس 2018، بسكرة، ص 310.
- ⁶ المادة 3 من المرسوم 329/17 نصت على انه: "يمكن الجماعات الإقليمية الجزائرية إقامة علاقات تعاون لامركزي مع جماعات إقليمية أجنبية في إطار احترام القيم والمكونات الأساسية للهوية الوطنية، وفي ظل الاحترام الصارم للمصالح والالتزامات الدولية للجزائر"، مصدر سبق ذكره، ص 5.
- ⁷ مزياي فريدة، دور الجماعات المحلية في مجال الاستثمار، مجلة الاجتهاد القضائي، العدد السادس، سنة 2009، ص 64.
- ⁸ المادة 12 ف 2 من الأمر رقم 24/67، مصدر سبق ذكره.
- ⁹ المواد من 27 إلى 32 من الأمر رقم 24/67، مصدر سبق ذكره.
- ¹⁰ المادة 11 من القانون رقم 08/90 المتضمن قانون البلدية، المؤرخ في 07 أبريل 1990، الجريدة الرسمية رقم 15، سنة 1990.
- ¹¹ المادة 177 من القانون رقم 08/90، مصدر سبق ذكره.
- ¹² المادة 16 من القانون رقم 29/90 المتعلق بالتهيئة والتعمير، المؤرخ في 01 ديسمبر 1990، الجريدة الرسمية رقم 52، سنة 1990. المعدل والمتمم بالقانون رقم 05/04، المؤرخ في 14 أوت 2004، ج ر ع 55، سنة 2004.
- ¹³ حمدي عمر باشا، حماية الملكية العقارية الخاصة، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، بدون سنة النشر، الجزائر، ص 96. ذكرته، قارة تركي إلهام، آليات الرقابة في مجال التهيئة والتعمير مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، جامعة تلمسان، سنة 2012/2013، ص 11.
- ¹⁴ للاستزادة حول الموضوع راجع في ذلك، قارة تركي إلهام، مرجع نفسه، ص 19 وما يليها.
- ¹⁵ المادة 08 من المرسوم رقم 117/85 المحدد لشروط إنشاء المؤسسات العمومية المشتركة بين البلديات وتنظيمها وعملها، المؤرخ في 07 ماي 1985، الجريدة الرسمية رقم 21، سنة 1985.
- ¹⁶ المرسوم رقم 01/88، المتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية، المؤرخ في 12 يناير، الجريدة الرسمية رقم 02 سنة 1988.
- ¹⁷ المرسوم التنفيذي رقم 166/14 المتضمن صندوق التضامن والضمان للجماعات المحلية، المؤرخ في 24 مارس 2014 الجريدة الرسمية رقم 19 لسنة 2014.
- ¹⁸ المرسوم رقم 266/86، المتضمن صندوق الجماعات المحلية المشترك، المؤرخ في 04 نوفمبر 1986، الجريدة الرسمية رقم 45 لسنة 1986.
- ¹⁹ القانون رقم 07/12 المتضمن قانون الولاية، المؤرخ في 21 فبراير 2012 الجريدة الرسمية رقم 12 لسنة 2012.

²⁰ موقع وزارة الداخلية والجامعات المحلية والتهيئة العمرانية <http://www.interieur.gov.dz/> تاريخ الإطلاع عليه: 2018/11/01.

²¹ TAIB (Essaid) , La coopération décentralisée des collectivités territoriales algériennes, Revue Algérienne des Politiques Publique ,N°5 ,Octobre ,2014 p11.

ذكره، بلال فؤاد، مرجع سبق ذكره، ص 321 .

²² لمزيد من التفاصيل راجع في ذلك، مفيدة بن لعبيدي، عمارة ناجي، دور التعاون اللامركزي الأفقي في حوكمة عملية التنمية المحلية - التعاون اللامركزي الجزائري الفرنسي نموذجا - ، مجلة العلوم القانونية والسياسية، ع15، جانفي 2017، ص 118 وما يلها.

²³ مزباني فريدة، المجالس الشعبية البلدية في ظل التعددية السياسية في التشريع الجزائري، رسالة لنيل شهادة دكتوراة في القانون بجامعة قسنطينة، سنة 2006، ص 225 .

²⁴ موقع منظمة العواصم الإسلامي www.oicc.org

²⁵ مزباني فريدة، المجالس الشعبية البلدية في ظل التعددية السياسية في التشريع الجزائري، مرجع نفسه، ص 225.

²⁶ المادة 9 ف 1 من المرسوم التنفيذي رقم 329/17 ، مصدر سبق ذكره.

تعاقد جهة الإدارة إلكترونيا في الجزائر (تعاقد إلكتروني أم تعامل إلكتروني) قراءة في أحكام المرسوم الرئاسي رقم 15-247

بن عزة حمزة
باحث في الدكتوراه
جامعة أوبكر بلقايد - تلمسان
chahine02tlim@gmail.com

ملخص

بتطور حاجات الأفراد وتنوعها تطور النظام القانوني لإبرام العقد الإداري، إذ أن التطور التكنولوجي لم يقتصر على ميدان محدد من عمل الإدارة بل شمل كل نواحي الحياة، مما تمخض عن ذلك ظهور نوع جديد من العقود الإدارية، وهي العقود الإدارية الإلكترونية، حيث مكنت هذه الوسيلة من توفير مزايا عديدة لعملية التعاقد منها السرعة والسهولة والدقة في عملية التعاقد الإداري بجميع مراحلها ابتداء من التفاوض وانتهاء بالتعاقد، وهو ما دفع الحكومات والمشرعين في جل دول العالم ومنها الجزائر إلى إصدار تشريعات تحكم هذا النوع من التعاقد مواكبة لهذا التطور.

الكلمات المفتاحية:

العقد الإداري الإلكتروني - الإدارة العامة الإلكترونية - التعامل الإلكتروني.

Abstract

The development of individuals needs results in the progress of means by which administrative contract is issued in a sense that technological progress is not confined to one particular field of the administrative works, it includes all the fields of life including means of administrative works matter that leads to the appearance of a new type of administrative contract which is the e-administrative contracts (electronic contracts). Such type provides the contacting process with many merits such as easiness, fastness, accuracy, and consistency in issuing administrative contracts.

key words :

Administrative contract electronic- Electronic public administration - Electronic dealing.

مقدمة

نتيجة لهذه البيئة الرقمية التي يعيش العالم فيها حالياً، كان من الطبيعي أن يطال التغيير أعمال الإدارة والمرافق العامة، خاصة الأعمال القانونية منها التي اكتسبت أهمية كبيرة نتيجة شيوخ تكنولوجيا المعلومات. ومن ثم وجدت حكومات الدول نفسها أمام حتمية السعي لتسهيل معاملات الأفراد وانجازها بقدر عال في الكفاءة، من خلال تبني مشاريع الحكومة الإلكترونية.، هذه الأخيرة تعد ثورة في مجال تنفيذ الأعمال الإدارية القانونية خاصة أعمال الإدارة التعاقدية - العقود الإدارية - والتي ينظمها قانون مرن ومتطور هو القانون الإداري.

إن هذا التحول من الأساليب الإدارية التقليدية في إنجاز أعمال الإدارة، إلى الأساليب الإدارية العامة الإلكترونية التي تمتاز بتقديم خدمات ذات كفاءة عالية وبأسرع وقت وقل تكلفة، أدى إلى ظهور أعمال الإدارة القانونية الإلكترونية تحت اسم القرار الإداري الإلكتروني¹، كما فتح إمكانية في تعاقد جهة الإدارة إلكترونيًا عبر شبكة الإنترنت ضمن ما يعرف بالعقد الإداري الإلكتروني.

ومن ثم ظهرت الحاجة إلى إيجاد قانون خاص بإبرام هذا النوع من العقود وإثباتها وتنفيذها، كون أن النظام القانوني للعقود التقليدية أصبح لا يسع هذا النوع الحديث من العقود.

وبناء على ما تقدم على سنحاول من خلال هذه الدراسة الإجابة على الإشكالية التالية:

ما مدى إمكانية تعاقد جهة الإدارة عبر الوسائل الإلكترونية؟، وهل اعتمد المشرع الجزائري نظام التعاقد الإلكتروني في قانون الصفقات العمومية؟، وما هي إيجابيات وآفاق هذا النوع من العقود في الجزائر؟.

وللإجابة على هذه التساؤلات سيتم تقسيم هذه الدراسة إلى:

المبحث الأول: مدخل إلى نظام التعاقد الإداري الإلكتروني

المبحث الثاني: التعامل الإلكتروني في ظل المرسوم الرئاسي رقم 15-247

المبحث الأول

مدخل إلى نظام التعاقد الإداري الإلكتروني

إن العقد الإداري الذي تبرمه الإدارة لا يختلف في مفهومه العام عن العقد المدني الذي يبرمه الأفراد فيما بينهم، وسعياً منا لتوضيح مفهوم تعاقد الإداري الإلكتروني، والذي لا يكتمل دون التمكن وهضم أحكام النظرية العامة للعقد الإداري (التقليدي)، ذلك أن العقد الإداري الإلكتروني ليس صورة جديدة من صور العقود الإدارية، وإنما هو نفس العقد الإداري التقليدي، ولكن يبرم بوسائل تقنية حديثة غير تقليدية، هذا من جهة، وجهة أخرى إن ظهور هذا النوع من العقود جاء جراء تأثر النشاط الإداري بظهور العقود الإلكترونية في القانون الخاص، والتي كان لها دور بارز في تطوير النشاط الإداري، سيتم في هذا

المطلب تحديد مفهوم العقد الإداري الإلكتروني من خلال التعرض بداية إلى تعريف العقد الإداري (التقليدي) (مطلب أول)، ثم الخوض في تعريف العقد الإلكتروني في إطار القانون الخاص محاولين تحليل مختلف التعريفات التي قيلت في هذا الشأن من أجل الوصول إلى تحديد دقيق لمعنى هذا النوع الجديد من العقود (مطلب ثاني)، لنتمكن في الأخير من تحديد مفهوم العقد الإلكتروني في إطار القانون الإداري (مطلب ثالث).

الفرع الأول: تعريف العقد الإداري

الجدير بالذكر أن العقود الإدارية التي هي موضوع دراستنا، هو النوع الذي تمتع فيه الإدارة بامتيازات استثنائية تساعدها على رعاية المصلحة العامة. وكون العقد الإداري هو عقد، فهو لا يخرج عن مفهوم أنه عقد – طبقاً لنص المادة 54 من القانون المدني²، والعقد يعرف عموماً بأنه: "اتفاق إرادتين على ترتيب أثر قانوني، إما بإنشاء التزام أو نقله أو تعديله أو زواله"³.

على أن فكرة العقد الإداري لم تنشأ في فرنسا إلا في زمن متأخر لا يتجاوز مطلع القرن الماضي. وكمرحلة أولى كان معيار السلطة هو المعيار المتبع قضاءً ووفقها في تحديد الاختصاصات بين القضاء العادي والقضاء الإداري⁴، فأعمال الإدارة القانونية التي تحمل طابع السلطة العامة (كالقرار الإداري) هي وحدها الخاضعة للقضاء الإداري في حين كانت العقود التي تبرمها الإدارة مع الأفراد تخضع للقضاء العادي. وقد أدى الأخذ بمعيار السلطة العامة إلى تضيق نطاق القضاء الإداري مما دفع المشرع الفرنسي إلى توسيعه من خلال إصدار قوانين تدرج بعض العقود الإدارية ضمن اختصاص القضاء الإداري، وهو ما سمي بالعقود الإدارية بتحديد القانون.

وكمرحلة ثانية قام الاجتهاد القضائي الإداري -خاصة القضاء الفرنسي- باعتماد نظرية المرفق العام في تعريفه للعقد الإداري، فيعتبر كل عقد تبرمه الإدارات العامة والأجهزة الإدارية التابعة لها لغرض تسيير وتنظيم المرافق العامة تحقيقاً لديمومة سيرها عقداً إدارياً، وهذا ابتداءً من سنة 1903 في حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر 6 فيفري 1903 في قضية تيرييه Terrier⁵، وهو الحكم الذي يعتبر الأساس الذي بنيت عليه فكرة تحديد العقود الإدارية بطبيعتها بعدما كانت إرادة المشرع هي القاعدة العامة في تحديد العقود الإدارية -العقود الإدارية بتحديد القانون-.

ليتم بعد ذلك الاعتماد على طبيعة الشروط الخاصة التي تضعها الإدارة العامة قصد تسيير المرافق العامة والتي توضح نية الإدارة في إبرام عقود إدارية، وهذا ابتداءً من سنة 1950. وعلى ضوء ما سبق اتجه القضاء الإداري -مجلس الدولة الفرنسي- إلى تعريف العقد الإداري بأنه "ذلك العقد الذي يبرمه شخص معنوي عام بقصد تسيير مرفق عام أو تنظيمه أو تظهير فيه نية الإدارة في الأخذ بأحكام القانون العام، وذلك بتضمين العقد شروطاً أساسية غير مألوفة في القانون الخاص"⁶.

من هذا التعريف يتضح أن مفهوم العقد الإداري يتحدد بوجود ثلاث معايير حددها القضاء في:

- وجود الشخص المعنوي العام كطرف في العقد،
- تعلق العقد بالمرفق العام إما من حيث تنظيمه أو تسييره،
- تضمين العقد لشروط استثنائية غير مألوفة في نطاق القانون الخاص،
وعلى ذات النمط استقر قضاء مجلس الدولة المصري في الكثير من أحكامه، وعلى رأسها قضاء المحكمة الإدارية العليا⁷، ونفس الشيء أخذ به المشرع الجزائري في مختلف القوانين التي تناول أحكام إبرام العقود الإدارية.

المطلب الثاني: تعريف العقد الإلكتروني

اختلف الفقه والتشريع حول وضع تعريف للعقد الإلكتروني، وهذا راجع لاختلاف الزاوية التي ينظر منها إليه من جهة أولى، ومن جهة ثانية، إلى التنوع الشديد للعقود الإلكترونية⁸. وهذا ما سنوضحه فيما يلي:

1- موقف الفقه من تعريف العقد الإلكتروني

فيعرف بعض الفقه العقد بأنه "اتفاق يتلاقى فيه الإيجاب والقبول عبر شبكة دولية للاتصال عن بعد بوسيلة مسموعة أو مرئية تتيح التفاعل بين الموجب والقابل"⁹.

ونلاحظ من هذا التعريف أنهما قد قصر العقد الإلكتروني على المعاملات التي تتم عبر شبكة الإنترنت فقط، في حين أن التعاقد عن طريق شبكة الإنترنت هو من أهم صور العقد الإلكتروني. ذلك أن مصطلح "إلكتروني" المضاف إلى العقد يدل على أن العقد يتم بوسيلة إلكترونية، والوسائل الإلكترونية التي يمكن إبرام العقود بها متعددة، والإنترنت ما هو إلا إحدى هذه الوسائل، وإن كانت شبكة الإنترنت أهمها لأنها أضافت آفاقا جديدة للعقد الإلكتروني¹⁰.

كما نلاحظ أن التعريف السابق لم يبين النتيجة المترتبة على التقاء الإيجاب بالقبول، وهي إحداث آثار قانونية، وإنشاء التزامات عقدية.

كما رأى آخرون تعريف العقد الإلكتروني نظرا لارتباطه بالتجارة الإلكترونية بأنه عقد يقوم على "تنفيذ أو إبرام كل أو بعض التعاملات التجارية في السلع والخدمات التي تتم بين مشروع تجاري وآخر، أو بين تاجر ومستهلك باستخدام تكنولوجيا المعلومات والاتصالات"¹¹.

والملاحظ في هذا التعريف أنه ركز على الصفة التجارية للعقد، ونظرا لأهميتها التي لا يمكن لأحد إنكارها، لاعتبار أن أغلب العقود الإلكترونية تصب في خانة البيوع التجارية، ولكن هذا لا يعني أن العقد الإلكتروني لا يتم بين أشخاص عاديين ليسوا تجارا.

وبناء على ما تقدم يمكن تعريف العقد الإلكتروني بأنه تلاقى الإيجاب بالقبول عبر الشبكة الدولية للاتصالات أو أي وسيلة إلكترونية أخرى قصد إحداث أثر قانوني إما بإنشاء التزام أو تعديله أو إلغائه.

ومع تأكيدنا بعد كل هذه التعريفات، أن العقد الإلكتروني من حيث الوسيلة التي ينعقد بها، يشتمل على مفهومين، أحدهما واسع يشمل العقد الإلكتروني الذي يتم بجميع الوسائل الإلكترونية، سواء كانت شبكة

الإنترنت أو الفاكس أو التلكس أو التلغراف وغيرها. والآخر ضيق وهو الذي يتم عن طريق شبكة الإنترنت فقط.

2- موقف التشريع من تعريف العقد الإلكتروني

حاولت التشريعات بدورها وضع تعريف لهذا النوع من العقود، بدء بالتوجيهات الأوربية التي كان لها السبق في هذا المجال، وصولا للتشريعات الداخلية للدول.

تجسيدا لمبادئ قانون الأونسترال¹² أصدر البرلمان الأوروبي التوجيه رقم 97-07¹³ الخاص بحماية المستهلك عن بعد، والذي تضمن في أحكامه تعريفا للعقد الإلكتروني من خلال المادة 2 منه، والتي تنص على "العقد عن بعد هو كل عقد متعلق بالسلع أو الخدمات يتم بين مورد ومستهلك من خلال الإطار التنظيمي الخاص بالبيع عن بعد أو تقديم الخدمات التي ينظمها المورد، باستخدام واحدة أو أكثر من وسائل الاتصال الإلكترونية حتى إتمام التعاقد".

ويلاحظ أن التوجيه الأوروبي قد اعتمد اسم العقد عن بعد بدل من العقد الإلكتروني، حيث اعتبر كل عقد يتم عبر وسيلة من وسائل الاتصال الحديثة، هو عقد عن بعد، مما يعني أن العقد الإلكتروني هو عقد عن بعد.

أما بالنسبة للمشرع الفرنسي فقد اعتمد مصطلح العقد عن بعد تأثرا بالتوجيه الأوروبي، وعرف العقد عن بعد في المرسوم رقم 2001-741 المتعلق بالبيع عن بعد، والذي أضاف المادة 121-16 إلى قانون حماية المستهلك الفرنسي، وتضمنت هذه المادة التعريف التالي: "تنطبق أحكام هذا القسم على كل بيع لمال أو أداء خدمة يرم دون الحضور المادي المعاصر للأطراف، بين مستهلك ومهني، واللذين يستخدمان لإبرام العقد وعلى سبيل الحصر وسيلة أو أكثر من وسائل الاتصال عن بعد".

أما التشريعات العربية فقد كان المشرع التونسي أول من وضع قانونا خاصا بالمعاملات الإلكترونية، وهو القانون رقم 83 لسنة 2000¹⁴، لكن هذا القانون لم يتضمن تعريفا صريحا للعقد الإداري الإلكتروني. ليأتي المشرع الأردني في سنة 2001 ويعرف العقد الإلكتروني في قانون المعاملات الإلكترونية¹⁵ في مادته الثانية بشكل صريح، فقد عرفت الفقرة الأولى من المادة المعاملات الإلكترونية بأنها "المعاملات التي تنفذ بوسائل إلكترونية"، بينما عرفت الفقرة الثانية العقد الإلكتروني على أنه "الاتفاق الذي يتم انعقاده بوسائل إلكترونية كلياً أو جزئياً"، وأضافت نفس المادة في فقرتها الثالثة تعريفا خاصا للوسائل الإلكترونية التي يبرم بواسطتها العقد على أنها: "أية تقنية لاستخدام وسائل كهربائية، مغناطيسية، ضوئية، أو وسائل مشابهة في تبادل المعلومات".

أما فيما يتعلق بالمشرع الجزائري فإن تعريفه للعقد الإلكتروني قد جاء متأخرا إن صح القول، وكان ذلك في سنة 2018، عند صدور القانون رقم 18-05 المتعلق بالتجارة الإلكترونية¹⁶، في نص المادة 2/06 "العقد الإلكتروني: العقد بمفهوم القانون رقم 04-02 المؤرخ في 23 جوان 2004، الذي يحدد القواعد

المطبقة على الممارسات التجارية، ويتم إبرامه عن بعد، دون الحضور الفعلي والمتزامن لأطرافه باللجوء حصريًا لتقنية الاتصال الإلكتروني..."، وبالذهاب إلى القانون رقم 02-04 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية¹⁷، واستقراء المادة 3 منه نجد أنها قد عرفت العقد في الفقرة 4 بقولها " كل اتفاق أو اتفاقية تهدف إلى بيع سلعة أو تأدية خدمة، حرر مسبقًا من أحد أطراف الاتفاق مع إذعان الطرف الآخر بحيث لا يمكن هذا الأخير إحداث تغيير حقيق فيه...".

وخارجًا من هذا الجدل نقول أن الصفة الإلكترونية تلحق بالعقد متى تم إبرامه أو تنفيذه باستخدام وسيلة إلكترونية، سواء في إبرامه أو تنفيذه أو كليهما معًا.

المطلب الثالث: تعريف العقد الإداري الإلكتروني

بناءً على ما سبق نقول أن العقد الإداري الإلكتروني يتميز بطبيعة خاصة على عكس العقد الإلكتروني، فهو يجب أن يشتمل على عناصر وخصائص العقد الإداري من جهة، وعناصر وخصائص العقد الإلكتروني من جهة أخرى، وهنا تكمن صعوبة تحديد مفهومه وتعريفه.

فيعرفه الأستاذ (Thierry Revet) في فرنسا بقوله العقد الإداري الإلكتروني هو قبل شيء عقد يتم إبرامه عن طريق وسيط إلكتروني، وهذا الوسيط لا يتدخل في مضمون العقد، ذلك لاحتواء العقد على شروط استثنائية أو خضوعه لنظام استثنائي خاص يميزه عن العقود المدنية، مع إمكانية الإحالة إلى عقود نموذجية تضعها الإدارة على موقعها الإلكتروني لغرض سهولة اطلاع الراغبين في التعاقد معها على شروط التعاقد¹⁸.

ويعرفه الدكتور راغب ماجد الحلو بأنه "العقد الذي يتم إبرامه من خلال وسائل الاتصال الإلكترونية، وفيه يتم التعاقد عن بعد Remote control دون تواجد مادي متزامن لطرفي العقد، وذلك من خلال شبكة الإنترنت، وهذا هو الغالب، أو من خلال أي وسيلة اتصال إلكتروني أخرى كالفاكس أو التلكس، مع تأكيد على وجود الإدارة كطرف فيه وتصرفها من خلاله بوصفها سلطة إدارية عامة"¹⁹.

وما يلاحظ على هذا التعريف تركيزه على ضرورة وجود عنصر الشروط الاستثنائية غير مألوفة في العقود المدنية، مع اشتراط إبرامه عن طريق وسيط إلكتروني مهمته نشر نصوص ومحتويات العقد على شبكة الإنترنت من خلال موقع إلكتروني، دون أي تدخل في مضمون العقد، في إشارة واضحة أن دور الوسيط الإلكتروني هو النشر والإعلان واستقبال عروض الراغبين في التعاقد مع الإدارة فقط.

وعرفه جانب من الفقه بأنه عقد وفق المعيار العضوي (وجود الإدارة العامة طرفًا في العقد)، والمعيار الموضوعي (اتصاله بالمرفق العام و تواجد شروط استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص) حسب النظرية العامة للعقد الإداري، لكن وجه الاختلاف بينه وبين العقد الإداري بالشكل التقليدي، هو أنه يبرم باستعمال وسائل الاتصال الإلكتروني، سواء الإنترنت أو من خلال أي وسيلة اتصال إلكترونية أخرى كالفاكس أو التلكس أو التلغراف²⁰. ولا يختلف هذا التعريف عن سابقه إلا أنه حاول أن يميز يوضح

مفهوم العقد الإلكتروني عن طريق تمييزه عن الشكل التقليدي للعقد الإداري، دون أن يعطي تعريفا صريحا للعقد الإداري الإلكتروني.

وقد حاول بعض الفقهاء الإلمام بجميع جوانب العقد الإداري الإلكتروني من خلا تعريفه بأنه "العقد الذي يتم إبرامه من خلال وسائل الاتصالات الإلكترونية، وفيه يتم التعاقد عن بعد دون تواجد مادي متزامن لأطراف العقد - الإدارة من جهة، وشخص طبيعي أو معنوي من جهة أخرى-، لكن باعتبار العقد مبرم بين حاضرين بسبب التواجد اللحظي بينهم، ويتم إثبات التعاقد بالمحركات الإلكترونية وتنفيذه عن طريق شبكة المعلومات الدولية في حالة التسليم المعنوي للمنتجات، كما يمكن الوفاء بالثمن عن طريق النقود الإلكترونية والبطاقات البنكية، مما يجعل العقد الإداري الإلكتروني ذو طابع دولي".²¹

والملاحظ أن التعريف قد حاول تحديد مفهوم العقد الإداري الإلكتروني من خلال مراحل العقد بدءا بالتعاقد، وانتهاء بالمقابل المالي وطريقة السداد إلكترونيان ولكنه لم يشر في مرحلة التنفيذ إلى التنفيذ المادي واكتفى بذكر التسليم المعنوي، كذلك قصر العقد الإلكتروني على طابع الدولي كميزة، ولم يشر إلى العقد الإداري الداخلي.

أما بالنسبة للتشريع، فقد كانت التشريعات والأجنبية والأوروبية بصفة خاصة لها قصب السبق في الاعتراف بإمكانية تعاقد جهة الإدارة عبر الوسائل الإلكترونية، وتعريف العقد الإداري الإلكتروني.

وقد كان التوجيه الأوروبي الرائد في تكريس حرية التعاقد الإداري الإلكترونيين حيث أكد على إمكانية اللجوء إلى الوسائل الإلكترونية في إبرام العقود الإدارية لغرض زيادة فاعلية الشراء العام والارتقاء بسياستها، وكان ذلك ابتداء من صدور التوجيه الأوروبي لسنة 1996 الخاصة بالمعاملات الإلكترونية، ثم بعد ذلك التوجيه رقم 97-07 الخاص بحماية المستهلك عن بعد، والذي سبق وأن أشرنا إليه، لتتوالى التوجيهات التي تناولت إبرام العقود الإدارية الإلكترونية بصفة خاصة في صدور، كالتوجيه الأوروبي رقم 18-2004 الصادر في 80 مارس 2004، وكذلك التوجيه الأوروبي رقم 17-2004 الصادر في 31 مارس 2004 مما يدل على أهمية العقود الإدارية الإلكترونية.

وقد عرفته المادة 12 من التوجيه الأوروبي رقم 18-2004، بقولها "للسلطة الإدارية الحق في استعمال التقنيات الحديثة لإبرام العقود الإدارية عن طريق الوسائل الإلكترونية بهدف احترام القواعد المنصوص عليها في هذا التوجيه".²²، فرغم أن هذه المادة لم تعطي تعريفا صريح للعقد الإداري الإلكتروني، إلا أنها أعطت واعترفت للسلطات الإدارية في الدولة بما لا يدع مجال للشك بإمكانية إبرام عقود إدارية طبقا للنظرية العامة لإبرام العقود الإدارية، لكن باستعمال وسائل إلكترونية.

وبالذهاب إلى المشرع الفرنسي الذي يعتبر صاحب الريادة في مجال سن التشريعات الداخلية الخاصة بالعقود الإدارية الإلكترونية، منها قانون العقود الإدارية الفرنسي الصادر بمرسوم رقم 210 لسنة 2001،

والمعدل بالمرسوم رقم 15 الصادر في 80 جانفي 2004، والذي نص في مادته 56 على إمكانية إبرام العقود الإدارية عن طريق وسائل الكترونية، حيث يطلق على هذا النوع من العقود في فرنسا اسم: *La dématérialisation de procédures de passation des marches public* ومعنى ذلك نزع الصفة المادية عن إجراءات التعاقد في مجال العقود الإدارية، أي التحول من الإجراءات المادية في التعاقد إلى الإجراءات المعنوية أو غير المادية، وهذا يعني أن الفضاء الإلكتروني هو من يحكم العقد الإداري بكل تفاصيله.

وبالرجوع إلى نص المادة 56 نجد أنها قد أوردت في مضمونها ما يفيد تعريف العقد الإداري الإلكتروني، وهو كالاتي: هو العقد الذي يبرم بدون استخدام الوسائل المادية (التقليدية) المستخدمة في تحرير وإبرام العقود، ولكن يتم الاعتماد على الوسائل والتقنيات الحديثة في عالم الفضاء الإلكتروني، خاصة في عقود التوريد العامة²³.

وبالذهاب إلى التشريعات العربية، فنجد أن هذه التشريعات لا تزال بمستوى متواضع فيما يخص التعاقد الإداري الإلكتروني، فالمتفحص لأغلب النصوص التشريعية الخاصة بالتعاقد الإداري الإلكتروني يجد شح كبير فيما باستثناء دولة الإمارات العربية المتحدة²⁴، فالدول العربية وإن اهتمت بالتشريعات التي تنظم التعاملات الإلكترونية والتوقيع الإلكتروني، فإن هذه النصوص مازالت خالية من تعريف أو إشارة للعقد الإداري الإلكتروني، وأغلب ما ورد فيه من أحكام يخص التعاقد المدني فقط.

وعليه يعرف الباحث العقد الإداري الإلكتروني بأنه العقد الذي يتم إبرامه وتنفيذه بوسائل إلكترونية كلياً أو جزئياً من طرف شخص معنوي عام، بقصد تسيير مرفق عام أو تنظيمه، وتظهر فيه نية الإدارة الأخذ بأحكام القانون العام من خلال تضمينه شروطاً استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص، بحيث يعلن عنه بشكل إلكتروني، وترسل العروض من قبل المتنافسين إلكترونيًا (إيجاب إلكتروني)، وتقوم الإدارة بالإرسال وقبول أفضل عرض إلكترونيًا (قبول إلكتروني)، على أن يتم تنفيذه وتسوية نزاعاته بشكل عادي أو إلكتروني، مما يستدعي أن يتم إثباته بالوسائل الإلكترونية.

المبحث الثاني

موقف المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتعلق بالصفقات العمومية من التعاقد

الإلكتروني

قبل الخوض في تحديد موقف المشرع الجزائري من التعاقد عبر الوسائل الإلكترونية، لا بد من التعرض إلى موقف المشرع الفرنسي من ذلك، والأحكام التي أصدرها في هذا الشأن، وهذا لسببين، أولهما:

أن المشرع الفرنسي يعتبر رائدا في مجال سن التشريعات الخاصة بالتعاقد الإداري الإلكتروني. أما السبب الثاني: هو تأثر المشرع الجزائري في أغلب الأحيان وفي الكثير من التشريعات.

وعليه سيتم تقسيم هذا المطلب إلى ثلاث مطالب، عنوان المطلب الأول: التجربة الفرنسية في إبرام العقود الإدارية، أما المطلب الثاني فحمل عنوان: موقف المشرع الجزائري من إبرام العقود الإدارية الإلكترونية، ليستعرض في المطلب الثالث: إيجابيات وآفاق التعامل الإلكتروني في مجال العقود الإدارية في الجزائر.

المطلب الأول: التجربة الفرنسية في إبرام العقود الإدارية الإلكترونية

بداية ينبغي التأكيد أن المشرع الفرنسي لم يحدد الوسيلة التي يعقد بها العقد الإداري الإلكتروني كما رأينا سابقا، إنما جعلها عامة وشاملة لكل الوسائل الإلكترونية الحديثة، وهذه التفاتة رائعة ومهمة منه، لأن الوسائل الحديثة متطورة ومتجددة يوما بعد يوم.

ما ينبغي أن ننبه له من جديد أن المشرع الفرنسي يستعمل مصطلح "dématérialisation"، والذي نقصد به نزع الصفة المادية عن الصفقات العمومية، ولقد عرفها بأنها إمكانية إبرام صفقات عمومية بالطريق الإلكتروني، إما باستعمال الرسائل الإلكترونية أو استخدام أرضية على شبكة الانترنت⁽²⁵⁾.

ولقد تناول قانون الصفقات العمومية الفرنسي أحكاما تتعلق بنزع الصفة المادية للصفقات العمومية، خاصة المادة 56 منه مشار إليها آنفا والواردة تحت عنوان الأحكام المتعلقة بالاتصال وتبادل المعلومات بالطريقة الإلكترونية، والالتزامات فيما يتعلق بنزع الصفة المادية.

ومن أهم القوانين في مجال التعاقد الإداري الإلكتروني في فرنسا المرسوم رقم 2002-692 المؤرخ في 30 أبريل 2002 والمتعلق بتطبيق الفقرتين 1 و 2 من المادة 56 من قانون الصفقات العمومية، والخاصة بإجراءات إبرام الصفقات العمومية الإلكترونية⁽²⁶⁾.

بإضافة إلى العديد من المواد التي كرست مبدأ نزع الصفة المادية عن الصفقة العمومية، وجعلت إمكانية إبرام صفقة عمومية عبر شبكة الإنترنت أمرا ممكنا على غرار المادة 54 التي نصت على إمكانية تنظيم المزاد الإلكتروني، والمادة 79 التي نصت على ضرورة تقديم تقرير حول صيرورة إجراءات المنح بالطريق الإلكتروني، والمادة 80 في فقرتها 3 التي نصت على إمكانية التوقيع إلكترونيا على الصفقة العمومية، والعديد من المواد الأخرى التي نستنتج من استقراءها أن المشرع الفرنسي توسع جدا في تنظيم التعاقد الإداري الإلكتروني وفصل في ذلك بإسهاب بالمقارنة مع المشرع الجزائري والذي مازال بعيد كل العبد عن إمكانية التعاقد الإداري الإلكتروني.

وبناء على ما تقدم يمكن القول أن منظومة التشريعات الإلكترونية الفرنسية تكاد تكتمل أكثر من غيرها في مجال التعاقد الإداري الإلكتروني.

المطلب الثاني: موقف المشرع الجزائري من إبرام العقود الإدارية الإلكترونية

بالنسبة للجزائر فشأنها شأن باقي الدول العربية إذ لا يوجد لحد الآن تعريف للعقد الإداري الإلكتروني، لا من جانب الفقه ولا من جانب المشرع، وهذا راجع لحدثة ونقص في التشريعات الإدارية الخاصة بهذا نوع من العقود. لذلك من خلال ما مر من تعريفات للعقد الإلكتروني، نجد أن هناك ضجة قد غلفت هذا الموضوع بحالة من الغموض والإرباك.

فباستقراء والتفحص نصوص قانون الصفقات العمومية الصادر بموجب المرسوم رقم 15-247²⁷، لا نجد أي إشارة إلى إمكانية إبرام جهة الإدارة للصفقة عمومية عن طريق وسيلة إلكترونية، هذا إذا استثنينا بعض المواد التي تمكن جهة الإدارة من استعمال بعض الوسائل الإلكترونية في مختلف مراحل إبرام الصفقة، وهذا ما يجعلنا نتساءل هل النصوص التي جاء بها قانون الصفقات العمومية خاصة الواردة في الفصل السادس تجيز للإدارة إبرام صفقة عمومية عبر الوسائل الإلكترونية، أو أن الأمر لا يعدو أن يكون مجرد الإباحة للإدارة في التعامل عن طريق بعض الوسائل الإلكترونية في مختلف مراحل الصفقة؟. هذا ما سنوضحه فيما يلي:

لقد تناول المشرع الجزائري موضوع التعامل الإلكتروني في إبرام الصفقات في الفصل السادس بعنوان: الاتصال وتبادل المعلومات بالطريقة الإلكترونية من المرسوم رقم 15-247، وذلك في قسمين: القسم الأول: المعنون بـ الاتصال بالطريقة الإلكترونية تضمن مادة وحيدة، وهي المادة 203. القسم الثاني: المعنون بـ تبادل المعلومات بالطريقة الإلكترونية تضمن 3 مواد من المادة 204 إلى المادة 206.

نصت المادة 203 على أنه "تؤسس بوابة إلكترونية للصفقات العمومية، تسير من طرف الوزارة المكلفة بالمالية والوزارة المكلفة بتكنولوجيات الإعلام والاتصال، كل فيما يخصه، ويحدد في هذا المجال قرار مشترك بين الوزير المكلف بالمالية والوزير المكلف بتكنولوجيات الإعلام والاتصال صلاحيات كل دائرة وزارية.

يحدد محتوى البوابة وكيفية تسييرها بموجب قرار من الوزير المكلف بالمالية." فيما نصت المادة 204 على أن "تضع المصالح المتعاقدة وثائق الدعوة إلى المنافسة تحت تصرف المتعهدين أو المرشحين للصفقات العمومية، بالطريقة الإلكترونية، حسب جدول زمني يحدد بقرار من الوزير المكلف بالمالية.

يرد المتعهدون أو المرشحون للصفقات العمومية على الدعوة إلى المنافسة بالطريقة الإلكترونية حسب الجدول الزمني المذكور سابقا.

كل عملية خاصة بالإجراءات على حامل ورقي يمكن أن تكون محل تكييف مع الإجراءات على الطريقة الإلكترونية.

تحدد كيفية تطبيق هذه المادة بقرار من الوزير المكلف بالمالية."

أما المادة 206 فتعبر عن قفزة نوعية في مجال الصفقات العمومية أحدثها المشرع بموجب المرسوم رقم 15-247 إذ استحدث إجراءات جديدين هما المزاد الإلكتروني العكسي، والفهارس الإلكترونية للمتعهدين الذين يمكن للمصلحة المتعاقدة اللجوء إليهما في صفقات اقتناء اللوازم وتقديم الخدمات العادية، على أن تحدد كليات تطبيق أحكام هذه المادة بقرار من الوزير المكلف بالمالية.

وباستقراء هذه المواد التي أوردها المشرع في الفصل السادس من قانون الصفقات يتبين لنا أن إمكانية إبرام جهة الإدارة عقدا إداريا أو صفقة عمومية باستخدام الوسائل الإلكترونية مازالت بعيدة في الوقت الحالي، وأن الأمر لا يعدو أن يكون مجرد الاعتراف للإدارة بالقيام ببعض التعاملات الإلكترونية أثناء إبرام الصفقات العمومية مع إتمام إجراءات الإبرام الأخرى وفق الشكل التقليدي الذي يبقى هو الأصل. فأربع مواد تعتبر غير كافية لتحكم نظام بحجم نظام إبرام العقود الإدارية الإلكترونية، رغم أن وجودها يعتبر خطوة أولية نحو الاعتراف بإمكانية الإدارة في التعاقد عبر الوسائل الإلكترونية مستقبلا.

وتأسيسا على ما سبق يمكن إبداء الملاحظات التالية:

رغم إرادة المشرع الجزائري الواضحة في مواكبة تطورات العصر في مجال الصفقات العمومية، والتي نلاحظها من خلال إدراجه بعض التعاملات الإلكترونية في قانون الصفقات العمومية، وذلك في المواد السابقة الذكر، إلا أن هذه النصوص التي أصدرها في شأن المعاملات الإلكترونية في مجال الصفقات العمومية تبقى غير كافية، باعتبار أن مجال الصفقات يعد مجالا حساسا وخطيرا في آن واحد ويمس باقتصاد الدولة، وأربعة مواد تعتبر مجحفة في شأن التعاقد الإداري الإلكتروني كما قلنا.

المواد الأربع جاءت في سياق عام غير واضح²⁸ تحت عنوان "الاتصال وتبادل المعلومات بالطريقة الإلكترونية"، وليس التعاقد الإداري الإلكتروني، وهو ما يجعلنا نقول أن المشرع الجزائري لم يتجاوز بعد مرحلة التعامل الإلكتروني في مجال الصفقات العمومية إلى مرحلة التعاقد الإداري الإلكتروني.

لحد الآن لم تصدر اللوائح التنظيمية التي تبين كيفية تطبيق نصي المادتين 204 و206 السابقتين. ولا نعلم سبب هذا التخوف من طرف المشرع الجزائري في إصدار هذه اللوائح. خاصة إذا علمنا أن الجزائر وقعت عدة اتفاقيات بخصوص المعاملات الإلكترونية في إطار برنامج الحكومة الإلكترونية (2002-2013)²⁹، ورغم المشاريع الضخمة التي تبنتها الجزائر في هذا المجال إلى أن مجال الصفقات العمومية لم يشهد تقدما فيما يخص التعامل الإلكتروني.

فباستثناء صدور النص القانوني المتضمن إنشاء بوابة إلكترونية للصفقات العمومية في الجزائر سنة 2013، وهو القرار المؤرخ في 17 نوفمبر 2013 الذي يحدد محتوى البوابة الإلكترونية للصفقات العمومية وكيفية تسيرها وكليات تبادل المعلومات بالطريقة الإلكترونية³⁰، إلا أن طريقة تسير الصفقات العمومية مازالت تتم بالطرق التقليدية، والتي تتميز بضبابية المعلومة وصعوبة الوصول إليها، ولا وجود لحد الآن أي تطبيق عملي لهذا النص القانوني رغم مرور أزيد من 5 سنوات عن صدوره.

رغم وجود موقع متخصص في الصفقات العمومية، تحت تسمية "بوابة إلكترونية للصفقات العمومية"، والتي تعد فضاء افتراضي واسع لجميع المتعاملين الاقتصاديين في مجال الصفقات العمومية، وتهدف إلى السماح بنشر ومبادلة الوثائق والمعلومات المتعلقة بالصفقات العمومية وكذا إبرام الصفقات العمومية بالطريقة الإلكترونية مستقبلا، واستحداث قاعدة بيانات تسمح عن طريق البوابة الإلكترونية بجمع المعلومات المتعلقة عن: المصالح المتعاقدة، المتعاملين الاقتصاديين وملفاتهم الإدارية، الصفقات العمومية، بطاقات الإحصاء الاقتصادي للطلب العمومي، تبادل الوثائق بين المصالح المتعاقدة والمتعاملين الاقتصاديين، منشورات البوابة، ألا أن هذا لا يؤدي إلى القول بإمكانية إبرام عقود إلكترونية في الجزائر.

المطلب الثالث: إيجابيات وأفاق التعامل الإلكتروني في مجال العقود الإدارية في الجزائر

أولا: إيجابيات التعامل الإلكتروني في مجال الصفقات العمومية

- تسريع وتيرة الإجراءات والتدقيق في العمليات وتوفير الوقت والجهد والمال، ففي ظل العمل بنظام الإدارة العامة الإلكترونية وتكريس المعاملات الإلكترونية فلن يضطر الموظف بالبحث داخل أكوام من الدفاتر عن المعلومات، أو وجود وثائق موجهة توجيها خاطئ، أو مستندات مفقودة، أو تأخير بسبب عدم اكتمال العمل الورقي، ذلك لأن الإدارة العامة الإلكترونية تحتوي على أرشيف إلكتروني ومحركات إلكترونية ورسائل صوتية يتحكم فيها نظام تشغيل آلي. وهذا ما يترتب عليه خفض التكاليف، سواء تعلق هذه التكاليف بإنجاز إبرام العقود الإدارية وانجاز المعاملات الإدارية الورقية التي يطلبها ذوي الشأن، أو تعلقت بجهة الإدارة التي عليها في ظل نظام الإدارة التقليدية توفير أماكن لاستقبال المتعاملين وما يلزم ذلك من نفقات.

- التعامل الإلكتروني من شأنه أنه يعزز الشفافية في قطاع حساس مثل قطاع الصفقات العمومية، عن طريق القضاء على مظاهر المحاباة والمحسوبية والرشوة. وذلك من خلال تقليل سلطة العنصر البشري. -التقريب بين المسافات وبين الإدارات والمتعاملين معها، وهو ما يمكن أن نسميه بالعمل عن بعد عن طريق مؤسسات افتراضية، فأي متعامل يرغب في الحصول على معلومات معينة أيا كانت طبيعتها، غير تلك المحظورة بالطبع، فله أن يحصل عليها في ثوان معدودة من خلال شبكات الإدارة العامة الإلكترونية. -استقطاب أكبر عدد من المتعاملين ونشر جو من المنافسة المشروعة، والحصول على عروض كثيرة ومتنوعة في ظرف قياسي قصير.

-السرعة في تسديد المستحقات المالية للمتعاملين المتعاقدين، والحيلولة دون تأخر تنفيذ المشاريع.

- تسهيل إجراءات الإشهار عن طريق تجاوز الإشهار العادي في الصحف، وتعيوضه بالإعلان الإلكتروني.

ثانيا: آفاق التعامل الإلكتروني في مجال الصفقات العمومية

- لا بد من التعجيل بإصدار اللوائح التنظيمية والتشريعية لتطبيق نص المواد 203، 204، 205، 206 من المرسوم رقم 15-247.

- تكريس وإدخال تكنولوجيا المعلومات حتى نقل من التدخل البشري في مجال الصفقات العمومية.
- تخصيص بنود تتعلق بمحاربة الرشوة وتنازع المصالح في قانون العقوبات وتحقيق الأمن القانوني، وإضفاء الحماية القانونية لتشجيع إبرام الإلكتروني في مجال العقود الإدارية بصفة عامة.
- تطوير آليات المساءلة في مجال الصفقات العمومية بحيث تنشر كافة التفاصيل الدقيقة في بوابة الصفقات العمومية.

- تكوين حقيقي للقضاة في هذا المجال تحسبا للمنازعات التي سوف تطرح على القضاء الإداري والجنائي.

- الاستفادة من تجارب الدول المتقدمة في مجال الصفقات العمومية الإلكترونية.

الخاتمة:

في الأخير يمكن القول:

أن تطبيق نظام التعاقد الإداري الإلكتروني في مجال الصفقات العمومية ونزع الصفة المادية عنها ليس بالأمر الهين، فرغم الصور الإيجابية التي تعبر عن محاولة إصلاح وتحسين الخدمة العمومية وتكريس الإدارة الإلكترونية ومبدأ الشفافية والنزاهة في التعاملات التي تقوم بها الإدارات العمومية خاصة في مجال الصفقات العمومية، ورغم وجود بعد النصوص القانونية، إلا أنها تبقة حبرا على ورق لعدم تفعيل عمل البوابة الإلكترونية لصفقات العمومية لحد الساعة، مع أن النص القانوني القاضي بإنشائها قد صدر بتاريخ 17 نوفمبر 2013 ولم يصدر في الجريدة الرسمية حتى 9 ابريل 2014، كما ينبغي إصدار تشريعات خاصة تحكم نظام إبرام العقود الإدارية الإلكترونية.

وعليه فإن التأخر في هذا الأمر لا يخدم صالح الحكومة التي ترمي إلى تحسين الخدمة العمومية خاصة بالمقارنة مع دول أخرى كفرنسا والجزائرتين تونس والمغرب اللتان قطعتا أشواطاً كبيرة في مجال التعاقد الإداري الإلكتروني.

مع العلم أننا لا ننكر أن تحقيق هذا الأمر تواجهه العديد من المشكلات القانونية والإدارية و المالية والأمنية والتي تحول دون تنفيذه بشكل فعال وأهم هذه العقبات:

- مشكلة الفراغ التشريعي الذي تعاني منه الإدارة الإلكترونية .

- مشكلة انعدام الأمن المعلوماتي.

- تفشي ظاهرة البيروقراطية الإدارية.

- ظاهرة الفساد الإداري.

- مشكلة الأمية الإلكترونية.

الهوامش:

¹- تعددت التعريفات التي قيلت في القرار الإداري التقليدي، إلا أن هذه التعريفات لا يمكن أن تخرج عن أنه " عمل قانوني من جانب واحد يتضمن إعلان من طرف السلطة الإدارية عن إرادتها في إحداث أثر قانوني في مواجهة الأفراد بصورة تنفيذية، أي في صورة تؤدي إلى التنفيذ المباشر". أنظر:

Jean RIVERO, Droit administrative, 2^{ème} éd., Dalloz, paris, 1987, p. 110.

وأما إذا كنا أمام نظام الإدارة العامة الإلكترونية فهذا يعني أن الإدارة ستجري تصرفاتها القانونية بشكل كلي أو جزئي عبر شبكة الإنترنت الأمر الذي أدى إلى بروز مصطلحات قانونية جديدة في هذا الميدان كالعقد الإداري الإلكتروني والقرار الإداري الإلكتروني، والذي يكمن تعريفه بأنه: تلقي الإدارة العامة الطلب الإلكتروني على موقعها الإلكتروني، وإفصاحها عن رغبتها الملزمة بإرادتها المنفردة بإصدار القرار، ردا على الطلب والتوقيع عليه إلكترونيا، والإعلان صاحب الشأن إلكترونيا. للمزيد راجع: علاء معي الدين مصطفى، القرار الإداري الإلكتروني، مداخلة في المؤتمر العلمي السابع عشر للمعاملات الإلكترونية (التجارة الإلكترونية - الحكومة الإلكترونية)، الإمارات العربية المتحدة، 2009، ص. 106.

²- الأمر رقم 58-75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، ج.ج.ج، العدد 78، لسنة 1975.

³- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني- نظرية الالتزام بوجه عام، ج.1، دار إحياء التراث العربي، بيروت- لبنان، 1998، ص. 137.

⁴- سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية-دراسة مقارنة-، ط.5، دار الفكر العربي، القاهرة-مصر، 2008، ص. 32.

⁵- وتتلخص وقائع القضية في أن مجلسا بلديا أعلن عن مكافأة تمنح لكل شخص يشترك في الحملة التي ستقوم بها المدينة من أجل القضاء على الأفاعي الخطرة التي تهدد السكان وصحتهم، ولتحقيق هذه الغاية قام المجلس البلدي برصد مبلغ من المال للإنفاق منه على المكافآت المطلوبة. وعندما تقدم السيد تيرييه Terrier مطالبا بتسليمه المكافأة المقررة له، فتاجأ بنفاد الاعتماد المخصص لها، فتقدم برفع دعوى أمام القضاء الإداري، حيث إنتهى مجلس الدولة الفرنسي إلى تقرير اختصاصه بالنظر في النزاع، على أساس أن الوعد بالجائزة قد تضمن إيجابا من المجلس البلدي، وأن قيام السيد المذكور باصطياد الأفاعي التي كانت تشكل خطرا على الصحة العامة يعد قبولا، ومن ثم يكون بينهما عقد يستهدف التخلص من الأفاعي. وهذا العقد يتعلق بمرفق عام، لذا يكون اختصاص النظر في المنازعات التي يثيرها هذا العقد للقضاء الإداري. أنظر:

Marceau LONG, Prosper WEIL, Guy BRAIBANT, Pierre DELVOLE et Bruno GENEVOIS, Les grands arrêts de la jurisprudence administrative, 16^{ème} éd., Dalloz, 2007, p. 90.

⁶- نفس المفهوم أكده القضاء الإداري المصري في حكمه الصادر عن محكمة القضاء الإداري بتاريخ 30-08-1998 بقولها " ليس بكاف أبدا مجرد أن يكون أحد طرفي العقد شخصا إداريا عاما للقول بأن هذا التصرف إنما هو عقد إداري يخضع لأحكام القانون العام، ويختص حتما بالفصل في منازعاته هذه المحكمة، فالشخص الإداري العام قد يرم عقدا مدنيا كما قد يرم عقدا إداريا سواء بسواء، وإنما تتميز العقود الإدارية عن العقود المدنية بطابع معين مناطه احتياجات المرفق العام الذي يستهدف العقد تسييره، غير أنه مجرد صلة العقد بالمرفق العام وإن كان شرطا لازما فإنها ليست بكافية، فالعبرة بما قد تأخذ به جهة الإدارة في عقدها من أسلوب القانون العام ليأخذ الطابع المميز للعقد الإداري وما قد ينطوي عليه من شروط استثنائية غير مألوفة بالقياس إلى متوسط العقود الخاصة بين الأفراد."، حكم محكمة القضاء الإداري الطعن رقم 669 ق51 جلسة 30-8-1998 دائرة العقود الإدارية.

⁷- حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية، الصادر في 16 ديسمبر 1956، القضية رقم 223، لسنة 10 قضائية.

⁸- المنزلاوي صالح، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، ط.1، دار النهضة العربية، القاهرة-مصر، 2005، ص. 12.

⁹- أسامة أبوالحسن مجاهد، الوسيط في قانون المعاملات الإلكترونية، دار النهضة العربية، مصر، 2007، ص. 120.

¹⁰- سمير حامد عبد العزيز الجمال، التعاقد عبر تقنيات الاتصال الحديثة، ط.1، دار النهضة العربية، مصر، 2006، ص. 66.

¹¹- محمد حسين منصور، المسؤولية الإلكترونية، منشأة المعارف، الإسكندرية-مصر، 2006، ص. 17.

¹²- صدر هذا القانون عن لجنة القانون التجاري الدولي التابعة للأمم المتحدة في 12/06/1996، وتم إقراره بناء على التوصية رقم 162/51 الصادر عن الجمعية العامة للأمم المتحدة في 16/12/1996، وهو يتكون من 17 المادة مقسمة إلى باين، الأول يعالج موضوع التجارة الإلكترونية في مواده من 1 إلى 11. الأونسترال لجنة القانون التجاري الدولي التابعة للأمم المتحدة، تم إنشاؤها بموجب القرار رقم 2205 المؤرخ في

- 1996/12/17، وأنشئت من أجل تحقيق الانسجام بين القواعد القانونية المنظمة للتجارة العالمية، وقد حققت منذ إنشائها العديد من الإنجازات أهمها اتفاقية فيينا للبيع الدولي سنة 1980، يرمز لها اختصارا باللغة الإنجليزية UNCITRAL، وباللغة الفرنسية CNUDCI.
- 13- التوجيه الأوروبي رقم 07-97، الصادر في 20 ماي 1997، الجريدة الرسمية، ليوم 04 جوان 1997، عدد رقم 144.
- 14- صدر هذا القانون في 9 أوت 2000، وقد تضمن 53 فصلا (مادة) مقسمة على تسعة أبواب عنيت بتحديد النظام القانوني للمبادلات الإلكترونية من الجانب المدني والجزائي.
- 15- قانون المعاملات الإلكترونية الأردني رقم 85، لسنة 2001، الصادر في 11 ديسمبر 2001، الجريدة الرسمية للمملكة الأردنية الهاشمية رقم 4524، ص. 6010.
- 16- القانون رقم 05-18، المؤرخ في 10 ماي 2018، يتعلق بالتجارة الإلكترونية، ج.ر.ج.ج، العدد 28، لسنة 2018.
- 17- القانون رقم 02-04 المؤرخ في 23 جوان 2004، يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، ج.ر.ج.ج، العدد 41، لسنة 2004.
- 18 - Kessler DELPHINE, Le contrat administratif face a l'électronique, D.E.A, Droit de L'internet, Université du Paris, Panthéon-Sorbonne, 2002, P. 20.
- 19- ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية، دار الجامعة الجديدة للنشر والتوزيع، مصر، 2014، ص. 115.
- 20- هيبه سردوك، المناقصة العامة كطريقة لتعاقد الإداري، ط. 1، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية-مصر، 2009، ص. 108.
- 21- داوود الباز، المناقصة الإلكترونية وسيلة لاختيار المتعاقد مع الإدارة، مجلة الحقوق، الكويت، العدد الثالث، 2005، ص. 182 وما بعدها.
- 22- راغب ماجد الحلو، المرجع السابق، ص. 122.
- 23- عبد الفتاح بيومي حجازي، المرجع السابق، ص. 35.
- 24- تعد دولة الإمارات العربية المتحدة أول دولة عربية خاضت تجربة التعاقد الإداري الإلكتروني، حيث تم الإعلان سنة 2001 أن جميع مشتريات الحكومة ستتم بالتعاقد الإلكتروني، وتجسيدا لذلك صدر القانون رقم 02 لسنة 2002 المشار إليه سابقا. وباستثناء هذا النص الذي يكاد يكون النص الوحيد الذي نظم أحكام إبرام العقد الإداري الإلكتروني في الدول العربية. إلا أن بعض الدول حاولت تأويل النصوص القائمة في مجال التعاقد الإلكتروني المدني بما يلائم التعاقد الإداري الإلكتروني، ففي دولة الكويت مثلا أفتت إدارة الفتوى والتشريع بجواز التعامل الإلكتروني في مجال الإعلان عن المناقصة العامة وكذلك طرحت وثائقها على أقراص الكمبيوتر بدلا من استخدام الأوراق والمستندات الورقية. راجع: هيبه سردوك، المرجع السابق، ص. 109.
- 25- فيصل عبد الحميد الشوابكة، النظام القانوني للعقد الإداري الإلكتروني، مجلة الجامعة الإسلامية للدراسات الاقتصادية والإدارية، المجلد 21، العدد 2، جويلية 2013، ص. 336.
- 26- فيصل عبد الحميد الشوابكة، المرجع السابق، ص. 342.
- 27- المرسوم رئاسي رقم 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015 يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، ج.ر.ج.ج، العدد 50، لسنة 2015.
- 28- عبد الحكيم حططاش-هند زيتوني، رؤية نقدية لنظام الصفقات العمومية في الجزائر: الشفافية، السرعة، الرقابة المالية، مداخله الملتقى الدولي "الجزائر خمسون سنة من التجارب التنموية ممارسة الدولة والاقتصاد والمجتمع".
- 29- محمد محمود وآخرون، الحكومة الإلكترونية وتطبيقاتها في الوطن العربي، المنظمة العربية للتنمية الإدارية، الأردن، 2004، ص. 10 وما بعدها.
- 30- قرار مؤرخ في 17 نوفمبر سنة 2013، يحدد محتوى البوابة الإلكترونية للصفقات العمومية وكيفية تسيرها وكيفية تبادل المعلومات بالطريقة الإلكترونية، ج.ر.ج.ج، العدد 21، لسنة 2014.
- 1 - الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، ج.ر.ج.ج، العدد 78، لسنة 1975.
- 2 - التوجيه الأوروبي رقم 07-97، الصادر في 20 ماي 1997، الجريدة الرسمية، ليوم 04 جوان 1997، عدد رقم 144.
- 3 - القانون رقم 02-04 المؤرخ في 23 جوان 2004، يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، ج.ر.ج.ج، العدد 41، لسنة 2004.

- 4 - قرار مؤرخ في 17 نوفمبر سنة 2013، يحدد محتوى البوابة الإلكترونية للصفقات العمومية وكيفية تسييرها وكيفية تبادل المعلومات بالطريقة الإلكترونية، ج.ر.ج.ج، العدد 21، لسنة 2014.
- 5 - المرسوم رئاسي رقم 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015 يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، ج.ر.ج.ج، العدد 50، لسنة 2015.
- 6 - القانون رقم 18-05، المؤرخ في 10 ماي 2018، يتعلق بالتجارة الإلكترونية، ج.ر.ج.ج، العدد 28، لسنة 2018.

تعليق على قرار محكمة الإستئناف الإدارية بالرباط
عدد: 3833 و تاريخ: 2017/10/09 في الملف عدد: 2017/7205/527
قضية السيد محمد مهني ضد الجماعة الترابية لوجدة

د. نبيل تقني
دكتور في الحقوق
(محام بهيئة وجدة_المغرب)
maitre.tikni@gmail.com

الوقائع

تعود وقائع و مجريات القضية إلى تاريخ: 2016/12/26 حين تقدم السيد محمد مهني بمقال افتتاحي للطعن أمام المحكمة الإدارية بوجدة، يعرض فيه أن رئيس الجماعة الترابية لوجدة أصدر قرار برسم سنة 2015 يقضي بالترخيص للسيد "س.ز" بفتح و استغلال محل للنجارة حياد عن الضوابط القانونية الواجبة و استناد على أسباب مادية. معتبرا القرار متكبها لصحيح حكم القانون فيما قرره و مضر به مما جعله يستعصم بالغائه لعيب مخالفته للقانون و انبنائه على غير صحيح الواقع و تحريفه لمحاضر الجهات التي تبدي رأيها. و أن السكنينة العامة ؛ لما كانت هي كل ما من شأنه أن يمس راحة المواطنين ، و التي تغيا المشرع من ورائها المحافظة على السكون والهدوء في المناطق السكنية. و إنه نظرا لما لهذا العنصر من أهمية خاصة في منع الأمراض النفسية والعصبية و التي يطلق عليها أمراض العصر، فإنه يجب على الإدارة- سواء أكانت شخصا معنويا عاما مرفقيا أم شخصا معنويا عاما ترابيا كما في نازلة الحال- اتخاذ كافة الإجراءات اللازمة لمحاربة الضوضاء المقلقة للراحة كالأصوات المنبعثة من أجهزة و معدات النجارة و المستعملة حتما في ممارسة النشاط الحرفي لهذه الحرفة. كما أن المتفق عليه فقها و قضاء أن تشمل المحافظة على السكنينة العامة أيضاً منع كل ما من شأنه إقلاق راحة العامة و لا سيما القاطنين الذين اختاروا أماكن تدخل ضمن منطقة الأحياء السكنية لما يفترض فيها من سكنينة و هدوء. كما أنه قد اعترض سابقا على منح رخصة فتح و استغلال محل للنجارة بالمنزل الذي يقطنه ،- في وقت سابق حين كان المطلوب حضوره (المستفيد من القرار الطعين) قد عمد إلى الإخلال بكل الأنظمة و استغل المحل دون رخصة- و هو الإعتراض الذي تلقى بشأنه الجواب المضمن برسالة عامل عمالة وجدة أنجاد تحت عدد: 1491 و تاريخ: 16 أبريل 2015 و التي يبدو من خلال مطالعتها أن عمالة وجدة

أنكاد_ بصفها سلطة محلية_ قد أجرت بحثا في الموضوع و سجلت التزام المطلوب حضوره بعدم استغلال المحل للنجارة مدليا بنسخة من اعتراض و احتجاج و جواب السلطة المحلية في موضوع الإحتجاج.

و إنه لما كانت الأماكن العامة مثل الشوارع والميادين والمحلات التجارية وغير التجارية و منها المهنية ، هي التي تشكل الميدان الأساسي لهيئات الضبط الإداري للمحافظة على النظام العام و السكينة العمومية، و هو ما أتت المدعى عليها عكسه، وناقض تصرفها ما جاء مفترضا فيها بحكم القانون. و إن الطاعن حقا يعاني من مرض في الرأس يستوجب الهدوء و السكينة و هو الثابت من الشواهد الطبية الملقى بها بالملف، مما يثبت و يعزز ما استعصم به و يبرر الطعن واقعا. لذلك يبقى القرار المطعون فيه مخالفا للقانون و حليف للإلغاء، و أن الضرر يزال و قاض المحكمة الإدارية هو حامي الحقوق و الحريات، و أن الحق في الصحة و السكينة و العيش الكريم و المحترم، فضلا عن كونها حقوقا دستورية و مؤكدة بموجب الدستور، فإنها تشكل حقوقا كونية للإنسان منصوص عليها في العهد الدولي للحقوق و الحريات، و التمس في الأخير في الشكل بقبول الطعن ، و في الموضوع - أساسا - بإلغاء القرار المطعون فيه عدد: 235 برسم سنة 2015، الصادر عن السيد رئيس الجماعة الحضرية لوجدة، و الموقع من طرف نائبه و الذي قرر للمطلوب حضوره بفتح و استغلال محل للنجارة، مع ترتيب الآثار القانونية على ذلك، وأخصها إلزام المدعى عليها _ الجماعة الترابية لوجدة_ بإغلاق المحل المذكور فورا و احتياطيا بتحقيق النزاع عن طرق بحث أو خبرة قضائية و إن اقتضى الحال الوقوف على عين المكان. مع النفاذ المعجل لما تحدته الإستطالة بالطعن العادي أو غير العادي من ضرر للسكنة و منهم العارض الذي يعاني من مرض مزمن بالرأس يستوجب الراحة و السكينة و تحميل خاسر الدعوى صائرها إن وجد و إن لم يوجد فبإعفائه منه طبقا للقانون.

و بعد تبليغ الجهات المدعى عليها بنسخة من مقال الطعن و إمهالهم للجواب، تقدم دفاع الجماعة الترابية لوجدة بمستنتجات جوابية في موضوع الطعن، كما تقدم دفاع المطلوب حضوره _ المستفيد من القرار _ بمستنتجات جوابية في موضوع الطعن كذلك استعصمت جميعها بعدم قبول الطعن لتقدمه خارج الميعاد القانوني المقرر له لوقوع العلم اليقيني به قبل ستين يوما و كذا لوجود الدعوى الموازية، و احتياطيا برفضه لكون القرار مؤسس من حيث الواقع و القانون، و هي المستنتجات التي توصل بنسخة منها دفاع الطاعن و التي عقب عما تضمنته ملتصقا في الأخير بالحكم وفق الطعن.

على إثر ذلك قررت المحكمة الإدارية بوجدة اعتبار القضية جاهزة و إحالة الملف على مؤسسة السيد المفوض الملكي لإعداد مستنتاجاته، حيث اقترح إلغاء القرار المطعون فيه، فتم حجز القضية للمداولة و النطق بالحكم حيث صدر الحكم عدد: 185 و تاريخ: 2017/03/15 في الملف عدد: 2016/7110/199، قضى بقبول الطعن شكلا، و في الموضوع بإلغاء القرار المطعون فيه مع ترتيب الآثار القانونية على ذلك.

و حيث فتح ملف تبليغي للحكم أعلاه من طرف الطاعن الذي صدر الحكم لفائدته و تم تبليغ أطراف النزاع، التي استأنفت الحكم أمام محكمة الإستئناف الإدارية بالرباط بتاريخ: 2017/04/19 (المطلوب حضوره _ صاحب المحل) و بتاريخ: 2017/05/18 (الجماعة الترابية لوجدة)، حيث تم تعيين جلسة النظر في الإستئناف و تبليغ المستأنف عليه نسخة من مقال الطعن بالإستئناف، حيث أجاب عن مقال الطعن ملتصقا أساسا عدم قبول الطعن بالإستئناف لخرقه القواعد القانونية المقررة بالمسطرة المدنية و احتياطا بتأييد الحكم المستأنف لكونه جاء مصادفا للقانون.

و بعد تبادل المذكرات و الردود قررت محكمة الإستئناف الإدارية بالرباط حجز الملف للمداولة و النطق بالحكم، حيث صدر القرار موضوع التعليق و هو القرار عدد: 3833 و تاريخ: 2017/10/09 في الملف عدد: 2017/7205/527 و القاضي في الشكل: بضم الملف 2017/7205/603 إلى الملف عدد: 2017/7205/527 و بشمولهما بقرار واحد و قبول الإستئناف بشأنهما معا، و في الموضوع: بإلغاء الحكم المستأنف و تصديا بعدم قبول الطلب بانية قرارها على الآتي :

وبعد المداولة طبقا للقانون

في الشكل : حيث دفع المستأنف عليه بعدم قبول الإستئناف، الأول المقدم من طرف الجماعة الترابية لوجدة بدل الجماعة الحضرية لوجدة باعتبارها هي الجهة المحكوم عليها و الثاني المقدم من طرف السيد س. ز لتقدمه من غير ذي مصلحة طالما أن الحكم المستأنف قضى في مواجهة الجماعة الترابية لوجدة دون أن يحمل أي جهة أخرى أي التزام.

لكن حيث من جهة أولى فإن الإستئناف المقدم من طرف الجماعة الترابية لوجدة، يبقى مقبولا باعتبار أن هذه الأخيرة تعد جماعة ترابية تتمتع بالشخصية المعنوية و الإستقلال الإداري و المالي طبقا للمادة الثانية من القانون التنظيمي رقم: 14-113 المتعلق بالجماعات، و هي ذات الشخص المعنوي العام المسمى

سابقا الجماعة الحضرية لوجدة طبقا للميثاق الجماعي رقم 17-08، و بالتالي لها الصفة و المصلحة في استئناف الحكم القاضي بإلغاء القرار الصادر عن رئيسها، و يبقى بذلك الدفع المثار غير مؤسس و يتعين استبعاده.

و حيث من جهة ثانية لئن كان الحكم المستأنف صدر في مواجهة الجماعة الحضرية لوجدة وذلك بإلغاء القرار الصادر عن رئيسها بالترخيص للسيد س. ز بفتح و استغلال محل للنجارة فإن هذا الأخير باعتبار المستفيد من قرار الترخيص الملغى بمقتضى الحكم المستأنف تكون مصلحته قد تضررت بمقتضاه مما يجعلها قائمة في الطعن بالإستئناف المقدم من طرفه ضد الحكم المذكور، و ذلك خلافا لما جاء في الدفع و يتعين رده لهذه العلة و باستبعاده يكون كل من الإستئناف المقدم من طرف س.ز بواسطة نائبه بتاريخ: 2017/04/19 المفتوح له الملف رقم: 2017/7205/527 و الإستئناف المقدم من طرف الجماعة الترابية لوجدة بواسطة نائبها المفتوح له الملف رقم: 2017/7205/603 ضد الحكم الصادر عن المحكمة الإدارية بوجدة المشار إلى مراجعته أعلاه، جاء وفق الشروط الشكلية المتطلبة قانونا، و نظرا لوحدة الأطراف و السبب و لحسن سير العدالة تقرر ضم الملفين إلى بعضهما و شمولهما بقرار واحد و قبول الإستئناف فيهما معا.

في الموضوع : حيث يستفاد من وثائق الملف و محتوى الحكم المستأنف أنه بتاريخ: 2016/12/26 تقدم الطاعن (المستأنف عليه) بمقال افتتاحي أمام المحكمة الإدارية بوجدة عرض فيه بواسطة نائبه أن رئيس الجماعة الترابية لوجدة أصدر قرارا برسم سنة 2015، يقضي بالترخيص للسيد س.ز بفتح و استغلال محل للنجارة وهو القرار موضوع الطعن و ذلك لاستناده على أسباب مادية غير صحيحة تتمثل في تحريف محاضر الجهات التي تبدي رأيها و كذا لمساسه بعناصر السكنية العامة باعتبار أن المحافظة عليها من اختصاص الجماعة المطعون ضدها سيما و أن المحل المرخص فيه بمزاولة النشاط يوجد بحي سكني يفترض فيه الهدوء و السكنية، فضلا على أن الطاعن سبق له أن اعترض على منح رخصة فتح و استغلال محل للنجارة بالمنزل الذي يقطن فيه حين كان المطلوب حضوره قد عمد إلى الإخلال بكل الأنظمة و استغل المحل دون رخصة، و هو الاعتراض الذي تلقى بشأنه الجواب المضمن برسالة عامل عمالة وجدة أنكاد تحت عدد: 1491 و تاريخ: 16 أبريل 2015، يبدو من مطالعتها أنها بصفتها سلطة محلية أجرت بحثا في الموضوع و سجلت التزام المطلوب بحضوره بعدم استغلال المحل للنجارة، و التمس لأجله أساسا : الحكم بإلغاء القرار المطعون فيه عدد: 235 برسم سنة 2015 الصادر عن رئيس جماعة وجدة، و الموقع من طرف نائبه و الذي قرر للمطلوب حضوره (س.ز) بفتح و استغلال محل

للنجارة مع ترتيب الأثار القانونية على ذلك، و احتياطيا ، إجراء تحقيق عن طريق بحث أو خبرة قضائية و إن اقتضى الحال الوقوف على عين المكان، مع النفاذ المعجل و تحميل خاسر الدعوى الصائر إن وجد و بعد جواب الجماعة الترابية لوجدة بواسطة دفاعها بتاريخ: 2017/01/10 أكدت على أن الترخيص المسلم للمطلوب حضوره تم في احترام تام للشروط و الشكليات المنصوص عليها قانونا، و من جهة ثانية فإن الطعن غير مقبول لوجود شرط الدعوى الموازية و التمس لأجله عدم قبوله و بعد جواب المطلوب حضوره بواسطة دفاعه بتاريخ: 2017/01/31 الرامي إلى عدم قبول الطعن شكلا و برفضه موضوعا، و بعد جواب والي الجهة الشرقية بتاريخ: 2017/01/31 الرامي إلى إخراجها من الدعوى و بعد تعقيب الطاعن بواسطة نائبه الرامي إلى الحكم وفق مقال الدعوى ، و بعد تمام الإجراءات صدر الحكم المشار إلى مراجعه و منطوقه أعلاه القاضي بإلغاء القرار المطعون فيه مع ترتيب الأثار القانونية على ذلك و برفض باقي الطلبات و هو الحكم المستأنف.

في أسباب الاستئنافين مجتمعة للارتباط

حيث يعيب المستأنفان الحكم المستأنف بخرق القانون لتقديم الطعن خارج الأجل المقرر في المادة 23 من القانون: 41-90 و لوجود شرط الدعوى الموازية و من جهة ثانية لكون القرار المطعون فيه مشروع و استند إلى أسباب مادية صحيحة.

لكن ، من جهة ، فإن المشرع حدد ضمن مقتضيات المادة 23 من القانون المحدثه بموجبه محاكم إدارية، أجل الطعن خارج في القرارات الإدارية داخل ستين يوما من تاريخ التوصل بالنسبة للقرارات الفردية كما هو الشأن في نازلة الحال، و قد اعتبر الاجتهاد القضائي أن العلم ينصب على مضمون القرار و مصدره و أسبابه بشكل يدل دلالة قاطعة على تحققه لدى الطاعن و سيتبين به مركزه القانوني و أن المحكمة يمكنها أن تستنتج من كل وثيقة أو واقعة متى كانتا تدلان عليه دلالة قاطعة، و الحال أن الإدارة كما الشأن بالنسبة للمستفيد من الترخيص لم يثبت تبليغ المستأنف عليه بالقرار الإداري المطعون فيه، كما لم يثبت من معطيات القضية تحقق علمه اليقيني به، سيما و أن مواكبه لكافة المراحل المتعلقة بالترخيص و كذلك الشأن بالنسبة لتقديم دعوى رفع الضرر في: 2016/09/29 لا يستنتج منها تحقق العلم اليقيني بشكل قاطع الترخيص من حيث مصدره و أسبابه و فحواه فيبقى ما أثير بخصوص الأجل مردودا.

وحيث من جهة ثانية بالنسبة للسبب الثاني من الاستئناف فقد نصت الفقرة الأخيرة من المادة 23 من القانون المحدث للمحاكم الإدارية على أنه لا يقبل الطلب الهادف إلى إلغاء قرارات إدارية إذا كان في وسع المعنيين بالأمر أن يطالبوا بما يدعونه من حقوق بطريقة الطعن العادي أمام القضاء الشامل.

و حيث لما كان الهدف من دعوى الحال هو منع الضجيج الحاصل بفعل مزاولة المستأنف عليه لنشاط التجارة المرخص له بموجب القرار المطعون فيه بالإلغاء و أن ذلك يعني أنه يمكن الوصول إلى النتائج المرجوة من وراء دعوى الإلغاء عن طريق اللجوء إلى القضاء العادي لطلب رفع الضرر وفقا لمقتضيات الفصل 91 من قانون الالتزامات و العقود، مما يبقى معه الطلب غير مقبول على حالته ، و الحكم المستأنف لما نحا خلاف هذا المنحى مجانبا للصواب و واجب الإلغاء.

التعليق

أثار مفهوم "الدعوى الموازية" و "العلم اليقيني" عدة إشكالات فقهية و عملية، و ثار نقاش كبير بخصوصهما، ظل مفتوحا إلى يومنا هذا بسبب الغموض الذي يكتنف الأول (الدعوى الموازية) و بسبب غياب النص الضابط للثاني (العلم اليقيني) على اعتبار أن هذا الأخير يعتبر من إنشاء القاضي الإداري و لا دليل عليه بالنصوص القانونية.

و من أجل الوقوف عند أهم الإشكالات المثارة بخصوص المفهومين معا، كان لابد من تقسيم هذا التعليق إلى شقين؛ نخصص الأول منهما لمفهوم "العلم اليقيني" و الثاني ل "الدعوى الموازية".

1- "العلم اليقيني" كمنطلق لإحتساب أجل الطعن ضد القرارات الإدارية

بالرجوع إلى مقتضيات المادة 23 من الظهير الشريف رقم 1.91.225 صادر في 22 من ربيع الأول 1414 (10 سبتمبر 1993) بتنفيذ القانون رقم 41.90 المحدث بموجبه محاكم إدارية، نجدها تنص على أنه :
" يجب أن تقدم طلبات إلغاء القرارات الصادرة عن السلطات الإدارية بسبب تجاوز السلطة داخل أجل ستين يوما يبتدئ من نشر أو تبليغ القرار المطلوب إلغاؤه إلى المعني بالأمر.

ويجوز للمعنيين بالأمر أن يقدموا، قبل انقضاء الأجل المنصوص عليه في الفقرة السابقة، تظلما من القرار إلى مصدره أو إلى رئيسه، وفي هذه الصورة يمكن رفع طلب الإلغاء إلى المحكمة الإدارية داخل أجل ستين يوما ابتداء من تبليغ القرار الصادر صراحة برفض التظلم الإداري كليا أو جزئيا.

إذا التزمت السلطة الإدارية المرفوع إليها التظلم الصمت في شأنه طوال ستين يوما اعتبر سكوتها عنه بمثابة رفض له، وإذا كانت السلطة الإدارية هيئة تصدر قراراتها بتصويت أعضائها فإن أجل ستين يوما يمد، إن اقتضى الحال ذلك، إلى نهاية أول دورة قانونية لها تلي إيداع التظلم.

إذا كان نظام من الأنظمة ينص على إجراء خاص في شأن بعض الطعون الإدارية فإن طلب الإلغاء القضائي لا يكون مقبولا إلا إذا رفع إلى المحكمة بعد استنفاد هذا الإجراء وداخل نفس الأجال المشار إليها أعلاه.

إذا التزمت الإدارة الصمت طوال ستين يوما في شأن طلب قدم إليها اعتبر سكوتها عنه ما لم ينص قانون على خلاف ذلك بمثابة رفض له، وللمعني بالأمر حينئذ أن يطعن في ذلك أمام المحكمة الإدارية داخل أجل 60 يوما ابتداء من انقضاء مدة الستين يوما المشار إليها أعلاه.

لا يقبل الطلب الهادف إلى إلغاء قرارات إدارية إذا كان في وسع المعنيين بالأمر أن يطالبوا بما يدعونه من حقوق بطريق الطعن العادي أمام القضاء الشامل."

و في مصر تنص المادة (24) من قانون مجلس الدولة رقم 47 لسنة 1972 على أن: "ميعاد رفع الدعوى أمام المحكمة فيما يتعلق بطلبات الإلغاء ستون يوماً من تاريخ نشر القرار الإداري المطعون فيه في الجريدة الرسمية أو في النشرات التي تصدرها المصالح العامة أو إعلان صاحب الشأن به. وينقطع سريان هذا الميعاد بالتظلم إلى الهيئة الإدارية التي أصدرت القرار أو الهيئات الرئاسية".

يستفاد من نص المادة 23 أعلاه، أن انطلاق ميعاد الطعن بالإلغاء ضد القرارات الإدارية يسري من تاريخ تبليغ القرار إلى المعني به تبليغا صحيحا، سيما إذا تعلق الأمر بقرارات إدارية فردية، أو من تاريخ النشر إذا تعلق الأمر بقرارات تنظيمية تهم فئة معينة. و بالتالي يكون المشرع قد حدد الوسائل المعتمدة في انطلاق الأجل المذكور على سبيل الحصر. إلا أن العمل القضائي الإداري المغربي و المقارن قد ابتدع وسيلة جديدة و هي تحقق " العلم اليقيني" للمعني بالقرار، علما يقينيا تاما، لا شكيا و لا ضنيا، ينبني على علم المعني بفحوى القرار و مبادئه و أسبابه و الجهة مصدرته و الموقعة عليه و بكل مضامينه، ما يسمح له بتوجيه طعن متكامل ضده

سواء ما تعلق منه بمدى احترامه للمشروعية الخارجية أو الداخلية فيه، بحيث يكون هذا العلم شاملاً لجميع محتويات القرار ومؤداه حتى يتيسر له بمقتضى هذا العلم أن يحدد موقفه من القرار، متى قام الدليل على ذلك بدأ ميعاد الطعن من تاريخ ثبوت هذا العلم دون حاجة إلى نشر القرار أو تبليغه.

وهذا العلم يثبت من أية واقعة أو قرينة تفيد حصوله دون التقييد في ذلك بوسيلة إثبات معينة، و لقضاء الموضوع التحقق من قيام أو عدم قيام هذه القرينة أو تلك الواقعة وتقدير الأثر الذي يمكن ترتيبه عليها من حيث كفاية العلم أو نقصانه، كما أن استطلالة المدة بين صدور القرار والطعن فيه ليست دليلاً على العلم اليقيني بالقرار فقد لا يعلم المدعي بصدور القرار نهائياً بالرغم من فوات مدة طويلة على صدوره.¹ وعلى ذلك فإن استطلالة الأمد على صدور القرار لا تكفي وحدها دليلاً حاسماً على العلم اليقيني بالقرار وإنما قد تصلح مع قرائن وأدلة أخرى – بحسب ظروف كل حالة على حدة – على توافر هذا العلم وهو أمر متروك لمحكمة الموضوع تستخلصه من سائر ظروف النزاع المعروض عليها، و بعبارة أخرى أنه يمكن الاستناد عليه كأحد عناصر التدليل على توافر العلم اليقيني تعززه أدلة أخرى دون أن يكون وحده عنصراً لتوافر هذا العلم وذلك كله بشرط التقييد بالمدة المقررة بسقوط الحقوق بصفة عامة.²

ونظراً لأهمية الموضوع الذي تتجاذبه فكرتان رئيستان هما استقرار المراكز والأوضاع القانونية من جهة، وحماية حقوق الأفراد وبخاصة حق التقاضي من جهة أخرى، ولاختلاف اتجاهات الفقه، وتباين التطبيقات القضائية بصدد الكثير من تفاصيله النظرية وجزئياته فقد اخترناه محورا لتعليقنا هذا.

إن تحقق علم الفرد بالقرار الإداري بهذه الوسيلة التي يطلق عليها (العلم اليقيني - La Connaissance Acquis) والتي تشكل نظرية قضائية بامتياز من ابتداء مجلس الدولة الفرنسي الذي أسس لها، وأحاطها بضمانات كبيرة لتحقيق الموازنة بين حقوق الأفراد و المصلحة الإدارية التي تمثل جزء من المصلحة العامة ذلك أنه إذا ثبت علم صاحب الشأن بمضمون القرار الإداري وبمحتوياته علماً يقينياً نافياً للجهالة شاملاً، بما يسمح له أن يحدد مركزه فيه وموقفه منه، فإن هذا العلم يقوم مقام النشر أو التبليغ في تحقيق قصد المشرع وغاياته من وجودهما، فيحقق الأثر القانوني المتمثل في نفاذ هذه القرارات بحق أصحاب الشأن، اعتباراً من تاريخ ثبوت هذا العلم اليقيني فالنشر والتبليغ ليسا غاية في ذاتهما، بل هما مجرد وسيلة لتحقيق علم صاحب الشأن بالقرار بما يترتب على ذلك من آثار، فإذا ما تحقق علمه بأية وسيلة أخرى على وجه قاطع بصدور القرار وبمضمونه، وفقاً للشروط التي وضعها القضاء الإداري، ترتبت بحقه الآثار القانونية ذاتها التي تترتب على النشر والتبليغ. و

لقد نقل القضاء الإداري العربي في المغرب و مصر و الأردن و غيرهم هذه النظرية عن القضاء الإداري الفرنسي وطبقها حتى أصبحت بمثابة المبدأ القضائي المستقر العمل به بالرغم من عدم النص عليها تشريعيًا، ومن آيات ذلك ما جاء في حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية من أن (... القرارات الفردية التي تمس مراكز قانونية ذاتية "يسري" ميعاد الطعن فيها من تاريخ إعلانها إلى صاحب الشأن، ويقوم مقام النشر والإعلان تحقق علم صاحب الشأن به علما يقينيا لا ظنيا³، و في المغرب فقد استندت المحاكم الإدارية بمختلف درجاتها على هذه الوسيلة و اعتبرتها أساسا لمنطلق ميعاد الطعن بالإلغاء، و من تجليات ذلك قرار محكمة النقض المغربية بتاريخ: 16 يناير 2014 في الملف الإداري عدد: 2013/1/4/2124 الصادر بشأنه القرار عدد: 57، و الذي جاء فيه أن "الطاعن يقر من خلال تظلمه الذي وجهه إلى وزير التربية الوطنية و التعليم العالي أنه على إثر شفائه من المرض و تحسن حالته توجه إلى مقر عمله إلا أنه أخبر بتطبيق مسطرة الإقترع من أجره، و أنه توصل بمراسلة من مدير الموارد البشرية يشعره من خلالها أنه تم عزله و هي المراسلة التي توصل بها بتاريخ: 2006/09/11، مما يكون معه علما علما يقينيا بالقرار إلى آخر تعليقات القرار المطعون فيه التي لم يوجه إليها الطاعن في وسيلته أي مطعن، كما أنها مطابقة لأوراق الملف إذ أن الثابت لدى قضاة الموضوع أن طالب النقض وجه كتابا إلى السيد رئيس حزب التقدم و الاشتراكية في بحر سنة 2006 يعترف فيه بتوصله بقرار عزله من وظيفته بتاريخ: 11 شتنبر 2006 ، و الإقرار حجة قاطعة على صاحبه لا يجوز الرجوع فيه، في حين لم يقدم طلبه للمحكمة لإلغائه إلا بتاريخ 23 أكتوبر 2009 ، كما يقر أن حالته الصحية تحسنت منذ 2006، مما يجعل ما بالوسيلة مخالف للواقع"⁴ ، أما محكمة العدل العليا في الأردن، فقد اطردها على أن العلم اليقيني يسد مسد التبليغ. إذ أقرت اعتماد هذه الوسيلة منذ فترة ليست بالقصيرة فقضت في أحد قراراتها أنه " استقر القضاء على أن علم صاحب الشأن بالقرار الإداري يقوم مقام الإعلان أو النشر ولو لم يتعرض قانون تعديل تشكيل المحاكم النظامية إلا لحالتي النشر والإعلان في تبليغ القرارات الإدارية، ولكنهما وسيلة للعلم فقط، فإن تحقق العلم عن غير طريقهما، يؤدي إلى بدء سريان مدة الطعن"⁵. ويسري العلم اليقيني بوصفه وسيلة لتنفيذ القرارات الإدارية مهما كان نوعها صريحة أم ضمنية أم سلبية، لاسيما أن النوعين الأخيرين من القرارات الإدارية هما قرارات لا تعلن ولا تنشر، فلا يسري الميعاد في حق الطاعن ما لم يعلم بالقرار علما يقينيا.

و هديا بما تم بسطه أعلاه، فإن القضاء منشئ هذه النظرية، لم يؤسس لها من فراغ، و إنما وضع لها شروطا مهمة تقوم بقيامها و تنعدم بزوالها و غايتها الحرص على تمام العلم وشموله وثبوتها في ميعاد معلوم.

ورتب على تخلفها انتكاس العلم اليقيني بما يؤدي إليه ذلك من آثار قانونية تتمثل في عدم نفاذ القرار بحق الجهة المخاطبة به.

ما ينبغي التأكيد عليه بهذا الخصوص هو أن يكون العلم بالقرار الحامل لجميع شروط الطعن ضده، علما يقينيا لا ظنيا ولا شكيا ولا مفترضا ومؤدى هذا الشرط هو وجوب ثبوت علم المعني بالقرار الإداري بشكل قاطع غير مبني على الشك أو الظن، ومن آيات الإستدلال على ذلك حكم محكمة القضاء الإداري المصرية من أن قضاء هذه المحكمة قد استقر على إمكان قيام العلم الحقيقي مقام الإعلان أو النشر، واشترط لذلك أن يكون علما يقينيا لا ظنيا وما قضت به محكمة العدل العليا بمصر من أن العلم بقرار مجلس نقابة المحامين المطعون فيه يتعين أن يكون يقينيا لا افتراضيا ويتعين أن يتحقق هذا العلم اليقيني من قبل صاحب الشأن ذاته كما هو الحال في نازلة التعليق هذا، لذلك لا يعد علم من هم سواه علما منه بالقرار حتى لو كانوا من أقربائه لأن مجرد إعلان أهله و ذويه بهذا القرار أو حتى محاميه في حالات كثيرة و منها حالة هذا التعليق وتنفيذ مقتضاه لا يقطعان في علم المدعي بمضمون القرار بجميع عناصره ومحتوياته علما يقينيا. إذ قد لا يخبر به كما أن القرار الفردي يتعين أن يعلن لصاحبه شخصيا، و هو ما ارتكبت إليه المحاكم الإدارية بالمغرب و منها المحكمة الإدارية بوجدة.

و في نازلة التعليق يلاحظ أن المحكمة الإدارية بوجدة قد أجابت عن الدفع بوجود علم يقيني من الطاعن ضد القرار، بحسبان أنه سبق له رفع دعوى أمام القضاء العادي من أجل إغلاق المحل، و قد أجابت المحكمة على أن هذه الدعوى لا علاقة بموضوع الطعن الهادف إلى إلغاء قرار الترخيص بينما الدعوى الأولى كان هدفها مغاير تماما، فضلا عن كون القرار قد تسلمه محام الطاعن خلال سريان الدعوى الإستعجالية أمام المحكمة الابتدائية، وبناء عليه قدم الطاعن دعواه أمام المحكمة الإدارية، و هو نفس المنحى الذي نحتته محكمة الدرجة الثانية رغم أن البادي أنها لم تتعمق في فهم النزاع أكثر، و مرد ذلك ربما لكثرة الملفات المعروضة عليها و ضغط زمن البت في الملفات و قلة المستشارين، أو ربما لأن محكمة الدرجة الأولى كانت أقرب للأطراف و قد استمعت لبعض التوضيحات الشفاهية للدفاع⁶ لذلك كانت المحكمة الإدارية بوجدة و الإستئناف الإدارية بالرباط جد موفقتان فيما انتهتا إليه في هذا الشق

2- الدعوى الموازية

يعود أصل الدعوى الموازية إلى اعتبارات تاريخية ترجع لقضاء مجلس الدولة الفرنسي، إذ عقب صدور مرسوم 02 نونبر 1864 و الذي تقرر بموجبه إعفاء المتقاضين من دفع الرسوم القضائية وعدم إلزامية تعيين الدفاع في رفع دعاوى الإلغاء أمام المجلس، حدث تراكم كم هائل من القضايا المتعلقة بإلغاء المقررات الإدارية غير المشروعة، مما أثقل كاهل مجلس الدولة. و لما كان القضاء الإداري، قضاء مبدع ومنشئ للقاعدة القانونية فإن السند الاجتهادي لهذا القضاء مفتوح على مصراعيه الشيء الذي دفع هذا الأخير نحو البحث عن حل قضائي يهدف وضع حد لتدفق الدعاوى المرفوعة أمامه على سبيل الإلغاء من جهة، وتعويض المحامين المتضررين من جراء حرمانهم من امتيازاتهم بسبب صدور المرسوم المذكور من جهة أخرى⁷ إضافة إلى اعتبار آخر أكده بعض الفقه⁸ والمتمثل في استبدال السلطة الإدارية الفرنسية آنذاك، حيث كانت تدافع أكثر ما يمكن عن حصانة قراراتها، حتى وإن كانت غير مشروعة، وعليه فقد اعتبروا أن الهدف من وراء ظهور الدعوى الموازية هو دافع سياسي أكثر مما هو دافع عملي أو قضائي.

وفي المغرب نجد أن محكمة النقض قد استمدت قاعدة الدعوى الموازية من اجتهادات قضاء مجلس الدولة الفرنسي وطبقتها في العديد من النوازل رغم عدم استقرار قضائها على موقف ثابت ومحدد بشأنها مما انعكس أيضا على أحكام المحاكم الإدارية، فتارة جاءت مؤكدة على وجود دعوى موازية لعدم قبول الطعن بالإلغاء ومرتبة لأثارها، وتارة أخرى مستغنية عنها بالمرّة ومطبقة محلها قواعد توزيع الاختصاص⁹.

ونظرا لما تكتسيه هذه المسألة (الدعوى الموازية) من أهمية تجعلها تحول دون ممارسته دعوى الإلغاء، فإن الأمر يستوجب إعطاءها ما تستحق من الدراسة، سيما و أن تطبيق هذه القاعدة قد يؤدي إلى استبعاد دعوى الإلغاء وصيرورتها مجرد دعوى احتياطية والحال أن ممارستها من المبادئ العامة للقانون¹⁰.

إن وجود هذه الدعوى غل مجال دعوى الإلغاء، لأنها قد تحقق للمواطن المغبون بقرار إداري غير مشروع نفس مزايا دعوى الإلغاء، كإلغاء أو تنفيذ القرار المعيب ولأن هذه الدعوى تعتبر على خلاف الطعن الرئاسي أو الاستعطافي أو الدفع بعدم الشرعية، دعوى قضائية مباشرة وركن من أركان صحة لدعوى الإلغاء، لأن القاضي بمجرد ما يعرض على أنظار مقال الدعوى، ينظر ما إذا كان هذا الشرط ملائما أم لا، قبل البت في الموضوع، وإذا كان كذلك فهو يحكم بعدم القبول.

وفرضية عدم القبول طرحت عدة إشكالات، فبالإضافة إلى كونها من النظام العام، بحيث يمكن للقاضي أن يثيرها تلقائيا أو بطلب من ممثل الإدارة، في أية مرحلة من مراحل التقاضي، لكن قبولها كان لا يسمح بإثارها

أمام المحاكم العادية الأمر الذي كان يخلق نوعا من البلبلة وعدم استقرار في توزيع الاختصاص، أما بعد إحداث المحاكم الإدارية، ارتبطت الدعوى الموازية بضرورة صياغة النظام واحترام توزيع الاختصاص بين القضاء الإداري والعادي.

و انطلاقا مما ذكر وبإسقاطه على نازلة الحال، فإن محكمة الإستئناف الإدارية بالرباط، قضت بإلغاء الحكم المستأنف و الحكم من جديد بعدم قبول الطعن لوجود الدعوى الموازية، بحسبان أن الهدف من دعوى الحال هو منع الضجيج الحاصل بفعل مزاوله المستأنف عليه لنشاط التجارة المرخص له بموجب القرار المطعون فيه بالإلغاء و أن ذلك يعني أنه يمكن الوصول إلى النتائج المرجوة من وراء دعوى الإلغاء عن طريق اللجوء إلى القضاء العادي لطلب رفع الضرر وفقا لمقتضيات الفصل 91 من قانون الالتزامات و العقود، و قد أغفلت أن إلغاء القرار الإداري هو من صميم اختصاص القضاء الإداري، و أن القرار المطعون مشوب بجميع عيوب المشروعية بل إن المستفيد منه قد لجأ إلى استعمال التدليس في استصداره مما كان يتعين معه على المحكمة تقويم الأمر و ذلك بتأييد الحكم المستأنف لأنه لا مجال للحديث عن الفصل 91 من ظهير الإلتزامات و العقود، باعتبار أن مؤدى دعوى الفصل 91 هو أمر صاحب المحل بعدم استعمال الآلات المزعجة و ليس إلغاء القرار المطعون فيه، أي أن المعنى يمكنه استعمال القرار رغم كل عيوبه و رغم التدليس الممارس في استصداره، و أنه طبقا للفصل 91 لا يكون سوى ملزم باستعمال الآلات المزعجة، في الوقت الذي يتعين عليه إغلاق المحل كليا، و هي الأمور التي لم تلقي محكمة الإستئناف الإدارية بصرها إليها، كما أنه لا يمكن تحقيق نفس النتيجة بسلوك الدعوى المدنية أمام القضاء العادي لأنها أصلا دعوى تختلف تماما عن الغايات المرجوة من دعوى تجاوز السلطة أمام القضاء الإداري، و الأكثر من كل ذلك أن الدعوى الموازية ليست بالمعنى الذي اعتمده محكمة الإستئناف، بل إن قاض الدعوى الموازية هو قاض المحكمة الإدارية (القضاء الشامل) نفسه، و ليس القضاء المدني، و أن ما يخرج عن اختصاص القضاء الإداري للقضاء العادي أو غيره، لا يمكن معالجته خارج قواعد الإختصاص النوعي للمحاكم و بالتالي فإن الدعوى الموازية هي دعوى يمكن من خلالها للطاعن تحقيق نفس النتيجة أمام القضاء الشامل للمحكمة الإدارية و ليس القضاء العادي، مما يجعل محكمة الإستئناف، في نظرنا، قد طبقت مفهوما متجاوزا للدعوى الموازية كان قبل إحداث المحاكم الإدارية بالمغرب، حين كان المجلس الأعلى _ آنذاك _ هو الجهة القضائية المكلفة بالنظر في الطعون الموجهة ضد المقررات الإدارية بسبب الشطط في استعمال السلطة (أصبحت تسمى لاحقا تجاوز السلطة و تم التراجع عن استعمال عبارة الشطط في استعمال السلطة) و كانت المنازعات الإدارية تعرض على المحاكم

العادية، آنذاك كان المقصود بالدعوى الموازية، تلك الدعاوى التي يجب عرضها على القضاء العادي، أما بعد إنشاء المحاكم الإدارية و اختصاصها بنظر الطعون المرفوعة ضد القرارات الإدارية و كذا الطعون المتعلقة بالقضاء الشامل (الضرائب- الوضعية الوظيفية- الإنتخابات- المعاشات- نزع الملكية و غيرها...)، فلم يعد هناك مجال للحديث عن القضاء العادي كقضاء للدعوى الموازية، و المحكمة لما قضت بإلغاء الحكم المستأنف و الحكم تصديا بعدم قبول الطعن لوجود الدعوى الموازية أمام القضاء العادي¹¹ تكون قد طبقت القانون بشكل غير سليم، و لم تكن موفقة فيما انتهت إليه.

الهوامش:

¹ إن مؤدى الإستطالة هو مرور مدة زمنية غير قليلة عن صدور القرار الطعين، و قد ذهب بعض القضاء الإداري المغربي إلى أن طول الفترة الفاصلة بين مدة صدور القرار و الطعن فيه قرينة على العلم اليقيني، و من آيات ذلك حكم المحكمة الإدارية بوجدة عدد:603، و الصادر عن المحكمة الإدارية بوجدة، بتاريخ:15 شوال 1437 موافق: 21 يوليوز 2016، في الملف عدد: 2016/7110/24، بحيث إن المحكمة قد خلصت إلى عدم قبول الطعن بانية حكمها على أن واقعة وقف صرف راتب الطاعن و انقطاع صلته النهائية بالجماعة منذ سنة 1999 و واقعة مرور أزيد من 15 سنة على صدور القرار محل الطعن، تعتبر قرائن على علمه اليقيني بالقرار، خلافا لمقتضيات المادة 23 من القانون 90-41 و ذلك انطلاقا من النشر أو التبليغ (فضلا عن العلم اليقيني كوسيلة اجتهادية)، و هو الحكم المستأنف أمام محكمة الإستئناف الإدارية بالرباط و المفتوح له الملف عدد: 2017/7205/103 و الصادر بشأنه القرار عدد: 3997 و تاريخ: 2017/10/17 و القاضي بإلغاء الحكم المستأنف و إرجاع الملف للمحكمة الإدارية بوجدة للبت فيه من جديد طبقا للقانون.

² أنظر حكم المحكمة الادارية العليا بمصر في الطعن رقم: 5671 لسنة: 49 قضائية عليا بجلسة: 2007/1/27.

³ الطعن 2810 لسنة 36 ق في 1992/11/29، الموسوعة الإدارية الحديثة، نعيم عطية الفكاهاني، ص: 942.

⁴ قرار محكمة النقض عدد: 57، و تاريخ: 16 يناير 2014، في الملف عدد: 2013/1/4/2124 (بين السيد يحي بن سعيد امهرور / الوكيل القضائي للمملكة) منشور بنشرة قرارات محكمة النقض _الغرفة الإدارية_ العدد: 18، ص 43.

⁵ عدل عليا رقم 64/13، مجلة نقابة المحامين، العدد الأول، السنة 13، ص:3.

⁶ رغم أن المسطرة كتابية، إلا أن ذلك لا يمنع المحكمة من سماع بعض التوضيحات الشفاهية التي يود السادة المحامين إثارتها أثناء الجلسة، دون إطالة.

⁷ -مولاي إدريس الحلي الكتاني: الدعوى الموازية في ظل إحداث المحاكم الإدارية، م م إ م ت، عدد 28، يوليوز-شتنبر، 1999، ص 63.

⁸ « *L'exception de recours parallèle en contentieux administratif français* », Aurélie Cepko, thèse de Doctorat, Université de Toulon (France) ; 1970.

⁹ -محمد صقلي حسيبي: الدعوى الموازية بين القانون والممارسة، م م إ م ت، عدد 28، ص 46.

¹⁰ -قرار مجلس الدولة الفرنسية بتاريخ 18 فبراير 1950، في قضية: قضية وزير الفلاحة ضد السيدة لاموت c/ **Ministre de l'agriculture**

Dame Lamotte، وهي القضية التي تتلخص وقائعها في كون قانون 17 غشت 1940 أعطى لمحافظي المحافظات سلطة منح المستثمرات الفلاحية المهجورة منذ أكثر من عامين للغير من أجل استثمارها فوراً، و تطبيقاً لهذا القانون صدر مرتان قرار من المحافظ بمنح أراضي السيدة لاموت و لكن مجلس الدولة ألغاهما؛ و لكن في تلك الفترة صدر قانون 23 ماي 1943 - أساساً في مواجهة موقف القضاة - و نص بأن منح الأراضي في ظل هذا القانون لا يمكن أن يخضع لأي طعن إداري أو قضائي، و على أساسه أصدر المحافظ قراراً جديداً بمنح أراضي السيدة لاموت من جديد. و كان من المفروض أن يصرح مجلس الدولة في هذه المرة بعدم قبول الطعن، و إلا أنه عوض ذلك اتخذ موقفاً جريئاً و ضرورياً لحماية الأفراد من

تعسف الإدارة و صرح بأنه يوجد مبدأ قانوني عام مفاده أن كل قرار إداري يمكن أن يكون محل طعن من أجل تجاوز السلطة ولو بدون نص يقضي بذلك.

وقد تأكد هذا الإجتهد القضائي فيما بعد عدة مرات ، و تطبيقاً له أصبح من المستحيل على السلطة التنفيذية أن تمنع الطعن في قراراتها من أجل تجاوز السلطة.

¹¹ _ لقد تناقضت محكمة الإستئناف الإدارية بالرباط من خلال قرارها موضوع التعليق مع أحدث قراراتها، و من آيات الإستدلال القرار عدد: 2157 المؤرخ في 09 ماي 2017 في الملف عدد: 2016/7205/997 _ قضية الجماعة الحضرية لوجدة ضد عبد الحق النميري)، و هو القرار الذي قضى بتأييد الحكم الصادر عن المحكمة الإدارية بوجدة بتاريخ: 06 أكتوبر 2016 في الملف عدد: 2016/7110/87 القاضي بإلغاء قرار الترخيص بفتح محل للحداة، بحيث أن محكمة الإستئناف الإدارية بالرباط قضت بالتأييد رغم أن الطاعن استمسك بواسطة دفاعه من خلال مقال الطعن بالإستئناف بوجود الدعوى الموازية، و هو الأمر الذي يستوجب تدخل محكمة النقض بجميع الغرف لحسم هذا الخلاف. على غرار مجلس الدولة الفرنسي الذي تصدى لهذه المسألة في مناسبات عديدة و نذكر منها على سبيل المثال:

- CE 28 avr. 2006, Cassinari, req. n° 280878
- CE, sect., 6 janv. 1995, Sté Manufacture française des chaussures Eram, req. n° 114993
- CE, ass., 12 mars 1993, Union nationale écologiste (UNE) et Parti pour la défense des animaux (PPDA), req. n° 145858
- CE, sect., 27 avr. 1988, Mbakam, req. n° 74319
- CE, ass., 2 févr. 1987, Sté France 5, req. n° 82325
- CE 12 févr. 1954, Bierge, req. n° 15028
- CE 8 mars 1912, Lafage, req. n° 42612

الإجراءات الضبطية الوقائية لحماية البيئة في التشريع الجزائري.

.Preventive measures to protect the environment in Algerian legislation

بن مصطفى عبد الله.
كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان.
abdoudoctorant90@gmail.com

ملخص باللغة العربية:

لسلطات الضبط الإداري من اجل أداء مهامها في مجال حماية البيئة تملك عدة إجراءات وقائية، والتي تعتبر احد الأساليب القانونية الفعالة والجديّة للتحكم في المخاطر البيئية المسببة للتلوث، إذ لا يمكن الاكتفاء في هذا المجال بتفعيل الإجراءات اللاحقة لحصول الضرر البيئي، بل لابد للإدارة من التدخل الوقائي لمنع حصول هذه الأضرار أصلا، أو التقليل من أثارها عن طريق التقنيات المتاحة كأسلوب الترخيص بتطبيقاته المتعددة في مجال حماية البيئة، وكذا أسلوب الحظر ونظام الإلزام دون التغاضي عن نظام دراسة مدى التأثير وموجز التأثير.

الكلمات المفتاحية:

الضبط الإداري، أسلوب الترخيص، حماية البيئة، أسلوب الحظر، نظام الإلزام، نظام دراسة مدى التأثير وموجز التأثير.

ملخص باللغة الإنجليزية:

The administrative supervisory authorities, in charge of their tasks in the field of environmental protection, have put in place several preventive measures, which constitute one of the effective and serious legal methods for controlling the environmental risks that lead to pollution. Or reduce their effects by means of available technologies such as the licensing method for their multiple applications in the field of environmental protection, as well as the prohibition method and the linking system without neglecting the system of study of impact and the impact profile.

keywords:

Administrative control, licensing method, environmental protection, interdiction method, liaison system, impact and impact impact study.

مقدمة:

تعد البيئة الوسط الطبيعي أو المحيط الحيوي الذي يعيش فيه الإنسان وباقي الكائنات الحية ولقد ارتبطت حياة الإنسان منذ أن وجد على ظهر الأرض بالبيئة التي وجد فيها، كما ارتبط تطوره الحضاري باستغلاله لإمكاناتها وطاقاتها، إلا أن هذا الاستغلال كان محدودا في العصور الأولى، فلم يكن لمشكلة التلوث البيئي أي ظهور وذلك لقلّة الملوثات وقدرة البيئة على استيعابها¹.

والبيئة مصطلح حديث عرف مع مؤتمر الأمم المتحدة الأول للبيئة الذي عقد في ستوكهولم في الفترة من 5 الى 16 جوان عام 1972، ليعوض مصطلح "الوسط الإنساني" الذي كان سائد قبل ذلك، وتشكل البيئة من عناصر طبيعية مادية وعناصر اصطناعية تأتي نتيجة النشاط البشري واستغلال الإنسان للعناصر الطبيعية التي وجدها في محيطه، وتربط بين هذه العناصر علاقات تفاعلية تشكل ما يعرف بمصطلح النظم البيئية الذي يدل على ما يميز وجود الكائنات الحية على سطح الأرض من انتظام في التوزيع في وسط تتفاعل فيه وظيفيا، وعلى ذلك فالبيئة تعد ملتقى للعديد من الدراسات والعلوم المتعلقة بالطبيعة².

وعليه يعد موضوع البيئة من المواضيع حديثة التنظيم في النظم المقارنة وفي القانون الدولي، فالبشرية تعيش عصرا أصبحت فيه مصادر التلوث مسيطرة على جميع عناصر ومقومات البيئة ومهددة لها، فالانبعاث الغازية وارتفاع درجة الحرارة وتوسع طبقة الأوزون وانحصر التنوع البيولوجي واجتثاث الغابات وذوبان القطبين المجمدين، هذه المشكلات البيئية الناشئة عن النشاطات الاقتصادية للدول والحروب أدت بالدرجة الأولى الى التغير في المناخ وأصبحت أخطارا مجهولة عالمية بنطاقها وطابعها، سريعة الانتشار أضرارها غير قابلة للإصلاح بالتالي تحتاج كذلك الى حلول عالمية مشتركة بعدما كانت محصورة في حيز مكاني يمكن مقاومتها محليا أو إقليميا³.

وكانعكاس لذلك تزايد الاهتمام بشؤون البيئة وحمايتها كأولوية اقتصادية واجتماعية في آن واحد، وقد تبنت كثير من المنظمات الدولية هذه الفكرة وعلى رأسها هيئة الأمم المتحدة التي أنشأت هيئة متخصصة تسمى: "برامج الأمم المتحدة للبيئة"⁴.

وتتجلى أهمية الموضوع في معرفة المخاطر البيئية المحتملة نتيجة الأضرار بها، وهو ما عالجته المشرع الجزائري، وكذا مختلف الصكوك الدولية وحاولوا قدر الإمكان التخفيف منها، بإجراءات سابقة ولاحقة. وعليه تطرح الإشكالية التالية: فيما تتمثل أهم الإجراءات الضبطية الوقائية لحماية البيئة في التشريع الجزائري؟ وما مدى نجاعتها على أرض الواقع؟.

بناء على ذلك تقسم الورقة البحثية الى مبحثين، يتناول المبحث الأول: نظام الترخيص، في حين يضم المبحث الثاني: الوسائل الإدارية الوقائية الأخرى لحماية البيئة، كل ذلك وفق التفصيل الآتي:

المبحث الأول: نظام الترخيص

تتمثل فعالية التدابير والإجراءات الوطنية في مجال حماية البيئة في مدى تكريسها في المنظومة القانونية الوطنية، بحيث أن السلطات الإدارية عند ممارستها لمهام الضبط الإداري الذي يعد وظيفة من وظائف السلطة العامة يتميز في كونه ذو طابع وقائي يمنع وقوع أضرار ومخاطر من شأنها تهديد النظام العام⁵، وتسمى القرارات التنظيمية والفردية التي تتخذ لحماية البيئة بالضبط الإداري البيئي الذي يعمل على تحقيق التوازن بين المصلحة العامة والمصلحة الخاصة⁶، من خلال مجموعة من الآليات الإدارية المتعددة التي تعمل على حماية البيئة أهمها الترخيص، وعليه سيخصص المطلب الأول لتعريف الترخيص، أما المطلب الثاني سيتناول تطبيقات الترخيص في مجال البيئة.

المطلب الأول: تعريف الترخيص:

يعتبر أسلوب التراخيص الإدارية اقل شدة من أسلوب الحظر، حيث يتطلب الترخيص ضرورة أخذ موافقة السلطة الإدارية قبل ممارسة نشاط أو مهنة معينة، لكي تتأكد الإدارة بان ممارسة ذلك النشاط أو المهنة لا تتضمن مخالفة القانون وان لا يؤدي ذلك الى الأضرار بالنظام العام بعناصره المختلفة، إذن فالتراخيص الإدارية لا تمكن من توسيع دائرة الحقوق الفردية، بل تمكن من وضعها حيز الممارسة فقط، بشرط التأكد من استيفاء المعنى بالترخيص الشروط الوقائية التي تضعها سلطة الضبط المختصة.

فالهدف من فرض نظام التراخيص البيئية، وهو تمكين الضبط الإداري من التدخل المسبق لتنظيم الأنشطة الفردية، واتخاذ الاحتياطات اللازمة لوقاية البيئة من الأخطار التي قد تمت بمناسبة ممارسة هذه الأنشطة بصورة غير آمنة، ومنه فان الأثر الذي يترتب على الترخيص هو التأكد من زوال الموانع القانونية التي تحول بين مزاولة المشروع وحماية البيئة، وبالتالي يمكن اعتبار التراخيص البيئية آلية من الآليات الفعالة التي تستأثر بها الإدارة لتحقيق الأمن البيئي⁷.

وعليه يقصد بالترخيص باعتباره عملا من الأعمال القانونية ذلك الإذن الصادر عن الإدارة لممارسة نشاط معين، وبالتالي فان ممارسة النشاط الإداري مرهون بمنح الترخيص فلا بد من الحصول على الإذن المسبق من طرف السلطات المعنية وهي السلطة الضابطة⁸.

المطلب الثاني: تطبيقات أسلوب الترخيص في مجال البيئة:

توجد العديد من الصور التي يطبق من خلالها نظام الترخيص في قانون حماية البيئة نذكر منها:

الفرع الأول: رخصة البناء:

عند تصفح القوانين المنظمة للعمران في الجزائر خاصة المرسوم التنفيذي 15-19 الذي يحدد كيفية تحضير عقود التعمير وتسليمها⁹، نجد أن المشرع عبر عنها على أنها قرار إداري تصدره جهات مختصة ومحددة قانونا في شخص رئيس المجلس الشعبي البلدي أو الوالي أو الوزير المكلف بالتعمير، كل في حدود ونطاق اختصاصه، إلا أن هذا القانون لم يقدم لنا تعريفا دقيقا لرخصة البناء.

الفرع الثاني: إجراءات الحصول على رخصة البناء:

أشارت المادة 41 من المرسوم التنفيذي رقم 15-19، الذي يحدد كفاءات تحضير عقود التعمير وتسليمها، إجراء الحصول على رخصة البناء، إلا أن المشرع فرض رخصة البناء دون النظر للمستفيد من هذه البناية سواء كان شخصا عاما أو خاصا، ولم يفرد لها بإجراءات خاصة لكل منهما للحصول على رخصة بناء بل الجميع يخضع لأحكام هذا المرسوم في هذا الصدد، فمن أجل الحصول على رخصة بناء اشترط التشريع الجزائري المتعلق بالتعمير إتباع الإجراءات التالية تتمثل فيما يلي:

أولا: طلب الحصول على رخصة البناء:

وذلك بتقديم طلب أمام الجهة المختصة بمنح رخصة البناء، فهو إجراء ضروريا فبدونه يتعذر الحصول على هذه الرخصة، وقد نصت على ذلك قوانين التعمير الجزائرية فطلب الحصول على رخصة البناء يتضمن ما يلي:

✓ صفة طالب الرخصة: فحسب المادة 42 من المرسوم التنفيذي 15-19: "يجب على المالك أو موكله أو المستأجر لديه المرخص له قانونا أو الهيئة أو المصلحة المختصة لها قطعة الأرض أو البناية، أن يتقدم بطلب رخصة البناء الذي يرفق نموذج منه بهذا المرسوم والتوقيع عليه".
فهنا المشرع لم يجعل طلب الحصول على رخصة البناء قاصرة على المالك فقط بل هناك أشخاص أخرى كما ورد في المرسوم السالف الذكر، كما يجب على طالب رخصة البناء أن يدعم طلبه بالوثائق والبيانات الضرورية وذلك لأهمية هذه الرخصة التي يمكن أن يترتب عنها آثار خطيرة قد تلحق أضرارا بالآخرين إذا قامت على نحو مخالف للقانون ومن أجل تفادي هذه الأخطار ألزم هذا الشكل في كل أعمال البناء مهما كان نوعها.

ثانيا: كيفية إصدار القرار المتعلق برخصة البناء:

فالإدارة ملزمة قانونا بفحص وإصدار قرارها المتعلق بهذا الطلب ومن أجل الوصول إلى القرار النهائي المتعلق برخصة البناء، لابد من تحديد الجهة المختصة وهي من قبل رئيس المجلس الشعبي البلدي، إلا أنه يمكن أن يختص الوالي أو الوزير المكلف بالتعمير في حالات حددها القانون، فيمنح الاختصاص الواسع لرئيس المجلس الشعبي البلدي وتدرج الاختصاص بعد ذلك للوالي أو الوزير المكلف بالتعمير، هذا كله وفقا لنص المادة 64 من المرسوم التنفيذي 15-19 الذي يحدد كفاءات تحضير عقود التعمير وتسليمها، وبعد الانتهاء من دراسة طلب التحقيق في الملف فإنه يتعين على الجهة المختصة أن تصدر

قرارها بشأن طلب الحصول على الرخصة، فقد يكون بالموافقة إذا توفرت الشروط المطلوبة في الملف وقد يكون قرار البث في الطلب أو السكوت تماما.

الفرع الثالث: رخصة استغلال المنشآت المصنفة ودورها في حماية البيئة:

ضبط المشرع الجزائري مستعملي المؤسسات المصنفة بالمرسوم التنفيذي رقم 06-198¹⁰، لاسيما المصانع والمحاجر والمعامل والورشات، التي تشكل خطر على الصحة العمومية فاضع أصحاب هذه المنشآت للحصول على الرخصة من طرف الإدارة حتى تتمكن هاته الأخيرة من فرض رقابة على نشاطاتهم نظرا لما يمكن أن تسببه هذه المنشآت من خطر على الفضاء الطبيعي.

وقد عرفها المشرع الجزائري أي المؤسسات المصنفة وفقا للمرسوم التنفيذي رقم 06-198 بأنها كل وحدة تقنية ثابتة يمارس فيها نشاط أو عدة أنشطة من النشاطات المذكورة في قائمة المنشآت المصنفة.

بالرجوع الى قائمة المنشآت المصنفة الواردة في المرسوم التنفيذي رقم 07-144¹¹، نجد أن جميع الأنشطة الواردة في هذه القائمة من شأنها أن تؤدي الى الإضرار بالبيئة والصحة العمومية أو الأنظمة البيئية بصفة عامة. أما عن إجراءات الحصول على الترخيص: فيسبق طلب رخصة استغلال المؤسسة المصنفة ما يلي:

- دراسة تأثير وموجز التأثير على البيئة.
- إجراء تحقيق عمومي ودراسة تتعلق بأخطار وانعكاسات المشروع، هذا وفقا لنص المادة 5 من المرسوم التنفيذي رقم 06-198 المتعلق بضبط التنظيم المطبق المؤسسات المصنفة لحماية البيئة.

الفرع الرابع: التراخيص المتعلقة بإدارة وتسيير النفايات:

نصت المادة 3 من القانون رقم 01-19 المتعلق بتسيير النفايات ومراقبتها وإزالتها¹² "إن النفايات هي كل البقايا الناتجة عن عمليات الإنتاج أو التحويل أو الاستعمال، وبصفة اعم كل مادة أو منتج أو منقول يقوم المالك أو الحائز بالتخلص منه أو قصد التخلص منه أو يلزم بالتخلص منه أو بإزالته".

كما يقصد بالنفايات الخاصة الخطرة بموجب المادة الثانية من المرسوم التنفيذي رقم 04-409 المحدد لكيفيات نقل النفايات الخاصة الخطرة¹³ ما يلي: "هي مجموع عمليات شحن النفايات الخاصة الخطرة وتفريغها ونقلها".

كما نصت المادة 24 من القانون رقم 01-19 المتعلق بتسيير النفايات ومراقبتها وإزالتها: "يخضع نقل النفايات الخاصة الخطرة لترخيص من الوزير المكلف بالبيئة بعد استشارة الوزير المكلف بالنقل، يحدد تطبيق أحكام هذه المادة عن طريق التنظيم".

ومن خلال هذه المادة يتضح أن الوزير المكلف بالبيئة هو المسؤول عن منح الترخيص لنقل النفايات الخاصة الخطرة وذلك بعد استشارة الوزير المكلف بالنقل.

أما المرسوم التنفيذي رقم 04-409، المحدد لكيفيات نقل النفايات الخاصة الخطرة فحدد كيفيات نقل النفايات الخاصة الخطرة وذلك بحسب المادة 15 بنصها: "يحدد محتوى ملف طلب الترخيص بنقل النفايات الخاصة الخطرة وكيفيات منحه وكذا خصائصه التقنية بقرار مشترك بين الوزير المكلف بالبيئة والوزير المكلف بالنقل".

أما فيما يخص سبب نقل النفايات عبر الحدود فهو يعود الى أن قدرة التخلص منها في البلد المنشأ غير ممكنة لسبب أو لآخر، كما وان التخلص منها في بلد أجنبي قد يكون اقل تكلفة.

المبحث الثاني: الوسائل الإدارية الوقائية الأخرى لحماية البيئة

بعد التعرض لنظام الترخيص بتطبيقاته المتنوعة في مجال حماية البيئة في التشريع الجزائري في المبحث الأول، سنحاول في هذا المبحث الثاني التعرض لباقي الوسائل الإدارية الوقائية الأخرى لحماية البيئة، وعليه سيخصص المطلب الأول لنظامي الحظر والإلزام، في حين يتناول المطلب الثاني نظام دراسة مدى التأثير وموجز التأثير.

المطلب الأول: نظامي الحظر والإلزام:

يستخدم القانون طرق فنية متعددة من اجل مواجهة المخاطر التي تهدد البيئة وتعمل على الحفاظ عليها، من بينها نظامي الحظر والإلزام.

الفرع الأول: نظام الحظر:

يتمثل هذا الإجراء في مجال حماية البيئة، في لجوء سلطات الضبط الإداري البيئي عن طريق هذه الوسيلة، الى منع إتيان أو ممارسة بعض التصرفات التي من شأنها توليد مخاطر تؤدي الى تهديد البيئة أو الأضرار بها ويوجد نوعين للحظر.

أولاً: الحظر المطلق: يتمثل هذا الإجراء في أن يمنع بشكل مطلق لا استثناء فيه ولا ترخيص معه، ممارسة أفعال معينة لمالها من أثار مضرّة بالبيئة أو تشويه طابع المجال المحمي نظرا للميزات الخاصة بهذه المناطق والحماية القانونية التي افردها بها المشرع الجزائري كذلك أكد قانون البيئة على منع المساس بالثورة الحيوانية والنباتية بأساليب من شأنها أن تؤدي الى أحداث أضرار بالأوساط الخاصة بها أو تغييرها أو تدهورها¹⁴.

– **ثانياً: الحظر النسبي:** يتمثل هذا الإجراء في منع القيام بالأعمال المعينة، من شأنها إلحاق أضرار بالبيئة إلا بعد الحصول على الترخيص بذلك من السلطة المختصة، وفقا للشروط التي تحددها قوانين ولوائح حماية البيئة، فالسلطات الإدارية في هذه الحالة لا تملك صلاحية المنع التام لهذه النشاطات بل الترخيص بممارستها لكن بشروط وهنا يتقاطع نظام الحظر النسبي مع النظام الترخيص أي أن ممارسة الإدارة لسلطة الحظر النسبي لا يتم إلا عن طريق استيفاء المعني شروط التراخيص الإدارية، تلبية متطلبات النهوض بالنشاط التنموي من جهة ومراعاة لقدرة البيئة على تحمله من جهة ثانية، تحقيقا لتنمية مستدامة ومتوازنة¹⁵

الفرع الثاني: نظام الإلزام:

يتمثل هدف نظام الإلزام في ضمان الامتثال للمبادئ المكرسة داخليا والمستلهمة من مختلف الصكوك الدولية، إذ تتحقق حماية البيئة من خلال إلزام الجميع على ضرورة الإتيان بعمل أو القيام ببعض الإجراءات التي من شأنها تحقيق الفعالية لقواعد القانون الداخلي، حيث يتجلى هدف الإستراتيجية المقترنة بحماية البيئة في التدخل لوضع ضوابط الأنشطة المختلفة لمواجهة الضغوط و التحديات المقترنة بحماية البيئة¹⁶.

كما يتمثل الإلزام الإداري البيئي في الالتزام الذي تفرضه الإدارة على الأشخاص والذي من خلاله يكون المعني ملتزما بسلوك معين تحدده الإدارة تكريسا لحماية البيئة و المحافظة عليها، أو إلزام من قام بعمل تسبب في أحداث تلوث بإزالة أثره أن أمكن، فالإلزام الإداري البيئي يمثل الصورة العكسية لنظام الحظر، فالأول إلزام ايجابي يتمثل في وجوب القيام بعمل معين أما الثاني فهو سلبى يتمثل في فرض الامتناع عن القيام بعمل معين من شأنه كذلك المساس بسلامة البيئة¹⁷.

في إطار القانون رقم 01-19 المتعلق بتسيير النفايات وإزالتها ومراقبتها ألزم المشرع الجزائري كل منتج للنفايات أو حائز لها باتخاذ كل الإجراءات الضرورية لتفادي إنتاج النفايات بأقصى قدر ممكن من خلال اعتماد التكنولوجيا النظيفة، كما ألزمه بضمان أو العمل على ضمان تثمين النفايات الناتجة عن المواد التي يستوردها أو يسوقها أو يقوم بتصنيعها، و في الحالة العكسية وعند عدم قدرته على ذلك فإنه ملزم بإزالتها على حسابه الخاص وبطريقة غير مضررة بالبيئة¹⁸.

وعليه يمثل نظام الإلزام الإداري احد أساليب الضبط الإداري الهامة في الوصول الى حماية البيئة، على اعتبار أن الإدارة في هذه الحالة ومن خلال إصدار اللوائح والقرارات الإدارية الفردية، تقوم بتطبيق قواعد قانونية بيئية أمرت بتقترن بجزء قانوني في حالة مخالفتها¹⁹.

وفي واقع الجزائر العملي لا القانوني وعلى سبيل المثال لا الحصر: المنطقة الصناعية "وادي السلي" بولاية الشلف التي تمثل قطبا صناعيا هاما جدا في المنطقة، تحتوي على العديد من النشاطات والوحدات الصناعية أبرزها مصنع إنتاج الاسمنت ومشتقاته (G.I.C.A)، الأمر الذي ساعد على خلق تنمية معتبرة ومناصب شغل لسكان المنطقة لكن مداخن هذا المصنع تقذف في الجو الأطنان من الغزات والمخلفات التي يمكن مشاهدتها من بعد على مسافات معتبرة، أما الأغرب في أمر هذه المنطقة الصناعية أنها تتموقع قرب حقول الحمضيات التي تشتهر نفس المنطقة بإنتاجها على نطاق واسع، والتي يعود زمن غرسها للفترة الاستعمارية، الأمر الذي أدى الى القضاء التام على مساحات معتبرة من الأشجار الواقعة بمحيط المصنع، والتأثير على الصحة العمومية بالولاية وانتشار أمراض الربو والحساسية على نطاق واسع²⁰.

المطلب الثاني: نظام دراسة مدى تأثير وموجز التأثير:

تعتبر دراسة التأثير دراسة تقنية مسبقة، وتقييمية للمشاريع والمنشآت الخطرة التي لها تأثير مباشر أو غير مباشر على البيئة، فهي تهدف الى الحد منها²¹.

ولقد تعددت التعريفات المقدمة لنظام دراسة مدى التأثير وموجز التأثير من بينها ما يلي:

المادة 15 من القانون رقم 03-10 المتعلق بحماية البيئة في إطار التنمية المستدامة²²، بنصها: "تخضع مسبقا وحسب الحالة لدراسة التأثير أو لموجز التأثير على البيئة مشاريع التنمية والهياكل والمنشآت والمصانع والأعمال الفنية الأخرى، وكل الأعمال وبرامج البناء والتهيئة، التي تؤثر بصفة مباشرة فورا أو لاحقا على البيئة لاسيما على الأنواع والموارد والأوساط والفضاءات الطبيعية والتوازنات الايكولوجية وكذلك على إطار وتنوعية المعيشة".

وبالرجوع لنص المادة 2 من المرسوم التنفيذي 07-145 الذي يحدد مجال تطبيق ومحتوى وكيفية المصادقة على دراسة وموجز التأثير على البيئة²³، والتي حددت مفهومي دراسة وموجز التأثير معا بقولها: "تهدف دراسة أو موجز التأثير على البيئة الى تحديد مدى ملائمة إدخال المشروع في بيئته مع تحديد وتقييم الآثار المباشرة و/أو الغير مباشرة للمشروع والتحقق من التكفل بالتعليمات المتعلقة بحماية البيئة في إطار المشروع المعني".

هذا وطبقا لنص المادة 03 من نفس المرسوم التنفيذي أعلاه فقد حدد في ملحقين (الملحق الأول، الملحق الثاني)، المشاريع التي تخضع لدراسة مدى التأثير والمشاريع التي تخضع لموجز التأثير وهي كالآتي:

• الملحق الأول: قائمة المشاريع التي تخضع لدراسة التأثير:

- 1- مشاريع تهيئة وانجاز مناطق نشاطات صناعية جديدة.
- 2- مشاريع تهيئة وانجاز مناطق نشاطات تجارية جديدة.
- 3- مشاريع بناء مدن جديدة يفوق عدد سكانها مئة ألف (100000 ساكن).
- 4- مشاريع تهيئة وبناء في مناطق سياحية ذات مساحة تفوق عشرة (10) هكتارات
- 5- مشاريع تهيئة وانجاز طرق سريعة
- 6- مشاريع انجاز وتهيئة موانئ صناعية وموانئ صيد بحري وموانئ ترفيهية .
- 7- مشاريع بناء وتهيئة مطار و محطة طائرات.
- 8- مشاريع تقسيمات حضرية تفوق مساحتها عشرة (10) هكتارات.
- 9- مشاريع بناء وتهيئة مركبات العلاج بالمياه المعدنية.
- 10- مشاريع انجاز مركبات فندقية تتوفر على أكثر من ثمانمائة (800) سرير .
- 11- مشاريع انجاز أو جرف السدود.

12- مشاريع انجاز وتهيئة منشآت ثقافية أو رياضية أو ترفيهية بإمكانها استقبال أكثر من خمسة آلاف (5000) شخص * ...

• الملحق الثاني: قائمة المشاريع التي تخضع لموجز التأثير:

- 1- مشاريع تنقيب عن حقول البترول والغاز لمدة تقل عن سنتين.
- 2- مشاريع تهيئة حظائر لتوقف السيارات تتسع لمائة (100) الى ثلاثمائة (300) سيارة.
- 3- مشاريع بناء وتهيئة ملاعب تحتوي على منصات ثابتة تتسع لخمس مائة ألف (5000) الى عشرين ألف (20000) متفرج.
- 4- مشاريع بناء خط كهربائي تتراوح طاقته ما بين عشرين (20) وتسعة وستين (69) كف.
- 5- مشاريع جر المياه لخمس مائة (500) الى عشرة آلاف (10000) ساكن.
- 6- مشاريع انجاز منشآت ثقافية ورياضية أو ترفيهية بإمكانها استقبال ما بين خمسة آلاف (5000) الى عشرين ألف (20000) شخص.
- 7- مشاريع تهيئة وإنشاء قرى للعطل تفوق مساحتها 2 هكتار 8.. مشاريع بناء منشآت فندقية ذات ثلاثمائة (300) الى ثمانمائة (800) سرير...

الخلاصة:

وفي الأخير وبعد التعرض لأهم الإجراءات الضبطية الوقائية لحماية البيئة في التشريع الجزائري ممثلة في الترخيص وتطبيقاته المتعددة، وكذا الحظر والإلزام وكذا نظام دراسة مدى التأثير وموجز التأثير نصل الى أن المشرع الجزائري حاول جاهدا نص قواعد قانونية تضبط العمل البيئي ورسم عدة نصوص سابقة وقائية لكي لا تتضرر البيئة، هذا وبموجب نصوص قانونية مختلفة في عدة قوانين سايرت التشريعات العالمية. إلا أن واقع الحال ورغم أن الآليات القانونية تحقق فعالية في مجال حماية البيئة إلا أنها تصطدم بعدة عراقيل وصعوبات، إذ أن هذه الآليات مقيدة لعملية التنمية وذلك راجع الى الإجراءات التي قد تطول، مما يجعل الترخيص مؤثر سلبي في عملية التنمية وتعطيل عجلة النمو الاقتصادي والتقدم. كما أن الالتزام في بعض الأحيان لا يلزم الأفراد كمعالجة النفايات تكاد تنعدم في الجزائر. كما أن نظام دراسة مدى التأثير يفقد قيمته الوقائية بالنسبة للمشاريع التي أنجزت ولم تخضع لدراسة مدى التأثير أثناء إنشائها كالمؤسسات الوطنية الكبرى لأنه كان ينظر إليه كمعرقل للتنمية.

الهوامش:

¹ بوفلجة عبد الرحمان، المسؤولية المدنية عن الأضرار البيئية ودور التامين رسالة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، 2015-2016، ص 01.

- ² رابحي قويدر، القضاء الدولي البيئي، رسالة دكتوراه في القانون العام كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، 2015-2016، ص 01.
- ³ الطالب لعمرى محمد، مبدأ الحيطة للوقاية من خطر الأضرار الجسيمة المضرّة بالبيئة، مذكرة ماجستير في القانون الإداري المعمق، كلية الحقوق جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، 2015-2016، ص 01.
- ⁴ شقرون محمد، واقع حماية البيئة بين القانون الجزائري والاجتهاد التحكيمي في مجال الاستثمار، مذكرة ماجستير في الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن ميرة بجاية، 2017-2018، ص 01.
- ⁵ سليمانى مراد، حماية البيئة في إطار التنمية المستدامة بين الآليات الدولية وفي القانون الجزائري، مذكرة ماجستير في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن ميرة بجاية، 2015-2016، ص 48.
- ⁶ عزاوي عبد الرحمان، الرخص الإدارية في التشريع الجزائري، رسالة دكتوراه دولة في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2007، ص 29.
- ⁷ خليفة أمين، قانون البيئة: قانون ضبط إدارة المخاطر البيئة، مذكرة ماجستير في الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن ميرة بجاية، 2016-2017، ص 52.
- ⁸ عبد الغني بسيوني، القانون الإداري، دراسة مقارنة لأسس ومبادئ القانون الإداري وتطبيقاتها، مصر، منشأة المعارف، 1991، ص 385.
- ⁹ المرسوم التنفيذي رقم 15-19 المؤرخ في 25-01-2013، الذي يحدد كفاءات تحضير عقود التعمير وتسليمها، ج.ر.ج.ج، العدد 07، الصادرة في 12-02-2015.
- ¹⁰ المرسوم التنفيذي رقم 06-198، المؤرخ في 31 ماي 2006، المتضمن التنظيم المطبق على المؤسسات المصنفة لحماية البيئة، ج.ر.ج.ج، العدد 37، الصادرة في 04-06-2006.
- ¹¹ المرسوم التنفيذي رقم 07-144، المؤرخ في 19 ماي 2007، الذي يحدد قائمة المنشآت المصنفة لحماية البيئة، ج.ر.ج.ج، العدد 34، الصادرة في 22-05-2007.
- ¹² القانون رقم 01-19 المؤرخ في 12 ديسمبر 2001، المتعلق بتسيير النفايات ومراقبتها وإزالتها، ج.ر.ج.ج، العدد 77، الصادرة في 15 ديسمبر 2001.
- ¹³ المرسوم التنفيذي رقم 04-409، المؤرخ في 14 ديسمبر 2004، المحدد لكفاءات نقل النفايات الخاصة الخطرة، ج.ر.ج.ج، العدد 81، الصادرة في 19-12-2004.
- ¹⁴ خليفة أمين، المرجع السابق، ص 48 ، 49.
- ¹⁵ المرجع نفسه، ص 50.
- ¹⁶ سليمانى مراد، المرجع السابق، ص 54 ، 55.
- ¹⁷ خليفة أمين، المرجع نفسه، ص 57.
- ¹⁸ المواد 6، 7، 8 من القانون رقم 01-19 المتعلق بتسيير النفايات و مراقبتها و ازلتها.
- ¹⁹ خليفة أمين، المرجع السابق، ص 57.
- ²⁰ المرجع نفسه، ص 57 ، 58.
- ²¹ معيني كمال، آليات الضبط الإداري لحماية البيئة في التشريع الجزائري، مذكرة ماجستير في القانون الإداري، تخصص: قانون إداري وإدارة أعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر باتنة، 2011-2012، ص 93.
- ²² القانون رقم 03-10 المؤرخ في 19 يوليو 2003، المتعلق بحماية البيئة في إطار التنمية المستدامة، ج.ر.ج.ج، العدد 43، الصادرة في 20 يوليو 2003.

²³ المرسوم التنفيذي رقم 07-145 المؤرخ في 19 ماي 2007، الذي يحدد مجال تطبيق ومحتوى وكيفيات المصادقة على دراسة وموجز التأثير على البيئة ج.ج.ج، العدد 34 الصادرة في 22 ماي 2007.

طبيعة المسابقات التلفزيونية في الفقه الإسلامي و القانون المدني الجزائري

الأستاذ: بوداوي كريم.
جامعة عمار ثليجي، الأغواط
imame03gmail.com
الأستاذ: باقل علي
المركز الجامعي تيسمسيلت
bakkeali@gmail.com



الملخص:

انعكست تطورات الحياة في مختلف نواحيها على دائرة الالتزامات المالية، فاستحدثت منها ما لم يكن موجودا، و غيرت من طبيعتها المعهودة مثل ما هو حال المسابقات عامة التي الأصل الشرعي فيها أن تكون على نسق يخدم مقاصد الشريعة الكلية في الغاية و الوسيلة حسب أرجح الآراء الفقهية ، و من بين وسائلها الحالية الجهاز الإعلامي التلفزيوني، الذي غيّر من تكييفها الفقهي و كذا طبيعة الالتزام القانوني الذي تندرج ضمن أحكامه، فصارت عقدا من جهة و تصرفا بإرادة منفردة من ناحية أخرى، كما تضاربت الآراء أيضا في مسألة لزومها وشروط لزومها، في كل من الفقه الإسلامي و القانون المدني الجزائري، و هذا لطغيان الطابع التجاري عليها.

الكلمات المفتاحية: المسابقات التلفزيونية، الوعد بجائزة، السبق.

Résumé

L'évolution de la vie dans les différents domaines a influencé sur les obligations financières , et cela en créant des choses nouvelles inexistantes auparavant, et en changeant leur nature habituelle, tel que le cas des compétitions en générale , qui doivent être de façon servant les finalités , générales de la chariaa dans la fin et dans le moyen , d'après l'avis doctrinal (de Al-Fiqh) le plus juste , dont la télévision est considérés comme l'un de ses moyens actuels , qui chargé sa qualification doctrinale, ainsi que la nature de l'obligation juridique. Ils sont désormais devenus un contrat, d'une part, et un acte unilatéral, d'une autre part, Il y'a lieu de rire que les avis sur son obligation, et les conditions de son obligation sont controversée, dans le droit islamique et le droit civil algérien, et ce raison du son caractère commercial dominat.

مقدمة:

عرفت دائرة الالتزامات مجالا واسعا النطاق كونها مجموع الوسائل الفنية و القانونية التي تخول للأفراد اكتساب حقوق تجاه بعضهم البعض، و في الغالب تكون هذه الحقوق مالية أو قابلة للتقييم المالي. و غالب هذه الالتزامات في الوقت الراهن مصدرها العقد ، أما باقي مصادر الالتزام فقد بدأت تنامي تدريجيا في الوقت الراهن، و التي عرفت أنماطا جديدة لم تكن معروفة استحدثتها معطيات تهدف في الغالب إلى جلب الانتباه أو النشاط الربحي، و في إحداها تلك المسابقات التي تحسب على القطاع الإعلامي العام أو الخاص و بالأحرى القنوات التلفزيونية، التي سنتناولها بالدراسة في منظور الفقه الإسلامي و التقنين المدني الجزائري معرجين على أبرز ما تعلق بها من الناحيتين الإشهارية و الواقعية، انطلاقا من الإجابة على إشكال: ما المسابقات التلفزيونية و ما هو تكيفها الفقهي و القانوني، في ظل طبيعة الأحكام المتعلقة بها، و ما حكم الجهالة أو الغرر المتعلق بها و كيف يمكن نفيه؟.

المبحث الأول: ماهية المسابقات التلفزيونية

سنتناول هذا المبحث في مطلبين الأول نخصه لتعريف المسابقات التلفزيونية و الثاني سنتعرف فيه على أهم خصائصها.

المطلب الأول: تعريف المسابقات التلفزيونية

لكي نقف على تعريف هذا المركب نبين ماهية كل حديه، المسابقات، و التلفزيونية.

المسابقات لغة من السَّبَق، و سَبَاقٌ على وزن فعَّال من السَّبَق. يقال: سَبَقَ يَسْبِقُ سَبْقًا. والسَّبَقُ في الرَّمي معروف، والسَّبَقُ من المسابقة بتسكين الباء. ويمكن أن يكون السَّبَقُ مصدرًا مسابقًا وسَبَاقًا، و يقال السبق من النخل و هي المبكرة بالحمل².

اصطلاحا فيقصد بها القُدمة في الشيء، و دل عليها بهذا المعنى القرآن الكريم في عدة مواضع منها: قوله تعالى: "قالوا يا أبانا إننا ذهبنا نستبق و تركنا يوسف عند متاعنا فأكله الذيب وما أنت بمومن لنا ولو كنا صادقين". سورة يوسف 17.

و قوله أيضا: "...فاستبقوا الخيرات ...". سورة البقرة 145.

و يراد بها في اصطلاح الفقهاء، ذات المعنى إمَّا بذكر المصدر و هو لفظ "السبق" أو "المسابقة" و هي مشتقة منه.

كما عرفها الدكتور سعد الشثري بأنها " عقد بين طرفين أو أكثر على عمل يعملونه لمعرفة الأحقق منهم"³، و يلاحظ أن هذا التعريف يأخذ مفهوم تعاقدية، و هذا نظرا للخلاف الفقهي حول من يدفع الجائزة لتصح المسابقة شرعا.

تعريف التلفزيونية: نسبة إلى الجهاز المعروف و هو التلفاز الذي يعتبر في هذا الصدد كأبرز وسيلة يطلع من خلالها الجمهور على أهم الأمور الجوهرية فيما يخص هذا الصدد.

انطلاقاً من التعاريف السابقة يمكننا القول " بأنها سبيل لمعرفة الأحقق في أمر معين، على أن يحظى الرايح بجائزة، عبر برنامج تلفزيوني".

المطلب الثاني: تمييز المسابقات

قد تشابه تقريبا المسابقات عموما القمار و الميسر، فالقمار و هذان الأخيران عند أغلب الفقهاء بينهما تلازم من حيث العموم و الخصوص، فقد يستغرق أحدهما الآخر⁴، كما أن كليهما مبني على احتمال الريح أو الخسارة للغالب و المغلوب، فالقمار "هو أن يأخذ من صاحبه شيئا فشيئا في اللعب، وفي لعب زماننا كل لعب يشترط فيه غالبا من المتغالبين شيئا من المغلوب"⁵، و أما الميسر هو " اتفاق طرفين أو أكثر أن يدفع الخاسر شيئا للغالب إن تحقق أمر ما"⁶.

ويعرفه الأستاذ عبد الرزاق السنهوري " هو عقد يتعهد بموجبه كل مقامر أن يدفع إذا خسر المقامرة للمقامر الذي كسبها مبلغا من النقود، أو أي شيء آخر يتفق عليه"⁷.

في جميع هذه الأحوال من الناجية الشرعية فهي تحوي نوعا من الرهان بغية الوصول إلى الريح و هو الهدف الرئيسي الذي يسعى إليه المتنافسون، و من جهة أخرى إذا نظرنا إلى الجهة التي تدفع الجائزة، فإما أن تخرج من الذمة المالية للمتسابقين، و إما أن يتكفل طرف آخر بدفع الجائزة.

و بهذا فإن المسابقات مستثناة من القمار و الرهان بناء على أمور هي:

● الغاية: الهدف من حيث الاستعداد و التنافسية.

● الموضوع: مشروعية الجائزة.

● معرفة المتسابقين لبعضهم⁸.

● الجهالة في احتمال الريح أو الخسارة بالنسبة للمتسابقين.

● الجهة المكلفة بدفع جائزة السباق.

● الوسيلة:

● مشروعية الوسائل بأن تكون مؤهلة لهذا الغرض مع اتحاد جنسها، و دون تكليفا فوق طاقتها⁹، فلا تؤدي

المنافسة إلى فوت الوسيلة من خيل و غيرها.

حكما:

بالنسبة لحكم المسابقات في الأصل فلم نعلم مخالفا منكر لمشروعيتها، و هذا يرجع إلى طبيعة المسابقات المعروفة في زمنهم من سباق بالخيل و الإبل و السباحة و غيرها، و ما يمكن أن تعود به من مصلحة على المتسابق و على الأمة ككل من تعويد على التحمل المشاق و بعث لروح المنافسة¹⁰، و دليله هو الآيات الكريمة السابقة الذكر.

و أدلتها من السنة فعن عبد الله بن عمر . رضي الله عنهما . قال: " أجرى رسول الله صلى الله عليه و سلم ما ضمير من الخيل، من الحيفاء إلى ثنية الوداع، و أجرى ما لم تضمير من الثنية إلى مسجد بني زريق "، قال بن عمر : فكنت ممن أجرى فطف بي الفرس"¹¹.

و إذا نظرنا في مستند الحكم المجمع عليه أنه عام من حيث يعتبر المسابقات كوسيلة مشروعته تهدف إلى غاية مشروعته، و بهذا الأصل نحاكم المعروف منها في زمننا الحالي، بما فيها المسابقات التلفزيونية التي هي موضوع الدراسة، أي بالنظر إلى الغاية المرجوة و كذا الوسائل المستعملة في تحقيق هذه الغايات، و في مختلف وجهات نظر بعض الفقهاء، تأخذ حكم النذب إذا كانت في خدمة كليات هذا الدين و دون تكلف الوسيلة المتسابق بها¹²، و في غير ذلك تكون مباحة، كما تكون مكروهة إذا كانت للتلمي¹³، أما شيخ الإسلام ابن تيمية فيرى أن الأحكام التكليفية الخمسة تعتمرها بحسب الغاية و الباعث¹⁴.

أما بالنسبة للمسابقات التلفزيونية المعروفة في الوقت الراهن فرأى بعض الباحثين أنها عبارة عن نسخ مقلدة من برامج أمريكية، و هو الذي يعكس العجز عن الابتكار بما يتماشى و قيم الدول الإسلامية، يقول الباحث في علم الاجتماع، الهادي العلوي، إنَّ هذه المسابقات "تمسّ بقيمة العمل في مجتمع جزء كبير منه لا يعمل ولا يحبّ العمل ولا يقبل عليه". ويضيف في حديث لـ "العربي الجديد": "هذه البرامج تشجّع على التواكل وتبتزّ الناس من خلال تحفيز غريزة حبّ الامتلاك وحبّ المال. ثم يعيش المشاركون فيها داخل وهم وخيال عادة ما تكون نتائجه سلبية"¹⁵.

المطلب الثالث: خصائص المسابقات التلفزيونية

سنتطرق إلى هذه الخصائص حسب الطابع الغالب عليها دون ذكر التفاصيل التي تمس البعض ولا تستغرق الكل، فإذا أمعنت النظر في الميكانيزمات و الوسائل اتضحت لك الأهداف، و بهذا نستشف خصائصها من ثلاث زوايا و هي: الهدف و الوسائل و الموضوع، مع الإشارة إلى كراهة تسمية المسابقات باللعب أو بما يخرجها إلى مضمونه¹⁶.

الفرع الأول: من حيث الهدف

الهدف الأساسي من المسابقة بالدرجة الأولى هو التقوي و تنمية روح التنافسية بين المسلمين فيما يعود بالمصالح الحقيقية للمجتمع قبل الفرد، بصرف النظر عن نوع المسابقة، فما نسبة وجود هذا المقصد في المسابقات التلفزيونية؟

لا يمكن الكلام عن الأهداف بعيدا عن الواقع، ولو أردت أن تقف على حقيقة هذه الغاية، لوجدتها تعددت بتعدد الأطراف المنظمة للمسابقة، قبل تشتتها في المتسابقين، و البداية القناة الناقلة للبرنامج التلفزيوني، التي هدفها الرئيسي هو استقطاب أكبر عدد من المشاهدين ببرامج متميزة لا يجدها المتتبع في نظيراتها من القنوات التلفزيونية، و من أمثلة هذه البرامج التي جازت أكبر نسبة مشاهدة، برنامج من سيربح المليون، و رغم أن هذا البرنامج ثقيفي إلى حد ما علمي إلى حد كبير، فنطرح التساؤل هل هذه الثقافة وهذا العلم هما ما يحتاجه

المشاهد، مع الأخذ بعين الاعتبار أن هؤلاء المشاهدين ليسوا على قدر واحد في المستوى العلمي، ثم ما نقول في مسابقة تنتفي فيها التنافسية مطلقاً!، إذ يقتصر دور المتسابق أو المشارك فيها على مكاملة هاتفية، أو رسالة نصية تحمل أسما ما، لترسل إلى الجهة المنظمة للمسابقة، ويحدد الفائز في المسابقة بناءً على قرعة السحب، لا بناءً على الكفاءة.

و من ناحية أخرى بالنسبة إلى الشخص الذي يعمل على تقديم برنامج المسابقة، فلا ننسى أن له هو الآخر هدفاً، كما تأثيراً على المشاهد بداية طريقة كلامه، أو مظهره و غيرها حسب نظر المتابع. أما هدف الجهة التي تدفع الجائزة، فهدفها طبعاً هو ترويجي إشهاري لسلعها بالدرجة الأولى، فكثير من المنتجات التي لاقت إقبالا على استهلاكها أو اقتنائها بالأسواق ليس لجودتها، وإنما للإشادة التي حظيت بها لدى مقدمي البرنامج.

و بخصوص المتسابقين الذين يقبلون على المنافسة لا نعرف لهم غاية إلا وتمحورت في الحصول على الجائزة، لا سيما إذا كانت الجائزة ذات قيمة مالية كبيرة مغرية تهفو نفس المشاهد للبرنامج التلفزيوني قبل المشارك في المسابقة، من أمثلتها الحية و في وقتنا الراهن نوعية السيارات المخصصة للمسابقة المسماة: "تقدر تريح".

الفرع الثاني: من حيث الوسيلة

عن أبي هريرة أن النبي صلى الله عليه و سلم قال: " لا سبق إلا في خف أو نصل أو حافر"¹⁷، و في هذا الحديث تباينت آراء الفقهاء حول مدلول الحديث فهناك من أجاز المسابقة مع إعطاء الجائزة في الخيل فقط، لأن عادة العرب في المراهنة فيها دون سواها و حتى لا يفتح الباب أمام القمار فيما سواها، و هناك من قال بالجواز فيها كلها لأنها مما يُحتاج إليه في الجهاد¹⁸.

بالنسبة لأداة المسابقة عموماً لا يشترط فيها إلا أن تكون مما يصح فيه المسابقة، حيث قال الناظم صاحب المختصر:

باب يجعل في السهام و الإبل و في جياذ التسابق يحل

و عين المركب و المبدأ و ضد و الرامي و نوع الدخول و العدد¹⁹

و في معنى شرح الشيخ للنظم أن الوسائل لا بد أن تعين في جنسها لا في نوعها حيث قال: " و لا يشترط تعيين السهم و الوتر وله ما شاء ولا معرفة الجري و الراكب ..."²⁰.

فإذا نظرنا الوسائل المستعملة في المسابقات التلفزيونية حديثاً و التي تقتزن غالباً بمعلومات ثقافية أو إظهار لمواهب في مجال ما، مع التذكير أن الحديث يخص المسابقات المشروعة دون غيرها كتلك التي تروج للمجون، و تخلوا من الأخلاق، و نأخذ على سبيل المثال المسابقة التي تتضارب فيها آراء الجزائريين مثل "مسابقة رمضان"، أو مسابقة "تقدر تريح" مع العلم أن الأولى منها لا تمت للتنافسية العلمية أو تقوية المواهب بصلة أو بأخرى حيث يظهر من مضمونها أن تقدم برنامجاً تلفزيونياً، لي طرح سؤال عن إحدى حيثياته سؤال ساذج، ويتنافس المتسابقون في الإجابة عن هذا السؤال عن طريق الرسائل النصية عبر الهاتف، مع تحديد مسبق لسعر هذه

الرسالة التي تفوق سعر الرسالة العادية حسب ما يعلن عنه، و الأغرّب من هذا أن هذا الأمر لا ينتهي إذ تستمر المشارك حسب ما حدثني عنها بعض المشاركين فيها أن المبالغ المأخوذة من أرصدهم الهاتفية لا تنتهي عند هذا القدر، بل يستمر سحب المال منهم و ذلك بواسطة رسائل أخرى بحجة متابعة مراحل المسابقة، و هو الأمر المجهول جهالة تامة للمشارك، دون إخطاره بذلك.

الفرع الثالث: من حيث الموضوع

بالنسبة للمسابقة فيجب أن يكون العلم فيها من عدة زوايا علما كافيا يقطع الجهالة، و غالب أراء أهل العلم أن المسابقة تجوز فيما يكسب قوة يستعان بها وقت الشدة، فقوة المؤمن مطلوب شرعي، و يرقى هذا إلى درجة الواجب، و ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب، و المسابقات من قبيل الإعداد²¹.

خلاصة: المسابقات التلفزيونية ليست إلا نوع عادي كباقي المسابقات التي يشترط فيها المشروعة من حيث مقصدها و وسيلتها و موضوعها، أما ارتباطها ببرنامج تلفزيوني فذلك لا يعدو أن يكون وسيلة تبث فيها حيثياتها، و هنا يدور ديدن المشروعية، بكونها هادفة لمصلحة عامة، أو مجرد نشاط تسويقي ربحي إشهاري.

المبحث الثاني: التكييف الفقهي والقانوني للمسابقات التلفزيونية

سنتعرض للتكييف من خلال مطلبين الأول الإطار العام الذي تندرج تحته المسابقات التلفزيونية وذلك ببيان الفرق بينها و بين ما شاكلها من مصادر الالتزام، و أما المطلب الثاني نتكلم فيه عن الغرر أو الجهالة المنطوية عليها و كيفية نفيها.

المطلب الأول: طبيعة الالتزام في المسابقات التلفزيونية

من الطبيعي أن الالتزام المنبثق عن المسابقات التلفزيونية مصدره الإرادة، لكن أين يمكن تصنيفه بالنسبة لمصادر الالتزام الإرادية (العقد، أم الإرادة المنفردة)؟.

الفرع الأول: هل المسابقات التلفزيونية عقد؟

هذه المسألة نبحثها من عدة زوايا، حيث أن الرابطة القانونية بين الجهة المنظمة للمسابقة و المتسابقين لا تنحصر فيهما فقط بل تتعداها إلى التزامات من نواحي أخرى و تختلف مقاصد الأطراف من المسابقات حيث يطغى الجانب الربحي عليها و باستراتيجيات متباينة، إمّا كسب مادي معجل أو بتشهير لسلعة مسوقة مع بيان خصائصها و مميزاتها، و هذا يستدعي بحثها من حيث لزوم المسابقة بشكله المبسط، ثم في صورتها المركبة.

أولا: لزوم المسابقات في شكلها المبسط

لكي نتكلم عن لزوم المسابقة فالمقصود ليس المسابقة في حد ذاتها و إنما العوض عن نتيجة السبق، كون هذه الجوائز عبارة عن عوض شأنها شأن أي عوض في العقود فيشترط فيها:

- أن تكون مباحة في ذاتها، و موضوعها.

- أن تكون مملوكة لمن بذلها، حتى لا تكون تصرفا في ملك الغير.

- أن تكون معلومة علما كافيا ينفي عنها الجهالة في جنسها و صفتها و مقدارها.

- أن تكون موجودة عينا، أو في حكم الوجود.

- أن يفي الواعد بها، بالنظر إلى قدسية الوعد، و عدم الرجوع فيها.

بعد أن تتوافر الشروط المذكورة لجواز المسابقة، فتصبح لازمة مثلها مثل العقد، من الإجارة و نحوها، عند جمهور الفقهاء²²، حيث قال صاحب المختصر الشيخ خليل:

ولزمت بالعقد الإجارة ولا تجاعل بسوى الثلاثة²³

و الجواز عندهم كما سبق القول في الأصناف الثلاثة المذكورة في الحديث الشريف، و استنادا إلى ذلك نقول متى توافر ركن المشروعية في المسابقة، و توافرت شروط هذه الأركان بالنسبة للمتسابقين أو العوض، أو الأداة، أو الزمان و المكان، صارت لازمة بالنسبة للجهة لمن أسند إليه بذل العوض. أما الأحناف فيرون أن المسابقة غير لازمة، و يجوز العدول عنا قضاءً، لا ديانة لأنها وعد و الوفاء به من مكارم الأخلاق²⁴.

ثانيا: لزوم المسابقات في شكلها المركب

الناظر إلى المسابقات بما تضمنته في حيثياتها يجد أنها نتاج لعدد من العقود، و الوعود بين عدد من المؤسسات و الهيئات، و لتُصدر إلى الجمهور في شكل عقد بسيط يكون طرفاه، المتسابقون من جهة، و البرنامج التلفزيوني المنظم للمسابقة من جهة أخرى، و من ثمة فإن التركيب في العقود يقع في هذه الأخيرة، و المشروعية و اللزوم طبقا لأحكامها و شروطها، يُنظر إليهما في هذه الزاوية أيضا كونها وسيلة تتبع غايتها.

أ: من حيث علاقة الجهة المنظمة للمسابقة و الجهة الراعية أو المكلفة بدفع الجائزة: مدلول ذلك أن يتكفل طرف آخر غير المتسابقين بدفع الجائزة من ماله الخاص، و هذا مالم يختلف فيه الفقهاء²⁵، و من الناحية القانونية فليس هناك مانع، إلا إذا أتفق المتسابقون على غير ذلك، لكن الملاحظ بالنسبة للمسابقات التلفزيونية أن الجهة التي تدفع الجائزة ليست شخصا طبيعيا، و إنما شخص معنوي عادة ما يكون شركة تجارية لعلاوة من سلعة ما، أو مجموعة من المنتجات التي تندرج تحت اسمها التجاري.

وعند النظر بعمق فإن هذه المسابقات تنتهي بغير فائز أو سابق غالبا، عدا بعض الهدايا الرمزية التي تكون من نصيب كل مشارك، في حين يتفان مقدموا البرنامج التلفزيوني بذكر محاسن هذا المنتج المعروض كجائزة بطريقة مبالغ فيها غالبا، مما يحيد بها عن هذا الأصل، إلى سلعة تروج لغيرها من مثيلاتها في الجنس و النوع، و في هذه الحالة يحيد الالتزام من مسابقة هادفة إلى ما يسمى بالإعلان التجاري، و ربما لعبة تجارية.

ب: من حيث الجهة المنظمة للمسابقة و المؤسسة التي ترعى اتصال المتسابقين بها

الملاحظ أن أسعار الاشتراك في هذه المسابقات، و مهما كان نوع الوسيلة سواء بمطبوعات، أو مكالمات هاتفية، أو رسائل نصية هاتفية، غالبا ما تخرج عن المعتاد حيث يتضاعف السعر أضعافا مضاعفة، و التي يدفعها المتصل (من يريد الاشتراك في المسابقة)، و عند استفسارنا من بعض المشاركين الذين نتوسم فيهم الثقة، أكدوا لنا أنهم يصرفون أموالا طائلة و ذلك من خلال إرسال عدد من الرسائل النصية أو المطبوعات الخاصة

بالمسابقة بُغية مضاعفة حظوظهم للمشاركة في المسابقة ناهيك عن الحصول على الجائزة، أما الاشتراكات التي تكون من خلال الاتصال الهاتفي فغالبا ما تقتزن بالغرر الفاحش، الذي وإن أُسْتُضِعِرَ بالنظر إلى قيمة المكاملة الهاتفية الذي يكون متوقعا للمشاركة، فهو يتعاظم من خلال التحايل بتحويل مكالماتهم إلى موزع صوتي يمدد من وقت المكاملة و منه استنزاف أكبر لذمته المالية للمشاركة في المسابقة. و هذه المداخل طبعاً يجب أن يكون للجهة التي ترعى الاتصالات نسبة منها متفق عليها طبعاً.

ج: من حيث الجانب التنظيمي والقناة التي تبث مجريات المسابقة (التشهيرية)

من المعلوم أن هدف كل قناة تلفزيونية هو استقطاب أكبر عدد من المشاهدين، وهذا ما يزيد في قيمة مداخلها المالية، وهذا حسب ما تصرح به غالباً هذه القنوات التلفزيونية، فنجد أبسط الأمور في البرنامج التلفزيوني تشهيري بالدرجة الأولى، بداية من اللباس الذي يظهر به الإعلامي، وكذا بطاقات الفنادق وشركات الطيران، وبعض المؤسسات الأخرى، التي تعتبر ذات أهمية في التعامل الاقتصادي، لذا فلا عجب أن اعتبر المشرع الجزائري الإعلان الإشهاري المدرج في النشرات الرسمية عملاً تجارياً طبقاً للمرسوم التنفيذي 136.16 المؤرخ في 25 أفريل 2016²⁶، والذي يتجلى في المادة 3 التي تنص: "يتولى المركز الوطني للسجل التجاري إعداد النشرة ونشرها".

الفرع الثاني: هل هي التزام بالإرادة المنفردة؟

لما اعتد المشرع الجزائري بالتصرف بالإرادة المنفردة كمصدر استثنائي للالتزام يحدده القانون²⁷ حسب نص المادة 123 مكرر من القانون المدني الجزائري، كما أسري عليه جميع أحكام العقد باستثناء ما تعلق منها بالقبول. ومن بين تطبيقات التصرف بالإرادة المنفردة، التي أخذ بها المشرع الجزائري كنموذج عملي الوعد بجائزة²⁸ (La promesse de récompense)، وكثيراً ما يضرب المثال في الفقه الإسلامي لهذا النموذج بالجعالة والوقف في غالبية المراجع، والملاحظ سطحياً لمحور المسابقة في شكلها المبسط إلا، ويحمل تكييفها على أنها وعد بجائزة، وهذا الذي نحاول الوقوف على نسبة صحته، أو درجة التوافق بينهما.

فالوعد بجائزة هو تعبير عن الإرادة يوجه إلى الجمهور فيلتزم صاحبه (الواعد) بمقتضاه أن يقدم أداءً معيناً لأي شخص يقوم بعمل معين²⁹. وهذا ما يوضحه نص المادة 123 مكرر 1 من القانون المدني الفقرة 1: "من وعد الجمهور بجائزة يعطيها عن عمل معين يلزم بإعطائها لمن قام بالعمل ولو قام به دون نظر إلى الوعد بجائزة أو دون علم بها".

ليكون الوعد بجائزة التزاماً لا بد من توافر أركانها³⁰:

. أن تصدر من الواعد إرادة باتة. يجليها الإيجاب بكل شروطه، ويرى بعض الفقهاء أن أقوى حجة على جدية الإرادة هي اقتران الوعد بالأجل³¹، و سلامتها من عيوب الإرادة كالغلط أو التدليس، أو الإكراه، أو الاستغلال. وهذا بغض النظر عن الشروط التي يجب توافرها في الواعد، لأنه بالنسبة للمسابقات التلفزيونية عبارة عن شخصية اعتبارية.

. أن يوجه الإيجاب إلى الجمهور و بشكل علني لتصل إلى علم أكبر عدد من الأشخاص، و هذا ما يميزها عن العقد.

. أن يتجلى في الإرادة أمران و هما: . ماهية الجائزة التي التزم بها الواعد.
. العمل الذي على الموعد أو الفائز القيام به.

لكن التفاصيل التي لم يتناولها الفقهاء في هذا الموضوع هو الأوصاف الجوهرية لطبيعة العمل الذي يكون كمقابل عن الجائزة، هل هو أي عمل كان، أم أن شرطه فقط هو المشروعية و عدم مخالفة النظام العام و الآداب العامة؟.

وهنا صُنِفَ العمل على أنه السبب الذي خصصت الجائزة من أجله، أي العمل الذي تُستحق به الجائزة، و هو مُقتضى الالتزام في هذه الحالة، بمعنى أنه يجب القيام بالعمل المطلوب بالشروط التي اشترطها الواعد³²، فما المصلحة المتوخاة للواعد من وعده، و ما مدى صحتها إن كانت ربحية تجارية بنفس الأهداف في المسابقات التلفزيونية؟، و ما حقيقة اعتبارها مصلحة قائمة أو محتملة تحظى بالحماية القضائية ناهيك عن اعتبارها شرطاً لرفع الدعوى أمام القضاء³³؟، ثم ضد من ترفع الدعوى في حال لحاق الضرر بالمشارك جراء الغرر الذي لحقه من خلال مشاركته، أو تأخر استلام الجائزة من طرف الفائز، مع العلم أن تقدير الضرر يكون على أساس ما لحق من خسارة و ما فات من ربح؟.

المطلب الثاني: طبيعة الجهالة والغبن المنطوية عليها

بعد أن توصلنا إلى أن المسابقات في الحالتين، التي تكون فيها عقداً أو تصرفاً بإرادة منفردة، فهي ملزمة لأطرافها متى توافرت أركانها و شروطها، لكن ماذا عن الجهالة التي تنطوي عليها حين المشاركة في المسابقة، و ماذا عن الضرر الذي يحق بالفائز بسبب سوء التنفيذ؟.

الفرع الأول: الجهالة التي تنطوي عليها المشاركة في المسابقة

لعل هذه الجهالة التي يقع فيها المتسابق لا تقع عادة في شروط المسابقة، كونها تصير معلومة تقريبا، أو في حكم الجلية له بعامل تكرر المشاهدة، لكن ما يقع فيه المتسابق من التغير؛ يكون من ناحية شروط المشاركة في المسابقة و كفيتهما، فغالبا ما تتكفل شركات متعاملي الهاتف بهذه الخدمة، إما بواسطة مكالمات هاتفية أو رسالة نصية يفوق سعرها لهذه الغاية السعر العادي، و إلى هنا لا إشكال من ناحية علم المتسابق، إذ غالبا ما يكون معلنا عنه للجمهور، لكن غير المُعلن عنه هو مجريات اتصال للمشاركة، فغالبا ما تحول الاتصالات الهاتفية للمشاركين الموزع الصوتي، لينتهي بهم الأمر دون رد، أو الرد بعد طول مدة، و في حال كانت المشاركة عن طريق الرسائل النصية، فإن ما يعلن عنه هو رسالة نصية واحدة تحوي إجابة عن سؤال في مقدور الجميع، و ما إن ترسل أولها حتى تعقبها مجموعة من الأسئلة التي لا حصر لها بغض النظر عن صعوبتها و سهولتها، و في مجموع هذه الحالات تُستنزف أرصدهم المالية أضعافا مضاعفة دون علم منهم، و هي عبارة عن التزامات لم يكن المتسابق يرغب في تحملها، و لو علم بها ما قبل المشاركة غالبا.

لنخلص أن هذا النوع من الجهالة المفضي إلى ضرر مادي، سببه التدليس، لكن من دون استعمال طرق احتيالية، و إنما عن طريق السكوت العمد أو الكتمان الذي يعتبر تدليسا كلما أخل المتعاقد بالإفشاء الذي رتبته عليه القانون أو الاتفاق³⁴، و الذي اعتبره المشرع الجزائري صراحة كذلك في المادة 2/86 من القانون المدني "... و يعتبر تدليسا السكوت عمدا عن واقعة أو ملابسة إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملابسة".

الفرع الثاني: الضرر الذي يحيق بالمتسابق الفائز بسبب سوء التنفيذ

قد لا ينقطع الإحجام عند تفاصيل كيفية المشاركة في المسابقة من قبل الجهة المنظمة لها، بل يتعداه إلى الغموض الذي يكتنف التنفيذ عند الظفر بالجائزة، من عدة نواحي بداية من ميعاد التسليم و مكانه و كلفه، و ما الإجراءات الواجب اتخاذها لنقل ملكية الجائزة إلى ذمة المتسابق، و غالبا ما تتطلب وقتا، و يمكن أن يُحمّله التزامات لم يكن يرغب في إبرامها أصلا.

من الالتزامات أيضا التي قد يرتبها أيضا التسليم، و غير المعلن عنها، و قد تفاجئ الفائز من وضع شعار المسابقة على الجوائز التي تم الظفر بها، و يشترط على الفائز عدم إزالتها فترة من الزمن، ممّا يجعلها عبارة عن لوحة إشهارية إمّا للمسابقة أو العلامة التجارية، و هي التزامات جديدة ربما لم يكن الفائز أصلا يرغب بها. كما ننوه أنه لم تتمكن من الحصول على سند علمي حقيقي لهذا النوع من الالتزامات الجديدة إلاّ من خلال تصريح أفادنا به أحد الفائزين في مسابقة تلفزيونية، و التي ظفر فيها بسيارة كجائزة، و التي بقيت فترة من الزمن تحمل شعار المسابقة مع إلزامه بذلك من طرف الجهات المنظمة.

خاتمة:

يثير موضوع المسابقات التلفزيونية جدلا واسعا فيما يخص حقيقة الالتزام فيه، فضلا عن حكمها الشرعي الدائر بين الحرمة حسب نص الحديث السابق ذكره، و الجّل مسابقة للواقع، والمُرجح من هذه الآراء أنها وسائل تأخذ حكم الغاية منها، و جوازها مرهون بجواز الغاية منها في كونها خادمة للمقاصد الضرورية في الشريعة السمحة و في مقدمتها حفظ الدين، أما بالنسبة للطرق و الأساليب التي تتم بها فهي الأخرى يشترط فيها المشروعية أولا فضلا عن الوضوح و الخلو من الغرر بفعل التدليس أو الاستغلال.

أما المتأمل لحقيقة الالتزام في المسابقات التلفزيونية، فيجد أنه أو سع نطاقا ممّا يظهر عليه، إذ لا يقتصر في العلاقة بين المتسابق و الجهة المنظمة للمسابقة، فلو كانت بهذا المنظور المبسط لأمكن تكييفها إلى حد بعيد على أنها وعد بجائزة، أمّا الناظر في الجهات التي ترعى تنظيم هذه المسابقة التلفزيونية فيجد أنها مجموعة من العقود، لتكون بهذا عبارة عن عقد مركب.

و إذا نظرنا إلى الجهالة في حظ الربح و الخسارة التي يكون بصدها المشارك في المسابقة فهي عبارة عن عقد احتمالي (غرر)، على اعتبار أن المشارك يكون قد قبِلَ أن يكون طرفا فيه وقت الإعلان عن المسابقة التلفزيونية، ناهيك عن حكم الشرع بالنسبة لهذه الجهالة.

لتنمخض الدراسة عن ضرورة استحداث تقنين من قبل المشرع فيما يخص المسابقات التلفزيونية محددًا بذلك الضوابط و الشروط التي يجب أن تتوافر فيها، بما يضمن العدالة لأطرافها، و توجيهها من حيث الهدف و الغاية.

تتميش:

1. ابن دريد ، الاشتقاق ، دون دار الطبع ، دون ط ، دون سنة ط ، ج 1 ، ص 56.
2. أبو الحسن علي بن اسماعيل بن سيده المرسي ، المحكم و المحيط الأعظم ، تحقيق: عبد الحميد هندواي ، عدد الأجزاء 11 ، دار الكتب العلمية بيروت ، سنة 2000 ، ج 02 ، ص 245.
3. سعد بن ناصر بن عبد العزيز الشثري ، المسابقات و أحكامها في الشريعة الإسلامية دراسة فقهية أصولية ، دار العاصمة ، المملكة العربية السعودية ، ط 1 (1418 هـ . 1997 م) ، ص 19.
4. عمر صالح بن عمر ، أحكام المسابقات التلفزيونية و مقاصدها ، مجلة الشريعة و القانون ، كلية الشريعة و الدراسات الإسلامية ، جامعة الشارقة ، العدد 25 ، يناير 2006 م ، ص 221.
5. علي بن محمد بن علي الجرجاني ، التعريفات ، تحقيق إبراهيم الأبياري ، دار الكتاب العربي ، بيروت ، ط 1 ، 1405 هـ ، ج 01 ، ص 229.
6. زكريا محمد طحان ، المسابقات و الجوائز و حكمها في الشريعة الإسلامية ، موقع مقالات إسلام ويب ، مأخوذ يوم 24 أكتوبر 2016.
7. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، عدد الأجزاء 12 ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، لبنان ، دون ط ، دون سنة ط ، ج 07 ، ص 985.
8. محمد عرفة الدسوقي ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، عدد الأجزاء 04 ، تحقيق: محمد عليش ، دار الفكر ، بيروت ، دون ط ، دون سنة ط ، ج 02 ، باب المسابقة ، ص 208.
9. محمد عرفة الدسوقي ، المرجع السابق ، ج 02 ، باب المسابقة ، ص 208.
10. سعد بن ناصر بن عبد العزيز الشثري ، المسابقات و أحكامها في الشريعة الإسلامية دراسة فقهية أصولية ، دار العاصمة ، المملكة العربية السعودية ، ط 1 (1418 هـ . 1997 م) ، ص 24 . 25 (بالتصرف) .
11. أحمد بن الحسين بن علي بن موسى أبو بكر البيهقي ، سنن البيهقي ، تحقيق محمد عبد القادر عطا ، عدد الأجزاء 10 ، مكتبة دار الباز ، مكة المكرمة ، 1414 هـ / 1994 م ، ج 3 ، ص 314.
12. بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع علاء الدين الكاساني (ت : 587 هـ) من الأحناف ، دار الكتاب العربي ، دون ط ، دون تحقيق ، عدد الأجزاء 07 ، 1972 هـ ، بيروت ، ج 06 ، ص 206.
13. أبو عمر يوسف بن عبد الله بن عبد البر النمري القرطبي ، تحقيق سالم محمد عطا - محمد علي معوض ، الاستذكار الجامع لمذاهب فقهاء الأمصار ، عدد الأجزاء 9 ، دار الكتب العلمية ، 2000 م ، بيروت ، ج 5 ، ص 139.
14. تحفة الفقهاء ، السرقمندی ط 03 ، 1414 هـ . 1993 م ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ج 03 ، ص 347.
15. عمر صالح بن عمر ، المرجع السابق ، ص 232.
16. منصور بن إدريس الهوتي ، كشاف القناع عن متن الإقناع ، تحقيق محمد أمين الضناوي ، عدد الأجزاء 05 ، دار الكتب ، بيروت ، ط 1 ، (1418 هـ . 1998 م) ، ج 3 ، ص 282.
17. أحمد بن شعيب أبو عبد الرحمان النسائي ، سنن النسائي ، مذيلة بأحكام الألباني عليها ، تحقيق عبد الفتاح أبوغدة ، عدد الأجزاء 08 ، ط 01 ، 1406 هـ / 1986 م ، ج 06 ، باب السبق ، ص 227.
18. عياض بن موسى بن عياض بن عمرو اليحصبي السبتي ، أبو الفضل (المتوفى : 544 هـ) ، إكمال المعلم بفوائد مسلم ، تحقيق الدكتور يحيى إسماعيل ، عدد الأجزاء 08 ، دار الوفاء ، مصر ، ط 1 ، 1419 هـ / 1998 م ، ج 06 ، ص 286.

- ¹⁹. الشيخ الحاج محمد باي بلعالم ، إقامة الحجة و الدليل لمختصر الشيخ خليل ، عدد الأجزاء 04، دار ابن حزم، بيروت لبنان، ط 1، 1438 هـ/ 2008 م ، ج 02 ، ص 315.
- ²⁰. الشيخ الحاج محمد باي بلعالم، المرجع السابق، ج 02 ، ص 315.
- ²¹. عمر صالح بن عمر، المرجع السابق، ص 229 .
- ²². أبي الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي البصري، الحاوي الكبير في فقه الإمام الشافعي (شرح مختصر المزني)، تحقيق و تعليق: الشيخ علي محمد معوض، و الشيخ عادل أحمد عبد الموجود، عدد الأجزاء 18، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ج 15، ص 184.
- ¹³، ابن قدامة المقدسي، المغني، تحقيق: د: عبد الله بن عبد المحسن التركي، و عبد الفتاح محمد الحلو، عدد الأجزاء 15، دار عالم الكتب، الرياض، ج 409.
- ²³. الشيخ الحاج محمد باي بلعالم ، المرجع السابق، ج 2، ص 315.
- ²⁴. عمر صالح بن عمر، المرجع السابق، ص 259.
- ²⁵. سعد بن ناصر بن عبد العزيز الشثري، المرجع السابق، ص 69.
- ²⁶. الجريدة الرسمية العدد: 27، الصادر بتاريخ: 04 ماي 2016.
- ²⁷. بلحاج العربي ، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية 2001، ج 1 ، ص 331.
- ²⁸. المادة 123 مكرر 1 ، القانون المدني الجزائري،
- ²⁹. بلحاج العربي، المرجع السابق، ج 1، ص 336.
- ³⁰. السهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج 1 ، ص 1302.
- ³¹. علي كحلون، النظرية العامة للالتزامات، ط 1 ، 2014، مجمع الأطرش للكتاب المختص، تونس ، ص 85.
- ³². بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، ج 1، ص 338.
- ³³. المادة 13 قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.
- ³⁴ - علي فيلال، الالتزامات النظرية العامة للعقد، موفم للنشر، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية ، الجزائر، 2012، ص 180.

قراءة في واقع منظومة التعليم العالي بالجزائر في ظل إصلاحات نظام (ل م د)
Reading in the reality of the system of higher education in Algeria
under the reforms of the system (LMD)

د. زموري كمال أستاذ محاضر قسم "ب"
المركز الجامعي عبد الحفيظ بوالصوف - ميلة - الجزائر
kzemouri@yahoo.fr

الملخص:

اهتمت الدراسة الحالية بعرض تطور قطاع التعليم العالي في الجزائر في مختلف جوانبه ومناحيه البشرية والهيكلية وغير ذلك، وتعتبر فترة السبعينات هي البداية الفعلية لتطور هذا القطاع كميًا، كما يعتبر العقد الأخير الأهم من حيث الإنجازات وتضاعف عدد الطلبة والأساتذة وهياكل التعليم المتوفرة بفضل الجهود التي بذلتها الجزائر وقد نجحت في ذلك.

لكن على الرغم من النتائج الإيجابية التي حققها نظام التعليم العالي في الجزائر، إلا أن هذا الأخير لا يزال يعاني من عدة مشاكل أهمها ارتفاع معدلات الفاقد التعليمي من رسوب، وعدم التوازن بين أنواع التعليم والإحتياجات الاقتصادية. وفي ظل هذه الإختلالات المسجلة شرعت الجزائر منذ 2004 في تطبيق إصلاح جامعي جديد (نظام ل م د)، حيث هدف إلى إنشاء جامعة جديدة تتسم بالعصرية.

وبعد مرور أكثر من عشر سنوات على تطبيق هذا الإصلاح، يبقى أمام منظومة التعليم العالي قصد تحقيق كفاءة وفعالية عاليتين تحدي الوصول إلى إعداد وتكوين وتنمية مخزون من الرأسمال البشري، يكون منتجا في كل التخصصات بغرض تحقيق نقلة نوعية على صعيد الجودة.

الكلمات المفتاحية: التعليم العالي، البحث العلمي، الإصلاح الجامعي، نظام ل م د، التقييم، الجزائر.

Abstract:

The current study concerned on presentation development of the higher education sector in Algeria in its various aspects, human and structural aspects, etc. The seventies period is the actual beginning of the development of this sector quantitatively. The last decade is also the most important in terms of achievements and doubles the number of students, teachers and educational structures available thanks to the efforts made by Algeria, which has succeeded.

But despite the positive results achieved by the higher education system in Algeria, however, the latter still suffers from several problems, the most important of these problems is the high rate of educational losses from the failure, and the imbalance between types of education and economic needs. Under these imbalances recorded, Algeria has been implementing a new university reform (LMD) since 2004, it aims to create a new university characterized by modernization.

More than ten years after the application of this reform, remains in front of the higher education system in order to achieve high efficiency and effectiveness the challenge of access to the preparation, composition and development stocks of human capital, be productive in all disciplines in order to achieve a qualitative leap on the level of quality.

Keywords: Higher education, scientific research, university reform, LMD system, evaluation, Algeria.

مقدمة:

إن تطور الأمم مرتبط بمستواها العلمي والتقني والثقافي، وفي هذا الصدد فإن مستوى منظومة التعليم العالي وقدرتها على تكوين أجيال المستقبل يمثل رهانا استراتيجيا هاما، ويعتبر التكوين وجمع رصيد بشري رفيع المستوى مصدرا هاما للنمو والتنافس، وهذا من شأنه وضع منظومة التعليم العالي مباشرة في موقع مركزي، فكان على الجزائر وعلى امتداد نصف قرن من الزمان أن تبذل جهدا معتبرا للاستجابة للمتطلبات الجديدة، إذ كان عليها بناء منظومة لتعليم عالي وبحث علمي وتطويرها وجعلها واسعة لتغطية كامل التراب الوطني ومجموع المواد والإختصاصات العلمية.

وتظهر بعض المؤشرات والتقديرات اليوم بأن أغلب الأولويات المدرجة بالنظر إلى الأوضاع السائدة سنة 1962 قد تمت الإستجابة لها في أغلب متطلباتها من حيث الكمية، وأنها قد تحققت نسبيا فيما يخص الجانب النوعي. والملاحظ أيضا أن تطوير التعليم العالي عملية مستمرة تستوجب الأخذ في الحسبان طبيعة المجتمع وخصوصياته التي ينبغي مراعاتها عند وضع أي خطة للإصلاح، وفي هذا السياق ومن خلال إصلاحات متواصلة منذ السبعينات، شرعت الجزائر منذ 2004 في تطبيق إصلاح جامعي جديد هو نظام (ل م د)، حيث هدف إلى إنشاء جامعة جديدة تتسم بالحيوية والعصرية وفي استماع لمحيطها ومتفتحة على العالم، في وقت أصبحت نوعية التعليم العالي تقاس من خلال المعايير الدولية.

على هذا الأساس تم بذل جهود كبيرة من أجل التمكين لإصلاح منظومة التعليم العالي سواء على الصعيد المفاهيمي أو على صعيد التطبيق، واعتمادا على هذا التشخيص يمكن وضع الخطوط العريضة لمخطط تصحيح تدريجي لتعديل الإصلاح ومواءمته مع أهدافه.

ضمن هذا المنظور جاءت الدراسة الحالية للكشف عن واقع منظومة التعليم العالي في الجزائر وطبيعة الإصلاح الجديد (نظام ل م د) ومدى استجابته لحل مشاكل الجامعة الجزائرية، ومن ثمة فإن التساؤل المطروح: إلى أي مدى وصلت التجربة الجزائرية في ميدان التعليم العالي؟ وما هي استراتيجية الجزائر للتكيف مع إصلاحات نظام (ل م د) بما يحقق عصرية نظام التعليم العالي؟

من هنا تأتي هذه الدراسة التي اتخذت من واقع منظومة التعليم العالي في الجزائر في ظل إصلاحات نظام (ل م د) موضوعا لها وذلك عبر مناقشة المحاور التالية:

المحور الأول: مفهوم التعليم العالي وأساسه.

المحور الثاني: تطور التعليم العالي في الجزائر.

المحور الثالث: نظام (ل م د) كآلية لإصلاح منظومة التعليم العالي وعقلنتها.

المحور الرابع: تقييم منظومة التعليم العالي في الجزائر.

المحور الأول: مفهوم التعليم العالي وأساسه

تضطلع مؤسسات التعليم العالي بوصفها قمة الهرم التعليمي بدور ريادي ومسؤولية كبرى في تحقيق التنمية والتقدم التقني وتنمية الموارد البشرية والموازنة بين الحفاظ على الهوية الذاتية والانفتاح على المجتمع العالمي، كما أصبحت اليوم الجامعات مصنعا للعناصر الفاعلة في المجتمع وأحد أدوات التغيير في الواقع الاجتماعي والفكري والسياسي للمجتمع، وانطلاقا من تلك الأهمية الخاصة بالتعليم العالي، نتناول في هذا المحور مفهوم التعليم العالي، وكذا أهم الأسس التي يعتمد عليها والتحديات التي تواجهه.

الفرع الأول: مفهوم التعليم العالي

يعرف التعليم العالي بأنه كل أنواع التعليم الذي يلي المرحلة الثانوية أو ما يعادلها وتقدمه مؤسسات متخصصة، وهو مرحلة التخصص العملي في كافة أنواعه ومستوياته، رعاية لذوي الكفاءة والنبوغ وتنمية مواهبهم، وسدا لحاجات المجتمع المختلفة في حاضره ومستقبله، بما يساير التطور المفيد الذي يحقق أهداف المجتمع وغاياته النبيلة¹.

كما يرتبط التعليم العالي ارتباطا وثيقا بفكرة التخصص، وهذا عكس المراحل التي تأتي قبل هذه المرحلة حيث يكتسب فيها التلميذ المبادئ الأساسية في حقول المعرفة، وبالتالي يمكن اعتبار مرحلة التعليم العالي قمة الهرم التعليمي التي يتم من خلالها إعداد الثروة البشرية، وخاصة كفاءاتها العالية اللازمة لخدمة المجتمع وتحقيق تقدمه².

وحسب المادة الثانية من القانون رقم 05/99 المؤرخ في 04 أفريل 1999 المتضمن القانون التوجيهي للتعليم العالي، يعرف المشرع الجزائري التعليم العالي بأنه كل نمط للتكوين أو للتكوين للبحث يقدم على مستوى ما بعد التعليم الثانوي من طرف مؤسسات التعليم العالي، ويمكن أن يقدم تكوين تقني على مستوى عال من طرف مؤسسات معتمدة من طرف الدولة³.

مما سبق نستنتج أن التعليم العالي يعتبر مرحلة من مراحل التعليم المتقدمة، حيث يمثل آخر مراحل التعليم وأرقاها درجة، وينفرد به غالبا مجموعة قليلة من الطلاب الممتازين في ذكائهم ومعارفهم العلمية.

الفرع الثاني: أسس التعليم العالي وتحدياته

إن قضية تطور التعليم العالي في المجتمع ليس قضية كم بقدر ما هي قضية جوهر التعليم ومضمونه ومحتواه وطرقه، وكفايته في خلق القوى البشرية العلمية والتكنولوجية القادرة على الإسهام في بناء المجتمع والنهوض به في المستقبل، ويترتب على هذا الإدراك قضية مهمة هي أن التحديث العلمي والتربوي ونجاحه في مرحلة التعليم العالي يعتمد على أسس هامة هي⁴:

- ✓ وعي القيادة السياسية بدور التعليم والتربية وما يخصص له من أموال لبناء مجتمع علمي معاصر؛
- ✓ قيادة عصرية ذات نظرة اجتماعية متكاملة تقود عملية الثورة العلمية في إطار عملية التنمية الشاملة؛
- ✓ القيام بأبحاث ودراسات علمية من واقع المجتمع يستند إليها في إرساء دعائم التنمية الشاملة؛

- ✓ الإنفتاح العالمي على الجامعات الدولية وإجراء المقارنة المرجعية المستمرة لأجل تطوير عمل وأساليب العمل التربوي والعلمي في الجامعة؛
- ✓ التغيرات البيئية الجديدة وإدخالها حيز التطبيق من حيث التغيرات التكنولوجية والعلمية والإقتصادية والسياسية، وانعكاس ذلك على العملية التعليمية.
- وعندما نضع التعليم العالي في نصب أعيننا وهو يدخل التحديث والتغيير، فإنه يجب ألا يغيب عن أبصارنا أن هناك تحديات وعوامل متعددة أسهمت بشكل أو بآخر في حدوث ما يمكن أن نسميه بأزمة أو إشكالية التعليم العالي، ولعل من أبرز هذه العوامل ما يأتي⁵:
- ✓ ندرة أو شح التمويل وتناقصه في أغلب دول العالم بسبب الأزمة الإقتصادية العالمية وعوامل أخرى؛
- ✓ انعدام ارتباط محتوى وطرق التدريس الجامعي بحاجات المجتمع وخاصة في العصر الحالي الذي يشهد تطورات متسارعة في مجال المعرفة وتكنولوجيا الإعلام والاتصال؛
- ✓ بطالة خريجي الجامعات؛
- ✓ المطالبة الإجتماعية بأن تتحمل الجامعات مسؤوليتها الإجتماعية في تحقيق الأهداف الموضوعية لها؛
- ✓ الضغوطات الإجتماعية على مؤسسات التعليم العالي لكي تحقق مبدأ الكلفة - الفاعلية؛
- ✓ القصور في مسألة البحث العلمي من حيث إنتاج البحوث والدراسات ذات الجدوى والفائدة؛
- ✓ عجز الجامعات في إيجاد الحلول للمشكلات المجتمعية المختلفة من خلال مراكزها البحثية؛
- ✓ ضعف المخرجات التي تزود القطاعات والمؤسسات بالإختصاصات المطلوبة؛
- ✓ التركيز على دور الأستاذ بوصفه مدرسا وعدم تشجيعه كباحث علمي.
- نتيجة للعوامل السابقة التي أدت إلى انخفاض مستوى التعليم العالي وقصوره عن أداء مهماته، ظهرت الدعوة إلى إجادة التعليم العالي وتحسينه من خلال ضرورة تطبيق إدارة الجودة الشاملة في مؤسسات التعليم العالي للوصول إلى مستوى عال من الإنتاجية والفاعلية، والمضي نحو تجويد التعليم وتطويره لصنع العقول التي تنتج وتبدع وتصنع الحضارة⁶.
- من هذا المنطلق بدأت النظرة إلى التعليم العالي تتغير، واعتبر هذا الأخير استثمارا أكثر منه استهلاكا وأنه يتمتع بكل خصائص الإستثمار بالمعنى الإقتصادي، وأنه توظيف مثمر لرأس المال، وقد ظهر ذلك بوضوح في أعمال "بيكر" وغيره من الذين قدموا العديد من الأعمال الهامة حول الإستثمار في التعليم العالي وعلاقته مع التقدم والتنمية⁷. وهذه الحالة أدت بالبحث عن مدى الفائدة الإقتصادية المرجوة من الأموال المنفقة على التعليم العالي، ومقدار ما يعود منها على الإقتصاد والمجتمع، وذلك لأن الإستثمار في الأفراد هو من أهم المعايير التي تدل على رشادة سياسة التمويل.

نستنتج أن مهمة التعليم العالي لم تعد من أولوياتها تخريج حاملي الشهادات، بل صارت تعمل من أجل تحقيق التوجه السريع والتحكم في التنمية البشرية، والتطور والتقدم بالمساهمة في اكتشاف الحقائق والبحث عن حلول لها، والمحافظة على الأصالة الثقافية للأمة، والإهتمام بقضايا المجتمع ومتطلبات نموه.

المحور الثاني: تطور التعليم العالي في الجزائر

لقد تطور قطاع التعليم العالي في الجزائر في مختلف جوانبه ومناحيه البشرية والهيكلية وغير ذلك، وتعتبر فترة السبعينات من القرن العشرين هي البداية الفعلية لتطور هذا القطاع كميًا، كما يعتبر العقد الأخير الأهم من حيث الإنجازات وتضاعف عدد الطلبة والأساتذة وهياكل التعليم المتوفرة بفضل الجهود التي بذلتها الجزائر، وقد نجحت في ذلك.

الفرع الأول: مسار بناء المنظومة الجزائرية للتعليم العالي

إن الجامعة الجزائرية هي اليوم نتاج عملية طويلة من البناء والتطوير والإصلاحات التي تم الشروع فيها ابتداء من سنة 1962 تاريخ استعادة السيادة الوطنية، فبعد أن كان تعداد الطلبة مركزا سنة 1962 في مؤسسة واحدة هي "جامعة الجزائر"، فإنه اليوم يتوزع على كامل التراب الوطني، ويستجيب هذا التوزيع إلى مبدأ الخدمة العمومية الجوارية، وقد أصبحت المؤسسات المئة وستة (106)، وكذا هياكل المرافقة الإجتماعية التابعة لها تشكل شبكة هائلة تربط كافة ربوع الوطن.

لقد عرف تأسيس المؤسسة الجامعية الجزائرية وتطورها من حيث تنظيمها ومناهجها أربع مراحل أساسية منذ الإستقلال هي⁸:

1- المرحلة الأولى: تمثلت في إرساء قواعد الجامعة الوطنية، حيث ورثت الجزائر بعد الإستقلال جامعة مكونة من كليات أكاديمية حسب الإختصاص تتميز بفصل صارم بين الإختصاصات، وكانت مؤسسات التعليم العالي في بدايات إعادة البناء الوطني وعلى قلتها موجودة في الجزائر العاصمة (تأسست جامعة الجزائر رسميا سنة 1909 أثناء الحقبة الإستعمارية)، ثم افتتحت جامعة وهران سنة 1966، ثم تلتها جامعة قسنطينة سنة 1967، وكان النظام البيداغوجي مطابقا للنظام الفرنسي حيث كانت مراحلها كما يلي:

✓ مرحلة الليسانس: وتدوم ثلاث سنوات تنتهي بالحصول على شهادة الليسانس في التخصص المطلوب؛
✓ شهادة الدراسات المعمقة: وتدوم سنة يتم التركيز فيها على منهجية البحث إلى جانب أطروحة بسيطة لتطبيق ما جاء في الدراسة النظرية؛

✓ شهادة دكتوراه الدرجة الثالثة: وتدوم سنتان على الأقل لإنجاز البحث؛

✓ شهادة دكتوراه دولة: تصل مدة تحضيرها إلى خمس سنوات من البحث النظري والتطبيقي.

كانت هذه المرحلة تهدف إلى توسيع التعليم العالي مع المحافظة على نظم الدراسة الموروثة.

2- المرحلة الثانية: تمثلت في تنفيذ إصلاح منظومة التعليم العالي سنة 1971 والذي تم تدعيمه وتصحيح مساره من خلال وضع خريطة جامعية سنة 1982 والتي تم تحديثها سنة 1984. لقد ظهرت الجامعة الجزائرية

بالمفهوم الفعلي مع إنشاء وزارة التعليم العالي والبحث العلمي سنة 1970، ومع انطلاق عملية إصلاح التعليم العالي الكبرى سنة 1971 والهادفة إلى تعبئة مجموع قدرات الجامعة لتكوين رجال لخدمة التنمية، تمت عملية إعادة الهيكلة هذه وفق أربعة محاور رئيسية هي:

✓ إعادة صياغة برامج التكوين في الثلاثية التالية: تنوع، تخصص، احترافية. والهدف المنشود هو تطوير تعليم التكنولوجيا في الجامعة من خلال تنظيم مسارات دراسية جديدة، وظهور شهادات جامعية جديدة مثل شهادة مهندس، شهادات ليسانس تعليم وشهادات التعليم العالي؛

✓ تنظيم بيداغوجي جديد للدراسة: تنظيم التعليم حسب نظام السداسيات وفقا لمنطق المقاييس وتخصيص حيز للأعمال الموجهة في البرامج والتقييم النهائي؛

✓ تكثيف نماء التعليم العالي من خلال تمكين أكبر عدد ممكن من الشباب من بلوغ المستويات العليا من منظومة التربية والتكوين؛

✓ إعادة تنظيم شامل للهياكل الجامعية من خلال الانتقال من المخطط التقليدي للكليات إلى المعاهد الجامعية، حيث يكون لكل واحد منها تخصص في مجال علمي محدد، والغرض من ذلك هو إدراج التكنولوجيا ضمن مسارات التعليم والتكوين.

أما مراحل الدراسة الجامعية فتمثلت في مرحلة الليسانس التي تدوم أربع سنوات، ثم مرحلة الماجستير وتدوم الدراسة فيها على الأقل سنتين، وأخيرا مرحلة الدكتوراه ويطلق عليها مرحلة ما بعد التدرج الثاني وتدوم مدة خمس سنوات من البحث.

3- المرحلة الثالثة: تمثلت في دعم المنظومة وعقلنتها تماشيا مع التحولات التي شهدتها كل من المجتمع والإقتصاد الجزائري، وقد تم الشروع في ذلك من خلال سن القانون رقم 05/99 المؤرخ في 04 أفريل 1999 المتعلق بالتعليم العالي. من أهم الإجراءات التي عرفتها هذه المرحلة قرار إعادة تنظيم الجامعة في شكل كليات، وإنشاء ستة جذوع مشتركة للحاصلين على شهادة البكالوريا، وإنشاء ستة مراكز جامعية جديدة، بالإضافة إلى تحويل بعض المراكز الجامعية إلى جامعات لكل من بسكرة، بجاية، ومستغانم وتأسيس مجلس أخلاقيات وأدبيات المهنة الجامعية، وهكذا أصبح قطاع التعليم العالي يحصي 17 جامعة، 13 مركزا جامعيًا، 6 مدارس عليا للأساتذة، 14 معهدا وطنيا للتعليم العالي، 12 مدرسة متخصصة مما ساهم في تدعيم هياكل قطاع التعليم العالي وتجسيد مبدأ ديمقراطية التعليم.

4- المرحلة الرابعة: تمثلت في تطبيق النظام العالمي: نظام ليسانس- ماستر- دكتوراه الذي شرع في تطبيقه سنة 2004، وتم تنظيم هذه الهندسة الجديدة داخل مجالات كبرى تضم عدة اختصاصات متجانسة من حيث الكفاءات العلمية والتقنية، وكذا المناصب التي يوفرها لها سوق العمل. ففي كل مجال يتم اقتراح مسارات نموذجية يمكنها أن تؤدي إلى تخصصات أو خيارات محددة، وهي تتيح توجيه الطالب تدريجيا حسب مشروعه الخاص أو المهني، وتأخذ بعين الاعتبار تنوع الجمهور المستهدف وحاجياته.

الفرع الثاني: حركية منظومة التعليم العالي الجزائرية

يبحث هذا العنصر في المؤشرات الكمية المتعلقة بتطور التعليم العالي في الجزائر، وذلك عبر دراسة وضعية هياكل التعليم المتوفرة، الوضعية العددية للطلبة والأساتذة، وكذا الميزانية المخصصة للقطاع سنويا.

1- تطور عدد المؤسسات الجامعية:

لامتصاص التدفقات المتزايدة من الطلبة الجدد، تم إطلاق وتحقيق برنامج ضخم لإنجاز منشآت جامعية خاصة بالتعليم العالي، وقد تمكن هذا البرنامج بصفة تدريجية وفي وقت قصير نسبيا من استحداث وتعزيز شبكة جامعية كبيرة ومتنوعة تتكون اليوم من 106 مؤسسة للتعليم العالي، موزعة على 48 ولاية عبر التراب الوطني وتضم⁹: 50 جامعة، 13 مركزا جامعيًا، 20 مدرسة وطنية عليا، 10 مدارس عليا، 11 مدرسة عليا للأساتذة و02 ملحقة جامعية.

2- تعداد الطلبة:

إن عدد الطلبة المسجلين شهد تطورا كبيرا منذ الإستقلال، وذلك لأن الدولة الجزائرية اتجهت بعد الإستقلال إلى محاولة تكوين أكبر عدد ممكن من الإطارات لمواجهة العجز الحاصل في مختلف القطاعات في الدولة، ويوضح الجدول التالي تطور أعداد الطلبة المسجلين في التعليم العالي عبر مختلف السنوات:

الجدول رقم 1: تطور عدد الطلبة المسجلين في التدرج وما بعد التدرج

السنة	1963/1962	1970/1969	1980/1979	1990/1989	2000/1999	2010/2009	2011/2010	2012/2011
عدد الطلبة المسجلين في التدرج	2725	12243	57445	181350	407995	1034313	1077945	1090592
عدد الطلبة المسجلين في ما بعد التدرج	156	317	3965	13967	20846	58975	60617	64212
الإجمالي	2881	12560	61410	195317	428841	1093288	1138562	1154804
السنة	2013/2012	2014/2013	2015/2014	2016/2015	2017/2016			
عدد الطلبة المسجلين في التدرج	1124434	1119515	1165040	1315744	1356081			
عدد الطلبة المسجلين في ما بعد التدرج	67671	70734	76510	76961	76202			
الإجمالي	1192105	1190249	1241550	1392705	1432283			

المصدر: إعداد الباحث بناء على:

- تقرير حول التعليم العالي والبحث العلمي في الجزائر: 50 سنة في خدمة التنمية 1962-2012، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، الجزائر، 2012، ص: 32.

- مجموعة حوليات إحصائية لوزارة التعليم العالي والبحث العلمي، الجزائر.

نلاحظ من خلال الأرقام الواردة في الجدول أعلاه أن هناك تزايدا كبيرا في أعداد الطلبة المسجلين في التعليم العالي، حيث ارتفع عدد الطلبة في الجامعات الجزائرية من 2881 طالب سنة 1962 إلى 12560 طالب سنة 1970، حيث تضاعف بـ 4,35 مرة في أقل من 10 سنوات، وبلغ عدد الطلبة المسجلين عند الدخول الجامعي سنة 2016-2017 حوالي 1432283 طالب، فبين سنة 1962 و 2017 تضاعف عدد الطلبة بحوالي 497 مرة، ويدل هذا الإرتفاع على زيادة فرص الإلتحاق بالتعليم العالي بالموازاة مع التحسن الملحوظ في معدل النجاح في شهادة البكالوريا ورغبة أغلبية الناجحين في مواصلة الدراسة والتحصل على شهادات جامعية، وكذا مجانية التعليم العالي وتوفير الهياكل البيداغوجية والخدمات الجامعية من إطعام وإقامة ونقل بالمجان.

كما ينبغي الإشارة إلى القفزة النوعية التي شهدتها المستوى التعليمي عند الإناث، حيث ارتفعت حصة الإناث بالنسبة إلى مجموع الطلبة المسجلين من 23% سنة 1972 إلى 50% سنة 2002، وقد واصل العنصر الإناثي ارتفاعه المنتظم ابتداء من هذا التاريخ ليبلغ نسبة 59,51% سنة 2017. إن الإرتفاع الكبير للإناث في التعداد الكلي يمكن توضيحه في الجدول التالي:

الجدول رقم 2: تزايد نسبة الإناث في مرحلة التدرج

2017	2016	2015	2014	2013	2012	2011	2002	1992	1972	
40.49	37.51	38.9	39.5	39.4	40	41	50	61	77	نسبة الذكور المسجلين في التدرج
59.51	62.49	61.1	60.5	60.6	60	59	50	39	23	نسبة الإناث المسجلات في التدرج

المصدر: إعداد الباحث بناء على:

- تقرير حول التعليم العالي والبحث العلمي في الجزائر: 50 سنة في خدمة التنمية 1962-2012، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، الجزائر، 2012، ص: 40.

- مجموعة حوليات إحصائية لوزارة التعليم العالي والبحث العلمي، الجزائر.

إن تقارب المستوى التعليمي بين الإناث والذكور في الجامعة الجزائرية يمثل الغاية من الإصلاحات التي قامت بها الجزائر من خلال تحقيق ديمقراطية التعليم، والسماح لأكبر عدد من الجزائريين خصوصا البنات من الإلتحاق بالجامعة.

3- تعداد هيئة التدريس:

موازاة مع التطور الحاصل في عدد الطلبة، تطور أيضا عدد المؤطرين من الأساتذة الجامعيين على مختلف رتبهم العلمية، وقد كان عددهم يبلغ 298 أستاذ سنة 1962، أما في سنة 2000 فقد بلغ عددهم 17780 أستاذ،

وقد تضاعف هذا العدد بنسبة 3,24 مرة ليصل إلى 57627 أستاذ سنة 2017، ويبين الجدول التالي بأكثر وضوح تطور عدد الأساتذة الدائمين خلال الفترة السالفة الذكر:

الجدول رقم 3: تطور عدد الأساتذة الدائمين حسب الرتب

الرتب								عدد هيئة التدريس	السنة
معيد		أستاذ مساعد ومكلف بالدروس		أستاذ محاضر		أستاذ التعليم العالي			
العدد	%	العدد	%	العدد	%	العدد	%		
145	48.66	74	24.83	13	4.36	66	22.15	298	1963/1962
428	61.42	96	13.77	119	17.07	54	7.74	697	1971/1970
2820	69.79	708	17.52	333	8.24	180	4.45	4041	1975/1974
3227	45.74	2866	40.6	616	8.72	349	4.94	7058	1981/1980
4442	42.08	4924	46.62	703	6.65	491	4.65	10560	1985/1984
4319	28.48	9309	61.36	907	5.97	636	4.19	15171	1991/1990
2767	18.98	10426	71.44	742	5.08	658	4.50	14593	1995/1994
1928	11.59	13144	73.19	1582	8.89	1126	6.33	17780	2001/2000
823	2.88	23034	79.25	3013	10.33	2192	7.54	29062	2007/2006
520	1.31	28782	71.7	7652	19.06	3186	7.93	40140	2011/2010
425	0.96	31990	71.97	8373	18.84	3660	8.23	44448	2012/2011
436	0.91	34479	71.24	9087	18.77	4396	9.08	48398	2013/2012
372	0.73	35412	69.03	10536	20.54	4979	9.70	51299	2014/2013
303	0.56	35663	66.51	12310	22.96	5346	9.97	53622	2015/2014
535	0.96	35693	63.67	14148	25.23	5685	10.14	56061	2016/2015
259	0.46	33812	58.67	17129	29.72	6427	11.15	57627	2017/2016

المصدر: إعداد الباحث بناء على مجموعة حوليات إحصائية لوزارة التعليم العالي والبحث العلمي، الجزائر.

يبرز الجدول أعلاه التطور العددي لهيئة التدريس في الجامعات الجزائرية حسب الرتب، حيث نلاحظ أن تعداد فئة أساتذة التعليم العالي في تزايد مستمر، وقد تضاعف عددهم بـ 97,38 مرة بين سنة 1962 و 2017، وارتفع عددهم من 66 إلى 6427 أستاذ التعليم العالي، فالجزء النسبي لأساتذة التعليم العالي في تزايد مستمر منذ 1990 حيث ارتفع من 4,19% إلى 11,15% بالنسبة لمجمل هيئة التدريس. وقد حصل تزايد كذلك في تعداد الأساتذة المحاضرين الذين كانوا يمثلون 4,36% من مجمل الأساتذة الدائمين سنة 1962، وتضاعف عددهم

بحوالي 121 مرة ليصبح 1582 أستاذ محاضر سنة 2000، بعد أن كانوا 13 في سنة 1962، فعدد الأساتذة المحاضرين بلغ 17129 أستاذ في سنة 2017، فالثقل النسبي لهذه الفئة من الأساتذة ارتفع من 8,72% سنة 1980 إلى 29,72% سنة 2017.

وكان عدد الأساتذة المساعدين سنة 1962 يتمثل في 74 أستاذ، أما في سنة 2017 فقد بلغ 33812 أستاذ، حيث تغلب عددهم على جميع فئات الأساتذة وذلك بنسبة 58,67%، أما بالنسبة إلى فئة المعيدين الذين كانوا في البداية يمثلون الأغلبية بحوالي 60% بين سنة 1970 و1980، فإنهم اليوم لا يمثلون سوى 0,46% حيث تمكن معظمهم تدريجيا من الحصول على شهادة الماجستير أو الدكتوراه.

إن قراءة التطور الكمي والنوعي لهيئة التدريس في الجامعات الجزائرية وفقا لرتبهم، يلاحظ الإستقطاب الضعيف للرتب العليا، إذ يوجد 6427 أستاذ التعليم العالي و17129 أستاذ محاضر مقابل 33812 أستاذ مساعد و259 معيد، ويرجع هذا الإختلال لهجرة الكثير من الرتب العليا في الجزائر للخارج خصوصا في سنوات التسعينات نتيجة الأزمة الاقتصادية والأمنية التي مرت بها، بالإضافة إلى تدني الإهتمام بالإطارات العلمية من ناحية المستوى المعيشي أو عدم توفر بيئة التدريس والبحث المناسبة، وبالتالي انتقالهم إلى قطاعات أخرى لظروف مالية بحتة.

يمكن الإشارة هنا أنه في سنة 2008 تم سن قانون خاص بالأساتذة الباحثين حيث تم حذف فئة الأساتذة المكلفين بالدروس والأساتذة المعيدين.

4- تطور ميزانية التعليم العالي:

أولت الجزائر اهتماما متزايدا بالإنفاق على التعليم العالي لمواكبة سياسة الإستيعاب ومتطلباته، ويمكن إبراز مجمل ما أنفقته الجزائر على التعليم العالي من خلال الجدول التالي:

الجدول رقم 4: تطور ميزانية التسيير المخصصة للتعليم العالي ومقارنتها مع ميزانية تسيير الدولة

السنة	ميزانية تسيير التعليم العالي (ألف دينار)	ميزانية تسيير الدولة (ألف دينار)	نسبة ميزانية التعليم العالي إلى ميزانية الدولة
1971	119606	4253300	2.81
1975	417500	13168778	3.17
1980	1493000	27775837	5.37
1985	2764372	64186370	4.3
1990	5075000	84000000	6.04
1995	16877192	437975979	3.85
2000	38580667	965328164	3.99
2005	78381380	1200000000	6.53
2010	173483802	2837999823	6.11
2015	300333642	4972278494	6.04
2016	312145998	4807332000	6.49
2017	310791629	4591841961	6.77
2018	313336878	4584462233	6.83

المصدر: إعداد الباحث بناء على الجرائد الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية المتضمنة قانون المالية من سنة 1971 إلى غاية 2018.

يشير الجدول السابق إلى أن ميزانية تسيير التعليم العالي في ارتفاع مستمر وزيادة كبيرة خلال الفترة 1971-2018، فبعدها كانت تمثل هذه الميزانية في سنة 1971 (وهي السنة المصادفة لإنشاء وزارة التعليم العالي والبحث العلمي) ما مقداره 119606 ألف دج بنسبة تمثل 2,81% من ميزانية تسيير الدولة، ارتفعت ميزانية التعليم العالي وأصبحت تمثل ما مقداره 313336878 ألف دج في سنة 2018 بنسبة تعادل 6,83% من ميزانية تسيير الدولة، وتفسر هذه الزيادة المستمرة في حجم الإعتمادات الموجهة لتسيير قطاع التعليم العالي، وخصوصا ابتداء من سنة 2000 حتى يومنا هذا للإقبال المتزايد على التعليم العالي نتيجة ارتفاع عدد المسجلين في الجامعات مما يزيد من النفقات المخصصة للتعليم والخدمات الجامعية، وكذا ارتفاع أجور العمال وهيئة التدريس التي تشكل جزء كبيرا من ميزانية القطاع، بالإضافة إلى فتح العديد من الجامعات في المدن وارتفاع عدد أنشطة ومخابر البحث.

لقد تبين من خلال ما تقدم مدى التطور الذي عرفه قطاع التعليم العالي في الجزائر، حيث نتيجة تنامي الطلب على التعليم الجامعي، رافق ذلك توسيع للهياكل القاعدية من جامعات وتضاعف عدد الطلبة والأساتذة

في كافة التخصصات، كما تكاثفت الجهود الرامية لتوسيع الهياكل القاعدية للتعليم العالي من خلال الإنفاق المتزايد على التعليم العالي من أجل تحسين جودة المخرجات التعليمية.

المحور الثالث: نظام ل م د كآلية لإصلاح منظومة التعليم العالي وعقلنتها

بعد تنصيب اللجنة الوطنية لإصلاح المنظومة التربوية الذي صادق عليه مجلس الوزراء في 20 أفريل 2002 وقيامها بتقييم قطاع التعليم العالي، تبنت هذه الأخيرة مقاربة جديدة تمثلت في تطبيق نظام الليسانس، ماستر، دكتوراه كإصلاح جامعي وبدأ العمل به في الموسم الجامعي 2005/2004، كما استطاعت هذه اللجنة أن تشخص أهم الإختلالات التي جعلت من الجامعة الجزائرية جامعة هشية، ولا تتلاءم مع التغيرات العميقة التي عرفتها الجزائر على المستويات الاقتصادية والاجتماعية، ولا تستجيب بفعالية للتحديات التي يفرضها التطور السريع في مجالات العلوم والتكنولوجيا.

ويراد الهدف من إصلاح التعليم العالي أن يكون شامل في تصوره، تشاركيا في مسعاه، تدريجيا واندماجيا في تنفيذه حسب وزير التعليم العالي والبحث العلمي آنذاك "رشيد حراوية".

الفرع الأول: تدرج النظام الجديد ومميزاته

ترتكز الهيكلة الجديدة على تنظيم التعليم العالي في ثلاثة أطوار تتوج بثلاث شهادات وفق ما يلي:

1- ليسانس: يتكون من تخصصات ووحدات تعليمية موزعة على سداسيات ويشمل 6 سداسيات، ويتضمن مرحلتين أولاهما تكوين قاعدي متعدد التخصصات مدته من سداسي إلى أربع سداسيات، ثانيهما تكوين متخصص يمتد لسنة (سداسيين)، وينقسم إلى غايتين:

✓ غاية ذات طابع مهني (مهنة) تمكن الطالب من الإندماج المباشر في عالم الشغل؛

✓ غاية أكاديمية تمكن الطالب من مواصلة الدراسة على مستوى الماستر.

2- الماستر: يتشكل من وحدات تعليمية موزعة على سداسيات، ويشمل 04 سداسيات وهو طور مفتوح لكل طالب حاصل على شهادة أكاديمية، ولكل طالب حاصل على ليسانس ذات طابع مهني الذي يمكن من العودة إلى الجامعة بعد قضاء فترة في الحياة المهنية، ومن مهام هذا التكوين: مهمة مهنية متميزة تمكن من اكتساب تخصص دقيق في حقل معرفي محدد، بما يسمح بالمرور إلى مستويات عالية من الأداء والمهارة (ماستر بحث).

3- الدكتوراه: وتبلغ مدته الدنيا 06 سداسيات ومن مهامه: التكوين عن طريق البحث ولصالحه، وكذا تعميق المعارف في تخصص محدد. يتوج هذا الطور من التكيف بشهادة دكتوراه بعد مناقشة الأطروحة.

إن إعادة تنظيم التعليم العالي يتماشى والتوجهات العالمية المتمثلة في تنوع ملامح التكوين وتكييفها مع الحقائق التي تملها عولمة الاقتصاد والتطور التكنولوجي والعلمي، فهكذا تترجم عولمة التعليم العالي بفضل برامج بيداغوجية يتعين مراجعتها كل عشر سنوات على الأقل، وبتكوينات تكون مدتها أقصر ما يمكن (مثل الليسانس) وبتكوينات ذات طابع مهني مسهلة لحركية الأشخاص من خلال تناغم الشهادات، أضف إلى ذلك أن

كل مسارات التكوين تمنح خاصة في السنتين الأولى والثانية مواد تعليمية أساسية، مواد تعليمية للاكتشاف، وكذا مواد تعليمية مشتركة وأخرى للتخصص.

من أهم مميزات هذا النظام ما يلي¹⁰:

✓ نظام تعليم سداسي يضم وحدات تعليم أساسية، وحدات تعليم اكتشافية، وحدات تعليم مشتركة ووحدات تعليم للتخصص؛

✓ تزود كل وحدة تعليم بقيمة في شكل وحدات قياسية؛

✓ وحدات التعليم قابلة للاكتساب وقابلة للتحويل؛

✓ يعتمد التريجيج على طبيعة الاختبارات وعلى أنماط المراقبة المعتمدة؛

✓ نظام الانتقال سنوي؛

✓ تنظم مجالات التكوين مجموعة من الفروع والتخصصات والشعب في شكل مسالك تكوين نموذجي مع إمكانية العبور بين المسالك.

تسمح الهيكلة الجديدة بمواجهة الأعداد المتزايدة للطلبة وتنظيم أحسن للدراسات وتقليص الحجم الساعي الأسبوعي، ومن جهة أخرى تسمح هذه الهيكلة نظرا لمرونتها ووظيفتها بالانتقال من منطلق "مسارات حتمية" إلى منطلق "مسارات فردية" أكثر سيولة مع مراعاة انسجامها التكويني والتأهيلي.

الفرع الثاني: أهداف نظام (ل م د)

في ظل الإختلالات المتعددة التي سجلت في منظومة التعليم العالي، فإن الإصلاح بواسطة تطبيق نظام (ل م د) يرمي علاوة على تأكيد طابع المرفق العمومي للتعليم العالي، وتكريس ديمقراطية الإلتحاق بالجامعة إلى تحقيق الأهداف التالية¹¹:

✓ تحسين نوعية التكوين بمؤسسات التعليم العالي بحيث يأخذ بعين الإعتبار التكفل بتلبية الطلب الإجتماعي؛

✓ تسهيل حركية الطلبة بين الجامعات الجزائرية و الدولية؛

✓ تفتيح الجامعة الجزائرية على العالم الخارجي و خاصة في مجال العلوم والتكنولوجيا، بالإضافة إلى

تشجيع وتنوع التعاون الدولي وفق أهداف التنمية الإقتصادية والإجتماعية؛

✓ تحقيق تأثير متبادل فعلي مع المحيط الإقتصادي والإجتماعي وهذا بتطوير كل التفاعلات الممكنة بين

الجامعة و مختلف المؤسسات الإقتصادية والإجتماعية؛

✓ تقوية المهمة الثقافية للجامعة بترقية القيم العالمية التي يعبر عنها الفكر الجامعي بترسيخ أسس تسيير

ترتكز على التشاور و المشاركة؛

✓ ربط الجامعة بسوق العمل والإستجابة للمتطلبات الإقتصادية و الإجتماعية؛

✓ ترقية استقلالية مؤسسات التعليم العالي بيداغوجيا؛

- ✓ العمل على انسجام وتكليف نظام التعليم العالي الجزائري مع العالمي؛
- ✓ الإعراف بالشهادات الجامعية الجزائرية على المستوى الدولي.

إذا تمعنا جيدا في أهداف نظام (ل م د) على المستوى المحلي، فإننا نجده يهدف إلى إنشاء جامعة جديدة تتسم بالحيوية والعصرية وفي استماع لمحيطها ومتفتحة على العالم، في وقت أصبحت نوعية التعليم العالي تقاس من خلال المعايير الدولية.

الفرع الثالث: التحديات و الرهانات التي تواجه التعليم العالي في الجزائر

إن قراءة فاحصة للإصلاحات التي قامت بها الدولة الجزائرية في التعليم العالي (نظام ل م د)، تجعلنا نستنتج أن هذا النظام يسعى إلى إعداد وتهيئة وتنمية مخزون من الرأسمال الفكري يكون مؤهل للتفكير الإستراتيجي الإبتكاري، وهو ما يجعل منه نظاما لتكوين مجموعات صغيرة بأقل جهد وفي أقل وقت وبأقل تكلفة أيضا، لكن بالرجوع إلى واقع الميدان الجامعي، يتبين أن عملية التكوين الموجودة حاليا في الجامعة لم تصل بعد إلى المستوى المطلوب في الإستجابة لظروف بيئتنا وإلى شروط البحث العلمي بسبب ما يلي¹²:

- ✓ تدني مستوى التكوين فيها والذي يرجعه الباحثون إلى أسباب عامة لها علاقة بسوء التخطيط للمنظومة الجامعية وتحديد أهدافها؛

- ✓ الوضعية العامة للبلاد التي أثرت سلبا على المستوى العام للمنظومة الجامعية، وأسباب خاصة تعود أساسا إلى المشكلات البيداغوجية المتمثلة في ضعف الدروس خاصة النظرية منها بسبب نقص المصادر وكثرة الوحدات مع خلوها من وظيفية خاصة؛

- ✓ قلة التدريس الميداني وضعف التنسيق بين القطاعات المستخدمة وعدم تطابق الملامح النظرية مع المهن الفعلية، كما أن درجة المهارة لا تتناسب مع الأداء المطلوب في العمل؛

- ✓ الطلب المتزايد على التعليم العالي وتزايد أعداد الطلبة وتأخر موعد الدخول الفعلي بسبب الخدمات الجامعية المتأخرة، وذلك بالرغم من المجهودات المبذولة في سبيل احتضان الأعداد الهائلة للطلبة؛

- ✓ قلة التأطير النوعي في البحث العلمي، حيث يقدر عدد الأساتذة المؤطرين للطلبة بـ 57627 أستاذا دائما، أغلبهم برتبة أستاذ مساعد، كما أن نسبة كبيرة من أساتذة التعليم العالي (بروفسور) على أبواب التقاعد؛

- ✓ مقاومة بعض الأساتذة للتطور، ونمطية التكوين المبنية على التلقين بحيث لا تفتح المجال للإبداع والإبتكار الفردي، وإن وجد هذا فإنه يبقى محاولات فردية وليست سياسة تعليمية، بالإضافة إلى مقاومة الطلبة للتكوين المهني اعتقادا منهم أنه أقل قيمة من التكوين الأكاديمي، وهو ما يخلق اختلالا في التوجيه نحو التخصصات؛

- ✓ التكوين الكمي على حساب التكوين النوعي وذلك للتكلفة التي أصبح يتطلبها التعليم، الأمر الذي أثقل كاهل الدولة، إضافة إلى تغير منظومة القيم المجتمعية بحيث لم يبق للتعليم نفس المكانة المرموقة التي كان يحظى بها في السابق؛

✓ هجرة الكفاءات والأدمغة الجزائرية مهما كان الثمن، وعدم بقائها في الداخل للمساهمة في التأطير وتكوين وتنمية البلاد لعدم وجود حوافز؛

✓ البحوث المنجزة هي بحوث من أجل نيل الشهادات، وليست بحوث تنجز بهدف التطبيق العملي لها، مما أدى إلى الحد من فعالية البحث العلمي وعدم مساهمته في تفعيل العملية التنموية؛
✓ تنامي معدلات البطالة بين خريجي الجامعات (حاملو الشهادات) الذين يفتقرون إلى كفاءات تستجيب لمتطلبات السوق.

إن مواجهة هذه التحديات تستدعي تكلفة مادية ومالية كبيرة لكنها ضرورية لإرساء قواعد التعليم المتطور والفعال في التكوين الجامعي، لتصبح الجودة شرطا جوهريا لقبول الخدمات الجامعية بشكل عام.

المحور الرابع: تقييم منظومة التعليم العالي في الجزائر

إن تقييم قطاع التعليم العالي يتم في جانبين، الأول هو تقييم كمي لهذا القطاع يسمح بمعرفة التطور العددي لمكوناته ومدى إنفاق الدولة عليه والإهتمام به، والثاني هو إجراء تقييم نوعي لهذا القطاع حتى يتسنى لنا استنتاج مدى جودة منظومة التعليم العالي في الجزائر.

الفرع الأول: التقييم الكمي للتعليم العالي

الواقع أن الجزائر نجحت في توسيع وضعية التدريس في الجامعات، فبالرغم من عدم كفاية الأساتذة وقلة عدد الطلبة والجامعات والإمكانيات مع بداية مرحلة الإستقلال، إلا أن وضعية التعليم العالي وحقيقته قد تغيرت بشكل جوهري، حيث أن عدد الأساتذة قد تضاعف عدة مرات، وكذلك عدد الجامعات والطلبة، ويعد هذا من الناحية الكمية إنجازا معتبرا. ومن بين المؤشرات الكمية التي تبين وضعية هذا القطاع نذكر ما يلي:

➤ عدد الطلبة لكل مائة ألف نسمة: سجلت الجزائر خلال العام الجامعي 2016/2017 حوالي 3386 طالب لكل مائة ألف نسمة، وهي بذلك حسنت وضعيتها مقارنة بسنة 1992 حيث لم يكن هذا الرقم سوى 1160 طالب لكل مائة ألف نسمة مسجلة بذلك تضاعف هذه النسبة بـ 2,92 مرة تقريبا، وهذا ما يبرز الإهتمام الذي توليه الجزائر لتوفير التعليم العالي لكل السكان من خلال مبدأ مجانية التعليم في كل أطواره.

➤ تزايد مستمر لعدد حاملي الشهادات: أنتجت منظومة التعليم العالي حوالي 2000000 من حاملي الشهادات منذ الإستقلال، فعشرية الستينات سجلت تخرج 3069 طالب، وارتفع العدد في السبعينات ليبلغ ما يقارب 40000، ووصل في سنوات 2000 إلى 600000 طالب متخرج، وشهدت العشرية 2001/2011 تخرج 1393000 طالب من حاملي الشهادات من مؤسسات التعليم العالي، وعرفت السنة الجامعية 2015/2016 تخرج 292683 طالب.

➤ بلغ العدد الإجمالي للمسجلين في تكوين الدكتوراه بالنسبة إلى السنة الجامعية 2016/2017 أكثر من 76202 مسجل، منهم 39813 إناث بنسبة تقدر بـ 52,25%.

➤ معامالتأطير: يبين الجدول التالي تطور معامالتأطير على مستوى قطاع التعليم العالي:

الجدول رقم 5: تزايد عدد الأساتذة الدائمين ونسب التآطير

السنة	1962	1969	1979	1989	1999	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017
عدد الأساتذة الدائمين	298	842	7497	14536	17460	37688	40140	44448	48398	51299	53622	56061	57627	
مجموع الطلبة المسجلين	2881	12560	61410	195317	428841	1093288	1138562	1154804	1192105	1190249	1241550	1392705	1432283	
نسب التآطير	9	15	8	13	24	29	28	26	24	23	23	25	25	

المصدر: إعداد الباحث بناء على مجموعة حوليات إحصائية لوزارة التعليم العالي والبحث العلمي، الجزائر.

يبين الجدول أعلاه أن نسبة المؤطرين سنة 1963/1962 كانت بمعدل أستاذ واحد لكل 9 طلبة، ثم ارتفعت النسبة لتصل إلى معدل أستاذ واحد لكل 15 طالب سنة 1970/1969، وفي سنة 1980/1979 انخفضت النسبة إلى معدل أستاذ واحد لكل 8 طلبة، وفي السنوات الموالية من 1989 حتى 2017 شهدت النسبة معدلات متزايدة ومرتفعة حتى وصلت إلى أستاذ واحد لكل 25 طالب، وهذا أعلى بكثير من المعدل المتداول في الجامعات العالمية وهو 15 طالب لكل أستاذ واحد، وبالتالي فهذا الأمر ينقص من جودة ونوعية العملية التعليمية مما يبغي مسألة التآطير كأحد تحديات التعليم العالي في الجزائر.

➤ **انفتاح التعليم العالي:** يسجل انفتاح الجامعة الجزائرية على المحيط الدولي باستقبال 12000 طالب أجنبي من 70 جنسية مختلفة خلال سنة 2017/2016، بينما لم يكن سوى 200 طالب في سنة 1970، وانتقل إلى 600 طالب سنة 1980، ووصل إلى 3000 طالب في سنة 1990، وتجاوز 6000 طالب سنة 2000، وهو ما يظهر تزايد يقدر بنحو 60 مرة ما بين 1970 و2017، معظم المسجلين هم في طور التدرج حيث 70% منهم في التخصصات العلمية والطبية و30% في العلوم الإجتماعية والإنسانية.

➤ **تطور الأحياء والخدمات الجامعية:** إن قدرة الإستقبال العامة لشبكة الإيواء تشكل من 435 إقامة جامعية و556 وحدة إ طعام، وهذا يمثل طاقة بـ 700 ألف سرير و1155900 وجبة غذائية كل يوم، وقد بلغ في سنة 2017 عدد الطلبة المسجلين للإقامة في الهياكل التي يسيروها الديوان الوطني للخدمات الجامعية 490769 طالب أي بمعدل نسبة وطنية بلغ 36,19% من مجموع الطلبة المسجلين في مرحلة التدرج، ومن ناحية أخرى فإن

نسبة الطلبة المستفيدين من المنح الدراسية ارتفعت من 51.5% سنة 1970 لتبلغ في سنة 2017 ما نسبته 68,31% من مجموع الطلبة المسجلين في مرحلة التدرج بما يعادل 926311 طالب¹³، وهكذا فإن الإيواء والإطعام والمنح الدراسية عناصر أساسية في جهاز الدعم الموجه للطلبة ودافعا قويا لسياسة إسباغ الديمقراطية على التعليم العالي.

على الرغم من النتائج الإيجابية التي حققها نظام التعليم العالي في الجزائر من توسع كمي للطلاب وأيضا لهيئة ومؤسسات التدريس، إلا أن نظام التعليم العالي في الجزائر لا يزال يعاني من عدة مشاكل أهمها ارتفاع معدلات الفاقد التعليمي من رسوب، وعدم التوازن بين أنواع التعليم والإحتياجات الإقتصادية، وكذا الأعداد الوفيرة من الخريجين التي لا تتناسب أعدادها مع إمكانيات الإقتصاد الوطني وحاجاته، مما أدى إلى انتشار ظاهرة بطالة المتعلمين الجامعيين، وأيضا عدم كفاءة تخصيص الموارد المالية وهجرة الأدمغة.

الفرع الثاني: التقييم النوعي للتعليم العالي

إن مفهوم النوعية في التعليم العالي متعدد الأبعاد ويشمل كل وظائف التعليم العالي وأنشطته، أي البرامج الأكاديمية والبحث العلمي وبكل أشكال هذه الوظائف ومكوناتها، ولتشعب هذا المجال وكثرة المؤشرات المعتمدة في ذلك، يمكن الإعتماد على معيار دولي يقوم على الإنتاج العلمي في فرع ما، وحسب بوابة SCI MAGO لتقييم المؤشرات العلمية للجامعات والمؤسسات والدول، بلغ الإنتاج العلمي للباحثين الجزائريين 57222 منشور علمي خلال الفترة 1996-2017، فبعدهما كان العدد يبلغ 368 منشور سنة 1996 ارتفع العدد إلى 900 منشور في سنة 2003، وهي السنة التي شهدت زيادة ملحوظة في عدد الأوراق العلمية المنشورة، وقد بلغ عدد هذه الأخيرة في سنة 2017 حوالي 6841 منشور¹⁴.

وبالمقارنة مع سنة 1996، تضاعف الإنتاج العلمي للباحثين الجزائريين بـ 18,59 مرة في سنة 2017، وهي زيادة هامة تدل على انفتاح الباحثين الجزائريين على مجال البحث والنشر في الخارج بفضل سياسة التربصات قصيرة وطويلة المدى الممنوحة لهؤلاء الباحثين لتحسين مستواهم وإتمام بحوثهم العلمية، مما سمح للكثير منهم بالإحتكاك بخبرات أجنبية جديدة ساعدتهم على زيادة فرص النشر، بالإضافة أيضا إلى الحصيلة الإيجابية لتنفيذ البرنامج الخماسي للبحث العلمي والتطوير التكنولوجي 1998-2002 الذي سمح برفع مستوى المخابر البحثية في الجزائر، والإهتمام بالجانب النوعي للبحوث المقدمة وملائمتها للمعايير الدولية.

والملاحظ أيضا أن حصة الجزائر من الإنتاج العالمي من المنشورات ضئيلة جدا، بحيث بلغت في سنة 2017 حوالي 0,23%، على الرغم من أنها استطاعت مضاعفة حصتها بعد أن كانت لا تحوز إلا على 0,03% سنة 1996، أما إفريقيا فبلغت مساهمة الجزائر في سنة 2017 من المنشورات العلمية نسبة 10,14% بعدما كانت في سنة 1996 تبلغ 3,51% فقط. وبخصوص التعاون الدولي في مجال النشر في المجلات العلمية الدولية المحكمة، نشر الباحثون الجزائريون جزء كبيرا من إنتاجهم العلمي دوليا بفضل تعاونهم مع باحثين آخرين من دول أخرى،

بحيث وصلت نسبة الأبحاث المشتركة في سنة 2017 حوالي 48,79%، وهذا مؤشر جيد يدل على انفتاح الباحثين الجزائريين على مجال النشر في الخارج¹⁵.

ومن أجل معرفة جودة ونوعية الأبحاث الجزائرية، يمكن الإستدلال عليه من عدد الإقتباسات لتلك الأبحاث، والمعامل H الذي يعبر عن مدى فعالية الدولة في الإنتاج العلمي ومدى تأثير تلك العلوم والمعارف المنتجة على العلوم والمعارف الإنسانية، فقد بلغ عدد الأبحاث المقتبسة 55916 بحث خلال الفترة 1996-2017، وعدد الإقتباسات للأبحاث الجزائرية بلغ 353325 اقتباسا، وبلغ معامل الفعالية H للجزائر 137.

أما بالنسبة للتوجهات البحثية، يتركز معظم الإنتاج العلمي للباحثين الجزائريين في العلوم الدقيقة والتكنولوجية، بحيث تم إنجاز في سنة 2017 في تخصص الهندسة 2414 منشور بنسبة 35,28% من مجمل الأبحاث العلمية، يليها تخصص الفيزياء وعلم الفلك بـ 1528 منشور بنسبة 22,33%، ثم تخصص علوم الكمبيوتر بـ 1521 منشور بنسبة 22,23%، علم المواد بـ 1082 منشور بنسبة 15,81%، والرياضيات بـ 1014 منشور بنسبة 14,82%، ويعود الفضل في زيادة النشر في مجال العلوم الأساسية غالبا إلى عامل اللغة، الذي يساعد كثيرا في عملية النشر باللغة الفرنسية لهذه التخصصات التقنية.

أما بالنسبة لبراءات الإختراع، وعند القيام بإجراء مقارنة مع دول متقدمة ونامية، فإننا نصددهم بفوارق كبيرة جدا، فحسب إحصائيات المنظمة العالمية للملكية الفكرية لسنة 2016، بلغ العدد الإجمالي لطلبات براءات الإختراع المودعة في العالم 3127900 طلب براءة اختراع، احتلت الصين المرتبة الأولى بـ 1338503 طلب براءة اختراع، تليها الولايات المتحدة الأمريكية بـ 605571، ثم اليابان بـ 318381، وسجلت الهند 45057 طلب براءة اختراع، البرازيل 28010، جنوب إفريقيا 9711، المغرب 1303، تونس 583، مصر 2149، تركيا 6848، إسرائيل 6419، الجزائر 672¹⁶. هذه المقارنة تفضي إلى نتيجة واحدة تتمثل في تأخر الجزائر في مجال براءة الإختراع، وضعف إقبال الأجانب على حماية اختراعاتهم في الجزائر.

الفرع الثالث: مكانة الجامعة الجزائرية من خلال ترتيبها في التصنيف الدولي للجامعات

يتم ترتيب الجامعات في مستويات أكاديمية من خلال الإعتماد على مجموعة من الإحصائيات والمعايير تجمع غالبا بين جودة التعليم ومستوى البحث العلمي، وسنحاول هنا معرفة ترتيب الجامعة الجزائرية من خلال موقعها وترتيبها في تصنيف "شنغهاي" العالمي للجامعات، وكذا الترتيب الدولي للجامعات "ويبومتريكس 2018" من أجل تقييم مردودها النوعي ونجاعة نظامها التعليمي.

فحسب تصنيف جامعة "شنغهاي" لأفضل 500 جامعة على مستوى العالم لسنة 2018، غابت الجامعات الجزائرية مجددا عن هذه القائمة، وحافظت الولايات المتحدة الأمريكية كعادتها على صدارة الترتيب، حيث حلت جامعة "هارفارد" في المرتبة الأولى، تليها جامعة "ستانفورد"، ثم معهد "ماساتشوسيتس" للتكنولوجيا في المرتبة الرابعة، وخامسا جامعة "كاليفورنيا-بركلي"، وقد فازت الجامعات الأمريكية بـ 16 مركزا في المراتب 20 الأولى، وخلت قائمة أفضل 100 جامعة في العالم في التصنيف وهي المراكز الذهبية من اسم أي

جامعة عربية، في حين جاءت جامعة "الملك عبد العزيز" وهي الجامعة الأولى عربيا بحلولها في المرتبة بين 101 و150، ومن خلال النظر إلى توزيع 500 جامعة في العالم تبعا للمنطقة الجغرافية نجد أن أوروبا تتصدر القائمة بـ 195 جامعة، أمريكا بـ 167 جامعة، آسيا والمحيط الهادي بـ 113 جامعة وأخيرا إفريقيا بـ 5 جامعات¹⁷.

أما الملاحظ في سنة 2018 من خلال ما نشره موقع "ويبومتريكس" في جانفي أن الجامعات الجزائرية قد غابت أيضا عن تصنيف أرقى الجامعات العالمية سواء الغربية أو العربية، وتذيلت مؤخرة الترتيب، وكانت أفضل جامعة جزائرية في المرتبة 2250 عالميا، وفي المرتبة 13 في منطقة شمال إفريقيا، ونالت هذا الشرف جامعة "باب الزوار للعلوم والتكنولوجيا"، وتأتي في المرتبة الثانية وطنيا جامعة "جيلالي اليابس بسيدي بلعباس" في المرتبة 2370 عالميا، وبعدها جامعة "الإخوة منتوري. قسنطينة1" في المرتبة 2469¹⁸.

والجامعات الجزائرية الأخرى التي تضمنها الترتيب، جامعة "أبو بكر بلقايد بتلمسان" 2577، جامعة "بجاية" 2686، جامعة "محمد خيضر بيسكرة" 2914، جامعة "قاصدي مرباح بورقلة" 2927، جامعة "فرحات عباس بسطيف" 3011 وجامعة "باجي مختار بعنابة" 3086، والمفاجئة أن المدرسة الوطنية متعددة التقنيات التي توصف أنها من أكفئ المؤسسات الجامعية في الوطن جاءت في مراتب متأخرة، وصنفت في المرتبة 37 في شمال إفريقيا وفي المرتبة 3121 عالميا، ونفس الحال مع المدرسة العليا للإعلام الآلي التي تشترط معدل لا يقل عن 16 في شهادة البكالوريا للدراسة بها، مكثفة بالمرتبة 4702 عالميا و79 في شمال إفريقيا بحسب التصنيف.

وعلى الصعيد المغربي تفوقت جامعة "القاضي عياض بمراكش" على جميع المؤسسات الجامعية الجزائرية، وجاءت في المرتبة التاسعة في شمال إفريقيا و1922 عالميا، أما في شمال إفريقيا فقد هيمنت الجامعات المصرية على المؤسسات التعليمية في صورة جامعة "القاهرة" التي احتلت المرتبة 764 عالميا، جامعة "الإسكندرية" ثانيا في المرتبة 1204 عالميا، ثم جامعة "المنصورة"، فعين شمس، وتليها "أسيوط"، ثم "بنها" فالقازيق.

من خلال التصنيف الدولي للجامعات نستنتج أنه ليست المرة الأولى التي تصنف فيها الجامعات الجزائرية في مراتب غير مشرفة ولا تلقي بسمعة بلد بحجم الجزائر، كما لا يعكس هذا الترتيب المتدني النتائج المأمولة رغم ما تخصصه الدولة من ميزانيات ضخمة لقطاع التعليم العالي، وتعتبر تلك المؤشرات عن واقع الجامعة الجزائرية التي أصبحت مركزا للتكوين المهني لا غير، ولا شك أن وجودها في الدرك الأسفل على المستوى العلمي ترتبط بعوامل أخرى غير الميزانيات والبنى التحتية وغيرها، أي هناك عوامل تجعلها تقبع في صفوف خلفية منها أسلوب الإدارة البيروقراطي الذي يمارس بإفراط في إدارة الجامعات، والتضييق والتهميش الذي يلحق بالكفاءات العلمية وتحييد دورهم الفعال ودفعهم إلى طلب الهجرة، وكذا قيود البيئة المحلية التي تحد من العمل العلمي والبحثي، وقدم المناهج وطرق التدريس التي تركز على الشعبوية، والنتيجة هي جامعة غير فعالة شبيهة بمراكز التكوين المهني.

خاتمة:

اتضح جليا اليوم أن الثورة العلمية والتكنولوجية التي يشهدها العالم هي أساس التقدم الحضاري للأمم، وأن المستقبل ملك للدول التي تستغل التعليم العالي والبحث العلمي لخدمة تقدم وازدهار شعوبها، وعلى غرار هذه الدول تسعى الجزائر جاهدة لتطوير قدراتها في ميدان التعليم العالي والبحث العلمي عن طريق هيكلة منظومتها للتعليم العالي لاستدراك التأخر المسجل ومواجهة مختلف التحديات والمعوقات خاصة ما تعلق منها بإشكالية التكامل الصناعي الأكاديمي.

والواقع أن الجزائر قد نجحت في توسيع واقع التدريس في الجامعات، فبالرغم من عدم كفاية الأساتذة وقلة عدد الطلبة والجامعات والوسائل والإمكانيات مع بداية مرحلة الإستقلال، إلا أن وضعية التعليم العالي وحقيقته قد تغيرت بشكل جوهري خاصة بعد تطبيق النظام الجديد (ل م د) في بداية الموسم الجامعي 2005/2004، حيث تظهر بعض المؤشرات والتقديرات اليوم بأن أغلب الأولويات المدرجة بالنظر إلى الأوضاع السائدة سنة 1962 قد تمت الإستجابة لها في أغلب متطلباتها من حيث الكمية، وأنها قد تحققت نسبيا فيما يخص الجانب النوعي. من خلال ما تقدم نصل إلى ما يلي:

✓ توسع قطاع التعليم العالي والبحث العلمي في الجزائر سواء على مستوى عدد الطلبة وهيئات التدريس، أو عدد الجامعات وهياكل البحث العلمي، فالشبكة الجامعية الجزائرية في الوقت الحاضر تتكون من 106 مؤسسة مختلفة للتعليم العالي تتوزع على 48 مدينة جامعية، وتشتمل أيضا على أكثر من 1000 مخبر بحث علمي، وقد سجل مجموع هذه المؤسسات ما يقارب 1432283 طالب سجل في مختلف أطوار التكوين في التعليم العالي، منهم حوالي 323800 طالب من الطلبة الجدد الحائزين على البكالوريا، ويؤطرهم أكثر من 57627 أستاذ دائم من بينهم 23556 أستاذ التعليم العالي وأستاذ محاضر مما يسمح للجامعة بالقيام بوظيفتها التعليمية؛

✓ إن قراءة التطور الكمي والنوعي لهيئة التدريس في الجامعات الجزائرية وفقا لرتبهم، يلاحظ الإستقطاب الضعيف للرتب العليا، إذ يوجد 6427 أستاذ التعليم العالي و17129 أستاذ محاضر مقابل 33812 أستاذ مساعد و259 معيد، ويرجع هذا الإختلال لهجرة الكثير من الرتب العليا في الجزائر للخارج، بالإضافة إلى تدني الإهتمام بالإطارات العلمية من ناحية المستوى المعيشي أو عدم توفر بيئة التدريس والبحث المناسبة، أو انتقالهم إلى قطاعات أخرى لظروف مالية بحتة؛

✓ معامل التأطير على مستوى قطاع التعليم العالي وصل إلى أستاذ واحد لكل 25 طالب، وهذا أعلى بكثير من المعدل المتداول في الجامعات العالمية وهو 15 طالب لكل أستاذ واحد، وبالتالي فهذا الأمر ينقص من جودة ونوعية العملية التعليمية، مما يبقى مسألة التأطير كأحد تحديات التعليم العالي في الجزائر؛

✓ تتبوأ ميزانية تسيير التعليم العالي مكانة هامة في ميزانية تسيير الدولة، حيث تحتل في أغلب الأحيان المرتبة الخامسة أو السادسة من حيث توزيع الإعتمادات لكل دائرة وزارية، حيث وصلت قيمة ميزانية تسيير

القطاع إلى 313336878 ألف دج في سنة 2018 بنسبة تعادل 6,83% من ميزانية تسيير الدولة، وذلك لتلبية احتياجات التوسع الكمي في أعداد الطلبة والمدرسين وعدد الجامعات وتحسين نوعية التعليم؛

✓ ضعف الإنتاج العلمي للباحثين في الجزائر، حيث بلغ في سنة 2017 حوالي 6841 منشور علمي، وهو لا يزال أقل من المطلوب، بالإضافة إلى أن نوع البحوث الممارسة يغلب عليها طابع البحث الأساسي؛

✓ ضعف وضالة إبداع وحصول المتعاملين الجزائريين على براءات الإختراع مقارنة بالأجانب، حيث بلغ مجموع طلبات الحصول على براءات الإختراع خلال سنة 2016 حوالي 672 طلب، وهذا يدل على قلة الإبتكارات في الجزائر؛

✓ تصنف الجامعات الجزائرية في مراتب غير مشرفة حسب التصنيف الدولي للجامعات (تصنيف "شونغهاي" و"ويبومتريكس" 2018)، وهذا الترتيب المتدني لا يعكس النتائج المأمولة رغم ما تخصصه الدولة من ميزانيات ضخمة لقطاع التعليم العالي والبحث العلمي، ورغم توفر الإمكانيات البشرية والمادية المناسبة.

على ضوء النتائج والملاحظات السابقة والتي تدور حول واقع منظومة التعليم العالي بالجزائر في ظل نظام (ل م د)، ومن أجل تحقيق أهداف هذه الأخيرة وإحداث تغيير اجتماعي واقتصادي وسياسي وثقافي في المجتمع، يجب على الدولة الجزائرية إتباع ما يلي:

✓ الإستيعاب الجيد للأعداد الهائلة للطلبة الوافدين على الجامعة وحسن استقبالهم وتوجيههم لتخصصات تلائم قدراتهم ومستوياتهم الفكرية والعلمية؛

✓ التحسين والتطوير من الوضعية الإجتماعية للأساتذة الجامعيين وتمكينهم من التكنولوجيا الحديثة حتى يتسنى لهم التفرغ للبحث والتطوير؛

✓ القيام بدورات وأيام دراسية وتحسيسية بغية شرح أهداف تطبيق نظام (ل م د) انطلاقا من الأقسام النهائية بالثانويات؛

✓ ضرورة الأخذ بالأساليب المستحدثة في التدريس والتقييم، مع توفير التدريب اللازم لأعضاء هيئة التدريس لممارسة تلك الأساليب، وتوجيه الطلبة في الوقت نفسه إلى أسلوب التعليم الذاتي والتعليم عن بعد؛

✓ ضمان مشاركة واسعة للأسرة الجامعية والشركاء الإجتماعيين والإقتصاديين في تشخيص الوضعية الحالية، وفي النقاش حول مقترحات تحسين نوعية التكوين العالي؛

✓ توفير ميزانية مناسبة للتعليم العالي والبحث العلمي بحيث لا تقتصر على التمويل الحكومي، بل تتعداه للقطاع الخاص وباقي الجهات التي لها علاقة بالعملية التعليمية؛

✓ اعتماد حوكمة تركز على أهداف الإصلاح والتقييم المستمر من خلال وضع التدابير التصحيحية لمعالجة النقائص المسجلة في تطبيق نظام (ل م د)، بما يساعد على تقليص الفجوة القائمة بين مخرجات التعليم العالي واحتياجات التنمية ومتطلبات المجتمع.

إن إصلاح منظومة التعليم العالي الجزائرية وفق نظام (ل م د) ترمي إلى إشراك الطالب في بناء مسار تكوينه وإنجاز مشروعه المهني، ومن ثمة تبرز الأهمية المعطاة لاكتسابه جملة من المهارات التي تجعل منه فاعلا مستقلا، ويقتضي هذا التغيير الجوهرى بالضرورة إصلاحا عميقا لمضامين التعليم وطرائق التعلم، فضلا عن توفر محيط مناسب ووسائل عمل ملائمة، ليصبح المعيار هو الكيف والجودة وليس الكم مثل ما نشهد.

الإحالات والمراجع:

- ¹- عدي عطا، معايير الجودة والأداء والتقييم في مؤسسات التعليم العالي في ضوء التجارب المعاصرة للجامعات الرصينة في العالم، الطبعة الأولى، دار البداية للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2011، ص: 21.
- ²- لمياء محمد أحمد السيد، العولمة ورسالة الجامعة: رؤية مستقبلية، الطبعة الأولى، الدار المصرية اللبنانية للكتاب، القاهرة، مصر، 2002، ص: 25.
- ³- الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 24، الصادرة بتاريخ 07 أفريل 1999، ص: 05.
- ⁴- هاشم فوزي دباس العبادي ويوسف حجيم الطائي، التعليم الجامعي من منظور إداري (قراءات وبحوث)، الطبعة الأولى، دار اليازوري للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2011، ص: 32-34.
- ⁵- مهدي صالح مهدي السامرائي وعلاء حاكم محسن الناصر، تطبيقات إدارة الجودة الشاملة في التعليم الجامعي، الطبعة الأولى، الذاكرة للنشر والتوزيع، بغداد، العراق، 2012، ص: 148-155.
- ⁶- يوسف حجيم الطائي وآخرون، إدارة الجودة الشاملة في التعليم الجامعي، الطبعة الأولى، مؤسسة الوراق للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2008، ص: 275-286.
- ⁷- فيصل أحمد بوطيبة، العائد من الاستثمار في التعليم، دار اليازوري للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2013، ص: 20.
- ⁸- تقرير حول التعليم العالي والبحث العلمي في الجزائر: 50 سنة في خدمة التنمية 1962-2012، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، الجزائر، 2012، ص: 18-25.
- ⁹- الإحصائيات الرسمية لوزارة التعليم العالي والبحث العلمي تحت عنوان تقسيم جهوي يتماشى مع النسيج الإقتصادي والإجتماعي وأعداد الطلبة، على موقع وزارة التعليم العالي والبحث العلمي:
- تاريخ التصفح (2018/09/25) <https://www.mesrs.dz/ar/reseaux-universitaires>
- ¹⁰- عائشة إيدار، سياسات إصلاح التعليم العالي وسوق الشغل في الجزائر: واقع وتحديات، مجلة دفاتر السياسة والقانون، العدد 13، جامعة ورقلة، جوان 2015، ص: 117-121.
- ¹¹- أحمد زرزور، تقييم تطبيق الإصلاح الجامعي الجديد نظام ل م د في ضوء تحضير الطلبة إلى عالم الشغل: دراسة ميدانية بجامعة منتوري قسنطينة والمركز الجامعي بأم البواقي، رسالة ماجستير غير منشورة، كلية العلوم الإجتماعية والإنسانية، قسم علم النفس، جامعة منتوري قسنطينة، 2006/2005، ص: 88-89.
- ¹²- عمر بلخير، واقع إصلاح التعليم العالي في الجزائر: دراسة تحليلية، كلية العلوم الإجتماعية والإنسانية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، ص: 9-8، على موقع الأنترنت:
- Voir le (15/09/2018) http://confjo.jilwan.com/confjo2012/download2012.php?f=jalsa9/9_3.pdf
- ¹³- الإحصائيات الرسمية للديوان الوطني للخدمات الجامعية تحت عنوان بعض الإحصائيات، على موقع الديوان الوطني للخدمات الجامعية:
- Voir le (25/09/2018) <http://www.onou.dz/statistiques.html>
- ¹⁴- بوابة SCI MAGO لتقييم المؤشرات العلمية للجامعات والمؤسسات والدول، على موقع الأنترنت:
- Voir le (01/10/2018) <https://www.scimagojr.com/countrysearch.php?country=dz>
- ¹⁵- بوابة SCI MAGO لتقييم المؤشرات العلمية للجامعات والمؤسسات والدول، مرجع سبق ذكره.

¹⁶- Report on WIPO: world intellectual property indicators 2017, world intellectual property organization, Geneva, Switzerland, No 941 E/17, 2017, PP: 85-89.

¹⁷- الترتيب الأكاديمي للجامعات العالمية 2018، على موقع الأنترنت:

<http://www.shanghairanking.com/ARWU2018.html>

Voir le (01/10/2018)

¹⁸- تقييم ويبوميتركس العالمي للجامعات الجزائرية جانفي 2018، على موقع الأنترنت:

<http://www.webometrics.info/en/Africa/Algeria>

Voir le (01/10/2018)

شروط إنعقاد اختصاص المركز الدولي -CIRDI-
Conditions for the competence of the International Center
-CIRDI-

صوفيان شعبان
طالب دكتوراه
جامعة تلمسان

chabanesofiane35@gmail.com

ملخص

يعتبر المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار -CIRDI- إحدى هيئات البنك الدولي للإنشاء والتعمير الذي أنشأ موجب اتفاقية واشنطن لسنة 1965، للفصل في المنازعات التي تثور بين الدولة المضيفة للاستثمار ومواطني الدول الأخرى. غير أن أحكام هذه الاتفاقية أعطت لهذه المؤسسة الدولية المتخصصة خصوصية منفردة على باقي الهيئات التحكيمية الدولية الأخرى وذلك من خلال اختصاصه الشخصي والموضوعي الدقيق والطابع الإداري السائد في جميع مراحل عملية التحكيم تحت مظلة هذا المركز ما أهله ليكون قبلة متميزة في هذا المجال. كلمات مفتاحية: المركز الدولي، التحكيم، اختصاصه الشخصي و الموضوعي.

Abstract

The international centre for settlement of investment disputes (ICSID) is one of the International Bank for Reconstruction and Development organs which was established under the convention of Washington 1965, in order to adjudicate disputes between states that host investment and other states contracted under this convention . But, the drafters of this convention has given a specificity to this specialized international institution compared to other international arbitral organs ,through its precise rationae personae and rationae materiae ,and the administrative nature which domins in all arbitration phases under the umbrella of this center, and that's what made it a key destination in this domain.

Key words :

The international centre, jurisdictional requirement, the arbitration.

تم إبرام وصياغة اتفاقية البنك الدولي للإنشاء والتعمير سنة 1965¹ المنشأة للمركز الدولي لتسوية منازعات متعلقة بالاستثمار بين دولة وإحدى رعايا دولة أجنبية متعاقدة أخرى²، قصد تحسين وتلطيف مناخ الاستثمار في الحماية على الصعيد الدولي بين أطراف هذه العلاقة الحساسة المتمثلة في الدولة أو إحدى هيئاتها التابعة لها (شخص عام) مع مستثمر أجنبي (قانون خاص) وذلك من خلال الخدمات التي يوفرها هذا المركز من وسائل بديلة كالتوفيق والتحكيم التجاري الدولي لحل ما قد ينشأ مستقبلاً من الخلافات الناجمة عن هذه العقود الاستثمارية.³

غير أن المتتبع للشأن التجاري الدولي يلاحظ مدى التطور الذي حققه هذا المركز الدولي -CIRDI- منذ دخول هذه الاتفاقية حيز التنفيذ في مارس 1966، سواء من حيث عدد الدول المتعاقدة فيها والذي بلغ إلى غاية 2015/04/18، 51 دولة في مختلف أنحاء العالم أو من زاوية حجم القضايا المعروضة للتسوية أمام هذا المركز، وإن كان المتفحص لسجل القضايا لدى هذه المؤسسة الدولية يظهر له أن الإقبال الواسع الأطراف المتخاصمة يكون على خدمة التحكيم التجاري الدولي أكثر من خدمة التوفيق، وهذا راجع أساسياً إلى تميز وخصوصية هذا المركز عن باقي مراكز التحكيم الدولية الأخرى على غرار «CCI» مثلاً، وذلك من حيث الاختصاص الشخصي والموضوعي لهذه الهيئة من جهة، من جهة أخرى فإن أحكام اتفاقية واشنطن لسنة 1965 أضفت نوع من المرونة والسهولة لشق الإجراءات لعملية التحكيم تحت إدارة هذا المركز إلى جانب فعالية ونجاعة محتوى هذه الاتفاقية فيما يتعلق بتنفيذ الأحكام التحكيمية الصادرة عنها كلها نقاط تبين نية واضعي هذه الاتفاقية في إرساء جو حيادي وضمانات كثيفة ترمي لحماية مصالح أطراف هذه العلاقة العقدية الاستثمارية على قدم المساواة.⁴

غير أن بالرغم من الدراسات العديدة والمناقشات الفقهية السابقة حور الدور الذي يلعبه هذا المركز الدولي في مجال فض النزاعات المتعلقة بالاستثمار تبقى دائماً مفتوحة للبحث فيها أكثر، الأمر الذي دفعنا لعرض هذه الدراسة المتواضعة قصد الإسهام في التعريف أكثر بهذه المؤسسة التحكيمية الدولية وذلك من خلال تقسيم هذه الورقة البحثية إلى عنوانين أساسيين بحيث نتناول في البداية التنظيم الهيكلي للمركز (المبحث الأول)، ثم نعرض إلى الشروط الواجبة لانعقاد اختصاص هذا المركز (المبحث الثاني).

المبحث الأول

التنظيم الهيكلي للمركز الدولي - CIRDI -

قبل كشف الشروط القانونية الواجبة توفيرها لتحريك اختصاص المركز الدولي لتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمار بين الدولة والمستثمر الأجنبي ارتأينا أن نبدأ بتبيان التنظيم الهيكلي الذي تباشر وتدار من خلاله عملية التحكيم بحيث يقوم على ثلاث أجهزة رئيسية.

المطلب الأول: المجلس الإداري

يعتبر المجلس الإداري للمركز الدولي بالجهاز الحاكم إذ يتألف من ممثلي عن كل دولة متعاقدة بحيث تعين كل دولة ممثلاً واحداً أو بديلاً عنه في حالة غيابه⁵، ويرأس هذا المجلس رئيس البنك الدولي⁶، كما يكون لكل ممثل صوت واحد عدا الرئيس الذي ليس له الحق في التصويت وهذا يدل على أن وظيفته إشرافية وعلى عدم المساواة بعضوية دول الأعضاء⁷، ويجتمع المجلس سنوياً ويتخذ قراراته بالأغلبية ثلثي الأصوات إلا إذا تطلبت الاتفاقية أغلبية معينة. أما من حيث الصلاحيات فيقوم بعدة وظائف أساسية كوضع القواعد الإدارية واللوائح، وإقرار الميزانية السنوية للمركز وكذا إرساء القواعد الإجرائية وممارسة كافة السلطات والاختصاصات التي يراها ضرورية لتنفيذ نصوص الاتفاقية⁸.

المطلب الثاني: السكرتارية

السكرتاريا أيضاً جهاز أساسي في التنظيم الهيكلي للمركز، وهي تتشكل من السكرتير العام ونائب واحد وعدة نواب حسب الأحوال بالإضافة إلى مجموعة الموظفين والمستخدمين، ويعتبر مقام السكرتير العام بالموظف الأول بالمركز بحيث يتم تعيينه من قبل المجلس الإداري بأغلبية ثلثي أعضائه لمدة ستة سنوات يجوز بعدها انتخابه مرة أخرى.

وقصد ضمان الحياد الإداري فإن أحكام اتفاقية واشنطن منعت السكرتير العام من الجمع بين منصبه هذا بأي وظيفة سياسية أخرى إلا بناء على موافقة المجلس الإداري⁹.

أما عن صلاحية السكرتير العام فقد أُنطقت بعدة وظائف إدارية منها، يقوم بإدارة المركز وهو الذي يقرر المرحلة التمهيدية لاختصاص المركز ويقرر استناداً لظاهر الأوراق ما إذا كانت شروط الاختصاص قد توفرت من عدمها كما يقوم بتعيين المحكمين في حالة غياب الاتفاق بين الأطراف، كما يتولى التصديق على الأحكام التحكيمية التي يصدرها هذا المركز¹⁰.

المطلب الثالث: قائمة أو هيئة المحكمين

كما أن لإدارة هذا المركز هيئة للمحكمين من خلال احتفاظها بقوائم الموقفين والمحكمين، بحيث تلتزم كل دولة متعاقدة بتعيين أربعة أشخاص من جنسية أي دولة، كما يمكن لرئيس المجلس الإداري أن يعين عشرة أشخاص في هذه الهيئة شريطة أن يكونوا من جنسيات مختلفة.

وحتى يكون هؤلاء الأشخاص مؤهلين بالقيام بعملية التوفيق أو التحكيم تستوجب أحكام نفس الاتفاقية أن تتوفر فيهم بعض الشروط والمواصفات كالأخلاق الحميدة، وكفاءة مشهود بها.¹¹ في ميدان القانون والتجارة..... الخ ويمكن كذلك الاعتماد على استقلالهم في الرأي.

المبحث الثاني

الشروط الواجبة لانعقاد اختصاص المركز الدولي -CIRDI-

بعد أن وافقنا بصورة مختصرة على أهم هياكل المركز الدولي لتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمار (مجلس الإدارة، سكرتارية) يبقى علينا وبالضرورة أن نعرض إلى الشروط القانونية الواجبة توفيرها حتى نتمكن من تحريك اختصاصي هذا المركز بصيغة صحيحة.

فقصده إعطاء خصوصية لهذا المركز الدولي، CIRDI، فان واضعي اتفاقية واشنطن لسنة 1965 المنشأة له أقر شروط انفراد وتميز بها هذه المؤسسة التحكيمية الدولية على باقي الهيئات الأخرى المتخصصة في نفس المجال على غرار «CCI» مثلاً¹²، ويمكن استشفاف هذه الشروط من خلال الرجوع لأحكام اتفاقية واشنطن في فصلها الثاني المعنون باختصاص المركز و بالضبط في نفس المادة 25 الفقرة الأولى منه نصت على أنه "يمتد اختصاص المركز إلى المنازعات ذات الطابع القانوني التي تنشأ بين دولة متعاقد وإحدى رعايا دولة متعاقدة أخرى، التي تتصل اتصال مباشر بأحد الاستثمارات، بشرط أن يوافق أطراف النزاع موافقتهم المشتركة فإنه لا يجوز لأي منهما أن يسحبها بمفرده.....".

فمن خلال استقرار نص المادة أعلاه في فقرتها الأولى يظهر أنها حددت ورسمت معالم اختصاص المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار وحصرتها بشكل عام في ثلاثة شروط أساسية هي كالآتي:

- أن تكون منازعة قانونية وناشئة بطريقة مباشرة عن الاستثمار
- أن تكون الأطراف المتنازعة دولة متعاقدة وأحد رعايا دولة متعاقدة أخرى.
- ضرورة موافقة الأطراف على طرح النزاع على المركز كتابة¹³.

بناء على ما تقدم يظهر أن المادة 1/25 من اتفاقية واشنطن تعتبر مادة محورية جوهرية باعتبارها حددت بشكل دقيق الاختصاص الموضوعي والشخصي لهذا المركز، كما أكدت على ضرورة توفير القالب الشكلي، وهي نقاط سنحاول شرحها فيما يلي:

المطلب الأول: الاختصاص الموضوعي للمركز الدولي -CIRDI-

بالعودة لتحليل الشرط الأول الذي جاءت به المادة 1/25 السالفة الذكر من اتفاقية واشنطن لسنة 1965 يظهر أنها شددت على أن اختصاصها الموضوعي يدور فقط في حدود نزاعات قانونية وناشئة مباشرة عن الاستثمار¹⁴، منه يفهم أن عنوان الاختصاص الموضوعي لهذا المركز مركب نوعاً ما إذا يتركب بين ضرورة

أن تكون النزاعات القانونية من جهة، وأن تكون متصلة بإيصال مباشر بالاستثمار من جهة أخرى، ما يقضي الوقوف لتوضيح وضبط معنى النزاع القانوني (أ) ثم مفهوم الاستثمار (ب).

أ- ضرورة وجود نزاع قانوني:

إن تحديد وضبط مفهوم النزاع القانوني بشكل دقيق ليس بالأمر الهيبى خاصة أن نفس الاتفاقية المنشأة للمركز الدولي CIRDI- لم تتضمن أي تعريف أو توضيح بخصوص هاته المنازعات ذات الطبيعة القانونية هذا من جهة، كما أنها من ناحية أخرى لم تقدم أي أو قائمة تشمل فيها هذه النزاعات القانونية إلا أن وبالرجوع للأعمال التحضيرية لاتفاقية واشنطن، فهناك اتفاق للمجتمعين على أن عبارة أي " نزاع قانوني" يتعلق بخلاف مرتبط بحق قانوني مثلا ذلك يكون نزاع متعلق ببنود الاتفاق الاستثمار بين أطرافه أو بالتعبير أو الاعتداء على حق ما تقرره الاتفاقية الثنائية للاستثمار بين الدولة المضيفة له ودولة المستثمر، كما جاء رأي واضعي اتفاقية واشنطن لسنة 1965 حول عبارة "نزاع ذو طبيعة قانونية" أنها تؤدي إلى تميز بين نزاع ذو طبيعة سياسية اقتصادية أو حتى تجارية¹⁵.

هو نفس المعنى الذي حسب فيه تقرير المديرين التنفيذيين للبنك الدولي الذي أكد أن الاختصاص الموضوعي للمركز الدولي يكون في دائرة إصلاح نزاعات قانونية، أي نزاعات حول الحقوق، أما الخلافات التي تثار حول تعارض المصالح فتخرج من نطاق اختصاصه بالإضافة للمنازعات التي لها طابع سياسي، كما تجدر الإشارة إلى جانب ما سبق ما تضمنه التقرير الملحق لاتفاقية من عدة عناصر دالة على عبارة "النزاع" ذو طابع قانوني إذ جاء في الفقرة 26 منها:

« Soit l'existence ou l'étendue d'une droit ou d'une obligation juridique, soit la nature ou l'étendue des réparation dues pour rupture d'une obligation juridique »¹⁶.

استنادا لما سبق نتأكد أن نطاق الاختصاص الموضوعي للمركز الدولي تدور في حدود النزاعات القانونية سواء بوجود حق أو التزام قانوني، استنادا لما سبق نتأكد أن نطاق الاختصاص الموضوعي للمركز الدولي تدور في حدود النزاعات القانونية سواء بوجود حق أو التزام قانوني، إما من حيث طبيعة أو نطاق إصلاحه، وهو المفهوم الذي تأخذ به وتأسس عليه مختلف الأحكام عن المركز الدولي بخصوص تحديد الطابع القانوني لنزاع ما لغاية الوقت الحالي، إذ نستشهد مثلا بهذا الصدد فيما ورد في الحكم الصادر بتاريخ 2005/01/10 عن القضية القائمة بين:

¹⁷الجزائر ضد Consorzio-groupement, l.e.s.i.dipenta الذي أفاد بأن عبارة " نزاع ذات طابع قانوني" يجب أن يفهم وافقا لمعناها الواسع فهي كل المسائل المرتبطة بطلبات مؤسسات على حقوق ذاتية يدعمها طرف في مواجهة الآخر بمقتضى قواعد قانونية عقدية كانت أو غيرها، وهي مسائل تختلف عن النزاعات ذات الطابع السياسي أو الاقتصادي.

غير أن عدة آراء واجتهادات اعتبرت بأن مسألة النزاع القانوني لن تكون بهذه الأهمية لو يكون هناك اتفاق مسبق بين الدولة و المستثمر الأجنبي حول ضبط مفهوم النزاع القانوني. إلا أن الواضح والغاية من تقيده الاختصاص الموضوعي للمركز الدولي للنزاعات القانونية فقط من طرف واضعي اتفاقية واشنطن هو إبعادها من النزاعات ذات طابع سياسي. أما الشرط الثاني من الشرط الأول الذي جاءت به المادة 1/25 السالفة الذكر هو أن يكون النزاع القانوني هذا متصل اتصال مباشر بالاستثمار وهو ما سنفصل فيه فيما يلي:

ب- أن يكون النزاع القانوني ناشئ بطريقة مباشرة عن الاستثمار

في الحقيقة أن التشديد على ضرورة ربط العلاقة بين النزاع القانوني المباشر بالاستثمار وفقا لما جاء في نص المادة 1/25 السالفة الذكر ما هي إلا دلالة قطعية تعكس بدرجة أولى التسمية المطلقة على هذا المركز المشار إليها بموجب المادة 1/1 من اتفاقية واشنطن التي جاء نصها كالآتي:

" ينشأ بمقتضى هذه الاتفاقية المركز الدولي لتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمار"

وعليه يتبين بوضوح أن الاختصاص الموضوعي الوحيد والأصيل بهذه الهيئة التحكيمية الدولية يتعلق فقط بالنزاعات القانونية التي تتصل مباشرة بالاستثمارات هذا ما يؤكد صراحة ما ذكرناه حول إقصاء واستبعاد لجميع المنازعات الخارجة عن هذا المجال خاصة السياسية منها أي لا يمكن أن تعرض على لجان التوفيق أو هيئة التحكيم، المشكلة تحت إشراف هذا المركز -CIRDI- سوى النزاعات الناشئة مباشرة عن الاستثمار فمن غيرها يسقط الاختصاص الموضوعي لهذا المركز، لذلك يستوجب على المؤلفين والمحكمين النظر في طبيعة الالتزامات المفروضة على أطراف العلاقة في كل حالة تفرض عليهم بما أن المبدأ هو ضرورة وجود علاقة كافية بين النزاع المطروح على المركز الدولي والاستثمار الذي يؤديه المستثمر الأجنبي على إقليم الدولة المضيفة له.¹⁸

غير أن ما يعاب على هذه الاتفاقية المنشأة لهذا المركز الدولي في هذا الشأن هو اعقالها على تضمن صيغتها النهائية تعريفا دقيقا ومحددا لمصطلح الاستثمار "INVESTISSEMENT" باعتباره محور اختصاصي موضوعي للمركز الدولي ومجاله التطبيقي الخصب، بل أكثر من ذلك فإن هذه الاتفاقية قد تركت الحرية للأطراف المتعاقدة في إحصاء وصف الاستثمار على معاملة ما أو صفقة معينة¹⁹، مما يشكل تناقض وخطر في أن واحد على الدول النامية خاصة، من حيث احتمال توسيع نطاق اختصاص المركز الدولي في جميع المنازعات بحجة أنها تنطوي تحت عنوان استثمار وهو ما يسعى إليه المستثمر الأجنبي جاهد لحماية أمواله واستثماراته من قضاء الدولة المضيفة من قضاء الدولة المضيفة له من خلال توسيع نطاق مفهوم الاستثمار ليشمل جميع العقود و الصفات المبرمة، مما يمكن من استيفاء الشروط وبالتالي إمكانية اللجوء للمركز الدولي في حالة وقوع خلافات بينهما.²⁰

فأمام غياب تعريف واضح وجامع ودقيق لمصطلح الاستثمار يبقى لدى الدول النامية سوى رخصة إقصاء بعض المعاملات والصفقات من نطاق اختصاص المركز الدولي-CIRDI- بغرض الحفاظ على مصالحها كما فعلت مثلاً: المملكة العربية السعودية بإعلانها استبعاد منازعات البترول من دائرة اختصاص هذه الهيئة التحكيمية الدولية، باعتبار أن اتفاقية واشنطن المنشأة لهذا المركز أجازت بمثل هذه الممارسات تجسيداً لمبدأ سلطات الإدارة.²¹

اتساقاً لما تقدم تبين أن مفهوم الاستثمار ليس بالواقعة القانونية المحددة الثابتة بل انه مفهوم متشعب يأخذ من العلوم الاقتصادية و القانونية ، كما أنه متغير ومتطور حسب المعطيات الوطنية الإقليمية وحتى الدولية كونه قد نظمته قوانين داخلية وطنية، كما نجد تعريفه في اتفاقيات ثنائية المنظمة، أو حتى الاتفاقيات الإقليمية والدولية.²²

المطلب الثاني: أن تكون الأطراف المتنازعة دول متعاقدة مع أحد رعايا دولة متعاقدة أخرى:

بعد تحديد الاختصاصي الموضوعي للمركز الدولي لتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمار، فان نفس أحكام الاتفاقية المنشأة لهذا المركز حددت أيضاً اختصاصه الشخصي بضرورة أن يكون الخلاف المعروض لفظه أمام هذه الهيئة التحكيمية الدولية قائماً بين دولة متعاقدة و أن يكون الطرف الثاني المتخاصم معه أحد رعايا دولة أخرى متعاقدة، و عليه سنحاول التفصيل أكثر في الطبيعة القانونية للأشخاص المتنازعة فيها طبقاً لما جاء في م25 من اتفاقية واشنطن السالفة الذكر في شكل نطاقين أساسيين هما:

أ- أن يكون أحد الطرفين دولة متعاقدة

من الظاهر تبدو طبيعة الأطراف " دولة مستثمر أجنبي" سهلة غير أن الواقع التطبيقي يصعب تحديدهما نظراً للفارق الشاسع في المراكز القانونية للطرفين، الدولة التي تنتهي للقانون العام والتي تتمتع بالطابع السيادي وامتيازات أخرى على المستوى الداخلي والخارجي وهو ما سنتطوي عليه الدراسة تحت هذا العنوان، في البداية لكشف عن متى تكون أو تعتبر الدولة أهلة لتحكيم تحت مظلة هذا المركز الدولي - CIRDI .

فحتى تكون الدولة أهلة لتحكيم تحت مظلة هذا المركز يستوجب في المقام الأول أن تكون هذه الدولة طرفاً متعاقداً في اتفاقية واشنطن لسنة 1965 وهو ما يجعل على عاتق المستثمر الأجنبي الذي يريد التأكد من أن الدولة المضيفة له طرف متعاقد في هذه الاتفاقية بأن تقوم بفحص قائمة الدول الأطراف في المركز.

وعليه يفهم أنه إذا كانت الدولة غير متعاقدة، أي غير طرف في اتفاقية واشنطن فلا يجوز لها أن تصبح طرفاً في إجراءات التحكيم التي تكون تحت مظلة المركز.²³

ولا يقتصر تعيين الدولة المتعاقدة على حكومة الدولة فقط، بل إنما يمتد ذلك ليشمل كل الأقسام والوكالات التابعة للدولة أو إحدى هيئاتها الإدارية التي تسمح لها الدولة في التعاقد مع المستثمر

الأجنبي²⁴، كما يجب على الدولة أيضا أن تقوم بتعيين وتحديد هذه الأجهزة والوكالة الإدارية التابعة لها بشكل رسمي حتى تتمكن من المثل كطرف في نزاع ضد المستثمر الأجنبي. أي أن اتفاقية واشنطن تركت الدول المتعاقدة الحرية المطلقة في مجال تحديد الأشخاص العامة التابعة لها والممكنة بأن تكون طرفا في العمليات التحكيمية التي تجري تحت إشراف هذا المركز لتسوية منازعات الاستثمار.

ب- المستثمر الأجنبي كطرف في العقد:

أما الطرف الثاني المقابل للدولة المضيفة للاستثمار على منصة هذا المركز التحكيمي الدولي فيتمثل في المستثمر الأجنبي أي موطن في دولة أخرى طرف في الاتفاقية سواء كان ذلك المستثمر شخصا طبيعيا أو شخصا معنويا²⁵، هكذا يظهر أنه لا يجوز أن يكون هذا الطرف الأجنبي في عملية التحكيم تحت إدارة المركز - CIRDI - دولة متعاقدة أو غير متعاقدة لدى المركز، أي أن مستثمر أجنبيا ينتهي الى دولة أجنبية غير متعاقدة في اتفاقية واشنطن لسنة 1965، كما لا يجوز أيضا أن يكون ذلك المستثمر الأجنبي يحمل نفس جنسية الدولة المضيفة للاستثمار.²⁶

فمن خلال ما تقدم يظهر أن واضعي اتفاقية واشنطن لسنة 1965 اعتمد على معيار الرابطة القانونية والسياسية التي بمقتضاها تميز انتماء الشخص لدولة معينة أي تحديد الصفة الأجنبية للمستثمر وانتمائه لدولة معينة تكون من خلال رابطة الجنسية.²⁷

بهذا أصبح المركز الدولي لتسوية المنازعات الاستثمار بين الدولة ورعايا دولة أجنبية أخرى متمايز، ويصنع الاستثناء باعتباره الهيئة الوحيدة التي تعطي الفرصة والإمكانية للمستثمر الأجنبي الخاص لمباشرة إجراءات التحكيم بدون حاجة منه لتدخل دولته وبالتالي الوقوف على قدم المساواة مع الدولة (شخص من القانون العام) المضيفة للاستثمار.²⁸

غير أن وبالرغم من هذه الخصوصية التي يتمتع بها هذا المركز الدولي في شقه الموضوعي والشخصي إلا أن ذلك يعاد غير كافي لتحريك اختصاصه إلا بعد استكمال الشروط العامة الأخرى المعروفة في سائر العقود، ولعل ابرازها تلك بشرط التراضي كونه مسألة جوهرية.

المطلب الثالث: ضرورة موافقة الأطراف على طرح النزاع على المركز كتابة

يمثل اتفاق التحكيم حجز الزاوية لهذه العملية كونه يصدر من مبدأ سلطان الإدارة أين يعتبر الأطراف المتنازعة صراحة وبحرية كاملة عن اختيارهم لهذا الوسيلة الودية لفض خلافاتهم ويتم التعبير على هذا بشكل عام وكما هو معروف من خلال إدراج إما شرط التحكيم في العقد الأصلي أو بموجب مشاركة.²⁹ التحكيم هي الصورة الكلاسيكية المألوفة للجوء لعملية التحكيم وبالرجوع لأحكام اتفاقية واشنطن لسنة 1965، في هذا الشأن نجد أنها لم تخرج عن الأصل العام من طابع اتفاقي في اللجوء لخدمات هذا الشأن نجد أنها لم تخرج عن الأصل العام من طابع اتفاقي في اللجوء لخدمات هذا المركز الدولي، وما بين الاهتمام الكبير

الذي لقيه ركن التراضي من طرف واضعي هذه الاتفاقية نرجع دائما إلى أحكام المادة 2/25³⁰ منها التي نصت: " ضرورة موافقة الأطراف على طرح النزاع على المركز الدولي كتابيا" من خلال هذا الشرط يظهر أن ركن الرضا هو بمثابة عمود فقري لاختصاص المركز الدولي ومحركه الأساسي خاصة أن هذه الاتفاقية أكدت على أن بمجرد تصديق الدولة على اتفاقية واشنطن لسنة 1965 لا يعني سوى استعدادها لقبول خدمة المركز حيث جاء في الفقرة السابقة من ديباجة هذه الاتفاقية أن تحريك اختصاص هذا المركز الدولي "CIRDI" متوقف على توافق وتراضي ثنائي الأطراف المتنازعة، طبقا للمادة 25 السالفة الذكر أي أن تصدر موافقة من الدولة المضيفة للاستثمار على اختصاص هذا المركز وأن يلقى قبول من طرف المستثمر الأجنبي ما يكون تراض مشترك بين المتعاقدين، بمفهوم المخالفة، فإن اختصاص هذا المركز لا يلزم أي طرف اللجوء لتحكيم تحت مظلة إلى حين إبداء هؤلاء المتنازعين لرضاهم المشترك بهذا الجهاز سواء كان ذلك في صورة شرط أو مشاركة التحكيم.³¹

إذا بناء على ما تقدم حول ركن التراضي في ظل أحكام اتفاقية واشنطن لسنة 1965، تباين لنا أنها شددت على ضرورة توفر هذا الركن بشكل صريح من قبل الأطراف المتنازعة، بل أكثر من ذلك الحث على وجوب إفراغه في قالب رسمي، أي في محرر مكتوب طبقا لما جاء في نهاية المادة 2/25 من نفس الاتفاقية.³²

خاتمة

لا ينكر أحد أن المركز الدولي لتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمار بين الدولة والمستثمر الأجنبي يشكل قطب هام وأساسي في مجال التحكيم المؤسسي الدولي، وذلك من عدة جوانب أهمها: إن واضعي اتفاقية واشنطن لسنة 1965 المنشأة لهذا المركز وضعت نظام مرين من عدة جوانب حتى من الشق الهيكلي حيث هذا الأخير قائم على تقسيم بسيط من " المجلس الإداري، السكرتارية، هيئة المحكمين" كلها مضبوطة الصلاحيات بدقة تعمل على تسهيل العمل الإجرائي.

ضف لذلك فإن الاختصاص الشخصي والموضوعي جعل من هذا الجهاز متميز عن غيره، أولا كونه يعطي الفرصة لشخص من القانون الخاص (المستثمر الأجنبي) بالوقوف على قدم المساواة مع شخص من القانون العام (الدولة أو إحدى الأجهزة التابعة لها) أمام هذا القضاء الخاص، ومن جهة أخرى فإن الاختصاص الموضوعي لهذا المركز ينظر وينحصر فقط بشكل أصيل في المنازعات المتعلقة بموضوع الاستثمار القائم بين الدولة والطرف الأجنبي دون سواها لا يمكن عرضها على الهيئات التحكيمية المشكلة تحت إدارة هذا المركز. وما أعطى ثقة ومصداقية أكثر لهذا المركز هو استمادة اختصاصها.

وفي جميع مراحل سير عملية التحكيم من إدارة الأطراف بحيث أخذ ركن التراضي في أحكام هذه الاتفاقية حيز واسع يمكن لهؤلاء المتنازعين الاتفاق على أبسط جزئيات عملية تحكيم فيه مقابل أتعاب تدفع لإدارة المركز باعتبارها خدمات اختيارية صادرة عن مبدأ سلطان الإرادة الأطراف المتحكمة لهذا الجهاز الدولي -CIRDI-.

الهامش:

- ¹- تجدر الإشارة أن الجزائر صادقت على اتفاقية البنك الدولي لسنة 1965 لموجب المرسوم الرئاسي رقم 346/95 المؤرخ في 30 أكتوبر 1995 الجريدة الرسمية، العدد 66 لسنة 1995.
- ²- أنظر المادة 2 من اتفاقية واشنطن لسنة 1965.
- ³- أنظر: <http://www.worldbanc.org/icid.18/04/2015,17h30>.
- ⁴- خالد كمال عكاشة، دور التحكيم في فض منازعات عقود الاستثمار، دار النضافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2014، ص 365 و 366.
- ⁵- د. جلال وفاء محمدين، التحكيم بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة للاستثمار، أمام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار-القواعد-الإجراءات-الاتجاهات الحديثة، دار الجامعة الجديد للنشر، مصر، 2001، ص 49.
- ⁶- أنظر المادة 04 و 05 من اتفاقية واشنطن السالفة
- ⁷- د-حسن الثمر، الاستثمارات الأجنبية بين الجذب والحماية في الاتفاقيات العربية والدولية، الطبعة الأولى، مكتبة الوفاء القانونية، مصر، 2017، ص 358.
- ⁸- أنظر المادتين 06 و 07 من نفس الاتفاقية أعلاه.
- ⁹- أنظر المادتين 9 و 10 من الاتفاقية السالفة الذكر.
- ¹⁰- أنظر المادة 11 من نفس الاتفاقية.
- ¹¹- أنظر المواد: 12، 13، 14، من نفس الاتفاقية، للمزيد من التفصيل أنظر طه أحمد علي قاسم، تسوية المنازعات الدولية الاقتصادية، دار الجامعة الجديد للنشر، مصر، 2008، ص 338.
- ¹² – C-C-I :chambre de commerce internationale
- ¹³- د. لما أحمد كوجان، تحكيم في عقود الاستثمار، منشورات الزين الحقوقية، بيروت، لبنان، ص 19.
- ¹⁴- راجع نص م-1/25 من اتفاقية واشنطن السالفة الذكر.
- ¹⁵- لما أحمد كوجان، المرجع السابق ص 35.
- ¹⁶ –le rapport des administrateurs sur la conversion pour le règlement des différends relatif aux investissements entre états ressortissant d'autres états, doc CIRDI, paragraphe,26/01.
- ¹⁷ –Affaire CONSORZIO Groupement.E.S.I.DIPENTAC/république Algérienne démocratique et populaire(ABB/03/08) centre nce du 10/01/2005.Para 8(1).p16.
- ¹⁸- جلال وفاء محمدين، المرجع السابق، ص 23.
- ¹⁹- بن سهلة ثاني بن علي، نعيبي فوزي، تطور الاستثمارات الأجنبية في الجزائر على ضوء أحكام نظام التحكيم المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، المجلة الجزائرية.
- ²⁰- بن سهلة ثاني بن علي، نعيم فوزي، المرجع السابق، ص 13.
- ²¹- أنظر المادة 25 فقرة 4 من الاتفاقية السابقة.
- ²²- علة عمر، حماية الاستثمار الأجنبي الخاص في التشريع الوطني والقانون الدولي، مذكرة ماجستير، جامعة المنتوري، قسنطينة، الجزائر، 2008، ص 15.
- ²³- حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، تحديد ماهيتها والنظام القانوني لها، دار الفكر الجامعي، 2001، ص 535.
- ²⁴- خالد محمد الجمعة، المركز الدولي كطريق لحل منازعات الاستثمار المباشر، مجلة الحقوق الكويتية، العدد الثالث، 1998، ص 383.
- ²⁵- راجع م 1/25 من اتفاقية واشنطن.
- ²⁶- خالد كمال عكاشة، المرجع السابق، ص 384.

²⁷- أنظر في نفس الشأن دائما ، لما أحمد كوجان، المرجع السابق، ص35 .

²⁸- جلال وفاء محمددين، المرجع السابق، ص13.

²⁹- خالد كمال عكاشة، المرجع السابق، ص394.

³⁰- راجع نص المادة 2/25 من اتفاقية واشنطن لسنة1965.

³¹- طه أحمد علي القاسم، المرجع السابق، ص340.

³²- جلال وفاء محمددين، المرجع السابق، ص32.

الوضع تحت المراقبة الإلكترونية كبديل لتنفيذ العقوبة السالبة للحرية

The situation under electronic surveillance as an alternative to the implementation of the penalty of deprivation of liberty

صديقي عبد القادر

طالب دكتوراه

جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان.

seddikiaek2012@gmail.com

الملخص:

يعد إجراء الوضع تحت المراقبة الإلكترونية باستخدام السوار الإلكتروني، من الطرق البديلة لقضاء العقوبة السالبة للحرية قصيرة المدة، خارج أسوار المؤسسة العقابية. استحدثه المشرع بموجب القانون 01/18 المتمم للقانون 04/05 المتضمن قانون تنظيم السجون وإعادة الإدماج الاجتماعي. بعدما كان استعماله مقتصرًا على مراقبة تنفيذ التزامات الرقابة القضائية طبقًا للأمر رقم 02/05 المعدل والمتمم لقانون الإجراءات الجزائية. هذا التحول يعد خطوة مهمة سلكها المشرع الجزائري في إيجاد بدائل للعقوبات بغير الطرق التقليدية. الكلمات المفتاحية: الوضع تحت المراقبة الإلكترونية، السوار الإلكتروني، مقرر الوضع، العقوبة السالبة للحرية قصيرة المدة، المحكوم عليه.

Abstract

electronic surveillance, by using the electronic bracelet is considered to be one of the alternative ways to spend a short term Penalty of imprisonment outside the penal institution's walls.

The legislator was introduced under law 01/18 supplementary to law 04/05, which includes the law on the organization of prisons and social reintegration, though it use was limited to monitoring the implementation of judicial control obligations according to the order no 02/05, amended and supplemented by the code of criminal procedure.

This transformation is an important step taken by the Algerian legislator to find alternatives solutions to Penalties other than traditional ways.

Key words: *electronic surveillance, electronic bracelet, status decision, short term penalty, sentenced*

مقدمة

شهدت الجزائر جملة من الإصلاحات في منظومتها القانونية، سعيًا منها إلى تحقيق نقلة نوعية في تكريس الحريات وحقوق الإنسان تماشيًا مع المعاهدات والاتفاقيات الدولية التي إلتزمت بها. تجسدت هذه الإصلاحات في اعتماد طرق بديلة للعقاب، من خلال إدراج عقوبة النفع العام¹، مضاعفة الغرامات المالية وتبني العقوبات بالحبس مع وقف التنفيذ، باعتبارها وسائل لإصلاح وتأهيل المحكوم عليهم وإعادة إدماجهم في المجتمع.

واستمر تطوير المنظومة القانونية بتوظيف التطور التكنولوجي، من خلال إدماج المراقبة الإلكترونية في العمل القضائي، التي تعتبر من الوسائل المستحدثة في السياسة العقابية الحديثة. وإعتمد المشرع الجزائري إجراء الوضع تحت المراقبة الإلكترونية عن طريق تثبيت سوار إلكتروني برجل المتهم أو المحكوم عليه، بحيث تتم مراقبة تحركاته من خلال هذا السوار.

وتعد الجزائر الدولة الأولى عربيًا والثانية إفريقيًا بعد دولة جنوب إفريقيا، في اعتماد السوار الإلكتروني في قوانينها وبداية العمل به في مجال تطبيق العقوبة. فكانت بداية العمل بالسوار الإلكتروني كوسيلة لضمان تنفيذ التزامات الرقابة القضائية بناءً على الأمر 02-15 المؤرخ في 23 يوليو 2015²، ليتوسع العمل بإجراء المراقبة الإلكترونية ليشمل الأشخاص المحكوم عليهم نهائياً، وذلك بإقرار المشرع الجزائري للقانون رقم 01-18 المؤرخ في 2018/01/30 المتمم لقانون تنظيم السجون وإعادة الإدماج الاجتماعي للمحبوسين، والمتضمن إدخال نظام تكييف العقوبة، بتمكين المحكوم عليه بقضاء العقوبة أو جزء منها خارج المؤسسة العقابية، ويتحقق ذلك بحمل السوار الإلكتروني.

يهدف إجراء الوضع تحت المراقبة الإلكترونية طبقاً للقانون 01-18 إلى تحقيق فوائد إصلاحية تجاه المنحرفين غير الخطيرين المحكوم عليهم بعقوبة سالبة للحرية قصيرة المدة. هذا ما يدفعنا لطرح الإشكالية التالية:

-ما طبيعة إجراء الوضع تحت المراقبة الإلكترونية كبديل للعقوبة السالبة للحرية؟

إرتأينا أن نجيب عن هذه الإشكالية من خلال مبحثين، المبحث الأول نبحت فيه شروط تطبيق الوضع تحت المراقبة الإلكترونية وفي المبحث الثاني نتطرق فيه إلى إجراءات تنفيذ الوضع تحت المراقبة الإلكترونية.

المبحث الأول: شروط تطبيق الوضع تحت المراقبة الإلكترونية

إتجه المشرع الجزائري إلى الاعتماد على التطورات الحاصلة في مجال التكنولوجيا، لعصرنة قطاع العدالة وإصلاح نظام السجون، فاعتمد الوضع تحت المراقبة الإلكترونية كإجراء بديل لتنفيذ العقوبة خارج المؤسسة العقابية، وذلك بعد توافر جملة من الشروط.. سواء تلك المتعلقة بشخص المحكوم عليه أو بالنظر للعقوبة المحكوم بها.

المطلب الأول: الشروط المرتبطة بالأشخاص

يطبق إجراء الوضع تحت نظام المراقبة الإلكترونية، كبديل لتنفيذ العقوبة المقررة للأشخاص المحكوم عليهم³، أو الخاضعين لنظام الرقابة القضائية⁴. سواء كانوا بالغين، ذكورا أو إناثا، أو كانوا من الأحداث. إلا أن إتخاذ مقرر الوضع تحت المراقبة الإلكترونية بالنسبة للقصر، يخضع بالدرجة الأولى إلى موافقة الممثل القانوني للقاصر. بالرغم من أن المشرع الجزائري أحاط هذه الفئة بحماية لا تقل أهمية عن تطبيق نظام الوضع تحت المراقبة الإلكترونية، لكون أن قانون حماية الطفل، يمنع تطبيق العقوبات السالبة للحرية على الطفل البالغ من العمر ثلاثة عشر (13) سنة إلى ثمانية عشر (18) في مؤسسة عقابية ولو بصفة مؤقتة إلا إذا كان هذا الإجراء ضروريا ، وإستحالة إتخاذ أي إجراء آخر، وفي هذه الحالة يوضع الطفل بمركز إعادة التربية وإدماج الأحداث أو بجناح خاص بالأحداث في المؤسسات العقابية عند الإقتضاء⁵. أما الأطفال الذين تقل أعمارهم عن ثلاثة عشر (13) سنة، فيمنع وضعهم في مؤسسة عقابية ولو بصفة مؤقتة، ولا يكونون إلا محل تدابير الحماية والتهذيب⁶.

لا يمكن اللجوء إلى إصدار الأمر بالوضع تحت المراقبة دون الحصول على رضا وموافقة من الشخص البالغ الذي يراد إخضاعه لنظام المراقبة، فهذه الموافقة ضرورية لمباشرة أمر المراقبة، لأنه لا يمكن إعادة إدماج الشخص اجتماعيا دون إرادة ورضا منه. أما في حال تمت مباشرتها بعد موافقة المحكوم عليه، وتقرر بعد ذلك تغيير أو تعديل الالتزامات المحددة في مقرر المراقبة أو حتى إلغاء الأمر بالمراقبة، فلا حاجة للحصول على موافقته لهذه الإجراءات الجديدة⁷.

يلزم قاضي تنفيذ العقوبات قبل مباشرة إجراء الوضع تحت المراقبة، التأكد من أن وضع السوار الإلكتروني لا يمس بصحة المعني بالمراقبة، كما يجب احترام كرامته وسلامته وحياته الخاصة عند تنفيذ الوضع تحت المراقبة الإلكترونية⁸.

المطلب الثاني: الشروط الخاصة بالعقوبة

يقتصر تطبيق نظام الوضع تحت المراقبة الإلكترونية على الأشخاص الذين صدرت ضدّهم أحكام قضائية نهائية⁹، تقضي بإدانتهم بعقوبة سالبة للحرية لا تتجاوز مدتها ثلاثة (03) سنوات نافذة، كما يمكن

تطبيق هذا الإجراء في حالة ما إذا كانت المدة المتبقية من العقوبة المحكوم بها على الشخص المدان لا تتجاوز 03 سنوات¹⁰.

يظهر أن مقرر الوضع تحت المراقبة الإلكترونية يرتبط بالجرح والمخالفات بالدرجة الأولى، وبالجنائيات عند انقضاء المدة القصوى للعقوبة، ولا يمكن أن يكون إجراء الوضع تحت المراقبة الإلكترونية كبديل للعقوبات المحكوم عليها غير سالبة للحرية كالغرامة أو العمل للنفع العام، كما لا يمكن تطبيق ذلك إلا على الأشخاص الطبيعيين.

يشترط للإستفادة من نظام الوضع تحت المراقبة الإلكترونية وفقاً لما ورد في نص المادة 150 مكرر 03 من القانون 01/18 المتضمن قانون السجون وإعادة الإدماج الإجتماعي للمحبوسين¹¹ ما يلي:
أن يكون المتهم حكم عليه بصفة نهائية، أي أنه لم يتبقى له أي طريق من طرق الطعن العادية منها، (المعارضة أو الإستئناف) وغير العادية (الطعن بالنقض).

وعلى المحكوم عليه أن يثبت لقاضي تنفيذ العقوبات، أن لديه مقر سكن أو إقامة ثابت، سواء بتقديم عقد ملكية أو عقد إيجار، أو وصلات الكهرباء والغاز، وإلى غير ذلك من الوسائل التي يعتبرها القانون محددة للإقامة.

وحرصاً من المشرع على السلامة الجسدية للمحكوم عليه، نصت المادة المذكورة، على ألا يضر السوار الإلكتروني بصحة المعني. ولتفادي أي ضرر، على المحكوم عليه تقديم شهادة طبية تؤكد قدرته على حمل السوار الإلكتروني دون أن يشكل خطراً على صحته¹².

وأعاد المشرع التأكيد مرة أخرى من خلال المادة 150 مكرر 07 من القانون 01/18 على ضرورة مراعاة، صحة المحكوم عليه حين وضع السوار الإلكتروني، وهذا التأكيد يدل على حرص المشرع على ضمان الوقاية وحماية صحة الأشخاص والحفاظ عليها.

كما يجب على المحكوم عليه، تسديد مبالغ الغرامات المحكوم بها عليه والمصاريف القضائية، والمتمثلة في العقوبات المالية التي تم النص عليها في قانون العقوبات، أو الواردة في القوانين الخاصة المكملة لقانون العقوبات.

يلاحظ أن المشرع لم يضع سداد مبلغ التعويضات المحكوم بها على عاتق المحكوم عليه، كشرط للاستفادة من إجراء الوضع تحت المراقبة الإلكترونية، بالرغم من أن الوفاء بتلك المبالغ المقررة لصالح الضحايا، من شأنها أن تجبر تلك الأضرار وتساعد المحكوم عليه بالاندماج اجتماعياً.

تجيز الفقرة الأخيرة من المادة 150 مكرر 03 من القانون 01/18، للمستفيد من الوضع تحت المراقبة الإلكترونية، ممارسة المحكوم عليه لنشاط مهني، أو مزاولة دراسة أو تكوين، أو متابعته لعلاج طبي، أو مشاركته الفعالة والضرورية في واجبات الحياة العائلية.

تتم مراقبة المستفيد من إجراء الوضع تحت المراقبة الإلكترونية، من خلال تثبيت السوار الإلكتروني على رجله طيلة المدة التي تحددها العقوبة، وتسير المراقبة الإلكترونية تحت إشراف قاضي تنفيذ العقوبات، من قبل المصالح الخارجية لإدارة السجون المكلفة بإعادة الإدماج الإجتماعي للمحبوسين¹³. يخضع السوار الإلكتروني¹⁴ لعدة مواصفات باعتباره يبث ذبذبات إلكترونية (إشارات)، مرتبطة بالمراكز التي تتولى مهام التلقي والمراقبة عن بعد (المصالح المختصة)، وتعمل من خلال أجهزة إتصال هاتفية أو لا سلكية. يتمتع السوار الإلكتروني بإمكانية تحديد مكان حامله وتوقيت تواجده بمكان محدد وفي حالة إزالته يطلق نظام إنذار.

المبحث الثاني: إجراءات تنفيذ الوضع تحت المراقبة الإلكترونية

يستفيد المحكوم عليه من مقرر الوضع تحت المراقبة الإلكترونية، في حال توافرت جملة من الشروط، سواء المرتبطة بشخص المحكوم عليه أو المرتبطة بالعقوبة. إلا أن تطبيق هذا الإجراء يحتاج اتخاذ جملة من الإجراءات والتدابير لتمكين المحكوم عليه من تنفيذ عقوبته خارج المؤسسة العقابية.

المطلب الأول: الجهة المختصة في إصدار قرار الوضع

يقدم طلب الإستفادة من نظام المراقبة الإلكترونية كبديل لتنفيذ العقوبة السالبة للحرية إلى قاضي تطبيق العقوبات¹⁵، بمحض إرادة المعني بحمل السوار الإلكتروني، على خلاف قرار الوضع الذي يصدره قاضي التحقيق أو قاضي الأحداث أو حتى قاضي الموضوع¹⁶، والذي يكون في حالة الرقابة القضائية كبديل للحبس ولا يخضع لموافقة الموضوع تحت المراقبة الإلكترونية.

يقرر قاضي تطبيق العقوبات تنفيذ العقوبة تحت نظام المراقبة الإلكترونية، إما تلقائياً، أو بناء على طلب المحكوم عليه بصفة شخصية أو عن طريق محاميه.

1- صدور مقرر الوضع بصفة تلقائية:

يصدر مقرر تنفيذ العقوبة تحت نظام المراقبة الإلكترونية بمبادرة من قاضي تنفيذ العقوبات، و بعد أخذ رأي النيابة العامة ورأي لجنة تطبيق العقوبات بالنسبة للمحبوسين، دون الحاجة لوجود طلب من المحكوم عليه لإتخاذ مقرر الوضع، بل يكفي قبوله لهذا الإجراء¹⁷.

2- صدور مقرر الوضع بناء على طلب المعني:

مكّن المشرع المحكوم عليه نهائياً بعقوبة سالبة للحرية التي لا تتجاوز مدتها 03 سنوات أو إذا كانت العقوبة المتبقية لا تتجاوز هذه المدة، أن يقدم طلب الإستفادة من نظام المراقبة الإلكترونية إلى قاضي تطبيق العقوبات. سواء بنفسه أو بالإستعانة بمحامي. طبقاً لما ورد في نص المادتين 150 مكرر و 150 مكرر 04. يتعين على المحكوم عليه غير المحبوس، أن يقوم بتقديم هذا الطلب، بمحل إقامته الواقع بحدود الدائرة التي يباشر فيها قاضي تطبيق العقوبات وظائفه المعتادة. أما المحكوم عليه المحبوس، يقدم طلبه بمقرر المؤسسة العقابية التي يتواجد بها.

يستفيد الشخص المحكوم عليه غير المحبوس الذي أودع طلب الإستفادة من مقرر الوضع تحت المراقبة الإلكترونية، من إرجاء تنفيذ العقوبة طيلة الفترة التي يتم فيها النظر في طلبه إلى حين الفصل النهائي. يفصل قاضي تطبيق العقوبات في طلب المعني في أجل 10 أيام من تاريخ إخطاره بالطلب، وذلك بموجب مقرر غير قابل للطعن فيه من طرف المحكوم عليه. إلا أنه يمكن للمعني أن يقدم طلباً جديداً للإستفادة من مقرر الوضع تحت المراقبة الإلكترونية بمضي مدة 06 أشهر تسري من تاريخ رفض طلبه. في حال تم صدور مقرر وضع المحكوم عليه تحت المراقبة الإلكترونية من طرف قاضي تنفيذ العقوبات، تلقائياً أو بناء على طلب من المعني، فإن إجراء الوضع يترتب عنه عدة تدابير يخضع لها الشخص الموضوع تحت المراقبة الإلكترونية.

المطلب الثاني: التدابير القانونية للمراقبة الإلكترونية

يمكن إجراء الوضع تحت المراقبة الإلكترونية المحكوم عليه من قضاء فترة العقوبة أو جزء منها خارج أسوار المؤسسة العقابية، فيترتب على صدور مقرر الوضع تحت المراقبة الإلكترونية مجموعة من الواجبات التي يلتزم بها المعني بمقرر الوضع، والتي لا يمكنه مخالفتها طيلة مدة تنفيذ العقوبة. ويتعرض الشخص الذي يتملص من المراقبة الإلكترونية، في حال قام بتعطيل عمل السوار الإلكتروني أو قام بنزعه إلى العقوبات المقررة لجريمة الهروب¹⁸.

1- واجبات المعني بمقرر الوضع تحت المراقبة الإلكترونية:

تحدد هذه الواجبات في مقرر الوضع تحت المراقبة الذي يصدره قاضي تطبيق العقوبات، ويتضمن منع الشخص من مغادرة منزله أو المكان الذي يعينه قاضي تطبيق العقوبات، وذلك خلال المدة الزمنية المحددة في مقرر الوضع¹⁹.

يبقى الأشخاص الخاضعين لمقرر الوضع تحت المراقبة الإلكترونية، تحت رقابة ومتابعة من طرف المصالح الخارجية لإدارة السجون المكلفين بإعادة الإدماج الإجتماعي للمحبوسين عن بعد، بحيث يقومون تحت إشراف من قاضي التحقيق بالزيارات الميدانية لأماكن المراقبة، بالإضافة إلى المراقبة عن طريق الهاتف²⁰. يراعي قاضي تطبيق العقوبات حين تحديده للأوقات والأماكن التي يتضمنها مقرر الوضع تحت المراقبة الإلكترونية عدة عناصر أساسية:

أ-مراعاة ممارسة المحكوم عليه لنشاطات مهنية:

يعني ذلك أن قاضي تطبيق العقوبات حينما يحدد بمقرر الوضع تحت المراقبة الإلكترونية الأماكن والأوقات التي يتقيد بها المحكوم عليه، يأخذ في الحسبان الأماكن التي يقصدها المحكوم عليه والأوقات التي يستغرقها بقاءه بها عند متابعتها لنشاط مهني، أو متابعتها لتكوين أو دراسة أو تربص.

ب- شغل وظيفه :

يراعي قاضي تطبيق العقوبات أثناء وضع مقرر الوضع تحت المراقبة الإلكترونية، حالة المحكوم عليه الذي يمارس شغلا أو وظيفة تساعده على الاندماج الاجتماعي، فيستثنى الأماكن والأوقات التي يقتضيها العمل أو ممارسة الوظيفة من تلك الأماكن والأوقات الممنوعة على المعني بمقرر الوضع.

ج- متابعة العلاج:

في الحالة التي يكون فيها المعني بمقرر الوضع تحت المراقبة الإلكترونية، يتابع علاجاً طبياً، يستدعي تنقله إلى مكان واحد أو عدة أماكن لمتابعة للعلاج، والذي يستغرق فيه فترات زمنية معينة، هذه الأوقات والفترات التي ترتبط بالعلاج يأخذها قاضي تطبيق العقوبات بعين الاعتبار ضمن الأماكن والأوقات المحددة بمقرر الوضع.

2- الرقابة على سير تنفيذ إجراء الوضع تحت الرقابة الإلكترونية:

مكنت المادة 150 مكرر 06 من القانون 01/18 قاضي تطبيق العقوبات من إخضاع الشخص الموضوع تحت المراقبة الإلكترونية لتدبير أو عدة تدابير، المتمثلة في:
- ممارسة نشاط مهني أو متابعة تعليم أو تكوين مهني.
- عدم إرتياد بعض الأماكن.

- عدم الإجتماع ببعض المحكوم عليهم، بما في ذلك الفاعلين الأصليين أو الشركاء في الجريمة.

- عدم الإجتماع ببعض الأشخاص لا سيما الضحايا والقصر.

- الالتزام بشرط التكفل الصحي أو الاجتماعي أو التربوي أو النفسي التي تهدف إلى إعادة إدماجه اجتماعياً.

كما تضيف الفقرة الأخيرة من المادة المذكورة، التزاماً آخر على المحكوم عليه يتمثل في ضرورة الإستجابة إلى إستدعاءات قاضي تطبيق العقوبات أو السلطات العمومية التي يعينها هذا الأخير.

بالرغم من أن نص المادة 150 مكرر 06 من القانون 01/18 حدد مجموعة من التدابير إلا أن قاضي تطبيق العقوبات يمكنه الزيادة أو الإنقاص في تلك التدابير لضمان تنفيذ مقرر الوضع بشكل فعال.

يتقيد المحكوم عليه الموضوع تحت نظام المراقبة الإلكترونية بكافة الالتزامات المحددة في مقرر الوضع، ويترتب على مخالفته لها إتخاذ قاضي تطبيق العقوبات مقرر إلغاء الوضع تحت المراقبة الإلكترونية. كما ورد في المادة 150 مكرر 10 من القانون 01/18 التي تنص على أنه: "يمكن لقاضي تطبيق العقوبات بعد سماع المعني،

إلغاء الوضع تحت المراقبة الإلكترونية في الحالات التالية:

- عدم احترامه لالتزاماته دون مبررات مشروعة.

- الإدانة الجديدة.

- طلب المعني".

لم تنص المادة 150 مكرر 10 على ضرورة سماع المعني بحضور محاميه قبل إلغاء مقرر الوضع تحت المراقبة الإلكترونية، بل إكتفت بالإشارة إلى ضرورة سماع المعني قبل إصدار مقرر الإلغاء. في حين أننا نرى أن

حضور المحامي رفقة المعني أمر ضروري، خاصة إذا كان تقديم طلب الوضع من المعني بالإستعانة بمحامي وفقا لنص المادة 150 مكرر 01، وفي حال قرر المعني التظلم ضد مقرر الإلغاء أمام لجنة تكييف العقوبة، بالاستعانة بمحامي، فإن هذا الأخير قد يتعذر عليه تأسيس تظلمه على أحسن وجه، مادام انه لم يكن حاضرا وقت سماع المعني قبل إصدار مقرر إلغاء الوضع .

للمحكوم عليه الذي تم إلغاء مقرر وضعه تحت المراقبة، الحق في الطعن أمام لجنة تكييف العقوبات²¹، التي يجب عليها أن تفصل فيه في أجل 15 يوم من تاريخ إخطارها. إلا انه لا يجوز للمحكوم عليه الطعن في مقرر إلغاء الوضع تحت المراقبة إذا كان صادرا من لجنة تكييف العقوبات بناء على طلب من النائب العام، في حال تبين لهذا الأخير أن الوضع تحت المراقبة الاللكترونية يمس بالأمن والنظام العام، وألزم القانون لجنة تكييف العقوبات بالبت في الطلب خلال مدة 10 أيام من تاريخ إخطارها²².

في حال تم إلغاء مقرر الوضع تحت المراقبة الاللكترونية ينفذ المعني المدة المتبقية داخل المؤسسة العقابية وتقتطع مدة الوضع من العقوبة²³.

خاتمة

اعتمد المشروع الجزائري نظام الوضع تحت المراقبة الاللكترونية، كأداة لمراقبة تنفيذ التزامات الرقابة القضائية بموجب الأمر 02-15، المعدل والمتمم لقانون الإجراءات الجزائية، ليتوسع نطاق تطبيقه ليشمل تكييف العقوبة .

فاستخدام تقنية المراقبة الاللكترونية عن طريق السوار الاللكتروني، يساهم بشكل كبير في إصلاح الجاني، بإبعاده عن الوسط الإجرامي، والوقاية من العود للجريمة وتسهيل إدماج المفرج عنهم اجتماعيا. كما يساعد في تخفيف الاكتظاظ بالسجون.

قائمة المراجع:

- الأمر رقم 66-155 مؤرخ: في 08-07-1966 يتضمن قانون الإجراءات الجزائية معدل ومتمم .
- الأمر رقم 66-156 مؤرخ: في 08-07-1966 يتضمن قانون العقوبات، معدل ومتمم.
- القانون رقم 05-04 مؤرخ في: 06-02-2005 يتضمن قانون تنظيم السجون وإعادة الإدماج الإجتماعي للمحبوسين، متمم بموجب القانون رقم: 18-01 المؤرخ في: 30-01-2018.
- الأمر رقم 15-02 المؤرخ في 23-07-2015، يعدل ويتمم الامر 66-155 المتضمن قانون الإجراءات الجزائية.
- القانون رقم 15-12 المؤرخ في: 15-07-2015 يتعلق بحماية الطفل.

- 1- المادة 05 مكرر 01 من القانون رقم 01/09 المؤرخ في 25 فبراير 2009، المعدل والمتمم لقانون العقوبات الجزائري الجديدة الرسمية، الصادرة بتاريخ: 08 مارس 2009، عدد 15، ص 4.
- 2- الأمر 02-15 المؤرخ في 23 يوليو 2015، المعدل والمتمم للأمر 155-66 المؤرخ في 08 يوليو 1966، المتضمن قانون الإجراءات الجزائية، الجديدة الرسمية الصادرة بتاريخ: المؤرخ في 23 يوليو 2015، العدد 40، ص 28.
- 1- المحكوم عليهم محل مقرر الوضع تحت المراقبة الإلكترونية وهم: الأشخاص الذين صدر ضدهم حكم أو قرار نهائي يقضي عليهم بعقوبة الحبس النافذ.
- 4- لم يتضمن قانون الإجراءات الجزائية الجزائري تعريفا لإجراء الرقابة القضائية وإنما ذكر شروط الرقابة القضائية و التزاماتها من خلال المواد 123-125 مكرر 01.
- 5- المادة 58 من القانون رقم: 12-15 المؤرخ في 15 يوليو 2015 المتعلق بحماية الطفل.
- 6- المادة 57 من القانون رقم: 12-15.
- 7- المواد 150 مكر 9-150 مكرر 10 من القانون رقم: 01-18 الصادر بتاريخ: 30 يناير 2018، يتم القانون رقم 04-05 المؤرخ في: 06 فبراير 2005 والمتضمن قانون تنظيم السجون وإعادة الإدماج الاجتماعي للمحبوسين،، الجديدة الرسمية الصادرة بتاريخ: 30 يناير 2018، العدد 05.
- 8- المادة 150 مكرر 02 من القانون رقم: 01-18 المتتم لقانون تنظيم السجون وإعادة الإدماج الاجتماعي للمحبوسين.
- 9- الأحكام النهائية: هي تلك الأحكام التي استنفذت جميع طرق الطعن، العادية وغير العادية.
- 10- المادة 150 مكرر 01 من القانون رقم: 01-18.
- 11- القانون رقم: 01-18 المتتم لقانون تنظيم السجون وإعادة الإدماج الاجتماعي للمحبوسين.
- 12- يجب أن تتضمن الشهادة الطبية الإشارة إلى أن السوار الإلكتروني لا يضر بصحة المعني.
- 13- 150 مكرر 08 من القانون رقم: 01-18 المتتم لقانون تنظيم السجون وإعادة الإدماج الاجتماعي للمحبوسين.
- يتم إستحداث مكتب على مستوى المؤسسة العقابية، يتولى تركيب جهاز السوار الإلكتروني على المعني ووضع حيز التنفيذ خدمة المراقبة الإلكترونية . يتكون المكتب من موظفين (02) موظف مؤهل مكلف بعملية تثبيت ونزع السوار الإلكتروني، وتقني الإعلام الآلي، مكلف بتشغيل السوار الإلكتروني وتحديد النطاق الجغرافي لحامله طبقا لمضمون مقرر الوضع.
- 14- يتكون السوار الإلكتروني من جزئين: الأول يتضمن تكنولوجيات الاتصال (كشريحة GPS). ونظام تتبع (GPS.LBS.GPRS). والجزء الثاني يتضمن بطارية.
- 15- المادة 150 مكرر 04 فقرة 01 من القانون رقم: 01-18 المتتم لقانون تنظيم السجون وإعادة الإدماج الاجتماعي للمحبوسين.
- 16- المواد 125 مكرر 01-03 والمادة 339 مكرر 06 من للأمر 155-66 المؤرخ في 08 يوليو 1966، المتضمن قانون الإجراءات الجزائية، المعدل والمتمم.
- 17- إذا إقترح قاضي تطبيق العقوبات استفادة المحبوس من نظام المراقبة الإلكترونية، فإنه يأخذ برأي لجنة تطبيق العقوبات وان هذا الرأي يكون إستشاريا فقط بعد إجتماع اللجنة وتحرير محضر عن ذلك.
- 18- المادة 150 مكرر 14 من القانون 01/18. وتنص المادة 188 من قانون العقوبات على انه: "يعاقب بالحبس من شهرين إلى ثلاثة سنوات كل من كان مقبوضا عليه أو معتقلا قانونا بمقتضى أمر أو حكم أو قرار قضائي ويهرب أو يحاول الهروب من الأماكن التي خصصتها السلطة المختصة لحبسه أو من مكان العمل أو أثناء تنقله...".
- بعد إصدار مقرر الوضع يتعين على المحكوم عليه أن يمضي تعهد يتضمن العناصر التالية:
- أن يتوفر على هاتف نقال به رقم هاتف شخصي-يجب عليه الرد على الاتصالات الهاتفية التي توجه له من قبل المصلحة المكلفة بالمتابعة-عدم تعطيل أو نزع السوار مهما كان السبب-ي حالة وجود عطب بالجهاز لا بد له أن يبلغ مصلحة المراقبة-يتوجب عليه شحن البطارية والسوار الإلكتروني بصفة دورية.
- 19- المادة 150 مكرر 05 من القانون 01/18.
- 20- المادة 150 مكرر 08 من القانون 01/18.

²¹ يبقى المستفيد من نظام الوضع تحت المراقبة الإلكترونية في حالة إفراج إلى حين الفصل في طلبه من طرف لجنة تكييف العقوبات التي تنظر في تظلمه، ويجب على المعني أن يرفع تظلمه إلى هذه اللجنة في أجل 05 أيام ن يوم تبليغه من طرف قاضي تطبيق العقوبات.و إلا تتخذ ضده الإجراءات القانونية لإيداعه الحبس لاستكمال تنفيذ العقوبة.

²² -المادة 150 مكرر 11 من القانون 01/18.

²³ -المادة 150 مكرر 13 من القانون 01/18.

مدى فعالية حماية المستهلك من العلامات التجارية المقلدة في ظل القانون الجزائري
The effectiveness of consumer protection against counterfeit trademarks
under Algerian law

الدكتورة : عبداللاوي خديجة.
أستاذة محاضرة قسم ب.
معهد العلوم الاقتصادية، التجارية وعلوم التسيير
قسم الحقوق
المركز الجامعي بلحاج بوشعيب – عين تموشنت-
abdellaoui-khadidja@hotmail.fr

الملخص:

عرفت العلامات التجارية المقلدة رواجاً واسعاً في السوق الجزائرية، حيث أصبحت هذه العلامات جزءاً من حياتنا اليومية. وعليه، كان على المشرع التدخل من أجل حماية المستهلك وتحقيق سلامته من هذه العلامات، وذلك من خلال ترسانة من النصوص القانونية. ومن هنا، وضع المشرع أجهزة وهيئات تسهر وتحرص على حماية المستهلك، كما أولى أهمية كبيرة لكل من الحماية المدنية والجزائية للمستهلك من جرائم الغش والتدليس في المواد والمنتجات الاستهلاكية حفاظاً على مصلحته.

الكلمات المفتاحية: المستهلك، العلامة التجارية، التقليد، جمعيات حماية المستهلكين، الحماية.

Abstract :

Counterfeit trademarks had become popular in the Algerian market and part of our daily lives, therefore the legislator had to intervene to protect the consumer and achieve his safety from these trademarks through an arsenal of legal articles.

Based on that, legislator has put devices and organizations attend and take care for protecting consumer, also he attached great importance to both the civil and criminal protection of the from the crimes of deception and fraud in consumer product in order to maintain his interest.

Keywords:

Consumer, trademarks, Counterfeit, consumer protection associations, Protections.

مقدمة:

يشهد العالم اليوم تطور مستمر في مختلف المجالات خاصة المجال الاقتصادي وذلك استجابة لمتطلبات الفترة الراهنة بالتوجه إلى اقتصاد السوق وتحرير المبادلات التجارية، ففي ظل مناخ العولمة وما تبعه من تغير كبير في أنماط وحجم الاستهلاك، أصبحت السلع والخدمات متنوعة ومتوفرة. وعليه، لا يخفى على الجميع أهمية الأسواق في تلبية رغبات المستهلكين وما تحققه لهم من أسباب المتعة والرفاهية في اقتناء ما يحتاجونه من سلع وخدمات، وبقدر ما تحققه هذه الوفرة من جوانب ايجابية، فإن لها سلبياتها الخطيرة التي تهدد المستهلكين ماديا ومعنويا خاصة بعد تطور الدعاية والإعلان والإشهار عن هذه المنتجات التي تكاد تنسي المستهلك مضارها المحتملة. ومن هنا، فلقد أصبحت العلامات التجارية جزء لا يتجزأ من حياتنا اليومية فأينما تولى وجهك فثمة منتج جديد ذو علامة مميزة وأينما ترحل بناظريك فثمة علامة فعصرنا بلا منازع عصر العلامات التجارية. ولتفادي الأضرار وحماية المستهلك من العلامات التجارية المقلدة تدخل المشرع بوضع ترسانة من التشريعات لحمايته، فأصبح بحاجة أكثر من أي وقت مضى إلى حماية قانونية من الغش في السلع والخدمات في مختلف مراحلها الإنتاج، الاستيراد، التخزين والتوزيع. وفي هذا المضمار لم تكن الجزائر منعزلة عن الاهتمام بهذه المسألة، فقد اتخذت العديد من المواقف كرست فيها اهتمامها بالمستهلك والسعي إلى حمايته، وهذا الأمر يظهر من خلال تبنيها لمجموعة من النصوص القانونية التي تهدف إلى تحقيق هذه الحماية ابتداء من القانون رقم 89-02 المتعلق بالقواعد العامة لحماية المستهلك¹ والذي حدد الخطوط العريضة و أطر حقوق المستهلك في قانون مستقل، ومجموعة من النصوص التنظيمية التي عقبته صدوره² والتي نظمت كل مجال له صلة بحماية المستهلك ورعاية حقوقه، ثم القانون رقم 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش المعدل والمتمم الذي ألغى المشرع بموجبه القانون المذكور أعلاه³، بالإضافة إلى القوانين التي تنظم المنافسة والممارسات التجارية والتي تهدف إلى المحافظة على مصلحة المستهلك وحمايته. كما تم وضع أجهزة تعمل على توفير هذه الحماية، وأسس قانونية تتمثل في إنشاء هيئات تسهر وتحرص على تحقيقها، غير أن الدولة ممثلة في أجهزتها الرسمية تكون عاجزة بمفردها عن القيام بدورها في حماية المستهلك هذا ما أدى إلى ظهور جمعيات حماية المستهلكين. أضف إلى ذلك، فإن المشرع الجزائري أولى أهمية كبيرة لمسألة الحماية الجزائرية للمستهلك من جرائم الغش والتدليس في المواد والمنتجات الاستهلاكية حفاظا على مصلحة المستهلك، فكرس هذه الحماية ضمن أحكام تهدف إلى فرض جزاءات جنائية ضد مرتكبي هاته الجرائم في قانون العقوبات والقانون 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش المعدل والمتمم. ومن هنا فان تحديد مفهوم المستهلك الواجب حمايته من المنتجات المقلدة مسألة لا بد منها، وعليه فمن هو المستهلك؟، وما المقصود بالعلامة التجارية؟.

ومن ثم، يتفرع عن هذه الإشكالات العامة إشكاليات فرعية مفادها: ما مفهوم العلامة التجارية المقلدة؟، فيما تتمثل الجزاءات القانونية التي وضعها المشرع كحماية للمستهلك من هذه العلامات؟.

كل هذه التساؤلات سنحاول الإجابة عليها من خلال التطرق إلى:

المحور الأول: المفاهيم الأساسية للمستهلك والعلامة التجارية.

المحور الثاني: آليات حماية المستهلك من العلامات المقلدة.

إن الدراسة في هذا الموضوع تستوجب علينا التطرق إلى مفهوم كل من المستهلك والعلامة التجارية، بالإضافة إلى الحماية المقررة قانونا لحماية المستهلك.

المحور الأول: المفاهيم الأساسية للمستهلك والعلامة التجارية.

سنحاول أن نحدد مفهوم كل من المستهلك في ظل تطور قانون المستهلك وتعريف العلامة التجارية.

أولاً: مفهوم المستهلك.

شهد مفهوم المستهلك في التشريع الجزائري تطوراً من طرف المشرع، حيث لم يرق المشرع بتعريف المستهلك من خلال قانون رقم 89-02 المؤرخ في 07 فيفري 1989 المتعلق بالقواعد العامة لحماية المستهلك، إذ اكتفى بوضع القواعد والآليات العامة لحمايته.

بعد ذلك تبني المشرع أول تعريف قانوني للمستهلك من خلال المرسوم التنفيذي رقم 90-39 المتعلق بمراقبة الجودة وقمع الغش في مادته الثانية فقرة الأخيرة⁴ حيث عرف المستهلك على أنه: " كل شخص يقتني بثمن أو مجاناً منتجاً أو خدمة معدين للاستعمال الوسيط أو النهائي لسد حاجاته الشخصية أو حاجة شخص آخر أو حيوان يتكفل به".

من خلال هذه المادة نستنتج أن المشرع الجزائري قد تبني الاتجاه الضيق لمفهوم المستهلك مما يفيد استبعاد المهني⁵.

والجدير بالذكر، أن المشرع اعتمد على ذكر مصطلح شخص دون ذكر شخص معنوي صراحة، مما يؤدي قصر صفة المستهلك على الشخص الطبيعي.

بعد ذلك عرف المستهلك من خلال المادة 3 فقرة 2 من قانون 04-02 المؤرخ في 20 جوان 2004 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية⁶ على أنه: " كل شخص طبيعي أو معنوي يقتني سلعة قدمت للبيع أو يستفيد من خدمات عرضت ومجردة من كل طابع مهني".

كما عرفت المادة 3 فقرة 1 من قانون 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش للمستهلك⁷ على أنه: " كل شخص طبيعي أو معنوي يقتني بمقابل أو مجاناً، سلعة أو خدمة موجهة للاستعمال النهائي من أجل تلبية حاجته الشخصية أو تلبية حاجة شخص آخر أو حيوان متكفل به".

من خلال التعريف الوارد في المادتين نرى أن المشرع أكد على إبقاء صفة المستهلك بالنسبة للاستعمال الشخصي أو العائلي، لكنه وسع من دائرة الحماية أكثر بإدراج الشخص المعنوي.

ثانيا: مفهوم العلامة التجارية

إن أول تدخل للمشرع بالنسبة للعلامات التجارية كان بناء على الأمر رقم 66-57 المؤرخ في 19 مارس 1966 المتعلق بعلامات المصنع والعلامات التجارية⁸ الذي بقي ساري المفعول أكثر من 37 سنة، إذ لم يتم إلغاؤه إلا عند إصدار الأمر رقم 03-06 المؤرخ في 19 يوليو 2003 المتعلق بالعلامات⁹، علاوة على ذلك، تتحقق حماية هذه التسميات على الصعيد الدولي وفقا لاتفاقية برشلونة المؤرخة في 31 أكتوبر 1958¹⁰.

أ- تعريف العلامة التجارية

إذا كان الاسم التجاري هو الكلمة المستعملة من طرف مؤسسة لتعيين المواد المنتجة، فمفهوم العلامة يستجيب إلى معايير أكثر دقة، إذ عرفت بأنها إشارة مادية تستخدم للتمييز بين المنتجات أو الأشياء أو الخدمات خاصة بمؤسسة¹¹.

كما عرفت العلامة بأنها كل إشارة مادية تستخدم لتمييز البضائع للدلالة على مصدرها، أو أنواعها، أو مرتبها، أو ضمانها، أو طريقة تحضيرها¹².

والجدير بالذكر، أن المشرع الجزائري هو الآخر نظم الحقوق الخاصة بالعلامات بالأمر رقم 03-06 المؤرخ في 19 يوليو 2003 المتعلق بالعلامات وعرفها في المادة 2 من الأمر 03-06¹³، ويقصد بالعلامة السمة المميزة التي يضعها التاجر على منتجات محله التجاري -هي علامة تجارية-، أو الصانع على المنتجات التي يقوم بصنعها- هي علامة مصنع- قصد تمييزها عن المنتجات الأخرى المشابهة لها والمعروضة في السوق.

ب- أنواع العلامات.

إن للعلامة التجارية أنواعا متعددة يمكن تقسيمها من حيث أنواعها أو طبيعتها إلى ما يلي:

1- العلامات التجارية والصناعية والخدمة.

تتمثل فيما يلي:

* العلامات التجارية: يقصد بها الإشارة التي يستخدمها التجار شعارا لبضائعهم التي يقومون ببيعها بعد شرائها سواء من تاجر الجملة أو من المنتج مباشرة، فالعلامة التجارية تشير إلى مصدر البيع¹⁴.

* العلامة الصناعية: هي إشارة يضعها الصانع لتمييز المنتجات التي يقوم بصنعها عن مثيلاتها من المنتجات الأخرى، هذه العلامة تشير إلى مصدر الإنتاج وتعتبر إلزامية حتى في الحالة التي يتولى المنتج تسويق منتجاته بنفسه¹⁵.

* علامة الخدمة: هي العلامة التي يستخدمها مقدموا الخدمات لتمييز خدماتهم عن غيرهم من الخدمات التي يقدمها منافسهم مثلا: وكالات السياحة والأسفار، الفنادق... الخ¹⁶.

2- العلامات الفردية والعلامات الجماعية.

تتمثل هذه العلامات فيما يلي:

* العلامة الفردية: هي العلامة التي يمتلكها شخص معين، سواء كان شخصا طبيعيا أو معنويا، وقد تكون علامة تجارية أو علامة سلعة أو علامة خدمة.

* العلامة الجماعية: عرفها المشرع في المادة 2 فقرة 2 من الأمر سالف الذكر على أنها: " كل علامة تستعمل لإثبات المصدر والمكونات... الخ".

أضف إلى ذلك، فقد ألزم المشرع صاحب العلامة الجماعية أن يسهر على حسن استعمال علامته وفقا للأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها، فإذا أخل بهذا الالتزام تصبح علامته معرضة للإلغاء من طرف الجهة القضائية المختصة¹⁷.

3- العلامات المحلية والعلامات المشهورة.

تتمثل هذه العلامات فيما يلي:

* العلامة المحلية: هي العلامة التي تم تسجيلها في بلدها وأصبحت معروفة فيه.

* العلامة المشهورة: هي علامة تجارية لها شهرة واسعة أكسبتها حماية خاصة من الاعتداءات التي تقع عليه، فمسألة حمايتها فرضت نفسها بقوة على الاتفاقيات الدولية وعلى القوانين الوطنية.

* علامات المطابقة أو النوعية: تخضع هذه العلامات لأحكام خاصة واردة في القانون 04-04 المتعلق بالتقييس¹⁸ والمرسوم التنفيذي رقم 05-464 المتعلق بتنظيم التقييس وسيره¹⁹، توضع هذه العلامة على منتج ما للإشهاد بأنه مطابق للمواصفات القانونية، وهي غير قابلة للتنازل وغير قابلة للحجز باعتبارها علامة جماعية ذات طابع خاص، كما يجب أن تكون علامة المطابقة منفصلة عن علامة السلعة ومتميزة عنها ويختص بمنحها المعهد الجزائري للتقييس²⁰.

وفي الأخير، حتى تكون العلامة محل حماية قانونية اشترط المشرع جملة من الشروط الموضوعية والشكلية.

المحور الثاني: آليات حماية المستهلك من العلامات المقلدة.

قبل اللجوء إلى الحماية القضائية لا بد أن نرجع على الحماية غير القضائية للمستهلك، لأن موضوع الرقابة يلقى اهتماما من كافة القطاعات في الدولة، كقطاع الصناعة والفلاحة والصحة. خاصة فيما يتعلق بمطابقة شروط النظافة والمواصفات التقنية للمنتوج.

وعليه، فقد خول المشرع بموجب نصوص خاصة لبعض الهيئات والمصالح الدفاع عن حقوق المستهلك وحمايته من أي غش أو تضليل لذا يمكن مراقبة ومحاربة مرتكبي التقليد من طرف هذه الهيئات، حيث جعلت الدولة وزارة التجارة الجهاز المتخصص في مجال حماية المستهلك، بالإضافة إلى الدور الفعال المنوط بالولاية والبلدية باعتبارها الجماعات المحلية الأقرب للمستهلك، أعوان الضبطية القضائية ومصالح الجمارك وكل منها يتكفل بضبط وكشف السلع والمنتجات التي تحمل علامات مقلدة ولها حق التدخل لحماية المستهلك من التضليل الذي يتعرض له جراء التقليد.

أولا: جمعية حماية المستهلك.

اعترف المشرع فيما يخص حماية المستهلك بدور الجمعيات في حماية المستهلك في قانون 03-09 والمتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش المعدل والمتمم حيث أفرد في الفصل السابع وتحت عنوان " جمعيات حماية المستهلكين " في المواد 21،22،23،24 مهام وتنظيم جمعيات حماية المستهلك في سبيل حماية مصالح المستهلكين. إلا أنه وبالرجوع إلى هذا الفصل نجد أنه وللأسف لا يضم سوى ثلاث مواد متعلقة بجمعيات حماية المستهلكين، لأن المادة الرابعة منه (المادة 24) أعطى المشرع من خلالها الأساس القانوني لإنشاء المجلس الوطني لحماية المستهلكين²¹.

وعليه، من أجل تحقيق حماية المستهلك عدد المشرع مختلف الصلاحيات المخولة لجمعيات حماية المستهلكين المسخرة لها في إطار تحقيق أهدافها، حيث جاء في نص المادة 21 منه ما يلي: " جمعية حماية المستهلكين هي كل جمعية منشأة طبقا للقانون، تهدف الى ضمان حماية المستهلك من خلال إعلامه وتحسينه وتوجيهه وتمثيله".

إذن، فأهم الصلاحيات القانونية الممنوحة لجمعيات حماية المستهلكين يمكن تقسيمها بحسب الأهداف والوسائل المتبعة إلى ما يلي:

- تحسيس وإعلام المستهلكين.
- تمثيل المستهلكين.
- أ- الدور التحسيبي والإعلامي.

تعمل جمعيات حماية المستهلك في هذا الإطار بتنوير المستهلكين بالمعلومات الهامة والمؤثرة عن خصائص السلع والخدمات المعروضة في الأسواق، فتعتمد الجمعية في قيامها بعملية التحسيس على وسائل الإعلام المكتوبة والمرئية والمسموعة، كطبع الدوريات من الصحف أو المجلات أو النشرات الأسبوعية أو الشهرية وتوزيعها على المستهلكين أو عن طريق الإذاعة والتلفزيون والانترنت بالإضافة إلى عقد الندوات وإلقاء المحاضرات.

كما تقوم جمعيات حماية المستهلكين بدعاية مضادة ضد السلع والخدمات التي تحمل علامات مقلدة، ولها أيضا اتخاذ أسلوب المقاطعة والامتناع عن الشراء، كما لها دور في الكشف عن المخالفات المرتكبة ضد المستهلك والإبلاغ عنها²².

ب- تمثيل المستهلكين.

إن الدور أو الصلاحيات القانونية لجمعيات حماية المستهلكين لا يتوقف عند حد تحسيس وإعلام المستهلك بل تمارس كذلك دورا في تمثيل هذا الأخير وذلك طبقا للمادة 21 من قانون 03-09 سالف الذكر.

ومن هنا، فإن الدور الأساسي لهذه الجمعيات هو تمثيل المستهلك أمام المستهلك نفسه عند قيامها بتنظيم الحملات التحسيسية (التربوية والتوجيهية) والنشاطات الإعلامية، وتمثله أمام المهنيين عند قيامها بتحسيسهم وتوعيتهم بأهمية المهمة التي يؤدونها وأثار الإخلال بها على المستهلك، ومحاولة حل النزاع القائم بينهم وبين هذا الأخير وديا.

أضف إلى ذلك، فإن جمعيات حماية المستهلكين تعمل على تمثيل المستهلك أمام السلطات العمومية عند تنبيهه هذه الأخيرة بالتجاوزات والممارسات المرتكبة من قبل بعض المهنيين.

ومن أجل تفعيل هذا الدور وإعطاءه أكثر ديناميكية مكن المشرع هذه الجمعيات أيضا من تمثيل المستهلك أمام بعض الهيئات المختصة التي تهدف إلى الحفاظ على أمن المستهلك وتحسين ظروفه المعيشية، وذلك تطبيقا لحق المستهلك في سماع رأيه والذي يعتبر من أهم الحقوق الأساسية لهذا الأخير، كما خول لها أيضا حق تمثيل المستهلك أمام الجهات القضائية²³.

ويكون تدخل جمعيات حماية المستهلكين في الدعوى من خلال التدخل والدفاع عن المصالح التي يسعى المستهلك رافع الدعوى إلى تحقيقها سواء بتأكيد إدعاءاته أو إضافة طلبات إضافية أخرى إلى الطلبات الأصلية للمستهلك²⁴.

ثانيا: الحماية المدنية.

إن ارتكاب أعمال المنافسة غير المشروعة يتم ردها عن طريق دعوى المنافسة غير المشروعة، ولممارسة هذه الدعوى لابد من توافر مجموعة من الشروط أو العناصر، غير أنه قبل معالجة ذلك ينبغي التطرق إلى الطبيعة القانونية لهذه الدعوى.

أ- الطبيعة القانونية لدعوى المنافسة غير المشروعة.

يعد البحث في الأساس القانوني لدعوى المنافسة غير المشروعة من الإشكالات الصعبة للمحل التجاري بشكل عام ولحقوق الملكية الصناعية بشكل خاص، ذلك أن التشريع لم يتدخل في أغلب الدول لينظمها، إلا أن هذه الدعوى تؤسس على أساس القواعد العامة في المسؤولية التقصيرية، والتي تقضي بأن كل فعل يرتكبه الشخص ويسبب ضرر للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض.

على الرغم من ذلك فإن دعوى المنافسة غير المشروعة لا تعتبر إحدى دعاوى المسؤولية التقصيرية بل هناك اختلاف بينهما.

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فإنه لم ينظم دعوى المنافسة غير المشروعة ولا أساسها القانوني بل اكتفى بذكر بعض الممارسات التي اعتبرها ممارسات غير مشروعة في القانون رقم 06-10 المؤرخ في 15 أوت 2010 يعدل ويتمم القانون رقم 02-04 المؤرخ في 23 يونيو 2004 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية²⁵، فنص هذا الأخير في المادة 27 منه على أمثلة عن الممارسات غير النزيهة.

ب- عناصر دعوى المنافسة غير المشروعة.

تتمثل فيما يلي:

1- الخطأ:

يعد أحد أهم عناصر المنافسة غير المشروعة، فهو كل عمل يتعارض مع القانون والأعراف والاستقامة التجارية مثال ذلك: استخدام وسائل تؤدي إلى لبس أو خلط بين الأنشطة التجارية، الادعاءات الكاذبة التي من شأنها تشويه السمعة التجارية للمنافس... الخ.

أما بالنسبة لإثبات الخطأ فيتعين على صاحب الحق إثباته، وإقامة الدليل عليه ولا تشتت سوء المنافس، حيث يعتبر منافسا حتى ولو لم يقصد الأضرار بصاحب الحق²⁶.

2- الضرر:

لا يمكن المطالبة بأي تعويض وفق دعوى المنافسة غير المشروعة إلا إذا أدت أفعال المنافسة غير المشروعة إلى إحداث ضرر، ويستوي فيه أن يكون ماديا ناتجا عن تحويل العملاء عن منتجات المدعي نتيجة للتعددي بالوسائل غير المشروعة التي قام بها المدعى عليه، أو الضرر الذي يصيب التاجر في علاماته التجارية المتعلقة بالتجارة، أو معنويا يمس سمعة المنافس.

ومهما كان الضرر سواء ماديا أو معنويا، حالا أو مستقبلا يمكن رفع دعوى المنافسة غير المشروعة حتى وإن لم يكن الضرر محققا بل يتوقع حدوثه في المستقبل، وبالتالي تمتد صلاحية القاضي للحد من تمادي أفعال المنافسة غير المشروعة التي تحدث ضررا في المستقبل، في هذه الحالة يتم إجبار المنافس عن الكف عن أعمال المنافسة غير المشروعة دون تكليف المدعي بإثبات الضرر²⁷.

ومن هنا، تثار الصعوبة بخصوص تحديد الضرر الذي تعرض له التاجر المنافس خاصة في الحالة التي يعجز هذا الأخير عن إثباته، ونشير هنا إلى أن القضاء درج على إتباع اتجاهين: إجراء الخبرة، إخضاع الضرر للسلطة التقديرية للقاضي.

3- العلاقة السببية:

يقصد بها أن الضرر الحاصل كان نتيجة للخطأ الذي ارتكبه المدعى عليه، وعلى التاجر المتضرر أن يقيم الدليل على ارتكاب فعل المنافسة غير المشروعة بكافة طرق الإثبات، إلا أن الأمر يكون أكثر صعوبة في حالة إثبات علاقة سببية في الضرر المحتمل.

أما إذا تعدد المتضررون كما في حالة خلق اضطراب في سوق السلعة التي يمارسونها جاز لكل منهم أن يرفع الدعوى منفردا ولكن لا يحكم للمدعي بالتعويض إلا إذا لحقه ضرر شخصي، وتقام الدعوى على من ارتكب الخطأ وكل من اشترك فيه وتكون مسؤوليتهم عن التعويض بالتضامن إذا وجد بينهم ارتباط في العمل²⁸.

ج- آثار دعوى المنافسة غير المشروعة.

ترفع دعوى المنافسة غير المشروعة ضد مرتكب العمل غير المشروع ولكل من ساعده مع علمه بعدم مشروعية العمل، ويقع عبء إثبات أركان المنافسة غير المشروعة من خطأ وضرر وعلاقة سببية على المدعي،

ويكون الإثبات بكافة طرق الإثبات المقررة في القواعد العامة بما في ذلك البيئة والقرائن لأن أركان دعوى المنافسة غير المشروعة كلها وقائع مادية.

وتعتبر دعوى المنافسة غير المشروعة دعوى علاجية عن طريق إصلاحها للضرر اللاحق بضحية الأعمال غير المشروعة، وهذا عن طريق التعويض الذي يختص بتقديره قاضي الموضوع، ويكون هذا التعويض إما مبلغ نقدي، كما يجوز أن يكون التعويض عيني، ويكون هذا الأخير بإزالة الوضع غير المشروع وإعادة الحال إلى ما كان عليه، كما يمكن للمحكمة اتخاذ كافة التدابير المناسبة لوقف الممارسات غير النزيهة ومنع وقوع الضرر مستقبلا. وفي الأخير، ما يلاحظ على دعوى المنافسة غير المشروعة إلى جانب حماية العلامات التجارية²⁹، وكذا تسمية المنشأ³⁰ أين لأصحاب هذه الحقوق الحق في حماية حقوقهم عن طريق دعوى التقليد أو المنافسة غير المشروعة، إلا أن هذه الأخيرة تعتبر الحماية الوحيدة لكل من الاسم والعنوان التجاري على عكس ما هو معمول في فرنسا إذ يحظى الاسم والعنوان التجاري بحماية مزدوجة التي توفرها دعوى المنافسة غير المشروعة وكذلك دعوى التقليد.

ومن هنا، فللمستهلك الحق في رفع دعاوى قضائية في حالة ما إذا أصابه ضرر، ويكون إما برفع دعوى مدنية أصلية³¹، أو رفع دعوى مدنية تبعية³².

ثالثا: الحماية الجزائرية.

حتى نكون أمام جريمة التقليد لابد من توافر مجموعة من الأركان، وبمجرد توافر هذه الأخير يتعرض المقلد إلى مجموعة من العقوبات.

أ- أركان جريمة تقليد العلامة التجارية.

تتمثل هذه الأركان فيما يلي:

1- الركن الشرعي.

استنادا للمبدأ الشرعي " لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص" لا يمكن معاقبة الشخص إلا بوجود نص قانوني، فقوانين الملكية الفكرية قد نصت على جريمة التقليد وبينت عناصرها المادية والمعنوية والعقوبة الواجب تطبيقها. ومن ثم، لا يمكن معاقبة شخص لم يجرمه القانون أو لم يعاقب عليه.

2- الركن المادي:

يتمثل العنصر المادي لجنحة تقليد العلامة أساسا في اصطناع علامة مطابقة للعلامة الأصلية أو نقل الأجزاء الرئيسية منها لخداع الغير وتضليله من خلال النقل أو التغيير أو الإضافة للعلامة الأصلية بطريقة قد تؤدي إلى احتمال الخلط واللبس لدى المستهلك.

وعليه، ينظر للركن المادي في جريمة تقليد العلامة من خلال الشكل العام للعلامة الأصلية، والشكل العام للعلامة الأخرى، فإذا ثبت التشابه كنا بصدد جريمة التقليد، وهذا عكس ما هو عليه في جريمة تقليد الاختراع، أو جريمة الرسوم والنماذج الصناعية³³.

ومن هنا، لقد نص المشرع على جريمة التقليد في المادة 26 من الأمر 03-06 المتعلق بالعلامات، فمن بين أهم القضايا التي تخص القضاء الجزائري في هذا المجال هي قضية بين دجيقان ومؤسسة ناغونجينا Orangina³⁴. حيث قضت محكمة الجزائر (الفرع الجزائري الأول) في 19 ماي 1971 بإدانة المتهم "مونسيفا" على أساس جنحة التقليد، حيث تم إبرام عقد ترخيص بينه وبين مؤسسة ناغونجينا بمرسيليا في 1954 لمدة 4 سنوات باستغلال علامة "أرونجينا" الخاصة بمشروبات عصير البرتقال، غير أن هذه العلامة مملوكة لجيقاقن والمسجلة في المعهد الوطني للملكية الصناعية والمنشورة، وتبين بعد ذلك أن مؤسسة "ناغونجينا" سبقت جيقاقن في الإيداع لدى المعهد ولكنها لم تقم باستغلال هذه العلامة في السنة الموالية للإيداع مما يترتب عليه انقضاءها استنادا إلى المادة 5 من الأمر 57-66 وبالتالي توافر جنحة التقليد.

أيضا قضية أخرى بين مؤسسة حمود بوعلام ضد شركاء زروقي على أساس تقليد علامة "سيليكيتو"³⁵ والمملوكة لشركة حمود بوعلام من طرف شركاء زروقي تحت اسم "سيليكيترا"³⁶.

3- الركن المعنوي.

إن جريمة التقليد كغيرها من الجرائم العمدية يجب أن يتوافر فيها القصد الجنائي، وهو العلم والإدراك، حيث يكفي أن يشمل علم البائع بتقليد المصنف وسوء النية والإهمال مفترض في المقلد لمجرد أنه ارتكب الفعل المادي للتقليد، لأن حسن النية لا يفترض لدى الفاعل، إنما يقع على الفاعل إثبات أنه لم يقصد التقليد، وأنه كان حسن النية فيما أقدم عليه، وهو أمر يعود تقديره لقاضي الموضوع. كما تجدر الإشارة إلى أن ثبوت حسن النية لدى المقلد لا يعني إعفاءه نهائيا من أي التزام تجاه صاحبه، وإنما لا بد من الحكم عليه بالتعويض نتيجة الأضرار التي تترتب على عدم احتياطه.

بالنسبة للعلامة التجارية أصبحت شأنها شأن الصنع والاستعمال تقتصر على الركن المادي لأن المادة التي تنص على عقوبة التقليد لا تنص على عبارة القصد³⁷.

ب- العقوبات الجزائية:

تنتهي كل دعوى جزائية بتوقيع عقوبات على من تثبت إدانتهم، وفي دعوى التقليد تتنوع هذه العقوبات بين عقوبات تهدف إلى ردع المقلد، وعقوبات أخرى تهدف إلى جبر الضرر وأخرى تساهم في وقف الاعتداء مستقبلا.

1-العقوبات الردعية أو الأصلية :

وحدت قوانين الملكية الفكرية العقوبات الجزائية الموقعة على مرتكب جنحة التقليد والمتمثلة في الحبس والتقليد، إلا أنها تتفاوت في الشدة، وبالنسبة للملكية الصناعية والتجارية تتراوح العقوبة الأصلية بالحبس من 6 أشهر إلى سنتين وبغرامة من مليونين وخمسمائة ألف 2.500.000 دج إلى عشرة ملايين 10.000.000 دج، هذه العقوبة تطبق العلامة³⁸.

2-العقوبات التكميلية أو التبعية:

تتمثل في المصادرة، الإتلاف، الغلق والنشر هذه التدابير تهدف إلى منع الاعتداء أو إيقافه.

- المصادرة:

تعتبر المصادرة عقوبة تكميلية للعقوبة الأصلية، والمصادرة هي نزع ملكية المال جبرا على مالكه وإضافته إلى ملك الدولة بغير مقابل³⁹، أي هي التزام تقوم بها السلطة بوضع يدها على ملكية بعض الأموال والأموال العائدة للأفراد دون أن تلزم بتعويض مالكيها، وهي بذلك تقترب إلى حد كبير من الاستيلاء إلا أن ما يفرقهما عن بعضهما، هو أن الدولة في الاستيلاء تلتزم بتعويض من استولى على أمواله تعويضا عادلا، أما في المصادرة فلا تلتزم بأي تعويض.

والمصادرة القضائية تتخذ كعقوبة تبعية لعقوبة أصلية أخرى، مقررة لجريمة معينة، والمرجع في تقريرها هي نفس المحكمة المقررة للعقوبة الأصلية، ومن هنا يعد الحكم بالمصادرة أمر إجباري في العلامة⁴⁰.

- الإلتلاف والغلق.

يهدف الإلتلاف إلى منع استمرار التقليد وإخفاء آثاره، فالإلتلاف هو إعدام نسخ أو صور المصنف محل الاعتداء، ووضع حد للمنتجات والأشياء المقلدة وجعلها غير صالحة للاستعمال أو الاستهلاك⁴¹. ومن هنا، يعتبر الإلتلاف إلزامي بالنسبة للعلامة⁴².

أضف إلى ذلك، قد تلجأ المحكمة إلى إصدار أمر بالغلق، أي غلق مؤسسة أو شركة أو متجر أو محل الذي يشغله المقلد أو المزور أو شركاؤه وذلك للحد من هذا الاعتداء.

والغلق قد يكون مؤقتا محددًا لفترة زمنية، وهذه المدة تحددها المحكمة وقد يكون نهائيا وذلك حسب جسامته الاعتداء والأضرار الناجمة عنه، ولقاضي الموضوع سلطة تقدير ذلك.

خاتمة:

وفي الختام، نشير إلى أنه رغم أن المشرع أرسى قواعد قانونية لحماية المستهلك وتحقيق سلامته من العلامات التجارية المقلدة من خلال النصوص المبعثرة السالفة الذكر، إلا أن الواقع يثبت العكس فحسب تقارير أعدتها مكاتب مراقبة النوعية لمنتجات شركات عالمية تروج لمنتجاتها في الجزائر عن تفاقم ظاهرة التقليد والتزييف الذي طال ماركاتها العالمية في السوق الجزائرية يتعلق بمواد التجميل، حيث يشير التقرير عن وجود 69 طن من الماكياج المغشوش متداولة في السوق الجزائرية، يحتوي على مواد خطيرة في مقدمتها ارتفاع نسبة الرصاص، بل أن جزءا كبيرا منها مصنوع من مادة الطباشير والطلاء الموجه لمواد البناء إلى جانب استبدال مكونات أساسية غالية الثمن بأخرى رخيصة وسامة على غرار مادة الكحول، أما العلامات الأكثر عرضة للتزييف نجد NEX, MEN, DOP, PANTENE, NIVIA فهي تنتج بجودة أقل وتخدع المستهلك من خلال أسعار جد مغرية عن تلك التي تعرفها المنتجات التي تحمل العلامات الأصلية.

كما عرفت المنتجات الالكترونية المقلدة رواجًا واسعًا في السوق الجزائرية المتمثلة في الهواتف المحمولة التي تقلد عليها علامات تجارية كبيرة في عالم المحمول مثل MP3, SAMSUNG, NOKIA.

ومن هنا، يمكن القول أن سلامة المستهلك تعود للمستهلك ذاته، لأن الدور الأساسي يعود إليه من خلال عدم الانصياع للاشهارات الكاذبة والمضللة المتعلقة بالعلامات المقلدة، والتبليغ عن كل التجاوزات من جهة، ومن جهة أخرى إلى الأعيان الإداريين المكلفين بالرقابة و جمعيات حماية المستهلكين وتفعيل دورها على المستوى الوطني، على اعتبار أن المستهلك وحده منفردا لا قبل له على مواجهة المنتجين والمتدخلين لأنهم الأقوى ماديا.

قائمة المصادر والمراجع

قائمة المصادر.

القوانين:

- 1- الأمر رقم 66-57 المؤرخ في 19 مارس 1966 المتعلق بعلامات المصنع والعلامات التجارية، جريدة رسمية العدد 23، الصادرة بتاريخ 22 مارس 1966، ص. 23.
- 2- الأمر رقم 03-06 المؤرخ في 19 يوليو 2003 المتعلق بالعلامات، جريدة رسمية العدد 44، الصادرة بتاريخ 23 يوليو 2003، ص. 22.
- 3- قانون رقم 89-02 المؤرخ في 07 فيفري 1989 المتعلق بالقواعد العامة لحماية المستهلك ج ر العدد 6 الصادر بتاريخ 08/02/1989.
- 4- قانون رقم 04-02 المؤرخ في 23/06/2004 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية ج.ر عدد 41، المعدل والمتمم بالقانون رقم 10-06 المؤرخ في 15 أوت 2010، ج.ر العدد 46 الصادرة بتاريخ 18 أوت 2010.
- 5- القانون رقم 04-04 المؤرخ في 23 يونيو 2004 المتعلق بالتقييس جريدة رسمية العدد 41، المعدل والمتمم بالقانون رقم 16-04 المؤرخ في 19 يونيو 2016، جريدة رسمية العدد 37، الصادرة بتاريخ 22 يونيو 2016.
- 6- قانون رقم 09-03 المؤرخ في 25 فبراير 2009 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش. جريدة رسمية العدد 15 الصادرة في 08 مارس 2009 المعدل والمتمم بالقانون رقم 18-09 المؤرخ في 10 يونيو 2018، جريدة رسمية العدد 35 الصادرة بتاريخ 13 يونيو 2018.
- 7- القانون رقم 10-06 المؤرخ في 15 أوت 2010 يعدل ويتمم القانون رقم 04-02 المؤرخ في 23 يونيو 2004 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، جريدة الرسمية العدد 46 الصادرة بتاريخ 18 غشت 2010.
- 8- المرسوم التنفيذي رقم 90-39 المؤرخ في 30 جانفي 1990 المتعلق برقابة الجودة وقمع الغش، ج.ر العدد 05، المعدل والمتمم بالمرسوم التنفيذي رقم 01-315 المؤرخ في 16 أكتوبر 2001.
- المرسوم التنفيذي رقم 90-266 المؤرخ في 15 سبتمبر 1990 المتعلق بضمان المنتوجات والخدمات ج.ر العدد 40.
- 9- المرسوم التنفيذي رقم 91-192 المؤرخ في 01 جوان 1991 المتعلق بمخابر تحليل النوعية ج.ر العدد 27.
- 10- المرسوم التنفيذي رقم 97-254 المؤرخ في 8 يوليو 1997 المتعلق بالرخص المسبقة لإنتاج المواد السامة أو التي تشكل خطرا من نوع خاص واستيرادها.

11-المرسوم التنفيذي رقم 92-272 المؤرخ في 6 يوليو 1992 يحدد تكوين المجلس الوطني لحماية المستهلكين واختصاصاته.

12- المرسوم التنفيذي رقم 05-464 المتعلق بتنظيم التقييس وسييره، جريدة رسمية العدد 80.

قائمة المراجع:

المراجع باللغة العربية:

1-فرحة زراوي صالح، الكامل في القانون التجاري الجزائري – الحقوق الفكرية- حقوق الملكية الصناعية والتجارية حقوق الملكية الأدبية والفنية، دار ابن خلدون للنشر والتوزيع، الجزائر، 2006.

2-نسرين شريقي، حقوق الملكية الفكرية –حقوق المؤلف والحقوق المجاورة، حقوق الملكية الصناعية-، دار بلقيس للنشر، الجزائر، سنة 2014.

3- إيهاب عبد المطلب، العقوبات الجنائية في ضوء الفقه والقضاء، الطبعة الأولى، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، سنة 2009.

المراجع باللغة الفرنسية:

Jean-François Dhénin, Développement de l'unité commerciale, Editions Bréal, 2004.

مذكرات وأطروحات الدكتوراه:

1- بن دريس حليلة، حماية حقوق الملكية الفكرية في التشريع الجزائري، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، سنة 2013-2014.

2- زواني نادية، الاعتداء على حق الملكية الفكرية –التقليد والقرصنة-، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، سنة 2002-2003.

3- خالد محمد سعد الرشيد، الحماية الجنائية للعلامات التجارية في النظام السعودي، مذكرة ماجستير، تخصص التشريع الجنائي الإسلامي، كلية الدراسات العليا، قسم العدالة الجنائية، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، سنة 1424-2003.

المقالات:

1- كحول وليد، زواوي الكاهنة، حماية المستهلك في ظل قانون العلامات، مجلة الحقوق والحريات، جامعة محمد خيضر، بسكرة، أبريل 2017، العدد الرابع.

2- بن بعلاش خاليدة، بشير بن لحبيب، حماية المستهلك في ظل قواعد المسؤولية المدنية المستحدثة، مجلة الدراسات القانونية والسياسية، العدد 1.

الهوامش:

- 1- قانون رقم 89-02 المؤرخ في 07 فيفري 1989 المتعلق بالقواعد العامة لحماية المستهلك، جريدة الرسمية العدد 6 الصادر بتاريخ 1989/02/08.
- 2- المرسوم التنفيذي رقم 90-39 المؤرخ في 30 جانفي 1990 المتعلق برقابة الجودة وقمع الغش، جريدة الرسمية العدد 05، المعدل والمتمم بالمرسوم التنفيذي رقم 01-315 المؤرخ في 16 أكتوبر 2001.
- المرسوم التنفيذي رقم 90-266 المؤرخ في 15 سبتمبر 1990 المتعلق بضمان المنتوجات والخدمات، جريدة الرسمية العدد 40.
- المرسوم التنفيذي رقم 91-192 المؤرخ في 01 جوان 1991 المتعلق بمخاطر تحليل النوعية، جريدة الرسمية العدد 27.
- 3- قانون رقم 09-03 المؤرخ في 25 فبراير 2009 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش. جريدة الرسمية العدد 15 الصادرة في 08 مارس 2009.
- 4- المرسوم التنفيذي رقم 90-39 المتعلق بمراقبة الجودة وقمع الغش، جريدة الرسمية العدد 5.
- 5- ما يؤكد هذا الرأي ما جاء به المرسوم التنفيذي رقم 97-254 المؤرخ في 8 يوليو 1997 المتعلق بالرخص المسبقة لإنتاج المواد السامة أو التي تشكل خطرا من نوع خاص واستيرادها.
- المفهوم الفقهي للمهني: "هو البائع المحترف الذي غالبا ما يكون تاجرا"، أو "الشخص الذي يعمل من أجل حاجات مهنته".
- 6- قانون رقم 04-02 المؤرخ في 23/06/2004 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية ج.ر عدد 41، المعدل والمتمم بالقانون رقم 10-06 المؤرخ في 15 أوت 2010، ج.ر العدد 46 الصادرة بتاريخ 18 أوت 2010.
- 7- قانون رقم 09-03 المؤرخ في 25 فبراير 2009 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش. جريدة رسمية العدد 15 الصادرة في 08 مارس 2009 المعدل والمتمم بالقانون رقم 18-09 المؤرخ في 10 يونيو 2018، جريدة رسمية العدد 35 الصادرة بتاريخ 13 يونيو 2018.
- 8- الأمر رقم 66-57 المؤرخ في 19 مارس 1966 المتعلق بعلامات المصنع والعلامات التجارية، جريدة رسمية العدد 23، الصادرة بتاريخ 22 مارس 1966، ص. 23.
- 9- الأمر رقم 03-06 المؤرخ في 19 يوليو 2003 المتعلق بالعلامات، جريدة رسمية العدد 44، الصادرة بتاريخ 23 يوليو 2003، ص. 22. للمزيد من التفصيل أنظر، فرحة زراوي صالح، الكامل في القانون التجاري الجزائري - الحقوق الفكرية- حقوق الملكية الصناعية والتجارية حقوق الملكية الأدبية والفنية، دار ابن خلدون للنشر والتوزيع، الجزائر، 2006، ص. 202.
- 10- فرحة زراوي صالح، المرجع السابق، ص. 347.
- 11 - Jean-François Dhénin, Développement de l'unité commerciale, Editions Bréal, 2004, p.102.
- 12- خالد محمد سعد الرشيد، الحماية الجنائية للعلامات التجارية في النظام السعودي، مذكرة ماجستير، تخصص التشريع الجنائي الإسلامي، كلية الدراسات العليا، قسم العدالة الجنائية، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، سنة 1424-2003، ص. 31.
- 13- نصت المادة 2 فقرة 1 من الأمر رقم 03-06 المتعلق بالعلامات على ما يلي: "العلامات كل الرموز القابلة للتمثيل الخطي، لا سيما الكلمات بما فيها أسماء الأشخاص والأحرف والأرقام، والرسومات أو الصور والأشكال المميزة للسلع أو توضيحتها، والألوان بمفردها أو مركبة، التي تستعمل كلها لتمييز سلع أو خدمات شخص طبيعي أو معنوي عن سلع وخدمات غيره".
- 14- المادة 3 فقرة 1 من الأمر 03-06 المتعلق بالعلامات.
- 15- المادة 3 فقرة 1 من الأمر 03-06 المتعلق بالعلامات.
- 16- المادة 2 فقرة 4 من الأمر 03-06 المتعلق بالعلامات.
- 17- المادة 25 من الأمر 03-06 المتعلق بالعلامات.
- 18- القانون رقم 04-04 المؤرخ في 23 يونيو 2004 المتعلق بالتقييس جريدة رسمية العدد 41، المعدل والمتمم بالقانون رقم 16-04 المؤرخ في 19 يونيو 2016، جريدة رسمية العدد 37، الصادرة بتاريخ 22 يونيو 2016.
- 19- المرسوم التنفيذي رقم 05-464 المتعلق بتنظيم التقييس وسيره، جريدة رسمية العدد 80.
- 20- نسرين شريقي، حقوق الملكية الفكرية - حقوق المؤلف والحقوق المجاورة، حقوق الملكية الصناعية-، دار بلقيس للنشر، الجزائر، سنة 2014، ص. 145.
- 21- المرسوم التنفيذي رقم 92-272 المؤرخ في 6 يوليو 1992 يحدد تكوين المجلس الوطني لحماية المستهلكين واختصاصاته.

- ²²- كحول وليد، زاوي الكاهنة، حماية المستهلك في ظل قانون العلامات، مجلة الحقوق والحريات، جامعة محمد خيضر، بسكرة، أبريل 2017، العدد الرابع، ص.640.
- ²³- حسب المادة 17 من قانون 06-12 المؤرخ في 12 يناير 2012 المتعلق بالجمعيات، ج.ر عدد 2.
- أعطى المشرع الحق للجمعيات أن تمثل أمام القضاء وتمارس حقوق الطرف المدني - تؤسس كطرف مدني- وذلك بسبب وقائع لها علاقة بهدف الجمعية وتلحق ضررا بمصالح الجمعية أو مصالح أعضائها الفردية أو الجماعية. والجدير بالذكر أن المشرع أعطى هذا الحق للجمعيات على سبيل الاستثناء إذ الأصل أن ترفع الدعوى من صاحب الحق نفسه وهو المستهلك.
- كما سمح القانون لجمعيات المستهلكين بالدفاع عن حقوق المستهلكين قصد التعويض عن الأضرار التي لحقت بهم وهذا ما نصت عليه المادة 23 من قانون 03-09 المعدل والمتمم.
- بالإضافة إلى ذلك فإن القانون 03-09 المعدل والمتمم لم يحدد نوع الأضرار التي يمكن للجمعيات المطالبة بالتعويض عنها، لذا يمكن أن نستنتج أنه يمكن أن تطالب بتعويض كل الأضرار التي تصيب المستهلك.
- أيضا طبقا للمادة 22 من قانون 03-09 المعدل والمتمم يمكن لجمعيات حماية المستهلكين أن تستفيد من المساعدة القضائية.
- ²⁴- بن بعلاش خاليدة، بشير بن لحبيب، حماية المستهلك في ظل قواعد المسؤولية المدنية المستحدثة، مجلة الدراسات القانونية والسياسية، العدد 1، ص.140.
- ²⁵- القانون رقم 06-10 المؤرخ في 15 أوت 2010 يعدل ويتمم القانون رقم 02-04 المؤرخ في 23 يونيو 2004 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، جريدة الرسمية العدد 46 الصادرة بتاريخ 18 غشت 2010.
- ²⁶- زواني نادية، الاعتداء على حق الملكية الفكرية - التقليد والقرصنة-، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم الادارية، جامعة الجزائر، سنة 2002-2003، ص.122.
- ²⁷- بن دريس حليلة، حماية حقوق الملكية الفكرية في التشريع الجزائري، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، سنة 2013-2014، ص.145.
- ²⁸- بن دريس حليلة، المرجع السابق، ص.147.
- ²⁹- نظرا لتطبيق الأحكام العامة المتعلقة بالمسؤولية المدنية فلا تحتاج القضية المقدمة أمام القسم المدني إلى إثبات سوء نية المعتصب، فمن المتفق عليه اليوم أنه لا يجوز لضحية الاعتداء رفع دعوى المنافسة غير المشروعة لطلب تعويض الضرر اللاحق بها، حقا أن الدعوى المؤسسة على تقليد العلامة لا يجوز رفعها إلا من صاحب العلامة -المادة 28 من الأمر رقم 06-03 المتعلق بالعلامات- أو صاحب الترخيص ما عدا وجود شرط مخالف في عقد الترخيص المادة 31 من الأمر 06-03 ضد من قام بالتقليد، بينما إذا كان الأمر يتعلق بدعوى مؤسسة على المنافسة غير المشروعة يجوز لكل من لحقه ضرر من جراء هذا التصرف أن يرفع هذه الدعوى.
- ³⁰- إن تسجيل تسمية المنشأ يسمح للمودع أو المنتفع عامة بمتابعة كل من تعدى على حقوقه، فاستعمال عبارة مسجلة يبين بصورة جلية أن التسجيل يعتبر العمود الفقري للحماية القانونية.
- ³¹- يكون عن طريق رفع المستهلك للدعوى القضائية بصفة منفردة، للمستهلك أيضا رفع الدعوى القضائية بالتبعية للدعوى العمومية.
- ³²- رفع الدعوى من طرف جمعيات حماية المستهلكين ويكون إما:
- رفع دعوى من طرف جمعيات حماية المستهلكين للدفاع عن المصالح المشتركة للمستهلكين.
- انضمام جمعيات حماية المستهلكين إلى الدعاوى المرفوعة مسبقا من قبل المستهلك.
- رفع دعوى للدفاع عن المصلحة الفردية لمجموعة من المستهلكين.
- ³³- فاضلي إدريس، المرجع السابق، ص.272.
- ³⁴- narangina.djegaguene contre monserat.
- ³⁵- selecto.
- ³⁶- selectra.
- ³⁷- المادة 32 من الأمر 06-03 المتعلق بالعلامات.
- ³⁸- المادة 61 و62 من الأمر 07-03 المتعلق ببراءات الاختراع، المادة 32 فقرة 1 من الأمر 06-03 المتعلق بالعلامات.

³⁹- إيهاب عبد المطلب، العقوبات الجنائية في ضوء الفقه والقضاء، الطبعة الأولى، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، سنة 2009، ص.119.

⁴⁰- المادة 29 فقرة 3 من الأمر 06-03 المتعلق بالعلامات.

⁴¹- زواني نادية، المرجع السابق، ص.137.

⁴²- المادة 32 من الأمر 06-03 المتعلق بالعلامات.

الإيجار المدني في التشريع الجزائري Civil rent in Algerian legislation

د. علاق عبد القادر، أستاذ محاضر قسم (أ)،
معهد العلوم القانونية والإدارية،
المركز الجامعي أحمد بن يحيى الونشريسي تيسمسيلت، الجزائر.
maitre.allak@live.fr

ملخص:

لقد عرفت الأحكام المنظمة للإيجار المدني في التشريع الجزائري تطورا ملحوظا، فالمتضمن في مسار التعديلات التي مسّت هذا العقد يُدرك لا محال أن هناك مسألة جوهرية تستدعي البحث، حيث يتعلق الأمر بتأثر المشرع الجزائري بالمبادئ الاقتصادية والاجتماعية السائدة في المجتمع الجزائري في كل فترة طُبقت فيها قواعد الإيجار بين تدرج وانتقال وتأكيد لمبادئ الإرادة والحرية الفردية، والحرص على إقرار النظام العام وحماية المصلحة العامة، إذ أن حرية التعاقد مؤكدة للأطراف أصلا، غير أن المشرع الجزائري تدخل أكثر من مرة لتنظيم هذه العلاقة التعاقدية، بفرض بعض القيود والاستثناءات بدافع النظام العام أو المصلحة الجماعية.

الكلمات المفتاحية:

عقد الإيجار المدني، المشرع الجزائري، الإرادة، النظام العام.

Abstract :

The provisions governing the civil rent in the Algerian legislation have developed considerably. As we look at the course of the amendments that have taken place in this decade, there is no doubt that there is a fundamental issue that needs to be discussed. The Algerian legislator is influenced by the economic and social principles prevailing in Algerian society, Between the rolling and the transfer and confirmation of the principles of will and individual freedom, and to ensure the establishment of public order and the protection of the public interest, as the freedom of contract confirmed to the parties originally, but the Algerian legislator intervened more than once to regulate this contractual relationship, For exceptions motivated by public order or collective interest.

Keywords :

Civil lease, Algerian legislator, will, public order.

مقدمة:

لم يكن للجزائر حين استقلالها بتاريخ 05 يوليو 1962 قوانين وطنية تُنظم شؤونها العامة والخاصة؛ بسبب حداثة الاستقلال والظروف المحيطة، فكان حتميا المرور بمرحلة انتقالية ريثما ينطلق التشريع الوطني، لذلك استمر تطبيق التشريع الفرنسي إلا ما تعارض مع السيادة الوطنية آنذاك¹. غير أنه بعد زوال أسباب بقاء تلك الفترة الانتقالية في مجال التشريع؛ شرعت الجزائر المستقلة تدريجيا في إصدار قوانينها الوطنية. ففي مجال العلاقات التعاقدية تكفلت السلطة التشريعية بتنظيم عقد الإيجار لما أصدرت القانون المدني بموجب الأمر رقم 58/75 وفق مبادئ وأهداف تلك المرحلة، وبعد مرور فترة زمنية مهمة في ظل تطبيق أحكام قواعد هذا العقد. وفي ظل تطور حركة التشريع في الجزائر وفق التحويلات الحاصلة في الداخل والخارج، واستحالة البقاء في عزلة عن هذا العالم والواقع، وبعد هذه التجربة ونظرا لمقتضيات التحول من النظام الاشتراكي إلى نمط الاقتصاد الحر، كان لابد من مواكبة هذا التغيير حسب المعطيات السياسية والاقتصادية والاجتماعية الوطنية، إذ أصدر المشرع الجزائري مرسوما تشريعا رقم 03/93 عدل بموجبه قواعد عقد الإيجار. ولم يكتف بذلك، بل أكد هذا التعديل واستمر في نهج خيار الإصلاح والطموح للأفضل في تنظيم العلاقة الإيجارية بإصداره القانون رقم 05/07 مُعدلا بذلك الأمر رقم 58/75 المتضمن القانون المدني. إلا أن التساؤل يثور عن حقيقة وخلفية هذا التدخل التشريعي الكثيف من حين لآخر في تنظيم عقد الإيجار؟. وعليه، وإجابة عن هذا التساؤل نتطرق لماهية الإيجار ومدى سيادة حرية أطرافه (مبحث أول)، ومضمون هذا التعديل ومبرراته (مبحث ثاني).

المبحث الأول

ماهية الإيجار ومدى سيادة حرية الأطراف المتعاقدة فيه

نستهل هذه الدراسة بالبحث في ماهية علاقة الإيجار بمحاولة تحديد مفهوم الإيجار وإبراز الأهمية التي يكتسبها في مختلف مناحي الحياة، هذا من جهة، والبحث عن مدى سيادة مبدأ الحرية في تعاقد أطراف هذه العلاقة العقدية، أي مكانة ودور الإرادة في إبرام عقد الإيجار، وما إذا كانت هذه الإرادة حرة طليقة أم مقيدة ونسبية؟، وذلك من جهة ثانية.

المطلب الأول: مفهوم وأهمية الإيجار وتنظيمه في ظل التشريع الجزائري.

لتحديد مفهوم الإيجار، ارتأينا أن نبحت عن مختلف التعاريف التي وردت في شأنه؛ سواء لغة وشرعا، أو فقها وقانونا. على أن نحاول أيضا إبراز أهمية الإيجار في العلاقات والتصرفات القانونية التي يبرمها الأشخاص في المجال الاقتصادي والاجتماعي.

الفرع الأول: تعريف الإيجار وأهميته.

نبدأ أولا بتعريف الإيجار، ثم نبرز ثانيا أهمية، وذلك من خلال بندين اثنين.

أولاً: تعريف الإيجار.

لغة، جاء لفظ الإيجار من الأجر الذي هو الجزاء على العمل، والجمع أجور، والإجارة من أجر يأجر أجرا، ومنه جاءت الأجرة والإجارة والأجارة؛ وهو ما أعطيت من أجر في عمل، والأجر؛ هو الثواب، كقول العرب: أجرك الله أي أثابك الله، وقد أجره الله يأجره ويأجره أجرا وأجره الله إيجارا. وقول الله تعالى: ﴿وآتينا أجره في الدنيا﴾؛ قيل هو الذكر الحسن، وقيل: الولد الصالح، وقوله تعالى: ﴿فبشره بمغفرة وأجر كريم﴾؛ الأجر الكريم هو الجنة، وأجر المرأة مهرها، إذ قال الله تعالى: ﴿... فآتوهن أجورهن ...﴾²، فالأجير هو المستأجر، وجمعه أجراء، والاسم منه هو الإجارة، والأجرة هي الكراء³.

ويعرّف الإيجار أو الإجارة في الشريعة الإسلامية؛ بأنه عقد تملك المؤجر للمستأجر منفعة مقصودة من العين المؤجرة مقابل عوض أو أجرة⁴. أو هو تملك المؤجر للمستأجر منفعة مقصودة من العين المؤجرة في الشرع ونظر العقلاء بعوض يصلح أجرة⁵. وقد عرّفه بعض شراح القانون⁶ بأنه عقد يلتزم بمقتضاه المؤجر أن يُمكن المستأجر من الانتفاع بشيء معين خلال مدة معينة لقاء بدل إيجار معلوم. وهو نفس تعريف المشرع الجزائري، الذي خرج عن المؤلف؛ بتحديد وضبطه لمفهوم الإيجار، حيث جاء في القانون المدني الجزائري الحالي على أن: "الإيجار عقد يُمكن المؤجر بمقتضاه المستأجر من الانتفاع بشيء لمدة محددة مقابل بدل إيجار معلوم. يجوز أن يحدد بدل الإيجار نقدا أو بتقديم أي عمل آخر"⁷.

ما يلاحظ أن المشرع الجزائري اكتفى لما أصدر القانون المدني أول مرة وهو بصدد تعريف علاقة الإيجار بأنه: "ينعقد الإيجار بمقتضى عقد بين المؤجر والمستأجر..."⁸. في حين أنه استدرك النقص من خلال تعديل سنة 2007 بتعريف شامل تضمن العناصر الجوهرية لهذا العقد؛ وهي: أن الإيجار بحسب الأصل عقد بين طرفين (المؤجر، والمستأجر)، كما يُحدد فيه بدل الإيجار (الذي قد يكون نقدا أو القيام بعمل) وهو التزام يقع على كاهل المستأجر، وتُحدد في هذا الإيجار المدة الزمنية، وكذا محل العقد، أي العين المؤجرة أو شيء معين غير قابل للاستهلاك حتى يتمكن المستأجر من رده لاحقا، ومن جهة أخرى تمكين المؤجر الطرف الآخر وهو المستأجر من الانتفاع من هذا الشيء، وهو التزام وواجب يقع على عاتق المؤجر، وهو يشكل حقا للمستأجر.

كما أن هذا التعريف ورد ضمن القسم الأول المعنون بالإيجار بصفة عامة، تحت عنوان فرعي سمي بأركان الإيجار، مما يدل على بسط المشرع سلطته على مسألة تنظيم علاقة الإيجار، بتسطير المبادئ العامة والخطوط العريضة لإبرام هذا العقد، وترك المسائل التفصيلية لإرادة المتعاقدين بقصد تكملتها والاتفاق عليها.

ثانياً: أهمية الإيجار.

يرى بعض شراح القانون⁹ أن عقد الإيجار من العقود التي تلت في نشأتها وظهورها عقدي المقايضة والبيع، نظرا لأهميته الكبرى في الحياة اليومية للناس كافة؛ إذ نادرا ما نجد شخصا غير مؤجر أو مستأجر في الوقت المعاصر. وتلكم بحق هي سنة وطبيعة علاقات الأشخاص فيما بينهم في تقديرنا، فلا يمكن الاكتفاء أو

الاستغناء عن مثل هذه العقود، ولأن ذلك من مقتضيات دورة الحياة بالنسبة للفرد والجماعة على حد سواء. وما كثرة النزاعات التي تعج بها ساحة القضاء في مجال الإيجار ذي الاستعمال السكني أو التجاري، إلا دليلاً على اتساع مجال علاقة الإيجار وحاجة الأشخاص إليها، وتضارب مصالح أطرافها، وسعي إلى استرجاع حق مسلوب، أو تثبيت حق مشروع، ورغبة في تحقيق عدالة عقدية منشودة.

ومن ثم يكتسي عقد الإيجار أهمية بالغة في العلاقات القانونية، لا سيما التعاقدية منها؛ إذ اتسعت علاقات الأشخاص في هذا المجال بسبب تزايد النشاطات الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، وتنامي الحاجات معها، فلا غرو أنه في زمن اليوم يلجأ فيه الغني والفقير إلى الدخول في علاقة إيجار بكثرة؛ إما بدافع الحاجة، أو الاستثمار في المنقول والعقار على حد سواء، وبذلك أُعتبر عقد الإيجار أهم العقود المسماة وأكثرها شيوعاً بين الأشخاص، تمكيناً لبعضهم من حق الانتفاع بما لا يملكون إشباعاً لحاجاتهم المختلفة، وتمكيناً للبعض الآخر من استثمار أموالهم¹⁰.

كما أن الحاجة الملحة للسكن أدت بفئات عريضة من المجتمع الجزائري إلى اللجوء إلى عقد الإيجار، كتصرف قانوني يلبي حاجتهم الضرورية، ويسمح لهم بتبرير وضعهم الاجتماعي لعلمهم يستفيدون من سكن اجتماعي إيجاري، أو سكن في إطار ما يسمى بالبيع عن طريق الإيجار. ويمكن أن يكون الإيجار أيضاً وسيلة للاستزاق لطرفي هذه العلاقة؛ إما استثماراً بتأجير الأموال، أو استئجاراً لممارسة مختلف النشاطات كحرف ومهن تتطلب ذلك.

الفرع الثاني: تنظيم عقد الإيجار في القانون الجزائري.

يخضع عقد الإيجار بحسب الأصل للقواعد العامة المنظمة لنظرية العقد بصفة عامة - باعتباره عقداً كسائر العقود يتطلب توافر أركان الوجود وشروط الصحة -، وإلى الأحكام الواردة في القانون المدني الجزائري؛ حيث خصّه المشرع بداية لما أصدر الأمر رقم 58/75 بحوالي سبعين (70) مادة كاملة، من المادة 467 إلى المادة 537 أدرجت في الباب الثامن (العقود المتعلقة بالانتفاع بالشيء) وجاءت في الفصل الأول (الإيجار) وقسمين؛ الأول (الإيجار بصفة عامة)، من المادة 467 إلى المادة 513 وتضمن أركان الإيجار، واجبات وحقوق المؤجر والمستأجر، التنازل عن الإيجار والإيجار الفرعي، موت المستأجر، أما القسم الثاني (الحق في البقاء وفي استرجاع الأمكنة) فقد وردت أحكامه في المواد من 514 إلى 537.

غير أن المشرع الجزائري تدخل بموجب المرسوم التشريعي رقم 03/93 وألغى ضمناً ما يُعرف بالتمديد القانوني لعقد الإيجار (حق البقاء)، بنصه على أنه: " لا تُطبق المواد 471 و472 و509 وكذلك المواد من 514 إلى 537 من الأمر رقم 58/75 ... والمتعلقة بحق البقاء في الأمكنة على عقود الإيجار ذات الاستعمال السكني المبرمة بعد تاريخ صدور هذا المرسوم التشريعي " ¹¹، كما نص هذا المرسوم التشريعي على أنه: " إذا انقضى أجل عقد إيجار مبرم قانوناً يتعين على المستأجر أن يغادر الأمكنة " ¹².

وفي سنة 2007 أعاد المشرع الجزائري النّظر في الإيجار بتنظيم العلاقة العقدية الرابطة بين المؤجر والمستأجر بشكل أعمق وأوسع، بموجب القانون رقم 05/07، حيث أُلغى صراحة حق البقاء بموجب المادة الثامنة (08) منه، التي نصّت على أنه: " تُلغى المواد 470 و471 و472 و473 و474 و475 و504 ومن 508 إلى 537 من الأمر 58/75 ... وتُلغى كذلك المادة 20 والفقرتان 02 و03 من المادة 21 والمادة 22 من المرسوم التشريعي رقم 03/93 ". وبذلك لم يبق من نصوص عقد الإيجار إلا 43 مادة فقط - والتي لم تسلم أيضا من التعديل والتميم - من أصل 70 مادة كانت موجودة في أمر 58/75.¹³ وبذلك يكون المشرع الجزائري قد أبان مُجدّدا عن استمراره في نهج مراجعة تنظيم سياسة العلاقات التعاقدية، ومن ثم حتمية التدخل للتوفيق بين مصالح المتعاقدين وبالتالي بين مصلحة الفرد والجماعة.

المطلب الثاني: تكريس حرية التعاقد في عقد الإيجار أصلا وترويضها استثناء.

الأصل أن الإرادة حرة تُحدث ما تشاء من الآثار في مختلف العلاقات التعاقدية، وذلك إعمالا وتطبيقا لمبدأ سلطان الإرادة¹⁴ الذي تفرّعت عنه مبادئ: " الحرية التعاقدية، القوة الملزمة للعقد، الأثر النسبي للعقد "¹⁵. فالفرد حر في أن يدخل في علاقة إيجار ويرتب عنها ما يشاء من آثار، لأن فكرة الالتزامات العقدية نابعة أساسا من التّصور الإرادي للعقد¹⁶. فقد أقرّ المشرع الجزائري مبدأ حرية الإرادة حينما أكد على أن العقد يتم بمجرد أن يتبادل أطرافه التعبير عن هذه الإرادة¹⁷.

غير أن اتّساع مجال العلاقات التعاقدية وتشعّبها وتطور القواعد القانونية ذاتها، فسح المجال أمام السلطة العامة للتدخل في العقود والحد من سلطان الإرادة، بغية إيجاد التوازنات المطلوبة في العقود. فإلى أي مدى يمكن أن تسود إرادة المؤجر والمستأجر في تنظيم التزاماتهما وحقوقهما؟، ذلك ما سنقف عنده من خلال الفرعين الآتيين.

الفرع الأول: سيادة مبدأ سلطان الإرادة في عقد الإيجار.

من الناحية الفلسفية للإنسان الخيار الحر في إنشاء العلاقات والقواعد التي يخضع لها لاحقا، ومن الناحية القانونية الإرادة هي مصدر الحقوق الشخصية، وهو ما يُبرّر الحرية التعاقدية والرّضائية والتفسير الإرادي للعقد¹⁸، وغني عن القول أن مبدأ سلطان الإرادة وليد الفلسفة الفردية التي ظهرت وانتشرت خلال القرن السابع عشر (17) ¹⁹، واكتملت مبادئها في بداية القرن التاسع عشر (19)، والتي تميّزت بازدهار حرية الإنسان الطبيعية واتّساع نشاط الحرية الاقتصادية²⁰.

ويُرجع أنصار المذهب الفردي أساس إيجاد كل الروابط العقدية والآثار المترتبة عنها إلى الإرادة²¹، التي استقرّت مبدء يتضمن نظريات وأفكار فلسفية وسياسية واقتصادية واجتماعية، كان لها الأثر المباشر على القواعد القانونية ونظرية قانون العقود الكلاسيكية والحديثة على حد سواء²²، ومنه علاقة الإيجار باعتباره تصرفا قانونيا شائعا وواسع التطبيق في حياة الأشخاص.

فقد أقرت القواعد العامة؛ أن العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه، ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقرها القانون²³. أي أن إرادة الأطراف التي ساهمت في صياغة وتكوين العقد تعتبر بمثابة قانون لهم لا يمكن في كل الأحوال المساس به إلا استثناء عن طريق نفس الإرادة المكونة له، وخارج ذلك لا يمكن الاعتداد به²⁴. وفوق هذا وذاك لا يجوز مبدئياً للمشرع أن يتدخل معدلاً العقد الجاري تنفيذه، احتراماً وتقديساً لمبدأ القوة الملزمة للعقد، وبغية استقرار المعاملات²⁵.

وفي هذا الصدد؛ يظهر موقف المشرع الجزائري من إفصاحه في بداية تعرضه لأحكام علاقة الإيجار من خلال تعريفه لها؛ حينما نص على أن: " الإيجار عقد... " ²⁶، مما يفسر أنها تنطوي على إرادة الأطراف المتعاقدة، التي تستلزم أن تكون حرة واعية. وكما هو معلوم أن مبدأ سلطان الإرادة قوام نظرية العقد عامة، وعليه فلا يمكن إبرام عقد إيجار دون الاعتداد بإرادتي المؤجر والمستأجر. واللافت للانتباه أن عقد الإيجار من العقود المسماة، أي من العقود التي تولى التشريع تنظيمها، فهذا لا يعني أبداً استبعاد إرادة أطراف هذا العقد، بل يقضي المبدأ احترام وتقديس إرادتهما، وما تدخل التشريع إلا تكملة لإرادتهما عن طريق وضع المبادئ العامة وتجهيز المسائل التقنية التي تؤول له بحسب الأصل تسهيلات للمتعاقدين وليس حداً لحرية التعاقد.

الفرع الثاني: تقييد مبدأ سلطان الإرادة في عقد الإيجار بدافع النظام العام والمصلحة العامة.

مع بداية القرن العشرين (20) بدأت تظهر عيوب ومساوئ المذهب الفردي بوضوح، مما دعا المفكرين إلى البحث عن بديل جديد ومبادئ أكثر عدالة، فظهر المذهب الاشتراكي الذي غلب مصلحة الجماعة على حساب مصلحة الفرد²⁷. ومن ثم أمكن التدخل في العقود المبرمة بين الأفراد، إذ أن تفاعل وتغير الظروف الاقتصادية والاجتماعية التي لا يتوقعها الأطراف، ولم تؤخذ في الحسبان، قد تُخل بالتوازنات العقدية المطلوبة، الأمر الذي يجعل السلطة العامة تتدخل تلقائياً في العلاقة العقدية عن طريق استبعاد وإزاحة قاعدة العقد شريعة المتعاقدين أحياناً.

فأمام هذا التدخل الكثيف للمشرع في تنظيم شؤون العقود - والتي منها عقد الإيجار - اصطدم مبدأ سلطان الإرادة ببعض القيود في وقتنا المعاصر، بدافع تلبية احتياجات الأشخاص والمحافظة على التوازنات المفقودة والمصالح الاجتماعية²⁸ الحيوية، حيث أن القانون يؤثر ويتأثر بالتفاعلات الحاصلة في كل مجتمع؛ لأنه يتكون من مجموعة قواعد ذات الخاصية الاجتماعية²⁹، بالإضافة إلى أسباب فنية وتقنية، ولاعتبارات حماية المستهلك كونه طرفاً ضعيفاً في العلاقة العقدية.

وقد ظهرت عوامل جديدة سمحت للسلطة العامة بأن تتدخل في مختلف العقود، وبذلك أصبحت إرادة المتعاقدين خاضعة لفكرة النظام العام³⁰، ففي ظل هذا التراجع الذي لوحظ على مبدأ سلطان الإرادة، ساد وتوسّع المذهب الاجتماعي بأبعاده الفلسفية المقامة على تغليب الجانبين الاقتصادي والاجتماعي للعلاقة العقدية وليس على إرادة أطرافها فقط، بهدف تحقيق التوازن العقدي وهي عين المصلحة العامة التي تندرج ضمنها المصالح الخاصة للمتعاقدين.

ويجد تدخل السلطة العامة في تنظيم المعاملات والعقود أساسه في حماية مصالح الأفراد والجماعات على حد سواء داخل المجتمع، وحرصها أيضا على إقرار النظام وتحقيق التعايش والسلم المدني³¹. بالرغم من كون أنه في روابط القانون الخاص يتمتع الأشخاص بحرية التصرف، إلا أنه نجد في بعض العقود - كعقد الإيجار - رغم ما تتطلبه من إرادة، إلا أن هذه الأخيرة تبقى دائما في نطاق مرسوم المعالم والحدود لا يمكن القفز عليه. هذا التحول من الفردانية المطلقة إلى منطق النظرة الجماعية انعكس على أحكام العقود، فلم تعد هذه الأخيرة تعني أطرافها فقط، بل تخطت ذلك وأصبحت مرتبطة بمصالح عامة تُملها الضرورة الاقتصادية والاجتماعية التي تحميها الدولة، فبعدما كانت تلبى حاجة فردية صارت وسيلة تلبى منفعة عامة³².

هذا التوجه أثر بشكل واضح ومباشر على حرية تعاقد الأشخاص، فلم يعد بإمكانهم التعاقد مع من يفضلون ولا وفق الشروط التي يتراضون بشأنها، ولم يقتصر تدخل السلطة العامة في مرحلة تكوين العقد فحسب، بل تجاوزها إلى مرحلة لاحقة وهي مرحلة التنفيذ، فغالبا ما يفرض المشرع على المتعاقدين أثناء مرحلة التنفيذ بعض التعديلات لاتفاقاتهم³³. وما تدخل الإرادة التشريعية عن طريق إدراج بعض الأحكام في تنظيم العلاقات التعاقدية إلا قيودا يرسمها سلطان القانون للإرادة بهدف الموازنة بينها وبين العدالة والمصالح العام³⁴. وفي تقديرنا، يبقى سلطان الإرادة سائدا في إبرام العقود وترتيب آثارها، - ومنها عقد الإيجار - بحسب الأصل، في حين يُشكّل تدخل السلطة العامة فيها ترويضها لها واستثناء عن القاعدة، بالرغم من تزايد الاستثناءات في قانون العقود المعاصر.

المبحث الثاني

إعادة تنظيم المشرع الجزائري لبعض أحكام عقد الإيجار ومبررات ذلك

تزامن صدور القانون المدني الجزائري سنة 1975 بموجب الأمر 58/75 مع فترة زمنية بلغ فيها المجتمع الجزائري ذروة تجسيد الدولة آنذاك لمبادئ النظام الاشتراكي، الأمر الذي انعكس على المنظومة التشريعية، بما فيها قواعد وأحكام عقد الإيجار. ومع نهاية الثمانينات وبداية التسعينات وإلى اليوم تأثرت القوانين الجزائرية بربح بمبادئ الرأسمالية، فاضطر المشرع الجزائري إلى إقرار تعديل جزئي على أحكام عقد الإيجار أيضا بموجب المرسوم التشريعي رقم 03/93. وعاد مرة أخرى ليُعدّل بعمق القواعد المنظمة لهذا العقد بموجب القانون رقم 05/07، وعليه سنقف في هذا المبحث الثاني على أهم التعديلات التي لحقت بهذه القواعد ومبررات ذلك، من خلال مطلبين اثنين.

المطلب الأول: أهم التعديلات الواردة على عقد الإيجار بموجب المرسوم التشريعي رقم 03/93 والقانون رقم: 05/07.

لقد أعاد المشرع الجزائري النظر في السياسة التشريعية المنتهجة إزاء تنظيم عقد الإيجار وفقا للتحويلات التي طرأت، وذلك في محطتين هامتين، سنة 1993، وسنة 2007، نتطرق لبعض هذه التعديلات المهمة في الفرعين التاليين.

الفرع الأول: إلغاء حق البقاء في الأمكنة المؤجرة.

من بين أهم ما يلفت انتباه المتصفح للقانون المدني الجزائري في باب العقود المتعلقة بالانتفاع بالشيء، نجد إلغاء حق البقاء في الأمكنة بالنسبة لعقد الإيجار، فقد تدخل المشرع بموجب المرسوم التشريعي رقم: 03/93 المؤرخ في 01 مارس 1993 والمتعلق بالنشاط العقاري، وبذلك قرّر المشرع الجزائري حماية المستأجر بدلا من المؤجر - الذي حضي بهذه الحماية سابقا في ظل الأمر رقم 58/75 المتضمن القانون المدني -، هادفا إلى حماية الطرف الضعيف وتشجيع الاستثمار في المجال العقاري آنذاك³⁵. أي بعدما كان يأخذ بيد المستأجر ويمنح له حق البقاء في العين المؤجرة بعد انتهاء المدة، انقلب إلى الأخذ بيد المؤجر وتشجيعه على الاستثمار في أملاكه بضمان التصرف فيها. بعدما عانى من التكبيل بسبب بقاء شاغل الأمكنة؛ الأمر الذي أدى إلى عزوف المالكين عن إيجار أموالهم.

أما القانون رقم 05/07 المؤرخ في 13 مايو 2007 المعدل والمتمم للأمر رقم 58/75 المتضمن القانون المدني الجزائري؛ فقد أكد مضمون المرسوم التشريعي السالف الذكر بإلغائه الصريح للمواد من 514 إلى 537 المنظمة لحق البقاء في الأمكنة، فأصبح انقضاء أجل عقد إيجار ما يعني ضرورة مغادرة المستأجر للعين المؤجرة فورا³⁶. ما عدا بعض الحالات التي استثنى المشرع ونظمها بأحكام انتقالية³⁷.

الفرع الثاني: اشتراط الشكلية في عقد الإيجار.

لم ينص الأمر رقم 58/75 المتضمن القانون المدني حكما يشترط شكلية معينة في إبرام عقود الإيجار، فكان يكفي فيه التراضي والتعبير عنه بأي شكل كان. إلا أن المرسوم التشريعي رقم 03/93 اشترط تجسيد العلاقة الإيجارية في نموذج خاص مكتوب ومؤرخ، بتأكيد على أنه: " تُجسّد العلاقات بين المؤجرين والمستأجرين وجوبا في عقد إيجار طبقا للنموذج الذي يُحدّد عن طريق التنظيم ويُحرّر كتابيا بتاريخ مُسمى ... " ³⁸. وقد تكفل التنظيم لاحقا بإعداد وإصدار هذا النموذج³⁹، ولم تكن هذه الشكلية للانعقاد ولا للإثبات آنذاك. ولم يكتف المشرع الجزائري بذلك فقد أقرّ حكما جديدا في القانون رقم 05/07، إذ اشترط الشكلية في عقد الإيجار؛ حيث نص على أنه: " ينعقد الإيجار كتابة ويكون له تاريخ ثابت وإلا كان باطلا " ⁴⁰. وبذلك يكون المشرع الجزائري قد ربّب حكما خطيرا وهو البطلان في حالة عدم إفراغ العلاقة الإيجارية في شكل مكتوب⁴¹ وعدم الاكتفاء باتفاق الأطراف على العين المؤجرة وبدل الإيجار والمدة. والشكلية المقصودة هاهنا هي شكلية انعقاد وليست شكلية إثبات؛ أي أن الشكلية أصبحت ركنا من أركان انعقاد الإيجار؛ وقد جاء هذا الحكم الجديد مُرتّبا ثانيا ضمن عنوان أركان الإيجار، بعدما اكتفى المرسوم التشريعي رقم 03/93 بترتيب عقوبة فقط، تُطبّق على المؤجر إذا خالف هذا الالتزام طبقا للأحكام التشريعية المعمول بها في هذا الصدد⁴²، مع الإبقاء على العقد صحيح ومنتج لأثاره.

الفرع الثالث: تعديلات وتتميمات أخرى.

أدرج المشرع الجزائري بعض التعديلات الأخرى على الأحكام المطبقة على عقد الإيجار، سواء في الموضوع تعديلا وتتماه وحذفا؛ مثلما هو الشأن بالنسبة لتحديد مدة الإيجار في العقد تحديدا صريحا ينتهي بانقضاء الإيجار بقوة القانون، مما يستتبع بالضرورة إلغاء التنبيه بالإخلاء لزوال علته وانعدام الجدوى منه. وكذا الشأن بالنسبة لإثبات عقد الإيجار، فإذا كان المشرع اشترط الكتابة كركن انعقاد في هذا العقد، فإنه تحصيل حاصل القول بأنه لا يمكن إثباته إلا بهذه الكتابة. أما بالنسبة لتنفيذ عقد الإيجار، فإنه لكي يُنفذ في مواجهة الغير، يجب توافر الشروط التي أقرها التشريع، وهي متعددة وتختلف حسب طبيعة محل عقد الإيجار؛ منقولا أو عقارا، وكذا من حيث المدة إذا كان واردا على عقار. بالإضافة إلى تعديلات أخرى مسّت الشكل؛ مثلما هو الشأن بالنسبة لاستبدال بعض المصطلحات؛ كبديل الإيجار عوضا عن الأجرة، وهو من المصطلحات المكرّسة قانونا والمعتمدة واقعا.

المطلب الثاني: مُبررات ودواعي إعادة تنظيم المشرع الجزائري لأحكام عقد الإيجار.

نظّم المشرع الجزائري عقد الإيجار بالأمر رقم 58/75، غير أنه أعاد النظر في بعض القواعد والأحكام المنظمة لهذه العلاقة العقدية الإيجارية، من خلال المرسوم التشريعي رقم 03/93 ثم القانون رقم 05/07. تحدوه في ذلك مواكبة التطور الحاصل في المجتمع وتنظيم هذا العقد من جديد بحذف بعض قواعده وتعديل وتتميم أخرى، وعليه نبحت في مُبررات ودواعي ذلك في الفروع التالية.

الفرع الأول: تكييف التشريع الوطني وفق التحويلات الاقتصادية والاجتماعية.

كما هو معلوم أن الجزائر أبقت على تطبيق القوانين الفرنسية مباشرة بعد الاستقلال إلا ما تعارض منها مع سيادتها، وذلك لضرورة المرحلة، ومع صدور القانون المدني باعتباره الشريعة العامة سنة 1975 شرع في تطبيق القواعد المنظمة لعقد الإيجار المتضمنة فيه، إلى غاية تعديل بعضها بالمرسوم التشريعي رقم 03/93، ثم تلاه القانون رقم 05/07 المعدل للأمر رقم 58/57 المتضمن القانون المدني. فبعد هذه التجربة التشريعية في مجال تنظيم الإجراءات يظهر جليا أن هذه المحطّات التشريعية التي عرفت عدة تعديلات في أحكام عقد الإيجار لم تكن عشوائية، بالقدر الذي كانت فيه ضرورة واستجابة لحتمية تكييف التشريع الوطني وفق التحويلات الاقتصادية والاجتماعية، إذ كان لا بد من دراسة الواقع السياسي والاقتصادي والاجتماعي للمجتمع الجزائري، ومسايرة القواعد القانونية وفقهه، لأن القاعدة القانونية اجتماعية بطبيعتها.

فقد ساءرت الجزائر المرحلة الاشتراكية حقبة زمنية معتبرة بإيديولوجياتها المنعكسة على النظام القانوني العام والخاص الذي يحكم العلاقات والتصرفات القانونية، ومع التحوّل إلى النظام الليبرالي مع بداية التسعينيات، شهدت البلاد تغييرات جذرية في أنماط الحياة الاقتصادية والاجتماعية التي تقتضي مواكبة النظام الاقتصادي الحر، حيث برزت مفاهيم قانونية جديدة ذات صلة بمبادئ حقوق الإنسان والمساواة وملاءمتها مع طبيعة ونوع العلاقات بين الأشخاص داخل المجتمع⁴³. فكان من الضروري تكريس المزيد من المبادئ القانونية المترجمة للخيارات الاقتصادية القائمة بالأساس على مبدأ سلطان الإرادة وتشجيع المنافسة

الحرّة المشروعة وحماية الملكية الفردية، اعتباراً أنّها محور المعاملات المدنية وامتدادها إلى فروع القوانين الأخرى. فجاء إلغاء حق البقاء في الأمكنة بالنسبة لعقد الإيجار لإحداث الشفافية والمرونة والموازنة بين حقوق والتزامات المتعاملين في سوق العقار، والتخفيف من حدة أزمة السكن؛ بعدما كاد أن يجرد حق البقاء المؤجر من ملكيته، الذي استعصى عليه إتباع إجراءات معقدة لاسترجاع العين المؤجرة، مما أدى إلى عزوف مُلاك المحلات السكنية والمهنية عن تأجيرها والإبقاء عليها مغلقة، فازدادت أزمة السكن⁴⁴.

الفرع الثاني: حماية الحقوق وضمان عدالة واستقرار المعاملات

إن اشتراط المشرع ضرورة إفراغ إيجار المحلات السكنية والمهنية في عقد مكتوب وتقرير جزاء البطلان في حالة تخلف ذلك، من شأنه ضمان استقرار واستمرار المعاملات وتأمين العلاقات التعاقدية بين الأطراف (مؤجرين ومستأجرين)، وكذا حماية حقوقهم وحقوق الغير أيضاً؛ كالسماح لإدارة الجباية باستيفاء وقبض حقوق التسجيل، إضافة إلى تحصيل حقوق الضريبة على الدخل من خلال هذه المعاملات والتصرفات القانونية⁴⁵.

فإذا كان مضمون العقد عامة هو تنظيم مصالح متعارضة بين أطرافه، في ظل التضارب الموجود بين مطامح الأطراف لتحقيق مكاسب أفضل من جهة وبين مبادئ العدالة العقدية، فإنه من الضروري جداً تغليب العدالة دائماً⁴⁶. وإننا نرى أن مراجعة حقوق والتزامات المؤجر والمستأجر على حد السواء، يُفضي لا محال إلى تحقيق العدالة العقدية، وإقرار التوازن الاقتصادي لهذا العقد، - بعدما كان يحق للمستأجر البقاء في العين المؤجرة ولا يمكن للمؤجر استرجاعها ببساطة -، لأن حق الملكية والتمتع بها واستغلالها والتصرف فيها مضمون لا محال، بعيداً عن التّعسف والإذعان، وبروز طرف ضعيف وطرف قوي يُملي شروطه في ظل الحرية المفرطة. لذلك حُدَّ سلطان إرادة الأطراف المتعاقدة وتدخل سلطان التشريع والتنظيم ليُلطّف من هذه الحدة ويعيد للعقد توازنه المفقود، وهذا لا يعني القفز على حرية التعاقد - التي تبقى هي الأصل - بل إن هذا التدخل التشريعي يُعد تنظيماً لهذا العقد وحماية لأطرافه، وتفصيلاً وتسهيلاً لآليات ومتطلبات الإيجار التي يجهلها أو يغفلها الأطراف بحكم الإمكانيات والتقنيات المتاحة للسلطة العامة وتجربتها في مسألة التشريع والتنظيم ليس إلا.

الفرع الثالث: تطور وظيفة الدولة⁴⁷.

إن التحول الذي أفرز الانتقال من الفردانية المطلقة إلى منطق النظرة الجماعية، أثر بشكل واضح على أحكام العقود - ومنها عقد الإيجار - فلم تُعد تعني أطرافها فقط، بل صارت مرتبطة بمصالح عامة حيوية تُملئها الضرورة الاجتماعية فتحميها الدولة، ولما كانت تُلبي حاجة فردية أضحت وسيلة تُلبي مصلحة ومنفعة عامة⁴⁸، ومن ثم فإن مصلحة الفرد مُتضمنة في مصلحة الجماعة، والفرد عنصر مُشكّل للجماعة.

فقد ساد مفهوم حديث للعقد بعد أن طرأت تطورات اقتصادية واجتماعية وسياسية⁴⁹، مما أثر على وظيفة الدولة، فأصبحت تُنظم العلاقات التعاقدية وتتدخل بشكل أو بآخر في تسيير دواليب الحياة الاقتصادية وتوجيه الحياة الاجتماعية؛ وهو ما يُعبّر عنه الفقه القانوني⁵⁰، بـ «بعميمة وجميعية العقد (Publication et

حتى صارت جُلّ الروابط القانونية والتصرفات القانونية رهينة النشاطات الاقتصادية والاجتماعية، حيث أن كثافة هذه الأخيرة نتج عنه تطور القواعد القانونية وتعدد واتساع مجال العلاقات التعاقدية مما أفرز ذلك التداخل المستمر في العلاقات التعاقدية⁵¹. وهذا التطور الحاصل في وظيفة الدولة لا يعني بتاتا اندثار مبدأ سلطان الإرادة، بل تحوّل من مبدأ حرية الإرادة الفردية إلى مبدأ سلطان الإرادة الجماعية على حد تعبير البعض⁵² الذي يقدر المصلحة العامة على الخاصة. والحقيقة أن تفضيل مصالح الجماعة على حساب مصالح الأفراد لا يندرج إلا في سياق تحقيق المصلحة العامة المشتركة؛ إذ أن هذه الأخيرة تُفضي إلى تحقيق المصلحة الفردية بالتبعية.

وفي هذا الصدد يقول الفقيه جوسران (Josserand): " إن العقد أخذ يخرج أكثر فأكثر من العمل المشترك للأطراف ولم يعد اتفاقاً مُنعقداً في ظل الحرية التعاقدية، ومنجزاً بفعل الإرادة المتساوية الحرة، فقد أصبح مُوجّهاً من السلطة العمومية أو من أحد الأطراف والذي يفرض صيغته وشروطه على الأطراف الأخرى " ⁵³. فالملاحظ على قواعد عقد الإيجار أن القواعد المُكمّلة تطغى على القواعد الأثرة، غير أن هذه الأخيرة ازدادت واتّسعت بدافع تصويب وتسوية العلاقة الإيجارية وتكييفها مع مستجدات الظروف المحيطة بها. وفي تقديرنا أن هذا التدخل ما هو إلا إرادة أخرى مكملة لإرادة الأطراف المتعاقدة التي تبقى هي الأصل، وهو ما انتهجه المشرع الجزائري بالنسبة للموازنة بين حقوق المؤجر والمستأجر في التعديلات التي مسّت أحكام عقد الإيجار.

تلکم هي أهم المبررات التي نرى أنها أصبحت كافية للتدخل في العلاقات التعاقدية عامة وعقد الإيجار محل الدراسة خاصة، عن طريق التشريع وحتى القضاء بهدف الحد من الحرية العقدية المفرطة تحت ستار المصالح الحيوية للمجتمع، التي تندرج ضمن ما يسمى بالنظام العام. التي لا يمكن مخالفتها في كل الأحوال؛ لأن غايتها الموازنة بين الإرادة والعدالة والمصالح العام⁵⁴، وكذا حفظ المراكز القانونية وضمان حماية المصلحة الكلية للجماعة⁵⁵، وحماية الطرف الضعيف، ومن ثم يأخذ هذا النظام العام المقيد لحرية التعاقد صورتين؛ النظام العام الاقتصادي التوجيهي والنظام العام الاجتماعي الحمائي⁵⁶. وهكذا يظهر التطور الذي لحق بفكرة النظام العام لما تضاعفت نصوصها واتخذت صوراً عديدة وجديدة، وفي هذا الشأن يرى البعض أن النظام العام الكلاسيكي سلبى أساساً، لأنه يظهر في التشريع المانع لبعض العقود أو بعض الشروط، في حين أن النظام العام المعاصر أكثر إيجابية؛ لأن المشرع يفرض من خلاله سلطان ومضمون العقد⁵⁷.

وعليه، فإن كل تعديل أو تميم لقاعدة قانونية في أحكام عقد الإيجار تندرج في نطاق ونهج التوفيق بين مصالح والتزامات وحقوق المتعاقدين أفراداً وجماعات، وكذا بين الإرادة والحرية الفردية من جهة وبين الإرادة التشريعية والسلطة العامة الحامية للمصلحة العامة من جهة أخرى.

خاتمة:

في ختام هذه الدراسة، وبعد الوقوف على تحديد مفهوم عقد الإيجار ذي الاستعمال السكني والمبني بالخصوص، وإبراز الأهمية القانونية والاقتصادية والاجتماعية التي يكتسبها في حياة الأشخاص فرادى

وجماعات بدافع الحاجة أو الاستثمار، وبعد الإطالة على أهم النصوص القانونية التي تكفلت بتنظيم هذا العلاقة الإيجارية في التشريع الجزائري؛ سواء من خلال الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني، أو المرسوم التشريعي رقم 03/93 المؤرخ في 01 مارس 1993 المتعلق بالنشاط العقاري، أو القانون رقم 05/07 المؤرخ في 13 مايو 2007 المعدل والمتمم للقانون المدني؛ حيث أدخل المشرع الجزائري بعض التعديلات المهمة على هذه القواعد المنظمة لعقد الإيجار ذي الطابع السكني والمهني.

وقد اتضح لنا أن هذا التعديل الجزئي أو الكلي الذي لحق ببعض الأحكام القانونية يُعد تكريسا لإرادة وحرية الأطراف في هذا العقد تارة، وحدًا وترويضًا لها تارة أخرى، وهو يستند إلى العديد من المبررات والدواعي. فالمشرع الجزائري تبني مبدأ سلطان الإرادة وحرية الأشخاص في عقد الإيجار أصلا؛ نظرا لسيادة هذا المبدأ وضرورته واستحالة الاستغناء عنه باعتباره أساس كل العقود، غير أنه أورد قيودا واستثناءات عليه أملتها ظروف وحتميات. - بالرغم من اتساع مساحة الاستثناءات - حيث أن القانون المدني الجزائري بما تضمن من أحكام تتعلق بعقد الإيجار جاءت لتحمي حرية تعاقد الأشخاص غير أن هذه الحرية ليست مطلقة بل تقف عند حدود معينة لا يمكن تجاوزها حرصا على النظام العام أو المصلحة الجماعية.

إن أحكام عقد الإيجار في القانون الجزائري في فترة السبعينات والثمانينات كانت تتماشى والنهج الاشتراكي المتبني آنذاك، وبعد التسعينات وإلى اليوم حدثت تغيرات وطرأت مستجدات بسبب التحول إلى النهج الليبرالي؛ الذي يقتضي تكريس الحرية أكثر على مستوى المنافسة وترقية الاستثمار، فكان من الضروري أن تُواكب تلك الأحكام ذلك، ومهما كان سواء ظهور النزعة والمصلحة الفردية أو الجماعية على فلسفة القانون المنظم للإيجار كعلاقة تعاقدية؛ فإن المشرع الجزائري حاول التوفيق بين مصالح المتعاقدين المشتركة أو المتضاربة، ومعاصرة التطور الحاصل مع مسيرة ديناميكية حركة التشريع الواسعة، في ظل إصلاح المنظومة التشريعية الوطنية وتكييفها وتحيينها؛ عملا بشعار التشريع مرآة عصره لأنه يعكس حقيقة الوضع الاقتصادي والاجتماعي في أي مجتمع، على أن يكون تدخل التشريع أو التنظيم مكملا لحرية وإرادة أطراف العقد لا مُلغيا لها.

الهوامش:

¹ لقد صدر القانون رقم 157/62 المؤرخ في 31 ديسمبر 1962 الذي تضمن تمديد العمل بالقوانين الفرنسية إلا ما تعارض منها مع السيادة الوطنية وحقوق الإنسان، وخصوصيات مجتمعنا العربي المسلم، وذلك إلى غاية 05 يوليو 1975.

² سورة النساء، الآية 24، وسورة الطلاق، الآية 06.

³ ابن منظور، لسان العرب، الباحث العربي، قاموس عربي عربي، باستخدام الموقع الإلكتروني: <http://baheth.info/all.jsp>.

⁴ هلال شعوة، الوجيز في شرح عقد الإيجار في القانون المدني، وفق أحدث النصوص المعدلة، جسر للنشر والتوزيع، المحمدية، الجزائر، ط. 01، سنة 2010، ص. 12.

⁵ هلال شعوة، المرجع السابق، ص. 12.

⁶ محمدي فريدة، عقد الإيجار وفقا للقانون رقم: 05/07 المتضمن تعديل القانون المدني الجزائري، كلية الحقوق، بن عكنون، الجزائر، 2009/2008، (مطبوعة غير منشورة)، ص. 01.

- ⁷ المادة 467 من القانون رقم: 05/07 المؤرخ في 13 مايو 2007 المعدل والمتمم للأمر رقم 58/75 المتضمن القانون المدني، ج. ر. ج. ج. ع. 31، المؤرخة في 13 مايو 2007، ص. 03.
- ⁸ المادة 467 من الأمر رقم: 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، ج. ر. ج. ج. ع. 78، المؤرخة في 30 سبتمبر 1975، ص. 1017، 1018.
- ⁹ هلال شعوة، المرجع السابق، ص. 07.
- ¹⁰ هلال شعوة، المرجع السابق، ص. 11.
- ¹¹ المادة 20 من المرسوم التشريعي رقم 03/93 المؤرخ في 01 مارس 1993 المتعلق بالنشاط العقاري، ج. ر. ج. ج. ع. 14، المؤرخة في 03 مارس 1993، ص. 07.
- ¹² المادة 22 من نفس المرسوم التشريعي، ص. 08.
- ¹³ هذه أهم القواعد التشريعية التي تحكم وتنظم عقد الإيجار، وقد ركزنا على الإشارة إلى الأحكام الواردة في القانون المدني والمنظمة له، على أن نعود بشيء من التفصيل إلى هذه التعديلات ومبرراتها في المبحث الثاني.
- ¹⁴ عبد الرزاق أحمد السهري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج. 01، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، ط. سنة: 2004، ص. 70.
- ¹⁵ جاك غيستان (J.GHESTIN)، المطول في القانون المدني، تكوين العقد، ترجمة منصور القاضي، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، ط. 01، سنة: 2000، ص. 53.
- ¹⁶ محسوب محمد، أزمة العدالة العقدية في القانون الروماني، دراسة تحليلية مقارنة مع الفكر القانوني الحديث، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ط. سنة: 2000، ص. 127.
- ¹⁷ المادة 59 من الأمر رقم 58/75 المتضمن القانون المدني الجزائري، السابق ذكره، ص. 993.
- ¹⁸ MALLAURIE Ph., AYNES L., et STOFFEL-MUNCK Ph., Droit civil, Les obligations, Defrénois, Paris, France, 02^e éd. 2005, p. 357.
- ¹⁹ أحمد عيسى، الدولة بين الفرد والجماعة في المجال التعاقدية، مجلة: دراسات قانونية، مخبر القانون الخاص الأساسي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، ع. 04، سنة: 2007، ص. 51.
- ²⁰ فتحي عبد الرحيم عبد الله، شرح النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، (بدون ذكر دار ومكان النشر)، ط. 03، سنة: 2001/2000، ص. 26.
- ²¹ لتفاصيل أكثر عن فكرة الإرادة والعقد تُراجع: حليس لخضر، مكانة الإرادة في ظل تطور العقد، دراسة لبعض العقود الخاصة، رسالة دكتوراه في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، الجزائر، السنة الجامعية: 2015/2016، وقد نوقشت بتاريخ: 15 يونيو 2016، ص. 13-250.
- ²² Benslimane née Hadj Mokhtar Leila, de la théorie de l'autonomie de la volonté et de ces effets dans le droit contractuel algérien, mémoire de magister en droit privé, institut de droit et des sciences administratives, université d'Oran, Algérie, 1983, p. 06 et 08.
- ²³ المادة 106 من القانون المدني الجزائري، وتقابلها المادتان 1134 و 147 من القانونين المدنيين الفرنسي والمصري على التوالي.
- ²⁴ BENABENT A., Droit Civil, Les obligations, Montchrestien, Paris, France, 08^e éd., 1997, p. 193.
- ²⁵ FALLON B-H., et SIMON A-M., Droit Civil, éd. Dalloz, Paris, France, 04^e éd. 1997, p. 219.
- ²⁶ المادة 467 من القانون رقم 05/07 المعدل والمتمم للأمر رقم 58/75 السالف الذكر.
- ²⁷ أحمد عيسى، المرجع السابق، ص. 53.
- ²⁸ بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، ج. 01، التصرف القانوني، العقد والإرادة المنفردة، د. م. ج. بن عكنون، الجزائر، ط. 03، سنة: 2004، ص. 203.
- ²⁹ إسحاق إبراهيم منصور، نظريتنا القانون والحق وتطبيقاتهما في القوانين الجزائرية، د. م. ج. بن عكنون، الجزائر، ط. 09، سن: 2007، ص. 31، 32. وكذلك: محمد سعيد جعفرور، مدخل إلى العلوم القانونية، الوجيز في نظرية القانون، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، بوزريعة، الجزائر، ط. سنة: 2004، ص. 20.

- ³⁰ إن اصطلاح النظام العام (l'Ordre Public) من المصطلحات التي استعصى على الفقه والتشريع التصدي لها بضبط مفهوم جامع مانع لها، كونه ذو مفهوم فضفاض ونسبي ومتغير زمانا ومكانا، وقد عرّفه البعض بأنه مجموعة النظم والقواعد التي قصد بها إلى المحافظة على حسن سير المصالح العامة في الدولة وإلى ضمان الأمن والأخلاق في المعاملات بين الأفراد بحيث لا يجوز للأفراد أن يستبعدوها في اتفاقاتهم؛ لتفاصيل أكثر يُراجع: فيلاي علي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، موفم للنشر والتوزيع، الجزائر، ط.01، سنة: 2001، ص. 208، 209.
- ³¹ فيلاي علي، المرجع السابق، ص. 211.
- ³² فيلاي علي، المرجع السابق، 2001، ص. 41.
- ³³ عابد فايد عبد الفتاح فايد، تعديل العقد بالإرادة المنفردة، محاولة نظرية في قانون الالتزامات المقارن، دراسة تطبيقية في عقود السفر والسياحة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ط. سنة: 2005، ص. 16.
- ³⁴ بن شعبان حنيفة، محاضرات في نظرية الالتزام، (غير منشورة)، كلية الحقوق، بن عكنون، الجزائر، السنة الجامعية 2002/2003، ص. 16.
- ³⁵ محمدي فريدة، المرجع السابق، ص. 05.
- ³⁶ تجدر الإشارة إلى أن الإيجارات المقصودة هي الإيجارات ذات الاستعمال السكني، أما نظيرتها ذات الاستعمال التجاري فقد سمح المشرع الجزائري بتمديد عقود الإيجار فيها (حق البقاء) بموجب المادة 172 وما بعدها من الأمر 59/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون التجاري، ج. ر. ج. ع. 101، المؤرخة في 19 ديسمبر 1975، ص. 19. غير أن المشرع تراجع عن ذلك وألغى حق البقاء في هذه الأمكنة ذات الاستعمال التجاري، وأصبح التنبيه بالإخلاء والتعويض الاستحقاقى مرتبطان بإرادة المؤجر والمستأجر، بموجب نص المادة 187 مكرر من القانون التجاري السالف الذكر، والتي جاء في فقرتها الثانية أنه: "... يُلزم المستأجر بمغادرة الأمكنة المستأجرة بانتهاء الأجل المحدد في العقد دون حاجة إلى توجيه تنبيه بالإخلاء ودون الحق في الحصول على تعويض الاستحقاق المنصوص عليه في هذا القانون، ما لم يشترط الأطراف خلاف ذلك".
- ³⁷ مثلما هو الشأن بالنسبة للإيجارات التي تم إبرامها في ظل القانون القديم، فإنها تبقى خاضعة له مدة عشر (10) سنوات بدء من نشر القانون الجديد في الجريدة الرسمية، حسب نص المادة 507 مكرر من القانون رقم 05/07 المعدل والمتمم للأمر رقم 58/75 المتضمن القانون المدني الجزائري، أو الأشخاص الطبيعيين البالغين ستين (60) سنة عند تاريخ نشر هذا القانون، فإنهم يتمتعون بحق البقاء إلى غاية وفاتهم، ما عدا ذلك يسري مبدأ الفورية في تطبيق القوانين من حيث الزمان.
- ³⁸ الفقرة الأولى من المادة 21 من نفس المرسوم التشريعي، ص. 07.
- ³⁹ طبقا للمرسوم التنفيذي رقم 69/94 المؤرخ في 19 مارس 1994، الذي صادق على النموذج المنصوص عليه في المادة 21 من المرسوم التشريعي رقم 03/93، والمتعلق بالنشاط العقاري، ج. ر. ج. ع. 17، المؤرخة في 03 مارس 2994، ص. 09، 10.
- ⁴⁰ المادة 467 مكرر من القانون رقم 05/07 السالف الذكر، ص. 03.
- ⁴¹ وبهذا الخصوص نشير إلى أن المشرع الجزائري لم يشترط الكتابة الرسمية التي يتولى الإشراف عليها وإعدادها وتحريها الضابط العمومي قانونا، إلا ما استثنى من ذلك حسب نص المادة 324 و 324 مكرر من القانون المدني الجزائري، (كعقود الإيجار الزراعية والتجارية، إضافة إلى العقود الأخرى)، بمعنى أنه يمكن أن تكون كتابة عقد إيجار بشكل عرفي.
- ⁴² حسب نص الفقرة الثانية من المادة 21 من المرسوم التشريعي رقم 03/93 السالف الذكر.
- ⁴³ الجريدة الرسمية لمداولات المجلس الشعبي الوطني، الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، محضر الجلسة العلنية الثانية المنعقدة في 26 مارس 2007، السنة الخامسة رقم 223، المؤرخة في 11 أبريل 2007، ص. 04.
- ⁴⁴ الجريدة الرسمية لمداولات المجلس الشعبي الوطني، الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، المرجع السابق، ص. 03، 04.
- ⁴⁵ الجريدة الرسمية لمداولات المجلس الشعبي الوطني، الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، المرجع السابق، ص. 04.
- ⁴⁶ محمد وحيد الدين سوار، الاتجاهات العامة في القانون المدني الأردني، دراسة موازية بالفقه الإسلامي والمدونات العربية، ط. 01، سنة: 1996، ص. 111.
- ⁴⁷ لتفاصيل أكثر عن هذه الفكرة تُراجع مذكرتنا: علاق عبد القادر (أساس القوة الملزمة للعقد وحدودها، دراسة مقارنة، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، الجزائر، السنة الجامعية: 2006/2007، ص. 98-99).
- ⁴⁸ فيلاي علي، المرجع السابق، ص. 41.

-
- ⁴⁹ فاضلي إدريس، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، العقد، الإرادة المنفردة، الفعل المستحق للتعويض، الإثراء بلا سبب، القانون، قصر الكتاب، (بدون ذكر مكان النشر)، ط. سنة: 2006، ص. 126.
- ⁵⁰ فيلاي علي، المرجع السابق، ص. 41.
- ⁵¹ عبد المنعم موسى إبراهيم، حسن النية في العقود، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، ط. سنة: 2006، ص. 83 وما بعدها.
- ⁵² محفوظ لعشب، عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري والمقارن، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، ط. سنة: 1990، ص. 155.
- ⁵³ عبد المنعم موسى إبراهيم، المرجع السابق، ص. 115.
- ⁵⁴ عبد الزقاق أحمد السهوري، المرجع السابق، ص. 126.
- ⁵⁵ محمد الصالح خزاز، المفهوم القانوني لفكرة النظام العام، مجلة: دراسات قانونية، دار القبة للنشر والتوزيع، الوادي، الجزائر، ع. 06، جانفي 2003، ص. 41.
- ⁵⁶ خديجة فاضل، تعديل العقد أثناء التنفيذ، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، بن عكنون، جامعة الجزائر، الجزائر، السنة الجامعية: 2002/2001، ص. 09 وما بعدها.
- ⁵⁷ FLOUR J., AUBERT J-L., et SAVEAUX E., Droit civil, Les obligations, l'acte juridique, éd. D. Delta, Paris, France, 10^e éd., 2002, p.76.

أثر المبادئ الأساسية لعمل السلطات الإدارية المستقلة على مدى استقلاليتها
- دراسة مقارنة بين الجزائر و فرنسا -

The impact of the basic principles of independent administrative
authorities on their independence
- A comparative study between Algeria and France -

سامية قلوشة

طالبة دكتوراه

كلية الحقوق والعلوم السياسية-جامعة تلمسان

fleueamell3@gmail.com

ملخص

إنّ السلطات الإدارية المستقلة هيئات أنشأها المشرع في الجزائر آخذا عن المشرع في فرنسا، من أجل تنظيم القطاعات الحيوية مثل القطاع الاجتماعي والثقافي وخاصة القطاع الاقتصادي ولهذا منحت لها سلطات عدة من أجل ضمان استقلاليتها في أداء عملها، أي عدم تبعيتها للوصاية أو الرقابة الرئاسية، لكن هذا لا يمنعها من أن تبقى تابعة للسلطة التنفيذية لأنها ممولة نسبيا من قبلها و أنّها تفتقد إلى الشخصية المعنوية في بعضها وان قراراتها تخضع لرقابة القضاء وهذا يؤثر على استقلاليتها في أداء مهامها. الكلمات المفتاحية: تنظيم، سلطات، تبعيتها، الوصاية، الرقابة الرئاسية، الاستقلالية.

Abstract:

The independent administration authorities are bodies created by the Algerian legislator inspired by his French counterpart, to regulate a number of business sectors, in particular social, cultural, ... and especially economic. They are endowed of a number of powers. These authorities have certain degree of Independence vis-à-vis sectors of control. On the legal plan, they are not subjected to the hierarchical authority of a trusteeship, an independence that could not mean irresponsibility, because they report their actions in the executive or legislative power or in the one who named them.

Keywords: regularization, power, dependence, trusteeship, hierarchical control, Independence.

مقدمة

تمّ إنشاء هذه السلطات الإدارية المستقلة في الجزائر في سنة 1990 ، وكانت الهيئة الأولى في مجال الإعلام و المتمثلة في المجلس الأعلى للإعلام ، و التي أعطاهها المشرع وصف الهيئة الإدارية المستقلة¹، إنّ الفكرة الذي راودت المشرع الجزائري هي حول مدى تقبل البنية المؤسساتية للهيئات الإدارية المستقلة، بمعنى استقلالية هذه الهيئات.

إنّ ظهور السلطات الإدارية المستقلة له علاقة بالعمولة التي تتطلب تحرير السوق، بمعنى رفع الحواجز بين دول العالم؛ والهدف من ذلك هو دفع وتيرة الإنتاج، ممّا أدّى بالجزائر إلى الأخذ بالتنوع في القوانين و في المؤسسات فاستوردت تكنولوجيا قانونية، نظرا لما فرضه الواقع المهيمن عليه النظام الرأسمالي العالمي، وهو ما عبّر عنه الأستاذ رشيد زوايمية بنظام المفتاح في اليد (clés en main)²، و من هنا تظهر حداثة الموضوع ، وكذا أهميته بما انه يتفرع إلى عدة جوانب اقتصادية و اجتماعية و قانونية .

ان السلطات الإدارية المستقلة تعتمد على مبادئ وآليات يجب أن تستند عليها من أجل أن تقوم بمهامها باستقلالية ، فما هي هاته المبادئ الأساسية و ما مدى فعاليتها لتحقيق الاستقلالية في الجزائر مقارنة بفرنسا؟ لقد اعتمدت المنهج التحليلي و المقارن للدراسة لما له من انسجام مع البحث.

إن هذه المبادئ تتمثل في الاستقلالية المالية و الإدارية من أجل ضمان الاستقلالية (المبحث الأول) و إلى آليات أخرى لضمان الاستقلالية في أداء مهامها (المبحث الثاني).

المبحث الأول: مبدأ الاستقلال المالي والإداري

دليل استقلالية السلطات الإدارية المستقلة-دراسة مقارنة-

ان السلطات الإدارية المستقلة تتمتع بالسلطة التي تؤهلها للقيام باختصاصات عديدة، وليس القيام بالمهام المنوطة بها فقط والخاصة بالسلطات الإدارية التقليدية والمتمثلة في تنفيذ قرارات السلطة التنفيذية. فهي بذلك تقوم بإصدار القرارات الفردية وتقوم بإبرام الاتفاقيات، فتغير في المراكز القانونية للأفراد، وكذا في النظام القانوني للسلطات، فهي مختلفة عن الهيئات الاستشارية. كما أنها من أجل أن تكون مستقلة في قراراتها، يجب أن تكون مستقلة ماديا، وأن تكون تشكيلة أعضائها متعددة ، كما أنه يمكن أن تكون لها سلطات أخرى غير إصدار القرارات للقيام بالضبط³.

ولهذا فان السلطات الإدارية المستقلة يجب أن تكون لها دعائم وظيفية تخصّ الاستقلالية المالية و الإدارية (المطلب الأول) وتمكينها من ممارسة سلطات عديدة أخرى(المطلب الثاني).

المطلب الأول: الدعائم الوظيفية لعمل السلطات الإدارية المستقلة

من اجل قيام السلطات الإدارية المستقلة بوظيفتها المستقلة، يجب أن تتمتع بخصائص عدّة، الاستقلال المالي (الفرع الأول)، ثم الاستقلال الإداري (الفرع الثاني).

الفرع الأول: مبدأ الاستقلال المالي

إلى جانب الاستقلالية العضوية للسلطات الإدارية المستقلة، فإنّ الاستقلال المالي يعدّ من بين أهمّ الدعائم لتحقيق الاستقلال الوظيفي، أي عدم التبعية للسلطة التنفيذية. ففي الجزائر ان معظم السلطات الإدارية مستقلة ماديا بحكم تمتّعها بالشخصية المعنوية، ما عدا مجلس النقض والقرض، و اللجنة المصرفية، وكذا لجنة الإشراف على التأمينات⁴، بما أنها لا تتمتع بالشخصية المعنوية⁵، حيث تكون تابعة للسلطة التنفيذية في تمويلها. ومن هنا يظهر الفرق بين الجزائر وفرنسا من حيث أن جل السلطات الإدارية المستقلة في فرنسا لا تتوفر على الشخصية المعنوية وبالتالي يطرح التساؤل حول كيفية تمويل نفسها؟ إنّ السلطات الإدارية المستقلة تموّل نفسها من إيراداتها أو عن طريق ميزانية الدولة أي تدرج ميزانيتها ضمن ميزانية الوزارة المعنية، بما يعرف بميزانية استقلالية التسيير، أو استقلالية البرمجة وتنفيذ الميزانية⁶.

أما عن ميزانية السلطات الإدارية المستقلة في فرنسا، فإنّها مسجّلة في الميزانية العامة، ولذا فإنّ تخصيص هاته الميزانية يمنحها جانبا ضيقا من حرية التسيير المالي. أمّا بخصوص السلطات الإدارية التي لها شخصية معنوية كسلطة الأسواق المالية (autorité des marchés financiers) فإنّها تتمتع باستقلالية مالية (autonomie financière)⁷. ولقد اعترف المشرّع الجزائري للجنة البورصة ومراقبتها بالاستقلال المالي، ومع ذلك فإنّها لا تتمتع بالاستقلال المطلق بسبب تدخّل الدولة في تمويلها عن طريق الإعانات المخصّصة للتسيير. وبالتالي تظهر حتمية رقابة الدولة على هاته الإعانات الممنوحة لها، كما أنّه لا يوجد نصّ تنظيمي، يبيّن مقدار الإعانات.

وبخصوص لجنة ضبط الكهرباء والغاز، فإنّها تتمتع بالاستقلال المالي، حسب المادّة 112 من القانون رقم 01-02 لسنة 2002⁸، إلا أنّ الدولة تراقب صرف الميزانية طبقا للمادّة 140 من نفس القانون. وبخصوص سلطة ضبط البريد والمواصلات السلكية واللاسلكية، فإنّها تتمتع بالاستقلال المالي. وفقا للمادّة 10 من القانون رقم 03-2000 لسنة 2002⁹. كما نصّت المادّة 22 على مصادر تمويل نشاط السلطة والمتمثّلة في المكافآت مقابل أداء الخدمة ومساهمة المتعاملين مع السلطة، أمّا بخصوص الوكالة الوطنية للممتلكات المنجمية، فلقد نصّت المادّة 43 من القانون 10-01 الصادر سنة 2001¹⁰، على تمتّعها بالاستقلال المالي ونصّت المادّة 52 من نفس القانون على طريقة تمويل نشاطها من خلال الاعتمادات الممنوحة من الدولة والصندوق للأملاك العمومية المنجمية، ممّا يجعل استقلاليتها نسبية. أمّا عن الوكالة الوطنية للمواد الصيدلانية المستعملة في الطب البشري، فتعدّ أكثر استقلالاً في تمويل نشاطها، طبقا لما نصت عليه المواد

173 الفقرة 5 وكل من الفقرتين 6 والفقرة 118¹¹. أما عن سلطة المياه، فالمادة 02 من المرسوم التنفيذي رقم 80-2008¹²، "تنص على أنها تموّل نفسها بنفسها، ومن إعانات الدولة طبقا لنفس المادة من نفس المرسوم"¹³. أما الموارد المالية لمجلس النقض والقرض واللجنة البنكية، فإنه يتكفل بها البنك الجزائري، ونفس الأمر بخصوص لجنة التأمينات اين يتم تمويلها من ميزانية الدولة مع العلم أن هاته السلطات لا تحوز على الشخصية المعنوية كما ذكرنا سالفا¹⁴.

الفرع الثاني : الاستقلال الإداري

ان الاستقلال الإداري للسلطات الإدارية المستقلة يتمثل في إمكانية القيام بعملية اصدار القرارات وتعديلها. إلا أن مجلس الدولة الفرنسي¹⁵ اعترف لبعض السلطات الإدارية المستقلة بهذه السلطة ك لجنة الوصول الى الوثائق الإدارية (C.A.D.A)¹⁶.

وعندما يتعلق الأمر بحماية المستهلك أو تحسين العلاقة بين الإدارة والمدار، فإنها لاتعتبر جهازا استشاريا لأن توصياتها وآراءها ذات أهمية كبيرة. ففي فرنسا تنشر ويؤخذ بها لما لها من قوة وحجة في الإقناع نظرا لأنها صادرة عن خبراء متخصصين في الميدان وأن هذه الآراء قد تصنع القانون وتحوله من قانون مستمد من العقل (Droit mou) الى قانون واقعي (droit pratique) ومنه الانتقال من إدارة الضبط (administration de régulation) الى دولة ما بعد الحداثة (Etat -postmodern) ثم إلى قانون الضبط (Droit de regulation) ومن ثم التوصل الى انتاج القانون، أي قانون ما بعد الحداثة (Droit post-moderne) والذي يوصف على أنه مرن ومتعدد، من خلال ذلك تظهر استقلالية هاته السلطات من حيث أنها تصنع القانون الذي يلائم عملها، ومنه فإنها مستقلة نظرا لتمتعها بالطابع الإداري في أداء مهامها، لذلك بقي مفهوم السلطة يدور بين المعني الضيق والواسع. وعلى أي حال فان السلطات الإدارية المستقلة، عندما تجمع بين عنصرين السلطة بالإضافة الى الاستقلالية، فإنها تؤدي مدلول السلطة الإدارية¹⁷.

إن الاستقلالية الإدارية في الجزائر، تظهر في التسيير من خلال تحديد مهام المستخدمين، كما تظهر من خلال تصنيفهم وتحديد رواتبهم، ومن خلال التنسيق بين المصالح الإدارية والتقنية التي تكون تحت سلطة رئيس إحدى هاته الهيئات المستقلة، أي منحها استقلالية لتسيير الهيئة. ونذكر هنا مثلا يتعلق بلجنة تنظيم عمليات البورصة ومراقبتها إذ تنص المادة 03 من القانون رقم 2000-03 المؤرخ في 28 سبتمبر 2000 والمتضمن تنظيم وسير المصالح الإدارية والتقنية للجنة تنظيم عمليات البورصة ومراقبتها، على أنه يتم تحديد مهام وصلاحيات المصالح الإدارية والتقنية للجنة بقرار من رئيس اللجنة. أما المادة 07 من نفس النظام فتتصّ على أنه تحدد رواتب المستخدمين وتصنيفهم بقرار من الرئيس بعد استشارة اللجنة¹⁸. هذا وتجدر الإشارة الي أن فكرة الطابع الإداري للسلطات الإدارية هي من تكييف المشرع مثلما فعل المشرع بخصوص لجنة البورصة في سنة 2003، بالإضافة إلى أنه في مضمون تعريف السلطات الإدارية المستقلة،

فإنها تتسم بالسلطة ، وبالتالي فإنها تصدر القرارات، والتي يرجع اختصاصها الأصلي إلى السلطة التنفيذية¹⁹. على أن بعض السلطات الإدارية المستقلة من تتمتع بالطابع الإداري، نذكر الجزائرية للمياه، التي تكيف كذلك على أنها مؤسسة عمومية ذات طابع صناعي وتجاري تابعة لوصاية الوزارة المكلفة بالموارد المائية، وبالتالي لا يمكنها أن تتمتع باستقلالية التسيير، إذن لا يمكن أن نكفيها في نفس الوقت على أنه سلطة ذات طابع إداري، ومع ذلك فإن تكييف المشرع لهذه السلطات الإدارية المستقلة كان الغرض من ورائه الخدمات التي تقدمها كخدمة المياه. ونستطيع إعطاء مثال آخر بخصوص سلطة الهيدروكربور بحيث أن القانون المنظم لها في المادة²⁰12 ينص على:

(Les agences hydrocarbures ne sont pas soumises aux règles applicables à l'administration notamment en ce qui concerne leur organisation fonctionnement et le statut du personnel qui y exerce, elles disposent d'un patrimoine propre. la comptabilité des agences hydrocarbures est tenue en la forme commerciale doit dresser un bilan propre, régie par les règles commerciales dans leurs relations avec les tiers).

أن سلطة الهيدروكربور لا تخضع لذات القواعد المطبقة على الإدارة التقليدية فيما يخص تسيير أعمالها وعمل الموارد البشرية الموجودة بها، وكما أنها تمسك حسابات قطاعها بشكل تجاري وتتعامل مع الغير وفق قواعد القانون التجاري.

ومعنى أن هاته الوكالة وبنص صريح لا تخضع للتنظيمات المتعلقة بالإدارة فيما يخص تنظيمها وعملها، كما أنها تخضع للقانون التجاري فيما يخص معاملاتها، ومنه كيف يمكن وصفها على أنها سلطة إدارية بما أنها لا تخضع للقانون الإداري في معاملاتها؟ لكن يمكن بالمقابل إصباح الطابع الإداري على السلطات الإدارية المستقلة عندما تستخدم امتيازات السلطة العامة. لكن وبالرغم من تمتعهم بهاته الامتيازات، إلا أن بعض السلطات لا يمكن وصفها بالسلطات الإدارية مثل الضمان الاجتماعي والتي كفيها المشرع على أنها مؤسسة ذات تسيير من نوع خاص وأنها تخضع للقانون التجاري فيما يخص معاملاتها التجارية²¹، أما بخصوص العمال فإنهم يخضعون لقانون العمل. ومن خلال ما سبق نلاحظ أن هاته السلطات لا يمكن لبعضها أن يتمتع بالطابع الإداري مما ينقص من استقلاليتها لأنها غير حرة في تسيير عملها، وحسب تحليل الأستاذ زوايمية فإنه وبالرغم من تصريح النص التشريعي على أن هاته السلطات هي إدارية ومستقلة لكن ومن أجل معرفة هل أنها إدارية بالفعل يجب الرجوع الى نظرية المرفق العام، أي يجب الرجوع الى النصوص في التشريعات المقارنة، ففي الولايات المتحدة الأمريكية مثلا فإننا نجد عبارة²²(Independent agencies) و(Independent regulatory commissions)تضم عدة ميادين، وأن وجودها هو من أجل تدعيم النشاط الإداري حتى تتمكن من تأدية المهام المنوط بها على أحسن وجه، وما يهمنا الآن هو أن عبارة وكالة بالمفهوم الفرنسي تعني سلطة إدارية بالنظر الى عملها، وفي فرنسا فقد تم وصفها

على أنها أشخاص عمومية متخصصة²³. أما عن مفهوم الوكالة في الجزائر، فإنه مفرغ من أي معنى قانوني، بل تعدّ تسمية فقط، أو كما سماها الأستاذ زوايمية²⁴ (façade terminologies) وهو ما يفسر نشره لكتابه الذي يحمل عنوان سلطات التنظيم المستقلة عوض السلطات الإدارية المستقلة، كاعتراف منه على أنها لا تتمتع بالطابع الإداري كلها، بل أن الغرض منها هو التنظيم.

المطلب الثاني: ممارسة السلطات الإدارية المستقلة لسلطاتها وعلاقتها بالاستقلالية

من المتعارف عليه في القانون العام أن السلطة يمكنها أن تمارس فيما بين شخصين من أشخاص القانون العام أو في مواجهة بالنسبة أشخاص القانون الخاص²⁵ فإنّ السلطات الممنوحة للهيئات الإدارية المستقلة تضمن لها الاستقلالية في وظيفتها، وذلك لأنّ الضرورة تحتمّ الالتزام بنوع جديد من التنظيم فيما بين المتعاملين الاقتصاديين، بالإضافة لذلك تعدّد سلطاتها بحيث تشمل كل من التنظيم، والرقابة، والتحقيق، والعقاب (الفرع الأول)، وسلطات أخرى، نذكرها كسلطة التعاقد أي إمكانية التفاوض و سلطة المشاركة في إنشاء القوانين أي تقديم توصيات، وهذا ما يضيف عليها طابع الاستقلالية (الفرع الثاني)²⁶.

الفرع الأول: مهام السلطات الإدارية المستقلة

إنّ تتمتع السلطات الإدارية المستقلة بوظائف عدّة، دليل على استقلالها كهيئة مثل التنظيم و الرقابة (أولاً)، و التّحقيق و العقاب (ثانياً).

أولاً: سلطة التنظيم والرقابة

سلطة التنظيم هي أساس التوازن بين مختلف المتعاملين الاقتصاديين من أجل تفادي التضارب بين المصالح وضمان إنتاج ذو نوعية²⁷، و مهمّة التنظيم تدل على وجود استقلالية في تسيير مجال معيّن موكل للسلطات الإدارية كتّظيم السوق، وبالتالي الاستجابة لمتطلباته، أي تطوير الإنتاج. وإذا كانت الأسواق في حالة تطور، فإن القواعد التي تطبقها عليها، لا يمكن أن تحدّد من طرف القانون والمراسيم بصورة مطلقة. فينبغي أن تكون ملائمة مع متطلبات السوق لضمان العدالة، وملاءمتها مع إمكانيات مختلف المتعاملين، لضمان مصلحة المستعملين، هذا الانسجام يتحقق عن طريق ملاءمة التنظيمات²⁸ حالة بحالة للقانون، وهذا هو المفهوم العملي للتنظيم.

(Sur les marchés en évolution، les règles à appliquer ne peuvent être entièrement définies par des lois et des décrets. Il faut sois adaptées au plus juste, en tenant compte de la réalité des marchés, des possibilités des différents opérateurs et de l'intérêt des utilisateurs. Cette adaptation au cas par cas des principes fixés parla loi, c'est la régulation)²⁹.

ويرى المكلفين بالتنظيم، أنّ هناك غياب علاقة عضوية في الإدارات التقليدية بين مختلف المصالح المكلفة بالتنظيم، مما يصعب معالجة المشاكل المطروحة من خلال التنفيذ لهذا التنظيم، وبالتالي عدم

التدخل الصارم للإدارة لإيجاد حلول لسوء التسيير. ولهذا وجدت هذه السلطات من أجل المراقبة، ومواجهة القوى المعرّقة للتنظيم، والحصول على المعلومة من أجل تنظيم السوق، حيث تتسم هاته السلطات بتعدد اختصاصاتها وسلطاتها، وهي الصفة التي لا توجد عند الإدارة التقليدية. وتتسم أيضا بأنها تقوم بالعديد من الوظائف من أهمها وضع قوانين اللعبة بين المتعاملين الاقتصاديين من أجل فرض التوازن المطلوب، نظرا لأنها تمتلك العديد من الوسائل تمكّنها من القيام بوظائفها المسطرة من طرف القانون³⁰. وفي الجزائر مقارنة بواقع وجود هاته السلطات الإدارية المستقلة بفرنسا و خلافا لمرحلة الدولة المهيمنة على كلّ القطاعات الاقتصادية، فإنّ وجود هاته السلطات يضمن المرونة للنظام القانوني لمواجهة التطور التكنولوجي والاقتصادي الحاصل من خلال تكفل هاته السلطات بتنظيم هاته الميادين عن طريق مختلف الوسائل واستخدام تقنيات جديدة مثل التعاقد والعقوبات...، فإنها تقف كحدّ فاصل لتلك الموجودة في الإدارات التقليدية³¹.

إنّ تنظيم السوق مهمّة تتطلّب العديد من السلطات، كما سميت عند الإنجليز (Monitoring) بالمراقبة المستمرة للسوق، وسلطة التحقيق من أجل وضع قرارات عامة آنية، بمعنى أنها تصدر عند لزومها أو عند توقيع عقوبات، فمثلا أن سلطة التنظيم للبريد والمواصلات، تتداول في جميع قضايا الضبط المتعلقة بقطاع البريد والمواصلات، بالإضافة إلى تحديد استراتيجية وسياسة سلطة الضبط، فمثلا من أجل حماية المرتفقين، فهي تضمن سرية المكالمات مع مراعاة التعليمات التي يقضيها الدفاع الوطني والأمن العمومي ومراعاة صلاحيات السلطة القضائية والتنظيم المعمول به.

ومن خلال ما سبق ذكره يمكن القول أنّ تأهيل هذه السلطات ما هو إلا دليل على استقلاليتها، لكن في المقابل يجب البحث عن درجة استقلاليتها. أما عن السلطة التنظيمية للجنة ضبط الكهرباء والغاز، فتم اقتراح معايير عامة وخاصة تتعلق بنوعية العرض وخدمة الزبون وكذا تدابير الرقابة. أما بالنسبة لتنظيم سوق الكهرباء والسوق الوطنية للغاز، فهي تقوم بالاقترح والتوصية وكل هذا من أجل ضمان حسن تسييرها. ولقد حول المشرع اللجنة المصرفية سلطة الرقابة وتوقيع العقوبات دون سلطة التنظيم، وأنّ هيئتي الضبط في القطاع المنجمين تتقاسمان هذه الوظائف، وكذا سلطة إصدار القرارات الفردية، أما بالنسبة لسلطة إصدار الأنظمة، فتعتبر كلتا الوكالتين مجردتين من هذه السلطة³² إلا أنّ هناك سلطة إدارية مستقلة وهي لجنة تنظيم عمليات البورصة ومراقبتها، وهي السلطة الوحيدة التي تجمع بين كل هذه الوظائف في نفس الوقت.

*المراقبة:

أن السلطات الإدارية في مجال ممارستها لسلطة المراقبة تقوم بمراعاة مدى إمكانية الولوج إلى السوق من عدمه وبالرغم من أنّ حرية التجارة والصناعة مقرّرة من طرف الدّستور. إذ كانت القاعدة العامة في إنشاء المؤسسات الاقتصادية الجديدة هي الخضوع لإجراء الاعتماد المسبق، الذي تمنحه هيئات الضبط القطاعية إلا أنه يرد استثناء على هذا الأصل العام في قطاع التأمين، فشركة التأمين أو إعادة التأمين لا تمارس نشاطها إلا بعد اعتماد من الوزير المكلف وبعد استشارة لجنة التأمينات و بموجب القانون³³، حيث يتم منح الاعتماد من طرف الوزير المكلف بالمالية، بعد استشارة لجنة تنظيم عمليات البورصة ورقابتها أو يكون على شكل ترخيص (licence) لممارسة النشاط. وعن سلطة المحروقات أين يتم منح رخصة استغلال الأنابيب للنقل أو منح اعتماد بخصوص مشروع، فإن ذلك يتم ذلك بموافقة مجلس الوزراء في شكل مرسوم تنفيذي³⁴. ويمكن إعطاء مثال عن ذلك فيما يخص ممارسة النشاطات البنكية والمالية، حيث يتكفل مجلس النقد والقرض بممارسة مهمة الرقابة الابتدائية على الشروط الواجبة لممارسة المهام البنكية من أجل منح الترخيص³⁵. أن السلطات المذكورة مرتبطة بالوزير، وهذا ما يحد من عملها، فما الفائدة من وجودها ان كانت الرقابة تقوم بها الوزارة وكأنها وصاية. كما أن لجنة البورصة (COSOB) تمارس نوعين من الرقابة، الأولى حول إمكانية المشاركة في البورصة، أما الثانية فهي حول ممارسته الوساطة لعمليات البورصة، فبخصوص المهمة الأولى فإن الحصول على القيم المنقولة يتم وفق اعتماد (COSOB)³⁶. أما فيما يتعلق بالإنجاز فإنها تقدم معلومات للجمهور المكتتبين وفق تأشيرة. ولقد أقصى المشرع السلطة التنفيذية المتمثلة في وزير المالية من رقابة البنوك والمؤسسات المالية بموجب القانون رقم 90-10 والامرين رقم 03-11 و 04-10 المتعلقين بالنقد والقرض³⁷. أما بخصوص الأدوية، فإن لجنة الصيدلة تمنح تأشيرة استيراد الأدوية أو المواد الصيدلانية، وبالنسبة إلى المهمة الثانية فيتم مراقبة التدخل في السوق لمختلف المتعاملين³⁸، وبالنسبة للصحافة المكتوبة، فإن التحرير والنشر لكل المؤسسات يتم من خلال الاعتماد الممنوح من طرف سلطة تنظيم الصحافة المكتوبة³⁹. ان اللجنة البنكية للنقد والقرض، تستطيع مراقبة الملفات، وأيضا التنقل الى عين المكان من أجل التأكد من التطبيق الجيد للقانون من طرف البنك والمؤسسات المالية. ومن ثمة فإنها تطلب من البنوك كلّ المعلومات اللازمة من أجل التوضيح وإعطاء التفسير اللازم لتأدية مهامها؛ أما فيما يتعلق بالقيم المنقولة، وبخصوص حماية الأذخار، فإن لجنة (COSOB) مسؤولة عن ضمان الاتفاقيات من أجل ضمان العدالة فيما بين المساهمين لغرض مراقبة المعلومات المحصل عليها من المؤسسات التي تتعامل معها، وأيضا حماية سوق القيم المنقولة والمستثمرين. وفي هذا المجال نجد مثلا أنّ اللجنة تتأكد من أنّ مؤسسات القيم المنقولة تعمل وفق التنظيم من أجل ضمان التنافس في البورصة⁴⁰. إن السلطات الإدارية المستقلة في فرنسا تمارس رقابتها أيضا بواسطة سلطة العقاب بحيث أن المجلس الدستوري اعترف لها بذل ك في قراره الصادر في 28 جويلية 1989 بخصوص تطبيق القانون المتعلق بالأمن وشفافية السوق المالية⁴¹.

ثالثا: سلطة التحقيق والعقاب

سلطة التحقيق من بين آليات الضبط في المجال الاقتصادي، وتتم بوسائل يتم وضعها من أجل الحصول على معلومات حول القطاع الذي أوكل إليه ضبطه، والتي تكون عادة مختلفة حسب الجهة التي تجيزها⁴². ففي فرنسا يكون التحقيق مرخصاً من قبل القاضي، ومحدداً في الزمان والمكان والأشخاص ومبرراً. أما بخصوص مجلس المنافسة في الجزائر، فإنه حسب المادة 51 من الأمر رقم 03-03⁴³، غير محاط بضمانات حيث يتم التحقيق بعيداً عن رقابة القاضي العادي، وبالتالي تمس مباشرة الضمانات الأساسية للشخص، وتتمثل هاته التحقيقات في الدخول إلى المؤسسات المعنية، وفي فحص المستندات والوثائق للحصول على المعلومات ويسمى هذا التحقيق بغير الردعي، أما التحقيق الردعي فإنه يهدف إلى تحقيق في المخالفات والجرائم فهو يتعدى مجرد المعاينة إلى صلاحية التفتيش والحجز وهو يشبه ما يقوم به ضباط الشرطة القضائية. أما عن التحقيق غير الردعي، فإنه يتميز عن التحقيق الردعي في تدخل القاضي في النوع الثاني من أجل عدم خرق المواد 66 من الدستور الفرنسي لسنة 1958⁴⁴.

* سلطة العقاب

توصف هاته السلطات بالقضائية لتركيبتها الجماعية⁴⁵، مما يمكنها من تسليط عقوبة تتمثل هذه السلطة في قمع المخالفات، والتي هي في الأصل من اختصاصات القاضي الجنائي، إلا أنها نقلت إلى الهيئات المستقلة كالمنافسة الحرة مثلاً في ظل قانون الأسعار لسنة 2008⁴⁶. إلا أن الإشكال الذي يثار هو: ما هو مصدر هذه السلطة القمعية؟

من المتعارف عليه أن السلطة القمعية هي من اختصاص القضاء، وتنعقد باسم الشعب الجزائري هي وفقاً لمبدأ الفصل بين السلطات، والملاحظ أن المجلس الدستوري الجزائري لم يدل برأي واضح في هذه المسألة، حيث يتبين أن هاته السلطة تتدخل في اختصاصات السلطة القضائية، وتمارس أيضاً السلطة التنظيمية. فنفس السلطة التي تضع القاعدة القانونية تعاقب على مخالفتها، وهو ينافي مبدأ الجمع بين السلطات، في حين أن المجلس الدستوري الفرنسي نص صراحة على إشكالية توقيع العقوبات الإدارية من طرف الهيئات الإدارية المستقلة، حين نظر في دستورية القانون المتضمن إنشاء الصوتيات والمرئيات (C.S.A). فقد كانت إجابة المجلس الدستوري آنذاك تتمحور حول النقاط التالية "فبالنظر إلى الصعوبات التقنية المجهولة⁴⁷ وقد يعهد إلى هيئة إدارية مستقلة مهمة السهر على احترام جميع المبادئ في إطار التراخيص التي تصدرها، ومنه توقيع العقاب دون المساس بمبدأ الفصل بين السلطات، بالإضافة إلى أن التحكيميين المرتفقين يتضمن في طبيعته مبدأ العقاب مثلما قامت به (أورسكوم) واتصالات الجزائر حسب المادة 13 من قانون 03-2000 المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالبريد والمواصلات⁴⁸، وقرار رقم 08 لسنة 2002 بالإضافة إلى اعتبار مجلس المحاسبة يتمتع باختصاص إداري وقضائي حسب المادة 03 من الأمر رقم 95-20⁴⁹. ويمكن إعطاء مثال عن العقوبات التي تصدر في مجال البورصة⁵⁰، كذلك الغرفة التأديبية التي توقع غرامات مبلغها الأقصى 10.000.000 دينار نتيجة الخطأ⁵¹. ونذكر أن الوكالة الوطنية للوساطة والضبط العقاري ليست

سلطة إدارية مستقلة بالرغم من أنّ المشرع وصفها بالهيئات الضابطة، بل أنها مؤسسة عمومية وتجارية (EPIC) حسب المرسوم التنفيذي رقم 07-119 المؤرخ في 23 أبريل 2007 المتضمن إنشائها. وقد اعتبر البعض أن مبدأ الفصل بين السلطات⁵²، الأول هو مبدأ التخصص ذلك أن هذه الهيئات هي إدارية وليست قضائية، وأما الثاني فتتمثل بعدم الجمع بين سلطتين كذلك فإنه لا يمكن لهيئة أن تضع القاعدة القانونية وتعاقب عليها. اذن كيف يمكن الإجابة عن دستورية العقاب لهاته الهيئات، بما أن الدستور ينص على مبدأ الفصل بين السلطات؟ نستنتج ممّا سبق أنّه بالرغم من ممارسة هذه الهيئات لسلطات عدّة، فإنّها ليست بمعزل عن تحقيق السياسة العامة للدولة التي تضعها من خلال سنّه التشريعات والتي تشرف على تنفيذها، وأنّ هاته الهيئات هي متخصصة، ومعاونة للحكومة⁵³.

المبحث الثاني

آليات ضمان الاستقلالية - دراسة مقارنة بين الجزائر وفرنسا-

من دعائم الاستقلالية تحقيق الحياد، فهو يعدّ العنصر الأساسي لإنشاء السلطات الإدارية المستقلة من أجل تمكينها من تادية مهامها بعيدا عن أي تأثير. ويتحقق ذلك عن طريق تشكيلة الأعضاء (المطلب الأول)، فيجب أن تكون مستقلة عن السلطة السياسية والمتعاملين الاقتصاديين، وأن تتمتع السلطات الإدارية المستقلة بالشخصية المعنوية وهو العنصر الذي يميز بين هاته الهيئات في كل من الجزائر وفرنسا (المطلب الثاني).

المطلب الأول: مبدأ الحياد

قصد ضمان استقلالية السلطات الإدارية المستقلة الفاصلة في المواد الاقتصادية والمالية، استوجب الأمر تكريس مبدأ الحياد الذي يتضمن بدوره نظام التنافي وإجراء الامتناع. إنّ نظام التنافي (régime des incompatibilities) يكون مطلقا أو نسبيا⁵⁴.

فنظام التنافي المطلق أو الكلي يظهر عندما تكون وظيفة أخرى سواء أكانت عمومية أو خاصّة تتنافى مع أي نشاط مهني أو أية إنابة انتخابية، بالإضافة إلى عدم جواز امتلاك الأعضاء للمصالح بصفة مباشرة أو غير مباشرة، ان نظام التنافي المطلق نجده في أحكام القانون المتعلق بالكهرباء وتوزيع الغاز⁵⁵، ونفس الأحكام وردت في القانون المتعلق بالبريد والمواصلات السلوكية واللاسلكية⁵⁶. إلا أنّ هذا الأخير لم يُشير إلى العهدة الانتخابية، حيث تنص المادة 18 منه على أنه: "تتنافى وظيفة العضو في المجلس مع أي نشاط مهني أو منصب عمومي آخر، وكذا مع كلّ امتلاك مباشر أو غير مباشر لمصالح في مؤسسة تابعة لقطاعات البريد والمواصلات السلوكية واللاسلكية والسّمي البصري والمعلوماتية". كما أن المشرع قد يكتفي في حالات أخرى، بمنع أعضاء الهيئات المعنية من ممارسة أي نشاط مهني آخر⁵⁷. أما عن المعنى الذاتي، فان نظام التنافي للأعضاء هو التنافي

مع أية مصلحة في الإدارة التي يديرونها. أما في معناه الموضوعي فهو يخصّ حياد الهيئة بمعنى حياد عملها⁵⁸. إنَّ المجلس الدستوري في فرنسا قد فصل في مسألة الحياد كالتالي:

Décision du 02 décembre 2011: (Les dispositions contestées en organisant la commission bancaire, sont séparées en son sein, d'une part, les fonctions de poursuite des éventuels manquements des établissements de crédit aux disposition législatives et règlementaire qui les régissent, et d'autre part, les fonctions de jugement des mêmes manquements qui peuvent faire l'objet de sanctions disciplinaires, méconnaissent le principe d'impartialité des juridictions; et par suite doivent être déclarées contraire, à la constitution)⁵⁹.

إنَّ هذا القرار وضع حدًا فاصلا بين المتابعة القضائية والعقوبة كسلطة تتمتع بها الهيئات القضائية في فرنسا. أما في الجزائر فإنَّ المشرّع أخذ نفس الاتجاه حيث نصّت عليه المادة 51 من قانون البورصة والقيم المنقولة، حيث جاء فيها: "يوجد بالغرفة التأديبية والتحكيمية بالإضافة الى الرئيس عضوين منتخبين، و02 قاضيان مقترحان من قبل وزير العدل حسب مؤهلاتهم في الميادين الاقتصادية والمالية. نستشف من هذه المادة الفصل بين أعضاء الهيئة والغرفة المكلفة بالعقاب، ونفس الأمر بالنسبة لمجلس المنافسة، حيث تنص الفقرة الأخيرة من المادة 29⁶⁰ على أنه "تتنافى وظيفة عضو مجلس المنافسة مع أي نشاط مهني آخر، وبالتالي تمّ استثناء عهدة الانتخاب وامتلاك مصالح في أي مؤسسة، من نظام التنافى". الأمر الذي يدفعنا إلى طرح التساؤل حول نظام التنافى عن أملاك أعضاء مجلس المنافسة؟

أما في فرنسا، فلقد حدد عدم امتلاك الأعضاء لمصالح لدى مؤسسة تكون محل متابعة أمامه وهو الشرط الوحيد ويتم وفق إجراءات محددة⁶¹.

إن مخالفة قاعدة التنافى تعرض العضو إلى العزل من مهامه والتي تعلن تلقائيا بمرسوم رئاسي، وذلك بعد استشارة اللجنة المديرية، ويعين رئيس الجمهورية من يخلفه بناء على اقتراح من الوزير المكلف بالطاقة⁶².

أما بخصوص أعضاء قطاعي الكهرباء والغاز فانه وعند انتهاء مهمتهم يمنع عليهم أن يمارسوا نشاطا مهنيا في المؤسسات الخاضعة للضبط لهذا القطاع لمدة سنتين⁶³. ونفس الاحكام موجودة بالنسبة لكل من الوكالة الوطنية لمراقبة النشاطات وفي مجال المحروقات وكذا الوكالة الوطنية لتثمين المحروقات. بينما لا يمتد نظام التنافى بعد انتهاء مهام الأعضاء في كل من سلطة ضبط الخدمات العمومية للمياه وأعضاء سلطة البريد والمواصلات السلكية واللاسلكية⁶⁴. وفي القانون المتعلق بمجلس المنافسة اكتفى المشرع بمنع أعضاء مجلس المنافسة من ممارسة أي نشاط مهني آخر، لكن لم يمنعهم من أن يجمعوا بين عضويتهم في المجلس والعهدة الانتخابية كما يمكنهم امتلاك مصالح في المؤسسة ومنه كيف يمكن القول بالحياد في مجلس المنافسة⁶⁵؟

وبالنسبة للوكالة الوطنية للممتلكات المنجمية، فإنه حسب المادة 49 من القانون رقم 01-10⁶⁶ المتضمن قانون المناجم، والوكالة الوطنية للجيولوجيا والمراقبة المنجمية، قد اهتم بوضع مبدأ التنافي الجزئي عن ممارسة مهنتهم، وأيضا امتلاك مصالح في المؤسسة بصفة مباشرة.

أما عن لجنة الإشراف على التأمينات، فإنه تنافي وظيفة رئيس لجنة الإشراف على التأمينات، مع كل العهد الانتخابية أو الوظائف الحكومية⁶⁷، إن نظام التنافي اذن يمسّ رئيس اللجنة دون الأعضاء الآخرين، أما عن القاضيان فإنهما ينتدبان من المحكمة العليا، أما عن الأعضاء الآخرين فلقد سكت المشرع بشأن تطبيق نظام التنافي بخصوصهم. أما اللجنة المصرفية، فإن التنافي يطبق على بعض الأعضاء دون الآخرين⁶⁸، فالمحافظ يخضع له حيث يمنع عليه أن يمارس أي نشاط أو مهنة أو وظيفة أو تمثيل في المؤسسات العمومية الدولية أثناء عهدتهم⁶⁹. وأن نظام الامتناع موجود في النظام الداخلي لمجلس المنافسة⁷⁰.

وفي فرنسا تم إلغاء أول مداولة صادرة من سلطة إدارية مستقلة بسبب عدم احترامها لمبدأ الحياد الشخصي في مداولة صادرة من الهيئة العقابية⁷¹. كما يجب أن تكون السلطات الإدارية المستقلة بعيدة عن أي تأثير من السلطة السياسية (الفرع الأول) ومن قبل المتعاملين الاقتصاديين (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الاستقلالية عن السلطة السياسية

إنّ الغرض من وجود السلطة الإدارية المستقلة هو التحرر عن الحكومة بواسطة الأعضاء المشكّلين لها، أي احترام نظام التنافي للأعضاء من أجل ألا يخضعون لرؤسائهم في الوظيفة، وهذا كلّه لضمان الحياد⁷². ولقد كرّس المشرع الجزائري مبدأ التنافي في جلّ القوانين، نذكر منها ما نصّت عليه المادة 27 من القانون رقم 26-04⁷³ على أنّه (....) تنافي وظيفة رئيس لجنة الإشراف التأمينات مع كلّ... والوظائف الحكومية) وهو نفس الأمر بالنسبة لأعضاء السلطة الوطنية للتصديق الإلكتروني، حيث ينصّ القانون رقم 15-04 في مادّته 21⁷⁴، (على أنّه تنافي وظيفة عضو مجلس السلطة مع أي وظيفة عمومية أخرى...). إنّ تحقيق الاستقلالية عن السلطة السياسية يجب أن يكون في بادئ الأمر من خلال الأعضاء المشكّلين لها والذين يكونوا حياديين من أجل ضمان الموضوعية في تأدية مهامهم أي عدم التبعية في قراراتهم.

الفرع الثاني: الاستقلالية عن المتعاملين الاقتصاديين

إن استقلالية الأعضاء عن المتعاملين الاقتصاديين معناه أن الأعضاء يجب ألا تكون لديهم مصالح في المؤسسات التي كانوا يعملون بها، لهذا وضع المشرع مدة من أجل أن تكون الفاصل بين مهامهم الأولى وتحقيق عضويتهم في السلطات الإدارية المستقلة⁷⁵.

هذا ما جاء به الأمر رقم 07-01 المؤرّخ في 01 مارس 2007⁷⁶ المتعلق بحالات التنافي والالتزامات الخاصة ببعض المناصب والوظائف، والذي نصّ في مادّته الأولى على ما يلي: (يهدف هذا الأمر إلى تحديد

حالات التنافي والالتزامات الخاصة المتصلة ببعض المناصب والوظائف)، ويطبّق على شاغلي منصب تأطير أو وظيفة عليا للدولة، يمارسونها ضمن الهيئات والإدارات العمومية والمؤسسات العمومية والمؤسسات العمومية الاقتصادية، بما فيها الشركات المختلطة التي تحوز فيها الدولة على 50% على الأقل من رأس المال، وكذا على سلطات الضبط أو كلّ هيئة عمومية أخرى مماثلة، تتولّى مهام الضبط أو المراقبة أو التحكم)77. وفي فرنسا، اعتبرت السلطات الإدارية المستقلة مستقلة عن المتعاملين الاقتصاديين منذ انشاءها78 فيما يخص استقلالية الأعضاء في سلطة السوق المالية، ممّا يؤهلهم من توقيع العقوبات دون اللجوء إلى القضاء79، وفي الجزائر نص المشرع على نظام الامتناع في المشاركة في المداولات المتعلقة بالمؤسسات والتي لهم فيها مصلحة مثلما جاء في قانون المنافسة رقم 03-0380.

المطلب الثاني : التمتع بالشخصية المعنوية والطابع الإداري.

إنّ الأساس الذي اعتمده المشرع الجزائري هو منح الشخصية المعنوية للسلطات الإدارية المستقلة الضابطة في المجال الاقتصادي والمالي (الفرع الأول)، وكذا الطابع الإداري (الفرع الثاني)

الفرع الأول : التمتع بالشخصية المعنوية للسلطات الإدارية المستقلة

يمكن للسلطات إلقاء المسؤولية على أعمالها بسبب الأضرار الناجمة عن نشاطها الرقابي، لذلك فإنها تخضع في حالة النزاعات للجهة القضائية المختصة وفقا للمادة 800 ق.ا.م.81. إنّ فكرة الشخصية المعنوية، تمنح استقلالية التسيير82 ؛ وفي فرنسا، فإنّ القانون83 والاجتهاد القضائي والمجلس الدستوري84 هم الذين يقررون وجود السلطات الإدارية المستقلة، وإعطائها تكييف السلطات المستقلة85. ان السلطات الإدارية المستقلة في فرنسا لا تدخل ضمن أية من الهيئات الموجودة في القانون العام، لذلك فهي ليست هيئات عمومية لأنها لا تتمتع بالشخصية المعنوية86، وليست هيئات استشارية لأنها تتمتع بسلطة التقرير، إلا أن قراراتها لا تحوز على حجية الشيء المقضي به ولقد تم إنشاؤها من أجل تحقيق الاستقلالية في عملها اتجاه الحكومة. ومن بين نتائج التمتع بالشخصية المعنوية لمعظم السلطات الإدارية في الجزائر تمتعها بأهلية التقاضي وتحمل المسؤولية وأهلية التعاقد. أما في فرنسا فالأمر مختلف، لان معظمها لا يتمتع بالشخصية المعنوية87.

الفرع الثاني : الطابع الإداري للسلطات الإدارية المستقلة

من الضروري تمتع السلطات الإدارية المستقلة بالطابع الإداري لأنها تقوم بعملية الضبط الذي يقتضي إصدار قرارات الضبط التي لها طابع التنفيذ المباشر، لهذا وجب أن تتمتع بالطابع الإداري لأداء مهامها، ومنه فانه لترجيح هذا الأمر هناك عدة آراء منها الفقهية (أولا) والقضائية (ثانيا).

أولا: موقف الفقه من إصباغ الطابع الإداري على الهيئات

إنّ تحديد الطابع الإداري للهيئات الإدارية المستقلة يعتمد على عدّة معايير، فالفقه الفرنسي كَيّفها بهيئات غير تقليدية، وأنّها تصنّف بفتة جديدة ضمن الهيئات الإدارية بالاعتماد على طبيعة القرارات الصادرة عنها، وكذا بشأن المنازعات الناتجة عن تلك القرارات، والتي تخضع لرقابة القضاء الإداري، فهي بذلك تقاس في نفس درجة الأعمال الإدارية العادية⁸⁸. أما الفقه في الجزائر، وحسب تحليل الأستاذ زوايمية فان تمتع هاته الهيئات بسلطات يعطها الطابع الإداري بالرغم من استقلاليتها⁸⁹.

ثانيا: موقف القضاء

إن الاعتراف بالطابع الإداري للسلطات الإدارية المستقلة يعطيها صفة النظام الهجين (statut hybride)، حيث أنّ مجلس الدولة الفرنسي لم يعارض أن تكون خاضعة لتأسيس قانوني من نوع خاص، أما في الجزائر، فلا يمكن أن تجمع بين استقلاليتها وإداريتها باختلاف النظامين السياسيين في الجزائر مقارنة بفرنسا. فالجزائر تعتمد نظام المركزية للسلطة التي لم تتنازل فيها الدولة عن سلطاتها، بل تمارس رقابة مركزية، لكن المركزية هاته لم تعد مطلقة كما في السابق، حيث أن السلطة المركزية تستعمل تنظيمات النظام القانوني للبلدان الليبرالية دون التقيّد بمحتواها على المستوى الواقعي، (L'imbroglio juridique)، ومنه نلاحظ فراغ القوانين الجزائرية من محتوى الاستقلالية، أي أن قياس درجة الاستقلالية في فرنسا والجزائر يرجع إلى البيئة، حيث لا يمكن فرض نظام معيّن كالموجود بفرنسا في بيئة مختلفة عن الجزائر، لأنه يجب أن تتوافق مع نوع الاقتصاد المعتمد في تلك الدولة، لأنها لم ترق لان تكون دولة قانون. فهناك نجد تبعية القضاء للسلطة التنفيذية، وبالتالي يمكن أن نطرح الإشكال التالي إذا ما نظرنا إليها من الناحية القانونية، فيكاد أن يكون وجودها غير حقيقي، وبالتالي فإنها موجودة وأن وجودها يكون بقوة في القوانين وليس في الواقع الذي يتطلّب نظام سياسي مؤسّساتي⁹⁰. لذلك يمكن إذن طرح الإشكال الآتي: ما هي التنظيمات المتعلقة بالاستقلالية؟ إن الاعتراف بالطابع الإداري للسلطات الإدارية المستقلة معناه عدم حيازة أعمالها لقوة الشيء، لأن الأعمال القانونية الصادرة عنها يمكن الطعن فيها أمام القضاء، هذا من جهة. ومن جهة، أخرى فان المشرع قد اعترف لبعضها صراحة بالطابع الإداري مثل مجلس المنافسة وفق المادة 23 من الأمر 03-03 بقوله "تنشأ لدى الوزير الأول سلطة إدارية وهي مجلس المنافسة تتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي". ونفس الاعتراف نجده بخصوص القطاع المنجمي فالمشرع يكيّفها تارة على أنها سلطات تنظيمية مستقلة، وتارة أخرى يطلق عليها اسم هيئة مستقلة⁹¹، ويتم التكييف حسب معيارين المادي

والموضوعي، فمن حيث الاعتماد على المعيار المادي، فإن نشاط هاته الهيئات هو من أجل تنفيذ القوانين. والذي يعد من بين اختصاصاتها، مثلما ينص عليه المرسوم التنفيذي بخصوص لجنة النقد والقرض في المادة 105⁹² بقولها "اللجنة البنكية مكلفة بمراقبة احترام كل من البنوك والمؤسسات المالية للقواعد القانونية والتنظيمية، وأن العقود التي تصدرها ذات طبيعة إدارية"، ومن جهة أخرى وبخصوص المنازعات، فإن العقود التي تصدرها هي محل طعن أمام القاضي الإداري، ومنه نستنتج أن للهيئات الإدارية المستقلة طابع إداري سواء في الجزائر أو فرنسا بما أن للدولة مسؤولية على أعمالها وقراراتها⁹³. أما بخصوص إجراءات الطعن نسجل غياب إجراءات موحدة تلك المعتمدة أمامه، لأنه يعتمد على الإجراءات المدنيةية والإدارية والقانون العضوي الخاص بمجلس الدولة، وأن إجراءات الطعن هاته نصت عليها المادة 09 من هذا القانون العضوي الخاص به⁹⁴. ويخص الوكالتين المنجميتين واللجنة البنكية وأيضا يخص لجنة الكهرباء والغاز⁹⁵. كل ما ذكر بشأن الطعون أمام هيئة القضاء الإداري انما يؤكد الطابع الإداري لتصرفات السلطات الإدارية المستقلة ومنه فإنها مستقلة عن التنظيم الإداري القديم، الا أن هذا لا يؤكد الطابع الإداري بصفة مطلقة لجلها. كما أن مجلس الدولة في الجزائر أكد على الطابع الإداري لقرارات سلطات الضبط الإدارية، في قرار له بخصوص اللجنة المصرفية في قضية يونين بنك ضد محافظ بنك الجزائر، إثر فصل في دعوى إلغاء قرار سحب الاعتماد الذي رفعه البنك العام المتوسطي ضد اللجنة المصرفية، فلقد كيف صراحة قرار سحب الاعتماد على أنه قرار إداري.

خاتمة

ما يمكن الوصول إليه من خلال هذا البحث، أن السلطات الإدارية المستقلة من ناحية الاستقلالية تعتمد على مبادئ أساسية لأداء وظيفتها في كل من فرنسا و الجزائر، تتمثل في استقلالية في كل من الجانب المالي و الإداري، إل أن هاذه الاستقلالية ليست مطلقة، وتتبع درجة قياس استقلالية التسيير في كل من البلدين، كما أن عدم اتصالها بالمتعاملين الاقتصاديين في التسيير، يجعلها ضابطة لهم في السوق، و بالتالي عدم تبعيتها لانها تتولى عملية التنظيم، فانها بذلك مستقلة إلى حد ما عن السلطة السياسية. أضف إلى ذلك، أن اتسامها بالطابع الإداري والشخصية المعنوية، لا يوجد في كل السلطات. من كل ما سبق، نستشهد بعدم استقلالية السلطات الإدارة المستقلة بشكل مطلق، بالرغم على اعتمادها مبادئ في الأصل تضمن تلك الاستقلالية.

قائمة الهوامش:

- ¹. قانون رقم 90-07 مؤرخ في 04 أبريل 1990 يتعلق بالإعلام، ج.ج.ج. رقم 14 ، المؤرخة في 04 أبريل 1990.
- ². Rachid ZOUAÏMIA, les autorités de régulation indépendantes face au exigence de la gouvernance, belkeiseedition, octobre 2013, p.5.
- ³. بلماحي زين العابدين، "النظام القانوني للسلطات الإدارية المستقلة دراسة مقارنة"، اطروحة الدكتوراه في القانون العام، جامعة الحقوق والعلوم السياسية أبو بكر بلقايد ، تلمسان، 2015. ، ص. 54، وانظر كذلك: Rachid ZOUIAMIA, les AAI et la régulation economique en Algerie, op.cit,p.19.
- ⁴. غربي أحسن، نسبة الاستقلالية الوظيفية للسلطات الإدارية المستقلة، مجلة البحوث والدراسات الإنسانية، جامعة سكيكدة، العدد 11، سنة 2015، ص. 237؛ بلماحي زين العابدين المرجع السابق، ص. 158، وانظر كذلك نادية أوديع، صلاحيات سلطة الضبط في مجال التأمين (لجنة الإشراف على التأمين)، الملتقى الوطني حول سلطات الضبط في المجال الاقتصادي والمالي، جامعة عبد الرحمان ميرة - بجاية، المنعقد يومي 24 و23 لسنة 2007.
- ⁵. بوجملين وليد، سلطات الضبط الاقتصادي في القانون الجزائري، مذكرة الماجستير في الحقوق، فرع الدولة والمؤسسات العمومية، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 2007، ص. 98.
- ⁶. قوراريمجدوب، المرجع السابق، ص. 76، 77، وانظر كذلك: Rachid ZOUIAMIA, Les autorités Administratives indépendantes, op. cit, p.53.
- ⁷. www.vie publique.fr le 22-03-2016 à 14H 42mn, Rachid ZOUAÏMIA, Les autorités administratives indépendantes et la régulation économique en Algérie, op.cit, p. 53.
- ⁸. تنص المادة 112 من القانون رقم 02-01، المتعلق بسلطة الكهرباء وتوزيع الغاز بواسطة القنوات، المعدل والمتمم، السابق الإشارة إليه على مايلي "لجنة الضبط هيئة مستقلة تتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي ...".
- ⁹. القانون رقم 02-186 لسنة 2002، ج.ج.ج. رقم 38 المؤرخة في 29.05.2002، ملحق سلطة ضبط المواصلات السلكية واللاسلكية، السابق الإشارة إليه.
- ¹⁰. القانون رقم 01-10 لسنة 2001، ج.ج.ج. رقم 35 المؤرخة في 03-07-2001، المتضمن نشأة الوكالة الممتلكات والرقابة المنجمية.
- ¹¹. القانون 08-13 المعدل والمتمم للقانون 85-05 بحماية الصحة وترقيتها، سابق الإشارة إليه.
- ¹². المرسوم التنفيذي رقم 08-303 المؤرخ في 27-09-2008 ج.ج.ج. رقم 56 المؤرخ في 27-09-2008، المتعلق بسلطة تنظيم سلطة ضبط الخدمات العمومية للمياه.
- ¹³. غربي أحسن، "نسبة استقلالية السلطات الإدارية المستقلة"، مجلة البحوث والدراسات الإنسانية، جامعة سكيكدة، العدد 11، 2015، ص. 239، 240، 241.
- ¹⁴. Rachid ZOUIAMIA, les autorités de régulation indépendantes, face à l'exigence de la gouvernance, op.cit, p.194.
- ¹⁵. C.E, Lactroix du 1 décembre 2006, Requête n°287845 :Rec.p.540, concl.Guyomar ; R.F.D.A, 2007, p.6. , p.275. ; et note Eveillard, A.J.D.A, 2007, p.358 ; chron.Landais et Lenica,R.D.P.2007, p.590.note Guettier ; 2007, p.838, note Bui-Xuan, I.F.O.E.R.
- ¹⁶. Brigitte LE PAGE, op. cit. p.8; Pierre TAFINE, Droit administratif Français –quatrième partie- chapitre 1: Les actes administratif unilateraux: Revue general de droit on line, 2013,n° 4618, www.revuegeneraledudroit.eu/, p=4618, conseil d'Etat, IFLOERRevue publiée, Le 13.08.2013.Conseil d'Etat,SSR,6 avril2006,M.A. Requête n°280303, publié au tables; conseil d'Etat, SJS, 14 mai 2003, MARON, Requete n°251481, inédit au receil; Conseil d'Etat, Section, 18 décembre 2002, Dame Duvignères, requete, n° 233618, publié au receil.
- ¹⁷. بلماحي زين العابدين، المرجع السابق، ص. 56، 57.

- ¹⁸. قوراريمجدوب، المرجع السابق، ص.78، وزين العابدين بلماحي، أطروحة دكتوراه النظام القانوني للسلطات الإدارية المستقلة -دراسة مقارنة-، المرجع السابق، ص.159.
- ¹⁹. حدري سمير، "السلطات الإدارية المستقلة وإشكالية الاستقلالية"، بحث مقدّم في إطار الملتقى الوطني حول سلطات الضبط المستقلة في المجال الاقتصادي والمالي، جامعة عبد الرّحمان ميرة، بجاية أيام 23 و24 ماي 2007، ص.27.
- ²⁰. القانون رقم 07-05 المؤرخ في 28.04.2005، المتعلق بسلطة الهيدروكربور، ج.ر.ج.ج.، رقم 50 المؤرخة في 19 جويلية 2005.
- ²¹. Ordonnance n°1561 du 8 décembre 2005, relative aux échanges électronique, entre les usagers et les autorités administratives et entre les autorités administratives, ordre de la sécurité sociale et du code rural ou mentionnés aux articles L223-16 et L351-21 du code du travail. et les autres organismes chargés de la gestion d'un service public administratif. www.marche-publicque.fe.consulté, le 24.10.2016.
- ²². voir, le Conseil d'Etat, les agences: une nouvelle gestion publique, les Rapports du conseil d'Etat, Etude annuelle 2012, la documentation Française, Paris, 2012, pp.239-250.
- ²³. Rachid ZOUAIMIA, Les autorités administratives indépendantes face aux exigences de la gouvernance, op.cit, p.61
- ²⁴. Rachid ZOUIAMIA, Les autorités de régulation indépendantes face aux exigences de la gouvernance, op.cit, p.67.
- ²⁵. Nicolas FORTAT, Autorité et responsabilité administrative, thèse de doctorat, université de l'université François Rabelais de Tours, le 29 mars 2011, p.20.
- ²⁶. Rachid ZOUAÏMIA, les autorités de régulation indépendantes face aux agences de la gouvernance, op.cit, p.p.82-83.
- ²⁷. Lusitania VILLABLANCA, nouvelle forme de régulation et marchés financiers étude de droit comparé, thèse de doctorat en droit privé Université Panthéon-Assas, le 17 décembre 2013.
- ²⁸. Lafont JEAN JACQUES ET Triole JEAN, The politics of government decision, MARKING: A theory of regulatory capture, The quarterly journal of Economics, vol.106, n°4.1991.
- ²⁹. R. ZOUAIMIA, Les autorités administratives indépendantes et la régulation économique en Algérie, o.p, cit, p.60, 61.
- ³⁰. R. ZOUAIMIA, Ibid, p.p.62-63 ; et R. ZOUAIMIA, les autorités de regulation indépendantes, op.cit, p.10
- ³¹. كتو محمد الشريف، الممارسات المنافية للمنافسة في القانون الجزائري دراسة مقارنة بالقانون الفرنسي، أطروحة دكتوراه دولة، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2005، ص.243.
- ³². جدري سمير، المرجع السابق، ص.47.
- ³³. القانون 04-06 المؤرخ في 20 فبراير 2006 المعدل والمتمم للأمر 07-95 المتعلق بالتأمينات، ج.ر.ج.ج.، عدد 15 لسنة 2006.
- ³⁴. المرسوم التنفيذي 07-342 المحدد لإجراءات منح الامتياز لنقل المحروقات بواسطة الانابيب وسحبه، ج.ر.ج.ج.، عدد 71 لسنة 2007.
- ³⁵. عبديش ليلي، اختصاص منح الاعتماد لدي السلطات الإدارية المستقلة، مذكرة ماجستير في القانون فرع تحولات الدولة، جامعة مولود معمري تيزي وزو، في 28 أكتوبر 2010، ص.21.
- ³⁶. عبديش ليلي، المرجع السابق، ص.21.
- ³⁷. القانون رقم 10-90 والامرين رقم 03-11 و04-10، السالف الذكر.
- ³⁸. Rachid ZOUAIMIA, les autorités de regulation indépendantes face à la gouvernance, op.cit, p.p. 84-85.
- ³⁹. المادة 13 من لقانون العضوي رقم 05-12، المؤرخ في 12 جانفي 2012، والمتعلق بالمعلومة، ج.ر.ج.ج.، رقم 02 المؤرخة في 15 جانفي 2012.
- ⁴⁰. Rachid ZOUAIMIA, Les autorités de régulation indépendantes face à l'exigence de la gouvernance, o p, cit, p. 84 ; les autorités administratives indépendantes et la régulation économique en Algérie, o p. cit p.64-65.
- ⁴¹. Nadine POULET et Gibot-LECLERC, op.cit, p. 42; CC, décision n°89-260 DC du 28 juillet 1989.
- ⁴². Rachid ZOUAIMIA, Les autorités de régulation indépendante, op.cit. p.p. 87-p.92.

- ⁴³. قوراري مجدوب، المرجع السابق، ص.46، انظر كذلك المادة 51 من الأمر رقم 03-03 المؤرخ في 19 جويلية 2003 المتعلق بالمنافسة، الأمر المرجعي سابق الإشارة؛ والمواد 121 إلى 126 من القانون 03-2000 المؤرخ في 5 أوت 2000 المتعلق بالقواعد العامة المتعلقة بالبريد والمواصلات، القانون المرجعي، سابق الإشارة اليه.
- ⁴⁴. Article 66 de la constitution Française du 4 octobre 1958 « nul ne peut être arbitrairement détenu » sanctions avec la sauvegarde des droits de l’homme et des libertés fondamentales: CE 30 juillet 2003 Sté Dubus DA, n° 240884. والتعديل الدستوري بموجب القانون رقم 19-08 المؤرخ في 15 نوفمبر 2008 الشق الخاص بالحقوق والحريات المضمونة قانونا، سالف الذكر ⁴⁵. بن عاشور عياض، القضاء الإداري وفق المرافعات الإدارية، ط2، دار سراس، 1998، ص.214.
- ⁴⁶. المرسوم التنفيذي رقم 91-91 مؤرخ في 6 افريل 1991 المتضمن تنظيم المصالح الخارجية للمنافسة والاسعار وصلاحياتها وعملها، ج.ج.ج.، عدد 19 صادر في 06 افريل 1991 المعدل والمتمم بالمرسوم التنفيذي رقم 105-98 مؤرخ في 31 مارس 1998؛ ج.ج.ج.، عدد 19، صادرة في 31 مارس 1998.
- ⁴⁷. CC, 28 juillet 1989, loi relative à la commission des operation de bourse, Rec.p.71.
- ⁴⁸. قانون 03-2000 المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالبريد والمواصلات، السالف الذكر.
- ⁴⁹. المادة 03 من الأمر رقم 20-95 المؤرخ في 17 يوليو 1995 والمتعلق بمجلس المحاسبة، ج.ج.ج.، رقم 55 المؤرخ في 27 سبتمبر 1995.
- ⁵⁰. حمليل نوار، النظام القانوني للسوق المالية الجزئية، شهادة دكتوراه في العلوم، تخصص القانون الخاص، جامعة مولود معمري، تيزيوزو، 2014، ص.1.
- ⁵¹. المادة 55 من المرسوم التشريعي رقم 10-93 المؤرخ في 23 ماي 1993 المعدل والمتمم ليورصة القيم المنقولة، والمادة 151 من القانون رقم 02-01 الصادر في 05-02-2002 والمتعلق بالكهرباء وتوزيع الغاز عبر القنوات، سالف الذكر.
- ⁵². عيساوي عز الدين، مقال حول المكانة الدستورية لهيئات الإدارية المستقلة، المرجع السابق، ص. 209، 210.
- ⁵³. Marie Frison-ROCHE, la régulation objet d’une branche de droit de la régulation -question d’actualité- L.P.A., n° 1100,3 JUIN 2002, p.37.
- ⁵⁴. أعراب احمد، السلطات الإدارية المستقلة في المجال المصرفي، مذكرة الماجستير في القانون العام- فرع قانون أعمال، جامعة أحمد أبو قرة بومرداس، كلية الحقوق بودواو، 2006-2007، ص 150.
- ⁵⁵. القانون 01-02 المؤرخ في 05-02-2002 المتعلق بالكهرباء وتوزيع الغاز، سالف الذكر.
- ⁵⁶. القانون رقم 03-2000 المؤرخ في 5 اوت 2003، ج.ج.ج.، رقم 48 المتعلق بالقواعد العامة لتنظيم المواصلات السلكية واللاسلكية، السالف الذكر.
- ⁵⁷. ديب نظيرة، المرجع السابق، ص.30.
- ⁵⁸. Rachid ZOUAIMIA, Les autorités de régulation indépendantes face aux exigences de la gouvernance, o,p, cit, p.201.
- ⁵⁹. Conseil constitutionnel, n°2011-200, du 02 décembre 2011 QPC n°2011-200, Banque populaire cote d’AZUR.qpc, (pouvoir disciplinaire de la Commission bancaire), J.O. du 3 décembre 2011, p.20496, texte n° 80 p.559, www.conseil-constitutionnel.fr; www.gazettedupalais.com/édlextenso.
- ⁶⁰. أمر 03-03 المؤرخ في 19.07.2003، المتعلق بمجلس المنافسة، السالف الذكر.
- ⁶¹. Jean-LOUIS DEWOST, Les règles de concurrence et les droits fondamentaux: quelle articulation, www.conseil-constitutionnel.fr, consulté le 31.10.2016.
- ⁶². ديب نظيرة، المرجع السابق، ص.31.

- ⁶³ تنص المادة 121 من القانون رقم 02-01 المؤرخ في 05 فبراير 2002 المتعلق بالكهرباء وتوزيع الغاز بواسطة القنوات سالف الذكر، على ما يلي: " تتناهي عضو اللجنة المديرية مع أي نشاط مهني أو عهدة انتخابية وطنية أو محلية أو وظيفة عمومية وكل امتلاك مباشر أو غير مباشر لمنفعة في مؤسسة تابعة لقطاع الطاقة أو مؤسسة لها صفة الزبون المؤهل".
- ⁶⁴ المادة 18 من القانون رقم 03-2000، المتعلق بالبريد والمواصلات، سالف الذكر.
- ⁶⁵ ديب نظيرة، المرجع السابق، ص. 31، 32.
- ⁶⁶ قانون المناجم رقم 01-10 المؤرخ في 03 يوليو 2001، ج.ج.ج.، رقم 35 المؤرخة في 04 جويلية 2001.
- ⁶⁷ القانون رقم 06-04 المؤرخ في 20.02.2006 ج.ج.ج.، رقم 15 المؤرخة في 12.03.2006 المعدل والمتمم للأمر رقم 95-07 المؤرخ في 25 جانفي 1995 المتعلق بالتأمينات.
- ⁶⁸ المادة 23 من القانون رقم 10-90، سالف الذكر.
- ⁶⁹ ديب نظيرة، المرجع السابق، ص 30، 31، 32، 33، 34، بوجملين وليد، سلطة الضبط الاقتصادي في القانون الجزائري، المرجع السالف الذكر، ص 85.
- ⁷⁰ ديب نظيرة، المرجع السابق، ص. 37.
- ⁷¹ Article 4 de la déclaration des droit de l'homme et du citoyen de 1789, "La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui: ainsi, l'exrcice des droits naturels de chaque homme n'a de norrnes que celles qui assurentaux autres membres de la Société la jouissance de ces meme droits .Ces norrnes ne peuvent etredéterminées que par loi "، Article 16 " Toute Societé dans laquelle la garantie des Droits n'est pas assure ,ni la separation des pouvoirs déterminée,n'a point de Constitution".
- ⁷² Rachid ZOUAIMIA, Les autorités de régulation indépendantes face aux exigences de la gouvernance, op.cit, p.p. 155 et s ;Jean-Philippe KOVAR, l'Indépendance des autorités de régulation Financière à l'égard du pouvoir politique, R.F.D, n°143, 2002 ;M.ROPER, la notion des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française, L.G.D.J., Paris, 2ème éd, 1980 , P.12..
- ⁷³ القانون رقم 06-04 المؤرخ في 20 فيفري 2006، المعدل والمتمم الامر رقم 95_07 المؤرخ في 25 جانفي 1995 المتعلق بالتأمينات، السالف الذكر.
- ⁷⁴ القانون رقم 15-04 المؤرخ في 01 فيفري 2015، المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديقاً للإلكتروني، ج.ج.ج.، رقم 6 لسنة 2015.
- ⁷⁵ Rachid ZOUIAMIA, L'authorite de regulation de la presse écrite, régulateur ou gendarme?, édLegavox, 2013, p.10.
- ⁷⁶ الأمر رقم 07-01 المؤرخ في 01 مارس 2007، المتعلق بحالات التناهي والالتزامات الخاصة ببعض المناصب والوظائف، ج.ج.ج. رقم 16.
- ⁷⁷ بلماحي زين العابدين، المرجع السابق، ص. 98.
- ⁷⁸ Autorites des marchés financiers France, ps: //fr.m. :wikipedia, consulté le 25.10.2016.
- ⁷⁹ Jérôme- Lasserre CAPDEVILE, l'indépendance des autorités de régulation financière à l'égard des opérateurs régulés, E.N.A., 2012, n °143, http://www.carn.info-France- p. 670, DEZOBRYL Guillaume, indépendance des autorités de régulation économique à l'égard des opérateurs régules, ENA , Revue française d'administration publique n° 143, 2012 ,p.1.
- ⁸⁰ بلماحي زين العابدين، النظام القانوني للسلطات الإدارية المستقلة، ص. 293.
- ⁸¹ عبديش ليلة، اختصاص منح الاعتماد لدى السلطات الإدارية المستقلة، مذكرة الماجستير في القانون -تحولات الدولية-، المرجع السابق، ص. 67، والقانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فبراير 2008 يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج.ج.ج.، رقم 21 لسنة 2010.

⁸².Revue R.F.D.A., n° 05, publiée en Septembre-Octobre 2007, Dalloz, p. 983.

⁸³. Loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011, relative au défenseur des droits le qualifie d'autorité constitutionnelle indépendante : (une autorité administrative dont l'indépendance trouve son fondement dans la constitution).

⁸⁴. Décision du Conseil Constitutionnel pour l'autorité de regulation des communication sélectroniques et des poste (ARCEP), Lp.cit.

⁸⁵ S'agissant de cette qualification retenue par l'article 02 de la loi organique n°2011-333du 29 mars 2011 ,relative au défenseur des droits «le conseil constitutionnel a estimé (qu'il constitue une autorité administrative dont l'Indépendance trouve son fondement dans la constitution).

⁸⁶. Mme Marie_HELENE, Rapport de sénat session ordinaire de 2015_2016,par la présidente DES ESGAULX et le rapporteur M.jacquesMEZARD Sénateurs sur le bilan de la création de l'organisation ,de l'activité et de la gestion des autorités administratives indépendantes , fait le 28 octobre 2015,p .14.

⁸⁷ Nadine POULET et Gibot-LECLERC, droit administratif, O.P. cit, p .40 et Martine LOMBARD ; Gilles DUMONT, droit administratif,éd Dalloz, 2003, p.116.

⁸⁸. حدري سمير، المرجع السابق، ص.17.

⁸⁹ للمزيد من المعلومات حول رأي الفقه أنظرحضري سمير، المرجع السابق، ص.30.

⁸⁹ . Rachid ZOUAIMIA les autorités de régulation indépendantes, op.cit. p.7 : (les soustrait au principe de subordination à l'égard du pouvoir exécutif qui sème le doute sur le caractère administratif qui leur est attaché).

⁹⁰.Rachid ZOUAIMIA,les autorités de régulation indépendantes face aux exigences des gouvernances .op. cit;p;33, les AAI et la régulation économique en Algérie, op. cit. p.31.

⁹¹. أشار الى ذلك، قوراري مجدوب، المرجع السابق، ص.24.

⁹². المرسوم التنفيذي رقم 10.90، بخصوص لجنة النقد والقرض، السالف الذكر.

⁹³.FORTAT Nicolas, Autorité et responsabilité administrative ,thèse de doctorat de l'université François Rabelais de tours, le 29 mars 2011, p.1.

⁹⁴. القانون العضوي رقم 01-98 المؤرخ في 30 ماي 1998 يتعلق باختصاص مجلس الدولة وتنظيمه وعمله، ج.ج.ج.، عدد 37، لسنة 1998

معدل ومتمم بالقانون العضوي رقم 11-13، المؤرخ في 26 جويلية 2011، عدد 43 لسنة 2011.

⁹⁵. Rachid ZOUAIMIA, Les autorités administratives indépendantes et la régulation économique en Algérie op.cit p.p.p.22-23-24

أثر الأمراض الوراثية على فك الرابطة الزوجية

The effect of genetic diseases on the decomposition of marital union

مستاري محمد الأمين

طالب دكتوراه

كلية الحقوق جامعة جيلالي ليايس سيدي بلعباس

amine_b15@hotmail.fr

ملخص البحث

يتمحور موضوعنا حول الأمراض الوراثية والذي يعد من الموضوعات الهامة التي تتعلق بالزواج حيث جعلت الشريعة المقصود الأعظم منه المحافظة على النسل بإنجاب أولاد أصحاء معافين يتحقق بهم بقاء الجنس الإنساني لتحقيق العبودية، من حيث بيان حقيقتها العلمية وما يترتب عليها من آثار على الحياة الزوجية في ضوء الشريعة الإسلامية من خلال مناقشة القضايا المرتبطة، وبيان الأحكام المتعلقة بها.

الكلمات المفتاحية: المرض، الوراثة، التفريق، الزوجين، الأثر.

Abstract

Our theme is genetic diseases, which is an important topic of marriage The Shariah, the great intention of which is to preserve the offspring by giving birth to healthy, healthy children, makes them survive The human race to achieve slavery, in terms of its scientific truth and its implications for life marriage in the light of Islamic law through the discussion of related issues, and the statement of provisions related thereto.

Keywords: disease, inheritance, differentiation, couple, impact.

مقدمة:

إِنَّ الْحَمْدَ لِلَّهِ نَحْمَدُهُ وَنُسْتَعِينُهُ وَنَسْتَغْفِرُهُ وَنَتُوبُ إِلَيْهِ وَنَعُوذُ بِاللَّهِ مِنْ شَرِّهِ وَأَنْفُسَنَا وَمِنْ سَيِّئَاتِ أَعْمَالِنَا مِنْ يَهْدِهِ اللَّهُ فَلَا مَضَلَّ لَهُ، وَمَنْ يَضِلُّ فَلَا هَادِيَ لَهُ، وَأَشْهَدُ أَنْ لَا إِلَهَ إِلَّا اللَّهُ وَحْدَهُ لَا شَرِيكَ لَهُ وَأَشْهَدُ أَنَّ مُحَمَّدًا عَبْدُهُ وَرَسُولُهُ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَعَلَى آلِهِ وَصَحْبِهِ أَجْمَعِينَ وَمَنْ تَبِعَهُمْ بِإِحْسَانٍ إِلَى يَوْمِ الدِّينِ. قَالَ اللَّهُ تَعَالَى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ حَقَّ تَقَاتِهِ - وَلَا تَمُوتُنَّ إِلَّا وَأَنْتُمْ مُسْلِمُونَ﴾¹.

﴿يَا أَيُّهَا النَّاسُ اتَّقُوا رَبَّكُمُ الَّذِي خَلَقَكُمْ مِنْ نَفْسٍ وَاحِدَةٍ وَخَلَقَ مِنْهَا زَوْجَهَا وَبَثَّ مِنْهُمَا رِجَالًا كَثِيرًا وَنِسَاءً وَاتَّقُوا اللَّهَ الَّذِي تَسَاءَلُونَ بِهِ - وَالْأَرْحَامَ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلَيْكُمْ رَقِيبًا﴾².

﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ وَقُولُوا قَوْلًا سَدِيدًا يُصْلِحْ لَكُمْ أَعْمَلَكُمْ وَيَعْفِرْ لَكُمْ ذُنُوبَكُمْ وَمَنْ يُطِيعِ اللَّهَ وَرَسُولَهُ فَقَدْ فَازَ فَوْزًا عَظِيمًا﴾³.

فإن أصدق الحديث كلام الله وخير الهدي هدي نبينا محمد صلى الله عليه وعلى آله وصحبه وسلم، وإن شرّ الأمور محدثاتها، وكلّ محدثة بدعة، وكلّ بدعة ضلالة، وكلّ ضلالة في النار أما بعد: فإن البحث في قضايا الأسرة وأحكامها يعد من المواضيع الفقهية المتجددة في بعض مسائلها الجزئية تبعاً لتجدد الحوادث والوقائع، وتغير الظروف والأحوال بما تشهده الحياة المعاصرة من تطور في مختلف المجالات وهي كذلك من المواضيع الاجتماعية التي كثر الحديث فيها وانعقدت حولها ندوات وملتقيات وطنية، ودولية وصدرت بشأنها البحوث العديدة التي أصبحت مراجع لمعرفة واقع النظام الأسري في حركيته وتحولاته بمختلف أنحاء العالم، غير أن مثل هذه الدراسات لم تستطع استيعاب كل جوانب الموضوع، ولا يتصور أن توجهات الباحثين قد أدت فعلاً إلى معالجات قانونية وعلمية جذرية تشمل كل المسائل المطروحة، من شأنها أن توفر الاستقرار الأسري من خلال التدخلات التنظيمية، ومرجع ذلك هو خضوع نظام الأسرة الحالي للتطورات الاجتماعية الواسعة وطنياً وعالمياً مما يجعل بعض أحكامها محل متابعة متواصلة وإصلاح مستمر.

لذلك قضت الفطرة التي فطر الله الناس عليها بضرورة اجتماع الذكور بالإناث دفعا لبقاء النوع الانساني ليعمر الأرض ويستثير كنوزها ويسخر قواها الطبيعية طوال المدة التي أراد الله تعالى أن تبقى هذه الأرض إليهما ولولا هذه الجبلة التي فطر الله عليها الانسان لفنيت الأرض في أقصر زمان قال الله تعالى: ﴿وَمِنْ كُلِّ شَيْءٍ خَلَقْنَا زَوْجَيْنِ لَعَلَّكُمْ يَدْعُوا إِلَى مَفَاسِدٍ عَظِيمَةٍ فَتَرَكَ الْإِنْسَانُ إِلَى طَبِيعَتِهِ ذَرِيعَةً إِلَى الظلم والتحاسد واضطغان النفوس وحقد بعضها على بعض وهو كذلك ذريعة الى إهمال الذرية وترك رعايتهم والعناية بهم ومن أجل هذا شرع الله تعالى على لسان أنبيائه الزواج وجعله سنة لهم لأنه يعد من أهم عقد يقوم الإنسان بإجرائه في حياته قال الله تعالى: ﴿وَلَقَدْ أَرْسَلْنَا رُسُلًا مِنْ قَبْلِكَ وَجَعَلْنَا لَهُمْ أَزْوَاجًا وَذُرِّيَّةً﴾⁴. وعن أنس بن مالكٍ أَنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ حَمِدَ اللَّهَ وَأَثْنَى عَلَيْهِ، وَقَالَ: "لِكَيْتِي أَنَا أُصَلِّي وَأَنَا، وَأَصُومُ وَأُفْطِرُ، وَأَتَزَوَّجُ النِّسَاءَ، فَمَنْ رَغِبَ عَنِّي فَلَيْسَ مِنِّي"⁵. وقد عني الإسلام بالزواج عناية كبيرة، ومن مظاهر هذه العناية

أنه أحاطه بسياج من الإجراءات الضرورية أهمها أنه أضفى عليه صفة اجتماعية من خلال اشتراط الإسهاد الإعلان وإظهار الفرح والسرور لذلك يعد آية من آيات الله قال الله تعالى:

﴿ وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ ﴾⁶، فهو عقد يحضره وباركه المجتمع عند التعاقد وعند الزفاف ولدى حصول الذرية وعند الإنهاء والانفصال بالموت أو غيرهما، وما هذا إلا لأهمية هذا العقد بكونه ميثاق غليظ، قال الله تعالى: ﴿ وَكَيْفَ تَأْخُذُونَهُ وَقَدْ أَفْضَى بَعْضُكُمْ إِلَى بَعْضٍ وَأَخَذْنَ مِنْكُمْ مِيثَاقًا غَلِيظًا ﴾⁷

وقال العلامة محمد الطاهر ابن عاشور في هذا الصدد: "إن انتظام أمر العائلات في الأمة أساس حضارتها وانتظام جامعتهما، فلذلك كان الاعتناء بضبط نظام العائلة من مقصد الشرائع البشرية كلها وكان ذلك من أول ما عني به الإنسان المدني في إقامة أصول مدنيته بإلهام إلهي روعي فيه حفظ الأنساب من الشك في انتسابها"⁸.

ولهذا تجد أن الشريعة الإسلامية قد أولت الزواج عناية خاصة، وجاءت التوجيهات النبوية واضحة الدلالة في ضرورة بناء الأسرة بناء سليما، صحيحا بدءا بالتفكير بالزواج وانتهاء بالفرقة والموت وتوزيع التركة فعن عبد الله ابن مسعود رضي الله عنهما قال لنا رسول الله صلى الله عليه وسلم: " يَا مَعْشَرَ الشَّبَابِ مَنْ اسْتَطَاعَ مِنْكُمْ الْبَاءَةَ فَلْيَتَزَوَّجْ، فَإِنَّهُ أَغْضُ لِلْبَصِيرِ، وَأَخْصَنُ لِلْفَرْجِ، وَمَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ فَعَلَيْهِ بِالصَّوْمِ، فَإِنَّهُ لَهُ وَجَاءٌ"⁹. ولهذا فإن قرار الزواج من أهم القرارات في حياة كل زوجين إذا أحسن كلاهما اتخاذ القرار يكون قد نجح في تحقيق حياة أسرية سعيدة ببقية عمره وإنجاب أطفال أصحاء يتمتعون بالعافية والذكاء، ومثلما يورثون الآباء أبناءهم الصفات الوراثية العادية مثل لون العينين وشكل شحمة الأذن فإنهم يورثونهم أيضا صفات مرضية تسبب إصابتهم بعيوب وعاهات وأمراض وراثية، وقد تمكن العلماء من التعرف على أسرار المادة الوراثية وإمكانية تخزين المعلومات الوراثية ونقل هذه المعلومات من الآباء إلى الأجيال.

المبحث الأول

الأمراض الوراثية مفهومها

يقتضي الولوج لأية دراسة أول ما يقتضي البحث في الإطار المفاهيمي لها، وعليه نسلط الضوء في هذا الإطار على الحدود المفاهيمية لضمون البحث ذلك من خلال التعرض إلى تعريف كلا من المرض والوراثة في مطلب أول، لتعرض بعد ذلك إلى تحديد الإطار المفاهيمي لبعض الحقائق العلمية المتعلقة بمادة الوراثة في مطلب ثان.

المطلب الأول: الإطار المفاهيمي لمركبات حدود البحث

نتطرق في هذا المطلب إلى مفهوم كل من المرض والوراثة

الفرع الأول: تعريف المرض

أ- المرض لغة:

المرض: السقم نقيض الصحة يكون للإنسان والحيوان، وهو اسم للجنس.¹⁰ وأصل المرض النقصان، وهو بدن مريض ناقص القوة يدل على ما يخرج به الإنسان عن حد الصحة في أي شيء كان.¹¹
ب- المرض اصطلاحاً:

المرض: هو خروج الجسم عن حالة الاعتدال التي تعني قيام أعضاء البدن بوظائفها المعتادة مما يعوق الإنسان عن ممارسة أنشطته الجسدية والعقلية والنفسية بصورة طبيعية.¹²

الفرع الثاني: تعريف الوراثة

أ- الوراثة لغة:

الوراثة: ورث فلان أباه، يرثه، وراثة وميراثاً، "أي صار إليه بعد موته."¹³

والميراث في اللغة: أن يكون الشيء لقوم ثم يصير إلى آخرين، قال الله تعالى: ﴿وَوَرِثَ سُلَيْمَانُ دَاوُودَ وَقَالَ يَا أَيُّهَا النَّاسُ عَلِّمْنَا مَنَطِقَ الطَّيْرِ وَأُوتِينَا مِنْ كُلِّ شَيْءٍ إِنَّ هَذَا لَهُوَ الْفَضْلُ الْمُبِينُ﴾،¹⁴ وجاء حديث أبي الدرداء، عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "إن العلماء ورثة الأنبياء."¹⁵

ب. الوراثة اصطلاحاً:

لقد شملت الوراثة كل ما يتعلق بالمادة الوراثية التي تنتقل عبر الأجيال وسنطرق إلى ذكر بعض التعريفات:

- الوراثة في الطب: تعني انتقال الصفات الجسدية والنفسية من الوالدين إلى الأولاد.¹⁶

- هناك من عرفها ب: انتقال المواصفات الوراثية من الآباء إلى الأجيال التالية.¹⁷

- أو هي: انتقال الصفات الوراثية من الأصول إلى الفروع بحيث يحمل كل مولود نصف صفاته الوراثية من الأب والنصف الآخر من الأم.¹⁸

- كما تعرف: إمرار الخصائص البيولوجية من جيل إلى آخر تحدث عملية الوراثة بين كل الكائنات الحية.

المطلب الثاني: تعريف بعض المفاهيم والحقائق العلمية المتعلقة بمادة الوراثة:

يمثل شكل صورة الخلية وهي الوحدة المكونة لأعضاء جسم الإنسان وتحاط هذه الخلية بغشاء، خلوي وتحتوي الخلية على جسم محدد كروي الشكل تقريبا وهو النواة التي تحتوي على مادة الكروموسومات التي تتكون أساساً من المادة الوراثية.¹⁹

الكروموسومات (الصبغيات الوراثية) وهي التي تقوم بنقل الصفات الوراثية التي يكتسبها الأبناء من الآباء، وتحمل هذه الصبغيات الوراثية التعليمات الكاملة لخلق الإنسان، على شكل شفرات وراثية وهذه الشفرات الوراثية موجودة على أشرطة محكمة حلزونية من الحمض النووي الريبوزي ناقص الأكسجين (DNA) بالإضافة إلى جزيئات البروتين والليزان معا يكونان الكروموسومات، وعلى هذه الكروموسومات توجد المورثات أو الجينات وهي التي تحدد كل صفات الكائن الحي،²⁰ حيث أن كل خلية جسدية فيها ستة وأربعين صبغياً، وهذه الصبغيات تكون على هيئة أزواج، كل اثنين ملصقين ببعضهما فيكون مجموعها ثلاثة وعشرين زوجاً اثنا عشر منها تختص بصفات الجسم كالطول واللون، وكلها متشابهة في الذكر والأنثى، وتسمى

الصبغيات الجسدية والزوج الواحد الباقي هو الذي يحدد الصفات المتعلقة بالذكورة أو الأنوثة، وتسمى الصبغي الجنسي، وهو مختلف حسب الجنس، فيكون تركيبه في الذكر مخالفاً لتركيبه في الأنثى وعدد الصبغيات ثابت في جميع الخلايا.²¹

الجينات: (المورثات) وهي عبارة عن قطعة صغيرة جداً لا ترى بالعين توجد داخل نواة كل خلية مائة ألف جين ويتحكم الجين في الخلية، ويبلغ عدد الجينات في الصفات الوراثية المختلفة من طول الجسم، أو قصره، أو شكله، أو لونه، ونبرة الصوت، أو لون العين وحدة شم الأنف أو الإصابة بمرض وراثي معين.²²

جزئي DNA: تتكون مورثات كل الكائنات الحية باستثناء بعض الفيروسات، من DNA الذي يشار إليه عادة باسم المادة الوراثية، وهو جزئي رفيع سلسلي الشكل مكون من وحدات كيميائية تسمى النويدات والنويد في مكون من سكر يسمى الريبوز DNA منقوص الأكسجين ومجموعة كيميائية مكونة من الأكسجين والفسفور تسمى الفوسفات من سلسلتين يلتف كل منها (DNA) ومركب يحتوي على النتروجين يسمى القاعدة ويتكون حول الآخر مكونتين شكلاً يشبه السلم الملتوي، يسمى الحلزون المزدوج.²³

الفرع الأول: تعريف الأمراض الوراثية:

تعرف الأمراض الوراثية بأنها مجموعة غير متجانسة من الأمراض المزمنة ذات الأعراض الصحية المستعصية على العلاج الناجع، يتم توارثها من الوالدين إلى الأبناء عن طريق تناسل المادة الوراثية، وتمثل طيفا عريضا من الأمراض يكون في إحدى طرفيها اعتلال المادة الوراثية بنسبة ضئيلة، وفيها تكون العوامل المعدية النسبة الغالبة وفي الجانب الآخر تمثل الاعتلالات الوراثية العظمى للأسباب المرضية بعد تعريف الأمراض الوراثية سيتناول البحث في المطلب التالي نظرة الشريعة الإسلامية منها.²⁴

تشخيص الأمراض الوراثية عن طريق الفحص الجيني:

أدى التقدم الكبير في مجال الطب وبالأخص في مجال الجينوم البشري، حيث استطاع الطب الحديث إحراز تقدم كبير في مجال الوقاية والعلاج من خلال الجينات، حيث أدت معرفة تركيب المادة الوراثية إلى إحراز تقدم ملحوظ في مجال التشخيص المخبري للأمراض الوراثية، حيث بذلت الدول المتقدمة جهوداً وأموالاً عظيمة في مشروع الجينوم البشري والعلاج الجيني.²⁵

-الأمراض والعيوب التي تكون محل الفحص الطبي:

من الصعب معرفة وحصر الأمراض المنتشرة في الوطن العربي وذلك ناتج لقلة المعلومات الموثقة عن هذه الأمراض كما أن نسبة انتشار هذه الأمراض تختلف من دولة إلى أخرى، لذلك حاولت قدر الإمكان حصر هذه الأنواع وتقسيمها حسب درجة الخطورة وحسب درجة انتشارها، فهناك أمراض ظاهرة يمكن للشخص أو الطبيب الاطلاع عليها وهناك أمراض وعيوب خفية لا يستطيع الشخص ولا الطبيب إطلاع عليها إلا إذا قام

بإجراء فحوصات مخبرية أو سريرية من هذه الأمراض المعدية تنتقل عن طريق الاتصال الجنسي أو وراثيا، لهذا كان لا بد عليها من بيان كل نوع على حدى.

-الأمراض الظاهرة التي لا يستطيع الشخص أن يراها إلا بعد الزواج:

بالنسبة للأمراض الظاهرة التي يستطيع أحد الزوجين أن يراها فهي لا تسبب حرج من البداية أي لأحد الزوجين الخيار من البداية على إكمال العلاقة أو فسخها فهي لا تتطلب إجراء فحوصات طبية من أجلها وهذه الأمراض مثل: (السمع، البصر، النطق، أطرش، أعمى، أبكم، أعرج، التشوه، البرص، الجنون العادات المنفرة، التدخين، الخمر والمخدرات).²⁶

أما بالنسبة للأمراض الظاهرة والتي لا يستطيع أحد الزوجين أن يراها والتي لا تظهر إلا بعد الزواج فكثير كلام الفقهاء عن العيوب التي توجب خيار الفسخ بعد الزواج فنجد اختلافا فيها بحيث كان الاختلاف كالآتي:
أولا: مذهب الحنفية: اتفق علماء الحنفية على أن الجب والعنة عيبان يبيت لهما الخيار للمرأة في طلب الفرقة أو البقاء، مع الزوج ويلحق بهما الخصاء والخنثة لأنهما، في حكم الجب والعنة من حيث فوات الحق المستحق بالعقد.

*الرأي الأول: أبو حنيفة وأبو يوسف، لا يثبت الخيار بغير هذه العيوب.

*الرأي الثاني: محمد خلو الزوج من كل عيب لا يمكنها المقام معه إلا بضرر كالجنون والجذام والبرص شرط لزوم النكاح بمعنى يثبت به الخيار.

ثانيا: مذهب الجمهور: وهو الرأي الراجح والذي أخذت به معظم التشريعات العربية ذهب المالكية والشافعية والحنابلة إلى جواز التفريق لعيوب خاصة في الرجل أو خاصة في المرأة، أو المشتركة بينهما على التفصيل الآتي:

مذهب المالكية: العيوب التي يجوز التفريق بها بعد الزواج هي:

العيوب الخاصة للرجل: وهي: الجب،²⁷ الخصاء،²⁸ "العنة، الاعتراض".²⁹

بالنسبة للمرأة: هي: "الرتق، القرن"،³⁰ "البخر، الإفضاء، النتن، والعفل".³¹

العيوب المشتركة بينهما: الجنون، البرص، الجذام، العذيمة.³²

مذهب الشافعية:

العيوب الخاصة بالرجل هي:

الجب، العنة.

بالنسبة للمرأة وهي: الرتق، القرن.

العيوب المشتركة بينهما: البرص، الجذام، الجنون متقطعا كان أو مطبقا.

مذهب الحنابلة:

العيوب التي تخص الرجل: الجب، العنة.

بالنسبة للمرأة الرتق، الفتق.

العيوب المشتركة: الجنون، الجذام، البرص.

وروى الحاكم أن رسول الله صلى الله عليه وسلم بعث أم سليم إلى امرأة وقال لها: "انظر عرقوبها وتني عوارضها"، وعنه عليه الصلاة والسلام تزوج امرأة من غفار، فلما دخل عليها رأى بكشحها بياضا قال: البسي ثيابك والحقي بأهلك، وقال لأهلها دلستم علي"، وهذا ما استدل به الجمهور، وبعض الروايات تذكر أنها أسماء بنت النعمان الكندية تزوجها فوجد بها بياضا فمتعها ورودها إلى أهلها.³³

-الأمراض التي لا يستطيع الشخص أو الطبيب الاطلاع عليها إلا بإجراء فحوصات طبية:

هذه الأمراض لمعرفتها يجب الرجوع إلى أهل الاختصاص والأطباء أو السلطات الصحية وأول هذه الأمراض هي الأمراض الوراثية.

أولا: الأمراض الوراثية:

تعرف بأنها مجموعة متجانسة من الأمراض المزمنة ذات الأعراض الصحية المستعصية على العلاج الناجح، أيضا هي مجموعة من الأمراض لها نظام معين في التوارث في الأسرة ما، لعدة أجيال ويكون سببها عينا في تركيب الكروموسومات أو الجينات، أو عيب في الوظيفة النهائية الناتجة للجين، وكذلك هي مجموعة كبيرة من الأمراض التي تظهر على الإنسان نتيجة خلل في المادة الوراثية عنده، انتقلت إليه من الأم أو من الأب أو من كليهما أو ظهرت بشكل طفرة دون أن يكون لها أساس سابق عند الوالدين وهذه الأمراض تكون بصفة سائدة أو بصفة متنحية، ويقسم العلماء أسباب العيوب الخلقية، والأمراض الوراثية إلى أربعة أقسام:

القسم الأول: الأمراض المتعلقة ب (الكروموسومات)

وهذا النوع في العادة ليس له علاقة بالقرابة بين الزوجين وهي تنتج عن خلل في تركيب الكروموسومات وكذلك عن زيادة أو نقص في عددها. ومن أشهر أمراض هذا القسم (متلازمة دوان) ما يعرف بالطفل المغولي وهذا ناتج عن زيادة في عدد الكروموسومات رقم (21) إلى (3) بدلا من العدد الطبيعي (2) إلى 47 بدلا من العدد الطبيعي³⁴.46

القسم الثاني الأمراض الناتجة عن خلل في الجينات.

وهي بدورها تنقسم إلى أربعة أنواع:

-الأمراض الجسمية المتنحية:

تصيب الذكور والإناث بالتساوي ويكون كل من الأبوين حامل للمرض مع أنهما لا يعانيان من أي مشاكل صحية لها علاقة بالمرضى وفي (غالب وليس) بالضرورة ويكون بين الزوجين صلة قرابة. ومن هذه الأمراض (فقر الدم المنجلي، أنيميا البحر المتوسط وأمراض أخرى).

-الأمراض المرتبطة بالجين المتنحية:

تنتقل من الأم الحاملة للمرض فيصيب أطفالها الذكور فقط مثل (أنيمسا الفول G6PD نقص الخميرة) وهذا النوع في العادة ليس لها علاقة بزواج الأقارب ولكن قد يصيب الإناث إذا تزوج رجل مصاب بالمرض بالمرأة حاملة للمرض.³⁵

-الأمراض المرتبطة بالجين السائدة:

نادرة وتنتقل من الأم إلى أطفالها الذكور والإناث وقد يكون شديدا عند الإناث مقارنة مع الذكور.

الفرع الثاني: الأمراض الناتجة عن خلل في أكثر من جين واحد أو الأمراض المتعدد الأسباب.³⁶

معظم الأمراض تدخل تحت هذا القسم مثل: مرض السكري، ارتفاع ضغط الدم، الربو... الخ.

الأسباب عادة غير معروفة ولكن جميع هذه الأمراض لا تحدث إلا في الأشخاص الذين لديهم استعداد وراثي وتعرضوا إلى سبب ما في البيئة المحيطة بهم.

الفرع الثالث: مجموعة من الأمراض المتفرقة والتي يصعب حصرها تنتقل من الأم إلى بقية أطفالها.

ومن أكثر الأمراض الوراثية المنتشرة والتي طبيا بسببها قبل الزواج مرض التلاسيميا: وهو من أهم أمراض الدم الوراثية المتنحية والتي تسبب تكسر الكريات الدم الحمراء، وتكمن مشكلة المرض في عدم قدرة الجسم بشكل سليم نتيجة لخلل تكوين (الهيموجلوبين خضاب الدم) أدى إلى عدم اكتمال نضج الكريات الحمراء وأدى إلى كسر الكريات الحمراء وتحللها بعد فترة قصيرة من إتباعها حيث يولد كل عام ما لا يقل على 100.000 طفل مصاب بالتلاسيميا.³⁷

المبحث الثاني

أثر الأمراض الوراثية في التفريق بين الزوجين

من المعلوم أن الفقهاء لم يتحدثوا عن حكم التفريق بين الزوجين بسبب المرض الوراثي لأنه لم يكن معروفا في زمنهم، إلا أن جمهور الفقهاء قد تحدثوا عن حصر العيوب أو تعديها، فرأى الجمهور أن العيوب محصورة وعليه فلا خيار بين الزوجين بالمرض الوراثي بينما رأى فريق آخر أن العيوب غير محصورة³⁸، وينزل عليه القول بثبوت الخيار بين الزوجين بالمرض الوراثي المنتقل إلى الذرية، أما المعاصرون فقد اختلفوا في هل يمكن اعتبار المرض الوراثي من العيوب المجيزة لطلب التفريق.³⁹

المطلب الأول: رأي الفقه حول مدى التفريق بين الزوجين بناء على الأمراض الوراثية

اختلف الفقه حول مسألة أثر الأمراض الزوجية على التفريق بين الزوجين، فمنهم من رأى جواز التفريق، ومنهم من ذهب إلى ذلك ولكن بضوابط، ومنهم من رأى عدم جواز ذلك.

الفرع الأول: رأي الفقه في المسألة

القول الأول: يرى مجموعة من الباحثين جواز التفريق بين الزوجين بسبب المرض الوراثي الذي ينتقل من أحد الزوجين إلى النسل وهذا لا يكون إلا في المرض الوراثي السائد،⁴⁰ دون المتنحي مع تقييد هذا الحكم بعدم العلم بالمرض أثناء العقد.⁴¹

القول الثاني: اعتبر بعض الباحثين المرض الوراثي من العيوب المُجيزة لفسخ عقد النكاح وذلك بشرط عدم العلم به وقت العقد.

القول الثالث: يرى بعض الباحثين بأنه لا يجوز فسخ عقد النكاح وانفصال الزوجين عن بعضهما بسبب الإصابة بمرض وراثي إذا كان هذا المرض لا يمنع من استمرار الحياة الزوجية واستمتاع أحدهما بالآخر، أما إن كان المرض يمنع من استمرار الحياة فيجوز فسخ عقد النكاح⁴².

الفرع الثاني: الأدلة المستند عليها في المسألة

قد استدل أصحاب القول الأول بما يلي:

- أن بعض الفقهاء ذهبوا إلى التفريق بكل عيب لا يمكن معه تحقيق مقاصد النكاح ورأوا عدم قصر التفريق على عيوب محصورة، بل يلحق بها ما يماثلها من الضرر، أو زاد عليهما، ولا شك أن من مقاصد النكاح إيجاد النسل السليم من الأمراض، والمرض الوراثي يخل بهذا المقصود مما يجب ثبوت الخيار به.

- لأن الفقهاء عللوا للتفريق ببعض العيوب بأنها معدية، وتنتقل إلى الذرية، وهذا حاصل في المرض الوراثي⁴³. وقد استدل أصحاب القول الثاني⁴⁴ بما يلي:

- التكييف الفقهي للمرض الوراثي والذي يتوافق مع اعتبار الفقهاء للتفريق بالعيوب المخلة بمقاصد النكاح، والمرض الوراثي يعد من أخطر الأمراض التي يصعب علاجها وتشخيصها وان كان هذا ممكن في بعضها في عصر التقدم الطبي إلا أن مجموعة منها لا يزال العلم عاجز عن تشخيصها وعلاجها مع ما يحتاجه المريض وراثيا من عناية صحية فائقة تسبب عبئا مالياً على الأسرة والمجتمع، بالإضافة إلى ما يسببه من ألم نفسي على المريض وأسرته ومن هنا كان لابد من اعتباره عيباً يجيز التفريق بين الزوجين⁴⁵.

- أثر المرض الوراثي على النسل فقد حرص الإسلام على سلامة الزوجين وذريتهما من العيوب كما حرص على منع انتقال الأمراض إلى الذرية، والمرض الوراثي بات عيباً يشكل خطراً يهدد النسل لما له من أثر سلبي على الفرد من ناحية، وعلى المجتمع من ناحية أخرى، إذا تكمن خطورة الأمراض الوراثية في كونها وراثية الشعوب والمجتمعات، وليست مرضاً جرثومياً أو مؤقتاً، يتخلص منه في وقت معين، بل يحتاج إلى فترة طويلة.

باستقراء أحكام الشريعة يظهر أنها تراعي مصالح العباد وتعمل على تحقيقها، ودفع المفسد عنهم وإزالة الضرر، والنكاح بما له من مقاصد وحفظ النسل، واعفاف النفس من جملة هذه الأحكام، فإذا اختل هذا المقصد منه، وأصبح يحقق ضرراً محققاً على أحد الزوجين، أو على نسله، لزم دفع الضرر بإعطاء الآخر حق الفسخ، وقد بات العلم يكشف عن آلاف الأمراض الوراثية التي عجز العلم عن علاج بعضها وتشخيصه فكان لابد من ضم المرض الوراثي إلى جملة العيوب التي يفسخ بها عقد النكاح حفاظاً على المصالح التي جاءت الشريعة لرعايتها.

ما في استمرار الزواج بالعيوب الوراثي من مفسدة تلحق بالمجتمع عامة، وبزوجين خاصة ولما كان درء المفسد مقدم على جلب المصالح جاز فسخ النكاح بالمرض الوراثي⁴⁶.

والفرق بين القولين: بأنهما وان اتفقا على اعتبار المرض الوراثي من العيوب المجيزة للتفريق، إلا أن الفريق الأول صرح بالتفريق بين المرض الوراثي السائد والمرض الوراثي المتنحي، بخلاف الفريق الثاني. وقد استدل أصحاب القول الثالث بما يلي:

- لأن الفقهاء يعللون لجواز الفسخ بالعييب بأنه يمنع الاستمتاع المقصود، ويلحق به ما يمنع استمرار الحياة الزوجية.

- لأنه يمكن العمل على الحد من الأمراض الوراثية دون التفريق، وذلك بمنع الحمل أو العزل، وبالتحكم في جنس الجنين، وذلك كأن تكون المرأة تلد ذكورا مشوهين ثم يموتون بخلاف الإناث فيعشن حياة طبيعية وصحية، فيجوز حينئذ التحكم في جنس الجنين إذا ما تم بوسائل صحيحة، لأن الدعاء بطلب جنس معين جائز، ومن المقرر أن ما جاز طلبه جاز فعله، ويمكن كذلك بتعدد الزوجات.

المطلب الثاني: الترجيح

بعد عرض آراء العلماء في مسألة التفريق بالعييب وما استند إليه كل طرف، يترجح التفريق بسبب العيب، وذلك لما يأتي:

ما أثبتته تقنية الطب الحديث من وجود أمراض وراثية تنتقل إلى الأجيال بالوراثة من أحد الزوجين الحامل للجينات المريضة، مما قد يسبب ظهور الأمراض الخطيرة والتشوهات الخلقية في الذرية، وهذا الخيار لكلا الزوجين دون حصره في أحدهما؛ لأنه لا فرق في انتقال الجينات الوراثية من كلا الزوجين⁴⁷.

الخاتمة:

من خلال بحثنا هذا يظهر لنا جليا بأن الأمراض الوراثية لها أثر بالغ في فك الرابطة الزوجية مما يؤثر سلبا على الأسرة والمجتمع، وعليه فقد خلصنا إلى جملة من النتائج والتوصيات.

النتائج:

- أن الأمراض الوراثية هي مجموعة غير متجانسة من الأمراض المزمنة، التي يتوارثها الأبناء من الآباء عن طريق تناسل المادة الوراثية.

- أثبتت الشريعة الإسلامية دور الوراثة في الصفات الخلقية والخلقية وذلك من خلال عدة نصوص نبوية.

- جواز زواج المصاب بمرض وراثي، شرط أن يكون هذا المرض لا تترتب عليه مفسد تؤثر على قيام هذا الزواج.

- عند إجراء الفحص الطبي قبل الزواج يمكن الكشف عن العديد من الأمراض الوراثية التي يمكن تجنب أضرارها.

- جواز التفريق بين الزوجين بسبب المرض الوراثي وذلك إذا كان لهذا المرض تأثير على استمرارية الحياة الزوجية.

- جواز منع الحمل بصفة مؤقتة بسبب المرض الوراثي الذي يؤثر في النسل، يؤدي إلى فك الرابطة الزوجية.

- إنجاب الجنين الذي به عيوب خلقية أو وراثية، له أثر بالغ في استمرار الحياة الزوجية.
التوصيات:

- إيجاد هيئة علمية تجمع بين علماء الوراثة، والفقهاء للعمل معا حيث يقدم الطبيب تقريره، وبناء عليه يصدر الفقيه فتواه، يرجع إليها لبيان الحكم الشرعي فيما يتعلق به من مسائل.
- دعم العلماء والمختصين في مجال الأبحاث الوراثية لتحقيق نتائج أفضل في أبحاثهم لخدمة البشرية.
- ضرورة طلب إجراء الفحص الطبي للمقدمين على الزواج، خصوصا في حال انتشار الأمراض الوراثية.

الهامش:

¹ سورة آل عمران، الآية: 102.

² سورة النساء، الآية: 01.

³ سورة الأحزاب، الآية: 70، 71.

⁴ سورة الرعد، الآية: 38.

⁵ البخاري، محمد بن إسماعيل، صحيح البخاري، ج 07، رقم الحديث: 5063، كتاب النكاح، باب الترغيب في النكاح، دار طوق النجاة، بيروت، ط. 01، سنة: 2002، ص. 02 / أبو الحسن، مسلم، النيسابوري، صحيح مسلم، ج 02، رقم الحديث: 1401، كتاب النكاح، باب استحباب النكاح لمن تافت نفسه إليه، دار إحياء التراث العربي، بيروت، د ط، د س ن، ص. 1020 / أبو عبد الرحمان، أحمد، النسائي، سنن النسائي، ج 06، رقم الحديث: 3217، باب النبي عن التبتل، مكتب المطبوعات الإسلامية، حلب، ط. 02، سنة: 1986، ص. 60.

⁶ سورة الروم، الآية: 21.

⁷ سورة النساء، الآية: 21.

⁸ محمد الطاهر بن عاشور التونسي، مقاصد الشريعة، ج 03، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، قطر، د ط، سنة: 2004، ص. 421.

⁹ البخاري، محمد بن إسماعيل، المرجع السابق، ج 07، رقم الحديث: 5066، كتاب النكاح، باب من لم يستطع الباءة فليصم، ص. 03 / أبو الحسن، مسلم، النيسابوري، المرجع السابق، ج 02، رقم الحديث: 1400، كتاب النكاح، باب استحباب النكاح لمن تافت نفسه إليه، ص. 1018، 1019 / أبو عبد الرحمان، أحمد، النسائي، المرجع السابق، ج 06، رقم الحديث: 3206، باب الحث على النكاح، ص. 56، 57 / أبو عيسى، محمد، الترمذي، سنن الترمذي، ج 03، رقم الحديث: 1081، باب ما جاء في فضل التزويج والحث عليه، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط. 02، سنة: 1975، ص. 384 / أبوداود سليمان السجستاني، سنن أبي داود، ج 02، باب التحريض على النكاح، المكتبة العصرية صيدا، بيروت، د ط، د س ن، ص. 219 / أبو عبد الله ابن ماجه، سنن ابن ماجه، ج 01، رقم الحديث: 1845، باب ما جاء في فضل النكاح، دار إحياء الكتب العربية، حلب، د ط، د س ن، ص. 592.

¹⁰ رضي الدين الحسن، العباب الزاخر واللباب الفاخر، ج 01، د ط، د س ن، ص. 277 / أبو عبد الرحمن، الخليل الفراهيدي، كتاب العين، ج 07، دار ومكتبة الهلال، د س ن، ص. 23 / أبو الفضل، محمد ابن منظور، لسان العرب، ج 02، دار صادر، بيروت، ط. 03، سنة: 1414 هـ، ص. 293، ص. 340 / أبو الفيض، محمد مرتضى الزبيدي، تاج العروس من جواهر القاموس، ج 19، دار الهداية، د س ن، ص. 439 / أبو القاسم الطالقاني، إسماعيل بن عباد، المحيط في اللغة، ج 07، د ط، د س ن، ص. 457 / أبو منصور، محمد بن أحمد الهروي، تهذيب اللغة، ج 11، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط. 01، سنة: 2001 م، ص. 338 / أبو عبد الله، زين الدين، مختار الصحاح، ج 01، المكتبة العصرية، الدار النموذجية، بيروت، صيدا، ط. 05، سنة: 1420 هـ / 1999 م، ص. 80.

¹¹ أبو الحسين، ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، ج 05، دار الفكر، د ط، سنة: 1399 هـ / 1979 م، ص. 311.

- ¹² أحمد محمد كنعان، الموسوعة الطبية الفقهية، دار النفائس، بيروت، ط.01، سنة: 1420هـ، ص.845.
- ¹³ (وَرَّثَ) الْوَأُو وَالرَّاءُ وَالنَّاءُ: كَلِمَةٌ وَاحِدَةٌ، هِيَ الْوَرْثُ. وَالْمِيرَاثُ أَصْلُهُ الْوَأُو. وَهُوَ أَنْ يَكُونَ السَّمِيُّ لِقَوْمٍ ثُمَّ يَصِيرُ إِلَى آخَرِينَ بِسَبَبٍ أَوْ سَبَبٍ. قَالَ: وَرَثْنَاهُمْ عَنْ آبَاءٍ صِدْقٌ... وَتُورِثُهَا إِذَا مِتْنَا بَيْنَنَا أَنْظَرُ أَبُو الْحُسَيْنِ، ابْنِ فَارَسٍ، الْمَرْجِعِ السَّابِقِ، ج 06، ص. 105. / الْوَارِثُ: صِفَةٌ مِنْ صِفَاتِ اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ، وَهُوَ الْبَاقِي الدَّائِمُ الَّذِي يَرِثُ الْخَلَائِقَ، وَيَبْقَى بَعْدَ فَنَائِهِمْ، وَاللَّهُ عَزَّ وَجَلَّ، يَرِثُ الْأَرْضَ وَمَنْ عَلَيْهَا، وَهُوَ خَيْرُ الْوَارِثِينَ أَيَّ يَبْقَى بَعْدَ فَنَاءِ الْكُلِّ، وَيَفْنَى مَنْ سِوَاهُ فَتَرْتَجِعُ مَا كَانَ مَلِكًا الْعِبَادِ إِلَيْهِ وَخَدَهُ لَا شَرِيكَ لَهُ. أَنْظَرُ أَبُو الْفَضْلِ، مُحَمَّدُ ابْنُ مَنْظُورٍ، الْمَرْجِعِ السَّابِقِ، ج 02 ص.199.
- ¹⁴ سورة النمل، الآية: 16. وقوله: (وورث سليمان داود) فإنه قد كان لداود مائة امرأة . ولكن المراد بذلك وراثته الملك والنبوة، فإن الأنبياء لا تورث أموالهم أنظر أبو الفداء إسماعيل بن كثير الدمشقي، تفسير القرآن العظيم (ابن كثير)، ج 07، دار الكتب العلمية، منشورات محمد علي بيضون، بيروت، ط. 01، سنة: 1419 هـ، ص. 55.
- ¹⁵ البخاري، محمد بن إسماعيل، المرجع السابق، ج 01، باب العلم قبل القول بالعمل، ص. 24. / أبو عيسى، محمد الترمذي، المرجع السابق، ج 05، رقم الحديث: 2682، باب ما جاء في فضل العلم على العبادة، ص. 48. / أبو داود سليمان السجستاني، المرجع السابق، رقم الحديث: 3641، ج 03، باب الحث على طلب العلم، ص. 317. / أبو عبد الله ابن ماجه، المرجع السابق، ج 01، رقم الحديث: 223، باب فضل العلماء والحث على العلم، ص. 81.
- ¹⁶ أحمد محمد كنعان، المرجع السابق، ص. 38.
- ¹⁷ العريض شيخه سالم، الوراثة مالها وما عليها، دار الحرف العربي، ط 01، سنة: 1424هـ / 2003م، ص. 10.
- ¹⁸ سعد بن عبد العزيز بن عبد الله الشويرخ، أحكام الهندسة الوراثية، كنوز إشبيليا، الرياض، ط 01، سنة: 1428هـ / 2007م، ص. 33.
- ¹⁹ الدكتور منير علي الجزوري، الجينات وبيولوجيا الأمراض الوراثية، دار المعارف، ط 01، سنة: 2008م، ص. 07.
- ²⁰ عبد الله بن جابر مسلم الجهني، السجل العالمي لمؤتمر الفقه الإسلامي الثاني، قضايا طبية معاصرة، سنة: 1431هـ، ص. 23.
- ²¹ سعد بن عبد العزيز بن عبد الله الشويرخ، المرجع السابق، ص. 30.
- ²² العريض شيخه سالم، الوراثة مالها وما عليها، المرجع السابق، ص. 78.
- ²³ مجموعة من العلماء والباحثين، الموسوعة العربية العالمية، مؤسسة أعمال الموسوعة للنشر والتوزيع، مج 17، ط 02، سنة: 1419هـ / 1999م، ص. 66.
- ²⁴ محسن بن علي فارس الحازمي، أمراض الدم الوراثية حقائق علمية عن أمراض مزمنة ومعقدة، د ط، د س ن، الرياض، ص. 297-298.
- ²⁵ دانييل كيفلي ولبرودي، هوة الشفرة الوراثية للإنسان، القضايا العلمية والاجتماعية لمشروع الجينوم البشري، سلسلة عالم المعرفة، سنة: 1997م.
- ²⁶ عبد الحميد القضاة، رسالة إلى الشباب الفحص الطبي قبل الزواج ضرورة أم ترف؟، المكتبة الوطنية جمعية العفاف الخيرية، عمان، د.ط، سنة: 2003م، ص. 34.
- ²⁷ الْجَبْتُ: الْقَطْعُ. جَبَّهُ يَجْبُهُ جَبًّا وَجِبَابًا وَاجْتَبَّهُ وَجَبَّ خُصَاهُ جَبًّا: اسْتَأْصَلَهُ. وَخَصِيٌّ مَجْبُوبٌ بَيْنَ الْجِبَابِ. وَالْمَجْبُوبُ: الْخَصِيُّ الَّذِي قَدِ اسْتَوْصِلَ ذَكَرَهُ وَخُصِيَاهُ. أَنْظَرُ أَبُو الْفَضْلِ، مُحَمَّدُ ابْنُ مَنْظُورٍ، الْمَرْجِعِ السَّابِقِ، ج 01، ص. 249.
- ²⁸ قَالَ اللَّيْثُ: الْخِصَاءُ أَنْ تُخْصَى الشَّاةُ وَالِدَابَةُ خِصَاءً، مَمْدُودٌ، لِأَنَّهُ عَيْبٌ وَالْعَيْبُ تَجِيءُ عَلَى فِعَالٍ مِثْلُ الْعِثَارِ وَالْيَفَارِ وَالْعِضَاضِ وَمَا أَشْبَهَهَا. وَفِي بَعْضِ الْأَخْبَارِ: الصَّوْمُ خِصَاءً، وَبَعْضُهُمْ يَزْوِيهِ: وَجَاءَ أَنْظَرُ أَبُو الْفَضْلِ، مُحَمَّدُ ابْنُ مَنْظُورٍ، الْمَرْجِعِ السَّابِقِ، ج 14، ص. 231. / أبو منصور، محمد بن أحمد الهروي، المرجع السابق، ج 07، ص. 200.
- ²⁹ وَالْعَيْتَةُ وَالْعَيْتَةُ: الْإِعْتِرَاضُ بِالْفُضُولِ. وَالْإِعْتِنَانُ: الْإِعْتِرَاضُ. وَالْعُنْتُ: الْمُعْتَرِضُونَ بِالْفُضُولِ، رَجُلٌ عَيْنٌ لَا يَقْدِرُ عَلَى إِثْبَانِ الْبَيِّنَاتِ أَوْ لَا يَشْتَبِيهِ الْبَيِّنَاتُ وَأَمْرًا عَيْنِيَّةً لَا تَشْتَبِيهِ الرِّجَالُ وَالْفُقَهَاءُ يُقُولُونَ بِهِ عُنَّةٌ وَفِي كَلَامِ الْجَوْهَرِيِّ مَا يُشْبَهُهُ وَلَمْ أَجِدْهُ لِعَبْرِهِ وَلَفْظُهُ عَيْنٌ عَنْ أَمْرَاتِهِ تَعْنِيَةً بِالْبَيِّنَاتِ لِلْمَفْعُولِ إِذَا حَكَمَ عَلَيْهِ الْقَاضِي بِذَلِكَ أَوْ مَنَعَ عَنْهَا بِالسِّحْرِ وَالْإِسْمِ مِنْهُ الْعُنَّةُ وَصَرَّحَ بَعْضُهُمْ بِأَنَّهُ لَا يُقَالُ عَيْنٌ بِهِ عُنَّةٌ كَمَا يَقُولُ الْفُقَهَاءُ فَإِنَّهُ كَلَامٌ سَاقِطٌ قَالَ وَالْمَشْهُورُ فِي هَذَا الْمَعْنَى كَمَا قَالَ نَعْلَبٌ وَغَيْرُهُ رَجُلٌ عَيْنٌ بَيْنَ التَّعْنِينِ وَالْعَيْنِيَّةِ وَقَالَ فِي الْبَارِعِ بَيْنَ الْعِنَانَةِ بِالْفَتْحِ قَالَ الْأَزْهَرِيُّ وَسَبِيَّ عَيْنِيَّةً لِأَنَّ ذَكَرَهُ يَعْنِي لِقَبْلِ الْمَرْأَةِ عَنْ بَيِّنٍ وَشِمَالٍ أَيَّ يَعْتَرِضُ إِذَا أَرَادَ إِيْلَاجَهُ أَنْظَرُ أَبُو الْعَبَّاسِ، أَحْمَدُ بْنُ مُحَمَّدِ بْنِ عَلِيِّ الْفَيُومِيِّ، الْمَصْبَاحُ الْمُنِيرُ فِي غَرِيبِ الشَّرْحِ الْكَبِيرِ، ج 02، المكتبة العلمية، بيروت، د ط، د س ن، ص. 432.

³⁰ الرَّقْتُ: ضِدُّ الْفُتْقِ وَالرَّيْقَةُ أَيْضاً: مَصْدَرُ قَوْلِكَ: امْرَأَةٌ رَقَاءٌ، بَيِّنَةُ الرَّقِّ: لَا يُسْتَطَاعُ جِمَاعُهَا، أَوْ لَا حَزَقَ لَهَا إِلَّا الْمَبَالُ خَاصَّةً. فالمرأة الرتقاء مسدودة باللحم والقرناء مسدودة بعظم بحيث لا يمكن وطؤها وهو عيب في المرأة أنظر محمد بن يعقوب الفيروز آبادي، المرجع السابق، ج 01، ص. 886.

³¹ الْبَحْرُ: الرَّائِحَةُ الْمُتَغَيِّرَةُ مِنَ الْفَمِّ. قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ. الْبَحْرُ النَّثْنُ يَكُونُ فِي الْفَمِّ وَغَيْرِهِ، يَسَبِّبُ الْبَخْرَ الْفَمَوِي تَأْثِيراً نَفْسِيّاً وَاجْتِمَاعِيّاً كَبِيراً عَلَى الْمَصَابِينِ بِهِ أَوْ الَّذِينَ يَعْتَقِدُونَ ذَلِكَ (المصابين برهاب البخر الفموي)، الإفضاء: الكلمة مشتقة من فض، ولها معاني لغوية عديدة منها التفريق والتقسيم، والكسر والفك، واصطلاحاً هو اتحاد مسلك البول مع مسلك الحيض، أو مع مسلك الغائط مع مسلك الحيض، أو الجميع معاً، عَقَلَتِ الْمَرْأَةُ وَالنَّاقَةُ: خَرَجَ مِنْ رَحْمِهَا أَوْ حَيَاتِهَا شَيْءٌ مَدَوَّرٌ يَشْبَهُ أَدْرَةَ الرَّجُلِ، وَلَا يَكُونُ الْعَقْلُ فِي الْأَبْكَارِ، وَإِنَّمَا يَصِيبُ الْمَرْأَةَ بَعْدَ الْوِلَادَةِ عَقْلَ الرَّجُلِ: خَرَجَ فِي دُبُرِهِ شَيْءٌ مَدَوَّرٌ كَالْبَيْضَةِ أَنْظَرَ أَبُو الْفَضْلِ، مُحَمَّدُ ابْنُ مَنْظُورٍ، الْمَرْجِعُ السَّابِقُ، ج 14، ص. 231./ محمد بن يعقوب الفيروز آبادي، المرجع السابق، ج 01، ص. 886./ ابن فارس، أحمد، المرجع السابق ص. 477./ أبو نصر، إسماعيل بن حماد الجوهري الفارابي، الصحاح تاج اللغة و صحاح العربية، ج 03، دار العلم للملايين، بيروت، ط. 04، سنة: 1407 هـ/ 1987 م، ص. 1142.

³² الْعَذِيْبَةُ: مَصْدَرُ الْعَذِيْبُوْطِ، وَهُوَ الَّذِي يُحْدِثُ عِنْدَ الْجِمَاعِ، قَالَتْ امْرَأَةٌ: إِنِّي بُلِيْتُ بِعَذِيْبُوْطٍ بِهِ بَحْرٌ * يَكَادُ يَقْتُلُ مَنْ نَاجَاهُ إِنْ كَشَرَا * والمرأة عذيوطة. أنظر أبو نصر، إسماعيل بن حماد الجوهري الفارابي، المرجع السابق ص. 1142.

³³ عَنْ زَيْدِ بْنِ كَعْبٍ بْنِ عُجْرَةَ، عَنْ أَبِيهِ، قَالَ: تَزَوَّجَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ امْرَأَةً مِنْ بَنِي غِفَارٍ، فَلَمَّا دَخَلَتْ عَلَيْهِ وَوَضَعَتْ ثِيَابَهَا رَأَى بِكَشْحَهَا بَيَاضاً، فَقَالَ لَهَا النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «الْبَيْسِي ثِيَابِكَ وَالْحَقِي بِأَهْلِكَ» وَأَمَرَ لَهَا بِالصَّدَاقِ «هَذِهِ لَيْسَتْ بِالْكَلاِبِيَّةِ، إِنَّمَا هِيَ أَسْمَاءُ بِنْتُ النُّعْمَانَ الْعِفَارِيَّةُ» أَنْظَرَ أَبُو عَبْدِ اللَّهِ النَّيْسَابُورِي، الْحَاكِمُ، الْمَرْجِعُ السَّابِقُ، ج 04، رقم الحديث: 6808، ص. 36.

³⁴ صفوان محمد عضيبات، الفحص الطبي قبل الزواج دراسة شرعية قانونية طبية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ط. 02، سنة: 2011م، ص. 69.

³⁵ إيمان غالب اليافعي، الفحص الطبي قبل الزواج أطفال أصحاء، مجلة مركز الفحص الطبي قبل الزواج، د.ط، سنة: 2012م، ص. 13.

³⁶ إيمان غالب اليافعي، المرجع السابق، ص. 13.

³⁷ صفوان محمد عضيبات، المرجع السابق ص. 7.

³⁸ اختلف الفقهاء في حكم التفريق بين الزوجين بالعيب، على قولين: فذهب جمهور الفقهاء إلى القول بجوازه، بينما ذهب الظاهرية إلى القول بمنع التفريق بين الزوجين بالعيب، ينظر في المسألة إلى: سعد الشويخ، المرجع السابق، ص. 1.

³⁹ نعمان محمد علي البعداني، مستجدات العلوم الطبية وأثرها في الاختلافات الفقهية". رسالة دكتوراه في الفقه المقارن "كلية الشريعة والقانون، جامعة أم درمان الإسلامية، السودان، 1433 هـ / 2012 م، ص 379.

⁴⁰ المرض الوراثي السائد: تنتقل بعض الحالات الوراثية في العائلة عن طريق الوارثة السائدة بمعنى أن الشخص يرث نسخة سليمة من جين معين وأخرى غير سليمة، في هذه الحالة تكون النسخة غير السليمة هي السائدة على الأخرى وتأثيرها يظهر أي أنها تطفئ على النسخة السليمة كلياً، فدرجة تأثير الشخص على أي حال تعتمد على الجين المتأثر وما هو دوره في الجسم، وفي هذا النوع من الأم المرض يكفي أن يكون أحد الوالدين مصاباً لينقل المرض إلى الأبناء بنسبة % 05 حتى وان لم يتزوج من أقاربه أو أنه تزوج بشخص سليم تماماً، وتظهر عوارض بعض الأمراض

الوراثية السائدة من لحظة الولادة، في حين أن بعضها الآخر لا تظهر عوارضه إلا في سن متأخرة من العمر، ينظر مطوية الوراثة السائدة، أصدرها مستشفى: STHOMAS.GUYS، لندن: جانفي 2013 م، ص. 03.

⁴¹ المرض الوراثي المتنحي: وهي الصفة التي لا تستطيع أن تظهر إلا مع وجود عاملين وراثيين يحددان هذه الصفة في الشخص، أي أن المرض الوراثي المتنحي يظهر، إذا كان الجين المسبب للمرض مزدوجاً، ويكون كل من الوالدين (الأب والأم) حاملاً للمرض أي أن كلاهما يحملان أحد الجينات المسببة للمرض، ولذلك هناك احتمال أن تنتقل الجينات المرضية من كل الوالدين إلى الطفل فيصبح مريضاً، وهكذا فإن احتمال ظهور المرض الوراثي نفسه في الأبناء مع كل حمل جديد، يكون بنسبة % 25 وهناك احتمال % 75 أن يكون الأبناء غير المصابين بالمرض، فإن

هناك احتمال % 50 أن يكون الأبناء حاملين للمرض مثل ولديهم، و % 25 أن تكون العوامل الوراثية لديهم كلها طبيعية، وأن حامل المرض لا تظهر عليه أي أعراض مرضية، لذا هناك الكثيرون لا يعرفون أنهم يحملون العامل الوراثي لمرض معين إلا بعد أن يولد لهم مولود مصاب بالمرض الوراثي، ينظر شيخخة سالم العريض، المرجع السابق، ص. 17-18.

⁴² نعمان محمد علي البعداني، المرجع السابق، ص. 381.

⁴³ سعد بن عبد العزيز عبد الله الشويخ، المرجع السابق، ص. 202-204.

⁴⁴ نعمان محمد علي البعداني، المرجع السابق، ص. 381.

⁴⁵ ماجد هادي ومحمد هادي، " الفسخ بين الزوجين بسبب العيب"، المجلة الأكاديمية العلمية، الع ارق: جامعة الرمادي، سنة: 2012م، ص. 215.

⁴⁶ نعمان محمد علي البعداني، المرجع السابق، ص. 381.

⁴⁷ نعمان محمد علي البعداني، المرجع السابق، ص. 381.

شرط إعادة التفاوض آلية لإعادة التوازن الإقتصادي في عقود الاستثمار الدولية
The condition of renegotiation: as a mechanism to restore economic
balance in international investment contracts

الدكتور: بوخالف عبد الكريم

جامعة قاصدي مرباح ورقلة

boukhalfa.abdelkrim@univ-ouargla.dz

ملخص:

شرط إعادة التفاوض كان وليد الممارسات التعاقدية بين المستثمر والدولة المضيفة ويعد هذا الشرط ضمانا عقديا تفرضها ظروف وملابسات عقود الإستثمار الدولية، والذي يتم الإتفاق عليه ما بين الأطراف في إدراجه في العقد كضمان تعاقدى، وتدخل هذه الضمانات كون تنفيذ عقد الإستثمار يستمر مدة زمنية طويلة نسبيا وقد يصاحبها تغيرات قانونية وإقتصادية أو سياسية تؤثر على المستثمر الأجنبي، لذلك يسعى هذا الأخير للمحافظة على مركزه القانوني من خلال إيراد هذه الضمانة في عقد الإستثمار

الكلمات المفتاحية: التفاوض - المنازعات - عقد الاستثمار - الدولة المضيفة - استثمارات

أجنبية- شرط إعادة التفاوض- الظروف الطارئة.

Summary:

The requirement of renegotiation was the result of contractual practices between the investor and the host country. This condition is a contractual guarantee imposed by the circumstances and circumstances of the international investment contracts, which are agreed between the parties to be included in the contract as contractual security. These guarantees is included into a relatively long period of time Accompanied by legal, economic or political changes affecting the foreign investor, so the latter seeks to maintain its legal status by bringing this guarantee in the investment contract.

Keywords: Investment contract - Host country - Foreign investments - Condition of renegotiation - Emergency circumstances.

مقدمة:

إنطلاقاً من أن كل ما هو تعاقدى فهو عادل وأن الإلتزام يستمد قوته من الإرادة المستقلة، وبالإضافة الى حاجة الأفراد المتزايدة للأمن التعاقدى تجعل من العقد وسيلة لتحقيق التوازن الإقتصادي للعقد وتحقيق الأمن والإستقرار في المعاملات، وبدراستنا لعقود الإستثمار فإنّ طول مدة تنفيذ إلتزاماتها تجعلها عرضة لعدة تغيرات قد تخل بالتوازن الإقتصادي للعقد أو ترهق كاهل أحد أطرافه، وهو ما ينجّر معه نزاعات ما بين الدولة المضيفة والمستثمر الأجنبي، ومن هنا تبرز أهمية إدراج شرط إعادة التفاوض في عقود الإستثمار، والذي بمقتضاه تتجه إرادة الأطراف المتعاقدة إلى إعادة التفاوض حول منشأ النزاع وتسويته، لاستمرار تنفيذ العقد، وما له من فائدة عملية وعلمية، فتتجسد الأهمية العملية من خلال إرتباطه بعقود تزداد يوماً بعد يوم في حياة الدول جميعاً، ويعد هذا الشرط كضمانة عقدية أو تقنية وليدة ممارسات عقدية وهذا يثبت أن عقد الإستثمار يتسم بمرونة كما يثبت أنه يمكن إبتداع ضمانات أخرى أجل مصلحة المستثمرين لأن قانون الإستثمار لا يسمح بذلك ، كما أن هذا الشرط يجمع بين نظامين، النظام الإقتصادي والنظام القانوني، فهو يعد أكثر ضمانة واقعية وقريبة إلى الواقع العملي للمستثمرين، أما من الناحية العملية تتمثل أهمية شرط إعادة التفاوض ودوره في خلق جو إستثماري مناسب لأنه يتعلق بفترة هام في حياة العقد، بحيث يعطي هذا الشرط الفرصة المناسبة لأطراف عقد الإستثمار الذي إنهارت مبادئه نتيجة لتغير الظروف لإحيائه من جديد.

وأمام هذه الوضعية يثور التساؤل حول صدقية مسلمات إعتبار شرط إعادة التفاوض كالية فعالة لمعالجة مشكلة تغير ظروف تنفيذ عقود الإستثمار الدولية ؟

وللإجابة على هذه الإشكالية السابقة الذكر سنحاول تقسيم دراستنا إلى مبحثين، نتطرق في المبحث الأول الأساس الإرادي لشرط إعادة التفاوض، من خلال دراسة الحرية الإرادية للأطراف في إدراجهم لهذا الشرط بالخصوص في عقود الإستثمار الدولية وتطبيقات لهذا الشرط في بعض العقود الدولية وبالخصوص في التشريع الجزائري، وفي المبحث الثاني سنتطرق الى الأثار القانونية التي يثيرها شرط إعادة التفاوض في حالة إخلال أحد اطراف العلاقة التعاقدية بهذا الشرط.

المبحث الأول

الأساس الإرادي لشرط إعادة التفاوض

يتمتع المستثمر الأجنبي ببعض الحرية في مناقشة الدولة في تنظيم العقد واختيار شروط تحميه بعدما كان مقيداً من قبل الدولة من فرض قانونها الوطني الواجب التطبيق، وهذا راجع إلى الأولوية للدولة بالحفاظ على الإستثمارات. إلا أن المستثمر قد يظهر بمظهر قوة وحرية في الإتفاق على شرط إعادة التفاوض وفقاً لمبدأ سلطان الإرادة لمواجهة المشكلات المحتملة التي يثيرها تغير الظروف، لاسيما في تغير التنظيم التشريعي والتغير في مقتضيات العقد الإستثماري، وعليه تكون لإرادة المستثمر الحرية الكاملة في

إدراج هذا الشرط (المطلب الأول)، وتجدر الإشارة أن لشرط إعادة التفاوض عدة تطبيقات في مجال عقود الإستثمار من خلال تجنب المنازعات التي قد تحصل ما بين الدولة والمستثمر إذ يستطيع عن طريقه الطرفان الوصول إلى بعض الحلول حول التغيرات التي قد تخل بالتوازن الإقتصادي للعقد (المطلب الثاني).

المطلب الأول: الحرية الإتفاقية في إدراج شرط إعادة التفاوض

يتمتع المستثمر في عقد الإستثمار بحرية واسعة في تنظيم عقده مع الدولة المستقبلية واختيار الشروط التي يراها مناسبة له ومحتواها، وهذا نابع من الحرية التعاقدية ومبدأ سلطان الإرادة، وفي هذه الحالة فإن المستثمر يفرض هذا الشرط على الدولة في العقد على أساس إعادة التفاوض في حالة إختلال التوازن العقدي في عقد الإستثمار (الفرع الأول)، ويسري على هذا الشرط المواضيع والنطاق الذي يكون محل تفاوض مع الدولة والمستثمر في حالة حدوث إشكال في العقد (الفرع الثاني).

الفرع الأول: حرية الإتفاق على شرط إعادة التفاوض: وفقا لمبدأ سلطان الإرادة

يخضع النشاط التعاقدى إلى قاعدة أساسية هي بمثابة الدستور وتمثل في مبدأ حرية الإرادة وإستقلالها في بعض المواطن، وبعبارة أخرى خضوع هذا النشاط التعاقدى إلى مبدأ سلطان الإرادة¹. ومقتضى هذا المبدأ أن الإلتزام العقدي يرتكز على إرادة المتعاقدين فقط، فهذه الإرادة هي التي تحدد في الوقت نفسه مصدر ونطاق الحقوق والإلتزامات التي تم التعبير عنها، بل يذهب أنصار هذا المبدأ إلى أبعد من ذلك، حيث يرون أنه حتى خارج نطاق العقد يجب أن يقوم كل التزم على أساس الإرادة وبدون ذلك فلا قيمة له².

إن الحرية التعاقدية التي يملكها الأطراف المتعاقدة وفقا لمبدأ سلطان الإرادة، منحهم الصلاحية في تضمين عقودهم الشروط التي يختارونها، ومن أبرزها شرط إعادة التفاوض الذي يسعى المستثمر الأجنبي إلى الإتفاق عليه مع الدولة بالصيغة المختارة من قبلهم³، وإدراجه في العقد ليكون له دور فعال لمشكلة تغير الظروف وإختلال التوازن الإقتصادي للعقد، لاسيما إذ كان العقد طويل المدة حيث يكون تعرضه إلى هذه المشكلة أكثر من غيره.

وعلى المستوى الدولي، يكون مبدأ سلطان الإرادة والحرية التعاقدية أكثر وضوحا وأوسع إنتشارا ونطاقا، وبذلك يتضح مدى توسع سلطان إرادة المستثمر في هذه الحالة وتسايه مع الدولة في صياغة العقد بعد ما كانت إرادته مقيدة في تحديد القانون الواجب التطبيق بنصوص قانونية وإتفاقيات دولية⁴.

وفضلا عن ذلك فإن هذا الشرط يحقق نوعا من الأمان القانوني بالنسبة إلى المستثمر، على أساس أن هذا الشرط ليس بأمر خارجي عن العقد وإنما وجد وفقا لإرادة الطرفين المتعاقدة، فإنه قطعاً يتوافق مع تصوراتهم ويتلاءم مع أهدافهم، لذلك فإنه سيشعر الطرفين بالأمان والعمل على تحقيق التعاون فيما بينهم.

وإذا كان شرط إعادة التفاوض ذو طابع تعاقدية والأطراف المتعاقدون يتمتعون بحرية كبيرة في تنظيم عقودهم وإدراج الشروط التي يرغبون فيها وفقاً لمبدأ الحرية التعاقدية وسلطان الإرادة الذي يسمح للأطراف بإعادة التفاوض في أي وقت يشاؤون، فما مدى الفائدة التي يحققها اشتراط الأطراف لهذا الشرط في العقد ابتداء وإتفاقهم عليه؟

في الواقع العملي إن هذا الأمر المهم المتمثل في التشكيك بجدوى شرط إعادة التفاوض وأهمية ذكره بالعقد ابتداء وتمييزه عن التعديل الإرادي اللاحق، تناولته المناقشة التي تمت بين مجموعة من الفقهاء الذين درسوا مشكلات طول المدة في العقود عام 1987 برئاسة الأستاذ "مارسيل فونتان" 5، حيث طرح بعض الفقهاء الجدوى والغاية من إدراج الشرط إذا كانت هناك إمكانية لتعديل العقد ومراجعتها في الوقت الذي يرغب فيه الأطراف.

إن الإجابة على ذلك تتمثل في أن الأمر مختلف تماماً بين شرط إعادة التفاوض والتعديل اللاحق للعقد، حيث يوفر شرط إعادة التفاوض ضماناً حقيقية لإعادة التوازن الإقتصادي للعقد والحفاظ على إستمراره ووجوده من خلال فرضه إلزاماً على عاتق الأطراف يتضمن ضرورة الدخول بالتفاوض بحسن النية للتوصل إلى مشكلة تغير الظروف، وسيتعرض الطرف الممتنع عن ذلك إلى المسؤولية العقدية 6، خلافاً للتعديل اللاحق للعقد الذي يتبناه مبدأ سلطان الإرادة، فما دام العقد قد تم ولم يتفق الأطراف على الشرط ابتداءً، فلا يستطيع أحدهم أثناء التنفيذ أن يجبر الآخر على إعادة التفاوض إلا إذا وافق صراحة على هذا الأمر. وفي حالة عدم الإتفاق لا يكون أمام الطرف المتضرر أي وسيلة قانونية لإجبار الطرف المستفيد على إعادة التفاوض إلا من خلال اللجوء إلى القضاء أو التحكيم للنظر في ذلك.

وبذلك سيكون إتفاقهم على شرط إعادة التفاوض في العقد ابتداءً منشأً لإلزام عقدي بذمة الأطراف يقضي ضرورة إعادة التفاوض لمعالجة مشكلة تغير الظروف عند تحقيق شروط تطبيقه، وبذلك في حالة ما إذا تضرر المستثمر جراء أي عمل أو جراء تغيير ظروف العقد، فإنه يجبر الدولة أن تدخل معه في التفاوض بحسن النية. وعلى هذا الأساس تتضح الحرية الواسعة التي يملكها المستثمر الأجنبي في هذا الشرط، وذلك وفقاً لمبدأ سلطان الإرادة الذي حول الأطراف تلك الحرية.

ولقد إتجه بعد ذلك قضاء التحكيم في الممارسة الدولية إلى الإعتراف بهذا الشرط إستجابةً منه لمقتضيات العقود الدولية، واقع التجارة وكذا كثرة عقود الإستثمار بالخصوص، وفي هذا الإطار نشأت فكرة إعادة التفاوض في شكل شروط عقدية تسمى شروط إعادة التفاوض وقد عرفها الأستاذ oppetit على أنها " إتفاق الأطراف على إمكانية تعديل العقد في حالة تغير الظروف بشكل يمس بالعناصر الأساسية للعقد عما تم الإتفاق عليه عند التعاقد، مما قد يخل ويسبب أضراراً لأحد المتعاقدين" 7.

إن شرط إعادة التفاوض لم يخرج عن القواعد العامة في معظم التشريعات الدولية، إذ نصت المادة 106 من القانون المدني الجزائري على أن "العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا

باتفاق الطرفين"، مما يعني أنّ العقد إذا نُفذ كان ملزماً للأطراف ولا يجوز لأحد منهم تعديله بإرادته المنفردة إلا إذا كان هناك إتفاق مسبق من قبل المتعاقدين على ذلك، ونفس الأمر ينطبق على القانون الفرنسي الذي يقيد إرادة المتعاقدين الذين يضمنون عقدهم شرط إعادة التفاوض بالإلتزام بحسن النية في إعادة التفاوض⁸.

تتخذ حسن النية صور مختلفة كأن يلتزم الطرفان المتعاقدان أي الدولة المضيفة والمستثمر في التعاون فيما بينهما بالنزاهة في العمل والأمانة وإعلام كل منهما للآخر بما لديه من بيانات وحقائق تتعلق بموضوع التفاوض، وهذا الأمر إجباري في مثل هذه العقود بما تتميز به من ضخامة الأموال التي تستهلكها وارتباطها بإقتصاد الدولة وذلك من أجل إنقاذ العقد من الفسخ أو إكماله بطريقة قد تلحق أضرار بالمتعاقدين عكس توقعاتهم الاقتصادية.

ونظراً للأهمية الكبيرة التي يلعبها شرط إعادة التفاوض في العقود الدولية فقد تمت الإشارة إليه في الكثير من المبادئ المتعلقة بهذه الأخيرة، ومن ذلك ما تضمنته القواعد التي تعنى بتوحيد عقود التجارة الدولية في الفقرة الثالثة من المادة السادسة منها حيث نصت على أنه "في حالة وجود شرط تغير الظروف الاقتصادية يجوز للطرف المتضرر أن يطلب إعادة التفاوض ويجب أن يقدم الطلب دون تأخير وأن يكون مسبباً".

وتضمن مشروع مدونة السلوك الخاص بالشركات التي أعدته لجنة الشركات عبر الدولية المشكلة في إطار الأمم المتحدة النص على ضرورة إعادة التفاوض في العقود التي تبرمها هذه الأخيرة، إذ أشارت إلى أن العقود والاتفاقات لا سيما التي يتعين تنفيذها في إطار فني يكون طويل الأجل يجب أن تتضمن شروطاً لإعادة مراجعة بنودها أو لإعادة التفاوض بشأنها في حالة ما تغيرت الظروف التي أبرمت في ظلها هذه العقود تغيراً جوهرياً⁹، ومن ثمّ يتعين على الشركات عبر الدولية أن تتصرف في ضوء إعتبرات حسن النية¹⁰، ويجب عليها التعاون مع الحكومات المعنية من أجل إعادة مراجعة هذه الاتفاقات أو إعادة المفاوضة بشأنها¹¹.

وفي حالة عدم وجود الشروط الموجودة وحدث تغير في ملابسات الظروف التي كانت أساس العقد أو الاتفاق، فإنه يجب على الشركات عبر الوطنية أو ينبغي لها أن تتعاون مع الحكومات في إستعراض ذلك العقد أو الاتفاق أو إعادة التفاوض بشأنها¹²، إن هذه الصيغ بمثابة النص على التفاوض وحسن التعبير عن حقيقة التعارض ما بين القواعد وذلك بما تعلق بتنفيذ عقد الإستثمار وعليه وبالرغم من إتفاق الأطراف على إعادة التفاوض بحسن نية، فإن هذا الإلتزام يسري على الطرفين، وعلى قيمة بند ينص على شرط إعادة التفاوض في عقد الإستثمار.

ولقد لعب قضاء التحكيم دوراً مهماً في إنتشار هذا المبدأ في العقود الدولية من ذلك قرار التحكيم الصادر في قضية تابكو كلاسياتيك ضد الحكومة الليبية لسنة 1984 بخصوص قرار التأميم حيث أشارت

هيئة التحكيم تأكيداً منها لمبدأ سلطان الإرادة فيما يتعلق بالعقود الدولية ويظهر هذا المبدأ على أنه مبدأ عالمي في هذه الأنظمة ولو لم يكن دائماً بنفس المعنى ونفس النطاق¹³، وقد أكدت هيئة التحكيم في عدة قرارات أخرى على حرية الأطراف في عقود التجارة الدولية وعقود الإستثمار بإدراج ما يروونه مناسباً من الشروط التي تحقق مصالحهم والتي تعبر عن نيتهم بشكل واضح.

يستنتج من خلال كل ما تقدم أن الحرية التعاقدية واسعة ويملكها المستثمر في عقد الإستثمار في مواجهة الدولة المستقبلية، في ظل غياب نظام قانوني دولي موحد وملزم في مجال عقود الإستثمار والذي يعالج مشكلة إختلال التوازن العقدي في مجال عقود الإستثمار،¹⁴ حيث فتح هذا الفراغ المجال أمام حرية الأطراف وبالخصوص المستثمر الأجنبي في الإتفاق مع الدولة المستقبلية له على إدراج وتنظيم شرط إعادة التفاوض للإطمئنان بوجود حل مناسب لمشكلة تغير الظروف، لاسيما أن عقد الإستثمار يكون أكثر من غيره من العقود عرضه إلى مشكلة تغير الظروف الإقتصادية.

وتجدر الإشارة هنا إلى أنّ الحرية الكبيرة الممنوحة للمستثمر بخصوص صياغة هذا الشرط بشكل إرادي أدت إلى تنوع وإختلاف في صياغته، حيث صار من الممكن التعديل في فكرته وفي شروط تطبيقه أو تنظيم الآثار التي يرتبها، الأمر الذي أنجر معه عدم وجود صياغة موحدة له وإختلافها حسب طبيعة العقد وموضوعه.

إن معظم الدول النامية لا تحبذ هذا الشرط رغم ما يرتب من فوائد ترجع عليها، في حين ركزت الدول المتقدمة على هذا الشرط، وخلافاً على ذلك عكس الخلف بشأن مركز بنود إعادة التفاوض وأثرها هو الآخر ما كان سائد بخصوص صياغة مشروع مدونة الأمم المتحدة من عدم يقين بشأن ما إذا كان تغير الظروف يتطلب إعادة التفاوض أو ما إذا كان ذلك سيقوض نظرية تدويل العقود المبنية على مفهوم حرمة العقود وعدم قابليتها للتغير¹⁵.

يفهم من خلال ما تم التطرق إليه وما نصت عليه العديد من الإتفاقيات ومدونات السلوك الخاصة بإبرام العقود الدولية، أن هذا الشرط هو شرط إتفاقي مضمونه يتوقف على ما يتفق عليه أطراف العقد، لذلك عادة ما يتم تنظيمه بشكل مفصل حيث يبين الأطراف مفهومهم للشرط والأحداث التي سيواجهونها ومدى تأثيرها على تنفيذ وإتمام العقد والحلول التي سوف يتم اللجوء إليها من خلال اللجوء إلى الوسائل التقنية في حل مشاكلهم الاقتصادية¹⁶.

الفرع الثاني: الصياغة الدقيقة لشرط إعادة التفاوض

إن الواقع العملي يفرض على الأطراف التحديد الدقيق لمختلف عناصر الشرط التي يشيرون إليها في العقد بغية تأمين التطبيق الصحيح له، ولعل من أبرز العناصر المهمة التي يتعين على المستثمر الأجنبي حين إبرامه للعقد أن يحددها مع الدولة هي الأحداث التي يواجهها هذا الشرط وتحديد درجة الإخلال بالتوازن

العقدي، وفي حال تغير الظروف تحديد مصير العقد، فيجب على الأطراف تحديد أعمال وتطبيق الأحداث التي يواجهها الشرط والتي تؤدي إلى أعماله وتطبيقه وقد تكون تلك الأحداث وطنية أو دولية كما يمكن أن تكون ذات طبيعة اقتصادية أو سياسية أو مالية، والمهم هو أن تكون خارجة عن إرادة الأطراف أي غير متوقعة الحصول من قبلهم وقت التعاقد وغير ممكنة الدفع¹⁷.

وعلى الأطراف أن ينظروا إلى جميع الإحتمالات المستقبلية وأن يضعوها في إعتباراتهم عند صياغة هذا الشرط وتحديد ظروفه المتغيرة التي تستوجب تطبيقه وبحسب ما تقررره مصالحهم وأهدافهم التي تتلائم مع طبيعة المشروع الذي سينجز¹⁸.

وبعد أن يتم تحديد تلك الظروف وطبيعتها ينبغي توضيح صفاتها والتي تمثل تحققها ضرورة تطبيق شرط إعادة التفاوض ويكاد يجمع الفقه على أن هذه الظروف المتغيرة أن تكون غير متوقعة ومستقلة عن إرادة الأطراف ويترتب عليها إختلال في التوازن الإقتصادي للعقد.

هذا وقد أشار دليل اليونسترال الخاص بصياغة العقود الدولية إلى ضرورة الصياغة الجيدة لشرط إعادة التفاوض من خلال إعتداد توضيح لحالة المشقة الموجبة لتطبيق الشرط وإستقلالية الحدث عن إرادة الأطراف، وأن يؤدي هذا الحدث إلى عواقب إقتصادية سلبية خطيرة، وعلى هذا يجب على الأطراف أن يحددوا في صياغتهم الأحداث التي سيواجهها هذا الشرط.

وبغية إعمال شرط إعادة التفاوض، يجب أن يؤدي الحدث الذي يواجهه الشرط المذكور إلى خلق نوع من الاضطراب في اقتصاديات العقد، أي درجة معينة من الاختلال بالتوازن الاقتصادي للعقد. ولا بد من الإشارة إلى أن الاختلال يعد مرحلة وسط بين الإستحالة المطلقة في التنفيذ والتي يؤدي إليها عادة حدث القوة القاهرة، وبين مجرد التغيير البسيط أو الطفيف الذي قد يطرأ على إقتصاديات العقد دون أن يجعل التنفيذ مستحيلًا أو حتى مرهقًا بالنسبة للمدين¹⁹.

هذا ويحرص الأطراف، على إشتراط توافر درجة معينة من الخطورة والاضطراب التي تطل اقتصاد العقد في البنود التي ينظمون من خلالها شرط إعادة التفاوض، وبعبارة أخرى، فإنهم يشترطون أن يكون التغيير الذي يؤدي إليه الحدث المبرر لإعادة التفاوض جوهرياً يصاحبه إضطراب واضح في اقتصاد العقد، بحيث يؤدي إلى ضرر ليس من المنطقي أن يتحملة أحد الاطراف²⁰.

وتشير في هذا السياق مبادئ اليونيدروا والتي تنظم شرط إعادة التفاوض إلى عنصر الإختلال الذي ينجم عن الحدث الذي يواجهه الشرط، إذ تنص المادة الثانية منها بوجود إعادة التفاوض عند وقوع إحداه إختلال كبير في أداءات العقد.

فقد أعدت غرفة التجارة الدولية في باريس شرطاً نموذجياً بشأن مواجهة الأحداث غير المتوقعة وقد جاء فيه (في حالة وقوع أحداث غير متوقعة من الاطراف تغير بشكل أساسي توازن العقد الحالي وتؤدي الى وقوع اعباء غير عادلة لأحد الاطراف أثناء تنفيذ التزاماته، فيجب أن يصار الى تعديل بنود العقد)²¹.

ويجب على الأطراف في هذه الحالة تحديد مستقبل العقد فيما إذا كانوا يستمرون في التنفيذ أم سيعلمون على مصير العقد انتظاراً لنتيجة التفاوض وما يتم إليه بهذا الصدد. كما يجب أن يتضمن الإتفاق مصير العقد في حالة فشل المفاوضات والحل الذي يجب اتباعه لاسيما في حالة نشوب نزاع أو اختلاف ما بين الدولة والمستثمر الأجنبي بشأن مدى تحقق الشرط.

تماشياً مع ما سبق ذكره يعتبر شرط إعادة التفاوض شرطاً خاصاً تختلف صوره باختلاف العقود والظروف، أي أن مضمون هذا الشرط ليس مضمون واحد في العقود، وخاصة في عقود الإستثمار التي تمتاز بخصوصية عن باقي العقود الدولية كونها عقود تمتاز بطول المدة. ويتنوع هذا الشرط كذلك بتنوع رغبات الأطراف وطبيعة الظروف المرافقة لإبرام العقد وتنفيذه²²، مما قد يتبين أن هذا الشرط قد يواجه في عقد ما ظروفًا إقتصادية بينما يواجه في عقود أخرى ظروفًا سياسية أو مالية أخرى. وكما قد يتفق الأطراف على تطبيق هذا الشرط لمجرد حدوث ضرر لأحدهم أيا كان مقدار الضرر الحاصل، فقد يشترطون أن يكون الضرر جسيماً وغير مألوف لتطبيق هذا الشرط.

وقد يتم الإتفاق في بعض العقود على إجراء التفاوض فيما بينهم في ضوء التفاهم وحسن النية ويتفقون في عقود أخرى على اللجوء إلى أهل الإختصاص من فنيين وقانونيين أو إلى قضاء التحكيم للإشراف على عملية التفاوض بالخصوص في عقود الإستثمار التي تمتاز بالضخامة المالية الكبرى²³.

إن تنوع صور شرط إعادة التفاوض على النحو الذي أوضحناه قد أثر بشكل كبير في طريقة تحليله فبعد أن كان المتعاملون في عقود الإستثمار يعتمدون في إعداد هذا الشرط على الصياغات العامة أصبحوا في الوقت الحالي، ومع كثرة عقود الإستثمار الدولية المبرمة ما بين المستثمرين والدول المضيفة للاستثمار يلجؤون إلى الصياغات الدقيقة لهذا الشرط.

تماشياً مع ما سبق ذكره تجدر الإشارة إلى أنّ المفهوم الاتفاقي لشرط إعادة التفاوض في عقود الإستثمار وإن كان يقدم بعض المزايا، والتي تظهر خاصة على مستوى تجنب منازعات عقود الإستثمار باعتباره يترك الحرية الكاملة للأطراف في صياغة الشروط وتحديد كافة العناصر على نحو يخفف من الجمود الذي يمكن مواجهته فيما لو كان هذا الشرط معالجا ضمن نصوص وطنية أو إتفاقيات دولية إلا أنه بالمقابل يثير بعض الصعوبات عند التطبيق والتي تتمثل في عدم وجود مفهوم قانوني موحد للشرط فإن تطبيقه يتطلب إتفاق الأطراف عليه صراحة في العقد إذ لا يمكن تطبيق الشرط إلا إذا نص المتعاقدون عليه صراحة في عقدهم، من جهة²⁴.

وإن مجرد إشارة الأطراف في العقد إلى مصطلح إعادة التفاوض لا تعد كافية لتطبيق الشرط إذ أن إدراج المصطلح في بنود العقد قد ينصرف إلى أكثر من معنى من جهة أخرى.

وفي الأخير عند وجود نقض أو غموض أو تعارض يعتري تنظيم الأطراف لشرط إعادة التفاوض لا يكون بمقدور المحكم أو القاضي التصدي لمفهومه ومضمونه من تلقاء نفسه، لكونه يجد صعوبة في تفسير النوايا الداخلية للأطراف.

المطلب الثاني: تطبيقات شرط إعادة التفاوض

تضمنت العديد من العقود الدولية شرط إعادة التفاوض نظرا للأهمية الكبيرة التي يتميز بها على مستوى تجنب العديد من المنازعات في عقود الاستثمار، كما وجد تجسيدا له في العديد من اتفاقيات الإستثمار من بينها اتفاقية الاستثمار المنعقدة ما بين وكالة الاستثمار الجزائرية والشركة الوطنية الكويتية للاتصالات، حيث جاء في البند الخاص بتسوية المنازعات الاستثمار في نص المادة 13 منها ما يلي: "يعبر الطرفان عن نيتهما لتسوية المنازعات التي قد تنشأ بينهما والتي لها علاقة بالإتفاقية الحالية وذلك بكل روح موضوعية وودية"²⁵.

ويظهر تجسيد آخر لهذا الشرط في الإتفاقية النموذجية لدولة قطر من أجل الاستكشاف والمشاركة في الإنتاج سنة 1994، إذ تضمنت الإتفاقية في نص المادة 34 تحت عنوان توازن الإتفاقية والتي جاء في مضمونها "أن الموقف أو الوضع المالي للمستثمر يستند بموجب الإتفاقية إلى القوانين واللوائح السائدة وقت التوقيع، فإنه يتم الإتفاق على أنه إذا صدر قانون أو لائحة تؤثر على الوضع المالي للمستثمر خاصة إذا زاد معدل الجمارك أثناء سريان الإتفاقية فإنه يلزم الأطراف الدخول في مفاوضات بهدف الوصول إلى موقف متكافئ يحفظ التوازن الإقتصادي للعقد، وفي حالة فشل المفاوضات إلى الوصول إلى حل متكافئ ومتوازن فإنه يجوز لأحد الأطراف أن يحيل الأمر إلى التحكيم وذلك بموجب المادة 31 من الإتفاقية"²⁶.

يفهم من مضمون الإتفاقية المذكورة أنه في حالة نشوء منازعات حول العقد بين دولة قطر والمستثمر الأجنبي فإنه يجب عليهم أن يلجؤوا إلى التفاوض على المنازعات وجوبا وفي حالة عدم الوصول إلى الحل الأنسب في هذه الحالة يتم اللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي.

ونجد تجسيدا كذلك لهذا الشرط في اتفاقية منظمة التعاون والتنمية الإقتصادية والتي تم الموافقة عليها في 12 أكتوبر 1967، حيث جاء في طياتها الحث على التفاوض ما بين الدولة والشركات المتعددة الجنسيات في حالة الصدام بينهما ونشوب نزاع حول فعل إرادي أصدرته الدولة المستقبلية بشأن التأميمات أو نزع الملكية، فإنه يجب على الدولة المستقبلية أن تعيد التفاوض مع هذه الشركة بخصوص هذه الأفعال أو بخصوص التعويضات التي تلزمها لدفعها إلى الشركة"²⁷.

أشار كذلك العقد المبرم بين شركة البترول الحكومية لجمهورية أذربيجان ومجموعة الشركات البترولية إلى أنه لا يصح على الإطلاق التعديل أو التغيير بأي حال من الأحوال في الحقوق المخولة للمقاول والمقاولين من الباطن بموجب الإتفاقية دون الموافقة المسبقة من قبل المقاول²⁸، وإذا ما أصدرت الحكومة

قانونا جديدا أو تم توقيع معاهدة أو إصدار قرار يتعارض مع بنود الإتفاقية أو سيؤثر سلبا أو إيجابا على حقوق ومصالح المفاوض ومنها على سبيل المثال وليس على سبيل الحصر حدوث أية تغييرات في التشريعات الضريبية أو الممارسات الإدارية أو القضائية المتعلقة بالعقد، فإنه يلزم حينئذ إعادة ضبط الإتفاقية لإعادة خلق التوازن الإقتصادي ما بين الأطراف وإذا ما ثبت التأثير السلبي لحقوق ومصالح الطرف المفاوض فإنه يلزم على الدولة التعويض على الخسائر في حدود ما تسمح به سلطاتها بضممان أن تتخذ الإجراءات اللازمة لتسوية أي تعارض بين تلك المعاهدة والقانون.²⁹

ونجد كذلك تجسيدا لهذا الشرط ما جاء في نص المادة 39 من العقد المبرم بين جمهورية مصر العربية والهيئة المصرية للبترول وشركة ريسول إكسبلور إيجبتد أس إيه وشركة موبيل إكسبلوريشن إيجبت إنك، حيث أشارت هذه المادة إلى أنه: في حالة حدوث أي تعديل تشريعي أو ألحي يؤدي إلى إنتقاص أو زيادة حقوق أحد الأطراف فإنه يسمح بتسعين يوماً للتفاوض يجوز للأطراف بعدها إحالة الموضوع للتحكيم إذا لم تنجح المفاوضات.³⁰

تجد فكرة إدراج شرط إعادة التفاوض تجسيدا لها في العديد من التشريعات الدولية والداخلية على غرار المشرع الجزائري الذي تبناها تزامنا مع التحولات الإقتصادية التي شهدتها الدولة بإنتقالها من الإقتصاد الموجه الى إقتصاد السوق وما يتطلبه ذلك من مواكبة قانونية لهذا التحول الذي مازال مستمرا.³¹

إمتدادا لما سبق لجأت الجزائر في قضيتها مع مؤسسة مغربية بترولية المطروحة أمام غرفة التجارة الدولية cci والتي تحمل رقم 3344 ، إلى إعادة التفاوض مع المؤسسة المغربية لحل نزاعهما البترولي. وكذلك الحال في قضية ANADARKO ، وهي شركة بترولية أمريكية يربطها عقد إستغلال بترولي مع شركة سونطراك، حيث كانت الإشكالية قائمة بعدما فرضت الجزائر ضريبة جديدة "" ضريبة الأرباح الإستثنائية بموجب الأمر رقم 10-06 المتعلق بقانون المحروقات32، في نص المادة 100 منه: "بغض النظر عن أحكام المادة 101 يطبق رسم غير قابل للحسم على الأرباح الإستثنائية التي يحققها الشركاء الأجانب على حصة الإنتاج الخاصة بهم عندما يكون الوسط العددي الشهري لأسعار البترول "البرنت" يتجاوز 30 دولار للبرميل الواحد وذلك فيما يخص عقود الشراكة بين سونطراك وشريك أجنبي أو أكثر في إطار القانون 14/86 المؤرخ في 19 أوت 1989 ويطبق هذا الرسم إبتداء من أول أوت 2006". وعلى إثر هذا الخلاف الذي ثار بين شركة ANADARKO وشركة سونطراك بخصوص الضريبة المستحدثة، وبعد جولات أمام التحكيم التجاري الدولي باشر الطرفان مفاوضات توصلت إلى إتفاق مشترك يقضي بتعديل بعض الأجزاء في العقد المبرم بينهما مع التنازل على القضية المطروحة أمام التحكيم.³³

كما لجأت الحكومة الجزائرية إلى نفس الإجراء، ممثلة في وزارة الأشغال العمومية، والتي باشرت المفاوضات الجديدة مع مجمع الياباني "كوجال"، التي يربطها معه عقد إنشاء مقاطع الطريق السيار، وهذا تفضيلاً من اللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي³⁴.

وتبعاً لذلك يتضح التعامل القانوني في التشريع الجزائري مع مشكلة تغير ظروف تنفيذ العقد حيث تخضع العقود الداخلية إلى نظرية الظروف الطارئة لنص المادة 107 من القانون المدني، أما العقود الدولية فتخضع لفكرة إعادة التفاوض بناءً على المفهوم الواسع لهذا النص³⁵.

تجد فكرة إعادة التفاوض تطبيقاً لها على المستوى القضائي، وخاصة في القضاء الفرنسي حيث يركز الفقه في تتبع هذه الفكرة في الأحكام القضائية الفرنسية على حكمين أساسيين تبني فيها القضاء الفرنسي تطبيق هذه الفكرة وهي الحكم الصادر عن الغرفة التجارية في 03 نوفمبر 1992، والحكم الصادر في 24 نوفمبر 1998.

يتعلق الحكم الأول بإقرار مسؤولية شركة بترولية لعدم بحثها مع المتعاقد الآخر سبل الحفاظ على عقدهما من خلال الحفاظ على القدرة التنافسية لهذا الأخير في السوق، وذلك بعد تعديل حكومي لأسعار بيع المواد البترولية أفقد الموزع القدرة على البيع بأسعار تنافسية، أما الحكم الثاني الصادر في 24 نوفمبر 1998 فقد أقرت فيه الغرفة التجارية مسؤولية موكل un mandant القانونية نتيجة عدم إتخاذ إجراءات ملموسة تسمح للمتعاقد الآخر بعرض أسعار تنافسية بعد المشاكل القانونية التي حدثت وهو ما يفهم معه أن المسؤولية وقعت على المركز نتيجة عدم دخوله في التفاوض مع الطرف الآخر³⁶.

يتضح من خلال القرارات المذكورة أنّ شرط إعادة التفاوض له العديد من التطبيقات التشريعية والقانونية في مجال العقود الدولية بالخصوص عقود الاستثمار لما يلعبه هذا الأخير من دور فعال في تجنب المنازعات ما يبرر الدور الفعال القوي لإرادة المتعاقدين في إدراج هذا الشرط في عقدهم الدولي³⁷.

المبحث الثاني

أثار شرط إعادة التفاوض

يهدف شرط إعادة التفاوض المنصوص عليه من قبل الأطراف إلى المحافظة على التوازن العقدي، فمتى توافرت تغيرات مستقلة عن إرادة الأطراف أثرت على توازن العقد، فإن شرط إعادة التفاوض يرتب آثاره وتتجسد في مواصلة تنفيذ الأطراف لإلتزاماتهم العقدية والشروع بإعادة التفاوض (المطلب الأول). ويترتب على الإخلال بهذا الشرط في حالة عدم تنفيذ أحد الأطراف هذا الإلتزام المتفق عليه مسؤولية على هذا العقد وفقاً للمتغيرات الجديدة التي لحقت به وذلك بغية التوصل إلى إتفاق جديد (المطلب الثاني).

المطلب الأول: الأثر القانوني لشرط إعادة التفاوض

على الرغم من الأهمية القصوى التي يحتويها شرط إعادة التفاوض في عقود الإستثمار، إلا أن أثر هذا الشرط محدود للغاية حيث يقتصر فقط على مجرد الإلتزام بإعادة مناقشة شروط وأحكام العقد دون أن يكون هناك إلتزام بأن تؤدي هذه المناقشة إلى تعديل فعلي للعقد حيث يوجد فرق بين الإلتزام بإعادة الإلتزامات العقدية في ضوء الظروف الجديدة ومجرد الإلتزام على إجراء التفاوض في حالة حدوث هذه الظروف³⁸.

شهد هذا الاتجاه تأييدا من قبل بعض أحكام التحكيم التي ذهبت إلى أنه إذا لم يتمكن أطراف العقد من التوصل إلى إتفاق فإن هذا لا يعد خرقا للعقد لأن الإلتزام بالتفاوض لا يعني الإلتزام بتعديل العقد³⁹. وعلى هذا الأساس فإنه يجب التفرقة بين ثلاثة فروع في مثل هذه الحالة:

الفرضية الأولى: إذا ثبت أن أحد أطراف العقد قد تسبب بفعله المنفرد في تغير الظروف على النحو الذي جعل العقد غير متلائم مع الظروف التي تبرر تعديل العقد، فإنه يجب على الطرف الذي تسبب بفعله في هذا الموقف أن يعيد الأوضاع إلى ما كانت عليه، وبل يحق للطرف الآخر أن يطالبه بالتعويض من الأضرار التي لحقت به جراء هذه الأوضاع.

الفرضية الثانية: في حالة ما إذا اتفقت الدولة المضيفة مع المستثمر الأجنبي على أحوال وظروف مسمومة ومحددة في العقد فإنه و في حالة تحققها وجب تعديل العقد بما يتلائم مع هذه الظروف الجديدة اذ لا بد من الإلتزام بتعديل العقد بما يجعله متلائما مع المستجدات، وعلى القاضي أو المحكم ان يراعي في هذه الحالة كافة المؤشرات والموجهات التي اتفق عليها الأطراف لمواجهة هذه الظروف⁴⁰.

الفرضية الثالثة: إذا نص اتفاق الدولة والمستثمر على إعادة التفاوض في حالة ما حدثت متغيرات تخل بالمراكز القانونية في العقد بصورة عامة فإنه لا يمكن إلتزام الأطراف بتعديل العقد بل يجب إعادة التفاوض دون أن يكون هناك إلتزام بتعديل العقد⁴¹.

وبناء على التحليل السابق للعناصر المذكورة تظهر الأهمية الكبيرة للصياغة المتبناة في عقد الإستثمار من قبل أطرافه لتنظيم إعادة التفاوض لمواجهة المتغيرات التي حصلت على العقد⁴²، حيث أن القضاء أو هيئة التحكيم لن يتمكنوا من تحقيق التوازن الإقتصادي الملائم لعقد الإستثمار إلا إذا كانت الصياغة التي تم تبنيها في العقد تمكنهما من ذلك .

وبالإضافة إلى ذلك أثناء سعي القاضي أو المحكم لحل مشكلة إعادة التوازن للعقد يجب عليه أن يفسر نصوص العقد مثلما صاغها المتعاقدون ولا يخرج عن هذا النطاق، وعلى هذا الأساس يجب على المتعاقدين أن يحرصوا عند تضمين عقدهم شرط إعادة التفاوض بأن ينصوا صراحة على ضرورة التوصل لإستعادة توازن العقد⁴³، وأن لا يقتصر في صياغتهم للشرط محاولة التفاوض فقط دون اشتراط التوصل إلى نتيجة معينة.

ما يؤكد التحليل المذكور هو ما ذهب إليه هيئة التحكيم ad hoc في القضية التي كانت بين دولة الكويت وشركة Animiol، حيث تضمن عقدهم النص على التعويض فقط دون الوصول إلى التوازن الإقتصادي للعقد ودون أن يعدل العقد ليتناسب مع المستجدات الإقتصادية⁴⁴. يستخلص مما سبق أنّ المنازعة التي تنشأ بمناسبة توضيح الطابع الفني لشرط إعادة التفاوض تحتاج إلى معالجة قضائية وتحتاج كذلك إلى معالجة توفيقية مبتصرة على هذه المنازعة وملابساتها، وعلى الأطراف أثناء تكوينهم للعقد مراعاة بعض الخصوصيات لهذا الشرط والطابع الفني له حيث من المستحسن في صياغتهم لهذا الشرط أن تكون بوجه عام وليس بوجه خاص أي بمعنى آخر ألا يحددوا حالات إختلال التوازن الإقتصادي للعقد على سبيل الحصر بل يجب أن تكون الحالات شاملة لكل الظروف التي تكون غير متوقعة.

يفرغ هذا الأمر من حالات اللجوء إلى إعادة التفاوض ويجرد الشرط من مضمونه الأصلي، ومن ثمّ كما وضح سابقا يستحسن ترك الأمر دون تحديدها، وفي هذه الوضعية عندما تكون المنازعة مطروحة على هيئة التحكيم أو القضاء فقبل الفصل فيها من قبل المحكم أو القاضي يجب التأكيد من جدية الظروف ومدى تأثيرها على الإخلال بالتوازن الإقتصادي لعقد الاستثمار⁴⁵.

والجدير بالذكر أنّ صياغة شرط إعادة التفاوض في عقود الإستثمار يجب أن تكون مرنة مما يجعلها تتماشى مع ظروف ومستجدات الحياة الإقتصادية لعقد الإستثمار، ومن شأنه كذلك تجنب العديد من معوقات تنفيذ هذا الأخير وحدوث المنازعة ما بين الدولة المضيفة والمستثمر الأجنبي⁴⁶.

قد يطرح التساؤل في كل الحالات فيما يخص إعادة التفاوض على شروط العقد أثناء حدوث منازعة ما بين الدولة والمستثمر الأجنبي رغم خلو العقد من هذا الشرط، وفي هذه الحالة يمكن القول أن شرط إعادة التفاوض يعد من قبيل الشروط المفترضة التي يلتزم بها الأطراف حتى ولو لم يدرجوها في عقد الإستثمار⁴⁷.

في ذات السياق نص المشرع الجزائري وكغيره من التشريعات المقارنة في المادة 107 من القانون المدني الجزائري والتي نصت ثانيا منها على مايلي: "ولا يقتصر العقد إلزام المتعاقد بما ورد فيه فحسب بل يتناول أيضا ما هو من مستلزماته وفقا للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الإلتزام..."⁴⁸. وبالتالي في هذه الحالة ما هو معروف في عقود الإستثمار أنها تتمتع بطول مدة تنفيذها نسبيا كما أنها ترتبط في غالب الأحيان بالخطط الإقتصادية للدولة المضيفة للإستثمار.

ويضاف إلى كل ذلك قيام هذه العقود على إستغلال الموارد الطبيعية وعقود التنقيب وعقود البترول وغيرها من عقود الإستثمار، كل هذه الأمور تؤكد بقوة أهمية شرط إعادة التفاوض في ضوء طبيعته ومحلله وغايته حتى ولو لم يكن مذكور صراحة في عقد الإستثمار.

بعد دراسة الأثر القانوني لشرط إعادة التفاوض من الناحية الفنية والعملية ومتى يكون أثره فعال في عقود الاستثمار، ستركز الدراسة في الفرع التالي على بيان أثر الإخلال بالالتزام بإعادة التفاوض.

المطلب الثاني: أثر الإخلال بالالتزام بإعادة التفاوض

قد يرفض أحد الأطراف إعادة التفاوض في العقد أو قد يستعمل وسائل تسوية من أجل عدم التفاوض سواء كان الدولة أو المستثمر، ويعود السبب في ذلك إلى أن إختلال توازن العقد قد يؤدي إلى تحمل أحد الطرفين خسائر كبيرة ويكون الطرف الآخر مستفيدا من هذا الإختلال الذي وقع في العقد ويرفض إعادة التفاوض في العقد⁴⁹، وعلى سبيل المثال في عقد التوريد إذا طرأ حدث أدى إلى إرتفاع كبير في الأسعار ويكون من مصلحة البائع أعمال شرط إعادة التفاوض لأنه سيتضرر كثيرا إذا ظل ملتزما بتوريد بضاعة بالسعر ذاته المتفق عليه سابقا في العقد وهو أقل من سعر السوق على عكس المشتري الذي سيكون مستفيدا من هذا الإرتفاع في الأسعار ففي هذه الحالة قد يرفض هذا الأخير التفاوض من أجل العقد تعديل بنود العقد⁵⁰.

و أيا كان الأمر الذي طرأت من جرائه المنازعة ما بين أطراف عقد الإستثمار، فإن رفض أحد الأطراف إعادة التفاوض أو عدم الإلتزام بحسن النية يعد إخلالا بشرط إعادة التفاوض، ورغم أن الأطراف هم من يتولوا تنظيم هذا الشرط إلا أن الإطلاع على الشروط التعاقدية يكشف جليا أنه من النادر أن يتولى الأطراف تحديد أو تنظيم الجزاء المترتب على الإخلال بشرط إعادة التفاوض، وعليه فإنه لا مناص من الرجوع إلى الجزاءات التي تملها القواعد العامة، (الفرع الأول). أو الزام الطرف الآخر بالتنفيذ العيني لهذا الشرط أو التقيد بالإلتزام القائم عليه (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الدفع بعدم التنفيذ كجزاء للإخلال بشرط إعادة التفاوض

قد يلجأ الطرف المتضرر في هذه الحالة إلى الدفع بعدم التنفيذ بهدف إجبار الطرف الآخر على تنفيذ إلتزامه والدفع بعدم التنفيذ، وهو امتناع مشروط من أحد الطرفين عن تنفيذ إلتزاماته مؤقتا وذلك كوسيلة يستعملها الطرف المتضرر في المشروع الإستثماري لإجبار الطرف الآخر بتنفيذ إلتزاماته.

ويعد إعادة التفاوض حول مضمون العقد ضمانا قانونية يستعملها في مواجهة الطرف الآخر الذي إمتنع عن تنفيذ ما ورد في عقد الإستثمار، إذ يتوقف عن تنفيذ إلتزاماته الى حين قيام الطرف الآخر بعملية التفاوض، وبذلك يتجنب إعسار المدين قبل التنفيذ⁵¹، وبهذا يكون إلتزام كل متعاقد مترتبا على إلتزام الطرف الآخر ومرتبب به ويتحقق هذا في عقود الإستثمار التي تمتاز بكونها عقودا متبادلة ترتب إلتزامات متقابلة على عاتق طرفيها، لذلك يحق لأحد أطراف عقد الإستثمار الدولة أو المستثمر الإمتناع عن التنفيذ بقصد إجبار المتعاقد الآخر على الدخول في عملية التفاوض إعمالا بشرط إعادة التفاوض المدرج مسبقا في العقد⁵².

وبالإضافة إلى الدّفع بعدم التّنفيذ من الطرف المتضرر من أجل إجبار الطّرف الآخر في الدخول معه في التّفاوض من أجل تحقيق التّوازن العقدي في عقد الإستثمار فهناك كذلك حلول أخرى قد وجدت لضرورات حل مشكلات عقود الاستثمار أهمها إتفاق الأطراف على أنّه في حالة عدم قبول أحدهم إعادة التفاوض في العقد فإن العقد الأصلي يستمر في السريان⁵³، إلا أن اللجوء إلى هذا الحل يهدر الهدف الحقيقي الذي وجد من أجل تحقيقه شرط إعادة التفاوض وهذا الإتفاق في الغالب لا يلجأ إليه الأطراف عندما يكون هناك تعامل مسبق يؤمن بقدر كبير الثقة والإطمئنان و الأمانة في التعامل⁵⁴.

وإلى جانب ذلك قد يتفق الأطراف على جواز فسخ العقد بالإرادة المنفردة إذا أخلّ أحدهما بشرط إعادة التفاوض في العقد شريطة إخطار الطرف الآخر بذلك، ولا يستحب أعمال مثل هذه الإتفاقات في عقود الإستثمار إذ أن غالبية هذه العقود هي عقود طويلة المدة يكتسي تنفيذها أهمية كبيرة وتهدف إلى تحقيق مكاسب ضخمة سواء للدولة المضيفة للإستثمار أو بالنسبة للمستثمر والذي تتمحور غايته حول الرّبح، وكما أن اللجوء إلى فسخ العقد يخالف الهدف الذي وضع من أجله شرط إعادة التفاوض ألا وهو الحفاظ على العقد من الزوال⁵⁵.

الفرع الثاني : التنفيذ العيني جزاء للإخلال بشرط إعادة التفاوض

ويقصد به إجبار المدين على تنفيذ ما إلترزم به عينا، وفقا لما يحدده العقد المبرم بينهما، والأصل في تنفيذ الإلتزام أن يكون عينا، فإذا ما نكل المدين عن التنفيذ طواعية جاز للدائن أن يجبره على ذلك عن طريق القضاء أو التحكيم، شريطة أن يكون هذا التنفيذ ممكنا وغير مرهق للمدين مع ضرورة إعدار الأخير قبل اللجوء الى هذا التنفيذ.

وقد أشارت المادة 164 من القانون المدني إلى التنفيذ العيني، والتي جاء فيها مايلي: يجبر المدين بعد إعداره طبقا للمادتين 180 و181 على تنفيذ إلتزامه تنفيذا عينيا، متى كان ذلك ممكنا⁵⁶

وهنا يثار التساؤل حول مدى إمكانية إستخدام هذا الجزاء في حالة الإلتزام بالدخول في عملية التفاوض؟ على الرغم من إخطاره بخصوص حالة التغير في الظروف، فهل يجوز في هذه الحالة للمتعاقد الاخر أن يلجأ إلى القضاء أو التحكيم لإجباره على الدخول في عملية التفاوض؟

في البداية يجب أن نشير إلى أن جانبا كبيرا من الفقه القانوني ذهب إلى ضرورة إستبعاد التنفيذ العيني الجبري في مجال التفاوض بشكل عام⁵⁷، وإن لم يمكن ذلك التنفيذ مستحيلا أو مرهقا⁵⁸، مستدلين في ذلك على مجموعة حجج أهمها أن تنفيذ الإلتزام بالتفاوض تنفيذا عينيا يقتضي تدخل المدين شخصا على فرض أنه يرفض تماما على الدخول في التفاوض، فإن إجباره على ذلك يشكل مساسا بحريته الشخصية فضلا عن أنهم يرون أن الإلجبار في مجال التفاوض يكون غير مجدٍ، لأن التفاوض بطبيعته يحتاج

الى التعاون الحقيقي بين الأطراف ولا يمكن تصور أي تعاون من شخص أكره على التفاوض رغما عنه، ولهذا يكون التفاوض بهذا المناخ غير مجد⁵⁹.

ويرى الباحث في هذا السياق أنه من الضرورة التمييز ما بين حالتين، الأولى حالة الإلتزام بالدخول في التفاوض بإبرام عقد ما، والحالة الثانية حالة الإلتزام بالدخول في التفاوض لمعالجة مشكلة تغير الظروف التي إعتضت تنفيذ عقد قائم وفي حيز التنفيذ، فإذا كان هناك شبه إتفاق بين أغلب الفقه على عدم إمكانية التنفيذ العيني في الحالة الأولى على أن ذلك يعد مساسا بالحرسية الشخصية كما أوضحنا أعلاه، فإنه لا يوجد ما يمنع من إجراء ذلك في الحالة الأخرى، وهي الدخول في التفاوض لتعديل عقد قائم وتطويع أحكامه مع الظروف الجديدة⁶⁰، وهذا لا يشكل مساس بالحرية الشخصية، مادام الغرض من الإلزام من التفاوض هو إلتزام تعاقدي مقتضاه أن يقوم الأطراف بالتفاوض من أجل إعادة التوازن الإقتصادي للعقد الذي إتفق هؤلاء الأطراف وبكل حرية على إبرامه وتنفيذ آثاره، فهم ليسوا بصدد إبرام عقد جديد بل مرجعة أحكام عقد قائم مسبقا فيما بينهم تعرض لحالة من حالات الإختلال في توازه الإقتصادي⁶¹.

إن إلتزام الأطراف بتنفيذ إلتزاماتهم دون تلك المراجعة يهدد بخسارة فادحة، لاسيما أنه وفي كثير من الأحيان سيكون من مصلحة جميع الأطراف الإبقاء على العلاقة العقدية وعدم إنهاؤها قبل إنقضاء المدة المقررة لها، بالنظر الى أهمية عقود الإستثمار طويلة المدة والصعوبة في إبرام عقد جديد، حيث تشكل هذه العقود النطاق الأوسع لإعمال شرط إعادة التفاوض.

وفي هذا السياق نذكر الحكم القضائي الشهير الصادر عن محكمة الإستئناف بباريس في 28 سبتمبر 1989 الحاصل ما بين شركة (E.D.F) وشركة (SHELL) الذي أجبر الأطراف في الدخول في عملية التفاوض عند حصوله على حالة من حالات الإختلال في التوازن الإقتصادي للعقد عندما طال أحد الأطراف وإمتنع الآخر، وتتلخص الوقائع على أن الشركة الفرنسية أبرمت ستة عقود مع شركة الغاز والكهرباء لمدة عشر سنوات، وكانت هذه العقود في بعض بنودها شرطين، الأول شرط التقييس والثاني شرط إعادة التفاوض، وبعد حرب أكتوبر إرتفع أسعار البترول عالميا، كان لابد من أن يتقارب الأطراف للتفاوض تعديل العقد ليتلائم مع الظروف الطارئة.

وبعد حصول خلاف بين الأطراف حول ذلك عرض أما محكمة باريس التجارية، التي لاحظت أن اللجنة البترولية المتخذة سعرها كمقياس لتحديد السعر قد توقفت عن ممارسة أعمالها، بناء على أوامر السلطة العامة فضلا عن ملاحظتها فشل الأطراف التوصل الى إتفاق حول تعديل الثمن لذلك قضت في 02 نوفمبر 1985 بإعتبارها هذه العقود باطلة⁶²، لأن الثمن وفقا لهذه الظروف الجديدة غير محدد وغير قابل للتحديد وكما انه ليس من سلطاتها بحسب قول المحكمة أن تحل محل الأطراف وتعديل السعر.

وبعد ذلك عرضت الدعوى أمام محكمة الإستئناف في باريس التي أشارت أن الثمن يمكن من تحديده من خلال إعمال شرط إعادة التفاوض الذي يلزم الأطراف في الدخول في عملية التفاوض لتعديل

العقد وفقاً للظروف الجديدة لذلك أصدرت قرارها الموضوع بالإبداع بتاريخ 28 سبتمبر 1987 من خلال تنفيذ الإلتزام بالدخول في عملية التفاوض تنفيذاً عينياً بإلزامها الأطراف بالدخول في عملية التفاوض ومراجعة العقد تحت رعاية شخص من الغير عينته المحكمة لإجراء عملية التفاوض ما بين الأطراف. وفي هذا السياق يتبين إمكانية اللجوء إلى التنفيذ العيني لإلزام الأطراف في الدخول في عملية التفاوض لغرض تعديل العقد وتطويعه مع حالة التغير في الظروف، وعلى الرغم من إمكانية ذلك الى أنه يبقى خاضعاً للسلطة التقديرية للمحكمة النازرة في النزاع، فضلاً عن أن اللجوء الى ذلك قد يخلق جواً من الخلاف والتنافر ما بين الأطراف بإعتبار أن أحد الأطراف هو الدولة، وذلك قد يضعف من إمكانية اللجوء إلى حلول مرضعية للأطراف.

ولكن ذهب البعض⁶³، وبحق إلى أن ضعف فرص التوصل إلى إتفاق في مثل هذه الحالة لا يجب أن نفقد الأمل في إمكانية التوصل إلى إتفاق مشترك، لاسيما أنه في كثير من الأحيان سيكون من مصلحة هؤلاء الأطراف الإبقاء على العقد والإستمرار في تنفيذه، وهذا لا يمكن أن يتحقق إلا من خلال إعادة النظر في أحكامه وتعديلها لتلائم مع الظروف الجديدة كي يتسنى لهؤلاء الأطراف الإستمرار في تنفيذ إلتزامهم التعاقدية دون مشقة وإرهاق⁶⁴.

في كل الأحوال من المستحسن عملياً في عقود الإستثمار اللجوء إلى القضاء أو التحكيم لغرض فض النزاع القائم حول هذا الشرط وذلك من خلال هيئة التحكيم أو القاضي من خلال إصدارهم لحكم أو الفصل في هذه النقطة القانونية، وعندئذ فإن القرار التحكيمي أو الحكم القضائي قد يكون بالتنفيذ الجبري للمتعاقد المتخلف عن تنفيذ إلتزامه بالتفاوض مع الطرف المتضرر أو فسخ العقد إذا لم يكن هناك أي حل يمكن التوصل إليه مع حق المتعاقد المتضرر في المطالبة بالتعويض عما أصابه من ضرر بسبب إخلال الطرف الآخر بالإلتزام بإعادة التفاوض، سواء كان هذا القرار بالتنفيذ أو بالفسخ في كل الحالات فيحق له المطالبة بالتعويض.

الخاتمة :

من خلال دراستنا توصلنا أن شرط إعادة التفاوض يعتبر شرطاً خاصاً تختلف صوره باختلاف العقود والظروف، أي أن مضمون هذا الشرط ليس واحداً في العقود، وخاصة في عقود الاستثمار التي تمتاز بخصوصية عن باقي العقود الدولية كونها عقود تمتاز بطول المدة. كما يتنوع هذا الشرط بتنوع رغبات الأطراف وطبيعة الظروف المرافقة لإبرام العقد وتنفيذه، مما يجعل هذا الشرط يواجه في العقد ظروفًا اقتصادية بينما يواجه في عقود أخرى ظروفًا سياسية أو مالية. وكما قد يتفق الاطراف على تطبيق هذا الشرط لمجرد حدوث ضرر لأحدهم أيا كان مقدار الضرر الحاصل، فقد يشترطون أن يكون الضرر جسيماً وغير مألوف لتطبيقه.

ومن اهم أثر لهذا الشرط كذلك هو مراجعة العقد والذي تحمل نوع من التعاون ما بين المستثمر والدولة المضيفة والتي تتم عن طريق إعادة النظر في الإلتزامات والذي تقوم أساسا على تقريب وجهات النظر ما بين اطراف العلاقة الإستثمارية، وأن هذا الشرط يدخل إلى حد كبير في إطار العدالة، فهو أسلوب تحقيق العدالة ورفع الظلم عن المتعاقدين وبالخصوص الطرف الضعيف في العقد، وكما يتضح ان هذا الشرط يمثل حماية للمستثمر الأجنبي من المتغيرات أو تعديلات الدولة المضيفة في قوانينها الداخلية. وبهذا الخصوص نود تقديم بعض الإقتراحات التي ربما لو حرص على تطبيقها وإنتهاجها لتحققت للعقد أكثر توازن:

- النص على شرط إعادة التفاوض في صلب نصوص قانون الإستثمار حتى تصبح آثاره في العقد واضحة.
- يجب صياغة شرط إعادة التفاوض صياغة قانونية شاملة محكمة تشير إلى جميع عناصر النزاع بوضوح بإرادة الأطراف .
- يجب على الدولة الجزائرية وبالخصوص في قوانين الإستثمار العلم الأكيد بهذا الشرط، حتى لا يكون هذا الشرط أداة يضغط بها المستثمر على الدولة.

قائمة الهوامش

¹ إرتباط حرية الإرادة بهذا المبدأ يعني أن الإرادة هي أساس ومصدر الحقوق والإلتزامات وهي أساس تنفيذها، بل أكثر من ذلك هي مصدر للقانون، ويعتبر مبدأ سلطان الإرادة من نتائج المذهب الفردي الذي يُعَدس الحرية الفردية، في هذا الخصوص راجع علي فيلالي، مقدمة في القانون، موفم للنشر والتوزيع، الجزائر، طبعة 2005، ص 134 وما بعدها.

² عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثاني، آثار الإلتزام، دار النشر للجامعات المصرية، مصر، 2011، ص 120.

⁴ ذهب البعض إلى القول، أن كل ما هو إرادي فهو عادل، لأن الشخص لا يرضى الا بما يكون في صالحه، فيشير الأستاذ Kant أنه عندما يقرر أحد شيئا في مواجهة آخر فإنه من الممكن أن ينطوي على بعض عدم العدالة لكن العدالة يكون أمرا مستحيلا حينما يقرر الشخص لنفسه أنظر في ذلك : . p196 . 1989 . **Doctrin du droit traduction barni** , Kant

⁵ Le problemes du long terme dans les contrats internationaux, Collee de tours (1-3 juin 1978) droit pratique du commerce intenational . 1979 , p 141. 145 . موقع التحميل

<https://docassas.u-paris2.fr/nuxeo/site/esupversions/7b78847a-d9e6-4ed4-8d21-fabc0c1afb8>

⁶ هذا ما أكدته الهيئة التحكيمية في قرارها المرقم 4761 لسنة 1987 ، منشور في جريدة القانون الدولي المصرية لسنة 1987 ص 1012 ، حيث أشارت الهيئة إلى أن عدم قيام الشركة بأي مبادرات في حالة تغير الظروف لإعادة التفاوض يعد إخلالا بالإلتزام بإعادة التفاوض، فضلا عن كونه إخلالا بالتعاون وحسن النية مما يستدعي المسؤولية العقدية .

⁷ « La clause de hardship peut se définir comme celle aux termes de la quelle les parties pourront demander un réaménagement du contrat qui les lie si un changement intervenu dans les données initiales au regard des quelles s'étaient engagées vient a modifier l'équilibre de ce contrat au point de faire subir à l'une d'elle une rigueur

- « hardship » injuste ». V. B. OPPETIT, L'adaptation des contrats internationaux aux changements de circonstances : la hausse de hardship, J. D. I, 1974, N° 4, p. 798
- ⁸ صفاء تقي العيساوي، القوة القاهرة وأثرها على عقود التجارة الدولية، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في كلية القانون، جامعة الموصل، 2005، ص 448.
- ⁹ رشا علي الدين، سلطة المحكم في إعادة التوازن المالي للعقد "دراسة في ظل الأزمة المالية الراهنة"، مداخلة في الملتقى العلمي السنوي الثالث عشر في كلية الحقوق، جامعة المنصورة المنعقد في الفترة من 01 أبريل إلى غاية 02 أبريل 2009، ص 22.
- ¹⁰ لما أحمد كوجان، المرجع السابق، ص 89.
- ¹¹ عبد الحكيم مصطفى عبد الرحمان، عقود التنمية الاقتصادية في القانون الدولي الخاص، مكتبة النصر، جامعة القاهرة، 1992، ص 103 و 104.
- ¹² هني عبد اللطيف، حدود الأخذ بفكرة إعادة التفاوض في العقد، دراسة مقارنة، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2015/2016 ص 19.
- ¹³ قرار منشور في جريدة القانون الدولي clunet لسنة 1988، ص 353 من الموقع : <http://context.reverso.net> ساعة الإطلاع 21:45 يوم 2017/08/26 .
- ¹⁴ أسامة حجازي المسدي، القواعد المنظمة لعقود البيع والتجارة الدولية، دار الكتب القانونية، القاهرة، 2010، ص 13 و 14.
- ¹⁵ مؤتمر الأمم المتحدة للتجارة والتنمية، العقود الحكومية، سلسلة دراسات الأونكتاد بشأن قضايا اتفاقات الاستثمار الدولية، الأمم المتحدة نيويورك وجنيف، 2004، ص 20 ، منشورة على الموقع : http://unctad.org/ar/docs/iteiit200411_ar.pdf ومحملة على الساعة 22:29 يوم 2018/02/22 .
- ¹⁶ لما أحمد كوجان، التحكيم ما بين الدولة والمستثمر الأجنبي، منشورات زين الحقوقية، 2008، ص 90.
- ¹⁷ شريف محمد غنام، أثر تغير الظروف في عقود التجارة الدولية، مطبعة الفجيرة الوطنية، مصر، 2010، ص 98.
- ¹⁸ حمادي الجبوري، شرط إعادة التفاوض في عقود التجارة الدولية، دار الجامعة الجديدة، مصر 2016، ص 151.
- ¹⁹ عزيز كاظم، إعادة التفاوض في عقود نقل التكنولوجيا، مقال منشور في مجلة الكوفة للعلوم القانونية والسياسية بالعراق، المجلد 1، العدد 23، 2015، ص 30.
- ²⁰ نرمين محمد محمود الصباح، مبدأ العقد شريعة المتعاقدين والقيود التي ترد عليه في قانون التجارة الدولية، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون ،كلية الحقوق، جامعة عين شمس، مصر، 2000، ص 268 .
- ²¹ هاني صلاح الدين، مبادئ العقود التجارية الدولية، دار الكتب المصرية، القاهرة، 2000، ص 165 .
- ²² السلماني عبدالرحيم، شرط إعادة التفاوض في عقود التجارة الدولية، مقال منشور في مجلة القانون المغربي، العدد 16 عشر، 2010، المغرب، 2010، ص 213.
- ²³ ناجي عبد المؤمن، عقود التجارة الدولية طويلة المدى، حدود مبدأ القوة الملزمة للعقد، دروس القيت على طلبة الدراسات العليا في جامعة عين شمس بكلية الحقوق، جامعة القاهرة ، 2001، ص 97 و 98.
- ²⁴ Ulimann (h) :droit pratique des clauses de hardship dans le système juridique américain ,revue des affaires intenationales, N7 1988 p 891 .
- ²⁵ أنظر موقع اليونيدروا المتعلقة بعقود التجارة الدولية على شبكة الأنترنت : www.jus.uio.no/im/unidroit intenational .
- ²⁶ بشار محمد الأسعد، عقود الإستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2006، ص 302.
- ²⁷ علة عمر، حماية الاستثمار الأجنبي الخاص في التشريع الوطني والقانون الدولي "دراسة مقارنة"، رسالة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، كلية الحقوق جامعة منتوري قسنطينة، الجزائر، 2008، ص 65.
- ²⁸ أحمد عبد الكريم سلامة، النظام القانوني لمفاوضات العقود الدولية، مقال منشور في مجلة الحقوق، كلية الحقوق، جامعة البحرين، المجلد الأول، العدد الثاني، 2004، ص 361.
- ²⁹ Bernardini, the Rengotiation of the investment Contracts ,op,cit,p,416- 417
- ³⁰ محمد عامر شنجار، الوسائل الوقائية لتجنب منازعات الإستثمار، دراسة قانونية مقارنة، مقال منشور على الموقع: <https://www.iasj.net/iasj?func=fulltext&aid=109232>

- ³¹ للمزيد أنظر بخصوص التحولات الإقتصادية والقانونية المقالات التالية المنشورة في الملتقى المعنون :
 'L'Algérie en mutation: les instruments juridique de passage à l'économie de marché'
 G.D. BERNIS, d'un modèle à l'autre: la part de l'économie, in «L'Algérie en mutation: les instruments juridique de passage à l'économie de marché», sous direction de Robert CHARVIN et Ammar ghesmi, l'Harmattan, 2001, p.11 et S. ; R. CHARVIN, d'un modèle à l'autre: la part du droit, in «L'Algérie en mutation: les instruments juridique de passage à l'économie de marché», Op.cit, p. 19 et S.; A. HENNI, dualité économique et formalisme juridique dans la transition Algérienne à l'économie de marché, in «L'Algérie en mutation: les instruments juridique de passage à l'économie de marché», Op.cit, p. 49 et S.
- ³² الأمر 06-10 المؤرخ في 29 يوليو 2006، المعدل و المتمم للقانون رقم 05-07 المتضمن قانون المحروقات، الجريدة الرسمية عدد 48، ص 9.
- ³³ للمزيد في قضية أناداركو أنظر الموقع : www.algerie360.com/algerie/conflict-sonatrach-anadarko-et-maerks-accord-a-lamiabile-avec-les-groupes-american-et-danois
- ³⁴ هني عبد اللطيف، حدود الأخذ بفكرة إعادة التفاوض في العقد، دراسة مقارنة، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2015/2016، ص 305.
- ³⁵ هني عبد اللطيف، المرجع نفسه، ص 306.
- ³⁶ EDWARDS, vers une extension de l'obligation de renégociation en matière=contractuelle ?, Petites affiches, 28 juin 2004, N°. 128, p. 18 et S.; D. PHILIPPE, le juge et la révision du contrat: le bouleversement de l'économie contractuelle, in « le juge et le contrat », La charte, Bruxelles, 2014, p.385 et S.
- ³⁷ محمد عبد المجيد إسماعيل، القانون العام الإقتصادي والعقد الإداري الدولي الجديد، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2010، ص 67.
- ³⁸ Klaus Peter Rerger, Renegotiation and Adaptation of international Investment Contracts: The Role of contracts Drafters and Arbitrators, vanderbil journal transnational law, vol , 1347, 2003, p 1368 .
- ³⁹ لما أحمد كوجان، المرجع السابق، ص 83.
- ⁴⁰ علاء التميمي عبده، دور التحكيم في تحقيق التوازن في عقود الإستثمار الدولية، مقال منشور في مجلة الشريعة والقانون، العدد الثاني والستون، أبريل، 2015، ص 25 .
- ⁴¹ عصام الدين القصبي، التحكيم في منازعات الإستثمار، جامعة المنصورة، القاهرة، 1991، ص 153.
- ⁴² أسامة كردي، دور الغرف العربية في جذب الإستثمارات المشتركة، أفاق و ضمانات الإستثمارات العربية والأوروبية، أعمال المؤتمر الدولي التاسع الذي نظمه مركز الدراسات العربي الأوروبي في بيروت من 13 إلى 10/02/2001، الطبعة الأولى، فبراير 2001، مركز الدراسات العربي الأوروبي بباريس، ص 228.
- ⁴³ محمد عبد المجيد إسماعيل، عقود الأشغال الدولية والتحكيم فيها، بدون دار نشر، مصر 2000، ص 450.
- ⁴⁴ علاء التميمي عبده، دور التحكيم في تحقيق التوازن في عقود الإستثمار الدولية، مقال منشور في مجلة الشريعة والقانون، العدد الثاني والستون، أبريل، 2015، ص 27.
- ⁴⁵ مصطفى المتولي قنديل، دور الأطراف في تسوية المنازعات العقدية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2005، ص 57 .
- ⁴⁶ شريف محمد غنام، أثر تغير الظروف في عقود التجارة الدولية، مطبعة الفجيرة الوطنية، مصر، 2010، ص 303.
- ⁴⁷ غسان علي، الإستثمارات الأجنبية ودور التحكيم في تسوية المنازعات التي قد تثور بصدها، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون، جامعة عين شمس، مصر، 2004، ص 186.
- ⁴⁸ راجع نص المادة 107 من الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق ل 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم.
- ⁴⁹ عبد الخالق الدحماني، المرجع السابق، ص 176.
- ⁵⁰ مصطفى خالد مصطفى النظامي، الحماية الإجرائية للإستثمارات الأجنبية الخاصة، دراسة مقارنة، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع، عمان، 2002، ص 62.
- ⁵¹ عصام علاء الدين القصبي، المرجع السابق، ص 141.

- ⁵² محمد محي الدين إبراهيم سليم، نظرية الظروف الطارئة بين القانون المدني والفقہ الإسلامي، دراسة مقارنة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2007، 438 و 439.
- ⁵³ لما أحمد كوجان، المرجع السابق، ص 22.
- ⁵⁴ شريف محمد غنام، المرجع السابق، ص 381.
- ⁵⁵ شريف محمد غنام، المرجع نفسه، ص 382 .
- ⁵⁶ راجع نص المادة 164 من الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق ل 26 سبتمبر 1975 ، المتضمن القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم.
- ⁵⁷ في هذا الخصوص أنظر عبد الخالق الدحمانى، المرجع السابق، ص 181.
- ⁵⁸ محمد حسام لطفي، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض، دراسة في القانونين المصري والفرنسي، بدون دار نشر، 1995، ص 84
- ⁵⁹ نفس المرجع، ص 86 و 87 .
- ⁶⁰ مروى منصري، وظيفة الدفع بعدم التنفيذ، رسالة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية بسوسة، جامعة سوسة، 2013-2014، ص.38.
- ⁶¹ عبد حمادي الجبوري، المرجع السابق، ص 604 .
- ⁶² سراج حسين أبو زيد، التحكم في عقود البترول، دار النهضة العربية، مصر ، 2004، ص 161.
- ⁶³ محمد أبو زيد، المفاوضات في الإطار التعاقدى، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص 101.
- ⁶⁴ محمود سمير الشرقاوي، المرجع السابق، ص 139 و 140.

مؤشرات اقتصاد المعرفة في الدول العربية (الامارات العربية - السعودية)
knowledge Economy Index in Arab Countries

بغداد باي غالي - أستاذ محاضر أ
كلية العلوم الاقتصادية - جامعة معسكر - الجزائر

ghali_bey2010@yahoo.fr

ملخص:

نجد أنه ومع مرور الوقت ورغم الاختلافات المتباينة بين السياسات الاقتصادية للدول سواء كانت دول متقدمة أو دول نامية ورغم الصعوبات التي تواجه هذه الدول في ضمان تطبيق سياسة اقتصادية فعالة، ورغم الاختلاف المتواجد لدى هذه الدول فيما يتعلق بخزان الموارد المتاحة لها من أجل تمويل سياستها لبلوغ الهدف المنشود إلا أنها استطاعت أن توضع مكانة لنفسها سمحت لها على الأقل بجعل اقتصادها اقتصاد مبني على المعرفة وهذا باستخدام أفضل السياسات والجهود للهبوض بكل من التعليم والبحث والتطوير.

الكلمات المفتاحية: المعرفة، مؤشرات اقتصاد المعرفة

Abstract:

By the time and despite of the varying differences that exist between the countries' economic policies whether they are developed or developing countries, then, the difficulties that are faced by those countries to ensure the application of an efficient economic policy ; and in spite of the differences that exist in these countries in the matter of the available resources used in the purpose of financing their policies to achieve their desired aim, we find that they had been capable of creating their own position which allowed them to establish their knowledge-based economy by making use of the best policies and efforts in the aim of promoting education, research and development.

مقدمة:

نظرا لأهمية اقتصاد المعرفة بالنسبة لدول العالم والذي لم يحظى لحد الآن بالاهتمام اللازم خاصة بالنسبة للدول العربية مما ترك بعض الثغرات والسلبيات يجب تداركها قبل فوات الأوان، ولأن سرعة التقدم في هذا المجال لا يسمح بأي تأخر نظرا لتطور العوامل الاقتصادية والسياسية وحتى التغيرات في مجال نوعية وجودة السلع والخدمات التي تفرض التعامل مع اقتصاد المعرفة تعاملًا جديًا، وفي هذا السياق فإن الدول العربية أمام هذه التغيرات مدعوة لتحسين قدراتها المعرفية مع السعي نحو مجتمع المعرفة.

ومن خلال ما سبق نطرح التساؤل الرئيسي التالي: ما واقع اقتصاد المعرفة في الدول العربية (الامارات العربية - السعودية)؟. وللإجابة عن التساؤل المطروح سنقوم بتقسيم الورقة البحثية إلى ثلاث مباحث أساسية:

➤ مفاهيم نظرية.

➤ مؤشرات إحصائية (الامارات العربية - السعودية).

➤ مؤشرات اقتصاد المعرفة (الامارات العربية - السعودية).

المبحث الأول: مفاهيم نظرية

لقد اختلف مفهوم الثروة ومفهوم التقدم واختلفت مفاهيم الرفاهية وأصبحت جميعها تدور حول محور واحد هو المعرفة وكذلك حول المعلومات والبيانات، حيث أصبحت تمثل العامل الرئيسي للتمييز بين التقدم والتخلف، كما أن امتلاك وحياسة المعرفة أصبح يعد ثروة جديدة خاصة في الوقت الراهن في ظل بروز اقتصاد جديد تطور خاصة في الدول المتقدمة أطلق عليه بالاقتصاد الجديد، والذي يعني في مجمله الاستخدام الكثيف للمعرفة في القيام بمختلف النشاطات الاقتصادية وفي توسعها ونموها؛ أي أنه اقتصاد مبني أساسًا على عنصر المعرفة، هذه الأخيرة التي تعني الأصل الجديد وهي أحدث عوامل الإنتاج الذي يعترف به كمورد أساسي لإنشاء الثروة في الاقتصاد ومصدر أساسي للميزة التنافسية في الإدارة.

المطلب الأول: المعرفة

تعد المعرفة أحد المؤشرات الهامة لقياس تقدم الشعوب والدول وحتى الأفراد نظرا لكونها العامل الأساسي لاقتصاد المعرفة، ولقد ركزوا على المعرفة بسبب ما تلعبه من أدوار مهمة في الجانب الروحي والحياتي، حيث ركزوا على أسبابها ومن ثم العمل على توثيقها وذلك من خلال مجموعة من المفاهيم المتعلقة بالبيانات والمعلومات،¹ وهنا سنقوم بتقديم مجموعة من التعاريف المتعلقة بمفهوم المعرفة وهي على النحو التالي:

➤ المنتج النهائي لعمليات (معالجة البيانات، تحويلها إلى معلومات، ثم نشرها بين الناس) وهذا بواسطة: (التعليم، التدريب والممارسة) لتصبح في نهاية المطاف معرفة.²

➤ مجموعة من الأفكار والمعتقدات وعلاقات تعمل المؤسسات على توظيف عناصرها لتحقيق أهدافها.³

➤ القدرة على التعامل مع المعلومات من جمعها وتبويبها وتصنيفها وتوظيفها لتحقيق أهداف المؤسسة.⁴

الفرع الأول: أنواع المعرفة

بعد الاطلاع على عدة دراسات مست موضوع المعرفة لم نجد اختلاف بينهم من خلال تصنيف المعرفة واتفق الكثير منهم على تقسيم المعرفة إلى فرعين أساسيين هما: المعرفة الضمنية والمعرفة الصريحة.⁵

➤ **المعرفة الضمنية:** عبارة عن مخزون معرفي شخصي بالنسبة لكل فرد والتوصل إليها أمر صعب للغاية وهي تختلف عن الظاهرية على أنها وفي أغلب الأحيان لا تكون مقيدة أي مخزنة في عقول الأفراد، وتعتبر عن مخزون المؤسسات من الخبرات والمخططات الذهنية والمهارات والابتكارات وغيرها.⁶

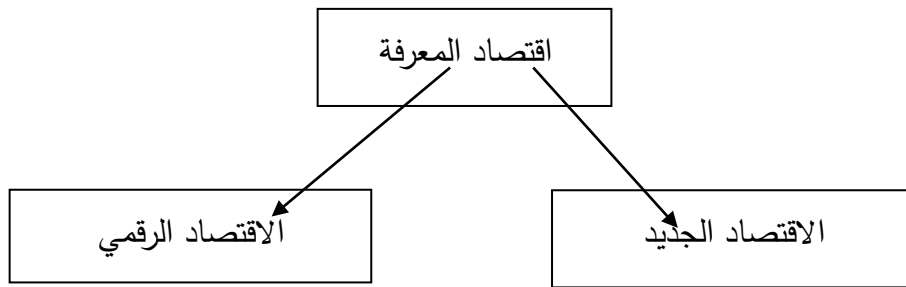
➤ **المعرفة الصريحة:** المعرفة الصريحة هي معرفة عامة أو ظاهرة، ويقصد بها ما موجود أو مدون أو مسجل في الكتب والنشرية والأرشيف وما شابه ذلك، وهذا النوع يمتاز بسهولة انتقالها أو تحويلها للآخرين بمجانية الانتقال عموماً.⁷

الفرع الثاني: اقتصاد المعرفة

تلك الاقتصاديات المبنية أساساً و مباشرة على إنتاج و توزيع استخدام المعرفة و المعلومات، ومن خلال هذا التعريف نستنتج أن هذا النوع من الاقتصاد يهدف إلى خلق، إنتاج تحويل و استخدام المعارف و تسخيرها بصورة مثلى قصد خلق الثروة وهذا بدرجة أولى.

وهنا سوف نستعرض بعض المصطلحات المرافقة لاقتصاد المعرفة وهي على النحو التالي:

الشكل رقم (1) : يوضح المصطلحات المرافقة لاقتصاد المعرفة



المصدر: جمال سالمي: "الاقتصاد الدولي وعمولة اقتصاد المعرفة"، دار العلوم للنشر والتوزيع 2010- ص 87. (بتصرف)

يوضح الشكل رقم 1 بعض المصطلحات المرافقة لاقتصاد المعرفة على سبيل منها الاقتصاد الإلكتروني الاقتصاد الجديد، اقتصاد الانترنت، الاقتصاد الرقمي وغيرها ويرجع السبب في تعدد هذه المستخدمة كون التغيير في مفهوم علم الاقتصاد الذي كان في البداية يعني على انه علم الندرة أو هو العلم الذي يدرس

الخيارات في عالم الندرة إلى اقتصاد الوفرة نظرا للاستخدام الكثيف للتكنولوجيا الرقمية ونموذجها الأرقى والانترنت في الوقت الراهن.

الجزء الأول: مقومات اقتصاد المعرفة: تتمثل مقومات اقتصاد المعرفة في:

➤ مجتمع المعرفة: وهو المجتمع الذي يستعمل المعرفة بصورة لائقة من أجل التحكم في أموره واتخاذ القرارات السليمة والرشيطة، وهو السلعة الرئيسية والمصدر الأساسي لخلق القيمة المضافة وبالتالي يسعى الأفراد الاقتصاديون إلى اكتساب المعرفة وتوظيفها في جل النشاطات الاقتصادية.⁸

➤ التعليم: التعليم من المقومات والعوامل الأساسية في الاقتصاد حيث تناوله الاقتصاديون من قبل مثل ادم سميث في كتابه " ثروة الأمم 1776 " ⁹

➤ البحث والتطوير: هو الآخر من العوامل الأساسية ويقصد به تلك الدراسات والبحوث والمشاريع الواضحة والتي تعود نتائجها على مختلف النشاطات الاقتصادية.¹⁰

الجزء الثاني: مؤشرات اقتصاد المعرفة: قام معهد WBI البنك الدولي بتحديد قاعدة بيانات تغطي أكثر من 100 بلد و 69 متغير للفترة 1995 2000 و 2012 لتقييم وضعية البلدان في إطار اقتصاد المعرفة¹¹، حيث يقوم معهد البنك الدولي بترتيب الدول بناء على مؤشرات صناعة المعرفة، والتي يتم حسابها بناء على متوسط أداء الدول على جميع مقومات اقتصاد المعرفة السابقة الذكر.

ونركز في هذا الجزء على بعض المؤشرات وليس كلها وبالخصوص المؤشرات التي برز فيها التطور الواضح والواسع في مضامين ومعطيات اقتصاد المعرفة والتي توضح وضوحا كافيا لاقتصاد المعرفة وواقعه، كما أنه لا يمكننا حصرها وهذا راجع لأن الاقتصاد الظاهر لا يزال يعرف جدلا واسعا ما بين الباحثين.

الجزء الثالث: نسبة الإنفاق على البحث والتطوير: يتم حساب هذا المؤشر من إجمالي الناتج أو الدخل الوطني الخام GNP حيث أصبح الإنفاق على برامج البحث والتطوير أمرا إلزاميا على الدول التي تريد جني إيرادات مادية نظرا لما يوفره هذا الأخير من عوائد مرتفعة في حال تم استخدام نتائجه استخداما أمثل وهذا نظرا للثورة المعرفية التي عمت العالم.¹²

2-2-2: الابتكار والإبداع: الابتكار هو إيجاد تطوير جديد أو تعديل على مادة أو عملية إنتاجية أو خدماتية للحصول على عائد اقتصادي أو دفاعي.¹³

المبحث الثاني: مؤشرات إحصائية

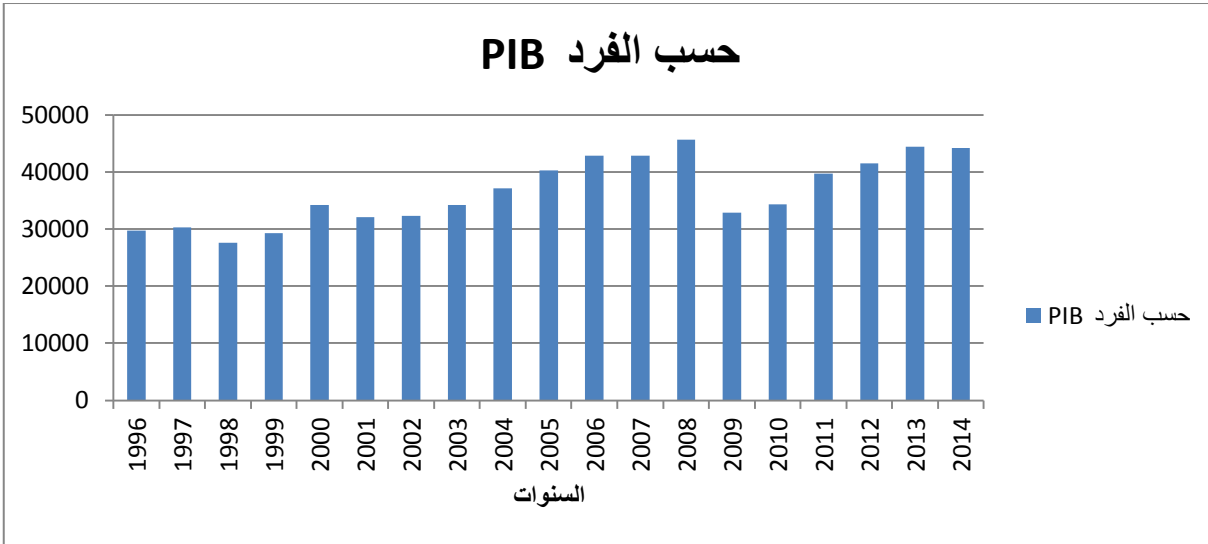
سيتم تناول في هذا الجزء لمحة وجيزة عن بعض الأرقام المتعلقة باقتصاد الإمارات العربية المتحدة وكذلك السعودية والسياسات المنتهجة من قبل السلطات في تنمية اقتصادها.

المطلب الأول: الإمارات العربية المتحدة

تعد تجربة الإمارات العربية المتحدة تجربة فريدة من نوعها ليس فقط على الصعيد العربي بل حتى على الصعيد العالمي، حيث استطاعت هذه الدولة خلال العقود الماضية وخاصة منذ توحيدها عام 1971¹⁴ أن تخطو خطوات كبيرة وهامة في شتى المجالات لاسيما المجال الاقتصادي ويختلف النظام الاقتصادي الإماراتي عن بعض اقتصاديات دول العالم، حيث أنه يعتمد وبشكل أساسي على النفط، هذا الأخير الذي يعد المورد الأساسي لإيرادات دولة الإمارات العربية والذي مكنها من اتخاذ الإنفاق المباشر أداة أساسية لتنفيذ برامجها التنموية حيث عملت من خلاله على تشييد بنية تحتية لا مثيل لها وغيرها من المشاريع الأخرى، كما يعتمد اقتصاد الإمارات العربية المتحدة على اليد العاملة الأجنبية لعدم توفر القوى العاملة المحلية، والشكل الموالي يوضح تطور دخل الفرد في الإمارات العربية المتحدة:

شكل رقم (2): منحني بياني يوضح تطور دخل الفرد في دولة الإمارات العربية خلال الفترة 1996-

2014



المصدر: من إعداد الباحث.

يوضح الشكل رقم 2 تطور حجم الناتج المحلي للفرد في الإمارات العربية المتحدة خلال الفترة 1996-2014، حيث يلاحظ زيادة مستمرة مع مرور السنوات ويرجع السبب في ذلك كما اشرنا سابقا إلى اعتماد سياسة تنويع الاقتصاد الوطني من قبل السلطات المركزية وكون أن الإمارات العربية تعد من بين الأسواق الأكثر حركية في مجال التجارة الخارجية حيث تحتل المرتبة الثالثة في الشرق الأوسط بعد كل من السعودية والعراق والمرتبة 30 عالميا في مجال تصدير واستيرادها للسلع حيث عملت السلطات الإماراتية إلى انتهاج استراتيجية وهذا ما جعل الإمارات العربية المتحدة تدخل منذ العديد من السنين في حلقة النمو المتزايد وهذا ما انعكس بالإيجاب على تزايد الناتج المحلي للفرد ما عدا سنة 2009 حيث سجل الناتج المحلي للفرد تراجعاً بلغ 32905.1 دولار أمريكي بعدما كان 45720.0 دولار أمريكي سنة 2008، ويرجع

السبب في ذلك إلى: (تراجع حجم الناتج المحلي الإجمالي بسبب الأزمة المالية، انفجار مشكل العقار في دبي، جفاف إعادة تمويل البنوك)، حيث قامت السلطات المعنية على تبني استراتيجية لمواجهة هذه الأزمة من اجل الحفاظ على مستوى ثابت من النشاط والسماح بعودة النمو بدءا من عام 2010.

المطلب الثاني: المملكة العربية السعودية

يعد اقتصاد المملكة العربية السعودية على انه اقتصاد قائم على النفط حيث حقق اقتصادها معدلات نمو مرتفعة هلال السنوات الأخيرة وهذا نظرا للارتفاع المستمر في أسعار البترول، حيث أن إيرادات الصادرات تأتي من بيع النفط كما أن للقطاع الخاص دور كبير في تنمية اقتصاد المملكة السعودية خاصة لكونه يشكل جزء كبير من الناتج المحلي الإجمالي خاصة مع تشجيع الاستثمار الأجنبي في القطاع الخاص إضافة إلى انضمامها إلى المنظمة العالمية للتجارة والذي كان له الدور الكبير في تحقيق التنمية الاقتصادية والصناعية، وهنا سنقدم بعض الأرقام المتعلقة بالاقتصاد السعودي من خلال الجدول التالي:

جدول رقم (1): يوضح بعض الأرقام الاقتصادية المتعلقة بدولة السعودية خلال الفترة 1996-2014

السنوات	PIB للفرد	الناتج المحلي الإجمالي
1996	8160.0	157.571.233.996
1997	8329.0	78.839.008.445
1998	7180.2	75.674.336.283
1999	7728.7	84.445.473.111
2000	8808.9	104.337.372.362
2001	8315.7	103.311.640.572
2002	8317.9	109.816.201.498
2003	9186.3	124.346.358.067
2004	10756.0	147.824.370.320
2005	13273.7	180.617.016.380
2006	14826.9	222.105.922.396
2007	15947.4	257.916.133.424
2008	19436.9	315.474.615.739
2009	15655.1	253.547.358.747

286.049.336.038	18754.0	2010
348.526.072.158	23256.1	2011
373.429.543.307	24883.2	2012
387.192.103.472	24646.0	2013
399.451.327.434	24161.0	2014

المصدر: موقع البنك الدولي تاريخ الاطلاع 28.10.2015 التوقيت 10 سا و40د.

يوضح الجدول رقم (1) تطور حجم الناتج المحلي الإجمالي وكذلك الناتج المحلي للفرد في السعودية خلال الفترة 1996-2014، وكعدد من الدول المنتجة للبتروول شهدت المملكة العربية السعودية عشر سنوات من النمو الاقتصادي المتزايد خاصة خلال الفترة 2003-2013، ويرجع السبب في ذلك إلى الارتفاع المستمر في أسعار البتروول، حيث انه خلال نفس الفترة عرف الناتج المحلي الإجمالي زيادة أكثر من الضعف بمعدل سنوي يقدر بـ 06%.

إن تحقيق السعودية لهذه المعدلات جعلها تضاعف إنفاقها الحكومي خاصة في مجال التعليم، الصحة والاستثمار في البنية التحتية مما جعلها تحتل المرتبة 39 عالميا في مؤشر التنمية البشرية لعام 2014 عوض المرتبة 76 المحققة سنة 2004، وهذا ما انعكس بالإيجاب على تطور الناتج المحلي للفرد الذي باستمرار في الارتفاع مع مرور السنوات حيث تضاعف إلى ثلاث مرات تقريبا ما بين سنة 2003 والذي بلغ فيه 9186 دولار أمريكي للفرد الواحد إلى 24646 دولار أمريكي سنة 2013، ولكن بعد انهيار أسعار البتروول بدءا من سنة 2014 شهدت المملكة العربية السعودية تراجعاً في اقتصادها وانخفضت عائداتها من الصادرات البتروولية التي تشكل أكثر من 70% من الصادرات الإجمالية.

المبحث الثالث: بيئة اقتصاد المعرفة في العالم العربي (الإمارات العربية - السعودية)

استكملت الدول المتقدمة عملية التحول إلى اقتصاد المعرفة خلال السنوات الأخيرة، حيث اجتهدت العديد من الدول النامية على غرار كل من الإمارات العربية المتحدة والسعودية إضافة إلى الجزائر لتغيير سياساتها للولوج إلى اقتصاد المعرفة وبلوغ هذا الهدف بعدما أدركت أهميته وتنمية هذا النوع الذي أصبح أكثر من ضرورة، وفي هذا الجزء سنعرض واقع اقتصاد المعرفة في هذه الدول.

المطلب الأول: اقتصاد المعرفة في الإمارات العربية المتحدة

تعد تجربة الإمارات العربية المتحدة تجربة فريدة من نوعها ليس فقط على الصعيد العربي بل حتى على الصعيد العالمي، حيث استطاعت هذه الدولة خلال العقود الماضية وخاصة منذ توحيدها عام 1971¹⁵ أن تخطو خطوات كبيرة وهامة في شتى المجالات لاسيما المجال الاقتصادي.

الفرع الأول: مؤشرات اقتصاد المعرفة في الإمارات العربية المتحدة: انتهجت الإمارات العربية المتحدة عدة سياسات مختلفة قصد النهوض باقتصادها بصفة عامة واقتصاد المعرفة بصفة خاصة، حيث عملت على تشييد بنية تحتية كان من خلالها جذب الاستثمارات الأجنبية إضافة إلى قيامها بعملية الاستثمار خاصة فيما يتعلق بالتعليم وهذا كله قصد تنمية اقتصاد المعرفة ومن بين السياسات نذكر¹⁶ الجزء الأول: تحفيز القطاع الخاص: حيث نجد أن الإمارات العربية المتحدة نجحت في تفعيل دور القطاع الخاص وهذا من خلال تشجيعه على العمل في المدن الالكترونية والتي أنشأت بالأساس لجذب العديد من شركات الاتصالات وأبرز مثال ذكر مدينة دبي الالكترونية.

الجزء الثاني: دعم البحث والتطوير: حيث كان هذا من خلال التركيز والاستثمار في قطاع تكنولوجيا المعلومات والاتصال وتحرير الخدمات إضافة إلى خلق بيئة تنظيمية وتشريعية ملائمة لهذا القطاع كما اعتمدت على إستراتيجية بناءة لتنمية اقتصاد المعرفة.

والجدول الموالي يوضح تطور مؤشرات اقتصاد المعرفة في الإمارات العربية المتحدة:

جدول رقم 2: يوضح مؤشرات اقتصاد المعرفة في الإمارات العربية والترتيب العالمي

المؤشرات السنوات	1995	2000	2012
مؤشرات اقتصاد المعرفة KEI	6.390	6.050	6.940
مؤشرات المعرفة KI	6.220	5.560	7.090
مؤشرات الحوافز الاقتصادية	6.900	7.510	6.500
مؤشرات الإبداع	6.590	4.320	6.600
مؤشرات التربية	4.460	4.440	5.800
مؤشرات TIC	7.620	7.920	8.880
الترتيب العالمي	46	48	42

المصدر: موقع البنك الدولي تاريخ الاطلاع 28.10.2015 التوقيت 10 سا و40د.

من خلال الجدول رقم 2 نلاحظ أن الإمارات العربية استطاعت أن تحتل مكانة عالمية لا بأس بها على صعيد اقتصاد المعرفة، فنجد إن أغلب مؤشرات الدليل قريبة من مؤشرات بعض الدول الرائدة في هذا المجال وهذا يدل على مدى التطور الذي أصبحت تتمتع به الدولة في هذا المجال، أما إذا نظرنا من حيث الترتيب فنجد إن الإمارات العربية تحتل أيضا مرتبة متقدمة حيث احتلت عالميا المرتبة 46 سنة 1995 وتحتل نفس المرتبة عام 2000 أي المرتبة 46 لتتقدم عام 2012 ب 4 مراتب وتحتل المرتبة 42 وهذا يعد أمر ايجابي كما أنها تحتل المرتبة 01 عربيا وأبرز ما يميز الإمارات العربية في اقتصاد المعرفة هو دليل تكنولوجيا المعلومات والاتصال حيث نجد أنها تحصلت على 7.620 نقطة عام 1995 وعلى 7.920 عام

2000 و 8.880 سنة 2012 وهذا مايدل على فعالية السياسة المنتهجة من قبلها في سعيها للاندماج في اقتصاد المعرفة وتنميته.

المطلب الثاني: اقتصاد المعرفة في المملكة العربية السعودية: يعد اقتصاد المملكة العربية السعودية على انه اقتصاد قائم على النفط حيث حقق اقتصادها معدلات نمو مرتفعة خلال السنوات الأخيرة وهذا نظرا للارتفاع المستمر في أسعار البترول، حيث أن إيرادات الصادرات تأتي من بيع النفط كما أن للقطاع الخاص دور كبير في تنمية اقتصاد المملكة العربية السعودية خاصة لكونه يشكل جزء كبير من الناتج المحلي الإجمالي خاصة مع تشجيع الاستثمار الأجنبي في القطاع الخاص إضافة إلى انضمامها إلى المنظمة العالمية للتجارة والذي كان له الدور الكبير في تحقيق التنمية الاقتصادية والصناعية.

الفرع الأول: مؤشرات اقتصاد المعرفة في المملكة العربية السعودية: لقد قامت المملكة العربية السعودية باتخاذ عدة تدابير من أجل تحويل اقتصادها إلى اقتصاد مبني على المعرفة وهذا من خلال تعزيز قدراتها الابتكارية الداخلية، وكان هذا بإعطاء الأولوية للتعليم ورأس المال البشري إضافة إلى تركيزها على العلوم التقنية فعلى سبيل المثال نذكر السياسات المنتهجة من قبلها فيما يتعلق بالتعليم وتنمية رأس المال البشري والتي هي على النحو التالي:¹⁷

- تعزيز مهام وقدرات الجهات التعليمية في المناطق على مستوى الإشراف والمتابعة.
- تعزيز اكتشاف الموهوبين ورعايتهم.
- تعزيز القدرات على البحث والارتقاء بجودته.
- مواكبة المستويات الدولية.
- دعوة الجامعات العالمية الرائدة للعمل في السعودية.
- إنشاء مراكز استشارات تعليمية وتدريبية.

وهنا سيتم التطرق إلى مؤشرات اقتصاد المعرفة في السعودية لكل من سنة 1995، 2000 وسنة 2012، إضافة إلى الترتيب العالمي لكل سنة من السنوات المذكورة سابقا من خلال الجدول التالي:

جدول رقم 3: يوضح مؤشرات اقتصاد المعرفة في السعودية والترتيب العالمي

المؤشرات السنوات	1995	2000	2012
مؤشرات اقتصاد المعرفة KEI	5.020	4.600	5.960
مؤشرات المعرفة KI	5.210	4.670	6.050
مؤشرات الحوافز الاقتصادية	4.450	4.400	5.680
مؤشرات الإبداع	5.000	4.240	4.140

5.650	4.280	4.110	مؤشرات التربية
8.370	5.490	6.510	مؤشرات TIC
50	76	78	الترتيب العالمي

المصدر: موقع البنك الدولي تاريخ الاطلاع 28.10.2015 التوقيت 10 سا و40د.

نلاحظ من خلال الجدول رقم 3 أن المملكة العربية السعودية تحتل مكانة مشرفة على الصعيد العالمي في مجال اقتصاد المعرفة، حيث نلاحظ أن أغلب مؤشرات الدليل متوسطة ما عدى مؤشر تكنولوجيا المعلومات والاتصال الذي بلغ مستويات مرتفعة عام 2012 حيث بلغ 8.370 نقطة وهذا المؤشر هو أهم ما يميز السعودية في حين المؤشرات الأخرى فهي في حدود 5 نقاط، أما إذا نظرنا من حيث الترتيب فنجد أن السعودية احتلت المرتبة 78 عالمياً سنة 1995 لتحقق تحسن طفيف بعد ذلك وبالتحديد عام 2000 لتحتل المرتبة 76 وتتقدم بدرجتين، ثم تحقق قفزة لا بأس بها وتحتل المرتبة 50 عالمياً عام 2012.

خاتمة:

إن التغيرات السريعة التي تحدث في عالمنا اليوم تفرض على الدول تحديات كبيرة، وفي نفس الوقت تعد لها فرص لا حدود لها، ففي ظل البيئة الجديدة لم تعد استراتيجيات الماضي وأدوار الأمس مجدية لحل مشاكل اليوم، وحتى تحقق هذه الدول أهدافها يجب أن تتوفر لديها الأساليب والأدوات اللازمة إلا أن هذه العملية عادة ما تكون صعبة ما لم تدعم بالاستثمار في العنصر البشري الذي يعد أهم مقومات الاندماج في اقتصاد المعرفة و الذي يدعم القدرة على الابتكار، حيث نجد أن هذه الدول ارتكزت في سياستها وبشكل كبير على العنصر البشري.

هوامش ومراجع البحث:

- 1- بغداد باي غالي: " دور الدولة في تنمية اقتصاد المعرفة حالة الجزائر "، أطروحة دكتوراه في العلوم الاقتصادية جامعة سيدي بلعباس 2017- ص03.
- 2- زكية بنت ممدوح قاري: " ادارة المعرفة "، مذكرة ماجستير في التخطيط، جامعة ام القرى - المملكة العربية السعودية 2008، ص47.
- 3- Wick, corey: "*knowledge management and leadership opportunities for technical communication*", issue 9, 2000,p525
- 4- New man, Amy: "*Are you ready for knowledge management* ", vol 54, issue, 2009, p71.
- 5 - Hershel R.T: "*Chief knowledge off icier, critical success factors for knowledge information strategy* ", EL,vol 16, issue4, 20000, p42.
- 6 - Madhaven R and R :Gover: « *from embedded knowledge to embodied knowledge, new product development knowledge management* », journal of marketing, vol 62 N04 1998.
- 7-ميلود تومي: " إنتاج المعرفة لتعزيز تنافسية المؤسسة الاقتصادية " . الملتقى الدولي حول التنمية البشرية، جامعة ورقلة، مارس 2004، ص29.

- 8- بغداد باي غالي: " مساهمة اقتصاد المعرفة في حماية البيئة " ، مذكرة ماجستير في العلوم الاقتصادية جامعة الجزائر 3 – ص02.
- 9- جمال سالمي: " الاقتصاد الدولي وعولمة اقتصاد المعرفة " ، دار النشر والتوزيع 2010 – ص79.
- 10- <http://info.worldbanque.org/etools/kam2015/html/methodology>.
- 11- قويدر بوطالب: " الاندماج في اقتصاد المعرفة " ، ملتقى دولي حول التنمية البشرية ورقلة 2004- ص255.
- 12- وزارة التخطيط-المملكة العربية السعودية: " الإستراتيجية الوطنية للتحويل إلى مجتمع المعرفة والاقتصاد القائم على المعرفة " ، ص22.
- 13- Rapport sur les indices mondiaux de la gouvernance ,banque mondiale 2013 p104.
- 14- بولصباغ رياض: " التنمية البشرية المستدامة واقتصاد المعرفة في الدول العربية الواقع والتحديات ، دراسة مقارنة الإمارات العربية الجزائرية اليمن " ، مذكرة ماجستير في العلوم الاقتصادية ، جامعة سطيف ، 2013 ، صص 139 ، 173.
- 15- David flacher et Dominique pliton : « économie de la connaissance » , la découverte n30 2007, p3 .

حقوق التاجر المرتبطة بالائتمان والوفاء في القانون الجزائري

The merchant's rights related to credit and fulfillment in Algerian law

د/بن قويدر الطاهر

أستاذ مؤقت

بجامعة عمار ثليجي الأغواط

bigtati75@gmail.com

ملخص:

نظرا لأهمية التاجر في الحياة الاقتصادية والتجارية، فقد أحاطته النصوص التجارية وغيرها من النصوص ذات الصلة بنوع من الحماية، سواء فيما تعلق بمعاملاته التجارية في حالة يسره أو في حالة عسره، وذلك يتضح من خلال صورتين: الصورة الأولى استدعتها طبيعة المعاملات التجارية، التي تتوجه نحو التطور المستمر التي تستدعي إيجاد وسائل وطرق تتميز بالائتمان والسرعة في التعاملات التجارية والتعامل التجاري هو الذي أوجدها، وهي السندات والأوراق التجارية التي يتعامل بها خصوصا التجار بقصد تسهيل التعامل التجاري، والصورة الثانية وهي حالة لاحقة على ممارسة التاجر لنشاطه التجاري، فنظرا للخصائص التي تميز النشاط التجاري من ثقة وائتمان وسرعة في المعاملات التجارية، فقد يصادف أن يتعرض أحد التجار لزعزعة في مركزه المالي تجعله عاجزا عن دفع ديونه مما يترتب عنه حق لدائنيه في مطالبته بديونهم، فيجد التاجر نفسه أمام وضع خطير قد يستدعي شهر إفلاسه.

وعليه وانطلاقا من هذا المفهوم وأمام هذه الوضعيات التي يكون فيها التاجر، وللخوض في حقوق التاجر وفقا للصورتين، قمنا بتقسيم موضوع بحثنا إلى مبحثين حيث خصصنا الأول ل ضمانات الوفاء بالسندات التجارية، أما المبحث الثاني فخصصناه لل ضمانات المقررة له إذا أفلس وتوقف عن دفع ديونه.

Abstract:

Due to the importance of the merchant in economic and commercial life, he was surrounded by commercial texts and other texts related to a kind of protection, whether in relation to his business transaction in the case of his ease or in the case of his difficulty. This is evidenced by two images: the first image was called by the nature of commercial transactions, which calls for the creation of means and methods characterized by credit and speed in commercial transaction, and business deal is created, namely bonds and commercial papers, which deal with traders in particular to facilitate commercial dealings, and the second is a subsequent case of the trader's practice of his activity because of the characteristics that characterize the commercial activity of confidence, credit and speed in commercial transaction, it may happen that a trader is exposed to shake in its financial position to make it unable to pay its debts resulting in the right of creditors to claim their debts, the trader finds himself in a dangerous situation may call a month of bankruptcy.

Based on this concept and in front of these situation in which the trader, and to engage in the rights of the trader according to the pictures, we divided the subject of our research into two section, where we allocated the first guarantees to meet the commercial bonds, and the second section allocated to the guarantees prescribed for him if bankrupt and stop paying his debts.

مقدمة:

يتسم عالم التجارة بالحركية التي تقتضي وجود ضوابط قانونية تمتاز هي الأخرى بالمرونة والحاجة إلى هذه القواعد المرنة يعود بالأساس إلى مضمون الحياة التجارية ذات الطبيعة الخاصة سواء من حيث الأشخاص أو الأعمال، وقد تبلورت الحاجة لمثل هذه القواعد منتجة ما يعرف بالقانون التجاري الذي هو قانون التجار، الذي لم يظهر كقانون مستقل يتميز بالخصوصية إلا في عهد قريب، وذلك تحت تأثير الضرورات العملية والحاجة الاقتصادية الملحة التي تطبع الحياة المعاصرة، وقد جاء لتنظيم العالم التجاري الذي يتوسع فيه مفهوم التجارة ليشمل كل العمليات المتعلقة بالمجال التجاري، وما يهمننا في هذا الفصل هو التاجر بصفته العنصر المهم والمحرك الحيوي في الحياة الاقتصادية، فرغم كل القيود التي أحاطت بها القانون التجاري بداية من انطلاق مساره التجاري إلى غاية خروجه من الحياة التجارية لأجل تنظيم هذه المهنة والمحافظة على الحياة التجارية، إلا أن هذا لا يمنع من وجود حماية له في القانون التجاري موازية مع القيود التي وضعها المشرع لممارسة مهنة التجارة، والملاحظ أن دراسة القانون التجاري في مجال موضوع بحثنا وفي كل المجالات التي يتضمنها تمتاز بالصعوبة نظرا لعدة أسباب، أهمها أن معالجة مواضيعه تكون قاصرة خصوصا إذا تمت بعيدة عن القوانين ذات الصلة والتي تصدرها أساسا القانون المدني باعتباره الشريعة العامة التي يتم الرجوع إليها كلما تطلبت الحاجة لذلك لتغطية النقص، ورغم كل هذه الصعوبات والنقص في الدراسات المتعلقة بهذا الموضوع في جانبه القانوني إلا أننا حاولنا أن نسلط الضوء على جانب مهم في القانون ألا وهو موضوع حقوق التاجر المرتبطة بالإئتمان والوفاء في ظل القانون الجزائري.

وعليه ومن خلال استقراء نصوص القانون التجاري والقوانين ذات الصلة استطعنا أن نلم بمجموعة من الضمانات رغم قصرها إلا أنه من شأنها إعطاء التاجر نوع من الحماية وركزنا في ذلك على المتعلقة بممارسة التجارة في إطار العلاقات بين التجار، وهي تلك المرتبطة بالائتمان والوفاء أو تلك المرتبطة بالتاجر نفسه إذا تعرض للإفلاس، فهل هناك حماية مقرررة للتاجر في تعاملاته التجارية من خلال الأوراق التجارية، وهل هناك حماية مقرررة له في القانون التجاري والقوانين ذات الصلة إذا توقف عن دفع ديونه؟، سنحاول الإجابة عن كل هذه التساؤلات من خلال مبحثين نخصص الأول لضمانات الوفاء بالسندات التجارية، أما المبحث الثاني فنخصصه للضمانات المقرررة له إذا أفلس وتوقف عن دفع ديونه.

المبحث الأول: ضمانات الوفاء بالسندات التجارية.

تلعب السندات التجارية دورا هاما في عالم التجارة لأنها تعمل على تسير التعامل بين الأفراد من جهة وتنشيط حركة تداول الثروات من جهة أخرى، فهي وسيلة تغني عن النقود خصوصا عند نقلها من مكان إلى آخر، كما أنها وسيلة وفاء تقلل من استعمال النقود وتداولها بالإضافة إلى أنها أداة ائتمان، وبالتالي فالورقة التجارية تنشأ التزاما على محررها بدفع قيمتها بنفسه إلى المستفيد أو الحامل إذا كانت سندا لأمر، أو بالإحالة إلى طرف آخر مدين للمحرر بهذه القيمة كأن يكون البنك مثلا، وبهذا تنشأ العلاقة بين هذا الحامل أو المستفيد

والبنك الذي يصبح لدينا له بمقتضى هذه الورقة، والملاحظ أن القوانين المعاصرة شددت الجزاء في حالة الامتناع عن الوفاء بالأوراق التجارية وهذا الاهتمام مرده عامل السرعة الذي تتطلبه المعاملات التجارية، بالإضافة إلى تأمين الأوراق التجارية من حيث تداولها والثقة فيها، وبالرجوع إلى المشرع الجزائري نجده كغيره من التشريعات الأخرى لم يعط تعريفا جامعاً للسندات التجارية بل اقتصر على تنظيم أحكامها مراعيًا الغاية التي وضعت من أجلها، حيث ينظر لها من خلال النصوص أنها صكوكا وظيفتها أن تقوم مقام النقود في الوفاء، إلا أن الفقه عرفها، منهم جورج ريبورنييه الذي يرى أنها: "أسناد قابلة للتداول تمثل حقا لحاملها يستحق في ميعاد قصير الأجل وتستخدم أداة للوفاء"¹، والأوراق التجارية التي هي موضوع دراستنا في هذا المطلب هي السفتجة والسند لأمر والشيك، والتي نظمها القانون التجاري في المواد من 389 إلى 543، وما يهمننا في هذا الشأن هو ضمانات الوفاء بها لذلك سنحاول التطرق لها من خلال ثلاثة فروع.

المطلب الأول: ضمانات الوفاء بالسفتجة.

حاولنا في هذا الفرع التطرق إلى ضمانات الوفاء بالسفتجة، ويمكن تعريفها على أساس المادة 390 من القانون التجاري الجزائري بأنها: "محرم مكتوب وفق أوضاع شكلية مذكورة في القانون تتضمن أمرا صادرا من شخص هو الساحب إلى شخص آخر هو المسحوب عليه بأن يدفع لأمر شخص ثالث هو المستفيد مبلغا معيناً بمجرد الاطلاع أو في ميعاد معين أو قابل للتعين"².

بالرجوع إلى قانون الصرف الذي تخضع له الأوراق التجارية نجده يتضمن عدة ضمانات من شأنها تأكيد الوفاء بقيمتها وتسهيل تداولها ثم تأدية وظائفها كأداة وفاء وائتمان، وتنقسم هذه الضمانات إلى ضمانات عامة وضمانات خاصة³ نوجزها كما يلي:

الفرع الأول: الضمانات العامة للوفاء بقيمة السفتجة.

هذه الضمانات تقترن بطبيعة السفتجة وتتمثل في مقابل الوفاء، والقبول من طرف المسحوب عليه والتضامن بين الملتزمين.

أولا: مقابل الوفاء.

لقد رأينا سابقا أن السفتجة تتضمن أمرا من الساحب إلى المسحوب عليه للوفاء بقيمتها إلى الحامل في تاريخ معين أو قابل للتعين، وبالتالي فوجود مقابل الوفاء لدى المسحوب عليه يعتبر من أهم الضمانات المتوفرة لحامل السفتجة، وعليه فالتاجر قد يكون حاملا فيعتبر هذا المقابل ضمانا له لسداد قيمتها، وعلى هذا سنتطرق إلى تعريف مقابل الوفاء وأهميته، ثم إلى شروطه وكذا ملكية مقابل الوفاء.

1- تعريف مقابل الوفاء وأهميته:

إذا كانت السفتجة تتضمن أمرا من الساحب موجه للمسحوب عليه للوفاء بقيمتها إلى الحامل في وقت معين أو قابل للتعيين، فإن الساحب أصدر هذا الأمر لأن له في ذمة المسحوب عليه وقت استحقاق السفتجة مبلغا كدين عليه بحيث يساوي على الأقل قيمة السفتجة، فالساحب يطلب بموجب السفتجة من المسحوب عليه تسليم قيمة السفتجة إلى المستفيد لأن الساحب مدين لهذا الأخير بدين مستحق الأداء بتاريخ استحقاق السفتجة في حدود قيمتها، وبهذا يتضح أن السفتجة أنشأت لوجود دينين على أطرافها الثلاثة، دين للساحب على المسحوب عليه ويسمى مقابل الوفاء، ودين للمستفيد على الساحب يسمى بالقيمة الواصلة⁴، وبهذا يتضح أهمية مقابل الوفاء لأن له أهمية عملية بالنسبة لكل أطراف السفتجة نوجزها كما يلي:⁵

- إن مقابل الوفاء يكون على الساحب أو على الشخص الذي سحبت السفتجة لحسابه، كما أن الساحب لحساب غيره يبقى ملتزما شخصيا للمظهرين والحامل فحسب.

- إذا كان الساحب أو من سحب السفتجة لحسابه دائما للمسحوب عليه فإن مقابل الوفاء يكون موجودا عند استحقاق دفع السفتجة بمبلغ يساوي على الأقل مبلغ السفتجة.

- إن ملكية مقابل الوفاء تنتقل قانونا إلى حملة السفتجة المتعاقبين.

- كما تظهر أهمية مقابل الوفاء في العلاقة بين الساحب والمسحوب عليه، لأن الساحب إذا أوصل مقابل الوفاء إلى المسحوب عليه نتيجة تعامل تجاري فله الحق أن يطلب من هذا الأخير قبول السفتجة ودفع قيمتها بتاريخ الاستحقاق للحامل، ويمكن ملاحقة المسحوب عليه في حالة رفضه للقبول جراء الضرر الذي قد يتعرض إليه نتيجة الرفض، أما إذا كان الساحب لم يقدم مقابل الوفاء للمسحوب عليه فللحامل ضمانته تتمثل في الرجوع على الساحب ولو أهمل في مواجهة المسحوب عليه في تاريخ الاستحقاق، أو أنه لم يجر الاحتجاج لعدم الوفاء المنصوص عليه في المادة 395 الفقرة الأخيرة منها، كما أن وجود مقابل الوفاء لدى المسحوب عليه يعتبر ضمانته رئيسية للحامل في أن يستوفي قيمتها عند تاريخ الاستحقاق، فإذا امتنع المسحوب عليه عن الوفاء في هذا التاريخ وكان مقابل الوفاء موجودا جاز للحامل مطالبته به والتنفيذ عليه لاسترداده منه كونه انتقل إليه بقوة القانون سواء كانت السفتجة مقبولة أم لا، فللحامل مطالبته بدعوى مقابل الوفاء ويمكنه رفع دعوى صرفية إذا كان قد سبق للمسحوب عليه قبول السفتجة، أما في حالة عدم وجود مقابل الوفاء ولم يف هذا الأخير للحامل الرجوع على الساحب وسائر الموقعين الآخرين⁶.

وفيما يخص من يكون ملتزما بمقابل الوفاء فحسب المادة 395 من القانون التجاري الفقرة 02 منها فمقابل الوفاء يكون على الساحب أو على الشخص الذي سحب السفتجة لحسابه، فإذا سحبت السفتجة لحساب الغير فعلى الساحب الحقيقي دون الساحب الظاهر إيجاد مقابل وفائها لدى المسحوب عليه، ومنه إذا قام المسحوب عليه بإيفاء قيمة السفتجة دون تلقي مقابل الوفاء فلا رجوع هنا إلا على الساحب الحقيقي أما بالنسبة للمظهر والحامل الأخير فالملتزم اتجاهاهم هو الساحب الظاهر لأنه لا يفترض بهم معرفة الساحب الحقيقي.

2- شروط مقابل الوفاء:

تنص المادة 395 في فقرتها 02 من القانون التجاري على: "يكون مقابل الوفاء موجودا عند استحقاق دفع السفتجة إذا كان المسحوب عليه مدينا للساحب أو لمن سحبت لحسابه بمبلغ يساوي على الأقل مبلغ السفتجة"، وعليه وانطلاقا من نص هذه المادة يمكن استخلاص شروط مقابل الوفاء نلخصها كما يلي:

أ- أن يكون مقابل الوفاء ديناً نقدياً في ذمة المسحوب عليه: يجب أن يكون مقابل الوفاء في السفتجة دين نقدي لا غير ذلك، ويستوي أن يكون الدين مديناً أو تجارياً⁷.

ب- أن يكون مقابل الوفاء موجوداً في ميعاد الاستحقاق: لا يشترط في مقابل الوفاء أن يكون موجوداً في ذمة المسحوب عليه من يوم سحب السفتجة أو من يوم تظهيرها بل يكفي أن يوجد في ذمته يوم حلول أجل الاستحقاق، إلا أن السفتجة الواجبة الدفع لدى الاطلاع يجب أن يوجد مقابل الوفاء فيها عند السحب⁸، ومقابل الوفاء يعتبر ضماناً بالنسبة للحامل في سبيل استيفاء قيمة السفتجة.

ت- أن يكون مقابل الوفاء مساوياً على الأقل لقيمة السفتجة: يكون مقابل الوفاء موجوداً عند استحقاق السفتجة إذا كان مساوياً على الأقل لقيمة السفتجة، أما إذا كان أقل من قيمة السفتجة فلا يعتبر مقابل الوفاء موجوداً لدى المسحوب عليه⁹، وفي هذه الحالة للمسحوب عليه أن يمتنع عن دفع قيمة السفتجة أو يرفض قبولها، أما محكمة النقض الفرنسية فأخذت توجهها آخر في حكمها الصادر بتاريخ: 18/01/1927 بحيث قضت بموجبه بأن للحامل حقاً مانعاً على مقابل الوفاء ولو كان غير كافياً، وله أن يستوفيه بالأولوية على غيره من دائني الساحب¹⁰.

ث- يجب أن يكون الدين مستحق الأداء في ميعاد استحقاق السفتجة: لا يكفي لوجود مقابل الوفاء أن يكون الدين موجوداً في ذمة المسحوب عليه في ميعاد الاستحقاق بل يجب أن يكون أيضاً مستحق الأداء في هذا التاريخ، فإذا كان دين المسحوب عليه مستحق الأداء بعد ميعاد استحقاق السفتجة كان للحامل أن يعتبر هذا المقابل غير موجود وله الرجوع على الساحب ولو كان مهملًا، وليس للساحب أن يحتج عليه بسقوط حقه لإهماله وللحامل استيفاء قيمة السفتجة بالأولوية على دائني الساحب¹¹.

3- تملك الحامل لمقابل الوفاء:

إن من مظاهر الحماية التي أحاطت بالمشروع بها الحامل للسفتجة أن أمر له الحق على مقابل الوفاء وذلك بموجب المادة 395 من القانون التجاري في فقرتها الثالثة (03)، والملاحظ أن النص أورد مصطلح "ملكية مقابل الوفاء" وحق الملكية هو حق عيني ينصب على شيء مادي معين، بينما مقابل الوفاء هو حق شخصي للساحب يتمثل في مبلغ من النقود في ذمة المسحوب عليه، وبالتالي هناك آثار تترتب على ملكية مقابل الوفاء نوجزها كما يلي¹²:

- إذا تعرض الساحب للإفلاس فلا يجوز لوكيل التفليسة أن يسترد مقابل الوفاء من المسحوب عليه ليضمه إلى التفليسة، لأن هذا الإجراء يترتب إثراء بلا سبب لهم وعليهم رد مقابل الوفاء.

- لا يمكن توقيع حجز ما للمدين لدى الغير على مقابل الوفاء بين يدي المسحوب عليه من طرف الساحب أو دائني أحد مظهري السفتجة.
 - ليس على الحامل أن يخطر المسحوب عليه بأي إخطار يمنعه من التصرف في مقابل الوفاء متى كان قد قبل السفتجة، أما إذا لم يكن قد قبلها فيكفي أن يخطره الحامل على أن مقابل الوفاء قد أصبح من حقه ليمتنع عن التصرف فيه.
 - ليس للساحب أن يمنع المسحوب عليه من أن يدفع للحامل مقابل الوفاء، وإذا أخطره بعدم قبول السفتجة فلا يكون لإخطاره أي أثر قانوني يمنع المسحوب عليه من الوفاء.
 - في حال إذا سحبت عدة سفاتج على مقابل وفاء واحد لا يكف لسداد قيمتها فتتبع القواعد التالية:
 - تكون الأفضلية للسفتجة التي قبلها المسحوب عليه.
 - إذا لم يكن قد قبل أي منها، فالأفضلية تكون للسفتجة التي حصل حاملها على تخصيص مقابل الوفاء لصالحه.
 - وإذا لم يكن لإحداها تخصيص على مقابل الوفاء فإن الأفضلية تكون للسفتجة الأسبق في تاريخ سحبها.
 - فإذا تساوت في تاريخ السحب، كانت الأفضلية للسفتجة الخالية من شرط عدم القبول فتتقدم على السفاتج التي تحمل هذا الشرط.
- ثانيا: القبول.

يعتبر القبول أهم الضمانات للوفاء بالسفتجة لأن فيه إقرار للمسحوب عليه بأنه مدين للساحب وبه تظهر جدية المسحوب عليه في الوفاء من عدمه.

1- تعريف القبول وأهميته:

يعرف الوفاء على أنه: "تعهد المسحوب عليه بإرادته المنفردة بدفع قيمة السفتجة لحاملها في ميعاد استحقاقها"¹³.

يعتبر قبول السفتجة ضمانا أساسيا للوفاء بقيمتها، وهذا ما أكدته المادة 407 من القانون التجاري الجزائري التي تنص على: "إن القبول يلزم المسحوب عليه بأن يدفع مبلغ السفتجة في الاستحقاق"، وبالتالي قبل القبول يكون الساحب هو المدين الأصلي بقيمة السفتجة أما بعد القبول يصبح المسحوب عليه هو المدين الأصلي بقيمتها فهو الذي يطالب بالوفاء أولا، ويصبح الساحب هو المدين الاحتياطي لا يسأل عن قيمة السفتجة إلا عند عدم قيام المسحوب عليه بالوفاء، وعلى هذا يمكن أن تظهر أهمية القبول في المسائل التالية:¹⁴

- يعتبر القبول ضماناً أساسية جديدة تضاف إلى الضمانات الأخرى وبموجبه ينشأ مديناً جديداً للحامل يتعهد بالوفاء إلى جانب الساحب والموقعين الآخرين على السفتجة.
 - إن القبول يعتبر قرينة على وصول مقابل الوفاء من الساحب إلى المسحوب عليه وهذا ما أشارت إليه المادة 395 من القانون التجاري الجزائري.
 - بالقبول يتأكد حق الحامل المفترض على مقابل الوفاء الموجود لدى المسحوب عليه خاصة إذا كانت السفتجة المسحوبة من عدة نظائر ولم يوقع المسحوب عليه إلا على نظير واحد منها، فصاحب النظر المقبول يكون مطمئناً أكثر من غيره نظراً لأولويته في الوفاء.
 - إن السفتجة المقبولة يكون تداولها سهلاً نظراً لاطمئنان المتعاملين على الوفاء بها.
 - حسب المادتين 394 و398 من القانون التجاري نجد أن المشرع حمل ساحب السفتجة ومظهرها التزاماً بضمان قبولها، ويعتبر عدم قبول السفتجة من المسحوب عليه بمثابة إضعاف للضمان بالنسبة للحامل، ويترتب على رفضه سقوط الأجل المحدود في السفتجة وبالتالي يجوز للحامل الرجوع على الملتزمين بها ولو كان ذلك قبل ميعاد الاستحقاق، وهذا ما أشارت إليه المادة 426 من القانون التجاري.
- 2- تقديم السفتجة للقبول:

- يكون تقديم السفتجة للقبول من طرف الحامل أو من مجرد الحائز، وذلك في موطن المسحوب عليه في أي لحظة كانت وحتى تاريخ استحقاقها، ويكون تقديم السفتجة للقبول في الحالات التالية:¹⁵
- أ- الحالات التي يكون فيها الحامل ملتزم بتقديمها للقبول:
 - تقديم السفتجة المستحقة الوفاء بعد مدة من الاطلاع وحددتها المادة 403 الفقرة 06 من القانون التجاري الجزائري وهي سنة من تاريخ إصدارها.
 - حالة الاشتراط في السفتجة على تقديمها للقبول.
 - حالة سريان العرف التجاري على قبول السفاتج وقد نصت على ذلك المادة 403 الفقرة 09 من القانون التجاري ومفادها أن السفتجة إذا كانت محررة لتنفيذ اتفاق تجاري متعلق بتوريد بضائع وكان الساحب والمسحوب عليه من التجار وكان مقابل الوفاء المقدم من الساحب على شكل بضائع، وذلك بعد مرور فترة حددها العرف التجاري بالاتفاق عليها.
 - ب- الحالات التي يمتنع فيها الحامل عن تقديم السفتجة للقبول:
 - اشتراط الساحب عدم القبول في السفتجة، وبالتالي لا يجوز للحامل تقديمها للقبول.
 - حالة إذا كانت السفتجة مستحقة الأداء لدى الاطلاع فلا تقدم للقبول لأن المطالبة بالقبول تعني المطالبة بالوفاء لذلك لا مبرر للقبول الذي يعتبر مجرد تعهد بالدفع.¹⁶

3- آثار القبول:

تنص المادة 407 من القانون التجاري على: "إن القبول يلزم المسحوب عليه بأن يدفع مبلغ السفتجة في الاستحقاق

وعند عدم الدفع يمكن للحامل وإن كان الساحب نفسه رفع الدعوى مباشرة على القابل والناجمة عن السفتجة للمطالبة بكل ما يحق بمقتضى المادتين 433 و434 المذكورتين أدناه"، وعلى هذا يمكن أن تترتب على القبول الآثار التالية:

- أ- في علاقة المسحوب عليه بالحامل: هناك عدة آثار نوجزها كما يلي:
 - يترتب عن القبول تأكيد حق الحامل على مقابل الوفاء حيث يمتنع على المسحوب عليه المساس به ولو بالمقاصة إلى غاية تاريخ الاستحقاق.
 - يصبح المسحوب عليه بقبوله للسفتجة ملتزماً التزاماً صرفياً بالوفاء في تاريخ الاستحقاق ويصبح الساحب مجرد ضامناً الوفاء بها.
 - بمجرد قبول المسحوب عليه السفتجة يصبح المدين الأصلي بقيمتها¹⁷.
 - القبول يظهر الدفع كالتظهير، فالقبول ينشأ التزاماً مباشراً في ذمة المسحوب عليه اتجاه الحامل مستقل عن العلاقة التي تربط الساحب بالمسحوب عليه.
 - إذا امتنع المسحوب عليه عن الوفاء جاز للحامل متابعتة بدعوى صرفية نتيجة لقبوله وبدعوى مقابل الوفاء الذي انتقل إليه بقوة القانون.
 - يعد القبول قرينة قاطعة على وجود مقابل الوفاء وهذا ما أشارت إليه المادة 395 في فقرتها 04 من القانون التجاري، إلا أنه يعتبر قرينة بسيطة اتجاه الساحب¹⁸.

ب- في علاقة المسحوب عليه بالساحب:

بمجرد القبول يتحول المسحوب عليه إلى مدين أصلي بالسفتجة ويصبح الساحب مجرد ضامن للوفاء بها، وإذا وفي المسحوب عليه بقيمة السفتجة في تاريخ الاستحقاق على المكشوف التزم الساحب برد ما دفعه إلى الحامل.

ج- علاقة الحامل بالساحب والمظهرين:

القاعدة هي أن الساحب والمظهرين ضامنون بقبول المسحوب عليه للسفتجة والوفاء بقيمتها في تاريخ الاستحقاق، وبالتالي إذا تقدم الحامل إلى المسحوب عليه وقبل السفتجة زال عبء ضمان القبول عن الملتزمين ولا يكون للحامل حق الرجوع عليهم إلا عند حلول أجل الاستحقاق وامتنع المسحوب عليه القابل عن الوفاء،

وهذا يعني أن بالقبول ينقضي التزام الساحب والمظهرين بضمان القبول ويبقى التزامهم بضمان الوفاء في تاريخ الاستحقاق¹⁹.

ثالثا: التضامن.

إن التضامن بين جميع الموقعين على السفتجة يعتبر من بين الضمانات التي يتمتع بها الحامل لها حيث تنص المادة 432 في فقرتها 01 من القانون التجاري على: "إن صاحب السفتجة وقابلها ومظهرها وضامنها الاحتياطي ملزمون جميعا لحاملها على وجه التضامن"، كما أن التضامن لا يقتصر على الأشخاص الذين ذكرتهم المادة المذكورة أعلاه وهم الساحب والمسحوب عليه والمظهر والضامن الاحتياطي فحسب بل يسري على جميع الأشخاص الذين يضعون توقيعهم على السفتجة، كالقابل بالواسطة والكفيل الذي يقدمه أحد المدينين للحامل عند الامتناع عن القبول، وتضامن الموقعين على السفتجة يرتب علاقتين:²⁰

1- علاقة الحامل بالموقعين:

تقوم هذه العلاقة على مبدأ وحدة الدين في علاقة الحامل بالموقعين إذ أن محل التزام كل موقع هو مبلغ السفتجة بأكمله، والفقرة 02 من المادة 432 أجازت للحامل حق الرجوع على الموقعين مجتمعين أو منفردين، ويترتب على الوفاء من أحدهم براءة ذمة سائر الموقعين في مواجهة الحامل، كما تقوم هذه العلاقة على تعدد الروابط التي تربط الحامل بسائر الموقعين، وعلى هذا يمكن أن تكون رابطة أحد الموقعين صحيحة ورابطة الآخر معيبة، ويجوز أن تنقضي رابطة الحامل بأحد الموقعين بأي سبب من أسباب الانقضاء مع بقاء رابطته بالآخر قائمة، وحتى يستطيع الحامل الرجوع على الموقعين يجب عليه قبل ذلك تحرير احتجاج يثبت امتناع المسحوب عليه عن الدفع في ميعاد الاستحقاق وهذا ما أشارت إليه المادة 427 من القانون التجاري الجزائري، فإذا لم يفعل ذلك أمكن للساحب الذي قدم مقابل الوفاء ولسائر المظهرين أن يحتجوا عليه بسقوط حقه.

2- علاقة الموقعين ببعضهم البعض:

إذا قام أحد الموقعين بالوفاء للحامل بقيمة السفتجة جاز له الرجوع بكل قيمتها على الموقعين السابقين له وهذا خروجاً على أحكام التضامن في القانون المدني الذي يقضي بالرجوع على كل مدين بقدر حصته، فالقانون التجاري جعل كل موقع ضامن للموقعين اللاحقين عليه ومضمونا للموقعين السابقين له.

الفرع الثاني: الضمانات الخاصة للوفاء بقيمة السفتجة:

إلى جانب الضمانات التي يقرها قانون الصرف هناك ضمانات اتفاقية يسعى إليها الحامل لأجل تقوية

الائتمان نوجزها كما يلي:

أولاً: التأمينات العينية.

قد تكون السفتجة مضمونة بتأمين عيني ولكن من النادر أن يحدث ذلك من الناحية العملية لأن رهن العقار يشتمل على إجراءات تكوين وتنفيذ بطيئة وغير مرنة مما يؤدي إلى عرقلة تداول السفتجة ويتعارض مع ما

تستدعيه الحياة التجارية من سرعة وهو ما تتطلبه الأوراق التجارية، كما أن رهن المنقول لكي يسري على الغير يتطلب انتقال الحيازة إلى الدائن المرتهن وهذا يعني أن تنتقل حيازة المنقول مع السفتجة من حامل إلى حامل حتى تصل إلى الحامل الأخير وهو أمر صعب تحقيقه عمليا²¹.

1- التأمين العقاري:

في هذا النوع يقوم المدين المصرفي بتقديم أحد عقاراته بوضع إشارة الرهن الرسمي في المحافظة العقارية لصالح المستفيد من هذا التأمين، ويلاحظ كما رأينا سابقا أنه نادر الوقوع لما تتطلبه عملية إنشاء الرهن من إجراءات طويلة ومعقدة قد تعرقل سرعة تداول الورقة التجارية.

2- الرهن الحيازي:

في هذا النوع من الرهن يتم تسليم بعض الأموال المنقولة إلى حامل السفتجة لضمان الوفاء بقيمتها في تاريخ الاستحقاق²²، وهذا النوع كما أشرنا سابقا صعب تحقيقه من الناحية العملية إلا أن هناك حالة يمكن تحقيقها في هذا المجال وتسمى بالسفتجة المستندية وهي سفتجة مضمونة برهن حيازي على منقول، وبالتالي هي سفتجة يسحبها شاحن بضاعة بيعت لمستورد أجنبي وشحنت على سفينته بموجب مستند شحن "connaissance" يرفق بالسفتجة ويتداول معها، وبعد أن يسحب الشاحن السفتجة يسلمها لمصرفه مرفقة بالمستندات ويكون لدى مصرفه اعتماد مفتوح وهو الاعتماد المستندي "crédit documentaire" فتحه بنك المستورد لتغطية هذه العملية، وبالتالي هذه المستندات لا يسلمها للمستورد إلا بعد أن يكون قد استوفى قيمة الاعتماد المفتوح، وفي خلال كل العمليات المذكورة تعتبر البضاعة المشحونة رهنا ضامنا لقيمة السفتجة²³

ثانيا: التأمينات الشخصية. وتتمثل التأمينات الشخصية في الضمان الاحتياطي.

لقد تناول المشرع الجزائري الضمان الاحتياطي في المادة 409 من القانون التجاري، ويقصد بالضمان الاحتياطي كفالة الدين الثابت في السفتجة، والضامن الاحتياطي هو الشخص الذي يضمن قبول السفتجة أو يضمن الوفاء بقيمتها كلها أو جزء منها عند حلول أجل الاستحقاق وهذا ما قضت به المادة 409 في فقرتها 01 من القانون التجاري، والضامن الاحتياطي يمكنه أن يضمن كل من الساحب أو المسحوب عليه ولو كان قابلا، أو أحد المظهرين، كما يجوز أن يكون الضامن الاحتياطي من الموقعين على السفتجة أو من الغير بشرط أن يكون أهلا للالتزام المصرفي وإذا كان من الغير فعليه تحديد الشخص الذي يضمنه من الموقعين وإلا اعتبر ضامنا للساحب، وهذا ما قضت به الفقرة 06 من نفس المادة²⁴.

ويجب أن يكون الضمان الاحتياطي معبرا عنه كتابة كأن يؤشر في السفتجة بعبارة "مقبول كضامن احتياطي" أو بما يعبر عنها، كما يجب على الضامن أن يوقع على السفتجة أو الورقة المتصلة بها حسب الحالة وذلك بإمضائه، وبمجرد قيام الضامن بهذا الإجراء يعتبر الضامن قائما إلا كان صاحب التوقيع هو المسحوب

عليه أو الساحب، وبهذا يصبح الضامن الاحتياطي ملتزما بكل ما التزم به الذي يضمنه، والتزام ضامن الوفاء يكون صحيحا حتى ولو كان الالتزام الذي قام بضمانه باطلا لأي سبب آخر ما عدا إذا كان عيب في الشكل، والضامن الاحتياطي إذا قام بدفع قيمة السفتجة فإنه يكتسب كل الحقوق الناشئة عنها اتجاه المضمون وكل الملتزمين له بموجب السفتجة وهذا ما أشارت إليه المادة 409 من القانون التجاري.

المطلب الثاني: ضمانات الوفاء بالسند لأمر.

بعدما تطرقنا إلى ضمانات الوفاء بالسفتجة سنحاول في هذا العنصر الحديث عن ضمانات الوفاء بالسند لأمر وذلك بنوع من الإيجاز، لأن المشرع في الفصل الثاني من الباب الأول من الكتاب الرابع من القانون التجاري الجزائري نجده أخضع السند لأمر لمعظم أحكام السفتجة التي لا تتعارض مع طبيعته وهذا ما أشارت إليه المادة 467 من القانون التجاري وذكرت الأحوال التي يمكن تطبيقها عليه، وهي التظهير والاستحقاق والوفاء والرجوع لعدم الوفاء والاحتجاجات وسند الرجوع والوفاء بطريق التدخل والنسخ والتحريف والتقدم، وكذا الأعياد الرسمية وأيام العمل المشبهة بها، وحساب الأجال ومنح آجال الإمهال طبقا لأحكام المواد (462 و463 و464)²⁵.

يمكن تعريف السند لأمر أنه: "ورقة تجارية يتعهد بمقتضاها شخص يسمى المحرر بدفع مبلغ من النقود في تاريخ معين لإذن أو لأمر شخص يسمى المستفيد"²⁶، وعليه فالسند لأمر يشترط فيه بيانات إلزامية وأخرى اختيارية كغيره من السندات التجارية، كما أنه يقبل التداول إذا كان صحيحا مثله مثل السفتجة، كما يقبل التظهير الناقل للملكية والتظهير التوكيلي وكذا التظهير التأميني، هذا ما يمكن قوله في هذا الشأن أما فيما يخص ضمانات الوفاء بالسند لأمر فهناك ضمانان مهمان هما التضامن والضمان الاحتياطي، لأنه لا مجال للحديث هنا عن مقابل الوفاء والقبول لأنهما يفترضان وجود طرف ثالث.

الفرع الأول: التضامن.

بالرجوع إلى نص المادة 432 من القانون التجاري نجد أن كل الموقعين على السند لأمر بما فيهم الساحب أو محرر السند لأمر وكذا مظهره وضامنه الاحتياطي ملزمون للحامل على وجه التضامن، ويكون للحامل حق على هؤلاء منفردين أو مجتمعين، كما أن هذا الحق يعود لكل من وقع على السند وسدد قيمته²⁷، وكل هذه الإجراءات يمكن استخلاصها طبقا لنص المادة 467 من نفس القانون، وتضيف المادة 470 من نفس القانون أن محرر السند لأمر يكون ملزما بالكيفية التي يكون قابل السفتجة ملتزما بها، وتطبيقا لنص المادة 467 في مسألة الامتناع عن الوفاء، فإن المحرر إذا امتنع عن الوفاء في ميعاد الاستحقاق فمن حق الحامل الرجوع على المحرر وعلى كافة المظهرين على السند لتضامنهم قبله، بل على كل الأشخاص الذين حرروا أو ظهروا مع السند لأمر، وبالتالي إذا أراد أن يرجع الحامل على الملتزمين في السند فيجب أن يقوم بإجراءات الاحتجاج المنصوص عليها في المواد من 441 إلى 444 من القانون التجاري الجزائري، كما يمكن للحامل توقيع الحجز التحفظي على منقولات

الملتزم إضافة إلى حقه في دعوى الرجوع على كل الملتزمين بالسند، وللمدين الذي يفى بقيمة السند الرجوع على غيره على النحو الذي رأيناه في السفتجة²⁸.

الفرع الثاني: الضمان الاحتياطي.

إذا رجعنا إلى نص المادة 469 من القانون التجاري الجزائري نجد أنها تفيد أن الأحكام المتعلقة بالضمان الاحتياطي تطبق على السند لأمر، وحسب المادة المشار إليها في المادة 469 من القانون التجاري أي المادة 409 في فقرتها 06 و07 فإنه يجب ذكر اسم المضمون في الضمان الاحتياطي، وبالتالي يلتزم ضامن الوفاء بما التزم به المضمون.

المطلب الثالث: ضمانات الوفاء بالشيك.

يمكن تعريف الشيك على أنه: "صك محرر وفق شكل معين حدده القانون، يأمر بموجبه شخص يطلق عليه الساحب شخصا آخر يسمى المسحوب عليه، ويكون في العادة مصرفا بأن يدفع لدى الاطلاع مبلغا معيناً من النقود لأمره أو لأمر شخص آخر أو للحامل وهو المستفيد"²⁹

سنقوم في هذا الفرع بالتطرق لأهم الضمانات للوفاء بقيمة الشيك، وأهم هذه الضمانات هو مقابل الوفاء وحقوق الحامل على مقابل الوفاء ثم نتعرض للجزاء المترتب على تخلف مقابل الوفاء، وعلى هذا فلا وجود للقبول في الشيك لأنه يتنافى مع طبيعة الشيك وهذا ما نصت عليه المادة 475 من القانون التجاري الجزائري.

الفرع الأول: مقابل الوفاء.

حسب المادة 483 من القانون التجاري فإن كل شيك له مقابل وفاء مطابق وموجود تحت تصرف الساحب، يجب على المسحوب عليه المصادقة عليه إذا طلب الساحب أو الحامل ذلك، وبهذا يتميز مقابل الوفاء في الشيك عن مقابل الوفاء في السفتجة لأن مقابل الوفاء في السفتجة يجب أن يكون عند المسحوب عليه عند الاستحقاق، أما الشيك فيجب أن يكون مقابل الوفاء موجوداً وقت سحبه³⁰، ومقابل الوفاء في الشيك هو دين نقدي مساوي على الأقل لقيمة الشيك يكون للساحب عند المسحوب عليه بتاريخ السحب وقابل للتصرف فيه بموجب شيك، ويتعرض الساحب الذي يصدر شيكا دون مقابل وفاء إلى عقوبة جزائية، وبالتالي فإن وضع مقابل الوفاء من التزام الساحب أو من صدر الشيك لحسابه، ومع ذلك يبقى الساحب لحساب غيره ملتزماً شخصياً للمظهرين والحامل دون غيرهم وهذا ما نصت عليه المادة 474 من القانون التجاري في فقرتها (02) الثانية³¹.

الفرع الثاني: حق الحامل على مقابل الوفاء.

تنص المادة 489 من القانون التجاري في فقرتها الأولى على: "إن التظهير ينقل جميع الحقوق الناتجة عن الشيك خصوصاً ملكية مقابل الوفاء"، وعلى هذا فالحق الثابت في الشيك ينتقل من الساحب إلى الحامل

فور إصدار الشيك وبهذا فالساحب يمتنع عن استرجاع مقابل الوفاء أو تجميده، فملكية مقابل الوفاء تثبت للمستفيد في الشيك ومن بعده لكل مظهر إليه ظهر له الشيك تظهيرا ناقلا للملكية³².

إن ملكية مقابل الوفاء في الشيك تنتقل إلى المستفيد من يوم سحبه وليس من يوم التظهير، ويترتب على انتقال الحق في مقابل الوفاء من الساحب إلى حملة الشيك المتعاقبين عدة آثار قانونية أهمها:³³

- انتقال ضمانات مقابل الوفاء إلى كل من انتقل له هذا الحق.

- لا يجوز استرداد مقابل الوفاء أو التصرف فيه.

- إن موت الساحب أو فقده لأهليته لا يؤثر على حق الحامل على مقابل الوفاء وهذا ما يستفاد من نص المادة 504 من القانون التجاري الجزائري، ويبقى المستفيد مستأثرا وحده بمقابل الوفاء إذا أفلس الساحب وليس لوكيل التفليسة أن يطالب إضافته إلى ذمة التفليسة³⁴.

الفرع الثالث: الجزاءات المترتبة على تخلف مقابل الوفاء.

إن متابعة الساحب بجريمة إصدار شيك بدون رصيد لا تتم إلا إذا لم يتم تسوية عارض الدفع في الآجال المحددة في القانون التجاري المعدل بتاريخ: 2005/02/06 في الفصل الثامن مكرر بعنوان عوارض الدفع والتي نص عليها في المواد من 526 مكرر إلى 526 مكرر 16، وعلى هذا لا تتحقق جريمة إصدار شيك بدون رصيد إلا بعد اتخاذ سلسلة من الإجراءات الوقائية.

1- جريمة إصدار شيك دون مقابل وفاء.

نصت على هذه الجريمة المادة 374 من قانون العقوبات الجزائري، حيث بالرجوع إلى نص هذه المادة يتضح أن هناك عقوبة جزائية تتمثل في الحبس من سنة واحدة إلى 05 سنوات وبغرامة لا تقل عن القيمة المحددة في الشيك أو تساوي النقص الحاصل بين قيمة الشيك والرصيد على الأقل، وهذه العقوبة مقررة لكل من أصدر شيك بسوء نية لا يقابله رصيد أو كان الرصيد أقل من قيمة الشيك أو قام الساحب بسحب الرصيد بعد سحب الشيك أو جزء منه، كما يطبق على كل من قبل أو ظهر شيكا في نفس الظروف المذكورة، وكل من أصدر شيكا أو قبله أو ظهره كضمان وليس لصرفه فورا³⁵، وعليه حسب المادة المذكورة أعلاه هناك ثلاث أركان لجريمة إصدار شيك بدون رصيد وهي الركن المادي أي إصدار شيك مع انتفاء مقابل الوفاء، والركن المعنوي ويتمثل في توفر سوء النية أي علمه بعدم توفر الرصيد عند سحب الشيك، والركن الشرعي أي العقوبة المقررة لهذه الجريمة إذا كانت قائمة وهذا ما أشارت إليه المادة 374 من قانون العقوبات.

2- الجريمة المتعلقة بتزوير أو تزيف الشيك.

هذا النوع من الجرائم نصت عليه المادة 375 من قانون العقوبات التي حددت عقوبة الحبس من 01 سنة إلى 10 سنوات وغرامة لا تقل عن قيمة الشيك أو قيمة النقص في الرصيد على كل من زور أو زيف شيك،

وكل من علم أن الشيك مزورا أو مزيفا وقبل استلامه³⁶، وقد يتعرض كل من قام بالأفعال المجرمة بموجب المادتين 374 و375 من قانون العقوبات إلى الحكم بالتجريد الكلي أو الجزئي من الحقوق المبينة في المادة 08 من قانون العقوبات، وفي حالة العود إلى عقوبة بالسجن لمدة لا تتجاوز 10 سنوات، وفضلا عن ذلك يمكن عقوبتهم بحظر الإقامة متى ثبتت إدانتهم وهذا ما أشارت إليه المادة 541 من القانون التجاري الجزائري، والملاحظ أن القانون التجاري لا يخلو من تقرير جزاءات أخرى نصت عليها المواد من 537 إلى 543 منه³⁷.

المبحث الثاني: الضمانات المقررة للتاجر المتوقف عن الدفع (المفلس).

لقد تطرق المشرع الجزائري في الكتاب الثالث من القانون التجاري إلى موضوع الإفلاس والتسوية القضائية ورد الاعتبار وكذا الطعن في أحكام الإفلاس.

نظرا للمكانة التي يكتسبها المدين في الحياة الاقتصادية أو بالأحرى التاجر، فقد سعى المشرع إلى إجراء تعديلا لنظام الإفلاس خصوصا في السنوات الأخيرة بحيث حاول الابتعاد عن التنفيذ الجماعي لأموال المدين وسعى إلى وضع إصلاح من شأنه التماشي مع المتطلبات والمعطيات الاقتصادية والاجتماعية الحديثة، حيث بموجب هذه الإصلاحات أصبح المدين أكثر رافة سعيا من المشرع لأجل درء خطر الإفلاس الذي يرتب على المدين كارثة اقتصادية وأثار سلبية تؤثر على حياة التاجر وعائلته ومستقبل تجارته، مما يؤدي إلى ضياع مشروع اقتصادي من الممكن إعطائه فرصة ليتدارك فشله ويقوم من جديد عن طريق الأخذ بيده، لهذا ظهرت مجموعة من الضمانات لهذا التاجر من شأنها حمايته من زوال نشاطه والنهوض به من جديد، كنظام التسوية القضائية الذي يعتبر الوافي من شهر إفلاسه فهو طريق نجاة للمدين، كما أن هناك ضمانات أخرى بإمكانها إعادة منح نفس للتاجر المفلس حتى ولو شهر إفلاسه كالطعن في حكم الإفلاس ورد اعتباره سنقوم بإيجازها في هذا المطلب، وقبل ذلك يمكن أن نشير أن الإفلاس هو طريق للتنفيذ الجماعي على أموال المدين الذي توقف عن دفع ديونه التجارية، وحسب المادة 215 من القانون التجاري فإنه لشهر إفلاس التاجر أو قبوله في التسوية القضائية يجب توفر شرطان هما: صفة التاجر وحالة التوقف عن الدفع، ولا يترتب الإفلاس إلا بصدر حكم فتغل يد المدين عن التصرف في أمواله الحاضرة والمستقبلية لأنها تصبح من حق الدائنين وهذا عكس التسوية القضائية كما سنراه لاحقا.

المطلب الأول: حق التاجر في طلب التسوية القضائية.

سنقوم في هذا الفرع بالتطرق إلى تعريف التسوية القضائية وصورها وشروطها ومن له الحق في طلبها، وكذا الحكم بها وآثارها.

الفرع أول: مفهوم التسوية القضائية.

أولا: تعريف التسوية القضائية.

تعرف التسوية على أنها: "إجراء يطبق على المدين في حالة التوقف عن الدفع سواء كان شخصا طبيعيا تاجرا، أو شخصا معنويا خاضعا للقانون الخاص، ولو لم يكن تاجرا وذلك قصد تسديد دائنيه"،

كما تعرف على أنها: "مجموعة من الإجراءات غايتها بيع ممتلكات وأموال التاجر ودفع ديونه على أن يكون حسن النية مرغما على التوقف عن الدفع وهي إجراءات مطلقة للقواعد التي يقوم عليها الإفلاس فلا تقتصر يد التاجر عن ماله ولا يفقد من الحقوق المتعددة ما ينزعها الإفلاس منه"، وهذا فالتسوية القضائية هي إجراءات منصوص عليها في القانون التجاري تمكن المدين التاجر والشخص المعنوي الخاضع للقانون الخاص الذي توقف عن الدفع إذا لم يرتكب خطأ جسيما أي حسن النية من الاستفادة من التسوية القضائية والمتمثلة في الصلح مع الدائنين³⁸.

ثانيا: صور التسوية القضائية. قد تكون التسوية القضائية إجبارية وقد تكون اختيارية³⁹.

1- التسوية القضائية الإجبارية:

إن الحكم بالتسوية القضائية يكون إلزاميا بالنسبة للمحكمة عند النظر في طلب المدين الذي توقف عن دفع ديونه وقدم إقرارا خلال 15 يوما من تاريخ التوقف عن الدفع وذلك طبقا لنص المادة 226 من القانون التجاري، حيث حسب هذه المادة يقضى بالتسوية القضائية إذا كان المدين قد قام بالالتزامات المنصوص عليها في المواد (215 و 216 و 217 و 218)⁴⁰، أي أن يكون حسن النية والتزم بالشروط القانونية، فيعتبر الحكم بها إلزاميا على المحكمة ويكون ذلك قبل شهر إفلاسه وهذا تكون واقية من الإفلاس وتتمثل في الصلح السابق عن التفليس ويسميه المشرع المصري بالصلح الواقي من الإفلاس.

2- التسوية الاختيارية:

أي أن المحكمة غير ملزمة بالحكم بها فلها ن تحكم بها أو أن تحكم بالإفلاس، أي لها سلطة تقديرية في ذلك وهذه الحالة تكون خارج الحالة السابقة فالمحكمة تأخذ بعين الاعتبار سوء نية المدين خلال ممارسة التجارة، كما تأخذ بعين الاعتبار إهماله غير المبرر كخرقه للأعراف والقواعد التجارية أو مخالفته للمدة المنصوص عليها في المادة 215 من القانون التجاري وهي 15 يوما، أو حكم على نشاطه بالموت المحتم بموجب تقرير خبرة فهنا السلطة التقديرية لقاضي الموضوع فإذا رأى إمكانية مواصلة مشروعه حكم له بالتسوية القضائية أما إذا ظهر غير ذلك فيحكم بشهر إفلاسه، وفي هذه الحالة الأخيرة تغل يد المدين عن إدارة أمواله وتقيده حقوقه المدنية ولا يبقى له إلا طريق الصلح القضائي أو الصلح مع التخلي عن المال لكي يعود لإدارة أمواله وذلك بشروط قانونية، ويجب التصديق عليه من المحكمة وألا يكون المدين مفلسا بالتدليس.

ثالثا: خصائص التسوية القضائية.

إن خصائص التسوية القضائية تعتبر كضمانة للتاجر المفلس كما أنها تعكس الهدف الذي يتوخاه المشرع التجاري لحماية المشروع التجاري باعتباره نظام وافي ومانع من الإفلاس وذلك لحماية التاجر حسن النية.

1- التسوية القضائية نظام مانع من الإفلاس:

يعتبر هذا النظام وقاية للتاجر حسن النية فهو يحمي المشروع من خطر الإفلاس وآثاره خصوصا ما يتعلق بشرف التاجر واعتباره، وذلك عن طريق اتفاه مع دائنيه لإعطائه أجلا للوفاء بالدين وإعفائه من الدين أو جزء منه مع بقاءه مديرا لتجارته أو نشاطه.

2- التسوية القضائية جزاء للتاجر حسن النية سيء الحظ:

فالتسوية القضائية لا تمنح إلا للتاجر الذي يجوز شهر إفلاسه لأنه نظام خاص بالتجار، ولم يرتكب غشا أو خطأ جسيما وبالتالي فهذا الإجراء لا يمنح للتاجر سيء النية، وعلى التاجر الذي توقف عن دفع ديونه أن يتقدم بإقرار لأجل افتتاح التسوية القضائية وذلك خلال 15 يوما وهذا ما أشارت إليه المادة 215 من القانون التجاري الجزائري.

3- التسوية القضائية ذات صفة قضائية:

تبدأ التسوية القضائية بتقديم طلب إلى المحكمة المختصة التي تقوم بفحص مدى توفر الشروط المطلوبة للحصول عليها وتنتهي بصدور حكم بالتسوية القضائية.

4- التسوية القضائية ذات طابع جماعي:

عندما يقترح المدين شروط الصلح في جمعية الدائنين يصوت عليها الدائنون إما بالقبول أو بالرفض، وبالتالي إما أن ينعقد الصلح أو يفشل، والمشرع اشترط في حالة القبول تصديق المحكمة عليه.

الفرع الثاني: شروط التسوية القضائية ومن له حق طلبها.

أولا: شروط التسوية القضائية.

إن نظام التسوية القضائية هو نظام خاص بالتجار وحدهم إذا اضطرت أعمالهم لذلك شرع لحمايتهم من الإفلاس⁴¹.

رغم اختلاف الفقه في طبيعة التسوية إلا أن المشرع الجزائري اعتبرها عقدا من نوع خاص وهو الرأي الراجح، وهذا ما تؤكدته المادة 317 من القانون التجاري الجزائري وما يليها⁴²، وعليه ولتكوين التسوية القضائية يجب توافر شروط موضوعية وأخرى شكلية نوجزها كما يلي⁴³، أما الشروط الموضوعية فتتمثل في وجوب توفر الصفة التجارية لدى طالب التسوية ولكي يكتسب الشخص الصفة التجارية كما رأينا في الفصل الأول لا بد من توافر شرطين مهمين طبقا لما أشارت إليه المادة 01 من القانون التجاري، وهما القيام بالأعمال التجارية على وجه الاحتراف وتوافر الأهلية التجارية، كما هناك شرط آخر وهو أن يكون التاجر حسن النية وسيء الحظ ولقاضي الموضوع السلطة التقديرية في ذلك، كما هناك شرط ثالث وهو استمرار مزاولة التجارة والالتزام بمسك الدفاتر التجارية وهو التزام أشرنا إليه في الفصل الأول والاشتغال بالتجارة يكون خلال العامين السابقين على طلب

الصلح، كما يضيف المشرع الجزائري وكذا المصري إجراءات شكلية قصد الوصول إلى التسوية القضائية وهي إجراءات قضائية تتميز بطابع السرعة وتتمثل في:

- تقديم طلب التسوية القضائية إلى المحكمة المختصة بشهر الإفلاس يتضمن الأسباب والمبررات.
 - الحكم بالتسوية القضائية وتحقيق الديون: إذا ما توافرت الشروط الموضوعية وتم تقديم طلب التسوية القضائية أمام المحكمة المختصة فيتعين على المحكمة الحكم بها والقاضي يصدر حكمه وفقا لمقتضيات القانون فيكون وجوبا كما رأينا إذا التزم المدين بما اشترطه القانون، وعليه لا تترتب تسوية ولا إفلاس على مجرد التوقف عن الدفع بل لا بد من صدور حكم يقرر ذلك⁴⁴ وبهذا يتضح أن الحكم بافتتاح التسوية القضائية هو حكم منشئ لا مقرر حيث ينشئ مركزا قانونيا جديدا لم يكن موجودا قبل صدوره، وعبارة "حكم مقرر لذلك" المذكورة في المادة 1/225 تقرر حالة التوقف عن الدفع وفي نفس الوقت تنشئ لحالة التسوية القضائية⁴⁵، ثم تأتي مرحلة التحقق من الديون ومدى صحتها، وقد يتنازع المدين في صحة وجود هذا الدين.
- ثانيا: من له الحق في طلب التسوية القضائية.

إن طلب الصلح الواقي في قانون التجارة المصري حصره في المدين أي هو حق مقرر للمدين التاجر دون غيره، فلا يجوز للدائنين تقديمه ولا يجوز للمحكمة أو النيابة طلبه لأن التاجر وحده يستطيع تحديد مركزه ووضع المالى وبالتالي شرع هذا الصلح لحمايته من الوقوع في الإفلاس، أما المشرع الجزائري نجده خالف المشرع المصري كونه أعطى هذا الحق لكل من المدين وللدائن وللمحكمة كذلك، وعلى المدين تقديم طلب التسوية القضائية خلال 15 يوما من تاريخ توقفه عن الدفع قصد افتتاح إجراءات التسوية القضائية أو الإفلاس⁴⁶.

الفرع الثالث: التصديق وأثار التسوية القضائية بالنسبة للمدين.

هناك مجموعة من الضمانات يتمتع بها التاجر سواء قبل التصديق على حكم قبول المدين في التسوية القضائية أو بعده.

إن موافقة الأغلبية من الدائنين على الصلح لا يكف بل لا بد من تصديق المحكمة على مضمون هذا الصلح، لهذا نجد أن هناك آثارا للتسوية القضائية قبل التصديق وبعده فمن بين الآثار التي تسبق التصديق وهي وقتية تزول بالتصديق على الصلح استمرار المدين في إدارة أمواله وهي ضمانات للتاجر عكس الإفلاس الذي يؤدي إلى غل يده، وبالتالي يعتبر هذا الأثر تحفيزا للتاجر لمواصلة تجارته، كما هناك أثر مهم يرتبه الحكم بالتسوية القضائية قبل التصديق وهو وقف جميع الدعاوى والإجراءات التنفيذية والتحفظية الموجهة ضد المدين والتي من شأنها أن تعطل تجارته وهذا الأثر ينشأ بقوة القانون، وكذلك بقاء آجال الديون واستمرار فوائدها⁴⁷، إلا أن المشرع الجزائري جاء بحكم مخالف للمشرع المصري حيث نص على سقوط آجال الديون لأنه لم يفرق بين التسوية القضائية والإفلاس في ذلك لتصبح الديون حالة الأجل⁴⁸، أما في ما يتعلق بالفوائد فالمشرع

الجزائري لم يتعرض لها خلافا للمشرع المصري كون هذه الفوائد غير موجودة بين الأشخاص الطبيعية لمنعها من طرف المشرع نظرا لأن المضاربة المالية محرمة شرعا⁴⁹، كان هذا بالنسبة لآثار التسوية قبل التصديق أما بالنسبة لآثار التسوية بعد التصديق فنوجزها كما يلي:

هناك آثار بالنسبة للمدين والملتزمين، بحيث متى أصدرت المحكمة قرارها بالمصادقة على الصلح زال شهر الإفلاس الذي هو خطر على التاجر، فتزول عن التاجر كل القيود التي فرضت سابقا عند صدور الحكم بافتتاح إجراءات التفليسة ويصبح للمدين حرية في التصرف في كل أمواله وإدارتها دون توصية أو إذن من أحد نظرا لانتهاء مهام الأمين والقاضي المشرف بالتصديق على الصلح، كما له أن يعقد صلحا أو رهنا تجاريا أو تأمينا، كما له الحق في رهن محله التجاري أو القيام بأي تصرف ناقل للملكية أو عقد أي التزام، إلا أنه لا يحتج بها على الدائن إذا كان هناك غش صادر منه، كما يمكن تقسيط دفع الديون التي هي على عاتق المدين وهذا ما أشارت إليه المادة 333 من القانون التجاري الجزائري، كما يمكن أن يتضمن الصلح التنازل للمدين عن جزء من الديون أو أن يتم منحه أجل للوفاء حتى يصبح موسرا⁵⁰.

المطلب الثاني: حق الطعن في حكم الإفلاس ورد الاعتبار.

إن المشرع الجزائري راع مصلحة المدين الذي توقف عن الدفع فبعد أن منحه ضمانا مهمة من شأنها أن تكون وقاية له من الإفلاس، فما هو يستمر في حماية هذا المدين حتى بعد شهر إفلاسه، فليس كل تاجر شهر إفلاسه انتهى، فإذا صدر حكم بشهر الإفلاس بعد تأكد المحكمة من الشروط الموضوعية المذكورة آنفا ونظرا للآثار الخطيرة لحكم الإفلاس وضع المشرع أمام المدين طرق للطعن فيه وهي الطرق العادية، كما رتب المشرع ضمانا أخرى تتمثل في رد الاعتبار للتاجر الذي أشهر إفلاسه لأن شهر إفلاسه تغل يده عن التصرف في أمواله، كما يتعرض لسقوط حقوقه المدنية والسياسية وهذا الخطر لا ينته إلا برد اعتباره.

الفرع الأول: حق الطعن في حكم الإفلاس.

لقد نص القانون التجاري على أن الطعن في حكم شهر الإفلاس يتم بالطرق العادية أي المعارضة والاستئناف، ولكنه خرج عن القواعد العامة المقررة لها في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، كما أنه بالمقابل لم ينص على الطرق غير العادية لأنه تسري بشأنها القواعد العامة⁵¹.

أولا: المعارضة في حكم الإفلاس.

إن المعارضة في الأحكام الصادرة في مادة التسوية القضائية أو الإفلاس هي تكون خلال 10 أيام تحسب من تاريخ الحكم، أو تحسب هذه المدة ابتداء من تاريخ إتمام آخر إجراء مطلوب بالنسبة للأحكام الخاضعة لإجراءات الإعلان والنشر في الصحف المعتمدة لنشر الإعلانات القانونية أو في النشرة الرسمية للإعلانات القانونية⁵².

ثانيا: استئناف حكم الإفلاس.

إن المهلة المحددة للاستئناف ضد حكم الإفلاس أو التسوية القضائية هي 10 أيام تحسب من يوم التبليغ، ويقوم المجلس القضائي بالفصل فيه في مدة لا تتجاوز ثلاثة (03) أشهر، ويعتبر الحكم واجب التنفيذ بموجب مسودته وهذا ما أشارت إليه المادة 234 من القانون التجاري الجزائري، والملاحظ أن المدة المحددة في المادة بـ 10 أيام هي خروجاً عن الأصل العام⁵³.

الفرع الثاني: رد الاعتبار للتاجر.

لا يعود التاجر على رأس تجارته إلا بعد رد اعتباره، وهناك نوعان من رد الاعتبار هما رد الاعتبار التجاري ورد الاعتبار الجنائي وستقتصر دراستنا على رد الاعتبار التجاري فقط، ورد الاعتبار التجاري يعني استرداد المفلس لمركزه المالي في المجتمع ومحو وصمة العار التي لحقت به في محيطه التجاري وعودته لممارسة نشاطه، واعتبار الحكم بإفلاسه كأن لم يكن فيسترجع كل حقوقه وقد نص عليه المشرع الجزائري في المواد من 358 إلى 368 من القانون التجاري، وهناك نوعان من رد الاعتبار التجاري⁵⁴.

أولاً: رد الاعتبار القانوني. ويكون بقوة القانون لكل تاجر طبيعي أو معنوي أشهر إفلاسه أو قبل في بتسوية القضائية إذا وفي كل ديونه بما فيها المصاريف، مع العلم أن رد الاعتبار القانوني لا يمنح للتاجر الذي لم يصدر في حقه حكم الإفلاس التقصيري أو التديسي⁵⁵.

ثانياً: رد الاعتبار القضائي. وهو جوازي، فللمحكمة السلطة التقديرية في منحه أو عدم منحه حسب ما تراه وهناك حالتان نصت عليهما المادة 359 من القانون التجاري يحصل التاجر على رد اعتباره متى ثبتت استقامته هما:⁵⁶.

1- حالة حصول المدين على صلح وقام بتسديد كل الحصص المدين بها، ويطبق هذا الحكم أيضا على الشريك المتضامن الذي حصل من الدائنين على صلح منفرد.

2- إذا أثبت التاجر إبراء الدائنين له من كل الديون، وموافقهم الإجماعية على رد اعتباره.

إلا أن المحكوم عليهم بجناية أو جنحة بحيث أدت إلى منعهم من ممارسة تجارة أو صناعة أو حرفة فلا يقبل رد اعتبارهم وهذا ما أشارت إليه المادة 366 من القانون التجاري الجزائري، وتتم إجراءات رد الاعتبار حسب المواد من 360 إلى 365 من نفس القانون بداية من تقديم طلب رد الاعتبار أمام كتابة ضبط المحكمة المصدرة لحكم شهر الإفلاس أو التسوية القضائية مع جميع المستندات التي تثبت المخالفات ويقوم الكاتب بنشر الطلب في إحدى الصحف المعتمدة⁵⁷، وإذا لم يستوف أحد الدائنين حقوقه كاملة فله أن يعارض في رد الاعتبار التجاري خلال شهر من تاريخ الإعلان أو النشر وذلك بأن يودع عريضة مسببة لدى كاتب الضبط وتكون مدعمة بوثائق ثبوتية، ثم يرسل رئيس المحكمة المختص جميع المستندات إلى وكيل الجمهورية لدى موطن المدعي ويكلفه بجمع كافة الاستعلامات عن صحة الوقائع المدلى بها وذلك خلال شهر⁵⁸، وبعد انقضاء المواعيد المحددة في المادتين 362 و363 يقوم وكيل الجمهورية بإحالة نتيجة التحقيقات المنصوص عليها مع رأيه المسبب

إلى المحكمة التي رفع إليها الطلب، وبعدها يتم الفصل فيه وفي المعارضات المرفوعة بموجب حكم واحد، فإذا قبل الطلب يسجل الحكم في سجل المحكمة التي أصدرته ومحكمة موطن الطالب وإذا رفض الطلب فلا يجوز تجديده إلا بعد انقضاء عام واحد⁵⁹.

خاتمة:

وفي ختام هذا المقال وبعد التطرق إلى الضمانات الممنوحة للتاجر المرتبطة بالوفاء والائتمان في ظل القانون التجاري كالمعلقة بمعاملاته التجارية أثناء ممارسته لنشاطه مع الغير أو الحقوق التي ترتبط بالتاجر نفسه كالمرتبطة بالإفلاس خصوصا أن الإفلاس إجراء خطير قد يؤدي إلى نهاية التاجر وخروجه من مجال الأنشطة التجارية، لاحظنا أنه رغم قصرها إلا أنها تشكل ضمانات لهذا العنصر المهم في الحياة التجارية، وهذه الضمانات تكاد ترافقه في كل مراحل مساره التجاري، وقد لاحظنا عند دراسة هذه الضمانات أن القانون التجاري لم يكن المعالج الوحيد لها بل نجد أيضا في القوانين ذات الصلة والقانون المدني باعتباره الشريعة العامة في حالة غياب النصوص الخاصة وبهذا يتضح أن المشرع الجزائري في ظل تشعب الضمانات لم يفردها بقانون خاص ألا وهو القانون التجاري باعتباره قانون التجار لذلك نأمل أن يكون هناك قانون تجاري شامل لكل الجوانب التجارية بما فيها الضمانات موضوع بحثنا مع إنشاء محاكم خاصة تجارية تجسد هذه القوانين بمثابة ضمانات قوية لحماية عالم التجارة وأطرافه من منطلق الاختصاص.

الإحالات والهوامش

- ¹- عبد القادر البقيرات، القانون التجاري الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، ط2، الجزائر، 2012، ص07.
- ²- نادية فضيل، الأوراق التجارية في القانون الجزائري، دار هومة للطباعة والنشر، ط1، الجزائر، 2006، ص07.
- ³- نادية فضيل، نفس المرجع، ص56.
- ⁴- عبد القادر البقيرات، مرجع سابق، ص64.
- ⁵- هذه الأهمية لمقابل الوفاء أشارت إليها المادة 395 من القانون التجاري الجزائري.
- ⁶- عبد القادر البقيرات، مرجع سابق، ص ص64-65.
- ⁷- محمد الطاهر بلعيساوي، الوجيز في شرح الأوراق التجارية، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، ط4، الجزائر، 2012، ص75.
- ⁸- نادية فضيل، الأوراق التجارية في القانون الجزائري، مرجع سابق، ص58.
- ⁹- هذا ما أشارت إليه الفقرة 02 من المادة 395 من القانون التجاري الجزائري.
- ¹⁰- سليم سعداوي، السندات التجارية في القانون الجزائري، دار الحديث للكتاب والطباعة والنشر، دط، الجزائر، 2009، ص ص60-61.
- ¹¹- نادية فضيل، نفس المرجع، ص59.
- ¹²- سليم سعداوي، نفس المرجع السابق، ص ص65-66.
- ¹³- عبد القادر البقيرات، مرجع سابق، ص74.

- 14- عبد القادر البقيرات، نفس المرجع، ص 74-75.
- 15- سليم سعداوي، مرجع سابق، ص ص من 45 إلى 47.
- 16- راشد راشد، الأوراق التجارية، (الإفلاس والتسوية القضائية في القانون التجاري الجزائري)، ديوان المطبوعات الجامعية، د.ط، الجزائر، 2002، ص 64.
- 17- محمد الطاهر بلعيساوي، مرجع سابق، ص ص 95-96.
- عبد القادر البقيرات، مرجع سابق، ص ص 81-82.
- 18- عبد القادر البقيرات، مرجع سابق، ص 81.
- 19- محمد الطاهر بلعيساوي، نفس المرجع السابق، ص 96.
- 20- نادية فضيل، مرجع سابق، ص ص 76-77.
- 21- نادية فضيل، نفس المرجع، ص 79.
- 22- عبد القادر البقيرات، مرجع سابق، ص 92.
- 23- نادية فضيل، مرجع سابق، ص 79.
- 24- أنظر المادة 409 من القانون التجاري.
- 25- أنظر المادة 467 من القانون التجاري الجزائري.
- 26- محمد الطاهر بلعيساوي، مرجع سابق، ص 171.
- 27- هذا ما أشارت إليه المادة 432 من القانون التجاري.
- 28- سليم سعداوي، مرجع سابق، ص ص 115-116.
- 29- عبد القادر البقيرات، مرجع سابق، ص 137.
- 30- نادية فضيل، مرجع سابق، ص 123.
- 31- عبد القادر البقيرات، مرجع سابق، ص ص 149-150.
- 32- محمد الطاهر بلعيساوي، مرجع سابق، ص ص 224-225.
- 33- عبد القادر البقيرات، نفس المرجع السابق، ص 151.
- 34- نادية فضيل، مرجع سابق، ص 124.
- 35- أنظر نص المادة 374 من القانون التجاري الجزائري.
- 36- أنظر نص المادة 375 من قانون العقوبات الجزائري.
- 37- نادية فضيل، مرجع سابق، ص 125.
- 38- وهاب حمزة، نظام التسوية القضائية، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، د.ط، 2011، ص ص 11-12.
- 39- وهاب حمزة، نفس المرجع، ص ص 16-17.
- 40- أنظر المادة 226 من القانون التجاري الجزائري.
- 41- وهاب حمزة، مرجع سابق، ص 41.
- 42- وفاء شيعاوي، الإفلاس والتسوية القضائية في القانون التجاري، ديوان المطبوعات الجامعية، د.ط، الجزائر، 2013، ص 111.
- 43- وهاب حمزة، نفس المرجع السابق، ص ص 41 وما يليها.
- 44- أنظر المادة 225 من القانون التجاري الجزائري.
- 45- وهاب حمزة، مرجع سابق، ص 113.
- 46- هذا ما أشارت إليه المادة 215 من القانون التجاري الجزائري.
- 47- وهاب حمزة، مرجع سابق، ص ص 145 وما يليها.
- 48- أنظر إلى نص المادة 246 فقرتها 01 من القانون التجاري الجزائري.
- 49- وهاب حمزة، نفس المرجع السابق، ص ص 158-159.

-
- ⁵⁰- أنظر المادة 334 من القانون التجاري الجزائري.
- ⁵¹- نسرين الشريقي، الإفلاس والتسوية القضائية، دار بلقيس للنشر، ط1، الجزائر، 2013، ص39.
- ⁵²- هذا ما أشارت إليه المادة 231 من القانون التجاري الجزائري.
- ⁵³- نسرين الشريقي، نفس المرجع السابق، ص98.
- ⁵⁴- نسرين الشريقي، نفس المرجع السابق، ص39.
- ⁵⁵- وفاء شيعاوي، مرجع سابق، ص ص 129 وما يليها.
- ⁵⁶- راجع المادة 359 من القانون التجاري الجزائري.
- ⁵⁷- أنظر المادتين 360 و361 من القانون التجاري الجزائري.
- ⁵⁸- هذا ما أشارت إليه المادتين 362 و363 من القانون التجاري الجزائري.
- ⁵⁹- أنظر المادتين 364 و365 من القانون التجاري الجزائري.

إشكالية تكييف النزاع السوري في القانون الدولي الإنساني

تمرنتات نسيمة

طالبة دكتوراه

كلية الحقوق سعيد حمدين، الجزائر

dalinassima3@gmail.com

ملخص

يقتضي الشكل الحالي للقانون الدولي الإنساني في إطار البحث عن القواعد الإنسانية المتناسبة مع النزاعات المسلحة وضع تكييف محدد لهذه الأخيرة، فعملية التكييف هي المنطلق الرئيسي اذن لهذه العملية خاصة في حالة النزاعات المعاصرة والتي يتفق المعلقون حول طبيعتها "الجديدة والخاصة والمعقدة".

يشكل النموذج السوري الحالي امتدادا لثورات الربيع العربي، بدايته كانت مجرد انتفاضة سلمية وشعارات على الجدران في "درعا" بهدف التغيير والديمقراطية، والعدالة وحقوق الانسان، لثورة مسلحة داخلية على درجة عالية من الخطورة، انتهاء بصراع اقليمي بمشاركة أطراف خارجية.

شكل تعدد أطراف النزاع السوري وكثرتها، واختلافها من داخلية (القوات المسلحة السورية والجماعات المسلحة المعارضة كالجيش السوري الحر، تنظيم الدولة الاسلامية داعش، جيش الاسلام وأحرار الشام وغيرها)، وخارجية كروسيا، ايران، حزب الله، تركيا، الولايات المتحدة وبعض الدول العربية الخليجية، وغيرها السبب الرئيسي في غموض الطبيعة القانونية لهذا النزاع.

الكلمات الإفتتاحية: النزاع السوري، القانون الدولي الإنساني، النزاعات المدولة، تقسيم النزاعات، تكييف النزاعات، القانون الواجب التطبيق.

Abstract

In the context of the search for humanitarian norms commensurate with armed conflict, the law of war requires a specific qualification of armed conflicts. Therefore, The matter of Qualification is the basic thrust of this process, especially in the case of the contemporary conflicts, which commentators are agree on its "new, special and complex" nature.

The current Syrian model is an extension of the Arab Spring revolutions. It began with a peaceful uprising and banners on the walls in "Daraa" to discard change, democracy, justice and human rights, to a very sereuse internal armed revolution, ending with a regional conflict with the intervention of many outside parties.

The multiplicity of the Syrian conflict's parties, internal (the Syrian armed forces and the armed opposition groups such as the Free Syrian Army, the Islamic State Organization, the Army of Islam, Ahrar Al Sham and others), and international, (Russia, Iran, Hezbollah, United States, and some states of Arab Gulf, is The main reason for the problematic of the legal nature of this conflict.

key words: Armed; Conflict; Internal; International; Internationalization; Syria.

مقدمة

عانت سوريا في ظل موجة مايسى بالربيع العربي التي شهدها العالم بداية من 2011 من أجل الديمقراطية وحقوق الإنسان وتغيير الأنظمة، من ويلات اضطرابات داخلية سرعان ما تحولت لنزاع متعدد الأطراف من داخلية وخارجية (بقيادة الرئيس بشار الأسد وحلفائه من جانب والجماعات المسلحة المعارضة وحلفائها من جانب آخر).

وبما أن القانون الإنفاقي لايشمل سوى على نوعين متوازيين فقط من النزاعات المسلحة، أحدها دولي الطابع والآخر غير دولي تبرز جدلية ادراج النزاع السوري في هاتين الفئتين من عدمها، فهو بعيد كل البعد كأغلب النزاعات المعاصرة عن المفهوم والتقسيم التقليدي الجامد لنوعي النزاعات. لذلك وللإلمام بجوانب هذه الدراسة ارتأينا طرح الإشكالية التالية: كيف يكيف النزاع السوري في ظل القانون الدولي الإنساني بالنظر لخصوصيته وتعدد أطرافه؟.

اعتمدنا في معالجة هذا الموضوع على المنهجين الإستقرائي والمقارن في أغلب جوانب هذه الدراسة، فتحليل للنصوص القانونية (من اتفاقيات القانون الدولي الإنساني، قرارات الأمم المتحدة المتعلقة بالنزاع السوري)، استلزم منا الإستعانة بالمنهج الإستقرائي، كما أنه وفي إطار البحث عن القواعد الإنسانية واجبة التطبيق على النزاع محل الدراسة كان من الضروري علينا الإستعانة بالمنهج المقارن، مقارنة بين النزاعات المسلحة بنوعها وبين النظم القانونية لكل منهما.

لكن ورغم ذلك فقد كانت مقتضيات الدراسة تستلزم منا الإعتماد على المنهجين التاريخي والوصفي عند الحديث عن خلفية "Background" هذا النزاع.

الفرضيات: هل يمكن تصنيف النزاع السوري كنزاع غير دولي بالنظر لأطرافه الداخلية، أم كنزاع دولي بالنظر للأطراف الدولية المتدخلة، أم أنه نزاع من نوع آخر ذو طبيعة خاصة؟. كانت الرغبة في اثراء مجال البحث العلمي بموضوع حديث في الأوساط الأكاديمية القانونية العربية، وجدلي بالنظر لما يطرحه من الاشكاليات القانونية معقدة، كتكييف النزاعات المسحة المعاصرة والتمييز بين النزاعات، الدافع الرئيسي في اختيار هذا الموضوع.

المبحث الأول: النزاع السوري ثورة سلمية أم نزاع مسلح

المطلب الأول: توفر خاصية "التسلح" في النزاع السوري من عدمها.

تكمن أهمية تحديد تاريخ تحول النزاع السوري من مجرد اضطرابات وتوترات داخلية خاضعة للقانون الداخلي لنزاع يتوفر على خاصية التسلح وبالتالي خاضع للقانون الانساني.

الفرع الأول: خلفية النزاع السوري Background.

لفهم مجريات النزاع السوري وحيثياته المختلفة، لابد من التطرق بداية لخلفيته بشيء من الاختصار. بدأت المظاهرات بالتشكل في سوريا بعد أن نجح الشعب التونسي والمصري في كسر حاجز الخوف واسقاط أنظمتهم المستبدة¹، وبعد انتشار الأمل في أوساط الناشطين السوريين متأثرين بمناخ الثورات العربية فقاموا في أكثر من محافظة (دمشق والتل في ريف دمشق ودرعا) بكتابة شعارات على الجدر مثل (جاك الدور يا دكتور، والله، حرية، وبس، والشعب يريد اسقاط النظام)².

فتمتعت في 15 مارس 2011 مجموعة صغيرة من المتظاهرين في "درعا" احتجاجا على سوء معاملة الطلاب من قبل نظام "الأسد"، على الرغم من الطابع السلمي للاحتجاجات³، مطالبين بالعدالة والحرية والديمقراطية⁴، فردت القوات الحكومية بوحشية باطلاق النار كمحاولة لقمع أية احتجاجات مناهضة للحكومة⁵، كما شنت قوات الأمن في نهاية شباط/فبراير 2011 في أكثر من محافظة سورية حملة اعتقالات ضد من يشتبه في مشاركته في حملة (شعارات الجدران)، كان من بين المعتقلين 15 شخص من "درعا" أغلبهم من الأطفال دون الخامسة عشرة، وجاءت قضية أطفال درعا وشعارات "الجدران" التي أصبحت فيما بعد المثير المباشر لاحتجاجات "درعا" بعد حادثة الطيبية "عائشة المسالمة" التي اعتقلتها قوات الأمن على خلفية مكاملة هاتفية مع زميلة لها بعد نجاح الثورة التونسية وهروب زين الدين بن علي، وقالت الطيبية خلالها باللهجة العامية السورية "عقبال عنا"، أي أنها تمننت للرئيس الأسد مصيرا مشابها للرئيس التونسي المخلوع⁶، لامجال للحديث في هاته الفترة عن تطبيق للقانون الدولي الإنساني لأن الأحداث لم تخرج بعد عن مجرد بداية لتوترات واضطرابات داخلية خاضعة للقانون الداخلي.

الفرع الثاني: ازدياد مستوى العنف في الأحداث السورية.

نعالج في هذه الجزئية مدى انطباق مفهوم "النزاع المسلح" على الأحداث السورية الموالية باسقاط

النصوص الاتفاقية على هذه الأخيرة، مع ابداء بعض الملاحظات بهذا الخصوص.

تجرد الإشارة بداية لعدم وجود تعريف للنزاع المسلح في اتفاقيات جنيف رغم أهميته⁷، كما أنه غير متضمن في نظام روما وأركان الجرائم⁸، لكن المحكمة الجنائية "ليوغسلافيا" سابقا قد استعانت بالتعريف الذي جاء به القاضي "Antonio Cassese" بالقول (يتواجد نزاع مسلح في كل مرة يكون هناك استخدام للقوة المسلحة بين الدول، و نزاع مسلح متناول بين السلطات الحكومية وجماعات مسلحة منظمة أو بين هذه الجماعات داخل اقليم دولة ما⁹، وهو التعريف الذي استعانت به المحكمة الجنائية الدولية لاحقا في عدة مناسبات¹⁰).

إن أول ما يلاحظ بخصوص هذا التعريف هو اشتماله على تعريفين هما في الحقيقة تعريفان للنزاع المسلح الدولي من جهة، والنزاع غير الدولي من جهة ثانية، يفصل بينهما حرف العطف "أو"، فهل ذلك يعني ضرورة تقسيم النزاع لجزئين لامكانية ادراجه في خانة "التسلح"، وبما أن الأحداث السورية كانت في البداية

بين الأطراف الداخلية فقط قبل التدخل الأجنبي فسنسقط عليها الشرط الثاني من هذا التعريف مع ابداء بعض الملاحظات.

وفقا لتقارير مجلس حقوق الانسان فقد شهدت الأشهر الأولى من 2011 تطورات أمنية خطيرة بداية من "درعا"، خاصة عند اكتشاف وجود أسلحة في المسجد العمري¹¹، وبحلول أوت 2011 انتهت جميع الاحتجاجات السلمية في سوريا ليحل محلها "تمرد عنيف"، فقامت قوات الجيش السوري وقوات الأمن بعمليات عسكرية واسعة النطاق لقمع القوى المناهضة للحكومة بقصفها للمناطق المكتظة بالسكان، ونشر الدبابات في المناطق الحضرية واستخدام الأسلحة الثقيلة¹²، فالأمر اذن لم يبق في خانة أعمال العنف المتفرقة، لكن مامدى استيفائه لجميع الشروط المتطلبة لاعتباره نزاعا مسلحا؟.

نلاحظ أن التقارير الدولية لم تقر في 2011 ببلوغ الأحداث السورية عتبة "النزاع المسلح"، وذلك لتعذر التحقق من حدة القتال بين القوات المسلحة السورية وغيرها من الجماعات، وتحديد مستوى تنظيم هذه الأخيرة كالجيش السوري الحر، والأمر سيان بخصوص شهر فيفري 2012 رغم التوصل لتوفر المستوى المتطلب من العنف لتطبيق القانون الدولي الإنساني بسبب عدم التحقق من وجود المستوى المتطلب من التنظيم في الجيش السوري الحر والجماعات المرتبطة به¹³.

لكن وبازدياد حدة التوتر في ماي وجوان 2012، سواء من حيث الأسلحة الثقيلة (قذائف الهاون والدبابات وطائرات هليكوبتر وطائرات بدون طيار...) (في حمص والرستن والقصير وغيرها)، أو من حيث عدد القتلى (بين 13000 و 17000 قتيل)، أو الاجئين (أكثر من 96000)¹⁴، خلصت لجنة الأمم المتحدة لتوفر عناصر الشدة والتطاؤل والقدرة التنظيمية للجيش السوري الحر¹⁵، وهي بالتالي الفترة التي يمكن القول فيها باستيفاء الأحداث في سوريا لخاصية "التسلح"، وبداية خضوعها للقانون الدولي الإنساني، وما يترتب عن ذلك من التزامات ومسؤولية بشقيها الجنائي والمدني على عاتق أطراف النزاع.

المطلب الثاني: جدلية تصنيف النزاع السوري.

إن ما يعقد مسألة تكييف النزاع السوري هو العدد الذي لا يحصى من الفواعل المشاركة فيه، سواء من الدول أو من غير الدول، فقد وصل عدد هذه الأخيرة إلى ألف جماعة مسلحة، بعضها معروف كداعش والجيش السوري الحر، وبعضها غير معروف وغير منظم¹⁶، وبالتالي سنناقش عدة فرضيات بهذا الخصوص مع التطرق لأهم الاشكاليات القانونية التي تثيرها.

الفرع الأول: نزاع دولي أم غير دولي؟

بما أن قانون الحرب في جانبه الاتفاقي لا يشتمل سوى على نوعين من النزاعات المسلحة أحدهما دولي الطابع والآخر غير دولي، فهناك فرضية لاعتبار النزاع السوري كدولي الطابع أو غير دولي.

لدينا من جانب نص المادة الثانية المشتركة بين اتفاقيات جنيف الأربعة في فقرتها الرابعة والتي تعرف النزاع المسلح الدولي (حالة الحرب المعلنة أو أي اشتباك مسلح آخر ينشب بين طرفين أو أكثر من الأطراف

السامية المتعاقدة... وفي جميع حالات الإحتلال الجزئي أو الكلي لاقليم أحد الأطراف السامية المتعاقدة...، كما تدرج المادة الأولى من البروتوكول الإضافي الأول للنزاعات التي تناضل فيها الشعوب ضد التسلط الاستعماري والاحتلال الأجنبي وضد الأنظمة العنصرية في ممارستها لحق الشعوب في تقرير المصير كتزاعات مسلحة دولية أيضا.

ولأن القانون الانساني لم يحدد مستوى معين من العنف المطلوب في العمليات المسلحة أو أي امتداد زمني لذلك أو سقوط عدد معين من القتلى أو الجرحى لتصنيف النزاع على أنه دولي¹⁷، فهل يمكن اعتبار الأحداث السورية كنزاع دولي بالنظر لعدة معطيات؟.

فوجود قوات متدخلة في سوريا كالولايات المتحدة الأمريكية وروسيا وتركيا والسعودية، اسرائيل وايران¹⁸، قد يؤدي إلى الاحتكاك بقوات دولة أخرى (تركيا مثلا)، وقد ينجم عن هذا الإحتكاك مستوى معين من العنف قد يصنف كنزاع مسلح دولي، فقد شكل إسقاط القوات التركية للمقاتلة الروسية المفترض عبورها للأجواء الإقليمية لتركيا نزاعا مسلحا دوليا¹⁹، و القصف الذي تعرضت له بعض البلدات في الجنوب التركي وأدى لسقوط العديد من القتلى من المدنيين الأتراك، وما سبقه من إسقاط لطائرة حربية تركية في الأجواء الدولية من قبل سلاح الجو السوري²⁰، وفي نوفمبر 2015 أسقطت تركيا طائرة عسكرية روسية بالقرب من الحدود التركية السورية مما أدى لمقتل أحد الطيارين²¹، أما اسرائيل فقد شنت ضربات جوية في سوريا منذ بداية النزاع وقد حاولت الحد من تدخلها مقتصرة على استهداف "حزب الله"، والجيش السوري الحر فقط²²، وبالتالي فهل يمكن القول بوجود مجموعة كبيرة من النزاعات الدولية بين الجيش السوري والدول المتدخلة مثلا، أو بين هذه الدول فيما بينها.

ولدينا من جانب آخر نص المادتين الأولى من البروتوكول الإضافي الثاني، والمادة الثامنة من نظام روما الأساسي اللتان تعرفان النزاعات غير الدولية على التوالي (المنازعات التي تثور على اقليم أحد الأطراف السامية المتعاقدة بين قواته المسلحة وقوات مسلحة منسقة أو جماعات نظامية مسلحة أخرى، وتمارس تحت قيادة مسؤولة على جزء من الإقليم من السيطرة ما يمكنها من القيام بعمليات عسكرية متواصلة ومنسقة وتستطيع تنفيذ هذا اللحق "البروتوكول")، و(المنازعات المسلحة التي تقع في اقليم دولة عندما يوجد صراع مسلح متداول الأجل بين السلطات الحكومية وجماعات مسلحة منظمة، أو فيما بين هذه الجماعات).

ونظرا لعدم وجود تعريف عام لهذا النوع من النزاعات، فقد كرس القانون الاتفاقي "عتبات تطبيق" مختلفة²³، بين نص المادة الثالثة التي جاءت خالية من أية "عتبة" للتطبيق ثم البروتوكول الإضافي الثاني ونص المادة الثامنة من نظام روما، و اللذان كرسا "عتبة" تطبيق أعلى، وبالتالي مامدى توفر هذه الشروط في الأطراف الداخلية المتقاتلة في سوريا؟.

تتوفر القوات الحكومية بطبيعة الحال على هذه الشروط، لكن الاشكال في كثرة الجماعات المسلحة (أكثر من 1000 جماعة) منها ما استوفى شرط التنظيم وغيره ك"داعش" و "الجيش السوري الحر"، ومنها

ما هو صغير وغير منظم وهش، كما لا توجد معلومات موثوقة عن حجم قواتها وبنيتها القيادية وقدرتها على القيام بعمليات عسكرية وحتى بالنسبة للجماعات الأكبر فليس من السهل تحديد مستوى تنظيمها²⁴.
لكن ورغم ذلك فمن الواضح وجود نزاع مسلح غير دولي بحسب مجلس حقوق الانسان والصليب الأحمر الدولي²⁵، وبحسب بعض المعلقين فالبعض منهم يرى فيه نزاعا مسلحا غير دولي بالنظر لكونه مستمر ومتطاوّل²⁶، ويرى آخرون أنه عبارة عن مجموعة من النزاعات الغير دولية²⁷.

الفرع الثاني: نزاع مدول أو مجموعة نزاعات متزامنة؟

بالنظر للتطورات الحاصلة بتدخل الدول والأطراف الأجنبية في النزاع السوري سنناقش امكانية تغير طابعه القانوني، وبما أن تدخل الدول في النزاعات الداخلية قد يتخذ شكلا مباشرا، أو غير مباشر فسنحاول اسقاطهما على الأحداث السورية لاستخلاص طبيعته الجديدة.

أولا: التدخل المباشر في النزاع السوري.

عن طريق التدخل العسكري المباشر لمساندة نظام الأسد، أو الجماعات المتمردة المعارضة في قتالها مع القوات المسلحة الحكومية، نورد أهم الأطراف المتدخلة بشيء من الاختصار.

- 1/ الأطراف المتدخلة لدعم القوات المسلحة الحكومية.
- روسيا: وهي الأكثر نشاطا في سوريا من خلال تواجدها العسكري بداية من سبتمبر 2015.
- ايران : كان البعد الديني الشيعي عاملا أساسيا لتدخلها²⁸، وقد قدمت دعما كبيرا للنظام منذ بداية العمليات القتالية في 2011.

- حزب الله: خدمة للمصالح الإيرانية، ونظرا لمستواه التنظيمي غير العادي وتأثيره الاقليمي ودوره في السياسة اللبنانية فمن الطبيعي التعامل مع تدخله على قدم المساواة مع الفواعل الأخرى من الدول²⁹، وقد اعترف بدوره القتالي في سوريا في منتصف فيفري 2013.

- 2/الأطراف المتدخلة لدعم الجماعات المتمردة.

قامت الولايات المتحدة الأمريكية بتجهيز الجماعات المتمردة السورية منذ 2012³⁰، و انضمت الأردن فرنسا وبريطانيا للولايات المتحدة في انشاءها لمناطق تدريب للمتمردين غير الاسلاميين في الأردن، كما شرعت الولايات المتحدة وحلفائها (بريطانيا وفرنسا، استراليا البحرين، الأردن، السعودية والامارات) بتوجيه ضربات ل"داعش"³¹، كما قدمت بريطانيا الدعم للمتطرفين من السنة ضد نظام الأسد وكانت طرف في التحالف الجوي ضده³².

ثانيا: التدخل غير المباشر في النزاع السوري.

يشتمل على توفير الأسلحة والتدريب العسكري، والدعم المالي وحتى الضربات الجوية، ومن المهم التأكيد أن مجرد تقديم المساعدة غير كاف "لتدويل" النزاع المسلح غير الدولي فيجب على الدولة أن تمارس "سيطرة شاملة" على الجماعة المتمردة، ويجب توفر أدلة مقنعة بخصوص ذلك³³.

من الملاحظ أن أغلب الأطراف المتدخلة في النزاع السوري قد قدمت دعماً مباشراً وآخر غير مباشر في نفس الوقت أو في فترات متعاقبة.

فقد تواصل بيع روسيا للأسلحة للحكومة السورية والوفاء باتفاقاتهما المتعلقة بالمعدات العسكرية³⁴، كالأسلحة والمركبات والمدفعات ومعدات الاتصال والمراقبة، والطائرات بدون طيار والصواريخ الموجهة، والمستشارين العسكريين بداية من سبتمبر 2015³⁵، كما قدمت إيران دعماً من خلال المعدات العسكرية والاستشارات للحكومة السورية³⁶، كما وفرت تركيا المؤوى للجيش السوري الحر³⁷، وسمحت الأردن للجماعات المتمردة بالتنقل في أراضيها، وتوجد أدلة على تقديم السعودية وقطر لدعم مالي للجيش الحر³⁸، بما في ذلك دفع رواتب هذا الأخير منذ 2012، كما قدم الاتحاد الأوروبي والولايات المتحدة دعماً عسكرياً وتقنياً بما في ذلك من سترات واقية من الرصاص ومعدات الرؤية الليلية والاتصال³⁹ للجماعات المعارضة.

أما حزب الله فقد كانت مشاركته غير مباشرة قبل 2013، ورغم أهمية دور الحزب في النزاع السوري لكنه يثير الكثير من الإشكاليات القانونية من حيث جدلية اعتباره هيئة حكومية من عدمه، ومدى استقلالية أعماله المرتبطة بتدخله في النزاع السوري عن الدولة اللبنانية أو الإيرانية.

فقاته تحمل الجنسية اللبنانية لكنها غير تابعة للحكومة اللبنانية، فهي إذن ليست قوات حكومية ولا حتى تابعة لأية هيئة عسكرية شرعية، كان قبل 2000 معترف به كمقاومة شعبية مشروعة ضد إسرائيل، ولا تكف الحكومة اللبنانية عن إصدار بيانات تنفي تبني قوات الحزب كقوات شرعية تابعة لها، كما أنها لا تمارس عليها أي نوع من السيطرة، وما يؤكد ذلك هو أن تدخل الحزب في سوريا كان دون توجيه أو موافقة من الدولة اللبنانية⁴⁰، وبالتالي كيف نكيف تواجد الحزب في سوريا، فهو ليس بدولة ولا بهيئة تابعة لها، كما أنه من الصعب التدليل على ممارسة إيرانية "لسلطة شاملة" على أعمال الحزب وبالتالي تبنيها.

يرى البعض أنه لا توجد أدلة مقنعة بأن الدول المتدخلة كان لها تخطيط أو توجيه للأعمال العسكرية للجماعات المتمردة، بل بالعكس فهذه الأخيرة كانت ذات استقلالية، ولا توجد أي دولة لها مستوى عال وكاف من السيطرة على هذه الجماعات، وبالتالي فليس هنالك تدويل للنزاع غير الدولي في سوريا⁴¹، ويرون أنه من الأفضل تكييف العمليات القتالية في سوريا كنزاعات متزامنة "Parallele Conflicts"⁴²، أما الأستاذ "جمال ونوق" فقد تساؤل عن امكانية اعتباره نزاعاً غير دولي أو مختلط بالنظر لتدخل الأطراف الأجنبية، بل وذهب لأبعد من ذلك في امكانية اعتباره نزاعاً دولياً بالنظر لكفاح الشعب السوري للتحرر من الاحتلال والسيطرة الأجنبية⁴³، أما الدكتور "عمر سعد الله" فيرى أنه نزاع مسلح غير دولي متعدد الجنسيات⁴⁴، ومن جهته يرى الأستاذ "أحمد اشراقية" أنه نزاع "بين وبين" أي اجتمعت فيه عناصر من النزاع الدولي وعناصر من النزاع الداخلي فيكون بذلك نزاعاً مختلطاً⁴⁵، وبالتالي فطبيعة النزاع السوري تبقى مجرد فرضيات غير جازمة.

المبحث الثاني: الآثار المترتبة على تكييف النزاع السوري

تترتب على عملية تحديد الطبيعة القانونية للنزاع السوري بعض الآثار نتطرق لأهمها بشيء من التفصيل، ولأقلها أهمية بشيء من الاختصار.

المطلب الأول: من حيث القانون الواجب التطبيق على النزاع السوري.

نظراً لعدم تماثل قواعد الانسانية المخصصة لصنفي النزاعات المسلحة كيميا وكيفيا، تبقى مسألة تصنيف النزاعات في احدى هاتين الفئتين ضرورة لتحديد القواعد الإنسانية واجبة التطبيق.

فتحليل بسيط لهذه القواعد سيرز الهوية الشاسعة بين النظامين سواء من الناحية الكمية (مقابل 428 مادة مخصصة للنزاعات الدولية، نجد مادة واحدة فقط مخصصة للنزاعات غير الدولية)⁴⁶، بل وتشاركها في ذلك النزاعات الدولية باعتبارها تمثل الحد الأدنى من المبادئ الإنسانية واجبة الاحترام في كل الظروف، كما يتضمن البروتوكول الاضافي الثاني على 15 مادة فقط مقابل 80 مادة في البروتوكول الاضافي الأول.

ورغم تضيق هذه الفجوة بين نوعي النزاعات خلال العقدين الأخيرين (نظم الحماية، الممنوحة للأشخاص والأعيان المدنية، ونظام سير العمليات العدائية)، فإن اختلافات أخرى لا تزال قائمة كالوضع القانوني للجماعات المسلحة وأفرادها، وبعض القواعد المتعلقة باستهداف أعيان محددة، والنظم المتعلقة بالأسلحة، وأسرى الحرب، ومسألة الاحتلال، فهي كلها قواعد غير قابلة للتطبيق على النزاعات المسلحة غير الدولية، كما يخضع المحتجزون لأسباب أمنية لقواعد مختلفة أيضاً، كما يطبق قانون الحرب البحرية (حتى وإن لم يحصل في الساحل السوري) على النزاعات الدولية فقط، كما يختلف نظام المسؤولية الجنائية الدولية عن انتهاكات القانون الدولي الانساني في نوعي النزاعات⁴⁷.

ونظراً لعدم اشتغال اتفاقيات جنيف واتفاقيات لاهاي وكذلك البروتوكولين الإضافيين لعام 1977 على أحكام تخص الحروب الأهلية المدولة، فقد تركت هذه المسألة لممارسة الدول والفقهاء القانوني لتحديد القانون الواجب التطبيق على مثل هذه النزاعات⁴⁸، من خلال نظريتين أو فكرتين، سنحاول اسقاطهما على النزاع السوري للمفاضلة بينهما.

الفرع الأول: اسقاط نظرية "العلاقات الثنائية" على النزاع السوري.

تقتضي هذه الفكرة تقسيم النزاع المدول إلى نزاع دولي وآخر غير دولي وتطبق بمقتضى هذه الفكرة تنظيمات مختلفة بحسب الأطراف المشاركة في النزاع⁴⁹، وتسمى بنظرية العلاقات الثنائية⁵⁰، تبرر هذه النظرية بمضمون القانون الاتفاقي الذي يعكس التحيز التاريخي الذي أقامه هذا القانون للنزاعات المسلحة الدولية، بسبب تعنت الدول من خلال وفودها في المؤتمرات الدولية لمصالحها الخاصة على حساب مصالح ضحايا النزاعات الداخلية.

ولعل أهم ما يدل على بقاء هذا التمييز حالياً هو النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، والتي يرى أغلب الفقهاء بأنه كرس مبدأ التمييز بين نوعي النزاعات المسلحة ومنهم الفقيه "David Eric" الذي يقدم

مثالاً بوجود 34 تجريم للإنتهاكات الجسيمة المرتكبة في النزاعات المسلحة الدولية مقابل 16 تجريم فقط لتلك المرتكبة في الحروب الأهلية⁵¹.

إن إسقاط هذه النظرية على النزاع السوري يبدو الحل الأمثل من الوهلة الأولى، لكنها ستؤدي حتماً لعدد لا متناهي من النزاعات الجزئية وما ينجر عن ذلك من إشكاليات.

فأمام هذه الحالة عندما نكون أمام نزاع تختلط فيه العناصر الدولية والداخلية، فإنه من الصعب جداً تحديد أي قانون هو الواجب التطبيق على النزاع أو على جزئيات النزاع، بالإضافة إلى ذلك فإن التصنيف الجامد بين "دولي وغير دولي" في القانون الدولي الإنساني يمكن أن يكون عرضة لمناورات كبيرة من قبل الدول أطراف النزاع ودائماً على حساب الجانب الإنساني منه⁵²، وذلك لغياب هيئة محايدة مكلفة بتكييف النزاعات بعيداً عن التلاعبات السياسية.

الفرع الثاني: إسقاط نظرية "التطبيق الشامل للقواعد الإنسانية" على النزاع السوري.

تصبح الحرب الأهلية بمقتضى هذه الفكرة نزاعاً مسلحاً دولياً بمقتضاها، وذلك بمجرد وجود تدخل عسكري للقوات الأجنبية، ويُطبق بمقتضى هذه الفكرة مجمل كيان القانون الدولي الإنساني على جميع أطراف النزاع⁵³، وتسمى نظرية التطبيق الشامل أو الرؤية العالمية⁵⁴، وهي النظرية التي نادى بها الإتجاهات الحديثة في الفقه خاصة والذي نادى بظرورة الغاء لكل تمييز بين النزاعات، ففي هذا يقول الفقيه "David Eric" (لقد أصبح الإبقاء على التمييز بين النزاع الدولي والنزاع الداخلي أمراً اصطناعياً فهما وجهان لعملة واحدة)⁵⁵.

كما تحظى الرؤية العالمية بقدر كبير من الدعم، تمثلت في مواقف كثيرة كموقف القاضي لي، والقاضي رودريج، وأحكام قضية نيكوليتش وملاديتش، وقارات لجنة خبراء الأمم المتحدة، وحكومة الولايات المتحدة، وموقف الكثير من الباحثين الأكاديميين في مناصرة أو تبني تصنيف شامل لاقاليم الدول التي تضم منازعات مسلحة دولية وداخلية. وحتى اللجنة الدولية للصليب الأحمر، والتي عادة ما تكون متحفظة قد حثت أطراف حرب الفيتنام عام 1965 على الإمتثال لكامل كيان القانون الدولي الإنساني في كافة أنحاء الإقليم، وذلك حسب المنطق نفسه⁵⁶، وكثيراً ما نادى بالتطبيق الشامل للقانون الإنساني سواء خلال انعقاد مؤتمرات هذا القانون، رغم معارضة الوفود، أو خلال مناشداتها العملية.

هذا وتميل الممارسة والأعراف الدولية لمناصرة هذه الرؤية، بسد الكثير من الثغرات التي كانت تعترى القانون الإتفاقي خاصة فيما يتعلق بسير الأعمال العدائية، وما الدراسة التي أجرتها اللجنة الدولية للصليب الأحمر في 2005 إلا دليل على المنحى التصاعدي لقبول التطبيق الكلي للقواعد الإنسانية على جميع أنواع النزاعات.

كما ساهم الإجهاد القضائي الدولي خاصة المحكمة الجنائية الدولية ليوغسلافيا سابقا بشكل كبير في التقريب بين النظم القانونية لنوعي النزاعات وطمس كل تمييز بينهما، لكننا نتساءل هل كان هذا الإلغاء نهائياً أم أنه مجرد طمس جزئي فقط؟.

لاحظ الفقيه "David Eric" أنّ هذا المحو في التمييز لا ينطوي على توارٍ نهائي وهو ما اعترفت به المحكمة نفسها بالقول: « إنّ اعمال القواعد العامة في النزاعات المسلحة الداخلية لا يعني أن القانون الدولي العام ينظّم جميع أوجه هذه الأخيرة، فهناك أمرين لا بد من مراعاتهما: - إنّ بعض القواعد والمبادئ المنظمة للنزاعات المسلحة الدولية هي التي تمتدّ فقط (على نحو تقديمي) لتشمل النزاعات المسلحة الداخلية.

- لم يكتس هذا التطور شكل الإستزراع الشامل والآلي لهذه القواعد على النزاعات الداخلية»⁵⁷.

و تصب هذه النظرية في مصلحة ضحايا النزاعات المسلحة بالدرجة الأولى، كما تسهل من تطبيق القواعد الإنسانية على النزاعات المعاصرة وحتى المستجدة منها في المستقبل، لكنها تثير الكثير من الإشكاليات القانونية عند محاولة اسقاطها على النزاع السوري، كعدم ملائمة القواعد الإنسانية المنظمة للنزاعات المسلحة الدولية لجوانب عديدة في النزاعات المسلحة غير الدولية، كما أن اعمالها يقتضي وجود تعريف موحد لجميع أنواع النزاعات المسلحة الامر الذي يبدو مستحيلاً من الناحية التقنية لصعوبة إيجاد "عتبة تطبيق واحدة".

وبالتالي تبقى هاتان النظريتان أيضاً محل قصور عند اعمالهما واقعيًا، بما يوحي بضرورة إعادة النظر في القواعد الإنسانية الموجودة برمتها.

المطلب الثاني: من حيث علاقة الأطراف فيما بينها وجغرافية النزاع.

لمسألة تكييف النزاع السوري تأثير على العلاقات القتالية للأطراف المشاركة في هذا النزاع، وعلى المجال الجغرافي لامتداد هذا النزاع نتطرق لذلك اختصاراً فيما يلي.

الفرع الأول: التأثير على علاقة أطراف النزاع السوري فيما بينها.

يمكن لتصنيف النزاع السوري أن يؤثر على العلاقة المختلفة للأطراف بعضها ببعض، فالدعم الروسي والایراني للحكومة السورية على سبيل المثال وقتالهما جنباً إلى جنب مع قواتها، وبما أن التحالف المناهض للتنظيم الدولة "داعش" يتصرف دون موافقة سورية فإنه في حالة تصنيف النزاع بين هذا التحالف و"داعش" على أنه نزاع دولي الطابع بحيث تقاوت فيه دول التحالف ضد سورية، فالقوات السورية بالتالي في حالة حرب معها بطريقة ما، وبالتالي فمن المنطقي أن تكون في حالة حرب مع روسيا وإيران أيضاً نظراً لمشاركتهما مع سورية في القتال، وهو الأمر الذي يترتب عنه نتائج قانونية وأخرى غير قانونية تتجاوز نطاق النزاعات داخل سوريا⁵⁸، والأمر ينطبق أيضاً على الأطراف المتورطة الأخرى، لكن الإشكال هنا أن هاته الأخيرة قد لا تكون دولة بالضرورة كالكيانات والجماعات التي يصعب إيجاد تكييف قانوني لها كالحزب مثلاً.

الفرع الثاني التأثير على جغرافية النزاع السوري.

تنظم المسألة الشائكة المتعلقة بجغرافية النزاع المسلح في إطار القانون الدولي الإنساني بالدرجة الأولى، في إطار القانون الدولي الإنساني، وجزئياً في مجالات أخرى من القانون الدولي، وبينما يوجد شبه اتفاق على تطبيق القانون الإنساني على أقاليم جميع الأطراف المشاركة في النزاع، وفي المياه الدولية والمجال الفضائي للدول المحايدة والدول غير المشاركة في القتال، بما يعني امكانية استهداف الأشخاص والأعيان أيا كانت خارج إطار هذه الحدود الجغرافية، فعلى النقيض من ذلك فالقانون الدولي الإنساني لا يطبق في النزاعات المسلحة غير الدولية إلا في حدود الدولة التي يقع فيها النزاع، حتى لو امتدت آثاره لإقليم دولة أخرى، وفي حالة نشوب نزاعات مسلحة غير دولية لها علاقة ببعضها البعض لكنها منفصلة عن بعضها في دولة أو أكثر فإن الحدود الجغرافية لهذه النزاعات محدودة⁵⁹.

خاتمة

بعد تناولنا للنزاع السوري في ظل القانون الدولي الإنساني تبقى طبيعة هذا النزاع موضع جدل وغموض، غموض "تبرره طبيعة هكذا نزاعات وهكذا قانون، فهذا الأخير لا يشتمل على اجابات قطعية وواضحة في هذا الموضوع لحد الساعة، فتكون الإجابة عن الإشكالية المطروحة عبارة عن فرضيات وجدليات غير جازمة، لكننا توصلنا رغم ذلك للنتائج والتوصيات التالية:

يقتضي الشكل الحالي للقانون الدولي الإنساني في إطار البحث عن القواعد الإنسانية المتناسبة مع خصوصية النزاعات المعاصرة بصفة عامة والنزاعات "المدولة" بصفة خاصة وضع تكييف محدد لهذا النزاع، "فلا يزال التكييف ضروري إذن للتطبيق".

رغم بروز منحنى فقهي وعرفي خصوصاً، وفي الإتجاهات الحالية في ممارسة الدول والأعراف الدولية تنادي بضرورة الغاء كل تمييز بين النزاعات المسلحة بما يصب في مصلحة الضحايا، لكن اختلافات جوهرية لاتزال قائمة بين الأحكام المنظمة لها.

صعوبة المفاضلة بين القواعد الإنسانية المتناسبة مع خصوصية النزاعات المدولة أو المتزامنة، فالحل الفقهي المتمثل في نظريتي "العلاقات الثنائية" و "التطبيق الشامل" لا يبدو نافعا عند اسقاطه واقعياً.

يمثل النزاع السوري كنموذج عن النزاعات المعاصرة مثالا واقعياً عن قصور القواعد الإنسانية في شكلها الحالي عن استيعاب خصائص هذه النزاعات.

في ختام هذه الدراسة ارتأينا ترك التوصيات التالية :

- بالنظر لعدم وجود قواعد متناسبة مع خصوصية النزاعات المدولة أو المختلطة باتت الحاجة ملحة لتعديل القانون الإتفاقي الحالي ليستوعب الأشكال الجديدة من النزاعات، بايجاد قواعد خاصة بها حصراً، أو بإلغاء

كل تمييز بين النزاعات المسلحة مهما كان نوعها، لكن من الصعب هو معروف اقناع الدول خاصة تلك المعنية بالنزاع واجبارها على قبول اتفاقيات جديدة أو تعديل اتفاقيات موجودة.

- التركيز على القانون العرفي لسد الثغرات والإختلافات بين النظم القانونية المنظمة لنوعي النزاعات المسلحة في القانون الإتفاقي، ومحاولة التغاضي عن مايشوب "العرف" عموماً من غموض.

- في انتظار كل تعديلي كلي أو جزئي للقانون الإنساني الاتفاقي الحالي من الضروري ايجاد "هيئة قانونية دولية" محايدة مكلفة بوضع تكييفات دقيقة للنزاعات المسلحة، إجراء من شأن تفادي الكثير من الإشكاليات القانونية والمناورات السياسية لأطراف النزاعات.

الهوامش:

¹ حسيب خير الدين، "الربيع العربي نحو آلية تحليلية لأسباب النجاح والفشل"، سلسلة كتب المستقبل العربي، الطبعة 4، مركز دراسات الوحدة العربية، لبنان، 2015، ص 347.

² بشارة عزمي، "سورية، درب الألام نحو الحرية، محاولة في التاريخ الراهن"، المركز العربي للأبحاث ودراسة السياسات، الطبعة 1، لبنان، 2013، ص 81.

³ Wallace David, Amy McCarthy, Shane R. Reeve, Trying to make sense of the senseless: Classifying the Syrian war under the law of Armed conflict, M.S.I.L.R, vol 25(3), 2017, p 586.

⁴ Patrick.B.Grant, Islamic law international law, and conflict in syria, B.U.I.L.J, vol 35, p 4.

⁵ Wallace David, Amy McCarthy, Shane R. Reeve, Op.cit, p 586.

⁶ المرجع نفسه، ص 82.

⁷ David Eric, Principes de droit des conflits armés, 3^{ème} édition, Bruylant, Bruxelles, 2002, p 64.

⁸ Anthony Cullen, The Characterization of armed conflict in the Jurisprudence of the ICC, in : The Law and Practice of the International Criminal Court: A Critical Account of Challenges and Achievements, Stahn, Carsten, ed. Oxford University Press, p 763-764.

⁹ Ibid, p 767.

¹⁰ Ibid, p 764.

¹¹ تقرير الأمين العام للأمم المتحدة عن الاطفال في سوريا، المؤرخ في 27 جانفي 2014، S/2014/31، فقرة 4، ص 3.

¹² Wallace David, Amy McCarthy, Shane R. Reeve, Op.cit, p 586 – 587.

¹³ أنظر على سبيل المثال:

- تقرير مجلس حقوق الإنسان حول الوضع في سوريا، المؤرخ في 23 نوفمبر 2011، A/HRC/S 17/2/Add-1، فقرة 99، ص 18.

- تقرير مجلس حقوق الإنسان حول الوضع في سوريا، المؤرخ في 22 فيفيري 2012، A/HRC/19/69، فقرة 13، ص 7.

¹⁴ تقرير لأمين العام عن تنفيذ قرار مجلس الأمن 2043 (2012)، S/2012/523، المؤرخ في 6 جويلية 2012، فقرة 11-19، ص 7-4.

¹⁵ تقرير مجلس حقوق الانسان حول الوضع في سوريا، المؤرخ في 16 أوت 2012، A/HRC/21/50، فقرة 3، ص 45.

¹⁶ Wallace David, Amy McCarthy, Shane R. Reeve, Op.cit, p 587.

¹⁷ أحمد إشراقية، "تصنيف النزاعات المسلحة بين كفاية النص والحاجة إلى التعديل"، ورقة بحثية مقدمة إلى المؤتمر المنعقد في جامعة العلوم التطبيقية الخاصة، الأردن، بعنوان "التطبيق الأمين للقانون الدولي الإنساني"، 7 مارس 2016، ص 6.

¹⁸ Wallace David, Amy McCarthy, Shane R. Reeve, Op.cit, p 591.

¹⁹ أحمد إشراقية، المرجع السابق، ص 22-23.

²⁰ المختار اعمره، "الأساس القانوني في المواجهة الدولية للمنازعات المسلحة الداخلية، الحالة السورية"، مجلة معارف، العدد 18، جوان 2015، ص 101.

²¹ Wallace David, Amy McCarthy, Shane R. Reeve, Op.cit, p 572-573.

²² Ibid, p 573.

²³ Thilo Marauhn, Zacharie F. Ntoubandi, Armed conflict, non intentional, in The law of armed conflict and the use of force, the Max Planck encyclopedia of public international law, pp

²⁴ Ibid, p 587-589.

²⁵ Ibid, p 590, ICRC's 2012 Annual Report, p 443.

²⁶ جمال ونوقي، "الوضع القانوني للنزاع المسلح في سوريا، إشكالية التكييف والحماية"، مجلة الدراسات الفقهية والقضائية، العدد 3، ديسمبر 2016، ص 147.

²⁷ Wallace David, Amy McCarthy, Shane R. Reeve, Op.cit, p 590.

²⁸ Josef Kraus, The Internationalization of Conflicts: Theoretica, Background, Conceptualization, and Contemporary MiddleEast Region, V.R, 2017, p 29.

²⁹ Joseph Klingler, Counterintervention on Behalf of the Syrian Opposition? An Illustration of the Need for Greater Clarity in the Law, H.I.L.J, Vol 55, N 2, 2014, p 519.

³⁰ Wallace David, Amy McCarthy, Shane R. Reeve, Op.cit, p 571.

³¹ Ibid.

³² Josef Kraus, p 29.

³³ Wallace David, Amy McCarthy, Shane R. Reeve, Op.cit, p 593.

³⁴ Ibid, p 591.

³⁵ Ibid, p 570.

³⁶ Ibid, p 591.

³⁷ Ibid.

³⁸ Ibid.

³⁹ Ibid, p 592.

⁴⁰ أحمد إشراقية، المرجع السابق، ص 23.

⁴¹ See : Wallace David, Amy McCarthy, Shane R. Reeve, Op.cit, p 593.

⁴² Ibid.

⁴³ جمال ونوقي، المرجع السابق، ص 147-148.

⁴⁴ عمر سعد الله، "قراءة حديثة في القانون الدولي الإنساني"، دار هومة، الجزائر، الطبعة الأولى، 2016، ص 431.

⁴⁵ أحمد إشراقية، المرجع السابق، ص 18.

⁴⁶ هي المادة الثالثة المشتركة بين اتفاقيات جنيف الاربعة لعام 1949.

⁴⁷ Terry.D.Gill, Classifying the Conflict in Syria, I.L.S, Vol 92, 2016, p 378.

⁴⁸ David Eric, Principes de droit des conflits armés, Op.cit, p 139.

⁴⁹ Dietrich Schindler, International Humanitarian law and the internationalized armed conflict, I.R.R.C, 1982, vol 22, p 257.

⁵⁰ David Eric, Principes de droit des conflits armés, Op.cit.

⁵¹ Ibid, p 105.

⁵² أحمد اشراقية، المرجع السابق، ص 18.

⁵³ Diertich Schindler, Op.cit.

⁵⁴ David Eric, Principes de droit des conflits armés, Op.cit 147.

⁵⁵ Ibid, p 57.

⁵⁶ أحمد اشراقية، المرجع السابق، ص 28-29.

⁵⁷ David Eric, Op.cit, p 105.

⁵⁸ Terry D. Gill, Op.cit, p 378.

⁵⁹ Ibid, p 378-379.

القاضي الدستوري : مشرع من الدرجة الثانية

هزيل جلول

باحث دكتوراه بجامعة تلمسان

hezil.djelloul@gmail.com

ملخص:

تصنّف الرقابة على دستورية القوانين بين رقابة سابقة ولاحقة، تأسيسا على التوقيت الذي يحال خلاله التصرف القانوني على هيئة الرقابة الدستورية، وهذا النوع من الرقابة وبهذه الكيفية يجعل القاضي الدستوري أحيانا طرفا في الحلقة التشريعية، إذ يحق له الاعتراض على صدور هذه المشاريع في حالة تبين له مخالفتها لأحكام الدستور مما يخوله الرقابة على مشاريع القوانين هذا من جهة، ومن جهة أخرى قد تؤدي الرقابة التي يمارسها المجلس الدستوري على القوانين بصفة عامة سواء القبلية أو البعدية إلى الحلول محل المشرع في العديد من المناسبات ، باعتماده على تقنية التحفظات والتي يقصد بها التصريح بمطابقة حكم من أحكام التصرف القانوني محل الرقابة للدستور مع تحفظ ، مما يجعله مشرعا تعقيبا لأعمال المشرع.

كلمات مفتاحية:

مجلس دستوري، محكمة دستورية، رأي، قرار، حكم، تحفظات تفسيرية، تحفظات تفسيرية منقصة، تحفظات تركيبية.

Résumé :

Le contrôle dans la constitutionnalité des lois est classé comme un contrôle préalable ou un contrôle ultérieur, en se basant sur le moment pendant lequel l'acte juridique est soumis au Comité de Surveillance Constitutionnelle. Le type de contrôle qui s'effectue de cette manière rend le juge constitutionnel parfois un parti dans la boucle législative, puisqu'il lui permet de s'opposer à l'instauration de projets dans le cas où il voit qu'ils transgressent le règlement de la Constitution. Cette situation permet au juge de contrôler les projets de lois, d'une part, et d'autre part elle peut entraîner le contrôle exercé par le conseil constitutionnel sur la loi en général, que ce soit a priori ou bien à posteriori, à agir à la place du législateur à plusieurs reprises, en adoptant la technique des réserves, qui est destinée à lui permettre de déclarer qu'une disposition juridique est conforme ou pas à une des règles de l'acte judiciaire en vigueur, à la place du contrôle constitutionnel avec une certaine réserve. Ceci lui confère le rôle du législateur final dans la fonction législative.

Mots-clés:

Conseil constitutionnel, constitutionnelle, opinion, décision, jugement, notes explicatives, lignes directrices, notes explicatives incomplètes, réserves.

مقدمة

يشكل القضاء الدستوري أحد المؤسسات الدستورية التي تهدف إلى ضمان حسن السياسة التشريعية، ولذا فإن محور عمل القاضي الدستوري هو الرقابة على أعمال المشرع ، حماية لمبدأ سمو الدستور بما يحتويه هذا الأخير من حقوق وحرّيات للأفراد، ولكن حماية لأعمال المشرع من النتائج التي قد تترتب على مقابلتها بالأحكام الدستورية ، فإن القانون دائما يصدر مقترنا بقريئة الدستورية ، وهذا راجع لطبيعة العمل التشريعي للبرلمان الذي هو أحد أهم مظاهر ممارسة سيادة الأمة ، التي تم تفويضها من قبل المؤسس الدستوري للسلطة التشريعية، وهذه الأخير الأصل أنها تلتزم الحدود الدستورية المرسومة لها أثناء ممارستها لهذا الاختصاص العام، والاستثناء من ذلك هو مخالفة هذه الحدود سواء منها الموضوعية أو الإجرائية للاختصاص التشريعي ومادام أن الولاية العامة في التشريع كما يرى الأستاذ عزاوي عبد الرحمن في كتابة ضوابط توزيع الاختصاص بين السلطتين التشريعية والتنفيذية تعود لممثل الأمة والممثل في البرلمان ، وتفاديا لتهديد السلطة التشريعية في اختصاصها التشريعي فإنها تتمتع بسلطة تقديرية في هذا المجال إلا أن هذه السلطة التقديرية ليست مطلقة ، وإنما تخضع لنوع من الرقابة على الأعمال التشريعية التي يقوم القاضي الدستوري بممارستها وفقا لمجموعة من الضوابط والقيود تشكل في مجموعها ضمانات للسلطة التشريعية في ممارسة اختصاصها التشريعي ولعل من أبرز هذه الضمانات قريئة الدستورية التي يتمتع بها القانون بمجرد إصداره ونفاذه ، ومراعاة لهذه الضمانة ابتكر- المجلس الدستوري الجزائري على غرار نظيره الفرنسي- في مراقبته مدى دستورية الأعمال الصادر عن السلطة التشريعية تقنية التحفظات التفسيرية وهذا لكي يتفادى النطق بعدم دستورية القانون محل الرقابة ، إلا أن هذه التقنية قد تجعل المجلس الدستوري شريكا في العملية التشريعية مما يجعله إن صح القول مشرعا ثانويا .

ففي هذا الخصوص يقول H.kelsen

« la notion d'interférence peut ainsi être définie comme une norme juridique, et plus précisément comme l'habilitation qui confère à son destinataire le pouvoir de produire à l'avenir des normes législatives dotées d'un certain contenu » .

أي أن تدخل القاضي الدستوري في العملية التشريعية يمكن أن ينجم عنه قواعد قانونية

(le juge constitutionnel qui interfère dans l'activité normative du législateur en lui indiquant comment une loi peut être rédigée, produit donc une norme juridique et qui habilite ce dernier à édicter une loi conformément à l'interférence émise)

بمعنى أن تدخل القاضي الدستوري في العملية التشريعية من خلال توجيه المشرع إلى كيفية تحرير

النص القانوني يشكل قاعدة قانونية تؤهل هذا الأخير إلى سن قانون مطابق للتوجيه الذي أجراه .

وعليه، فإن المجلس الدستوري الفرنسي والجزائري اهتديا الى أسلوب التحفظات التفسيرية لكي يتفاديا النطق بعدم دستورية القانون محل الرقابة وهذا ما نتطرق له في النقاط التالية.

المبحث الأول

اعتراف المجلس الدستوري بحق تفسير الدستور

يقوم القضاء الدستوري في معرض النظر في دستورية القوانين بتفسير الدستور فهو يحدد النصوص الدستورية التي يتطلبها الفصل في دستورية قانون ما ، ومن ثم يستخرج منها قواعد قانونية أكثر وضوحا من النص ، ويحدد مدى تطابق النصوص القانونية المشكوك في دستورتها مع هذه القواعد ، ما يعني أن هناك مرحلة ما بين تحديد النص الدستوري الواجب التطبيق وعملية التطبيق نفسها ، وهي مرحلة لتفسير النص الذي هو مهمة القضاء الدستوري الأساسية كما يلجأ إلى إبداء تحفظات تفسيرية¹.

غير أننا بالرجوع إلى المجلس الدستوري الجزائري نجده منح نفسه اختصاص تفسير أحكام الدستور بصفة مستقلة عن أية رقابة وبدون أن يمنحه الدستور مثل هذا الاختصاص، حيث أصدر مذكرة تفسيرية تتعلق بالأحكام الدستورية المتعلقة بالتجديد الجزئي الأول لأعضاء مجلس الأمة المعنيين ، وذلك بناء على إخطار من رئيس الجمهورية² واستند المجلس الدستوري في تبرير اختصاصه بتفسير الدستور إلى النص العام الذي يؤسس الرقابة الدستورية أي المادة 1/163 من الدستور "يؤسس مجلس دستوري يكلف بالسهر على احترام الدستور" واعتمد في صياغته المذكرة شكلا مغايرا عن ذلك المعتمد في تحرير آرائه وقراراته حيث وردت المذكرة بتوقيع رئيس المجلس الدستوري دون توقيع باقي أعضاء المجلس كما هو مألوف ، فبعدها أن بين المجلس الدستوري أن "... عملية تجديد نصف أعضاء مجلس الأمة طبقا للحكم الانتقالي الوارد في المادة 181 من الدستور ... تحدث مرة واحدة في حياة مجلس الأمة"، أكد أن المؤسس الدستوري من خلال التنصيب على هذا التجديد يهدف إلى الحفاظ على التجربة التي اكتسبها الأعضاء الباقون بعد عملية القرعة واستمرارية حسن سير مجلس الأمة وفعاليتها". يبين أيضا المجلس الدستوري أن عملية التجديد الأولى "... تعد الضمان الوحيد لتطبيق الطريقة العادية مستقبلا القائمة على المساواة والمنظمة بحكم المادة 102 من الدستور في فقرتها الثانية والثالثة". حيث أزال المجلس الدستوري هذا الغموض بقوله : " عندما تتزامن عملية تجديد نصف أعضاء مجلس الأمة طبقا للمادة 181 وحتى مع المادة 102 ، حال وجود مناصب شاغرة في المجلس طبقا للمادة 112 من الدستور ". واعتمد المجلس الدستوري في عملية التفسير على سياق النص الدستوري 181 "فلئن كان المؤسس الدستوري استعمل مصطلح الاستخلاف في المادتين 181 و112 من الدستور الا أنه يجب عند التطبيق البحث عن السياق الذي أورد فيه المؤسس الدستور هذا المصطلح للوقوف على معناه ومضمونه".

وتوصل المجلس بعملية التفسير هذه إلى النتيجة التالية : " وما دام الموضوع المعروض على المجلس الدستوري طبقا للفقرة الأولى من المادة 163 من الدستور ، من طرف رئيس الجمهورية يخص تفسير

الأحكام الدستورية المتعلقة بالتجديد الجزئي لأعضاء مجلس الأمة المعنيين فان المجلس الدستوري دون التطرق للأعضاء المنتخبين ، يرى بأن عدد أعضاء مجلس الأمة المعنيين الذين يجب أن يشملهم التجديد هو نصف عددهم المحدد قانونا أي 24 . أما المقاعد الشاغرة فلا تشملها عملية التجديد والاستخلاف الواردة ضمن المادة 181 من الدستور بل تحكمها المادة 112 من الدستور .

إن هذا التفسير يتماشى مع أحكام الدستور نصا وروحا، ومع مبدأ الفصل بين السلطات المستنتج من أحكام الدستور والذي أقره المجلس الدستوري وكرسه المشرع في نصوص عديدة منها قانون الانتخابات...³

وفي المقابل نجد المجلس الدستوري الفرنسي مقيدا بالاختصاصات التي حددها له الدستور، ويرفض الفصل في المواضيع التي لم ترد في الدستور رغم أنه قبل ببعض الاستثناءات على هذه القاعدة⁴ ورفض المجلس الدستوري الفرنسي في قراره المؤرخ في : 24 جويلية 1991 الطلب المتضمن تفسير قانون محال عليه بناء على إخطار وصرح أنه لا يحق له أن يلجأ إلى تفسير الدستور بمناسبة النظر في قانون محال عليه، إلا إذا كان هذا التفسير ضروري للنظر في دستوريته⁵

وإذا كان المجلس الدستوري الجزائري قد فسر الدستور بناء على إخطار رئيس الجمهورية ، وأسس اختصاصه في التفسير على أحكام الفقرة 163 ، فإنه بالمقابل لم يبين الأساس القانوني للتحفظات التفسيرية التي يلجأ إليها من أجل تفادي خيار دستورية أو عدم دستورية النص محل الرقابة ، فأثارت هذه التحفظات جدلا فقهيًا حول أساسها وقوتها الإلزامية ، كما انتقدت هذا التقنية عموما لعدم اتصافها بالموضوعية. ذلك ما نوضحة في النقطة الجزئية الموالية.

المبحث الثاني

اعتماد المجلس الدستوري على تقنية التحفظات التفسيرية لتفادي خيار

دستورية أو عدم دستورية الأحكام المراقبة

اعتمد المجلس الدستوري الجزائري تقنية التحفظات التفسيرية كنظيره الفرنسي والمحكمة الدستورية الإيطالية ، والمحكمة الدستورية الألمانية من أجل تفادي خيار مطابقة أو عدم مطابقة الأحكام المعروضة على رقابته للدستور، حيث استعملت المحكمة الدستورية الألمانية التفسير المطابق للدستور لأول مرة في قرارها المؤرخ في 07 ماي 1955 فجاء في حيثيات القرار أنه (لا يعتبر القانون غير دستوري ما دام هناك تفسير ممكن أن يتفق مع القانون الأساسي، وأن القانون يحتفظ بمعناه عند هذا التفسير) .

إن مراعاة واحترام التحفظات التفسيرية يعد شرطًا لاعتبار القانون دستوريا ، وضمانا لمبدأ قرينة الدستورية ، إذ يمكن أن تكون هذه القرارات قرارات بعدم المطابقة ، لكن المجلس الدستوري يفضل أن يعتبر الأحكام التي تمت مهاجمتها مطابقة للدستور عن طريق تفسير تركيبه أو مزيل للأثر أو توجيهي ، ووفق هذا التحليل،

نتطرق الى أنواع التحفظات التفسيرية التي يجربها المجلس الدستوري على النصوص المعروضة عليه ومدى الزاميتها⁶.

المطلب الأول: التحفظات التفسيرية المنقصة *Interprétation réductrice*

يستعمل المجلس الدستوري التفسير المنقصة لتعديل حكم قانوني بهدف تحقيق معناه والتقليص من مداه، أي من قوته الإلزامية. فهدف هذه التحفظات هو الانتقال جزئيا أو كليا من القوة الملزمة للقانون، ويقسم بعض الفقهاء التحفظات التفسيرية المنقصة الى تفسير مقللة للأثر " *interprétation minorantes*" وإلى تفسير مزيلة للأثر أو معدمة للأثر " *interprétation neutralisantes inopérantes*" ، في حين ينتقد البعض الآخر مثل هذا التمييز ويعتبر التحفظات المنقصة كلها تحفظات تفسيرية مزيلة للأثر، وهو ما نبينه تباعا.

أ- التحفظات التفسيرية المقللة للأثر:

يتمثل محتوى التفسير المنقصة في التخفيف أو التقليل من معنى النص والحد من مداه ، فالمجلس الدستوري لا يقوم بتعديل صياغة النص . وإنما يقوم بتعديل معناه ومداه والتصريح بمطابقته للدستور فمحتوى النص والفاضه تبقى بدون أي تغيير، وقد استعمل المجلس الدستوري الجزائري مثل هذه التحفظات في قراره المؤرخ في : 18 ديسمبر 1989، حيث جاء فيه، " باعتبار أنه إذا كانت المادة 94 من الدستور تنص أنه يجب على المجلس الشعبي الوطني في إطار اختصاصاته الدستورية أن يبقى وفيما لثقة الشعب ويظل يتحسس تطلعاته ، فان المادة 49 من النظام الداخلي لا يمكن في أي من أحكامه أن تمنح للجان الدائمة للمجلس الشعبي الوطني أو لأعضائه سلطة تفتيشية من شأنها ، أن تشكل مساسا بمبدأ الفصل بين السلطات وبالاستقلالية اللازمة للهيئة التنفيذية وأن المادة 94 من الدستور في هذه الحالة لا تعطي للجان الدائمة سوى الحق في الزيارات الإعلامية التي تساعد على حسن تقدير المسائل التي تطرح لدى دراسة القوانين"⁷.

فقد غير المجلس الدستوري محتوى الحق الذي خوله المجلس الشعبي الوطني للجان الدائمة أو لأعضائه ، فعوضا أن تتمتع تلك اللجان بسلطة التفتيش التي تعد مساسا بمبدأ الفصل بين السلطات ، لتمنح فقط حق الزيارات الإعلامية، وبهذه الكيفية فقط لا يكون مساس بمبدأ الفصل بين السلطات ، حيث يتبين أن المجلس الدستوري قلل من أثر نص المادة 49 من النظام الداخلي للغرفة الأولى في البرلمان باعتماد تقنية التحفظ المزيلة للأثر دون تغيير محتوى النص .

كما عاد في رأيه المؤرخ في : 21 فبراير 1999 فيما يخص اشتراط المشرع في كل مشروع أو اقتراح قانوني لكي يكون مقبولا ، أن يرفق بعرض أسباب وأن يحزر في شكل مواد (واعبارا والحال أن تحديد الشكل الذي يأخذه مشروع أو اقتراح قانوني ليكون مقبولا لا يعد في حد ذاته شرطا إضافيا للشروط المنصوص عليه في المادة 119 من الدستور وإنما يشكل إحدى الكيفيات المرتبطة بتطبيق هذه الشروط⁸

وعليه اعتبر المجلس الدستوري اشتراط المشرع إرفاق كل مشروع أو اقتراح قانوني يعرض أسبابه وأن يحزر نصه في شكل مواد ، مجرد كيفية من الكيفيات المرتبطة بتطبيق الشروط المنصوص عليها في المادة 119 من الدستور ولا يعد شرطا إضافيا على ما ورد في هذه الأخيرة.

ب- التفسير المزيل للأثر أو المعدل له : Les interprétation neutralisante :

لقد لجأ المجلس الدستوري الفرنسي الى هذا النوع من التحفظات التفسيرية ، فجاء في قراره المؤرخ في : 27 جويلية 1982 .

(En raison même de leur caractère inopérant, il n'y a pas lieu faux d'en faire une déclaration de non-conformité à la constitution)

(أي أنه نظرا لكون الأحكام التشريعية محل الرقاية عديمة الأثر فلا يوجد أي داعي لكي تكون محلا للتصريح بعدم مطابقتها للدستور)⁹ .

يقول الأستاذ بلس شاوش بشير :

(Les réserves neutralisantes ont pour effet « gommer l'effet nocif » ou de vider de leur venir certaines disposition sous les déclarer inconstitutionnelles en affirment simplement qu'elles n'ont pas la signification qui semble dérouler du texte ou qu'elles sont dépourvues d'effet juridique) .

(يتم بموجب قرارات المطابقة تحت تحفظ تفسيري مزيل الأثر إزالة الآثار الضارة لبعض الأحكام أو يفرغها من محتواها القانوني بحيث يصرح القاضي الدستوري أن تلك الأحكام لا تحتوي المعنى المنتظر من النص القانوني ، أو أن تلك الأحكام عديمة الأثر) .

يتمثل إذن محتوى التفسير المزيل للأثر في إزالة كل الأثر للأحكام المفسرة بإعطائها سوى طابعا استداليا غير ملزم ، ليتمكن حينئذ المجلس الدستوري التصريح بمطابقتها للدستور ومنحها الضوء الأخضر لإصدارها ويصرح إذن المجلس الدستوري بأن الأحكام القانونية المعيبة عديمة الأثر أو غير منتجة « inopérantes » لكي يفرغها من محتواها القانوني ومن طابعها الإلزامي ينطق بذلك لعدم دستوريتهما وبالمقابل لا يمنع إصدارها¹⁰ .

ومن جانبه استعمل المجلس الدستوري الجزائري هذا النوع من التفسير في قراره المؤرخ في : 06 أوت 1995 "واعتبارا والحال أن إدراج نفس الشرط من شروط الترشح لرئاسة الجمهورية الذي تم الفصل فيه بعدم مطابقتها للدستور ، تجاهل قوة قرارات المجلس الدستوري ومن ثم لا وجه للبت في مدى دستورية من جديد".

ونلاحظ بالنسبة للمجلس الدستوري الجزائري ، على خلاف نظيره الفرنسي أنه صرح في منطوق هذا القرار على عدم مطابقة ذلك الحكم (الشرط) للدستوري ، في حين يصرح المجلس الدستوري الفرنسي أن القاعدة منعدمة الآثار القانونية ويعلن بالمقابل أنها صحيحة ومطابقة للدستور ، بحيث لا يحذفها من النص القانوني بل يحتفظ بها وفي نفس الوقت يعتبرها غير منتجة لآثار قانونية¹¹ .

ويترب عن ذلك أن المجلس الدستوري الجزائري على خلاف نظيره الفرنسي يلجأ الى حذف الأحكام التشريعية التي يعتبرها غير دستورية ليحتفظ بالنص صحيحا ومطابقا للدستور فيصريح بعد هذه العملية بالمطابقة الجزئية ، أي أن الأحكام مطابقة جزئيا للدستور مستثنيا الجزء الآخر للنص القانوني المحذوف ، حيث يقوم المجلس الدستوري بفضل هذه التقنية ، بفصل الجزء المخالف للدستور وحذفه ، وإزالته ، ليترك ويحتفظ بالجزء الصحيح المطابق للدستور ، حيث جاء في قرار المجلس المؤرخ في : 30 أوت 1989 "نظرا لكون المادة 17 من القانون العضوي المتضمن القانون الأساسي للنائب ، تخول هذا الأخير أن يتابع في الدائرة التي انتخب فيها تطور الحياة السياسية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية وخاصة المسائل المتعلقة بتطبيق القوانين والأنظمة وممارسة الرقابة الشعبية وكذلك المسائل المتعلقة بنشاط مختلف المصالح العمومية ، ونظرا لكون المادة 33 المتناولة في نفس الاتجاه ، تنص على أنه " عند نفاذ جدول أعمال المجلس يتفرغ النائب لدائرته الانتخابية وفي هذا الإطار يجب عليه أن يسهر على تطبيق القوانين والأنظمة كما يتولى ممارسة الرقابة الشعبية وفقا للتشريع المعمول به"¹².

ونظرا أن مبدأ الفصل بين السلطات يحتم على كل سلطة أن تلتزم دائما حدود اختصاصها وتتخويل النائب أن يتابع فرديا المسائل المتعلقة بتطبيق القوانين والتنظيمات وممارسة الرقابة الشعبية والمسائل المتعلقة بنشاط مختلف المصالح العمومية ، أسند القانون الأساسي للنائب مهام تتجاوز إطار صلاحياته الدستورية .

وبناء على تقدم بقول المجلس الدستوري أن المادة 17 والمادة 33 مطابقتان جزئيا للدستور ، فالأولى في فقرتها الأولى فقط كذلك مع حذف الجملة "وفي هذا الإطار يجب عليه أن يسهر على تطبيق القوانين والأنظمة".

وعليه، اعتبر المجلس الدستوري المادتين معيبتين في صياغتهما الأصلية ، ولكي يعتبرهما دستوريتان ، قام بإجراء عليهما عملية التطهير وصرح بعد هذه العملية أن المادتين مطابقتان للدستور تحت التحفظات التي أبداهما وأعاد صياغتهما على النحو التالي " يصرح بأن المادتين 17 و33 مطابقتان جزئيا للدستور مع التحفظات المعبر عنها أعلاه وتحرر هاتين المادتين كما يأتي : المادة 17 "يتابع النائب في دائرته الانتخابية تطور الحياة السياسية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية".
المادة 33 "يتفرغ النائب لدائرته الانتخابية عد نفاذ جدول أعمال المجلس".

فقد حذف المجلس الدستوري من كلا المادتين الجزء المخالف للدستور، وحذف من الأولى "وخاصة المسائل المتعلقة بتطبيق القوانين والأنظمة وممارسة الرقابة الشعبية وكذلك المسائل المتعلقة بنشاط مختلف المصالح العمومية" وحذف من الثانية عبارة "وفي هذا الإطار يجب عليه أن يسهر على تطبيق القوانين والأنظمة كما يتولى ممارسة الرقابة الشعبية وفقا للتشريع المعمول به".

المطلب الثاني: التحفظات التفسيرية التركيبية

يقول الأستاذ يلس شاوش بشير

(Dans les décisions de conformité sous réserve d'interprétation le juge constitutionnel ajoute au texte ce qui lui manque pour être conforme, sous couleur de l'interprète)¹³.

أي أن القاضي الدستوري يقوم في القرارات المطابقة تحت تحفظ تفسيري تركيبى بإضافة إلى النص القانوني ما ينقصه لكي يصبح مطابقاً للدستور¹⁴ حيث تتمثل وظيفة المجلس الدستوري في هذه الحالة في إحداث إضافة في القانون . فالتفسير التركيبي لديه وظيفة إنشائية تسمح للمجلس الدستوري التصريح بدستورية التشريع محل التفسير¹⁵ وتصنف التفسير التركيبية إلى تفسير إضافية وأخرى استبدالية .

أ- التحفظات التفسيرية التركيبية الإضافية: *interprétations constitutive additives*

يتمثل محتوى التفسير التركيبية الإضافية في إضافة المجلس الدستوري للقانون محل رقابته ما ينقصه لكي يصبح دستورياً ، فلا يكتفي المجلس الدستوري بالتوضيح للمشروع كيف يقوم بملء الفراغ التشريعي ليجعله دستورياً، بل يقوم بهذه المهمة بنفسه عن طريق تقنية التفسير ومن أمثلة هذه التحفظات ما ورد في قرار المجلس الدستوري المؤرخ في : 19 ماي 1998 بشأن المادة 03 من القانون العضوي محل رقابته التي تحدد مقر مجلس الدولة في الجزائر العاصمة فاعتبر : "أن المشروع حين حدد مقر مجلس الدولة بالجزائر العاصمة قد أغفل السلطة المخولة لرئيس الجمهورية في الحالة الاستثنائية بمقتضى أحكام الفقرة الثالثة من المادة 93 من الدستور"¹⁶ .

صرح المجلس الدستوري بناء على ذلك في منطوق رأيه : " تعد المادة 3 من القانون العضوي موضوع الإخطار مطابقة جزئياً للدستور وتعاد صياغتها كالآتي : المادة 3 "مع مراعاة أحكام المادة 93 من الدستور يحدد مقر مجلس الدولة في الجزائر العاصمة" .

كما قام المجلس الدستوري بملء الفراغ التشريعي نتيجة إغفال المشرع العضوي لأحكام دستورية أخرى تتعلق بانتخاب رئيس مجلس الأمة حيث جاء فيه "واعتباراً أن المؤسس الدستوري قد أقر في المادة 2/181 من الدستور بأن القرعة لا تشمل رئيس مجلس الأمة الذي يمارس العهدة الأولى مدة ست (6) سنوات. واعتباراً أن المشرع حين نص على أن انتخاب رئيس مجلس الأمة يتم وفقاً لأحكام المادة 114 من الدستور يكون قد أغفل الإشارة إلى الحكم الانتقالي الوارد في الفقرة الثانية من المادة 181 من الدستور والمتعلق بانتخاب رئيس مجلس الأمة في العهدة الأولى"¹⁷.

وأعاد المجلس الدستوري صياغة المادة بإضافة عبارات تجعلها مطابقة للدستور فقام بتكملة الجزء الذي ينقصها لكي تصبح مطابقة للدستور "تعد المادة 1/11 من القانون العضوي ، موضوع الإخطار مطابقة جزئياً للدستور وتعاد صياغتها كالآتي :

المادة 11 : " مع مراعاة أحكام المادة 181 (الفقرة الثانية) من الدستور ، ينتخب رئيس المجلس الشعبي الوطني ورئيس مجلس الأمة وفقاً لأحكام المادة 114 من الدستور " .

وأصبحت المادة 11 المعيبة مطابقة للدستور بعد أن أحدث عليها المجلس الدستوري تعديلا بالإضافة، حيث أضاف شطر جملة مع مراعاة أحكام المادة 181 (الفقرة الثانية) من الدستور "الى نص المادة " ينتخب رئيس المجلس الشعبي الوطني ورئيس مجلس الأمة وفقا لأحكام المادة 114 من الدستور".

ب- التحفظات التركيبية الاستبدالية

يقوم المجلس الدستوري بمقتضى التحفظات التركيبية الاستبدالية بإعطاء معنى آخر للنص القانوني، فيستبدل لمعناه بمعنى آخر، ويقوم بإحلال تفسيره محل تفسير المشروع¹⁸.

وقد استعمل المجلس الدستوري هذا النوع من التفاسير من أول قرار له في 20 أوت 1989، حيث قال "نظرا لأن المشروع عندما نص على أن الأشخاص الذين يمارسون الوظائف المذكورة في المادتين 82 و85 من قانون الانتخابات، غير قابلين للانتخاب من المجالس البلدية، والمجلس الشعبي الوطني، كان يقصد منهم من الترشح لمهمة انتخابية مدة ممارستهم مهامهم طوال سنة واحدة بعد إنهاء مهامهم، ومن تقديم ترشحهم لمهمة انتخابية في دائرة الاختصاص الأخيرة التي مارسوا وظائفهم فيها

والقول بمقتضى أية قراءة أخرى تفضي الى توسيع هذا المطلب الأخير الى كل دوائر الاختصاص التي سبق لهم أن مارسوا فيها وظائفهم، قول تمييزي لا يستند الى أساس، وبعد هذا التحفظ، يتبين أن أحكام المادتين 82 و85 المذكورتين لا مساس لهما بأي حكم دستوري." وقد ورد في منطوق رأي المجلس الدستوري.

"تحت التحفظات المعبر عنها أعلاه يصرح بأن المواد 82 و85 من قانون الانتخابات، مطابقة للدستور"¹⁹.

وعليه، فالمجلس الدستوري اختار من بين التفاسير الممكنة ذلك الذي لا يتعارض مع الدستور، فاعتبر أن عدم القابلية للانتخاب في المجالس الشعبية البلدية والمجلس الشعبي الوطني بالنسبة لأصحاب الوظائف المذكورة في القانون، أثناء ممارستهم مهامهم وطوال سنة واحدة بعد انتهاء مهامهم يقتصر على دائرة الاختصاص الأخيرة التي مارسوا فيها وظائفهم.

اعتبر المجلس الدستوري هذا التفسير الذي قدمه الوحيد المطابق للدستور، كما استعمل هذه التقنية في رأيه المتعلق بمدى مطابقة القانون العضوي المتعلق بالإعلام للدستور، حيث صرح:

فيما يخص المادة 45 من القانون العضوي موضوع الإخطار والمحرة كالتالي: " يحدد سير سلطة ضبط الصحافة المكتوبة وتنظيمها بموجب أحكام داخلية تنشر في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية".

اعتبارا أن المشروع العضوي حدد صلاحيات سلطة ضبط الصحافة المكتوبة كسلطة مستقلة تتمتع بالشخصية المعنوية وفق أحكام المادة 40 من هذا القانون العضوي.

واعتبارا أنه خول لها الحق في تحديد قواعد سيرها وتنظيمها بموجب أحكام داخلية دون توضيح طبيعة هذه الأحكام.

واعتباراً أنه إذا كان المشرع يقصد بذلك تحديد قواعد سير وتنظيم سلطة الصحافة المكتوبة في نظام داخلي لا يتضمن عند إعداده أحكاماً تمس بصلاحيات مؤسسات أو سلطات أخرى، ولا يتطلب تطبيقه إقحام هذه الأخيرة أو تدخلها، ففي هذه الحالة وبالنظر إلى المبدأ الدستوري القاضي بتوزيع الاختصاصات تعد هذا المادة مطابقة للدستور شريطة مراعاة التحفظ²⁰.

المطلب الثالث: التحفظات التوجيهية أو الأمرة: *interprétation directives ou injonctives*

يقصد بالتحفظات التوجيهية تلك التعليمات أو الأوامر التي يوجهها المجلس الدستوري إلى الهيئات العمومية لكي تتمكن من تطبيق النص الذي صرح المجلس الدستوري على نحو ما بينه، يضمن المجلس الدستوري بهذه الطريقة أن النص سيبقى في الإطار الدستوري كما يقيد السلطة التقديرية للأجهزة المكلفة بتطبيق القانون، ويهدف المجلس الدستوري من تقنية قرارات المطابقة بتحفظ تفسيري توجيهي إلى رسم المسار الذي يتعين إتباعه من قبل السلطات المكلفة بتطبيق القانون المصريح بمطابقته للدستور بتحفظ²¹.

أ- التفسير الأمر الموجهة للمشرع

لتفادي توقيع جزاء الإلغاء، يوجه المجلس الدستوري بمقتضى التفسير التوجيهي أمراً إلى المشرع لتعديل النص القانوني، فلا يصرح المجلس الدستوري بعدم مطابقة القانون للدستور، بل يصرح بدستوريته بشرط مراعاة تلك التوجيهات ويقدم المجلس الدستوري عدة أنواع من التوجيهات أو الأوامر إلى المشرع تختلف من حيث غايتها تتمثل في الآتي:

1- التفسير التوجيهية التي تفرض على المشرع احترام مبدأ عام

فقد يكون محتوى تفسير توجيهي معين دعوة المجلس الدستوري المشرع إلى احترام مبدأ أو مبادئ دستورية عامة²² حيث أعاب المجلس الدستوري في رأي الصادر في 6 مارس 1997 على المشرع العضوي تقييده لحق إنشاء الأحزاب السياسية حيث صرح "واعتبار أن الفقرة الثانية من المادة 42 من الدستور قد وضعت القيود والتي يتعين الالتزام بها من ممارسة حق إنشاء الأحزاب السياسية والتي لا تمت بأي صلة للشروط المذكورة أعلاه". ودعا المجلس الدستوري المشرع إلى تأدية دوره في مجال تطبيق المبدأ الدستوري وبين له كيفية القيام بذلك "واعتباراً أن دور القانون هو تطبيق مبدأ الدستور بالنص على إجراءات وكيفية ممارسة وليس تقليصه أو إفراغه من محتواه بفرض قيوداً عليه"²³.

كما فرض المجلس الدستوري على المشرع الالتزام بأحكام الدستور التي تمنع التمييز، وأن يهدف تدخله إلى ضمان ممارسة فعلية للحق أو الحرية المعترف بها دستورياً. "واعتباراً أن الالتزامات والواجبات الأخرى، التي يمكن للمشرع أن يقررها لإنشاء أحزاب سياسية كما تنص عليه الفقرة الأخيرة من المادة 42 من الدستور، لا يمكن بأي حال من الأحوال أن تقرر على ما منعه الدستور صراحة من تمييز، بل أن تدخل المشرع خاصة في مجال الحقوق والحريات الفردية والجماعية يجب أن يهدف إلى ضمان ممارسة فعلية للحق أو الحرية المعترف بها دستورياً.

"واعتبارا أن الحريات الأساسية وحقوق الإنسان والمواطن يضمنها الدستور سيما المادة 32 منه ، التي تعتبرها تراثا مشتركا بين جميع الجزائريين والجزائريات واجههم أن ينقلوه من جيل الى آخر كي يحافظوا على سلامته وعدم انتهاك حرمة".

(2)- التفاسير التوجيهية التي تدعو المشرع الى ملء فراغ تشريعي

قد يطلب المجلس الدستوري من المشرع ملء الفراغ الموجود في التشريع لأن من شأنه أو النقص أن يجعل التشريع غير دستوري أو غير مطابق للدستور ، ولكي يتفادى المجلس الدستوري النطق بعدم الدستورية يأمر المشرع بتكملة فقط النقص الموجود في هذا التشريع²⁴.

حيث جاء في القرار الأول للمجلس الدستوري المؤرخ في : 20 أوت 1989 : " غير أن المجلس الدستوري، يلاحظ على أية حال أن نص القانون الذي عرض عليه خال من كل شرط من شروط عدم القابلية لانتخاب المجلس الشعبي الولائي ، وما هذا إلا نتيجة إغفال ، لأنه في الحالة العكسية يفرض تحليله الى تمييز بالمقارنة مع ما هو مشروط في المترشحين للمجالس الشعبية الأخرى"²⁵. وصرح المجلس الدستوري بمطابقة هذا النص بشرط مراعاة هذا التحفظ ، بملء الفراغ الذي تركه المشرع والذي اعتبره المجلس مجرد إغفال : حيث جاء فيه

"تحت طائلة التحفظات المعبر عنها أعلاه ، يصرح بأن المواد من قانون الانتخابات مطابقة للدستور".

اعتبر المجلس الدستوري أحكام القانون العضوي المعدل والمتمم للأمر المتضمن القانون العضوي المتعلق بنظام الانتخابات ناقصة لأنها جاءت خالية من أي حكم جزائي في حالة استعمال القوائم الانتخابية لغير الأهداف التي قررها القانون العضوي من جهة ولم تنص من جهة أخرى تلك الأحكام عن شروط وكيفية ومجال استعمال تلك القوائم : " واعتبارا أن المشرع لم يضمن القانون العضوي موضوع الإخطار أحكاما جزائية لمعاقبة استعمال المعلومات الخاصة بالناخبين ، لأهداف جزائية غير تلك المقررة بموجب القانون العضوي المتعلق بنظام الانتخابات ، ولم يضبط شروط ومجال وكيفيات استعمال القوائم الانتخابية ، واعتبارا بالنتيجة ، فانه شريطة مراعاة هذا التحفظ ، تكون الفقرة الثالثة من المادة 4 من القانون العضوي موضوع الإخطار غير مخالفة لأحكام الدستور"

اعتبر المجلس الدستوري أن تلك الأحكام مطابقة للدستور شريطة أخذ المشرع بعين الاعتبار التحفظ الذي أبداه".

(3)- التفاسير التوجيهية التي تحدد مضمون نظام داخلي مستقبلي

عندما يحيل المشرع العادي أو العضوي تنظيم مسألة معينة الى النظام الداخلي لأحدى الغرفتين أو لكليهما يقدم المجلس الدستوري توجيهات يتعين على الغرفتين أخذها بعين الاعتبار عند إعداد كل منهما لنظامها الداخلي مستقبلا .

حيث جاء في رأي المجلس الدستوري المؤرخ في : 13 جانفي 2001 بشأن المادة 28 من القانون الأساسي لعضو البرلمان التي تنص "يمكن عضو البرلمان من جميع الوسائل الضرورية لأدائه مهمته ، يحدد النظام الداخلي لكل من الغرفتين هذه الوسائل".

اعتبارا أن المشرع أقر بموجب هذه المادة تمكين عضو البرلمان من جميع الوسائل الضرورية لأداء مهمته وأحال تحديدها على النظام الداخلي لكل من الغرفتين .

واعتبارا أنه إذا كان من صلاحية المشرع تقدير الوسائل المادية الضرورية التي يحتاجها عضو البرلمان لأداء مهمته البرلمانية ، فإنه بالمقابل يتعين عليه أن تكون تلك الوسائل بما في ذلك فتح أمانة لا تخالف أحكام المادة 105 والفقرة الثانية من المادة 115 من الدستور .

أكد المجلس الدستوري في منطوق رأيه على ضرورة احترام التوجيهات التي قدمها ، فاعتبر المادة المذكورة دستورية بشرط مراعاة تلك التوجيهات:

"القول أن المادة 28 دستورية شريطة مراعاة التحفظات المشار إليها أعلاه"²⁶.

ب- التفسيرات التوجيهية المقدمة للهيئات العمومية الأخرى

قد يوجه المجلس الدستوري تفسيرات توجيهية أو أمرة بمقتضى آرائه وقراراته الى هيئات عمومية أخرى غير البرلمان كالحكومة أو الهيئات الإدارية أو القضائية ، يفسر ويبين المجلس الدستوري ويدعو بمقتضى هذه التفسيرات تلك الهيئات الى تنفيذ أو تطبيق القانون بطريقة مطابقة للدستور²⁷.

ويتمثل التفسير الوحيد الذي يمكن إدراجه ضمن التفسيرات التوجيهية في إطار اجتهاد المجلس الدستوري الجزائري في ذلك التفسير الذي وجهه الى الهيئات التنفيذية والهيئات القضائية والمتمثل في ضرورة نشر الاتفاقيات الدولية بعد مصادقة الجزائر عليها ، رغم أن الدستور لم ينص على إجراء النشر هذا، وفي ضرورة تطبيق القاضي لتلك الاتفاقيات : من ذلك قوله "ونظرا لكون أي اتفاقية بعد المصادقة عليها ونشرها ، تندرج في القانون الوطني وتكتسب بمقتضى المادة 123 من الدستور مرتبة تسمو على القوانين وتخول كل مواطن جزائري أن يتذرع بها أمام الجهات القضائية"²⁸.

خاتمة

ما يمكن قوله في الأخير أنه لا يوجد أثرا لهذه التفسيرات التي يلجأ إليها المجلس الدستوري ، لا في الدستور ولا في النظام المحدد لقواعد عمل المجلس الدستوري ، وهذا على غرار المجلس الدستوري الفرنسي الذي يستعملها أيضا في غياب نص دستوري. وعليه فتطرح التحفظات التفسيرية إشكالية الأساس القانوني لها .

ومن جهته، يجد الفقه الفرنسي الأساس القانوني للتفسيرات المطابقة في الوظيفة التي يقوم بها المجلس الدستوري في إطار ممارسته للرقابة على دستورية القوانين حيث يقيم المجلس الدستوري علاقة مقارنة دستورية بين قاعدة أدنى وقاعدة أسمى وعندما يقيم المجلس الدستوري هذه العلاقة، فإنه يستعمل إجراء

يستعمله كل قاضي يقوم بتطبيق القانون على واقعة معينة للفصل في النزاع ، فاستعمال هذه الطريقة القضائية يؤدي حتما الى التفسير ، إذ يعد التفسير عملية فكرية مرتبطة بوظيفة المجلس الدستوري ووسيلة ضرورية لممارسة الرقابة حيث يرى الفقيه Kelsen أنه إذا كان على كل جهاز قانوني مكلف بتطبيق القانون تفسير القواعد التي هو مكلف بتطبيقها، فإن التفسير إذن هو مجموعة من العمليات الفكرية التي تصاحب بالضرورة عمليات تطبيق القانون في تدرجه من المرتبة الأعلى الى المرتبة الأدنى.

فالأصل أنه يجب قبل أن يشرع الجهاز المكلف بتطبيق نص قانوني، أن يحدد أولا معنى النص أي محتوى هذه القاعدة قبل تطبيقها فكل نص قانوني غامض يحتمل العديد من المعاني ، فيختار الجهاز المكلف بتطبيق النص القانوني ، معنى من بين هذه المعاني وفي هذا الاختيار تكمن عملية التفسير. وترتبط عملية التفسير إذن بعلمية تطبيق القانون، غير أن التفاسير المطابقة تبقى تطرح إشكالية فيما يخص قيمتها القانونية.

فرغم أن المجلس الدستوري الفرنسي لا يعيد التفاسير المطابقة في منطوق قراراته وإنما يكتفي بإدراجها في الأسباب ، إلا أن التفاسير المطابقة الواردة في أسباب القرار تتمتع بنفس القوة الإلزامية التي يتمتع بها منطوق القرار ولقد أكد المجلس الدستوري الفرنسي على ذلك في قراره المؤرخ في 16 جانفي 1962 إذ جاء فيه أن القوة الإلزامية لقرارات المجلس لا تشمل فقط منطوق القرارات ، إنما تمتد أيضا الى الأسباب التي تشكل دعما ضروريا وتشكل أساسا لهذه القرارات حيث يعتبر المجلس الدستوري الفرنسي ، أن التفاسير المطابقة على غرار منطوق القرار تستمد قوتها الإلزامية من المادة 62 من الدستور التي تنص على أنه لا يمكن أن يتم إصدار أو وضع حيز التطبيق الحكم الذي يصرح بعدم دستوريته ، ويذهب المجلس الدستوري الفرنسي أحيانا الى حد إدراج هذه التفاسير ضمن منطوق القرار ذاته للتأكيد على طابعها الإلزامي كما أن لهذه التفاسير طابعا إلزاميا وقانوني ، فهي جزء لا يتجزأ من القانون فهذه التفاسير هي التي تتحكم في صحة هذا القانون ، فالتفسير إذن ما هو إلا وسيلة تسمح للمجلس الدستوري التصريح بصحة القانون بالنظر الى الدستور ، فبدون التفسير الذي يعطيه المجلس الدستوري للقانون لا يمكن أن يتم إصدار النص القانوني ودخوله حيز النفاذ ، وبالتالي فهذه التفاسير نفس الطابع الإلزامي للقانون ذاته.

وقد جانبه المجلس الدستوري الجزائري على إعادة التحفظات التفسيرية التي أبداها في اعتبارات الرأي أو القرار في منطوق هذا الأخير ، كما أنه وجد سنداً وأساساً دستوريا لاختصاصه في تفسير الدستور المتمثل في الفقرة الأولى من المادة 163 من الدستور منذ عام 2000 فتمتع بذلك التحفظات التفسيرية التي يبدها المجلس الدستوري بقوة قانونية ملزمة .

الهامش:

- ¹. عصمان سليمان، اشكاليات الرقابة على دستورية القوانين ، مجلة المجلس الدستوري اللبناني ، الكتاب السنوي 2012 ، المجلد 06 ، ص 50
- ². رفض المجلس الدستوري الاخطار الوارد من قبل رئيس مجلس الأمة بهذا الشأن ، معتبرا أن رئيس الجمهورية هو المختص الوحيد في طلب مثل هذا التفسير باعتباره حامي الدستور ، محمد بجاوي ، المجلس الدستوري ، صلاحيات ... انجازات ... وأفاق ، مجلة الفكر البرلماني ، العدد الخامس 2004 ، ص 40 .
- ³. مذكرة تفسيرية لأحكام الدستور المتعلقة بالتجديد الجزئي الأول لأعضاء مجلس الأمة المعنيين ، أحكام الفقه الدستوري الجزائري رقم : 2000/05 ، ص 34 وما يليها .
- ⁴ - louis Favoreu, le droit constitutionnel, jurisprudentiel, R.D.P 1989. P 418
- ⁵ - Guillaume DRAGO contentieux constitutionnel François 2^{ème} édition P.U.F, Paris, 2006 P 534
- ⁶ - Guillaume DRAGO l'exécution des décisions du conseil constitutionnel, l'effectivité du contrôle de la constitutionnalité des lois, economica, Paris, phrases universitaire générale de l'état 3^{ème} édition, Paris 1981, 329
- ⁷ - نبالي فطة : دور المجلس الدستوري في حماية الحقوق والحريات العامة ، مجال محدود ، وحول محدود ، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق جامعة مولود معمري ، تيزي وزو ، 2010 ، ص 329
- ⁸ - Guillaume DRAGO l'exécution des décisions du conseil constitutionnel, l'effectivité du contrôle de la constitutionnalité des lois ; OP.CIT P 330
- ⁹ -- Franck moderne, la déclaration de conformité sous réserve, le conseil constitutionnel et les partis politiques, journée d'études du 19 mars 1987, dirigé par louis farroren, presses d'Aix-Marseille, Aix- en Provence, economica, Paris 1988 , P 100, Dominique Rousseau, Droit du contentieux constitutionnel 3^{ème} édition Manchester , Paris 1993 p 330
- ¹⁰. للاستزادة أنظر، نبالي فطة : دور المجلس الدستوري في حماية الحقوق والحريات العامة مجال ممدود وحول محدود ، المرجع السابق ص 31
- ¹¹. رأي رقم : 03 / ف . ن . د - م د - 89- أحكام الفقه الدستوري الجزائري رقم : 2000-05 ، ص 25- 26 .
- ¹². رأي رقم : 08/رق.ق.ع/م.د/99 أحكام الفقه الدستوري الجزائري مرجع السابق ص 143
- ¹³ - Décision N° 82-142 DC du 27 Juillet 1892, loi portant réforme de la planification
- ¹⁴ - yelles chaouche bachir, le conseil constitutionnel en Algérie, office des publications universitaires, Alger, 1949 P 15
- ¹⁵ - نبالي فطة ، دور المجلس الدستوري في حماية الحقوق والحريات العامة ، المرجع السابق ص 134 .
- ¹⁶. قرار رقم 2 - ق - ق - م د - 89 مؤرخ في 28 محرم عام 1410 الموافق 30 أوت سنة 1989 ، يتعلق بالقانون الأساسي للنائب
- ¹⁷ - yelles chaowche bachir, le conseil constitutionnel en Algérie OP cit P 158
- ¹⁸ - IBID , P 153
- ¹⁹ - للاستزادة أنظر ، نبالي فطة ، دور المجلس الدستوري في حماية الحقوق والحريات العامة ، المرجع السابق ص 336
- ²⁰. الرأي رقم 06/رق.ق.ع/م.د/98 أحكام الفقه الدستوري الجزائري المرجع السابق ص.31
- ²¹ - رأي رقم 08/رق.ق.ع / م.د/99 مؤرخ في 05 ذو القعدة عام 1419 الموافق 21 فبراير سنة 1999 يتعلق بمراقبة مطابقة القانون العضوي الذي يحدد تنظيم المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة، وعملهما، وكذا العلاقات الوظيفية بينهما وبين الحكومة للدستور.
- ²² - نبالي فطة ، دور المجلس الدستوري في حماية الحقوق والحريات العامة ، المرجع السابق ص 338
- ²³. قرار رقم 1 - ق - ق - م د - مؤرخ في 18 محرم عام 1410 الموافق 20 غشت سنة 1989 يتعلق بقانون الانتخابات
- ²⁴. رأي رقم 02 / ر . م . د / 12 المؤرخ في 14 صفر 1433 عام الموافق 08 يناير سنة 2012 ، يتعلق بمراقبة مطابقة القانون العضوي المتعلق بالإعلام، للدستور.

²⁵. نبالي فطة ، دور المجلس الدستوري في حماية الحقوق والحريات العامة ، المرجع السابق ص 341

²⁶. انظر نباتلي فطة ، المرجع السابق ص 342

²⁷. رأي رقم 01 ر.أ.ق عض / م.د المؤرخ في 27 شوال عام 1417 الموافق 6 مارس سنة 1997. يتعلق بمراقبة مطابقة الأمر المتضمن القانون

العضوي المتعلق بالأحزاب السياسية للدستور..

²⁸. نبالي فطة ، دور المجلس الدستوري في حماية الحقوق والحريات العامة ، المرجع السابق ص 343.

المؤسسات الصغيرة والمتوسطة ودورها في التشغيل وخلق فرص العمل -ولاية أدرار نموذجا-

د. يامنة إبراهيم

أستاذ محاضر قسم "أ" جامعة أحمد دراية- أدرار، الجزائر

د. عوماري عائشة

أستاذة متعاقدة جامعة أحمد دراية- أدرار، الجزائر

ملخص:

إن الاهتمام بسياسة التشغيل وتطبيقها على أرض الواقع يعتبر كن أهم التحديات التي تواجه الجزائر في الوقت الراهن، خاصة وأن الجزائر تعاني من فائض في الطلب عن العرض وذلك راجع لأن المجتمع الجزائري مجتمع فتي أغلبه من الطبقة الشابة، ولتصدي ظاهرة البطالة سعت الدولة إلى انتهاز سياسة واضحة لتشغيل طالبي العمل فأنشأت عدة برامج وهيئات تساعد الشباب على الحصول على مناصب شغل وخلق مناصب أخرى من خلال المساعدة والمرافقة في إنشاء مؤسسات صغيرة ومتوسطة في مختلف القطاعات، ومن خلال دراستنا وباستخدام البرنامج الإحصائي Eviews 9، توصلنا إلى أن إن تعدد الهيئات الداعمة لسياسة التشغيل في الجزائر شجع حاملي المشاريع للخوض في هذه التجربة من خلال التقرب لإحدى الهيئات التي تقدم لهم الدعم الذي يناسب إمكانياتهم، كما توصلنا أن المؤسسات الصغيرة والمتوسطة تخلق مناصب شغل أكثر من المؤسسات الكبيرة التي تعتمد على الآلات والتكنولوجيا الحديثة.

الكلمات المفتاحية: المؤسسات الصغيرة والمتوسطة؛ سياسة التشغيل؛ مناصب شغل.

Abstract:

The attention to the operational policy and its application on the ground is considered one of the most important challenges facing Algeria today, especially since Algeria suffers from excess demand for supply, because the Algerian society is a young society mostly from the young class. To address the phenomenon of unemployment, In order to activate the jobseekers, we have established several programs and bodies that help young people to obtain jobs and create other positions by assisting and accompanying the establishment of small and medium enterprises in various sectors. Through our study and using the Eviews 9 program, Employment in Algeria Encouraged project owners to engage in this experience by getting closer to one of the organizations that provide them with the support that suits their potential. We also found that SMEs create jobs more than large institutions that depend on machinery and modern technology.

Keywords: SMEs, employment policy, employment positions.

مقدمة:

لقد أولت العديد من الدول المتقدمة منها أو النامية الاهتمام بالمؤسسات الصغيرة والمتوسطة نظرا للخصائص والمميزات التي تنفرد بها عن باقي المؤسسات الأخرى، هذا ما جعلها تستقطب أنظار معظم الاقتصاديات الكبرى نتيجة النتائج التي توصلت إليها من خلال بلوغ وتحقيق الأهداف الاقتصادية والاجتماعية بأقل تكاليف مقارنة بالمؤسسات الكبرى.

وتتمثل سياسة التشغيل في مختلف التدابير والآليات التي تعتمدها الدولة في سبيل استحداث مناصب شغل، من خلال إنشاء مؤسسات تهدف لتحقيق التنمية المحلية من خلال توفير مناصب عمل دائمة أو مؤقتة. وتتمثل الاشكالية الرئيسية للبحث في:

كيف تساهم المؤسسات الصغيرة والمتوسطة في تطبيق سياسة التشغيل في ولاية أدرار؟

أهمية الدراسة: يسعى البحث إلى معرفة أهم الآليات التي تتبعها الدولة لتحقيق مناصب شغل كما يهدف إلى توضيح دور المؤسسات الصغيرة والمتوسطة كوسيلة لتحقيق سياسة التشغيل.

المنهج المتبع: اتبعنا المنهج الوصفي للدراسة النظرية والمنهج التحليلي من خلال استخدام البرنامج الاحصائي Eviews 9، للدراسة التطبيقية.

تقسيمات الدراسة: قسمنا الدراسة إلى ثلاث محاور هي:

المحور الأول: المؤسسات الصغيرة والمتوسطة

المحور الثاني: سياسة التشغيل في الجزائر.

المحور الثالث: واقع المؤسسات الصغيرة والمتوسطة في خلق مناصب شغل في ولاية أدرار

المحور الأول: المؤسسات الصغيرة والمتوسطة

خلال العشر سنوات التي أعقبت الحرب العالمية الثانية، كان الفكر الاقتصادي آنذاك يركز الاهتمام على المؤسسات الكبيرة لما لها من تأثير على الاقتصاد السلمي، غير أن هذا الفكر تراجع مع بداية ظهور مشاكل في المؤسسات الكبيرة خاصة في المجال التقني، التنظيمي، التجاري، والبشري. وهذا ما أدى إلى تجزئة هذه المؤسسات إلى وحدات اقتصادية صغيرة الحجم.¹

حيث انتشرت المؤسسات الصغيرة والمتوسطة في جميع دول العالم، وزاد الاهتمام بها لما تقدمه من فرص عمل وزيادة التنمية على الصعيد الفردي والوطني.

وانتشرت هذه المؤسسات بشكل كبير في الولايات المتحدة الأمريكية وكندا بسبب التوجه الليبرالي لهذه المنطقة.²

معايير تعريف المؤسسات الصغيرة والمتوسطة:

اختلف العلماء والكتاب في تعريف المؤسسات الصغيرة والمتوسطة، وذلك بسبب الاختلاف في تعريف مفهوم الحجم، وقد تم تعريفها بالاستناد إلى المعايير التالية:

المعايير الكمية: يخضع تعريف المؤسسات الصغيرة والمتوسطة لعدة معايير كمية نذكر أهمها:³

✓ تحديد عدد العاملين؛

✓ قيمة الاستثمارات؛

✓ حجم المبيعات.

ورغم كثرة هذه المعايير إلا أن أكثرها استخداماً هو معيار العمالة ومعيار رأس المال.

المعايير النوعية: تهدف هذه المعايير إلى توضيح الفروقات بين المؤسسات الصغيرة والمتوسطة وباقي المؤسسات الاقتصادية الأخرى، وأهمها:⁴

✓ الاستقلالية؛

✓ الملكية؛

✓ الحصة السوقية؛

✓ محلية النشاط.

تعريف المؤسسات الصغيرة والمتوسطة:

التعريف العام: تعرف المؤسسات الصغيرة والمتوسطة على أنها المؤسسات التي تستخدم عدداً قليلاً من العاملين وتدار من قبل المالكين وتخدم السوق المحلية.⁵

فحسب الدراسة التي قامت بها منظمة العمل الدولية والمتعلقة بالمؤسسات الصغيرة والمتوسطة أنه يوجد أكثر من 25 تعريفاً مختلفاً في 25 بلداً أجريت فيه الدراسة،⁶ ومن أبرز التعاريف الخاصة بالمؤسسات الصغيرة والمتوسطة في بعض الدول نذكر منها:

تعريف البنك الدولي: يعرف البنك الدولي للإنشاء والتعمير (BIRD) المؤسسات الصغيرة بأنها تلك المؤسسات التي توظف 50 عامل على الأكثر، ورأس مالها أقل من 500 ألف دولار، بعد استبعاد الأراضي والمباني.⁷

تعريف الاتحاد الأوروبي: لقد تطورت التعاريف التي قدمتها اللجنة الأوروبية، فحسب التعريف الجديد الصادر في 01 جانفي 2005 تصنف المؤسسات الصغيرة والمتوسطة حسب الجدول التالي:⁸

جدول 01: تصنيف المؤسسات الصغيرة والمتوسطة حسب الاتحاد الأوروبي

طبيعة المؤسسة	عدد العمال	رقم الأعمال (مليون أورو)	الحصيلة السنوية
مؤسسة مصغرة	من 01-09 عمال	أقل من 02	أقل من 02 (مليون أورو)
مؤسسة صغيرة	من 10 – 49 عامل	أقل من 10	أقل من 10 (مليون أورو)
مؤسسة متوسطة	من 50 – 250 عامل	أقل من 50	أقل من 43 (مليون أورو)

المصدر: المرجع نفسه، ص: 24

تعريف الجزائر: فحسب القانون التوجيهي المتضمن ترقية المؤسسات الصغيرة والمتوسطة، وحسب المادة 04 منه تعرف المؤسسات الصغيرة والمتوسطة، مهما كانت طبيعتها القانونية بأنها مؤسسة إنتاج السلع و/أو الخدمات:⁹

- تشغل من 01 إلى 250 عامل؛

- لا يتجاوز رقم أعمالها السنوي 02 مليار دينار أو لا يتجاوز مجموع حصيلتها السنوية 500 مليار دينار؛
- تستوفي معايير الاستقلالية.

فحسب المواد 05، 06، 07 من نفس القانون يمكن تلخيص تصنيف المؤسسات في الجزائر إلى 03 تصنيفات

جدول 02: تصنيف المؤسسات الصغيرة والمتوسطة في الجزائر

نوع المؤسسة	عدد العمال	رقم الأعمال السنوي (مليون دينار)	الحصيلة السنوية (مليون دينار)
مؤسسة مصغرة	من 01 إلى 09 عمال	20	10
مؤسسة صغيرة	من 10 إلى 49 عامل	200	100
مؤسسة متوسطة	من 50 إلى 250 عامل	من 200 إلى 2000	من 100 إلى 500

المصدر: من إعداد الباحث بالاعتماد على القانون التوجيهي لترقية المؤسسات الصغيرة والمتوسطة يساعد هذا التصنيف الدولة في عدة مجالات وهي:¹⁰

- إعداد برامج المساعدة والدعم لصالح هذه المؤسسات؛
 - إعداد ومعالجة الإحصائيات المتعلقة بالقطاع؛
 - تشجيع بروز محيط اقتصادي لتطويرها وترقيتها؛
 - ترقية وتصدير السلع والخدمات التي تنتجها المؤسسات الصغيرة والمتوسطة.
- ومن خلال التعاريف السابقة نلاحظ أن معظم الدول اعتمدت في تعريفها للمؤسسات الصغيرة والمتوسطة على معياري العمالة ورأس المال (حجم الاستثمار).

المحور الثاني: سياسة التشغيل في الجزائر

تعتبر سياسة التشغيل جزء من سياسات التنمية الاقتصادية والاجتماعية في البلاد، باعتبار أنها توفر فرص عمل للمواطنين مما ينعكس على القدرة الشرائية لهم.

وتعرف سياسة التشغيل علة أنها مجموعة من التشريعات والقرارات الحكومية والاتفاقيات الثلاثية الأطراف (الحكومة، أصحاب الأعمال، العمال) الهادفة إلى التنظيم ووضع الضوابط والمعايير لأداء سوق العمل، كما أنها منهج يتمثل في مجموعة من البرامج التي تحددها السلطات المختصة في مجال الاستفادة القصوى من الطاقة البشرية.¹¹

1- الأبعاد الرئيسية لسياسة التشغيل: هناك عدة أبعاد لسياسة التشغيل، أهمها الأبعاد التي لها تأثير مباشر على المجتمع، وهي:

أ. البعد الاجتماعي: تسعى سياسة التشغيل للقضاء على مختلف الآفات الاجتماعية الناتجة عن البطالة، كما تسعى إلى توفير عمل ملائم يحفظ كرامة المواطن؛

ب. البعد الإقتصادي: يركز على استثمار رأس المال البشري؛ أي استغلال القدرات الانتاجية للأفراد من أجل خلق الثروة الاقتصادية عن طريق توظيفها في مختلف المجالات مما يسمح باحداث تنمية اقتصادية واجتماعية مستدامة؛¹²

ج. البعد التنظيمي والهيكلية: يقصد به مشتركة جميع الجهات ذات العلاقة في إتخاذ قرارات جماعية، خصوصاً في مجال تخطيط التنمية المستدامة ووضع السياسات الخاصة بالتشغيل وتنفيذها.¹³

3- الهيئات الداعمة للمؤسسات الصغيرة والمتوسطة لتحقيق سياسة التشغيل من خلال توفير مناصب شغل: يمكن حصرها في الجدول التالي:

الجدول رقم:

الجدول رقم 03: الهيئات الداعمة لسياسة التشغيل في الجزائر

الهيئات	المهام	الفئات المستهدفة	قانون إنشائها
الوكالة الوطنية لدعم تشغيل الشباب ANSEJ	تدعيم وتقديم الاستشارات والامتيازات الجبائية وترافق الشباب ذوي المشاريع في إطار تطبيق مشاريعهم الاستثمارية.	الشباب من سن 19 الى غاية 35 سنة	المرسوم التنفيذي رقم 296-96 المؤرخ في 08 سبتمبر 1996
الصندوق الوطني للتأمين عن البطالة Cnac	دعم ومرافقة الأنشطة المنشأة من طرف العاطلين والمسرحين من العمل	العاطلين عن العمل الذين يتراوح سنهم من 35 إلى 55 سنة	القانون رقم 188-94 المؤرخ في 06 جويلية 1994
الوكالة الوطنية لتسيير القرض المصغر Angem	تسيير جهاز القرض المصغر وفق التشريع المعمول به	النساء العاملات في المنازل، الحرفيين الصغار، المستفيدين من الشبكة الاجتماعية	المرسوم التنفيذي رقم 14-04 المؤرخ في 22 جانفي 2004
الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار andi	تقديم الامتيازات الجبائية	كل المستثمرين بدون استثناء	الأمر 03-01 المؤرخ في 22 أوت 2001

المصدر: من إعداد الباحثين

المحور الثالث: واقع المؤسسات الصغيرة والمتوسطة في خلق مناصب شغل في ولاية أدرار

يمكن توضيح تطور عدد المؤسسات الصغيرة والمتوسطة في ولاية أدرار من خلال الجدول الموالي:

الجدول 04 : عدد المؤسسات الصغيرة والمتوسطة في ولاية أدرار خلال عشر سنوات الأخيرة

البيان	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017

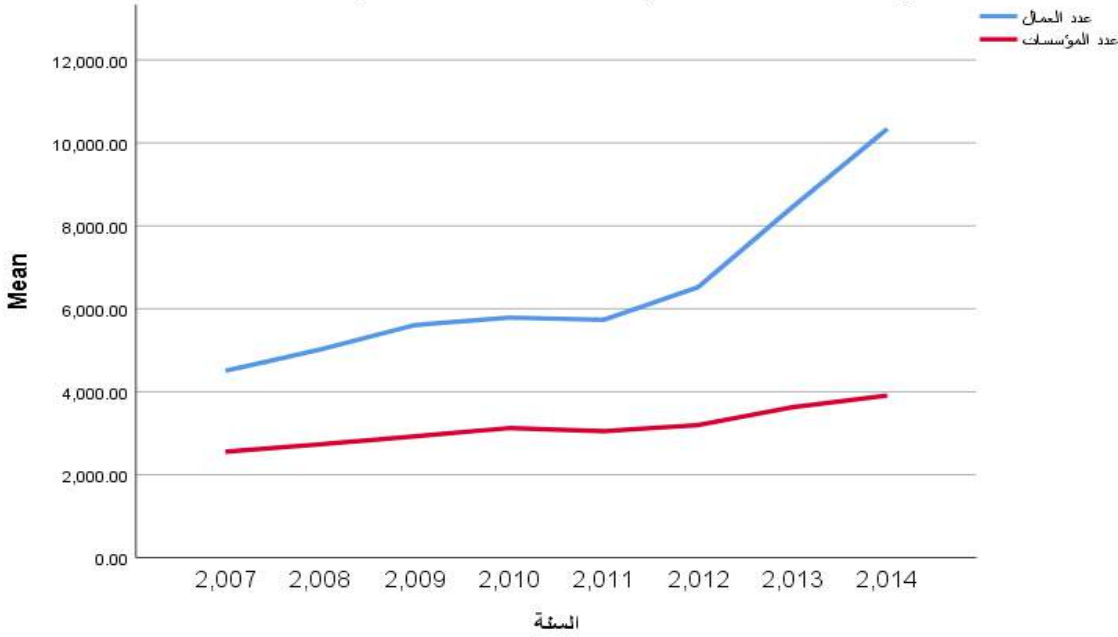
4772	4670	4550	3909	3628	3196	3048	3123	2925	2731	2554	عدد المؤسسات
12700	12821	12191	10339	8458	6521	5733	5787	5606	5016	4503	عدد العمال

المصدر: إحصائيات مديرية الصناعة والمناجم لولاية أدرار

من خلال الجدول أعلاه نلاحظ أن هناك تطور ملحوظ في عدد المؤسسات الصغيرة في ولاية أدرار من سنة إلى أخرى، وهذا ما يوضحه الشكل الموالي:

الشكل (01): تطور المؤسسات الصغيرة والمتوسطة وعدد مناصب الشغل المصح بها.

Multiple Line Mean of عدد العمال, Mean of عدد المؤسسات by السنة...



المصدر: من إعداد الباحثين بالاعتماد على الجدول السابق

من خلال الشكل نلاحظ أن هناك تزايد مستمر في عدد المؤسسات الصغيرة والمتوسطة بنسبة 47%، إلا أن هذه المؤسسات لم تستمر في نشاطها ومنها لم تبدأ فيه وذلك لعدة أسباب:

- ✓ عراقيل إدارية؛
- ✓ سوء التسيير؛
- ✓ عدم تماشي المنتج المقدم أو الخدمة مع متطلبات سكان ولاية أدرار؛
- ✓ سوء التسيير المالي؛

- ✓ صعوبة الحصول على مقر للمؤسسة؛
 - ✓ طول فترة الحصول على المعدات التي تأتي عن طريق الوكالات الداعمة: ansej, angem, cnac.
 - ✓ وغيرها من الأسباب التي تحول دون القيام بالمشروع
- تعد هذه الدراسة محاولة لبناء نموذج قياسي لقياس أثر البرامج التشغيلية التي أطلقتها الدولة ضمن استراتيجيتها في التخفيف من البطالة.

1- بناء نموذج:

ويهدف هذا النموذج إلى دراسة وقياس مدى مساهمة المؤسسات الصغيرة والمتوسطة في تحقيق خلق مناصب الشغل خلال الفترة المدروسة في ولاية أدرار كنموذج عن باقي ولايات الجزائر. يشمل النموذج عدة متغيرات مستقلة تمثل البرامج المعتمدة من طرف الدولة الجزائرية، بينما يعبر المتغير التابع عن عدد الوظائف المنجزة في ولاية أدرار.

الرموز المستخدمة في الدراسة:

EMP: عدد العمال. (المتغير التابع)

ETR: عدد المؤسسات.

2- نتائج التقدير: تم تقدير عدد العمال بدلالة عدد المؤسسات

حيث يفترض أن تكون العلاقة الموجودة بين المتغيرات من الشكل:

$$EMP = F(ETR)$$

ونفترض أن الصيغة الخطية للنموذج من الشكل:

$$EMP = C + B1. ETR + U_i$$

حيث يعبر U_i عن متغير عشوائي (يمثل حد الخطأ وهو يعبر عن تأثيرات العوامل الأخرى غير الواردة في النموذج، حيث أن تباينه ثابت ووسطه الحسابي معدوم).

وقد تم الاعتماد في التقدير على برنامج Eviews 9، واعتماد طريقة المربعات الصغرى في التقدير، مع استثناء المتغيرات التي يثبت أنها لا تؤثر في المتغير التابع.

حيث تظهر نتائج تقدير النموذج الخطي كالتالي:

الشكل (02): نموذج الدراسة

Dependent Variable: EMP

Method: Least Squares

Date: 11/02/17 Time: 20:12

Sample: 2007 2014

Included observations: 8

Variable	Coefficient	Std. Error	t-Statistic	Prob.
C	-6887.292	1220.746	-5.641870	0.0013
ETR	4.263014	0.385462	11.05948	0.0000
R-squared	0.953239	Mean dependent var		6495.375
Adjusted R-squared	0.945446	S.D. dependent var		1951.487
S.E. of regression	455.8068	Akaike info criterion		15.29433
Sum squared resid	1246559.	Schwarz criterion		15.31419
Log likelihood	-59.17733	Hannan-Quinn criter.		15.16038
F-statistic	122.3121	Durbin-Watson stat		0.902641
Prob(F-statistic)	0.000033			

المصدر: من مخرجات 9 Eviews

ووفقاً لمخرجات البرنامج كانت نتائج التقدير كما يلي:

$$EMP = -6887.292 + 4.263014 \cdot ETR$$

قيم T للمتغيرات هي:

5.641870 / 11.05948.

معامل التحديد $R^2 = 0.953239$

عدد المشاهدات $N = 10$.

والجدول رقم (05) يلخص نتائج التقدير:

الجدول (05): نتائج عملية تقدير عدد العمال بدلالة عدد المؤسسات

المعلمة	القيمة المقدرة	t المحسوبة	المعنوية
الثابت	-6887,29	-5,641	0,0013
عدد المؤسسات (etr)	4,26	11,059	0,0000
معامل التحديد R^2 : 0,95			
F المحسوبة: 122,31 ، معنوية (F): 0,0000			
دوربن واتسون (DW): 0,902			

المصدر: من إعداد الباحثة بالاعتماد على مخرجات برنامج 9 Eviews

3- التحليل الإحصائي:

✓ يتضح من النتائج ثبوت معنوية المعلمات المقدره وهي الثابت وعدد المؤسسات وذلك عند مستوى معنوية $\alpha = 0.05$ ؛

✓ ثبوت معنوية النموذج ككل وفقاً لاختبار F وذلك عند مستوى معنوية $\alpha = 0.05$ ؛

✓ كما بلغت قيمة معامل التحديد 95% ، ويشير ذلك الى ارتفاع القدرة التفسيرية للنموذج ككل.

✓ معامل متغير عدد المؤسسات 4,26 ، أي أن الزيادة في عدد المؤسسات بمؤسسة واحدة تؤدي إلى زيادة عدد العمال بـ 4,26 وحدة (عامل).

4- التفسير الاقتصادي:

✓ إن إنشاء مؤسسات صغيرة ومتوسطة يؤدي إلى إمتصاص البطالة بشكل أكثر من المؤسسات الكبيرة لأن المؤسسات الكبيرة تعتمد على التكنولوجيا الحديثة وعلى المعدات والآلات المتطورة أكثر من اليد العاملة، بينما المؤسسات الصغيرة والمتوسطة فهي في الأساس مؤسسات عائلية بدأت في شكلها البسيط وتعتمد على اليد العاملة.

✓ إن تعدد أشكال الدعم الذي تقدمه الدولة لهذه المؤسسات شجع حاملي المشاريع للخوض في هذه التجربة من خلال التقرب لإحدى الهيئات التي تقد لهم الدعم الذي يناسب إمكانياتهم:

— فالشباب يتوجهون إلى الوكالة الوطنية لدعم الشباب

— ماكثات في البين وأصحاب الحرف يتوجهون إلى الوكالة الوطنية للقرض المصغر؛

— البطالين الذين تتراوح أعمارهم ما بين 35-45 يتوجهون لصندوق التأمين على البطالة

— للأشخاص الذين يمتلكون رأس المال وينقصهم التحفيز الجبائي يتوجهون إلى الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار.

✓ إن ولاية أدرار من الولايات التي هي في طور النمو وتحتاج إلى العديد من المشاريع في مختلف الأنشطة للنهوض بالتنمية المحلية، وهذا يعتبر حافز مهم في استقطاب مؤسسات صغيرة ومتوسطة من باقي الولايات.

معوقات المؤسسات الصغيرة والمتوسطة في ولاية أدرار: يمكن تقسيم الصعوبات التي تتعرض لها هذه المؤسسات إلى:

1- صعوبات تسويقية وإنتاجية: وتتمثل في:

✓ إتجاه المؤسسات الصغيرة والمتوسطة إلى القيام بالبيع المباشر وهذا ما يزيد من الأعباء التسويقية؛

✓ تفضيل الجهات الحكومية التعامل مع المؤسسات الكبيرة لاعتبارات متعددة منها: انتظام التوريد؛

✓ إن معظم المواد الخام والمواد الأولية هي مستوردة من الخارج، وبحكم بعد منطقة أدرار عن الميناء هذا ما يجعل تكلفة نقل المواد الأولية للولاية مرتفعة جداً وهو ما يؤدي إلى إرتفاع أسعار المنتجات النهائية؛

- ✓ عدم قيام هذه المؤسسات بالدراسات الفنية والتسويقية فهذا يؤثر على مستوى التكاليف الكلية؛
- ✓ عدم اعتماد المؤسسات الكبيرة على المؤسسات الصغيرة والمتوسطة في إحدى أجزاء سلسلة نشاطها؛
- ✓ عدم وجود أسواق جديدة بسبب تدفق السلع المستوردة؛
- ✓ عدم وجود حماية كافية للمنتج المحلي مقابل نظيرة الأجنبي؛
- ✓ عدم تطوير الاتفاقات التجارية الخارجية؛
- ✓ عدم توفر المواد الأولية بشكل دائم قد يحدث أزمة في المؤسسات، على سبيل المثال: إن نقص مادة غبرة الحليب التي تعرضت لها ولاية أدرار في الأشهر الماضية أدى إلى تعطل مصنع حليب أدرار لمدة شهر تقريبا مع العلم أنه المصنع الوحيد الذي يورد كافة بلديات الولاية.
- 2- صعوبات عقارية: وهي:
- ✓ رغم جهودات الدولة في تقديم تسهيلات الحصول على العقار الموجه للاستثمار، إلا أن هناك العديد من الصعوبات التي تقف في طريق المؤسسات الصغيرة والمتوسطة كطول مدة دراسة الملف والحصول الفعلي على العقار والتي قد تصل إلى سنتين أو 03 سنوات، بالإضافة إلى الرفض غير المبرر من طرف اللجنة؛
- ✓ إن أكبر مشكلة تواجهها المؤسسات الصغيرة والمتوسطة في ولاية أدرار هي تهيئة العقار الصناعي، بحيث تضطر المؤسسة إلى تهيئة العقار على حسابها الخاص كتهيئة الطريق المعبد للعقار، توصيل الماء، الكهرباء وغيرها وهذا ما يحدث خلل في التوازن المالي للمؤسسة، وبالتالي يؤثر على العملية الإنتاجية؛
- 3- صعوبات إدارية: وتشمل:
- ✓ انتشار المحسوبية والرشوة في الإدارات؛
- ✓ هيمنة المؤسسات الكبيرة على السوق المحلي، رغم الجهود التي قامت بها الدولة في هذا المجال، مثال ذلك في ما يخص المؤسسات التي تنشط في مجال أشغال البناء والطرق، فرضت الدولة من خلال قانون الصفقات العمومية أن نسبة 20% من إنجاز المشروع يكون موجه للمؤسسات الصغيرة والمتوسطة و 80 % للمؤسسات الكبيرة، إلا أن هذه النسبة تعتبر ضعيفة جداً؛
- ✓ تعقيدات إجراءات تأسيس مؤسسة خاصة إذا كانت في شكل شركة؛
- ✓ يعتبر التأمين الاجتماعي الذي تفرضه الدولة على صاحب العمل عبئاً كبيراً خاصة في بداية نشاط المؤسسة، إذ يتطلب منه تأمين كافة العمال في المؤسسة؛
- ✓ تكون الضرائب الخاصة بالمحيط البيئي والنتيجة عن النفايات الصناعية عبئاً على المؤسسات الصغيرة والمتوسطة؛
- ✓ غياب الشفافية في مختلف الهيئات الداعمة للمؤسسات الصغيرة والمتوسطة
- ✓ غياب الشفافية في مختلف الهيئات الداعمة للمؤسسات الصغيرة والمتوسطة
- 4- صعوبات مالية: وهي

- ✓ إن معظم المؤسسات الصغيرة والمتوسطة يكون رأسماله صغير مقارنة بالمؤسسات الكبرى، وبالتالي تكون ضماناتها محدودة وهذا ما يؤدي إلى عزوف البنوك على تمويلها لقروض طويلة الأجل؛
- ✓ مشكلة التسيير الإداري البيروقراطي للبنوك؛
- ✓ المركزية في منح القروض الموجهة للمؤسسات المتوسطة والتي تكون على مستوى المديرية العامة في العاصمة؛
- ✓ المركزية في الحصول على التحفيزات المالية من طرف FGAR و ANDPME بسبب عدم وجود مقر لهاته الهيئات على مستوى الولاية.
- 5- صعوبات قانونية وسياسية: وهي تشمل على :
- ✓ عدم استقرار النصوص القانونية، فمن خلال التذبذب السياسي الذي تعيشه الدولة فهذا يؤثر على الترسانة القانونية، بحيث كلما أتى وزير جديد ألغى القوانين السارية المفعول وأصدر قوانين جديدة والتي تكون في غالب الأحيان منافية للقوانين السابقة؛
- ✓ نظرا لسياسة التقشف التي تنتهجها الدولة فقد خنقت الحصار على غياب الشفافية في مختلف الهيئات الداعمة للمؤسسات الصغيرة والمتوسطة التي تستفيد من التحفيزات الجبائية في مختلف الهيئات الداعمة بحيث قامت بإلغاء عدة نشاطات مهمة بالنسبة لولاية أدرار من الاستفادة من الامتيازات: كمنشآت المقاول، كراء المعدات، النقل بأنواعه، المطاحن، محطات البنزين وغيرها؛
- ✓ قيام الدولة بتجميد الاعانات المالية فعلى سبيل المثال: العديد من المؤسسات التي استفادت من [ANSE] حصلت على الموافقة النهائية على المشروع لكن بسبب العسر المالي فهي في حال تعطيل مؤقت ريثما الحصول على الاعانة المالية؛
- ✓ حصر المجال وزيادة القيود المؤسسات الصغيرة والمتوسطة المستفيدة من تلك التحفيزات؛
- ✓ تبني الدولة سياسة تسقيف استيراد الآلات ومختلف أنواع العتاد النقل، أدى إلى إيقاف تلك المؤسسات عن العمل، بحيث أصبحت العديد من المؤسسات التي دفعت كامل مبلغ العتاد للمورد في انتظار وصوله بحيث تصل مدة الانتظار إلى 03 سنوات؛
- ✓ قاعدة 51/49 التي تحول دون تحقيق الشراكة بين المؤسسات الوطنية والأجنبية؛
- ✓ بعد سياسة التي تبنتها الدولة في تسقيف الاستيراد وخاصة في مجال المعدات والتجهيزات الصناعية، أصبحت المؤسسات الصغيرة والمتوسطة تعاني كثيراً من هذا الإجراء فرغم دفع كامل مبلغ المعدات عند الشراء إلا أنها تنتظر مدة طويلة للحصول عليه والتي تصل أحيانا إلى 3-4 سنوات .
- 6- صعوبات أخرى: والمتمثلة في:

-
- ✓ نقص اليد العاملة المؤهلة في ولاية أدرار وخاصة في بعض المجالات: كمجال الفنادق؛ إذ نلاحظ أن جل الفنادق والمركبات السياحية في الولاية تقوم بتوظيف عمال من خارج الولاية لهم خبرة في المجال السياحي والفندقة؛
- ✓ إهمال الصناعات التقليدية والتي تعتبر مصدر مهم؛
- ✓ ضعف الكفاءات الإداري لمسيري المؤسسات الصغيرة والمتوسطة.
- مقترحات وحلول لتفعيل دور المؤسسات الصغيرة والمتوسطة في ولاية أدرار: من خلال خلفيتنا النظرية وخبرتنا في ميدان الاستثمار يمكن إقتراح جملة من الحلول للنهوض بدور المؤسسات الصغيرة والمتوسطة في الولاية:
- ✓ لا بد على السلطات المسؤولة من وضع إستراتيجية محلية لتشجيع الاستثمار وفق إمكانيات الاستثمارية للولاية؛
- ✓ دعم المؤسسات الصغيرة والمتوسطة التي تحاول تطبيق معايير الجودة العالمية؛
- ✓ القيام بحملات تحسيسية حول دور الأجهزة الداعمة للمؤسسات الصغيرة والمتوسطة؛
- ✓ عقد هيئات الدعم اتفاقيات مع الجامعة من أجل تكوين وتهيئة طلبة الجامعة المقبلين على التخرج حول طرق الدعم التي توفرها الدولة، وكيفية الحصول عليها وفق تخصصاتهم؛
- ✓ إنشاء بنك معلومات إقتصادية ومالية لصالح المؤسسات الصغيرة والمتوسطة؛
- ✓ فصل سياسة الاستثمار عن الأمور السياسية؛
- ✓ في ظل سياسة التقشف التي تتبناها الدولة يجب مراعاة خصوصيات منطقة أدرار؛
- ✓ محاولة توضيح مختلف الامكانيات الاستثمارية في ولاية أدرار من أجل توجيه المؤسسات الصغيرة والمتوسطة للأنشطة الشاغرة؛
- ✓ تشجيع المناولة من الباطن باعتبارها أحد أنواع الشراكة بين المؤسسات؛
- ✓ تشجيع سلاسل الإمداد بين المؤسسات وهذا ما يضمن لها تسويق منتجاتها وتحقيق وفورات في التكاليف؛
- ✓ تفعيل دور بورصات المناولة ومختلف الهيئات المختصة بها؛
- ✓ تحويل الادارة التقليدية إلى ادارة إلكترونية وبالتالي القضاء على البيروقراطية؛ الاستفادة من تجارب الدول الناجحة في هذا المجال: كتجربة سنغافورة في تشجيع المؤسسات الصغيرة والمتوسطة/ وتجربة تونس في حاضنات الأعمال؛
- ✓ تفعيل المرافقة في الهيئات الداعمة وليس فقط على الورق.
-

خاتمة:

تعتبر المؤسسات الصغيرة والمتوسطة الوسيلة المناسبة لتحقيق التنمية وخاصة على المستوى المحلي، وهذا راجع إلى بساطتها وأن معظمها ناشئة من المؤسسات العائلية بالإضافة إلى صغر رأسمالها مقارنة بالمؤسسات الكبرى.

وسعت الجزائر كباقي الدول لتطوير وترقية هذا النوع من المؤسسات من أجل الاعتماد عليه في تنمية الاقتصاد الوطني وجعله أحد الحلول البديلة للاستثمار في قطاع المحروقات.

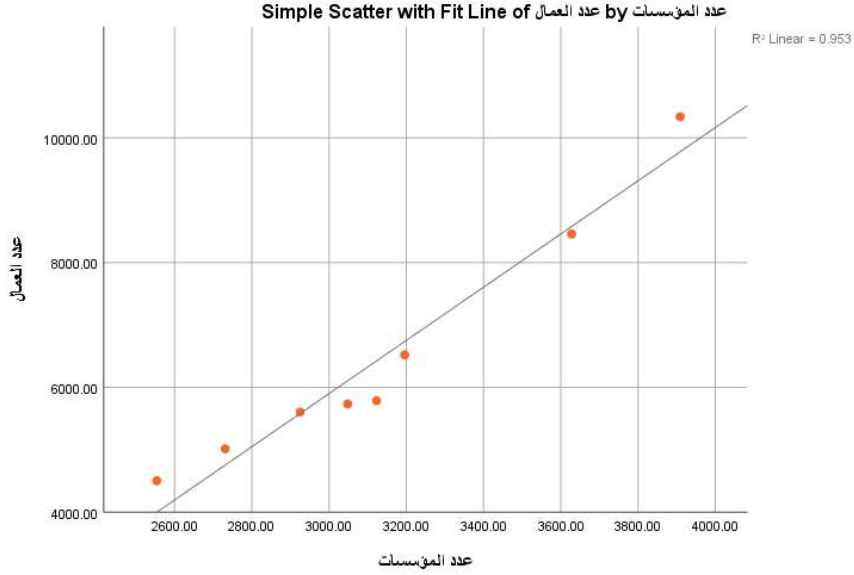
ولكن رغم الجهود التي قامت بها الدولة إلا أن تطور المؤسسات الصغيرة والمتوسطة لا زال حبيس السياسة والعراقيل الإدارية وأهمها البيروقراطية.

قائمة المراجع:

1. أحمية سليمان، السياسة العامة في مجال التشغيل ومكافحة البطالة في الجزائر، ملتقى الدولي حول السياسات العامة ودورها في بناء الدولة وتنمية المجتمع، جامعة سعيدة، 26-27/07/2009.
2. الجريدة الرسمية، قانون 18-01 المتضمن القانون التوجيهي لترقية المؤسسات الصغيرة والمتوسطة، العدد 77، الجزائر، 12 ديسمبر 2001.
3. حسين عبد المطلب الأسرج، المشروعات الصغيرة والمتوسطة ودورها في التشغيل في الدول العربية، مجلة الباحث، العدد 08، جامعة ورقلة، الجزائر، 2010.
4. رابح خوني ورقية حساني، المؤسسات الصغيرة والمتوسطة ومشكلات التمويل، (ايتراك، الطبعة 01، مصر، 2008).
5. شعيب أثنى، واقع وأفاق المؤسسات الصغيرة والمتوسطة في الجزائر في ظل الشراكة الأوروبية، رسالة ماجستير غير منشورة، جامعة الجزائر، الجزائر، 2008.
6. علوني عمار، دور المؤسسات الصغيرة والمتوسطة في التنمية المحلية: حالة ولاسة سطيف، أطروحة دكتوراه غير منشورة، جامعة سطيف، الجزائر، 2010.
7. قوجيل محمد، تقييم أداء الوكالة الوطنية لعم تشغيل الشباب في إنشاء ومرافقة المؤسسات الصغيرة والمتوسطة، رسالة ماجستير غير منشورة، جامعة ورقلة، الجزائر، 2008.
8. ماجد أبو زنت وعثمان غنيم، التنمية المستدامة- دراسة نظرية في المفهوم والمحتوى-، مجلة المنارة، المجلد 12، العدد الأول، الأردن، 2006.
9. ماجدة العطية، إدارة المشروعات الصغيرة، (دار المسيرة، ط الخامسة، الأردن، 2014).
10. مصطفى بوضياف، تحديات التشغيل في أسواق العمل، خدمات التشغيل العامة على المستوى المحلي، 2008/12/30، منظمة العمل الدولية، المركز الدولي للتدريب.

ملحق رقم (1)

علاقة تطور مناصب الشغل بعدد المؤسسات في ولاية أدرار



ملحق رقم (1)

الهوامش

- ¹ قوجيل محمد، تقييم أداء الوكالة الوطنية لعم تشغيل الشباب في إنشاء ومرافقة المؤسسات الصغيرة والمتوسطة، رسالة ماجستير غير منشورة، جامعة ورقلة، الجزائر، 2008، ص: 03.
- ² قوجيل محمد، المرجع نفسه، ص: 03.
- ³ ماجدة العطية، إدارة المشروعات الصغيرة، (دار المسيرة، ط الخامسة، الأردن، 2014)، ص: 15.
- ⁴ رابع خوني ورقية حساني، المؤسسات الصغيرة والمتوسطة ومشكلات التمويل، (إيتراك، الطبعة 01، مصر، 2008)، ص: 21.
- ⁵ ماجدة العطية، مرجع نسبق ذكره، ص: 15.
- ⁶ حسين عبد المطلب الأسرح، المشروعات الصغيرة والمتوسطة ودورها في التشغيل في الدول العربية، مجلة الباحث، العدد 08، جامعة ورقلة، الجزائر، 2010، ص: 48.
- ⁷ شعيب أنشي، واقع وأفاق المؤسسات الصغيرة والمتوسطة في الجزائر في ظل الشراكة الأوروجزائرية، رسالة ماجستير غير منشورة، جامعة الجزائر، الجزائر، 2008، ص: 11.
- ⁸ علوني عمار، دور المؤسسات الصغيرة والمتوسطة في التنمية المحلية: حالة ولاسة سطيف، أطروحة دكتوراه غير منشورة، جامعة سطيف، الجزائر، 2010، ص: 24-25.
- ⁹ الجريدة الرسمية، قانون 18-01 المتضمن القانون التوجيهي لترقية المؤسسات الصغيرة والمتوسطة، العدد 77، الجزائر، 12 ديسمبر 2001، ص: 05.
- ¹⁰ الجريدة الرسمية، المرجع نفسه، ص: 06-07.

-
- ¹¹ مصطفى بوضياف، تحديات التشغيل في أسواق العمل، خدمات التشغيل العامة على المستوى المحلي، 2008/12/30، منظمة العمل الدولية، المركز الدولي للتدريب، ص: 09.
- ¹² أحمية سليمان، السياسة العامة في مجال التشغيل ومكافحة البطالة في الجزائر، ملتقى الدولي حول السياسات العامة ودورها في بناء الدولة وتنمية المجتمع، جامعة سعيدة، 26-27/07/2009، ص: 03.
- ¹³ ماجد أبو زنت وعثمان غنيم، التنمية المستدامة- دراسة نظرية في المفهوم والمحتوى-، مجلة المنارة، المجلد 12، العدد الأول، الأردن، 2006، ص: 166.

مسؤولية البنك عن تنفيذ التحويل المصرفي
The bank's responsibility for implementing the bank transfer

الأستاذ: زكرياء ذيب

كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة سطيف 1

maitrezakariadib@yahoo.com

الملخص:

إن العمليات المصرفية على اختلافها وتنوعها، والتي يمكن أن تقوم بها البنوك لفائدة عملائها تفترض وجود التزامات متقابلة عند تنفيذها، والتي على أساسها تقوم مسؤولية أحد طرفي العلاقة التعاقدية عند الإخلال بأحد هذه الالتزامات، أو عند عدم تنفيذ العملية المصرفية على الوجه الأنسب المراد لها. ومن بين هذه العمليات المصرفية المتعددة وأهمها يبرز التحويل المصرفي الذي تقوم به البنوك لفائدة عملائها، بحيث تهدف هذه الدراسة إلى معرفة مدى مسؤولية البنك الناشئة عن تنفيذ التحويل المصرفي، وذلك في ضوء القواعد العامة للمسؤولية وما جرى به العمل من الناحية الواقعية لدى البنوك.

Résumé:

Les opérations bancaires dans toute leur diversité, qui peut être réalisée par les banques au profit de ses clients supposent l'existence d'obligations réciproques à lorsqu'elles sont appliquées, et sur laquelle la responsabilité d'une partie à la relation contractuelle en violation d'une de ces obligations, ou quand ne pas effectuer l'opération bancaire pour faire face à la plus appropriée à son être.

Parmi ces différentes opérations bancaires, le plus important virement bancaire des faits saillants effectuée par les banques au profit de leurs clients, cette étude vise à déterminer la responsabilité de la Banque découlant de la mise en œuvre du virement bancaire, à la lumière des règles générales de la responsabilité et ce qui a été fait pour travailler de façon réaliste avec les banques.

المقدمة:

على اعتبار أن عملية التحويل المصرفي هي عقد بين العميل والبنك، فإنه ينشئ التزامات متقابلة في ذمة كل طرف من أطراف العقد، وعلى أساس هذه الالتزامات تقوم مسؤولية طرفي هذا العقد في مواجهة بعضهما البعض، ونظرا لأهمية دور البنوك في الحياة الاقتصادية وما يعود عليها من ثقة المتعاملين معها، وبسبب ما تتمتع به البنوك من حرفية عالية وجدارة متميزة، فقد أدى ذلك إلى إقامة مسؤولية البنك أيضا على أساس نظرية تحمل المخاطر، فعند تنفيذ البنك لإحدى عمليات التحويل المصرفي، فإنه قد يتعرض إلى قيام المسؤولية في حقه، وذلك عند إخلاله بأحد الالتزامات الواردة في العقد المبرم بينه وبين عميله، أو ما استقر العمل به في المجال المصرفي حسب الأعراف والعادات المصرفية، فمتى يعتبر البنك مخلا بالتزاماته عند تنفيذه لعملية التحويل المصرفي؟ وما هو نطاق مسؤوليته؟

انطلاقا مما سبق وتأسيسا عليه، سيتم تناول مسؤولية البنك عند تنفيذه لعملية تحويل مصرفي، من خلال بحث المسؤولية العقدية والتقصيرية للبنك عن تنفيذ التحويل المصرفي (المبحث الأول)، ثم التطرق إلى مسؤوليته على أساس نظرية تحمل المخاطر وموقف الفقه الإسلامي من مسؤولية البنك (المبحث الثاني) مع تبيان الاجتهادات القضائية المقارنة وكذا الأعراف والعادات المصرفية في هذا المجال.

المبحث الأول: مسؤولية البنك الناتجة عن الخطأ في تنفيذ التحويل المصرفي

يعتبر عقد التحويل المصرفي¹ من أهم العمليات المصرفية وأوسعها انتشارا، وعلى الرغم من هذه الأهمية نجد القانون التجاري الجزائري لم يتطرق بالتفصيل إلى تنظيم أحكام هذه العملية²، فلا يزال عقد التحويل المصرفي يخضع في تنظيمه للقواعد العامة في القانون المدني وللأعراف المصرفية التي استقر عليها العمل المصرفي.

وتقتضي القواعد العامة في المسؤولية التمييز بين المسؤولية الناتجة عن الإخلال بالتزام في العقد وتلك الناتجة عن الإخلال بالتزام قانوني، بحيث تقوم مسؤولية البنك في مواجهة العميل عند إخلال الأول بتنفيذ الالتزامات التي يترتبها العقد في ذمته، وتوصف المسؤولية عندئذ بأنها مسؤولية عقدية، وقد يكون الالتزام الذي يخل به البنك هو التزام بعدم الإضرار بالعميل وعندها توصف مسؤوليته بأنها مسؤولية تقصيرية³.

ولذلك وجب البحث أولا في المسؤولية العقدية للبنك عن تنفيذ التحويل المصرفي (المطلب الأول)، والتطرق ثانيا إلى مسؤولية البنك التقصيرية عند تنفيذه للتحويل المصرفي (المطلب الثاني).

المطلب الأول: مسؤولية المصرف عن الخطأ العقدي

نظرا لارتباط كل من البنك وعملائه فيما يتعلق بعمليات التحويل المصرفي بعقود يتحدد من خلالها التزاماتهم وحقوقهم، فإن أي إخلال يصدر من أحدهم يؤدي إلى قيام مسؤوليته العقدية في مواجهة الآخر، وتقوم

المسؤولية العقدية للبنك عن عملية التحويل المصرفي نتيجة لإخلاله بأحد الالتزامات التي تقع على عاتقه وتجد مصدرها في العقد الرابط بينهما، فعدم تنفيذ البنك لالتزاماته في مواجهة العميل أو تنفيذها تنفيذاً معيباً أو ناقصاً يثير مسؤوليته العقدية اتجاهه، وعلى هذا الأساس يتم البحث في شروط قيام المسؤولية العقدية في حق البنك في الفرع الأول، وفي الفرع الثاني يتم التطرق إلى صور هذه المسؤولية.

الفرع الأول: شروط قيام الخطأ العقدي للمصرف

يفترض قيام المسؤولية العقدية للبنك في مواجهة عميله عن عملية التحويل المصرفي أن يرتبط الطرفان بعقد صحيح يحدد التزامات كل منهما في مواجهة الآخر، والملاحظ أن العلاقة التي تجمع البنك بالعميل تمتاز عموماً بكونها تقوم على مجموعة مختلفة من العقود المتعددة في ظل العلاقة الواحدة، وهي في معظمها ذات طبيعة خاصة ابتدعها العمل المصرفي وطورتها عاداته.

بحيث أن وجود إطار تعاقدى خاص ينظم العلاقة بين البنك والعميل بخصوص عملية التحويل المصرفي يضع حدوداً للمسؤولية العقدية الناتجة عن العمل به، والتي تتمثل في الإخلال بالمقتضيات الواردة في العقد نفسه، بحيث أنه وعلى أساس هذا الإخلال تقوم مسؤولية البنك عند تنفيذ التحويل المصرفي.⁴

الفرع الثاني: صور الخطأ العقدي للمصرف

إن خطأ البنك في المسؤولية العقدية له صور ثلاث، هي الامتناع عن التنفيذ والتأخر في التنفيذ، وأخيراً الغلط في التنفيذ، بحيث أن عدم قيام البنك بتنفيذ التزامه الناشئ عن العقد بالرغم من إمكانية قيامه بالتنفيذ يؤدي إلى قيام مسؤوليته العقدية، وهذا ما نصت عليه المادة 119 من القانون المدني⁵، إلا أنه يشترط لتقرير مسؤولية البنك أن يكون الالتزام قائماً في ذمته، فإذا أصدر الأمر بالتحويل أمر تحويل إلى البنك ولم يقبل البنك ذلك لعدم وجود رصيد فلا مسؤولية عقدية على البنك.⁶

وعلى البنك أن ينفذ أمر التحويل الصادر إليه بدون تأخير، فإذا تأخر وسبب ذلك التأخير ضرر كان مسؤولاً عن تعويضه.⁷

حيث أن الأصل في التزام البنك أن يكون فوري التنفيذ بمجرد تحققه، ما لم يوجد اتفاق أو عرف مصرفي يقضي بغير ذلك، وهذا ما أكدت عليه نص المادة التاسعة من النظام رقم (03.09) الذي يحدد القواعد العامة المتعلقة بشروط البنوك المطبقة على العمليات المصرفية⁸، وقد جرى عمل البنوك في هذا الشأن أنه في حالات التحويل المصرفي الداخلي فإنها تتم في نفس اليوم، أما عمليات التحويل المصرفي الخارجية فبالإمكان أن تستغرق ثلاثة أيام.

ويمكن أن تقوم مسؤولية البنك في حالة الغلط في التنفيذ، كتفويض البنك تحويلًا دون أن يكون قد تلقى أمرًا بذلك أو إذا أجرى تحويلًا بمبلغ زائد عن المبلغ الصادر به الأمر أو أن يدون القيمة في حساب شخص آخر غير المحدد في الأمر، وتجدر الإشارة إلى أن احتمال وقوع مثل هذه الأخطاء نادر الحدوث على أرض الواقع في عمليات التحويل المصرفي التي تقوم بها البنوك، بحيث أن كل عملية تحويل مصرفي تعامل على حدا وتدقق على مستوى البنك من قبل عدة موظفين، ويعاد تدقيقها على مستوى المركز الرئيسي للبنك.

وتنتفي مسؤولية البنك العقدية في عملية التحويل المصرفي إذا أخل بالتزاماته بأحد الصور السابقة إذا كان تنفيذ هذه الالتزامات يخل بأحكام القانون رقم (01.05) المعدل والمتمم، المتعلق بالوقاية من تبييض الأموال وتمويل الإرهاب ومكافحتهما⁹.

المطلب الثاني: مسؤولية المصرف عن الخطأ غير العقدي

إن المسؤولية التقصيرية للبنك تترتب كجزاء لمخالفة التزام قانوني مفروض عليه، وفقا لما تضمنته المادة 124 من القانون المدني¹⁰، وقد درجت البنوك على وضع شروط معينة تعفيها من المسؤولية في العقد المبرم بينها وبين عملائها (الفرع الأول)، غير أن هذه الشروط لا يمكن أن تضعها البنوك لإعفاءها من المسؤولية التقصيرية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الاتفاق على إعفاء البنك من المسؤولية العقدية

تلجأ البنوك إلى التخفيف من مسؤوليتها في عقود العمليات المصرفية عند إبرام الاتفاق مع عملائها، فغالبا ما تضع البنوك شروطا بغية التنصل من المسؤولية، غير أن هذه الشروط ليس لها أهمية إذا تعلق الأمر بغش أو خطأ جسيم، بحيث إذا كانت البنوك في الاتفاقات المبرمة بينها وبين عملائها تضع شروطا للتخفيف من مسؤوليتها أو الهروب منها على اعتبار أنها ليست من النظام العام، إلا أن هذا الأمر لا مجال لإعماله في حالة إذا تبين أن البنك قد ارتكب غشا أو خطأ جسيما، وهذا ما ذهب إليه محكمة تمييز دبي بنقضها الحكم في الاستئناف الصادر لصالح البنك رغم أن البنك لم يكن سيء النية، وإنما يكفي توافر خطئه الجسيم عندما تقاعس عن إخطار العميل بإجراء قيد عكسي للشيك الذي كان قد قيده في الجانب الدائن لحسابه، ومن ثمة إعادة هذا الشيك إليه، رغم أنه لم يقد دليل على سوء نية أو قصد البنك الإضرار بالعميل المستأنف أو سمعته¹¹.

الفرع الثاني: عدم جواز إعفاء البنك من المسؤولية التقصيرية

لا يجوز للبنك أن يعفي نفسه من المسؤولية التقصيرية بإدراج مجموعة من الشروط في العقود المبرمة بينه وبين عملائه، على اعتبار أن النص على الإعفاء من المسؤولية التقصيرية يعد مخالفا للنظام العام ويقع باطلا¹²، بحيث لا يمكن للبنك بأي حال من الأحوال أن يعفي نفسه من المسؤولية التقصيرية في مواجهة عميله، وأي شرط يضعه البنك في العقد المبرم بينه وبين عميله في هذا الصدد يعتبر باطلا.

ومن قبيل صور مسؤولية البنك التقصيرية فيما يتعلق بعقد التحويل المصرفي تنفيذ البنك لأمر تحويل مصرفي مزور، كون أن العميل لم يعبر عن إرادته في عملية التحويل هذه، فهو لم يصدر أمر التحويل للبنك، وإنما البنك قام بإجراء عملية التحويل المصرفي بناء على أمر مزور.¹³

غير أن هذه الصورة مستبعدة الحدوث على أرض الواقع، كون البنوك تتبع عدة إجراءات لمنع وقوع ذلك، لأن البنوك عادة في عمليات التحويل المصرفي تشترط حضور العميل شخصيا أو من يوكله لمقر البنك بغية إجراء مثل هذه العملية، ولا تقبل أوامر التحويل التي تتم عبر الهاتف أو بالفاكس إلا في حدود مبالغ ضئيلة جدا، إضافة إلى أنه وعند حضور العميل لمقر البنك فإن الموظف المسؤول وقبل إجراء عملية التحويل المصرفي يقوم بالتحقق من هوية العميل وكذا توقيعه، وإن كان وكيلًا عن العميل فيتحقق موظف البنك كذلك من الوكالة وحدودها.

المبحث الثاني : مسؤولية البنك على أساس نظرية تحمل المخاطر وموقف الشريعة من مسؤولية البنك

لقد نادى جانب من الفقه بتأسيس المسؤولية على فكرة المخاطر، والتي مفادها أن أي نشاط يحتمل أن ينشأ عنه خطر يجعل صاحبه مسئولا عن الضرر الذي يتسبب للغير، فكل من يباشر نشاطا خطيرا يجب عليه أن يتحمل تبعته، ويلزم بالتعويض إذا كان هناك ضرر، فالذي يجني فوائد نشاطه يجب عليه أن يتحمل تبعته، فليس من العدل الاجتماعي في شيء أن يستفيد الشخص من النشاط الذي يمارسه ولا يتحمل مخاطره، فالذي يستفيد يلزم بالتعويض عند وقوع الخطأ وفقا لقاعدة الغرم بالغنم.¹⁴

وعلى اعتبار أن الشريعة الإسلامية تتصف بأنها شريعة عامة خالدة، صالحة لكل زمان ومكان، تقبل بكل ترحاب ما تحتوي عليه تصرفات العاقدين من التزامات وشروط وتفتح المجال أما الحلول لكثير من المشاكل التي تجد كل يوم، وبالنظر إلى مسؤولية البنك عن تنفيذ التحويل المصرفي واعتباره من الأمور المستجدة، وجب التطرق لرأي الفقه الإسلامي حولها.

وعلى هذا الأساس سيتم دراسة مسؤولية البنك عن تنفيذ التحويل المصرفي على أساس نظرية تحمل المخاطر (المطلب الأول)، ثم التطرق إلى رأي الفقه الإسلامي حول مسؤولية البنك بصفة عامة (المطلب الثاني).

المطلب الأول: مسؤولية البنك على أساس نظرية تحمل المخاطر

تقوم نظرية تحمل المخاطر على وجود ضرر وهجر الخطأ كأساس للمسؤولية، واستبداله بفكرة تحمل المخاطر بدلا عنه وفقا لقاعدة الغرم بالغنم، بحيث أسست هذه النظرية لإقامة مسؤولية البنك عند تنفيذه لعملية تحويل مصرفي (الفرع الأول) التي وبالرغم من ندرة الاجتهاد القضائي في هذا النوع من القضايا على مستوى المحكمة العليا، إلا أن هذه النظرية لاقت الكثير من التطبيقات القضائية في كثير من الدول الأخرى (الفرع الثاني).

الفرع الأول: أساس نظرية تحمل المخاطر لإقامة مسؤولية البنك

إن البنك وأثناء ممارسته لأنشطته يتعرض إلى أشكال عديدة من المخاطر، التي جعلت سببا لإقامة مسؤوليته اتجاه عملائه، فالبنك يعتبر شخصا محترفا للعمليات البنكية، ويدرك طبيعة المخاطر التي تواجهه، وهو مطالب باتخاذ الاحتياطات اللازمة لتفادي تحقق تلك المخاطر، بالإضافة إلى أنه لا يمكن إنكار الفوائد التي تعود على البنك نتيجة لممارسته لأنشطته في ظل تلك المخاطر، ولذلك فالبنك يتحمل المسؤولية بناء على قاعدة الغرم بالغنم.¹⁵

ضف عليه أن البنك أقدر من الناحية الاقتصادية على تحمل أي ضرر يمكن أن يقع نتيجة ممارسته لأنشطته، على عكس العميل الذي يمكن أن تعتبر أي خسارة ولو كانت بسيطة بمثابة كارثة له، فمن بابا العدالة أن يتحمل البنك الأضرار التي تنتج عن العمليات التي يقوم بها مع عمليه.

وعلى هذا الأساس ففي الحالات التي يقع فيها ضرر ولم ينسب الخطأ لأحد الأطراف، فهنا يجب اللجوء إلى نظرية تحمل المخاطر كأساس لإقامة المسؤولية على البنك.¹⁶

الفرع الثاني: استناد القضاء على نظرية المخاطر لإقامة مسؤولية البنك

نظرا لغياب الاجتهاد القضائي الخاص بالمحكمة العليا في هذا المجال، وجب الرجوع للاجتهادات المقارنة، بحيث تقتضي مسؤولية البنك على أساس نظرية تحمل المخاطر بأن يسأل دون وجود خطأ منه أو من العميل في تنفيذه لعملية من العمليات المصرفية، وفي هذا المعنى جاء قرار لمحكمة التمييز الأردنية حيث قالت فيه: "إن المشرع لم يكتف بأحكام المسؤولية التقصيرية، حيث نص في المادة 270 من قانون التجارة على أن يتحمل المسحوب عليه وحده الضرر المترتب على وفاء قيمة شيك مزور إذا لم يمكن نسبة أي خطأ إلى الساحب ومسؤولية المسحوب عليه بموجب هذه المادة أشمل من مسؤوليته التقصيرية، حيث تشمل أي ضرر يقع بناء على وفاء شيك مزور متقنا هذا التزوير أم غير متقن، وهي مسؤولية مبنية على نظرية مخاطر المهنة، ولا تنتفي

هذه المسؤولية إلا بنسبة خطأ إلى الساحب مهما كان يسيراً، إلا أن انتفاء هذه المسؤولية لا ينفي عن المسحوب عليه المسؤولية التقصيرية متى ثبت خطؤه ولو ثبت خطأ من جانب الساحب".¹⁷

وهذا ما أكدته محكمة تمييز دبي حين قررت: "بأن ذمة المصرف لا تبرأ من الوفاء بشيك مزور أيا كانت درجة إتقان هذا التزوير، وتعد تبعة هذا الوفاء من مخاطر المهنة التي يمارسها المصرف، وهي مخاطر مهما بلغت أعباؤها لا تتناسب البتة مع المزايا التي تعود على المصارف من تدعيم الثقة بها وروح الاطمئنان لدى جمهور المتعاملين، على أن ذلك مشروط بعدم وجود خطأ أو إهمال من جانب العميل الوارد اسمه بالصك، وإلا تحمل هذا الأخير تبعة خطئه".¹⁸

فمن خلال ما سبق يتبين أنه أثناء ممارسة البنك لأنشطته يتعرض إلى أشكال متنوعة من المخاطر، والتي جعلت سببا لتحمله للمسؤولية اتجاه عملائه، فعلى اعتبار أن البنك شخص محترف للعمليات المصرفية، وعلى إدراك تام لطبيعة المخاطر التي تواجهه، فهو مطالب باتخاذ الاحتياطات اللازمة لتفادي تحقق هذه المخاطر، وعلى هذا الأساس فإذا وقع ضرر ولم ينسب الخطأ لأحد الأطراف، فهنا وجب اللجوء إلى نظرية تحمل المخاطر كأساس لتحميل المسؤولية للبنك.

المطلب الثاني: موقف الفقه الإسلامي من مسؤولية البنك عن التحويل المصرفي

إن المقصود بالمسؤولية بوجه عام حسب ما تقرر في الفقه والقضاء المقارن هو المسؤولية عن تعويض الضرر الناجم عن الإخلال بالتزام مقرر في ذمة المسؤول (المصرف) وقد يكون مصدر الالتزام عقدا فتكون مسؤوليته مسؤولية عقدية، يحكمها ويحدد مداها العقد من جهة والقواعد الخاصة بالمسؤولية العقدية من جهة أخرى، وقد يكون مصدر هذا الالتزام القانون في صورة تكاليف عامة يفرضها على الكافة وعندئذ تكون مسؤولية المصرف مسؤولية تقصيرية¹⁹، وإضافة إلى ما تتمتع به هذه المصارف من احترافية عالية وجدارة، فقد أتبع ذلك إقامة مسؤوليتها كذلك على أساس نظرية تحمل المخاطر.

إن الشريعة الإسلامية تعترف بحرية التعاقد، بمعنى إطلاق الحرية للناس في أن يعقدوا من العقود ما يرون، وبالشروط التي تشترون غير مقيدتين إلا بقيد واحد، وهو ألا تشتمل عقودهم على أمور قد نهى عنها الشارع الحكيم، وحرمة كإن يشتمل العقد على ربا، أو نحوه مما حرمه الشرع الإسلامي، فما لم تشتمل على أمر محرم بنص أو بمقتضى القواعد العامة المقررة التي ترتفع إلى درجة القطع واليقين، فإن الوفاء بها لازم، والعاقب مأخوذ بما تعهد به، وإن اشتملت العقود على أمر حرمه الشارع فهي فاسدة، أو على الأقل لا يجب الوفاء بالجزء المحرم منها.²⁰

فالشريعة الإسلامية تسير الزمان الذي نعايشه، والذي اتسعت فيه ضروب المعاملات، وتشعبت أنواعها، ووجدت اشتراطات فيها لم تكن موجودة في الأزمان السالفة، وعليه فالبنك يلتزم بما أوجبه على نفسه من التزامات مادامت لم تشمل على أمر حرمة الشارع الحكيم، وتقوم مسؤوليته إذا لم يوف بها، وهذا الوفاء واجب بمقتضى الأدلة من الكتاب والسنة والآثار والمعقول والاستصحاب، قال تعالى: "يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود"²¹، وقال عز وجل: "وأوفوا بالعهد إن العهد كان مسئولاً"²²، وقال عز من قائل: "يا أيها الذين آمنوا لم تقولون ما لا تفعلون، كبر مقتا عند الله أن تقولوا ما لا تفعلون"²³.

وعن أبي هريرة رضي الله عنه قال: قال رسول الله صل الله عليه وسلم: "الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحا أحل حراما أو حرم حلالا والمسلمون عند شروطهم إلا شرطا أحل حراما أو حرم حلالا".

فمن خلال كل ما سبق يتضح أن البنك وعند قيامه بتنفيذ عملياته المصرفية بما فيها التحويل المصرفي، يجب عليه الالتزام بمقتضيات العقود التي يبرمها مع عملائه، وأن يؤدي هذه العمليات بحسن نية، وإلا قامت مسؤوليته حولها.

الخاتمة:

من خلال معالجة هذا الموضوع، يظهر أن عملية التحويل المصرفي من بين أهم العمليات المصرفية التي تقوم بها البنوك في إطار نشاطها المصرفي، والتي نشأة وتطورت نتيجة لتشجيع البنوك للنقود النقدية وتداولها بين الناس بصفة عامة.

وفيما يتعلق بالتنظيم القانوني لمثل هذه العملية المصرفية وأحكامها والالتزامات الناشئة عنها والمسؤوليات المترتبة عليها، فإن المشرع لم يول القدر الكافي من الاهتمام لعملية التحويل المصرفي، ويرجع الأمر للطبيعة الخاصة للعمليات المصرفية بصفة عامة بما فيها التحويل المصرفية، كونها من خلق العادات والأعراف المصرفية، غير أنه وبالرغم من ذلك يلاحظ وجود نقص تشريعي ملحوظ فيما يخص تنظيم العمليات المصرفية عموماً، بما فيها المسؤولية التي تقع على عاتق البنك عند تنفيذها، والذي يجب أن يتدارك بمجموعة من القوانين الناظمة لمثل هذه الأمور.

غير أنه ومن ناحية الواقع العملي وفيما يخص الأعراف المصرفية في مثل هذه المسائل، فالبنوك تعمل على نسق واحد وتنتهج في أغلبها أعرافاً موحدة، تصب في معظمها لصالحها، مما يستدعي تدخل المشرع وسننها في قوانين خاصة بها بعد ضبطها وتعديلها.

الهوامش

- ¹- يصطلح عليه اسم النقل المصرفي أو التحويل الحسابي، وهو عملية يقوم المصرف بموجها وبناء على أمر صادر إليه من أحد عملائه، بنقل مبلغ معين من حساب هذا الأخير إلى حساب آخر عن طريق القيد في الحساب.
ينظر لكل من:
سعيد يحيى: الطبعة القانونية للتحويل المصرفي، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1987، ص 75.
فائق محمود الشماخ: الحساب المصرفي، دار الثقافة، عمان، الأردن، 2009، الطبعة الأولى، ص 273 وما يليها.
عكاشة محمد عبد العال: قانون العمليات المصرفية الدولية، الدار الجامعية، بيروت، لبنان، 1993، ص 260 وما يليها.
- ²- تجدر الإشارة إلى أن القانون التجاري الجزائري رقم (59 لسنة 1975)، المنشور في الصفحة (1073) من العدد (101) من الجريدة الرسمية، بتاريخ (19/12/1975) المعدل والمتمم، قد تطرق لعملية التحويل المصرفي في مادتين:
حيث تنص المادة 543 مكرر 19: "يحتوي الأمر بالتحويل على: 1. الأمر الذي يوجهه صاحب الحساب إلى ماسك الحساب لتحويل الأموال أو القيم أو السندات المحددة القيمة. 2. بيان الحساب الذي يتم الخصم منه. 3. بيان الحساب الذي يتم إليه التحويل وصاحبه. 4. تاريخ التنفيذ. 5. توقيع الأمر بالتحويل."
وتنص المادة 543 مكرر 20: "يكون الأمر بالتحويل غير قابل للرجوع فيه ابتداء من التاريخ الاقتران من حساب الأمر بالتحويل. يعتبر التحويل نهائياً ابتداء من تاريخ دخول المبلغ المحول إلى حساب المستفيد."
- ³- محمد عمر ذوابة: عقد التحويل المصرفي الإلكتروني (دراسة قانونية مقارنة)، دار الثقافة، عمان، الأردن، 2006، الطبعة الأولى، ص 250.
- ⁴- محمود محمد أبو فروة: مسؤولية البنك المدنية عن عمليات التحويل الإلكتروني، دار وائل للنشر، عمان، الأردن، الطبعة الأولى، ص 135 وما يليها.
- ⁵- تنص المادة 119 من القانون المدني الجزائري وتعديلاته رقم (58 لسنة 1975)، المنشور في الصفحة (990) من العدد (78) من الجريدة الرسمية، بتاريخ (30/09/1975) على أنه: "في العقود الملزمة للجانبين، إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الآخر بعد إعداره المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو فسخه، مع التعويض في الحالتين إذا اقتضى الحال ذلك."
- ⁶- محمد عمر ذوابة: عقد التحويل المصرفي الإلكتروني، المرجع السابق، ص 251.
- ⁷- علي جمال الدين عوض: عمليات البنوك من الوجهة القانونية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1981، ص 193.
- ⁸- تنص المادة التاسعة من النظام رقم (03 لسنة 2009)، المنشور في الصفحة (23) من العدد (53) من الجريدة الرسمية، بتاريخ (13/09/2009) الذي يحدد القواعد العامة المتعلقة بشروط البنوك المطبقة على العمليات المصرفية على أنه: "ينجم عن كل تأخير يحدث في تنفيذ عملية مصرفية، بعد مضي تاريخ القيمة القانوني المشار إليه أعلاه، تقديم تعويض للزبون من قبل البنك أو المؤسسة المالية المعنية."
- ⁹- القانون رقم (01 لسنة 2005)، المنشور في الصفحة (03) من العدد (11) من الجريدة الرسمية، بتاريخ (09/02/2005) المتعلق بالوقاية من تبييض الأموال وتمويل الإرهاب ومكافحتهما المعدل والمتمم.
- ¹⁰- تنص المادة 124 من القانون المدني على أنه: "كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه، ويسبب ضرراً للغير يلزم من كان سبب في حدوثه بالتعويض."
- ¹¹- جاسم علي سالم الشامي: تطبيقات المسؤولية المدنية المصرفية في قضاء المحكمة الاتحادية العليا ومحكمة تمييز دبي، مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، المجلد الرابع، ص 1786.
- ¹²- سليمان ضيف الله زين: التحويل الإلكتروني للأموال ومسؤولية البنوك القانونية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، الطبعة الأولى، 2012، ص 181.
- ¹³- محمد عمر ذوابة: عقد التحويل المصرفي الإلكتروني، المرجع السابق، ص 253.

-
- 14- فائق محمود الشماع: الإيداع المصرفي، الجزء الأول: الإيداع النقدي، دار الثقافة، عمان، الأردن، 2011، الطبعة الأولى، ص 373.
- 15- محمود محمد أبو فروة: مسؤولية البنك المدنية عن عمليات التحويل الالكتروني، المرجع السابق، ص 206.
- 16- سليمان ضيف الله زين: التحويل الالكتروني للأموال ومسؤولية البنوك القانونية، المرجع السابق، ص 184.
- 17- قرار محكمة التمييز الأردنية رقم 70/276، وارد عند سليمان ضيف الله زين، المرجع السابق، ص 188.
- 18- قرار محكمة تمييز دبي رقم 95/212، وارد عند جاسم علي سالم الشامي، المرجع السابق، ص 1787.
- 19- جاسم علي سالم الشامي: تطبيقات المسؤولية المدنية المصرفية في قضاء المحكمة الاتحادية العليا ومحكمة تمييز دبي، المرجع السابق، ص 1783.
- 20- سليمان رمضان محمد عمر: النظام القانوني لخطابات الضمان المصرفية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2009، ص 206.
- 21- سورة المائدة، الآية 01.
- 22- سورة الإسراء، الآية 34.
- 23- سورة الصف، الآيتين 02 و 03.

مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه على ضوء تعديل القانون المدني الجزائري 10/05
The responsibility of the applicant for his work in the light of the
amendment of the Algerian Civil Code 05/10

الأستاذ بلي بولنوار
أستاذ مؤقت

ط. د. يونس بلال
جامعة الأغواط

Boulanouar belli @GMAIL.COM

الملخص:

إنه و مما لاشك فيه أنه و في نطاق المسؤولية التقصيرية تتميز المسؤولية عن الأفعال الشخصية المسؤولية عن فعل الغير ، و المسؤولية الناشئة عن الأشياء . و بالرجوع إلى الأمر 58-75 المتضمن القانون المدني المعدل و المتمم يتضح لنا أنّ المشرع الجزائري نظم الأحكام المتعلقة بالمسؤولية التقصيرية في الفصل الثالث الفعل المستحق للتعويض من الباب الأول مصادر الالتزام من الكتاب الثاني الموسوم بـ: الالتزامات و العقود. و ذلك من خلال المسؤولية عن الأفعال الشخصية وأما المسؤولية عن فعل الغير. و المسؤولية الناشئة عن الأشياء و ضمن نطاق المسؤولية عن فعل الغير نميز كما تم بيانه مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه و التي نظم المشرع أحكامها من خلال المواد 136 و 137 من القانون المدني الجزائري المعدل و المتمم سيما بموجب القانون 10/05 .

Abstract:

And he is no doubt that the scope and distinguish tort liability for personal acts of responsibility for the actions of another, and liability arising from things. And by reference to the average Alomr75-58 included civil law and complement clear to us that the Algerian provisions relating to tort liability act in the third quarter due to the compensation of the door first commitment sources of the second book is marked by: the obligations and contracts. And through personal responsibility for acts systems The responsibility for the actions of another. And liability arising from things and within the scope of responsibility for the actions of another distinction has also been followed by his responsibility for child business and that its provisions legislator systems through the material 136 and 137 of the amended and complementary Algerian civil law, particularly under the law 05/10, which is the place of our memorandum.

مقدمة

إن المسؤولية عموماً هي الحالة التي يؤخذ فيها الشخص عن عمل أتاه، وهذا العمل يفترض إخلالاً بقاعدة، فإن كانت القاعدة قانونية فالإخلال بها يستتبع مسؤولية قانونية ويقابلها جزاء حدده القانون أو عين شروطه.

وإذا كانت القاعدة أخلاقية فالمسؤولية تكون أدبية وتكون المؤاخذة عنها بالصفة ذاتها، والمسؤولية القانونية تتوزع بين مسؤولية جزائية و مسؤولية مدنية، فالمسؤولية الجزائية تنشأ عن وقوع ضرر يصيب المجتمع، ويتحدد نطاقها قانوناً إذ أن الأفعال المجرمة تم حصرها من طرف المشرع، وهذا ما نجده مقررًا في القانون الجنائي وفقاً للقاعدة العامة التي تقضي بأنه: " لا جريمة و لا عقوبة و لا تدابير أمن إلا بنص قانوني"، و عليه فإن قيامها على ما حدده القانون من تجريم للأفعال، و ما يقابلها من عقوبات توقع على الجاني، هذه الأخيرة التي تمثل الجزاء في المسؤولية الجزائية و التي تطالب بها النيابة العامة باعتبارها ممثلة للمجتمع، و بناء على ذلك فإن الصلح و التنازل لا يجوز في الجريمة إلا بنص صريح لأن الحق في العقوبة حق عام للمجتمع.

أما المسؤولية المدنية تقوم على الإخلال بالتزام، و تستوجب لقيامها طرفين أحدهما هو المتضرر و الآخر هو الذي يحاسب على الضرر الذي أحدثه أو سببه، و هذا على نحو ما نصت عليه المادة 124 من القانون المدني الجزائري¹ بقولها: " كل فعل أي كان يرتكبه الشخص بخطئه، و يسبب ضرر للغير يلزم من كان سبب في حدوثه بالتعويض" و بالتالي فإن المتسبب يسأل على ما سببه من ضرر و يتحمل عبئه في ماله، فيكون الملزم قانوناً بالتعويض على من أصابه، و هذا الالتزام بالتعويض عن الضرر هو الذي يتجلى به تعريف المسؤولية المدنية.

ومن هذه الزاوية، لا محل للقول بالمسؤولية على المتضرر اتجاه نفسه لو كان مرده إلى فعله انفراداً، إذ أن مفهوم المسؤولية يتناول شخصاً لمسائلته تجاه غيره الذي ألحق به ضرراً، فالخطأ الذي يأتيه المتضرر يحرمه في الأصل من التعويض كله، لو كان وحده المنتج للضرر، أو ينتقص من التعويض عليه لو كان مساهماً في حدوث الحادث إلى جانب الذي يسأل عنه المدعى عليه.

والمسؤولية المدنية نفسها ليست موحدة إذ تنقسم إلى مسؤولية تقصيرية تترتب عن فعل غير مشروع، أو غير مباح يصدر عن شخص فينجم عنه ضرراً للغير مما يلقي على المسؤول عنه التزام إصلاح الضرر، ومسؤولية عقدية تنشأ عن عدم تنفيذ العقد، فالنسبة للمسؤولية التقصيرية فقد نص عليها المشرع الجزائري من خلال القانون المدني.

و من نطاقها مسؤولية المتبوع عن عمل التابع التي تعتبر الحالة الوحيدة في الواقع التي يسأل فيها الشخص عن عمل الغير بالمفهوم القانوني الحقيقي، و لذلك لأن مسؤولية الوالدين و المعلمين و أرباب الحرف هي مسؤولية عن سوء رقابتهم أي أنهم يسألون عن خطئهم وهو التقصير في القيام بواجب الرقابة و ليس خطأ الغير بالمعنى القانوني الصحيح هذا من جهة، و من جهة أخرى فإن السلطة الفعلية في الرقابة و التوجيه التي يمارسها المتبوع على التابع فإنها تنصب على العمل ذاته و ليس على ما يؤديه، خلاف السلطة المكلف بالرقابة

على من يخضع لرقابته حيث تنصب هذه الأخيرة على ذات الخاضع للرقابة² .و التي نظم المشرع الجزائري احكامها من خلال المواد 136 و 137 من القانون المدني الجزائري .

إن التطرق إلى النصوص القانونية و التنظيمية المنظمة و المؤطرة لمسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه سيما بعد التعديل الذي صدر بموجب القانون 10/05 و بيان مختلف الأحكام الجديدة مقارنة بالأحكام الواردة قبل 2005 يبين التعديل الذي طرأ على مسؤولية التابع عن أعمال تابعه خاصة عندما يتعلق الأمر بشروط قيامها ومن خلال موضوع دراستنا يمكن طرح الإشكالية الآتية: كيف عالج المشرع الجزائري الأحكام المتعلقة بشروط قيام مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه بعد تعديل القانون المدني بموجب القانون 10/05.؟

للإجابة عن هذه الإشكالية لابد من معرفة ماهية مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه (مبحث أول) لننتقل إلى بيان شروط قيامها وفق تعديل القانون المدني الجزائري بموجب القانون 10/05 (مبحث ثاني).

المبحث الأول: مدلول مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه

لمعرفة مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه لابد لنا من تعريف هاته المسؤولية(مطلب أول) كما لابد لنا تبيان موقف المشرعين الجزائري والفرنسي عن هاته المسؤولية(مطلب ثاني):

المطلب الأول : تعريف مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه

في هذا الصدد تجدر الإشارة إلى تعريف أطراف مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه ، و يتم التطرق إليه على الشكل التالي تعريف التابع ، تعريف المتبوع .

الفرع الأول: تعريف التابع

تعددت وتنوعت التعاريف الفقهية لإعطاء تعريف جامع مانع لشخص التابع ، ففي هذا الصدد يرى الدكتور "علي علي سليمان" أنّ التابع هو : " الشخص الذي يخضع لسلطة المتبوع ويتلقى منه الأوامر ويطيعه في توجيهه فعلا أو يفترض أن يطيعه"³ .

أما الأستاذ مخلوفي محمد فيعرف التابع بأنه: " الشخص الذي يؤجر خدماته لشخص آخر بأن يؤدي عملا له ويمثل لأوامره ويخضع لها سواء بصورة مباشرة أو غير مباشرة"⁴ . أما بخصوص التعريفات القضائية فنمیز تعريف محكمة النقض الفرنسية التابع على أنه : " ذلك الشخص الذي يعمل لحساب شخص آخر يملك عليه سلطة التوجيه والرقابة والمراقبة"⁵

ونلاحظ من هذه التعاريف المختلفة أنّها تشترك في عنصرين أساسيين :

أ-خضوع التابع لسلطة المتبوع من حيث الأوامر وكيفية أداء العمل.

ب- أن يقوم التابع بأداء العمل لحساب المتبوع وليس لحسابه الخاص .

الفرع الثاني: تعريف المتبوع

حسب نص المادة 136 الفقرة 1 و2 من القانون المدني الجزائري قبل التعديل فإن المتبوع هو ذلك الشخص الذي يمارس السلطة الفعلية في الرقابة والتوجيه على تابعه وهذا النص التشريعي جاء بشكل عام ليشمل كل متبوع سواء كان شخصا طبيعيا أو معنويا .

أما بعد التعديل نصت المادة 136 من القانون المدني الجزائري المعدل و المتمم بموجب القانون 10/05 أن المتبوع هو ذلك الشخص الذي يعمل التابع لحسابه.

- أما التعاريف الفقهية التي تعرف المتبوع⁶ لقد اختلفت في تعريفه ونحاول أن نعطي أهم هذه التعاريف :

- ذلك أن الدكتور علي علي سليمان يعرف المتبوع بأنه: " الشخص الذي له على شخص آخر سلطة فعلية في رقابته وتوجيهه ، ويكون له بمقتضى هذه السلطة الحق في أن يصدر إليه الأوامر ولو لم يستعمل هذا الحق فعلا، إذ المهم أن تكون له هذه السلطة ولو لم يمارسها " ⁷ .

- و من جهته الدكتور مخلوفي محمد عرف المتبوع على أنه " الشخص الذي يلتجئ إلى خدمات شخص آخر لحسابه ولمصلحته وله الحق في إصدار الأوامر والتعليمات حول طريقة التي يتعين على ذلك الشخص أن يؤدي العمل بمقتضاه " ⁸ .

المطلب الثاني: مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه في القانون الفرنسي والجزائري

ولدراسة مضمون هذا المطلب يتم التطرق الى مسؤولية المتبوع في القانون المدني الفرنسي باعتباره مصدر و

أصل القانون المدني الجزائري

الفرع الأول: مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه في القانون المدني الفرنسي

إن القانون الفرنسي القديم لم يعرف كمبدأ عام مسؤولية المتبوع عن فعل تابعه و إنما نص على حالات معينة يكون فيها الناقل أو صاحب الفندق مسؤولا مسؤولية شخصية نتيجة إخلاله بالتزام تعاقدى سواء تسبب فيه الناقل نفسه أو صاحب الفندق ذاته أو حدث بفعل أحد مساعديه ⁹ .

و قد جاء بتفصيل لأحكام مسؤولية المتبوع مأخوذة مباشرة مما قال به " بوتيه " فبعد أن نص على القاعدة العامة القاضية بمسئالة الشخص عن كل ضرر يلحق الغير بفعله غير مشروع .

فإنه نص أيضا في مادته 1384 فقرة أولى منه على تقرير تلك المسؤولية بالنسبة للأفعال غير مشروعة التي تقع ممن يعتبر مسؤولا عنه ، إلا أن التقنين الفرنسي الجديد بنصه على مسؤولية المتبوع عن أفعال تابعه غير مشروعة ، لم يجعل من تلك المسئالة نظرية عامة بل هي مجرد استثناء من القاعدة العامة ، القاضية بمسئالة الشخص عن الأفعال الخاطئة و الناتجة من فعله الشخصي ¹⁰ .

و هذه المسؤولية الإستثنائية التي أقرها القانون الفرنسي الحديث تقوم على خطأ مفترض في جانب المسؤول (المتبوع) افتراضا غير قابل لإثبات العكس و هذا ما يمكن استنتاجه من المادة 1384 ف 5 .

الفرع الثاني: مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه في القانون الجزائري

نظم المشرع الجزائري الأحكام العامة لمسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه بموجب نص المادة 136 من القانون المدني الجزائري و النص العربي للمادة 136 منقول حرفيا عن المادة 174 من القانون المدني المصري .
وبهذا يكون المشرع الجزائري قد حدا حذو أغلبية القوانين الحديثة ومنها القانون المدني المصري باعتباره أحدث القوانين العربية ، و كذلك القانون المدني الفرنسي فيما يتعلق بالتشديد في مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه.

والجدير بالذكر في هذا الصدد أنّ المشرع ومن خلال التعديل للقانون المدني الجزائري سنة 2005 و هذا بموجب القانون 10/05 ، تضمن تعديلا للمادة 136 و 137 من القانون المدني و أصبحت تتضمن الأحكام الآتية و ذلك من خلال توسيع في مجال مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه حيث أنّ المتبوع يسأل عن فعل تابعه في حال تأدية وظيفته أو بسببها و كذلك بمناسبةهاإلخ.

المبحث الثاني: شروط قيام مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه

لقيام مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه يشترط المشرع الجزائري في نص المادة 136 من القانون المدني الجزائري المعدّل و المتمم بموجب القانون 10/05 أن تتوفر علاقة التبعية بين الشخص المسؤول عن الفعل الغير باعتباره متبوعا ومرتكب الفعل الضار باعتباره تابعا ، فالتساؤل الذي يمكن أن نطرحه في هذا الصدد: ما المقصود بالعلاقة التبعية ؟ ما هي المعايير الفقهية التي جاء بها الفقه لتحديد هذه العلاقة ؟ وما هو المعيار الذي اعتمده المشرع الجزائري في القانون المدني الجزائري المعدّل و المتمم بموجب القانون 10/05؟(مطلب أول) وإلى جانب ارتكاب التابع فعلا ضارا إثناء تأدية الوظيفة أو بسببها أو بمناسبةها(مطلب ثاني).

المطلب الأول: علاقة التبعية بين التابع والمتبوع في ظل تعديل القانون المدني

إنّ مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه يقتضي وجود علاقة تبعية تربط بين شخصين يكون أحدهما متبوعا و الآخر تابعا وتقوم علاقة التبعية في كثير من الحالات على عقد الخدمة (العمل) ، لكن ليس من الضروري في كل الحالات أن تقوم على عقد من عقود ، فعلاقة التبعية قد توجد متى كان لأحد الأشخاص السلطة الفعلية في الرقابة والتوجيه لأحد الأشخاص .

وعليه سنتطرق لهذه الرابطة و ذلك بالتطرق إلى بيان المقصود بعلاقة التبعية و عدم اشتراط حرية اختيار المتبوع لتابعه و التطرق لبعض تطبيقات علاقة التبعية وبيان المعايير الفقهية لتحديد علاقة التبعية وموقف المشرع الجزائري منها في ظل القانون المدني الجزائري 10/05 كالآتي:

الفرع الأول: المقصود بعلاقة التبعية وعدم اشتراط حرية الإختيار من قبل المتبوع
أولا: المقصود بعلاقة التبعية:

يتعين لقيام مسؤولية المتبوع أن توجد علاقة تبعية بحيث يكون أحدهما خاضعا للآخر، ويتحقق ذلك إذا كان للمتبوع على تابعه سلطة فعلية في الرقابة والتوجيه حيث تكون السلطة للمتبوع ويكون الخضوع والتبعية للتابع فهما وجهان متقابلان لشيء واحد.¹¹

ولم يعط المشرع الجزائري تعريفاً لرابطة التبعية موضحاً فقط أن رابطة التبعية تقوم ولو لم يكن المتبوع حراً في اختيار تابعه متى كان هذا الأخير يعمل لحساب المتبوع.

ثانياً: عدم اشتراط حرية الاختيار من قبل المتبوع

تجدر الإشارة في هذا الصدد إلى أنه، هناك اتجاهان فقهيان الفقه التقليدي والفقه الحديث:

- الفقه التقليدي . يرى بأن علاقة التبعية لا يمكن أن توجد إلا في حالة ما إذا كان المتبوع له الحق في اختيار تابعه.¹²

- الفقه الحديث: فبالنسبة لرأي الفقه الحديث فقد رفض تماماً جعل قيام علاقة التبعية مرتبطة بحرية اختيار المتبوع لتابعه ، وتم وضع وبصفة واضحة مبدأ إلغاء حرية الاختيار ، كما قام المشرع الجزائري بتكريس هذا الاتجاه في نص المادة 136 الفقرة الثانية من القانون المدني الجزائري المعدل و المتمم 10/05 التي تنص: "... ولو لم يكن المتبوع حراً في اختيار تابعه ..." ، والمهم هو أن حرية اختيار التابع لا يمكن اعتبارها كشرط لقيام المسؤولية المدنية عن فعل التابع، وعملاً بهذه الفكرة المماثلة يمكن أن يأخذ على عاتقه الالتزام بالتعويض عن الضرر المرتكب من أحد الأشخاص الذين وضعوا في خدمته من قبل الإدارة.¹³

ثالثاً: تطبيقات العلاقة التبعية

نورد فيما يلي مثال مستوحى من القضاء الجزائري تطبيقاً لعلاقة التبعية:

مسؤولية المستشفى عن أعمال الممرضين والممرضات ما قضت به المحكمة العليا بتاريخ 13/01/1991 ، حيث صرحت بمسؤولية المستشفى المدنية عن انتحار المريض بسبب إهمال الممرض وعدم تفقده للضحية التي وجدت متدلية في سقف الغرفة وجاء في القرار ما يلي: "حيث أن مسؤولية المستشفى المدنية ثابتة ، ولا مجال لقبول الدفع المقدم من الطاعنة من أن المريض هو المتسبب في ذلك مادام فاقده لقواه العقلية والمطلوب من عمال المستشفى تفقده باستمرار نظراً لحالته الصحية المتميزة.

حيث أن المسؤولية المترتبة على المستشفى هي تعويض ذوي الضحية طبقاً للمادة 124 من القانون المدني الجزائري المعدل و المتمم كما جاء في القرار المستأنف ما دام يوجد تهاون وتقصير من طرف عمال المستشفى أنجر عنه وفاة الضحية، لذا فاستبعاد تطبيق هذه المادة في غير محلها "¹⁴.

رابعاً: المعايير الفقهية لتحديد علاقة التبعية وموقف المشرع الجزائري منها في ظل القانون المدني الجزائري

10/05

1- المعايير الفقهية لتحديد علاقة التبعية: يرى الفقه والقضاء في ضوء التطورات الاقتصادية والاجتماعية أن رابطة التبعية تتحقق بمجرد أن يباشر المتبوع سلطة فعلية في

رقابة وتوجيه التابع بشأن العمل الذي أسند إليه ، وبعبارة أخرى أصبحت العبارة سلطة إصدار الأوامر والتعليمات لدى المتبوع تجاه تابعه بغض النظر عن مصدرها¹⁵، ويستوي أن تستند سلطة المتبوع هذه إلى مركز قانوني أو إلى مجرد واقعة فقد يتمتع المتبوع بهذه السلطة بموجب العقد الذي يربطه بالتابع أو حكم القانون، أو مجرد العمل لحساب الغير وهذا ما سنتعرض إليه من خلال:

أ: معيار السلطة الفعلية. يتجه الفقه والقضاء في مصر¹⁶ وفرنسا إلى إقامة رابطة عية المقررة للمتبوع في إصدار الأوامر والتوجيهات لتابعه ، وهذه السلطة إما تستند إلى رابطة عقدية أو إلى سلطة فعلية غير مستمدة من العقد.

ب: معيار العمل لحساب الغير. مضمونه أن عمل التابع هو امتداد لنشاط المتبوع ، فالتابع يقوم بعمل لحساب المتبوع بمعنى ثمره هذا العمل تتحقق للمتبوع وهو لا يؤدي نشاطا خاصا لمصلحته بل إن المقصود من أداء العمل هو تحقيق النفع الخاص للمتبوع ، أما الأجر الذي يمكن أن يستحقه فهو مقابل أدائه للعمل الذي تم لحساب صاحب العمل ولمصلحته.

وفي ذلك يختلف التابع عن القاصر المشمول بالرقابة ، فالقاصر لا يقوم بأي عمل لحساب المكلف برقابته، ولذلك فإن رقابته إنما تقع على شخص القاصر ذاته أما رقابة المتبوع فتد على عمل التابع لا على شخصه ، وكذلك يجب أن يكون هناك تكليف للتابع بعمل معين يؤديه لحساب المتبوع ، على ذلك فالتلميذ في المدرسة لا يعتبر تابعا لصاحب المدرسة لأنه لا يقوم بعمل لحسابه ، والمستأجر لا يعتبر تابعا للتاجر لأنه لا يقوم بعمل لحسابه¹⁷.

فلا يكفي إذا لاعتبار الشخص متبوعا أن يكون له سلطة إصدار الأوامر والتعليمات بالنسبة لعمل معين ، إذا لم يتم هذا العمل لحسابه وإنما لحساب شخص آخر . أما القضاء في فرنسا فهو يعتمد في تعريفه لعلاقة التبعية على عنصرين :

-عنصر السلطة في الرقابة والتوجيه.

-عنصر العمل لحساب الغير ويقترح جانب من الفقه أن يصبح العمل لحساب الغير لوحده معيارا لرابطة التبعية¹⁸.

محاسنة : ومن إيجابيات معيار العمل لحساب الغير في تحديد علاقة التبعية بين التابع والمتبوع :

*وضع حد للخلاف الفقهي الذي أثير بشأن علاقة التبعية بين الطبيب وإدارة المستشفى ، مما دفع بالفقه الى التمييز بين الأعمال الطبية التي تنافي وعلاقة التبعية لأنه في إطار هذه الأعمال يتمتع الطبيب باستقلالية التامة في أداء عمله الطبي.

* إذا أخذنا بمعيار العمل لحساب الغير في تحديد رابطة التبعية فيؤدي هذا المعيار إلى التوسع في علاقات التبعية .

التطبيقات القضائية :

ومن التطبيقات القضائية لمعيار العمل لحساب الغير في تحديد علاقة التبعية ما قضى به مجلس الأعلى في الجزائر بتاريخ 12/01/1985 حيث صرح القضاة: " أن الضحية أو ذوي الحقوق لا يفقدون عندما يرفعون دعوى مدنية على العون المعني ، حق رفع دعوى إلى الجهة القضائية الإدارية للمطالبة بالتعويض، وهي الدعوى الموجهة ضد الشخص العام الذي يعمل المتسبب في الضرر لحسابه والمبنية على أخطاء المرفق¹⁹.

يبدو من خلال هذا القرار ان القضاء الجزائري أخذ بمعيار العمل لحساب الغير (المتبوع) في تحديد علاقة التبعية

2: موقف المشرع الجزائري من المعايير الفقهية في ظل قانون المدني الجزائري 10/05.

- قبل التعديل 2005: حسب نص المادة 136 الفقرة 2 من القانون المدني الجزائري قبل التعديل تقوم رابطة التبعية ولو لم يكن المتبوع حرا في اختيار تابعه، متى كانت له عليه سلطة فعلية في رقابته وفي توجيهه أي المشرع الجزائري أخذ بمعيار السلطة الفعلية لتحديد علاقة التبعية هذا كان قبل تعديل القانون المدني 58/75.

-بعد التعديل 2005: إن قوام رابطة التبعية هو عمل لحساب المتبوع بغض النظر عما إذا كانت له سلطة توجيه ورقابة فعلية أم لا سواء مارس هذه السلطة أو لم يمارسها لأي سبب كان وهذا ما أخذ به المشرع في تعديله للفقرة الثانية من المادة 136 من القانون المدني المعدل والمتمم بالقانون 10-05 ، وبالتالي نستخلص أن المشرع الجزائري جاء في تعديله إيماده على معيار العمل لحساب المتبوع²⁰.

المطلب الثاني: ارتكاب الفعل الضار من قبل التابع حال تأدية الوظيفة أو بسببها أو بمناسبتها

الفرع الأول: اتصال الفعل الضار بوظيفته في ظل تعديل القانون المدني .

يتضح من نص المادة 136 الفقرة 1 من القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم بموجب القانون : 10/05 أن

المتبوع لا يسأل عن كل فعل ضار يرتكبه التابع ويسبب ضررا للغير ، بل أن الفعل الضار الذي يرتكبه التابع

ويقيم مسؤولية المتبوع هو ذلك الفعل الذي يرتكبه التابع حال تأدية الوظيفة أو بسببها أو بمناسبتها

الفرع الثاني: ارتكاب الفعل الضار حال تأدية الوظيفة أو بسببها أو بمناسبتها.

أولا: الفعل الضار حالة تأدية الوظيفة.

لا أحد ينزع في مسؤولية المتبوع عن الأفعال الضارة التي يتسبب فيها تابعه وقت قيامه بالوظيفة

المسندة اليه، باعتبار أن التابع يكون حينئذ تحت رقابة المتبوع وتوجيهه ويعمل لحسابه ، بل يعد في هذه

الظروف ممثلا للمتبوع ومن ثم يلحق كل عمل يقوم به التابع بالمتبوع .

وحالات تأدية الوظيفة تكون :

-سواء كان يعلم المتبوع أو لا ،

-سواء كان المتبوع حاضرا أو غائب،

-سواء كان التابع لمصلحته أو لمصلحة المتبوع،

-سواء كان التابع ارتكب أخطاء جسيمة أم لم يرتكب،

-سواء كان التابع قد قام بواجباته أم لا²¹ .

ويقتضي هذا الفعل الضار حدوث إخلال بما عهد إلى التابع من عمل أو ما يقتضيه ذلك العمل من واجبات²².

ويستوي في ذلك أن يكون الفعل الضار قد وقع بناء على أمر من المتبوع أو بغير أمر منه ولكن يعلمه ، أو بغير علم منه ولكن دون معارضته أو وقع الفعل الضار بالرغم من معارضة المتبوع.
ثانيا: الفعل الضار بسبب الوظيفة.

والمقصود بالفعل الضار بسبب الوظيفة هو ذلك الفعل الذي يقع من التابع وهو لا يؤدي عملا من أعمال وظيفته ، ولكن يتصل مع ذلك بالوظيفة إتصال العلة بالمعلول.

بحيث أنه لو لا الوظيفة ما كان يستطيع التابع إرتكابه،²³ أي أن هناك علاقة سببية مباشرة بينه وبين الوظيفة وعليه فالفعل الضار يكون واقعا بسبب الوظيفة في أحد الفرضيتين :
1- إذا كان التابع لم يستطيع إرتكاب الضرر لولا الوظيفة²⁴.

2- إذا كان التابع لم يكن ليفكر في ارتكاب الفعل المسبب للضرر لولا الوظيفة إلى جانب علاقة السببية بين الفعل الضار والوظيفة ، لا بد أن يكون الباعث الدافع (العنصر النفسي)²⁵ الذي جعل التابع يرتكب الفعل الضار هو تحقيق مصلحة المتبوع ، أما إذا كان الهدف منه تحقيق مصلحة التابع الشخصية فلا تقوم مسؤولية المتبوع.²⁶

وعلى هذا الأساس يمكن للقاضي الموضوع الاستعانة بمعيار العمل لحساب الغير أو لحساب المتبوع في تقديره للصلة المباشرة بين الفعل الضار والوظيفة للحكم بوجود علاقة سببية مباشرة بينهما من عدمها.
ثالثا: الفعل الضار بمناسبة الوظيفة.

إن المتبوع يكون مسؤولا إذا إرتكب التابع الفعل الضار بمناسبة الوظيفة والمقصود بمناسبة الوظيفة هو ذلك العمل الذي تقتصر الوظيفة على تيسير إرتكابه أو المساعدة عليه أو تهيئة الفرصة لإرتكابه ، ولكنها لم تكن ضرورية لإمكان وقوع الضرر أو لتفكير التابع فيه، ومثال ذلك لو أنتهز سائق سيارة فرصة عبور خصمه الطريق فدهسه ، أو كما لو استخدم أحد الخدم سكيناً لمخدومه في مشاجرة شخصية فقتل خصمه²⁷.

خاتمة

من خلال دراستنا ماهية وشروط مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه بعد تعديل القانون المدني بموجب القانون 10/05"، يتضح لنا أنّ المشرع الجزائري، قد قام بتعديل المادة 136 التي كانت محل مطالبة من الفقه من المشرع الجزائري قصد إعادة النظر فيها، إذ كان المشرع يشترط تمتع المتبوع بالسلطة الفعلية في الرقابة و التوجيه لتحقيق علاقة التبعية، إلا أن العديد من القرارات القضائية الصادرة عن المحكمة العليا حيث صرحت بكل وضوح أن عدم المباشرة الفعلية لسلطة الرقابة و التوجيه ينال من وجود رابطة التبعية، و لذا يقترح جانب من الفقه إضافة عبارة: "باشرها أو لم يباشرها" إلى الفقرة الثانية من المادة 136 من القانون المدني الجزائري. أما إذا كان المتبوع غير قادر على مباشرة سلطة التوجيه و الرقابة بنفسه من الناحية الفنية فبإمكانه إسناد هذه المهمة إلى احد تابعيه على أن يحتفظ بهذه السلطة من الناحية الإدارية أو التنظيمية.

و دام الاتجاه الفقهي الحديث يسعى الى تغليب مصلحة المضرور على مصلحة المسؤول فأصبح لا يشترط في العمل غير المشروع الذي يرتكبه التابع و يقيم مسؤولية المتبوع ان يكون خاطئا، بل مجرد وقوع ضرر للغير تقوم مسؤولية المتبوع، و في ذلك تسهيدا للمضرور في حصوله على التعويض و إعفائه من عبء إثبات الخطأ، و لهذا السبب لا بد من تغيير الفقرة الأولى من المادة 136 من القانون الجزائري و ذلك بحلول عبارة "الفعل الضار" محل عبارة العمل "غير المشروع" حتى تكون العبارة واضحة و دقيقة مزيلة بكل لبس أو غموض.

و كذلك حلول عبارة "في تأدية الوظيفة أو بسببها محل عبارة العمل" غير المشروع" حتى تكون العبارة واضحة و دقيقة مزيلة لكل لبس أو غموض.

و كذلك حلول عبارة "في تأدية الوظيفة أو بسببها محل عبارة" في حال تأدية الوظيفة أو بسببها" لأنّ العبارة ليست بالزمن الذي تؤدي فيه الوظيفة في ذاته بقدر ما هي بوجود الصلة المباشرة التي تربط بين وظيفة التابع و ما يكون قد وقع منه من فعل ضار، و هذا ما تم استنتاجه من القرارات القضائية السابقة الصادرة في هذا المجال.

قائمة المصادر والمراجع

أولاً: النصوص القانونية.

1- الأمر 58-75 المتضمن القانون المدني المعدل و المتمم.

ثانياً: الكتب باللغة العربية.

- 1- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، الجزء الأول.
- 2- علي فيلاي، الالتزامات (العمل المستحق للتعويض)، موفم للنشر و التوزيع الطبعة الثانية، 2007.

-
- 3- علي علي سليمان ، دراسات في المسؤولية المدنية في القانون المدني الجزائري المسؤولية عن فعل الغير المسؤولية فعل الأشياء ، ديوان المطبوعات الجامعية الطبعة 1989 ، الجزائر.
- 4- محمد الشيخ عمر، مسؤولية المتبوع، دراسة مقارنة ، الطبعة 1970
- 5- محمود جلال حمزة ، العمل الغير المشروع باعتباره مصدر للالتزام ، ديوان المطبوعات الجامعية الطبعة 1985 ، الجزائر .
- 6- محمد صبري السعدي ، مصادر الالتزام ، النظرية العامة للالتزامات ، الكتاب الثاني السنة 2003 .
ثالثا: رسائل ومذكرات.
- 1- ربيع ناجح راجح أبو الحسن ، مسؤولية المتبوع عن فعل تابعه في مشروع القانون المدني الفلسطيني دراسة مقارنة ، لنيل ماجستير في القانون الخاص ، جامعة النجاح الوطنية ، 2008 .
- 2- فجالى مراد ، مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه في القانون المدني الجزائري ، رسالة للحصول على شهادة الماجستير في العقود والمسؤولية ، كلية العلوم القانونية والإدارية جامعة الجزائر ، 2003 .
- 3- مخلوفى محمد، مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه في القانون المدني الجزائري ، دراسة مقارنة بالقانوني المصري و الفرنسي جامعة الجزائر ، 1987 .
- رابعا: مجلات قضائية.
- 1- المجلة القضائية المحكمة العليا ، قسم المستندات ، العدد 4 ، 1989 .
- 2- المجلة القضائية ، المحكمة العليا ، قسم المستندات ، العدد 102 السنة 1996 .
- خامسا: مقالات.
- مراد فجالى ، مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه في القانون المدني الجزائري ، مجلة معارف ، مجلة علمية محكمة المركز الجامعي العقيد أكلي محند أولحاج ، البويرة 2009 .
- سادسا: محاضرة.
- بن عزوز درماش ، محاضرات في مقياس الالتزامات السنة الثانية حقوق كلية الحقوق و العلوم السياسية جامعة زيان عاشور ، الجلفة ، 2009/2008 .

الهوامش:

- 1- الأمر 58-75 المتضمن القانون المدني المعدل و المتمم .
- 2- مراد قجالي ، مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه في القانون المدني الجزائري ، مجلة معارف ، مجلة علمية محكمة المركز الجامعي العقيد أكلي محند أولحاج ، البويرة ، 2009 ، ص 91 .
- 1- علي علي سليمان ، دراسات في المسؤولية المدنية في القانون المدني الجزائري ، المسؤولية عن فعل الغير المسؤولية فعل الأشياء ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، 1989 ، ص 38 .
- 3- مخلوفي محمد ، مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه في القانون المدني الجزائري ، دراسة مقارنة بالقانوني المصري و الفرنسي جامعة الجزائر ، 1987 ، ص 70 .
- 2- قجالي مراد ، مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه في القانون المدني الجزائري ، رسالة للحصول على شهادة الماجستير في العقود و المسؤولية ، كلية العلوم القانونية و الإدارية ، جامعة الجزائر ، 2003 ، ص 19 .
- 6- قجالي مراد ، المرجع السابق ، ص 20 .
- 7- علي علي سليمان ، المرجع السابق ، ص 38 .
- 8- مخلوفي ، محمد ، المرجع السابق ، ص 70 .
- 9- ربيع ناجح راجح أبو الحسن ، مسؤولية المتبوع عن فعل تابعه في مشروع القانون المدني الفلسطيني ، دراسة مقارنة ، لنيل ماجستير في القانون الخاص ، جامعة النجاح الوطنية ، فلسطين ، 2008 ، ص 49 .
- 10- محمد الشيخ عمر ، مسؤولية المتبوع ، دراسة مقارنة ، 1970 ، ص 62-63 .
- 11- قجالي مراد ، مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه في القانون المدني الجزائري ، رسالة ماجستير ، مرجع السابق ، ص 36 .
- 12- قجالي مراد ، المرجع السابق ، ص 36 .
- 13- نفس المرجع ، ص 37 .
- 14- انظر المجلة القضائية ، المحكمة العليا ، قسم المستندات ، العدد 02 ، 1996 ، ص 127 وما بعدها .
- 15- محمد مخلوفي ، المرجع السابق ، ص 77 .
- 16- انظر في هذا الصدد الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، مصادر الالتزام ، الجزء الأول الفقرة الأولى ، ص 1014 . وكذلك الدكتور ، محمد حسين منصور ، مصادر الالتزام ، الدار الجامعية للطباعة و النشر 2000 . ص 140 و ما بعدها .
- 17- قجالي مراد ، مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه في القانون المدني الجزائري ، رسالة ماجستير ، المرجع السابق ، ص 48 .
- 18- قجالي مراد ، مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه في القانون المدني الجزائري ، رسالة ماجستير ، المرجع السابق ، ص 49 .
- 19- راجع قرار المجلس الأعلى المؤرخ في 12/01/1985 ملف رقم : 36212 ، المجلة القضائية المحكمة العليا ، قسم المستندات ، العدد 4 ، الجزائر ، 1989 ، ص 231 وما بعدها .
- 20- علي فيلاي ، الإلتزامات (الفعل المستحق للتعويض) ، طبعة 2 ، موفم للنشر والتوزيع ، الجزائر ، 2007 ، ص 145-147 .
- 2- بن عزوز درماش ، محاضرات في مقياس الإلتزامات السنة الثانية حقوق كلية الحقوق و العلوم السياسية جامعة زيان عاشور ، الجلفة ، 2009/2008 ، ص 446-447 .
- 22- محمد الشيخ عمر ، المرجع السابق ، ص 332 .
- 23- محمد صبري السعدي ، مصادر الالتزام ، النظرية العامة للإلتزامات ، دار الهدى ، الجزائر ، 2003 ، ص 205 .
- 24- قجالي مراد ، مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه في القانون المدني الجزائري ، رسالة ماجستير ، المرجع السابق ، ص 64 .

²⁵- علي فيلاي ، المرجع السابق ، ص 147.

²⁶- محمود جلال حمزة ، العمل الغير مشروع بإعتباره مصدر للإلتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، 1985، الجزائر، ص 193.

²⁷- مراد فجالي ، مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه في القانون المدني الجزائري ، مجلة معارف ، ص 102.

الصفقات العمومية كآلية لترشيد النفقات العمومية و الاستغلال الأمثل للمال العام

الدكتورة براهيمى سهام
المركز الجامعي صالحى أحمد بالنعامة
brahimi.sihem@yahoo.fr
الأستاذة براهيمى فايزة
كلية الحقوق و العلوم السياسية
جامعة الجزائر 01

الملخص:

ان تنظيم الصفقات العمومية الصادر بموجب المرسوم الرئاسي 15-247 جاء من اجل التوفيق بين مقتضيات تلبية الطلبات العمومية وضمان الاستعمال الحسن للمال العام، و أرسى جملة من المبادئ كالنزاهة و الشفافية وحرية المنافسة في الصفقة العمومية ضمانا لتطبيق القوانين و القواعد التنظيمية من جهة ومن جهة أخرى لتحقيق ما يسمى بالشرعية المالية لالتزامات النفقات العمومية أي ترشيد النفقات العمومية وحماية المال العام .

الكلمات المفتاحية: الصفقات العمومية، المال العام، الترشيح، الرقابة.

Summary:

The regulation of public transactions issued pursuant to Presidential Decree No. 15-247 came in order to reconcile the requirements of meeting public demands and ensuring the good use of public funds, and laid down a set of principles such as fairness, transparency and freedom of competition in the public deal to ensure the application of laws and regulations on the one hand To achieve the so-called financial legitimacy of the obligations of public expenditure, ie rationalization of public expenditure and the protection of public funds.

مقدمة :

تعد ظاهرة تزايد النفقات العمومية من أبرز المشاكل لمساسها المباشر بالإيرادات العامة ، خاصة في الظروف التي مرت بها الجزائر في الآونة الأخيرة بسبب انخفاض أسعار البترول ، حيث ان السياسة المالية للدولة الجزائرية كان لزاما عليها تغيير المعايير الاقتصادية والاجتماعية للحفاظ على الاقتصاد الوطني ، ولم يقتصر الامر على الدولة الجزائرية بل مختلف دول العالم دعت إلى ترشيد النفقات العمومية من أجل النهوض بالاقتصاد بسبب التحولات السياسية والاقتصادية والاجتماعية.

وبارتباط الصفقات العمومية بالمال العام وبالخزينة العمومية فهي تخضع بالضرورة إلى رقابة أثناء تنفيذها وذلك لترشيد النفقات العمومية والحد من التصرفات التي تؤدي لإهدار المال العام .

حيث ان تنظيم الصفقات العمومية الصادر بموجب المرسوم الرئاسي 15-247 جاء من اجل التوفيق بين مقتضيات تلبية الطلبات العمومية وضمان الاستعمال الحسن للمال العام ، و أرسى جملة من المبادئ كالنزاهة و الشفافية وحرية المنافسة في الصفقة العمومية ضمنا لتطبيق القوانين و القواعد التنظيمية من جهة ومن جهة أخرى لتحقيق ما يسمى بالشرعية المالية للالتزامات النفقات العمومية أي ترشيد النفقات العمومية وحماية المال العام .

و نظرا للاهمية البالغة لهذا الموضوع حاولنا تناوله باكثر تفصيل مجيبين على الإشكالية التالية :

الى أي مدى وفق المشرع الجزائري في ترشيد النفقات العمومية والحد من الفساد المالي من خلال تنظيم الصفقات العمومية ؟ وللإجابة على هذه الاشكالية اتبعنا الخطة التالية :

المحور الأول : الإطار العام لترشيد النفقات العمومية

1- تعريف ترشيد النفقات العمومية

2- اسباب اللجوء لترشيد النفقات العمومية

3- اهداف ترشيد النفقات العمومية

4- مراحل ترشيد النفقات العمومية

5- عوائق ترشيد النفقات العمومية

المحور الثاني :الإطار العام للصفقات العمومية في ظل المرسوم الرئاسي 15-247.

1- تعريف الصفقات العمومية

• تعريف الصفقات العمومية بموجب التشريع

• تعريف الصفقات العمومية قضاءا

• تعريف الصفقات العمومية فقها

2- معايير تحديد الصفقات العمومية

• المعيار العضوي

• المعيار الموضوعي

• المعيار الشكلي

• المعيار المالي

معيار البند غير المألوف

المحور الثالث: ضمانات ترشيد النفقات العمومية من خلال تنظيم الصفقات العمومية

1- الرقابة الداخلية.

2- الرقابة الخارجية.

المحور الأول: الإطار العام لترشيد النفقات العمومية

في ظل التغيرات و التحولات السياسية و الاجتماعية و الاقتصادية خاصة للوحد ظاهرة تزايد النفقات العمومية، والتي أثارت مشكلة تحديد حجم الإنفاق ، لذلك لجأت الدول إلى سياسية ترشيد النفقات العمومية، منها الجزائر ، لذلك نظرا لأهمية هذا الموضوع و علاقته بالمجالات الأخرى خاصة الصفقات العمومية ، كان لزاما علينا معرفة الإطار العام لترشيد النفقات العمومية من خلال النقاط التالية :

1- تعريف ترشيد النفقات العمومية

قبل الإشارة إلى تعريف ترشيد النفقات العمومية ، لابد من معرفة أولا النفقة العامة حيث تعرف أنها صرف إحدى الهيئات و الإدارات العمومية مبلغا من المال بغرض سد الحاجيات العامة أو هي مبلغ مالي يدفع من الخزينة العمومية لإشباع حاجات عامة¹.

من بين الظواهر التي ارتبطت بدراسة النفقات العامة ظاهرة تزايد النفقات العامة مع تزايد الدخل الوطني حيث ان العلاقة بين الاثنتين طردية لان كانت أسباب هذه الظاهرة متعددة و متغيرة إلا ان الثابت هو الضرورة المتزايدة لترشيد هذه النفقات من اجل ضمان تحقيق أهدافها الاقتصادية و الاجتماعية².

لذلك عرف الفقهاء ترشيد النفقات بتعاريف متعددة إلا ان تعريفها يبقى محصورا في أنها طريقة منهجية تطبق على إجراءات السلطة العامة مستخدمة كل التقنيات المتوفرة للتحليل و الحسابات و التقدير للإدارة و التنظيم بشكل مشخص فعال و مطابق لسياسة محددة و نذكر فيما يلي تعاريف مختلفة منها :

- ترشيد النفقات العمومية يعني تخفيضها ، فاذا كان تزايد الإنفاق العام يرجع لأسباب يمكن تجنبها

وتفادي الإسراف في استخدام الموارد داخل قطاعات الدولة³.

- اما بالنسبة للتعريف الثاني لها فيقصد به التزام الفعالية في تخصيص الموارد و الكفاءات في استخدامها بما يعظم رفاهية المجتمع فالفعالية تتم في مرحلتها إعداد الميزانية واعتمادها وتزيد درجتها في تخصيص الموارد كلما زادت درجة اتخاذ القرارات العامة واتسم الناخبون وممثلوهم عند التصويت على قرارات

الميزانية اما الكفاءة فيقصد بها تقنين العلاقة بين الإيرادات و النفقات⁴، وبعبارة أخرى الحصول على أعلى إنتاجية عام ممكنة بأقل قدر ممكن من الإنفاق و الإسراف .

2- أسباب اللجوء لترشيد النفقات العمومية: لقد شرعت الجزائر في بداية الألفية الثالثة في تبني سياسة اقتصادية جديدة تقوم على الزيادة في النفقات العمومية وذلك في ظل وفرة المداخيل الخارجية الناتجة عن ارتفاع أسعار البترول ، وهو ما تجسد في البرامج الاستثمارية المبرمجة في 2001 إلى 2014⁵، ولكن بعد انخفاض أسعار النفط كان لزاما على الدولة اللجوء لترشيد النفقات ، ولتحقيقها يفرض على الدول تحديد الهدف التي تتوخاه الإدارة في خطواتها العملية أثناء ترجمة أعبائها على الواقع في مرحلة التنفيذ ولاشك ان الغاية تنسجم إلى حد كبير مع التطلعات السياسية العامة للحكومة ، ولابد من استخدام الوسائل الممكنة من أدوات التحليل و التقدير للوصول للحسابات المحددة مسبقا، فترشيد النفقات العمومية هي طريقة منهجية وليست نظرية بحد ذاتها من اجل تجسيد سياسة محددة⁶، ومن ابرز الأسباب التي تدفع الدول إلى التفكير في ترشيد النفقات ما يلي:

- الزيادة المفرطة للنفقات العامة يفرض على الدولة ضرورة التفكير للحد منها لحماية للاقتصاد الوطني⁷.

-السبب الجدي للجوء إلى ترشيد النفقات ركود أو نقص الإيرادات العامة وهو ما تجسد في الدولة الجزائرية في الآونة الأخيرة بعد انخفاض أسعار البترول⁸.

-عدم توفر تسييبات جديدة و تعليقات كافية لارتفاع و زيادة النفقات العمومية رغم استمرارها بشكل كبير⁹.

3-أهداف ترشيد النفقات العمومية

ان لترشيد النفقات العمومية أهداف جيدة تنعكس بالإيجاب على الاقتصاد الوطني¹⁰ من أهمها نذكر ما يلي :

-الحد من التبدير والتقليل من الإنفاق العشوائي عن طريق التخطيط المسبق للنفقات و لا يقتصر علة ميزانية واحدة و إنما يجسد على شكل مخططات سنوية .

-الاستخدام الجيد والمحكم للإيرادات العمومية حفاظا على المال العام، ويكون ذلك من خلال قرارات الإدارة وفعاليتها في تسيير الأموال العمومية.

-التمييز بين النفقات العمومية حسب أولويتها و أهميتها .

4-مراحل ترشيد النفقات العمومية

كما سبق الإشارة يعتبر أسلوب ترشيد النفقات العمومية أسلوب بحث ومنهج تطبقه الدولة بواسطة وسائل اعتمادا على إحصائيات وذلك قصد تأصيل التقديرات من اجل بلوغ الأهداف المحددة من طرف الحكومة، وللقيام بها لا بد من إتباع المراحل التالية :

1- مرحلة الدراسة : تقتصر هذه المرحلة أولا على تصور الأهداف وثانيا على تحديد وسائل العمل .

2- مرحلة القرار: تنعكس هذه المرحلة في اختيار البرامج على صعيد الميزانية لتنفيذها تحقيقا للأهداف المسطرة مسبقا .

3- مرحلة الإدارة:تظهر هذه المرحلة جانب من الرقابة المستمرة للتسيير للبرامج المحددة

4- مرحلة الملاحظة : تعد مرحلة جد هامة لتفادي وجود تعارض بين التصورات و الأهداف من جهة والتسيير الواقعي من جهة أخرى لاعادة النظر في الأهداف و الوسائل .

5-عوائق ترشيد النفقات العمومية

- عند إعداد الميزانية : تتأثر الميزانية عند إعدادها بأسلوب ترشيد النفقات العمومية فالمبادئ الأساسية للميزانية لا تتناسب مع فكرة ترشيد النفقات العمومية ، فمثلا مبدأ السنوية للميزانية لا يتناسب مع فكرة رشيد النفقات فهذه الأخير تعتمد على المدى البعد أما السنوية تقتصر على مدى السنوية (السنوية المالية).

- عند التصويت على الميزانية: كما هو معلوم البرلمان هو من له السلطة في التصويت على قوانين المالية للسنوية ، واغلب الأحيان ممثلو الشعب يساهمون في تطوير البرامج وهو ما لا يتناسب مع ترشيد النفقات العمومية .

المحور الثاني: الإطار العام للصفقات العمومية في ظل المرسوم الرئاسي 15-247

رغم خضوع الصفقات العمومية للقواعد العامة المطبقة على العقود الإدارية، إلا أنها تنفرد بقواعد خاصة ، حيث ان كل صفقة عمومية هي عقد إداري ، لكن ليس كل عقد إداري بالضرورة صفقة عمومية، ومن هذا المنطلق سنتناول مفهوم الصفقات العمومية من خلال تعريفها وتحديد معاييرها .

أولاً: مفهوم الصفقات العمومية

ان قانون الصفقات العمومية جاء من اجل التوفيق بين مقتضيات تلبية الطلبات العمومية وضمان الاستعمال الحسن للمال العام ، فنظرا للأهمية البالغة حاولت اغلب التشريعات وضع إطار قانوني خصوصي مستقل بذاته متميزا على الأحكام العامة، وهو ما تجسد في آخر قانون منظم لها في الجزائر والمتعلق بالمرسوم الرئاسي 15-247 ، لذلك نحاول فيما يلي التطرق لتعريف الصفقات العمومية وتحديد معاييرها.

1-تعريف الصفقات العمومية

لقد عرفت الصفقات القانونية أنها عقد تبرمه الإدارة مع أشخاص طبيعية او معنوية بهدف القيام بأعمال او تقديم خدمات او منتجات¹¹ ، لذلك سنحاول التركيز على تعريفها القانوني ، مشيرين كذلك للتعريف القضائي لها ، وكذا الفقهي .

*تعريف الصفقات العمومية بموجب التشريع

- الأمر 67-29: يعتبر هذا الامر بمثابة أول قانون للصفقات العمومية حيث عرفها بأنها " عقود مكتوبة تبرمها الدولة او العملات او البلديات او المؤسسات او المكاتب العمومية قصد انجاز أشغال او توريدات او خدمات ضمن الشروط المنصوص عليها في هذا القانون"¹²

- المرسوم 82-145: حيث عرفها هذا المرسوم في المادة 04 منه بأنها "صفات المتعامل العمومي عقود مكتوبة حسب التشريع الساري على العقود ومبرمة وفق الشروط الوارد في هذا المرسوم قصد انجاز الأشغال و اقتناء المواد والخدمات"
- بقراءة المادة يتجلى لنا ان هذا التعريف حافظ على الشرط الشكلي المتعلق بالكتابة ويتضح انه تخلى على المعيار العضوي اعتبارا انه لم يحدد الهيئات ، لكن بالرجوع للمادة 05 نجده يقصد بالمتعامل العمومي الاحتفاظ بالمعيار العضوي حيث قام بالتفصيل فيما كما أضاف المؤسسات الاشتراكية والوحدات الاقتصادية¹³.
- المرسوم التنفيذي 91-434: حيث عرفها بأنها "عقود مكتوبة حسب التشريع الساري على العقود ومبرمة وفق الشروط الواردة في هذا المرسوم قصد انجاز الأشغال و اقتناء المواد والخدمات لحساب المصلحة المتعاقدة"
- فأهم ما أقره هذا المرسوم المتضمن قانون الصفقات العمومية مبدأ المساواة بين المتعاملين، وأكد في تعريفها إلى المعيار الشكلي والموضوعي والعضوي¹⁴.
- المرسوم الرئاسي 02-250: حيث عرفها "أنها عقود مكتوبة في التشريع المعمول به تبرم وفق الشروط المنصوص عليها في هذا المرسوم قصد انجاز الأشغال و اقتناء المواد والخدمات والدراسات لحساب المصلحة المتعاقدة"¹⁵
- المرسوم الرئاسي 10-236: عرفها القانون بأنها "عقود مكتوبة في مفهوم التشريع المعمول به تبرم وفق الشروط المنصوص عليها في هذا المرسوم ، قصد انجاز الأشغال و اقتناء اللوازم والخدمات والدراسات لحساب المصلحة المتعاقدة"
- المرسوم الرئاسي 12-23: هذا المرسوم عدل هذا المرسوم في المادة الثانية من المرسوم 10-236 ولم يمس بهيئات الصفقات وحافظ على المعيار العضوي
- المرسوم الرئاسي 15-247: أكد في تعريفه في القانون الخير للصفات العمومية على نفس التعريف لها¹⁶

من خلال التعاريف السابقة نستخلص ان اغلب تعريفات الصفة العمومية تقريبا جاءت تصب في نفس المعنى رغم بعض الاختلافات البسيطة ، و أكد على الثلاث معايير الأساسية الشكلية العضوي الموضوعي.

لكن يمكن القول ان المشرع الجزائري وفق الى حد بعيد في التعريف لكن كان من الأحسن وضع تعريف جامع شامل لكل المعايير الشكلية والعضوية والموضوعية ، حيث ان القانون الحالي يفصل بين المعايير في كل مادة على حدى .

إن المعايير الثلاث الشكلي العضوي الموضوعي رغم أهميتها يبقى مفهومها قاصرا من حيث التعريف ، فدورها ينحصر في إقصاء بعض العقود الإدارية من مجال الصفقات العمومية رغم كونها كذلك ، وذلك وفقا للمعيارين العضوي و الموضوعي الذين يشكلان النواة الأساسية للتعريف.¹⁷

ليس كل العقود الإدارية صفقة عمومية ، لكن كل صفقة عمومية بالضرورة تعتبر عقد إداري .

• **تعريف الصفقات العمومية قضاء¹⁸** : حيث ان حتى القضاء الاداري الجزائري كان له دورا في صياغة وتحديد مفهوم الصفقات العمومية ، حيث انه قد عرف الصفقة العمومية أنها عقود مكتوبة... ومن ابرز القرارات القضائية التي عرفت الصفقات العمومية نجد قرار رقم 6215 فهرس 873 ، قرار غير منشور مؤرخ في 17 ديسمبر 2002 بين رئيس المجلس الشعبي البلدي ليوه بسكرة (..وحيث انه تعرف الصفقة العمومية بأنها عقد يربط الدولة بالخواص حول مقابلة وانجاز مشروع او أداء خدمة)، من خلاله يتبين ان مجلس الدولة الفرنسي قد حصر مفهوم الصفقة في كونها رباط عقدي يجمع الدولة بأحد الخواص في حين انه فالأصل يمكن ان نجد صفقة عامة طرفاها هيئتان عموميتين¹⁹، لكن هذا التعريف لحد بعيد و اعتبارا بتاريخ صدور القرار جانب الصواب لان المشرع الجزائري في المرسوم 15-247 لا تعد صفقة عمومية اذا أبرمت من طرف الهيئات و الإدارات العمومية و المؤسسات العمومية ذات الطابع الاداري فيما بينها²⁰ ، أما النقطة الثانية التي يجب الاشارة اليها في التعريف القضائي و هو استخدام مصطلح المقابلة وهو من مصطلحات القانون المدني²¹

***تعريف الصفقات العمومية فقها** : عرفها عمار بوضياف أنها العقد الذي يبرمه شخص من أشخاص القانون العام بقصد ادارة مرفق عام او بمناسبة تسييره وتظهر نيته في الأخذ بأسلوب القانون العام وذلك بتضمين العقد شرطا او شروطا مألوفة في عقود القانون الخاص²².

ثانيا : معايير تحديد الصفقات العمومية لإبرام الصفقات العمومية لابد من إتباع مجموعة من الشروط و الإجراءات القانونية والتي نوجزها فيما يلي :

***المعيار العضوي** : يعد المعيار العضوي مت أهم المعايير التي يمكن الاعتماد عليها لتحديد الصفقات العمومية ، ولقد أخذ بها القضاء الاداري الفرنسي ، و ما يفهم منه النظر إلى أطراف العقد دون النظر لموضوعه ، فإذا كان احد أطرافه من الأشخاص المعنوية العامة التي نص عليها المشرع في المرسوم صراحة على انه يتعين إبرامه عن طريق عقود الصفقات العمومية تحت طائلة البطلان ، وتلك الهيئات حددت كالتالي (الدولة ، الجماعات الإقليمية ، المؤسسات العمومية ذات الطابع الاداري ، المؤسسات العمومية الخاضعة للتشريع الذي يحكم النشاط التجاري عندما تكلف بانجاز عملية ممولة كليا او جزئيا بمساهمة مؤقتة او نهائية من الدولة او من الجماعات الإقليمية)²³، فاشترط المشرع وجوب ان يكون احد أطراف الصفقة شخصا من أشخاص القانون العام ، و إلا لا يعد العقد عقدا إداريا .

الملاحظ ان المشرع الجزائري اصطلح عليه بمصطلح المصلحة المتعاقدة و التي تتمثل في :

- الإدارات العمومية .

- الولايات .

- البلديات .

- المؤسسات العمومية ذات الطابع الاداري.

- مراكز البحث و التنمية

- المؤسسات العمومية الخصوصية ذات الطابع العلمي و التكنولوجي .

- المؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي و الثقافي و المهني .

- المؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي و التقني .

كما ان المشرع أشار إلى الصفقات العمومية المبرمة من طرف صاحب المشروع منتدب باسم و لحساب صاحب مشروع تطبيقا لاتفاقية إشراف منتدب على مشروع و أدرجتها ضمن طائفة العقود التي تخضع لأحكام هذا القانون²⁴ .

ونظرا لأهمية المعيار العضوي والأصل في تطبيقه لتحديد الصفقات العمومية إلا ان المشرع الجزائري مجموعة من العقود من مجال تطبيق أحكام الصفقات العمومية وذلك في الباب الأول من المرسوم وهي:

- العقود المبرمة بين الهيئات و الإدارات العمومية و المؤسسات العمومية ذات الطابع الاداري .

- العقود المبرمة مع المؤسسات الخاضعة للتشريع الذي يحكم النشاط التجاري عندما تكلف بانجاز عملية مموله كليا او جزئيا بمساهمة مؤقتة او نهائية من الدولة او الجماعات الإقليمية لما تزاوّل نشاطا لا يكون خاضعا للمنافسة .

- العقود المتعلقة بالإشراف المنتدب على المشاريع .

- العقود المتعلقة باقتناء او تأجير أراضي او عقارات .

- العقود المبرمة مع بنك الجزائر .

- العقود المبرمة بموجب المنظمات و الهيئات الدولية او بموجب الاتفاقات الدولية عندما يكون ذلك مطلوبا

- العقود المبرمة بخدمات الصلح و التحكيم .

- العقود المبرمة مع محامين بالنسبة لعقود المساعدة و التمثيل .

- العقود المبرمة مع هيئة مركزية للشراء خاضعة لأحكام المرسوم الرئاسي 15-247 وتتصرف لحساب المصالح المتعاقدة .

المتعامل الاقتصادي : بعد الإشارة إلى الطرف الأول في الصفقة العمومية لابد من الإشارة للطرف الثاني ألا وهو المتعامل الاقتصادي ، فأول ملاحظة في قانون الصفقات العمومية الأخير غير المصطلح من متعامل متعاقد إلى متعامل اقتصادي هادفا منه توحيد المصطلحات تماشيا مع قانون المنافسة ، وفي تحديد تعريفه غالبا ما يكون شخصا من أشخاص القانون الخاص²⁵ .

وما يجدر الإشارة إليه ان المتعامل المتعاقد يمكن ان يكون شخصا او عدة أشخاص طبيعيين او معنويين يلتزمون بمقتضاه الصفقة إما بصفة فردية او في اطار تجمع مؤقت²⁶ . السؤال المطروح : هل يشترط للجوء المصلحة المتعاقدة إبرام عقودا مع المؤسسات الخاضعة للقانون الجزائري فقط ؟

لقد أجابنا المشرع الجزائري في المادة 38 على هذا السؤال حيث فسح المجال للمصلحة المتعاقدة ومن اجل تحقيق أهدافها وبغية تنفيذ خدماتها إلى إبرام صفقات مع المؤسسات الأجنبية و هل يقتصر على المؤسسات الخاضعة للقانون الجزائري .

*المعيار الموضوعي : اشترط المشرع الجزائري بالإضافة إلى ضرورة وجود احد الأشخاص المعنوية السالف ذكرها ان يصب موضوع الخدمة المتفق عليها الطرفين المتعاقد الاقتصادي و الإدارية على إحدى العمليات وهو ما يصطلح عليه بالمعيار المادي او الموضوعي و الذي يعرفه البعض بأنه محل الصفقة العمومية²⁷ .

وبحكم ان الإدارة تبرم عقودا كثيرة ، فلا يمكن اعتبار جميع ما تبرمه من عقود مختلفة بمثابة عقود إدارية بحث ان الشرط الأساسي لاعتبار العقد إداريا هو ان تسلك الإدارة فيه طريق القانون العام لذلك كان لزاما علينا إبعاد جملة من العقود التي تبرمها الإدارات العمومية وعدم إطلاق وصف الصفقة العمومية عليها زمنها عقود النقل و عقود التامين وغيرها من العقود الخاصة²⁸ .

ما يجدر الإشارة إليها ان اغلب قوانين الصفقات العمومية حددت العمليات بعقد انجاز الأشغال و التوريدات و الخدمات في كل القوانين (1967 و 1982 و 1991) ، و أضيف لها في مرسوم 2010 نوع آخر وهو الدراسات و الذي ابقى عليها مرسوم 2015²⁹ ، ويمكن ان نجيزها فيما يلي :

*انجاز الأشغال : ويقصد بها انجاز منشأة او أشغال بناء او هندسة مدنية من طرف مقاول في ظل احترام الحاجات التي تحددها المصلحة المتعاقدة صاحبة المشروع وتعتبر المنشأة مجموعة من اشغال البناء او الهندسة المدنية التي تستوفي نتائجها وظيفة اقتصادية او تقنية تشمل الصفقة العمومية للأشغال بناء او تجديد او صيانة او تأهيل او تهيئة او ترميم او إصلاح او تدعيم او هدم منشأة او جزء منها بما في ذلك التجهيزات المرتبطة بها الضرورية لاستغلالها³⁰ .

*اقتناء اللوازم : تعرف بأنها اقتناء او إيجار او بيع بالإيجار بخيار او بدون خيار الشراء من طرف المصلحة المتعاقدة لعتاد او لوازم مهما كان شكلها موجهة لتلبية الحاجات المتصلة بنشاطها لدى مورد³¹، و قد وسع المشرع الجزائري من مجال عقود اقتناء اللوازم لتشمل صفقات لوازم مواد تجهيز منشآت إنتاجية كاملة غير جديدة و التي تكون مدة عملها مضمونة او مجددة الضمان و حددت تطبيقه إلى قرار من الوزير المكلف بالمالية³².

*انجاز الدراسات : لقد أشار المشرع الجزائري في المادة 29 في الفقرة العاشرة و ما يليها على هذا النوع من العقود وعرفها بأنها تهدف لانجاز خدمات فكرية وانجاز مهمات المراقبة التقنية أو الجيوتقنية و الإشراف و مساعدة صاحب المشروع المرتبطة بصفقات الأشغال.

وما يجدر الإشارة إليه ان المشرع حدد مهام التي تدخل في إطار صفقات الإشراف على الانجاز في إطار انجاز منشأة او مشروع حضري او مناظر طبيعية وهي الآتي :

- دراسات أولية او التشخيص او الرسم المبدئي .
- دراسات مشاريع تمهيدية موجزة و مفصلة .
- دراسات المشروع .
- دراسات التنفيذ او عندما يقوم بها المقاول تأشيرتها .
- مساعدة صاحب المشروع في إبرام وإدارة و تنفيذ صفقة الأشغال و تنظيم وتنسيق وتوجيه الورشة و استلام الأشغال³³ .

*تقديم الخدمات : في آخر فقرة من المادة 29 من المرسوم الرئاسي 15-247 تم الإشارة إلى نوع آخر ألا وهو الخدمات حيث يهدف هذا النوع من الصفقة للخدمات المبرمة مع متعهد خدمات لانجاز تقديم خدمات وهي صفقة تختلف عن صفقات الأشغال او اللوازم او الدراسات .

*المعيار الشكلي : ان المشرع الجزائري في قانون الصفقات العمومية أكد على مبدأ الشكلية في كل قوانينه باعتباره من العقود المكتوبة وهذا ما يظهر جليا في المادة 02 من المرسوم الرئاسي 15-247 (الصفقات العمومية عقود مكتوبة في مفهوم التشريع المعمول به ، تبرم بمقابل مع المتعاملين الاقتصاديين وفق الشروط المنصوص عليها في هذا المرسوم)، لكن السؤال المطروح لماذا أكد المشرع الجزائري على شرط الكتابة واعتبرها تحت طائلة البطلان ؟

أولا: بالرجوع للقضاء الاداري الجزائري نجده هو كذلك أكد على الشكلية في عقود الصفقات العمومية باعتبار أنها عقود مكتوبة تتضمن تحت طائلة البطلان بيانات محددة على سبيل الحصر ، فالشكلية في عقود الصفقات شرط لازم و تتعلق بالنظام العام ويتمشى مع مقتضيات العمل الاداري و يكتسي أهمية بالغة في الإثبات³⁴.

ثانيا: الكتابة شرطا جوهريا لضمان النفقات الضخمة في الصفقات العمومية، وهي نفقات تتحمل الخزينة العمومية تدخل في إطار الاستغلال الأمثل للمال العام.

- ثالثا: الصفقات العمومية في تحديد هدفها فهي أداة لتنفيذ مخططات التنمية الوطنية و المحلية و كل البرامج الاستثمارية لذا وجد لجوئها لشرط الكتابة.

-الإشكال الذي يطرح نفسه هل الكتابة تقتصر على العقد الذي يثبت العقد المبرم بين المصلحة المتعاقدة و المتعامل الاقتصادي؟ أم هناك تشترط حتى فالدفاتر الأخرى المتعلقة بالصفقات؟

الواضح من خلال الدراسة لموضوع الصفقة وتجسيدها في الواقع العملي ان شرط الكتابة لا يقتصر على العقد فقط وإنما هناك عدة دفاتر يشترط فيها الكتابة و هي كالأتي : دفاتر البنود الإدارية العامة ، دفاتر التعليمات التقنية المشتركة ، دفاتر التعليمات الخاصة³⁵.

كما سبق الإشارة فالكتابة شرطا جوهريا كأصل ، لكل كما هو معلوم لكل أصل استثناء ، فبالرجوع الى حالات الاستعجال الملح جعل المشرع الجزائري إمكانية اللجوء إلى التنفيذ قبل الإبرام شريطة اقترانها بشروط خاصة ، ومنه نتوصل انه في حالات الاستعجال نستني كل إجراءات الإبرام وبالتالي يستني منها شرط الكتابة³⁶

*المعيار المالي : رجوعا للمادة 13 من المرسوم الرئاسي 15-247 و التي نصت على ان ك صفقة عمومية تساوي فيها مبلغ التقديري لحاجات المصلحة المتعاقدة 12000000.00 دج او يقل عنه للأشغال او للوازم ، و6.000.000 دج للدراسات او الخدمات ، لا تقتضي وجوبا إبرام صفقة عمومية وفق الإجراءات الشكلية المنصوص عليها في الباب الأول المتضمن الأحكام المطبقة على الصفقات العمومية .

أما المادة 21 من نفس المرسوم نصت على انه لا تكون محا استشارة وجوبا الطلبات التي تقل في مجموع مبالغها حسب طبيعتها أشغال او لوازم او دراسات او خدمات خلال نفس السنة المالية عن 1000.000 دج فيما يخص الأشغال و اللوازم وعن 500.000 دج فيما يخص الدراسات و الخدمات و تحسب هذه الطلبات بالرجوع لكل ميزانية على حدة³⁷.

كما انه ورغم وجود العتبة المالية المحددة سالفا لا تطبق أحكام الصفقات العمومية محل نفقات المصلحة المتعاقدة³⁸.

*معيار البند غير المؤلف : لا يعتبر العقد عقدا إداريا رغم إبرامه من طرف شخص معنوي و اتصاله بمرفق عام إلا إذا تضمن شرطا او شروطا استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص و يقصد به (إدراج بند او قاعدة في العقد يعطي للطرفين او احدهما حقوق او يحملها التزامات لا يمكن ان تسلم بها حرية و إرادة المتعاقد في ظل القانون الخاص)³⁹.

حيث انه بموجب الشروط الاستثنائية غير المألوفة في نطاق القانون الخاص تتمتع المصلحة المتعاقدة بامتيازات وحقوق ف بمواجهة المتعاملين الاقتصاديين ومن أبرزها سلطاتها في الإشراف و الرقابة و امتياز تعديل العقد وتوقيع الجزاءات المالية وحقها في فسخ العقد بإرادتها المنفردة⁴⁰.

المحور الثالث: ضمانات ترشيد النفقات العمومية من خلال تنظيم الصفقات العمومية

لما كانت الصفقات العمومية بمختلف أنواعها لها صلة بالخزينة العمومية فانه أضحى من الضروري إخضاعها لصور شتى من الرقابة تلازم مختلف مراحلها سواء قبل الإبرام أو أثناء دخول الصفقة حيز التنفيذ أو بعد التنفيذ ، والهدف الأساسي من تسليط هذه الرقابة هو ترشيد النفقات العمومية عن طريق التأكد من تطبيق الأهداف المرجو من وراء التعاقد و إلزام الإدارات العمومية بالتقيد بأحكام الصفقات العمومية بما يكرس خاصة تحقيق المبادئ الكبرى لتعاقد كالشفافية و حرية المنافسة و المساواة بين المتنافسين⁴¹.

فلقد نص المشرع الجزائري على رقابة الصفقات العمومية في المرسوم الرئاسي 15-247 في الفصل الخامس منه القسم التمهيدي احكام عامة من المادة 156 الى 158 و القسم الاول مختلف انواع الرقابة من المادة 159 الى 164 و القسم الثاني هيئات الرقابة الخارجية للصفقات العمومية من المادة 165 الى 202، وهي 03 أنواع: رقابة داخلية تقوم بها لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض، و رقابة خارجية تقوم بها اللجنة الجهوية ، و رقابة الوصاية التي تقوم بها اللجنة الولائية للصفقات العمومية واللجنة البلدية للصفقات العمومية، واللجنة القطاعية للصفقات العمومية وهو ما نحاول الاعتماد عليه في هذه الدراسة :

أولاً: الرقابة الإدارية الداخلية على الصفقات العمومية :

حيث نصت عليها المادتين 160 من المرسوم 15-247 على ان تحدث المصلحة المتعاقدة في اطار الرقابة الداخلية لجنة دائمة واحدة أو أكثر مكلفة بفتح الاظرفة وتحليل العروض و الأسعار تدعى بلجنة فتح الاظرفة و تقييم العروض ، وتتجلى الرقابة في لجنة فتح الأظرف وتقييم العروض فهي لجنة تقنية تكلف بإعداد تقرير تحليل العروض.

- لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض : طبقا للمادة 161 تقوم اللجنة بعمل إداري وتقني تعرضه على المصلحة المتعاقدة التي تقوم بمنح الصفقة و الإعلان عن عدم جدوى الإجراء أو إلغائه أو إلغاء المنح المؤقت للصفقة وتصدر في هذا الشأن رأياً مبرراً.

تجتمع اجتماعات لجنة فتح الاظرفة و تقييم العروض في حصة فتح الاظرفة ، وتصح مهما يكن عد أعضائها الحاضرين و يجب ان تسهر المصلحة المتعاقدة عل ان تسمح لعدد الأعضاء الحاضرين بضمان شفافية الإجراء ، كما تسجل أشغالها في سجلين خاصين يرقمهما الامر بالصرف ويؤشر عليهما بالحروف الاولى⁴².

من خلال ما سبق يتبين ان المشرع اقر جملة من الإصلاحات التي مست جهات الرقابة الإدارية الداخلية على الصفقات حيث لم تعد تتكفل بهذا النوع من الرقابة لجنة فتح الاظرفة و لجنة تقييم العروض كما كان الحال عليه في أحكام المرسوم الرئاسي 10-236 الملغى و إنما ادمجها في لجنة واحدة تقوم بدور مزدوج الدور الاداري

في مرحلة فتح الاظرفة والدور التقني في مرحلة تقييم العروض ، وفسح المجال للمصلحة المتعاقدة استحداث أكثر من لجنة وهو الامر الذي يسمح بضمان السرعة و الفعالية في ابرام الصفقة.

ثانيا: الرقابة الإدارية الخارجية على الصفقات العمومية :

قام المشرع الجزائري في المرسوم الرئاسي 15-247 بإعادة هيكلة هيئات الرقابة الخارجية على الصفقات العمومية حيث ألغى نهائيا نظام اللجان الوطنية الذي كان قائما في القوانين السابقة⁴³ واستبدله باللجان الجهوية مع الإبقاء على اللجان القطاعية و الولائية والبلدية للصفقات العمومية فضلا على اللجان التابعة للمصالح المتعاقدة، وهذا من أجل التخفيف من تركيز الرقابة التي كانت على مستوى اللجان الوطنية .

1- اللجنة الجهوية للصفقات: تتشكل اللجنة التي نص عليها مرسوم الرئاسي 15-247 في المادة 171 من :

- الوزير المعني أو ممثله رئيسا .

- ممثل المصلحة المتعاقدة .

- ممثلين عن وزير المالية المكلف بالمالية الميزانية و المحاسبة '

- ممثل الوزير المعني بالخدمة .

- ممثل عن الوزير المكلف بالمالية

ولقد حددت اختصاصاتها في المادة 184 الفقرة 01 و02 و03 و04 وكذا المادة 139 وذلك حسب الحالة وذلك بدارسة مشاريع دفاتر الشروط و الصفقات والملاحق الخاصة بالمصالح الخارجية الجهوية للإدارات المركزية.

2- لجنة الصفقات للمؤسسة العمومية المحلية والهيكل غيرالمركز للمؤسسة العمومية الوطنية ذات الطابع الاداري :حسب المادة 175 من المرسوم 15-247 ، وتتشكل من السلطة الوصية رئيسا و المدير العام أو مدير المؤسسة أو ممثله و ممثل منتخب عن المجموعة الإقليمية، وممثلين عن الوزير المكلف بالمالية ،وممثل عن المصلحة التقنية المعنية بالخدمة للولاية حسب موضوع الصفقة عند الاقتضاء .

وعندما يكون عدد المؤسسات العمومية المحلية التابع لقطاع واحد كبير جدا فان الوالي أو رئيس المجلس الشعبي البلدي المعني حسب الحالة تجميعها في لجنة واحدة أو أكثر للصفقات العمومية ويكون المدير او المدير العام للمؤسسة العمومية عضوا فيها حسب الملف المبرمج⁴⁴ .

أما عن اختصاصاتها فحددها الفقرة 03 من المادة 174 حيث تكلف بدراسة مشاريع دفاتر الشروط و الصفقات و الملاحق الخاصة بالمؤسسة و التي تقل قيمتها عن 200.000.000 دج في حالة صفقات الأشغال و50.000.000 دج في حالة صفقات الخدمات و 20.000.000 دج في صفقات الدراسات

من خلال ما سبق يتضح اختصاص اللجنة في الرقابة التي تمارسها لجن المصلحة المتعاقدة بمقرر منح التأشيرة او رفضها خلال اجل 20 يوم من تاريخ إيداع الملف، ويسير اجل الطعون بموجب المادة 82 حسب ما أقرته المادة 178 من المرسوم 15-247.

3- اللجنة الولائية للصفقات : لقد طرأت على تشكيلة اللجنة تغيرات عدة ، وهي التالي :

- الوالي او ممثله رئيسا .

- ممثل المصلحة المتعاقدة .

- ثلاث ممثلين عن المجلس الشعبي الولائي

- ممثلين عن الوزير المكلف بالمالية .

- مدير المصلحة التقنية بالخدمة بالولاية حسب موضوع الصفقة

- مدير التجارة بالولاية

اما عن اختصاصاتها في الرقابة عل دفاتر الشروط و الصفقات و الملاحق التي تبرمها الولاية و المصالح غير المركزية للدولة و المصالح الخارجية للإدارات المركزية التي تساوي قيمتها المالية أو تفوق 1.000.000.000 دج في حالة الصفقات الأشغال و 300.000.000 دج في حالة الصفقات اللوازم و 200.000.000 دج في الخدمات و 1.000.000 دج في حالة الصفقات الدراسات ، كما تختص بدراسة المشاريع دفاتر الشروط و الصفقات التي تبرمها البلدية و المؤسسات العمومية المحلية التي تساوي مبلغها أو يفوق التقدير الإداري للحاجات أو الصفقة 200.000.000 دج بالنسبة لصفقات الأشغال و اللوازم و 20.000.000 دج بالنسبة لصفقات الدراسات و كذا تختص بدراسة مشاريع الملاحق التي تبرمها البلدية و المؤسسات العمومية المحلية ضمن حدة مستويات المحددة 139 من المرسوم الرئاسي 15-247⁴⁵.

4- اللجنة البلدية للصفقات: لقد استحدثت في المادة 174 المرسوم الرئاسي 15-247 لجنة الرقابة الخارجية

على الصفقات تدعى لجنة البلدية للصفقات ، و تشكل من :

- رئيس المجلس الشعبي البلدي أو ممثله رئيسا

- ممثل المصلحة المتعاقدة .

- ممثلين عن الوزير المكلف بالمالية و ممثلين عن المجلس الشعبي البلدي

- مدير المصلحة التقنية بالخدمة بالولاية حسب موضوع الصفقة سواء بناء أو أشغال أو الري.

ومن أهم اختصاصاتها دراسة مشاريع دفاتر الشروط و الصفقات و الملاحق التي تبرمها البلدية و التي تقل قيمتها المالية عن 200.000.000 دج في حالة الصفقات الأشغال و 50.000.000 دج في حالة صفقات الخدمات و 20.000.000 دج في حالة صفقات الدراسات .

5- اللجنة القطاعية للصفقات :بالرجوع الى المادة 179 من المرسوم الرئاسي 15-247 تحدث لدى كل دائرة

وزارية لجنة قطاعية للصفقات تكون مختصة في حدود المستويات التالية :

- كل مشروع او صفقة أشغال يفوق مبلغ التقدير الاداري للحاجات او الصفقة 1.000.000.000 دج وكذا كل مشروع ملحق بهذه الصفقة ، اذا كان المبلغ الإجمالي لمختلف الملاحق يتجاوز زيادة او نقصانا نسبة 10 بالمائة من المبلغ الأصلي للصفقة .
- كل مشروع او صفقة لاوزم يفوق مبلغ التقدير الاداري للحاجات او الصفقة 300.000.000 دج وكذا كل مشروع ملحق بهذه الصفقة ، اذا كان المبلغ الإجمالي لمختلف الملاحق يتجاوز زيادة او نقصانا نسبة 10 بالمائة من المبلغ الأصلي للصفقة⁴⁶ .
- كل مشروع او صفقة خدمات يفوق مبلغ التقدير الاداري للحاجات او الصفقة 200.000.000 دج وكذا كل مشروع ملحق بهذه الصفقة ، إذا كان المبلغ الإجمالي لمختلف الملاحق يتجاوز زيادة او نقصانا نسبة 10 بالمائة من المبلغ الأصلي للصفقة .
- كل مشروع او صفقة دراسات يفوق مبلغ التقدير الاداري للحاجات او الصفقة 100.000.000 دج وكذا كل مشروع ملحق بهذه الصفقة ، إذا كان المبلغ الإجمالي لمختلف الملاحق يتجاوز زيادة او نقصانا نسبة 10 بالمائة من المبلغ الأصلي للصفقة .
- كل مشروع او صفقة أشغال او لاوزم للإدارة المركزية يفوق مبلغ التقدير الاداري للحاجات او الصفقة 12.000.000 دج وكذا كل مشروع ملحق بهذه الصفقة ، إذا كان المبلغ الإجمالي لمختلف الملاحق يتجاوز زيادة او نقصانا نسبة 10 بالمائة من المبلغ الأصلي للصفقة .
- كل مشروع او صفقة دراسات او خدمات للإدارة المركزية يفوق مبلغ التقدير الاداري للحاجات او الصفقة 6.000.000 دج وكذا كل مشروع ملحق بهذه الصفقة ، إذا كان المبلغ الإجمالي لمختلف الملاحق يتجاوز زيادة او نقصانا نسبة 10 بالمائة من المبلغ الأصلي للصفقة .
- كل صفقة تحتوي على ملحق او ملاحق يمكن ان يرفع تطبيقه المبلغ الأصلي إلى مقدار المبالغ المحددة في الحالات أعلاه او أكثر من ذلك .
- ملحق يرفع المبلغ الأصلي إلى المستويات المحددة أعلاه او أكثر من ذلك اذا كان المبلغ الإجمالي لمختلف الملاحق يتجاوز زيادة او نقصانا نسبة 10 بالمائة من المبلغ الأصلي للصفقة⁴⁷ .
- من خلال ما سبق يتضح اختصاص اللجنة القطاعية في الرقابة التي تمارسها بمقرر منح التأشيرة او رفضها خلال اجل 45 يوم من تاريخ إيداع الملف ، ويسير اجل الطعون بموجب المادة 82 حسب ما أقرته المادة 178 من المرسوم 247-15.
- وتتشكل اللجنة القطاعية للصفقات من الوزير المعني او ممثله رئيسا وممثل الوزير المعني نائب رئيس وممثل المصلحة المتعاقدة وممثلان عن القطاع المعني وممثلان عن وزير المالية واحد من المديرية العامة للميزانية وواحد المديرية العامة المحاسبية وممثل عن الوزير المكلف بالتجارة.

خاتمة:

تعد الصفقات العمومية من المواضيع التي تشغل اهتماما واسعا من مختلف شرائح المجتمع اقتصاديون رجال القضاء ، حقوقيون ، باعتبارها من أبرز أوجه الإنفاق للمال العام والتي تحتاج لاعتمادات مالية جد ضخمة، فتنظيم الصفقات العمومية الأخير جاء من اجل التوفيق بين مقتضيات تلبية الطلبات العمومية وضمان الاستعمال الحسن للمال العام ، فهو النظام القانوني الأمثل والمجال الحيوي لتسيير واستغلال الأموال العمومية خاصة من أجل تنشيط العجلة الاقتصادية، وتفعيل السياسة التنموية العامة في الجزائر موازاة من الظروف الاقتصادية في الآونة الأخيرة والهادفة لترشيد النفقات العامة، بالموازاة مع ظاهرة تزايد النفقات العمومية يترتب عنها من آثار على الإيرادات العمومية ، وخاصة و ان الدولة لا تستطيع ان ترفع من إيراداتها بدون سبب وجيه ولا تستطيع ان تتجاوز الدولة حدودا معينة بالنسبة لفرض الضرائب أو زيادتها وإلا أخلت بالمعايير الاقتصادية والاجتماعية التي ينبغي الحفاظ عليها وكذلك لا يمكن للدولة ان تلجا إلى قروض دون ان تأخذ في اعتبارها طاقة الاقتصاد الوطني وقدرته على الوفاء بها، وبهذا لا يعني ان كل زيادة في النفقات العمومية لابد ان يقابلها زيادة حتمية في عبئ الضرائب لان زيادة النفقات العمومية يقتضي زيادة الدخل الوطني وزيادة الثروة العامة أي الإيرادات العمومية كما ان النفقات العمومية لها آثارها على زيادة الدخل و الثروات الامر الذي قد يؤدي حتى في ارتفاع أسعار الضرائب وفرض ضرائب جديدة الى ان تقترب احيانا زيادة الضريبة مع ماقد يحدث من زادة دخل الفرد أو ثروته نتيجة إنفاق الدولة لزيادة النفقات العامة لاسباب ظاهرية و حقيقة⁴⁸.

لذلك يعتبر مجال الصفقات العمومية مجالا خصبا و آلية من آليات ترشيد النفقات العمومية، والذي يتجسد في تحديد مهام ومسؤوليات القطاع العام ووجوب التقيد بالأهداف من جهة ، ومن جهة اخرى في آليات الرقابة الداخلية و الخارجية على الصفقات من خلال برامج الانفاق العام المخصصة لها .

الهوامش:

- ¹ النفعة العامة مبلغ نقدي ، يقوم بها شخص عام ، يهدف إلى تحقيق المنفعة العامة .
- ² بلعاطل عياش ونوي سميحة، آليات ترشيد الإنفاق العام من أجل تحقيق التنمية البشرية المستدامة في الجزائر، ملتقى دولي حول تقييم آثار برامج الاستثمارات العامة و انعكاساتها على التشغيل و الاستثمار و النمو الاقتصادي خلال فترة 2001/2014، كلية العلوم الاقتصادية ، جامعة سطيف 11، و12 مارس 2013 ، ص05.
- ³ بن عزة محمد، ترشد ساسة الإنفاق العام بتباعد منهج الانضباط بالاهداف دراسة تقييميه لسياسة الإنفاق في الجزائر خلال الفترة 1990 و2009 ، رسالة ماجستير ، جامعة تلمسان ، 2010/2009، ص55.
- ⁴ تحقيق أكبر قدر من النفقات بنفس قدر الإيرادات وعلى هذا الأساس تقاس بنسبة النفقات الفعلية على النفقات المتوقعة عند قدر معين من الإيرادات .
- ⁵ بلعاطل عياش ، نوي سميحة ، المرجع السابق، ص03.
- ⁶ بن موسى ام كلثوم ، عيسى نبوية ، ترشيد النفقات العمومية (دراسة تطور النفقات العمومية في الزائر من سنة 1980 الى سنة 2013 ، يوم دراسي حول فعالية السياسة المالية في ظل أزمة انخفاض أسعار البترول وضرورة التحول نحو ترشيد استخدام الموارد ، 09 افريل 2016 ، قسم العلوم الاقتصادية ، جامعة ابوبكر بلقايد تلمسان ص54
- ⁷ يرجع اسباب زيادة النفقات العمومية الى:
- النمو الحقيقي: توسع في حجم السلع التي تقدمها الدولة وتحسين الخدمات المقدمة .
 - النمو الظاهري : زيادة في الارقام النقدية للانفاق العام .
 - أسباب اقتصادية وزيادة الدخل الوطني.
 - أسباب سياسية عن طريق توفير الحد الأدنى من مجتمعا كالتعليم و الصحة .
 - أسباب اجتماعية: نمو الوعي الاجتماعي و زيادة عدد السكان .
 - أسباب إدارية : استخدام الأساليب الادارة الحديثة المعدات التكنولوجية .
 - أسباب مالية: فائض في الإيرادات العامة كارتفاع مداخل النفط في الجزائر .
- ⁸ اوبختي نصيرة ، كامش محمد ، اثر صدمات أسعار البترول على الاقتصاد الجزائري دراسة تحليلية .، يوم دراسي حول فعالية السياسة المالية في ظل أزمة انخفاض اسعار البترول وضرورة التحول نحو ترشيد استخدام الموارد ، 09 افريل 2016 ، قسم العلوم الاقتصادية ، جامعة ابوبكر بلقايد تلمسان ص90.
- ⁹ بن موسى ام كلثوم ، عيسى نبوية ، المرجع السابق، ص73.
- ¹⁰ الجزائر تواصل سياسة ترشيد النفقات العمومية حتى وإن بلغ سعر برميل النفط 200 دولار. " كدت وزيرة التضامن الوطني والأسرة وقضايا المرأة مونية مسلم، جريدة الجزائر ، 02 ديسمبر 2017.
- ¹¹ ابتسام قرام ، المصطلحات القانوني في التشريع الجزائري ، دار قصر الكتاب ، الجزائر ، 1998 ، ص184.
- ¹² وما يمكن استخلاصه من المادة انه اعتمد على معيارين الأول عضوي و الثاني موضوعي وثالث ركز على عقود شكلية.
- ¹³ زواوي عباس ، طرق وأساليب لإبرام الصفقات العمومية في ظل اجكام المرسوم 15-247 ، مداخلة ، دون ذكر تفاصيلها (السنة -المكان)
- ¹⁴ الدولة ، الولاية ، البلدية ، المؤسسات العمومية ذات الطابع الاداري مستبعدا المؤسسات الاقتصادية .
- ¹⁵ اكدت الشكلية ، و معيار العضوي اضف المؤسسات التجارية والصناعية .
- ¹⁶ المادة 02 من المرسوم الرئاسي 15-247.
- ¹⁷ Laurent Richer - manuels de droit des contrat administratifs .l.g.d.J édition 1995 page 288.
- ¹⁸ حيث كنا بصدد التعريف القضائي بمناسبة الفضل في منازعات الصفقات العمومية ، فالاصل الالتزام بالنص التشريعي الا انه احيانا يلجأ القضاء الى تحليل و تفسير التعريف القانوني خاصة اذا كانت التعاريف القانونية لاي مصطلح تحتوي مصطلحات ومفاهيم غامضة .
- ¹⁹ لعور بدرة ، الإطار المفاهيمي للصفقات العمومية في التشريع الجزائري ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة بسكرة ، 2017.

20 المادة 07 من المرسوم الرئاسي 247-15.

21 المادة 549 من القانون المدني .

22 عمار بوضياف ، الصفقات العمومية في الجزائر ، دراسة تشريعية قضائية فقهية ، ط 1 ، دار جسر ، الجزائر ، 2007، ص40.

23 المادة 06 من المرسوم الرئاسي 247-15.

24 المادة 10 من المرسوم الرئاسي 247-15 .

25 بكرة لعور ، المرجع السابق ، ص06

26 المادة 37 من المرسوم الرئاسي 247-15.احالنا النص في المؤسسات المتضامنة الى المادة 81 من نفس المرسوم

27 قودج حمامة ، عملية ابرام الصفقات العمومية في القانون الجزائري ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، 2006، ص102.

خلاف فاتح ، المرجع السابق ، ص11.

28 بكرة لعور ، المرجع السابق ، ص06.

29 المادة 29 الفقرة الاولى من المرسوم الرئاسي 247-15 (تشمل الصفقات العمومية احدى العمليات الاتية أو أكثر :انجاز الأشغال ، اقتناء اللوازم ،

انجاز الدراسات ، تقديم الخدمات ، عندما تشمل الصفقة العمومية عدة عمليات من تلك المذكورة أعلاه ترم المصلحة المتعاقدة صفقة اجمالية

طبقا لاحكام المادة 35 ادناه)

30 الفقرة الثانية و الثالثة من المادة 29 من المرسوم الرئاسي 247-15.

31 الفقرة السادسة من المادة 29 من المرسوم 247-15.

32 الفقرة التاسعة من المادة 29 من نفس المرسوم .

33 الفقرة 12 من المادة 29 من نفس المرسوم 2015.

34 خلاف فاتح ، المرجع السابق ، ص14.

35 خلاف فاتح ، المرجع السابق ، ص153

36 المادة 12 من المرسوم 247-15.

37 المصلحة المتعاقدة ملزمة باللجوء إلى الإجراءات الشكلية لصفقة عمومية :

نوع العقد	المبلغ التقديري
الأشغال و اللوازم	يفوق 12.000.000 دج
الدراسات و الخدمات	يفوق 6.000.0000 دج

38 المادة 06 من المرسوم الرئاسي 247-15.

39 بكرة لعور ، المرجع السابق ، ص09.

40 خلاف فتح ، المرجع السابق ، ص15

عمار بوضياف ، المرجع السابق ، ص22.

بوضياف عمار ، ص177. 41

المادة 162 من المرسوم الرئاسي 247-15. 42

43 والتي كان يرأسها الوزير المكلف بالمالية أو ممثله تكلف بمراقبة صحة إجراءات إبرام الصفقات ذات الأهمية الوطنية.

44 الفقرة الثانية من الثانية 174 من المرسوم الرئاسي 247-15.

45 المادة 173 من المرسوم الرئاسي 247-15.

46 المادة 139 من المرسوم الرئاسي 247-15.

47 المادة 184 من المرسوم الرئاسي 247-15.

48 بن موسى ام كلثوم ، عيسى نبوية ، المرجع السابق ، ص73.

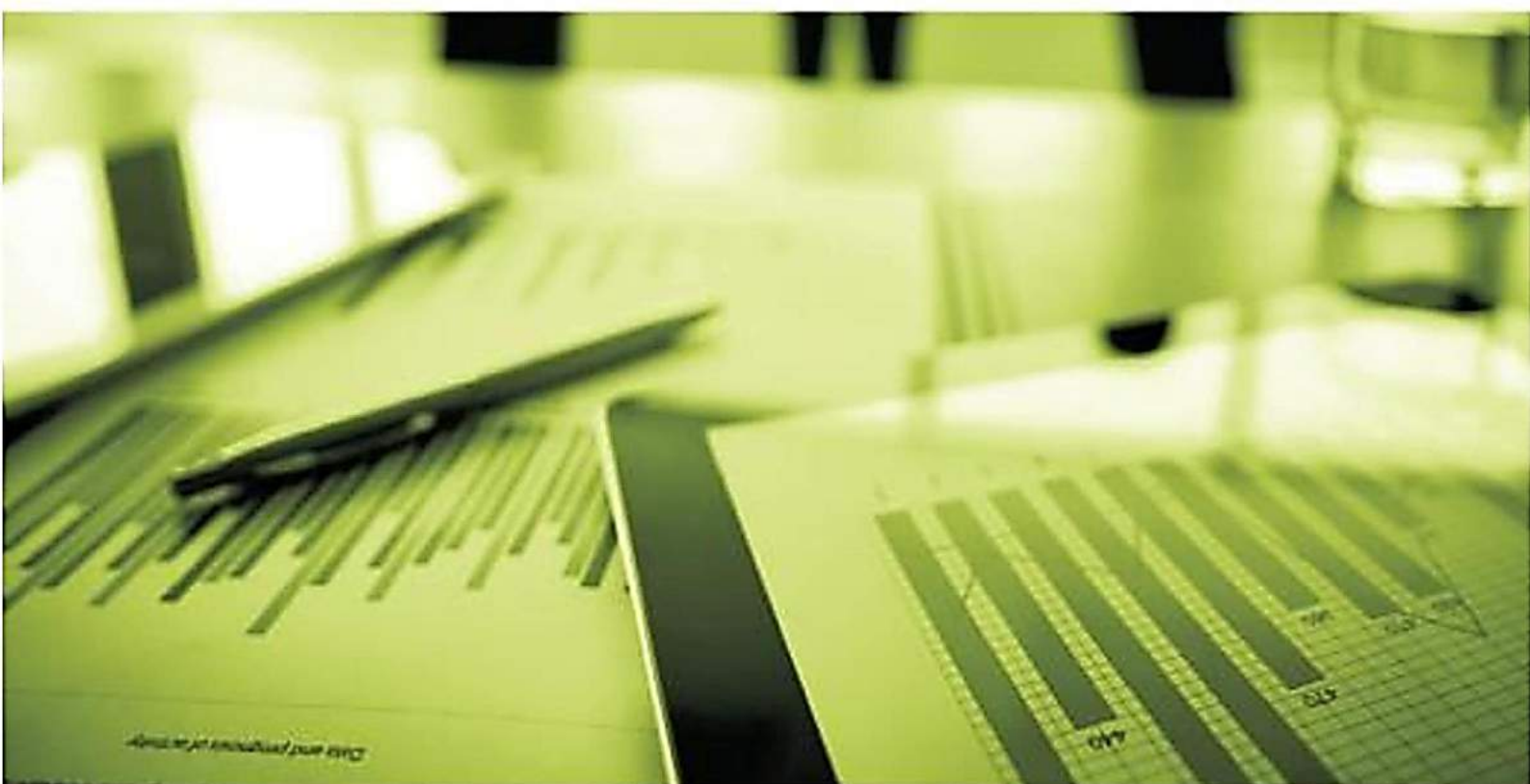
Ministre de l'enseignement Supérieur
et de la Recherche Scientifique
Centre Universitaire d'Aflou
Institut de Droit et de science Politique



Revue D'études Juridiques et économique

Revue Périodique internationale Arbitrée

Publié par L'institut de Droit et de Science Politique



Numéro 03
Janvier 2019

ISSN: 2602-6287
إيداع: 6287-2602

