

جامعة يحيى فارس بالمدينة (الجزائر)

مخبر السيادة و العولمة

مجلة

الدراسات القانونية

مجلة علمية دولية أكاديمية سداسية محكمة

صادرة عن مخبر السيادة و العولمة

جامعة يحيى فارس بالمدينة

المجلد الثالث (العدد الثاني / الجزء الثالث جوان 2017م / رمضان 1438 هـ

ISSN 2437-0304

رقم الإيداع القانوني: 2015-3039



مَجْمَع السيادة و العولمة
حي المصلى - كلية الحقوق و العلوم السياسية
جامعة يحي فارس بالمدينة (الجزائر)
رقم الهاتف / الفاكس : 025.58.55.45
البريد الالكتروني : LSMLAW213@yahoo.fr

الإخراج والطبع : دار التل للطباعة-البلدية (الجزائر)



دار التل للطباعة

جميع حقوق الطبع محفوظة.

هيئة التحرير

الرئيس الشرقي

الأستاذ الدكتور أحمد زغدار / رئيس جامعة المدينة

المدير العام مسؤول النشر

أ.د. سليمان ولد خسال / مدير مخبر السيادة و العولمة

رئيس التحرير

الدكتور : عمروش الحسين

أمانة المجلة

يوسف قسيس

اللجنة العلمية للمجلة

- أ.د. سعيد يوسف محمد يوسف .كلية الحقوق والعلوم السياسية. جامعة البليدة 02 .
أ.د. علي أبو هاني. كلية الحقوق والعلوم السياسية. جامعة يحي فارس .المدينة.
أ.د. بلقاسم أحمد. كلية الحقوق والعلوم السياسية. جامعة البليدة 02 .
أ.د. محمودي مراد .كلية الحقوق ، المركز الجامعي، تيبازة.
أ.د. العيد حداد، كلية الحقوق، المركز الجامعي تيبازة.
أ.د. عمار جفال ، جامعة الجزائر 03 .
أ.د. عمار مساعدي. كلية العلوم الإسلامية. جامعة الجزائر .
أ.د. شرف الدين محمد كامل ، كلية الحقوق ، جامعة المنار(تونس).
أ.د. سليمان ولد خسال، كلية الحقوق والعلوم السياسية. جامعة المدية.
د. زكريا عايد الحباشنة، كلية المجتمع العربي، (المملكة الأردنية الهاشمية).
د.محمد حميد ماضي الزمومي ، كلية الحقوق ، جامعة الملك عبد العزيز بجدة (المملكة العربية السعودية).
د.حسن زرداني، كلية الحقوق جامعة القاضي عياض بمراكش (المملكة المغربية)
د.ماغي عبيد.كلية الآداب والعلوم الانسانية، الجامعة اللبنانية.
د. أحمد لكحل.كلية الحقوق والعلوم السياسية. جامعة يحي فارس .المدينة.
د. توفيق شندارلي. كلية الحقوق والعلوم السياسية. جامعة يحي فارس .المدينة.
د. توفيق قادري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة يحي فارس، المدينة.
د. منصور مجاحي . كلية الحقوق والعلوم السياسية. جامعة المدية.
د.رشيد شمشيم. كلية الحقوق والعلوم السياسية. جامعة المدية.
د.عمروش الحسين . كلية الحقوق والعلوم السياسية. جامعة يحي فارس .المدينة.
د. عبد الصديق شيخ .كلية الحقوق والعلوم السياسية. جامعة يحي فارس .المدينة.
د. محمد مصطفىوي. كلية الحقوق والعلوم السياسية. جامعة يحي فارس .المدينة.
د.بن يوسف القينعي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة يحي فارس بالمدينة.
د.هارون حسان أوران. كلية الحقوق والعلوم السياسية. جامعة يحي فارس .المدينة.
د. أسامة غربي.كلية الحقوق والعلوم السياسية. جامعة يحي فارس .المدينة.
د. يحيايوي محمد.كلية الحقوق والعلوم السياسية. جامعة يحي فارس .المدينة.
د. ذبيح زهيرة.كلية الحقوق والعلوم السياسية. جامعة يحي فارس .المدينة.
د. جليل كريمة.كلية الحقوق والعلوم السياسية. جامعة يحي فارس .المدينة.
د. توفيق بابا علي.كلية الحقوق والعلوم السياسية. جامعة يحي فارس .المدينة.
د. بوشنافة جمال . كلية الحقوق والعلوم السياسية. جامعة يحي فارس .المدينة.
د. مزعد إبراهيم .كلية الحقوق والعلوم السياسية. جامعة يحي فارس .المدينة.
د. طبال إحسان .كلية الحقوق والعلوم السياسية. جامعة يحي فارس .المدينة.
د.بن تغري موسى ، كلية الحقوق والعلوم السياسية. جامعة يحي فارس .المدينة.
د.علياتي محمد ، كلية الحقوق والعلوم السياسية. جامعة يحي فارس .المدينة.
د.هشام فخار، كلية الحقوق والعلوم السياسية. جامعة يحي فارس .المدينة.
د.صفاي العيد ، كلية الحقوق والعلوم السياسية. جامعة يحي فارس .المدينة.
د.جلالة دليلة ، كلية الحقوق والعلوم السياسية. جامعة يحي فارس .المدينة.
د.جمال عياشي ، كلية الحقوق والعلوم السياسية. جامعة يحي فارس .المدينة.
د.بوضياف مصطفى ، كلية الحقوق والعلوم السياسية. جامعة يحي فارس .المدينة.
د. أحسن عمروش، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة خميس مليانة .
د. خالد بوشمة. كلية الحقوق والعلوم السياسية. جامعة البليدة 02 .
د. خالد رمول. كلية الحقوق والعلوم السياسية. جامعة البليدة 02 .
د. القروي بشير سرحان، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة خميس مليانة .
د. وسيلة بوحية، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة خميس مليانة .
د. مناد سعودي، جامعة الجزائر 01 .
د. رابح عمورة، جامعة أحمد بوقرة بومرداس .
د.مجاهدي إبراهيم ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة البليدة 02 .
أ. بابا علي رضا، كلية الحقوق والعلوم السياسية. جامعة يحي فارس .المدينة.

قواعد النشر في مجلة الدراسات القانونية عبر التسجيل في البوابة الإلكترونية للمجلات العلمية (ASJP)

لإرسال مقال علمي لمجلة الدراسات القانونية التابعة لمخبر السيادة و العولمة بجامعة يحيى فارس بالمدينة (الجزائر) حسب الإجراءات المعمول بها من قبل المديرية العامة للبحث العلمي و التطوير التكنولوجي (Dgrsdt) التابع لوزارة التعليم العالي و البحث العلمي الجزائرية في نطاق البوابة الإلكترونية للمجلات العلمية (ASJP) يستوجب أولا إتباع الخطوات التالية:

1- الدخول لموقع البوابة الإلكترونية للمجلات العلمية (Algerian Scientific Journal Platforms):

www.asjp.cerist.dz

2- إضغط على زر دخول في أعلى الصفحة ثم أكمل البيانات الخاصة بالبريد الإلكتروني +كلمة السر + تذكري + أضغط على كلمة تسجيل.

3- تظهر بعد ذلك إستمارة تسجيل تتضمن بيانات شخصية يستوجب إكمالها من: إسم ولقب+ بريد إلكتروني+كلمة السر و تأكيدها+ البلد+ لغة التواصل+ إدخال الحروف التي يراها المعني، ثم إضغط على :أقبل شروط الإستخدام و قواعد الخصوصية + إرسال.

4- بعد ذلك تأتي للمعني رسالة من موقع البوابة الإلكترونية للمجلات العلمية لبريده الإلكتروني بالتسجيل، بعدها يجب على المعني فتح الرسالة و الضغط على الرابط الإلكتروني المرفق ليتم تفعيل دخوله.

5- أعد الدخول لموقع البوابة الإلكترونية و حدد المجالات الموجودة على الجهة اليمنى ، ثم إختار (Social Sciences) ثم (Law) لتظهر قائمة المجالات المعتمدة من الوزارة، وإبحث عن مجلة الدراسات القانونية (صنف:NC/ الدور:نصف سنوية).

6- أدخل عن طريق: إنتقل للمجلة، بعدها توجه مباشرة للجانب الأيسر لإرسال مقال، ثم تظهر لك صفحة تحمل عنوان: تعليقات المستخدم تشتمل على: إسم المستخدم+ كلمة السر المحددة سابقا، بعدها إضغط على تسجيل الدخول.

7- بعد دخول المستخدم تظهر صفحة أخرى تتضمن تقديم ورقة المقال (أكمل المعلومات ثم إضغط على إرسال مقال).

8- إفتح بريدك الإلكتروني ليأتي إشعار بالوصول من المجلة المعنية، و سيكون بإمكان صحاب المقال متابعة مراحل معالجة مقاله عبر ولوجه لحسابه في موقع البوابة.

شروط النشر في مجلة الدراسات القانونية (مخبر السيادة والعمولة)

أولا - يشترط في الدراسات والأبحاث المراد نشرها ما يلي :

- 1- أن تكون متسمة بالعمق والجدية، ويلتزم الباحث بالمنهج العلمي.
 - 2- أن يكون البحث مكتوبا بالإعلام الآلي، مع الملخص باللغة العربية والإنجليزية، والكلمات المفتاحية.
 - 3- أن لا يزيد البحث عن 20 صفحة (A4) بخط 18. نوع الخط Traditional Arabic، إذا كان المقال باللغة العربية، أما إذا كان المقال باللغة الأجنبية فيكون بخط (14). نوع الخط Times New ROMAN.
 - 4- أن تكون الهوامش في أسفل كل صفحة وقائمة المراجع في آخر المقال، مع ضرورة إعطاء المعلومات السيليوغرافية كاملة (نوع الخط 12 Traditional Arabic باللغة العربية، أو (11 باللغة الأجنبية Times New ROMAN)
 - 5- أن لا يكون المقال قد نشر أو قد أرسل للنشر في مجلة أخرى وطنية كانت أو دولية.
 - 6- أن لا يكون المقال جزءا من مذكرة تخرج أو ماجستير أو ماستر أو أطروحة دكتوراه.
 - 7- أن لا يكون المقال قد أرسل للمشاركة أو تمت المشاركة به في ندوة وطنية أو دولية، مؤتمر إقليمي أو دولي، يوم دراسي، ملتقى وطني أو إقليمي أو دولي.
- ثانيا - تخضع الأبحاث المرسلة إلى المجلة للتحكيم قبل نشرها.
- ثالثا - ترتب الموضوعات وفق اعتبارات موضوعية وفنية.
- رابعا - يحكم عضوان في كل مقال، وفي حالة الاختلاف يحكم عضو ثالث، وتقوم إدارة المجلة بإعلام أصحاب الأبحاث المرسلة بقرار المحكمين بخصوص أبحاثهم.
- خامسا - لا يعاد نشر أي موضوع من موضوعات المجلة إلا بإذن كتابي من إدارتها.
- سادسا - لا يجوز للباحث أن يطلب عدم نشر بحثه بعد عرضه على هيئة التحرير إلا لأسباب تقتنع بها هيئة التحرير، وكان ذلك قبل إشعاره بقبول بحثه للنشر.
- سابعا - لا تدفع المجلة مكافآت مقابل البحوث المنشورة، ما لم تكن بتكليف.
- ثامنا - تعبر المقالات المنشورة في المجلة عن آراء كتابها ولا تعبر بالضرورة عن رأي المجلة.

تاسعا- أي إستفسار يرجى الإتصال بمجلة الدراسات القانونية عبر :

LSMLAW213@yahoo.fr

المحتوى

افتتاحية العدد

- 9 أ. فؤاد كامل
كلية الحقوق و العلوم السياسية
جامعة جيجل - محمد الصديق بن يحيى
- 29 أ. فرقاني قويدر
المركز الجامعي مرسلي عبدالله - تيبازة.
- 48 أ. بركان فضيلة -
كلية الحقوق و العلوم السياسية
جامعة يحي فارس بالمدينة
- 70 نادبة جفال
كلية العلوم السياسة و العلاقات
الدولية - جامعة الجزائر (3)
- 78 خديجة حرمل -
كلية الحقوق و العلوم السياسية
جامعة الجيلالي بونعامة بخميس
مليانة
- 105 يامنة حواسي -
كلية الحقوق و العلوم السياسية
جامعة الدكتور يحي فارس - المدينة
- 127 سليمان سهام
كلية الحقوق و العلوم السياسية
جامعة المدينة
- 153 علي بلغالم - طالب مدرسة الدكتوراه
سعيد حمدين الجزائر قانون عام
(تخصص دولة و مؤسسات عمومية)
- 171 أ. جفالي أسامة
أستاذ مؤقت بجامعة تبسة
باحث دكتوراه علوم. قانون عام
- 180 سارة مولاي مصطفى
طالبة دكتوراه بجامعة المدينة
- التزام المرقبي بضمنان كمال إنجاز
المنشأة العقارية
- التعويض عن الضرر الناجم عن المساس
بالحق في الخصوصية
- دور إدارة أملاك الدولة في عملية التنازل عن الأملاك
العقارية التابعة للدولة
- التطور العام لطبيعة التدخلات العسكرية
المعاصرة: حالات للمقارنة
- النظام القانوني الخاص بتفويضات المرفق العام
على ضوء قانون الصفقات العمومية الجديد رقم
247 / 15
- الآليات القانونية لاستفادة الزوجين
مختلفي الديانة من التركة (دراسة تحليلية في القانون
الجزائري)
- تفويض المرفق العام كتقنية جديدة في
التشريع الجزائري
- مدى تفعيل الحقوق السياسية للمرأة من خلال نظام
الكوتا في التشريع الجزائري
- نطاق اختصاصات القاضي الإداري في الرقابة على
التصرفات الإدارية
- مقومات و استراتيجيات التحول الناجح
للحكومة الإلكترونية - الجزائر نموذجا-

- 201 صفاء هاجر خالدي معوقات العمل بالبصمة الوراثية و مدى تطبيقها في مادة النسب
طالبة دكتوراه (ل م د) قانون خاص
جامعة الدكتور يحيى فارس - المدينة
- 219 جمال بن مامي سلطة رئيس الجمهورية في التعيين والعزل في كل من النظام الدستوري الجزائري والأمريكي
طالب الدكتوراه. كلية الحقوق و العلوم السياسية - جامعة يحيى فارس المدينة
- 232 موابس ملوكة كريمة حماية الأشخاص النازحين داخليا طبقا للقانون الدولي الإنساني
طالبة دكتوراه - كلية حقوق و العلوم السياسية - جامعة د. يحيى فارس مدينة
- 243 سعاد بن جيلالي طالبة مدرسة ممارسة الحرية الدينية في الجزائر بين الضمانات والقيود
دكتوراه - كلية الحقوق و العلوم الإنسانية جامعة خميس مليانة
- 264 المقداد هدى - طالبة دكتوراه العقد الإلكتروني
كلية الحقوق - بن يوسف بن خدة جامعة الجزائر 1
- 281 دهلوك زوييدة - باحثة وطالبة تثمين الممتلكات العقارية لولاية المدينة ودورها في التنمية المحلية.
دكتوراه
دمزيان محمد الأمين -
كلية الحقوق والعلوم السياسية
جامعة عبد الحميد بن باديس - مستغانم
- 307 محمد عثمانى - طالب دكتوراه نظام سلطة رئيس الجمهورية في الاعتراض على القوانين في النظام الدستوري الجزائري
ل.م.د. كلية الحقوق والعلوم السياسية - جامعة الدكتور يحيى فارس بالمدينة
- 320 عمر اوي السعيد - طالب دكتوراه الاتجار بالبشر في منظور القانون الدولي
كلية الحقوق و العلوم السياسية جامعة المدينة
- 328 دليلة عياشي النظام القانوني للجنة المتساوية الأعضاء في الجزائر في ظل التعديل الدستوري 1996
جامعة الإخوة منتوري - قسنطينة

349 Haouche Houda Doctorante en Le consentement du donneur en Matière de
quatrième année prélèvement d'organes
Université de Yahia fares-
MEDEA

افتاحفة العءء

بسم الله و الصلاة و السلام على رسول الله و على آله و صحبه و من و الاء.

الحمد لله حمءا كثرءا، و الشكر له سبحانه شكرا جزفءلا، فلفق بنعمه الفف لا فحفصى، و فف مقءمفها أنه ارفضى لنا الإسلام ءفنا، و أكرمنا بأن بعث لنا رسولا كرفبا، محمد بن عبء الله الءى نصلف و نسلم عفله صلاة و سلاما ءائمن إلى فوم الءفن.

فف إطار العمل المسفمر للارفقاء بمركز مجلة الءراساا القانونفة الصاءرة عن مءبر السفاءة و العولة الفابع لجامعة فءبى فارس بالمءفة (الجزائر) كمجلة علمفة ءولة سءاسفة من ءلال عءءها السءاس / الجزء 03 (فوان 2017)، و هف مصنفة ضمن المجلء الفالف (العءء الفاف / الجزء 03) و فقا لفصنف البوابة الالءرونفة للمجلات الوطنفة الصاءر عن المءرففة العامة للبعء العلمف و الفطوفر الفكنولوفى (Dgrsdt)، سفم من ءلال هءا العءء عرض مءموعة من البءوآ الأكاءفمفة و المقالاا العلمفة المقءمة من الساءة الأساآءة، و الباءفن، و طلبة الءكفوراھ فف كل فروع القانون و العلوم السفاسفة و الءراساا المقارنفة، قصد فطوفر البعء العلمف و الارفقاء بالعمل الأكاءفمف المففصص.

ء.الحسفن عمروش

رئفس فءرفر مجلة الءراساا القانونفة

Houcine16@gmail.com

التزام المرقبي بضمان كمال إنجاز المنشأة العقارية

أ. فؤاد كامل - أستاذ مساعد قسم (أ)
كلية الحقوق و العلوم السياسية- قسم الحقوق
جامعة جيجل - محمد الصديق بن يحي
القطب الجامعي بتاسوست

ملخص:

بموجب هذا الضمان، يلتزم المرقبي في إطار عقد بيع عقار مبني بضمان ما قد يظهر في البناء من عيوب خلال أجل سنة واحدة ابتداء من تاريخ حيازة البناية من طرف المقتني، و يمتد هذا الضمان ليشمل أيضا حسن سير عناصر تجهيز البناية، فضلا عن عيوب المطابقة طالما أنه يهدف إلى تحقيق مطابقة العقار للشروط التعاقدية و لقواعد الفن. و يتسم هذا الضمان الجديد بأنه ضمان موضوعي و مرتبط بالنظام العام.

الكلمات المفتاحية: المرقبي، عقد بيع عقار مبني، البناء، حيازة البناية، الثروة العقارية الوطنية، أزمة السكن.

According to this guarantee, the property developer in the frame of a completed property sale contract, shall guarantee the vices which might appear in the building at an estimated time of a year from the date of the building possession by the purchaser. This guarantee contains also the good working of equipment pieces of the building as well as the lacks of conformity of the constructed property to the contractual terms and to art laws. The new guarantee is characterised by its objectivity and its conformity to the public order.

مقدمة:

لقد واجهت الجزائر بعد الاستقلال مباشرة كغيرها من الدول حديثة الاستقلال من عدة مشاكل و في مقدمتها مشكل السكن و إعادة بناء منشآتها التحتية، لذلك فإن اهتمامها كان منصبا عشية الاستقلال على النهوض بقطاع البناء و الأشغال العمومية باعتباره من أهم الأنشطة الاقتصادية التي تقوم عليها التنمية الشاملة في أية دولة تسعى لتحقيق التقدم

و التطور، و لأن تقدم الدول إنما يقاس بمدى انتعاش قطاع البناء فيها و تطوره، بل و عادة ما يتم تصنيف دولة ما كدول متقدمة أو سائرة في طريق النمو بناء على ذلك.

و لما كان النظام الاقتصادي الاشتراكي هو النظام المنتهج بعد الاستقلال، فإن قطاع البناء و الأشغال العمومية كان حكرا على الدولة، التي كانت قد سمحت لمقاولات القطاع الخاص بمزاولة هذا النشاط، و لو أن عددها كان محدودا جدا.

و نظرا لعدم كفاءة مقاولات البناء الوطنية سواء العامة منها أو الخاصة، و نقص الكوادر ذوي الخبرة في هذا المجال، اضطرت الدولة إلى اللجوء لأجل تنفيذ مخططاتها للتنمية الاقتصادية الشاملة في قطاع البناء و الأشغال العمومية، إلى الاستعانة بخبرة و كفاءات الشركات الأجنبية.

و تجدر الإشارة هنا إلى أن الشركات الوطنية التي كانت تعمل في قطاع البناء و الأشغال العمومية كانت تقوم بعملية تنفيذ مشاريع البناء إلى جانب إعداد الدراسة الهندسية و التقنية المتعلقة بها في آن واحد، أي أنها كانت تضطلع بمهمة مزدوجة، تتمثل في مهمة إعداد الدراسة الهندسية للمشروع و تنفيذه معا¹. و قد كان من نتائج هذا الخلط أو الجمع أو عدم الفصل بين المهمتين أن أثر سلبا على جودة الأشغال المنجزة².

و مع بداية التسعينيات من القرن الماضي و بسبب تفاقم أزمة السكن بشكل رهيب خاصة في المدن الكبرى، مثل الجزائر العاصمة و قسنطينة نتيجة تزايد النمو السكاني، سارعت الجزائر إلى فتح الباب أمام مقاولات القطاع الخاص للعمل في هذا المجال الاقتصادي خاصة بعد أن أعلنت السلطات العمومية عن إفلاس العديد من الشركات الوطنية لمقاولات البناء و الأشغال العمومية و خصخصتها.

و تماشيا مع نظام الاقتصاد الحر الذي اعتنقته السلطات الجزائرية مع مطلع التسعينيات، أصدرت هذه الأخيرة العديد من النصوص التشريعية التي تعد بمثابة الركيزة الأساسية لنجاح النظام الجديد، و من النصوص التي تهمننا في هذا المقام المرسوم التشريعي رقم: 93-03 المؤرخ في 1 مارس 1993 المتعلق بالنشاط العقاري³ الذي حل محل القانون رقم: 86-07 المتعلق بالترقية العقارية⁴. و قد فتح هذا المرسوم الباب أمام المتعاملين الاقتصاديين سواء كانوا وطنيين أو أجانب إمكانية الاستثمار في هذا القطاع الحيوي و ذلك بهدف تنمية الثروة العقارية الوطنية، و من ثم القضاء على أزمة السكن التي لا طالما عانى منها المجتمع الجزائري سواء في المدن أو القرى.

و قد كان من نتائج هذا الإصلاح، ارتفاع وتيرة إنجاز المشاريع العقارية و خاصة السكنية منها، و لكن للأسف الشديد لقد كان ذلك على حساب جودة البناء المنجزة التي تم تنفيذها دون أدنى احترام للمقاييس و المعايير المعمول بها في هذا المجال، والنتيجة بالطبع هي ظهور نقائص و عيوب بالمباني المنجزة بعد استلمها بفترة قصيرة وأحيانا قبل استلامها.

و لعل من أبرز أسباب سوء إنجاز المباني، هو عدم تنظيم المشرع المهنة الترقية العقارية بشكل محكم، حيث أكد مهتمون بالقطاع أن عددا كبيرا من مقاولات البناء قد كانت تقوم بإنجاز مشاريع البناء السكنية بنفسها مقارنة بمكاتب الترقية العقارية، و ذلك لأن المشرع لم يكن في السابق يشترط لمزاولة نشاط مهنة الترقية العقارية سوى إثبات تمتع الشخص بالجنسية الجزائرية و قدرته المالية و التقنية⁵.

و لعل هذا التعدي الذي طال هذه المهنة و ما ترتب عليه من آثار سلبية على حسن إنجاز البناء، هو الذي دفع المشرع إلى إصدار القانون الأخير رقم: 11-04 الذي يحدد قواعد تنظيم نشاط الترقية العقارية.

و بهدف القضاء على ظاهرة الغش في إنجاز المباني و المنشآت الأخرى أو التقليل من هذه الظاهرة على الأقل، ألقى المشرع على عاتق مهندسي و مقاولي البناء التزاما بضمان جودة الأشغال التي يكلفون بتنفيذها فترة من الوقت بعد الاستلام النهائي لها⁶، كما أنه استحدث أيضا لأجل السهر على حسن إنجاز المنشأة التزاما آخر يعرف تحت اسم "ضمان كمال الإنجاز « La garantie de parfait achèvement »⁽⁷⁾.

و لكن من يتحمل بهذا الضمان و من المستفيد منه، و على ما ذا ينصب موضوعه، كما يجب في الأخير تحديد نظامه القانوني؟ و هذا ما سنحاول بحثه من خلال المبحثين الآتيين، الأول بعنوان: نطاق ضمان كمال الإنجاز، و الثاني تحت عنوان: النظام القانوني لضمان كمال الإنجاز.

المبحث الأول: نطاق ضمان كمال الإنجاز

لا يمكن في الواقع، تصور وجود الالتزام بضمان كمال الإنجاز إلا في عقود المقاولة التي ينصب محلها على تشييد منشأة عقارية، طالما كان هدف المشرع من استحداثه لهذا الضمان تحقيق مطابقة العقار المشيّد للمواصفات التعاقدية من جهة، و لقواعد الفنّ من جهة أخرى. و على ذلك، فمن المنطقي أن يكون المدين بالضمان، هو الطرف الذي يقوم بإنجاز المنشأة، و الاستفادة منه، هو الطرف الذي أنجزت لحسابه، كما أن موضوعه على خلاف الضمان العشري يشمل كل الخلال أي النقص التي تلحق المنشأة. و من ثم، فإن هذا الضمان الجديد يتحدد تطبيقه من حيث الأشخاص (المطلب الأول) والموضوع (المطلب الثاني).

المطلب الأول: أطراف ضمان كمال الإنجاز

الواقع، هو أن أطراف ضمان كمال الإنجاز هما: المقاول الذي يقوم بتنفيذ الأشغال، وهو المدين بالضمان، أما الدائن بالضمان فهو رب العمل الذي تنجز لحسابه المنشأة، لكن الوضع في القانون الجزائري يعد مختلفا تماما، فالمدين بالضمان هو المرفقي (الفرع الأول) والاستفيد منه هو المقتني (الفرع الثاني).

الفرع الأول: المدين بالضمان أو الملتزم به:

لما كان الطرف الذي يقوم بإنجاز المنشأة هو المقاول، فإن المنطق يقتضي أن يكون هو المدين بضمان تمام الإنجاز و ليس أي شخص آخر متدخل في عملية البناء، و هذا ما أخذ به المشرع الفرنسي في المادة 1792-6 من القانون المدني التي جعلت من المقاول المعني، هو المتدخل الوحيد الملزم بهذا الضمان.

أما المشرع الجزائري، فقد نص على هذا النوع من الضمان في قوانين الترقية العقارية المتعاقبة⁸، مما يعني أن المرفقي العقاري⁹، هو الذي يتحمل الالتزام بضمان حسن إنجاز المنشأة كما كان يسمى سابقا¹⁰، أو ضمان كمال الإنجاز كما يسمى اليوم¹¹، و ليس المقاول، فهذا الأخير لا يتحمل سوى الالتزام بالضمان العشري¹².

و تجدر الإشارة هنا إلى أن ضمان كمال الإنجاز يقتصر على عقد بيع عقار مبني Vente d'immeuble achevé دون عقدي حفظ الحق¹⁴ و التصاميم¹⁵، مع العلم بأن هذا الضمان كان يخص في السابق عقد البيع على التصاميم حسب المادة 15 من المرسوم التشريعي رقم: 93-03 التي تحيل على المادتين 9 و 10 من نفس المرسوم. و لعل السبب في ذلك، يرجع إلى كون المرفقي في عقد البيع على التصاميم و عقد حفظ الحق لا يمكنه أن

يقوم بإنجاز البنائيات وفق هذه الصيغة بنفسه، و يمكن الاستدلال على صحة هذا الاستنتاج بالرجوع إلى المادة 44 من قانون 11-04 التي تحيل على المادة 26 من نفس القانون، وكذلك المادة 29 منه.

وعليه، يفترض فيمن يقوم ببيع عقار مبني بأنه هو من قام بالإنجاز، غير أن هذا الاستنتاج يبدو أنه غير صحيح خاصة و أنه يتعارض مع أحكام نص المادة 16 من قانون 11-04 التي تفرض على المرقى سواء كان شخص طبيعي أو معنوي أن يستعين بخدمات مقال مؤهل قانونا.

كما يمكن تبرير ذلك أيضا بأن عقد البيع على التصاميم و عقد حفظ الحق لا يمكن إبرامهما إلا من طرف المرقى العقاري¹⁶، على عكس عقد بيع عقار مبني الذي يجوز إبرامه بمفهوم المخالفة لنص المادة 29 من قانون 11-04 من طرف كل شخص طبيعي أو معنوي و لو لم يكن يتمتع بصفة المرقى.

إن هذا الاستنتاج يبدو أنه غير صحيح كذلك، لأن البيع في مثل هذا الفرض الأخير يعتبر مجرد بيع عادي و ليس بيعا ترقويا، و عليه، يبقى السؤال مطروحا حول سبب قصر هذا الضمان على عقد بيع عقار مبني دون سواه؟

الفرع الثاني: الاستفادة من الضمان أو الدائن به

من المفروض أيضا، أن يكون الاستفادة من ضمان كمال الإنجاز هو رب العمل باعتباره طرفا في عقد المقاولة الذي تنجز لحسابه الأشغال (المشأة)، و هذا هو موقف القانون المدني الفرنسي، غير أن الوضع في القانون الجزائري يعتبر مختلفا نظرا لعدم نصه على هذا الضمان الخاص في القانون المدني¹⁷، و على ذلك، فالاستفيد منه، هو المقتني لعقار مبني حسب ما نصت عليه المادة 26 فقرة 3 من قانون 11-04.

و المقتني يرتبط مع المرقى بعقد بيع و ليس بعقد مقاولة، و مع ذلك يستفيد من ضمان الإنهاء الكامل لأشغال الإنجاز، كما أنه يستفيد من الضمان العشري أيضا¹⁸، و هو التزام لا يتحمله المرقى العقاري في عقد البيع على التصاميم و عقد حفظ الحق إلا على سبيل الاستثناء أي في حالة مخالفته الإلزام المفروض على عاتقه بمطالبة مكاتب الدراسات و المقاولين و شركائه الآخرين بكل الضمانات و التأمينات القانونية المطلوبة¹⁹، ومنها التأمين الإلزامي من الضمان العشري، ذلك أن الأشخاص الملزمين بالضمان العشري حسب المادة 46 من قانون 11-04 هم: مكاتب الدراسات و المقاولين و المتدخلين الآخرين الذين يرتبطون مع صاحب المشروع بعقد، فضلا عن المرقى في حالة

البيع لعقار مبني حسب المادة 26 فقرة 3 من نفس القانون، وبالتالي، فالمرقي في إطار البيع على التصاميم و عقد حفظ الحق لا يتحمل المسؤولية العشرية إلا استثناء كما ذكرنا.

المطلب الثاني: موضوع ضمان كمال الإنجاز

إن ضمان كمال الإنجاز يرمي إلى علاج مشكل النزاعات الدائمة التي تنشأ بعد انجاز الأشغال بين رب العمل الذي يطالب بالتحسينات و الإصلاحات و المقاول الذي يعتبر عمله منتهياً²⁰. و لكن هل يشمل هذا الضمان، كل الخلال التي تظهر في المنشأة؟

بداية يجب أن نشير إلى أن كلمة Désordre أضيق من كلمة العيب في اللغة العربية، حيث تقترب أكثر من معنى الخلل الذي يقع في إنشاء الأشغال²¹.

و يمكن تحديد الأضرار بمعنى النقائص أو العيوب التي تثير تطبيق ضمان كمال الإنجاز بالرجوع إلى المادة 44 من قانون 11-04 التي تنص على أنه: "تحدد آجال تنفيذ الأشغال الضرورية لإصلاح عيوب البناء و/ أو حسن سير عناصر تجهيزات البناية بموجب العقد المذكور في المادة 26 أعلاه"²².

و عليه، يمتد ضمان كمال الإنجاز وفقاً لهذا النص إلى عيوب البناء (الفرع الأول) و حسن سير عناصر تجهيز البناية (الفرع الثاني)، و لكن هل يشمل هذا الضمان عيوب المطابقة أيضاً (الفرع الثالث).

الفرع الأول: عيوب البناء: Vices de construction

يمكن تحديد المقصود بعيوب البناء بأنها تلك النقائص التي تلحق البناء نتيجة الأخطاء التي تصاحب عادة عملية تنفيذ أشغال إنجازها، سواء كان ذلك راجعاً إلى عدم مراعاة المواصفات التعاقدية أو الأصول الفنية لمهنة البناء أو القوانين و اللوائح التي تنظم عمليات تنفيذ أشغال البناء.

و على ذلك، يجب عدم الخلط بين عيوب البناء بمعنى النقائص أو الخلال والعيب في البناء أي العيب في عملية التشييد ذاتها.

و عليه، فالمقصود بعيوب البناء حسب 44 من قانون 11-04، هي النتيجة المادية المترتبة على الخطأ التشييدي سواء كان صادراً من المهندس المعماري أو المقاول.

كما تجب الإشارة إلى أن ضمان كمال لإنجاز، لا يشمل سوى العيوب الظاهرة أثناء الاستلام أو تلك العيوب التي تظهر خلال السنة الموالية له²³، و قد كان المرسوم التشريعي 93-03 الملغى يشير صراحة إلى العيوب الظاهرة في المادة 15 منه، غير

أن هذه العبارة لم تكن مصحوبة بكلمة "البناء"، كما أنه لم يوضح وقت ظهور تلك العيوب، هل هو وقت حصول الاستلام أم بعده.

و يشترط في العيوب الظاهرة حتى يشملها ضمان كمال الإنجاز، أن يتم التحفظ عليها من طرف رب العمل أثناء الاستلام، و هو ما يعنى أن العيوب الظاهرة غير المتحفظ عليها لا يشملها هذا الضمان، إذ أنها تمحى و تزال بمجرد الاستلام²⁴.

و لما كان استلام الأشغال يتم بين رب العمل (المركبي العقاري) من ناحية، و المقاول من ناحية ثانية، و ليس بين هذا الأخير و المقتني الذي يعتبر بالنسبة له من الغير، الأمر الذي جعل المشرع حسب اعتقادنا يتكلم في المادة 44 من قانون 04-11 عن ضمان عيوب البناء بشكل عام، دون تمييز بين الظاهرة منها و الخفية.

و الخلال أو النقائص محل التحفظات يتم إصلاحها في القانون الفرنسي وفقا ل ضمان كمال الإنجاز²⁵، أما في القانون المدني الجزائري، فإن المقاول يكون مسؤولا عنها وفقا للقواعد العامة للمسؤولية التعاقدية طالما أن الاستلام النهائي لم يحصل بعد، و نفس الحكم يطبق في عقد الأشغال العامة للبناء، نظرا لعدم وجود نص ينظم مثل هذا الضمان الخاص²⁶.

و تجدر الإشارة إلى أن هذه النقائص لا تستثير الضمان العشري، الذي يشترط لانطباقه استلام المنشأة بصفة نهائية²⁷.

و عليه، فإن ضمان كمال الإنجاز المنصوص عليه بالمادة 26 فقرة 3 و المادة 44 من قانون 04-11، لا يشمل سوى العيوب التي تلحق البناء خلال السنة الأولى للاستلام.

كما أنه لا يشترط في العيب الذي يظهر في البناء حتى يغطيه ضمان كمال الإنجاز أيضا، أن يكون قد بلغ درجة معينة من الخطورة، كأن يترتب عليه تهديد متانة البناء و سلامته مثلا، بل يكفي فيه أن تخلو منه الفطرة السليمة للشيء و بالأحرى ألا يوجد في شيء مماثل، كما يظهر من النص المذكور.

الفرع الثاني: حسن سير عناصر تجهيز البناية

« Le bon fonctionnement des éléments d'équipement du Bâtiment »

نشير في البداية إلى أن عناصر تجهيز البناية على نوعين، فهي إما أن تكون قابلة للانفصال أو غير قابلة لذلك، و هذه الأخيرة تكون موضوعا للضمان العشري أي أنها تثير تطبيق هذا الضمان إذا لحقت تلك العناصر عيوباً جسيمة يترتب عليها تهديد صلابتها، و هذا ما

نصت عليه المادة 181 فقرة 1 من أمر رقم: 95-07 متعلق بالتأمينات²⁸ المؤرخ في: 25 جانفي 1995²⁹.

وقد تم النص على هذه العناصر كذلك، في المادة 23-2 من القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 15/05/1988 المتضمن كفاءات ممارسة تنفيذ الأشغال في ميدان البناء وأجر ذلك³⁰، لكن باعتبارها منشآت ثابتة³¹، أما العناصر الأخرى القابلة للانفصال، فتخرج من نطاق تطبيق الضمان العشري وكذلك من نطاق ضمان كمال الإنجاز. وقد عرّف المشرع عناصر تجهيز البناية في المادة 181 من الأمر 95-05 المعدل والمتمم، بأنها تلك العناصر المرتبطة ارتباطا وثيقا بمنجزات التهيئة و وضع الأساس والهيكلة والإحاطة والتغطية³². ويعتبر كلا لا يتجزأ من الإنجاز كل عنصر خاص بالتجهيز، لا يمكن القيام بنزعه أو تفكيكه أو استبداله دون إتلاف أو حذف مادة من مواد هذا الإنجاز³³.

أما المادة 23-2 من القرار المذكور، فقد عرفت تلك العناصر من خلال تحديد المقصود بالمنشآت الثابتة، بأنها التجهيزات المرتبطة ارتباطا وثيقا بالمنشآت والتي من شأنها أن تستجيب لقيود الاستعمال وأن تكون مطابقة لاحتياجات المستعمل.

ولكن ما هو الصنف الذي يقصده المشرع في المادة 44 من قانون 11-04، هل هي العناصر القابلة للانفصال أم العناصر الأخرى؟

في الواقع، لم يحدد المشرع بوضوح نوع عناصر تجهيز البناية، ولا طبيعة هذه العناصر، ولكن انطلاقا من عبارة "حسن سير" يمكن القول، بأنها تلك العناصر غير القابلة للانفصال والتي يسأل المقاول والمهندس المعماري عن الأضرار التي تحل بصلابتها وفقا للضمان العشري عملا بالمادة 181 فقرة أولى من أمر رقم: 95-07.

أما المرقبي، فيسأل فقط عن حسن سيرها أو تشغيلها وذلك وفقا لضمان كمال الانجاز المنصوص عليه في المادة 26 فقرة 3 والمادة 44 من قانون 11-04.

ولكن، هل يقصد بضمان حسن تشغيل هذه العناصر بالنظر إلى تكوينها الفني أم بالنظر إلى تركيبها أي تثبيتها بالبناية؟

لاشك أن الضمان المنصوص عليه بالمادة 26 فقرة 3 لا يشمل سوى كيفية تركيب العنصر التجهيزي بالبناية وليس تكوينه الفني³⁴، كما لو تعلق الأمر بوجوده مثلا، لأنه إذا ما أسئى تركيب العنصر التجهيزي، فإنه سوف يؤدي إلى إعاقة استعمال البناية

استعمالاً مألوفاً، كما لو وضع مصعد كهربائي بطريقة خاطئة مما يؤدي إلى عدم تأدية البناية لوظيفتها المعتادة أو المنتظرة منها.

الفرع الثالث: عيوب المطابقة:

كما لا شك فيه أن المادة 44 من قانون 11-04 لم تتكلم إلا عن عيوب البناء، وهي تلك النقائص أو الخلال التي تلحق البناء، والتي تكون ظاهرة وقت الاستلام أو ستظهر خلال السنة المالية له. وقبل الإجابة عما إذا كان ضمان تمام الانجاز يشمل عيوب المطابقة أيضاً، يجب تحديد مفهوم هذه الأخيرة أولاً.

يقصد بعيوب المطابقة في مجال البناء معنيان، الأول ضيق، والثاني واسع، والمطابقة بالمعنى الضيق تتج عن عدم مراعاة المواصفات التعاقدية مثل عدم احترام رغبات العميل (رب العمل) فيما يتعلق بالتقسيم الداخلي للغرف أو مساحة المطبخ أو نوعية الرخام أو الماربر المستعمل.. الخ.

أما المطابقة بالمعنى الواسع، فهي نتيجة عدم مراعاة الأصول الفنية في تنفيذ أشغال البناء، سواء تعلق الأمر بالأساسات أو الأعمدة الحاملة للبناء أو حجم الجدران أو سعة الأسقف.. الخ.

و عيوب المطابقة ليست عيوباً بالمعنى الفني، وبالتالي فهي لا تثير مبدئياً المسؤولية العشري³⁵، ومن ثم، فإن عدم المطابقة على هذا النحو، لا يمكن أن يثير سوى المسؤولية العقدية للمشييد، لأن الإخلال في هذه الحالة لا يترتب عليه أي ضرر مادي للمنشأة، وإنما عدم مطابقة الإنجاز لشروط العقد فحسب³⁶.

ويلاحظ أن المشكل نفسه قد طرح في مجال البيع، ويوجد في هذا المعنى تقليد فرنسي واضح جداً، و طبقاً له عدم المطابقة هو خرق للالتزام بالتسليم بينما العيب هو خرق للالتزام بالضمان³⁷.

و حسب الفقه الفرنسي الغالب، فإن ضمان كمال الإنجاز يشمل عدم المطابقة للمواصفات التعاقدية إذا كانت غير ظاهرة أثناء الاستلام³⁸.

ويمكن تبرير تغطية هذا الضمان لعيوب المطابقة الخفية أيضاً بالنظر إلى مجاله الواسع الذي لا يقتصر على عيوب البناء الجسيمة فقط، بل يشمل كل العيوب التي تظهر في البناء حتى ولو كانت بسيطة، ويمكن استخلاص ذلك من خلال الصياغة العامة لنص المادة 44 من قانون 11-04 التي جاءت عبارتها شاملة لعيوب البناء بصفة عامة الجسيمة منها والبسيطة على حد سواء.

و بتعبير آخر، إذا كان ضمان تمام الانجاز يشمل كل عيوب البناء حتى و لو كانت بسيطة، فمن باب أولى أن يشمل عدم المطابقة كذلك خاصة و أنه التزام قانوني يرمي إلى تحقيق مطابقة العقار المشيد لما تم الاتفاق عليه أو للحالة التي يجب أن يكون عليها وقت الاستلام³⁹.

و مع ذلك، تبقى عيوب المطابقة اليوم مجالا بالنسبة للقانون العام، مثل تلك الحالة التي لا يسبب فيها نقص المطابقة أضراراً للمنشأة، أو عندما تكون قطعة، تجهيز، مدخل ليس له البعد المنصوص عليه، و كذلك عندما لا يكتسي هذا الضرر الجسامة المطلوبة بالمادة 1792 مدني⁴⁰، المقابلة للمادة 554 مدني جزائري.

المبحث الثاني: النظام القانوني لضمان كمال الإنجاز

مما لا شك فيه، أن ضمان الإنهاء الكامل لأشغال البناء هو ضمان لاحق لاستلام المنشأة على غرار الضمان العشري، غير أنه يشمل خلافا لهذا الضمان الأخير كل النقائص التي تلحق البناء حسب المادة 26 فقرة 2 و المادة 44 من قانون 11-04، و من هذه الناحية يقترب من نظام المسؤولية العقدية السابقة على الاستلام.

و لكن، ما هي حقيقة طبيعة هذا الضمان الخاص؟ و هل يستبعد تطبيقه الضمان العشري إذا كانت العيوب التي تظهر خلال السنة الموالية للاستلام تقبل وصفا مزدوجا أي إذا كان من شأن العيب الذي يظهر خلال فترة الضمان أن يعرض أمن و سلامة البناء للخطر؟

و أخيرا، إذا تحققت شروط انطباق ضمان كمال الإنجاز، ما هي إجراءات تطبيقه، و جزاؤه؟ إن كل هذه المسائل، سوف نحاول إلقاء الضوء عليها ضمن المطلبين المواليين:

المطلب الأول: طبيعة ضمان كمال الإنجاز و مدى مزاحمته للضمان العشري

اختلف الفقه الفرنسي حول طبيعة ضمان كمال الإنجاز على غرار الضمان العشري، غير أن الرأي الراجح اعتبره مجرد تهيئة خاصة للمسؤولية العقدية (الفرع الأول)، كما أن استحداث المشع لهذا الضمان الخاص، أثار خلافا لدى الفقه حول مسألة مزاحمته للضمان العشري إذا كان العيب اللاحق بالبناء قد بلغ حدا من الجسامة (الفرع الثاني).

الفرع الأول: طبيعة ضمان كمال الإنجاز:

يكاد يجمع الفقه الفرنسي على شدة غموض الطبيعة القانونية لضمان تمام الإنجاز⁴¹، إلا أن الفقه الغالب يرى بأنه ضمان موضوعي بحت، يعبر عن التزام بنتيجة⁴².

و يستند أنصار هذا الاتجاه في تبرير رأيهم إلى الحجج الآتية:

- عدم إشارة المشرع في المادة 6/1792-2 من القانون المدني إلى فكرة الخطأ أو المسؤولية و حتى المفترضة منها⁴³.

و هذا ما ينطبق أيضا في اعتقادنا على نص المادة 26 فقرة 2 و المادة 44 من قانون 11-04 التي نصت على التزام المرمي بإصلاح ما قد يظهر في البناء من عيوب خلال أجل سنة واحدة دون أي إشارة إلى ما يفيد أنه ضمان مبني على فكرة الخطأ الثابت أو حتى المفترض.

- إن هذا الضمان يندرج في نطاق الالتزام التعاقدي المحدد أي الالتزام بنتيجة، والقول بغير ذلك يجعل الضمان غير ذي معنى⁴⁴.

و على ذلك، يلتزم المقاول وفقا لهذا الضمان بإصلاح خلل البناء الذي يظهر خلال أجل سنة من الاستلام دون حاجة لإثبات رب العمل لأي أمر آخر سوى وجود خلل في البناء⁴⁵، و بذلك يكون المشرع الفرنسي قد استحدث بالمادة 6/1792 من القانون المدني حالة جديدة من حالات الضمان على حد تعبير جانب من الفقه المصري⁴⁶. و من ثم، فإن ظهور العيب يعد قرينة قاطعة على خطأ المقاول، إذ لا يعفى هذا الأخير من الضمان إلا بإثبات خطأ رب العمل كإساءة استعماله للبناء مثلا، كما يجب أن نقرر نفس الحل بالنسبة لفعل الغير أو الحادث الطبيعي متى كانا يشكلان حالة قوة قاهرة⁴⁷.

الفرع الثاني: مزاحمة ضمان كمال الإنجاز للضمان العشري:

إذا كانت نقائص البناء التي يتم التحفظ عليها أثناء الاستلام لا يمكن التعويض عنها إلا وفقا لأحكام ضمان كمال الإنجاز، فإن النقائص التي تظهر خلال السنة التي تعقب الاستلام و التي تتوافر فيها خصائص العيب المخل بصلافة البناء، لا شك أنها تثير ضمان كمال الإنجاز و الضمان العشري في آن واحد، و عندئذ هل يجوز للمقتني أو رب العمل في القانون الفرنسي الخيار بينهما في رجوعه بالتعويض؟

الحقيقة، أنه لا يوجد نص يقر حق المقتني في الخيار بين الضمانين المذكورين، كما أنه لا يوجد ما يمنعه من ذلك أيضا، و من ثم يمكن القول، بجواز رجوع المقتني بالتعويض على

المركبي بناء على أي من الضمانين، بل و له أن يختار منهما الأنسب لمصلحته خاصة و أن الضمان العشري يكون مغطى بتأمين إجباري⁴⁸، على عكس الضمان السنوي.

و لكن، إذا امتنع المركبي عن تنفيذ الأشغال الضرورية لإصلاح عيوب البناء خلال الأجل المحدد، فلا يبقى أمام المقاول إلا المطالبة بالإصلاح استنادا إلى الضمان العشري⁴⁹، كما تكون المطالبة وفقا لأحكام هذا الضمان أيضا في حالة انقضاء أجل الضمان السنوي، و لكن لا يعني هذا أن الضمان العشري هو ضمان احتياطي.

و تجدر الإشارة هنا، إلى أن محكمة النقض الفرنسية قد صرحت بجواز الخيار بين ضمان كمال الإنجاز و الضمان العشري، مقررّة بأن ضمان كمال الإنجاز لا يستبعد إطلاقا قبل كما بعد انقضائه تطبيق الضمان العشري⁵⁰.

المطلب الثاني: إعمال ضمان كمال الإنجاز

لقد اكتفى قانون 04-11 الذي يحدد قواعد تنظيم نشاط الترقية العقارية على غرار المرسوم التشريعي رقم: 93-03 المتعلق بنشاط الترقية العقارية بالنص على ضمان الإنهاء الكامل لأشغال البناء، كالتزام يثقل كاهل المركبي تجاه عميله دون أن يبين كيفية إعماله، و هذا على خلاف القانون المدني الفرنسي الذي تولى تنظيم هذه المسألة الإجرائية بشيء من الوضوح في المادة 6-2/1792، و عليه سوف نتولى توضيح هذا الجانب من الموضوع كما يلي:

الفرع الأول: إصلاح عيوب البناء أو حسن سير عناصره التجهيزية:

يلتزم المركبي حسب المادة 44 من قانون 04-11 بتنفيذ الأشغال الضرورية لإصلاح عيوب البناء أو حسن سير عناصر تجهيز البناية خلال الأجل المحدد في عقد البيع المنصوص عليه بالمادة 26 من نفس القانون.

و على ذلك، يجب تحديد مدة تنفيذ أشغال إصلاح ما قد يظهر في البناء من عيوب خلال السنة الموالية للاستلام أو ما قد يعتري عناصر تجهيز البناية من خلل، و لكن هل يبدأ سريان هذه المدة اعتبارا من ظهور العيب أم من اليوم الذي يتم فيه إخطار المركبي بهذا العيب من طرف المقتني؟

لم يحدد النص المذكور أعلاه، نقطة بدء انطلاق أجل إصلاح العيوب و نفس الشيء في القانون الفرنسي الذي لم يحدد في المادة 6-2/1792 من القانون المدني ذلك أيضا. و عليه يلزم المركبي بتنفيذ أشغال الإصلاح خلال المدة المحددة في عقد البيع المنصوص عليه

بالمادة 26 من قانون 11-04 اعتبارا من يوم إخطاره من طرف المقتني بظهور العيب في البناء كتابة خلال الأجل المتفق عليه أو في أجل معقول في حالة عدم الاتفاق على ذلك. و هكذا، لا يلزم المرقمي بتنفيذ أشغال الإصلاح من تلقاء نفسه، بل يجب على المقتني وهو المستفيد من الضمان أن يخطره أولا بالخلل الذي ظهر في البناء حتى يتمكن من إصلاحه، خاصة و أن حيازة البناء لم تعد بيد المرقمي. و في حالة إغفال تحديد مدة تنفيذ أشغال الإصلاح⁽⁵¹⁾، فيجب مباشرة عمليات الإصلاح خلال آجال معقولة بحسب العرف الجاري في المعاملات، وذلك بعد إخطار المرقمي بالعيب، و إن كان ذلك لا يحدث إلا نادرا. و يفرض القانون الفرنسي في هذه الحالة، اللجوء إلى القضاء الذي يتولى تحديد هذه المدة⁽⁵²⁾.

و تجدر الإشارة، أن المرقمي يلتزم حسب نص المادة 44 من قانون 11-04 بتعويض المقتني في حدود تكلفة تنفيذ الأشغال الضرورية لإصلاح عيوب البناء أو حسن سير عناصر تجهيز البناية فقط⁽⁵³⁾. و في هذا المعنى، يقرر جانب من الفقه بأن ضمان كمال الإنجاز يتحلل إلى تعويض عيني للخلل الظاهرة أو التي ستظهر سريعا بعد الاستلام⁽⁵⁴⁾. يستخلص من ذلك، أن المقتني لا يملك سوى الحق في إلزام المرقمي بتحقيق مطابقة العقار المبني للحالة التي كان عليها أو من المفروض أن يكون عليها وقت الاستلام أو الحيازة في القانون الجزائري، مما جعل البعض يطلق عليه "ضمان شبه الإنجاز"⁽⁵⁵⁾. و في حالة امتناع المرقمي عن تنفيذ أشغال الإصلاح خلال الأجل المحدد، فإنه يجوز للمقتني القيام بذلك بواسطة مقاول آخر بعد إعداره المرقمي على أن يتحمل هذا الأخير نفقات هذا الإصلاح، و ذلك بعد استئذان القاضي تطبيقا للقواعد العامة في تنفيذ الالتزام بعمل⁽⁵⁶⁾.

الفرع الثاني: معاينة تنفيذ أشغال الإصلاح:

إن تنفيذ أشغال الإصلاح الضرورية استنادا ل ضمان كمال الإنجاز يتم باتفاق مشترك⁽⁵⁷⁾، وفي حالة عدم الاتفاق، فإن ذلك يتم عن طريق القضاء⁽⁵⁸⁾. و إن لم يرد مثل هذا الحكم بقانون 11-04 إلا أنه يمكن الأخذ به. و يملك القاضي كذلك معاينة حسن تنفيذ الأشغال في حالة عدم الاتفاق بين الطرفين⁽⁵⁹⁾.

إن الدور المسند للقاضي هنا هو من نفس الطبيعة فيما يخص الاستلام القضائي للأشغال، لكن أثر الحكم أقل كثيرا، لأنه لا يحدد نقطة بداية أي أجل للضمان وإنما يقتصر على فض الخلاف حول الإنجاز و مطابقة العقار⁶⁰.

و عبء إثبات تنفيذ أشغال الإصلاح يثقل كاهل الما قول⁶¹، أو المرقمي، وقد أكدت محكمة النقض الفرنسية ذلك بالنسبة للتحفظات المعلن عنها أثناء الاستلام⁶². ويملك الما قول في حالة مماثلة الحصول على رفع التحفظات، إذا ما فرضنا ادعاء رب العمل بوجود الخلل خلال السنة الأولى للاستلام⁶³.

الفرع الثالث: رجوع المدين بالضمان:

يملك المرقمي الرجوع على الما قول المسؤول الحقيقي بما يكون قد تحمله من نفقات في سبيل إصلاح العيوب التي لحقت البناء أو حسن سير عناصر تجهيز البناية، وكذلك المطالبة بما يكون قد دفعه من تعويض للمقتني عن الأضرار الأخرى التابعة. و لكن ما هو الأساس الذي يستند إليه المرقمي في رجوعه على المسؤول الحقيقي عن عيوب البناء؟

تجدر الإشارة هنا أن المشرع الفرنسي ألقى بهذا النوع من الضمان على عاتق الما قول المعني أي الما قول الذي نفذ الجزء المعيب من المنشأة.

و على ذلك، يحق للمرقمي في عقد بيع عقار مبني الرجوع بعد تعويضه عينا للمقتني على الما قول أو المهندس المعماري أو أي متدخل آخر بما يكون قد تحمله من نفقات ومصاريف في سبيل تحقيق مطابقة العقار أو إزالة ما به من خلل أو عيوب، و ذلك طبقا للمسؤولية العشرية إذا ما توافرت شروطها خاصة ما تعلق منها بطبيعة العيب، عملا بأحكام المادة 46 من قانون 04-11، لأن المرقمي في ظل أحكام هذا القانون يكون مدينا بالضمان العشري⁶⁴ من جهة، و دائنا به من جهة أخرى⁶⁵، و ذلك في الحالة التي يظهر فيها كصاحب للمشروع، حيث يرتبط مع مؤجري العمل (الما قول و مكاتب الدراسات) بعقد⁶⁶.

و في هذا الفرض الأخير، ينظر جانب من الفقه المصري إلى الما قول على أنه هو المتعاقد الضعيف و أن رب العمل العمل (المرقمي) هو الطرف القوي من الناحية الاقتصادية، لذلك يبدو أن اختلال التوازن الاقتصادي بين طرفي العقد في مجال البناء خلافا لباقي العقود لا يعد أحد مبررات الحماية⁶⁷، غير أن هذه المفارقة جعلت جانبا من الفقه

الفرنسي⁶⁸، يدعو إلى ضرورة توفير الحماية للمقاولين في مواجهة المرقين نظرا للقدرة المذهلة التي أصبحوا يتمتعون بها سواء من الناحية الاقتصادية أو الفنية.

و لكن، إذا كانت العيوب التي لحقت البناء ليست بالجسامة المطلوبة لتطبيق الضمان العشري طبقا للمادة 554 من القانون المدني، فلاشك أن المرقى سوف يطالب المقاول بتعويضه عما تحمله من نفقات في سبيل تنفيذ أشغال الإصلاح طبقا للقواعد العامة في المسؤولية العقدية.

الخاتمة:

يمكن أن نخلص مما سبق إلى أن ضمان كمال الإنجاز هو التزام قانوني لاحق لإنجاز المنشأة، يلتزم بمقتضاه المرقى في إطار عقد بيع عقار مبني طبقا للمادة 26 فقرة 3 والمادة 44 من قانون 11-04 بإصلاح ما يلحق البناء من عيوب خلال أجل سنة واحدة من يوم حيازة المقتني للبناء دون أن يكون هذا الأخير ملزما بإثبات أي شيء سوى وجود العيب. و يتميز هذا الضمان الخاص بما يلي:

- أنه ضمان موضوعي يقوم بمجرد ظهور العيب في البناء خلال أجل الضمان، و لا يعفى المرقى منه إلا بإثبات السبب الأجنبي.

- أنه تهيئة خاصة للمسؤولية العقدية لعلاج مختلف النقائص التي تظهر في البناء خلال أجل السنة.

- أنه يتعلق بالنظام العام، و إن كان قانون 11-04 لم يقرر له هذه الخاصية إلا أنه يمكن استخلاصها بناء على مقتضيات نص المادة الفقرة 3 من المادة 26 التي تنص على أنه: "غير أن الحيازة و شهادة المطابقة لا تعفيان من المسؤولية العشرية.. و لا من ضمان الإنهاء الكامل لأشغال الإنجاز.."، فضلا عن كون هذا الضمان الجديد إنما تقرر لحماية المقتني كطرف ضعيف في العقد المبرم مع المرقى.

- أنه ضمان واسع النطاق، إذ يمتد موضوعه إلى كل النقائص التي تلحق البناء أو عناصر تجهيز البناية بعض النظر عن درجة جسامة العيب أو خطورته، و بذلك فإنه يشمل عدم مطابقة أيضا.

و من النقائص التي نسجلها بخصوص تنظيم المشرع لهذا الضمان الخاص، نورد ما يلي:

- لم يحدد صراحة نقطة بدء سريان أجل هذا الضمان، و عليه فهل هو وقت استلام البناء من طرف المرقى من عند المقاول، أم هو وقت حيازة البناء من طرف المقتني أو استلام هذا الأخير للبناء؟

- لم يبين المشرع كيفية أعمال هذا الضمان، إذ لم ينظم المسائل الإجرائية الآتية: إغفال مسألة إخطار المرقي بظهور العيب في البناء و وسيلة هذا الإخطار، و جزاء عدم الإخطار، لأن أجل تنفيذ أشغال الإصلاح تبدأ من وقت الإخطار، و في حالة عدم الإخطار من أين يبدأ هذا الأجل؟

كما أنه لم ينظم كيفية مباشرة الأشغال الضرورية لإزالة العيوب من حيث مداها، و في حالة امتناع المرقي عن مباشرة تلك الأشغال، فإنه لم يبين جزاء ذلك؟ و في حالة تنفيذ أشغال الإصلاح الضرورية بعد الاتفاق عليها بين طرفي الضمان، كيف تتم معاينة حسن هذا التنفيذ؟

و على ذلك، نأمل أن يصدر في القريب العاجل نصا تنظيميا لمختلف هذه المسائل التي يتوقف عليها حتما تطبيق هذا الضمان الجديد الذي خصه قانون 11-04 بإدتين فقط.

الهوامش و المصادر:

1- Amor ZAHY, Le Droit et La responsabilité en matière de la construction, Revue Algérienne des sciences juridique économiques et politiques, Volume XXV, N 3, Septembre, 1987, p. 589.

2- (A) ZAHY, Ibid., p. 592.

3- المرسوم التشريعي رقم: 93-03 المؤرخ في 3 مارس 1993، المتعلق بالنشاط العقاري، ج.ر، عدد 14، المعدل و المتمم بقانون 11-04 المؤرخ في: 17 فيفري 2011، يحدد القواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية، ج.ر، عدد 14.

4- قانون رقم: 86-07 مؤرخ في 4 مارس 1986، يتعلق بالترقية العقارية، ج.ر صادرة بتاريخ 4 مارس 1986، ص 350، ملغى.

5- راجع، المادة 8 و 9 من نفس القانون .

6- المادة 554 من الأمر رقم: 75-58 المؤرخ في: 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني الجزائري، المعدل و المتمم.

7- لقد استلهمت أحكام هذا الضمان تاريخيا من الممارسة قبل أن ينص عليه القانون الفرنسي لسنة 1978 (م. 1792/6-2 م.ف) و ما كانت تنص عليه العقود النموذجية، و يتعلق الأمر بالعقد النموذجي الذي وضع سنة 1948، و هو تقنية تسمح لرب العمل بالحصول خلال أجل السنة بعد الاستلام على عمل مطابق لتوقعاته المشروعة.

8- يتعلق الأمر بالمرسوم التشريعي رقم: 93-03 المؤرخ في 1 مارس 1993، المتعلق بالنشاط العقاري الذي حمل المتعامل في الترقية العقارية الالتزام بضمان حسن إنجاز المنشأة في المادة 14 منه. و قد تم

تعديل هذا المرسوم بموجب قانون 11-04 المؤرخ في: 17 فيفري 2011، الذي يحدد القواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية الذي نص أيضا على هذا الضمان بالمادة 26 فقرة 3 منه، لكن تحت تسمية جديدة، هي ضمان الإنهاء الكامل لأشغال الإنجاز. و الجدير بالذكر، أن قانون الترقية العقارية رقم: 86-07 المؤرخ في: 4 مارس 198 الملغى بالمرسوم التشريعي رقم: 93-03 لم يكن ينص على هذا الضمان الجديد، وإن كان قد فرض على المكتب أن يكون تنفيذه للأشغال مطابقا لشروط العقد و قواعد الفن حسب المادة 42 فقرة 1 منه.

9- المرمي العقاري هو الشخص الطبيعي أو المعنوي الذي يبادر بالقيام بعملية البناء و يتولى عنايتها الرئيسية من مختلف الجوانب الإدارية و المالية و القانونية. الخ، و بالتالي، فإنه يتحمل مسؤولية تنسيق العمليات المختلفة لإنجاز المنشأة بدءا بتصور المشروع و تمويله، وصولا إلى تنفيذه، فضلا عن التزامه بتسيير المشروع بعد إنجازه (راجع، المادة 17 فقرة 2، و المادة 3 من قانون 11-04).

10- راجع، المادة 14 من الرسوم التشريعي رقم: 93-03.

11- راجع، المادة 26 فقرة 3 من القانون رقم: 11-04.

12- يتحمل المفاوض حسب المادة 46 من قانون 11-04 الضمان العشري فقط، لكن في إطار عقد حفظ الحق و البيع على التصاميم مع العلم بأن الدائن به هو المرمي و ليس المقتني كما في عقد بيع عقار مبني (م. 26 فقرة 3 من نفس القانون)

13- راجع، المادة 26 فقرة 3 من القانون رقم: 11-04.

14- راجع، المادة 27 من نفس القانون

15- راجع، المادة 28 من نفس القانون.

16- راجع، المادة 29 من نفس القانون.

17- إن الضمان العشري هو الضمان القانوني الوحيد اللاحق لاستلام المنشأة في القانون المدني و المنصوص عليه بالمادة 554، و هو ضمان محدود النطاق سواء من حيث الأطراف أو الموضوع. و بالتالي، فإن المفاوض لا يسأل عن عيوب البناء الخفية التي تظهر بعد الاستلام و التي لا تعرض متانة البناء و سلامته للخطر إلا وفقا لقواعد المسؤولية العقدية. راجع حول هذه المسألة، نظرية الأضرار الوسيطة و عيوب المطابقة الخفية:

(Joël)Fossereau, Le clair- obscur de la responsabilité des constructeurs, Recueil Dalloz Sirey, 1977, Chronique III, pp. 13-28

18- راجع، المادة 26 فقرة 3 من قانون 11-04

19- راجع المادة، 49 الفقرتين 1 و 2 من نفس القانون.

20- (Jérôme) HUET, Trait de droit civil : Les principaux contrats spéciaux, P.U.F, Paris, p. 1349.

21- محمد شكري سرور، مسؤولية مهندسي و مقاولي البناء و المنشآت الثابتة الأخرى، دار الفكر العربي، القاهرة، 1985، ص 174.

22- إن المادة 15 من المرسوم التشريعي رقم: 93-03 كانت تنص على ضمان العيوب الظاهرة دون ذكرها لكلمة البناء " يحدد العقد المذكور في المادتين 9 و 10 أعلاه، الآجال الضرورية لتنفيذ أشغال إصلاح العيوب الظاهرة و/ أو حسن عناصر تجهيز البناية".

23- مدة ضمان كمال الإنجاز هي سنة واحدة اعتبارا من حيازة البناء من المقتني حسب المادة 26 فقرة 3 من قانون 11-04.

24- هذا ما يعرف بالأثر المنهني للاستلام الذي يقتصر على الإعفاء من ضمان العيوب الظاهرة بالبناء دون العيوب التي تكون خفية أثناء الاستلام.

25- (J) Huet, op.cit., p. 1349.52

26- لقد نص المشرع في المادة 97 من المرسوم الرئاسي رقم: 10-236 المؤرخ في 7 أكتوبر 2010 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية (ج.ر عدد 58) المعدل و المتمم، على أن كفالة حسن التنفيذ *Caution de bonne exécution* - تتحول عند الاستلام المؤقت إلى كفالة ضمان في حالة النص في الصفقة على أجل الضمان (راجع، المادة 98 من نفس المرسوم)، و بذلك يكون المشرع قد تصدى في الصفقة العامة للأشغال لمشكلة النقائص و العيوب في تنفيذ المنشأة باستحداثه لهذه الضمانة المالية.

27- راجع، المادة 556 فقرة 3 من القانون المدني.

28- " يغطي الضمان المشار إليه في المادة 178 أعلاه أيضا، الأضرار المخلة بصلاية العناصر الخاصة بتجهيز بناية ما عندما تكون هذه العناصر جزءا لا يتجزأ من منجزات التهيئة و وضع الأساس و الهيكل و الإحاطة و التغطية".

29- ج.ر، عدد 15، المعدل و المتمم بقانون 06-04 المؤرخ في 20 فيفري 2006، ج.ر، عدد 15.

30- ج.ر، صادرة في 26/10/1988، ص 1479، المعدل و المتمم.

31- يقصد بالمنشآت الثابتة التجهيزات المرتبطة ارتباطا وثيقا بالمنشآت و التي من شأنها أن تستجيب لقيود الاستعمال و أن تكون مطابقة لاحتياجات المستعمل".

32- راجع، فقرة 1 من المادة 181.

33- راجع، فقرة 2 من نفس المادة.

34- الخلل الفني في العنصر التجهيزي للبناية يسأل عنه الصانع و ليس من قام بتركيبه أو تثبيته بالبناية.

35- Bernard Boubli et Alexandre Kurgansky et Bernard Stemmer, Collection Mémentos Pratiques, Responsabilité et assurance dans la construction, troisième partie, Editions Francis Lefebvre, Paris, 1990, p. 855.

36- راجع في هذا المعنى، عمرو طه بدوي محمد علي، الالتزام بالضمان في عقود البناء و التشييد(دراسة تطبيقية على عقود الإنشاءات الدولية)، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006، ص 266.

Voir aussi dans le même sens, (Jean-Pierre) KARILA , Garanties légales et responsabilité contractuelle de droit commun de locataires d'ouvrages immobiliers après la réception de l'ouvrage, Recueil Dalloz Sirey, 1990, 42° cahier- Chronique, p. 317, col. 1

Voir par exemple, Cass.civ.3, 11 juillet 1990, Bull.civ.III, n 171 cité par : (PH)Malaurie et Laurent Aynes, pierre-Yves Gauthier, Droit civil :Les contrats spéciaux, 2° édition refondue, Editions juridiques associées, Paris, 2005, p. 437, marge n 25.

راجع في نفس المعنى كذلك، محمد شكري سرور، مرجع سابق، ص 234، و راجع كذلك ص 29 من نفس المرجع.

37- « Le défaut de conformité est une violation de l'obligation de délivrance, et le vice une violation de l'obligation de garantie » voir, (Philippe) Malinvaud et (Bernard) Boubli, Revue de droit immobilière, 1980, pp. 301-302.

38- (Philippe) le tourneau, La responsabilité civile, 3° édition, Dalloz, Paris, 1982, pp. 486, 487.

39- (ph) Malinvaud et (ph) Jestaz, Droit de La promotion, immobilière, 8° éd, Dalloz, 2009, p. 99.

40- Ibid., p. 194, marge n 4.

41- Louis-Costa(J), La responsabilité des constructeurs d'après la loi du 4 janvier 1978, D.1979, Chronique, p. 43 ; (J-P)Karila ;

هامش 1 : Boubli(B) cités par :

42- (Ph) Malinvaud et (Ph) Jestaz, op.cit., p. 101.

43- (Ph) Malinvaud et (Ph) Jestaz, La loi n 78-12 du 4 janvier 1978 relative a la responsabilité et a l'assurance dans le domaine de la construction, J.C.P. 1978, I, doct. n 2900, n 13

44- عمرو طه بدوي محمد علي، نفس المرجع، ص 449.

45- نفس المرجع و الصفحة.

46- نفس المرجع، ص ص 453، 454.

47- (Ph) Malinvaud et (Ph) Jestaz, op.cit., p. 101.

48- راجع، المادة 178 فقرة أولى من الأمر رقم: 95-07، المتعلق بالتأمينات، المعدل و المتمم.

49- V. En ce sens, (Ph) Malinvaud et (Ph) Jestaz, op.cit., p.99.

50- Cass.civ.3, 4 fév.1987, Bull.civ.III, n16 ; RDI 1987, p.232

cité par : (Ph) Malinvaud et (Ph) Jestaz, Ibid., p. 101, marge 3.

51- يمكن تصور هذه الحالة طالما   صياغة المادة 44 من قانون 11-04 لم تآت على سبيل الوجوب " تحدد آجال تنفيذ الأشغال الضرورية للإصلاح..".

52- Voir l'article 1792-6 alinéa 5 du code civil français.

53- يلاحظ  ن المادة 15 من المرسوم التشريعي رقم: 93-03 كانت تلزم المتعامل في الترقية العقارية بتنفيذ أشغال إصلاح العيوب الظاهرة دون تقييد لمدى هذا الالتزام، كما فعلت المادة 44 من قانون 11-04 التي تلزم المرقى بتنفيذ الأشغال الضرورية فقط لإصلاح عيوب البناء و/ أو عناصر تجهيز البناية.

54-(Ph) Malinvaud et (Ph) Jestaz, op.cit, p. 99

55- Ibid.

56- راجع، المادة 170 من القانون المدني الجزائري.

57- قياسا على مقتضيات نص المادة 44 من قانون 11-04.

58- voir l'article 1792-6, alinéa 5 du code civil français.

59- (Ph) Malinvaud (ph) Jestaz, op.cit., p.105.

60- (Ph) Malinvaud et (ph), Ibid., pp. 105, 106.

61- Ibid., p. 106.

62- Cass.civ.3, 1^{er} avr. 1992, Bull.civ.III, n 109 ;JCP.1992.IV. 1623 cité par : (ph) Malinvaud et (ph) Jestaz, Ibid., p. 106, marge 1

63- (ph) Malinvaud et (ph) Jestaz, Ibid., p. 106.

64- راجع، المادة 26 فقرة 3 من قانون 11-04.

65- يمكن استخلاص هذا الحكم من خلال نص المادة 46 من قانون 11-04.

66- راجع، المادة 46 من نفس القانون.

67- أنظر، أحمد عبد العال أبو قرين، المسؤولية العقدية للمقاول و المهندس المعماري: البحث عن مضمونها و صورها و حدودها مع الضمان القانوني (دراسة تطبيقية في ضوء الفقه و القضاء مع التعليق على شروط عقد مقاولات الهندسة المدنية الصادر عن الإتحاد الدولي للمهندسين الإستشاريين)، طبعة أولى، دار الثقافة الجامعية، القاهرة، 2001، ص ص 52، 53.

68- (ph) Malinvaud et (ph) Jestaz, op.cit., p.59.

التعويض عن الضرر الناجم عن المساس بالحق في الخصوصية

أ. فرقاني قويدر

المركز الجامعي مرسلي عبدالله – تيبازة.

ملخص:

ظهرت فكرة الحق في حرمة الحياة الخاصة في القانون الوضعي في الربع الأخير من القرن التاسع عشر، و لازمت التطور التاريخي لهذه الفكرة، اتجاهات فقهية و تشريعية و قضائية متباينة حول مضمون هذا الحق و طبيعته القانونية، و العناصر المكونة له. إن فكرة الحق في حرمة الحياة الخاصة، لا ترتبط نشأتها بالقوانين الوضعية و إعلانات الحقوق و الدساتير الحديثة فحسب، بل إن الشريعة الإسلامية كانت سباقة في حماية حرمة الحياة الخاصة، بنصوص من القرآن الكريم و السنة النبوية. ومن اجل حماية الحق في الخصوصية تم سن قوانين على المستوى الدولي وعلى المستوى الداخلي لكافة التشريعات، من الناحية الجنائية والمدنية من كل اشكال المساس بهذا الحق المقدس. الكلمات المفتاحية: الحق، الحياة الخاصة، القانون الوضعي، سرية المراسلات، الإتصالات الخاصة.

Résumé:

L'idée droit à l'inviolabilité de la vie privée dans le droit positif dans le dernier quart du XIXe siècle, et est hanté par l'évolution historique de cette idée, les tendances doctrinales et législatif et judiciaire mixte sur le contenu de ce droit et de la nature juridique et ses éléments constitutifs. L'idée du droit à la vie privée, ne sont pas liées à ses lois création d'origine humaine, et seulement une déclaration des droits et des constitutions modernes, mais que la loi islamique a été proactif dans la protection de la sainteté de la vie Privé, textes du Coran et de la Sunna.

Afin de protéger le droit à la vie privée des lois que nous avons adoptées au niveau international et au niveau national à toutes les lois, l'aspect pénal et civil de toutes les formes de préjugés dans ce droit sacré.

مقدمة:

يعد الحق في الخصوصية من أهم حقوق الإنسان، فقد تطرقت الشريعة الاسلامية قبل القوانين الوضعية عليه، ويتضح ذلك من خلال النصوص الشرعية التي جاءت منبهة على عدم التعرض لحياة الإنسان الخاصة بالتجسس عليه أو أي نوع من أنواع انتهاك حق الخصوصية، ومن النصوص الشرعية التي جاءت في ذلك قوله تعالى: "يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اجْتَنِبُوا كَثِيرًا مِّنَ الظَّنِّ إِنَّ بَعْضَ الظَّنِّ إِثْمٌ وَلَا تَجَسَّسُوا وَلَا يَغْتَبَ بَعْضُكُم بَعْضًا أَيُحِبُّ أَحَدُكُمْ أَنْ يَأْكُلَ لَحْمَ أَخِيهِ مَيْتًا فَكَرِهْتُمُوهُ وَاتَّقُوا اللَّهَ إِنَّ اللَّهَ تَوَّابٌ رَّحِيمٌ" (الحجرات، الآية 12) ويقول جل ذكره "وَالَّذِينَ يُؤْذُونَ الْمُؤْمِنِينَ وَالْمُؤْمِنَاتِ بَغَيْرِ مَا اكْتَسَبُوا فَقَدِ احْتَمَلُوا بُهْتَانًا وَإِثْمًا مُّبِينًا" (الأحزاب الآية 58)، والتجسس والإيذاء يكون في الاعتداء على خصوصية الإنسان والاطلاع على ما يكره من مراسلات ومخاطبات وهو إيذاء معنوي قبل أن يكون ماديا، وجاء في الحديث عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال : " إياكم والظن فإن الظن أكذب الحديث ولا تحسسوا، ولا تجسسوا، ولا تناجشوا، ولا تحاسدوا، ولا تباغضوا، ولا تدابروا، وكونوا عباد الله إخوانا) رواه البخاري .

اما بخصوص الحماية الدولية فقد تمثلت في الاتفاقيات والمعاهدات العالمية والإقليمية الداعية إلى حماية الحق في الخصوصية وكذا المؤتمرات التي دعت إلى ذلك وكذا الحماية الإقليمية له. حيث تنص المادة 21 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان على: "لا يجوز أن يتعرض أحد لتدخل تعسفي في حياته الخاصة أو أسرته أو مسكنه أو مراسلاته أو بحملات على شرفه وسمعته ولكل شخص الحق في حماية القانون من مثل هذا التدخل أو تلك الحملات". وقد دعت المادة 71 من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية إلى ضرورة خطر أي تدخل بشكل تعسفي أو غير قانوني في خصوصيات الشخص وأسرته وحرمة مسكنه وسرية مراسلاته والحفاظ على سمعته وشرفه.

أما عن الضمانات الداخلية، النصوص الدستورية نذكر: المادة 40 من دستور 2016 والتي تنص: "تضمن الدولة عدم انتهاك حرمة الانسان . ويحضر أي عنف بدني أو معنوي أو أي مساس بالكرامة"، وجاء في نص المادة 46 من الدستور الجزائري الحالي على مايلي: "لا يجوز إنتهاك حرمة حياة المواطن الخاصة، وحرمة شرفه ويحميها القانون. سرية المراسلات والاتصالات الخاصة بكل أشكالها مضمونه"، الى غير ذلك من النصوص التي تعتبر الأساس الدستوري لحماية الحق في حرمة الحياة الخاصة .

إلى جانب الحماية الدستورية نجد نوعين من الحماية لا تقل أهمية عن الحماية الدستورية بل ونجدها هي الأكثر تطبيقاً واحتكاكاً بحياة المواطنين. وتتمثل هذه الحماية بكل من القانون والقضاء، فقانون العقوبات والقانون المدني خصوصاً هما اللذان يرتبطان ارتباطاً وثيقاً بحماية الخصوصية، حيث يوفر الأول الحماية الجزائية والثاني الحماية المدنية عن طريق تعويض الضحية خاصة عن الضرر المعنوي الذي قد يصيبه جراء التدخل في الحياة الخاصة، هذا إذا لم يكن قبله ضرر مادي، أما الحماية الجزائية فقد وضع المشرع الجزائي العديد من المواد، إحتواها قانون العقوبات، من المادة 303 مكرر إلى المادة 303 مكرر 3، إلا أننا سوف تقتصر دراستنا في هذا المقام حول حماية حق الخصوصية في إطار المسؤولية المدنية وعليه نطرح الإشكالية التالية :

- إلى أي مدى يمكن حماية المتضرر من الاعتداء على الحق في حياته الخاصة ؟ وما هي الوسائل الكفيلة لحماية حق الخصوصية ؟ وهل هذه الوسائل كافية لضمان هذا الحق ؟ وللإجابة عن الإشكالية وضعت الخطة التالية :

المبحث الأول: مفهوم الحق في الخصوصية

المطلب الأول: تعريف الحق في الخصوصية.

المطلب الثاني: مضمون الحق في الخصوصية.

المبحث الثاني: وسائل حماية الحق في الخصوصية .

المطلب الأول: وقف الاعتداء كوسيلة وقائية لحماية الحق في الخصوصية

المطلب الثاني: التعويض كوسيلة علاجية لحماية الحق في الخصوصية .

خاتمة.

المبحث الأول: مفهوم الحق في الخصوصية.

لابد من التطرق إلى تعريف الحق في الخصوصية لغة واصطلاحاً (مطلب أول) ثم

التطرق إلى طبيعته القانونية (مطلب ثاني) على النحو التالي :

المطلب الأول: تعريف الحق في الخصوصية.

الخصوصية لغةً: حالة الخصوص وهي نقيض العموم، فيقال خص فلاناً بكذا خصاً وخصوصية والفتح أفصح و "خَصَّهُ" بالشيء صار خاصاً به والخاصة ضد العامة و"خَصَّصَ" فلاناً بالشيء خصه به و "الخصوصية" خصوصية الشيء أي خاصيته¹.

أما الخصوصية اصطلاحاً: فعلى الرغم من اعتراف التشريعات المقارنة بالحق في الخصوصية إلا أن أي منها لم يورد تعريفاً يحدد بمقتضاه المقصود بهذا الحق الأمر، الذي دفع

الفقه إلى الاجتهاد لتحديد مدلول الحق في الخصوصية وذلك إما عن طريق تعريف فكرة الخصوصية ذاتها أو الاكتفاء ببيان مضمونها بتعداد ما يدخل في نطاقها لفسح المجال أمام إدخال تعديلات على هذا المضمون، أو أن يتم الجمع بين الفكرتين معاً، ويعد التعريف الذي وضعه معهد القانون الأمريكي من أشهر التعاريف والذي يعرف الحق في الخصوصية من زاوية المساس به وجاء فيه "كل شخص ينتهك بصورة جدية وبدون وجه حق، حق شخص آخر في أن لا تتصل أموره وأحواله إلى علم الغير، وألا تكون صورته عرضة لأنظار الجمهور، يعتبر مسؤولاً أمام المعتدى عليه"²، كما عرفت بعض المؤتمرات الدولية الحق في الخصوصية بأنه "حق الشخص في أن تتركه يعيش الحياة التي يرتضيها مع أدنى حد من التدخل من جانب الغير"³.

يلاحظ على هذا التعريف أنه لا يعطي معياراً دقيقاً للتفرقة بين ما يجب إعلانه للناس وبين ما يجب ستره عنهم، فالمعيار الذي وضعه هذا التعريف والمتمثل بصور المساس بالحق، معيار واسع جداً فمن المستحيل حصر هذه الصورة أو تحديدها.

و أن هنالك اتجاهاً فقهيّاً في فرنسا يميل عند تعريفه للحق في الخصوصية إلى الربط بينه وبين مفهوم الحرية، حيث يعرف الحق في الخصوصية بأنه "مجموع الحالات والأعمال والآراء الصادرة عن الفرد بحرية والتي لا تربطه بأي التزام في مواجهة الآخرين"⁴ وهذا الرأي لا يمكن قبوله أيضاً، فإذا كان هناك تقارب بين كل من الحق في الخصوصية والحرية فإن هذا لا يعني أنهما شيء واحد، لأن مدلول الحرية أوسع مما يدل عليه الحق في الخصوصية فقد توضع قيود على حرية الفرد ولأي سبب كان ولكن حقه في الخصوصية يبقى مصوناً ولا تأثير لهذه القيود عليه⁵.

ويعتبر الفقهاء الفرنسيين⁶ الأكثر حماساً وتشجيعاً للاعتراف بالحق في الخصوصية، كما لا ننسى ما بذله الفقه المصري⁷ ومناداته إلى الاعتراف بهذا الحق بتوفير ما يلزمه من حماية قانونية باعتباره من حقوق الشخصية.

أما موقف القوانين المدنية المقارنة من الحق في الخصوصية، فأسوة بموقفها من باقي حقوق الشخصية الأخرى لم تتخذ موقفاً موحداً في معالجتها لهذا الحق ويعد القانون المدني الفرنسي الأكثر اهتماماً بالحق في الخصوصية، ولكن هذا الاهتمام مر بمرحلتين، الأولى قبل عام 1970، فكانت حماية الحق في الخصوصية تتم استناداً إلى القواعد العامة في المسؤولية التقصيرية وتحديداً المادة (1382) التي تنص على أن كل "فعل يترتب عليه ضرر للغير يلزم من تسبب في وقوعه باصلاح هذا الضرر" فكان القضاء الفرنسي يلجأ إلى نص هذه المادة

لحماية الحق في الخصوصية⁸، وتطبيقاً لذلك فقد اعتبرت محكمة السين الابتدائية نشر الوقائع المتعلقة بالعشاق والأصدقاء من قبل المساس بالحق في الخصوصية⁹.

أما بالنسبة للمشرع الجزائري لم يخصص الحق في الخصوصية بالذكر وإنما وفر هذه الحماية لجميع حقوق الشخصية بما فيها الحق في الخصوصية وذلك ما نصت عليه المادة 47 من القانون المدني، ويبدو لنا أن ما ذهب إليه المشرع الجزائري على غرار التشريع المصري هو الأجدر بالتأييد لأن الاعتراف بحقوق الشخصية كلها وحمايتها أفضل من قصر ذلك على حق واحد وهو الحق في الخصوصية، فإيراد نص تسري أحكامه على حقوق الشخصية كلها ينسجم مع ما تتسم به هذه الحقوق من تشابه في أهميتها وخصائصها بالنسبة للإنسان.

ويراد بالحقوق الشخصية، تلك الحقوق التي تنصب على مقومات وعناصر الشخصية في مظاهرها المختلفة وتتصل بكيان الفرد المادي والمعنوي¹⁰.

كما إن القضاء قد اهتم كثيراً بالحق في الخصوصية وأحاطه بالحماية حتى عندما لم يكن هناك موقف تشريعي حاسم منه، فقد كان موقف القضاء الفرنسي قبل تعديل عام 1970 الذي تم بموجبه الاعتراف بالحق في الخصوصية، يعترف بهذا الحق ويحميه، فقد جاء في حكم لمحكمة باريس أن حماية الحياة الخاصة للأفراد مبدأ يجب ضمانه¹¹.

المطلب الثاني : مضمون الحق في الخصوصية.

يجمع الحق في الخصوصية العديد من الحقوق نذكر منها:

1/ - الحق في السرية : السرية لغة هي الكتمان، وجمعه اسرار، والسر هو ما يكتمه المرء في نفسه¹²، أما اصطلاحاً فتعني صفة تطلق على موقف أو خبر مما يؤدي الى وجود رابطة تتصل بهذا الموقف ولا يوجد حد معين لعدد الأشخاص الذين يحتفظ الخبر بعلمهم به بصفة السرية، وبهذا تقتضي السرية ألا يعلم بالخبر سوى الاشخاص الذين تحتم الظروف وقوفهم على هذه السرية، كما تقتضي ان تتم العمل بكتمان ومن غير علانية بعيداً عن كل شخص ليس طرفاً فيه¹³.

وترتبط فكرة السرية بفكرة الحق في الخصوصية ارتباطاً وثيقاً إلى حد أن الفقه والقضاء قد وجها اهتمامهما نحو الاعتراف بالحق في سرية الحق في الخصوصية قبل التطرق إلى مسألة الحق في احترامه¹⁴.

هجر الفقه والقضاء الرأي القائل بأن الحق في السرية حق ملكية، وذهبوا إلى القول بأنه من قبيل الحقوق الشخصية. حيث ذهب رأي في الفقه إلى تصنيف الحق في سرية المراسلات ضمن مجموعة الحقوق للصيقة بشخصية الإنسان¹⁵، فالحق في السرية هو أحد الحقوق

الشخصية كونه ينصب على المقومات المعنوية للشخصية، وأن حماية الشخصية في هذه المقومات تنطلق من وجوب الاعتراف للأفراد على هذه المقومات المعنوية بحقوق معينة تؤمنهم وتكون لهم سنداً في ما يقع عليهم من اعتداء، وفي التعويض عن الأضرار التي تلحق بهم⁽¹⁶⁾.

وتتعدد صور للمساس بالحق في السرية، وهي الاسرار المتعلقة بالمرضى، وينطبق الالتزام بالسرية المهنية على جميع الأطباء، و السرية في اجراءات التحقيق الجنائي وغيرها وقد اتفق فقهاء الشريعة الاسلامية على تحريم افشاء السر، ويعتبر كتمان السر عندهم من أبرز الآداب التي يجب على المسلم التحلي بها والمحافظة عليها، وافشاء السر عندهم يعتبر من قبيل الخيانة الكبرى⁽¹⁷⁾.

2/ - الحق في المراسلات و المحادثات الخاصة : تعد المراسلات أياً كان نوعها، فالرسالة قد تكون مستودعاً لسر الإنسان وخصوصياته التي يحرص على اخفائها عن الأغيار وبالتالي فان في الاطلاع عليها إهداراً لأحد أهم الحقوق التي كفل القانون حمايتها⁽¹⁸⁾، وفي الوقت الحاضر فان الرسائل التقليدية قد بدأت تنحسر تدريجياً لصالح ما يعرف بـ "البريد الإلكتروني" والذي هو استخدام شبكة الانترنت بمثابة مكتب للبريد حيث يمكن بواسطتها للمستخدم إرسال الرسائل إلى من لديه عنوان بريد إلكتروني، كما يمكنه استقبال الرسائل من أي مستخدم للإنترنت وكل ذلك يتم بصورة مجانية خلال فترة زمنية لا تزيد على بضع ثوان⁽¹⁹⁾، فبواسطة هذه التقنية أصبح متاحاً تبادل الرسائل المكتوبة وملفات صوتية، بل وصل الأمر إلى إمكانية إجراء "تبادلات مرئية" تخرج من نطاق البريد الإلكتروني لتدخل مجال "الاتصال الفيديوي"، إذن أصبح من الممكن تبادل مختلف الرسائل سواء كان مضمونها كتابة أو صوت أو حتى الصور، كما يوفر إمكانية الاطلاع على كافة الرسائل التي سبق إرسالها من قبل الشخص وتلك التي أرسلت إليه بالإضافة إلى الاحتفاظ بنماذج عامة ليضع الرسائل وقائمة للاحتفاظ بالعناوين، كما تم تطوير تقنية الاستقبال في البريد الإلكتروني لكي تتم بواسطة الكومبيوترات المحمولة باليد والهاتف انتقال النصوص بصورة مكتوبة أو مسموعة مع إمكانية تحويلها إلى أي منها⁽²⁰⁾.

وتتمتع الرسائل الاعتيادية بالحرمة سواء كانت موضوعة في داخل ظرف، بل يعد في حكم الرسالة، الكتابة على بطاقة مكشوفة إذا تبين أن المرسل قد قصد إحاطتها بسرية تمنع الغير من الإطلاع على مضمونها⁽²¹⁾، وينصرف هذا القول إلى ما يحتويه بريد الشخص

الإلكتروني، فمن غير الجائز تصفح محتوياته دون موافقة صاحب الشأن بذلك إذا كان الاطلاع على ما فيه متاحاً كما لو كانت الرسالة موضوعة على لوحة النشر الإلكتروني.

وتتم حماية سرية المراسلات في النظام الفرنسي على محورين، الأول: القانون الجنائي الذي يجرم في المادة (157) إنتهاك سرية المراسلات أثناء إرسالها للمرسل إليه. كما أن فتح المراسلات يعتبر جريمة وفقاً للمادة (187) من قانون العقوبات.

والثاني: في نطاق القانون الخاص حيث ربط القضاء مبدأ حرمة السرية بنظرية حقوق الشخصية والتي تقتضى بدورها الحماية القانونية²²، وقد حكم القضاء الفرنسي بأن إحتجاز الرسائل البريدية الإرادي لمدة قصيرة كافياً لأن يكون إنتهاكاً لحرمة الرسالة. ومن جهة أخرى فإن تصوير أو نسخ البيانات التي توجد على المظروف الذي يحوى الرسالة أثناء إرسالها أو التي توجد على البطاقات البريدية يعد بمثابة إستيلاء حقيقي على هذه النصوص الأمر الذي يجعله إنتهاكاً لمبدأ سرية المراسلات²³.

وإلى جانب الحماية التي يوفرها القانون الجنائي والقانون الخاص توجد حماية أخرى توفرها مجموعة قوانين البريد والتليفون والبرق. إذ أنه وفقاً للمادتين (41، 42) من هذه القوانين يجب على موظفي هذه الإدارات المحافظة على سرية المراسلات البريدية والبرقية والهاتفية وإلا تعرضوا للعقوبات الواردة في المادة (378) من قانون العقوبات لإرتكاب جريمة إفشاء سر المهنة²⁴.

3/ - الحق في حرمة المسكن: يقصد بهذا الحق تامين الشخص في حماية حرمة مسكنه وقداسيته باعتباره مستودع خصوصياته، وهو مايستلزم منه دخوله في غير الاحوال المقررة في القانون، أودون اتباع الاجراءات القانونية من جانب ممثلي السلطة اعتماداً على وظيفته، وهذا حماية لأمن الشخص واحتراماً للمكان الذي يقيم فيه²⁵.

كما أن حرمة المسكن تتصل بشكل مباشر بالحق في الخصوصية يصبح الاخير في مهبط الريح ان لم تحفظ حرمة المسكن، فلا يجوز دخول المسكن بدون اذن صاحبه وهو الامر الذي حث عليه المولى عز وجل في كتابه الكريم لقوله "يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَدْخُلُوا بُيُوتًا غَيْرَ بُيُوتِكُمْ حَتَّى تَسْتَأْذِنُوا وَتُسَلِّمُوا عَلَى أَهْلِهَا ذَلِكَ خَيْرٌ لَكُمْ لَعَلَّكُمْ تَذَكَّرُونَ ﴿٥٦﴾ فَإِنْ لَمْ تَجِدُوا فِيهَا أَحَدًا فَلَا تَدْخُلُوهَا حَتَّى يُؤْذَنَ لَكُمْ وَإِنْ قِيلَ لَكُمْ ارْجِعُوا فَارْجِعُوا هُوَ أَزْكَى لَكُمْ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ عَلِيمٌ ﴿٥٧﴾".

كما أكدت المواثيق الدولية حرمة المسكن إذ ورد في الاعلان العالمي لحقوق الانسان لعام 1948 نص المادة (12): "لا يتعرض أحد لتدخل تعسفي في حياته الخاصة أو اسرته أو

مسكنه.."، أورد العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية لعام 1966 نصاً مماثلاً في المادة (17) لا يجوز التدخل بشكل تعسفي أو غير قانوني بخصوصيات أحد أو بعائلته أو بيته أو مراسلاته).

كما أن لكل شخص الحق في عدم الإعلان عن محل إقامته أو مسكنه وأن يرفض الإفصاح عنها، ويجب على الغير احترام إرادته في هذا الشأن. فإذا تم نشر العنوان دون موافقته يعتبر إعتداء غير مشروع على حقه في الحياة الخاصة²⁶.

كما إعتبر القضاء الفرنسي تدقيق عنوان شخصي بهدف الإستشهاد في تحقيق خاص بشرط شغله لهذا المسكن إنتهاك للخصوصية²⁷. وأقر هذا القضاء أيضاً حق الشخص في إختيار موطنه تطبيقاً للمادة الثامنة من الإتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان وحرياته الأساسية²⁸.

وإنتهاك حرمة المسكن جريمة جنائية²⁹ حيث نص المشرع الجزائري على هذه الجريمة في المادة 295 من قانون العقوبات³⁰، مقررًا للمسكن حماية كافية، نظراً لما لهذه الجريمة من خطورة، و لما فيها من إنتهاك لحرية الأشخاص وحرمة مساكنهم عند اقتحامها، و بذلك أصبحت هذه المادة محققة للغرض المتوخى من المشرع من وراء تقديره لهذه الحماية.

كما تضمنت المادة (184) من قانون العقوبات الفرنسي التي تعاقب كل من دخل من رجال الشرطة والموظفين العموميين ورجال الضبط القضائي مسكن مواطن بوجه غير شرعي و ضد إرادته وبغير مراعاة الإجراءات التي نص عليها القانون. ولا يعتبر دخول مسكن بالقوة مشروعاً إلا في حالة التلبس بالجريمة أو بناء على أمر كتابي، وتعاقب أيضاً كل من دخل بوجه غير شرعي مسكن آخر بالقوة أو التهديد. وترتبط المادة (368) من قانون العقوبات حماية الحياة الخاصة بالمكان الخاص.

المبحث الثاني: وسائل حماية الحق في الخصوصية

لحماية حق الخصوصية يجب منح صاحبها حق طلب وقف الاعتداء (مطلب اول)، وحقه في التعويض عن الضرر الذي يصيبه نتيجة الاعتداء عليه (مطلب ثاني)، وقد حرص التشريع³¹ والقضاء المقارن على تأمين الحماية المناسبة للحقوق اللصيقة بالشخصية بتلك الوسيلتين.

المطلب الاول: وقف الاعتداء كوسيلة وقائية لحماية الحق في الخصوصية

تكمن الوقاية في حماية الحقوق اللصيقة بالشخصية هي الحماية الفعلية لها، لأن هذه الحقوق ليست من الحقوق المالية، ولذلك متى تم الاعتداء عليها فلا تقوم بالمال وانما يكون

التعويض على شكل ترضية للمضرور، فالوسائل الوقائية هي الاجراءات التي يتم اللجوء اليها والغرض منها عدم المساس بهذه الحقوق .

ومن هذا المنطلق حرص التشريع و القضاء المقارن، وكفل حماية الحق في الخصوصية عن طريق الإجراءات الوقائية لمنع أي إعتداء كان، وهو ما تم التنصيص عليه من قبل المشرع الجزائري في نص المادة 47 من القانون المدني الجزائري التي تنص على مايلي: " لكل من وقع عليه إعتداء غير مشروع في حق من الحقوق الملازمة لشخصيته أن يطلب وقف هذا الإعتداء والتعويض عما يكون قد لحقه من ضرر " .

وتكون حماية الحق في الخصوصية شأنه شأن سائر الحقوق عن طريق الدعوى القضائية، ووضع حد للمساس الذي لحق الحق في الخصوصية أي أن المشرع منح الحق في وقف الإعتداء بعد وقوعه حيث لا يملك الشخص حسب المادة 47 مبدئياً درء الخطر إلا بعد وقوعه، ويجب أن يكون الإعتداء وشيك الوقوع لا محالة، إن لم يبادر الشخص إلى رده أو قد يكون وقع فعلاً حتى يمكن وقفه.

فدعوى وقف الإعتداء هي تحديد لسلوك المدعى عليه، مادام قائماً حتى إصدار الحكم، وعلى المدعي إثبات وقوع الإعتداء على حياته الخاصة واستمراره قائماً، وبالنظر للأضرار التي قد تنتج عن المساس بحقوق الشخصية عامة و التي غالباً يصعب اصلاحها فيجب اللجوء الى القضاء المستعجل للتدخل لوقف الاعتداء على هذه الحقوق، ولقاضي الموضوع سلطة تقديرية عند نظره في الدعوى³².

ويبدو ان عبارة وقف الاعتداء ينصرف مفهومها الى منع الاعتداء اكثر من وقفه، باعتبار ان وقف الاعتداء هو اجراء وقائي، ويتضح انه في الامكان طلب وقف الاعتداء لحماية الحقوق الشخصية ولو لم يكن هناك ضرر قد وقع، وانما بمجرد وقوع الاعتداء .

ولم يقف المشرع الفرنسي والسويسري عند الحد الذي وقف عنده المشرع الجزائري والمصري حيث اجتازوا مرحلة ممتازة للأمام لتوفير الحماية الخاصة للحياة.

حيث جاء في الفقرة الثانية من المادة التاسعة (09) من القانون المدني الفرنسي، والتي تنص على أن: " للقضاة أن يتخذوا كافة الوسائل مثل الحراسة والحجز وغيرها من الإجراءات لمنع أو لوقف أي مساس بألفة الحياة الخاصة، ويمكن أن يأمر قاضي الأمور المستعجلة بإتخاذ هذه الإجراءات متى توافر شرط الاستعجال، وذلك دون المساس بحق الشخص في التعويض عما يصبه من ضرر " ³³.

واستلزم القانون الجزائري من الشخص الإنتظار حتى يقع الإعتداء على حق من الحقوق الملازمة لشخصيته حتى يستطيع إقامة الدعوى بوقفه، فهذه الحماية غير كافية وليست فعالة بينما المشرع الفرنسي نص في المادة (9) من القانون المدني على إيجاد دعوى أخرى تتعلق بحماية الحياة الخاصة كدعوى الحراسة والمنع للفعل والإعتداء الواقع على سرية الحياة³⁴.

و كما يقول الدكتور فتحي سرور فإن العلنية تفسد الخصوصية، و حتى يتسنى لشخص

التمسك بأحكام المادة 47 مدني لا بد من توفر ما يلي:

- 1- أن يكون الاعتداء الذي يطال الشخص غير مشروع .
 - 2- أن يمس هذا الاعتداء حقا من الحقوق الملازمة لشخصية دون غيرها من الحقوق.
 - 3- أن يكون الاعتداء لا يزال قائما، حين مطالبة الشخص بوقفه .
- و بتوفر ما ذكرناه أعلاه فان لمن لحقه اعتداء اللجوء إلى القضاء بدعوى تعرف بدعوى وقف الاعتداء.

أما المشرع السويسري وفق التعديل على المادة (28) حيث أعطى المعتدى عليه أو المههد بإعتداء من مباشرة ثلاثة دعاوى خاصة لحماية حقوق الشخصية وهي :

- 1- دعوى منع الإعتداء غير المشروع.
- 2- دعوى وقف الإعتداء غير المشروع.
- 3- دعوى إثبات الصفة غير مشروعة للإعتداء.

ونظرا لأهمية هذا الاجراء في حالات المساس بالحقوق اللصيقة بالشخصية التي تتم عن طريق النشر، فقد جعلته التشريعات المقارنة موضع اهتمام قوانين الصحافة و المطبوعات، وذلك بقيام المؤلف أو الناشر بحذف العبارات التي تمس بالحقوق اللصيقة بالشخصية او باجراء تعديل عليها لتفادي منعها من التداول أو ضبط المطبوعات أو وضعها تحت الحراسة، لكن من الناحية العملية قد يصعب فعل ذلك خاصة في حالة تداول تلك المطبوعات ونشرها في الاسواق، حيث يصعب وضع اليد على جميع النسخ، ويعد هذا الاجراء من الاجراءات الوقائية³⁵.

ولم يحدد المشرع الجزائري الجهة التي يجب اللجوء إليها حال الإعتداء، بينما المشرع الفرنسي جعل هذه الدعاوى من اختصاص قاضي الأمور المستعجلة³⁶، حيث يختص بالأمر بوقف النشر وغيره من الإجراءات اللازمة لمنع أو الحد من الإعتداء على الحق في الخصوصية.

وقد يكون قاضي الموضوع هو القاضي الجنائي إذا كان الفعل يدخل تحت طائلة قانون العقوبات، والفارق الأساسي بين عرض الأمر على قاضي الاستعجال، وعلى قاضي الموضوع الجنائي يظهر في قواعد الإختصاص المحلي، فإذا عرض الأمر على قاضي الاستعجال فإن المحكمة المختصة تكون موطن المدعى عليه، أما إذا عرض على قاضي الموضوع الجنائي، فإن الإختصاص يكون لأي محكمة وقع الإعتداء في دائرتها، فالمشروع يحرص على تسهيل إجراءات توقيع الجزاء الجنائي.

وقد اصدرت محكمة النقض المصرية حكماً ف احدى الدعاوى التي تتعلق بموضوع تسجيل الاحاديث الخاصة، حيث انتهت المحكمة الى عدم الاعتماد بالتسجيل في مكان عام استناداً لتنازل المتحدث عن حقه في الحياة الخاصة، وبذلك بعكس التسجيل في مكان خاص³⁷. وتلزم المحكمة المعتدي بإدخال تعديلات و تفرض عليه غرامة تهديدية اذا ما تأخر في القيام بالأعمال اللازمة لذلك .

المطلب الثاني : التعويض كوسيلة علاجية لحماية الحق في الخصوصية

إذا لم الاجراءات الوقائية كفيلة بمنع الاعتداء على الحق في الخصوصية منذ البداية، أو اذا اوقفت لكن بعد وقوعه، أو اذا لم يستطع الشخص اللجوء الى هذه الاجراءات فمن حقه اللجوء الى القضاء و المطالبة بالتعويض، و التعويض اما أن يكون عينياً، أو بمقابل بالتعويض له دور كبير في جبر الضرر ويخفف الألم الناشيء عن إعتداء على الحياة الخاصة، وهذا ما ذهب اليه المشرع الجزائري في نص المادة 47 من القانون المدني المطابقة للمادة (50) القانون المصري، المادة (52) مدني سوري، حيث أجاز حصول المضرور على التعويض عما يكون قد لحقه من ضرر ويستند الحكم بالتعويض إلى هذا النص أيضاً.

فالضرر الذي يرتبه الإنتهاك أو الإعتداء على الحياة الخاصة قد يكون ضرراً مادياً أو معنوياً أو الاثنين معاً، وعلى هذا فإنه يشترط توافر عدة شروط لقيام المسؤولية المدنية في مجال الإعتداء على الحياة الخاصة بوصفها حقاً من حقوق الشخصية، وهي وقوع الإعتداء (الخطأ) والضرر والعلاقة السببية بينهما.

ولما كانت الطريقة المثالية لتحقيق التعويض هي ارجاع الحال الى ما كان عليه قبل المساس بالحق وهو ما يسمى بالتعويض العيني، و هذا النوع نادر التطبيق في مجال الاضرار الناتجة عن المساس بالحقوق الشخصية، لأن التعويض عن الاضرار المعنوية في أغلب الحالات لا يكون بإزالته، وانما بالتخفيف عن المضرور وارضائه، وعند عدم اللجوء الى التعويض العيني فلا

يجد القاضي سبيلا الا اللجوء الى التعويض بمقابل، و نتطرق في ما يلي الى طرق التعويض التي قد يحصل عليها المضرور على حقه على النحو التالي:

أولاً: التعويض العيني: في مجال الحقوق الشخصية يجوز للقاضي أن يلجأ الى التعويض العيني تبعا للظروف وبناء على طلب المدعي، هو ما نص عليه المشرع الجزائري في القانون المدني في نص الفقرة الثانية من المادة 132 و التي تنص على مايلي: "يقدر التعويض بالنقد، على أنه يجوز للقاضي، وتبعا للظروف وبناء على طلب المضرور، أن يأمر بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه، أو أن يحكم وذلك على سبيل التعويض بأداء بعض الإعانات تتصل بالفعل غير المشروع" و المطابقة لنص الفقرة الثانية من المادة 171 من القانون المدني المصري، و نص المادة 209 من القانون المدني العراقي .

ومن امثلة التعويض العيني للأضرار إلزام المعتدي بنشر الحكم في نفس الجريدة التي نشر فيها ما يعتبر مساساً بالحق في الخصوصية، ويأمر عادة القضاء بالنفاذ المعجل لمثل هذه الاحكام .

وتستلزم المحاكم أن يتم نشر الحكم في أول عدد يصدر بعد صدور وفي مكان وبحروف تماثل تماماً تلك التي نشر فيها ما اعتبر مساساً بالحق في الخصوصية، وأحيانا تأمر المحكمة بنشر الحكم في جرائد أخرى، بالإضافة إلى نشره في الصحيفة التي تم فيها نشر بالاعتداء على الخصوصية.

ويلاحظ أن النشر باعتباره تعويضاً عينياً لا يصلح كوسيلة لجبر الضرر، إلا إذا كان المساس بالحق في الخصوصية يصطحب بنشر ما يخالف الحقيقة، أو تم لأغراض تجارية، فمثل هذا النشر قد يوحي بأن الشخص قبل أن يقوم بدعاية تجارية لإحدى المنتجات في حين أن ذلك يخالف الحقيقة، ومن هنا يكون التعويض العيني متمثلاً في إيضاح الحقيقة.

أما إذا كان المساس بالخصوصية مجرداً أي يقتصر فقط على نشر ما لم يجب نشره، لأنه في نطاق الحياة الخاصة، ولم تصدر موافقة الشخص، فإن نشر الحكم لا يحقق أي فائدة للشخص، بل على العكس فإن الحكم قد يتضمن ترديداً للوقائع الخاصة، ومن ثم فإن نشرها في الصحف من شأنه أن يوسع من نطاق علانية الحياة الخاصة للشخص، ومن ثم لا يصح اللجوء إليه، لأنه يؤدي إلى أن يجذب إنتباه الناس إلى البحث عن المجلة أو الصحيفة التي نشرت ما يتعلق بالخصوصية.

وفي حالة الاعتداء على الخصوصية بالنشر في الصحف والمطبوعات، حيث أن حرص القضاء على إيضاح الظروف التي تبرر الأمر بوقف النشر، بالبرغم من أن وقف النشر يؤدي

إلى الاضرار بالمدعى عليه، حيث يمنع صدور أعداد ضخمة من المطبوعات، إلا أن قاضي الاستعجال يجوز له إتخاذ مثل هذا الإجراء طالما أنه قد تراءى له أن ذلك الإجراء هو وحده الكفيل بتفادي الضرر الذي قد ينتج عن الكشف عن خصوصيات الحياة، وأن التعويض اللاحق على النشر لن يكون إلا بمثابة تعويض بمقابل لا يقدر على إزالة الضرر.

كما يجب أن لا يغيب عن البال أن وقف النشر من شأنه أن يؤدي إلى المساس بالحق في الإعلام وحرية التعبير، ومن ثم لا يجوز اللجوء إليه إلا بمتتهى الحيلة بحيث يجب التأكد من أن هذا الإجراء سيكون من الفاعلية بحيث يحقق الهدف منه وهو عدم الأضرار بالشخص أضراراً لا يمكن تعويضه عن طريق المقابل النقدي. فالأصل هو حرية النشر والصحافة والتعبير، والاستثناء هو وقف النشر، ومن ثم لا يجب اللجوء إليه إلا في حالة الاستعجال، وحيث لا تصلح وسيلة أخرى لتحقيق نفس الهدف، ومن ثم لا يجوز الأمر بالوقف إذا كان المدعى عليه قد أعلن إلتزامه بإخفاء العبارات التي تمس الغير من النسخ الموجودة في المكتبة، وامتزاه رفع هذه العبارات.

ثانيا: التعويض بمقابل : التعويض بمقابل اما ان يكون تعويضا نقديا، او تعويضا غير نقدي وستتناول كلاهما على النحو التالي:

1- التعويض النقدي : يعتبر هذا النوع من التعويض هو الصورة الغالبة للتعويض في دعاوى المسؤولية المدنية، لأنه يصلح لجبر الضرر المادي، وتخفيف الضرر المعنوي .

ويعرف التعويض النقدي بأنه مبلغ من النقود يتولى القاضي تقديره ويدفع للمضرور بشرط أن يكون جابرا للضرر³⁸، و السبب في ذلك ان النقود تمثل وسيلة للتقويم، لذا ففي كل حالة يتم فيها الحكم بالتعويض العيني، ولم يكن هناك سبيل للحكم بالتعويض غير النقدي يتعين على المحكمة أن تحكم بالتعويض النقدي .

ويتميز التعويض النقدي عن غيره من طرق التعويض الاخرى، بأنه صالح للحكم به أيا كان نوع الضرر ماديا أو معنويا، وتغليب التعويض النقدي يجع في الحقيقة الى اعتبارات عملية، حيث ان التعويض العيني لا يحسم النزاع القائم، كما ان التعويض العيني يحتاج الى تدخل شخصي من المدين الذي لا يمكن اجباره على ذلك تجنباً للمساس بحريته مما يقتضي صدور حكم بالتعويض النقدي³⁹.

والجددير بالذكر ان القاضي الذي يحكم بالتعويض عن الاضرار الناجمة عن المساس بحقوق الشخصية عامة عليه ان يقدره دفعة واحدة، لأن هذه الاضرار لا تبقى على جسامتها كالضرر المادي، لانه بمرور الزمن له تأثير كبير في تخفيف شدة الضرر المعنوي.

2- التعويض غير النقدي : يقدر القاضي عادة التعويض بمبلغ من النقود سواء كان ذلك في اطار المسؤولية العقدية أو المسؤولية التقصيرية أو أي التزام منشؤه مصدر آخر، ومع ذلك قد يكون التعويض غير نقدي في بعض الحالات كما هو الحال في دعاوى السب و القذف يجوز للقاضي أن يأمر على سبيل التعويض بنشر الحكم القاضي بإدانة المدعى عليه في الصحف وهذا النشر يعد تعويضا غير نقدي عن الضرر الادبي الذي أصاب المدعى عليه⁴⁰.

ان هذا النوع من التعويض يعتبر وسطا بين التعويض العيني و التعويض النقدي أمام القاضي فهو لا يحكم باعادة الحال الى ماكانت عليه قبل وقوع الضرر، كما أنه لا يحكم بتعويض نقدي يتولى تقديره بشكل يكافئ الضرر الواقع، وانما هنا القاضي يحكم بأداء أمر معين على سبيل التعويض تلجأ اليه المحاكم عند تعذر الحكم بالتعويض العيني و النقدي .

وقد يكون من مصلحة المضرور المطالبة بهذا النوع من التعويض عندما يرى بانه لا يستطيع بالتعويض النقدي ان يحصل مثل الشيء الذي اصابه الضرر لا سيما في الاضرار المعنوية التي تمس السمعة أو الشرف أو الحياة الخاصة .

وقد يكون التعويض غير النقدي ردا في صحيفة على مقال استهدف شخصا معيناً يتم فيه تكذيب اتهامات، أو اعتذار يحقق الغاية المطلوبة ويمنح المضرور رد الاعتبار و الاستقرار النفسي، وقد يكون التعويض غير النقدي على شكل حكم بمبلغ رمزي ارضاء لمضرور، فمنح المضرور مبلغا لا يعني تعويضا نقديا وانما استنكارا قضائيا للفعل غير المشروع .

وقد يكون التعويض غير النقدي على صورة اعتذار، ففي كثير من الحالات يشكل الاعتذار ترضية للمضرور وتخفيفا عنه لما يشعر به من ألم وتمنحه نوعا من الترضية .

خاتمة :

في الاخير نخلص أنه إذا كان هناك اختلاف حول تعريف حق الخصوصية، فانه لا يوجد خلاف حول حمايته، واذا كانت القاعدة العامة هي ضرورة حماية الحق في حرمة الحياة الخاصة فإنها ترد على هذه القاعدة بعض الاستثناءات ممثلة في الرضا كسبب للإباحة، الحق في الإعلام من أجل المصلحة العامة.

كما أن الاختلاف حول تحديد نطاق هذا الحق اخذ بعدا واسعا لم ينحصر في صيغة الايجاز والتفصيل المتبعة في الاعلان والعهد الدولي بل شمل حتى الاتفاقيات الإقليمية خصوصا الاتفاقية الاوربية لحقوق الانسان التي اسمته بالحياة الاسرية والحياة الخاصة وعالجته معالجة مقتضبة، ولكن التفصيل جاء في المواد 7 و 8 و 9 من ميثاق الحقوق الاساسية للاتحاد الاوربي حيث شمل الحق في الزواج وتكوين الاسرة و اشار إلى القيود التي يمكن ان تفرض

على هذا الحق وهي المتطلبات التي يفرضها القانون او تقتضيها الضرورة للمحافظة على المجتمع الديمقراطي والامن العام والنظام العام والصحة العامة والوضع الاقتصادي والتصدي للجرائم والحماية حقوق الاخرين وحررياتهم او لحماية الاخلاق العامة . كذلك كانت مبررات الحفاظ على الصحة العامة والاخلاق العامة بما في ذلك العلاقات الجنسية الشاذة ميدانا خصبا للقرارات القضائية حيث قرر القضاء بشأنها ان المقصود بالحق بالخصوصية هو الحماية من عدم التدخل التعسفي او الغير قانوني بالحياة الخاصة ذلك ان الخصوصية في مواجهة هذه الاجراءات تعني المسائل الشخصية المحاطة بدرجة من الكتمان تؤمن لها ان لا تكون في متناول الجميع .

ان دراسة الحماية القانونية والقضائية لحق الانسان في الخصوصية يمكن ان تشير إلى جملة من الاستنتاجات اهمها :

1- ان الحماية القانونية والقضائية لحق الانسان في الخصوصية هي حماية حديثة نسبيا وقد يكون مرد ذلك ارتباط انتهاكات هذا الحق بالتقدم العلمي والتكنولوجي وتطور وسائل النشر والاعلام .

2- يميل الفقه الاوربي و الفرنسي بشكل خاص إلى تحديد الخصوصية بالحياة الاسرية أي الامور التي تتعلق بالحياة العائلية كالبنوة والزواج والحياة العاطفية والصور والذمة المالية وما يدفعه الشخص من ضرائب وكيفية قضاء الشخص لافاق فراغه . في حين يميل الفقه الحديث إلى اضافة الاسم والصوت والشرف والاعتبار والحياة المهنية والحياة الروحية أي الحياة التي يعيشها الانسان عندما يغلق عليه منزله إلى مضمون حق الخصوصية .

الإقتراحات:

- 1- نقترح مراجعة المادة 47 من القانون المدني الجزائري والتي جاءت كما يلي "لكل من وقع عليه اعتداء غير مشروع في حق من الحقوق الملازمة لشخصيته أن يطلب وقف هذا الاعتداء، والتعويض عما لحقه من ضرر." لتصبح على شاكلة ما جاء به المشرع الفرنسي وذلك بأن يجعل المشرع أول طريق للحماية هو منع الاعتداء، لذا نرى ضرورة أن ينص المشرع الجزائري صراحة على منعه للاعتداءات التي قد تطل الحقوق الملازمة لشخصيته قبل كل شيء ليكون أول سبيل لحماية الحق هو منع الاعتداء على هذا النوع من الحقوق وفي حالة فشل ذلك يلجأ المعتدى عليه إلى القضاء من خلال دعوى وقف الاعتداء.
- 2- ضرورة إدراج الحق في الخصوصية في الحماية الإستعجالية في قانون الإجراءات المدنية والإدارية (في الفصل الذي يحتوي على الإجراءات الإستعجالية).

الهوامش:

- (1)- ابن منظور، لسان العرب المحيط، مطبعة بيروت، الجزء الاول، 1960، ص 251.
- (2)- حسام الدين كامل الأهواني، الحق في احترام الحياة الخاصة، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية (1978)، ص 49.
- (3)- صلال حسين علي الجبوري، الحقوق اللصيقة بالشخصية ووسائل حمايتها، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2015 ص 128.
- (4)- أصل التعريف للفقيه الفرنسي فيريه، ذكره: ممدوح خليل بحر، حماية الحق في الحياة الخاصة في القانون المقارن، دار النهضة العربية، القاهرة، 1983، ص 190.
- (5)- حسام الدين كامل الأهواني، المصدر السابق، ص 52.
- (6)- ومن أبرز هؤلاء: مارتن، بيرو، كايزر، مازو، القاضي ماليرب، لمزيد من التفاصيل: أنظر: ممدوح خليل بحر، المصدر السابق، ص 140.
- (7)- حسام الدين كامل الأهواني، المصدر السابق، ص 24 وما بعدها، محمود عبد الرحمن محمد، نطاق الحق في الحياة الخاصة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1994، ص 5 وما بعدها.
- (8)- ورغم أهمية هذه المادة وما عاجلته من فراغ تشريعي إلا أن تطبيقها واجهته صعوبات عملية تتمثل بعدم نصها على إجراءات وقائية لحماية الحق في الخصوصية ومدى سلطة القاضي في إصدار أمر وقف التداول ومنع ما يشكل مساساً بالخصوصية باعتبار أن هذه من الإجراءات الوقائية، أما بعد تعديل المادة التاسعة من القانون المدني الفرنسي بموجب المادة (22) من القانون سنة 1970 والتي نصت على حماية الحق في الخصوصية بصورة فعالة ومباشرة، جاء فيها: " من حق كل شخص أن تكون حياته الخاصة مصنونة،

وللقاضي أن يأمر بما يراه ضرورياً لمنع الاعتداء على الحياة الخاصة مثل المصادرة والضبط وما من شأنه أن يمنع الاعتداء على ألفة الحياة الخاصة وفي حالة الاستعجال يمكن أن تتخذ هذه الإجراءات صورة الأمر على عريضة، وذلك دون مساس بحق الشخص في تعويض ما يصيبه من ضرر". فموجب نص هذه المادة أصبح للحق في الخصوصية ضمانات فعالة تتمثل بالوسائل الوقائية لمنع وقوع الاعتداء والتي أعطيت للقاضي صلاحية القيام بها، كما أن للشخص الحق في الحصول على تعويض عن المساس بحقه في الخصوصية باعتبار التعويض وسيلة علاجية لجبر الضرر الذي نتج عن المساس بهذا الحق. انظر: حسام الدين كامل الأهواني، المصدر السابق، ص 394.

(9) - محكمة السين الابتدائية 25/ تموز/ 1966 مشار إليه لدى: ممدوح خليل بحر، المصدر السابق، ص 144.

(10) - عثمان خليل، القانون الدستوري، مطبعة مصر، القاهرة، 1956م، ص 143.

(11) - حكم محكمة باريس بتاريخ 16/ 3/ 1955، ذكره مقدم السعيد، التعويض عن الضرر المعنوي في المسؤولية التقصيرية، ط 1، دار الحداد، بيروت، 1985، ص 191.

(12) - معجم الصحاح، محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي، لبنان، 1986، ص 294.

(13) - طارق احمد فتحي سرور، الحماية الجنائية لأسرار الفرد في مواجهة النشر، دار النهضة العربية، القاهرة، 1991، ص 92.

(14) - ممدوح خليل بحر، المصدر السابق، ص 129.

(15) - عبد الحميد متولي، القانون الدستوري والنظم السياسية، دار المعارف، القاهرة 1963، ص 239؛ مصطفى أبو زيد فهمي، مبادئ الأنظمة السياسية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1984م، ص 293.

(16) - حسام الدين كامل الأهواني، المرجع سابق، ص 146.

(17) - صلال حسين علي الجبوري، المرجع السابق، ص 134.

(18) - ممدوح خليل بحر، المصدر السابق، ص 248.

(19) - اسامة ابو الحسن مجاهد، خصوصية التعاقد عبر الأنترنت، بحث مقدم إلى مؤتمر "القانون والكمبيوتر والآنترنت"، جامعة الإمارات العربية المتحدة، كلية الشريعة والقانون، 2000، ص 8.

(20) - يونس عرب، قانون الكمبيوتر، الكتاب الأول، اتحاد المصارف العربية، 2001، ص 80 وما بعدها.

(21) - ممدوح خليل بحر، المصدر السابق، ص 249.

(22) Chambéry , 16 janv. 1961 , D. 1961. 343 , note Recueil générale des lois 1961

, 1 , no.279 P. 270 – Civ. 1 re. , 11 juin 1991 : Bull. civ. 1 , no. 195 ; Defrénois 1991. 1257 , obs. Massip. Cass. , avis , 24 janv. 1994 : Gaz. Pal. 1994. 1. 155

(23)La Court d' Amiens , 19 janv. 1962 , Rev. sc. crim. 1962 , 327 , obs. Hugueney et 336 , obs. Bouzat .

(24)Cass. Civ. , 17 janv. 1935 , D.H. , 1935 , p. 132.

(25)- صلال حسين علي الجبوري، المرجع السابق، ص 144.

(26)TGI Paris , 2 juin 1976 : D. 1977. 364 (3e. esp.) , note Lindon .

(27)-Civ. Ire. , 6 mars 1996 : D. , 1997 , 7 , note Ravans.

(28)-Soc. 12 janv. 1999 : Bull . civ. , no. 7 , R. , p. 314 ; D. , 1999. 645 , note J. Mouly ; J C P 1999. I. 149 , no. 3 , obs. Teyssié , Petites Affiches , - 31 mars 1999 , note Gauriau , R T D civ. 1999 , 358 , obs. Hauser.

(29)- راجع : لومي حورية، الحماية الجنائية للمسكن، مذكرة ماجستير في القانون الجنائي، كلية الحقوق بن عكنون، الجزائر، 2002/2001، ص 33 وما بعدها.

(30)- الامر 156/66 المؤرخ في: 08/06/1966 المتضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم .

(31)- المادتين 50، 51 من القانون المدني المصري، المادة 09 من القانون المدني الفرنسي، المادة 41 من القانون المدني العراقي والمادة (52) من القانون المدني السوري...

(32)- انظر: عباس العبودي، شرح قانون المرافعات المدني العراقي، ط2، دار الثقافة، عمان، 1999، ص 328.

(33)- انظر: صلال حسين علي الجبوري، المرجع السابق، ص 219-220.

(34)- المادة 09 من القانون المدني الفرنسي 70-634 الصادر في 17 جويلية التي 1970 تنص:

« Chacun a droit au respect de sa vie privée les juges peuvent sans préjudice de la réparation du dommage subi prescrire toutes mesures, telles que séquestre, saisie et autres , propres à empêcher ou faire cesser une atteinte à l'intimité de la vie privée , ces mesures peuvent , s'il y a urgence être ordonnées en référé »

انظر:قرماش ايمان، الحق في السرية، مذكرة ماجستير في العقود والمسؤولية، جامعة الجزائر 1، 2011/2012، ص 224.

(35)- صلال حسين علي الجبوري، المرجع السابق، ص 232.

(36)- و القضاء المستعجل هو فرع من فروع القضاء المدني الذي يختص في القضايا المستعجلة والتي يخشى عليها فوات الوقت بشرط عدم المساس باصل الحق.

(37)- صلال حسين علي الجبوري، المرجع السابق، ص 234.

- (38)- حسن علي الذنون، اصول الالتزام، مطبعة المعارف، بغداد، 1980، ص 253.
- (39)- احمد شوقي محمد عبدالرحمان، النظرية العامة للالتزام، دون ذكر مكان النشر، 2009، ص 266.
- (40)- عبدالرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج2، نظرية الالتزام بوجه عام، دار الشروق، القاهرة، 2010، ص 793.

دور إدارة أملاك الدولة في عملية التنازل عن الأملاك العقارية التابعة للدولة

أ. بركان فضيلة - قسم الحقوق
كلية الحقوق والعلوم السياسية
جامعة يحي فارس بالمدينة

ملخص

يتم التنازل عن الأملاك العقارية التابعة للدولة ولدواوين الترقية والتسيير العقاري، لفائدة شاغليها الشرعيين من الأشخاص الطبيعيين، أو الأشخاص المعنويين الخاضعين للقانون الجزائري¹ على أساس قيمتها التجارية. غير أنه تستثنى من هذا الإجراء الأملاك العقارية التابعة للجماعات المحلية والسكنات المنجزة لغرض سير المصالح والهيئات العمومية للدولة والجماعات الإقليمية وكذا الأملاك العقارية المصنفة أو في طور التصنيف ضمن التراث الثقافي. الكلمات المفتاحية: الأملاك العقارية، الترقية والتسيير العقاري، الجماعات المحلية، السكنات المنجزة، الهيئات العمومية للدولة، الجماعات الإقليمية.

Résumé :

Les biens immobiliers appartenant à l'Etat et aux offices de promotion et de gestion immobilière (OPGI) réceptionnés ou mis en exploitation avant le 1^{er} janvier 2004, sont cédés à leurs occupants réguliers, personnes physiques de nationalité algérienne ou morales de droit algérien, sur la base de leur valeur vénale.

Toutefois, sont exclus du champ de cession, et les biens immobiliers appartenant aux collectivités locales, et les logements réalisés pour le fonctionnement des services et organismes publics de l'Etat et des collectivités territoriales, ainsi que les biens immobiliers classés ou en instance de classement dans le patrimoine culturel.

مقدمة:

إن التنازل عن الأملاك العقارية التابعة للدولة ولدواوين الترقية والتسيير العقاري، ليس وليد المرسوم التنفيذي رقم 03-269 المؤرخ في 7 أوت سنة 2003، والذي يحدد شروط وكيفيات التنازل عن الأملاك العقارية التابعة للدولة ولدواوين الترقية والتسيير العقاري المستلمة أو الموضوعة حيز الاستغلال قبل أول يناير سنة 2004، بل عرفه المشرع الجزائري قبل ذلك بموجب القانون 81-01 المؤرخ في 7 فبراير سنة 1981 والمتضمن التنازل عن الأملاك العقارية ذات الاستعمال السكني أو المهني أو التجاري أو الحرفي، التابعة للدولة والجماعات المحلية ومكاتب التسيير العقاري والمؤسسات والهيئات والأجهزة العمومية، وكيفيات عمل تلك اللجان، ولأن هذا القانون كان مواكبا لفترة خرجت منها الجزائر خاصة بعد صدور دستور 1989 [1] الذي كرس حق الملكية الخاصة، وبالتالي ألغى المشرع هذا القانون بموجب المادة 40 من القانون رقم 2000-06 المؤرخ في 23 ديسمبر سنة 2000 والمتضمن قانون المالية لسنة 2001، والتي نصت صراحة على إلغاء أحكام القانون رقم 81-01 المعدل والمتمم ونصوصه التطبيقية، على أن تبقى خاضعة لأحكام هذا القانون الأملاك العقارية التي كانت موضوع طلبات اكتساب تم إيداعها قبل 31 ديسمبر سنة 2000، وتستمر لجان مابين البلديات في متابعة دراسة طلبات الاكتساب حتى تتم التصفية النهائية لكل الملفات المعنية، وتبقى اللجان الولائية للطعن مؤهلة قانونا، في حدود الصلاحيات المخولة لها، في الفصل في الطعون المقدمة طبقا لأحكام القانون رقم 81-01. ونصت المادة 41 من القانون رقم 2000-06 المؤرخ في 23 ديسمبر سنة 2000 والمتضمن قانون المالية لسنة 2001، على أنه يمكن التنازل بالتراضي على أساس القيمة التجارية، وفقا للتشريع والتنظيم الساريين المفعول لفائدة شاغليها الشرعيين على الأملاك العقارية ذات الاستعمال السكني والمهني والتجاري أو الحرفي التابعة للدولة والجماعات المحلية ودواوين الترقية والتسيير العقاري.

كما نصت المادة 209 من القانون رقم 01-21 المؤرخ في 22 ديسمبر سنة 2001، والمتضمن قانون المالية لسنة 2002 على أن السكنات التابعة للقطاع العمومي الإيجاري ذات الطابع الاجتماعي الممولة بنفقات نهائية من ميزانية الدولة تعد قابلة للتنازل، باستثناء السكنات المنجزة لحاجات سير المصالح والهيئات العمومية للدولة والجماعات الإقليمية.

وتطبيقا لذلك صدر المرسوم التنفيذي رقم 03-269 المذكور أعلاه، غير أنه نص على أن الأملاك العقارية التابعة للجماعات المحلية تبقى غير خاضعة لأحكامه.

1-تعريف التنازل

هو إجراء قانوني استحدثه المشرع الجزائري، القصد منه تحويل الملكية العقارية من المالك إلى المستأجر، حيث تقوم الدولة بنقل الأملاك العقارية، سواء أكانت تابعة لها أو كانت مسيرة من طرف دواوين الترقية والتسيير العقاري، إلى الشاغل الشرعي لها سواء أكانت محلات ذات استعمال سكني، أو محلات ذات استعمال مهني وتجاري وحر في مقابل ثمن لا يقل عن قيمتها التجارية[2].

2-الأملاك القابلة للتنازل

- الأملاك العقارية ذات الاستعمال السكني،
- الأملاك العقارية ذات الاستعمال التجاري والمهني أو الحرفي.

3-الأملاك غير القابلة للتنازل

- الأملاك العقارية التابعة للجماعات المحلية،
- السكنات المنجزة لغرض سير المصالح والهيئات العمومية للدولة والجماعات الإقليمية المنصوص عليها في المادة 162 من قانون المالية لسنة 1992،
- الأملاك العقارية المصنفة أو في طور التصنيف ضمن التراث الثقافي.

4-شروط التنازل:

نصت المادة 2 من المرسوم التنفيذي رقم 03-269 المؤرخ في 7 أوت 2003، الذي يحدد شروط وكيفيات التنازل عن الأملاك العقارية التابعة للدولة ولدواوين الترقية والتسيير العقاري المستلمة أو الموضوعة حيز الاستغلال قبل أول يناير 2004، على أن يتم التنازل عن الأملاك العقارية التابعة للدولة ولدواوين الترقية والتسيير العقاري، لفائدة شاغليها الشرعيين من الأشخاص الطبيعيين من جنسية جزائرية أو الأشخاص المعنويين الخاضعين للقانون الجزائري، على أساس قيمتها التجارية.

1.4-الشخص الطبيعي:

يجب أن يقدم السند الشرعي لشغل الملك العقاري والمتمثل في 'قد الإيجار، وبالتالي فإن الأشخاص الذين اشتروا السكنات، عن طريق ما يسمى شراء المفتاح لم يكن لديهم الحق في التنازل غير أن المرسوم التنفيذي رقم 16-310 المؤرخ في 30 نوفمبر سنة 2016، يحدد شروط نقل حق الإيجار المتعلق بالسكن العمومي الإيجاري الذي تسيره دواوين الترقية والتسيير العقاري وكيفياته، حيث نص على أنه لا يستفيد من نقل حق الإيجار المتعلق بالسكن العمومي الإيجاري الذي تسيره دواوين الترقية والتسيير العقاري، سوى الأشخاص التالية:

- الذين لهم صلة قرابة (الفروع أو الأصول) مع المستأجر ويستوفون شروط الاستفادة من السكن العمومي الإيجار، بالنسبة لسكنات الحظيرة العقارية الخاصة بالسكنات العمومية الإيجارية التي تسيرها دواوين الترقية والتسيير العقاري.

وبصفة استثنائية الأشخاص التالية:

- الشاغلون الذين لهم صلة قرابة أو مصاهرة مع المستأجر، بالنسبة للسكنات العمومية الإيجارية التي تسيرها دواوين الترقية والتسيير العقاري المستلمة أو الموضوعة حيز الاستغلال قبل أول يناير سنة 2004

- كل شاغل آخر للسكن العمومي الإيجاري الذي ليس لديه صلة قرابة أو صلة مصاهرة مع المستأجر بالنسبة للسكنات التي تسيرها دواوين الترقية والتسيير العقاري المستلمة أو الموضوعة حيز الاستغلال قبل أول يناير سنة 2004

ولكي يكون حق نقل الإيجار فعليا، فإنه يكون معلقا على شرط القبول الصريح والكتابي للمؤجر.

ولا يخضع حق نقل الإيجار بالنسبة للحالات الاستثنائية، لشروط الاستفادة من السكن العمومي الإيجاري المعمول بها قانونا، كما لا يمكن منح حق نقل الإيجار إلا بعد تصفية جميع مبالغ الإيجار غير المدفوعة التي على الشاغل دفعها، ويجب على طالب نقل حق الإيجار، أن يتعهد مسبقا باقتناء السكن المشغول، وفي هذه الحالة، لا يمنح التنازل عن السكن الذي تم نقل حق إيجاره، الحق في أي تخفيض من ثمن التنازل المحدد في المرسوم التنفيذي رقم 03-269.

وبهذه الصفة، يجب على ديوان الترقية والتسيير العقاري المعني، مباشرة إجراءات نقل حق الإيجار بالتزامن مع الإجراءات المتعلقة بالتنازل،

والشاغلون الذين لهم صلة قرابة مع المستأجر باستثناء الأصول والفروع والشاغلون الذين ليست لهم صلة قرابة مع المستأجر، فإنه يشترط في نقل حق الإيجار دفع غرامة مالية للخزينة العمومية يتم حسابها على أساس ثمن التنازل وتحدد كما يأتي:

- 10% من ثمن التنازل بالنسبة للشاغل الذي لديه صلة قرابة أو صلة مصاهرة مع صاحب حق إيجار السكن المعني، بالنسبة للأشخاص الذين لهم صلة قرابة مع المستأجر دون الأصول والفروع

- 20% بالنسبة للشاغل الذي ليست لديه صلة قرابة أو صلة مصاهرة مع صاحب حق إيجار السكن المعني، والذي ليست لديه صلة قرابة مع المستأجر

وقد حدد أجل سريان نقل حق الإيجار بالنسبة للحالات الاستثنائية ابتداء من 31 ديسمبر سنة 2017 وبهذا يكون هذا المرسوم قد ألغى أحكام المرسوم التنفيذي رقم 98-43 المؤرخ في 1 فيفري سنة 1998 الذي يحدد شروط نقل حق الإيجار المتعلق بالسكنات ذات الطابع الاجتماعي التابعة لدواوين الترقية والتسيير العقاري وكيفية .

وبالتالي فإن شاغلي السكنات العمومية الإيجارية بعد انقضاء هذا الأجل، سيتم طردهم بصفة تلقائية من هذه السكنات أن يطلبوا أي نقل.

ويجب إيداع طلب خطي للشراء من المقيم الشرعي لدى الدائرة إذا كانت الأملاك تابعة للدولة أو لدى وحدات ديوان الترقية والتسيير العقاري إذا كانت هذه الأملاك مسيرة من قبل دواوين الترقية والتسيير العقاري [3]،

إضافة يجب تقديم بملف يتضمن:

- وثيقة تثبت دفع مستحقات الإيجار تصدرها المصلحة المسيرة
- شهادة ميلاد المشتري
- نسخة مصادق عليها من بطاقة هوية المشتري.

2.4- الشخص المعنوي:

بالنسبة للأشخاص المعنوية الخاضعة للقانون الجزائري، فيجب إرفاق إضافة إلى الملف المذكور أعلاه الوثائق التالية:

- نسخة من السجل التجاري، إذا تعلق الأمر بشركة تجارية
- نسخة من الاعتماد إذا تعلق الأمر بجمعية
- نسخة من القانون الأساسي إذا تعلق الأمر بشركة مدنية.

5- الإجراءات المتبعة في عملية التنازل

1.5- بالنسبة للمحلات التابعة للدولة:

يقدم الطلب مرفق بالملف المذكور أعلاه من المقيم الشرعي لدى لجنة الدائرة التي أسسها الوالي المختص إقليميا لهذا الغرض، والتي تتكون من:

- رئيس الدائرة، رئيسا،
- ممثل المدير الولائي لأملاك الدولة،
- ممثل المدير الولائي المكلف بالسكن،
- ممثل عن ديوان الترقية والتسيير العقاري المعني.

وتوسع اللجنة إلى ممثل مدير الثقافة عندما يتضمن جدول الأعمال أملاك عقارية تقع داخل القطاعات المحمية، وتتولى مصالح الدائرة الأمانة التقنية للجنة، ويتعين على لجنة الدائرة الفصل في كل طلب شراء في أجل ثلاثة (3) أشهر ابتداء من تاريخ إيداع الطلب.

أ- في حالة قبول الملف

يجب أن يبلغ المقبل على الشراء برسالة مضمونة مع اشعار بالاستلام، تعد طبقا للنموذج المحدد بموجب قرار من الوزير المكلف بالسكن، وفي هذه الحالة، يتعين على المقبل على الشراء تأكيد طلبه لدى اللجنة في أجل شهر واحد ابتداء من تاريخ استلام التبليغ.

ب- في حالة رفض الملف

أشارت المادة 13 من المرسوم التنفيذي رقم 03-269 على أن كل رفض لطلب الشراء يجب أن يكون معللا، وتوجه الطعون ضد قرارات لجنة الدائرة لدى اللجنة الولائية في أجل شهر واحد من تاريخ استلام التبليغ، وتكلف اللجنة الولائية المنشأة بموجب المادة 16 من المرسوم التنفيذي رقم 03-269 السالف الذكر بالنظر في الطعون التي يقدمها المقبولون على الشراء في أجل واحد ابتداء من تاريخ إخطارها، وتتكون هذه اللجنة من:

- الوالي، رئيسا،

- المدير الولائي لأملاك الدولة،

- المدير الولائي المكلف بالسكن،

المدير العام لديوان الترقية والتسيير العقاري المعني.

2.5- بالنسبة للأملاك التي تسييرها دواوين الترقية والتسيير العقاري:

أ- في حالة قبول الملف

كانت طلبات الشراء بالنسبة للأملاك التي تسييرها دواوين الترقية والتسيير العقاري إلى غاية سنة 2015، تقدم بنفس الإجراءات التي تخضع لها المحلات التابعة للدولة، لكن بصدور المرسوم التنفيذي رقم 15-211 المؤرخ في 11 أوت سنة 2015 المعدل والمتمم للمرسوم التنفيذي رقم 03-269 المؤرخ في 7 أوت سنة 2003 الذي يحدد شروط وكيفيات التنازل عن الأملاك العقارية التابعة للدولة ولدواوين الترقية والتسيير العقاري المستلمة أو الموضوعة حيز الاستغلال قبل أول يناير سنة 2004، وقد فصل هذا المرسوم بين الأملاك التابعة للدولة والأملاك التي تسييرها دواوين الترقية والتسيير العقاري، فتودع طلبات شراء الأملاك التي تسييرها دواوين الترقية والتسيير العقاري من طرف المقبل على الشراء، لدى لجنة ديوان الترقية والتسيير العقاري المعني، ويرفق الطلب بملف يتضمن:

- عقد إيجار الملك العقاري،
 - وثيقة تثبت دفع كل مستحقات الإيجار تصدرها المصلحة المسيرة،
 - شهادة ميلاد المقبل على الشراء،
 - نسخة من بطاقة هوية المقبل على الشراء.
- وتتكون هذه اللجنة التي تكلف اللجنة بدراسة طلبات الشراء والفصل فيها من:
- المدير العام لديوان الترقية والتسيير العقاري المعني أو ممثله، رئيسا،
 - ممثل عن المدير الولائي لأملاك الدولة،
 - ممثل عن المدير الولائي المكلف بالسكن،
 - ممثل عن مدير الصندوق الوطني للسكن.
- تجتمع اللجنة مرتين (2) في الأسبوع حتى إتمام طلبات التنازل، وتتولى مصالح ديوان الترقية والتسيير العقاري الأمانة التقنية للجنة.
- ويتعين على اللجنة الفصل في كل طلب شراء، في أجل شهر واحد (1) ابتداء من تاريخ إيداع الطلب، ويجب عليها أن تبلغ المقبل على الشراء برسالة موصى عليها مع إشعار بالاستلام، بقرارها وبثمن التنازل وبوثيقة الالتزام بالشراء تعد طبقا للنموذج المحدد بموجب مقرر وزاري وفي هذه الحالة، يتعين على المقبل على الشراء تأكيد طلبه لدى اللجنة في أجل شهر واحد (1) ابتداء من تاريخ استلام التبليغ ويقوم بالتسديد حسب صيغ الشراء المحددة قانونا.

ب- في حالة رفض الملف

- يجب أن يكون كل رفض لطلب الشراء معللا، وتوجه الطعون المحتملة في قرارات لجنة ديوان الترقية والتسيير العقاري لدى لجنة الطعون التابعة لمديرية الولاية المكلفة بالسكن، في أجل شهر واحد ابتداء من تاريخ استلام التبليغ، وتتكون هذه اللجنة من:
- مدير الولاية المكلف بالسكن، رئيسا،
 - ممثل عن أملاك الدولة للولاية،
 - المدير العام لديوان الترقية والتسيير العقاري المعني.
- وتكلف اللجنة بدراسة الطعون التي يقدمها المقبلون على الشراء والفصل فيها، في أجل خمسة عشر (15) يوما ابتداء من تاريخ الإخطار.
- أما بالنسبة للملفات المتعلقة بطلب شراء الأملاك العقارية التي تسييرها دواوين الترقية والتسيير العقاري والموضوعة قيد الدراسة على مستوى لجان الدائرة المكلفة بالتنازل عن

الأمالك العقارية، فيجب تحويلها إلى دواوين الترقية والتسيير العقاري المعنية في أجل لا يتعدى شهرين (2) ابتداء من تاريخ نشر المرسوم التنفيذي رقم 15-211 المذكور أعلاه في الجريدة الرسمية.

3.5- دور إدارة أملاك الدولة في عملية التنازل:

أ- تقييم الأملاك العقارية المتنازل عنها

إن التقييم جاء به القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 27 يناير سنة 2004 الذي يحدد معايير تحديد القيمة التجارية في إطار التنازل عن الأملاك العقارية التابعة للدولة ولدواوين الترقية والتسيير العقاري المستلمة أو الموضوعة حيز الاستغلال قبل أول يناير سنة 2004 بين كل من وزير السكن والعمران، وزير الداخلية والجماعات المحلية، ووزير المالية.

أولا- بالنسبة للعقار السكني

- بالنسبة للعقار الجماعي:

يحصل على سعر التنازل عن محل ذي استعمال سكني جزء من عقار جماعي بتطبيق سعر أساسي مصحح، احتمالا بمعامل القدم، على مساحته المفيدة.
ينتج السعر الاساسي بتطبيق معامل المنطقة ومعامل المنطقة الفرعية ومعامل الصنف على السعر المرجعي المتوسط المحدد بمبلغ 18.000 دج/م²[4].
ويتم تصنيف البلديات في إحدى المناطق الست (6) وتحدد المعاملات المتعلقة بالمناطق كما يأتي[5]:

- المنطقة الأولى: 2

- المنطقة الثانية: 1,5

- المنطقة الثالثة: 1,2

- المنطقة الرابعة: 1

- المنطقة الخامسة: 0,8

- المنطقة السادسة: 0,5

ويمكن تقسيم كل بلدية إلى خمس (5) مناطق فرعية:

- الحي القديم: يتكون من المنطقة الفرعية المخصصة للسكن ذي المستوى فوق المتوسط فقط.

وتقع المنطقة الفرعية هذه بعيدا عن الطرق الرئيسية والكثيفة المرور وتكون خالية من الأذى مثل الضجيج أو الدخان أو الغبار أو الروائح الكريهة.

-وسط المدينة: يشمل المحيط الذي تقع فيه المنشآت الأساسية المؤسسات الضرورية لحياة الجماعة لاسيما المراكز التجارية والمدارس والصيدليات ومراكز الصحة أو المستشفيات والمجلس الشعبي البلدي والبريد والمواصلات والبنوك ومحطات النقل البري.

-الأحياء المحيطة بالمدينة: المنطقة المحاذية مباشرة لوسط المدينة والتي لا يتعدى مداها المحيط الحضري.

-الضاحية: الجزء الواقع على حدود المحيط الحضري للبلدية القريب من مركز الحياة الاقتصادية والاجتماعية والثقافية والإدارية في البلدية.

-المنطقة المعزولة: تتكون من المنطقة الفرعية الخارجة عن المحيط الحضري للبلدية والبعيدة عن مركز الاقتصادية

تقسيم إقليم البلدية إلى مناطق فرعية كما هو مذكور سابقا تحت سلطة الوالي بالتنسيق مع المصالح المؤهلة ولاسيما منها المكلفة بالسكن والعمران وأملاك الدولة.

يتم تحديد المناطق الفرعية بقرار من الوالي.

تحدد المعاملات الخاصة بالمناطق الفرعية كما يأتي:

المنطقة الفرعية الأولى (الحي الفخم): 1,2

المنطقة الفرعية الثانية (وسط المدينة): 1,1

المنطقة الفرعية الثالثة (الأحياء المحيطة بالمدينة): 1

المنطقة الفرعية الرابعة (الضاحية): 0,9

المنطقة الفرعية الخامسة (المنطقة المعزولة): 0,8

والاجتماعية والثقافية والإدارية في البلدية والمتصفة خصوصا بانعدام اتصال مباشر بالنقل العمومي.

يتم تصنيف المحل موضوع التنازل، من أجل أخذ مستوى مرتبته بعين

الاعتبار، في أحد الأصناف الأربعة (4) المعرفة كما يأتي:

الصنف الأول: فخامة عالية.

الصنف الثاني: فخامة حسنة

الصنف الثالث: اقتصادي.

الصنف الرابع: جد اقتصادي

ويتم الأخذ بالعناصر التالية لتحديد كل من الأصناف الأربعة المقررة:

مواد البناء

التنقيط	الطبيعة والخصائص	النوعية
80	حجارة، تلبيط بالرخام، نجارة بالخشب الجيد، شباك حديدي متقن	نوعية حسنة
60	آجر أحمر، تلبيط بأرائك الغرانيت ذي نوعية جيدة، نجارة بالخشب الأحمر ذي نوعية جيدة	نوعية متوسطة
40	آجر أحمر، قوالب إسمنت، بلاط بالگرانيت العادي، نجارة بالخشب الأحمر.	نوعية عادية
20	قوالب إسمنت، بلاط بالإسمنت، نجارة عادية	نوعية

لطاقب المعماري

التنقيط	الخصائص
40	شكل معماري متقن وزخارف مزينة.. بالنسبة للعقارات الفردية، وجود حائط بالإسمنت يحمل سياجا ذا شكل خارجي حسن
30	طاقب معماري خارجي وزخارف مقبولة
20	طاقب معماري بسيط ذو شكل عادي
	طاقب معماري رديء

تركيبة غرف الاستقبال (قاعة الجلوس)

التنقيط	مساحة الغرف
44	غرف ذات مساحة تساوي 30 م ² أو تفوقها
30	غرف ذات مساحة تساوي 20 م ² أو تفوقها وتقل عن 30 م ²
20	غرف ذات مساحة تساوي 15 م ² أو تفوقها وتقل عن 20 م ²
10	غرف ذات مساحة تقل عن 15 م ²

غرف (حجر)

التنقيط	المساحة المتوسطة للغرف
40	غرفة ذات مساحة متوسطة تفوق 15 م ²
30	غرفة ذات مساحة متوسطة تساوي 10 م ² وتفوقها وتقل عن 15 م ²
20	غرفة ذات مساحة متوسطة تقل عن 10 م ²

المطبخ

التنقيط	مساحة المطبخ
20	مطبخ ذو مساحة تساوي 15 م ² أو تفوقها
15	مطبخ ذو مساحة تساوي 10 م ² أو تفوقها وتقل عن 15 م ²
10	مطبخ ذو مساحة تقل عن 10 م ²

مساحة المرور

التنقيط	العرض
5	رواق عرضه يساوي 1.50 م أو يفوقه
3	رواق عرضه يساوي 1 م أو يفوقه ويقل عن 1.50 م
2	رواق عرضه يقل عن 1 م

درج مشترك (سلم)

التنقيط	العرض
20	عرض يفوق 1.50 م
10	عرض يساوي 1 م أو يفوقه ويقل عن 1.50 م
5	عرض يقل عن 1 م

ارتفاع تحت السقف

التنقيط	الارتفاع
15	ارتفاع تحت السقف يساوي 3 م أو يفوقها
10	ارتفاع تحت السقف يساوي 2.90 م أو يفوقها ويقل عن 3 م
5	ارتفاع تحت السقف يقل عن 2.90 م

يسمح مجموع النقاط لمجمل عناصر محل معين وعناصر العمارة التابع لها بتصنيفه كما يأتي:

الصنف الأول (فخامة عالية): أكثر من 200 نقطة،

الصنف الثاني (فخامة حسنة): من 161 نقطة إلى 200 نقطة،

الصنف الثالث (اقتصادي): من 120 نقطة إلى 160 نقطة،

الصنف الرابع (جد اقتصادي): أقل من 120 نقطة.

وتحدد المعاملات المتعلقة بالأصناف كما يأتي:

الصنف الأول: 1,5،

الصنف الثاني: 1,1،

الصنف الثالث: 0,9،

الصنف الرابع: 0,7.

ويحسب التخفيض بسبب القدم المحدد ب 30% على أساس نسبة 0,5% لكل سنة مصححة بمعامل صيانة يتراوح بين 0,6 و 1,2 حسب حالة صيانة العقار. وقد جاء القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 21 أكتوبر سنة 2006، بين كل من وزير السكن والعمران، وزير الداخلية والجماعات المحلية، و وزير المالية، المعدل والمتمم للقرار الوزاري المشترك المؤرخ في 27 يناير سنة 2004 الذي يحدد معايير تحديد القيمة التجارية في إطار التنازل عن الأملاك العقارية التابعة للدولة ولدواوين الترقية والتسيير العقاري المستلمة أو الموضوعة حيز الاستغلال قبل أول يناير سنة 2004، فقد نص على أن السعر الأساسي ينتج بضرب السعر المرجعي المتوسط المحدد بمبلغ 14.000 دج/م² في معامل المنطقة ومعامل المنطقة الفرعية ومعامل الصنف.

وتحدد المعاملات الخاصة بالمناطق كما يأتي:

- المنطقة الأولى: 1,8

- المنطقة الثانية: 1,3

- المنطقة الثالثة: 1,1

- المنطقة الرابعة: 0,9

- المنطقة الخامسة: 0,7

- المنطقة السادسة: 0,4

وتحدد المعاملات الخاصة بالمناطق الفرعية [6] كما يأتي :

المنطقتان الأولى والثانية:

- المنطقة الفرعية الأولى (الحي الفخم) : 1,1

- المنطقة الفرعية الثانية (وسط المدينة) : 1

- المنطقة الفرعية الثالثة (الأحياء المحيطة بالمدينة) : 0,9

- المنطقة الفرعية الرابعة (الضاحية) : 0,8

- المنطقة الفرعية الخامسة (المنطقة المعزولة) : 0,7

المنطقتان الثالثة والرابعة:

- المنطقة الفرعية الأولى (الحي الفخم) : 1

- المنطقة الفرعية الثانية (وسط المدينة) : 0,9

- المنطقة الفرعية الثالثة (الأحياء المحيطة بالمدينة) : 0,8

- المنطقة الفرعية الرابعة (الضاحية) : 0,7

- المنطقة الفرعية الخامسة (المنطقة المعزولة) : 0,6.
 - المنطقتان الخامسة والسادسة:
 - المنطقة الفرعية الأولى (الحي الفخم) : 0,9
 - المنطقة الفرعية الثانية (وسط المدينة) : 0,8
 - المنطقة الفرعية الثالثة (الأحياء المحيطة بالمدينة) : 0,7
 - المنطقة الفرعية الرابعة (الضاحية) : 0,6
 - المنطقة الفرعية الخامسة (المنطقة المعزولة) : 0,5.
- ويترتب على تطبيق هذا القرار إما تسديد الفرق إذا كان الدفع قد تم كاملا وإما تعديل الأقساط المستحقة، هذا الحكم ألغاه القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 14 مايو سنة 2013، بين كل من وزير السكن والعمران، وزير الداخلية والجماعات المحلية، ووزير المالية، المعدل والمتمم للقرار الوزاري المشترك المؤرخ في 27 يناير سنة 2004 الذي يحدد معايير تحديد القيمة التجارية في إطار التنازل عن الأملاك العقارية التابعة للدولة ولدواوين الترقية والتسيير العقاري المستلمة أو الموضوعة حيز الاستغلال قبل أول يناير سنة 2004، حيث نص على أن تطبيق هذا القرار لا يؤدي إلى رد الفارق في حالة الدفع الفوري ولا إلى تعديل آجال الاستحقاق كما نص على أن السعر الأساسي ينتج بتطبيق معامل المنطقة ومعامل المنطقة الفرعية ومعامل الصنف على السعر المرجعي المتوسط المحدد بمبلغ 12.000 دج/م².
- بالنسبة لعقار ذي طابع فردي:
- تطبق على سعر التنازل المتحصل عليه حسب الكيفيات المذكورة سابقا عندما يتعلق الأمر بعقار ذي طابع فردي، زيادة تمثل القيمة التجارية للقطعة الأرضية التابعة له.
- ثانيا-بالنسبة للمحلات ذات الاستعمال التجاري أو الحرفي أو المهني:
- عندما يكون الملك ذا استعمال تجاري أو حرفي أو مهني حسب موقع المحل، تطبق زيادة تحدد بالنسب الآتية:
- 30 % بالنسبة للمحلات المتواجدة بالطوابق السفلية أو العلوية أو التي ليس لها مدخل مباشر على الطريق العمومي،
 - 50 % لما تتوفر على مدخل مباشر على الطريق العمومي ومتواجدة بشوارع فرعية،
 - 100 % لما تتوفر على مدخل مباشر على الطريق العمومي ومتواجدة بشوارع رئيسية.

ويصحح معامل الموقع بمعامل جبائي يتراوح بين 1,2 و 2 بجزء 0,1 تحدده المصالح الجبائية المختصة إقليمياً.

ب-تحصيل عائدات التنازل:

سواء أكانت الأملاك تابعة للدولة أو تسيروها دواوين الترقية والتسيير العقاري، فإن إدارة أملاك الدولة هي الهيئة المخول لها قانوناً بتحصيل عائدات التنازل، فبعد إرسال الملف لها من طرف مصالح الدائرة أو من ديوان الترقية والتسيير العقاري، يقوم مدير أملاك الدولة المختص إقليمياً بتحويله إلى رئيس مفتشية أملاك الدولة الذي يقوم بحساب سعر التنازل.

أولاً-الأملاك العقارية ذات الاستعمال السكني:

يمكن للشاغلين الشرعيين للأملاك العقارية ذات الاستعمال السكني اقتناء سكنهم بدفع كامل الثمن فوراً أو بالتقسيم، ويستفيدون في هذا الإطار من احتساب مبلغ الإيجار المدفوع منذ تاريخ شغل السكن المعني، وقد كان المرسوم التنفيذي رقم 269/03 الذي يحدد شروط وكيفيات التنازل عن الأملاك العقارية التابعة للدولة ولدواوين الترقية والتسيير العقاري الموضوعة حيز الاستغلال قبل أول يناير سنة 2004 المعدل والمتمم بموجب المرسوم التنفيذي رقم 296/06، والمرسوم التنفيذي رقم 153/13، والمرسوم التنفيذي رقم 119/14، والمرسوم التنفيذي رقم 211/15، ينص على أنه يستثنى من الاستفادة من الأحكام المتضمنة خصم مبالغ الإيجار المدفوعة والتخفيضات من سعر التنازل، الشاغلون الشرعيون الراغبون في شراء مسكنهم الذين سبق لهم شراء ملك عقاري من الدولة أو استفادوا من إعانتها المالية في مجال السكن، أما المرسوم التنفيذي رقم 153/13 المؤرخ في 15 أبريل سنة 2013 والذي يحدد شروط وكيفيات التنازل عن الأملاك العقارية التابعة للدولة ولدواوين الترقية والتسيير العقاري المستلمة أو الموضوعة حيز الاستغلال قبل أول يناير سنة 2004 فقد أقصى من الاستفادة من التنازل عن الأملاك العقارية المترشحون الذين سبق لهم اكتساب ملك عقاري ذي نفس الاستعمال من الدولة أو استفادوا من إعانتها المالية الموجهة للسكن، أما المرسوم التنفيذي رقم 119/14 المؤرخ في 24 مارس سنة 2014، المعدل للمرسوم التنفيذي رقم 269/03 السالف ذكره، فقد نص على أنه يستثنى من الاستفادة من الأحكام المتضمنة خصم مبالغ الإيجار المدفوعة والتخفيضات من سعر التنازل، الراغبون في شراء ملك عقاري من الدولة أو استفادوا من إعانة مالية قصد بناء أو ترميم أو شراء مسكن

1- في حالة اختيار صيغة الشراء بدفع كامل الثمن فورا:

في حالة اختيار صيغة الشراء بدفع كامل الثمن فورا، يستفيد المشتري من تخفيض قيمته 10% من ثمن التنازل، وخصم مبالغ الإيجار المثبتة عن طريق شهادة مسلمة من طرف مصالح دواوين الترقية و والتسيير العقاري.

2- في حالة اختيار صيغة الشراء بالتقسيط:

في حالة اختيار صيغة الشراء بالتقسيط، يستفيد المشتري من أجل أقصاه 20 سنة لدفع ثمن التنازل، وفي هذه الحالة، يجب تقديم دفع أولي بنسبة 5% من ثمن التنازل، يتضمن مبلغ الضمان المدفوع، يدفع عند إبرام عقد البيع، ويخص المبلغ المتبقي لتطبيق نسبة فائدة تحدد ب 1% في السنة.

كما يستفيد المشتري في هذه الحالة من تخفيض في مبلغ التنازل قدره:

- 7% عندما تكون المدة المتفق عليها أقل من ثلاث (3) سنوات أو تساويها [7]،

- 5% عندما تكون المدة المتفق عليها تزيد عن ثلاث (3) سنوات وتقل عن خمس (5)

سنوات أو تساويها [8].

ويترتب على عدم تسديد المستحقات الشهرية، بعد شهر واحد من تاريخها المحدد، تطبيق زيادة بنسبة 0,5%، وفي حالة عدم دفع المشتري سنته (6) مستحقات شهرية متتالية، تطبق العقوبات المنصوص عليها في التشريع المعمول به، لا سيما إلغاء البيع، وفي هذه الحالة، تؤول المستحقات الشهرية المدفوعة إلى المصلحة المتنازلة.

ثانيا: الأملاك العقارية ذات الاستعمال التجاري والمهني أو الحرفي:

لا يستفيد الشاغلون الشرعيون للأملاك العقارية ذات الاستعمال التجاري أو المهني أو الحرفي الراغبون في شراء محلاتهم، من الأحكام المتضمنة التخفيض من سعر التنازل وخصم مبالغ الإيجار المدفوعة. إن إدارة أملاك الدولة تقوم بصب العائدات الناتجة عن التنازل على الأملاك العقارية ذات الاستعمال السكني أو المهني أو التجاري أو الحرفي، التي تحققها دواوين الترقية والتسيير العقاري في حساب الدولة وهذا حسب ما ذكرته المادة 65 من القانون رقم 03-22 المؤرخ في 28 ديسمبر سنة 2003، يتضمن قانون المالية لسنة 2004: " تصب العائدات الناتجة عن التنازل على الأملاك العقارية ذات الاستعمال السكني أو المهني أو التجاري أو الحرفي، التي تحققها دواوين الترقية والتسيير العقاري بمساهمات مؤقتة من الدولة في الحساب رقم 007-201 "حواصل مختلفة للميزانية".

ت- تحرير العقد الإداري المكرس لعملية التنازل

بعد استكمال الإجراءات السابقة ودفع الثمن لدى مفتشية الأملاك الوطنية على مستوى الدائرة، فإن مفتش الأملاك الوطنية يرسل الملف إل مدير الأملاك الوطنية على مستوى الولاية الذي له الحق في تحرير عقد البيع المكرس لعملية التنازل، والإمضاء عليه سواء أكانت الأملاك العقارية تابعة للدولة، أو تسيرها دواوين الترقية والتسيير العقاري وبالتالي لا بد من توفر شروط شكلية لإتمام البيع، تتمثل في الرسمية، والتسجيل والشهر.

أولاً: الرسمية

إن العقود المتضمنة التنازل عن الأملاك العقارية التابعة للدولة أو لدواوين الترقية والتسيير العقاري، استلزم فيها القانون شكلاً خاصاً، وهي الكتابة الرسمية، ففي هذه الحالة تكون الكتابة لازمة للانعقاد، بحيث يؤدي تخلفها إلى عدم وجود التصرف أصلاً لتخلف ركن من أركانها لا يمكن أن يقوم بدونه الورقة الرسمية التي تستكمل شروطها القانونية تكون لها حجية قوية في الإثبات [9].

وقد عرفت المادة 324 من القانون المدني [10] العقد الرسمي على أنه عقد يثبت فيه موظف عام أو ضابط عمومي، أو شخص مكلف بخدمة عامة ما تم لديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن، وذلك طبقاً للأشكال القانونية وفي حدود سلطته واختصاصه.

إن العقود الرسمية تنوع حسب الجهات التي حصرها المشرع في إعداد هذا النوع من العقود، وبالتالي فإن العقود المتضمنة التنازل عن المحلات العقارية مهما كان استعمالها، وسواء أكانت تابعة للدولة أو لدواوين الترقية والتسيير العقاري، فإن إدارة أملاك الدولة هي الجهة الوحيدة المخول لها قانوناً تحرير العقود الرسمية المتضمنة التنازل عن هذه الأملاك.

وقد نص القرار الوزاري الصادر بتاريخ 20 يناير سنة 1992 عن وزير الاقتصاد المتضمن منح تفويض لمديري أملاك الدولة في الولاية لإعداد العقود التي تهم الممتلكات العقارية التابعة لأملاك الدولة الخاصة، في مادته الأولى على أن يمنح تفويض لمديري أملاك الدولة في الولاية لإعداد وإمضاء العقود التي تهم الممتلكات العقارية التابعة لأملاك الدولة الخاصة ولإعطائها الطابع الرسمي والسهر على حفظها، وذلك تطبيقاً لأحكام المادة 175 من المرسوم التنفيذي رقم 91-454 المؤرخ في 23 نوفمبر سنة 1991 والذي يحدد شروط إدارة الأملاك الخاصة والعامة التابعة للدولة وتسييرها ويضبط كيفية ذلك، والتي نصت على أنه يمكن للوزير المكلف بالمالية، في إطار تطبيق أحكام الفقرتين 2 و3 من المادة 120 من القانون رقم 90-30 المؤرخ في أول ديسمبر 1990 والمتضمن قانون الأملاك الوطنية، أن يمنح

تفويضا بموجب قرار لمصلحة الأملاك الوطنية لإعداد العقود التي تهم الأملاك العقارية الخاصة التابعة للدولة وإعطائها الطابع الرسمي والسهر على حفظها.

ثانيا: التسجيل

يعتبر التسجيل إجراء تخضع له المحررات، ويترتب عنه تحصيل الضريبة لصالح الخزينة، ولا يعتبر التسجيل لوحده حجة كاملة بالنسبة للأطراف، ويكون أمام مصلحة التسجيل والطابع.

وقد نصت المادة 9 من قانون التسجيل على وجوب تسجيل العقود المدنية والعقود غير القضائية على النسخ الأصلية أو البراءات أو الأصول، وتلخص مسبقا من قبل المحررين على كشف وتعطي الحق، عند الاقتضاء، في إعداد مستخرجات تحليلية من قبل المحررين، وتقدم هذه الجداول والمستخرجات إلى مصلحة التسجيل في نفس الوقت الذي تقدم فيه النسخ الأصلية أو البراءات، ويرفض الإجراء عند مخالفة ذلك، كما نصت المادة 153 من قانون التسجيل [11] على أن هذه الكشوف يعدها المحررون على استمارات تسلمها إدارة الضرائب مجانا ويذكرون فيها ما يلي:

- تاريخ ورقم العقود

- نوع العقود

- المبالغ أو القيم الخاضعة للرسوم

- ألقاب وأسماء الأطراف ومسكنهم

أما بالنسبة لحقوق ورسوم التسجيل، فقد نصت المادة 347 مكرر من قانون التسجيل رقم 41 من قانون المالية لسنة 2001 والمادة 209 من قانون المالية لسنة 2002، التي كان موضوعها التنازل عن المحلات ذات الاستعمال السكني التابعة للدولة ودواوين الترقية والتسيير العقاري،

أما بالنسبة للمحلات ذات الطابع التجاري، فإنها تخضع لرسوم التسجيل وتكون مقدرة حسب سعر التقييم.

ثالثا: عملية الشهر

نصت المادة 16 من الأمر رقم 74/75 المؤرخ في 12 نوفمبر سنة 1975 يتضمن اعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري على أن العقود الارادية والاتفاقات التي

ترمي إلى انشاء أو نقل أو تصريح أو تعديل أو انقضاء حق عيني، لا يكون لها أثر حتى بين الأطراف إلا من تاريخ نشرها في مجموعة البطاقات العقارية.

إن الشهر العقاري، هو إعلان الحقوق العقارية وذلك من خلال إثبات التصرفات التي تقع على هذه الحقوق في سجلات علنية يسهل على كل شخص الإطلاع على محتوياتها، وأخذ إفادات بما جاء فيها من بيانات ونظام الشهر نظام عقاري، إذ لا يتسع إلا للتصرفات القانونية الواقعة على العقارات، لما لها من حيز ثابت ومستقر.

فالشهر العقاري وسيلة وضعها القانون في متناول الدولة لإعلام الأشخاص، وهذه الوسيلة تتكون من مجموعة من الإجراءات القانونية التي تبين الوصف المادي للعقارات من جهة من خلال الشكل والقياسات المادية التي تستدعي عموماً عملية مسح للأراضي في نظام الشهر العيني، ومن جهة أخرى تبين الوصف القانوني لهذه الأخيرة، وذلك من خلال تسجيل الحقوق في السجلات العقارية فنظام الشهر يهدف عموماً إلى تنظيم هوية لكل عقار تشبه إلى حد كبير بطاقة الحالة المدنية للأشخاص.

1- أهمية الشهر العقاري

الشهر العقاري الذي استحدثه المشرع الجزائري بموجب الأمر 75-74 المؤرخ في 12 نوفمبر سنة 1975 المتضمن اعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري يقوم على نظام قانوني محكم، المستمد لمبادئه وأسسها من نظام التسجيل العيني أو نظام تورانس الأسترالي نسبة إلى واضعه روبر تورانس، فهو يؤمن قيد الحقوق العينية العقارية و ما يتعلق بها أو يجري عليها من تصرفات، والغاية الأساسية والهدف الأسمى الذي يسعى إليه نظام الشهر العقاري هو ضمان استقرار المعاملات العقارية، عن طريق إعطاء أرضية قانونية صلبة للملكية العقارية ولباقي الحقوق المترتبة عنها، وإعطاء أصحابها ضمانات قوية ومتينة.

- لأنه يبين الحالة المادية والقانونية للعقار، إذ يكفي الرجوع إليه لمعرفة معالم العقار وأوصافه ومساحته وحدوده، كما يعرف على وجه اليقين مالك العقار وأوصافه والحقوق العينية المنشأة عليه.

- عملية الشهر ينجم عنها إشهار لجميع الحقوق والتغيرات المصاحبة للعقار - إن العقود الواردة على العقار والمشهرة، لها من الشرعية وقوة الثبوت ما لا يوجد في العقود المدنية الأخرى، وينجم عن ذلك تسهيل حركية الملكية العقارية وضمان سيرها وانتقالها واطمئنان المتعاملين بها وبالتالي استقرار الملكية العقارية.

- يسعى نظام الشهر العقاري إلى استقرار المعاملات العقارية وخلق الثقة والاطمئنان بين المتعاملين في المجال العقاري وعلى الخصوص المقرضين الذين يجعلون العقار هو الضمانة الوحيدة لاسترداد أموالهم لأن السجل العقاري يعتبر بمثابة الحالة المدنية بالنسبة للعقارات المسجلة به.

- إن تطهير العقار من كل النزاعات يؤدي إلى الزيادة في قيمته والرفع من ثمنه، فالعقار المشهر يشجع أصحاب رؤوس الأموال على إقامة مشاريعهم واستثمارها في الميدان العقاري، ومن ثم فهو ركيزة أساسية للتقدم الاقتصادي والاجتماعي في الدولة.

2- الطابع العيني للشهر العقاري

نصت المادة 27 من الأمر رقم 74/75 المذكور أعلاه، على أن العقود والقرارات القضائية التي تكون موضوع إشهار في محافظة عقارية والتي تخص عقارات أو حقوقا عينية ريفية موجودة في بلدية لم يعد فيها بعد مسح الأراضي، تفهرس بصفة انتقالية في مجموعة بطاقات عقارية مؤقتة تمسك على الشكل الفردي.

إن المشرع الجزائري أخذ كأصل بنظام الشهر العيني، غير أن هذا النظام يعتمد كأساس على المسح، وبالتالي إلى حين إتمام عملية المسح يبقى نظام الشهر الشخصي كاستثناء هو المطبق.

6- الآثار المترتبة على عقد البيع

1.6- بعد إتمام الإجراءات القانونية في تحرير عقد البيع والمتمثلة في الرسمية والتسجيل والشهر، فإن الملكية العقارية تنتقل من الدولة إذا كانت هي المالكة، أو من دواوين الترقية والتسيير العقاري بالنسبة إلى الأملاك التي تسيرها، إلى المشتري.

2.6- الشرط المانع من التصرف في السكنات العمومية المتنازل عنها

نصت المادة 57 من القانون رقم 07-12 المؤرخ في 30 ديسمبر سنة 2007، المتضمن قانون المالية لسنة 2008 على أن السكنات الاجتماعية الممولة من طرف الدولة والمتنازل عنها شاغليها طبقا للتشريع الساري المفعول وكذا السكنات المستفيدة من الإعانات العمومية في إطار التدابير المتعلقة بالمساعدة المقدمة من طرف الدولة من أجل التمليك، لا يمكن التنازل عنها من طرف مالكيها خلال مدة يجب ألا تقل عن عشر (10) سنوات، باستثناء حالة وفاة المالك وضرورة توزيع التركة.

وقد صدر في هذا الشأن المرسوم التنفيذي رقم 08-196 المؤرخ في 6 يوليو سنة 2008، والذي يحدد شروط إعادة التنازل عن المساكن الاجتماعية الممولة من طرف الدولة والسكنات المستفيدة من إعانات الدولة لاكتساب الملكية، والي يهدف إلى تحديد كفاءات

تطبيق المادة 57 من قانون المالية لسنة 2008 والمتعلقة بعدم إعادة التنازل، لمدة عشر (10) سنوات، عن السكنات الاجتماعية الممولة من طرف الدولة والسكنات المستفيدة من إعانات الدولة لاكتساب الملكية، ونص في المادة 2 منه على أنه يقصد بالسكنات الاجتماعية، المحلات ذات الاستعمال السكني الممولة من الدولة والتي تم التنازل عنها لفائدة شاغليها الشرعيين في إطار المرسوم التنفيذي رقم 03-269 المؤرخ في 7 أوت سنة 2003.

والسكنات الاجتماعية المقصودة بعدم التنازل، هي تلك التي لم يتم تسديد سعر التنازل عنها، جزئيا أو كليا، لغاية 31 ديسمبر سنة 2007، ويجب أن تتضمن العقود الإدارية التي تعدها مصالح أملاك الدولة والتي تخص التنازل عن السكنات الاجتماعية، بندا بعدم التنازل لمدة عشر (10) سنوات.

أهمية الشرط المانع من التصرف

إن الشرط المانع من التصرف الذي اشترطه المشرع الجزائري هو شرط أملته سياسة الدولة في تمليك المساكن الاجتماعية المنجزة بتمويل منها، القصد منه هو حماية المساكن من الإتجار فيها أو استغلالها علا خلاف ما أعدت له، وبما يكون معه الشرط المشار إليه أعلاه مشروعا ويتعين الالتزام به، ولما كان نص المادة 57 من قانون المالية لسنة 2008، قد منع التصرف في السكنات الاجتماعية المتنازل عليها في إطار المرسوم التنفيذي رقم 03-269، المشار إليه أعلاه، هذا لأن الملكية ليست حقا مطلقا لا حد له، بل هي وظيفة اجتماعية يطلب إلى المالك القيام بها، ويحميه القانون مادام يعمل في الحدود المرسومة لهذه الوظيفة، أما إذا خرج عن هذه الحدود، فلا يعتبره القانون مستحقا لحمايته، ويترتب على ذلك أنه حيث يتعارض حق الملكية مع مصلحة عامة، فإن هذه المصلحة هي التي تقدم [12]

ولما كان البيع الهدف منه، هو التسيير على المواطن لتملك سكنات ملائمة، وبالتالي وجب على المشتري بعدم تغيير استعمال العين المباعة له لغير غرض السكن، ومؤدى ذلك أن الجهة البائعة سواء أكانت الدولة أو دواوين الترقية والتسيير العقاري أقدمت على إبرام عقد البيع في إطار ما استهدفته الدولة من السعي لإيجاد حلول مناسبة لمحاصرة الأزمة السكنية التي يعاني من ويلاتها الغالبية العظمى من المواطنين، وذلك بتوفير المسكن الملائم لحياتهم ومن ثم فإن الغرض من تمليك العين المباعة لا يخرج عن هذا الهدف بل يحققه عن طريق الانتفاع بها كمسكن يصلح لإقامة المشتري وأسرته، وهو غرض مشروع.

ومن ثم فإن الشرط المانع من التصرف، إنما يرمي إلى تحقيق مصلحة عامة، وهي منع المضاربة بالمساكن التي توفرها الدولة لمحدودي الدخل بأسعار منخفضة بما يكون شرطا ملزما، يتعين إعمال أثره وإن كان مؤقتا بمدة معقولة.

الهوامش:

[1] دستور 1989، صادر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 89-18 مؤرخ في 28 فبراير سنة 1989، يتعلق

بنشر نص التعديل الدستوري الموافق عليه بموجب استفتاء 23 فيفري، ج ر رقم 9 لسنة 1989

[2] المرسوم التنفيذي رقم 03-269 المؤرخ في 07 أوت سنة 2003، والذي يحدد شروط وكيفيات التنازل

عن الأملاك العقارية التابعة للدولة ولدواوين الترقية والتسيير العقاري المستلمة أو الموضوعة حيز الاستغلال قبل أول يناير سنة 2004 ج ر عدد 48 لسنة 2003.

[3] المرسوم التنفيذي رقم 15-211 المؤرخ في 11 أوت سنة 2015 المعدل والمتمم للمرسوم التنفيذي رقم

03-269 المؤرخ في 7 أوت سنة 2003 الذي يحدد شروط وكيفيات التنازل عن الأملاك العقارية التابعة

للدولة ولدواوين الترقية والتسيير العقاري المستلمة أو الموضوعة حيز الاستغلال قبل أول يناير سنة 2004، ج ر عدد 44 لسنة 2015.

[4] القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 27 يناير سنة 2004 الذي يحدد معايير تحديد القيمة التجارية في إطار

التنازل عن الأملاك العقارية التابعة للدولة ولدواوين الترقية والتسيير العقاري المستلمة أو الموضوعة حيز الاستغلال قبل أول يناير سنة 2004، ج ر عدد 12 لسنة 2004.

[5] المرجع نفسه

[6] القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 21 أكتوبر سنة 2006، المعدل والمتمم للقرار الوزاري المشترك المؤرخ

في 27 يناير سنة 2004 الذي يحدد معايير تحديد القيمة التجارية في إطار التنازل عن الأملاك العقارية التابعة

للدولة ولدواوين الترقية والتسيير العقاري المستلمة أو الموضوعة حيز الاستغلال قبل أول يناير سنة 2004 ج ر عدد 68 لسنة 2006.

[7] المرسوم التنفيذي رقم 03-269 المرجع السابق.

[8] المرجع نفسه.

[9] نبيل صقر-مكاري نزيهة الوسيط في القواعد الإجرائية والموضوعية للإثبات في المواد المدنية دار الهدى

عين مليلة - الجزائر طبعة 2009 ص 77-88

[10] القانون رقم 88-14 المؤرخ في 3 ماي سنة 1988 يتضمن تعديل القانون المدني

[11] أمر رقم 76-105، مؤرخ في 9 ديسمبر سنة 1976، يتضمن قانون التسجيل.

[12] دكتور مصطفى محمد الجمال، الموجز في أحكام الإيجار، الفتح للطباعة والنشر الطبعة الأولى 2002.

التطور العام لطبيعة التدخلات العسكرية المعاصرة: حالات للمقارنة

نادية جفال

طالبة دكتوراه- علوم سياسية

كلية العلوم السياسة و العلاقات الدولية

جامعة الجزائر (3)

ملخص باللغة الإنجليزية:

Military Interventions in the Arab World: Tracks and Implications

Military intervention is considered as a very old policy in international relations. It can be said that the intervention is as old as the state and political entities in general. Over the course of centuries, it has taken many forms, including direct and explicit intervention, undeclared interference, by secret movements, and by proxy intervention by another ally, as what happened in many military conflicts during the Cold War.

But for nearly 20 years, inter-state military interventions have witnessed a clear development in the nature of interventions and frameworks for intervention as well as the number of countries involved in intervention and the nature of military means in intervention, etc.

In this context, the paper aims at monitoring the main features of contemporary military interventions, especially from the end of the Cold War to the recent intervention in Yemen and the role of an Arab-alliance coalition led by Saudi Arabia.

الكلمات المفتاحية: التدخل العسكري، العلاقات الدولية، النزاعات العسكرية، القطبية
الثنائية.

مقدمة:

يعتبر التدخل العسكري من السياسات القديمة جداً في العلاقات الدولية، بل يمكن القول أن التدخل قديم قدم الدولة و الكيانات السياسية عموماً. وعلى امتداد قرون من الزمن، أخذ أشكالاً عديدة أهمها: التدخل المباشر و المعلن، التدخل غير المعلن و هو ما يتم بواسطة حركات سرية موالية، و التدخل بالنيابة أي بواسطة دولة أخرى حليفة مثل ما جرى في العديد من النزاعات العسكرية طيلة الحرب الباردة.

لكن منذ ما يقرب من 20 سنة، شهدت التدخلات العسكرية بين الدول تطوراً واضحاً في طبيعة التدخلات و الأطر المقررة للتدخل و عدد الدول المشاركة في التدخل و طبيعة الأدوات العسكرية المسخرة في التدخل... الخ.

و في هذا الإطار، تهدف الورقة إلى رصد السمات الرئيسية المميزة للتدخلات العسكرية المعاصرة، و خاصة منذ نهاية الحرب الباردة إلى غاية التدخل الأخير في اليمن و الذي يقوم به تحالف "عربي" تقوده السعودية.

تجدد الإشارة إلى أن الدولة هي كائن سياسي قابل للتطور مع الزمن و قد أخذ الى حد الآن عدة أشكال. و في هذا السياق، يبدو أن الشكل الذي أخدته الدولة منذ معاهدة وستفاليا (1648)* و الذي قام أساساً على المبدأ "المقدس" ألا وهو: السيادة قد شرع في التلاشي بفعل عاملين اثنين :

(1) نهاية القطبية الثنائية و التغير العميق في مناخ العلاقات الدولية.
 (2) توجه الواقع الاقتصادي و الاجتماعي و السياسي الداخلي للدولة نحو الانفلات أو التمرد على الحدود في اتجاه وضعيات سياسية و اقتصادية و اجتماعية عابرة للحدود، يتداخل فيها العامل الخارجي و الداخلي و تسمح للعديد من النشاطات الانسانية و الحقوقية... الخ بالتبلور و الازدهار لدرجة انها اصبحت في بعض الحالات، تسخر من الحدود و لا تعيرها ذلك الاهتمام الكبير و القدسية التي ميزتها على امتداد قرون، و هي الوضعيات التي نلخصها في الغالب بمصطلح العولمة و هو مصطلح يعني التداخل و الترابط و الاندماج على نطاق واسع خارج حدود الدولة في الاعلام في قطاعات المال و الاقتصاد و السياسة و في الحرب ايضاً.

(3) بغض النظر عن استمرار النقاش الواسع سواء الأكاديمي منه أو الأيديولوجي حول ثنائي: السيادة/ التدخل، يمكن أن نلاحظ تمحور النقاش حول مسألتين بارزتين جداً: الأولى تتعلق بطبيعة التحرك الواجب القيام به لمواجهة مآسي انسانية رهيبية (رواندا، كوسوفو، تيمور الشرقية، الشيشان، ليبيريا، الكونغو الديمقراطية... الخ)⁽¹⁾ و الثانية تتعلق بالأطر المؤسسية الدولية التي تحتضن هذه التدخلات و تقررهما و تعطيها الشرعية⁽²⁾.

¹) Muriel Ruol, « ingérence et non-ingérence : sur un prétendu droit d'intervention pour l'humanité ; Rebons ; n° 6 Mars 2000.

²) Christophe wasinski ; « le monde est notre théâtre d'opération : intervention militaires et régimes techno stratégiques depuis la fin de la guerre froide, Questions de recherches , n° 43 aout 2013. Cahiers d'études et de recherches internationales, Sciences Po, Paris.

في هذا السياق، ماذا نلاحظ عن تطور الحرب و منها التدخل العسكري مند سقوط جدار برلين و انهيار المعسكر السوفياتي؟:

أولاً/ تطور الحرب و طبيعتها (انتشار الحروب الداخلية).

ارتكز نظام وستفاليا (Westphalie) على الحدود و السيادة و نظم العلاقات بين الدول في السلم و الحرب على هذا الأساس. و على هذا الأساس منحت الدولة داخل حدودها صلاحية فرض النظام و الأمن و احتكار العنف الشرعي. بالمقابل استمرت العلاقات بين الدول بدون ضوابط، و تميزت على الدوام بالحروب و المواجهات المسلحة، و لم تغير سنوات الحرب الباردة و نظام القطبية الثانية الشيء الكثير من هذه الوضعية بل زادت حدة بفعل انتشار الحروب بالوكالة و التي دعمتها أقطاب الحرب الباردة، لأن المواجهة المباشرة بين القوى الكبرى أصبحت مجمدة بنظام الرعب المتبادل الذي فرضه التسليح النووي.

لكن الملاحظ أن طبيعة الحروب التي ميزت العلاقات الدولية على امتداد قرون قد تغيرت بشكل كبير جدا خلال الـ 25 سنة الماضية، حيث أصبحت النزاعات المسلحة داخلية في الغالب (intra-étatique)، و ساهم ذلك في تغير كبير في للنظرة التقليدية الى الحرب عموما .

انعكست هذه التحولات في طبيعة الحرب على النقاشات الأكاديمية و السياسية، وبرزت في شكل مقاربات نظرية لتحليل الظاهرة نذكر منها: مقارنة "الدولة الفاشلة" Etat (échoués , failed states, collapses states) التي تم تطويرها في الولايات المتحدة و القائلة باختصار بأن: الحرب أصبحت لا تندلع بسبب قوة الدول بل بسبب ضعفها. و قد ساهمت هذه المقاربة، خلال السنوات الأخيرة، في الالتفاف أحيانا على مبدأ السيادة باسم العمل على إعادة بناء الدول المنهارة⁽¹⁾. و كانت عملية إعادة الأمل في الصومال سنة 1992 أول تجربة ميدانية لهذا التحول ثم في هايتي سنة 1994، مع أن الحالة الثانية كانت مختلفة، و لم تكن هناك ضرورة انسانية تبرر التدخل. لكن المجتمع الدولي بقي مشاهداً فقط لحالات عديدة من الجرائم و الانتهاكات الجماعية التي قامت بها سلطات حاكمة.

و الواقع أن التصنيفات التقليدية للنزاعات المسلحة : حرب أهلية/ حرب دولية أو نظامية، حرب داخلية/ حرب خارجية أصبحت غير قادرة على استيعاب الوضعيات

1) Swan R., « les déclinaisons politiques actuelles du principe de non-ingérence », Cultures et croyances , 17 janvier 2017

النزاعية الجديدة، بسبب ما تتسم به من أبعاد داخلية و خارجية متداخلة جدا (imbriquées) و متعددة المستويات. فالنزاع يمكن أن يكون محلياً و اقليمياً و دولياً في نفس الوقت. كما أن مظاهر الانفجار الداخلي أصبحت تحمل تهديدات جادة للسلم و الأمن الاقليمي و الدولي، الأمر الذي جعل من توصيف الأزمة رهاناً دولياً هاماً جداً كما يتضح ذلك من النقاشات الحادة لمجلس الأمن حول النزاعات المعاصرة. و دفع الى مراجعة كبيرة لمهام الأمم المتحدة و في مقدمتها صلاحيات مجلس الأمن، و أصبح النقش واسعاً و حاداً حول جملة من القضايا أهمها⁽¹⁾:

- الصلاحيات التقديرية لمجلس الأمن.

- التوصيفات المختلفة: تهديد السلم، المساس بالسلم، العدوان، الاعتداء،

الحرب... الخ

- (menaces contre la paix, ruptures de la paix ou actes d'agression... etc)

- صلاحية تحديد اسلوب التحرك العسكري و مستواه... الخ.

و إذا كانت النزاعات الأخيرة قد أكدت مدى توسع صلاحيات مجلس الأمن. فإن هذه التطورات، لازالت تؤكد أيضاً أن هناك واقع صلب يتمثل في : أولوية مصالح الدول دائمة العضوية في مجلس الأمن في تحديد صفة "الأزمة الدولية" و طريقة التعامل معها. ثانيا/ تطور الأطر الدولية المقررة للحرب (من دولة واحدة الى تحالفات دول و هيئات دولية مثل مجلس الأمن.. الخ).

شهدت العلاقات الدولية خلال السنين الأخيرة تزايداً مستمراً في الاعتماد على تحالفات اقليمية للقيام بالتدخل العسكري. و جاء ذلك تحت غطاء الحديث عن اعادة إحياء دور الأمم المتحدة في حماية الأمن الجماعي كما ينص على ذلك ميثاقها. و بالفعل تم استعمال الصيغة الأهمية كغطاء لبعض العمليات العسكرية، لكن الواقع أن الهيئة الأهمية كانت تقوم بحروب "المنافسة"، و بقيت بعيدة عن ذلك النظام المؤسسي المنشود للسلم الجماعي على المستوى العالمي.

كانت الحرب على العراق سنة 1990 بداية عصر جديد هو عصر حروب الائتلاف أو التحالف العسكري الإقليمي (بقيادة دولة مركزية طبعاً). و منذ ذلك الحين بدا مجلس الأمن بمثابة غرفة تسجيل للتدخلات العسكرية، و منها خاصة ما يصطلح عليه "بعمليات حفظ

1) Swan R., « les déclinaisons politiques actuelles du principe de non-ingérence », Cultures et croyances , 17 janvier 2017.

السلام". و أصبح تصويت المجلس يهدف أساساً إلى إصباح الشرعية على عملية عسكرية كانت ستتم بشكل مباشر وأحادي.

ضمن هذا التطور العام، شكل تدخل الناتو في صربيا و كوسوفو، بدون موافقة مجلس الأمن، تطبيقاً آخر للتدخلات العسكرية الائتلافية المعاصرة. و الواقع، أنه إذا كان هدف الناتو آنذاك هو الائتلاف على الفيتو الروسي - الصيني فإنه أسس لما سمي بديبلوماسية النوادي المحدودة، و ذلك بازدهار تشكيلات دولية جديدة سميت ب: مجموعات الاتصال، مجموعة 7 مجموعة 8... الخ. و هي في الواقع آليات الهدف منها الابتعاد عن نظام الأمن الجماعي كما ينص عليه الميثاق لصالح آليات فئوية مصلحة تقودها قوة كبرى أو اقليمية (الولايات المتحدة في العراق و أفغانستان فرنسا في ليبيا و مالي، و أخيراً تحالف غالبية الملكيات الخليجية بقيادة السعودية ضد اليمن⁽¹⁾).

- يرى البعض أن هذا الأسلوب في التعامل مع النزاعات يهدف أساساً ليس لحل النزاع بل للتحكم فيه و تسييره اقليمياً دون التورط فيه بقواتها الخاصة، بكل ما ينجر عن ذلك من تكاليف مالية و سياسية (موافقة البرلمان و مساءلات الرأي العام... الخ).
تمت التدخلات العسكرية الائتلافية في الغالب تحت شعارات إنسانية⁽²⁾، لكن تتبع مجموع الحالات بدقة يؤكد تداخل المصالح الاقتصادية و التوظيف الانتقائي لتصنيف "إنساني"، و ذلك بغض النظر عن مدى خطورة و حجم الأزمة و تبعاتها الانسانية (كأمثلة: سيراليون، السودان، الكونغو، انغولا، أفغانستان... الخ). كما أنها شكلت فرصة مناسبة لقوى سياسية داخلية سارعت إلى تدويل النزاع الداخلي بهدف الحصول على تدخل خارجي بالاستغلال

1) <http://www.algeriepatriotique.com/article/pourquoi-l-arabie-saoudite-deja-perdu-la-guerre-au-yemen> , « Pourquoi l'Arabie Saoudite a déjà perdu la guerre au Yémen » Article | 6. décembre 2015 - 9:44 ; Par Houria Aït Kaci.

و للمزيد حول موضوع اليمن ، انظر ك عبد الناصر المودع "التسوية السياسية في اليمن: المعوقات و الآفاق" ، مركز الجزيرة للدراسات ن 29 مايو/ ايار 2016.

2) Caroline fleuriot , « droit d'ingérence, ou en est-on ? », le monde diplomatique, septembre 2008.

الأقصى لوضع الضحية مثل ما هو الحال بالنسبة لحالة البوسنة و الهرسك و تيمور والمعارضة العراقية و الليبية (1).

تجدر الإشارة أن هناك مجموعة عوامل ساعدت على انتهاج و ممارسة هذا النوع من التدخلات العسكرية الائتلافية نذكر منها(2):

- التفوق التكنولوجي الساحق بين المتدخل و ميدان التدخل.
- امكانية القيام بالتدخل دون خسائر بشرية أو الخيار "صفر قتيل" و ربما "صفر جريح" كما سماها البعض.

و هي بذلك تندرج ضمن ما سماه بيار أسنر (Pierre Asner) "جدلية البرجوازي والبربري"، و تتماشى مع حالة الاطمئنان السائدة في المجتمعات الغربية و التحولات العميقة في ادراكها للعسكري و الحرب .

ثالثا/ الدعوة لتطوير آليات اقليمية لتسيير النزاعات المسلحة.

اتسمت العلاقات الدولية مند حوالي عشرين بتزايد المطالب بتطوير نظام الأمن الجماعي العالمي الذي يفترض أن تضمنه المنظمة الأمية باتجاه إنشاء و بلورة نظم اقليمية. ويرجعون ذلك الى ضعف النظام الجماعي و فشله في تحقيق المثل العليا لميثاق الأمم المتحدة . وعليه أصبح من الضروري التوجه نحو آليات أمنية إقليمية أكثر مرونة، قابلة للتكيف مع المعطيات و الخصوصيات المختلفة للنزاعات، و منسجمة في ما بينها حول الأهداف و القيم والمرجعيات... الخ.

الواقع أن هذا التوجه، و رغم ما يتضمنه من نقاط إيجابية، يضل محدود الفعالية و صعب التطبيق على كل النزاعات، و تؤكد التجارب الأولية على الحجم الكبير للخلافات البينية بين المجموعات الإقليمية بما في ذلك المجموعة الأوروبية التي خطت الى حد الآن خطوات عملاقة على مستوى الاندماج الاقتصادي و التجاري و المجتمعي، لكنها لا زالت متباينة المواقف تجاه القضايا السياسية و الأمنية(3). أما على مستوى القارات الأخرى و في مقدمتها افريقيا فإن الأمر يصبح شديد التعقيد بسبب مستويات التوتر الجوارية العالية بين

(1) للمزيد حول موضوع التدخل العسكري في ليبيا، أنظر. "التدخل العسكري في ليبيا : الأسباب و المخاوف شكل و طبيعة التدخل" تقرير صادر عن مركز الأبحاث و الدراسات الاستراتيجية للأمن القومي عن التدخل العسكري في ليبيا، 4 أبريل

2016

2) Yan Braem, « les interventions militaires : concurrences et convergences des modes de coopération militaires » ; Revue Armées et nations, 1er trimestre 20015.

3) Ibid.

العديد من دول القارة، و تشير العمليات التي تقوم بها نيجيريا في ليبيريا و سيراليون و دور السينغال في غينيا بيساو الى انحرافات عديدة أخطرها التحول الى طرف في النزاع الداخلي تحت غطاء العمل على استتباب الأمن و السلم.

رابعا/ معضلة التدخل العسكري في بيئات مختلطة ونزاعات أهلية.

تواجه التدخلات العسكرية بيئات و حقائق ميدانية معقدة و بعيدة في الغالب عن الأطر العسكرية المعروفة في الحروب النظامية و تتسم هذه البيئات بعدة صفات نذكر منها:

- التصنيفات التقليدية الى صديق / عدو و مدني/ عسكري ليس لها أي وجود أو معنيوتؤكد ظاهرة تجنيد الأطفال في النزاعات الإفريقية على ذلك⁽¹⁾.

- تواجه القوات العسكرية المتدخلة اثناء عملياتها معضلة كبيرة تتمثل في عدم وجود طرف ميداني مهيكّل في نظام يمكن التعامل معه. و في الغالب تجد نفسها في مواجهة أطراف عديدة متغيرة باستمرار و تخضع لضوابط غير عسكرية و في هذا السياق أثبتت تجربة الصومال حجم الصعوبة في التعامل مع مثل هذه البيئات المتغيرة مثل الرمال المتحركة تنعكس مباشرة في شكل تحالفات متغيرة باستمرار الأمر الذي يصعب من امكانية التوصل الى توافقات واسعة.

- عدم وجود خطوط مواجهة أو جبهات واضحة تجعل من مهمة التدخل العسكري صعبة الانجاز و تدفع بها أحيانا نحو القيام بمهام أخرى⁽²⁾. و تشير تجارب حفظ السلام في السنوات الأخيرة الى انتقال المهمة من الفصل بين الأطراف المتحاربة و مراقبة وقف اطلاق النار الى القيام بعمليات حفظ الأمن العام اي التحول الى القيام بعمليات شرطة دولية.

- احتمالات تغير الموقف الشعبي من القوة المتدخلة بفعل عوامل عديدة (أخطاء، تجاوزات، ضحايا من المدنيين... الخ) بحيث تصبح في نظر الراي العام قوة احتلال يجب رحيلها أو حتى مقاومتها (تجربة الجنرال عيديد في الصومال)⁽³⁾.

خلاصة:

1) Voir Laurence Basset, « les interventions militaires en zones urbaines : paradigmes, stratégies et enjeux », Etudes internationales ; vol 40,n°4 ; 2009.

2) Laurence Basset, op cit

3) Pour plus d'informations sur ce sujet voir : « les interventions militaires causes du terrorisme ? » , Bruno Tertrais ; Fondation pour la recherches stratégiques, note n)6 ; 15/02/2016.

من العرض الوجيز السابق لمظاهر التحول في عمليات التدخل العسكري يمكن أن نستنتج النقاط التالية:

اولا/ من الصعب الجزم بأن هناك بدائل جاهزة و ناجحة لتسوية النزاعات الداخلية المتفجرة في العالم بوتيرة عالية جدا و خاصة على امتداد الفضاء العربي - الافريقي ثانيا/ رغم تزايد الاعتماد على التدخلات العسكرية الائتلافية لضبط النزاعات فإنها لازالت تواجه صعوبات همة وقد تتطلب فترة طويلة لكي تصبح عملية و قابلة للتطبيق في آجال معقولة .

ثالثا/ اثبتت التجارب الى حد الآن صعوبة التحكم في مسار عمليات التدخل عبر مراحلها المختلفة، بحيث آلت العملية برمتها الى عكس ما كانت تهدف اليه لأن معطيات البيئة الداخلية و الخارجية المحيطة بالتدخل متغيرة باستمرار و من الصعب التكهّن بتوجهاتها.

رابعا/ يبقى البحث عن حلول أو توافقات نابعة من الداخل هو أحسن السياسات لمعالجة النزاعات الأهلية الداخلية، و في هذا السياق، تؤكد تجارب المصالحة الرائدة في السنوات الأخيرة (جنوب افريقيا، ...الخ) مدى أهمية الايجابيات السياسية و المعنوية الناتجة عن التوصل لحلول داخلية .

النظام القانوني الخاص بتفويضات المرفق العام على ضوء قانون الصفقات العمومية الجديد رقم 247/15

خديجة حرمل - طالبة مدرسة الدكتوراه
كلية الحقوق و العلوم السياسية
جامعة الجليلي بونعامة بخميس مليانة

الملخص :

إن مسألة تفويض إدارة المرفق العام تعتبر من أهم المسائل التي أثارها قانون الصفقات العمومية الجديد رقم 247 / 15 المؤرخ في 16 / 09 / 2015 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام و عاجلها من خلال الباب الثاني تحت عنوان الأحكام المطبقة على تفويضات المرفق العام من خلال المواد 207 إلى 210، و التي يقصد بها منح إدارة المرفق العام إلى أحد أشخاص القانون الخاص لتسييرها، و هذا لا يعني تحلي شخص القانون العام عن المرفق العام المرتبط به بل يبقى مسئولاً عن حسن إدارته و تأمين استمرارية تشغيله لذلك تختلف طرق تسييره حسب طبيعة النظام و طبيعته في حد ذاته و كذا تنوع المرافق العمومية، جعل من الطبيعي أن تتنوع معها طرق تسييرها فكل نوع تناسبه طريقة تسيير معينة .

Résumé:

La question du mandat joint la direction générale est l'une des questions les plus importantes soulevées par la nouvelle loi sur les marchés publics n ° 15/247 du 16/09/2015 inclus l'organisation des marchés publics et les mandats de l'annexe générale et traitées dans la Partie II en vertu des dispositions applicables des mandats du titre général de l'annexe dont au cours des articles 207 à 210, et qui sont destinés à la gestion des subventions de l'établissement public à une personne du secteur privé à mener, et cela ne signifie pas renoncer à une personne de droit public pour les services publics qui lui est associée, mais il serait responsable de la bonne gestion et d'assurer la course de la continuité des moyens orienté massage pour varier en fonction de la nature système et la nature en soi et ainsi que la diversité des Fiche Facilities, fait naturel qui varient avec tous les types de façons de mener la conduite de certains lui convient.

الكلمات الاستدلالية: المرفق العام، التفويض، الصفقات العمومية، العقود الإدارية، عقد الالتزام، عقد الاستغلال.

مقدمة

لم يعالج المرسوم الرئاسي الجديد إشكالية تفويضات المرفق العام فحسب، بل جاء بمحاور كبرى في الإصلاح الوطني لتنظيم ميدان الصفقات العمومية، من خلال رسم أهداف من بينها تبسيط وتسهيل إجراءات إبرام الصفقات وتحقيق أهداف التنمية من خلال تنمية الإنتاج الوطني، تشجيع المؤسسات الصغيرة والمتوسطة وتأطير عملية الشراء، شكل وتصنيف الصفقات العمومية، مفهوم البرنامج الوظيفي، أحكام خاصة بتشجيع الإنتاج الوطني، فيما يخص التجمعات المخصصة للمؤسسات، الإشهار في الصفقات العمومية، وإضفاء طابع الشفافية عليها، كما يهدف إلى محاولة ترشيد النفقات العمومية. وسنعالج هذا الموضوع من خلال دراسة مسالتين أساسيتين:

أولاً: بيان مفهوم تفويض المرفق العام من خلال التطرق إلى تعريف عقد تفويض المرفق العام، خصائصه، صورته وأركانه أو الأصل التاريخي لنظرية تفويض المرفق العام ثانياً: بيان الأحكام الخاصة بتفويضات المرفق العام على ضوء المرسوم الجديد

المطلب الأول: مفهوم تفويض المرفق العام

الفرع الأول: تعريف عقد تفويض المرفق العام

إن عقود تفويض المرفق العام هي عائلة العقود الإدارية التي تسند إلى أحد أشخاص القانون الخاص أو العام عبء الاضطلاع بإدارة مرفق عام، وذلك لقاء تحصيل رسوم من المتفاعلين من المرفق محل العقد بما يغطي تكلفة إدارة المرفق ويحقق هامشاً من الربح يتقاضاه المتعاقد. ومن ثم فإن هذا المصطلح يضم كل أساليب إدارة المرافق العامة على أساس تعاقدية، مثل عقد الالتزام والامتياز ومشاطرة الاستغلال والتزام الأشغال العامة (1)

ويبدو أن حداثة هذا المفهوم قد جعلته مشوباً بالغموض، فليس له تعريف واضح لا من جانب المشرع ولا من جانب القضاء والفقهاء، حتى إن بعض الفقهاء قد عبر عن موقفه الراض لهذا المصطلح صراحةً، ومن هؤلاء الأستاذ Delvolvé، وذلك لأن مفهوم التفويض كان مقترناً دائماً بنظرية الاختصاص في القانون الإداري، وكذلك فإن نظرية المرفق العام درست دوماً على نحو مستقل عن مفهوم التفويض (2)

الفرع الثاني : خصائص تفويض المرفق العام

أولاً: ضرورة وجود مرفق عام يهدف للمنفعة العامة

وهذا ما يحقق إشباع حاجة عامة أو أداء خدمة سواء كانت هذه الحاجة معنوية كالتعليم والثقافة، أو كانت الخدمة مادية كتوفير السلع التموينية (3)

ثانياً : تفويض المرفق

هو عقد وكالة توكل من خلاله الإدارة شخصا آخر يتولى استغلال المرفق العام، فالإدارة تنشئ المرفق العام وتنظمه، وهي التي توكله وتفوضه لشخص آخر، مع بقائها الدور الأساسي وهو الرقابة مثل توعية الخدمة والأسعار... الخ.

ثالثاً : العلاقة بين المفوض والمفوض له

وهي علاقة عقدية، فهذا العقد يحدد كافة الشروط : التنفيذ، المقابل المالي، الرقابة... إلخ، وهو ما يؤكد أن التفويض لا يكون إلا في إطار عقد يضمن الحقوق والواجبات والالتزامات بدقة، خاصة قيود المرفق والتي يجب أن يلتزم بها المفوض له بالقواعد الأساسية التي تحكم حسن سير المرافق العامة، وهي مبدأ المساواة بين المرتقيين ومبدأ استمرارية المرفق .

رابعاً : تعلق هذا التفويض باستغلال مرفق عام

يعتبر استغلال المرفق كعنصر معرفة لاتفاقية تفويض المرفق، ويكون هذا الاستغلال باستعمال المفوض له سلطاته الكاملة في تسيير المرفق، فهو بهذه الصفة يملك السلطات التالية

-وجود علاقة مباشرة بين المرتفقين والمستغل للمرفق.

-للمفوض له علاقة مباشرة مع الموردين والمقاولين.

-يضمن المستغل السير العادي للمرفق ويتحمل كل المخاطر والأرباح المالية والتقنية.

-توفير المنشآت والوسائل الضرورية لتسيير المرفق والقيام بكل الأعمال الضرورية

لذلك(4)

الفرع الثالث : أركان عقد تفويض المرفق العام

أولاً - محل التفويض مرفقاً عاماً قابلاً للتفويض

فلا يجوز تفويض المرافق التي ترتبط بوظائف الدولة الجوهرية، وهي التي يطلق عليها المرافق السيادية، كما هو الحال في مرفق الشرطة، ومرفق الدفاع.

ثانيا - محل التفويض استغلال المرفق وإدارته لا نقل ملكيته

وبهذا المعنى فإن عملية التفويض لا تقود إلى خصخصة المرفق Privatisation du service بل إن الإدارة تحتفظ دائماً بسيادتها عليه، وكل ما في الأمر أن المتعاقد يدير هذا المرفق ويستغله فترة زمنية محدودة بدلاً من الإدارة العامة، وبناءً عليه، فإن المفوض يجب أن يستخدم العاملين الضروريين لتسيير المرفق العام، وهذا لا يمنع من أن يوضع الموظفون العاملون في سلك الإدارة المفوضة تحت تصرف المفوض إليه.

ثالثاً - الأسلوب الخاص الذي يحصل عليه المفوض

إذ يلعب عقد المقابل الذي يحصل عليه المفوض دوراً حاسماً في تحديد ماهية عقد التفويض، وتمييزه من أنواع العقود الإدارية الأخرى، فلا يمكن الحديث عن وجود عقد تفويض في دنيا الوجود القانوني إلا إذا كان المقابل الذي يحصل عليه المتعاقد مع الإدارة يتكون من حصة استغلال المرفق (5)

الفرع الرابع : صور عقد تفويض المرفق العام

أولاً - التزام المرفق العام-

1 - تعريفه: التزام مرفق عام هو تصرف قانوني تعهد بموجبه الإدارة اتفاقاً تنفيذ مرفق عام إلى شخص آخر عام أو خاص تنتقيه من حيث المبدأ بملء حريتها، وتسمى الإدارة في هذه الحالة بالسلطة المانحة، أما المتعاقد معها فيطلق عليه تسمية الملتزم، وتمثل الالتزامات الأساسية المترتبة على عقد الالتزام في أن يؤمن الملتزم على نفقته ومسؤوليته سير المرفق طبقاً لدفاتر الشروط، وأن يقوم بإعداد الإنشاءات الأولية للمرفق، في مقابل أن تمكنه الإدارة من جباية رسوم من المتفاعلين بالمرفق محل الالتزام لمدة محدودة هي مدة العقد ذاته، والتي بعد انقضائها يلتزم المتعهد بنقل المرفق مع إنشاءاته إلى حوزة الإدارة بحالة جيدة.

وقد اختلف القضاء والفقهاء في التكييف القانوني للالتزام، فذهب بعض الفقهاء الألمانيين القديم إلى القول إن الالتزام ما هو إلا قرار إداري موقوف على رضا المخاطب به، وقال بعض الفقهاء الفرنسيين القديم إن الالتزام عملية تعاقدية بحتة تستوجب إنابة من السلطة العامة تبرز آثارها في إطار تمكين الملتزم من وضع يده على المال العام، وجباية رسوم من المتفاعلين من خدمات المرفق، وقد أخذ مجلس الدولة الفرنسي بهذا الاتجاه حتى بداية القرن العشرين، وبعد إخفاق هذه النظرية اتجه الفقهاء والقضاء الفرنسيين إلى القول إن للالتزام مظهر تنظيمي وآخر تعاقدية

ويتجلى المظهر التنظيمي في العلاقة بين المرفق والمنتفعين بخدماته، أما المظهر التعاقدية فيبدو من خلال العلاقة بين الملتزم والإدارة، وفي النتيجة فإن الشروط التي يحتويها الالتزام تكون كلها تعاقدية في مواجهة المنتفعين، إلا أن هذه النظرية وإن راجت قليلاً، فقد تعرضت للنقد الشديد، إذ رأى جانب من الفقه أن قيام العلاقة بين الإدارة المانحة والملتزم على أساس تعاقدية بحت، من شأنه أن يؤدي في النتيجة إلى عدم إمكانية تعديل القواعد المتعلقة بتنظيم المرفق إلا باتفاق الطرفين، وهو ما يؤدي من حيث النتيجة إلى تجميد حسن سير المرافق الممنوحة. واستقر القضاء والفقه أخيراً على حسابان الالتزام عملاً مختلفاً

لذلك يعد الالتزام كتصرف قانوني قائماً على أساس مركب من عناصر تعاقدية وأخرى تنظيمية، بمعنى أن هذا التصرف في جزء منه تعاقدية، وفي جزئه الآخر تنظيمية، ولكن، على عكس نظرية الطبيعة المزدوجة، فإن هذه الطبيعة المركبة تبرز وفقاً لأنواع الشروط التي يمكن تمييزها في محتوى التصرف، فالشروط التي تتعلق بتنظيم وتسيير المرفق تتمتع بالطبيعة التنظيمية في مواجهة الملتزم والمنتفعين على حد سواء، أما الشروط الأخرى، التي تتعلق بالأفضليات والميزات التي تعطيها الإدارة للملتزم مقابل إدارته للمرفق، والتي دفعت ذلك الملتزم إلى النهوض بعبئه، فإنها تتمتع بالطبيعة التعاقدية (6)

رغم الصعوبة التي تواجهها في إبراز أوجه الاختلاف بين عقد الامتياز وعقد التدبير المفوض، سنحاول التمييز بينهما من خلال بعض المؤشرات، لكن أرى في البداية إعطاء لمحة مقتضبة عن عقد الامتياز، يعتبر عقد الامتياز وسيلة قديمة يعود أصلها إلى مرحلة امتياز الأشغال العمومية التي ظهرت في القرن السادس عشر، كأول شكل للعلاقات التي تبرمها الجماعة مع أحد الأفراد التي تناط به مهمة إنجاز أشغال عمومية مختلفة تحت نفقته، مقابل تمتعه ببعض الصلاحيات أو الامتيازات

وعقد الامتياز أسلوب يختلف عن طريق الاستغلال المباشر الذي تتولى فيه الإدارة تسيير مرفق عام بنفسها مستعملة موظفيها وأموالها، بحيث أن بواسطة عقد الامتياز تكلف الدولة أو أحد الأشخاص العامة من القانون الخاص لإدارة أحد المرافق العامة الاقتصادية واستغلاله لمدة محدودة في نطاق عقد تدبير يبرم بينها وبين الملتزم، والذي يستعمل أمواله وعماله ووسائله الخاصة لإدارة المرفق تحت مسؤوليته، ويتقاضى مقابل ذلك رسوماً من المنتفعين بخدماته

وبذلك فإن عقد الامتياز ليس عقداً للتسيير أو عقداً لتفويض التدبير وليس حتى صورة من صور الخصوصية، ويعرفه الفقه الفرنسي. كالتالي: " طريقة لتسيير مرفق عام صناعي أو

تجاري، والذي بمقتضاه تعمل الجهة مانحة الامتياز (الدولة أو الجماعة المحلية) على تكليف شخص من القانون الخاص يسمى (صاحب الامتياز) بإدارة المرفق العام بوسائله الخاصة وذلك بمقابل يتقاضاه من المستفيدين من الخدمة، وكخلاصة فإن عقد الامتياز لا يستخدم إلا بالنسبة للمرافق العامة الاقتصادية التي يدفع المتفعل بخدماتها مقابلا، وبالتالي تستبعد من هذا الأسلوب المرافق العامة الإدارية.

ويتضح من ذلك كله أن لعقد الامتياز عنصرين أساسيين:

- خضوع عقد الامتياز لأحكام القانون العام باعتباره أسلوبا من أساليب إدارة المرافق العامة .
 - خضوع عقد الامتياز كذلك لأحكام القانون الخاص باعتباره مشروعا فرديا خاصا
- ومن خصائص عقد الامتياز كذلك ارتباطه غالبا بالمرفق العام، وحرية الإدارة في اختيار المتعاقد، وتحمل هذا الأخير نفقات المشروع بمقابل مادي من المتفعلين، وبالتالي فهو من نوع خاص، ذلك أنه يحتوي على شروط تعاقدية تحكمها قاعدة (العقد شريعة المتعاقدين) وشروط تنظيمية تملك الإدارة تعديلها في كل وقت وفقا لحاجة المرفق العام .
- فالشروط العقدية هي قواعد تقتصر على تنظيم العلاقة بين الإدارة والملتزم فقط، ولا تمتد إلى المتفعلين، لذلك لا يحق للإدارة تعديلها أو تغييرها إلا بموافقة الملتزم، كما أنها شروط لا يمكن للإدارة الاستغناء عنها لو فضلت تسيير المرفق بنفسها، كمدة الالتزام مثلا، وهو أيضا عقد من نوع خاص لأنه يمكن الملتزم ألا يستوفي المقابل المادي، لا من الإدارة ولا من المتفعلين، وإنما من الأنشطة الثانوية التابعة لعقد الامتياز كالإشهار مثلا بالنسبة للقطاع السمعي البصري .

أما الشروط التنظيمية فهي قواعد تنظيم سير المرفق العام والعلاقة بين الإدارة والملتزم وبين هذا الأخير والمتفعلين، وبما أن الإدارة هي المسؤولة عن المرافق العامة فلها يعود اختصاص هذه القواعد المتعلقة بتنظيم المرفق وسيره ونشاطه مثل: تحديد ساعات العمل والرسوم... إلخ، لذلك لها الحق في تعديلها وتغييرها دون موافقة الملتزم بل وفقا لمتطلبات المصلحة العامة ودون الإخلال بالتوازن المالي للعقد، كما أن مدة عقد الامتياز تطول من 30 إلى 99 سنة (7)

2- الأحكام القانونية لعقد الالتزام

وتشمل هذه الأحكام منح الالتزام وإبرامه والحقوق والالتزامات المتبادلة بين الملتزم والإدارة، ونهاية عقد الالتزام، ومزايا الالتزام وسلبياته، وذلك كما يلي:

أ- منح الالتزام

يقصد بمنح الالتزام الترخيص بإبرامه، وبناءً عليه فإن عقد الالتزام لا يبرم إلا إذا تدخلت سلطة يحددها القانون لترخص بإبرامه، وقد تكون هذه السلطة هي السلطة التشريعية، أو السلطة التنفيذية العليا، كرئيس الجمهورية أو رئيس الوزراء، وذلك حسب النظام القانوني السائد، ففي جمهورية مصر العربية يكون منح الالتزام بقرار من رئيس الجمهورية بعد موافقة مجلس الشعب وذلك كأصل عام. وإن صدرت بعض القوانين مؤخراً التي أعطت مجلس الوزراء هذه السلطة بناءً على اقتراح الوزير المختص. أما في الجمهورية العربية السورية، فيستفاد من نص المادة (71) من الدستور ضرورة موافقة مجلس الشعب على عقود الالتزام التي تبرمها الدولة مع الشركات أو المؤسسات الأجنبية، وهذا يعني - بمفهوم المخالفة - أنه إذا أبرم عقد الالتزام مع شركات أو مؤسسات غير أجنبية فإن موافقة المجلس لا تكون واجبة (8)

ب- إبرام عقد الالتزام

إن الأهمية الخاصة لعقد الالتزام، قد فرضت على الإدارة دائماً أن تتقي شخصاً قادراً على الاضطلاع بعبء هذه الإدارة، مما يقتضي مراعاة مبدأ الاعتبار الشخصي، عندما تقدم على إبرام عقد التزام، ومقتضى مبدأ الاعتبار الشخصي في حالة إبرام عقد الالتزام أن تختار الإدارة المتعاقد الأفضل فنياً ومالياً لإدارة المرفق محل الالتزام، وذلك بملاء حريتها، من دون أن تكون مقيدة بأطر إجرائية محددة مسبقاً، كتلك المحددة لإبرام عقود الشراء العام (الأشغال والتوريد والخدمات).

ويبدو أن قضاء مجلس الدولة الفرنسي قد استقر على هذا المبدأ منذ زمنٍ طويل، إذ أكد دوماً عدم التزام الإدارة بالخضوع لإجراءات الإبرام التي نص عليها القانون في عقود الشراء العام، عندما تبرم عقود التزام مرفق عام، نظراً لضرورة الاعتبار الشخصي في انتقاء المتعاقد من جهة ولعدم وجود أي نص قانوني أو تنظيمي يجبر الإدارة على إتباع إجراء محدد في معرض إبرامها لهذا النمط من العقود من جهة أخرى.

ولكن إطلاق السلطة التقديرية للإدارة في انتقاء المتعاقد معها قد أدى إلى انتشار الفساد، لذلك فإن التشريعات المعاصرة، تقضي بأن تبرم عقود الالتزام في جميع الحالات بناءً على حالة من الشفافية الإدارية، تتجلى في الإعلان المسبق، والمنافسة الحرة، كما هو الوضع السائد في فرنسا حالياً ومنذ سنة 1993 (9)

ج- الحقوق والالتزامات المتبادلة بين الملتزم والإدارة

- حقوق الإدارة في مواجهة الملتزم:

- حق الرقابة على إنشاء وإدارة المرفق العام موضوع الالتزام، وهذا الحق مستمد من طبيعة المرفق العام محل الالتزام، ولا يمكن للإدارة أن تتنازل عنه كله أو بعضه، إذ يكون للسلطة الإدارية أن تشرف على الملتزم أثناء إدارته للمرفق، وأن تجربه على تنفيذ جميع الشروط الواردة في وثيقة الالتزام إذا أحل بها، تحت طائلة إيقاع الجزاءات في مواجهته سواء من تلقاء نفسها بما لها من صفة التنفيذ المباشر، أو باستصدار حكم من القضاء، كما أن لها أن تراقب الإدارة المالية للمرفق مع كل ما يستتبعه ذلك، وتمارس الإدارة المانحة هذا الحق بنفسها أو عن طريق أجهزة الدولة الإدارية والمالية والفنية المختصة.

- حق تعديل النصوص اللائحية بالإرادة المنفردة لمانح الالتزام، وذلك تطبيقاً لنظرية التعديل الانفرادي للعقد بوجه عام، وتجاوباً مع الطبيعة الخاصة التي تحملها عقود التفويض على وجه الخصوص ومنها عقد الالتزام، فإن عقد الالتزام يكون محله إدارة مرفق عام، أي إن الإدارة تنقل بموجب هذا العقد إلى متعاقدتها إدارة المرفق من دون تنظيمه الذي يبقى من حقوقها الأصلية غير القابلة للتنازل بالطريق العقدي، فما دام المرفق العام خاضعاً لقاعدة التغير وفقاً للظروف المختلفة، وللإدارة الحق في إعادة تنظيم أو ضاع المرفق كحق أصيل لها، فلها الحق أن تتدخل وتعديل بإرادتها المنفردة عقد الالتزام، في سبيل إعادة تنظيم أو ضاع المرفق محل العقد، ومثال ذلك أن تطلب الجهة مانحة الالتزام من صاحب التزم نقل داخلي أن يمد مزيداً من الخطوط لمناطق جديدة، أو يزيد عدد الحافلات المستعملة، أو يعدل أوقات تسييرها، غير أنه إذا ألحقت هذه التعديلات غبناً بالملتزم، بأن أخلت بالتوازن المالي لعقد الالتزام، فللملتزم أن يطالب بالتعويض أو بفسخ العقد.

- استرداد المرفق قبل نهاية المدة: للسلطة الإدارية المانحة، إذا ما تبين لها لسبب أو لآخر، أن طريقة الالتزام لم تعد تتفق مع المصلحة العامة التي أنشئ لأجلها المرفق، أن تسترد المرفق من الملتزم مع تعويض ما يصيبه لقاء ذلك من أضرار (10)

- حقوق الملتزم في مواجهة الإدارة

- حق الملتزم في تقاضي المقابل المالي من المتفاعلين من خدمات المرفق العام محل الالتزام، إذ يكون للملتزم حق اقتضاء مقابل من المتفاعلين بخدمات المرفق، وهذا الحق هو الذي يعول عليه الملتزم في تعويض النفقات التي صرفها لإنشاء المرفق والاضطلاع بعبء إدارته وفي تحقيق هامش الربح المحدد له، فإن لمثل هذا الحق أهمية خاصة، لأن المتعاقد ما كان سيقدم

على التعاقد لولا وجوده، كما تنبع أهميته من كونه متعلقاً بالغير من المنتفعين بالخدمات التي يقدمها المرفق محل الالتزام، فالمبالغة في الرسم الذي من المفترض أن يتقاضاه الملتزم من قبل المنتفعين قد تؤدي إلى المساس بمبدأ مساواة المنتفعين أمام المرافق العامة الذي يعتبر أحد الأسس الكبرى التي تحكم سير المرافق العامة، لذلك فقد حدث خلافٌ قضائي وفقهي حول تكييف شرط المقابل المالي في عقد الالتزام، وما إذا كان يعد من قبيل الشروط التعاقدية ويوضع باتفاق الأطراف، أم هو من قبيل الشروط اللائحية ويوضع بالإرادة المنفردة للإدارة. غير أن مجلس الدولة الفرنسي قد استقر على أن تعريفه الرسم الذي يجب تقاضيه من المنتفعين من خدمات المرفق إنما تعد عنصراً من عناصر تنظيم المرفق العام محل الالتزام، وأن الإدارة مانحة الالتزام تحتفظ بالسيادة عليه، وهو لا يكون محلاً لإطار عقدي ما بين الإدارة المانحة والملتزم، لذلك يجب أن يحدد بالطريق الانفرادي المتجسد بالقرارات الإدارية.

ونتيجة لموقف مجلس الدولة هذا، فإن الفقه الفرنسي قد توصل إلى قواعد ضابطة لمقدار تعريفه الرسم المنصوص عليه في عقد الالتزام، وأهم هذه القواعد أن تراعي الإدارة في تحديدها مسألة التوازن بين قيمتها والتكلفة الحقيقية للخدمة المؤداة عن طريق المرفق محل الالتزام، كما يجب مراعاة مبدأ مساواة المنتفعين أمام المرفق العام المفوض عند تطبيق التعريف فيما بينهم في معرض علاقتهم بالمرفق العام محل الالتزام، وهذا يعني من حيث المبدأ أنه يجب تطبيق تعريفه الرسم ذاتها على المنتفعين من خدمات المرفق العام محل الالتزام، ووفقاً لشروط متساوية، مع ملاحظة أن مبدأ المساواة في المعاملة المالية يمكن مخالفته إذا نص القانون على ذلك، أو إذا كان ذلك في مصلحة المرفق (11)

ونظراً لما قد يحققه الملتزم من أرباح طائلة، بحسبان أنه غالباً ما يحتكر الخدمات التي يقدمها المرفق محل الالتزام، فإن بعض التشريعات المقارنة تنص على حد أعلى لأرباح الملتزم لا يجوز تعديده، ومن قبيل ذلك ما نصت عليه المادة الثالثة من القانون رقم 129 لسنة 1947 في مصر.

- حق الحصول على المزايا التي يقررها مانح الالتزام: قد تلتزم الجهة الإدارية مانحة الالتزام بتقديم بعض المزايا للملتزم حتى يتمكن من القيام بمهمته، وتتضمن وثيقة الالتزام هذه الالتزامات التي تقع على عاتق الإدارة المانحة في هذا المجال، ومثال ذلك أن تقدم الإدارة المانحة للملتزم مبلغاً من المال في صورة قرض، أو أن تضمن له أرباح القروض التي يقترضها، أو لا تسمح لجهة أخرى بأن تزاوّل النشاط الذي يزاوله... إلخ، ومن المسلم به أن

جميع الشروط التي هي من هذا القبيل إنما تعد شروطاً تعاقدية لا تملك الإدارة المساس بها بإرادتها المنفردة.

- التوازن المالي للمشروع: إذا ترتب على تدخل الإدارة مانحة الالتزام في تعديل تنظيم المرفق محل الالتزام على النحو المذكور سابقاً ضرر مالي على الملتزم، فإنه يجب على مانح الالتزام أن يعرض عن الأضرار التي حاقت به بما يعيد التوازن المالي للعقد إلى سيرته الأولى، لأن التسليم بحق الإدارة دائماً في التدخل لتحقيق المصلحة العامة من وراء التعديل في أوضاع تنظيم المرفق محل الالتزام، يجب ألا يؤدي إلى إهدار مصالح الملتزم المالية.

4- انتهاء عقد الالتزام

ينتهي عقد الالتزام إما بصورة طبيعية بسبب انتهاء مدته أو بصورة مبسرة لأسباب مختلفة:

أ- النهاية الطبيعية لعقد الالتزام

من الملاحظ أن عقد الالتزام ينتمي إلى طائفة العقود الزمنية التي يمثل الزمن فيها عنصراً جوهرياً، لذلك فإن النهاية الطبيعية لعقد الالتزام تحل بانقضاء الزمن المحدد لنفاذه، إذ إن التشريعات المقارنة تحرم تأييد عقود الالتزام، ولكن إذا انقضت المدة المحددة للالتزام، فيمكن تجديدها مرة أخرى، وقد يحتوي عقد الالتزام أحياناً على شرط يطلق عليه شرط الأولوية عند التمديد، وهو يعني أنه إذا ما رأت الإدارة عند نهاية العقد الأصلي الاستمرار في إدارة المرفق موضوع التعاقد عن طريق الالتزام، فإن الملتزم القديم يفضل عند تساوي الشروط والظروف فيما بينه وبين المرشحين الجدد للتعاقد (12)

ب- النهاية المبسرة لعقد الالتزام-

قد ينتهي عقد الالتزام كما هو الحال في سائر العقود الإدارية نهاية مبسرة قبل المدة المحددة لانقضائه، وقد يكون سبب هذا الانتهاء إما استرداد المرفق محل الالتزام، وإما إسقاط الالتزام، أو فسخ العقد لأسباب أخرى غير الاسترداد والإسقاط:

ج- استرداد الالتزام-

وهو إنهاء الإدارة لعقد الالتزام قبل حلول مواعده من دون خطأ من جانب الملتزم مقابل تعويضه تعويضاً عادلاً، ومن ثم فإن الاسترداد يتم بقرار إداري حتى لو تضمن العقد نصاً على حق الإدارة في اللجوء إليه، فمثل هذا النص كاشف ومنظم لا مقرر لحق جديد.

والاسترداد إما أن يكون تعاقدياً، وهو الاسترداد الذي ينظمه العقد ويجدد شروطه، ولهذا تعد إجراءات تحقيق هذا الاسترداد من الشروط التعاقدية التي يتعين على الإدارة مراعاتها

وعلى القضاء احترامها، وإما أن يكون هذا الاسترداد غير تعاقدي ويترتب عليه إنهاء عقد الالتزام من دون وجود نصّ في العقد أو في دفتر الشروط، ويعد هذا الحق من الحقوق المسلم بها للإدارة في نطاق عقد الالتزام استناداً إلى سلطتها التي لا يمكن التنازل عنها في تعديل أركان تنظيم المرفق العام، وقد يكون الاسترداد قانونياً إذ يتدخل المشرع عندئذٍ بإصدار قوانين خاصة ينظم بها استرداد بعض المرافق المهمة التي تدار عن طريق الالتزام، وخير مثال على الاسترداد التشريعي ما قام به المشرع المصري حين أقدم على إنهاء التزام شركة قناة السويس، وذلك بمقتضى القانون رقم 285 لسنة 1926.

د- إسقاط الالتزام-

وهو فسخ العقد على حساب الملتزم نتيجة لخطئه الجسيم، ولكن إذا كانت جهة الإدارة المتعاقدة كأصل عام - وكما سيأتي تفصيله في الموضوع المناسب - تملك أن توقع الجزاء على المتعاقد بنفسها من دون اللجوء إلى القضاء مقدماً، إلا أن القضاء الإداري الفرنسي قد استثنى عقوبة إسقاط الالتزام من هذه القاعدة العامة فجعل توقيعها من جانب القضاء (13)

هـ- فسخ عقد الالتزام

فإلى جانب إسقاط الالتزام أو استرداد المرفق العام محل عقد الالتزام، قد يفسخ عقد الالتزام قبل مدته الطبيعية لأسباب أخرى مختلفة منها:

- **الفسخ الاتفاقي** : وهذا الذي يتم باتفاق بين الإدارة وبين الملتزم قبل نهاية مدة الالتزام، وقد يختلط بطريقة الاسترداد الاتفاقي التي سبق التطرق إليها، ولكن الأسلوبين مختلفان، وذلك لأن حق الإدارة في استرداد الالتزام هو حقٌ أصيل، سواء أنص عليه في العقد أم لم ينص عليه، أما الفسخ الاتفاقي، فهو يتم عند تراضٍ كامل بين الإدارة والملتزم، وبمقتضاه يتولى الطرفان تقدير التعويض الذي يمكن أن يستحق للملتزم، وكيفية دفعه، وتلجأ الإدارة عادة إلى هذه الطريقة، إذا قدرت صعوبة الالتجاء إلى طريقة الاسترداد.

- **الفسخ بقوة القانون**: ذلك كما هو الأمر في حالة القوة القاهرة، إذا أدت إلى تدمير المرفق الذي يدار عن طريق الالتزام، أو تضمن العقد نصاً بانقضاء الالتزام بوفاء الملتزم، وكما لو صدر قانون يتضمن فسخ عقود الالتزام الخاصة بمرفقٍ معين يدار بطريق الالتزام، وعندئذٍ ينص هذا القانون على كيفية تعويض الملتزمين.

- **الفسخ القضائي** بناءً على طلب الملتزم.

فقد يلجأ الملتزم إلى القضاء طالباً إنهاء عقده قبل الأوان لأسباب متعددة من أهمها تلك الحالة التي تحطىء فيها الإدارة خطأً جسيماً في تنفيذ التزاماتها، أو إذا عدلت الإدارة في شروط

عقد الالتزام بما يخل بتوازنه الاقتصادي إخلالاً جسيماً يفوق إمكانيات الملتزم الاقتصادية أو الفنية، أو يغير من جوهر العقد بما يجعله بمنزلة عقد جديد ما كان الملتزم ليقبله لو عرض عليه عند التعاقد أول مرة.

ثانياً - امتياز المرفق العام.

1- تعريفه

هو عقدٌ تكلف الإدارة بموجبه شخصاً آخر «عاماً أو خاصاً» باستغلال مرفقٍ يسلم إليه بإنشاءاته المعدة مسبقاً من جانب الإدارة، وذلك في مقابل مبلغ محدود من المال يدفعه للإدارة، فيكون المقابل الذي يحصل عليه هو الفرق بين ما يدفعه للإدارة وما يحصل عليه من استغلال المرفق عن طريق جباية رسوم من المتفاعين من خدمات هذا المرفق (14) ويلاحظ أن الفقه الفرنسي يفرق بين الالتزام والامتياز على أساس الإنشاءات الأولية للمرفق محل العقد، ففي عقود الالتزام تكون الإنشاءات الأولية على عاتق الملتزم، أما في عقود الامتياز، فإن صاحب الامتياز يتسلم المرفق لاستغلاله. وقد قامت الإدارة بإعداد إنشاءاته الأولية، ويعد الأستاذ فالين أول من استخدم معيار الإنشاءات الأولية للفرقة بين الالتزام والامتياز.

وإضافة إلى ذلك، يلاحظ أن الملتزم يتقاضى المقابل مباشرة من المتفاعين من دون أن يدخل في علاقة مالية أولية مع الإدارة، في حين أن صاحب الامتياز يدخل في علاقة مالية أولية مع الإدارة، إذ يدفع لها مبلغاً متفقاً عليه لقاء استغلاله للمرفق، مقابل أن يستغل المرفق ويقوم بجباية رسوم من المتفاعين بخدماته، وفقاً لتعريفه محدودة مسبقاً (15)

و في الأخير يعتبر عقد الامتياز الإداري من العقود غير المسماة التي تبرمها الإدارة، حيث تقوم هذه الأخيرة بإبرام تصرفات قانونية في شكل عقود مسماة باسمها الخاص و نظامها القانوني المميزة الذي يحكمها بإطار ما يسمى بالصفقات العمومية، كما تقوم بإبرام عقود تلبية للمنفعة العامة إلا أنها غير مسماة و تحظ بعناية و اهتمام المشرع إلا ما صدر عنه في نصوص خاصة و متفرقة و من بين هذه العقود عقد الامتياز الإداري (16)

2. خصائصه

- يعد الامتياز طريقة من طرق إدارة المرافق العامة التي قد تلجأ إليها الدولة إذا اعتقدت أنها الطريقة المناسبة و المثالية لإدارة هذا المرفق، و قد تختار الإدارة هذه الطريقة مباشرة بعد تقرير إشباع الحاجات الجماعية و قد تكون هذه الطريقة مجرد الخلف لطريقة أخرى

- ثبت للإدارة أنها لم تحقق النتائج المرجوة أو لم تعد تحقق النتائج المتوخاة منها فتقرر الإدارة العدول عن هذه الطريقة السابقة و الأخذ بطريقة الامتياز.
- يتضمن الامتياز مساهمة أحد أشخاص القانون الخاص بإدارة مرفق عام و إشباع حاجات جماعية و بذا يكون محل الامتياز دوما إشباع حاجة جماعية على درجة عالية من الأهمية في حياة الأفراد لهذا يجب أن يدار هذا المرفق باطراد و انتظام لضمان إشباع هذه الحاجة الجماعية بصورة دائمة و منظمة.
- أن يتولى أحد أشخاص القانون الخاص إدارة مرفق عام عن طريق الامتياز لا ينفي عنه صفة المرفق العام بل يبقى محتفظا بهذه الصفة و تبقى الإدارة العامة مسئولة عن هذا المرفق و إدارته إدارة حسنة لذا يتولى الملتزم إدارة المرفق تحت إدارة و إشراف الإدارة الدائمة و المستمرة.
- إن اعتبار أي مشروع مرفقا عاما و اختيار أسلوب الامتياز لإدارته هما من الأمور التقديرية التي تندرج ضمن اختصاص السلطة المختصة و لا معقب عليها من القضاء
- يلتزم الملتزم في عقد الامتياز لمدة محددة فهو ليس بعقد أبدي و لا تنازلا عن المرفق إنها هو مجرد طريقة للتسيير و هي من أهم العناصر المميزة للامتياز و غالبا ما تتسم هذه المدة بالطول نسبيا نظرا لطبيعة هذا العقد.
- يتميز الامتياز بتولي الملتزم إدارة المرفق على نفقته الخاصة، إذ يتولى نفقات إنشاء وتشغيل المرفق من أمواله الخاصة و يتحمل مخاطر هذا الاستثمار ماليا (17)
- من خصائص و عناصر الامتياز الجوهرية أن يدفع المتفعون من خدمات هذا المرفق مقابل نقدي و هو العائد المادي الذي ينتظره الملتزم لقاء الاستثمار المالي، و بذا يجب على المتفعين من خدمات المرفق المدارة عن طريق الامتياز دفع مقابل نقدي نظير الانتفاع من هذه المرافق.
- يعتبر عقد الامتياز عقدا إداريا يخضع للنظام القانوني للعقود الإدارية، بل لعله أهم العقود الإدارية و على الأخص في الدول التي تأخذ بهذا الأسلوب لإدارة مرافقها المهمة

(18)

3. تكييف عقد الامتياز

يتميز امتياز المرافق العامة بالطبيعة التعاقدية و يتضمن بنود تعاقدية تقضي بالتزامات متبادلة بين طرفي العقد، إلا انه يتضمن بنود تملك الإدارة تعديلها بإرادتها المنفردة نظرا لطبيعتها التنظيمية، و تتضمن الطبيعة التعاقدية لامتياز المرافق العامة التعامل مع صاحب

الامتياز كمتعاقد معه يتولى إدارة المرفق العام على نفقته و مسؤوليته و غياب الطبع التعاقدى (19)

و نشوء جميع التزامات صاحب الامتياز من مصدر تنظيمي يعني الدخول ضمن التنظيم الإداري للشخص العام و تطبيق القواعد المعمول بها . و بفعل هذه الثنائية الناتجة عن وجود عقد امتياز و قرارات تنظيمية صادرة عن السلطة الإدارية المانحة للامتياز، حصل جدال فقهي حول طبيعة عقد الامتياز و برز هذا الإطار عدة نظريات سوف نتطرق إليها على النحو التالي :

أ- عقد الامتياز ذات طابع تنظيمي

يسود هذا الرأي في المدرسة الألمانية، و بمقتضاها يعتبر عقد الامتياز عمل انفرادي من جانب السلطة التي ترخص للملتزم القيام بنشاط معين بعد قبوله للشروط التي تحددها الإدارة . و يتميز هذا الاتجاه بكونه يخول للإدارة سلطات واسعة أثناء تعديل شروط الامتياز، أو إلغائها دون قيد، كما انه يضعف مركز الملتزم و ينكر الدور الذي يقوم به و النفقات التي يبذلها في سبيل المرفق و هذا ما أدى إلى هجر هذه النظرية و مهد لظهور نظرية أخرى تحتل مكانها (20)

ب- عقد الامتياز ذات طابع تعاقدى

سادت هذه الفكرة في فرنسا، و خلاصة هذه الفكرة أن التزام المرافق العامة ليس سوى عقد من العقود يتضمن السماح للملتزم باحتلال الدومين العام و الحصول على بعض الرسوم من المنتفعين بالمرفق، فمن الطبيعي لن تقول هذه النظرية أن هناك اشتراطا لمصلحة الغير، إذ أن السلطة مانحة الامتياز إنما تشترط لصالح المنتفعين.

والذي لا شك فيه أن هذه النظرية هي أيضا تستحق النقد، و قد انتقدها فعلا كبار فقهاء القانون الإداري كالعميد " هوريو " و العميد " دوجي " و العلامة " جيز " و يكون محل الانتقاد الأول أن مركز المنتفعين لا يمكن أن يتحدد بواسطة الاشتراط لمصلحة الغير، لأن الأمر يقتضي أن يكون الغير أشخاصا محدودين بذواتهم، و من ناحية أخرى فان توافق الإرادتين الذي قد تراه في عقد الامتياز لا يمكن أن ينتج عنه عقدا عاديا لسبب بسيط هو أن محل هذا التوافق في الإرادتين هو تنظيم المرفق العام و تنظيم نشاطه هذا الأمر يخرج بطبيعته عن النطاق التعاقدى لأنه يدخل في اختصاصات السلطة العامة دون سواها، و من ناحية ثالثة فان الأخذ بالنظرية التعاقدية إنما يتجاهل مبدأ من أهم المبادئ الأساسية في سير المرافق العامة و هو مبدأ قابلية القواعد المنظمة لها للتغيير و التعديل في

كل وقت، والنظرية التعاقدية سوف تقف حجر عثرة في سبيل ذلك لان أي تعديل يجب أن يوافق عليه الملتزم وقد لا يوافق فلحق المرفق من هذا ضرر ليس باليسير ولذلك فقد عدل عن الفكرة التعاقدية إلى فكرة أخرى (21)

ج- عقد الامتياز ذات طابع مختلط

هذه الفكرة ناد بها العميد "دوجي" و مضمون الطبيعة المختلطة لعقد الامتياز إلى كون هذا الأخير يحقق مصلحتين متعارضتين و متناقضتين، من جهة مصلحة الإدارة التي يجب أن تكون سيده على المرفق المعد و المهياً لتحقيق المنفعة العامة ومن جهة أخرى مصلحة الملتزم المالية التي هي محور الخواص و هدفهم الأساسي وعليه يكون الامتياز عقد ذو طبيعة خاصة يتضمن نوعين من الشروط : شروط تنظيمية و شروط لائحية .وقد لاقت هذه النظرية صدى واسع و تعتبر أكثر قبولاً لتبرير الطبيعة القانونية لعقد الامتياز الإداري و هي ما أخذت بها العديد من الدول أمثال :فرنسا و مصر و الجزائر إلا انه ما يمكن ملاحظته أن اعتبار عقد الامتياز عمل مختلط فكرة متقدمة جدا من بعض الباحثين في الجزائر فالامتياز لا يعد فقط اتحاد العناصر اللائحية ،والعناصر والعناصر الاتفاقية بات يشمل أيضا تركيبة أدوات القانون العام و أدوات القانون الخاص ، و هنا تبرز بوضوح طبيعة الامتياز في الجزائر المختلفة تماما على الطبيعة المختلطة كما أن هناك فرق بين العمل المختلط و العمل المركب (22)

ثالثا : مشاطرة الاستغلال-

هو عقد تعهد بموجبه الإدارة لشخص عام أو خاص إدارة وتسيير مرفق عام معين، مقابل مكافأة مالية، تحدد غالباً عن طريق النتائج المالية للاستغلال، وبذلك تكون تلك الطريقة في مركز وسط بين الإدارة المباشرة للمرفق وإدارته عن طريق الالتزام، فهي تمتاز من الإدارة المباشرة بأن السلطة لا تتولى بنفسها وموظفيها إدارة المرفق العام، بل يقوم بذلك فرد أو شركة خاصة، ولكنها تقترب من طريقة الإدارة المباشرة، في أن السلطة العامة هي التي تتحمل مخاطر المشروع، فتقدم المال اللازم لإعداده ولإدارته كله أو بعضه .

ولكن في مقابل ذلك تختلف عن الالتزام في أن الملتزم يقدم كما مر في موضعه، رأس المال اللازم لإعداد المشروع وإدارته، أما في حالة مشاطرة الاستغلال فالأصل أن المتعاقد لا يقدم رأس المال، وإذا شارك في ذلك فإنه يقدم جزءاً منه فقط، ومن ناحية أخرى، فإن المقابل الذي تتقاضاه الجهة المتعاقدة التي تتولى الإدارة لا تحصله لحسابها، ولكن لحساب الإدارة، ويتمثل المقابل المالي الذي يحصل عليه المتعاقد في المكافأة التي تضعها الإدارة، وهذه المكافأة تكون

عادة من عنصرين: عنصرٌ ثابت مضمون، وهو نسبة معينة من رأس المال الذي قدمه المتعاقد إذا شارك في رأس المال، وعنصرٌ متغير وهو مكافأة إضافية سنوية بنسبة النشاط الذي يبذله المتعاقد في الإدارة.

ويلاحظ أنه إذا كانت المكافأة التي ينالها المتعاقد مع الإدارة في هذا النوع من العقود تحدد جزافاً بمبلغ مقطوع، لا بنسبة مئوية من النتائج المالية لاستغلال المرفق، فإن تكييف العقد ينقلب ويتغير ويطلق عليه عندئذٍ تسمية وكالة مرفق عام، فتتكون من عنصرين اثنين: - عنصر ثابت، وهو المبلغ الذي يتقاضاه الموكل إليه القيام بالعمل بكيفية مستمرة، دون الأخذ بعين الاعتبار نجاح أو فشل المرفق في نشاطه .

-عنصر متغير، وهو عبارة عن مكافأة إضافية يختلف اتجاهها في حالة نجاح المرفق وتحقيقه أرباحاً أو مواد أو أعمال معينة، وتقدر المكافأة عادة على أساس الربح الصافي أو على أساس الدخل الإجمالي، والملاحظ أن هذا النوع من العقود يقترب من الامتياز من جهة، ومن الاستئجار من جهة أخرى، كما تجدر الإشارة إلى أن القائم بهذا العمل لا يعد أجيراً لدى الجماعة ولا يتحمل الخسائر المحتملة للمرفق (23)

رابعاً: عقد التزام الأشغال العامة-

إن التزام الأشغال العامة هو عقدٌ تقوم الإدارة بموجبه بتكليف شخص عام أو خاص آخر بتنفيذ أشغال عامة في مقابل استغلال هذه الأشغال لزمن معين أو مدة محددة، وفي الحقيقة أن خصوصية التزام الأشغال العامة للمرفق العام إنما ترتبط بعدم وجود المرفق العام ووجود الأشغال العامة في العقد الأول، وعلى الرغم من ذلك فإن هذه الخصوصية يمكن أن تطرح بصور أكثر تنوعاً، وذلك على أساس اعتبار العلاقات التي يمكن أن توجد بين المرفق العام والأشغال العامة، فالأشغال العامة تنجز غالباً في سبيل تحقيق رسالة مرفق عام، كما أن تنفيذ المرافق العامة يستوجب في كثير من الأحيان تنفيذ أشغال عامة (24)

خامساً: عقد إيجار المرفق العام

عقد إيجار المرفق العام هو عقد بموجبه يعهد شخص من القانون العام إلى شخص آخر صلاحية استغلال مرفق من المرافق العامة مع تقديم المعدات والمنشآت إليه بحيث أنه يتكلف فقط بتأمين استمرارية المرفق العام، والظاهرة المميزة لعقود التأجير أن المستثمر يتحمل كل المخاطر التجارية الناشئة عن تشغيل هذه الأصول، وبالتالي يكون حاله الحافز لتقليل النفقات والمحافظة على الموجودات، وعلاوة على ذلك يكون ملتزماً بصيانة وإصلاح الأصول التي يستخدمها أو أن يساهم في ذلك طبقاً لجدول زمني يتفق عليه، حيث يرتبط

مقابل الإيجار الذي يرفعه القطاع الخاص عادة بحالة الموجودات والدخل المتوقع من استغلالها، وفي مثل هذه العقود، يقوم المستثمر بتعيين الأفراد الذين يعملون معه، بما في ذلك الأفراد الحاليين في المرفق، ووفق ما يتم الاتفاق عليه في عقد الإيجار (25)

وقد استعمل هذا الأسلوب في عدد من الدول التي واجهت مشروعاتها العامة صعوبات في جذب المستثمرين، فقد استعمل التأجير لعقود كثيرة في مجال الصرف الصحي وتوزيع الماء والكهرباء في فرنسا وحتى في إسبانيا، كما استخدم في مجالات أخرى، في الموانئ والنقل في المدن والسكك الحديدية، ومن مزايا هذه الطريقة يمكن ذكر ما يلي:

-الحصول على دخل دون التعرض لمخاطر السوق.

-توفير نفقات التشغيل مع الحفاظ على ملكية المرفق.

-وقف الدعم والتحويلات هذا المرفق

-جذب المهارات والتقنيات الإدارية مما يزيد من كفاءة استخدام أصول المرفق .

أما سلبيات هذه الطريقة فتكمن في عدم وجود حوافز لدى الشركة الخاصة لرفع قيمة الأصول أكثر من الحد الذي يضمن لها عائدا مناسباً لاستثمارها خلال فترة التأجير، وهنا أيضاً لا بد من وضع تمييز بين عقد إيجار المرفق العام وعقد الامتياز، ذلك أنه إذا ضمن عقد إيجار المرفق العام شروطاً ترتبط بالمقابل الذي سيدفعه المستفيدون من المرفق أو من مستحقات الإدارة وستبقى أقساطاً رمزية، فهنا يتحمل المستأجر الأضرار الناجمة عن استغلال المرفق مقابل ما يستخلصه من المتفعين، الشيء الذي تلتقى فيه هذه الطريقة مع أسلوب الامتياز، إذا كانت المدة الزمنية لعقد الاستئجار تبقى أقل من ذلك الموجودة في عقد الامتياز، كما تنبغي الإشارة إلى أن عقد إيجار المرفق العام يكون في حالات كثيرة ناجماً عن عقد الامتياز (26)

الفرع الخامس : الأصل التاريخي لنظرية تفويض المرفق العام

إن فرنسا كانت سباقة إلى اعتماد أسلوب التدبير المفوض أو تفويض المرفق العام قى تسيير المرافق العمومية، ومن بينها المحلية طبعاً، كما أن فرنسا كانت سباقة إلى وضع إطار شبه تشريعي بحكم هذا المجال، ويعتبر البعض أن التدبير المفوض لا يشكل شكلاً جديداً من أشكال التسيير على اعتبار أن مختلف القوانين الحديثة كتلك المتعلقة بالإدارة الترابية للجمهورية (قانون 6 فبراير 1992) تحاول إدراج في إطار " التسيير المفوض " مختلف الأشكال التي كانت سائدة سلفاً ويتعلق الأمر بالامتياز الاستئجار، الإنابة

لقد استعمل الفقهاء والمشرعين في فرنسا مصطلح ' تفويض المرفق العام ' منذ ثمانينات القرن الماضي، وذلك بعد تيسر مشاركة القطاع الخاص في تسيير المرافق العمومية، وفي هذا الإطار يشير التدبير المفوض إلى مختلف المقاربات العمومية والخصوصية، التي ظهرت بجوار التسيير المباشر عن طريق الوكالة، فالنقاشات حول قانون 6 فبراير 1992 الخاص بالإدارة اللامركزية للجمهورية، وأيضاً حول قانون 29 يناير 1993 وقانون 8 فبراير 1995، داخل قبة البرلمان الفرنسي، قد أسفرت عن مقارنة مختلفة شيئاً ما بالنسبة للمفهوم، بحيث بقيت عموماً حول الامتياز، الإيجار، الاستغلال غير المباشر وعقد إدارة المرفق العام، و في هذا الصدد كان المجلس الدستوري الفرنسي قد أضفى عليها صبغة دستورية في قراره رقم 96-DC380 الصادر في 23 يوليو 1996 وهي كما يلي :

-مبدأ استمرارية المرفق العام

-مبدأ المساواة أمام المرفق العمومي

-مبدأ الحياد

-مبدأ التبديل أو التغيير (27)

أمام الاصطلاح تفويض المرفق العمومي، فقد نص عليه ولأول مرة، قانون 6 فبراير 1992 المتعلق بالإدارة اللامركزية للجمهورية في فصله التاسع عشر. ويفوض هذا القانون بعض الشروط الإجرائية في إبرام عقود تفويض المرفق العام من قبل الجماعات المحلية ومنها مبدأ العلانية السابقة [5] ، وإن كانت دورية وزارة الداخلية الفرنسية الصادرة بتاريخ 7 غشت 1987 المتعلقة بتدبير الجماعات المحلية لمرافقها المحلية، والتي جاءت بعد أن أصدر مجلس الدولة الفرنسي رأيه حول حقل تطبيق التدبير المفوض، قد تحدثت قبل ذلك عن مصطلح تفويض المرفق العام

هذه النقاشات جعلت من التدبير المفوض في تلك الفترة شكلاً تدرج تحته مجموعة من الأشكال الأخرى المشابهة، ولا سيما عقد الامتياز، وعقد الاستئجار، وبشكل عام، فعقود التدبير المفوض يجب أن تراعى فيها ثلاثة مقتضيات أساسية كما جاء في دورية وزارة الداخلية الفرنسية المشار إليها سابقاً، وهذه المقتضيات يمكن تفصيلها كالتالي:

- شروط إبرام العقد: ذلك أن عقود الامتياز أو عقود الاستئجار باعتبارهما صورة من صور المرفق العام يجب أن تبرم بالنظر إلى الشخص الذي سيتولى تدبير المرفق، حيث أن مقتضيات هذه الدورية لا تعطى أية إشارة حول ضرورة القيام بدعوة إلى المنافسة، وبالتالي ليس هناك ما يمنع من القيام بهذه العملية

- مدة العقد: مدة عقود تفويض المرفق العام تبقى محكومة بطبيعة العقد وأيضا بحجم الاستثمارات التي سيتعهد الملتزم بإنجازها، وكذا إلزامية تأمين التوازن الاقتصادي والمالي للعقد، وهكذا فكثره المعايير التي يجب أن تأخذ بعين الاعتبار، عن تحد مدة العقد هي التي تبرر ما نصت عليه هذه المادة

- طرق المراقبة: إن مراقبة تفويض المرفق العام تعد عنصرا أساسيا من عناصر نجاح سير المرفق العام، والتي يجب أن تشمل جميع وسائل الاستغلال وأيضا كل التقارير التقنية والمالية، أما عن طريق تفويض المرفق العمومي، فإن المشرع الفرنسي لم يقيم بإعطاء تعريف لهذه الطريقة في التدبير العمومي، ولهذا فقد تصدى فقهاء القانون الإداري وقضاة مجلس الدولة الفرنسي، والمحاكم الإدارية لتحديد مكوناته والتي يلخصها في أربعة شروط وهي :

* يجب أن تتعاقد الإدارة بشأن مرفق عام.

* يجب أن يتم تفويض هذا المرفق العام.

* يجب أن تقوم الهيئة المفوض لها بالمشاركة والاستثمار بصفة فعلية في تسيير المرفق العام
* التفويض الذي يحصل عليه المفوض إليه يتم من خلال نتائج الاستثمارات التي يقوم بها (28)

من هذا المنطلق يتضح أن التدبير المفوض في فرنسا ليس له طريق محدد، وقد جاء ليضم تحته مجموعة من الأشكال التدييرية الأخرى، لكن القول هي أسلوب التدبير المفوض مع غيره من طرق وأساليب التسيير الأخرى فيه نظر، ذلك أن التدبير المفوض يتميز عن باقي الأساليب الأخرى في أمور عدة وإن كان يلتقى معها في نقط متعددة. فما هي أساليب تسيير المرافق العمومية بفرنسا والتي تتقارب أو تتجاور مع مفهوم التدبير المفوض (29)

المطلب الثاني: بيان الأحكام الخاصة بتفويضات المرفق العام على ضوء المرسوم الجديد

يقدم المرفق العام خدمة عمومية لها خصوصيتها وأهدافها وتتعلق بالحياة الجماعية لأفراد المجتمع وتهدف مباشرة إلى تلبية حاجياته وبما أن هذه الحاجيات تزداد وتتطور نوعا وكما خاصة في ظل نمو الوعي المدني فيجب أن يواكبها تطور المرفق العام لاسيما في طرق تسييره والتي تتماشى مع نوعية النظام السائد .

إذا كان تفويض إدارة المرفق العام إلى أحد أشخاص القانون الخاص لا يعني تخلي شخص القانون العام عن المرفق العام المرتبط به بل يبقى مسئولاً عن حسن إدارته وتأمين استمرارية تشغيله فإن طرق تسييره تختلف حسب طبيعة النظام كما تختلف كذلك حسب طبيعته في حد ذاته فالنظافة العمومية أو الحالة المدنية تختلف عن تسيير الكهرباء أو المياه أو حتى الأسواق

العمومية، و تنوع المرافق العمومية جعل من الطبيعي أن تتنوع معها طرق تسييرها فكل نوع تناسبه طريقة تسيير معينة فهناك مرافق لا يمكن أن تتخلى عنها الدولة نظرا لخصوصيتها وطبيعتها المتميزة ومرافق قابلة للتفويض جزئيا أو حتى التخلي عنها كليا عن طريق الخصوصية الكلية أي أن أشخاص القانون الخاص هم الأقدر على تسييرها بأكثر فعالية لهذا تعددت طرق تسيير المرفق العام

و يهدف أشخاص القانون الخاص إلى تحقيق الإدارة الفعالة للمرافق العامة الاقتصادية نظرا إلى تحررهم من القيود الإدارية و المالية التي تكبل نشاط الأشخاص العامة و استخدامهم لأساليب مرنة في إدارة المرافق العامة تتناسب مع طبيعة النشاط الصناعي و التجاري للمرافق العامة الاقتصادية . لذلك فإن مباشرة المرافق العامة و حتى تفويض المرفق العام في حد ذاته هو محاولة تفعيل دور القطاع الخاص و بذلك يتم الانتقال من القرارات التنظيمية ذات العلاقة المزدوجة (إدارة - مواطن) للتحويل إلى طريقة أكثر تعقيدا وهي علاقة ثلاثية الأبعاد (إدارة، خواص، مواطن). و ان كانت هذه الطريقة موجودة لكن تفعيلها والعمل بها أخذ منحى آخر في إطار التحولات الأخيرة و البحث على أكثر مردودية للمرفق العام وتحسين الخدمة العمومية (30)

وبما أن للصفقات العمومية لها قانونها الخاص و لأوجه التشابه و الاختلاف بين تفويض المرفق العام و الصفقة العامة و تناثر القوانين التي تحكم المرفق العام و عليه من الواجب سن نصوص تنظيمية (مرسوم تنفيذي) كاملة متكاملة خاصة بتفويض المرفق العام تتطرق و تحتوي كل الجوانب المنظمة و المؤطرة المتعلقة بتفويض المرفق العام و المتمثلة أساسا فيما يلي:

1 - تحديد المرفق العام القابل للتفويض : وجوب تحديد المرفق العام القابل للتفويض بمدولة بالنسبة للجماعات المحلية (الولاية - البلدية) و مختلف الإدارات العامة و المؤسسات. أما فيما يخص البلدية فهي المرافق المذكورة في المادة: 149 من القانون رقم: 11-100 المؤرخ في 22 جوان 2011 المتعلق بالبلدية و يمكن توسيعها و اثرائها كما ما يلي:

- المياه الصالحة للشرب

- النفايات المنزلية و الفضلات الأخرى

- تسيير مراكز الردم التقنية

- صيانة الطرقات و اشارات المرور

- الإنارة العمومية

- الاسواق المغطاة

- الاسواق الجوارية
 - الاسواق و الموازين العمومية
 - الحضائر و مساحات التوقف
 - المحاشر
 - النقل الجماعي
 - النقل المدرسي
 - المطاعم المدرسية (31)
 - المذابح والمسالخ البلدية
 - الخدمات الجنائزية و تهيئة المقابر و صيانتها بما فيها مقابر الشهداء
 - الفضاءات الثقافية التابعة لأملاكها
 - فضاءات الرياضة و التسلية التابعة لأملاكها
 - المساحات الخضراء
 - المكتبات البلدية
 - المتاحف
 - القاعات و الملاعب البلدية
 - المسابح
 - قاعات السينما و المسرح
- 2 - تحديد الاستثناء: و يجب أن يشمل هذا الاستثناء عدم قابلية بعض المرافق العامة للتفويض لطابعها الدستوري أو التنظيمي أو السيادي مثل: مصالح الحالة المدنية بالبلدية، الحماية المدنية، القضاء، الدفاع الوطني، الشرطة، توزيع الغاز و الكهرباء
- 3- تحديد ملكية المرفق العام: ضرورة تحديد ملكية المرفق العام في الاتفاقية (لصالح السلطة المفوضة)
- 4- ضرورة التداول لوضع مرفق عام للتفويض: تكريس إجبارية التداول على مبدأ وضع المرفق العام للتفويض في المرسوم التنفيذي دون أن يشكل خرقاً للقوانين و لا الاستثناء.
- 5- وضع دفتر شروط نموذجي لتفويض المرفق العام: من الضروري وضع دفتر شروط نموذجي يلحق بالمرسوم التنفيذي و يراعي مبدأ: الاستمرارية و المساواة و قابلية التكيف و التطور و شكل التفويض (امتياز- إيجار- وكالة محفزة- تسيير)
- 6- الإعلان: تحديد ضرورة و كيفية الإعلان عن المناقصة أو المزايدة لتفويض المرفق العام.

- 7 - الإشهار: لتفويض مرفق عام ما يجب الإعلان عليه على أكبر نطاق في المستوى المحلي أو الوطني و في الجرائد اليومية الوطنية و كذلك في النشرة الرسمية للمتعامل العمومي.
- 8 - لجنة فتح الظروف و التقييم: ضرورة تنصيب لجان فتح و تقييم العروض في الجماعات المحلية خاصة بتفويض المرفق العام و يجب أن تكون من مهامها الأساسية ما يلي:
- أ- إعداد قائمة المترشحين
 - ب- تقديم رأيها للسلطة المفوضة
 - ج- إخضاع كل مشروع ملحق للاتفاقية للرأي المسبق لهذه اللجنة كلما كانت الزيادة في المبلغ الإجمالي أكثر من 05 % (32)
- 9 - الاتفاقية: يجب إعداد اتفاقية نموذجية لتفويض المرفق العام تلحق بالرسوم التنفيذي بحيث تضمن عند تنفيذها مبدأ: الاستمرارية و المساواة و قابلية التكيف و تطور المرفق العام بحيث تكون مرجع للمتعامل العمومي المتدخل (السلطة المفوضة - المفوض له)
- 10- تحديد مدة الإهلاك: تحديد مدد الإهلاك في المرسوم التنفيذي على شكل جدول تصاعدي حسب القيمة المالية للإنفاق على المرفق العام تكون من اقتراح مختصين تقنيين وماليين.
- 11 - التقرير السنوي: إلزام المفوض له مهما كانت صيغة التعاقد بتقديم في آخر كل سنة التقرير التقني و التقرير المالي عن حصيلة تسييره إلى السلطة المفوضة.
- 12 - التفاوض: ترك إمكانية التفاوض المباشر للسلطة المفوضة في حالة ما العروض المقدمة غير كافية و غير مرضية أو في حالة عدم تقديم عروض بعد الإعلان عن المنافسة فعلى ضوء هذه المفاوضات تستطيع السلطة المفوضة اختيار المفوض له الأنسب و الأجدى. ولا يتعطل المرفق العام.
- 13 - الامتياز: يجب أن تتضمن اتفاقية الامتياز الشروط و العناصر التعاقدية التالية:
- يعهد الامتياز إلا في التفويضات الطويلة المدة التي يصاحبها إنجاز أو شراء مرتبطة بإنشاء المرفق العام و استغلاله. و يجب أن تتوفر القاعدة الثلاثية التالية: (يمون - ينجز أو يشترى - يستغل) و إلا تغير العقد.
 - ضرورة تحديد نسبة سنوية من عائدات أتاوي المستخدمي المرفق العام لصالح السلطة المفوضة
 - تحديد المسؤوليات الناجمة أثناء استغلال المرفق.

- المفوض له يجب أن يضمن شراء أو انجاز التجهيزات الضرورية لإنشاء المرفق العام مع أو بدون اعانة مالية مسبقة (33)

- استغلال و صيانة هذا المرفق العام توكل الى المفوض له الذي يتصرف لحسابه الخاص ويتقاضى أجره من أتاوي مستخدمى هذا المرفق العام.

- أجر المفوض له تتمثل في تحصيله للأتاوي من مستعملي المرفق العام أو من المستفيدين من هذه الخدمة العمومية.

- يجب على المفوض له تقديم سنويا تقرير مالي و تقرير تقني عن حصيلة تسييره.

14 - الإيجار: يجب أن تتضمن اتفاقية الإيجار الشروط و العناصر التعاقدية التالية:

- السلطة المفوضة هي من يمول انشاء و انجاز المرفق العام.

- تضع السلطة المفوضة تحت تصرف المفوض له كل التجهيزات الضرورية المتعلقة بالمرفق العمومي التي أنجزتها مسبقا وهو يتصرف لحسابه الخاص وعلى مسؤوليته و مكلف باستغلال و صيانة المرفق و يدفع إتاوات سنوية للسلطة المفوضة مقابل: الوضع تحت تصرفه منشآت أو تجهيزات أو مقابل حقوق الانفراد les droits d'exclusivité التي تضمنها له السلطة المفوضة أو بسبب شغله للملك العام.

- أجر المفوض له يكون من خلال تحصيل الأتاوي من مستعملي المرفق العام.

- يجب على المفوض له تقديم سنويا تقرير مالي و تقرير تقني عن حصيلة تسييره.

15 - الوكالة المحفزة: يجب أن تتضمن اتفاقية الوكالة المحفزة الشروط و العناصر التعاقدية التالية:

- السلطة المفوضة هي من يمول انشاء و انجاز المرفق العام.

- توكل صيانة و استغلال المرفق العام للشخص المادي أو المعنوي الخاضع للقانون الخاص أو العام و الذي يتصرف لحساب السلطة المفوضة مقابل تلقيه أجر.

- السلطة المفوضة تمول بنفسها أجر هذا الشخص بواسطة منحة تحدد بنسبة مئوية من رقم الأعمال تضاف إليها منحة انتاجية و حصة من الأرباح عند الاقتضاء.

- تحدد و تضع السلطة المفوضة الشروط التقنية و الاقتصادية و المالية اللازمة لاستغلال المرفق.

- تحدد السلطة المفوضة بالاشتراك مع المفوض له التعريفات التي يدفعها مستعملو المرفق العام. ويحصل المفوض له هذه التعريفات لصالح السلطة المفوضة المعنية.

16 - التسيير: يجب أن تتضمن اتفاقية التسيير الشروط و العناصر التعاقدية التالية:

- السلطة المفوضة تمول بنفسها إنشاء وإنجاز المرفق العام.
- تحدد و تضع السلطة المفوضة الشروط التقنية و الاقتصادية و المالية اللازمة لاستغلال المرفق.

- توكل صيانة و استغلال المرفق العام للشخص المادي أو المعنوي الخاضع للقانون الخاص أو العام و الذي يتصرف لحساب السلطة المفوضة مقابل تلقيه أجر (34)
- السلطة المفوضة تدفع مباشرة بنفسها أجر هذا الشخص بواسطة منحة تحدد بنسبة مئوية من رقم الأعمال تضاف إليها منحة الإنتاجية
- تحدد السلطة المفوضة وحدها التعريفات التي يدفعها مستعملو المرفق العام. ويحصل المفوض له هذه التعريفات لصالح السلطة المفوضة المعنية.
- يجب على المفوض له تقديم سنويا تقرير مالي و تقرير تقني عن حصيلة تسييره (35)

قائمة الهوامش :

(1) راجع المادة 207، الباب الثاني : الأحكام المطبقة على تفويضات المرفق العام، المرسوم الرئاسي رقم 15 / 247 المؤرخ في 2 ذي الحجة عام 1436 الموافق ل 16 / 09 / 2015 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام، ص 43

(2) أنواع العقود الإدارية، القانون العام، موقع الانترنت : [https://www.arab-](https://www.arab-ency.com/details.law.php?full=1&nid=164863)

[ency.com/ /details.law.php?full=1&nid=164863](https://www.arab-ency.com/details.law.php?full=1&nid=164863)، ص 1

(3) الطالبة : رزيقة لشلوق، تفويض المرفق العام للخوادم، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، ل م د قسم الحقوق، تخصص : قانون إداري، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، السنة الجامعية 2014 / 2013 ، ص 21

(4) الطالبة : رزيقة لشلوق، تفويض المرفق العام للخوادم، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، ل م د قسم الحقوق، تخصص : قانون إداري، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، السنة الجامعية 2014 / 2013 ، ص 22

(5) أنواع العقود الإدارية، القانون العام، موقع الانترنت : [https://www.arab-](https://www.arab-ency.com/details.law.php?full=1&nid=164863)

[ency.com/ /details.law.php?full=1&nid=164863](https://www.arab-ency.com/details.law.php?full=1&nid=164863)، ص 2

(6) أنواع العقود الإدارية، القانون العام، موقع الانترنت : [https://www.arab-](https://www.arab-ency.com/details.law.php?full=1&nid=164863)

[ency.com/ /details.law.php?full=1&nid=164863](https://www.arab-ency.com/details.law.php?full=1&nid=164863)، ص 3

(7) الأصل التاريخي لنظرية تفويض المرفق العام، موقع الانترنت:

<http://www.startimes.com/?t=16317146>، ص 4

- (8) الأصل التاريخي لنظرية تفويض المرفق العام، موقع الانترنت :
<http://www.startimes.com/?t=16317146>، ص 4
- (9) أنواع العقود الإدارية، القانون العام، موقع الانترنت : https://www.arab-ency.com/_/details.law.php?full=1&nid=164863، ص 4
- (10) أنواع العقود الإدارية، القانون العام، موقع الانترنت : https://www.arab-ency.com/_/details.law.php?full=1&nid=164863، ص 5
- (11) أنواع العقود الإدارية، القانون العام، موقع الانترنت : https://www.arab-ency.com/_/details.law.php?full=1&nid=164863، ص 6
- (12) أنواع العقود الإدارية، القانون العام، موقع الانترنت : https://www.arab-ency.com/_/details.law.php?full=1&nid=164863، ص 7
- (13) أنواع العقود الإدارية، القانون العام، موقع الانترنت : https://www.arab-ency.com/_/details.law.php?full=1&nid=164863، ص 8
- (14) راجع الفقرة الثانية من المادة 210 الامتياز من الباب الثاني : الأحكام المطبقة على تفويضات المرفق العام، المرسوم الرئاسي رقم 15 / 247 المؤرخ في 2 ذي الحجة عام 1436 الموافق ل 16 / 09 / 2015 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام، ص 44
- (15) أنواع العقود الإدارية، القانون العام، موقع الانترنت : https://www.arab-ency.com/_/details.law.php?full=1&nid=164863، ص 9
- (16) الطالبة : رزيقة لشلق، تفويض المرفق العام للخواص، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، ل م د قسم الحقوق، تخصص : قانون إداري، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، السنة الجامعية 2013 / 2014 ، ص 54
- (17) الطالبة : قليل حسناء، مذكرة بعنوان: المرفق العام بين ضرورة التحديث وتحديات الواقع القانوني الجديد، شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون إداري، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، السنة الجامعية: 2014 / 2015، ص 85
- (18) الطالبة : قليل حسناء، مذكرة بعنوان: المرفق العام بين ضرورة التحديث وتحديات الواقع القانوني الجديد، شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون إداري، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، السنة الجامعية: 2014 / 2015، ص 86

- (19) الطالبة : قليل حسناء، مذكرة بعنوان: المرفق العام بين ضرورة التحديث وتحديات الواقع القانوني الجديد، شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون إداري، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، السنة الجامعية: 2014 / 2015، ص 94
- (20) الطالبة : قليل حسناء، مذكرة بعنوان: المرفق العام بين ضرورة التحديث وتحديات الواقع القانوني الجديد، شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون إداري، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، السنة الجامعية: 2014 / 2015، ص 95
- (21) الطالبة : قليل حسناء، مذكرة بعنوان: المرفق العام بين ضرورة التحديث وتحديات الواقع القانوني الجديد، شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون إداري، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، السنة الجامعية: 2014 / 2015، ص 96
- (22) الأصل التاريخي لنظرية تفويض المرفق العام، موقع الانترنت : <http://www.startimes.com/?t=16317146>، ص 6
- أنواع العقود الإدارية، القانون العام، موقع الانترنت : https://www.arab-ency.com/_details.law.php?full=1&nid=164863، ص 10
- (23) الأصل التاريخي لنظرية تفويض المرفق العام، موقع الانترنت : <http://www.startimes.com/?t=16317146>، ص 5
- (24) راجع الفقرة الثالثة من المادة 210 الإيجار من الباب الثاني : الأحكام المطبقة على تفويضات المرفق العام، المرسوم الرئاسي رقم 15 / 247 المؤرخ في 2 ذي الحجة عام 1436 الموافق ل 16 / 09 / 2015 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام، ص 44
- (25) الأصل التاريخي لنظرية تفويض المرفق العام، موقع الانترنت : <http://www.startimes.com/?t=16317146>، ص 1
- (26) الأصل التاريخي لنظرية تفويض المرفق العام، موقع الانترنت : <http://www.startimes.com/?t=16317146>، ص 2
- (27) الأصل التاريخي لنظرية تفويض المرفق العام، موقع الانترنت : <http://www.startimes.com/?t=16317146>، ص 3
- (28) تفويض المرفق العام، إثراء الباب الثاني من المرسوم التنفيذي رقم 15 / 247، متديات ملتقى الموظف الجزائري، موقع الانترنت : <http://www.mouwazaf-dz.com/t58598-topic>، ص 1
- (29) تفويض المرفق العام، إثراء الباب الثاني من المرسوم التنفيذي رقم 15 / 247، متديات ملتقى الموظف الجزائري، موقع الانترنت : <http://www.mouwazaf-dz.com/t58598-topic>، ص 2

- (30) تفويض المرفق العام، إثراء الباب الثاني من المرسوم التنفيذي رقم 15/247، منتديات ملتقى الموظف الجزائري، موقع الانترنت : <http://www.mouwazaf-dz.com/t58598-topic>، ص 3
- (31) تفويض المرفق العام، إثراء الباب الثاني من المرسوم التنفيذي رقم 15/247، منتديات ملتقى الموظف الجزائري، موقع الانترنت : <http://www.mouwazaf-dz.com/t58598-topic>، ص 4
- (32) تفويض المرفق العام، إثراء الباب الثاني من المرسوم التنفيذي رقم 15/247، منتديات ملتقى الموظف الجزائري، موقع الانترنت : <http://www.mouwazaf-dz.com/t58598-topic>، ص 5
- (33) راجع الفقرة الخامسة من المادة 210 التسيير من الباب الثاني : الأحكام المطبقة على تفويضات المرفق العام، المرسوم الرئاسي رقم 15 / 247 المؤرخ في 2 ذي الحجة عام 1436 الموافق ل 16 / 09 / 2015 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام، ص 44

الآليات القانونية لاستفادة الزوجين مختلفي الديانة من التركة (دراسة تحليلية في القانون الجزائري)

يامنة حواسي - طالبة دكتوراه
كلية الحقوق و العلوم السياسية
جامعة الدكتور يحيى فارس - المدية

ملخص :

يعد اختلاف الدين مانع من موانع الميراث، فيبقى الكافر ممنوعا منه ما دام الاختلاف موجودا، ومن ثم لا يمكن للزوجين مختلفي الديانة أن يرثا بعضهما البعض . إلا أن الشريعة الإسلامية كفلت لهما طرقا أخرى للاستفادة من التركة، تمثلت أهمها في الوصية و الهبة، و على نفس النهج سار المشرع الجزائري، فأجاز الوصية مع اختلاف الدين، إلا أنه لم يفرض الوصية في حالة عدم الايضاء كما فعل ابن حزم الظاهري . كما أجاز الهبة مع اختلاف الدين، و لو أبرمت في مرض الموت، إلا أنه قيّد أحكام الهبة في مرض الموت بأحكام الوصية .
الكلمات المفتاحية: الزوجين، الميراث، اختلاف الدين، التركة، الوصية، الهبة، مرض الموت .

Abstract :

The difference of religion is one of the impediments to inheritance, so the disbeliever is not allowed to do so as long as the difference exists, and therefore the couple can not inherit each other. However, the Islamic law guaranteed them other ways to benefit from the legacy, the most important of which is the testament and the donation , and the same approach followed the Algerian legislator, and authorized the commandment with the difference of religion, but did not impose the commandment in the case of non-advice, as Ibn Hazm Thahiri. He also granted the donation with the difference of religion, and if it was concluded in the disease of death, but it is the provisions of the donation of death in the provisions of the testament.

مقدمة :

إن اختلاف الدين أمر واقعي، لا ينفك عنه حال الناس -غالبا- في كل عصر، ذلك أنه أمر اقتضته المشيئة الإلهية منذ الأزل بين البشر، فقال الله تعالى في محكم تنزيله : « وَكُلُّ شَيْءٍ اللَّهُ مَا اقْتُلَ الَّذِينَ مِنْ بَعْدِهِمْ مِنْ بَعْدِ مَا جَاءَتْهُمْ الْبَيِّنَاتُ وَلَكِنْ اخْتَلَفُوا فَمِنْهُمْ مَنْ آمَنَ وَمِنْهُمْ

مَنْ كَفَرَ وَلَوْ سَاءَ اللَّهُ مَا افْتَتَلُوا وَلَكِنَّ اللَّهَ يَفْعَلُ مَا يُرِيدُ»¹. وقال أيضا: «هُوَ الَّذِي خَلَقَكُمْ فَمِنْكُمْ كَافِرٌ وَمِنْكُمْ مُؤْمِنٌ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ بَصِيرٌ»². و المراد باختلاف الدين في الميراث هو أن يكون دين الميت مخالف دين من قام به سبب الإرث من زوجية أو قرابة أو غيرها، بأن يكون الوارث مسلما و المورث نصرانيا أو العكس، و لقد أجمع العلماء بوجه عام على أن اختلاف الدين مانع من موانع الإرث، و لكنهم اختلفوا في بعض المسائل مثل مسألة ميراث المسلم من الكافر و ميراث المسلم من قريبه المرتد، كما اتفق الفقهاء على أن الكافر لا يرث من تركة المسلم شيئا، إذا كان السبب المقتضي للإرث هو القرابة أو الزوجية و قد بقي الكافر على كفره حتى قسمت التركة، و أخذ كل وارث نصيبه منها .

و على الرغم من أن المشرع الجزائري لم ينص صراحة على هذا المانع، إلا أنه أحال إلى أحكام الشريعة الإسلامية في كل ما لم يرد فيه نص في قانون الأسرة الجزائري، و بهذا فالزوجين مختلفي الديانة لا يرثان بعضهما البعض، إلا أن الإشكال الذي يطرح: هل هناك آليات تُمكن الزوجين مختلفي الديانة للاستفادة من التركة؟ لا شك أن التشريع الإسلامي متمايزا عن كافة التشريعات السماوية و التشريعات الوضعية لكونه جاء ليقوم ما بها من اعوجاج و انحراف عن المقاصد الأساسية لحاجات الإنسان التي تصلحه في دينه و دنياه، و من هنا فلا يمكن أن يكون - دين الرحمة و الألفة و الذي من أعظم مقاصده تحصيل المصالح و دفع المفاسد - أن يكون سببا في تفريق الأسر بعدما كانت مجتمعة و حرمانها من حقوقها، و بذلك كفل للزوجين مختلفي الديانة آليات للاستفادة من التركة، من بين هذه الآليات الوصية والهبة، و على نفس النهج سار المشرع الجزائري، و من هنا نتساءل: ما مدى نجاعة هذه الآليات -الهبة و الوصية - لاستفادة الزوجين مختلفي الديانة من التركة؟ و لحل هذه الإشكالية اتبعنا المنهج التحليلي المقارن، متبعين في ذلك الخطة التالية:

1 - سورة البقرة، الآية: 253.

2 - سورة التغابن، الآية: 02.

3 - نصت المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري: «كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه لأحكام الشريعة الإسلامية». انظر: القانون 84 / 11 المؤرخ في 12 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة الجزائري المعدل و المتمم بالأمر 02 / 05 المؤرخ في 27 فبراير 2005، الجريدة الرسمية، العدد 24، 1984، ص: 16

مقدمة

المبحث الأول: الوصية كآلية قانونية لاستفادة الزوجين مختلفي الديانة من التركة.

المطلب الأول: تعريف الوصية، حكمها و الحكمة منها.

المطلب الثاني: إجازة الوصية مع اختلاف الدين.

المبحث الثاني: الهبة كآلية قانونية لاستفادة الزوجين مختلفي الديانة من التركة.

المطلب الأول: تعرف الهبة، حكمها و الحكمة منها.

المطلب الثاني: إجازة الهبة مع اختلاف الدين .

خاتمة.

المبحث الأول / الوصية كآلية قانونية لاستفادة الزوجين مختلفي الديانة :

إن من محاسن شريعتنا أن شرعت لأهلها ما ينفعهم دينا و دنيا، ليس هذا الحال كونهم أحياء بل شرعت لهم ما ينفعهم بعد موتهم حرصا منها على إيصال النفع الذي به يصلون إلى أرفع الدرجات، فإذا كانت صحيفة العبد تطوى بعد موتهم، بل هناك حسنات ترصد و تكتب لهم بعد موتهم و هذا من فضل الله - سبحانه و تعالى - و إن من أعظم ما شرعته هذه الشريعة الغراء لأتباعها الوصية، فقد حثت عليها و رغبت فيها و حينما شرعت ذلك حذرت من الغلو فيها و الإضرار بها، فللوصية دورها الفعال في حياة الناس، فهي قد تكفل للزوجين مختلفي الديانة للاستفادة من التركة، بحيث يكون من حق الزوج المسلم أن يوصي لزوجته الكتابية، كما أن من حق الزوجة غير المسلمة أن توصي لزوجها المسلم و لأبنائها . ولقد تولى المشرع الجزائري -على غرار التشريعات- تنظيم هذا التصرف فتعرض لها في نصين قانونين : تمثل الأول في الأمر 59/75 الصادر في 26/09/1975 و المتضمن القانون المدني، و تناولها ضمن أسباب كسب الملكية (المواد من 775/777)¹ . و أحالت المادة 775 تنظيمها إلى قانون الأحوال الشخصية. و تمثل الثاني في القانون 11/84 الصادر في 09/06/1984 المتضمن قانون الأسرة الجزائري، و لقد نظمها في الكتاب الرابع المتعلق بالتبرعات، في الفصل الأول منه، و الذي تضمن 18 مادة من 198 إلى 201²، و سنحاول في هذا المبحث التعرض إلى: تعريف الوصية، حكمها و الحكمة منها في المطلب الأول. و إلى إجازة الوصية مع اختلاف الدين في المطلب الثاني.

1 - الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية، العدد 78، 1975، ص :

المطلب الأول/ تعريف الوصية، حكمها و الحكمة منها :

لقد نظمت الشريعة الإسلامية مسألة الوصية تماشيا مع العدل و الإنصاف، وروح البر و صلة الرحم، فرسمت حدود الوصية الاختيارية و الواجبة، و أوجبت للوالدين و الأقربين لكن دون المساس بحقوق الورثة، و لهذا ألغى الإسلام الوصية للوارث، و تولى قسمة الأموال و أعطى لكل ذي حق حقه، و بهذا أصبحت الوصية تصرف في التركة مضاف إلى ما بعد الوفاة و تمليك خاص للوارثين، و من هنا فالوصية خلافة اختيارية تثبت باردة الشخص (الموصي)، و قد حدد الشارع حدود للخلافة الاختيارية في القدر الذي تجوز فيه و في صفة الموصى له، و في الباعث على ذلك الخلافة و في الشروط المقرنة... الخ، و على ضوء ذلك فقد يحرم من الميراث من هم أقرب المقربين إلى المتوفى كأحد الزوجين أو الولدين أو أقاربه لأي مانع كان، فكفلت له الشريعة الغراء، الوصية كآلية ليستفيد منها أقارب المتوفى الممنوعون من الميراث لاختلاف الدين، و سنحاول أن نتعرض في هذا المطلب إلى : تعريف الوصية (الفرع الأول)، حكمها (الفرع الثاني)، الحكمة منها (الفرع الثالث) .

الفرع الأول/ تعريف الوصية : إن بيان تعريف الوصية يستلزم التعرض لتعريفها اللغوي، ثم تعريفها الاصطلاحي و ذلك من الجانب الشرعي و الجانب القانوني .

أولا- التعريف اللغوي للوصية : تطلق الوصية في اللغة على عدة معان، فيراد بها العهد إلى شخص ما القيام بشيء ما، يقال أوصى الرجل بكذا ووصاه، أي عهد إليه بأمر²، و منه قوله تعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا شَهَادَةٌ بَيْنَكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ حِينَ الْوَصِيَّةِ اثْنَانِ ذَوَا عَدْلٍ مِّنْكُمْ ﴾³، و منه الحديث النبوي الشريف، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : «استوصوا بالنساء خيرا فإنهم عندكم عوان»⁴ كما تطلق الوصية على الموصى به، فيقال أوصيت له بهال إذا جعلته له⁵، و منه قوله تعالى : ﴿ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِيَنَّ بِهَا أَوْ

1 - محمد أبو زهرة ، شرح قانون الوصية، دار الفكر العربي ، مصر ، 1988 ، الطبعة الثانية ، ص : 08.

2 -- ابن منظور ، لسان العرب ، الجزء الخامس عشر ، الطبعة الثالثة ، 1993 ، دار احياء التراث العربي ، لبنان ، ص : 320 .

3 - سورة المائدة ، الآية : 106 .

4 - رواه البخاري ، كتاب النكاح ، باب الوصايا بالنساء ، ص : 1926 . - رواه مسلم ، كتاب الرضاع ، باب الوصية بالنساء ،

ص : 58 .

5 - ابن منظور ، المرجع السابق ، ص : 320

دَيْنٌ»¹. الوصية بمعنى الإيصال، يقال وصل الشيء وصله²، و أرض واصية اتصل نباتها³، والاسم، الوصاة، و الوصاية (بفتح الواو و كسرهما)⁴.

فتكون الوصية بمعنى المصدر و هو الايضاء، و تكون بمعنى المفعول و هو الاسم⁵، و منه فلا فرق في اللغة في الوصية و الايضاء فكلاهما يتضمن ما إذا وصى الشخص بهاله لغيره، أي وصل ما بعد موته، بما كان في حياته، بمعنى وصل القرابة التي ستكون بعد موته بالقرابات التي كانت في حياته .

ثانيا/ التعريف الاصطلاحي : سنتعرض إلى تعريفها الشرعي ثم القانوني .

أ-التعريف الشرعي للوصية :اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية في تعريفهم للوصية، فعرفها الحنفية على أنها : « تملك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع سواء كان الموصى به عينا أو منفعة »⁶، و هذا التعريف غير جامع، إذ لا يشمل الإسقاطات كالإبراء. و عرفها الشافعية بأنها تبرع مضاف و لو تقديرا لما بعد الموت و ليس التبرع بتدبير و لا تعليق عتق⁷، و هذا التعريف يشتمل على أنواع من التصرفات لا يعتبر من قبيل الوصية كالعطية في حين عرفها المالكية على أنها : « هبة الرجل ماله لشخص آخر أو الأشخاص بعد موته أو عتق غلامه سواء صرح بلفظ الوصية، أو لم يصرح به »⁸، و الملاحظ على هذا التعريف، أنه ساوى بين الوصية و الهبة، مع أنه هناك فروق بينهما، و لو أن كلا منها يتم بطريق التبرع، فالهبة تملك يثبت في الحال، أما الوصية فتكون بالعين و بالدين و بالمنفعة . أما الحنابلة فيعرفون الوصية على أنها : « التبرع بما يقف نفوذه على خروجه من الثلث »⁹. و الملاحظ على هذا التعريف أنه أدخل في مضمون الوصية ما لا يعتبر كذلك، كالعطية، كما أنه لا يشمل أنواع من الوصايا، كالوصية بحقوق العباد أو الوصية بتأجيل دين .

1 - سورة النساء، الآية : 12

2 - أحمد بن فارس ، مجمل اللغة ، الجزء الثالث ، مؤسسة الرسالة ، لبنان ، 1984 ، الطبعة الأولى ، ص 927 .

3 - الفيروز آبادي الشيرازي ، القاموس المحيط ، مؤسسة الرسالة ، لبنان ، 1994 ، الطبعة الرابعة ، ص : 1731

4 --محمد بن أبي بكر الرازي ، مختار الصحاح ، دار الهدى ، الجزائر ، 1990 ، الطبعة الرابعة ، ص : 457

5 - محمد بن علي الشوكاني ، نيل الأوطار ، الجزء السادس ، دار الجيل ، لبنان ، دت ، د ط ، ص : 33 .

6 - ابن عابدين ، حاشية رد المختار على الدرر المختار ، الجزء السادس ، مكتبة الحلبي ، مصر ، 1984 ، الطبعة الثالثة ، ص : 691

7 - الخطيب الشرسبي ، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج ، الجزء الرابع ، 1955 ، د ط ، ص : 39 .

8 - ابن رشد ، بداية المجتهد و نهاية المقتصد ، الجزء الثاني ، دار الحديث ، مصر ، 2004 ، د ط ، ص : 121 .

9 - الماوردي ، الإنصاف في معرفة الخلاف على مذهب الإمام المجلد أحمد بن حنبل ، الجزء السابع ، دار إحياء التراث ، لبنان ،

1957 ، الطبعة الأولى ، ص : 183

ب-التعريف القانوني : نظم المشرع الجزائري الوصية في القانون المدني، و ذلك في القسم الثاني من الفصل المتعلق بطرق اكتساب الملكية، حيث اعتبر الوصية سبب من أسباب كسب الملكية،(المواد 775_777)، و جاء في نص المادة 775 من القانون المدني الجزائري : «يسري على الوصية قانون الأحوال الشخصية و النصوص القانونية المتعلقة بها»¹. و بهذا أحال تنظيم أحكامها إلى قانون الأسرة، و بالرجوع إلى هذا الأخير، نجد أن المشرع نظم أحكامها في الفصل الأول من الكتاب الرابع المتعلق بالتبرعات (المواد 184 – 201) و عرفها في المادة 184 قانون الأسرة الجزائري على أنها : « الوصية تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع»². و الملاحظ على هذا التعريف، أنه يخرج منه الوصية ببيع أو تأجير عين لشخص ما، حيث يعتبر من قبيل التصرف بعوض، و هذا ما يظهر من عبارة ' بطريق التبرع ' الواردة في التعريف، و بالتالي فتعريف المشرع الجزائري غير جامع لكل أنواع الوصايا. و بالرجوع للقوانين المقارنة، نجد أن المشرع المغربي عرفها في المادة 1738 من مدونة الأسرة المغربية : « الوصية عقد يوجب حقا في ثلث مال عاقده يلزم بموته ». و عرفها القانون المصري على أنها تصرف في التركة مضاف إلى ما بعد الموت³، كما عرفها المشرع العراقي على أنها تصرف في التركة مضاف إلى ما بعد الموت مقتضاه التمليك بلا عوض⁴.

الفرع الثاني/ حكم الوصية: شرعت الوصية في الإسلام كوسيلة يتدارك بها العبد ما فاته من عمل خير طيلة حياته، و لاستفادة أقارب المورث الممنوعون من الميراث لأي سبب كان، و نتيجة لهذا الدور الذي تلعبه فقد ثبتت مشروعية الوصية بالكتاب و السنة و الإجماع. أولا/ الكتاب : منه قواه تعالى : « كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةَ لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ »⁵. و قوله تعالى : « مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ »⁶. و يتضح من خلال هذه الآية أن الأنصبة و السهام المفروضة للورثة لا توزع إلا بعد قضاء الدين و تنفيذ وصية الميت⁷، و بالرغم من ذكر الوصية قبل الدين في هذه الآية، إلا أن

1 - الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني، المذكور سابقا، ص : 1040.

2 - القانون 84/ 11 المؤرخ في 9 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة الجزائري، المذكور سابقا، ص : 922.

3 - المادة 01 من قانون الوصية المصري.

4 - المادة 64 من قانون الأحوال الشخصية العراقي.

5 - سورة البقرة، الآية : 180.

6 - سورة النساء، الآية : 11.

7 - أحمد بن حجر العسقلاني، فتح الباري، شرح صحيح البخاري، الجزء الخامس، دار الريان، القاهرة، 1986، الطبعة

الأولى، ص : 44.

إجماع العلماء من السلف والخلف قد وقع على تقديمه عليها لما رواه أحمد والترمذي وغيرهما عن طريق الحارث بن عبد الله الأعور عن علي بن أبي طالب قال: «قضى محمد صلى الله عليه وسلم أن الدين قبل الوصية وأنتم تقرؤون الوصية قبل الدين»¹.

ثانيا/ السنة: ما رواه البخاري ومسلم عن ابن عمر رضي الله عنهما قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «ما حق امرئ مسلم له شيء يوصي فيه يبيت ليلتين إلا ووصيته مكتوبة عنده، قال ابن عمر: ما مرت عليّ ليلة منذ سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول ذلك إلا وعندي وصيتي»².

ثالثا/ الإجماع: فقد نقل ابن قدامة في المغني، الإجماع على جواز الوصية حيث قال: «و أجمع العلماء في جميع الأمصار والأعصار على جواز الوصية»³. وبذلك فحكم الوصية يختلف من حيث الوصف الشرعي لها باختلاف الأحوال، وهي بذلك تعترها الأحكام الخمسة من وجوب وندب وتحريم وكرهية وإباحة، فتكون الوصية واجبة إذا ما تعلقت بحقوق الله تعالى وحقوق العباد، فحقوق الله تتمثل في الفرائض والواجبات وحقوق العباد التي تكون تحت يده ولا يعلم بها أحد غيره، وإنما كانت تلك الحقوق لأن الله جعل للإنسان حقا معلوما في ماله يتصرف فيه في حياته لينفذ بعد موته، والوصية المندوبة تكون إذا كان فيها قربة لله تعالى كالوصية للفقراء، والوصية المحرمة إذا كانت بمعصية أو كان الباعث منها معصية، وتكون حراما إذا كانت للإضرار بالورثة، والوصية المكروهة هي التي تكون لأهل الفسق والمعاصي، والوصية المباحة وهي التي تكون لغير المحتاج وحكمها أنه لا ثواب على من فعلها، ولا عقاب على من تركها كالوصية لغني⁴.

الفرع الثالث / الحكمة من تشريع الوصية: الأصل في الشريعة الغراء، أن الشارع الحكيم هو الذي يتولى أمر الخلافة في مال الميت وينظمها، وخروجا عن هذا الأصل شرع الله الوصية فأجاز للشخص أن يستخلف من يرى في القدر الذي حدده الشارع، وفي حدود صفة الموصي له، مع مراعاة الباعث على تلك الخلافة الاختيارية، وطبقا للشروط المقترنة بهذا التصرف،

1 - المرجع نفسه، ص: 44.

2 - رواه البخاري (186/3)، رواه مسلم (1249/3)

3 - ابن قدامة، المغني، الجزء الثامن، دار عالم الكتب، السعودية، 1997، الطبعة الثالثة، ص: 399

4 - بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري (الوصية والميراث)، الجزء الثاني، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1994، دون طبعة، ص: 237، 238.

وذلك لما تحققه من منفعة و مصلحة خاصة و عامة¹. تتمثل المصلحة الخاصة في تحصيل الخير في الدنيا و نوال الثواب في الآخرة، فشرعها الله تمكيناً من العمل الصالح مصداقاً لقوله الله عليه وسلم: «إن الله تصدق عليكم عند وفاتكم بثلاث أموالكم، زيادة لكم في أعمالكم»²، و مكافأة لمن أسدى للمرء معروفاً، و صلة للرحم و الأقارب غير الوارثين، و سد حاجة المحتاجين، و تخفيف الكرب عن الضعفاء و البؤساء و المساكين، و ذلك بشرط التزام المعروف أو العدل و تجنب الإضرار في الوصية، لقوله تعالى: «مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ غَيْرِ مُضَارٍّ»³. و العدل المطلوب قصرها على مقدار ثلث التركة المحددة شرعاً، أما عدم نفاذ الوصية لو ارث إلا بإجازة الورثة الآخرين، فهو يمنع التباضع و التحاسد و قطيعة الرحم⁴، و تتمثل المصلحة العامة في كون الوصية باب من أبواب الإنفاق في وجوه الخير العامة كالمساجد، المدارس و المكتبات، و على أصحاب الحق في التكافل الاجتماعي -نحو دور الأيتام، دور العجزة و المسنين- و بهذا كانت الوصية من قوانين التكافل في نظام الإسلام⁵.

المطلب الثاني / إجازة الوصية مع اختلاف الدين :

لا نزاع في صحة وصية المسلم للمسلم مهما اختلفت ديارهما و جنسيتها، لأن رابطة الإسلام لا تفصلها حدود الديار، كما لا يشترط اتحاد الدين بين الموصي و الموصى له لصحة الوصية، فتجوز وصية المسلم لغير المسلم، و تجوز وصية غير المسلم لأهل ملته، و لغير أهل ملته، كاليهودي للمسيحي، أو العكس، و المسلم لليهودي أو المسيحي و العكس، لأن غير المسلمين في دار الإسلام لهم ما للمسلمين، و عليهم ما على المسلمين⁶، و ستعرض في هذا المطلب إلى الوصية بين المسلم و غير المسلم في الفرع الأول، و إلى الوصية بين المسلم و المرتد في الفرع الثاني، و إلى موقف المشرع الجزائري في الفرع الثالث .

الفرع الأول/ الوصية بين المسلم و غير المسلم :

- 1 - محمد كمال الدين إمام، الوصايا و الأوقاف في الفقه الإسلامي، الدار الجامعية، مصر، 2001، الطبعة الأولى، ص: 39 .
- 2 - رواه ابن ماجه (2709) .
- 3 - سورة النساء، الآية 12 .
- 4 - وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، الجزء الثامن دارالفكر، سوريا، 1985، الطبعة الثانية، ص: 11
- 5 - مسعود الهلالي، أحكام التركات و الموارث في قانون الأسرة الجزائري، جسر للنشر و التوزيع، الجزائر، 2008، الطبعة الأولى، ص: 48 .
- 6 - محمد مصطفى شلبي، أحكام الوصايا و الأوقاف، الدار الجامعية، لبنان، 1982، الطبعة الرابعة، ص: 92 .
- 7 - وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع السابق، ص: 39، 40 .

و تنطوي هذه المسألة على حالتين :

أولاً/ وصية المسلم لغير المسلم: اتفق جمهور الصحابة و التابعين و الأئمة المجتهدين على أن وصية المسلم لغير المسلم صحيحة¹، فلو كان الزوج مسلماً و زوجته غير مسلمة و مات الزوج فإن الزوجة لا تترث، ذلك أن اختلاف دينها عن زوجها يمنعها من الميراث، إلا أن للزوج المسلم أن يوصي قبل موته لزوجته شيئاً من التركة، و استدلو الفقهاء في إجازة وصية المسلم لغير المسلم بما يلي :

1- قوله تعالى: « لا ينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم في الدين ولم يخرجوكم من دياركم أن تبرؤوهم و تقتسطوا إليهم إن الله يحب المقسطين »².

2- قوله تعالى: «... إلا أن تفعلوا إلى أوليائكم معروفاً...»³. قال محمد بن الحنفية عطاء وقتادة، هو وصية المسلم لليهودي أو النصراني⁴.

3- ما روي من حديث عكرمة: «أن صفيية قالت لأخ لها يهودي: أسلم ترثني، فرفع ذلك إلى قومه، قالوا أتبع دينك بالدنيا؟ فأبى أن يسلم، فأوصت له بالثلث»⁵.

مع الإشارة إلى أن الفقهاء اشترطوا لصحة وصية المسلم لغير المسلم بعض الشروط، منها ما هو متفق عليه، ومنها ما هو مختلف فيه، نوجزها فيما يلي :

أ- ألا تكون الوصية لغير المسلم بمصحف أو عبد مسلم لأنه لا يجوز هبتها له و لا بيعها له⁶.
ب- ألا تكون الوصية بمعصية فلو أوصى مسلم ببناء كنيسة للكافر أو الإنفاق عليها فهي باطلة عند الجمهور⁷. لقوله تعالى: « وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَىٰ وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ »⁸.

ج- ألا يكون غير المسلم حربياً : و هذا الشرط مختلف فيه، فذهب الحنفية إلى أن وصية المسلم لغير الحربى باطلة، و استدلو في ذلك بقوله تعالى: « إِنَّمَا يَنْهَاكُمُ اللَّهُ عَنِ الَّذِينَ قَاتَلُوكُمْ فِي الدِّينِ وَأَخْرَجُوكُم مِّن دِيَارِكُمْ وَظَاهَرُوا عَلَىٰ إِخْرَاجِكُمْ أَن تَوَلَّوهُمْ وَمَن يَتَوَلَّهُمْ فَأُولَٰئِكَ هُمُ

1- ابن قدامة، المغني، الجزء السادس، المرجع السابق، ص: 530.

2- سورة الممتحنة، الآية: 08

3- سورة الأحزاب، الآية: 06.

4- ابن قدامة، المغني، الجزء السادس، المرجع السابق، ص: 530.

5- السنن الكبرى للبيهقي (6/ 281)

6- ابن قدامة، المغني، الجزء السادس، المرجع السابق، ص: 531.

7- ابن القيم، أحكام أهل الذمة، الجزء الأول، رمادي للنشر، السعودية، الطبعة الأولى، 1997، ص: 227.

8- سورة المائدة، الآية: 02.

الظَّالْمُونَ»¹، فقد دلت الآية على عدم جواز البر بمن يقاتلنا في الدين، وهم الحربيون، وإذا كانت الوصية فيها نوع من البر بم تصح لهم، كما احتجوا بأن في جواز الوصية من المسلم للحربي إعانة له وإلحاق الضرر بالمسلمين وهو غير جائز². وعلى خلاف ذلك أجاز جمهور الفقهاء وصية المسلم لغير المسلم الحربي³، واستدلوا في ذلك على ما يلي:

1- بما روى البخاري عن أسماء بنت أبي بكر قالت: قدمت على أمي - وهي مشركة- في عهد الرسول صلى الله عليه وسلم، فاستفتيت رسول الله، فقلت له: وهي راغبة أفأصل أمي؟ قال: نعم، صل أمك، ومعنى قول راغبة: أنها راغبة في شيء تأخذه من أسماء وهي على شركها، ولهذا استأذنت أسماء أن تصلها، وقيل المعنى أنها راغبة في دينها، أو راغبة في القرب من مجاورتها والتودد منها⁴، وقد دل الحديث على شرعية البر بالمخالف في الدين ولو حربيا، لأن أم أسماء كانت حربية، والوصية من البر فكانت مشروعة وجائزة⁵.

2- بأن الهبة تصح من المسلم الحربي فتصح الوصية أيضا منه و له، لأنهما في معنى واحد⁶. والراجح هو ما ذهب إلى الجمهور لقوة أدلتهم، أما عن الآية التي استدلت بها مذهب الحنفية فيرد عليهم بأنها أفادت النهي عن تولية أهل الحرب وموادتهم كما قال تعالى: « وَمَنْ يَتَوَلَّهُمْ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ »، ولم يتعرض للنهي عن البر والتبرع، فلا دلالة في الآية على منع الوصية⁷.

ثانيا/ وصية غير المسلم للمسلم: لا خلاف بين الفقهاء في إجازة وصية غير المسلم إلى المسلم، لأن التبرع جائز حال الحياة اتفاقا، فكذا يجوز التبرع المضاف إلى ما بعد الموت⁸، واشترطوا في ذلك أن تكون الوصية في دار الإسلام، فإذا كانت في دار الحرب لم تصح، وبهذا

1 - سورة الممتحنة، الآية: 09.

2 - بدران أبو العينين بدران، العلاقات الاجتماعية بين المسلمين وغير المسلمين في التشريعات الإسلامية واليهودية والمسيحية، مؤسسة شباب الجامعة، مصر، 1984، دون طبعة، ص 176.

3 - ابن قدامة، المغني، الجزء السادس، المرجع السابق، ص: 530.

4 - أخرجه البخاري، كتاب الهبة، باب الهدية للمشركين، رقم 2620.

5 - بدران أبو العينين بدران، العلاقات الاجتماعية بين المسلمين وغير المسلمين في التشريعات الإسلامية، المرجع السابق، ص:

176

6 - المرجع نفسه، ص: 177.

7 - ابن قدامة، المغني (6/ 532).

8 - زهدور محمد، الوصية في القانون المدني الجزائري و الشريعة الإسلامية، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1991، دون

طبعة، ص: 72.

قال الحنفية، كما يشترط ألا تكون الوصية بمحرم كما لو أوصى بخمر أو خنزير لمسلم، فلا تصح هذه الوصية لأن المسلم ممنوع من تملكها¹.

الفرع الثاني/ الوصية بين المسلم والمرتد:

و تنطوي هذه المسألة على حالتين :

أولاً/ وصية المسلم للمرتد: اختلف الفقهاء في هذه المسألة على قولان :

القول الأول : يرى أن الوصية صحيحة لأن الهبة صحيحة و هو قول عند الشافعية و قول عند الحنابلة².

القول الثاني : يرى بأن الوصية للمرتد غير صحيحة لأن ملكه غير واضح و غير مستقر، و بردته عن الإسلام يكون قد حكم عليه بالموت الحكمي فيستتاب ثلاثة أيام، فإن عاد للإسلام صحت تصرفاته، و إن رفض العودة للإسلام يقتل و يصبح ميتاً حقيقة، و لأن الردة تزيل ملك المال فلا يصح له تملك المال الموصى به، و هو قول الشافعية و بعض الحنابلة. ثانياً/ وصية المرتد للمسلم : ذهب جمهور الفقهاء -المالكية و الشافعية و الحنفية - إلى أن وصية المرتد موقوفة إلى أن يتقرر أمره، فإن عاد إلى الإسلام نفذت وصيته و إن قتل أو مات على رده كانت وصيته باطلة، ذلك أن تصرفات المرتد موقوفة على ما يؤول إليه أمره فإن أسلم نفذت و إلا بطلت جميع تصرفاته إن أصر على رده³. مع الإشارة إلى أن أبا حنيفة نص على أن وصية المرتدة تقع صحيحة، لأن المرأة لا تقتل عنده، بل تُخَيَّر بين التوبة و الحبس و تبقى مالكة لأموالها⁴. و باعتبار أن وصية المسلم لغير المسلم، و وصية غير المسلم للمسلم صحيحة، فمن باب أولى أن تصح وصية غير المسلم لغير المسلم (كوصية اليهودي للنصراني أو العكس)، و لا تصح إلا بما تصح به وصية المسلم للمسلم⁵.

1 - بدر الدين العيني الحنفي، البداية في شرح الهداية، الجزء الثالث، دار الكتاب العلمية، لبنان، 2000، الطبعة الأولى، ص : 499.

2 - بدران أبو العينين بدران، العلاقات الاجتماعية بين المسلمين و غير المسلمين في التشريعات الإسلامية، المرجع السابق، ص: 26.

3 - ابن قدامه، المغني، الجزء السادس، المرجع السابق، ص : 530.

4 - محمد أبو زهرة، شرح قانون الوصية، المرجع السابق، ص: 95.

5 - صبحي المحمصاني، المبادئ الشرعية و القانونية للموارث و النفقات و الوصية، دار العلم، لبنان، 1997، الطبعة الثامنة، ص : 145.

6 - بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء الثاني، المرجع السابق، ص : 251، 252.

7 - أحمد محمد شاكر، مستند الإمام أحمد بن حنبل، مطبعة دار المعارف، مصر، 1950، الطبعة الثانية، ص : 256.

الفرع الثالث / موقف المشرع الجزائري :

نص المشرع الجزائري صراحة على إجازة الوصية مع اختلاف الدين و ذلك طبقا لنص المادة 200 من قانون الأسرة الجزائري، حيث نصت على أنه: «تصح الوصية مع اختلاف الدين»¹، و من هنا فوصية المسلم لغير المسلم و العكس صحيحة في حدود الثلث²، إلا أن ما يلاحظ على هذا النص أنه جاء عاما و مطلقا فلم يميز بين الكافر الأصلي و المرتد و كان - من الأجدر - على المشرع الجزائري أن يفصل لنا في هذه المسألة، و ذلك بأن ينص على عدم صحة وصية المسلم للمرتد كما الشافعية و بعض الحنابلة، لأن الردة تزيل ملك المال فلا يصح له تملك المال الموصى به . أما بشأن وصية المرتد للمسلم فكان عليه الأخذ بما ذهب إليه جمهور الفقهاء، أي أنه وصية موقوفة إلى أن يتقرر أمره، إما أن يعود للإسلام فتصح وصيته أو ينفي مصرا على رده فتبطل وصيته.

و مما سبق، فالشريعة الإسلامية قد كفلت للزوجين مختلفي الديانة طريق آخر غير الميراث للاستفادة من التركة من خلال إجازتها للوصية مع اختلاف الدين، و على هذا النهج سار المشرع الجزائري، إلا أنه و باعتبار أن الوصية اختيارية مرتبطة بإرادة الأطراف، نتساءل كيف يمكن للزوجين مختلفي الديانة الاستفادة من التركة في حالة عدم الإيضاء؟

الواقع أنه لا يوجد أي شكل من أشكال الوصية المفروضة قانونا للاستفادة بجزء من التركة باستثناء نظام التنزيل أو ما يعرف بالوصية الواجبة، و هو صياغة قانونية جاء به المشرع العربي الحديث لما لولي الأمر من سلطة و بما يفرضه عليه الواجب من بحث في مصلحة الجماعة و حل مشكلات الواقع و في مقدمتها مسائل الأسرة، و لقد نظم المشرع الجزائري أحكام التنزيل في نصوص المواد من 169 إلى 172 ق أ ج، و لعل الحكمة من تشريع هذا النظام هو أن نظام الإسلام و هو يحرص على تحقيق عدالة و تقسيم التركة بين الورثة تقسيما عادلا لا يشوبه جنف و لا يعتريه ظلم، و بثها في كل جيل من الأجيال، لا على جمعها في يد واحدة فتصبح ثروة الأمة محتكرة فقد أخذ بعين الاعتبار معيار الحاجة، و جعلها أحد أسس التفاضل في توزيع الميراث، بحيث كلما كانت الحاجة إلى المال أشد كان النصيب أكبر³، لذا فإن القول بعدم التنزيل قد يؤدي في بعض الأحيان إلى تكديس الأموال في يد واحدة من

1 - لقانون 84 / 11 المتضمن قانون الأسرة الجزائري، المذكور سابق، ص : 923،

2 - بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء الثاني، المرجع السابق، ص : 251،

3 - المرزوقي عمر بن فيحان، اقتصاديات في الميراث في الإسلام، مجلة مركز صالح كامل للاقتصاد الإسلامي، جامعة الأزهر، مصر، السنة الخامسة، العدد 14، 2001، ص : 138، 139.

الأقارب دون الآخرين، وهو ما يؤدي في كل الحالات إلى انتشار الضغائن وروح الانتقام، مما يؤدي إلى تفكيك روابط الأسرة الجزائرية، و من هنا جاء نظام التنزيل بمثابة الدواء الشافي لجراح وآلام بعض الفئات في المجتمع وهو الأحماد ممن توفي أصلهم في حياة جدهم أو جدتهم، فحرموا من ميراث ذلك الأصل طبقا لقواعد الميراث¹. ومن هنا نتساءل: أليس من الأولى أن يضم نظام التنزيل فئة أهم من الأحماد الذين توفي أصلهم في حياة جدهم أو جدتهم، ألا وهي فئة الممنوعون من الإرث لاختلاف الدين؟ كيف يمكن لأقرب المقربين (كالوالدين والزوجين مختلفوا الديانة) عن المورث ألا يستفيدوا من هذا النظام ويستفيد منه الأحماد الذين توفي أصلهم في حياة جدهم أو جدتهم؟ خصوصا وأن واضعي هذا النظام نسبوه إلى مذهب ابن حزم الظاهري، وقد قال هذا الأخير: «و فرض على كل مسلم أن يوصي لقرباته الذين لا يرثون إما لرق وإما لكفر وإما لأن هناك من يجبههم عن الميراث، أو لأنهم لا يرثون فيوصى لهم بما طابت به نفسه لا حد في ذلك فإن لم يفعل أعطوا»². واستدل في ذلك بقوله تعالى: «كُتِبَ عَلَيْكُم إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِن تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةَ لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ»³. ودلت الآية الكريمة على وجوب الوصية للوالدين والأقربين، إلا أن هذا الوجوب نسخ بعد نزول آية الموارث في حق من يرث ونفي حق من لا يرث⁴. فالملحوظ أن الوصية الواجبة إنما هي حق الأقارب الذين لا يرثون، ولهذا فعلى المشرع الجزائري أن يُمكن أقارب المتوفي الذين لا يرثون، الاستفادة من نظام التنزيل، مع الإشارة إلى أن نظام الوصية الواجبة أو ما يعرف بالتنزيل في قانون الأسرة الجزائري إنما جاء مخالفا لما جاء به ابن حزم الظاهري، فهذا الأخير نادى بوجوب الوصية، أي على كل فرد أن يوصي لأقاربه الذين لا يرثون، وفي حالة عد ايصائه تنتقل سلطة الايضاء لولي الأمر. كما أن كيفية هذا النظام على أنه وصية و يطبق عليها أحكام الوصية في حين نجد المشرع الجزائري كيفية على أنه ميراث قانوني و نظمه في الكتاب المخصص للميراث، و كان عليه أن ينظمه في الفصل المخصص للوصية.

1 - دغيش أحمد، التنزيل في قانون الأسرة الجزائري، دار هومه، الجزائر، 2010، الطبعة الثانية، ص: 123.

2 - ابن حزم، أبي محمد على بن أحمد بن سعيد بن حزم، المحلى، الجزء التاسع، إدارة الطباعة المنبرية، مصر، 1351 هـ، الطبعة الأولى، ص: 314.

3 - سورة البقرة، الآية، 180.

4 - ابن جرير، تفسير الطبري، الجزء الثالث، دار هجر، مصر، 2001، الطبعة الأولى، ص: 128.

المبحث الثاني / الهبة كآلية قانونية لاستفادة الزوجين مختلفي الديانة من الميراث:

تطرقنا في المبحث السابق ظن إلى الوصية كآلية قانونية لاستفادة الزوجين مختلفي الديانة من التركة، فرأينا أن الوصية مع اختلاف الدين وصية صحيحة، فمن حق الموصي المسلم أن يوصي لزوجته الكتابية حتى يتمكن من الاستفادة من تركة زوجها المسلم والعكس، وإضافة إلى هذه الآلية هناك آلية أخرى يمكن فيها للزوجين مختلفي الديانة أن يستفيدوا من التركة، ألا وهي الهبة، ذلك أن للمسلم وغير المسلم كذلك أن يهب ما يشاء بغض النظر عن ديانته، مع الإشارة إلى أن الهبة في مرض الموت لها أحكامها الخاصة، و سنحاول التعرض في هذا المبحث إلى :

المطلب الأول : تعريف الهبة، حكمها والحكمة منها .

المطلب الثاني: إجازة الهبة مع اختلاف الدين .

المطلب الأول/ تعريف الهبة، حكمها والحكمة منها :

الهبة تشمل الهدية والصدقة، لأن الهبة والصدقة والهدية والعطية معانيها متقاربة، فإن قصد منها طلب التقرب إلى الله بإعطاء محتاج فهي صدقة، وإن حملت إلى مكان المهدي إليه إعظاما له وتوددا له فهي هدية، وإلا فهي هبة¹، و اسم العطية شامل لجميعها . و سنحاول في هذا المطلب التعرض إلى تعريفها (الفرع الأول)، حكمها (الفرع الثاني)، والحكمة منها (الفرع الثالث) .

الفرع الأول / تعريف الهبة :

للوصول إلى معنى الهبة وجب بنا تعريفها لغويا، ثم تعريفها اصطلاحا وذلك من الجانب الشرعي والقانوني.

أولا/ التعريف اللغوي للهبة: جاء في لسان العرب وهب: في أسماء الله تعالى الوهاب، الهبة : العطية الخالية من الأعواض، فإن كثرت سمي صاحبها وهابا و هو من أبنية المبالغة²، أما في مختار الصحاح باب (وهب)، وهب له شيئا، وهب يهب وهبا بوزن وضع يضع وضعاً، الإيهاب قبول الهبة والاستيهاب سؤال الهبة³، و يراد بالهبة التبرع والتفضل على الغير سواء كان بمال أو بغيره، وهي مأخوذة أيضا من هبت الريح و مرت حيث أن الشيء الموهوب يمر من يد إلى أخرى، وقيل هي مأخوذة من الانتباه من النوم لأن فاعل الهبة يكون قد انتبه

1 - وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، الجزء الخامس، المرجع السابق، ص: 05 .

2 - ابن منظور، لسان العرب، المرجع السابق، ص: 803 .

3 - الرازي محمد بن بكر، مختار الصحاح، مكتبة لبنان، لبنان، 1986، دون طبعة، ص: 307 .

للإحسان¹. ومّا ورد في الهبة في القرآن الكريم، قوله تعالى: «رَبِّ هَبْ لِي حُكْمًا وَأَلْحِقْنِي بِالصَّالِحِينَ»²، وقوله تعالى: «يَهَبْ لِمَن يَشَاءُ إِنَّا لَهُ وَهَّابٌ»³.
ثانيا/ التعريف الاصطلاحي: ستعرض إلى تعريفها الشرعي ثم القانوني.

أ- التعريف الشرعي للهبة: تعد الهبة من الأمور المستجدة دينيا وأخلاقيا، فهدفها الإحسان إلى الناس بالأموال خصوصا بطريق التصدق على الفقراء والمعوّزين، ومنها أيضا التهادي بين الأهل والأحباب لما في ذلك التحابب والتعاطف، ولقد وردت عدة تعاريف للهبة في اصطلاح الفقهاء كلها تفيد بأنها تمليك العين في الحال من غير عوض، نورد أهمها فيما يلي:
1- تعريف الهبة عند الحنفية: الهبة تمليك العين بلا شرط العوض في الحال ومعنى ذلك أن الشخص الذي يملك عينا ملكا صحيحا يجوز له أن يهب لغيره من غير أن يأخذ منه عوض في الحال أو المستقبل وذلك أثناء حياته وهذا لا يمنع المالك من أن يشترط العوض مقابل ما يهب من ماله⁴.

2- تعريف الهبة عند الشافعية: عرّفها بأنها: «تمليك بعين أو دين بلا عوض» وهذا يعني أن تمليك العين أو الدين أو المنفعة بلا عوض يعتبر هبة، فهي تمثل الهدية والصدقة⁵.
3- تعريف الهبة عند المالكية: عرّفها المالكية على أنها: «تمليك ذات من غير عوض، مقصود به وجه من أعطيت له»⁶. كما عرفها بأنها تمليك من له التبرع ذاتا بنقل تبرعا بلا عوض لأهل بصيغته أو ما يدل عليه، ويقصد "بتمليك" تمليك الذات أو تمليك المنافع، والمقصود "بمن له التبرع" هو الحر البالغ العاقل غير المحجور عليه وقولهم "ذاتا" خرج منه تمليك المنافع كالأجارة والوقف، ويقصد "بلا عوض" إخراج تمليك الذات بعوض كالبيع، و يقصد "الأهل" المستحق، والمقصود "بالصيغته" هي الإيجاب والقبول⁷.

1- السيد سابق، فقه السنة، المجلد الثالث، دار الجيل، دون تاريخ، دون طبعة، ص: 277.

2- سورة الشعراء، الآية: 83.

3- سورة الشورى، الآية: 49.

4- محمد بن أحمد تقيّة، دراسة عن الهبة في قانون الأسرة الجزائري بين أحكام الشريعة الإسلامية والقانون المقارن، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2003، الطبعة الأولى، ص: 17.

5- المرجع نفسه، ص: 16.

6- الصادق عبد الرحمان الغرياني، مدونة الفقه المالكي وأدلته، الجزء الرابع، مؤسسة الريان، لبنان، 2001، الطبعة الأولى، ص: 247.

7- حسن محمد بودي، موانع الرجوع في الهبة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الجامعة الحديثة، الإسكندرية، 2004، دون طبعة، ص: 21، 22.

4- تعريف الهبة عند الحنابلة: الهبة تمليك جائز التصرف مالا معلوما أو مجهولا تعذر علمه، موجودا مقدورا على تسليمه، غير واجب في الحياة بلا عوض بما يعد هبة عرفا من لفظ هبة وتمليك ونحوهما¹. فكلمة تمليك لإخراج العارية، والمال لإخراج ما ليس بهال كالكلاب، والمقدور على تسليمه لإخراج الحمل، وغير الواجب لإخراج الديون والنفقات، وفي الحياة لإخراج الوصية، وبلا عوض لإخراج عقود المعاوضة.

ومن التعاريف السابقة، نستخلص بأن الهبة هي تمليك لذات أو عينا بلا عوض، وتكون حال حياة كل من الواهب والموهوب له.

ب- التعريف القانوني للهبة: عرّفها المشرع الجزائري في المادة 202 من قانون الأسرة الجزائري على أن: «الهبة تمليك بلا عوض»²، والملاحظ على هذا التعريف أنه لم يحدد المقصود من التمليك هل هو تمليك المال أم المنافع أم أشياء محددة، وفي غياب هذا التفصيل يمكن حمل اللفظ على معناه العام ليشمل تمليك المال رقبة ومنفعة أو حتى حقا شخصيا وهذا ما تضمنته المادة 205 من قانون الأسرة الجزائري بنصها: «يجوز للواهب أن يهب كل ممتلكاته أو جزاء منه عينا أو منفعة أو دينا لدى الغير»³. كما يلاحظ بأن هذا التعريف غير مانع حيث لم يذكر بصفة صريحة عنصر نية التبرع الذي هو عنصر جوهري في الهبة، كما لم يذكر عنصر الحياة لذا نجد هناك بعض التصرفات هي ليست هبة، يمكن أن تدرج ضمن هذا التعريف كالوصية، فهي تمليك بلا عوض مضاف لما بعد الموت، لذا كان على المشرع أن يذكر عبارة حال حياة الواهب يمنع دخول الوصية في مفهوم الهبة⁴.

الفرع الثاني/ حكم الهبة :

الهبة مشروعة مندوب إليها، وثبتت شرعيتها بالكتاب والسنة والإجماع.
أولا/ الكتاب: قوله تعالى: « فَإِنْ طِبْنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَرِيئًا »⁵. وقوله تعالى: « وَآتَى الْمَالَ عَلَى حُبِّهِ ذَوِي الْقُرْبَى وَالْيَتَامَى وَالْمَسَاكِينَ وَابْنَ السَّبِيلِ وَالسَّائِلِينَ وَفِي الرِّقَابِ »⁶.

1- البهوتي منصور بن يونس، كشاف القناع، الجزء الرابع، عالم الكتب، مصر، 1982، دون طبعة، ص: 298.

2- قانون 84/ 11 المتضمن قانون الأسرة الجزائري، المذكور سابقا، ص: 923.

3- المصدر نفسه، ص: 923.

4- محمد بن أحمد تقي، دراسة في الهبة، المرجع السابق، ص: 20.

5- سورة النساء، الآية: 04.

ثانيا/ السنة: قوله عليه الصلاة والسلام: «تهادوا تحابوا»². وقوله عليه الصلاة والسلام: «لا تحقرن جارة أن تهدي لجاتها ولو فرسن شاة»³، وقوله أيضا: «العائد في هبته كالكلب يقىء ثم يعود في قيئه»⁴

ثالثا/ الإجماع: انعقد الإجماع على استحباب الهبة مصداقا لقوله تعالى: «وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَى وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ»⁵. وهي للأقارب أفضل لأن فيها صلة للرحم⁶.
الفرع الثالث / الحكمة من تشريع الهبة :

للشريعة الإسلامية مقاصد و غايات في الحث على أعمال التبرعات و الإكثار منها، فمن الناحية المادية سد الحاجيات سواء للفقراء أو غيرهم من المحتاجين كأهل العلم و المرضى و المنقطعة بهم السبيل... الخ، و من الناحية المعنوية أعمال التبرع علاج لمرض الأنانية في المجتمع و تقوية صلوات المحبة بين الأقارب، و كامل أفراد المجتمع، فقد ورد في الفقه الإسلامي أن الحكمة من مشروعية الهبة و الصدقة و مختلف أنواع التبرعات تركية النفس و تطهيرها من داء البخل و استجلاب المحبة⁷، و قد تكون الهبة على سبيل الصدقة طمعا في ثواب الله يوم القيامة، و هي هبة لازمة لا يجوز الرجوع فيها، مع الإشارة إلى أن الهبة بين الزوجين الغرض منها صلة الرحم، و لا يجوز الرجوع فيها مصداقا لقوله صلى الله عليه وسلم: «إذا كانت الهبة لذي رحم محرم لم يرجع فيها»⁸.

المطلب الثاني / إجازة الهبة مع اختلاف الدين :

أغلب التشريعات العربية نظمت أحكام الهبة في القانون المدني، فضلا عن سائر التبرعات عدا الوقف و الوصية كالتشريع المصري و السوري و الأردني و العراقي و الكويتي، أما القانون الجزائري و التونسي و اليمني فنظموا أحكامها في الأحوال الشخصية، و حجتهم في ذلك الحرص الشديد على أن تستمد أحكامها من الشريعة الإسلامية تبعا لكل موضوعات

1 -سورة البقرة، الآية : 177.

2 -ابن حجر العسقلاني، التلخيص الخبير، الجزء الثالث، مؤسسة قرطبة، دون بلد النشر، 1990، الطبعة الأولى، ص: 152.

3 -المرجع نفسه، ص: 153.

4 -ابن حزم، المحلى، المرجع السابق، ص: 116.

5 -سورة المائدة، الآية : 02.

6 -وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي و أدلته، الجزء الخامس، المرجع السابق، ص: 07.

7 -خالد سحاحي، النظرية العامة لعقود التبرعات دراسة مقارنة، بحث مقدم لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2012 / 2013، ص: 63.

8 -ابن حجر العسقلاني، التلخيص الخبير، الجزء الثالث، المرجع السابق، ص: 159.

قانون الأسرة من زواج و طلاق و نسب و ميراث و وصية و وقف¹. و كذلك لتعلقها بالجانب الديني، لأن سببها في الغالب كسب رضا الله و ثوابه، فيترك تنظيمها لقواعد الفقه الإسلامي التي نظمت هذه العقود و التي أفاضت في تنظيمها و تفصيل جزئياتها². و يترتب على تنظيم أحكام الهبة في قانون الأسرة و اعتبارها من مسائل الأحوال الشخصية أن عقد الهبة إذا كان به عنصراً أجنبياً بأن كان الواهب و الموهوب له مختلفين في الجنسية، أو كان المال الموهوب في دولة غير دولة الواهب، فإنه سيخضع لقانون جنسية الواهب، و هذا ما أكدته المشرع الجزائري في المادة 02/16 من القانون المدني الجزائري، حيث نصت على أنه: «ويسري على الهبة و الوقف قانون جنسية الواهب أو الواقف وقت إجرائها»³.

ولعل ما يميز أحكام الهبة هو أنها تأخذ شكل عقد، فتتنص المادة 206 ق أ ج: «تتعقد الهبة بالإيجاب و القبول، و تتم بالحيازة و مراعاة أحكام قانون التوثيق»⁴. فمن خلال هذه المادة و المادة 202 السابقة الذكر، يتبين لنا أن الهبة عقد تتعقد بالإيجاب و القبول، مما يجعلها كسائر العقود تنطبق عليها القواعد العامة، و كذا من خلال مضمون المادتين تبرز لنا مقومات عقد الهبة، و ذلك بأن الهبة عقد ما بين الأحياء، إذ لا بدا فيه من إيجاب و قبول، و هذا لا يتم إلا بين الأحياء فهو يشمل التملك في الحال و التملك في المستقبل في حياة كل من الواهب و الموهوب له، و بموجب هذا العقد يتصرف الواهب في ماله بأن ينقل جزءاً من ماله أو كله بلا مقابل، و بناءً عليه يترتب على الواهب افتقار من جانبه، و اغتناء من جانب الموهوب له، بسبب مجانية التصرف و انعدام التعويض الذي يبرز المقوم الثالث⁵. و عليه فإرادة أحد الزوجين أو الأبناء تلعب دوراً مهماً في الهبة، إلا أنه لا يعتد بالمنع الديني، في حالة ما إذا أراد أحدهم أن يهب للآخر جزءاً من التركة أو كلها، و لذلك فإن للهبة دوراً مهماً للتخفيف من المنع الديني الناتج عن بعض الحالات في الزواج المختلط، فلا يشترط أن يكون الواهب و الموهوب له متحدين في الدين، فالهبة تكون من غير المسلم و إليه

1 - محمد بن أحمد تقيه، دراسة على الهبة، المرجع السابق، ص: 52.

2 - خالد سحاحي، النظرية العامة لعقود التبرعات دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص: 67.

3 - القانون 10/05 المؤرخ في 20 يونيو 2005، المعدل و المتمم للأمر 58/75 المتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية، العدد 44، ص: 19.

4 - القانون 11/84 المتضمن قانون الأسرة، المذكور سابق، ص: 923.

5 - محمد بن أحمد تقيه، دراسة على الهبة، المرجع السابق، ص: 21، 22.

و في هذا الشأن سئل الإمام مالك: أرأيت إذا وهب المسلم للمشرك هبة، أهما بمنزلة المسلمين بالهبة؟ قال: نعم...¹. و عليه فالزوج المسلم يمكن أن يهب لزوجته غير المسلمة جزء من التركة، كما أن للزوجة غير المسلمة - سواء كانت جزائرية أو أجنبية - أن تهب لزوجها المسلم ما تشاء من التركة، كما أنه يجوز لهذه الأخيرة أن تهب كذلك أبناءها ما تشاء من التركة، لأن أبناءها يتبعون آبائهم في الدين، كما يجوز للأبناء أن يهبوا أمهم غير المسلمة جزءا من تركتهم.

و تتميز الهبة كآلية قانونية لاستفادة الزوجين مختلفي الديانة من التركة، أن الهبة تصرف حال الحياة و الوصية تصرف مضاف إلى ما بعد الموت، و في الهبة يصح للإنسان أن يهب جميع ممتلكاته بخلاف الوصية فلا يصح أن يوصي بأكثر من ثلث التركة إلا بإجازة الورثة، كما أنه في الوصية يصح للموصي الرجوع فيها مادام على قيد الحياة، أما عقد الهبة فلا يمكن الرجوع فيه إلا في الأحوال المنصوص عليها قانونا².

ومن العوارض التي تحول دون تمام الهبة بالصفة التي تم إبرامها عليها، حالة تخلل إرادة الواهب المرض المفضي إلى الوفاة، فتصرف المريض لا يتم على نفس الصورة التي أبرمت عليها، لاسيما إذا تمت لوارث بحيث تقوم مقام الوصية³، و لا تكون تبعا لذلك جائزة على الإطلاق ما يؤدي إلى عدم نفاذها ما لم يجزها الورثة⁴، طبقا لما جاءت به المادة 204 ق أ ج⁵. أما إذا تصرف المريض أثناء مرض موته بهبة كل ماله لغير وارث، فإن الهبة تنقلب وصية متى

1- مالك بن أنس، مدونة الإمام مالك، الجزء السادس، دون دار النشر، دون طبعة، ص: 122.

2- محمد بن أحمد تقي، دراسة على الهبة، المرجع السابق، ص: 39، 40.

3- انظر القرار الصادر عن المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية و الموارث، ملف رقم 197335، بتاريخ 16 جوان 1998، و الذي جاء فيه: «من المقرر قانونا أن الهبة في مرض الموت و الأمراض و الحالات المخيفة تعتبر وصية»، المجلة القضائية، عدد خاص 1998، ص: 251.

4- و هذا ما نصت عليه المادة 189 ق أ ج، و جسدهته المحكمة العليا في قرار لها جاء فيه: «من المقرر قانونا أن الهبة تخضع لأحكام الشريعة الإسلامية و متى تبين في قضية الحال، أن الهبة موضوع النزاع أقامها الزوج لزوجته ذاكرا بأنه في حالة ما إذا وجد بعد وفاته ورثة آخرون و شرعيون تحدد الهبة حسب القانون و هو ما يجعلها في شكل وصية مضافة إلى ما بعد الموت، في حين أن الشريعة لا تسمح بالوصية للوارث و المطعون ضدها هي وارثه لا حق لها في الوصية، و عليه فإن المسكن موضوع النزاع يعتبر من مخلفات المالك و يورث عنه حسب الفريضة الشرعية». انظر المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية و الموارث، الصادر بتاريخ 13/03/1998، ملف رقم 179724، 2001، عدد خاص، ص: 277.

5- نصت المادة 204 ق أ ج على أنه: «الهبة في مرض الموت و الحالات المخيفة تعتبر وصية». انظر القانون 84/11 المتضمن قانون الأسرة الجزائري، المذكور سابقا، ص: 923.

أثبتت الوراثة بأن التصرف كان حقيقة أثناء مرض الموت¹. و تبعا لذلك يكون للموهوب له الحق في ثلث محل الهبة فقط، و يلزم برد ثلثي محل الهبة للورثة أصحاب الحق فيها ما لم يجزها الوراثة، إعمالا لنص المادة 204 قانون الأسرة الجزائري، و هو ما جسده المحكمة العليا في قرار لها جاء فيه: «من المقرر قانونا أن الهبة في مرض الموت تعتبر وصية، و من ثم فإن القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد مخالفا للقانون»². أمّا إذا لم يتم التصرف في مرض موت الوهاب فإن الهبة تكون صحيحة لخروجها عن نطاق التحايل على قواعد الإرث، و لعدم مساسها بالنظام العام.

و ممّا سبق، فإذا لم يقم أحد الزوجين مختلفي الديانة بإبرام الهبة إلا بعد أن أحس بمرض الموت، أو أنه لم يعلم بحرمان زوجه من الميراث إذا لم يهب له شيئا، و لذلك قام بإبرام عقد الهبة، فباعتبار أن الهبة في مرض الموت تصح لغير وارث فقط، فيمكن للزوج المسلم أن يهب زوجته غير المسلمة في مرض موته، كما يمكن للزوجة غير المسلمة أن تهب زوجها المسلم وأولادها، لأنهم يعتبرون غير ورثة لوجود المانع الديني، غير أن هذه الهبة مقيدة في حدود الثلث فقط، فلو وهب الزوج المسلم زوجته غير المسلمة أو العكس، أو وهبت الزوجة غير المسلمة كل التركة لأولادها، فلا تصح هذه الهبة إلا في حدود الثلث، أمّا الاستفادة من باقي التركة فهو متوقف على إجازة الوراثة .

خاتمة :

لا شك أن شريعتنا الغراء قد تناولت كل جوانب الحياة الإنسانية، فوضعت لكل مسألة حكما يناسبها فلم تقتصر على بيان العقائد و العبادات، بل اتسعت لتستوعب جميع العلاقات بين المسلمين بعضهم مع بعض، و بين المسلمين و غير المسلمين، سواء تعلق الأمر بالبيوع أو الأحكام الجنائية أو العلاقات الدولية أو الأحوال الشخصية، و باعتبار أن التركة من أهم أركان الإرث، إذا لا يمكن وجود ميراث دون وجد تركة، فالإرث يدور وجودا و عدما مع وجود التركة، و إذا كان الزوجين مختلفي الديانة لا يستحقا شيئا من التركة، نظرا لوجود المانع الديني، فإن شريعتنا السمحاء - كون أعظم مقاصدها تحصيل المحاصل و دفع

1 - و هذا ما قضت به محكمة الحراش، القسم المدني، ملف رقم 4540، بتاريخ 2009/10/15، جاء في منطوقه: «الحكم باعتبار الهبة وصية طبقا لنص المادة 204 من ق أ ج و جعل نصيب المدعى عليها في حدود ثلث الهبة و توقيف الباقي على إجازة الوراثة». نقلا عن خالد سباحي، تداخل عقود التبرع و الموارث، المرجع السابق، ص: 39.

2 - المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 219901، القرار الصادر بتاريخ 1999/03/16، المجلة القضائية، عدد خاص، 2001، ص: 287.

المفاسد- لا يمكن أن تكون سببا في الحرمان من حق الميراث، أو سببا في تفريق الأسر بعدما كانت مجتمعة و حرمانها من حقوقها، فقد كفلت آليات تمكّن الزوجين مختلفي الديانة الاستفادة من التركة، و ذلك عن طريق الوصية و الهبة، و على نفس النهج سار المشرع الجزائري . ولقد توصلنا -من خلال دراستنا- للنتائج التالية :

01- يمكن للزوجين مختلفي الديانة الاستفادة من التركة بطريق الوصية، ذلك أنه ليس لاختلاف الدين أثر على الوصية، فوصية المسلم غير المسلم صحيحة، لكن ليس فيما ليس له علاقة بالإسلام كالمصاحف، و كذلك وصية غير المسلم للمسلم صحيحة بشرط ألا تكون في معصية كالخمر و الخنزير، و هذا ما أكدته المشرع الجزائري في المادة 200 ق أ ج، إلا أن هذا النص جاء عاما و مطلقا فلم يفصل في وصية المسلم للمرتد و العكس .

02- في حالة عدم إيصال أحد الزوجين مختلفي الديانة للآخر، فليس هناك أي شكل من أشكال الوصية المفروضة قانونا، باستثناء التنزيل المنصوص عليه في المواد (169 إلى 172)، إلا أن هذا الأخير يخص الأحفاد الذين مات مورثهم في حياة جدهم أو جدتهم، و كان على المشرع الجزائري أن يستهدف التنزيل - أو ما يعرف بالوصية الواجبة - فئة الممنوعون من الإرث كالزوجين مختلفي الديانة كما جاء به ابن حزم الظاهري .

03- كما يمكن للزوجين مختلفي الديانة الاستفادة من التركة عن طريق الهبة، ذلك أن ليس لاختلاف الدين أثر على الهبة، و نظرا لأهمية هذه الأخيرة في الحياة الاجتماعية و مدى تأثيرها على الروابط الإنسانية باعتبارها عملا من أعمال البر و الإحسان، لذا حرصت الشريعة الإسلامية، و من بعدها القوانين الوضعية منها القانون الجزائري على تنظيم عقد الهبة نظرا لما تنتجه من آثار .

04- تنظيم الهبة في قانون الأسرة، و نتج عن ذلك اعتبارها من مسائل الأحوال الشخصية و من ثم يطبق عليها قانون جنسية الواهب، إذ تحللها عنصر أجنبي .

05- ليس في القانون ما يمنع الواهب - أحد الزوجين مختلفي الديانة - من أن يبرم هبته و لو كان أثناء مرض موته، و لكن فيه ما يقيدتها بأحكام الوصية، كما هو وارد ضمن نص المادة 204 ق أ ج، و به عمل القضاء، و أكدت القاعدة القانونية في مبدأ قضائي هام غير مختلف فيه التوصيات :

من خلال النتائج المتوصل إليها يمكن اقتراح التوصيات التالية :

01- ضرورة تعديل نص المادة 200 ق أ ج كونه جاء عاما و مطلقا و لم يميز بين وصية المسلم للكافر الأصلي، و وصية المسلم للمرتد و العكس .

02- ضرورة تعديل أحكام التنزيل الواردة في الفصل السابع من كتاب المواريث، و ذلك بإدراج فئة الممنوعون من الإرث للاستفادة من أحكام هذا النظام، إضافة إلى نقل أحكامه للفصل المخصص للوصية، باعتباره وصية لا ميراث .

03- ضرورة تحديد مذهب فقهي معين للرجوع إليه في حالة عدم وجود نص في قانون الأسرة الجزائري بحكم المسألة، ذلك أن تناول المشرع الجزائري لأحكام الهبة و الوصية في مواد معدودة من قانون الأسرة، و إحالة أحكام ما لم ينص عليه إلى مبادئ الشريعة الإسلامية دون تحديد مذهب فقهي معين، يُصعّب المهمة على القضاء.

تفويض المرفق العام كتقنية جديدة في التشريع الجزائري

سليمان سهام

كلية الحقوق و العلوم السياسية

جامعة المدية

ملخص:

لقد بات مصطلح تفويض المرفق العام يستخدم في إطار سياسة تحديث المرافق العامة، ونظرا للعناصر المشروطة لقيام تفويض المرفق العام، بالإضافة إلى المبادئ التي يخضع له، بات تفويض المرفق العام يشكل فئة قانونية مستقلة لها نظامها القانوني الخاص. وبالرغم من أن عقود الامتياز تعد الأصل التاريخي لتفويض المرفق العام في الجزائر، إلا أنها عرفت معالجة قطاعية، إلى حين صدور المرسوم الرئاسي رقم 15-247 الذي كرس المشرع من خلاله إطارا قانونيا عاما و موحدا ينظم تفويضات المرفق العام. الكلمات المفتاحية: تفويض المرفق العام، إدارة المرافق العامة، عقد الامتياز.

Résumé :

Le terme délégation de service public est devenu utilisé dans le cadre de la modernisation de la politique des services publics, et compte tenu des Critères qui identifient la délégation de service public, en plus des principes qui lui est soumis, est devenu une catégorie juridique indépendant a son propre droit.

Bien que les contrats de concession est l'origine historique du délégation de service public en Algérie, mais il est connu comme organisation sectoriel, jusqu'à la publication du décret présidentiel n° 15-247 qui a consacré le législateur, à partir duquel, un cadre juridique général pour la délégation de service public.

مقدمة

لقد شكلت الأزمات الاقتصادية و الحاجات الاجتماعية سببا لتدخل الدولة في المجال الاقتصادي و احتكارها لمهمة النهوض بالمرافق العامة، إلا أن هذه الأزمات نفسها أدت إلى تخلي الدولة عن سياستها الاحتكارية، و توجيهها نحو الشراكة مع القطاع الخاص في إدارة المرافق العامة، و ذلك عن طريق عقود تفويض المرفق العام.

إن فكرة تفويض المرفق العام، ليست بالحديثة في التشريع الجزائري، إنما تعود في الأصل إلى عقد امتياز المرافق العامة و الذي استعمل منذ الاستقلال، و الذي لا يزال النموذج الأكثر تعبيراً عن تقنية تفويض المرافق العامة في الجزائر.

و بالرغم من أن عقد الامتياز يعد إحدى الصور الأساسية لتفويض المرفق العام في الجزائر، إلا أنه لم يتم التوصل إلى اعتماد سياسة شاملة و منظمة لهذه العقود في إطار قانوني متكامل إلا من وقت قريب.

فإزاء الانتقادات التي رافقت تجربة التنظيم القطاعي في تنفيذ المرافق العامة من خلال عقود الامتياز، و كذا التجربة التي اكتسبتها الجزائر في مجال منح عقود الامتياز، أدت إلى التفكير في وضع إطار قانوني لتفويض المرفق العام في الجزائر على غرار الدول الأخرى كفرنسا و تونس و المغرب.

و في هذا الصدد، تدخل المشرع الجزائري و قام بإصدار المرسوم التنفيذي رقم 15-257 و الذي تضمن تنظيم عقود تفويض المرفق العام لأول مرة منذ الاستقلال، فكيف كانت التجربة الجزائرية في مجال تفويض المرفق العام قبل صدور المرسوم رقم 15-247؟ و كيف عالج المرسوم الرئاسي رقم 15-247 عقود تفويض المرفق العام؟ و هل تقنية تفويض المرافق العام كفيلة للنهوض بالمرافق العامة؟.

لذلك سيتم تقسيم هذا الموضوع إلى مبحثين، يتناول المبحث الأول ماهية تفويض المرفق العام، أما المبحث الثاني فسيعالج أنواع عقود تفويض المرفق العام.

المبحث الأول: ماهية تفويض المرفق العام

لغرض الوقوف على ماهية تفويض المرفق العام، سيتم التطرق من خلال هذا المبحث إلى تفويض المرفق العام في التشريع الجزائري (المطلب الأول)، و كذا مفهوم تفويض المرفق العام (المطلب الثاني).

المطلب الأول: تفويض المرفق العام كتقنية قديمة، مستجدة في التشريع الجزائري يشكل امتياز المرفق العام الصورة الأساسية لتفويض المرفق العام في الجزائر، وبالرغم من تزايد عدد النصوص القانونية المنظمة للامتياز، إلا أن هذه الأخيرة تميزت بالقطاعية، فلم تعرف لها تنظيماً تشريعياً سوى من وقت قريب مقارنة بكل من المغرب و تونس، و ذلك بموجب المرسوم الرئاسي رقم 15-247 و الذي يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

الفرع الأول: عقد الامتياز كأقدم طريقة لتفويض المرفق العام في الجزائر بالرغم من أن امتياز المرفق العام هو أسلوب وليد للأيدولوجية الليبرالية، إلا أنه عرف تطبيقاً في الجزائر من الاستقلال إلى يومنا هذا، و لكن بنسب متفاوتة بين مختلف المراحل التي مر بها النظام القانوني الجزائري و الذي تأثر بمختلف الأنظمة السياسية و الاقتصادية التي مرت بها الجزائر. [1]

فلقد استعمل عقد الامتياز منذ الاستقلال، حيث تم تكريسه بصفة صريحة في قانون البلدية الصادر بموجب الأمر رقم 67-24 لاسيما المادة 220 منه، [2] و من طرف قانون الولاية الصادر بموجب الأمر 69-38 لاسيما المادة 136 منه. [3]

كما استعمل الامتياز خاصة بعد الاستقلال لإقامة علاقات قانونية بين الدولة من جهة والبلدية من جهة أخرى، [4] نذكر على سبيل المثال، المرسوم رقم 67-53 الذي يتعلق بالامتياز الممنوح للبلديات لاستغلال المحلات التجارية للعرض السنيائي، [5] و المرسوم رقم 67-167 و الذي يتضمن منح امتياز المحال التجارية ذات الاستعمال أو الطابع السياحي من طرف الدولة للبلديات، [6] و كذا المرسوم رقم 68-16 المتضمن منح الدولة للبلديات عن طريق الامتياز حق استغلال بعض المنشآت الرياضية الواقعة في مناطقها. [7] ثم دخل هذا الأسلوب في تقهقر و من بين الأسباب التي أدت إلى ذلك، الاستبدال التدريجي للمقاولات العمومية بالمقاولات الاشتراكية، و قد دام هذا التقهقر إلى غاية نهاية الثمانينات. [8]

ثم عاد المشرع الجزائري لإحياء أسلوب الامتياز تدريجياً مع بداية الثمانينات، من خلال القانون رقم 83-17 المتضمن قانون المياه [9] ثم صدرت نصوص قانونية أخرى تنظم الامتياز خاصة مع بداية التسعينات، نذكر من بينها قانون البلدية و قانون الولاية لسنة 1990، [10] و كذا قانون الأملاك الوطنية. [11]

و تعتبر سنة 1994 سنة مهمة في إعادة الاعتبار للامتياز في الجزائر من خلال صدور عدة نصوص قانونية أعطت الأولوية له، نذكر منها المرسوم التنفيذي رقم 94-41 المتعلق بتعريف مياه الحمامات المعدنية و تنظيم حمايتها و استعمالها و استغلالها، [12] و المرسوم التنفيذي رقم 94-320 المتعلق بالمناطق الحرة، [13] و كذا المرسوم التنفيذي رقم 94-322 المتعلق بمنح امتياز أراضي الأملاك الوطنية الواقعة في مناطق خاصة في إطار ترقية الاستثمار، [14] و كذا التعليمات الوزارية رقم 842/94.3 المتعلقة بامتياز المرافق العمومية المحلية و تأجيرها. [15]

ثم توالى صدور النصوص القانونية التي تضمنت الامتياز، نذكر منها المرسوم التنفيذي رقم 95-323 ينظم استغلال الموارد المرجانية، [16] و المرسوم التنفيذي رقم 96-308 يتعلق بمنح امتيازات الطرق السريعة، [17] و القانون رقم 98-06 و الذي يحدد القواعد العامة المتعلقة بالطيران المدني، [18] و المرسوم التنفيذي رقم 04-417 و الذي يحدد الشروط المتعلقة بامتياز إنجاز المنشآت القاعدية لاستقبال و معاملة المسافرين و / أو تسييرها، [19] و المرسوم التنفيذي رقم 08-114 المحدد لكيفيات منح امتيازات توزيع الكهرباء و الغاز، [20] و المرسوم التنفيذي رقم 08-57 الذي يحدد شروط منح الامتياز لاستغلال خدمات النقل البحري و كفاءته. [21]

ما يمكن قوله، هو أن المشرع قد اعتمد على أسلوب التنظيم القطاعي، فمعظم النصوص القانونية التي نصت على امتياز المرفق العام صدرت لتعالج موضوعات جزئية، فهي تفتقر للمعالجة الشاملة لموضوع الامتياز، ما عدا التعليمات رقم 842/3.94 المتعلقة بامتياز المرافق العمومية المحلية و تأجيرها.

و قد أخذت على التنظيم القطاعي الذي اتبعه المشرع الجزائري سلبيات عديدة، يمكن تحديدها في النقاط الآتية:

- اقتصر بعض النصوص القانونية على النص على عقد الامتياز دون التطرق للمسائل المتعلقة بكيفية منحها و متابعتها و تنفيذها.

- سكوت النصوص القانونية عن تحديد الحقوق و الواجبات المتبادلة بين أطراف عقد الامتياز.

- عدم النص على المبادئ العامة و الأساسية التي يتعين احترامها عند منح عقود الامتياز.

الفرع الثاني: صدور المرسوم الرئاسي رقم 15-247

بالرغم من أن عقود الامتياز تعد الأصل التاريخي لمشاركة القطاع الخاص في إدارة المرافق العامة في الجزائر، إلا أن هذه العقود لم تعرف لها تنظيماً تشريعياً سوى من وقت قريب، وذلك بموجب المرسوم الرئاسي رقم 15-247 و الذي يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام. [22]

حيث تضمن الباب الثاني من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، تضمن أربع مواد تناولت الأحكام العامة لتفويض المرفق العام، و لقد أحالت المادة 207 في فقرتها الثالثة من نفس المرسوم كليات تطبيق أحكام هذا الباب بموجب مرسوم تنفيذي، إلا أن هذا الأخير لم يصدر بعد.

و الملاحظ أن تنظيم تفويض المرفق العام جاء متصلاً مع الصفقات العمومية، و لعل سبب ذلك يعود لإخضاع عقود تفويض المرفق العام لنفس الاجراءات الخاصة بالصفقات العمومية، و هذا ما جاء في نص المادة 209 في فقرتها الأولى من المرسوم رقم 15-247، والتي نصت بأن: " تخضع اتفاقيات تفويض المرفق العام، لإبرامها إلى المبادئ المنصوص عليها في المادة 5 من هذا المرسوم "

و بالرجوع للمادة الخامسة، نجد بأنها تنص على أنه: " لضمان نجاعة الطلبات العمومية والاستعمال الحسن للمال العام، يجب أن تراعى في الصفقات العمومية مبادئ حرية الوصول للطلبات العمومية و المساواة في معاملة المرشحين و شفافية الإجراءات، ضمن احترام أحكام هذا المرسوم "

كما و قد نصت الفقرة الثانية من المادة 209 على أن وجوب خضوع المرفق العام محل عقد التفويض، إلى المبادئ الأساسية التي تحكم سير المرافق العمومية، و على الأخص مبدأ الاستمرارية المرفق العام، و مبدأ المساواة أمام المرافق العامة، و كذا مبدأ تكيف المرفق العام

المطلب الثاني: مفهوم تفويض المرفق العام

بالرغم من أن فكرة تفويض المرفق العام ليست بحدیثة العهد، إلا أن الفقه و الاجتهاد ما زالوا في طور بلورة هذا المفهوم و تحديد الأسس التي يقوم عليها.

و بغرض الإحاطة بمفهوم تفويض المرفق العام، سيتم التطرق من خلال هذا المطلب إلى تعريف تفويض المرفق العام (الفرع الأول)، كما سيتم تناول الشروط التي يقوم عليها تفويض المرفق العام (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تعريف تفويض المرفق العام

بما أن لتفويض المرفق العام صورا متعددة، فمن الصعب إيجاد تعريفا جامعاً مانعاً له، لذلك تعددت التعريفات التي قدمت بصدده، لذا سيتم التطرق إلى كل من التعريف الفقهي (أولاً) و التعريف التشريعي (ثانياً) لتفويض المرفق العام.

أولاً: التعريف الفقهي لتفويض المرفق العام

لقد تعددت التعاريف الفقهية التي قيلت بصدده تفويض المرفق العام، حيث عرفه الأستاذ **Chapus** على أنه: " عقود تفويض المرفق العام هي عقود موضوعها تكليف المتعاقد مع الإدارة، مهمة تنفيذ مرفق عام إداري او اقتصادي بصورة جزئية أو كلية " .

« Les contrat de délégation de services public sont les contrats ayant pour objet de confier au cocontractant de l'administration, la charge d'assurer en tout ou en partie l'exécution d'un service public qui peut être aussi bien administratif qu'industriel et commercial ».[23]

و عرفه الأستاذ **Delvolvé** بقوله: " منح لمؤسسة أو مشروع ما مهمة تحقيق مرفق عام، وفقاً لصيغ من العائدات يتم التوافق عليها و تكون مختلفة عن الثمن " .

«L'attribution à une entreprise d'une mission plus ou moins étendue de service public avec des formules de rémunération appropriée mais distinctes normalement d'un prix » . [24]

و لقد عرف الدكتور وليد حيدر جابر تفويض المرفق العام على أنه: " كل عمل قانوني تعهد بموجبه جماعة عامة ضمن اختصاصاتها و مسؤولياتها، لشخص آخر إدارة و استثمار مرفق عام بصورة كلية أو جزئية مع أو بدون بناء لمنشآت عامة و لمدة محددة و تحت رقابتها، وذلك مقابل عائدات يتقاضاها وفقاً للنتائج المالية للاستثمار، و للقواعد التي ترعى التفويض " . [25]

كما عرفه الدكتور مروان محي الدين القطب بأنه: " يعني تفويض المرفق العام، أن تعهد الدولة أو أحد أشخاص القانون العام، إدارة و استغلال مرفق عام، إلى شخص طبيعي أو معنوي غالباً ما يكون من أشخاص القانون الخاص " . [26]

ثانياً: التعريف التشريعي لتفويض المرفق العام

إن التعريفات التي قدمها الفقه، لم تصل إلى تحديد واضح لمعالم تقنية التفويض سواء من حيث المضمون أو من حيث المدى، فإزاء الجدل الذي أحاط بفكرة تفويض المرفق العام دفع المشرع الفرنسي مدعوماً بآراء و اجتهادات المحاكم الإدارية و مجلس الدولة من جهة، و أفكار

الفقه من جهة أخرى، إلى تعريف هذه التقنية، واضعا بذلك نهاية لتجاوزات امتدت لسنين عدة. [27]

فلقد أورد المشرع الفرنسي تعريفا محددًا لتفويض المرفق العام، بموجب المادة الثالثة من القانون رقم 1168-2001 الصادر في 11 ديسمبر 2001، المسمى بقانون Murcef والمتعلق بالإجراءات المستعجلة للإصلاح ذات الطابع الاقتصادي و المالي، و التي عرفت تفويض المرفق العام بأنه: " عقد يعهد من خلاله شخص معنوي عام للغير (المفوض له) و سواء كان عاما أم خاصا لتحقيق مرفق عام هو مسؤول عنه، بحيث تكون العائدات متصلة بصورة جوهرية بنتائج استثمار المرفق، و المفوض له قد يكون مكلفا ببناء منشآت أو باكتساب أموال لازمة للمرفق ". [28]

و لقد انتقد العديد من الفقهاء التعريف الذي أورده المشرع الفرنسي لتفويض المرفق العام، على أساس أنه من الخطأ وضع تحديد قانوني لمفهوم مرن و مطاط، لأن في ذلك تقييد لدور الاجتهاد في ابتكار قواعد جديدة في حقل هذه التقنية، فغياب تعريف لها أفضل من تعريفها بشكل ناقص. [29]

كما و قد عرف المشرع المغربي تفويض المرفق العام في المادة الثانية من القانون رقم 50-45 المتعلق بالتدبير المفوض للمرافق العامة، حيث نصت على: " عقد يفوض بموجبه شخص معنوي عام خاضع للقانون يسمى المفوض لمدة محدودة، تدبير مرفق عام يتولى مسؤوليته إلى شخص معنوي خاضع للقانون العام أو خاص يسمى المفوض إليه، يخول حق تحصيل أجرة من المرتفقين أو تحقيق أرباح من التدبير المذكور أو هما معا.

يمكن أن يتعلق التدبير المفوض كذلك بإنجاز أو تدبير منشآت عمومية أو هما معا تساهم في مزاوله نشاط المرفق العام المفوض ". [30]

أما بالنسبة للمشرع الجزائري، فقد تطرق المرسوم الرئاسي رقم 15-247 و الذي يتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام، في المادة 207 منه إلى تعريف تفويض المرفق العام، حيث نصت على أنه: " يمكن للشخص المعنوي الخاضع للقانون العام المسؤول عن مرفق عام، أن يقوم بتفويض تسييره إلى مفوض له، و ذلك ما لم يوجد حكم تشريعي مخالف و يتم التكفل بأجر المفوض له، بصفة أساسية من استغلال المرفق العام.

و تقوم السلطة المفوضة التي تتصرف لحساب شخص معنوي خاضع للقانون العام بتفويض تسيير المرفق العام بموجب اتفاقية.

و بهذه الصفة، يمكن السلطة المفوضة أن تعهد للمفوض له إنجاز منشآت أو اقتناء ممتلكات ضرورية لسير عمل المرفق العام".

الفرع الثاني: أسس تفويض المرفق العام

يلاحظ من خلال التعاريف السابقة، أنها تتفق على أن تفويض المرفق العام يشترط لتحقيقه توفر مجموعة من العناصر، وعند تخلفها لا نكون أمام تفويض للمرفق العام. و تتمثل هذه العناصر في وجود مرفق عام (أولاً)، و وجود شخص معنوي عام (ثانياً)، و أن يكون موضوع العقد استغلال مرفق عام (ثالثاً)، و أن يرتبط المقابل المالي للمفوض له بنتائج استغلال المرفق العام (ثالثاً).

أولاً: وجود مرفق عام

يعد تفويض المرفق العام أحد طرق إدارة المرافق العامة، و بالتالي يقتضي وجود مرفق عام يشكل موضوع عقد التفويض، حيث أنه في حال لم يشكل النشاط موضوع العقد مرفقاً عاماً، فلا نكون بصدد عقد تفويض مرفق عام. [31]

و يعتبر المرفق العام من أكثر المفاهيم غموضاً و تطوراً في القانون الإداري، فحتى الآن لا يوجد تعريف موحد للمرفق العام، فالإحجام عن إعطاء تعريف للمرفق العام، يعود إلى اعتبارات تتعلق ببيئة المرفق العام القابلة للتطور و التبدل و التي تختلف في الزمان و المكان. [32]

فلم ينته الفقه إلى رأي موحد بشأن مفهوم المرفق العام، فعرفه البعض بأنه نشاط تباشره السلطة العامة لإشباع حاجة ذات نفع عام، و هذا هو المعنى المادي للمرفق العام، حيث يركز على العمل الذي يقوم به المرفق تحقيقاً للنفع العام، و يعرفه البعض الآخر بأنه منظمة أو هيئة عامة تعمل بانتظام و اطراد على تزويد الجمهور بالحاجات العامة، و هذا هو المعنى العضوي للمرفق العام. [33]

و بالرغم من وجود الاتجاهين السابقين لتحديد مدلول المرفق العام كمظهر من مظاهر النشاط الإداري، فإن الاتجاه الغالب في الفقه و القضاء الإداريين يذهب إلى الجمع بين المعيارين السابقين لتعريف المرفق العام. [34]

و تشكل المرافق العامة ذات الطابع الصناعي و التجاري الجزء الأكبر من المرافق العامة موضوع التفويض، على اعتبار أن الطبيعة الاقتصادية لهذه المرافق تساهم بصورة كلية أو جزئية في تمويل المرافق العامة من قبل المستفيدين من خدماتها، كما يمكن تطبيق تقنية تفويض المرفق العام على المرافق العامة ذات الطابع الإداري. [35]

ثالثا: وجود شخص معنوي عام

إن تفويض المرفق العام لا يمكن أن يمنح إلا من قبل شخص معنوي عام، يكون مسؤولا عن إدارته و تنظيمه و حتى أحيانا عن إنشائه، و عليه لا يمكن لأشخاص القانون الخاص منح تفويض المرفق العام، لأن هذا المنح يدخل في الاختصاص الحصري لأشخاص القانون العام، النابع أصلا من امتيازات السلطة العامة. [36]

ثالثا: استغلال مرفق عام

يشترط لقيام تفويض مرفق عام أن يكون موضوع العقد استغلال مرفق عام، أي إدارة المرفق و تشغيله وفقا لل غاية من إنشائه، و تحت إشراف و رقابة السلطة مانحة التفويض، حيث يتولى صاحب التفويض تشغيل المرفق العام و استغلاله، متحملا المخاطر المترتبة على ذلك، كما يجب أن يتولى صاحب التفويض استغلال المرفق العام على نفقته، و بالتالي يلقي على عاتقه تمويل عمليات التشغيل، و في بعض عقود تفويض المرفق العام يتحمل أعباء إقامة المرفق العام. [37]

رابعا: ارتباط المقابل المالي بنتائج الاستغلال

لا يكفي لتحقيق تفويض المرفق العام أن يعهد للمفوض إليه بإدارة المرفق و استغلاله، وإنما يجب أن يتحقق معه شرط آخر و هو أن يرتبط المقابل المالي الذي يحصل عليه المفوض له بنتائج الاستغلال. [38]

حيث يشكل ارتباط المقابل المالي بنتائج الاستثمار معيارا للتمييز بين عقد تفويض المرفق العام و الصفقات العمومية، ففي هذه العقود يتخذ المقابل المالي الذي يحصل عليه المتعاقد شكل ثمنا محدد، بحيث يتم تحديد هذا الثمن في ضوء تكلفة الأعمال المنفذة، و هذا بخلاف عقود تفويض المرفق العام التي يتم تحديد المقابل المالي في ضوء نتائج الاستغلال و ليس في صورة تكلفة الأعمال التي يتطلبها المرفق العام. [39]

و لقد أكدت المادة 207 في فقرتها الأولى من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 على هذا الشرط، حيث نصت على أنه: " و يتم التكفل بأجر المفوض له، بصفة أساسية، من استغلال المرفق العام "

و إن ارتباط المقابل المالي بنتائج الاستغلال في عقود تفويض المرفق العام فكرة ليست بالحديثة، إذ أن البداية الأولى لهذه الفكرة نشأت في رحاب قضاء مجلس الدولة الفرنسي المتعلق بعود امتياز المرفق العام، حيث كان مجلس الدولة يربط بين حصول المتعاقد على جعلات من المتفعين بالمرفق العام محل الامتياز و عقد الامتياز، فقد عد مجلس الدولة

الفرنسي في حكمه الصادر في 11 ديسمبر عام 1963 أن المقابل المالي في الامتياز لا تؤمنه الجماعة المتعاقدة، وإذا أمنتها للمتعاقد فلن يكون هناك امتياز مرفق عام. [40]

إلا أن هذا التصور التقليدي لامتياز المرفق العام القائم على حصر وجوده على جماعات يستوفيهما من المنتفعين بخدمات المرفق لم يدم طويلا، فلقد اعتبر العلم و الاجتهاد أنه إذا كانت الجماعات تشكل ميزة امتياز المرفق العام، فإن ذلك يجب أن لا ينسحب على تفويض المرفق العام، و الذي يضم كفة قانونية مستقلة أساليب و طرق عدة من بينها امتياز المرفق العام، فتفويض المرفق العام يجب أن لا يتم ربطه بنوع معين من العائدات لا سيما الجماعات، بل على العكس يمكن أن يتصل بعائدات ذات مصادر مختلفة، شرط أن تكون جميعها متصلة بنتائج الاستغلال. [41]

المبحث الثاني: أنواع عقود تفويض المرفق العام

تتعدد أنواع عقود تفويض المرفق العام على وفق مساهمة المفوض له في إنشاء المرفق العام واستغلاله، و حجم المخاطر التي يتحملها، الرقابة التي تمارسها السلطة المفوضة، لذا ففكرة التفويض لا تكون بدرجة واحدة بالنسبة لعقود تفويض المرفق العام.

و لقد نصت المادة 210 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 في فقرتها الأولى و الثانية على أن تفويض المرفق العام يأخذ حسب مستوى التفويض و الخطر الذي يتحمله المفوض له و رقابة السلطة المفوضة، شكل الامتياز أو الإيجار أو الوكالة المحفزة أو التسيير، كما يمكن أن يأخذ تفويض المرفق العام، أشكالا أخرى تحدد عن طريق التنظيم، و بالتالي فالمرشح حدد الأشكال التي يتخذها تفويض المرفق العام على سبيل المثال لا الحصر.

و عليه سيتم التطرق إلى كل من عقد الامتياز و عقد إيجار المرفق العام (المطلب الأول)، كما سيتم تناول الإدارة بالشراكة و عقد إدارة المرفق العام (المطلب الثاني).

المطلب الأول: عقد الامتياز و عقد إيجار المرفق العام

يعد كل من عقد الامتياز و عقد إيجار المرفق العام من أبرز صور تفويض المرفق العام، لذا سيتم التطرق من خلال هذا المطلب إلى عقد الامتياز (الفرع الأول)، ثم سيتم تناول عقد إيجار المرفق العام (الفرع الثاني).

الفرع الأول: عقد الامتياز Concession

يشكل عقد الامتياز أحد الصور التقليدية لتفويض المرفق العام، كما أنه يعد من أقدم الطرق في إشراك أشخاص القانون الخاص في إدارة المرافق العامة.

مبدئياً، إن عقد الامتياز عند ظهوره تاريخياً، هو أسلوب يقوم بنقل تسيير نشاط عمومي إلى هيئات خاصة، بحيث كانت الإدارة في مرحلة الدولة الحارسة أو الدولة الليبرالية في القرن التاسع عشر، لا تتدخل في النشاطات ذات الطابع الصناعي و التجاري، فإذا كانت هناك ضرورة للقيام بهذا النوع من النشاط، فإن الإدارة تقوم به و لكن بصفة غير مباشرة، بحيث يمنح تسيير و استغلال هذه المرافق إلى أشخاص خاصة عن طريق إبرام عقد معها، ويسمى هذا العقد بعقد الامتياز. [42]

و سيتم التطرق من خلال هذا الفرع إلى تعريف عقد الامتياز (أولاً)، كما سيتم تناول الطبيعة القانونية لعقد الامتياز (ثانياً).

أولاً: تعريف عقد الامتياز

لقد تطور تعريف امتياز المرفق العام، باختلاف النظرة إلى المرافق العامة، فتقليدياً كان عقد الامتياز يشكل وسيلة خاصة لإدارة المرافق العامة الصناعية و التجارية، و من قبل شخص خاص، و هكذا جاءت التعاريف الفقهية متوافقة مع هذه النظرة.

حيث عرف العميد سليمان محمد الطماوي عقد الامتياز بأنه: " عقد إداري يتولى الملتزم - فرداً أو شركة - بمقتضاه و على مسؤوليته إدارة مرفق عام اقتصادي و استغلاله مقابل رسوم يتقاضاها من المتفاعلين مع خضوعه للقواعد الأساسية لسير المرافق العامة، فضلاً عن الشروط التي تضمنها الإدارة عقد الامتياز " [43]

كما و قد عرفه الدكتور عبد الغني بسيوني على أنه: " عقد إداري يتم بمقتضاه إسناد إدارة أحد المرافق العامة الاقتصادية، إلى شخص من أشخاص القانون الخاص سواء كان فرداً أو شركة، لمدة محددة لتحقيق الغرض الذي أنشئ المرفق من أجله، على مسؤوليته و بواسطة أمواله و عماله، مقابل تحصيل رسوم من المتفاعلين بخدمات المرفق " [44].

إلا أن عقد الامتياز بمعناه التقليدي قد تطور بتطور النظرة إلى المرفق العام، و فكرة تحقيق النفع العام، فأصبح للامتياز معنى أوسع و بات يعرف كالتالي:

فقد عرفه الدكتور وليد حيدر جابر بقوله: " امتياز المرفق العام هو العقد الذي بموجبه تكلف جماعة عامة شخص حقيقي أو معنوي هو في الغالب من أشخاص القانون الخاص، بإدارة و استثمار مرفق عام على حسابه و مسؤوليته، بواسطة عماله و أمواله و تحت رقابة

الإدارة لمدة محدودة و طويلة نسبيا، لقاء أجر يتمثل برسوم يتقاضاها من منتفعي المرفق العام، أو تحدده النتائج المالية للاستثمار". [45]

و عرفه الدكتور ناصر لباد على أنه: " عقد أو اتفاق تكلف الإدارة المانحة سواء كانت الدولة أو الولاية أو البلدية بموجبه شخصا طبيعيا (فرد) أو شخصا معنويا من القانون العمومي (بلدية مثلا) أو من القانون الخاص (شركة مثلا) يسمى صاحب الامتياز، بتسيير واستغلال مرفق عمومي لمدة محددة، و يقوم صاحب الامتياز بإدارة هذا المرفق مستخدما عماله و أمواله و متحملا المسؤولية الناجمة عن ذلك، و في مقابل القيام بهذه الخدمة أي تسيير المرفق العمومي، يتقاضى صاحب الامتياز مقابل مالي يحدد في العقد، يدفعه المنتفعين بخدمات المرفق". [46]

كما عرفته المادة 210 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 بأنه: " تعهد السلطة المفوضة للمفوض له إما إنجاز منشآت أو اقتناء ممتلكات ضرورية لإقامة المرفق العام و استغلاله، وإما تعهد له فقط باستغلال المرفق العام.

يستغل المفوض له المرفق العام باسمه و على مسؤوليته، تحت رقابة السلطة المفوضة، ويتقاضى عن ذلك أتاوى من مستخدمي المرفق العام.

يمول المفوض له الانجاز و اقتناء الممتلكات و استغلال المرفق العام بنفسه".

فمن خلال هذه التعاريف، يلاحظ بأنه قد لحق بتعريف عقد الامتياز عدة تطورات شملت جوانب متعددة منها:

- لم يعد عقد الامتياز قاصرا على أشخاص القانون الخاص، فقد أصبح من الممكن منح الامتياز لأشخاص القانون العام.

- إذا كانت المرافق العامة الاقتصادية هي التي تدار في الأصل عن طريق عقد الامتياز، فقد ظهرت إمكانية إدارة المرافق العامة الإدارية أيضا عن طريق الامتياز.

- إمكانية اقتصار عقد الامتياز على استغلال المرفق العام دون إقامة المنشآت اللازمة لهذا الأخير.

- لقد أصبحت العائدات المالية لصاحب الامتياز غير مقتصرة على مجرد أتاوى يستوفيه من المنتفعين بخدمات المرفق العام محل الامتياز، بل أصبح يتصور مساعدة مالية من طرف السلطة مانحة الامتياز.

و بشكل عام يتسم عقد الامتياز بالسماح بالخصائص التالية: [47]

- أنه عقد طويل الأمد يحتاج تنفيذه فترة طويلة قد تزيد عن خمسين عاما.

- تتمتع السلطة مانحة الامتياز بسلطة تقديرية واسعة في إبرامه.
- يتحدد المقابل في عقد الامتياز غالبا برسوم يتم تقاضيها من المتفاعين من خدمات المرفق العام.

ثانيا: الطبيعة القانونية لعقد الامتياز

لقد اختلفت الآراء الفقهية في تحديد الطبيعة القانونية لعقد الامتياز: [48]

- فقد ذهب بعض الفقهاء إلى أن عقد الامتياز هو وليد أمر انفرادي تصدره السلطة مانحة الامتياز بها لها من ولاية أمرة، و يرضخ له صاحب الامتياز اختيارا لقبوله شروط عقد الامتياز، و هذا الرأي و إن كان يحتفظ للإدارة بحقها في التدخل للتعديل في قواعد عقد الامتياز و إلغاءه دون الحاجة لرضاء الطرف الآخر، إلا أنه يغالي في إغفال نصيب الملتزم في إبرام العقد، مغالاة قد تؤدي إلى زعزعة مركزه.

- و ذهب رأي آخر، إلى اعتبار عقد الامتياز عقدا من عقود القانون المدني، يخضع لما تخضع له هذه العقود من قواعد، و لكن قد تبين خطأ هذا الرأي لأن الأخذ به على إطلاقه، يحول دون تدخل الإدارة في تعديل شروط عقد الامتياز بمجرد إقرارها.

- و لقد صاغ العميد دوجي نظرية العمل المختلط، و هذه النظرية هي الأكثر قبولا في وقتنا الحالي لتبرير الطبيعة القانونية لعقد الامتياز، و مؤدى هذه النظرية أن عقد الامتياز هو عمل قانوني مركب يحتوي على نوعين من النصوص، نصوص تنظيمية و نصوص تعاقدية.

فالنصوص التنظيمية، هي التي تتعلق بقواعد و تنظيم المرفق العام محل الامتياز و تسييره، و هي التي توضح كيفية أداء الخدمة للمتفاعين، و تملك السلطة مانحة الامتياز تعديلها في أي وقت وفقا لحاجة المرفق العام موضوع الامتياز، أما النصوص التعاقدية، فهي التي تتعلق بالحقوق المالية لصاحب الامتياز، و تنظم العلاقة بين صاحب الامتياز و السلطة مانحة الامتياز، حيث تخضع لإرادة الطرفين و تحكمها قاعدة أن العقد شريعة المتعاقدين. [49]

الفرع الثاني: عقد إيجار المرفق العام Affermage

سيتم التطرق إلى تعريف عقد إيجار المرفق العام، و خصائصه، ثم إلى تمييزه عن عقد امتياز المرفق العام.

أولا: تعريف عقد إيجار المرفق العام:

يعرف عقد إيجار المرفق العام، على أنه اتفاق يكلف بموجبه شخص عمومي شخص آخر يسمى المستأجر، استغلال مرفق عمومي لمدة معينة، مع تقديم إليه المنشآت و الأجهزة، و يقوم المستأجر بتسيير و استغلال المرفق مستخدما عماله و أمواله، و في مقابل تسيير المرفق

العمومي، يتقاضى المستأجر مقابل مالي يحدد في العقد يدفعه المتفعين من المرفق في شكل إتاوة، على أن يدفع المستأجر مساهمة مالية للشخص العمومي لاسترجاع مصاريف المنشآت والأجهزة الأصلية. [50]

وقد عرفت المادة 210 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 عقد إيجار المرفق العام على أنه: "تعهد السلطة المفوضة للمفوض له بتسيير مرفق عام و صيانتته، مقابل إتاوة سنوية يدفعها لها. و يتصرف المفوض له، حيثنذ، لحسابه و على مسؤوليته، تمول السلطة المفوضة بنفسها إقامة المرفق العام. و يدفع أجر المفوض له من خلال تحصيل الأتاوى من مستعملي المرفق العام".

ثانيا: خصائص عقد إيجار المرفق العام

من خلال تعريف عقد إيجار المرفق العام، يتبين أن هناك ثلاثة عناصر تميز عقد إيجار المرفق العام والتي تتمثل في:

1) تحمل الشخص العام نفقات إقامة المرفق العام: تتولى السلطة مانحة التفويض تحمل نفقات إقامة المرفق العام أو إقامة المنشآت الأساسية العائدة له، بحيث يسلم الشخص العام المرفق إلى صاحب التفويض جاهز للتشغيل، و يتولى هذا الأخير إدارته و استغلاله. [51]

2) تأدية جزء من المقابل المالي إلى السلطة المفوضة: يلتزم مستأجر المرفق العام بدفع مقابل مالي للسلطة مانحة التفويض، إذ يقوم المستأجر بتحصيل مقابل من المتفعين نتيجة استغلال المرفق، و يلتزم بأن يعطي للسلطة مانحة التفويض جزء من العائدات التي حصلها من المتفعين، و تبدو هذه النتيجة طبيعية، طالما أن الإدارة تساهم في عملية الاستشار بتقديمها منشآت المرفق العام محل عقد الإيجار و الذي تكبد الشخص العام نفقات إقامتها. [52]

3) مدة عقد إيجار المرفق العام: باعتبار أن الاستشارات التي تكرر في عقد إيجار المرفق العام متواضعة و مقتصرة على نفقات التشغيل و صيانة المنشآت العامة، دون تحمل نفقات إقامة المرفق، لذا فمدة عقد إيجار المرفق العام تكون قصيرة، و لا تتجاوز مدته عادة اثني عشر عاما و في بعض الحالات تكون أقل. [53]

ثالثا: تمييز عقد إيجار المرفق العام عن عقد الامتياز

بالرغم من أن عقد الامتياز يقرب جدا عقد إيجار المرفق العام بحكم أن كلاهما يتفقان في كونها وجه من أوجه تفويض المرفق العام، كما أن المقابل المالي لكل من صاحب الامتياز والمستأجر يكون بتحصيل أتاوى من المتفعين، و لكن مع ذلك توجد اختلافات بين عقد امتياز المرفق العام و عقد إيجار المرفق العام والتي تتمثل في:

- السلطة المفوضة في عقد إيجار المرفق العام هي التي تتحمل نفقات إقامة المنشآت الأساسية للمرفق العام، حيث يقتصر دور صاحب التفويض بإدارة المرفق العام، على عكس عقد الامتياز الذي قد ينص على إقامة المنشآت الأساسية للمرفق العام.

- مدة عقد إيجار المرفق العام تكون أقصر من مدة عقد الامتياز التي تكون طويلة نسبيا.
- يلتزم المفوض له في عقد إيجار المرفق العام بدفع جزء من المقابل من حصيلة ما تقاضاه من المنتفعين للسلطة المفوضة، بخلاف عقد الامتياز إذ يتحمل الملتزم الأعباء و النفقات جميعها وبالتالي يحق له الحصول على جميع عوائد استغلال المرفق، و لكن مع ذلك فيتصور أن يقوم الملتزم بدفع مقابل للجهة الإدارية المتعاقدة.

المطلب الثاني: الوكالة المحفزة و التسيير

بالإضافة إلى كل من عقد الامتياز و عقد إيجار المرفق العام، نص المشرع من خلال المرسوم رقم 15-247 على نوعين آخرين من عقود تفويض المرفق العام، و هما الوكالة المحفزة (الفرع الأول)، و التسيير (الفرع الثاني)

الفرع الأول: الوكالة المحفزة Régie Intéressée

سيتم التطرق إلى كل من تعريف الوكالة المحفزة (أولا)، ثم سيتم التعرض إلى خصائصها (ثانيا).

أولا: تعريف الوكالة المحفزة

الوكالة المحفزة أو ما يعرف بعقد الإدارة بالشراكة أو الإدارة غير المباشرة، هو العقد الذي يعهد فيه الشخص العام إلى شخص آخر يسمى وكيل *Régisseur*، إدارة و استغلال مرفق عام، لحساب الشخص العام مانح التفويض، مقابل أجر محددة في العقد يدفعها الشخص العام مانح التفويض، و التي تكون مرتبطة بنتائج استغلال المرفق العام، بالإضافة إلى نسبة من أرباح استغلال المرفق العام بهدف تشجيع المفوض له على زيادة فاعلية المرفق أو زيادة ربحيته، و بالتالي فمعدل الأجر الذي يتقاضاه الوكيل لا يكون ثابتا بل متحركا، تتفاوت قيمته بالاستناد للنتائج المحققة من إدارة المرفق. [54]

و لقد عرفت المادة 207 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 الوكالة المحفزة، بأنها: " تعهد السلطة المفوضة للمفوض له بتسيير أو بتسيير و صيانة المرفق العام. ويقوم المفوض له باستغلال المرفق العام لحساب السلطة المفوضة التي تمول بنفسها إقامة المرفق العام و تحتفظ بإدارته.

ويدفع أجر المفوض له مباشرة من السلطة المفوضة بواسطة منحة تحدد بنسبة مئوية من رقم الأعمال، تضاف إليها منحة إنتاجية وحصّة من الأرباح، عند الاقتضاء. تحدد السلطة الفوضة، بالاشتراك مع المفوض له، التعريفات التي يدفعها مستعملوا المرفق العام. ويحصل المفوض له التعريفات لحساب السلطة المفوضة المعنية".

ثانيا: خصائص الوكالة المحفزة

تتميز الوكالة المحفزة بالخصائص الآتية: [55]

(1) تحمل الشخص العام نفقات إقامة المرفق العام: حيث يتولى مانح التفويض إقامة منشآت المرفق العام، و عند بداية العقد يسلمه إلى صاحب التفويض الذي يقوم بأعمال الصيانة العادية للمرفق موضوع التفويض.

(2) إدارة المرفق العام لحساب الشخص العام: فلا يقوم صاحب التفويض بإدارة المرفق العام لحسابه، وإنما لحساب الشخص العام، كما يتولى صاحب التفويض تحصيل الأتاوى من المستفيدين من المرفق محل التفويض، و يقوم بتحويلها إلى الشخص العام مانح التفويض.

(3) المقابل المالي الذي يتحصل عليه صاحب التفويض: حيث يتكون المقابل المالي الذي يحصل عليه صاحب التفويض من جزء ثابت يحدد في العقد، و جزء متحرك يرتبط بنتائج استغلال المرفق العام، و الذي يعتبر حافزا أمام صاحب التفويض يدفعه إلى تحسين طرق استغلال المرفق العام و تحسين انتاجيته.

(4) مدة عقد الإدارة بالشراكة: لا تتجاوز مدة العقد الخمس سنوات، على اعتبار أن مانح التفويض هو من يتولى إقامة المرفق العام، في حين يتحمل صاحب التفويض نفقات التشغيل فقط.

الفرع الثاني: التسيير Gérance

سيتم التطرق لتعريف عقد التسيير (أولا)، ثم تمييزه عن الوكالة المحفزة نظرا للتقارب بين العقدين (ثانيا)

أولا: تعريف عقد التسيير

عقد التسيير أو ما يعرف بعقد إدارة المرفق العام أو ما يطلق عليه أحيانا بعقد تشغيل و صيانة المرفق العام، هو عقد تعهد جهة الإدارة بمقتضاه إلى القطاع الخاص عبء تشغيل المرفق و صيانتة لفترة من الزمن، و طبقا للواقع العملي المستقر في هذا الخصوص تتراوح مدة هذا العقد بين ثلاثة و خمسة أعوام، و يظهر فيه الشخص المكلف بالإدارة كوكيل يعمل باسم و لحساب الجماعة العامة، مقابل عائدات يتقاضاها بصورة جزافية و ثابتة، و قد يقترن أحيانا

بحوافز تتعلق بنتائج الاستغلال، لذا يمكن أن يختلف المقابل المالي الجزافي من فترة لأخرى. [56]

كذلك قامت المادة 207 بتعريف عقد التسيير، حيث نصت على أنه: "تعهد السلطة المفوضة للمفوض له بتسيير أو بتسيير وصيانة المرفق العام. ويستغل المفوض له المرفق العام لحساب السلطة المفوضة التي تمول بنفسها المرفق العام وتحفظ بإدارته. ويدفع أجر المفوض له مباشرة من السلطة المفوضة بواسطة منحة تحدد بنسبة مئوية من رقم الأعمال، تضاف إليها منحة إنتاجية. تحدد السلطة المفوضة التعريفات التي يدفعها مستعملو المرفق العام وتحفظ بالأرباح. و في حالة العجز، فإن السلطة المفوضة تعوض ذلك للمسير الذي يتقاضى أجرا جزافيا. ويحصل المفوض له التعريفات لحساب السلطة المفوضة المعنية".

ثانيا: تمييز عقد التسيير عن الوكالة المحفزة

من خلال تعريف عقد التسيير، يتضح التشابه الكبير بينه وبين الوكالة المحفزة، بحيث أن كلا العقدين يتولى صاحب التفويض إدارة واستغلال المرفق وكذا تحصيل التعريفات من المستفيدين لحساب الشخص العام مانح التفويض، مقابل أجر يحدد في العقد و يدفع من طرف الشخص العام، كما يتشابهان في كون أن الشخص العام هو الذي يتولى إقامة المنشآت الأساسية للمرفق العام، بحيث يقتصر دور صاحب التفويض على القيام بتسيير المرفق العام أو بالتسيير و القيام بأعمال الصيانة الضرورية للمرفق العام، كما يشتركان في مدة العقد، و التي تكون قصيرة فهي لا تتجاوز الخمس سنوات.

لكن يميز الفقهاء عقد التسيير عن الوكالة المحفزة، هو أن القائم بالإدارة في الحالة الأولى يتقاضى مبلغا ثابتا دون أية إضافات أو علاوات، إلا إذا نص العقد على خلاف ذلك، بينما في الحالة الثانية هناك حتما مبلغ إضافي يتقاضاه المتعاقد. [57]

الخاتمة:

لقد عرف التشريع الجزائري تطبيقا واسعا لعقود الامتياز خاصة مع بداية الثمانينات إلى يومنا هذا، غير أن التجربة الجزائرية في مجال منح عقود الامتياز ليست مفرحة، و يعود السبب في ذلك إلى عدم وجود إطار قانوني منظم لعملية منح عقود الامتياز من جهة، و غياب رقابة فعالة تمارسها السلطة المانحة للتفويض من جهة أخرى.

الأمر الذي دفع بالمشروع الجزائري إلى إصدار تنظيم قانوني موحد لعقود تفويض المرفق العام بموجب المرسوم التنفيذي رقم 15-247 و الذي يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

فلقد نظم هذا الأخير لأول مرة منذ الاستقلال عقود تفويض المرفق العام في الجزائر، وبالرغم من أنه جاء متصلا بالصفقات العمومية، و الاختصار الشديد و ما يعتره من نقص حيث اقتصر على تعريف تفويض المرفق العام و تبين أشكاله، فإن المشروع كان دقيقا في التعريفات التي قدمها كما أنه يعتبر خطوة إيجابية لتوحيد النظام القانوني الذي تخضع له عقود تفويض المرفق العام.

كما أن لجوء المشروع الجزائري لعقود تفويض المرفق العام، يعد الحل الأمثل و الأنجع في ظل الأزمة التي تعرفها الجزائر، و هذا من خلال ترشيد المال العام عن طريق اللجوء لأساليب و طرق جديدة للتمويل العمومي، و المتمثلة أساسا في إشراك القطاع الخاص كطرف فعال في التنمية و الاستثمار العمومي.

على اعتبار أن تفويض المرفق العام يؤدي إلى نقل أعباء و مخاطر إدارة المرفق العام، من عاتق الجماعة العامة إلى عاتق المفوض له، و بالتالي السماح للجماعة العامة بالانصراف إلى وظائفها الأخرى.

كما أن الجماعة العامة تلجأ لعقود تفويض المرفق العام، من أجل رفع كفاءة تشغيل المرفق وصيانتها، و كذا الاستفادة من كفاءة القطاع الخاص، فتنقية تفويض المرفق العام لا تعني تنازل الجماعة العامة عن مرافقها و التي تكون في الأصل هي المسؤولة عن إنشائها و تسييرها، بل لها سلطة الرقابة و التوجيه طوال فترة تنفيذ عقد تفويض المرفق العام.

الهوامش:

(1) ناصر لباد، الوجيز في القانون الإداري، الطبعة الرابعة، دار المجدد للنشر و التوزيع، سنة 2010، ص 222.

(2) الأمر رقم 67-24 المؤرخ في 7 شوال عام 1386 الموافق 18 يناير سنة 1967، يتضمن القانون البلدي، الجريدة الرسمية العدد 06، المعدل و المتمم بموجب القانون رقم 81-09 المؤرخ في 2 رمضان عام 1401 الموافق 4 يوليو سنة 1981، الجريدة الرسمية عدد 27.

(3) الأمر رقم 69-38 المؤرخ في 7 ربيع الأول عام 1389 الموافق 22 ماي سنة 1969، يتضمن قانون الولاية، الجريدة الرسمية العدد 44، المعدل و المتمم بموجب القانون رقم 81-02 المؤرخ في 9 ربيع الثاني عام 1401 الموافق 14 فبراير سنة 1981، الجريدة الرسمية عدد 07.

- (4) أحمد محيو، محاضرات في المؤسسات الإدارية، ترجمة عرب صاصيلا، ديوان المطبوعات الجزائرية، الجزائر، سنة 1996، ص 441.
- (5) المرسوم رقم 67-53 المؤرخ في 6 ذي الحجة عام 1376 الموافق 17 مارس سنة 1967، يتعلق بالامتياز الممنوح للبلديات لاستغلال المحلات التجارية للعرض السنهائي، الجريدة الرسمية عدد 26.
- (6) المرسوم رقم 67-167 المؤرخ في 18 جمادى الأولى عام 1387 الموافق 24 غشت سنة 1967، يتضمن منح امتياز المحال التجارية ذات الاستعمال أو الطابع السياحي من طرف الدولة للبلديات، الجريدة الرسمية عدد 75 .
- (7) المرسوم رقم 68-16 المؤرخ في 23 شوال عام 1387 الموافق 23 جانفي سنة 1968، المتضمن منح الدولة للبلديات عن طريق الامتياز حق استغلال بعض المنشآت الرياضية الواقعة في مناطقها، الجريدة الرسمية عدد 08.
- (8) ناصر لباد، المرجع السابق، ص 223.
- (9) القانون رقم 83-17 مؤرخ في 03 شوال عام 1403 الموافق 16 يوليو سنة 1983، يتضمن قانون المياه، الجريدة الرسمية عدد 30.
- (10) القانون رقم 90-08 المؤرخ في 18 رمضان عام 1410 الموافق 7 أفريل سنة 1990، يتعلق بالبلدية، الجريدة الرسمية عدد 15.
- و القانون رقم 90-09 المؤرخ في 18 رمضان عام 1410 الموافق 7 أفريل سنة 1990، يتعلق بالولاية، الجريدة الرسمية العدد 15.
- (11) القانون رقم 90-30 المؤرخ في 14 جمادى الأولى عام 1411 الموافق أول ديسمبر سنة 1990، يتضمن قانون الأملاك الوطنية، الجريدة الرسمية عدد 52، المعدل و المتمم بالقانون رقم 08-14 المؤرخ في 17 رجب عام 1429 الموافق 20 يوليو سنة 2008، الجريدة الرسمية عدد 44.
- (12) المرسوم التنفيذي رقم 94-41 المؤرخ في 17 شعبان عام 1414 الموافق 29 يناير سنة 1994، يتضمن تعريف مياه الحمامات المعدنية و تنظيم حمايتها و استعمالها و استغلالها، الجريدة الرسمية عدد 07.
- (13) المرسوم التنفيذي رقم 94-320 المؤرخ في 12 جمادى الأولى عام 1415 الموافق 17 أكتوبر سنة 1994، يتعلق بالمناطق الحرة، الجريدة الرسمية عدد 67.
- (14) المرسوم التنفيذي رقم 94-322 المؤرخ في 12 جمادى الأولى عام 1994 الموافق 17 أكتوبر سنة 1994، يتعلق بمنح امتياز أراضي الأملاك الوطنية الواقعة في مناطق خاصة في إطار ترقية الاستثمار، الجريدة الرسمية عدد 67.

15) التعليم رقم 842/94.3 المتعلقة بامتياز المرافق العمومية و تأجيرها، الصادرة عن وزير الداخلية و الجماعات المحلية و البيئة و الاصلاح الإداري عبد الرحمان مزبان شريف، الموجهة إلى السادة الولاية بالاتصال مع السادة رؤساء الدوائر و رؤساء المجالس الشعبية البلدية و رؤساء المندوبيات التنفيذية، المؤرخة في 7 سبتمبر. 1994.

16) المرسوم التنفيذي رقم 95-323 المؤرخ في 26 جمادى الأولى عام 1416 الموافق 21 أكتوبر سنة 1995، ينظم استغلال الموارد المرجانية، الجريدة الرسمية عدد 63.

17) المرسوم التنفيذي رقم 96-308 المؤرخ في 5 جمادى الأولى عام 1417 الموافق 18 سبتمبر سنة 1996، يتعلق بمنح امتيازات الطرق السريعة، الجريدة الرسمية العدد 55.

18) القانون رقم 98-06 المؤرخ في 3 ربيع الأول عام 1419 الموافق 27 يونيو سنة 1998، يحدد القواعد العامة المتعلقة بالطيران المدني، ج ر عدد 48، المعدل و المتمم بالقانون رقم 2000-05 المؤرخ في 10 رمضان عام 1421 الموافق 6 ديسمبر سنة 2000، الجريدة الرسمية عدد 75، و بالأمر رقم 03-10 المؤرخ

في 14 جمادى الثانية عام 1424 الموافق 13 غشت سنة 2003، الجريدة الرسمية عدد 48، و بالقانون رقم 08-02 المؤرخ في 15 محرم عام 1429 الموافق 23 يناير سنة 2008، الجريدة الرسمية عدد 04، و بالقانون

رقم 15-14 المؤرخ في 28 رمضان عام 1436 الموافق 15 يوليو سنة 2015، الجريدة الرسمية عدد 41. 19) المرسوم التنفيذي رقم 04-417 المؤرخ في 8 ذي القعدة عام 1425 الموافق 20 ديسمبر سنة 2004، يحدد الشروط المتعلقة بامتياز إنجاز المنشآت القاعدية لاستقبال و معاملة المسافرين عبر الطرقات و/ أو تسييرها، الجريدة الرسمية عدد 82.

20) المرسوم التنفيذي رقم 08-114 المؤرخ في 3 ربيع الثاني عام 1429 الموافق 9 أبريل سنة 2008، يحدد كفاءات منح امتيازات توزيع الكهرباء و الغاز و سحبها و دفتر الشروط المتعلقة بحقوق صاحب الامتياز و واجباته، الجريدة الرسمية عدد 20.

21) المرسوم التنفيذي رقم 08-57 المؤرخ في 6 صفر عام 1429 الموافق 13 فبراير سنة 2008، يحدد شروط منح امتياز استغلال خدمات النقل البحري و كفاءاته، الجريدة الرسمية عدد 09.

22) المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المؤرخ في 2 ذي الحجة عام 1436 الموافق 16 سبتمبر سنة 2015، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام، الجريدة الرسمية عدد 50.

23) R. Chapus, le droit administratif général, Tome 1, 15 e Montchrestien, Paris, 1996, P 516.

24) P. Delvolvé, le droit administratif, Dalloz, collection connaissance du droit, 1994, P 39.

- (25) وليد حيدر جابر، التفويض في إدارة و استثمار المرافق العامة، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، بيروت، سنة 2009، (ص 65).
- (26) مروان محي الدين القطب، طرق خصخصة المرافق العامة، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، بيروت، سنة 2009، ص 435.
- (27) وليد حيدر جابر، المرجع السابق، ص 63.
- (28) أبو بكر أحمد عثمان، عقود تفويض المرفق العام، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، سنة 2014، ص 81.
- (29) وليد حيدر جابر، المرجع السابق، ص 64.
- (30) القانون رقم 50-45 المؤرخ في 14 فيفري 2006، المتضمن قانون التدبير المفوض للمرافق العامة.
- (31) مروان محي الدين القطب، المرجع السابق، ص 442.
- (32) وليد حيدر جابر، المرجع السابق، ص 191-192.
- (33) محمد عبد الحميد أبو زيد، منافع المرافق العامة و حتمية استدامتها، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 2005، ص 33-34.
- (34) نواف كنعان، القانون الإداري، الكتاب الأول، دار الثقافة للنشر و التوزيع، الطبعة الأولى، عمان، سنة 2008، ص 319.
- (35) مروان محي الدين القطب، المرجع السابق، ص 444.
- (36) وليد حيدر جابر، المرجع السابق، ص 66.
- (37) مروان محي الدين القطب، المرجع السابق، ص 448.
- (38) Rachid Zouaimia, la délégation conventionnelle de service public au profit de personne privées, revu Idara, N° 1, 2011, P 16.
- (39) أبو بكر أحمد عثمان، المرجع السابق، ص 95.
- (40) جورج فودال، بيار دلفولفيه، القانون الإداري، ترجمة منصور القاضي، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، المؤسسة الجامعية للدراسات و النشر و التوزيع، بيروت، ص 574.
- (41) وليد حيدر جابر، المرجع السابق، ص 106.
- (42) B. Rahal, la concession de service public en droit Algérien, revu Idara, N° 01, 1994, P 7.
- (43) محمد سليمان الطهاوي، ص 106.
- (44) عبد الغني بسيوني عبد الله، النظرية العامة للقانون الإداري، منشأة المعارف، الاسكندرية، سنة 2003، ص 446.

- 45) وليد حيدر جابر، طرق إدارة المرافق العامة المؤسسة العامة و الخصخصة، منشورات الحلبي الحقوقية الطبعة الأولى، بيروت، سنة 2009، ص 13.
- 46) ناصر لباد، المرجع السابق، ص 220-221.
- 47) محمد جمال الذنبيات، الوجيز في القانون الإداري، دار الثقافة للنشر و التوزيع، الطبعة الثانية، عمان، سنة 2011، ص 258.
- 48) محمد سليمان الطماوي، الوجيز في القانون الإداري، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، القاهرة، سنة 1992، ص 341-342.
- 49) مفتاح خليفة عبد الحميد، حمد محمد حمد الشلهاني، العقود الإدارية، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، سنة 2008، ص 40.
- 50) ناصر لباد، المرجع السابق، ص 225-226.
- 51) مروان محي الدين القطب، المرجع السابق، ص 455.
- 52) أبو بكر أحمد عثمان، المرجع السابق، ص 112.
- 53) مروان محي الدين القطب، المرجع السابق، ص 455-456.
- 54) فوزت فرحات، القانون الإداري العام، الكتاب الأول، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، بيروت، سنة 2004، ص 237.
- 55) مروان محي الدين القطب، المرجع السابق، ص 458-359.
- 56) حمادة عبد الرازق حمادة، النظام القانوني لعقد امتياز المرفق العام، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، سنة 2012، ص 80.

57) Rachid Zouaimia, opcit, P 18-19.

قائمة المراجع:

أولاً: المراجع باللغة العربية:

أ/ الكتب:

- 1) أبو بكر أحمد عثمان، عقود تفويض المرفق العام، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، سنة 2014.
- 2) أحمد محيو، محاضرات في المؤسسات الإدارية، ترجمة عرب صاصيلا، ديوان المطبوعات الجزائرية، الجزائر، سنة 1996.
- 3) جورج فودال، بيار دلفولفيه، القانون الإداري، ترجمة منصور القاضي، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، المؤسسة الجامعية للدراسات و النشر و التوزيع، بيروت.

- 4) حمادة عبد الرازق حمادة، النظام القانوني لعقد امتياز المرفق العام، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، سنة 2012.
- 5) عبد الغني بسيوني عبد الله، النظرية العامة للقانون الإداري، منشأة المعارف، الاسكندرية، سنة 2003.
- 6) فوزت فرحات، القانون الإداري العام، الكتاب الأول، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، سنة 2004.
- 7) محمد جمال الذنيبات، الوجيز في القانون الإداري، دار الثقافة للنشر و التوزيع، الطبعة الثانية، عمان، سنة 2011.
- 8) محمد سليمان الطهاوي، الوجيز في القانون الإداري، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، القاهرة، سنة 1992.
- 9) محمد سليمان الطهاوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، دار الفكر العربي، القاهرة، سنة 2011.
- 10) محمد عبد الحميد أبو زيد، منافع المرافق العامة و حتمية استدامتها، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 2005.
- 11) مفتاح خليفة عبد الحميد، حمد محمد حمد الشلحاني، العقود الإدارية، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، سنة 2008.
- 12) مروان محي الدين القطب، طرق خصخصة المرافق العامة، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، بيروت، سنة 2009.
- 13) ناصر لباد، الوجيز في القانون الإداري، الطبعة الرابعة، دار المجدد للنشر و التوزيع، الجزائر، سنة 2010.
- 14) نواف كنعان، القانون الإداري، الكتاب الأول، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان، سنة 2008.
- 15) وليد حيدر جابر، طرق إدارة المرافق العامة المؤسسة العامة و الخصخصة، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، بيروت، سنة 2009.
- 16) وليد حيدر جابر، التفويض في إدارة و استثمار المرافق العامة، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، بيروت، سنة 2009.
- ب/ النصوص القانونية:
- 17) القانون رقم 83-17 مؤرخ في 03 شوال عام 1403 الموافق 16 يوليو سنة 1983، يتضمن قانون المياه، الجريدة الرسمية عدد 30.

- (18) القانون رقم 90-08 المؤرخ في 18 رمضان عام 1410 الموافق 7 أفريل سنة 1990، يتعلق بالبلدية، الجريدة الرسمية عدد 15.
- (19) القانون رقم 90-09 المؤرخ في 18 رمضان عام 1410 الموافق 7 أفريل سنة 1990، يتعلق بالولاية، الجريدة الرسمية العدد 15.
- (20) القانون رقم 90-30 المؤرخ في 14 جمادى الأولى عام 1411 الموافق أول ديسمبر سنة 1990، يتضمن قانون الأملاك الوطنية، الجريدة الرسمية عدد 52.
- (21) القانون رقم 98-06 المؤرخ في 3 ربيع الأول عام 1419 الموافق 27 يونيو سنة 1998، يحدد القواعد العامة المتعلقة بالطيران المدني، ج ر عدد 48، المعدل و المتمم بالقانون رقم 2000-05 المؤرخ في 10 رمضان عام 1421 الموافق 6 ديسمبر سنة 2000، الجريدة الرسمية العدد 75، و بالأمر رقم 03-10 المؤرخ في 14 جمادى الثانية عام 1424 الموافق 13 غشت سنة 2003، الجريدة الرسمية العدد 48، وبالقانون رقم 08-02 المؤرخ في 15 محرم عام 1429 الموافق 23 يناير سنة 2008، الجريدة الرسمية العدد 04، و بالقانون رقم 15-14 المؤرخ في 28 رمضان عام 1436 الموافق 15 يوليو سنة 2015، الجريدة الرسمية العدد 41.
- (22) الأمر رقم 67-24 المؤرخ في 7 شوال عام 1386 الموافق 18 يناير سنة 1967، يتضمن القانون البلدي، الجريدة الرسمية العدد 06، المعدل و المتمم بموجب القانون رقم 81-09 المؤرخ في 2 رمضان عام 1401 الموافق 4 يوليو سنة 1981، الجريدة الرسمية عدد 27.
- (23) الأمر رقم 69-38 المؤرخ في 7 ربيع الأول عام 1389 الموافق 22 ماي سنة 1969، يتضمن قانون الولاية، الجريدة الرسمية العدد 44، المعدل و المتمم بموجب القانون رقم 81-02 المؤرخ في 9 ربيع الثاني عام 1401 الموافق 14 فبراير سنة 1981، الجريدة الرسمية عدد 07.
- (24) المرسوم رقم 67-53 المؤرخ في 6 ذي الحجة عام 1376 الموافق 17 مارس سنة 1967، يتعلق بالامتياز الممنوح للبلديات لاستغلال المحلات التجارية للعرض السنوي، الجريدة الرسمية عدد 26.
- (25) المرسوم رقم 67-167 المؤرخ في 18 جمادى الأولى عام 1387 الموافق 24 غشت سنة 1967، يتضمن منح امتياز المحال التجارية ذات الاستعمال أو الطابع السياحي من طرف الدولة للبلديات، الجريدة الرسمية عدد 75.
- (26) المرسوم رقم 68-16 المؤرخ في 23 شوال عام 1387 الموافق 23 جانفي سنة 1968، المتضمن منح الدولة للبلديات عن طريق الامتياز حق استغلال بعض المنشآت الرياضية الواقعة في مناطقها، ج ر عدد 08.
- (27) المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المؤرخ في 2 ذي الحجة عام 1436 الموافق 16 سبتمبر سنة 2015، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام، الجريدة الرسمية العدد 50.

- (28) المرسوم التنفيذي رقم 94-41 المؤرخ في 17 شعبان عام 1414 الموافق 29 يناير سنة 1994، يتضمن تعريف مياه الحمامات المعدنية وتنظيم حمايتها واستعمالها واستغلالها، الجريدة الرسمية عدد 07.
- (29) المرسوم التنفيذي رقم 94-320 المؤرخ في 12 جمادى الأولى عام 1415 الموافق 17 أكتوبر سنة 1994، يتعلق بالمناطق الحرة، الجريدة الرسمية عدد 67.
- (30) المرسوم التنفيذي رقم 94-322 المؤرخ في 12 جمادى الأولى عام 1994 الموافق 17 أكتوبر سنة 1994، يتعلق بمنح امتياز أراضي الأملاك الوطنية الواقعة في مناطق خاصة في إطار ترقية الاستثمار، الجريدة الرسمية العدد 67.
- (31) المرسوم التنفيذي رقم 95-323 المؤرخ في 26 جمادى الأولى عام 1416 الموافق 21 أكتوبر سنة 1995، ينظم استغلال الموارد المرجانية، الجريدة الرسمية العدد 63.
- (32) المرسوم التنفيذي رقم 96-308 المؤرخ في 5 جمادى الأولى عام 1417 الموافق 18 سبتمبر سنة 1996، يتعلق بمنح امتيازات الطرق السريعة، الجريدة الرسمية العدد 55.
- (33) المرسوم التنفيذي رقم 04-417 المؤرخ في 8 ذي القعدة عام 1425 الموافق 20 ديسمبر سنة 2004، يحدد الشروط المتعلقة بامتياز إنجاز المنشآت القاعدية لاستقبال و معاملة المسافرين عبر الطرقات و/ أو تسييرها، الجريدة الرسمية العدد 82.
- (34) المرسوم التنفيذي رقم 08-57 المؤرخ في 6 صفر عام 1429 الموافق 13 فبراير سنة 2008، يحدد شروط منح امتياز استغلال خدمات النقل البحري و كفاءاته، الجريدة الرسمية العدد 09.
- (35) المرسوم التنفيذي رقم 08-114 المؤرخ في 3 ربيع الثاني عام 1429 الموافق 9 أبريل سنة 2008، يحدد كفاءات منح امتيازات توزيع الكهرباء و الغاز و سحبها و دفتر الشروط المتعلقة بحقوق صاحب الامتياز و واجباته، الجريدة الرسمية العدد 20.
- (36) التعليم رقم 842/94.3 المتعلقة بامتياز المرافق العمومية و تأجيرها، الصادرة عن وزير الداخلية و الجماعات المحلية و البيئة و الاصلاح الإداري عبد الرحمان مزبان شريف، الموجهة إلى السادة الولاة بالاتصال مع السادة رؤساء الدوائر و رؤساء المجالس الشعبية البلدية و رؤساء المندوبيات التنفيذية، المؤرخة في 7 سبتمبر 1994.

ثانيا: المراجع باللغة الفرنسية:

A/ Les ouvrages :

37) P. Delvolvé, le droit administratif, Dalloz, collection connaissance du droit, 1994.

38) R. Chapus, le droit administratif général, Tome 1, 15 e Montchrestien, Paris, 1996.

B/ Les revues :

-
- 39) B. Rahal, la concession de service public en droit Algérien, Revu Idara, N° 01, 1994.
- 40) Rachid Zouaimia, la délégation conventionnelle de service public au profit de personne privées, Revu Idara, N° 1, 2011.

مدى تفعيل الحقوق السياسية للمرأة من خلال نظام الكوتا في التشريع الجزائري

علي بلغالم

طالب مدرسة الدكتوراه سعيد حمدين الجزائر
قانون عام (تخصص دولة ومؤسسات عمومية)

ملخص

لقد حظيت المرأة بإهتمام بالغ من طرف العديد من الإتفاقيات الدولية التي نصت على ضرورة تحقيق مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة، بما في ذلك تحقيق مبدأ المساواة في مجال المشاركة السياسية.

وتنفيذا لهذه الإلتزامات الدولية أكد التعديل الدستوري لسنة 2008 على إرادة الدولة الجزائرية في العمل على ترقية الحقوق السياسية للمرأة، والذي أستتبع بقانون عضوي يحدد توسيع حظوظ مشاركتها في المجالس المنتخبة محلية كانت أو وطنية عن طريق نظام الكوتا الذي عمل ولو نسبيا على إعادة الإعتبار لمكانة المرأة في المجالس المنتخبة رغم العقبات التي لازمتها لفترة من الزمن. والذي دخل حيز التنفيذ بمناسبة الإلتخابات التشريعية والمحلية لسنة 2012.

الكلمات الدالة: الإلتخاب، المجالس المنتخبة، تحقيق المساواة، نظام الكوتا.

Résumé

La femme a reçu beaucoup d'attention et l'intérêt de nombreux accords internationaux qui stipulent la nécessité de réaliser le principe de l'égalité entre les hommes et les femmes, y compris la réalisation du principe de l'égalité dans la participation politique.

Pour mettre en œuvre ces obligations internationales ont affirmé l'amendement constitutionnel pour l'année 2008 sur la volonté de l'Etat algérien à travailler pour mettre à niveau les droits politiques des femmes, qui ont entraîné la loi organique détermine a élargir leurs chance de participation à des conseils élus locaux ont été ou national par le système de quotas, , qui travailler relativement à la remise en état de la situation du statue des femmes dans les conseils élu en dépit des obstacles périodique qui est entré en vigueur sur les élections législatives et locales en 2012.

Mots clés: élection, les conseils élus, la réalisation de l'égalité, des systèmes de quotas.

مقدمة:

تشكل قضية المشاركة السياسية للمرأة بصفة عامة وقضية تمكينها وتمثيلها في مواقع صنع القرار في المجالس المنتخبة بصفة خاصة واحد من أهم القضايا، التي تثير الجدل وتحظى بالإهتمام على المستويين الدولي والوطني، ويظهر ذلك أكثر خصوصاً مع تطور حركة حقوق الإنسان و إرتباط هذه المشاركة بمستوى ديمقراطية الأنظمة السياسية ومستوى تطور الجماعات، لأن الديمقراطية تعني مشاركة كل أفراد الأمة في تسيير شؤون العامة دون تمييز بين الرجل والمرأة، فعنصر المواطنة مرتبط بحق المواطن في الإلتخاب كما هو مرتبط بحق المرأة والرجل في الترشيح للمجالس المنتخبة⁽¹⁾.

ولهذا فقد حظيت المرأة بإهتمام بالغ من طرف منظمة الأمم المتحدة التي جعلت من المساواة بين الرجال والنساء هدفاً لأنشطتها في مجال حقوق الإنسان، فاعتمدت لذلك عدة إتفاقيات خاصة بالحقوق السياسية للمرأة، ومع ذلك لاتزال المرأة في الكثير من المجتمعات تعاني من الكثير من العقبات والعوائق تمنعها من المشاركة في الحياة السياسية ولاسيما في الجزائر، مما نجم عنه محدودية حضورها وتمثيلها في المجالس المنتخبة بصفة عامة بخلاف الرجل، لهذا وجب منا البحث عن المعوقات المؤدية لذلك وكذا البحث في نفس الوقت عن السبل والآليات المتبعة من قبل الدولة الجزائرية لتجاوزها، والإنتقال من المساواة القانونية الشكلية إلى المساواة الواقعية الفعلية، ومن تكافئ الفرص إلى تكافئ النتائج.

فبناءً على ذلك، فإننا سنحاول من خلال هذه الورقة البحثية، تبيان الإطار القانوني الدولي والوطني للمشاركة السياسية للمرأة أولاً، ثم نستعرض بعد ذلك المعوقات التي تحد من مشاركة المرأة في الحياة السياسية ثانياً، ثم نتعرض ثالثاً إلى نظام الكوتا كآلية لتفعيل الأداء السياسي للمرأة

أولاً : الإطار القانوني الدولي للحقوق السياسية للمرأة

من أولى مقدمات المشاركة السياسية للمرأة، الإقرار بأنها تتمتع بالمواطنة التامة بكل مظاهرها وأن تصبغ مشاركتها السياسية بمجموعة من الأطر القانونية التي تمنح المساواة التامة أمام القانون بدون أي تمييز، فعلى هذا الأساس نعالج في هذه النقطة بالذات الإطار القانوني الدولي والوطني لتكريس المشاركة السياسية للمرأة بصفة خاصة.

1- منظومة الإتفاقيات الدولية في مجال تكريس المشاركة السياسية للمرأة

سنحاول من خلال هذه النقطة دراسة الحقوق التي تتمتع بها المرأة في المجال السياسي، خصوصا في المواثيق الدولية المتعلقة بحمايتها بشكل خاص، وذلك من خلال النقاط التالية أهمها:

أ- الإتفاقية المتعلقة بالحقوق السياسية للمرأة لعام 1952

تعتبر هذه الإتفاقية أولى المواثيق الدولية التي تعالج مشاكل المرأة خصوصا، بحيث تعتمد في ذلك على نطاق عالمي، بحيث نجد لأول مرة فيها يطبق على سبيل الحصر مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة الوارد في أحكام ميثاق الأمم المتحدة والإعلان العالمي لحقوق الإنسان⁽²⁾، من خلال دباجة هذه الإتفاقية⁽³⁾.

وقد تم إعتادها من قبل الجمعية العامة للأمم المتحدة بعد عرضها والتوقيع عليها بموجب قرارها رقم 640 (د-7)، المؤرخ في 1952/12/20، ودخلت حيز النفاذ في 1954/07/07⁽⁴⁾، وفقا لأحكام المادة 6 وقد صادقت عليها الجزائر سنة 2004⁽⁵⁾.

وتهدف هذه الإتفاقية إلى حماية الحقوق السياسية للمرأة، كحقها في التصويت في جميع الإنتخابات بشروط متساوية بينهن وبين الرجال دون أي تمييز⁽⁶⁾، كما أجازت كذلك الإتفاقية في مادتها الثانية للمرأة الحق في أن تنتخب في كل ما تنشئه قوانين الدولة من هيئات إنتخابية عامة وذلك أسوة بالرجل، بالإضافة إلى حقها في شغل المناصب العامة وممارسة كافة الوظائف العامة التي تنشئها قوانين الدولة على قدم المساواة مع الرجل⁽⁷⁾.

ونتيجة لذلك نجد أن الإتفاقية فعلا قد كرس مبدأ المساواة بين النساء والرجال في المجال السياسي، كحقها في الإنتخاب والتصويت وفي تولي الوظائف العامة داخل الدولة سواء في السلطة التشريعية أو التنفيذية أو القضائية، وكذا حقها في المشاركة في عملية إتخاذ القرار وتعزيز السياسات وغيرها من الحقوق المرتبطة بالمشاركة السياسية للمرأة وذلك إحتراما لحقوق الإنسان⁽⁸⁾.

ب- إعلان القضاء على التمييز ضد المرأة

لقد تم الموافقة على هذا الإعلان من قبل الجمعية العامة للأمم المتحدة في جلستها المنعقدة بتاريخ 1977/11/07 بالإجماع بموجب قرارها رقم 263 (د-22)⁽⁹⁾.

وقد جاء هذا الإعلان بمجموعة من المواد تعمل على البحث بشأن المساواة بين الرجل والمرأة في جميع الحقوق، والذي نص من خلاله على ضرورة العمل بإزالة كل أشكال التمييز بين الرجل والمرأة، بحيث شدد على أهمية إعطاء للمرأة حقوقها التي وردت في الإتفاقية

السابقة، كما أوقع على عاتق الدول إتخاذ جميع التدابير المناسبة التي تكفل للمرأة على قدم المساواة مع الرجل ودون أي تمييز¹⁰، بالإضافة إلى وضع مبدأ تساوي حقوق الرجل والمرأة موضع التنفيذ في جميع الدول وفقا لمبادئ ميثاق الأمم المتحدة والإعلان العالمي لحقوق الإنسان¹¹.

ج- الإتفاقية الخاصة بالقضاء على كافة أشكال التمييز ضد النساء.

وهذه الإتفاقية إعتمدتها الجمعية العامة للأمم المتحدة وعرضتها للتوقيع والتصديق والإنضمام، بقرارها 170/34 المؤرخ في 18/12/1979 والتي دخلت حيز النفاذ في 03/09/1981¹²، وقد صدرت هذه الإتفاقية كمحاولة لمعالجة أشكال ضعف سلطة المرأة في الجانب السياسي¹³.

وقد تميزت هذه الإتفاقية بإعتبارها الوثيقة الدولية التي تتناول بصورة أساسية، حقوق المرأة وحرّياتها من فكرة جوهرية ألا وهي المساواة وعدم التمييز بين الرجال والنساء في التمتع بالحقوق والحرّيات الأساسية للإنسان، بحيث عرفت في مادتها الأولى التمييز ضد المرأة، أي تفرقة أو إستبعاد أو تقييد يتم على أساس الجنس، ويكون من آثاره النيل من الإعتراف للمرأة بالمساواة مع الرجل في كافة الحقوق والحرّيات الأساسية في الميادين السياسية والإقتصادية وغيرها، كما أنها تشير إلى أن التمييز ضد المرأة يشكل إنتهاكا لمبدأ المساواة في الحقوق وإحترام كرامة الإنسان وعقبة أمام مشاركة المرأة على المساواة مع الرجل في تسيير شؤون البلاد السياسية والإقتصادية والإجتماعية والثقافية.

ومن أهم ما تضمنته هذه الإتفاقية تطبيقا للمادة 02 و03 منها على التوالي:

- تشجب الدول الأطراف جميع أشكال التمييز ضد المرأة وتوافق على أن تنتهج بكل الوسائل وبدون إبطاء سياسة القضاء على التمييز ضد المرأة.

- تتخذ الدول الأطراف جميع التدابير المناسبة للقضاء على التمييز ضد المرأة في الحياة السياسية العامة للبلد.

وعليه يمكن إعتبار المادة الثالثة المشار إليها أعلاه، بأنها المادة التي كرست نظام الكوتا على صعيد النصوص الرسمية الدولية حتى ولو لم تستعمل هذا المصطلح¹⁴. وبذلك يكون المجتمع الدولي قد إنتقل من مرحلة المساواة النظرية بين الجنسين كهدف إلى مرحلة المساواة كوسيلة.

2- الإطار القانوني الوطني للمشاركة السياسية للمرأة بصفة خاصة في التشريع

الجزائري

إن إنصواء التشريعات الجزائرية تحت لواء المبادئ العالمية للقانون الدولي لم يغنيها عن سن نصوصها، بطابع يحمل بصمة أعراف البيئة المحلية، لاسيما القواعد التي تنظم بعض المسائل المحلية ونخص بالذكر منها:

أ- حق الترشح للانتخاب دون أي تمييز بين الجنس

لقد خصصت النصوص الدساتير الجزائرية المتعاقبة، مكانة هامة لحق التصويت والترشح لعضوية المجالس النيابية بصفة عامة، إذ يحق لكل مواطن ممارسة حق الترشح طالما توفرت الشروط العامة لمباشرة هذا الحق، لكن دون الخروج عن الضوابط والمبادئ التي نص عليها الدستور¹⁵.

وبالرجوع إلى الدستور 1963¹⁶، نجد أن المؤسس الدستوري لم ينص على حق المواطن في الترشح بصفة صريحة، بإستثناء ما تناولته المادة 27 منه والتي نصت على أن "السيادة الوطنية للشعب الذي يارأسها ممثليه في الجمعية الوطنية، ترشحهم جبهة التحرير الوطني..."، غير أنه من خلال الإطلاع المنسجم لنصوص الدستور يتبين لنا عدم وجود أي تمييز بين الرجل والمرأة بشأن الحقوق السياسية، إلا أنه بالرجوع إلى دستور 1976¹⁷، ولاسيما المادة 58 منه، نجدها قد كفلت حق المواطن في الإلتخاب، في حالة توافره الشروط القانونية الواجبة في الإلتخاب، من خلال إستعماله مصطلح "مواطن"، والذي يفهم من خلاله أن يكون رجلا أو امرأة دون تمييز بناء على روح الدستور، ونفس الشيء بالنسبة لدستور 1989¹⁸، في مادته 47 منه.

ونفس الأمر بالنسبة للمادة 62 من دستور 1996¹⁹، أين نجدها قد صرحت وكفلت للمرأة حقها في الإلتخاب في حالة توافرها على الشروط القانونية الواجبة في الإلتخاب. وأما بالرجوع إلى القانون العضوي رقم 10/16 المتعلق بالإلتخاب²⁰، وخصوصا المادة 53 منه التي جاءت بنظام الوكالة في الإلتخاب. وحتى لا يحجب الصوت الإلتخابي للمرأة بموجبها عن طريق إحلال محلها من قبل الرجل ومن دون أي إعتبار لشخصيتها القانونية ولكيانها المميز والمستقل، جاءت المادة 53 محددة للحالات التي يتم اللجوء فيها لنظام الوكالة وهي في أغلبها حالات مبررة للجوء لنظام الوكالة، وهذا ما من شأنه أن يفسح المجال للمرأة أصالة عن نفسها بأن تمارس قرارها السياسي وتعبّر عن خيارها دون أي وسيط أو تمثيل حتى ولو تعلق الأمر بأقرب الناس إليها وهو زوجها²¹.

بالإضافة إلى ذلك نجد نص المادة 92 من نفس القانون، والتي نجدها قد نصت في فحواها على مجموعة من الشروط، التي يجب توفرها في المترشح للانتخابات المجلس الشعبي الوطني وفق العبارات التالية "يشترط في المترشح إلى المجلس الشعبي الوطني ما يلي: - أن يستوفي الشروط المنصوص عليها في المادة 03 من هذا القانون العضوي، ويكون مسجلا في الدائرة الانتخابية التي يترشح فيها...".

وما يمكن ملاحظته بشأن نص المادة 92 المشار إليها أعلاه، نجدها تخاطب المترشح بمصطلح عام رجلا كان أم امرأة دون تحديد الجنس²²، كما يحيلنا كذلك مضمون نص المادة 92 إلى نص المادة 03 من نفس القانون، والتي بدورها تشترط في الناخب شرط السن والتمتع بالحقوق المدنية والسياسية بنصها " يعد ناخبا كل جزائري وجزائرية بلغ من العمر 18 سنة...".

وعليه فإن الإحالة القانونية هذه تفيد في مخاطبتها في توفر شروط المترشح في كل جزائري وجزائرية دون تمييز على أساس الجنس، بل تؤكد على المساواة في ممارسة حق الترشح للمرأة والرجل.

ب- مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة

يعتبر مبدأ المساواة، المبدأ الدستوري الأساسي الذي تسند إليه، جميع الحقوق والحريات في الوقت الحاضر، والذي يتصدر جميع إعلانات الحقوق العالمية والمواثيق الدستورية، بحيث لا يقتصر هدف إقرار مبدأ المساواة على إزالة كل مظاهر التمييز بين الأفراد على أساس الجنس أو العرق أو اللغة، الدين... وإنما يهدف إلى تحقيق تمتع كل الأفراد بالحقوق والحريات على قدم المساواة²³.

فبالرجوع إلى دستور 1963، نجد قد نص صراحة على مبدأ المساواة في الحقوق والواجبات بين الجنسين (الرجال والنساء)، وذلك في المادة 12 منه، ونفس الشيء بالنسبة لدستور 1976 ذات التوجه الإشتراكي، أين نجد المادة 39 منه قد كفلت المساواة بين المواطنين في الحقوق والواجبات وصرحت بإلغاء كل تمييز قائم على أساس الجنس، وأما المادة 40 أكدت مبدأ المساواة أمام القانون، وأما المادة 41 جاءت أكثر تفصيلا لهذا المبدأ حيث ورد فيها أن الدولة تتعهد بإزالة كل العقبات ذات الطابع الإقتصادي أو الإجتماعي أو الثقافي التي تحد من مبدأ المساواة بين المواطنين، وتعوق إزدهار الإنسان وتحول دون المشاركة الفعلية لكل المواطنين في التنظيم السياسي والإقتصادي والإجتماعي والثقافي للدولة، بالإضافة إلى المادة

44 من نفس الدستور التي كرست مبدأ المساواة بين الجنسين في الإلتحاق بالوظائف العامة في الدولة.

كما لم يتعد كذلك دستور 1989 عن سابقه، في إقراره لمبدأ المساواة أمام القانون دون أي إعتبار آخر من بينها إعتبار الجنس، وهو ما تأكد فعلا في نص المادة 28 منه. وضمن نفس السياق، نصت المادة 30 من نفس الدستور على مساواة جميع المواطنين في المشاركة في الحياة السياسية و الإجتماعية و الاقتصادية والثقافية وأن الدولة تتعهد بإزالة كل العقبات التي تحول دون تحقيق هذه المساواة. وضمن نفس التوجه كفلت المادة 48 من نفس الدستور أيضا مبدأ المساواة في الإلتحاق بوظائف الدولة.

وأما عن دستور 1996 المعدل والمتمم، نجده هو الآخر أكد كذلك في أكثر من موضع على مبدأ المساواة بين جميع المواطنين وبصورة مطلقة²⁴، بحيث جاء في المادة 32 منه موضحا فيها مبدأ المساواة بين المواطنين دون أي إعتبار آخر من بينها إعتبار الجنس، كما جاء مشددا في ذلك على أن المؤسسات تستهدف ضمان مساواة كل المواطنين والمواطنات في الحقوق والواجبات بما يجب معه إزالة كل العقبات التي تحول دون مشاركة الجميع في الحياة السياسية والإجتماعية والثقافية والإقتصادي²⁵. وفي نفس السياق إعترفت كذلك المادة 38 من نفس الدستور بأن الحقوق والحريات معترف بها لكل مواطن، وهي تشكل تراثا مشتركا بين الجزائريين والجزائريات، بالإضافة إلى تكريس مبدأ المساواة في الإلتحاق بالوظائف العامة دون أي تمييز بين الرجال والنساء طبقا للمادة 63 من الدستور وغيرها من الحقوق المكرس دستوريا.

وبناء على كل ما سبق، يمكن القول بأنه رغم النصوص القانونية التي لا تحدث تمييزا بين الرجل والمرأة في تقلد الوظائف العامة والترشح للإنتخابات للإلتحاق بالمجالس المنتخبة رغم الضمانات التي وفرتها، إلا أننا نلاحظ أن وزن المرأة على مستوى المجالس المنتخبة الوطنية وحتى المحلية كمنتخبة لا يوازيه وزنها كمرشحة، هذا ما يثبت لنا حقيقة أن المرأة ليست أكثر من مجرد واجهة أو ديكور يعكس أهميتها أو وزنها من حيث العدد في الإنتخاب²⁶، بحيث بقي عددها جد ضئيل.

فإذا أخذنا على سبيل المثال معطيات الإنتخابات التشريعية في الجزائر، نجد عدد النساء الممثلين في البرلمان الجزائري، جد ضئيل فأعلى نسبة تمثيل نسوي في البرلمان الجزائري، وصلت إلى 10% وأقلها 1.75%، بحيث وضحت القوائم التفصيلية لأعضاء البرلمان بأن هناك 124 امرأة مثلت نساء الجزائر في قبة البرلمان (الغرفة السفلى) عبر مراحل المختلفة من

1962 إلى غاية 2011²⁷، فهي نسبة تعد ضئيلة مقارنة بتواجدها في القطاعات الأخرى²⁸، وهذا راجع لعدة عوامل.

المحور الثاني: المعوقات التي تقف أمام مشاركة المرأة في الحياة السياسية

إذا كانت المرأة تتحمل قسما من المسؤولية في ضعف مشاركتها في المجالس المنتخبة نتيجة عدم مبالاها بالشأن السياسي، فإن هناك أيضا مجموعة من العوامل الأخرى التي تتحملها الدولة والمجتمع، وتسهم في تفشي هذه الظاهرة من قبيل تعرضها للعنف بجميع مظاهره... كما أن الأحزاب لا تتيح لها فرصا كافية لتعزيز مكانتها في الحقل السياسي بشكل عام وفي التمثيل على وجه الخصوص، ففي هذا الصدد أجمع العديد من المختصين بأن هناك مجموعة من المعوقات تقف أمام مشاركة المرأة في العملية السياسية وعدم تواجدها بالحد العادل والمطلوب والمؤثر في مواقع صنع القرار، ومن هذه المعوقات ذكروا منها:

- إنتشار المفاهيم المعادية لعمل المرأة وسيادة الرواسب الإجتماعية القائمة على تخصيصها بالوظيفة الإجتماعية، مع إعتبار أن أي مزيج بينها وبين الوظيفة السياسية يمس بفعالية وظيفتها الأصلية، وهكذا لا يميل الناخبون رجالا ونساء إلى التصويت لفائدة النساء²⁹.

- ضعف المؤسسات النسائية في توجيه المرأة نحو المعترك السياسي، وإقتصار نشاطاتها على القضايا التنموية ونقص التكتل النسائي لدعم المرأة المرشحة³⁰.

- عدم تقبل المجتمع لعمل المرأة في السياسة وحصر نشاطها في أدوار نمطية تقليدية، وهنا يظهر أثر الزائف الذي يترتب عليه أفراد المجتمع رجالا ونساء، فتعتقد النساء أن الرجال أقدر منهن على العمل السياسي وهناك إحصائيات تؤكد هذا الأمر.

- تعاني المرأة من إعتبارها مواطنا من الدرجة الثانية من ناحية حقوقها، وذلك نتيجة للنظام الأبوي الذكوري الذي يسود الأسرة والمجتمع، وفيه يكون للذكر حق التسلط والقمع.

- نقص الخبرة والمعلومة لدى المرأة لصياغة برامج إنتخابية قابلة للتنفيذ وبعيدة عن الشعارات والوعود.

- تنوع المسؤولية بين العائلة والعمل بأنواعه، وعلى رأسه النشاط السياسي، وندرة الإمكانيات لدى المرأة للتوفيق بين هذه المسؤوليات المختلفة.

- جهل المرأة بإدارة الحملات الإنتخابية المتخصصة.

- نقص ما يتوفر للمرأة من دعم مالي لخوض الإنتخابات، وتفضيل الأسرة ترشيح الرجال إعتقادا منها أن الرجل أقدر على تقديم الوساطات خاصة من أجل التوظيف وتقديم الخدمات للمواطنين.

نتيجة لهذه الأسباب وغيرها كانت سببا مباشرا في تهميش المرأة سياسيا وحالة دون تحقيق المساواة الفعلية بينها وبين الرجل، مما دفع بالعديد من الدول من بينها الجزائر إلى تبني نظام الحصص (نظام الكوتا) كتدبير مرحلي ظرفي لتحسين المشاركة السياسية للمرأة عن طريق تخصيص لها مقاعد في المجالس المنتخبة ضمانا لحد أدنى للتمثيل وليس حد أقصى، وهذا بغرض تحسين المشاركة السياسية للمرأة والذي سرعان ما تزايد الإقبال عليه في ظل التطورات الهائلة التي شهدتها الساحة الدولية على مستوى تعزيز حقوق الإنسان، وإقرار الممارسة الديمقراطية وكذا توفير فرص لعدد من الفئات الأقل حظا داخل المجتمعات وخصوصا النساء، وهذا ما من شأنه يضمن حقوق هذه الفئة للوصول إلى الحقل السياسي، وهذا ما يعد نوعا من التدخل الإيجابي للتعجيل بالمساواة والتقليل من التمييز بين الرجل والمرأة.

المحور الثالث: نظام الكوتا آلية لتفعيل الأداء السياسي للمرأة

نظرا للمحدودية التمثيل النسائي في الجزائر على مستوى المجالس المنتخبة سواء البرلمان أو المجالس المحلية المنتخبة، والذي يعكس نقص المشاركة السياسية للمرأة، رغم إقرار الدستور والقوانين ذات الصلة بالحقوق والحريات الأساسية، بالمساواة بينها وبين الرجل. وتطبيقا لمقتضيات المادة 07 من إتفاقية القضاء على أشكال التمييز ضد المرأة لسنة 1979 المشار إليها سابقا، وكذا المادة 04 من نفس الإتفاقية وغيرها، من الإتفاقيات الدولية السالفة الذكر، بادرت الجزائر بمجموعة من الإصلاحات تفرض تفعيل المشاركة السياسية للمرأة، والانتقال من المساواة القانونية الشكلية إلى المساواة الواقعية الفعلية، ومن تكافؤ الفرص إلى تكافؤ النتائج من خلال نظام الكوتا³¹.

أولا: تعريف نظام الكوتا:

لكي يتم التعرض إلى تعريف نظام الكوتا، وجب علينا تحديد المعنى اللغوي له، ثم التعرض إلى التعريف الفقهي لنظام الكوتا. وأخيرا التعرض للتعريف التشريعي له، وهذا فيما يلي:

1- تحديد المعنى اللغوي لمصطلح "كوتا":

يعد مصطلح "كوتا" لاتيني الأصل، وهو مشتق من الكلمة اللاتينية "quot"، والتي تعني حصة أو نصيب، وتعني كلمة كوتا في قاموس la rousse على سبيل المثال، percentage أي نسبة، والتي تعني الفرقة أو الفئة³²، وأما كلمة كوتا في القاموس السياسي تعني على سبيل المثال بأنها حصة إنتخابية، وتستعمل كذلك عبارة الكوتا النسائية التي تفيد تمثيل فئة النساء في الهيئات النيابية.

2- التعريف الفقهي لنظام الكوتا:

لقد وردت عدة تعاريف لنظام الكوتا، إلا أننا نكتفي بذكر تعريف شامل له، الذي عرف نظام الكوتا بأنه " نظام إنتخابي يخصص في قانون الإنتخابات العامة من أجل ضمان حقوق الأقليات للوصول إلى السلطة السياسية، وهو نوع من التدخل الإيجابي للتعجيل بالمساواة والتقليل من التمييز بين فئات المجتمع المختلفة وخصوصا التمييز بين الرجل والمرأة"³³.

وأما عن نظام الكوتا النسائية الذي يعد نمط من أنماط هذا النظام، فقد عرفه الفقه القانوني بأنه "تخصيص حد أدنى من المقاعد النيابية أو مقاعد السلطات المحلية أو مقاعد في الهيئات الإدارية والتنفيذية للنساء من أجل تحسين مشاركتها السياسية، وإدارة شؤون بلدها وقضاياها وهمومها وإشراكها في إتخاذ القرار وتحمل المسؤولية، وفي عملية البناء والتنمية"³⁴.

3- التعريف التشريعي لنظام الكوتا:

فبالرجوع إلى مختلف التشريعات الدول نجد أغلبها لم تعرف لنا نظام الكوتا، بل نجدها قد أشارت إلى تطبيقاته، سواء بصفة صريحة أو ضمنية. وهذا ما جسده فعلا دستور الجزائر لسنة 1996 بعد التعديل الصادر سنة 2008 و2016، في مادته 31 مكرر والمادة 35 على التوالي، والتي نجدها تنص على أنه " تعمل الدولة على ترقية الحقوق السياسية للمرأة بتوسيع حظوظ تمثيلها في المجالس المنتخبة." ³⁵، والتي نجدها تجسد نظام الكوتا بصفة صريحة، ولاسيما بعد صدور القانون العضوي رقم 03/12³⁶.

ثانيا: موقف المشرع الجزائري من نظام الكوتا:

إن كثير من قوانين دول العالم، تنتهج أسلوبا يشجع على مشاركة المرأة في الحياة السياسية، مع إختلاف الطرق المتبعة لضمان ذلك، فمنها ما تحجز نسبة معينة من الممثلين المنتخبين للنساء، ومنها ما ينص على أن ترشح نسبة من النساء للإنتخابات النيابية دون

الإلتفات إلى ضمان فوزهن أو عدم فوزهن بالمقاعد النيابية، ومنها ما تنص على أن تتضمن قوائم الترشيح نسبة من النساء مع ضرورة الحفاظ على نفس النسبة من النساء بالنسبة لعدد المقاعد التي فازت بها كل قائمة إنتخابية³⁷.

وقد تبنى المشرع الجزائري الأسلوب الأخير، خصوصا بعد التعديل الدستوري الأخير سنة 2008 و2016 الذي أضاف المادة 31 مكرر بموجب المادة 02 من القانون رقم 19/08، والمادة 35 منه على التوالي، والتي تنص على أنه "تعمل الدولة على ترقية الحقوق السياسية للمرأة بتوسيع حظوظ تمثيلها في المجالس المنتخبة، على أن يحدد قانون عضوي كيفيات تطبيق هذه المادة"، وهو ما شكل قفزة نوعية في مجال الحقوق السياسية للمرأة الجزائرية. وإرتياح لدى الأحزاب والجمعيات النسوية والمهتمين بالدراسات القانونية وبحقوق الإنسان. وإعتبروه الحل الأنسب حاليا في ظل الظروف المحيطة بالمرأة والمعيقة لممارسة حقوقها السياسية.

غير أن القانون العضوي المتعلق بتوسيع حظوظ تمثيل المرأة في المجالس المنتخبة، الذي وعدت به المادة السالف ذكرها لم يصدر إلا بعد مضي 03 سنوات.

وفي خضم هذا التأخير، صدر تقرير عن إتحاد البرلمان الدولي لسنة 2010 المتعلق بترتيب الدول بناء على نسبة التمثيل النسوي في البرلمان، الذي احتلت فيه الجزائر المرتبة 112 من أصل 180 دولة شملها الترتيب، بنسبة تقدر بـ 07.07% - نسبة جد ضئيلة - والتي كانت من الأسباب التي عجلت برئيس الجمهورية إلى الإعلان عن تشريع جديد، يتعلق بترقية الحقوق السياسية للمرأة قبل الإستحقاقات الإنتخابية 2012/05/10³⁸، وهو الإعلان الذي تجسد فعلا من خلال إجتماع مجلس الوزراء في نوفمبر 2011، لدراسة والموافقة على مشروع القانون العضوي المحدد لإجراءات توسيع تمثيل النساء في المجالس المنتخبة³⁹، وهو المشروع الذي صدر فعلا فيما بعد في صيغة قانون عضوي محدد لكيفيات توسيع حظوظ تمثيل المرأة في المجالس المنتخبة⁴⁰. والذي صادق عليه المجلس الشعبي الوطني بتاريخ 03 نوفمبر 2011. وصادق عليه مجلس الأمة بتاريخ 24 نوفمبر 2011.

وبالرجوع إلى فحوى هذا القانون العضوي، نجده قد حدد في كل قائمة ترشيحات حرة أو مقدمة من طرف حزب أو عدة أحزاب سياسية نسبة تمثيل المرأة، والتي نجدها ترتبط بعدد المقاعد المتنافس عليها، والتي اختلفت باختلاف المجلس المنتخب حسب الكيفيات التالية:

1- نسبة تمثيل المرأة في قوائم الترشح لإنتخاب أعضاء المجلس الشعبي الوطني
يجب أن لا تقل نسبة تمثيل النساء في قوائم الترشح لإنتخاب أعضاء المجلس الشعبي الوطني عن:

- نسبة 20% عندما يكون عدد المقاعد يساوي 04 مقاعد.
- نسبة 30% عندما يكون عدد المقاعد يساوي أو يفوق 05 مقاعد.
- نسبة 35% عندما يكون عدد المقاعد يساوي أو يفوق 14 مقعدا.
- نسبة 40% عندما يكون عدد المقاعد يساوي أو يفوق 32 مقعدا.
- نسبة 50% بالنسبة لمقاعد الجالية الجزائرية المقيمة بالخارج⁽⁴¹⁾.

2- نسبة تمثيل المرأة في قوائم الترشح لإنتخاب أعضاء المجالس الشعبية الولائية
يجب ألا يقل نسبة مشاركة النساء في قوائم الترشح لإنتخاب أعضاء المجالس الشعبية الولائية عن:

- نسبة 30% عندما يكون عدد المقاعد 35 و 39 و 43 و 74 مقعدا.
- نسبة 35% عندما يتراوح عدد المقاعد بين 51 و 55 مقعدا⁽⁴²⁾.

3- نسبة تمثيل المرأة في قوائم الترشح لإنتخاب أعضاء المجالس الشعبية البلدية
يجب ألا يقل نسبة مشاركة النساء في قوائم الترشح لإنتخاب أعضاء المجالس الشعبية البلدية عن نسبة 30% في البلديات الموجودة بمقرات الدوائر وبالبلديات التي يزيد عدد سكانها عن 20.000 نسمة⁽⁴³⁾.

ولضمان آلية تطبيق نظام الكوتا وفق النسب المحددة أعلاه، وعدم تلاعب الأحزاب السياسية والقوائم الحرة بشأنها، نص المشرع في القانون العضوي 03/12، على عدة ضمانات، وهي:

- يجب أن يبين التصريح بالترشح المنصوص عليه في القانون العضوي للإنتخابات على جنس المترشح طبقا للمادة 04 من القانون العضوي 03/12 السالف الذكر.
- ضرورة رفض قائمة الترشيحات بكاملها المخالفة لأحكام المادة 02 من نفس القانون، المحددة لنسب مشاركة النساء في قوائم الترشح لإنتخاب أعضاء المجالس المنتخبة.
- ضرورة إستخلاف المترشح أو المنتخب بمرشح أو منتخب من نفس الجنس، وهذا ما من شأنه أن يوفر في حد ذاته ضمانة للحفاظ على النسب المقررة قانونا للنساء ضمن قوائم الترشح أو ضمن مقاعد المجالس المنتخبة.

ولتفعيل مشاركة المرأة في الحياة السياسية في المجالس المنتخبة، وتحفيز أكثر لأحزاب السياسية على منح المزيد من الفرص للنساء، وعدت الدولة بمساعدة مالية خاصة للأحزاب السياسية، بحسب عدد مرشحاته المنتخبات في المجالس الشعبية البلدية والولائية وفي البرلمان طبقاً للمادة 07 من ذات القانون.

وبناء على ما سبق يمكن القول بأن قانوننا الأساسي قد أعطى للمرأة الجزائرية مفتاح الحاضر والمستقبل، لتعزيز مكانتها في مختلف المجالات ولاسيما في المجال السياسي، وهذا ليس لكونها امرأة فحسب بل لماضيها المشرف أثناء كفاح التحرير، ولما تميزت به نخب النساء من كفاءة عالية في القطاعين العام والخاص⁽⁴⁴⁾.

وفعلاً لقد كشفت نتائج الانتخابات التشريعية على سبيل المثال، التي جرت يوم 10 ماي 2012، فترة سريان القانون العضوي 03/12 السالف الذكر، (أي فترة سريان نظام الكوتا) إلى إرتفاع معتبر في عدد النساء في المجلس الشعبي الوطني، حيث بلغ عددهن 145 امرأة من إجمالي 462 نائباً- أي ما يعادل نسبة 30% - الذين يضمهم المجلس الشعبي الوطني، وهو ما يقارب ثلث أعضاء المجلس، الأمر الذي جعل المرأة الجزائرية تحقق قفزة نوعية مقارنة بديمقراطيات عريقة⁽⁴⁵⁾. ومن ثم أصبحت الجزائر منذ الانتخابات التشريعية المنظمة يوم 10 ماي 2012 تحتل المرتبة الأولى عربياً و26 دولياً⁽⁴⁶⁾، مقارنة بالانتخابات التشريعية لسنة 2007، التي لم يتعدى فيها عدد النساء المنتخبات 31 امرأة، أي ما يعادل نسبة 07.07% وقد احتلت الجزائر فيها المرتبة 116 عالمياً⁽⁴⁷⁾ في تمثيل العنصر النسوي بالبرلمان.

خاتمة

ومن كل ما سبق نصل إلى حقيقة التجسيد الفعلي للجهود الكبيرة التي سعت الجزائر إلى تحقيقها، من أجل ترقية الحقوق السياسية للمرأة من خلال إنضمامها لمختلف الإتفاقيات الدولية الخاصة التي ترمي إلى ترقية الحقوق السياسية للمرأة، والعمل على تنفيذ ما ورد في مضامينها من خلال تعديل قوانينها الوطنية، وتبني بصفة صريحة نظام الكوتا النسائية في الانتخابات بصفة عامة، رغم المعوقات الموضوعية والذاتية التي تقف أمام مشاركتها في الحياة السياسية، وهذا ما أكدته على سبيل المثال الانتخابات التشريعية الأولى لـ 10 ماي 2012، بعد تطبيق القانون العضوي 03/12 أي تطبيق نظام الكوتا.

وعليه فإذا كانت المرأة الجزائرية قد تسلمت مفتاح الحاضر والمستقبل لتعزيز مكانتها من خلال آلية نظام الكوتا لدخول الحقل السياسي فإنه يجب أن لا يكون ذلك هدفاً في حد

ذاته، فهو مجرد مدخل أو مصعد للإرتقاء، وما بقي على المرأة الجزائرية إلا أن تدفع نسب التمثيل في المجالس المنتخبة بصفة عامة إلى الأمام، عن طريق إبراز قدراتها في ممارسة مهامها النيابية على قدم المساواة مع الرجل، على أن تستعمل كل الأدوات والهاكل في الأحزاب السياسية والمؤسسات الرسمية من أجل بلوغ أهدافها السياسية وفرض ذاتها، حتى تحافظ على ثقة الناخبين التي منحوها لها بمناسبة أول إستحقاق إنتخابي يعرف تطبيق القانون العضوي 03/12 المتعلق بتوسيع حظوظ تمثيلها في المجالس المنتخبة، علما أن هذا القانون يبقى إجراء مرحليا لتحقيق المساواة المفقودة بين الرجل والمرأة في المجتمع الجزائري.

زيادة على ذلك توصي الدراسة، من خلال تجربة المرأة في المجالس المنتخبة بصفة عامة وغيرها من المناصب إلى:

- توعية المجتمع بضرورة نزع العادات والتقاليد التي تكرس التفرقة والتمييز بين الرجل والمرأة، وهي موارد إجتماعية تتناقض في كثير منها مع القيم الدينية، التي تتيح للمرأة المشاركة في العمل السياسي.

- تطوير الثقافة السائدة في المجتمع، بما يوصل إلى الإعراف بأن المرأة شريك رئيسي في عملية التنمية بكافة محاورها.

- مراجعة القوانين التي تميز بين الرجل والمرأة والتنسيق بين مؤسسات الدولة في إلغاء أو تعديل هذه القوانين.

- التركيز على تطوير دور الإعلام إلتجاه قضايا المرأة، لأن الإعلام له دور هام في تغيير الصورة السلبية السائدة في المجتمع عن مشاركة المرأة في الحياة السياسية.

- ضرورة وضع قانون إنتخابي، يسهل إيصال المرأة إلى المجالس المنتخبة بعيدا عن نظام الكوتا.

- يجب تشجيع المرأة التي تملك الكفاءات اللازمة، للمشاركة في الحياة السياسية بكل بفعالية. على إعتبار أن الجزائر تملك الكثير من النساء لهم كفاءة عالية، لكن لا يرغبون بالمشاركة في الحياة السياسية.

الهوامش

1. أنظر: مسراتي سليمة، المرأة الجزائرية وحق الترشح في المجالس المنتخبة بين الإعراف القانوني ومحدودية المشاركة، مجلة المفكر الصادرة عن جامعة محمد خيضر بسكرة، العدد الثامن، نوفمبر 2012، ص 190.

2. أنظر: محمد شريف بسيوني، الوثائق الدولية المعنية بحقوق الإنسان، المجلد الأول، الوثائق العالمية، الطبعة الأولى، دار الشروق، القاهرة، 2003، ص 433.

3. من خلال عبارة " رغبة منها في إعمال مبدأ تساوي الرجال والنساء في الحقوق الواردة في ميثاق الأمم المتحدة...".
4. أنظر: مولود ديدان، حقوق المرأة (يتضمن الآليات الدولية المصادق عليها من طرف الجزائر بخصوص المرأة)، دار بلقيس للنشر - دار البيضاء (الجزائر)، ص2.
5. بموجب المرسوم الرئاسي رقم 126/04 المؤرخ في 19/04/2004، الجريدة الرسمية العدد 26 المؤرخة في 25/04/2004.
6. طبقا للمادة الأولى من الإنفاقية المتعلقة بالحقوق السياسية للمرأة.
7. طبقا للمادة الثالثة، نفس المرجع.
8. أنظر: حساني خالد، حماية الحقوق السياسية للمرأة في التشريع الجزائري، مجلة المجلس الدستوري، العدد 02، 2013، ص 50.
9. أنظر: محمد شريف بسيوني، المرجع السابق، ص 436.
10. ولاسيما في الحقوق التالية: حقها في التصويت في جميع الانتخابات وفي ترشيح نفسها لجميع الهيئات المنبثقة عن الانتخابات العامة، وحقها في التصويت في جميع الإستفتاءات العامة، وحقها في تقلد المناصب العامة ومباشرة جميع الوظائف العامة، وتكفل هذه الحقوق عن طريق التشريع. طبقا للمادة 04 من هذا الإعلان.
11. طبقا للمادة 11 من إعلان القضاء على التمييز ضد المرأة:
12. أنظر: محمد شريف بسيوني، المرجع السابق، ص 440. وقد صادقت عليها الجزائر ولكن بتحتفظ بموجب الأمر رقم 03/96 المؤرخ في 10/01/1996، الجريدة الرسمية رقم 03 المؤرخة في 14/01/1996. وما تجب الإشارة إليه هنا أن هناك بعض الدول العربية لم تنظم إلى هذه الإنفاقية، بحكم مخالفة بعض موادها ومضمونها لبند الشريعة الإسلامية مما جعلها عرضت للعديد من الإنتقادات. أنظر في هذا الشأن عمار بوضياف، حقوق المرأة في المواثيق الدولية والتشريع الجزائري " قانون الانتخابات وقانون الأسرة نموذجا"، مجلة الفقه والقانون، الصادرة عن المغرب، العدد 36، أكتوبر 2015، ص 11.
13. والتي بدورها إحتوت على 30 مادة تضمنت التدابير الواجب إعتقادها دوليا لتحقيق المساواة بين الرجل والمرأة في جميع المجالات ولاسيما الساسية منها، كما تضمنت هذه الإنفاقية أيضا مواد تلزم الدول المصادقة عليها بعدم اللجوء للتمييز بين الرجال والنساء وإلى إحداث مساواة حقيقية.
14. أنظر: عمار بوضياف المرجع السابق، ص 10.
15. أنظر: شحاتة أبو زيد، مبدأ المساواة في الدساتير العربية، في دائرة الحقوق والواجبات العامة، وتطبيقاته القضائية، ص 211.

16. المؤرخ في 10/10/1963، الجريدة الرسمية العدد64، المؤرخة في 10/10/1963.
17. الصادر بموجب الأمر رقم 98/76، المؤرخ في 22/11/1976، الجريدة الرسمية العدد94، المؤرخة في 24/11/1976.
18. الصادر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 18/89، المؤرخ في 23/02/1989، الجريدة الرسمية العدد09، المؤرخة في 01/03/1989.
19. الصادر بموجب المرسوم الرئاسي 438/96، المؤرخ في 07/12/1996 المعدل بموجب القانون رقم 19/08، المؤرخ في 15/11/2008، الجريدة الرسمية العدد63، المؤرخة في 16/11/2008(والذي بدوره تضمن دسترة حقوق سياسية جديدة لمصلحة المرأة الجزائرية). وكذا بموجب القانون رقم 01/16 المؤرخ في 06 مارس 2016، الجريدة الرسمية العدد14، المؤرخة في 07/03/2016.
20. أنظر: القانون العضوي رقم 10/16، المؤرخ في 25 غشت 2016، المتعلق بنظام الانتخابات، الجريدة الرسمية، العدد 50، المؤرخة في 28 غشت 2016.
21. بخلاف الوضع الذي كان سائدا في قانون الانتخابات لسنة 13/89 المؤرخ في 07 غشت 1989 في ماته 50 منه قبل تعديله بقانون 06/91 المؤرخ في 02 أفريل 1991، والتي كانت تميز بصفة إستثنائية لبعض أفراد الأسرة ممارسة حقهم في التصويت بالتوكيل بطلب منهم، وهو ما ساهم عمليا ولو لفترة قصيرة في حجب الصوت الانتخابي للمرأة وحل محلها الرجل بتفويض قانوني عنوانه الوكالة. وهو ما أدى إلى ضعف مشاركتها في العملية الانتخابية وفي زمن التعددية السياسية أو الحزبية. لتفصيل أكثر في هذا الشأن أنظر: ناجي عبد النور، تجربة الانتخابات في نظام التعددية السياسية، منشورات جامعة عنابة، 2008، ص 25 وما بعدها.
22. أنظر: مسراتي سليمة، المرجع السابق، ص 196.
23. نفس المرجع، ص 194.
24. Amine Khaled Hartani, femmes et représentation politique en Algérie, REVUE ALGERIENNE des sciences juridiques Economiques et politiques, Volume XLI, N° 3, 2003.
25. طبقا للمادة 34 من دستور 1996 المعدل والمتمم. وآخر تعديل كان بموجب القانون 16-01 المؤرخ في 06 مارس 2016، الجريدة الرسمية العدد14، المؤرخة في 07 مارس 2016.
26. أنظر: منال يدر، مبدأ التمثيل على المستوى المحلي، مذكرة ماجستير في إطار مدرسة الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، السنة الجامعية 2014-2015، ص 80.
27. أنظر: نظام الكوتا في الجزائر، إجحاف أم إنصاف في حق المرأة، مقال منشور بمجلة مجلس الأمة، العدد 50، الجزائر، فيفري 2012، ص 43.

28. Amine Khaled Hartani, la représentation des femmes dans les institutions politiques au MAGHREB, REVUE ALGERIENNE des Sciences Juridiques Economiques et politiques, N°3, 2011, p 72.

29. أنظر: جدو نوال، التحضير للعملية الانتخابية، على ضوء قانون الانتخابات الجديد 2012، مذكرة ماجستير في إطار مدرسة الدكتوراه، تخصص الدولة والمؤسسات العمومية، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر 01، السنة الجامعية 2012-2013، ص 102.

30. أنظر: دراسات برلمانية إقليمية، ص 109.

31. أنظر: نظام الكوتا في الجزائر، إجحاف أم إنصاف في حق المرأة، المرجع السابق، ص 35.

32. أنظر معنى كلمة كوتا باللغة الفرنسية في الموقع الإلكتروني لقاموس La rousse

http://www.Larousse.fr/dictionnaires/francais/quote-part_quotes-parts/65802

33. أنظر: محمد كنوش الشرعة، ونرمين يوسف غوانمة، الكوتا النسائية في النظام الانتخابي الأردني من وجهة نظر المرأة الأردنية، مجلة أبحاث اليرموك، المجلد 27/ العدد (ج1)، 2011 إربد، الأردن، ص 663.

34. أنظر: نعيمة سمينة، دور المرأة المغاربية في التنمية السياسية المحلية وعلاقتها بأنظمة الحكم (نماذج: الجزائر، تونس، المغرب)، مذكرة ماجستير في العلوم السياسية والعلاقات الدولية، تخصص إدارة الجماعات المحلية والإقليمية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، السنة الجامعية 2010-2011، ص ط.

35. أنظر: المادة 31 مكرر من دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية لسنة 1996، وهذا بعد تعديل 2008.

36. أنظر: القانون العضوي رقم 03/12 المؤرخ في 12/01/2012 المحدد لكيفيات توسيع حظوظ تمثيل المرأة في المجالس المنتخبة، الجريدة الرسمية، العدد الأول، المؤرخة في 14/01/2012.

37. أنظر: سهام عباسي، ضمانات وآليات حماية حق الترشح في المواثيق الدولية والمنظومة التشريعية الجزائرية، مذكرة ماجستير في الحقوق، تخصص قانون دستوري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر باتنة، السنة الجامعية 2010-2011، ص 111

38. أنظر: عمار بوضياف، خطاب 15 أفريل 2011، إعلان مبادرة الإصلاحات السياسية، مجلة الفكر البرلماني الصادرة عن مجلس الأمة، الجزائر، العدد 28، نوفمبر 2011، ص 22.

39. أنظر: سهام عباسي، المرجع السابق، ص 111.

40. أنظر: القانون العضوي رقم 03/12، المرجع السابق. علما أن هذا القانون العضوي تم عرضه على المجلس الدستوري لمراقبة مدى دستوريته، لمزيد من التفاصيل أنظر: المجلس الدستوري، آراء وقرارات

- المجلس الدستوري الجزائري (1989-2012)، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 2013، ص 274-280.
41. أنظر: المادة 02 من القانون العضوي 03 / 12، المرجع السابق.
42. أنظر: المادة 02 نفس المرجع.
43. أنظر: المادة 02 نفس المرجع.
44. أنظر: كلمة رئيس المجلس الشعبي الوطني محمد العربي ولد خليفة، بمناسبة الإحتفال باليوم العالمي للمرأة، يوم الثلاثاء 05 / 03 / 2013، مجلة النائب، الصادرة عن المجلس الشعبي الوطني، العدد الثالث، أوت 2013، ص 36.
45. أنظر: عمار عباس، وبن طيفور نصر الدين، مقال حول توسيع حظوظ مشاركة المرأة الجزائرية في المجالس المنتخبة أو تحقيق المساواة عن طريق التمييز الإيجابي، مجلة الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية، الصادرة عن جامعة بسكرة، العدد 10، جوان 2013، ص 91.
46. أنظر: التمثيل النسوي في الغرفة السفلى، مقال منشور بمجلة مجلس الأمة، العدد 52، الجزائر، جوان-جويلية، 2012، ص 35.
47. أنظر: : نظام الكوتا في الجزائر، إجحاف أم إنصاف في حق المرأة، المرجع السابق، ص 39.

نطاق اختصاصات القاضي الإداري في الرقابة على التصرفات الإدارية

أ. جفالي أسامة

أستاذ مؤقت بجامعة تبسة

باحث دكتوراه علوم. قانون عام

الملخص:

إنطلاقاً من فكرة أنّ القاضي الإداري هو حامي الحقوق والحريات الأساسية، فإنّ الرقابة التي يمارسها هذا الأخير على نشاط الإدارة لم تعدّ تلك الرقابة التقليدية التي تستبعد من اختصاصها الكثير من التصرفات الإدارية، بل أصبحت تشمل كلّ أنواع العمل الإداري بما في ذلك التصرفات المحصنة بمقتضى النصوص القانونية، بل حتى القرارات التنظيمية فقد أصبحت عرضة للرقابة القضائية عن طريق الدفع بعدم مشروعيتها، زد على ذلك، فإن الإختصاصات الرقابية للقاضي الإداري إمتدت أيضاً إلى فحص مدى ملائمة التصرفات الإدارية، التي كانت إلى وقت قريب خطوطاً حمراء بالنسبة للقاضي الإداري، فظهرت بذلك الكثير من النظريات القضائية التي تميز وتبرر الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة. الكلمات المفتاحية: القاضي الإداري، الحقوق، الحريات الأساسية، الرقابة القضائية.

Résumé:

Partant de l'idée que le juge administratif est le protecteur des droits et des libertés fondamentales, le contrôle exercé par ce dernier sur l'activité de gestion de ces contrôles conventionnels qui sont exclus de la compétence beaucoup d'actions administratives ne sont plus, il est devenu toutes sortes de tâches administratives, y compris inclure des actions fortes dans les textes juridiques et même les décisions réglementaires sont devenues sensibles à un contrôle judiciaire par le moyen de la légitimité, par ailleurs, juge administratif les spécialités de surveillance a également étendu pour examiner la pertinence des mesures administratives, qui étaient jusqu'à récemment des lignes rouges pour le juge administratif, est apparu tant de théories juridictions qui permettent et justifient le contrôle judiciaire sur le pouvoir discrétionnaire de l'autorité de gestion.

مقدمة:

لا يكف الإعلان في الدستور والتشريع عن وجود حدود تفرض على السلطات العامة وتمتع تعسفها، بل يتعين ضمان احترام تلك الحدود بوسائل فعّالة، حيث أنه حتى في الظروف الإستثنائية لا يجوز تعليق الضمانات اللازمة لحماية بعض الحقوق الأساسية والتجربة أثبتت أن أفضل وسيلة تسمح بإخضاع الكافة للقانون حكّاما ومحكومين هي الرقابة القضائية، فهذه الأخيرة توصف بأنها أكثر أنواع الرقابة ضمانا لحقوق الأفراد، لما يفترض في القضاء من حيطة ونزاهة ومعرفة بالقانون².

إن ضرورة الرقابة القضائية على الأعمال الإدارية تزداد أكثر بالنظر إلى ما تتمتع به الإدارة من صلاحيات في اتخاذ التدابير التي تراها ضرورية، وقوة جبرية تكفل لها تنفيذ قراراتها وأوامرها بالطريق المباشر ودون حاجة إلى اللجوء المسبق للقضاء³، فمركزها السامي والتميّز، يؤهلها لممارسة سلطتها التقديرية في وضع الحدود التي لا يجب على الأفراد تعديلها حتى أثناء ممارستهم لحقوقهم وحرّياتهم المكفولة دستوريا، متمسّحة في ذلك بالإميازات التي تحوزها، إضافة إلى أهمية وخطورة وجسامة المسؤوليات التي تتحمّلها، خاصة في الأزمات والظروف غير العادية⁴، ممّا يبرر سلطة الملائمة في اختيارها للإجراءات والتدابير اللازمة لذلك، وهذا قد يسمح لها - ما لم تخضع للرقابة القضائية - بأن تتعدّى على حقوق الأفراد وتمسّ بحرّياتهم.

من خلال ما سبق، يتضح أن القاضي الإداري بصفته حاميا للحقوق والحرّيات ومن ثمة ضامنا لتكريس المشروعية وإخضاع الدولة للقانون، فإن نطاق رقابته على التصرفات الإدارية لا يتوقف عند فحص مشروعية تلك التصرفات (مطلب أول)، بل أن هذه الرقابة تمتد لتطال حتى مناطق الحصانة في هذه التصرفات (مطلب ثاني).

1- بوبشير محمد أمقران، عن إنتفاء السلطة القضائية في الجزائر، رسالة دكتوراه دولة في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو 2006، ص 180.

2- حسين عثمان محمد عثمان، قانون القضاء الإداري، مبدأ المشروعية، إختصاص القضاء الإداري، تنازع الإختصاص، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية 2003، ص 70.

3- شيهوب مسعود، إميازات الإدارة أمام القضاء، الفكر القانوني، مجلة دورية تصدر عن اتحاد الحقوقيين الجزائريين، العدد الرابع 1987، ص 37.

4- ذبيح ميلود، الفصل بين السلطات في التجربة الدستورية الجزائرية، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر 2007، ص 171.

المطلب الأول- رقابة القاضي الإداري على مشروعية العمل الإداري:

إذا كان الأصل أن القرارات الإدارية تتمتع بقرينة الصحة والمشروعية¹؛ إذ يفترض أن القرار الإداري يصدر صحيحا ومشروعا وخال من كل عيب، إلا أن هذه القرينة تبقى قابلة لإثبات العكس²، وهذا الإثبات لا يكون إلا من طرف القاضي الإداري في جل الحالات. من أجل أداء القاضي الإداري لدوره المتمثل في حماية الحقوق والحريات الأساسية لجميع الأفراد ضمنت أحكام الدستور³ والقوانين المختلفة شمول تصرفات الإدارة بالرقابة القضائية بصفة حصرية⁴، وهو ما يفتح باب القضاء واسعا أمام كل متضرر للطعن في أي تصرف يصدر عنها.

يترتب على التسليم بهذا القول عدم إفلات إيا من التصرفات الإدارية من رقابة القاضي الإداري (فرع أول)، وإلى جانب ذلك فإن هاته الرقابة لا تنحصر في الرقابة على القرارات الإدارية الفردية فقط، بل تمتد أيضا إلى القرارات التنظيمية ولكن بأقل حدة (فرع ثاني).

الفرع الأول- شمول رقابة القاضي الإداري لكل التصرفات الإدارية:

صدر دستور 1996 معلنا عن حق الأفراد في الطعن القضائي ضد القرارات الصادرة عن مختلف الأجهزة الإدارية⁵، سواء تمثلت في الإدارات المركزية أو المحلية أو المرافق العمومية على اختلاف أنواعها، علما أن هذا الدستور وعلى غرار كل الدساتير السابقة له، لم يعتمد ما سمي بأعمال السيادة، مما يعني أنه بإمكان الأفراد الطعن القضائي في كل عمل من أعمال الإدارة، أيما كانت طبيعته أو الجهة التي أصدرته⁶.

1- Sofia POPESCU, Dana APOSTOL, Le contentieux administratif en tant qu'instrument de protection du citoyen, R.I.D.C., Vol. 45, N°2, Avril-juin 1993, p 362.

2- أبو المجد محمد أشرف عبد الفتاح، موقف قاضي الإلغاء من سلطة الإدارة في تسبيب القرارات الإدارية، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، دون بلد نشر، 2005، ص 525.

3- بعد أن كانت ديباجة دستور 1996 قبل تعديل 2016 تنص على أن: "الدستور هو القانون الأساسي الذي يضمن الحقوق والحريات الفردية والجماعية" تم حذف هذا المقطع من الديباجة بموجب ذاك التعديل، وهو ما يشكل نوعا من التراجع في الحماية الدستورية للحقوق والحريات الأساسية.

4- Michel ROUSSET, Olivier ROUSSET, Droit administratif, tomeII, Le contentieux administratif, 2ème éd., P.U.G., 2004, p 10.

5- أنظر المادة 161 من دستور 1996، الصادر بالمرسوم الرئاسي رقم 96-438 المؤرخ في 07 ديسمبر 1996، المضمن نص تعديل الدستور، المصادق عليه في استفتاء 28 نوفمبر 1996، ج ر عدد 76، صادر بتاريخ 8 ديسمبر 1996، المعدل والمتمم.

6- بوضياف عمار، دعوى الإلغاء في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، دراسة تشريعية قضائية فقهية، دار جسر للشر والتوزيع، الجزائر، الطبعة الأولى 2009، ص 211.

في نفس الإتجاه سارت جل النصوص القانونية، التي لم تحسن أي عمل إداري ضد الرقابة القضائية، حيث وردت صياغتها بشكل لا يدع من شك في شمول رقابة القاضي الإداري لكل الأعمال الإدارية، حيث "يختص مجلس الدولة كدرجة أولى وأخيرة بالفصل في دعاوى الإلغاء والتفسير وتقدير المشروعية في القرارات الإدارية الصادرة عن السلطات الإدارية المركزية والهيئات العمومية الوطنية والمنظمات المهنية الوطنية...¹"، وكذلك فإن "المحاكم الإدارية هي جهة الولاية العامة في المنازعات الإدارية. تختص بالفصل بحكم قابل للإستئناف في جميع القضايا، التي تكون الدولة أو الولاية أو البلدية أو إحدى المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية طرفاً فيها"².

كما سبق ذكره، يتبين أن القاضي الإداري هو صاحب الولاية العامة في المنازعات التي تكون الإدارة أو أحد هيئاتها طرفاً فيها، سواء كان محل الرقابة القضائية قراراً فردياً أم تنظيمياً³ فلا يخرج من نطاق اختصاصه إلا ما نص المشرع صراحة على عدم الإختصاص به⁴.

مع ذلك، فحتى حين ينص المشرع على تحصيل بعض القرارات الإدارية ضد الطعن القضائي⁵ بغرض توسيع نطاق السلطة التقديرية التي تتمتع بها الإدارة، فإن القضاء يقبل الفصل في الطعون التي تعرض عليه⁶، فقد قرّر مجلس الدولة: "أن الطعن من أجل تجاوز

1- المادة 9 من القانون العضوي رقم 98-01، المؤرخ في 30 ماي 1998، المتضمن إختصاصات مجلس الدولة وتنظيمه وعمله، ج ر عدد 37، صادر بتاريخ 01 جوان 1998، المعدل والمتمم

2- المادة 800 من القانون رقم 08-09، المؤرخ في 25 فيفري 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج ر عدد 21، صادر بتاريخ 23 أفريل 2008.

3- حسين عثمان محمد عثمان، المرجع السابق، ص 80.

4- Heikki KANNIEN, Le juge administratif finlandais et la Convention européenne des droits de l'homme, R.I.D.C., Vol. 47, N°3, Juillet-septembre 1995, p 684.

5- ومن أمثلة ذلك نص المادة 2/99 من القانون الأساسي للقضاء لسنة 1989 الملغى: "ويجب أن تكون مقرارات المجلس التأديبي معللة وهي لا تقبل أي طعن من طرق الطعن"، والمادة 4/92 من قانون الإنتخابات لسنة 1997 الملغى: "تفصل اللجنة الإنتخابية الولائية في ذلك دون مصاريف إجرائية وبناء على إشعار عاد تبلغه إلى الأطراف المعنية ولا تقبل قراراتها أي طعن"، وكذا المادة 20 من قرار وزير التربية الوطنية المؤرخ في 15 ماي 2004، المتضمن تنظيم إمتحان بكالوريا التعليم الثانوي وامتحان البكالوريا التقنية، والتي تنص على أن: "تتمتع لجنة المداوات بالسيادة الكاملة، ولا يقبل أي طعن فيما تتخذه من قرارات طبقاً لأحكام هذا القرار"

6- Sofia POPESCU, Dana APOSTOL, Op. cit., p 371.

السلطة موجود حتى ولو لم يكن هناك نص، ويهدف إلى احترام مبدأ القانونية طبقاً للمبادئ العامة للقانون¹.

لقد سبق مجلس الدولة الفرنسي أن سلك هذا الإتجاه، وذلك بموجب قرار السيدة لاموت²، حين أكد أن النص على عدم جواز تقديم أي طعن إداري أو قضائي ضد قرار إداري معين، لا يستبعد الطعن لتجاوز السلطة أمام مجلس الدولة، وأن هذا الطعن مقبول ضد كل قرار إداري، وذلك بغرض ضمان احترام المشروعية طبقاً للمبادئ العامة للقانون³. إلى جانب ذلك، وانطلاقاً مما ورد ضمن المبادئ العامة لمدونة أخلاقيات مهنة القضاء بأن "يلتزم القاضي بحماية الحقوق والحريات الأساسية"⁴، فإن الدور المنوط بالقاضي الإداري بوصفه حام للحقوق والحريات الفردية والجماعية، يلزمه بالتصدي لأي إنحراف أو تعسف من جهة الإدارة تجاه الأفراد حيث: "تحمي السلطة القضائية المجتمع والحريات وتضمن للجميع ولكل واحد المحافظة على حقوقهم الأساسية"⁵، ومن ثم فإن الإجتهد القضائي القائل بعدم استبعاد أي من التصرفات الإدارية من الرقابة القضائية يكرس الإختصاص الشامل للقاضي الإداري في الرقابة على أعمال الإدارة.

الفرع الثاني - الدفع بعدم مشروعية القرارات التنظيمية:

لطالما ساد الاعتقاد أن رقابة القاضي الإداري على مشروعية تصرفات الإدارة تقتصر فقط على فحص مدى مطابقة التصرفات المتعلقة بالمراكز القانونية الفردية للنصوص القانونية أو التنظيمية التي تنظمها، غير أن تطوّر الرقابة القضائية على أعمال الإدارة والذي تمخض عنه توسيع إختصاصات القاضي في الرقابة على تلك الأعمال، أدّى إلى إمتداد هاته الرقابة حتى إلى النصوص التنظيمية التي تركز عليها القرارات الفردية⁶، ولكن لكونها لا تمس المراكز

1- قرار مجلس الدولة رقم 182491، صادر بتاريخ 17 جانفي 2000، مجلة مجلس الدولة، العدد الأول 2002، ص 109.
2- C.E, du 17 fevr 1950, Ministre de l'agriculture c/Dame Lamotte, Rec., p110, RD publ.
3- 1951. 478, concl. Delvolvé, note Waline.

3- بوبشير محمد أمقران، المرجع السابق، ص 189.

4- المجلس الأعلى للقضاء، مدونة أخلاقيات مهنة القضاء، ج ر عدد 17، صادر بتاريخ 14 مارس 2007، ص 17.

5- المادة 157 من دستور 1996.

6- الطهاوي سليمان محمد، النظرية العامة للقرارات الإدارية، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، القاهرة 2006، ص 470.

القانونية الفردية بشكل مباشر، إنشاء أو تعديلا أو إنهاء، فإن هذه الرقابة تنحصر- في الدفع بعدم مشروعية القرار التنظيمي¹ المنبثق عنه القرار الفردي فحسب.

إن ثبوت عدم مشروعية نص تنظيمي يتوقف عند حد التصريح بعدم قابليته للتطبيق، ولا يمكن للقضاء أن يتجاوز في رقابته لعدم المشروعية، التصريح بإلغاء هذا النص²، زد على ذلك أن الدفع بعدم المشروعية مثل الدفع بعدم الدستورية، لا تتم إثارته إلا إذا كان ذلك مسألة أولوية وضرورية يتوقف الفصل في موضوع الخصومة على الفصل فيها³، وقد تبنى القضاء الإداري الجزائري هذا الإتجاه في أكثر من مناسبة⁴، وبذلك يكون قد وسّع من إختصاصات القاضي الإداري في الرقابة على التصرفات الإدارية.

على كل، فإن مسألة شمول رقابة القاضي الإداري على كل تصرفات الإدارة من حيث المشروعية، مسألة لا تثير أي إشكال، لكونها من ناحية تمثل الوظيفة التقليدية والأهم للقاضي الإداري، ومن ناحية أخرى فإن عدم التحصين الدستوري والقانوني لأي من هذه التصرفات يجعل منها كلها محل رقابة قضائية، وذلك خلافا لرقابته على عنصر- الملائمة في العمل الإداري، والتي كانت ولا تزال محل جدل فقهي، وعدم استقرار قضائي.

المطلب الثاني- رقابة القاضي الإداري على ملائمة التصرفات الإدارية:

إن الإتجاهات الحديثة للرقابة القضائية على التصرفات الإدارية تتبلور في إزالة الحدود الفاصلة بين رقابة المشروعية ورقابة الملائمة، وذلك إنطلاقا من أن الرقابة على السلطة التقديرية للإدارة تنطلق من عدة مقتضيات (فرع أول)، وهو الأمر الذي استغله القضاء الإداري في بسط رقابته عنصر الملائمة في العمل الإداري (فرع ثاني).

1- Michel LASCOMBE, Application de l'injonction et de l'astreinte juridictionnelles dans l'hypothèse du refus d'abroger un décret, La Semaine Juridique Edition Générale, N° 25, 18 Juin 1997, II 22866, p 3.

2- قريمس عبد الحق، مراقبة القضاء الإداري لمشروعية عمل السلطات الإدارية المستقلة، حالة مجلس النقد والقرض، تعليق على القرار رقم 2138 الصادر في 08 ماي 2000، مجلة الإجتهد القضائي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، العدد الثالث 2006، ص 135.

3- عبد العزيز محمد سلمان، القيود على الرقابة الدستورية، دار النهضة العربية، القاهرة 1998، ص 83، نقلا عن: قريمس عبد الحق، المرجع السابق، ص 135.

4- أنظر على سبيل المثال: قرار مجلس الدولة رقم 2138، الصادر بتاريخ: 08-05-200، أشار إليه، قريمس عبد الحق، المرجع السابق، ص 127.

الفرع الأول - أسس الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة:

أدت التطورات التي أصابت أنشطة الدولة ووظائفها، إلى اتساع مجال السلطة التقديرية للإدارة إتساعاً عجزت معه وسائل الرقابة العادية التقليدية عن استيعابه وملاحقته، ولقد ظهر أثر هذه التطورات في موقف القضاء الإداري، فقد أدرك هذا الأخير - وهو مباشر وظيفته في الرقابة على المشروعية - كيف مالت هذه التطورات لصالح الإدارة على حساب حقوق الأفراد وحرّياتهم، فسعى جاهداً لإعادة التوازن إلى نصابه، وتعدّدت جهوده في هذا الشأن، لتشمل بالإضافة إلى الرقابة على المشروعية، الرقابة على الملاءمة¹، والأكثر من ذلك فإنّ هذه الأخيرة لم يعد مجالها ينحصر - في دعوى الإلغاء فقط، بل يمتد أيضاً إلى دعوى التعويض.

إنّ المتبّع للقضاء الإداري يدرك - دون عناء - أنّه قضاء متطور، يزيد من نطاق اختصاصه خطوة بعد خطوة في هدوء وثبات²، والمعلوم أن الهدف العام من تطور الرقابة القضائية على أعمال الإدارة، كان التوسيع دائماً في نطاق المشروعية والتضييق في المقابل من نطاق السلطة التقديرية للإدارة، وذلك بقصد كفالة الموازنة بين حماية حقوق الأفراد وحرّياتهم من ناحية، وتمكين الإدارة من تحقيق أغراضها التي تزداد تعقيداً في الحياة الحديثة من ناحية أخرى، وكلّ هذا يجد تبريره في الدور الإنشائي للقاضي الإداري، الذي يتمثل في إضافة مبادئ قانونية عامّة للنصوص المكتوبة³ وإثرائها.

من جانب آخر، فقد أسس بعض الفقهاء إمتداد رقابة القاضي الإداري إلى السلطة التقديرية للإدارة، إنطلاقاً من فكرة أنّ جوهر السلطة التقديرية ينحصر - في حق الإدارة في الإختيار بين عدّة حلول كلّها مشروعة⁴، مما يعني أنّ الرقابة على المشروعية تستدعي بسط الرقابة على الملاءمة، باعتبارها من شروط مشروعية القرار الإداري.

إذن، مهما كان حجم السلطة التقديرية التي تتمتع بها الإدارة، فإنّه لا يمكن التسليم بأنّ حرّية هذه الأخيرة مطلقة في التصرفات الإدارية، إذ ليس من المقبول أن تطلق حرّية أية سلطة

1- حاحة عبد العالي، يعيش تمام آمال، الرقابة على تناسب القرار الإداري ومحلّه في دعوى الإلغاء، مجلة المنتدى القانوني، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، العدد الخامس 2008، ص 135.

2- شيهوب مسعود، المرجع السابق، ص 34.

3- حاحة عبد العالي، تمام يعيش آمال، المرجع السابق، ص 135.

4- سكاكني باية، دور القاضي الإداري في حماية الحقوق والحرّيات الأساسية، رسالة دكتوراه في العلوم، تخصص القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو 2011، ص 56.

في إطار دولة القانون¹، لأنّ من شأن ذلك أن يحوّلها إلى سلطة مستبدة؛ فحين يتخلى القانون عن تقييد الإدارة في مسألة معيّنة، فإن ذلك لا يستتبع بالضرورة تخلي القضاء عن ممارسة وظيفته في الرقابة على أعمال الإدارة المتعلقة بتلك المسألة².

الفرع الثاني- موقف القضاء الإداري من الرقابة على السلطة التقديرية للإدارة:

عمل القضاء الإداري في فرنسا على إزالة الحدود الفاصلة بين رقابة المشروعية ورقابة الملائمة بغرض بسط رقابته على كل أعمال الإدارة، فإذا كان لا يجوز للقاضي الإداري أن يحكم بإلغاء القرار الإداري لعدم الملائمة، فإنّ أداء دوره في التّحقق من مدى توفر عيب من عيوب المشروعية في القرار الإداري يستدعي في بعض الأحيان فحص ملائمة ذلك القرار، باعتبار أن ملائمة القرار الإداري عنصر من عناصر مشروعيته³.

لقد اتخذ مجلس الدولة الفرنسي خطوة جريئة، وضع بها قيودا جديدا على السلطة التقديرية للإدارة، إذ بعد أن انتهى من فرض رقابته على الوجود المادي للوقائع التي تدعيها الإدارة سببا للقرار وصحة تكييفها قانونا، أضاف قيودا آخرا وهو رقابة تقدير الإدارة لأهمية وخطورة تلك الوقائع، ومدى تناسبها مع الإجراء المتخذ⁴.

بناء على ذلك، فقد توسّع الإختصاص الرّقابي المفروض من القضاء الإداري على أعمال الإدارة تدريجيا⁵، ليشمل الرّقابة على أهمية وخطورة الوقائع، أو ما يعرف بالرقابة على الملائمة، التي كانت محظورة على القاضي الإداري سابقا، فبدأت بالرقابة على قرارات الضبط الإداري فالقرارات التأديبية⁶، لتتوسّع بعد ذلك لتشمل كل القرارات الإدارية⁷.

إلى جانب ذلك، فقد ابتكر القضاء الإداري الفرنسي- العديد من النظريات والمبادئ لمواجهة السلطة التقديرية والحد من مجالها، وبذلك اتسع نطاق رقابته على التصرفات الإدارية

1- بوضياف عمار، القرار الإداري، دراسة تشريعية قضائية فقهية، دار جيسور للنشر، الجزائر 2007، ص 47.

2- بوشير محند أمقران، المرجع السابق ص 190.

3- المرجع نفسه، ص 234.

4- إقلولي محمد، سلطات القاضي الإداري في الرقابة على شرط المنفعة العامة، مداخلة ضمن الملتقى الوطني حول سلطات القاضي في المنازعة الإدارية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قلمة، 2011، غير منشور، ص 2.

5- بوجادي عمر، إختصاص القضاء الإداري في الجزائر، رسالة لنيل درجة دكتوراه دولة في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو 2011، ص 282.

6- للتفصيل أكثر، راجع: سكاكني باية، المرجع السابق، ص 216 وما بعدها.

7- حاحة عبد العالي، تمام يعيش آمال، المرجع السابق، ص 135.

ليشمل ملائمة العمل الإداري، ومن هذه النظريات والمبادئ: نظرية الغلط البين في التقدير، نظرية التّناسب¹ ونظرية الموازنة بين المنافع والأضرار².

من هنا، فإنّ مجلس الدولة الفرنسي قد أخضع الإدارة أثناء ممارستها للسلطة التقديرية لرقابته في بعض الحالات، لا على أساس الحكم على الظروف الخارجيّة التي تمّ تقديرها في ظلها، ولكن على أساس مراقبة التّقدير في حد ذاته، وهو ما يتنافى مع جوهر السّلمة التّقديرية، مما حذى ببعض الفقهاء³ إلى القول بأنّ القاضي الإداري ليس قاضي مشروعية فحسب، بل إنّّه قاضي ملائمة أيضا، وأنّه يمارس بالتالي إختصاصات رئاسية على الإدارة، وذلك بحكم نشأته الأولى.

أما بخصوص الوضع في الجزائر، فقد فصل القضاء الإداري في هذا الأمر، حيث أقرّت الغرفة الإدارية للمحكمة العليا سابقا: "أنّ القاضي الإداري مؤهل بتقدير التدابير المأمور بها لمتطلبات الوضعية"⁴، فقاضي تجاوز السّلمة ينظر في تجاوز السّلمة للحد القانوني، في حين أنّ قاضي الملائمة هو الذي يضع الحدّ لتجاوز الإدارة، فهو يبتكر القاعدة القانونية باجتهاده.

الخاتمة :

من خلال ما سبق عرضه في هذه الورقة البحثية، نخلص إلى أنّ تكريس دولة القانون وإعلاء مبدأ المشروعية، لن يتأتّى إلا من خلال توسيع اختصاصات القاضي الإداري أثناء رقابته للتصرفات والأعمال الإدارية، مهما كان نوعها أو الجهة الصادرة عنها، والأكثر من ذلك، فإنّه يتعين على هذا القاضي التدخل للقيام بدوره في حماية الحقوق والحريات حتى في حالة سكوت المشرع، وذلك تأسيسا على دوره الإجتهادي أثناء الفصل في المنازعة الإدارية

1- Rhita BOUSTA, La spécificité du contrôle contitutionnel Français de proportionnalité, R.I.D.C., 2007, p 873.

2- قريمس إساعيل، محل دعوى الإلغاء، دراسة في التشريع والقضاء الجزائريين، مذكرة ماجستير في القانون الإداري والإدارة العامة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر، باتنة 2013، ص 96.

3- الطاوي سليمان محمد، المرجع السابق، ص 82.

4- قرار الغرفة الإدارية للمحكمة العليا، الصادر بتاريخ 24 جويلية 1994، قضية ولاية برج بوعريبيج ضد شركة س، غير منشور، أشارت إليه: سكاكني باية، دور القاضي الإداري بين المتقاضي والإدارة، دار هومه، الجزائر 2006، ص 72.

مقومات واستراتيجيات التحول الناجح للحكومة الإلكترونية - الجزائر نموذجا -

سارة مولاي مصطفى

طالبة دكتوراه بجامعة المدية

ملخص:

لقد أسهمت الثورة الرقمية إسهاما كبيرا في التحول من الحكومات التقليدية إلى الحكومات الإلكترونية، التي أصبحت توجّهاً لدى الكثير من الدول، مستفيدة بذلك من تكنولوجيا الإعلام والاتصال، وعلى الرغم من أن الحكومة الإلكترونية هي إعادة صياغة طريقة عمل الحكومة وإدارة المعلومات وخدمة المواطنين، غير أن النجاح في تطبيقها مرهوناً بتوافر الإرادة السياسية، ومن ثم توفير بيئة حاضنة تتشكل من مستلزماتها، ومن الوعي بدورها في تحديث الإدارة، كما أن للمناخ والثقافة السائدة في المجتمع دورا مهما في إنجاحها، بالإضافة إلى قيم النزاهة والشفافية فإذا خلت الإدارة من هذه القيم لا يكتب النجاح لأي من أساليب التحديث والإصلاح، وهذا ما بينته الدراسة من خلال تسليط الضوء على مقومات واستراتيجيات التحول الناجح للحكومة الإلكترونية باستخدام المنهج الوصفي التحليلي، واستناداً للمسح المكتبي، وتمّ التّوصل لعدة نتائج، أهمها أنّ نجاح التحول نحو الحكومة الإلكترونية يعتمد على محورين: توفير البنية التحتية اللازمة لذلك من خلال تحديث قطاعات الدولة، وتدعيمها بأحدث ما توصلت إليه تقنيات الاتصالات والمعلومات للمساعدة في تقديم الخدمات الحكومية إلكترونياً، والثاني: نشر المعارف والخبرات في المجالات المرتبطة بتقديم الخدمات الحكومية إلكترونياً، وتعميق المفاهيم والخبرات التي تساعد مديري تقنية المعلومات في القطاعات الحكومية في تطبيق مفاهيم الحكومة الإلكترونية وتطبيقاتها من جانب، والتوعية لتعريف المجتمع بمزايا التحول إلى المجتمع الرقمي وكيفية الاستفادة من الخدمات الإلكترونية من جانب آخر.

الكلمات المفتاحية: تكنولوجيا المعلومات والاتصال، استراتيجيات التحول، الحكومة الإلكترونية.

Résumé:

La révolution numérique a apporté une contribution significative à la transformation des gouvernements traditionnels à l'e-gouvernement, qui est devenu une tendance dans de nombreux pays rendant ainsi l'utilisation de l'information et de la technologie de communication, et en dépit du fait que le gouvernement électronique est la reformulation du mode de fonctionnement du gouvernement et de la gestion de l'information et de servir les citoyens est que le succès dans le sujet de l'application la disponibilité de la volonté politique, puis de fournir un environnement d'incubateur composé d'accessoires, et la conscience de son rôle dans la modernisation de la gestion, et le climat et la culture qui prévaut dans la société un rôle important dans son succès, ainsi que les valeurs d'intégrité et de transparence, si la libre administration de ces valeurs ne réussissent pas à l'une des méthodes de mise à jour et la réforme, et cela est démontré par l'étude en mettant en lumière les principes fondamentaux et les stratégies pour la transformation réussie des électroniques en utilisant l'approche descriptive et analytique au gouvernement, sur la base du bureau à l'enquête, a été atteint plusieurs conclusions, dont les plus importants pour le succès de la transition vers l'administration électronique dépend de deux axes: l'infrastructure nécessaire de prévoir que, par la mise à jour secteurs de l'Etat, et renforcer l'état de l'art pour aider à la prestation des services gouvernementaux des technologies de communication et d'information en ligne, et le second: la connaissance et l'expérience publiée dans les domaines liés à la prestation des services gouvernementaux par voie électronique, et d'approfondir les concepts et les expériences qui iT aident les gestionnaires dans les secteurs du gouvernement dans l'application des concepts e-gouvernement et leur application par les et de sensibilisation communautaire pour identifier les avantages du passage à la société numérique et comment tirer parti des services en ligne sur l'autre..

Mots-clés: l'information et de la technologie de communication, les stratégies de transformation, e-gouvernement.

مقدمة:

أسهمت ثورة تكنولوجيا المعلومات ودخول الحاسب الآلي شتى مناحي الحياة في تطور العمل، سواء على المستوى الشخصي أو على المستوى الوطني، حيث بدأت الحواسيب تستخدم في تنفيذ الأعمال التي كانت تعتمد أصلا على القوى البشرية في إنجازها، ومع اتساع

رقعة الاعتماد على الحواسيب الآلية لم تقف الدولة مكتوفة الأيدي، بل اتخذت المبادرة للاعتماد أكثر وأكثر على الحواسيب الآلية في إنجاز الأعمال.

ومع ظهور شبكة الاتصال العالمية "الانترنت" التي أتاحت الاتصال بين النهايات الطرفية في أماكن مختلفة داخل وخارج البلد الواحد، ظهرت الفكرة في الاعتماد الأكثر على تقنية نظم المعلومات في إنجاز الأعمال الحكومية، ومحاولة تقديم الخدمات العادية من قبل الدولة بالطرق العادية.

ومن هنا كانت البداية الأولى لما يعرف في عالم اليوم بالحكومة الإلكترونية «E-government» حيث ومع بداية عقد الثمانينيات من القرن الماضي، بدأت الفكرة من خلال ربط بعض القرى والتجمعات السكنية البعيدة عن العاصمة بها في الدول الإسكندنافية، ثم في عام 1989 كانت البدايات في بريطانيا، وعلى ذلك المنوال في أمريكا كانت البدايات مع عام 1995، في مصلحة البريد في ولاية فلوريدا، حيث طبقت مشروع الحكومة الإلكترونية على إدارتها.

ونظرا لأن الجزائر كغيرها من الدول تحاول الوصول إلى حكومة الكترونية وتحقيقتها على نحو أفضل نجدها تسعى إلى تقديم الخدمات على نحو يكرس التكنولوجيا المعاصرة الالكترونية، وقد استطاعت إقامة العديد من المشاريع التي تقرها من هذا النهج.

وبناء عليه فإن جوهر إشكالية البحث يتمثل في محاولة الإجابة على التساؤل الرئيسي: ماهي مقومات التحول الناجح نحو الحكومة الإلكترونية، وإلى أي مدى يمكن تطبيق إجراءات الحكومة الإلكترونية في الجزائر؟

وتهدف هذه الورقة البحثية إلى التعرف على مفهوم الحكومة الإلكترونية وبيان عناصرها والجوانب السلبية والإيجابية والتحديات التي تواجه تطبيقها، وتقييم الحكومة الإلكترونية كمشروع للتحول إليه ضمن استراتيجيات ناجحة، وإلى أي مدى يمكن اعتبارها ضرورة من ضروريات العصر، وإلى أي مدى يجب الاستجابة لهذا المتغير على مستوى إدارة أجهزة الدولة، كما تهدف هذه الدراسة أيضا إلى إبراز واقع تطبيق الحكومة الإلكترونية في الجزائر.

وفي سبيل تحقق الهدف المنشود من هذه المداخلة تم تقسيمها إلى ثلاث محاور هي:

- المحور الأول: ماهية الحكومة الإلكترونية؛
- المحور الثاني: مقومات التحول الناجح إلى الحكومة الإلكترونية؛
- المحور الثالث: واقع الحكومة الإلكترونية في الجزائر ومعوقات توسعها.

المحور الأول: ماهية الحكومة الإلكترونية

تُعدّ الحكومة الإلكترونية من أهم التطبيقات الجديدة التي يجب الاعتماد عليها خاصة في الدول النامية، حيث أنّ الوقت الحالي يعتمد على سرعة أداء وإنجاز الأعمال في وقت قياسي من خلال التحول من العالم الواقعي إلى العالم الافتراضي الذي هو حديث الساعة، ومن أجل إعطاء صورة واضحة نستطيع من خلالها فهم الحكومة الإلكترونية سوف نتطرق في هذا المحور إلى تعريف الحكومة الإلكترونية وأسباب ظهورها، أهداف الحكومة الإلكترونية، متطلبات تطبيقها وكذا مجالات تطبيقها.

1. تعريف الحكومة الإلكترونية:

هناك عدة تعاريف للحكومة الإلكترونية نذكر منها:

- عرّفت الحكومة الإلكترونية من خلال "البنك الدولي"، على أنه مصطلح حديث النشأة يشير إلى اكتشاف طرق ووسائل جديدة من خلال استخدام تكنولوجيا المعلومات والاتصالات من أجل زيادة كفاءة، فعالية، شفافية الحكومة فيما تقدمه من خدمات للمواطن؛
- أما المنظمة العربية للتنمية الإدارية فتعرّف الحكومة الإلكترونية على أنها: " قدرة القطاعات الحكومية المختلفة على توفير الخدمات الحكومية التقليدية للمواطنين بوسائل الكترونية وبسرعة ودقة متناهيتين من خلال موقع بوابة الحكومة الإلكترونية على شبكة الانترنت"؛
- وتعرف أيضا على أنها: النسخة الافتراضية عن الحكومة التقليدية مع فارق أن الحكومة الإلكترونية تعيش محفوظة في الشبكات الإلكترونية وأنظمة المعلوماتية الخاصة بمراكز حفظ البيانات وتحاكي الأعمال التقليدية التي تتواجد بشكل مادي في أجهزة الدولة؛

1 سوسن زهير المهدي، تكنولوجيا الحكومة الإلكترونية، دار أسامة للنشر والتوزيع، الأردن، 2011، ص 20.

2 محمد عبد حسين الطائي، التجارة الإلكترونية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، الأردن، 2010، ص 368.

3 عباس بدران، الحكومة الإلكترونية من الاستراتيجية إلى التطبيق، المؤسسة العربية للدراسات والنشر، بيروت، لبنان، 2004،

➤ هي قدرة القطاعات والأجهزة الحكومية على تبادل المعلومات وتقديم الخدمات بينها وبين المستفيدين بسهولة ودقة عالية وبأقل التكاليف عبر شبكة الانترنت مع ضمان أمن المعلومات المتبادل في أي وقت وفي أي مكان¹.
ومن هنا يمكننا تعريف الحكومة الإلكترونية بأنها "كافة المعاملات والخدمات الحكومية المقدمة للمواطن أو قطاعات الأعمال، من خلال شبكات المعلومات وقواعد البيانات واستخدام وسائل الاتصال الحديثة كالإنترنت والهواتف، بما يدعم كفاية وفعالية الأداء الحكومي، في إطار من التفاعل بين طالبي الخدمة ومقدمها، مع ضمان السرية والأمن المعلوماتي".

ويتضح مما سبق أن الحكومة الإلكترونية كمفهوم يقوم على محورين هما:
✓ تقديم العمل الإداري باستخدام تطبيقات تقنية نظم المعلومات: والتي تتيح تقديم الخدمات والمعلومات للإدارات الحكومية المختلفة وللمواطنين وقطاعات الأعمال في أي مكان وفي أي زمان؛
✓ تقديم الخدمات عن بعد: حيث يمكن لمتلقي الخدمة أو الباحث عن المعلومة الحصول عليها دون حاجة إلى القدوم إلى مكان تقديم الخدمة أو المعلومة.

2. أسباب ظهور الحكومة الإلكترونية:

أثرت التقنيات الهائلة لتكنولوجيا المعلومات والاتصالات، لاسيما في العقود الأخيرة على جُل ميادين الحياة ودفعت إلى إحداث تغيرات هائلة ومؤثرة على مستوى الحكومة التقليدية، حملتها على التحول إلى النمط الإلكتروني، حيث يمكننا إيجاز مسببات تلك الأحداث من خلال ما يلي²:

➤ أسباب سياسية: تمثلت أساسا في:

- ظهور مفهوم العولمة؛
 - تنافس السياسيين حول كسب رضا الجمهور من خلال تقديم خدمات أسهل لاسيما في المجتمعات المتقدمة؛
 - دعم البنك الدولي لمشاريع الحكومة الإلكترونية في البلدان النامية.
- أسباب تكنولوجية: وأهمها:
- ظهور شبكة الإنترنت؛

1 عصام عبد الفتاح مصر، الحكومة الإلكترونية بين النظرية والتطبيق، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2008، ص 36.

2 عباس بدران، مرجع سابق، ص 46-47.

- أصبحت أسعار عتاد المعلوماتية جد معقولة؛
- تطوير مستويات عالية من تشفير البيانات بحيث أصبحت الثقة بالشبكة وأمنها أمر ممكن؛

- ابتكار تقنية التوقيع الإلكتروني.

➤ أسباب اقتصادية: أهمها:

- ظهور التجارة الإلكترونية؛
- استغلال الحكومات لما توفره التكنولوجيات الحالية في خفض مستويات التكاليف؛
- التوجه نحو مشاريع الخصخصة وما يتطلبه من تواصل مع مختلف القطاعات.

3. أهداف الحكومة الإلكترونية:

- يتمثل الهدف الاستراتيجي للحكومة الإلكترونية في دعم وتبسيط الخدمات الحكومية لكل الأطراف المعنية: الحكومة، المواطنين، ومؤسسات الأعمال، واستخدام تكنولوجيا المعلومات والاتصالات يساعد في ربط كل الأطراف الثلاثة معا وتدعيم الأنشطة والعمليات، ويمكن حصر بعض أهداف الحكومة الإلكترونية كما يلي:
- ✓ انعكاس الحكومة الإلكترونية على أعمال المؤسسات الحكومية الداخلية غير الظاهرة للمتعاملين، تتمثل في تحقيق السرعة، والشفافية، وإمكانية المحاسبة، والكفاءة وفعالية عمليات وإجراءات أداء أنشطة الإدارة الحكومية، ويساهم هذا التوجه في توفير تكلفة الأعمال وتقديم الخدمات بطريقة جوهرية؛
 - ✓ تعمل على التوجه نحو تحقيق حاجات المجتمع وتوقعاته بطريقة مرضية عن طريق تبسيط التفاعل والتعامل مع الخدمات العديدة المتاحة على وسائل الاتصال، أي يجب أن يوفر الاستثمار في إقامة الحكومة الإلكترونية عائدات ملموسة، سواء كانت في شكل خفض حقيقي في التكلفة أو رفع الكفاءة والإنتاجية أو تحسين الخدمات المقدمة للمجتمع بمواطنيه وأعماله؛
 - ✓ سد الفجوة الرقمية باستثمار تكنولوجيا المعلومات والاتصالات المتقدمة لتوصيل الخدمات الحكومية للمواطنين ومؤسسات الأعمال المحتاجة إليها بغض النظر عن أماكن تواجدهم أو أوقات التقديم لها؛

- ✓ تعزيز وتدعيم فرص التنمية والإصلاح الإداري والاقتصادي إذ أنه باستطاعة الحكومة الإلكترونية مساعدة مؤسسات الأعمال وخاصة المتوسطة وصغيرة الحجم الانتقال على الشبكة للحصول على الخدمات؛
 - ✓ تحقيق التعلم والتدريب مدى الحياة لزيادة الابتكار والإبداع للمجتمع لكي يمكنه من التنافس والتواجد في عالم سريع التغير، فالحكومة الإلكترونية إدارة عامة مسؤولة عن تقديم المعلومات والخدمات الإلكترونية بطريقة رقمية للمواطنين ومؤسسات الأعمال القادرة على الاتصال إلكترونياً عن بعد؛
 - ✓ لا يقتصر عمل الحكومة الإلكترونية على إحداث تغييرات شكلية في أساليب تقديم المعاملات والخدمات الحكومية والمنافع العامة للمواطنين، بل في إعادة هندسة وهيكله الأنشطة والعمليات والإجراءات الحكومية ذاتها، تدعياً للتنمية والإصلاح الإداري والاقتصادي الذي تسعى لتحقيقه الحكومات المختلفة.
4. متطلبات تطبيق الحكومة الإلكترونية:

- يجب أن نحدد المتطلبات الأساسية التي يجب مراعاتها قبل البدء في أحد مشروعات الحكومة الإلكترونية، لأن هذه المتطلبات تشكل الأساس الذي يجب توفره، والذي يهيئ المجال للتطبيق الناجح لمثل هذا المشروع، ويمكن تحديد تلك المتطلبات فيما يلي:
- أ. توفير البنية التحتية اللازمة للاتصالات: إن استخدام تقنيات المعلومات لتحميل أعمال الحكومة الإلكترونية يتم كله عبر شبكات الاتصال، ولهذا فإن المسؤولية الأكبر في هذا السياق تقع على عاتق وزارة الاتصالات في السهر على توفير وصيانة هذه الشبكات باستمرار؛
- ب. ضرورة انتشار الإنترنت: تعدّ هذه الوسيلة المرتكز الأساس في بناء الحكومة الإلكترونية التي بواسطتها يتم تأمين الاتصال بين مستخدمي الشبكة على مستوى جميع القطاعات الحكومية، أو غير الحكومية والمواطنين ضمن بيئة رقمية عالية التخصصات؛
- ج. ضرورة إتاحة الحاسب الآلي: بما أن مجمل خدمات الحكومة الإلكترونية تتم عبر هذا الجهاز فإنه يعد مطلب لا بديل عنه، الذي يستلزم استطاعة المواطن على اقتنائه من جهة والإلمام باستخداماته المتعددة من جهة أخرى؛

د. ضرورة توفير التشريعات اللازمة: وهذا يتطلب توفير جملة من القوانين التي تعمل على صون وضمان الأمن الوثائقي وحماية سرية البيانات وحماية التوقيع الإلكتروني وغيره من الجوانب الحساسة في هذا الشأن؛

ه. إعادة هندسة إجراءات العمل في الحكومة: يتطلب بناء مشروع الحكومة الإلكترونية إعادة هندسة جميع الإجراءات المتعلقة بأعمال الحكومة المختلفة وتحويلها للنظام الرقمي وهذا يتطلب القيام بالخطوات التالية:

- وصف كل خدمات الحكومة بالتفصيل ومن يقوم بهذه الخدمات؛
- تحديد علاقة وتداخل الإجراءات مع الوزارات أو مختلف الدوائر بالتفصيل؛
- إعادة تصميم الإجراءات حيث يتم حذف الأجزاء التي لا تناسب مع هذا الأسلوب الجديد؛

- نشر تفاصيل الإجراءات الجديدة على موقع الأنترنت.
وعلاوة على ما تقدم، فإن هناك جملة من العناصر الدائمة والمثبتة لمكونات البنية الأساسية السالفة الذكر وهي الرؤية الواضحة للقائمين على هذا المشروع، وكذا القيادة الفاعلة المتخصصة والماهرة والمتعاونة، والعنصر البشري المؤهل والمتدرب على هذه الاستعمالات وكذا البيئة التنظيمية الملائمة القادرة على استيعاب حيثيات هذا التغيير.

5. مجالات تطبيق الحكومة الإلكترونية:

تتنوع الخدمات الحكومية الإلكترونية، فبعضها يعكس سيادة الدولة مثل: خدمات الضرائب والتوثيق واستخراج التراخيص والمستندات، والبعض الآخر يمثل عناصر البنية الأساسية الاجتماعية، وتشمل الخدمات التي تقدمها الدولة لجمهور المواطنين لإشباع حاجياتهم الأساسية مثل: خدمات التعليم والصحة وتحقيق التنمية الشاملة للمجتمع، والبعض الآخر يقدم لرجال الأعمال والمستثمرين، وقد قسّمت الخدمات الحكومية الإلكترونية إلى أربعة تقسيمات رئيسية في ضوء المعاملات الداخلية والخارجية التي تقوم بها الحكومة ونوعية التعامل معهم، سواء أكانوا أفراداً أو منظمات كما يلي:

➤ مجال تعامل الحكومة الإلكترونية مع منظمات الحكومة: **Government to Government to G2 G3** يوجد حجم كبير من البيانات والمعلومات والوثائق والأموال التي تنتقل عبر مؤسسات وهيئات ووكالات الحكومة، لذلك تتجه التطبيقات الحديثة إلى

تقليص الأوراق والوثائق الرسمية لتخفيض الروتين الإداري و تقليص التكاليف وتسريع وقت الانجاز، ومن ثم زيادة كفاءة أداء الإدارات العامة؛

➤ مجال تعامل الحكومة الالكترونية مع العاملين: (G2E) "Government to Employee"

هي مجموع الخدمات الداخلية المقدمة للعاملين بالمنظمات الحكومية وتهدف إلى تحقيق الكفاءة والفاعلية في المنظمات الحكومية ذاتها من خلال تحسين أداء العاملين وتوضيح أفضل الأساليب التي يتم من خلالها ممارسة الأعمال حيث تستخدم تكنولوجيا المعلومات في إدارة الموارد البشرية وتشمل الخدمات الذاتية المقدمة للعاملين مثل طلب الحصول على إجازة و الاطلاع على تقارير الكفاية والتدريب الالكتروني، وتعتمد على وجود قواعد بيانات متكاملة عن العاملين بالمنظمات الحكومية تشمل السن والمؤهل والوظيفة والدرجة والحالة الاجتماعية؛

➤ مجال تعامل الحكومة الالكترونية مع منظمات الأعمال: (G2B) "Government to Business"
أي التعامل الالكتروني بين الحكومة و القطاع التجاري، أي اتصال بين الحكومة والشركة لتقديم معلومة أو خدمة عن طريق تكنولوجيا المعلومات؛

➤ مجال تعامل الحكومة الالكترونية مع المواطنين: (G2C) "Government to Citizens"
إن من أهم مبررات ظهور نظم الحكومة الالكترونية هو تطور علاقات الحكومة مع المواطنين وتحسين خدماتها العامة المقدمة لهم ونقل الخدمات إلى شبكة الانترنت وأنماط التكنولوجيا الرقمية الأخرى، وتظم هاته العلاقة أنشطة متنوعة ومهمة ذات صلة بالدور الحيوي للحكومة في حياة المواطن مثل التسجيل المدني، وتقديم الخدمات الصحية والتعليم⁴.

1 عصام عبد الفتاح مصر، مرجع سابق، ص 98.

2 إيوان عبد المحسن زكي، الحكومة الإلكترونية "مدخل إداري متكامل"، المنظمة العربية للتنمية، القاهرة، مصر، 2008، ص 86.

3 خالد ممدوح إبراهيم، الإدارة الالكترونية، الدار الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2008، ص 143.

4 سمير احمد محمد ، الإدارة الالكترونية، دار المسيرة للنشر و التوزيع، عمان، الأردن، 2009، ص 87.

المحور الثاني: مقومات التحول الناجح للحكومة الإلكترونية

تهدف الحكومة الإلكترونية إلى إحداث تحوّل في طريقة تفاعل الحكومة مع المواطنين والمنظمات، ويتطلّب ذلك ضرورة إعداد إستراتيجية متماسكة تبدأ بدراسة تنمية الإدارة الحكومية وترشيد مواردها وتهيئة بيئتها القانونية والاقتصادية والنظام الاجتماعي لها، وتعزيز قدرات المواطنين على استخدام المعلوماتية والتكنولوجيا المتطورة والانتفاع منها، ويوضح العرض التالي كل من مقومات التحول الناجح للحكومة الإلكترونية، والاستراتيجيات المشكلة لها، بالإضافة إلى إيجابيات ومعوقات التحول نحو الحكومة الإلكترونية.

1. مقومات التحول الناجح للحكومة الإلكترونية:

يتطلب نجاح الحكومة الإلكترونية قدرًا كبيرًا من التغيير في أساليب عمل الحكومة، ويلاحظ أنه لا توجد إستراتيجية واحدة تصلح لكل الحالات والظروف، حيث ينبغي أن تكون الإستراتيجية مفصّلة على أساس احتياجات واهتمامات المواطنين المتلقين للخدمة والظروف والأحوال التي يعيشون فيها، ويمكن تحقيق الكفاءة والفعالية المنشودة من خلال تطوير أنموذج للحكومة الإلكترونية يركز على حاجات ومتطلبات المواطنين ومؤسسات الأعمال المتعاملة معها.

➤ إصلاح العملية الإدارية: ليست الحكومة الإلكترونية مجرد عملية لمعالجة التصرفات والأفعال القائمة في الأعمال الحكومية والأجهزة المختصة، بل تختصّ الحكومة الإلكترونية بتكوين عمليات وعلاقات جديدة بين الحكومة والمواطنين والأعمال، كما أنّ استخدام تكنولوجيا المعلومات والاتصالات ليست مجرد أداة لتحقيق عوائد وتوفير التكلفة المترتبة على تشغيل وتعيين القوى العاملة أو في استثمار الوقت، كما أنه لا يتحقق بقيام العاملين بإعداد السجلات والوثائق الإلكترونية، بل إنّ الحكومة الإلكترونية تُعتبر من الحلول الجوهرية لو استحسن استخدامها بشكل صحيح، لذلك يجب عند تطوير الحكومة الإلكترونية البدء في التخطيط السليم لمشروعاتها ودراسة المجال الذي تطبق فيه تكنولوجيا المعلومات والاتصالات التي يجب أن توظف لتكوين عمليات جديدة تتسم بالشفافية في حل المشكلات¹.

وعليه فإنّ إصلاح العمليات الإدارية، يمثّل الخطوة الأولى في إطار عملية التحول الناجح نحو إقامة الحكومة الإلكترونية، وعلى الرغم من أن إصلاح العمليات يعتبر

أساسًا مرغوبًا ومطلوبًا، إلا أنه من المهم تكوين أو خلق عمليات وإجراءات جديدة تؤدي إلى إحداث تغييرات جذرية في أساليب وطرق العمل الإداري وخاصة في علاقاتها بالمواطنين ومؤسسات الأعمال.

➤ القيادة الإدارية: حتى يمكن تحقيق عملية التحول للحكومة الإلكترونية بنجاح، يصبح من الضروري توافر عددا من القوى العاملة القادرة على التعامل والتكيف مع التكنولوجيا المتقدمة، وبدون هذه الكفاءات المؤهلة للتعامل مع متطلبات الحكومة الإلكترونية، يصعب بل ويستحيل تحقيق أهداف إقامة مشروعات الحكومة الإلكترونية حتى لو توافرت الإمكانيات والموارد المادية والمعنوية، لذلك فإن الحكومة الإلكترونية تتطلب قيادة سياسية وإدارية قوية تلتزم علنا بدعم الجهود التي تؤدي للتحول نحو الحكومة الإلكترونية، من خلال توفير الوقت والجهد والمال والموارد والمناخ السياسي والاقتصادي والاجتماعي والتكنولوجي الذي يسهم في إطلاق قدرات القوى العاملة الإبداعية والخلاقة¹.

➤ وضوح الإستراتيجية: إنَّ التحول نحو حكومة إلكترونية فعالة وكفؤة، يتطلب وجود رؤية ورسالة واضحة المعالم وأوليات محددة ودقيقة في ضوء معايير ومواصفات واضحة تتماشى مع التطورات الحديثة في تكنولوجيا المعلومات والاتصالات، ويتطلب الاستثمار الاستراتيجي توافر خطط استثمار واضحة وأهداف محددة ترتبط بالموارد البشرية والمادية المتاحة في الوقت المحدد لها، وعلي ذلك تختار مشروعات الحكومة الإلكترونية على أساس تحقيقها أقصى عائد ممكن، يختص بعائد الاستثمار أو الاستغلال الأمثل للموارد البشرية والمادية، من هذا المنطلق تنبثق ضرورة توافر معايير نوعية وكمية لقياس الإنتاجية والأداء الجيد المقبول².

➤ التعاون مع المجتمع: حيث أن الحكومة الإلكترونية تقام في الأساس لخدمة المواطنين ومؤسسات الأعمال وغيرها من منظمات المجتمع، لذلك يجب التعاون معها ومشاركتها في بناء وإرساء علاقات متبادلة وتحالفات تعود بالنفع على المجتمع ككل، ولا يقتصر التعاون على العلاقة مع المواطنين ومؤسسات الأعمال ومنظمات المجتمع فحسب، وإنما

1 محمد محمد الهادي، الحكومة الإلكترونية كوسيلة للتنمية والإصلاح الإداري، المجلة الإلكترونية Cybrarians Journal، العدد 11، 2006، على الموقع <http://www.journal.cybrarians.info/index.php>، تاريخ الإطلاع 2017/02/16.

2 المرجع السابق.

يشمل أيضا علاقة المؤسسات الحكومية بإداراتها ووحداتها وتنظيماتها المتعددة وعلاقة كل ذلك بمصالح والأجهزة الحكومية الأخرى على كافة المستويات المركزية والمحلية، كما يجب أن تتعاون مؤسسات القطاع الخاص مع الحكومة الإلكترونية بحيث لا يقتصر هذا التعاون على المعاملات الإلكترونية فحسب، بل يجب أن يتضمن أيضا تبادل الرؤى والأفكار والاستشارات¹.

➤ مشاركة المجتمع المدني: تعتبر المشاركة والتضمين المدني في أعمال الحكومة الإلكترونية عاملا مهما وضروريا لتأكيد فعاليتها ونجاحها، حيث تتجه نحو تحسين قدرات المجتمع وفعاليتها، لذلك يجب مشاركة المواطنين ومؤسسات المجتمع المدني من نقابات وجمعيات غير حكومية في اتخاذ القرارات الخاصة بالحكومة الإلكترونية من خلال التشاور والمشاركة الإيجابية للتعرف على وجهات النظر والآراء المختلفة نحو مشروعات الحكومة الإلكترونية².

2. التحول الاستراتيجي للحكومة الإلكترونية:

تتمثل أهمية الإطار الاستراتيجي في كونه دليلاً لنمو الحكومة الإلكترونية وتتمحور حوله نقاط أساسية منها: الرؤية (التي تقدم إطارا يساعد على بلورة المستقبل)، والاستراتيجيات (تساعد على التركيز على المسائل الأساسية الموجب معالجتها)، والأهداف (تصف النتائج التي يجب تحقيقها)، والبرامج (تعمل على تحقيق عددا من النقاط المحددة في الإطار الاستراتيجي)، والسياسات (هي اللبنة الأساسية لتطوير نظام الحكومة الإلكترونية في ضوء مؤشرات الإنجاز والأداء والتميز)، ويمكن تحديد استراتيجيات أساسية ترشد وتوجه الأداء في جهود إقامة الحكومة الإلكترونية بطريقة مقبولة، وتتمثل هذه الاستراتيجيات فيما يلي³:

➤ سدّ الفجوة بين المهارات المطلوبة والمتاحة: تحتاج الحكومة الإلكترونية إلى مهارات إدارية وتواصلية وتكنولوجية وتنظيمية وتسويقية واقتصادية... الخ، كما أن المهارات المحتاج إليها متجددة ومتغيرة على الدوام، ولهذا فالعامل الاستراتيجي هو التأكيد على

1 سحر قدوري الرفاعي، مرجع سابق، ص 317.

2 إيمان مرعي، الحكومة الإلكترونية كمدخل معاصر للإصلاح الإداري، على الموقع

http://accronline.com/article_detail.aspx?id=28309، تاريخ الإطلاع 2017/02/16.

3 عمر محمد بن يونس، المجتمع المعلوماتي والحكومة الإلكترونية مقدمة إلى العالم الافتراضي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية،

مصر، 2003، ص 146.

تنمية الموارد البشرية المحتاج إليها من الكفاءات المتاحة بالفعل وتأهيل قوى عاملة جديدة، وتنمية المتوافر منها للقيام بمشروعات الحكومة الإلكترونية المتباينة والمتعددة، وفي هذا النطاق تعتبر مشروعات تدريب خريجي الجامعات على تكنولوجيا المعلومات، وإقامة نوادي تكنولوجيا المعلومات، والقرية الذكية... الخ من المشروعات ذات الطابع الاستراتيجي لسد الفجوة بين المهارات المطلوبة والمتاحة؛

➤ سد الفجوة الشاسعة بين التوقعات وإدراك المواطنين: إنَّ سد الفجوة الشاسعة بين توقعات الحكومة وإدراك المواطن العادي لخدمات الحكومة الإلكترونية، سوف تحدد برامج التوعية نحو تسويق المعلومات والخدمات المتاحة بالفعل والشفافية المطلوبة في مشاركة الجمهور من المواطنين ومؤسسات الأعمال لإدراك نقاط القوة والقصور والفرص الناجمة من الحكومة الإلكترونية والمخاطر التي تمثلها؛

➤ الوصول للمواطنين: الوصول للمواطنين المحتاجين للمعلومات والخدمات الحكومية بغض النظر عن قدراتهم في الوصول لتكنولوجيا المعلومات والاتصالات، أمر يحتاج إلى إمكانية إمداد هذه الخدمات وإتاحتها عبر مراكز خدمة المجتمع مثل: مكاتب البريد ونوادي رعاية الشباب ونوادي تكنولوجيا المعلومات وغيرها؛

➤ التحول في الخدمات: تتمثل هذه الخطوة في التحول من الخدمات الموجهة بالبرامج الفردية لخدمة متكاملة تقدمها الحكومة الإلكترونية، حيث أن رؤية الحكومة الإلكترونية تعتبر رؤية متكاملة لإتاحة المعلومات والخدمات الحكومية وتقديمها في الوقت المناسب، ويستدعي ذلك إحداث تغييرات جوهرية وتحويلية في الأنشطة والعمليات التي لا يراها المستخدمون، حيث تعتبر غير مرئية وتتم في الدوائر الحكومية المقدمة لمعلوماتها وخدماتها، وتشتمل هذه الأنشطة والعمليات على كثير من الإجراءات وتدفق العمل المرتبط بالأساليب الإدارية المختلفة والمتنوعة؛

➤ التحول للديناميكية والتفاعل في الأداء: إنَّ التحول من العمل الساكن إلى العمل الديناميكي النشط يرتبط بتفاعل المستخدمين مع الموقع المحدد للحكومة الإلكترونية بطريقة نشطة وإيجابية بحيث تتم التفاعلات وملاً النهاج وتسديد الرسوم وغير ذلك بطرق افتراضية على الشبكة حتى الحصول على المعلومات أو الخدمات المطلوبة؛

➤ إتاحة الخدمات من خلال مواقع مكرسة لذلك: توفير الخدمات من خلال مواقع الحكومة الإلكترونية وإيجاد حلول للمشكلات والأمور الخاصة بالخصوصية ومشاركة البيانات يتطلب ذلك تكامل عمليات وإجراءات أعمال جديدة ووسائل لحماية الخصوصية

والسرية وضمان أعلى مستويات الأمن والجودة، بالإضافة إلى حماية الملكية وتوفير الخدمة الحكومية بسهولة وكفاءة وفعالية؛

➤ وضع خريطة واضحة: ضرورة صياغة خريطة واضحة المعالم توضح الوضع الحالي والوضع المستهدف الوصول إليه في المستقبل، ويشارك فيها المستخدمين الحاليين والمتوقعين بأبعاد ومراحل وبرامج الحكومة الإلكترونية؛

➤ الدعم والمساندة المطلوبة: العمل على دعم ومساندة جهود ومتطلبات الحكومة الإلكترونية من خلال توفير أدلة إرشادية ونماذج أعمال مبتكرة ومعلومات مفصلة وبرامج توعوية وتدريبية مختلفة.

3. إيجابيات التحول إلى الحكومة الإلكترونية:

إنَّ التحول إلى الحكومة الإلكترونية كأسلوب جديد لتقديم الخدمات وتوفير المعلومات، مطلب مُلح للحكومات على تباين أشكالها، وعلى امتداد العالم لما فيها من إيجابيات تبررها وضرورات تقمّنها نبين منها:

✓ تجميع كافة الخدمات الحكومية والمعلومات المطلوبة في موقع واحد، وبوابة واحدة تسهل على المواطن وقطاع الأعمال الحصول على تلك المعلومة أو الخدمة بكل سهولة ويسر؛

✓ إمكانية تحقيق اتصال مباشر ودائم بين الحكومة والقطاعات المستهدفة منها المواطن وقطاعات الأعمال، دون انقطاع خلال 24 ساعة وعلى مدار السنة، بحيث لا يعد المواطن أو متلقي الخدمة يعاني من غياب الموظف، أو من مصادفة يوم عطلة رسمية أو نحوها، وهي ظروف تعرقل استفادته من خدمات الحكومة؛

✓ تحقيق الإنجاز وتعظيمه، حيث لم يعد الموظف في ظل الحكومة الإلكترونية ذا تماسٍ مع المواطن أو قطاعات الأعمال، وأمكن أن يدخر وقته؛

✓ تحقيق وفرة في الإنفاق الحكومي، سواء لجهة توفير مستلزمات تقديم الخدمة الإدارية أو المعلومة، وتقديم تلك الخدمة تقنياً؛

✓ تحقيق الثقافة الإيجابية لدى القطاعات المستهدفة بمشروع الحكومة الإلكترونية؛

✓ تسويق المنتجات والخدمات عالمياً، وبالتالي قدرة البلد على جذب الاستثمارات وتحقيق البيئة الآمنة من جهة، والمحفزة من جهة أخرى؛

✓ تحقيق الشفافية في إنجاز العمل الحكومي الإداري، من حيث تقديم الخدمة، حيث يمكن مراقبة حسن سير المعاملات الإدارية المطلوبة سواء من قبل أجهزة الرقابة الإدارية الداخلية منها والخارجية، أو من قبل متلقي الخدمة؛

✓ تحقيق الربط الوجودي بين الإدارة الحكومية مركزية كانت أو محلية وبين القطاع الخاص، فقد جعلت ثورة تقنية نظم المعلومات الترابط بين القطاع الخاص والقطاع الحكومي أمراً لا بد منه في سبيل تكامل الدور، وتحسين الأداء العام وتقديم الخدمات للمواطنين وقطاع الأعمال بأسلوب عصري.

4. مُعوقات التحول إلى الحكومة الإلكترونية:

رغم وجود التخطيط الاستراتيجي المناسب لتبني الحكومة الإلكترونية، والتي قد تجعل من هذا التطبيق أمراً متاحاً نظرياً، إلا أن هناك العديد من المعوقات التي تعترض الطريق نحو التمكن الحقيقي من الحكومة الإلكترونية نظرياً وعملياً، ويمكن تلمس أهم المعوقات فيما يلي:

➤ المعوقات الإدارية: تبرز المعوقات الإدارية التي تقف في وجه نجاح الحكومة الإلكترونية في الآتي:

- غموض فهم الموظف لمحتوى الحكومة الإلكترونية وتلمس دوره المستحدث في ظل تطبيقها؛

- غياب التخطيط الشمولي والإدارة السياسية الجادة؛

- عدم إيلاء المشروع برمته الخاص بالحكومة الإلكترونية إلى جهة عليا معنية على مستوى الوطن؛

➤ المعوقات الفنية: يمكن تلمس العديد من المعوقات الفنية التي تحول دون تطبيق الحكومة الإلكترونية على أرض الواقع أو تجعل من هذا التطبيق مهمة صعبة على القائمين عليها ومنها نذكر:

- إشكاليات في إقرار وإيجاد أنظمة الدفع الإلكتروني واستيفاء الرسوم والنفقات وغيرها؛

- إشكاليات الأمن الخاص بالمعلومات؛

- ضعف أو غياب التمويل المالي واعتماده على التمويل الأجنبي غير المضمون؛

1 عمر موسى جعفر القريشي، أثر الحكومة الإلكترونية في الحد من ظاهرة الفساد الإداري، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، بيروت، لبنان، 2015، ص ص 72-75.

- عدم وجود البنية التحتية اللازمة أو وجودها بصورة محدودة واحتياج بنائها لفترة طويلة؛
- ضعف القدرة الفنية والتقنية لدى الكوادر البشرية في القطاع الحكومي وعدم تناسبها مع مثلها لدى قطاع الأعمال والقطاع الخاص بشكل أساسي.
- **المعوقات القانونية:** تتعلق جملة المعوقات القانونية التشريعية بغياب البيئة القانونية اللازمة المحفزة لتطبيق الحكومة الإلكترونية المحتاجة إلى انقلاب واسع في التشريعات التقليدية، ومن بين المعوقات القانونية:
 - عدم اعتماد الوثائق الإلكترونية كبديل عن الوثائق التقليدية في إجراء المعاملات سواء ما تعل منها بالعقود أو توثيق الحقوق والالتزامات؛
 - ازدياد حجم المخالفات والجرائم الواقعة على المعلومات، منها ما يتعلق بالبريد الإلكتروني، أو سرقة بطاقة الائتمان وكذلك سرقة التوقيع الإلكتروني؛
 - غياب التشريعات المناسبة والواضحة والتي تؤسس لمشروع الحكومة الإلكترونية.
- ننهي مما سبق إلى وجود بعض المعوقات التي يواجهها نظام الحكومة الإلكترونية، وإذا ما تم تجاوز هذه المعوقات فإن الحكومة الإلكترونية سوف تبرز في الواقع العملي بنجاح، مع الأخذ في الحسبان أن التحول إلى الحكومة الإلكترونية أصبح ضرورة حتمية وملحة لا بديل لها في عالمنا المعاصر.

المحور الثالث: واقع الحكومة الإلكترونية في الجزائر ومعيقات توسعها

نحاول من خلال هذا الشطر من الدراسة إلقاء الضوء على الإطار العام لأحد أهم المشاريع التكنولوجية الحديثة، وهو الحكومة الإلكترونية بالجزائر، مع إبراز المبادرات التي تسعى إليها الدولة الجزائرية من خلال هذا المشروع، وتطبيقه في مختلف القطاعات الحكومية، وكذا المعوقات التي تحول دون توسعها.

1. مشروع الحكومة الإلكترونية في الجزائر:

في النصف الثاني من تسعينيات القرن العشرين بدأت مشاريع إنشاء الحكومة الإلكترونية في العديد من الدول المتقدمة، أما بالنسبة للدول العربية فقد بدأت تظهر بوادر التجارب الأولى في بداية القرن الحادي والعشرين وهذا في كل من مصر، دبي، الأردن، سوريا وسرعان ما اقتنعت الدول العربية الأخرى بميزات وفوائد هذا المشروع، والجزائر واحدة من هذه الدول التي تحاول تنفيذ هذا المشروع على أرض الواقع، حتى تتمكن من الاستفادة من الإيجابيات التي يمنحها هذا المشروع، سواء على مستوى الحكومة أو على مستوى

المواطن، حيث أطلقت من خلال وزارة البريد وتكنولوجيات الإعلام والاتصال أحد الملفات الكبرى وهو مشروع برنامج الجزائر الالكترونية 2008-2013، الذي تم التشاور فيه مع المؤسسات والإدارات العمومية والمتعاملين الاقتصاديين العموميين والخواص والجامعات و مراكز البحث والجمعيات المهنية التي تنشط في مجال العلوم وتكنولوجيات الإعلام والاتصال، إذ شارك أكثر من 300 شخص في طرح الأفكار ومناقشتها خلال ستة عشرة 16 شهرا، وقد تم تحديد مجموعة من الأهداف الرئيسية لهذا المشروع وهي²:

- ✓ ضمان الفعالية في تقديم الخدمات الحكومية للمواطن وأن تكون متاحة للجميع وذلك بتسهيل وتبسيط المراحل الإدارية التي يسعى من خلالها إلى الحصول على وثائق ومعلومات؛
- ✓ التنسيق بين مختلف الوزارات والهيئات الرسمية؛
- ✓ مكافحة البيروقراطية التي تشكل كبحا لتنمية البلاد؛
- ✓ تحسين نوعية الخدمات المقدمة للمواطنين في مختلف مجالات الحياة والمساهمة كذلك في تجسيد مبادئ العدالة الاجتماعية والمساواة على أرض الواقع، وكذا تحقيق السياسة الوطنية الحوارية عن طريق تقريب الإدارة من المواطن؛
- ✓ حماية مجتمعنا وبلادنا ضد آفة الجريمة المنظمة والعبارة للحدود وكذا ظاهرة الإرهاب والتي تستعمل غالبا تزوير وتنفيذ ووثائق الهوية والسفر كوسيلة لانتشارها؛
- ✓ القضاء على معاناة المواطن من جوانب الحياة اليومية؛ فالإدارة الالكترونية توفر على المواطن مشقة التنقل لاستخراج ووثائقه أو لاستفسارات حول انشغالاته.

2. برنامج عمل تنفيذ مشروع الحكومة الإلكترونية:

يجسد برنامج الحكومة الإلكترونية اهتمام الجزائر بتطبيق مفهوم الحكومة الإلكترونية، ويتأتى هذا البرنامج ضمن المبادرات والمشاريع التنموية التي تتبناها حكومة الجزائر لتحقيق

1 عبد المومن بن صغير، إشكالية تطبيق الحكومة الإلكترونية في الجزائر "المعوقات والآفاق"، مقال منشور بالمركز الديمقراطي العربي للدراسات الاستراتيجية والسياسية والاقتصادية، متاح على الموقع <http://democraticac.de/?p=38171>، تاريخ الاطلاع 2017/02/25.

2 بلعربي عبدالقادر وآخرون، تحديات التحول إلى الحكومة الإلكترونية في الجزائر، الملتقى العلمي الدولي الخامس حول الاقتصاد الافتراضي وانعكاساته على الاقتصاديات الدولية، المركز الجامعي خميس مليانة، الجزائر، يومي 13 و14 مارس 2012، ص 09.

التنمية المستدامة في مختلف جوانب الحياة، ويتمثل برنامج عمل تنفيذ مشروع الحكومة الإلكترونية في:

➤ برنامج تطوير التشريعات: والذي يتضمن إعداد قانون ينظم المعاملات الحكومية الإلكترونية وتطوير التشريعات القائمة؛

➤ برنامج تطوير البنية المالية: يعمل البرنامج على تطوير المؤسسات ماليا لتصبح أكثر مرونة؛

➤ برنامج التطوير الإداري والتنفيذي: والذي يشمل تطوير أساليب العمل في الجهات المقرر استخدامها للمعاملات الإلكترونية؛

➤ برنامج التطوير الفني: يركز هذا البرنامج على استخدام التكنولوجيا الرقمية في الجهات الحكومية لتطوير الطاقات والقدرات اللازمة لإنجاز المشروع، كذلك يهتم البرنامج بتحسين الكفاءة التشغيلية والتي تتضمن استخدام أحدث الأجهزة والمعدات وأنظمة قواعد البيانات وتحديث البنية الأساسية للاتصالات والمعلومات؛

➤ برنامج تنمية الكوادر البشرية: من خلال العمل على تطوير فكر القيادات الحكومية بما يتلاءم مع مفهوم الحكومة الإلكترونية، وإعداد خطة مناسبة لتدريب فرق العمل التي يتم تكوينها من جميع الجهات الحكومية التي تشارك في مشروع الحكومة الإلكترونية بهدف القدرة على إدارته كل حسب اختصاصه؛

➤ برنامج الإعلام والتوعية: يتم من خلال البرنامج إعداد خطة تعرف المجتمع بمزايا التحول إلى المجتمع الرقمي وكيفية الاستفادة من مشروع الحكومة الإلكترونية.

3. واقع الحكومة الإلكترونية في الجزائر:

من أجل بدء تنفيذ برنامج تحديث الإدارة العمومية وإدخال تكنولوجيا الإعلام والاتصالات، قامت الحكومة بتنصيب لجنة تضم ممثلين عن جميع الوزارات، بالإضافة لخبراء في تقنيات الإعلام والاتصال سميت باللجنة الإلكترونية، وهي تحت إشراف رئيس الحكومة، حيث بدأ تطبيق برنامج الحكومة الإلكترونية بالجزائر وتم تحقيق العديد من العمليات منها:

1 وسيلة واعر، دور الحكومة الإلكترونية في تحسين جودة الخدمات الحكومية "حالة وزارة الداخلية والجماعات المحلية - الجزائر"، الملتقى الدولي حول إدارة الجودة الشاملة بقطاع الخدمات، جامعة منتوري قسنطينة، الجزائر، يومي 14 و15 ديسمبر 2010، ص 16.

2 العربي عطية، الإطار الفني لعمل الحكومة الإلكترونية وإمكانية تحقيقه في الجزائر، مجلة العلوم الإنسانية، العدد 18، مارس 2010، ص ص 72-74.

✓ تنصيب شبكة حكومية داخلية intranet والتي اختصارها RIG وهي نظام شامل يتضمن مجموعة الوسائل الحديثة للاتصال على مستوى الحكومات العالمية؛
 ✓ وضع برنامج IDARA على مستوى الوظيف العمومي ومصلحة الموارد البشرية، أما فيما يخص التسيير التنبؤي لعمال الوظيف العمومي فقد تم تنصيب شبكة معلومات تربط الإدارات مع الهياكل المركزية والمحلية المكلفة بالوظيف العمومي.
 وأخذت التكنولوجيات الحديثة للإعلام والاتصال في إطار الإصلاحات الشاملة التي باشرتها الجزائر حيزا كبيرا من اهتمامات الدولة حيث أدى ذلك إلى:

✓ أتمتة العديد من المعلومات المتعلقة بمختلف الدوائر الحكومية عبر مواقع الويب مثل: موقع إدارة الضرائب، موقع مجلس الدولة، موقع رئاسة الجمهورية الجزائرية، موقع وزارة العدل الجزائرية، موقع وزارة السياحة، موقع الأمانة العامة للحكومة، المجلس الشعبي الوطني، موقع وزارة التضامن الوطني، مجلس الأمة، موقع وزارة السكن والعمران، موقع وزارة الصحة، موقع وزارة الخارجية، موقع وزارة العمل والضمان الاجتماعي، موقع مكاتب المداومة البرلمانية، موقع وزارة الصناعة، موقع وزارة المؤسسات الصغيرة والمتوسطة والصناعة التقليدية، موقع وزارة البريد وتكنولوجيا الإعلام والاتصال. الخ.

✓ كما أخذت الوزارة الداخلية والجماعات المحلية على عاتقها عملية تقنين الخدمات الإلكترونية بإطلاق ورشة كبرى لعصرنة الإدارة المركزية والجماعات المحلية، ومن بين الخدمات نذكر ما يلي:

- إطلاق بطاقة التعريف الوطنية البيومترية؛
- إطلاق جوازات السفر الإلكترونية والبيومترية؛
- إنشاء البريد الإلكتروني؛
- ✓ إعداد نظام تسيير ومتابعة الملفات القضائية؛
- ✓ إعداد شبكة الصحة الجزائرية مع ربط مختلف المؤسسات الصحية؛
- ✓ إعداد نظام الدفع البنكي والحسابات البريدية، بالإضافة لإنشاء موزعات بنكية، وتوزيع بطاقات السحب والدفع الإلكتروني؛
- ✓ إنشاء شبكة أكاديمية وبحثية تربط مجموعة مؤسسات التكوين العالي؛
- ✓ شبكة للإطلاع على نتائج امتحانات شهادتي البكالوريا والتعليم المتوسط؛

- ✓ التسجيل الأولي للحاملين الجدد لشهادة البكالوريا؛
 - ✓ إنشاء مركز الدراسات والأبحاث في تكنولوجيات الإعلام والاتصال كنقطة اتصال للبحث (CERTIC)، التطور في تكنولوجيات الإعلام والاتصال وتدعيم نشاطات تكنولوجيات الإعلام والاتصال في مركز تطوير التكنولوجيا المتقدمة (CDTA)، ومركز الإعلام العلمي والتقني (CERIST)، ومركز البحث العلمي والتقني لتطوير اللغة العربية (CRSTDLA).
 - ✓ التصريحات الجبائية للمكلفين بالضريبة عبر موقع المديرية العامة للضريبة... الخ.
4. معوقات توسع الحكومة الإلكترونية في الجزائر:
- على الرغم من إطلاق الجزائر لمشروع الحكومة الإلكترونية، إلا أنه لم يتجسد على أرض الواقع لمجموعة من الصعوبات تجلت في الأسباب التالية:
- ✓ عجز قطاع البريد وتكنولوجيا المعلومات والاتصالات في تلبية طلبات العملاء على إيصال الهاتف الذي يعد أهم القنوات التي يتجسد عبرها التواصل عبر الانترنت؛
 - ✓ التأخير في استكمال البنية التحتية للاتصالات، وتباينها من منطقة لأخرى وتأسيسا عليه فإن الفارق كبير لسد الفجوة الرقمية مع دول العالم المتقدم في هذا المجال؛
 - ✓ محدودية انتشار الانترنت في الجزائر، حيث أن نسبة مستخدمي هذه التقنية الواسعة الانتشار عالمي لا يزال ضعيفا في الجزائر مقارنة حتى بالدول المجاورة؛
 - ✓ التعاملات المالية الإلكترونية، لا تزال في بدايتها، رغم مرور عدة سنوات على شروع السلطات الجزائرية بتعميم التعاملات المالية الإلكترونية على مستوى مختلف المؤسسات المالية والتجارية، إلا أن هذه التجربة لا تزال متعثرة، فعلى سبيل المثال إن فئات واسعة من المتعاملين الاقتصاديين، وكذا المواطنين يتخوفون من استعمال البطاقة المغناطيسية في سحب أموالهم بسبب كثرة الأخطاء الناجمة عن جهاز السحب الإلكتروني، والتأخير الكبير في تجميع حساباته؛
 - ✓ محدودية الجانب التشريعي في هذا المجال، وذلك من خلال غياب التشريعات المناسبة، حيث تحتاج الأعمال الإلكترونية إلى وضع أنظمة وتشريعات تتناسب مع طبيعتها، مما يستلزم الدقة والوعي التام بكافة جوانب التقنية المستخدمة في هذه التطبيقات لتحقيق الأمن المعلوماتي، والذي هو أمر ليس من السهل إنجازه، من

حيث الوقت المتاح ودرجة تداخله مع جوانب الحياة المختلفة، بالإضافة إلى عدم مسايرة بعض القوانين والتشريعات المنظمة للعمل الإلكتروني لتطبيقات الحكومة الإلكترونية منذ بدايتها وحتى تطبيقها؛

✓ التكلفة الباهظة للاستثمار في تقنيات المعلومات، خاصة على المدى البعيد؛
 ✓ سيطرة المفاهيم التقليدية، والمتمثلة في البيروقراطية السلبية وعدم إمكانية التغلب عليها؛

✓ غياب التنسيق بين الأجهزة والإدارات الأخرى ذات العلاقة بنشاط الحكومة الإلكترونية، والتي تمتلك نفس الأنواع من الأجهزة والبرمجيات، بحيث تتم المشاركة وتبادل المعلومات بين هذه الفئات؛

✓ ضعف الوعي الاجتماعي بالمميزات والفوائد من تطبيقات الحكومة الإلكترونية شكل معوق في طريق التحول للعمل الإلكتروني والمجتمع المعلوماتي؛

وما تجدر الإشارة إليه أن تبني الأنماط الإلكترونية قادم إلينا شئنا أم أبينا، نظرا لارتباط كل دولة بالعالم الخارجي وتأثرها بما يجري في العالم من تطور في تقنية الاتصال، وحتى يضمن مشروع الحكومة الإلكترونية في الجزائر النجاح لا بد من تفعيل الإيجابيات والتغلب على السلبيات.

خاتمة:

من خلال هذه الدراسة، استنتجنا أن نجاح التحول نحو الحكومة الإلكترونية يعتمد

على محورين:

✓ الأول: مدى جاهزية القطاعات الحكومية لتقديم الخدمات إلكترونياً، ويتأتى ذلك من خلال توفير البنية التحتية اللازمة لذلك من خلال تحديث قطاعات الدولة، وتدعيمها بأحدث ما توصلت إليه تقنيات الاتصالات والمعلومات للمساعدة في تقديم الخدمات الحكومية إلكترونياً؛

✓ الثاني: نشر المعارف والخبرات في المجالات المرتبطة بتقديم الخدمات الحكومية إلكترونياً، وتعميق المفاهيم والخبرات التي تساعد مديري تقنية المعلومات في القطاعات الحكومية في تطبيق مفاهيم الحكومة الإلكترونية وتطبيقاتها من جانب، والتوعية لتعريف المجتمع بمزايا التحول إلى المجتمع الرقمي وكيفية الاستفادة من الخدمات الإلكترونية من جانب آخر.

معوقات العمل بالبصمة الوراثية و مدى تطبيقها في مادة النسب

صفاء هاجر خالدي

طالبة دكتوراه (ل م د) قانون خاص

جامعة الدكتور يحيى فارس – المدينة

ملخص :

نظرا لكون البصمة الوراثية من المستحدثات العلمية التي أقرها أهل الطب و الفقه والقانون في مجال الإثبات بالنظر إلى حجيتها التي تكاد تكون قطعية؛ فإن إعمالها بصفة مطلقة آثار جدل فقهي و قانوني، ذلك أن هناك العديد من المعوقات المادية والقانونية التي باتت تتخذ كذريعة في يد الخصم للحيلولة دون إخضاعه للفحص الجيني؛ أي فحص ADN ولعل أهم المعوقات هنا هي جملة المبادئ الدستورية، كمبدأ عدم جواز تقديم شخص دليل ضد نفسه ومبدأ الحق في السلامة الجسدية، ومبدأ حرمة الحياة الخاصة، ومبدأ قرينة البراءة، وهنا ذهب الفقه الراجح أنه وإن كانت هاته المبادئ قواعد و أصل عام، فإنه يجوز الخروج عنها باستثناء، خاصة عندما يتعلق الأمر بالمساس بالنظام العام والمصلحة العامة وحتى المصلحة الخاصة للشخص ذاته في بعض الأحيان، والتي فيها يجوز إجبار الشخص على الخضوع للتحليل الجيني عند توفر حالة الضرورة .

الكلمات الدالة: البصمة الوراثية، النسب، الإثبات، الخصم، الفحص الجيني ؛ السلامة الجسدية، حرمة الحياة الخاصة.

Abstract :

Due to the fact DNA is one of the scientific developments that are approved by people of medicine and jurisprudence and law in the field of proving the authentic proof which is almost de finite ,it execution as be Inga absolute is cause ngjur is prudential al and legal debate ,as there are many physical and legal obstacles which are taken as a pretext to the opponent in order to skip doing the genetic sereneing –the D.N.A test .perhaps, the most important obstacle is the constitutional principles, such as the inadmissibility of evidence age inst himself .

And the principle of the inviolability of private life , and the principle of innocence – At the point, preponderant jurisprudence claimed that even if those principles are rules and a general origin ,it is possible to make exceptions to those rulesespeci ally when it comes to the prejudice of

the public interest and personal interest of the person himself in which that person is obliged to undergo genetic analysis, when necessary .

المقدمة :

يقول ابن القيم الجوزية رحمه الله: "إذا ظهرت أمارات العدل و أسفر وجهها بأي طريق كان فثم شرع الله ودينه، و الله سبحانه و تعالى أعلم و أحكم من أن يخص طرق العدل و أماراته و أعلامه بشيء ينفي ما هو أظهر منها و أقوى دلالة..، بل قد بين سبحانه بما شرعه من الطرق أو مقصوده إقامة العدل بين عباده، و قيام الناس بالقسط؛ فأى طريق استخرج بها العدل و القسط فهي من الدين ليست مخالفة له."⁽¹⁾.

إن المكانة التي تبوَّتها البصمة الوراثية كدليل علمي صالح للإثبات والنفي، وتمتعها بخصائص و حجية عززت من مكانتها، جعلت العديد من الدول تعتمدها على رأس الأدلة القضائية في مجال الجنائي، وإثبات الهوية، لكن الأمر لم يكن على إطلاقه، إذ أن إعمال البصمة الوراثية اصطدام بالعديد من المعوقات والمبادئ التي يتخذها الخصم كوسيلة يتمسك بها للإفلات من الخضوع إلى فحص ADN، ومن هاته المبادئ: مبدأ عدم جواز إجبار الخصم على تقديم دليل ضد نفسه، ومبدأ الحق في السلامة الجسدية، ومبدأ حرمة الحياة الخاصة، ومبدأ قرينة البراءة، وبالإضافة إلى وجود معوقات مادية أخرى، وعليه ما مدى إمكانية التمسك بالبصمة الوراثية كدليل للإثبات وتلافي اصطدامها بمختلف المبادئ القضائية و المعوقات المادية؟

و لدراسة هذا الموضوع أقسم الدراسة حسب الخطة التالية :

المبحث الأول: الإطار المفاهيمي العام للمصطلحات ذات الصلة بالموضوع.

المطلب الأول: المقصود بالنسب وأهميته في الإسلام .

المطلب الثاني: المقصود بالبصمة الوراثية و خصائصها و مدى حجيتها .

المبحث الثاني: معوقات العمل بالبصمة الوراثية و تطبيقها في مادة النسب .

المطلب الأول: معوقات العمل بالبصمة الوراثية من الناحية القانونية و تطبيقها في مادة

النسب .

المطلب الثاني: معوقات العمل بالبصمة الوراثية من الناحية المادية و تطبيقها في مادة

النسب .

الخاتمة

المبحث الأول: الإطار المفاهيمي العام للمصطلحات ذات الصلة بالموضوع.
سأتطرق في هذا المبحث إلى المقصود بالنسب وأهميته في الإسلام ثم إلى المقصود بالبصمة الوراثية وخصائصها و مدي حجيتها من خلال المطالب الآتية :

المطلب الأول/ المقصود بالنسب وأهميته في الإسلام :

سأتعرض إلى المقصود بالنسب في الفرع الأول و إلى أهميته في الإسلام في الفرع الثاني .
الفرع الأول: المقصود بالنسب:

أ) التعريف اللغوي للنسب: وهو القرابة وقيل هي في الآباء خاصة⁽¹⁾.

ب) التعريف الاصطلاحي: النسب في الاصطلاح الشرعي غير بعيد عن المعنى اللغوي، فهو يدور أيضا حول القرابة، وهو إلحاق الولد بوالديه أو بأحدهما قرابة، ومعنى ذلك أن يسمى الولد ابنا لوالديه والقرابة هنا تكون بصلة الدم وليس بالتبني أو الولاء أو الادعاء⁽²⁾.

الفرع الثاني : أهمية النسب .

يقول الله عز وجل: ﴿ وَهُوَ الَّذِي خَلَقَ مِنَ الْمَاءِ بَشَرًا فَجَعَلَهُ نَسَبًا وَصِهْرًا وَكَانَ رَبُّكَ

قَدِيرًا ۝⁽³⁾

فالنسب نعمة من الله اوجب الحفاظ عليها، ويكون منشأه وسببه هو اتصال الرجل بالمرأة اتصالا مشروعاً عن طريق الزواج أو ملك اليمين، وأما غير ذلك فيكون سببا لإقامة الحد على فعله⁽⁴⁾، ومن مظاهر عناية الإسلام بالنسب انه منع الآباء من إنكار نسب الأولاد، وحرم على النساء نسب الولد لغير أبيه الحقيقي، لقوله صلى الله عليه وسلم: «أيا امرأة أدخلت على قوم من ليس منهم فليست من الله في شيء ولن يدخلها الله جنته، وإياها رجل جحد ولده وهو ينظر إليه احتجب الله تعالى منه وفضحه على رؤوس الأولين والآخرين يوم القيامة»⁽⁵⁾، كما منع الإسلام الأبناء من الانتساب إلى غير آبائهم لقوله صلى الله عليه وسلم: «... لا ترغبوا عن آبائكم، فمن

1- مجد الدين الفيروز آبادي، القاموس المحيط، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 2000م، ط 2، ج 1، ص 229.

2- دريا احمد سلامة، تقديم عبد العزيز خياط، أطفال الأنابيب بين العلم والشريعة، الدار العربية للعلوم 1998، ص 130 .

3- سورة الفرقان، الآية رقم 54.

4- محمود محمد الطنطاوي، الأحوال الشخصية الإسلامية، مطابع البيان التجارية، دبي، 1998، ط 1.

5- ابو محمد عبد الله بن عبد الرحمان الدارمي، سنن الدارمي، دار احياء السنة المحمدية، ج 2، ص 153.

رغب عن أبيه فقد كفر»⁽¹⁾.

ومن معالم اهتمام الإسلام بالنسب:

1. الدعوة إلى الزواج وتعدده⁽²⁾.

2. تحريم الزنا وأنواع الرذائل: لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْرُبُوا الزَّانَا إِنَّهُ كَانَ فَاحِشَةً وَسَاءَ سَبِيلًا﴾⁽³⁾،

ويقول ابن القيم الجوزية حول حكمة تحريم الزنا: " فالمرأة إذا زنت أدخلت العار على أهلها وإذا حملت الحمل على الزوج أدخلت على أهله أجنيا ليس منهم وورثهم وهو ليس منهم وراءهم واختلط بهم وانتسب إليهم وهو ليس منهم. ورنى الرجل يوجب اختلاط الأنساب أيضا وإفساد المرأة المصونة"⁽⁴⁾.

3. تحريم التبني، لقوله تعالى: ﴿ادْعُوهُمْ لِآبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ فَإِنْ لَمْ تَعْلَمُوا آبَاءَهُمْ فَاِخْوَانَكُمْ فِي الدِّينِ وَمَوَالِيكُمْ.....﴾⁽⁵⁾.

المطلب الثاني: المقصود بالبصمة الوراثية وخصائصها ومدى حجيتها في الإثبات.

لقد افرز التطور العلمي على الساحة معطيات جديدة للإثبات، ولعل أبرزها البصمة الوراثية هاته الأخيرة التي أثارت جلبة فقهية عن أثرها وموقعها وقيمتها بين الأدلة التقليدية للإثبات والنفي وعليه ما المقصود بالبصمة الوراثية وما مدى حجيتها في الإثبات؟

الفرع الأول: المقصود بالبصمة الوراثية .

أولا/ تعريف البصمة الوراثية لغة: مصطلح البصمة الوراثية هو مركب وصفي من كلمتين، البصمة والوراثية.

1- البصمة : هي العلامة، وهي اثر الختم بالإصبع⁽⁶⁾، وجاء في لسان العرب أي البصم، بضم الباء وسكون الميم هو فوت ما بين الخنصر إلى طرف البنصر، و الفوت هو ما بين كل إصبعين طولاً⁽⁷⁾.

1- الإمام أبي الحسين مسلم بن العجاج القشيري النيسابوري، طبعة دار الحديث، القاهرة، كتاب الإيمان، باب بيان حال إيمان من ترغب عن أبيه وهو يعلم رقم الحديث 115، 113 ج 1، ص 79، 80.

2- انظر محمود شلتوت، الإسلام عقيدة وشريعة، دار الشروق، القاهرة 2001، طبعة 18، ص 146.

3- سورة الإسراء، الآية رقم 32

4- بكر بن عبد الله ابو زيد، الحدود والتعزيرات عند ابن القيم، دار العاصمة، الرياض، طبعة 2، ص 100.

5- سورة الأحزاب، الآية رقم 5.

6- المنجد في اللغة والإعلام، المرجع السابق، ص 40، المعجم الوجيز مجمع اللغة العربية بالقاهرة، المطابع الاميرية القاهرة 2005، ص 53.

7- ابن منظور لسان العرب، المرجع السابق، ج 1، ص 423.

2- الوراثة: علم يبحث في انتقال صفات الكائن الحي من جيل إلى جيل وتفسير الظواهر المتعلقة بطريقة هذا الانتقال⁽¹⁾.

ثانيا/ تعريف البصمة الوراثية اصطلاحيا: نظرا لحداثة المصطلح، فقد حاول بعض الفقهاء المعاصرين وضع تعريف له باعتباره من المصطلحات العلمية الحديثة، ولعل الراجح في التعاريف ما ذهب إليه الدكتور "سعد الدين مسعد هلالي" وهي: العلامة أو الأثر الذي ينتقل من الآباء إلى الأبناء أو من الأصول إلى الفروع، كما عرفها في موضع آخر بأنها تعين هوية الإنسان عن طريق تحليل جزء أو أجزاء من حمض ADN المتمركز في نواة أي خلية من خلايا جسمه، ويظهر هذا التحليل في صورة شريط من سلسلتين كل سلسلة بها تدرج على شكل خطوط عرضية مسلسلة وفقا لتسلسل القواعد الأمنية على حمض DNA، وهي خاصة لكل إنسان تميزه عن الآخر في الترتيب وفي المسافة بين الخطوط العرضية، تمثل إحدى السلسلتين الصفات الوراثية من الأب (صاحب الماء)، وتمثل السلسلة الأخرى الصفات الوراثية من الأم (صاحبة البويضة)⁽²⁾، ويستخلص الحمض النووي من كل خلية في جسم الإنسان تحتوي على نواة⁽³⁾.

الفرع الثاني: خصائص البصمة الوراثية .

إن تطور البحث العلمي في مجال الإثبات، أثبت تميز البصمة الوراثية على سائر الأدلة البيولوجية الأخرى، كما أثبت انفرادها بعدة وظائف دون غيرها من الأدلة، ويمكن إجمال مميزات البصمة الوراثية في النقاط التالية:

- 1- استحالة تشابه البصمة الوراثية لشخصين على وجه الأرض، عدا حالة التوائم المتطابقة لأن أصلها بويضة واحدة وحيوان منوي واحد.
- 2- تعتبر نتائج البصمة الوراثية قطعية الدلالة، فهي لا تقبل الشك أو الظن، وعليه هي أدق وسيلة لحد الآن في تحديد هوية الإنسان.
- 3- للبصمة الوراثية وظيفتين، فالوظيفة الأولى هي: الإثبات كإثبات النسب أو تهمة أو جريمة والوظيفة الثانية هي: النفي كنفي جريمة أو تهمة.

1- المعجم الوجيز، المرجع السابق، مادة وراث، ص 664

2- سعد الدين مسعد هلالي، البصمة الوراثية وعلاقتها الشرعية، مكتبة الكويت الوطنية، الكويت 2001، ط 1، ص 25-35.

3- بسام محمد القوامي، اثر الدم والبصمة الوراثية في الإثبات في الفقه الإسلامي والقانون، دار النفائس، الأردن، 2010، ط 1، ص 65.

- 4- يمكن تطبيق هذه التقنية على جميع الجينات البيولوجية، كالدم، الشعر والبول وغيرها؛ أي يمكن استخلاصها من أي خلية تحتوي على نواة في جسم الإنسان ما عدا خلايا الدم الحمراء لعدم احتوائها على النواة.
- 5- قوة الحمض النووي، وقدرته على مقاومة عوامل التحلل والتعفن والتغيرات الجوية المختلفة مما يجعله صالح للاستعمال مهما مرت عليه السنوات، أو مهما كانت الظروف مثل: حالة التعرف على الجثث والأشلاء وغيرها.
- 6- يتمتع الحمض النووي بالقدرة على الاستنساخ استنساخا تناسليا، وعليه يعمل على نقل صفات النوع من جيل إلى جيل.
- 7- البصمة الوراثية لا تتغير من مكان لآخر في جسم الإنسان، فالمعلومات الوراثية هي ذاتها في خلايا الجسم سواء العين أو القلب أو الشعر أو غيرها.
- 8- تظهر النتيجة لعمل البصمة الوراثية على صورة خطوط عرضية تختلف في السمك والمسافة باختلاف الأشخاص، وهذه النتيجة سهل قراءتها وحفظها وتخزينها في الكمبيوتر، واستحضارها عند الحاجة للمقارنة.
- 9- يمكن إجراء الفحص الجيني على عينة صغيرة جدا حتى بعد جفاف العينة إذا كانت سائلة ذلك أنه يمكن تكبير العينة المستخلصة من الأثر البيولوجي لإنتاج ملايين النسخ بنظام (PCR).
- 10- يمكن لهذه التقنية تحديد هوية الجاني والمجني عليه، ولو كانت العينة مختلطة كحالة الآثار المنوية المختلطة بالإفرازات المهبلية في جرائم الاغتصاب، ويكفي عينة دقيقة جدا كآثار دم أو عظام لتحديد هوية الجاني والمجني عليه.
- 11- تعدد مجالات استخدام البصمة الوراثية كالطبية والجنائية والنسب وغيرها. بعد التعرض إلى مميزات البصمة الوراثية، والتي على رأسها القيام بوظيفة الإثبات والنفي وقطعية نتائجها، وتعدد مجالات استخدامها إلا أنه يجدر الإشارة إلى أن هاته القطعية تكون في غير قضايا الحدود الشرعية، وإن كانت وسيلة لإثبات الأبوة البيولوجية، فإن إثبات ونفي النسب بهافيه ما يقال من الناحية الشرعية.
- الفرع الثالث: مدى حجية البصمة الوراثية.

مما لا شك فيه أن ما توصل إليه البحث العلمي في مجال البصمة الوراثية قد ابهر العلماء والفقهاء على حد سواء، وهو ما دلت عليه المؤتمرات العلمية والأبحاث الفقهية حول نتائج البصمة الوراثية في الإثبات والنفي في كل المجالات، بما فيها النسب، والقول بمدى مصداقية

نتائج البصمة الوراثية جاء على قولين.
 أولا/ القول الأول: يرى هذا الاتجاه أن نتائج البصمة الوراثية قطعية فهي تصل 99.99%، وهذه النسبة علميا تعتبر قطعية، وفي حالة النفي تصل 100%، وان احتمال تطابق القواعد النيروجينية في الحمض النووي بين شخصين غير وارد فهي قريبة لا تقبل الشك⁽¹⁾.
 ثانيا/ القول الثاني: يرى هذا الاتجاه أن نتائج البصمة الوراثية شبه قطعية؛ إذ يرون أن إثبات الأبوة والبنوة لا يمكن أن يصل من الناحية العلمية والعملية إلى 100%، ذلك أنه يتوجب فحص جميع الذكور البالغين في المجتمع، وهذا ضرب من الاستحالة⁽²⁾، كما انه كأي طريقة بيولوجية لا يمكن اعتبار البصمة الوراثية 100% صحيحة وخالية من العيوب⁽³⁾..، وجاء في توصيات المجمع الفقهي الإسلامي «..... إن استعمال البصمة الوراثية في مجال النسب لا بد ان يحاط بمنتهاى الحذر والحيطه والسريه ولذلك لا بد ان تقدم النصوص والقواعد الشرعية على البصمة الوراثية.

- لا يجوز شرعا الاعتماد على البصمة الوراثية في نفي النسب ولا يجوز تقديمها على اللعان.

- لا يجوز استخدام البصمة الوراثية، بقصد التأكد من صحة الأنساب الثابتة شرعا⁽⁴⁾.

وعليه فالراجح من القوال هو القول الثاني فكأي طريقة بيولوجية لا يمكن أن تخلو البصمة الوراثية من عيوب، وخاصة أن التطور العلمي مع مرور الزمن ذهب إلى إبطال ما كان يقطع بصحته علميا في بعض النظريات، وعليه فلا يمكن القول بأنها قطعية النتائج، ومن الناحية القانونية يمكن القول ان البصمة الوراثية من قبيل القرائن القضائية والتي يخضع إعمالها لتقدير القاضي حسب المادة 2/40 ق ا ج⁽⁵⁾، ولو سلمنا فرضا بأنها قطعية فان هناك العديد من العوائق التي تحول دون الأخذ بيقينيتها .

المبحث الثاني : معوقات العمل بالبصمة الوراثية ومدى تطبيقها في مادة النسب .

1- خليفة علي الكعبي، البصمة الوراثية وأثرها على الأحكام الفقهية، دراسة فقهية مقارنة، دار الجامعة الجديد للنشر، الإسكندرية، مصر، 2004، ص 31.

2- عبد القادر خياط، وفيدة الشهالى، تقنيات البصمة الوراثية في قضايا النسب وعلاقتها بالشرعية الإسلامية، مؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون من 22.24 صفر 1423 هـ الموافق ل 5-7 ابي 2002 جامعة الإمارات كلية الشريعة والقانون مجلد 4، ص 1492.

3- عمر الشيخ، الأصبم التحليل البيولوجي للجنينيات البشرية وحجية في الإثبات بحث مقدم لمؤتمر الهندسة الوراثية، المرجع نفسه، مجلد 4 ص 1690.

4- القرار السابع لمجمع الفقه الإسلاميين بشأن البصمة الوراثية الدورة 16، ص 344.

5- قانون الأسرة الجزائري 02-05 .

رغم المكانة التي وصل إليها الدليل العلمي ADN في مسائل الإثبات الجنائية منها والمدنية والعلمية وغيرها، وفي شتى التوجهات الطبية منها الفقهية والقانونية، إلا أن استخدامه يصطدم ببعض المعوقات خاصة عندما تصطدم البصمة لوراثية ببعض المبادئ التي يتخذها الخصم كعقبات يتمسك بها للإفلات من الخضوع إلى فحص ADN، ومن هاته المبادئ مبدأ عدم جواز إجبار الخصم على تقديم دليل ضد نفسه ومبدأ الحق في السلامة الجسدية، ومبدأ حرمة حياة الخاصة ومبدأ قرينة البراءة بالإضافة إلى معوقات مادية أخرى، وعليه أدرس:

المطلب الأول: معوقات العمل بالبصمة الوراثية من الناحية القانونية و مدى تطبيقها في مادة النسب.

سأتعرض إلى أهم معوقات العمل بالبصمة الوراثية من الناحية القانونية و مدى تطبيقها في مادة النسب من خلال الفروع التالية :

الفرع الأول: البصمة الوراثية ومبدأ عدم إجبار شخص على تقديم دليل ضد نفسه وموقف المشرع الجزائري منها.

أولاً/ البصمة الوراثية و مبدأ عدم إجبار شخص على تقديم دليل ضد نفسه: ذهبت المادة 3/4 من الاتفاقية العالمية لحقوق الإنسان 1948⁽¹⁾ وجل القوانين الإجرائية إلى أن التصريحات التي يدلي بها المتهم تعد وكأنها تمت بحرية دون إكراه واقع عليه، والأصل في هذا المبدأ أنه يحمل أحد الخصوم عبء إثبات تقديم الدليل على ما يدعيه، دون أن يطمع في معاونة القاضي له في البحث عن دليل يؤدبه (مبدأ حياد القاضي) ولا أن يأمل في جبر خصمه على تقديم دليل في حيازه⁽²⁾ وفي المواد الإجرائية فإن إجبار شخص على تقديم عينة من جسده، قد يمثل اعتداء على حرمة الشخصية، وعليه كيف السبيل إذا ما رفض المتهم نزع عينة من جسمه والخضوع لفحص ADN؟

وردا على هذا السؤال جاء في المسألة ثلاث أقوال⁽³⁾:

1- الاتفاقية العالمية لحقوق الإنسان.

2- حسني محمود عبد الدايم، المبادئ العامة في أصول الإثبات، ط2، 2003-2004، ص24.

3- حسني محمود عبد الدايم عبد الصمد، البصمة الوراثية ومدى حجيتها في الإثبات، دار الفكر الجامعي الاسكندرية مصر، 2007، ط1، ص861-869.

- غنام محمد غنام، دور البصمة الوراثية في الإثبات، مؤتمر الهندسة الوراثية، المرجع السابق، ج2، ص482-484.

- 1- القول الأول: إذا رفض الشخص أخذ عينة من جسده فإنه يعاقب لمجرد الرفض؛ كما في حالة رفض أخذ عينة من الدم على إثر مخالفة مرورية.
- نقد: كان يجب أن تكون العقوبة المفروضة في حالة رفض الخضوع لفحص ADN مساوية للعقوبة المقررة في حالة مطابقة العينة للعينة التي عثر عليها، فهنا قد تحث هاته العقوبة المتهم على التعاون والمثول للاختبار.
- 2- القول الثاني: ويرى هذا الاتجاه بترك السلطة التقديرية للقاضي، في اعتبار هذا الرفض دليل على ارتكاب الجريمة أم لا، وهو الرأي الذي أخذ به القانون في إنجلترا وإيرلندا الشمالية وبلاد الغال، وجمهورية إيرلندا.
- نقد: قد يكون للمتهم أسباب تبرر رفضه، ولا يمكن اعتبار رفض التعاون دليلاً قاطعاً على مسؤولية المتهم.
- 3- القول الثالث: ومفاده إجبار المتهم على الخضوع لاختبارات البصمة الوراثية وأخذت به الدول الاسكندنافية واسكتلندا، وألمانيا، والولايات المتحدة الأمريكية، وبعض ولايات أستراليا، وخاصة وأن العينة المطلوبة لا تزيد عن المطلوب وليس فيها مساس بجسد المتهم، كوخز إبرة في طرف إصبع للحصول على الدم أو جزء من ظفر أو شعرة من جسمه.
- 4- الراجح في الأقوال: يبدو أن الراجح من الأقوال في المسائل الجنائية هو القول الثالث، شريطة أن يتم ذلك بمعية طبيب مختص وبناء على قرار من النيابة العامة، أو قاضي التحقيق، أو توفر دلائل كافية على ارتكاب المتهم جناية أو جنحة، كما أن هذا المبدأ يخرق في حالات الضرورة والمصلحة العامة، كانتشار الأوبئة والفحوصات العسكرية والمدنية أو دعاوي البنوة ورغم أن خرق هذا المبدأ فيه مساس نسبي بحق المتهم في سلامة جسده، غير أن المصلحة المنشودة بتحقيق الأمن والعدالة، أولى بالاعتبار من هذا الحق خاصة إذا كان المتهم مرتكب للجريمة، بالإضافة إلى أن عدم إجبار شخص على تقديم دليل ضد نفسه لا ينطبق سوى على الأقوال الشفوية (الاعتراف وشهادة الشهود) ولا ينطبق على الوقائع المادية.
- وأما في مواد النسب، فإن موضوع إثبات النسب يعد أهمية بالغة في الدول الإسلامية واللجوء إلى الطرق العلمية من أجل إثبات النسب أو نفيه، لا يمكن أن يكون إلا بعد استنفاد جميع الطرق الشرعية وعندما نكون مضطرين إلى الطرق العلمية، إنما نكون في إطار البحث عن إثبات نسب من علاقة شرعية تربط المرأة والرجل وهو الزواج، ولا نكون أمام بحث عن

أب طبيعي لطفل بقطع النظر عن وجود العلاقة الشرعية أولاً، وهذا هو الأصلح والشرعي⁽¹⁾.

كما أنه لا يعمل بهذا المبدأ في موضوع النسب، فمن مصلحة الرجل أن يعرف إن كان الولد أبناً له أو لا، لخطورة موضوع النسب وما ينجر عليه من آثار، وبالتالي فإعمال البصمة الوراثية تضيف له أكثر مما تضره حتى وإن كان الرجل مدعى عليه في دعوى إثبات النسب⁽²⁾. ثانياً/ موقف المشرع الجزائري من مبدأ عدم جواز تقديم شخص دليل ضد نفسه والبصمة الوراثية:

جاء في المادة 213 قانون إجراءات جزائية⁽³⁾، على أن: "الاعتراف من شأنه شأن جميع عناصر الإثبات يخضع لحرية تقدير القاضي، وبالتالي يبقى الشخص بريئاً إلى أن تثبت إدانته نهائياً من طرف القضاء الجزائري ولو حامت الشكوك حوله أو اشتبهت في شأنه الشرطة القضائية أو تابعته النيابة العامة أو أودعه قاضي التحقيق الحبس المؤقت"، والسؤال الذي يطرح هنا هل أن عناصر الإثبات تتضمن في معناها البصمة الوراثية؟ من النص يبدو أن المشرع الجزائري قد أخذ بالقول الثاني وهو إعطاء السلطة التقديرية للقاضي للأخذ بالبصمة الوراثية كدليل إثبات أم لا من خلال قوله: "شأنه شأن جميع عناصر الإثبات يخضع لحرية تقدير القاضي.."; أي شبهها بالاعتراف الشفوي وأعطى الحرية للقاضي في تقديره، وكان الأجدر به التنصيص على البصمة الوراثية بصفة تفصيلية مستقلة لأهميتها من جهة، والنص على المواقع التي يجبر فيها بالخضوع للبصمة الوراثية من جهة ثانية حتى يرفع اللبس على هاته التقنية من الناحية القانونية وبالتالي القضائية.

الفرع الثاني: البصمة الوراثية ومبدأ الحق في السلامة الجسدية وموقف المشرع الجزائري منه: أولاً/ البصمة الوراثية ومبدأ الحق في السلامة الجسدية (مبدأ معصومية الجسد)⁽⁴⁾: للخضوع لفحص ADN لا بد من الحصول على خلية من جسم الإنسان، وعليه لا بد من أخذ عينة من

1- باديس ذيابي، حجية الطرق الشرعية والعلمية في دعاوي النسب على ضوء قانون الأسرة الجزائري، دار الهدى، عين ميله، الجزائر، طبعة 2010، ص 112.

2- المرجع نفسه، 114.

3- قانون الإجراءات الجزائية.

4- حسني محمود عبد الدايم، البصمة الوراثية ومدى حجيتها في الإثبات، المرجع السابق، ص 871-882.

- توفيق سلطاني، حجية البصمة الوراثية في الإثبات، مذكرة ماجستير، تخصص علوم جنائية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2010/2011، ص 66-68.

- باديس ذيابي، المرجع السابق، ص 11.

جسم الشخص؛ سواء من دمه أو شعره أو غيره وهذا يعتبر مساساً بالسلامة الجسدية للمتهم، والمعروف وكأصل عام فإنه لا يجوز المساس بالحق في السلامة الجسدية، لكن استثناءً يجوز الخروج عن هاته القاعدة إذا تعلق الأمر بالمصلحة العامة، أو مصلحة الشخص كالعلاج أو التداوي، أو تعارض حق المتهم مع حقوق أخرى تتصل بقيم على مستوى عالٍ من الأهمية، لا تقل عن مبدأ حرمة الجسد كمسألة إثبات النسب التي تعد من محرمات الله، ويجب في هذا الخروج عن المبدأ مراعاة جملة من الضوابط:

- 1- إذا اقتضته ضرورة القاضي.
- 2- إذا كان النزاع مما يصح فيه الاستدلال بالبصمة الوراثية.
- 3- إذا لم يتعارض القضاء أو الاستدلال بالبصمة الوراثية مع دليل أقوى أو الدليل تثبت حجيته بالنص.
- 4- الحفاظ على سرية المعلومات التي يكشفها الفحص الوراثي والتي لا تتعلق بها النزاع.
- 5- أن يكون اللجوء لفحص ADN لدفع ضرر أكبر من ضرر المساس بالحق في السلامة الجسدية.

ولقد ذهب إلى هذا الرأي وأقره المجمع الفقهي لرابطة العالم الإسلامي في دورته السادسة عشر المنعقدة بمكة المكرمة في الفترة من 21-26 / 10 / 1422 الموافق لـ 5 - 10 / 01 / 2001م حيث جاء في قراره السابع الذي أجاز فيه استخدام البصمة الوراثية في التحقيقات الجنائية ما يلي: "... لا مانع شرعاً من الاعتماد على البصمة الوراثية في التحقيق الجنائي واعتبارها وسيلة إثبات في الجرائم التي ليس فيها حد شرعي ولا قصاص لحديث رسول الله صلى الله عليه وسلم ﴿ادروا الحدود بالشبهات﴾ وذلك يحقق العدالة والأمن الاجتماعي، ويؤدي إلى نيل المجرم عقابه وتبرئة المتهم وهذا مقصد مهم من مقاصد الشريعة..."⁽¹⁾

ومما تقدم يمكن الخروج عن مبدأ الحق في السلامة الجسدية متى كانت مصلحة العدالة وما تقتضيه من الكشف عن الحقيقة، قد تفوق مصلحة المتهم في سلامة جسمه. والسؤال الذي يطرح نفسه هنا هل يشترط موافقة المتهم لأخذ عينة من جسده لإجراء الفحص؟ والملاحظ أن هذا السؤال لا يطرح إذا كان الفحص لا يستلزم المساس بجسد المتهم، كمن يخلف آثار وراءه كبقعة دم أو مني أو شعر، فهنا لا يُحتاج إلى موافقة أحد، لكن

السؤال الذي يبقى قائم إذا تطلب الأمر عينة من جسد المتهم، أي هل يحتاج الأمر إلى موافقته؟ أم كرها عنه عندما يرفض المتهم هذا الإجراء حتى لا يقدم دليل ضد نفسه؟ إن الراجح في الأقوال أنه يجوز استثناء من مبدأ معصومية الجسد، اللجوء إلى أخذ عينات من جسد المتهم كرها عنه، بعد موافقة الجهات المختصة للحصول منها على دليل إدانته أو براءته، تحقيقاً للمصلحة العامة وإعمالاً لقاعدة "يتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام"، خلافاً للرأي الآخر الذي يحرم اللجوء إلى أية وسيلة تنتهك حرمة الجسد، وأخذ عينات من جسد المتهم رغماً عنه للحصول على دليل إدانته نظراً لكونه يمثل نوعاً من الاعتداء على مبدأ معصومية الجسد، وهذا الرأي الأخير أخذت به بعض التشريعات، كما قرره الإعلان العالمي لحقوق الإنسان في 1984م، من حضر الفحص الكامل لشخص المجرم سواء أكان بالغا أو قاصراً عن طريق أي وسيلة بيولوجية معروفة في العلم المعاصر في وقت إجراء الفحص⁽¹⁾.

ثانياً / موقف المشرع من مبدأ الحق في السلامة الجسدية والبصمة الوراثية: بالنسبة للمشرع الجزائري قد جاء في المادة 34 من الدستور الجزائري⁽²⁾: "تضمن الدول عدم انتهاك حرمة الإنسان ويحظر أي عنف بدني أو معنوي أو أي مساس بالكرامة" وجاء في المادة 35 من الدستور⁽³⁾: "يعاقب القانون على المخالفات المرتكبة ضد الحقوق والحريات، وعلى كل من يمس سلامة الإنسان البدنية والمعنوية"، ومن النص هل هذا يعني تأثر المشرع بالإعلان العالمي لحقوق الإنسان؟ أم أن هناك استثناء يمكن إعماله في حالة الضرورة؟

ذهب بعض القانونيين إلى جواز خرق هذا المبدأ أي مبدأ الحق في سلامة الجسدية، ولكن شريطة موافقة الشخص على انتزاع الأنسجة، وهو نفس رأي القائلين بضرورة أخذ موافقة المتهم لأخذ عينة من جسمه وأدلتهم في ذلك المواد 162-163-قانون حماية الصحة وترقيتها⁽⁴⁾، وجاء في المادة 162: "لا يجوز انتزاع الأنسجة أو الأعضاء البشرية من أشخاص أحياء إلا إذا لم تعرض هذه العملية حياة المتبرع للخطر وتشتط الموافقة الكتابية للمتبرع بأحد أعضائه وتحرير هذه الموافقة بحضور شاهدين اثنين وتودع لدى مدير المؤسسة

1- الإعلان العالمي لحقوق الإنسان.

2- الدستور الجزائري الصادر في 28 نوفمبر 1996م.

3- المادة 35 من دستور 1996م.

4- القانون رقم 85/05 المؤرخ في 16/04/1985 المتضمن حماية الصحة وترقيتها المعدل والمتمم بالقانون رقم 88/15،

المؤرخ في 03/05/1988م.

والطبيب ورئيس المؤسسة"، ونصت المادة 163 بالقول: "يمنع انتزاع الأعضاء والأنسجة من القصر وفاقد التمييز والمصابين بأمراض من طبيعتها أن تضر بصحة المتبرع أو موافقة أحد أقاربه بعد الوفاة"، وجاءت في المادة 137: "لا ينزع الأطباء الأنسجة والأعضاء البشرية ولا يزرعونها إلا في المستشفيات التي يرخص لها بذلك الوزير المكلف بالصحة".

لكن باستقراء هاته المواد، والذي يتضح لي أن هاته النصوص القانونية تتعلق بموافقة المتبرع بأعضائه وأنسجته، وليست موافقة المتهم بأخذ عينة من جسده، لتكوين دليل إثبات كما أن أخذ عينة من جسم الإنسان بإرادته أو رغما عنه ليس فيها أي مساس بمبدأ الحق في السلامة الجسدية، وخاصة أن العينة لا تتجاوز وخزيرة أو قطعة من ظفر أو شعر.

الفرع الثالث: البصمة الوراثية ومبدأ حرمة الحياة الخاصة وموقف المشرع الجزائري منه.
أولا/ البصمة الوراثية ومبدأ حرمة الحياة الخاصة: لا شك أن لكل إنسان خصوصياته التي ينفرد بها دون غيره، وأن هاته الخصوصية يكلفها الشرع ويحميها القانون، وبظهور البصمة الوراثية أصبحت سلاح ذو حدين: فمن جهة قدمت خدمات مميزة في مجال الإثبات والكشف عن هوية الشخص ومن جهة قد تصبح سلاح يهدد حرية الفرد، وحرمة حياته الخاصة فهذه المعلومات الخطيرة عن التاريخ الوراثي لشخص معين قد يساء استعمالها، أو قد تستغل في غير الغرض المخصص لها ولقد نصت الشريعة الإسلامية في غير موضع عن حرمة الحياة الخاصة ومثاله: قوله تعالى: "يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اجْتَنِبُوا كَثِيرًا مِّنَ الظَّنِّ إِنَّ بَعْضَ الظَّنِّ إِثْمٌ وَلَا تَجَسَّسُوا وَلَا يَغْتَبَ بَعْضُكُم بَعْضًا أَيُّبُّ أَحَدُكُمْ أَن يَأْكُلَ لَحْمَ أَخِيهِ مَيْتًا فَكَرِهْتُمُوهُ وَاتَّقُوا اللَّهَ إِنَّ اللَّهَ تَوَّابٌ رَّحِيمٌ"⁽¹⁾، وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: ﴿لا تجسسوا ولا تباغضوا ولا تدابروا وكونوا عبد الله إخوانا﴾⁽²⁾، قال الأوزاعي التجسس هو البحث عن الشيء والتجسس هو الاستماع إلى حديث القوم وهم له كارهون، وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: ﴿من استمع خبر قوم وهم له كارهون صب في أذنه الانك يوم القيامة﴾⁽³⁾ والانك هو النحاس المذاب، إلى غير ذلك من الآيات والأحاديث الدالة على حرمة إثبات التصرفات التي فيها مساس بالحياة الخاصة، كتلمس العورات والأسرار، ودخول البيوت دون إذن أصحابها ونظرا لإقرار الشريعة الإسلامية بحرمة الحياة الخاصة، فإنه يمكن إعمال ذلك على الخصوصية الجينية والمعلومات الوراثية والمتولدة من استخدام البصمة

1- سورة الحجرات، الآية رقم 12.

2- البخاري، صحيح البخاري، ج 10، ص 404.

3- البغوي، سنن البغوي، دار بدر، ج 13، ص 110.

الوراثية، وذلك أن المحافظة على تلك المعلومات هو من صميم خصوصيات الأفراد، وأن كشف مضمونها وبغير إذن صاحبها هو انتهاك لحرمة الحياة الخاصة، وهو ما أقره مجمع الفقه الإسلامي في دورته الخامسة عشر المنعقدة في مكة المكرمة في 1998م، في قراره الرابع: "... لا يجوز استخدام أي من أدوات علم الهندسة الوراثية ووسائله للعبث بشخصية الإنسان ومسؤوليته الفردية، أو التدخل في بنية المورثات (الجينات) بدعوى تحسين السلامة البشرية، ونص القرار الخامس من التوصيات: "لا يجوز إجراء أي بحث أو القيام بأي معالجات أو تشخيص يتعلق بمورثات الإنسان، إلا بعد إجراء تقويم دقيق وسابق للأخطار والفوائد المحتملة المرتبطة بهذه الأنشطة وبعد الحصول على الموافقة المقبولة شرعا مع الحفاظ على السرية الكاملة للنتائج، ورعاية الأحكام الإسلامية الغراء القاضية باحترام حقوق الإنسان وكرامته"⁽¹⁾.

غير أن إقرار الشريعة الإسلامية بحرمة الحياة الخاصة ليس على إطلاقه، إذ قد يرد عليه استثناء إذا ما تعلق الأمر بالمحافظة على النظام العام، وحق المجتمع في الأمن والاستقرار، وهي مصالح أولى بالرعاية والاعتبار⁽²⁾، لما فيها من درء مفسدة عن المجتمع أو الفرد أو جلب مصلحة عامة كما لصاحب الحق إسقاط حقه والرضا بإفشاء السر.

وهو المنهج الذي اتخذته جل القوانين الدولية والتشريعات الداخلية، مثل المادة 12 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان 1948م: "لا يجوز تعرض أحد لتدخل تعسفي في حياته الخاصة أو شؤون أسرته أو مسكنه أو مراسلاته أو حملات على شرفه وسمعته، ولكل شخص الحق في حماية القانون من مثل هذا التدخل أو تلك الحملات"، كما ذهبت في نفس الصياغ العديد من الاتفاقيات الدولية والإقليمية⁽³⁾، كما ذهبت إلى هذا التوجه جل التشريعات الداخلية كالقانون الفرنسي والمصري، ويتبين مما سبق، اتفاق النصوص جميعا أن اللجوء إلى الفحص الجيني ينبغي أن يكون بعيدا عن التدخل في الحياة الخاصة للأفراد، أو خصوصياتهم الجينية، وكشف أسرارهم المرضية أو الصحية، وهو أصل له استثناء بشروط وضوابط معينة

1- قرارات مجمع الفقه الإسلامي في دورته 15، سنة 1998، بمكة المكرمة.

2- حسني محمود عبد الدايم عبد الصمد، البصمة الوراثية ومدى حجيتها في الإثبات، المرجع السابق، ص 899.

3- كالعهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية واتفاقية الأمم المتحدة لحماية الطفولة، والاتفاقية الأوروبية لحماية حقوق الإنسان والحريات الأساسية في روما 1950م.

وهي: أن يسمح بإجراء هذا الفحص من جهة قضائية مختصة، مع توفر الرضا المستنير الحر لذوي الشأن مقدما، و توفر الضرورة الطبية والطوارئ⁽¹⁾.

أما عن تطبيق الطرق العلمية الحديثة في النسب، أي فحص الحمض النووي، فإنه يشكل تدخلا في الحياة الخاصة للفرد كونها تبحث عن الخصائص الوراثية، من خلال الاستعداد الوراثي للشخص مما قد يمد الغير بالمعلومات الخاصة بالزوجين، وتكون ذات طابع شخصي خاص، عند من يرى ذلك، ولكن في الحقيقة إثبات نسب من علاقة شرعية ليس معناه انتهاك حرمة حياة الإنسان، ومصالحة الأب هنا تجعله يقبل على هكذا تحليل، ولا يعارض إخضاع الأب للتحليل قصد تثبيت أبوته من عدمها، مادام الأمر يتعلق بالعلاقة الشرعية، ولا وجود لأي مساس بالحرمة⁽²⁾.

ثانيا/ موقف المشرع الجزائري من مبدأ الحق في الحياة الخاصة والبصمة الوراثية: جاء في المادة 34 من الدستور الجزائري 1996م: "تضمن الدولة عدم انتهاك حرمة الإنسان"، وجاء في المادة 135 من نفس الدستور: "يعاقب القانون على المخالفات المرتكبة ضد الحقوق والحريات وعلى كل من يمس سلامة الإنسان البدنية والمعنوية"، وجاء في المادة 99 من المرسوم التنفيذي المتضمن أخلاقيات الطب: "يجب على الطبيب الخبير وعلى جراح الأسنان الخبير عند صياغة تقريره ألا يكشف إلا العناصر التي من شأنها أن تقدم الإجابة على الأسئلة المطروحة في قرار تعيينه وفيما عدا هذه الحدود، يجب على الطبيب الخبير أن يكتفم كل ما يكون قد اطلع عليه خلال مهمته"⁽³⁾، وجاء في المادة 47 قانون مدني: "لكل من وقع عليه اعتداء غير مشروع في حق من الحقوق الملازمة لشخصيته أن يطلب وقف هذا الاعتداء والتعويض عما قد لحقه من ضرر"⁽⁴⁾.

ومن كل ما تقدم، وفي ظل غياب نصوص خاصة بالفحص الجيني يمكن إعمال هاته النصوص فيما يتعلق بحرمة انتهاك الحق في الحياة الخاصة المتعلقة بها، كما يمكن الخروج عن هذا الأصل العام في حالة الضرورة كالمصلحة العامة، ودرء مفسدة خاصة للفرد، وفي حالة أخذ إذن من المعني بإسقاط حقه.

1- حسني محمود عبد الدايم عبد الصمد، البصمة الوراثية ومدى حجيتها في الإثبات، المرجع السابق، ص 891-899.

2- باديس ذيابي، حجية الطرق الشرعية والعلمية في دعاوى النسب، المرجع السابق، ص 111-113.

3- المرسوم التنفيذي رقم 92-276 المؤرخ في 06/06/1992 المتضمن مدونة أخلاقيات الطب

4- الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان 1395، الموافق لـ 26/09/1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم بالقانون

05-07، المؤرخ في 13 ماي 2007: رقم 31 لمؤرخة في 13 ماي 2007.

الفرع الرابع: البصمة الوراثية ومبدأ قرينة البراءة.

جاء في المادة 45 من الدستور الجزائري: "كل شخص يعتبر بريئا حتى تثبت جهة قضائية إدانته"، وفي مجال الإجراءات الجزائية، لا يتعارض مبدأ قرينة البراءة مع تطبيق الوسائل الزجرية مثل: التوقيف والحبس المؤقت ذلك أن المشرع حَف تلك التدابير الردعية بضمانات عديدة.

وفي مجال التحليل الجيني (البصمة الوراثية)⁽¹⁾ هناك ضمانات تجد أساسها في الدستور والاتفاقيات الدولية الموقع عليها، وترتكز الضمانات الموجودة على شقين اثنين، أحدهما تقني والآخر إنساني، أما الضمانات التقنية فهي تعني توخي الدقة في أخذ العينة من الشخص، أما الضمانات الإنسانية تكمن في مراقبة الفحص وحماية حقوق المتهم باعتباره كائنا بشريا، ومن بين الضمانات الواجب توفرها في حالة رضا المتهم وقبوله أخذ عينة:

- وجوب الإخطار كتابة بساعة الفحص وبالمخبر الذي يجري فيه هذا الفحص؛
 - أن يحضر عملية الفحص الخبير الذي يختاره المتهم؛
 - أن يتم الإخطار كتابة بنتائج الفحص؛
 - أن يمنح الحق للمتهم بإجراء خبرة مضادة في أجل معين؛
 - أن يتم إتلاف العتاد الخلوي بموجب محضر محرر بذلك.
- كما تذكر الضمانات الواجب مراعاتها في حالة امتناع المتهم ورفضه أخذ عتاد من جسمه.

- أن يصدر أمر الإكراه من طرف أحد القضاة؛
- أن يكون أمرا مسبيا؛
- ألا يأمر سوى بالنسبة لعدد محدد من الجرائم، الجرائم الأخلاقية وجرائم القتل مثلا؛
- ألا يأمر به إلا بعد دعوة المتهم كتابة إلى إتباع طريق لفحص الطوعي الإرادي؛
- أن يتم أخذ العتاد من طرف أحد الأطباء؛
- ترك إمكانية الطعن في أمر التسخير الصادر عن القاضي؛
- أن يوقف الاستئناف تنفيذ الأمر القضائي.

1- توصيات ملتقى البصمة الوراثية، المنظم من قبل مجلس قضاء سطيف، ومنظمة المحامين سطيف: خلال يومي 09-10/04/2008 بدار الثقافة هواري بومدين، سطيف.

أطلع عليه يوم 01/06/2016 م على الساعة 69?!=69 www.ovocat_setif.org/événements/séminaire - 18:40

ما يمكن قوله هنا أنه يمكن إعمال هاته الضمانات كذلك في مبدأ الحق في السلامة الجسدية وعلاقته بالبصمة الوراثية.

المطلب الثاني: معوقات العمل بالبصمة الوراثية من الناحية المادية .

بالإضافة إلى المعوقات القانونية والقضائية السابقة الذكر، هناك عراقيل مادية⁽¹⁾، التي قد تبين قصور البصمة الوراثية، وقد تؤدي أحيانا إلى الإهدار الكامل لقيمتها كدليل فني، وقد يكون هذا القصور من جوانب إجرائية أو فنية، وهنا يستعين الدفاع بخبراء لدراسة أوجه القصور وكشفها بالدليل محل البحث في القضية ومثالها:

1- الأخطاء التي قد تحدث أثناء التعامل مع العينات، من حيث رفعها وتحريزها وحفظها وطريقة إرسالها إلى المختبرات، والتداول الخاطئ من قبل الخبراء للعينات أثناء فحصها بالمختبرات وكذلك التغيير الخاطئ للنتائج.

2- قد لا يكون صاحب الأثر هو الجاني، فقد يكون تصادف وجوده لحظة ارتكابها بدون أن يكون هو الفاعل أو المشارك.

3- قد لا تتوفر في المخبر الذي فحصت فيه العينة المعايير والمقاييس المطلوبة لعمل مثل هذا الفحص الدقيق.

4- التحايل على البصمة الوراثية من قبل المجرمين مثال: ارتداء المجرم لقناع وقفازات واستعمال عازل طبي حتى لا يترك أي أثر من جسمه يمكن منه تحليل الحمض النووي، أو كمن يرغب الضحية على الاستحمام وإزالة أي أثر بيولوجي من على جسمها، أو كمن يقوم برش سائل منوي غريب على الضحية، أو زرعه داخلها بالحقن .

5- أثبت الخبراء وجود أخطاء في المعامل الإكلينيكية في كل الميادين بمعدلات تقدر نسبتها ما بين 1 و 5% ولا يمكن اعتبار أي طريقة بيولوجية صحيحة 100% وخالية من العيوب .

6- الصيغة المستعملة في التقارير الطبية الخاصة بنتائج البصمة الوراثية هي " يمكن استبعاد المدعو كأب بيولوجي للطفلة " وفي حالة عدم "يقول لا يمكن استبعاد... " وكلمة: يمكن تقوم على الاحتمالية⁽²⁾.

1- بوصبع فؤاد، البصمة الوراثية، ومدى مشروعيتها في إثبات ونفي النسب، المرجع السابق، ص 97-98.

- خليفة علي الكعبي، البصمة الوراثية وأثرها على الأحكام الفقهية، المرجع السابق، ص 91-94.

2- المرجع نفسه، ص 91-94.

وهاته المعوقات المادية بالإضافة إلى الفضائية السابقة قللت من أهمية البصمة الوراثية وأهدرت من قيمتها عند أهل القضاء .

الخاتمة :

من كل ما سبق إن هاته المبادئ من مبدأ عدم إجبار شخص على تقديم دليل ضد نفسه ومبدأ الحق في السلامة الجسدية، ومبدأ حرمة الحياة الخاصة، ومبدأ قرينه البراءة، والتي تعتبر كحجة في يد المتهم يتخذها كمعوقات أو معرقلات ينفلت بها من الخضوع للفحص ADN، فإن هاته المبادئ تعد قواعد عامة، وأصل عام، لكن يمكن الخروج عنها استثناء كلما دعت الضرورة والمصلحة العامة وحتى المصلحة الخاصة للمتهم ذاته، وإعمالاً للقواعد العامة "الضرر يزال" "المصلحة العامة الأولى من المصلحة الخاصة"، "ودرء المفسدة الأولى من جلب المصلحة" وغيرها من القواعد في هذا الباب.

و ما يمكن قوله أن المعوقات المادية بالإضافة إلى الفضائية السابقة قللت من أهمية البصمة الوراثية وأهدرت من قيمتها عند أهل القضاء .

أما فيما يخص مسائل النسب ونظراً لكونها مستمدة من أحكام الشريعة الإسلامية، فكثيراً ما تواجه البصمة الوراثية أثناء سيرها أمام القضاء الشرعي عائق كبير أسست عليه الشريعة أغلب أحكام النسب، ولم تزعه وتهدر من قيمته، إلا بما هو أقوى منه وهو اللعان وهذا العائق هو الفراش الذي لا تكون للبصمة الوراثية أثر بوجوده، وهنا يقول ابن القيم "لو تعارض دليل الفراش ودليل الشبهة، فإننا نعمل دليل الفراش ولا نلتفت إلى الشبهة بالنص والإجماع"⁽¹⁾، والعائق الثاني وهو اللعان الذي يعد الطريق الشرعي الوحيد لنفي النسب، بتوفر شروطه، والعمل به واجب⁽²⁾ وعليه لا محل للبصمة الوراثية معه .

والجدير بالذكر أنه رغم هاته المعوقات إلا أن هذا لم يمنع من تعدد مجالات استخدامها.

ويبقى أمامي أن أدعو المشرع الجزائري والمجتهدين القضائيين إلى التنصيص والإشارة إلى مجال العمل بالبصمة الوراثية ومواطن اللجوء لها، بصفة مفصلة حتى تخرج من الخلافات الفقهية في المسألة وتجنب القاضي مسؤولية التخبط بين هذا القول وذاك ومدى أعمال هاته المبادئ ومناطق الخروج عنها.

1- ابن القيم الجوزية، إعلام الموقعين عن رب العالمين، دار الكتاب العربي، بيروت، 1998، ط 2، ج 3، ص 114-115.

2- ابن القيم الجوزية، زاد العاد في هدي خير العباد، دار الكتب العلمية، بيروت، 1985، ط 1، ج 4، ص 164.

سلطة رئيس الجمهورية في التعيين والعزل في كل من النظام الدستوري الجزائري والأمريكي

طالب الدكتوراه. جمال بن مامي

التخصص: القانون العام

كلية الحقوق و العلوم السياسية

جامعة يحي فارس المدية

الملخص : تبرز هذه الدراسة المقارنة سلطة رئيس الجمهورية في التعيين والعزل بالوظائف العليا في كل من النظام الدستوري الجزائري والأمريكي، والتي تعد الحجر الأساس لمعرفة المركز الدستوري لرئيس الجمهورية و علاقته بباقي السلطات .
الكلمات المفتاحية: رئيس الجمهورية التعيين العزل الوظائف العليا.

Abstract: This comparative study shows the power of the presidents of Algeria and United States of America in appointment and removal of high rank officers according to their respective constitutions.

Key words : the president – appointment- removal – high rank officers

المقدمة:

سلطة التعيين والعزل من أبرز السلطات التي خولتها الأنظمة الدستورية الى رؤساء الدول، كما هو الحال في الجزائر والولايات المتحدة الأمريكية، إذ أن كل رئيس دولة إلا وهو المسؤول عن أجهزة الدولة التي يحكمها، فلهذا من الطبيعي أن يعهد إليه بصلاحيات تزويدها بالعناصر البشرية التي تكفل لها النهوض بالأعباء الملقاة على عاتقها، ولكن الأمر يتعدى ذلك ليصل الى سلطة رئيس الجمهورية في التعيين والعزل في باقي السلطات الأخرى الأمر الذي يجعلنا نطرح الاشكالية التالية : ما مدى اختلاف سلطة رئيس الجمهورية في التعيين والعزل في كل من الدستور الجزائري والأمريكي؟

فهذه الدراسة تحتوي على عنصرين:

سلطة رئيس الجمهورية في التعيين بكل من الجزائر والولايات المتحدة الأمريكية
سلطة رئيس الجمهورية في العزل بكل من الجزائر والولايات المتحدة الأمريكية

أولاً : سلطة رئيس الجمهورية في التعيين بكل من الجزائر والولايات المتحدة الأمريكية تعتبر سلطة التعيين لرئيس الجمهورية حقاً دستورياً كفلته معظم دساتير الدول لرؤسائها مما يؤدي إلى تعزيز مكانته من جهة ومن أجل قيادة طاقمه التنفيذي من جهة أخرى، فله سلطة تعيين الوزراء والسفراء وغيرها من المناصب المدنية والعسكرية التي يرى من خلالها أنها تعزز من نشاط السلطة التنفيذية .

الآن الدراسة المقارنة بين سلطة رئيس الجمهورية في التعيين بكل من النظام الدستوري الجزائري والأمريكي أفرزت لنا مفارقات من حيث مدى سلطة كل رئيس في التعيين .

1 : سلطة رئيس الجمهورية في التعيين في الجزائر

لقد منح الدستور الجزائري لرئيس الجمهورية صلاحية التعيين على مستوى السلطات الثلاث، في حين لم يخول للبرلمان أي سلطة في التعيين باستثناء تعيين كل غرفة لممثلين عنها في المجلس الدستوري.

1-1 : سلطة رئيس الجمهورية في تعيين أعضاء السلطة التنفيذية

إن من أبرز صلاحيات التعيين التي يحوزها رئيس الجمهورية هي تلك المتعلقة بتعيين الوزير الأول، غير أن هذه الصلاحية عرفت مراجعة من خلال التعديل الدستوري الأخير لسنة 2016 الذي اشترط في تعيين الوزير الأول استشارة الأغلبية البرلمانية¹، ونشير إلى أن رئيس الجمهورية قبل التعديل الدستوري الأخير كانت له الحرية المطلقة في اختيار وتعيين الوزير الأول إذ لا يوجد ما يقيد بضرورة اختياره من الحزب الفائز بالأغلبية النيابية²، لكن هذا التعديل الأخير حتى وإن وضع قيوداً لرئيس الجمهورية في تعيين الوزير الأول فهو قيد شكلي فقط، لأن هذه الاستشارة المقدمة من طرف الأغلبية البرلمانية غير ملزمة لرئيس الجمهورية للأخذ بها.

ولا يختلف الأمر كثيراً مع باقي أعضاء الحكومة، فصلاحية تعيينهم هي كذلك بيد رئيس الجمهورية³، مما يبرز لنا طبيعة النظام المعتمد الذي يراثل النظام الرئاسي الذي تأخذ به الولايات المتحدة الأمريكية، في مقابل ذلك نجد أن الدستور الجزائري قبل التعديل الدستوري لسنة 2008 كان ينص على أن رئيس الحكومة هو الذي يقوم باختيار أعضاء حكومته ثم يعرضهم على رئيس الجمهورية، وعليه نستشف بأن صلاحية اختيار باقي أعضاء الحكومة كانت من ضمن صلاحيات رئيس الحكومة وليس رئيس الجمهورية⁴، لتندرج فيما بعد ضمن صلاحيات رئيس الجمهورية، وما دور الوزير الأول إلا منسق⁵ للوزراء.

1-2 : سلطة رئيس الجمهورية في تعيين أعضاء السلطة التشريعية

تبرز أهمية السلطة التشريعية باختصاصها بوظيفة سن القوانين التي من خلالها تقوم السلطة التنفيذية بتنفيذ تلك القوانين في إطار الفصل بين السلطات، لكن الدستور الجزائري لسنة 1996 نص على صلاحية رئيس الجمهورية في تعيين الثلث من إجمالي عدد أعضاء مجلس الأمة⁽⁶⁾، مما يحدث حالة من عدم التوازن بين السلطات عبر تقوية السلطة التنفيذية وإضعاف السلطة التشريعية.

وإذا كانت الغاية من ذلك هو الدفاع عن برنامج رئيس الجمهورية، وكذا منح الحصانة للتشريع الحكومي فإن هذا التعيين يجعل من وجود أعضاء معينين داخل مجلس الأمة تابعين لسلطة رئيس الجمهورية داخل البرلمان، مما يؤدي إلى عدم مصادقته على المشاريع، أو اقتراح القوانين التي صوت عليها المجلس الشعبي الوطني عبر كبحها وعدم تمريرها فيترتب على ذلك التعارض في توجيه الإرادة الشعبية المعبر عنها في الغرفة السفلى للبرلمان .

1-3 : سلطة رئيس الجمهورية في تعيين أعضاء السلطة القضائية

يتمتع رئيس الجمهورية بسلطة تعيين القضاة لكونه القاضي الأول في البلاد بحكم نص المادة 86 من دستور 1996 المعدل بقانون 16_01 على أن رئيس الجمهورية يتمتع بالسلطة السامية، وقد خول الدستور صلاحية تعيين القضاة لرئيس الجمهورية لإضفاء نوع من الهيبة والحماية مع ما يتطابق مع مقتضيات تحقيق العدالة، غير أن الأشكال يثار في الآثار المترتبة على هذا التعيين من أبرزها تبعية القضاة لرئيس الجمهورية و وزير العدل، فهذا الأخير يعينه رئيس الجمهورية بموجب مرسوم رئاسي بنفس الطريقة التي يعين بها باقي القضاة المنصوص عليها في المادة 92 فقرة 8 من الدستور⁽⁷⁾.

ويكون تعيين القضاة بموجب مرسوم رئاسي بعد اقتراح من وزير العدل وبعد مداولة المجلس الأعلى للقضاء⁽⁸⁾، فهذا الأخير من حيث تشكيلته نجد بأنه يغلب عليها عدد الأعضاء المعينين من طرف رئيس الجمهورية على عدد القضاة المنتخبين من قبل زملائهم على مستوى الجهات القضائية⁽⁹⁾، ومن ثم فتغليب عدد الأعضاء المعينين من طرف رئيس الجمهورية على باقي الأعضاء المكونين لهذا المجلس يجعله لا يتمتع بالاستقلالية اللازمة في أداء عمله.

وعليه نرى بضرورة إضفاء نوع من الاستقلالية للسلطة القضائية خاصة وأن المجلس الأعلى للقضاء هو الهيئة المشرفة على سير هذا القطاع وكان من الأرجح أن تحوّل له صلاحية تعيين

القضاة من أجل أداء عملهم بدون ضغط في حل النزاعات التي تثور بين الافراد في تطبيقهم للقانون .

كما أن الملاحظ للتعديل الدستوري الاخير يستشف بأن المشرع الجزائري اتجه الى الاخذ بالقضاء الدستوري ممثلا في هيئة المجلس الدستوري عبر آلية الرقابة القضائية على دستورية القوانين عن طريق الدفع بمناسبة دعوى قضائية يرفعها الافراد، وبناء على إحالة من المحكمة العليا أو مجلس الدولة، بسبب خلافهم حول مدى دستورية نص قانوني ينتهك حقوق وحریات الافراد التي كفلها الدستور لهم¹⁰، غير أن الاشكال يبرز من خلال التشكيلة التي يتكون منها المجلس الدستوري عبر تعيين رئيس الجمهورية لأربعة أعضاء من بينهم الرئيس ونائبه¹¹، فهذا التعيين قد يؤثر على أداءه الرقابي سواء كان سياسيا أو قضائيا.

1-4 : سلطة رئيس الجمهورية بالتعيين في المناصب العسكرية

يعد رئيس الجمهورية رئيسا للجهاز الاداري، ووزيرا للدفاع، والقائد الأعلى للقوات المسلحة، وما يليه ذلك على عاتقه من مسؤوليات بوصفه صاحب السلطة التنفيذية طبقا للدستور، فيعمد بذلك الى اختيار مساعديه من بين الذين يشغلون المناصب العسكرية لعل أهمها تعيين الموظفين العسكريين وكذا مسؤولي أجهزة الأمن¹²، وكذلك تعيين قائد أركان الجيش الشعبي الوطني، أما باقي الوظائف غير المنصوص عليها في الدستور فيستطيع التفويض بممارستها.

وما يلاحظ من احتكار رئيس الجمهورية لسلطة التعيين في المناصب المدنية والعسكرية راجع الى مكانة وقوة رئيس الجمهورية داخل النظام السياسي الجزائري هذا من جهة، ومن جهة أخرى وضع الشعب لثقتة في قيادة البلاد والحفاظ على سلامة وحماية الدولة وشعبها عبر كل القطر الوطني لأنه هو حامي الدولة والساھر على سير مؤسساتها .

2: سلطة رئيس الجمهورية بالتعيين في الولايات المتحدة الامريكية

لقد نصت المادة الثانية الفقرة الثانية من دستور الولايات المتحدة الامريكية، على سلطة الرئيس الأمريكي بصلاحيّة تعيين السفراء والوزراء والقناصل وقضاة المحكمة العليا وجميع موظفي الولايات المتحدة الأمريكية الذين لم يرد هنا نص خاص بمناصبهم بناء على مشورة وموافقة مجلس الشيوخ¹³، بالرغم من أن موافقة مجلس الشيوخ دائما ما تكون بالإيجاب على تعيينات الرئيس¹⁴.

1-2: سلطة الرئيس الامريكى في تعيين أعضاء السلطة التنفيذية

الرئيس في النظام الرئاسي الامريكى يجمع بين رئاسة الدولة ورئاسة الحكومة وتنحصر السلطة التنفيذية في يد رئيس الجمهورية الذي يتولى ممارستها بنفسه، ومادام الرئيس يتمتع بالسلطة الفعلية في النظام الرئاسي فإن نتيجة ذلك أن وزراء المعروفين باسم (السكرتيرين أو كتاب الدولة) يخضعون له خضوعا تاما، بل ولا يستطيعون الاستقلال بسياسة مستقلة عن سياسة رئيس الجمهورية الذي يخضعون له في تعيينهم⁽¹⁵⁾.

وإذا كان النظام الرئاسي الامريكى قائما على مبدأ الفصل بين السلطات في صورته الجامدة إلا أن ذلك لا يمنع من مراقبة التعيينات التي تندرج ضمن صلاحيات الرئيس ومن بينها سلطة تعيين الرئيس للوزراء بموجب المادة الثانية_ الفقرة الثانية من الدستور الامريكى والتي وضعت شرطا جوهريا وهو موافقة مجلس الشيوخ على مرشحي الرئيس والتي تسمى بمجاملة الشيوخ التي في الغالب يوافق من خلالها مجلس الشيوخ على كل المرشحين.

فإذا كانت موافقة مجلس الشيوخ على تعيين الوزراء شرطا جوهريا، فإن هناك العديد من الاعتبارات التي لا بد على الرئيس الامريكى أن يأخذ بها من أبرزها تحقيق التوازن التمثيلي بين المناطق الجغرافية المختلفة في البلاد وكذا إطارات حزبه الفائز وبين مختلف الفئات الاجتماعية والاقتصادية في الولايات المتحدة الامريكية⁽¹⁶⁾، بالإضافة الى احترام مبدأ المساواة في تولي المناصب⁽¹⁷⁾.

2-2: سلطة الرئيس الامريكى في تعيين أعضاء السلطة القضائية

تعد سلطة تعيين القضاة في النظام الرئاسي الامريكى مشابهة لباقي التعيينات التي نصت عليها المادة الثانية الفقرة الثانية من الدستور الامريكى من خلال تعيينهم من قبل الرئيس الامريكى بعد مشاوره وموافقة مجلس الشيوخ.

وقد تبنى مؤسسو الدستور الامريكى فكرة استقلال السلطة القضائية استقلالا كاملا بهدف حماية الدستور أولا، وضمان تطبيق القوانين ثانيا، وصيانة حقوق وحرىات الافراد ثالثا، فأحكام الدستور لا يمكن حمايتها الا مع وجود قضاء مستقل لا يخشى ان يعلن مخالفة التشريع للدستور⁽¹⁸⁾.

فمبدأ الفصل بين السلطات كان الاساس الذي وضعت عليه تلك القواعد الدستورية في الولايات المتحدة الامريكية التي تتلخص في أن مزايا أي دستور حر تغدو بلا معنى حين يصبح من حق السلطة التنفيذية ان تعين أعضاء السلطة التشريعية والقضائية⁽¹⁹⁾.

وتعد المحاكم الاتحادية الدرجة الاولى للتقاضي والتي يعين فيها الرئيس الامريكى القضاة، بناء على طلب اعضاء مجلس الشيوخ لتلك المقاطعات فيمن يتولى القضاء في تلك المحكمة، ويقوم الرئيس الامريكى بتعيينهم، وهذا ما يطلق عليه بوصف مجاملة الشيوخ، وأما بخصوص المحاكم الاستثنائية وعددها أحد عشر محكمة، فيقوم الرئيس الامريكى بتعيينهم بعد مشاورة وموافقة مجلس الشيوخ، وتعد المحكمة العليا المكونة من تسعة قضاة هي أعلى هيئة قضائية في الولايات المتحدة الامريكية لما لها من أهمية قصوى للرؤساء الأمريكيين خاصة رئيس المحكمة العليا الذي يعد ثاني رجل في الدولة لذا يقوم الرئيس الامريكى بتعيين قضاة المحكمة العليا التابعين لحزبه⁽²⁰⁾.

2-3 : سلطة الرئيس الامريكى بالتعيين في المناصب العسكرية

لقد خول الدستور الامريكى للرئيس مرتبة القائد الاعلى للجيش، ولأسطول الولايات المتحدة الامريكية، ولقوات الميليشيا التابعة للولايات المختلفة عندما تستدعى الى الخدمة الفعلية⁽²¹⁾، وله سلطة تعيين القادة العسكريين، وذلك استنادا الى القاعدة الدستورية المنصوص عليها في الفقرة الثانية من المادة الثانية، وهي أن يكون التعيين بمشورة وموافقة مجلس الشيوخ بالنسبة للقيادات العليا، وبما أن القطاع العسكري يعد من القطاعات الحساسة لأي دولة، فقد ارتأى واضعو الدستور الامريكى عدم تمكين كل من الرئيس الأمريكي، أو الكونجرس بالانفراد بهذا القطاع⁽²²⁾، وإنما تم إيجاد صيغة وسطية من خلالها يتم تقاسم السلطة سواء في مجال تعيين القادة العسكريين أو في اعلان حالة الحرب⁽²³⁾.

ثانيا : سلطة رئيس الجمهورية في العزل بكل من الجزائر والولايات المتحدة الامريكية تعد سلطة العزل نتيجة بالتبعية لسلطة التعيين وفقا لقاعدة توازي الاشكال" من يملك سلطة التعيين يملك سلطة العزل"، فهذه الاخيرة هي كذلك من بين السلطات التي يتمتع بها رئيس الجمهورية في كل من النظام الدستوري الجزائري و نظيره في الولايات المتحدة الامريكية.

1 : سلطة رئيس الجمهورية بالعزل في الجزائر

استعمال رئيس الجمهورية لسلطة العزل ناتج عن المركز القانوني الذي يحتله في الدولة، وستتطرق في هذا العنصر الى سلطة الرئيس في عزل اعضاء السلطة التنفيذية وكذا القادة العسكريين بالإضافة الى القضاة.

1-1 : عزل رئيس الجمهورية لأعضاء السلطة التنفيذية

يعد اختصاص عزل الوزير الاول من اختصاص رئيس الجمهورية، وذلك استنادا الى نص المادة 5/91 من الدستور الجزائري، ولم يتوقف المؤسس الدستوري عند هذا الحد بل خوله ايضا انهاء مهام باقي الوزراء، وقد بلغ عدد التعديلات الحكومية التي أجراها الرئيس الحالي عبد العزيز بوتفليقة 19 تعديلا حكوميا منذ توليه الرئاسة سنة 1999 الى غاية 2016، الامر الذي يبرز لنا الخطر الذي يهدد الوزراء سواء من جانب رئيس الجمهورية بواسطة العزل، أو من جانب البرلمان عبر المسؤولية السياسية للوزراء²⁴.

فهذا التغيير والتعديل المستمر على أعضاء الحكومة يرتب حالة اللاستقرار على سير القطاعات عبر تغير مسؤوليها عن تلك الوزارة مما يؤدي الى عدم اتمام المشاريع بل وحتى إلغائها والبدء في مشاريع أخرى جديدة مما يشكل نوعا من عدم التوازن في تطبيق برنامج رئيس الجمهورية .

1-2 : عزل رئيس الجمهورية للقادة العسكريين

لرئيس الجمهورية السلطة المطلقة في عزل من يراه غير ضروري في تقلد وظيفته سواء كانت مدنية أو عسكرية، وذلك بالاستناد الى النصوص الدستورية التي خولته ذلك بداية من التعيين الى العزل دون تفويض لسلطته لأحد²⁵، وبما أن رئيس الجمهورية هو القائد الاعلى للقوات المسلحة وهو الذي يتولى مسؤولية الدفاع الوطني و السهر على أمن البلاد فله من الصلاحيات ما يحوله عزل من يراه غير مناسب لحماية الدولة وسير مؤسساتها²⁶.

1-3 : سلطة رئيس الجمهورية في عزل أعضاء السلطة القضائية

يعد القضاء هو حامي المشروعية والفاصل في النزاعات التي تثور بين الاشخاص في تطبيق القانون والقضاة هم الوسيلة التي من خلالها يتم إنصاف الضحية وتوقيع العقاب على المجرم، والجدير بالذكر أن إطلاق وصف رئيس الجمهورية بأنه القاضي الاول في البلاد يهدم مبدأ دستوريا جوهريا هو مبدأ الفصل بين السلطات، حتى وإن كان هذا الفصل مرنا فإنه لا يرتقي لأن يصبح رئيس الجمهورية هو القاضي الاول للبلاد، في حين تصبح السلطة القضائية مجرد وظيفة، وما صلاحية رئيس الجمهورية بعزل القضاة لدليل على عدم تمتع السلطة القضائية بالاستقلال العضوي، وأما بخصوص رأينا في من له الاحقية بعزل القضاة فإننا نرجح المجلس الاعلى للقضاء بسبب معرفته بتسيير الجهات القضائية لكن مع مراعاة التشكيلة التي يتكون منها التي تتطلب ابعاد عضوية رئيس الجمهورية من رئاسة المجلس حتى تعزز من استقلالته .

2: سلطة رئيس الولايات المتحدة الأمريكية في العزل

وستتطرق في هذا العنصر الى سلطة الرئيس الأمريكي بعزل الوزراء (اعضاء السلطة التنفيذية) وكذا ذوي المناصب العسكرية العليا بالإضافة الى حصانة أعضاء السلطة القضائية

2-1: سلطة الرئيس الأمريكي في عزل أعضاء السلطة التنفيذية

يتمتع رئيس الولايات المتحدة الأمريكية بسلطة عزل وزرائه (السكرتيرين) بما يمكنه من فرض سيطرته على أعضاء هذه السلطة التنفيذية على الوجه الذي يرضاه، ولكن إطلاق هذه السلطة في نفس الوقت قد يمثل تهديدا لمساعديه التنفيذيين بدعوى الصالح العام أو الامن العام، ولعل ذلك يتفق مع ما استقر عليه الفقه والقضاء الأمريكي « من أن الموظف ليس له حق ثابت في الاستمرار في وظيفته وأن بقاءه فيها يتوقف على إرادة الهيئة التي عينته، كما هو الحال في العلاقة بين العامل ورب العمل في المشروعات الخاصة»²⁷.

غير أن المفارقة في سلطة عزل الوزراء لا تأخذ نفس الاجراءات المتبعة أثناء التعيين والمتمثلة في مشاوره وموافقة مجلس الشيوخ، وهذا ما جاء به القرار الصادر عن المحكمة العليا الأمريكية الذي ينص بأن الهدف الاساسي لوضعي الدستور الأمريكي كان إقامة سلطة تنفيذية قوية، وكما أن سلطة الرئيس في اختيار موظفي الادارة هي أمر أساسي لتمكين الرئيس من تنفيذ القوانين، فإن سلطته في عزل هؤلاء هي أمر أساسي أيضا حتى يستقيم القول بأنه مسؤول عنهم²⁸، إضافة الى أن عدم إدراج قيود على سلطة الرئيس الأمريكي في عزل الوزراء تعد إشارة مؤكدة الى أن مثل هذه القيود كانت أمرا غير مقبولا للآباء المؤسسين لهذه الامة الذين سعوا الى وضع سلطة تنفيذية قوية ومستقلة عن باقي السلطات²⁹.

لكن الملاحظ في استعمال سلطة الرئيس الأمريكي في عزل وزرائه يجدها قليلة جدا، وذلك راجع في أن استعمالها يثير الشكوك في صحة قرارات الرئيس التي تعني بأنه يخطئ في الاختيار وتقدير الاشخاص.

2-2 : سلطة الرئيس الأمريكي في عزل العسكريين

لقد نص دستور الولايات المتحدة الأمريكية في مادته الثانية من نفس الفقرة على أن الرئيس الأمريكي هو القائد الاعلى للقوات المسلحة الأمريكية، ومن ثم فله سلطة عزل العسكريين بحكم مرتبته في السلم العسكري، فحالة الحرب مثلا لا تترك المجال للرئيس بأن يأخذ بمشورة وموافقة مجلس الشيوخ³⁰، لهذا فقد ترك أمر ترتيب وقيادة الجيش للرئيس الأمريكي، في حين أن أمر إعلان الحرب هو مخول للكونغرس وبالتالي يظهر نوع من

المشاركة الجماعية في المجال العسكري دون انفراد طرف على الاخر، لما يترتب عن هذا المجال من آثار كالحروب وما يلحقها من أضرار .

2-3 : حصانة أعضاء السلطة القضائية من العزل

بالرغم من أن الدستور الأمريكي قد خول كلا من الرئيس ومجلس الشيوخ في مسألة تعيين القضاة، فإن هؤلاء بمجرد تعيينهم يتحصلون على الحصانة التامة عن الرئيس، مما يكفل لهم مباشرة مهامهم القضائية بعيدا عن سلطة الرئيس، فقد نص الدستور الأمريكي على أن " يحتفظ قضاة المحكمة العليا وغيرها من المحاكم الأدنى بمناصبهم مادام سلوكهم حسنا، ويتلقون مقابل خدماتهم وفي أوقات محددة مكافأة لا تنقص طوال مدة بقائهم في مناصبهم³¹.

وعليه فقد أعطى الدستور الأمريكي الحصانة للقضاة عبر توليتهم لمناصبهم مدى الحياة، أو حتى يختاروا هم أن يتنحوا جانبا، والطريقة الوحيدة التي يمكن من خلالها إزاحتهم من مناصبهم القضائية هي محاكمتهم برلمانيا، من خلال اتهامهم من طرف مجلس النواب، وإدانتهم بواسطة مجلس الشيوخ بسبب الخيانة، أو الرشوة، أو غير ذلك من الجرائم والجنح الكبرى، ويواجه القاضي المتهم المحاكمة أمام مجلس الشيوخ الذي يمكن أن يدينه بتصويت ثلثي الاعضاء الحاضرين³².

ونتيجة لما تقدم فإننا نستشف بأن السلطة القضائية في الولايات المتحدة الأمريكية لها من الاستقلالية ما يؤهلها الى أداء عملها بكل شفافية، وبدون أي تدخل من السلطتين التنفيذية والتشريعية، الأمر الذي يجعل من النظام الرئاسي الذي جسده الآباء المؤسسون في دستور 1787 نظاما يكرّس الفصل بين السلطات دون تغليب سلطة على أخرى، مما يجعله يرتب ضمانة جد هامة ألا وهي حماية حقوق وحرريات الافراد .

الخاتمة:

وفي ختام بحثنا نورد بعض النتائج والتوصيات التي تتعلق بموضوع سلطة رئيس الجمهورية بالتعيين والعزل بكل من النظام الدستوري الجزائري والأمريكي:

أولا - النتائج :

تمثل سلطة التعيين والعزل لرئيس الجمهورية من بين السلطات المنصوص عليها في النظام الدستوري لكل من الجزائر والولايات المتحدة الأمريكية، وذلك لكون رئيس الجمهورية هو الرئيس الإداري الأعلى في الدولة.

تعتبر سلطة التعيين لرئيس الجمهورية في الجزائر سلطة مطلقة دون وجود أي قيود تحد من سلطته في التعيين، فله الحرية في تعيين الوزير الأول وباقي أعضاء حكومته، ونفس الأمر يتعلق وباقي المناصب القضائية، والعسكرية، وثلاث أعضاء مجلس الأمة لما لرئيس الجمهورية من سلطة سامية في الدستور.

وأما بخصوص الدستور الأمريكي فإن الأمر يختلف في سلطة الرئيس في التعيين من خلال تقييدها وخاصة في تلك التعيينات المتعلقة بالمناصب العليا في البلاد كوزرائه (السكرتيرين)، والقادة العسكريين، وكذا القضاة، بالأخذ بمشورة وموافقة مجلس الشيوخ.

أيضا نجد رئيس الجمهورية في النظام الجزائري من حيث استعماله لسلطته في العزل بأن له الحرية في ممارستها دون قيود أو اعتبارات سواء بخصوص الوزير الأول أو باقي الوزراء، ونفس الأمر بالنسبة للقادة العسكريين، والقضاة، لأن رئيس الجمهورية هو القائد الأعلى للقوات المسلحة، وفي نفس الوقت هو القاضي الأول في البلاد.

وأما بخصوص الرئيس الأمريكي فإن سلطته في العزل تكون مطلقة بخصوص وزرائه (السكرتيرين)، وكذا القادة العسكريين، وذلك باعتبار أن الرئيس الأمريكي هو الذي يتحمل تلك الأعباء، غير أنه لا يستطيع عزل القضاة وهذا ما يبين عن حكمة الآباء المؤسسين عند وضعهم للدستور سنة 1787 في إطار مبدأ الفصل بين السلطات، وعدم السماح لأي سلطة أن تحتكر باقي السلطات في آن واحد.

الإقتراحات:

على ضوء النتائج المتوصل إليها يمكننا إبداء بعض الإقتراحات التي تتجلى أساسا في :
نرى بضرورة إلغاء مصطلح استشارة الأغلبية البرلمانية عند تعيين الوزير الأول من قبل رئيس الجمهورية، وتعويضها بمصطلح موافقة الأغلبية البرلمانية، لأن الأولى على سبيل الاختيار، وأما الثانية فهي على سبيل اللزوم في تعيين الوزير الأول وكذا باقي الوزراء.
إضافة الى ذلك لا بد على المؤسس الدستوري الجزائري أن يلغي سلطة رئيس الجمهورية في تعيين الثلث الرئاسي المكون لمجلس الأمة، باعتبار أن ذلك لا يتناسب مع مبدأ الفصل بين السلطات، ولا يكفل حقوق وحريات الأفراد .

كذلك نرى بضرورة إبعاد سلطة رئيس الجمهورية في عزل القضاة، وجعلها من صلاحيات المجلس الأعلى للقضاء، وذلك لضمان استقلالية السلطة القضائية.

كذلك نرى بضرورة المسارعة الى اعادة النظر في تشكيلة المجلس الأعلى للقضاء وتغليب الفئة المنتخبة من طرف القضاة على الفئة المعينة من طرف رئيس الجمهورية، مع منحها سلطة عزل القضاة تدعيماً لمبدأ الفصل بين السلطات.

الهوامش و المراجع :

- 1- أنظر المادة 5/91 من دستور 1996 المعدل بموجب القانون 16-01 المتضمن التعديل الدستوري، الجريدة الرسمية العدد 14 الصادرة في 07 مارس 2016 .
- 2- محمد هاملي، هيمنة السلطة التنفيذية على السلطة التشريعية في النظام الدستوري الجزائري دراسة مقارنة بالنظامين الدستوري المصري والفرنسي، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2014، ص 73.
- 3- أنظر المادة 93 من الدستور الجزائري لسنة 1996 المعدل والمتمم.
- 4- أنظر المادة 79 من دستور 1996 قبل تعديله بقانون 19/08 المتضمن تعديل الدستور.
- 5- راجع المادة 02/93 من الدستور الجزائري لسنة 1996 المعدل والمتمم
- 6- انظر المادة 03/118 من دستور 1996 المعدل والمتمم، وكذلك المادة 01 من المرسوم الرئاسي 240/99 المتعلق بالتوظيف في المناصب المدنية والعسكرية للدولة، الجريدة الرسمية العدد 76، الصادرة في 31 أكتوبر 1999.
- 7- انظر المادة 86 من دستور 1996 المعدل والمتمم، وكذلك المادة 4/3 من المرسوم الرئاسي 240/99 التي تنص على التعيين في المؤسسات القضائية وهيئات الرقابة .
- 8- أنظر المادة 03 من القانون العضوي رقم 04/11 المتضمن القانون الاساسي للقضاء، الجريدة الرسمية العدد 57، الصادرة في 08 سبتمبر 2004 .
- 9- أنظر المادة 03 من القانون العضوي رقم 04/12 المتضمن تشكيل المجلس الاعلى للقضاء وعمله وصلاحياته، الجريدة الرسمية العدد 57، الصادرة في 08 سبتمبر 2004.
- 10- أنظر المادة 188 من دستور 1996 المعدل والمتمم.
- 11- أنظر المادة 183 من دستور 1996 المعدل والمتمم.
- 12- أنظر المادة 92 الفقرة 02 و 09 من دستور 1996 المعدل والمتمم.

13 - Article. 2 Section. 2 : he(president) shall nominate, and by and with the Advice and Consent of the Senate, shall appoint Ambassadors, other public Ministers and Consuls, Judges of the supreme Court, and all other Officers of the United States, whose Appointments are not herein otherwise provided for, and which shall be established by Law: but the Congress may by Law vest the Appointment of such inferior Officers, as they think proper, in the President alone, in the Courts of Law, or in the Heads of Departments.

- 14- يحيى السيد الصباحي، النظام الرئاسي الأمريكي والخلافة الاسلامية، الطبعة 1، دار الفكر العربي، مصر، 1993، ص 180.
- 15- محمد فتوح محمد عثمان، الاختصاص التنفيذي لرئيس الدولة في النظام الفدرالي دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، مصر، ص 07.
- 16- يحيى السيد الصباحي، النظام الرئاسي الامريكي والخلافة الاسلامية، المرجع السابق، ص 180.
- 17- لمزيد من التوضيح في هذه النقطة أنظر جمال بن مامي، مبدأ المساواة في تولي الوظائف العامة، مداخلة ضمن فعاليات الندوة العلمية بعنوان «طرق التوظيف بالوظيفة العمومية» المنظمة بكلية الحقوق بجامعة يحي فارس بالمدينة يوم 2016/05/04.
- 18- علي يوسف الشكري، رئيس الدولة في الاتحاد الفدرالي، الطبعة الاولى، مكتبة إيتراك، القاهرة، مصر، 2008، ص 148.
- 19- استقلال القضاء، مأخوذ من شبكة الانترنت من موقع <https://ar.wikipedia.org>
- 20- علي يوسف الشكري، رئيس الدولة في الاتحاد الفدرالي، المرجع السابق، ص 149.
- 21-Article. 2Section. 2: The President shall be Commander in Chief of the Army and Navy of the United States, and of the Militia of the several States, when called into the actual Service of the United States.
- 22-Chris Edelson, Emergency Presidential Power, the University of Wisconsin press, in the United States of America, 2013,P 07.
- 23- علي يوسف الشكري، المرجع السابق، ص 194.
- 24- تمثل مسؤولية الوزراء أمام البرلمان من جهتين، الأولى من خلال اسقاط البرلمان للحكومة بالتصويت على ملتمس الرقابة بموجب المادة 98 فقرة 05 من الدستور. ما إذا طلبتها الحكومة بموجب المادة 98 فقرة 05 من الدستور.
- 25- المادة 101 من الدستور الجزائري المعدل والمتمم
- 26- وللتوضيح أكثر نعطي مثالا على ذلك : المرسوم الرئاسي المتضمن إنهاء مهام مدير العلاقات الخارجية والتعاون بوزارة الدفاع، الجريدة الرسمية العدد 50، المؤرخ في 06 ذي الحجة عام 1436 ه الموافق 20 سبتمبر 2015.
- 27- أحمد شوقي محمود، الرئيس في النظام الدستوري للولايات المتحدة الأمريكية، رسالة دكتوراه في القانون، جامعة القاهرة، مصر، السنة الجامعية 1980، ص 308.
- 28- أحمد شوقي محمود، المرجع نفسه، ص 311.

29- المادة الثانية من الدستور الأمريكي لم تنص على كيفية العزل، لأن ذلك يعتبر تدخلا من قبل السلطة التشريعية في شؤون السلطة التنفيذية وهذا ما يتعارض مع مبدأ الفصل بين السلطات، في هذه النقطة راجع ثامر كامل محمد الخزرجي، النظم السياسية الحديثة والسياسات العامة، دار مجدلاوي للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، عمان، الأردن، 2004، ص 261.

30- أحمد شوقي محمود، المرجع السابق، ص 319.

31- Article. III. Section. 1: The judicial Power of the United States, shall be vested in one supreme Court, and in such inferior Courts as the Congress may from time to time ordain and establish. The Judges, both of the supreme and inferior Courts, shall hold their Offices during good Behaviour ; and shall, at stated Times, receive for their Services, a Compensation, which shall not be diminished during their Continuance in Office.

32- ستيد هام رونالد، القضاء الجنائي في التنظيمات الفدرالية دراسة معمقة في قوانين الولايات المتحدة الأمريكية، ترجمة المركز الثقافي للتعريب والترجمة، دار الكتاب الحديث، دون ذكر بلد النشر، 2008، ص 323 و 324.

حماية الأشخاص النازحين داخليا طبقا للقانون الدولي الإنساني

موايس ملوكة كريمة
طالبة دكتوراه قانون عام
كلية حقوق و العلوم السياسية
جامعة د. يحي فارس مدية

ملخص :

يتزايد القلق على مستوى العالم بشأن نزوح الأشخاص داخل بلدانهم بسبب الحروب أو الكوارث الطبيعية، حيث يتعرضون لمخاطر عدة سواء أثناء هروبهم أو نزوحهم بل حتى لدى عودتهم إلى ديارهم أو إعادة استقرارهم في مكان آخر، لكن تظل الحقيقة أن النزوح الداخلي يعرض أصحابه بوجه عام إلى المزيد من التمييز و انتهاكات حقوق الإنسان كنتيجة مباشرة لاقتلاعهم من جذورهم .

و على ضوء هذا، يفقد السكان النازحين مساكنهم و ممتلكاتهم و يصبحون في حاجة ماسة لطلب الحماية و المساعدة من دولتهم، غير أن عجز الحكومات في كثير من الأحيان عن مديد العون لهؤلاء الأشخاص النازحين جعل المجتمع الدولي ملزما بتغطية هذا النقص و تقديم الحماية و المساعدة و ذلك من خلال استئصال مجموعة هامة من القواعد القانونية في إطار القانون الدولي الإنساني.

الكلمات المفتاحية: الحروب، الكوارث الطبيعية، النزوح الداخلي، حقوق الإنسان.

Summary

There is growing concern worldwide about the displacement of people in their countries because of wars or natural disasters, where they are at risk Both during their flight and their displacement and even when they return to their homes or to resettle elsewhere.

But the fact remains that internal displacement generally exposes its authors to further discrimination and human rights violation as a direct result of uprooting them.

In the light of this, displaced people lose their homes and property and are in dire need of seeking protection and assistance from their state .however, the inability of governments often to provide assistance to these to displaced persons has made the international community obliged to cover this shortfall and provide protection and assistance.

Through the eradication of an important body of legal norms within the framework of international humanitarian law.

مقدمة :

قد يقع النزوح الداخلي بسبب الكوارث الطبيعية أو في اغلب الأحيان نتيجة لانتهاكات القانون الدولي الإنساني أثناء نزاع مسلح أو عدم احترام المعايير الأخرى التي وضعت لحماية الأشخاص في حالات عنف، فان هروب المدنيين من منطقة النزاع يعد دلالة واضحة على عدم المبالاة الأطراف المتحاربة بحقوقهم المكفولة لهم بموجب القانون الدولي الإنساني، وان هذه الأطراف تتعمد استهداف المدنيين على ترك ديارهم و يكفل للنازحين داخل بلدانهم الحماية و المساعدات التي من حق باقي السكان المدنيين .

وعلى هذا الأساس تبرز الإشكالية الرئيسية التالية :

ماهي الآليات القانونية التي وفرها القانون الدولي الإنساني لحماية الأشخاص النازحين داخل بلدانهم ؟

حيث، يتفرع عن هذا الطرح سؤالين محوريين و هما : من هم النازحون داخلها ؟ و كيف يحمي القانون الدولي الإنساني هذه الفئة من السكان المدنيين ؟
و للإجابة على هذه الإشكالية قسمنا هذه الدراسة الى مبحثين :

المبحث الأول : ماهية النزوح الداخلي .

المبحث الثاني : قواعد الحماية من النزوح الداخلي المقررة في القانون الدولي الانساني

المبحث الأول : ماهية النزوح الداخلي

إن البحث في ماهية النزوح الداخلي، يعكس لنا أهم قواعد الحماية الدولية المقررة للنازحين داخلها، باعتبارهم أشخاص مدنيين تركوا مناطق إقامتهم المعتادة جبرا، لأسباب لا يد لهم فيها، و عليه و من اجل الإطاحة بجميع هذه العناصر قسمنا مبحثنا هذا إلى مطلبين و هما على التوالي :

المطلب الأول : تعريف النزوح الداخلي

مما لا شك فيه أن ظاهرة النزوح تتزايد يوما بعد يوم سواء بسبب الظروف الطبيعية القاسية و الصعبة أو بسبب نزاع دولي أو غير دولي مما يضطروا السكان المدنيون على تغيير أماكن إقامتهم بحثا على الظروف المواتية للعيش. و عليه سنتطرق أولا إلى مفهوم النزوح الداخلي و عناصره، ثم الوقوف ثانيا على أسباب و النزوح الداخلي و آثاره .

الفرع الأول : مفهوم النزوح الداخلي و عناصره

أولا : مفهوم النزوح الداخلي

الأشخاص النازحون داخل البلاد هم أشخاص يغادرون مكان إقامتهم الاعتيادية بسبب الكوارث الطبيعية أو الإنسانية، ويعيشون بشكل مؤمن في أراضي دولتهم إلى أن تزول الأسباب التي أدت إلى نزوحهم (01)

و حسب آراء البعض، فاعتبر النزوح الداخلي بان الإبعاد داخل نفس الدولة إي نقل الأشخاص المرحلين إلى موقع آخر داخل بلد نفسه (02)، و يعد تعريف الأشخاص النازحين داخل بلدانهم الوارد في "المبادئ التوجيهية بشأن التشرّد الداخلي" الصادرة عن الأمم المتحدة سنة 1998 هو التعريف الأكثر استخداما من المجتمع الدولي و هو ينص على أنهم :

"... الأشخاص أو مجموعات الأشخاص الذين اجبروا أو اضطروا للهرب أو ترك ديارهم أو أماكن إقامتهم المعتادة، وبخاصة كنتيجة لنزاع مسلح أو حالات عنف عام أو انتهاكات لحقوق الإنسان أو كوارث طبيعية أو من صنع الإنسان، أو لتفادي آثار هذه الأوضاع و لكنهم لم يعبروا الحدود الدولية المعروفة للدولة." (03) و الجدير بالذكر انه، أحيانا تنجم تنقلات لسكان عن استخدام القوة أو أشكال الإكراه الأخرى ضد المدنيين و في هذه الحالات يستخدم القانون الدولي الإنساني مصطلحات التشريد، أو النقل، أو الإجلاء ... فالمشردين داخليا يقصد بهم الأشخاص الذين اكرهوا على الهرب أو على الترك منازلهم أو أماكن إقامتهم العادية أو اضطروا الى ذلك و لم يعبروا حدا دوليا معترف به من حدود دولة (4) و بالتالي يمكن تعريف النزوح الداخلي، بأنه تلك الحالة التي يجد فيها الأشخاص أنفسهم مجبرين على ترك أماكن إقامتهم المعتادة أو الانتقال إلى أماكن أخرى بحثا عن الأمن و الحماية نتيجة أو سعيا لتفادي آثار النزاع المسلح أو حالات العنف العام، أو انتهاكات حقوق الإنسان أو الكوارث الطبيعية أو الكوارث من صنع البشر دون أن يتجاوز في ذلك حدود دولتهم .

ثانيا : عناصر النزوح الداخلي

نستنتج من التعريفات السابقة، بان النزوح الداخلي يقوم على عنصرين رئيسيين وهما:

عنصر الحراك غير الإرادي و الإجباري للسكان

من السمات الرئيسية للنزوح الداخلي، أن يكون حراك السكان بطريقة غير إرادية و إجبارية (05) ناتجة عن نزاع مسلح سواء كان دولي أو غير دولي أو بسبب حالات عنف الناتجة عن توترات الداخلية، أو بسبب الكوارث الطبيعية .

أن يكون الحراك ضمن الحدود الوطنية للدولة

يعتبر التحرك الجبري للأشخاص النازحين داخل إقليم الدولة و عدم الخروج عن حدودها عنصر أساسي آخر يميز لظاهرة النزوح الداخلي و المقصود بالحدود الدولية التي تستطيع الدولة بسط سيادتها عليها، و غالبا ما يتم الاتفاق على هذه الحدود عن طريق الاتفاقيات الثنائية، أو الجماعية بين الدول⁽⁰⁶⁾

الفرع الثاني: تمييز النزوح الداخلي من حالات شبيهات

نقصد بحالات الشبهات للنزوح الداخلي: اللجوء و الهجرة

أولا: الهجرة

تعرف الهجرة " مغادرة الشخص إقليم دولته أو الدولة المقيم بها إلى إقليم دولة أخرى بنية الإقامة في هذه الدولة الأخيرة و بصفة دائمة⁽⁰⁷⁾ فهي تختلف عن النزوح الداخلي باعتبار الهجرة تركز على:

الانتقال من مكان آخر خاصة من دولة أو إقليم أو محل سكن أو إقامة إلى مكان آخر بغرض الإقامة فيه.

الانتقال بصفة دورية إلى إقليم آخر .

ينتقل أو يحول .

تكون الهجرة في اغلب الأحيان إرادية، و بعد تدبير و تفكير مسبقين من الشخص، على أن تكون أسبابها اقتصادية، اجتماعية أو شخصية في الغالب .

هذا بخلاف النزوح الداخلي الذي يكون قسريا لا دخل للشخص فيه لان يختار، فأسباب النزوح الداخلي هي أسباب مفاجئة و طارئة تدفع إلى تحرك مجموعات بشرية هائلة من مكان إقامتها الأصلي إلى أماكن أخرى بحثا عن الأمن و الحماية .

ثانيا : اللجوء

يختلف النازحون أو المشردون قسريا عن اللاجئين من حيث كون اللاجئين هم الأشخاص الذين يغادرون دولهم و يعبرون حدودها إلى دول أخرى بسبب خوفهم من الاعتقال أو الاضطهاد بسبب عرقهم أو دينهم أو جنسهم أو آرائهم السياسي وفقا للمادة الأولى من اتفاقية الأمم المتحدة لعام 1951 بشأن مركز اللاجئين⁽⁰⁸⁾

و إذا كان النزوح الداخلي و اللجوء ظاهرتان تحدثان في الغالب لنفس الأسباب، إلا أن ظاهرة التشريد الداخلي تحدث في إطار الحدود الإقليمية للدولة، فحين فان ظاهرة اللجوء تتجاوز هذه الحدود و يكون الهدف منها البحث عن الأمن و الاستقرار في بلد آخر غير بلد الأصلي للسكان اللاجئين

المطلب الثاني : أسباب النزوح الداخلي و آثاره

تشكل انتهاكات حقوق الإنسان أثناء النزاعات المسلحة الدولية و غير الدولية احد الأسباب الجوهرية لظاهرة التشريد أو النزوح الداخلي إضافة إلى أسباب أخرى و هو ما سوف نعرضه أولاً، أما ثانياً من بين النتائج المترتبة عن هذه الظاهرة أثرها على السكان النازحين و على الدولة .

الفرع الأول : أسباب النزوح الداخلي

بسبب الحروب و الاضطرابات الداخلية قد تدفع السكان المدنيين إلى فرار و ترك منازلهم و كل ممتلكاتهم هذا من جهة، و من جهة أخرى الكوارث الطبيعية و المشاريع الإنمائية سبب آخر من أسباب النزوح الداخلي .

أولاً : النزاعات المسلحة الدولية و غير الدولية

بسبب النزاع المسلح الدولي أو غير الدولي قد يضطروا السكان إلى ترك منازلهم نتيجة عدم احترام قواعد القانون الدولي الإنساني أثناء الحرب الأمر الذي ينجم عنه انتهاكات واسعة لحقوق الإنسان، إذ يلجأ أطراف النزاع في الغالب إلى إخراج السكان المدنيين من ديارهم قسراً، و ذلك باستعمال كافة الطرق الغير الشرعية كمهاجمة السكان المدنيين و السياسات التمييزية التي يقوم بها احد أطراف النزاع من اجل دفع السكان المدنيين إلى النزوح، القيام بعمليات التجنيد الإجباري للأطفال، الاغتصاب، العنف الجنسي، وغيرها (9)

ثانياً : الكوارث الطبيعية و المشاريع الإنمائية

الزلازل، الفيضانات، الزوابع و الأعاصير، البراكين، الأوبئة و المجاعات و غيرها كلها كوارث طبيعية تؤدي إلى النزوح الداخلي و مثال على ذلك الزلزال الذي ضرب هايتي في جانفي 2010 إلى نزوح لما يقارب مليون و نصف نازح (10)

بالإضافة إلى هذه الأسباب، تشكل المشاريع التنموية الواسعة النطاق احد الأسباب التي تدفع للنزوح و على سبيل المثال نذكر في هذا الصدد، برامج التنمية الحضرية و مشاريع البني التحتية مثل عمليات تهجير السكان من اجل إتاحة المكان الملازم لبناء السدود (11)

الفرع الثاني : آثار النزوح الداخلي

يؤدي النزوح الداخلي في اغلب الأحيان إلى العديد من المخاطر التي تعترض السكان النازحين أثناء فرارهم من منازلهم وعليه :

أولاً : آثار النزوح الداخلي على السكان النازحين

التدفق البشري الهائل لوفود النازحين داخليا إلى المدن و المناطق الآمنة، يؤدي بهم إلى الاستقرار في مناطق تفتقر لأدنى مقومات الحياة، إضافة إلى تفشي ظاهرة البطالة نتيجة انعدام فرص الحصول على عمل، الأمر الذي يدفع بهؤلاء النازحين إلى ارتكاب جرائم النهب و السلب (12) . و لعل أكثر الأخطار التي تهدد امن النازحين العنف الجنسي واغتصاب الفتيات

ثانيا : آثار النزوح الداخلي على الدولة

إن نزوح مجموعات كبيرة من السكان من منطقة إلى أخرى داخل نفس الدولة، يؤدي إلى إحداث خلل في التكوين السياسي القاعدي للمناطق التي تم النزوح منها و هذا ما يؤدي بطبيعة الحال إلى زعزعة استقرار تلك المنطقة و التأثير على سكانها الأصليين، من خلال زيادة الضغط على المرافق العامة مما يحتم على الدولة مضاعفة طاقتها لأجل تأمين احتياجات هؤلاء السكان النازحين

المبحث الثاني : قواعد الحماية من النزوح الداخلي المقررة في القانون الدولي الإنساني

لقد حرصت الأعراف و القوانين الدولية التي تحكم النزاعات المسلحة الدولية و غير الدولية على تقرير حماية و ضمانات خاصة للسكان المدنيين الذين لا يشتركون في العمليات العدائية و من بين تلك القواعد و العراف ما يتعلق مباشرة بحماية هؤلاء السكان من النزوح القسري، و للتوضيح أكثرنا قسمنا مبحثنا إلي مطلبين :

المطلب الأول : قواعد حماية السكان المدنيين من النزوح الداخلي

يتمتع السكان المدنيون في حالة نشوب نزاع مسلح بحصانة من شأنها أن تضعهم بقدر الإمكان في مأمن من آثار الحرب، و حتى في زمن الحرب ينبغي أن يتمكن الأهالي من العيش عيشة عادية، و ينبغي خاصة أن يتمكنوا من البقاء في أراضيهم لان ذلك يمثل احد الأهداف الأساسية للقانون الدولي الإنساني حيث نصت اتفاقية جنيف الرابعة 1949 على مجموعة من آليات حماية . و هو ما سوف نتطرق إليه أولا، ثم إلى تلك الواردة في البرتوكولين الاضافين لعام 1977 .

الفرع الأول :آليات الحماية الواردة في اتفاقية جنيف الرابعة لعام 1949

أولا : حظر النزوح الداخلي في اتفاقية جنيف الرابعة لعام 1949

نصت اتفاقية جنيف الرابعة و الخاصة بحماية المدنيين زمن الحرب في مادتها (49) الفقرة الأولى، على حظر إجبار السكان المدنيين على النزوح من أماكن سكنهم و إجلائهم إلى

مناطق بعيدة أخرى لأسباب تتعلق بالنزاعات المسلحة القائمة، حيث نصت الفقرة الأولى على انه : " يحظر النقل الجبري الفردي، أو الجماعي للأشخاص المحميين، أو نفيهم من الأراضي المحتلة إلى أماكن أخرى بعيدة عن وطنهم حتى ولو كان هذا الترحيل أو النزوح قد تم إلى أماكن أخرى داخل نفس الدولة (13) أو نقلهم إلى أماكن أخرى قصد تشغيلهم في الأعمال الشاقة، أو أعمال السخرة، كعمل في المناجم و المحاجر وغيرها .

على عكس ذلك فان عمليات الإجلاء التي تقوم بها دولة الاحتلال من اجل امن وسلامة السكان المدنيين، أو لأسباب الضرورة العسكرية القهرية تعتبر مشروعة و هو ما نصت عليه الفقرة الثانية من ذات المادة بقولها " يجوز لدولة الاحتلال أن تقوم بأجلاء كلي، أو جزئي لمنطقة محتلة معينة، إذا اقتضى ذلك امن السكان، أو لأسباب عسكرية قهرية، و لا يجوز أن يترتب على عمليات الإجلاء، نزوح الأشخاص إلا في إطار حدود الأراضي المحتلة ما لم يتعذر ذلك من الناحية المادية، و يجب إعادة السكان المنقولين على هذا النحو إلى مواطنهم، بمجرد توقف الأعمال العدائية في القطاع (14)

ثانيا : حظر النزوح الداخلي في المادة الثالثة المشتركة .

اعتبرت المادة الثالثة المشتركة لاتفاقيات جنيف الأربع لعام 1949 المادة الوحيدة التي تحكم النزاعات المسلحة الغير الدولية، حيث اعتبرت بمثابة اتفاقية مصغرة أو اتفاقية داخل الاتفاقيات (15) وتورد هذه المادة القواعد الدنيا التي يجب على أطراف النزاع الالتزام بها في حالة نشوب نزاعات مسلحة داخلية، كما أنها أتاحت الفرصة للهيئات الإنسانية الأخرى المحايدة، كاللجنة الدولية للصليب الأحمر، حق التدخل لتقديم العون و المساعدة للمتضررين من تلك النزاعات

الفرع الثاني : آليات الحماية الواردة في البروتوكولين الاضافين لعام 1977

يحمي البروتوكول الثاني السكان المدنيين من عواقب الأعمال العدائية، و هكذا يتمتع السكان المدنيون بحماية عامة من الأخطار الناجمة عن العمليات العسكرية المادة 51 و لا ينبغي خاصة أن يكونوا عرضة للهجمات العشوائية و من المحظور أيضا " أعمال العنف و التهديد الرامية أساسا لبث الذعر بين السكان المدنيين "

و من جهة أخرى " يحظر تجويع المدنيين كأسلوب من أساليب القتال " و من ثم يحظر مهاجمة أو تدمير أو نقل أو تعطيل الأعيان و المواد التي لا غنى عنها لبقاء السكان المدنيين على قيد الحياة مثل : المواد الغذائية و المناطق الزراعية و المحاصيل و الماشية و مرافق مياه الشرب وشابكاتها وأشغال الري " (16) .

إضافة إلى هذا أقرت المادة (56) من البرتوكول الإضافي الأول لعام 1977 بحظر مهاجمة الأشغال و المنشآت الهندسية التي تتضمن قوى خطرة أي السدود و الجسور و المحطات النووية لتوليد الطاقة الكهربائية، إذا تسبب ذلك في إلحاق خسائر جسيمة بالسكان المدنيين، و تتمتع الأعيان الثقافية و أماكن العبادة بالحماية أيضا، كما حظرت المادة (33) من البرتوكول الإضافي الأول لعام 1977 عن توجيه الأعمال الانتقامية و العقوبات الجماعية ضد السكان المدنيين و ممتلكاتهم، و كثيرا ما تؤدي هذه الأعمال الانتقامية الموجهة ضد السكان المدنيين إلى إجبارهم على النزوح عن أراضيهم و ممتلكاتهم .

و أخيرا إذا حرم السكان المدنيين من المواد الأساسية الضرورية لبقائهم على قيد الحياة كالأغذية و المواد الطبية، فانه ينبغي إلزام جميع الدول و الأطراف المتنازعة بعدم إعاقة مرور إمدادات الاعانة الموجهة للسكان المدنيين و هذا ما نصت عليه المادتين (70) و (71) من البرتوكول الإضافي الأول المعقود بتاريخ 08/06/1977 .

المطلب الثاني: ضمانات حماية السكان المدنيين من النزوح الداخلي

نقصد بالضمانات حماية السكان المدنيين من ظاهرة النزوح الداخلي هي المبادئ التوجيهية بشأن النزوح الداخلي " و يطلق عليها أيضا المبادئ التوجيهية بشأن التشريد الداخلي " بحيث صدرت هذه الوثيقة بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة سنة 1998⁽¹⁷⁾ إذ غطت ثغرة أساسية في منظومة الحماية الدولية للأشخاص النازحون فهي مستوحاة من القانون الدولي المتعلق بحقوق الإنسان و القانون الدولي الإنساني حيث تهدف إلى تناول الاحتياجات المحددة للنازحين داخليا في جميع أنحاء العام " الضمانات العامة "أولا، و الضمانات المتعلقة بالحماية من النزوح الداخلي ثانيا .

الفرع الأول : الضمانات العامة

يتمتع المشردون داخليا في بلدهم على قدم المساواة التامة بنفس ما يتمتع به الأشخاص الآخرون في البلد من حقوق و حريات بموجب القانون الدولي و المحلي، و يجب أن لا يميز ضد هؤلاء الأشخاص في التمتع بأي من هذه الحقوق و الحريات بدعوى أنهم مشردون داخليا، كما تراعي هذه المبادئ كافة السلطات و الجماعات و الأشخاص بغض النظر عن مركزه القانوني .⁽¹⁸⁾ تقع على عاتق السلطات الوطنية في المقام الأول و في نطاق ولايتها واجب و مسؤولية توفير الحماية و المساعدة الإنسانية من هذه السلطات، و لا يجوز اضطهادهم أو معاقبتهم بسبب تقديم طلب هكذا، و تطبيقها يتم دون تمييز من أي نوع سواء بسبب العرق أو اللون أو الجنس أو اللغة أو الدين أو المعتقد .

الفرع الثاني: الضمانات المتعلقة بالحماية من النزوح الداخلي

نذكر ابرز وأهم هذه الضمانات باعتبارها مرشدا للممثل في الاضطلاع بولايته و للدول حين تعترضها ظاهرة النزوح و لسائر السلطات و الجماعات و الأشخاص في علاقتهم مع النازحين داخيا و للمنظمات الحكومية الدولية و المنظمات غير الحكومية لدى تناولها لمشكلة النزوح الداخلي .

و عليه، على جميع السلطات و الأطراف الدولية المعنية احترام و ضمان احترام التزاماتها بمقتضى القانون الدولي، بما في ذلك حقوق الإنسان و القانون الإنساني، في كافة الظروف و ذلك لمنع و تجنب نشوء أية أوضاع يمكن أن تؤدي إلى تشريد أشخاص .

كما، لكل إنسان الحق في الحماية من أن يشرد تعسفا من مسكنه أو من محل إقامته المعتاد و على السلطات التي تقوم بتشريد أن تحرص بأقصى ما تستطيع من الناحية العملية على إتاحة مأوى مناسب لهؤلاء المشردين و على أن يتم تهجيرهم في ظروف مرضية من حيث السلامة و التغذية و الصحة و النظافة و عدم تشتيت أفراد الأسرة الواحدة (19)

على الدول التزام خاص بمنع تشريد الشعوب الأصلية و الأقليات و الفلاحين و الرعاة و غيرهم كما لا يكون التشريد عل نحو تنتهك فيه الحقوق في الحياة و الكرامة و الحرية و الأمن و لا يجوز بأي حال من الأحوال تجنيد أطفال مشردين أو إجبارهم على المشاركة في أعمال عدائية أو التصريح لهم بالمشاركة (20)

الخاتمة :

تقع المسؤولية الرئيسية لحماية النازحين داخل بلدانهم و تلبية احتياجاتهم الأساسية دون شك على عاتق الدول أو السلطات المسيطرة على الأراضي التي يجد النازحون أنفسهم فيها و على الدول و المنظمات الحكومية و غير الحكومية الإحجام عن ترحيل السكان، أما إذا وقع النزوح فعليهم ضمان تجنب النازحين الخطر و حمايتهم و تلبية احتياجاتهم و في هذه الأحوال، يكون على المنظمات الإنسانية النهوض بدور كبير للحفاظ على حياة النازحين .

الهوامش :

1- د. فاضل عبد الزهرة الغراوي، المهجرون و القانون الدولي الإنساني، منشورات حلبي الحقوقية، بيروت، الطبعة الأولى، 2013، ص 196.

2- د. سعد الله عمر، معجم في القانون الدولي المعاصر، ديوان الطبقات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، الطبعة الأولى، 2005، ص 07

- 4- نغم إسحاق زيا، القانون الدولي الإنساني و القانون الدولي لحقوق الإنسان
- 5- مارتن سوزان فويز، كتيب تطبيق المبادئ التوجيهية بشأن النزوح الداخلي، مشروع بوركين غزرن، حول النزوح الداخلي، ترجمة أبو دقة تميم، بدون طبعة، نوفمبر 2005، ص 05
- 6- د. الشهاوي طارق عبد الحميد، الهجرة غير الشرعية، رؤيا مستقبلية، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2009، ص 24
- 7- موسوعة القانون الدولي الإنساني المعاصر، المجلد 1-، دار الهومة للنشر و التوزيع الجزائر، 2014، ص 207
- 8- غادة بشير خيرى، الاتفاقيات الخاصة بحقوق اللاجئين و آليات حمايتهم، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، 2016، ص 15
- 9- مركز رصد النزوح الداخلي و مجلس اللاجئين النرويجي، النزوح الداخلي، الملف العالمي لاتجاهات و التطورات للعام 2010 ص 24
- 10- د. ابو جلال صلاح الدين، الحق في المساعدة الإنسانية، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2007، ص 125
- 11- كولسون اليزابيث، إقامة السدود و التهجير، نشرة الهجرة القسرية العدد 06، مارس 2000، ص 27
- 12- اللجنة الدولية للصليب الأحمر، النازحون داخل بلدانهم، الطبعة العربية الأولى، برانت للدعاية و الإعلان، مصر، يوليو، 2007 ص 03
- 13- د. عصام عبد الفتاح، القضاء الجنائي الدولي (مبادئه، قواعده، الموضوعية الإجرائية)، بدون الطلعة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، بدون السنة، ص 209
- 14- راجع المادة 49 من اتفاقية جنيف الرابعة لعام 1949
- 15- كال سوتن فريس و تسغفلد ليزابيث، ضوابط تحكم خوض الحرب، مدخل للقانون الدولي الإنساني، ترجمة عبد العليم احمد، اللجنة الدولية للصليب الأحمر، بدون الطبعة، جنيف جوان 2004، ص 80
- 16- راجع المادة 55 من البرتوكول الإضافي الأول 1977
- 17- راجع قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة تحت رقم 4. Add .2/53 /1998/E/CN
- 18 - See Mohamed osman ahmed .what is international displacement .elkhartoum sudan .2006 ,P,02
- 19- دينغ فرانسيس و ماكنا مارادينس، استجابة اللجنة الدولية للصليب الأحمر لمحنة النازحين داخليا، نشرة الهجرة القسرية، العدد 14، 2001 ص 21

20- د. سهيل حسين فتلاوي، موسوعة القانون الدولي الجنائي، دار الثقافة لنشر و التوزيع، الطبعة الأولى، عمان، 2011، ص 15

ممارسة الحرية الدينية في الجزائر بين الضمانات والقيود

سعاد بن جيلالي

طالبة مدرسة دكتوراه

كلية الحقوق والعلوم الإنسانية

جامعة خميس مليانة

ملخص:

حقاً، يقتضي تناول موضوع الحرية الدينية في النظام القانوني الجزائري تحليلاً وافياً لكل النصوص القانونية التي فرضت العديد من القيود، إن من الناحية النظرية، أو من ناحية ممارستها، كما تستوجب النظرة الشاملة للحرية الدينية في النصوص الدستورية والتشريعية والتنظيمية دراسة علاقتها بالسلطة وبالمجتمع، بحيث تتمركز المهمة الأساسية المسندة للدولة في المحافظة على تلك الحقوق وحمايتها من الاعتداء عليها أو المساس بمضمونها، ويعد هذا الاتجاه بمثابة العصر الذهبي للحرية، والذي أتى كردّ فعل تلقائي للعصور السابقة التي أهدرت فيها تماماً معاني الحرية، وانعدمت في ظلها الضمانات الكفيلة بتوفير الحياة الإنسانية الكريمة، منذ الاستعمار إلى غاية استهداف نظام قانوني خاص بالحرية الدينية في الجزائر بالنسبة للمسلمين وغير المسلمين إزاء ممارستهم للشعائر الدينية الخاصة بهم، من خلال تبيان الواقع الديني في الجزائر منذ الأزل إلى غاية النظام القانوني الحالي في الجزائر. الكلمات المفتاحية: الحرية الدينية، الدولة، الشرائع السماوية، حرية المعتقد والضمير، مواطنة، مواطن.

مقدمة:

تعتبر حرية المعتقد من أهم الحريات التي خصتها القوانين الوضعية المختلفة بالحماية، ناهيك عما تضمنته الشرائع السماوية من إقرار لهذه الحرية، وذلك لما لها من أهمية محورية في حياة البشر ماضياً وحاضراً ومستقبلاً..

فالحرية الدينية هي القدرة أو الحق في القيام بعمل خالي من كل التزام أو مانع، فهي حرية تحمل فكرة الخضوع لضمانات تحميها ولتقتضيات القانون، باعتبار أن الإنسان كائن اجتماعي يخضع نشاطه لقواعد قانونية تنظم حريته حسب مستلزمات المجتمع، وأنه بالرغم من كل ذلك يتعلق الأمر بشخصيته لذاته كإنسان، فكل أعماله و أفكاره النابعة من ضميره ترتب غايات خاصة به، وعليه حرية المعتقد والضمير يجب أن تكون مكفولة لكل مواطنة ومواطن،

وهي اختيار شخصي، لا إكراه فيه، وتشمل الحق في اعتناق دين أو معتقد أو عدم اعتناقه والحق في إظهار ذلك الدين أو المعتقد وإقامة شعائره ونشره بالتعليم أو بالدعوة إليه. ولا تخضع حرية الضمير وحرية الدينية إلا للقيود التي يفرضها القانون وتكون ضرورية لحماية النظام العام وحقوق الآخرين أو حرياتهم الأساسية أو الآداب العامة، أما الحديث عن حق الإنسان في الاختيار لا معنى له إلا حينما يكون هذا الإنسان، المشار إليه والمتعين في الزمان والمكان، مخيراً في كافة قراراته الحياتية، وفي مقدمتها، حقه في اختيار عقيدته وممارسة طقوسها وتعاليمها، في أجواء من الاحترام التام لعقائد الآخرين وهكذا تكون حرية العقيدة أفضل ضمان ووسيلة لصيانتها؛ وحمايتها من كل مساس بمقدساتها أو انتهاك لحرمتها، ولا أدل على ذلك من أن الدول التي لا تفرض وصاية على عقائد وشعائر رعاياها، وتعاملهم على أساس المواطنة الخالصة، بصرف النظر عن انتماؤهم الدينية، أو مشاربهم المذهبية هي أكثر المجتمعات التي ينتشر فيها التدين السليم، ومن هذا المنطلق هل شهدت الحرية الدينية بحماية في الفترة الاستعمارية؟ وهل تطرقت الدساتير الوطنية لهذه الحرية؟ وكيف تم معالجتها؟ وعليه نخلص إلى مدى حماية المشرع الجزائري لحرية الدينية بإرساء قواعد وأسس وضمانات متينة لحماية فعالة وكافية لهته الحرية؟.

فحاولت أن أمهد للموضوع في هذه المداخلة لحرية المعتقد في الجزائر عقب الفترة الزمنية التي مرت بها الجزائر في دساتيرها، حيث أنه الحرية الدينية تستمد مشروعيتهما في الفكر الغربي من المواثيق الدولية العالمية منها والإقليمية، وكذا ضمن دساتيرها الوطنية.

المبحث الأول: الأوضاع الدينية للجزائر إبان الفترة الاستعمارية

حرية العقيدة هي حرية الإنسان في اعتناق ما يشاء من ديانات، وهي تدخل في إطار الضمير والسرية وهي محمية بالدساتير والقوانين العضوية منها والعادية، فلكل شخص الحق في حرية الفكر والوجدان والدين ويشمل هذا الحق حريته في تغيير دينه أو معتقده وحريته في إظهار دينه ومعتقده بالتعبد وإقامة شعائره الدينية، وقبل أن تكون هذه الحرية محمية من طرف الدستور ومختلف القوانين تعرضت إلى البعد السياسي الديني لما شهدته الجزائر خلال الفترة الاستعمارية منذ 1830 إلى غاية الاستقلال، وهذا ما سيتم معالجته من خلال هذا المبحث.

المطلب الأول: مظاهر ممارسة الحرية الدينية في الجزائر خلال الفترة الاستعمارية

إن عرض الوضع الديني للجزائر قبيل الاحتلال الفرنسي يحدد الوضع الثقافي الذي تميزت به هذه الفترة، ذلك أن المؤسسات التي أشرفت على تقديم الرسالة التعليمية هي مؤسسات إسلامية،¹ من مساجد وزوايا ومدارس قرآنية، والدليل على فاعلية هذه المؤسسات ما صرح

به السيد: أوجين كومس Eugène Comps سنة 1849 في تقرير له إلى مجلس الشيوخ أنه " مما لا شك فيه أن التعليم في الجزائر كان خلال عام 1830 م أكثر انتشارا وأحسن حالا مما هو عليه الآن².. "

فقد كان هناك أكثر من ألفي مدرسة للتعليم الابتدائي والقانوني والعالى.. هذا فضلا عن مئات المساجد التي كانت تعني بتلقين اللغة العربية لطلابها" ففي مدينة الجزائر هناك مدرسة بكل مسجد، يجري فيها تعليم الدين مجانا، ويتقاضى أساتذتها أجورهم من واردات المسجد ومن العلوم التي كانت تلقن بالمساجد و الزوايا والمدارس القرآنية، القرآن الذي كان قاعدة للتعليم في مختلف المراحل الدراسية، والنحو، واللغة العربية التي كان يلحق بها الفقه وعلوم الدين، وهذه الدراسات تكتمل بقراءة الحساب، وتحصل الكثير ممن تخرج من هذه المؤسسات على منصب معلم، وكانت ميزانية هذه المؤسسات التعليمية، ذات مصدر يأتي من (الجبوس).

و إلى جانب الدور التعليمي لهذه المؤسسات، كان لها دور اجتماعي تمثل في جمع الزكاة، وإعانة المساكين والمرضى والمعوزين، وغيرها من الحالات الاجتماعية الأخرى التي تستدعي المساعدة، كما تخرج من هذه المؤسسات الإسلامية قضاة ساهموا في تجسيد ثقافة العدالة، ومنها المحافظة على الأمن والاستقرار، كل هذا من خلال إشرافهم على العلاقات الاجتماعية كالزواج والإرث وحل النزاعات المدنية وبذلك تميز التنظيم القضائي بالانتظام، فالأتراك كانوا يمثلون أمام القضاة من الحنفية أما عامة السكان فمنهم من يرجعون بالنظر إلى القاضي المالكي، والمزابيون يعودون إلى القاضي الإباضي، وحتى اليهود كان لهم قاض خاص بهم، أما فيما يخص العلاقات بين الطوائف الدينية والدين الإسلامي³. فكانت مستقرة فكانت توجد كنيسة للمسيحيين ومعبد لليهود وهناك مساجد للإباضية والحنفية وكانت مختلف الفرق المالكية تختار موضع المساجد في المدن بعد موافقة أهل المذاهب أو الفرق التي يوجد بها الموضع المعني كل هذه المعطيات تعكس المستوى الثقافي لأغلب المجتمع الجزائري، خلال الفترة التي سبقت الاحتلال الفرنسي، وكذا التنظيم المحكم من طرف العلماء والأئمة لمختلف المؤسسات الإسلامية يعود إلى الانتشار الواسع للمراكز الإسلامية التي انتشرت عبر القطر الجزائري خاصة بالمدن الساحلية التي كانت بها كبريات المراكز الإسلامية كالجزائر العاصمة التي كان يوجد بها أكثر من 169 مسجدا من أشهرها مسجد كتشاوة الذي حول في بداية الاحتلال الفرنسي إلى كنيسة كاتدرائية والجامع الكبير الذي عرف نشاطا دينيا وتعليميا واجتماعيا وسياسيا حيث كان يضم مكتبة كبيرة زاخرة والمخطوطات التي ساهمت

في إثراء النشاط الديني والثقافي⁴، كما ساهمت أوقاف الجامع الكبير في دعم نشاط التوعية الدينية على مستوى مدينة الجزائر في تلك الفترة، ولذلك تعرضت أوقافه إلى المصادرة بعد الاحتلال الفرنسي، وغيرها من الزوايا والمدارس القرآنية التي تخرج منها العلماء والمدرسين، كما منحت الحرية التامة للمسيحيين في ممارسة طقوسهم الدينية وإلى كل الديانات الأخرى هذا التسامح استمر إلى غاية مجيء الفرنسيين، وما يدل على هذا هو وجود مراكز تجارية تابعة لليهود، بالإضافة إلى وجود كنائس وأديرة ومستشفيات تقدم الخدمات الطبية لليهود ويؤكد هذا "كورين شوفالييه"⁵ Corrine Chevalier أن اليهود تواجدوا بنسبة كبيرة في الجزائر حيث كانت تمتلئ بهم الشوارع، خاصة في باب الواد بمدينة الجزائر "كل هذه المظاهر على أن الوضع الديني للجزائر قبل دخول الفرنسيين تميز بالنشاط الواسع للمؤسسات الإسلامية وروح التسامح الديني.

كل هذه المظاهر من خلال تصريحات ومواقف رجال الدين المسيحيين والسياسيين والعسكريين توحى بشكل واضح مدى صليبية الحملة الفرنسية على الجزائر، ومدى الإصرار على نشر المسيحية في الجزائر باعتبار أن إفريقيا حسبهم من الأملاك المسيحية، وتعتبر فرنسا الوريثة الشرعية لتبني هذا المشروع الذي طالما راود السياسيين منذ قرون سبقت تجسيد مشروع الاحتلال عند بداية الحملة الاستعمارية على الجزائر تعرضت المؤسسات الإسلامية منذ بداية الاحتلال الفرنسي إلى الهدم أو التحويل إلى مصالح إدارية وعسكرية، وذلك بهدف القضاء على فاعليتها، ودورها كعامل تماسك المجتمع الجزائري، وما يؤكد هذا ما صرح به أحد أقطاب الإدارة الفرنسية بالجزائر "بيشون" في تقريره للحكومة الفرنسية، ومما جاء فيه ما يلي "إنني منذ وصولي وشروعي في العمل سمعت أن اللجنة المكلفة بالحملة العسكرية لم تهتم بشيء مثل اهتمامها بالاستيلاء على المساجد، إن كثيرا من المسؤولين لم يبالوا بنظر الحكومة في الموضوع، فهم يريدون القضاء على بقية المساجد وعلى الدين الإسلامي"⁶ وهكذا تعرضت المؤسسات الإسلامية لهجمة شرسة من طرف الإدارة الفرنسية الاستعمارية بمختلف الوسائل والأساليب والأشكال، باعتبار هذه المؤسسات عائقا أمام تحقيق الأهداف الاستعمارية الفرنسية والتي منها (الفرنسة والتنصير والتجهيل) فهدم الكثير منها وحول الباقي إلى كنائس وثكنات وإسطبلات ومراكز إدارية وأغلق البعض منها.⁷

المطلب الثاني: أساليب نشر الدين المسيحي في الجزائر خلال الفترة الاستعمارية

من بين الأساليب التي استعملها الاستعمار لنشر الدين المسيحي، الاستيلاء على المؤسسات الوقفية والإسلامية (المساجد والزوايا).

إن المساجد والزوايا عرفت نفس المصير الذي آلت إليه مختلف المؤسسات الإسلامية الأخرى من تهديم وتحويل إلى مراكز إدارية وكنسية.. حيث أنها كان لها دور ديني واجتماعي وثقافي وسياسي وعليه عبرت المؤرخة الفرنسية " إيفون تورين " عن الدور الهام المنوط بالزوايا.. بقولها: " إنها مراكز دينية وثقافية ومدارس للكبار والصغار، ودور للمعالجة والتداوي وإسعاف الفقراء، وملتقى لذوي الرأي، ونقاط ينطلق منها الجهاد، ولا يعرف لها مثيل في أوروبا"⁸، ورغم هذا الدور الإنساني الإيجابي إلا أنها تعرضت للهدم والتحويل خلال الاحتلال، وعن موقف الإدارة الفرنسية من الزوايا والمساجد أنها لم تتوقف عند الهدم بل حاربت حتى الأئمة وشيوخ الزوايا، ووضعت حدا لنشاطهم الديني والثقافي وفرضت عليهم وعلى أتباعهم مراقبة شديدة ودائمة، ونفت الكثير منهم إلى مناطق نائية داخل البلد وخارجه وأرغمت البعض على الاشتغال بالجوسسة لصالح الشرطة الفرنسية وتم إغلاق الكثير من هذه الزوايا والمساجد وتهديمها كما قامت بانتزاع الأملاك الوقفية، غير أنها اصطدمت بالقائمين على شؤون هذه المؤسسات، وكانت حجة فرنسا في ذلك : تنظيمها وإصلاحها، غير أن صدور قرارات رسمية من طرف الإدارة الفرنسية بشأن الأوقاف الإسلامية أكد أن الحقيقة من وراء تدخلها هو ارتباط مداخل المؤسسات الوقفية بالمؤسسات الإسلامية الأخرى كدفع أجور الأئمة والمدرسين ترميم المساجد والزوايا...⁹ كما كانت ترى في بقائها جعل وكلائها زعماء سياسيين ذوي نفوذ قوي في أوساط الأهالي الجزائريين وهو ما يشكل خطرا على الوجود الفرنسي- في الجزائر، كما أن مداخل هذه المؤسسات تؤدي بهم إلى الاستقلال عن السلطة الفرنسية.

من خلال ما سبق يمكن القول أن: المجتمع الجزائري استطاع مقاومة السياسة الاستعمارية من فرنسا إلى التنصير والإدماج من خلال المحافظة على خصوصياته الإسلامية بواسطة نشاط المؤسسات من زوايا ومساجد ومدارس قرآنية شكلت أرضية إيديولوجية صلبة استندت إليها المقاومة العسكرية والدينية والثقافية رغم المحاربة الشديدة التي تعرضت لها من طرف السلطة الفرنسية، من هدم وتحويل عن وظيفتها الأساسية، بالإضافة إلى محاربة المدرسين والأئمة، إلا أن الشعب الجزائري أثبت رفضه لكل نشاط تنصيري وهو دليل على تجذر الدين الإسلامي وتمسكهم بقيمه، حيث انه ورغم كل الوسائل والمجالات التي

استغلها المنصرون إلا أن مشروع التنصير لم يحقق النتائج المنتظرة ويعود الفضل في ذلك إلى التنشئة الاجتماعية والدينية للمجتمع الجزائري.

المبحث الثاني: الأوضاع الدينية للجزائر بعد الفترة الاستعمارية

خلال هذه الفترة وبعد استرجاع الجزائر لسيادة الوطنية طرأ تغير للوضع الديني، وقد تأسس هذا الأخير بموجب الدستور، واعتبرته السلطة التأسيسية حامي للحقوق والحريات الأساسية، ويعد أهم الضمانات للحرية الدينية في دستور الدولة وهي غالباً ما تلحق مبدأ حماية الحق أو الحرية بعبارة "مضمونة" وهذا ما سنبينه من خلال النصوص الدستورية، ورغم تنوع هذه الضمانات، إلا أنها تستمد مضمونها من الدستور باعتباره القانون الأسمى في الدولة، هذا ما نتطرق إليه من خلال هذا المبحث.

المطلب الأول: مظاهر ممارسة الحرية الدينية خلال المرحلة الاشتراكية:

أوضح بنص الدستور أن الإسلام هو دين الدولة فانه بالمقابل أكد أن ذلك لا يتعارض وحرية غير المسلمين سواء من الجزائريين أو الأجانب المقيمين في الجزائر أن يختاروا أي دين يرغبون به، وعليه نتطرق في هذا المطلب إلى المرحلة الاشتراكية التي سادت في حقبة زمنية معينة وكيف عاجت الحرية الدينية من خلال النصوص الدستورية.

الفرع الأول: ممارسة الحرية الدينية من خلال دستور 1963:

عالج المؤسس الدستوري في 1963¹⁰ موضوع الحريات العامة في فصل مسمى "الحقوق الأساسية" وخصص له مواد من 12 إلى 22 مادة، إلا أنها لم ينص في هذا الفصل على حرية المعتقد، بحيث نص عليها خارج هذا الفصل في فصل آخر يسمى ب"المبادئ والمهام الرئيسية" باعتبارها حرية هامة وعامة جاءت في المادة 4 و 11، بحيث نصت المادة الرابعة على الحرية الدينية والإسلام في إن واحد "الإسلام هو دين الدولة وتضمن الجمهورية لكل فرد احترام آرائه ومعتقداته والممارسة الحرة للشعائر الدينية" وفي هذه المادة حرية الرأي والفكر والمعتقد وممارسة الشعائر الدينية بصفة عامة من الحريات العامة المقدسة في التفكير السياسي الليبرالي ووردت في ضمان الجمهورية لها مسبقة بالإسلام دين الدولة، ولو عدنا إلى السياق العام الذي جاءت فيه هذه المادة في دستور 1963، لوجدناها قد وردت ضمن المبادئ الأساسية للدولة الجزائرية، والتي تمسكت بها كل الدساتير التي جاءت فيما بعد.

فابتداء المادة بالنص على أن "الإسلام هو دين الدولة" قد جاء واردا ضمن الدساتير الأخرى، وفي الفصل الأول منها المتعلق بالمبادئ الأساسية، كما أن النص على "حرية الممارسة للشعائر الدينية" قد اختص به دستور 1963 فقط غير أن هذه الحرية في ممارسة الشعائر

الدينية لا تفهم على أنها تعني مطلق الشعائر، باعتبار أن الإسلام هو دين الدولة، وأن لفظ الشعائر جاء معرّفا بالألف واللام، فهل يعني ذلك فقط الشعائر المعروفة عند الشعب الجزائري؟⁽¹¹⁾

إلا أنه يعتبر النص الوحيد الذي اعترف بان الإسلام هو دين الدولة، واحترام الرأي والمعتقد لكل فرد وضمانه وإقرار ممارسة الشعائر الدينية في متن مادة واحدة، وتدرج في عنوان واحد وهو المبادئ الأساسية والمهام الرئيسية مما يستتج أنه أقام مساواة ما بين الإسلام دين الأغلبية مع كل رأي أو معتقد كان ومع أي ممارسة للشعائر الدينية لغير المسلمين، كما نلاحظ أن المادة الرابعة تقع في نفس المبادئ الدستورية التي تضمن مقاومة التمييز القائم على أساس الجنس أو الدين (المادة 5/10) وهي كذلك متبوعة بالمادة 11 التي تنص على أن "تمنح الجمهورية موافقتها الإعلان العالمي لحقوق الإنسان كما تمنح اقتناعاً منها بضرورة التعاون الدولي موافقتها لكل منظمة دولية تلي مصالح الشعب الجزائري"

أما عن المفهوم الاشتراكي فجاء في كل من المادة 3 "شعار الجزائر هو الثورة من الشعب ولأجل الشعب" والمادة 2/10 و3 "ممارسة السلطة من طرف الشعب الذي تتركب طبيعته من فلاحين وعمال و مثقفين و ثورين. وتشيد ديمقراطية اشتراكية.." و مواد أخرى تتناول الحريات العامة الجماعية وحريات عامة الفردية بدون ترتيب مما يدل على عدم وجود أولوية لأي صنف من الحريات العامة.

وبصدور الميثاق الوطني بموجب الأمر 67-57 بتاريخ 5 جويلية 1976 يعد مصدرا ماديا للحريات العامة⁽¹²⁾، لأنه من وضع مجلس الثورة الذي ارتكز على الشرعية الثورية وجعله وثيقة إيديولوجية تحتوي على كل الأفكار السياسية للسلطة وعلى التاريخ والروح الوطنية والإسلام والاشتراكية فكان تعبيرا على الماضي والحاضر للمجتمع الجزائري.

وسمو الميثاق الوطني على الدستور فهو مصدر فوق الدستوري، ويحمي الحريات العامة إيديولوجيا قبل أن يحميها الدستور لأن هذا الأخير أدنى درجة منه، كما احتل الإسلام مكانة مهمة جدا في الميثاق الوطني إذ تم ربطه بالاشتراكية ذلك أن القيم الإسلامية عنصر جوهري في تكوين شخصية وهوية الشعب الجزائري، وأن الإسلام في خدمة الاشتراكية والعكس صحيح ولكي يكون الجزائري اشتراكيا لا بد أن يكون مسلما.⁽¹³⁾

وما يلاحظ عند قراءة الميثاق الوطني لسنة 1976 أولوية الحريات العامة الجماعية بمفهومها الاقتصادي والاجتماعي وبأيديولوجيتها الاشتراكية مما جعل الحريات العامة

الفردية تختفي وراءها أو أن تكون في المرتبة الثانية كحرية المعتقد، حرية الفكر وحرية الرأي والتعبير وبشروط ممارستها وفي حدود القانون فهي مقيدة بالاشتراكية.

الفرع الثاني: ممارسة الحرية الدينية من خلال دستور 1976:

صدر الدستور بناء على الميثاق الوطني الذي وافق عليه الشعب في استفتاء 27 يونيو 1976، فهو المصدر الذي اعتمد عليه الدستور إذ نصّت المادة 6 من هذا الأخير¹⁴ على أن الميثاق الوطني هو المصدر الأساسي لسياسة الأمة وقوانين الدولة، وهو المصدر الإيديولوجي والسياسي المعتمد لمؤسسات الحزب والدولة على جميع المستويات، الميثاق الوطني مرجع أساسي أيضا لأيّ تأويل لأحكام الدستور"

فقد تميز دستور 1976¹⁵ بتحقيق حاجيات المواطنين الأساسية بواسطة سياسة التخطيط والبرمجة لتجسيد الحقوق الاقتصادية، الاجتماعية والثقافية تحت رقابة حزب جبهة التحرير الوطني الحزب الوحيد الذي كان يمثل السلطة السياسية للدولة. وقبل التطرق إلى جانب الحقوق والحريات في هذا الدستور، يجدر بنا التذكير ببعض النقاط التي تنعكس على التطور الذي شهده دستور 1976 وهي: أن الظروف التي اكتنفت وضع هذه الوثيقة كانت تتميز بالاستقرار السياسي، والنمو الاقتصادي والصناعي نتيجة الدخل الوطني، في مجال المحروقات،¹⁶ وأن المؤسسات السياسية المركزية التي كانت قائمة في الدولة كانت كلها مؤسسات "فعليّة"، وعلى رأسها "مجلس الثورة" و"مجلس الحكومة" و"قيادة الحزب" ي رأسها كلّها رئيس الدولة، الرئيس "هواري بومدين".

فمن البديهي إذاً أن يكون المفهوم الذي أخذ به المشرع في تقريره للحقوق والحريات هو المفهوم الاشتراكي بصفة عامّة، وأخذ بالمذهب الجماعي بصفة استثنائية لبعض الحقوق والحريات، كالملكيّة والعمل وحرية الدينية ولعلّ ذلك راجع للتوجّه الذي جاء به النقاش الشعبي لوثيقة الدستور حين طالب باحترام الشريعة الإسلامية فيما أقرته في هذا المجال، أما عن الحقوق والحريات فقد خصّص لها فصلا كاملا وهو الفصل الرابع تحت عنوان "الحريات الأساسية وحقوق الإنسان والمواطن" يضمّ 35 مادة بداية من المادة 39 إلى المادة 73،¹⁷ إلا أنها مسبوقة بالمادة 2 الواقعة في الفصل الأول من الباب الأول "المبادئ الأساسية لتنظيم المجتمع الجزائري" على أن الإسلام دين الدولة وجاءت مسبوقة بالمادة الأولى التي تنص على مبدأ وحدة الدولة وأنها دولة اشتراكية، متبوعة بالمادة 6 التي تجعل الميثاق الوطني هو المصدر الأساسي لسياسة الأمة وقوانين الدولة وأنه المرجع الأساسي لأيّ تأويل لأحكام الدستور، وبالنسبة للمادة 53 الواقعة في الفصل الرابع تنص على أنه "لا مساس بحرية المعتقد ولا

بحرية الرأي" دون أي استعمال لعبارة "تضمن" أو "تحتزم"!¹⁸ بل اكتفى فقط بعبارة "لا مساس" فعبر المؤسس الدستوري الجزائري بصيغة جازمة عن هذه الحرية بحيث ضيق نطاقها باعتبار دستور 1976 كان يقوم على مبدئين وهما: مبدأ الاشتراكية ومبدأ أحادية السلطة ونظام الحزب الواحد المتمثل في جبهة التحرير الوطني.

كما جاء دستور 1976 في مادته 190 أن دين الدولة من الأمور التي لا يحق فيها التعديل بجانب الصفة الجمهورية للحكم، والخيار الاشتراكي، والحريات الأساسية للإنسان والمواطن، ومبدأ التصويت عن طريق الاقتراع العام المباشر السري، وسلامة التراب الوطني، ونلاحظ في المجال العلمي لحكومة الرئيس بومدين الاهتمام بالأمور الإسلامية مثلاً إقامة المسجد كأول مبنى في القرى الاشتراكية، والدعوى للعودة إلى الإسلام والعروبة في نصوص الثورة الثقافية، إضافة لبدء الملتقيات السنوية للتعرف على الفكر الإسلامي منذ عام 1966 من خلال دعوة علماء ومفكرين المسلمين لمناقشة القضايا والأمور التي تهم الإسلام والمسلمين، ويعتبر مالك بن نبي من أشهر المؤلفين في عهد مجال الفكر الإسلامي، وله عدة مؤلفات في هذا المجال، وخلاصة القول هنا أن عهد بومدين قد تميز باهتمام متزايد بالإسلام، إلا أنه لم يصبح إسلاماً سياسياً خلال تلك الفترة بسبب التركيز على نظام الحزب الواحد، والخيار الاشتراكي في النظام السياسي الجزائري في انتظار الفرصة الملائمة.¹⁹

كما عمل المؤسس الدستوري على تقييد كل الحريات العامة بدون استثناء بالمادة 73 التي جاء فيها: "يحدد القانون شروط إسقاط الحقوق والحريات الأساسية لكل من يستعملها قصد المساس بالدستور أو بالمصالح الرئيسية للمجموعة الوطنية، أو بوحدة الشعب والتراب الوطني أو بالأمن الداخلي والخارجي للدولة، أو بالثورة الاشتراكية، تجدر الإشارة والتنبيه إلى أن دستور 1976 أضفى على الحريات العامة الطابع الاشتراكي والمفهوم الإسلامي في أن واحد وهذا التطابق من شأنه يرتب أهم أثر يتمثل في التقليل من أهمية الاعتراف بحرية المعتقد وحرية الرأي لغير المسلمين.²⁰

المطلب الثاني: مظاهر ممارسة الحرية الدينية خلال المرحلة الليبرالية:

يعتبر دستور 1989 فقرة سياسية تمر بها الجزائر وقت حدوث اضطرابات سياسية داخلية بعدما كان النظام يعتمد على الأحادية الحزبية لينتقل إلى التعددية الحزبية وفتح باب للديمقراطية وحريات العامة والحرية الدينية بالخصوص وهذا ما يتم معالجته من خلال هذا المطلب.

الفرع الأول: ممارسة الحرية الدينية من خلال دستور 1989:

بعد وفاة الرئيس هواري بومدين في ديسمبر 1987 شهد النظام السياسي الجزائري أزمة سلطة خطيرة نتجت عنها أحداث أكتوبر 1988 التي ترتب عليها إدخال تعديلات دستورية اتجه الليبرالية، ولعل ما يميز هذا التعديل الدستوري من أجل التغيير الديمقراطي باتجاه الليبرالية هو خيار التعددية الحزبية بدلا عن نظام الحزب الواحد، فظهرت أنذاك الجبهة الإسلامية للإنقاذ بقيادة عباس المدني لتقود التيار الإسلامي السياسي في الجزائر، والجبهة الإسلامية للإنقاذ هي في الواقع تجمع لأحزاب إسلامية متعددة منها حزب النهضة، وحزب الأمة الإسلامية، وحركة المدنية الإسلامية.⁽²¹⁾

وقد أكدت انتخابات مجالس البلديات والمحافظات في عام 1990 والتي أعقبتها الانتخابات البرلمانية في بداية عام 1992 (بعد المظاهرات الإسلامية الهادرة التي حدثت خلال عام 1991 احتجاجا على تعديلات قانون الانتخاب و تقسيم الدوائر الانتخابية و منع الحملات الانتخابية في المساجد وإجراء الانتخابات البرلمانية) على توجه الشعب الجزائري المسلم نحو الخيار الإسلامي الذي طرحته الجبهة الإسلامية للإنقاذ في برنامجها السياسي مما أكد التوجه نحو الرغبة في التغيير باتجاه التأصيل الحضاري في الجزائر، لكي يحل شعار (الجزائر هي الإسلام) محل شعار الاستعمار (الجزائر هي فرنسا) وبذلك نتائج الانتخابات التي أجهضت قبل الدورة الثانية لمنع وصول الجبهة الإسلامية للإنقاذ للسلطة السياسية على طغيان الشعور الإسلامي الذي عكس الذاتية الإسلامية المتغلغلة في الشعب الجزائري، والرافضة للعلمانية والنظام العلماني القائم على سيطرة الحزب الواحد والذي ساد في الجزائر منذ الاستقلال 1962.

وإذا نظرنا إلى البرنامج السياسي للجبهة الإسلامية للإنقاذ نشير إلى أن الإطار العقائدي نص على أن (الشعب الجزائري شعب مسلم عريق في إسلامه ويمثل أصالته التاريخية الحضارية، وبناء على ذلك فإن الإسلام هو النطاق العقائدي والضابط الإيديولوجي للعمل السياسي في جميع مجالات الحياة وأن الإسلام بالتالي هو النطاق العقائدي الأقوم للمشروع السياسي لمواجهة الأزمة التي تجتاح العالم اليوم وتمز الحضارة الغربية، كذلك يوضح المحور السياسي أن مفهوم الجبهة الإسلامية للإنقاذ عن السياسة هو أنها تعني السياسة الشرعية، والتي تتمثل في حكمة التدبير، وجودة التنسيق، ومرونة الحوار للوصول إلى الحق والحقيقة، لأنها تقوم على الإقناع بدل القهر، مما تجدر الإشارة إليه أن جميع بنود البرنامج السياسي للجبهة الإسلامية للإنقاذ تستدل بشواهد من القرآن الكريم و السنة النبوية الشريفة.⁽²²⁾

وعلى هذا الأساس فإن أزمة أحداث أكتوبر 1988 كانت سببا مباشرا لصدور دستور 1989²³ الذي احتوى على مظهرين للحريات العامة، المظهر الايجابي، يتمثل في استرجاع السيادة لصاحبها. وعلى هذا الأساس فإن أزمة أحداث أكتوبر 1988 كانت سببا مباشرا لصدور دستور 1989 أما المظهر السلبي فيتمثل في جمود الدستور وتعرض الحريات لاعتداءات كثيرة وعاش المواطنون حالات انعدام فيها الأمن على حياتهم و أملاكهم مما جعل السلطة تلجأ إلى إعلان حالة الطوارئ²⁴، وان قيدت حقوق وحريات الأفراد إلا أنها حافظت عليها في إطار المحافظة على السيادة الوطنية و استقرار نظمها الأمني والعسكري والسياسي، إلا أن الأزمة التي واجهت دستور 1989 سرعان ما جمده ولم تتمكن الدولة بمؤسساتها الرئاسية والحكومية والبرلمانية من إيجاد حلالا لإيقاف الحالة المتدهورة والخطيرة التي وصلت إليها البلاد، والتي تلت الانتخابات التشريعية لسنة 1991 والتي أدت إلى خلل في توازن قوى السلطة مما أدى إلى إيقاف المسار الانتخابي واستقالة رئيس الجمهورية في 11 جانفي 1992 بعد أن عرض استقالته أمام المجلس الدستوري، وبعد أن حل المجلس الشعبي الوطني في 31 ديسمبر 1991 حصل فراغ دستوري شغور منصب رئيس الجمهورية وانعدام وجود المؤسسة التشريعية طحت مشكلة على المجلس الدستوري الذي رفض رئيسه تولي مهام رئيس الدولة في حالة الشغور²⁵، وذلك طبقا لأحكام الدستور الذي لم ينص على تلك الحالة وقرر المجلس الدستوري أن يكلف رئيس الحكومة بأن يدعو المجلس الأعلى للأمن الذي أصدر بيان 14 جانفي 1992²⁶ وإنشاء هيئة تتولى رئاسة البلاد إلى أن تنتهي العهدة الرئاسية وهي هيئة المجلس الأعلى للدولة تحت قيادة الرئيس الراحل محمد بوضياف في هذه المرحلة تأثرت حقوق وحريات الأفراد تأثرا لم يسبق له مثيل في تاريخ الجزائر المستقلة، بحيث أن الإطار الذي يحميها والمتمثل في الأمن كان متأزما وغير مستقرا.

فبالنسبة لدستور 1989 فقد تبنت فيه السلطة السياسية الليبرالية الحكم وإقرار مبدأ الفصل بين السلطات والتعددية الحزبية والتي تعد ضمانة من ضمانات الحريات العامة والحرية الدينية على الخصوص، فقد حذفت الصيغة الاشتراكية منها، فجاء في الفصل الرابع من الباب الأول تحت عنوان "الحقوق والحريات" المادة 35 أنه "لا مساس بحرمة حرية المعتقد وحرمة حرية الرأي" نجد أن المشرع نفى بأن تتعرض "حرمة حرية المعتقد" لأي مساس، فلفظ "حرمة" يفيد الصون وعدم المساسية، وقد أورد لمجرد التأكيد لعبارة "لا مساس" التي اكتفى بها دستور 1976.

لكن باعتبار المفهوم الذي رأيناه حول "المعتقد" الذي يبقى أمرا باطنيا، فهل هو المقصود من هذه المادة؟ طبعا الجواب يكون بلا، إذا نظرنا للواقع المعيشي- من حرية ممارسة الأديان السماوية، وهل أراد المشرع تغيب عبارة "حرية ممارسة الشعائر الدينية" حتى لا يتذرع بها من قبل اللادينيين أو الداعين إلى أديان أخرى غير الإسلام الذي هو دين الدولة، وما قد ينجم عنه من إضافة متاعب جديدة للبلد في هذه المرحلة؟ فيقدر ما لحرية المعتقد من إطلاق مقبول لدى الكثير من أفراد الشعب الجزائري، بقدر ما يصعب تصور إطلاق حرية العبادة ليس ممارسة فقط، وإنما تعليما ونشرا ومراجعة للدين الإسلامي بمختلف الوسائل والإمكانات المتاحة لنشره من طرف الدولة.

علما أن حرية المعتقد للأقلية تبقى محترمة في النظم الديمقراطية ولها في سبيل ذلك المطالبة بالمساواة، كما لم يقيد المشرع الحريات العامة بالإسقاط عند المساس أو الاعتداء بل أكثر في المادة 34 " يجعل القانون يتدخل في توقيع العقوبات على المخالفات المرتكبة ضد الحقوق والحريات العامة في حالة المساس بسلامة الإنسان البدنية والمعنوية"²⁷.

الفرع الثاني: ممارسة الحرية الدينية من خلال دستور 1996:

كانت الحقوق و حريات الأفراد رهينة توفير الشروط الضرورية لسير المؤسسات والنظام الدستوري سيرا عاديا لاستمرارية الدولة، ومن بين هذه المؤسسات تم إنشاء أُنذك المجلس الأعلى للدولة في 14 / 01 / 1992، حيث كانت له مهام عديدة ومنها اتخاذ قرار بإقامة مشروع المجتمع في 14 / 01 / 1993 بدعوة المجتمع المدني للحوار معه و التفكير في تعديل الدستور، وفي تاريخ 26 جانفي 1994 انعقدت الندوة الوطنية التسمية الرسمية وقعت على إقامة المرحلة الانتقالية، وعلى هذا الأساس يجب الأخذ بعين الاعتبار الأسس القانونية الرئيسية للنظام القانوني الجزائري وخاصة الدستور الجزائري قبل وبعد تعديله لعام 1996 والذي أكد مرة أخرى في مادته 2 على أنه " الإسلام دين الدولة" ولنا أن نبحت عن طبيعة الحرية التي استهدفها المشرع الدستوري من خلال إقراره لمبدأ حرية المعتقد في مادته 36 من التعديل الدستوري لعام 1996 والتي تنص على أنه " لا مساس بحرمة حرية المعتقد، وحرمة حرية الرأي".

ما نلاحظه أولا هو إضافة المشرع مصطلح "حرمة" مقارنة بالدساتير الأخرى، ولعل ذلك لإعطاء قيمة أكبر لكرامة الإنسان لما له أهمية بالغة في مجال حقوق الإنسان والحريات الأساسية، ومن جهة أخرى، جاء هذا التنصيص على حرمة حرية المعتقد، جاء تماشيا لما هو عليه الشعب الجزائري من حرية للتدين بالأديان السماوية وممارسة شعائرها في حدود

المحافظة على النظام العام، كما أن تبني الإسلام كدين للدولة وللأغلبية الساحقة للشعب الجزائري، يعني السماح بفكرة المذهبية وحرية تبني أي مذهب من المذاهب الإسلامية المعروفة لدى الشعب الجزائري، وفي مقدمتها المذهب الملكي والاباضي والمذهب الحنفي، ولا تنفي المادة عدم التمدد ولا الأخذ بمعتقد غير ديني فلسفي أو أخلاقي، وهذا في إطار النظام العام.²⁸

كما لو تفحصنا وثيقة التعديل الدستوري لسنة 1996، حيث ورد في ديباجته في الفقرة الرابعة أن المكونات الأساسية للهوية الثقافية الوطنية هي الإسلام والعروبة والأمازيغية مع إقرار الإسلام دين الدولة في مادته الثانية، أما المادة 9/3 تجعل على عاتق المؤسسات الدستورية واجب عدم الإتيان بتصرفات منافية للخلق الإسلامي وثورة نوفمبر 1954،²⁹ في حين تشترط المادة 73/2 التدين بالإسلام ديناً لكل مترشح لرئاسة الجمهورية بالإضافة إلى المادة 76 المتعلقة باليمين الدستورية، حيث من أولى واجبات رئيس الجمهورية والتي جاء بها على أساس تدريجي للواجبات المقررة في نص اليمين الدستوري احترام الدين الإسلامي، وكذا المادة 173/3/4 المتعلقة بمراجعة الدستور وإقراره بكيفية صريحة عدم المساس بالإسلام كدين للدولة والعربية كلغة رسمية ووطنية. ومن خلال ما تقدم وبالنظر إلى محتوى هذه المواد نجد أن المشرع الدستوري استهدف تدعيم الدين الإسلامي عقيدة وألويته على حساب الحرية،³⁰ وهو ما يرتب التزامات على الدولة الجزائرية بوجوب توفير الحماية اللازمة له.

أما التعديل الجزئي لدستور 1996 فقد كان بموجب القانون رقم 08-19 المؤرخ في 17 ذي القعدة عام 1429 الموافق 15 نوفمبر سنة 2008، حيث لم يطرأ أي تعديل في مجال الحقوق والحريات في فصل الرابع في المادة 36 حيث نصت " لا مساس بحرية الاعتقاد، وحرمة حرية الرأي"³¹

وبالنسبة للتعديل الجديد للدستور رقم 16-01 المؤرخ في 6 مارس 2016 والمتضمن التعديل الدستوري الأخير، في هذا الإطار إلى توسيع وإثراء الفضاء الدستوري للمواطن من خلال تكريس حريات عامة جديدة، وتعزيز حقوق مكفولة دستوريا بحيث أن دستورها من شأنه أن يؤدي إلى تعميق ثقافة التسامح في بلادنا، ودعم الحريات العامة، ودعم روح التضامن وتوطيد تقاليد مؤازرة المحتاجين والضعفاء بما يتماشى وتعاليم ديننا الحنيف، فتعدل المادة 36 بالمادة 42 من الدستور وتحرر كالاتي:

المادة 42: " لا مساس بحرية الاعتقاد، وحرمة حرية الرأي".

حرية ممارسة العبادة مضمونة في ظل احترام القانون".³² وما نلاحظه من خلال هذه التعديل، إضافة صيغة جديدة والمتمثلة في "ممارسة العبادة" والعبادة في مفهومها مجموعة الشعائر الدينية الخاصة بذلك الدين الذي اختاره الفرد، ولعل المشرع قصد حرية ممارسة الشعائر الدينية التي كانت ضمن المادة الرابعة من دستور 1963، إلا أنها في هذه حالة (أي في التعديل الأخير) جاءت في سياق التقييد والتضييق "في نطاق احترام القانون" بينما في دستور 1963 حرية ممارسة الشعائر الدينية تمارس في نطاق واسع حيث أن الدولة تضمن لكل فرد احترام معتقده وحرية ممارسة شعائره الدينية. ومن جهته نص الدستور الجزائري الحالي على أن يمارس كل واحد جميع حرياته، في إطار احترام الحقوق المعترف بها للغير في الدستور، في إطار ضمانات مكفولة دستوريا، هذا من جهة، ومن جهة أخرى نصت المادة 52 من تعديل الدستور الجزائري لسنة 2016 على حرية تكوين الأحزاب السياسية، إلا أنه أشار إلى قيود موضوعية حيث لا يمكن التذرع لهذا الحق لضرب الحريات الأساسية والقيم والمكونات الأساسية، ولا يجوز تأسيس الأحزاب السياسية على أساس ديني أو لغوي أو جنسي أو جهوي.³³ وهي نفس القيود المنصوص عليها ضمن القانون العضوي المتعلق بالأحزاب السياسية³⁴ دون ذكر قيد تأسيس الحزب على أساس الدين، وعليه فإن القانون العضوي للأحزاب السياسية لم يطابق الدستور في مادته 52،³⁵ فيفهم مما تقدم أن المشرع الدستوري لم يفسر تلك القيود الملقاة على عاتق الأفراد عند ممارستهم للحق في تكوين الأحزاب على أساس ديني واستمراريتها مما يجعل الغموض منتهك للحرية الدينية.

وبالنسبة للحق في تكوين الجمعيات هو حق دستوري نصت عليه المادة 54 من التعديل الدستوري الأخير³⁶، وتم تنظيمه القانون العضوي المتعلق بالجمعيات والذي ذكر مفهوم الجمعية وحدد مجالاتها ومنها المجال الديني، وكما خصص المشرع الفصل الأول من الباب الرابع للجمعيات الدينية والذي يخضع تأسيسها إلى نظام خاص.³⁷ ومن خلال هذا المواد فنلاحظ أن المشرع الدستوري قيد الحرية الدينية للأفراد من خلال حق إنشاء الجمعيات ذات الطابع الديني، باعتباره لم يفسر ذلك في المادة 54 من الدستور بحيث ترك المجال واسع من خلال عبارة "حق إنشاء الجمعيات مضمون" وترك القانون يحدد شروط وتنظيم هذا الحق، وهذا ما أقره القانون العضوي لإنشاء الجمعيات والذي خصص فصل للجمعيات الدينية دون تحديد نظامها الخاص، وعلى هذا الأساس تبقى هذه الأخيرة تخضع للقانون الساري المفعول وهو القانون العضوي المتعلق بالجمعيات،

وهذا ما يتعارض مع نص المادة 42 من الدستور الجزائري في عدم المساس بحرمة حرية المعتقد والتي تعتبر حرية أساسية محمية دستوريا.

كما جاء الأمر 06-02 الذي يحدد شروط وقواعد ممارسة الشعائر الدينية لغير المسلمين، ليوّسع مجال تطبيق الأحكام القانونية والتنظيمية المطبقة على ممارسة الشعائر الدينية الإسلامية إلى الشعائر الدينية الغير الإسلامية، وبالنظر إلى كون هذه الأحكام كانت مبعثرة بين العديد من النصوص و تصعب الإحالة إليها بمجرد مادة قانونية، فضل المشرع الجزائري تقنين هذه الممارسة في نص خاص وشامل ويسهل الرجوع إليه، فجاء النص ليحصر الواجبات في القواعد الموضوعية والإجرائية من خلال محاور أساسية التي تخضع لها هذه الممارسة، فتتضمن المادة 8 من الأمر السالف الذكر³⁸، على أنه تتم التظاهرات الدينية داخل بنايات وتكون عامة وتخضع للتصريح المسبق، بحيث تحدد شروط وكيفية تطبيق هذه المادة عن طريق التنظيم، وهو ما جاء منصوصا عليه في المرسوم التنفيذي رقم 07-135 المؤرخ في 19 ماي 2007، المتضمن شروط وكيفية سير التظاهرات الدينية لغير المسلمين. كما عرف مفهوم التظاهرات الدينية من خلال المادة الثانية من هذا المرسوم، على أنها تجمع مؤقت لأشخاص تنظمه جمعيات ذات الطابع الديني في بنايات مفتوحة لعموم الناس.³⁹ وتخضع التظاهرات الدينية للتصريح المسبق للوالي، ويقدم هذا التصريح للوالي في خمسة أيام على الأقل قبل تاريخ التظاهرة، مع التصريح بأسماء المنظمين والعدد المحتمل للمشاركين، ومكان انعقادها وتسميتها ومقر الجمعية إلى غير ذلك من الشروط التي فصلها المرسوم التنفيذي.

الخاتمة:

وفي الأخير، يقتضي تناول موضوع حرية الدينية في النظام القانوني الجزائري تحليلاً وافياً لكل النصوص القانونية التي فرضت العديد من القيود، إن من الناحية النظرية، أو من ناحية ممارستها، كما تستوجب النظرة الشاملة للحرية الدينية في النصوص الدستورية والتنظيمية دراسة علاقتها بالسلطة والمجتمع، بحيث تتمركز المهمة الأساسية المسندة للدولة في المحافظة على تلك الحقوق وحمايتها من الاعتداء عليها أو المساس بمضمونها. ويعد هذا الاتجاه بمثابة العصر الذهبي للحرية، والذي أتى كردّ فعل تلقائي للعصور السابقة التي أهدرت فيها تماما معاني الحرية، وانعدمت في ظلها الضمانات الكفيلة بتوفير الحياة الإنسانية الكريمة.

فالدولة وعبر مراحلها المختلفة هي صمام الأمان للحقوق والحريات متى كانت دولة القانون، إذ تخضع ذاتها لمضمون القوانين التي تضعها، وتقتيد بها إعمالاً لمبدأ المشروعية، كما تتولى إسباغ حمايتها للحقوق الفردية بتوقيع الجزاء الرادع على كل من يهدرها أو يعتدي عليه. وسواء كان ذلك من رجال السلطة أو من إحدى مؤسساتها أو من الأفراد العاديين، فهي حق مكفول لكل المواطنين في ممارسة الطقوس المترتبة عنها، بعيداً عن كل ألوان الإكراه، وهو الأمر الذي لا يمكن تحقيقه إلا في إطار دولة تتخذ موقف الحياد الإيجابي من اختيارات الناس الدينية، وتخفف إلى أقصى حد ممكن من التدخل في شؤونهم العقدية، ويقتصر دورها على توفير الضمانات القانونية والفعلية لممارستهم لشعائرتهم ومعتقداتهم في أجواء من الحرية الفردية والسلم الأهلي والتسامح الإنساني. ولعل الدفاع الحقيقي عن العقيدة يقترن اقتراً عضوياً بالدفاع عن حرية اختيار المعتقد، ولا أدل على ذلك من أن الدول التي لا تفرض وصاية على عقائد وشعائر رعاياها، وتعاملهم على أساس المواطنة الخالصة، بصرف النظر عن انتماؤهم الدينية، أو مشاربهم المذهبية هي أكثر المجتمعات التي ينتشر فيها التدين السليم .

الهوامش:

- 1- أنظر: حميد قريظلي، البعد الديني في السياسة الفرنسية في الجزائر، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في التاريخ المعاصر، جامعة الجزائر 2، 2009-2010، ص 22.
- 2- أنظر: د. رابح تركي: الشيخ عبد الحميد بن باديس، رائد الإصلاح والتربية في الجزائر، ط 3، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع، الجزائر 1981، ص 122.
- 3- أنظر: د. عبد الحميد زوزو، نصوص ووثائق في تاريخ الجزائر المعاصر، (1830-1900)، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر 2007، ص 214.
- 4- أنظر: حميد قريظلي، البعد الديني في السياسة الفرنسية في الجزائر، المرجع السابق، ص 23.
- 5- Corrine (Ch): Les trente première années de l'état d'Alger, édition O.P.U, Alger, 1988, p18.
- 6- أنظر: د. بوعبدلي المهدي، الاحتلال الفرنسي للجزائر ومقاومة الشعب في الميدان الروحي، مجلة الأصاله، العدد 3، وزارة الشؤون الدينية، الجزائر 1972، ص 305.
- 7- Yvonne (T): l'Affrontements culturel dans l'Algérie coloniale, écoles, médecines religion, (1830-1880), 2Ed, Alger, 1983, p36.

- 8- أنظر: د. يحيى بوعزيز، أوضاع المؤسسات الدينية بالجزائر خلال القرنين 19 و20م، مجلة الثقافة، العدد63، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع، الجزائر1981، ص24.
- 9- أنظر: حميد قريتلي، البعد الديني في السياسة الفرنسية في الجزائر، المرجع السابق، ص24.
- 10- أنظر: المواد من 12 الى 22 من الدستور الجزائري 1963 الصادر بموجب مرسوم رقم 306/63 المؤرخ في 20أوت 1963، الجريدة الرسمية العدد64 تاريخ نشرها 10/09/1963.
- 11- أنظر: صالح دجال، حماية الحريات ودولة القانون، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون العام، الجزائر،2009/2010، ص275.
- 12- أنظر: الميثاق الوطني، 27/11/1976 الصادر بموجب الأمر رقم 76/57 المؤرخ في 05 جويلية 1976.
- 13- أنظر: د. سعيد بوشعير، النظام السياسي الجزائري، دار النهضة للطباعة والنشر والتوزيع، أم بواقي، الجزائر، 1990. ص881.
- 14- أنظر: المادة 06 من الميثاق الوطني الصادر بموجب الأمر رقم 76/57 المؤرخ في 05 جويلية 1976.
- 15- أنظر: الدستور الجزائري 1976 الصادر بموجب الأمر الرئاسي رقم 97/76 المؤرخ في 22/04/1976 الجريدة الرسمية عدد 94، تاريخ نشرها 24/11/1976.
- 16- تنص المادة 10 من الدستور 1976 على أن الاشتراكية اختيار الشعب الذي لا رجعة فيه مفهوم الاشتراكية طبقا لما ورد في الميثاق الوطني نصا وروحا" وهذا ما جاء في تمهيد الفقرة 2 ثم نصت عليه المادة 1 بقولها أن « الدولة الجزائرية دولة اشتراكية»
- 17- أنظر: أ. سهيلة قمودي، الحقوق والحريات الأساسية عبر الدساتير الجزائرية، محاضرات ألقيت على طلبت الحقوق، جامعة الجزائر 2012، ص10.
- 18- أنظر: سكيينة عزوز، الحريات العامة في النظام القانوني الجزائري، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه دولة في القانون العام، جامعة الجزائر 2007/2008. ص322.
- 19- أنظر: د. مولود قاسم ثابت بلقاسم، الاسلام ثورة شاملة، منشورات وزارة التعليم الأصلي والشؤون الدينية، قسنطينة، الجزائر، 1975، ص209.
- 20- أنظر: سكيينة عزوز، الحريات العامة في النظام القانوني الجزائري، ص323.
- 21- أنظر: د. مولود قاسم ثابت قاسم، الإسلام ثورة شاملة، المرجع السابق، ص220.
- 22- أنظر: د. قاسم ثابت قاسم، المرجع السابق، ص221.

- 23- أنظر: الدستور الجزائري 1989 الصادر بموجب مرسوم رئاسي رقم 89/18 المؤرخ في 28/02/1989، الجريدة الرسمية العدد 09، تاريخ نشرها 01/03/1989.
- 24- أنظر: د. بوكرا ادريس، تطور المؤسسات الدستورية في الجزائر منذ الاستقلال من خلال الوثائق والنصوص الرسمية، القسم الثاني، ديوان المطبوعات الجامعية 1994، ص 297.
- 25- أنظر: صالح دجال، حماية الحريات ودولة القانون، المرجع السابق، ص 274
- 26- أنظر: بيان 14 جانفي 1992، يتضمن اقامة مجلس الأعلى للدولة. الصادر في الجريدة الرسمية عدد 03، الموافق ل 18 جانفي 1992.
- 27- أنظر: سكيينة عزوز، الحريات العامة في النظام القانوني الجزائري، المرجع السابق، ص 323.
- 28- أنظر: صالح دجال، حماية الحريات ودولة القانون، المرجع السابق، ص 275.
- 29- أنظر: الدستور الجزائري 1996 الصادر بموجب مرسوم رئاسي رقم 96/438 المؤرخ في 07/12/1996 الخاص بإصدار نص مشروع تعديل الدستور، الجريدة الرسمية عدد 61، تاريخ نشرها 16/10/1996.
- 30- أنظر: فتيسي فوزية، الحق في حرية ممارسة الشعائر الدينية وضوابطه في ظل احكام القانون الدولي لحقوق الانسان، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي لحقوق الانسان، باتنة، الجزائر 2009/2010، ص 60.
- 31- أنظر: المادة 36 من الدستور الجزائري لسنة 1996. التعديل الجزئي الأخير لدستور 1996 فقد كان بالقانون رقم 08-19 المؤرخ في 17 ذي القعدة عام 1429 الموافق 15 نوفمبر سنة 2008، الجريدة الرسمية العدد 63، الصادرة في 16 نوفمبر 2008.
- 32- أنظر: المادة 42 من القانون رقم 16-01 المؤرخ في 6 مارس 2016 والمتضمن التعديل الدستوري، الجريدة الرسمية العدد 14، الصادرة في 7 مارس 2016.
- 33- انظر: المادة 52 من القانون رقم 16-01 الموافق ل 6 مارس 2016 يتضمن التعديل الدستوري، الجريدة الرسمية رقم 14، المؤرخة في 7 مارس 2016.
- 34- انظر: المادة 08 من القانون العضوي 12-04 المؤرخ في 12 يناير 2012، المتعلق بالأحزاب السياسية، الجريدة الرسمية رقم 02 المؤرخة في 05-01-2012.
- 35- انظر: رأي المجلس الدستوري الجزائري رقم 01 م.د/ 12 مؤرخ في 8 يناير سنة 2012 يتعلق بمراقبة مدى مطابقة القانون العضوي المتعلق بالأحزاب السياسية للدستور.
- 36- انظر: المادة 54 من القانون رقم 16-01 الموافق ل 6 مارس 2016 يتضمن التعديل الدستوري، الجريدة الرسمية رقم 14، المؤرخة في 7 مارس 2016

- 37- انظر: المادتان 2 و47 من القانون العضوي رقم 12-06 المؤرخ في 12 يناير 2012 المتعلق بالجمعيات، الجريدة الرسمية رقم 02 المؤرخة في 15-01-2012.
- 38- انظر: المادة 8 من الأمر 02-06 المؤرخ في 28 فبراير 2006 يحدد شروط وقواعد ممارسة الشعائر الدينية لغير المسلمين (استدراك)، الجريدة الرسمية العدد 54، المؤرخة في 29 فبراير 2006
- 39- انظر: المادة 2 و3 و6 من المرسوم التنفيذي رقم 07-135 المؤرخ في 19 ماي 2007، يحدد شروط وكيفية سير التظاهرات الدينية لغير المسلمين، الجريدة الرسمية العدد 33 المؤرخة في 20 ماي 2007.

قائمة المراجع:

النصوص القانونية:

- الدستور الجزائري 1963 الصادر بموجب مرسوم رقم 63/306 المؤرخ في 20 أوت 1963 الجريدة الرسمية عدد 64 الصادرة في 10/09/1963.
- الدستور الجزائري 1976 الصادر بموجب الأمر الرئاسي رقم 76/97 المؤرخ في 22/04/1976 الجريدة الرسمية عدد 94، تاريخ نشرها 24/11/1976.
- الدستور الجزائري 1989 الصادر بموجب مرسوم رئاسي رقم 89/18 المؤرخ في 28/02/1989، الجريدة الرسمية العدد 09، تاريخ نشرها 01/03/1989.
- الدستور الجزائري 1996 الصادر بموجب مرسوم رئاسي رقم 96/438 المؤرخ في 07/12/1996 الخاص بإصدار نص مشروع تعديل الدستور، الجريدة الرسمية عدد 61، تاريخ نشرها 16/10/1996.
- المعدل بالقانون رقم 08-19 المؤرخ في 15 نوفمبر 2008، الجريدة الرسمية رقم 63 الصادرة في 16 نوفمبر 2008، والمعدل بالقانون رقم 16-01 المؤرخ في 6 مارس 2016 والمتضمن التعديل الدستوري، الجريدة الرسمية العدد 14، الصادرة في 7 مارس 2016.
- الميثاق الوطني، 27/11/1976 الصادر بموجب الأمر رقم 57/76 المؤرخ في 05 جويلية 1976.
- الأمر 10 جويليا 1965
- بيان 14 جانفي 1992 يتضمن اقامة مجلس الأعلى للدولة. الصادر في الجريدة الرسمية عدد 03، الموافق ل 18 جانفي 1992.
- الأمر 02-06 المؤرخ في 28 فبراير 2006 يحدد شروط وقواعد ممارسة الشعائر الدينية لغير المسلمين (استدراك)، الجريدة الرسمية العدد 54، المؤرخة في 29 فبراير 2006
- القانون العضوي رقم 12-06 المؤرخ في 12 يناير 2012 المتعلق بالجمعيات، الجريدة الرسمية رقم 02 المؤرخة في 15-01-2012.

- القانون العضوي 12-04 المؤرخ في 12 يناير 2012، المتعلق بالأحزاب السياسية، الجريدة الرسمية رقم 02 المؤرخة في 05-01-2012.

- المرسوم التنفيذي رقم 07-135 المؤرخ في 19 ماي 2007، يحدد شروط وكيفيات سير التظاهرات الدينية لغير المسلمين، الجريدة الرسمية العدد 33 المؤرخة في 20 ماي 2007.

المؤلفات باللغة العربية:

- د. إيفون توران : المواجهات الثقافية في الجزائر المستعمرة، المدارس والممارسات الطبية والدين (1830-1880)، دار القصة للنشر، الجزائر 2007.

- د. بوكرا إدريس، تطور المؤسسات الدستورية في الجزائر منذ الاستقلال من خلال الوثائق والنصوص الرسمية، القسم الثاني، ديوان المطبوعات الجامعية 1994.

- د. سعيد بوشعير، النظام السياسي الجزائري، دار النهضة للطباعة والنشر والتوزيع، أم بواقي، الجزائر، 1990.

- د. رابع تركي : الشيخ عبد الحميد بن باديس، رائد الإصلاح والتربية في الجزائر، ط 3، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع، الجزائر 1981 .

- د. مولود قاسم ثابت بلقاسم، الاسلام ثورة شاملة، منشورات وزارة التعليم الأصلي والشؤون الدينية، قسنطينة، الجزائر، 1975.

- عبد الحميد زوزو، نصوص ووثائق في تاريخ الجزائر المعاصر، (1830-1900)، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر 2007.

- أ. سهيلة قمودي، الحقوق والحريات الأساسية عبر الدساتير الجزائرية، محاضرات ألقيت على طلبت الحقوق، جامعة الجزائر 2012.

المؤلفات باللغة الفرنسية:

1- Corrine (Ch): Les trente première années de l'état d'Alger ,édition O.P.U, Alger, 1988.

2- Yvonne (T):l'Affrontements culturel dans l'Algérie coloniale, écoles, médecines religion, (1830-1880),2Ed,Alger,1983.

الرسائل والأطروحات الجامعية:

- صالح دجال، حماية الحريات ودولة القانون، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون العام، الجزائر، 2009/2010 .

- سكينه عزوز، الحريات العامة في النظام القانوني الجزائري، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه دولة في القانون العام، جامعة الجزائر 2007/2008.

- فتيسي فوزية، الحق في حرية ممارسة الشعائر الدينية وضوابطه في ظل احكام القانون الدولي لحقوق الإنسان، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي لحقوق الإنسان، باتنة، الجزائر 2009/2010.

- حميد قرنتلي، البعد الديني في السياسة الفرنسية في الجزائر، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في التاريخ المعاصر، جامعة الجزائر 2، 2009-2010.

المجلات:

- د. يحيى بوعزيز، أوضاع المؤسسات الدينية بالجزائر خلال القرنين 19 و20م، مجلة الثقافة، العدد 63، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع، الجزائر 1981.

- د. بوعبدلي المهدي، الاحتلال الفرنسي للجزائر ومقاومة الشعب في الميدان الروحي، مجلة الأصالة، العدد 3، وزارة الشؤون الدينية، الجزائر 1972.

العقد الإلكتروني

المقداد هدى - طالبة دكتوراه
كلية الحقوق - بن يوسف بن خدة
جامعة الجزائر 1

ملخص البحث

إن ظهور العقود الإلكترونية لم يكن وليد الصدفة بل ظهر نتيجة التحولات الكبرى الحاصلة في مجال تكنولوجيا الاتصالات و المعلومات، و العقود الإلكترونية تعتبر كغيرها من العقود على أن وجه الخصوصية فيها يكمن في كونها تتم عن بعد، و ذلك باستخدام وسيط إلكتروني يتمثل في شبكة الإنترنت، إذ يتم التعبير عن الإيجاب و القبول عبرها و ذلك عن طريق البريد الإلكتروني أو المحادثة التي تتم بين طرفي العقد في مجلس واحد كما هو معروف في العقود العادية، بمعنى أن التعاقد الإلكتروني يكون بين حاضرين زمانا و غائبين مكانا، كما يمكن أن يكون بين غائبين زمانا و مكانا .

أما بالنسبة لتحديد زمان و مكان إبرام العقد الإلكتروني فتعدان مسألتان هامتان إذ بتحديد زمان العقد تتحدد مسائل هامة نصت عليها القواعد العامة للعقد، فيكون زمان انعقاد العقد الإلكتروني باللحظة التي يصل فيها القبول للموجب على أنه الغالب، أما بالنسبة لمكانه فبتحديده يمكن معرفة القانون الواجب التطبيق و المحكمة المختصة للنظر في النزاعات التي تثار بين طرفي العقد الإلكتروني، و في هذا يحدد القانون الذي يطبق على العقد الإلكتروني بالقانون الذي يختاره الطرفين في خضوعهما له، أما المحكمة المختصة فتحدد بمقر إقامة المدعي أو محل إقامة المدعى عليه .

و فيما يتعلق بطبيعة هذه العقود فالرأي الغالب يقر بكونها عقود إذعان يقوم فيها الطرف القوي بوضع شروط العقد دون أن يكون له حق مناقشة بنود العقد.
الكلمات الدالة: العقود الإلكترونية، تكنولوجيا الاتصالات و المعلومات، وسيط إلكتروني، شبكة الإنترنت.

Abstract

The emergence of electronic contracts have come about as a result of major shifts in communications and information technology. They are considered as any other contracts and their unique characteristic resides in

the fact they are remotely done by using an electronic medium which is the internet where both the approval and acceptance are expressed by e-mail or through a conversation between the two parties in one setting as it is known with the regular contracts which means that the electronic contracting can happen regardless of the place and time

In fact , the choice of time and place where the electronic contract is concluded is of great importance and by choosing the time ,an important matter is determined according to the general rules of contract , so the moment of contracting is the same moment when the acceptance arrives in most cases ,and the place of contracting and the nature agreement between the two parties play a big role in determining the kind of law that must be applied and the kind of competent court to look into the conflicts that arise between the two parties of the electronic contract .

مقدمة

إن عالم اليوم الذي دخل ألفيته الثالثة يشهد ثورة شاملة في مجالات علمية مختلفة ومتباينة هي الثورة المعلوماتية، مبنية على تطورات كمية ونوعية هائلة في مجال الحواسيب والاتصال مست جميع جوانب الحياة الإنسانية والاجتماعية والاقتصادية والثقافية والقانونية .

حيث كشف هذا التقدم عن طرائق أخرى لإبرام المعاملات والعقود باستخدام وسائل التبادل الإلكتروني للبيانات (électronique data inter change)، وأهم هذه الوسائل هي الإنترنت، البريد الإلكتروني، التلكس، النسخ البرقي.

حيث بدأ التبادل الإلكتروني للبيانات عن طريق المستندات الإلكترونية محل المستندات الورقية العادية واستطاع الأشخاص بفضل ذلك وعبر استخدام هذه الشبكة إلى اجراء العديد من المعاملات عن بعد دون أن يكونوا في مكان واحد عن طريق عقود اطلق عليها إسم العقود الإلكترونية كونها تبرم عن طريق الوسائل الإلكترونية .

وقد واجهت هذه العقود في بادئ الأمر تحديات وإشكاليات دفع بالأمم المتحدة إلى إصدار قانون الأونسترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية عام 1996 وأدفع العديد من الدول إلى وضع تشريعات عاجلت في مضمونها عملية التعاقد الإلكتروني .

فلا مناص من الإشارة ولو بشكل خاطف على أن موضوع العقد الإلكتروني قد استقطبت اهتمامي لأنه من العقود التي وجدت قبولا كبيرا في الساحة التجارية لذا لا بد من بيان أهم أركانه وشروطه للحفاظ على صحة هذه العقود.

ولمعالجة هذا الموضوع أطرح الإشكالية التالية :

مامدى توافق الأحكام العامة التي تنظم العقد في مراحل إبرامه وتنفيذه وإثباته مع الخصوصية الإلكترونية له ؟

وهذه الإشكالية تنفرع منها التساؤلات التالية :

- ماذا يقصد بالعقد الإلكتروني ؟

- ما هي أركان العقد الإلكتروني ؟

- ما وسائل الإثبات في العقد الإلكتروني ؟

- ما هو النظام القانوني لإبرام العقد الإلكتروني ؟

- ما هو القانون الواجب التطبيق على العقود الإلكترونية ؟

إن هذه الإشكالية والتساؤلات تشكل الخطوط العريضة لبحثي والتي سأسعى جاهدة للإجابة عنها من خلال تقسيم هذا البحث إلى مبحثين :

حيث سوف أعرض في المبحث الأول ماهية العقد الإلكتروني الذي سوف أقسمه إلى ثلاث مطالب، أتطرق في المطلب الأول إلى تعريف العقد الإلكتروني ثم أتناول في المطلب الثاني الطبيعة القانونية للعقد الإلكتروني، ثم أتناول في المطلب الثالث خصائص العقد الإلكتروني .

المبحث الثاني سوف أتناول فيه التنظيم القانوني للعقد الإلكتروني الذي سوف أقسمه إلى ثلاث مطالب، أتطرق في المطلب الأول إلى إبرام العقد الإلكتروني، ثم أتناول في المطلب الثاني إثبات العقد الإلكتروني، ثم أتناول في المطلب الثالث تحديد الاختصاص والقانون الواجب التطبيق في العقود الإلكترونية.

المبحث الأول : ماهية العقد الإلكتروني

العقد الإلكتروني مفهوم تقني دخل مجال القانون، وهو من أهم نواتج الثورة المعلوماتية التي نجمت عن الاندماج بين التطور في مجال المعلوماتية والتطور في مجال تقنيات الإتصال عن بعد.

يعتبر تحديد مفهوم العقد الإلكتروني أمرا مهما من الناحية القانونية يساعد عن فهم الإشكاليات القانونية التي يطرحها العقد الإلكتروني في مرحلة الإبرام والتنفيذ والإثبات، لذا يقتضي علي الوقوف على تعريفه و ثم تحديد الطبيعة القانونية له مع ضرورة الوقوف على الخصائص التي يتميز بها وهذا ما سأتناوله في ثلاثة مطالب وعلى النحو التالي:

المطلب الأول: تعريف العقد الإلكتروني

ليس هناك تعريف موحد للعقد الإلكتروني سيما لو أخذنا بعين الاعتبار تعدد الجهات والمحافل التي أوردت هذه التعاريف من جهة، ونوع التقنية التي تستعمل في إبرامه من جهة أخرى لذا سأتناول في هذا المطلب التعريف الفقهي والمواثيق الدولية والقوانين المقارنة .

الفرع الأول: التعريف الفقهي للعقد الإلكتروني

وضع الفقه القانوني عدة تعاريف للعقد الإلكتروني تضمنت أغلبها الإعتبارات الأساسية لتعريف أي عقد مع مراعاة خصوصية هذا العقد كونه يبرم عن طريق شبكة المعلوماتية الانترنت .

فقد عرفه جانبا من الفقه الأمريكي " بأنه العقد الذي ينطوي على تبادل الرسائل بين البائع والمشتري والتي تكون قائمة على صيغ معدة سلفا ومعالجة إلكترونية وتنشأ التزامات تعاقدية⁽¹⁾، كما عرفه بعض الفقه اللاتيني بأنه: " بأنه إتفاق يتلاقى فيه الإيجاب والقبول على شبكة دولية مفتوحة للإتصال عن بعد وذلك بوسيلة مسموعة ومرئية وبفضل التفاعل بين الموجب والقابل⁽²⁾ .

أما الفقه العربي فقد وضع عدة تعاريف لهذا العقد :

- "العقد الذي تم انعقاده بوسيلة إلكترونية بقصد إنشاء التزامات تعاقدية " .
- "إتفاق بين طرفي العقد من خلال تلاقي الإيجاب والقبول عن طريق إستخدام شبكة معلومات سواء في تلاقي الإرادتين أو المفاوضات العقدية أو التوقيع أو أي جزئية من جزئيات إبرامه سواء أكان هذا التصرف بحضور طرفي العقد في مجلس العقد أو من خلال التلاقي عبر شاشات الحاسب الآلي أو أي وسيلة إلكترونية سمعية أو بصرية"⁽³⁾ .

الفرع الثاني: تعريف العقد الإلكتروني في المواثيق الدولية

سوف أقصر الدراسة على:

أولا: التعريف الوارد في القانون النموذجي للأمم المتحدة حول التجارة الإلكترونية

(1).كاظم كريم علي - العقد الإلكتروني ، مجلة المحقق المحلي للعلوم القانونية والسياسية ، العدد ، 1 جامعة بابل ، 2009 ، ص133 .

(2).د. أسامة أبو الحسن مجاهد -خصوصية التعاقد عبر الانترنت، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000 ، ص39 .

(3)-د.محمد فواز المطالقة - الوجيز في العقود التجارة الإلكترونية، دار الثقافة لنشر والتوزيع، عمان، 2011،ص28.

إكتفى القانون النموذجي للأمم المتحدة حول التجارة الإلكترونية (CNUDCI) أو (UNCITRAL)⁽¹⁾

في المادة 2/ ب تبادل البيانات الإلكترونية *l'échange de données informatisées* وهي " نقل المعلومات إلكترونيا من حاسوب إلى حاسوب آخر باستخدام معيار متفق عليه لتكوين المعلومات"⁽²⁾

و رأت اللجنة المعدة لهذا القانون بأن هذا التعريف ينصرف إلى كل إستعمالات المعلومات الإلكترونية ويشمل بذلك إبرام العقود والأعمال التجارية المختلفة وعليه فإن العقد الإلكتروني حسب هذا القانون هو " العقد الذي يتم التعبير عن الإرادة فيه بين المتعاقدين باستخدام الوسائل المحددة في المادة 2/ أ و 2/ ب .

- نقل المعطيات من كمبيوتر إلى كمبيوتر آخر وفقا لنظام عرض موحد

- نقل الرسائل الإلكترونية باستعمال قواعد عامة أو قواعد قياسية

- النقل بالطريق الإلكتروني للنصوص باستخدام الإنترنت أو عن طريق استعمال تقنيات أخرى كالتلكس والفاكس⁽³⁾

ثانيا: التعريف الوارد في الوثائق الأوروبية

إن العقد الإلكتروني من طائفة العقود عن بعد⁽⁴⁾

فقد نصت المادة على 2 من التوجيه رقم 97-07 في 20 ماي 1997 الصادر عن البرلمان الأوروبي المتعلق بالتعاقد عن بعد " كل عقد يتعلق بالبضائع أو الخدمات أبرم بين مورد ومستهلك في نطاق نظام بيع أو تقديم الخدمات عن بعد نظمه المورد الذي يستخدم لهذا العقد تقنية أو أكثر للإتصال عن بعد لإبرام العقد أو تنفيذه".

(2)- صدر هذا القانون في 12 جوان 1996 عن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي وتم إقراره بناء على التوصية الصادرة عن الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 51-162 في 16 ديسمبر 1996 ، يتكون هذا القانون من 17 مادة قابلة لزيارة في المستقبل وهذه المواد مقسمة إلى بابين ، الباب الأول يعالج موضوع التجارة الإلكترونية بصفة عامة في المواد 1 إلى 10 أما الباب الثاني مكون من فصل وحيد متعلق بالعقود نقل البضائع والمستندات في المادتين 16 و17 ويعلق بهذا القانون ملحق داخلي يوجه خطايا لدول الأعضاء بكيفية إدماجية ضمن تشريعاتها الداخلية.

(2)-راجع النص المادة 2-ب من قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية لعام 1996.

(3)- عبد الله نوار شعت - العقد الإلكتروني في اطار التشريعات العربية، مكتبة الوفاء القانونية ، الإسكندرية ، 2017، ص60 و ص61.

(5)- مخلوفي عبد الوهاب -التجارة الإلكترونية عبر الأنترنت ، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه العلوم في الحقوق ، جامعة الحاج لخضر ، باتنة 2011/ 2012 ، ص52.

وعرفت تقنية الإتصال في نفس النص بأنها: "كل وسيلة بدون وجود مادي ولحظي للمورد وللمستهلك يمكن أن تستخدم لإبرام العقدين بين طرفيه"⁽¹⁾.

الفرع الثالث: تعريف القوانين المقارنة للعقد الإلكتروني

نظرا لكثرة حدوث عملية التعاقد الإلكتروني من الناحية العملية في الآونة الأخيرة وما أثارته من إشكالات قانونية فقد أصدرت بعض الدول تشريعات قانونية لمعالجة ذلك وبعض هذه التشريعات عرفت العقد الإلكتروني ومنها:

القانون الفرنسي: عرف التعاقد عن بعد "تسري أحكامه على كل بيع أو أداء لخدمة أبرم باستخدام وسيلة أو أكثر من وسائل الاتصال عن بعد بين مستهلك ومهني ودون الحضور المادي المتزامن لهما"⁽²⁾.

القانون الكندي: عرف التعاقد عن بعد: "تعاقد بين تاجر ومستهلك بدون تواجد مادي بينهما سواء في حالة الإيجاب أو القبول حال كون الإيجاب غير موجه لمستهلك معين" القانون الأمريكي: فقد أورد تعريف للسجل الإلكتروني الذي هو بمثابة العقد الإلكتروني الذي يتم إبرامه بين الأطراف حيث عرفه بأنه "عقد أو أي سجل آخر يتم تخليقه أو تكوينه أو إرساله أو نقله أو استقباله أو تخزينه بأي وسيلة إلكترونية"⁽³⁾ القانون الأردني: عرف العقد الإلكتروني "الإتفاق الذي يتم انعقاده بوسائل إلكترونية كلياً أو جزئياً"⁽⁴⁾

القانون التونسي: "ينشأ العقد الإلكتروني بعنوان البائع وفي تاريخ موافقة هذا الأخير على الطلبية بواسطة وثيقة إلكترونية ممضاة وموجه للمستهلك ما لم يتفق الطرفان على الخلاف ذلك"⁽⁵⁾.

القانون الإماراتي: عرف المعاملات الإلكترونية "أي تعامل أو عقد أو إتفاقية يتم إبرامها أو تنفيذها بشكل كلي أو جزئي بواسطة المراسلات الالكترونية وحتى هذا التعريف سمول للعقد الالكتروني.

(1) - directive n0 97 – 07 cedu 20 Mai 1997 K joce 04/06/1997 N0 144 .p19

(2) - صولي الزهرة - النظام القانوني للعقد الالكتروني - مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق ، جامعة محمد خيضر ، بسكرة 2007-2008، ص12.

(3) - خالد ممدوح إبراهيم - إبرام العقد الإلكتروني دراسة مقارنة ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، 2006 ، ص136.

(4) - لورنس محمد عبيدات - إثبات العقد الإلكتروني ، دار الثقافة لنشر والتوزيع ، عمان ، 2005 ، ص193.

(5) - الفصل 28 من قانون المبادلات ، التجارة الإلكترونية التونسي رقم 83 ، العام 2000.

المطلب الثاني: الطبيعة القانونية للعقد الإلكتروني

إن الطبيعة القانونية للعقد الإلكتروني مازالت موضوع دراسة وإجتهدا وشرح من المهتمين بهذا المجال مما يقود إلى محاولة تصنيفها من حيث الطبيعة وفيما إن كانت عقود إذعان أو رضائية وهذا ما سيتم توضيحه على النحو التالي:

الفرع الأول: العقد الإلكتروني من قبيل عقود الإذعان

اختلف الفقهاء ما بين مؤيد ومعارض كون العقود الإلكترونية عقود إذعان أم لا، فأيد الفقه الإنجليزي والفرنسي والعربي أن العقود الإلكترونية بمثابة عقود إذعان، بإعتبار أن المتعاقد لا يملك إلا أن يضغط في عدد من الخانات المفتوحة أمامه في موقع البائع أو المشتري على المواصفات التي يرغب فيها من السلعة ومن الثمن المحدد سلفا، الذي لا يملك مناقشته أو المفاوضة عليه مع المتعاقد الآخر وكل ما يتاح له هو إما قبول العقد برمته أو رفضه كلية⁽¹⁾

الفرع الثاني: العقد الإلكتروني عقد رضائي

يذهب أنصار هذا الاتجاه إلى أن العقد الإلكتروني ما هو إلا عقد رضائي لأن المتعاقد يستطيع اللجوء إلى مورد أو منتج آخر للسلعة أو الخدمة إذا لم تعجبه شروط أحد الموردين أو المنتجين، كما أنه لا يمكن الإعتماد على المعيار الاقتصادي فقط وإنما يجب النظر إلى الإعتبارين القانوني والاقتصادي معا⁽²⁾.

الفرع الثالث: العقد الإلكتروني ذو طبيعة خاصة

يذهب رأي فقهي إلى أنه يجب التمييز بين نوعين من العقود الإلكترونية عند تحديد الطبيعة القانونية، إذ أن العقود الإلكترونية من حيث آلية إبرامها هي إما عقود يتم إبرامها عن طريق البريد الإلكتروني للمتعاقدين أو عن طريق المواقع الإلكترونية، فالعقود التي تبرم عن طريق المواقع الإلكترونية قد تحتوي على سمات عقود الإذعان، أما بالنسبة إلى العقود التي تبرم عن طريق البريد الإلكتروني فغالبا ما تكون عقود رضائية إذ يتم التفاوض على إبرام العقد عن طريق إرسال الرسائل الإلكترونية بين المتعاقدين عن طريق المواقع الشخصية الإلكترونية إلى أن يقترن إيجاب أحد المتعاقدين بقبول الآخر فينعقد العقد⁽³⁾

(1)-برهان سمير- العقد في التجارة الدولية الإلكترونية، ندوة إدارة عقود التجارة الدولية، المنظمة العربية للتنمية الإدارية، القاهرة، 2006، ص8

(2)- لما عبد الله صادق سلهب - مجلس العقد الإلكتروني، رسالة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، 2008، ص60-61.

(3)- كاظم كريم علي - العقد الإلكتروني، مرجع سابق، ص135.

المطلب الثالث: خصائص العقد الإلكتروني

العقد الإلكتروني المبرم عبر الأنترنت خصائص تميزه عن غيره من العقود الأخرى كما أن هذا العقد يمكن أن يشترك في بعض الخصائص الموجودة في العقود التقليدية وهذا ما سيتم توضيحه على النحو التالي :

الفرع الأول: العقد الإلكتروني أحد العقود التي تبرم عن بعد

السمة الأساسية لهذا النوع من العقود تتمثل :

- عدم الحضور المادي المتعاصر لأطرافه في لحظة تبادل الرضا بينهم، فهو عقد مبرم بين طرفين لا يتواجدان وجها إلى وجه في لحظة إلتقاء إرادتيهما .

- بالإضافة إلى أن إبرامه يتم عبر وسيلة أو أكثر من وسائل الإتصال عن بعد⁽¹⁾

الفرع الثاني: العقد الإلكتروني له طابع داخلي ودولي

التعاقد الإلكتروني الذي يتم عبر شبكة الإنترنت يتصف بالطابع الداخلي والدولي، واتسام العقد الإلكتروني بالطابع الداخلي عندما يكون العقد بين طرفين في داخل البلد الواحد، أما دولية العقد فتكون في حالة الخروج من حدود الدولة، فالمعاملات الإلكترونية عبر شبكة الإنترنت يمكن أن تتم بين أشخاص يتواجدون في دول مختلفة، فالمستخدم من دولة والمورد من دولة أخرى، شركة تكنولوجيا معالجة البيانات وإدخالها وتحملها عبر شبكة موجودة في دولة أخرى⁽²⁾

الفرع الثالث: العقد الإلكتروني من عقود المساومة

إن عملية المساومة تسود هذه العقود حيث يمكن التفاوض في شروطها ومناقشتها وتوضع هذه الشروط بحرية إرادة الطرفين، أي أن الموجب له لا يقتصر دوره عن مجرد الموافقة على الشروط المعدة سلفا بل له مطلق الحرية في التعاقد مع أي منتج وله أن ينتقل من موقع إلى آخر، وأن العقد لا يتعلق بسلع تمس مصلحة حقيقية وتقدم خدمة لا يستطيع المستهلك الإستغناء عنها بسهولة، وأن تكون محل إحتكار⁽³⁾

(1)- د. عبد الله نوار شعت، العقد الإلكتروني في إطار التشريعات العربية، مرجع سابق، ص 72.

(2)- د. عبد الحي القاسم عبد المؤمن - مفهوم العقد الإلكتروني وخصائصه، مجلة جامعة بخت الرضا العلمية، العدد الثالث عشر، السودان، 2014، ص 208.

(3)- لزعر وسيلة - تنفيذ العقد الإلكتروني، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، جامعة الجزائر، بن عكنون، 2010 - 2011،

الفرع الرابع: تجارية العقود الإلكترونية

يتسم العقد الإلكتروني بالطابع التجاري لذا غالباً ما يطلق على هذا العقد بعقد التجارة الإلكترونية، و الواقع أن تلك السمعة الغالبة إذ يستأثر البيع التجاري بالجانب الأكبر من مجمل العقود التي تبرم عبر شبكة المعلوماتية إلا أنه يمكن أن يرد على الخدمات والمنافع بصورة إيجار أو مقاوله ولكن غالباً ما يكون مقدم السلعة على الأقل تاجر أي يتمتع بالصفة التجارية⁽¹⁾

المبحث الثاني: التنظيم القانوني للعقد الإلكتروني

يخضع العقد الإلكتروني من حيث التنظيم للقواعد والأحكام العامة لنظرية العقد، إلا أن طابعها الإلكتروني وتلاقي الإيجاب والقبول فيها إلكترونيا على شبكة الإنترنت ميزها عن العقود التقليدية، فتستمد هذه العقود مشروعيتها وأحكامها من قوانين المبادلات والتجارة الإلكترونية، وفي حالة عدم كفاية هذه القواعد و عجزها عن إيجاد حلول تتم الإحالة للقواعد العامة⁽²⁾ وسوف أتطرق في هذا المبحث إلى إبرام العقد الإلكتروني وإثباته والقانون الواجب التطبيق على النحو التالي :

المطلب الأول: إبرام العقد الإلكتروني

إن العقد الإلكتروني ينعقد وينتج آثاره لذلك لا بد من توافر الأركان الأساسية لإبرامه والسؤال الذي يطرح هنا : هل أن أركان العقد الإلكتروني هي ذاتها الأركان الواجب توافرها في العقد التقليدي؟، وما هو زمان ومكان إبرامه ؟

وهذا ما سيكون محل دراستي في هذا المبحث وعلى النحو الآتي :

الفرع الأول: أركان العقد الإلكتروني

يجب أن تتوافر في العقد المبرم عن طريق إحدى وسائل الإتصال الإلكترونية الأركان العامة للعقد وهي الرضا والمحل والسبب وسأبحثها على النحو التالي :

أولاً: الرضا في العقد الإلكتروني

الرضا هو جوهر العقد وهو التعبير عن إرادة أطراف العقد للتعاقد بحسب ما تم الإتفاه عليه، ويتم التعبير عن الرضا في العقد الإلكتروني عن طريق رسالة المعلومات

(1)- د. محمد حسين منصور - المسؤولية الالكترونية، منشأة المعارف، الاسكندرية، 2006، 18.

(2) غادة جواد مسودي - التنظيم القانوني للعقد الإلكتروني في فلسطين، رسالة لنيل شهادة الماجستير، جامعة بيرزيت، فلسطين،

بدون سنة نشر، ص 11.

الإلكترونية وهي وسيلة من وسائل التعبير عن الإرادة المقبول قانونا لإبرام الإيجاب أو القبول بقصد إنشاء إلتزام تعاقدي⁽¹⁾

1- الإيجاب الإلكتروني

تضمن البند 2/3 من مشروع العقد النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية والمعلق بالقانون النموذجي الصادر عن الأونسترال ما يلي: " تمثل الرسالة إيجابا إذا تضمن إيجابا لإبرام عقد مرسل إلى شخص واحد أو أشخاص محددين ماداموا معروفين عن نحو كاف وكانت تشير إلى نية مرسل الإيجاب أن يلتزم في حالة القبول⁽²⁾

والإيجاب الإلكتروني قد يكون إيجابا خاصا موجهها إلى أشخاص محددين وهو الذي يتم عادة بواسطة البريد الإلكتروني وقد يكون إجابا عاما موجهها إلى جميع زائري الموقع الإلكتروني من خلال الموقع يختص الإيجاب الإلكتروني عبر شبكة الإنترنت بعدة خصائص أهمها: أنه يتم عن بعد، ويتم عبر وسيط إلكتروني، وهو إيجاب دولي، ولا يمنع أن يكون إقليميا أو محليا⁽³⁾

2- القبول الإلكتروني

القبول الإلكتروني يتم التعبير عنه من خلال وسيلة إلكترونية، ويتطلب لإنعقاد العقد أن يتلاقى الإيجاب بقبول يطابقه، وقد عرفته اتفاقية فيينا 1980 بشأن البيع الدولي للبضائع حيث تنص المادة 1/18 "يعتبر قبولاً أي بيان أو أي تصرف آخر صادر من المخاطب يفيد الموافقة على الإيجاب"⁽⁴⁾

ولكي ينتج القبول أثره لابد أن يتطابق تماما مع الإيجاب فإذا ما اختلف بشيء عن الإيجاب عد إيجابا جديدا يحتاج إلى قبول كي ينعقد العقد، ولا بد أن يكون القبول صريحا، وقد يتم هذا القبول إما عن طريق البريد الإلكتروني يتم بقيام المرسل إليه (القابل) الذي وجه إلى بريده الإلكتروني إيجابا من قبل المنشئ بإرسال قبوله على شكل رسالة إلكترونية متضمنة

(1)- محمد ذعار العتيبي - النظام القانوني للعقد الإلكتروني دراسة مقارنة بين النشر يعين الكويتي والأردني، رسالة ماجستير، جامعة الشرق الأوسط، عمان، 2012-2013، ص52.

(2)- مخلوف عبد الوهاب - التجارة الإلكترونية عبر الأنترنت، مرجع سابق، ص88-93.

(3)- bouchuberg (lionel) - inernetet commerce electronique , premiere edition, delmas, 1999,p114.

(4)- مجد المرسي زهرة - الحماية المدنية للتجارة الإلكترونية (العقد الإلكتروني - الإثبات الإلكتروني - المستهلك الإلكتروني)، دار النهضة العربية، مصر، 2008، ص43.

كافة العناصر اللازمة لإتمام التعاقد، أما القبول عن طريق المواقع الإلكترونية فيتم عن طريق الضغط أو بلمس الأيقونة المخصصة لإعلان القبول⁽¹⁾

وبما أن المستهلك في العقود الإلكترونية لا يكون بوسعه الحكم الدقيق على المنتج فهو يتمتع بحق العدول ومن ثم تعليق إتمام العقد، ولقد أقرت العديد من التشريعات كالقانون الفرنسي والتوجيه الأوروبي والأمريكي والإنجليزي أحقية المستهلك في العدول بشأن العقود الإلكترونية خلال فترة السماح وتختلف هذه المدة من قانون إلى آخر⁽²⁾

الفرع الثاني: زمان ومكان إبرام العقد الإلكتروني

ينعقد العقد عندما ينعقد الإيجاب بالقبول ويتم هذا التصرف في المكان والزمان الذي يتم الإتفاق عليه بين طرفي العقد .

أولاً: زمان إنعقاد العقد

1- زمان القبول الإلكتروني في حالة إفتراض أن التعاقد الإلكتروني يقع بين غائبين
فتكون هناك فترة زمنية تفصل بين الإيجاب والقبول وهذا يثير إشكالية تحديد زمان إنعقاد هذا العقد .

* نظرية إعلان القبول: ينعقد العقد في الزمان والمكان الذين يعلن فيهما القابل قبوله للإيجاب .

* نظرية إرسال القبول: ينعقد العقد عند إرسال القابل قبوله، ولا يكفي لإنعقاد العقد أن يعلن القابل قبوله، وإنما يجب أن يرسل هذا القبول إلى الموجب .

* نظرية تسلم القبول: أن القبول قد تم في حالة تسلمه للموجب، وأن العقد ينعقد سواء من خلال تسلم رسالة البيانات أو النقر على المكان المخصص لذلك وقد أخذ قانون الأونسترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية عام 1996 في المادة 15 بهذا القول .

* نظرية العلم بالقبول: ينعقد العقد على علم الموجب بالقبول، فلا يكفي إرسال رسالة وإنما على الموجب فتحها وقراءتها ومعرفة مطابقتها للإيجاب .

2- زمان القبول الإلكتروني في حالة إفتراض أن التعاقد الإلكتروني يقع بين حاضرين
- لحظة إنعقاد العقد عبر الويب الموجود على الشبكة تكون بمجرد الموافقة على العقد النموذجي، وطباعة كلمة موافق.

- لحظة إنعقاد العقد عبر البريد الإلكتروني فيختلف زمان إبرامه⁽³⁾ .

(1)- كاظم كريم علي - العقد الإلكتروني، مرجع سابق، ص 140.

(2)- د. خالد ممدوح إبراهيم - إبرام العقد الإلكتروني دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2008، ص 347-351.

* فوفقا لنظرية إرسال القبول: العقد ينعقد بقيام القابل بإرسال الرسالة الإلكترونية المتضمنة قبوله، ويعد مبرما في اللحظة التي ينقر فيها على مفتاح الإرسال .
* و وفقا لنظرية إستلام القبول: العقد ينعقد عن طريق البريد الإلكتروني منذ لحظة وصول الرسالة التي تتضمن القبول إلى بريد الموجب وهذا أخذ به قانون الأونسترال النموذجي في المادة 15⁽¹⁾

ثانيا: مكان إبرام العقد الإلكتروني

أشار قانون الأونسترال النموذجي إلى أنه إذا لم يتفق أطراف العقد على مكان إبرام العقد فإن العقد يكون قد إنعقد في المكان الذي يقع فيه عمل المرسل إليه رسالة القبول .
أما إذا تعددت هذه المواقع فإنه ينعقد في موقع العمل الأكثر صلة بموضوع العقد أو مقر العمل الرئيسي، أما إذا انعدم مقر العمل فإنه يتم اللجوء إلى محل الإقامة المعتاد بديلا عن مقر العمل .

المطلب الثاني: إثبات العقد الإلكتروني

إن العقد الذي يبرم عن طريق شبكة المعلوماتية يقوم على تبادل البيانات الإلكترونية على دعامات غير ورقية داخل أجهزة الإتصال أو خارجها والتوقيع عليها ممن يرسل الرسالة الإلكترونية بواسطة التوقيع الإلكتروني وهذا ما سيتم توضيحه على النحو التالي :

الفرع الأول: المحررات الإلكترونية

المحرر الإلكتروني هو معلومات إلكترونية ترسل أو تسلم بوسائل إلكترونية أيا كانت وسيلة استخراجها في المكان المستلمة فيه، أو أنه البيانات والمعلومات التي يتم تبادلها من خلال الوسائل الإلكترونية سواء كانت من خلال شبكة الإنترنت أو من خلال الأقراص الصلبة أو شاشات الحاسب الآلي أو أية وسائل إلكترونية⁽²⁾

لكي يكتسب المحرر الإلكتروني الحجية الكاملة بالإثبات وإمكان مساواته بالمحررات التقليدية في القوة القانونية لابد من توافر عدة شروط :

* الكتابة : إن الكتابة على المحرر الإلكتروني تكون على شكل معادلات خوارزمية تنفذ من خلال عمليات إدخال البيانات وإخراجها من خلال شاشة الحاسب الآلي أو أية وسيلة إلكترونية أخرى

* قابلية المحررات الإلكترونية بالاحتفاظ بالمعلومات الواردة فيها.

(1)- يحيى سوف فلاح حسن - التنظيم القانوني للعقود الإلكترونية، مرجع سابق، ص 58-64.

(2)- كاظم كريم علي - العقد الإلكتروني، مرجع سابق، ص 146-143.

* إمكانية الإحتفاظ بالمحرر الإلكتروني⁽¹⁾.

الفرع الثاني: التوقيع الإلكتروني

أولاً: تعريف التوقيع الإلكتروني

لكي يكون التوقيع الإلكتروني ذو قيمة قانونية وينتج آثاره فلا بد من التوقيع عليه، فعرف التوقيع الإلكتروني بتعاريف عدة ومن أهمها ما عرفه قانون الأونيسترال للتوقيعات الإلكترونية لعام 2001 في المادة 2/أ بأنه: " بيانات في شكل إلكتروني مدرجة في رسالة بيانات، أو مضافة إليها أو مرتبطة بها منطقياً، يجوز أن تستخدم هوية الموقع على المعلومات الواردة في الرسالة البيانات"، وتتعدد صورته وأشكاله فيكون إما بقلم إلكتروني أو بالبصمة الإلكترونية، أو بالتوقيع الرقمي، أو التوقيع البيومتري⁽²⁾.

ثانياً: حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات

إن منح القيمة القانونية للتوقيع الإلكتروني ومساواته بالتوقيع التقليدي يعتمد على توافر شروط معينة تعزز من هذا التوقيع وتوفر فيه الثقة وأوضح التوجيه الأوروبي في المادة 2/2 الشروط التي يتعين توافرها في التوقيع: على أن يكون مقصوراً على صاحبه، وخاضعاً لسيطرته الفعلية، وقابليته للتحقق من صحته مع ارتباطه بالبيانات التي يثبتها⁽³⁾.

المطلب الثالث: تحديد الإختصاص والقانون الواجب التطبيق في العقود الإلكترونية

لا يخلو أي عقد من العقود من نشوء نزاعات سواء في مرحلة إبرامه أو في مرحلة تنفيذه مما يطرح مشكلة تحديد المحكمة المختصة بنظر هذه النزاعات هذا من جهة، ومن جهة أخرى تحديد القانون الواجب التطبيق عليها وهذا ما سيتم توضيحه على النحو التالي:

الفرع الأول: القضاء المختص بنظر منازعات العقود الإلكترونية

إن المنازعات الخاصة بالمعلومات الدولية في المجال الإلكتروني تخضع للقاعدة العامة في الإختصاص الدولي للمحاكم، حيث يمكن رفع الدعوى أمام محكمة موطن أو محل إقامة المدعي عليه، إلا أنه يجوز الخروج عن هذه القاعدة العامة بالإتفاق بين الخصوم على تقرير

(1) - يحيى يوسف فلاح حسن - التنظيم القانوني للعقود الإلكترونية، مرجع سابق، ص 72-73.

(2) - عبد الله نوار شعت - الإثبات والالتزامات في العقود الإلكترونية، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2017، ص 314-317.

(3) - إياد أحمد سعيد الساري - النظام القانوني لإبرام العقد الإلكتروني دراسة مقارنة في ظل القوانين العربية والأجنبية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2016، ص 153.

الاختصاص لمحكمة أخرى، وهذا ما يطلق عليه مبدأ الخضوع الإرادي أو الإتفاق على الإختصاص في المنازعات ذات الطابع الدولي.⁽¹⁾

وفي حالة عدم وجود أحد الضابطين السابقين نلجأ إلى الضابط الإحتياطي ألا وهو مكان إبرام العقد أو تنفيذه، واستثناء من الأحكام السابقة فإن المنازعات الخاصة بعقود الإستهلاك الإلكتروني تختص بنظرها محكمة موطن أو محل إقامة المستهلك⁽²⁾

الفرع الثاني: القانون الواجب التطبيق على العقد الإلكتروني

وينقسم القانون الواجب التطبيق على العقود الإلكترونية شقين، وفق قواعد الإسناد في القانون الدولي الخاص وهما :

أولاً: اختيار الأطراف القانون الواجب التطبيق (القانون الإرادة)

يخضع موضوع العقد للقانون الذي اختاره الأطراف صراحة أو ضمناً، وهذه القاعدة معمول بها في مختلف الأنظمة القانونية والمعاهدات الدولية، وهذه الإرادة تحدد القانون الواجب التطبيق الذي يحكم العلاقة العقدية بين الأطراف بإضافة بند خاص في بنود العقد الإلكتروني، ولا يشترط لإختيار الأطراف القانون الواجب التطبيق وجود صلة حقيقية بينه وبين موضوع العقد، وهذا الإختيار ينص على القواعد الموضوعية دون قواعد التنازع.⁽³⁾

ثانياً: عدم وجود إتفاق بشأن القانون الواجب التطبيق

إذا لم تتفق الأطراف صراحة على القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية المبرمة بينهم وتعزز استخلاص الإرادة الضمنية، والقاضي هنا يلجأ إلى القرائن المستمدة من الظروف الرابطة العقدية عن طريق اللجوء إلى مؤشرات موضوعية تشير إلى القانون المرتبط إرتباطاً وثيقاً بالعقد، كمكان إبرام العقد أو تنفيذه أو الجنسية المشتركة للمتعاقدين أو الموطن المشترك لهما، وفي حال لم يتمكن القاضي من معرفة الضوابط السابقة يلجأ إلى الإستعانة بلغة العقد أو العملة المتفق عليها، وإلى المبادئ العامة في حال تنازع القوانين.⁽⁴⁾

(1)-Gautias –Droit du commerce électronique et normes applicable-revue du droit des affaires international .1997.p547

(2)- Gasti – la protection des consommateur en matiere de contrat a distance, revue du droit des affaires international, 1997, p1378

(3)-يحيي يوسف- التنظيمي القانوني للعقود الإلكترونية، رسالة لنيل شهادة الماجستير، جامعة النجاح الوطنية نابلس، 2007، ص67-68.

(4)- د.محمد إبراهيم- عقود التجارة الإلكترونية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2005، ص120.

الخاتمة

تم التعرف في هذا البحث على العقد الإلكتروني في أغلب جوانبه و قد تبين أن هذا العقد يتميز عن العقود التقليدية من خلال الآلية التي يبرم بها فهو ذلك العقد الذي يبرم عن طريق شبكة المعلوماتية سواء عن طريق البريد الإلكتروني أو المواقع الإلكترونية و يمتاز بعدة خصائص و منها : أنه عقد بين حاضرين من حيث الزمان و بين غائبين من حيث المكان، كما أن الإيجاب فيه يمتاز بالعمومية في أغلب الأحيان، كما أن لهذا العقد خصوصية من حيث الإثبات و الوفاء .

وأن التطبيقات العملية لهذا العقد و انتشاره على نطاق واسع دفع العديد من دول العالم إلى إصدار تشريعات عاجلت بها أحكام هذا العقد و بما يمتاز به من خصوصية، و قد كان أول قانون في هذا الخصوص هو قانون الأونسترال النمودجي بشأن التجارة الإلكترونية الذي أصدرته الأمم المتحدة في عام 1996 و الذي كان الأساس في أغلب التشريعات التي عاجلت التجارة الإلكترونية التي صدرت في العالم و خاصة التشريعات التي أصدرتها الدول العربية . على ضوء ما سبق دراسته أقدم بعض التوصيات :

- منح المحررات الإلكترونية و التوقيع الإلكتروني الحجية في الإثبات أمام المحاكم و الجهات الحكومية، و إعطاؤه حجية المحررات الورقية في الإثبات .
- إيجاد الوسائل اللازمة لتحقيق الثقة و الأمان بين المتعاقدين بإيجاد الضمانات اللازمة لتنفيذ العقود الإلكترونية .
- قيام المشرع الجزائري بتنظيم قانون المبادلات و التوقيع الإلكتروني، و القيام بتطبيقه مع ضرورة إيجاد الوسائل الكفيلة بذلك .
- قيام المشرع الجزائري بمنح ترخيص لجهات تصديق و توثيق معينة لتمكينها من القيام بالمصادقة على صحة التوقيعات الإلكترونية و التأكد منها، و هذا ما يوفر الثقة و الأمان و ضمانا لدى التاجر و المستهلك المتعامل بالتجارة الإلكترونية .

قائمة المراجع

أولا: المراجع باللغة العربية

أ- الكتب

1. د.أسامة أبو الحسن مجاهد - خصوصية التعاقد عبر الانترنت، دار النهضة العربية،

القاهرة، 2000 .

2. إياد أحمد سعيد الساري - النظام القانوني لإبرام العقد الإلكتروني دراسة مقارنة في ظل القوانين العربية والأجنبية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2016.
3. برهان سمير - العقد في التجارة الدولية الإلكترونية، ندوة إدارة عقود التجارة الدولية، المنظمة العربية للتنمية الإدارية، القاهرة، 2006.
4. د. خالد ممدوح إبراهيم - إبرام العقد الإلكتروني دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2008.
5. عبد الله نوار شعت - العقد الإلكتروني في إطار التشريعات العربية، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2017.
6. لورنس محمد عبيدات - إثبات العقد الإلكتروني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2005.
7. مجد المرسى زهرة - الحماية المدنية للتجارة الإلكترونية (العقد الإلكتروني - الإثبات الإلكتروني - المستهلك الإلكتروني)، دار النهضة العربية، مصر، 2008.
8. د. محمد إبراهيم - عقود التجارة الإلكترونية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2005.
9. د. محمد حسين منصور - المسؤولية الإلكترونية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2006.
10. محمد ذعار العتيبي - النظام القانوني للعقد الإلكتروني دراسة مقارنة بين التشريعين الكويتي والأردني، رسالة ماجستير، جامعة الشرق الأوسط، عمان، 2012-2013.
11. د. محمد فواز المطالقة - الوجيز في العقود التجارية الإلكترونية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2011.
12. نوار شعت - الإثبات والالتزامات في العقود الإلكترونية، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2017.

ب الأطاريح والرسائل الجامعية:

1. مخلوفي عبد الوهاب - التجارة الإلكترونية عبر الأنترنت، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه العلوم في الحقوق، جامعة الحاج لخضر، باتنة 2011/2012.
2. صولي الزهرة - النظام القانوني للعقد الإلكتروني - مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، جامعة محمد خيضر، بسكرة 2007-2008.

3. غادة جواد مسودي – التنظيم القانوني للعقد الإلكتروني في فلسطين، رسالة لنيل شهادة الماجستير، جامعة بير زيت، فلسطين، بدون سنة نشر.
4. لزعر وسيلة – تنفيذ العقد الإلكتروني، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، جامعة الجزائر، بن عكنون، 2010-2011.
5. لما عبد الله صادق سلهب – مجلس العقد الإلكتروني، رسالة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، 2008.
6. يحي يوسف – التنظيم القانوني للعقود الإلكترونية، رسالة لنيل شهادة الماجستير، جامعة النجاح الوطنية نابلس، 2007.

المقالات

1. د. عبد الحي القاسم عبد المؤمن – مفهوم العقد الإلكتروني وخصائصه، مجلة جامعة يخت الرضا العلمية، العدد الثالث عشر، السودان، 2014.
 2. كاظم كريم علي – العقد الإلكتروني، مجلة المحقق المحلي للعلوم القانونية والسياسية، العدد 1 جامعة بابل، 2009.
- المراجع باللغة الأجنبية:

1. bouchuberg (lionel) –internet commerce electronique , premiere edition, delmas, 1999.
2. directive n^o 97 – 07 cedu 20 Mai 1997 K joce 04/06/1997 N^o 144 .
3. Gasti – la protection des consommateur en matiere de contrat à distance, revue du driont des offaires imternational, 1997,
4. Gautias –Droit du commerce électronique et normes applicable-revue du droit des affaires international .1997.

تثمين الممتلكات العقارية لولاية المدية ودورها في التنمية المحلية.

دهلوك زوييدة - باحثة وطالبة دكتوراه

د مزيان محمد الأمين - أستاذ محاضر أ

كلية الحقوق والعلوم السياسية

جامعة عبد الحميد بن باديس - مستغانم

ملخص:

يعتبر الاستغلال الأمثل للموارد على المستوى المحلي البديل الأهم والأساسي للتحويل عن الاقتصاد الريعي الذي تعتمده الجزائر منذ الاستقلال، ولكن اليوم لم تعد مخيرة وإنما ملزمة بالتحويل على مواردها الأخرى، خاصة في ظل الانهيار الكبير الذي تعرفه أسعار البترول في الأسواق العالمية في الوقت الحالي، وبالتالي التوجه نحو التنمية المحلية وذلك من خلال استغلال القدرات المحلية وتشجيعها لتحقيق الاكتفاء على المستوى المحلي بالاعتماد على مصادر تمويل محلية، هذا الأمر الذي لا يمكن لولاية المدية ولا غيرها تحقيقها دون توفير العقار الذي يستوعبه، هذا المورد الدائم والمستمر الذي يشكل أرضية كل عملية تنمية (سياحية، فلاحية، تجارية، صناعية، عمرانية...)، وباعتبار ولاية المدية من الجماعات المحلية التي لها حق تملك العقار ملكية خاصة، حاولت من خلال هذا المقال البحث في طرق استغلال ولاية المدية لعقاراتها، ومساهمة نفقات وإيرادات هذه العقارات في ميزانية الولاية بشكل خاص وفي التنمية المحلية بشكل عام، وذلك من أجل الوقوف على واقع سعي ولاية المدية نحو تثمين ممتلكاتها العقارية في ظل التوجيهات الصادرة عن السلطة المركزية المتعلقة بهذا الشأن.

الكلمات المفتاحية: الممتلكات العقارية، التنمية المحلية، تمويل محلي، الجماعات المحلية.

RESUME:

L'utilisation optimale des ressources au niveau local est l'alternative la plus importante et fondamentale pour le passage d'une économie rentière, qui est adopté par l'Algérie depuis l'indépendance, mais l'Algérie d'aujourd'hui n'a pas le choix, mais est devenue obligés de compter sur d'autres ressources, en particulier a la tendance vers le développement local à travers l'exploitation des capacités locales et les encourager à atteindre la

suffisance au niveau local sur la base de sources locales de financement, ce qui ne peut pas realise par la Wilaya de Médéa ni d'autre Wilaya sans la mise à disposition de le foncier, ce ressource permanent et continu qui constitue un terrain de tous les processus de développement (tourisme, agricole, commercial, industriel, urbain...), et Medea comme les autres collectivités locales qui ont le droit de posséder la propriété .Et en particulier essayé de Trouver des façons d'exploiter ses propriétés, et la contribution de ces propriétés dans les dépenses et des revenus du budget de la Wilaya, en particulier et dans le développement local en général, afin de faire un diagnostique sur la réalité de l'orientation de Medea vers la valorisation de ses actifs immobiliers dans le cadre des directives émises par l'autorité centrale sur cette question.

مقدمة.

- يعتبر موضوع "تثمين الممتلكات العقارية لولاية المدية ودورها في التنمية المحلية"، موضوع الساعة نظرا للظروف الاقتصادية الحالية في الجزائر، ولأجل ذلك قمت باختياره للدراسة بغية تحقيق مجموعة من الأهداف تتمثل أهمها في:
- إبراز الدور الذي يمكن أن تقوم به الولاية كجماعة إقليمية تقع في محور التنظيم الإداري الجزائري بين قمة الهرم (السلطة المركزية) والقاعدة (البلدية)، في التنمية المحلية.
 - الوقوف على مدى تطبيق التعليمات الصادرة عن السلطة المركزية المتعلقة بالاستغلال العقلاني للموارد وترشيد النفقات على مستوى الولاية.
 - دراسة مدى إمكانية وضع العقار باعتبار مورد دائم وثمين في محور إيرادات الجماعات المحلية وخاصة الولاية.
 - الوقوف على أهمية طرق استغلال العقار باختلاف طبيعته تماشيا مع معطيات السوق المحيطة.
 - معرفة مختلف الطرق التي تستعملها الولاية وتقرها القوانين، والتي تمكن من جعل العقار مدرا للمداخيل.
 - تتبع مسار تكوين الذمة العقارية للولاية وكيفية تسييرها.
 - دراسة مدى إمكانية مساهمة الولاية باستعمال ممتلكاتها العقارية في خلق وتشجيع المشاريع الاستشارية.
 - تمحيص احترام الحماية المقررة على الأملاك الوطنية على مستوى ولاية المدية التي تشكل ممتلكاتها جزءا منها.

- التقرب من المسؤولين على المستوى المحلي والكشف عن توجهاتهم المستقبلية في أفق الممتلكات العقارية للولاية بشكل يجعلها تستجيب لمتطلبات التنمية.
- الوقوف على الوضعية القانونية الحقيقية للممتلكات العقارية للولاية على مستوى مختلف الهيئات الإدارية التي تتكلف بتسويتها وضبطها وتهيتها.
- الإطلاع على مختلف الإجراءات والأعمال الإدارية المتعلقة بالممتلكات العقارية التي تقوم بها الولاية ودراسة مدى موافقتها للقوانين والتنظيمات المعمول بها.
- البحث عن مكانة ونسبة مساهمة مداخيل هذه الممتلكات في إيرادات ميزانية الولاية، ومدى إمكانية الاعتماد عليها لتمويل التنمية على مستوى الولاية.
- القيام بعملية مقارنة بسيطة بين مداخيل الممتلكات العقارية للولاية في السنة الحالية والسنوات السابقة للوقوف على وجود النية الحقيقية لتثمين هذه الممتلكات من عدمها.
- والأهم من ذلك كله هو دراسة مختلف الأساليب التي تعتمدها ولاية المدينة من أجل تثمين ممتلكاتها.

ولأجل الوصول إلى هذه الأهداف إرتأيت تقصي وتحليل الموضوع والمعطيات الميدانية التي تحصلت عليها بتقسيمه إلى محورين، بحيث أخصص المحور الأول لدراسة ماهية الممتلكات العقارية لولاية المدينة، أما المحور الثاني فلدراسة مساهمة الممتلكات العقارية لولاية المدينة في التنمية المحلية. من خلال دراسة أساليب استغلال الأملاك المدرة للمداخيل، ثم استجابة مداخيل تلك الأملاك لمتطلبات التنمية المحلية

1. ماهية الممتلكات العقارية لولاية المدينة: سوف أحاول من خلال هذا المحور تشخيص مكونات الممتلكات العقارية للولاية، وقبل ذلك إرتأيت دراسة الأساس القانوني الذي يخول للولاية حق التملك ثم صلاحيات الولاية على هذه الأملاك ثم في الأخير نتحدث عن مجموع الأملاك العقارية التابعة لولاية المدينة.

1.1. الأساس القانوني لحق تملك الولاية: طبقا للمادة 20 من الدستور فإن: "الأملاك الوطنية يحددها القانون. وتتكون من الأملاك العمومية والخاصة التي تملكها كل من الدولة، والولاية، والبلدية. يتم تسيير الأملاك الوطنية طبقا للقانون."¹ هذه المادة التي لم تعدل منذ

1. دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، المؤرخ في 08 ديسمبر 1996، الجريدة الرسمية العدد 76، سنة 1996، المعدل والمتمم.

صدور دستور 1996، تعتبر الأساس الدستوري لحق الولاية في تملك جزء من الأملاك الوطنية¹.

وتجدر الإشارة إلى أن حق التملك للولاية هو نتيجة حتمية عن اكتساب الجماعات الإقليمية للشخصية المعنوية بموجب نص المادة 49 من القانون المدني²، بحيث تتمتع بالحقوق وتلتزم بالواجبات عدا تلك اللصيقة منها بصفة الإنسان، وبالتالي لها الحق في تكوين ذمة مالية³ تتكون من المنقولات والعقارات طبقا لما نصت عليه المادة 02 من قانون الأملاك الوطنية المذكورة أدناه "...مجموعة الأملاك والحقوق المنقولة والعقارية التي تحوزها الدولة وجماعاتها الإقليمية في شكل ملكية عمومية أو خاصة...".

وبالرجوع إلى قانون الولاية⁴ النص الأساسي الذي يحكم الولاية في كل نشاطاتها نجده قد نص على كل الأحكام السابقة:

- بحيث نص على تمتع الولاية باعتبارها جماعة إقليمية بالشخصية المعنوية والذمة المالية المستقلة من خلال الفقرة الثانية من المادة الأولى.
- كما نص على وجوب تخصيص جزء من ميزانية الولاية للمحافظة على أملاكها وترقيتها من خلال المادة 03 منه.
- وقد نص صراحة من خلال المادة 06 على أنه "تتوفر الولاية على أملاك تتولى صيانتها والحفاظ عليها وتأمينها".

1. عرف المشرع الأملاك الوطنية من خلال المادة 02 من القانون 90-30 المؤرخ في 01 ديسمبر 1990، المتضمن قانون الأملاك الوطنية المعدل والمتمم على أنها: "...مجموعة الأملاك والحقوق المنقولة والعقارية التي تحوزها الدولة وجماعاتها الإقليمية في شكل ملكية عمومية أو خاصة وتتكون هذه الأملاك الوطنية من:

الأملاك العمومية والخاصة التابعة للدولة.

الأملاك العمومية والخاصة التابعة للولاية.

الأملاك العمومية والخاصة التابعة للبلدية".

2. بحيث تنص المادة 49 من الأمر 75-58، المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم على "الأشخاص الاعتبارية هي: الدولة، الولاية، البلدية...".

3. وهو ما تؤكد المادة 50 من نفس الأمر بنصها: "يتمتع الشخص الاعتباري بجميع الحقوق إلا ما كان منها ملازما لصفة الإنسان، وذلك في الحدود التي يقرها القانون. يكون لها خصوصا: - ذمة مالية...".

4. القانون رقم 12-07، المؤرخ في 21 فيفري 2012، المتعلق بالولاية، الجريدة الرسمية العدد 12، لسنة 2012.

وبما أنه طبقاً للفقرة الأخيرة من نفس القانون يجب أن "تحدث الولاية بموجب قانون" وفيما يخص ولاية المدينة فقد أنشئت بموجب المادة 30 من القانون المتعلق بالتنظيم الإقليمي للبلاد، وبالتالي فهي تتمتع بكل ما تتمتع به الولاية قانوناً. وبهذا يكون قد ثبت حق التملك للولاية عموماً ولولاية المدينة خصوصاً بموجب مختلف النصوص بل وحتى دستورياً، ولكن ما يعيننا نحن من خلال هذا التقرير هو جزء من مكونات الذمة المالية للولاية.

1.2. مكونات الذمة المالية لولاية المدينة: بالرجوع إلى نص المادتين 20 من الدستور والمادة 02 من قانون الأملاك الوطنية المعدل والمتمم نجد أنه يمكن تقسيم مكونات الذمة المالية للولاية إلى قسمين:

- أملاك عمومية تابعة للولاية: وتتكون من:

● أملاك منقولة.

● أملاك عقارية.

- أملاك خاصة للولاية: وبدورها أيضاً تتكون من:

● أملاك منقولة.

● أملاك عقارية.

1.2.1. الأملاك العمومية التابعة لولاية المدينة: عرف المشرع الأملاك العمومية من

خلال المادة 18 من الدستور على أنها: "الملكية العامة هي المجموعة الوطنية.

وتشمل باطن الأرض، والمناجم، والمقالع، والموارد الطبيعية للطاقة، والثروات المعدنية الطبيعية والحية في مختلف مناطق الأملاك الوطنية البحرية، والمياه، والغابات.

كما تشمل النقل بالسكك الحديدية، والنقل البحري والجوي، والبريد والمواصلات السلوكية واللاسلكية وأملاكاً أخرى يحددها القانون."

وهذا التعريف ليس واضحاً بشكل كبير ولكن يمكننا أن نستنتج منه أمرين:

- أن الولاية لا تمارس حق الملكية على الأملاك العمومية وإنما هي ملك للمجموعة الوطنية.

- أن مجموعة الأملاك التي ذكرتها المادة هي سواءاً بطبيعتها أو بتبنيها مخصصة لاستعمال الجمهور.

وقد عرفها من خلال المادة 12 من قانون الأملاك الوطنية المعدل والمتمم على أنها: " تتكون الأملاك الوطنية العمومية من الحقوق والأملاك المنقولة والعقارية التي يستعملها الجميع، والموضوعة تحت تصرف الجمهور المستعمل إما مباشرة وإما بواسطة مرفق عام شريطة أن تكيف في هذه الحالة، بحكم طبيعتها أو تهيئتها الخاصة، تكيفا مطلقا أو أساسيا مع الهدف الخاص لهذا المرفق .

تدخل أيضا ضمن الأملاك الوطنية العمومية الثروات والموارد الطبيعية المعروفة في المادة 15 من هذا القانون.

من هذه المادة نستنتج أن الأملاك العمومية يجب أن تكون مهيأة بطبيعتها لاستعمال الجمهور، وإلا يجب أن يظهر دور الهيئة التابعة لها من أجل تهيئتها استجابة لمتطلبات الجمهور، هذه الهيئة التي قد تكون الولاية أو الدولة أو البلدية..

كما أن الأملاك العمومية للولاية تنقسم إلى أملاك طبيعية وأملاك اصطناعية، عدت المواد 15 و 16 من قانون الأملاك الوطنية المعدل والمتمم البعض منها، دون توزيعها بين الدولة وجماعاتها الإقليمية، هذا الأخير الذي أجابت عنه المادة 13 من نفس القانون، بحيث يتم وفقا لمبادئ وقواعد وضعها وتخصيصها وتصنيفها طبقا للقوانين والتنظيمات.

كما تجدر الإشارة إلى أن أغلب الأملاك المذكورة في المادتين 15 و 16 من نفس القانون هي أملاك عقارية، ولكن تسييرها يعود إلى الهيئات المختصة بالمحافظة عليها كل حسب اختصاصها. وبالتالي لا نجد للولاية دورا في تمشينها عدا من خلال عملية التنسيق بين مختلف القطاعات كالموارد المائية، الغابات، الحدائق والبساتين العمومية... وذلك لأنها لا يمكن أن تكون موضوع تصرف أو تملك حتى للولاية، إلا بعد إلغاء تصنيفها، وما يؤكد على ذلك عدم وجود أي ملك منها ضمن الجرد المعد من قبل ولاية المدية الذي يرسل لوزارة الداخلية بصفة دورية.

1.2.2. الأملاك الخاصة لولاية المدية: تشكل الأملاك الخاصة بالولاية جزءا من الأملاك الوطنية الخاصة التي عرفها المشرع من خلال المادة 03 في فقرتها الثانية بطريقة الإقصاء

1 طبقا للمادة 14 من قانون الأملاك الوطنية المعدل والمتمم، مرجع سابق، التي جاء نصها: "تتكون الأملاك الوطنية العمومية في مفهوم هذا القانون من الأملاك العمومية الطبيعية، والأملاك العمومية الاصطناعية".

2 طبقا للمادة 04 من نفس القانون فإن: "الأملاك الوطنية العمومية غير قابلة للتصرف فيها ولا للتقادم ولا للحجز. ويخضع تسييرها لأحكام هذا القانون مع مراعاة الأحكام الواردة في النصوص التشريعية الخاصة."

3 أنظر بيان الممتلكات العقارية للولاية، الملحق رقم 1.

- بحيث نصت على: " أما الأملاك الوطنية الأخرى غير المصنفة ضمن الأملاك العمومية والتي تؤدي وظيفة امتلاكية ومالية فتمثل الأملاك الوطنية الخاصة".
- وقد عدت المادة 19 من قانون الأملاك الوطنية بعض الأملاك الوطنية الخاصة بالولاية بنصها: "تشتمل الأملاك الوطنية الخاصة التابعة للولاية خصوصا على ما يأتي:
- جميع البنايات والأراضي غير المصنفة في الأملاك الوطنية العمومية التي تملكها الولاية وتخصص للمرافق العمومية والهيئات الإدارية.
 - المحلات ذات الاستعمال السكني وتوابعها الباقية ضمن الأملاك الوطنية الخاصة التابعة للولاية أو التي اقتنتها أو أنجزتها بأموالها الخاصة .
 - الأملاك العقارية غير المخصصة التي اقتنتها أو أنجزتها الولاية.
 - الأراضي الجرداء غير المخصصة التي تملكها الولاية.
 - الأمتعة المنقولة والعتاد الذي تفتنيه الولاية بأموالها الخاصة.
 - الهبات والوصايا التي تقدم للولاية وتقبلها حسب الأشكال والشروط التي ينص عليها القانون
 - الأملاك الناتجة عن الأملاك الوطنية الخاصة التابعة للدولة أو البلدية التي تتنازل عنها كل منها للولاية أو توول إليها أيلولة الملكية تامة.
 - الأملاك التي ألغي تصنيفها في الأملاك الوطنية العمومية للولاية أو العائدة إليها.
 - الحقوق والقيم المنقولة المكتسبة أو التي حققتها الولاية والتي تمثل مقابل حصص مساهمتها في تأسيس المؤسسات العمومية أو دعمها المالي".
- من خلال هذه القائمة تتضح أن مجموع الأملاك المذكورة هي ملكية مطلقة للولاية شبيهة بالملكية الخاصة للأفراد، إذ تتمتع بنفس صلاحياتهم من تصرف واستعمال واستغلال، وبالتالي هذه هي الأملاك التي يمكن للولاية من خلال التسيير العقلاني والاستغلال الرشيد لها أن تساهم في التنمية المحلية، وبالخصوص العقارات التي تشكل أغلب أملاك الولاية وأثمنها، وفي هذا الصدد يتوجب علينا تعريف الممتلكات العقارية الخاصة للولاية التي تشكل محور تقريرنا.

1.3.1. تعريف الممتلكات العقارية الخاصة لولاية المدية: قبل التفصيل في مكونات الممتلكات العقارية الخاصة لولاية المدية أحبذ التعريف بمصطلح العقار الذي يتشعب ويتوسع كثيرا ليشمل أموال وحقوقا يجهلها الكثير.

1.3.1. تعريف العقار: حتى لا نطيل في سرد التعريف الفقهي نأخذ مباشرة التعريف القانوني له بموجب المادة 683 من القانون المدني: "كل شيء مستقر بحيزه وثابت فيه ولا يمكن نقله منه دون تلف فهو عقار... غير أن المنقول الذي يضعه صاحبه في عقار يملكه، رسدا على خدمة هذا العقار أو استغلاله يعتبر عقارا بالتخصيص".
ويوجد أيضا ما نصت عليه المادة 684 من نفس القانون "يعتبر مالا عقاريا كل حق عيني يقع عقار بما في ذلك حق الملكية، وكذلك كل دعوى تتعلق بحق عيني على عقار".
من هذه التعاريف نستنتج ثلاثة أنواع للعقار:

- عقار بالطبيعة.

- عقار بالتخصيص.

- الحقوق العقارية (عينية أو دعوى عقارية).

1.3.2. مكونات الممتلكات العقارية لولاية المدية: بالرجوع إلى نص المادة 132 من قانون الولاية المدرجة في الفرع الأول بعنوان الأملاك العقارية التابعة للولاية من الفصل الثاني المعنون بأملاك الولاية، نجد أنها تنص على "تتم عمليات اقتناء الأملاك العقارية وعقود امتلاكها من طرف الولاية ومؤسساتها العمومية وفق الشروط المحددة في القوانين والتنظيمات المعمول بها".

كما تقوم الولاية بجرد أملاكها وفقا للمادة 21 من قانون الأملاك الوطنية المعدل والمتمم، بحيث "عملا بالمادة 8 أعلاه يعد جرد عام للأملاك العقارية التابعة للأملاك الوطنية اعتمادا على جرد الأملاك التي تملكها الدولة والجماعات الإقليمية...". هذا الجرد الذي يتم في سجلات الجرد الخاصة بكل هيئة مالكة على حدة، هذه الأخيرة التي قمت بالإطلاع عليها خلال تربصي على مستوى مديرية أملاك الدولة لولاية المدية، حيث سجلت عدم اكتمال جرد ممتلكات الولاية لعدم التصريح الكامل بها في انتظار تسوية وضعيتها القانونية في إطار عمليات التسوية بموجب القانون 08-15 حسب التفسير الذي قدمه رئيس مكتب الممتلكات العقارية للولاية، غير أن هذا لا يمنع من وجود قائمة لممتلكات الولاية على

1 القانون 08-15 المؤرخ في 20 يوليو 2008، المحدد لقواعد مطابقة البناء وإتمام إنجازها، الجريدة الرسمية العدد 44، سنة 2008، المعدل والمتمم.

مستوى الولاية ترسلها بشكل دوري للوزارة الوصية، بحيث تميز بين الأملاك العقارية المنتجة للمداخيل وغير المنتجة للمداخيل على النحو الآتي:

1.3.3. بيان الممتلكات العقارية لولاية المدية: من البيان نجد أن الممتلكات العقارية لولاية المدية تكون إما منتجة للمداخيل أو غير منتجة للمداخيل يقدر مجموعها ب 53 ملكا، منها مقرات الولاية ودوائر الولاية وإقامات الولاية ودوائرها ومحلات للإيجار...، هذا البيان الذي ترسله الولاية بشكل سنوي إلى الوزارة الوصية كمرفق للبيان السنوي لميزانية ولاية المدية، من خلاله توضح وضعية الملك القانونية (تاريخ الاكتساب، طريقة الاستغلال)، والمادية (حالة المنشأة جيدة أو متوسطة أو سيئة).

وقد لاحظت الفارق الكمي الكبير بين ممتلكات الولاية والبلديات والدولة، إذ تعتبر الأملاك العقارية الخاصة لولاية المدية قليلة بكثير مقارنة ببلدية المدية.²

1.4. صلاحيات ولاية المدية على أملاكها: بالرجوع إلى أحكام القانون نجد أن حق الملكية هو أوسع الحقوق العينية³ وأشملها، يخول صاحبه مجموعة من الصلاحيات، بحيث عرفت المادة 674 من القانون المدني الملكية بوجه عام بأنها "...حق التمتع والتصرف في الأشياء"، وعليه فإن الملكية العقارية هي حق التمتع والتصرف في العقار.

1.4.1. حق التصرف: التصرف بمفهومه العام يشمل التصرف المادي والتصرف القانوني، بحيث يكون التصرف المادي بالبناء والهدم والترميم والتهئية... أما التصرف القانوني فيكون بنقل الملكية كلها (كالبيع والمقايضة والتخصيص)⁴، أو بنقل عنصر من عناصرها أو أكثر مع الاحتفاظ بملكية الرقبة (كالرهن، أو الإيجار...).

1.4.2. حق التمتع: يكون التمتع إما بالاستعمال أو الاستغلال، فالعقار المبنى إما تستعمله الولاية مقرا إما للإدارة أو مقرا لإقامة الموظفين، أو تستغله وتتقاضى مداخيل استغلاله بالإيجار مثلا.

1 أنظر الملحق رقم 01.

2 من خلال اطلعنا على بيان ممتلكات بلدية المدية، وجدنا أن الممتلكات العقارية المنتجة للمداخيل منها فقط، عددها 213 ملكا بين المحلات التجارية الأسواق، المراحيض العمومية،...

3 حق الملكية العقارية هو الأوسع نطاقا مقارنة بالحقوق العينية لأنه يشمل جوهر العقار (فإذا كان بناء

4 تجدر الإشارة في هذا المقام أن طرق نقل الملكية العقارية هي نفسها التي تكتسب بها الولاية أملاكها العقارية بالإضافة إلى بعض الطرق الاستثنائية التي حددها القانون (كالتبرعات، نزع الملكية للمنفعة العامة، ممارسة حق الشفعة).

1.4.2.1. الاستعمال: هو تمتع مالك العقار (الولاية) بالعقار بشخصه (مقراها) أو أن يسمح غيره بالتمتع به بدون مقابل (تخصيصه لهيئة إدارية).

1.4.2.2. الاستغلال: هو تسخير المالك للعقار من أجل الحصول على مقابل مادي أو الثمار المدنية، والاستغلال يكون بطريق مباشر أو غير مباشر، فالولاية تستغل العقار مباشرة عن طريق امتلاكها لحظيرة مثلا تتلقى مقابلا لقاء حراسة مواد البناء بها، كما يمكنها أن تستغله بطريق غير مباشر عن طريق الغير بإيجارها مقابل أجره محددة¹.

ومهما كان أسلوب استعمال الولاية لأملكها العقارية فيجب أن يكون بشكل عقلاي ورشيد يساهم في متطلبات التنمية المحلية، خاصة في ظل الظروف الراهنة، ولن يتحقق ذلك إلا من خلال تميمها، ولا يمكن تميمها إلا من خلال تحديدها وحصرها بشكل دقيق، وهو ما سنحاول دراسته من خلال الجزء الثاني من هذا المقال.

2. مساهمة الممتلكات العقارية لولاية المدية في التنمية المحلية: قبل أن ندرس مداخل الممتلكات العقارية لولاية المدية المساهمة في التنمية المحلية، ارتأيت أن أحدد مفهوم التنمية المحلية التي سيساهم في تحقيقها الاستغلال الأمثل لهذه الأملاك، وذلك من خلال دراسة العلاقة بين الممتلكات العقارية للولاية والتنمية المحلية، ثم أحاول تقصي واقع مساهمة مداخل الأملاك العقارية لولاية المدية في ميزانيتها، وفي نهاية هذا المحور ندرس آفاق تميمها وآثارها على تنمية الولاية من خلال البحث في مساعي ولاية المدية لتحقيق التنمية المحلية من خلال تميم ممتلكاتها العقارية.

2.1. العلاقة بين الممتلكات العقارية للولاية والتنمية المحلية: تعرف التنمية المحلية بأنها: "عملية التغيير التي تتم في إطار سياسة عامة محلية تعبر عن احتياجات الوحدة المحلية، وذلك من خلال القيادات المحلية القادرة على استخدام واستغلال الموارد المحلية وإقناع المواطنين المحليين بالمشاركة الشعبية، والاستفادة من الدعم المادي والمعنوي الحكومي وصولاً إلى رفع مستوى المعيشة لكل أفراد الوحدة المحلية ودمج جميع وحدات الدولة"². وحتى تكون التنمية المحلية ناجحة لابد أن تكون ذات أهداف متنوعة منها:

1 ألبلي طلبة، الملكية العقارية الخاصة -وفقاً لأحكام التشريع الجزائري-، دار هومة، بدون طبعة، سنة 2010، الجزائر، الصفحة 25.

2 يوسف نور الدين، الحماية المحلية ودورها في تحقيق التنمية المحلية في الجزائر -دراسة تقييمية للفترة 2000-2008 مع دراسة حالة ولاية البويرة-، مذكرة لنيل درجة الماجستير في العلوم الاقتصادية، جامعة محمد بوقرة بومرداس، السنة الجامعية 2009-2010، الصفحة 48.

- حشد و تجميع الموارد البشرية والطبيعية والأموال المحلية وترشيد استعمالها.¹
 من هذا التعريف يتضح لنا الدور الثنائي للممتلكات العقارية في التنمية المحلية، ففي بادئ الأمر تظهر وسيلة أو أداة من وسائل تحقيق التنمية المحلية، وفي الثانية بأنها هدف من أهدافها، وحتى يصبح تجميع الأموال المحلية هدفا للتنمية المحلية يجب أن تتمكن الجماعة الإقليمية (ولاية المدية) من التمويل الذاتي المحلي²، هذا الأخير الذي يعتبر من الضروريات اللازمة والأساسية لقيام التنمية المحلية، من خلال تعبئة أكبر قدر من الموارد المالية المحلية، وهنا نتساءل:

هل يعتبر تجميع الممتلكات العقارية لولاية المدية وسيلة أم غاية؟.

إن الإجابة تتطلب البحث عن توجه الإدارة الجزائرية فيما يتعلق بمكانة الممتلكات العقارية في سياسة التنمية المحلية عموما ولولاية المدية على وجه الخصوص، وذلك من خلال فحص مختلف النصوص والتنظيمات التي تنفذ على المستوى المحلي والمركزي لتتوصل إلى:

- من صاحب قرار التنمية المحلية؟.
- هل التنمية المحلية بالنسبة لولاية المدية هي ضرورة أم خيار؟.
- من هم الفاعلون في تحقيق التنمية المحلية؟.

بالرجوع إلى التعليم رقم 1047 المتعلقة بشروط وكيفيات تمويل وإعداد الميزانيات المحلية لسنة 2016³، نجد أن أول ما تشير إليه هو عجز ميزانية الدولة عن ضخ المزيد من الأموال لتغطية عجز ميزانيات الجماعات الإقليمية، نظرا للظرف الإقتصادي الحالي، وهو ما يحتم عليها كما جاء بالنص الحرفي لها "...وهو ما يفرض علينا الآن وأكثر من أي وقت مضى اللجوء إلى رؤية جديدة في إدارة الجماعات المحلية مبنية على التسيير العقلاني والحديث والفعال دون المساس بنوعية خدمات المرفق العام."

1 أحمد شريف، تجربة التنمية المحلية في الجزائر، مقال منشور بمجلة العلوم الانسانية، السنة السادسة، العدد 40، سنة 2009، الصفحة 52.

2 يعرف التمويل المحلي بأنه: "كل الموارد المالية المتاحة والتي يمكن توفيرها من مصادر مختلفة لتمويل التنمية المحلية بالصورة التي تحقق أكبر معدلات لتلك التنمية عبر الزمن وتعزز استقلالية الجماعات المحلية عن السلطة المركزية"، أنظر أ. حياة بن سماعيل، وأ. وسيلة السني، التمويل المحلي للتنمية المحلية "نماذج من اقتصاديات الدول النامية"، مداخلة ملقاة في المنتدى الدولي حول سياسات التمويل وأثرها على الاقتصاديات والمؤسسات -دراسة حالة الجزائر والدول النامية-، يومي 21 و22 نوفمبر 2006، جامعة محمد خيضر بسكرة.

3 التعليم رقم 1027، المؤرخة في 05 أكتوبر 2015، الصادرة عن وزارة الداخلية والجماعات المحلية، المتعلقة بشروط وكيفيات تمويل وإعداد الميزانيات المحلية لسنة 2016، الصفحة 1.

من خلال هذه العبارة يمكننا استنتاج أن الرؤية الجديدة يقصد بها التوجه نحو الميل المحلي أو الذاتي الذي سبق وأشرنا أنه أساس التنمية المحلية، وبالتالي فإن قرار تبني هذه الرؤية أو التنمية المحلية هو نابع عن إرادة الإدارة المركزية، وهو قرار حتمي يقابله عجز الدولة والجماعات المحلية على مستوى جميع الأصعدة، وهذا الأمر هو ملقى على عاتق الجماعات المحلية مع شرائها على المستوى المحلي (مواطنين، مستثمرين خواص،...)، ولأجل هذا أصبحت ولاية المدينة ملزمة بإعداد ميزانيتها -على غرار كل الجماعات الإقليمية الأخرى- في إطار الأفكار الآتية:

- ترمين الموارد المحلية.
 - ترشيد الإنفاق المحلي.
 - ترسيخ الديمقراطية التشاركية في اختيار وتحديد الأولويات للمشاريع الاستثمارية¹.
- هذه الأفكار كلها التي يمكن من خلالها أن تكون الممتلكات العقارية لولاية المدينة عنصرا نشطا في تحقيقها، وذلك على النحو الآتي:
- باعتبارها تشكل جزءا من الموارد المحلية، وذلك لأن مداخيلها تعتبر من بين إيرادات ميزانية² ولاية المدينة، تحت الرقم 71.
 - باعتبارها محلا للإنفاق المحلي، الذي يجب ترشيده، وذلك لأن النفقات على أملاك ولاية المدينة يدخل ضمن نفقات الولاية في قسم التجهيز تحت الرقم 21.
 - باعتبارها الوعاء الذي تقام عليه المشاريع الاستثمارية، وعلى أساسها يتم تحديد أولوية إقامة هذه المشاريع.

من خلال تحليلنا للأفكار السابقة يمكننا إيجاد موقع الممتلكات العقارية لولاية المدينة بأنها مجرد وسيلة تعمل مصالحتها على ترمينها تنفيذا لقرارات السلطة المركزية، وذلك لأن الهدف

1 أنظر نفس التعليم، الصفحة 02.

2 طبقا للمادة 151 من قانون الولاية، مرجع سابق، فإنه: "تتكون موارد الميزانية والمالية للولاية بصفة خاصة من: مداخيل ممتلكاتها.

مداخيل أملاك الولاية...."

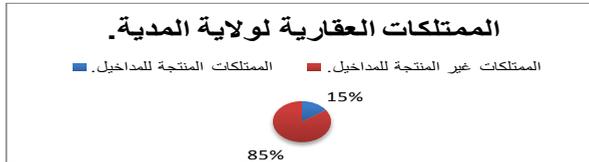
يتطلب أولاً التحديد ثم التخطيط ثم التنفيذ، هذا ما لم نسجله على مستوى المصالح المكلفة بملف الممتلكات العقارية لولاية المدية، وإنما الهدف بالنسبة لهم هو التنمية المحلية. ومن خلال هذا كله تظهر العلاقة الوطيدة بين الممتلكات العقارية والتنمية المحلية لولاية المدية لكونها تشكل جزءاً هاماً من كل أسس التوجه نحو التنمية المحلية المذكورة أعلاه، وهنا يثور التساؤل حول ما تبذله ولاية المدية من أجل تثمين ممتلكاتها العقارية بشكل يجعلها تساهم في التنمية المحلية، وقبل ذلك تقدير مساهمة مداخيل الأملاك العقارية للولاية في ميزانيتها؟.

2.2. واقع مساهمة مداخيل الأملاك العقارية في ميزانية ولاية المدية: يمكننا تقدير مساهمة الأملاك العقارية لولاية المدية في ميزانيتها من خلال البحث في طرق استغلال ولاية المدية لأملكها العقارية، ومن خلال النتائج المحصل عليها في عملية الاستغلال نقوم بتقدير مساهمتها في ميزانية الولاية.

2.2.1- طرق استغلال ولاية المدية لأملكها العقارية: بالرجوع إلى بيان الممتلكات العقارية لولاية المدية أعلاه، نجد أنه يتضمن مجمل الأملاك العقارية التي تملكها الولاية ملكية خاصة والتي تقدر مساحتها ب 2,196.117م²، وتحتوي على نوعين من الأملاك:

- أملاك غير منتجة للمداخيل: وتشمل على 45 ملكاً بمجموع مساحتها 2,164.762م².
- أملاك منتجة للمداخيل: وتشمل على 08 أملاك تقدر مساحة مجموعها ب 31.200م².

الشكل 01 من إعداد الباحثة.



1 طبقاً للمادة 03 من المرسوم التنفيذي 94-217، المؤرخ في 23 يوليو 1994، المحدد لقواعد تنظيم مصالح التقنين والشؤون العامة والإدارة المحلية وعملها، العدد 48، سنة 1994، فإنها "...تعد الوثائق المتعلقة بتسيير ممتلكات الولاية وتطورها وتضبطها باستمرار..."، وعلى مستوى ولاية المدية تقوم بهذه المهمة مصلحة الميزانية والممتلكات وبالتحديد مكتب ممتلكات الولاية.

هذه الأملاك التي سندرس كيفية استغلالها من قبل ولاية المدية على النحو الآتي:

1. استغلال ولاية المدية لأملكها العقارية غير المنتجة للمداخيل: هذه الأملاك

تستغلها الولاية بتخصيصها على النحو الآتي:

- مقرات للولاية وإقاماتها: والتي يبلغ عددها 08، مساحتها مجتمعة 31.862م². مشكلة بذلك نسبة 16,24% من إجمالي مساحة الممتلكات العقارية لولاية المدية.
- مقرات للدائرة وإقاماتها: تعتبر الدائرة هيئة عدم تركيز للولاية، إذ يعتبر رئيس الدائرة من أجهزة الإدارة العامة للولاية ويعمل تحت سلطة الوالي، وتضم ولاية المدية 19 دائرة، كل مقراتها وإقاماتها هي عبارة عن عقارات مملوكة ملكية خاصة للولاية، وذلك لعدم اكتساب الدائرة للذمة المالية المستقلة، وإنما يتم تمويلها من ميزانية الولاية، وتقدر مساحة العقارات المخصصة لها ب 124.900,2م² المبينة منها وغير المبينة مشكلة بذلك نسبة 63.68% من إجمالي مساحة الممتلكات العقارية الخاصة للولاية.
- محلات ذات استعمال إداري: تستعملها الولاية لمصالحها وتتمثل في مركز الأرشيف للولاية، حضيرة السيارات للولاية و100 مكتب إداري، عقار مخصص لمديرية الصناعات التقليدية بالولاية مجانا، على مساحة مجموعها 8000م². مشكلة بذلك نسبة 4,07% من إجمالي مساحة الممتلكات العقارية للولاية. وهذا يكون توزيع الممتلكات غير المنتجة للمداخيل لولاية المدية على النحو الآتي:



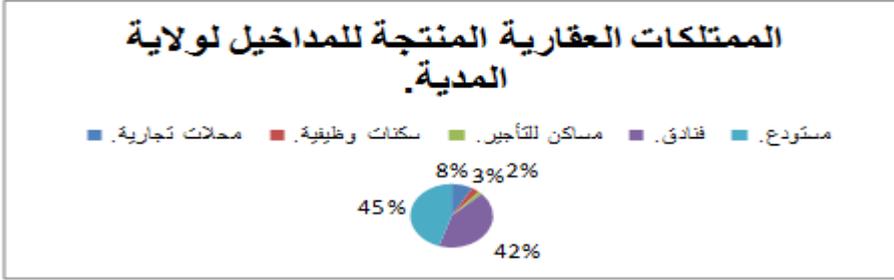
الشكل 2 من إعداد الباحثة.

2.1.2.2 استغلال ولاية المدية لأملكها العقارية المنتجة للمداخيل: تشكل الممتلكات

العقارية المنتجة للمداخيل بولاية المدية من:

- محلات تجارية: بمساحة 2595م²، وهي ما تشكل نسبة 1.32% من إجمالي مساحة الممتلكات العقارية للولاية.

- سكنات وظيفية: بمساحة 2م²966، مشكلة حوالي نسبة 0.5% من إجمالي مساحة الممتلكات العقارية للولاية.
 - مساكن للتأجير: بمساحة 2م²560، بنسبة 0,28% من إجمالي مساحة الممتلكات العقارية للولاية.
 - فنادق: بمساحة 13062 م²، بنسبة 6.66% من إجمالي مساحة الممتلكات العقارية للولاية.
 - مستودع: بمساحة 14017 م²، بنسبة 7.14% من إجمالي مساحة الممتلكات العقارية للولاية.
- والشكل الآتي يوضح مكونات الأملاك المنتجة للمداخيل لولاية المدية:



الشكل 3 من إعداد الباحثة.

- هذه الأملاك المنتجة كلها مستغلة عن طريق عقد الإيجار¹ سواء للأفراد أو المؤسسات العمومية أو الخاصة، وبدلات إيجار هذه الممتلكات تشكل جزءا من إيرادات ميزانية ولاية المدية، وفي هذا المقام ومن خلال الأرقام السابقة نسجل مجموعة من الملاحظات التي تساؤلات هامة تتمثل في:
- كيف لنسبة 15% من مجموع الأملاك العقارية المنتجة أن تغطي نفقاتها ونفقات نسبة 85% من الأملاك العقارية غير المنتجة على مستوى ولاية المدية؟.
 - وهل يمكننا الحديث عن تامين ومساهمة هذه الأملاك في التنمية المحلية حتى في ظل عجزها عن تغطية نفقاتها الخاصة؟.

1 عرفت عقد الإيجار المادة 467 من القانون المدني المعدل والمتمم، مرجع سابق، بأنه "الإيجار عقد يمكن المؤجر بمقتضاه المستأجر من الانتفاع بشيء لمدة محددة مقابل بدل إيجار معلوم".

ii. الممتلكات العقارية للولاية في ميزانية ولاية المدية: سوف أدرس مساهمة الممتلكات العقارية في ميزانية ولاية المدية بالرجوع إلى المبالغ الحقيقية المقدرة خلال السنوات الأربع الأخيرة، أي منذ صدور قانون الولاية سنة 2012، والتي نجدها في الحسابات الإدارية للسنوات المذكورة، فيما يخص سواء الإيرادات أو النفقات المتعلقة بها.

1. ميزانية ولاية المدية في الفترة 2012-2016: سأدرس تحت هذا العنوان تغير ميزانية ولاية المدية في خلال هذه الفترة، ذلك لأن أي تغير حاصل في نفقات أو إيرادات الأملاك العقارية للولاية سنسجل أثره مباشرة على مجموع الإيرادات ومجموع النفقات (الميزانية)، كما أن أي تغير في الإيرادات والنفقات لا يمكن الأخذ به بعيدا عن التغير الحاصل في مجموع ميزانية الولاية، هذا الأخير الذي جاء في ولاية المدية كآتي:

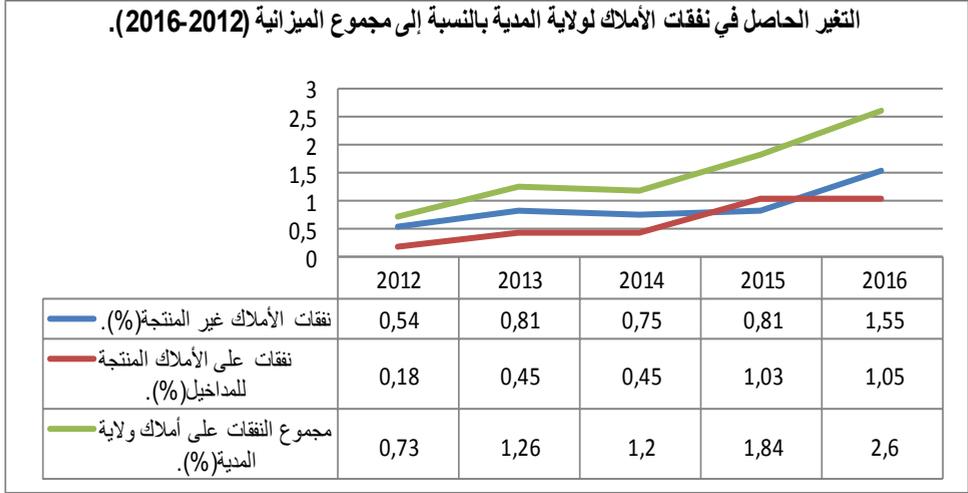
الشكل 4 من إعداد الباحثة



من خلال المنحنى تتضح أن ميزانية ولاية المدية تعرف تذبذبا واضحا، بحيث سجلت تراجعاً في سنة 2013 بفارق 3.089.533.577,27 سنتيم، وهو ما يشكل نسبة 36% من ميزانية 2012، ثم تعود لترتفع في سنة 2014 بنسبة 30% من ميزانية 2013، ثم في سنة 2015 تتراجع وتستقر نسبياً في سنة 2016، وهنا نتساءل هل عرفت نفقات وإيرادات الأملاك العقارية لولاية المدية تذبذبا بنفس النسبة؟.

2. نفقات الممتلكات العقارية بالنسبة إلى ميزانية ولاية المدية: من الجدول رقم 01 الملحق 02 يتضح تطور نسبة نفقات الأملاك العقارية لولاية المدية بنوعيتها بالنسبة إلى مجموع نفقات الولاية للفترة الممتدة من 2012-2016، هذه الأرقام التي تشكل النسب الآتية:

1 طبقاً للمادة 157 من قانون الولاية، مرجع سابق، فإن: "ميزانية الولاية هي جدول تقديرات الإيرادات والنفقات السنوية الخاصة بالولاية، وكما هي عقد ترخيص وإدارة يسمح بسير مصالح الولاية وتنفيذ برنامجها للتجهيز والاستثمار".



3. الشكل 5: من إعداد الباحثة.

من الأرقام السابقة أول ما يجب التنويه عليه هو تذبذب مجموع نفقات ولاية المدية في الفترة من 2012-2016 بحيث:

- في الفترة 2012-2014 كانت نفقات الأملاك غير المنتجة أكبر من نفقات الأملاك المنتجة، ثم شهدت انخفاضا ملحوظا في سنة 2015 حيث أصبحت نفقات الأملاك المنتجة أكبر من غيرها غير المنتجة، ثم تعود هذه الأخيرة للارتفاع في تقديرات سنة 2016.

- كما نلاحظ أنه في الفترة 2012-2015 كان اتجاه منحنيات نفقات الأملاك كلها تسير في نفس الاتجاه ولكن ليست بنفس درجة التغير.

- سجلت توقعات نفقات الأملاك المنتجة للمداخيل لسنة 2016 استقرارا نسبيا بالنسبة لنفقاتها في سنة 2015، بفارق 0,2%.

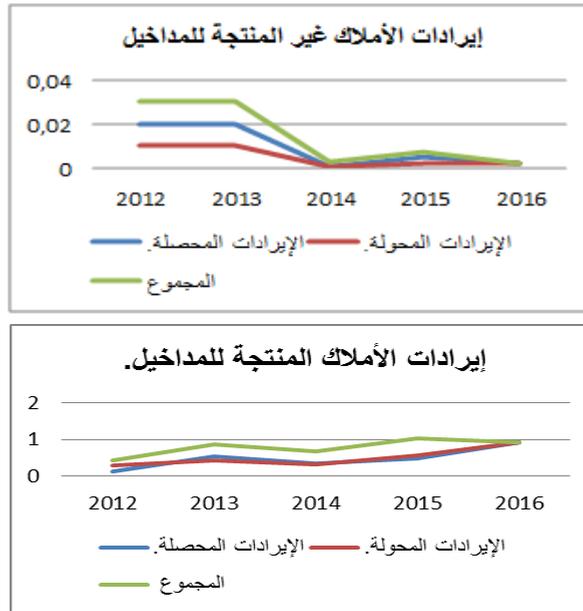
بوجه عام فإن نفقات الأملاك في ولاية المدية هي في تزايد مستمر موازية للزيادة الحاصلة في ميزانيتها العامة، وهنا نتساءل هل هذه الزيادة تدخل في إطار الاستغلال العقلاني للموارد أم ترشيد النفقات؟.

لا يمكننا الجزم في هذا الأمر إلا إذا قمنا بعملية مقارنة بسيطة بين النفقات السابقة والإيرادات التي تدرها هذه الأملاك.

4. إيرادات الممتلكات العقارية بالنسبة إلى ميزانية ولاية المدية: لأن هذه الإيرادات تشكل الجزء الأهم في موضوعنا، ولأنها تثير العديد من المشاكل الواقعية فيما يتعلق بتحصيلها،

تعزيزها، تميمينها، فإنه من خلال الجدول رقم 01 الملحق رقم 03 يتضح أن إيراداتها هي في تطور مستمر وهو ما يؤكد الجدول رقم 02 من الملحق رقم 02 الذي يظهر ارتفاعها نسبة إلى مجموع إيرادات الولاية، هذا التطور الذي سأدرسه بنوع من التفصيل على النحو الآتي:

الشكل رقم 06 :

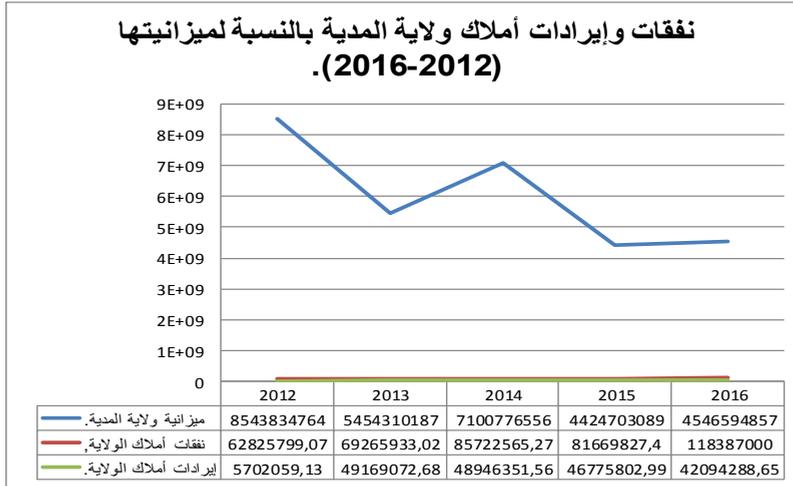


هذا الشكل يثير فعالية تحصيل إيرادات أملاك ولاية المديية بحيث:

- بالنسبة للأملاك غير المنتجة والمفترض أنها لا تدر مداخيل إلا إذا قامت الولاية بالتصرف فيها بالبيع. كما أنه بالرجوع إلى الإيرادات المحولة نجد نفس المبلغ يتم تحويله منذ سنة 2012 والمقدر بـ 93.848,93 دينار جزائري، وما زال لغاية 2016؟.
- كل المنحنيات المتعلقة بإيرادات الأملاك غير المنتجة هي في تراجع، وذلك يرجع إلى توقف الولاية عن التصرف في أملاكها بل أصبحت تعمل على إثراء ذمتها المالية وترشيد استغلال مواردها.
- بالنسبة للأملاك المنتجة للمداخيل نلاحظ ارتفاع مبالغ الإيرادات المحولة فيما بين السنوات حيث نجدها موازية لتلك المحصلة منها، بل وتجاوزتها سنتي 2012 و 2015 وهو ما يثير التساؤل عن حول سبب تأجيل تحصيلها؟.
- وبشكل عام نلاحظ الارتفاع المستمر في إيرادات الأملاك المنتجة للمداخيل، بحيث انتقلت من 0.43% سنة 2012 إلى 1.04% في سنة 2015 بالنسبة إلى إجمالي إيرادات ولاية

المدينة، وإن كان في تقديرات الميزانية لسنة 2016 تسجل تراجعاً ملموساً مقدراً بنسبة 0.92% ولكن يجب مقارنتها بمجموع النفقات التي تصرف عليها؟.

2.2.2.4 - نفقات وإيرادات الممتلكات العقارية لولاية المدينة في ميزانيتها: هنا مربط الفرس حيث تظهر مساهمة إيرادات و نفقات الممتلكات العقارية لولاية المدينة في ميزانيتها، وذلك لأنه لا يمكننا أن نتحدث عن مساهمتها في التنمية المحلية بعيداً عن ذلك.



الشكل 7 من إعداد الباحثة.

الشكل يوضح المساهمة الضئيلة جداً لمداخيل أملاك ولاية المدينة بوجه عام في ميزانيتها، إذ لم تتعد في أحسن أحوالها 1.4%. بل حتى وأن هذه المداخيل لا نجد لها تغطية حتى نفقاتها الخاصة، فولا تطبيق مبدأ عدم تخصيص الإيرادات، لما تمكنت الولاية من تغطية نفقاتها الخاصة. كما أن الشكل لا يوضح أي تحسن في منحى هذه الإيرادات (المداخيل) بالرغم من التوجه الجديد للتسيير المالي للجماعات المحلية المتمثل في ترميم الموارد وترشيد النفقات).

ومن خلال إطلاعنا على واقع وضعية الممتلكات العقارية لولاية المدينة وجدنا أن معظمها محل صيانة (محل إنفاق عمومي)، عمليات صيانة سطحية لا تمس بأصل الملك وإنما بملحقاته أو بالأجزاء الثانوية منها، فهل هذا يدخل في إطار الاستغلال العقلاني للموارد؟.

b. آفاق مساهمة الممتلكات العقارية لولاية المدينة في التنمية المحلية: مما سبق تتضح أن الممتلكات العقارية في ولاية المدينة لا تساهم إلا بجزء ضئيل جداً في ميزانية ولاية المدينة، وإن قورن بالنفقات التي تصرف عليها كانت النتيجة بالسالب طيلة الفترة (2016-2012)،

ولكن هل يمكننا الحديث عن مساهمة فعلية لها في ظل ظروف حتمية التمويل المحلي؟ وهل ظهر هذا في تقديرات الميزانية لسنة 2017)

i. آفاق ترمين الممتلكات العقارية لولاية المدية في ظل النصوص والوثائق الادارية: إن الحديث عن ترمين هذه الممتلكات يفترض وجود مساهمة حقيقية لإيراداتها في ميزانية الولاية هذا ما لم نسجله في دراسة واقعتها في ولاية المدية، لأن الترمين مرحلة تتجاوز المساهمة في الميزانية، وتتعداها لتكون من بين مكونات التنمية المحلية، هذا الأمر الذي تجاوزته الوزارة الوصية بحيث أصدرت باعتبارها الوزارة الوصية العديد من التعليمات والتوصيات في هذا الشأن بعنوان "ترمين الممتلكات المحلية" أهمها:

1. التعليمات المتعلقة بشروط وكيفيات تمويل وإعداد الميزانيات المحلية لسنة 2016: هذه التعليمات صادرة عن وزير الداخلية والجماعات المحلية بهدف توضيح التدابير الواجب اتخاذها في إعداد ميزانيات الولايات والبلديات بعنوان السنة المالية 2016 لمواجهة انخفاض أسعار النفط الخام، هذه التدابير هي نفسها التوصيات التي تمخضت عن لقاء الحكومة الولاية لسنة 2015 والتي من أهمها التعويل على التمويل المحلي وذلك من خلال ترمين الموارد الخاصة للجماعات المحلية عن طريق البحث عن ممتلكات (العقارية والمنقولة) الجماعات المحلية وترتيبها واستغلالها أحسن استغلال، بحيث يكون ترتيبها من خلال إحصائها وصيانتها بشكل دائم، واستغلالها الأمثل يكون بتعيين بدلات الإيجار سواء للاستعمال السكني أو الاستعمال التجاري، تتبع المتخلفين عن تسديد مستحقات استغلال أملاك الجماعات المحلية وتسوية وضعية المستغلين غير الشرعيين.

2. المذكرة المتعلقة بترمين أملاك الجماعات المحلية: صادرة أيضا عن وزير الداخلية والجماعات المحلية، حيث نوه من خلالها على ديمومة واستقرار المداخل التي يمكن أن تنتج عن استغلال أملاك الجماعات المحلية مقارنة بالجباية المحلية، وبالتالي جاءت موجهة إلى رؤساء المجالس الشعبية البلدية من أجل ترمين هذا المورد الدائم.

وما يلاحظ على التعليمات والمذكرة السابقتين أنها تستهدف البلديات بشكل خاص دون الولايات وكأنها غير معنية بذلك، خاصة فيما يتعلق بمسألة ترمين إيرادات الممتلكات، وإن كانت في بعض الأحيان تأتي بصيغة الجماعات المحلية التي تشمل البلديات والولايات معا. وفي هذا الصدد نجد أن والي ولاية المدية قد قام بمراسلة رؤساء المجالس الشعبية البلدية

1 المذكرة رقم 0096 المؤرخة في 10 مارس 2016، الصادرة عن وزير الداخلية والجماعات المحلية، المتعلقة بترمين أملاك الجماعات المحلية.

بخصوص تامين ممتلكات البلديات¹، ولكن من خلال ما سبق لا نسجل تأثير تطبيق هذه التعليمات على مداخيل الممتلكات العقارية لولاية المدية نحو التامين بل سجلت تراجعاً بالنسبة لسنة 2015 بنسبة 0.13٪، وهنا نتساءل ماذا فعلت ولاية المدية في سبيل تطبيق هذه التعليمات على أملاكها؟.

3. لقاء الحكومة مع الولاية 2016: جاء هذا اللقاء بعنوان إصلاح المالية والحماية المحليتين من أجل تنمية محلية مستدامة وكان محوره الثاني بعنوان تامين الأملاك المحلية كمصدر تمويل للجماعات المحلية وتضمن عشرة توصيات، منها خمسة موجهة بصفة صريحة للبلديات والأخرى جاءت بصفة عامة وإن كانت كلها يجب على الولاية أن تأخذها بعين الاعتبار في سبيل تامين ممتلكاتها، من خلال النصوص السابقة نتساءل:

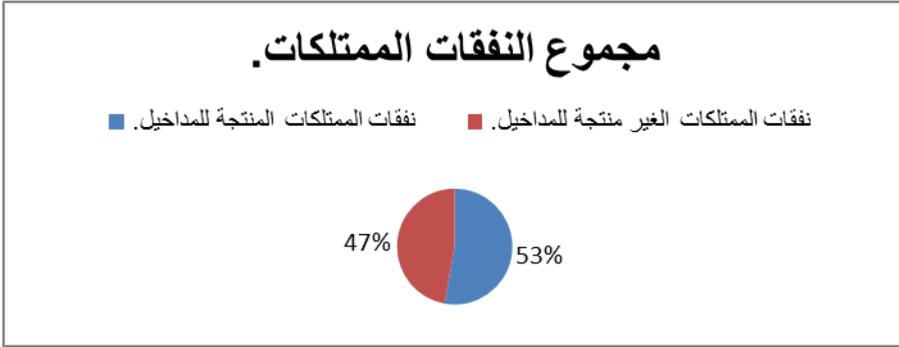
هل الولاية -المدية- غير معنية بتامين ممتلكاتها؟.

ii. الممتلكات العقارية لولاية المدية في ميزانية 2017: من خلال هذا العنوان أظهر آفاق تامين الممتلكات العقارية لولاية المدية إن صح القول بشكل رقمي، وذلك بدراسة إيراداتها ونفقاتها بالنسبة لمجموع الميزانية المخصصة لهذه السنة.

1. نفقات الممتلكات العقارية لولاية المدية في ميزانية 2017: بالرجوع إلى تقديرات الميزانية لسنة 2017 نجد أن ميزانيتها قد انخفضت بشكل كبير مقارنة بسنة 2016 إذ أصبحت تقدر بـ 1.066.483.248,05 دج بعدما كانت حوالي خمسة ملايين، هذا المبلغ الذي تشكل منه نسبة 8,11٪ نفقات ممتلكات الولاية (المنتجة وغير المنتجة للمداخيل)، مقدرة بمبلغ 86.500.000 دج، موزعة كالتالي:

1 الرسالة الإدارية من والي ولاية المدية إلى رؤساء المجالس الشعبية البلدية بتاريخ 24 أبريل 2016، فيها يخص تامين ممتلكات الجماعات المحلية، الملحق رقم 04.

2 لقاء الحكومة بالولاية بتاريخ 12 و 13 نوفمبر 2016، الملحق رقم 05.



الشكل 8 من إعداد الباحثة.

من الشكل يتضح التوازن النسبي بين نفقات الأملاك المنتجة للمداخيل وتلك غير المنتجة على عكس السنوات السابقة، أين كانت نفقات الأملاك غير المنتجة دائما أكبر، ولكن في سنة 2017 أصبحت نفقات الممتلكات المنتجة أكبر، ولكن بمبالغ أقل نظرا لتراجع ميزانية ولاية المدية بشكل عام، هذا التراجع الذي أدرج في ظل ترشيد النفقات، ولكن هل ترشيدها يكون بتقليصها؟.

2. إيرادات الممتلكات العقارية لولاية المدية في ميزانيتها لسنة 2017: قدرت إيرادات الممتلكات المنتجة للمداخيل لولاية المدية في سنة 2017 ب 17.087.291,82 دج مشكلة بذلك نسبة 1,60% من مجموع إيرادات الولاية، بذلك فقد سجلت ارتفاعا ملموسا مقارنة بالسنوات المدروسة السابقة، ولكن بالمبالغ سجلت تراجعا كبيرا قد يعود ذلك إلى افتراض عدم وجود تحويل للإيرادات من سنة 2016 بتحصيل كل المبالغ المستحقة للولاية.

وفيا يخص إيرادات الأملاك غير المنتجة للمداخيل فقد قدرت هذه السنة ب 0 دج وهو ما يعني عدم وجود تصرف بالبيع لهذه الأملاك، وهو ما يدخل في إطار المحافظة على الموارد وتثمين الممتلكات.

ولكن أهم ما نقرؤه من هذه الأرقام هو الفارق الكبير بين نفقات وإيرادات ممتلكات الولاية ككل، إذ أن مجموع الإيرادات لا يغطي إلا 20% من النفقات، أي بفارق 69.412.708,18 دج.

وهنا نتساءل أين الرشادة الاقتصادية وأين التوجه نحو تثمين الموارد والممتلكات بولاية المدية؟.

3. آفاق مساهمة الممتلكات العقارية لولاية المدية في التنمية المحلية في نظر مسؤولي الولاية: في إطار البحث عن تفسير العجز المسجل بالأرقام عن الاستغلال الرشيد للممتلكات العقارية

للولاية ارتأيت طرح الإشكال على المسؤولين على الولاية للكشف عن سياسة التثمين المنتهجة وآلياتها.

a. مدير الإدارة المحلية: باعتباره المسؤول على تحضير وتنفيذ ميزانية ولاية المدية يعتبر الأكثر إماما وإحاطة بتفاصيل عملية التثمين الخاصة بالمتلكات العقارية على مستوى الولاية، حيث كان توجهه كالآتي:

- فيما يخص نفقات الممتلكات المنتجة سنة 2016 قدرت فقط ب 8 ملايين ديناراً من مجموع حوالي 47 مليون دينار من أجل تهيئة برج الأعمال الذي يحتوي على 35 محلاً تجارياً، والباقي تم تحويله إلى ميزانية 2017.
- كما أن الفندقين بقصر البخاري والآخر بالبرواقية قد تمت تهيئتهما وأصبحت جاهزة للاستغلال، ولكن المزايدات التي تم إعلانها منذ سنة 2015 كانت دون جدوى، وفندق البرواقية تم منحه مؤخرًا وسيدر وحده 17 مليون في السنة ابتداءً من الثلاثي الثاني من سنة 2017 وهو ما سيزيد إيرادات ولاية المدية بشكل كبير في انتظار الفندقين الباقين.
- وعن سبب ارتفاع مبالغ نفقات الأملاك غير المنتجة فقد أرجع ذلك إلى عملية تحويل مصلحة اليوممري من الدائر نحو البلديات الأمر الذي أوقع على عاتق الولاية مصاريف تهيئة المكاتب والمصالح ونقلها، بالإضافة إلى ضرورة المحافظة على الصورة السيادية لمقرات الدوائر والولاية حتى تكون في حسن استقبال المواطن.
- كما نوه إلى أن طبيعة العقار في ولاية المدية (80%) ملكية للخوادم، يحول دون سعي الولاية لاكتساب ممتلكات جديدة.
- وفيما يخص آفاق سياسة التثمين في نظره فيجب أن تتم عبر مراحل واضحة (التحديد- التقييم- التقويم وإعادة تأهيل التالف منها)-التوجه نحو تشجيع استغلالها من قبل الخوادم عن طريق الامتياز والتفويض). وقد أكد على ضرورة إشراك الخوادم في عملية استغلال الممتلكات العقارية لأنهم أقرب من السوق وأدرى به، كما أن هذا سيساعد في رفع الموارد الجبائية الناتجة عن استغلالها.

- وفيما يخص لامركزية قرار التثمين فإنه قد اعتبره موضوعا حساسا لا يمكن لمسؤولي ولاية المدية المبادرة به نظرا لعدم إحاطته بالتأطير القانوني الكافي الذي يمكن المسؤول من حماية نفسه في حال وقوعه في المنازعة.¹

b. الأمين العام: تثمين الممتلكات العقارية للولاية يكون على النحو الآتي:

- مراجعة أسعار الإيجار تدريجيا ويكون بشكل مدرّوس، فمثلا فيما يخص المحلات التجارية (برج الأعمال) لا يمكن للولاية أن ترفع من بدلات إيجارها أكثر من نسبة 10٪ في السنة.
- العمل على إعادة إحياء الأملاك الميتة وذلك بتخصيص لها نفقات تمكن من جعلها منتجة للمداخيل.
- وأهم ما قال به هو تشجيع الاستثمار على هذه الممتلكات بشكل يجعلها تخلق مصادر جبائية جديدة.
- الفرض المدرّوس للجباية العقارية وتخصيص نسب لا بأس بها منها للولاية بدلا من الدولة.³

c. الوالي: اختلفت نظرة الوالي عن سابقه إذ يرى بأنه قبل العمل على تغيير واقع الممتلكات العقارية لولاية المدية، لابد من الرجوع إلى الخلفيات السياسية والظروف التي خلقت وضعية الممتلكات الحالية وخاصة الوضعية الأمنية في ظل العشرية السوداء، كما نوه إلى ضرورة التوجه نحو اكتساب الأملاك المنتجة للمداخيل وتركيز الإنفاق عليها، وهو ما تقوم به الولاية في إطار استغلال الفنادق الثلاثة التي تملكها بحيث قامت بتهيئتها ثم أعلنت عن إجراءات المزايدة لمنحها للخوادم من أجل استغلالها.

كما أكد الوالي على ضرورة إعادة دراسة عملية الإعفاء الضريبي للمستثمرين هذا القرار الذي يتخذ على مستوى مركزي وتحمل تكاليفه الجماعات المحلية وخاصة الولاية في

1 لقاء السيد مدير الإدارة المحلية بولاية المدية بتاريخ 27 ديسمبر 2016 ، على الساعة 17:30 في إطار التبرص على مستوى ولاية المدية.

2 السيد عيسى بولحية المعين كاتباً عاماً لولاية المدية بموجب المرسوم الرئاسي المؤرخ في 05 أكتوبر 2016، الجريدة الرسمية العدد 67، سنة 2016.

3 لقاء السيد الأمين العام بولاية المدية بتاريخ 25 ديسمبر 2016، على الساعة 15:15 في إطار التبرص على مستوى ولاية المدية.

4 السيد العياضي مصطفى المعين واليا لولاية المدية بموجب المرسوم الرئاسي المؤرخ في 22 جويلية 2016 ، الجريدة الرسمية العدد 67، سنة 2016

ظل عجز أغلب البلديات، وقد أشار أيضا إلى قلة ممتلكات الولاية مقارنة بممتلكات البلديات التي تعمل وتحرص ولاية المدية على تثمين ممتلكاتها بشكل كبير. وفي سبيل عملية تثمين الممتلكات العقارية في المستقبل قال الوالي بأن الولاية ستسعى لاكتساب أملاك جديدة وتوجيهها للاستثمار بشكل أساسي.¹

خاتمة:

في نهاية هذا المقال الذي يدرس واقع الممتلكات العقارية لولاية المدية بحيث توصلت إلى النتائج الآتية:

- حق الولاية في امتلاك العقار ثابت بموجب الدستور والقوانين والتنظيمات باعتبارها جماعة إقليمية للدولة تتمتع بالاستقلالية المالية، هذا الحق الذي يخولها سلطة استغلال ممتلكاتها في شكل ملكية خاصة واكتسابها والتنازل عنها بالطرق التي تسمح بها القوانين والأنظمة.
- تتكون الذمة المالية لولاية المدية من مجموعة من الأملاك العقارية المنتجة وغير المنتجة للمداخيل، وهذه الأخيرة تشكل الجزء الأكبر من مجموعها.
- تستغل ولاية المدية أملاكها عن طريق أسلوب واحد وهو الإيجار، هذا الأسلوب الذي لا يساهم بخلق الثروة (الاستثمار) بقدر ما يساهم في تداولها (التجارة).
- تسجل ولاية المدية تأخرا في تسجيل ممتلكاتها على مستوى مديرية أملاك الدولة في السجل العام للأملاك الوطنية، في حين شهادة التسجيل به تعتبر السند الوحيد الذي يقبل لتبرير النفقات المتعلقة بهذه الأملاك ابتداء من سنة 2017.
- نظرا لضعف إنتاجية الأملاك العقارية لولاية المدية وقلتها، يجعل مجموع مداخيلها عاجز عن تغطية مجموع نفقاتها، وبالتالي فهذه الممتلكات إلى اليوم في ولاية المدية تشكل عبءا وليست مصدرا للتمويل.
- يمكن أن تكون الممتلكات العقارية لولاية المدية محورا في تنمية الولاية ولكن قبل ذلك يجب تثمينها بجعلها تساهم في تمويل ميزانية الولاية وذلك على النحو الآتي:
- الإسراع بعملية تسجيل الممتلكات العقارية للولاية في السجل العام للأملاك الوطنية، من أجل ضمان مراقبة النفقات المخصصة لها وضمان تحصيل مداخيلها.
- الحرص على إعادة إحياء الأملاك الميتة والمهملة خاصة المنتجة منها.
- تحيين أسعار إيجار الممتلكات وفقا لأسعار السوق.

1 لقاء السيد والي ولاية المدية بتاريخ 29 ديسمبر 2016 على الساعة 17:00 في إطار التبرص على مستوى ولاية المدية.

- تفعيل عملية تحصيل مداخيل الممتلكات المنتجة وتجنب سقوطها بالتقادم.
- التوجه نحو ترشيد النفقات والابتعاد عن الصورية عبر التركيز على عمليات التهيئة الأساسية .
- استعمال أسلوب BOT في استغلال الأملاك غير المبنية منها، خاصة حضائر ركن السيارات والأسواق.
- العمل على اكتساب ممتلكات جديدة، وتشجيع إقامة الاستثمارات عليها.
- رفع نسبة استفادة الولاية من الجباية المحلية خاصة العقارية منها.

سلطة رئيس الجمهورية في الاعتراض على القوانين في النظام الدستوري الجزائري

محمد عثماني- طالب دكتوراه نظام ل.م.د.

التخصص: قانون عام

كلية الحقوق والعلوم السياسية

جامعة الدكتور يحيى فارس بالمدينة

الملخص:

يتمتع رئيس الجمهورية في النظام الدستوري الجزائري بمكانة هامة تؤهله لأن يمارس مجموعة من السلطات، ومن بين تلك السلطات نجد سلطته في الاعتراض على القوانين المصادق عليها من قبل السلطة التشريعية.

ويمارس رئيس الجمهورية تلك السلطة من خلال طلب المداولة الثانية من البرلمان على مختلف القوانين التي سبق وأن صادق عليها البرلمان، ويكون ذلك بمناسبة عرض تلك القوانين على رئيس الجمهورية لإصدارها ونشرها، غير أن ذلك الاعتراض يعد اعتراض توقيفي يمكن للبرلمان تجاوزه بالأغلبية المطلوبة للقراءة الثانية.

الكلمات المفتاحية: رئيس الجمهورية، الاعتراض على القوانين، النظام الدستوري الجزائري، السلطة التشريعية.

Résumé:

Le président de la république jouit dans le régime constitutionnel algérien d'une position prépondérante, l'habilitant à exercer certaines prérogatives ; parmi elles, l'attribution des' opposer aux lois approuvées par le pouvoir législatif.

Le président de la république exerce cette attribution en demandant au parlement de procéder à une seconde lecture des différentes lois votées par lui ; et ceci, à l'occasion de la remise des lois au président de la république pour leur promulgation. Cette opposition peut avoir un effet suspensif que le parlement peut surmonter en réunissant la majorité requise pour une seconde lecture.

مقدمة:

إن من أهم عناصر قيام دولة القانون مبدأ الفصل بين السلطات، حيث يقضي هذا المبدأ بتقسيم الوظائف داخل الدولة على ثلاث سلطات هي: سلطة تشريعية، سلطة تنفيذية، وسلطة قضائية.

ومن بين السلطات التي سبق الإشارة لها نجد السلطة التشريعية التي تختص بسن مختلف القوانين والتشريعات، غير أن عملية التشريع تلك ليست على إطلاقها وإنما ينص الدستور على بعض الآليات التي يمكن من خلالها أن تشارك السلطة التنفيذية في عملية التشريع. إن مسألة التشريع في الجزائر نجد أن المؤسس الدستوري قد نظمها في الدستور منذ بدايتها إلى غاية الصدور في الجريدة الرسمية، حيث أن المتبع لهذه المراحل يجد أن بصمة الجهاز التنفيذي واضحة فيها، بداية من حق الحكومة في اقتراح القوانين إلى حق الإصدار والنشر المخول لرئيس الجمهورية.

إن رئيس الجمهورية قبل نفاذ أي قانون لا بد أن يحول إليه لإصداره، وبمناسبة ممارسته لهذا الحق الدستوري فإنه يملك حق الاعتراض على أي قانون بإعادته للبرلمان للنظر فيه من جديد، وذلك يدخل ضمن سلطات رئيس الدولة في الاعتراض على القوانين المعروفة في النظم الدستورية المقارنة.

إن المتبع للتطور الدستوري في الجزائر يجد أن سلطة رئيس الجمهورية في الاعتراض على القوانين أكدت مختلف الدساتير التي عرفت الجزائر منذ الاستقلال إلى يومنا هذا، وقد صاحب هذا التطور الدستوري بعض التعديلات على سلطة رئيس الجمهورية في مجال الاعتراض على القوانين.

وعليه فدراسة هذا الموضوع سوف تكون على ضوء التطور الدستوري الذي عرفته الجزائر، مركزين في ذلك على دستور 1996 حسب آخر تعديل له سنة 2016 باعتباره الدستور الساري المفعول.

وعليه فإشكالية البحث تدور حول:

إلى أي مدى تؤثر سلطة رئيس الجمهورية في الاعتراض على القوانين على العمل التشريعي؟
وتحت هذه الإشكالية تطرح عدة أسئلة فرعية منها:

ما المقصود بالاعتراض الرئاسي على القوانين؟ وكيف نظمت الدساتير الجزائرية سلطة رئيس الجمهورية في الاعتراض على القوانين؟

للإجابة على هذه التساؤلات سوف يقسم البحث إلى محورين رئيسيين:

أولاً: مفهوم الاعتراض الرئاسي على القوانين.

ثانياً: إجراءات الاعتراض الرئاسي على القوانين في الدساتير الجزائية.

أولاً: مفهوم الاعتراض الرئاسي على القوانين.

سوف يتم من خلال هذا المحور التطرق إلى تعريف الاعتراض الرئاسي على القوانين وعرض مختلف صورته، كما سوف يتم التطرق إلى بعض الأمثلة من الدول التي تأخذ بهذا الاعتراض، وأخيراً سوف يتم التطرق للتأسيس الدستوري لهذا الاختصاص في الجزائر.

أ- تعريف الاعتراض الرئاسي على القوانين وصورته.

يمثل حق الاعتراض على القوانين من الحقوق الدستورية الممارسة من قبل رئيس الدولة على السلطة التشريعية، وهو ينقسم إلى نوعين اعتراض مطلق واعتراض نسبي.

فالاعتراض المطلق لم يعد موجوداً وهجرته غالبية الدول لأنه يؤدي إلى إلغاء القانون باعتبار أنه يتميز بصفتي الإطلاق والنهائية، أما الاعتراض النسبي فهو اعتراض مؤقت يمكن للبرلمان التفوق عليه وفقاً للشروط التي حددها الدستور¹.

لذلك فحق الاعتراض على القوانين هو ذلك الحق المخول لرئيس الدولة من أجل إعادة النص الموافق عليه إلى البرلمان ثانية لإعادة النظر فيه من جديد، وفي هذا الصدد تختلف الدساتير في تسمية هذا الحق منها ما يطلق عليه مصطلح حق الاعتراض ومنها من يستعمل مصطلح أطف وهو طلب إجراء مداولة أو قراءة ثانية².

فحق الاعتراض على القوانين لا يترتب عليه إلا وقف نفاذ القانون لمدة معينة، يمكن للبرلمان تجاوز ذلك الاعتراض بإقرار القانون من جديد بالأغلبية المحددة في الدستور³.

وينقسم الاعتراض النسبي أو الجزئي لعدة صور وهي الاعتراض الواقف والاعتراض الموصوف والاعتراض البسيط والاعتراض الناقل، فالاعتراض الواقف يؤدي إلى حل البرلمان لانتخاب برلمان جديد يبدي رأيه في القانون المعترض عليه، فإن وافق هذا البرلمان على ذلك القانون يصدر رغماً عن إرادة الرئيس، أما الاعتراض الموصوف فإنه يتطلب أغلبية مشددة عند القراءة الثانية، في حين فالاعتراض البسيط فهو الذي يمكن للبرلمان تجاوزه بنفس الأغلبية المطلوبة عند التصويت الأول، أما الاعتراض الناقل فبموجبه تنقل سلطة الفصل في القانون محل الاعتراض إلى جهة أخرى محايدة⁴.

ومهما يكن فإن حق الاعتراض يمثل صوراً من صور التدخل في عمل السلطة التشريعية، يجعل من أي عمل تشريعي لا يرى النور إلا بعد مروره على السلطة التنفيذية وما يتبعه ذلك من تعقيدات في حالة الاعتراض عليه.

ب- الاعتراض الرئاسي على القوانين في النظم الدستورية المقارنة.

من بين الأمثلة على الاعتراض الرئاسي على القوانين نجد الاعتراض الرئاسي في الولايات المتحدة الأمريكية والاعتراض الرئاسي في فرنسا.

يوجد في الولايات المتحدة الأمريكية ثلاثة أنواع من الاعتراض الرئاسي على القوانين وهي: الاعتراض العادي، واعتراض الجيب، والاعتراض الجزئي، فالاعتراض العادي يمارس بصفة عادية وفقا للإجراءات التي حددها الدستور، والتي تخول لرئيس الجمهورية الاعتراض على القوانين التي وافق عليها الكونغرس خلال أجل عشرة (10) أيام من تاريخ تسلم النص التشريعي، وفي هذه الحالة يعاد النص للكونغرس للقراءة الثانية التي يجب أن تحض بأغلبية ثلثي (3/2) أعضاء كل غرفة حتى يصبح القانون واجب النفاذ، أما اعتراض الجيب فهو الاعتراض الذي يحتفظ به رئيس الجمهورية إلى غاية آخر يوم تنتهي فيه المهلة المحددة للاعتراض والتي تتزامن مع آخر جلسة للكونغرس، مما يتعذر معها القراءة الثانية للقانون، وبالتالي لا يمكن إعادة طرح مشروع القانون مرة أخرى إلا في الجلسات القادمة للكونغرس⁽⁵⁾.

أما الاعتراض الجزئي فيكون على جزء من القانون فقط على الرغم من أن الدستور الأمريكي لم ينص على هذا النوع من الاعتراض، وبموجب هذا الاعتراض يقوم رئيس الجمهورية بالتوقيع على القانون ويصرح بأن جزء منه غير مطابق للدستور، ومثال ذلك قيام الرئيس الأمريكي السابق "رونالد ريغان" بالتوقيع على قانون ينظم نشاط كتابة الدولة للخزينة، وقد صرح الرئيس الأمريكي بعد التوقيع عليه أنه لن يأخذ في عين الاعتبار بعض أحكامه⁽⁶⁾.

أما في فرنسا فانه طبقا للدستور الفرنسي لعام 1958 فان رئيس الجمهورية يمارس هذا الحق من خلال الطلب من البرلمان بإعادة النظر في القانون أو بعض مواده، وذلك خلال أجل خمسة عشر (15) يوما من تاريخ وصول القانون المصادق عليه للحكومة، على أن لا يجوز لرئيس الجمهورية رفض القانون بعد القراءة الثانية⁽⁷⁾.

لذلك فالدستور الفرنسي لم يشترط أي أغلبية مشددة عند القراءة الثانية، وهذا على عكس ما جاء به الدستور الأمريكي الذي اشترط نصاب الثلثين (3/2) لكل مجلس عند القراءة الثانية للقانون.

وما يمكن قوله في هذا الصدد أن حق الاعتراض الذي يمارسه رئيس الدولة سواء في الولايات المتحدة الأمريكية أو فرنسا يدخل ضمن وسائل التأثير التي يملكها رئيس

الجمهورية في مواجهة البرلمان، وهو ما من شأنه تعزيز تفوق الجهاز التنفيذي على الجهاز التشريعي.

ج- التأسيس الدستوري للاعتراض الرئاسي على القوانين في الجزائر.

إن موقف المؤسس الدستوري الجزائري من حق الاعتراض على القوانين نجد أنه مخول لرئيس الجمهورية من خلال حقه في طلب المداولة الثانية، وي مارس هذا الحق بمناسبة عرض مختلف القوانين المصادق عليها من قبل السلطة التشريعية عليه من أجل إصدارها، حيث نص دستور 1963 على ذلك في المادة 50 منه⁸، ودستور 1976 في المادة 155 منه⁹، ودستور 1989 في المادة 118 منه¹⁰، ودستور 1996 في المادة 127 منه¹¹، التي تقابلها المادة 135 من التعديل الدستوري لسنة 2016¹².

ويعد هذا الطلب الذي يقدمه رئيس الجمهورية من أجل المداولة الثانية بمثابة تصرف يلفت فيه رئيس الجمهورية نظر النواب إلى وجود تناقض أو أي نقص أو تقصير في محتوى ذلك القانون، وهذه المداولة تعد اعتراضا يوقف صدور القانون لمدة معينة، ليحدد مصيره بعدها إما بالصدور إذا حصل على النصاب المطلوب لذلك عند القراءة الثانية أو يلغى إذا لم تتحقق تلك الأغلبية¹³.

وما يمكن ملاحظته على هذا الاعتراض أنه سلطة رئاسية حصرية لا يمارسها إلا رئيس الجمهورية، بل إنه أكثر من ذلك جعلها من السلطات التي لا يجوز لرئيس الجمهورية تفويضها¹⁴.

كما أن مختلف الدساتير التي نصت على سلطة رئيس الجمهورية في الاعتراض على القوانين جعلت منها أيضا سلطة تقديرية، باعتبار أنها لم تحدد الأسباب التي على أساسها يجب أن يبنى أي اعتراض يقوم به رئيس الجمهورية.

وعلى العموم فإن المؤسس الدستوري الجزائري أخذ بالاعتراض النسبي، على اعتبار أن اعتراض رئيس الجمهورية على أي قانون هو مجرد إجراء توقيفي يمكن للبرلمان تجاوزه متى توفرت الأغلبية المطلوبة لذلك.

ثانيا: إجراءات الاعتراض الرئاسي على القوانين في الدساتير الجزائرية.

يمر الاعتراض على القوانين في النظام الدستوري الجزائري بعدة قيود وإجراءات بدءا بطلب المداولة الثانية وصولا إلى الأجل المحدد لممارسته وختاما بالقراءة الثانية من قبل البرلمان.

أ- طلب المداولة الثانية.

حيث أنه بالرجوع لمختلف الدساتير الجزائرية نجد أن رئيس الجمهورية هو المكلف بإصدار القوانين ونشرها، غير أنه في حالة عدم موافقته على تلك القوانين، فيمكن له ممارسة حقه في الاعتراض على القوانين.

ويكون الاعتراض على القوانين في ظل دستور 1963 بموجب رسالة محددة لأسباب الاعتراض يطلب من خلالها رئيس الجمهورية من المجلس الوطني التداول في القانون ثانية¹⁵، أما في ظل الدساتير الأخرى فإن الاعتراض يكون من خلال طلب إجراء مداولة ثانية على القانون الذي سبق إقراره من قبل البرلمان¹⁶.

لذلك فالقراءة الثانية للقانون من قبل البرلمان لا تكون إلا من خلال الاعتراض الصريح بالطلب من البرلمان بالتداول من جديد على القانون الذي سبق وأن وافق عليه.

وفي هذا الصدد فإن رئيس الجمهورية له السلطة التقديرية في الحكم على مدى ملائمة النصوص التشريعية، وبمجرد لجوءه لهذا الإجراء فإن النص التشريعي يعلق بصفة مؤقتة إلى حين إقراره من جديد من قبل البرلمان¹⁷.

غير أنه ما يمكن ملاحظته في هذا الصدد أنه ما عدا دستور 1963 الذي اشترط في ذلك الطلب أن يكون مسببا، نجد أن الدساتير الأخرى أغفلت ذلك الشرط على الرغم من أهمية التسيب.

وتتجلى أهمية تسيب الاعتراض في كون أن دراسة ومناقشة البرلمان للاعتراض لا تكون إلا على ضوء الأسباب المبينة في الاعتراض، ففي حالة عدم تبيان تلك الأسباب فالاعتراض يكون عاما وغامضا ويفقد الهدف من وجوده¹⁸.

ب- ممارسة حق الاعتراض خلال الأجل المحدد.

من بين القيود الواردة على ممارسة رئيس الجمهورية لهذا الحق الأجل القانوني، ونجد أن الفائدة من تحديد ذلك الأجل لتقييد سلطة رئيس الجمهورية في هذا الصدد وما يمكن أن يترتب عنه من تعطيل العمل التشريعي.

إلا أن هذا الأجل المحدد في دستور 1963 نجد أنه يختلف عن الدساتير الأخرى، حيث أنه بالرجوع إلى المادتين (49-50) من هذا الدستور فإن ممارسة هذا الحق تكون خلال الأجل المحدد لإصدار القانون والمحدد بعشرة (10) أيام، على أنه يمكن أن يخفف هذا الأجل في حالة الاستعجال إذا طلب المجلس الوطني ذلك.

وما يلاحظ على هذا الأجل أنه كأصل عام محدد بعشرة (10) أيام، غير أنه يمكن للبرلمان أن يطلب تخفيضه في حالة الاستعجال، وفي حال وجود هذا الاستعجال فان أجل الإصدار يقلص وبالتالي يقلص معه أجل الاعتراض.

وقد مدد هذا الأجل في مختلف الدساتير التي عرفت الجزائر بعد دستور 1963، حيث أنه في ظل دستور 1976 مدد الأجل إلى ثلاثين (30) يوما من تاريخ إقراره من قبل البرلمان في المادة 155 منه، ونفس الأمر تكرر مع دستور 1989 في المادة 118 منه، وأيضا مع دستور 1996 في المادة 127 منه.

وما يلاحظ حول مسألة الأجل الممنوح لرئيس الجمهورية لطلب القراءة الثانية والمحدد في الدستور بثلاثين (30) يوما أنها تبدأ من تاريخ إقرار القانون وليس من تاريخ تسليم القانون لرئيس الجمهورية، حيث أنه بالرجوع للقانون العضوي 99-02 المحدد لتنظيم المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة وعملها والعلاقات الوظيفية بينها وبين الحكومة، نجد أن تبليغ النصوص القانونية النهائية التي وافق عليها البرلمان هي من اختصاص رئيس مجلس الأمة الذي يرسلها لرئيس الجمهورية في أجل عشرة (10) أيام من تاريخ المصادقة على القانون¹⁹، وهو ما يعني أن أجل عشرة (10) أيام المحدد لإرسال القانون لرئيس الجمهورية يدخل ضمن حساب أجل الثلاثين (30) يوما الممنوحة لرئيس الجمهورية لطلب المداولة الثانية خاصة إذا تم إرسال القانون من قبل رئيس مجلس الأمة في آخر يوم من الأجل الممنوح له.

وعلى الرغم من أن التعديل الدستوري لسنة 2016 قد جاء ببعض التعديل على سلطة رئيس الجمهورية في الاعتراض على القوانين، إلا أنه أغفل مسألة طريقة احتساب هذا الأجل²⁰، فمسألة الأجل الممنوح لرئيس الجمهورية في طلب المداولة الثانية لم يطرأ عليها أي تعديل، فهذا التعديل نص صراحة على أن الأجل المحدد بثلاثين (30) يوما يحسب من تاريخ إقرار القانون وليس من تاريخ تسليمه من قبل البرلمان، وهو ما يعني أن أجل طلب المداولة الثانية يمكن أن يقلص على اعتبار أن اصطلاح رئيس الجمهورية بالنص القانوني من الناحية الإجرائية لا يكون إلا بعد تبليغه به من قبل السلطة التشريعية.

إلا أنه تجدر الإشارة في هذا الصدد أن بعد التعديل الدستوري لسنة 2016، فانه نظرا لدعم الدور التشريعي لمجلس الأمة فان إرسال النص النهائي المصادق عليه إلى رئيس الجمهورية، لا يكون من قبل مجلس الأمة فقط كما كان عليه الأمر من قبل، وإنما يكون سواء من قبل

رئيس مجلس الأمة أو رئيس المجلس الشعبي الوطني حسب الحالة وذلك خلال أجل عشرة (10) أيام²¹.

وفي كل الأحوال فإن ممارسة رئيس الجمهورية لحقه الدستوري في الاعتراض على القوانين يكون خلال الأجل المحدد في الدستور، وفي حالة فوات ذلك الأجل فإنه لا يمكن له ممارسة هذا الحق الدستوري.

ج- المداولة الثانية من قبل السلطة التشريعية.

كما أشرنا سابقا فإن الاعتراض على القوانين المعروف في النظام الدستوري الجزائري هو اعتراض مؤقت يمكن للبرلمان تجاوزه من خلال القراءة الثانية، وهذه القراءة الثانية لها ضوابط خاصة من حيث النصاب المطلوب لهذه القراءة الثانية.

فبالرجوع لدستور 1963 في المادة 50 منه نجد أنه عند القراءة الثانية لم يشترط أي أغلبية معينة أو مشددة، لذلك فدراسة ذلك القانون عند القراءة الثانية تكون وفقا للأغلبية المطلوبة عند القراءة الأولى للقانون.

غير أن تلك الأغلبية التي لم تحدد في دستور 1963 تم تشديدها في ظل الدساتير اللاحقة، حيث تم تحديدها بالثلثين (3/2) من بين نواب المجلس الشعبي الوطني سواء في دستور 1976 في المادة 155 منه، أو دستور 1989 في المادة 118 منه، أو دستور 1996 في المادة 127 منه.

إن اشتراط أغلبية الثلثين (3/2) وإن كانت في ظل نظام الحزب الواحد لا تثير إشكال على اعتبار أن البرلمان ينتمي لنفس الحزب، إلا أنه بعد تبني التعددية الحزبية أصبح من الممكن أن تؤثر تلك الأغلبية المشددة على العمل التشريعي، لصعوبة تحقيقها عند القراءة الثانية كما أن القراءة الثانية من قبل المجلس الواحد الذي يمثل السلطة التشريعية قبل دستور 1996 لا تثير أي إشكال على اعتبار أن تلك القراءة الثانية كانت تقوم بها الغرفة الواحدة، باعتبار أن البرلمان كان يقوم على نظام الأحادية البرلمانية، إلا أنه بعد صدور دستور 1996 الذي تبنى الثنائية البرلمانية باستحداث غرفة ثانية تسمى مجلس الأمة²²، فإن المداولة الثانية تطرح مسألة مدى مشاركة هذا المجلس فيها.

حيث تنص المادة 127 من دستور 1996 على " يمكن لرئيس الجمهورية أن يطلب إجراء مداولة ثانية في قانون تم التصويت عليه في غضون الثلاثين (30) يوما الموالية لتاريخ إقراره. وفي هذه الحالة لا يتم إقرار القانون إلا بأغلبية ثلثي (3/2) أعضاء المجلس الشعبي الوطني".

حيث يرى سعيد بوالشعير في هذا الصدد أن القراءة الثانية طبقا لهذه المادة تشمل البرلمان بغرفتيه وليس المجلس الشعبي الوطني وحده، حيث أن الفقرة الأولى نصت على المداولة التي تشمل عمل المجلسين، على اعتبار أن المداولة على أي تشريع لا تكون صحيحة إلا بالمرور على الغرفتين طبقا للدستور، لذلك فالمداولة ملزمة للمجلسين، فالمؤسس لم يحصر المداولة على المجلس الشعبي الوطني وتصويته، فهو يتكلم على قانون لا يمكن له أن يكتسب تلك الصفة إلا بخضوعه لمداولة ثانية، كما أن التصويت يخص المجلسين، غير أن الفقرة الثانية اشترطت في تصويت المجلس الشعبي الوطني رفع النصاب إلى الثلثين (3/2)، لذلك فالقراءة الثانية تشمل البرلمان بغرفتيه غير أن مسألة النصاب في التصويت تم رفعها بالنسبة للمجلس الشعبي الوطني إلى الثلثين (3/2)، في حين فان نصاب مجلس الأمة لم يتغير وبقي نفسه والمحدد بثلاثة أرباع (4/3)، وهي النسبة المحددة عند القراءة الأولى²³.

لذلك فعلى الرغم من أن الدستور لم ينص صراحة على دور مجلس الأمة في القراءة الثانية، إلا أنه لا يمكن استبعاد هذا من المجلس من أي قراءة أو مناقشة لأي قانون، على اعتبار أن أي نص تشريعي يتطلب موافقة البرلمان بغرفتيه.

ونجد أن التعديل الدستوري لسنة 2016 قد نص صراحة على دور مجلس الأمة في القراءة الثانية.

فقد تم إعادة النظر في الدور الدستوري لمجلس الأمة من خلال توسيع صلاحياته سواء في المجال التشريعي أو الرقابي، ومن بين المسائل التي تم تفعيل دوره فيها بوضوح نجد مسألة الاعتراض على القوانين، حيث أنه طبقا لهذا التعديل فعند طلب رئيس الجمهورية إجراء مداولة ثانية خلال أجل ثلاثين (30) يوما الموالية لتاريخ إقرار القانون فان القراءة الثانية لا تكون إلا بأغلبية ثلثي (3/2) نواب المجلس الشعبي الوطني وأعضاء مجلس الأمة، أي البرلمان بغرفتيه²⁴.

وعليه فالقراءة الثانية بعد هذا التعديل تشمل السلطة التشريعية بغرفتيها وبنفس النصاب، بحيث أن عدم حصول القانون على الأغلبية المطلوبة عند القراءة الثانية من أي غرفة من الغرفتين فان ذلك يؤدي إلى إلغاء القانون، وهذا ما أكده القانون العضوي رقم 16-12 الذي يحدد تنظيم المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة وعملها وكذا العلاقات الوظيفية بينهما وبين الحكومة في المادة 49 منه التت نص على "في حالة عدم المصادقة بأغلبية ثلثي (3/2) نواب المجلس الشعبي الوطني أو أعضاء مجلس الأمة، يصبح النص لاغيا".

غير أنه لا التعديل الدستوري ولا القانون العضوي 16-12 المحدد لتنظيم البرلمان وعمله وعلاقته بالحكومة حدد عند طلب إجراء المداولة الثانية أي الغرفتين تسبق بإعادة التداول في القانون من جديد، خاصة إذا علمنا أن مشاريع واقتراحات القوانين تبدأ دراستها على مستوى المجلس الشعبي الوطني إلا إذا كان موضوعها يتعلق بالتنظيم المحلي وتمهية الإقليم والتقسيم الإقليمي فان بداية دراستها تكون على مستوى مجلس الأمة أولاً قبل المجلس الشعبي الوطني²⁵.

لكن على الرغم من عدم النص على ذلك فانه يمكن القول أن المداولة الثانية على القانون تكون حسب الإجراءات التي سبقت صدوره من حيث الدراسة، فإذا كان القانون يتعلق بالموضوعات التي تدخل ضمن اختصاص مجلس الأمة فان هذا الأخير هو من يقوم بإعادة التداول في القانون أولاً، في حين يكون المجلس الشعبي الوطني أول غرفة للتداول ثانية إذا كان موضوع القانون خارج عن الموضوعات المحددة لمجلس الأمة في مجال الدراسة أو الاقتراح.

وفي حالة عدم تحقق الأغلبية المطلوبة للقراءة الثانية للقانون فان ذلك يؤدي إلى إلغاء ذلك القانون، لعدم اكتمال الإجراءات الدستورية اللازمة لصدوره، فبالرجوع للقانون العضوي 99-02 أو القانون العضوي رقم 16-12 المتعلقان بتنظيم البرلمان وعملها وعلاقته بالحكومة، حيث نجد أنه تم النص صراحة على أن نتيجة المداولة الثانية في حالة عدم تجاوزها من قبل البرلمان بأغلبية الثلثين (3/2) تؤدي إلى إلغاء القانون²⁶.

لذلك فاشتراط تلك الأغلبية في حالة الاعتراض على القوانين من شأنه تضيق الخناق والتأثير على المبادرة البرلمانية في مجال اقتراح القوانين أو على التعديلات التي أدخلها البرلمان على مشاريع القوانين المقدمة من قبل الحكومة²⁷.

وعلى العموم فإن المتبع للواقع العملي لممارسة رئيس الجمهورية لحقه في الاعتراض على القوانين يجد أنه قليل جداً، وذلك بسبب أن الحكومة تشارك في مناقشة النصوص التشريعية قبل التصويت عليها، كما أن معظم النصوص التشريعية نجد أن مصدرها الحكومة، إضافة إلى حق رئيس الجمهورية في إخطار المجلس الدستوري حول دستورية أي قانون دون الحاجة للاعتراض عليه²⁸.

وفي الأخير فان تحديد الهدف من أي اعتراض على القوانين يتوقف على رئيس الجمهورية والغاية التي يريدها من ورائه، فإذا كان الهدف منه هو وقف تسلط البرلمان في المجال التشريعي لسنة قوانين لا تتلاءم مع الوضع السائد في الدولة، فانه في هذه الحالة يصبح دور

هذا الاعتراض يجايي الهدف منه ضمان حسن سير المؤسسات داخل الدولة، أما إذا كان استعمال ذلك الحق من أجل عرقلة العمل التشريعي لا أكثر فهنا يصبح دور الاعتراض الرئاسي سلبي يمكن أن يؤثر على العمل التشريعي داخل الدولة خاصة في حالة عدم وجود أغلبية برلمانية قوية في البرلمان تمكنها من تجاوز ذلك الاعتراض.

خاتمة:

إن حق الاعتراض على القوانين هو حق دستوري مخول لرئيس الجمهورية الذي يمكن ممارسته تحت تسمية طلب إجراء مداولة ثانية في النظام الدستوري الجزائري، ونجد أن هذا الحق الممارس له إجراءاته وشروطه المرتبطة أساسا بالأجل والنصاب المطلوب للقراءة الثانية. ومهما كان الهدف من هذا الإجراء فإنه هو إجراء توقيفي يمكن للبرلمان تجاوزه متى توفرت الأغلبية المطلوبة للقراءة الثانية، غير أنه يمكن لهذا الإجراء أن يصبح وسيلة ضغط بيد رئيس الجمهورية تؤكد تفوقه على البرلمان، وهذا أمر طبيعي نظرا للمركز الدستوري الذي يحتله البرلمان في النظام الدستوري الجزائري مما يجعله دائما معرض لوسائل التأثير المختلفة التي يمتلكها رئيس الجمهورية في مواجهة البرلمان أخطرها الحل البرلماني، وما يلاحظ على إجراءات هذا الاعتراض أن الدساتير الأخيرة أغفلت أمرا مهما والذي نص عليه دستور 1963 وهو تسيب هذا الاعتراض لتوضيح الرؤية للبرلمان عن أسباب هذه القراءة الثانية، كما أن مسألة طريقة احتساب الأجل لازالت تثير إشكال رغم التعديل الدستوري لسنة 2016 وذلك من خلال النص على أن الأجل يحسب من تاريخ تسليم القانون وليس المصادقة عليه من قبل البرلمان.

وأخيرا فإن النظام القانوني لممارسة حق الاعتراض على القوانين في النظام الدستوري الجزائري يجعل من هذا الاعتراض سلطة رئاسية محضة، يمارسها رئيس الجمهورية وفقا لسلطته التقديرية وفقا للإجراءات والضوابط المحددة في الدستور.

الهوامش:

1- انظر، عز الدين بغدادي، الاختصاص الدستوري لكل من رئيس الجمهورية ورئيس الحكومة في النظام الدستوري الجزائري، دراسة مقارنة مع النظام المصري، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2008، ص 87.

2- انظر، د. سعيد بوالشعير، القانون الدستوري والنظم السياسية المقارنة، النظم السياسية- طرق ممارسة السلطة-أسس الأنظمة السياسية وتطبيقاتها-، الجزء الثاني، الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1994، ص 16.

- 3- انظر، د. محمد كامل ليلة، النظم السياسية، الدولة والحكومة، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت، 1969، ص. 948.
- 4- انظر، محمد هاملي، هيمنة السلطة التنفيذية على السلطة التشريعية في النظام الدستوري الجزائري، دراسة مقارنة بالنظامين الدستوريين المصري والفرنسي، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2014، ص 42-43.
- 5- انظر، د. بوكرا ادريس، المبادئ العامة للقانون الدستوري والنظم السياسية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2016، ص 484-487.
- 6- انظر، نفس المرجع، ص 485-486.
- 7- المادة 10 من الدستور الفرنسي لعام 1958 حسب آخر تعديل لسنة 2008.
- 8- صدر دستور 1963 في 10 سبتمبر 1963، الجريدة الرسمية لسنة 1963، العدد 04.
- 9- صدر دستور 1976 بموجب الأمر رقم 76-97 المؤرخ في 22 نوفمبر 1976، الجريدة الرسمية لسنة 1976، العدد 94.
- 10- صدر دستور 1989 بموجب المرسوم الرئاسي 89-18 المؤرخ في 28 فيفري 1989، الجريدة الرسمية لسنة 1989، العدد 09.
- 11- صدر دستور 1996 بموجب المرسوم الرئاسي رقم 96-438 المؤرخ في 07 ديسمبر 1996، الجريدة الرسمية لسنة 1996، العدد 76.
- 12- جاء التعديل الدستوري لسنة 2016 بموجب القانون رقم 16-01 المؤرخ في 06 مارس 2016، الجريدة الرسمية لسنة 2016، العدد 14.
- 13- انظر، د. سعيد بوالشعير، النظام السياسي الجزائري، دراسة تحليلية لطبيعة نظام الحكم في ضوء دستور 1996، السلطة التنفيذية، الجزء الثالث، الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ص 223، 224.
- 14- المادة 87 من دستور الجزائر لعام 1996 التي تقابلها المادة 101 من التعديل الدستوري الجزائري لعام 2016.
- 15- المادة 50 من دستور الجزائر لعام 1963.
- 16- المادة 155 من دستور الجزائر لعام 1976، والمادة 118 من دستور الجزائر لعام 1989، والمادة 127 من دستور الجزائر لعام 1996.
- 17- انظر، عبد الله بوقفة، أساليب ممارسة السلطة في النظام السياسي الجزائري، دراسة مقارنة، دار هومة، الجزائر، 2002، ص. 271.
- 18- انظر، عز الدين بغدادي، مرجع سابق، ص. 93.

19- المادة 43 من القانون العضوي 99-02 المؤرخ في 08 مارس 1999، المحدد لتنظيم المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة وعملها وكذا العلاقات الوظيفية بينها وبين الحكومة، الجريدة الرسمية لسنة 1999، العدد 15.

20- المادة 145 من التعديل الدستوري الجزائري لسنة 2016.

21- المادة 43 من القانون العضوي 16-12، المؤرخ في 25 أوت 2016، المحدد لتنظيم المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة، وعملها، وكذا العلاقات الوظيفية بينها وبين الحكومة، الجريدة الرسمية لسنة 2016، العدد 50.

22- المادة 98 من دستور الجزائر لعام 1996، تنص المادة على " يمارس السلطة التشريعية برلمان يتكون من غرفتين، وهما المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة...."

23- انظر، د. سعيد بوالشعير، النظام السياسي الجزائري، دراسة تحليلية لطبيعة نظام الحكم في ضوء دستور 1996، السلطة التنفيذية، مرجع سابق، ص 230-234.

24- المادة 145 من التعديل الدستوري لسنة 2016 التي تنص على: " يمكن رئيس الجمهورية أن يطلب إجراء مداولة ثانية في قانون تم التصويت عليه في غضون الثلاثين (30) يوما الموالية لتاريخ إقراره. وفي هذه الحالة لا يتم إقرار القانون إلا بأغلبية ثلثي (2/3) أعضاء المجلس الشعبي الوطني وأعضاء مجلس الأمة."

25- المواد (136-137-138) من التعديل الدستوري الجزائري لعام 2016.

26- المادة 45/02 من القانون العضوي 99-02، والمادة 46/02 من القانون العضوي 16-12.

27- انظر، عقيلة خرباشي، العلاقة الوظيفية بين الحكومة والبرلمان بعد التعديل الدستوري لـ 28 نوفمبر 1996، دار الخلدونية، الجزائر، 2007، ص 60-61.

28- انظر، عز الدين بغداددي، مرجع سابق، ص 97.

الاتجار بالبشر في منظور القانون الدولي

عمر اوي السعيد - طالب دكتوراه
كلية الحقوق و العلوم السياسية
جامعة المدينة

ملخص:

تعد جريمة الاتجار بالبشر ظاهرة دولية، لا تقتصر على دولة معينة، و إنما تمتد لتشمل العديد من الدول المختلفة.

إن رد الدولة على الاتجار بالبشر واحترام حقوق الإنسان يعتمد على تصورها وقدراتها. الكلمات الدالة: جريمة الاتجار بالبشر، حقوق الإنسان، الاستغلال الاقتصادي للأطفال.

The crime of human trafficking is an international phenomenon not restricted to a concerned state but it goes to encompass many states.

The response of any state to the human trafficking and the respect of human rights depends on its vision and capabilities .

مقدمة

إن موضوع الاتجار بالبشر موضوع قديم متجدد بتجدد الظروف والتقنيات والوسائل المتاحة التي تعطي مساحةً واسعة للتستر على هذا الموضوع، وعرضه بأشكال قد يكون ظاهرها قانوني ولكنه يبطن كل أنواع الرق والعبودية والاستغلال، ولكون الأطفال الفئة الأضعف في المجتمعات، خاصة الفقيرة منها، فهم يشكلون الهدف الأول والمباشر للاتجار بأنواعه، وتتصدر تجارة استغلالهم في الجنس مثلاً قائمة أكبر أنواع التجارة ربحاً على الإطلاق، ومع أن هناك قوانين دولية تعرّف الاتجار بالبشر بصورة عامة والاتجار بالأطفال بصورة خاصة، إلا أنّ هذا المفهوم لا يزال ضبابياً، خاصة في الدول العربية، فالمجتمعات العربية لا تزال بأفرادها ومؤسساتها الحكومية والمدنية تجهل الكثير عن معنى المشكلة وعمقها، وذلك لاعتقادهم بأنها بعيدة عن الحياة اليومية للأفراد العاديين، وأنها حالات استثنائية في مناطق استثنائية، وما دام إنكار المشكلة وتحجيمها والجهل بأبعادها مستمراً، فلا يمكن التعاطي معها والمساهمة في الحد منها بشكل فاعل يتناسب مع حجم المشكلة وتبعاتها الحقيقية.

وتقتضي الأعراف الدولية والممارسات الفضلى في مجال حماية الأطفال أن تتم صياغة تعريف إجرائي جامع لمجموع الأطفال المندرجين في سياق أية وضعية تنطوي على الإيذاء، بما في ذلك وضعيات الاتجار بالأطفال.

و الإشكالية التي تثار هنا هي : ما مدى منظور القانون الدولي في تحريم الاتجار بالبشر ؟

المبحث الأول : ماهية الاتجار بالبشر

عرف جانبا من فقهاء القانون هذه الظاهرة بأنها كافة التصرفات المشروعة وغير المشروعة التي تحيل الإنسان إلى مجرد سلعة أو ضحية، يتم التصرف فيه بواسطة وسطاء محترفين عبر الحدود الوطنية بقصد استغلاله في أعمال ذات اجر متدن أو في أعمال جنسية أو ما شابه ذلك، وسواء تم هذا التصرف بإرادة الضحية أو قصرها عنها أو بأصورة أخرى من صور العبودية.

المبحث الأول : مفهوم الاتجار بالبشر

يقصد بتعبير الاتجار بالأشخاص تجنيد أشخاص أو نقلهم أو تنقلهم أو إيواؤهم أو استقبالهم بواسطة التهديد بالقوة أو استعمالها أو غير ذلك من أشكال القسر أو الاختطاف أو الاحتيال أو الخداع أو إساءة استعمال السلطة أو إساءة استغلال حالة استضعاف، أو بإعطاء أو تلقي مبالغ مالية أو مزايا لنيل موافقة شخص له سيطرة على شخص آخر لغرض الاستغلال. ويشمل الاستغلال، أحد أدنى، استغلال بغاء الغير أو سائر أشكال الاستغلال الجنسي، أو السخرة أو الخدمة قسرا، أو الاسترقاق أو الممارسات الشبيهة بالرق، أو الاستعباد أو نزع الأعضاء.

و الموافقة لا معنى لها في حالات الاتجار، وذلك بحكم أن الشخص المتاجر به هو ضحية لا خيار له سوى الإذعان لاستغلاله¹.

المطلب الأول : تعريف الاتجار بالبشر

تقتضي الأعراف الدولية والممارسات الفضلى في مجال حماية الأطفال أن تتم صياغة تعريف إجرائي جامع لمجموع الأطفال المندرجين في سياق أية وضعية تنطوي على الإيذاء، بما في ذلك وضعيات الاتجار بالأطفال.

1 - أنظر المادة 3 من بروتوكول مكافحة تهريب المهاجرين عن طريق البر والبحر والجو، المكمل لاتفاقية الأمم المتحدة

لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية، سنة 2000.

وذلك حتى لا يقتصر التحديد البرنامجي على فئة معينة من الأطفال دون غيرهم ممن يكونون أيضا ضحايا لذات نوع الإيذاء، أو في مسارب خطر التعرض لإساءات مماثلة بحكم وجودهم في الوضعية ذاتها.

الفرع الأول : تعريف الاتجار بالأشخاص في بروتوكول منع و قمع ومعاقة الاتجار بالأشخاص

وورد تعريف الاتجار بالبشر بالمادة الثالثة (أ) من بروتوكول منع و قمع ومعاقة الاتجار بالأشخاص، وبخاصة النساء والأطفال، المكمل لاتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية في سنة 2000، والمعبر عنه اختصارا بـ "بروتوكول باليرمو"، حيث يعد مرتكباً جريمة الاتجار بالبشر "كل من استخدم بأي صورة شخصاً طبيعياً أو ينقله أو يسلمه أو يأويه أو يستقبله أو يستلمه، سواء في داخل الدولة أو عبر حدودها الوطنية، إذا تم ذلك بواسطة استعمال القوة أو العنف أو التهديد بهما، أو بواسطة الاختطاف أو الاحتيال أو الخداع أو استغلال السلطة، أو استغلال حالة الضعف أو الحاجة، أو الوعد بإعطاء أو تلقي مبالغ مالية أو مزايا مقابل الحصول على موافقة شخص على اتجار بشخص آخر له سيطرة عليه، وذلك كله إذا كانت هذه الأفعال بقصد الاستغلال أياً كانت صورة بها في ذلك الاستغلال في أعمال الدعارة أو غيرها من أشكال الاستغلال الجنسي واستغلال الأطفال في ذلك وفي المواد الإباحية أو التسول، والسخرة أو الخدمة قسراً، أو الاسترقاق أو الممارسات الشبيهة بالرق أو الاستعباد أو استئصال الأعضاء، أو الأنسجة البشرية، أو جزء منها".

الفرع الثاني : الالتزام في تجريم الاتجار بالبشر

يتمثل بصفته مجموعة من العناصر، وليس العناصر منفردة في حد ذاتها، ومن ثم فإن أي سلوك يجمع بين أي من الأفعال والوسائل، ويؤدي لأي من الأغراض المذكورة لابد من تجريمه بصفته اتجاراً كما ينبغي أن نأخذ في الاعتبار أن جريمة الاتجار بالبشر ينبغي أن تُفهم على أنها سلسلة من الأفعال الإجرامية بحيث يُشكل كل من تلك الأفعال (التجنيد، النقل، التنقل، الإيواء، الاستقبال) جريمة مستقلة إذا ما اقترن هذا الفعل بإساءة

1 - أنظر - المادة الثالثة (أ) من بروتوكول منع و قمع ومعاقة الاتجار بالأشخاص، وبخاصة النساء والأطفال، المكمل لاتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية في سنة 2000 .

الاستغلال أيًا كانت الوسائل المستخدمة في ارتكابها، كما يجب التنويه إلى أن ما تتضمنه هذه العناصر الثلاث لا ترد على سبيل الحصر وإنما تكون على سبيل المثال¹.

أولاً: تجنيد الأشخاص

يُقصد بتجنيد الأشخاص تطويع² الأشخاص واستخدامهم كسلعة قابلة للتداول بالمخالفة للقوانين والأعراف الدولية بغرض الاستغلال وجني الأرباح أيًا كانت الوسائل المستخدمة (مشروعة، غير مشروعة) وبصرف النظر عن ارتكابها بداخل الدولة أو عبر حدودها الإقليمية.

ولا تكون موافقة ضحية الاتجار بالأشخاص على الاستغلال محل اعتبار في الحالات التي يكون فيها الجاني قد استخدم أيًا من الوسائل غير المشروعة³، ذلك لأن دور الإرادة لا يقف عند تحريك السلوك الإجرامي بل يتجه نحو تحقيق النتيجة⁴.

ثانياً: نقل الأشخاص

يُقصد به تحريك الأشخاص من مكان إلى مكان آخر باستخدام إحدى شركات النقل سواء كانت حركة الأشخاص دولية أو داخلية وأيًا كانت الوسيلة المستخدمة في نقلهم (جواً أو بحراً أو براً) وبصرف النظر عن الطريقة التي تمت بها الحركة سواء كانت بطريقة مشروعة أو غير مشروعة⁵.

و نجد أن البروتوكول الخاص بمنع وقمع ومعاينة الاتجار بالأشخاص وبخاصة النساء والأطفال، المكمل لاتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية ينطبق على الجرائم الدولية عبر الحدود الوطنية وتقوم بارتكابها جماعة إجرامية منظمة⁶ وفي هذا الصدد،

1 - د. هشام عبد العزيز مبارك، ماهية الاتجار بالبشر، بالتطبيق على القانون البحريني رقم (1) لسنة 2008 بشأن مكافحة الاتجار بالأشخاص، الأكاديمية الملكية للشرطة، البحرين، 2009، ص 6—7.

2 - تجدر الإشارة إلى أن الاتفاقية الدولية لقمع الاتجار بالرقيق الأبيض الصادرة عام 1910، قد عدت الوسائل المستخدمة للتطويع في مادتها الأولى والثانية حيث تشمل (الاستدراج)، (التحريض)، (الغواية) وكذلك استخدام (الخداع)، (القوة) (التهديد)، أو (استعمال السلطة) أو أية طريقة أخرى من طرق الإكراه.

3 - أنظر المادة الثالثة فقرة (ب) من البروتوكول الخاص بمنع وقمع ومعاينة الاتجار بالأشخاص وبخاصة النساء والأطفال، المكمل لاتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية.

4 - مأمون سلامة، قانون العقوبات، القسم العام، ط 4، دار الفكر العربي، 1984، ص 327.

5 - هشام عبد العزيز مبارك، مرجع سابق، ص 11.

6 - المادة (4) من البروتوكول الخاص بمنع وقمع ومعاينة الاتجار بالأشخاص وبخاصة النساء والأطفال، المكمل لاتفاقية الأمم المتحدة.

يذهب اتجاه فقهي¹ إلى أن الوسيط يجب أن يتبع جماعات إجرامية منظمة تحترف مثل هذا النوع من التجارة، أما ما يتعلق بالحالات الفردية والعارضه فلا تُعد من قبيل الاتجار في البشر .

ثالثا: تنقيح الأشخاص

يُقصد به تحويل الملكية إلى شخص آخر، فالأصل أن الإنسان بطبيعته لا يمكن الاستئثار به أو تملكه أو استغلاله أو بيعه لكونه خارج عن دائرة التعامل ومباشرة الحقوق العينية عليه، والتي تكون فقط لصيقة بالحق الشخصي².

فقد تقوم بعض العائلات الفقيرة بإعطاء أطفالهن إلى عائلات أخرى غنية أو ذوي مكانة اجتماعية مرموقة مقابل الحصول على مبالغ مالية ومقابل أيضًا قيام هذه الأسر الغنية بتعليم الأطفال وتوفير فرص العمل لهم وقد تستفيد هذه الأسر من خدماتهم في المنازل، مثال آخر بيع الأطفال لأغراض التبنّي، وتعتبر هذه الأمثلة المشار إليها صورة واضحة من الاسترقاق المعاصر بمعنى ممارسة أي من السلطات المترتبة على حق الملكية أو هذه السلطات جميعها على شخص ما بغرض الاتجار بهم ولاسيما النساء والأطفال³.

المطلب الثاني : الاستغلال الجنسي للأشخاص

ويقصد به استغلال تجار البشر لأجساد الضحايا من النساء والأطفال وغيرهم في إشباع الغريزة الجنسية لطالبي المتعة الجنسية نظير مبالغ مالية يقومون بدفعها لهؤلاء التجار بغض النظر عن موافقتهم أو عدم موافقتهم. ويشمل هذا الاستغلال ما يعرف بدعارة الغير أو سائر أشكال الاستغلال الجنسي الأخرى، يعتبر هذا الشكل من أشكال الاتجار بالبشر احد أهم صور الاتجار في البشر من حيث حجم النشاط ونطاق الانتشار علي مستوى العالم المتقدم والنامي والمتخلف لأنه يحتوي في داخله علي أشكال الاتجار الأخرى، فقد يشمل عمل قسري علي ممارسة الجنس مع الغير و يصحبه ضرب وتعذيب يتسبب في الأذى الجسدي والنفسي للضحايا. وقد يرتبط هذا الشكل من أشكال الاتجار بالبشر بشكل ثالث وهو عمالة الأطفال فيما اصطلح علي تسميته بدعارة الأطفال، ويعتبر أيضا خطرا يهدد القيم النبيلة في المجتمعات والدول، فالاستغلال الجنسي اسؤ أنواع الممارسات الجنسية خارج نطاق الزواج فهو اسوأ من الزنا ومن البغاء حيث أن الأول يتم بصورة غير احترافية والثاني يتم بصورة احترافية بمقابل

1- سوزي عدلي ناشد، الاتجار في البشر بين الاقتصاد الخفي والاقتصاد الرسمي، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، العدد الثاني، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة، 2003، ص 175.

2- هشام عبد العزيز مبارك، مرجع سابق، ص 13.

3- مرجع نفسه، ص 14.

مادي يدفع لصالح البغاة بينما في النوع الثالث يتم استغلال الضحية بواسطة طرف ثالث مقابل مصلحة مادية تعود له، تتمثل خطورة هذا النوع من التجارة في كون ضحاياه من الفتيات والأطفال صغار السن من هم في حالة استضعاف أو ضعف غير عادية ويخضعون بعد ذلك للقهر والتنكيل والعذاب لكي تسهل عملية استغلالهم إلى ابعد حد ممكن ليجني المتاجرين فيهم اعلي أرباح ممكنة، فقد يتعرض أثناء عمليات استغلاله للأذى الذي يسبب له إعاقة جسدية أو عقلية أو نفسية يصعب معها التخلص من عمليات الاستغلال¹ و من أكثر مظاهر العنف ضد المرأة الشائعة حالياً الاتجار بالنساء لأغراض الإكراه على البغاء و استغلالهن، جنسياً، و تنطوي هذه الصورة من صور الاعتداء على المرأة على خروقات لعدد من الحقوق الأساسية المعترف بها في القانون الدولي لحقوق الإنسان، مثل الحق في التحرر من الاستعباد و السخرة و العمل الجبري و الحق في المعاملة الإنسانية و غير الحاطة بالكرامة، فضلاً عن أن الاتجار بالنساء و استغلالهن في البغاء قد يشكل جريمة ضد الإنسانية²، و يرتب المسؤولية الجزائية الدولية على عاتق من يرتكبه، إن النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية كرس هذا الأمر، فجعل من الاستعباد الجنسي و الإكراه على البغاء جرائم ضد الإنسانية شريطة اقرارها كجزء من هجوم منظم أو واسع النطاق ضد أي سكان مدنيين، مع العلم بالهجوم طبعاً³.

المبحث الثاني : التعاون الدولي في مكافحة الاتجار بالبشر

من الثابت في القانون الدولي لحقوق الإنسان أن الرق و العبودية بأنماطها التقليدية ممنوعان منعا مطلقاً، و أن هذه الأنماط لم يعد لها وجود الآن، إلا أن العالم الحديث يشهد أشكالا وضروبا من الممارسات الشبيهة بالرق و العبودية مثل دعارة النساء و الأطفال و الاتجار بهما.

1 - يعقوب علي جانقي علي ، المبادرة العربية لبناء القدرات الوطنية لمكافحة الاتجار بالبشر ، منتدى الدوحة الثالث لمكافحة الاتجار بالبشر ، تحت شعار (الاتجاهات المعاصرة لمكافحة الاتجار بالبشر) ، البعد الاقتصادي والاجتماعي في مكافحة الاتجار بالبشر : مفاهيم واتجاهات، كلية أحمد بن محمد العسكرية، 22- 23 يناير 2013 ، ص 3 .

2 - محمد يوسف علوان و محمد خليل موسى ، القانون الدولي لحقوق الإنسان الحقوق المحمية ، الجزء الثاني ، دار الثقافة للنشر و التوزيع ، الطبعة الأولى ، 2009 ، الأردن ، ص 516- 517 .

3 - أنظر المادة (7/1 أ) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية .

المطلب الأول : التعاون الدولي في اتخاذ تدابير فاعلية

وضع البروتوكول عدة ضوابط حدودية و التي يجب على البلدان أن تتخذها، و تتعاون فيما بينها بهدف حظر و كشف الاتجار بالأشخاص، و تحدد تلك الضوابط المادة 11 من البروتوكول حيث تنص على أنه :

1 - دون إخلال بالتعهدات الدولية فيما يتعلق بحرية حركة الناس، تعزز الدول الأطراف الضوابط الحدودية إلى أقصى حد ممكن، بقدر ما يكون ذلك ضروريا لمنع و كشف الاتجار بالأشخاص.

2 - تعتمد كل دولة طرف تدابير تشريعية أو تدابير أخرى مناسبة لكي تمنع، إلى أقصى مدى ممكن، استخدام وسائل النقل التي يشغلها الناقلون التجاريون في ارتكاب الأفعال المجرمة، وفقا للمادة 5 من هذا البروتوكول.

3 - تشمل تلك التدابير، عند الاقتضاء، و دون الإخلال بالاتفاقيات الدولية المنطبقة، إرسال التزام الناقلين التجاريين، بما في ذلك أي شركة نقل أو مالك أو مشغل أي وسيلة نقل، التأكد من أن كل الركاب يحملون وثائق السفر الضرورية لدخول الدولة المستقلة.

4 - تتخذ كل دولة طرف التدابير اللازمة، وفقا لقانونها الداخلي، لفرض جزاءات في حالات الإخلال بالالتزام المبين في الفقرة 3 من هذه المادة.

5 - تنظر كل دولة طرف في اتخاذ تدابير تسمح، وفقا لقانونها الداخلي، بعدم الموافقة على دخول الأشخاص المتورطين في ارتكاب أفعال مجرمة وفقا لهذا البروتوكول، أو إلغاء تأشيرات سفرهم.

6 - دون مساس بالمادة 27 من الاتفاقية، تنظر الدول الأطراف في تعزيز التعاون فيما بين أجهزة مراقبة الحدود، و ذلك بوسائل منها إنشاء قنوات مباشرة للاتصال و المحافظة عليها.

المطلب الثاني : دور الأنتربول في مكافحة الاتجار بالبشر

للأنتربول منظومة شرطية عالمية للدعم و الاتصالات تُعرف باسم 24/7 - 1، تربط المكاتب المركزية الوطنية جميعا و فيما بينها و أجهزة إنفاذ القانون الأخرى المخولة و الشركاء الاستراتيجيين و تتيح لهذه الجهات الاطلاع على بيانات حيوية و طلب هذه البيانات وإحالتها بشكل فوري¹.

1- مصطفى العدوي، الاتجار بالبشر ماهيته وآليات التعاون الدولي لمكافحته، أكاديمية الشرطة، كلية الشرطة، مصر، 2014،

و تعتبر منظمة الأنتربول أكبر شبكة اتصالات لتبادل المعلومات الشرطة على مستوى العالم بين رجال الشرطة في الدول الأعضاء، و إيماناً بالخطر الكبير الذي تشكله جريمة الاتجار بالبشر.

خاتمة

تبقى جميع الدول تتلمس طريقها في مجال " حماية البشر " من حيث هو مجال قائم على أساس العلم والمعرفة، ومهتد بالمعايير الدولية، ومستخدم للبرمجة المرتكزة على حقوق الإنسان.

والاتجار بالبشر هو أحد مهددات الأمن الوطني لكل دولة يتم فيها إدراجهم في أية واحدة من الوضعيات التي تؤثر على حمايتهم، وهو ينطوي ابتداء على تفويض الأمن الإنساني العالمي وتهديد للمجتمعات المحلية.

وكما أن لعمليات الاتجار بالبشر تأثيرا اقتصاديا على الأفراد والمجتمعات، فإن لديها تأثيرات اجتماعية كبيرة أيضا فقد تمتد تأثيراتها على الأفراد إلى فقدان الضحية لحياته.

النظام القانوني للجنة المتساوية الأعضاء في الجزائر في ظل التعديل الدستوري 1996

دليلة عياشي

أستاذة مساعدة قسم "أ"

جامعة الإخوة منتوري - قسنطينة 01

ملخص :

إن الأوضاع السياسية التي عرفتها الجزائر عقب إجراء أول انتخابات تعددية في تاريخ تطورها الدستوري و ما أفرزته من نتائج غير متوقعة . دفعت المؤسس الدستوري إلى إعادة النظر في كيفية تنظيم ممارسة العمل السياسي من جهة و تنظيم المؤسسات السياسية للدولة من جهة ثانية . وسيا البرلمان باعتباره المكان المراد الوصول له من مختلف القوى السياسية الممارسة للعمل السياسي و الرغبة في التمثيل على مستواه لأنه المعبر على الإرادة الشعبية من خلال و ضعه النصوص القانونية العاكسة لطموحات الشعب و رغباته في مختلف الميادين . و من الأبعاد الخاصة بالبرلمان المعاد النظر فيها من قبل المؤسس الدستوري بموجب التعديل الدستوري لـ 28 نوفمبر 1996 تبنى هيكله مستحدثة من خلال نظام الازدواج البرلماني أو ما يعرف أيضا بنظام الثنائية المجلسية، أو نظام المجلسين النيابيين أو نظام الغرفتين أو البيكاميرالية لأول مرة في سيرورة تطور البرلمان الجزائري الذي كان أحادي المجلس خلال الدساتير السابقة .

لتتحقق بذلك الجزائر بركب الدول المتبعة لنظام الازدواج البرلماني عبر إنشاء مجلس الأمة كمجلس ثان إلى جانب المجلس الشعبي الوطني . مع التأكيد على أن إنشاء هذا المجلس في الجزائر لم يكن اعتباطيا أو على سبيل التقليد، بل للتكيف مع المستجدات التي أملتھا الظروف التي عرفتها عقب العمل بأول دستور تعددي وأول انتخابات تعددية .

هذا التكيف على مستوى البرلمان والذي كان من جملة أهدافه المعلنة تحقيق التوازن داخل البرلمان الجزائري من جهة و بين البرلمان و باقي مؤسسات الدولة من جهة أخرى . و التوازن المنشود تحقيقه يتحقق من وجهة نظر المؤسس الدستوري بتأطير ممارسة المجلس الشعبي الوطني و مجلس الأمة للعمل التشريعي بتبنيه ثنائية متساوية بينهما في ممارسة هذا الأخير ومحاولة رصد الحلول التي تمنع عرقلة هذا العمل .

ومن الحلول المانعة لعرقلة العمل التشريعي، رصد المؤسس الدستوري السبيل لحل الخلاف الذي قد يثور بين المجلس الشعبي الوطني و مجلس الأمة بخصوص مباشرة العمل التشريعي بإنشاء اللجنة المتساوية الأعضاء لإعطاء دفع إيجابي له .
و تأكيداً على هذا الدفع، لم يتوقف الأمر على إنشاء اللجنة المتساوية الأعضاء كآلية لحل الخلاف بين المجلس الشعبي الوطني و مجلس الأمة، بل دعم برصد إجراءات إنشائها وعملها حتى إيجاد الحل التوفيقى بين المجلسين بشأن النصوص التي تثار الخلاف حولها .

Summary

The political conditions during the instability period which originated from 1991 crisis effectively contributed to adapt the main text to the social and political reality which saw profound changes.

This adaptation included in one dimension, the restructuration of parliament by forming a different view concerning the internal structure of parliament to avoid any incident directed to the state and its institutions, by adopting bilateral assembly system by the constitutional founder for the first time during the development of the parliament in conformity with the constitutional amendment 28/11/1996 by which Algeria joined the group of countries having a bilateral parliament by the creation of National Assembly.

The creation of National Assembly as a second assembly in addition to the National Popular Assembly precisely during this period wasn't done randomly or by imitation, it was aimed to adapt with the developments encountered by the state in order the bring balance to the Algerians parliament one side and the rest of state institutions on the other side.

The pursued balance inside the parliament recently familiar with the bilateral council can be achieved through the constitutional founder's point of view by directly providing a framework for the National Popular Assembly and the National Assembly for legislation work by adopting an equal bilateralism between them in its work, and try to observe most of the procedures and solutions to avoid obstruction to this work.

Among solutions to avoid obstruction to legislative work, and its negative effects on the rest of state institutions, the constitutional founder kept an eye on the difference between National Popular Assembly and the National Assembly concerning the beginning of legislative work by creation of joint committee.

To bring a positive push to legislative work and in order to try render the new bilateral assembly experience successful, the matter relies on the creation of a joint committee as a procedure to resolve the disagreement

between the assembly of parliament, however it was confirmed and supported through the observation of the procedures of its creation and work in order to find a conciliative solution between the National Popular Assembly and the National Assembly for legal texts concerned with the disagreement.

المقدمة :

إن نظام الازدواج البرلماني ينم على صعوبات جمة، سيما ما تعلق منها بمباشرة مجلسي البرلمان للعمل التشريعي و الخلافات التي قد تثور بينهما بخصوص هذا الأخير . خاصة أن هذا العمل في الكثير من الدول المتبنية لنظام الازدواج البرلماني يعدّ اختصاصا مشتركا بين المجلسين، حيث أن عملية مناقشة القوانين و التصويت عليها غالبا ما تكون من كلا المجلسين⁽¹⁾.

وفي كل الأحوال يطلب من المجلسين المصادقة على القوانين بنفس الصيغة، أي بنفس العبارات و نفس المضمون . ولكن قد يحدث أن يختلف المجلسان حول هذه الصيغة بأن يقدم أحد المجلسين تعديلات لا يوافق عليها المجلس الآخر، فتثور هنا مشكلة الخلاف بين المجلسين حول النصوص القانونية .

وقد اختلفت التشريعات المقارنة في الكيفيات التي يتم من خلالها حل الخلاف بين المجلسين⁽²⁾

فمنها من تستخدم نظام الذهاب و الإياب بشكل مستمر، بمعنى أن النص محل الخلاف يبقى في ذهاب و إياب بين المجلسين إلى حين الوصول إلى حل . وربما يستمر الذهاب و الإياب إلى ما لا نهاية في حال عدم الاتفاق على نص موحد⁽³⁾

و بعض التشريعات تعتمد نظام الذهاب و الإياب مع إعطاء سلطة الفصل في حالة استمرار الخلاف لأحد المجلسين و عادة ما يكون المجلس المنتخب مباشرة من قبل الشعب⁽⁴⁾. وتشريعات أخرى تعتمد إلى نظام الذهاب و الإياب مع إحالة النص محل الخلاف على لجنة خاصة في حال استمرار الخلاف حيث تتدخل السلطة التنفيذية، و في بعض الأحيان السلطة التشريعية نفسها، لعرض النص محل الخلاف على لجنة قد تكون متساوية الأعضاء أو غير متساوية الأعضاء، توكل لها سلطة إيجاد نص توفقي لحل النزاع القائم⁽⁵⁾

و فيما يخص المؤسس الدستوري الجزائري فإنه يغلق الباب أمام نظام الذهاب و الإياب بمختلف صوره. حيث جعل مهمة حل الخلاف بين المجلس الشعبي الوطني و مجلس الأمة من اختصاص لجنة متساوية الأعضاء، تتكوّن من أعضاء من كلا المجلسين .

فمنعاً لتعطيل العمل التشريعي عند مصادقة المجلس الشعبي الوطني على النص المعروض أمامه و رفض مجلس الأمة لبعض أو كل أحكامه⁶، حرص المؤسس الدستوري الذي تنبأ بوقوع الخلاف على تأمين ميكانيزمات التوفيق بينهما تجاوزا للعقبة و حلاً للخلاف دون ترجيح رأي أحد المجلسين على الآخر إعمالاً للمساواة المقررة بينهما دستورياً⁷ و دفعا للتكامل المستحب بينهما إلى أقصى درجة بإنشاء اللجنة المتساوية الأعضاء وتحديد شروط تأسيسها (المبحث الأول) من جهة و تفعيل العمل داخلها من جهة أخرى (المبحث الثاني).

المبحث الأول - شروط تأسيس اللجنة المتساوية الأعضاء

احتراماً لما تقتضيه إجراءات العمل التشريعي حيث: "يجب أن يكون كل مشروع أو اقتراح قانون موضوع مناقشة من طرف المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة على التوالي حتى تتم المصادقة عليه، وفي حالة حدوث خلاف بين الغرفتين تجتمع بطلب من رئيس الحكومة لجنة متساوية الأعضاء تتكون من أعضاء كلتا الغرفتين من أجل اقتراح نص يتعلق بالأحكام محل الخلاف"⁸.

إذن فتأسيس اللجنة المتساوية الأعضاء يأتي لتقريب موقفي المجلسين بشأن النصوص التي تعذرت المصادقة عليها بعد مناقشة متتالية لها، وهو ما يأخذ طابعاً اختيارياً لمنح المؤسس الدستوري حق تأسيسها لجهاز دستوري آخر غير المجلسين ليتحكم في إعمال هذا الحق وجوداً أو عدماً (المطلب الأول)، دون أن يمتد ذلك إلى إبعادهما كلياً عن المشاركة في عملية التأسيس هذه حيث تعود لهما سلطة إمداد اللجنة المتساوية الأعضاء بالتركيبة العضوية بتعيين ممثليها على مستواها في مساواة تامة (المطلب الثاني).

المطلب الأول: استدعاء اللجنة: التزام حكومي:

يرجى من اللجنة المتساوية الأعضاء الإسراع في التصويت على النصوص القانونية التي بقيت محل نظر بين مجلسي البرلمان، بالبحث عن جوانب للاتفاق بينهما عبر حوار مشترك. غير أن المؤسس الدستوري أوقف طلب إجراء هذا الحوار على رئيس الحكومة (الفرع الأول) دون أدنى تأطير يمنع تجميد الحوار البرلماني ويعطل سيرورة العمل التشريعي، حيث يتمتع رئيس الحكومة على هذا المستوى بسلطة تقديرية واسعة لأعمال حقه في طلب اجتماع اللجنة المتساوية الأعضاء (الفرع الثاني).

الفرع الأول: طلب الاجتماع

ينصرف حق المبادرة بتأسيس أي لجنة متساوية، من وجهة نظر دستورية، وبشكل حصري إلى رئيس الحكومة الذي يباشره عبر تبليغ طلب الاجتماع إلى رئيس كل مجلس من مجلسي البرلمان

على حدى، لتجتمع اللجنة المتساوية خلال الأيام العشرة الموالية لتاريخ تبليغ الطلب⁹ بمعنى أن مرور هذه المدة دون اجتماع اللجنة المتساوية يؤدي إلى عدم عقد هذا الأخير ومن ثم لا بد من طلب جديد لرئيس الحكومة.

ويتقرر هذا الحق لرئيس الحكومة عند الخلاف بين المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة، على إثر عدم مصادقة هذا الأخير على النص الذي صوت عليه المجلس الشعبي الوطني، ويستوي في ذلك أن يتعلق الأمر ببعض أحكام النص التي لم تحصل على ثلاثة أرباع أصوات أعضاء مجلس الأمة أو بالنصوص المرفوضة من قبله كلياً¹⁰.

ولا يكون لرئيس الحكومة طلب اجتماع اللجنة المتساوية الأعضاء ما لم يكن النص محل قراءة وحيدة داخل كل مجلس، ليعتق بذلك المؤسس الدستوري الجزائري نظام عدد القراءات لضبط حركة النصوص التشريعية بين المجلسين دون نظام حساب الميعاد، لما يكتنفه من صعوبات وإبعاد للمساواة بين المجلسين وخاصة تقييد سلطة المجلس الثاني بتقصير الميعاد على مستواه¹¹.

كما يجد هذا الاختيار مبرره في انسجامه مع أسلوب اللجنة المتساوية التي تجتمع مباشرة بعد الاختلاف بخصوص النصوص التشريعية دون الاعتماد على أسلوب الذهاب والإياب "La navette" من جهة وجعل المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة على قدم المساواة باستنفاد قراءة وحيدة للنصوص المعنية داخلها من جهة أخرى.

فضلا على أنه يستجيب لمطلب تبسيط إجراءات الازدواجية البرلمانية حديثة العهد قصد إنجاحها من خلال التحكم في عامل الوقت ومنع عرقلة حركية التشريعات التي يحتاجها المجتمع¹².

هذا وإن إعطاء حق المبادرة لطلب اجتماع اللجنة المتساوية الأعضاء لرئيس الحكومة، حصرا يجعله الحكم في إرساء العلاقة بين المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة عند اختلاف وجهات نظرهما: سواء بالإسراع في إيجاد الحل بينها باستدعاء اللجنة المتساوية قصد التصويت على النص محل الخلاف أو بترك هذا الأخير يستمر بامتناعه عن ذلك، ليصبح هذا الحق ورقة رابحة بيد الحكومة تستعمله متى شاءت حسب ملائمة الأوضاع لسياساتها¹³، وإن أدى الخلاف بين المجلسين إلى تعطيل العمل التشريعي أو حتى الانسداد المؤسساتي.

إن خلق هذا الانسداد في العمل التشريعي وتعطيل سيرورته ومن ثم شل سير عمل مؤسسات الدولة بالتبعية، لا يمكن رده لتدخل مجلس الأمة واعتراضه في المصادقة على النصوص المحالة إليه، لأن اعتراضه ممارسة دستورية لصلاحياته ولحقه الدستوري في

الاختلاف مع المجلس الشعبي الوطني تأميناً لعملية تنقيح النصوص من جهة وتحقيقاً لسلطة الكبح والتثبيت التي أنيطت به من جهة ثانية بل أن الانسداد سببه الحقيقي والوحيد، تخلف رئيس الحكومة عن طلب اجتماع اللجنة المتساوية الأعضاء¹⁴، لذلك كان من الضروري تأطير أعمال رئيس الحكومة لحقه في طلب اجتماع اللجنة المتساوية الأعضاء حتى لا يبقى الخلاف بين المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة حبيس الظروف التي تقدرها الحكومة.

الفرع الثاني: سلطة تقديرية واسعة في طلب الاجتماع

يفترض أن اللجنة المتساوية الأعضاء آلية من آليات حل إحدى مشاكل الازدواج البرلماني على مستوى العمل التشريعي، وخاصة عند المساواة بين المجلسين في أداء هذا العمل، تحقيقاً لجانين سياسي وتقني¹⁵.

وهو شأن اللجان متساوية الأعضاء بين المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة، إذ أن إنشاءها من الجانب السياسي يخص تحديد سلطة مجلس الأمة تجاه الحكومة والمجلس الشعبي الوطني عند مصادفته اللاحقة على النصوص التشريعية، في حين يهتم الجانب التقني بضرورة الإسراع في التصويت عليها وسياً إذا كانت مشاريع قوانين مصدرها الحكومة.

غير أن ترك المبادرة لرئيس الحكومة وحده لفتح الحوار البرلماني ودون تأطير يؤزم العلاقة الوظيفية بين مجلسي البرلمان عوض تحقيق الجانين المذكورين، حيث أنه إذا قدر أن المناقشة بشأن النصوص التشريعية داخل المجلسين قد تنتهي إلى نتائج لا تلائم برنامج حكومته، أو رغب في شل اقتراحات النواب فإنه يتجاهل طلب اجتماع اللجنة المتساوية الأعضاء لترك مجال الخلاف مفتوحاً¹⁶، طالما أن المؤسس الدستوري لم يلزمه بميعاد محدد لذلك، في حين أنه إذا ارتأى ضرورة الإسراع في التصويت على النصوص أو قدر أن الأوضاع داخل مجلسي البرلمان وأن الأوضاع العامة ملائمة فإنه يكثف مساعيه لاجتماع اللجنة المتساوية الأعضاء لفض الخلاف.

فضلاً على أن حصر طلب اجتماع اللجنة المتساوية الأعضاء على رئيس الحكومة يعطيه سلطة تقديرية واسعة في ذلك حسب نوعيه وعمق الخلاف بين المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة.

حيث يميز في هذا الصدد بين الخلاف الجوهرى والخلاف البسيط، بمعنى أن رئيس الحكومة يقدر جدوى استدعاء اللجنة المتساوية حسب نوعية الخلاف ومدى قدرتها على تجاوزه.

فإذا رأى أن الخلاف بسيط وتقني ويمكن أن تتوافق وجهة نظرا المجلسين بخصوصه قام باستدعاء اللجنة المتساوية الأعضاء، أما إذا تيقن أنه أشد من ذلك وأن وجهات النظر بشأنه متباعدة فإنه يتنازل عن النص ويتجاهله بعدم تقديم طلب الاجتماع تاركا ذلك للظرف المناسب¹⁷.

وقد أثبتت التجربة العملية ذلك خلال الفترة التشريعية الأولى للمجلسين، فعندما ارتبطت جميع الخلافات المتعلقة بقانون الطيران المدني، قانون الطاقة والقانون الأساسي لعضو البرلمان بمسائل غير جوهرية، ولا تمس الركائز القاعدية للعمل الحكومي المستند للأغلبية البرلمانية بل إلى عوامل تقنية بسيطة، كالخطأ في الإنشاء والتحرير والإسناد استدعت اللجان المتساوية وسويت كل الخلافات الخاصة بهاته النصوص بسرعة¹⁸.

في حين تأخر استدعاء اللجنة المتساوية عندما كان الخلاف جوهريا بين المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة حول القانون المتضمن التنظيم القضائي، حيث كان الخلاف راجعا إلى تمايز الانتماء السياسي للأغلبية البرلمانية للمجلسين، حيث رفض مجلس الأمة المصادقة على هذا النص الذي سبق تصويت المجلس الشعبي الوطني عليه بسبب تباين وجهات نظرهما حول مسألة إنشاء محاكم متخصصة في الأحوال الشخصية، فبينما رأى المجلس الشعبي الوطني اعتماد هذه المحاكم كان مجلس الأمة يرى أن هذا الطرح غير ملائم لوضعية البلاد والظروف السائدة بالمجتمع¹⁹، وهو الواقع الذي يعكس وجود خلاف جوهرية يغذيه البعد السياسي الخاص بالمجلسين، والذي قدرت الحكومة أنه من العسير إيجاد حل توفيقى بخصوصه بسهولة . ليتأخر استدعاء اللجنة المتساوية حول القانون المتضمن التنظيم القضائي عدة سنوات.

إذن فرئيس الحكومة يملك سلطة تقديرية واسعة وغير مقيدة في استدعاء اللجنة المتساوية الأعضاء من عدمه وفقا للظروف السائدة ومدى ملاءمتها لتطبيق برنامج حكومته، الأمر الذي يبقي المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة على حد سواء رهن إرادة الحكومة في فتح الحوار بينهما. ومن ثم تحكمها المطلق في زمام العلاقة الوظيفية بينهما عند اختلافهما بشأن النصوص التشريعية

لذا فإن تصحيح هذا الوضع بات أمرا ضروريا لمنع تأزيم العمل التشريعي بين المجلسين وذلك باعتناق أحد السبيلين:

- إلزام رئيس الحكومة على طلب اجتماع اللجنة المتساوية الأعضاء خلال أجل محدد تجتمع بعد إنقضائه اللجنة وجوبا، ذلك أن الاجتماع الوجوبي يعد أحسن ضمان لسيرورة العمل

بانتظام بين المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة عند اختلافهما دون أن تتحكم في ذلك الظروف المحيطة بالنص محل الخلاف.

- منح حق طلب اجتماع اللجنة المتساوية الأعضاء لرئيسي مجلسي البرلمان على حد سواء، تحقيقا للتوازن بينهما من جهة وللتوازن بين المجلسين والحكومة من جهة ثانية: فالتوازن بين المجلسين يتقرر بإعطاء رئيسيهما هذا الحق انسجاما والمساواة المقررة دستوريا بينهما في التصويت على النصوص التشريعية، أما التوازن مع الحكومة فيكمن في ضرورة حماية اقتراحات النواب، فإذا كان مبرر منح حق استدعاء اللجنة المتساوية الأعضاء لرئيس الحكومة هو الإسراع في التصويت على النصوص التشريعية التي تحتاجها لتجسيد برنامجها ميدانيا وسيما أن جل هذه النصوص المعروضة على المجلسين تشكل مشاريع قوانين مصدرها الحكومة، فإن ذلك لا يجب أن يكون على حساب حماية اقتراحات النواب، بالإسراع في التصويت عليها عند اختلاف المجلسين بشأنها، بتقرير حق استدعاء اللجنة المتساوية الأعضاء لرئيسي مجلسي البرلمان.

ليبقى الاختيار الأول هو الأفضل لما يقدمه الاجتماع بقوة القانون بعد انقضاء المدة التي يحددها المؤسس الدستوري لرئيس الحكومة لطلب اجتماع اللجنة المتساوية الأعضاء من ضمانات سيرورة العمل التشريعي بين المجلسين عند اختلافهما.

المطلب الثاني: تعيين الأعضاء: التزام برلماني

إن التوفيق بين إرادتي المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة غاية اجتماع اللجنة المتساوية الأعضاء عبر حوار يتأتى ابتداء باختيار ممثلي المجلسين داخل هذه اللجنة. هذا الاختيار الذي يكتسي أهمية كبيرة لأنه يضع المادة 120 الفقرة الرابعة من النص الأساسي موضع التطبيق الفعلي، لذلك روعيت بخصوصه المساواة التامة بين المجلسين من جهة (الفرع الأولى) وأخذ تحسين العمل وتفعيله داخل اللجنة بعين الاعتبار من خلال إيجاد تركيبه بشرية فعالة من جهة أخرى (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تمثيل متساو للمجلسين

نظريا تستوجب المساواة في البحث عن الاتفاق بين مجلسي البرلمان عند اختلافهما ضمان تمثيل موحد لهما داخل الجهاز المكلف بذلك²⁰.

فالملعب المنظم لعمل اللجنة المتساوية الأعضاء ينتخب مع انعقاد أول اجتماع لها، ويتم اختيار رئيسه ونائبه ومقررية من ضمن أعضاء المجلسين على حد سواء، حيث يكون رئيس اللجنة

المساوية الأعضاء من أعضاء المجلس الذي تجتمع بمقره هذه الأخيرة، ونائبه من ضمن أعضاء المجلس النظير، يضاف لهما مقرر عن كل مجلس²¹.

وطالما أن اللجنة المساوية الأعضاء تعقد اجتماعاتها بالتناوب بين المجلسين فإن صفة رئيس المكتب ونائبه تتغير وفق هذا التناوب²².

وقد حصر المشرع التمثيل العددي للمجلسين داخل اللجنة المساوية الأعضاء في عشرة أعضاء عن كل واحد²³، استجابة لمطلبين تقني وسياسي: التقني يخص إضفاء الفعالية على أعمال اللجنة: لأن اعتماد عدد أكبر من شأنه تمديد المناقشات، في حين يرجع السياسي إلى أسلوب التمثيل المعتمد في تشكيل اللجنة المساوية "التمثيل التناسبي" ضمانا لتمثيل كل المجموعات البرلمانية المتواجدة بالمجلسي²⁴.

وتحقيقا لذلك وتأكيدا عليه، ولمواجهة فرض غياب أعضاء اللجنة المساوية، فإن المشرع رصد دورا احتياطيا لخمسة أعضاء إضافيين عن كل مجلس، ينحصر دورهم الأساسي في استخلاف الأعضاء الغائبين فقط.

هذا وتعتبر المساوات بين المجلسين في تزويد اللجنة المساوية بالتركيبة العضوية أمرا ضروريا، لأن هدفها الأساسي اقتراح نص توفيق حول الحكم أو الأحكام محل الخلاف، بما يعني ضرورة الاحتكام للتصويت في إرساء هذا النص.

وهذا الأخير، أي التصويت لن يعبر عن إرادة المجلسين عند تمتع أحدهما بتمثيل أكبر، سيما أن الممثلين يذهبون إلى اللجنة المساوية الأعضاء حاملين رأي المجلس الذي ينتمون إليه، أي باعتبارهم ممثلين لمجموع المجلس وليس للأحزاب أو المجموعات البرلمانية التي ينتمون إليها، لذلك يكون دورهم الرئيسي الانتصار لموقف مجلسهم.

ويلاحظ على هذا المستوى، أن تأكيد المشرع على ضمان تمثيل متساو للمجلسين، يرافقه نقص ملحوظ في النصوص الناظمة لذلك، الأمر الذي من شأنه تأزيم الأداء الوظيفي للمجلسين لصعوبة التحكم في الحوار بينها.

ولا يرجع هذا النقص إلى النص الأساسي الذي أبرز المبادئ العامة لحل الخلاف بين المجلسين بموجب المادة 120 الفقرة الأخيرة التي تركت التفصيل للقانون العضوي المنظم لعمل المجلسين والعلاقات بينها وبين الحكومة الذي أحال بدوره على النظام الداخلي المطبق على اللجان المساوية الأعضاء²⁵.

الفرع الثاني: تركيبة فعالة

توجد ثلاثة طرق لتشكيل اللجان المتساوية الأعضاء، تفترض الأولى عكس هذه اللجان للأغلبية الممثلة داخل كل مجلس، في حين تقصي الثانية التركيبة السياسية للمجلسين وتستعيز عنها بمعايير تقنية بحتة، والثالثة تمزج بين الطريقتين، وهي الأكثر استعمالاً، حيث تعتمد لتطبيق "النظام التناسبي" الذي يضمن تمثيلاً معتبراً للتقنيين داخل اللجان المتساوية الأعضاء إلى جانب تمكين كل المجموعات البرلمانية من المشاركة في اتخاذ قرار التسوية، أي ضمان التمثيل السياسي أيضاً²⁶.

وقد اعتمد المشرع الجزائري التمثيل التناسبي في اختيار ممثلي مجلسي البرلمان داخل اللجان المتساوية للموازنة بين الاختيار التقني (الفقرة الأولى) و الاختيار السياسي (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: الاختيار التقني

يتجلى الطابع التقني في اختيار ممثلي المجلسين من خلال توحيد نظاميهما الداخليين اشتراط ضرورة احترام مبدأ تمثيل اللجنة المختصة بدراسة النص محل الخلاف على مستوى كل مجلس، حيث لا يمكن أن يقل عدد هؤلاء عن خمسة أعضاء²⁷.

ويتجلى احترام هذا المبدأ على مستوى مجلس الأمة لاعتماده أسلوب الانتخاب في اختيار ممثليه داخل اللجنة المتساوية الأعضاء، لأن انتخاب اللجنة المختصة بدراسة النص محل الخلاف لمثليها يعكس من الناحية النظرية اعتبار هذه اللجان المتساوية الأعضاء كأجهزة تقنية يتطلب عملها في التسوية بين مجلسي البرلمان تخصصاً تقنياً لأعضائها بخصوص موضوع الخلاف²⁸، فتقوم بانتخاب ممثليها الخمس على خلاف المجلس الشعبي الوطني الذي يكون اختيار ممثليه الأصليين والاحتياطين داخل اللجان المتساوية الأعضاء من اختصاص مكتبه²⁹.

الفقرة الثانية: الاختيار السياسي

و يتجسد البعد السياسي في اختيار ممثلي المجلسين عبر اعتماد التمثيل النسبي للمجموعات البرلمانية، وهو التمثيل الذي يضمن إشراك هذه الأخيرة في التركيبة العضوية للجان المتساوية الأعضاء³⁰، تحقيقاً للتوازن بين الأغلبية والأقلية في كل مجلس قصد إرساء نص توفيقية تساهم في صياغته كل الحساسيات الممثلة داخل البرلمان³¹.

المبحث الثاني: تفعيل أعمال اللجنة المتساوية الأعضاء

حرص المشرع على تفعيل أعمال اللجنة المتساوية الأعضاء من خلال تبسيط إجراءات الحوار داخلاً بتحديد مادة أو موضوع المناقشات على مستواها (المطلب الأول) و ضرورة عرض حصيلة أعمالها على مجلسي البرلمان للتقرير النهائي بشأنها (المطلب الثاني).

المطلب الأول: العمل داخل اللجنة المتساوية الأعضاء

لتفعيل عمل اللجنة المتساوية الأعضاء حسم المشرع الأمر في تحديد مواضيع المناقشة على مستواها دون أن يترك الأمر غامضا (الفرع الأول) لمنع تعميق أو إتساع الخلاف بين المجلسين والإسراع في التسوية بينهما باقتراح نص توفيقى للخلاف (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تحديد موضوع المناقشات

يعقد أول اجتماع للجنة المتساوية الأعضاء خلال الأيام العشرة الموالية لتبليغ طلب الاستدعاء لرئيس كل مجلس لتجتمع اللجنة عندها بدعوة من أكبر الأعضاء سنا بمقر أحد المجلسين، ليحتضن مجلس الأمة أول إجتماع للجنة المتساوية الأعضاء بعد تبني نظام الازدواج البرلماني³².

واستنتاجات اللجنة المتساوية الأعضاء لا تتناول إلا النصوص التي صوت عليها المجلس الشعبي الوطني ورفض مجلس الأمة قبولها أو التصويت عليها، سواء كان هذا الرفض رفضا لكامل النص أو بعض أحكامه، وهنا عليه أن يقدم البديل عن الأحكام المرفوضة من قبله. ويتجسد هذا البديل في التوصيات المرافقة للأحكام محل الخلاف، والتي تكون اللجنة المختصة بدراسة النص قد ضمنها تقريرها التكميلي، والتي تمثل رأي مجلس الأمة المحال على اللجنة المتساوية الأعضاء.

وهذا يعني أن مجلس الأمة عند رفضه النص الذي صوت عليه المجلس الشعبي الوطني، أو بعض أحكامه، يكون في حكم المصادق على التوصيات التي شملها النص التكميلي للجنة المختصة بدراسة النص، وبذلك تتحقق حالة الخلاف التي حددها المؤسس الدستوري بموجب المادة 120 من النص الأساسي والتي يجب أن تحال على اللجنة المتساوية الأعضاء³³.

وبتحديد البديل الذي يمثل رأي مجلس الأمة بخصوص الخلاف، تباشر اللجنة المتساوية الأعضاء مناقشة المواضيع المحالة عليها وفق الإجراءات المتبعة داخل اللجان الدائمة المنصوص عليها في النظام الداخلي للمجلس الذي تجتمع بمقره، ويسمح للجنة المتساوية الأعضاء أن تستمع لكل عضو في البرلمان أو أي شخص ترى أن الاستماع إليه مفيد لأشغالها التي تختم باقتراح نص توفيقى يخص الأحكام محل الخلاف³⁴.

الفرع الثاني: النص التوفيقى للجنة المتساوية الأعضاء

إن ضرورة وصول اللجنة المتساوية الأعضاء إلى نص توفيقى يوجب النظر إلى جانبين: الأول يخص التصويت داخل اللجنة كوسيلة لاتفاق أعضائها على تقرير واحد (الفقرة الأولى)

والثاني بالوضع السياسي لكل مجلس والذي يعتبر العامل الحقيقي المتحكم في إرساء هذا التقرير (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: الاحتكام للتصويت في إرساء النص التوفيقي

ألزم المشرع اللجنة المتساوية الأعضاء بتتويج أعمالها بتقرير يقترح نصا حول الحكم أو الأحكام محل الخلاف، وعرضه للتصويت من قبل أعضائها، لتبرز أهمية المفاضلة بين نمطي التصويت العام والسري في اتخاذ القرار بخصوص النص التوفيقي.

والواضح أن تسوية الخلاف بين مجلسي البرلمان، لن تتحقق إلا باعتماد التصويت السري، لأن التصويت العام وبناء على الروح الجماعية التي تحرك الممثلين ومحاولة الانتصار لرأي المجلس الذي يتمون إليه، قد تمنع بعضهم من تقبل وجهة نظر المجلس الآخر. ومن ثم يكون الانسداد الحتمي النتيجة النهائية على مستوى اللجنة المتساوية الأعضاء لتقابل أصوات عشره نواب للمجلس الشعبي الوطني مع عشرة أعضاء لمجلس الأمة³⁵.

ولتحقيق الوصول إلى النص التوفيقي والتصويت عليه، فإنه بوسع المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة على حد سواء إشراك بقية أعضائها من غير ممثليها على مستوى اللجنة المتساوية الأعضاء بشكل غير مباشر في إجراءات التسوية التي تباشرها بإحداث نوع من الذهاب والإياب بين هاتين الأخيرتين من جهة وأعضاء المجلس المعني من جهة ثانية حتى الوصول إلى اتفاق بخصوص النص التوفيقي المقترح للخلاف فيساهم ذلك كما يرى البعض في تقريب وجهة نظر المجلسين وتسهيل اعتناق موقف أحدهما من قبل الآخر³⁶.

الفقرة الثانية: الوضع السياسي للمجلسين والنص التوفيقي للجنة:

إن التركيبة السياسية للجنة المتساوية الأعضاء والمنبثقة عن تركيبة المجلسين تحولها من هدف التوفيق بين المجلسين بشأن النصوص محل الخلاف إلى العمل على إيجاد توفيق بين الأغلبية السائدة على مستواهما.

فيصبح جوهر النقاش في وصول اللجنة المتساوية الأعضاء إلى نص توفيقي منصبا على الانتهاء السياسي للأغلبية الممثلة بالمجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة، باعتباره المحدد الحقيقي لعمق الخلاف بينهما، بمعنى الوقوف على مدى قدرة اللجنة المتساوية الأعضاء على إيجاد نص يوفق بين كل الحساسيات الحزبية³⁷.

فعند وحدة الأغلبية السياسية في المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة، بانتهاهما لنفس الحزب أو التيار السياسي فإن الإشكال لا يثور، حيث إذا وجد اختلاف بينهما فإنه يكون بسيطا وغالبا ما ينحصر أمورا تقنية يسهل على اللجنة المتساوية تسويته³⁸. أما في حال اختلاف

الأغلبية السائدة بهما فإن الاختلاف بينهما حول النصوص التشريعية سيكون استراتيجيا ومرجعته التباين بشأن الركائز الأساسية لعمل المجلسين، فلا يسع عندها اللجنة المتساوية الأعضاء الوصول إلى نص توافقي بسهولة، وإذا تحقق ذلك فيكون بعد مناقشات واسعة تأخذ الظروف المحيطة بالنصوص محل الخلاف بعين الاعتبار³⁹.

و هذا الواقع يعكس بجلاء تحكم الوضع السياسي للمجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة، تماثلا أو اختلافا، في تفعيل أو تقليص عمل اللجنة المتساوية الأعضاء أو في الحقيقية تسهيل أو عرقلة أداء مهامها في إيجاد الحلول للخلافات المطروحة، بل ويشكك في مدى قدرة اللجنة المتساوية الأعضاء على حل كل أنواع الخلافات لأنه في حال عمق الصراع بين القوى السياسية الممثلة داخل مجلسي البرلمان لن يكون بوسع عدد معين من البرلمانين تجاوز خلافات يغذيها اختلاف التوجه الإيديولوجي لمجموع نواب المجلسين.

المطلب الثاني: عرض النص التوافقي للجنة المتساوية الأعضاء

بتوصل اللجنة المتساوية الأعضاء إلى اقتراح نص توافقي بخصوص الأحكام محل الخلاف بين المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة ينتهي دورها في إجراء الحوار البرلماني بينهما قصد التسوية لتبدأ حركية جديدة على مستوى المجلسين للمصادقة على هذا النص التوافقي كاختصاص حصري لهما. (الفرع الثاني) غير أن سلطتهما في التقرير بشأن النص التوافقي لا يمكن وضعها موضع التنفيذ دون تدخل رئيس الحكومة الذي يتعين عليه عرض هذا الأخير على البرلمان بمجرد تبليغه إياه (الفرع الأول).

الفرع الأول: عرض النص التوافقي للجنة المتساوية: التزام حكومي:

على رئيس المجلس المعني الذي عقدت بمقره آخر أشغال للجنة المتساوية الأعضاء تبليغ النص التوافقي الذي توصلت إليه هذه الأخيرة إلى رئيس الحكومة⁴⁰، ليلتزم هذا الأخير بعرضه على مجلسي البرلمان للمصادقة عليه وفق الإجراءات المعتمدة لذلك وفقا للمادة 120 من النص الأساسي.

ومنعا لشل تحقيق أعمال اللجنة المتساوية الأعضاء نتائجها المرجوة في حل الخلاف نتيجة احتكار رئيس الحكومة حق عرض نصها التوافقي على مجلسي البرلمان، فقد ألزمه المؤسس الدستوري في القيام بذلك دون أن يترك له مجالاً للخيار، حيث لا يمكنه الاحتفاظ بالنص التوافقي للجنة المتساوية الأعضاء وحرمان البرلمان من الإطلاع عليه وأخذ القرار النهائي بشأنه.

فغل يد رئيس الحكومة عن الخيرة في عرض النص التوفيقي للجنة المتساوية الأعضاء من دونه يحقق تفعيل سيرورة العمل التشريعي عند اختلاف مجلسي البرلمان بشأن النصوص القانونية، حيث يبعد كل انسداد قد يحدثه تأخر رئيس الحكومة في تنفيذ التزامه، كما يضيق سلطته في تقدير مدى ملائمة العرض من عدمه حسب الظروف السائدة، ومن ثم فإن هذا الإلزام يعد أحد آليات منع تأزيم العلاقة بين المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة بعد انتهاء مفاوضاتها بخصوص النصوص التشريعية موضوع الخلاف.

غير أن الزام رئيس الحكومة بعرض النص التوفيقي للجنة المتساوية الأعضاء على البرلمان للتقرير بشأنه لا يبدو عمليا كفاية، طالما أن هذا الإلزام غير مقترن بميعاد زمني يكون على رئيس الحكومة عرض النص التوفيقي خلاله.

وهو الأمر الذي يجر إلى نفس الواقع الناتج عن عدم اقتران حق هذا الأخير في استدعاء اللجنة المتساوية الأعضاء بميعاد محدد بما يجعله المتحكم الحقيقي لتسهيل أو تأزيم العلاقة بين المجلسين بعد توصلهما إلى حل وسط بخصوص خلافهما.

فضلا على أن عدم تحديد ميعاد زمني ليقوم رئيس الحكومة بعرض النص التوفيقي للجنة المتساوية الأعضاء على البرلمان يفتح له سبيلا للتخلي عن النصوص المعروضة أمام البرلمان والتي اختلف بشأنها مجلساه⁴¹.

الفرع الثاني: المصادقة على النص التوفيقي للجنة المتساوية : اختصاص برلماني

تقوم الحكومة بعرض النص التوفيقي للجنة المتساوية الأعضاء على البرلمان للمصادقة وفق المادة 120 من النص الأساسي باعتبار أن سلطة التقرير النهائي بشأنه اختصاص حصري للمجلسين على حد سواء دون اللجنة المتساوية الأعضاء، حيث أن هذه الأخيرة لا تشكل برلمانا مصغرا لأخذ القرار النهائي بخصوص الأحكام موضوع الخلاف بين المجلسين بل مهمتها اقتراح حل لها فحسب ليعرض على المجلسين للقيام بذلك.

ومن الناحية التقنية يلاحظ اختيار المؤسس الدستوري إتباع اتجاه المصادقة المختار في أداء العمل التشريعي بخصوص عرض النص التوفيقي للجنة المتساوية الأعضاء على مجلسي البرلمان، مع فارق وحيد، وهو الذي يجعل المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة يصوتان على هذا النص وفق نفس الصيغة المقترحة من اللجنة المتساوية الأعضاء، الأمر الذي يعكس تبني المؤسس الدستوري المساواة بين المجلسين إلى آخر خطوات عملية تسوية الخلاف بينهما . ليكون مصير النص التوفيقي بعد عرضه على المجلسين أحد الفرضين: الأول قبولها له إثر مصادقة إيجابية على مستواهما، لينتهي بذلك الإشكال القائم بينهما من جهة ولتتأكد فعالية

اللجنة المتساوية الأعضاء في تأمين الحوار البرلماني لتقريب وجهات النظر بين المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة من جهة ثانية، وتمكين هذا الأخير من التأثير في مضمون النصوص التشريعية دفاعاً عن رأيه بمشاركته في أشغال اللجنة المتساوية الأعضاء، لتبرز هنا قدرة اللجنة المتساوية الأعضاء على ترقية العمل التشريعي بين مجلسي البرلمان بتذليل بؤر التوتر بينهما منعا للانسداد المؤسسي، في حين يتجسد الثاني من خلال استمرار الخلاف بين المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة، رغم تمكن اللجنة المتساوية الأعضاء من اقتراح نص توفيقى للأحكام موضوع اختلافهما، عند رفض أحدهما النص التوفيقى، الأمر الذي يعكس و يترجم عمق الخلاف وتباعد نظرتها في أداء العمل التشريعي ومن ثم عرقلة سيرورته وانعكاس آثاره على مؤسسات الدولة.

وقد يكون رفض النص التوفيقى للجنة المتساوية الأعضاء من المجلس الشعبي الوطني (الفقر الأول) أو من قبل مجلس الأمة (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: التصويت السلبي على النص التوفيقى من المجلس الشعبي الوطني

إذا كان التصويت السلبي جواب المجلس الشعبي الوطني بخصوص النص التوفيقى للجنة المتساوية الأعضاء، فإن الحكومة تضطر إلى سحبه مباشرة⁴² دون حاجة إلى تمريره داخل مجلس الأمة.

ذلك لأن المؤسس الدستوري يشترط ضرورة موافقتها على ذات النص التوفيقى بنفس الصيغة المقترحة من اللجنة المتساوية الأعضاء، كما أن عدم التميرير هذا يتوافق أيضا مع تدخل مجلس الأمة اللاحق في العمل التشريعي. بمعنى أن مجلس الأمة ليس بمقدوره التدخل لأخذ القرار بخصوص النص التوفيقى قبل أو دون موافقة المجلس الشعبي الوطني الذي يفسر رفضه باستمرار الخلاف بشأن النصوص المحالة سلفا على اللجنة المتساوية الأعضاء بما يوجب سحب النص التوفيقى.

غير أن هذا الرفض قليل التصور من جانب المجلس الشعبي الوطني، لأنه من غير المنطقي ألا يصوت على نص سبقت موافقته عليه، ولم يكن له ضلع في الخلاف الذي أحدثه واقعا عدم تصويت مجلس الأمة سابقا على ذات النص. إلا إذا كانت الحكومة تستند إلى أغلبية برلمانية داخل المجلس الشعبي الوطني ولم ترغب في التعديلات المدخلة من قبل اللجنة المتساوية الأعضاء، سيما إذا حملت هذه الأخيرة ضمن طياتها توجه مجلس الأمة ذو الأغلبية المختلفة عن توجه الحكومة أو أغلبية المجلس الشعبي الوطني، أين ستوجه أي الحكومة تصويت نوابه نحو رفض النص التوفيقى المقترح من اللجنة المتساوية الأعضاء.

إن هذا الرفض يعد السد المنيع الموجه من قبل الحكومة المدعمة بأغلبية مساندة بالمجلس الشعبي الوطني أمام تدخل مجلس الأمة للتأثير في محتوى النصوص التشريعية، وإن تطلب ذلك من الحكومة سحباً كلياً لهذه الأخيرة من البرلمان وإن كانت مشاريع قوانين هي مصدرها⁽⁴³⁾.

الفقرة الثانية: التصويت السلبي على النص التوفيقي من مجلس الأمة

في حالة مصادقة المجلس الشعبي الوطني على النص التوفيقي للجنة المتساوية الأعضاء تكون إحالته على مجلس الأمة أمراً ضرورياً، ليملك عندها السلطة الكاملة في رفض هذا النص بعدم توفير النصاب المشروط دستورياً للتصويت داخله.

إن سلطة الرفض هذه وإن كانت تتفق وسلطة الكبح التي يؤمنها مجلس الأمة حال تدخله في أداء العمل التشريعي بإرجائه النصوص التي تحمل مواضيع حساسة لم تتبلور بشأنها نظرة شاملة تأخذ في الحسبان كل مقومات الأمة، فإنه يمنح عبر ذلك فرصة جديدة للطبقة السياسية لفتح نقاش مترو حولها⁽⁴⁴⁾.

فضلاً على أن هذا الرفض يعكس من ناحية أخرى عدم قدرة اللجنة المتساوية الأعضاء على تجاوز الخلاف بين مجلسي البرلمان، بما يعني إرغام الحكومة على سحب النص التوفيقي، سيما إذا كان الوضع السياسي لمجلس الأمة مغايراً لانتفاء الحكومة وكانت الأخيرة محصنة بأغلبية مماثلة لها داخل المجلس الشعبي الوطني.

غير أن رفض مجلس الأمة للنص التوفيقي المقترح من قبل اللجنة المتساوية قد يكون بإيعاز من الحكومة نفسها، وذلك في حال وحدة أو تقارب انتهائها السياسي ومغايرته لانتفاء المجلس الشعبي الوطني، بتوجيه تصويت أعضائه ضد هذا النص كسبيل للوقوف ضد رغبة المجلس الشعبي الوطني في التأثير على النصوص محل الخلاف، سيما إذا كانت مشاريع قوانين، بما يفيد تفضيل الحكومة للتخلي عنها وإن كانت صاحبته على فتح السبيل أمام تأثير المجلس الشعبي الوطني⁽⁴⁵⁾.

الخاتمة :

إن إنشاء اللجنة المتساوية الأعضاء و النص عليه دستورياً يؤكد تنبأ المؤسس الدستوري بالخلاف الذي قد يقع بين المجلس الشعبي الوطني و مجلس الأمة بخصوص ممارستها للعمل التشريعي و سيما ما تعلق بالمصادقة على النصوص التشريعية .

وعند تنبئه بهذا الخلاف، لم يسكت عن الخلاف الذي يكون سبباً في إنشاء اللجنة المتساوية الأعضاء حيث حصره في حال عدم تصويت مجلس الأمة على النص التشريعي الذي سبق

وأن صوت عليه المجلس الشعبي الوطني . سواء كان عدم تصويته أو رفضه على كامل أحكام النص التشريعي أو بعض أحكامه لأن المؤسس الدستوري هنا لم يفرق بين الحالتين وجعلها سواء في إنشاء اللجنة المتساوية الأعضاء .

كما أن المؤسس الدستوري بذلك يكون قد أكد أن المجلس المتسبب في إنشاء هاته اللجنة هو دائما مجلس الأمة، و ذلك نتيجة لتدخله اللاحق على عمل المجلس الشعبي الوطني . لأن العمل التشريعي في الجزائر تبني نظام الازدواج البرلماني في اتجاه واحد يتبدئ من المجلس الشعبي الوطني الذي يبدأ بمناقشة و التصويت على النصوص التشريعية، سواء كان أصلها مشروع قانون مصدره الحكومة أو مقترح قانون مصدره نواب المجلس و ينتهي عند مجلس الأمة الذي يكون تدخله بعديا لذلك لا يتصور أن يكون المتسبب في الخلاف هو المجلس الشعبي الوطني .

غير أن المؤسس الدستوري مع تنبئه بالخلاف وتحديد سبب وقوعه، أعطى حق طلب إنشاء اللجنة المتساوية لجهاز آخر غير مجلسي البرلمان و هو رئيس الحكومة دون أن يلزمه على ذلك أو يؤثر هذا الحق بميعاد زمني مثلا مما يعطي لرئيس الحكومة سلطة واسعة للتحكم في استدعاء اللجنة من عدمه . طالما أنه لا يوجد أي نص أيضا يجاسبه أو يعاتبه .

وهذا ما يستدعي إعادة النظر في هذا الإجراء إما بإلزام رئيس الحكومة على طلب استدعاء اللجنة المتساوية للاجتماع بعد مدة زمنية معينة بمجرد العلم بامتناع مجلس الأمة على التصويت على النص التشريعي المعني سواء كله أو بعض أحكامه. أو بإعطاء حق استدعاء اللجنة المتساوية الأعضاء لمجلسي البرلمان على حد سواء، طالما أنها المسؤولان على إتمام العمل التشريعي على قدم المساواة من جهة و حماية للنصوص التشريعية التي يكون أصلها مقترح قانون من نواب المجلس الشعبي الوطني من جهة ثانية .

فكما أعطي حق الاستدعاء لرئيس الحكومة لابد من إعطائه لمجلسي البرلمان لأنهما صاحبي الاختصاص الأصيل في ممارسة العمل التشريعي سواء في حال اتفاقها أو اختلافها لأنها يشكلان مجلسان برلمان واحد لا برلمانين مستقلين .

ضف إلى ذلك أن المؤسس الدستوري و المشرع . و إن أكدا على المساواة بين المجلسين في كافة إجراءات عمل اللجنة المتساوية بداية من العضوية المتساوية فيها و المناقشة إلى غاية إصدار نص توفيق يقرّب و جهة نظر المجلسين . إلا أنه أكد مرة أخرى على تدخل جهاز الحكومة بإعطائه سلطة عرض النص التوفيق للجنة المتساوية الأعضاء على مجلسي البرلمان للتصويت دون أن يلزمه بميعاد لذلك . مما يعطيه فرصة بالألا يعرضه طالما أنه لا وجود لنص يجاسبه أو

يعاتبه على ذلك و هو الأمر الذي وجبت إعادة النظر فيه لما فيه من تعطيل للبرلمان عن أداء وظيفته الأساسية التشريعية بسبب القوانين.

بل أن رئيس الحكومة بإمكانه سحب النص التوقيفي للجنة المساوية بمجرد استمرار خلاف المجلسين بخصوصه و الذي يترجم في حالة عدم موافقة أحدهما على النص التوقيفي مما يعني أن الحكومة تبقى دائما مؤثرة في العمل التشريعي بين مجلسي البرلمان .

قائمة المراجع :

- 1- مراد بقالم، نظام الازدواج البرلماني و تطبيقاته في النظام الدستوري الجزائري و النظام الدستوري المصري -دراسة مقارنة -مكتبة الوفاء القانونية -الاسكندرية 2009، ص 244
- 2- بوزيد لزهاري، اللجنة المساوية الأعضاء في النظام الدستوري الجزائري، الملتقى الوطني حول نظام الغرفتين في التجربة البرلمانية الجزائرية والأنظمة المقارنة، نشریات وزارة العلاقات مع البرلمان، الجزء الأول 29-30 أكتوبر 2002 الجزائر، ص 120.
- مراد بقالم، المرجع السابق، ص 4
- عقيلة خرباشي، العلاقة الوظيفية بين الحكومة و البرلمان بعد التعديل الدستوري لـ 28 نوفمبر 1996-دار الخلدونية للنشر و التوزيع، الجزائر 2007، ص 48
- 3- عقيلة خرباشي، المرجع السابق، ص 49
- 4- بوزيد لزهاري، المرجع السابق، ص 121
- 5- سعيد بوالشعير، النظام السياسي الجزائري - دراسة تحليلية لطبيعة نظام الحكم في ضوء دستور 1996، السلطة التشريعية و المراقبة -الجزء الرابع - ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2013، ص 140
- 6- المادة 98 من التعديل الدستوري لـ 28 نوفمبر 1996، الجريدة الرسمية ج.ج العدد 76
- 7- المادة 120 الفقرة 1-2 من التعديل الدستوري لـ 28 نوفمبر 1996
- 8- المادة 87 من القانون العضوي رقم 99-02 المحدد لتنظيم المجلس الشعبي الوطني و مجلس الأمة و عملها و كذا العلاقات الوظيفية بينها و بين الحكومة، الجريدة الرسمية، ج.ج، العدد 15.
- 10- المادة 94 الفقرة 2-3 من القانون العضوي رقم 99-02.
- 11 -H.Trunka, la commission mixte paritaire, R.D.P,N°3 Mai- Juin,1963,p479
- العربي شحط عبد القادر، عدة جلول محمد، دعائم و خصوصيات نظام الغرفتين في الأنظمة السياسية المقارنة، الملتقى الوطني حول نظام الغرفتين في التجربة البرلمانية الجزائرية والأنظمة المقارنة، نشریات الوزارة المكلفة بالعلاقات مع البرلمان، الجزء الثاني، 29-30 أكتوبر 2002 الجزائر، ص 28

12- الأمين شريط: بعض الجوانب التأسيسية والتشريعية لمجلس الأمة، دراسات ووثائق، نشرات مجلس الأمة، ديسمبر 1999، الجزائر، ص 21

13- عادل الطبطبائي، جدول الأعمال، مجلة الحقوق، العدد 3، 1986، ص 60

_ سعيد بوالشعير، المرجع السابق، ص 143

14- ادريس بوكرا، مركز مجلس الأمة في النظام الدستوري الجزائري، مجلة إدارة، العدد 2000، 1، الجزائر، ص 74

_ سعيد بوالشعير، المرجع السابق، ص 144

_ عزاوي عبد الرحمن، ضوابط توزيع الاختصاص بين السلطتين التشريعية والتنفيذية، دراسة مقارنة في تحديد مجال كل من القانون واللائحة، الجزء الثاني، في النظام الدستوري الجزائري، دار العرب للنشر والتوزيع، الجزائر، 2011، ص 323

15 - H.Trunka, op.cit, p479.

16_ عزاوي عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 318

17- عادل الطبطبائي، المرجع السابق، ص 59

18- عزاوي عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 322

19- شريف كايس، دور اللجنة البرلمانية المتساوية الأعضاء في الخلاف بين الغرفتين البرلمانتين، الملتقى الوطني حول نظام الغرفتين في التجربة البرلمانية الجزائرية والأنظمة المقارنة، نشرات وزارة العلاقات مع البرلمان، الجزء الثاني، 29-30 أكتوبر 2002، الجزائر، ص 65

20_ إدريس بوكرا، المراجعة الدستورية في الجزائر بين الثبات والتغيير، مجلة إدارة، العدد 1، 1998، الجزائر، ص 46

21- شريف كايس، المرجع السابق، ص 66

22- طاهر طالب، دور اللجنة البرلمانية المتساوية الأعضاء في الخلاف بين الغرفتين البرلمانتين، الملتقى الوطني حول نظام الغرفتين في التجربة البرلمانية الجزائرية والأنظمة المقارنة، نشرات وزارة العلاقات مع البرلمان، الجزء الثاني، 29-30 أكتوبر 2002، الجزائر، ص 74

23 Louis Trotabas, Paul isoart, droit public, 23° édition, L.G.D.J,pris,1996, p84 .

24- المادة 90 من القانون العضوي رقم 99-02.

25- المادة 89 من القانون العضوي رقم 99-02.

26- المادة 88 من القانون العضوي رقم 99-02.

27-Louis Favreau, Patrick Gaia, Richard Ghevention, Jeans louis Master, otto pfersman, André Roux, Gay Scoffoni, Droit constitutionnel, 3° édition Dallez, paris, 2000, p775 .

28-المادة 97 من القانون العضوي 99-02.

29 - H.Trunka ,op.cit .ut ,p509

30-المادة 67 الفقرة 3-5 من النظام الداخلي لمجلس الأمة.

31-المادة 65 من النظام الداخلي لمجلس الشعبي الوطني.

32- H.Trunka ,op.cit .ut ,p490.

33- المادة 67 الفقرة 1-2 من النظام الداخلي لمجلس الأمة.

34-المادة 65 من النظام الداخلي للمجلس الشعبي الوطني.

35- المادة 47 الفقرة 10 من النظام الداخلي لمجلس الأمة.

36-سعيد بوالشعير، المرجع السابق، ص 141

37-مراد بقالم، المرجع السابق، ص 249

38-وزيد لزهارى، المرجع السابق، ص 125

39-بوزيد لزهارى، المرجع السابق، ص 124

40-عزاوي عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 280

41-المواد 93،92،91 من القانون العضوي رقم 99-02.

42-سعيد بوالشعير، المرجع السابق، ص 141

43-الأمين شريط، المرجع السابق، ص 24

44-شريف كايس، اليوم الدراسي حول موضوع القانون العضوي رقم 99-02 الذي يحدد تنظيم المجلس

الشعبي الوطني ومجلس الأمة وعملها وكذا العلاقات الوظيفية بينها وبين الحكومة بين النص والممارسة،

نشریات الوزارة المكلفة بالعلاقات مع البرلمان، 23 أكتوبر 2001، الجزائر، ص 43

45-طالب طاهر، المرجع السابق، ص 74

46-طالب طاهر، المرجع السابق، ص 74

47-المادة 94 الفقرة 4 من القانون العضوي رقم 99-02

48-إدریس بوكرا، المراجعة الدستورية في الجزائر، بين الثبات والتغيير، المرجع السابق، ص 49

49-المادة 120 الفقرة 6 من الدستور "في حالة استمرار الخلاف يسحب النص"

50-المادة 96 من القانون العضوي رقم 99-02

- 51- إدريس بوكرا، المراجعة الدستورية في الجزائر بين الثبات والتغيير، المرجع السابق، ص 49
- 52- عزاوي عبد الرحمن، المرجع السابق، ص ص 324-325
- 53- إدريس بوكرا، المراجعة الدستورية في الجزائر بين الثبات والتغيير، المرجع السابق، ص ص 47-48

Le consentement du donneur en Matière de prélèvement d'organes

Haouche Houda
Doctorante en quatrième année
Université de Yahia fares-MEDEA

Abstract:

the practice of organ transplantation is one aspect of a much wider phenomenon, linked to extraordinary advances in the life sciences; and medical technologies. all human horns can now be used: blood; the veins ; the cell; the bone marrow , including organs.

But transplantation lead to the construction to be composed of disparate parts, this requires the consent of the donor, but in the medical field consent has often sparked difficulty insofar as the element or exerts the will and the human body

ملخص:

إن الممارسات الطبية كانت العامل المساهم في ميلاد تقنية عمليات زرع الأعضاء البشرية، مرتبطة بتقدمات علوم الحياة والتقنيات الطبية. حيث أصبح بالإمكان استخدام كل مكونات الجسم: الدم. العروق؛ الخلية؛ نخاع العظام، بما في ذلك أجهزة. ولكن عمليات الزرع تؤدي إلى بناء متآلف من أجزاء متباينة، وهذا يتطلب موافقة من الطرفين المتبرع والمستقبل، ولكن الموافقة في المجال الطبي أثارت صعوبة في كثير من الأحيان من حيث العنصر الإرادة وحرمة جسم الإنسان .

Introduction :

Bien qu'avec des traits spécifiques, la situation de consentement au don créé par la pratique révolutionnaire des greffes d'organes confronte le sujet à travers le corps et la mort.

Le consentement au don est le fondement de tout acte de prélèvement et de greffe, il est lié au principe de l'intégrité physique qui soulève des questions de nature éthique, culturelle et juridique. la question est d'autant plus difficile que souvent les prélèvement d'organe se déroulent dans des situations humainement tragiques¹ .

En échange, le don peut revêtir plusieurs aspects : il peut être spontané ou sollicité, présumé ou explicite, ou encore partiel à partir d'un vivant ou total à partir d'un sujet en état de mort ; chaque type de don a ses règles et sa législation² .

Quel statut juridique pour le consentement au don d'organes, et comment le garantir puisqu' il est lié à l'intégrité humaine?

1. Le consentement et le prélèvement d'organes in vivo

Le consentement requis doit répondre à des différentes exigences et ne peut être donné que par certaines personnes dans la mesure où le don est ciblé.

Les législateurs exigent le consentement exprès, libre et claire du donneur³.

a- Le consentement clair :

Pour que la volonté du donneur soit éclairée il faut qu'il soit informé des risques auxquels il expose sa santé future, et des conséquences éventuelles de prélèvement, selon (art 162/3 C.S.A⁴) et(art 1231-1 C.S.P.F⁵).

Et la question de la sensibilisation des risques donateurs entraînés dans le processus ne se limite pas à les aider à comprendre les risques médicaux auxquels sont confrontés les donateurs au cours du processus de transfert, mais on doit les aider à comprendre même les risques médicaux aux quels ils pourraient être exposés après le Transfert d'organe⁶.

Ce qui est remarquable entre la loi algérienne et française c'est que : le législateur algérien n'a pas coûté une comité d'experts à faire éclairer le donneur tout comme le législateur français (voir art 1231-3), mais plutôt a attribué cette tâche au médecin sans préciser la prescription d'un médecin est-il le superviseur de l'opération ou tout autre médecin dans le même hôpital.

b- Le consentement libre :

La volonté du donneur doit être libre de toutes les pressions psychologiques ou physiques, Chaque contrainte exposée au donneur peut affecter sa volonté, cela veut dire que le donneur soit majeur capable juridiquement. et si le donneur vivant est apparenté, il faut s'assurer que le consentement est libre de toute pression⁷.

Autrement dit, la réglementation relative au consentement dépend du statut juridique du donneur, majeur non soumis une mesure légale de protection, il peut librement consentir au prélèvement en vue d'un don. En revanche, s'il est incapable, il bénéficie d'une protection renforcée⁸.

***le prélèvement sur mineur ou sur majeur sous tutelle :**

Est clair pour nous, à travers l'article 163 (C.S. A) que le législateur ne permet pas de procéder au prélèvement d'organes chez les mineurs ou les personnes privées de discernement, et ne veut pas d'exception à ce sujet même si c'était des organes régénérables qui ne donnent pas lieu à des ruines de la vie, par exemple, une collecte de produits du corps humain comme les cellules hématopoiétiques recueillies par prélèvement dans la

moelle osseuse, notamment comme le législateur français (voir art1241- 3 et 1241-4 C.S.P.F).

Et considérant que les mineurs ne pouvant prendre de décisions graves, le consentement revient au détenteur de l'autorité parentale d'exprimer leur consentement⁹.

Alors que le prélèvement sur mineur ne peut avoir lieu qu'avec le consentement de chacun des titulaires l'autorité parentale ou du tuteur.¹⁰, il faut qu'il soit exprimé devant le président du tribunal de grande instance ou le magistrat désigné par ce dernier, qui s'assure au préalable que le consentement est libre et éclairé ,En cas d'urgence vitale, le consentement est recueilli, par tout moyen, par le procureur de la République.

Un comité de trois experts doit l'autoriser (voir art 1231-3 C.S.P.F) ;après avoir vérifié que le mineur a été informé du prélèvement envisagé en vue d'exprimer sa volonté, s'il est apte, et si l'enfant manifeste son refus il s'agit de droit de veto (voir art 1241-3/3 C.S.P.F)

Mais le législateur français a pris en considération l'avis du mineur « s'il est apte » ! et la question se pose de but de législateur on exigeant la capacité intentionnelle, est ce qu'elle est physique ou morale, et si c'étais morale pourquoi il n'a pas dit « mineur capable de discernement » ?

Et si les mineurs sont protégés, il en est de même pour les incapables majeur ; sauf que le prélèvement est subordonné à des dispositions différentes selon la personne protégée, si elle faisait l'objet d'une mesure de tutelle ou de curatelle ou de sauvegarder de justice (voir art 1241-4 C.S.P.F)

c- Formalisation de consentement :

Selon l'article 162 (C.S.A),il parait que le législateur algérien exige la formalisation de consentement, comme le législateur français d'après l'article 1231-1 (C.S.P.F), mais en consultant les procédures on révèle d'importantes divergences :

-le législateur français exige que le consentement du donneur, soit exprimé devant le président du tribunal de grande instance ou le magistrat désigné par celui la, Et en cas d'urgence vitale, le consentement est recueilli, par tout moyen, par le procureur de la République.

-par contre le consentement écrit découlé d'un donneur algérien doit être établi en présence de deux témoins et déposé auprès du directeur d'établissement et du médecin chef de service.

Mais le législateur a relevé certaines lacunes dans l'article 162/2 précité dont il n'a pas précisé le type de l'écriture consacrée le consentement afin d'indiqué la partie responsable de l'édition; si le donneur? ou l'administration de l'établissement greffon ? ou si un formulaire ou une

déclaration? en outre il n'as pas alloué les critère des témoins sachant qu'ils devraient être majeur, mais peut on être membre de la famille du donneur?

En revenant a l'article 153 du code de procédure civile et administrative algérien¹¹, on trouve que nul ne pourra être entendu en qualité de témoin s'il est parent ou allié en direct (le conjoint, les frères et sœur, cousins) avec l'une des parties, mais les mineurs ne peuvent être entendus qu'a titre de renseignement.

Et à propos de la partie responsable du consentement exprimée en consultant les établissements greffon, on constate qu'il travaille selon un formulaire administratif.

d-Le consentement révocable :

La loi organisant la transplantation d'organes concernant le consentement permet en tout temps de le retirer après qu'il soit déjà donné (voir art 162/2 C.S.A et art 1231-1/4 C.S.P.F).

Mais selon l'article 162/2 précité, le législateur n'a pas mentionné la façon d'exprimer le recul comparant avec l'article 1231-1/4 qui a déclaré que le consentement peut être révocable sans forme et à tout moment.

Mais on se demande à quoi sert de retirer le consentement après l'avoir donner et procéder à la greffe, ou après qu'il parvient à la connaissance du receveur, et il fera mieux de bien préciser le moment exact de pouvoir l'annuler.

Et on se demande notamment si le législateur algérien n'exige aucune forme de recul qui peut être exprimé verbalement, par écrit, par les signes généralement en usage, ou par une conduite telle qu'elle ne laisse aucun doute sur la véritable intention de son auteur (voir art 60 code civil algérien)¹² ? ou bien son silence qui s'interprète que le consentement soit retiré de la même façon qu'il a été exprimé ?

2. le consentement et le prélèvement d'organe poste mortem :

Sachant que les atteintes à l'intégrité physique ont toujours impliqué une personne vivante, la mise en place de conditions spécifiques aux prélèvements poste mortem peut susciter des questions, d'une part le fait du prélèvement est effectué dans l'urgence sur une personne en état coma dépassé ,et d'autre part parce que le corps n'est pas dissociable de l'homme et la mort ne compromet pas son humanité.¹³

a-le consentement du défunt

le champ d'application de consentement du défunt a varié mais demeure toujours le problème de la façon de l'exprimer.

Le consentement explicite

Selon la loi qui organise la transplantation d'organes en Algérie on trouve que le législateur n'autorise en aucun cas le prélèvement à partir d'un cadavre s'il n'a pas exprimé de son vivant son consentement (voir art 164 /2 C.S.P).

donc on peut conclure que le législateur n'exige aucune forme pour le défunt d'exprimer de son vivant son consentement de prélèvement, en lui permettant toute la liberté d'exprimer selon les modalités possibles (voir 60 C.C.A), dans le but de faciliter les procédures du don après la mort s'il était hospitalisé, donc il ne pourrait pas résister à des procédures compliquées, mais devant la présence de qu'elle personne ce consentement doit être exprimé ? est ce que devant le médecin chef de service ? ou devant deux témoins membre de famille pour transférer sa volonté à sa famille ?

En outre si le défunt n'était pas malade et s' il a exprimé son consentement verbalement en discutant avec son cousin, comment transmettez ce consentement après sa mort au médecin qui va effectuer la transmettre ? et qui se dit être la volonté du défunt ?

Mais l'article 165 C.S.A stimule qu'il est interdit de procéder au prélèvement d'organes ou de tissus en vu d'une transplantation si la personne de son vivant a exprimé par écrit une volonté contraire.

Mais le législateur n'a pas précisé le type d'écriture pour exprimé le refus : est ce que dans un registre prévu à cet effet, ou par une simple lettre, on se demande si ce refus est révocable ? et comment ?

***le consentement implicite :**

Tout individu est considéré consentant au don d'élément de son corps après la mort, en vue de greffe, s'il n'a pas manifesté son opposition de son vivant.

Le prélèvement est autorisé sauf si le défunt a, de son vivant, fait connaître son refus de faire don de ses organes après son décès, soit on s'inscrivant sur un registre national, soit par disposition testamentaire, soit par simple information orale à ses proches, c'est la règle du « qui ne dit mot consent ». ¹⁴.

L'article 1232-1 du code de la sante publique français conserve ce système et maintient la présomption de consentement pour les prélèvement effectués à des fins thérapeutiques, en effet, la famille ne peut qu'attester d'un refus exprimé par le défunt à un tel prélèvement et dont les médecin n'aurait pas été averti- vue que ce dernier peut être exprimé par tout moyen- et non pas exprimer le consentement de celui ci, mais comment le médecin pourra-t-il outrepasser un refus exprimé par la famille qui se dit être la volonté du défunt ?

Et si ce refus est exprimé par l'inscription sur un registre national puisque ce dernier est parmi les modalités possibles (« notamment par l'inscription sur un registre nationale prévu à cet effet », dit le texte), on s'interroge sur sa réelle efficacité car il est le seul moyen d'une part ? et s'il n'est obligatoire d'autre part ?

b-le consentement apparenté :

Si le silence vaut consentement du défunt en vue de greffes s'il n'a pas manifesté son opposition de son vivant chez le législateur français, alors que le législateur algérien ne permet pas le prélèvement si le défunt n'a pas exprimé sa volonté de son vivant qu'après l'accord de l'un de sa famille dans l'ordre suivants : père, mère, conjoint, enfant, frère ou sœur ou le tuteur légale si le défunt n'a pas de famille. (voir art 164/2 C.S.A).

mais on remarque que le législateur tombe dans les mêmes lacunes : Quelles sont les modalités d'exprimer la volonté de l'un de ses proche concerner de ce sujet ? quelles sont les conditions exigées chez ce dernier ? et enfin qui prouve que c'était la volonté du défunt ?

Mais constatant les critiques visant le législateur algérien concernant l'exigence du consentement apparenté du défunt s'il n'a pas refusé le don de son vivant, vu que la durée de vie des organes est courte notamment les difficultés reçues de procéder à la recherche d'un membre de sa famille pour donner sa volonté, tout cela à mené le législateur à exclure les cornées et les reins de l'accord apparenté et permet de les effectuer sans un accord préalable dans les cas suivants :

-s'il n'est pas possible de prendre contact a temps avec la famille du défunt ou son représentant légal et que tout délai entrainerait la détérioration de l'organe à prélever.

-si l'urgence de l'état de santé du receveur de l'organe l'exige (voir art 164/3 C.S.A).

Conclusion :

En matière de consentement les dispositions de code de la santé publique français institue de nombreuses garanties comme le prélèvement sur les incapables, la formalité du consentement, notamment les procédures de le prononcer, par rapport au code de la santé algérien qui contient plusieurs lacunes, mais cela ne signifie ni la perfection du code de la santé Français ni la médiocrité du code de la santé algérien :

-Le consentement présumé retenu par le législateur français ne lève pas les doutes concernant l'éventualité d'un refus et laisse toujours les médecins confrontés à la taches difficile de consulter les familles pour que celle-ci attestent de la volonté de défunt.

-La législation française concernant la révocation de consentement s'agissant du prélèvement in vivo est loin d'être claire ce qui nécessite l'intervention de législateur.

-Et pour le législateur algérien, on se demande pourquoi il a exigé la formalisation de consentement in vivo dont il n'exige aucune forme pour le défunt d'exprimer de son vivant son consentement de prélèvement, en lui permettant toute la liberté de l'exprimer selon les modalités possibles?

- Notamment, l'objet du prélèvement de tissus, cellules et produits n'affecte pas la santé du sujet aussi gravement qu'un don d'organe ?donc ou sont les institutions de législateur algérien envers l'admissibilité des prélèvements de tissus sur les mineurs.

***Références :**

¹- christian BYK, la bioéthique au pluriel, l'homme et le risque biomédicale, john libbey,paris, 1996,p117.

²- Mohamed salah ben ammar, islem et transplantation d'organe, springer, paris,2009, p89.

³- Loi n^o 85-05 du 16 février 1985 relative aux relative à la protection et à la promotion de la santé, J.O 8 du 17février 1985, modifié par la loi 90-17 du31 juillet 1990 j.o 35.

⁴-Loi n^o2004-800 du 6 août 2004 - art. 9 JORF 7 août 2004 relative à la bioéthique,modifié par la loi n^o 2011-814 du 7 juillet 2011.

⁵-Malherbe Jean, medecine et droit moderne, Masson , Paris ,1969, P114.

⁶-Boudouin (j), l'experimentation sur les humain,x journée d'étude juridique,, bruxel, 1982,p 183.

⁷- Jeans françois collange.opcit,p 181.

⁸- Ministère des affaires sociales, de la santé et de la ville, bultinn officiel num 20 a 25, 1995, paris , p 16.

⁹- Emmanuelle Rial-Sebbag, et Agnès Thomas, apprentissage de l'exercice médicale, 2eme edition, estem, paris, p 55.

¹⁰- loi 08-09 du 25 février 2008,portant code de procédure civile et administrative, J.O21 du 23 avril 2008

¹¹- Ordonance n^o 75-58 du 26 septembre 1975 portant code civil, J.O 78 du 16 février 1985, modifié et complétée.

¹²-Jeans françois collange.opcit,p 187

¹³- Mohamed salah ben ammar, opcit, p 93

Bibliographie :**Livre:**

1. Boudouin (j), l'experimentation sur les humain,x journé d'étude juridique, bruxel, 1982.
2. christian BYK, la biothique au pluriel, l'homme et le risque biomidicale, john libbey, paris, 1996.
3. Emmanuelle Rial-Sebbag, et Agnès Thomas, apprentissage de l'exercice médicale, 2eme edition, estem, paris,2008.
4. Jeans françois collange, ethique et transplantation d'organe, elipses,paris, 2000 .
5. Malherbe Jean, medecine et droit moderne, Masson , Paris ,1969.
6. Ministère des affaires sociales, de la santé et de la ville, bultinn officiel num 20 a 25 , paris, 1995.
7. Mohamed salah ben ammar, islem et transplantation d'organe, springer, paris,2009.

La loi:

1. Ordonance n^o 75-58 du 26 septembre 1975 portant code civil, J.O 78 du 16 février 1985, modifié et complétée.
2. Loi n^o 85-05 du 16 février 1985 relative aux relative à la protection et à la promotion de la santé, J.O 8 du 17février 1985, modifié par la loi 90-17 du31 juillet 1990 j.o 35.
3. Loi n^o2004-800 du 6 août 2004 - art. 9 JORF 7 août 2004 relative à la bioéthique,modifié par la loi n^o 2011-814 du 7 juillet 2011.
4. loi 08-09 du 25 février 2008,portant code de procédure civile et administrative, J.O21 du 23 avril 2008.

Université Yahia FARES de MEDEA (Algérie)
Laboratoire de la souveraineté et de la mondialisation

REVUE D'ETUDES JURIDIQUES

Revue internationale académique et scientifique
publiée semestriellement
par le laboratoire de la souveraineté et de la mondialisation
Université Yahia FARES de MEDEA

Volume :03-Numéro :02-Tome :03
Jun 2017

ISSN 2437-0304
Dépôt légal: 2015-3039