



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 الخامس (العدد الأول)
جانفي/ 2019 م/ جمادى الأول 1440 هـ



ISSN 2437-0304
EISSN: 2602-5108
رقم الإيداع القانوني: 2015-3039



مخبر السيادة والعولمة

مخبر السيادة و العولمة

حي المصلى - كلية الحقوق و العلوم السياسية

جامعة يحي فارس بالمدية (الجزائر)

رقم الهاتف /الفاكس: 025.58.55.45

البريد الالكتروني للمجلة: LSMLAW213@yahoo.fr

الإخراج والطبع : دار التل للطباعة-البليدة (الجزائر)

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 أولاً 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 + تذكيري + أضغط على كلمة تسجيل.

3- تظهر بعد ذلك إستمارة تسجيل تتضمن بيانات شخصية يستوجب إكمالها من: إسم و لقب + 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 اختر (Social Sciences) ثم (Law) لتظهر قائمة المجالات المعتمدة من الوزارة، و إبحث عن مجلة الدراسات القانونية (صنف: NC/ الدور: نصف سنوية).

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

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

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

شروط النشر في مجلة الدراسات القانونية (مخبر السيادة والعمولة)

أولاً - يشترط في الدراسات والأبحاث المراد نشرها ما يلي :

- 1- أن تكون متممة بالعمق والجدية، ويلتزم الباحث بالمنهج العلمي.
 - 2- أن يكون البحث مكتوباً بالإعلام الآلي، مع الملخص باللغة العربية والإنجليزية، و الكلمات المفتاحية.
 - 3- أن لا يزيد البحث عن 20 صفحة و أن لا يقل عن 15 صفحة (A4) بخط 14. نوع الخط Traditional Arabic، إذا كان المقال باللغة العربية ، و إذا كان المقال باللغة الأجنبية فيكون أيضا بخط (14). نوع الخط Times New ROMAN.
 - 4- أن تكون الهوامش في أسفل كل صفحة (بشكل أوتوماتيكي إلكتروني) وقائمة المراجع في آخر المقال (بشكل كلاسيكي عادي)، مع ضرورة إعطاء المعلومات البيبليوغرافية كاملة (نوع الخط Traditional Arabic 12) 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 جزءاً 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.
- ثانياً - تخضع الأبحاث المرسله إلى المجلة للتحكيم قبل نشرها.
- ثالثاً - ترتب الموضوعات وفق اعتبارات موضوعية وفنية.
- رابعاً - يحكم عضوان في كل مقال، وفي حالة الاختلاف يحكم عضو ثالث ، وتقوم إدارة المجلة بإعلام أصحاب الأبحاث المرسله بقرار المحكمين بخصوص أبحاثهم.
- خامساً - لا يعاد نشر أي موضوع من موضوعات المجلة إلا بإذن كتابي من إدارتها.
- سادساً - 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.
- سابعاً- لا تدفع المجلة مكافآت مقابل البحوث المنشورة، ما لم تكن بتكليف.
- ثامناً - تعبر المقالات المنشورة في المجلة عن رأي كاتبها ولا تعبر بالضرورة عن رأي المجلة.
- تاسعاً: يرفض أي مقال لم يستوفي الشروط الشكلية المحددة سابقاً بشكل تلقائي دون الرجوع للموضوع .
- عاشر: يرفق المقال المراد نشره بتصريح شرطي يتم تحميله من موقع المجلة في البوابة الإلكترونية للمجلات العلمية (تعليمات للمؤلف)
- و يتم توقيعه من المعني و إرساله ل: **LSMLAW213@yahoo.fr**
- الحادي عشر- أي استفسار يرجى الاتصال بمجلة الدراسات القانونية عبر : **LSMLAW213@yahoo.fr**

فريق تحرير مجلة الدراسات القانونية

الرئيس الشرفي

الأستاذ الدكتور . يوسف حميدي / رئيس جامعة المدية

المدير العام مسؤول النشر

الأستاذ الدكتور . سليمان ولد خسال

(مدير مخبر السيادة والعملة)

رئيس التحرير

الدكتور . الحسين عمروش

جامعة يحيى فارس بالمدية (الجزائر)

محرر مساعد

د. مُجَّد مصطفىاوي - جامعة يحيى فارس بالمدية (الجزائر)

د. آسية أعمار الشريف - جامعة يحيى فارس بالمدية (الجزائر)

د. القوصي همام - جامعة حلب، الجمهورية العربية السورية

د. ياسين صباح رمضان ياسين - جامعة زاخو، العراق

د. أحسن عمروش - جامعة خميس مليانة (الجزائر)

د. منصور مجاجي - جامعة يحيى فارس بالمدية (الجزائر)

د. مُجَّد الداه عبد القادر - جامعة نواكشوط العصرية بموريتانيا

د. معاذ يوسف الذنبيات - جامعة الطائف، المملكة العربية السعودية

أ. عبد الله مخانق - جامعة خميس مليانة (الجزائر)

سكرتير: د. الحسين عمروش . جامعة يحيى فارس بالمدية (الجزائر)

أمانة المجلة: يوسف قسيس . جامعة يحيى فارس بالمدية (الجزائر)

اللجنة العلمية للمجلة

<p>د. ذبيح زهيرة. كلية الحقوق والعلوم السياسية. جامعة المدية.</p> <p>د. يحياوي محمد. كلية الحقوق والعلوم السياسية. جامعة المدية</p> <p>د. أسامة غربي. كلية الحقوق والعلوم السياسية. جامعة المدية</p> <p>د. جيدل كريمة. كلية الحقوق والعلوم السياسية. جامعة المدية</p> <p>د. توفيق بابا علي. كلية الحقوق والعلوم السياسية. جامعة المدية</p> <p>د. بوشنافة جمال. كلية الحقوق والعلوم السياسية. جامعة المدية</p> <p>د. مزعاد إبراهيم. كلية الحقوق والعلوم السياسية. جامعة المدية</p> <p>د. طبال إحسان. كلية الحقوق والعلوم السياسية. جامعة المدية</p> <p>د. بن تغري موسى، كلية الحقوق والعلوم السياسية. جامعة المدية</p> <p>د. علياتي محمد، كلية الحقوق والعلوم السياسية. جامعة المدية</p> <p>د. هشام فخار، كلية الحقوق والعلوم السياسية. جامعة المدية</p> <p>د. صفاي العيد، كلية الحقوق والعلوم السياسية. جامعة المدية</p> <p>د. جلايلة دلية، كلية الحقوق والعلوم السياسية. جامعة المدية</p> <p>د. جمال عياشي، كلية الحقوق والعلوم السياسية. جامعة المدية</p> <p>د. بوضياف مصطفى، كلية الحقوق والعلوم السياسية. جامعة المدية</p> <p>د. أحسن عمروش، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة خميس مليانة.</p> <p>د. خالد بوشمة. كلية الحقوق والعلوم السياسية. جامعة البلدية 02.</p> <p>د. مناد سعودي، جامعة الجزائر 01.</p> <p>د. رابح عمورة، جامعة محمد بوقرة بومرداس.</p> <p>د. مجاهدي إبراهيم، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة البلدية 02.</p> <p>أ. بابا علي رضا، كلية الحقوق والعلوم السياسية. جامعة المدية</p> <p>د. عبد القادر عمري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة المدية</p> <p>د. جبار رقية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة المدية</p> <p>أ. رحال جمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة المدية</p> <p>أ. عبد الله مخناق - جامعة خميس مليانة</p> <p>د. رواب جمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة خميس مليانة</p> <p>د. عبد الرحمان بن جيلالي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة خميس مليانة</p> <p>د. كريم حرز الله، معهد الحقوق والعلوم السياسية، المركز الجامعي تيبازة</p>	<p>أ.د. علي أبو هاني. كلية الحقوق والعلوم السياسية. جامعة المدية.</p> <p>أ.د. عمار جفال، جامعة الجزائر 03.</p> <p>أ.د. سليمان ولد خسال، كلية الحقوق والعلوم السياسية. جامعة المدية.</p> <p>د. محمد حميد ماضي المزمومي، كلية الحقوق، جامعة الملك عبد العزيز بجدة (المملكة العربية السعودية).</p> <p>د. عمروش الحسين. كلية الحقوق والعلوم السياسية. جامعة المدية.</p> <p>د. حسن زرداني، كلية الحقوق جامعة القاضي عياض بمراكش (المملكة المغربية)</p> <p>د. القوصي همام، جامعة حلب، الجمهورية العربية السورية.</p> <p>د. ياسين صباح رمضان ياسين، جامعة زاخو، العراق.</p> <p>د. محمد الدا عبد القادر، جامعة نواكشوط العصرية بموريتانيا.</p> <p>د. معاذ يوسف الذنبيات، جامعة الطائف، المملكة العربية السعودية.</p> <p>د. أحمد لكحل. كلية الحقوق والعلوم السياسية. جامعة المدية.</p> <p>د. توفيق شندارلي. كلية الحقوق والعلوم السياسية. جامعة المدية.</p> <p>د. توفيق قادري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة المدية.</p> <p>د. إسطنبولي، كلية الحقوق والعلوم السياسية. جامعة البلدية 02</p> <p>د. عاشور فاطيمة، معهد الحقوق والعلوم السياسية، المركز الجامعي تيبازة.</p> <p>د. منصور مجاجي. كلية الحقوق والعلوم السياسية. جامعة المدية.</p> <p>د. رشيد شمشيم. كلية الحقوق والعلوم السياسية. جامعة المدية.</p> <p>د. عبد الصديق شيخ. كلية الحقوق والعلوم السياسية. جامعة يحي فارس المدية.</p> <p>د. محمد مصطفىاوي. كلية الحقوق والعلوم السياسية. جامعة المدية.</p> <p>د. بن يوسف القينعي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة المدية.</p> <p>د. هارون حسان أروان. كلية الحقوق والعلوم السياسية. جامعة المدية</p> <p>د. كزنيش بغداد، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة البلدية 2.</p> <p>د. حلیم لعروسي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة المدية</p> <p>د. نبيلة بن عائشة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة المدية</p> <p>د. سبتي عبد القادر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة المدية</p> <p>د. أممر شريف آسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة المدية</p> <p>د. زرقط عمر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة المدية</p> <p>د. لخضر حليس، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة المدية</p> <p>د. سايج فايز، كلية العلوم الاقتصادية، جامعة بومرداس</p>
--	--

لجنة قراءة العدد الأول- المجلد الخامس/ جانفي 2019

<p>د. أسامة غربي. كلية الحقوق والعلوم السياسية. جامعة المدية</p> <p>د. بوشنافة جمال . كلية الحقوق والعلوم السياسية. جامعة المدية</p> <p>د.بن تغري موسى ، كلية الحقوق والعلوم السياسية. جامعة المدية</p> <p>د.هشام فخار، كلية الحقوق والعلوم السياسية. جامعة المدية</p> <p>د. أحسن عمروش، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة خميس مليانة.</p> <p>د. عبد القادر عمري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة المدية</p> <p>د. جبار رقية، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة المدية</p> <p>أ. رحال جمال، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة المدية</p> <p>د. رواب جمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة خميس مليانة</p> <p>د. عبد الرحمان بن جيلالي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة خميس مليانة</p> <p>د. بوحية وسيلة، معهد الحقوق والعلوم السياسية، المركز الجامعي تيبازة</p>	<p>د. مرتضى عبد الله خيرى، كلية الحقوق، جامعة ظفار (سلطنة عمان)</p> <p>د.عمروش الحسين . كلية الحقوق والعلوم السياسية. جامعة.المدية.</p> <p>د. منصور مجاجي . كلية الحقوق والعلوم السياسية. جامعة المدية.</p> <p>د. عبد الصديق شيخ . كلية الحقوق والعلوم السياسية. جامعة يحي فارس .المدية.</p> <p>د.جمال عياشي ، كلية الحقوق والعلوم السياسية. جامعة المدية</p> <p>د. نبيلة بن عائشة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة المدية</p> <p>أ. عبد الله مخانق- كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة خميس مليانة</p> <p>د. سايج فايز، كلية العلوم الاقتصادية، جامعة بومرداس</p> <p>د. كريم حرز الله، معهد الحقوق والعلوم السياسية، المركز الجامعي تيبازة</p>
--	---

المحتوى

الكلمة الافتتاحية

- 1- تحديث القوانين الداخلية وفقا لمبدأ الالتزام الدولي بحماية حقوق الإنسان - د. أسامة غربي (جامعة يحي فارس المدية)..... 1
- 2- موقف مجلس الدولة من إلغاء العقود المحررة خلافا لأحكام المرسوم رقم 62- 03 المتضمن منع التصرف في الأملاك الشاغرة- د. لعشاش محمد (جامعة البويرة)..... 16
- 3- مبدأ الشرعية الديمقراطية في ميزان القانون الدولي- د. وسيلة شابو (جامعة علي لونيبي-البلدية 2)..... 28
- 4- مواءمة التشريعات الفلسطينية المتعلقة بالأطفال مع اتفاقية حقوق الطفل- أحمد عبد الحكيم عبد الرحمن شهاب (طالب بمرحلة الدكتوراه في كلية الحضارة الإسلامية بجامعة التكنولوجيا الماليزية) - د. نور عزم الليل بن ماري(كلية الحضارة الإسلامية بجامعة التكنولوجيا الماليزية)..... 41
- 5- اندماج الشركات وأثره على الغير في قانون الشركات الأردني (دراسة مقارنة) - د. معين عمر عيد المومني الجامعة السعودية الالكترونية - د. منير يوسف حامد المناصير- ديوان المحاسبة الاردني..... 60
- 6- آليات تفعيل المنافسة عند تقييم العروض لانتقاء أحسن عرض من الناحية الاقتصادية- د. جليل مونية (كلية الحقوق ببودواو ،جامعة أحمد بوقرة - بومرداس)..... 78
- 7- آليات تسيير المدن الجديدة في الجزائر- د. جبري محمد (جامعة البلدية 2)..... 91
- 8- الهجرة الدولية بين مقتضيات الإبعاد والالتزام بعدم الإعادة القسرية- خريص كمال (باحث دكتوراه كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة جيلالي اليايس سيدي بلعباس . الجزائر)..... 100
- 9- طلاق المريض مرض الموت في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي - د. مستوري محمد (كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة علي لونيبي البلدية - 2)..... 113
- 10- المحميات الطبيعية في التجربة الجزائرية وبعض التجارب العربية - لعميري ياسين- باحث في الدكتوراه جامعة يحي فارس المدية، الدكتور بوشنافة جمال- أستاذ محاضر "أ" جامعة يحي فارس المدية) 128
- 11- الإلغاء الجزئي للقرار الإداري المخاصم (دراسة تحليلية في ضوء الفقه و التشريع المقارن) - طالب الدكتوراه. علاء الدين قليل (كلية الحقوق والعلوم السياسية- جامعة عباس لغرور (خنشلة)..... 146
- 12- حق المستهلك في الإعلام في القانون الجزائري- د. لعوامري وليد (كلية الحقوق جامعة الإخوة منتوري قسنطينة)..... 157
- 13- حماية حق الطفل في التعليم في المواثيق الدولية و الإقليمية لحقوق الإنسان- أ . محانق عبد الله (أستاذ باحث بكلية الحقوق و العلوم السياسية- جامعة الجيلالي بونعامة ، خميس مليانة)..... 172
- 14- القوة التنفيذية لمداولات المجالس المحلية المنتخبة في الجزائر - الأستاذة: أوراك حورية (كلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة المدية) 187
- 15- مستقبل التجارة الالكترونية في الجزائر- حاج منحاش نوال (طالبة دكتوراه بجامعة يحي فارس بالمدية) و د/شميشم رشيد (كلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة يحي فارس - المدية)..... 197

- 16- مكانة الوزير الأول في الجزائر من خلال مسؤوليته على ضوء التعديل الدستوري لعام 2016 - د. طيبي عيسى -
 211(كلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة زيان عاشور بالحلفة)
- 17- دور آليات التعاون الإفريقي العربي المشترك في تحقيق أهدافه- د. قاسمية جمال (كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة
 البلدية 2) 228
- 18- المجلس الدستوري الجزائري "على ضوء التعديل الدستوري 2016"- ياسمين مزاري - باحثة دكتوراه(تخصص قانون
 عام) جامعة البلدية 02- لونيبي علي)..... 248
- 19- ميزانية البلدية بين الاستقلالية وتقييد السلطة الوصية- بوزار مريم (طالبة دكتوراه جامعة لونيبي علي البلدية-
 02)..... 262
- 20- مدى مساهمة قواعد التهيئة و التعمير في تحقيق الأمن البيئي - زدون محمد (باحث في صف الدكتوراه، تخصص القانون
 العام، أستاذ مؤقت بجامعة أبو بكر بلقايد تلمسان .)..... 273
- 21- ضوابط التخصص في المنازعة الإدارية- أسامة جفالي (طالب دكتوراه علوم عن جامعة البلدية2)..... 291
- 22- الحماية القانونية للطفل الجانح بين التشريعات الداخلية والدولية- سميرة يحيياوي (طالبة دكتوراه ل م د- تخصص
 القانون العام- جامعة المدية) وجمال بن مامي (طالب دكتوراه ل م د- تخصص القانون العام- جامعة المدية)..... 302
- 23- Les Garanties procédurales relatives aux investissements en vertu de la Loi
 n ° 16-09- Dr. Sebti Abdelkader (Faculté de droit et science politique- Université de
 Médéa).....319-331**

افتتاحية العدد

بسم الله و الصلاة و السلام على رسول الله و على آله و صحبه و من والاه.
الحمد لله حمدا كثيرا، والشكر له سبحانه شكرا جزيلا، يليق بنعمه التي لا تحصى، وفي مقدمتها أنه ارتضى لنا الإسلام ديناً، وأكرمنا بأن بعث لنا رسولا كريماً، مُجَدِّد بن عبد الله الذي نصلي ونسلم عليه صلاة وسلاماً دائماً إلى يوم الدين.
في إطار العمل المستمر للارتقاء بمركز مجلة الدراسات القانونية الصادرة عن مخبر السيادة والعولمة التابع لجامعة يحيى فارس بالمدينة (الجزائر) كمجلة علمية دولية سداسية من خلال عددها التاسع / (جانفي 2019)، وهي مصنفة ضمن المجلد الخامس (العدد الأول) وفقاً لتصنيف البوابة الالكترونية للمجلات الوطنية الصادر عن المديرية العامة للبحث العلمي والتطوير التكنولوجي (Dgrsdt)، سيتم من خلال هذا العدد عرض مجموعة من البحوث الأكاديمية والمقالات العلمية المقدمة من السادة الأساتذة، والباحثين، وطلبة الدكتوراه في كل فروع القانون والعلوم السياسية والدراسات المقارنة، قصد تطوير البحث العلمي والارتقاء بالعمل الأكاديمي المتخصص.

د.الحسين عمروش

رئيس تحرير مجلة الدراسات القانونية

"تحديث القوانين الداخلية وفقا لمبدأ الالتزام الدولي بحماية حقوق الإنسان"

Updating internal laws in accordance with the principle of international commitment to the protection of human rights

د. أسامة غربي

كلية الحقوق والعلوم السياسية

جامعة يحي فارس بالمدية

ملخص:

من المعلوم أن القانون الدولي لحقوق الإنسان، وإن كان قانونا دوليا لكنه يهدف إلى حماية الإنسان وحقوقه بالدرجة الأساس، ولما كان هذا الإنسان على الأغلب يعيش في ظل قانون الدولة التي ينتمي لها أو التي يقيم فيها، فإن هذا يعني أن وصول قواعد القانون الدولي لحقوق الإنسان إليه بالفائدة المرجوة لا بد أن يكون بعد تفاعل مع القانون الداخلي الذي يخضع إليه. وتوصف المعاهدات والاتفاقيات الدولية بأنها المصدر الأكثر إلزاما والأكثر قابلية للتطبيق من بقية مصادر القانون الدولي العام، حيث أن صيغة المعاهدة لا تتوقف عند مجرد صدور التصرف القانوني بالدخول كطرف فيها، بل يجب أن يقترن بعد ذلك بتصرفات أخرى تقوم بها الدول الأطراف ويكون من شأنها أن تؤدي إلى تطبيق ما تم الاتفاق عليه. **الكلمات المفتاحية:** القانون الداخلي، السيادة، حقوق الإنسان، الاتفاقيات الدولية، التشريع.

Abstract :

It is well known that international human rights law, although it is an international law but aims primarily at protecting human and his rights. Since this person is most likely to live under the law of the state to which he belongs or resides, this means that the rules of international human rights law To the desired benefit must be after an interaction with the internal law to which it is subject.

International treaties and conventions are described as the most binding and most applicable source of the rest of the sources of international law, since the language of the treaty does not cease only when legal conduct is entered into as a party, but must be accompanied by other acts of States parties and To implement what has been agreed upon.

Keywords : Internal law, Sovereignty, human rights, International conventions, Legislation

مقدمة:

من المعروف أن تنظيم العلاقات الفردية يكون من خلال القواعد القانونية الداخلية المتخصصة، ولكن ليس بالضرورة أن يتفق هذا التنظيم مع مبادئ حقوق الإنسان، وبالتالي فإن تعديل هذه القواعد بموجب قواعد تتفق مع حقوق الإنسان أو إزالتها، وإحلال قواعد أخرى محلها تراعي هذه الحقوق سوف يؤدي إلى إعمالها، وبالتالي تطبيق القانون الدولي لحقوق الإنسان. سنحاول من خلال دراستنا هذه تبيان ضرورة حماية حقوق الإنسان من طرف الدولة، والطرق التي تتبعها هذه الأخيرة في توفير وضمان هذه الحماية، إضافة إلى النصوص الاتفاقية الدولية التي تضع على الدولة التزاما بضرورة تحديث منظومتها القانونية الداخلية، من اجل جعلها متوافقة مع المبادئ والنصوص الأساسية لاتفاقيات حقوق الإنسان. وسنعرض أيضا في دراستنا على إشكالية تطبيق الاتفاقيات الدولية على المستوى الداخلي وعلاقتها بفكرة السيادة. إضافة إلى ذلك سنتطرق إلى عدد من الاتفاقيات الدولية الأساسية التي أتت بحقوق وجب على كل دولة ضمان احترامها خاصة في إطار قانونها الجنائي، باعتبار أن

الحماية الجنائية تتسم بكونها الأهم والأخطر على حقوق الإنسان وحرياته في آن واحد، ووسيلتها كما هو معلوم القانون الجنائي، الذي تنصب قواعده الموضوعية والإجرائية على حماية قيم ومصالح وحقوق بلغت حدا من الأهمية، وسنحاول أيضا دراسة أهم الحقوق التي يتطلب من المشرع ايلاءها أكثر حماية في إطار القانون الجنائي.

تعرف حقوق الإنسان محل الحماية بأنها "تلك الحقوق المقدسة التي يتعين حمايتها لصالح الإنسان المحكوم من عدوان السلطة العامة داخل الدولة التي يخاطب بأحكامها، والتي وردت في القواعد الدولية المكونة لقانون حقوق الإنسان، باعتبارها القاسم المشترك بين بني البشر دون تمييز بينهم لأي سبب من الأسباب، وباعتبار حمايتها الملزمة للدول كافة تمثل الحد الأدنى الذي لا يجوز النزول عنه مطلقا للحفاظ على إنسانية الإنسان..."⁽¹⁾. من خلال هذا التعريف نستخلص أن حقوق الإنسان محل الحماية هي:

- حقوق مكفولة دوليا.
- حقوق تتمتع بحماية قانونية.
- حقوق تركز على الكرامة الإنسانية.
- تحمي الأفراد والجماعات.
- تلزم الدول والفاعلين الحكوميين.
- لا يمكن التنازل عنها او الحرمان منها.

1. مسؤولية الدولة تجاه حقوق الإنسان بوصفه إنسانا:

ان القول بأن حقوق الانسان التي هي له بوصفه انسانا تتصل به وجودا وعدمًا، يجعل مسؤولية الدولة تجاه هذه الحقوق مرتبطة بثلاث مستويات لا بد ان تتحقق معا لضمان تمتع الانسان بتلك الحقوق وهي:

- واجب احترام الحقوق محل الحماية وذلك بامتناع السلطات الحاكمة في الدولة عن كل ما يشكل انتهاكا لسلامة الفرد ومساسا بحريته.
- واجب حماية الحقوق محل الحماية باتخاذ الإجراءات اللازمة لدرء كل انتهاك لحقوق الفرد وحرية سواء كان من قبل الأفراد أو المجموعات.
- واجب تنفيذ حقوق الإنسان باتخاذ الإجراءات اللازمة لضمان تنفيذ وتوفير الجهود والالتزام بقواعد كافة المواثيق والإعلانات التي تهدف إشباع حاجات الإنسان.

ومن خلال ذلك يتراءى لنا أن مسؤولية الدولة تجاه حقوق الإنسان محل الحماية هي في حقيقة الأمر التزام بتحقيق نتيجة وليس مجرد التزام ببذل عناية، وهو التزام فوري وحاسم⁽²⁾. ومنه نقول انه يقع على الدولة في إطار توفير الحماية الفعلية لهذه الحقوق واجب الامتناع عن انتهاكها أو المبادرة إلى الكف عن انتهاكها في حال وقوعها، ويترتب على ذلك إسراع الدول التي تعجز تشريعاتها الداخلية عن إحقاق حقوق الإنسان بإصدار التشريعات اللازمة لذلك، ومنع إصدار أي تشريع ينال من هذه الحقوق كليا أو جزئيا، وإلغاء أي نص يمس من قريب أو من بعيد بأي حق من هذه الحقوق. ويقع هذا كله في إطار الالتزام بتحقيق غاية واضحة وهي احترام إنسانية الإنسان. وعليه فإن تخاذل الدولة عن تحقيق تلك الغاية هو انتهاك مستمر لإنسانية

¹ - خيرى احمد الكباش، الحماية الجنائية لحقوق الإنسان، دراسة مقارنة في ضوء أحكام الشريعة والمبادئ الدستورية والمواثيق الدولية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2002، ص 46.

² - نفس المرجع، ص 74.

الإنسان خاصة مع تزايد الوعي الدولي بمكانة الإنسان وهذا بالانتشار الواسع لمبادئ القانون الدولي لحقوق الإنسان التي تلزم باحترام أدميته وتجسيدها على ارض الواقع.

2. مدى تأثير حماية هذه الحقوق بالظروف الداخلية للدول:

ان موارد الدولة هي التي تتحكم في مدى إمكانية حماية هذه الحقوق بصفة عامة، فمثلا الدولة التي لا تملك مصادر مياه الري لا تسأل عن توفير هذه المياه للزراعة⁽¹⁾. ونجد ان تأثير حقوق الإنسان بالظروف الاقتصادية والاجتماعية والثقافية والداخلية لكل دولة يختلف ويتفاوت بحسب طبيعة الحق ذاته، فنرى هذا التأثير يقل في حقوق كأمثال الحق تشكيل نقابات والحق في الإضراب المنصوص عليه في المادة 8 من العهد الدولي للحقوق الاقتصادية والاجتماعية⁽²⁾. بينما نجد بصورة مباشرة في بعض الحقوق، كحق الإنسان في العمل الذي نصت عليه المادتين 6 و7 من العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية.

وعليه فإن معيار مساءلة الدولة على حماية تلك الحقوق مرتبط بمقدار تأثير الحقوق بالظروف الداخلية للدول. فيمكن قياس مقدار إمكانية الدولة في توفير وسائل ومقومات هذه الحقوق، فإذا ما توافرت لدى الدولة الظروف والمقومات والموارد اللازمة لتحقيق تلك الحقوق وقع عليها الالتزام بتحقيق نتيجة، اما إذا كانت مواردها وظروفها تعيق اكتمال تحقيق تلك الحقوق فان التزام الدولة يكون من قبيل الالتزام ببذل عناية وتسأل بذلك في هذه الحدود، ولا يمكن اتهامها بانتهاكها لحقوق الإنسان.

3. طبيعة قواعد القانون الدولي لحقوق الإنسان:

إن مجموع الاتفاقيات والإعلانات والعهود المتعلقة بحقوق الإنسان التي وقعت عليها العديد من الدول تشكل ما يسمى " بالقانون الدولي لحقوق الانسان " وهو فرع من فروع القانون الدولي العام تهدف قواعد العرفية والمكتوبة الى حماية جميع البشر مهما كانوا في زمن السلم والحرب⁽³⁾. وتعتبر حقوق الانسان الواردة في هذا الفرع من القانون قواعد امرة، على أساس ان قضية نفاذ حقوق الانسان داخل الدولة وبواسطة هيئاتها العامة ومؤسساتها أصبحت تخلق مشكلا لدى العديد من الباحثين والمطالبين بضرورة حماية الفرد في مواجهة السلطات العامة في دولته. ولأجل ذلك فقد تجلت الطبيعة الامرة لقواعد حماية حقوق الإنسان الاساسية بصفة خاصة ابان التحضير لاتفاقية قانون المعاهدات لعام 1969⁽⁴⁾، حيث نصت المادتين 53 و64 من هذه الاتفاقية على القواعد الامرة في القانون الدولي كحق الشعوب في تقرير مصيرها والمبادئ المتعلقة بحقوق الانسان.

¹ - خيرى احمد الكباش، نفس المرجع، ص 85.

² - العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، اعتمد وعرض للتوقيع والتصديق والانضمام بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 2200 ألف (د-21) المؤرخ في 16 كانون الأول/ديسمبر 1966، تاريخ بدء النفاذ: 3 كانون الثاني/يناير 1976، وفقا للمادة 27. نسخة العهد متواجدة على الرابط: <http://hrlibrary.umn.edu/arab/b002.html>

³ - عمر سعد الله، مدخل في القانون الدولي الانساني، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 2003، ص 8.

⁴ - اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات، اعتمدت من قبل مؤتمر الأمم المتحدة بشأن قانون المعاهدات الذي عقد بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 2166 المؤرخ في 5 كانون الأول/ديسمبر 1966، ورقم 2287 المؤرخ في 6 كانون الأول/ديسمبر 1967، وقد عقد المؤتمر في دورتين في فيينا خلال الفترة من 26 آذار/مارس إلى 24 أيار/مايو 1968 وخلال الفترة من 9 نيسان/ابريل إلى 22 أيار/مايو 1969، واعتمدت الاتفاقية في ختام أعماله في 22 أيار/مايو 1969، وعرضت للتوقيع في 23 أيار/مايو 1969. ودخلت حيز النفاذ في 27 كانون الثاني/يناير 1980. نسخة الاتفاقية متواجدة على الرابط: <http://hrlibrary.umn.edu/arabic/viennaLawTreatyCONV.html>

إن نتيجة الطبيعة الأمرة لقواعد حقوق الانسان تتمثل في سموها عن غيرها من قواعد القانون الدولي، ولا يقتصر هذا السمو على قواعد القانون الدولي فقط بل يوجد نفس الشيء في القانون الداخلي، بحيث ان معظم قواعد حقوق الانسان التي تبناها الدول تكون لها مكانة هامة في دستورها وقوانينها وتحظى بأولويتها في التطبيق على المستوى الداخلي⁽¹⁾.

وتتميز حقوق الانسان ايضا بمبدأ العالمية والمقصود به وجوب تطبيقها في جميع المجتمعات أيا كان موقعها ومهما كانت طبيعتها الاجتماعية والثقافية والاقتصادية. وقد سبقت مرحلة العالمية مرحلة الخصوصية، وهي تلك التي تم فيها اصدار اعلانات حقوق الانسان الوطنية⁽²⁾، ثم بعد انشاء هيئة الامم المتحدة سنة 1945 ساد الاقتناع الدولي بوجود حقوق يجب ان يتمتع بها الانسان لكونه انسان بصرف النظر عن جنسيته ولونه ودينه، عرقه، ولغته، وهذا تجسيدا للعالمية التي افصحتها عنها مواثيق القانون الدولي لحقوق الانسان⁽³⁾. وقد أكد المؤتمر الدولي لحقوق الانسان المنعقد في طهران عام 1968 في وثيقته الختامية على فكرة العالمية، فنصت الوثيقة صراحة على أن " الاعلان العالمي لحقوق الانسان يمثل تفاهما تشترك فيه شعوب العالم على ما لجميع اعضاء الاسرة من حقوق غير قابلة للتصرف او الانتهاك ويشكل التزاما على عاتق اعضاء المجتمع الدولي ... " ⁽⁴⁾.

وفي الحقيقة يمكن القول بأن عالمية قواعد حقوق الانسان التي تجعل منها ملزمة لجميع الدول بغض النظر عن تبنيها او مصادقتها على المواثيق الدولية المتعلقة بحقوق الانسان هي امتداد وتكملة للطبيعة الأمرة لقواعد حقوق الانسان التي تعطيها أعلى مكانة في الهرمية القانونية وأولوية في التطبيق.

4. قواعد تطبيق القانون الدولي الاتفاقي في إقليم الدولة:

ان القواعد الدولية الاتفاقية هي تلك القواعد الناتجة عن المعاهدات والاتفاقيات الدولية. والتي تعد المصدر الاول من مصادر القانون الدولي العام، والتساؤل الذي يطرح نفسه هنا هو: هل أن هذه القواعد تصبح سارية وناظفة في إقليم الدولة بعد إصدارها واستكمال الإجراءات المقررة قانونا لذلك، أم أن الأمر يحتاج إلى اتخاذ إجراءات قانونية خاصة لتحقيق هذا النفاذ أو السريان؟ أي هل تتحقق حالة الاندماج الذاتي لهذه القواعد بالقانون الداخلي بشكل تلقائي بعد التصديق عليها أم أن الأمر يحتاج الى اجراءات داخلية خاصة لتحقيق ذلك؟

في غالبية الدول لا يتم النص على الاندماج الذاتي للمعاهدات الدولية بالقانون الداخلي بعد التصديق عليها مباشرة، وذلك على اساس ان التصديق عمل يقتصر أثره على الدول، وان المعاهدات المصدق عليها لا يعترف بها القانون الداخلي الا بعد استقباله لها بمقتضى عمل داخلي خاص يصدر من جانب الدولة ويكون ذلك بشكل منفصل عن التصديق⁽⁵⁾. وهذا العمل الذي يعد ضروريا لإدماج الاتفاقيات الدولية في النظام الداخلي واكسابها القوة القانونية للقانون الوطني، قد يكون في صورة مرسوم

¹ - محمد بوسلطان، مبادئ القانون الدولي العام، الجزء الثاني، دار الغرب للنشر والتوزيع، الجزائر، 2005، ص 279.

² - كإعلان حقوق الانسان والمواطن الفرنسي لعام 1789، ووثيقة الحقوق الأمريكية لعام 1791.

³ - محمد نور فرحات، مبادئ حقوق الانسان بين العالمية والخصوصية، المجلة العربية لحقوق الانسان، اصدارات المعهد العربي لحقوق الانسان، العدد الاول، تونس، 1994، ص 22.

⁴ - المؤتمر الدولي لحقوق الانسان، المنعقد في مدينة طهران في 13 ماي 1968 والذي اثبتت عنه ما يسمى ب " اعلان طهران ". نسخة الإعلان

متواجدة عبر الرابط: <http://hrlibrary.umn.edu/arab/b006.html>

⁵ - عبد العزيز محمد سرحان، قواعد القانون الدولي العام في احكام المحاكم وما جرى عليه العمل في مصر، المجلة المصرية للقانون الدولي، المجلد (28)، الجمعية المصرية للقانون الدولي، مصر، 1972، ص 14.

أو قانون ينص على ان المعاهدة أصبحت نافذة وتكتسب قوة القانون، وقد يكون في صورة إجراء عاجل بسيط يتمثل في التصديق على المعاهدة ونشرها في الجريدة الرسمية للدولة⁽¹⁾.

إن القاعدة الدولية الاتفاقية في اغلب الدول لا تصبح جزءا من القانون الداخلي إلا بمقتضى عمل مستقل عن التصديق. ويبرر الدكتور عبد العزيز مُجد سرحان هذا الاختلاف بربطه بمبدأ الفصل بين السلطات وذلك على أساس ان سلطة إبرام المعاهدات تكون من اختصاص السلطة التنفيذية في حين ان سلطة التشريع تكون من اختصاص البرلمان (السلطة التشريعية) ولذلك يكون من الصعب التسليم للسلطة التنفيذية باغتصاب سلطة التشريع متخفية وراء سلطتها في إبرام المعاهدات، في حين ان الاندماج الذاتي للقواعد الدولية العرفية لا يثير مثل هذه المشكلة⁽²⁾.

ويرد على هذا التبرير وان كان يصلح لأغلب الدول لكنه لا يصلح بشكل مطلق، حيث ان هناك دولا معينة لا تكون فيها أصلاً سلطة إبرام المعاهدات من اختصاص السلطة التنفيذية بشكل منفرد، بل انها تشترك مع السلطة التشريعية في اتمام هذه المهمة كما هو الحال في كل من فرنسا وسويسرا، اذ توجد نصوص قانونية داخلية في كل دولة لتحديد كيفية وشروط تطبيق المعاهدة الدولية على اقليمها او ما يعرف بنظام الاستقبال للقواعد الدولية الى القانون الداخلي. حيث يضمن هذا النظام مجموعة قواعد لضم القاعدة الدولية المكتوبة الى النظام القانوني الداخلي ويكون ذلك وفقا لإجراءات معينة تختلف من دولة الى اخرى وفقا لنظمها القانونية والسياسية.

ففي بريطانيا تصبح المعاهدة نافذة بمجرد التصديق عليها من قبل الملك، وإذا كانت هذه المعاهدة تخالف قانونا داخليا فقد جرت العادة على ان يحصل تعديل للتشريع بحيث يصبح متفقا ونصوص المعاهدة الجديدة، وذلك قبل ان يصدق عليها الملك. اما في فرنسا فتتنص المادة 26 من دستور سنة 1946⁽³⁾ على ان المعاهدة الدولية المصدق عليها بصفة قانونية والمنشورة تكون لها قوة القانون في حالة ما إذا كانت مخالفة لقانون فرنسي، وعلى ذلك فان كل قانون يكون مخالفا للمعاهدة الجديدة يجب ان يعدل أو يلغى من تلقاء نفسه، وبما يتلاءم مع نصوص المعاهدة الجديدة. وكذلك هو الحال في المادة 55 من الدستور الفرنسي الحالي⁽⁴⁾.

اما في الولايات المتحدة الأمريكية فينص الدستور على أن المعاهدة المصدق عليها تكون لها قوة القانون وتعديل القوانين السابقة عليها والمخالفة لها حيث جاء فيه " ان المعاهدات التي أبرمتها أو سوف تبرمها الولايات المتحدة تعد القانون الأعلى للدولة، وسيكون القضاة ملزمين بها، على الرغم من وجود ما يخالفها في دستور أو قوانين أية ولاية"⁽⁵⁾.

¹ - علي مكرد مُجد العواضي، المجتمع الدولي وتنظيماته، الطبعة الثالثة، دار الحكمة اليمانية، صنعاء، اليمن، 1994، ص 47.

² - عبد العزيز مُجد سرحان، مرجع سابق، ص 14.

³ - الدستور الفرنسي لعام 1946 الصادر في 5 ماي 1946، متواجد على الرابط: <https://www.conseil-constitutionnel.fr/les-constitutions-dans-l-histoire/constitution-de-1946-ive-republique>

⁴ - الدستور الفرنسي الحالي الصادر في 4 أكتوبر 1958، المتواجد على الرابط :

<http://www.assemblee-nationale.fr/connaissance/constitution.asp>

⁵ - دستور الولايات المتحدة الأمريكية لعام 1789 المعدل، والمتواجد على الرابط:

<http://hrlibrary.umn.edu/arabic/us-con.html>

وبعد حصول عملية الإدماج وفقا للقواعد الداخلية المخصصة لذلك، تتساءل عن تنظيم العلاقة بين القانون الداخلي والقاعدة الدولية الاتفاقية المدججة فيه؟ وللإجابة على ذلك فقد اختلفت النظم القانونية الداخلية في تنظيم هذه العلاقة وذلك باختلاف الوضع الدستوري في كل دولة، ونجد الحلول الممكنة لهذه العلاقة تكمن في النماذج الآتية:

أ- إعطاء القاعدة الاتفاقية قوة القانون العادي:

ويكون ذلك بالاعتراف لهذه القاعدة بقوة القانون العادي وإعطائها ذات الصفات وترتيب ذات الآثار بالنسبة إلى العلاقة بين قانونين عاديين، بحيث تستطيع القاعدة الدولية أن تعدل أو تلغي القواعد العادية المخالفة والسابقة لها، كما يجوز لقواعد قانونية داخلية عادية أن تحقق ذات الأثر سابق الذكر عند صدورها بوقت لاحق على القاعدة الدولية. ولكن يترتب على ذلك مسؤولية دولية، ومن الأمثلة على ذلك دساتير كل من بلجيكا وسويسرا⁽¹⁾.

ب- وضع المعاهدات الدولية في مكانة اعلى من القوانين العادية:

أي جعل القاعدة الدولية الاتفاقية أسمى من القوانين العادية بحيث تعدل او تلغي القوانين الداخلية السابقة على وجودها، كما أنها تحصن بحماية تضمن وجوب عدم مخالفتها بإصدار قوانين لا تتفق ومضمون القاعدة الدولية، ولكن الدول التي اخذت بهذا النموذج نجدها قد اختلفت في إعطاء آلية لضمان هذا السمو، حيث نجد ان هناك دولاً معينة أعطت هذا السمو للقاعدة الدولية الاتفاقية لكنها لم تعطها ضمانات الرقابة القضائية لضمان عدم المخالفة، ومثال ذلك فرنسا في ظل دستورها الحالي والسابق⁽²⁾، في حين تذهب نظم دول أخرى إلى إعطاء المعاهدة قوة أعلى من القوانين العادية مع احاطة ذلك بألية لضمان تحقيق ذلك عن طريق الرقابة القضائية ومثال ذلك الدستور الألماني الحالي.

ج- وضع المعاهدة في مكانة أسمى من الدستور:

أي اعطاء المعاهدة الدولية مكانة تعلو على القواعد الدستورية بحيث يترتب على ذلك ضرورة تعديل احكام الدستور بما يتناسب مع أحكام المعاهدة وضرورة عدم إضافة أي نص الى الدستور او تعديله بما لا يتلاءم مع المعاهدة النافذة بحق الدولة، والمثال الواضح على هذا النموذج يتجسد في الدستور الهولندي النافذ.

5. القانون الدولي لحقوق الانسان والسيادة:

إن تطبيق القانون الدولي لحقوق الانسان يحتاج الى النظام القانوني الداخلي للدولة، أي ان حماية الحقوق الإنسانية لأفراد معينين يحتاج الى إدخال القواعد الدولية لحقوقهم الى النظم القانونية الداخلية لدولهم، ولكن وجود مثل هذه الحقيقة لا يعني ان تطبيقها يكون امرا سهلا، إذ أن قواعد القانون الدولي لحقوق الانسان تبقى دولية تحمل ذات الصفة العامة لبقية المبادئ الدولية. وان ما يقف حائلا دون تطبيق القواعد الدولية لحكم العلاقات الوطنية يكون له مبدئيا ذات التأثير في القواعد الدولية لحقوق الانسان. ولكن ما هو الاعتبار الذي يحول دون تطبيق القواعد الدولية بشكل مباشر داخل الدولة؟ وما مدى تأثيره في تطبيق القواعد الدولية لحقوق الانسان؟

ان هذا الاعتبار يتجسد في مفهوم ما يعرف بسيادة الدولة، ذلك المبدأ ذي الأهمية في القانون الدولي العام والذي تناوله العديد من الكتاب، وتقوم فكرة السيادة وفيما يتعلق بموضوع هذه الدراسة على أساس ان لكل دولة الحق في ممارسة اختصاصها

¹ - عبد العزيز محمد سرحان، نفس المرجع، ص 15.

² - جاء في المادة (28) من الدستور الفرنسي لعام 1946 (ان المعاهدات الدبلوماسية المصدق عليها قانونا والمنشورة، لها قوة اعلى من قوة القوانين الداخلية، ولا يمكن الغاء نصوصها او تعديلها او وقفها، الا بعد نقض تلك المعاهدات بطريقة شرعية)

دون ان يزاها في ذلك أي طرف أجنبي، وتمثل هذه الاختصاصات باختصاصات داخلية وأخرى خارجية، وما يعيننا هنا هو الاختصاصات الداخلية، حيث انها تتمثل في الحق في تنظيم العلاقات القائمة داخل الدولة ويكون ذلك من خلال حقها في تشريع القوانين وهو ما يعرف بالسيادة التشريعية، والحق في تنفيذ القوانين وهو ما يعرف بالسيادة التنفيذية، والحق في ممارسة سلطة القضاء داخل الدولة وهو ما يعرف بالسيادة القضائية⁽¹⁾.

وبعد أن علمنا مفهوم السيادة الداخلية للدولة بقي ان نعلم ان هذا المفهوم يعني ان الدولة في ممارستها لهذه السيادة يجب ان لا تترحم من قبل أي طرف أجنبي، أي يجب ان لا تسري داخل الدولة أية قواعد أجنبية عن النظام القانوني للدولة، ولا يمكن ان يحدث ذلك بدون خرق السيادة الا وفقاً لنظام خاص هو ذلك النظام النابع من وجود قاعدة خاصة لإدخال القواعد الدولية الى القانون الداخلي.

وقد مرت العلاقة بين حقوق الإنسان والسيادة بعدة مراحل تطور بحسب الضرورات العملية في المجتمع الدولي، ودرجة تقدم مسيرة حقوق الإنسان بشكل عام وفي المجتمع الدولي بشكل خاص، وقد بدأت المرحلة الاولى لهذه العلاقة بمفهوم ذي طبيعة هجومية من طرف السيادة وكان ذلك إبان مطالبة الشعوب بالسيادة باعتبارها ممارسة جماعية لمفهوم حقوق الإنسان، وذلك للتخلص من السيطرة الاستعمارية. اما المرحلة الثانية للعلاقة فقد كانت مرحلة دفاعية من قبل السيادة وذلك في سبيل حماية الدول المتمتعة بها من التعرض للتدخل الأجنبي في شؤونها. اما المرحلة الاكثر تطوراً لهذه العلاقة فقد كانت مرحلة هجومية على السيادة من قبل حقوق الانسان، وكان ذلك من خلال تقييد السيادة لمصلحة حقوق الانسان، وكان التطبيق العملي لذلك من خلال العمل على إخراج مسائل حقوق الانسان مما يعرف بالاختصاص الداخلي للدول وجعله من الامور الدولية، وتحقق ذلك فعلاً وبشكل رسمي وعلى صعيد دولي من خلال ادراج حقوق الانسان في ميثاق الامم المتحدة⁽²⁾.

وبتناول الموضوع بتعمق أكبر نجد ان فكرة السيادة وجدت اصلاً لغرض غير بعيد عن الانسان وحقوقه، حيث انها وجدت لحماية الدولة، ذلك التنظيم الذي اوجده المجتمع الانساني لتحقيق اهداف انسانية، وان هذه الفكرة بتطبيقها تؤدي الى حماية الافراد داخل دولهم من أي اعتداء خارجي من الممكن ان يؤدي الى انتهاك حقوقهم، او على كيان الدولة الذي وجد بالأصل لحماية حقوقهم وتنظيم تمتعهم بها وتحقيق رفاهيتهم، وامام هذه الحقيقة فان المنطق يأخذنا الى نتيجة منطقية تفيد بأن ما يوجد في سبيل حماية الافراد من الاعتداء الخارجي ويضمن رفاهيتهم لا يمكن ان يكون حائلاً دون تحقيق هذه الرفاهية في الداخل، او بتعبير ادق لا يمكن ان يكون جداراً ترتكب وراءه انتهاكات للحقوق الانسانية ويمنع حصول تدخل أجنبي لحمايتها، اذ ان الذي يكون وسيلة للتحرير من الاعتداء والقمع الخارجي لا يمكن الا ان يكون وسيلة للتحرر من ذلك داخلياً.

وبناءً على ما تقدم نجد ان السيادة بمفهومها التقليدي تطورت بتطور مسيرة حقوق الانسان وزيادة نضج المجتمع الدولي واخذت تتقبل تقييدها لمصلحة حماية حقوق الانسان، وعلى هذا الاساس كان لابد وان يقابل ذلك عملياً بإيجاد تعامل خاص للسيادة مع القواعد الدولية لحقوق الانسان، حيث انها لا يمكن ان تكون دون تطبيق قواعد معينة من المعروف ان اغلبها لا يمكن ان يحقق اهدافه الا بالدخول ضمن النظام القانوني الداخلي.

¹ - للمزيد حول فكرة السيادة في القانون الدولي انظر:

Chaumont charles, Recherche du Contenu Irréductible du Concept de Souveraineté International, Pedone, Paris, 1960, p.116

² - Michele Sicart-Bozec, Les Juges du Tiers Monde a la cour internationale de Justice, Economica, Paris, 1986. P44,45

6. ضرورة تطبيق قواعد القانون الدولي لحقوق الانسان:

ان القواعد الدولية الاتفاقية لحقوق الإنسان تصبح واجبة التطبيق بعد استكمال الشروط العامة لذلك بموجب أحكام القانون الدولي، ووفقا للقواعد الدولية الخاصة بهذا الشأن والتي قد تختلف من معاهدة إلى أخرى⁽¹⁾. وبعد ان تصبح الاتفاقية واجبة التنفيذ، على الدول الأطراف تنفيذ ما عليها من الالتزامات بموجب أحكام الاتفاقية، وعليها ان تهني أوضاعها القانونية والمادية لتطبيق أحكامها. اذ انه وبموجب القواعد العامة في القانون الدولي والخاصة بتنفيذ المعاهدات والواردة بشكل محدد في اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات لعام 1969 فإنه " لا يجوز لطرف في معاهدة أن يحتج بنصوص قانونه الداخلي كمبرر لإخفاقه في تنفيذ المعاهدة "⁽²⁾. وهنا لابد من الإشارة إلى ان هذه الاتفاقية لم تأت بهذا الحكم بشكل مطلق بل انها أوردت عليه استثناء في المادة 46 والتي تضمنت جواز عدم تنفيذ المعاهدة إذا كانت قد أبرمت مخالفة لقانونها الداخلي. أي انه يجب على الدول الأطراف تنفيذ المعاهدة ولا يجوز الامتناع عن ذلك بحجة عدم التلاؤم مع التشريعات الداخلية او عدم وجود تشريعات مناسبة لعملية التطبيق.

اما فيما يتعلق بالقواعد الخاصة بحقوق الإنسان والمتعلقة بالتنفيذ على الصعيد الوطني فإن اغلب الاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان تتطلب اتخاذ إجراءات قانونية ومادية داخلية من نوع خاص في سبيل تنفيذ أحكامها وبهذا الخصوص نجد ان ميثاق الأمم المتحدة تتضمن المواد الواردة فيه والمتعلقة بحقوق الإنسان التزامات قانونية على جميع الدول الأعضاء، وهي في ذات الوقت تمثل جزءا من القانون الدولي لحقوق الإنسان لتعلقها بموضوعه. ولما كانت جميع الالتزامات الواردة في الميثاق واجبة التطبيق على جميع الدول الأعضاء في سبيل تحقيق أهداف المنظمة، فان هذا يعني ان تلك المواد المتعلقة بحقوق الإنسان تعد ملزمة وواجبة التطبيق. حيث جاءت المادة 56 من الميثاق بنص صريح يفيد بأن على جميع الدول الأعضاء اتخاذ أعمال جماعية او فردية تستهدف تحقيق أهداف المنظمة، حيث ان هذه المادة تفرض التزاما صريحا على جميع الدول من اجل التصرف على نحو معين من اجل تحقيق الأعمال لحقوق الإنسان ورعايتها، وأن تنفيذ هذا الالتزام لا يعني الامتناع عن انتهاك حقوق الإنسان فحسب، بل ان الأمر يعني ضرورة القيام بأفعال إيجابية مادية وقانونية لتنفيذ الالتزام وان الأعمال القانونية هنا لا يمكن الا ان تعني اتخاذ التدابير التشريعية المناسبة لإعمال حقوق الإنسان⁽³⁾.

وفي نفس الاتجاه تنص الفقرة الأولى من المادة 2 من العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية لعام 1966. على انه " تتعهد كل دولة طرف في هذا العهد بان تتخذ، بمفردها او عن طريق المساعدة والتعاون الدوليين، ولا سيما على الصعيدين الاقتصادي والتقني وبأقصى ما تسمح به مواردها المتاحة، ما يلزم من خطوات لضمان التمتع الفعلي التدريجي بالحقوق المعترف بها في هذا العهد. سالكة إلى ذلك جميع السبل المناسبة، وخصوصاً سبيل اعتماد تدابير تشريعية"، وكذلك نص

¹ - فيما يتعلق بالقواعد الدولية الخاصة بنفاذ المعاهدات بشكل عام انظر:

Ian Brownlie, Principles of Public International Law, Oxford University Press, 1978, p.490

² - المادة (27) من اتفاقية فيينا.

³ - للمزيد حول الالتزامات الدولية التي يفرضها الميثاق بخصوص إعمال حقوق الإنسان انظر:

R.Chakravarti, Human Rights and The United Nations, Calcutta: Progressive Publishers, 1958.

الفقرة الثانية من المادة 2 من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية لسنة 1966⁽¹⁾ والتي جاء فيها " تتعهد كل دولة طرف في هذا العهد، إذا كانت تدابيرها التشريعية او غير التشريعية القائمة لا تكفي فعلا إعمال الحقوق المعترف بها في هذا العهد، ما يكون ضروريا لهذا الإعمال من تدابير تشريعية او غير تشريعية ".

وفي هذا الاتجاه ايضا تذهب الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان والموقعة عام 1950⁽²⁾، إلى ضرورة ان تتخذ الدول الأطراف فيها الإجراءات التشريعية الداخلية اللازمة لنقل محتوى الاتفاقية إلى حيز التطبيق، وكذلك الحال بالنسبة لاتفاقيات إقليمية أخرى خاصة بالدول الأوروبية مثل الميثاق الاجتماعي الأوروبي المبرم في إيطاليا عام 1961 والاتفاقية الأوروبية لمنع التعذيب والمعاملة القاسية او العقوبة اللانسانية او المهينة والمبرمة في (سترازبورج) عام 1987. اما فيما يتعلق بالقارة الأمريكية والتي خطت دولها خطوات إيجابية ايضا في مجال حقوق الإنسان وذلك بإقرار الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان في عام 1969 والتي دخلت حيز التنفيذ عام 1978، والتي تضمنت النص على 82 مادة يتصدرها تعهد من قبل الدول الأطراف باحترام الحقوق والحريات المنصوص عليها. وأن تتخذ كافة الإجراءات اللازمة لتطبيقها عن طريق سن التشريعات وغيرها من التدابير الكفيلة بالتنفيذ فيما يتعلق بالمواد الخاصة بالحقوق المدنية والسياسية الواردة تفصيلها في المواد من 3 إلى 25.

اما بخصوص التنظيم الدولي الإقليمي في القارة الأفريقية فقد صدر عام 1981 الميثاق الأفريقي لحقوق الإنسان والشعوب والذي دخل حيز التنفيذ عام 1986⁽³⁾، والذي تضمن في المادة الأولى منه نصاً صريحاً بإلزام الدول الأطراف في الميثاق باتخاذ كافة الإجراءات التشريعية وغيرها من أجل كفالة احترام وتطبيق هذا الميثاق.

اما فيما يتعلق بالاتفاقيات الدولية الخاصة بمواضيع حقوق الإنسان، فان اغلبها يتجه إلى إيراد نص يلزم الدول الأطراف باتخاذ تدابير تشريعية داخلية في سبيل تنفيذ أحكام هذه الاتفاقيات وعلى سبيل المثال الاتفاقية الدولية لعام 1965 والخاصة بمنع كافة أشكال التمييز العنصري⁽⁴⁾، والتي جاء في الفقرة الثانية من المادة الأولى منها نص يلزم الدول الأطراف باتخاذ كل الوسائل والإجراءات التي من شأنها إنهاء التمييز العنصري داخل أراضيها وان تضمن منح كل الحقوق السياسية والاقتصادية والاجتماعية دون تمييز. وكذلك نص المادة 2 من الاتفاقية الدولية الخاصة بإنهاء كل أشكال التمييز ضد المرأة والتي تم إقرارها عن طريق الأمم

¹ - العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، اعتمد وعرض للتوقيع والتصديق والانضمام بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 2200 ألف (د-21) المؤرخ في 16 كانون/ ديسمبر 1966، تاريخ بدء النفاذ: 23 آذار / مارس 1976، وفقا لأحكام المادة 49. متواجد على الرابط: <http://hrlibrary.umn.edu/arab/b003.html>

² - اتفاقية حماية حقوق الإنسان في نطاق مجلس أوروبا، المبرمة في مدينة روما في 4 نوفمبر 1950 والمتواجدة على الرابط: <http://hrlibrary.umn.edu/arab/euhrcom.html>

³ - الميثاق الأفريقي لحقوق الإنسان والشعوب، تمت إجارته من قبل مجلس الرؤساء الأفارقة بدورته العادية رقم 18 في نيروبي (كينيا) يونيو 1981، وهو متواجد على الرابط: <http://hrlibrary.umn.edu/arab/a005.html>

⁴ - الاتفاقية الدولية للقضاء على جميع أشكال التمييز العنصري، اعتمدت وعرضت للتوقيع والتصديق والانضمام بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 2106 ألف (د-20) المؤرخ في 21 كانون الأول/ديسمبر 1965، تاريخ بدء النفاذ: 4 كانون الثاني/يناير 1969، وفقا للمادة 19. والمتواجدة على الرابط: <http://hrlibrary.umn.edu/arab/b010.html>

المتحدة عام 1979 والتي جاءت بحكم مماثل للحكم على الذي جاءت به الاتفاقيات السابقة في سبيل الوصول إلى الأهداف المرجوة من وجودها⁽¹⁾.

وقد علمنا مما تقدم أن مسألة تنفيذ الاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان تحكم بقواعد دولية عامة، وكذلك فإن هناك قواعد خاصة بتطبيق هذه الاتفاقيات بالذات، وهي التي ينص عليها في الكثير من هذه الاتفاقيات. ولكن السؤال الذي يثار هنا هو عن الضمان لتنفيذ ما تقضي به هذه الاتفاقيات؟

7. ضمانات تنفيذ اتفاقيات القانون الدولي لحقوق الإنسان:

من المعلوم أن اتفاقيات حقوق الإنسان تعد جزءاً من التشريع الدولي بشكل عام، وبالتالي فإن الأحكام العامة التي تنطبق على أية اتفاقية دولية تطبق على اتفاقيات حقوق الإنسان أيضاً، وبالتالي فإن الضمانات الدولية العامة المهيأة لتنفيذ أحكام القانون الأصل هي ذاتها المكلفة بضمان تطبيق القانون الدولي لحقوق الإنسان. واستناداً إلى المبدأ العام في القانون الدولي فإن عدم تنفيذ الالتزام الدولي أياً كان مصدره يترتب تحمل الطرف غير المنفذ للمسؤولية الدولية المقررة على فعله المخالف، حيث ان ضرورة تنفيذ هذه الالتزامات وبالأخص تلك الناجمة عن اتفاقيات دولية يعد من المبادئ المهمة في القانون الدولي العام. وبهذا الاتجاه ذهب ديباجة اتفاقية فيينا لعام 1969 سابقة الذكر، حيث جاء فيها ما يفيد بان حرية الانضمام إلى المعاهدات ومبدأ حسن النية وضرورة تنفيذ الاتفاقيات تعد مبادئ معترفاً بها عالمياً، وان شعوب الأمم المتحدة تؤمن باحترام الالتزامات الناشئة عن المعاهدات، وبأن تطوير الاتفاقيات من شأنه خدمة أهداف الأمم المتحدة واحترام حقوق الإنسان. وفضلاً عما جاء في الديباجة فقد جاء في المادة 27 سابقة الذكر أن الأطراف لا يمكنهم التذرع بالقانون الداخلي لتبرير عدم تنفيذ معاهدة صدقوا عليها.

أما فيما يتعلق بضمانة الرقابة الدولية الخاصة بتطبيق اتفاقيات حقوق الإنسان فقد أخذت اغلب هذه الاتفاقيات بهذا النوع من الرقابة في سبيل متابعة تنفيذ احكامها وخاصة فيما يتعلق باتخاذ التدابير التشريعية المناسبة لهذا الغرض، فقد جاء في المواد 16 و17 من العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية ما يفيد بأن الدول الاطراف تتعهد بأن تقدم تقارير عن التدابير التي قد اتخذتها وعن التقدم المحرز على طريق احترام حقوق الإنسان المعترف بها في العهد، وتوجه هذه التقارير الى الامين العام للأمم المتحدة والذي يحيل نسخاً منها بدوره الى المجلس الاقتصادي والاجتماعي للنظر فيها طبقاً لأحكام العهد⁽²⁾.

وفيما يتعلق بالحماية الإقليمية لحقوق الإنسان فنجد ان الاتفاقيات المؤسسة لهذه الحماية قد تم إقرارها بآليات معينة للرقابة بهدف ضمان التطبيق، ففيما يتعلق بالاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان فقد جاء في المادة (19) منها ما يفيد بإيجاد آلية للرقابة على تطبيق الاتفاقية، ويكون ذلك من خلال جهازين خاصين يتمثلان باللجنة الأوروبية لحقوق الإنسان والمحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان⁽³⁾. وكذلك هو الحال بالنسبة إلى تطبيق الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان حيث يقترن تطبيق هذه الاتفاقية بآلية مراقبة

¹ - اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، اعتمدت وعرضت للتوقيع والتصديق والانضمام بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 180/34 المؤرخ في 18 كانون الأول/ديسمبر 1979، تاريخ بدء النفاذ: 3 أيلول/سبتمبر 1981، وفقاً لأحكام المادة 27 (1)، متواجدة عبر

الرابط: <http://hrlibrary.umn.edu/arab/b022.html>

² - انظر الفقرة (2/أ) من المادة (16) من العهد.

³ - للمزيد انظر:

Andrew Z. Drzemczewski: European Human Rights Convention in Domestic Law a comparative Study , Clarendon Press,UK , 1985.

وأشرف على التطبيق تتولى كل من اللجنة الأمريكية لحقوق الانسان والمحكمة الأمريكية لحقوق الانسان مهام تنفيذها⁽¹⁾. اما بخصوص الميثاق الافريقي لحقوق الانسان والشعوب فقد تم اقرانه بألية للرقابة والتأكد من حسن التطبيق واتخاذ الدول الاطراف للتدابير اللازمة التشريعية للتنفيذ وتتولى اللجنة الافريقية هذه المهمة بموجب المواد 45 و46 و59 و60 و63 من الميثاق⁽²⁾.

وإذا كانت الاتفاقيات العامة لحقوق الانسان سواء في اطارها العالمي او الاقليمي قد تم اقرارها بأليات للرقابة والاشرف على التنفيذ فان الاتفاقيات الخاصة بحقوق معينة من حقوق الانسان لم تخلُ من مثل هذه الرقابة فعلى سبيل المثال فيما يتعلق باتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز العنصري لعام 1965 فقد أنشأت هذه الاتفاقية بموجب المادة 8 منها لجنة مختصة بمهمة الرقابة وهي لجنة القضاء على التمييز العنصري وتكون مهمتها الأساسية مراقبة التدابير المتخذة من قبل الدول الأطراف لإعمال أحكام الاتفاقية. وكذلك الحال فيما يتعلق بلجنة القضاء على التمييز ضد المرأة حيث تم إنشاء هذه اللجنة بموجب المادة 17 من اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة والمعتمدة من قبل الأمم المتحدة بموجب قرار الجمعية العامة رقم (180/34) لعام 1979.

وينطبق الوصف السابق نفسه بالنسبة إلى لجنة مناهضة التعذيب والتي أنشأت بموجب المادة 17 من اتفاقية التعذيب وغيره من ضروب المعاملة أو المعاملة القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة والمقررة من قبل الأمم المتحدة بموجب قرار الجمعية العامة رقم (46/39) لعام 1984.

وبناءً على ما تقدم فانه وفي سبيل متابعة تطبيق قواعد القانون الدولي لحقوق الانسان ومعرفة نصيب هذه القواعد من النجاح في التطبيق الفعلي وتحقيق الغرض من وجودها لا بد من التعرف على كيفية تطبيقها في النظام القانوني الداخلي للدول.

وتتلخص أساليب تنفيذ المعاهدات الدولية عموماً في أسلوبين: الأول يقوم على أساس تنفيذ المعاهدة بشكل مباشر وبدون الحاجة الى اتخاذ إجراء داخلي معين، اما الثاني فيكون باشتراط استباق تنفيذ المعاهدة الداخلية باتخاذ إجراء معين مهدف للتطبيق.

أولاً- تنفيذ المعاهدة بشكل مباشر:

يقوم هذا النمط على أساس تطبيق ما تقضي به القاعدة الدولية بشكل مباشر على الصعيد الدولي ودون الحاجة الى اتخاذ إجراء تشريعي داخلي من شأنه ان يتضمن إعادة خلق محتوى القاعدة الدولية او إعطاءها إمكانية النفاذ الداخلي، ويقوم مفهوم هذا النمط على أساسين الأول نظري والثاني عملي، حيث يقوم الأساس الأول على إحدى النظريات الأساسية للعلاقة بين القانون الدولي والقانون الداخلي والتي تختلف الدول في مدى الأخذ بها والتأثر بها، وهي نظرية وحدة القانون، والتي تقضي بأن كلاً من القانونين الدولي والداخلي يشكلان في الحقيقة نظاماً قانونياً واحداً، وتأسيساً على ذلك فان خلق أية قاعدة دولية ليس في الحقيقة الا إيجاد لها ضمن النظام الموحد، وبالتالي فان تطبيقها سوف لن يكون الا ضمن نطاق السريان لهذا النظام الموحد، والذي يشمل بدوره المحيط الدولي والمحيط الداخلي. وبذلك وإذا كانت الاعتبارات العملية تقضي أحياناً بأن تطبيق قاعدة دولية في المحيط الداخلي والذي يعد جزءاً من المحيط العام للنظام فان هذا التطبيق يعد أمراً طبيعياً ونتيجة منطقية ولا يحتاج إلى إجراء داخلي في سبيل تحقيق ذلك، حيث تعد القاعدة الدولية بحسب هذه النظرية تحكم القاعدة الداخلية.

¹ - للمزيد انظر:

Dinah Shelton, implementation Procedure of the American Convention on Human Rights, German Year Book of international law, vol26, Duncker and Humblot, Berlin, 1983, p.238.

² - منى محمود مصطفى، القانون الدولي لحقوق الانسان، دار النهضة العربية، ط1، القاهرة، 1986. ص 150 وما بعدها.

اما الاعتبار العملي فيقوم على نتيجة منطقية مرتبطة بنظرية وحدة القانون وتتعلق بصلاحيات سلطات الدولة والآثار القانونية المترتبة على تصرفاتها حيث انه إذا كان الأمر يتعلق بإبرام معاهدة وفقا للأسس المنظمة لذلك في القانون الداخلي وبدون أي تجاوز، فإن هذا يعني قابلية هذه المعاهدة على النفاذ داخليا دون الحاجة الى اتخاذ إجراءات داخلية جديدة وإضافية على تلك المتخذة وقت ابرام المعاهدة. حيث ان قابلية الإجراءات الاولى على إحداث الآثار القانونية يترتب عليها ذات النتيجة فيما يتعلق بالتطبيق على الصعيد الداخلي⁽¹⁾.

أي ان الاخذ بهذا النمط يقوم على أساس ان كلاً من القانونين الدولي والداخلي يشكلان قانونا واحدا وان النتيجة العملية المترتبة على ذلك تتمثل بعدم الحاجة الى وجود أي اجراء قانوني داخلي في سبيل تطبيق النصوص الدولية الاتفاقية، حيث تكون قابلة للتطبيق دون الحاجة الى ذلك، حيث أن المعاهدات الدولية المبرمة بشكل صحيح وفقا للقواعد الدولية والداخلية المنظمة لذلك تكون واجبة التطبيق ويسري هذا الوجوب وبحسب موضوع المعاهدة على سلطات الدولة المختصة بإدارة الشؤون الخارجية للدولة او تلك المختصة بإدارة الشؤون الداخلية.

ولما كانت هذه القواعد قد ترتب حقوقا والتزامات ينبغي الاطلاع عليها من قبل الكافة في الدولة لضمان حسن التعامل معها والاستفادة منها، فان تحقيق ذلك يحتاج الى نشر هذه القواعد، ولكن النص على إجراء النشر هذا في بعض القوانين الداخلية لا يعني بالضرورة انه شرط يعلق عليه نفاذ المعاهدة الدولية داخل الدولة، بل أن الامر قد يقتصر على انه إجراء ضروري في سبيل العلم بمحتوى المعاهدة. ومن ثم فهو على هذا الأساس من الممكن ان يعتبر اجراء كاشفا للمعاهدة وليس منشئا لها على الصعيد الداخلي، حيث ينصرف القصد منه الى توفير العلم بالقاعدة للمخاطبين بها وليس أكثر من ذلك⁽²⁾. ومن الدول التي تأخذ بهذا النمط على أساس أخذها بنظرية وحدة القانون، ألمانيا وسويسرا وبلجيكا وهولندا والأردن وتونس والجزائر والسودان.

ثانياً - تنفيذ المعاهدة بإصدار قانون:

يقوم هذا النمط لتنفيذ المعاهدات الدولية على افتراض عدم امكانية تنفيذ القاعدة الدولية بشكل مباشر او تلقائي داخل الدولة، بل أن الامر يحتاج الى اتخاذ اجراء داخلي خاص لتحقيق ذلك، وان هذا الاجراء قد يتمثل بإصدار قانون معين او مرسوم خاص لهذا الغرض، ومن ثم فان هذا القانون او المرسوم هو الذي يعيد تكوين القاعدة الدولية ويجعلها الى قاعدة داخلية واجبة التطبيق على المخاطبين بها أصلاً.

وتؤسس فكرة هذا النمط على أساس الأخذ بنظرية ازدواجية القانون فيما يتعلق بالعلاقة بين القانون الدولي والقانون الداخلي، وهي تلك النظرية التي يتلخص مفهومها بأن العلاقة بين القانونين تقوم على أساس انه هناك قانونين مختلفين أحدهما عن الآخر لعدة عوامل، وان هذا يعني عدم إمكانية تطبيق القاعدة الدولية في الوسط الداخلي للدولة بدون اتخاذ اجراء داخلي خاص لهذا الغرض.

حيث ان هناك اختلافاً في طبيعة كل من القانونين اذ تذهب هذه النظرية الى ان قواعد القانون الدولي لا تعدو ان تكون من حيث طبيعتها أكثر من وعود تنشأ عن اتفاق بين دول متساوية في السيادة. في حين ان القواعد الداخلية بطبيعتها تعد اوامر واجبة التطبيق وتعبر عن الارادة العليا الملزمة لجميع الاشخاص في الدولة⁽³⁾. وعلى هذا الاساس فان المعاهدات المصدق

¹ - علي صادق ابو هيف، القانون الدولي العام، الجزء الاول، الطبعة الثانية عشر، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1995، ص 571؛ وكذلك انظر:

مُجد سامي عبد الحميد، اصول القانون الدولي العام، المجلد الاول، دار الجامعة الجديدة، مصر، 1972، ص 336.

² - مُجد حافظ غانم، مبادئ القانون الدولي العام، الطبعة الثانية، مطبعة نضمة مصر، القاهرة، 1959، ص 59 وما بعدها.

³ - مُجد طلعت الغنيمي، الاحكام العامة في قانون الامم، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1971، ص 187.

عليها وفقاً لما تقضي به القوانين الداخلية والسارية بموجب احكام القانون الدولي لا تعد سارية تلقائياً داخل الدول الاطراف فيها الا بعد اتخاذ اجراءات معينة لذلك بالنسبة الى الدول التي تأخذ بنظرية ازدواجية القانون. وان تحقيق ذلك بالنسبة الى الدول لا يمكن ان يتم الا بعد استقباله بمقتضى اجراء داخلي من قبل الدولة وبموجب قانونها الداخلي، حيث ان هذا العمل في حقيقته يعد عملاً منفصلاً عن اجراء التصديق على المعاهدة، ويعد هذا الاجراء الداخلي امراً ضرورياً ووجوبياً بالنسبة إلى الدولة التي تأخذ بنظرية الازدواجية لكي يلتزم القضاء الداخلي بتنفيذ ما جاء بالمعاهدة من احكام، وانه اذا لم يتبع بمثل هذا الاجراء تبقى المعاهدة سارية في دائرة القانون الدولي ولا تتعدى اثارها هذه الدائرة⁽¹⁾.

ومن الدول التي أخذت بهذا النمط على سبيل المثال: ايرلندا في دستورها الحالي وذلك في المادة 29 منه والتي جاء فيها " لا يشكل أي اتفاق دولي جزءاً من القانون الداخلي للدولة باستثناء ما يمكن ان يقره البرلمان"⁽²⁾. وقد جاء في الدستور الكويتي الصادر عام 1962 في المادة 70 منه حكم مشابه للحكم السابق⁽³⁾.

خاتمة

لما كان الانسان هو الغاية الاساسية للقانون الدولي، ولما كان الانسان يعيش ويحكم بالقوانين الداخلية للدول بشكل مباشر، وان هذه القوانين يمكن ان تطبق سلبي او ايجاباً على هذا الانسان من حيث علاقتها بحقوقه الانسانية، فان الاستفادة الانسان من القواعد الدولية الحامية لحقوقه تبقى محكومة بمدى تأثير هذه القواعد على القوانين الداخلية لكل دولة والتي تحكم الأفراد الخاضعين لها.

ونجد ان تطبيق قواعد القانون الدولي لحقوق الانسان مؤسس اصلاً على خصوصية مميزة عن بقية القواعد الدولية، وذلك لصلتها بحقوق رعايا الدولة وتدخله في ممارستها لاختصاصاتها وبشكل خاص الداخلية منها، وان الاتجاه نحو هذه الخصوصية يفترض ان يمثل مجموع الارادات الدولية عند تأسيس هذا القانون، وبالتالي فان هذا يعني انها يجب ان تتميز في تطبيقها عن بقية القواعد الدولية، وعلى هذا الاساس فان هذه الخصوصية تقتضي ان لا تعيق الدول عملية تطبيق القانون الدولي لحقوق الانسان، بل يجب ان لا تتعامل مع هذه القواعد كما تتعامل مع غيرها من القواعد الدولية الاخرى، حيث يجب ان تتعامل مع ذلك بخصوصية، وان تعبر عن ارادتها من خلال اكثر القوانين الداخلية تعبيراً عن ارادة الدولة وتوجهاتها وذو الصلة الموضوعية اصلاً بهذه العلاقة الا وهو دستور الدولة.

قائمة المراجع:

1. الكتب العربية

- مُجَدِّ حافظ غانم، مبادئ القانون الدولي العام، الطبعة الثانية، مطبعة نهضة مصر، القاهرة، 1959.
- مُجَدِّ طلعت الغنيمي، الاحكام العامة في قانون الامم، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1971.
- مُجَدِّ سامي عبد الحميد، اصول القانون الدولي العام، المجلد الاول، دار الجامعة الجديدة، مصر، 1972.
- حامد سلطان، القانون الدولي العام، ط6، دار النهضة العربية، القاهرة، 1976.

¹ - حامد سلطان، القانون الدولي العام، ط6، دار النهضة العربية، القاهرة، 1976، ص178.

² - الدستور الإيرلندي الصادر بتاريخ 29 ديسمبر 1937 والمتواجد على الرابط:

http://www.citizensinformation.ie/en/government_in_ireland/irish_constitution_1/

³ - دستور الكويت الموقع بتاريخ 11 نوفمبر 1962، والمتواجد عبر الرابط:

https://www.constituteproject.org/constitution/Kuwait_1992.pdf?lang=ar

- منى محمود مصطفى، القانون الدولي لحقوق الانسان، دار النهضة العربية، ط1، القاهرة، 1989.
- علي مكرّد مُجّد العواضي، المجتمع الدولي وتنظيماته، الطبعة الثالثة، دار الحكمة اليمانية، صنعاء، اليمن، 1994.
- علي صادق ابو هيف، القانون الدولي العام، الجزء الاول، الطبعة الثانية عشر، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1995.
- خيرى احمد الكباش، الحماية الجنائية لحقوق الانسان "دراسة مقارنة في ضوء احكام الشريعة والمبادئ الدستورية والمواثيق الدولية"، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2002.
- عمر سعد الله، مدخل في القانون الدولي لحقوق الانسان، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 2003
- مُجّد بوسلطان، مبادئ القانون الدولي العام، الجزء الثاني، دار الغرب للنشر والتوزيع، الجزائر، 2005

2. المقالات

- مُجّد نور فرحات، مبادئ حقوق الانسان بين العالمية والخصوصية، المجلة العربية لحقوق الانسان، اصدارات المعهد العربي لحقوق الانسان، العدد الاول، تونس، 1994.
- عبد العزيز مُجّد سرحان، قواعد القانون الدولي العام في احكام المحاكم وما جرى عليه العمل في مصر، المجلة المصرية للقانون الدولي، المجلد (28)، الجمعية المصرية للقانون الدولي، مصر، 1972.

3. الاتفاقيات الدولية

- ¹ - اتفاقية حماية حقوق الإنسان في نطاق مجلس أوروبا، المبرمة في مدينة روما في 4 نوفمبر 1950 والمتواجدة على الرابط: <http://hrlibrary.umn.edu/arab/euhrcom.html>
- ¹ - الاتفاقية الدولية للقضاء على جميع أشكال التمييز العنصري، اعتمدت وعرضت للتوقيع والتصديق والانضمام بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 2106 ألف (د-20) المؤرخ في 21 كانون الأول/ديسمبر 1965، تاريخ بدء النفاذ: 4 كانون الثاني/يناير 1969، وفقا للمادة 19. والمتواجدة على الرابط: <http://hrlibrary.umn.edu/arab/b010.html>
- العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، اعتمد وعرض للتوقيع والتصديق والانضمام بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 2200 ألف (د-21) المؤرخ في 16 كانون/ديسمبر 1966، تاريخ بدء النفاذ: 23 آذار / مارس 1976، وفقا لأحكام المادة 49. متواجد على الرابط: <http://hrlibrary.umn.edu/arab/b003.html>
- العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، اعتمد وعرض للتوقيع والتصديق والانضمام بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 2200 ألف (د-21) المؤرخ في 16 كانون الأول/ديسمبر 1966، تاريخ بدء النفاذ: 3 كانون الثاني/يناير 1976، وفقا للمادة 27. نسخة العهد متواجدة على الرابط: <http://hrlibrary.umn.edu/arab/b002.html>
- اتفاقية فينا لقانون المعاهدات، اعتمدت من قبل مؤتمر الأمم المتحدة بشأن قانون المعاهدات الذي عقد بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 2166 المؤرخ في 5 كانون الأول/ديسمبر 1966، ورقم 2287 المؤرخ في 6 كانون الأول/ديسمبر 1967، وقد عقد المؤتمر في دورتين في فيينا خلال الفترة من 26 آذار/مارس إلى 24 أيار/مايو 1968 وخلال الفترة من 9 نيسان/ابريل إلى 22 أيار/مايو 1969، واعتمدت الاتفاقية في ختام أعماله في 22 أيار/مايو 1969، وعرضت للتوقيع في 23 أيار/مايو 1969. ودخلت حيز النفاذ في 27 كانون الثاني/يناير 1980. نسخة الاتفاقية متواجدة على الرابط: <http://hrlibrary.umn.edu/arabic/viennaLawTreatyCONV.html>
- اعلان طهران، صدر في المؤتمر الدولي لحقوق الانسان، المنعقد في مدينة طهران في 13 ماي 1968 والذي انبثق عنه ما يسمى ب " اعلان طهران". نسخة الإعلان متواجدة عبر الرابط: <http://hrlibrary.umn.edu/arab/b006.html>
- ¹ - اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، اعتمدت وعرضت للتوقيع والتصديق والانضمام بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 180/34 المؤرخ في 18 كانون الأول/ديسمبر 1979، تاريخ بدء النفاذ: 3 أيلول/سبتمبر 1981، وفقا لأحكام المادة 27 (1)، متواجدة عبر الرابط: <http://hrlibrary.umn.edu/arab/b022.html>
- ¹ - الميثاق الأفريقي لحقوق الإنسان والشعوب، تمت إجارته من قبل مجلس الرؤساء الأفارقة بدورته العادية رقم 18 في نيروبي (كينيا) يونيو 1981، وهو متواجد على الرابط: <http://hrlibrary.umn.edu/arab/a005.html>

4. الدساتير

- دستور الولايات المتحدة الأمريكية لعام 1789 المعدل، والمتواجد على الرابط: <http://hrlibrary.umn.edu/arabic/us-con.html>
- الدستور الإيرلندي الصادر بتاريخ 29 ديسمبر 1937 والمتواجد على الرابط: [/http://www.citizensinformation.ie/en/government_in_ireland/irish_constitution_1](http://www.citizensinformation.ie/en/government_in_ireland/irish_constitution_1)
- الدستور الفرنسي لعام 1946 الصادر في 5 ماي 1946، متواجد على الرابط: <https://www.conseil-constitutionnel.fr/les-constitutions-dans-l-histoire/constitution-de-1946-ive-republique>
- الدستور الفرنسي الحالي الصادر في 4 أكتوبر 1958 ، المتواجد على الرابط: <http://www.assemblee-nationale.fr/connaissance/constitution.asp>
- دستور الكويت الموقع بتاريخ 11 نوفمبر 1962، والمتواجد عبر الرابط: https://www.constituteproject.org/constitution/Kuwait_1992.pdf?lang=ar

5. المراجع الأجنبية

- R.Chakravarti, Human Rights and The United Nations, Calcutta: Progressive Publishers,1958.
- Chaumont charles, Recherche du Contenu Irréductible du Concept de Souveraineté International, Pedone, Paris, 1960.
- Ian Brownlie, Principles of Public International Law, Oxford University Press,1978.
- Dinah Shelton, inplementation Procedure of the American Convention on Human Rights, German Year Book of international law, vol26, Duncker and Humblot, Berlin, 1983.
- Andrew Z. Drzemczewski: European Human Rights Convention in Domestic Law a comparative Study , Clarendon Press,UK , 1985.
- Michele Sicart-Bozec, Les Juges du Tiers Monde a la cour internationale de Justice, Economica, Paris,1986.

موقف مجلس الدولة من إلغاء العقود المحررة خلافا لأحكام المرسوم رقم 62-03 المتضمن منع التصرف في الأملاك الشاغرة

د. لعشاش محمد

أستاذ محاضر (أ)

كلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة البويرة

lachachemoh@gmail.com

ملخص:

اتخذ القضاء الإداري سابقا موقفا صارما من العقود التوثيقية المبرمة خلافا لأحكام المرسوم رقم 62-03 مؤرخ في 23 أكتوبر 1962 يتضمن منع التصرف في الأملاك الشاغرة، حيث كان يقضي ببطالان هذه العقود المبرمة خلافا لأحكام هذا المرسوم، وهو ما تؤكد عديد الأحكام القضائية الصادرة عنه، سواء عن الغرفة الإدارية سابقا، أو مجلس الدولة حاليا. إلا أن مجلس الدولة لم يستقر على موقفه هذا من العقود المخالفة لأحكام هذا المرسوم، وذلك بموجب اجتهاده قضائي صادر عنه رقم 63457 مؤرخ في 2012/7/30 اعتبر فيه عدم قابلية طلب إبطال مثل هذه العقود، لانقضاء دعوى البطلان بالتقادم طبقا للقواعد العامة بمضي وقت طويل عن إبرامها، وقد أصبحت هذه الأملاك حقا مكتسبا لأصحابها، فضلا على أنها مسجلة ومشهرة بمصالح وزارة المالية آنذاك.

الكلمات المفتاحية: القضاء الإداري، الأملاك الشاغرة، مجلس الدولة.

Abstract

The administrative justice has taken a posture against the contracts concluded in contrary of the articles of the law 62-03 of October 23th 1962 concerning the deposit of vacant property, it avoid this contracts concluded against this law, and that is confirmed by a numerous jurisprudence of the administrative tribunal or actually state council.

The state council dont agree on this position concerning this kind of contract by the judgement n°63457 of July 30th 2012 which consider the non-acceptance of the demande of avoïdeness, of this contracts by the abrogation of this last, and this property became a right for its owners, even if its published in different services in finance alministry.

Keywords : administrative justice, vacant property, state council.

مقدمة:

أصدر المشرع الجزائري بعد الاستقلال الوطني المرسوم رقم 62-03 مؤرخ في 23 أكتوبر 1962 يتضمن منع التصرف في الأملاك الشاغرة المنقولة وغير المنقولة⁽¹⁾، وذلك بهدف منع إجراء كل المعاملات العقارية بشتى أنواعها، وكل الصفقات المراد إبرامها على هذه الأموال الشاغرة مهما كان شكلها إلا وفق أحكام هذا المرسوم، لاسيما البيوع والإيجارات المتعلقة بالأملاك العقارية والإيجارات الزراعية، ما عدا تلك المتعلقة بتحديد إيجارات وقعت قبل 1962 أي قبل الاستقلال الوطني، وباستثناء أيضا

¹ - مرسوم رقم 62-03 مؤرخ في 23 أكتوبر 1962 يتضمن منع التصرف في الأملاك الشاغرة، ج ر عدد 14، الادر في 26 أكتوبر 1962.

تلك المعاملات العقارية التي تمت لصالح ولفائدة الجماعات العمومية، أو لجان التسيير المعتمدة آنذاك من طرف السلطات العمومية⁽¹⁾.

تكون هذه المعاملات العقارية التي تم إجراؤها على هذه الأملاك خرقا للأحكام القانونية المنصوص عليها بموجب هذا المرسوم باطلة وعديمة الأثر القانوني، سواء تمت داخل البلاد أو خارجها بين جزائريين أو بين جزائري وأجنبي، وذلك من تاريخ أول جويلية 1962 لغاية 24 جانفي 1964 تاريخ تحرير المعاملات العقارية⁽²⁾، ما لم يتم التصريح بالمعاملة العقارية المعنية على الأملاك الشاغرة التابعة للمعمرين في أجل خمسة عشر (15) يوما الموالية لصدور هذا المرسوم رقم 62-03 في الجريدة الرسمية⁽³⁾ أمام البلدية التابع لها الملك محل المعاملة العقارية المعنية لممارسة حق النظر فيها من حيث الثمن أو طلب إبطال العقد⁽⁴⁾.

على أن تدرج هذه الأملاك العقارية والمنقولة محل المعاملة الباطلة خلافا للقانون ضمن الأملاك الشاغرة التابعة للأملاك الوطنية للدولة⁽⁵⁾.

وهو المبدأ الذي تبنته الغرفة الإدارية للمحكمة العليا سابقا (مجلس الدولة حاليا) تطبيقا لأحكام هذا المرسوم رقم 62-03، حيث قضت بإلغاء كل عقد أو تصرف تم على هذه الأملاك العقارية والمنقولة خلافا للقانون، وقد استمر هذا الموقف للقضاء الإداري لفترة طويلة كان يعتبر فيها كل معاملة عقارية تمت خلافا لأحكام هذا المرسوم غير مشروعة، وبالنتيجة القضاء ببطلانها متى تم الطعن فيها من كل ذي مصلحة، على خلاف المحكمة العليا التي لا تزال تنظر في قضايا من هذا النوع تطبيقا للقانون.

إلا أن مجلس الدولة حاليا (الغرفة الإدارية سابقا) سرعان ما غير موقفه هذا ولم يستقر على مبدأ بطلان هذه العقود لمخالفتها القانون، متبينا موقفا جديدا وهو عدم قابلية إلغاء هذه العقود المبرمة على هذه الأملاك الشاغرة خلافا لأحكام المرسوم رقم 62-03، وذلك في اجتهاد له تضمنه قرار يحمل رقم 63457 مؤرخ في 2012/07/30⁽⁶⁾، وهو قرار يلزم كل الجهات القضائية الإدارية بعدم الاستجابة لأي من الدعاوى القضائية التي محلها طلب إلغاء مثل هذه العقود، على خلاف المحكمة العليا التي لا

¹ - انظر المادة الأولى من المرسوم رقم 62-03

² - مرسوم رقم 64-15 مؤرخ في 20 جانفي 1964 يتضمن تحرير المعاملات العقارية، ج ر عدد 07، الصادر في 1962 معدل ومتمم بموجب المرسوم رقم 83-344 مؤرخ في 21 مايو 1983، ج ر عدد 21، الصادر في 27 ماي 1964

* وتجدر الإشارة إلى أنه حتى بصدور هذا المرسوم رقم 64-15 الذي يجر المعاملات العقارية، فإن المعاملات العقارية المعنية تخضع لوجوب حصول المعني على ترخيص إداري طبقا لأحكام المادة الأولى منه، تسلمه السلطات العمومية (الوالي المختص إقليميا)، للترخيص له بإجراء المعاملة المعنية في أجل شهرين من تقديم الطلب، وهو ما نصت عليه المادة 2 من المرسوم رقم 83-344 المعدل للمرسوم رقم 64-15، وإلى تحقيق للتأكد من أن العقار محل المعاملة العقارية لا تخالف أحكام المرسوم رقم 62-03، ولم يصدر بشأنه قرار يثبت شغوره، فضلا على حق الدولة في ممارسة الشفعة إذا كان التصرف من أجنبي، وبقي الأمر كذلك لغاية صدور القانون رقم 90-25 مؤرخ في 18 نوفمبر 1990 يتضمن التوجيه العقاري، ج ر عدد 49، الصادر في 18 نوفمبر 1990 معدل ومتمم أين تم تحرير المعاملات العقارية لاسيما بالنسبة للأراضي العمرانية والقابلة للتعمير فلا تخضع لأي شرط سوى ما تخضع له العقود من شروط بوجه عام، وكذلك الأمر بالنسبة للأراضي الفلاحية شرط احترام بعض الشروط لإجراء المعاملة العقارية على مثل هذه الأراضي نظرا للوظيفة الاجتماعية والاقتصادية المنوطة بها، انظر في ذلك المواد 48 و 55 و 74 من القانون رقم 90-25 المذكور أعلاه.

³ - انظر المادة 02 من المرسوم رقم 62-03

⁴ - بمعنى إمكانية تسوية الوضعية في خلال المدة القانونية التي منحها المشرع للمعنيين بموجب المادة 2 من هذا المرسوم

⁵ - انظر المادة 5 من المرسوم رقم 62-03

⁶ - مجلس الدولة، قرار رقم 63457 مؤرخ في 2012/07/30، مجلة مجلس الدولة (الاجتهاد القضائي)، العدد 10، الجزائر 2012، ص-ص 80-82.

تزال تنظر في مثل هذه القضايا الناشئة بين أشخاص القانون الخاص تتعلق بعقود وصفقات أبرمت خلافا لأحكام المرسوم رقم 03-62 المذكور أعلاه.

وعليه يمكننا أن نطرح هذا التساؤل: إذا كان مجلس الدولة (الغرفة الإدارية سابقا) قد ظل لفترة طويلة يقضي ببطان كل العقود والتصرفات المبرمة خلافا لأحكام المرسوم رقم 03-62، فما هي الأسباب والمبررات التي جعلت مجلس الدولة يغيّر موقفه هذا على خلاف موقفه القديم؟.

للإجابة على هذا التساؤل، نتناول في البداية قابلية العقود المبرمة خلافا لأحكام المرسوم رقم 03-62 للإلغاء (مبحث الأول)، ثم نتناول مبررات وأسباب تبني مجلس الدولة موقف عدم قابلية هذه العقود للإلغاء (مبحث ثان).

المبحث الأول: قابلية العقود المبرمة خلافا لأحكام المرسوم رقم 03-62 للإلغاء

استقرت الغرفة الإدارية للمحكمة العليا سابقا (مجلس الدولة حاليا) على مبدأ تطبيق أحكام المرسوم رقم 03-62 الذي يتضمن منع التصرف في الأملاك الشاغرة العقارية والمنقولة، إلا إذا تمت وفق شروط وإجراءات نص عليها هذا المرسوم تحت طائلة اعتبار المعاملة العقارية المعنية باطلة بطلانا مطلقا، وكأنها لم تكن ولا ترتب أي أثر قانوني، وهو المبدأ الثابت الذي استقر عليه القضاء الإداري لفترة طويلة ظل يصرح فيها ببطان كل العقود المبرمة خلافا لأحكام هذا المرسوم، على أن تلتزم البلدية المعنية هي الأخرى موقع العقار بالقيام بإجراءات الإبطال في الآجال القانونية (المطلب الأول)، مع مراعاة في هذه الحالة أيضا مدى صدور قرار إداري عن الجهات الإدارية المختصة يثبت شغور الملك المعني من عدم ذلك (المطلب الثاني).

المطلب الأول: التصريح ببطان العقود المبرمة خلافا لأحكام المرسوم رقم 03-62

ألزم المرسوم رقم 03-62 المعنيين بالتصريح بالمعاملة العقارية التي تم إجراؤها على الأملاك الشاغرة مهما كانت صفتهم وجنسياتهم سواء تمت داخل البلاد أو خارجها، أمام البلدية المعنية موطن العقار محل هذه المعاملة، وذلك في أجل خمسة عشر (15) يوما من تاريخ نشر هذا المرسوم في الجريدة الرسمية تحت طائلة بطلانها (الفرع الأول)، كما ألزم البلدية المعنية بالقيام بإجراءات الإبطال في الآجال القانونية تحت طائلة اعتبار المعاملة المعنية صحيحة (الفرع الثاني).

الفرع الأول: القضاء ببطان المعاملة العقارية المخالفة لأحكام المرسوم رقم 03-62 بقوة القانون

دأبت الغرفة الإدارية للمحكمة العليا سابقا ببطان كل المعاملات العقارية المبرمة على الأملاك العقارية الشاغرة والتي كانت تابعة للمعمرين آنذاك هجرها بعد الاستقلال الوطني وتركوها شاغرة، وسواء تمت هذه المعاملات العقارية داخل البلاد أو خارجها بين جزائريين أو بينهم وبين أجنبي تطبيقا لأحكام المرسوم رقم 03-62 لاسيما المادتين 2 و3 منه، فهي تعد باطلة ولا أثر لها⁽¹⁾، فجاء في قرار لها رقم 81693 مؤرخ في 1991/10/23⁽²⁾:

¹ - إلا أنه ثبت في الواقع العملي إجراء شتى أنواع التصرفات العقارية خلافا لأحكام المرسوم رقم 03-62 رغم الحظر القانوني، ودليل ذلك هو مطالبة الكثيرين من الملاك اللذين اكتسبوا هذه الأملاك بعد الاستقلال بهذه الطريقة باسترجاع أملاكهم المؤممة بموجب أحكام الأمر رقم 71-73 المتضمن الثورة الزراعية، ج ر عدد 97، الصادر في 30 نوفمبر 1971 لاسيما عندما تم إلغاء هذا الأمر بموجب القانون رقم 90-25 المتضمن قانون التوجيه العقاري، ج ر عدد 49، الصادر في 18 نوفمبر 1990 معدل ومتمم، حيث كان من بين شروط ممارسة حق استرجاع الأراضي المؤممة لملاكها الأصليين طبقا لأحكام المادة 76 من هذا القانون ألا تكون قد تحصل عليها هؤلاء الملاك عن طريق معاملات عقارية مخالفة لأحكام المرسوم رقم 62-03 أي التي تم التعامل فيها من 1962/7/1 إلى غاية 1964/1/26 تاريخ تحرير المعاملات العقارية، ما عدا تلك التي تم التعامل فيها بين 1954 و1962 فهي قابلة للاسترجاع.

² - المحكمة العليا (غ إ) قرار رقم 81693 مؤرخ في 1991/10/23، المجلة القضائية عدد 3، الجزائر 1993، ص 17.

" من المقرر قانونا أن كل المعاملات العقارية الخاصة بأمالك الفرنسيين المعمرين والتي تمت بين أول جويلية 1962 وما بعدها تعد باطلة، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا للقانون. ولما كان من الثابت في قضية الحال أن قضاة الموضوع بقضائهم بصحة الوعد بالبيع من المعمرة فرنسية الجنسية لنصف عقار محل النزاع يكونوا قد خالفوا القانون. ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه".

الفرع الثاني: وجوب قيام البلدية المعنية بإجراءات الإبطال في الآجال القانونية

اشترط المرسوم رقم 03-62 على البلدية المعنية موقع العقار المعني وجوب قيامها بإجراءات إبطال المعاملة العقارية محل الملك الشاغر في الأجل القانوني من تاريخ إبرامها⁽¹⁾، تحت طائلة اعتبار المعاملة العقارية المعنية صحيحة ومشروعة، وهو ما قضت به الغرفة الإدارية للمحكمة العليا سابقا في عدة قرارات قضائية صادرة عنها تطبيقا للقانون، حيث جاء في حيثيات قراراتها أن المرسوم رقم 03-62 يعطي البلدية المعنية الذي يوجد العقار محل المعاملة بإقليمها حق القيام بإجراءات إبطال البيع المخالف للقانون في الآجال القانونية المحددة بموجب أحكام هذا المرسوم، إلا أن عدم قيامها بإجراءات الإبطال في الآجال القانونية يجعل هذه المعاملة صحيحة.

فجاء في أحد قراراتها رقم 121879 مؤرخ في 1994/03/31⁽²⁾:

" حيث أن هذا النص القانوني لا يعني الإدارة من اتخاذ قرار يكرس إبطال البيع وإمكانها أن تثبت أن عقد البيع باطل وأن القطعة الأرضية موضوع النزاع أصبحت ملكا للأمالك الوطنية. وأنه في قضية الحال لم يتم اتخاذ أي إجراء لهذا الصدد، وأن القطعة الأرضية المتنازع عليها لا تزال مسجلة باسم الملاك على مستوى أملاك إدارة الأملاك.

حيث أن عدم ممارسة البلدية لإجراءات إبطال البيع المخالف لمقتضيات المرسوم رقم 03-62 يجعل القطعة المتنازع عليها ملك للمشتري".

وجاء في قرار آخر صادر عن الغرفة الإدارية للمحكمة العليا رقم 2556 مؤرخ في 10 ديسمبر 2004⁽³⁾:

" حيث أن عدم طلب البلدية إلغاء المعاملة العقارية في الآجال القانونية المحددة طبقا لأحكام المرسوم رقم 03-62 لا يحول دون وصفها تصرفات مشروعة تبقى من حق مستحقيها".

المطلب الثاني: قيد التصريح بالشغور على قابلية الإلغاء

أخضع المشرع الجزائري الأملاك الشاغرة آنذاك لأحكام المرسوم رقم 03-62 مؤرخ في 24 أوت 1962 المتعلق بحماية وتسيير الأملاك الشاغرة⁽⁴⁾، بما فيها الأملاك الشاغرة الخاضعة لأحكام المرسوم رقم 03-62 محل الدراسة، إلا أنه بصدد المرسوم رقم 03-62 مؤرخ في 18 مارس 1963 المتضمن تنظيم الأملاك الشاغرة⁽⁵⁾، أصبحت هذه الأملاك في مجملها والتي كانت في الأصل للمعمرين الذين هجروها تخضع لأحكام هذا الأخير.

¹ - انظر المادة 3 من المرسوم رقم 03-62، المرجع السابق.

² - المحكمة العليا (غ) قرار رقم 121879 مؤرخ في 1994/03/31 نشرة القضاة عدد 50، الجزائر 1997، ص 142

³ - المحكمة العليا (غ) قرار رقم 2556 مؤرخ في 2004/12/10، المجلة القضائية عدد 02، الجزائر 2005، ص 18

⁴ - مرسوم رقم 03-62 مؤرخ في 24 أوت 1962 يتعلق بحماية وتسيير الأملاك الشاغرة، ج ر عدد 12، الصادر في 25 أوت 1962.

⁵ - مرسوم رقم 03-62 مؤرخ في 18 مارس 1963 يتضمن تنظيم الأملاك الشاغرة، ج ر عدد 15، الصادر في 19 مارس 1963.

ألا أنه بعد إلغاء هذا المرسوم رقم 63-88 المذكور أعلاه بموجب المرسوم رقم 80-278 مؤرخ في 29 نوفمبر 1980⁽¹⁾، تم إثارة عدة إشكالات تتعلق بكيفية التعامل مع هذه الأملاك المعنية لاسيما تلك المخالفة لأحكام المرسوم رقم 62-03، وكذلك الأملاك التي صدرت بشأنها قرارات شغور من طرف الوالي المختص إقليميا، مما يعني انتقال ملكيتها للدولة بقوة القانون وأصبحت تخضع لأحكام الأمر رقم 66-102 يتضمن انتقال الأملاك الشاغرة للدولة⁽²⁾، لذلك تم التمييز من طرف القضاء الإداري في هذه الحالة بين حالة وجود قرارات إدارية تثبت شغور الملك المعني صادرة عن الوالي المختص إقليميا (فرع أول)، وبين حالة عدم صدور قرارات شغور (فرع ثان).

الفرع الأول: حالة وجود قرارات شغور صادرة عن الوالي المختص إقليميا

في حالة وجود قرارات إدارية تثبت شغور الأملاك التي هجرها المعمرون الفرنسيون بعد الاستقلال الوطني لغاية صدور المرسوم رقم 64-15 يتضمن تحرير المعاملات العقارية⁽³⁾، تم اتخاذها فعلا من طرف الوالي المختص إقليميا في إطار تطبيق أحكام المرسوم رقم 63-88 الملغى بموجب المرسوم رقم 80-278 والتي كانت تخضع له أيضا الأملاك التي تم التعامل فيها خلافا لأحكام المرسوم رقم 62-03، فهي تبقى ملكا للدولة بقوة القانون، وتنتقل لأحكام الأمر رقم 66-102 المتضمن تنظيم الأملاك الشاغرة المذكور أعلاه، وهو ما أكده القضاء، ف جاء في قرار لمجلس الدولة رقم 20695 مؤرخ في 11 جانفي 2005: " حيث أن المرسوم رقم 62-03 مؤرخ في 23 أكتوبر 1962 يمنع هذه المعاملات المتعلقة بالعقارات الشاغرة وتصريحها باطلة وعديمة الأثر...".

إلا أنه إذا ثبت التصرف في هذه الأملاك محل قرارات شغور خلافا لأحكام المرسوم رقم 62-03 الذي يمنع التصرف في الأملاك الشاغرة، فإنه يصبح من حق الدولة ممثلة في مدير أملاك الدولة رفع دعوى قضائية أمام الجهة القضائية الإدارية المختصة تطبيقا للقانون⁽⁴⁾، للمطالبة بإلغاء هذه المعاملات العقارية المبرمة خلافا للقانون، مما يعني عدم امتداد أحكام المرسوم رقم 80-278 الذي ألغى المرسوم رقم 63-88 إلى فترة ما قبل نشره في الجريدة الرسمية بأثر رجعي، وهذا تطبيقا لأحكام المادة 2 من هذا المرسوم رقم 80-278 جاء نصها:

" لا يسري مفعول الإلغاء على القرارات الناجمة عن أحكام المرسوم رقم 63-88 بالنسبة للفترة التي سبقت نشر هذا المرسوم في الجريدة الرسمية".

الفرع الثاني: حالة عدم صدور قرارات شغور من طرف الوالي المختص إقليميا

وأما في حالة عدم صدور قرارات إدارية تثبت شغور هذه الأملاك التي كانت تخضع لأحكام المرسوم رقم 63-88 الملغى بموجب المرسوم رقم 80-278 صادرة عن الوالي المختص إقليميا، فإن هذه الأملاك معفاة من أي إجراء تصريح بالشغور بموجب قرار نتيجة إلغاء المرسوم رقم 63-88، وعليه فهي تسجل في الحفظ العقاري كأملك خاصة وبالتالي تبقى لمستحقيها دون منازع، رغم أنها تمت بمعاملات مخالفة لأحكام المرسوم رقم 62-03 نظرا من جهة لإلغاء أحكام المرسوم رقم 63-88 سالف الذكر،

¹ - مرسوم رقم 80-278 مؤرخ في 29 نوفمبر 1980 يتضمن إلغاء المرسوم رقم 63-88 المتضمن تنظيم الأملاك الشاغرة، ج ر عدد 49، الصادر في 02 ديسمبر 1980

² - أمر رقم 66-102 مؤرخ في 06 ماي 1966 يتضمن انتقال الأملاك الشاغرة للدولة، ج ر عدد 36، الصادر في 13 جويلية 1966.

³ - مرسوم رقم 64-15، المرجع السابق

⁴ - انظر المادة 801 من القانون رقم 08-09 مؤرخ في 25 فبراير 2008 يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج ر عدد 21، الصادر في 23 أبريل 2008.

ومن جهة أخرى عدم التصريح بشغور هذه الأملاك بقرارات إدارية صادرة عن الوالي المختص إقليمياً⁽¹⁾، وهو ما أكده القضاء الإداري في عدة مناسبات تطبيقاً للقانون⁽²⁾.

فجاء في قرار للمجلس الأعلى رقم 42024 مؤرخ في 15 مارس 1986⁽³⁾:

" متى تضمن المرسوم المؤرخ في 29 نوفمبر 1980 إلغاء المرسوم المتعلق بتنظيم الأملاك الشاغرة رقم 83-88 مؤرخ في 18 مارس 1963، فإن القرار الإداري المؤرخ في 07 مارس 1881 الصادر بعد نشر هذا المرسوم في الجريدة الرسمية والمتضمن منح السكن المتنازع فيه الذي غادر صاحبه إلى شخص آخر يعد مشوباً بعيب انعدام الأساس القانوني يستوجب إبطاله".

وجاء في قرار آخر للمجلس الأعلى رقم 44038 مؤرخ في 11 جويلية 1987:

" ... حيث أن هذا الشاغل مجرد مستأجر عن مالك أجنبي غادر التراب الوطني، حيث تعتبر الدولة في هذه الحالة الوارث القانوني للملكية الشاغرة".

ومعنى هذا أن هذا المستأجر لو كان مالكا حقيقيا للملك المعني بموجب عقد بيع أو تنازل أو غيره من شتى أنواع التصرفات القانونية عن المالك الأجنبي الذي غادر التراب الوطني بعد الاستقلال، وهو ما تفيدته عبارة " مجرد مستأجر"، لما آل هذا الملك للدولة في وجود المالك الحقيقي، ولما ورثت الدولة هذا الملك الشاغر، إلا أنه في غياب وجود المالك الحقيقي في هذه الحالة أو ورثته الشرعيين، فإن الدولة هي الوارث الشرعي والقانوني لمن لا وارث له، وحتى لو تم إبرام هذا العقد خلافاً لأحكام المرسوم رقم 03-62، شرط أن لا يكون قد صدر بشأن العقار محل البيع قرار إداري يثبت الشغور عن الوالي المختص إقليمياً، مما يعني انتقاله للدولة في هذه الحالة بقوة القانون⁽⁴⁾.

فضلا عن ذلك فإنه لا يمكن للسلطات العمومية التصرف في الأملاك الشاغرة لاسيما المأهولة منها، والتي لم يغادر أصحابها التراب الوطني ودون صدور قرار بشأنها يثبت شغورها تحت طائلة اعتبار ذلك بمثابة تصرف في ملك الغير، وهو ما ذهب إليه مجلس الدولة في قراره رقم 205492 مؤرخ في 24 أبريل 2000⁽⁵⁾ جاء فيه:

" حيث يستخلص من وثائق الملف أن المستأنفة مستأجرة للفيلا المتنازع عليها التي منحت لزوجها من طرف وزارة الدفاع الوطني سنة 1966، ثم وبعد تنازل الدولة منحت لبلدية عين طاية التي أبقّت المعنية بالأمر في الأماكن باعتبارها صاحبة امتياز.

¹ - مذكرة رقم 011206 مؤرخة في 26 أكتوبر 2009 تتضمن مسح الأراضي العام ومدى تطبيق أحكام المرسوم رقم 03-62 صادرة عن إدارة

أمالك الدولة، حيث أثير مشكل إمكانية مسح الأملاك العقارية باسم ملاكها اللذين اكتسبوا بعقود مخالفة لأحكام المرسوم رقم 03-62

² - انظر مثلاً مجلس الدولة قرار رقم 138970 مؤرخ في 1996/03/31 نشرة القضاة عدد 50، الجزائر 1997، ص 151

³ - المجلس الأعلى قرار رقم 42024 مؤرخ في 1986/03/15، المجلة القضائية عدد 4، الجزائر 1990، ص 165.

⁴ - أثبت الواقع تقاعس الولاية آنذاك في إصدار قرارات الشغور لاسيما بالنسبة للفترة ما بين صدور المرسوم رقم 03-62 وبين صدور المرسوم رقم

15-64 يتضمن حرية المعاملات العقارية، مما يعني عدم قدرة السلطات العمومية على مواجهة ملاك هذه الأملاك المكتسبة خلافاً لأحكام المرسوم رقم

03-62 من أجل إبطال هذه المعاملات العقارية لعدم صدور قرارات شغور بشأنها.

⁵ - مجلس الدولة قرار رقم 205492 مؤرخ في 2000/04/24، مجلة القضاء العقاري، عدد 03، ص 37.

لكن حيث لم يتم معاينة الفيلا في أي وقت من الأوقات بقرار من الوالي على أنها ملك شاغر كما ينص عليه المرسوم رقم 03-62 والمرسوم رقم 63-88، فالملاك الفرنسيين لم يغادروا التراب الوطني وبذلك مارسوا حقهم في شغل الأمكنة وكانوا أصحاب حق قانونيين".

وعليه يتضح من خلال هذه الأحكام وما ذهب إليه القضاء الإداري، أنه إذا تأكد من خلال التحقيق⁽¹⁾ أن مالك العقار الحقيقي قد غادر التراب الوطني بصفة نهائية قبل صدور المرسوم رقم 80-278 مؤرخ في 29 نوفمبر 1980 المذكور أعلاه، فإن حقوقه تحول للدولة بموجب أحكام الأمر رقم 66-102⁽²⁾، باعتبار أن هذا الأمر يمثل أحد الوسائل القانونية لنقل الملكية لفائدة الدولة حينما تكون هذه الأملاك الشاغرة تابعة للمعمرين⁽³⁾.

وذلك عن طريق مباشرة الإجراءات القانونية من طرف مصالح أملاك الدولة لنقل الأملاك الشاغرة للدولة، بعد معاينة شغورها أولا وتحويل ملكيتها للدولة، على أن يتم تصنيفها كأملك تابعة للدولة على مستوى الحفظ العقاري باعتبارها المالك الحقيقي وحتى تعكس الوضعية القانونية الحالية لهذه العقارات⁽⁴⁾، لاسيما إذا كانت مشهورة باسم أشخاص طبيعيين أو معنويين ذوي جنسية أجنبية غادرت التراب الوطني بعد الاستقلال، لأن حقوق هؤلاء الأشخاص في الملكية قد سقطت على هذه الأملاك وانتقلت للدولة بقوة القانون، ولا يمكن بأي حال من الأحوال المطالبة بها، وحتى بالنسبة للملاك الأصليين الجزائريين الذين اكتسبوا هذه الأملاك خلافا لأحكام المرسوم رقم 62-03 حين تم تكريس مبدأ استرجاع الأراضي بموجب القانون رقم 90-25 مؤرخ في 18 نوفمبر 1990 يتضمن التوجيه العقاري المعدل والمتمم حيث أثير هذا الشرط⁽⁵⁾.

المبحث الثاني: عدم قابلية إلغاء العقود المبرمة خلافا للمرسوم رقم 62-03 للإلغاء

لم يستقر مجلس الدولة على موقفه القديم من العقود المحررة خلافا لأحكام المرسوم 62-03 والذي كان يقضي ببطلانها تطبيقا للقانون، حيث غير موقفه هذا متبينا موقفا جديدا مفاده عدم قابلية الاستجابة للدعوى التي مضمونها طلب إبطال هذه العقود رغم مخالفتها لأحكام المرسوم رقم 62-03، وذلك في اجتهاده رقم 63457 مؤرخ في 30 جويلية 2012⁽⁶⁾، وقد كان جوهر النزاع يتعلق بمطالبة المدعي⁽⁷⁾ بإلغاء العقد التوثيقي المشهر على أساس أنه مخالف لأحكام المرسوم رقم 62-03 المؤرخ في 23 أكتوبر 1962 المتعلق بمنع التصرف في الأملاك الشاغرة العقارية والمنقولة، كالبيع والإيجار الزراعي والإيجار بالمزارعة للأملاك المنقولة والعقارية.

¹ - يقوم بالتحقيق خبراء مختصون في التحقيقات العقارية تابعين لإدارة أملاك الدولة المختصة إقليميا

² - أمر رقم 66-102، المرجع السابق.

³ - مذكرة رقم 2650 مؤرخة في 26 ماي 1999 تتعلق بضبط الوثائق العقارية، صادرة عن إدارة أملاك الدولة.

⁴ - إلا أن الواقع أثبت بقاء هذه الوثائق العقارية على مستوى المحافظات مشهورة باسم أشخاص طبيعيين ومعنويين ذوي جنسية أجنبية رغم سقوط حقوقهم عليها وانتقلت للدولة بقوة القانون، انظر المادة 42 من القانون رقم 10-03 مؤرخ في 29 أوت 2010 يتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2010، ج ر عدد 49، الصادر في 30 أوت 2010.

⁵ - انظر المادة 76 من القانون رقم 90-25 مؤرخ في 18 نوفمبر 1990 يتضمن التوجيه العقاري، ج ر عدد 49، الصادر في 18 نوفمبر 1990 معدل ومتمم، ولزيد من المعلومات في هذا الصدد راجع، نورة سعداني، أدوات تدخل الدولة والجماعات المحلية لحماية الأراضي الفلاحية والعمرانية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون عقاري وزراعي، كلية الحقوق، جامعة سعد دحلب بالبلدية جوان 2005، ص 20 وما بعدها.

⁶ - قرار مجلس الدولة رقم 63457، المرجع السابق

⁷ - وهو وزير المالية الذي طعن بالاستئناف في قرار الغرفة الإدارية للجزائر، الذي قضى بعدم قبول دعواه الرامية إلى إبطال العقد التوثيقي المؤرخ في 10/06/1964، والمسجل في 15/06/1964، والمشهد في 23/06/1964 والمتضمن بيع عقار من مواطن فرنسي إلى السيد (ص، ع).

وقد أسس مجلس الدولة موقفه هذا على أسباب ومبررات منطقية وقانونية تحول دون إمكانية الخوض لاحقا في الطعن بالإلغاء في مثل هذه العقود رغم مخالفتها لأحكام هذا المرسوم رقم 62-03 (المطلب الأول)، وهو موقف قضائي ملزم للجهات القضائية الإدارية (المطلب الثاني).

المطلب الأول: مبررات عدم قابلية إلغاء العقود المبرمة خلافا للمرسوم رقم 62-03

علل مجلس الدولة قراره هذا يتضمن عدم قابلية إلغاء العقود والتصرفات المبرمة خلافا لأحكام المرسوم رقم 62-03 بعدة مسائل جوهرية تتمثل، في أن هذه العقود المبرمة أصبحت نافذة بقوة القانون لكونها مسجلة ومشهرة طبقا للتشريعات والتنظيمات المعمول بها آنذاك في مجال إثبات الملكية (الفرع الأول)، وفي تقادم دعوى البطلان بفوات الأجل القانوني طبقا للقواعد العامة (الفرع الثاني)، وعلى مبدأ الحقوق المكتسبة لأصحابها (الفرع الثالث).

الفرع الأول: نفاذ العقود المبرمة خلافا للمرسوم رقم 62-03 في مواجهة الغير

نظرا لخضوع هذه العقود المبرمة خلافا لأحكام هذا المرسوم رقم 62-03 لإجراءات التسجيل والشهر العقاري لدى المصالح التابعة لوزارة المالية آنذاك، فهذا يعني انتقال ملكيتها لأصحابها بتسجيلها وشهرها، مما يجعلها نافذة ويحتج بها في مواجهة الغير طبقا لقواعد وأحكام الشهر العقاري المنصوص عليها في القانون المدني⁽¹⁾ لاسيما المادة 793 منه جاء نصها:

" لا تنتقل الملكية والحقوق العينية الأخرى في العقار سواء كان ذلك بين المتعاقدين أم في مواجهة الغير إلا إذا روعيت الإجراءات التي ينص عليها القانون وبالأخص القوانين التي تدير مصلحة شهر العقار".

الفرع الثاني: تقادم دعوى البطلان

استند أيضا مجلس الدولة في اجتهاده هذا لمنع الخوض من تاريخ هذا الاجتهاد فصاعدا في إلغاء العقود المبرمة خلافا لأحكام المرسوم رقم 62-03 استنادا للمبدأ القانوني المنصوص عليه في القانون المدني كقاعدة عامة، وهو مبدأ تقادم دعوى البطلان بمضي مدة معينة وهي خمسة عشرة (15) سنة من تاريخ إبرام العقد، وهو ما نصت عليه المادة 102 فقرة 2 من القانون المدني جاء فيها: " وتسقط دعوى البطلان بمضي خمسة عشر سنة من وقت إبرام العقد".

وعليه فإنه بالرجوع إلى تاريخ رفع الدعوى القضائية في قضية الحال من طرف مصالح أملاك الدولة لإبطال العقد التوثيقي، كان بتاريخ 29/06/2009، أي بعد مرور مده تجاوزت أقصى آجال التقادم المحددة في القوانين السارية حاليا، وحتى في تلك القوانين التي كانت تطبق وقت انعقاد البيع وشهره.

الفرع الثالث: مبدأ الحقوق المكتسبة

يعتبر مبدأ احترام الحقوق المكتسبة طبقا للقانون من المبادئ القانونية التي مفادها حماية المعني وجعله في موقع أقوى في مواجهة أي تعسف من أية طرف كان، وهو المبدأ الذي أخذ به مجلس الدولة حفاظا على استقرار الأوضاع وعدم زعزعة المراكز القانونية وتهديدها في أي لحظة، لاسيما وأن هذه التصرفات القانونية المبرمة خلافا لأحكام المرسوم رقم 62-03 قد مرّ عليها وقت طويل من تاريخ إبرامها وتسجيلها وشهرها، وأنشأ بذلك وضعية مستقرة وأكسب المشتري حقوقا لمدة طويلة تبدأ من تاريخ نشر هذا المرسوم رقم 62-03 في الجريدة الرسمية، والذي كان بتاريخ 26 أكتوبر 1962، وعليه يرى مجلس الدولة من خلال قراره هذا أنه من غير المعقول إعادة الخوض في أوضاع استقرت لوقت طويل، وهذا حفاظا على حقوق الملاك في الملكية وتجنب عدم استقرار الأوضاع.

¹ - أمر رقم 75-58 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، ج ر عدد 78 الصادر في 30 سبتمبر 1975 معدل ومتمم

خاصة وأنه ثبت على أرض الواقع بما لا يدع مجالاً للشك تغيير الوضعية المادية للعقارات المعنية، وذلك بكل التصرفات المادية سواء بالبناء أو غيره، وسواء كان ذلك من طرف مالكيها الأصليين، أو من ورثتهم نظراً لطول المدة التي اكتسبوا فيها هذه الأملاك، مما أحدث وضعيات صعبة ومعقدة يستحيل معها تطبيق القانون بمطالبة إدارة أملاك الدولة رفع دعاوى قضائية لطلب إلغائها عقودها بحجة مخالفتها لأحكام المرسوم رقم 62-03.

المطلب الثاني: اجتهاد مجلس الدولة ملزم للجهات القضائية الإدارية

يعتبر قرار مجلس الدولة هذا رقم 63457 المذكور أعلاه بمثابة اجتهاد قضائي محض، مما يعني من جهة وجوب التزام الجهات القضائية الإدارية به، وذلك بعدم الفصل في الدعاوى التي موضوعها المطالبة بإلغاء العقود المبرمة خلافاً للمرسوم رقم 62-03 للأسباب والمبررات المذكورة (الفرع الأول)، ومن جهة أخرى التزام إدارة أملاك الدولة بهذا الاجتهاد أيضاً، وذلك بعدم المبادرة بطلب إلغاء مثل هذه العقود أمام الجهات القضائية المختصة (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الاجتهاد القضائي لمجلس الدولة يلزم الجهات القضائية الإدارية المختصة

نظراً لأن مجلس الدولة هو الجهة المقومة لأعمال الجهات القضائية الإدارية، وهو من يؤول إليه اختصاص توحيد الاجتهاد القضائي في جميع أنحاء البلاد ويسهر على احترام القانون طبقاً للدستور⁽¹⁾، لذا فإن اجتهاداته واجبة التنفيذ من طرف الجهات القضائية الإدارية، على غرار اجتهادات المحكمة العليا بالنسبة للقضاء العادي، وبالتالي فإن المحاكم الإدارية باعتبارها الجهات القضائية المختصة نوعياً بإلغاء هذه العقود طبقاً لأحكام قانون الإجراءات المدنية والإدارية متى كانت إدارة أملاك الدولة طرفاً في النزاع بصفته مدعية أو مدعى عليها⁽²⁾، ملزمة في هذه الحالة بمضمون هذا الاجتهاد القضائي لمجلس الدولة والذي يقضي بعدم الفصل في إلغاء العقود التي تم إبرامها خلافاً لأحكام المرسوم رقم 62-03 للأسباب والمبررات المذكورة أعلاه.

الفرع الثاني: الاجتهاد القضائي يلزم إدارة أملاك الدولة

نظراً لوجوب احترام القرارات القضائية الصادرة عن السلطة القضائية لاسيما منها الاجتهادات القضائية التي تعتبر مصدراً من مصادر القانون، فإن إدارة أملاك الدولة باعتبارها ممثلة الدولة يجب أن تلتزم هي الأخرى بهذا الاجتهاد القضائي، وذلك بعدم المبادرة تلقائياً برفع دعاوى قضائية مضمونها طلب إلغاء العقود المبرمة خلافاً لأحكام المرسوم رقم 62-03، أي تلك العقود المبرمة بين 1962/7/01 و1964/01/24 تاريخ تحرير المعاملات العقارية بموجب أحكام المرسوم رقم 64-15 سالف الذكر، إلا في حالة التأكد وعلى أساس وثيقة رسمية (قرار ولائي) بأن العقار المعني هو عقار مسته عملية الشغور⁽³⁾، مما يعني انتقال ملكيته للدولة بقوة القانون طبقاً لأحكام الأمر رقم 66-102 يتضمن انتقال الأملاك الشاغرة إلى الدولة⁽⁴⁾.

أما في حالة رفع مثل هذه الدعاوى للمطالبة بإلغاء مثل هذه العقود المبرمة خلافاً للمرسوم رقم 62-03 من أشخاص القانون الخاص (شاغلين، مؤجرين، ملاك، ورثة...) ضد أصحاب هذه العقود المبرمة، فإنه يتعين على مصالح أملاك الدولة

¹ - انظر المادة 171 من التعديل الدستوري لسنة 2016 الصادر بموجب القانون رقم 16-01 مؤرخ في 6 مارس 2016 يتضمن التعديل الدستوري، ج ر عدد 14، الصادر في 7 مارس 2016.

² - انظر المادة 801 من القانون رقم 08-09، المرجع السابق.

³ - مذكرة رقم 06136 مؤرخة في 22 جوان 2015 تتعلق بمنازعات مجلس الدولة - القضاء بتطبيق المرسوم رقم 62-03 - صادرة عن إدارة أملاك الدولة، حيث تم بموجب هذه المذكرة إلغاء المذكرة رقم 5087 مؤرخة في 08 أبريل 2009 تتضمن إلزامية القيام برفع دعاوى ترمي إلى إلغاء العقود التوثيقية المحررة مخالفة لأحكام المرسوم رقم 62-03 المؤرخ في 23 أكتوبر 1962.

⁴ - أمر رقم 66-102، المرجع السابق

الحاضرة في النزاع التمسك في هذه الحالة بجيادية الإدارة احتراما لاجتهاد مجلس الدولة الملزم على غرار الجهات الإدارية القضائية، والتذكير فقط بما نص عليه المرسوم رقم 62-03 من أحكام.

خاتمة

يمكن القول في نهاية هذا البحث أن مجلس الدولة باعتباره الهيئة القضائية الأعلى في هرم القضاء الإداري، وهو من تؤول إليه مهمة تقويم الأعمال الإدارية القضائية، وكذا توحيد الاجتهاد القضائي تطبيقا لأحكام الدستور لضمان مبدأ الشرعية والمساواة تطبيقا للقانون، لم يستقر على مبدأ واحد من التصرفات العقارية والعقود المبرمة على الأملاك العقارية والمنقولة خلافا لأحكام المرسوم رقم 62-03 يتضمن منع التصرف في الأملاك الشاغرة، حيث انقسم موقفه على مرحلتين.

- المرحلة الأولى تمثل موقفه القديم مفاده القضاء بإلغاء العقود المبرمة خلافا لأحكام المرسوم رقم 62-03 وهو عين الصواب، وبالتالي الاستجابة لكل الدعاوى المطالبة بإلغاء هذه العقود.

- أما المرحلة الثانية فهي تمثل موقفه الجديد من هذه العقود المبرمة خلافا لأحكام هذا المرسوم رقم 62-03، مفاده عدم قابلية الاستجابة لإلغاء هذه العقود أمام الجهات القضائية الإدارية، نظرا لمرور وقت طويل على إبرامها يفوق الخمسين سنة من تاريخ إبرام العقد، مما يعني تقادم دعوى البطلان ضد هذه العقود طبقا لأحكام القانون المدني كقاعدة عامة، فضلا على أن الخوض في مثل هذه الدعاوى من شأنه تهديد المراكز القانونية لأصحاب هذه الأملاك المعنية، لذا يجب احترام مبدأ الحقوق المكتسبة.

خاصة وأن هذه الأملاك محل هذه المعاملات العقارية لم تبقى على حالها، وإنما تم التصرف فيها بشتى أنواع التصرفات، لاسيما التصرفات المادية منها وذلك عن طريق البناء، مما أدى إلى تغيير وضعها المادي يستحيل معه القضاء بإلغاء عقودها، كما تم التنازل عن بعضها بعقود عرفية وتم البناء عليها، الأمر الذي جعل مجلس الدولة يعترف بهذه الحقيقية عندما قضى في اجتهاده هذا محل الدراسة بعدم جدوى إلغاء العقود المبرمة خلافا لأحكام المرسوم رقم 62-03 للمبررات والأسباب المذكورة.

كما أنه من أسباب تبني مجلس الدولة لهذا الموقف صعوبة الجزم بأن الأملاك المعنية التي خضعت لهذه المعاملات المخالفة لأحكام هذا المرسوم كانت بالفعل شاغرة أم لا وقت انعقاد العقد محل طلب الإلغاء، وهذا نظرا لتقاعس الولاة آنذاك في إصدار قرارات شغور بشأنها إثر تحقيق عقاري تجرته المصالح المختصة التابعة للأملاك الدولة، ولهذا السبب أصبح يشق ويصعب على إدارة أملاك الدولة إثبات الشغور أمام القضاء لإلغاء العقد محل المعاملة غير القانونية، كما أصبح يصعب عليها البحث عن هذه القرارات الإدارية (قرارات إثبات الشغور) التي مرّ عليها وقت طويل إن كانت موجودة أصلا في الأرشيف للدفاع عن موقفها في طلب الإلغاء.

ومن الصعوبات الأخرى أيضا هو عدم قدرة لا إدارة أملاك الدولة، ولا مصالح الحفظ العقاري، ولا الجماعات المحلية محل الأملاك المعنية، إثبات أن المعنيين بالمعاملة العقارية قد قاموا فعلا بإجراء التصريح لدى البلديات المعنية من عدمه تطبيقا لأحكام المادة 2 من المرسوم رقم 62-03، والتي تلزم المعنيين بالتصريح بالمعاملة لدى البلدية في أجل لا يتعدى (15) يوما التي تلي نشر هذا المرسوم في الجريدة الرسمية من أجل إقرارها أو إبطلها، وذلك لاستحالة أيضا العثور على هذه المعلومات في أرشيف الإدارة الذي مرّت عليه مدة طويلة من تاريخ إبرام العقد .

قائمة المراجع:

أولاً: الرسائل والمذكرات الجامعية

- د/ لعشاش مُجّد، الحماية القانونية للملكية العقارية الخاصة، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في العلوم، تخصص قانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة تيزي وزو، الجزائر 2016/
- نورة سعداني، أدوات تدخل الدولة والجماعات المحلية لحماية الأراضي الفلاحية والعمرائية، كلية الحقوق، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع القانون العقاري والزراعي، جامعة سعد دحلب بالبليدة، جوان 2005.

ثانياً: النصوص القانونية

1- الدساتير

- التعديل الدستوري لسنة 2016 الصادر بموجب القانون رقم 16-01 مؤرخ في 6 مارس 2016 يتضمن التعديل الدستوري، ج ر عدد 14، الصادر في 7 مارس 2016.

2- النصوص التشريعية

- أمر رقم 66-102 مؤرخ في 6 ماي 1966 يتضمن الأملاك الشاغرة، ج ر عدد 36، الصادر في 16 مايو 1966
- أمر رقم 75-58 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني، ج ر عدد 78، الصادر في 30 سبتمبر 1975 معدل ومتمم
- أمر رقم 66-154 مؤرخ في 08 يونيو 1966 المتضمن قانون الإجراءات المدنية، ج ر عدد 47، الصادر في 09 جوان 1966 ملغى.
- قانون رقم 90-25 مؤرخ في 18 نوفمبر 1990 يتضمن قانون التوجيه العقاري، ج ر عدد 49، الصادر في 18 نوفمبر 1990 معدل ومتمم
- قانون رقم 08-09 مؤرخ في 25 فبراير 2008 يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج ر عدد 21، الصادر في 23 أبريل 2008
- قانون رقم 10-03 مؤرخ في 29 أوت 2010 يتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2010، ح ر عدد 49، الصادر في 30 أوت 2010.

3- المراسيم التنظيمية

- مرسوم رقم 62-03 مؤرخ في 23 أكتوبر 1962 يتضمن منع التصرف في الأملاك الشاغرة، ج ر عدد 14، الصادر في 26 أكتوبر 1962

- مرسوم رقم 62-20 مؤرخ في 24 أوت 1962 يتعلق بحماية وتسيير الأملاك الشاغرة، ج ر عدد 12، الصادر في 25 أوت 1962.
- مرسوم رقم 63-88 مؤرخ في 18 مارس 1963 يتضمن تنظيم الأملاك الشاغرة، ج ر عدد 15، الصادر في 19 مارس 1963، ملغى.
- مرسوم رقم 64-15 مؤرخ في 20 جانفي 1964 يتضمن حرية المعاملات العقارية، ج ر عدد 7، الصادر في 1964، معدل ومتمم بموجب المرسوم رقم 83-344 مؤرخ في 21 ماي 1983، ج ر عدد 21، الصادر في 1983.
- مرسوم رقم 80-278 مؤرخ في 29 نوفمبر 1980 يتضمن إلغاء المرسوم رقم 63-88 مؤرخ في 18 مارس 1963 المتضمن تنظيم الأملاك الشاغرة، ج ر عدد 49، الصادر في 02 ديسمبر 1980.

4- مذكرات أملاك الدولة

- مذكرة رقم 2650 مؤرخة في 26 ماي 1999 تتعلق بضبط الوثائق العقارية، صادرة عن إدارة أملاك الدولة
- مذكرة رقم 5087 مؤرخة في 08 أبريل 2009 تتضمن إلزامية قيام إدارة أملاك الدولة برفع دعاوى لإلغاء العقود المخالفة لأحكام المرسوم رقم 62-03 صادرة عن إدارة أملاك الدولة
- مذكرة رقم 011206 مؤرخة في 6 أكتوبر 2009 تتضمن مسح الأراضي العام ومدى تطبيق أحكام المرسوم رقم 62-03 صادرة عن إدارة أملاك الدولة
- مذكرة رقم 06136 مؤرخة في 22 جوان 2012 تتعلق بمنازعات مجلس الدولة -القضايا المتعلقة بأحكام المرسوم رقم 62-03 - صادرة عن إدارة أملاك الدولة.

ثالثا: القرارات القضائية

- المحكمة العليا (غ إ)، قرار رقم 81693 مؤرخ في 23 / 10 / 1991، المجلة القضائية، عدد 3، الجزائر 1993.
- المحكمة العليا (غ إ)، قرار رقم 121879 مؤرخ في 31 / 3 / 1994، نشرة القضاة، عدد 50، الجزائر 1997.
- المحكمة العليا (غ إ)، قرار رقم 2556 مؤرخ في 20 / 12 / 2004، المجلة القضائية، عدد 2، الجزائر 2005.
- مجلس الدولة، قرار رقم 138970 مؤرخ في 31 / 3 / 1996، نشرة القضاة، عدد 50، الجزائر 1990.
- مجلس الدولة، قرار رقم 205492 مؤرخ في 24 / 4 / 2000، مجلة القضاء العقاري، عدد 3، الجزائر 2000.
- مجلس الدولة، قرار رقم 20695 مؤرخ في 13 / 12 / 2005، القضاء العقاري، ح ب ع، الجزائر 2006.
- مجلس الدولة، قرار رقم 63457 مؤرخ في 30 / 7 / 2012، مجلة مجلس الدولة، العدد 10، الجزائر 2012.

مبدأ الشرعية الديمقراطية في ميزان القانون الدولي

د. وسيلة شابو

أستاذة محاضرة "أ"

كلية الحقوق- البلدة 02

ملخص:

يشير مبدأ الشرعية الديمقراطية إلى التوصيف العام للانتخابات التي تحترم معايير الديمقراطية، ويفترض بأن رأي الأغلبية يمثل المصلحة العامة. وقد أدى تطور المبدأ إلى ظهور مفهوم جديد هو الحق في تقرير المصير الداخلي الذي يفيد في تفسيره الواسع حق الشعوب في الانتفاع من مزايا الديمقراطية الليبرالية في إطار دولة القانون مما يعزز حق كل دولة غير القابل للتصرف في اختيار نظامها السياسي بحرية. وتجد هذه الأفكار مرجعيتها الدولية في عدة نصوص دولية بفضل جهود المنظمات الدولية الرامية إلى الارتقاء بالمبدأ.

الكلمات المفتاحية: مبدأ الشرعية الديمقراطية، نظام الحكم، تقرير المصير الداخلي، الديمقراطية.

Abstract

The principle of democratic legitimacy refers to the general characterization of elections that respect the standards of democracy and assumes that the majority opinion is in the public interest. The development of the principle has led to the emergence of a new concept of the right to internal self-determination, which in its broad interpretation would mean the right of peoples to take advantage from the benefits of liberal democracy within the framework of the rule of law, thereby enhancing the inalienable right of each State to freely choose its political system. These ideas find their international reference in several international texts thanks to the efforts of international organizations to promote the principle

تمهيد:

لطالما عانت الشعوب من الأنظمة الاستبدادية، وأبرز هذا الوضع علاقات غير متكافئة قوامها الخضوع والتسليم بما يقره الحاكم في سبيل تحقيق مصالح ضيقة، واستبعاد المحكومين من مسار اتخاذ القرار السياسي. غير أن ثمة حقيقة ينبغي عدم إغفالها مفادها أن الشعب يشكل وحدة مركبة، تتطور عبر الزمن وتكرس الاستمرارية نظرا لما يتميز به أفرادها من قدرة على تكوين إرادة، وعلى المساهمة في إدارة الشؤون العامة. فمن البديهي، والحال كذلك، أن يكون الشعب هو مصدر السلطة ومن خلال إرادته المعبر عنها، في إطار الشفافية والنزاهة، تتجسد الشرعية الديمقراطية.

وقد تعاضمت أهمية هذا المبدأ بعد ارتقاء الحق في الديمقراطية إلى مصف حقوق الإنسان من الجيل الثالث، كما تم ربط الديمقراطية بحقوق الإنسان والتي أضحت من المواضيع الأكثر تدويلا واهتماما من طرف المجتمع الدولي بمؤسساته وقيمه. وتبعا لذلك، أخذت العناصر الجزئية الملازمة لها بعدا دوليا لأنه لا يمكن فصلها عن موضوع السلم والأمن الدوليين، فطفقت تشكل في مجموعها العناصر الجوهرية المكونة للبناء المعياري في النظام العام الدولي خاصة وأن الأحكام الخاصة بها تصنف ضمن القواعد الدولية الآمرة التي لا تجوز مخالفتها.

وقد ساد اعتقاد كبير في الفكر القانوني الغربي مفاده بأن الدول التي تتبنى نظام الحكم المطلق تقوّض الأمن الدولي وتصبح عدوانية في علاقاتها الدولية في حين أن الأنظمة الديمقراطية تمنح دائما نحو السلم والاستقرار وتساهم في إرساء قواعد الحوكمة.

وعليه، لم تعد مسألة الشرعية الديمقراطية شأننا داخليا بل أصبحت مسألة ينبغي الاهتمام بها على المستوى الدولي. ويستوجب الأمر إرساء القواعد والمبادئ التي من شأنها أن تيسر تطبيق المبدأ، وتضع الضوابط اللازمة لتأطير مسار الحكومات من أجل إجراء إصلاحات سياسية كفيلة بإضفاء الشرعية على السلطة السياسية في إطار دستور يحدد الأسس اللازمة لإقامة نظام ديمقراطي. ولا يتأتى هذا المطلب إلا بمساهمة الأجهزة الأكثر تمثيلا للجماعة الدولية في مسار ديمقراطية الدول.

لذلك، يمكن التساؤل بشأن مكانة مبدأ الشرعية الديمقراطية ضمن أعمال المجموعة الدولية، وإلى أي مدى ساهمت قواعد القانون الدولي في تكريس هذا المبدأ؟ وللدرد على هذه الإشكالية ارتأينا التركيز على المحاور التالية.

أولا : ماهية مبدأ الشرعية الديمقراطية

إن الوقوف على مضمون مبدأ الشرعية الديمقراطية يقتضي منا تحديد مفهومه بدقة، ولا يمكن الإمام بهذا العنصر بعيدا عن السياق التاريخي الذي نشأ وتطور فيه لأنه يساعد على إبراز الأسس التي يقوم عليها.

أ- مفهوم مبدأ الشرعية الديمقراطية

إن أي مسعى لضبط المفاهيم يتطلب التدقيق في المعطيات الجزئية، لذلك سوف نبادر بتوضيح المعنى من خلال التفكيك اللغوي للعبارة مما يجعلنا ندرك بأن الشرعية الديمقراطية هي تعبير اصطلاحي مفاده أن تسند السلطة على أسس قانونية كونها تقوم على إرادة الشعب. فالشرعية في لفظها ومعناها صفة ملازمة لكل ما يملك أساسا قانونيا، وهي تعكس وجود سلطة تتماشى مع مفهوم السيادة ومع طموحات الشعب. وتكون حكومة شرعية متى قبلت بها المجموعة الوطنية، ويكون وضعها مطابقا للقانون أي موافق للآليات الدستورية نتيجة قيامها على انتخابات نزيهة، وسعيها نحو تحقيق مطالب الشعب من خلال البرنامج الحكومي الذي أعد لهذا الغرض. والنظام الشرعي هو بالتأكيد نظام مشروع أي مطابق للقانون بحيث يترسخ لدى المواطن وعي وإدراك تام بأنه يخضع لقواعد ومعايير قانونية وأخلاقية عليا، ويحترم هذه القواعد مما يدل على سمو القانون.⁽¹⁾

ب- نشأة المبدأ وتطوره

كان البشر يعيشون في حالة الطبيعة، لا يخضعون لأية سلطة، فساد حكم القوي وقانون الغاب مما أضر بالوضع الاجتماعي والإنساني للأفراد ودفعهم إلى التخلي تدريجيا عن هذا النمط في تسيير شؤون الجماعة. ومع تطور الفكر البشري توصلوا إلى الاتفاق على إنشاء عقد اجتماعي، بموجبه تنازلوا للحاكم عن جزء من حريتهم بالقدر اللازم لضمان أمنهم وإقامة مجتمع سياسي منظم، فإذا خالف بنوده حق للأفراد الخروج عنه لأنه لم يعد شرعيا.

ولو تأملنا في صفحات تاريخ الديمقراطية ندرك بجلاء أنه منذ بداية تكوين المجتمع السياسي ارتبطت شرعية السلطة باعتبارات دينية فكانت تفسر صلاحياتها بالتفويض الإلهي مما أضفى عليها نوع من القدسية. وقد نشر بعض رجال الدين أفكارا مفادها أن

الله اختار شخصا ليمارس الحكم ويعكس الإرادة الإلهية فظهرت نظرية الحق الإلهي فوق الطبيعي،⁽²⁾ ومثاله: أباطرة الصين الذين لقبوا بأبناء السماء والفراعنة الذين لقبوا بأبناء الشمس.

ورغم تراجع تلك النظرية تكرر الأخذ بالأساس الديني في العصور الحديثة، في سياق نظرية الحق الإلهي المقدر، وقد تبنته الأنظمة الملكية لتبرير شرعية الحكم، إذ تعتبر السلطة إلهية المنشأ والله يقدر إلى من تؤول، وهذا يعني أن استلام الحاكم للسلطة دليل على الرغبة الإلهية، ولا يسأل سوى أمام الله، فاصطبغ الحكم بالشرعية الدينية. ومع ترسخ فكرة السيادة ظهر اتجاه نحو التمسك بالعقل كخاصية بشرية.⁽³⁾

وعلى العموم، اقتزنت الشرعية بثلاثة نماذج متباينة، فقد ارتبطت في بعض المجتمعات بقداصة العادات والتقاليد المتوارثة، في سياق التنظيم السياسي، فتبدو السلطة بمثابة امتداد لمكتسبات قديمة فيما اصطلح عليه "الشرعية التقليدية". وفي فترة التحولات السياسية والثورات الداخلية ظهرت فكرة "الشرعية الكاريزماتية" حيث ارتبطت شرعية الحكم بميزات خاصة تجتمع في شخص الحاكم من سمعة، وقوة التأثير، وحكمة، وصفات مثالية أخرى تصل أحيانا إلى حد التقديس. وعلى غرار ذلك، ظهر مفهوم الشرعية العقلانية ومفادها أن يكتسب صاحب السلطة الشرعية من القواعد التي تحدد اختصاصات مختلف أجهزة الدولة.⁽⁴⁾ ومع تسارع وتيرة التحرر السياسي ظهرت ملامح التداخل بين الشرعية والديمقراطية، فمنذ القرن الثامن عشر اقتحمت النخبة المفكرة المجال السياسي، وأخذت الديمقراطية بعدا قانونيا حيث أصبحت تحتكم إلى الإرادة العامة وفق ضمانات قانونية، وتبعا لذلك أصبحت المشروعية مرجعا للشرعية.⁽⁵⁾

وقد انطلق المفكر بيير روزنفالو P.Rosenvallo من مفهوم الشرعية الذي انبثق عن الثورة الفرنسية وتوصل إلى أن الانتخابات والتمثيل عنصران أساسيان تتجسد من خلالهما السيادة. ويرى بأن الشرعية الديمقراطية كانت، منذ البداية، تقوم على تشبيه الأغلبية بالإجماع، غير أننا دخلنا عصرا جديدا للشرعية، تقيدها ثلاثة مقتضيات، تتمحور حول حياد المؤسسات المكلفة بتنظيم السلطة، ونجاعة المؤسسات المكلفة بالرقابة على مشروعية أعمال السلطة، ومراعاة مركز الأقليات داخل المجتمع،⁽⁶⁾ فإن لم تتوفر ضمانات لهذه الفئة فهذا يعني حسب المفكر جيوفاني سارتوري G.Sartori بأن جزءا من الشعب قد استبعد من المشاركة في الشأن العام بما يتنافى ومفهوم الديمقراطية ذاتها.⁽⁷⁾

ج- أسس الشرعية الديمقراطية

وضع المفكر بيير كلام P.Calame خمسة أسس يرتكز ويبنى عليها الحكم لكي يجسد الشرعية الديمقراطية، وهي كالتالي:⁽⁸⁾

- ينبغي أن تستجيب السلطة للحاجيات التي تطالب بها المجموعة الوطنية، ويقتضي هذا الشرط إقامة توازن بين حماية استقلالية كل فرد والتقييدات التي تتطلبها المصلحة المشتركة، ويستتبع ذلك وضوح الأهداف وشفافية الوسائل اللازمة لتحقيقها.
- تقوم السلطة على قيم ومبادئ مشتركة ومعترف بها بحيث تستطيع التوفيق بين الحريات والأموال المشتركة. ولتكريسها لا بد أن ترتبط شرعية الحكم بتجذره الثقافي. وقد سعى كل مجتمع، عبر التاريخ، إلى إعداد آليات خاصة به لتنظيم شؤونه، وتحديد كيفية ممارسة السلطة، والتوفيق بين الوحدة والتنوع.
- يجب أن تكون السلطة منصفة، والإنصاف قيمة أخلاقية تتجاوز ميزة العدالة وتعبّر عن أهمية دولة القانون.

-يجب أن تمارس السلطة بصورة فعلية وفعالة من طرف حاكم مسؤول، جدير بالثقة حتى يجعل الممارسات الملائمة للسلطة سلمية الطابع. فمنذ أن طرحت فكرة العقد الاجتماعي والحاكم ملزم بتحمل مسؤولية تحقيق مطالب المجتمع. لذلك، ينبغي أن يتمتع بالكفاءة، النزاهة والخبرة لأن الديمقراطية تستوجب مساءلة الحكومة ومحاسبتها في إطار القواعد الدستورية المعدة لهذا الغرض.

- تطبيق مبدأ التقييد الأقل، إذ تقتضي غائية السلطة تحقيق المصلحة المشتركة، وإعمالها تفرض التشريعات قيودا على الأفراد. غير أنه ينبغي التعامل بمرونة مع هذه الأخيرة وعدم الإفراط في تضييقها. ويستطيع الأفراد التجاوب مع الوضع متى ترسخت فكرة المواطنة لأنها تتطلب توفر وعي بالانتماء إلى الجماعة والإحساس بالمسؤولية، وقد ربطها المفكر مايكل والتر M. Walzer بحق المرء في أن يكون عضوا في الجماعة ويدرك بأنه مواطن.⁽⁹⁾

ثانيا: حرية الدولة في اختيار نظام الحكم

لقد ترسخت قاعدة عرفية دولية قوامها حرية الدولة في اختيار نظام الحكم، حيث تملك الدولة حرية واسعة في اختيار النظام السياسي، الاقتصادي والاجتماعي الذي تراه مناسبا. ويستوي في ذلك أن يكون نظاما ديمقراطيا أو غير ذلك. وتتجلى صحة هذه الفرضية في كون ميثاق الأمم المتحدة لم يدرج ضمن شروط العضوية التقييد بالمبادئ الديمقراطية.

وتستند هذه القاعدة على ما للدولة من سلطة عليا في مجالها الوطني أين تجسد السيادة في مظهرها الداخلي. كما لا يجوز لأية سلطة أجنبية أن تتخذ قرارا في هذا الشأن إعمالا لمبدأ استقلال الدولة في علاقاتها الخارجية التي تجسد السيادة في مظهرها الخارجي، وتجد هذه القاعدة أساسها وسندها القانوني في عدة وثائق دولية كما أنها تعرف بعض الاستثناءات القيود.

أ- الأساس القانوني للقاعدة

تستند قاعدة حرية الدولة في اختيار نظام الحكم على المادة 02 فقرة 07 من ميثاق الأمم المتحدة التي تنص على أنه: " ليس في الميثاق ما يسوغ الأمم المتحدة أن تتدخل في الشؤون التي تكون من صميم السلطان الداخلي لدولة ما، وليس فيه ما يقتضي من الأعضاء أن يعرضوا مثل هذه المسائل لأن تحل بحكم هذا الميثاق، على أن هذا المبدأ لا يخل بتطبيق تدابير القمع الواردة في الفصل السابع." وتكرر التأكيد على هذا المبدأ في الفقرة 05 من لائحة الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 2131، الصادرة بتاريخ 1965.12.21، والمتضمنة الإعلان بشأن عدم قبول التدخل في شؤون الداخلية للدول وحماية استقلالها وسيادتها، واللائحة رقم 2625، الصادرة عن ذات الجمعية بتاريخ 1970.10.24، والمتضمنة مبادئ القانون الدولي المتعلقة بالعلاقات الودية والتعاون بين الدول في إطار ميثاق الأمم المتحدة، واللائحة رقم 103/36، الصادرة بتاريخ 1981.12.09، والمتضمنة الإعلان بشأن عدم التدخل في شؤون الداخلية للدول.

وفي إطار الاجتهاد القضائي، أشارت محكمة العدل الدولية، بمناسبة النظر في قضية النشاطات العسكرية وشبه العسكرية بنيكاراغوا لعام 1986 إلى أنه: "عملا بقواعد القانون الدولي العرفي، تدرج التوجهات السياسية الداخلية للدولة ضمن اختصاصها الحصري طالما أنها لا تنتهك أحكام القانون الدولي. وتملك كل دولة حقا أساسيا في اختيار النظام السياسي، الاقتصادي والاجتماعي وتطبيقه.....".⁽¹⁰⁾

ب- الاستثناء الوارد على القاعدة

أصدرت الجمعية العامة للأمم المتحدة اللائحة رقم 162/36 بتاريخ 1981، بموجبها أذانت كافة الإيديولوجيات والممارسات الشمولية، وسائر الممارسات الأخرى النازية، الفاشية والفاشية الجديدة القائمة على الإقصاء، وعدم التسامح العرقي أو الإثني، والكراهية، والترويع، والإنكار الممنهج لحقوق الإنسان والحريات الأساسية أو ما يؤدي إلى ذلك.

إن ما يسترعي الانتباه بشأن هذه الوثيقة القانونية هو أن المجموعة الدولية بقيت متمسكة بقاعدة حرية الدولة في اختيار نظام الحكم لكنها وضعت شرطا خاصا بمضمون الممارسة أو الإيديولوجية التي تعتنقها الحكومات مؤكدة بذلك على أن القاعدة نسبية، يتوقف العمل بها كلما تضمنت السلوكيات تهديدا للكرامة الإنسانية ومقومات الحقوق الجوهرية لأنها تصنف ضمن القواعد الملزمة تجاه الكافة وتتعلق بمصالح محمية دوليا. وقد تقوّض السلم والأمن الدوليين من منطلق أن الأمن وحدة مركبة بأبعادها القومية، الجهوية والدولية، وتشكل هذه المعطيات أهم المقومات التي يركز عليها النظام العام الدولي.

ج- القيد الخاص بتغيير الحكومة

يسمى مبدأ الشرعية أحيانا مبدأ توبار Tobar نسبة إلى وزير خارجية الإكوادور الذي طور هذه الفكرة في عام 1907، وكان قد اقترح بأنه لا ينبغي للجماعة الدولية الاعتراف بالحكومات التي تأتي إلى السلطة بوسائل غير دستورية. وفي عهد الرئيس وودرو ولسن W. Wilson أعطت السياسة الخارجية الأمريكية دقة أكبر لهذا المفهوم من خلال "سياسة الشرعية الديمقراطية"، استنادا على فكرة الدعم الشعبي، فإذا كان النظام يحظى بالتأييد الشعبي يكتسي صفة الشرعية.⁽¹¹⁾

1- مظاهر انتقال السلطة

تتم عملية انتقال السلطة، في بعض الأحيان، بطريقة غير سلمية. وتتجلى، على الخصوص، في الانقلاب العسكري وهو عمل غير مشروع لأنه يعكس المصالح الضيقة لأطراف فاعلة في قمة هرم السلطة ولا يخدم مصالح عامة الشعب على نقيض الثورة الشعبية، فهي تعكس إرادة الشعب في التمرد على النظام القائم بسبب الاستبداد أو الفساد، وإرادته هي التي فرضت انتقال السلطة بهذه الكيفية وتكسيبها الشرعية والمصادقية.

وقد ترسخت هذه الممارسة في القانون الدولي كقاعدة عرفية تبنتها عدة دول في دساتيرها، ونصت على الحق في مقاومة السلطة المستبدة والقمعية، وحق الشعب في التمرد كما ورد في الدستور الفرنسي الذي صدر على أعقاب الثورة الفرنسية.

2- مسألة الاعتراف

كثيرة هي حالات انتقال السلطة بطريقة غير دستورية، وتصبح مسألة الاعتراف بالحكومة ضرورية لما لها من أهمية على مسار العلاقات الدولية، من ناحية، ونظرا لما لها من تأثير على طبيعة علاقات القوى داخل الدولة، من ناحية أخرى.

والاعتراف هو عمل يصدر بإرادة منفردة عن السلطة التنفيذية، باسم الدولة، للتعبير عن نية هذه الأخيرة في الإقرار بوجود حقائق ميدانية، وتسعى إلى إضفاء آثار قانونية على هذا التصرف. وقد جرى العرف الدبلوماسي على إخطار الدول بأي تغيير في الحكومة لكي تبدي موقفها من الوضع الجديد. ونظرا للتعقيدات التي قد تواجهها تفضل أغلب الدول التريث قبل الإعلان عن

اعترافها بذلك. ويمكن التأكد من موقفها من خلال ممارساتها الدبلوماسية، فإذا لم تلق الحكومة الجديدة اعترافا دوليا توصف "بحكومة الأمر الواقع"، وتظل كذلك إلى أن يتم الاعتراف بها قانونيا فتسمى عندئذ "الحكومة الشرعية". وتمارس حكومة الأمر الواقع اختصاصاتها بشكل طبيعي لكنها تواجه بتجميد العلاقات الدبلوماسية.⁽¹²⁾ وقد يؤدي عدم الاعتراف إلى وقف التعاون بين الدولة المعنية وسائر الدول وحرمانها من مزايا التعامل الطبيعي في إطار العلاقات الدولية.

ويذهب الاتجاه التقليدي في القانون الدولي إلى إلزام الدول التي تنوي الاعتراف بالحكومة الجديدة بتحقيق شرط الفاعلية، أي أن تكون قادرة على فرض النظام والقانون داخل المجتمع والسيطرة على الشأن العام، لكن هذا لا يعني أنها بالضرورة حكومة ديمقراطية، أي تتبع الأساليب القانونية في ذلك، بل قد تفرض مستلزمات الفاعلية الإفراط في استخدام القوة والقمع. بينما يذهب الاتجاه الجديد في القانون الدولي إلى طرح مجموعة من الشروط إلى جانب شرط الفاعلية، ومن بينها أن يكون تغيير السلطة السياسية شرعيا، متماشيا مع الدستور والقوانين المعمول بها، وأن تتمتع بتأييد شعبي وتحترم رغبة الشعب.⁽¹³⁾

وعلى العموم، يتطلب الاعتراف بالحكومة الجديدة، في حالة تغييرها بالطرق غير الدستورية، توفر الشروط التالية:⁽¹⁴⁾

- السيطرة الفعالة على الشؤون الداخلية لاسيما المحافظة على الأمن والنظام. ويعتبر الاعتراف بها وفق العرف الدولي مشروعاً، أما قبل إتمام السيطرة يعتبر تدخلا في الشؤون الداخلية. لذلك ينبغي التأني إلى أن يستقر الوضع، وهي الفكرة التي تمحور حولها مذهب إسترادا Estrada (نسبة إلى وزير خارجية المكسيك)، وقد خالفت بعض الدول هذه القاعدة كاعتراف دول الحلفاء بحكومي المنفى في فرنسا وهولندا دون أن يتحقق هذا الشرط.⁽¹⁵⁾

- أهلية تحمل المسؤوليات والالتزامات الدولية. وقد عارض الفقه الماركسي هذا المبدأ لأن نظم الحكم الثورية غير مسؤولة عن تصرفات الحكومات السابقة التي تختلف عنها في الإيديولوجية، فبعد قيام الثورة البلشفية في عام 1917، رفضت الحكومة السوفيتية الإيفاء بالالتزامات الناتجة عن سوء تصرف وفساد النظام القيصري، وواجه هذا الموقف انتقادا كبيرا من طرف فقهاء القانون الدولي الغربيين بحجة أنه يتناقض مع مبدأ استمرارية الدولة مهما طرأت عليها من تغيرات.

- مدى دستورية الحكومة الجديدة، فقد ذهب بعض الدول إلى عدم جواز الاعتراف بالحكومات التي تأتي نتيجة لقيام ثورة أو انقلاب عسكري إلا بعد إعطاء نفسها شكلا شرعيا. واتفق فقهاء القانون الدولي على أن الحكومة الجديدة تستمد شرعيتها من التأييد الشعبي، غير أن بعض الدول تشترط أن تحافظ الحكومة على مصالحها مقابل حصولها على الاعتراف كاعتراف بريطانيا بالحكومة المكسيكية الثورية في عام 1918 مقابل حماية استثماراتها في البلد المعني دون مراعاة مبدأ الشرعية الديمقراطية.

- قد تشترط الدولة المعترفة بالحكومة الجديدة الإبقاء على نفس الامتيازات الاقتصادية والسياسية التي تتمتع بها وهذا ما جرى عليه العمل في العلاقات الدولية مع دول أمريكا اللاتينية.

ثالثا : حق تقرير المصير الداخلي

يعد مبدأ حق الشعوب في تقرير مصيرها من أكثر المفاهيم التي واكبت الأحداث التاريخية الملازمة لتكوين الدولة الحديثة، وتأثرت بالتطورات السياسية والقانونية. وبالنتيجة، خرجت عن السياق التقليدي الذي تبلورت من خلاله الفكرة وأخذت مضمونا جديدا تحت وطأة الحتمية الديمقراطية ك مطلب جديد لشرعية الأنظمة.

أ- المضمون التقليدي

منذ إرساء مبدأ حق الشعوب في تقرير مصيرها استخدم هذا الأخير في عدة مضامين. ففي بداية الأمر، استخدم كأداة قانونية لاستعادة السيادة وتحقيق الاستقلال السياسي، وكان هو الأساس الذي قامت عليه حرب الاستقلال الأمريكية. وإلى غاية نهاية القرن التاسع عشر، ارتبط بمبدأ القوميات الذي اعتبر أساسا لتشكيل دول ديمقراطية في أوروبا، كما أدرج ضمن المبادئ الأربعة عشر الواردة في إعلان ولسن لعام 1919، ومن ثم تم إدراجه ضمن مسار إزالة الاستعمار، وتعكس هذه المضامين مجتمعة البعد الدولي للمبدأ.⁽¹⁶⁾

ويجد هذا المبدأ سنده القانوني في المادة الأولى فقرة 02 من ميثاق الأمم المتحدة التي تنص على: "إنهاء العلاقات الودية بين الأمم على أساس احترام المبدأ الذي يقضي بالمساواة في الحقوق بين الشعوب وبأن يكون لكل منها تقرير مصيرها، واتخاذ التدابير الأخرى الملائمة لتعزيز السلم العام." وتكرر التأكيد على هذا المبدأ في قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 1514 الذي اعتمده بتاريخ 1960.12.14، والمتضمن الإعلان بشأن منح الاستقلال للبلدان والشعوب المستعمرة.⁽¹⁷⁾

ورغم أن المبدأ كان يرمي إلى تمكين الشعوب المستعمرة من الحصول على السيادة السياسية أي الانعتاق عن القوة الأجنبية المسيطرة إلا أن هذه الغاية لم تتحقق بصورة شاملة نظرا لبقاء الهيمنة الخارجية على الموارد الاقتصادية للدول، لذلك اتسع مضمونه في ذات السياق ليشتق منه مبدأ حق الشعوب في تقرير مصيرها الاقتصادي، أي السيادة على الثروات، مما يعني أن هذا الحق ليس مقيدا بإطار ضيق بل يستغرق عدة مفاهيم قانونية.

ب- المضمون الجديد

تبني العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية لعام 1966 النص الكامل للبند الثاني من القرار رقم 1514، حيث جاء في المادة الأولى فقرة 01: "تملك كل الشعوب حق تقرير مصيرها بحرية، وبموجب هذا الحق تحدد بحرية مركزها السياسي، وتضمن نماءها الاقتصادي والاجتماعي والثقافي." ولأن القرار رقم 1514 ورد في سياق محدد فقد تم التسليم بكونه يتعلق بالتححرر من الاستعمار لا غير. لذلك، لم يلق أي تأويل على خلاف المادة الأولى من العهد. ويخص النقاش، في هذا الشأن، عموم وشمولية القاعدة، عبارة "كل الشعوب" تعني أن حق تقرير المصير لا يقتصر على الشعوب المستعمرة بل يمتد ليشمل كافة الشعوب التي تواجه الاستبداد حتى وإن حصلت على استقلالها السياسي، وتنصرف عبارة "مركزها السياسي" إلى ارتباط هذا الحق بسائر الحقوق الواردة في العهد وبالأخص الحقوق السياسية.

ومنذ عام 1990، أدرجت لجنة حقوق الإنسان حق الشعوب في تقرير مصيرها في السياق العام لحقوق الإنسان بعد ما كان ينحصر في مسار إزالة الاستعمار، وأشارت، بشكل صريح، إلى أن هذا الحق يكتسي بعدا داخليا بمناسبة فحص التقرير الخاص بحقوق الإنسان في العراق (1992)، وأذربيجان (1994).⁽¹⁸⁾

وفي عام 1996، أكدت اللجنة على أن الحق في اختيار شكل الدستور والحكومة يندرج في سياق تطبيق المادة الأولى فقرة 01 من العهد، وبذلك أعطت معنا أوضح لعبارة "المركز السياسي" نتيجة الربط بين تقرير المصير والمسار الديمقراطي فجعلت مبدأ حق تقرير المصير الداخلي ملازما لمبدأ الشرعية الديمقراطية.⁽¹⁹⁾

وعليه، يستوجب تطبيق مبدأ حق الشعوب في تقرير المصير الداخلي أعمال كافة الحقوق السياسية الواردة في الشريعة الدولية لحقوق الإنسان في إطار النظام الدستوري الضامن للحقوق والحريات والمؤسسات الديمقراطية. ويتعلق الأمر بالمادة 21 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان التي تنص على أن: " لكل شخص الحق في الاشتراك في إدارة الشؤون العامة لبلاده إما مباشرة وإما بواسطة ممثلين يختارون اختياراً حراً.

- لكل شخص نفس الحق الذي لغيره في تقلد الوظائف العامة في البلاد.

- إن الإرادة الشعبية هي مصدر سلطة الحكومة، ويعبر عن الإرادة بانتخابات نزيهة ودورية تجري على أساس الاقتراع السري وعلى المساواة بين الجميع أو حسب أي إجراء مماثل يضمن حرية التصويت"، ويقابل هذا النص المادة 25 من العهد الدولي لحقوق المدنية والسياسية. وعليه، ينبغي أن تمارس هذه الحقوق دون تمييز مع ضمان الحق في الحرية والأمن، وحرية التفكير، والتعبير، والاجتماع وإقامة جمعيات.

وتبعاً لذلك، يتعلق الأمر بأداة قانونية للتعبير الجماعي عن الإرادة الحرة لكل الشعوب، والتزام الدول باحترام هذا المبدأ. ولأن الشعب هو كيان معنوي تتحقق الشرعية بتوافق إرادات الأفراد، إذ يشير الوضع إلى وجود مصلحة يحميها القانون من خلال منح الشعب دوراً إيجابياً في تنظيم شؤونه واتخاذ القرار الذي يحدد مستقبله مع مراعاة التنوع وحقوق الأقليات دون تمييز، فيكون الشعب شريكاً إيجابياً وفعالاً يضفي صفة الشرعية على الهيئة الحاكمة لأن نيته اتجهت إلى اختيار نظام سياسي معين.

رابعا : مساعي الأمم المتحدة لدمقرطة الدول

لقد مهدت المؤتمرات المتعاقبة التي جرى تنظيمها في مطلع تسعينيات القرن الماضي، تحت إشراف الأمم المتحدة، لتخلي المنظمة عن موقفها المتسم بالحياد تجاه الأنظمة السياسية، فوقع إجماع الآراء على وجود علاقة مباشرة ومتلازمة بين الديمقراطية، وحقوق الإنسان والتنمية، حيث أشار إليها إعلان وبرنامج عمل فيينا بشأن حقوق الإنسان لعام 1993.⁽²⁰⁾

وقد ورد في برنامج عمل القاهرة بشأن السكان والتنمية لعام 1994 مطالبة الحكومات بضرورة ترقية الإصلاحات الديمقراطية.⁽²¹⁾ وأكد برنامج عمل كوبنهاجن بشأن التنمية الاجتماعية لعام 1995 على ضرورة مراعاة حقوق الإنسان، بما فيها الحقوق السياسية، في كل مسار تنموي، بغرض تكريس الديمقراطية، ومشاركة الجميع في مسار اتخاذ القرارات.⁽²²⁾ وشكلت هذه المبادرات منطلقاً للاهتمام بمبدأ الشرعية الدولية ضمن جهود الأمم المتحدة لدمقرطة الدول، وفسحت المجال أمام أجهزة المنظمة لتطوير المبدأ.

أ- جهود الجمعية العامة

يعد الاهتمام بالانتخابات الدورية والنزيهة باكورة أعمال الجمعية العامة للأمم المتحدة للتأكيد على أحد ركائز الشرعية الديمقراطية، إذ تكلفت بإصدار اللائحة رقم 157/43 بتاريخ 1988.12.08، حيث أشارت إلى أن إرادة الشعب هي أساس السلطة العامة، ويتم التعبير عنها من خلال انتخابات حرة، شفافة، نزيهة ودورية.

وتدعمت هذه الجهود بسلسلة من اللوائح،⁽²³⁾ تتعلق "بتعزيز فعالية مبدأ الانتخابات الدورية والنزيهة والعمل لصالح مسار الديمقراطية"، حيث حددت الإطار العام لدور المنظمة في مجال المساعدة الانتخابية. كما عكفت على إعداد مجموعة من

الووائح،⁽²⁴⁾ تتضمن "دعم نظام الأمم المتحدة للجهود التي تبذلها الحكومات من أجل ترقية وتعزيز الديمقراطيات الجديدة أو المستعادة".

إضافة إلى ذلك، انصب اهتمام الجمعية العامة على تعزيز دولة القانون من خلال اللائحة رقم 132/48 الصادرة بتاريخ 1993.12.20، واللائحة رقم 142/53 الصادرة في 1998.12.09. وتهدف هذه الوثائق القانونية مجتمعة إلى توجيه الحكومات من أجل تطوير الأحكام التشريعية الداخلية وجعلها مطابقة للقواعد الدولية لحقوق الإنسان تمهيدا لتطوير الممارسة الديمقراطية.

ب- جهود مجلس الأمن

ربط مجلس الأمن بين السلام والديمقراطية من منطلق أن الممارسات التسلطية أنتجت آثارا سلبية ضارة بمصير الشعوب، وهي محاولة لتفعيل فكرة "السلام الديمقراطي" كمنهج للوقاية من الحروب على اعتبار أن الدول التي تستند على الشرعية الديمقراطية تمتنع عن إثارة الحروب.

ولأن تعزيز السلام يأتي عن طريق البناء الديمقراطي فقد أصدر القرار رقم 810 بتاريخ 1993.03.08، لانتخاب هيئة تأسيسية في كمبوديا. وجاء في الفقرة الثانية منه: " يحق للشعب الكمبودي تقرير مستقبله السياسي عن طريق انتخاب منصف لجمعية تأسيسية تضع دستور جديد وتصادق عليه...".⁽²⁵⁾ كما أصدر عدة قرارات عقب الانقلاب العسكري في هايتي الذي أطاح بحكومة أريستيد المنتخبة ديمقراطيا.⁽²⁶⁾

ج- جهود لجنة حقوق الإنسان

سعت لجنة حقوق الإنسان (مجلس حقوق الإنسان حاليا) نحو تعزيز مبدأ الشرعية الديمقراطية من خلال التأكيد على أهمية الحق في الديمقراطية باعتباره يندرج في سياق الجيل الثالث لحقوق الإنسان، فكيفت الديمقراطية على أنها حق تملكه الشعوب في مواجهة الحكومات. ولهذا الغرض، أصدرت اللائحة رقم 57/1999 بتاريخ 1999.04.27 تتضمن " ترقية الحق في الديمقراطية". وقد جاء في الفقرة الثانية ضرورة إعمال كافة الحقوق التي تحفز قيام حكم ديمقراطي لاسيما الحق في حرية الفكر، والتعبير، والضمير، والدين، وإقامة الجمعيات، وسمو القانون، واستقلال السلطة القضائية، والحق في الاقتراع العام، والإجراءات التي تضمن حرية التصويت، والانتخابات الحرة والدورية، والحق في المشاركة السياسية بما فيها الترشح، وشفافية المؤسسات الحكومية، وحق المواطنين في اختيار نظام الحكم بوسائل دستورية ووسائل أخرى ديمقراطية.⁽²⁷⁾

خامسا: جهود المنظمات الإقليمية

ساهمت المنظمات الإقليمية في تعزيز مبدأ الشرعية الديمقراطية من خلال الوثائق القانونية الصادرة عن مختلف أجهزتها، ويمكن اختزالها فيما يلي:

أ- مجلس أوروبا

أشارت المادة الأولى من القانون التأسيسي لمجلس أوروبا لعام 1949 إلى أن المحافظة على مبدأ الديمقراطية هي أهم هدف للمنظمة، ومن بين شروط العضوية الالتزام بتحقيق هذا الهدف، فإذا خالف أحد الأعضاء هذه القاعدة يعلق حقه في التمثيل

وتدعوه لجنة الوزراء للانسحاب كما حدث مع اليونان إثر الانقلاب العسكري في عام 1967، ومع تركيا بعدما حدث انقلاب مماثل في عام 1980، وقيدت انضمام البرتغال وإسبانيا بضرورة احترام الشرعية الديمقراطية.⁽²⁸⁾

وبتاريخ 1983.07.01، اعتمدت الجمعية البرلمانية اللائحة رقم 800، وتتعلق بالمبادئ الديمقراطية لاسيما الانتخابات الحرة ومشاركة المجتمع المدني. وفي 1993.06.29، أصدرت التعليم رقم 488، بموجبها كلفت لجنة المسائل القانونية برقابة احترام الدول الأعضاء لالتزاماتها الخاصة بالشرعية الديمقراطية، وتقديم تقرير بهذا الشأن مرة واحدة كل ستة أشهر.⁽²⁹⁾

ب- منظمة الأمن والتعاون في أوروبا

جاء في الوثيقة الختامية لمؤتمر هلسنكي الذي أشرفت عليه منظمة الأمن والتعاون في أوروبا في عام 1975 بأن تعزيز النظام الديمقراطي يندرج ضمن المفهوم الشامل للأمن في أوروبا. وجرى التأكيد على أهمية الديمقراطية التعددية القائمة على الانتخابات الحرة والنزيهة في مؤتمر بون. وأشار إعلان كوبنهاجن لعام 1990 على أن الانتخابات الحرة، والنزيهة، والدورية تعتبر أساس كل سلطة، وتعكس شرعية كل حكومة. وبصدور العهد من أجل أوروبا جديدة (ميثاق باريس) لعام 1990 تم التأكيد على التزام الأعضاء التمسك بالديمقراطية كنظام حكم وحيد لا بديل له لأهمهم، ويستوجب تحمل المسؤولية تجاه المسار الانتخابي، كما أكد على أن إرادة الشعوب تعني إعطاء قيمة لحق الشعوب في تقرير مصيرها الداخلي.⁽³⁰⁾

وبصدور الإعلان بشأن المبادئ التوجيهية للاعتراف بعضوية دول أوروبا الشرقية والدول المنبثقة عن تفكك الاتحاد السوفيتي في عام 1991 طرح شرط التمسك بالشرعية الديمقراطية وعدم الاعتراف بأي كيان ينشأ نتيجة استعمال القوة.

ج- الاتحاد الأوروبي

ورد في ديباجة معاهدة ليشبونة المعدلة لمعاهدة ماسترخت المنشئة للاتحاد الأوروبي، والتي دخلت حيز التنفيذ في 2009.12.01، حتمية تمسك الدول الأعضاء بالمبادئ الديمقراطية، وخصص القسم الثاني للأحكام المتعلقة بتلك المبادئ، إذ تنص المادة 11 منه على تبني الدول الأطراف الديمقراطية التمثيلية كأساس لنظام الحكم.

والواقع أن المبدأ يتعدى الإطار الوطني ليأخذ بعدا إقليميا لأن الاتحاد هو منظمة تقوم على الاندماج بحيث تنتقل السلطات الوطنية إلى مؤسسات مشتركة كالبرلمان الأوروبي أين يتم تمثيل مواطني الدول الأعضاء مباشرة طبقا للمادة 11. وبموجب المادة 02-99 من المعاهدة المنشئة للدستور الأوروبي، الصادرة بتاريخ 2004.12.16، يحق لكل مواطن الترشح والتصويت لانتخابات البرلمان الأوروبي، ولانتخابات المحلية وفقا للمادة 02-100.⁽³¹⁾

وفي سياق الشراكة بين الاتحاد الأوروبي والدول الأخرى ورد في المادة 05 فقرة 01 من اتفاق لومي لعام 1989، بين دول المجموعة الاقتصادية الأوروبية ودول إفريقيا، الكاريبي والمحيط الهادي ACP، بند حقوق الإنسان وبند الحتمية الديمقراطية. وقامت بالمثل مع دول جنوب الضفة المتوسطة بموجب إعلان برشلونة لعام 1995، ومع سلوفينيا وألبانيا في إطار ما يعرف " ببند البلطيق"، بموجبه يحق للدول الأطراف تعليق تطبيق الاتفاق في حال انتهاك قاعدة الشرعية الديمقراطية.⁽³²⁾

د- منظمة الدول الأمريكية

ورد في ديباجة ميثاق منظمة الدول الأمريكية لعام 1948 بأن الديمقراطية التمثيلية هي شرط ضروري للاستقرار في المنطقة، وأضافت المادة 02 سطر(ب) من ذات الميثاق بأنه هدف أساسي للمنظمة. وقد اضطرت هذه الأخيرة إلى تعديل الميثاق لإدراج الديمقراطية التمثيلية كمبدأ توجيهي للقارة، ففي عام 1992 صدر بروتوكول واشنطن، وأضاف المادة 09 إلى الفصل الثالث من الميثاق حيث تضمنت تعليق مشاركة أية دولة عضو في أشغال أجهزة المنظمة إذا كانت حكومتها قد تشكلت بطريقة ديمقراطية وتم إسقاطها بالقوة العسكرية ويهدف هذا الإجراء إلى استعادة الديمقراطية. وفي عام 1998، صدر إعلان سانتياغو، وقد ركز على

أهمية تعزيز الديمقراطية من خلال إدماج السكان الأصليين في مسار ديمقراطية النظام السياسي.⁽³³⁾ وتعززت هذه القواعد بالمادة 23 من الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان التي حددت مضمون الحقوق السياسية لشعوب القارة .

ه- الاتحاد الإفريقي

في الفترة الممتدة ما بين 1960 و 1990 سجلت 267 حالة انقلاب عسكري أو محاولة انقلاب في أغلب بلدان القارة الإفريقية، وقد أدانت منظمة الوحدة الإفريقية-سابقا- هذه الممارسات، فأصدر مؤتمر رؤساء الدول والحكومات الإفريقية إعلان الجزائر بتاريخ 14.7.1999، أدان بموجبه استعمال القوة كوسيلة للوصول إلى السلطة والإخلال بالنظام الدستوري نتيجة الانقلاب العسكري، وضرورة فرض الجزاء على مثل هذه الممارسات. وتكرر التأكيد على هذا الموقف في إعلان لومي الصادر بتاريخ 9.5.2000.⁽³⁴⁾

ومع قيام الإتحاد الإفريقي، انطلق مسار تفعيل مبدأ الشرعية الديمقراطية في مسعى لإصلاح أوضاع القارة، فقد نصت المادة 04 من العقد التأسيسي للمنظمة على تعليق العضوية في حالة عدم احترام المبادئ الديمقراطية. وتضمن السطر(ب) إدانة ورفض مطلق للتغيرات التي تتم بطريقة غير دستورية.⁽³⁵⁾ بعد ذلك، أدخلت تعديلات على هذه الوثيقة بموجب البروتوكول الصادر بتاريخ 3.2.2003 بإضافة الفقرة (ش) إلى المادة 04، وتتضمن حق الإتحاد في التدخل لدى أية دولة عضو بقرار من المؤتمر، بناء على توصية من مجلس السلم والأمن الإفريقي بسبب بعض الظروف ومن بينها التهديد الخطير للنظام الشرعي.⁽³⁶⁾ وتنص المادة 30 من ذات العقد على ضرورة ردع ارتكاب الانقلابات العسكرية وإدانتها، حيث يختص مجلس السلم والأمن الإفريقي بفرض الجزاءات التي تأخذ عادة طابعا اقتصاديا.⁽³⁷⁾

وقد تعززت الآليات القانونية بصدور " الميثاق الإفريقي للديمقراطية، الانتخابات والحكم"، إذ جاء في المادة 02 فقرة 03 ضرورة ترقية الانتخابات المنتظمة، الشفافة، الحرة والنزيهة من أجل قيام سلطة شرعية. وتؤكد الفقرة 04 على منع أي تغيير حكومي بطريقة غير دستورية على أساس أنه يهدد الاستقرار، والسلم والأمن الدوليين والتنمية وضرورة إدانته. وتضيف المادة 03 فقرة 02 بأن ممارسة السلطة تتم طبقا للدستور. ونظم الفصل الثامن من الميثاق قواعد الجزاءات حيث أشارت المادة 24 إلى أن المجلس يتحمل مسؤولية الحفاظ على النظام الدستوري. وتشير المادة 25 بأنه في حالة فشل المبادرات الدبلوماسية يتخذ قرار بتعليق حقوق المشاركة في أشغال الإتحاد، وتسعى المنظمة إلى استعادة الديمقراطية، وحرمان الفاعلين من الترشح، وإحالتهم على القضاء المختص التابع للإتحاد، علاوة على صلاحية المؤتمر لفرض الجزاء على الدولة العضو التي تؤيد ذلك الانقلاب.⁽³⁸⁾

خاتمة

كثيرة هي التناقضات التي أفرزتها العلاقات الدولية في إطار النظام الدولي الجديد ولعل أبرزها تقليص المجالات السيادية مقابل توسيع اختصاصات الأجهزة الدولية. كما ظهر تداخل مريب بين ما يعد شأنا داخليا للدولة والمسائل التي تصنف في زمرة الشؤون الدولية. وقد أقحمت التنمية السياسية في صميم هذا الخلاف في مسعى لسد الثغرات القانونية الموجودة في ميثاق الأمم المتحدة بعدم إدراج احترام المبادئ الديمقراطية ضمن شروط العضوية.

ويعكس هذا الوضع حقيقة أن القانون الدولي يجمع الثوابت والمتغيرات، وما التحول الذي طرأ على منظور الأمم المتحدة للحد الفاصل بين ما هو داخلي وما هو دولي إلا دليل على عمق المسألة، إذ أن التوسيع في دلالات ومضامين مبدأ حق الشعوب في تقرير مصيرها هو محاولة لولوج مبدأ الشرعية الديمقراطية إلى مصف الثوابت التي لا يجوز الرجوع عنها في السير الطبيعي للعلاقات الدولية.

ويستخلص موقف القانون الدولي من مبدأ الشرعية الديمقراطية في سياق المقاربة الشاملة للأمن على أساس أن السلام لم يعد فكرة سلبية تقتصر على غياب الحروب بل أخذ بعدا إيجابيا يستغرق عدة عناصر ومفاهيم أهمها التمسك بالمبادئ الديمقراطية كوسيلة لإقامة نظام سياسي يضمن الاستقرار الأمني واحترام حقوق الإنسان، وهي مقومات جوهرية للنظام العام الدولي بصفتها قواعد قانونية ملزمة تجاه الكافة.

وتأتي هذه التطورات لتؤكد بأن السيادة لا تعني انقطاع الروابط عن الوسط الذي تتفاعل فيه العلاقات الخارجية، وبالنتيجة، تلتزم أطراف النظام الدولي بمنع أي انحراف في استعمال السلطة بغية رد الاعتبار للشعوب كونها مصدر كل سلطة. كما تؤكد على أن الأمن الدولي هو مفهوم شامل، مترابط العناصر ومتعدد الأبعاد يرتبط بالأمن الإقليمي والأمن القومي وجودا وعدما. علاوة على ذلك، لا يجوز للدولة أن تتحجج بقاعدة الاختصاصات الحصرية لفرض وضع معين، على المستوى الدولي، يتنافى مع قواعد النظام العام الدولي لأن القانون الدولي أعد القواعد التي تجيز الامتناع عن الاعتراف بالسلطة غير الشرعية. وتترتب عن هذا الوضع نتائج قانونية هامة تؤثر على مركز الدولة في إطار العلاقات الدولية ونصيبيها من مزايا التعامل الطبيعي مما يوحي بأن مبدأ الشرعية الديمقراطية قد وجد مكانته في رحاب النظام القانوني الدولي.

الهوامش والإحالات:

¹Joseph Bemba , Dictionnaire de la justice internationale , de la paix et du développement , ed Harmattan , Paris,2004,p 230 .

²Yves Cantonet , L'Etat et le pouvoir , ed les Editions de Minuit , Paris,1999,p25 et s .

³Idem ,p27 .

⁴Simone Goyard – Fabré ,Qu'est-ce que la démocratie ? ed Armand Colin , Paris,1998,p181.

⁵Ibid,p181.

⁶<http://www.Lenuki.com /article-23873551.html>.

7- انظر: المعهد الإيطالي فونداسيني إيني أنريكو ماتيني، ديمقراطية من دون ديمقراطيين، بحوث الندوة الفكرية، الطبعة الثانية، مركز الوحدة العربية، بيروت، 2000، ص75.

⁸<http://www.institut-gouvernance.org/fr/analyse/fiche-analyse-24.html>.

9- أنظر: ألان تورين: ما هي الديمقراطية؟ ترجمة حسن قبيسي، الطبعة الثانية، دار الساقبي، بيروت، 2001، ص 91.

¹⁰ www.icj.cij.org/fr/résumé/c86/A/dcl/aff.activité.militaire¶militaire.nicaragua/ac.24html.

11- عمر سعد الله : معجم في القانون الدولي المعاصر، الطبعة الأولى، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005، ص 262.

12- انظر: مصطفى عبد الله أبو القاسم خشيم، مبادئ القانون الدولي، الأشخاص، الطبعة الأولى، المكتب الوطني للبحث والتطوير، طرابلس(ليبيا)، 2004، ص 272.

13- نفس المرجع، ص 270 .

14- نفس المرجع، ص 273.

15- بتاريخ 27.9.1930، أرسل وزير خارجية المكسيك جينارو إسترادا Genaro Estrada مذكرة إلى كافة رؤساء البعثات الدبلوماسية للمكسيك عبر العالم تتضمن الإشارة إلى أن السياسات الخارجية للدول ينبغي ألا تحكم على تغيير الحكومات سلبا أو إيجابا لأن في ذلك تدخلا في الشؤون الداخلية للدول ومساسا بسيادتها. وقد رفض الاعتراف بالحكومات التي تشكلت في أمريكا اللاتينية بعد الانقلابات العسكرية والإجراء الوحيد الذي اتخذ اقتصر على سحب أعضاء البعثات الدبلوماسية لبلادها. لتفاصيل أكثر انظر :

Sabine Auriollet, Les principes du droit international, ed serius, Bruxelles, 2005, p 194.

¹⁶Alain Mourgeon, Etat et souveraineté, ed Economica, Paris, 2007, p72.

¹⁷⁻ GTDIP(Grands Textes de Droit International) ,n°2, p723 .

¹⁸⁻ AG DOC ,49ème sésion ,suppl n°40 (A/49/40) 1994,vol I , § 296.

¹⁹⁻UN.DOC/AS.123/S49(VIII),29.11.1996.

²⁰⁻DOC.A/Conf.157/22,12.07.1993, p12.

²¹⁻DOC.A/Conf.171/13,18.10.1994, par3.

²²⁻DOC.A/Conf.166/9,19.04.1995, p9.

²³⁻A/Res. 43/151857, 08.12.1988.

A/Res. 44/146, 15.12.1989.

A/Res. 50/, 22.12.1995.

A/Res. 52/129, 12.12.1997.

²⁴⁻A/Res. 49/30, 07.12.1994.

A/Res. 50/133, 20.12.1995.

A/Res. 51/31, 06.12.1996.

A/Res. 52/18, 21.11.1997.

A/Res. 53/31, 23.11.1998.

²⁵⁻CS.Res., 810 (1993), 08.03.1993.

²⁶⁻CS.Res, 975 (1995), 30.01.1995.

CS.Res, 1007 (1995), 30.01.1995.

²⁷⁻<http://www.un.org/analyses/doc.off/fr/act.C456927/ac.cs-497>.

²⁸⁻ Emmanuel Decaux et Marine Eudes ,Conseil de l'Europe, juris-classeur de droit international, fascicule 6100, Paris, 2005,n°21 et s.

²⁹⁻Idem, n°73.

³⁰⁻ Linos – Alexandre Sicilianos ,L'ONU et la démocratisation de l'Etat, ed A.Pédone, Paris, 2000, p92.

³¹⁻<http://www.europal.eu/sides/get/DO?type=TA&référence=p6.TA-2005-0373&language=fr>.

³²⁻ Idem,p103.

³³⁻ Idem,p69 et s.

³⁴⁻http://www.afrimap.org/english/images/treaty/cssdaso/dec_fr.pdf.

35- تجدر الملاحظة إلى أنه في عام 2002، قررت المنظمة تعليق عضوية مدغشقر لمدة سنتين إلى غاية استعادة السلطة الديمقراطية عن طريق انتخابات نزيهة. وقامت بالمثل إثر الانقلاب العسكري الذي وقع في موريتانيا خلال عام 2008، وفي ساحل العاج عام 2011، والأمثلة كثيرة. انظر: Assembly /Au/Dec . 220(XII)

³⁶⁻<http://www.africa-union.org./official documents/treaties.conventions fr/protocole sur les amendements à/Acte constitutif de/UA.pdf>.

37- فرض المجلس جزاءات على الطوغو في عام 2005، وعلى موريتانيا في عام 2008، وعلى مدغشقر في عام 2009، وشارك مع الجيش الوطني لتنمية جزر القمر بتدخل عسكري للقضاء على الانقلاب في عام 2008، والأمثلة كثيرة. للاستزادة انظر:

Parfait Oumba, L'Effectivité du rôle du conseil de paix et de sécurité de l'Union Africaine dans la résolution des conflits, disponible sur le site suivant :

<https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-01319654/document>.

³⁸⁻<http://www.africa-union.org./official documents/treaties.conventions fr/protocole sur les amendements à/Acte constitutif de/UA.pdf>.

مواءمة التشريعات الفلسطينية المتعلقة بالأطفال مع اتفاقية حقوق الطفل harmonization Of Palestinian legislations related to children with the Convention on Rights of the Child

أحمد عبد الحكيم عبد الرحمن شهاب¹، (Shehab_ahmd@hotmail.com)

د. نور عزم الليل بن ماري²، (nurazmal@utm.my)

الملخص:

تعددت التشريعات الفلسطينية التي تتناول حقوق الطفل (الحدث) والجوانب الإجرائية التي تمثل ضمانات خاصة لهذه الفئة من المجتمع وفقاً للسياسة الجنائية المعاصرة، بدءاً من قانون المجرمين الأحداث رقم (2) لسنة (1937) والمعمول به في قطاع غزة، وقانون إصلاح الأحداث المعمول به في الضفة الغربية رقم (16) لسنة (1954)، مروراً بإقرار قانون الطفل الفلسطيني رقم (7) لسنة (2004)، وتعديلاته وفقاً للقرار بقانون رقم (19) لسنة (2012)، وانتهاء بإصدار قرار بقانون رقم (4) لسنة (2016) بشأن حماية الأحداث. بالإضافة لمواد القانون المتعلقة بالأحداث والمنصوص عليها ضمن قانون العقوبات وقانون الإجراءات الجزائية رقم (3) لسنة (2001).

دولياً، يعد موضوع حقوق الأطفال من مسؤوليات المجتمع الدولي، فالأمن والسلم الدوليين من أهم أهداف إنشاء الأمم المتحدة وأجهزتها واختصاصاتها، ولذا تجده حاضراً في أغلب الاتفاقيات الدولية، لكون هذه الفئة من أكثر فئات المجتمع عرضة للجريمة وانتهاك حقوقها، ومن أهم هذه الاتفاقيات هي اتفاقية حقوق الطفل والتي تعد ضمن الإطار العام لحقوق الإنسان. وانطلاقاً من كونها جزءاً من الإطار العام لحقوق الإنسان، فإن جميع هذه الحقوق غير قابلة للتجزئة ومتراصة، بل ويعتمد أحدها على الآخر.

وتكمن أهميتها في تعزيز وحماية حقوق الطفل. بالإضافة لكونها أداة لمساءلة الحكومات حول احترام وحماية حقوق الإنسان وإعمالها في بلادهم. ونظراً لأهمية اتفاقية حقوق الطفل فقد انضمت فلسطين للاتفاقية والبروتوكولات الاختيارية في العام (2014)، وذلك عقب حصول فلسطين على صفة الدولة غير العضو في الأمم المتحدة في العام (2012). وتطبيقاً لمبدأ سمو القانون الدولي، والذي يوجب على الدول الأعضاء أو أطراف الاتفاقية الدولية تعديل تشريعاتها الوطنية وفقاً للقانون الدولي، بما يضمن عدم وجود أي تعارض بين القانون الدولي والوطني، فإن على فلسطين كدولة عضو في اتفاقية حقوق الطفل وضمن التزاماتها القانونية المترتبة على انضمامها لاتفاقية حقوق الطفل مواءمة تشريعاتها الوطنية مع نصوص الاتفاقية بعد إتمام مراحل الانضمام للاتفاقية والتصديق عليها. وذلك على اختلاف القيمة القانونية التي تكسبها الدولة لنصوص الاتفاقية الدولية سواء تساوت بالدستور، أو التشريع الوطني.

الكلمات المفتاحية: مواءمة، التشريعات الفلسطينية، حقوق الطفل، اتفاقية حقوق الطفل.

أهمية الدراسة:

في ظل تعدد التشريعات المتعلقة بحقوق الطفل (الحدث) في القانون الفلسطيني، وأهمية مواءمتها اتفاقية حقوق الطفل على اعتبار أن الاتفاقيات الدولية مصدراً رئيسياً للقانون الدولي، وتطبيقاً لمبدأ سمو القانون، تسلط هذه الدراسة على مدى مواءمة

¹ طالب بمرحلة الدكتوراه في كلية الحضارة الإسلامية بجامعة التكنولوجيا الماليزية، (UTM)، محامي.

² رئيس قسم التنمية البشرية، محاضر جامعي، كلية الحضارة الإسلامية بجامعة UTM الماليزية

القانون الفلسطيني مع اتفاقية حقوق الطفل، بما يساهم بتفعيل تطبيق الاتفاقية في الأراضي الفلسطينية ووفاء الدولة الفلسطينية بالتزاماتها القانونية المترتبة على الانضمام لاتفاقية حقوق الطفل، ومنع أي تعارض ما بين القانون الدولي والقوانين الوطنية. بحيث تتناول هذه الدراسة بيان التشريعات القانونية المتعلقة بحقوق الأطفال (الأحداث) في التشريع الفلسطيني وتقييمها من حيث نقاط القوة والضعف، بالإضافة لدراسة التعديلات التي تمت عليها، ومدى ملاءمة التشريعات الفلسطينية المتعلقة بحقوق الأطفال (الأحداث) للتطبيق في الأراضي الفلسطينية، والحقوق التي تناولتها اتفاقية حقوق الطفل، وواجبات فلسطين كدولة عضو في اتفاقية حقوق الطفل، ومدى مواءمة التشريعات الفلسطينية المتعلقة بحقوق الأطفال مع اتفاقية حقوق الطفل، وأخيراً النتائج والتوصيات.

إشكالية الدراسة:

تكمن المشكلة الأساسية للدراسة في عدم دراسة مدى مواءمة التشريعات الفلسطينية المتعلقة بحقوق الأطفال (الأحداث) مع اتفاقية حقوق الطفل، خصوصاً بعد الانضمام رسمياً إليها، وأصبحت مواءمة لتشريعاتها الداخلية مع نصوص الاتفاقية التزاماً قانونياً، بالإضافة للالتزامات الأخرى والتي من شأنها تطبيق الاتفاقية والمساهمة فلسطين بحماية وتعزيز حقوق الأطفال في المجتمع الفلسطيني.

بالإضافة لمشاكل فرعية منها، عدم وجود دراسة متخصصة تسلط الضوء على نقاط الضعف في الهيكل القانوني المرتبط بحماية وتعزيز حقوق الأطفال في المجتمع الفلسطيني، بدءاً من التشريعات القانونية ومدى وملاءمتها للتطبيق، إلى تحديد دور مؤسسات المجتمع المدني والنيابة والقضاء ومراكز التأهيل.

منهجية الدراسة:

اعتمد الباحث في دراسته المنهج الوصفي التحليلي منهجية للبحث، واستخدام أسلوب الاستقراء والملاحظة، والمقابلة مع الخبراء والمختصين للوصول إلى تحليل النصوص التشريعية في القانون الفلسطيني المتعلقة بحقوق الأطفال (الأحداث)، واتفاقية حقوق الأطفال والمقارنة بينهما، بهدف دراسة مدى مواءمة التشريعات الفلسطينية المتعلقة بحقوق الطفل مع اتفاقية حقوق الطفل. ولا تخلو الدراسة من استخدام المقارنة للتشريع الفلسطيني مع بعض التشريعات القانونية الأخرى.

هدف الدراسة:

تهدف الدراسة بشكل أساسي للتعرف مدى مواءمة التشريعات الفلسطينية المتعلقة بحقوق الطفل (الحديث) مع اتفاقية حقوق الطفل، بالإضافة للأهداف الفرعية والتمثلة في معرفة التشريعات القانونية المتعلقة بحقوق الطفل (الحديث) في فلسطين، وبيان حقوق الطفل (الحديث) وفقاً لاتفاقية حقوق الطفل وواجبات فلسطين كدولة عضو في اتفاقية حقوق الطفل.

تقسيم الدراسة: تقسم الدراسة على النحو التالي:

- 1.1 المقدمة
- 1.2 التشريعات القانونية المتعلقة بحقوق الطفل (الحديث) في فلسطين
- 1.3 حقوق الطفل وفقاً لاتفاقية حقوق الطفل
- 1.4 واجبات فلسطين كدولة عضو في اتفاقية حقوق الطفل
- 1.5 مدى مواءمة التشريعات الفلسطينية مع اتفاقية حقوق الطفل
- 1.6 الخاتمة

Abstract

Many Palestinian Legislations care about the rights of child and procedures that provides significant Protection to this group in the society according to the recent criminal policy, beginning with the child offenders law no. (2) year (1937) applicated in the Gaza Strip, and The reform of The child Law applicated in the west bank, no (16) year (1954), passing by the Palestinian Child's Law no (7) year (2004), and its modifications considering The presidential decree no. (19) year (2012), and ending with presidential decree no (4) year (2016) about the protection of the child, as well as the legal laws that cares about children and stipulated in the Penal Code and the Code of Criminal Procedures no. (3) year (2001).

Internationally, the national community is responsible for protecting the rights of children, and the peace and security from the most important goals that the United Nations and its committees established for it, so it's widely mentioned in most of the international conventions because children are one of the Of the most vulnerable segments of society of the crime and the violation of rights.

The most important of these Conventions on the Rights of the Child is the agreements which is within the general framework of human rights.

Proceeding from being part of the general framework of human rights, all these rights are indivisible and interdependent, and even Entangled. The importance lies in the promotion and protection of children's rights. In addition to being a tool to hold governments accountable for the respect and protection of human rights and fulfillment in their country.

Considering the importance of the Convention on the Rights of the Child, Palestine has joined the Convention of optional protocols in the year (2014), following the recipe for Palestine non-member State at the United Nations in the year (2012), Applying the principle of the sublimity of the international law, which requires the member states or the parties to the International Convention on amending national legislation in accordance with international law, to ensure that there is no conflict between the international and national law, to Palestine as the Convention on the Rights of the Child and within the legal obligations arising from its accession to the Convention on the Rights of the Child to harmonize national legislation with the provisions of the Convention after the completion of stages of accession to the Convention and its ratification. And so on differing legal value gained by the state to the provisions of the International Convention on the constitution, both are equally divided, or national legislation.

the importance of study

With the multiplicity of legislation on children's rights in the Palestinian law, and the importance of harmonization of the CRC on the grounds that the agreements essential sources of international law source, and the application of the principle of the law above, shed this study on the suitability of Palestinian law with the Convention on the Rights Child, thus contributing to activate the application of the convention in the Palestinian territories and a Palestinian state meets its legal obligations arising from the accession to the convention on the rights of the Child, and to prevent any conflict between international law and national laws.

So this study deals with the statement of the legal regulations concerning the rights of children in the Palestinian legislation and evaluated in terms of strengths and weaknesses, as well as to study the amendments that has it, and the appropriateness of the Palestinian legislation on children's rights for application in the Palestinian territories, and the rights covered by the Convention on the Rights Child, and the duties of Palestine as a state in the

Convention on the rights of the Child member, and the suitability of the Palestinian legislation on children's rights with the convention on the rights of the Child, and finally the findings and recommendations.

The problem of the study

The basic problem of the study lies in the study of the suitability of the Palestinian legislation on children's rights with the Convention on the Rights of the Child, especially after officially to join, and become the harmonization of Palestine with their domestic legislation with the provisions of the Convention a legal obligation, as well as other obligations that will apply Convention and contribute to the protection and promotion of children's rights in the Palestinian society.

In addition subset of them for the problems, the lack of specialized study highlights weaknesses in the legal structure associated with the protection and promotion of children's rights in the Palestinian community, starting with the legislation and the extent and appropriateness of the application, to define the role of civil society and the prosecution and the judiciary and rehabilitation centers and institutions.

methodology of the study

Researcher in the study curriculum descriptive analytical adopted the methodology of the research, and the use of induction and observation method, interview with experts and specialists to gain access to the analysis of the legislative texts in the Palestinian law concerning the rights of children, and the convention on the rights of children and the comparison between the two, in order to study the suitability of the Palestinian legislation on children's rights with the convention on the Rights of the Child. The study does not free from the use of the comparison of the Palestinian legislation with some other legislations.

objective of the study

The study mainly aims to identify the extent of the harmonization of legislation on Palestinian Rights of the Child with the Convention on the Rights of the Child. In addition to the sub-goals and knowledge of legislation on children's rights in Palestine, and the statement of children's rights in accordance with the Convention on the Rights of the Child, and the duties of Palestine as member in the Convention on the Rights of the Child.

division of the study

The study is divided into sections:

1.1 Introduction.

1.2 The legislations on children's rights in Palestine.

1.3 The rights of the child according to the Convention on the Rights of the Child.

1.4 The duties of Palestine as a state in the Convention on the Rights of the Child.

1.5 The suitability of the Palestinian legislation with the Convention on the Rights of the Child.

1.6 Conclusion.

1.1 المقدمة

بالرغم من الاعتراف الدولي بالدولة الفلسطينية، ووجود العديد من القوانين والتشريعات والسياسات والخطط والاستراتيجيات والبرامج الوطنية الفلسطينية، إلا أن الواقع على الأرض لا ينفي محدودية سيادة وصلاحيات الدولة الفلسطينية على أراضيها ومواردها الطبيعية وحدودها، بسبب الاحتلال الإسرائيلي العسكري وإجراءاته، وسياسة الإغلاق وفصل الأرض والمناطق، وتعزيز الانقسام من خلال الحواجز العسكرية والبوابات الالكترونية، جدار الفصل العنصري، وغيره، مما يؤدي إلى تدهور الأوضاع السياسية والاقتصادية والاجتماعية ويؤثر سلباً على حصول الأطفال الفلسطينيين على حقوقهم، من حيث الوصول إلى الخدمات الصحية والتعليمية والحماية الاجتماعية، والترفيهية والمشاركة والأمن والأمان، مما يعزز الفجوات بين الفئات المختلفة من الشعب الفلسطيني، ولعل الأكثر تأثراً هم الأطفال، مما يضع الحكومة الفلسطينية أمام تحد أكبر لضمان المساواة والعدالة في الوصول للخدمات، بل والتميز الإيجابي أحياناً للأطفال المهمشين والمعرضين للخطر، من خلال تحديد هذه الفئات من الأطفال، والحرص على تنفيذ بنود اتفاقية حقوق الطفل وفق السياق الفلسطيني وقانون الطفل الفلسطيني المعدل، ومراقبة تنفيذ القانون، وتوثيق الانتهاكات بحق الطفل الفلسطيني أينما وجد، وجمع البيانات ورفع التقارير حول وضع الطفل الفلسطيني، بل ومراجعة القوانين والأنظمة السارية حالياً لضمان توافرها ومواءمتها مع قانون الطفل الفلسطيني المعدل وميثاق الأمم المتحدة لحقوق الطفل، وتحديد المسؤوليات، والمحاسبية، ولا يعفي الوضع الراهن وشح الموارد أية جهة حكومية أو غير حكومية من مسؤولياتها لضمان رفاه وحقوق وحماية الطفل الفلسطيني¹.

وحقوق الطفل هي جزء من حقوق الإنسان، غير أن الطفل بحاجة لحماية ورعاية خاصة لاعتبارات تتعلق بالسن، بالإضافة أن شريحة الأطفال تمثل ما نسبته نصف تعداد الشعب الفلسطيني. ومن ناحية أخرى فإن الأطفال فئة من أكثر الفئات تعرضاً للضرر والخطر في النزاعات المسلحة الدولية والمحلية، ولقد شهد العالم ما تعرض له الأطفال الفلسطينيين خلال العدوان الأخير على غزة سنة 2008م، 2012م². 2014م.

وفي هذه الدراسة نستعرض التشريعات الفلسطينية المتعلقة بالطفل، ونسلط الضوء على حقوق الطفل الفلسطيني وفقاً لقانون الطفل الفلسطيني واتفاقية حقوق الطفل، وواجبات فلسطين كدولة عضو في الاتفاقية، ومدى مواءمة التشريعات الفلسطينية لاتفاقية حقوق الطفل، وأخيراً النتائج والتوصيات.

2.1 التشريعات المتعلقة بحقوق الطفل (الحدث) في فلسطين

تأخذ السلطة الوطنية الفلسطينية التزامها بحقوق الطفل على محمل الجد، ففي عام 1991م، قام رئيس منظمة التحرير الفلسطينية الراحل ياسر عرفات، رمزياً بتصديق الاتفاقية، وفي عام 1995م، بمناسبة يوم الطفل الفلسطيني، قام بإقرار الاتفاقية كوثيقة قانونية ملزمة وقابلة للتطبيق والتي ينبغي أن تعمل على توجيه الممارسات داخل الأرض الفلسطينية المحتلة لجميع الأطفال الفلسطينيين، وفي الدورة الاستثنائية للجمعية العامة للأمم المتحدة الخاصة بالأطفال في مايو 2002م، جدد الرئيس عرفات التأكيد على التزام السلطة الوطنية الفلسطينية³.

وقد تعددت التشريعات الفلسطينية التي تتناول حقوق الطفل (الحدث) والجوانب الإجرائية التي تمثل ضمانات خاصة لهذه الفئة من المجتمع وفقاً للسياسة الجنائية المعاصرة، بدءاً من قانون المجرمين الأحداث رقم (2) لسنة 1937م والمعمول به في قطاع

¹ الجهاز المركزي للإحصاء الفلسطيني، واقع حقوق الطفل الفلسطيني، 2013م، ص18.

² د. عبد القادر جرادة، حماية الأطفال زمن النزاعات المسلحة، مؤسسة الضمير لحقوق الإنسان، 2011م، ص1.

³ تقرير حول تنفيذ السلطة الوطنية الفلسطينية لاتفاقية الأمم المتحدة لحقوق الطفل، الملخص التنفيذي، 2010م، ص5.

غزة، وقانون إصلاح الأحداث المعمول به في الضفة الغربية رقم (16) لسنة 1954م، مروراً بإقرار قانون الطفل الفلسطيني رقم (7) لسنة 2004م، وتعديلاته وفقاً للقرار بقانون رقم (19) لسنة 2012م، وانتهاء بإصدار قرار بقانون رقم (4) لسنة 2016م بشأن حماية الأحداث. بالإضافة لمواد القانون المتعلقة بالأحداث والمنصوص عليها ضمن قانون العقوبات وقانون الإجراءات الجزائية رقم (3) لسنة 2001م. بالإضافة لهذه القوانين. أقر مجلس الوزراء في العام 2014م نظام الأسرة الحاضنة رقم (2013/3) ولائحة الأسر البديلة المؤقتة رقم (2014/4)، ويتم العمل حالياً على إعداد لائحة تنفيذية لقانون الطفل الفلسطيني المعدل، بشكل عام فإن الإطار القانوني في فلسطين موجود، إلا أنه بحاجة لبعض التعديل لضمان الانسجام والمواءمة بين القوانين وأن تكون مبنية على أساس حقوقي، كما أنها بحاجة لضمان التنفيذ من خلال توزيع الأدوار والمسؤوليات، المحاسبية والشفافية من خلال لوائح تنفيذية¹.

إلا أن هناك ثغرات في هذه القوانين كونها لا تقدم تعريفات محددة لا لبس فيها، تفصل ما هي الحقوق والخدمات التي تكفلها للأطفال، كما أنها لا تتناول كيفية الحصول العادل والمتكافئ للفتات الضعيفة والمهمشة من الأطفال على الموارد والخدمات، ومن هو المسؤول إذا لم تتم صيانة هذه الحقوق، ففي كثير من الحالات، كانت صلاحيات المؤسسات الحكومية المختلفة غير واضحة، ومتناقضة مع بعضها البعض، وغير موجودة أو زائدة عن الحاجة، هذا إضافة إلى أن القوانين البريطانية والأردنية والمصرية التي ما زالت نافذة وأحكام وإجراءات محكمة الشريعة تتعارض مع بعضها البعض في كثير من الأحيان من حيث التعريفات والمعايير والممارسات والصلاحيات، كما يستمر العمل بنظم العدالة غير الرسمية داخل البلاد. حيث تتم معالجة العديد من حالات انتهاك حقوق الطفل (الإساءة والعمالة والاعتداء) من خلال عمليات إجراءات الصلح وفي معظم هذه الحالات، فإن الطفل غير موجود ويتم التفاوض حول حقوق الأسرة دون إعطاء الأولوية لمصلحة الطفل². وفيما يلي نظرة عامة للتشريعات الفلسطينية المتعلقة بالأطفال:

1- قانون المجرمين الأحداث رقم (2) لسنة 1937م

يتكون القانون من (26) مادة، والقانون صدر عن المندوب السامي البريطاني بصفته القائم بإدارة الحاكم، وكان معمولاً به في قطاع غزة، ولا ينسجم القانون مع التطور الحاصل في مجال المعاملة العقابية للأحداث، بالإضافة أنه لا يتفق مع اتفاقية حقوق الطفل، وبالرجوع للقانون نجد أن ثمة تفرقة بين مراحل الطفولة فيه، فلم يكتفي باستخدام مصطلح الحدث أو الطفل، بل استخدم مصطلحات ثلاثة بحسب الفئة العمرية للطفل، ولد (أقل من 14 سنة)، حدث (14-16)، فتى (16-18) بحسب نص المادة (2) من القانون. فالمشكلة المتعلقة بالأحداث الجانحين لم يتم معالجتها، فما زال قانون المجرمين الأحداث رقم (2) لسنة 1937م ساري المفعول في قطاع غزة، ومن المعروف أن القانون قديم وتعامله مع ظاهرة جنوح الأحداث كظاهرة إجرامية تتطلب الحزم والردع الاجتماعي، في حين تتعامل الفلسفة العصرية مع هذه الظاهرة كظاهرة اجتماعية تستدعي الرعاية والوقاية والنظر للحدث الجانح كضحية، ومن الواجب ضرورة الإسراع في إلغاء هذا القانون، ومعالجة كافة الأحكام والإجراءات المتعلقة بالأحداث الجانحين ضمن قانون الطفل الفلسطيني، ومن الأفضل أن يجمع قانون الطفل بين حقوق الطفل وقضاء الأحداث، فمعالجة الموضوع في قانون واحد يعمل على سهولة العمل به، كما هو الحال في قانون الطفل المصري³.

¹ الجهاز المركزي للإحصاء الفلسطيني، واقع حقوق الطفل الفلسطيني، 2014م، ص23.

² تقرير حول تنفيذ السلطة الوطنية الفلسطينية لاتفاقية الأمم المتحدة لحقوق الطفل، الملخص التنفيذي، 2010م، ص5.

³ بتصرف: د. طارق الديراوي، مراجعة قانونية بشأن المعاملة العقابية للأحداث في التشريع الفلسطيني، مؤسسة الضمير لحقوق الإنسان، 2011م، ص2، ص15.

2- قانون إصلاح الأحداث رقم (16) لسنة 1954م

يتكون القانون من (28) مادة، وقد صدر في عهد الملك حسين بن طلال ملك الأردن، وكان معمولاً به في الضفة الغربية، وقد وضع القانون عدة تعريفات للطفل أو الحدث بحسب المرحلة العمرية، حدث (9-18 سنة)، ولد (9-13 سنة)، مراهق (13-15 سنة) بحسب نص المادة (2) من القانون، ويتشابه نص القانون مع قانون المجرمين الأحداث رقم (2) لسنة 1937م إلى حد كبير.

ولا ينسجم القانون مع الاتفاقيات أو المعاهدات الدولية ذات العلاقة ومنها اتفاقية حقوق الطفل، كونه سابقاً لوجودها، بالإضافة للسياسة الجنائية الحديثة في التعاطي مع جرائم الأحداث، وما زال القانون معمولاً به في الضفة الغربية حتى يومنا هذا.

3- قانون الطفل الفلسطيني رقم (7) لسنة 2004م

يتكون قانون الطفل الفلسطيني من (75) مادة، ويستند القانون في ديباجته على اتفاقية حقوق الطفل بما يشكل مواءمة مبكرة مع الاتفاقية. تم اعتماد قانون الطفل الفلسطيني وتم إعداد الخطة الوطنية لحقوق الطفل الفلسطيني من قبل سكرتارية الخطة الوطنية لحقوق الطفل والتي كانت جزءاً من وزارة التخطيط في حينها، حيث تم في العام 2009م انتقال ملف حقوق الطفل لوزارة الشؤون الاجتماعية، والتي قامت بدورها بمتابعة موضوع التعديلات على قانون الطفل الفلسطيني لضمان الإلزامية والمسؤولية ومزيد من التوافق والانسجام مع ميثاق الأمم المتحدة لحقوق الطفل، وفي العام 2010م أصدرت السلطة الوطنية الفلسطينية تقريرها الأول حول تنفيذ اتفاقية حقوق الطفل في الأراضي الفلسطينية المحتلة بجهود وطنية ضمت جميع المؤسسات الفلسطينية ذات العلاقة¹.

ويعرف قانون الطفل الفلسطيني الطفل بأنه كل إنسان دون الثامنة عشرة من العمر، ومع ذلك، فهناك عدة قوانين لديها تعريفات ومعايير مختلفة للطفل. ويعتبر التعليم إلزامياً للأطفال حتى الصف العاشر (قانون الطفل الفلسطيني)، في حين يعتبر القانون التعليم إلزامياً حتى سن 15 عاماً، يصل سن المسؤولية الجزائية في قانون الطفل الفلسطيني إلى سن تسع سنوات (يجري تعديله حالياً)؛ في حين تحدد قوانين الأحداث الحالية سن المسؤولية الجزائية إلى أكثر من (14) عاماً².

4- قرار بقانون رقم (19) لسنة 2012م بشأن تعديل قانون الطفل الفلسطيني

بناءً على تنسيب من مجلس الوزراء الفلسطيني، وسد للثغرات القانونية الموجودة في قانون الطفل الفلسطيني، صدر القرار بقانون بشأن تعديل قانون الطفل الفلسطيني، والذي احتوى على تعديل (27) مادة من مواد قانون الطفل الفلسطيني، ويعد تعديل القانون في مجمله تماشياً مع السياسة الجنائية الحديثة وتطويراً للمنظومة القانونية.

5- قرار بقانون رقم (4) لسنة 2016م بشأن حماية الأحداث.

صدر في العام 2016م القرار بقانون بشأن حماية الأحداث والذي يعد الأحدث من نوعه بشأن حماية الأحداث والأكثر مساهمة للقوانين الحديثة، ومواءمة مع اتفاقية حقوق الطفل والمواثيق الدولية ذات العلاقة، حيث عرف القرار الحدث "الطفل الذي لم يتجاوز (18) سنة ميلادية كاملة وقت ارتكابه فعلاً مجرمًا أو عند وجوده في إحدى حالات التعرف للانحراف" وهو ما يتفق مع تعريف اتفاقية حقوق الطفل، ومع قانون الطفل الفلسطيني.

¹ الجهاز المركزي للإحصاء الفلسطيني، واقع حقوق الطفل الفلسطيني، 2013م، ص 17.

² تقرير حول تنفيذ السلطة الوطنية الفلسطينية لاتفاقية الأمم المتحدة لحقوق الطفل، الملخص التنفيذي، 2010م، ص 7.

ويتكون القانون من (68) مادة، ويعد أول قانون يصدر بعد انضمام فلسطين لاتفاقية حقوق الطفل، ومن أهم المواد التي تم تعديلها وفقاً لهذا القانون، ما نصت عليه المادة (10) والتي توجب توكيل محامي للحدث في جميع الجنايات والجرح، والمادة (12) والتي تنص على خفض مدة التقادم في جرائم الأحداث إلى النصف، على خلاف مدة التقادم المنصوص عليها في قانون الإجراءات الجزائية رقم (3) لسنة 2001م، بالإضافة للمادة (36) من القانون، والتي تقسم التدابير ضد الحدث الجانح بحسب الفئة العمرية، فتتخصص طبقاً للمادة التدابير بحق الحدث الجانح الذي لم يتم الخامسة عشر من عمره في التوبيخ والتسليم والإلحاق بالتدريب المهني والالزام بواجبات معينة والاختبار القضائي والمراقبة الاجتماعية والإيداع في المشافي المتخصصة. وختاماً، فإنه يمكن القول أن قانون الطفل الفلسطيني مع تعديلاته يمثل إضافة نوعية للمنظومة القانونية الفلسطينية، وذلك اعتماداً على السياسة الجنائية المعاصرة، ومواءمته لاتفاقية حقوق الفل، بينما يعد القرار بقانون بشأن حماية الأحداث تطوراً هاماً في المنظومة التشريعية المتعلقة بالأحداث الجانحين، ومراعاة مصلحة الحدث الجانح والمجتمع على حد سواء باتخاذ تدابير هامة وملائمة للحد من جنوح الأحداث. في حين أن كلاً من قانون المجرمين الأحداث وقانون إصلاح الأحداث يعتمد على السياسة العقابية القديمة، ومن الواجب إيقاف العمل بها.

3.1. حقوق الطفل وفقاً لاتفاقية حقوق الطفل

بعد عشر سنوات من الإعداد لاتفاقية حقوق الطفل تمخضت في النهاية عن مشروع جرت القراءة الثانية في ديسمبر 1988م وتجهز للعرض على الأمم المتحدة، وقد قبلته لجنة حقوق الإنسان في مارس 1989م ثم المجلس الاقتصادي والاجتماعي الذي أحاله إلى الجمعية العمومية للأمم المتحدة، والتي وافقت عليها في 20 تشرين الثاني 1989م على اتفاقية حقوق الطفل، والتي قد تضمنت جميع المواد والنصوص الواردة لصالح الطفل في جميع الإعلانات والعهود الدولية السابقة لها، لذلك حرصت ديباجة الاتفاقية على الإشارة لها، على اعتبار أن الطفل يتمتع بالحماية الواردة في جميع هذه المواثيق، وتتكون الاتفاقية من ديباجة وأربعة وخمسين مادة، هي عبارة عن مجموعة كبيرة من الحقوق المدنية والسياسية والاجتماعية والاقتصادية والثقافية الواجب كفالتها للطفل دون تمييز¹.

وتعد اتفاقية حقوق الطفل أول اتفاقية تحدد سن الطفل بشكل واضح وصریح وهو ثمانية عشر عاماً، بحسب المادة رقم (1) من الاتفاقية، وهو ما يتفق مع نص المادة رقم (1) من قانون الطفل الفلسطيني رقم (7) لسنة 2004م، والمادة رقم (2) من القرار بقانون رقم (19) لسنة 2012م بشأن تعديل قانون الطفل الفلسطيني، بالإضافة لاتفاقه مع تعريف الحدث كما نصت المادة رقم (1)² من القرار بقانون رقم (4) لسنة 2016م بشأن حماية الأحداث في فلسطين.

وفي إطار النص على حقوق الطفل وحمايتها وفقاً لاتفاقية الطفل، فرقت الاتفاقية بين طائفتين من الأطفال فالأولى تتمثل في أطفال يعيشون في ظل ظروف عادية، والثانية تمثل أطفال يعيشون في ظل ظروف خاصة وتتمثل هذه الظروف في الطفل المعاق والطفل اللاجئ والطفل الذي ينتمي إلى أقلية اثنيه أو دينية أو ثقافية وكذا الطفل الجانح، والطفل الذي يعيش في نزاعات المسلحة³.

¹ سمر عبد الله، حقوق الطفل في الإسلام والاتفاقيات الدولية، رسالة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، 2003م، ص 145.

² مادة رقم (1) قرار بقانون رقم (4) لسنة 2016 بشأن حماية الأحداث

"الحدث: الطفل الذي لم يتجاوز (18) سنة ميلادية كاملة وقت ارتكابه فعلاً مجرماً أو عن وجوده في إحدى حالات التعرض للانحراف".

³ د. والي عبد اللطيف، حقوق الطفل في الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل 1989 وآليات الرقابة على تطبيقها، مجلة الدراسات السياسية والقانونية، العدد الرابع، الجزائر، 2016م، ص 171.

وباستقراء نصوص اتفاقية حقوق الطفل، نجد أنها أقرت نوعين من الحقوق، حقوق أساسية وعامة لا تقتصر على الطفل بوجه خاص، كالحق في الحياة والحق في الحماية، تناولها أيضاً قانون الطفل الفلسطيني رقم (7) لسنة 2004م في الفصل الثاني منه. وحقوق خاصة بالطفل، كالحق في الرعاية الأسرية والحماية الخاصة بالطفل. وما سنتناوله تفصيلاً مقارنة بما نص عليه قانون الطفل الفلسطيني:

- الحقوق الأساسية للطفل

1- الحق في المساواة

نصت الفقرة الأولى من المادة رقم (2)، والمادة (30) من الاتفاقية على الحق في المساواة وعدم التمييز بين الأطفال على أساس الجنس أو اللون أو اللغة أو الدين أو الرأي السياسي أو الأصل القومي أو الإثني أو الاجتماعي أو الثروة. وقد نص قانون الطفل الفلسطيني على حق الطفل في المساواة في معرض بيان أهداف القانون كما نصت المادة (2) من القانون، وتطابقت بشكل شبه كامل المادة (3) من القانون مع نص اتفاقية حقوق الطفل، بحيث يتمتع كل طفل بكافة حقوقه دون تمييز بسبب جنسه أو لونه أو جنسيته أو دينه أو لغته أو أصله القومي أو الديني أو الاجتماعي أو ثروته أو إعاقته أو مولده أو والديه، أو أي نوع آخر من أنواع التمييز، وذلك بمهدف تأمين المساواة الفعلية والانتفاع بكافة الحقوق الواردة في القانون.

2- الحق في الحياة

نصت المادة (6) من الاتفاقية على الحق في الحياة والبقاء والنمو "1- تعترف الدول الأطراف بأن لكل طفل حقاً أصيلاً في الحياة، 2- تكفل الدول الأطراف إلى أقصى حد ممكن بقاء الطفل ونموه". وهو ذات ما جاءت به المادة (11) من قانون الطفل الفلسطيني "1- لكل طفل الحق في الحياة وفي الأمان على نفسه، 2- تكفل الدولة إلى أقصى حد ممكن نمو الطفل وتطوره ورعايته".

3- الحق في الحفاظ على الهوية واكتساب الجنسية

نصت المادة (8) من الاتفاقية على حق الطفل في الحفاظ على هويته بما يشمل اسمه وجنسيته وصلاته العائلية، وتقديم الدولة المساعدة للطفل في إعادة إثبات هويته حال فقدها. وذاته ما نصت عليه المواد (15-18) من قانون الطفل الفلسطيني، والتي اشتملت على حق الطفل في تسجيل اسمه فور ولادته في السجل المدني، ومنحه اسماً لا يتعارض مع العقائد الدينية أو الكرامة الإنسانية، وتكوين شخصية قانونية للطفل فور ولادته، ومنح الطفل الجنسية الفلسطينية وفقاً لأحكام القانون الخاص بذلك.

4- الحق في التعبير عن الرأي

نصت المادة (12-13) من الاتفاقية على حق الطفل في التعبير عن رأيه وحماية هذا الحقوق وضوابطه. وقد نصت على حق الطفل في التعبير عن رأيه في المادة (12) من قانون الطفل الفلسطيني، إلا أن المشرع الفلسطيني منح الطفل حرية التعبير عن رأيه وفقاً للنظام والآداب العامة، وهو ما لا يتعارض مع ما نصت عليه الاتفاقية والتي نصت "يجوز إخضاع هذا الحق لبعض القيود، بشرط أن ينص القانون عليها وأن تكون لازمة لتأمين 1- احترام حقوق الغير أو سمعتهم، 2- حماية الأمن الوطني أو النظام العام أو الصحة العامة أو الآداب العامة".

5- الحق في حرية الفكر والوجدان والدين

نصت المادة (14) من الاتفاقية على حرية الطفل في تكوين فكره ومعتقده ووجدانه، وقد ورد في مضمون المادة (2) من قانون الطفل الفلسطيني ما ينص على الاعتزاز بالهوية الوطنية والقومية والدينية والولاء لفلسطين، دون الارتقاء بمستوى نص المادة لاتفاقية حقوق الطفل.

- 6- الحق في تكوين الجمعيات والاجتماع السلمي
نصت المادة (15) على حق الطفل في حرية تكوين الجمعيات والاجتماع السلمي. وبذات المضمون نصت المادة (34) من قانون الطفل الفلسطيني على حق الطفل في تكوين الجمعيات وعقد الاجتماعات العامة، وأي حق تكوين الجمعيات الخاصة والنوادي ضمن الحقوق الثقافية للطفل المنصوص عليها في القانون.
- 7- الحق في صون الشرف
نصت المادة (16) من الاتفاقية على حماية الطفل من إي إجراء تعسفي أو غير قانوني يمس حياته الخاصة أو الشرف أو السمعة. فيما لا ينص قانون الطفل الفلسطيني صراحة على صون الشرف للطفل، بينما نص على ذلك في تشريعات أخرى.
- 8- الحق في الحصول على المعلومات
نصت المادة (17) من الاتفاقية على أهمية المعلومة في الرفاهية الاجتماعية والثقافية للطفل وحقه في الحصول عليها. ويتساوى نص الاتفاقية بشأن حق الطفل في الحصول على المعلومات مع الفصل السادس من قانون الطفل الفلسطيني والمتعلق بالحقوق الثقافية للطفل في المواد (33-36) من القانون، وعلى رأسها حق الطفل في الحصول على جميع أنواع المعلومات، والمشاركة الواسعة في البرامج الثقافية والعلمية التي تتفق مع النظام العام والآداب العامة، وحظر نشر أو عرض أو حيازة أي معلومات مطبوعة أو مرئية أو مسموعة تشجع الطفل على مخالفة النظام العام أو الآداب العامة، أو الانحراف.
- 9- الحق في التمتع بأعلى مستوى صحي
نصت المادة (24-25) من الاتفاقية على حق الطفل بالتمتع بأعلى مستوى صحي، وتوفير مرافق علاج الأمراض وإعادة التأهيل الصحي. وعلى ذلك نصت المادة (6) من قانون الطفل الفلسطيني والتي نصت على التزام الدولة بحق الطفل في الحصول على خدمات ومرافق صحية مناسبة، في حين تناول القانون في الفصل الرابع منه الحقوق الصحية للطفل في المواد (22-28)، بحيث يتمتع الطفل الفلسطيني ببطاقة تأمين صحي ويعفى من رسوم تطعيم الأطفال، ولا تنحصر الحقوق الصحية للطفل في اتخاذ التدابير العلاجية والوقائية فحسب، بل تشمل الإرشاد الصحي المتعلق بصحة الطفل وتغذيته وحمايته.
- 10- الحق في الانتفاع من الضمان الاجتماعي
نصت المادة (26) من الاتفاقية على حق الطفل من الانتفاع بالضمان والتأمين الاجتماعي، في حين نصت المادة (27) من الاتفاقية على حق الطفل في توفير مستوى معيشي ملائم لنموه البدني والعقلي والروحي والمعنوي والاجتماعي. وقد خصص المشرع الفلسطيني للحقوق الاجتماعية للطفل فصلاً كاملاً ضمن قانون الطفل الفلسطيني في المواد (29-32) والتي تناولت حق الطفل في مستوى معيشي ملائم لنموه، والالتزام الدولة بتوفير الحقوق الاجتماعية من الطعام والشراب والكسوة والمسكن والتعليم والتطبيب اللازم لذلك.
- 11- الحق في التعليم
نصت المواد (28-29) من الاتفاقية على حق الطفل في التعليم بمراحله المتعددة وأهمية التعليم في تنمية الطفل ومواهبه. وقد تطرق قانون الطفل الفلسطيني للحق في التعليم لأهميته في مواضع عدة من القانون، منها المادة (6) والتي تلزم الدولة بتهيئة الظروف المناسبة التي تكفل للطفل الحق في التعليم، بالإضافة لتناول الحقوق التعليمية تفصيلاً في الفصل السابع من القانون في المواد (37-41)، بحيث يكون التعليم مجانياً للطفل حتى مرحلة التعليم الثانوي، ويكون التعليم إلزامياً حتى المرحلة الأساسية بحد أدنى، وتتخذ تدابير من شأنها تعزيز حق الطفل بالتعليم ومنع التسرب من المدارس.

- الحقوق الخاصة بالطفل

أ- الحق في مراعاة المصالح الفضلى للطفل

نصت الفقرة الأولى من المادة (3) من الاتفاقية على وجوب مراعاة المصلحة الفضلى أو العليا للطفل في كافة الإجراءات التي تمس الطفل. ويقابلها ما نصت عليه المادة رقم (4)، (21) من قانون الطفل الفلسطيني، بحيث يجب مراعاة مصلحة الطفل الفضلى أو العليا وحاجات الطفل النفسية والبدنية والعقلية والأدبية في أي إجراءات أو تدابير تتخذها الهيئات التشريعية أو المحاكم أو السلطات الإدارية أو مؤسسات الرعاية الاجتماعية العامة أو الخاصة.

ب- الحق في احترام مسؤوليات وواجبات وحقوق الوالدين

نصت الفقرة الثانية من المادة (3)، والمادة (5) على وجوب التزام الدولية لمسؤوليات وواجبات وحقوق الوالدين أو من ينوب عنهم من الأوصياء أو الوكلاء القانونيين، وتقديم الدولة المساعدة لهم بما يساعدهم في الوفاء بمسؤولياتهم في تربية الطفل بحسب نص المادة (18) من الاتفاقية. وهو ذات ما نصت عليه المادة (5)، (9)، (19) من قانون الطفل الفلسطيني، بحيث ينص القانون على تشجيع الوالدين أو من يقوم مقامهم على القيام بمسؤولياتهم ومنحهم حقوق المنصوص عليها قانوناً وإشراكهم في تنمية وتطوير مهارات الطفل والحفاظ على مكتسباته، وتعزيز حقوقه.

ج- الحق في الرعاية الأسرية

نصت الفقرة الأولى من المادة (9) من الاتفاقية على حق الطفل في الرعاية الأسرية وعدم فصل الطفل عن والديه إلا لمصلحة الطفل الفضلى وبناء على قرار من السلطات المختصة، بما يضمن وحدة شمل الأسرة. وقد تناول قانون الطفل الفلسطيني الحقوق الأسرية للطفل في الفصل الثالث من القانون في المواد (19-21).

د- الحق في الحماية الخاصة للطفل

وتشمل هذه الحماية، الحماية من الإتجار بالأطفال كما نصت الفقرة الأولى من المادة (11) من الاتفاقية. كما نصت المادة (19) على حق الطفل في الحماية من كافة أشكال العنف، ولم تكتفي الاتفاقية بالتدابير العلاجية، بل نصت على وجوب اتخاذ تدابير وقائية بحسب الحاجة لحماية الطفل من العنف بأشكاله. كذلك الحماية من الاستغلال الاقتصادي طبقاً للمادة (32)، وحماية الأطفال من الاستخدام غير المشروع للمواد المخدرة والمواد المؤثرة على العقل بحسب نص المادة (33)، وحماية الطفل من الاستغلال الجنسي، والحماية من التعذيب والمعاملة اللاإنسانية والعقوبات القاسية كما نصت الفقرة الأولى من المادة (37) من الاتفاقية.

وشمل قانون الطفل الفلسطيني في طياته العديد من المواد المتعلقة بالحماية الخاصة للطفل، ومنها المادة (7) والخاصة بتوفير الحماية للطفل في حالات الطوارئ والكوارث والنزاعات المسلحة، والمادة (14) والمتعلقة بحظر تشغيل الأطفال قبل بلوغهم سن الخامسة عشرة، والمادة (27) بشأن حماية الطفل من التدخين والكحول والمواد المخدرة، بالإضافة لتناول الحق في الحماية تفصيلاً في الفصل الثامن من القانون في المواد (42-49) والتي شملت الحماية والتدابير الوقائية من العنف بأشكاله، واستغلال الطفل بأنواعه، وحماية الطفل من كل ما يهدد سلامته البدنية والنفسية، والحماية من الانحراف والجناح، وحظر استخدام الأطفال في الأعمال العسكرية والنزاعات المسلحة.

بينما نص الفصل التاسع من القانون في المواد (50-57) على آليات الحماية والتي تشمل إنشاء دائرة حماية الطفل بوزارة الشؤون الاجتماعية ومهام مرشدي الطفولة اختصاصاتهم، في حين تناول الفصل العاشر من القانون في المواد (58-66) تدابير الحماية وما يجب على مرشد الطفولة القيام به في إطار مهمته في حماية الطفل.

ع- الحق في الرعاية البديلة

وهذا الحق خاص بالطفل الذي تتوفر لديه بيئة أسرية غير مناسبة، أو لا يملك بيئة أسرية، ويتمثل الحق في إيجاد بيئة أسرية بديلة للطفل كما نصت المادة (20). وكذلك أعمال نظام التبني في الدول التي تقره وتجزئه وفقاً لقانونها الوطني طبقاً لنص الفقرة الثانية من المادة (21).

وقد عد قانون الطفل الفلسطيني الرعاية البديلة من الحقوق الاجتماعية للطفل المحروم من البيئة العائلية الطبيعية، وقد نصت المادة (32) من القانون على حق الطفل في الرعاية البديلة من خلال أسرة حاضنة أو مؤسسات الرعاية الاجتماعية العامة أو الخاصة.

وختاماً، وعلى الرغم من التطور الهائل في المنظومة العالمية في حماية حقوق الطفل، إلا أن السبق في ذلك للشريعة الإسلامية الغراء، التي منحت الطفل حقوقاً أعم وأشمل من تلك المنصوص عليها في الاتفاقيات الدولية والقوانين الوطنية.

ويمتاز التشريع الإسلامي دون غيره بالقيمة الأخلاقية التي يبدو أثرها جلياً في تقييد كل حق بما يمنع الإضرار بحقوق الآخرين، ومن هنا كان اعتناء الإسلام بالواجبات، لما بينها وبين الحقوق من تلازم، لأن المكلف بالقيام بما هو عليه من واجبات يكون في الحقيقة مؤدياً لحقوق غيره، فلا يوجد حق إلا ويقابله واجب، كما أن ارتباط الحق بالشارع يزيد من ضمانه وتوثيقه، إذ هو مقرر من الله تعالى، وحمائته واجبة على المؤمنين فرداً وجماعة، والحقوق التي قررها الله سبحانه وتعالى للإنسان شاملة لكل مراحل حياته وأطواره، بالإضافة أنها متضمنة لكل ما يحقق ويكفل كرامة النوع الإنساني بلا استثناء¹.

4.1. واجبات فلسطين كدولة عضو في اتفاقية حقوق الطفل

حرصت السلطة الفلسطينية منذ نشأتها في العام 1993م بناءً على اتفاقية أوسلو إلى تصويب النظام القانوني الفلسطيني والذي مر بمرحلة سابقة غير مستقرة، وذلك من خلال إنشاء المجلس التشريعي الفلسطيني كسلطة تشريعية، وبناء هيكل السلطة التنفيذية، والنظام القضائي.

أما على الصعيد الدولي، توالت الجهود الدولية والدبلوماسية الفلسطينية لفتح سفارات فلسطينية في دول العالم، واعتراف دول العالم بالسلطة الفلسطينية، إلا أن ذلك على أهميته لم يكن كافياً، خاصة في ظل تزايد جرائم الاحتلال الإسرائيلي وانتهاك السيادة الفلسطينية وتعثر مسار المفاوضات الفلسطينية - الإسرائيلية، بالإضافة لعدم احترام إسرائيل للقانون الدولي الإنساني، والقانون الدولي لحقوق الإنسان.

كل ذلك كان مدعاة للتوقيع والانضمام إلى مجموعة من الاتفاقيات الدولية في العام 2014م، أهمها نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، ومنها اتفاقية حقوق الطفل. وذلك بناء على نيل صفة الدولة غير العضو في الأمم المتحدة في العام 2012م، وهو ما أكدت عليه السلطة الفلسطينية منذ نشأتها بسعيها لتطبيق المعايير والأسس الدولية ذات العلاقة بحقوق الإنسان، ويظهر ذلك جلياً في الفقرة الثانية من المادة (10) من القانون الأساسي الفلسطيني التي تنص على " أن السلطة الوطنية ستعمل دون إبطاء على الانضمام إلى الإعلانات والمواثيق الإقليمية والدولية التي تحمي حقوق الإنسان".

وتكمن أهمية هذه الاتفاقيات في تعزيز حقوق الإنسان وطنياً، ومسايرة التشريعات الوطنية مع الاتفاقيات الدولية. ودولياً فيما يتعلق بعلاقة الدولة الفلسطينية مع إسرائيل وما يترتب على ذلك من مسؤوليات وواجبات، وآليات الرقابة على ذلك، والحد من الانتهاكات الإسرائيلية للحقوق الواردة في الاتفاقيات الدولية.

¹ بتصرف: سمر عبد الله، حقوق الطفل في الإسلام والاتفاقيات الدولية، رسالة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، 2003، ص 23-25.

واتفاقية حقوق الطفل كأي معاهدة أو اتفاقية دولية تلزم أعضائها بمجموعة من الالتزامات الدولية من الواجب الوفاء بها طبقاً لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين، وترتب المعاهدات عادةً مسؤولية دولية على الدولة العضو حال عدم الوفاء بالالتزامات الدولية، وعلى ذلك نصت اتفاقية فيينا للمعاهدات الدولية في المادة (26) "كل معاهدة نافذة تكون ملزمة لأطرافها وعليهم تنفيذها بحسن نية".

تقدم اتفاقية حقوق الطفل عدداً من الضمانات المختلفة المتعلقة بهذه الحقوق إلى الطفل وإلى المجتمع، ويقابل كل حق من هذه الحقوق التزامات معينة من جانب الدول، ولا بد من فحص طبيعة التزامات الدولة ونطاق هذه الالتزامات بموجب الاتفاقية والتشريعات الوطنية المتعلقة بحقوق الطفل.

وباستقراء نص اتفاقية حقوق الطفل لعام 1990م يمكن إجمال التزامات فلسطين الدولية كدولة عضو في الاتفاقية، كالآتي:

1- مواءمة التشريعات الوطنية مع الاتفاقية

يعرف البروفيسور jaap doek المواءمة التشريعية بكونها التزام دولي " إجراء مراجعة تحليلية للتشريعات القائمة المهمة للطفل، من أجل تحديد الأحكام القانونية التي لا تتفق مع اتفاقية حقوق الطفل، وكذلك أوجه القصور والثغرات، وينبغي أن يتم هذا الاستعراض بشكل منهجي مع التشريعات الجديدة، وليس فقط تلك التي لها صلة مباشرة للأطفال، وذلك لتجنب اعتماد قوانين أو تعديلات على القوانين التي ليست في وتمشيا مع التزامات اتفاقية حقوق الطفل"¹، بحيث لا ينبغي مواءمة القوانين الوطنية مع اتفاقية حقوق الطفل أن يقتصر على نشاط مرة واحدة، ولكنها توفر لعملية مستمرة ومتسقة. بينما عرفها آخرون بأنها " تفويض الاتفاقية للدول الأطراف باتخاذ جميع التدابير التشريعية والإدارية وغيرها من التدابير الملائمة لإعمال الحقوق الواردة فيها" وتهدف لتأكيد الدولة من أنها تعكس التزاماتها بموجب المعاهدة المصدق عليها، وغالباً ما يتم من خلال الأمة تعديل الدستور أو إصدار جديد تشريع يمنح القانون الدولي القيمة القانون للوطن، وتهدف أيضاً للحد من التباين بين أحكام وإجراءات القوانين الوطنية وأحكام اتفاقية حقوق الطفل. وهناك مستويات مختلفة في التي المواءمة، يمكن تحقيقها:

1. مراجعة واسعة من القوانين والسياسات القائمة وتوحيد القوانين المتعلقة بالأطفال في مجموعة واحدة من التشريعات.
2. إجراء التعديلات أو إعادة صياغة القوانين المتعلقة بالأطفال.²

وأشار jaap إلى أنه في معظم البلدان، والتشريعات ذات الصلة بحقوق الأطفال تندرج المواءمة تحت مسؤولية وزارات مختلفة؛ التعليم، والصحة، الشؤون الاجتماعية والعدل وغيرها، وأضاف أن مواءمة النصوص القانونية الوطنية مع اتفاقية حقوق الطفل في هذا المجال ليس بالهين. خاصة في مجال العنف واستغلال الأطفال، حيث يأخذ أشكالاً مختلفة ويحدث في حالات مختلفة، وعلاوة على ذلك، فإن بعض أحكام اتفاقية حقوق الطفل هي محددة التدابير بنص الاتفاقية، وقد حددت الاتفاقية طريقة المواءمة وآلياتها، مثل العنف في الأسرة وغيرها من أماكن الرعاية في المادة (19) من الاتفاقية، في حين أن أحكام بعض المواد، وبخاصة المواد (33-36) جاءت صياغتها بلغة العامة، وهذا يترك للدول الكثير من الحرية لتقرر ما هو نوع من الأحكام القانونية الوطنية التي تتماشى مع اتفاقية حقوق الطفل، وفي المحصلة المواءمة تنطوي على أكثر بكثير من مجرد نسخ اتفاقية حقوق الطفل.³ ويترتب على انضمام الدولة العضو وتصديقها على الاتفاقية جعل القواعد المنصوص عليها في المعاهدة الدولية من القواعد الآمرة التي لا

1 Jaap E Doek, Harmonisation of national laws with the Convention on the Rights of the child: Some observations and suggestions, page 6.

2 Harmonising Laws on Children in West and Central Africa, The African Child Policy forum (ACPF), page 8 .

³ ترجمة الباحث. Jaap E Doek, Previous reference, page 10.

يجوز الاتفاق على مخالفتها، أي كانت القيمة القانونية للمعاهدة الدولية في القانون الوطني، ولمنع هذا التعارض لابد للدولة العضو مواءمة تشريعها الوطني مع الاتفاقية الدولية وفقاً لتشريعها الداخلي. وطبقاً لتنوع التشريعات الوطنية فقد تعدد وسيلة المواءمة بحسب وسيلة الدولة العضو في المواءمة، وتنوع وسائل المواءمة إلى المواءمة التلقائية، والمواءمة التشريعية، والمواءمة بالإحالة¹. فلسطينياً، لم يحدد القانون القيمة التشريعية الممنوحة للمعاهدة الدولية، وخلا القانون الفلسطيني من النص على وسيلة مواءمة التشريعات، إلا أن المعمول به هو تعديل التشريعات الوطنية في المعاهدات الدولية، وهو ما يعرف بالمواءمة التشريعية. وعلى الرغم من أهمية مواءمة التشريعات الوطنية مع الاتفاقية كالتزام دولي على الدول العضو، إلا الغاية من الاتفاقية هي تنفيذ الاتفاقية واحترام الحقوق الواردة فيها، وهو ما يظهر جلياً في نص المادة (27) من اتفاقية فيينا " لا يجوز لطرف في معاهدة أن يحتج بنصوص قانونه الداخلي كمبرر لإخفاقه في تنفيذ المعاهدة".

وهو الالتزام الدولي الثاني على الدول الأعضاء في الاتفاقية ومنها فلسطين.

2- وضع الحقوق الواردة في الاتفاقية موضع التنفيذ

بعد مواءمة الدولة لتشريعاتها الوطنية مع الاتفاقية، تبدأ السلطة التنفيذية والقضائية وضع الاتفاقية متمثلة في القانون الوطني موضع التنفيذ من خلال الجهات المختصة ذات العلاقة. بحيث تراقب تنفيذ الاتفاقية لجنة حقوق الطفل التابعة للأمم المتحدة المكونة من أعضاء من مختلف دول العالم، وعلى حكومات الدول التي أقرت الاتفاقية إرسال تقارير والمثول أمام لجنة حقوق الطفل بشكل دوري ل يتم فحص مدى التقدم في تطبيق الاتفاقية ووضع حقوق الأطفال في تلك الدول². ويمكن اعتبار موافقة الدولة على الاتفاقية (بتصديقها عليها أو الانضمام إليها)، إقراراً بالالتزام الدولة العضو بحماية وضمان حقوق الأطفال، وموافقتها على تحمل مسؤولية هذا الالتزام أمام المجتمع الدولي. وتلزم الاتفاقية الدول الأطراف بتطوير وتنفيذ جميع إجراءاتها وسياساتها على ضوء المصالح الفضلى للطفل.

ويشمل تنفيذ الاتفاقية جميع الحقوق الواردة، بحيث لا تقبل التجزئة، ويبدأ تنفيذ الاتفاقية من احترام كافة الحقوق المشمولة بالحماية في الاتفاقية، واتخاذ التدابير المنصوص عليها في الاتفاقية لحماية حقوق الطفل من خلال إنشاء الهيئات المتخصصة وتوفير الميزانيات التشغيلية، والمرافق العامة الخاصة بالصحة والتعليم والتي من شأنها تحسين المستوى الصحي والتعليمي والثقافي للطفل وغيرها من الالتزامات التي وردت بمتن الاتفاقية في سبيل تعزيز رعاية الطفل وحمايته.

وينتج عن وضع الدولة العضو الحقوق الواردة في الاتفاقية موضع التنفيذ التزامان، الأول سلمي، ويعني أن تتمتع الدولة عن اتخاذ أي من التدابير التي تحول دون تمتع الطفل بأي من الحقوق المنصوص عليها في الاتفاقية، وهو التزام من قبل الدولة بما ينبغي ألا تفعله.

أما الالتزام الإيجابي، يعني إزام الدولة بالقيام بواجباتهم من خلال توفير المرافق العامة والميزانيات الخاصة والكوادر البشرية المؤهلة وغيرها مما تفرضه عليها طبيعة الحقوق الواجب حمايتها.

¹ راجع: د. علي إبراهيم، النظام القانوني الدولي والنظام القانوني الداخلي، صراع أم تكامل، دار النهضة العربية، 1997م، ص 167.

راجع: د. صباح الكربولي، المعاهدات الدولية، إلزامية تنفيذها في الفقه الإسلامية والقانون الدولي، دار دجلة، 2010، ص 100.

² موسوعة ويكيبيديا، اتفاقية حقوق الطفل

https://ar.wikipedia.org/wiki/%D8%A7%D8%AA%D9%81%D8%A7%D9%82%D9%8A%D8%A9_%D8%AD%D9%82%D9%88%D9%82_%D8%A7%D9%84%D8%B7%D9%81%D9%84

5.1. مدى مواءمة التشريعات الفلسطينية مع اتفاقية حقوق الطفل

تعد حقوق الطفل هي جزء لا يتجزأ من حقوق الإنسان، غير أن الأطفال يحتاجون إلى حماية ورعاية خاصة بهم، لذلك جاءت الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل، التي أقرتها الجمعية العامة للأمم المتحدة ودخلت حيز التنفيذ في الثاني من أيلول عام 1990م من أجل بقاء الطفل وحمايته ونمائه، لتشكّل مع وثيقة عالم جدير بالأطفال، التي تشدّد على بداية مميزة للطفولة (الطفولة المبكرة)، والتعليم ذي النوعية الجيدة، ومشاركة الأطفال في التنمية البشرية، وغيرها من المواثيق الدولية ذات الصلة، الإطار القانوني الملزم للدول الموقعة والمصدقة عليها، ولتجعل تطبيقها وتعزيز الحقوق التي تنص عليها من مسؤولية الدولة والمجتمع معا.

وقد تعددت التشريعات الفلسطينية التي تتناول حقوق الطفل (الحدث) والجوانب الإجرائية التي تمثل ضمانات خاصة لهذه الفئة من المجتمع وفقاً للسياسة الجنائية المعاصرة، بدءاً من قانون المجرمين الأحداث رقم (2) لسنة (1937) والمعمول به في قطاع غزة، وقانون إصلاح الأحداث المعمول به في الضفة الغربية رقم (16) لسنة (1954)، مروراً بإقرار قانون الطفل الفلسطيني رقم (7) لسنة (2004)، وتعديلاته وفقاً للقرار بقانون رقم (19) لسنة (2012)، وانتهاء بإصدار قرار بقانون رقم (4) لسنة (2016) بشأن حماية الأحداث. بالإضافة لمواد القانون المتعلقة بالأحداث والمنصوص عليها ضمن قانون العقوبات وقانون الإجراءات الجزائية رقم (3) لسنة (2001).

لقد تطورت التشريعات الفلسطينية تطوراً إيجابياً رغم استمرار بعض الثغرات فيه لاسيما على مستوى التطبيق وتعطيل المجلس التشريعي الفلسطيني، غير أن الجهود مستمرة لمواءمة هذه التشريعات مع اتفاقية حقوق الطفل. لذلك جاءت القرار بقانون رقم (4) لسنة 2016م نتيجة تعديل أو إلغاء أو استحداث مواد جديدة كي تتطابق مع الاتفاقية، انطلاقاً من دراسة مقارنة بين اتفاقية حقوق الطفل والتشريعات الفلسطينية المتعلقة بالطفل، مع الأخذ بالاعتبار مبدأ مصلحة الطفل من جانب سلطات الدولة المختلفة.

وأهم هذه القوانين التي صدرت منذ انضمام فلسطين على اتفاقية حقوق الطفل، أي منذ العام 2014م، هي القرار بقانون رقم (4) لسنة 2016م، إلا أن مواءمة التشريعات الفلسطينية المتعلقة بالأطفال مع اتفاقية حقوق الطفل بدأت قبل انضمام فلسطين للاتفاقية في العام 2014م، وبالرجوع إلى ديباجة قانون الطفل الفلسطيني رقم (7) لسنة 2004م، نجد أنه تم الاستناد على اتفاقية حقوق الطفل في إصدار القانون آنذاك.

ويعرف الباحث مواءمة القوانين بأنها "إدخال المعاهدة أو الاتفاقية الدولية في النظام القانوني الداخلي بما يمنع التعارض ما بين القانون الوطني والاتفاقية الدولية، وذلك بإتباع الإجراءات القانونية الوطنية في سن التشريعات وتعديلها وإلغائها، وذلك في إطار التعاون الدولي لإيجاد منظومة قانونية موحدة وشاملة"، وعادةً ما تعد مواءمة التشريعات التزاماً تعاقدياً في الاتفاقيات الثنائية أو متعددة الأطراف، والتزاماً دولياً في الاتفاقيات الدولية، خاصة الاتفاقيات التي تمثل الإطار العام لحقوق الإنسان في القانون الدولي، ومنها اتفاقية حقوق الطفل.

وقد تم الإشارة إلى مواءمة التشريعات الوطنية للدول الأطراف في اتفاقية حقوق الطفل بشكل مباشر على سبيل المثال لا الحصر في نص المادة رقم (4) "تتخذ الدول الأطراف كل التدابير التشريعية والإدارية وغيرها من التدابير الملائمة لإعمال الحقوق المعترف بها في هذه الاتفاقية، وفيما يتعلق بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، تتخذ الدول الأطراف هذه التدابير إلى أقصى حدود مواردها المتاحة، وحيثما يلزم، في إطار التعاون الدولي"، كذلك في نص المادة (7/2) "تكفل الدول الأطراف أعمال هذه الحقوق وفقاً لقانونها الوطني والتزاماتها بموجب الصكوك الدولية المتصلة بهذا الميدان".

بالإضافة للإشارة بشكل غير مباشر في أغلب مواد الاتفاقية باستخدام ألفاظ متعددة منها، "تتخذ الدول الأطراف جميع التدابير المناسبة"، "تتحترم الدول الأطراف الحقوق الموضحة في هذه الاتفاقية"، "تكفل الدول الأطراف أن تتقيد المؤسسات والمرافق المسؤولة عن رعاية أو حماية الأطفال بالمعايير التي وضعتها السلطات المختصة"، "تعترف الدول الأطراف بحقوق الطفل"، "تضمن الدول الأطراف وفقاً لقوانينها الوطنية"، "توفر الدول الأطراف حسب ما تراه مناسباً التعاون مع أي جهود مبدولة من الأمم المتحدة"، "تتابع الدول الأطراف أعمال هذا الحق كاملاً"، "تعهد الدول الأطراف بتعزيز وتشجيع التعاون الدولي"، "تقوم الدول الأطراف في هذه الاتفاقية بتعزيز وتشجيع التعاون الدولي"، "تعزز عند الاقتضاء أهداف هذه المادة".

وأياً كان اللفظ المستخدم في صفة إلزام الدولة الطرف بمواءمة تشريعاتها الوطنية، والوفاء بالتزاماتها الناشئة عن الاتفاقية، فإنها تشير إلى اتجاه المجتمع الدولي في إنشاء جسم قانوني موحد بين الاتفاقيات الدولية ككل والقوانين الوطنية، وإضفاء صفة الإلزامية عليه.

وبالإطلاع على نصوص الاتفاقية نجد أن ثمة فارق في التدابير المتخذة من قبل الدول الطرف لحماية حقوق الطفل على اختلافها وتعددتها، فقد تركت الاتفاقية للدولة الطرف "اتخاذ التدابير الملائمة" عن إلزام الدولة بتوفير مراكز للأطفال اللاجئين كما نصت المادة (22) من الاتفاقية، ويتشابه ذلك بما جاء في نص المادة (21) حول تبني الأطفال "تتخذ جميع التدابير المناسبة"، وكذلك ما نصت عليه المادة (27) والمتعلقة بتوفير مستوى معيشي ملائم للطفل "تتخذ الدول الأطراف وفقاً لظروفها الوطنية وفي حدود إمكانياتها التدابير الملائمة من أجل مساعدة الوالدين وغيرهم من الأشخاص المسؤولين عن الطفل".

ويظهر جلياً أن الاتفاقية راعت تنوع الأنظمة القانونية في الحقوق غير الأساسية للطفل، إلا أن نصوص الاتفاقية أكدت بالنص على طبيعة التدابير التي تلتزم الدول الأطراف اتخاذها فيما يتعلق بالحقوق الأساسية للطفل، ومثلها ما جاء في نص المادة (4) والمتعلقة بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية للطفل "تتخذ الدول الأطراف كل التدابير التشريعية والإدارية وغيرها من التدابير الملائمة لإعمال الحقوق المعترف بها في هذه الاتفاقية، وفيما يتعلق بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، تتخذ الدول الأطراف هذه التدابير إلى أقصى حدود مواردها المتاحة، وحيثما يلزم، في إطار التعاون الدولي".

بالإضافة لحق الطفل بالحماية من كافة أشكال العنف، كما نصت المادة (19) "1- تتخذ الدول الأطراف جميع التدابير التشريعية والإدارية والاجتماعية والتعليمية الملائمة لحماية الطفل من كافة أشكال العنف أو الضرر أو الإساءة البدنية أو العقلية أو الإهمال أو المعاملة المنطوية على إهمال، وإساءة المعاملة أو الاستغلال، بما في ذلك الإساءة الجنسية، وهو في رعاية الوالد (الوالدين) أو الوصي القانوني (الأوصياء) عليه أو أي شخص آخر يتعهد برعاية الطفل. 2- ينبغي أن تشمل هذه التدابير الوقائية، حسب الاقتضاء، إجراءات فعالة لوضع برامج اجتماعية لتوفير الدعم اللازم للطفل ولأولئك الذين يتعهدون الطفل برعايتهم، وكذلك للأشكال الأخرى من الوقاية، ولتحديد حالات إساءة معاملة الطفل المذكورة حتى الآن والإبلاغ عنها والإحالة بشأنها للتحقيق ومعالجتها ومتابعتها وكذلك لتدخل القضاء حسب الاقتضاء".

وعلى صعيد الاتفاقيات الدولية، هناك تكامل في التشريع وارتباط في التطبيق، وهذا التكامل ينعكس على مواءمة التشريعات الوطنية مع الاتفاقيات الدولية، ومنها ما نصت عليه المادة (38) من اتفاقية حقوق الطفل والمتعلقة باحترام قواعد القانون الإنساني الدولي في المنازعات المسلحة، وتطبيقاً لذلك فقد نصت المادة (2) من الاتفاقية على حق الطفل في المساواة وعدم التمييز بغض النظر عن الجنس أو العرق أو الدين أو اللون أو الرأي السياسي، بينما نصت المادة (6) من نظام روما للمحكمة الجنائية الدولية على الجريمة بكونها جريمة إبادة جماعية متى وقعت بقصد إهلاك جماعة كلياً أو جزئياً على أساس الجنس أو العرق أو الدين أو اللون، ونصت المادة (77) من نظام روما على العقوبات المقررة لذلك.

فلسطينياً، على الصعيد الوطني، تعد مواءمة التشريعات المتعلقة بحقوق الطفل وفاءً بالالتزام القانوني الناشئ عن الانضمام للاتفاقية، أما دولياً، فإن ذلك يمنحها الحق في الاستفادة من المركز القانوني كعضو في الاتفاقية للمطالبة بالحد من انتهاكات حقوق الطفل ومخالفة نصوص الاتفاقية وارتكاب جرائم دولية خلافاً لنص الاتفاقية ونظام روما للمحكمة الجنائية الدولية، ومن هنا تكمن أهمية المواءمة.

وختاماً، وبمقارنة النصوص القانونية الواردة في اتفاقية حقوق الطفل وقانون الطفل الفلسطيني، وحقوق الطفل الواردة في كل منهما، فإن التطابق فيما بينهما يظهر لحد كبير، خصوصاً أن قانون الطفل الفلسطيني اعتمد في ديباجته على الاتفاقية، قبل نيل فلسطين صفة الدولة، وقبل تصديقها على الاتفاقية.

ويستثنى من ذلك الحقوق التي أوردتها الاتفاقية على وجه التخيير لا الإلزام، مراعاة لاختلاف وتنوع التشريعات الوطنية، والتي ولم يأخذ بها المشرع الفلسطيني في قانون الطفل لتعارضها مع الشريعة الإسلامية تطبيقاً لنص المادة (4) من القانون الأساسي المعدل، ومنها ما نصت عليه المادة (21) من الاتفاقية بشأن إعمال نظام التبني، حيث خلت نص المادة من صفة الإلزام بنصها "تضمن الدول التي تقرر أو تجيز نظام التبني إيلاء مصالح الطفل الفضلى الاعتبار الأول".

1.6. الخاتمة

بعد استعراض التشريعات الفلسطينية المتعلقة بالطفل، وحقوق الطفل وفقاً لاتفاقية حقوق الطفل ومقارنتها بما ورد مع التشريعات الفلسطينية، وواجبات فلسطين كدولة عضو في اتفاقية حقوق الطفل، ومدة مواءمة التشريعات الفلسطينية مع اتفاقية حقوق الطفل، وبناءً على ما سبق ذكره، نخلص للنتائج والاقتراحات التالية:

أولاً: النتائج

1- ظهر جلياً من خلال استعراض التشريعات الفلسطينية المتعلقة بالطفل ما بعد إنشاء السلطة الفلسطينية حرص السلطة التنفيذية متمثلة برئاسة السلطة على الالتزام باتفاقية حقوق الطفل، والسلطة التشريعية متمثلة بالمجلس التشريعي على مواءمة التشريعات الفلسطينية باتفاقية حقوق الطفل، والسلطة القضائية في فلسطين على تطبيق معايير خاصة مع الأطفال في ظل عدم وجود قضاء خاص وهو قضاء الأحداث.

2- أن قانون الطفل الفلسطيني بتعديلاته يأتي في إطار مواءمته مع اتفاقية حقوق الطفل، وتعديله ليشمل كافة الحقوق المنصوص عليها في اتفاقية حقوق الطفل باستثناء بعض الحقوق التي نصت عليه الاتفاقية على سبيل التخيير لا الإلزام، مثل إعمال نظام التبني. كما أن القرار بقانون رقم (4) لسنة 2016م بشأن حماية الأحداث يمثل تطوراً نوعياً في المنظومة التشريعية الفلسطينية ومسيرة للسياسة الجنائية الحديثة.

3- تعد مواءمة فلسطين للتشريعات المتعلقة بحقوق الطفل وفاءً بالالتزام القانوني الناشئ عن الانضمام للاتفاقية، بالإضافة لوضع الاتفاقية موضع التنفيذ، وذلك بمنحها الحق في الاستفادة من المركز القانوني كعضو في الاتفاقية للمطالبة بالحد من انتهاكات حقوق الطفل ومخالفة نصوص الاتفاقية وارتكاب جرائم دولية خلافاً لنص الاتفاقية ونظام روما للمحكمة الجنائية الدولية،

4- خلو القانون الفلسطيني من النص على طريقة الانضمام والتصديق على الاتفاقيات الدولية، وتحديد القيمة القانونية للاتفاقية الدولية وفقاً للقانون الوطني، بالإضافة لخلو القانون من النص على وسيلة مواءمة التشريعات.

5- أن المشكلة في فلسطين ليست في مواءمة التشريع أو الانضمام للاتفاقية، إنما تكمن في القصور في التنفيذ نتيجة لنقص الإمكانيات وعدم توفر الميزانيات اللازمة على الصعيد الداخلي، بالإضافة لمحدودية سيادة وصلاحيات الدولة الفلسطينية على أراضيها ومواردها الطبيعية وحدودها، بسبب الاحتلال الإسرائيلي وإجراءاته.

ثانياً: الاقتراحات

- 1- ضرورة إلغاء قانون المجرمين الأحداث رقم (2) لسنة 1937م، قانون إصلاح الأحداث رقم (16) لسنة 1954م، لعدم صلاحيتهما للتطبيق وعدم مساهمتهما للسياسة الجنائية المعاصرة، وعدم مواءمتهما لاتفاقية حقوق الطفل.
- 2- معالجة كافة الأحكام والإجراءات المتعلقة بالأطفال في فلسطين ضمن قانون واحد، بما يضمن سهولة التطبيق والتنفيذ ووحدة المصطلحات والأحكام على غرار القوانين العربية والغربية الحديثة.
- 3- إعادة صياغة بعض المواد المنصوص عليها في قانون الطفل الفلسطيني وقانون حماية الأحداث بما يتناسب مع صياغة اتفاقية حقوق الطفل، والقيمة القانونية لها، والصفة الإلزامية للالتزامات الناشئة عنها.
- 4- إنشاء قضاء نيابة الأحداث في كافة محافظات الوطن تطبيقاً للقرار بقانون بشأن حماية الأحداث¹.
- 5- تعزيز دور مؤسسات المجتمع المدني والرعاية الاجتماعية في تثقيف وتوعية الأطفال بحقوقهم، ومساعدة وتأهيل الأحداث الجانحين في الاندماج مع المجتمع.
- 6- تعزيز آليات الرقابة على توفير وحماية حقوق الأطفال بما يشمل المؤسسات والوزارات والهيئات المختصة.

- المراجع

أولاً: الكتب العلمية والدوريات

- 1- الجهاز المركزي للإحصاء الفلسطيني، واقع حقوق الطفل الفلسطيني، 2013.
- 2- واقع حقوق الطفل الفلسطيني، الجهاز المركزي للإحصاء الفلسطيني، 2014.
- 3- تقرير حول تنفيذ السلطة الوطنية الفلسطينية لاتفاقية الأمم المتحدة لحقوق الطفل، الملخص التنفيذي، 2010.
- 4- د. طارق الديراوي، مراجعة قانونية بشأن المعاملة العقابية للأحداث في التشريع الفلسطيني، مؤسسة الضمير لحقوق الإنسان، 2011.
- 5- د. عبد القادر جرادة، حماية الأطفال زمن النزاعات المسلحة، مؤسسة الضمير لحقوق الإنسان، 2011.
- 6- د. علي إبراهيم، النظام القانوني الدولي والنظام القانوني الداخلي، صراع أم تكامل، دار النهضة العربية، 1997.
- 7- سمر عبد الله، حقوق الطفل في الإسلام والاتفاقيات الدولية، رسالة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، 2003.
- 8- د. صباح الكربولي، المعاهدات الدولية، إلزامية تنفيذها في الفقه الإسلامية والقانون الدولي، دار دجلة، 2010.
- 9- د. والي عبد اللطيف، حقوق الطفل في الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل 1989 وآليات الرقابة على تطبيقها، مجلة الدراسات السياسية والقانونية، العدد الرابع، الجزائر، 2016.

10- Jaap E Doek, Harmonisation of national laws with the Convention on the Rights of the child: Some observations and suggestions.

11 - Harmonising Laws on Children in West and Central Africa, The African Child Policy forum (ACPF).

ثانياً: التشريعات والقوانين والاتفاقيات الدولية

- 1- اتفاقية حقوق الطفل لسنة 1990م.
- 2- نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.
- 3- قانون المجرمين الأحداث رقم (2) لسنة 1937م.

¹ تم افتتاح أول محكمة للأحداث في فلسطين بتاريخ 2016/4/3م في مدينة رام الله.

- 4- قانون إصلاح الأحداث رقم (16) لسنة 1954م.
- 5- قانون الطفل الفلسطيني رقم (7) لسنة 2004م.
- 6- قرار بقانون رقم (19) لسنة 2012م بشأن تعديل قانون الطفل الفلسطيني.
- 7- قرار بقانون رقم (4) لسنة 2016م بشأن حماية الأحداث.

إندماج الشركات وأثره على الغير في قانون الشركات الأردني (دراسة مقارنة)

د. منير يوسف حامد المناصير
ديوان المحاسبة الاردني

د. معين عمر عيد المومني
الجامعة السعودية الالكترونية

الملخص

يعد الاندماج التجاري بين الشركات ظاهرة في الحياة الاقتصادية والتجارية المعاصرة، فهو يشكل مظهرا من مظاهر التركيز الاقتصادي التي أمثلته علينا العملة والتحرر الاقتصادي والتجاري العالميين فهو يعد أحد نتائج تكوين المشروعات الاقتصادية والتجارية الكبرى، لذا فهو محل للاهتمام لرجال الاقتصاد والقانون وتتمتع ظاهرة الاندماج بأهمية قانونية كبيرة لما لها من أبعاد قانونية متشعبة عن حقوق ومصالح الكثير من الأشخاص وتُرتب التزامات عديدة في ذمهم، كما له الأثر البالغ على المساهمين والدائنين والغير وسنقتصر ببحثنا هذا على اثر الاندماج على الغير وسيكون ذلك على مبحثين الاول جاء بعنوان تعريف الاندماج وصوره وطبيعته القانونيه والثاني جاء باثر الاندماج على الغير وهم دائني ومديني كل من الشركة الدامج والمدمج واثره على اصحاب حصص التأسيس وحملة اسناد القرض .

APSTRACT

The companies merger is considered apenomnon in the economical and commercial modern life which is considered as an aspect of the economical stabilization which is enforced through the globali zation and both the commercial and economical world freedom which is considered or stand as on of the constitations of the huge economical and commercial lproject gives it a lot of importance and interest juridicallg and economical.

In the research I mainly focused on the companies merged effect on the others which will be discussed in 2 parts the first comes under the tittle of introducing the meaning of merging its juridical nature while the second focuses on the effect of merging o on the others sach as the creditors the companies it self the shareholders and the lenders as well .

المقدمة

شهدت عمليات الاندماج نمواً كبيراً في جميع أنحاء العالم وذلك خلال العقدين الأخيرين، فقد وصلت مبالغ وأحجام عمليات الاندماج إلى مستويات قياسية غير مسبوقه في الوقت الراهن، ويرجع ذلك للتوجه السائد نحو العملة وانخفاض تكلفة التمويل، بالإضافة إلى الأزمة المالية العالمية الحالية ومن ثم الحاجة إلى خلق كيانات كبيرة تستطيع المنافسة للبحث عن النمو والربح، لإزدياد تدفقات رأس المال عبر الحدود الوطنية للدول المختلفة بسبب برامج الإصلاح الاقتصادي وتحجير الأسواق في الدول النامية، وثمة عامل رئيسي آخر وراء ازدياد نشاطات الاندماج يتمثل في ارتفاع مستوى عملة الاستثمارات التي تبحث عن عائداً أعلى وفرص لتنويع المخاطر وإدراك الكثير من مؤسسات الأعمال للحاجة الماسة إلى الخروج باستثماراتها إلى البلدان الخارجية أو داخل مناطقها .

وعملية الاندماج هي عبارة عن أداة ووسيلة تستخدمها الشركات بغرض التوسع في عملياتها التشغيلية والتنموية وتهدف في كثير من الأحيان إلى زيادة ربحيتها على المدى البعيد ، وعادة ما تحدث عمليات الاندماج بالتوافق والتراضي بين الطرفين (الشركات الداخلة فيه) حيث يقوم المدراء التنفيذيون من الشركة المستهدفة بالاندماج بمساعدة نظرائهم من الشركة الراغبة في الشراء في إطار يتسم ببذل العناية اللازمة لضمان أن الصفقة ستعود بالفائدة على كلا الطرفين، على هذا الاساس يحقق الاندماج مزايا عديدة؛ أهمها أنه يؤدي لتحقيق أرباح أفضل ، وتزويد من الضمان العام، وتجميع رؤوس الأموال، وغير ذلك من المزايا؛ فبالاندماج يمكن تحقيق أرباح أفضل من الأرباح التي تحققها كل شركة قبل الاندماج، نظراً لأن الاندماج يؤدي إلى تفادي ازدواج النفقات بين الشركات المندمجة وتوحيد جهود الإنتاج، من جهة أخرى، فإن للاندماج أثر هام في رأسمال الشركة الداخلة أو الجديدة ، حيث أنه يؤدي إلى زيادة رأسمالها، ونتيجة لهذه الزيادة في رأس المال التي يتحقق معها مزيد من الضمان العام يفوق الضمان العام لكل شركة قبل الاندماج ، كما يتميز الاندماج بأنه يساعد على تجميع وتوفير رؤوس الأموال، الأمر الذي يساعد الشركات على تحقيق أغراضها وأهدافها.

أهمية البحث

وتكمن أهمية البحث في بيان مفهوم الاندماج وصوره وماهي طبيعته القانونيه، وفيما اذا كان الاندماج يعتبر انقضاء مبسر للشركة، او للشركات الداخلة في الاندماج، او هو انتقال للذمه الماليه للشركة المندمجة، مع الاستمرار بمشروعها الاقتصادي، وبيان اثر الاندماج بالنسبه لدائني ومدينين كل من الشركة الداخلة والمندمجة، وماهي اثار الاندماج بالنسبه للغير وهم في بحثنا حملة سندات القرض واصحاب حصص التأسيس .

اهداف البحث

وتهدف الدراسة الى وضع تعريف محدد للإندماج، وبيان طبيعته القانونيه للإندماج، واثره على الغير كون ان المشرع الاردني واغلب القوانين العربيه لم تشر الى ماهو المقصود بالاندماج، او ماهي طبيعته القانونيه في حين انها بينت الية وكيفية الاندماج بين الشركات، والتي سنحاول من خلال تحليل النصوص التشريعيه بيان طبيعته القانونيه للإندماج وأثره على دائني ومديني الشركة الداخلة والمندمجة واثره على اصحاب حصص التأسيس وحمله سندات القرض .

منهجية البحث

سنعتمد في هذا البحث على المنهج التحليلي المقارن ما بين الأنظمة القانونية اللاتينية والأنظمة القانونية الانجلوسكسونية ، قدر الامكان إذ سنحلل المواد القانونية التي خصصت لحل مسالة اندماج الشركات وبيان الآراء الفقهيية التي قيلت فيها، ثم إجراء المقارنة فيما بين التشريعات التجاريه العربية قدر الامكان، بالإضافة إلى إجراء المقارنة مع بعض التشريعات الأجنبية مثل التشريع الانكليزي والفرنسي قدر الامكان .

خطة البحث

تحتاج الدراسة إلى تقسيم البحث الى مبحثين، وكل مبحث الى مطلبين، سنتناول في المبحث الاول، تعريف الاندماج وصوره وطبيعته القانونيه، والثاني اثر الاندماج على دائني ومديني الشركة الداخلة والمندمجة، بالاضافه الى اثار الاندماج على حملة سندات القرض، واصحاب حصص التأسيس في قانون الشركات الاردني، مع مقارنته بالقوانين الاخرى (المصري والفرنسي والسعودي) قدر الامكان .

والله من وراء القصد

المبحث الاول: ماهية اندماج الشركات

يتم الإندماج إما بطريق الضم، وهو أن تنضم شركة واحدة أو أكثر إلى شركة أخرى قائمة، بحيث تنقضي الشركة المندمجة وتنتقل ذمتها المالية إلى الشركة الداخلة، أو يكون بطريق المزج، حيث تنقضي جميع الشركات الداخلة في الإندماج وتنشأ شركة جديدة تنتقل إليها الذمم المالية للشركات المندمجة. وعليه فإن الإندماج بأي طريق يتم فإنه يؤدي إلى انقضاء شركة واحدة على الأقل، الأمر الذي يترتب عليه إنتقال ذمتها المالية إلى شركة أخرى، ولتحديد ماهية الإندماج فإن ذلك يتطلب منا معرفة المقصود بالإندماج، ويكون ذلك من خلال تعريف الإندماج وصوره التي تختلف باختلاف الجهة التي ينظر إليها منه، كما يتطلب الأمر تحديد الطبيعة القانونية للإندماج، وعليه سنتناول في هذا المبحث مفهوم الإندماج وصوره (المطلب الأول)، أما (المطلب الثاني) فسيتم تخصيصه لبيان الطبيعة القانونية للإندماج وذلك على التوالي .

المطلب الاول: مفهوم الاندماج وصوره

لم يضع المشرع الاردني تعريف واضح للإندماج شأنه شأن اغلب القوانين العربية وسنحاول من خلال تحليل نصوص القانون من بيان ماهو الإندماج وماهي صورته وسيكون هذا المطلب على فرعين الاول سنتناول فيه تعريف الإندماج والثاني سيكون بعنوان صور الإندماج وذلك على التوالي :

الفرع الاول: تعريف الاندماج

نجد أن المشرع الاردني لم يتعرض في قانون الشركات إلى تعريف الإندماج وبرأينا فإن ذلك يرجع لغموض الفكرة أصلاً أو إلى اختلاف وجهات النظر حول تعريفه أو ربما أن المشرع قد هدف من ذلك ترك الأمر للقضاء والفقهاء، إلا اننا نجد أن المشرع الاردني حاول أن يتبع فكرة الإندماج من خلال النص عليها في أحكامه وإجراءاته وأثاره وذلك في المواد من (222-239) من قانون الشركات الاردني، وكذلك نجد ان نظام الشركات السعودي الصادر بتاريخ 28-1-1437هـ الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/3) بتاريخ 28-1-1437هـ تتبع اجراءات الاندماج وذلك بالنص عليها من المادة (190-193) .

و نجد أن محاولات تعريف الإندماج قد تنوعت في الفقه القانوني فهناك من عرف الإندماج مستندا إلى أثره ومنهم من عرفه استنادا إلى صورة وجانب آخر عرفه استنادا إلى بيان عناصره القانونية¹.

والإندماج في اللغة : يقال دمج دمجاً في الشيء : دخل فيه واستحكم ، ودمجه في الشيء، أدخله فيه². وهناك فرق بين الدمج والإندماج؛ فدمج الشركات يعني قيام جهة معينة بدمج هذه الشركات، أما الإندماج فهو فعل إختياري ومعناه أن الشركات المعنية قد قررت الإندماج بنفسها دون تدخل أية جهة أخرى أو الضغط عليها، وهو ما يتفق مع الواقع حيث إن الشركات هي التي تقرر إبرام عقد الإندماج دون تدخل أية جهة أخرى، وهذا ما دفع بعض الفقهاء إلى القول بأن الدمج يحصل بنص القانون (الدمج الاجباري أو القسري) ، أما الإندماج فهو يحصل نتيجة للاتفاق (الإندماج الطوعي)³.

وبسبب غموض فكرة الإندماج وتعقيدها وعدم وضوحها قد أدى إلى اختلاف وتعدد وجهات نظر الفقهاء حول تعريفه، فقد عرفه البعض على أنه "عقد بين شركتين أو أكثر يترتب عليه زوال الشخصية المعنوية للشركة أو الشركات المندمجة وتنتقل كافة أصولها وخصومها إلى الشركة الداخلة أو تنحل بمقتضاها شركتان أو أكثر فتزول الشخصية المعنوية لكل منهما وتكونان شركة

¹ سميحة القليوبي الشركات التجارية ، ج 1 ط 3 ، دار النهضة العربية القاهرة، سنة 1992 ص 136 وما بعدها .

² المنجد في اللغة والاعلام ، ط 21، دار المشرق ، بيروت ، 2000 ، ص 224

³ . مهند الجبوري ، اندماج الشركات "دراسة مقارنة" دن ، دم ، 2003، ص 8 . للمزيد انظر ألاء مُجد فارس حماد ، المرجع السابق، ص 150 وما

واحدة جديدة لها شخصية معنوية مستقلة وتنتقل كافة الأصول والخصوم إلى الشركة الجديدة " . وذهب البعض¹ الآخر إلى تعريفه بأنه: "تدبير يقصد منه توحيد عدة شركات مستقلة عن بعضها في شخص اعتباري واحد، سواء عن طريق شخصية اعتبارية جديدة أو عن طريق إدغام شركة أو أكثر في شركة قائمة " ،
كما عرفه جانب آخر من الفقه على أنه: "ضم شركتين قائمتين بإدماج إحداها في الأخرى أو بفناء الشركتين ليكوّنا معاً شركة جديدة."²

ونلاحظ من التعريفات السابقة أن الاندماج يتم إما بطريق الضم أو المزج، بالإضافة إلى أن الاندماج لا يمكن أن يتحقق إلا بين شركات قائمة قانوناً والمتمتع بالشخصية المعنوية، والذي بدوره يؤثر على الشخصية المعنوية للشركات الداخلة في الاندماج، حيث يؤدي إلى انقضاء الشركات المندجة جميعاً، وتبقى الشركة الداخلة محتفظة بشخصيتها المعنوية في حالة الاندماج بالضم، وفي حالة الاندماج بالمزج، فإن جميع الشركات المندجة تنقضي وتنشأ منها شركة جديدة، إلا أننا نرى أن هذه التعريفات لم تحدد الآثار الأخرى للاندماج على هذه الشركات، فالاندماج يترتب عليه أيضاً انتقال الذمم المالية للشركات المندجة إلى الشركة الداخلة أو الشركة الجديدة الناجمة عن الاندماج، فضلاً على أنها لم تشترط تماثل أو تكامل نشاط الشركات الداخلة في الاندماج.

إلا أن هناك جانب آخر من الفقه ذهب إلى أن اندماج الشركات هو: "اتحاد شركتين أو أكثر موجودة أصلاً، ويكون إما بامتصاص شركة لشركة أخرى أو أكثر، أو بأن تمتزج شركتان أو أكثر لتكوين شركة جديدة، أما الشركاء المساهمون في الشركات المنحلة، فإنهم يستلمون بالمقابل أسهمًا أو حصصًا في الشركات الباقية، وهذه الشركات تتلقى جميع حقوق والتزامات الشركات المندجة"³.

ونجد أن هذا التعريف تفادى الانتقاد الموجه للتعريفات السابقة بأن آثار الاندماج من حيث إنه يؤدي إلى فقدان الشركات المندجة لشخصيتها المعنوية، وانتقال كافة حقوق والتزامات الشركات المندجة إلى الشركة الداخلة أو الناجمة عن الاندماج، وإن الاندماج يؤدي إلى تلقي شركاء ومساهمي الشركات المندجة حصصًا أو أسهمًا للشركة الداخلة أو الجديدة مقابل حصصهم أو أسهمهم في الشركات المندجة والتي تنحل بسبب الاندماج، بالإضافة إلى أنه أشار إلى طرق الاندماج وأنه لا يمكن أن يتحقق إلا بين الشركات الموجودة أصلاً أي القائمة قانوناً، وأنه قد يتم بين شركتين أو أكثر، إلا أن هذا التعريف يعيبه عدم بيان الطبيعة القانونية للاندماج .

وبناء على ذلك فإنه لا يعتبر شراء اسهم شركه من قبل الشركه الاخرى اندماجاً فهو لايعني الا قيام الشركه المشتريه بالدخول في الهيئه العامه والمشاركه بالتصويت بحسب مساهمتها بمقدار راس المال مع احتفاظ كل شركه -البائعه لاسهمها والمشتريه - بشخصيتها المعنويه المستقله⁴ ، كما ان قيام شركتين بالاشتراك بانجاز عمل معين او مشروع لايعني اندماجاً، او قيام المصفي ببيع اسهم الشركه - موجوداتها الى شركه اخرى فإنه لايعتبر اندماجاً ، بل هو اجراء قانوني لتصفية الشركه كما أن قيام شركه بالتنازل عن اسهمها او موجوداتها لشركه اخرى فهذه الحالات كلها لاتعتبر اندماج ولايكون متحقق وذلك لاحتفاظ كل شركه بشخصيتها القانونيه المشتقله عن الشركه الاخرى⁵ .

¹ حسن عناية ، موسوعة الفقه والقضاء في الشركات التجاريه ، المجلد الثاني ، دار محمود والمكتبه القانونيه ، د س ، ص 361 .

² اسامه المحيسن ، الوجيز في الشركات التجاريه ، دار الثقافه للنشر والتوزيع ، عمان ، 2008 ، ص 66 .

³ مهند الجبوري ، المرجع السابق ، ص 9 ، للمزيد لنظر الاء حماد ، رساله ماجستير غير منشوره ص 21 وما بعدها . .

⁴ مصطفى كمال طه ، القانون التجاري ، بيروت ، 1982 ، ص 220 وما بعدها .

⁵ الياس ناصيف ، الكامل في قانون التجاره ، الشركات التجاريه ، الجزء الثاني ، بيروت ص 402 وما بعدها .

وعليه فإنه يمكننا تعريف الاندماج على أنه " : عبارة عن عقد تجاري يكون بين شركتين أو أكثر قائمة قانوناً وذات غرض متشابه ومتكامل تنضم (تمتزج) بموجبه شركة أو أكثر إلى شركة أخرى لخلق شركة جديدة، تنتقل بموجبه كافة حقوق والتزامات (أصول وموجودات) الشركات المندمجة إلى الشركة الداخلة أو الجديدة مع زوال الشخصيه المعنويه لكل شركه مندجه ..

الفرع الثاني: صور الاندماج

نص قانون الشركات الاردني رقم 74 لسنة 1997 في المادة 222/ أ المعدل لسنة 2002 على صور الاندماج حيث جاء فيها : يتم اندماج الشركات المنصوص عليها في هذا القانون بأي من الطرق التالية على ان تكون غايات الشركة الراغبة في الاندماج متماثلة او متكاملة:

- باندماج شركة أو أكثر مع شركة او شركات أخرى تسمى (الشركة الداخلة) وتنقضي الشركة أو الشركات الأخرى المندمجة فيها وتزول الشخصية الاعتبارية لكل منها وتنتقل جميع حقوق والتزامات الشركة المندمجة إلى الشركة الداخلة بعد شطب تسجيل الشركة المندمجة.

- باندماج شركتين أو أكثر لتأسيس شركة جديدة تكون هي الشركة الناتجة عن الاندماج ، وتنقضي الشركات التي اندمجت بالشركة الجديدة وتزول الشخصية الاعتبارية لكل منها.

- باندماج فروع ووكالات الشركات الأجنبية العاملة في المملكة في شركة أردنية قائمة أو جديدة تؤسس لهذه الغاية وتنقضي تلك الفروع والوكالات وتزول الشخصية الاعتبارية لكل منها.

كما ان نظام الشركات السعودي نص في المادة (191) على طرق الاندماج وبين انها تكون بطريق الضم او المزج وبين ان الاندماج لا يكون صحيحا الا بعد تقدير صافي اصول الشركه الداخلة والمندمجة ، بالاضافه الى صدور الاندماج من كل شركه طرف فيه .

بالإطلاع على النصوص السابقه، يتبين لنا أن الاندماج له عدة صور تختلف وفقاً لاختلاف زاوية النظر إليه، إذ قد ينظر إلى الاندماج على أساس أغراض وغايات الشركات الداخلة فيه، وقد ينظر إليه من زاوية جنسية الشركات الداخلة فيه، أو ينظر إليه من زاوية تأثيره على شخصية الشركات، أو وفقاً لدور الإرادة فيه، وستناولها على التوالي .

تنقسم صور الاندماج بالنظر إلى أغراض وغايات الشركات الداخلة فيه وسنبينها تباعاً :

أولاً: صور الاندماج بالنظر إلى أغراض وغايات الشركات الداخلة فيه وينقسم إلى ثلاثة أنواع:

أ . اندماج أفقي : ويكون بين شركات متماثلة الأغراض والأهداف سواء أكانت هذه الشركات تمارس عملية الإنتاج أو التسويق أو أي عمل آخر¹ ، مثال ذلك: الإندماج الواقع بين شركات التأمين أو البنوك أو شركات الصرافة .

ب . اندماج رأسي : ويكون بين شركات متغايرة الأغراض إلا أن أغراضها متكاملة يكمل بعضها بعضاً، ومن الأمثلة على ذلك الاندماج بين شركات حلج القطن، أو غزله وتصنيعه وشركات تسويقه و الإبتجار به² .

ج . اندماج تكتلي: ويسمى أيضاً بالاندماج المتنوع أو التجميعي ويكون بين شركات تقوم باعمال مختلفة، أي كل شركة تقوم بنشاط لا علاقة له بنشاط الشركة الأخرى وهذا يعني اختلاف الخدمات التي تقدمها الشركات الجديدة، وبالتالي زيادتها وتعددتها

¹ سامي الخرابشه ، النظام القانوني للشركه المساهمه الخاصه ، دار البشير ، عمان ، سنة 2011 ، ص21.

² الاء محمد فارس حماد ، رساله ماجستير غير منشوره بعنوان "اندماج الشركات واثره على عقود الشركه المندمجه " دراسه مقارنه " جامعة بير زيت ، سنة 2012 ، ص 35 .

الامر الذي يكسب الشركات الجديدة مزايا تنافسية كبيرة وهذا النوع من الاندماج لم يأخذ به قانون الشركات الاردني لسنة 1979 في المادة 222 كونه اشترط أن يكون نشاط الشركة المندمجة متماثلاً أو متكاملًا¹.

ثانيا: صور الاندماج بالنظر إلى جنسية الشركات الداخلة فيه ، وينقسم إلى :

أ. الاندماج بين شركات وطنية :حيث تكون جميع الشركات المندمجة منتمية لدولة واحدة² ونستطيع ان نقول انه الاندماج الوطني.
ب. الاندماج بين شركات متعددة الجنسيات :كالاندماج الواقع بين الشركات الاردنيه وأخرى أجنبية، أو قد يكون الاندماج بين شركات أجنبية فيما بينها لينشأ شركة أجنبية ويجب مراعات نصوص قانون كل دولة من الدول التابعة لها الشركات الداخلة في الاندماج، وأخذ المشرع الأردني في قانون الشركات لسنة 1997 الاندماج بين شركة وطنية وفرع أو وكالة الشركة الأجنبية العاملة في المملكة ، كما اشارت لذلك المادة 222 / 3 ، ومن الأمثلة على الاندماج الدولي ما تم بين شركة رويال دتش بتروليوم (Royal Dutch Petrolem) وهي شركة هولندية تم تأسيسها عام 1980 ، وشركة شل (shell) للنقل والمواصلات، وهي شركة بريطانية تم إنشاؤها عام 1897 ، حيث تمت عملية الاندماج هذه بين شركتين مختلفتي الجنسية رغبة منهما في مواجهة الشركة الأمريكية العملاقة ستاندرد أويل وأسفرت عملية الاندماج المذكورة عن ولادة شركة جديدة هي شركة شل ، (Standard Oil) متعددة الجنسيات³.

ثالثا: الاندماج من حيث تأثيره على شخصية الشركة أو الشركات الداخلة فيه ، وينقسم إلى:

1. الاندماج بطريق الضم :ويتم هذا النوع من الاندماج بانضمام شركة إلى شركة أخرى أي باندماج شركة في شركة أخرى قائمة، ويترتب عليه انقضاء الشركة المندمجة وزوال شخصيتها هائيا، وتظل الشركة الداخلة هي الشركة القائمة والمتمتع وهدها بالشخصية المعنوية⁴ ، ويعتبر هذا النوع من الاندماج هو الأكثر شيوعا من الاندماج بطريق المرح وذلك لأن الاندماج بطريق المرح يتطلب نفقات كبيرة بالإضافة إلى أنه يأخذ وقتا طويلا.

2. الاندماج بطريق المرح :فيتم نتيجة اتفاق بين شركتين أو أكثر على حل كل منهما ونقل موجودات و التزامات كل منهما إلى الشركة الجديدة التي تنشأ نتيجة الاندماج على أنقاض الشركات المندمجة التي تنقضي وتزول شخصيتها المعنوية بنشوء الشركة الجديدة لم تكن موجوده قبلا، اذ يعتبر مساهمو الشركات المندمجة مساهمين في الشركة الجديدة ، ويحصل كل مساهم على أسهم جديدة بنسبة كل ما يملكه في الأسهم القديمة، ويؤخذ بعين الاعتبار في شأنها جميع قواعد التأسيس، لأنها ليست استمرارا للشركات السابقة التي تعتبر منتهية بمجرد نشوء الأخيرة، بل إنها تعتبر شركة قانونية جديدة، وأكثر ما يكون في اندماج الشركات المتقاربة في قدراتها المالية⁵.

¹ .لينا الفيومي ، الاثار الناتجة عن دمج الشركات ، رسالة ماجستير ، جامعة بيروت العربية ، سنة 2007 ، ص 6 للمزيد انظر الاء مُجّد فارس حماد ، رسالة ماجستير غير منشوره بعنوان "اندماج الشركات واثره على عقود الشركه المندمجه " دراسه مقارنه " المرجع السابق .

² . الاء مُجّد فارس حماد ، المرجع السابق ، ص 36 .

³ . الاء مُجّد فارس حماد ، المرجع السابق ، ص 36 ، للمزيد انظر ضيف شبيده ، المرجع السابق ، ص 27 .

⁴ . سميجه القليوبي ، المرجع السابق ، ص 137 .

⁵ . راجع الموقع الالكتروني ، <http://almerja.com/reading.php?idm=51412> ، للمزيد انظر ، الاء مُجّد فارس حماد ، المرجع

المطلب الثاني: طبيعته القانونية للاندماج

لقد اختلفت الإتجاهات و الآراء الفقهية حول بيان تفسير الطبيعة القانونية للاندماج، وقد أثار ذلك الامر خلافاً طويلاً بين فقهاء القانون ، وظهر عدة آراء إلا إن أهمها ، رأي ذهب إلى أن الاندماج ماهو إلا سبب من أسباب انقضاء الشركات ولم يخلوا هذا الرأي من انتقاد الفقه له ، والرأي الاخر ذهب إلى أن الاندماج ماهو إلا انقضاء مبتسر للشركة ، ومن خلال هذه الدراسة سأبينهما بطريقه علميه تحليليه وذلك في فرعين وعلى التوالي .

الفرع الأول: الاندماج باعتباره انقضاءً مبتسراً للشركة او الشركات الداخلة فيه

مضمون هذا الرأي أن الاندماج ما هو الا عباره عن انقضاء مبتسر للشركة أو الشركات المندمجة الداخلة فيه ، بمعنى أنه يؤدي الى انقضاء الشركة قبل أوأنها، كما تبين سالفاً ان الشركة المندمجة تنحل إذا تم الاندماج بطريق الضم، في حين أنه إذا وقع الاندماج بطريق المزج فتتحل عندها كافة الشركات الداخلة فيه وينتج لدينا عندها شركة جديدة¹ . والقول بأن الاندماج ماهو إلا انه انقضاء مبتسر للشركة أو الشركات الداخلة فيه، مفاده أنه يترتب على الاندماج انقضاء الشركة المندمجة وزوالها قبل الأوان ،وبناءً على ذلك فإن الاندماج يعتبر سبب من أسباب الإنقضاء العامة الأخرى للشركات، كإنقضاء المدة المتفق عليها أو الغرض الذي أنشأت من أجله² .

وتجد الاشارة هنا الى ان الاندماج في مثل هذه الحالة لا يترتب عليه تصفية و قسمة للشركة، وإنما تنتقل كافة موجودات الشركة الداخلة أو المندمجة بجميع أصولها و خصومها إلى الشركة الداخلة أو الجديدة الناتجة عن الدمج³ و المقصود بأن الاندماج يؤدي إلى انتقال شامل لذمة الشركة المندمجة إلى الشركة الداخلة، معناه أن ذمة الشركة المندمجة أو ذمم الشركاء المندمجة أو ذمم الشركة المندمجة تؤول بكامل عناصرها من موجودات و أصول إلى الشركة الداخلة، والانتقال الشامل لذمة الشركة المندمجة إلى الشركة الداخلة يتم مباشرة دون حاجة إلى إجراءات النقل، بل يكفي إشهار عقد الاندماج ليكون نقل ذمة الشركة المندمجة إلى الشركة المندمجة سارياً في مواجهة الغير⁴ .

الفرع الثاني: الاندماج المبتسر للشركات المندمجة وانتقال شامل لذمتها المالية مع استمرار مشروعها الاقتصادي

عند النظر إلى الشركة لابد لنا أن نأخذ بعين الاعتبار الجانب الاقتصادي و الرواية القانونية التي ينظر فيها الى الاندماج - في أن يبقى المشروع الاقتصادي قائماً و مستمرا بعد اندماج الشركة مع أخرى - وهذا مايدفعنا الى القول ان كل من المشرع العراقي و الأردني قد أخذوا بنظرية الإنقضاء المبتسر للشركة ، في حين أن المشرع المصري، أخذ بفكرة الإستخلاف العام للشركة المندمجة قي مالها من حقوق وما عليها من واجبات و التزامات⁵ .

¹ . أوستابرهان محمود، اندماج الشركات التجارية وأثره في المنافسة التجارية، رسالة الماجستير في القانون الخاص، مجلس كلية الحقوق و السياسة في جامعة السليمانية، 2014 ، ص 49 .

² . حماش حياه ، الضوابط القانونية لاندماج الشركات ، رسالة الماجستير في القانون الخاص غير منشوره ، جامعة قاصدي مرباح - ورقله - سنة 2015 ، ص 17 .

³ . مجّد فريد العلي و د، مجّد السيد الفقي، الشركات التجارية، الطبعة الخامسة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2002 ، ص 442

⁴ . حماش حياه ، الضوابط القانونية لاندماج الشركات ، رسالة الماجستير في القانون الخاص غير منشوره ، المرجع السابق ، ص 17 .

⁵ . أحمدعبد الوهاب سعيد أبوزينة، الإطار القانوني لاندماج الشركات التجارية، دراسة مقارنة، رسالة لنيل درجة الدكتوراة في الحقوق، جامعة القاهرة، 2012 ، ص 80

عرف الفقه¹ المشروع الإقتصادي بأنه " : الوحدة الإقتصادية للإنتاج التي تقوم على مجموعة من العناصر المادية و البشرية وتتفاعل هذه العناصر لتحقيق غرض معين يسعى مالك المشروع إلى تحقيقه." من خلال هذا التعريف يتضح لنا أنه لا يتصور أن يكون هناك مشروع اقتصادي دون العنصر المادي الذي يتمثل بالأموال وكذلك العنصر البشري المتمثل بالعقل ليتولى إدارة المشروع و العاملين الذي تقوم بتشغيله حيث ان الشركة هي صاحبة المشروع الإقتصادي، وان مفهوم الشركة أوسع من مفهوم المشروع الإقتصادي، و هذا الأخير مفهومه أضيق من الشركة ، فالمشروع الإقتصادي عبارة عن عن وحدة إنتاج تتضمن عناصر استمراره في حالة تغيير مالكة وهذا يعني أنه لا يؤدي إلى انقضاء المشروع، إلا إذا أدى تغيير مالك المشروع إلى زوال عناصره المادية والبشرية ، إذن فمشروع الإندماج كوحدة إنتاج يستمر ويبقى موجودا رغم انتقال الشركة المندمجة وزوالها، وهذا ما يؤيده معظم الشراح والذي يبرر انتقال الأصول و الخصوم إلى الشركة الدامجة، وأن فقدان الشخصية المعنوية للشركة المعنوية للشركة الدامجة قبل الغير إلا أنها تبقى محتفظة بما قبل الشركة الدامجة أو الجديدة إلى حد الذي يمكننا أن نطالب بالفسخ أو البطلان لعقد الإندماج² .

ونحن نذهب برأينا الى ان الاندماج ماهو الا إنقضاء مبسر للشركات المندمجة الامر الذي يترتب عليه انتقال شامل للذمة الماليه بكافة عناصرها إلى الشركة الدامجة أو الناسئة عن الإندماج مع الأخذ بعين الاعتبار استمرار المشروع الإقتصادي للشركة، لأنه برأينا وإن كان الإندماج يؤدي إلى انقضاء الكيان القانوني للشركة المندمجة إلا ان ذلك لا يؤثر على الكيان المادي للمشروع الاقتصادي من الاستمرار في العمل لتحقيق الغرض المبتغى من انشاء الشركة سواء كان بالايجاب او السلب .

الا انه لا بد لنا من الاشارة هنا الى ان اندماج الشركات ينعكس على وضع الشركة المالي وعلى أدائها وعلى أرباحها الامر الذي ينعكس بالنتيجة على المساهمين في الشركات المساهمة من زيادة في الارباح حيث ان الاندماج مفيد لكل الأطراف؛لأننا أصبحنا نشهد عصر الشركات العملاقة والميزانيات التي تتسم بالقوة وهناك عبارة تقول إن الشركات العملاقة ستكون في المستقبل عبارة عن دول تمتلك جوازات وإقامات لموظفيها "وحيث إن اتفاقية التجارة الحرة العالمية تسمح بدخول شركات عالمية للسوق المحلي فإنه كان لا بد أن تطور من أنفسنا وأن نبدأ بهذه الخطوة التي تؤدي إلى تكوين شركات قوية قادره على المنافسة في هذا العالم الكبير والمليء بالشركات الضخمة و قرار الاندماج يصب في صالح الشركات الصغيرة والمتوسطة بكافة أنواعها من حيث إيجاد خدمات أفضل فإذا واجهت الشركات المحلية تيار الشركات العملاقة الأجنبية دون أن تقوي وضعها فكيف تستطيع المنافسة وإثبات وجودها بالسوق المحلي والعالمي وقد شهد العالم في الفترة الأخيرة تطورات كبيرة لاسيما في النواحي الاقتصادية والسياسية وغيرها .

فقد وصلت مبالغ و أحجام عمليات الاندماج في جميع أنحاء العالم إلى مستويات قياسية غير مسبوقة في الوقت الراهن. وتعزى العوامل الرئيسية إلى الأزمة المالية العالمية ومن ثم الحاجة إلى خلق كيانات كبيرة تستطيع المنافسة للبحث عن النمو والربح ، وكذلك ازدياد تدفقات رأس المال عبر الحدود الوطنية للدول المختلفة بسبب برامج الإصلاح الاقتصادي وتحرير الأسواق في الدول النامية. و ثمة عامل رئيسي آخر وراء ازدياد نشاطات الاندماج يتمثل في ارتفاع مستوى عولة الاستثمارات التي تبحث عن عائدات أعلى وفرص لتنوع المخاطر وإدراك الكثير من مؤسسات الأعمال للحاجة الماسة إلى الخروج باستثماراتها إلى البلدان الخارجية أو في داخل مناطقها.

ويتوقع المساهمون دائماً من إدارة الشركة أن تزيد من قيمة الأسهم و يكون ذلك من خلال زيادة الأرباح المحققة لها، ويتم تحقيق ذلك الهدف للشركة ، إما عن طريق التوسع الداخلي لأعمالها ونشاطاتها، أو عن طريق التوسع الخارجي و الذي عادة ما

¹ . حسني المصري، المرجع السابق، ص 129

² . أوبستارهان محمود، المرجع السابق، ص 54 للمزيد انظر حماش حياه ، المرجع السابق ، ص 19 وما بعدها .

يتمثل في صورة اندماج الشركة مع شركة أخرى وتلجأ الكثير من الشركات الى أسلوب الاندماج في كثير من الحالات للخروج من أزمات العجز والإفلاس التي قد تتعرض لها أي شركة، حيث تشير جميع الدراسات الاقتصادية إلى أن اندماج الشركات سيحسن من نوعية الخدمة المقدمة، ويقلل من التكلفة على الشركة ويزيد من الأرباح، كما أن الشركات المندمجة تستطيع مواجهة غزو الشركات الأجنبية العملاقة القادمة بموجب اتفاقية التجارة الحرة مما يخلق نوعاً من التنافس والذي يؤدي إلى تقديم خدمات على مستوى راقٍ وأداء متميز، إلى جانب خلق فرص عمل جديدة، تحد من مشاكل البطالة، ويساعد في تنمية مواردها البشرية ويمكنها في مراحل تالية من الحضور ومنافسة الشركات الأجنبية وفي هذا الصدد يقول أحد الخبراء¹.

المبحث الثاني: اثر إندماج الشركات على الغير

تبين لنا في المبحث السابق تعريف الاندماج وصوره وطبيعته القانونية الا ان الاندماج يترتب عليه اثار قانونيه وفي دراستنا هذه سنبين اثر الاندماج على الغير، وسيكون على مطلبين الاول بعنوان اثر الاندماج على دائني ومديني الشركة الداخلة والمندمجة، والثاني أثر الاندماج على اصحاب حصص التأسيس وحمله اسناد القرض وذلك على التوالي .

المطلب الاول: اثر الاندماج على دائني ومديني الشركة الداخلة والمندمجة

يترتب على اندماج الشركات اثار قانونيه ومن هذه الاثار اثر الاندماج على دائني ومديني اكل من الشركة الداخلة والمندمجة وستتناول هذه الاثار في هذا المطلب وسيكون ذلك على فرعين الأول سنتناول فيه أثر الاندماج على حقوق دائني الشركة المندمجة والداخلة والثاني سيكون بعنوان أثر الاندماج على حقوق مديني الشركة المندمجة والداخلة وذلك على التوالي .

الفرع الاول: أثر الاندماج على حقوق دائني الشركة المندمجة والداخلة

إهتمت أغلب التشريعات في دول العالم، بحقوق دائني الشركة المندمجة والداخلة وسبب ذلك هو محاولة إيجاد نوع من التوازن بين مصالح الشركات في تحقيق الاندماج، ومصالح دائنيها في الوفاء بحقوقهم ، وقد عالج المشرع في فرنسا ومصر مركز الدائنين ويظهر ذلك من الحلول التي تبناها، حيث نظر إلى الاندماج باعتباره انتقالاً شاملاً لأصول وخصوم الشركة المندمجة إلى الشركة الداخلة أو الجديدة، حيث حرص على توفير الحماية للدائنين، خاصة دائني الشركة المندمجة، ولم يعالج هذه القضية قانون الشركات المصري القديم ذلك أنه كان يعتبر أن هذا الاندماج يترتب عليه تجديد الدين نتيجة تغير المدين الأمر الذي كان يتطلب معه ضرورة صدور موافقة دائني الشركة².

حيث كان عقد الاندماج يتضمن في الغالب كيفية سداد ديون الشركة المندمجة وذلك للحفاظ على حقوق الدائنين، وفي حالة الاتفاق على تصفية ديون الشركة المندمجة قبل فوائها وانتقال موجوداتها صافية إلى الشركة الداخلة أو الجديدة، فإن الشركة المندمجة تظل هي المسؤولة عن الوفاء بالديون ويقوم المصفي بأداء الحال منها، والاحتفاظ بجانب من الأصول يكفي لسداد الدين غير الحال، غير أنه في حالة عدم كفاية الموجودات المخصصة لسداد الديون فإن من حق الدائنين المطالبة ببطلان الاندماج أو المطالبة بعدم نفاذه في حقهم تطبيقاً لأحكام الدعوى البوليصية³ إلا أنه وبعد صدور قانون الشركات الفرنسي لسنة 1966 تم التخلي عن هذا التوجه من خلال إقرار المادة 1/381 حول مسؤولية الشركة الداخلة عن كافة ديون الشركة المندمجة، وهذا يعني

¹ أثر الاندماج على أداء الشركات وأرباحها د. معتمد مجد الدباس بحث منشور في مجلة الجامعة الإسلامية للدراسات الاقتصادية والإدارية، المجلد العشرون، العدد الثاني، ص ٥١١ - ص ٥٤٤ يونيو 2012 ص 13-18

² ابتسام فهيم النظام القانوني لاندماج الشركات التجارية على ضوء الفقه والقضاء دراسة مقارنة، ط 1، 2013، المغرب، ص 193

³ أحمد عبد الوهاب سعيد أبوزينة، الإطار القانوني لاندماج الشركات التجارية، دراسة مقارنة، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، جامعة القاهرة،

أن الشركة الداخلة أو الجديدة هي وحدها من تضمن الوفاء بجميع الديون، كما لم يغفل المشرع الفرنسي عن نقطة في غاية الأهمية ألا وهي حالة ما إذا كانت الشركة الداخلة معسرة ووفقاً لنفس المادة 2/381 من قانون الشركات الفرنسي فإنه يجوز لدائني الشركة الداخلة في الاندماج الذين نشأت حقوقهم قبل نشر مشروع الاندماج الاعتراض على الاندماج خلال مدة الثلاثين يوماً التالية لتاريخ شهر الاندماج ويجوز للمحكمة المختصة رفض الاعتراض أو الأمر بالوفاء أو بتقديم ضمانات كافية للوفاء بهذه الديون، وفي حالة عدم امتثال الشركة الداخلة للأمر الصادر من المحكمة فلا يحتج بالاندماج في مواجهة الدائنين المعترضين سندا للمادة 3/381 من قانون الشركات الفرنسي¹ وهو نفس التوجه الذي أخذ به المشرع الأردني في قانون الشركات في المادة 238 والتي نصت " تنتقل جميع حقوق والتزامات الشركات المندمجة إلى الشركة الداخلة أو الشركة الناتجة عن الاندماج حكماً بعد انتهاء إجراءات الدمج وتسجيل الشركة وفقاً لأحكام هذا القانون ، وتعتبر الشركة الداخلة أو الناتجة عن الاندماج خلفاً قانونياً للشركات المندمجة وتحل محلها في جميع حقوقها والتزاماتها " .

ويفهم من ذلك أن الالتزام الأصلي يبقى قائماً في مواجهة الشركة الداخلة دون أي تعديل في طبيعته ولا في سببه أو وصفه ولا في الضمانات التي كان يتمتع بها الدائن إزاء الشركة المندمجة قبل إجراء الاندماج، فدائن الشركة المندمجة لا ينشأ له الحق في الرجوع على أصول الشركة المندمجة التي آلت إلى الشركة الداخلة فحسب وإنما ينشأ له الحق في الرجوع على كافة أموالها دون تفرقة بين هذه الموجودات التي آلت إليها عن طريق الاندماج وبهذا يكون المشرع الأردني قد حذا حذو المشرع الفرنسي في كونه قد وسع من نطاق هذا المبدأ ليشمل حالة اندماج شركتين ذات المسؤولية المحدودة وحالة اندماج شركة المسؤولية المحدودة مع شركة مساهمة وهو أمر فيه الكثير من الحكمة والتبصر وقد تضمن قانون الشركات المصري الجديد لسنة 1981 مبدأ مسؤولية الشركة الداخلة أو الجديدة عن ديون الشركة المندمجة، وهذا ما يستشف من نص المادة 132 والتي جاء فيها " لا يجوز للشركة الداخلة أو الجديدة أن تتحلل من ديون الشركة المندمجة، بحجة أن عقد الاندماج يتضمن شرطاً يقتضي بتحديد مسؤوليتها عن الديون لأن هذا التحديد يجب أن يقتصر أثره في مواجهة الشركات الداخلة في الاندماج ولا يسري في حق الدائنين)). وفيما يقابل حق الدائنين في الاعتراض الذي ذكرناه في القانون الفرنسي فإن المشرع المصري يميز لدائني الشركة المندمجة أن يطلبوا من المحكمة تقرير ضمانات في مواجهة الشركة الداخلة، في حين أن التنظيم القانوني لحقوق الدائنين لدى المشرع المصري، يختلف عما جاء به المشرع الفرنسي، ذلك أن المشرع المصري لا يميز الاعتراض على الاندماج إلا لدائني الشركة المندمجة بينما المشرع الفرنسي لا يفرق بين دائني الشركة المندمجة ولا الشركة الداخلة، زيادة على ذلك فإن المشرع المصري والأردني لم ينظما أي وسيلة من وسائل شهر مشروع الاندماج، ولم يحدد مدة معينة يجب على من يرغب من الدائنين تقديم طلب إنشاء الضمانات خلالها على عكس المشرع الفرنسي²

أما فيما يتعلق بالقانون الأردني فنجد أن المادة 234 من قانون الشركات الأردني لسنة 1997 والتي نصت على أنه:
 أ- " يجوز لحملة أسناد القرض ودائني الشركات المندمجة أو الداخلة ولكل ذي مصلحة من المساهمين أو الشركاء الاعتراض إلى الوزير خلال ثلاثين يوماً من تاريخ الإعلان في الصحف المحلية بمقتضى أحكام المادة (231) على أن يبين المعارض موضوع اعتراضه والأسباب التي يستند إليها والأضرار التي يدعي أن الاندماج قد ألحقها به على وجه التحديد.
 ب . يحيل الوزير الاعتراضات إلى المراقب للبت فيها وإذا لم يتمكن من تسويتها لأي سبب من الأسباب خلال ثلاثين يوماً من إحالتها إليه يحق للمعارض اللجوء إلى المحكمة، ولا توقف هذه الاعتراضات أو الدعوى التي تقام لدى المحكمة قرار الاندماج.

¹ طاهري بشير ، المرجع السابق ، ص 237

² حسني المصري ، المرجع السابق ، ص 266

يتبين لنا من النص اعلاه ان قانون الشركات الاردني قد أجاز لدائني الشركات المندمجة الاعتراض إلى الوزير خلال ثلاثين يومًا من تاريخ الإعلان في الصحف المحلية بمقتضى أحكام المادة (231) على أن يبين هذا الدائن موضوع اعتراضه، والأسباب التي يستند إليها، والأضرار التي يدعي أن الاندماج قد ألحقها به على وجه التحديد، ويقوم المراقب بالبت في هذا الاعتراض بناءً على إحالة من قبل الوزير، وفي حالة عدم تمكن المراقب من تسوية تلك الاعتراضات لأي سبب من الأسباب خلال ثلاثين يومًا من إحالتها إليه، فإن الفقرة (ب) من ذات المادة تجيز للمعتزض الدائن اللجوء إلى المحكمة، على أن مثل هذه الاعتراضات أو الدعوى المقامة أمام المحكمة ليس من شأنها إيقاف قرار الاندماج.

ونرى أن المشرع الأردني أنه لم يكن موفقًا في مراعاة الطرف الآخر (دائني الشركات المندمجة) من حيث إقرار بعض الضمانات لهم أسوة بالمشرع المصري، فقد نص المشرع المصري في المادة (298) من اللائحة التنفيذية للقانون المصري على بعض الضمانات، حيث جاء فيها: "تعتبر الشركة الداخلة المدين بالنسبة لكافة ديون الشركة المندمجة بمجرد تمام إجراءات الاندماج، ويجوز لكل دائن نشأ حقه في مواجهة الشركة المندمجة قبل تمام إجراءات الاندماج أن يطلب من المحكمة المختصة تقرير ضمانات له في مواجهة الشركة الداخلة وذلك إذا كانت هناك اعتبارات جدية تبرر ذلك فإذا لم يتقرر تعجيل الوفاء بالدين أو لم تنشأ له ضمانات كافية كانت موجودات الشركة المندمجة ضمانات للوفاء بقيمة الدين وفوائده ولا تحول الأحكام المتقدمة دون تطبيق ما يرد في سندات إنشاء هذه الديون من شروط تقضي بتعجيلها في حالة قيام الشركة بالاندماج مع غيرها."

يتضح من النص السابق أن المشرع المصري أكد على حماية حقوق دائني الشركة المندمجة، وذلك من خلال منحهم الحق في أن يطلبوا من المحكمة المختصة، الضمانات اللازمة لهم في مواجهة الشركة الداخلة، أو اعتبار موجودات الشركة المندمجة ضامنة للوفاء بقيمة الدين وفوائده، إلا أنه لا بد من الاشارة هنا انه وبالرغم من عدم نص المشرع الأردني على هذه الضمانات، إلا أنه كفل بالنهاية حقوق الدائنين من خلال انتقال جميع حقوق والتزامات الشركة المندمجة إلى الشركة الداخلة عند الاندماج حكمًا بعد انتهاء إجراءات الدمج وتسجيل الشركة وفقًا لنص المادة (238) من قانون الشركات الأردني والتي اعتبرت أيضًا أن الشركة الداخلة خلفًا قانوني للشركات المندمجة وتحل محلها في جميع حقوقها والتزاماتها¹.

ونجد أن قانون الشركات الأردني لسنة 1997 لم يشترط موافقة دائني الشركة الداخلة على الاندماج ليسري في مواجهتهم، فالاندماج يزيد من ضماناتهم ويكون بمقدورهم التنفيذ على أموالها وأموال الشركة المندمجة التي تم نقلها للشركة الداخلة، واستنادًا إلى هذه الحالة لا يكون من مصلحة دائني الشركة الداخلة الاعتراض على الاندماج، إلا أنه ليس في كل الأحوال يكون الاندماج متفقًا مع مصلحة دائني الشركة الداخلة، فقد يؤدي الاندماج في بعض الأحيان إلى الإضرار بمصلحتهم، ويضعف من ضماناتهم في استيفاء حقهم منها وذلك بمزاحمة دائني الشركة المندمجة لهم في استيفاء حقهم والتنفيذ على أموال الشركة الداخلة، عندما تكون الشركة المندمجة محملة بالديون التي تزيد على أصولها وموجوداتها فتلجأ إلى الاندماج هربًا من مخاطر الإفلاس²، لذلك أجاز قانون

¹ . ألاء مجد فارس حماد ، المرجع السابق ، ص 182 وما بعدها للمزيد انظر أحمد عبد الوهاب سعيد أبو زينة، الإطار القانوني لإندماج الشركات التجارية ص 90

وما بعدها

² . فايز بصبوص ، المرجع السابق ، ص 147 . للمزيد انظر ألاء مجد فارس حماد ، المرجع السابق ، ص 182 وما بعدها

الشركات الاردني لسنة 1997 لدائني الشركة الدايجة حق الاعتراض على قرار الاندماج استناداً لنص المادة (234 / أ) ¹ وبذلك يكون المشرع الأردني قد ساوى ما بين دائني الشركة المندجة والشركة الدايجة في حقهم بالاعتراض على الاندماج . في حين نجد ان نظام الشركات السعودي قد بين في احكامه في المادة (193) على انه يكون الاندماج ساري المفعول بعد انقضاء ثلاثين يوماً من تاريخ شهره ، كما اجازت ذات المادة الى انه على دائني الشركة المندجة الاعتراض خلال مدة الثلاثين يوماً السابقة وبخطاب مسجل للشركة وفي هذه الحالة تتوقف عملية الاندماج الى ان يتنازل الدائن عن اعتراضه ، او تقوم الشركة بالوفاء بدينه ان كان قد حل ، أو تقدم ضماناً كافياً للوفاء بالدين إن كان اجلا ، وبذلك يكون المشرع السعودي قد قدم ضماناً كافياً للدائنين ² .

الفرع الثاني: أثر الاندماج على حقوق مديني الشركة المندجة والدايجة

تبين لنا أن الاندماج يعتبر انتقالاً شاملاً لذمة الشركة المندجة إلى الشركة الدايجة أو الجديدة وتحل الشركة الدايجة أو الجديدة محل الشركة المندجة في جميع مالها من حقوق وما عليها من التزامات بإعتبارها خلفاً عاماً للشركة المندجة، وعليه فإن مديني الشركة المندجة يصبحون مدينين للشركة الدايجة أو الجديدة بعد إتمام إجراءات الاندماج، ولا يهيم مديني الشركة المندجة ما إذا كانت الشركات التي تم الاندماج بينها موسرة أو معسرة لأنهم بالنتيجة مدينون للشركة المندجة ومطلوب منهم الوفاء بدينهم سواء كان الوفاء للشركة المندجة أو للشركة الدايجة أو الجديدة، المهم هو حصولهم على براءة ذمتهم من الشركة التي تم الوفاء لها وأن يكون هذا الوفاء صحيحاً بحيث لا يلتزموا بالوفاء مرتين ³ ، ولذلك يمكن القول أن موافقة المدين في الشركة الدايجة أو المندجة على الاندماج، ليست ضرورية لإتمام الاندماج، لأن الاندماج ليس حوالة حق يلزم فيها إخطار المدين وقبوله لها، بل هو انتقال شامل لذمة الشركة المندجة إلى الشركة الدايجة أو الجديدة ، وبناءً على ذلك الأساس تصبح الشركة الدايجة هي صاحبة الحق في مطالبة مديني الشركة المندجة وعليها أن تتخذ الإجراءات القانونية لحماية حقوقها التي رتبها عقد الاندماج ⁴ فعليها أن تقوم بإعذار مديني الشركة المندجة ومطالبتهم بالوفاء بما عليهم من ديون وإقامة الدعوى اللازمة لذلك أمام المحكمة المختصة لإلزامهم بالوفاء التي كانت عليهم للشركة المندجة بسبب أنها انقضت وزالت شخصيتها المعنوية بعد الاندماج وأصبحت شركة لا وجود قانوني أو واقعي لها منذ أن تم الإعلان عن اندماجها في الصحف الخاصة بالنشر والإعلان ⁵ .

أما بالنسبة لأثر الاندماج على حقوق مديني الشركة الدايجة التي تبقى محتفظة بشخصيتها المعنوية وذمتها المالية، فلا أثر للاندماج في مواجهة مديني الشركة الدايجة، لأنه على هؤلاء المدينين، الوفاء بما عليهم من ديون للشركة الدايجة ولا يعينهم إن حصل الاندماج أم لم يحصل لأن الدائن الذي يتلقى الوفاء لم يتغير فشخصيته المعنوية قائمة، لذلك فإن الاندماج لا يؤثر على حقوق والتزامات مديني الشركة الدايجة وإن عليهم تسديد ما بذمتهم للشركة الدايجة استناداً إلى تواريخ الاستحقاق المتفق عليها بين

¹ . نصت المادة (234 / أ) من قانون الشركات الاردني والتي نصت على " انه يجوز حملة أسناد القرض ودائني الشركات المندجة أو الدايجة ولكل ذي مصلحة من المساهمين أو الشركاء الاعتراض إلى الوزير خلال ثلاثين يوماً من تاريخ الإعلان في الصحف المحلية بمقتضى أحكام المادة (231) على أن يبين المعارض موضوع اعتراضه والأسباب التي يستند إليها والأضرار التي يدعي أن الاندماج قد ألحقها به على وجه التحديد.

² . نظام الشركات السعودي الصادر بتاريخ 1-28-1437هـ في المرسوم الملكي رقم (م-3) في المادة رقم 193 .

³ . احمد محرز ، المرجع السابق ، ص 296 . للمزيد انظر أحمد عبد الوهاب سعيد أبوزينة، الإطار القانوني لإندماج الشركات التجارية، ص 100 ومابعدها

⁴ . طاهري بشير ، اندماج الشركات في القانون الجزائري ،رسالة دكتوراه غير منشوره ، جامعة الجزائر بن يوسف بن خده ، 2015 ، ص 242.

⁵ . مروان بدري الإبراهيم طبيعة العلاقة القانونية بين كل من الشركة القابضة والشركة المتعددة الجنسيات من جهة الشركات التابعة لكل منها من جهة أخرى . مقال منشور بمجلة المنار المجلد 11 العدد 9 عمان الأردن سنة 2007 ص 95-96 .

الدائن والمدين ، وعليه فإن مديني الشركة المندمجة يصبحون مدينين للشركة الداخلة أو الجديدة الناتجة عن الاندماج باعتبارها خلفاً عامّاً للشركة المندمجة، ولذلك يجوز للشركة الداخلة أو الجديدة الناتجة عن الاندماج مطالبتهم مباشرة بالوفاء دون حاجة إلى الحصول على موافقتهم، كما يحق لها أن تختصمهم قضائياً لإلزامهم بالوفاء.

ولا توجد صعوبة في تحديد آثار الاندماج بالنسبة لمديني الشركة المندمجة، و السبب في ذلك إلى أن مديني الشركة المندمجة لا يهتمهم أن يكون (الدائن) الشركة الداخلة أو الناتجة عن الاندماج (موسراً أو معسراً) على اعتبار أنهم مدينون لا دائنون، وكل ما يهتمهم صحة الوفاء بديونهم حتى تبرأ ذمتهم ولا يلتزموا بالوفاء مرتين، ولذلك لا تلزم موافقة مديني الشركة المندمجة على الاندماج ما دامت صفة الموفى له قد توافرت للشركة الداخلة أو الجديدة بمجرد الاندماج¹.

وبناء على ذلك نؤيد ما ذهب اليه البعض في أنه لا يترتب على الاندماج أي أثر بالنسبة لمديني الشركة الداخلة بإعتبار أن الشخصية المعنوية للشركة الداخلة (الدائن) لم يطرأ عليها أي تغيير، وبناءً على ذلك فإنه، يجب على المدينين الوفاء بما عليهم من ديون للشركة الداخلة، ولا يهتمهم إن حصل الاندماج أم لم يحصل، لأن شخصية الدائن الذي تلقى الوفاء لم يتغير، فشخصيته المعنوية قائمة، لذلك فإن الاندماج لا يؤثر على حقوق والتزامات مديني الشركة الداخلة وعليهم تسديد ما بذمتهم للشركة الداخلة بتاريخ استحقاق ديونهم وحسب الاتفاق بين الدائن والمدين كما تم إليه الاشارة سالفاً .

المطلب الثاني: اثر الاندماج على حملة سندات القرض وأصحاب حصص التأسيس

من المعروف لدينا ان الشركة تحتاج خلال حياتها إلى أموال جديدة لاستكمال مشروعاتها ونشاطاتها، الأمر الذي قد يدفعها إلى الاقتراض، ولا نجد في مثل هذه الحالة إلا اللجوء إلى الجمهور عن طريق إصدار سندات تعرض للاكتتاب العام² وحتى تتمكن من معرفة أثر الاندماج على المراكز القانونية لحملة أسناد القرض ولأصحاب حصص التأسيس قسمنا هذا المبحث إلى مطلبين وسنبينهما على التوالي الاول بعنوان اثر الاندماج على حملة اسناد القرض والثاني بعنوان اثر الاندماج على أصحاب حصص التأسيس .

الفرع الاول: اثر الاندماج على حملة اسناد القرض

أشرنا سابقا الى أن الشركة قد ترغب في التوسع والازدياد من نشاطاتها وأعمالها، وهو الامر الذي يتطلب الحصول على أموال، تمكنها من أن تنفي بالعرض اللازم، لإنجاز هذه المشاريع وتوسعها، ومن الطرق التي تلجأ إليها في هذا الصدد عقد قرض جماعي بمبلغ معين، تكون في الغالب مدته طويلة نسبياً³، وهذا القرض يقسم إلى أجزاء متساوية يمثل كل جزء منها سندا تطرح هذه السندات للاكتتاب العام، ويجوز السند صاحبه الحصول على فوائد ثابتة طول المدة المحددة للقرض، بغض النظر عن تحقيق

¹ عبدالله الحربي ، اندماج الشركات في النظام السعودي ، رسالة ماجستير غير منشوره ، الجامعه الاردنيه ، سنة 2004 ، ص 132 للمزيد راجع ، ألاء حماد المرجع السابق ، ص 170 وما بعدها .

² عباس مرزوق فليح العبيري الاككتاب في رأسمال شركة المساهمة(دراسة قانونية وعملية) ، ط 1 ، سنة 1998 ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، الاردن ، ص 89

³ نعم حنا رؤوف نبيس، النظام القانوني لزيادة رأسمال شركة المساهمة، رسالة ماجستير، ط 1 لسنة 2002 ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، الاردن ، عمان .

الشركة الأرباح، وصاحب السند له الحق في استرداد قيمة السند في الموعد المحدد أو في تاريخ الاستحقاق ويكون له ضمان عام على أموال الشركة، باعتباره دائنا للشركة، بعكس المساهم الذي يعتبر شريكا باسمه في الشركة¹.

وعلى ذلك فإن أصحاب السندات، يتقدمون على أصحاب الأسهم حين يتم تقسيم موجودات الشركة. وينظم القانون تداول السندات ويجوز أن تتكون جماعة تمثل حملة السندات في الشركة، وقد تمتع هذه الجماعة بالشخصية المعنوية ويكون لها ممثل قانوني أمام الشركة²، وللحصول على هذه الأموال تلجأ الشركة إلى الجمهور، وذلك بإصدار أسناد قرض حيث يمثل كل سند جزءا من قيمة القرض وتكون القيمة الاسمية لهذه السندات المذكورة متساوية، ويحدد لها أجل طويل في الغالب لوفاء قيمتها. وقد عرفت معظم التشريعات أسناد القرض ومنها المشرع الجزائري فقد ذكر أنواعا معينة من السندات التي يجوز لشركة المساهمة أن تصدرها إذا دعت الحاجة إلى الحصول على أموال جديدة ولمدة طويلة حيث تلجأ إلى القرض بواسطة إصدار سندات قابلة للتداول تمكن صاحبها من الحصول على فوائد سنوية واسترجاع قيمة السند في المواعيد المقررة قانونا، حيث تطرح هذه السندات للاكتتاب العام³.

وفي القانون الاردني نجد ان قانون الشركات لسنة 1997، أجاز للشركة المساهمة العامة والشركة المساهمة الخاصة، إصدار سندات القرض، وقد عرفت المادة 116 منه أسناد القرض على أنها: "أوراق مالية قابلة للتداول يحق إصدارها للشركة المساهمة (العامة أو الشركة المساهمة الخاصة) أو لأي من الشركات التي يجيز لها قانون الأوراق المالية إصدار هذه الاسناد ويتم طرحها وفقاً لأحكام هذا القانون وقانون الأوراق المالية للحصول على قرض تتعهد الشركة بموجب هذه الاسناد بسداد القرض وفوائده وفقاً لشروط الإصدار".

وتمتاز أسناد القرض بقابليتها للتداول في سوق الأوراق المالية، أي أنه يكون من حق حامل سند القرض أن يبيع ما يملكه من أسناد القرض لمن يشاء وبالسعر الدارج في ذلك اليوم في سوق الأوراق المالية، حيث إن حامل سند القرض يشبه المساهم في عملية التصرف بأسهمه كما يشاء من بيع وشراء، ولكنه يختلف عن المساهم من حيث أنه دائن للشركة بقيمة السندات التي يملكها فلا يشترك في اجتماعات الهيئة العامة للشركة، ولا يمكنه أن يترشح لعضوية مجلس الإدارة، ولا يشترك في اقتسام الأرباح والخسائر ولا في تقسيم موجودات الشركة وتصفياتها، وإنما له الحق في الحصول على فائدة ثابتة سنوياً يحدد سعرها في نشرة إصدار السندات، وحقه في الفائدة ثابت وإن لم تحقق الشركة أرباحاً، كما له أن يستوفي قيمة السند الاسمي عند استحقاق ميعاد إستيفائه، وله ضمانات عامة على أموال الشركة باعتباره دائناً لها⁴.

¹ علي نديم الحمصي، شركات المساهمة في ضوء القانون الوضعي والفقہ الإسلامي، ط 1، لسنة 2003 المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت لبنان، ص 122 وما بعدها.

² سميحة القليوبي، الشركات التجارية، مرجع سابق، ص 27 للمزيد انظر ألاء مُجد فارس حماد، المرجع السابق، ص 182 وما بعدها.

³ طاهري بشير، اندماج الشركات في القانون الجزائري، رسالة دكتوراه غير منشوره، المرجع السابق، ص 245.

⁴ فايز بصبوص، المرجع السابق، ص 164. للمزيد انظر ألاء مُجد فارس حماد، المرجع السابق، ص 182 وما بعدها.

و أجاز قانون الشركات الاردني لسنة 1997 حملة أسناد القرض الاعتراض على قرار الاندماج¹ ، على ان يجيل الوزير الاعتراضات إلى المراقب للبت فيها وإذا لم يتمكن من تسويتها لأي سبب من الأسباب خلال ثلاثين يوما من إحالتها إليه يحق للمعتز اللجوء إلى المحكمة ، وهذه الاعتراضات أو الدعوى التي تقام لدى المحكمة لا توقف قرار الاندماج² .

وحق حملة أسناد القرض في الاعتراض على قرار الاندماج لا يكون بصورة مفردة، وإنما من خلال هيئة مالكي أسناد القرض الممثلة بأمين الإصدار، حسب ماشارت له المواد 126-130 من قانون الشركات الاردني ويتبين لنا من نص المادة 116 من قانون الشركات الاردني الى انه يحق لحامل سند القرض أن يسترد قيمته عند حلول ميعاد الاستحقاق ووفقاً للشروط التي وضعت في نشرة الإصدار، ولا يجوز تقديم ميعاد الوفاء أو تأخيره ولا يجوز لحامل السند المطالبة به قبل حلول الأجل المحدد لاستحقاقه عند الإصدار، وأيضاً لا يجوز للشركة المصدرة للسند تقديم ميعاد الوفاء أو تأخيره .

وبناءً على ذلك نرى أن الاندماج، لا يعد سبباً يعطي الحق لصاحب السند الاستناد إليه لطلب تعجيل استرداد قيمته، كون إنه بتمام الاندماج تصبح الشركة الداخلة أو الجديدة مدينة بقيمة السندات التي كانت صادرة من الشركة المندمجة ، طالما أن هذه السندات نشأت قبل إتمام إجراءات الاندماج، بمعنى أن صاحب السند يصبح دائماً للشركة الداخلة أو الجديدة بقيمة السندات وبالفائدة المحددة حتى تاريخ الاستحقاق، ويتمتع صاحب السند الصادر من الشركة المندمجة بنفس الحقوق والضمانات والأولويات الواردة في عقد القرض³ ، وهذا ما تؤكدته المادة (238) من قانون الشركات لسنة 1997 التي تعتبر الشركة الداخلة أو الجديدة خلفاً قانونياً للشركة المندمجة وتحل محلها في جميع حقوقها والتزاماتها⁴ .

الفرع الثاني: اثر الاندماج على حملة حصص التأسيس

تعرف حصص التأسيس بأنها هي عبارة عن نصيب مقدر من أرباح الشركة على شكل صكوك ليس لها قيمة اسمية، وإنما تتمتع بقيمة فعلية تحدد بناء على ما يقرر لها من نسبة في أرباح الشركة، دون الاشتراك في الخسائر، تصدرها الشركة المساهمة العامه ، وتمنحها للأشخاص الذين قدموا خدمات جليلة أثناء تأسيس الشركة، وهذه الحصص لا يقابلها رأس مال مقدم في الشركة لذا فهي لا تدخل ضمن تكوين رأس مال الشركة، ويمكن الغائها، ولا يحق لأصحابها الاشتراك في الإدارة، وقد ثار جدل فقهي حول تكييف حصص التأسيس، فيرى البعض أن صاحبها بمثابة الدائن لا المساهم ويرى البعض الآخر أن أصحابها مركزهم خاص بمعنى لاهم بالدائنون ولاهم بالشركاء⁵ .

¹ اشارت المادة 234 / أ من قانون الشركات الاردني الى انه " يجوز لحملة أسناد القرض ودائني الشركات المندمجة أو الداخلة ولكل ذي مصلحة من المساهمين أو الشركاء الاعتراض إلى الوزير خلال ثلاثين يوما من تاريخ الإعلان في الصحف المحلية بمقتضى أحكام المادة (231) على أن يبين المعتز موضوع اعتراضه والأسباب التي يستند إليها والأضرار التي يدعي أن الاندماج قد ألحقها به على وجه التحديد.

² اشارت المادة 234 /ب من قانون الشركات الاردني الى انه " يجيل الوزير الاعتراضات إلى المراقب للبت فيها وإذا لم يتمكن من تسويتها لأي سبب من الأسباب خلال ثلاثين يوما من إحالتها إليه يحق للمعتز اللجوء إلى المحكمة ، ولا توقف هذه الاعتراضات أو الدعوى التي تقام لدى المحكمة قرار الاندماج.

³ فايز بصبوس ، المرجع السابق ، ص 174 . ألامزيد لاء محمد فارس حماد ، المرجع السابق ، ص 182 وما بعدها

⁴ اشارت المادة 238 من قانون الشركات الاردني الى انه " تنتقل جميع حقوق والتزامات الشركات المندمجة إلى الشركة الداخلة أو الشركة الناتجة عن الاندماج حكماً بعد انتهاء إجراءات الدمج وتسجيل الشركة وفقاً لأحكام هذا القانون، وتعتبر الشركة الداخلة أو الناتجة عن الاندماج خلفاً قانونياً للشركات المندمجة وتحل محلها في جميع حقوقها والتزاماتها.

⁵ محمد فريد العريني الشركات التجارية مرجع سابق ص 327 للمزيد انظر ألاء محمد فارس حماد ، المرجع السابق ، ص 182 وما بعدها

وعليه فحملة حصص التأسيس لا يتم اعتبارهم مساهمين في الشركة التي أصدرت هذه الحصص لأن هذه الحصص ليست جزءاً من رأس المال ولا تدخل في تكوينه، وإنما هي صكوك ليس لها قيمة اسمية، تمنح لمن أسدى إلى الشركة بعض الخدمات ونحوه الحق في نسبة من الأرباح السنوية التي تحققها الشركة، ويعتبر حملة هذه الحصص دائنين للشركة حيث يشغلون نفس مركز البائع الذي يتقاضى ثمنًا احتماليًا غير محدد المقدار، ألا وهو نصيبهم من أرباح الشركة¹.

وتباينت موقف التشريعات من هذه الحصص بين مؤيد ومعارض لإصدارها ومن التشريعات التي أجازت إصدارها قانون الشركات المصري، لكنه فرض قيودًا على إنشائها وتداولها، كذلك حدد نصيبها من الأرباح، كما انه اجاز إلغائها ولكن مقابل تعويض عادل بعد مضي ثلثي مدة الشركة، أو عشر سنوات من تاريخ إنشاء الحصص².

ونجد ان القانون الفرنسي لسنة 1966 استقر الوضع فيه على حظر إنشاء حصص التأسيس اعتبارا من تاريخ نفاذه في أول أبريل 1961 كما سمح قانون 1966 للشركات القائمة اتخاذ إجراءات شراء هذه الحصص أو تحويلها إلى أسهم بعد مرور عشرين سنة على إصدارها³.

ولم ينظم قانون الشركات الاردني إصدار حصص التأسيس، لذا يثور التساؤل عن مدى حق الشركة في إصدار حصص التأسيس بالرغم من عدم تنظيمها من قبل المشرع وعليه، نجد أن قانون الشركات الاردني، حسناً فعل كونه لم يجز حصص التأسيس ضمناً، وذلك منعاً لإساءة استعمالها من قبل المؤسسين وغيرهم، وحماية لحقوق المساهمين، وخوفاً من أن يتخذها المؤسسون ذريعة للحصول على منافع لا تتناسب مع الجهود والخدمات التي قدموها، فضلا عن تعارض المصالح بين المساهمين وحملة حصص التأسيس باعتبار أن الآخرين يحصلون على نصيب من الأرباح دون أن يشاركوا في تحمل الخسائر⁴.

الخاتمة :

بعد بحثنا بموضوع اندماج الشركات والاثار المترتبة على الغير فقد توصلت هذه الدراسة الى اهم النتائج والتوصيات التالية :

أولاً : النتائج

1- تعددت التعريفات الفقهية والقانونية لمفهوم اندماج الشركات، ولكنها في الجمل تتفق في كون الاندماج يعتبر عقداً بين شركتين قائمتين أو أكثر، إما أن يتم بطريق ضم شركة أو أكثر إلى شركة أخرى، فتتقضي عندها الشخصية المعنوية للشركة المندمجة، وتنقل جميع حقوقها والتزاماتها إلى الشركة الدامجة التي تبقى قائمة، أو أن الاندماج عن طريق مزج شركتين أو أكثر فتتقضي عندها الشخصية المعنوية لجميع الشركات الداخلة في الاندماج، وتنقل جميع حقوقها والتزاماتها إلى شركة جديدة تؤسس بأموال الشركة المنقضية مع استمرار المشروع الاقتصادي للشركة أو الشركات التي انقضت.

2- اختلفت الآراء الفقهية حول تحديد الطبيعة القانونية للاندماج، إلا أن الرأي الراجح فقهاً وقضاءً، والذي نتفق معه، هو أن الاندماج يترتب عليه انقضاء الشركة المندمجة انقضاءً مبدئياً مع استمرار مشروعها الاقتصادي في إطار الشخصية المعنوية للشركة الدامجة أو الجديدة الناتجة عن الاندماج.

¹ . عليا الزيره ، مرجع سابق ص 188 للمزيد انظر ألاء مُجد فارس حماد ، المرجع السابق ، ص 182 وما بعدها

² . اشارت الى ذلك المادة 34 من قانون الشركات المصري

³ . اشارت الى ذلك المادة 264 من قانون الشركات الفرنسي سنة 1966 .

انظر ألاء مُجد فارس حماد ، المرجع السابق ، ص 182 وما بعدها .⁴

- 3- انه لا يمكن اعتبار ان الاندماج هو مئزه او عيب كون ان الاندماج يختلف حسب الدافع والسبب الرئيسي الى الاندماج فقد يؤدي الى الاحتكار وفي ذات الوقت فانه يعد سببا رئيساً لمحاربتة وبالتالي فهو سلاح ذو حدين كون ان الاندماج يختلف باختلاف الدافع له والضروف التي ادت اليه.
- 4- نخلص مما تقدم، أن الاندماج - وفق القانون الأردني - لا يعد سبباً يسوغ لصاحب السند أن يطلب تعجيل استرداد قيمته، وإنما يحق له الاعتراض على الاندماج، أو تنتقل حقوقه إلى الشركة الداخلة أو الجديدة؛ لأن قرار الاندماج لا يتطلب موافقة حاملي سندات القرض.
- 5- يحق لحامل سند القرض أن يسترد قيمته عند حلول ميعاد الاستحقاق ووفقاً للشروط التي وضعت في نشرة الإصدار، ولا يجوز تقديم ميعاد الوفاء أو تأخيره ولا يجوز لحامل السند المطالبة به قبل حلول الأجل المحدد لاستحقاقه عند الإصدار، وأيضاً لا يجوز للشركة المصدرة للسند تقديم ميعاد الوفاء أو تأخيره .
- 6- تبين لنا أن قانون الشركات الاردني، لم يميز حصص التأسيس ضمناً، وذلك منعاً لإساءة استعمالها من قبل المؤسسين وغيرهم، وحماية لحقوق المساهمين، وخوفاً من أن يتخذها المؤسسون ذريعة للحصول على منافع لا تتناسب مع الجهود والخدمات التي قدموها، فضلاً عن تعارض المصالح بين المساهمين وحملة حصص التأسيس باعتبار أن الآخرين يحصلون على نصيب من الأرباح دون أن يشاركوا في تحمل الخسائر.

ثانياً : التوصيات

- 1- الاهتمام من طرف المشرع بمشروع الاندماج بشكل أكثر لما يتضمنه من معلومات وتفاصيل تكون أساسية ومفسرة لاتفاقية الاندماج لما لهذا المشروع من فوائد سنجدها في مرحلة ما بعد الاندماج .
- 2- يجب على الشركة الداخلة قبل أن تباشر عملية الاندماج أن تدرس كل ما يتعلق بالشركة المندمجة ومن الظروف الداخلية والخارجية كأسعار الأسهم وربحياتها الحالية والمستقبلية وظروف السوق المالية والمضاربة وحجم الاستثمار .
- 3- العمل على مراقبة الأداء المالي لهذه الشركات وذلك بالاعتماد على لجان مالية متخصصة لمتابعة عملية الاندماج بهدف الوقوف على الأسباب الكامنة وراء عدم التحسن في الأداء المالي وماهي الاسباب وراء ذلك .
- 4- الحرص على أن تكون عملية الاندماج مبنية على دراسات قانونية مالية واقتصادية دقيقة عن واقع الشركات الراغبة في الاندماج وطبيعة أدائها التجاري والربحي والاقتصاد والمالي حماية لأموال المستثمرين وتحقيقاً للعدالة المعقولة في تقييم الشركة .
- 5- تحفيز الدولة لاندماج الشركات التجارية من خلال اعفائها من الضريبة لفترة معينة بعد الاندماج شريطة التزام الشركة بشروط معينة من عدد العاملين ونوعية المشاريع وغيرها .
- 6- قيام المشرع الاردني بإيجاد تعريف محدد للاندماج لما يترتب عليه من اثار قانونية وذلك للطبيعه الخاصه للاندماج .
- 7- حاجتنا إلى الاندماج ضرورية وعند الالتجاء إليه وجب أن نضع في حسابنا الظروف المحيطة التي تتطلب قدراً كبيراً من الوعي الحقيقي لمسؤوليات الاندماج وأن نتعامل معه باعتباره إستراتيجية طويلة المدى نظراً لتأثيره على الاقتصاد الوطني .

المراجع :

الكتب :

- 1- أحمد مجد محرز، اندماج الشركات من الوجهة القانونية، دراسة مقارنة القاهرة دار النهضة العربية ، ط 1 ، لسنة 1987 .
- 2- اسامه المحيسن ، الوجيز في الشركات التجارية ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، 2008 .
- 3- حسن عناية ، موسوعة الفقه والقضاء في الشركات التجارية ، المجلد الثاني ، دار محمود والمكتبه القانونيه ، د.س.
- 4- حسني المصري، إندماج الشركات وإقسامها ، ط 1 ، مطبعة حسان ، القاهرة ، سنة 1986 .

- 5- سامي الخرابشه ، النظام القانوني للشركة المساهمة الخاصه ، دار البشير ، عمان ، سنة 2011 .
- 6- سميحة القليوبي الشركات التجارية ، ج 1 ط 3 ، ، دار النهضة العربية القاهرة، سنة 1992 .
- 13-عباس مرزوق فليح العبيري الاكنتاب في رأسمال شركة المساهمة(دراسة قانونية وعملية)، ط 1، 1998، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، الاردن .
- 7- عباس مصطفى المصري، تنظيم الشركات التجارية ، ط 1 لسنة 2002 ، دار الجامعه الجديده للنشر ، القاهرة .
- 8- عباس مرزوق فليح العبيري، الاكنتاب غب رأس مال شركة المساهمة (دراسة قانونية وعلميه)، ط1، 1998، دار الثقافة للنشر والتوزيع ،الاردن .
- 9- عبد الله على محمود الصيفي، الشركة القابضة وأحكامها في الفقه الإسلامي. ط 1 ، لسنة 2006 ، دار النفائس للنشر والتوزيع عمان .
- 10-عباس مصطفى المصري ، تنظيم الشركات التجاريه ، ط 1 ، لسنة 2002 ، دار الجامعه الجديده للنشر ، القاهرة .
- 14-علي نديم الحمصي، شركات المساهمة في ضوء القانون الوضعي والفقه الإسلامي، ط 1 ، لسنة 2003 المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت لبنان،
- 15-فايز إسماعيل بصبوص، اندماج الشركات المساهمة و الآثار القانونية المترتبة عليها، الأردن، 2010
- 16-لينا يعقوب الفيوني، الآثار الناشئة عن الاندماج شركات المساهمة ط 1 سنة 2009بيروت لبنان .
- 17-مُجد فريد العلني و د،مُجد السيد الفقي،الشركات التجارية، الطبعة الخامسة ،منشورات الحلبي الحقوقية،بيروت،لبنان، 2002 .
- 18-مروان بدرى الإبراهيم طبيعة العلاقة القانونية بين كل من الشركة القابضة والشركة المتعددة الجنسيات من جهة الشركات التابعة لكل منها من جهة أخرى .مقال منشور بمجلة المنار المجلد 11 العدد 9 عمان الأردن سنة 2007 .
- 11-مصطفى كمال طه ، شركات الأموال ، الإسكندرية المؤسسة الثقافية الجامعية ، ط 1 لسنة 1982 .
- 12-مهند الجبوري ، اندماج الشركات " دراسته مقارنة " دن ، دم ، 2003 .
- 19-نعم حنا رؤوف نيس، النظام القانوني لزيادة رأسمال شركة المساهمة، رسالة ماجستير، ط 1 ، 2002 ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، الاردن ، عمان .

المعاجم :

المنجد في اللغة والاعلام ، ط 21، دار المشرق ، بيروت ، 2000 .

القوانين :

- 1- قانون الشركات المصري 159 سنة 1989 ، المعدل بالقانون 03 لسنة 1998.
- 2- قانون الشركات الفرنسي سنة 1966 .
- 3- قانون الشركات الاردني لسنة 1997 وتعديلاته .
- 4- نظام الشركات السعودي الصادر بتاريخ 82-1-1473هـ.

الرسائل :

- 1- الاء مُجد فارس حماد ، رسالة ماجستير غير منشوره بعنوان "اندماج الشركات واثره على عقود الشركه المندمجه " دراسته مقارنة " جامعة بير زيت ، سنة 2012 .
- 2- أحمدعبد الوهاب سعيد أبوزينة،الإطار القانوني لإندماج الشركات التجارية، دراسة مقارنة،رسالة لنيل درجة الدكتوراة في الحقوق،جامعة القاهرة، 2012 .
- 3- أويستابرهان محمود،اندماج الشركات التجارية وأثره في المنافسة التجارية،رسالة الماجستير في القانون الخاص،مجلس كلية الحقوق و السياسة في جامعة السليمانية،، 2014 .
- 4- حماش حياه ،الضوابط القانونيه لاندماج الشركات ،رسالة الماجستير في القانون الخاص غير منشوره ،جامعة قاصدي مرياح - ورقله - سنة 2015 .
- 5- طاهري بشير ، اندماج الشركات في القانون الجزائري ،رسالة دكتوراه غير منشوره ، جامعة الجزائر بن يوسف بن خده ، سنة 2015
- 6- عبدالله الحربي ، اندماج الشركات في النظام السعودي ، رسالة ماجستير غير منشوره ، الجامعه الاردنيه ، سنة 2004 .

آليات تفعيل المنافسة عند تقييم العروض لانتقاء أحسن عرض من الناحية الاقتصادية

د. جليل مونية

أستاذة محاضرة - كلية الحقوق ببودواو

جامعة أحمد بوقرة - بومرداس

الملخص:

إن حماية المنافسة في مجال الصفقات العمومية يجب أن تكون من أولويات الشخص العام فهي مستمدة من حماية المصالح المالية لهذا الأخير والمحافظة على شروط ممارسة المنافسة. ومن أجل تمكين الإدارة من أداء دورها في مراقبة الممارسات المنافية للمنافسة المحتملة للأعوان الاقتصاديين، تم إثراء تنظيم الصفقات العمومية بقواعد مستمدة من قانون المنافسة. ومن تلك القواعد يمكن ذكر المادة 5 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام التي تنص على أنه: "لضمان نجاعة الطلبات العمومية والاستعمال الحسن للمال العام، يجب أن تراعى في الصفقات العمومية مبادئ حرية الوصول للطلبات العمومية والمساواة في معاملة المرشحين وشفافية الإجراءات ضمن احترام أحكام هذا المرسوم". إن هذه المبادئ التي جاءت في تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام جليرة بنجاعة الطلب العمومي وحماية المنافسة في هذا الإطار، خاصة وأن لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض هي التي تقوم بانتقاء طبقا لدتر الشروط أحسن عرض من الناحية الاقتصادية باحترامها لمبادئ المنافسة، فبهذه الصفة تكون هذه اللجنة هي الضابطة للمنافسة، وهذا من خلال المهام الموكلة إليها بموجب المادة 72 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، و بهذا تعتبر لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض آلية من آليات حماية المنافسة في الصفقات العمومية ونجاعة الطلب العمومي.

الكلمات الدالة: تنظيم الصفقات العمومية، تفويضات المرفق العام، نجاعة الطلب العمومي، حماية المنافسة.

Abstract:

The protection of competition in the area of public transactions must be a priority of the public person, deriving from the protection of the financial interests of the latter and the maintenance of the conditions of competition.

In order to enable the Department to play its role in monitoring anticompetitive practices of economic agents, the regulation of public transactions has been enriched by rules derived from competition law.

These rules include Article 5 of Presidential Decree No. 15-247, which regulates public transactions and mandates of the General Assembly, which states: "In order to ensure the efficiency of public applications and the good use of public funds, public transactions shall take into account the principles of free access to public The treatment of candidates and the transparency of procedures within the respect of the provisions of this decree" .

These principles, which govern public transactions and the mandates of the General Assembly, are worthy of the efficiency of public demand and the protection of competition in this context, especially as it is the Committee for the opening of envelopes and evaluation of offers that choose according to the book of conditions the best offer in terms of economic

respect for the principles of competition, The Commission is the authority to compete, through the functions assigned to it under Article 72 of Presidential Decree No. 15-247. The Committee for the Opening of Bids and Appraisal is therefore considered a mechanism for protecting competition in public transactions and in the efficiency of public demand.

Keywords : public transactions, the mandates of the General Assembly, the efficiency of public demand, the protection of competition.

قائمة المختصرات

B.O.C.C.R.F : Bulletin officiel de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes.

D. : Recueil Dalloz.

D.G.C.C.R.F : Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes.

G.P. : Gazette du Palais.

Ed (E) : Edition Entreprise.

J.O.C.E : Journal Officiel des Communautés Européennes.

P.A. : Les Petites Affiches.

R.A.E : Revue des Affaires Européennes.

R.C.C : Revue Concurrence et Consommation.

R.D. Immo. : Revus de Droit Immobilier.

R.I.D.E : Revue Internationale de Droit Economique.

Spéc. : Spécialement.

T.A.: Tribunal Administratif.

T.P.I.C.E. : Tribunal de Première Instance des Communautés Européennes.

V. : Voyez.

مقدمة:

إن حماية المنافسة في مجال الصفقات العمومية يجب أن تكون من أولويات الشخص العام فهي مستمدة من حماية المصالح المالية لهذا الأخير والحفاظة على شروط ممارسة المنافسة « Protection des intérêts notamment financiers de ce dernier et préservation des conditions d'exercice de la concurrence »

فإذا كانت المصلحة المتعاقدة مطالبة بعدم ارتكاب ممارسات مقيدة للمنافسة بفعل العقود التي تبرمها والقرارات الانفرادية التي تصدرها، فإنه في حالة ما إذا ثبت ارتكاب ممارسات قبل صدور القرارات والعقود الإدارية، فإن الإدارة ملزمة من التأكد، عندما تبرم طلبات عمومية، ألا يكون المتعامل المقبول لنيل الصفقة، قد نالها بفضل إرتكابه لممارسة مقيدة للمنافسة. ومن أجل تمكين الإدارة من أداء دورها في مراقبة هذه الممارسات المحتملة للأعوان الاقتصاديين، تم إثراء تنظيم الصفقات العمومية بقواعد مستمدة من قانون المنافسة. تفرض هذه القواعد إتزاما جديدا على المصلحة المتعاقدة يتمثل في مراقبة ومعاقبة الممارسات المقيدة للمنافسة من خلال إحداث لجنة فتح الأظرفة و تقييم العروض واحدة أو أكثر على مستوى كل مصلحة متعاقدة، ويندرج هذا الدور الجديد للمصلحة المتعاقدة في إطار إضفاء قدرا من الشفافية والنزاهة على الصفقات العمومية الذي تم التأكيد عليه في المادة 5 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق

العام التي تنص على أنه: " لضمان نجاعة الطلبات العمومية والاستعمال الحسن للمال العام، يجب أن تراعى في الصفقات العمومية مبادئ حرية الوصول للطلبات العمومية والمساواة في معاملة المرشحين وشفافية الإجراءات ضمن احترام أحكام هذا المرسوم".

إن هذه المبادئ جديرة بنجاعة الطلب العمومي وحماية المنافسة التي تسعى لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض على إحترامها وتفعيلها عند تقييم وتحليل العروض لإنتقاء أحسن عرض من الناحية الإقتصادية وفقاً لمقتضيات دفتر الشروط، فهذه الصفة تكون هذه اللجنة النواة الأساسية الضابطة للمنافسة في مجال الصفقات العمومية، وهذا من خلال المهام الموكلة إليها بموجب المادة 72 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247.

وفقاً لما سبق سرده فإن هذا الموضوع يطرح عدة تساؤلات جوهرية تتمثل في:

- كيف تم تنظيم لجنة فتح الأظرفة و تقييم العروض كآلية من آليات ضبط المنافسة في الصفقات العمومية ؟
- وما هي الآليات الكفيلة لإنتقاء أحسن عرض من الناحية الإقتصادية كضمانة لحماية المنافسة في الصفقات العمومية ؟
- هل وفق المرسوم الرئاسي رقم 15-247 في تفعيل دور لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض في ضبط المنافسة في الصفقات العمومية ؟

و لمعالجة هذه التساؤلات تم اعتماد المحاور التالية:

المحور الأول: تشكيلة لجنة فتح الأظرفة و تقييم العروض من موظفين مؤهلين و ذوي كفاءة ضمانة للمنافسة النزيهة.

المحور الثاني: تطبيق مبدأ المساواة في معالجة و تقييم عروض المرشحين ضمانة لحماية المنافسة.

المحور الثالث: تعزيز الأخذ بأحسن عرض من حيث المزايا الإقتصادية ضمانة لنجاعة الطلب العمومي والتنمية المستدامة.

المحور الرابع: تعزيز الكشف القبلي عن الممارسات المنافية للمنافسة في مجال الصفقات العمومية.

المحور الخامس: إلزام المصلحة المتعاقدة بالتحقق من القدرات التقنية والمهنية والمالية للمرشحين قبل تقييم العروض بالاستناد إلى معايير غير تمييزية.

المحور السادس: إلزام المصلحة المتعاقدة بالتبليغ في إعلان المنح المؤقت للصفقة عن نتائج تقييم العروض التقنية والمالية لحائز الصفقة العمومية مؤقتاً .

المحور السابع: حماية وترقية الإنتاج وأداة الإنتاج الوطنيين وكذا تشجيع المؤسسات الصغيرة و المتوسطة عند تقييم و مقارنة العروض.

المحور الأول: تشكيلة لجنة فتح الأظرفة و تقييم العروض من موظفين مؤهلين و ذوي كفاءة ضمانة للمنافسة النزيهة.

تم دمج لجنتي فتح الأظرفة وتقييم العروض وتنظيمها في المواد 159 إلى 162 حيث تحدث المصلحة المتعاقدة في إطار الرقابة الداخلية، لجنة دائمة واحدة أو أكثر مكلفة بفتح الأظرفة وتحليل العروض والبدائل والأسعار الاختيارية، عند

الإقتضاء، تدعى في صلب النص "لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض"، تتشكل هذه اللجنة من موظفين مؤهلين تابعين للمصلحة المتعاقدة يختارون لكفاءتهم .

يمكن المصلحة المتعاقدة تحت مسؤوليتها أن تنشئ لجنة تقنية تكلف بإعداد تقرير تحليل العروض لحاجات لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض.

لقد تم التأكيد في نص المادة 211 على ضرورة أن يتلقى الموظفون والأعوان العموميون المكلفون بتحضير وإبرام وتنفيذ ومراقبة الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، تكويننا مؤهلا في هذا المجال.

كما يستفيد الموظفون والأعوان العموميون وفقا للمادة 212 والمكلفون بتحضير وإبرام وتنفيذ ومراقبة الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، من دورات تكوين و تحسين المستوى وتحديد المعارف تضمنها الهيئة المستخدمة، بالاتصال مع سلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، وذلك من أجل تحسين مستمر لمؤهلاتهم وكفاءاتهم.

إن المبادرة ببرامج التكوين وترقية التكوين في مجال الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام ضمانا لإختيار موضوعي لأحسن عرض من الناحية الاقتصادية، في ظل احترام الشروط المثلى المتعلقة بالجودة والكلفة وآجال الإنجاز وهذا إعمالا بمبدأ المنافسة.

وتجدر الإشارة في هذا الإطار أن المادة 88 مكنت سلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، من إعداد المدونة الخاصة بالأعوان العموميين الذين يتدخلون في مراقبة وإبرام وتنفيذ الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، حيث جاء هذا التعديل حماية للمال العام و تحقيقا لنجاعة الطلب العمومي، الأمر الذي جعل المرسوم الرئاسي رقم 15-247 يؤكد على أن الأعوان العموميين يوافقون على المدونة بتصريح، كما يجب عليهم التوقيع على تصريح آخر بغياب تضارب المصالح.

عندما تتعارض المصالح الخاصة لموظف عمومي يشارك في إبرام أو مراقبة أو تنفيذ صفقة عمومية مع المصلحة العامة ويكون من شأن ذلك التأثير في ممارسته لمهامه بشكل عادي فإنه يتعين عليه أن يخبر سلطته السلمية بذلك ويتنحى عن هذه المهمة. (1)

لا يمكن للمصلحة المتعاقدة ولمدة أربع (4) سنوات أن تمنح صفقة عمومية بأي شكل من الأشكال لموظفيها السابقين الذين توقفوا عن أداء مهامهم إلا في الحالات المنصوص عليها في التشريع والتنظيم المعمول بهما . كما تتناهي العضوية في لجنة التحكيم والعضوية و / أو صفة مقرر في لجنة الصفقات العمومية مع العضوية في لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض عندما يتعلق الأمر بنفس الملف .

¹ - المادة 90، من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المؤرخ في 16 سبتمبر 2015 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام، الجريدة الرسمية مؤرخة في 20 سبتمبر 2015، عدد 50.

² - المادة 92، من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المؤرخ في 16 سبتمبر 2015، السالف الذكر.

³ - المادة 91، من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المؤرخ في 16 سبتمبر 2015، السالف الذكر.

إن مثل هذه التدابير المدرجة في المرسوم الرئاسي رقم 15-247 جديرة بنجاعة الطلب العمومي في هذا الإطار وتكريس مبدأ الشفافية في إبرام الصفقات العمومية من جهة، ومبدأ الجماعية في اختيار المتعامل المتعاقد من جهة ثانية، وأيضا لضمان منافسة مشروعة تكفل المساواة بين المتنافسين، بما يحقق هدف ترشيد النفقات العامة و حماية للمال العام.

المحور الثاني: تطبيق مبدأ المساواة في معالجة و تقييم عروض المرشحين ضمانا لحماية المنافسة.

حسب المادة 72 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 و ضمانا لتطبيق مبدأ المساواة في معالجة و تقييم عروض المرشحين قد تقترح لجنة فتح الأظرفة و تقييم العروض على المصلحة المتعاقدة، رفض العرض المقبول، إذا ثبت أن بعض ممارسات المتعهد المعني تشكل تعسفا في وضعية هيمنة على السوق أو قد تتسبب في إختلال المنافسة في القطاع المعني، بأي طريقة كانت. و يجب أن يبيّن هذا الحكم في دفتر الشروط ،

أما إذا كان العرض المالي الإجمالي للمتعامل الإقتصادي المختار مؤقتا، أو كان سعر واحد أو أكثر من عرضه المالي يبدو منخفضا بشكل غير عادي، بالنسبة لمرجع الأسعار، تطلب منه عن طريق المصلحة المتعاقدة ، كتابيا ، التبريرات والتوضيحات التي تراها ملائمة ، وبعد التحقق من التبريرات المقدمة، تقترح على المصلحة المتعاقدة أن ترفض هذا العرض إذا أقرت أن جواب المتعهد غير مبرر من الناحية الاقتصادية. وترفض المصلحة المتعاقدة هذا العرض بمقرر معلل.

رغم أهمية هذا المبدأ إلا أنه يعد أكثر المبادئ إنتهاكا من خلال ما يتعرض له من ممارسات إحتيالية من طرف موظفي المصالح المتعاقدة والمتعاملين الإقتصاديين على السواء، مما جعل مجال الصفقات العمومية مجالا خصبا لجرائم الرشوة والمحاباة رغم السعي الحثيث للمشرع الجزائري للتصدي لها و مكافحتها عبر مختلف التعديلات التي مست تنظيم الصفقات العمومية وقانون الوقاية من الفساد ومكافحته.

قلص المشرع في هذه المادة من منطق المنافسة القائم على الأسعار في الصفقات العمومية «Atténuation de la logique de concurrence par les prix dans les marchés publics» بتنظيمه لتقييم جديد للعروض المنخفضة بشكل غير عادي، والتأكيد على الوقاية من عواقب العرض الأقل ثمنا وبالتالي تعزيز الأخذ بأحسن عرض من حيث المزايا الإقتصادية عند منح الصفقة وهذا حماية للمنافسة، كما تم النص في المادة 72 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 على أنه إذا أقرت لجنة فتح الأظرفة و تقييم العروض أن العرض المالي للمتعامل الاقتصادي المختار مؤقتا، مبالغ فيه بالنسبة لمرجع أسعار تقترح على المصلحة المتعاقدة أن ترفض هذا العرض . ويتم رفضه بمقرر معلل.

وترد عند الاقتضاء، عن طريق المصلحة المتعاقدة الأظرفة المالية التي تتعلق بالعروض التقنية التي تم إقصاؤها إلى أصحابها دون فتحها، كما لا يمكن لصاحب صفقة عمومية الإطلاع على بعض المعلومات التي يمكن أن تمنحه امتيازا عند المشاركة في صفقة عمومية أخرى المشاركة فيها إلا إذا أثبت أن المعلومات التي يجوزته لا تحل بمبدأ حرية المنافسة . وفي هذه الحالة يجب على المصلحة المتعاقدة أن تثبت أن المعلومات المبلغه في دفتر الشروط تبقي على قدم المساواة بين المرشحين⁽¹⁾.

⁴ - المادة 94، من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المؤرخ في 16 سبتمبر 2015، السالف الذكر

المحور الثالث: تعزيز الأخذ بأحسن عرض من حيث المزايا الاقتصادية ضمانا لنجاعة الطلب العمومي والتنمية المستدامة.

إن المصلحة المتعاقدة ليست لها حرية مطلقة في عملية الإختيار والبت النهائي في العروض، إذ يجب عليها التقيد في هذه المرحلة بجملة من الضوابط و الثوابت تحددها سلفاً و تعلن عنها، عملاً بأحكام المادة 78 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام التي تنص على ما يلي: " إن معايير إختيار المتعامل المتعاقد ووزن كل منها يجب أن تكون مرتبطة بموضوع الصفقة و غير تمييزية و مذكورة إجباريا في دفتر الشروط الخاص بالدعوة للمنافسة، كما يجب أن تستند المصلحة المتعاقدة لإختيار أحسن عرض من حيث المزايا الإقتصادية:

1/ إما إلى عدة معايير من بينها :

- النوعية ،
 - آجال التنفيذ أو التسليم،
 - السعر والكلفة الإجمالية للاقتناء والاستعمال،
 - الطابع الجمالي والوظيفي،
 - النجاعة المتعلقة بالجانب الاجتماعي لترقية الإدماج المهني للأشخاص المحرومين من سوق الشغل والمعوقين والنجاعة المتعلقة بالتنمية المستدامة ،
 - القيمة التقنية ،
 - الخدمة بعد البيع والمساعدة التقنية ،
 - شروط التمويل عند الاقتضاء وتقليص الحصة القابلة للتحويل التي تمنحها المؤسسات الأجنبية.
- و يمكن أن تستخدم معايير أخرى بشرط أن تكون مدرجة في دفتر الشروط الخاص بالدعوة للمنافسة.

2/ إما إلى معيار السعر وحده إذا سمح موضوع الصفقة بذلك.

لا يمكن أن تكون قدرات المؤسسة موضوع معيار اختيار . وتطبق نفس القاعدة على المناولة.

يمكن أن تكون الوسائل البشرية والمادية الموضوعة تحت تصرف المشروع موضوع معايير إختيار.

في إطار الصفقات العمومية للدراسات، يستند إختيار المتعاملين المتعاقدين أساسا إلى الطابع التقني للإقتراحات".

تم إضافة معايير جديدة أهمها تتعلق بالجانب الاجتماعي لترقية الإدماج المهني لبعض الفئات المحرومة من سوق الشغل والمعوقين، والنجاعة المتعلقة بالتنمية المستدامة التي تعتبر مبدأ من مبادئ إبرام الصفقات العمومية وأحد معايير حسن تسيير الطلبات العمومية، وتكريس آليات المنافسة وقيم الشفافية لضمان نجاعة الطلبات العمومية والاستعمال الرشيد للمال العام لتحقيق العلاقة "جودة / ثمن" بانتقاء أحسن عرض من حيث المزايا الإقتصادية استناد إلى ترجيح عدة معايير موضوعية و غير تمييزية.

المحور الرابع: تعزيز الكشف القبلي عن الممارسات المنافية للمنافسة في مجال الصفقات العمومية.

إن الضعف النسبي⁽¹⁾ للعقوبات المالية المفروضة من قبل الهيئات المختصة في ضبط المنافسة، جعلها تفقد من أثرها الردعي على معظم المؤسسات المرشحة للصفقات العمومية، الأمر الذي يجعل هذا القطاع مكانا مفضلا للممارسات المنافية للمنافسة⁽²⁾.

بعد العمل التحسيني للسلطات المكلفة بالمنافسة⁽³⁾، والتأكيد المستمر على الممارسات المنافية للمنافسة من قبل نفس الجهات الفاعلة، أدت بهذه السلطات إلى الرفع من قيمة العقوبات المالية إلى مستويات نادرا ما تم التوصل إليها⁽⁴⁾.

" La faiblesse relative, des sanctions pécuniaires infligées par les autorités chargées de la concurrence nous semble en grande partie responsable de leur absence d'effet dissuasif sur la plupart des entreprises candidates aux marchés publics, ce qui fait de ce secteur un lieu privilégié des pratiques anticoncurrentielles.

Après l'action pédagogique des autorités chargées de la concurrence, la réitération constante de pratiques anticoncurrentielles par les mêmes acteurs a conduit ces mêmes autorités à accroître la sévérité de leurs sanctions en portant le montant de ces dernières à des niveaux rarement atteint. "

إن الكشف عن الممارسات المنافية للمنافسة المرتبطة أساسا بخاطر إتفاقات تقاسم الصفقات marchés، يتطلب وجود ممثل المديرية العامة للمنافسة والاستهلاك و قمع الغش في كل لجان فتح الأظرفة و تقييم العروض، فهذا الممثل يعطي رأيه حول مطابقة سيرورة الإجراءات لقانون المنافسة و لقواعد تنظيم الصفقات العمومية.

⁵ - L.VOGEL, Définition Et Preuve De L'entente En Droit Français De La Concurrence, étude de la jurisprudence récente, JCP, 1991 Ed (E) I96 ; RICHER L ,La Proportionnalité Des Sanctions Dans Le Droit De La Concurrence, PA 8/7/1991 ,N°81 ,P ,4.

⁶ - En matière de marchés publics, le principal danger vient des faussements possibles du jeu de la concurrence dont les entreprises peuvent se rendre coupables, v. en ce sens F.LLORENS, concurrence et passation des marchés publics de travaux (à propos du projet de réforme du code des marchés publics), RDIImmo.Oct./déc.1998,p.489 et spéc.p.492.

⁷ - Sur cette action v. notamment C.BABUSIAUX. instrument de dissuasion ou réparation des dommages causés à l'économie, la nature des sanctions infligées par le conseil de la concurrence, PA 17/1/1990, p.64 et spéc.p.67 et 68 ; J.B.BLAISE et F.JENNY , le droit de la concurrence, les années récentes : bilan et synthèse, RIDE 1995 ,P.94 .

⁸ - La décision n°95-D-76 DU 29/11/1995 relative à des ententes relevées à l'occasion des marchés des ponts, du génie civil et à des travaux d'infrastructures des lignes T.G.V ,détient toujours le record des amendes jamais prononcées par le conseil de la concurrence (plus de 350 millions de francs infligés à 29 entreprises et groupes), BOCCRF du 15/5/1996, p.174, Décision du 5/2/1992 industrie de la construction des pays -bas, JOCE 1992 L92 ; G.DALLENS , les décisions de la commission des communautés européennes en matière de concurrence : des sanctions financières en hausse, RCC Sept/oct.1992,p.5 et spéc.p.8 ; confirmée par TPICE 21/2/1995 entrepreneurs de la construction des pays -bas contre la commission des communautés, RAE 2/95 p.111, commentaires de BLAISE J.B et ROBIN.C.

على الرغم من أنه لا يملك أي سلطة داخل هذه اللجنة، لكنه بإمكانه مد بالنصيحة لأعضاء اللجنة في حالة وجود شك في وجود سلوكات غير قانونية⁽¹⁾.

مع ذلك فمن أجل تعزيز الكشف القبلي عن الممارسات المناهية للمنافسة، يجب أن يكون الممثلين السابقين حاضرين في كل لجنة، وهذا ما لا نجده حاليا، فإصلاح تنظيم الصفقات العمومية يجب أن يمر بتعزيز آليات الكشف عن الممارسات المناهية للمنافسة.

إن حضور هذا الممثل في لجنة فتح الأطراف و تقييم العروض لا يجب أن يكون إختياريا بل يجب أن يكون إلزامي⁽²⁾.

فهذا الكشف المسبق يسمح للإدارة، في حالة وجود مؤشرات عن ممارسة منافية للمنافسة تعليق إجراءات إبرام الصفقة قبل منحها.

في الواقع ينبغي التأكيد على أنه لا يتم إخطار مجلس المنافسة من طرف المؤسسات ضحية الممارسات المناهية للمنافسة⁽³⁾ في مجال الصفقات العمومية إلا نادرا.

إن خطورة هذه السلوكات التواطؤية التي يصعب الكشف عنها في مجال الصفقات العمومية دفع بالهيئات المكلفة بالمنافسة زيادة قيمة العقوبات المالية المفروضة على المؤسسات المرتكبة للمخالفات المتعلقة بالمنافسة، إلا أن الأثر الردعي لهذه العقوبات يبقى نسي جدا.

الخور الخامس: إلزام المصلحة المتعاقدة بالتحقق من القدرات التقنية والمهنية والمالية للمرشحين قبل تقييم العروض بالاستناد إلى معايير غير تمييزية

لقد تقرر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 15-247 منع المؤسسات الغير مؤهلة تقنيا وماليا من المشاركة في الصفقات العمومية، بعدما تم إلزام المصلحة المتعاقدة بالتحقق من القدرات التقنية والمهنية والمالية للمرشحين قبل تقييم العروض، وذلك بالاستناد إلى معايير غير تمييزية تتعلق بموضوع الصفقة ومتناسبة مع مداها، و هذا حسب المادتين 53 و 54 وفي هذا الخصوص دائما، يمكن للمتعهدين أن يستعينوا بقدرات مؤسسات أخرى شريطة أن يقدموا دليلا على وجود علاقة قانونية بينهم، تتمثل في المناولة أو التعاقد المشترك أو صلة في إطار قانون أساسي، حيث أنه في إطار تجمع مؤقت لمؤسسات، تأخذ

⁹ - J.R.NLEND, le rôle de la DGCCRF dans la lutte contre les pratiques anticoncurrentielles, PA 31/7/1996, p.23 et spéc.p.24.

¹⁰ - La réforme du code des marchés publics n'envisage à aucun moment une telle proposition, document d'orientation sur la réforme du code des marchés publics, ministère de l'économie, RCC Janv/fév 1995, p.67 et spéc.p.70 ; J.C FOURGOUX, dissuasion pénale et réparation du préjudice des victimes des pratiques anticoncurrentielles, GP 12 et 13/2/1997, p.23 ; E.PUTMAN, contentieux économique, thémis ,P.U.F ,1998, spéc.p.171 ; et pour les pouvoirs adjudicateurs victimes d'ententes à aller devant les juridictions administratives, v.par exemple TA Paris 15/12/1998, SNCF/ DUMEZ TP ,D,Ad.Avril 1999, p.16 ; n°97 ; N.CHARBIT et J.DEHAUTELOCQUE, L'action en indemnité des victimes de pratiques anticoncurrentielles, D.Aff.8/7/1999, p.1063.

¹¹ - L'effet dissuasif de la sanction repose certes sur l'importance de la sanction, V.INFRA, mais aussi sur la probabilité d'être pris et d'être condamné, V.F JENNY, y-a-t-il un régime de sanction idéal aux infractions aux règles de concurrence ? RCC MAI/JUIN 1995, p.21 et spéc.p.25.

المصلحة المتعاقدة في الحسبان قدرات التجمع إجمالاً، وبهذه الصفة فإن أعضاء التجمع ليسوا مجبرين على إثبات كل القدرات المطلوبة من التجمع. ولا يكون المبلغ الأدنى لرقم الأعمال، وعدد الحصائل المالية أو غياب مراجع مهنية مماثلة سبباً لرفض عروض المؤسسات الصغيرة والمتوسطة، كما لا تطلب ملكية الوسائل المادية من المتعهدين أو المرشحين إلا إذا تطلب موضوع وطبيعة الصفقة ذلك حسب المادة 57.

كل هذا يفيد وجوب تخصيص المصلحة المتعاقدة للصفقة للمؤسسة التي تعتقد أنها قادرة على تنفيذها كيفما كانت كيفية الإبرام المقررة، ولن يتأتى ذلك إلا بالتأكد من قدرات المتعهدين ومواصفاتهم المرجعية حتى يكون اختيارها لهم سديداً. تستعمل المصلحة المتعاقدة أثناء تقييم الترشيحات عند الاقتضاء عن قدرات المتعهدين حتى يكون اختيارها لهم اختياراً سديداً، مستعملة في ذلك كل وسيلة قانونية، ولا سيما لدى مصالح متعاقدة أخرى، وإدارات وهيئات مكلفة بمهمة المرفق العمومي، ولدى البنوك والممثلات الجزائرية في الخارج.⁽¹⁾

ملاحظة:

فمهما يكن إجراء الإبرام المختار يجب أن يكون نظام تقييم العروض التقنية متلائماً مع طبيعة كل مشروع وتعقيده وأهميته⁽²⁾، كما لا يسمح بأي تفاوض مع المتعهدين في إجراء طلب العروض. ويسمح بالتفاوض في الحالات المنصوص عليها في أحكام هذا المرسوم فقط.

غير أنه يمكن للمصلحة المتعاقدة للسماح بمقارنة العروض أن تطلب من المتعهدين كتابياً توضيح وتفصيل فحوى عروضهم. ولكن لا يمكن بأي حال من الأحوال أن يسمح جواب المتعهد بتعديل عرضه أو التأثير في المنافسة. وكل هذه التدابير ستساهم في ترسيخ قيم الشفافية وتعزيز آليات المنافسة في الصفقات العمومية.

المحور السادس: إلزام المصلحة المتعاقدة بالتبليغ في إعلان المنح المؤقت للصفقة عن نتائج تقييم العروض التقنية والمالية لحائز الصفقة العمومية مؤقتاً

فحسب المادة 161 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 تقوم لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض بعمل إداري وتقني تعرضه على المصلحة المتعاقدة التي تقوم بمنح الصفقة أو الإعلان عن عدم جدوى الإجراء أو إلغائه أو إلغاء المنح المؤقت للصفقة. وتصدر في هذا الشأن رأياً مبرراً.

و تعزيزاً لطرق الطعن التي هي دعامة لدولة الحق والقانون جاء المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام ليرتقي بتنظيم الصفقات العمومية وذلك بترسيخ قيم الشفافية وتعزيز آليات المنافسة خاصة في المادة 82 التي نصت على أنه يجب على المصلحة المتعاقدة، للسماح للمتعهدين ممارسة حقهم في الطعن لدى لجنة

¹² المادة 56 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المؤرخ في 16 سبتمبر 2015، السالف الذكر.

¹³ المادة 79 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المؤرخ في 16 سبتمبر 2015، السالف الذكر.

¹⁴ المادة 80، من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المؤرخ في 16 سبتمبر 2015، السالف الذكر.

الصفقات العمومية المختصة ، أن تبلغ في إعلان المنح المؤقت للصفقة عن نتائج تقييم العروض التقنية والمالية لحائز الصفقة العمومية مؤقتاً ورقم تعريفه الجبائي عند الإقتضاء وتشير إلى لجنة الصفقات المختصة بدراسة الطعن ورقم التعريف الجبائي للمصلحة المتعاقدة.

ويرفع الطعن في أجل عشرة (10) أيام ابتداء من تاريخ أول نشر لإعلان المنح المؤقت للصفقة في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي أو في الصحافة أو في بوابة الصفقات العمومية، في حدود المبالغ القصوى المحددة في المادتين 173 و 184 منه .

كما يتعين على المصلحة المتعاقدة أن تدعو في إعلان المنح المؤقت للصفقة، المترشحين والمتعهدين الراغبين في الإطلاع على النتائج المفصلة لتقييم ترشيحاتهم وعروضهم التقنية والمالية، الإتصال بمصالحها في أجل أقصاه ثلاثة (3) أيام ابتداء من اليوم الأول لنشر إعلان المنح المؤقت للصفقة لتبليغهم هذه النتائج كتابياً.

إن إدخال العمل بإجراء المنح المؤقت يترتب عنه حقوق للمترشحين للصفقة مثل الحق في الطعن ومعارضة قرار المنح و هذا ما نصت عليه المادة 82 المذكورة سالفاً.

كما أدرج في الفقرة 2 من المادة 65 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، على أنه يتم الإعلان عن المنح المؤقت للصفقة في الجرائد التي نشر فيها إعلان طلب العروض، عندما يكون ذلك ممكناً، مع تحديد السعر وأجال الإنجاز وكل العناصر التي سمحت بإختيار حائز الصفقة، وبذلك يكون قد أضفى على إبرام الصفقات شفافية أكثر بإعلان الفائز مؤقتاً بالصفقة مع ذكر معايير الإنتقاء وما يقابلها من تنقيط لتمكين المتنافسين الآخرين من تقديم طعوتهم أمام لجنة الصفقات العمومية المختصة، رغم أن بعض الجهات تعتبر إجراء المنح المؤقت وجهاً آخر للبيروقراطية⁽¹⁾، بإعتباره لا يعدو أن يكون إختياراً مؤقتاً من قبل المصلحة المتعاقدة ولا يكون نهائياً إلا بعد صدور قرار إعتماده من الجهة المختصة، حيث أن قرار إرساء الصفقة على أحد المتقدمين ليس الخطوة الأخيرة في التعاقد بل ليس إلا إجراء تمهيدياً ، أما عملية التعاقد فإنها خطوة أخرى لاحقة وتختص بما هيئة أخرى لذا تعد هذه المرحلة أهم مراحل الصفقة من الناحية القانونية .

المحور السابع: حماية وترقية الإنتاج وأداة الإنتاج الوطنيين وكذا تشجيع المؤسسات الصغيرة و المتوسطة عند تقييم و مقارنة العروض.

وفقاً للمادة 83 تم إدراج تدابير أكثر فعالية لحماية وترقية الإنتاج وأداة الإنتاج الوطنيين وكذا تشجيع المؤسسات الصغيرة و المتوسطة.

حيث يمنح هامش للأفضلية بنسبة خمسة وعشرين في المائة % 25 للمنتجات ذات المنشأ الجزائري و / أو للمؤسسات الخاضعة للقانون الجزائري التي يجوز أغلبية رأسمالها جزائريون مقيمون فيما يخص جميع أنواع الصفقات المذكورة في المادة 29

¹⁵ لباد ناصر، القانون الإداري، الجزء الثاني، النشاط الإداري، الطبعة الأولى، لباد للنشر، الجزائر 2004، ص 415 .

¹⁶ الجبوري محمود خلف، العقود الإدارية، الطبعة الثانية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن ، 1988 ، ص 63 .

وتخضع الاستفادة من هذا الهامش في حالة ما إذا كان المتعهد تجمعا يتكون من مؤسسات خاضعة للقانون الجزائري كما هو محدد في الفقرة السابقة ومؤسسات أجنبية إلى تبرير الحصص التي تحوزها المؤسسات الخاضعة للقانون الجزائري و المؤسسات الأجنبية من حيث الأعمال التي يتعين إنجازها و مبالغها.

كما أوجب المشرع في المرسوم الرئاسي رقم 15-247 أن يحدد ملف إستشارة المؤسسات بوضوح الأفضلية الممنوحة والطريقة المتبعة لتقييم ومقارنة العروض لحماية وترقية الإنتاج وأداة الإنتاج الوطنيين وكذا تشجيع المؤسسات الصغيرة و المتوسطة لتطبيق هذه الأفضلية.

كما أكدت المادة 85 على أنه عندما يكون الإنتاج الوطني أو أداة الإنتاج الوطني قادرين على الاستجابة للحاجات الواجب تلبيتها للمصلحة المتعاقدة، فإن على هذه الأخيرة أن تصدر دعوة للمنافسة وطنية مع مراعاة حالات الاستثناء المنصوص عليها في أحكام هذا المرسوم.

وعندما تصدر المصلحة المتعاقدة دعوة للمنافسة وطنية و/ أو دولية، مع مراعاة حالات الاستثناء المنصوص عليها في أحكام هذا المرسوم ، فإنه يجب عليها حسب الحالة أن:

- تأخذ بعين الاعتبار عند إعداد شروط التأهيل ونظام تقييم العروض، إمكانيات المؤسسات الخاضعة للقانون الجزائري ولا سيما منها المؤسسات الصغيرة و المتوسطة للسماح لها بالمشاركة في إجراءات إبرام الصفقات العمومية في ظل احترام الشروط المثلى المتعلقة بالجودة والكلفة وآجال الإنجاز،

- تعطي الأفضلية للاندماج في الاقتصاد الوطني وأهمية الحصص أو المنتجات التي تكون محل مناولة أو اقتناء في السوق الجزائرية ،

- تدرج في دفتر الشروط أحكاما تسمح بضمان تكوين ونقل المعرفة ذوي صلة بموضوع الصفقة،

- تنص في دفتر الشروط في حالة المؤسسات الأجنبية التي تتعهد لوحدها إلا إذا استحال ذلك وكان مبررا كما ينبغي بوجود مناولة ثلاثين في المائة 30% على الأقل من مبلغ الصفقة الأصلي للمؤسسات الخاضعة للقانون الجزائري.

ومهما يكن الإجراء المختار فإنه يجب على المصلحة المتعاقدة أن تدرج في دفتر الشروط تدابير لا تسمح باللجوء للمنتوج المستورد إلا إذا كان المنتج المحلي الذي يعادله غير متوفر أو كانت نوعيته غير مطابقة للمعايير التقنية المطلوبة . وبالإضافة إلى ذلك لا تسمح المصلحة المتعاقدة باللجوء للمناولة الأجنبية إلا إذا لم يكن في استطاعة المؤسسات الخاضعة للقانون الجزائري تلبية حاجاتها.

الحوصلة العامة:

إن إصلاح نظام الصفقات العمومية يندرج في إطار مواكبة الإدارة العمومية للتغيرات الجارية باعتبار أن متطلبات التحديث وحسن الحكامة والانفتاح الاقتصادي يقتضي التوفر على نظام للصفقات يأخذ بعين الاعتبار ترسيخ الشفافية والحفاظ على مصالح الإدارة والقطاع الخاص في إطار شراكة متوازنة يتوخى منها إنجاز أعمال بجودة عالية وبكلفة مناسبة.

في هذا الصدد نصت المادة 5 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام على أنه: « لضمان نجاعة الطلبات العمومية والاستعمال الحسن للمال العام يجب أن تراعى في الصفقات العمومية مبادئ حرية الوصول للطلبات العمومية والمساواة في معاملة المرشحين وشفافية الإجراءات، ضمن احترام أحكام هذا المرسوم ».

إن التسيير الراشد للصفقات العمومية يتطلب أساسا إضافة إلى تكريس المبدأ الأساسي للمنافسة مبادئ أخرى تعزز هذا الأخير وهي:

- عدم التمييز.
- المساواة.
- النزاهة والشفافية وهذا يعتبر معيارا حقيقيا لشفافية المناخ الاستثماري.
- النجاعة المتعلقة بالتنمية المستدامة.
- حماية البيئة.

وتجدر الإشارة إلى أن لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض من أهم الأدوات القانونية لتحقيق ذلك، كونها تتشكل من موظفين مؤهلين تابعين للمصلحة المتعاقدة يختارون لكفاءتهم، حيث تعمل هذه اللجنة على تحليل العروض على أساس المعايير والمنهجية المنصوص عليها في دفتر الشروط.

فهي تقوم طبقا لهذا الأخير بانتقاء أحسن عرض من حيث المزايا الاقتصادية، في ظل احترام الشروط المثلى المتعلقة بالجودة والكلفة وأجال الإنجاز والبيئة والتنمية المستدامة والشفافية والمساواة، وبهذا تعتبر لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض آلية من آليات حماية المال العام و بالتالي نجاعة الطلب العمومي.

نتائج الدراسة و الاقتراحات

من خلال دراسة آليات تفعيل المنافسة عند تحليل و تقييم العروض لانتقاء أحسن عرض من الناحية الاقتصادية، تبينت أهمية هذا الموضوع في البحث عن الآليات المعتمدة للوصول إلى إختيار أفضل المتعاملين المتعاقدين وتوفير أفضل الشروط لإنجاز موضوع الصفقة ومنه تحقيق أكثر فعالية للطلبات العمومية من خلال إحترام مبدأ المنافسة من طرف جميع الفاعلين في هذا المجال، لا سيما لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض.

وبناء على ما سبق عرضه، ومساهمة في مساعي عصرنه نظام الصفقات العمومية وترقية المنافسة في الجزائر، استخلص جملة من الإقتراحات عليها تساهم في إصلاح ما يعترى النظام الحالي من نقائص وثغرات:

* عدم تفعيل العمل بالبوابة الإلكترونية للصفقات العمومية على غرار الكثير من الدول يقلل من مدى الشفافية في مجال إبرام الصفقات العمومية رغم صدور القرار المؤرخ في 17 نوفمبر 2013 الذي يحدد محتوى البوابة الإلكترونية للصفقات العمومية وكيفية تسييرها وكيفية تبادل المعلومات بالطريقة الإلكترونية؛

* تكوين الموظفون والأعوان العموميون المكلفون بتحضير وإبرام وتنفيذ ومراقبة الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام و أصحاب العروض أو المتعاملون المتعاقدون في المجال الإلكتروني من خلال تقديم تكوينات في التعامل الإلكتروني في مجال الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام؛

* من أجل تكريس فعالية دور لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض في ضبط المنافسة في مجال الصفقات العمومية، فإنه يتعين الإهتمام والتركيز على تكوين أعضائها و تحسين المستوى وتجديد المعارف، وذلك من أجل تحسين مستمر لمؤهلاتهم وكفاءاتهم لتحقيق أكثر فعالية في تقييم العروض وانتقاء أفضلها من الناحية الاقتصادية و هذا للوصول إلى النجاعة في الطلبات العمومية.

- و لتدعيم آليات تفعيل المنافسة عند تقييم العروض و ذلك لإختيار أحسن عرض من الناحية الإقتصادية أقترح مايلي:
- * ضرورة تنظيم دور لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض في ضبط المنافسة في مجال الصفقات العمومية بشكل أكثر وضوحا و دقة ، خاصة في ظل التداخل بين النشاط الإقتصادي والإداري لأشخاص القانون العام؛
- * لضمان تفعيل المنافسة من طرف لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض عند تقييمها للعروض يجب إحترامها لمبادئ حرية الولوج إلى الطلبات العمومية والمساواة في التعامل مع المتنافسين والشفافية في اختياراتها؛
- * يجب تثمين احترام البيئة وأخذ بعين الإعتبار أهداف التنمية المستدامة و تفعيلها على مستوى لجنة فتح الأظرفة و تقييم العروض، لتأمين الفعالية في الطلبات العمومية وحسن استعمال المال العام و حماية البيئة؛
- * إشراك المتعاملين المتعاقدين (المقاولين، الموردین،...) و الأساتذة الباحثين في ورشات تعديل تنظيم الصفقات العمومية و قانون المنافسة.
- * ترقية و تطوير تسيير المصالح المتعاقدة من خلال تكوين الموظفين والأعوان العموميون المكلفون بتحضير وإبرام وتنفيذ ومراقبة الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام .
- * على المشرع إصدار قانون يحدد شروطا صارمة تتعلق بالكفاءة اللازمة والنزاهة والنجاعة للتعيين في الوظائف التي يشرف مسؤوليها على تحضير وإبرام وتنفيذ ومراقبة الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.
- * من أجل ضمان فعالية لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض نوصي بتمكينها من قدر من الإستقلالية المادية والبشرية حتى تتمكن من ممارسة مهامها بكل نزاهة وشفافية.
- * الدعوة إلى إيجاد آليات للتنسيق والتعاون بين لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض و أجهزة الرقابة الخارجية خاصة مع المراقب المالي.
- * إعداد كتب وجيزة ودلائل إرشادية لإجراءات و كفاءات إبرام وتنفيذ ومراقبة الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام .
- * وضع برنامج طويل المدى لتكوين مقدمي العروض و الموظفين والأعوان العموميون المكلفون بتحضير وإبرام وتنفيذ ومراقبة الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.
- * تعزيز نظام الكشف القبلي للممارسات المنافية للمنافسة، بإلزامية حضور ممثل المديرية العامة للمنافسة في لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض، وهذا ما لا نجد حاليًا، فإصلاح تنظيم الصفقات العمومية يجب أن يمر بتعزيز نظام الكشف المسبق عن الممارسات المنافية للمنافسة.
- * الرفع من قيمة العقوبات المالية لمرتكبي المخالفات المنافية للمنافسة و إعطائها الطابع الردعي.
- * إدخال تعديل في تنظيم الصفقات العمومية بإدراج حضور هذا الممثل في لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض الذي لا يجب أن يكون إختياري بل يجب أن يكون إلزامي؛
- وفي الأخير، يتبين لنا أن تنظيم الصفقات العمومية في بلادنا قد عرف نقلة نوعية منذ صدور المرسوم الرئاسي رقم 15-247 الذي ارتقى بتنظيم الصفقات العمومية حيث رسخ قيم الشفافية وعزز آليات المنافسة و طرق الطعن كدعامات لدولة الحق والقانون.

آليات تسيير المدن الجديدة في الجزائر

د. جبري محمد

أستاذ محاضر أ

جامعة البليدة 2

الملخص:

تجربة المدن الجديدة في الجزائر تجربة حديثة بدأت بصدر قانون 02-08 المؤرخ في 08 ماي 2002 يتعلق بشروط إنشاء المدن الجديدة في إطار قانون 01-20 المؤرخ في 12 ديسمبر 2001 المتعلق بتهيئة الإقليم والتنمية المستدامة في محاولة لوضع سياسة متكاملة لإنشاء المدن الجديدة.

وقد جاء قانون 06-06 المؤرخ في 20 فبراير 2006 المتضمن القانون التوجيهي للمدينة ليحدد مبادئ سياسة المدينة وهدف من إنشاء المدن كما حدد أدوات والهيئات المكلفة بإنشاء وتسيير المدن الجديدة. كل هذا من اجل وضع إطار قانوني مناسب لإنشاء مدن جديدة وتسييرها بشكل أمثل.

الكلمات المفتاحية: آليات، المدن الجديدة، تسيير.

Abstract

The experience of the new cities in Algeria is a new experience started with the promulgation of the far 02-08 on the conditions for the establishment of new cities in the framework of the far 01-20 of 12 December 2001 concerning spatial planning and sustainable development in an attempt to meter up a definite policy.

A Law 06-06 of February 20, 2006 on the law of orientation of the objective of the new cities in particular the instruments and the organisms charge of the establishment and the management of the cities.

Keywords : Mechanisms, new cities, management.

مقدمة:

يعد موضوع المدن الجديدة من المواضيع الهامة التي طغت على سطح الدراسات العلمية والقانونية بشكل خاص في الجزائر مع بداية القرن الجديد وهذا راجع إلى التطورات التي تعرفها الجزائر على المستويات السياسية، الاقتصادية، الإجتماعية وحتى الأمنية وبالتالي فهو تحدي كبير لمواجهة تحولات هائلة في البلاد.

وعليه كان لابد على الدولة أن تضع سياسة محكمة لمواجهة هذه التحديات وكان ذلك مع صدور أول قانون للمدن الجديدة رقم 02-08 المؤرخ في 08 ماي 2002 المتعلق بشروط إنشاء المدن الجديدة، وهذا إن دل على شيء فإنما يدل من خلال عنوان هذا القانون على وجود توجه سياسي وإرادة قوية نحو إنشاء مدن جديدة لإستيعاب واحتواء التحديات التي أسلفنا الإشارة إليها، وضرورة وضع قانون إنشاء المدن الجديدة ضمن منظومة قانونية سليمة تتناسب مع الأطر القانونية الموجودة سلفا يضمن القانون شروط إنشاء المدن الجديدة حيث تسهر على إنشاء هذه المدن هيئة تدعى هيئة المدينة الجديدة. ثم تبع هذا القانون أي قانون 02-08 بقانون جديد ألا وهو قانون 06-06 المؤرخ في 20 فيفري 2006 يتضمن القانون التوجيهي للمدينة في إطار سياسة تهيئة الإقليم والتنمية المستدامة التي حددت بمقتضى قانون 01-20 المؤرخ في 12 ديسمبر 2001.

ولقد جاء قانون 06-06 المتضمن القانون التوجيهي للمدينة بالعناصر الرامية إلى تحديد سياسة المدينة من خلال تحديد مبادئ سياسة المدينة التي يجب إحترامها في إنشاء المدن وتسييرها حيث قام بتحديد تعريف لها مع اعتماد تصنيف نمطي لهذه المدن، و تحديد الأهداف المتوخاة من إنشاء المدن وأثارها على مختلف المجالات.

هذا وقد حدد هذا القانون مختلف الفاعلين والمتدخلين في مجال إنشاء المدن ضمن أطر قانونية معينة و محددة في إطار أدوات و هيئات إنشاء المدن و تسييرها حيث أنشأ المرصد الوطني للمدينة، وعليه فإن إنشاء هذه الهيئات في ظل هذه القوانين التي لها خصوصية المجال و الهدف جعلنا نتساءل عن: الطبيعة القانونية لهذه الهيئات؟ و مدى إستقلالية هذه الهيئات للاضطلاع بمهامها وتحقيق نجاعة في تسييرها؟

ومعالجة هذه الإشكالية قسمنا بحثنا هذا إلى محورين أساسيين:

1/ طبيعة قانونية متنوعة لهيئات تسيير المدن الجديدة.

2/ محاصرة إستقلالية هيئات تسيير المدن الجديدة.

المبحث الأول: الطبيعة القانونية لهيئات تسيير المدن في القانون الجزائري

الدارس للقانون الإداري يرى أن أساليب التسيير ثلاث والتي هي نفسها التي تطبق على تسيير المدن الجديدة وهذه الأساليب هي الأسلوب المركزي والذي يقصد به تركيز سلطة إتخاذ القرار في ميادين محددة بمقتضى القانون وأسلوب ثالث وهو مزج بين الأسلوبين السابقين وهو أسلوب مركزية التخطيط ولا مركزية التنفيذ وهو أسلوب قائم على توزيع الأدوار بين الجهات المركزية والجهات الإقليمية أو المحلية حيث تقوم الجهات المركزية بعمليات التخطيط للمدن وتوفير الأموال اللازمة لإنشائها وترك عمليات التنفيذ للجهات المحلية.

ونجد هذه الأساليب الثلاثة في تسيير المدن معمول بها في دول مختلفة، فكل دولة تأخذ بالنظام الذي يتناسب مع بنائها ونظامها السياسي والإداري وحتى الإقتصادي والإجتماعي، والجزائر على غرار فرنسا أخذت بالأسلوب المركزي حيث تقع مسؤولية إنشاء المدن وتسميتها على عاتق جهاز مركزي أو هيئة معينة تقوم بالإشراف والرقابة وذلك في إطار مخطط وطني من أجل إحكام الرقابة على الإستثمارات الضخمة اللازمة لتنفيذ هذا البرنامج وعند إكمال هذه المدن تنفا مسؤولية إدارتها إلى الجهات الإقليمية التي جاء بها القانون.

فما هي هذه الهيئات؟ وما طبيعتها القانونية؟

المطلب الأول: إحداث هيئات متنوعة لتسيير المدن في القانون الجزائري

ما يلاحظ على النصوص القانونية المتعلقة بإنشاء المدن الجديدة أن كل نص قانوني ينشأ هيئة معينة لتسيير المدن ففي قانون 02-08 المؤرخ في 08 ماي 2002 يتعلق بشروط إنشاء المدن الجديدة وهيئة¹ في نص المادة 07 منه تنص على أن: "تؤسس لكل مدينة جديدة هيئة تسمى هيئة المدينة الجديدة." وعليه فإن لكل مدينة جديدة هيئة خاصة بها.

أما في قانون 06-06 المؤرخ في 20 فيفري 2006 يتضمن القانون التوجيهي للمدينة في مادته 26 ينص على أن: "ينشأ مرصد وطني للمدينة يدعى في صلب النص المرصد الوطني" وبالتالي فإن كل قانون متعلق بالمدينة أحدث هيئة متعلقة بالمدينة. إذا علمنا أن الهيئات لا تحدث إلا من أجل تحقيق أهداف معينة محددة مسبقا في إطار نظام متكامل معروف الحلقات تأثر كل حلقة على الأخرى تأثير متبادل، ومن ثم فغن وجود فإن وجود هيئات مختلفة في مجال واحد يعني أهداف متداخلة أو غير

¹ - قانون 02-08 المؤرخ في 08 ماي 2002 يتعلق بشروط إنشاء المدن الجديدة وهيئتها، جريدة رسمية رقم 34.

واضحة لعدم وضوح الرؤيا وهذا ما هو واضح من خلال أهداف كل من هيئة المدينة والمرصد الوطني للمدينة، حيث أن أهداف هيئة هي حسب ما ورد في المادة 07 من قانون 02-08 الذي يحدد شروط إنشاء المدن الجديدة وتسميتها

- إعداد وإدارة أعمال الدراسة والإنجاز
- إنجاز عمليات المنشآت الأساسية لحساب الدولة بصفتها صاحبة المشروع
- القيام بالأعمال العقارية وجميع عمليات التنسيق والتسيير والترفيه التجارية الضرورية لإنجاز المدينة الجديدة.
- وقد تم تفصيل هذه الإختصاصات في المراسيم التنفيذية المتعلقة بإنشاء كل مدينة.¹
- في حين نجد المادة 26 المنشأة للمرصد الوطني تحدد إختصاصات معينة للمرصد الوطني للمدينة وهي:
- متابعة تطبيق سياسة المدينة
- إعداد دراسات حول تطور المدن في إطار السياسة الوطنية لتهيئة الإقليم
- إعداد مدونة المدن وضبطها
- إقتراح كل التدابير التي من شأنها ترقية السياسة الوطنية للمدينة على الحكومة
- المساهمة في ترقية التعاون الدولي في ميدان المدينة
- إقتراح إطار نشاط يسمح بترقية مشاركة وإستشارة المواطن في الحكومة
- متابعة كل إجراء تقرره الحكومة في إطار ترقية سياسة وطنية للمدينة.²

فهذه الإختصاصات متباينة عن إختصاصات المدينة وهي على مستوى آخر، وبالتالي إختلاف ظاهر وبالتالي وجود هيتين مختلفتين على مستويين بإختصاصات متباينة في نفس المجال وهو المدينة وهو مجال محدد دقيق يحتاج إلى رؤيا واضحة أهداف محددة أي ضرورة تبسيط المشهد لا تعقيده وتفخيمه، بعبارة أخرى لا نرى تناغم وترابط بين هاتين الهيئتين ضمن نظام قانوني مترابط محدد الأهداف والأبعاد واضح المعالم والغايات كما هو الحال مثلا في النظام الفرنسي حيث إعتبرت إنشاء المدن الجديدة عملية ذات مصلحة وطنية حيث أن الدولة تسيطر على مجال تهيئة الإقليم بإنشاء جهاز إداري لتسيير عملية إنجاز المدن على المستوى المركزي يدعى (GROUPE CENTRAL DES VILLES NOUVELLES (GCUM لها أمانة عامة (SGCVI) لتنفيذ ومتابعة ما يصدر عنها من قرارات وتوصيات وتضمن الإتصالات مع المستويات المختلفة² ووضعت على مستوى كل مدينة جديدة هيئة عمومية للتهيئة Etablissement Publique D'aménagement du Villes Nouvelles (EPAVM) مكلفة بتسيير البناء والتعمير على الإقليم المعني مطبقة إرادات الدولة.³

واضح أن هناك تدرج هرمي وفق مستويين مختلفين مركزي وإقليمي وفق ترابط وظيفي محدد لكل جهة، وهذا ما لا نجده في القانونين الجزائريين المحددة للهيئات المتعلقة بالمدينة، وعدم وجود نسقية واحدة موحدة ضمن نظام محدد أدى إلى تضخم في إحداث الهيئات ومن ثم إختلال في الإختصاصات وإختلاف في الطبيعة القانونية لهذه الهيئات.

¹ - المرسوم التنفيذي 06-330 المؤرخ في 10 سبتمبر 2006 المحدد لمهام هيئة المدينة الجديدة لبوعينان وتنظيمها وكيفيات سيرها، جريدة رسمية رقم 56.

² - Loïc Vadelorge. Gouverner les villes Nouvelles. Le rôle de l'état et les collectivités locales (1960- 2005) édition le manuscrite 2005. Paris, p 19.

³ - مرسوم تنفيذي 06-321 المؤرخ في 18 سبتمبر 2006 يتضمن إنشاء المدينة الجديدة حاسي مسعود، جريدة رسمية رقم 58.

المطلب الثاني: تنوع التكيف القانوني لهيئات تسيير المدن في القانون الجزائري

من الواضح جدا أن المشرع الجزائري لم يستقر على طبيعة قانونية واحدة للهيئات المتعلقة بتسيير المدن وهذا راجع لعدم وضوح الرؤية لديه لا من حيث النظام القانوني الذي يحكم هذه الهيئات ولا حتى من حيث موقع هذه الهيئات داخل النظام القانوني نفسه، ومن ثم التردد في الدور الذي يناط بهذه الهيئات حيث نجد في القانون 02-08 المتعلق بشروط المدن الجديدة وهيئتها في نص المادة 07 منه على أن: "تؤسس لكل مدينة جديدة هيئة جديدة بموجب مرسوم تنفيذي تتولى هذه الهيئة على الخصوص ما يلي..."

فالملاحظ هنا أن المشرع أحدث هذه الهيئة ولم يحدد الطبيعة القانونية لها مع أنه في نفس المادة حدد لها اختصاصاتها وهذا شكل لم يعتده المشرع الجزائري، ثم لما أحالنا إلى المرسوم التنفيذي رقم 06-303 الذي يحدد مهام هيئة المدينة الجديدة لبوعينان وتنظيمها وكيفية تسييرها إعتبرها في نص المادة الثانية منه: "هيئة المدينة الجديدة لبوعينان مؤسسة عمومية ذات طابع صناعي وتجاري؟، تتمتع بالشخصية المعنوية والإستقلال المالي وتدعى في صلب النص "المؤسسة".

وتوضع المؤسسة تحت وصاية الوزير المكلف بالتهيئة العمرانية حسب نص المادة الثالثة منه، وهو نفس الأمر بالنسبة للمدن الأخرى عدا هيئة المدينة الجديدة لحاسي مسعود التي إعتبرتها المادة الثانية من المرسوم التنفيذي رقم 06-321 المؤرخ في 18 سبتمبر 2006 يتضمن إنشاء المدينة الجديدة لحاسي مسعود¹ الذي إعتبرها مؤسسة عمومية ذات طابع صناعي وتجاري تتمتع بالشخصية المعنوية والإستقلال المالي وتدعى في صلب النص "المؤسسة"، تسيير المؤسسة حسب القواعد الإدارية في علاقتها مع الدولة وتخضع للقواعد التجارية في علاقتها مع الغير.

وهذا حسب نص المادة الثالثة من نفس المرسوم فإن هذه المؤسسة توضع تحت وصاية الوزير المكلف بالطاقة، وعليه نستنتج أن المشرع لم يتعامل مع هيئات المدينة بنفس المعاملة أي هناك هيئات إعتبرها مؤسسات ذات طابع صناعي و تجاري توضع تحت وصاية الوزير المكلف بالتهيئة العمرانية.

وهناك هيئة واحدة والمذكورة سلفا وإعتبرها مؤسسة ذات طابع صناعي وتجاري توضع تحت وصاية الوزير المكلف بالطاقة. هذا من حيث الوصاية الإدارية، من جهة أخرى فإن هذه الهيئة تتمتع بإزدواجية القواعد المطبقة عليها حيث تسيير المؤسسة حسب القواعد الإدارية في علاقتها مع الدولة أي يطبق عليها قواعد القانون العام أي قواعد القانون الإداري وتخضع للقواعد التجارية في علاقتها مع الغير.

وهذا صريح بنص المادة 02 من المرسوم التنفيذي رقم 06-321 الذي يتضمن إنشاء المدينة الجديدة لحاسي مسعود. في حين أن هيئات المدن الأخرى تخضع لقواعد القانون التجاري وحده أي قواعد القانون الخاص فهي تاجر وهذا واضح من خلال المادة 22 و 25 من المرسوم التنفيذي 06-303 الذي يحدد مهام هيئة المدينة الجديدة لبوعينان وتنظيمها وكيفية سيرها.

حيث نصت المادة 22 منه "تمسك محاسبة المؤسسة حسب الشكل التجاري..". أما المادة 25 منه "يتولى مراقبة حسابات المؤسسة محافظ حسابات أو أكثر" وعليه فإن هيئة المدينة الجديدة تاجر، وهو نفس الأمر بالنسبة لهيئات المدن الأخرى عدا هيئة مدينة حاسي مسعود.

¹ - المرسوم التنفيذي رقم 07-05 المؤرخ في 08 يناير 2007، المتضمن تشكيلة المرصد الوطني للمدينة وتنظيمه وسيره، جريدة رسمية 03.

من جهة أخرى نجد المشرع الجزائري يعطي تكييف آخر للمرصد الوطني حيث إعتبر المرصد حسب نص المادة 02 من المرسوم التنفيذي 07-05 المتضمن تشكيلة المرصد الوطني للمدينة وتنظيمه وسيره¹، المرصد الوطني مؤسسة عمومية ذات طابع إداري يتمتع بالشخصية المعنوية والإستقلال المالي، أضافت المادة 03 منه "يوضع المرصد الوطني تحت وصاية الوزير المكلف بالمدينة." وعليه فإن المرصد عبارة عن مؤسسة عمومية ذات طابع إداري أي يطبق عليه قواعد القانون العام (القانون الإداري)، يوضع تحت وصاية الوزير المكلف بالمدينة، وعليه إجمالاً لدينا هيئات تسير المدن في القانون الجزائري بتكليفات قانونية مختلفة ومتنوعة:

- مؤسسات ذات طابع صناعي وتجاري خاصة للقانون التجاري
- مؤسسات ذات طابع صناعي وتجاري خاصة لإزواجية القاعدة القانونية أي القانون الإداري والقانون التجاري.
- مؤسسات ذات طابع إداري خاصة للقانون الإداري
- وصاية إدارية مختلفة على هذه المؤسسات:
- وصاية الوزير المكلف بالتهيئة العمرانية
- وصاية الوزير المكلف بالطاقة
- وصاية الوزير المكلف بالمدينة

هذا كله إن دل على شيء فإنما يدل على التردد وعدم وضوح الرؤيا لإستراتيجية واضحة المعالم لمدينة جديدة في الجزائر.

المبحث الثاني: إستقلالية هيئات تسير المدن الجديدة في القانون الجزائري

من المسائل القانونية التي باتت تآرق معظم الهيئات والمؤسسات في مختلف المستويات والمجالات في ممارسة مهامها مسألة الإستقلالية فهي مسألة جوهرية نظراً لما لها من تأثير على الجوانب العملية لأي هيئة أو تنظيم محدد، لهذا نجد أن كل مؤسسة أو تنظيم يبحث على تحقيق أكبر قدر ممكن من الإستقلالية عن السلطة التي تملك الإحتكار في المجال الذي أحدثت فيه هذا التنظيم.

فالإستقلالية عكسها التبعية والهيمنة، أي تبعية جهة إلى جهة أخرى أعلى أو أقوى منها وبالتالي تكون خاضعة لها تمارس عليها السلطة الرئاسية أو الوصائية وهذا الأمر يعد في شكل من أشكاله نوع من المحاصرة والعرقلة وربما يكون عائقاً كبيراً لممارسة الصلاحيات بشكل كامل، وفي النهاية عدم إمكانية الوصول إلى تحقيق الأهداف والمبتغيات بشكل كامل.

فالإستقلالية مطلب أساسي خاصة في ظل تقدم الأنظمة الإدارية الجديدة بإعتمادها مبادئ جديدة مثل الحرية الإدارية، الديمقراطية الإدارية، الديمقراطية التشاركية، الشفافية الإدارية وغيرها من المبادئ القانونية التي باتت مطلباً أساسياً لا يمكن تجاهله أو نكرانه.

ولعل في ذلك كثير من الصواب إذا ما أخذت القاعدة على أصولها بالعمل بقاعدة الأهداف.

لكن مع ذلك تبقى مسألة الإستقلالية نسبية فلا يمكن الإطلاق فيها لإعتبار بسيط أن مصدر السلطة واحد في دولة واحدة موحدة، وبالتالي إحترام مبدأ التدرج واجب لضمان سير المرافق والجهاز الإداري بصفة عامة، لكن في المقابل فإن إعطاء قدر كاف من الإستقلالية لضمان تحقيق الأهداف بشكل مناسب وفعال أمر لازم لإعتبار بسيط هو تحقيق مبدأ تقسيم العمل

¹ - مرسوم تنفيذي رقم 06-305 المؤرخ في 10 سبتمبر 2006 يحدد مهام هيئة المدينة الجديدة لسيدى عبد الله وتنظيمها وكيفية سيرها، جريدة رسمية رقم 56.

من جهة وإحترام مبدأ التخصيص من جهة أخرى دون تدخل هيئة أو جهة في أعمال جهة أخرى أو إغتصاب سلطة جهة أو هيئة من طرف هيئة أخرى ولكن ذلك لا بد أن يكون في إطار مبدأ المشروعية وإحترام القاعدة القانونية. لهذا فإن مسألة الإستقلالية تمس جانبيين أساسيين لأي هيئة ألا وهما الجانب العضوي والجانب المادي. وعلى هذا الأساس سوف نناقش إستقلالية هيئات تسير المدن الجديدة من الجانب المادي في المطلب الأول ثم الإستقلالية العضوية في المطلب الثاني.

المطلب الأول: الإستقلالية المادية لهيئات تسير المدن الجديدة في القانون الجزائري

المتصفح للنصوص القانونية المنشأة لأي هيئة من هيئات المدن الجديدة يجد أن المشرع إعتترف لها بالشخصية المعنوية التي تجعلها تتمتع بالإستقلالية عن أي شخص قانوني آخر وبهذا فإنها تصبح محل حق وعليها إلتزامات أي تتمتعها بالشخصية القانونية والتي ترتب لها آثارا قانونية محددة لذمة مالية، وحق التقاضي وحق قبول الهبات وغيرها من الآثار القانونية الأخرى. هذا ما نجد مكرسا في النصوص القانونية المنظمة لأي هيئة من هيئات المدن الجديدة، وتأخذ على سبيل المثال المادة 02 من المرسوم التنفيذي 06-305 المؤرخ في 10 سبتمبر 2006 يحدد مهام هيئة المدينة الجديدة لسيدى عبد الله وتنظيمها وكيفية سيرها¹ حيث تنص المادة 02 منه "هيئة المدينة الجديدة لسيدى عبد الله مؤسسة عمومية ذات طابع صناعي وتجاري تتمتع بالشخصية المعنوية والإستقلال المالي وتدعى في صلب النص "المؤسسة" وهو نفس الأمر بالنسبة لهيئة مدينة بوعينان وبوغزول.

فالتمتع بالشخصية المعنوية يعني الإعتراف بوجود كيان قانوني جديد إلى جانب كيانات قانونية أخرى. لكن هذا الكيان القانوني له صفة المؤسسة العمومية وهذا يعني في الإصطلاح القانوني شخص إعتباري إداري من النموذج التأسيسي الهدف من إحداثها تأمين التسيير المستقل لمرفق الدولة أو الولاية أو البلدية أو لشخص عام آخر من النموذج التجمعي، وينتج عنها نتائج على الصعيدين القانوني والمالي:

- تتمتع المؤسسة العامة بإستقلال قانوني نسبي يترجم بشكل أساسي على المستوى التنظيمي بوجود أجهزة إدارية خاصة
- تتمتع المؤسسة العامة بالإستقلال المالي
- تخضع المؤسسة العامة لمبدأ التخصص
- إرتباط المؤسسة العامة دائما بمجموعة إقليمية تمارس رقابة على أجهزتها وأعمالها²

وهذا ما يجد بشكل كبير من إستقلالية هذه الهيئات وهو ظاهر في النصوص القانونية المحدثة لهيئات تسير المدن حيث نصت المراسيم التنفيذية المتضمنة إنشاء هيئات المدن الجديدة: "توضع المؤسسة تحت وصاية الوزير المكلف بالتهيئة العمرانية." وهذا بالنسبة لهيئة مدينة سيدى عبد الله، بوعينان، بوغزول³ في حين توضع هيئة مدينة حاسي مسعود تحت وصاية وزير الطاقة⁴

¹ - أحمد محيو، محاضرات في المؤسسات الإدارية ترجمة محمد عرب صاصيلا، ديوان المطبوعات الجامعية، ط (2) (1979م)، ص 444.

² - المرسوم التنفيذي رقم 06-303 المؤرخ في 10 سبتمبر 2006 يحدد مهام هيئة المدينة الجديدة لبوعينان وتنظيمها وكيفية سيرها، جريدة رسمية رقم 56.

³ - المرسوم التنفيذي 06-304 المؤرخ في 10 سبتمبر 2006 يحدد مهام هيئة المدينة الجديدة لبوغزول وتنظيمها وكيفية سيرها، جريدة رسمية رقم 56.

⁴ - المرسوم التنفيذي 06-305 المؤرخ في 10 سبتمبر 2006 يحدد مهام هيئة المدينة الجديدة لسيدى عبد الله وتنظيمها وكيفية سيرها، جريدة رسمية رقم 56.

إن تحليل النصوص القانونية لهيئات المدن الجديدة يسمح لنا القول أن الوزارة الوصية لها دور كبير في توجيه أنشطة المؤسسة عن طريق تحديد أهدافها وتوفير الوسائل المادية والبشرية، كما تحدد مسار التنمية القصير والطويل الأجل ضمن المخطط العام الذي تشرف عليه.

وفي مجال الرقابة فإن الوزارة الوصية لها دور رقابي هام على هيئة المدينة وذلك بالموافقة المسبقة على مشروعات المؤسسة وهذا ما نصت عليه المادة 16 من المرسوم التنفيذي 06-305 لهيئة المدينة الجديدة لسيدى عبد الله على سبيل المثال. كما تقوم السلطة الوصية بمراقبة سير نشاطات ووتيرة إنجاز مشاريع هيئة المدينة ولها أن تطلع على جداول الحسابات وذلك طبقا لنص المادة 18 من المرسوم التنفيذي 06-305 "يعد في نهاية كل سنة مالية تقريرا سنويا على النشاطات مرفقا بالحصائل وجداول حسابات النتائج ويرسل ذلك إلى السلطة الوصية بعد مداولة المجلس فيها" يتضح من هذا كله أن الجانب المادي أو الموضوعي لهذه الهيئات خاضع لرقابة محكمة للوزارة الوصية والتي في النهاية تحدد من إستقلالية هذه الهيئات بشكل يكاد أن يكون كبيرا جدا.

المطلب الثاني: الاستقلالية العضوية لهيئات تسيير المدن الجديدة في القانون الجزائري

لاشك أن للجانب العضوي تأثير كبير على إستقلالية أي هيئة مهما كان نوعها وهذا ما يؤثر بشكل كبير على ممارسة المهام بشكل متردد ربما يعرقله تماما طالما أنه في تبعية تامة لجهة أخرى، فهو بالتالي لا يستطيع أن يأخذ بزمام المبادرة والعمل بشكل مباشر نحو تحقيق الأهداف المتوخاة وإنما لابد من المرور بشكل أو بآخر على الجهة الوصية لتزكية أي عمل مهما كان صغيرا، وهذا نظرا لقوة تأثير السلطة الوصية على الهيئة المعنية فهل هذا المعنى مكرس فيها يخص هيئات المدن الجديدة؟ إنطلاقا من نص المادة 08 من المرسوم التنفيذي 06-303 الذي يحدد مهام هيئة المدن الجديدة لبوعينان وتنظيمها وكيفية تسييرها¹ حيث تنص هذه المادة أن المؤسسة يسيرها مدير عام ويديرها مجلس إدارة. وإذا أخذنا هيئة المرصد الوطني للمدينة نجد المادة 07 من المرسوم التنفيذي 07-05 الذي يتضمن تشكيلة المرصد الوطني للمدينة وتنظيمه وسيره والتي تنص: "يسير المرصد الوطني مجلس توجيه ويديره مدير عام ويزود بمجلس علمي". إذن مؤسسة هيئة المدينة الجديدة تسيير بجهازين مدير عام ومجلس إدارة وهي تشكيلة تقليدية لتسيير أي مؤسسة. وتسيير مؤسسة المرصد الوطني للمدينة بثلاث (03) أجهزة مجلس توجيه، مدير عام ومجلس علمي. فهل تتمتع هذه الأجهزة بإستقلالية تجعلها تمارس مهامها بشكل لائق؟

إنطلاقا من نص المادة 09 من المرسوم التنفيذي 06-303 الذي يحدد مهام هيئة المدينة الجديدة لبوعينان وتنظيمها وكيفية سيرها والتي تنص على: "تزود المؤسسة بمجلس إدارة يدعى في صلب النص المجلس، ويرأسه الوزير المكلف بالتهيئة العمرانية أو ممثله".

الظاهر من النص القانوني أن المجلس يرأسه الوزير المكلف بالتهيئة العمرانية أو ممثله، وهذا بشكل صريح يعني إذا علمنا أن المجلس هو عبارة عن هيئة تقريرية في شكل تداولي في أهم المسائل التي تتعلق بصلب وجوه وجود هيئة المدينة الجديدة.² وإذا نظرنا إلى تشكيلة المجلس نجد أنها تشكيلة إدارية بحثية متكونة من ممثلي مجموعة من الوزراء والوالي ورئيس المجلس الولائي ورؤساء المجالس البلدية المعنية.

¹ - المرسوم التنفيذي 06-322 المؤرخ في 18 سبتمبر 2006 يحدد مهام هيئة المدينة الجديدة لحاسي مسعود وتنظيمها وكيفية سيرها، جريدة رسمية رقم 58.

² - أنظر مختلف المراسيم التنفيذية المتعلقة بمهام هيئات المدن الجديدة المختلفة والتي كنا قد تطرقنا إليه عبر هذا العرض.

في الوقت الذي نتحدث فيه عن مجال متخصص دقيق وعن مؤسسة يفترض أن تحكمها قاعدة التخصص الذي يعني تمتعها بصلاحيات وإختصاصات للقيام بمهمة محددة في القانون الذي أنشأها فهو تخصص في الهدف وتخصص في النشاط وتخصص في الذمة المالية ومن ثم تخصص القائمين على هذه العناصر المكونة لمؤسسة المدينة الجديدة.

وهو نفس الأمر يقال على مجلس التوجيه فيما يخص المرصد الوطني للمدينة.¹

الملاحظ من المراسيم المنظمة لهيئة المدينة الجديدة لمختلف المدن الجديدة فيما يتعلق بعضوية مجلس الإدارة إعتد فيها التنظيم تقنية العهدة القصيرة الأمد أو الأجل المربوطة بقرار الوزير الوصي بعد إقتراح السلطة التي ينتمون إليها وهذا ما هو عليه في نص المادة 12 من المرسوم التنفيذي 06-303 سالف الذكر، وهذا فيه دلالة قوة إرتباط أعضاء مجلس إدارة مؤسسة هيئة المدينة الجديدة بالسلطة الوصية من حيث التعيين ومن حيث تجديد العهدة ومن حيث حتى الإقتراح ومن حيث مدة العهدة وكيفية إنهاء العهدة نفسها.

يبدو جليا وبشكل واضح أن الوصاية الإدارية على مجلس إدارة هيئة المدينة أو على مجلس التوجيه للمرصد قوية جدا وهذا يشكل فيما نعتقد حاجزا منيعا لقيام هذه الأجهزة بمهامها بشكل ملائم بحيث تصبح أجهزة مترجمة لإرادة الجهة الوصية عليها، لا أجهزة تمارس نشاطها في حدود ما أقره لها القانون والتنظيم.

وقد يبدو هذا أكثر جلاءً بالنسبة لجهاز المدير العام بالنسبة لهيئة المدينة الجديدة والمرصد للمدينة على حد سواء، حيث نجد مثلا المادة 17 من المرسوم التنفيذي 06-303 ينص على أن: "يعين المدير العام بمرسوم بناء على إقتراح من الوزير المكلف بالتهيئة العمرانية."، وتنتهي مهامه حسب الأشكال نفسها.

فإذا علمنا أن مجلس الإدارة لهيئة المدينة الجديدة يرأسه الوزير المكلف بالتهيئة العمرانية وهو كما أسلفنا هيئة تقريرية تداولية حيث أن المدير العام يشارك في إجتماعات المجلس ويتولى أمانته حسب نص المادة 10 من المرسوم التنفيذي 06-303 سالف الذكر.

فما هي إذن القوة التقريرية للمدير العام بإعتباره الجهاز التنفيذي خاصة إذا علمنا أن المدير العام يمتلك إختصاصات هامة جدا في مجال تسيير مؤسسة هيئة المدينة الجديدة وبالتالي ممارسة هذه الإختصاصات مرهونة بإرادة السلطة الوصية المجسدة في رئاسة مجلس إدارة المؤسسة بشكل مباشر وفي جهاز المدير العام بشكل غير مباشر.

وهكذا فإن تجسيد مبدأ الوصاية الإدارية في هذا المقام كان بشكل قوي جدا حيث أن هذه المراسيم لم تنتهج تقنية العهدة بالنسبة للمدير العام وإنما إستعملت تقنية التعيين والتي كما هو معلوم مرهونة برضى وقناعة السلطة المعنية.

ولعل المادة 16 من المرسوم التنفيذي 07-05 الذي يتضمن تشكيلة المرصد الوطني للمدينة وتنظيمه وسيره أقوى دليل على هذا الإتجاه حيث تنص "يتصرف المدير العام للمرصد الوطني في إطار النشاطات العامة للسلطة الوصية."²

أي أن هذه المادة تحدد مسار ومجال تصرف المدير العام للمرصد في ما تحدده السلطة الوصية.

هذا وإن المجلس العلمي للمرصد الوطني للمدينة وهو جهاز إستشاري لدى المرصد يعين أعضائه بقرار من الوزير المكلف بالمدينة وتنتهي مهامهم بالأشكال نفسها.²

¹ - أنظر فيما يتعلق بمجالات تداول المجلس المادة 11 من المرسوم التنفيذي 06-303 سالف الذكر.

² - المرسوم التنفيذي 07-05 المؤرخ في 08 يناير 2007 المؤرخ في 08 يناير 2007، يتضمن تشكيلة المرصد الوطني للمدينة وتنظيمه وسيره، جريدة رسمية رقم 03.

مما سبق نرى أن الطابع الإداري لعنصر تركيبة الجانب العضوي لمؤسسة هيئة المدينة أو المرصد الوطني للمدينة غالب عليه، مع أن أهم خصائص المؤسسات العمومية لتهيئة المدن الجديدة ذات الطابع الصناعي والتجاري تجمع بين إختصاص الدراسة والتخطيط من جهة ووظيفة الإنجاز والتسيير فهل يمكن أن يقوم بهذه الوظائف العلمية والتقنية والإدارية والفنية تركيبة بشرية ذات طابع إداري محض؟ مع العلم أن مجال إنشاء المدن الجديدة يعرف متدخلون وشركاء من مجالات مختلفة ومتنوعة. وبهذا فإن مراجعة الجوانب المادية والعضوية أضحى أكثر من ضرورة لسلامة الإطار القانوني لتسيير المدن الجديدة. لاشك أن مستقبل المجتمعات الحديثة معلق بإنشاء المدن الجديدة وحسن تسييرها، ولن يتأتى ذلك إلا في إطار نظام قانوني متجانس محدد الأهداف والغايات مقسم للأدوار بشكل واضح ودقيق على الفاعلين والشركاء في مجال إنشاء المدن الجديدة وتسييرها.

وعليه فإن هذا النظام القانوني لا بد أن تراعي فيه البساطة في الطرح والدقة في الغاية بحيث نعمل على تجنب كثرة النصوص القانونية حتى لا تقع في التناقضات وفي التضخم في النص، كما نعمل على وحدانية التخطيط أي من الضروري فيما نرى وجود مخطط موحد جامع مانع يترجم إستراتيجية واضحة المعالم لسياسة المدن الجديدة في الجزائر هذا المخطط يحدد بشكل دقيق الجهات المكلفة بإنشاء وتسيير المدن الجديدة وفق نمطية محددة تأخذ بعين الإعتبار مختلف المبادئ القانونية الناجمة في مجال تسيير المدن الجديدة على ضوء التجارب الناجحة لدول أخرى مع الأخذ بالحسبان طبيعة التركيبة القانونية والسياسية والاجتماعية للجزائر.

قائمة المراجع:

النصوص القانونية:

- 1- قانون 02-08 المؤرخ في 08 ماي 2002، يتعلق بشروط إنشاء المدن الجديدة وهيئتها، جريدة رسمية رقم 34.
- 2- المرسوم التنفيذي رقم 06-303 المؤرخ في 10 سبتمبر 2006، يحدد مهام هيئة المدينة الجديدة لبوعينان وتنظيمها وكيفية سيرها، جريدة رسمية رقم 56.
- 3- المرسوم التنفيذي رقم 06-304 المؤرخ في 10 سبتمبر 2006، يحدد مهام هيئة المدينة الجديدة لبوغزول وتنظيمها وكيفية سيرها، جريدة رسمية رقم 56.
- 4- المرسوم التنفيذي رقم 06-305 المؤرخ في 10 سبتمبر 2006، يحدد مهام هيئة المدينة الجديدة لسيدى عبد الله وتنظيمها وكيفية سيرها، جريدة رسمية رقم 56.
- 5- مرسوم تنفيذي رقم 06-321 المؤرخ في 18 سبتمبر 2006، يتضمن إنشاء المدينة الجديدة حاسي مسعود، جريدة رسمية رقم 58.
- 6- المرسوم التنفيذي رقم 06-322 المؤرخ في 18 سبتمبر 2006، يحدد مهام هيئة المدينة الجديدة لحاسي مسعود وتنظيمها وكيفية سيرها، جريدة رسمية رقم 58.
- 7- المرسوم التنفيذي رقم 06-330 المؤرخ في 10 سبتمبر 2006، المحدد لمهام هيئة المدينة الجديدة لبوعينان وتنظيمها وكيفيات سيرها، جريدة رسمية رقم 56.
- 8- المرسوم التنفيذي رقم 07-05 المؤرخ في 08 يناير 2007، المتضمن تشكيلة المرصد الوطني للمدينة وتنظيمه وسيره، جريدة رسمية 03.

الكتب:

- 1- أحمد محيو، محاضرات في المؤسسات الإدارية، ترجمة: محمد عرب صاصيلا، ديوان المطبوعات الجامعية، ط. 2 (1979م).

2- Loïc Vadelorge. Gouverner les villes Nouvelles. Le rôle de l'état et les collectivités locales (1960- 2005) édition le manuscrite 2005. Paris.

الهجرة الدولية بين مقتضيات الإبعاد والالتزام بعدم الإعادة القسرية

International migration between the requirements of expulsion and the obligation not to return forcibly

خريص كمال

باحث دكتوراه كلية الحقوق والعلوم السياسية

جامعة جيلالي الياس سيدي بلعباس . الجزائر

ملخص:

يتمخض عن الهجرة المختلطة تدفقات بشرية حول أرجاء العالم فيختار المهاجرين لأسباب اقتصادية بشكل خاص التنقل من أجل تحسين حياتهم، فيما يتحرك أفراد آخرون بشكل غير طوعي خوفاً من الاضطهاد أو العنف وظروف أخرى مخرجة بالأمن، وبالتالي يجري التفريق بين اللاجئين والمهاجرين الكامن في الفرق القانوني الواسع بينهما فاللاجئ له إطار قانوني متعارف عليه ضمن اتفاقية 1951 وبروتوكولها لسنة 1967 فيحضر تبعاً لذلك إعادة اللاجئين أو إبعادهم لأن ذلك يؤدي إلى عواقب وخيمة على حياتهم وسلامتهم.

الكلمات المفتاحية: عدم الإعادة القسرية، الهجرة الدولية، الإبعاد، اتفاقية اللاجئين.

Abstract:

Mixed migration results in human flows around the world. Economic migrants in particular choose to move in order to improve their lives, while others move involuntarily out of fear of persecution, violence and other insecure conditions, thus distinguishing between refugees and migrants within the wide legal divide between them, Refugees have a legal framework recognized by the 1951 Convention and its 1967 Protocol, and accordingly bring repatriation or expulsion of refugees because this has serious consequences for their lives and safety.

Keywords: non-refoulement, international migration, deportation, refugee agreement.

مقدمة:

تمثل الهجرة الدولية أداة إنسانية ذات أبعاد مختلفة وأسباب متعددة فهي في أقل وطأة بتوجهات اقتصادية واجتماعية محضة للهروب من الفقر والبطالة وتحسين المستوى المعيشي وهي ما تعرف بالهجرة الاقتصادية، بينما تكون في أحيان أخرى لغايات الفرار من ظروف الاختلال الأمني والاضطهاد وانتهاك حقوق الإنسان والنزاعات المسلحة ويعتبر هؤلاء الأشخاص لاجئين وبحاجة إلى حماية قانونية خاصة¹.

وبالتالي فالهجرة الدولية تشكل تحركات مختلطة للاجئين والمهاجرين الاقتصاديين فالآليات القانونية تختلف في معالجة كلتا الحالتين فالمتعارف عليه أن المهاجرين لأسباب اقتصادية محضة يتم إبعادهم وردهم إلى أوطانهم وتتفق في ذلك القوانين الداخلية كما القانون الدولي، غير أن الأشخاص الذين فروا من أماكن غير آمنة أو من الاضطهاد فتشملهم الحماية الدولية وفق مبدأ عدم الإعادة القسرية.

¹. أحمد أبو الوفا، حق اللجوء بين الشريعة الإسلامية والقانون الدولي للاجئين (دراسة مقارنة)، مطابع جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الطبعة الأولى، الرياض 2009، ص22.

وتؤدي الهجرة غير النظامية بما فيها تهريب المهاجرين إلى إعاقة أنظمة اللجوء المشمولة بالحماية الدولية لطالبي اللجوء والأشخاص عديمي الجنسية، إذ ينبغي التفريق بين المهاجرين الذين ركبوا قوارب الموت خوفاً على حياتهم ومن ركبوها من أجل تحقيق حياة اقتصادية أفضل في أوروبا ونواحي أخرى¹.

وتؤكد المادة 14 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان حق الجميع في طلب اللجوء والحصول عليه، ومع ذلك لم يتم تحديد مفهوم اللجوء بوضوح على المستوى الدولي إلى أن تم اعتماد اتفاقية عام 1951 الخاصة بوضع اللاجئين وتعتبر هذه الاتفاقية وبروتوكولها لعام 1967، فضلاً عن الصكوك القانونية الإقليمية كاتفاقية منظمة الوحدة الإفريقية التي تحكم الجوانب المختلفة لمشاكل اللاجئين في إفريقيا لعام 1969، الركيزة الأساسية لنظام حماية اللاجئين الحديث لأنها تحتوي على تعريف شامل للاجئين وتضم أيضاً حقوق اللاجئين وواجباتهم الأساسية.

ويكمن السبب المنطقي وراء الحاجة لهذا النظام في الواقع القائل بأن اللاجئين هم أشخاص يملكون معينة معينة تفرض حصولهم على وسائل حماية، في مقابل أنهم يفتقرون إلى هذه الحماية في بلدانهم، ويتعين عند ذلك أن لا تمارس الدولة حقها في إبعاد الأجانب تجاه هذه الفئة المشمولة بالحماية القانونية، إذ لا بد من الوعي بالدرجة الأولى بمكونات الهجرة الدولية.

وعلى ضوء ذلك نطرح الإشكالية التالية: ما هي الآليات المعتمدة في الأنظمة القانونية لمعالجة متطلبات الهجرة المختلطة؟

ونتناول هذه الإشكالية في محورين وهما:

1 . الإبعاد كأداة قانونية لمواجهة الهجرة الاقتصادية.

2 . مبدأ عدم الإعادة القسرية للاجئين.

1 . الإبعاد كأداة قانونية لمواجهة الهجرة الاقتصادية

يقدم الفقه عدة مفاهيم للإبعاد في ظل القوانين الداخلية وما إرتسى عليه القانون الدولي والممارسات في الواقع، وبالنسبة للمشرع الجزائري يأخذ بمختلف أساليب وإجراءات الإبعاد التي تطال الأجانب بحسب المبررات القانونية.

1.1 مفهوم الإبعاد في إطار القانون الداخلي والدولي.

من المبادئ التي يقرها القانون الدولي هي حرية الدولة في إبعاد الأجانب عن أراضيها أي للدولة حق إبعاد الأشخاص الذين لا يحملون جنسيتها وليست لهم إقامة دائمة على أراضيها².

فيقصد بالإبعاد عمل بمقتضاه تنذر الدولة فرداً أو عدة أفراد من الأجانب المقيمين على أراضيها بالخروج منها أو إكراههم على ذلك عند الاقتضاء³.

وبمفهوم آخر فالإبعاد حق الدولة في إنهاء إقامة الأجنبي لأسباب يملئها أمن الجماعة⁴.

¹ بريطانيا تدعو الاتحاد الأوروبي إلى إعادة المهاجرين غير الشرعيين إلى أوطانهم
www.alraimedia.com/home/Details?id=bb9980bb-2618-402c-5685702F1143 تاريخ الاطلاع 2018/06/15

² سحر جاسم معين، مشكلة انعدام الجنسية وآثارها في حقوق الإنسان، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 2015، مصر، ص170.

³ عادل مجد خير، الأجنبي وحقوق الإنسان في قانون حقوق الإنسان الدولي والقانون الإنساني الدولي، دار نافع للطباعة، الطبعة الأولى، 2005، مصر، ص 217.

⁴ شمس الدين الوكيل، الموجز في الجنسية ومركز الأجنبي، منشأة المعارف، الطبعة الثالثة، 1986، ص76.

وتم تعريفه أيضا بأنه إخراج شخص من إقليم الدولة بغير رضاه وبمعرفة السلطة العامة إذا ثبت أن بقاءه في إقليمها يشكل خطرا على أمنها الداخلي والخارجي¹.

وبذلك الإبعاد لا يمكن أن يمتد إلى المواطنين حيث جرمت المواثيق الدولية كالعهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية في مادته 12 والاتفاقية الدولية للقضاء على التمييز العنصري بكافة أشكاله لعام 1965، كما أن أغلب الدساتير للدول حرمت انسياب الإبعاد على المواطنين ويلاحظ هنا أن الدستور الجزائري لسنة 1996 بتعديلاته إلى غاية 2016 لم يشير إلى ذلك وربما علته أن مسألة الإبعاد أوردها في القانون 08-11 المتعلقة بوضعية الأجانب بالجزائر وبالتالي هي آلية قانونية خاصة بالأجانب فقط دون المواطنين.

وينبغي الإشارة أن الإبعاد له عدة أشكال وصور تناولتها القوانين في مصطلحات كثيرة كالإعادة والطرده والاعتراض عند الحدود، فهو لا يشمل فقط المقيم الأجنبي الذي له وجود على الدولة بطريقة شرعية ثم يتم إبعاده لمبررات معينة نص عليها القانون، بل يشمل أيضا الحالات التي يتم فيه إبعاد الشخص من الدولة بسبب كونه غير مقيم أو دخل إلى الدولة بصفة غير شرعية، وكذلك تشمل حتى الحالات التي يتم فيها اعتراض الأشخاص عند حدود الدولة أو حتى في عرض البحر.

كان الفقه القديم يتجه إلى أن سلطة الدولة في ممارسة الإبعاد تعد مطلقة دون إبداء الأسباب لكونه من أعمال السيادة ولا تخضع لرقابة القضاء، بينما يتفق الفقه الحديث وغالبية التشريعات إلى ضرورة توفر أسباب جدية ومشروعة تبرر الإبعاد وإلا تكون الدولة تحت طائلة المسؤولية الدولية كون هذا الأجنبي يشكل خطر على أمن الدولة وسلامتها أو يشكل ضررا بكيانها السياسي والاقتصادي، وهي عبارة مرنة ومطاطة تخولها سلطة تقديرية واسعة تكاد تفلت من كل رقابة، مما حدا بالبعض للقول بتحديد الأسباب، لكن هذه الفكرة صعبة إن لم تكن مستحيلة لعدم إمكان حصر أسباب الإبعاد فهي مسألة نسبية تختلف وفقا للظروف المحيطة بكل حالة².

وفيما يخص إبعاد الأشخاص عديمي الجنسية فإن أغلب التشريعات الوطنية ومنها القانون الألماني (27 أبريل 1933) الذي نص في المادة 31 على عدم إمكانية اتخاذ قرار الإبعاد إلا إذا وجدت دولة أخرى تقبله وسمحت له بالدخول إليها. والفقه يختلف في مدى هذا الحق فيري قسم منهم أنه حق مطلق يكون للدولة بمقتضاه الحرية المطلقة في الإبعاد وفق للشروط التي تحددها قوانينها الداخلية ويرى فقهاء آخرون أن للأجانب الحق في الإقامة في إقليم الدولة التي يرغبون فيها وليس لتلك الدولة أن تحرمه من هذا الحق إلا إذا وجدت أسباب عادلة يقتنع بها القضاء ليصدر حكمه بذلك، بينما يرى فريق ثالث أن للدولة الحق في إبعاد الأجانب في حالات معينة ومنها تعكير صفو الأمن والنظام العام³.

لكن المستقر عليه دوليا في هذا الشأن هو أنه إذا كانت الدولة تملك أصلا منع دخول الأجانب إلى إقليمها لاعتبارات تقدرها فإنها تملك في كل وقت إبعادهم إلى خارج هذا الإقليم لأسباب تدخل أيضا في نطاق سلطاتها التقديرية بشرط عدم التمييز⁴.

¹. صباح عبد الرحمن السن عبد الله، المبادئ القانونية للإبعاد (دراسة مقارنة)، د ن، الطبعة الأولى، 2003، ص 48.

². فؤاد عبد المنعم رياض، الوسيط في القانون الدولي الخاص، الجزء الأول، الطبعة السابعة، دار النهضة العربية، مصر 1992، ص 154.

³. جابر إبراهيم الراوي، مبادئ القانون الدولي الخاص في الوطن ومركز الأجانب وأحكامها في القانون العراقي والمقارن، الطبعة الثانية، مطبعة المعارف، بغداد، 1976، ص 119-120.

⁴. عدنان داود عبد الشمري، الحماية الدولية لحقوق العمال المهاجرين وأفراد أسرهم، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 2015، مصر، ص 107.

ونعدد مجموعة من الاتفاقيات الدولية التي تضمنت في بنودها على أحقية الدول في اللجوء إلى آلية إبعاد الأجانب عن أقاليمها كإجراء وقائي من بينها العهد الدولي لحقوق الإنسان المدنية والسياسية لعام 1966 في مضمون المادة 04 التي وضعت لجنة التحلل من مقتضياتها في حالة الطوارئ بنصها (في حالات الطوارئ التي تحدد حياة الأمة والمعلن قيامها رسميا يجوز للدول الأطراف في هذا العهد أن تتخذ في أضيق الحدود التي يتطلبها الوضع تدابير لا تتقيد بالالتزامات المترتبة عليها بمقتضى هذا العهد).

ومن الاتفاقيات التي نصت صراحة على إجراءات الإبعاد كوسيلة لمواجهة الدخول غير الشرعي للبلاد ما نصت عليه المادة 05 من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان لعام 1950 والتي عدت فيها الحالات التي يجوز للدولة حرمان الإنسان من حريته ومنها ما إذا تعلق الأمر بالقبض على شخص أو حبسه قانونيا لمنعه من دخول أقاليم دولة بطريقة غير مشروعة أو لاتخاذ إجراءات لإبعاد شخص أو تسليمه.

وفي نفس السياق ذهبت كل من الاتفاقية الأمريكية الخاصة بحقوق الإنسان لعام 1966 في مضمون المادة 22 والميثاق العربي لحقوق الإنسان لعام 1994.

ومن أكثر البلدان التي تعاني من أعداد هائلة من المهاجرين وطالبي اللجوء هي بلدان الاتحاد الأوروبي التي تحصى سنويا مئات الآلاف، وهناك صعوبات تكتنف عمليات الترحيل فهي لم تحقق أي نجاح في تسريع إعادة طالبي اللجوء من الذي رفضت طلباتهم والمهاجرين غير النظاميين، فهناك نصف مليون تم إحصائها في عام 2014 من المكتب الإحصائي الأوروبي لأشخاص يقيمون بصورة غير مشروعة وقد صدرت في حق غالبيتهم قرارات الإعادة، والتي تأمرهم بمغادرة الدولة التي يقيمون فيها في غضون 30 يوما، وأنه تم ترحيل أولئك الذين لم يمثلوا لتلك القرارات بالقوة ولكن بنسبة 40%¹.

ومنذ نهاية عام 2010 يحكم الاتحاد الأوروبي قواعد إبعاد المهاجرين غير النظاميين ما يعرف بـ "توجيه العودة" باستثناء المملكة المتحدة وبعض البلدان التي لم توافق عليه وهذا التوجيه يحد من الاحتجاز والتدابير القسرية ويميل بشكل عام إلى عمليات العودة الطوعية أكثر من عمليات الإعادة القسرية، فهي ليست أقل تكلفة فحسب بل وأكثر إنسانية إذ تقدم مساعدات متعلقة بالسفر وغيرها من الحوافز بمشاركة المنظمة الدولية للهجرة.

وتبحث عديد الدول عن سبل الإسراع في عملية الإعادة التي تجتهد عقبها الوحيدة في تراكم طلبات اللجوء غير المنجزة التي تأخذ متوسط الفترة لإعدادها من 11 إلى 18 شهرا وهذا باستثناء الإجراءات الخاصة بالمحاكم والتي يطعنون من خلالها في قرارات رفض اللجوء التي تأخذ مدة تصل إلى عشرة أشهر أخرى وبالتالي يمكن للشخص الذي لا تتوافر لديه أسباب اللجوء أن يمكث أكثر من عامين قبل البدء في عملية ترحيله.

وهناك ممارسات أخرى اتخذتها الدول الأوروبية تنبني على تسريع رفض طلبات اللجوء لأشخاص من جنسيات معينة وإعادةتهم وهم غالبيتهم من بلدان صنف على أنها آمنة مثل دول البلقان كصربيا وكوسوفو وألبانيا، وتم إضافة كل من تونس والمغرب والجزائر إلى قائمة البلدان الآمنة ولكن لا توجد مع هذه البلدان الأخيرة الاتفاقيات اللازمة لتنفيذ قرارات الإعادة فعليا.

2.1 النظام القانوني للإبعاد

الإبعاد نوعان فالأول يصدر بناء على حكم من القضاء وهو المقصود بمبدأ الإبعاد كعقوبة، والثاني يصدر من الإدارة كإجراء بوليسي تختص به السلطة التنفيذية في إطار ممارستها لسلطة الضبط الإداري.

¹ . لماذا يصعب ترحيل طالبي اللجوء، www.IRin news.org موقع أيرين للأخبار، تاريخ الاطلاع 2018/08/20.

1.2.1 الإبعاد كإجراء تتخذه السلطة التنفيذية

هناك عدة حالات يمكن للإدارة أن تتخذ ضد الأجنبي إجراء الإبعاد فالأول يكون تبعا لدخول الأجنبي إلى الدولة أو إقامته بها بصفة غير شرعية، أو تم سحب بطاقة المقيم من حائزها الأجنبي، والثانية هي أن الأجنبي المقيم بالدولة بصفة قانونية أصبح يشكل تهديد للنظام العام والأمن الداخلي.

وحددت المادة 36 من القانون 08-11 المتعلق بوضعية الأجانب بالجزائر أنه يتم طرد الأجنبي إلى الحدود الذي يدخل إلى الإقليم الجزائري أو يقيم فيه بصفة غير شرعية ويتم الطرد بموجب قرار يصدره الوالي ورثما يتم تنفيذه يمكن أن يوضع الأجنبي في مركز الانتظار¹.

والإبعاد بسبب سحب بطاقة المقيم من حائزها الأجنبي، يتم من خلاله إنذاره بمغادرة التراب الوطني خلال 30 يوما من تبليغه بالإجراء وهذا إذا ثبت نهائيا أنه لم يعد يستوفي أحد الشروط المطلوبة لتسليمها إياه، بينما يطرد فورا بمجرد استكمال الإجراءات الإدارية أو القضائية إذا تم سحب بطاقة المقيم من الأجنبي لأسباب تتعلق بثبوت ممارسة نشاطات منافية للأخلاق والسكينة العامة أو تمس بالمصالح الوطنية أو تمت إدانته بأفعال مرتبطة بتلك النشاطات.

ويتم إبعاد الأجنبي أيضا خارج الإقليم الجزائري بقرار صادر عن وزير الداخلية في ثلاث حالات وهما:

. إذا كان وجود الأجنبي يشكل تهديدا للنظام العام وأمن الدولة.

. صدر في حق الأجنبي حكم نهائي يتضمن عقوبة سالبة للحرية بسبب ارتكابه جنحة أو جناية.

. إذا لم يغادر الإقليم الوطني في المواعيد المحددة له نتيجة سحب بطاقة المقيم مالم يثبت أن ذلك كان بسبب قوة قاهرة.

ويتم تنفيذ القرار الوزاري عن طريق تبليغه للمعني الذي يستفيد من مهلة تتراوح بين 48 ساعة إلى 15 يوم حسب خطورة الوقائع المنسوبة إليه، ويجوز للأجنبي موضوع قرار وزير الداخلية أن يرفع دعوى أمام القاضي الاستعجالي المختص في المواد الإدارية في أجل أقصاه 05 أيام ابتداء من تبليغه بالقرار، ويتم الفصل في الطعن المقدم خلال 20 يوما ويكون له أثر موقف للقرار ويمكن من ناحية أخرى للأجنبي الاتصال بممثلتيه القنصلية أو الدبلوماسية والاستفادة عند الاقتضاء من مساعدة محام ومترجم.

وإذا ثبت استحالة مغادرة الأجنبي للإقليم الجزائري، يتم تحديد مكان الإقامة بموجب قرار صادر عن وزير الداخلية إلى غاية أن يصبح تنفيذ قرار الإبعاد ممكنا.

2.2.1 الإبعاد كعقوبة جزائية

نصت عليها أغلب القوانين في التشريعات الداخلية كعقوبة جزائية تكميلية والإبعاد من وجهة نظر بعض الفقه يعد عقوبة جنائية سياسية²، وقد نص عليها المشرع الجزائري في المادة 13 من قانون العقوبات وهي متعلقة بكل أجنبي مدان لارتكابه جنحية أو جنحة وتتضمن المنع من الإقامة بالتراب الوطني بصفة نهائية أو مؤقتة لمدة لا تتجاوز عشر (10) سنوات على الأكثر.

ويترتب على المنع من الإقامة في التراب الوطني اقتياد المحكوم عليه عند انقضاء عقوبة الحبس أو السجن إلى الحدود ليتم طرده وإبعاده مع الاعتبار أن المنع من الإقامة يوقف تنفيذه طوال مدة تنفيذ العقوبة السالبة للحرية.

¹. القانون رقم 08-11 المؤرخ في 25 يونيو 2008 المتعلق بشروط دخول الأجانب إلى الجزائر وإقامتهم وتنقلهم فيها، الجريدة الرسمية العدد 36 المؤرخة في 02 يوليو 2008.

². سليمان عبد المنعم، النظرية العامة لقانون العقوبات (دراسة مقارنة)، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2003، ص 746.

والمشرع الجزائري نص في قانون العقوبات على عقوبة الإبعاد في المواد 303 مكرر 08، 303 مكرر 23، 303 مكرر 35 في جرائم الاتجار بالبشر والأعضاء البشرية وتهريب المهاجرين بأن يتم وجوبا الحكم على الشخص الأجنبي المدان في هذه الجرائم بالمنع من الإقامة في التراب الوطني.

وفي إطار الأحكام الجزائية للقانون 08-11 المتعلق بوضعية الأجانب في الجزائر نص أيضا على عقوبة المنع من الإقامة في التراب الوطني لمدة خمس (05) سنوات على الأكثر كعقوبة تكميلية ينطق بها القاضي جوازا. وكل أجنبي يخالف تنفيذ المنع من الإقامة في التراب الوطني يعد مرتكبا لجنحة عقوبتها الحبس من ثلاثة (03) أشهر إلى ثلاثة (03) سنوات وغرامة من 25000 دج إلى 300.000 دج.

ويشير بروتوكول مكافحة تهريب المهاجرين المكمل لاتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية في المادة 18 إلى إعادة المهاجرين المهربين من خلال موافقة الدولة الطرف على تيسير وتقبل إعادة الشخص دون إبطاء إذا كان من رعاياها أو المقيمين الدائمين فيها، وتصدر بناء عليه ما قد يلزم من وثائق السفر أو أي إذن لتمكين ذلك الشخص من السفر ودخول إقليمها مجددا¹.

وتتخذ تدابير الإعادة وفقا للبروتوكول الدولي على نحو منظم مع مراعاة واجب السلامة وكرامة الأشخاص وحميتهم من العنف الذي قد يسلط عليهم أو قد يتعرضون إليه وذلك بالتعاون مع المنظمات الدولية كمنظمة الهجرة الدولية والمفوضية السامية للأمم المتحدة لشؤون اللاجئين، لكن مع ضمان احترام الالتزامات الدولية الخاصة باحتياجات الأشخاص بموجب القانون الدولي لحقوق الإنسان وقانون اللاجئين لاسيما الالتزام بمبدأ عدم الإعادة القسرية² الذي يتطلب تمكينهم من الوصول إلى السلطة المختصة في النظر لطلباتهم المتعلقة بالحماية.

ونستخلص مما سبق أن آلية الإبعاد ضمن نطاق تطبيقها تشمل على وجه الخصوص فئة المهاجرين سواء كانت هذه الهجرة تنطبق عليها نظم الدخول والإقامة المشروعة أو غير المشروعة وتشمل إلى جانب ذلك الأشخاص الذين التمسوا اللجوء ورفضت طلباتهم لعدم استيفاء متطلبات الحصول على الحماية الدولية المتضمنة في اتفاقية اللاجئين لسنة 1951.

2. مبدأ عدم الإعادة القسرية للاجئين.

تمثل اتفاقية 1951 الأساس القانوني لحماية اللاجئين، ويعد مبدأ عدم إعادة الأشخاص ممن تشملهم الحماية الدولية الركيزة الصلبة والمتينة لتوفير تلك الحماية وفق ضمانات وتعزيزات قانونية، فرغم وجود إطار قانوني محدد إلا أن الالتزام بهذا المبدأ من طرف الدول يواجه عدة تحديات في ظل وجود استثناءات حددها الاتفاقية.

1.2 الأساس القانوني لحضر إعادة اللاجئين

إن مبدأ عدم الإعادة القسرية هو جزء من قانون العرف الدولي ويتضمن حضر إعادة فرد من الأفراد إلى أي إقليم قد يتعرض فيه حياته أو حريته للخطر أو قد يتعرض فيها للاضطهاد أو التعذيب أو أي شكل من أشكال المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة.

¹ بروتوكول مكافحة تهريب المهاجرين عن طرق البر والبحر والجو المكمل لاتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية المعتمدة من طرف الجمعية العامة بتاريخ 15 نوفمبر 2000.

² القانون النموذجي لمكافحة تهريب المهاجرين، مكتب الأمم المتحدة المعني بالمخدرات والجريمة بفيينا، منشورات الأمم المتحدة نيويورك 2010، ص100.

فهذه القاعدة الدولية مبدأ راسخ في معاهدات حقوق الإنسان بما في ذلك الاتفاقية المتعلقة بمركز اللاجئين لعام 1951 وبروتوكولها لعام 1967، وينطبق حضر إعادة القسرية بموجب القانون الدولي المتعلق باللاجئين على كل أشكال التنقيط بالقوة والترحيل والطرء وحتي في إطار تسليم المجرمين، والنقل غير الرسمي أو تسليم الأشخاص وعدم السماح بالدخول على الحدود والاعتراض خارج الإقليم¹.

فخلال سنة 2018 قامت سفينة تجارية ايطالية بنقل 108 مهاجر أنقذتهم من الغرق وأعادتهم إلى طرابلس بليبيا التي انطلقت منها قواربهم، وقالت المفوضية العليا للاجئين إن السفينة الايطالية قامت بحرق القانون الدولي لأن ليبيا ليست ملجأ آمنة فما حصل يعتبر طرد جماعي وجريمة بحق أناس يبحثون عن حماية إذ أن طردهم يعني عودتهم إلى وضع مرعب بجحيم الحرب الأهلية في ليبيا².

وسبق للمحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان أن أدانت إيطاليا عام 2012 بانتهاك حقوق اللاجئين بعد أن أعادت سفينة عسكرية إيطالية مهاجرين إلى ليبيا عام 2009 استنادا إلى المادة 03 من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان التي لا تجيز تعريض أي شخص للتعذيب وللمعاملة غير الإنسانية، ومنذ ذلك بمنع إبعاد المهاجرين إلى حين النظر في احتياجات الحماية الدولية التي تظال منهم الأشخاص طالب اللجوء.

ويجد مبدأ حضر إعادة اللاجئين أساسه في المادة 33 من اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة بمركز اللاجئين لسنة 1951 على أنه لا يجوز لأي دولة متعاقدة أن تطرد لاجئا أو ترده بأي صورة من الصور إلى حدود الأقاليم التي تكون فيه حياته أو حريته مهددتين بسبب عنصره أو دينه أو جنسيته أو انتمائه إلى فئة اجتماعية أو بسبب آرائه السياسية.

ويكون الشخص لاجئا حالما يستوفي المعايير الواردة في اتفاقية اللاجئين وهذا يحدث قبل الوقت الذي يتم فيه رسميا تحديد وضعه كلاجئ إذ أن هذا لا يعد إلا اعترافا من الدولة بأنه لاجئ بينما يكون الشخص كذلك منذ أن غادر الإقليم الذي كانت حياته أو حريته مهددة، ولفهم قضية طالب اللجوء فهما صحيحا لا بد من أخذ جميع الظروف الذاتية والموضوعية في الاعتبار، ويتطلب بالدرجة الأولى تقييما لبيانات طالب اللجوء أكثر مما يتطلب حكما في الوضع السائد في بلده الأصلي.

ويعبر عن مجمل الظروف التي قد يتعرض إليها الشخص إثر إعادته إلى حدود الأقاليم التي قد يتعرض فيها إلى الإساءة بالاضطهاد³، وتتجه غالبية الفقه أن مبدأ عدم إعادة القسرية يجد مصدر قوته الإلزامية في كونه قاعدة عرف دولي ينطبق على جميع الدول سواء كانت دولة طرف في اتفاقية اللاجئين لسنة 1951 أم لا.

كما لا يقتصر نطاق تطبيقه على دولة جنسية اللاجئ أو موطن إقامته فقط بل على كل إقليم تكون فيه حياته وسلامته معرضة للخطر، وينطبق أيضا بدون تمييز إذ يتمتع به كل شخص متى استوفي متطلبات اكتساب صفة اللاجئ.

ويعد حضر إعادة اللاجئين مبدأ أساسيا في قانون حقوق الإنسان والقانون الدولي الإنساني فهو عرف دولي ملزم ويتوجب احترامه من جميع الدول باعتباره أيضا من المبادئ القانونية الدولية العامة التي أقرتها الأمم المتحدة ومدرج في العديد من المعاهدات والاتفاقيات الدولية التي أقرتها معظم أطراف المجتمع الدولي¹.

¹ . منشورات الأمم المتحدة، حماية حقوق الإنسان والحريات الأساسية في سياق مكافحة الإرهاب، مذكرة الأمين العام، وثيقة A/62/263، 15 أوت 2007

² . إيطاليا. إعادة المهاجرين إلى ليبيا خرق للقانون الدولي www.dw.com تاريخ الاطلاع 2018/08/20.

³ . المفوضية السامية للأمم المتحدة لشؤون اللاجئين، دليل الإجراءات والمعايير الواجب تطبيقها لتحديد وضع اللاجئين بمقتضى اتفاقية 1951 وبروتوكول 1968 الخاصين بوضع اللاجئين، جنيف، سبتمبر 1979، ص28.

وقد تعزز هذا المبدأ بالمادة 03 من اتفاقية مناهضة التعذيب التي نصت بوضوح أنه لا يجوز لأية دولة طرف أن تطرد أي شخص أو أن تعيده أو أن تسلمه إلى دولة أخرى إذا توافرت لديها أسباب حقيقية تدعو إلى الاعتقاد بأنه سيكون في خطر التعرض للتعذيب، وهذا ما ذهبت إليه المادة 07 من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، وكذلك مضمون المادة 08 من الإعلان الخاص بحماية الأشخاص من الاختفاء القسري لسنة 1992.

كما أن المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان دعمت هذا المبدأ بأن قررت دخوله ضمن نطاق الحضر العام والمطلق للتعذيب كما ورد في المادة 03 من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان التي تمنع إبعاد وطرد الأشخاص إذا كانوا معرضين وفق أسباب معينة إلى الإساءة والتعذيب².

كما يحضر القانون الدولي اتخاذ تدابير لمنع دخول الأشخاص من اللاجئين لإقليم الدولة إذا كان هذا الدخول نابعا من الخوف للتعرض للتعذيب أو الاختفاء القسري وهذا ما أقرته الجمعية العامة للأمم المتحدة في الإعلان رقم 2312 بشأن اللجوء الإقليمي بتاريخ 1967/12/14 والتي شددت فيه على احترام مبدأ الملجأ المؤقت أي منح اللاجئ إمكانية الدخول وإمهاله مدة معقولة حتى يتمكن من السعي للبحث عن بلد تقبله كلاجئ فهذه الوسيلة تعد كحماية مؤقتة وهي ضمانات مكملة في النظام القانوني لحماية اللاجئين سيما أثناء النزاعات المسلحة التي تشهدها بعض البلدان والتي تشهد خلالها تدفقات جماعية للاجئين مثل الحرب في سوريا وما عرفته البلدان المجاورة من نزوح للراعياء السوريين للأردن وتركيا وغيرها من البلدان.

وحول مسألة مغادرة اللاجئين من بلد يستضيفهم ويتوجهون إلى بلد آخر أعربت المفوضية السامية لشؤون اللاجئين في بيان لها في 15 مارس 2016 أنها هذا لا يجعل منهم مهاجرون وأوضحته أنه لا يتوقف اللاجئ عن كونه كذلك لأنه غادر بلدا مستضيفا وانتقل إلى بلد آخر، فالشخص يعتبر لاجئا لأنه يفتقر للحماية في بلده الأصل والانتقال إلى بلد لجوء جديد لا يغير هذا الواقع وبالتالي لا يؤثر على وضع الشخص اللاجئ.

ونستخلص مما ورد سابقا أن القانون الدولي يضيفي الحماية للأشخاص الذين فروا من بلدانهم خوفا من الاضطهاد ضمن اتفاقية اللاجئين لسنة 1951 وبروتوكولها لسنة 1967 والمفوضية السامية لشؤون اللاجئين تعد الهيئة الأممية التي لها الولاية على تطبيق الاتفاقية وأن من بين المبادئ الأساسية للصكين الدوليين مبدأ عدم الإعادة القسرية للاجئين الذين يحضي بعدة ضمانات من أجل حضر تعريض حياة وحرية اللاجئين للخطر الذي يتهدهم في حالة إبعادهم إلى أوطانهم أو أي إقليم يتحقق فيه ذلك الخطر.

2.2 استثناءات وتحديات مبدأ عدم إعادة اللاجئين

رغم أن مبدأ حضر إعادة اللاجئ يعرف عند تطبيقه استثناءات أقرتها اتفاقية اللاجئين لسنة 1951 التي تم من خلالها مراعاة حقوق الدولة وسيادتها وتتمثل في حالات يشكل فيها اللاجئ خطر على أمن الدولة أو يكون قد صدر في حقه حكم جنائي يفيد ارتكابه جرما خطيرا على المجتمع وأفراد الدولة.

¹ . نور الدين بيدكان، مبدأ عدم الإعادة القسرية للاجئين في القانون الدولي، مجلة العلوم السياسية والقانون، المركز الديمقراطي العربي للدراسات الإستراتيجية والسياسية والاقتصادية برلين . ألمانيا، العدد06، يناير 2018، المجلد 02، ص(173.147).

² . منشورات الأمم المتحدة، التعذيب وغيره من ضروب المعاملة أو العقوبة القاسية أو الإنسانية أو المهينة، مذكرة الأمين العام، وثيقة A/60/316 بتاريخ 30 أوت 2005.

فسلطة الدولة مقيدة في إبعاد اللاجئين بموجب الاتفاقية لسنة 1951 التي عدت استثناءات عن مبدأ عدم الإعادة القسرية حالات جاءت في المادة 32 التي عدت المبررات التي يمكن أن تتخذ بموجبها إجراءات عدم التقييد بالمبدأ وبالتالي تلجأ إلى الإبعاد في حالات ووفق شروط معينة وهي:

- لا تطرد الدولة المتعاقدة لاجئا موجودا في إقليمها بصورة نظامية إلا لأسباب تتعلق بالأمن الوطني أو النظام العام.
 - لا ينفذ طرد هذا اللاجئ إلا تطبيقا لقرار يتخذ وفقا للأصول الإجرائية التي ينص عليها القانون ويجب أن يسمح للاجئ ما لم تتطلب خلاف ذلك أسباب قاهرة تتصل بالأمن الوطني بأن يقدم بيانا لإثبات براءته وبأن يمارس حق الاعتراض ويكون له وكيل يمكنه لهذا الغرض أمام سلطة مختصة أو أمام أي شخص أكثر معينين خصيصا من قبل السلطة المختصة.
 - تمنح الدولة المتعاقدة مثل هذا اللاجئ مهلة معقولة ليلتمس خلالها قبوله بصورة قانونية في بلد آخر وتحفظ الدولة المتعاقدة بحقها في أن تطبق خلال هذه المهلة مآثره ضروريا من التدابير.
- وتعد تلك الأسباب خاضعة في تقديرها إلى سلطة الدولة الداخلية ومدى وجودها وتأثيرها على سلامة وأمن الدولة ونظامها العام، ولكن المادة 33 من اتفاقية اللاجئين تضع ضمانات هامة للشخص عند تقدير الدولة رفض اللجوء وهي استبعاد أن تقوم بإبعاده إلى أي إقليم يكون معرضا فيه للاضطهاد أو التعذيب أو انتهاك حقوق الإنسان، فعمليا يمكن أن تقبل به دولة غير دولته التي يخشي فيها تعرضه لأي إساءة فيتم توجيهه لبلد آمن وغير معرض فيه للخطر¹.
- ومن جانب آخر عند تقدير أن الشخص يشكل خطرا على أفراد المجتمع والنظام العام للدولة من الضروري أن تكون هناك أسباب جديدة وتنطوي على مبررات وأدلة كافية تفيد وجود تلك الخطورة.
- ولعل ما يثار من قراءة المادة 32 أن هناك ضمانات لعدم تعسف الدولة في طرد اللاجئ والتي يستفيد منها إلا اللاجئون الموجودون على الإقليم بصفة مشروعة وهذا ما قد يسمح باستبعاد اللاجئين الذين قاموا بدخول إقليم الدولة أو أقاموا فيه بطريقة غير مشروعة، وكل ذلك مع الاعتبار للظروف الاستثنائية التي يغادرون فيها أو طانهم فاللاجئين في أحيان كثيرة يفرون في أوضاع غير عادية لا تسمح لهم باتخاذ الطرق المشروعة في الدخول والإقامة في بلد الملجأ.
- غير أن اتفاقية 1951 أقرت صراحة في المادة 31 بأنه يحضر على الدول فرض عقوبات على اللاجئين بسبب دخولهم الإقليم أو البقاء فيه بطريقة غير قانونية، ولكنها اشترطت أن يكونوا قد جاءوا مباشرة من الدولة التي كانت حياتهم أو حريتهم مهدد بالخطر وأن يقدموا أنفسهم إلى السلطات دون تأخير مع الأسباب التي تراها صحيحة وتبرر دخولهم الإقليم أو البقاء فيه بطريقة غير مشروعة.

¹. إبراهيم سويس، مبدأ عدم رد اللاجئ في ظل الممارسة الدولية. الاتحاد الأوروبي نموذجاً، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، العدد 12، جانفي 2018، ص (531512).

وعلى العموم فالمادة 33 فقرة 02 من اتفاقية اللاجئين لعام 1951 تمنح إمكانية محدودة لتطبيق استثناءات على أساس وجود شواغل أمنية لدى دولة اللجوء، إلا أن هذا المبدأ لا يخضع لأي شرط بصيغته الواردة في المادة 07 من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية والمادة 03 من اتفاقية مناهضة التعذيب وغيره من ضروب المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة.

غير أن العديد من الأشخاص في تقارير تلقتها منظمات دولية قد وجدوا في ظروف لم يحترم فيها مبدأ عدم الإعادة القسرية المطلق وكان ذلك في سياق مكافحة الإرهاب رغم الضمانات الدبلوماسية الرسمية بين الحكومات التي تكفل عدم خضوع الأشخاص المقرر إعادتهم للتعذيب أو سوء المعاملة أو الحكم بالإعدام ومنحهم الحق في محاكمة عادلة.

وبالتالي أصبحت التأكيدات الدبلوماسية غير الملزمة من جهة ولا تجدي ولا تدرأ سوء معاملة الأشخاص لدى عودتهم، وعمليا يجب الامتثال لمبدأ عدم الإعادة القسرية امتثالا دقيقا في كل الحالات وبغض النظر عما إذا كان قد تم الاعتراف به رسميا كلاجئ من عدمه¹.

أصبح يواجه مبدأ عدم الإعادة القسرية تشكيك من عديد الدول إثر أحداث 11 سبتمبر 2001 في سياق ما يعرف بمكافحة الإرهاب وحتى في أوروبا، ويشكل أكبر التحديات لحقوق الإنسان في ظل المادة 03 من الاتفاقية الأوروبية لحماية حقوق الإنسان والحريات الأساسية التي ما فتأت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان مرارا وتكرارا وفي أشد الظروف تعقيدا مثل مكافحة الإرهاب والجريمة المنظمة والتي شددت أن المادة 03 لا تقتضي تطبيق استثناءات ولا يجوز التحلل منها حتى في حالة وجود طارئ من الطوارئ العامة التي تهدد وجود الدولة.

وتلك الأحداث أيقظت أصوات من داخل أوروبا التي أصبحت تنادي بضرورة أن يتم تفسير المادة 03 على نحو يحقق التوازن بين احتياجات الفرد من الحماية مقابل المصالح الأمنية للدولة من الدول على نحو يتم فيه إضعاف قانون المحكمة الراسخ للسوابق القضائية المتعلقة بمبدأ عدم الإعادة القسرية².

ويمكن أن نستنج أن نطاق الاستثناءات التي أقرتها الاتفاقية الدولية لسنة 1951 لإبعاد اللاجئين لا تعدوا أن تكون إلا حالات معدودة تماشي و سيادة الدولة في حماية أمنها ونظامها العام ولا يمكن بأي حال من الأحوال أن تؤدي إلى تعريض حياة وحرية اللاجئ للخطر الذي يتهدها استنادا إلى مجموع الضمانات التي أقرتها الاتفاقية والتي لا تلقي المخالفة من الدول إلا إذا كانت تعتمد على سوء النية في تطبيق مقتضيات الحماية الدولية لهؤلاء اللاجئين الذين فرضت عليهم ظروف قاسية لمغادرة أوطانهم.

¹ . منشورات الأمم المتحدة، التعذيب وغيره من ضروب المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة، مرجع سابق.

² . منشورات الأمم المتحدة، حماية حقوق الإنسان والحريات الأساسية في سياق مكافحة الإرهاب، مرجع سابق.

الخلاصة:

يشار إلى مجموعة الأشخاص المتنقلين في تحركات مختلطة بمصطلح اللاجئين والمهاجرين، وهي الطريقة الفضلى لتحديد من هم بحاجة إلى الحماية الدولية وفق اتفاقية اللاجئين لسنة 1951 وبروتوكولها لسنة 1967 التي تجسد إحدى القيم الإنسانية اللازمة وتشكل المعيار الدولي الأساسي للتدابير المتخذة لحماية اللاجئين وفق ركيزة حضر الإعادة القسرية، وتتحمل الدول المسؤولية الأولى عن هذه الحماية وتنفيذها والتحدي الكبير هو كيفية الوصول إلى الضمانات الكافية في مقتضيات تلك الحماية الدولية.

ولعل مسؤولية الدول تندرج أكثر في تمكين الأشخاص من ذوى الاحتياج إلى الحماية الدولية الوصول إلى تقديم طلباتهم إلى السلطات المختصة لتقييمها بشكل منفرد ودراسة كل حالة على حدى، وعدم اللجوء إلى إجراءات الإبعاد كحل أول ونهائي، وهذا ربما يكون ناتج عن فهم خاطئ للهجرة الدولية على أنها عملية طوعية في كل الأحوال وهذا لا ينطبق على اللاجئين الذي لا يستطيعون العودة إلى أوطانهم ويحق لهم الحصول على حماية بموجب القانون الدولي.

وعليه يمكن استخلاص النتائج التالية في هذه الدراسة:

01. الهجرة الدولية المختلطة لها مكونات يجب الوعي بها فهي تحمل هجرة طوعية تخص المهاجرين الاقتصاديين وفي نفس الوقت أشخاص دفعتهم ظروف الخوف من الاضطهاد يطلق عليهم بمصطلح "اللاجئين".
02. هناك فارق قانوني كبير بين مصطلح لاجئ ومهاجر، فاللاجئ معرف في إطار القانون الدولي بموجب اتفاقية اللاجئين لسنة 1951 وبروتوكولها لسنة 1967 بينما المهاجر لأسباب اقتصادية لا يندرج في هذا الإطار القانوني.
03. المهاجر الاقتصادي تجامه الأنظمة القانونية بآلية الإبعاد عندما لا يراعي أنظمة الدخول والإقامة في الدولة وشروطها.
04. اللاجئ يحضى بالحماية الدولية وفق اتفاقية اللاجئين ويحضر على الدول إعادتهم إلى الأقاليم التي تكون فيها حياتهم أو سلامتهم أو حرياتهم معرضة للخطر.
05. جميع الدول لها مسؤولية في الالتزام بمقتضيات اتفاقية اللاجئين سواء كانت طرف أم لا أو اعترفت بالشخص كلاجئ أم لا، فاتفاقية 1951 مثالا يتجاوز نطاقه التعاقدى.
06. الالتزام بمبدأ عدم الإعادة القسرية يحضى بعدة ضمانات في القانون الدولي ولعل أهمها هو اضطلاع المفوضية السامية لشؤون اللاجئين بالولاية العامة على تطبيق بنودها فيفضل اللاجئ مؤهلا لنيل الحماية إذا تصادف أن كان في بلد غير ملتزم بالاتفاقية.
07. الاستثناءات الواردة على مبدأ عدم الإعادة القسرية تحضر على الدول إبعاد اللاجئ إلى أقاليم غير آمنة أو تعرض حياته وحيته للخطر، فيما تدعم وتعزز اتفاقية مناهضة التعذيب هذا المبدأ بالحضر العام لانتهاكه عندما تكون هناك دواعي تنفيذ إمكانية تعرض اللاجئ للإساءة وسوء المعاملة .

الهوامش:

01. أحمد أبو الوفا، حق اللجوء بين الشريعة الإسلامية والقانون الدولي للاجئين (دراسة مقارنة)، مطابع جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الطبعة الأولى، الرياض 2009.
02. بريطانيا تدعو الاتحاد الأوروبي إلى إعادة المهاجرين غير الشرعيين إلى أوطانهم www.alraimedia.com/home/Details?id=bb9980bb-2618-402c-5685702F1143. تاريخ الاطلاع 2018./06/15
03. سحر جاسم معين، مشكلة انعدام الجنسية وآثارها في حقوق الإنسان، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 2015، مصر.
04. عادل مُجد خير، الأجنبي وحقوق الإنسان في قانون حقوق الإنسان الدولي والقانون الإنساني الدولي، دار نافع للطباعة، الطبعة الأولى، 2005، مصر.
05. شمس الدين الوكيل، الموجز في الجنسية ومركز الأجنبي، منشأة المعارف، الطبعة الثالثة، 1986.
06. صباح عبد الرحمن السن عبد الله، المبادئ القانونية للإبعاد (دراسة مقارنة)، دن، الطبعة الأولى، 2003.
07. فؤاد عبد المنعم رياض، الوسيط في القانون الدولي الخاص، الجزء الأول، الطبعة السابعة، دار النهضة العربية، مصر. 1992.
08. جابر إبراهيم الراوي، مبادئ القانون الدولي الخاص في الوطن ومركز الأجانب وأحكامها في القانون العراقي والمقارن، الطبعة الثانية، مطبعة المعارف، بغداد، 1976.
09. عدنان داود عبد الشمري، الحماية الدولية لحقوق العمال المهاجرين وأفراد أسرهم، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 2015، مصر.
10. لماذا يصعب ترحيل طالبي اللجوء، www.IRin news.org موقع أيرين للأخبار، تاريخ الاطلاع 2018/08/20.
11. القانون رقم 08-11 المؤرخ في 25 يونيو 2008 المتعلق بشروط دخول الأجانب إلى الجزائر وإقامتهم وتنقلهم فيها، الجريدة الرسمية العدد 36 المؤرخة في 02 يوليو. 2008
12. سليمان عبد المنعم، النظرية العامة لقانون العقوبات (دراسة مقارنة)، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2003، ص746.
13. بروتوكول مكافحة تهريب المهاجرين عن طرق البر والبحر والجو المكمل لاتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية المعتمدة من طرف الجمعية العامة بتاريخ 15 نوفمبر 2000.
14. القانون النموذجي لمكافحة تهريب المهاجرين، مكتب الأمم المتحدة المعني بالمخدرات والجريمة بفيينا، منشورات الأمم المتحدة نيويورك 2010.
15. منشورات الأمم المتحدة، حماية حقوق الإنسان والحريات الأساسية في سياق مكافحة الإرهاب، مذكرة الأمين العام، وثيقة A/62/263، 15 أوت 2007
16. إيطاليا. إعادة المهاجرين إلى ليبيا خرق للقانون الدولي www.dw.com تاريخ الاطلاع 2018/08/20.
17. المفوضية السامية للأمم المتحدة لشؤون اللاجئين، دليل الإجراءات والمعايير الواجب تطبيقها لتحديد وضع اللاجئين بمقتضى اتفاقية 1951 وبروتوكول 1968 الخاصين بوضع اللاجئين، جنيف، سبتمبر 1979.
18. نور الدين بيدكان، مبدأ عدم الإعادة القسرية للاجئين في القانون الدولي، مجلة العلوم السياسية والقانون، المركز الديمقراطي العربي للدراسات الإستراتيجية والسياسية والاقتصادية برلين. ألمانيا، العدد 06، يناير 2018، المجلد 02، ص(147-173).

- 19 . منشورات الأمم المتحدة، التعذيب وغيره من ضروب المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة، مذكرة الأمين العام، وثيقة A/60/316 بتاريخ 30 أوت 2005.
- 20 . إبراهيم سويسي، مبدأ عدم رد اللاجئ في ظل الممارسة الدولية . الاتحاد الأوروبي نموذجاً، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، العدد 12، جانفي 2018، ص (531-512).

طلاق المريض مرض الموت في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي

د. مستوري محمد

أستاذ محاضر (أ)

كلية الحقوق والعلوم السياسية

جامعة علي لونيبي البلدية 2

ملخص:

لم يختلف فقهاء الشريعة الإسلامية حول وقوع طلاق المرض مرض الموت لكنهم اختلفوا في مسألة توريث المطلقة منه، وسبب اختلافهم يرجع إلى العمل بسد الذرائع، وذلك أنه لما كان المريض مُتَّهَمًا في أنه طَلَّق في مرض موته ليحرِّم زوجته حظَّها من الميراث.

أما عن موقف القوانين العربية فقد عَمِلَت بأحكام الشريعة الإسلامية الغراء التي فصلت وفَرَّقَت بين إيقاع الطلاق وإثبات التوارث بين الزوجين.

الكلمات المفتاحية: الطلاق، مرض الموت، الفقه، القانون.

Summary:

Muslim jurists disagreed on the issue of divorced inheritance, and the reason for their difference is that they fulfill the excuses, because when the patient is accused of being divorced, his woman is deprived of her inheritance.

As to the position of the Arab laws, it acted in accordance with the provisions of Islamic Shari'a law which separated and separated the rhythm of divorce from the proof of inheritance between spouses.

Keywords: divorce, death sickness, jurisprudence, law.

مقدمة:

شرع المولى تبارك وتعالى الزواج حفاظا على النسل البشري ومنعا من اختلاط الأنساب، لكن النفس البشرية ليست دائما على حال واحد، فقد تعتري الحياة الزوجية اضطرابات وشقاق وتنافر بين الأزواج، فتصبح معه صيرورة الحياة الزوجية مستحيلة، لذا شرع الإسلام الطلاق دفعا لهذه المفسدة وحفاظا على كيان المجتمع من المفاسد. لكن قد يكون الطلاق أحيانا وسيلة لحرمان الزوجة من الميراث إذا كان الزوج مريضا مرض موت، فرارا منه بميراث زوجته، وقد اعتنى الفقه الإسلامي وكذا القانون الوضعي بمسألة طلاق المريض مرض الموت عناية بالغة بين فيها حكمه ووقوعه وحكم ميراث الزوجة المطلقة من عدمه.

مما سبق يمكن طرح الإشكالية المتضمنة الأسئلة التالية: ما المقصود بمرض الموت؟ وما حكم طلاق المريض مرض الموت؟ وما حكم ميراث المطلقة في الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية المقارنة؟ للإجابة على هذه التساؤلات يمكن تقسيم البحث إلى مبحثين: المبحث الأول: مفهوم الطلاق في مرض الموت في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي. المبحث الثاني: حكم طلاق المريض مرض الموت في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي.

المبحث الأول: مفهوم طلاق المريض مرض الموت في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي

للقوف على مفهوم الطلاق في مرض الموت أقسم هذا المبحث إلى مطلبين، أتطرق في المطلب الأول لمفهوم الطلاق وبيان مشروعيته وذكر أنواعه، أما المطلب الثاني أخصصه لمفهوم مرض الموت وبيان شروط تحققه.

المطلب الأول: مفهوم الطلاق وحكمه وأنواعه

سأعرف في هذا المطلب الطلاق شرعا وقانونا وأبين دليل مشروعيته ثم أذكر أنواعه، وذلك من خلال الفروع الثلاثة الآتية. الفرع الأول: تعريف الطلاق وبيان حكمه

أولاً: تعريف الطلاق لغة وشرعا وقانونا:

أ- لغةً: رفع القيد، وطلاق المرأة بينونها عن زوجها، وطلق البلاد وتركها، وطلقت البلاد تركتها وطلق القوم تركهم، وطلاق النساء لمعنيين؛ أحدهما حل عقدة النكاح والآخر بمعنى التخلية والإرسال.¹ يقال: امرأة طالق، أي طلقها زوجها.²

ب- تعريف الطلاق في اصطلاح الفقهاء ورجال القانون:

1- تعريف الطلاق في الفقه الإسلامي:

- تعريف الحنفية: رفع القيد الثابت بالنكاح.³
- تعريف المالكية: صفة حكمية ترفع متعة الزوج بزوجه.⁴
- تعريف الشافعية: حل عقد النكاح بلفظ الطلاق ونحوه.⁵
- تعريف الحنابلة: حل قيد النكاح أو بعضه.⁶

2- تعريف الطلاق في قانون الأسرة الجزائري:

¹ - ابن منظور الإفريقي، لسان العرب، تح: خالد رشيد القاضي، دار الأبحاث، بيروت، ط1، 2008م، (8/ ص 177-178).

² - ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، تح: عبد السلام هارون، دار الفكر، بيروت، ط6، (1979م) (3/ ص 420).

³ - الزيعلي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، المطبعة الأميرية الكبرى بولاق، (1334هـ)، (3/ ص 19).

⁴ - الخطاب الرعيني، مواهب الخليل شرح مختصر خليل، مكتبة النجاح، ليبيا (4/ ص 268).

⁵ - الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، تح: محمد خليل عيتاني، دار المعرفة، بيروت، ط1 (1997م) (3/ ص 455).

⁶ - ابن قدامة المقدسي، المغني، تح: عبد الله التركي وعبد الفتاح الحلو، دار عالم الكتب، بيروت، ط3 (1997م) (10/ ص 210).

عرّف المشرع الجزائري الطلاق في المادة 48 من قانون الأسرة الجزائري بقوله: "الطلاق حل عقد الزواج، ويتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53 و54 من هذا القانون."¹ وشملت كلمة (حل) طرق انحلال الزواج أو صور الطلاق سواءً بالإرادة المنفردة أو بتراضي الزوجين أو بواسطة الحكم القضائي.²

ثانياً: دليل مشروعية الطلاق:

دلّت على مشروعية الطلاق مجموعة من نصوص الكتاب والسنة وإجماع علماء هذه الأمة وأسوقها على النحو الآتي:

1. من القرآن الكريم:

قوله تعالى: "الطَّلَاقُ مَرَّتَانٍ فَإِمْسَاكَ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٍ بِإِحْسَانٍ"³ قال القرطبي في بيان وجه الدلالة من هذه الآية: "الطلاق هو حل العصمة المنعقدة بين الأزواج بألفاظ مخصوصة، والطلاق مباح بهذه الآية وبغيرها."⁴

وقوله تعالى: "لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمْ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً"⁵ قال القرطبي في توجيه هذه الآية: "هو ابتداء إخبار برفع الحرج عن المطلق قبل البناء والجماع، فرض مهرا أم لم يفرض، ولما نهي رسول الله ﷺ عن التزوج لمعنى الذوق والقضاء الشهوة، وأمر بالتزوج لطلب العصمة والتماس ثواب الله، وقع في نفوس المؤمنين أن من طلق قبل البناء قد واقع جزءاً من هذا المكروه، فنزلت الآية رافعةً للحرج في ذلك."⁶

2. من السنة النبوية الشريفة:

عن ابن عمر، أنه طلق امرأته وهي حائض في عهد رسول الله ﷺ، فسأل عمر بن الخطاب رسول الله ﷺ عن ذلك؟ فقال له رسول الله ﷺ: "مُرُهُ فَلْيُرَاجِعْهَا ثُمَّ لِيَتْرَكْهَا حَتَّى تَطْهَرَ، ثُمَّ تَحِيضَ، ثُمَّ تَطْهَرَ، ثُمَّ إِنْ شَاءَ أَمْسَكَ بَعْدُ، وَإِنْ شَاءَ طَلَّقَ قَبْلَ أَنْ يَمَسَّ، فَتِلْكَ الْعِدَّةُ الَّتِي أَمَرَ اللَّهُ عَزَّوَجَلَّ أَنْ يُطَلَّقَ لَهَا النِّسَاءُ."⁷ قال النووي في شرحه لهذا الحديث: "هذا الحديث دليل على أنه لا إثم في الطلاق بغير سبب، لكن يكره للحديث المشهور في سنن أبي داود وغيره مرفوعاً: أبغض الحلال إلى الله الطلاق، فيكون حديث ابن عمر لبيان أنه ليس بحرام، وهذا الحديث لبيان كراهة التنزيه."⁸

3. من الإجماع:

- 1- الأمر رقم 02/05 المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم للقانون 11/84، الجريدة الرسمية، العدد 15، سنة 2005.
- 2- د. بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط1 (2010م)، ص207.
- 3- سورة البقرة، الآية 229.
- 4- القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، تح: عبد الله التركي، ومُجَّد رضوان عرقسوسي، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط1 (2006م) (4/ص55).
- 5- سورة البقرة، الآية 236.
- 6- القرطبي، المصدر السابق (4/ص157).
- 7- الإمام مسلم النيسابوري، الجامع الصحيح، كتاب الطلاق، باب تحريم طلاق الحائض بغير رضاها وأنه لو خالف وقع الطلاق ويؤمر برجعتها، تح: مُجَّد فؤاد عبد الباقي، دار الحديث، القاهرة، ط1 (2010م) (1/برقم 1471/ص487).
- 8- النووي، المنهاج في شرح صحيح مسلم بن الحجاج، مؤسسة قرطبة، السعودية، ط2 (1994م) (10/ص90).

أجمع العلماء على أن من طَلَّق امرأته طاهراً في طهر لم يمَسَّها فيه أنه مطلقٌ للسنة، وللعدة التي أمر الله تعالى بها، فدل الكتاب والسنة وإجماع الأمة على أن الطلاق مباحٌ غير محظور.¹

قال ابن القطان: "وكلُّ قد أجمع على أن الطلاق يَحُلُّ العقد."²

الفرع الثاني: أنواع الطلاق شرعاً وقانوناً

أولاً: أنواع الطلاق في الفقه الإسلامي:

أ- الطلاق الرجعي: وهو الطلاق الذي يملك فيه الزوج مراجعة زوجته بدون عقد جديد ولا يثبت إلا على المدخول بها وفيما دون الثلاث³، وأثناء فترة العدة لقوله سبحانه وتعالى: "وَيُعُولَهُنَّ أَحَقُّ بِرِدْهِنَّ فِي ذَلِكَ إِنْ أَرَادُوا إِصْلَاحًا"⁴، وقوله تعالى: "وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرَخُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ"⁵، وقوله تعالى: "الطَّلَاقُ مَرَّتَانٍ فَإِمْسَاكَ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ"⁶

ب- الطلاق البائن: وهو الطلاق الذي لا يمكن للزوج فيه مراجعة الزوجة إلا بعقد جديد وهو الذي يحدث بعد انقضاء عدتها من الناحية الشرعية. وينقسم إلى طلاق بائن بينونة صغرى، وهنا لا يستطيع الرجل أن يعيد مطلقته كما ذكرنا إلا بعقد ومهر جديدين، ومن حالاته طلاق غير المدخول بها ومخالعة الزوجة لزوجها وانتهاء العدة الشرعية في حالة الطلاق الرجعي، كذلك إذا كان الفراق عن طريق الفسخ⁷، والقسم الثاني من الطلاق البائن هو الطلاق البائن بينونة كبرى، وهو الطلاق الذي لا يستطيع الزوجان يعيد مطلقته على عصمته إلا بعد أن تتزوج غيره وتطلق منه بعد البناء من غير نية التحليل أو أن يموت عنها⁸، قال القرطبي: "وأجمع العلماء على أن الحر إذا طلق زوجته الحرة وكانت مدخولاً بها تطليقة أو تطليقتين، أنه أحق برجعها ما لم تنقض عدتها وإن كرهت المرأة، فإن لم يراجعها المطلق حتى انقضت عدتها فهي أحق بنفسها وتصير أجنبية عنه، لا تحل إلا بمخاطبة ونكاح مُستأنفٍ بولي وإشهاد ليس على سنة المراجعة."⁹

ج- الطلاق السني: وهو الطلاق الذي وافق أمر الله تعالى وأمر النبي ﷺ ويشترط في صحته أن يطلق الزوج زوجته في طهر لم يمَسَّها فيه وأن يطلقها طليقة واحدة، قال السرخسي: "والسنة في الطلاق نوعان: سنة من حيث العدد وسنة من حيث

¹ - القرطبي، المصدر السابق (4/ ص 56، 57).

² - ابن القطان الفاسي، الإقناع في مسائل الإجماع، تح: حسن الصعبي، دار الفاروق الحديثة، القاهرة، ط1 (2004م) (2/ص 31).

³ - ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، تح: محمد صبحي حلاق، مكتبة ابن تيمية، القاهرة، ط1 (1415هـ) (3/ ص 117).

⁴ - سورة البقرة، الآية 228.

⁵ - سورة البقرة، الآية 231.

⁶ - سورة البقرة، الآية 229.

⁷ - ابن قدامة المقدسي، المصدر السابق (8 / ص 272).

⁸ - الكاساني، بدائع الصنائع، تح: علي محمد عوض وعادل عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت، ط2 (2003م) (4/ص 240).

⁹ - القرطبي، المصدر السابق (4/ ص 47).

الوقت، فالسنة من حيث العدد ما بدأ ببيانه الكتاب وهو نوعان: حسن وأحسن، فالأحسن أن يطلقها واحدة في وقت السنة ويدعها حتى تنقضي عدتها.¹

د- الطلاق البدعي: وهو الطلاق المخالف للضوابط والشروط التي يتضمنها الطلاق، كأن يطلق الزوج زوجته أكثر من طلقة واحدة، أو أن يطلقها في طهر مسها فيه أو أن يطلقها في حيض أو نفاس.²

ثانياً: أنواع الطلاق في قانون الأسرة الجزائري:

نصّ قانون الأسرة الجزائري على صور فك الرابطة الزوجية وأجملها فيما يلي:

أ- الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج:

بعد استنفاد جميع الوسائل التي تسبق الطلاق عادةً، في سبيل الصلح بين الزوجين، وهي الموعظة الحسنة والهجر في المضجع والضرب بغرض التأديب، ومحاولة الصلح، أمكن للزوج استعمال حقه في الطلاق. وتأكيداً لهذا المعنى نصت المادة 48 من قانون الأسرة الجزائري على أن: "يُجْلُّ عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج..."³

ب- الطلاق بالتراضي:

يُعتبر الطلاق بالتراضي أحد صور فَلَكَ الرابطة الزوجية، حيث نصت المادة 48 على: "ويَتِمُّ ... أو بتراضي الزوجين... ويُعَدُّ حالة من حالات عدم استحقاق المطلقة للتعويض، حيث جاء في إحدى قرارات المحكمة العليا ما نصه: "مِنَ المقرر قانوناً أن الصلح عقد يُنهي به الطرفان نزاعاً مُحْتَمَلاً، وبذلك أن يتنازل كل منهما على وجه التبادل عن حقه."⁴ المُشْرَع الجزائري أباحته الشريعة الإسلامية لقوله تعالى: "وَإِنْ يَتَفَرَّقَا يُغْنِ اللَّهُ كُلاًّ مِّنْ سَعَتِهِ"⁵ ولقوله تعالى: "وَإِنْ عَزَمُوا الطَّلَاقَ فَإِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ"⁶، وهذا التراضي بالطلاق من شأنه أن يرفع الحرج عن الزوجين معاً.

ج- الطلاق بطلب من الزوجة:

إذا تضررت الزوجة من سلوك زوجها فإنها لا تطلق نفسها بنفسها وإنما لها أن تطلب الطلاق أمام القاضي بناءً على جملة من المبررات التي تستدعي طلب الزوجة الفراق، ولقد نصت على هذه المبررات المادة 53 من قانون الأسرة المتعلقة بأسباب التطلاق، والمادة 54 المتعلقة بالخلع.⁷

¹ - السرخسي، المبسوط، دار المعرفة، بيروت، ط1 (1989م) (6/ ص 3، 4).

² - ابن قدامة المقدسي، المصدر السابق (7 / ص 98).

³ - سعادي لعلی، الزواج والحلاله في قانون الأسرة، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة الجزائر1، كلية الحقوق (2015م)، ص 262.

⁴ - المجلة القضائية، عدد خاص، ملف رقم 103637، ص 97.

⁵ - سورة النساء، الآية 130.

⁶ - سورة البقرة، الآية 227.

⁷ - بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، دار الخلدونية، الجزائر، ط1 (2008م)، ص وما بعدها 176.

المطلب الثاني: مفهوم مرض الموت

بعد بيان تعريف الطلاق وحكمه وأنواعه في الفقه والقانون حري بي أن أبين مفهوم مرض الموت وشروط تحققه في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، وعليه أخصص الفرع الأول من هذا المطلب لتعريف مرض الموت، أما الفرع الثاني فليبين شروط تحقق مرض الموت.

الفرع الأول: تعريف مرض الموت

أولاً: تعريف مرض الموت لغةً:

لتحديد المعنى اللغوي لعبارة **مرض الموت** ينبغي التعريف بمصطلح المرض ثم التعريف بعبارة الموت على اعتبارهما مركبا إضافيا.

أ- **المرض**: هو إظلام الطبيعة واضطرابها بعد صفائها واعتدالها¹، وهو كل ما يخرج بالكائن الحي عن حد الصحة والاعتدال من علة أو نفاق أو تقصير في أمر²، والمرض هو الشتم نقيض الصحة³ وعرفه الجرجاني بقوله: "هو ما يعرض للبدن فيُخرجه عن الاعتدال الخاص"⁴.

ب- **الموت**: هو خلاف الحياة بما يدل على ذهاب القوة من الشيء⁵، ويُطلق الموت على السكون، فكل ما سكن قد مات، يُقال: ماتت النار موتاً إذا برد رمادها فلم يبق من الجمر شيء. وعرفه الجرجاني بقوله: "صفة وجودية خلقت ضدّاً للحياة"⁶.

ثانياً: تعريف مرض الموت في الفقه الإسلامي:

نعرض لتعريف مرض الموت لدى المذاهب الفقهية المعتمدة وهو على النحو الآتي:

أ. **تعريف الحنفية**: يرى الحنفية أنّ مرض الموت هو: "المرض المخوف الذي يؤدي إلى هلاك صاحبه في الغالب وينتهي به الموت أو لو لسبب غير هذا المرض"⁷.

ب. **تعريف المالكية**: يرى المالكية أنّ مرض الموت هو: "كل مرض يؤكد فيه الأطباء بأنه يكثر الموت من مثله كالسُّل⁸، ويُراد بكثرة الموت أنّ يكون شائعاً لا يتعجب منه"⁹.

1- الفيروزآبادي، القاموس المحيط، تح: مُجّد نعيم العرقسوسي، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط8 (2005م)، ص344.

2- بن فارس، معجم مقاييس اللغة (5/ ص203).

3- ابن منظور الإفريقي، لسان العرب، (7/ ص231).

4- الجرجاني، التعريفات، تح: إبراهيم الأبياري، دار الكتاب العربي، بيروت، ط1 (1985م)، ص268.

5- ابن فارس، المصدر السابق (5/ ص284).

6- الجرجاني، المصدر السابق، ص340.

7- الكاساني، بدائع الصنائع، (7/ ص224).

8- التسولي، البهجة في شرح التحفة، دار الكتب العلمية، بيروت، ط2 (1998م) (2/ ص394).

9- مُجّد بن عرفة الدسوقي، الحاشية على الشرح الكبير، دار إحياء الكتب العربي، القاهرة، د.س.ن (3/ ص306).

ت. **تعريف الشافعية:** يرى الشافعية أنّ مرض الموت هو: "المرض الذي لا يتناول بصاحبه معه الحياة وقيل أنه كل مرض يتصل به الموت أو أنه كل مرض يستعد بسببه للموت بالإقبال على العمل الصالح، وقد اشترط الشافعية في مرض الموت أن يكون مخوفاً وقال الإمام الشافعي كل مرض الأغلب منه الموت مخوفاً".¹

ث. **تعريف الحنابلة:** يرى الحنابلة أنّ مرض الموت هو: "المرض الذي يكثر حصول الموت منه وليس المراد بالكثر أن يغلب على الظن الموت منه أو يتساوى في الظن جانب البقاء والموت بسببه، ويكون سبباً صالحاً للموت، فيُضاف إليه ويجوز حدوث عنه".²

الملاحظ من خلال تعريف الفقهاء لمرض الموت أن عباراتهم اختلفت للدلالة على معناه، ولكن هذا الاختلاف ليس في معنى مرض الموت أصلاً، ولكن الاختلاف كان حول أماراته ودلائله، فالمعنى المقصود في مرض الموت هو أن يكون الشخص في حالة يغلب فيها الهلاك ويتوقع الموت في أية لحظة، وتكون تصرفاته لإحساسه بقرب وُدُئو أجله، والتعريف الصحيح هو أن مرض الموت الذي يجب اعتباره مرض موت هو الذي يجتمع فيه وصفان: أولهما أن يغلب فيه الهلاك عادة، ويُرجع فيه إلى الأطباء في طبيعة الامراض، وثانيهما، أن يعقبه الموت مباشرة، سواء أكان الموت بسببه أم بسبب آخر خارجي كقتل أو حريق أو تصادم.³

ثالثاً: موقف القضاء الجزائري من مرض الموت:

أعرض المشرع الجزائري عن تقديم تعريف لمرض الموت أو بيان شروط تحققه، هذا ما فسح المجال أمام القضاء الجزائري، وبدوره لم يتطرق في كثير من المسائل المتعلقة بمرض الموت إلى تعريفه، فنجدته ينصّ في إحدى القرارات الصادرة عن غرفة الأحوال الشخصية بتاريخ 07/09/1984م تحت رقم 33719: "ومن المقرر شرعاً أنّ مرض الموت الذي يبطل التصرف هو المرض الآخر إذا كان خطيراً ويجري الموت وبه يفقد المتصرف وعيه وتمييزه، ومن ثمّ هذا يُعدُّ خرقاً لقواعد فقهية مستمدة من أحكام الشرعية الإسلامية والاجتهاد القضائي السائد".⁴، ويُلاحظ أنّ القضاء الجزائري أنه لم يربط مرض الموت بمدة معينة كما فعل فقهاء الشريعة كمرض فقدان المناعة المكتسبة الذي تفوق مدته سنة، ومن ذلك فهو يتصل بالموت لا محالة.

الفرع الثاني: شروط تحقق مرض الموت

من خلال التعريفات السابقة يمكن استخلاص شروط تحقق مرض الموت أجزائها فيما يلي:

أولاً: عجز المريض عن قضاء مصالحه:

إذا اتصل المرض بشخص فإنه يجعله عاجزاً عن ممارسة أعماله المعتادة والمألوفة التي يستطيع أيّ شخص عادي ليس به مرض مباشرتها، كالذهاب إلى السوق أو ممارسة أعمال المهنة إذا لم تكن شاقّة وليس واجباً ليكون المرض مرض موت أن يلزم المريض الفراش، فقد لا يلزمه ويبقى مع ذلك عاجزاً عن قضاء مصالحه.⁵

¹ - الشافعي، الأم، دار المعرفة، بيروت، ط3 (1994م) (4/ ص35).

² - منصور البهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع، تح: هلال مصيلحي هلال، دار الفكر، بيروت، ط(1402هـ) (3/ ص416).

³ - نظام الدين البارثماهوري، الفتاوى الهندية، تح: عبد اللطيف حسن عبد الرحمن، دار الكتب العلمية، بيروت، ط(2000م) (4/ ص176).

⁴ - المجلة القضائية، العدد 3، سنة (1998م) ص51.

⁵ - محمد شتي أبو سعد، عقد البيع، دار الفكر العربي، القاهرة، ط1 (2000م)، ص344.

كما لا يشترط في مرض الموت أن يؤثر على سلامة إدراك المريض أن ينقص من أهليته للتصرف، لأن أهلية المريض هي أهلية عاملة، ومن ثم فإن إقرار المورث على صحة توقيعه على المعقود المطعون فيها، لا يمنع معه اعتبار مرض موت متى كان شديداً يغلب فيه الإهلاك وانتهى فعلاً بموته.¹

ثانياً: أن يغلب في هذا المرض الهلاك:

لا يكفي لإعتبار الشخص في مرض الموت عاجزه عن قضاء مصالحه، بل يجب أيضاً أن يغلب فيه خوف الموت، فيكون من الأمراض الخطيرة التي تنتهي بالموت أو يكون مرض من الأمراض غير الخطيرة، بأن يكون بسيطاً ثم يتطور حتى تصبح حالة المريض سيئة يخشى عليه فيها الموت، أما إذا كان المرض لم يصل إلى هذا الحد من الخطورة فإنه لا يعتبر مرض موت ولو عاجز المريض عن قضاء مصالحه.²، وتقدير عليه الهلاك ترجع إلى رأي الأطباء يبقى أن يكون المرض من الأمراض التي تسبب الموت عادة كالسرطان والإيدز، ويكفي أن يعلم المريض بأنه ميّت لا محالة لأن ما يحنه المرض في نفس الشخص بشعور بدنو الأجل هو الذي يجعله يرم تصرفات ما كان يرمها لولا هذا الشعور الذي سيطر عليه.³

ثالثاً: أن ينتهي المرض بموت المريض فعلاً:

يشترط في المرض الذي يعجز فيه الإنسان عن متابعة أعماله المعتادة والذي يغلب فيها الهلاك أن يؤدي إلى موت صاحبها خلال سنة، ومن ثم إذا أصيب شخص بمرض منعه من قضاء مصالحه، وغلب عليه الهلاك ولكنه شقي من المرض، فعندئذ يأخذ الأصحاء لأنه لم يكن قد تعرّف في مرض الموت⁴، ولا يجوز للورثة الاعتراض على تصرف مورثهم مادام على قيد الحياة ولكن إذا انتهى المرض إلى مرض موت المتعرف والمصاب بمرض الموت جاز للورثة الطعن بهذا التصرف.⁵

إن الشروط الثلاثة المتقدمة ليست إلا أمانة مادية على قيام حالة نفسية للمريض تجعله يشهر بدنو أجله، فأى حالة أخرى مادية غير المرض يجعل الإنسان يشعر بدنو أجله يكون من شأنه أن يثير في نفسه هذه الحالات بالذات تكون كتصرفات المريض مرض الموت وتُعطي حكمهن بالرغم من أن أصحابه أصحاء.⁶

المبحث الثاني: حكم طلاق المريض مرض الموت في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي

أدرس في هذا المبحث حكم طلاق المريض مرض الموت في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي وحكم ميراث المطلقة وهل ترث من زوجها أم لا، وعليه أقسم هذا المبحث إلى مطلبين، أبين في المطلب الأول منه حكم طلاق المريض وميراث المطلقة في الفقه الإسلامي، أما المطلب الثاني فأخصه لبيان موقف القوانين العربية من طلاق المرض مرض الموت.

¹ - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ط(1998م) (4/ ص 314).

² - الحصكفي، الدر المختار شرح تنوير الأبصار وجامع البحار، تح: عبد المنعم إبراهيم، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1(2002م) ص226.

³ - سليمان مرقس، شرح القانون المدني، العقود المسماة، عقد البيع، عالم الكتب، مصر، ط4(1980م)، ص563.

⁴ - زهدور مجّد، الوصية في القانون المدني الجزائري والشرعية الإسلامية، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، ط(1991م)، ص131.

⁵ - عبد الرحمان الحلالشة، الوجيز في شرح القانون المدني الأردني، عقد البيع، دراسة متقابلة مع الفقه الإسلامي والقوانين المدنية العربية، دار وائل للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ط1(2005م)، ص570.

⁶ - مجّد كامل مرسي، شرح القانون المدني، الحقوق العينية الأصلية، منشأة المعارف، الإسكندرية، ط(2005) (6/ ص 316).

المطلب الأول: حكم طلاق المريض مرض الموت في الفقه الإسلامي

لم يختلف فقهاء الشريعة الإسلامية في وقوع طلاق المريض مرض الموت، على اعتبار كمال أهلية أدائه، لكنهم اختلفوا في مسألة ميراث مطلته منه، وعليه أقسم هذا المطلب إلى فرعين، أخصص الفرع الأول منه لبيان الحكم المتفق عليه في ميراث المطلقة، أما الفرع الثاني فليبين الحكم المختلف فيه في ذات المسألة.

الفرع الأول: الحكم المتفق عليه في ميراث المطلقة في مرض الموت

أولاً: إتفق الفقهاء على أنّ الرجل المريض إذا طلق امرأته، فطلاقه نافذ كالصحيح، فإن مات من ذلك المرض ورثته المطلقة مادامت في العدة من طلاق رجعي بما ترثه في طلاقها في حال الصحة، لأنّ الرجعية زوجة يلحقها طلاق الزوج وظهاره وإبلاؤه، ويملك إمساكها بالرجعة ولو بغير رضاها، ولا ولي ولا شهود ولا صداق جديد، أي أنّ المطلقة مادامت لم تنته عدتها وهي في طلاق رجعي ترثه.¹

ثانياً: أما إذا طلقها في حال الصحة طلاقاً بائناً أو رجعياً، فبانت منه بانقضاء عدتها فلم يتوارثا إجماعاً.²

ثالثاً: وإتفق الفقهاء أيضاً على أنّ الرجل إذا طلق امرأته في مرض الموت ثم ماتت لم يرثها وإن ماتت في العدة. ³ أي أنه إذا طلقها هو ثم ماتت هي قبله فهنا لا يرثها ولو كانت في عدة.

الفرع الثاني: الحكم المختلف فيه في ميراث المطلقة في مرض الموت

أولاً: اختلف الفقهاء في إرث الزوجة المطلقة طلاقاً بائناً إذا مات الزوج في أثناء العدة من هذا الطلاق وأعرض الخلاف الفقهي على النحو الآتي:

أ. ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية⁴ والمالكية⁵ والحنابلة⁶ وهو قول للشافعي في القديم⁷ إلى القول بأنّها ترثه، واختار هذا القول شيخ الإسلام ابن تيمية⁸، وقال ابن حزم: "طلاق المريض كطلاق الصحيح ولا فرق، فإذا مات أو ماتت فلا توارث بينهما بعد الطلاق الثلاثة، ولا بعد قيام العدة الطلاق الرجعي."⁹

¹ - ابن حزم، المحلى بالآثار، تح: عبد الغفار سليمان البنداري، دار الكتب العلمية، بيروت، ط3 (2003م) (9/ ص 240).

² - الماوردي، الحاوي الكبير، تح: علي معوض، وعادل عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1 (1994م) (10/ ص 264).

³ - المرداوي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، دار إحياء التراث العربي، لبنان، ط1 (1419هـ) (7/ ص 265).

⁴ - الكاساني، بدائع الصنائع (3/ ص 218).

⁵ - التسولي، البهجة في شرح التحفة (1/ ص 565).

⁶ - منصور البهوتي، كشاف القناع (3/ ص 416).

⁷ - الماوردي، الحاوي الكبير (10/ ص 264).

⁸ - ابن تيمية، الفتاوى الكبرى، تح: محمد عبد القادر عطا، ومصطفى عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، ط1 (1987م) (3/ ص 322).

⁹ - ابن حزم، المحلى بالآثار (10/ ص 318).

استدلّ الشافعي على أنّ المرأة المطلقة في عدة طلاق بائن لا تترث من زوجها الذي طلقها بإنقطاع آثار الزوجية بالطلاق البائن، والميراث لا يثبت إلا بعد زوال سببه، بخلاف المطلقة في عدة طلاق رجعي، فإنها تترث بالاتفاق لبقاء آثار الزوجية.¹

واستدلّ الجمهور بالأثر والمعقول:

فمن الأثر: "أنّ عثمان رضي الله عنه ورثت تماضر بنت الأصبع الكلبيّة من عبد الرحمان بن عوف الذي كان قد طلقها في مرضه، فبئها"²، وكان ذلك بحضور من الصحابة، فلم ينكر عليه أحد، فكان إجماعاً منهم.

وأما من المعقول: فهو أنّ تطليقها بغير اختيارها يدلّ على قصده حرمانها من الإرث، فيعاقب بنقيض قصده، كما يرّد قصد القاتل إذا قتل مورثه بجرمانه من الإرث، فترث المرأة حينئذٍ بسبب الزوجية دفعاً للضرر عنها.³

ب. اختلف جمهور الفقهاء في وقت الإرث، فقال الحنفية: إنها تترث إذا مات وهي في العدة من هذا الطلاق البائن، لبقاء بعض أحكام الزواج، فيبقى حق إرثها منها، فإن مات بعد إنقضاء العدة فلا ميراث لها، لأنه لم يبق بينهما علاقة، وصارت كالأجنبية، ففي أثناء العدة تترث بسبب الإمكان وهو بقاء بعض الأحكام الزوجية، وبعد إنقضاء العدة، لا تترث لعدم الإمكان وإنقطاع آثار الزوجية السابقة.⁴

وقال المالكية: إنما تترث وإن انقضت عدتها وتزوجت، لما روى أبو سلمة بن عبد الرحمان "أنّ أباه طلق أمّه، وهو مريض فمات، فورثته بعد إنقضاء العدة"، وكأنّ سبب تورثها فراره من ميراثها، وهذا المعنى لا يزول بعد إنقضاء العدة.⁵

والمشهور عند الحنابلة أنّها تترث في العدة وبعدها ما لم تتزوج، وترث في القديم من مذهب الشافعي ما لم تنقض عدتها أم ما لم تتزوج.⁶

ت. لو كان الطلاق بالتتمليك والتخير بأن يقول لها: إختاري، والخلع بأن إختلعت من علي مال دفعته له في سبيل تطليقها، والتفريق القضائي لعيب في الزوج، ثم مات وهي في العدة لم ترثه، لتحقق رضاها بإبطال حقها من الميراث، وهذا ما ذهب إليه الحنفية.⁷

الذي يظهر من خلال خلاف الفقهاء حول تورث المطلقة في مرض الموت هو القول بتورثها رداً لقصد الزوج السيء في إيقاع الطلاق في فترة المرض، ما لم يكن خلعاً بطلب منها فلا ترثه حينئذٍ.⁸

¹ - الماوردى، المصدر السابق (10/ ص 418).

² - أخرجه ابن سعد في الطبقات الكبرى، تح: علي مجّد عمر، مكتبة الخانجي، القاهرة، ط1 (2001م) (8/ ص 219)، وصححه الألباني في إرواء الغليل، المكتب الإسلامي، بيروت، ط1 (1979م) (6/ برقم 1721/ ص 159).

³ - وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، دمشق، ط 4 (1997م) (4 / ص 453).

⁴ - الكمال بن الهمام، فتح القدير على الهداية، تح: عبد الرزاق غالب المهدي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1 (2003م) (4/ص 145).

⁵ - ابن جزى الغرناطي، القوانين الفقهية، تح: مجّد مولاي، دار النفائس، بيروت، ط1 (1425هـ)، ص 152.

⁶ - ابن قدامة المقدسي، المغني (7 / ص 217).

⁷ - الكمال بن الهمام، المصدر السابق 4 / ص 146).

⁸ - ابن حزم، المحلى بالأثر (9/ ص 558)، وابن قدامة المصدر السابق (7/ ص 217).

المطلب الثاني: حكم طلاق المريض مرض الموت في القانون الوضعي

أعرض في هذا المطلب لحكم طلاق المريض مرض الموت في القانون الجزائري وكذا موقف القوانين العربية منه، وعليه يشتمل هذا المطلب على فرعين، يخصص الفرع الأول منه لبيان حكم طلاق المريض مرض الموت في القانون الجزائري، أما الفرع الثاني فليبيان موقف القوانين العربية منه.

الفرع الأول: حكم طلاق المريض مرض الموت في القانون الجزائري

لم ينصّ المشرع الجزائري على طلاق المريض مرض الموت، مما يوحي بوجود فراغ قانوني يفصل في هذه المسألة، خصوصاً نصوص قانون الأسرة الجزائري باعتباره التشريع الأقرب لبيان الأحكام المتعلقة بطلاق المريض مرض الموت خصوصاً وببقية تصرفات المريض الأخرى عموماً، مما يستوجب العودة إلى تطبيق أحكام المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري التي تحيلنا بالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية في حالة لم يرد النص عليه في هذا القانون.

فبالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية نجد أنها قد فصلت في طلاق المريض مرض الموت كما سبق تفصيله آنفاً، حيث نجد المشرع الجزائري قد أخذ بها من خلال الاجتهادات القضائية، من قبيل ذلك نجد القرار رقم 101444 الصادر بتاريخ 1993/12/21م¹ والذي جاء في منطوق القرار: " إذا توفي أحد الزوجين قبل صدور الحكم بالطلاق وكانت الوفاة في عدة الطلاق إستحق الحي منهما الإرث."²

وهذا هو رأي فقهاء الشريعة الإسلامية، حيث أجمعوا على أنّ المريض مرض الموت إذا طلق إمرأته، فطلاقه نافذ كالصحيح، فإن مات من ذلك المرض ورثته المطلقة مادامت في العدة من طلاق رجعي، واتفقوا أيضاً إذا طلق إمرأته ثم ماتت لم يرثها وإن ماتت في العدة، في حين الزوجة المطلقة طلاقاً بائناً، إذا مات الزوج أثناء العدة من هذا الطلاق وهو حكم طلاق الفار، فقد أجمع الفقهاء أنها ترثه وقد إستدلوا بالأثر والمعقول.³

الفرع الثاني: حكم طلاق المريض مرض الموت في القوانين العربية

اختلفت نظرة القوانين العربية لطلاق المريض، وأعرض لموقف كل قانون على النحو الآتي:

أولاً: موقف المشرع الأردني:⁴

نجد المشرع الأردني حذا حذو مثل المشرع الجزائري إذ لم ينصّ على طلاق المريض مرض الموت على أساس العمل بالقول الراجح من مذهب الإمام أبي حنيفة، وفقاً لما جاء في المادة 325 من قانون الأحوال الشخصية الأردني حيث نصت على أن:

¹ - المجلة القضائية، رقم 2، سنة (1993م)، ص 73.

² - جمال سايس، قضايا الطلاق في الاجتهاد القضائي الجزائري، منشورات كليك، المحمدية، الجزائر، ط1(2013م) (2 / ص 95).

³ - وهبة الزحيلي، المرجع السابق (4 / ص 454).

² - إياد السمحان، منتهى حجازي، مقال بعنوان: "قابلية توريث المطلقة البائنة بين الفقه والقانون، مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون، الجامعة الأردنية، عمان، المجلد 41، ملحق رقم 3 لسنة 2014م، ص 1067.

"ملا ذكر له في هذا القانون يرجع فيه إلى الراجح من مذهب أبي حنيفة، فإذا لم يوجد حكمت المحكمة بأحكام الفقه الإسلامي الأكثر موافقة لنصوص هذا القانون."¹

وقد اعتبر المشرع الأردني وقوع طلاق المريض مرض الموت ما دام المتصرف واعياً غير فاقد لعقله، ولا مدهوش ولا مكروه وقاصدا الطلاق فيكون طلاقه واقعاً ما دام مكلفاً شرعاً.²

ثانياً: موقف المشرع العراقي:

ذهب المشرع العراقي إلى القول بعدم وقوع طلاق المريض مرض الموت وإلى أن الزوجة لا ترثه إذا مات من مرضه، حيث نص في المادة 2/35 من قانون الأحوال الشخصية العراقي: "لا يقع طلاق الأشخاص الآتي بياهم، وذكر في فقرته الثانية المريض مرض الموت، أو في حالة يغلب مثلها الهلاك إذا مات في ذلك المرض أو تلك الحالة، وترثه زوجته."³

وقد انتقد المشرع العراقي على خلطه بين عدم وقوع الطلاق وبين توريث الزوجة، إلا أنه حفظ لها ميراثه منه،⁴ فقد جاء مخالفاً لما أجمع عليه فقهاء الشريعة الإسلامية وما إتفقت عليه القوانين العربية، وقد جاء في قرار محكمة التمييز العراقية رقم 86/شريعة/66 في 15/03/1967⁵ ما يلي: "التأكد من مرض الموت في دعوى التفريق أنّ الثابت في آراء الفقهاء أن الزوج إذا طلق زوجته في مرض الموت ثم توفي فإنّ طلاقه يقع شرعاً، ولكن زوجته ترثه، إذ يعتبر الزوج فاراً من توريثها فيردّ عليها قصده."⁶

ثالثاً: موقف المشرع المصري:

اعتبر المشرع المصري طلاق المريض المرض الموت واقعاً، وأثبت ميراث الزوجة في هذه الحالة إذا طلقها بغير رضاها ومات وهو في عدتها، فقد جاء في المادة 11 من قانون الموارث المصري: "وتعتبر المطلقة بائناً في مرض الموت في حكم الزوجة إذا لم ترث بالطلاق ومات المطلق في ذلك المرض وهي في عدتها."⁷

قرر المشرع المصري في هذه المادة في فقرته الثالثة أخذاً بالمذهب بأن من كان مريضاً مرض الموت وطلق زوجته بغير رضاها ومات حال مرضه والزوجة لا تزال في العدة فإن الطلاق البائن يقع على زوجته ويثبت منه من حين صدوره، لأنه أهل لإيقاعه إلا أنّها ترثه، مع ذلك بشرط أن تكون أهلاً لإرثه من وقت إبانته إلى وقت موته بالرغم من أن المطلقة طلاقاً بائناً لا ترث لانقطاع العصمة بمجرد الطلاق، استناداً إلى أنه لما أبانها حال مرضه عُدد احتياطاً فاراً هارياً فيردّ قصده لها ويثبت لها الإرث.⁸

¹ - قانون الأحوال الشخصية الأردني رقم 36 لسنة 2010م، الجريدة الرسمية رقم 5061 الصادرة بتاريخ 2010/10/16م، ص 5809.

² - أحمد مجّد علي داود، الأحوال الشخصية، دار الثقافة، عمان، الأردن، ط1 (2009م) (2/ ص 52).

¹ - قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم 188 لسنة 1959م الصادر بتاريخ 1959/12/19م، جريدة الوقائع العراقية العدد 280، الصادر في 1959/12/30م، الجزء الأول، ص 889.

⁴ - إياد السمحان، منتهى حجازي، المرجع السابق، 1070.

⁵ - إبراهيم المشاهدي، المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز، مطبعة أسعد بغداد، ط1 (1989م)، ص 170.

⁴ - فاروق كريم، الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم 188 وتعديلاته، جامعة السليمانية، ط (2004م)، ص 183، وأحمد عبيد الكبيسي، الوجيز في شرح قانون الأحوال الشخصية العراقي، طبع وزارة التعليم العالي، بغداد، ط1 (1991م) (1/ ص 124).

⁷ - قانون 77 لسنة 1943م المتعلق بالموارث المصري.

⁸ - وهبة الزحيلي، المرجع السابق (8 / ص 263).

الملاحظ من نص المادة أنّ المشرع المصري أخذ بمذهب الإمام أحمد بن حنبل في توريث المطلقة طلاقاً بائناً في مرض الموت من مطلقها، وخالف المذهب الحنفي.¹

ونص القضاء المصري في إحدى قراراته في هذا الباب على: " أنّ المريض مرض الموت إذا طلق زوجته ثم مات مطلقته في العدة يعتبر متى توافرت الشروط، بطلاقه فاراً من الميراث وتقدم المظنة على أنه طلق زوجته طلاقاً بائناً في مرض الموت قاصداً حرمانها من حقها الذي تعلق بماله منذ حلول المرض به، معنى أنّ الطلاق البائن يبنى بذاته من غير دليل آخر على القصد، فردّ المشرع عليه قصده، وذلك دون حاجة للبحث في خبايا نفس المريض واستيئانه ما يُضمَرُه".²

خاتمة:

لم يختلف فقهاء الشريعة الإسلامية حول وقوع طلاق المرض مرض الموت لكنهم اختلفوا في مسألة توريث المطلقة منه، وسبب اختلافهم يرجع إلى العمل بسد الذرائع، وذلك أنه لما كان المريض مُتَّهَمٌ في أنه طلق في مرض موته ليحرم زوجته حظّها من الميراث، فمن أخذ بسد الذرائع أوجب ميراثها منه معاملة له بنقيض نيته، ومن لم يأخذ بسد الذرائع لم يوجب لها الميراث. أما عن التشريعات العربية فقد عملت بأحكام الشريعة الإسلامية الغراء التي فصلت وفرقت بين إيقاع الطلاق وإثبات التوارث بين الزوجين.

كما أنّ الطلاق في مرض الموت يتضمن عقاباً وعلاجاً في آن واحد، أي هو عقاب للزوج على قصده السيئ وعلاج لرفع الضرر على الزوجة، وعقاب للزوجة في نشوزها وعلاج للزوج، وقد يكون علاجاً فقط إذا لم يكن هناك تقصير من أيّ من الجانبين كما في الحالات التناسلية أو العقلية أو المعدية كالإيدز، وهذه الإزدواجية الشمولية هي التي تتفق مع الحكمة التي اقتضت تقرير الطلاق.³

قائمة المصادر والمراجع

أولاً: القرآن الكريم.

ثانياً: معاجم اللغة العربية:

1. الجرجاني، التعريفات، تح: إبراهيم الأبياري، دار الكتاب العربي، بيروت، ط1 (1985م).
2. ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، تح: عبد السلام هارون، دار الفكر، بيروت، ط6، (1979م).
3. الفيروز ابادي، القاموس المحيط، تح: مُجَدِّد نعيم العرقسوسي، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط8 (2008م).
4. ابن منظور الإفريقي، لسان العرب، تح: خالد رشيد القاضي، دار الأبحاث، بيروت، ط1، 2008 م.

ثالثاً: كتب القرآن وعلومه:

1. القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، تح: عبد الله التركي، ومُجَدِّد رضوان عرقسوسي، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط1 (2006م).
- رابعاً: كتب السنة وعلومها:

1. ابن سعد في الطبقات الكبرى، تح: علي مُجَدِّد عمر، مكتبة الخانجي، القاهرة، ط1 (2001م).

¹ - باقر خليل الخليل، تطبيقات قانون الأحوال الشخصية المعدل، مطبعة الإرشاد، بغداد، ط 1964م، ص156.

² - قرار محكمة النقض المصرية رقم 27 الصادر في 07/01/1976م.

³ - د. مصطفى إبراهيم الزلي، موانع المسؤولية الجنائية في الشريعة الإسلامية والتشريعات الجزائرية العربية، نشر إحسان، بغداد، ط1 (2014م)، 234.

2. الألباني في إرواء الغليل، المكتب الإسلامي، بيروت، ط1 (1979م).
3. مسلم بن الحجاج النيسابوري، الجامع الصحيح، تح: مُجَدُّ فؤاد عبد الباقي، دار الحديث، القاهرة، ط1 (2010م).
4. النووي، المنهاج في شرح صحيح مسلم بن الحجاج، مؤسسة قرطبة، السعودية، ط2 (1994م).

خامساً: المعاجم والقواميس:

- 1- الفيروز ابادي، القاموس المحيط، تح: مُجَدُّ نعيم العرقسوسي، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط8 (2005م).
- 2- الشيرازي، القاموس المحيط، دار الحديث، مصر، دون ذكر معلومات النشر.
- 3- ابن منظور، لسان العرب، ضبط نصه وحواشيه الدكتور خالد رشيد القاضي دار الأبحاث، الطبعة الأولى، 2008م.

سادساً: الكتب الفقهية:

1. التسولي، البهجة في شرح التحفة، دار الكتب العلمية، بيروت، ط2 (1998م).
2. ابن تيمية، الفتاوى الكبرى، تح: مُجَدُّ عبد القادر عطا، ومصطفى عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، ط1 (1987م).
3. ابن جزى الغرناطي، القوانين الفقهية، تح: مُجَدُّ مولاي، دار النفائس، بيروت، ط1 (1425هـ).
4. ابن حزم، المحلى بالآثار، تح: عبد الغفار سليمان البنداري، دار الكتب العلمية، بيروت، ط3 (2003م).
5. الخطاب الرعيني، مواهب الخليل شرح مختصر خليل، مكتبة النجاح، ليبيا.
6. الحصكفي، الدر المختار شرح تنوير الأبصار وجامع البحار، تح: عبد المنعم إبراهيم، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1 (2002م).
7. الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، تح: مُجَدُّ خليل عيتاني، دار المعرفة، بيروت، ط1 (1997م).
8. ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، تح: مُجَدُّ صبحي حلاق، مكتبة ابن تيمية، القاهرة، ط1 (1415هـ).
9. الزيعلي، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، المطبعة الأميرية الكبرى بولاق، (1334هـ).
10. السرخسي، المبسوط، دار المعرفة، بيروت، ط1 (1989م).
11. الشافعي، الأم، دار المعرفة، بيروت، ط3 (1994م).
12. بن عرفة الدسوقي، الحاشية على الشرح الكبير، دار إحياء الكتب العربي، القاهرة.
13. ابن قدامة المقدسي، المغني، تح: عبد الله التركي وعبد الفتاح الحلو، دار عالم الكتب، بيروت، ط3 (1997م).
14. ابن القطان الفاسي، الإقناع في مسائل الإجماع، تح: حسن الصعيدي، دار الفاروق الحديثة، القاهرة، ط1 (2004م).
15. الكاساني، بدائع الصنائع، تح: علي مُجَدُّ عوض وعادل عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت، ط2 (2003م).
16. الكمال بن الهمام، فتح القدير على الهداية، تح: عبد الرزاق غالب المهدي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1 (2003م).
17. الماوردي، الحاوي الكبير، تح: علي معوض، وعادل عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1 (1994م).
18. المرادوي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، دار إحياء التراث العربي، لبنان، ط1 (1419هـ).
19. منصور البهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع، تح: هلال مصيلحي هلال، دار الفكر، بيروت، ط1 (1402هـ).
20. نظام الدين البارخامبوري، الفتاوى الهندية، تح: عبد اللطيف حسن عبد الرحمن، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1 (2000م).
21. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، دمشق، ط4 (1997م).

سابعاً: الكتب:

- 1- إبراهيم المشاهدي، المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز، مطبعة أسعد بغداد، ط1 (1989م).
 - 2- أحمد عبيد الكبيسي، الوجيز في شرح قانون الأحوال الشخصية العراقي، طبع وزارة التعليم العالي، بغداد، ط1 (1991م).
 - 3- أحمد فراج حسين، أحكام الأسرة في الإسلام، الطلاق، الخلع وحقوق الأولاد، نفقة الأقارب، وفقاً لأحداث التشريعات القانونية، دار الجامعة الجديدة للنشر، (2004م).
 - 4- أحمد محمد علي داود، الأحوال الشخصية، دار الثقافة، عمان، الأردن، ط1 (2009م).
 - 5- باقر خليل الخليل، تطبيقات قانون الأحوال الشخصية المعدل، مطبعة الإرشاد، بغداد، ط(1964م).
 - 6- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الزواج، الطلاق، الخلع ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، طبعة (2010م).
 - 7- جمال سايس، قضايا الطلاق في الاجتهاد القضائي الجزائري، منشورات كليك، المحمدية، الجزائر، ط1(2013م).
 - 8- بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، دار الخلدونية، القبة القديمة، الجزائر، الطبعة الأولى(2008م).
 - 9- زهدور محمد، الوصية في القانون المدني الجزائري والشريعة الإسلامية، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، ط (1991م).
 - 10- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ط(1998م).
 - 11- سليمان مرقس، شرح القانون المدني، العقود المسماة، عقد البيع، عالم الكتب، مصر، ط4 (1980م).
 - 12- عبد الرحمان الحلالشة، الوجيز في شرح القانون المدني الأردني، عقد البيع، دراسة متقابلة مع الفقه الإسلامي والقوانين المدنية العربية، دار وائل للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ط1 (2005م).
 - 13- فاروق كريم، الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم 188 وتعديلاته، جامعة السليمانية، ط (2004م).
 - 14- محمد شتي أبو سعد، عقد البيع، دار الفكر العربي، القاهرة، ط1 (2000م).
 - 15- محمد كامل مرسي، شرح القانون المدني، منشأة المعارف، الإسكندرية ط (2005).
- ثامناً: الرسائل الجامعية:

1. سعادي لعلی، الزواج وانحلاله في قانون الأسرة، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة الجزائر 1، كلية الحقوق (2015م).

تاسعاً: المجالات العلمية:

1. المجلة القضائية، رقم 2، سنة (1993م).
2. المجلة القضائية، العدد 3، سنة (1998م).
3. مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون، الجامعة الأردنية، عمان، المجلد 41 سنة (2014م).

عاشراً: النصوص القانونية:

- 1- الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005، المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم الجريدة الرسمية، العدد 15، سنة 2005م.
- 2- قانون الأحوال الشخصية الأردني رقم 36 لسنة 2010م، الجريدة الرسمية رقم 5061 الصادرة بتاريخ 2010/10/16م.
- 3- قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم 188 لسنة 1959م الصادر بتاريخ 1959/12/19م، جريدة الوقائع العراقية العدد 280، الصادر في 1959/12/30م.
- 4- قانون 77 لسنة 1943م المتعلق بالمواريث المصري.

المحميات الطبيعية في التجربة الجزائرية وبعض التجارب العربية

لعميري ياسين

باحث في الدكتوراه جامعة يحيى فارس المدية

yassinlamiri1989@gmail.com

الدكتور بوشنافة جمال

أستاذ محاضر "أ" جامعة يحيى فارس المدية

aboumoncef@hotmail.fr

ملخص:

للمحميات الطبيعية في التجربة الجزائرية نظام قانوني قائم بذاته، يكشف في جوهره على أنماط مختلفة للحماية، وهي وإن اختلفت في الطبيعة فإنها متحدة المقصد، كما أن التجارب العربية في مختلف الأقطار والأمصار على الصعيد الإقليمي والدولي، سبّاقة سابقة في هذا المجال، ويأخذ على سبيل المثال النموذج الرائد في هذا المقام، والذي يستأنس به إستفادةً من الأحكام، المغرب ومصر، الأردن وسلطنة عمان، وهو ما يدفع لطرح إشكال مدى فاعلية هذا النظام، ومدى إمكانية خدمته إستفادةً من تجارب الأقران؟.

الكلمات المفتاحية: المحميات الطبيعية، أصناف المحميات ومكوناتها، آليات الحماية، حماية نوعية، تجارب عربية سبّاقة.

Abstract :

The Natural reserves in Algerian experience an autonomous legal system reveals, in its contents different models of protection, a although they differed in nature it has a common intention or objective, as well as Arabs experiences in different countries and regions at the regional and international levels , is considered the oldest and the oldest in this context , this takes for example the first model in this framework , co benefit from its rules, morocco, Egypt, Jordan, and the omens, sultanate .

Which raises the problem of the efficiency of this system and the extent of his support through the benefit of the others country experience?

Keywords: Natural reserves, categories and components of Natural reserves, Protection mechanisms, Quality protection, oldest Arab Experiences.

مقدمة:

الثابت أن لكل عصر من العصور قضية تفرض نفسها عليه، تثير الاهتمام وتشغل العقول، وفي مرحلة ما، أسالت قضية حماية البيئة الحبر الكثير ، وأخذت من الجهد غير اليسير، فكانت ولازالت هاجس المفكرين والمهتمين، إذ تم التوصل لحقيقة مفادها ندرة الموارد الطبيعية وهشاشة هذا الكوكب الذي نحيا فيه، وما زاد الأمر جدية ، حجم الأخطار وكثرة الأضرار المتزايدة يوما بعد يوم

ومن أجل ذلك بات من اللازم إيجاد الحلول، والتي مهما تعددت في الطرح والمتون، فإن ثوبها لن يخرج على أحكام القانون، ومن هنا سارت جل الأنظمة نحو إيجاد السبل القانونية للحماية تحت وطأة الحتمية، ويعد من أبرز أوجهها في هذا المقام، نظام المحميات الطبيعية الذي فرض فرضاً على التشريعات الوطنية والإقليمية.

ولم يكن المشرع الجزائري بعيداً عن الساحة وفي منأى عن المشكلة، إذ أعطى للمحميات الطبيعية العناية الخاصة، لما اعتبرها في البداية من قبيل الأنظمة القانونية المتميزة في إطار قانون حماية البيئة والتنمية المستدامة، ولم يتوان بعد ذلك في إصدار قانون خاص يضبطها، في سياق ما يعرف بالمجالات المحمية في إطار التنمية المستدامة، فضلاً على النصوص القانونية والتنظيمية الأخرى ذات الصلة المباشرة، وكل ذلك يشكل في الحقيقة قاعدةً ماديةً بُني عليها النظام القانوني للمحميات الطبيعية في الجزائر.

وعلى غرار ذلك، كشفت بعض التشريعات في الدول العربية على تجربة سبّاقة في مجال المحميات الطبيعية، حملت في طياتها حقيقةً تحتاج اليوم إلى من يجلوها، إستفادةً من التجربة واقتباساً من أحكامها، خدمةً لنظام المحميات الطبيعية في الجزائر، وذلك على غرار التجربة المغربية والمصرية، الأردنية والعمانية أمودجا يقتدى به في هذا السياق.

ومن هنا تأتي هذه المداخلة كدراسة تحليلية مركّزة للنظام القانوني للمحميات الطبيعية في الجزائر مع التطرق بالبحث لبعض التجارب العربية في هذا المجال، وذلك سعياً للإجابة على إشكالية يتطلبها مثل هذا الموضوع مفادها: ماهو النظام القانوني للمحميات الطبيعية في الجزائر وما مدى فاعليته وإمكانية دعمه استفادةً من التجارب العربية في هذا المجال؟ للإجابة على هذه الإشكالية نقسم الموضوع إلى مبحثين نتناول في المبحث الأول المحميات الطبيعية في التجربة الجزائرية، وفي المبحث الثاني المحميات الطبيعية في بعض التجارب العربية.

المبحث الأول: المحميات الطبيعية في التجربة الجزائرية.

لقد عرفت المحميات الطبيعية في التجربة الجزائرية مرحلتين أساسيتين، مرحلة ما قبل سنة 2003 تاريخ صدور قانون حماية البيئة في إطار التنمية المستدامة¹، ومرحلة ما بعد صدور هذا القانون، ففي المرحلة السابقة لم يكن للمحميات الطبيعية نظام قانوني خاص نوعي قائم بذاته، وإنما اندرج في إطار السياسة التشريعية العامة لحماية البيئة آنذاك، أما في المرحلة اللاحقة فقد شهدت المحميات الطبيعية نظاماً قانونياً قائماً بذاته إذ برز نجمه بمجرد صدور قانون حماية البيئة في إطار التنمية المستدامة، وأصبح أكثر سطوعاً بإصدار قانون خاص يعنى بها²، وبالعودة لحقائق هذا الأخير يتضح أن المحميات الطبيعية جزء من المجالات المحمية برمتها، وعلى هذا الأساس يكون للمحميات الطبيعية مفهوم قانوني، ونظام للحماية يخصها، هذا ما سنتناوله من خلال مطلبين نتناول في الأول المفهوم القانوني للمحميات الطبيعية وفي المطلب النظام النوعي لحماية المحميات الطبيعية.

¹ - أنظرا لقانون رقم 10/03، المؤرخ في 2003/07/19، المتعلق بحماية البيئة في إطار التنمية المستدامة، الجريدة الرسمية عدد رقم 43 المؤرخة في 2003/07.

² - تجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري ألغى صراحة النصوص من 29 إلى 34 من قانون حماية البيئة في إطار التنمية المستدامة بموجب المادة 46 من القانون رقم 02/11 المؤرخ في 2011/02/17، السابق الذكر.

المطلب الأول: المفهوم القانوني للمحميات الطبيعية.

مسألتان جوهريتان تسمحان بإجلاء المفهوم القانوني للمحميات الطبيعية، تعريفها، أصنافها ومكوناتها، هذا ما سنتناوله في فرعين. على التوالي.

الفرع الأول: تعريف المحميات الطبيعية

لم تكن المحميات الطبيعية مجردة طرفة في النصوص القانونية المعنية وإنما عرفت تطورا في هذا المجال، ففي ظل القانون رقم 10/03 وإن كان المشرع قد خصص من خلاله فرعا كاملا تحت عنوان "المجالات المحمية"، إبتداءً من المادة 29 إلى غاية المادة 34 منه، فإنه لم يُعرف المحميات الطبيعية بالمعنى التقني للعبارة وإنما عرّف المجالات المحمية برمتها والتي يتسع نطاقها شكلاً ومعناً¹، وقبل ذلك عرّف في إطار الأحكام العامة لهذا القانون بموجب المادة رقم 04 فقرة 01 و 02 منه ما سماه "المجال المحمي" بأنه: «منطقة مخصصة لحماية التنوع البيولوجي، والموارد الطبيعية المشتركة»، كما عرّف ما أسماه "الفضاء الطبيعي" بأنه: «كل إقليم أو جزء من إقليم يتميز بخصائصه البيئية ويشتمل بصفة خاصة على المعالم الطبيعية و المناظر و المواقع»، وبالتالي لما كانت المحميات الطبيعية جزء من كل، فإن هذا المدلول القانوني يشملها معناً.

أما في القانون الحالي رقم 02/11 فقد تبني المشرع نفس النهج وعرّف المجالات المحمية كمفهوم عام كلي وفقاً للصياغة التالية: «تدعى بموجب هذا القانون مجالات محمية إقليم كل أو جزء من بلدية أو بلديات وكذا المناطق التابعة للأملاك العمومية البحرية الخاضعة لأنظمة خاصة يحددها هذا القانون من أجل حماية الحيوان والنبات والأنظمة البيئية البرية و البحرية و الساحلية و/أو البحرية المعنية»²، بيد أنه تطرق بالتعريف في إطار هذا القانون إلى المحميات الطبيعية بالمعنى التقني للعبارة، والأكثر من ذلك اتسم تعريفه بالتنوع ذلك أنه عدد أصنافاً للمحميات الطبيعية.

الفرع الثاني: أصناف ومكونات المحميات الطبيعية.

في إطار النصوص السابقة للقانون رقم 10/03، اكتفى المشرع بذكر أصناف للمحميات الطبيعية دون بيان مكوناتها ولا حتى مدلولها، ومن الأصناف البارزة ما أسماه ب " المحمية الطبيعية التامة، محمية تسيير المواضع والسلالات"، أما في القانون الحالي رقم 02/11، فقد جعل المشرع من المجالات المحمية قسمين رئيسيين، حظائر وطنية ومحميات طبيعية حسب نص المادة رقم 04، وللمحميات الطبيعية ثلاثة أصناف ذكرها المشرع، وأولها المحمية الطبيعية الكاملة والتي عرفها بموجب نص المادة رقم 07 بأنها: «مجال ينشأ لهدف الحماية الكلية للأنظمة البيئية أو عينات حية نادرة للحيوان والنبات التي تستحق الحماية التامة، ويمكن أن تتواجد داخل المجالات المحمية الأخرى حيث تشكل منطقة مركزية حسب أحكام المادة 15 أدناه»، وثانيها المحمية الطبيعية والتي يقصد بها حسب نص المادة رقم 10: «مجال ينشأ لغايات الحفاظ على الأنواع الحيوانية والنباتية والأنظمة البيئية والمواطن وحمايتها و/أو تجديدها...»، أما الصنف الثالث فهو محمية تسيير المواطن والأنواع والتي تعني في لغة نص المادة رقم 11 من ذات القانون: «مجال يهدف لضمان المحافظة على الأنواع ومواطنها والإبقاء على ظروف المواطن الضرورية للمحافظة على التنوع البيولوجي و حمايته»، كما قرر المشرع بموجب نص المادة رقم 14 إمكانية تصنيف المنطقة الرطبة ضمن أحد الأصناف المذكورة في المادة 04.

¹ - راجع، المادة رقم 02 من القانون رقم 02/11، المؤرخ في 17/02/2011، السابق الذكر.

² - راجع في ذلك، نصر الدين هونوي، الحماية الراشدة للساحل في القانون الجزائري، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة البليدة، 2011، ص 105.

بمفهوم المخالفة يمكن أن تندرج المنطقة الرطبة ضمن الحظائر الوطنية أو المحميات الطبيعية بأنواعها الثلاث ، مع العلم أن المنطقة الرطبة هي كل منطقة تتميز بوجود ماء عذب أو مالخ أو شديد الملوحة بصفة دائمة أو مؤقتة على السطح أو في العمق القريب، راكدا أو جاريا، طبيعيا أو اصطناعيا، في موضع فاصل و/أو انتقالي، بين الأوساط البرية و المائية، و تأوي أنواعا نباتية و/أو حيوانية بصفة دائمة أو مؤقتة ، هذا في الحقيقة حسب نص المادة رقم 03 من ذات القانون، وتقع أغلب المناطق الرطبة الأساسية في الجزائر بشمال البلاد، مثل قناة طونقة وأوبيرة وملاح بنواحي القالة، سهل قرياس بولاية سكيكدة، المنطقة الرطبة لبحيرة رغاية بولاية بومرداس.¹

أما بالنسبة لمكونات أصناف المحميات الطبيعية فقد ضبطها المشرع بموجب نص المادة رقم 15 التي تضمنت الصياغة التالية: «تقسم المجالات المحمية المنشأة بموجب أحكام المواد 05 و 06 و 10 و 11 و 12 أعلاه إلى ثلاث (03) مناطق: المنطقة المركزية وهي منطقة تحتوي على مصادر فريدة لا يسمح فيها إلا بالأنشطة المتعلقة بالبحث العلمي، المنطقة الفاصلة: وهي منطقة تحيط بالمنطقة المركزية أو تجاورها أو تستعمل من أجل أعمال إيكولوجية حية بما فيها التربية البيئية و التسلية و السياحة الإيكولوجية و البحث التطبيقي و الأساسي وهي مفتوحة أمام الجمهور في شكل زيارات إكتشاف الطبيعة برفقة دليل، ولا يسمح بأي تغيير أو بأي عمل من شأنه إحداث خلل بتوازن المنطقة، منطقة العبور: وهي منطقة تحيط بالمنطقة الفاصلة و تحمي المنطقتين الأوليتين وتستخدم مكانا لكل أعمال التنمية البيئية للمنطقة المعنية، ويرخص فيها بأنشطة الترفيه والراحة والتسلية والسياحة»

الملاحظ أن المشرع إستثنى المحمية الطبيعية الكاملة من مناط هاته الأقسام فلا تنسحب عليها، بمعنى أن المحمية الطبيعية الكاملة لا تتكون من منطقة مركزية ومنطقة فاصلة وأخرى للعبور، ذلك أنه سبق وأن قرر بموجب نص المادة رقم 07 أعلاه، إمكانية تواجد المحمية الطبيعية الكاملة داخل المجالات المحمية الأخرى حيث تشكل منطقة مركزية ، ومن هنا يكون المشرع قد أعطى عناية دقيقة وحماية عميقة للمحمية الطبيعية الكاملة -وهو سر لتسميتها- وحينئذ و بمفهوم المخالفة لا يسمح فيها إلا بالأنشطة المتعلقة بالبحث العلمي

المطلب الثاني: النظام النوعي لحماية المحميات الطبيعية.

لقد كشف النظام القانوني للمحميات الطبيعية في البلد على آليتين يعتمد عليهما للمحافظة على هذا الصنف البيئي الوليد، إذ يتم إتخاذها سبيلا لإدراك الحماية، ويتعلق الأمر في الحقيقة بآلية التصنيف كوسيلة لتكريس فكرة الحماية النوعية، وآلية التخطيط كوسيلة تصورية محددة للأولويات وضابطة للاستخدامات، هذا ما سنتناوله في فرعين. على التوالي.

الفرع الأول: آلية التصنيف تكريسُ للحماية النوعية.

إن المحميات الطبيعية تشكل في حد ذاتها نظام نوعي لحماية الأوساط الطبيعية، ومن الناحية القانونية لا تكتسب هذه الصفة إلا وفقا للآلية المناسبة، التصنيف كتقنية قانونية يعتمد عليها في هذا المجال، ويعتبر التصنيف أحد الوسائل القانونية لتكوين

¹- راجع في ذلك، أعمار مجاوي، نظرية المال العام، الطبعة الثالثة، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع، بوزريعة الجزائر، 2005 ص 38.

الأماكن الوطنية عموماً¹، ليكون منطلق نظام الحماية النوعية التصنيف وفقاً للكيفية الإجرائية المعمول بها، وتجلياته في آثار التصنيف بأوجهه المختلفة.

أولاً- كفاءات تصنيف المحميات الطبيعية: يعد التصنيف (classification) في الوقت الراهن الآلية القانونية النهائية الوحيدة لاكتساب صفة المحميات الطبيعية²، وطبقاً لأحكام القانون رقم 02/11، يتم التصنيف وفقاً للإجراءات التالية :

1- طلب التصنيف: حسب المادتين رقم 19 و 20 من القانون، يجب أن تبادر الإدارات العمومية، أو الجماعات الإقليمية بتصنيف إقليم كمجال محمي، و ذلك بإرسال طلب التصنيف إلى اللجنة الوطنية للمجالات المحمية و يمكن للشخص المعنوي الخاضع للقانون الخاص أن يبادر بتصنيف المجال المحمي الذي يتولى تسييره، وفقاً للمبادئ و الإجراءات المحددة في هذا القانون، وتحدد شروط و كفاءات تطبيق ذلك عن طريق التنظيم.

والملاحظ أنه لا يجوز للشخص الطبيعي تقديم طلب التصنيف بموجب هذا القانون³، و هذا يثير إشكالاً أو بالأحرى يحد من فاعلية نظام الحماية، ذلك أن الشخص الطبيعي يعد في دنيا الواقع محورا جوهريا لتجسيد نظام الحماية النوعية، كما أن الفرق بينه وبين الشخص المعنوي الخاص مجرد خيط رفيع، ومن هنا فإن المشرع استبعد الشخص الطبيعي من عين نظام المحميات الطبيعية طبقاً للقانون رقم 02/11، وهو أمر محير يحتاج إعادة نظر، ويضيف البعض في هذا الإطار أن المحميات الطبيعية تصنف بغض النظر عن طبيعة ملكيتها⁴، وعموماً يتضمن طلب التصنيف تقريراً مفصلاً يبين على الخصوص أهداف التصنيف المقررة و الفوائد المرجوة منه و كذا مخطط وضعية الإقليم، وذلك حسب كفاءات تحدد عن طريق التنظيم، حسب المادة رقم 21، من جهة ثانية الملاحظ أن المشرع استبعد مرحلة جد مهمة في عملية التصنيف وهي التحقيق العمومي الذي كان موجوداً في النصوص السابقة⁵، وهو انتقاص غير محبذ ذلك أن التحقيق فضلاً على كونه وسيلة لإعلام الغير أشخاصاً طبيعيين ومعنويين بوجود التصنيف فإنه طريق لإشراك الغير في عملية التصنيف، ففي إطاره تثار اعتراضات وتطرح انشغالات وتقدم اقتراحات، ومن هنا فإن الحال بما هو عليه يشكل خرقاً واضحاً صارخاً لمبدأ يعد من أسس القانون الإطار المتعلق بحماية البيئة في إطار التنمية المستدامة وهو مبدأ الإعلام والمشاركة⁶، ولما كان كذلك يستوجب إعادة ضبط من قبل المشرع.

¹ - ذلك أن المشرع كان يعتبر التصنيف في إطار النصوص التنظيمية السابقة آلية مؤقتة تكملها آلية نهائية هي آلية الإنشاء للمحميات الطبيعية وكلاهما كان يتم بمرسوم تنفيذي صادر عن الوزير المكلف بحماية الطبيعة آنذاك-لاكثر تفصيل راجع-المرسوم التنفيذي رقم 143/87، المؤرخ في 1987/07/16، المحدد لقواعد تصنيف الحظائر الوطنية، الجريدة الرسمية العدد رقم 25، المؤرخة في 1987/07/17، وكذا المرسوم التنفيذي رقم 144/87، المؤرخ في 1987/07/16، المحدد لكفاءات إنشاء المحميات الطبيعية وسيرها، الصادر بنفس الجريدة الرسمية.

² - على عكس ما كان عليه الوضع في إطار النصوص السابقة -راجع مثلاً نص المادة رقم 03 من المرسوم التنفيذي رقم 143/87، المؤرخ في 1987/07/16، السابق الذكر.

³ - راجع حسن حميدة، نظام حماية المساحات و المواقع المحمية في التشريع الجزائري، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة البلدة، 2001، ص 08.

⁴ - راجع المادة رقم 06 والمواد من 10-17، من المرسوم التنفيذي رقم 143/87، المؤرخ في 1987/07/16، السابق الذكر.

⁵ - يعد هذا المبدأ من أهم الأسس التي بني عليها قانون حماية البيئة في إطار التنمية المستدامة وهو متضمن في نص المادة رقم 03 فقرة 08 من القانون رقم 10/03: «يتأسس هذا القانون على المبادئ العامة الآتية:.... مبدأ الإعلام والمشاركة: الذي يكون بمقتضاه لكل شخص الحق في أن يكون على علم بحالة البيئة والمشاركة في الإجراءات المسبقة عند اتخاذ القرارات التي قد تضر البيئة.»

⁶ - المادتين رقم 28 و 29 من القانون رقم 02/11، المؤرخ في 2011/02/17، السابق الذكر.

2- دراسة الطلب: قبل أن تتم دراسة الطلب لا بد من أن تتداول اللجنة في مدى جدوى تصنيف المجال المحمي حسب المادة 22 من القانون 02/11، كذلك المادة 17 التي نصت على ما يلي: «تتشأ لجنة وطنية للمجالات المحمية، تكلف بإبداء الرأي حول اقتراح و جدوى التصنيف، كمجال محمي، و الموافقة على دراسات التصنيف و تدعى في صلب النص -اللجنة-، و تحدد تشكيلة هذه اللجنة و كفاءات تنظيمها و سيرها عن طريق التنظيم»، وحسب المادة 18 نشأ لجنة ولائية تضم القطاعات المعنية و تتولى إبداء الرأي حول إقتراح و جدوى التصنيف، و الموافقة على دراسات التصنيف للمجال المحمي الذي ينشأ بموجب قرار من الوالي أو من رئيس المجلس الشعبي البلدي و يبلغ هذا الرأي إلى اللجنة الوطنية للمجالات المحمية، و تحدد تشكيلة هذه اللجنة و تنظيمها و تسييرها عن طريق التنظيم.

بعد مداولة اللجنة و الموافقة على طلب التصنيف يعهد بدراسة التصنيف على أساس اتفاقية أو عقود إلى مكاتب دراسات، أو إلى مراكز بحث تنشط في ميدان البيئة و التنوع البيولوجي و الإيكولوجي على أساس الشروط المرجعية التي بادرت بها اللجنة و التي تحدد عن طريق التنظيم، و تخضع دراسة التصنيف النهائية إلى موافقة اللجنة و توضح على الخصوص ما يأتي: (-وصف و جرد الثروة النباتية و الحيوانية و المنظرية، و وصف الظرف الاجتماعي الاقتصادي، تحليل التفاعلات المتعلقة باستعمال المجال من طرف السكان المحليين، تقييم الثروة و توضيح الرهانات الرئيسية، تحديد العوامل التي تشكل تهديدا للمجال المعني، اقتراح تقسيم المجال إلى مناطق، إعداد مشروع و مخطط عمل يحدد الأهداف العامة و الميدانية، و تحدد تدابير المحافظة على المجال المحمي و حمايته عن طريق التنظيم بمجرد الموافقة على دراسة التصنيف)، هذا في الواقع طبقا للمواد من 23 إلى 27.

3- إعداد التصنيف النهائي و إصدار وثيقة التصنيف: تبادر السلطة التي طلبت التصنيف بإعداد تصنيف المجال المحمي بمجرد الموافقة على دراسة التصنيف من قبل اللجنة وذلك بموجب: (قانون بالنسبة للمحميات الطبيعية الكاملة، مرسوم بالنسبة للمجالات المحمية الأخرى، قرار رئيس المجلس الشعبي البلدي بالنسبة للمجالات المحمية المتواجدة داخل إقليم البلدية المعنية، قرار الوالي بالنسبة للمجالات المحمية التي تمتد على بلديتين أو أكثر، قرار مشترك بين وزير الداخلية و الجماعات المحلية و وزير البيئة بالنسبة للمجالات المحمية التي تمتد على ولايتين أو أكثر)، و تحدد وثيقة التصنيف ما يأتي: (حدود و مساحة المجال المحمي، صنف المجال المحمي، تقسيم المجال المحمي إلى مناطق، أحكام المحافظة على المجال المحمي و حمايته و تنميته المتخذة تطبيقا لهذا القانون، قائمة الثروة النباتية و الحيوانية الموجودة داخل المجال المحمي المراد تصنيفه)¹.

ما تجدر الإشارة إليه أخيرا أنه و لحد الساعة لم تصدر النصوص التطبيقية لأحكام القانون رقم 02/11، وهو ما يفرض مطالبة بضرورة الإسراع في إصدارها، من جهة، و من جهة أخرى، فإن المشرع سبق وأن بين كفاءات إجراء التصنيف بموجب المرسوم التنفيذي رقم 147/87، و هذا من قبيل النصوص التطبيقية لقانون حماية البيئة السابق رقم 03/83، مع العلم أن هذا الأخير ألغي بموجب القانون رقم 10/03، و أبقى المشرع على نصوصه التنفيذية سارية المفعول إلى حين إصدار النصوص التنفيذية للقانون رقم 10/03، مما يعني بالمفهوم القانوني الضيق التقني البحث أن أحكام المرسوم التنفيذي رقم 143/87 لا تزال سارية المفعول بالتوازي مع أحكام القانون رقم 02/11، فلا يمكن اعتبار هذا الأخير من قبيل النصوص التنفيذية للقانون رقم 10/03، و بالتالي من المفروض على الإدارة التشريعية في الجزائر أن تضبط أحكام المجالات المحمية بموجب مرسوم تنفيذي لا بموجب قانون باعتبار

¹ - راجع في ذلك، كمال معيني، آليات الضبط الإداري لحماية البيئة في التشريع الجزائري، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة باتنة، 2011، ص 55.

أن موضوع الضبط جزء من كل (المحميات الطبيعية جزء من البيئة برمتها)، ومن هنا يكون المشرع قد عامل المجالات المحمية نفس معاملة البيئة، فلما تساوت كفتي ميزان القيمة عنده، استوت وسيلة الحماية، كما يمكن من باب آخر وبمفهوم عام واسع اعتبار المرسوم التنفيذي رقم 143/87 قد ألغي ضمنا (بمقاربة مفهوم نص المادة 02 من القانون المدني)، ذلك أن المشرع نظم بموجب القانون رقم 02/11 نفس الموضوع الذي سبق وأن قرر أحكامه المرسوم التنفيذي رقم 143/87، ورغم ذلك يكون من الحضيف على المشرع أن ينص صراحة على الإلغاء بموجب أحكام نص المادة 46 من القانون رقم 02/11، التي يقترح تعديلها في هذا الإطار.

ثانيا- آثار تصنيف المحميات الطبيعية: تعتبر آثار تصنيف المحميات الطبيعية تجليات للحماية النوعية، إذ يترتب على التصنيف خضوع المحميات الطبيعية لأنظمة ضبطية نوعية تتراوح في الحقيقة بين أنظمة الضبط الإداري ونظام ضبطي قضائي.

أ- الخضوع لأنظمة الضبط الإداري: يشكل الضبط الإداري نمط وقائي تباشره سلطات مختصة قصد تفادي الضرر البيئي بمعناه الواسع¹ وبالإطلاع على أحكام القانون رقم 02/11 نجد أن المشرع اقتصر في سبيل تجسيد نظام الحماية النوعية للمحميات الطبيعية على أسلوبيين للضبط، هما نظام الترخيص ونظام المنع، فيما استبعد آلية أخرى كانت موجودة سابقا

1- نظام الترخيص: طبقا للقانون رقم 02/11 المذكور أعلاه فإنه: (يمكن أخذ عينيات نباتية أو حيوانية أو أنشطة منتظمة من أجل البحث العلمي، أو ذي طابع استعجالي أو ذي أهمية وطنية بموجب رخصة تمنح حسب الشروط والكيفيات المحددة عن طريق التنظيم، حسب المادة رقم 08 فقرة 01، يخضع الإدخال بصفة إرادية لكل نوع حيواني أو نباتي لرخصة من السلطة المسيرة بعد أخذ رأي اللجنة من أجل عدم المساس بالأوساط الطبيعية والحيوانات والنباتات للمجالات المحمية، حسب المادة رقم 32، لا يمكن التخلص من الحيوانات والنباتات من أجل الحفاظ على استدامة النظام البيئي إلا برخصة من السلطة المسيرة بعد أخذ رأي اللجنة وفقا للكيفيات المقررة عن طريق التنظيم، حسب المادة 33).

2- نظام المنع: منع المشرع القيام ببعض الأنشطة في إطار القانون رقم 02/11 نذكر منها ما يلي:

(منع مطلق وكلي في المحمية الطبيعية الكاملة لأنشطة الإقامة أو الدخول أو التنقل أو التخميم، كل نوع من أنواع الصيد البري أو البحري، قتل أو ذبح أو قبض الحيوانات، تخريب النبات أو جمعه، كل استغلال غابي أو فلاحي أو منجمي، جميع أنواع الرعي، كل أنواع الحفر أو التنقيب أو الاستطلاع أو تسطیح الأراضي أو البناء، كل الأشغال التي تغير من شكل الأرض أو الغطاء النباتي، كل فعل من شأنه الإضرار بالحيوان أو النبات وكل إدخال أو تهريب لأنواع حيوانية أو نباتية)، هذا حسب نص المادة رقم 08 من القانون.

ما ينبغي التنويه إليه أن المشرع في إطار القانون رقم 02/11 حاد عن الصواب، كونه استبعد آلية ضبطية حمائية وقائية هامة، تتمثل في التصريح المسبق حيث أن المشرع كان يُلزم سابقا كل من يريد أن يتصرف قانونيا في إقليم مصنف كمحمية طبيعية سواء بالبيع أو التأجير أو التنازل أن يقدم من جهة تصريح مسبق للمتصرف له يُعلمه بوجود التصنيف، ومن جهة أخرى تصريح

¹ - راجع في ذلك، مضمون المادة رقم 34 الملغاة، من القانون رقم 10/03، المؤرخ في 2003/07/19، السابق الذكر.

للإدارة المكلفة بالمجالات المحمية الطبيعية، يعلمها بالرغبة في التصرف¹، مع الاتفاق على مسلمة مسبقة مفادها أن المحميات الطبيعية تصنف بصرف النظر على طبيعة ملكيتها خاصة أو وطنية عامة أو خاصة ما عدا أملاك الوقف طبعاً-غير أن هذا الحكم لم يعد موجوداً في إطار القانون رقم 02/11، وكأننا بالمشرع الجزائري نفهم أن القرد الجزائري لم يعد يجري تصرفات بالبيع أو التأجير أو التنازل على أراضي المصنفة كمحميات طبيعية، وهو أمر ينبغي إعادة النظر فيه.

ب- الخضوع لنظام الضبط القضائي: يعتبر الضبط القضائي مفهوم يتمحور معناه على تلك الإجراءات التي يقوم بها أشخاص مؤهلون محددون قصد اكتشاف الجرائم وتتبع فاعلها بالجزء القانوني المناسب¹، وفي هذا الإطار لم يكتفي المشرع بقواعد الضبط الإداري الوقائي وإنما فرض نظام للضبط القضائي الردعي تجسد في شكل جنح ومخالفات يمكن أن تقع بمناسبة ممارسة بعض الأنشطة في نطاق المحميات الطبيعية، ويؤهل للبحث و معاينة ذلك ضباط و أعوان الشرطة القضائية و الموظفون المؤهلون قانوناً، في إطار الصلاحيات المخولة لهم، بموجب التشريع و التنظيم المعمول بهما، حسب نص المادة رقم 38 من القانون رقم 02/11، والمقصود بذلك ما حددهم قانون الإجراءات الجزائية، وما جاء به قانون حماية البيئة في إطار التنمية المستدامة وغيره من عديد النصوص التنظيمية المحددة للأعوان والموظفون المكلفون بالبحث والتحري في شأن الجرائم الماسة بالبيئة عموماً، أما بخصوص الجنح و عقوباتها فثابتة قانوناً لكنها متراوحة بين بين السلبية و الإيجابية فطبقاً للقانون رقم 02/11 تتمثل الجنح فيما يلي:

1- جنحة ممارسة الأنشطة (المحددة في المادة 08) في المحمية الطبيعية الكاملة: يعاقب عليها بالحبس من ستة (06) أشهر إلى ثلاث (3) سنوات وبغرامة من مائتي ألف دينار (200,000) دج إلى مليوني دينار (2,000,000) دج.

2- جنحة الإضرار بالأنواع الحيوانية والنباتية والأنظمة البيئية و المواطن بالمحمية الطبيعية: يعاقب عليها بالحبس من شهرين (2) إلى ثمانية عشرة (18) شهراً، وبغرامة من مائتي ألف دينار (200,000) دج إلى مليون دينار (10.00.000) دج.

هنا تظهر سلبية المشرع في مجال الضبط القضائي حيث اكتفى بالمعاقبة على المخالفات التي تتم داخل المحمية الطبيعية الكاملة والمحمية الطبيعية، دون الصنف الثالث أي محمية تسيير المواطن والأنواع رغم القيمة الإيكولوجية لهذه الأخيرة كونها تسمح بحماية الأنواع الحيوانية والنباتية وكذا الإطار المعيشي الطبيعي لها فضلاً على التنوع البيولوجي، مما يجعل المشرع عرضة لأن يتهم بالجزئية في الضبط وهو أمر غير مستساغ يجب تداركه .

3- جنحة عدم مراعاة واحترام تقسيم المجالات المحمية إلى ثلاثة مناطق (المنطقة المركزية، المنطقة الفاصلة، منطقة العبور): يعاقب عليها بالحبس من شهرين (2) إلى سنة (1) وبغرامة من مائة ألف دينار (100,000) دج إلى خمسمائة ألف دينار (500,000) دج.

هنا تظهر إيجابية المشرع، إذ لم يكتفي بضبط الأفراد فقط و إنما حتى الهيئات المكلفة بتصنيف المجال المحمي و إدارته، و بالتحديد "اللجنة الوطنية للمجالات المحمية" لأنها هي المكلفة بالموافقة النهائية على دراسة التصنيف، الإدارات العمومية أو الجماعات الإقليمية التي تبادر بدراسة التصنيف و حتى مكاتب الدراسات المعهد إليها القيام بدراسة التصنيف بشكل أو بآخر.

¹ - راجع في ذلك، صورية العصمي، تأثير نظام الضبط الإداري على الحقوق والحريات العامة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة باتنة، 2012، ص 12.

4- جنحة الإدخال بصفة إرادية لكل نوع حيواني أو نباتي بدون رخصة من السلطة المختصة: يعاقب عليها بالحبس من شهرين (2) إلى ثمانية عشر (18) شهرا و بغرامة من مائتي ألف دينار (200.000) دج إلى مليون (1,000,000).

5- جنحة التخلص من الحيوانات و النباتات و عرقلة استدامة النظام البيئي بدون رخصة من السلطة المختصة: عقوبتها الحبس من ستة (6) أشهر إلى سنتين (2) و الغرامة من مائتي ألف دينار (200,000) دج إلى مليون دينار (1,000,000) دج.

6- جنحة التسبب في تدهور المجالات المحمية: يعاقب عليها بالحبس من سنة (1) إلى ثلاث (3) سنوات، وبغرامة من خمسمائة ألف دينار (500,000) دج إلى ثلاثة ملايين دينار (3.000.000) دج¹.

وهناك عديد الجرح والمخالفات التي نص عليها المشرع في القوانين ذات الصلة لسيمما قانون الغابات²، وقانون المناجم³، أما قانون حماية البيئة في إطار التنمية المستدامة، 10 فالنص الجزائري الذي يعاقب على المساس بالمحميات الطبيعية فلم يعد له أثر قانوني يذكر ، ويتعلق الأمر ينص المادة 83 منه التي تضمنت العقوبات المتعلقة بالمجالات المحمية المنظمة بموجب المواد من 29 إلى 34، وهذه الأخيرة ألغيت صراحة بموجب القانون رقم 02/11، مما يعني إلغاء نص المادة 83 المذكورة بالتبعية وبشكل ضمني. ما تجدر إليه الإشارة أخيرا أن المشرع كان ينص في السابق على أثر قانوني من نوع خاص يتمثل في حق التعويض المالي والذي يظهر في صورتين ، ذلك التعويض الذي يمنح للملاك اللذين تم تصنيف أراضيهم كمحميات طبيعية، أو ذلك التعويض الذي يدفع للملاك المجاورين اللذين تضررت أملاكهم جراء عملية التصنيف ، أما الصيغة القانونية التي كانت تعتمد للتعويض فبأصل واستثناء، التراضي كقاعدة عامة ونزع الملكية كإستثناء⁴، أما في القانون الحالي رقم 02/11 فغائب النص على مثل هذا الحق، وكأنا بالمشرع الجزائري استبعد من جهة، إمكانية تضرر الغير المجاور جراء عملية التصنيف (ودليل ذلك أنه أكد على ضرورة تحديد المحمية الطبيعية المصنفة ماديا بوضع نصب يشكل تمرکزها ارتفاعا للمنفعة العامة حسب نص المادة رقم 30، فلو تم التماشي مع حرفية ما نص المشرع، لكان التعويض نظير الحد من ملكية الغير المرتفق بها حكما ثابتا، فمصطلح المنفعة العامة غير مستساغ وفي غير موضعه -ويستحسن استبداله بمصطلح المصلحة العامة- حتى يكون الغير تحت طائلة أحكام القانون المدني التي تقضي بإمكانية تقييد الملكية الخاصة للمصلحة العامة) ، وبالرغم من عدم ثبوت التعويض للغير المجاور للمحميات الطبيعية المصنفة بموجب النص القانوني فإن جهاز القضاء للمطالبة بذلك يبقى ملاذا كثيرا ما يلجأ إليه في واقع الممارسة، ومن جهة أخرى وكان المشرع تناسى كون أصل الوعاء العقاري المصنف كمحمية طبيعية يحتتمل أن يكون من قبيل الملكية الخاصة للأفراد ، ولم يصل هذا الأخير في الجزائر إلى تلك الدرجة اللازمة من الوعي لأن يتنازل بالجمان على ملكيته، ثم إن قدسية حق الملكية تبرر التعويض لمجرد الانتقاص منها ، ويكون ذلك من باب الأولويات في حالة نزاعها أو الاستيلاء عليها، ومن هنا ينبغي على المشرع الجزائري أن يراجع نفسه في مسألة التعويض.

¹ - راجع، في كل ذلك، أحكام المواد من 39-43، من القانون رقم 02/11، المؤرخ في 11/02/2011، السابق الذكر.

² - راجع مثلا المادة رقم 88، من القانون رقم 12/84، المؤرخ في 23/06/1984، المتضمن قانون الغابات، المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية، العدد رقم 26، المؤرخة في 26/06/1984..

³ - راجع مثلا المادتين رقم 179، 189، من القانون رقم 10/01، المؤرخ في 03/07/2001، المتضمن قانون المناجم، الجريدة الرسمية، عدد، رقم 36، المؤرخة في 04/07/2001.

⁴ - لأكثر تفصيل راجع، المادتين رقم 20، 21، من المرسوم التنفيذي رقم 143/87، المؤرخ في 16/06/1987، السابق الذكر.

الفرع الثاني: آلية التخطيط مراعاة الخصوصية ورسم الإستراتيجية.

يعتبر التخطيط أداة تحديدية لمختلف الأنشطة والتدخلات ووسيلة للكشف على جملة من الأعمال والتحضيرات تمكن من رسم رؤية واضحة للمستقبل في إطار أدوات للتقنين والتسيير¹، ولقد فرض المشرع ضرورة دمج المحميات الطبيعية مراعاة لبعدها ضمن نوعين من أدوات التخطيط، أدوات للتخطيط العمراني، وأخرى للتخطيط المجالي.

أولاً- المحميات الطبيعية والتخطيط العمراني: أكد المشرع الجزائري على ضرورة جعل المحميات الطبيعية أحد الأوتار الحساسة التي ينبغي أخذها بعين الاعتبار عند وضع وترجمة السياسة العمرانية عبر الأدوات المناسبة، والمقصود بذلك الأدوات الجماعية للتهيئة والتعمير المتمثلة في كل من المخطط التوجيهي للتهيئة والتعمير ومخطط شغل الأراضي، والتي هي في الحقيقة أدوات لضبط القواعد المرجعية التي تجعل للمحميات الطبيعية مقاماً، فالتحديد المادي لهذه الأخيرة قد لا يكون مجدياً كفاية، في غياب المرجعية القانونية عبر الوسيلة الفنية التقنية، فإذا كان المخطط التوجيهي للتهيئة والتعمير ينقل الحماية الطبيعية من الوجود المادي إلى حيز تصوري يرسم من خلاله الموقع ويضبط الحدود، فإن مخطط شغل الأراضي يحدد بالتفصيل مساحة المحمية وارتفاقاتها، ومن هذا الباب نفذ المشرع عندما نص على ما يلي: «تنقل حدود المجال المحمي في مخطط شغل الأراضي وفي المخططات التوجيهية للتهيئة والتعمير، وكذلك في الخرائط البحرية المعمول بها»².

ثانياً- المحميات الطبيعية والتخطيط المجالي: يعتبر التخطيط المجالي ضرورة عملية لا بد منها تأتي في إطار تجسيد متطلبات المخطط الوطني لتهيئة الإقليم، وبخصوص المحميات الطبيعية وضع المشرع الجزائري مخططين إثنين، مخطط توجيهي وآخر للتسيير.

أ - المخطط التوجيهي للمحميات الطبيعية أداة مرجعية لم تجسد بعد: تناول المشرع هذا المخطط بالنص سنة 2011، بموجب نص المادة رقم 35 فقرة 02 من القانون رقم 02/11: «ينشا لكل مجال محمي مخطط توجيهي يحدد التوجيهات والأهداف المنتظرة على المدى البعيد...»، بيد أن الحقيقة القانونية كشفت على تأسيس مسبق لهذا المخطط منذ سنة 2001، واعتباره من أدوات تنفيذ المخطط الوطني لتهيئة الإقليم كما أنه يحدد التوجيهات التي تمكن من تنمية هذه الفضاءات تنمية مستدامة مع مراعاة وظائفها الاقتصادية والبيئية والاجتماعية، مع وصف التدابير الكفيلة بتأمين نوعية البيئة والمناظر والحفاظ على الموارد الطبيعية والتنوع البيولوجي وحماية الموارد غير المتجددة، فضلاً على تحديد شروط تنفيذ أعمال الوقاية من كل أنواع الأخطار بغرض تطبيقها الملائم على مجموع هذه الفضاءات، مع ضبط الأقاليم التي تتطلب بعض أماكنها تدابير خاصة في مجال الحماية والتسيير، وكذلك الشبكات البيئية وتواصلات الفضاءات المحمية وتوسعاتها الجديرة بالتنظيم³.

¹- Brahim Benyoucef, Analyse urbaine (éléments de méthodologie), 3eme éditions, office des publications universitaires, Ben aknoun Alger, 2011,p20.

² - راجع، المادة رقم 31 من القانون رقم 02/11، المؤرخ في 17/02/2011، السابق الذكر.

³ - راجع المادتين رقم 23، 24، من القانون رقم 20/01، المؤرخ في 12/12/2001، المتضمن قانون تهيئة الإقليم وتنميته المستدامة، الجريدة الرسمية عدد رقم 77، المؤرخة في 15/12/2001.

إلا أن هذا المخطط لا يزال حبرا على ورق لأنه إلى غاية سنة 2011 لم يصدر النص الذي يشرح بوضوح أحكام هذا المخطط والدليل على ذلك ما نص عليه المشرع في المادة 35 ف02 من القانون: «...وتحدد كيفيات إعداد المخطط التوجيهي والموافقة عليه ومراجعته عن طريق التنظيم»، وإلى غاية اليوم، لم يصدر التنظيم المقصود.

ب - مخطط تسيير المحميات الطبيعية أداة لم تكتمل بعد: نص المشرع على هذا المخطط في المادة 36 من القانون رقم 02/11 كما يلي: « ينشأ مخطط تسيير يحدد توجيهات حماية المجال المحمي وتممينه وتنميته المستدامة، كما يحدد الوسائل اللازمة لتنفيذه»، كما نصت المادة 37 فقرة 01 على مايلي: «يوضح مخطط التسيير على الخصوص العناصر الآتية: خصائص التراث وتقييمه، الأهداف الإستراتيجية والعلمية، وسائل الحماية و التسيير الواجب تنفيذها، برنامج التدخل على المدى القصير والمتوسط، برنامج البحث، تدابير حماية المجال المحمي».

إذن هذا المخطط يعتبر أداة تنفيذية أو بالأحرى تطبيقية لأحكام المخطط التوجيهي لهذه المساحات الطبيعية، ومن هذا الباب يوجه النقد إلى المشرع، فمخطط التسيير هذا لم يكتمل بعد للأسباب التالية: (لأن المخطط التوجيهي للمحميات الطبيعية لم يصادق عليه ولم يجسد بعد، ولأنه أحال بموجب المادة 37 فقرة 02 بيان أحكام مخطط التسيير إلى التنظيم لما نص على مايلي: «تحدد كيفيات إعداد مخطط تسيير المجال المحمي والمصادقة عليه ومراجعته عن طريق التنظيم».

المبحث الثاني: المحميات الطبيعية في بعض التجارب العربية

يكون من الحضيف المفيد في إطار عرض بعض التجارب العربية في مجال المحميات الطبيعية، التركيز المباشر على النصوص والأنظمة الضابطة لأحكامها دون الاهتداء لقوانين حماية البيئة في تلك الدول، وحينئذ سيتم إجملاء تلك العناصر الخاصة التي لا يوجد لها مناهل للذكر عند المشرع الجزائري، واقتباس المفيد المناسب منها، لتكون بمثابة فائض قيمة يزداد للمنظومة القانونية الجزائرية التي تعنى بالمحميات الطبيعية استفادة من التجربة العربية، وهذه الأخيرة تتراوح ما بين تجارب دول عربية إفريقية، وتجارب دول عربية شرق أوسطية، هذا ما سنتناوله من خلال مطلبين نتناول في المطلب الأول المحميات الطبيعية وتجارب الدول العربية الإفريقية وفي المطلب الثاني المحميات الطبيعية وتجارب الدول العربية الشرق أوسطية.

المطلب الأول: المحميات الطبيعية وتجارب الدول العربية الإفريقية.

من أبرز التجارب العربية الإفريقية السبّاقة في تأسيس نظام للمحميات الطبيعية وفي اكتساب خبرة وباع في هذا المجال، نجد التجربة المغربية، والمصرية، هذا ما سنتناوله في فرعين. على التوالي.

الفرع الأول: المحميات الطبيعية في التجربة المغربية

يعد المشرع المغربي من أوائل الدول تنظيما للمحميات الطبيعية، ومن أقدم التشريعات على الساحة العربية في هذا الإطار¹، وفي الوقت الحالي أصدر المشرع المغربي القانون رقم 07.22، المنفذ بموجب الظهير الشريف رقم 1.10.123 في شأن المحميات

¹ - أول ما تطرق المشرع المغربي للمحميات الطبيعية كان سنة 1931، في إطار ما كان يسمى عنده آنذاك "بسياسة ضبط المتنزهات الوطنية في البلاد المغربية"، وذلك بموجب الظهير الشريف المؤرخ في 11/09/1934، القاضي بإحداث المتنزهات الوطنية، الملغى.

الطبيعية¹ وطبق تقريبا نفس الآليات بخصوص الحماية، لكن بفلسفة تختلف إلى حد ما على فلسفة المشرع الجزائري، فبعدما عرف المحميات الطبيعية وبين أصنافها ومكوناتها تطرق بالطرح لآليات حمايتها، إذ جاء بما يسمى بآلية "إحداث المحميات الطبيعية"- التي تضاهاي آلية التصنيف عند المشرع الجزائري- فبين مسطرة (إجراءات) الإحداث وآثاره، ثم آلية أخرى تمثلت في "التهيئة والتدبير للمحميات الطبيعية" وما يقابل التهيئة عند المشرع الجزائري هو المخطط التوجيهي للمحميات الطبيعية، في حين أن ما يقابل التدبير هو مخطط التسيير لهذه المحميات، بيد أن ما تميز به المشرع المغربي من أحكام خاصة تندرج في صميم فكرة نظام الحماية تتجلى في ثلاثة نقاط هي:

أولاً- التحقيق العمومي (البحث العلني كما سماه): جعل المشرع المغربي التحقيق العمومي من الترتيب اللازمة لتجسيد آلية الإحداث للمحميات الطبيعية، وهو ما يتضح من حقيقة النص عنده: «يترتب عن مشروع إحداث منطقة طبيعية بحث علني يستمر ثلاثة أشهر وينجز خلال المدة التي يكون فيها قيد الدراسة من قبل الإدارة أو الإدارات والجماعات المحلية المعنية بالمشروع، يهدف هذا البحث إلى تمكين العموم بما فيه الساكنة المحلية من التعرف على مشروع إحداث المنطقة المحمية وتقديم ما قد يكون لهم من آراء ومقترحات تضمن في سجل تفتحه الإدارة لهذا الغرض، تصدر الإدارة بمبادرة منها أو بطلب من الجماعات المحلية المعنية القرار بإجراء البحث العلني والذي تحدد بموجبه المنطقة الجغرافية التي يطبق فيها البحث، يحدد قرار إجراء البحث على الخصوص تاريخ انطلاق البحث ومدته وكيفية إجرائه، ينشر هذا القرار في الجريدة الرسمية ويبلغ إلى علم الإدارات والجماعات المحلية»، كما أن للبحث العلني مقتضيات أخرى ينفذ في إطارها أهمها إلزام الإدارة المكلفة بمشروع الإحداث أن تأخذ بعين الاعتبار جميع الملاحظات والمقترحات الناتجة عن البحث وذلك في غضون ثلاثة أشهر على الأكثر من تاريخ نهاية البحث العلني².

ثانياً- تقرير حق الملكية في نطاق المحمية الطبيعية: في إطار ضبط الآثار القانونية المترتبة على إحداث المحميات الطبيعية، أقر المشرع المغربي حق ممارسة ملكية الحقوق العينية للأراضي المتواجدة داخل المنطقة المحمية، هذه الأخيرة التي يمكن أن تكتسي طابع الملكية الخاصة، ويمارس هذا الحق بصفته الدائمة في ظل قيود وموانع محددة، إلى حين تحقق احتمال اقتناء الأراضي المتواجدة داخل المحمية الطبيعية ودياً أو عن طريق نزع الملكية، وذلك إذا ما قدرت السلطة الوصية ضرورة ضمها لملك الدولة، وفي غياب احتمال الاقتناء يستمر ممارسة الحق بقيود في شكل موانع يتحملها المالك، والتي إذا ما ترتب عليها تخفيض في قيمة العقار بنسبة محددة ب 15 بالمائة كحد أدنى أو خسارة في المداخل يكون للمالك حق أصيل للمطالبة بالتعويض المعادل للتخفيض أو الخسارة، ويثبت هذا الحق سواء كانت الملكية مفرزة أو شائعة ففي هذه الأخير يقدم طلب مشترك للتعويض أو بالنيابة³.

ثالثاً- تقرير حق بالانتفاع في المحمية الطبيعية: يكشف هذا الحق في جوهره على أسلوب لتوطيد العلاقة بين الإدارة المكلفة بالمحمية الطبيعية والساكنة المحلية وعلى احتكاك دائم مستمر بينهما، إذ يكون من حق السكان المحليين ممارسة حق الانتفاع بالمحمية الطبيعية ويتجلى ذلك في استغلالات غير تجارية وإنما لحاجيات منزلية أو حيوية أو عرفية، وفي سبيل تجسيد الحق ممارسة له

¹ - الظهير الشريف رقم 1.10.123، الصادر في 2010/07/16، بتنفيذ القانون رقم 22.07، المتعلق بالمناطق المحمية، الجريدة الرسمية المغربية عدد رقم 5861، الصادرة بتاريخ 2010/08/02.

² - في ذلك ولاكثر تفصيل راجع، مضمون المادة رقم 10 وما بعدها من الظهير الشريف رقم 1.10.123، الصادر في 2010/07/16، السابق الذكر.

³ - مضمون نص المادة رقم 16، من نفس الظهير الشريف.

يتم إبرام اتفاقية بين إدارة المحمية وممثل للسكان المحلية، مع العلم أن حق الانتفاع هذا لا يسقط بالتقادم كما أنه يمارس في ظل ضابط عدم إلحاق أي ضرر بالمحمية الطبيعية وعناصرها¹.

كنتيجة جزئية فإن الواضح وضوح الشمس أن المشرع المغربي وفي إطار سنّ لقانون المحميات الطبيعية لم يجعل المواطن المغربي والسكان المحلية خارج دائرة معادلة الحماية، وإنما العكس تماما هو الثابت، إذ أن قانون المحميات الطبيعية عنده بني على أساس جوهري بخلفية فلسفية خاصة به مفادها "إشراك الجميع في إعداد وتنفيذ نظام المحميات الطبيعية وفقا لبرامج وآليات الحماية في إطار ضابط التنمية المستدامة"، وهو ما عبر عليه بلباقة واضع هذا القانون في ديباجته قائلا: «...إن إعادة صياغة الإطار القانوني الجاري به العمل ترمي إلى إشراك الإدارات والجماعات المحلية والسكان المعنية والفعاليات المهتمة في عملية إحداث وتديير المناطق المحمية بغية إدماجها في صيرورة التنمية المستدامة لهذه المناطق...».

ومن هنا فليس من العيب أو النقص في شيء أن يستفيد المشرع الجزائري من التجربة المغربية بالعناصر المذكورة والتي تتمحور على جوهر واحد مفاده "إعادة الاعتبار للمواطن الجزائري وإشراكه في نظام المحميات الطبيعية".

الفرع الثاني: المحميات الطبيعية في التجربة المصرية

ضبط المشرع المصري أحكام ونظام حماية وحفظ المحميات الطبيعية بموجب قانون خاص تحت رقم 102 لسنة 1983²، ويعد هذا القانون أحد أهم التشريعات البيئية التي صدرت قصد الحماية وثمره جهود الدولة المهتمة بالطبيعة³، إذ ضبط الإطار القانوني العام لإنشاء وإدارة المحميات الطبيعية وفقا لأساليب قانونية مناسبة⁴ وأبرز وأدق ما يطفوا إلى السطح وفقا لهذا القانون تلك الآلية النوعية الخاصة التي تنصب في صميم نظام الحماية الموسومة "صندوق المحميات الطبيعية"، وفي هذا الإطار تضمنت المادة رقم 06 من القانون المذكور ما يلي: « ينشأ صندوق خاص تؤول إليه الأموال والهبات والإعانات التي تقرر للمحميات ورسوم زيارتها إن وجدت وكذا حصيلة الغرامات الناتجة عن تطبيق أحكام هذا القانون، وتخصص جميع هذه الأموال للأغراض التالية: تدعيم ميزانية الجهات التي تتولى تنفيذ أحكام هذا القانون، المساهمة في تحسين بيئة المحميات، إجراء الدراسات والبحوث الضرورية في هذا المجال، صرف مكفآت لمرشدي ولضابطي الجرائم التي تقع بالمخالفة لأحكام القانون»، والصندوق ملحق بجهاز شؤون البيئة بمجلس الوزراء⁵.

¹ - مضمون نص المادة رقم 17، من نفس الظهير الشريف.

² - القانون رقم 102 لسنة 1983، المؤرخ في 1983/07/31، في شأن المحميات الطبيعية، منشور بالجريدة الرسمية المصرية بتاريخ 1983/80/04.

³ - راجع الأستاذ الدكتور محمد علي أحمد، المحميات الطبيعية في مصر، دون رقم طبعة، مكتبة الأسرة للنشر، القاهرة مصر، 2007، ص 04.

⁴ - راجع، جيولوجي محمد إبراهيم، إبراهيم، المحميات الطبيعية والتنوع البيولوجي في مصر (رؤية حديثة)، مقال منشور بمجلة أسبوت للدراسات البيئية، الصادرة عن مركز الدراسات والبحوث البيئية جامعة أسبوت القاهرة مصر، العدد التاسع عشر، جويلية سنة 2000، ص 75.

⁵ - بموجب قرار مجلس الوزراء رقم 240 لسنة 1990، بشأن إصدار اللائحة الداخلية لصندوق المحميات الطبيعية، نشر بالوقائع الرسمية المصرية بتاريخ 1990/03/15.

وقد تم إصدار اللائحة الداخلية للصندوق سنة 1990¹، وهو آلية تبنها المشرع المصري بالتبعية لصندوق عام يعنى بحماية البيئة عنده، ومن هنا فإن التجربة فريدة من نوعها يمكن الاستئناس بها وإحداث مثل هذا الصندوق بمسمى "صندوق المجالات المحمية الطبيعية"، وذلك بمبادرة من الوزارة الوصية المكلفة بالبيئة في الجزائر، خاصة وأن القانون رقم 10/03، لم يتبنى مثل هذه الآلية في إطار حماية البيئة برمتها (صندوق حماية البيئة)، ولا توجد أية عوائق قانونية- يتم تجسيد الصندوق تقنيا في شكل حساب تخصيص برقم خاص يفتح لدى حسابات الخزينة العمومية-، أو من نوع آخر (اقتصادية) تحول دون إحداث مثل هذا الصندوق طالما أنه يعتمد حسب الجوهر المادي له على وعاء يستمد مصدره من منبعين، اختياري يقوم على التبرعات، وجبري أساسه الغرامات.

المطلب الثاني: المحميات الطبيعية وتجارب الدول العربية الشرق أوسطية

من بين أهم التشريعات العربية في منطقة الخليج والتي تكشف في حقيقتها على تجربة يمكن الاستفادة منها دعما للمنظومة القانونية الجزائرية للمحميات الطبيعية، نجد التجربة الأردنية، والعمانية، هذا ما سنتناوله في فرعين. على التوالي.

الفرع الأول: المحميات الطبيعية في التجربة الأردنية.

أصدر المشرع الأردني نظام خاص يعنى بالمحميات الطبيعية سنة 2005 تحت رقم 29² وأهم ما يبرز من أحكام هذا النظام ذلك الأسلوب الضبطي النوعي الفريد الذي يندرج تحت مظلة الضبط الإداري الوقائي، بتقنية المنع، تُكثله خطة إدارية محكمة يتم تنفيذها من قبل هيئة إدارة المحمية الطبيعية، مع العلم أن نظام المنع ينسحب على جميع أصناف المحميات الطبيعية في الأردن، كما أن الأنشطة الممنوعة محددة على سبيل الحصر وبالتالي يسهل على الهيئة تنفيذها والتحكم فيها بدقة، وفي سبيل تجسيد نظام المنع أصدر المشرع الأردني تعليمات خاصة لتنفيذه باعتباره أبرز وأدق الأنظمة الضبطية الحمائية للمحميات الطبيعية في الأردن، وصدرت هذه التعليمات في قالب قانوني رسمي³، وجاء في هذه التعليمات ما يلي: «يحظر القيام بأي من الأعمال التالية:- الدخول إلى المحمية دون إذن رسمي من الجهة المختصة، الرعي داخل حدود المحمية دون إذن رسمي من الجهة المختصة، مخالفة أنظمة وتعليمات السلوك داخل المحمية والمعلن عنها عند المدخل الرئيسية وفي مراكز الزوار ومن خلال المطبوعات الخاصة، مخالفة التعليمات التي ترد في الخطة الإدارية للمحمية، محاولة الصيد أو محاولة التحطيب أو محاولة قطع الأشجار أو محاولة جمع الإحياء البرية أو المستحاثات أو القطع الأثرية أو الأحجار أو أي جزء من الموجودات داخل حدود المحمية والمنطقة الآمنة، صيد كافة أنواع الإحياء البرية والمائية داخل حدود المحمية وفي المنطقة الآمنة، إشعال النيران في المناطق غير المسموح بها في المحمية والمنطقة الآمنة دون إذن رسمي من إدارة المحمية، وضع أو استخدام السموم داخل حدود المحمية وفي المنطقة الآمنة ولأي سبب كان، تحليق الطائرات على ارتفاع منخفض اقل من 200 متر من سطح الأرض فوق المحمية بدون إذن رسمي من الجهة المختصة،

¹ - تم التنصيص على هذا الإلحاق بموجب قرار مجلس الوزراء رقم 1067 لسنة 1983 بتاريخ 1983/11/26، بشأن تنفيذ بعض أحكام القانون رقم 102 لسنة 1983، نشر بالوقائع المصرية بتاريخ 1983/11/26.

² - النظام رقم 29 لسنة 2005، المؤرخ في 2005/03/31، بخصوص المحميات الطبيعية والمتنزهات الوطنية، الجريدة الرسمية الأردنية عدد رقم 4702، المؤرخة في 2005/03/31.

³ - تعليمات تنفيذ نظام المتنزهات الوطنية لسنة 2005 وأسس وشروط إنشاء المحميات الطبيعية والمتنزهات الوطنية وإدارتها ومراقبتها وسائر الشؤون المتعلقة بها، منشورة على الجريدة الرسمية عدد رقم 4719، المؤرخة في 2005/08/31.

دخول السيارات إلى المحمية أو استعمال الطرق غير المحددة من إدارة المحمية لهذا الغرض بدون إذن رسمي من الجهة المختصة، قطع أو حرق الأشجار أو الشجيرات أو أي مساحة مغطاة بالأعشاب، سرقة أو اخذ أي قطع من الآثار من المحمية ويجب تسليم هذه القطع للجهة المختصة حتى إن تم الحصول عليها قبل إعلان تأسيس المحمية، إلقاء النفايات والفضلات أو ترك المخلفات داخل حدود المحمية، تلويث مصادر المياه داخل حدود المحمية عامدا متعمدا بأي طريقة كانت، تلويث مصادر المياه ووديان جريان المياه والتي تصب أو تمر في المحمية وتقع خارج حدود المحمية في المنطقة الآمنة، الاعتداء أو محاولة الاعتداء على المكلفين بتنفيذ بنود هذه التعليمات أو إعاقتهم عن تطبيق هذه التعليمات، إلقاء النفايات الخطرة وطرح الأنقاض والأتربة وضخ المياه العادمة إلى داخل حدود المحمية وفي المنطقة الآمنة، ضخ المياه أو حفر الآبار أو التعدين داخل حدود المحمية، وتضاف إلى العقوبة إزالة الآثار الناتجة عن التصرفات السابقة على نفقة المخالف وحسب ما ترتبه الجهة المختصة، التأثير على طبيعة المنطقة المحيطة في المحمية والذي من المحتمل أن يؤدي إلى تغيير المنظر العام المحيط في المحمية وخصوصا في مناطق السياحة البيئية في المحمية إلا بأذن مسبق من الجهة المختصة»¹.

كل هاته المنوعات يتم السهر على احترام تنفيذها والتقيدها بما من قبل الهيئة المشرفة على إدارة وتسيير المحمية الطبيعية وفقا لخطة الإدارية تعدها في هذا الإطار، وذلك أسلوب ضبطي وقائي للنشاط البشري داخل وفي حدود المنطقة المحمية يمكن الإقتداء به ليكون أممؤدجا يعمل به في الجزائر بتبنيه من قبل المشرع الجزائري، وتجاوز حالة التمثيل لبعض الأنشطة المنوعة المحددة بنص المادة رقم 08 من القانون رقم 02/11.

الفرع الثاني: المحميات الطبيعية في التجربة العمانية.

أصدر السلطان العماني قانون يعنى بالمحميات الطبيعية سنة 2003 تحت رقم 06 بموجب مرسوم سلطاني خاص²، وأهم ما يلفت الانتباه وفقا لهذا المرسوم تلك التقنية التي يتم العمل بها من قبل الوزارة الوصية على المحميات الطبيعية في سلطنة عمان، وهي تقنية فرض بدلات عن الخدمة المتأتية من المحمية الطبيعية والتي تجسد في شكل رسوم يتم دفعها نظير الدخول والزيارات ومختلف الأنشطة السياحية والترفيهية وغيرها³ والتي تنفق في سبيل التنمية المستدامة للمحمية الطبيعية، ويتم تحديد نوع الخدمة وقيمة الرسم المقابل بموجب قرارات تنظيمية خاصة⁴، وهو أسلوب عملي غير موجود عند المشرع الجزائري، ومن هنا يكون من قبيل المصلحة الفضلى للمحميات الطبيعية أن تدر مداخيل ذاتية -لا علاقة لها بالإنفاق الحكومي خاصة والوضع الاقتصادي الحالي للبلد - تنفق في سبيل حفظها وتجديدها وبالتالي استدامتها وما في ذلك إلا تفعيل لنظام المحميات الطبيعية في البلد.

¹ - المادة 04، من تعليمات تنفيذ نظام المنتزهات الوطنية لسنة 2005، السابق الذكر.

² - المرسوم السلطاني رقم 06 لسنة 2003، المؤرخ في 08/01/2003، بإصدار قانون المحميات الطبيعية وصون الأحياء الفطرية، الجريدة الرسمية لسلطنة عمان عدد رقم 735، المؤرخة في 08/01/2003.

³ - المادة رقم 08، من المرسوم السلطاني.

⁴ - من بين ما صدر في هذا الشأن، القرار الوزاري رقم 45 لسنة 2000، المؤرخ في 16/04/2000، الصادر عن وزارة البلديات الإقليمية والبيئية، بفرض رسوم زيارة بعض المحميات الطبيعية، الجريدة الرسمية العمانية عدد رقم 671، المؤرخة في 15/05/2000.

خاتمة:

ختاما لما سبق فإن الذي يستنتج من دراسة موضوع الحال، أن المشرع الجزائري وضع نظاما قانونيا خاصا للمحميات الطبيعية أقل ما يقال عنه أنه حديث العهد بالنسبة لباقي التشريعات ، وقفزة نوعية حققها المشرع في هذا المقام، فتلک حقيقة لا يمكن إنكارها، وقد كشف هذا النظام من جهة، على أصناف ومكونات للمحميات الطبيعية فضلا على مدلول قانوني يخصصها، ومن جهة أخرى على آليات للحماية تراوحت بين وسيلة التصنيف كآلية مكرسة لحماية نوعية ، ووسيلة التخطيط كآلية لضبط الإستراتيجية وتحديد الأولوية وأوجه الاستخدام.

فكلها خادماً لنظام المحميات الطبيعية في الجزائر، شريطة أن تتسم بتكامل الأحكام القانونية بعد كمالها، وعدم البعد على ظروف تلك المحميات وواقعها، وهو ما لم يكشف عليه النظام القانوني للمحميات الطبيعية في التجربة الجزائرية. فلم يأتي هذا النظام بما يكفي من الدلائل ليجعل الشواهد تُجمع على فاعليته، فيجب التأكيد على تلك الحقيقة الساطعة التي مفادها وجود عطب كبير يشوبه انعكس على تلك المحميات في دنيا الواقع، وخالص أسباب ذلك يستمد من فكرة جوهرية جعلنا المشرع نلمسها في كثير من الأحيان من نصوص القانون رقم 02/11، وهي استبعاد كلي للفرّد الجزائري - مهما كانت صفته مالكا أو ساكنا محليا مستقرا بالمحمية أو بجوارها- من دائرة المحميات الطبيعية ومعادلة الحماية خاصتها.

من ناحية أخرى فإن تجارب الدول العربية السبّاقة في مجال نظام المحميات الطبيعية ، كشفت في جوهرها على أحكام يمكن أن تكون بلسما شافيا كافيا وسبيلا منيرا موصلا ، لمقصود نظام قانوني يحقق حمايةً فعليّة فاعلةً للمحميات الطبيعية في ظل تنمية مستدامة لها.

وعلى هذا الأساس ووفقا لما سبق كشفت هاته الدراسة على توصيات بسيطة يسيرة، تُقدّم اقتراحا للمشرع الجزائري ملخصها فيما يلي:

- تعديل نص المادة رقم 20 من القانون رقم 02/11 وتضمينها إمكانية تقديم طلب التصنيف من قبل الشخص الطبيعي،
- إدراج مادة صريحة ضمن أحكام القانون رقم 02/11 تقضي بضرورة التصريح المسبق من الشخص الذي يرغب في التصرف بالبيع أو الإيجار أو التنازل على أرض مصنفة كمحمية طبيعية لدى الوزارة المكلفة بحماية البيئة وتهيئة الإقليم،
- إدراج مواد صريحة ضمن أحكام القانون رقم 02/11 تتضمن النص على تعويض الملاك نظير التصنيف، وكذا الغير المالك المجاور المتضرر جراء ذلك،
- إدراج مادة صريحة ضمن الأحكام الجزائية الواردة في القانون رقم 02/11 تقضي بالعقوبة على كل فعل يخالف أحكام المادة رقم 11 منه والتي تتعلق بمحمية تسيير المواطن والأنواع،
- الإسراع في إصدار النصوص التنظيمية للقانون رقم 02/11،
- النص صراحة على إلغاء المرسوم التنفيذي رقم 147/87، المؤرخ في 16/07/1987 والذي لا يزال يتضمن إجراءات للتصنيف يمكن أن تتضارب في التطبيق العملي مع أحكام القانون رقم 02/11،
- الاستفادة من تجربة المشرع المغربي وإعادة الاعتبار للمواطن الجزائري بجعله شريك رئيسي في نظام المحميات الطبيعية، ومنه يقترح على المشرع الجزائري إضافة نصوص صريحة ضمن أحكام القانون رقم 02/11 تقرر ، إدراج مرحلة التحقيق العمومي ضمن

إجراءات التصنيف، ومنح حق أصيل بممارسة الملكية في نطاق الحماية أو التعويض المقابل لعدم ذلك، مع منح السكان المحليين حقا في الانتفاع بالحميات الطبيعية في ظل ضابط عدم الإضرار بها،

- الاستئناس بتجربة المشرع المصري وإحداث "صندوق للمجالات المحمية الطبيعية"، وذلك بمبادرة من الوزارة الوصية المكلفة بالبيئة في الجزائر، ل يتم تجسده قانونيا في شكل حساب تخصيص برقم خاص يفتح لدى كتابات الخزينة العمومية،

- الإقتداء بتجربة المشرع الأردني وتجاوز حالة التمثيل لبعض الأنشطة الممنوعة المحددة بنص المادة رقم 08 من القانون رقم 02/11، والتي ينبغي حصرها لتفادي العشوائية في الضبط، وتسهيل التحكم فيها وتنفيذها من قبل إدارة الحماية الطبيعية مع وضع خطة إدارية محكمة للتدخل، وجعل نظام المنع ينسحب على كافة أصناف المحميات الطبيعية كاملة كانت أو لذاتها أو لتسيير المواطن والأنواع،

- الاستئناس بتجربة المشرع العماني وإضافة مادة صريحة لأحكام القانون رقم 02/11 تقضي بفرض رسوم على مختلف الأنشطة التي تتم داخل المنطقة الفاصلة ومنطقة العبور بالحماية الطبيعية، مع إصدار قرار تنظيمي من الوزير المكلف بحماية البيئة يحدد كفاءات استيفاء تلك رسوم وقيمتها حسب كل نشاط.

قائمة المراجع

- أولا - المراجع باللغة العربية
- 01 - المؤلفات
- أ عمر يحياوي، نظرية المال العام، الطبعة الثالثة، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، بوزريعة الجزائر، 2005.
- الدكتور محمد علي أحمد، المحميات الطبيعية في مصر، دون رقم طبعة، مكتبة الأسرة للنشر، القاهرة مصر، 2007.
- 02- الرسائل الجامعية
- نصر الدين هونوي، الحماية الراشدة للساحل في القانون الجزائري، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة البلدة، 2011.
- حسن حميدة، نظام حماية المساحات و المواقع المحمية في التشريع الجزائري، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة البلدة، 2001
- كمال معيفي، آليات الضبط الإداري لحماية البيئة في التشريع الجزائري، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة باتنة، 2011.
- صورية العصيمي، تأثير نظام الضبط الإداري على الحقوق والحريات العامة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة باتنة، 2012.
- 03- المقالات العلمية
- محمد إبراهيم محمد إبراهيم، المحميات الطبيعية والتنوع البيولوجي في مصر (رؤية حديثة)، مقال منشور بمجلة أسبوت للدراسات البيئية، الصادرة عن مركز الدراسات والبحوث البيئية جامعة أسبوت القاهرة مصر، العدد التاسع عشر، جويلية سنة 2000..
- 04- النصوص القانونية والتنظيمية
- القانون رقم 12/84، المؤرخ في 1984/06/23، المتضمن قانون الغابات، المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية، العدد رقم 26، المؤرخة في 1984/06/26.
- القانون رقم 10/01، المؤرخ في 2001/07/03، المتضمن قانون المناجم، الجريدة الرسمية، عدد، رقم 36، المؤرخة في 2001/07/04.
- القانون رقم 20/01، المؤرخ في 2001/12/12، المتضمن قانون تهيئة الإقليم وتنميته المستدامة، الجريدة الرسمية عدد رقم 77، المؤرخة في 2001/12/15.
- الظهير الشريف رقم 1.10.123، الصادر في 2010/07/16، بتنفيذ القانون رقم 22.07، المتعلق بالمناطق المحمية، الجريدة الرسمية المغربية عدد رقم 5861، الصادرة بتاريخ 2010/08/02.
- الظهير الشريف المؤرخ في 1934/09/11، القاضي بإحداث المنتزهات الوطنية في المغرب.

- القانون رقم 102 لسنة 1983، المؤرخ في 1983/07/31، في شأن المحميات الطبيعية، منشور بالجريدة الرسمية المصرية بتاريخ 1983/80/04.
- تعليمات تنفيذ نظام المتنزهات الوطنية لسنة 2005 وأسس وشروط إنشاء المحميات الطبيعية والمتنزهات الوطنية وإدارتها ومراقبتها وسائر الشؤون المتعلقة بها، منشورة على الجريدة الرسمية المغربية عدد رقم 4719، المؤرخة في 2005/08/31.
- القرار الوزاري رقم 45 لسنة 2000، المؤرخ في 2000/04/16، الصادر عن وزارة البلديات الإقليمية والبيئية، بفرض رسوم زيارة بعض المحميات الطبيعية، الجريدة الرسمية العمانية عدد رقم 671، المؤرخة في 2000/05/15.
- قرار مجلس الوزراء رقم 1067 لسنة 1983 بتاريخ 1983/11/26، بشأن تنفيذ بعض أحكام القانون رقم 102 لسنة 1983، نشر بالوقائع المصرية بتاريخ 1983/11/26.
- قرار مجلس الوزراء رقم 240 لسنة 1990، بشأن إصدار اللائحة الداخلية لصندوق المحميات الطبيعية، نشر بالوقائع الرسمية المصرية بتاريخ 1990/03/15.
- النظام رقم 29 لسنة 2005، المؤرخ في 2005/03/31، بخصوص المحميات الطبيعية والمتنزهات الوطنية، الجريدة الرسمية الأردنية عدد رقم 4702، المؤرخة في 205/03/31.
- المرسوم السلطاني رقم 06 لسنة 2003، المؤرخ في 2003/01/08، بإصدار قانون المحميات الطبيعية وصون الأحياء الفطرية، الجريدة الرسمية لسلطنة عمان عدد رقم 735، المؤرخة في 2003/01/08.
- ثانيا: المراجع بالفرنسية

- Brahim Benyoucef, Analyse urbaine (éléments de méthodologie), 3eme éditions, office des publications universitaires, Ben aknoun Alger, 2011,p2

الإلغاء الجزئي للقرار الإداري المخاصم (دراسة تحليلية في ضوء الفقه و التشريع المقارن)

طالب الدكتوراه. علاء الدين قليل
كلية الحقوق والعلوم السياسية
جامعة عباس لغرور (خنشلة)

ملخص

إن القاضي الإداري في إطار قضاء الإلغاء، يعتمد إلى فحص مدى مشروعنة القرار الإداري، ليقضي بإلغائه إن كان غير مشروع، لكنه قد يقوم بإلغاء الجزء أو الأثر غير المشروع فقط، دون باقي القرار الإداري، نبحت من خلال هذه الدراسة هذه الفكرة أو النظرية المسماة بالإلغاء الجزئي للقرار الإداري المخاصم في نطاق القانون و القضاء الإداري.
الكلمات المفتاحية : القاضي الإداري- الإلغاء الجزئي للقرار الإداري- القضاء الإداري

Abstract

After having exercised his control, the administrative judge decides, in the context of the action for annulment in Administrative judiciary to annul the unlawful administrative decision, but sometimes, can cancel the illegal part only, without the annulment of an entire decision.

In this study, I looked closely at the theory of partial annulment of the administrative decision, in the range of Administrative Law and Administrative judiciary.

Key Words: administrative judge- The partial annulment of administrative decisions- Administrative judiciary

مقدمة

تمثل سلطة الإدارة في إصدار القرارات الإدارية المظهر الرئيس والأساسي لممارسة السلطة العامة، و الوسيلة الفعالة لمباشرة الإدارة لمختلف أوجه نشاطها، لذلك يعتبرها فقه القانون المقارن أهم و أخطر امتيازات السلطة الإدارية في مواجهة المراكز القانوني للأفراد، إذ من خلال اتخاذ و إصدار القرارات الإدارية تظهر إرادة الإدارة صراحة، إذ يمكن بعد ذلك بسط كل وسائل الرقابة المختلفة للتحقق من شرعيتها، و بصدد نظرية القرارات الإدارية ابتدع الفقه الكثير من النظريات و المبادئ التي تتمحور حول نظرية القرارات الإدارية، مثل نظرية دعوى الإلغاء، نظرية السحب، نظرية الدعوى الموازية، نظرية الإلغاء الجزئي للقرار الإداري المخاصم. في كل ذلك نتطرق بالدراسة و التطبيق إلى فكرة الإلغاء الجزئي للقرار الإداري المخاصم، و ما يزيدني إصرارا في دراسة هذه النظرية دون سواها، ماورد في كل من المادة 801 من ق.ا.م.¹ و المادة 901 من ق.ا.م.²، حيث منح المشرع الجزائري سلطة إلغاء القرارات الإدارية على اختلافها للمحاكم الإدارية و مجلس الدولة، دون أن ينص صراحة عما إذا كان هذا الإلغاء كليا فقط أو حتى جزئيا، من هذا المنطلق نتساءل:

- إلى أي مدى تأثر و طبق القضاء الإداري الجزائري فكرة الإلغاء الجزئي للقرار الإداري المخاصم؟

¹ - تنص المادة 801 من ق.ا.م. " تختص المحاكم الإداري كذلك بالفصل في:

- دعاوى إلغاء القرارات الإدارية و الدعوى التفسيرية و دعوى فحص المشروعنة للقرارات الصادرة عن....."

² - تنص المادة 901 من ق.ا.م. " يختص مجلس الدولة كدرجة أولى و أخيرة بالفصل في دعاوى الإلغاء و التفسير و تقدير المشروعنة في القرارات الإدارية الصادرة عن السلطات الإدارية المركزية..."

المطلب الأول: مفهوم فكرة الإلغاء الجزئي للقرار الإداري المخاصم
المطلب الثاني: البعد الفقهي لفكرة الإلغاء الجزئي للقرار الإداري المخاصم.
المطلب الثالث: شروط الإلغاء الجزئي للقرار الإداري في ضوء الفقه و القضاء

المطلب الأول: نشوء و تطور فكرة الإلغاء الجزئي للقرار الإداري المخاصم في القضاء الإداري

نبحث في ضوء هذا المطلب انطلاقة نظرية الإلغاء الجزئي للتصرفات القانونية بداءة (الفرع الأول) ثم نتطرق إلى كيفية ظهور فكرة الإلغاء الجزئي للقرار الإداري المخاصم لدى القضاء الإداري(الفرع الثاني)

الفرع الأول نشوء نظرية الإلغاء الجزئي للتصرفات القانونية

نشأت فكرة البطلان الجزئي للتصرفات القانونية بداءة في فقه القانون الخاص، و يرجع الفصل في استحداثها و صياغتها إلى الفقه المدني الألماني سنة 1986¹ ليكون بذلك القانون المدني الألماني أول تقنين يتبنى نظرية البطلان الجزئي في مجال التصرفات القانونية، و في ذلك تنص المادة 139 منه

" Partial invalidity If a part of a legal transaction is void, then the entire legal transaction is void, unless it is to be assumed that it would have been undertaken even without the void part "

" التصرف القانوني إن كان باطلا في جزء منه، فهذا يؤدي إلى بطلان التصرف بأكمله، إلا إذا أمكن افتراض إبرام التصرف من دون الجزء الباطل "

و قد جرت بعض التقنينات المدنية في العصر الحديث على تبني و مسايرة القانون المدني الألماني في فكرة البطلان الجزئي، فلم يكن القانون المدني المصري القديم ينص على الفكرة، لكنه يذهب إلى النص عليها صراحة في القانون الجديد في نص المادة 143³، و على غرار المشرع المصري، تبني بدوره المشرع الجزائري فكرة البطلان الجزئي، و هو ما نلمسه في نص المادة 104 من القانون المدني الجزائري " إذا كان العقد في شق منه باطلا أو قابلا للإبطال، فهذا الشق وحده هو الذي يبطل، إلا إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلا أو قابلا للإبطال، فيبطل العقد كله".

إن المدقق في نصي المادتين 143 من القانون المدني المصري و 104 من القانون المدني الجزائري، يرى تطابقا تاما بينهما، فقد تبنا و سايرا كلا التقنينين المشرع المدني الألماني، في الأخذ بفكرة البطلان الجزئي، إلا أنهما اقتصرتا في تطبيقها - بداءة- في مجال التصرفات العقدية فقط، على غرار المشرع المدني الألماني الذي خصها في جميع التصرفات القانونية (قرارات + عقود) ، ضف إلى ذلك أن التقنين المدني الألماني مثلما يشير له الفقيه السنهوري⁴، أن التقنين المدني الألماني اعتبر الأصل هو إلغاء

¹ - pour consulter le code civil allemand voir: https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/englisch_bgb.pdf

² - article 139 du code civil allemand.

³ - تنص المادة 143 من القانون المدني المصري " إذا كان العقد في شق منه باطلاً أو قابلاً للإبطال، فهذا الشق وحده هو الذي يبطل، إلا إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلاً أو قابلاً للإبطال فيبطل العقد كله"

⁴ - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، المجلد الأول، الطبعة الثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2003، ص 548.

التصرف القانوني إذا كان معيبا في جزئه، و الاستثناء من الأصل هو بطلان الجزء المعيب فقط، و يترتب على ذلك إلقاء عبء الإثبات على عاتق من يتمسك بصحة ما بقي من أجزاء التصرف، وهو عكس ما ذهب إليه التقنين المدني الجزائري و المصري.

بناء على ما تقدم، نلاحظ و أن قوام فكرة البطلات الجزئي في التصرفات القانونية كأصل عام، هو توافر ثلاث شروط أساسية نوردتها كالاتي:

- أن يكون التصرف القانوني الذي قام به الشخص أو الأطراف صراحة باطلا في جزء منه، مع ضرورة سلامة بقية أجزاءه من كل عيب.

- أن يكون هذا التصرف أو العمل قابلا للتجزئة (مركب) بحيث لا يترتب على إبطال الجزء المعيب إبطال كل العمل أو التصرف، بمعنى أن استبعاد هذا الجزء الباطل و المعيب ينبغي أن لا يؤثر على طبيعة التصرف، بحيث يجب أن تتحقق النتيجة التي ابتغها الأطراف.

- أن لا يكون الجزء الباطل عنصرا جوهريا في هذا العمل أو التصرف القانوني ذاته، أي أن لا يكون هو الدافع أصلا للتعاقد أو إصدار التصرف القانوني.

الفرع الثاني: ظهور فكرة الإلغاء الجزئي للقرار الإداري في القضاء الإداري

صحيح أن نظرية الإلغاء الجزئي للتصرفات القانونية برزت للوجود في مهد القانون الخاص الألماني، إلا أنها وجدت مكانها بين رحاب نظريات القانون الإداري، من خلال اعتناق القضاء الإداري لها في عديد التطبيقات لمجلس الدولة الفرنسي بداء، قبل أن تنتقل إلى القضاء الإداري المصري و الجزائري.

أولا- ظهور فكرة الإلغاء الجزئي للقرار الإداري في قضاء مجلس الدولة الفرنسي

جرت أحكام قضاء مجلس الدولة الفرنسي قبل سنة 1910 على إلغاء القرار الإداري إلغاء كاملا و مطلقا، إلا أن مجلس الدولة قد غير هذا الاتجاه في حكمين شهيرين له ، بمناسبة قضيتي (بيتو) و

(أوبري) عام 1910¹ و تلخص وقائع القضيتين، في أنه بتاريخ 21 مارس 1905 صدر القانون الخاص بالتجنيد في فرنسا و قد نص هذا القانون على حجز بعض الوظائف المدني للمحاربين القدامى، على أن تقوم لجنة خاصة بإعداد كشوف انتظار بأسماء من عليهم الدور في التعيين ، ويتعين في هذا الصدد مراعاة الترتيب الوارد في هذا الكشوف عند التعيين في الوظائف المحجوزة، غير أن مديرية الشرطة أن ذلك أصدرت قرارين يتعلقان بتعيين مرشحين في وظائف الشرطة، دور التقييد و مراعاة الترتيب الوارد في كشوف الانتظار الذي أعدته اللجنة الخاصة، ما دفع السيدان (بيتو) و (أوبري) بالطعن في قرار التعيين هذا أمام مجلس الدول الفرنسي²

¹ - Philippe COSSALTER، LES GRANDS ARRÊTS DE LA JURISPRUDENCE ADMINISTRATIVE، Mémoire pour le DEA de Droit Public Interne de L'Université Panthéon-Assas (Paris II)، Soutenue publiquement le 17 septembre 1999، p124.

² - Gaston Jéze، Actes unilatéraux non opposables à certains individus ، Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger "R.D.P"، Tome Trentième، XXe Année، M. Giard et E. Brière، Libraires-éditeurs، Paris، 1913، p85. (Pour consulter l'article voir: <http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k1111636/f85.image.r=Gaston%20J%C3%A9ze,%20%20Actes%20unilat%C3%A9raux%20non%20opposables%20%C3%A0%20certains%20individus>)

و قد استندت استندت إدارة الشرطة في دفاعها أمام مجلس الدولة أن خروجها عن نطاق ما ورد في الكشوف ، مرده سبق توقيع عقوبات جزائية على المرشحين الذين أدركهم الدور في التعيين ، و ليس من المنطق تعيينهما في وظائف الشرطة ، وهما من أصحاب السوابق، إلا أن مجلس الدولة الفرنسي قد أعرض عن وجهة نظر الإدارة، و رأى بأن هذه الأخيرة ملزمة بمراعاة الترتيب الوارد في الكشوف ، و أنها بالتفافها عن ماورد في هذه الكشوف ، تكون قد انتهكت الحقوق التي قررها قانون التجنيد الفرنسي ، وبدلا من أن يقضي مجلس الدولة بإلغاء قرارات التعيين كلية، قام و لأول مرة في قضاءه بإلغائها فيما تتضمنه من إنكار حق المدعيين في التعيين، كانت هذه انطلاقة قضاء مجلس الدولة الفرنسي في الأخذ بفكرة الإلغاء الجزئي للقرار الإداري المخاصم، وقد تأكد هذا الاتجاه في أحكام مجلس الدولة في أحكام مجلس الدولة الفرنسي في ما بعد، وأصبح قضاء مستقر عليه في فرنسا¹

ثانيا- موقف القضاء الإداري الجزائري من فكرة الإلغاء الجزئي للقرار الإداري المخاصم

خلافا لما رست عليه أحكام قضاء مجلس الدولة الفرنسي و القضائي الإداري المصري، نلاحظ و أن القضاء الإداري الجزائري لم يتبنى فكرة الإلغاء الجزئي للقرار الإداري المخاصم في مجال الوظيفة العمومية، من حيث إلغاء القرار الإداري في ما تضمنه من تحطي المدعي في التعيين أو الترقية، حيث ذهب قضائنا الإداري في هذا الصدد إلى الإقرار بأحقية المدعي في التعيين أو الترقية. و تطبيق ذلك:

1- من تطبيقات القضاء الإداري الجزائري في حالة تحطي المدعي في التعيين

- قرارا مجلس الدولة رقم 039135، بتاريخ 14-11-2007، قضية (المديرية العامة للتوظيف العمومي) ضد (المستأنف عليها)²

و تلخص وقائع هذه القضية في أن، المستأنف عليها شاركت في مسابقة توظيف نظمت من قبل بلدية سطيف لتوظيف ملحق إداري في البلدية، وبعد تقديمها للملف و قبولها للمشاركة و إدراج اسمها في قائمة المرشحين، و إبداء المديرية العامة للتوظيف العمومي موافقتها لإجراء هذه المسابقة التي فتحت على أساس الاختبارات، في شكل خمس مناصب. حيث أن مصالح التوظيف العمومي قد اطلعت على ملف المستأنف عليها، وقامت بمراقبة مدى مشروعيتها ملائمة تكوين المترشحة مع متطلبات السلك أو الرتبة المطلوبين في المسابقة، وتم ذلك دون أي اعتراض منها.

حيث أن المستأنف عليها تحصلت على معدل نهائي 13.72 على عشرين لتحل في المرتبة الرابعة على 11 من المترشحين، لكن مصالح التوظيف العمومي قامت بإقصائها، للتدريج هذه الأخيرة بالمادة 18 من المرسوم 95-293 المؤرخ في 30 سبتمبر 1995، ليجب قضاء مجلس الدولة بأن دفع مصالح التوظيف العمومي غير جدية و يتعين أن لا يؤخذ بعين الاعتبار. وفي ذلك قضى مجلس الدول بتأييد القرار المستأنف بقوله " إن قضاة أول درجة لما قضوا بأحقية المستأنف عليها أي المدعية على مستوى مجلس قضاء قسنطينة فقد طبقوا القانون تطبيقا سليما و يتعين إذن تأييد القرار المستأنف".

2- من تطبيقات القضاء الإداري الجزائري في حالة تحطي المدعي في الترقية

- قرار مجلس الدولة ، فهرس رقم 254 (قرار غير منشور) بتاريخ 08-07-2003، قضية (م.ع) ضد (م.ع) للحماية المدنية و وزير الداخلية ز.ج.م)³

¹ - رأفت دسوقي محمود، فكرة التحول في القرارات الإدارية، طبعة 2012، دار الفكر الجامعي، مصر، 2012، ص 786.

² - جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في القضاء الإداري، الجزء الثالث، الطبعة الأولى، منشورات كليك، الجزائر، 2013، ص 1548.

³ - جمال سايس، المرجع نفسه، ص 1614.

و تتلخص وقائع هذه القضية في أن، السيد (م.ع) الموظف لدى مصالح الحماية المدنية اجتياز الامتحان الخاص بالترقية إلى رتبة ملازم أول و هذا قبل إحالته على التقاعد، غير انه و بعد نجاحه في الامتحان امتنعت المديرية العامة للحماية المدنية عن تسوية وضعيته و ترقيته بحجة أن المديرية العامة للموظف العمومي قد رفضت هذه الترقية. على اثر ذلك رفع السيد (م.ع) دعواه أمام مجلس الدولة يطالب فيها بأحقية في هذه الترقية، ولقد اصدر مجلس الدولة قراره وجاء فيه "...أحقية العارض في تثبيت نجاحه إلى رتبة ملازم أول قبل إحالته على التقاعد..."

إن منازعات الوظيفة العامة -أحيانا- تدخل ضمن تصنيف قضاء الإلغاء خاصة حينما يطالب الموظف العام في صلب دعواه بإلغاء قرار إداري بمس مركزه القانوني، و يمكن القول أن أكثر القرارات طعنا من جانب الموظف العام هي القرارات التأديبية بأنواعها المختلفة، كم تدخل منازعات الوظيفة العامة ضمن القضاء الكامل مثلا، حينما يطالب الموظف بحقوق مالية أو التحاقه بالوظيفة بعد فوزه أو نيل حقه في الترقية¹، و هو الأمر الذي يعني أن قضاء مجلس الدولة الجزائري قد أقر بأحقية المدعين في التعيين و الترقية ضمن نطاق دعوى القضاء الكامل، خلافا لما ذهب إليه مجلس الدولة الفرنسي و القضاء الإداري في مصر، اللذين أقرّا هذه الحقوق و لكن ضمن نطاق دعوى الإلغاء.

ثالثا- تبني القضاء الإداري الجزائري لفكرة الإلغاء الجزئي للقرار الإداري المخاصم في قضاء الإلغاء

تبني و طبق القضاء الإداري الجزائري لاحقا، فكرة الإلغاء الجزئي للقرار الإداري في بعض التطبيقات القضائية له مثل (منازعات نزع الملكية لأجل المنفعة العامة، و منازعات القرارات الصادرة عن المنظمات المهنية الوطنية...) التي تعتبر ميدانا خصبا تظهر جليا فيه فكرة الإلغاء الجزئي، و حول ذلك نستدل ب، قرار الغرفة الإدارية (المحكمة العليا) غير منشور، بتاريخ 18 جانفي 1990، قضية (ح.م.ع) ضد (والي ولاية الجزائر)²

و تتلخص وقائع هذه القضية في إصدار والي ولاية الجزائر، قرارا يتضمن نزع الملكية لأجل المنفعة العامة، في حق مجموعة من القطع الأرضية، والتي من بينها قطعة أرضية تابعة للسيد (ح.م.ع) و قد قام هذا الأخير بالطعن ضد قرار والي أمام الغرفة الإدارية ملتصقا بإلغائه جزئيا، في ما يخص نزع قطعه الأرضية التي يملكها و اكتسبها بصفة قانونية.

حيث كان من المنتظر - تبعا لما هو مستقر عليه في قضاء الغرفة الإدارية- هو إلغاء القرار كليا، إلا أن قضاء الغرفة الإدارية، اكتفى بإلغائه جزئيا فقط، في ما يخص القطعة الأرضية التابعة للسيد (ح.م.ع) و قد ورد في منطوق القرار القضاء ب "...الإلغاء الجزئي للقرار الولائي محل الطعن، في ما يتعلق بنقله للقطعة الأرضية التي هي ملك للمدعي (ح.م.ع) مع بقائه منتجا لآثاره القانونية في نقل ملكية باقي القطع الأرضية الأخرى لفائدة البلدية".

و في قرار آخر تأكد اتجاه القضاء الإداري الجزائري في تبني فكرة الإلغاء الجزئي للقرار الإداري في نطاق قضاء الإلغاء، ويتعلق الأمر ب،

- قرار مجلس الدولة رقم 15581 بتاريخ 11 ماي 2004، قضية (ب.ع) و (ب.ر) ضد (النقابة الوطنية للخبراء المحاسبين و محافظي الحسابات و المحاسبين المعتمدين)³

¹ - عمار بوضياف، المرجع في المنازعات الإدارية، القسم الثاني، الجوانب التطبيقية للمنازعات الإدارية، الطبعة الأولى، دار الجسور للنشر و التوزيع، الجزائر، 2013، ص 297.

² - عمور سلامي، سلطات القاضي الإداري في دعوى الإلغاء، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر، 2011-2012، ص 175.

³ - جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في القضاء الإداري، المرجع السابق، ص 1335.

تتلخص وقائع هذه القضية في تقدم الطاعنين (ب.ع) و (ب.ر) بطعن لإلغاء محضر جدول أعمال المتخذ أثناء مداولة الجمعية العامة لمجلس النقابة الوطنية المذكورة أعلاه، بتاريخ 31-10-2001 و قد التمس الطاعنين، من مجلس الدولة إلغاء اللوائح رقم 05-07-08 من مداولة الجمعية العامة بدعوى أنها مخالفة للقانون.

وقد ورد في منطوق قرار مجلس الدولة "...حيث أنه بالفعل فإن اللائحة رقم (05) تنص على أنه يقضى تلقائيا من المعهد كل عضو يناهض بالانقسام داخل المعهد، و ذلك دون إحالته على اللجنة التأديبية ..لكن حيث أن هذه التوصية فضلا عن أنها مخالفة للمادة 07 من المرسوم رقم 01-421 المؤرخ في 20-12-2001 التي تقضي بوجوب عرض كل الحالات التي تدخل في اختصاصاتها على غرفة التأديب...ومن ثم فإن هذه اللائحة مخالفة للقانون يجب إبطالها..".

وفي رده على اللائحة رقم 08 "...حيث أن اللائحة رقم (08) تقر تعيين عضوين تعويضا لعضوين آخرين..لكن حيث أن المادة 04 من المرسوم رقم 92-20 المؤرخ في 13-01-1992 المعدل بالمرسوم رقم 01-421 المؤرخ في 20-12-2001 تنص على أنه ينتخب أعضاء مجلس النقابة الوطنية من قبل نظرائهم في اقتراع شري لمدة أربع سنوات..وبالتالي يتعين إبطال اللائحة لمخالفتها القانون..".

في حين قضاء مجلس الدول بمشروعية اللائحة رقم (07)، وبناء على ما سبق قضى مجلس الدولة بإبطال - فقط - اللائحتين (05) و (08) المتخذتين أثناء الجمعية العامة المنعقدة بتاريخ 31-10-2002 لمخالفتها للقانون. و قد جرت أحكام القضاء الإداري الجزائري بعد هذا، على تبني فكرة الإلغاء الجزئي للقرار الإداري المخاصم في إطار قضاء الإلغاء، وفقا للمفاهيم المكرسة و المعتمدة في قضاء مجلس الدولة الفرنسي، مع بعض الخلاف عن هذا الأخير في بعض مجالات التطبيق.

المطلب الثاني: البعد الفقهي لفكرة الإلغاء الجزئي للقرار الإداري المخاصم

لقد تفرقت السبل و الآراء لدى فقه القانون الإداري المقارن، بخصوص تبني و تطبيق فكرة الإلغاء الجزئي و إعمالها في نطاق القانون الإداري، فنرى جانب عارض الأخذ بفكرة الإلغاء الجزئي في نطاق القرارات الإدارية (الفرع الأول) بينما يرى جانب آخر يدعمه ويؤكد ضرورة الأخذ به (الفرع الثاني)

الفرع الأول: الاتجاه المعارض لإعمال فكرة الإلغاء الجزئي للقرار الإداري المخاصم

لقد أثار الإلغاء الجزئي للقرار الإداري لدى جانب من الفقه الإداري في فرنسا¹ و مصر في بداياته، نوع من الضيق و عدم القبول، فمنهم من اعتبر أن اتجاه القضاء الإداري في هذا الخصوص فيه إهدار و انتهاك صاخر للقواعد القانونية المطبقة، كما من شأنه الإخلال و المساس بمبادئ قضائية مستقر عنها سابقا في القضاء الإداري في كل من فرنسا و مصر منذ أمد بعيد، و من شأن هذا القضاء - يضيف أنصار هذا الاتجاه- مخالفة قاعدة الأثر المباشر للقرارات الإدارية.

إن القرار الإداري الملغى جزئيا بحسب أنصار هذا الاتجاه، يختلف عن القرار الأول المخاصم، وهو الأمر الذي ينم عن مخالفة قاعدة عدم جواز حلول القاضي الإداري محل الإدارة، أو قيامه بتوجيه أوامر للإدارة، خصوصا فيما هو من صميم اختصاصاتها، وعموما فإن حجج هذا الاتجاه تبني على:

¹ - Maurice Kellershohn، Des effets de l'annulation pour excès de pouvoir، Thèse de doctorat en droit، Faculté de droit de L'université de Bordeaux، Y. Cadoret، (France) 1915، p152. (pour consulter cette thèse voir: <http://www.sudoc.fr/04853711X>).

- الإلغاء الجزئي يخالف قاعدة الحجية المطلقة لأحكام الإلغاء.¹
- الإلغاء الجزئي يتيح لقاضي الإلغاء الحلول محل الإدارة أو توجيه أوامر لها.
- الإلغاء الجزئي ينطوي على إجازة للإدارة بمخالفة القانون في قراراتها.
- الإلغاء الجزئي لا ينتمي إلى قضاء الإلغاء.²

الفرع الثاني: الاتجاه المؤيد لفكرة إعمال الإلغاء الجزئي للقرار الإداري المخاصم

عارض جانب من الفقه الاتجاه المعروض لإعمال فكرة الإلغاء الجزئي للقرار الإداري المخاصم، وتطبيقها في إطار القانون و القضاء الإداري، بل أكد أنصار هذا الاتجاه أن الإلغاء الجزئي لا يمكن أن يخرج عن نطاق قضاء الإلغاء كونه يتعلق أساساً- بالحفاظ على مبدأ المشروعية، و لا يخص فقط المساس بالحقوق الشخصية للطاعنين، كما أن الإلغاء الجزئي لا يخالف قاعدة الحجية المطلقة لأحكام الإلغاء و هو الاتجاه الذي تبناه كذلك الدكتور احمد محيو³، مؤكداً بأن كل من الإلغاء الجزئي أو الكلي، ينتجان أثرهما في مواجهة الكافة، و يحوزان على الحجية المطلقة للشيء المقضي فيه، كما أن القاضي الإداري عليه أن يأخذ في الحسبان أن الإلغاء الجزئي له أثر رادع على الموقف الاحتياطي للإدارة⁴ و يمكن إيجاز الحجج التي استند إليها أنصار هذا الاتجاه في الآتي:

- الإلغاء الجزئي يندرج ضمن قضاء الإلغاء حيث يرى جانب من الفقه الفرنسي و المصري، بأن قضاء الإلغاء الجزئي للقرار الإداري المخاصم، ينتمي أصالة إلى القضاء العيني أو الموضوعي القائمة في إطار دعوى الإلغاء، ولا ينتمي فقط إلى القضاء الشخصي حتى نستطيع إخراجها من دائرة قضاء الإلغاء.
- الإلغاء الجزئي لا يجيز للإدارة مخالفة القانون في قراراتها يذهب أنصار هذا الاتجاه إلى التأكيد بأن إعمال فكرة الإلغاء الجزئي ضمن قضاء الإلغاء، ليس من شأنه إجازة الإدارة بأن تخالف القانون و التشريع الساري المفعول في قراراتها، بل العكس، وهو إلزامها و تذكيرها بأن تراعي و تضع نصب أعينها التقيد بمبدأ المشروعية، إذا علمت بأن أعمالها (قرارات أو عقود) ستلغى إما كلياً أو جزئياً إذا ما تضمنت عنصراً أو أثراً مخالفاً للقانون.
- الإلغاء الجزئي لا يتضمن حلول القاضي محل الإدارة أو توجيه أوامر لها و مؤدى ذلك أن القاضي الإداري لدى تطبيقه لفكرة الإلغاء الجزئي إنما يراقب رجل الإدارة لدى إصداره لقراره في تلك الاسباب و الدوافع الخفية التي دفعته إلى إصدار القرار على ذلك النحو، سواء في إطار السلطة (المقيدة أو التقديرية) فمصر القرار له صلاحية تقدير و تسبب القرار دون تدخل القاضي، لكن القاضي فقط يحرص على أن يضعها في إطارها القانوني و دون أن تحيد عنه، يؤكد الفقيه لافريير من جهته بأن " الإلغاء الجزئي للقرار الإداري في إطار الطعن لمجازة السلطة لا تعتبر تعديلاً لهذا القرار،

¹ - وهيب عياد سلامة، الإلغاء الجزئي للقرارات الإدارية، دراسة تحليلية و نقدية لأحكام القضاء الإداري في فرنسا و مصر، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، مصر، 1992، ص 09.

² - سليمان مجد الطماوي، القضاء الإداري، الكتاب الأول، دار الفكر الجامعي، مصر، 1986، ص 272.

³ - أحمد محيو، المنازعات الإدارية، ترجمة فائز أنحق و خالد بيوض، الطبعة السادسة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2008، ص 199.

⁴ - Vassilis PAPANITRIOU، L'annulation partielle des actes administratifs unilatéraux par le juge d'excès de pouvoir, Etude comparative des droits publics français et hellénique, DEA en droit public interne, L'université de paris 1 panthéon-Sorbonne, France, Septembre 1991، p68. (Pour consulter ce livre voir: <https://www.memoireonline.com/04/10/3416/Lannulation-partielle-des-actes-administratifs-unilateraux-par-le-juge-dexcès-de-pouvoir.html>)

بالرغم من أنه قد يقترب منه في بعض الأحيان.. " و يضيف القول "إن الاختلاف بين التعديل و الإلغاء الجزئي يكمن في أن هذا الأخير، يكتفي بمحو بعض عناصر القرار دون إنشاء عناصر جديدة".¹

المطلب الثالث: شروط الإلغاء الجزئي للقرار الإداري في ضوء الفقه و القضاء

إن إعمال نظرية الإلغاء الجزئي للتصرفات القانوني عموما، والقرارات الإدارية خصوصا، انطلاقا مما وضحه الفقه و طبقه القضاء، توافر مجموعة من الشروط ، التي فيها شرطين أساسين نتطرق لها بالبحث وهما كل من منازعة الطاعن في مشروعية جزء من القرار الإداري (الفرع الأول) و كذا قابلية فصل الجزء غير المشروع عن باقي عناصر القرار الإداري (الفرع الثاني).

الفرع الأول مساهمة الطاعن في إعمال فكرة الإلغاء الجزئي للقرار الإداري المخاصم

إن للطاعن دورا هاما يبرز في انطلاقة تطبيق فكرة الإلغاء الجزئي للقرار الإداري، فهو من شأنه دفع القاضي و توجيهه لأن يمارس سلطاته في الإلغاء الجزئي للقرار الإداري.

أولاً- دور الطاعن في توجيه القاضي الإداري نحو فكرة الإلغاء الجزئي للقرار الإداري

يمكن أن يكون القرار الإداري المخاصم محلا للإلغاء الجزئي متى كان ذلك مخالف للقانون في جزء منه فقط، لكن كيف يساهم الطاعن في إعمال فكرة الإلغاء الجزئي للقرار الإداري ، حقيقة إن هذه الفكرة تبنى بداءة من طرف الطاعن نفسه وبالتحديد على ضوء طلبات الطاعن، إذ قد يكتفي الطاعن (المدعي) الذي يرفع دعواه أمام هيئات القضاء الإداري، بقصر طلباته فقط على إلغاء جزء بذاته دون الجزء أو الأجزاء الباقية من القرار الإداري - كما بينا سلفا- فهو ينازع في مشروعية هذا الجزء فقط، والدليل على ذلك هو نطاق طلباته في عريضة افتتاح الدعوى.²

إذن فالقاضي الإداري في نطاق قضاء الإلغاء، له سلطة تجاه طلبات الطاعن الرامية للإلغاء الجزئي للقرار الإداري المخاصم، من خلال التثبت من كل الشروط الخاصة بدعوى الإلغاء في بداية الأمر، ثم فحص الطلبات التي أثارها الطاعن، إذ ينبغي عليه أن يجدد طلبات الطاعن من تلقاء نفسه، كما ليس له أن يتجاوز الطلبات المعروضة أمامه.³

ثانياً: اقتصار الإلغاء الجزئي على نصوص أو آثار بذاتها لا تؤثر على صحة القرار

إن فكرة الإلغاء الجزئي تتجسد في عدم مشروعية قرار إداري سواء في أحد نصوصه أو أحد آثاره، فقد تكمن المخالفة القانونية في بنية القرار الإداري وهيكله، حينما تكون إحدى نصوصه معيبة على نحو ملموس ماديا، وفي هذه الحالة يلغي القاضي الإداري هذا النص غير المشروع لإزالة المخالفة القانونية التي شابته القرار الإداري المخاصم، ويتم ذلك عن طريق بتر القرار الإداري في هذا الشق.⁴

كما قد تقتصر المخالفة القانونية في آثار القرار الإداري، فهو قد يرتب أثر أو آثار مخالفة للقانون تظهر بعد تنفيذه، و قد تصادف هذه الحالة عندما تكون نصوص القرار الإداري مشروعة بحسب جوهرها، في الوقت الذي تخلق الآثار الناجمة عن هذه

¹ - Edouard Laferrière، Traité de la juridiction administrative Et Des Recours contentieux، Tome Second، Nancy، Imprimerie Berger-J.Evrault Et Cie، Paris، deuxième édition ، 1896، p 569. (Pour consulter ce livre voir: <http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k57280741>).

² - مصطفى عبد العزيز الطراونة، الإلغاء الجزئي للقرارات الإدارية بين النظرية و التطبيق، مجلة الدراسات الأمنية، العدد 8، جامعة عمان، 2013، ص162.

³ - لحسين بن الشيخ اث ملويا، دروس في المنازعات الإدارية، وسائل المشروعية، الطبعة الثانية، دار هومه للنشر و التوزيع، الجزائر، 2006، ص431.

⁴ - وهيب عياد سلامة، الإلغاء الجزئي للقرارات الإدارية، المرجع السابق، ص83.

النصوص المخالفة للقانون، و يتعين في هذه الحالة أن يدين الإلغاء الجزئي تلك المخالفة القانونية، دون المساس بنص القرار الإداري المطعون فيه، بحيث يمارس القاضي الإداري سلطة الإلغاء الجزئي على صعيد تلك الآثار غير المشروعة لوحدها. فالقاضي الإداري عند استعماله لسلطته في الإلغاء الجزئي قصد تعقب الآثار غير المشروعة و تخليص القرار الإداري المخاصم منها، فانه قد يعتمد إما إلى إنقاص هذه الآثار بإلغاء رجعية القرار، غير الجائزة قانون و تقليص مداه من حيث الزمان، أو قد يقوم بالتوسع فيها بمد هذه الآثار إلى أفق لم ترد في القرار الإداري المخاصم، و ذلك بإلغاء هذا الأخير بالقدر الذي انطوى فيه على الحد من هذه الآثار.¹

الفرع الثاني: قابلية فصل الجزء غير المشروع عن باقي عناصر القرار الإداري

لا يقضي القاضي الإداري بالإلغاء الجزئي للقرار الإداري المخاصم، بمجرد أنه خالف القانون في جزء منه، بل يجب أن يكون هذا الجزء أو العنصر قابلا للانفصال عن باقي القرار الإداري، ما معناه أن يكون هذا القرار المخاصم قابلا للتجزئة، لكن ما المقصود بقابلية القرار الإداري للتجزئة (أولا) وهل القاضي الإداري هو من يحدد و يكيّف مدى قابلية القرار للتجزئة من عدمه(ثانيا)

أولاً- مدلول قابلية القرار الإداري المخاصم للتجزئة

لما كان المنطق الداخلي لأي قرار إداري يفترض ترابط أجزائه، فان الصلة بين هذه الأجزاء تمثل واحدة من معايير قبول أو رفض الإلغاء الجزئي للقرار الإداري المخاصم² ، فقد يشتمل القرار الإداري على بنين غير قابل للتجزئة، حينما تكون الأجزاء المختلفة الداخلة في تكوينه متحدة بكيفية يتعذر معها تصور أحد الأجزاء دون الآخر، و يسوغ القول حينئذ بأن الصلة التي تربط بين أجزاء القرار المختلفة ذات طابع غير قابل للتجزئة³، غير أنه يمكن أن يكشف القرار الإداري(المركب مثلا) عن بنين قابل للتجزئة و الفصل، لكن متى كانت الصلة بين أجزائه تسمح بإلغاء الجزء المعيب، لكن في نفس الوقت وجب ان يبقى القرار قائما و مرتبا لآثاره، فقد تكون قابلية القرار الإداري المخاصم قابلا للتجزئة، انطلاقا من قابليته القانونية أو الواقعية، لعملية التجزئة. تتحقق القابلية القانونية لتجزئة القرار الإداري المخاصم حينما لا تكون نصوص هذا القرار، البعض منها بالنسبة للبعض الآخر في وضع ينجم عنه أثر قانوني معين، مع تطابق هذه الصلة القانونية مع إعلان الإرادة من جانب مصدر القرار الإداري، أو بمعنى آخر أن نصوص هذا القرار ليست في وضع ينم عن وجود تأثيرات متبادلة فيما بينها، هذه التأثيرات ينبغي ألا يستهدفها مصدر القرار، مما يضفي على قابلية التجزئة في هذه الحالة طابعا قانونيا⁴

إلى جانب القابلية القانونية لتجزئة القرار الإداري المخاصم توجد كذلك قابلية واقعية للتجزئة، وتتحقق هذه الصورة عندما تكون الصلة بين عناصر القرار الإداري المختلفة لا تعبر فيما بينها عن إرادة هادفة إلى إحداث أثر قانوني معين⁵ ، و حول ذلك نستشهد بقرار المحكمة العليا (الغرفة الإدارية)، بتاريخ 18 جانفي 1990، قضية (ح.م.ع) ضد والي ولاية الجزائر، المذكور سابقا، الذي جاء في منطوقه "...الإلغاء الجزئي للقرار الولائي محل الطعن..." لان هذه القطعة الأرضية واقعا مستقلة عن باقي القطع الأرضية.

¹ - رأفت دسوقي محمود، فكرة التحول في القرارات الإدارية، المرجع السابق، ص 392.

² - رأفت دسوقي محمود، فكرة التحول في القرارات الإدارية، المرجع السابق، ص 393.

³ - وهيب عياد سلامة، الإلغاء الجزئي للقرارات الإدارية، المرجع السابق، ص 60.

⁴ - وهيب عياد سلامة، الإلغاء الجزئي للقرار الإداري، المرجع السابق، ص 63.

⁵ - رأفت دسوقي محمود، فكرة التحول في القرارات الإدارية، المرجع السابق، ص 393.

وفي تطبيق آخر، يمكن ملاحظة القابلية الواقعية لتجزئة القرار، في حكم صادر عن مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ 10-02-1943، الذي تتلخص وقائعه في صدور قرار محلي ينص على هدم مجموعة مباني مكونة من عقارين، أحدهما له واجهة على ساحة و الآخر له واجهة على الشارع، و العقارين مرتبطين بحائط بيم حجرتين، يخدمهما سلك مشترك، إن قابلية القرار للتجزئة مستمدة من استقلال كل مبنى عن الآخر واقعياً، فقابلية القرار للتجزئة هي قابلية واقعية، لأنها ارتكزت على حالة واقعية لاحظها القاضي الإداري.¹

ثانياً- تكييف القاضي الإداري لمدى قابلية القرار الإداري المخاصم للتجزئة

قد لا يبدو من السهل إعطاء تعريف أو مفهوم لفكرة قابلية القرار الإداري المخاصم للتجزئة، نتيجة الصعوبة و الغموض الذي يحيط بالفكرة، فالقاضي الإداري يجد رحابة كبيرة في استخدامها، فهو غير ملزم بالإفصاح عن الأسباب التي دفعته لاعتبار القرار المخاصم قابلاً للتجزئة أو غير قابل، إلا أن ثمة قرائن مختلفة تدعو للاعتقاد بأن القاضي الإداري يرد قابلية أو عدم قابلية القرار للتجزئة إلى أساس موضوعي و أساس شخصي.

فعند استناد القاضي إلى أسس موضوعية، يمكن له إجراء تكييف مدى قابلية القرار الإداري المخاصم للتجزئة من خلال ادراك القاضي الإداري للعناصر الموضوعية للقرار الإداري المخاصم، إذ يلاحظ من خلال أحكام القضاء الإداري المقارن²، إن القاضي الإداري قد استند و استعان بأسس موضوعية في تكييفه لقابلية القرار الإداري المخاصم للتجزئة.³

بالإضافة إلى مساهمة إدراك القاضي الإداري الأسس الموضوعية للقرار الإداري المخاصم، في سبيل تكييف مدى قابلية للتجزئة، يلاحظ و أن الاعتبارات الشخصية لمصدر القرار تفرض نفسها أيضاً على القاضي و هو بصدد تكييف مدى قابلية القرار الإداري المخاصم للتجزئة، ومؤدى ذلك أن يبحث القاضي - وهو أكثر الأعمال صعوبة على القاضي- في نفس و نية متخذ القرار، من خلال الإحاطة الشاملة بملف الدعوى لإثبات هذه النية.

إن تكييف قرار إداري ما بواسطة قاضي الإلغاء، بأنه قابل للتجزئة أو غير قابل للتجزئة، إنما يتم انطلاقاً من معطيات موضوعية أو شخصية تستخلص من القرار الإداري المخاصم، غير أن وجود تلك المعطيات في قرارها لا يجعلنا نسارع في الحكم مسبقاً بوجود معيار يتحدد على أساسه عدم القابلية للتجزئة أو القابلية للتجزئة، فالمعطيات ذاتها ليس سوى أدوات للقياس، فهي تتيح تحديد قوة الروابط القانونية أو الواقعية التي تجمع بين النصوص المختلفة للقرار الإداري المخاصم.

و يقضي القاضي فيما يبدو، حال قياس قوة الروابط أنفة الذكر، بشأن تكييف الصلة بأنها قابلة أو غير قابلة للتجزئة، هذا التكييف الذي يعبر عن مدى قوة هذه الصلة، إذ لا يتسنى للقاضي إجراء التكييف إلا طبقاً لمعيار يتمثل في حد معين تنتهي فيما وراءه القابلية للتجزئة و تبدأ عدم القابلية للتجزئة، و لم يفصح القاضي الإداري صراحة عن هذا المعيار الذي يستند إليه في هذا الصدد، ما جعل للقاضي الإداري سلطة كبيرة في تقديره و استخدامه.⁴

¹ - وهيب عياد سلامة، الإلغاء الجزئي للقرار الإداري، المرجع السابق، ص 63.

² - وهيب عياد سلامة، الإلغاء الجزئي للقرار الإداري، المرجع السابق، ص 69.

³ - رأفت دسوقي محمود، فكرة التحول في القرارات الإدارية، المرجع السابق، ص 393.

⁴ - وهيب عياد سلامة، الإلغاء الجزئي للقرار الإداري، المرجع السابق، ص 71.

خاتمة

في ختام هذه الورقة البحثية الموسومة ب " الإلغاء الجزئي للقرار الإداري المخاصم " نخرج بنتيجة عامة مفادها، أن القضاء الإداري الجزائري قد تبنى و طبق و أعمل في قضائه فكرة الإلغاء الجزئي للقرار الإداري المخاصم - رغم أنه لم ينص عليه في التشريع صراحة- لكن خارج نطاق الوظيفة العامة، بل طبقها في نطاق قضاء التعويض في منازعات عديدة، حقيقة من خلال هذه الدراسة البسيطة التي حولت من خلالها بسط تصور عام حول مدلول فكرة الإلغاء الجزئي للقرار الإداري المخاصم، إلا أنني أظم رأبي الخاص إلا ما خرج به أغلب الفقه ، و هو حجم الصعوبة و العقبات التي تعترى القاضي الإداري ، و هو بصدد الفصل بالإلغاء الجزئي، و التي قد تحول دون القيام بذلك، بل و قد تكون سبا في خروج القاضي هنا عن وظيفته الأصلية ، وهي صعوبة تلقي بثقلها لا محال على قضائنا الإداري الفتي، في ظل عديد الإشكالات التي تواجه قضائنا الإداري، و حول ذلك أقتح التوصيات الآتية:

- من واجب الطبقة و النخبة الأكاديمية في الجامعة الجزائرية التطرق لهذه المواضيع الشائكة، و إعطائها حقه بالدراسة و النقاش من خلال عقد مؤتمرات و ندوات حولها حتى تبين حدودها و معالمها.
- إن إعمال مبدأ " القاضي المتخصص " في المجال الإداري خصوصا أصبح مطلباً أكثر من ضروري، في المسار التكويني للقاضي داخل المدرسة العليا للقضاء في نظامها الجديد.
- ضرورة اختيار الأساتذة المكونين على مستوى المدرسة الوطنية للقضاء من أكفأ المتخصصين في المجال الإداري خصوصا، و السهر على عقد ندوات و ملتقيات علمية قصد معالجة و مواكبة التطورات التي مست المجال الإداري لدى الفقه و القضاء المقارن.
- ضرورة تدخل المشرع الجزائري من أجل تعديل المواد (801 و 901) من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، و النص فيها صراحة على تبني الإلغاء الجزئي للقرار الإداري المخاصم في نطاق قضاء الإلغاء.

حق المستهلك في الإعلام في القانون الجزائري

د. لعوامري وليد

كلية الحقوق جامعة الإخوة منتوري قسنطينة

mlaouamriwalid@yahoo.fr

الملخص

تكفل تشريعات الاستهلاك بعض الحقوق لفائدة المستهلك، ولعل من أبرزها و أهمها الحق في الإعلام، وهذه الأهمية راجعة إلى إنعدام التكافؤ المعرفي بين المتدخل والمستهلك، الأمر الذي دفع بالمشروع الجزائري على غرار باقي تلك التشريعات الى إلزام المتدخل بموجب نصوص قانونية قبل وأثناء إبرام العقد بأن يضع المستهلك في موضع يسمح له بمعرفة الخصائص الجوهرية للمنتج أو الخدمة، وكذا معرفة كيفية الاستخدام معرفة تامة نافية للجهالة، بغية إضفاء نوع من التوازن المعرفي على تلك العلاقة التعاقدية. **الكلمات المفتاحية:** إعلام المستهلك، حقوق المستهلك، حماية المستهلك.

Abstract

Consumption of certain rights legislation to ensure consumer interest, perhaps one of the most prominent and important is the right to information. This importance is due to the cognitive inequality between the intervener and the consumer; what prompted the Algerian legislator, along the lines of the rest of those legislations, to oblige the intervener by virtue of legal texts before and during the conclusion of the contract to put the consumer in a position to know the intrinsic characteristics of the product or the service as well as knowing perfectly how to use it, in order to bring a sort of cognitive balance to that contractual relationship.

Keywords: Consumer Information, Consumer rights, consumer protection .

مقدمة:

في القديم كانت احتياجات الفرد الاستهلاكية محدودة ولم تكن هناك أصناف متعددة من السلع والخدمات كما أنها لم تتميز بالتعقيد بل كانت سهلة الاستخدام والاستعمال، غير أنه في عصرنا الحديث ونتيجة للتطور الصناعي والتكنولوجي الكبيرين اللذان يشهدهما علمنا اليوم فقد أصبح هناك كم هائل من السلع المعروضة والخدمات المقدمة وجهت كلها الى المستهلك، حيث أن هذا الأخير يبرم في اليوم الواحد العديد من العلاقات التعاقدية مع المتدخلين سواء كانوا بائعين لسلع أو مقدمين لخدمات، وللإشارة فإن غالبية تلك العلاقات التعاقدية تتميز بعدم التوازن وذلك راجع الى أن أحد أطرافها وهو المتدخل له من القوة الاقتصادية والخبرة والمعرفة بمحل العقد ما يجعله في مركز قوة مقارنة بالمستهلك، لذلك نجد أن غالبية التشريعات العالمية أقرت حماية قانونية لحقوق المستهلك الضعيف في علاقاته التعاقدية.

إن لحقوق المستهلك بصفة عامة، وحقوقه التعاقدية بصفة خاصة أهمية كبيرة دفعت بالتشريعات الى سن قوانين ألزمت المتدخل بتمكين المستهلك منها تحت طائلة المسؤولية والعقاب، ولعل حق المستهلك في الاعلام يعد من بين أهم وأبرز تلك الحقوق وذلك بإعتباره يبين طريق المستهلك ويدعم مركزه التفاوضي مع المتدخل، كما أنه يمكنه من اتخاذ قرار سليم بشأن العقد المقدم على إبرامه.

مما سبق بيانه يتبادر لدينا التساؤل التالي: إلى أي مدى كفل المشروع الجزائري حماية قانونية لحق المستهلك في الإعلام؟ وهل هذه الحماية كافية بالنظر الى التطورات المتسارعة التي تشهدها السوق الاستهلاكية اليوم؟.

سنحاول من خلال هذه الدراسة الإجابة عن الإشكالية المثارة وذلك إبراز المضمون القانوني لحق المستهلك في الإعلام كما نص عليه قانون الاستهلاك الجزائري والنصوص المكمل له ، وكذا إبراز الآليات التي وضعها المشرع من اجل ضمان وتجسيد إعلام كافي ونافي للجهالة بالمنتوج المباع أو الخدمة المقدمة.

المبحث الأول: مفهوم الحق في الإعلام

نتيجة للتقدم الذي شهده عالمنا اليوم صناعيا و تكنولوجيا ، فقد ترتب عليه إنتاج سلع وتقديم خدمات متطورة الأمر الذي أدى إلى ارتفاع نسبة استهلاكها ، لكن بالمقابل نتج عنها حدوث أضرار لحقت بالمستهلك بسبب جهله وقلة علمه بمكوناتها وطريقة استعمالها ، لذلك وجدت ضرورة ملحة من أجل إقرار حق المستهلك في الإعلام الذي يعتبر من بين أهم حقوقه القانونية وذلك لدوره في إبراز خصائص المنتج أو الخدمة ، وإضفاء نوع من التوازن التعاقدية مع المتدخل(1).

وقد قسمنا هذا المبحث إلى مطلبين ففي المطلب الأول سنتناول بالدراسة والتحليل تعريف الحق في الإعلام و تمييزه عن المفاهيم المشابهة ، أما المطلب الثاني فسنستطرق فيه الى شروط الحق في الإعلام ومحتواه القانوني.

المطلب الأول: تعريف الحق في الإعلام وتمييزه عن غيره من المفاهيم المشابهة :

سوف نتطرق من خلال هذا المطلب الى تعريف الحق في الاعلام في فرع أول ، أما الفرع الثاني فسنتناول من خلاله تمييز الحق في الاعلام عن غيره من المفاهيم المشابهة .

الفرع الأول: تعريف الحق في الاعلام

عرف الحق في الاعلام من طرف بعض الفقه بأنه "التزام أحد المتعاقدين بأن يقدم للمتعاقد الآخر عند تكوين العقد البيانات اللازمة لإيجاد رضا سليم كامل ويسمح بالعلم بكافة تفصيلات هذا العقد، وذلك بسبب ظروف واعتبارات معينة قد ترجع إلى طبيعة هذا العقد أوصفة أحد طرفيه أو طبيعة محله أو أي اعتبار آخر (2) .

كما نشير هنا إلى أن أول من تطرق لهذا الإلزام في العقود هو الفقيه Jular سنة 1945 و اعتبر أن مخالفة هذا الإلتزام يمثل عيبا للرضا (3) ، إذ يجب أن تدرج على ملصقات السلع أو التوظيف كل المعلومات التي تحددها الإدارة المختصة تبعا لطبيعة كل سلعة وخصائصها والمواصفات المعمول بها(4).

من خلال هذا التعريف السابق يتضح لنا أن حق المستهلك في الإعلام ناجم عن عدم تكافؤ العلاقة التعاقدية مع المتدخلين من حيث العلم بالشيء المبيع ، ولذلك فالمتدخل ملزم بالإدلاء بالمعلومات حتى ينعقد العقد صحيحا وخاليا من العيوب (5) . كما عرفه المشرع الجزائري بموجب نص المادة 17 من القانون 09-03 (6) المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش ، من خلال استعمال مصطلح آخر هو الوسم في نص المادة 03 فقرة 4 من القانون 09-03 التي جاء فيها : الوسم هو "كل البيانات والكتابات والإشارات والعلامات أو المميزات أو الصور أو التماثيل أو الرموز المرتبطة بسلعة ، تظهر على كل غلاف أو وثيقة أو لافتة أو سمة أو ملصقة أو بطاقة أو ختم أو معلقة مرفقة أو دالة على طبيعة منتج مهما كان شكلها أو سندها، بغض النظر عن طريقة وضعها "

من خلال كل من التعريفين الفقهي والتشريعي اللذين أسلفنا ذكرهما يتضح لنا بأن حق المستهلك في الاعلام هو التزام قانوني للمتدخل بتبصير المستهلك عند إبرام أي عقد استهلاكي بكل من مكونات وسعر السلعة أو الخدمة وخصائصها وإضفاء نوع من التكافؤ المعرفي بين طرفي ذلك العقد وهذا بطرق ووسائل مختلفة كالكتابات والعلامات والصور والملصقات والتماثيل وغيرها.

الفرع الثاني: تمييز الحق في الإعلام عن غيره من المفاهيم المشابهة

يتميز الحق في الإعلام قبل التعاقد و أثناء تنفيذ العقد بذاتيته الخاصة ، ورغم ذلك فإنه قد يثار الخلط بين هذا الحق وغيره من الحقوق المسابقة له لوجود تماثل بينهما في بعض الجوانب إذ أن محلها جميعها تقديم معلومات للطرف الآخر ،ومن أجل وضع الحدود التي تميز هذا الحق عن غيره من المصطلحات المتقاربة سوف نتطرق الى ذلك فيما يلي:

أولاً: تمييز الإعلام عن الإعلان التجاري :

يعرف الإعلان بصفة عامة بأنه إستعمال وسيلة معينة للتعريف بأمر معين، ويكون هذا الأمر سياسي، عقائدي أو اجتماعي(7) ويعرف بأنه "التعريف بالمنتجات لإستئثار رغبات المشتري ووسيلة إعلام نسبية لأنه يبرز مزايا المنتجات"(8) ، كما يعرف بأنه النشاط أو الفن الذي يستهدف إحداث تأثير نفسي على الجمهور تحقيقا لغايات تجارية (9). وعرف أيضا على أنه كل نشاط يعمل على عرض منتج أو خدمة ما للعامة بأي وسيلة من وسائل الإعلام بطريقة مغرية ومثيرة لقاء أجر بهدف جذب انتباههم إليه تحفيزا على التعاقد من أجل تحقيق ربح مادي(10).

من خلال التعاريف السابقة للإعلان يتبين لنا أن الهدف منه هو الترويج للسلع والخدمات وتحفيز المستهلك على الإقبال من أجل اقتناء سلعة معينة كما أن الإعلان يعمل على إبراز علامات تجارية للمستهلك من أجل اقتنائها واستهلاكها، هذا وبالرجوع إلى الأحكام التي سنها المشرع الجزائري نجده إستعمل كلمة إشهار بمعنى إعلان حيث نص عليه في القانون رقم: 04-02 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية المعدل والمتمم (11) حيث جاء في المادة الثالثة منه: "الإشهار هو: كل إعلان يهدف بصفة مباشرة وغير مباشرة إلى ترويج بيع السلع أو الخدمات مهما كان المكان أو وسائل الاتصال المستعملة " فالإشهار جاء هنا بمعنى إعلان تجاري ونفس الشيء نجد أن المشرع الجزائري ركز على الهدف منه وهو ترويج بيع السلع والخدمات.

إذن فالإعلان يختلف عن الإعلام في الهدف المرجو منه، إذ أن الإعلان يهدف إلى تشجيع المستهلكين على اقتناء السلع والخدمات، أما الإعلام فيهدف إلى نقل المعلومات وخصائص المنتجات للمستهلك بهدف تبصيره لكي يتمكن من اتخاذ قرارات سليمة وهادفة فالشيء الذي يميز الإعلان عن الإعلام هو أن الإعلان التجاري يهدف إلى ترويج المنتجات والخدمات بقصد تحقيق كسب مادي ويكون هذا الإعلان مدفوع الأجر، حيث أن المتدخل الذي يرغب في الإعلان التجاري يعمل جاهدا من أجل حصوله على وسيلة إعلان و مساحات عرض ووقت معين، فالفرق الموجود بين الإعلان والإعلام يكمن في الأهداف المرجوة من كل واحد بينما تبقى الوسائل المستعملة هي نفسها.

ثانياً: تمييز الإعلام عن الدعاية

يختلف مصطلح الدعاية عن مصطلح الإعلام، فالدعاية تهدف إلى التأثير على جمهور المستهلكين من أجل ترويج المتدخل لسلعة أو خدمة ،وللإشارة فإنه قد تم تعريف الدعاية من خلال صدور حكم عن المحكمة العليا الفرنسية بأنها: " كل وسائل المعلومات التي تستهدف جذب العملاء أو إعطاء انطباع أو حتى مجرد فكرة عن النتائج التي يعول عليها من الأموال والخدمات المطروحة للبيع"(12).

وعرفت كذلك بأنها النشاط الذي يؤدي الى التأثير على عقيدة جمهور المستهلكين، سواء لجعله يؤمن بفكرة أو مبدأ أو عقيدة معينة، فهي نشاط يستهدف نشر أفكار وآراء معينة وتجميع أنصار لهذه الأفكار(13)، والهدف من الدعاية هو تهيئة جمهور المستهلكين لاستقبال السلع والخدمات ، ونشير هنا الى أنه يمكن أن تكون لاحقة لعملية البيع بغية التأكد من رضا المستهلك

والحفاظ لدية على أسماء السلع والخدمات ليعود لشرائها من جديد، ولذلك فالدعاية التجارية هي كل عمل أو سلوك من شأنه جذب الجمهور ولفت انتباههم (14).

إذن فالفرق بين الدعاية والإعلام ، هو أن الإعلام كما سبق التطرق إليه يكون الهدف منه هو تزويد جمهور المستهلكين بكافة الحقائق والمعلومات حتى يكون الرضا عند إبرام العقد صحيحا وخاليا من العيوب بينما الدعاية التجارية هدفها هو الترويج والتسويق للسلع والخدمات باستعمال المنطق والإقناع.

وهناك فرق بين الدعاية والإشهار (الاعلان التجاري) فكما سبق الإشارة اليه فالدعاية هي النشاط الذي يؤدي الى التأثير على عقيدة الجمهور باستخدام مجموعة من الدوافع العاطفية أما الاشهار أو الاعلان التجاري فالقصد منه التعريف بمنتج أو خدمة عن طريق إبراز المزايا وامتداح المحاسن بهدف التأثير على سلوك المستهلك فيؤدي الى الاقبال على هذا المنتج أو الخدمة ، وهناك فرق بينهما: فالاشهارات تكون مدفوعة الأجر أما الدعاية ففي الغالب تكون مجانية.

وهدف الإشهار أبسط من الدعاية ، فالإشهار يهدف الى اطلاق فعل شراء المنتج أو الخدمة وذلك عن طريق اظهار مدى حاجيات المستهلك للمنتج أو الخدمة ، بينها هدف الدعاية أكثر تعقيدا اذ تهدف الى التأثير في الدوافع والغرائز من أجل ضم الناس الى إيديولوجية سياسية أو دينية أو اجتماعية.

ثالثا: تمييز الحق في الإعلام عن تقديم المشورة الفنية:

اهتم الفقهاء الفرنسيون بالحق في تقديم المشورة الفنية وحاولوا وضع نظرية عامة له تحدد ملامحه من حيث ماهية وظيفته مع بيان تطبيقاتها المختلفة(15)، فهو حق للمستهلك وفي نفس الوقت التزام ناشئ عن العقد محله قيام المتعاقد المحترف صاحب الخبرة في مجال فني أو قانوني معين ويسمى المستشار بتقديم معلومة محددة في العقد و لازمة ، لأجل عملية معينة يحددها المتعاقدان سلفا ، ومثاله تقديم المهندس المعماري معلومات فنية أو تكنولوجية طبقا لأصول الهندسة المعمارية وفنها بوصفه محترفا في هذا المجال ، وكذلك إلزام الطبيب والحامي والمحاسب وكل ذوي خبرة فنية بتقديم المشورة إلا أن ما يميز الحق قبل التعاقد في الإعلام يكون سابقا لتكوين العقد ،فهو ليس التزاما عقديا في حين أن الالتزام بتقديم المشورة الفنية يستلزم وجود اتفاق يقرره(16) ، وهو لا ينشئ إلا في مرحلة تالية لإبرام العقد ومن ثم فهو التزام عقدي يكون الوفاء به تنفيذا لحل التزام أصلي في العقد(17).

ونشير هنا الى أن الحق في الإعلام يكون دون أجر في حين تقديم المشورة يكون مقابل أجر فضلا على أن إخلال المتدخل بحق الإعلام يثير المسؤولية التقصيرية على عكس الإخلال بتقديم المشورة الذي يثير المسؤولية العقدية، كذلك فإن الهدف من الإعلام هو تنوير إرادة المستهلك قبل التعاقد بينما يكون الهدف من تقديم المشورة هو توجيه إرادة المستهلك ومعاونته في اتخاذ القرار نهائي بصدد مسألة موضوع الاستشارة (18).

رابعا : تمييز الحق في الإعلام عن التحذير:

إن مجال أعمال الحق في التحذير هو الأشياء الخطيرة سواء كانت خطورتها ناجمة عن ذاتية هذه الأشياء أو طريقة استعمالها، ويعود سبب نشأة هذا الحق إلى التقدم التكنولوجي و انتشار المنتجات الخطرة والمعقدة التي سببت للمستهلكين أضرارا في سلامة أبدانهم وأموالهم، الأمر الذي دفع بالقضاء الفرنسي إلى إلقاء التزام على عاتق المتدخل المحترف بتحذير المستهلك من السلعة إذا كان استعمالها دقيقا أو صعبا أو محفوفا بالمخاطر وذلك بإعلامه عن خواصها ونواحي خطورتها وكيفية استعمالها بما يجنبه ضررها.

ويختلف التحذير عن الحق في الإعلام في أنه يتعلق بالصفة الخطرة للأشياء في مرحلتي الحيازة و الاستعمال(19)، في حين أنه في الإعلام ليس هناك تحديد لطبيعة ونوعية المعلومات التي يلتزم التاجر بتقديمها للمستهلك، فهذا الحق أي حق الإعلام يتسع ليشمل كل ما من شأنه تنوير رضا المستهلك قبل إبرام العقد.

وكذلك يقوم الخلاف بينهما من حيث الغاية حيث أن غاية الإعلام هي إيجاد رضا حر ومستنير لدى المستهلك لضمان صحة وسلامة رضاه، بينما التحذير هدفه ضمان سلامة المستهلك في جسده وماله(20).

فضلا عما تقدم فإن الإعلام لا يكون منتجا لآثاره إلا في المرحلة السابقة عن التعاقد لتنوير إرادة المستهلك بخلاف التحذير من الخطورة الكامنة في المنتجات أو طريقة استعمالها فإنه ينتج آثاره في المرحلة اللاحقة للتعاقد بحيث أن التحذير يقتصر على نوع محدد من المعلومات تتعلق بالخطورة التي تكتنف السلعة وطريقة استعمالها وحيازتها(21).

المطلب الثاني: الشروط الواجبة لتمكين المستهلك من حقه في الإعلام ومحتواه القانوني

سوف نتطرق من خلال هذا المطلب إلى إبراز الشروط الواجب توافرها عند إعلام المستهلك. في فرع أول أما الفرع الثاني

فسنتطرق الى المحتوى القانوني لحق الإعلام

الفرع الأول: الشروط الواجبة لتمكين المستهلك من حقه في الإعلام:

هناك جملة من الشروط التي يجب أن تتوفر حتى يتمكن المستهلك من حقه في الاعلام وهذه الشروط نص عليها المشرع الجزائري بقواعد قانونية آمرة لا يمكن للمتدخل مخالفة أحكامها وإلا عرض نفسه للمتابعة وستتطرق لكل شرط بشيء من التفصيل فيما يلي:

1. أن يكون الإعلام كاملا: فالمقصود بكمال الاعلام تمكن المتدخل للمستهلك من جميع المعلومات والبيانات التي تسمح له بالتعرف الكافي النائي للجالة على خصائص وعناصر وأخطار المنتج الذي الذي يريد اقتناءه وهو ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 17 من قانون حماية المستهلك وقمع العش بقولها: "يجب على كل متدخل أن يعلم المستهلك بكل المعلومات المتعلقة بالمنتج....".

2. كما يجب أن يكون واضحا ومكتوبا باللغة العربية الهدف من إلزامية وضوح الإعلام وكتابته باللغة العربية هو ضمان وصول معلومة واضحة وكافية ولا يكتنفها أي لبس وبلغة يفهمها المستهلك وللإشارة فإن كتابة المعلومات تسهل على المستهلك الإثبات في حالة قيام نزاع بينه وبين المتدخل، لذلك نص المشرع في المادة 18 من قانون حماية المستهلك وقمع الغش على أن يمكن المتدخل المستهلك من حقه في الإعلام بالكتابة والوسم، وأن تكون العبارات الواردة على المنتج مفهومة بسيطة وخالية من العبارات المعقدة ومكتوبة بلغة يفهمها المستهلك غير المتخصص، لأنه في حالة تخلف عنصر من العناصر السالفة الذكر لا تكون هناك أي فائدة من الإعلام .

ونشير هنا الى أن المشرع الجزائري قد ألزم المتدخل بتحرير الوسم باللغة العربية وذلك باعتبارها لغة وطنية وترك المجال مفتوحا أمامه لإضافة لغات أخرى تكون واسعة الانتشار ففي الجزائر مثلا نجد أن جمهور المستهلكين على علم باللغة الفرنسية واللغة الإنجليزية وبالتالي يمكن إضافتها الى جانب اللغة العربية وهذا لكي يحقق الوسم الغرض من إنشائه، وللعلم فإن المشرع الجزائري قد كرس ضرورة التعامل باللغة العربية بموجب القانون رقم 91-05 المتعلق بتعميم استعمال اللغة العربية(22) .

3. وأن يكون مرئياً : ألزم المشرع المتدخل بموجب المادة 18 من قانون حماية المستهلك وقمع الغش وكافة النصوص المتعلقة بوسم المنتجات ، أن يكون تحرير الوسم بصفة مرئية أي أن يكتب بخط واضح وألوان ظاهرة تلفت انتباه المستهلك ، وقد نصت أيضا المادة 10 فقرة 1 من المرسوم التنفيذي رقم 97-37(23) على ضرورة كتابة بيانات الوسم بشكل ظاهر للعيان، ويجب أن تكون البيانات لافتة للانتباه عند أول وهلة، إذ أن المستهلك يتمكن من الحصول على حقه في الإعلام إذا كان يلفت انتباهه ويمكنه من الاختيار إما أنه يبرم العقد مع المتدخل وإما أنه يرفضه .
4. أن يتعدّل محو بياناته ويقصد بعبارة "متعدّل محوها" التي جاءت بها المادة 18 من قانون الاستهلاك ومكافحة الغش السالفة الذكر، إلزامية أن يكون الوسم ملتصقا بالمنتج، ولهذا لا يكفي أن تكتب هذه البيانات على المستند المرفق بالمنتج و المسلم للمشتري بل يجب أن يكتب على المنتج ذاته إن كان ذا قوام صلب، أما إذا كان المنتج سائلا يستوجب تعبئته في قارورات فينبغي الوسم على الغلاف الخارجي للقارورة.

الفرع الثاني : المحتوى القانوني لحق الإعلام

بداية نشير الى أنه فيما يخص إعلام المستهلك حول خصائص المنتج فإن المشرع الفرنسي يعتبر أكثر صراحة ووضوحا من نظيره الجزائري في هذا الشأن وذلك وفقا لما نصت عليه المادة 1-111 L من قانون الاستهلاك الفرنسي (24).
 إن هذه المادة تضع في العلاقة بين المتدخلين والمستهلكين التزاما هاما يتمثل في الإعلام بالعناصر الأساسية للمنتجات والخدمات المعروضة في السوق، وذلك لكونها تلعب دورا مهما في التأثير على رضا المستهلك ، فإما أن يتعاقد وإما أن يحجم عن التعاقد، وهو ما يستشف أيضا في القانون الجزائري من نص المادة 17 فقرة 1 من قانون حماية المستهلك وقمع الغش رقم 09-03 السالف الذكر التي تنص على أنه:

"يجب على كل متدخل أن يعلم المستهلك بكل المعلومات المتعلقة بالمنتج الذي يضعه للإستهلاك بواسطة الوسم ووضع العلامات أو بأي وسيلة أخرى مناسبة".

من خلال نص هذه الفقرة يتضح لنا أن المشرع الجزائري أوجب على المتدخل إعلام المستهلك بكل معلومة متعلقة بالمنتج أو الخدمة، ونظرا لاحتياج هذا النص لأحكام تضيي عليه المزيد من الوضوح والتفصيل فقد أصدر المشرع الجزائري سنة 2013 مرسوم تنفيذي يحمل رقم 13-378 (25) ضمن فيه أنواع المنتجات والخدمات التي يجب على المتدخل أن يلتزم فيها بالاعلام وهي كالتالي:

1. المنتجات الغذائية: نص عليها بموجب أحكام المادة من 12 الى 34 من المرسوم 13-387 السالف الذكر حيث ألزمت هذه النصوص على المتدخل أن يكون المنتج الغذائي الذي يعرضه للبيع مشتملا على بيانات إلزامية للوسم وتحديد الكمية الصافية والمكونات وتعريف الحصة وتاريخ الصنع و التاريخ الأدنى للصلاحيّة وكذا التاريخ الأقصى وأخيرا التجميد والتجميد المكثف .

ونشير هنا الى أن المشرع يهدف من وراء كل هذا الى تنوير المستهلك بالمعلومات الكافية حول المادة الغذائية حتى يكون اختياره سليما واستهلاكه لتلك السلعة الغذائية صحي ومن دون حدوث أي مضاعفات أو أضرار .

2. المنتجات غير الغذائية: نص عليها المشرع الجزائري بالمواد من 37 الى 50 من المرسوم 13-387 حيث جاء نص المادة 37 كما يلي: "تطبق أحكام هذا الفصل على المنتجات غير الغذائية سواء كانت أداة أو وسيلة أو جهاز أو آلة أو مادة موجهة للمستهلك لاستعماله الخاص و أو المنزلي".

من خلال اطلعنا و تحليلنا لنصوص السالفة الذكر يتضح لنا أن المشرع قد ألزم المتدخل بتمكين المستهلك بجميع المعلومات الخاصة بالمنتجات غير الغذائية كالبيانات الاجبارية و الاحتياطات والتحذيرات المتعلقة بالأخطار المرتبطة بإستعمالها وعلامة المطابقة والكمية الصافية للمنتوج والبيانات المتعلقة بالعلامة والمنشأ وغيرها من البيانات التي تنير ذهن المستهلك وتجعله على علم بكل خصائص ومكونات المنتوج غير الغذائي

3. الخدمات : أفرد المشرع أيضا أحكام خاصة بالخدمات بالمواد من 51 الى 57 من المرسوم 13-378 حيث بين من خلالها وسيلة اعلام المستهلك بشروط الخدمة والتعريفات والحدود المحتملة للمسؤولية التعاقدية ألا وهي الاشهار أو الإعلان أو بأي وسيلة أخرى مناسبة وهذا من أجل معرفة مستهلك الخدمة بكل المعلومات المتعلقة بالخدمة في حد ذاتها أو بمقدمها وشروط التعامل معه .

وبصفة عامة نشير إلى أن التزام المتدخل بالإعلام يتم بصورة خاصة عن طريق الوسم الذي يعتبر من أهم الوسائل التي تمكن المستهلك من حقه في الإعلام (26)، وقد عرفه المشرع الجزائري في المادة 3 فقرة 4 من القانون 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش على أنه: "الوسم كل البيانات أو الكتابات أو الإشارات أو العلامات أو المميزات أو الصور أو التماثيل أو الرموز المرتبطة بسلعة ، تظهر على كل غلاف أو وثيقة أو لافتة أو سمة أو ملصقة أو بطاقة أو ختم أو معلقة مرفقة أو دالة على طبيعة منتوج مهما كان شكلها أو سندها، بغض النظر عن طريقة وضعها".

و نشير إلى أن هاته الخصائص الأساسية للمنتوج تختلف باختلافه فما يكون خاصية أساسية في سلعة قد يكون غير ذلك في سلعة أخرى، أما بالنسبة للخدمات فإن الإعلام بها يكون أكثر صعوبة من ناحية تقديمها لأن المنتوج مهما كان تعقيده فهو سهل التمييز بخلاف الخدمة التي تعتبر أداء غير مادي يصعب ضمان إعلام مسبق عن درجة جودتها حتى وإن كانت قد وضعت فهارس وجداول لبعض الخدمات غير أن ضمان خدمة مطابقة لحاجات ورغبات المستهلك لا يمكن أن تقوم إلا على أساس اختصاص وجدية مقدم الخدمة نفسه(27).

هذا ونجد أن المشرع الجزائري قد نظم إجراءات تقديم الخدمات و بدى صارما في هذا الشأن من أجل ضمان التقديم الجيد لها حتى تتوافق مع رغبات المستهلك، فألزم المتدخل بضرورة توافر شروط معينة فيه حتى يمارس نشاطه كالأهلية ووجوب تسليم وثائق تجارية أو محاسبية وكيفيات خاصة في تلقي الأموال وكذا إشتراطه حيازة بطاقة أو شهادة معينة مع وجوب الاشارة الى رقمها وتاريخ حصوله عليها وأحيانا نجد أن صفة مؤدي الخدمة تثبت بعلامة مميزة كما هو الحال بالنسبة للحرفيين(28).

ويلزم على المتدخل عدم الإيقاع بالمستهلك في غلط بشأن خصائص المنتوج وعناصره، فيمتنع عنه استعمال أي إشارة أو علامة أو أي وسيلة أخرى من شأنها أن تخدع المستهلك وتوقعه في الغلط فيما يخص طبيعة المنتوج وتركيبه ومقدار عناصره وطريقة إستعماله، وتاريخ صنعه وتاريخ استهلاكه ومصدره وكميته فهذه البيانات هي جوهر حق الإعلام لأن خصائص السلعة أو الخدمة قد تكون هي الباعث الرئيسي لدى المستهلك على التعاقد(29).

كما يجب أن يحتوي الإعلام ويتضمن كيفية الإستعمال إذ أن المتدخل في علاقته مع المستهلك ملزم بإعلامه بكيفية إستعمال المنتج المباع وذلك بإعطائه تعليمات الاستخدام حتى يتجنب الأضرار التي يمكن أن تنجم عن استعماله، ويعتبر الإعلام بطريقة الإستعمال الحد الأدنى من المعلومات التي يلزم المتدخل بتقديمها وإرفاقها بالسلعة، لأنه بدونها لا يمكن للمستهلك الحصول على حقه في الإعلام ويمكن أن يترتب عن ذلك أضرار خطيرة نتيجة الاستعمال الخاطئ للمنتج، لذلك فإن عدم الإعلام أو الإعلام الناقص يقيم مسؤولية المتدخل المدنية أو الجزائية عما يصيب المستهلك الضعيف من أضرار(30).

وكذا الإعلام بأسعار السلع والخدمات فلهذا النوع من الإعلام أهمية كبيرة وقد نصت عليه المادة الرابعة من القانون 04-02 السالف الذكر على أن يتولى البائع وجوبا إعلام الزبائن بأسعار وتعريفات السلع والخدمات، وتزداد أهمية هذا الإلتزام خاصة بعد إقرار مبدأ حرية تحديد الأسعار، إضافة الى أن إختيار المستهلك بين أسعار السلع والخدمات المعروضة عن علم يكون بإعلام السعر، والملاحظ في فرنسا أن الإعلام بالأسعار لا يقتصر على المتدخل وحده فهناك جهات كلفت بهذه المهمة مثل المعهد الوطني للإستهلاك، جمعيات حماية المستهلك، وكذلك بعض المجالات فكل هؤلاء يقومون بنشر أسعار السلع والخدمات التي توجد داخل السوق(31).

وفيما يخص كفيات الإعلام بهذه الأسعار فإن المادة 05 من القانون 04-02 السالف الذكر بينت لنا الكيفية التي يمكن من خلالها إعلام المستهلك حول أسعار السلع والخدمات فذكرت وضع علامة أو وسم أو معلقات أو بأي وسيلة أخرى مناسبة(32)، إضافة إلى القواعد العامة السابقة في الإعلام عن الأسعار، أشار المشرع إلى أن تحديد الكفيات الخاصة بالإعلام عن أسعار تكون عن طريق التنظيم، وتنفيذا لذلك صدرت العديد من المراسيم التنفيذية والقرارات منها المرسوم التنفيذي المتعلق بتعريفات نقل الركاب في سيارات الأجرة(33)، وكذلك أيضا أسعار إيجار الغرف واستهلاك المأكولات والمشروبات في المؤسسات الفندقية(34)، أما الخدمات فالإعلام بها يكون بنفس طريقة الإعلام عن أسعار المنتجات، وغالبا ما تكون منشورة في الأماكن التي تقدم فيها الخدمات للجمهور، ويشترط في الإعلام بالأسعار سواء بالنسبة للمنتجات أو الخدمات أن تكون بصفة مرئية ومقروءة، بحيث يجب أن تحتوي الأسعار المعلنة على جميع الرسوم الواجب دفعها لكل سلعة أو خدمة كما يجب أن يكون السعر المعلن عنه محتويا للتكاليف الإضافية المحتملة، التي يتحملها المستهلك إن وجدت كل هذا بغية تجنيب إطلاع المستهلك بكل التفاصيل لكي لا يكون هناك أي غموض .

ويجب أيضا تمكين المستهلك من الاعلام بشروط البيع: حيث أن المشرع الجزائري قد جمع كل من الإعلام المتعلق بشروط البيع والإعلام بالأسعار في نص المادة 4 السالفة الذكر وكان يستحسن فصله و إعتبره التزاما مستقلا عن الإعلام بالسعر، ومعنى الإعلام بشروط البيع هو إعلام المستهلك بالحقوق والالتزامات الناشئة عن العقد أو حتى تلك الناشئة عن نصوص القانون، وقد أضافت المادة 08 أن البائع ملزم بإخبار المستهلك بشروط البيع الممارس وكذا الحدود المتوقعة للمسؤولية التعاقدية لعملية البيع أو الخدمة وهذا الإعلام ضروري لما له من دور في تحديد قرار المستهلك بشراء المنتج أو تحصيل الخدمة من عدمه مثل شرط التسليم بالبيت وشرط ضمان حسن عمل المنتج.

ويثور التساؤل بشأن تفسير مصطلح شروط البيع وهل ينطبق على المنتجات والخدمات معا ؟ .

نشير هنا الى أنه ورغم المفهوم الضيق لمصطلح "شروط البيع" فإنه يجوز توسيعه ليشمل الخدمات أيضا، كما يثور التساؤل بشأن تحديد ماهية شروط البيع التي أشارت إليها المادة المذكورة ونبين هنا بأنه قد تكفلت المادة بإعطاء أمثلة عنها لكن بين الأعوان

الاقتصاديين والتي من بينها كفيات الدفع، الرسوم، التخفيضات... الخ، بينما في العلاقة بين العون الاقتصادي والمستهلك فهي تتمثل في التسليم وشروط الدفع وشروط إلغاء العقد.

المبحث الثاني: مراحل وأنواع إعلام المستهلك

سوف نحاول من خلال هذا المبحث التطرق إلى مراحل اعلام المستهلك وهما مرحلتان، مرحلة قبل إبرام العقد سنتطرق اليه في الفرع الأول ومرحلة تكون بعد إبرام العقد سنتطرق اليه في الفرع الثاني أما أنواع الاعلام فسننتطرق اليها في المطلب الثاني.

المطلب الأول: مراحل إعلام المستهلك

هناك مرحلتين كما سبق الإشارة اليه قبل وبعد إبرام العقد الاستهلاكي.

سوف نبرز أولا حق المستهلك في الإعلام في المرحلة السابقة عن التعاقد ، و هذا الحق هدفه هو تنوير إرادة المستهلك حتى يكون رضاه صحيحا وخالي من العيوب فيكون حرا في تعاقدته أو رفض ذلك حسب ما يراه من مصلحة ومدى توافقها مع المعلومات المقدمة له من طرف المتدخل وبالتالي فإن الجدوى من هذا النوع من الإعلام تنعدم إذا أبرم العقد ، وقد عرف هذا الحق بعدة تعاريف نذكر منها :

حق المستهلك قبل التعاقد في الإعلام ينفصل عن العقد وينشأ في المرحلة السابقة عن التعاقد حتى ينتج للمستهلك رضا حر يستطيع من خلاله إبرام العقد أو رفضه وتكون كل معطيات العقد واضحة أمامه(35).

وعرف أيضا بأنه إلتزام ينشأ في المرحلة السابقة عن التعاقد ،وموجبه يعلم البائع المشتري بكل ما يمكن أن يؤثر على قراره في إبرام العقد من عدمه،لكي يكون رضا المستهلك حرا(36)، كما عرفه البعض بأنه إلتزام قانوني عام سابق عن التعاقد يلتزم فيه المدين بإعلام الدائن في ظروف معينة التزاما صحيحا وصادقا بكافة المعلومات الجوهرية المتصلة بالعقد المراد إبرامه والتي يعجز عن الإحاطة بها بوسائله الخاصة ليبني عليها رضاه بالعقد(37).

وعرف كذلك بأنه إلتزام عام يغطي المرحلة السابقة على التعاقد في جميع عقود الاستهلاك ويتعلق بالإدلاء بكافة المعلومات والبيانات الأزمة لإيجاد رضا حر وسليم لدى المستهلك(38) .

من خلال التعاريف السالفة الذكر يتبين لنا أن الهدف من الإعلام السابق للتعاقد يدور كله حول رضا المتعاقد المستهلك من خلال حصوله على رضا حر سليم خالي من العيوب ، بعد قيام الطرف الآخر أي المتدخل (39) بإعلامه وتنويره بالمعلومات الضرورية حول السلعة أو الخدمة.

ونشير هنا الى أن الحكمة التي يرمي إليها المشرع من وراء إلتزامه للمتدخل بتقديم حق الإعلام قبل التعاقد للمستهلك هو أن نظرية عيوب الرضا وكذا نظرية ضمان العيوب الخفية قد لا توفر للمستهلك الحماية الكافية ، بسبب صعوبة إثبات وقوعه في غلط حول صفة جوهرية في المنتج ،في حين يكفي المستهلك لكي يستفيد من الحماية التي يكفلها له إلتزام المتدخل بالإعلام قبل التعاقد أن يثبت أن ثمة معلومات جوهرية متصلة بالمبيع ويعلمها المتدخل،لكنه رغم ذلك كتمها أو كذب عليه فيها رغم علمه بأهمية هذه المعلومات بالنسبة للمستهلك.

مما سبق بيانه وإذا كان الحق في الإعلام وفقا لبعض الفقه هو حق صاغه القضاء الفرنسي و سارت عليه بعض المحاكم (40) ثم ما لبث أن تم تعميمه في القواعد العامة رغم عدم وجود نص خاص به ، فماهو الأساس القانون الذي يقوم عليه الحق قبل التعاقد في الإعلام؟.

سار المشرع الجزائري على درب الإجهاد القضائي الفرنسي الذي قضى فيه بأن السكوت في صورة الكتمان يمكن أن يكون تدليسا (41) مما يؤدي إلى إمكانية بطلان العقد وذلك طبقا لما نصت عليه المادة 86 / 2 من القانون المدني الجزائري (42) "يعتبر تدليسا السكوت عمدا عن الواقعة أو ملابسة إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملابسة".

وتعتبر هذه المادة من أهم النصوص التي كرست الحق في الإعلام ، فقد ارتبط ذلك عند القضاء بقيام إلتزام الإعلام على عاتق الساكت، حيث يجوز للمتعاقد المدلس عليه عندئذ المطالبة بإبطال العقد وقد أضافت هذه الفقرة سبب لإبطال العقد وهذا السبب يتمثل في السكوت عن واقعة أو ملابسة، ولكن يشترط فيه أن يكون عمديا وأن تكون المعلومات المخفية جوهرية بحيث لو علم بها المتعاقد الأخر لما تعاقد أصلا، مع وجوب أن يكون هذا الكتمان التدليسي قد وقع في مرحلة إبرام العقد لا تنفيذه، وهو ما يجعلنا بصدد مسؤولية تقصيرية (43) أما إذا وقع الكتمان التدليسي في مرحلة تنفيذ العقد فلا مجال للاحتجاج بالنص السابق، لأننا نكون في هذه الحالة بصدد الإخلال بإلتزام تعاقدية بالإعلام فتطبق أحكام ضمان العيوب الخفية، أي أنه تطبق أحكام المادة 397 من القانون المدني الجزائري .

كما نجد أن المشرع الجزائري نص في المادة 352 من القانون المدني على أنه: "يجب أن يكون المشتري عالما بالمبيع علما كافيا ويعتبر العلم كافيا إذا اشتمل العقد على بيان المبيع وأوصافه الأساسية بحيث يمكن التعرف عليه " وإذا ذكر في عقد البيع أن المشتري (المستهلك) عالم بالمبيع سقط حقه في طلب إبطال البيع بدعوى عدم العلم به إلا إذا أثبت عس البائع (المتدخل). إن أنصار مبدأ سلطان الإرادة يجدون في مطالبة المتعاقد بأن يلتزم تجاه غير المتعاقد معه بالإعلام في المرحلة السابقة عن التعاقد أمر غير مقبول عند غياب نصوص قانونية أو إتفاقية صريحة تفرض ذلك في هذه المرحلة التي لم يبدأ فيها بعد الإلتزام التعاقدية، لكنه قد تم الاعتراف بهذا الحق للمستهلك لضرورته الأخلاقية وكذلك المبررات العملية التي اقتضتها ظروف التعامل في الحياة المعاصرة وخصوصا في إطار عقود الاستهلاك ، حيث نجد أن هذا الحق هو التزم على عاتق المتدخل وذلك لعدم امتلاك المستهلك وسائل العلم بالمعلومات الجوهرية المتصلة بالعقد، وكذا نتيجة عدم المساواة الاقتصادية والمعرفية بينهما فيكون هذا الإلتزام وسيلة لإعادة التوازن، ولذلك فأهم مبررات الإعلام قبل التعاقدية هي:

❖ مواجهة عدم التكافؤ بين طرفي العقد من حيث مستوى العلم والدراية.

❖ قصور النظريات والوسائل التقليدية (عيوب الرضا والعيوب الخفية) في توفير الحماية اللازمة للمستهلك.

❖ ازدياد أهمية الحق في الإعلام ضمن إطار عقود الاستهلاك الإلكترونية (44).

أما إعلام المستهلك أثناء إبرام العقد فهو يختلف هذا الحق عن سابقه، فإذا كان الحق الأول يجب أن يقدم قبل إبرام العقد فهذا الحق مشتق من العقد في المعاملات (45)، ويعتبر القضاء الفرنسي هو من أدخل مخالفة المتدخل للإلتزام بالإعلام إلى الدائرة العقدية وذلك من خلال قضية Barthe وابنه اللذان توفيا جراء إنفجار منتج سريع الإلتهاب ، حيث قضت محكمة الإستئناف بمسؤولية الصانع (المتدخل) في مواجهة المشتري (المستهلك) الذي كان قد اشترى المنتج من وسيط تجاري ، وكان بالتالي أجنبيا عن العلاقة العقدية، فقد قامت مسؤولية الصانع في مواجهته لعدم وفائه بالإلتزام بالإعلام أو بمعنى أصح لعدم كفاية التحذير وأعتبر بالتالي مرتكباً لخطأ وحكم بمسؤوليته العقدية وهذا ما أقرته محكمة النقض التي رفضت الطعن المقدم من الصانع (46).

وقد عرف بأنه إلتزام على المتدخل ، يدلي فيه بالبيانات والمعلومات اللازمة لتنفيذ العقد ولتجنب المستهلك الأضرار الناجمة عن تنفيذه أو على الاستمرار في إستخدام السلعة و الإستفادة بالخدمة، وهو ينشأ بمناسبة إبرام كل عقد على حدة وفي حدود ما يقتضيه كل عقد(47).

إن الحق التعاقدي في الإعلام يتفرع من العقد ذاته والمسؤولية المترتبة عن الإخلال به هي مسؤولية عقدية، وذلك بخلاف الحق في الإعلام قبل التعاقد فالمسؤولية الناجمة عن الإخلال به هي مسؤولية تقصيرية، لذلك يجب عند إبرام أي عقد أن يقوم المتدخل بتوفير المستهلك بالمعلومات الضرورية والمفيدة عند إستعمال المنتج أو الخدمة وكذا تنبيهه بالاحتياطات الواجب إتخاذها وإذ يجب السماح للمستهلك بإستعمال المنتج ضمن الضوابط والشروط المبينة والمنصوص عليها.

أما فيما يتعلق بالأساس القانوني للحق التعاقدي في الإعلام فقد إختلف الفقه حول أساس هذا الحق والذي تم إكتشافه من طرف الإجتهد القضائي الفرنسي في عدد هائل من العقود، وقد نص المشرع الجزائري في نص المادة 107 / 2 من القانون المدني أنه : "...ولا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه فحسب ، بل يتناول أيضا ما هو من مستلزماته وفقا للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الإلتزام " .

وقد أعرب عن هذا الأساس طبقا لما نصت عليه المادة 1135 من القانون المدني الفرنسي محكمة دواي Douai في قرارها الصادر في جوان 1954 وكذلك محكمة استئناف باريس في قرارها الصادر في 13 ديسمبر 1954(48)، وهذا الإلتزام يقع على عاتق المتدخل كما سبق الإشارة إليه سواء كان صانعا أو منتجا أو بائعا أو موزعا، ففي حالة ما إذا كان البائع ليس هو من صنع المنتج محل البيع فالاجتهاد القضائي يتجه نحو تحميل المسؤولية للمنتج، وعلى هذا الأخير أن يرفق منتوجه بكل المعلومات الضرورية واللازمة، وهو من يتحمل المسؤولية تجاه المستهلك(49)، ويضاعف الإلتزام بالإعلام أحيانا ليصل إلى درجة النصيحة ولفت الانتباه إلى المخاطر أو الآثار السلبية للسلعة أو الخدمة خاصة إذا كانت تتميز بطبيعتها الخطرة، كما يستحسن أن يتم إعلام المستهلك خطيا، مما يشكل الأسلوب الجيد لإثبات المتدخل تقديمه للإعلام، فيمكن إيراد الإعلام عن طريق لصق ملصقة على المنتج، أو إيراد هته المعلومات في ورقة وإدراجها في المنتج أو على الغلاف، وغيرها من الطرق .

أما فيما يخص الإعلام للخدمات فيمكن أن يكون من خلال كتابة كفيات تقديم هاته الخدمات أو المخاطر التي يمكن أن تنجر عنها في ملصقات تعلق في مكان تقديم هاته الخدمات، أو يمكن تقديم هذه المعلومات والتحذيرات من طرف مقدمي الخدمات للمستهلكين مباشرة، وللإلتزام بالإعلام أطراف لأنه ناتج عن عقد وأطراف هذا العقد هما الدائن بالإعلام وهو المتدخل والمدين بالإعلام وهو المستهلك.

للحق التعاقدي في الإعلام أطراف مدين وطرف دائن وهي :

أطراف مدينة بالحق في الإعلام:

فالطرف المدين بهذا الحق للمستهلك هو المحترف معرفته وإطلاعها على خصائص المنتجات والخدمات التي يقتنيها المستهلك بغرض الإستهلاك الشخصي أو العائلي وهذا الإلتزام كما بيناه ظهر في كثير من العقود بفضل القضاء الفرنسي وأول عقد ظهر فيه هذا الإلتزام هو عقد البيع(50) ، فيلتزم البائع المحترف بإعلام المشتري حول إستعمال المنتج المباع وكذا الاحتياطات الواجبة الإلتزام أي تقديم المعلومات الضرورية لاستعماله، أما فيما يخص المنتجات الخطرة فعليه أن يحذر المستهلك من مخاطر استعمالها خاصة إذا كانت هذه المنتجات جديدة ومعقدة لذلك يلتزم المتدخل بتقديم معلومات كاملة صحيحة فإذا لم يقدم البائع بذلك

عد مسؤولا عن كل ضرر يلحق بالمستهلك خصوصا إذا كان هو نفسه محترفا مختصا، بما يؤهله للقيام بنقل وتوضيح بل وحتى تصحيح المعلومات التي يقدمها الصانع.

طرف دائن بالإعلام (المستهلك أو المشتري)

بيننا فيما سبق أن الغاية من تمكين المستهلك من حقه في الإعلام هو بغرض إعادة التوازن بين طرفي العلاقة الاستهلاكية وهما المحترف المتدخل و المستهلك العادي ، ونجد أن القضاء الفرنسي في القديم كان لا يعترف بهذا الالتزام في حق المتدخل لقوله : أن المتعاقد الذي يندع لسرعة تصديقه أو لإهماله فيما يعرض له فلا يلو من إلا نفسه، أما حاليا فقد اتجه نفس القضاء إلى تحميل المتدخلين بهذا الإلتزام لصالح المشتري المستهلكين ولكن ليس لفائدة كافة المشتريين ، بل للمستهلكين فقط واستبعاد المحترفين من خانة الحماية.

ولا شك أن الإلتزام بالإعلام يقوم دون تحديد عندما يتعاقد البائع مع المشتري بوصفه مستهلكا والذي يقتني منتوجا أو يحصل على خدمة تلبية لحاجة من حاجياته الشخصية أو الأسرية(51).

المطلب الثاني : أنواع الإعلام

بالرجوع الى القوانين المتعلقة بحماية المستهلك في التشريع الجزائري ، نجدها قد ألزمت المحترفين بتقديم المعلومات الكافية عند عرض المنتوج أو الخدمة على جمهور المستهلكين وهو ما يعرف بالإعلام الاجباري ويتسد في الوسم ، وهناك اعلام اختياري مصدره المحترفين أنفسهم حيث يلجؤون الى التعريف بمنتجاتهم الى المستهلكين ، وهو ما يطلق عليه اصطلاحا بالدعاية التجارية (الإشهار) ، فيقومون بالإشهار عن منتجاتهم من أجل الربح وزيادة المبيعات .

وقد عرف المشرع الجزائري الوسم بموجب المادة 02 فقرة 6 من المرسوم 90-39 بأنه: "جميع العلامات والبيانات وعناوين المصنع والتجارة والصور والشواهد والرموز التي تتعلق بمنتوج ما والتي توجد في أي تغليف أو وثيقة أو كتابة أو رسمة أو خاتم أو طوق يرافق منتوجات ما أو خدمة ويربط بينها"، كما عرفته المادة 02 من المرسوم 05-484 المتعلق بوسم السلع الغذائية وعرضها بأنه: "كل نص مكتوب أو مطبوع أو كل عرض بياني يظهر على البطاقة التي ترفق بالمنتوج أو يوضع قرب هذا الأخير لأجل ترقية البيع".

وهناك تعريف ثالث نص عليه المشرع بموجب المادة 03 من القانون 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش بقولها: الوسم "كل البيانات والكتابات أو العلامات أو المميزات أو الصور المرتبطة بسلعة أو بطاقة تظهر على كل غلاف أو وثيقة أو لافتة أو سمة أو ملصقة أو بطاقة أو ختم أو معلقة مرفقة أو دالة على طبيعة منتوج مهما كان شكلها أو سندها بغض النظر عن طريقة وضعها".

ونشير هنا الى أن للوسم أهمية كبيرة سواء بالنسبة للمستهلك أو الأعوان الاقتصاديين وحتى لاقتصاد الدولة ونتيجة لذلك وضع له تنظيم خاص به.

أما النوع الأخر من الإعلام هو الإعلام الاختياري ، حيث يقوم المحترفون من تلقاء أنفسهم بالتعريف بمنتجاتهم قصد تسويقها.

ونشير هنا الى أنه لابد من توافر البيانات اللازمة الكافية عن السلعة أو الخدمة المعلن عنها ، ويجب أن تكون العبارات المستخدمة فيه واضحة وحصول المعلن على ترخيص لاشهار منتجاته ، وللاشهار أهمية للمحترفين وللمستهلكين ، فبالنسبة للمحترفين يعتبر من أهم الوسائل التي تربطهم بعلاقة دائمة بالمستهلكين، لأنه يدفع الى زيادة الطلبات مما يترتب عليه فوائد تجارية. في مقابل هذه الايجابيات هناك سلبيات تكون في حالة السلوك الغير القانوني الذي يقدم عليه المعلن في تقديم اشهاره، وخذاع الجمهور بأساليب احتيالية مما قد يوقع المستهلك في التدليس وحينئذ نكون أما اشهار غير قانوني.

أما بالنسبة للمستهلك فالاشهار يبصره بخصائص المنتج ومن ثم يكون رضاه سليم وصحيح وخالي من العيوب.

الخاتمة

في الأخير نشير إلى أن حماية حقوق المستهلك عموما والحق في الإعلام خصوصا من المهام الصعبة التي تسعى السلطة المختصة لتجسيدها على أرض الواقع لما لهذا الحق من أهمية في حماية القدرة الشرائية وكذا أمن وسلامة المستهلك خصوصا ونحن في عالم يشهد نهضة وتطور تكنولوجي كبيرين وسريعين ترتب عليهما صنع منتوجات جديدة ذات خصائص معقدة.

لذلك فإن مهمة حماية حق المستهلك في الإعلام مهمة شاقة فرغم سن المشرع الجزائري لعدة قوانين تضمن ذلك بداية بأحكام القواعد العامة المنصوص عليها في القانون المدني الأحكام القوانين الخاصة بحماية المستهلك، المتمثلة في القانون الملغى رقم 02-89 بموجب أحكام القانون الجديد رقم: 03-09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش و المرسوم التنفيذي 13-378 اللذان تضمنتا عدة إجراءات و التزامات من أجل ضمان حق المستهلك في إعلام صريح وصحيح بغية إضفاء نوع من التوازن بين هذا الأخير من جهة والمتدخل في من جهة أخرى ، و أحسن ما فعل المشرع هو ترتيب عقوبة جزائية عن مخالفة عدم تمكين المستهلك من حقه في الإعلام حول السلع و المنتوجات والخدمات المعروضة في السوق.

وقد توصلنا من خلال هذا البحث الى النتائج التالية :

- أن المشرع الجزائري كفل حماية بموجب نصوص قانونية لحق المستهلك في الإعلام ،غير أنه ونتيجة لضعف الرقابة التي تمارسها السلطة المختصة سواء في المرحلة السابقة عن طرح المنتج للتداول أو في المرحلة اللاحقة له فهذه الحماية ضعيفة وغير كافية.
- جهل المستهلك الجزائري بحقوقه القانونية وعلى رأسها الحق في الاعلام وانعدام روح المطالبة القضائية لديه.
- صعوبة تأدية جمعيات حماية المستهلك لدورها عموما وتبصير المستهلك بحقه في الإعلام خصوصا وذلك بسبب ضعف مواردها المالية إضافة الى العراقيل والصعوبات التي تواجهها أثناء القيام بنشاطاتها.
- في الأخير ورغم كل المساعي التي قام بها المشرع الجزائري من أجل تجسيد الحق في الإعلام إلا أنها غير كافية ، و لابد من تكثيف جهود كل الهيئات المختصة سواء كانت رسمية أو غير الرسمية وهذا بغية تمكين جمهور المستهلكين من حقهم القانوني في الإعلام .

قائمة الهوامش والمراجع

1. Cas(G) et ferrier (D),Traité de droit de la consommation PUF 1996,p390.
2. أمانح رحيم أحمد،حماية المستهلك في نطاق العقد،دراسة تحليلية مقارنة،شركة المطبوعات للتوزيع والنشر،الطبعة الأولى،2010،لبنان،ص.68.
3. زاهية سي يوسف،الواضح في عقد البيع،دارهومة،للطباعة والنشر والتوزيع،الجزائر،2012، ص 326.
4. فاتن حسين حوى الوجيز في قانون حماية المستهلك منشورات الحلبي الحقوقية،الطبعة الأولى، بيروت 2012،ص50.

5. سليم سعداوي حماية المستهلك، "الجزائر نموذجاً"، دار الخلدونية، الطبعة الأولى، الجزائر، 2009، ص124.
6. تنص المادة 17 من القانون 03-09 على أنه "يجب على كل متدخل أن يعلم المستهلك بكل المعلومات المتعلقة بالمنتج الذي يضعه للاستهلاك بواسطة الوسم ووضع العلامات أو بأي وسيلة أخرى مناسبة".
7. زاهية سي يوسف، المسؤولية المدنية للمنتج، المرجع السابق، ص152.
8. جولي شاهين حصني، الحماية الجزائرية للمستهلك، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، الطبعة الأولى، 2013، ص26.
9. بتول صراوة عبادي، التضليل الإعلاني التجاري وأثره على المستهلك، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، الطبعة الأولى 2011، ص20.
10. عبد الله حسين علي محمود، حماية المستهلك من الغش التجاري والصناعي، دار النهضة العربية مصر، 2002، ص75.
11. قانون رقم 02-04 مؤرخ في 23 يونيو 2004 يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، جريدة رسمية عدد 41.
12. أحمد السعيد الزقرد، الحماية المدنية من الدعاية التجارية الكاذبة والمضللة دار الجامعة الجديدة الإسكندرية، 2007، ص90.
13. خالد ممدوح إبراهيم، حماية المستهلك في العقد الإلكتروني، دار الفكر العربي، الإسكندرية، 2008، ص139.
14. رضا متولي وهدان، الخداع الإعلامي وأثره على معيار التدليس، دراسة مقارنة، دار الفكر والقانون، المنصورة، طبعة 2008، ص17.
15. سعيد سعد عبد السلام، الالتزام بالإفصاح في العقود، الطبعة 1، دار النهضة العربية، القاهرة، 1999، ص42.
16. السيد محمد السيد عمران، الالتزام بالإخبار، دراسة مقارنة، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 1999، ص17.
17. محمد عبد الظاهر حسين، الجوانب القانونية للمرحلة السابقة عن التعاقد، مجلة الحقوق تصدر عن جامعة الكويت، السنة 22، عدد 2، 1998، ص43.
18. محمد عبد الظاهر حسين، المسؤولية القانونية في مجال شبكات الانترنت،
19. سعيد سعد عبد السلام، المرجع السابق، ص57.
20. سعيد سعد عبد السلام، المرجع السابق، ص66.
21. المرسوم التنفيذي 06-306 المؤرخ في 10 سبتمبر 2006، المتعلق بالعناصر الأساسية في العقود بين الأعوان الإقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية جريدة رسمية عدد 56.
22. أنظر المادتين 12 و22 من القانون رقم 91-05 المؤرخ في 16-01-1991 المتعلق بتعميم اللغة العربية ج.ر عدد 03 صادرة في 16-01-1991.
23. مرسوم 97-37 لشروط وكيفيات صناعة مواد التجميل والتنظيف البدني وتوضيها واستيرادها وتسويقها في السوق الوطنية، المؤرخ في 15 يناير 1997، جريدة رسمية عدد 4.
24. L'Art 111-1 du code de la consommation françaises : "Avant que le consommateur ne soit lié par un contrat de vente de biens ou de fourniture de services, le professionnel communique au consommateur, de manière lisible et compréhensible, les informations suivantes
1° Les caractéristiques essentielles du bien ou du service, compte tenu du support de communication utilisé et du bien ou service concerné
2° Le prix du bien ou du service, en application des articles L. 113-3 et L. 113-3-1 ;
3° En l'absence d'exécution immédiate du contrat, la date ou le délai auquel le professionnel s'engage à livrer le bien ou à exécuter le service ;
4° Les informations relatives à son identité, à ses coordonnées postales, téléphoniques et électroniques et à ses activités, pour autant qu'elles ne ressortent pas du contexte, ainsi que, s'il y a lieu, celles relatives aux garanties légales, aux fonctionnalités du contenu numérique et, le cas échéant, à son interopérabilité, à l'existence et aux modalités de mise en œuvre des garanties et aux autres conditions contractuelles. La liste et le contenu précis de ces informations sont fixés par décret en Conseil d'Etat.
Le présent article s'applique également aux contrats portant sur la fourniture d'eau, de gaz ou d'électricité, lorsqu'ils ne sont pas conditionnés dans un volume délimité ou en quantité déterminée, ainsi que de chauffage urbain et de contenu numérique non fourni sur un support matériel. Ces contrats font également référence à la nécessité d'une consommation sobre et respectueuse de la préservation de l'environnement.
25. المرسوم التنفيذي 13_378 يحدد الشروط و الكيفيات المتعلقة بإعلام المستهلك، المؤرخ في 09 نوفمبر 2013 جريدة رسمية عدد 58.

26. جمال بوشنافة، إلزامية إعلام المستهلك عن طريق الوسم، مداخلة مقدمة للملتقى الوطني الخامس للحماية القانونية للمستهلك المقام بجامعة المدية يومي 16 و17 ماي 2012 ص 2.
27. مُجّد بودالي، حماية المستهلك في القانون المقارن، دار الكتاب الحديث مصر، 2006 ص 80.
28. المرسوم التنفيذي 97-143 مؤرخ في 30-04-1997 يحدد شكل ومحتوى البطاقة المهنية للحرفي والمستخرج من سجل الصناعة التقليدية والحرف جريدة رسمية عدد 27.
29. وكذا المرسوم التنفيذي 95-340 المؤرخ في 30-10-1995 الذي يحدد شروط منح وسطاء التأمين الإعتماد والأهلية المهنية وسحبه منهم ومكافئتهم ومراقبتهم، جريدة رسمية عدد 65.
30. عبد الفتاح بيومي حجازي، حماية المستهلك عبر شبكة الأنترنت، دار الفكر الجامعي الإسكندرية، دت ص 39.
31. عامر أحمد قاسم القيسي، الحماية القانونية للمستهلك، دراسة في القانون المدني المقارن، دار العلمية الدولية، ط 1، 2002، ص 125.
32. مُجّد بودالي، حماية المستهلك في القانون المقارن، المرجع السابق ص 73.
33. المرسوم التنفيذي رقم 96-40 مؤرخ في 15 يناير 1996 المتعلق بتعريفات نقل الركاب في سيارات الأجرة، ج ر عدد 4.
34. المرسوم التنفيذي رقم 2000-46 مؤرخ في مارس 2000 الذي يعرف المؤسسات الفندقية ويحدد تنظيمها وسيرها وكيفية إستغلالها، ج ر عدد 10.
35. CAS (D) et Frerrier (D), op.cit, p 394 .
36. مُجّد بودالي، حماية المستهلك في القانون المقارن، المرجع السابق، ص 63.
37. عبد المنعم موسى إبراهيم، حماية المستهلك، دراسة مقارنة، منشورات الخليلي الحقوقية بيروت ط 1، 2007، ص 369.
38. عبد الله حسين علي محمود، حماية المستهلك من الغش التجاري والصناعي، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، الامارات العربية المتحدة، الطبعة الثانية، 2002، ص 124.
39. خالد ممدوح إبراهيم حماية المستهلك في المعاملات الإلكترونية، دراسة مقارنة، الدار الجامعية، بيروت، 2007، ص 163، 164.
40. Calais Auloy, Frank Steinmetz, Droit de la Consommation, 4^{ème} édition, Dalloz, 1996.
41. Civ. 3^e, 4 janvier 1991 :D 192. s, p196¹ مشار إليه عند بوالى مُجّد، حماية المستهلك في القانون المقارن المرجع السابق ص 64 .
42. وتقابلها المادة 125 /ف2 من القانون المدني المصري: "يعتبر تدليسا السكوت عمدا عن واقعة أو ملابسة إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هاته الملابس".
43. تنص المادة 124 من القانون المدني على أنه: "كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص خطئه ويسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض".
44. أمانح رحيم حماية المستهلك في نطاق العقد، المرجع السابق ص 74.
45. Calais auloy, frank steinmetz, op.cit, p47.
46. عبد الله على حسين علي محمود، المرجع السابق، ص 127.
47. منصور القاضي، المطول في القانون المدني، تكوين العقد، ل جاك غستان، بيروت، ط 2، 2008، ص 719.
48. سالم مُجّد رديعان العزاوي، مسؤولية المنتج في القوانين المدنية والإتفاقيات الدولية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، عمان، 2008، ص 162.
49. Calis Auloy, frank steinmetz, op.cit, p47.
50. بودلي مُجّد، حماية المستهلك في القانون المقارن، المرجع السابق، ص 69.
51. بودالي مُجّد، الإلتزام بالصيحة في نطاق عقود الخدمات، المرجع السابق، ص 23.

حماية حق الطفل في التعليم في المواثيق الدولية و الإقليمية لحقوق الإنسان

أ . محانق عبد الله

أستاذ باحث بكلية الحقوق و العلوم السياسية

جامعة الجبيلي بونعامة ، خميس مليانة .

ملخص:

تهدف هذه الدراسة إلى إلقاء الضوء على حق الطفل في التعليم الذي يعتبر حقا أساسيا أصيلا من الحقوق الاجتماعية ونواة و محور منظومة الحقوق، لما له من صلة قوية بأطياف الحقوق الأخرى، والدور الذي يلعبه التعليم بمختلف مراحل في تحقيق تقدم الدول و رفاهية الأفراد. وتظهر أهمية حق الطفل في التعليم من خلال تأكيد المواثيق الدولية و الإقليمية لحقوق الإنسان على هذا الحق، و إلزام كافة الدول الأطراف فيها باتخاذ الخطوات التدريجية الضرورية ، وفقا لمقدراتها الاقتصادية ،والعمل على إزالة كافة المعوقات التي تحول دون التمتع الكامل بهذا الحق.

والمجدير بالذكر أن حق الطفل في التعليم يرتب على عاتق الدول مجموعة من الالتزامات تتمثل في إتاحة فرص التمتع بالحق في التعليم الأساسي الإلزامي والمجاني في مراحل الأولى كحد ادني ، من خلال تكريس مبدأ المساواة في الحصول على التعليم للجميع ، وتوفر المؤسسات الكافية والإمكانيات البشرية المطلوبة والبرامج المناسبة ، قصد تحقيق التنمية الكاملة لشخصية الفرد .

الكلمات المفتاحية: حق التعليم، الطفل، مواثيق حقوق الإنسان، الضمانات، الحماية.

Abstract:

This study aims to shed light on the child's right to education, which is considered to be fundamental social rights, and the center of the rights system because of its strong link with other rights, and also the role that education plays in its various stages in achieving progress and welfare of individuals. The importance of the child's right to education is emphasized through the ratification of international and regional human rights instruments which obliged all States parties to take the necessary progressive steps, according to their economic capabilities, and to remove all obstacles to the full enjoyment of this right.

It is worth mentioning that the right of the child to education entails a set of obligations for States to provide opportunities for the enjoyment of the right to free and compulsory basic education in its early stages as a minimum, by enshrining the principle of equal access to education for all, and provide adequate institutions, human resources required and appropriate programs, in order to achieve the whole person development.

key words: Right to education, child, human rights instruments, safeguards, protection

مقدمة:

يعد الحق في التعليم حق أساسي ومدخل لضمان الحقوق الأخرى التي حرصت المواثيق الدولية والداخلي على كفالتها، وهو في نفس الوقت وسيلة لا غنى عنها لتحقيق التنمية بكافة إبعادها الاقتصادية والاجتماعية والثقافية. يشكل الحق في التعليم محورا أساسيا من حقوق الطفل التي كفلها القانون الدولي لحقوق الإنسان، لما لهذا الحق من أبعاد في حياة الطفل، وفي تحديد مستقبله، فهو بمثابة الأداة الرئيسية التي تمكن الأطفال المتمشيين اقتصاديا واجتماعيا من الترقية في السلم

الاجتماعي ، والمشاركة الايجابية في نهضة مجتمعاتهم، واكتساب المهارات التي تؤسس لبناء شخصيتهم. إن التعليم حق أساسي من حقوق الإنسان وغير قابل للتصرف، يتمتع به الجميع بصرف النظر عن الجنس أو الدين أو العرق أو الوضع الاقتصادي. يندرج حق الطفل في التعليم ضمن حقوق الجيل الثاني التي تناولتها جميع المواثيق والمعاهدات على الصعيدين الدولي والإقليمي، وقد خصصت لذلك عدة مواد في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، والعهد الدولي للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، واتفاقية حقوق الطفل واتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، وغيرها من مصادر القانون الدولي لحقوق الإنسان. والملا حظ أن النصوص والأحكام الواردة في المواثيق والاتفاقات الدولية والإقليمية المرتبطة بالحق في التعليم ، شكلت نوعا من التوافق بين الدول الأعضاء في الأمم المتحدة ، والمنظمات الدولية الإقليمية، بحيث أن اغلبها لم تلق معارضة أو تحفظ من الدول الأطراف في هذه الاتفاقات، أما بخصوص الإشكالية فتتمثل فيما يلي:

هل يحظى حق الطفل في التعليم بالحماية القانونية المطلوبة في المواثيق الدولية والإقليمية لحقوق الإنسان ؟

المطلب الأول: حماية حق الطفل في التعليم في المواثيق الدولية لحقوق الإنسان

أولت منظمة الأمم المتحدة منذ تأسيسها عام 1945 اهتمامها الواسع بحقوق الإنسان، وكان لحق الطفل في التعليم، باعتباره من الحقوق الأساسية، مكانة خاصة في المواثيق الدولية لحقوق الإنسان ويظهر هذا من خلال ما يلي:

الفرع الأول : الإعلان العالمي لحقوق الإنسان

يعد الإعلان العالمي لحقوق الإنسان اللبنة الأساسية في منظومة الأمم المتحدة لحقوق الإنسان، كونه أول وثيقة دولية تركز مجموعة واسعة من الحقوق المدنية والسياسية والحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، ولم تغفل الحق في التعليم الذي اعتبره الإعلان بمثابة الركيزة الأساسية لأي انطلاقة تنموية حقيقية.¹

أولا: حق الطفل في التعليم في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان

أولى الإعلان العالمي لحقوق الإنسان أهمية بالغة لحق الطفل في التعليم في نصوصه، حيث أشار في المادة 26 منه ما يلي: " 1. لكل شخص حق في التعليم. ويجب أن يوفر التعليم مجاناً، على الأقل في مرحلتيه الابتدائية والأساسية. ويكون التعليم الابتدائي إلزامياً. ويكون التعليم الفني والمهني متاحاً للجميع. ويكون التعليم العالي متاحاً للجميع تبعاً لكفاءتهم² . 2 يجب أن يستهدف التعليم التنمية الكاملة لشخصية الإنسان وتعزيز احترام حقوق الإنسان والحريات الأساسية. كما يجب أن يعزز التفاهم والتسامح والصداقة بين جميع الأمم وجميع الفئات العرقية أو الدينية، وأن يؤيد الأنشطة التي تضطلع بها الأمم المتحدة لحفظ السلام³ .

3 للآباء، على سبيل الأولوية، حق اختيار نوع التعليم الذي يعطى لأولادهم. "

إن الدراسة التحليلية لهذه المادة تبين بشكل واضح أن الحق في التعليم حق أساسي يتمتع به كل طفل بصرف النظر عن أي اعتبار ، ونص الإعلان العالمي لحقوق الإنسان صراحة على مجانية التعليم وإلزامية ضمان استفادة كافة الأطفال من هذا الحق، إلى

¹ اعتمد الإعلان العالمي لحقوق الإنسان بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 217(أ)، المؤرخ في 10 ديسمبر 1948.

² Fernando Volio, The Child's Right to Education, Imprimerie de Presses Universitaires, Paris, 1979 , p 20

³ وهي نفس الأهداف التي أكد عليها إعلان طهران الذي صدر عن المؤتمر الدولي لحقوق الإنسان بطهران في 13 ماي عام 1968.

جانبا الاهتمام بالتعليم الفني والمهني و إتاحتها للجميع، والاستفادة من المعارف العلمية التي تساعد الفرد على امتلاك المهارات اللازمة التي اكتسبها في وضع السياسات التنموية التي تعود بالنفع عليه وعلى مجتمعه¹.

كما أشار الإعلان أيضا أن الحق في التعليم يساهم في تعزيز مبادئ التفاهم والتسامح والتعاون واحترام حقوق الإنسان، وهو ما يكتسب العملية التربوية أهميه بالغة في تجسيد مبادئ الديمقراطية واحترام الحقوق والحريات².

ثانيا: دور الإعلان العالمي لحقوق الإنسان في تكريس حق الطفل في التعليم

الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لعام 1948 أسس لمنظومة حقوقية متكاملة تقوم على مراعاة كافة أصناف الحقوق، ولصالح مختلف الفئات الاجتماعية، ومنها حق الطفل في التعليم³، وأوجب أن يكون في مراحله الأولى مجانياً وإلزامياً وأن يعمم التعليم الفني والمهني، وأن يتم تشجيع التعليم العالي على أساس الكفاءة، وتوجيه التربية والتعليم لتحقيق الإنماء الكامل لشخصية الإنسان وتعزيز احترام حقوق الإنسان وحرياته الأساسية، وبناء جسور التفاهم والتسامح والصداقة بين جميع الشعوب، وتلقين مبادئ حفظ السلم واحترام التنوع الثقافي في ظل العمولة⁴.

ومنذ صدور الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، ازداد الاعتراف بحق الطفل في التعليم على نطاق واسع في الصكوك المعيارية الدولية التي وضعتها الأمم المتحدة، بما في ذلك اتفاقية حقوق الطفل، واتفاقية اليونسكو لمكافحة التمييز في مجال التعليم، وأعيد التأكيد على هذا الحق في المعاهدات الأخرى التي استهدفت فئات محددة كالنساء والفتيات والمعوقين والمهاجرين واللاجئين⁵.

وفي إطار تعزيز تطبيق المادة 26 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان صدرت توصيات عديدة من منظمة اليونسكو أكدت في مجملها على المبادئ التالية⁶:

- يجب أن ينمي التعليم القدرة على الاتصال بالآخرين والحوار معهم.
- يجب أن تراعى ممارسة الحق في التعليم المساواة في الحقوق بين الشعوب وخصوصا حق الشعوب في تقرير مصيرها.

الفرع الثاني: العهد الدولي للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية

جاء إقرار العهدين الدوليين لحقوق الإنسان: العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية والعهد الدولي للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، كنتيجة للمجهودات المبذولة من طرف الأمم المتحدة لتكريس حقوق الإنسان، باعتبار أن الإعلان العالمي لحقوق الإنسان كان بداية لعملية طويلة وانطلاقاً حقيقية لمجهودات في إطار الأمم المتحدة توجت بمعاهدات دولية لاحقا¹.

¹ - أشار تقرير الرصد لعام 2001 بشأن التعليم للجميع إلى وجود أعداد كبيرة من الأطفال في سن التمدرس دون أن تتاح لهؤلاء فرصة التمتع بحقوقهم في التعليم.

² - ونفس المبادئ أكدت عليها العديد من توصيات منظمة الأمم المتحدة للتربية والعلوم والثقافة، منها إعلان المبادئ بشأن التسامح الذي اعتمده المؤتمر العام لليونسكو في دورته الثامنة والعشرين بباريس في 16 نوفمبر 1990.

³ - اعترفت معظم المواثيق الدولية لحقوق الإنسان، ومنها الإعلان العالمي لحقوق الإنسان والعهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية مبدأ ارتباط حقوق الانسان وعدم قابليتها للتجزئة.

⁴ - غازي حسن صباريني، الوجيز في حقوق الإنسان وحرياته الأساسية، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ص162.

⁵ - Hodgson Douglas, The Human Right to Education, Ashgate publishing, 1998, p10.

⁶ - إعتد العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة، رقم 2200(أ)، بتاريخ 16 ديسمبر 1966.

¹ - دخل العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية حيز النفاذ بتاريخ 3 جانفي 1976، وفقا للمادة 27 منه.

أولاً: حق الطفل في التعليم في العهد الدولي للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية

أكد العهد الدول الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، على حق الطفل في التعليم مع ربط عملية التعليم بالكرامة الإنسانية واحترام كل أطراف الحقوق، وفي هذا السياق نصت المادة 13 منه على:¹ "

1. تقر الدول الأطراف في هذا العهد بحق كل فرد في التربية والتعليم. وهي متفقة على وجوب توجيه التربية والتعليم إلى الإنماء الكامل للشخصية الإنسانية والحس بكرامتها ، وإلى توطيد احترام حقوق الإنسان والحريات الأساسية. وهي متفقة كذلك على وجوب استهداف التربية والتعليم تمكين كل شخص من الإسهام بدور نافع في مجتمع حر، وتوثيق أواصر التفاهم والتسامح والصدقة بين جميع الأمم ومختلف الفئات السلالية أو الإثنية أو الدينية، ودعم الأنشطة التي تقوم بها الأمم المتحدة من أجل صيانة السلم.

2 وتقر الدول الأطراف في هذا العهد بأن ضمان الممارسة التامة لهذا الحق يتطلب:

- أ. جعل التعليم الابتدائي إلزامياً وإتاحته مجاناً للجميع.
- ب. تعميم التعليم الثانوي بمختلف أنواعه، بما في ذلك التعليم الثانوي التقني والمهني، وجعله متاحاً للجميع بكافة الوسائل المناسبة ولا سيما بالأخذ تدريجياً بمجانبة التعليم.
- ج. جعل التعليم العالي متاحاً للجميع على قدم المساواة، وبكافة الوسائل المناسبة ولا سيما بالأخذ تدريجياً بمجانبة التعليم.
- د. تشجيع التربية الأساسية أو تكثيفها، إلى أبعد مدى ممكن، من أجل الأشخاص الذين لم يتلقوا أو لم يستكملوا الدراسة الابتدائية.

هـ. العمل بنشاط على إنماء شبكة مدرسية على جميع المستويات، وإنشاء نظام منح واف بالغرض، ومواصلة تحسين الأوضاع المادية للعاملين في التدريس."

وبناء على ما سبق، يتضح تأكيد العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية على الأبعاد الرئيسية للتعليم، بما في ذلك مستويات التعليم الابتدائي والثانوي والعالي²، ووجوب توجيه التربية والتعليم إلى الإنماء الكامل للشخصية الإنسانية والحس بكرامتها، وتوطيد احترام حقوق الإنسان وحرياته الأساسية، ومراعاة مبدأ تكافؤ الفرص ، مع احترام حرية الآباء أو الأوصياء عند وجودهم في اختيار مدارس لأبنائهم.³

ثانياً: ضمانات حماية حق الطفل في التعليم في العهد الدولي للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية

أنشأ العهد الدولي اللجنة المعنية بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية كجهاز للرقابة، وقد أشارت هذه اللجنة في تعليقها العام رقم 13 بشأن الحق في التعليم على المعايير الأساسية التي يجب مراعاتها في التعليم بجميع أشكاله وعلى جميع المستويات، وتمثل هذه المعايير في¹:

¹ -Angelica Fisher, The Content of the Right to Education, Theoretical Fondation, in Center for Human Right and Global Justice , Working Paper , Economic, Social and Cultural Rights, Series 04, 2004, p10.

² - Beiter Dieter Klaus, The Protection of The Right to Education by International law, Leiden Martimus, Nijhof publishers, p 58-60.

³ - فاروق مجد معاليقي، حقوق الانسان بين الشرعية الدولية والقانون الدولي الانساني، المؤسسة الحديثة للكتاب، بيروت، 2013، ص36.

¹ - أنظر التعليق الكامل للجنة المعنية بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية رقم 13 المتعلق بالمضمون المعياري للمادة 13 من العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، في الدورة الحادية والعشرين عام 1999.

- معيار التوافر: يجب أن تتوفر مؤسسات وبرامج تعليمية بأعداد كافية ، وكل ما تحتاج إليه هذه المؤسسات من مبان أو إلى شكل آخر من أشكال الوقاية من العوامل الطبيعية، ومرافق صحية للجنسين، ومياه صالحة للشرب، ومدرسين مدربين يتقاضون مرتبات تنافسية محلياً، ومواد تدريس وما إلى ذلك.

- معيار إمكانية الالتحاق بالتعليم: يجب أن يكون التعليم في المتناول مادياً وبطريقة مأمونة، وذلك إما عن طريق الحضور للدراسة في موقع جغرافي ملائم، مثلاً في مدرسة تقع بالقرب من المسكن، أو من خلال استخدام التكنولوجيا العصرية كالاستفادة من برنامج للتعليم عن بعد.

- معيار المقبولية: توضح التعليقات العامة للجنة المعنية بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية أنه يجب أن يكون شكل التعليم وجوهراً، بما في ذلك المناهج الدراسية وأساليب التدريس مقبولين للطلاب وعلى الصلة بالاحتياجات وملائمين من ناحية الجودة.

- معيار قابلية التكيف: أن يكون التعليم مرناً كي يتسنى تكيفه مع احتياجات مجتمعات وشرائح مجتمعية عديدة، وأن يستجيب لاحتياجات الطلاب في محيطهم الاجتماعي والثقافي المتنوع، ويتكيف مع احتياجات المجتمع المتغيرة ليناسب احتياجات كافة الفئات الاجتماعية ويتأقلم مع مختلف الأوضاع السائدة.

وقد ذكرت اللجنة المعنية بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية في تعليقها العام رقم 13 الدول الأطراف بالتزامهم لضمان الوفاء على الأقل، بالمستويات الأساسية الدنيا من الحقوق المبينة في العهد¹، وفي سياق المادة 13 يشمل هذا الالتزام ضمان حق الوصول إلى المؤسسات التعليمية والاستفادة من البرامج التعليمية العامة بدون تمييز، وضمان تماشي التعليم مع الأهداف الموضحة في الفقرة الأولى من المادة 13، وتوفير التعليم الابتدائي للجميع وفقاً للفقرة الثانية من نفس المادة، واعتماد إستراتيجية تعليمية وطنية تشمل إتاحة التعليم الثانوي والعالي والتربية الأساسية للجميع، وضمان حرية اختيار التعليم شريطة أن يكون متوافقاً مع المعايير التعليمية الدنيا.²

الفرع الثالث: اتفاقية حقوق الطفل

ورد في ديباجة اتفاقية حقوق الطفل ان الدول الأطراف في الاتفاقية، تقر بأن الطفل، كي تتعرض شخصيته ترعرا كاملا ومتناسقا ينبغي أن ينشأ في بيئة عائلية ، وفي جو من السعادة والمحبة والتفاهم، و أنه ينبغي إعداد الطفل إعدادا كاملا ليحيا حياة فردية في المجتمع وتربيته بروح المثل العليا توفير الرعاية الخاصة للطفل المحددة في إعلان حقوق الطفل الذي اعتمده الجمعية العامة في 20 نوفمبر 1959 وحماية كافة حقوقه الأساسية.³

أولاً: حق الطفل في التعليم في اتفاقية حقوق الطفل

تطرفت اتفاقية حقوق الطفل إلى العديد من المسائل المرتبطة بالطفل، والتي تلاؤم عمره العقلي، والبدني، والعاطفي، وأكدت على احترام حقوق الطفل و توفير الرعاية له على النحو الذي يقره القانون.¹

ومن جهة أخرى ، أوضحت الاتفاقية أن للطفل الحق في الصحة والتعليم، ويبرز حق الطفل في التعليم بشكل أوضح في اتفاقية حقوق الطفل في المادة 28 منها التي تنص:²

¹ - مبدأ المساواة وعدم التمييز يعد من المبادئ الأساسية التي تم تكريسها في المواثيق الدولية والاقليمية لحقوق الانسان.

² - Melik Ozden, Le Droit à l'Education, Edition CETIM , Genève, 2009, p15.

³ - محمد حسين سالم صقر، مبادئ حقوق الانسان، دار المسيرة للنشر والتوزيع والطباعة، عمان، 2017، ص168.

¹ - ياسر طالب راجي الحزاعلة، حقوق الطفل في التاريخ، دار زمزم للنشر والتوزيع، عمان، 2014، ص235.

² - Nowak Manfred, The Right to Education in Economic, Social and Cultural Right, Martimus Nijhof Publishers, 1995, pp 195-196.

1. تعترف الدول الأطراف بحق الطفل في التعليم، وتحقيقاً للإعمال الكامل لهذا الحق تدريجياً وعلى أساس تكافؤ الفرص، تقوم بوجه خاص بما يلي:

- أ. جعل التعليم الابتدائي إلزامياً ومتاحاً مجاناً للجميع.
 - ب. تشجيع تطوير شتى أشكال التعليم الثانوي، سواء العام أو المهني، وتوفيرها وإتاحتها لجميع الأطفال، واتخاذ التدابير المناسبة مثل إدخال مجانية التعليم وتقديم المساعدة المالية عند الحاجة إليها.
 - ج. جعل التعليم العالي، بشتى الوسائل المناسبة، متاحاً للجميع على أساس القدرات.
 - د. جعل المعلومات والمبادئ الإرشادية التربوية والمهنية متوفرة لجميع الأطفال وفي متناولهم.
 - هـ. اتخاذ تدابير لتشجيع الحضور المنتظم في المدارس والتقليل من معدلات ترك الدراسة.
- 2 تتخذ الدول الأطراف كافة التدابير المناسبة لضمان إدارة النظام في المدارس على نحو يتمشى مع كرامة الطفل الإنسانية ويتوافق مع هذه الاتفاقية.¹

وقصد الإعمال الكامل لهذا الحق، ألزمت الاتفاقية الدول الأطراف بجعل التعليم الابتدائي مجاناً ومتاحاً وتشجيع تطوير جميع أشكال التعليم الثانوي، بما في ذلك التعليم المهني، واتخاذ تدابير لتشجيع الحضور المنتظم في المدارس والتقليل من معدلات التسرب المدرسي، وضمان تقديم المدارس للخدمات التعليمية بشكل فعال، وتوجيه التعليم لتنمية شخصية الطفل ومواهبه وقدراته العقلية والبدنية، واحترام حقوق الإنسان وحرياته الأساسية، والمبادئ المكرسة في ميثاق الأمم المتحدة واحترام الطفل وهويته الثقافية ولغته وقيم مجتمعه ووطنه وحضارته.¹

ثانياً: ضمانات حماية حق الطفل في التعليم في اتفاقية حقوق الطفل

أنشأت اتفاقية حقوق الطفل لجنة حقوق الطفل كآلية لرقابة كفاءة الحقوق، وهي الهيئة المكلفة برصد تنفيذ اتفاقية حقوق الطفل والبروتوكولين الاختياريين للاتفاقية. كما اعتمدت الجمعية العامة للأمم المتحدة بروتوكولاً اختيارياً ثالثاً يسمح بتقديم شكاوى بخصوص انتهاكات الحقوق المقررة بموجب الاتفاقية وبروتوكوليهما الاختياريين الأولين، وألزمت جميع الدول الأطراف بتقديم تقارير منتظمة إلى اللجنة عن كيفية إعمال الحقوق بما فيها حق الطفل في التعليم.²

تقوم اللجنة بفحص كل تقرير وتوازي الدولة الطرف ببواعث قلقها وتوصياتها في شكل ملاحظات ختامية، وبإمكان اللجنة أيضاً أن تنظر في الشكاوى الفردية التي يُدعى فيها حدوث انتهاكات لاتفاقية حقوق الطفل وبروتوكوليهما الاختياريين، وتجري تحقيقات في الادعاءات المتعلقة بحدوث انتهاكات خطيرة أو منهجية للحقوق المنصوص عليها في الاتفاقية وبروتوكوليهما الاختياريين.¹

الفرع الرابع: الاتفاقية الخاصة بمكافحة التمييز في مجال التعليم

الاتفاقية الخاصة بمكافحة التمييز في مجال التعليم هي معاهدة متعددة الأطراف تهدف إلى مكافحة التمييز في مجال التعليم، وقد أصبحت مصدر إلهام الصكوك الدولية والإقليمية الأخرى، وخاصة المادة 13 من العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية.²

¹ - Melik Ozden, op, cit, p17.

² - ، تم اعتماد اتفاقية حقوق الطفل بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 45/44 لعام 1989.

¹ - وائل أنور بندق، المرأة والطفل وحقوق الإنسان، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 1999، ص5.

² - غازي حسن صباريني، المرجع السابق، ص 185.

ورد في ديباجتها أن من بين أهداف منظمة الأمم المتحدة للتربية والعلوم والثقافة، بموجب ميثاقها التأسيسي، إقامة التعاون بين الأمم بغية دعم تمتع كل فرد بحقوق الإنسان وبالمساواة في فرص التعليم¹، وأنه من واجب منظمة الأمم المتحدة للتربية والعلوم والثقافة أن تحرم أي شكل من أشكال التمييز في التعليم لأن التمييز يشكل انتهاكا لمبادئ المساواة في الحقوق واحترام كرامة الإنسان.²

أولا: حق الطفل في التعليم في الاتفاقية الخاصة بمكافحة التمييز في مجال التعليم

نصت المادة 3 من الاتفاقية الخاصة بمكافحة التمييز في مجال التعليم انه: "عملا علي إزالة ومنع قيام أي تمييز بالمعني المقصود في هذه الاتفاقية، تتعهد الدول الأطراف فيها بما يلي³:

أ. أن تلغي أية أحكام تشريعية أو تعليمات إدارية وتوقف العمل بأية إجراءات إدارية تنطوي علي تمييز في التعليم.

ب. أن تضمن، بالتشريع عند الضرورة، عدم وجود أي تمييز في قبول التلاميذ بالمؤسسات التعليمية.

ج. ألا تسمح بأي اختلاف في معاملة المواطنين من جانب السلطات العامة، إلا على أساس الجدارة أو الحاجة، فيما يتعلق بفرض الرسوم المدرسية، أو بإعطاء المنح الدراسية أو غيرها من أشكال المعونة التي تقدم للتلاميذ، أو بإصدار التراخيص وتقديم التسهيلات اللازمة لمتابعة الدراسة في الخارج.

د. ألا تسمح، بأي صورة من صور المعونة التي تمنحها السلطات العامة للمؤسسات التعليمية، بفرض أية قيود أو إجراء أي تفضيل يكون أساسه الوحيد انتماء التلاميذ إلي جماعة معينة.

هـ. أن تتيح للأجانب المقيمين في أراضيها نفس فرص الالتحاق بالتعليم التي تتيحها لمواطنيها.

وتعهدت الدول الأطراف في هذه الاتفاقية بموجب المادة 4: بأن تضع وتطور وتطبق سياسة وطنية تستهدف، عن طريق أساليب ملائمة للظروف والعرف السائد في البلاد، دعم تكافؤ الفرص والمساواة في المعاملة في أمور التعليم، ولاسيما جعل التعليم الابتدائي مجانيا وإجباريا، وجعل التعليم الثانوي بشتى أشكاله متوفرا وسهل المنال بصفة عامة للجميع، وجعل التعليم العالي كذلك متاحا للجميع علي أساس القدرات الفردية، وضمان التزام الجميع بما يفرضه القانون من الانتظام بالمدرسة.

كما ألزمت المادة 7 الدول الأعضاء بتقديم تقارير:

في التقارير الدورية التي تقدمها الدول الأطراف في هذه الاتفاقية إلي المؤتمر العام لمنظمة الأمم المتحدة للتربية والعلوم والثقافة في التواريخ وبالطريقة التي يحددها المؤتمر، يتعين علي هذه الدول أن تقدم معلومات عن الأحكام التشريعية والإدارية التي تكون قد اعتمدها وعن التدابير الأخرى التي تكون قد اتخذتها لتطبيق هذه الاتفاقية، بما في ذلك التدابير المتخذة لوضع وتطوير السياسة الوطنية الموضحة بالمادة 4، وكذلك عن النتائج التي حققتها والعقبات التي واجهتها في تطبيق تلك السياسة"

ثانيا: ضمانات حماية حق الطفل في التعليم في الاتفاقية الخاصة بمكافحة التمييز في مجال التعليم

تتكفل بمراقبة الحقوق الواردة في الاتفاقية الخاصة بمكافحة التمييز في مجال التعليم لجنة اليونسكو المختصة بالاتفاقيات والتوصيات، وهي جهاز تابع للهيئة التنفيذية لليونسكو، وتختص بما يلي¹:

¹ - تعبير منظمة الأمم المتحدة للتربية والعلوم والثقافة، إحدى المنظمات الدولية المتخصصة التي تهتم بحماية حق الطفل في التعليم بموجب العديد من الإعلانات والتوصيات.

² - تعد الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية من حقوق الجيل الثاني التي حظيت باهتمام منظمة الأمم المتحدة والمنظمات الدولية الإقليمية.

³ - تؤكد المادة 30 من الاتفاقية الدولية لحماية حقوق جميع العمال المهاجرين وأفراد أسرهم، التي اعتمدت بقرار الجمعية العامة رقم 158، بتاريخ 18 ديسمبر 1990 على حق الأطفال الأجانب في التعليم دون تمييز.

¹ - أصدرت منظمة اليونسكو العديد من التوصيات المتعلقة بحماية حق الطفل في التعليم، وحثت الدول على الالتزام الكامل بكفالة هذا الحق.

— رصد إعمال صكوك اليونسكو، وهذا يشمل المواثيق و التوصيات في مجال التعليم، وذلك من خلال النظر في التقارير التي تقدمها الدول الأطراف، وخاصة التقارير التي تتعلق بالحق في التعليم.

— النظر في قضايا انتهاكات حقوق الإنسان ضمن مجال اختصاص اليونسكو، وهذا يشمل الحق في التعليم، من خلال البلاغات وإجراءات الشكاوى، وقد تلقت لجنة اليونسكو المختصة بالاتفاقيات والتوصيات العديد من الشكاوى والبلاغات المتعلقة بالحق في التعليم.

وفي هذا السياق التزمت الدول الأعضاء طبقا لنص المادة 6 بتوصيات المؤتمر العام لمنظمة الأمم المتحدة للتربية والعلوم والثقافة لتحديد التدابير التي اتخذتها لمكافحة شتي صور التمييز في التعليم وبغية تحقيق تكافؤ الفرص في مجال التعليم.

المطلب الثاني: حماية حق الطفل في التعليم في المواثيق الإقليمية لحقوق الإنسان

بالإضافة إلى الاتفاقات والعهد الدولي التي صدرت عن الأمم المتحدة أو أجهزتها ذات الصلة بالحق في التعليم، أولت المنظمات الدولية الإقليمية اهتماما واسعا بالحق في التعليم، وعملت على توثيق وترسيخ هذا الحق في مواثيق حقوق الإنسان على المستوى الأوروبي، الأمريكي، الإفريقي والعربي.¹

الفرع الأول: الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان والحريات الأساسية

أكدت الدول أعضاء مجلس أوروبا من خلال الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان، على مراعاة أحكام الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، واعتبرت حماية حقوق الإنسان والحريات الأساسية من بين وسائل بلوغ هذا الهدف، عن طريق تبني نظام ديمقراطي.²

أولا: حق الطفل في التعليم في الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان والحريات الأساسية

تضمنت الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان والحريات الأساسية العديد من الحقوق المدنية والسياسية، ولم تنص صراحة على الحق في التعليم، بينما تم التأكيد على هذا الحق في المادة 2 من البروتوكول رقم 1 الملحق بالاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان والحريات الأساسية.³

التزمت الدول الأوروبية من خلاله البروتوكول رقم 1 للاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان والحريات الأساسية على اتخاذ الخطوات نحو تأكيد التنفيذ الجماعي لحقوق وحريات أخرى غير تلك التي تضمنها القسم الأول من اتفاقية حماية حقوق الإنسان والحريات الأساسية الموقعة في روما في 4 نوفمبر سنة 1950، واتفقت بموجب المادة 2 من البروتوكول رقم 1 على أنه لا يجوز حرمان أي شخص من حق التعليم. ويجب على الدولة لدى قيامها بأية أعمال تتعلق بالتعليم والتدريس أن تحترم حق الوالدين في ضمان اتفاق هذا التعليم والتدريس من ديانتهم ومعتقداتهم الفلسفية.

كما جسد ميثاق الحقوق الأساسية للاتحاد الأوروبي مبدأ ترابط حق الإنسان وعدم قابليتها للتجزئة من خلال اهتمامه بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية ومنها الحق في التعليم، حيث نصت المادة 14 منه:¹

1. لكل إنسان الحق في التعليم والحصول على التدريب المهني والمستمر.

2. يشمل هذا الحق إمكانية تلقي تعليم إلزامي بالمجان.

¹ تم اعتماد الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان والحريات الأساسية من قبل مجلس أوروبا عام 1950، ودخلت حيز النفاذ عام 1953.

² علي يوسف شكري، حقوق الإنسان في ظل العمولة، دار إيتراك للنشر والتوزيع، القاهرة، 2007، ص96.

³ علي عبد الرزاق الزبيدي، حقوق الإنسان، دار البازوري العلمية للنشر والتوزيع، عمان، 2009، ص114.

¹ كامل السعيد، مبادئ القانون وحقوق الإنسان، الشركة العربية المتحدة للتسويق والتوريدات، القاهرة، 2008، ص187.

3 تحترم حرية إنشاء مؤسسات تعليمية بالاحترام الواجب لمبادئ الديمقراطية، وحق الآباء في ضمان أن التعليم والتدريس لأطفالهم يتفق مع معتقداتهم الدينية والفلسفية والتربوية، ووفقاً للقوانين المحلية التي تحكم ممارسة هذه الحرية وهذا الحق".
اهتمت هذه المادة بكفالة حق الطفل في التعليم والمساواة في الحصول على التعليم والتدريب المهني وحرية إنشاء المؤسسات التعليمية.

ثانياً: ضمانات حماية حق الطفل في التعليم في الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان والحريات الأساسية

أنشأت الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان والحريات الأساسية أجهزة تنفيذية إقليمية لحماية حقوق الإنسان تتمثل في اللجنة الأوروبية لحقوق الإنسان والمحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان، وقد حددت نصوص الاتفاقية كيفية تشكيلها واختصاصاتها.¹
يمكن للمحكمة أن تتلقى شكاوى من أي شخص، أو منظمة غير حكومية، أو جماعة، أو أفراد يدعون بأنهم ضحايا لانتهاك ارتكبه أحد الدول الأطراف للحقوق التي نصت عليها الاتفاقية أو بروتوكولاتها.

تعد المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان حالياً، آلية الرقابة الوحيدة المكلفة بالسهر على تنفيذ الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان، بعد إلغاء عمل اللجنة الأوروبية لحقوق الإنسان.² تتكفل المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان بضمان كفالة الحقوق والحريات الواردة في الاتفاقية والبروتوكولات الملحقة بها، ومنها حق الطفل في التعليم، عن طريق دراسة الشكاوى الفردية المقدمة ضد جميع الدول الأطراف في الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان، بعد تصديق الدولة على البروتوكول الاختياري الأول الذي ينص على الحق في التعليم، لكي تقبل المحكمة الشكاوى التي تتعلق بهذا الحق.³

صفوة القول أن البروتوكول رقم 1 الملحق باتفاقية حماية حقوق الإنسان وحرياته الأساسية الأوروبية أولى عناية فائقة لحق الطفل في التعليم، وألزم الدول الأعضاء بالوفاء بالتزاماتها المرتبطة بإعمال هذا الحق، وشدد على عدم حرمان أي فرد من حقه في التعليم، وأكد على احترام حق الآباء في ضمان اختيار لأبنائهم نوع التعليم الذي يتوافق مع معتقداتهم الدينية أو الفلسفية.⁴

الفرع الثاني: الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان

التزمت الدول الأمريكية الموقعة على هذه الاتفاقية بتعزيز احترام حقوق الإنسان الأساسية في إطار المؤسسات الديمقراطية والعدالة الاجتماعية، واعترفت بأن هذه المبادئ قد أقرها ميثاق منظمة الدول الأمريكية، والإعلان الأمريكي لحقوق وواجبات الإنسان.

أولاً: حق الطفل في التعليم في الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان

تطرت الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان لعام 1978، في إطار مقاربتها الحقوقية المتكاملة، إلى حق الطفل في التعليم واعتبرته من الحقوق التي لا غنى عنها للتمتع الكامل بالحقوق الأخرى، وذلك في الفصل الثالث المتعلق بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية بموجب المادة 26 تحت عنوان التنمية التدريجية:

تتعهد الدول الأطراف أن تتخذ، داخلياً ومن خلال التعاون الدولي كل الإجراءات اللازمة ولا سيما الاقتصادية والتقنية منها، بقصد التوصل عن طريق التشريع أو غيره من الوسائل الملائمة إلى التحقيق الكامل للحقوق المتضمنة في المعايير الاقتصادية والاجتماعية والتربوية والعلمية والثقافية المبينة في ميثاق منظمة الدول.¹

¹ - علي عبد الرزاق الزبيدي، المرجع السابق، ص 117.

² - النظام الأوروبي لحقوق الإنسان بعد إلغاء اللجنة الأوروبية لحقوق الإنسان، بسط الإجراءات مما ييسر على المواطن الأوروبي حماية حقوقه في حالات الانتهاك.

³ - علي يوسف شكري، المرجع السابق، ص 97.

⁴ - Gracienne Lauwers, The Influence of The European Convention on Human Right to Education Wolf Legal Publishers, 2004, p18.

ومن جهته، خصص البروتوكول الإضافي الملحق بالاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان، والمعروف ببروتوكول سان سلفادور المادتين 13 و16 للحق في التعليم. حددت المادة 13 أهداف التعليم ونصت على إلزامية التعليم الابتدائي و إتاحتها للجميع، وجعل التعليم الثانوي بما في ذلك التعليم التقني والمهني، والتعليم العالي متاحا وفي متناول الجميع ، مع الأخذ تدريجيا بمجانبة التعليم. كما أكد بروتوكول سان سلفادور على التعليم المستمر، واعترف أيضا بحق الآباء في اختيار نوع التعليم المناسب لأطفالهم وحرية إنشاء المؤسسات التعليمية. وتدعيما لهذا نصت المادة 16 على حق الطفل في التعليم الابتدائي المجاني والإلزامي.²

مما يتضح أن البروتوكول الإضافي للاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان تطرق بأكثر تفصيل إلى الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية و التي تضم حق الطفل في التعليم، و في هذا الاطار تنص المادة 13 منه:

1. لكل شخص الحق في التعليم.
2. توافق الدول أطراف هذا البروتوكول على وجوب توجيه التعليم نحو التنمية الكاملة للشخصية الإنسانية والكرامة الإنسانية، وعلى وجوب تقوية الاحترام لحقوق الإنسان وتعدد الأيديولوجيات والحريات الأساسية والعدل والسلام، كما توافق كذلك على أنه يجب أن يمكن التعليم كل شخص من أن يشارك بفاعلية في مجتمع ديمقراطي تعددي، وأن يشجع على التفاهم والتسامح والصدقة بين كافة الأمم وكافة الجماعات العرقية أو الإثنية أو الدينية ويعزز الأنشطة من أجل المحافظة على السلام."

ثانيا: ضمانات حماية حق الطفل في التعليم في الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان

تعد اللجنة الأمريكية لحقوق الإنسان والمحكمة الأمريكية لحقوق الإنسان آليتين للرقابة على حماية الحقوق الواردة في الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان، وقد حددت نصوص الاتفاقية كيفية عمل نظام الرقابة.³

1- اللجنة الأمريكية لحقوق الإنسان

تتألف اللجنة الأمريكية لحقوق الإنسان من 7 أعضاء مستقلين، وتمثل مهمتها في حماية حقوق الإنسان وتعزيزها في منظمة الدول الأمريكية.

يمكن للجنة أن تستقبل شكاوى فردية عن انتهاك الدول الأعضاء في منظمة الدول الأمريكية للحقوق الواردة في الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان و صكوك منظمة الدول الأمريكية الأخرى إذا صادقت عليها الدولة المعنية.⁴

تنص المادة 44 من الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان على ما يلي: "يحق لأي شخص أو جماعة أو أية هيئة غير حكومية معترف بها قانوناً في دولة أو أكثر من الدول الأعضاء في المنظمة، أن ترفع إلى اللجنة عرائض تتضمن شجياً أو شكاوى ضد أي خرق لهذه الاتفاقية من قبل دولة طرف."

كثيرا ما ينتج عن هذه العرائض تسوية ودية، و يمكن أن تقدم اللجنة توصيات للدول الأطراف، أو تحيل القضية إلى المحكمة الأمريكية لحقوق الإنسان إذا رفضت الدولة الامتثال لتوصيات اللجنة.

¹ - علي يوسف شكري، المرجع السابق، ص101.

² - علي عبد الرزاق الزبيدي، المرجع السابق، ص119.

³ - يحي ياسين سعود، حقوق الإنسان بين سيادة الدولة والحماية الدولية، الطبعة الأولى، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، 2016، ص44.

⁴ - علي يوسف شكري، المرجع السابق، ص100.

2- المحكمة الأمريكية لحقوق الإنسان

أنشئت المحكمة بموجب الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان، وتتألف من 7 قضاة منتخبين بصفاتهم الشخصية، ولها اختصاص قضائي واستشاري، حيث يتضمن اختصاصها الاستشاري إصدار آراء استشارية حول تفسير القوانين الوطنية والسياسات، ومدى مطابقتها للحقوق المنصوص عليها في الاتفاقية. أما فيما يتعلق بالاختصاص القضائي، فيحق لها النظر في القضايا المقدمة إليها من اللجنة أو من الدول الأطراف، التي قبلت اختصاص المحكمة.¹

ويعترف ذات البروتوكول بأنه من أجل تحقيق الممارسة الكاملة للحق في التعليم يجب أن يكون التعليم إلزامياً، ومتاحاً للجميع ووضع برامج تعليمية خاصة تتكيف مع احتياجات المعاقين لتوفير التعليم والتدريب لمثل هذه الفئات المهمشة، والاعتراف للآباء بالحق في اختيار نوع التعليم لأبنائهم وحرية الأفراد أو الهيئات في إنشاء وإدارة المؤسسات التعليمية.

الفرع الثالث: الميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان والشعوب

عملت دول إفريقيا من خلال الميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان على تنسيق وتكثيف وجهودها لتوفير ظروف حياة أفضل لشعبها وتنمية التعاون الدولي آخذة في الحسبان مبادئ ميثاق منظمة الأمم المتحدة والإعلان العالمي لحقوق الإنسان، والمحافظة على قيم الحضارة الإفريقية التي تنبع منها أفكارها حول مفهوم حقوق الإنسان والشعوب، وأقرت بأن حقوق الإنسان الأساسية تركز على الكرامة الإنسانية.²

أولاً: حق الطفل في التعليم في الميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان والشعوب

يهدف الميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان والشعوب لتعزيز وحماية حقوق الإنسان والحريات الأساسية في القارة الإفريقية، واحتوى على العديد من الحقوق المدنية وبالإضافة إلى الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، وخصص بعض الأحكام للحق في التعليم كالمادة 17، وهدفاً شاملاً لحظر التمييز في المادة 2، كما نصت المادة 25 على وجوب التثقيف في مجال حقوق الإنسان.³

تنص المادة 17 من الميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان والشعوب:

1. حق التعليم مكفول للجميع.

2 لكل شخص الحق في الاشتراك بحرية في الحياة الثقافية للمجتمع.

3 النهوض بالأخلاقيات العامة والقيم التقليدية التي يعترف بها المجتمع وحمايتها واجب على الدولة في نطاق الحفاظ على حقوق الإنسان.

ركز الميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان والشعوب بموجب المادة 17 على ضمان حماية حق الطفل في التعليم، و إلزام الدول الإفريقية بما ورد في الميثاق والمواثيق والمعاهدات الدولية الأخرى من أحكام مرتبطة بحق الطفل في التعليم، عن طريق تكثيف الجهود والعمل على توفير المناخ الاجتماعي المناسب لكفالة هذا الحق.¹

¹ - كامل السعيد، المرجع السابق، ص 191.

² - تم اعتماد الميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان والشعوب، من طرف منظمة الدول الإفريقية عام 1981

³ - Keba Mbaye, Les Droits de l'Homme en Afrique, Editions Pedoue, Paris, 1992, p37.

¹ - Enoch Djondang, Les droits de l'Homme, un Pari Difficile pour la Renaissance du Tchad et de l'Afrique, Edition Harmattan, Paris, 2006, p135.

كما أشارت المادة 25 على وجوب التثقيف في مجال حقوق الإنسان: "يقع على الدول الأطراف في هذا الميثاق واجب النهوض بالحقوق والحريات الواردة في هذا الميثاق، وضمان احترامها عن طريق التعليم والتربية والإعلام، واتخاذ التدابير التي من شأنها أن تضمن فهم هذه الحريات والحقوق وما يقابلها من التزامات وواجبات".¹

ثانيا: ضمانات حق الطفل في التعليم في الميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان والشعوب

انشأ الميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان والشعوب نظاما للرقابة يضم اللجنة الأفريقية لحقوق الإنسان والمحكمة الإفريقية لحقوق الإنسان، قصد حماية الحقوق و الحريات التي نص عليها والذي يعد حق الطفل في التعليم جزءا لا يتجزأ منه.

1_ اللجنة الإفريقية لحقوق الإنسان والشعوب

تتألف اللجنة الأفريقية لحقوق الإنسان والشعوب من 11 عضوا، حددت المادة 45 من الميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان والشعوب دور اللجنة في حماية حقوق الإنسان والشعوب وتعزيزها، وهذا يشمل²:

— نظام التقارير: ألزم الميثاق الدول بتقديم تقريرا أوليا في غضون سنتين من التصديق على الميثاق، و تقارير دورية كل سنتين بعد ذلك، وقد حدد النظام الداخلي للجنة لإفريقية لحقوق الإنسان والشعوب المبادئ التوجيهية الواجب أخذها بعين الاعتبار في مجال رفع التقارير.

— فريق العمل المعني بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية: يتشاور فريق العمل بانتظام مع المنظمات غير الحكومية من أجل حماية وتعزيز للحقوق الاقتصادية والاجتماعية، بما في ذلك الحق في التعليم. وكلفت لجنة الميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان والشعوب أيضا بتفسير أحكام الميثاق بناء على طلب دولة طرف أو أعضاء الاتحاد الإفريقي أو الأفراد. وقد طلبت بعض المؤسسات غير الحكومية من اللجنة تفسير مواد مختلفة من الميثاق.

2_ المحكمة الإفريقية لحقوق الإنسان والشعوب

وهي محكمة قارية أنشأتها الدول الإفريقية لضمان حماية حقوق الإنسان في أفريقيا وتعزيز مهام اللجنة الإفريقية لحقوق الإنسان والشعوب.

أنشئت المحكمة بموجب المادة 1 من البروتوكول الخاص بالميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان والشعوب الخاص بإنشاء محكمة إفريقية لحقوق الإنسان والشعوب، والذي تم اعتماده من قبل مؤتمر رؤساء دول وحكومات منظمة الوحدة الإفريقية في واجادوجو، بوركينا فاسو، في شهر جوان 1998.

وللمحكمة اختصاص في نظر كل القضايا والمنازعات المقدمة لها، والتي تتعلق بتفسير وتطبيق الميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان والشعوب والبروتوكول وأي صك آخر من صكوك حقوق الإنسان ذات الصلة التي صادقت عليها الدول الأعضاء المعنية³.

الفرع الرابع: الميثاق لعربي لحقوق الإنسان

ورد في الميثاق العربي لحقوق الإنسان العديد من النصوص المرتبطة بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، وفي طليعتها الحق في التعليم. أكدت في مجموعها على حقوق الطفل والزامية ومجانبة التعليم الابتدائي، وحددت أهداف التعليم¹.

¹ - علي عبد الرزاق الزبيدي، المرجع السابق، ص122.

² - يعتبر نظام التقارير من أقدم وسائل الرقابة على حماية الحقوق التي اعتمدها التنظيم الدولي والإقليمي لحقوق الإنسان.

³ - علي يوسف شكري، المرجع السابق، ص105.

¹ - رفعت صبري سلمان البياتي، حقوق الانسان في دساتير العالم العربي، دراسة تحليلية مقارنة، دار الفرائي، بيروت، 2013، ص60.

أولاً: حق الطفل في التعليم في الميثاق العربي لحقوق الإنسان

أكد الميثاق العربي على شمولية حقوق الإنسان وعدم قابليتها للتجزئة، واحتوى على مجموعة واسعة من الحقوق منها حق الطفل في الرعاية والحماية، وحظر مختلف أشكال العنف الممارس ضده وكفالة حقه في الصحة والضمان الاجتماعي، والحق في مستوى معيشي كاف يوفر له العيش الكريم، وقصد تحقيق ذلك ألزم الميثاق العربي لحقوق الإنسان الدول الأطراف باتخاذ كافة التدابير التشريعية والإدارية لضمان حماية الطفل ورفاهيته وجعل مصلحته الفضلى فوق كل اعتبار.¹

أما في ما يتعلق بحق الطفل في التعليم، فقد التزمت الدول العربية بالعمل على محور الأمية، وتجسيد مجانية التعليم الابتدائي، كما التزمت أيضاً بتحديد أهداف التعليم وإعداد برامج خاصة بالثقيف في مجال حقوق الإنسان، وفي هذا السياق تنصت المادة 41 من الميثاق:

1. محور الأمية التزام واجب على الدولة. ولكل شخص الحق في التعليم.
2. تضمن الدول الأطراف لمواطنيها مجانية التعليم على الأقل في مرحلتيه الابتدائية والأساسية، ويكون التعليم الابتدائي إلزامياً ومتاحاً بمختلف مراحل وأوضاعه للجميع من دون تمييز.
3. تتخذ الدول الأطراف كل التدابير المناسبة لتحقيق الشراكة بين الرجل والمرأة من أجل تحقيق أهداف التنمية الوطنية.

ثانياً: ضمانات حق الطفل في التعليم في الميثاق العربي لحقوق الإنسان

خصص الميثاق العربي لحقوق الإنسان بعض أحكامه لوسائل حماية الحقوق تتمثل خصوصاً في اللجنة العربية لحقوق الإنسان، وقد نصت المادة 41 من الميثاق العربي لحقوق الإنسان على وجوب تقديم الدول لتقارير إلى هذه اللجنة العربية المكلفة بالرقابة التي يجب أن تتضمن أوضاع حقوق الإنسان والصعوبات التي تعترض كفالة بعض الحقوق.²

تهدف اللجنة العربية لحقوق الإنسان إلى حماية حقوق الإنسان والحريات الأساسية في العالم العربي، وتعتمد في مبادئها على الميثاق العربي لحقوق الإنسان، الشرعة الدولية والمواثيق الأساسية لحقوق الإنسان وبشكل خاص الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية والعهد الدولي الخاص بالحقوق الاجتماعية والاقتصادية والدفاع عن الحريات الأساسية ورصد انتهاكات الحقوق الواردة في الميثاق العربي واتخاذ كافة التدابير لحمايتها ومن ضمنها حق الطفل في التعليم.³

وبناء على ما سبق، يقع على عاتق الدول العربية الأطراف في الميثاق العربي لحقوق الإنسان عدة التزامات مرتبطة بحق الطفل في التعليم تتمثل في: الالتزام بالاحترام والحماية والإعمال، وضمان توفير التعليم الجيد للجميع وبدون تمييز.⁴

الخاتمة:

بالرغم من أن أغلب المواثيق الدولية والإقليمية لحقوق الإنسان التي وضعت حماية حق الطفل في التعليم ضمن أولوياتها، إلا أن هناك فجوة واسعة بين المبدأ والتطبيق أو بين النص والواقع، وهذا يعود إلى عدة أسباب منها: عدم وفاء الدول بالتزاماتها في مجال حماية حق الطفل في التعليم في مواثيق حقوق الإنسان وضعف أجهزة الرقابة المكلفة بحماية هذه الحقوق كونها تعتمد في أغلب الأحيان على نظام التقارير.

¹ - حقوق الإنسان في الوطن العربي، تقرير المنظمة العربية لحقوق الإنسان، مركز دراسات الوحدة العربية، 2009، ص 51.

² - فاروق مجذ معاليقي، المرجع السابق، ص 44.

³ - علي يوسف شكري، المرجع السابق، ص 107.

⁴ - تعتبر مسألة توفير التعليم الجيد من أهم المسائل التي تطرح خلال المؤتمرات الدولية حول مشروع التعليم للجميع التي تبنته منظمة اليونسكو.

نقص الإمكانيات المادية الضرورية في اغلب الدول النامية يحول دون الإعمال الكامل للحق في التعليم، كما هو الحال بالنسبة للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية الأخرى.

عدم التزام بعض الدول بمجانبة التعليم في المراحل الأولى، يفرضها لرسوم على التعليم الابتدائي، وغالبا ما تضيف تكاليف غير مباشرة مرتبطة بالتعليم، مما يعرقل تمتع أبناء الأسر الفقيرة من الخدمات التعليمية.

الأوضاع الاقتصادية والاجتماعية المتردية التي تعاني منها الكثير من الدول في إفريقيا، آسيا ودول أمريكا اللاتينية، والتي تجبر عدد كبير من الأطفال للالتحاق بسوق العمل، من أجل إعالة أسرهم، وهو ما أدى إلى انتشار عمالة الأطفال بشكل أوسع في المناطق الأشد فقرا وحرمانا.

وقصد الإعمال الكامل لحق الطفل في التعليم لا بد من اتخاذ الخطوات التالية:

- ضمان الالتزامات الأساسية الدنيا لكفالة حق الطفل في التعليم، والتي تتضمن كفالة التعليم الابتدائي المجاني والإلزامي للجميع وبدون تمييز، واحترام حرية الآباء في اختيار المدارس لأبنائهم.
- اتخاذ الخطوات المناسبة للإعمال الكامل للحق في التعليم باستخدام أقصى حد تسمح به الموارد المتاحة للدول الأطراف في ميثاق حقوق الإنسان.
- عدم اتخاذ خطوات تراجعية أو تدابير من شأنها أن تلغي الضمانات الموجودة للحق في التعليم، كفرض رسوم مدرسية للتعليم الأساسي بعدما كانت الخدمات التعليمية مجانية في وقت سابق.
- تفعيل دور أجهزة الرقابة المكلفة بإعمال الحق في التعليم، ورفع القضايا المتعلقة بانتهاكات حق الطفل في التعليم أمام المحاكم الإقليمية المختصة.
- وفي النهاية لا بد من التأكيد على الأهمية البالغة للحق في التعليم كحق أساسي من حقوق الطفل في المنظومة الدولية والإقليمية لحقوق الإنسان، وعلى ضرورة ضمان كفالة هذا الحق للجميع و بدون تمييز و العمل على اتخاذ كافة التدابير لمنع انتهاكه.

قائمة المراجع:

- 1- غازي حسن صباريني، الوجيز في حقوق الإنسان وحرياته الأساسية، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان.
- 2- فاروق مجد معاليقي، حقوق الإنسان بين الشرعية الدولية والقانون الدولي الإنساني، المؤسسة الحديثة للكتاب، بيروت، 2013.
- 3- مجد حسين سالم صقر، مبادئ حقوق الإنسان، دار المسيرة للنشر والتوزيع والطباعة، عمان، 2017.
- 4- ياسر طالب راجي الخزاعلة، حقوق الطفل في التاريخ، دار زمزم للنشر والتوزيع، عمان، 2014.
- 5- وائل أنور بندق، المرأة والطفل وحقوق الإنسان، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 1999.
- 6- علي يوسف شكري، حقوق الإنسان في ظل العولمة، دار إيتراك للنشر والتوزيع، القاهرة، 2007.
- 7- علي عبد الرزاق الزبيدي، حقوق الإنسان، دار البازوري العلمية للنشر والتوزيع، عمان، 2009.
- 8- كامل السعيد، مبادئ القانون وحقوق الإنسان، الشركة العربية المتحدة للتسويق والتوريدات، القاهرة، 2008.
- 9- يحي ياسين سعود، حقوق الإنسان بين سيادة الدولة والحماية الدولية، الطبعة الأولى، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، 2016.
- 10- رفعت صبري سلمان البياتي، حقوق الإنسان في دساتير العالم العربي، دراسة تحليلية مقارنة، دار الفرائي، بيروت، 2013.
- 11- حقوق الإنسان في الوطن العربي، تقرير المنظمة العربية لحقوق الإنسان، مركز دراسات الوحدة العربية، 2009.
- 12- تعليق اللجنة المعنية بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية رقم 13 المتعلق للمادة 13 من العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية لعام 1999.
- 13- تقرير رصد التعليم للجميع لعام 2001.

- 14- تقرير المقرر الخاص المعني بالحق في التعليم كيشور سينغ، و المقدم عملا بقراري مجلس حقوق الانسان 4/8 و 3/17 في سياق خطة التنمية لما بعد 2015
- 15- الإعلان العالمي لحقوق الإنسان
- 16- العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية
- 17- اتفاقية حقوق الطفل
- 18- الاتفاقية الدولية لحماية حقوق جميع العمال المهاجرين وأفراد أسرهم
- 19- الاتفاقية الخاصة بمكافحة التمييز في مجال التعليم
- 20- الاتفاقية الأوربية لحقوق الإنسان والحريات الأساسية
- 21- البروتوكول رقم 1 للاتفاقية الأوربية لحقوق الإنسان والحريات الأساسية
- 22- ميثاق الحقوق الأساسية للاتحاد الأوروبي
- 23- الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان
- 24- البروتوكول الإضافي الخاص بالحقوق الاقتصادية و الاجتماعية و الثقافية الملحق بالاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان
- 25- الميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان والشعوب
- 26- الميثاق لعربي لحقوق الإنسان

- 27-Fernando Volio, The Child's Right to Education, Imprimerie de Presses Universitaires, Paris, 1979
- 28 -Hodgson Douglas, The Human Right to Education, Ashgate publishing, 1998.
- 29 -Angelica Fisher, The Content of the Right to Education, Theoretical Fondation, in Center for Human Right and Global Justice , Working Paper , Economic, Social and Cultural Rights, Series 04, 2004.
- 30 - Beiter Dieter Klaus, The Protection of The Right to Education by International law, Leiden Martimus, Nijhof publishers.
- 31 - Melik Ozden, Le Droit à l'Education, Edition CETIM , Genève, 2009.
- 32 -Nowak Manfred, The Right to Education in Economic, Social and Cultural Right, Martimus Nijhof Publishers, 1995.
- 33 -Gracienne Lauwers, The Influence of The European Convention on Human Right to Education Wolf Legal Publishers,2004.
- 34 - Keba Mbaye, Les Droits de l'Homme en Afrique, Editions Pedoue, Paris, 1992.
- 35 - Enoch Djondang, Les droits de l'Homme, un Pari Difficile pour la Renaissance du Tchad et de l'Afrique, Edition Harmattan, Paris,2006.

القوة التنفيذية لمداوات المجالس المحلية المنتخبة في الجزائر

الأستاذة: أوراك حورية

أستاذ مساعد أ

كلية الحقوق و العلوم السياسية (جامعة المدية)

bengribi3@gmail.com

ملخص

تقوم الدولة الحديثة على نظام اللامركزية الإدارية التي أصبحت تحقق الغاية من وجود الدولة و هذا نظرا لما أصبحت تعرفه المجتمعات من تطور و تشعب و كثرة في المجالات المختلفة في الحياة ، سواء كانت منها الاجتماعية أو الاقتصادية أو السياسية.

يعد النظام المركزي الإداري أولى النظم التي عرفتها الدول في الحكم و الإدارة و التي تقوم على التوحيد و عدم تجزئة الوظيفة الإدارية وجميعها في يد السلطة المركزية (السلطة التنفيذية) ، ويقابله من جانب آخر النظام اللامركزي الذي يقوم على أساس توزيع الوظيفة الادارية بين الجهات الحكومية المركزية في العاصمة و بين أشخاص الادارة المحلية في الأقاليم (البلدية و الولاية) و تتمتع هذه الأشخاص بالشخصية الاعتبارية المستقلة مع خضوعها لرقابة الحكومة المركزية ، و تكون أشغالها في شكل مداوات في مجالات مختلفة.

Abstract :

The modern state is based on the system of administrative decentralization which has achieved the purpose of the existence of the state and this in view of what has become know to the societies of the developement and cross-section and many in different areas of life , whether social , economic or political.

The central administrative system is the first system defined by states in governance and administration , which is based on consolidation in the administrative function and its accumulation and restriction in the hands of the central authority (the executive authority) , the decentralized system, which is based on the distribution of administrative function among the authorities (Municipal and state), these persons enjoy independent legal personality and subject to the control of the central government .

Their work is in the form of deliberation in various fields.

مقدمة:

الإدارة ضرورة لا بد منها نظرا للدور الذي تقدمه فهي تسهر على تحقيق المصلحة العامة و حماية المواطنين ، غير أنها تتمتع بامتيازات قد تضر بالمواطن أحيانا ، لأنها في الكثير من الحالات لا تلتزم بالقواعد المسطرة لها فلا بد اذا من إيجاد قواعد قانونية تلتزم بها ، بمعنى لا بد من إيجاد توازن من أجل إنصاف المواطن الضعيف أمام إدارة قوية¹.

حتى و ان كان وضع قواعد قانونية صارمة تلتزم بها الادارة أصبح ضرورة ملحة لا تتقيد بها الإدارة ، إلا أن الضرورة تحتم وضع هذه القواعد يجب أن تكون بمثابة رقابة تلتزم بها الإدارة في تصرفاتها مع المتعاملين معها و وسيلة للمواطن من أجل عدم الوقوع في بيروقراطية ادارية متصلة تحرمه من جميع حقوقه ، ولهذا لا بد من إيجاد قواعد تحافظ على حقوق المواطن من جهة والإدارة المتعاملة معه من جهة أخرى.

المواطن في علاقة دائمة و مستمرة مع الادارة ، فهي لا تنتهي عند التصريح بالمواليد ، بل تمتد لخدمات أخرى كثيرة كاستخراج بطاقة التعريف الوطنية أو جواز السفر أو رخصة بناء أو رخصة صيد أو رخصة سياقة أو اعتماد لممارسة نشاط وغيرها من أوجه الخدمات الإدارية الكثيرة و تظل هذه العلاقة مستمرة و ممتدة حتى وفاة الشخص².

بالرغم من اختلاف التنظيم الإداري من دولة إلى أخرى إلا أن أغلب أساليب التنظيم المعتمدة لا تخرج عن أسلوبين هما المركزية واللامركزية ككيفية توزيع النشاط الإداري بين مختلف الأجهزة والهيئات الإدارية بالدولة، وإن هذا الاختلاف يكمن في مدى ودرجة الأخذ بنظام المركزية أو نظام اللامركزية ومراعاة للمعطيات السائدة في شتى المجالات السياسية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية.

و سواء كانت الادارة مركزية أو غير مركزية فإنها تقدم خدماتها في مجالات عديدة سواء في المجال الاداري أو الاقتصادي أو الاجتماعي قد تنتهج الدولة الأسلوب الاداري المركزي أو الأسلوب الإداري اللامركزي ، و هذا يتوقف على الاعتبارات السياسية والاقتصادية والاجتماعية لكل دولة .

في ظل الدولة القديمة كانت علاقة المواطن الادارة توصف بالخضوع والالتزام وكانت سلطة الأمر و النهي في شؤون الوظيفة الادارية في يد الملك في عاصمة الدولة لضمان قوة الدولة و تأمينها من كل خطر قد يدهمها ، و يقصد بذلك المركزية الادارية و التي تقوم على ممثلي الحكومة و هم أعضاء معينون لأداء مهامهم ، إلا أن الصفة التي تميز الدول المعاصرة و هي توزيع الوظيفة الادارية في الدولة بين السلطات المركزية و بين الهيئات الادارية المنتخبة و المتخصصة على أساس اقليمي تباشر صلاحياتها تحت رقابة السلطة المركزية.

يقتضي النظام اللامركزي الإداري أن يعهد بإدارة و تسيير المصالح المحلية المتميزة الى هيئات محلية مستقلة عن الادارة المركزية ، و يجب أن تكون منتخبة من طرف سكان الاقليم¹ ، لما للانتخاب من اعتبار و دعامة أساسية للديمقراطية ، و أنه الوسيلة الوحيدة

¹-فريجه حسين ، شرح القانون الاداري - دراسة مقارنة - الطبعة الثانية ، ديوان المطبوعات الجامعية ، 2010 ، ص 03.

²-عمار بوضيف ، الوجيز في القانون الاداري ، الطبعة الثانية ، جسر للنشر و التوزيع ، 2007 ، ص 09.

¹- علاء الدين عشي ، مدخل القانون الاداري - الجزء الأول - التنظيم الاداري ، دار الهدى ، عين مليلة - الجزائر دون سنة النشر ، ص 120.

لممارستها ، لكون أن المنتخب يكون من نفس الاقليم لذا فهو على اطلاع دائم بمشاكل مواطنيه مما يستدعي البحث عن طرق علاج كافة المشاكل التي يمكن طرحها محليا ، و يرى المؤسس الجزائري ان الانتخاب هو الوسيلة التي يقوم عليها حكم الشعب وكرسها في ديباجة الدساتير الجزائرية¹.

وتجسيدا لمبدأ الديمقراطية فان المجالس المحلية تسير بمسيرين يتم اختبارهم عن طريق الانتخاب، وهي هيئات مداولة(المادة 15 من قانون البلدية 11-10² و المادة 12 من قانون الولاية 12-07)³ ، وتسير أشغالها في شكل مداولات التي تعد أحد أهم تسير المجالس المحلية ، والتي يجري العمل بها في كل الدورات و هي مضبوطة بجداول و مواعيد محددة.

فلمداولات أهمية كبيرة في التنمية المحلية لما ترجمه من انشغالات المواطنين ، فهي من صلاحيات المجالس المنتخبة تديرها بنفسها ، لكن السؤال الذي يطرح و يستوجب المعالجة ينحصر إذا كانت لهذه المجالس المنتخبة الحرية المطلقة في هذه المداولات أولا في إصدارها و الجانب الأهم في ذلك في تنفيذها ، بمعنى آخر هل تعد نافذة بمجرد صدورها ؟

لمعالجة هذه الإشكالية ارتأينا إلى تقسيم هذا العمل الى محورين مهمين باعتبار أن المجلسين المحليين المنتخبين هما كل من الولاية ممثلة في المجلس الشعبي الولائي ، و البلدية ممثلة في المجلس الشعبي البلدي ، فكان لابد من التطرق الى النظام القانوني للمداولات(أولا) ، و الى أهم القيود الواردة على هذه المداولات(ثانيا).

المحور الأول : النظام القانوني لمداولات المجالس المحلية المنتخبة

الإدارة يد الدولة لقيامها بمهامها المختلفة و تلبيتها لشتى الاحتياجات و الخدمات ، تقوم الإدارة الجزائرية على الجمع بين النظام الاداري المركزي و النظام الإداري اللامركزي نظرا لما لهما من مزايا في التسيير المحكم لمصالح المواطنين، فجاء في المادة 16 من التعديل الدستوري لسنة 2016⁴: "الجماعات الإقليمية للدولة هي البلدية و الولاية،البلدية هي الجماعة القاعدية. و جاء في المادة 17¹: " يمثل المجلس المنتخب قاعدة اللامركزية، و مكان مشاركة المواطنين في تسيير الشؤون العمومية.

¹ - المادة 8 من التعديل الدستوري 2016 : السلطة التأسيسية ملك للشعب.

بمارس الشعب سيادته بواسطة المؤسسات الدستورية التي يختارها .

بمارس الشعب هذه السيادة أيضا عن طريق الاستفتاء و بواسطة ممثليه المنتخبين.

لرئيس الجمهورية أن يلتجئ الى ارادة الشعب مباشرة.

- المادة 11 : الشعب حر في اختيار ممثليه.

لا حدود لتمثيل الشعب الا ما نص عليه الدستور و قانون الانتخابات.

² - القانون 11-10 المؤرخ في 22 جوان 2011 المتضمن قانون البلدية ، ج.ر 37 مؤرخة في 03-07-2011.

³ - القانون 12-07 المؤرخ في 21 فيفري 2012 المتضمن قانون الولاية ، ج.ر العدد 12 المؤرخة في 29 فيفري 2012.

⁴ - قانون رقم 16-01 المؤرخ في 6 مارس سنة 2016 ، المتضمن التعديل الدستوري .

¹ - التعديل الدستوري 2016.

الولاية هي جماعة عمومية إقليمية تتمتع بالشخصية المعنوية و الاستقلال المالي و تشكل مقاطعة إدارية للدولة ، و تنشئ بموجب القانون ، وللولاية اقليم و اسم و مقر ، كما لها هيئات ، و للولاية هيئتين هما المجلس الشعبي الولائي كجهاز للمداولة و الوالي كجهاز للتنفيذ.

أما البلدية فهي هيئة ادارية لامركزية اقليمية محلية ، و جماعة اقليمية سياسية ادارية اقتصادية و اجتماعية و ثقافية تتمتع بالشخصية الاعتبارية ، و ذات ذمة مالية و استقلال مالي ، و للبلدية هيئتين هما المجلس الشعبي البلدي (هيئة مداولة) و هيئة تنفيذية يرأسها رئيس المجلس الشعبي البلدي ، و ادارة ينشطها الأمين العام للبلدية تحت سلطة رئيس المجلس الشعبي البلدي.

و يتشكل المجلس الشعبي البلدي من منتخبين، يتم اختيارهم من قبل سكان البلدية بموجب أسلوب الاقتراع العام السري المباشر وذلك لمدة خمس سنوات طبقا للمادة 65 من القانون العضوي 16-10¹ المتعلق الانتخابات² والتي حددت مدة حياة المجلس الشعبي البلدي بخمس سنوات حيث تجرى الانتخابات في ظرف الثلاثة أشهر السابقة لانقضاء المدة و قد أجازت المادة 65 الفقرة 3 من القانون العضوي 16-10 المذكور تمديد فترة العهدة في حالة وفاة رئيس الجمهورية أو تقديم استقالته ، أو في حالة اقرار الوضع الاستثنائي و حالة الحرب ، و يختلف عدد أعضاء المجلس الشعبي البلدي بحسب التعداد السكاني للبلدية³.

يجتمع المجلس الشعبي البلدي في دورة عادية كل شهرين، أي بمعدل ستة دورات سنويا وتكون مدة الدورة خمسة أيام على الأكثر، كما يمكنه عقد دورات غير عادية بطلب من الوالي أو رئيسته أو ثلثي أعضائه⁴ عند ظهور أحداث جديدة لها تأثير على مالية البلدية أو الممتلكات أو سير المرفق العام أو سير المرفق العام بحيث لا يحتمل انتظار انعقاد دورة عادية مقبلة لمعالجتها⁵.

كما يجتمع وجوبا بقوة القانون في حالة قيام حالة أو ظرف استثنائي أو كارثة كبرى و يضعون أنفسهم تحت تصرف رئيس المجلس الشعبي البلدي أو مستخلفه الذي يفتح دورة غير عادية مرتبطة بالأسباب التي دعت إليها بعد اخطار الوالي بذلك⁶.

يحدد رئيس المجلس الشعبي البلدي جدول الأعمال و تاريخ دورات المجلس بعد استشارة نوابه ، و هذا بحضور الأمين العام للبلدية مع رؤساء اللجان الدائمة المعنيين عند الاقتضاء⁷، كما يعرض رئيس المجلس الشعبي البلدي جدول الأعمال على أعضائه عند افتتاح الدورة للمصادقة عليه ، و يمكن ادراج نقاط اضافية في جدول الأعمال بناء على طلب من الرئيس أو من أغلبية أعضاء المجلس.

¹ -القانون العضوي 16/10 المؤرخ في 25 غشت 2016 المتعلق بنظام الانتخابات ، ج.ر العدد 50 الصادرة في 28 غشت 2016.

² -القانون رقم 10/16

³ -عمار بوضياف ، الوجيز في القانون الاداري ، جسر للنشر و التوزيع ، الطبعة الثانية ، الجزائر ، 2007، ص 275.

⁴ - المواد 16 و 17 من القانون 11-10.

⁵ -المادة 5 من المرسوم التنفيذي رقم 13-105 المؤرخ في 17 مارس 2017 المتضمن القانون الداخلي النموذجي للمجلس الشعبي البلدي ، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية ، العدد 15 المؤرخة في 17/03/2017.

⁶ -المادة 18 من القانون 11-10.

⁷ -المادة 06 من المرسوم التنفيذي 13-105.

و لتسهيل مهام المجلس الشعبي البلدي، فانه يتشكل من لجان دائمة¹ و لجان مؤقتة².

أما الولاية فهي وحدة إدارية تتمتع بالشخصية المعنوية والذمة المالية المستقلة ، حيث عرفها قانون الولاية 12-07 في مادته الأولى على أنها : " هي الجماعة الإقليمية للدولة وتتمتع بالشخصية المعنوية والذمة المالية

تقوم الولاية على هيئتين أساسيتين، أولهما المجلس الشعبي الولائي، و ثانيهما الوالي تساعده أجهزة وهيكل الادارة العامة ، ويشرف على إدارة شؤون الولاية مجلس منتخب من طرف المواطنين عن طريق الاقتراع العام و هو عبارة عن هيئة مداولة³.

يجتمع المجلس الشعبي الولائي في دورة عادية كل ثلاثة أشهر أي بمعدل أربع مرات في السنة ، مدة كل دورة منها خمسة عشرة(15) يوما على الأكثر ، و قد حدد المشرع انعقاد هذه الدورات وجوبا خلال أشهر محددة و هي مارس و يونيو و سبتمبر و ديسمبر⁴ ، كما لا يمكن جمع هذه الدورات أي أن لكل دورة شهر مخصص لها.

و يمكن للمجلس الشعبي الولائي عقد دورات غير عادية عند الحاجة لمعالجة قضايا غير متوقعة أو مرتبطة بأحداث جديدة لها تأثير على المالية أو الممتلكات أو سير المرفق العام و لا تحتمل انتظار انعقاد الدورة العادية المقبلة لمعالجتها بطلب من رئيس المجلس الشعبي الولائي أو بطلب من ثلث 3/1 أعضائه أو بطلب من الوالي ، و تختتم الدورة غير العادية بمجرد اختتام جدول أعمالها مباشرة.

وحددت مدة حياة المجلس الشعبي الولائي بخمس سنوات وفقا للمادة 65 من القانون العضوي 16-10 المؤرخ في 25 غشت 2016، وقد أجازت نفس المادة تمديد الفترة في حالة وفاة رئيس الجمهورية أو تقديمه لاستقالته أو في حالة اقرار الوضع الاستثنائي أو حالة الحرب، ويتشكل المجلس الشعبي الولائي من لجان دائمة⁵ وتتشكل اللجان الدائمة بموجب اقتراح من رئيس المجلس الشعبي الولائي، أو الأغلبية المطلقة لأعضاء المجلس الشعبي الولائي، و يعرض على المداولة وبعد تشكيلها تعد اللجنة نظامها الداخلي و تعرضه على المجلس للمصادقة عليه⁶ ، ولجان خاصة⁷ التي تقوم بمهام يحددها المجلس و التي تهم الشأن المحلي بشكل عاجل كوجود حالة طوارئ و تتشكل هذه اللجان بناء على طلب من الرئيس.

تتولى المجالس المنتخبة ممارسة مهامها بموجب النظام التداولي، أي أن كافة أعماله لا تكون إلا بموجب مداولات و لا مجال للعمل الفردي فيه، و بهذا المفهوم المداولة هي التصرف القانوني الذي بموجبه تصدر البلدية قراراتها، ليس كهيئة تشريعية تصدر القوانين مثل المجلس الشعبي الوطني، بل هي هيئة تداول و تشاور حول المشاريع والقرارات ، كما أن المجلس الشعبي الولائي ليس هيئة تنفيذية فمهمته تنتهي عند صدور المداولة والمصادقة عليها، و يتولى ممارسة مهامه بموجب النظام التداولي، تحرر مداولات

¹ - المادة 31 من قانون البلدية 11-10.

² - المواد 33 و 34 من قانون البلدية 11-10.

³ - المادة 12 من قانون الولاية 12-07.

⁴ - المادة 14 من القانون 12-07.

⁵ - المادة 33 من قانون الولاية 12-07.

⁶ - المادة 34 من قانون الولاية 12-07.

⁷ - المادة 36 من قانون الولاية 12-07.

المجلس الشعبي البلدي و الولائي باللغة العربية، و تتناول ملخصا جزئيا لمخضر الجلسة المحدد مسبقا وتدون المداولات بحبر غير قابل للمحو في سجل المداولات، وتحمل كل مداولة عناصر معينة¹، وتدون في سجلات خاصة بما.

المحور الثاني : أهم القيود على أعمال المجالس المحلية المنتخبة

القاعدة العامة أن أعمال المجلس الشعبي الولائي و البلدي الصادرة في نطاق المشروعية الشكلية والموضوعية² تكون نافذة من تاريخ صدورها ، و الاستثناء يتمثل في أن هناك بعض الأعمال القانونية الصادرة عن هذه المجالس لا تكون نافذة إلا بعد المصادقة عليها مما يعرقل في حالات كثيرة عملية التنمية المحلية و يعطل تحقيقها من طرف الهيئة الوصية.

ان الاستقلال الاداري للمجالس المحلية المنتخبة لا يعني الاستقلال التام و المطلق عن السلطة المركزية و إلا كنا أما نموذج نظام اللامركزية السياسية وليس نظام اللامركزية الاقليمية ، على أن هذه الهيئات المحلية تتمتع بحقوق و امتيازات لأجل أداء مهامها و ادارة المرافق العامة و تنفيذ القوانين و تسيير أموال عمومية و المحافظة على الأمن و النظام العام لذا فإنها يمكن أن تتجاوز هذه الصلاحيات سواء بقصد أو دون قصد نظرا للخبرة و المستوى الدراسي و الثقافي للكثير من المنتخبين ، فكان لا بد من خضوعها لرقابة سواء كانت رقابة ادارية أو قضائية.

على الرغم من أن المشرع أضفى عليها صفة الرقابة ، إلا أنها من وجهة نظرنا نرى أنها قيود تلقى على هذه الأعمال التي تكون خدمة لمصلحة المواطن الذي انتخب هذه الهيئة التي تحقق انشغالاته فهي بهذه القيود تفقد نوع من المصادقية أمام ممثليها .

ان الرقابة على البلدية فهي أكثر اشكالية و صعوبة اذا ما قورنت بالرقابة على الولاية و ذلك بسبب أن الجهاز المسير داخل البلدية هو جهاز منتخب ، أما على رأس الولاية نجد الوالي و هو الشخص المعين و الى جانبه المسؤولين التنفيذيين و يسهل ممارسة الرقابة على هؤلاء.

فعلى مستوى البلدية فالأمر يختلف حيث أن الرئيس و نوابه و سائر الأعضاء منتخبون مما يصعب من ممارسة الرقابة ، إلا أنه رغم هذه الصعوبة فان الرقابة تمارس على البلدية.

1-الرقابة الادارية : تعرف الرقابة الادارية " بأنها مجموعة السلطات التي يمنحها المشرع للسلطة المركزية لتمكينها من الرقابة على نشاط المجالس المحلية بقصد حماية المصلحة العامة ، كما يطلق عليها الوصاية الادارية تعبيراً عن التبعية للشخص المركزي .

كما يقصد بها مجموع السلطات التي يقرها القانون لسلطة عليا على أشخاص الهيئات اللامركزية و أعمالهم بقصد حماية المصلحة العامة³، و تتجلى مظاهر الرقابة الادارية في مجالات ثلاث رقابة على الاشخاص و رقابة على الهيئة و رقابة على الأعمال ، و اعتبار أن موضوعنا يتناول أعمال الهيئات المنتخبة سواء كانت البلدية أو الولاية ، فإننا سوف نعالج الرقابة على أعمال الهيئات المنتخبة .

¹ - المادة 28 من المرسوم التنفيذي 05-13.

² - مزباني فريدة ، مبادئ القانون الاداري الجزائري ، طبعة 2001 ، دون سنة و دون دار نشر ، ص 223.

³ - عمار بوضياف ، المرجع السابق ، ص 177.

فالرقابة الادارية على الأعمال سواء كانت على المجلس الشعبي البلدي أو المجلس الشعبي الولائي فتتمثل في المصادقة و الالغاء و الحلول.

وكما سبقت الاشارة اليه ان أعمال البلدية تعد نافذة بمجرد التصويت عليها نظرا للطابع الاستقلالي و التمتع بالشخصية المعنوية ، إلا أنه رغم ذلك نجد أن المشرع قيد سريان مداوات المجلس الشعبي البلدي بمرور مدة زمنية ، و قيدها بالمصادقة سواء كانت صريحة أو ضمنية، ويأخذ التصديق على أعمال البلدية شكلين ، التصديق الصريح و التصديق الضمني ، حيث أورد قانون البلدية 10-11 في المادة 57 على المصادقة الصريحة نظرا لأهمية المداوات¹، كما أورد في المادة 56 من نفس القانون مبدأ عاما تعتبر بمقتضاه مداوات المجلس الشعبي البلدي نافذة بعد فوات 21 يوما من تاريخ ايداعها لدى الولاية .

مع ذلك فقد قيد المشرع الوالي بمدة زمنية لإبداء رأيه في المداولة المعروضة عليه في أجل 30 يوما من تاريخ ايداع المداولة بالولاية و إلا اعتبرت نافذة و هذا حماية مداوات المجالس الشعبية من تعسف الولاية² ، كما قيد المشرع الوالي بقيد آخر لذا فيجب أن يكون قرار الرضف مسببا و أن يبلغ الى الجهة المختصة كتابيا ، و تتمثل الصورة الأخرى في الرقابة في الالغاء أو البطلان ، الالغاء اجراء تستطيع السلطة المركزية بواسطته محو الآثار المترتبة على قرار اتخذه السلطة اللامركزية لمجرد الحكم بعدم ملاءمته، ان قرارات الهيئات اللامركزية أما أن تكون قابلة للإبطال أو قرارات باطلة ، و قد يكون البطلان مطلقا أو بطلانا نسبيا.

تكون باطلة بحكم القانون المداوات التي أوردتها المادة 59 من قانون البلدية، و هي المداوات المخالفة للقانون و يقصد هنا القانون بمفهومه الواسع (الدساتير ، المراسيم ، القرارات الوزارية....)، وذلك احتراماً لمبدأ المشروعية وضمن تدرج القواعد القانونية في الدولة³ ، وقد تكون باطلة بطلانا المداوات التي تمس رموز الدولة و شعاراتها ، و المداوات المحررة بغير اللغة العربية .

أما المداوات التي تعد باطلة بطلانا نسبيا فقد نصت عليها المادة 60 من قانون البلدية و هي المداوات التي يشارك في اتخاذها أعضاء من المجلس بما فيهم الرئيس، لهم فيها بصفة شخصية أو بالنسبة لأزواجهم أو أصولهم أو فروعهم الى الدرجة الرابعة أو كوكلاء لهم علاقة بهذه المداولة ، فيقوم الوالي بإبطالها بموجب قرار معلل دون التقييد بمدة معينة ، كما أجاز المشرع لرئيس المجلس الشعبي البلدي أن يطعن اداريا أو قضائيا في هذه القرارات.

و تأتي الصورة الأخيرة من الرقابة الادارية في الحلول و الذي يقصد به أن تحل سلطة الرقابة الممثلة في الوالي محل المجلس الشعبي البلدي فهي استثناء في الوصاية الادارية كما جاء في المادة 83 من قانون البلدية⁴.

و يعد الحلول أخطر أنواع الرقابة على حرية و استقلال المجالس الشعبية البلدية فيجب أن يستوفي على مجموعة من الشروط، و هي أن تقوم سلطة الرقابة بإنذار الهيئة اللامركزية قبل الحلول و منحها مهلة محددة فان رفضت الاستجابة فهذا يدل على أنها رضيت بإجراء الحلول.

¹ - الميزانيات و الحسابات ، قبول الهبات و الوصايا الأجنبية ، اتفاقيات التوأمة ، التنازل عن الأملاك العقارية البلدية.

² - علاء الدين عشي ، والي الولاية في التنظيم الاداري الجزائري ، دار الهدى ، الجزائر ، 2006 ، ص 33.

³ - محمد الصغير بعلي ، الادارة المحلية الجزائرية ، دار العلوم للنشر و التوزيع ، عنابة ، دون سنة نشر ، ص 138.

⁴ - قانون البلدية 10-11.

و سلطة حلول الوالي تنصب على تسجيل النفقات الاجبارية في الميزانية البلدية اذا لم يسجلها المجلس ، ضبط توازن الميزانية لدى اعدادها و امتصاص عجزها لدى التنفيذ¹ ، الاذن بالنفقات اللازمة² و الضبط الاداري للحفاظ على النظام العام³.

أما الرقابة على المجلس الشعبي الولائي فلا تختلف كثيرا عن المجلس الشعبي البلدي ، بحيث لا بد من المصادقة أو الغاء هذه المداولات ، تنص المادة 55 من قانون الولاية على المصادقة الصريحة في المداولات الخاصة بالميزانيات و الحسابات و التنازل عن العقار و اقتنائه أو تبادله و اتفاقيات التوأمة و الهبات و الوصايا الأجنبية من وزير الداخلية في أجل شهرين و هذا نظرا لخصوصية هذه المداولات ، أما عن المصادقة الضمنية أوردتها قانون الولاية في المادة 54 حيث تعتبر مداولات المجلس الشعبي الولائي نافذة بعد فوات 21 يوما من تاريخ ايداعها لدى الولاية ، و هي المداولات التي لا تدخل ضمن الواد 55،56،57 من قانون الولاية ، إلا أنه اذا رأى الولاية خلال هذه المدة 21 يوما أن هذه المداولات مخالفة للقوانين فانه يرفع دعوى أمام المحكمة الادارية المختصة⁴.

و فيما يخص الالغاء أو البطلان فقد جاءت في المادة 53 من قانون الولاية بحيث تبطل هذه المداولات بطلانا مطلقا⁵ بقوة القانون ، و خول القانون للوالي رفع دعوى أمام المحكمة الادارية المختصة اقليميا ببطلان المداولة خلال 21 يوما من تاريخ المداولة ، و ذلك طبقا لقانون الاجراءات المدنية و الادارية 09/08⁶، و يكون في كل المداولات التي تمس برموز الدولة و شعاراتها و المتخذة خرقا للدستور و غير المطابقة للقوانين و التنظيمات و غير المحررة باللغة العربية و التي تتناول موضوعا لا يدخل ضمن اختصاصاته و المتخذة خارج الاجتماعات القانونية للمجلس و المداولات المتخذة خارج مقر المجلس الشعبي الولائي مع مراعاة أحكام المادة 23 من قانون الولاية.

أما المادة 56 من قانون الولاية فقد نصت على ابطال المداولات بطلانا نسبيا و خول للوالي أن يثير خلال 15 يوما من تاريخ اقرار المداولة ، و لكل ناخب مكلف بالضريبة في الولاية بالمطالبة بإبطال هذا النوع من المداولات بعد الصاق المداولة بموجب رسالة موصى عليها الى الوالي مقابل وصل استلام لرفع دعوى أمام المحكمة الادارية قصد اقرار ببطلان المداولة.

كما تتمثل الصورة الأخيرة في الرقابة الادارية في سلطة الحلول التي وردت في الواد 168 و 169 من قانون الولاية ، حيث أنه اذا لم يصوت على مشروع الميزانية بسبب اختلال داخل المجلس الشعبي الولائي، فان الوالي يقوم استثناء باستدعاء المجلس الشعبي الولائي في دورة غير عادية للمصادقة عليه ، و في حالة عدم توصل هذه الدورة الى المصادقة يبلغ الوالي وزير الداخلية الذي يتخذ التدابير الملائمة لضبطها ، وإذا ظهر عجز في الميزانية الولائية على المجلس الشعبي الولائي اتخاذ التدابير لإعادة التوازن و اذا لم يتخذ التدابير التصحيحية يتولى الوزير الداخلية و وزير المالية امتصاص العجز على مدى سنتين أو عدة سنوات مالية .

¹ - المواد 102 و 183 و ما بعدها من قانون البلدية 10-11.

² - محمد الصغير بعلي ، المالية العامة ، دار العلوم ، عنابة ، الجزائر ، 2003، ص 53.

³ - المواد 94 و 100 من قانون البلدية.

⁴ - المادة 54 من قانون الولاية 07-12.

⁵ - مزباني فريدة ، المرجع السابق ، ص 282.

⁶ - القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فبراير 2008 ، المتضمن قانون الاجراءات المدنية و الادارية ، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية رقم 4 ، العدد الجريدة 4 ، العدد 21 ، الصادرة بتاريخ 2008/04/23.

2- الرقابة القضائية ، انه في هذا النوع من الرقابة لا نتطرق الى كل أنواع الدعاوى التي يمكن أن يرفعها الأفراد عن القرارات الصادرة من البلدية ، و لكننا نتطرق الى الدعاوى القضائية الخاصة بالمداولات ، حيث جاء في قانون البلدية 10-11 على أنه يلزم للوالي التوجه للقضاء لإلغاء مداولة بدلا من الغائها بقرار اداري¹ ، و هو كذلك الأمر بالنسبة لمداولات المجلس الشعبي الولائي على الوالي التوجه للقضاء لإلغائها² و هذا حفاظا على استقلالية المجالس المنتخبة .

ومن جانب آخر منح المشرع لكل من رئيس المجلس الشعبي البلدي³ و رئيس المجلس الشعبي الولائي⁴ حق مواجهة الوالي برفع دعوى قضائية على المداولات التي رفضها الوالي أو رفض المصادقة عليها أمام المحاكم الادارية⁵ و هي الجهات الولاية العامة في المنازعات الادارية والمختصة بالفصل في أول درجة و تكون قابلة للاستئناف أمام مجلس الدولة.

فنرى هنا أن المشرع على الرغم من تسليط الرقابة على المجلس الشعبي البلدي و المجلس الشعبي الولائي فقد ترك لها مجالاً من الحرية في التصرف و ذلك أنه أي المشرع قيد في حالات محددة سلطة الادارة في الرقابة بفرض قيود شكلية و زمنية ، و هذا خير ما فعل لأنه بهذا فهو يحاول أن يوفق بين السلطة و الامتياز و قيمة و هبة هذه المجالس أمام منتخبيها.

خاتمة

إن الدور الأساسي و الرئيس و الذي وجدت من أجله الهيئات المنتخبة تحقيق التنمية المحلية التي تعد أساس التنمية الوطنية ، و تقوم هذه الهيئات المنتخبة بعملها وفقا لدورات محدد عددها و تاريخ انعقادها بقانون البلدية و قانون الولاية و وفقا لجدول أعمال يتم الاتفاق عليه مسبقا ، و تنتهي بمداولات مدونة في سجل خاص بها ، إلا أن هذه المداولات تخضع لرقابة الجهة الادارية المختصة الممثلة في الوالي و الذي يقوم بدوره بالمصادقة الصريحة في بعض المداولات و بالمصادقة الضمنية في مداولات، كما خول المشرع للوالي سلطة إلغاء أو إبطال هذه المداولات وقد يكون البطلان مطلقا كما يمكن أن يكون بطلانا نسبيا ، و أخطر رقابة ادارية حولها المشرع للوالي وهي سلطة الحل بالنسبة للمجلس الشعبي البلدي و المجلس الشعبي الولائي في حالة عدم المصادقة على مشروع الميزانية بسبب الاختلال ، و خول لكل من وزير الداخلية و وزير المالية الحل محل المجلس الشعبي الولائي في حالة ضبط توازن الميزانية لدى إعدادها و امتصاص عجزها لدى التنفيذ ، في حالة عدم قيام المجلس بذلك ، كما يمكن رفع دعاوى قضائية أمام المحاكم الإدارية المختصة سواء من الوالي أو من رئيس المجلس الشعبي البلدي و رئيس المجلس الشعبي عن كل المداولات التي رأى الوالي أنها غير قانونية أو كل مداولات رفض الوالي المصادقة عليها.

وفق المشرع الجزائري في قانون البلدية 10-11 و قانون الولاية 07/12 و حدد أسس التنظيم الإداري بالنسبة للمجالس المنتخبة المحلية و بقي على هذه الأخيرة أن تعمل أكثر مراعاة لمصلحة المواطن ، ولذا فانه في ختام هذا العمل نقدم بعض التوصيات :

¹ - المادة 59 من القانون 10-11.

² - المادة 53 من قانون الولاية 07-12.

³ - المادة 61 من قانون البلدية 10-11.

⁴ - المادة 54 و المادة 1/57 من قانون الولاية 07/12.

⁵ - المادة 800 من قانون الاجراءات المدنية و الادارية 09.08.

- 1-على المواطن المشاركة في هذه المداولات بحضوره الى دورات المجالس المنتخبة و ان كان التعديل الدستوري لسنة 2016 ينص على ذلك ويؤكد بذلك على تكريس الشفافية و مشاركة المواطن مع منتخبيه في تحقيق التنمية المحلية.
- 2-على الإعلام الحضور ليقدم للمواطن الصورة الحقيقية التي تجري فيها هذه المداولات.
- 3-التكوين الدائم للمنتخبين وخاصة في مجال الميزانية و المالية.
- 4- تقييد أكثر الوصايا بآجال أقل من الآجال المنصوص عليها اليوم ، وللقضاء على التأخر الذي يكون في غالب الحالات لا يكون لمصلحة البلدية و بالتالي مصلحة المواطن.

المراجع

- 1-الدستور الجزائري لسنة 1996
- 2-القانون 01/16 المؤرخ في 06 مارس 2016 المتضمن التعديل الدستوري لسنة 2016، ج ر 50 المؤرخة في 28 غشت 2016.
- 3-القانون العضوي 09/08 المؤرخ في 25 فبراير 2008 ، المتضمن قانون الاجراءات المدنية و الادارية ، ج ر رقم 4 ، العدد 21 الصادرة بتاريخ 2008./04/23
- 4-قانون البلدية 11- 10 المؤرخ في 22 جوان 2011 ، ج ر 37 المؤرخة في 03/07/2011.
- 5-قانون الولاية 12.07 المؤرخ في 21 فيفري 2012.
- 6-المرسوم التنفيذي 105/13 المؤرخ في 17 مارس 2017، ج ر العدد 15 المؤرخة في 17/03/2017
- 7- فريجة حسين ، شرح القانون الاداري ، دراسة مقارنة ، الطبعة الثانية ، 2010.
- 8-عمار بوضياف ، الوجيز في القانون الاداري ، الطبعة الثانية ، 2007.
- 9-علاء الدين عشي ، مدخل القانون الاداري ، الجزء الأول ، التنظيم الاداري ، دون سنة نشر.
- 8- مزياي فريدة ، مبادئ القانون الاداري الجزائري ، طبعة 2001.
- 10- علاء الدين عشي ، والي الولاية في التنظيم الجزائري ، 2006.
- 11-مُجَّد الصغير بعلي ، الادارة المحلية الجزائرية ، دون سنة نشر.
- 12- مُجَّد الصغير بعلي ، المالية العامة ، 2003.

مستقبل التجارة الإلكترونية في الجزائر

حاج مخناش نوال

طالبة دكتوراه/كلية الحقوق والعلوم السياسية

جامعة يحيى فارس - المدية -

د/شميشم رشيد

أستاذ محاضر "أ"/كلية الحقوق والعلوم السياسية

جامعة يحيى فارس - المدية -

الملخص:

تعد التجارة الإلكترونية عصب الاقتصاد الرقمي المعاصر المستقبلي، وقد نمت نمو هائلا في دول العالم انعكس على حجم المبادلات التجارية التي تجاوزت مليارات الدولارات، إثر ظهور ما يعرف بالسوق الإلكترونية، والمحلات التجارية الافتراضية، فكان لا بد من وجود غطاء تشريعي لاستيعاب هذا النوع من التقنيات الجديدة، كرس من قبل سائر دول العالم، والجزائر تعد من بين الدول التي أدخلت تعديلات على قوانينها من أجل الولوج إلى عالم التجارة الإلكترونية فجاءت هذه الدراسة بغرض معرفة واقع ومستقبل التجارة الإلكترونية في الجزائر.

APSTRACT :

The electronic trade is considered to be the core of contemporary modern digital economy. Its growth across the world made a tremendous impact on the size of Trade exchanges, which exceeds billions of dollars. Over the emergence of the electronic market and the virtual trade shops, A legislative cover was necessary for this type of new mechanism. Algeria is considered to be one of the countries that included modifications to it slaws in order to immerse itself in the world of economic trade. This study came for the sake of acknowledging the reality and future of economic trade in Algeria.

مقدمة:

تحول العالم إلى قرية إلكترونية تتمحور حول تقنياتها أجهزة المعلوماتية وشبكات الاتصال، ولعل أبرز ظواهر المعلوماتية اليوم هو تنفيذ العمليات التجارية المختلفة عبر الوسائط المعلوماتية والاتصالية الحديثة، ويطلق عليها اسم التجارة الإلكترونية، حيث ينتج عن استخداماتها تحسين في أداء المؤسسات في الاتصال وفتح الأسواق العالمية أمامها، وبالتالي أصبح هذا النوع من التجارة أهم الوسائل الإلكترونية التي تستفيد منها الدول والمنظمات في تسويق منتجاتها. حيث تتم التجارة الإلكترونية في سوق إلكتروني يتواصل فيه البائعون والوسطاء والمشترون، تعرض فيه مختلف المنتجات والخدمات بصيغة افتراضية أو رقمية، ويدفع ثمنها بأحد وسائل الدفع الإلكتروني، فأصبحت التجارة الإلكترونية مركز اهتمام كافة الدول والمنظمات الدولية وعلى رأسها المنظمة العالمية للتجارة التي اعتبرتها من بين أهدافها التي تسعى إلى تطويرها، والجزائر لم تبقى في منأى عن هذه التطورات، إذ لوحظ في الآونة الأخيرة أن المشرع الجزائري تبني العديد من التوجهات التي تساهم في ممارسة نشاط التجارة الإلكترونية، فما هو واقع التجارة الإلكترونية في الجزائر؟ وما هو المستقبل الذي ينتظر هذا النوع الحديث من التجارة في الجزائر؟

أولاً: مفهوم التجارة الإلكترونية

لقد شاع مفهوم التجارة الإلكترونية في هذا العصر الرقمي بسبب الانتشار الهائل الذي تعرفه الانترنت، التي تعتبر من أحدث التقنيات المعلوماتية الناتجة عن ثورة المعلومات التي يشهدها العالم، فبفضل التجارة الإلكترونية أصبح العالم اليوم يعتمد على الانترنت بصفة أساسية في القيام بمعظم عمليات بيع وشراء السلع والخدمات. إذ تسمح بمعالجة حركات البيع والشراء وإرسال التحويلات المالية عبر شبكة الانترنت، حيث توسعت التجارة الإلكترونية في تقديم الخدمات إلى أبعد الحدود فأصبحت تشمل عمليات بيع وشراء المعلومات نفسها جنباً إلى جنب مع السلع والخدمات، لذلك يعتبر موضوع التجارة الإلكترونية من أكثر موضوعات عصر المعلومات إثارة للجدل القانوني في وقتنا الحاضر مما يستوجب توضيح مفهومها وذلك من خلال النقاط الآتية:

أ-تعريف التجارة الإلكترونية: قبل التطرق لتعريف التجارة الإلكترونية يجب أن نشير أولاً للأصل اللغوي لهذا المصطلح فنجده يتكون من مصطلحين هما:

- التجارة: (Commerce) وهي مجموعة من العمليات التجارية التي تشمل على شراء وبيع السلع والخدمات.

- الإلكترونية (Electronique): يقصد بها في مجال التجارة أداء النشاط التجاري باستخدام تكنولوجيا الاتصالات الحديثة والوسائط والأساليب الإلكترونية مثل شبكة الانترنت⁽¹⁾.

ومن جهة أخرى يلاحظ اهتمام المنظمات والقوانين والفقهاء بتعريف التجارة الإلكترونية وفيما يلي سنتعرض لمختلف التعريفات التي أعطيت لها:

أ-1- تعريف المنظمات العالمية للتجارة الإلكترونية: تعد لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي - الأونسيترال-⁽²⁾ التابعة لمنظمة الأمم المتحدة من أولى الجهات التي تطرقت لموضوع التجارة الإلكترونية بموجب القانون النموذجي الصادر في 1996/12/16 المتعلق بالتجارة الإلكترونية⁽³⁾، غير أن هذه اللجنة و من خلال القانون النموذجي لم تضع تعريفاً لمصطلح التجارة الإلكترونية، بل اقتصر فقط على تعريف تبادل المعطيات الإلكترونية الذي يتضمن التجارة الإلكترونية، و لعل الهدف من ذلك يرجع لتفضيل اللجنة ترك المسألة مفتوحة تستوعب جميع الأنشطة التجارية التي تتم بأي وسيلة إلكترونية دون حصرها⁽⁴⁾.

أما منظمة التجارة العالمية فقد عرفت التجارة الإلكترونية على أنها: «مجموعة متكاملة من عمليات الصفقات وتأسيس الروابط وتوزيع وتسويق المنتجات والخدمات بوسائل إلكترونية»⁽⁵⁾، إذ يتفق التعريف مع حقيقة أن التجارة الإلكترونية هي كل الأعمال التجارية التي يمكن أن تتم عبر الوسائل الإلكترونية⁽⁶⁾.

أ-2- تعريف التشريعات للتجارة الإلكترونية: عرفت التجارة الإلكترونية من قبل القانون الفرنسي من خلال القانون رقم 575-2004 المؤرخ في 21 جوان 2004 المتعلق بالثقة في الاقتصاد الرقمي على أنها: «التجارة الإلكترونية هو ذلك النشاط الاقتصادي الذي من خلاله يقوم الفرد بعرض أو ضمان تقديم السلعة أو الخدمة عن بعد و بوسيلة إلكترونية»⁽⁷⁾، كما عرف أيضاً قانون التجارة الإلكترونية التونسي الصادر في 9 أغسطس عام 2000 التجارة الإلكترونية بأنها: «العمليات التجارية التي تتم عبر المبادلات التجارية»، و عرف المبادلات التجارية الإلكترونية بأنها: «المبادلات التي تتم باستعمال الوثائق الإلكترونية»⁽⁸⁾، إذ يلاحظ من خلال هذا التعريف أنه يشمل التجارة الإلكترونية كل عملية تجارية تتم بطريق إلكتروني. أما قانون المعاملات الإلكترونية الأردني الصادر سنة 2001 تحت رقم 85 لم يتضمن تعريفاً للتجارة الإلكترونية بل عرف فقط المعاملات الإلكترونية: «المعاملات التي تنفذ بوسائل إلكترونية»⁽⁹⁾. أما بالنسبة الجزائر فإنه لم يصدر بعد قانون يتعلق بالتجارة الإلكترونية بالرغم من صدور قانون التوقيع والتوثيق الإلكترونيين⁽¹⁰⁾ الذي جاء خالياً من تنظيم المعاملات والعقود الإلكترونية.

أ-3- تعريف الفقه للتجارة الإلكترونية: لقد اختلفت آراء الفقهاء بشأن تعريف التجارة الإلكترونية، حيث اعتمد جانب من الفقه في تعريفه لها على الوسيلة الإلكترونية المستعملة في إنجاز صفقاتها⁽¹¹⁾. فعرّفها البعض بأنها: «كل معاملة تجارية تتم عن بعد باستخدام وسيلة الكترونية»⁽¹²⁾.

وعرفت أيضا بأنها: «استخدام وسائل الاتصالات والمعلومات بين الأطراف التجارية لإتمام الأعمال والصفقات»⁽¹³⁾. أما الجانب الآخر من الفقه فلقد اعتمد في تعريفه للتجارة الإلكترونية التركيز على أحد جوانب هذه الأخيرة دون غيرها فيرى أن التجارة الإلكترونية هي: «العملية التجارية التي تتم بين البائع والمشتري، وتتمثل في عقد الصفقات وتسويق المنتجات عن طريق استخدام الحاسب الإلكتروني عبر شبكة الانترنت، وذلك دون حاجة لانتقال الطرفين أو لقاءهما، بل يتم التوقيع إلكترونيا على العقد»⁽¹⁴⁾. ووفقا لما سبق فالمقصود بالتجارة الإلكترونية جميع المبادلات والمعاملات التي يستخدم في إنجازها وتنفيذها إحدى وسائل الاتصال الحديثة، وعلى هذا الأساس فهي لا تختلف عن التجارة التقليدية سوى في الوسيلة التي يتم عبرها التعامل التجاري وليس في طبيعة المعاملة في حد ذاتها.

ب-أنواع التجارة الإلكترونية: تقوم التجارة الإلكترونية على علاقة بين طرفين وكل علاقة بين الجهتين تعبر عن نوع مختلف من أنواع التجارة الإلكترونية، فتوجد عدة أنواعها أهمها:

ب-1- تعامل بين شركة تجارية وشركة تجارية أخرى (Business To Business): يعتبر هذا النوع من أهم أنواع التجارة الإلكترونية في الوقت الراهن، حيث يستحوذ على حصة الأسد في التعاملات التجارية الإلكترونية لأنها تعتبر الأكثر قيمة على الشبكة⁽¹⁵⁾، إذ تصل حوالي 90% من مجموع الأعمال التجارية على الشبكة⁽¹⁶⁾، إذ يقصد بها المعاملات التجارية التي تتم بين المؤسسات التجارية بعضها البعض من خلال شبكات الاتصالات وتكنولوجيا المعلومات.

ب-2- تعامل بين شركة تجارية و مستهلك (Business To Consume): وهو الشكل المعتاد للأعمال التجارية، إذ يعبر هذا النوع عن العلاقة بين الشركات التي تقوم بعرض مختلف السلع والخدمات التي ترغب في تسويقها عبر الانترنت، و المستهلك الذي يستعرض السلع المتاحة و يقتني منها ما يحتاجه لإشباع رغباته اليومية، و يتم تنفيذ الصفقات التجارية من حيث عمليات الشراء و البيع من خلال شبكات الانترنت و يتم الدفع بطرق مختلفة أكثرها شيوعا الدفع الإلكتروني أو نقدا عند التسليم⁽¹⁷⁾.

ت-عناصر التجارة الإلكترونية: لقد أصبح تحول أي منشأة إلى استخدام نظم وأساليب التجارة الإلكترونية مرهون بإنشاء مقر معلومات على شبكة الأنترنت، من أجل إيصال مختلف المنتجات والخدمات للعملاء حول العالم على مدار الساعة. لكن لا يمكن تحقيق هذا التحول إلا باتباع مجموعة من العناصر مبنية على مجموعة من الأسس والأفكار التي تشمل ثقافة المؤسسة وإمكاناتها، ويرتبط بالتحديات والمصاعب المرتبطة بالاستعمال المكثف لتقنيات المعلومات والاتصالات، وسنذكر هذه العناصر على النحو التالي:

- استخدام البريد الإلكتروني، حيث تقوم مؤسسات الأعمال بالدخول إلى عالم التجارة الإلكترونية في بادئ الأمر بالحصول على عنوان البريد الإلكتروني خاص بما دون أن يكلفها ذلك أعباء مالية، لغرض استخدامه في مراسلاتها، وبعد ذلك تواصل تقدمها بإنشاء صفحات معلومات عن الشركة على الشبكة⁽²²⁾.

- اختيار عنوان الأنترنت المناسب والذي من خلاله تحقق المنشأة هويتها، ولا يتم ذلك إلا بعد حجز اسم نطاق-اسم الدومين-خاص بالموقع الإلكتروني وهو بمثابة مدخل لعبور الموقع في الشبكة العنكبوتية ثم تسجيله على مواقع البحث الرئيسية ليتم الوصول إلى هذا الموقع من كافة المستخدمين للأنترنت عبر العالم⁽²³⁾.

- يجب الأخذ بعين الاعتبار عند انشاء الموقع الخاص بالمنشأة على شبكة الأنترنت ضرورة اتسامه بالسهولة والتشويق لكي يزيد من رغبة العملاء للإبحار فيه.
- ضرورة كسب ثقة العملاء في عالم الأنترنت المجهول، لأن العميل لن يقدم المعلومات الخاصة بشأن بطاقته الائتمانية، أو عنوان البريد الإلكتروني أو رقم هاتفه إلا بعد التأكد من شرعية وقانونية موقع المنشأة.
- يجب على المنشأة إنشاء الموقع الإلكتروني مصحوبا بكافة التسهيلات والتقنيات التي تمكن عملية الدفع بصورة مؤمنة⁽²⁴⁾.

ت-مراحل تنفيذ المعاملات في التجارة الإلكترونية: يتم تنفيذ المعاملات في التجارة الإلكترونية بواسطة ما يعرف بالعقد الإلكتروني⁽²⁵⁾، وهو ذلك العقد الذي يوقع بين غائبين، باستخدام وسائط إلكترونية من أجهزة وبرامج معلوماتية وغيرها من الوسائل التقنية الحديثة التي تعمل تلقائيا وبمجرد إصدار أوامر التشغيل بها، وستتناول فيما يلي مسألة انعقاد العقد الإلكتروني ثم في مرحلة ثانية تنفيذ هذا العقد.

ت-1-إبرام العقد الإلكتروني: لكي ينقذ العقد الإلكتروني يجب توافر الإيجاب باعتباره خطوة أولى من أحد المتعاقدين، ولا بد من أن يعقبه قبول مطابق له من المتعاقد الآخر، وأيضا يجب التأكد من صحة إرادة الإرادة الإلكترونية.

ت-1-1-الإيجاب الإلكتروني: الإيجاب الإلكتروني يكون إيجابا عن بعد، وبالنظر لطبيعة العقد الإلكتروني، يكون الإيجاب متاحا لكل من يرغب في التعاقد دون قصره على منطقة جغرافية محددة، إلا إذا أراد الموجب غير ذلك تماشيا مع ظروفه الخاصة وإمكاناته⁽²⁶⁾، ولا يكون الإيجاب فاعلا إلا بعد عرضه على الموقع من خلال ما يعرف بالإعلان التجاري الإلكتروني، والذي يشترط فيه أن يكون محددا بوضوح، بحيث يتضمن كل البيانات والمعلومات الكافية عن السلعة أو الخدمة، كما أكدت على ذلك المادة 20 من القانون رقم 575-2014 الصادر في 21 جوان 2004، المتعلق بالثقة في الاقتصاد الرقمي⁽²⁷⁾، كما يشترط فيه أيضا أن لا يكون كاذبا أو مضللا، بحيث يتضمن الإعلان معلومات تهدف إلى إيقاع المستهلك الإلكتروني في خلط وخداع فيما يتعلق بعناصر أو صاف جوهرية منتج أو خدمة⁽²⁸⁾، وقد تناول قانون الاستهلاك الفرنسي في المادة 121-1 كل الممارسات التجارية المضللة بما فيها الإعلان التجاري المضلل أو الكاذب، ونص كذلك على العقوبات المقررة على هذا النوع من الممارسات من المادة 121 فقرة 02 إلى الفقرة 07، إضافة إلى ذلك فإنه يتوجب على الموجب الإلكتروني إعلام المستهلك بكافة المعلومات الخاصة بالمنتجات والخدمات المعلن عنها عبر شبكة الإنترنت، لأن المستهلك في إطار العقد الإلكتروني لا يستطيع معاينة السلعة معاينة مادية، ومن أجل تقليص نسبة وقوع المتعاقد في الغلط، حيث أكد قانون المستهلك الفرنسي على ضرورة تحديد شخصية المهني أو مزود الخدمة، وتحديد الاسم، ورقم الهاتف، والبريد الإلكتروني، ورقم تعريف المؤسسة، ورأس مالها، وعنوان مقرها الاجتماعي، كما أقر أيضا بوجوب إعطاء البيانات الأساسية عن السلعة أو الخدمة، والتبصير بالثمن⁽²⁹⁾، وكذلك فعل المشرع التونسي بحيث أنه ركز على واجب الاعلام المسبق في إطار العقود الإلكترونية من خلال الفصل 25 من القانون عدد 83 لسنة 2000 المتعلق بالمبادلات والتجارة الإلكترونية⁽³⁰⁾.

ت-1-2: القبول الإلكتروني: يقصد بالقبول موافقة الموجب له على الإيجاب الموجب إليه بالشروط التي تضمنها الإيجاب دون تعديل، بحيث يترتب عليه انعقاد العقد المراد إبرامه إذا ما اتصل بعلم الموجب والإيجاب ما زال قائما باستخدام الوسائط الإلكترونية، وتجدر الإشارة هنا أن الأصل في القبول الإلكتروني أن يصدر من القابل صراحة، لأنه لا يمكن أن يكون ضمنيا نظرا لطبيعة العقد الإلكتروني، كونه يتم عن طريق أجهزة وبرامج إلكترونية تعمل آليا حيث يتم عادة عن طريق الضغط على

الأيقونة المخصصة لإعلان الموافقة والقبول بالحاسب الآلي، أو عن طريق الهاتف، أو الأنترنت أو غرفة المحادثة، أو البريد الإلكتروني⁽³¹⁾.

ت-1-3: اسناد الإرادة الإلكترونية: لا يكفي لإبرام العقد الإلكتروني تحقق الإيجاب والقبول، وإنما يتعين اقتراحهما وتقبلهما بما يحقق الإرادة المشتركة للمتعاقدين، و نظرا الخصوصية العقد الإلكتروني من حيث توسط أجهزة ووسائط إلكترونية في إعلان المتعاقد رغبته وإرادته في التعاقد إلكترونيا، وخشية من إسناد الإرادة غشا إلى شخص لم تصدر منه هذه الإرادة، أو التلاعب بها توجب تبعا لذلك توفير مجموعة من الوسائل من أجل التوثيق من اسناد الإرادة إلى الشخص الذي تنسب إليه، وعليه إذا استخدمت رسالة بيانات⁽³²⁾ لتكوين العقد، فإن هذا الأخير لا يفقد صحته أو قابليته للتنفيذ، وتعتبر رسالة البيانات صادرة عن المنشئ إذا كان المنشئ هو الذي أرسلها بنفسه، ما لم يتم هذا الأخير بإثبات العكس، فحسب المادة 13 من قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية فإنه تعتبر رسالة البيانات أنها صادرة عن المنشئ إذا أرسلت من شخص له صلاحية التصرف نيابة عن المنشئ فيما يتعلق برسالة البيانات، أو من نظام معلومات مبرمج على يد المنشئ أو نيابة عنه للعمل تلقائيا، فيلاحظ من خلال هذه المادة أنها أسندت رسالة البيانات إلى المنشئ، وأمرسلها و ليس إلى الجهاز. في حين يحق للمرسل إليه ان يعتبر رسالة البيانات أنها صادرة عن المنشئ، وأن يتصرف على أساس هذا الافتراض إذا طبق المرسل إليه تطبيقا سليما، من أجل التأكد من ان رسالة البيانات صادرة عن المنشئ، إجراء سبق أن وافق عليه المنشئ لهذا الغرض، أو كانت رسالة البيانات كما تسلمها المرسل إليه ناتجة عن تصرفات شخص تمكن بحكم علاقته بالمنشئ أو بأي وكيل للمنشئ من الوصول إلى طريقة يستخدمها المنشئ لإثبات أن رسائل البيانات صادرة عنه فعلا⁽³³⁾.

غير أنه قد يتفق المنشئ مع المرسل إليه أو يطلب منه توجيه إقرار باستلامها حتى يكون على بينة من مصير رسالته والتصرف على اساس واضح⁽³⁴⁾.

ت-2- تنفيذ العقد الإلكتروني: يرتب العقد الإلكتروني كغيره من العقود الأخرى التزامات على عاتق كل متعاقد في مواجهة المتعاقد الآخر، فيلتزم المعلن فيه بتسليم محل العقد بناء على ما اتفق عليه الأطراف، وهنا تجدر الإشارة إلى أن العقود الإلكترونية تنقسم إلى قسمين من حيث كيفية تنفيذها، فمنها ما يبرم عبر الإنترنت وينفذ خارجها، حيث يشمل هذا النوع من العقود التي يكون محلها أشياء مادية تقتضي تسليمها في بنية مادية، والنوع الآخر يتعلق بالأشياء غير المادية تلك التي يكون محلها تقديم الخدمات كبرامج الحاسوب، قواعد البيانات وغيرها، وهذا النوع يبرم وينفذ عبر شبكة الإنترنت ويتم التسليم فيها من خلال التنزيل أو تحصيل برامج أو النسخ من الموقع المتاح إلى الجزء الصلب من جهاز العميل مثلا أو بأي وسيلة تقنية أخرى يتيح للمشتري الانتفاع به، كما يلتزم أيضا بضمان العيوب الخفية وضمان التعرض والاستحقاق، وضمان الصلاحية والأمان والسلامة. ومن جهة أخرى يلتزم المشتري أو الزبون في العقد الإلكتروني بأداء الثمن مقابل السلعة أو مقابل الخدمة، ونظرا لطبيعة هذا النوع من العقود التي تتم في شبكة الأنترنت فإن النقود الورقية أو المعدنية أو التي تحل محلها وسائل أخرى كالشيكات لا تصلح لتسهيل التعامل، لذلك كان لا بد من البحث على وسائل أخربللسداد، بحيث تتفق مع طبيعة العقد الإلكتروني والتجارة الإلكترونية على حد سواء، ومن هنا ظهر ما يسمى بوسائل الدفع الإلكتروني ومن بينها نذكر ما يلي:

- **الدفع عن طريق التحويل الإلكتروني:** وهو أمر بتحويل مبلغ معين من النقود يصدر عن طريق الأنترنت لحساب البائع، وبموجب هذه الطريقة يتم تحويل المبلغ المالي من حساب المدين إلى حساب الدائن، حيث يتولى القيام بهذه العملية الجهة التي تقوم بإدارة عملية الدفع الإلكتروني وغالبا ما يكون بنك أو جهة خاصة أنشئت لهذا الغرض⁽³⁵⁾.

● **الدفع بالبطاقة البنكية:** هي بطاقة مستطيلة الشكل من البلاستيك، تحمل اسم المؤسسة المصدرة لها وشعارها وتوقيع حاملها بشكل بارز على وجه البطاقة ورقمها السري واسم حاملها ورقم حسابه وتاريخ انتهاء صلاحيتها⁽³⁶⁾، وبموجب هذه البطاقة يمكن لحاملها سحب المبالغ النقدية من آلات سحب النقود الخاصة بها، أو أن يقدمها كأداة وفاء للسلع والخدمات أو أن تكون أداة للائتمان أيضا⁽³⁷⁾. فقبل أن تستخدم البطاقة في المعاملات التجارية الإلكترونية، ففي مرحلة أولى يقوم المعلن أو التاجر الإلكتروني بإبرام عقد مع البنك يسمى بعقد الخدمة المصرفية (V.A.D) الذي بموجبه يفوض التاجر البنك من أجل قبول المبالغ المحولة إلى حسابه من طرف الزبائن التي تدفع بالبطاقة المصرفية، ويستفيد البنك بدوره بعمولة في كل معاملة⁽³⁸⁾. أما عن كيفية إجراء عملية الدفع عبر الشبكة، فإن ذلك يتم عن طريق قيام الزبون بكتابة البيانات المتعلقة ببطاقته البنكية باستخدام الحاسب الآلي، و التي تتمثل في اسمه ورقم بطاقته الائتمانية المكون من 16 رقم، وكذلك الرقم السري الخاص بالبطاقة والذي يظهر بطريقة مشفرة بصريا من أجل تأمين البطاقة من القرصنة والتزوير و السطو عليها إلكترونيا، وكذلك تاريخ صلاحية البطاقة، فيقوم البنك بالتحقق من صحة رقم البطاقة وقيمة البضائع، ثم خصم قيمة البضائع من حساب المشتري ثم إضافتها إلى حساب البائع إذا كان له حساب في نفس البنك، وإن لم يكن له حساب في ذلك البنك، وكان له حساب في بنك آخر يقوم بالاتصال بالبنك الآخر ويحول القيمة إليه من حساب المشتري في البنك الأول إلى حساب البائع في البنك الثاني⁽³⁹⁾.

● **الدفع باستخدام الشيك الإلكتروني:** يصدر الشيك الإلكتروني عن المؤسسات المالية والمصرفية لاستخدامه في تسديد المعاملات في التجارة الإلكترونية من خلال وسيط، وهو مكافئ للشيكات الورقية التقليدية، فيما عدا أنه يتم توليد الشيكات وتبادلها عبر الأنترنت، ويقوم الوسيط بالخصم من حساب العميل ويضيفه إلى حساب التاجر⁽⁴⁰⁾.

● **النقود الإلكترونية:** هي عبارة عن قيمة نقدية بعملة محددة تصدر في صورة بيانات إلكترونية مخزنة على كارت ذكي أو على قرص صلب بحيث يتمكن صاحبها نقل ملكيتها إلى من يشاء دون تدخل شخص ثالث⁽⁴¹⁾.

● **محفظة النقود الإلكترونية:** هي وسيلة تتكون من كارت بلاستيك مثبت عليه من الخلف كمبيوتر صغير مزود بذاكرة إلكترونية تسمح بتخزين معلومات وقوى شرائية في صورة وحدات إلكترونية تصلح للوفاء بالديون قليلة القيمة⁽⁴²⁾.

ثانيا: واقع التجارة الإلكترونية في الجزائر:

لقد تأخر وصول الانترنت إلى الجزائر، مما أضر انتشار و اتساع التجارة الإلكترونية، إذ يعود استخدام الانترنت في الجزائر بداية إلى شهر مارس من سنة 1994 عن طريق مركز البحث والإعلام العلمي والتقني CERIST الذي أنشئ في سنة 1986 من قبل وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، وكانت مهمته الأساسية إقامة شبكة وطنية وربطها بشبكات إقليمية ودولية، ففي البداية تم ربط الجزائر بالانترنت عن طريق إيطاليا، ثم أصبح الخط يمر عبر العاصمة الفرنسية باريس فازدادت سرعة الانترنت إلى 1 ميغابايت/ثا في نهاية سنة 1998، و في سنة 1999 وصلت سرعة الانترنت بالجزائر إلى 2 ميغابايت/ثا، وحسب الإحصاءات هناك تحسنا معتبرا على مستوى الأعداد المتعلقة بانتشار تكنولوجيا الاتصال والمعلومات في الجزائر، لكن رغم ما حقق في ميدان تطور الانترنت في الجزائر من حيث عدد المستعملين فإن ذلك لم يواكب التطور المنتظر في مجال تطبيقات التجارة الإلكترونية، خاصة وأن أغلب الدراسات التي أجريت حول استخدامات التجارة الإلكترونية بالجزائر أظهرت أن هذه الاستخدامات لم تتجاوز بعد المستوى البدائي الذي يشمل أنشطة الإعلان والترويج والحصول على المعلومات والدفع عند التسليم، ولم تصل بعد إلى المستوى الثاني والمتمثل في الدفع الفوري الإلكتروني والذي يسمح بتنفيذ المعاملات المالية والتحويلات النقدية على شبكة الأنترنت بين الشركات فيما بينها وبين الأفراد والشركات.

لكن تجدر الإشارة أن تطور التجارة الإلكترونية مرتبط بما توفره الدولة للمؤسسات، سواد تلك التابعة للقطاع العام أو تلك التابعة للقطاع الخاص، وبما توفره أيضا من بنى تحتية تخص الاتصالات والقوانين واللوائح المنظمة للتجارة الإلكترونية على أحسن وجه، وبعد الاطلاع على مختلف النصوص القانونية الجزائرية، نجد أنها تبنت العديد من التوجهات التي تساهم في ممارسة التجارة الإلكترونية الضمنية منها والصرحة وسنبينها فيما يلي:

أ- التوجهات الضمنية لممارسة التجارة الإلكترونية: يتجلى التوجه الضمني لإمكانية ممارسة التجارة الإلكترونية في الجزائر من خلال تهيئة أرضية تكنولوجية ملائمة تسمح باستعمال وسائل اتصال حديثة تمكن من تحسيد تجارة إلكترونية، إضافة إلى توفير شبكة الأنترنت خاصة وأنها تعد أهم وسيلة في عصرنا الحالي لتنفيذ هذا النوع من التجارة، وسنفضل في كل ذلك فيما يلي:

أ-1- تكنولوجيا المعلومات والاتصال في تنفيذ التجارة الإلكترونية: في خضم التطورات المتتالية التي تشهدها حياتنا العملية، ظهرت تكنولوجيا المعلومات والاتصالات كتكنولوجيا للأغراض العامة، وسرعان ما اقتحمت كذلك عالم المعاملات التجارية والمدنية، إذ أدخلت هذه الوسائل نمودجا جديدا للأنشطة محدثة بذلك تغييرا جذريا في أساليب ومناهج التجارة والأعمال، إذ يرجع الفضل لهذه التكنولوجيا ووسائل الاتصال في ميلاد التجارة الإلكترونية وبروزها في الساحة العالمية. ويقصد بتكنولوجيا المعلومات والاتصال مجموعة من الأدوات والأجهزة التي تسمح باستقبال البيانات والمعلومات وتخزينها ومعالجتها ومن تم استرجاعها باستخدام برمجيات متعددة الوسائط (السمعية والبصرية والنصية)، وتوصيلها عبر أجهزة الاتصالات المختلفة إلى أي مكان في العالم والاطلاع عليها في أي وقت دون حواجز أو قيود، وتمتلك هذه التكنولوجيا من الأدوات المتنوعة التي باستطاعتها فرض مجموعة من المتغيرات والتي استفاد منها كثيرا النشاط التجاري كالهاتف، والفاكس والتلكس، والحاسب الآلي.

والمرشع الجزائري نظم كل ما يتعلق بمجال الاتصالات في القانون رقم 03-2000 المؤرخ في 05 أوت 2000 يحدد القواعد العامة المتعلقة بالبريد والمواصلات السلكية واللاسلكية⁽⁴³⁾، وكذلك المرسوم التنفيذي رقم 01-123 المتعلق بنظام الاستغلال المطبق على كل نوع من أنواع الشبكات بما فيها اللاسلكية الكهربائية وعلى مختلف خدمات المواصلات السلكية واللاسلكية⁽⁴⁴⁾، المعدل والمتمم بالمرسوم التنفيذي 07-162⁽⁴⁵⁾.

أ-2- استخدام الأنترنت من أجل الولوج إلى عالم التجارة الإلكترونية: تعد شبكة الأنترنت أضخم شبكة معلومات في العالم، وتربط الآلاف من مراكز المعلومات وقواعد البيانات في كل أنحاء العالم فيما بينها، وتعد الفضاء الرقمي للتجارة الإلكترونية، والركيزة الأساسية في نموها وخلق الوجود الحقيقي لها، فأصبحت الخدمات التي تنتجها شبكة الأنترنت كوسيلة للتعبير الإلكتروني عن الإرادة من خلال إبرام العقود الإلكترونية بمختلف أنواعها، والتي يكون أساسها التعبير عن الإيجاب والقبول في شكل رسائل البيانات عبر البريد الإلكتروني، والمواقع الإلكترونية، وسبل المحادثة الإلكترونية والمشاهدة عبر الأنترنت⁽⁴⁶⁾.

ومن أجل الدخول إلى عالم التجارة الإلكترونية، قررت الجزائر سنة 2000 تحرير سوق مزودي خدمة الأنترنت، وأصدرت لذلك الغرض القوانين التي تحدد شروط وكيفيات وضع واستغلال خدمة الأنترنت، ولنفس الغرض نظم المرشع الجزائري استغلال الأنترنت كنشاط اقتصادي مقنن بموجب المرسوم التنفيذي 98-257 الذي يضبط شروط وكيفيات إقامة خدمات الأنترنت واستغلالها⁽⁴⁷⁾، والذي عدل بموجب المرسوم التنفيذي رقم 2000-307 المؤرخ في 14 أكتوبر 2000⁽⁴⁸⁾.

أ-3- الاعتراف ببعض تقنيات التجارة الإلكترونية: نلمس من خلال بعض النصوص القانونية الجزائرية، الاعتراف ببعض تقنيات التجارة الإلكترونية، أبرزها إجازة التعبير عن الإدارة العقدية عبر وسائل إلكترونية، وأن التقاء الإرادات الإلكترونية يكفي لإبرام العقد متى استوفى شروط صحته، فالرجوع للقواعد العامة نجد انه يمكن لمفهوم التعاقد أن يحتوي التعاقد الإلكتروني، كونه لم يحدد طرق التعاقد ووسائله، لذلك فإنه لا يوجد ما يمنع أن تكون وسيلة التعاقد إلكترونية، فبالعودة لنص المادة 64 من القانون

المدني الجزائري فإنه يستخلص منها فتح المجال لتقبل أي طريقة اتصال كالهاتف أو شبكة الإنترنت⁽⁴⁹⁾. كما يلاحظ أيضا أن المشرع الجزائري سمح ضمينا بإمسك الدفاتر إلكترونيا، رغم أنه لم يستعمل مصطلح الدفاتر التجارية الإلكترونية بل مصطلح المحاسبة المالية عن طريق الإعلام الآلي، ويستشف ذلك من نص المادة 24 من قانون رقم 07-11 المؤرخ في 25 نوفمبر 2007 المتضمن النظام المحاسبي المالي، والتي جاء نصها كالاتي: "تمسك المحاسبة يدويا أو عن طريق الإعلام الآلي"⁽⁵⁰⁾. واعترف المشرع الجزائري أيضا ضمينا بالسفنتجة والشيك الإلكترونيين بموجب القانون رقم 05-02 المؤرخ في 06 فيفري 2005 المعدل والمتمم للقانون التجاري من خلال المادة 23/414⁽⁵¹⁾.

ب- التوجهات الصريحة لممارسة التجارة الإلكترونية في الجزائر: لقد عمد المشرع الجزائري إلى الاعتراف صراحة بإمكانية ممارسة التجارة الإلكترونية عندما ألحق السندات الإلكترونية بنظيراتها العادية في مسألة الحجية في الإثبات، من خلال إضافة المادة 323 مكرري القانون المدني الجزائري، كما عمد المشرع أيضا إلى استحداث خدمة المصادقة الإلكترونية التي تتم من قبل طرف ثالث محايد محل ثقة، يقدم خدمة توثيق السندات الممهورة بتوقيعاتهم، ويسلم الشهادات الإلكترونية، ويقدم خدمات أخرى في مجال التوقيع الإلكتروني.

ولما كان للتوقيع الإلكتروني من أهمية كبيرة في التجارة الإلكترونية كونه يضمن موثوقية الرسالة الإلكترونية وسلامتها من أي تزوير أو تعديل، فإن المشرع الجزائري اعترف به صراحة بتعديل نص المادة 327 بموجب القانون رقم 05-10 بإضافة فقرة أخيرة تم تحريرها كالاتي: «ويعتمد بالتوقيع الإلكتروني وفق الشروط المذكورة في المادة 323 مكرر أعلاه»، ومؤخرا صدر القانون رقم 04/15⁽⁵²⁾ المؤرخ في 01 فيفري 2015 يحدد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين، و الذي سن قصد التكفل بالمطلوبات القانونية والتنظيمية والتقنية التي تسمح بإحداث جو من الثقة المواتية لتعميم وتطوير المبادلات الإلكترونية، وترسيخ المبادئ العامة المتعلقة بنشاطي التوقيع والتصديق الإلكترونيين في الجزائر، والذي يسمح بتعميم وتطوير المبادلات الإلكترونية بين المتعاملين في مجال التجارة الإلكترونية.

كما سعت الجزائر أيضا من اجل مواكبة التقدم التكنولوجي إلى الاهتمام بالقطاع المصرفي وعصرنته، تظهر بوادره عند إنشاء شركة ذات أسهم عام 1995 ما بين المصارف الثمانية "ساتيم"، وتقوم هذه الشركة بصناعة البطاقة المصرفية الخاصة بالسحب حسب المقاييس المعمول بها، وكذلك إصدار بطاقات دفع مصرفية وطنية ودولية، كمحاولات جد مهمة في تعميم تقنيات الدفع الإلكتروني عن طريق الإنترنت والهاتف النقال، وابتداء من 2013 تم إطلاق خدمة الدفع عن طريق الإنترنت والهاتف النقال بالنسبة للعديد من الخدمات على غرار تسديد فواتير الهاتف والكهرباء والماء، بالإضافة إلى اقتراح خدمة شراء التذاكر الخاصة بالرحلات الجوية والبحرية عن طريق الإنترنت⁽⁵³⁾.

أما علي المستوى التشريعي فإن المشرع الجزائري في نصوص التقنين التجاري قد تدارك الهائل الذي يعرفه العالم في ميدان التجارة الإلكترونية، وخاصة في مجال وسائل الدفع الإلكتروني بعد إضافته لوسائل دفع جديدة تتخذ شكلا إلكترونيا، وهي بطاقة السحب والدفع تضمنتها المادة 543 مكرر 23 من نفس القانون.

أما القانون البنكي الجزائري فإنه لم ينص على أي وسيلة دفع إلكتروني، إلا أنه وبالاطلاع على ملحق نظام البنك المركزي رقم 05-06 نجده تضمن في قائمة المصطلحات تعريف للبطاقة المصرفية على أنها وسيلة دفع غير مادية تحددها تعليمة تصدر عن بنك الجزائر⁽⁵⁴⁾، وكان المشرع الجزائري قد اعترف مسبقا بإمكانية استعمال وسائل الدفع الإلكتروني ضمينا في المادة 69 من قانون النقد والقرض 03-11 التي تضمن نصها على ما يلي: «تعتبر وسائل دفع كل الأدوات التي تمكن كل شخص من تحويل أموال مهما يكن السند أو الأسلوب التقني المستعمل»⁽⁵⁵⁾.

ثالثا: المتطلبات العامة لاعتماد التجارة الإلكترونية في الجزائر:

رغم المحاولات التي بذلت وما زالت تبذل في الجزائر لتشجيع استخدام التجارة الإلكترونية، فإنها ما زالت بعيدة كل البعد عن تطبيقها بصورة فعالة، خاصة وأن تطبيق التجارة الإلكترونية يرتبط بتوافر مجموعة من المتطلبات في المجال التشريعي والتكويني والاجتماعي، والاقتصادي والأمني الحمائي التي يجب على الجهات المعنية أخذها بعين الاعتبار من أجل تطبيق التجارة الإلكترونية والتي سنقوم بشرحها فيما يلي:

أ- المتطلبات التشريعية: إن التحول إلى تطبيق التجارة الإلكترونية يتطلب إنشاء مناخ تشريعي محفز يشمل كل جوانبها، في حين نجد موقف المشرع الجزائري بقي غامضا رغم إدخال تعديلات على بعض القوانين التي يلاحظ فيها بعض مظاهر التجارة الإلكترونية، إلا أنه ولحد الآن لم يتجرأ إلى إصدار قانون ينظم التجارة الإلكترونية، فمن المطلوب وبالبحاح وجوب تدخل المشرع الجزائري لإصدار قانون يتعلق بالمعاملات الإلكترونية، كتشريع أولي يتضمن القواعد المباشرة العامة، ثم في وقت لاحق يقوم المشرع بإصدار تشريع متقدم فيه المسائل المتصلة والمتعلقة والناجئة عن مسائل التشريع الأولي، ويضمن تغطية شاملة لآثار التجارة الإلكترونية، من أجل مواكبة سائر التطورات يجب استمرارية فحص القواعد وتقديم مشاريع التعديل من أجل مواجهة التحديات المستقبلية⁽⁵⁶⁾.

كما ينبغي الأخذ بعين الاعتبار مسألة تقصير فترات التقاضي، وإرساء آليات من أجل تخفيض أزمة التقاضي والفصل في المنازعات، وتنفيذ الأحكام في مدة قياسية نظرا لما تتطلب التجارة الإلكترونية من سرعة في إتمام المعاملات، بالإضافة إلى إيجاد ضمانات لحماية حقوق المستهلكين في نطاق المعاملات التجارية الإلكترونية وذلك ابتداء من مرحلتين التفاوض وإبرام العقد إلى غاية مرحلة تنفيذ العقد⁽⁵⁷⁾.

ب- المتطلبات التكوينية: يعتمد نجاح التجارة الإلكترونية في أي دولة على مدى توفر الكوادر البشرية المتخصصة في قطاع تقنية المعلومات، فهي تتطلب ارتفاع مؤشر الاستعداد الإلكتروني في أي مجتمع قادر و لديه الرغبة في ممارسة التجارة الإلكترونية، والذي يتأتى من خلال تطوير الأنظمة التعليمية التي تعطي للمجتمع ثقافة إلكترونية⁽⁵⁸⁾، وتكوين إطارات مختصة في التكنولوجيا الإلكترونية، لذلك يجب الاهتمام بوضع برامج تكوينية في مجال الاعلام الآلي، ودورات تدريبية لقطاعات الأعمال، وتطوير مؤسسات التعليم المتخصص في المجالات المرتبطة بالتجارة الإلكترونية، وذلك بالقيام بفتح فروع في الكليات لتدريس التجارة الإلكترونية كتخصص قائم بحد ذاته.

ت- المتطلبات الاجتماعية: إن عملية الانتقال إلى حقول التجارة الإلكترونية يستدعي إعداد برامج اعلامية خاصة بها تستهدف كافة فئات المجتمع للتعرف عليها، وتشجيعهم على استخدامها، وتوعيته بكل الجوانب التي تحتويها من ميزات وأخطار، وذلك بغية إعدادهم لتقبل فكرة التجارة الإلكترونية كسبيل لإتمام المعاملات التجارية الخاصة بهم.

ث- المتطلبات الاقتصادية: بما أن أساس اعتماد التجارة الإلكترونية هو الجانب الاقتصادي، فعلى الدولة الجزائرية توفير محيط خصب يسهل استعمال التجارة الإلكترونية، وفي سبيل ذلك عليها اعتماد خصخصة قطاعات الاتصال وفتح أبواب المنافسة بغرض تخفيض تكلفة استخدام الانترنت، بالإضافة إلى تخفيض الرسوم الجمركية على تكنولوجيا المعلومات المستوردة من أجل تمكين الحصول عليها من طرف كافة فئات المجتمع⁽⁵⁹⁾، والعمل على تحديث أساليب الدفع بإتباع الأساليب الإلكترونية وإنشاء الشبكات المصرفية الإلكترونية⁽⁶⁰⁾.

ح- المتطلبات الحمائية: ينبغي مضاعفة الجهود المبذولة لزيادة استعداد الدولة الجزائرية لدخول الاقتصاد الرقمي والتجارة الإلكترونية، خاصة في الجوانب المتعلقة بخصوصية البيانات والمعلومات الشخصية، وذلك لن يتم إلا بإعداد قواعد وإجراءات لإدارة

البرامج التي يتم من خلالها تحقيق التوازن بين خصوصية المعاملات، بالإضافة إلى تحسين الشبكات ضد هجوم مخترقي الشبكات وقرصنة البرامج والمواقع الإلكترونية⁽⁶¹⁾.

رابعا: التحديات التي تعيق انتشار التجارة الإلكترونية في الجزائر:

تواجه الجزائر الكثير من التحديات التي تعيق انتشار التجارة الإلكترونية، وفيما يلي نبرز أهم الأسباب التي افرزت هذه التحديات:

- الانتشار الواسع للأمية في الجزائر بنوعيتها التقليدية والمعلوماتية، إضافة إلى غياب الوعي بكيفية إجراء المعاملات عبر شبكة الانترنت، الأمر الذي يوقع العديد من المتعاملين فريسة للمحتالين.
- ارتفاع تكلفة الحصول على الحاسوب، إضافة لارتفاع تكلفة استخدام الانترنت، بل وأكثر من ذلك إذ نجد الجزائر تعاني من مشكلة بطء شبكة الاتصالات.
- انعدام الثقة والأمان بشبكة الانترنت، فبعض الزبائن لا يتقنون بالباعه المجهولين الذين لا يرونهم، ولا بالمعاملات الإلكترونية، ولا بوسائل الدفع الإلكتروني.
- استخدام وسائل الدفع الإلكتروني، وبالخصوص بطاقة الدفع الإلكتروني باعتباره الأكثر رواجاً في كافة أنحاء العالم لم يلقى قبولا وثقة شاملين في الجزائر، وتفضيل وسائل الدفع التقليدية يعيق التجارة الإلكترونية.
- إن كلفة تطوير التجارة الإلكترونية بواسطة الشركة محد ذاتها قد تكون عالية جدا، والأخطاء الناتجة عن قلة الخبرة قد يسبب في تعطيل هذا النوع الحديث من التجارة.
- نقص اهتمام المؤسسات الاقتصادية في الجزائر بتقنية التجارة الإلكترونية، وعدم وعيهم بما يمكن من أن تفتح لهم من آفاق اقتصادية واسعة.
- ضعف بنية الهيكل المالي والمصرفي في الجزائر، بحيث لا تزال البنوك قتيمة، والحال نفسه بالنسبة للبورصة، مما يجعل الحديث عن التجارة الإلكترونية في الجزائر من خلال هذا الجانب سابقا لأوانه.

خاتمة:

ختاما لهذه الورقة البحثية يلاحظ أن نصيب الجزائر من التجارة الإلكترونية مازال في مراحلها الأولى من التطور، في الوقت الذي تسعى فيه الجهود الدولية لإيجاد الحلول والقواعد الموحدة لهذا النوع الحديث من التجارة الذي يعتمد على المعاملات والتوقعات الإلكترونية، خاصة وأن الإطار المنظم للتجارة الإلكترونية في حاجة إلى صياغة ملائمة لمواجهة كافة التحديات التي تقف عائقا أمام تطبيقها ونموها أيضا. ومن أجل تذليل معوقات التجارة الإلكترونية في الجزائر لا بد من تحضير بيئة مناسبة تتماشى مع طبيعتها الإلكترونية، ولن يتحقق ذلك إلا بعد وضع بني تحتية للاتصالات والمعلومات، وسن تشريعات قانونية ومالية تقنن من خلالها التجارة الإلكترونية وتحميها.

قائمة المراجع:

أولا- باللغة العربية:

أ- الكتب:

- (1) -أمير يوسف فرج، التجارة الإلكترونية، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 2008.
- (2) -بختي إبراهيم، التجارة الإلكترونية (مفاهيم واستراتيجيات التطبيق في المؤسسة)، الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2008.
- (3) -خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، دار الفكر الجامعي، مصر، 2006.
- (4) -رضوان غنيمي، بطاقة الائتمان بين الوضع القانوني المصرفي والتأصيل الفقهي، دار الفكر الجامعي، مصر، 2012.

- (5) -عبد الفتاح بيومي حجازي، التجارة الإلكترونية وحمايتها القانونية، دار الفكر الجامعي، مصر، 2006.
- (6) -فاروق حسين، البريد الإلكتروني، الهيئة المصرية العامة للكتاب، مصر، 1999.
- (7) -لزره بن سعيد، النظام القانوني لعقود التجارة الإلكترونية، ط2، دار هومة، الجزائر، 2014.
- (8) -مُجّد إبراهيم أبو الهيجاء، عقود التجارة الإلكترونية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2011.
- (9) -مُجّد البنان، العقود الإلكترونية، أوراق ندوة عقود التجارة الإلكترونية ومنازعاتها، المنظمة العربية للتنمية الإدارية، جامعة الدول العربية، مصر، 2007.
- (10) -مُجّد مدحت عزمي، المعاملات التجارية الإلكترونية-الأسس القانونية والتطبيقات-، مركز الإسكندرية للكتاب، مصر، 2009.
- (11) -نصار مُجّد الحلالمة، التجارة الإلكترونية في القانون، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2012.
- (12) -هدى حامد قشقوش، الحماية الجنائية للتجارة الإلكترونية عبر الأنترنت، دار النهضة العربية، مصر، د.س.ن.
- (13) -يوسف حسن يوسف، الاقتصاد الإلكتروني، ط1، المركز القومي للإصدارات القانونية، مصر، 2012.

ب-الرسائل الجامعية

- (1) - لزعر وسيلة، تنفيذ العقد الإلكتروني، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر (1)، 2010-2011.
- (2) -هباش فوزية، دور التجارة الإلكترونية في تفعيل مناطق التجارة الحرة-حالة منطقة التجارة الحرة العربية-، مذكرة ماجستير، كلية العلوم الاقتصادية والتجارية وعلوم التسيير، قسم العلوم الاقتصادية، جامعة حسيبة بن بوعلي بالشلف، 2011-2012.

ت- المقالات:

- (1) -بلعاش ميادة، بن اسماعيل حياة، مشوع الصيفية الإلكترونية في الجزائر، مجلة الأبحاث الاقتصادية والإدارية، جامعة بسكرة، لعدد 16، ديسمبر 2014.
- (2) -حمودي ناصر، التجارة الإلكترونية مقدمة لاقتصاد علمي جديد-الاقتصاد الرقمي-، معارف مجلة علمية فكرية محكمة، العدد الثاني، الجزائر، 2007.
- (3) -غسان فاروق غندور، طرائق السداد الإلكترونية وأهميتها في تسوية المدفوعات بين الأطراف المتبادلة، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 28، العدد الأول، كلية الاقتصاد، جامعة دمشق، سوريا، 2012.
- (4) -هادف حيزية، نجاح وسائل الدفع الإلكتروني والتحول الجوهري إلى عمليات التفاعل مع التجارة الإلكترونية "استعراض لتجارب بعض الدول الأوروبية"، مجلة البحوث والدراسات العلمية، الجزء الثاني، العدد الثامن، جامعة المدية، الجزائر، نوفمبر 2014.

ث- النصوص القانونية:

● النصوص التشريعية:

- (1) -أمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395هـ، الموافق ل 26 سبتمبر سنة 1975، المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم.
- (2) - قانون رقم 2000-03، المؤرخ في 5 جمادى الأولى عام 1421هـ، الموافق ل 05 أوت 2000، يحدد القواعد العامة المتعلقة بالبريد والمؤسسات السلكية واللاسلكية، الجريدة الرسمية، عدد 48 لسنة 2000.
- (3) - قانون رقم 83 لسنة 2000، مؤرخ في 09 أوت 2000 يتعلق بالمبادلات التجارية الإلكترونية في تونس، ج ر عدد 64 مؤرخة في 11 أوت 2000.
- (4) -قانون المعاملات الإلكترونية الأردني رقم 85 لسنة 2001 المنشور في الجريدة الرسمية بتاريخ 31 ديسمبر 2000.
- (5) -أمر رقم 03-11 المؤرخ في 27 جمادى الثانية 1424، الموافق 26 غشت 2003، يتعلق بالنقد والقرض.
- (6) -قانون رقم 05-02 مؤرخ في 06 فيفري 2005، المتضمن تعديل القانون التجاري، الجريدة الرسمية، العدد 11 لسنة 2005.
- (7) -قانون رقم 07-11 المؤرخ في 15 ذي القعدة 1428 الموافق ل 25 نوفمبر 2007 المتضمن النظام المحاسبي المالي، الجريدة الرسمية العدد 74 لسنة 2007.
- (8) -قانون رقم 15-04 المؤرخ في 11 ربيع الأول عام 1436هـ، الموافق ل 01 فبراير سنة 2015، يحدد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين، الجريدة الرسمية، العدد 06 لسنة 2015.

● النصوص التنظيمية:

- (1)- المرسوم التنفيذي رقم 98-257 المؤرخ في 03 جمادى الأولى الموافق 25 أوت 1998 الذي يضبط شروط وكيفيات إقامة خدمات الإنترنت واستغلالها، الجريدة الرسمية العدد 63 لسنة 1998.
- (2)- المرسوم التنفيذي رقم 2000-307 المؤرخ في 14 أكتوبر 2000 المعدل والمتمم للمرسوم التنفيذي رقم 98-257 المؤرخ في 03 جمادى الأولى الموافق 25 أوت 1998 الذي يضبط شروط وكيفيات إقامة خدمات الإنترنت واستغلالها، الجريدة الرسمية، عدد 60 لسنة 2000.
- (3)- المرسوم التنفيذي رقم 01/123 المؤرخ في 15 صفر عام 1422هـ، الموافق لـ 09 ماي 2001م، المتعلق بنظام الأشغال المطبق على كل نوع من أنواع الشبكات بما فيها السلكية واللاسلكية والكهربائية وعلى مختلف خدمات المواصلات السلكية واللاسلكية، المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية عدد 27 لسنة 2001.
- (4)- المرسوم التنفيذي رقم 07-162 المؤرخ في 30 ماي 2007 المعدل والمتمم للمرسوم التنفيذي رقم 01-123 المؤرخ في 09 ماي 2001 المتعلق بنظام الاستغلال المطبق على كل نوع من أنواع الشبكات بما فيها السلكية واللاسلكية والكهربائية، الجريدة الرسمية العدد 37 لسنة 2007.
- (5)- نظام رقم 05-06 المؤرخ في 13 ذي القعدة هـ، الموافق لـ 15 ديسمبر 2005، يتعلق بمقاطعة الصكوك وأدوات الدفع الخاصة بالجمهور العريضة الأخرى.

ثانياً-باللغة الفرنسية:

- 1)- Agnès Rabagny-Lagoa, Droit du commerce électronique, ellipse , paris ,2011.
- Cathie-Rosalie Joly, le paiement en ligne, édition Lavoisier, paris.
- 2)-Christian Gavalda et Jean Stoufflet, instruments de paiement et de crédit, édition litec.
- 3)- Nicolas Macares et François Leslé, LE COMMERCE ÉLECTRONIQUE, 1^{er} Edition, presses universitaires de France, paris 2001.

ثالثاً: المواقع الالكترونية

- www.uncitral.org
-http://www.arablawinfo.com

الهوامش:

- (1)- يوسف حسن يوسف، الاقتصاد الإلكتروني، ط1، المركز القومي للإصدارات القانونية، مصر، 2012، ص 35.
- (2)- أنشأت الجمعية العامة لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (الأونسيترال) في عام 1966، و الهدف من إنشائها تقليل العوائق الناتجة عن التفاوت في القوانين الوطنية التي تنظم التجارة الدولية و التي تشكل عوائق أمام تدفق التجارة و تطورها، إذ تعد الهيئة القانونية الأساسية بمنظومة الأمم المتحدة في مجال القانون التجاري الدولي. أنظر الموقع الإلكتروني: www.uncitral.org
- (3)- résolution 51/162 de l'assemblée générale du 16 décembre 1996 portant sur la loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique, guide pour l'incorporation de la loi type de la CNUDCI. Nation unies.new york.1997.
- (4)- لزهري بن سعيد، النظام القانوني لعقود التجارة الإلكترونية، ط2، دار هومة، الجزائر، 2014، ص 20.
- (5)- حمودي ناصر، التجارة الإلكترونية مقدمة لاقتصاد عالمي جديد-الاقتصاد الرقمي-، معارف مجلة علمية فكرية محكمة، العدد الثاني، الجزائر، 2007، ص 191.
- (6)- هدى حامد قشقوش، الحماية الجنائية للتجارة الإلكترونية عبر الأنترنت، دار النهضة العربية، مصر، د.س.ن، ص 06.
- (7)-Nicolas Macares et François Leslé, LE COMMERCE ÉLECTRONIQUE, 1^{er} Edition, presses universitaires de France, paris 2001, p : 03.
- (8) -أنظر الفصل الثاني من الباب الأول، أحكام عامة لقانون المبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي رقم (83) لسنة 2000.
- (9) -أنظر المادة الثانية من قانون المعاملات الإلكترونية الأردني رقم 85 لسنة 2001.
- (10) -قانون رقم 15-04 المؤرخ في 11 ربيع الأول عام 1436هـ، الموافق لـ 01 فبراير سنة 2015، يحدد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين، الجريدة الرسمية، العدد 06 لسنة 2015.

- (11) -فاروق حسين، البريد الإلكتروني، الهيئة المصرية العامة للكتاب، مصر، 1999، ص 09.
- (12) -عبد الفتاح بيومي حجازي، التجارة الإلكترونية وحمايتها القانونية، دار الفكر الجامعي، مصر، 2006، ص 45.
- (13) -حمودي ناصر، المرجع السابق، ص 202.
- (14) -هدى حامد فشقوش، المرجع السابق، ص 08.
- (15) -مُجَّد إبراهيم أبو الهيجاء، عقود التجارة الإلكترونية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2011، ص 41.
- (16) -أمير يوسف فرج، التجارة الإلكترونية، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 2008، ص 18.
- (17) -يوسف حسن يوسف، المرجع السابق، ص 14.
- (18) -مُجَّد البنان، العقود الإلكترونية، أوراق ندوة عقود التجارة الإلكترونية ومنازعاتها، المنظمة العربية للتنمية الإدارية، جامعة الدول العربية، مصر، 2007، ص 16-22.
- (19) -إبراهيم بختي، التجارة الإلكترونية (مفاهيم و استراتيجيات التطبيق في المؤسسة)، الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2008، ص 67، 68.
- (20) -هباش فوزية، دور التجارة الإلكترونية في تفعيل مناطق التجارة الحرة- حالة منطقة التجارة الحرة العربية-، مذكرة ماجستير، كلية العلوم الاقتصادية والتجارية وعلوم التسيير، قسم العلوم الاقتصادية، جامعة حسينية بن بوعلي بالشلف، 2011-2012، ص 29، 30.
- (21) -مُجَّد مدحت عزمي، المعاملات التجارية الإلكترونية-الأسس القانونية والتطبيقات-، مركز الإسكندرية للكتاب، مصر، 2009، ص 395-399.
- (22) -نصار مُجَّد الحلالمة، التجارة الإلكترونية في القانون، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر و التوزيع، الأردن، 2012، ص 75.
- (23) -Agnès Rabagny-Lagoa, Droit du commerce électronique, ellipse, paris, 2011, p 07.
- (24) -نصار مُجَّد الحلالمة، مرجع سابق، ص 76.
- (25) -عرف العقد الإلكتروني جانب من الفقهاء على أنه ذلك العقد الذي ينطوي على تبادل للرسائل بين البائع والمشتري والتي تكون قائمة على صيغ معدة سلفا ومعالجة إلكترونية، وتنشئ التزامات تعاقدية. خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، دار الفكر الجامعي، مصر، 2006، ص 51.
- (26) -إبراهيم الدسوقي أبو الليل، إبرام العقد الإلكتروني في ضوء أحكام القانون الإماراتي والقانون المعارض، مقال منشور في موقع الدليل الإلكتروني للقانون العربي: <http://www.arablawinfo.com>
- (27) -Agnès Rabagny-Lagoa, op.cit, p 73.
- Code de la consommation français sur le site : www.legifrance.gouv.fr
- (29) -Agnès Rabagny-Lagoa, op.cit, p 76-77.
- Code de la consommation français sur le site : www.legifrance.gouv.fr
- (30) -قانون رقم 83 لسنة 2000، مؤرخ في 09 أوت 2000 يتعلق بالمبادلات التجارية الإلكترونية في تونس، ج ر عدد 64 مؤرخة في 11 أوت 2000.
- (31) -لزعر وسيلة، تنفيذ العقد الإلكتروني، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر (1)، 2010-2011، ص 184-185.
- (32) -وضحت المادة الثانية في الفقرة "ب" من قانون الأونسيترال النموذجي في شأن التجارة الإلكترونية المقصود برسالة البيانات إذ جاء نصها في الآتي: «يرتد بمصطلح "رسالة بيانات" المعلومات التي يتم إنشاؤها أو إرسالها أو استلامها أو تخزينها بوسائل إلكترونية أو ضوئية أو بوسائل مشابهة، بما في ذلك على سبيل المثال لا الحصر تبادل البيانات الإلكترونية، أو البريد الإلكتروني، أو البرق، أو التلكس أو الخ البرقي». أنظر في ذلك قرار الجمعية العامة 162/51 المؤرخ في كانون الأول/ديسمبر 1996 المنشئ لقانون الأونسيترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية مع دليل التشريع 1996 مع المادة 5 مكرر الإضافية بصيغتها المعتمدة في عام 1998، منشورات الأمم المتحدة، نيويورك، 2000.
- (33) -المادة 13 من قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية.
- (34) -المادة 14 المتعلقة بالإقرار بالاستلام من قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية.
- (35) -لزعر وسيلة، مرجع سابق، ص 185.
- (36) -رضوان غنيمي، بطاقة الائتمان بين الوضع القانوني المصري و التأصيل الفقهي، دار الفكر الجامعي، مصر، 2012، ص 35.

- (37)- Christian Gavalda et Jean Stouffle, instruments de paiement et de crédit, édition litec,p 387.
- (38)- Agnès Rabagny-Lagoa, op.cit, p 92.
- (39) -يوسف حسن يوسف، مرجع سابق، ص 39.
- (40)- غسان فاروق غندور، طرائق السداد الإلكترونية و أهميتها في تسوية المدفوعات بين الأطراف المتبادلة، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية و القانونية، المجلد 28، العدد الأول، كلية الاقتصاد، جامعة دمشق، سوريا، 2012، ص 584.
- (41)- هادف حيزية، نجاح وسائل الدفع الإلكتروني و التحول الجوهري إلى عمليات التفاعل مع التجارة الإلكترونية "استعراض لتجارب بعض الدول الأوروبية"، مجلة البحوث و الدراسات العلمية، الجزء الثاني، العدد الثامن، جامعة المدية، الجزائر، نوفمبر 2014، ص 274-275.
- (42)- Cathie-Rosalie Joly, le paiement en ligne, édition Lavoisier, paris, p 31-32.
- (43)- القانون رقم 03-2000، المؤرخ في 5 جمادى الأولى عام 1421هـ، الموافق ل 05 أوت 2000، يحدد القواعد العامة المتعلقة بالبريد والمؤسسات السلوكية واللاسلكية، الجريدة الرسمية، عدد 48 لسنة 2000.
- (44)- المرسوم التنفيذي رقم 123/01 المؤرخ في 15 صفر عام 1422هـ، الموافق ل 09 ماي 2001م، المتعلق بنظام الأشغال المطبق على كل نوع من أنواع الشبكات بما فيها السلوكية واللاسلكية الكهربائية وعلى مختلف خدمات المواصلات السلوكية واللاسلكية، المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية عدد 27 لسنة 2001.
- (45)- المرسوم التنفيذي رقم 07-162 المؤرخ في 30 ماي 2007 المعدل والمتمم للمرسوم التنفيذي رقم 01-123 المؤرخ في 09 ماي 2001 المتعلق بنظام الاستغلال المطبق على كل نوع من أنواع الشبكات بما فيها السلوكية واللاسلكية الكهربائية، الجريدة الرسمية العدد 37 لسنة 2007.
- (46) -يوسف حسن يونس، مرجع سابق، ص 28.
- (47)- المرسوم التنفيذي رقم 98-257 المؤرخ في 03 جمادى الأولى الموافق 25 أوت 1998 الذي يضبط شروط وكيفيات إقامة خدمات الإنترنت واستغلالها، الجريدة الرسمية العدد 63 لسنة 1998.
- (48)- المرسوم التنفيذي رقم 2000-307 المؤرخ في 14 أكتوبر 2000 المعدل والمتمم للمرسوم التنفيذي رقم 98-257 المؤرخ في 03 جمادى الأولى الموافق 25 أوت 1998 الذي يضبط شروط وكيفيات إقامة خدمات الإنترنت واستغلالها، الجريدة الرسمية، عدد 60 لسنة 2000.
- (49) -الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395هـ، الموافق ل 26 سبتمبر سنة 1975، المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم.
- (50) -قانون رقم 07-11 المؤرخ في 15 ذي القعدة 1428 الموافق ل 25 نوفمبر 2007 المتضمن النظام المحاسبي المالي، الجريدة الرسمية العدد 74 لسنة 2007.
- (51) -القانون رقم 05-02 مؤرخ في 06 فيفري 2005، المتضمن تعديل القانون التجاري، الجريدة الرسمية، العدد 11 لسنة 2005.
- (52) -قانون رقم 15-04 المؤرخ في 01 فبراير سنة 2015، المذكور سابقا.
- (53)- بلعياش ميادة، بن اسماعيل حياة، مشوع الصيفية الإلكترونية في الجزائر، مجلة الأبحاث الاقتصادية والإدارية، جامعة بسكرة، لعدد 16، ديسمبر 2014، ص 74 - 75.
- (54)- نظام رقم 05-06 المؤرخ في 13 ذي القعدة هـ، الموافق ل 15 ديسمبر 2005، يتعلق بمقاطعة الصكوك وأدوات الدفع الخاصة بالجمهور العريضة الأخرى.
- (55) -أمر رقم 03-11 المؤرخ في 27 جمادى الثانية 1424، الموافق 26 غشت 2003، يتعلق بالنقد والقرض.
- (56)- نصار محمد الحلالمة، مرجع سابق، ص 203.
- (57) -إبراهيم بختي، مرجع سابق، ص 48 - 49.
- (58)- هبايش فوزية، مرجع سابق، ص 32.
- (59) -يوسف حسن يونس، مرجع سابق، ص 105 - 106.
- (60) -محمد البنان، مرجع سابق، ص 45-46.
- (61)- نصار محمد الحلالمة، مرجع سابق، ص 88.

مكانة الوزير الأول في الجزائر من خلال مسؤوليته

على ضوء التعديل الدستوري لعام 2016

د. طيبي عيسى

أستاذ محاضر، قسم أ

كلية الحقوق والعلوم السياسية

جامعة زيان عاشور بالحلقة

الملخص :

تعتبر مسؤولية الوزير الأول، مسؤولية مضاعفة أمام كل من رئيس الجمهورية وكذا أمام البرلمان ، وذلك نظرا لخضوع هذا الأخير إلى رئيس الجمهورية في تعيينه وكذا في إنهاء مهامه مما يجعله تحت رحمة الأول، هذا من جهة ومن جهة أخرى ، فان التعديل الدستوري لسنة 2016 ، جاء بتجريد للوزير الأول من برنامجه السياسي ، فأصبح بذلك مجرد مساعد لرئيس الجمهورية ، ومع ذلك أبقى على مسؤوليته كاملة ، ففيما يتعلق بقيام مسؤولية هذا الأخير أمام رئيس الجمهورية ، فيتجلى ذلك من خلال السلطة المطلقة لرئيس الجمهورية في تعيينه وكذا في عزله، وهذا بنص الدستور وما يعزز ذلك الطبيعة المتدهورة جدا لمركز الوزير الأول مقارنة برئيس الجمهورية، بل وتعززت هذه المسؤولية أمام هذا الأخير الذي قد يصبح في ظل التعديل الدستوري لسنة 2016 ، الرئيس الحقيقي و الوحيد للسلطة التنفيذية، في حالة توافق الأغليبتين البرلمانية و الرئاسية ، كما هو عليه الحال في الوقت الراهن .

غير أن تغيير عبارة مخطط عمل لتنفيذ برنامج رئيس الجمهورية بعبارة مخطط عمل الحكومة يمكن أن تفضي إلى عودة ثنائية السلطة التنفيذية وعقلنة مسؤولية الوزير الأول ، كما أبقى على المسؤولية السياسية للوزير الأول أمام البرلمان متمثلا ذلك في الرقابتين السابقة و اللاحقة لمباشرة الحكومة لمهامها وكذا ترك الأدوات التقليدية للرقابة البعدية من سؤال و استجواب وتحقيق ، وهو ما يجعل الوزير الأول في وضع غريب وضعيف قل نظيره في الأنظمة الدستورية الديمقراطية ، يناقض تماما القاعدة الدستورية القاضية بأنه ، حيثما توجد سلطة ،توجد مسؤولية ،أما و قد جرد هذا الأخير مما تبقى له من سلطات ،(برنامج السياسي) فما الجدوى من إبقاء هذه المسؤولية المضاعفة عليه ؟ .إن هذا الوضع لا يستقيم إلا باختيار أحد النظامين النيابيين البرلماني أو الرئاسي وبوضوح.

الكلمات المفتاحية: الوزير الأول ، مسؤولية ، البرلمان ، رئيس الجمهورية ، مخطط عمل الحكومة .

Abstract

There is a famous saying in the constitutional doctrine says that : "where ever there is an authority, there is a responsibility, and by analyzing the Algerian constitutional system especially about in which extent does this saying realized in the light of the latest constitutional amendment in 2008, we will try to answer the following question; What is the nature of the responsibility and by which the real position of the prime minister in the Algerian constitutional system in the light of the amendment of 2016?

According to the Algerian constitutional amendment of 2008, the prime minister has no effective authorities, especially after replacing his programme by the president of the republic s one, which clarify the nature of the practiced programme that was namely belong to the prime minister, but in fact, it was the president s. Now, in the light of the constitutional amendment of 2016,by replacing the president s programme by the government plan of work, its possible to rationalize the prime minister

responsibility the prime minister has loosed even his unique pure authority , they are all in the president s programme service all this make the prime minister just an assistant for the president of the republic who is not responsible politically but has a huge authorities, whereas the prime minister has no effective authorities which leads to put the later in a very weak position comparing with the president of the republic and this means that there is no real double executive authority rather than a unique one presided by the president of the republic which means that there is a change in the nature of the Algerian constitutional system from the semi parliament system to the closed presidential one . This means that the constitutional system should be clarified either a parliament or a clear presidential one .

Keywords : Prime minister, responsibility, parliament, president of the republic, government plan of work.

مقدمة

يتفق الفقه الدستوري على قاعدة شهيرة مفادها: أن السلطة تكون حيث على قدر المسؤولية تكون السلطة، فلما كان رئيس الجمهورية غير مسؤول سياسيا باعتباره رمزا للسيادة لا للحكم في النظام البرلماني التقليدي، انتقلت السلطة الفعلية إلى الوزارة التي يرأسها الوزير الأول مقترنة بمسؤوليته السياسية أمام البرلمان ، و يتم اختياره من طرف رئيس الدولة الذي يكلف زعيم حزب الأغلبية بتأليف الوزارة ثم يتولى ترشيح زملائه من الوزراء ليوزع عليهم الصلاحيات المختلفة، ورغم ان رئيس الدولة في النظام البرلماني يعين الوزير الأول و الوزراء بالاشتراك مع هذا الأخير ،فان هذا لا يعني إطلاق حريته في تعيين الوزراء لأنه مقيد في اختيارهم من بين أعضاء الحزب الفائز بالأغلبية .

و لما كانت السلطة و المسؤولية متلازمتان فأن المسؤولية بلا سلطة ظلم بين ، و سلطة بلا مسؤولية هي ظلم أيضا للخاضعين للسلطة ، وبتجريد الوزير الأول من اهم أدوات سلطاته المتمثل في برنامجه الحكومي في التعديل الدستوري لسنة 2008 واستبداله ببرنامجه رئيس الجمهورية ، فان اختلال قاعدة تلازم السلطة مع المسؤولية بخصوص الوزير الأول في النظام الدستوري الجزائري ،قد ظهر للعيان ، وذلك بان أصبح مسؤولا بلا سلطة، لذلك سنقتصر هذا البحث على الشق المتعلق بمسؤولية الوزير الأول ، هذه المسؤولية التي ليست عن برنامجه وإنما عن برنامج رئيس الجمهورية و بناء عليه: ما هي طبيعة المسؤولية السياسية للوزير الأول على ضوء التعديل الدستوري لسنة 2016 ؟ ما مدى قيام مسؤولية الوزير الأول أمام رئيس الجمهورية ؟ وكيف هي مسؤولية الوزير الأول أمام البرلمان ؟ لذلك وحسب تفرع التساؤل المطروح، فإننا سنقسم الموضوع إلى مبحثين ، نتناول في الأول مدى قيام مسؤولية الوزير الأول أمام رئيس الجمهورية ، ونتعرض في الثاني إلى إبقاء مسؤولية هذا الأخير أمام البرلمان .

المبحث الأول: مدى قيام مسؤولية الوزير الأول أمام رئيس الجمهورية

إذا كان رئيس الجمهورية هو من يعين الوزير الأول (المطلب الأول) وهو من ينهي مهامه باعتبار الأول صاحب البرنامج

السياسي المعتمد (المطلب الثاني) ، فما مدى مسؤولية الوزير الأول أمام رئيس الجمهورية ؟

المطلب الأول: علاقة سلطة تعيين رئيس الدولة للوزير الأول بمسؤولية الأخير أمام الأول

يعود تعيين الوزير الأول في النظم البرلمانية إلى رئيس الدولة، لكن ذلك في إطار أسس ومبررات هذا النظام (الفرع الأول) الذي يتميز عنه النظام الدستوري الجزائري في هذا الخصوص (الفرع الثاني).

الفرع الأول : أسس سلطة تعيين رئيس الدولة للوزير الأول في النظم البرلمانية المقارنة

درجت مختلف الأنظمة البرلمانية التقليدية (أولا) و المتطورة منها (ثانيا)، على أن يعين رئيس الدولة الوزير الأول، فلماذا وكيف أسست هذه النظم لإسناد هذه السلطة لرئيس الدولة؟

أولا: طبيعة سلطة تعيين الوزير الأول من طرف الملك في النظام البرلماني التقليدي الانجليزي

لما كان النظام البرلماني الذي تعتبر بريطانيا مهده الأول، يقوم على أساس ثنائية السلطة التنفيذية التي يكون فيها الملك يسود ولا يحكم و الوزير الأول هو الذي يحكم، استنادا إلى القاعدة الفقهية الدستورية التي تقضي بأنه، حيثما توجد سلطة توجد مسؤولية، و السؤال الممكن طرحه في هذا المقام هو ما مدى حرية الملك في إنجلترا في تعيين الوزير الأول؟ إن تعيين الملك للوزير الأول في إنجلترا، خاصة بعد ما يعرف بمحادثة الاحتجاج الكبير¹، بات مرهونا بالأغلبية البرلمانية، أي أن تعيين الملك للوزير الأول لا يعدو كونه عملا شكليا لا أكثر، وما يدعم هذا القول هو طبيعة سلطات الملك برمتها التي يجمع الفقه الدستوري على أنها صورية، وهذا استنادا على قاعدة الملك يسود ولكنه لا يحكم.

كان أوائل ملوك آل هنوفر يتمتعون بنوع من الحرية في تعيين الوزراء بما فيهم الوزير الأول إلا أن ذلك لم يدم طويلا، إذ سرعان ما أصبح الدستور الانجليزي يميل إلى مساعدة البرلمان في تقوية الرقابة على الوزراء، غير أن طبيعة سلطة تعيين الملك للوزير الأول ارتبطت، قد ارتبط كثيرا بمدى صرامة التنظيم الحزبي، فقبل منتصف القرن التاسع عشر، كانت الأحزاب البريطانية أقل تنظيما، حيث انه كان بإمكان الملك أن يختار وزيرا أولا من بين عدة زعماء أحزاب متنافسين²، حيث ازداد ظهور هذا الخيار خاصة بين سنتي 1919 و 1935³، لكن مباشرة بعد هذه الفترة أصبح تعيين الوزير الأول من طرف الملك لا يعدو كونه تعيينا صوريا أو وهيبيا كما سماه البعض⁴، وذلك نظرا للتنظيم الصارم و الكبير للأحزاب التي تخضع لسلطة زعيم واحد وكذلك لوجود نظام الثنائية الحزبية و نظام الانتخاب الأغليبي الذي ينجم عنه حزب اغليبي يكون زعيمه حتما وزيرا أولا، و بالتالي يظهر مدى تقييد

¹ الاحتجاج الكبير هو عبارة عن مشروع برلماني طلب فيه البرلمان من الملك وضعه حيز التنفيذ وقد تضمن عدة إصلاحات أبرزها ضرورة اختيار الملك لوزرائه من بين الأشخاص الذين يحضون بثقة البرلمان، أي ينتمون إلى الأغلبية البرلمانية، ورغم رفض الملك شارل الأول هذا المطلب، إلا أنه قد تأكد أن الملك لا يمكن أن يعين وزيرا أولا لا تؤيده الأغلب البرلمانية ن أنظر حول ذلك، د/ عفيفي كامل عفيفي، الأنظمة النيابية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2002 ص ص 177، 178.

² حدث و أن فضلت الملكة فكتوريا اللورد روز بري على وليام هاركور. في تولي منصب الوزير الأول.

³ استطاع جورج الخامس أن يطلب من ماك دونالد أن يبقى رئيسا للوزراء سنة 1931 رغم استقالته وزارته ورفض حزبه له. انظر حول ذلك موريس دوفرجهي المؤسسات السياسية و القانون الدستوري الأنظمة السياسية الكبرى، ترجمة د/ جورج سعد، المؤسسة الجامعية للنشر و التوزيع، الطبعة الأولى لبنان، 1992، ص 202

⁴ أنظر. موريس دوفرجهي، المرجع السابق، ص 202

الملك في تعيين الوزير الأول وأن القول بذلك لا يكون إلا شرفيا فحسب لانه يكون مقيدا بالشخص الذي يحصل على ثقة البرلمان ، ما كان هناك احد الأحزاب يمثل أغلبية برلمانية ، فالملك يكون مقيدا في هذه الحالة بتمكين الحزب صاحب الأغلبية من الحكم¹ ، لكن لا يمكنه ذلك ن إلا إذا كان الوزير الأول و أعضاء حكومته من الحزب صاحب الأغلبية ، لأن استمرار الوزارة في الحكم أمر مرهون بحصول هذا الأخير على ثقة البرلمان و تأييده² ، وبهذا يكون الوزير الأول شبه مفروض على الملك ، وهو ما يبين الطبيعة النظرية البحتة لهذا التعيين . مما لا يستقيم معه القول بقيام مسؤولية الوزير الأول أمام الملك ، وهذا نظرا لسلبية دور الملك في العمل السياسي ، لكون هذا الأخير يسود ولا يحكم .

ثانيا : طبيعة سلطة تعيين الوزير الأول من طرف رئيس الجمهورية في النظام البرلماني المتطور

تعتبر فرنسا موطن النظام البرلماني المتطور أو العقلاني ، لذلك سنحاول تسليط الضوء على سلطة رئيس الجمهورية في تعيين الوزير الأول ثم نقارن ذلك بالوضع في الجزائر ، فالي أي مدى تمتد حرية رئيس الجمهورية في تعيين الوزير الأول ؟ من خلال الرجوع إلى الدستور الفرنسي لسنة 1958 ، نجد إن لرئيس الجمهورية الحق في تعيين الوزير الأول³ ، وذلك من بين الصلاحيات التي ينفرد بها لوحده دون الرجوع إلى غيره من السلطات ، أما بشأن تعيين الوزراء ، فان رئيس الجمهورية لا يستقل بتعيينهم ، بل إن ذلك يتوقف على اقتراح من قبل الوزير الأول . ورغم عدم نص المادة الثانية من الدستور أنها لم تتضمن النص على ضرورة إجراء المشاورات الاعتبارية (les consultations d usage) ، التي كانت منصوص عليها في دستور 1946 .

حيث كانت تجرى بين رئيس الجمهورية ورؤساء المجموعات البرلمانية في مجلسي البرلمان الفرنسي (الجمعية الوطنية و مجلس الشيوخ) ، وهو ما يوحي بان الوزير الأول ليس بالضرورة أن يكون عضوا من البرلمان و ما يؤكد ذلك هو عدم اشتراط توقيع جوارى آخر باستثناء توقيع رئيس الجمهورية ، هذا من الناحية الدستورية ، أما عمليا ، فقد جرى العمل على أن يكون الوزير الأول عضوا من حزب الأغلبية حتى وان كان هذا الأخير معارضا لرئيس الجمهورية ، وهو ما حدث بالفعل بعد الانتخابات التشريعية التي جرت سنة 1983 ، حينما كان رئيس الجمهورية فرنسو متران فاقد للأغلبية ورغم ذلك ، فقد أقدم على تعيين وزيرا أولا معارضا وهو الديجولي جاك شيراك ، وهذا لأسباب سياسية مؤداها أن الحكومة المعارضة أي الفاقدة للأغلبية البرلمانية في حال تشكيلها ستعرض لضغوط كثيرة من قبل تلك الأغلبية وهو ما يؤدي بها إلى احد أمرين: إما تجميد أعمالها، بعدم إقرار مشاريع القوانين التي تتقدم بها أو بإقامة مسؤوليتها السياسية أمام البرلمان وذلك برفض منح الثقة لها .

أما إذا لم يكن هناك حزبا معيننا حاصل على الأغلبية البرلمانية ، حيث تتعدد الأحزاب دون حصول احدها على أغلبية المقاعد في البرلمان ن فان الرئيس يتمتع في هذه الحالة بشيء من حرية الاختيار بين زعماء هذه الأحزاب⁴ ، حيث يكون اختياره للوزير الأول قائما على تقديره الشخصي لمدى كفاءة هذا الأخير وعلى قدرته على حصوله على تأييد البرلمان له ولبرنامج السياسي⁵ . غير انه وان كان رئيس الجمهورية يتمتع بحرية الاختيار، إلا انه يكون مقيدا، إذ لا يستطيع أن يختار شخصا لا يتمتع بثقة بعض الكتل البرلمانية ذات الوزن السياسي⁶ ، وإلا فليس بمقدور ذلك الشخص أن يحوز على ثقة البرلمان و تأييده .

¹ André Hauriou, Lucien s fez .Institution Politiques Et Droit Constitutionnel; 1975;p 245

² انظر .د/ طعيمة الجرف ، نظرية الدولة و المبادئ العامة للأنظمة السياسية ونظم الحكم ،دون ذكر دار و بلد النشر، 1978، ص592

³ انظر المادة 08 من الدستور الفرنسي لسنة 1958

⁴ أنظر ،د/ ابراهيم درويش ، النظام السياسي ، دون دار و بلد النشر ، 1969، ص 156

⁵ انظر،د/ محسن خليل ، النظم السياسية و الدستور اللبناني ، لبنان ، 1973 ، ص 286

⁶ انظر ،د/ابراهيم عبد العزيز شيحا ، وضع السلطة التنفيذية في الأنظمة السياسية المعاصرة ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، 2006 ص 26

إلا أن حق رئيس الجمهورية في الفرضين يكون مقيدا بخصوص اختيار الوزير الأول ، ففي الفرض الأول يكون مجبرا لتعيين الوزير الأول من حزب الأغلبية و في الفرض الثاني ، رغم الحرية النسبية لرئيس الجمهورية ، فاته يبقى مضطرا لتعيين احد زعماء الأحزاب الحائزة على ثقة الكتل البرلمانية ذات الثقل السياسي ، وهو ما يبين مدى تقييد رئيس الجمهورية في تعيينه للوزير الأول وعلاقة ذلك في كلا الفرضين السابقين بتكتلات و مواقف الأحزاب السياسية ، خاصة الكبرى منها. ، هذا من جهة ومن جهة أخرى ن فقد كان لانتخاب رئيس الجمهورية في انتخابات شعبية تنافسية ن اثر التعديل الدستوري لسنة 1962 ، مما أدى إلى نشوء عرف دستوري معدل بالإضافة¹ ، يقضي بمسؤولية الوزير الأول أمام رئيس الجمهورية رغم عدم وجود نص دستوري يقضي بذلك .

المطلب الثاني: علاقة سلطة عزل رئيس الجمهورية للوزير الأول بمسؤولية الأخير أمام الأول

تتميز حالة العزل أو الإقالة للوزير الأول من طرف رئيس الجمهورية عن غيرها من حالات إنهاء المهام الوجوبية و الطوعية(الفرع الأول) ، هذه الحالة التي تعززت في التعديل الدستوري 2016 باستبدال البرنامج السياسي للوزير الأول ببرنامج رئيس الجمهورية الذي يمكنه متى شاء أن يستعمل سلطته في إنهاء مهام الوزير الأول متى رأى منه مخالفة أو تقصيرا تجاه برنامجه السياسي وهو ما يثير مسؤولية الوزير الأول أمام رئيس الجمهورية (الفرع الثاني) .

الفرع الأول : تمييز حالة عزل الوزير الأول عن غيرها من حالات نهاية مهامه

تتمثل الحالات التي تعبر عن نهاية مهام الوزير الأول في : الاستقالة (أولا) ، الوفاة (ثانيا) ، و الإقالة أو العزل (ثالثا) .

أولا: الاستقالة

يمكن أن نميز بين نوعين من الاستقالة وهما : الاستقالة الإرادية(أ) و الاستقالة الوجوبية (ب)

أ : الاستقالة الإرادية .

وتكون طوعية ، حيث يقدم الوزير الأول استقالة حكومته لرئيس الدولة لسبب يخصه و ينتظر موافقة هذا الأخير الذي عادة يقبلها، جاء في المادة 100 من الدستور الجزائري لعام 2016: (يمكن للوزير الأول أن يقدم استقالة حكومته لرئيس الجمهورية)، يتم هذا النوع من الاستقالة عادة عند مواجهة الوزير الأول لمشاكل يصعب معها مواصلة هذا الأخير لعمله ، سواء لسبب يخص وظيفته أو يتعلق بصحته ، و من الأسباب التي قد تؤدي بالوزير الأول إلى تقديم استقالته على سبيل المثال ، تعرضه لانتقادات و ضغوط من طرف الرأي العام أو من طرف رئيس الجمهورية وهو ما عرفته حكومة السيد أحمد بن بيتور، رئيس الحكومة الأسبق الذي قدم استقالة حكومته إلى رئيس الجمهورية بعدما انتقد أدائه هذا الأخير، معتبرا انه مجرد سكرتير أو وزير مكلف بالسهر على تنفيذ برنامجه السياسي دون صلاحيات خاصة به .

ب : الاستقالة الوجوبية

تتمثل الاستقالة الوجوبية في حالات ثلاث هي : الاستقالة في حالة عدم موافقة البرلمان على مخطط عمل الوزير الأول (1) ، الاستقالة بسبب التصويت على لائحة ملتمس الرقابة (2) ، وأخيرا الاستقالة بسبب ترشح الوزير الأول لرئاسة الجمهورية (3)

¹ العرف الدستوري المعدل بالإضافة هو تلك الممارسة الفعلية للقانون ، والتي يشترط لتكوينها : عنصر مادي ويتمثل في تكرار الواقعة ، عدم الاعتراض عليها ، مرور مدة طويلة نسبيا على تكراره دون انقطاع وذلك في ثبات ووضوح يتميز بمنحها لنص الدستوري إضافة قاعدة جديدة لم تكن مقررة سابقا ، مثل العرف المكمل ن إلا انه يختلف عنه بعدم إمكانية تقرير هذه القاعدة الجديدة عن طريق تفسير النصوص الدستورية .

1 : الاستقالة في حالة عدم موافقة البرلمان على مخطط عمل الوزير الأول

تبدأ الحكومة مباشرة وظيفتها عادة بعرض مخطط عملها على البرلمان ، وفي حالة عدم الموافقة عليه ، يصبح الوزير الأول مجبرا على تقديم استقالة حكومته لرئيس الجمهورية، وذلك طبقا للمادة 1/95 من التعديل الدستوري الجزائري لعام 2016، وهو ما سنتطرق له في المبحث المالي .

2 : الاستقالة بسبب التصويت على لائحة ملتمس الرقابة

تكون الاستقالة في هذه الحالة أيضا وجوبية أو اضطرارية من طرف الوزير الأول وذلك في حالة تصويت المجلس الشعبي الوطني على ملتمس رقابة بأغلبية ثلثي 3/2 النواب ، كما سنعرفه في المبحث الموالي .

3 : الاستقالة بسبب ترشح الوزير الأول لرئاسة الجمهورية

جاء في المادة 2/90 من التعديل الدستوري لعام 2016 انه : (يستقيل الوزير الأول وجوبا إذا ترشح لرئاسة الجمهورية ، و يمارس وظيفة الوزير الأول حينئذ احد أعضاء الحكومة الذي يعينه رئيس الدولة) . وهناك من يضيف نوع رابع من أنواع الاستقالة وهو يكون عادة بعد الانتخابات التشريعية و الرئاسية مما يعطي لرئيس الجمهورية الحرية الكافية لتشكيل الحكومة المناسبة بالتشاور مع الوزير الأول الذي يتم تعيينه وفق ما جد من أغلبية برلمانية أو رئاسية ، غير أن المتتبع للتجربة الدستورية الجزائرية ، يجد أن رئيس الجمهورية خاصة مؤخرا ، يبقى على الوزير الأول أو رئيس الحكومة سابقا ، على رأس الحكومة لفترة معتبرة ويرجع ذلك لبقاء الأغلبية بنوعها البرلمانية و الرئاسية من نفس الطيف السياسي .

ثانيا : حالة وفاة الوزير الأول

لم يتعرض الدستور الجزائري إلى حالة وفاة الوزير الأول إلا انه ، من البديهي ان رئيس الجمهورية في هذه الحالة ، سيصدر مرسوما بإنهاء مهام الوزير الأول .

ثالثا: حالة الإقالة أو العزل

بعد تعرضنا لمختلف حالات انتهاء مهام الوزير الأول ، نتعرض الآن لحالة إقالة أو عزل أو إنهاء مهام الوزير الأول من طرف رئيس الجمهورية كما جاء في نص الدستور، حيث منح هذا الأخير حق إقالة الوزير الأول (رئيس الحكومة سابقا) ، دون قيد أو شرط وذلك بنص الدستور، حيث جاء في المادة 77 البند الخامس: (يعين [رئيس الجمهورية] الوزير الأول بعد استشارة الأغلبية البرلمانية و ينهي مهامه .)¹ وفي هذا تميز واضح للنظام الدستوري الجزائري حتى على أقرب الأنظمة الدستورية إليه وهو النظام الفرنسي الذي لم ينص دستوره على إقالة الوزير الأول بل ربط ذلك بتقديم الوزير الأول لاستقالته² ، غير أن الواقع العملي الفرنسي قد أكد هذا أحيانا وناقضه أحيانا أخرى ن فقد سال الرئيس ديغول عما إذا كان باستطاعته إقالة الوزير الأول ، وقال " أن الوزير الأول مسئول أمام البرلمان فيما يتعلق بالوضع السياسي وليس أمام رئيس الدولة" ، كما أعلن الوزير الأول ميشيل دوبريه

12 انظر المادة 5/91 من التعديل الدستوري لعام 2016

² انظر المادة 8 من الدستور الفرنسي لسنة 1958

أمام إحدى لجان الجمعية الوطنية انه لن يكون مسؤولاً أمام رئيس الجمهورية " . لكنه ما فتئ أن أعلن الرئيس نفسه على أن الوزير الأول مسؤول أمامه¹ وحدث هذا عملياً ، مما أدى إلى قيام العرف الدستوري القاضي بمسؤولية الوزير الأول أمام رئيس الجمهورية، مما أدى بالجمعية الوطنية بان أعرضت على إثارة المسؤولية السياسية للحكومة نتيجة القيد الأدبي و السياسي الذي فرضه عليها رئيس الجمهورية .

الفرع الثاني : قيام مسؤولية الوزير الأول أمام رئيس الجمهورية إذا ما اخل بتنفيذ مخطط عمل الحكومة

يعتبر هذا التغيير الجذري في احد أهم السلطات للوزير الأول و الذي جاء به التعديل الدستوري لعام 2016 بمثابة التحول من الثنائية الشكلية والعضوية السابقة للسلطة التنفيذية إلى أحادييتها² وظيفياً وعملياً ، فقد جاء في التعديل الدستوري 2016 وفي الماد 97 منه انه : (ينفذ الوزير الأول و ينسق مخطط العمل الذي صادق عليه المجلس الشعبي الوطني) . يلاحظ في تعديل الدستور لسنة 2016 أنه حذف عبارة تنفيذ برنامج رئيس الجمهورية التي كانت موجودة في تعديل 2008 ، حيث استبدلت تلك العبارة بعبارة : (.تعد الحكومة مخطط عملها و تعرضه على مجلس الوزراء³ .)، غير أن السؤال الذي يمكن أن يطرح في هذا الصدد هو: ما هو موقف رئيس الجمهورية في حال وجود أغلبية برلمانية معارضة لسياسته تمتنع عن منح الثقة أو تسحبها من الوزير الأول قبل حل المجلس الشعبي الوطني وبعده ، أي عودة نفس الأغلبية البرلمانية ؟ خاصة بعد التعديل الذي طرأ على هذه الفقرة الأولى من هذه المادة التي حملت معنى جديد لمخطط العمل الذي أصبح مسند بصفة صريحة للحكومة ، و هنا نميز بين حالتين هما حالة توافق الأغليبتين البرلمانية والرئاسية وهي الحالة السائدة حالياً والتي من خلالها تضيع المسؤولية السياسية تماماً باعتبار رئيس الجمهورية غير مسؤول سياسياً و الوزير الأول من نفس الطيف السياسي لرئيس الجمهورية وهو من عينه ، أما الحالة الثانية فهي حالة اختلاف الأغليبتين بحيث يمكن أن يختلف مخطط عمل الحكومة عن برنامج رئيس الجمهورية ألا يوحي هذا بمسؤولية رئيس الجمهورية على الأقل أديبا وانه يتوجب عليه إما الرضوخ لسياسة الأغلبية البرلمانية أو الاستقالة ؟

هذا من جهة ومن جهة ثانية ، فان الوزير الأول بعد ما فقد برنامجه الحكومي لم يعد يمثل الشق الثاني للسلطة التنفيذية ، بل أصبح مجرد مساعد لرئيس الجمهورية في أداء مهامه وفي هذا اقتراب من النظام الرئاسي وابتعاد عن أصول النظام البرلماني بنوعيه التقليدي و كذا المتطور. لان في هذه الحالة لم يكتفي رئيس الجمهورية بالمشاركة في ممارسة شؤون الحكم بل هيمن عليه و ألغى بذلك استقلالية الوزير الأول لدرجة تجريده من دوره في رسم السياسة الداخلية للدولة على الأقل والتي على أساسها أنتخب الحزب الفائز بالأغلبية ، وذلك من خلال فقدته لبرنامجه الحكومي واستبداله بمخطط عمل ليصبح بذلك مسؤولاً مباشرة أمام هذا الأخير، وهو ما يشبه الوضع في النظام الرئاسي (من حيث طبيعة البرنامج المطبق فقط)، حيث أن الوزارة هي سكرتارية أو

¹ حدث ذلك عندما أعلن الرئيس دييجول في جانفي 1964 أنه هو الذي يحدد مصير الوزير الأول .

² انظر، د/ فتيحة بن عبو ، المرجع السابق ، نفس الصفحة

³ تنص المادة 93 من التعديل الدستوري 2016 على الآتي : ((يعين رئيس الجمهورية أعضاء الحكومة بعد استشارة الوزير الأول .

ينسق الوزير الأول عمل الحكومة .

تعد الحكومة مخطط عملها و تعرضه على مجلس الوزراء .))

مصلحة، للدلالة على أن دورها ودور الوزير الذي يترأسها هو تنفيذ سياسة وبرنامج رئيس الجمهورية . وبهذا يكون رئيس الجمهورية قد وضع هرمية وتبعية بينه وبين الوزير الأول وأصبح هو رئيس لسلطة التنفيذية بلا منازع¹ وهو الأمر الذي زاد من تدهور واضمحلال سلطات الوزير الأول ، كما زاد من تقوية و تعزيز مسؤوليته أمام رئيس الجمهورية وذلك نظرا لتحوله إلى سكرتيرا خاصا لدى هذا الأخير الذي بإمكانه إنهاء مهامه متى أراد ، ومتى رأى منه تقصيرا في تنفيذ برنامجه الرئاسي و السياسي .

وبمقارنة بسيطة مع اقرب الأنظمة الدستورية للنظام الجزائري وهو النظام الفرنسي ، نجد أن هذا الأخير ، لم يصل به الأمر إلى تقزيم مركز الوزير الأول إلى هذا الحد ، كما أنه لم يضاعف مسؤوليته بالصفة الموجودة في الجزائر، إذ أن الدستور الفرنسي لسنة 1958 لم ينص على إقالة رئيس الجمهورية للوزير الأول مباشرة وإنما بناء على تقديم استقالته² ، وهذا رغم العرف الدستوري القاضي بقيام مسؤولية الوزير الأول أمام رئيس الجمهورية³

المبحث الثاني : الإبقاء على مسؤولية الوزير الأول أمام البرلمان

تتمثل مسؤولية الوزير الأول أمام البرلمان في الرقابتين السابقة مطلب أول و اللاحقة مطلب ثان للمجلس الشعبي الوطني وأخيرا

المطلب الأول: مسؤولية الوزير الأول كأثر للرقابتين السابقة واللاحقة للمجلس الشعبي الوطني

يتم هذا النوع من الرقابة بمناسبة مناقشة مخطط عمل الحكومة (الفرع الأول) أو عن طريق عرض الثقة على البرلمان (الفرع الثاني)

الفرع الأول: مسؤولية الوزير الأول بمناسبة مناقشة مخطط عمل الحكومة

تعتبر مناقشة برنامج الحكومة من قبل المجلس الشعبي الوطني بمثابة رقابة سابقة من طرف المجلس الشعبي الوطني على الحكومة، حيث جاء في المادة 94 من التعديل الدستوري لعام 2016 بان : (يقدم الوزير الأول مخطط عمل الحكومة إلى المجلس الشعبي الوطني للموافقة عليه. ويجري المجلس الشعبي الوطني لهذا الغرض مناقشة عامة.و يمكن للوزير الأول أن يكيف مخطط العمل هذا على ضوء هذه المناقشة بالتشاور مع رئيس الجمهورية)، حيث من خلال هذه المناقشة الشاملة لجميع محاور برنامج الحكومة للوهلة الأولى يمكن لرئيس الحكومة أن يكيف برنامجه، كما يمكن له ألا يأخذ باقتراحات النواب لكن عليه أن يقنعهم بصحة نظره⁴، مما يعني بأن بعض اقتراحات النواب ستأخذ بعين الاعتبار إذا تم إقناع الوزير الأول بها، حيث يتم تصويت النواب على البرنامج الحكومي بعد سبعة (7) أيام على الأكثر من عرضه وذلك بعد التكييف عند الاقتضاء⁵.

¹ انظر ، د/ فتيحة بن عبو نمرجع سابق، نفس الصفحة

² انظر المادة 8 من الدستور الفرنسي لسنة 1958

³ حيث حدث إن أقيل الوزير الأول بومبيدو سنة 1968 ، دلماس 1972، ومسيمير سنة 1974

⁴ - انظر. أ/ إبراهيم بولحية، علاقة الحكومة بالبرلمان، من وقائع الندوة الوطنية حول العلاقة بين الحكومة و البرلمان ، الجزائر ، 2000، ص63.

⁵ - انظر. المواد 92، 93، 94 من النظام الداخلي للمجلس الشعبي الوطني.

الفرع الثاني: مسؤولية الوزير الأول عن طريق طلب التصويت بالثقة

يعتبر طلب التصويت بالثقة أحد آثار تقديم الحكومة لبيانها للسياسة العامة السنوي، حيث تنص المادة 5/98 من التعديل الدستوري لعام 2016 على أنه : (لرئيس الحكومة أن يطلب من المجلس الشعبي الوطني تصويتنا بالثقة، إلا أنه في حالة عدم الموافقة على لائحة الثقة يقدم رئيس الحكومة استقالة حكومته،

فلئن اعتبر طلب التصويت بالثقة أحد مظاهر رقابة البرلمان على الحكومة فإن تحريك هذا الطلب ليس بيد البرلمان بل من اختصاص الوزير الأول لوحده، وهذا بعكس ملتزم الرقابة المخصص أصلا لنواب المجلس الشعبي الوطني، ومما يلاحظ على المادة 98 المذكورة أعلاه أنها جاءت خالية من أية شروط تتعلق بطلب التصويت بالثقة أو بالأغلبية المطلقة للموافقة على لائحة الثقة بل اكتفى النص بأنه في حالة عدم الموافقة (على التصويت بالثقة) يقدم الوزير الأول استقالة حكومته بصفة تضامنية¹، غير أن القانون العضوي 16 - 12 استدرك ذلك في مادته 65 وذلك بنصه على أن : (التصويت بالثقة يكون بالأغلبية البسيطة)، وهكذا يتضح بأن طلب التصويت بالثقة يبقى وسيلة رقابية تنقصها الفعالية، وهذا بالنظر لطبيعة المبادرة بهذا الطلب المخولة دستوريا إلى الحكومة وليس إلى البرلمان، وبالتالي فلا يمكن تصور أن يبادر رئيس الحكومة بطلب التصويت بالثقة وهو يدرك أنه سيقابل بالرفض²، بل على النقيض من ذلك فلا يلجأ إلى مثل هذا الإجراء إلا وهو على يقين بأنه سيحصل على موافقة عريضة من قبل البرلمان.

بالنظر للآثار التي من الممكن أن تترتب على طلب التصويت بالثقة على البرنامج الحكومي فإنه يمكن اعتباره في كل الأحوال في صالح الحكومة، فإن كان تصويت البرلمان على طلب التصويت بالثقة بالرفض فإن الحكومة تستقيل وجوبا، لكنه بموجب نفس المادة 98 فإنه يمكن لرئيس الجمهورية حل المجلس الشعبي الوطني فور تصويته بعدم الموافقة، وهذا أمر لا يخفى على النواب مما يجعلهم يتفادون هذه المغامرة قدر الإمكان، هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن الأغلبية البرلمانية سواء في حالة حزب ذي أغلبية أو في حالة ائتلاف حكومي فإنه لا يمكن معها فرض نواب الأغلبية طلب التصويت بالثقة على برنامج حزيم، مما يفيد بأن حالة الرفض تبقى مستبعدة جدا.

أما إذا صوت البرلمان بالموافقة فإنه يلتزم بتأييد الحكومة ومساندتها والامتناع عن عرقلتها في تنفيذ برنامجها مستقبلا، مما يعني أن المجلس يتحمل المسؤولية عن تدهور العلاقة بينه وبين الحكومة من تلقاء نفسه. ونظرا لربط أدوات الرقابة السابق ذكرها ببيان السياسة العامة والذي من شأنه أن يؤدي إلى معارضة الحكومة من قبل النواب من خلال القيام بتعديلات جوهرية على مشاريع القوانين³، فإنه جاء التنصيص قانونا على أن تسجيل التصويت بالثقة لفائدة الحكومة في جدول الأعمال يكون وجوبا وذلك بناء على طلب الوزير الأول وفقا لأحكام المادة 98 من الدستور⁴. وهذا ما يجعلنا نقول أنه رغم اعتماد المؤسس الدستوري لبعض الأدوات من النظام البرلماني فإنه قد راعى استقرار الحكومة وتفوقها وأبقى على مكانة رئيس الجمهورية كضابط للعلاقة بين السلطتين التشريعية والتنفيذية⁵.

¹ - انظر أ/ إبراهيم بولحية، مرجع سابق، ص 69.

² - انظر. خلوي خدوجة، مرجع سابق، ص 56.

³ - انظر. د/ سعيد بوشعير، (علاقة المؤسسة التنفيذية بالمؤسسة التشريعية في النظام القانوني الجزائري)، رسالة دكتوراة الجزائر، 1984، ص 400.

⁴ - انظر. المادة 63 من القانون العضوي رقم 12/16

⁵ - انظر. د/ سعيد بوشعير، نفس المرجع، ص 400.

المطلب الثاني : طبيعة المسؤولية اللاحقة للوزير الأول أمام البرلمان

وتتمثل في المسؤولية الوزارية عن طريق تقديم الحكومة لبيان السياسة العامة السنوي (الفرع الأول) ، و المسؤولية الوزارية عن طريق وسائل الرقابة التقليدية اللاحقة (الفرع الثاني).

الفرع الأول : المسؤولية الوزارية عن طريق تقديم الحكومة لبيان السياسة العامة السنوي

نص دستور 1996 المعدل سنة 2008 على تأسيس مناسبة سنوية لتقييم مدى التزام الحكومة بتنفيذ برنامجها وهو ما يعني قيام مسؤولية الوزارة أمام البرلمان¹، وهذا من خلال اختتام مناقشة عمل الحكومة بلائحة من طرف المجلس الشعبي الوطني (اولا) أو بإصدار ملتمس رقابة من طرف المجلس الشعبي الوطني (ثانيا) وهو ما يؤدي إلى سحب الثقة من الحكومة نهائيا²، ومنه فإننا سنتناول هذه النقاط تباعا :

اولا: اختتام مناقشة البيان السياسي للحكومة بلائحة من طرف المجلس الشعبي الوطني:

تنص الفقرة الثالثة من المادة 51 من القانون العضوي رقم 12/16 على أنه:(يمكن أن تختتم هذه المناقشة بلائحة) وهو ما نصت عليه الفقرة الثالثة من المادة 93 من التعديل الدستوري لعام 2016، حيث : (يتم تقديم اقتراحات اللوائح التي تتعلق ببيان السياسة العامة خلال مدة لا تتعدى اثنين وسبعين (72) ساعة تعقب اختتام مناقشة بيان السياسة العامة³).

أما عن فحوى هذه اللائحة فهي إما أن تأتي مؤيدة للحكومة وبالتالي معبرة عن رضا المجلس الشعبي الوطني عن عمل الحكومة، وهو ما يعتبر دعما للحكومة وتجديدا للثقة فيها، وإما أن تأتي اللائحة بتحفظ عن سياسة الحكومة وهو ما ينبهها إلى مواطن التقصير وعدم احترام البرنامج محل الاتفاق، وهو ما يعتبر تحذيرا للحكومة حيث إن لم تأخذ هذه التحفظات في الحسبان فإن مشاريع قوانينها ستواجه إما بالرفض أو بالتعديلات الجبرية⁴.

كما أن هذا الوضع يجرح الحكومة أمام الرأي العام غير أنه يبقى أقل خطورة من الإجراء الثاني وهو ملتمس الرقابة الذي سينتهي بسحب الثقة من الحكومة كليا وهو ما سنراه الآن؛ فكيف يكون ذلك ؟

ثانيا : اختتام مناقشة البيان السياسي للحكومة بملتمس رقابة

يعتبر إجراء ملتمس الرقابة أهم وأخطر الآثار التي من الممكن أن تترتب عن مناقشة البيان السياسي السنوي للحكومة، حيث بحصوله تقدم الحكومة استقالتها مباشرة لرئيس الجمهورية، وهو ما نصت عليه المواد 153، 154، 155 من التعديل الدستوري لعام 2016 ، غير أن هذا الإجراء (ملتمس الرقابة) ينفرد به المجلس الشعبي الوطني دون مجلس الأمة وهذا بنص الدستور⁵، كما أنه مقيد بشروط وهي :

1- لا يلجأ إلى تقديم ملتمس الرقابة إلا مرة واحدة كل سنة وهذا بمناسبة مناقشة بيان السياسة العامة المقدم من قبل الحكومة أمام المجلس الشعبي الوطني.

2- يجب لتقدمه أن يوقعه 1/7 النواب على الأقل.

¹ - انظر. المادة 84 من دستور 1996.

² - انظر. المواد 153، 154، 155 من التعديل الدستوري لعام 2016 .

³ - انظر. المادة 52 من القانون العضوي 12/ 16 .

⁴ - انظر. د/ الأمين شريط، (علاقة الحكومة بالبرلمان)، مرجع سابق، ص 25.

⁵ - انظر. المادة 1/153 من التعديل الدستوري لسنة 2016 .

3- لا يصبح ملتمس الرقابة نافذا إلا إذا وافق عليه ثلثي 2/3 النواب.

4- لا يتم التصويت على ملتمس الرقابة إلا بعد ثلاثة أيام من تاريخ إيداع ملتمس الرقابة.

ونظرا لخطورة هذا النوع من الرقابة أحاطه المؤسس الجزائري بهذه الشروط الصعبة مما جعله (ملتمس الرقابة) غير قابل للتطبيق في أرض الواقع¹، كما أن مدة الثلاثة أيام التي تفصل بين تقديم ملتمس الرقابة والتصويت عليه تعد هي الأخرى مدة جد كافية لإقناع من يمكن إقناعهم من النواب بالعدول عن ملتمس الرقابة، إلا أن هذه المدة تبقى أقصر من مثيلتها في دستور 1963 والتي كانت محددة بخمسة أيام، ويعود مصطلح ملتمس الرقابة إلى المؤسس المغربي الذي نص على ذلك في دستور 1992². أما المؤسس التونسي فقد أخذ بإجراء ملتمس الرقابة لكن بمصطلح آخر وهو لائحة اللوم³. إن استعمال ملتمس الرقابة في النظام الجزائري يمكن أن يكون مباشرة ودون المرور بلائحة⁴، وإن كان كلاهما يقوم بعد اختتام مناقشة البيان السياسي السنوي للحكومة، غير أن فاعلية ملتمس الرقابة تبقى محدودة وهذا بالنظر للأغلبية البرلمانية التي تتمتع بها الحكومة والتي تقف حاجزا يحول دون اللجوء إلى ملتمس الرقابة هذا. كما أن الأمر لا يختلف كثيرا في دستور 1963 على الرغم من وحدة السلطة التنفيذية، إلا أن الفرق بين الوضع آنذاك وما هو عليه في التعديل الدستوري لعام 2016، أن ملتمس الرقابة في دستور 1963 كان يقترح ضد رئيس الجمهورية باعتباره المجلسد للحكومة⁵. غير أن تحريك ملتمس الرقابة كان أصعب مما هو موجود في التعديل الدستوري لعام 2016، حيث كان يستلزم لتوقيع لائحة ملتمس الرقابة توقيع 1/3 النواب⁶. وهو ما ينجر عنه استقالة رئيس الجمهورية والحل التلقائي للمجلس الوطني في حالة تصويته على ملتمس الرقابة بالأغلبية المطلقة للنواب⁷. غير أن تحقيق هذا النصاب وتحريك هذه الرقابة ضد رئيس الجمهورية المنتمي لنفس الحزب وهو أمينه العام يبقى مستحيلا⁸، غير أن الأمر يختلف بالنسبة لدستوري 1989 و 1996 اللذان أتيا بثنائية السلطة التنفيذية، وبالتالي المسؤولية السياسية تتعلق بالحكومة وليس برئيس الجمهورية لأنه غير مسؤول سياسيا أمام البرلمان، ومنه فملتمس الرقابة يقترح ضد الحكومة، أما من حيث نطاق المسؤولية الوزارية فإنها تقسم إلى مسؤولية فردية وأخرى تضامنية، وقد اعتمد المؤسس الدستوري الجزائري النوع الثاني، فالوزراء ليسوا مسؤولين فرديا بل هم متضامنين⁹. وبما أن مسؤولية الوزارة تعد الركن الأساسي في بناء النظام البرلماني التقليدي والمتطور ومن غيرها يفقد هذا النظام

¹ - انظر. د/ سعيد بوشعير، مرجع سابق، ص 397.

² - انظر. الفصل 75 من الدستور المغربي لسنة 1992.

³ - انظر. الفصل 63 من الدستور التونسي لسنة 1959.

⁴ - انظر. د/ سعيد بوشعير، مرجع سابق، ص 396.

⁵ - انظر. المادة 55 من دستور 1963.

⁶ - انظر. المادة 55 نفسها من دستور 1963.

⁷ - انظر. المادة 56 من دستور 1963.

⁸ - انظر. د/ عبد الله بوقفة، آليات تنظيم السلطة في النظام السياسي الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2003، ص 185.

⁹ - انظر. خلوفي خدوجة، مذكرة، ماجستير، مرجع سابق، ص 54.

جوهره وتغيير طبيعته¹، فإن ما أخذ به المؤسس الدستوري الجزائري في هذا المجال في ظل التعديل الدستوري لعام 2016 يعد مظهرا ولو شكليا من مظاهر النظام البرلماني إلا أنه يفتقر للفاعلية والمتمثلة في تسهيل إجراءات تحريك ملتمس الرقابة.

هذا إضافة إلى معوقين آخرين يثبطان عمل ملتمس الرقابة وهما: النسبة المطلوبة للموافقة على ملتمس الرقابة وكذا اقتصارها على مرة واحدة سنويا فمن جهة تبقى النسبة المطلوبة في التصويت على ملتمس الرقابة للموافقة جد مرتفعة بل ومبالغ فيها حيث أنه بالإمكان أن تفلت الحكومة من هذا النوع من الرقابة إذا ساندتها نسبة من النواب تقدر بـ $1/3$ + نائب واحد بينما تبقى نسبة $2/3$ النواب ناقص نائب واحد غير قادرة على إسقاط الحكومة مما يثبت مقولة "أن الأقلية تحكم والأغلبية تعارض"²، وهذا بخلاف المؤسس الدستوري الفرنسي الذي يعطي للجمعية الوطنية الحق في إثارة مسؤولية الحكومة عن طريق اقتراح ملتمس رقابة يجب لقبوله توقيع عشر (1/10) النواب، كما أن التصويت عنها يتم بعد ثمانية وأربعين (48) ساعة³، وفي هذا تفعيل لدور ملتمس الرقابة، وهو يخفض النسبة المطلوبة لقبولها (1/10) النواب، وكذا في قصر المدة الممتدة بين تقديم ملتمس الرقابة والتصويت عليها (48 ساعة)، وهذا عكس ما هو موجود في النظام النيابي الجزائري.

وبالنظر للنتيجة الخطيرة على الأقل نظريا، والتي من الممكن أن تؤدي لها مناقشة مخطط عمل الحكومة وهي استقالة هذه الأخيرة فإنه يمكن اعتبار هذه المناقشة كوسيلة من وسائل الرقابة السابقة أو الأولية من قبل السلطة التشريعية على أعمال السلطة التنفيذية وذلك لأن بقاء الحكومة أو ذهابها رهين بموافقة المجلس الشعبي الوطني على مخطط عملها⁴.

الفرع الثاني : مسؤولية الوزير الاول كاتر لوسائل الرقابة التقليدية اللاحقة

تعتبر رقابة السلطة التشريعية على أعمال السلطة التنفيذية أحد أهم المظاهر الدالة على تواجد النظام البرلماني، وتمثل رقابة السلطة التشريعية على السلطة التنفيذية في الآتي: حق السؤال والاستجواب (أولا)، حق إجراء التحقيق (ثانيا)،

أولا: حق السؤال والاستجواب :

يعتبر كل من السؤال والاستجواب ذوي طبيعة استفهامية حول حقائق معينة، إلا أنهما يختلفان من حيث مدوليهما القانونيين حسب الفقه الدستوري، ولذلك سنتعرض في هذا المطلب لحق السؤال (أ)، وحق الاستجواب (ب) تباعا فيما يلي:

أ : حق السؤال :

هو طلب معلومات من وزير ما حول موضوع محدد، والجواب عليه لا يمكن أن يؤدي إلى قيام مسؤولية الحكومة⁵، وهو أيضا: "يعني حق أي عضو من أعضاء البرلمان في أن يوجه سؤالا أو أسئلة إلى أي وزير أو حتى رئيس الوزراء بقصد استيضاح موقف الوزراء حول موضوع معين"⁶. ويذهب تعريف آخر يبدو أكثر دقة إلى أن السؤال هو : " تقصي عضو البرلمان من وزير

¹ - انظر. د/ أحمد سلامة بدر، رسالة دكتوراه، الاختصاص التشريعي لرئيس الدولة في النظم الوضعية و الفكر الاسلامي ، رسالة دكتوراه، مصر ، 1990 ، ص54.

² - انظر. د/ سعيد بوشعير، (علاقة المؤسسة التشريعية بالمؤسسة التنفيذية في النظام القانوني الجزائري)، مرجع سابق، ص 397-398.

³ - انظر. المادة 02/49 من الدستور الفرنسي لسنة 1958.

⁴ - انظر. الأستاذ إبراهيم بولحية، مرجع سابق، ص 63.

⁵ - Philippe Ardant, institutions Politique et Droit constitutionnel, 8^{eme} Edition, Librairie générale de droit et de jurisprudence, E.G.A, 1995,p 549.

⁶ - انظر. د/ محمد رفعت عبد الوهاب، مرجع سابق ص 326.

مختص أو من رئيس الحكومة عن حقيقة أمر معين خاص بأعمال الوزراء ككل¹، كما تنقسم الأسئلة إلى نوعين: أسئلة كتابية (1) وأسئلة شفوية (2)، وهذا ما نصت عليه المادة 1/134 من دستور 1996 حيث جاء فيها: "يمكن لأعضاء البرلمان أن يوجهوا أي سؤال شفوي أو كتابي إلى أي عضو في الحكومة وتضيف الفقرة الثانية من نفس المادة بأن: "الجواب عن السؤال الكتابي يكون كتابيا خلال أجل أقصاه 30 يوما" كما تتم الإجابة عن الأسئلة الشفوية في جلسات المجلس. وفي هذا المجال نلاحظ تطابق جميع الدساتير الجزائرية باستثناء دستور 1976 الذي حذف السؤال الشفوي².

1- السؤال الكتابي في ظل التعديل الدستوري لعام 2016:

وهو ذلك السؤال الذي يجره عضو البرلمان (كتابة) إلى عضو معين في الحكومة عن طريق إيداعه من صاحبه لدى مكتب المجلس الشعبي الوطني أو مجلس الأمة الذي يبلغه فوراً للحكومة بواسطة الوزارة المكلفة بالعلاقات مع البرلمان والتي بدورها تبلغه لعضو الحكومة المعني والذي عليه الرد كتابة في أجل أقصاه 30 يوماً ابتداء من تاريخ تسلمه السؤال.

كما يسجل الجواب الكتابي في الجداول الخاصة فور إيداعها وترتب حسب ترتيب تسجيلها بهدف معرفة تاريخ إرسالها³. ونظراً لأهمية السؤال الكتابي فإن هناك ميولا لدى البرلمانات المعاصرة في النظم البرلمانية والمختلطة إلى استعمال الأسئلة الكتابية أكثر من الأسئلة الشفهية، وهذا ربما للوقت سواء للبرلمان لمعالجة قضايا أخرى أو للحكومة لإعطاء الوقت الكافي للإجابة عنها⁴، غير أنه يلاحظ أن التعديل الدستوري لسنة 2016 لم يقيد حرية عضو البرلمان في مجال طرح السؤال الكتابي.

2- السؤال الشفوي :

وهو ذلك السؤال الذي يطرح من عضو البرلمان على أحد أعضاء الحكومة في مجال اختصاصه ويجاب عنه من قبل العضو المختص شفويا في جلسات معدة لهذا الغرض وهذا بعد أن تكون قد بلغت من طرف عضو البرلمان إلى مكتب المجلس الشعبي الوطني 07 أيام قبل الجلسة، كما يمكن أن يتبع السؤال الشفوي أو الكتابي بمناقشة في حالة ما إذا كان جواب عضو الحكومة غير مقنع⁵، غير أن هذه المناقشة لا تتم إلا بناء على طلب يوقعه عشرون (20) نائبا، هذا أمام المجلس الشعبي الوطني، أما أمام مجلس الأمة، فالمناقشة تكون بناء على طلب موقع من قبل ثلاثين (30) عضوا على ألا تتعدى المناقشة حدود السؤال، وينتهي مطاف الأسئلة الشفوية والكتابية والأجوبة المتعلقة بها بنشرها في الجريدة الرسمية حسب نفس الشروط الخاصة بنشر محاضر مناقشات كل غرفة في البرلمان⁶، غير أن الواقع العملي يثبت أن غالبية الأسئلة الشفوية لا يجاب عنها لسبب أو لآخر، ففي خلال الدورة الخريفية لسنة 2003 ومن مجموع 119 سؤالا شفويا على مستوى المجلس الشعبي الوطني لم يجب سوى عن 31 سؤالا وبقي 88 سؤالا

¹ - انظر. د/ إيهاب زكي إسلام، مرجع سابق، ص 27.

² - جاء في المادة 162 من دستور 1976: (يمكن لأعضاء المجلس الشعبي الوطني أن يوجهوا كتابة فقط، أي سؤال أي عضو من الحكومة وينبغي لهذا العضو أن يجيب كتابة في ظرف خمسة عشر يوما). أما دستور 1963 فقد أقر نوعي السؤال الكتابي والشفوي في مادته 38 التي جاء فيها: (يمارس المجلس الوطني مراقبته للنشاط الحكومة بواسطة الاستماع إلى الوزراء داخل اللجان والسؤال الكتابي والشفوي مع المناقشة أو بدونها)، أما دستور 1989 فقد أقر أيضا نوعي السؤال في مادته 1/125 وهو نفس نص المادة 1/134 من دستور 1996 ما عدا تغيير تسمية م-ش بالبرلمان.

³ - انظر. د/ سعيد بوشعير، مرجع سابق، ص 403.

⁴ - Philippe Ardant, op, cit, p 574.

⁵ - انظر. أ/ إبراهيم بولحية، (علاقة الحكومة بالبرلمان)، من وقائع الندوة الوطنية حول العلاقة بين الحكومة و البرلمان، الجزائر، 23-24 أكتوبر 2000، ص ص 66، 67، انظر أيضا، د/ سعيد بوشعير، مرجع سابق، ص 403.

⁶ - انظر. المادة 75 من القانون العضوي رقم 99-02 المؤرخ في 20 ذي القعدة 1419 الموافق لـ 8 مارس 1999 يحدد تنظيم المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة وعملهما وكذا العلاقات الوظيفية بينهما وبين الحكومة.

بدون رد وهذا خلال 04 جلسات¹ مخصصة للرد. أما على مستوى مجلس الأمة فمن أصل 21 سؤالاً لم تتم الإجابة إلا على سؤالين وبقي 19 سؤالاً بدون إجابة وهذا خلال جلستين، و هو الأمر الذي جعل بعض النواب يشتكون من عدم إجابة بعض الوزراء عن كثير من الأسئلة،² هذا من جهة و من جهة أخرى فإن أعضاء البرلمان يعزفون عن طرح الأسئلة و التفسير الذي يمكن إعطائه لهذا العزوف هو القطيعة الموجودة بين البرلمان و مصادر المعلومات التي تسمح بطرح أسئلة و استفسارات وبالتالي إبداء اقتراحات و أمام هذه الوضعية الخطيرة خاصة في البرلمان الجزائري يرى البعض وجوب تدعيم البرلمان بهيئات و ميكانيزمات تمكنها له من المعلومات و المعطيات الضرورية للقيام بدوره كهيئة تشريعية فعالة³.

ب: حق الاستجواب :

يعتبر الاستجواب من أهم عناصر رقابة السلطة التشريعية على السلطة التنفيذية وهو ما يمثل أحد مظاهر النظام البرلماني (التقليدي) في النظام النيابي الجزائري، كما يعد أصل الاستجواب فرنسي، وكان يعرف بالسؤال مع المناقشة، غير أن الدستور الإنجليزي يحتوي على إجراء شبيه بالاستجواب وهو ما يعرف بـ (Motion for adjurnment) ومعناه الحرفي الاقتراح بالتأجيل أما مضمونه اصطلاحاً فهو السؤال مع المناقشة وهي المقطع الأول من صيغة مطولة هي: (Motion to djurn for the purpose of discussing a definite of an urgent public importance) وتعني: الاقتراح بالتأجيل بغرض مناقشة مسألة محددة ذات أهمية عامة مستعجلة⁴.

ويعرف الاستجواب على أنه: "وسيلة دستورية (في النظام الجزائري) يستطيع بموجبها النائب أن يطلب من الحكومة تقديم توضيحات حول موضوع معين ذو مصلحة عامة"⁵.

ويتبين من نص المادة 151 من التعديل الدستوري لعام 2016 أن المؤسس الدستوري أعطى: (لأعضاء البرلمان بغرفتيه حق استجواب الحكومة في إحدى قضايا الساعة و يكون الجواب خلال ثلاثين (30) يوماً⁶). وما يلاحظ على صياغة هذه

¹ - انظر. حصيلة الدورة الخريفية لسنة 2003، على موقع الإنترنت السابق.

² - جاء هذا في محتوى تدخل الدكتور بوزيد لزهاري عضو مجلس الأمة حول عدم إجابة بعض الوزراء عن أسئلة أعضاء البرلمان بحجة عدم الاختصاص ، من الجلسة العلنية المسائية لمجلس الأمة(عن طريق البث التلفزيوني المباشر) بمناسبة عرض السياسة العامة للحكومة أمام مجلس الأمة المنعقدة بتاريخ 2005/06/08

³ ويمكن إجمال تلك الميكانيزمات في الآتي : تشجيع المهام الإخبارية للجان الدائمة بصفة فردية أو مشتركة فيما يتعلق بنشاطات الوزارات أو القضايا المحلية. إنشاء دواوين متخصصة في دراسة و متابعة قطاعات حيوية هامة في الحياة الوطنية³، كما يرى آخرون³ ضرورة وضع الإطار القانوني المحددة لعلاقة البرلمان للسلطة التنفيذية بالسلطة التنفيذية، تزويد النواب بالمساعدين من الباحثين وأصحاب الاختصاص، تنمية عمل اللجان البرلمانية ، تزويد البرلمان بالمكتبات و تزويده بخدمات الإنترنت وربط هذه الأخيرة بمجمع معلومات و إحصائيات يخص كل قطاعات الدولة، تنظيم برامج ودورات ثقافية للبرلمان قصد الإطلاع على التطورات العالمية في هذا المجال. مما يثبت مدى تهميش الأسئلة الشفوية وبما أنها مجرد استفسار عن مواضع معينة دون ترتب أية مسؤولية للحكومة عنها، فإنها تبقى وسيلة رقابية تقليدية غير ناجعة. والملاحظ أن الأسئلة الشفهية المنصوص عليها في التعديل الدستوري لعام 2016 تبقى قريبة من مظاهر النظام البرلماني التقليدي إلا أنها غير ناجعة.

- انظر. د/ الأمين شريط، (علاقة الحكومة بالبرلمان)، مرجع سابق، ص ص 39-40

⁴ - انظر. د/ إيهاب زكي إسلام، مرجع سابق، ص 85.

⁵ - انظر. د/ سعيد بوشعير، (علاقة المؤسسة التشريعية بالمؤسسة التنفيذية في النظام القانوني الجزائري)، رسالة دكتوراه، جامعة الجزائر، ص 333.

⁶ - انظر. المادة 151 من التعديل الدستوري لعام 2016 .

المادة أنها جاءت خالية من أية قيود أو شروط على أعضاء البرلمان، غير أن القانون العضوي رقم 12/16 في المواد 66، 67، 68 قد وضع شروطا لا بد من مراعاتها وهي:

- 1- أن يوقع نص الاستجواب على الأقل ثلاثون نائبا أو ثلاثون عضوا في مجلس الأمة.
 - 2- أن يبلغ رئيس المجلس الشعبي الوطني أو رئيس مجلس الأمة (حسب الحالة) نص الاستجواب إلى رئيس الحكومة.
 - 3- أن يبلغ نص الاستجواب إلى رئيس الحكومة خلال 48 ساعة الموالية لإيداعه¹.
 - 4- (أن يحدد مكتب المجلس الشعبي الوطني أو مكتب مجلس الأمة بالتشاور مع الحكومة الجلسة التي يجب أن يدرس الاستجواب فيها²).
 - 5- أن: تكون الجلسة خلال الخمسة عشر (15) يوما على الأكثر الموالية لتاريخ إيداع الاستجواب³.
 - 6- وأخيرا يمكن عرض الاستجواب أمام إحدى الغرفتين والإجابة عليه.
- من خلال القراءة لهذه الشروط يتبين أن القانون العضوي رقم 12/16 قد قيد عضو البرلمان في ممارسته لحق الاستجواب، وذلك من خلال إشتراطه لعدد كبير من التوقيعات (30) مما يقصي مبادرات النواب الشخصية بالاستجواب، وهذا على عكس بعض الأنظمة المقارنة كالنظام المصري ، كما أن الاستجواب يعتبر وسيلة رقابية تقليدية مشوهة الاقتباس من النظام البرلماني التقليدي .

ثانيا : حق إجراء التحقيق

يعرف التحقيق كما هو معروف في النظام البرلماني على أنه : عملية تهدف إلى تفصي الحقائق عن حالة ما في أجهزة السلطة التنفيذية تمارسها لجنة متكونة من عدد معين من أعضاء المجلس التشريعي قصد الكشف عن مخالفة أو مخالفات سياسية وكذا لوضع اقتراحات معينة (كتحريك المسؤولية السياسية أو إصلاح ضرر معين أو تفادي أخطاء معينة)⁴.

لقد كرس دستور 1996 على غرار بقية الدساتير الجزائرية أداة التحقيق بنصه في المادة 161 على أنه: يمكن كل غرفة من البرلمان في إطار اختصاصها أن تنشئ في أي وقت لجان تحقيق في قضايا ذات مصلحة عامة. إن نص هذه المادة جاء عاما ولم يبين كيفية إنشاء هذه اللجان ولا عدد أعضائها، غير أن القانون العضوي رقم 99-02 جاء بتفسير ما سكت عنه الدستور، حيث أن : (إنشاء لجان التحقيق يتم من المجلس الشعبي الوطني أو مجلس الأمة وذلك عن طريق التصويت على اقتراح لائحة يودعها لدى مكتب المجلس الشعبي الوطني أو مجلس الأمة ويوقعها على الأقل عشرون نائبا أو عشرون عضوا في مجلس الأمة⁵)، كما وضع القانون شروطا أخرى هي:

1- (لا يمكن إنشاء لجنة تحقيق عندما تكون الوقائع قد أدت إلى متابعات ما تزال جارية أمام الجهات القضائية إذا تعلق الأمر بنفس الأسباب ونفس الموضوع والأطراف⁶).

¹ - انظر. المادة 66 من القانون العضوي رقم : 12/16.

² - انظر. المادة 1/66 من نفس القانون.

³ - انظر. المادة 2/66 من نفس القانون.

⁴ - انظر. د/ إيهاب زكي إسلام، مرجع سابق، ص 120.

⁵ - انظر. المادة 77 من القانون العضوي رقم 99-02 السالف الذكر.

⁶ - انظر. المادة 79 من القانون السابق.

2- (لا يعين في لجنة التحقيق النواب أو أعضاء مجلس الأمة الذين وقعوا اللائحة المتضمنة إنشاء هذه اللجنة¹).

3- (يجب على أعضاء لجان التحقيق أن يتقيدوا بسرية تحرياتهم و معائنتهم ومناقشاتهم).

وقد أكد نص القانون العضوي رقم 12/16 في مادته 1/78 إبقاءه على نفس الشروط التي يحددها النظام الداخلي لكل من غرفتي البرلمان في تشكيل اللجان الدائمة وتطبيقها على لجان التحقيق²، حيث جاءت عبارة لجنة التحقيق مشتركة، وبالتالي فلا يوجد فرق بين لجنة التحقيق المشكلة من قبل المجلس الشعبي الوطني ونظيرتها المشكلة من قبل مجلس الأمة من حيث الصلاحيات، والظاهر أنه لهذا السبب جاء في القانون العضوي رقم: 12/16 في المادة 02/79: (تعلم الغرفة التي أنشئت لجنة تحقيق الغرفة الأخرى و الحكومة بذلك)، وهذا لتفادي تكرار الأعمال بما أنها متماثلة، حيث جاء في المادة 3/84 من القانون العضوي 12/16: (يضبط برنامج الاستماع إلى أعضاء الحكومة بالاتفاق مع الوزير الأول)، غير أن الأمر يختلف بالنسبة للنظام البرلماني التقليدي (النموذج البريطاني)، حيث تعطى للمجلس المنتخب (مجلس العموم) صلاحيات أوسع للجان التحقيق كطلب الشهود أو المستندات، بينما لا تعطى مثل هذه الصلاحيات للجان التحقيق المشكلة من قبل مجلس اللوردات³، بينما في فرنسا فإن مهمة التحقيق توكل للجان دائمة، مما يظهر بأن النظام النيابي الجزائري اقترب من النظام النيابي التقليدي من هذه الناحية. إن نص المادة 180 من التعديل الدستوري 2016 يوحي بأنه لا يمكن للبرلمان أن ينشئ لجنة تحقيق تتعلق بالمواضيع التي لا تدخل في اختصاصه المحدد في المادتين 140 و 141 من التعديل الدستوري 2016⁴، وهذا يعود لمسألة تقييد التشريع.

الخاتمة

تم التوصل في هذه الورقة البحثية إلى جملة من النتائج نوجزها فيما يلي :

يتبين مما تقدم أن مسؤولية الوزير الأول تعتبر مسؤولية مضاعفة ، فقد ثبت من خلال البحث إن هذا الأخير مسؤول أمام رئيس الجمهورية لأنه هو من يعينه ومن ينهي مهامه بالإضافة إلى أن البرنامج السياسي المطبق هو برنامج رئيس الجمهورية ، فيصبح من اليسير على هذا الأخير أن يضحى بالوزير الأول في حال فشله في تنفيذ مخطط عمله المجدد لبرنامج الرئيس وفي هذا غطاء حقيقي للسلطة المباشرة التي يمارسها رئيس الجمهورية ، وكذلك تحمل لعبء المسؤولية السياسية على برنامج ليس ببرنامجه وهذا أمام البرلمان ، كما انه من شان هذا الأمر أن ينجم عنه أمران : أولهما أن يزيد من ضعف رقابة البرلمان على الحكومة في حالة توافق الأغلبتين الرئاسية و البرلمانية ، إذ انه حتى ولو لم يروق المخطط التنفيذي للوزير الأول للنواب نتيجة حيدته أو تقصيره في تنفيذ برنامج رئيس الجمهورية ، فان احدا لا يجرا على سحب الثقة منه ، لاعتبار أن البرنامج المطبق فعليا هو برنامج رئيس الجمهورية أما في حالة التعايش ، فالأمر اخطر من ذلك ، إذ قد يؤدي سحب الثقة من الوزير الأول ، خاصة إذا حدث ذلك للمرة الثانية ، إلى إحراج رئيس الجمهورية وتحميله للمسؤولية على الأقل الأدبية ، لان البرنامج المطبق هو برنامج رئيس الجمهورية و

¹ - انظر. المادة 82 من القانون السابق.

² - انظر. النظام الداخلي للمجلس الشعبي الوطني، تشكيل اللجان الدائمة، انظر المواد من 32 إلى 37.

- وكذلك النظام الداخلي لمجلس الأمة، انظر المواد من 26 إلى 30.

³ - انظر. د/ إيهاب زكي إسلام، مرجع سابق، ص 131.

⁴ - انظر. أ/ إبراهيم بولحية، مرجع سابق، ص 70.

ليس برنامج الوزير الأول ، فإذا لم يتحصل هذا الأخير على ثقة البرلمان بعد فشل سابقه ، معنى ذلك أن الخلل لا يكمن في عملية تنفيذ البرنامج ، وإنما يكمن في طبيعة البرنامج نفسه، لذلك فلتصويب مسألة المسؤولية السياسية المضاعفة للوزير الأول ، ينبغي احد أمرين : إما إعادة البرنامج الحكومي الخاص بالوزير الأول وبالتالي تبني نظام برلماني إن لم يكن تقليدي فعلى الأقل عقلاني ، يسمح بمسائلة الوزير الأول ويبقي على عدم مسؤولية رئيس الجمهورية ، أو انتهاج نظام رئاسي واضح المعالم، لا مكان فيه لوزير أول يتحمل مسؤولية دون أن تكون له سلطة مؤثرة . وبالتالي انتقال تلك المسؤولية إلى رئيس الجمهورية في شكل درجة شعبيته والتي لا يمكن تحريكها إلا من طرف الشعب وحده بمناسبة الانتخابات الرئاسية الحرة والنزيهة .

قائمة المصادر و المراجع :

أولا المصادر :

أ : الدساتير :

1 التعديل الدستوري الجزائري لسنة 2016

2 الدستور المصري لسنة 1971

3 الدستور الفرنسي لسنة 1958

ب: القوانين العضوية :

1 القانون العضوي رقم 12/16 المؤرخ في 22 ذي القعدة 1437 الموافق ل 25 غشت 2016 يحدد تنظيم المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة وعملهما وكذا العلاقات الوظيفية بينهما وبين الحكومة.

ج : النظم الداخلية : النظامين الداخليين للمجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة

ثانيا المراجع :

أ :الكتب باللغة العربية

د/ ابراهيم درويش ، النظام السياسي ، دون دار و بلد النشر، 1969

د/ابراهيم عبد العزيز شيحا ، وضع السلطة التنفيذية في الانظمة السياسية المعاصرة ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، 2006

د/ طعيمة الجرف ، نظرية الدولة و المبادئ العامة للأنظمة السياسية ونظم الحكم ، دون دار و بلد النشر، 1978

د/ محسن خليل ، النظم السياسية و الدستور اللبناني ، لبنان ، 1973

موريس دوفرجيه المؤسسات السياسية و القانون الدستوري الأنظمة السياسية الكبرى ، ترجمة د/ جورج سعد ، المؤسسة الجامعية للنشر و التوزيع ، الطبعة الاولى لبنان ، 1992

د/ عبد الله بوقفة، آليات تنظيم السلطة في النظام السياسي الجزائري، دار هومة ،الجزائر ، 2003

د/ عفيفي كامل عفيفي، الأنظمة النيابية ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، 2002

ب :رسائل الدكتوراه

د/ أحمد سلامة بدر ،الاختصاص التشريعي لرئيس الدولة في النظم الوضعية و الفكر الاسلامي ، رسالة دكتوراه، مصر

ج:مذكرات الماجستير

1 خلوفي خدوجة ، الرقابة البرلمانية على اعمال الحكومة في ظل دستور ، 1996، مذكرة ماجستير ، فرع القانون الدستوري ، جامعة الجزائر ، 2001

د : المراجع باللغة الفرنسية

- André Hauriou, Lucien s fez .Institution Politiques Et Droit Constitutionnel; 1975

- Philippe Ardant, institutions Politique et Droit constitutionnel, 8^{eme} Edition, Librairie générale de droit et de jurisprudence, E.G.A, 1995

دور آليات التعاون الإفريقي العربي المشترك في تحقيق أهدافه

د. قاسمية جمال

أستاذ محاضر " أ "

كلية الحقوق والعلوم السياسية

جامعة البليلة 2

الملخص :

يعتبر التعاون الإفريقي العربي من أقدم تعاون إقليمي في التاريخ ، معتمدا على التقارب الجغرافي لبناء تعاون اقتصادي وثقافي وإنساني بين الشعوب الإفريقية والأمة العربية ومتأثرا عبر العصور بالنسيج الاجتماعي والثقافي والديني بين سكان المنطقتين هذه العلاقات الضاربة في التاريخ أنجز عنها تعاون مؤسساتي إفريقي عربي بداية من سبعينات القرن الماضي ، خاصة بعد عقد أول مؤتمر للقمة إفريقي عربي بالقاهرة في مارس 1977 أين تأسست عدة هيئات ومؤسسات سياسية و مالية و تقنية لتجسيد الأهداف المتوصل إليها في هذا المؤتمر الأول في مختلف الميادين الاقتصادية والثقافية و غيرها . فبدلت جهود كبيرة في الأربعين سنة الأخيرة لتدعيم هذا التعاون الثنائي رغم العراقيل التي وقفت عائقا لتحقيق هذا التقارب و التعاون .

وقد بذلت المؤسسات المالية الوطنية و الجماعية دورا فعالا لتحقيق و تدعيم هذا التعاون، رغم الصعوبات التي واجهته .

ثم دعم المؤتمر الثاني في سيرت بليبيا 2010 و الثالث في الكويت 2013 و الرابع في غينيا الاستوائية 2016

المجهودات المبذولة من قبل هيئات التعاون الإفريقي العربي لتحقيق الأهداف المحددة في المؤتمر الأول وما توصلت إليه المؤتمرات الثلاث الأخرى . فهل حققت هذه الهيئات العاملة في إطار التعاون الإفريقي العربي أهدافها أم فشلت في تحقيق ذلك ؟.

الكلمات المفتاحية : التعاون الإفريقي العربي المشترك ، آليات التعاون ، هياكل التعاون ، التنمية ، المخاطر ، العوائق، اللجان.

Résumé .

La coopération afro-arabe est considérée comme la plus ancienne parmi les relations de coopération régionales . Elle s'étend au-delà des aspects de la proximité géographique pour inclure des relations économiques , culturelles et humaines ; Créées au fil des siècles par la mobilité sociale et l'interaction culturelle entre les arabes et les africains .

Ces relations ont donné naissance à une coopération institutionnel afro-arabe ; depuis les années soixante-dix ; et particulièrement à la suite du premier sommet OUA-Ligue arabe ayant lieu au Caire en 1977 où plusieurs institutions de coopération dans divers domaines ont été créées . Des efforts multiples se sont réunis au cours des quatre dernières décennie pour appuyer cette opération dans le domaine économique , financière et culturelle . En fait , les institutions de financements arabes bilatérales et multilatérales , fournissent une aide technique et financière au développement des pays africains .

Le 2eme et le 3eme et le 4eme sommet afro-arabe , tenues en Libye en 2010 , et en Koweit en 2013 et a Malabo en 2016 se sont conclus sur la nécessité d'intensifier les efforts pour adopter une stratégie de partenariat arabo-africain face aux enjeux de la mondialisation . Un projet de « stratégie de partenariat » a été , alors , admis et un plan d'action commune pour la période de 2011-2016 et 2016-2021 ont été approuvé .

Mais reste toujours la question primordiale . est ce que les institutions politiques et financières arabo-africains ont atteint leur but envisages lors des 8congres précédents .

مقدمة :

أنعقد مؤتمر القمة العربي الإفريقي المشترك الرابع في مالابو بغينيا الإستوائية ما بين 20-23 نوفمبر 2016 تحت شعار " معا من أجل التنمية المستدامة و التعاون الإقتصادي " وعكست القمة الرابعة هذه ، التوجه العربي الإفريقي نحو تعزيز التعاون المشترك لتحقيق التنمية المستدامة و مواجهة التحديات المعاصرة التي تواجه الشعوب العربية و الإفريقية في هذا الخصوص وهذا ما سنتطرق له لاحقا ¹.

كما أكد المؤتمر الثالث للدول العربية و الإفريقية المنعقد بالكويت ما بين 19-20 نوفمبر 2013 على إلتزام هذه الدول بتعزيز التعاون بين الطرفين على أساس الشراكة الإستراتيجية التي تسعى إلى الحفاظ على العدل و السلم والأمن الدوليين ، واتفقت هذه الدول على النهوض بالتعاون جنوب - جنوب و خاصة على التعاون بين الدول العربية و الإفريقية وتوثيق العلاقات بين حكومات و شعوب المنطقتين من خلال تكثيف الزيارات و المشاورات على جميع المستويات ².

كما أيد مؤتمر القمة الثالث هذا جميع القرارات السابقة المنبثقة عن مؤتمر القمة الثاني المنعقد بسيرت الليبية بتاريخ 9-11 أكتوبر 2010 ، لذا إرتئينا أنه من واجبنا معرفة أهداف و هيكل التعاون الإفريقي العربي المشترك و الجماعي ، و ما هي العوائق التي تعرضت لها منذ عام 1977 تاريخ إنشائها إلى يومنا هذا ؟ وما هو دورها المستقبلي في تطوير التعاون الإفريقي العربي المشترك و الجماعي ؟ .

للإجابة على هذه الإشكالية استعملنا المنهج التحليلي الوصفي كقاعدة عامة مستعينين في بعض الأحيان بالمنهج التاريخي معتمدين على الخطة التالية .

مقدمة .

المبحث الأول : أهداف التعاون الإفريقي العربي من خلال قرارات المؤتمرات المشتركة الإفريقية العربية.

المطلب الأول : المبادرات الأولى لتحديد أهداف التعاون الإفريقي العربي المشترك

المطلب الثاني : أهداف التعاون الإفريقي العربي من خلال وثائق مؤتمر القمة الإفريقي العربي المشترك الأول ، القاهرة 8-9

مارس 1977

المطلب الثالث : أهداف التعاون الإفريقي العربي من خلال وثائق مؤتمرات القمة الإفريقية العربية الأخرى .

المبحث الثاني : الهيكل التنظيمي للتعاون الإفريقي العربي المعاصر .

المطلب الأول: الهيكل التنظيمي العام للتعاون الإفريقي العربي:

المطلب الثاني : الهيئات المالية والهيئات المساعدة الأخرى العاملة في التعاون الإفريقي العربي .

المطلب الثالث . تقييم دور هيئات التعاون الإفريقي العربي .

الخاتمة .

¹ رغم مغادرة ستة دول عربية من قاعة المؤتمرات بسبب إلحاح الإتحاد الإفريقي على مشاركة الجمهورية الصحراوية الديمقراطية في هذا المؤتمر بإعتبارها من الدول المؤسسة للإتحاد الإفريقي . مما أدى بالمملكة المغربية و المملكة السعودية و الكويت و قطر للإسحاب .

² شعار مؤتمر القمة الثالث للتعاون العربي الإفريقي هو (شركاء في التنمية و الإستثمار) .

المبحث الأول : أهداف التعاون الإفريقي العربي من خلال قرارات المؤتمرات المشتركة

حول حقيقة أهداف هذا التعاون الإفريقي العربي طرحت عدة فرضيات وأسئلة متشائمة في بعض الأحيان و طموحة في أحيان أخرى¹ منها :

- هل هذا التعاون عمل ظرفي ، عرضي ، انتهائي ، تعويضي ، مآله إلى الأفول و الانقراض لا محالة ، أم هو تعاون طويل النفس و بعيد الأفق متأصل في الماضي و يزيد تأصلا يوم بعد يوم ليصبح عملا مستمرا بدون رجعة ؟.
- هل هذا التعاون مالي بترودولاري ، أم هو عمل حضاري مصيري بما لهاتين الكلمتين من شمولية سياسية و اقتصادية و إنسانية و ثقافية ؟.
- هل هذا التعاون بين شمال عربي ميسور و جنوب إفريقي معوز و مقهور ، أم هو تضامن و صمود و دفاع مشترك لمجموعة من الدول كلها نامية ، كلها من الجنوب ، وكلها متصارعة مع الشمال ؟.
- هل التعاون العربي الإفريقي المشترك تكتل ضد العالم الخارجي و بديل للتعاون الدولي المحجف و المخيب ، وهل هو رد فعل إزاء خيبة الحوار بين الشمال و الجنوب ، أم هو منهج تضامني بين 64 دولة نامية ، منفتح على نفسه و متفتح على غيره ، محرض لبلدان العالم، الغنية منها والفقيرة ، لتسلك طريق التعاون و الإخاء و النهوض الشامل بالبشرية و توفير أسباب العيش الكريم للجميع و الأمن و السلام و المحبة ؟.

المطلب الأول : المبادرات الأولى لتحديد أهداف التعاون الإفريقي العربي المشترك

إن المتتبع لمسيرة تنظيم التعاون الإفريقي العربي يلاحظ أنه منذ عام 1973 والمبادرات العربية الإفريقية نحو تنظيم التعاون وتحديد أهدافه تصدر من أعلى قمة لتعطي حدود الواقعية الممكنة آمالا، فبدأت الاجتماعات المشتركة الإفريقية العربية مباشرة بعد حرب رمضان وارتفاع أسعار النفط عن طريق لجنة السبع الإفريقية والدول العربية² التي عبرت فعليا عن مدى وجوب التقارب والتضامن والتعاون بين المنطقتين وهذا ما عبر عنه صراحة السيد أنزووازي السكرتير الإداري لمنظمة الوحدة الإفريقية في تدخله أمام لجنة السبعة الإفريقية والدول العربية في اجتماعها المشترك في جانفي 1974 ، حيث أكد على أن الحل الحقيقي لمشكلات الدول الإفريقية على المدى الطويل هو في زيادة وترشيد التبادل التجاري بينها وبين الدول العربية حتى تحل مشكلة ميزان المدفوعات مع إمكانية بذل تضحيات في البداية من الطرفين، وان التعاون العربي الإفريقي هو التزام برفاهية وسعادة كلا واحد منها شعوبا ودولا ، وهو أمر يمكن لمؤتمرا بفضلله أن يخطو خطوة هائلة للأمام على طريق الوحدة والتضامن العربي الإفريقي³.

فهذا اللقاء الأول المشترك بين العرب والأفارقة يعتبر نقطة إنطلاق أساسية في تجسيد التعاون الإفريقي العربي، خاصة في المجال الاقتصادي لاسيما المالي منه، غير أن قرارات هذا المؤتمر لم تشر إلى المؤسسات أو القنوات التي تتحكم في هذه المساعدات وتوجيهها ولم نرى فيه أهدافا وأولويات بل كان اجتماعا كرد فعل على ظروف دولية وإقليمية فرضت نفسها على المنطقة خاصة حرب أكتوبر 1973 وما تلاها من ارتفاع في أسعار البترول وأثرها على إفريقيا.

¹ هذه الأسئلة طرحها الأستاذ . الشاذلي العياري ممثل الفريق العربي في اللجنة العربية الإفريقية الدائمة .

² - لجنة السبعة الإفريقية المنبثقة عن منظمة الوحدة الإفريقية مثلت بالكامبيون، بوتسوانا، زائير، مالي، تنزانيا، غانا، السودان، ومثل الجانب العربي كل من السعودية، مصر، الإمارات العربية، الكويت، سوريا، العراق، قطر، ليبيا، الجزائر، البحرين.

³ - د/ يحيى حلمي رجب: الرابطة بين جامعة الدول العربية ومنظمة الوحدة الإفريقية (دراسة قانونية سياسية) دار الفكر العربي، القاهرة

ثم تلى هذا الاجتماع بفترة قصيرة (ندوة الخرطوم) الخاصة بالتعاون العربي الإفريقي والتي دعت لها جامعة الدول العربية بالاشتراك مع مصر والسودان سميت بالندوة العربية الإفريقية للتحرر والتنمية ما بين 7-11 جانفي 1976¹ واختتمت هذه الندوة اجتماعاتها بإعلان أسمته (إعلان ندوة الخرطوم حول التعاون العربي الإفريقي) الذي ركز أساسا على:

- وجوب تحرير كافة الأراضي العربية والإفريقية ومساعدة الحركات التحررية في أفريقيا والعالم العربي والقضاء على الاستعمار القديم والجديد.

- أن يهدف التعاون الإفريقي العربي إلى التنمية المخططة علميا مع تدعيم المؤسسات القائمة وتقويتها.

- أن يستهدف التعاون الإفريقي العربي في المجال الاقتصادي دعم اقتصاديات دول المنطقة وتدعيم استقلالها الوطني.

- تركيز الجهود لتحقيق التعاون على أسلوب علمي قائم على وحدة التراب ووحدة المصير².

- إن هذا الإعلان ركز على التعاون الشامل العلمي والمخطط في مختلف الميادين بين الأفارقة والعرب لتحقيق التنمية الشاملة وبالتالي الخروج من دائرة التخلف والتبعية للدول المصنعة، وبذلك يكون هذا الإعلان قد أبرز أهمية تأسيس وتأطير التعاون الإفريقي العربي بطريقة علمية ومخططة مبتعدا عن المحاولات الارتحالية المؤقتة، مما يشكل بداية مرحلة جديدة يكون التعاون فيها أكثر تنظيما وذلك بإنشاء أطر خاصة للتعاون الإفريقي العربي خارج جامعة الدول العربية ومنظمة الوحدة الإفريقية³.

وتحقيقا لهذه الأهداف تم اجتماع المؤتمر الوزاري العربي الإفريقي الأول بدار عاصمة السنغال ما بين 19 و 22 أبريل 1976 و كان نتيجة عدة اجتماعات قامت على مستوى منظمة الوحدة الإفريقية وجامعة الدول العربية في ما يخص تدعيم التعاون الإفريقي العربي وتوسيع لجنة السبعة لتصبح لجنة الإثني عشر أو بالأحرى لجنة 24 (12 من الجانب الإفريقي و 12 من الجانب العربي)⁴.

وجدد ممثل جامعة الدول العربية في هذا المؤتمر منطلقات التعاون الإفريقي العربي و نقاطه الأساسية، و المتمثلة في التاريخ المشترك والطموحات المشتركة للخروج من التخلف وتحقيق التنمية والتقدم لشعوب المنطقة.

أما رئيس مجلس وزراء منظمة الوحدة الإفريقية آنذاك، فدعا إلى إرساء التعاون الإفريقي العربي على أساس متين من التعاون الاقتصادي المفيد والفعال بدلا من إرسائه على أسس من المتغيرات الدبلوماسية أو الظروف المتغيرة للوضع الاقتصادي

¹ - حضر هذه الندوة 95 عضوا من وزراء الإعلام الأفارقة والعرب والأمين العام لجامعة الدول العربية وممثل عن الأمين العام (OUA) وممثل لليونسكو ومثلي عن حركات التحرر الإفريقية والعربية وغيرهم.

² - جدول الأعمال أقرته اللجنة الوزارية الإفريقية العربية في 10/07/1975.

³ . للتوسع أكثر أنظر د/ علي قضاي الدخر . ترجمة د/ خالد مجد فرح . الأطر المؤسسية للتعاون الإفريقي العربي . (مقارنة قانونية) طبعة أولى ، مكتبة مدبولي ، القاهرة ، 2006 ، ص142-143 .

⁴ - أنظر قرارات مجلس وزراء منظمة الوحدة الإفريقية المجتمع بمقديشو عام 1974 خاصة القرار رقم 337 وكذلك قرارات المجلس المنعقدة بأديس أبابا فبراير 1975 خاصة القرار رقم 3395.

- كذلك أنظر قرارات مؤتمر القمة العربي السابع في الرباط 26/29 أكتوبر 1974.

الدولي، كما طالب بتحديث العلاقات الإفريقية العربية حتى تتمكن من مواجهة متطلبات النظام الاقتصادي الدولي الجديد الذي ألزمت به الدول الإفريقية والعربية.

ويستخلص من تدخلات زعماء أفريقيا والعالم العربي أن هناك اهتمام جدي بتأسيس وتأطير التعاون الإفريقي العربي المشترك الجماعي¹ وتخطيطه بعد تحديد مفهوم المصالح الإفريقية والمصالح العربية، و ذلك عندما ركز وزراء خارجية الدول الإفريقية والعربية في دكار على ضرورة إعادة تعريف مفهوم المصالح الإفريقية ومصالح العالم العربي على ضوء تطوير العلاقات السياسية والاقتصادية العالمية، وبالتنسيق بين مواقفها للتغلب على الأزمة الاقتصادية العالمية، خاصة بعد ظهور أزمة الطاقة المصطنعة من قبل الدول الغربية. ومن هذا المنطلق ركز المؤتمر الوزاري على ضرورة توسيع التعاون حتى لا يصبح تعاون ظرفي مؤقت، ولكن ليصبح بعد تأسيسه وتنظيمه تعاون استراتيجي شامل وطويل المدى يحقق التنمية الإفريقية والعربية في إطار نظام اقتصادي عالمي جديد عادل ومنصف².

وختم المؤتمر اجتماعه بإقرار مشروع الإعلان وبرنامج العمل المشترك بشأن التعاون الإفريقي العربي، هذا المشروع الذي كانت قد أقرته اللجنتان الوزاريان العربية والإفريقية عام 1975.

ويمكن القول هنا أن المؤتمر كان في الواقع عبارة عن اجتماع تمهيدي لمؤتمر القمة، حيث أن الأهداف والمبادئ المعلنة عنها في اجتماع دكار نجدها في مؤتمر القاهرة الذي نتطرق له في المطلب الثاني:

المطلب الثاني: أهداف التعاون الإفريقي العربي من خلال وثائق مؤتمر القمة الإفريقي العربي المشترك الأول، القاهرة 8-9 مارس 1977:

تجدر الإشارة هنا أن كل من جامعة الدول العربية و منظمة الوحدة الإفريقية (الإتحاد الإفريقي حاليا) حددا أهداف التعاون بينهما من خلال منطقتيهما الإقليميتين قبل عقد مؤتمر القمة العربي الإفريقي الأول في مارس 1977.³

يعتبر مؤتمر القمة الإفريقي العربي الأول أهم مؤتمر في تاريخ التعاون الإفريقي العربي، وقد سبق هذا المؤتمر اجتماع وزراء الخارجية العرب والأفارقة بالقاهرة إذ تدارسوا الوثائق التي شكلت فيما بعد (ميثاق) التعاون العربي الإفريقي، من موضوع الإعلان وبرنامج العمل للتعاون العربي الإفريقي، و المستندات الأخرى المتعلقة بأعمال لجنة الأربعة والعشرين التي عقدت في لوزاكا والتي درست وتناولت النواحي السياسية (الصهيونية، العنصرية، الاستعمار)، والاقتصادية (التجارة، والمالية، المبادلات)، والفنية (تبادل المعلومات والخبرات)، والتنظيمية (تأسيس التعاون العربي الإفريقي و تأطيره) للتعاون الإفريقي العربي. وفي ما بين 7 و9 مارس 1977 عقد مؤتمر القمة العربي الإفريقي الأول بالقاهرة لدراسة مختلف جوانب التعاون الإفريقي العربي⁴.

¹ المقصود بالتعاون الجماعي الإفريقي العربي المشترك ن التعاون الجماعي في إطار منظمة الوحدة الإفريقية (الإتحاد الإفريقي حاليا) وجامعة الدول العربية، أي إبعاد التعاون الثنائي بين الدول الإفريقية و الدول العربية.

² - D/ Azzouz Kerdoun: la coopération arabo africaine dimension et perspectives, OPU Alger 1987.pp 45-46.

⁴ - شارك فيه ثلاثون من رؤساء الدول (14 من الرؤساء العرب و16 من الرؤساء الأفارقة) و6 من نواب الرؤساء الدول و8 من رؤساء الحكومات و16 من وزراء الخارجية.

فقد دعا الأمين العام لجامعة الدول العربية في تدخله إلى نذ كل المحاولات التي ترمي إلى تقسيم وحدة الصف الإفريقي العربي ، وبث الشكوك بين أعضائه وأضاف أن الشعوب الإفريقية والعربية مدينة لماض مشترك ومتحدة في مستقبل واحد.

أما الأمين العام لمنظمة الوحدة الإفريقية فقد قال في معرض حديثه عن مؤتمر القمة الأول مايلي: " نود أن نذكر دائما أن التعاون مثل النبات، لا يمكن أن ينبت ويزدهر إلا في حقل خصب ، وهذه الحقيقة تبقى ضرورة أكثر فيما يتعلق بالتعاون العربي الإفريقي ، فهي تتطلب الوضوح والصدق ، وهي بالتالي تحتاج إلى تنظيم وتطوير التيارات المستمرة الناتجة عن العلاقات الدولية في مجال الإعلام والاتصال بين العالمين العربي والإفريقي، إذ بفضل هذه التيارات يمكن أن تختفي بعض المشاكل...لقد حان الوقت إذن لأن ليتحول الكلام إلى عمل والمبدأ إلى برنامج والبرنامج إلى مشروع، وأن يتم التمهيد لتحقيق المشروع¹.

وقد صادق المؤتمر في آخر اجتماعاته على أربع وثائق أساسية هي:

أ- الإعلان السياسي

ب- الإعلان الخاص بالتعاون الاقتصادي والمالي

ج- إعلان برنامج العمل الخاص بالتعاون العربي الإفريقي

د- تنظيم وإجراءات تطبيق التعاون العربي الإفريقي.

وقد لمح لأهداف التعاون الإفريقي العربي في مقدمة إعلان برنامج العمل، حيث أكد المؤتمر في هذه المقدمة على أملهم في تدعيم التعاون بينهم في المجال السياسي والاقتصادي والاجتماعي وتدعيم التفاهم والتقارب بين شعوب المنطقتين، وبالتالي تدعيم التعاون بين دولهم للاستجابة لمطامح شعوب المنطقة في تقوية التضامن والأخوة بينهم والعمل على إنشاء مؤسسات مشتركة تسعى إلى تدعيم توحيد دل وشعوب المنطقتين².

فقد أكد الإعلان في مجاله السياسي على ارتباط إفريقيا والعرب بمبادئ وأهداف عدم الانحياز والتعايش السلمي والعمل على إنشاء نظام اقتصادي دولي عادل وأكد على احترام السيادة والوحدة الترابية للدول ، وعدم التدخل في الشؤون الداخلية للدول ، وحق الشعوب في تقرير مصيرها ، وكذلك على حل النزاعات بالطرق السلمية وتقوية الجبهة الموحدة لشعوبهم في الكفاح التحرري ضد الصهيونية والعنصرية والأبارتيد، وطلب المؤتمر من منظمة الوحدة الإفريقية وجامعة الدول العربية أن تتبادل فيما بينهما المعلومات بطريقة منظمة ، خاصة فيما يتعلق بالنضال المشترك لشعوبها في أفريقيا والمشرق العربي حتى يسمح للدول الأعضاء في المنطقتين أن تلعب دورها الفعال في هذا المجال.

وفي المجال الاقتصادي والمالي حدد المؤتمر أهداف التعاون الإفريقي العربي في وضع برنامج من عدة نقاط تتخلص فيما يلي:

- أنظر تقرير المصرف العربي الإفريقي للتنمية) صامد الاقتصادي) (عدد 30 أبريل 1986)

¹ - د/ أمين أسبر، أفريقيا والعرب، طبعة أولى ، دار الحقائق ، لبنان 1980 ، ص ص 110-113 .

² - Déclaration programme organisation et méthode pour la coopération adoptes par premier conférence afro arabe (déclaration et programme d'action) le Caire Mars 1977.

- تشجيع المؤسسات المالية الوطنية والمتعددة الأطراف على تقديم المساعدات الفنية والمالية لإجراء دراسات في جدوى مشروعات وهيكل البنية الأساسية في أفريقيا خاصة الأربع مشاريع المقترحة من قبل اللجنة الاقتصادية التابعة للأمم المتحدة الخاصة بأفريقيا لتمويلها.

- تدعيم المؤسسات المالية الوطنية والمتعددة الأطراف التي تعمل في ميدان التنمية الإفريقية.

- المساهمة في تدعيم الموارد المالية (بنك التنمية الإفريقي) عن طريق الإقراض من أسواق الأموال العربية بأفضل الشروط الممكنة.

- زيادة موارد المصرف العربي للتنمية الاقتصادية في أفريقيا لتمكينه من زيادة المساهمة في تلبية احتياجات التنمية الإفريقية.

- تقوية العلاقات التجارية بين الدول الإفريقية والعربية عن طريق إعطاء معاملة تفضيلية متبادلة.

- تشجيع الاستثمارات العربية خاصة عن طريق إنشاء مشروعات إفريقية عربية مشتركة والعمل على وضع نظام لضمان الاستثمار في الدول الإفريقية.

- تشجيع التعاون الفني بين الدول العربية والدول الإفريقية.

إن محاولة تحديد الأهداف رغم شموليتها وكثرتها ومحاولة تخطيطها وتأطيرها بخلق قنوات جديدة تجسدها واقعيًا، ومتابعة تطبيقها عن طريق مؤسسات دائمة¹، تشكل مرحلة جديدة مقننة في مسيرة التعاون الإفريقي العربي.

وقد استهدف التعاون من خلال نصوص وتوصيات مؤتمر القاهرة، تأكيد المصلحة المشتركة والعلاقات الخاصة المتميزة في الميادين السياسية والاقتصادية والثقافية والاجتماعية² بين الأفرقة والعرب، وكدعم فوري لهذا التعاون المعلن عليه قامت أربع دول عربية هي: السعودية، الكويت، قطر، الإمارات العربية المتحدة، بإعلان مساهمة تطوعية لهذه الغاية بلغت في مجملتها 1,45 مليون دولار لصالح أفريقيا.

إن الملاحظ للأهداف التي سطرت خلال المؤتمر، يجد أن المؤتمرين لم يحددوا بدقة أولويات الأهداف، ولم يخططوا لمراحل تنفيذ هذه المشاريع والأهداف المتفق عليها مبدئيًا بين الأفرقة والعرب.

كما أن إعلان التعاون الاقتصادي والمالي ركز بشكل محسوس على الجانب المالي، حيث تبقى الدول العربية تمنح الأموال للأفرقة ويبقى هؤلاء مستقبليًا له دون العكس، كما أنه جاء في وثيقة إعلان برنامج العمل للتعاون الإفريقي العربي أهداف كثيرة وتخص كل المجالات تقريبًا وبدون رسم أولويات لأهداف محددة.

ويمكن لنا أن نرجع سبب هذا الغموض إلى ما قاله الأستاذ يوسف الحسن في كتابه التعاون العربي الإفريقي، حيث يصف الموقف العربي على النحو التالي (واجه المؤتمر في بدأ اجتماعاته غيومًا كثيرة فلم يكن هناك تصور إفريقي مشترك للتعاون مع العرب وفي الوقت نفسه فإن أقطار عربية نفطية وجدت نفسها تتحمل العبء الأكبر حول مسؤولية الدعم المالي لأفريقيا رغم

¹ - د/ عبد القادر ياسين، التعاون العربي الإفريقي و أبعاد، صامد الاقتصادي، عدد 60، أبريل 1986، ص 11،

² - عيسى الشعبي، التحولات المالية العربية لإفريقيا 1973/1984. صامد الاقتصادي: مرجع سابق ص 18.

وجود دول إفريقية عربية وغير عربية نفطية وقادرة على التمويل... وقد كان الموقف قبل بدء المؤتمر يحمل معه بذور الأزمة والتشاؤم وظلت غيوم التشاؤم تخيم على اجتماعات الوزراء حتى لحظة المؤتمر القمة¹.

المطلب الثالث : أهداف التعاون الإفريقي العربي من خلال وثائق مؤتمرات القمة الإفريقية العربية الأخرى .

وستتطرق من خلال هذا المطلب إلى مؤتمرات القمة المشتركة الثلاث الأخرى ، إذ سنتعرض في الفرع الأول إلى مؤتمر سيرت بليبيا 2010 ، ثم في الفرع الثاني نتعرف على قرارات مؤتمر الكويت (19 - 20 نوفمبر 2013) ، وفي فرع ثالث نتطرق إلى قرارات مؤتمر مالابو بغينيا الإستوائية (20 - 23 نوفمبر 2016) الذي انعقد تحت شعار " معا من أجل التنمية المستدامة و التعاون الاقتصادي "

الفرع الأول : مؤتمر القمة الثاني المشترك (سيرت أكتوبر 2010)

وهو المؤتمر الذي انعقد في مدينة سيرت بالجمهورية الليبية في بداية شهر أكتوبر 2010 (أي بعد ثلاثة و ثلاثين سنة من إنعقاد مؤتمر القمة الأول في مارس 1977). مباشرة بعد عقد مؤتمر القمة العربية الإستثنائي في نفس المدينة وفي نفس الدولة وماشبهه من مشاكل و إختلافات في المواقف العربية إزاء النزاعات العربية العربية آنذاك . وبعد أن وافقت اللجنة الدائمة للتعاون العربي الإفريقي الثالثة عشر المنعقدة في ليبيا في أكتوبر 2009 على إستضافة ليبيا للقمة الإفريقية العربية المزمع عقدها بتاريخ 9- 11 أكتوبر 2010 و تشكيل لجنة تحضيرية لهذه القمة مكونة من الدول التالية تنزانيا، بوركينا فاسو ، غانا ، مصر ، الجزائر ، ليبيا ، الكويت ، المغرب ، مفوضية الإتحاد الإفريقي ، و الأمانة العامة لجامعة الدول العربية ، وعلى أن تعقد هذه اللجنة التحضيرية إجتماعات شهرية في مقر المفوضية أو الأمانة العامة للجامعة العربية أو أية دولة تطلب استضافة هذه الاجتماعات بما يساهم في الإعداد الجيد لهذه القمة .

هذا المؤتمر الثاني للقمة الإفريقية العربية ، و من خلال وثائقه و قراراته الحتمية ركز على البعد الإستراتيجي للتعاون الإفريقي العربي في هذه المرحلة خاصة المجال الاقتصادي والاجتماعي و الإعلامي إذ نشرت 63 نقطة بخصوص الشراكة الإستراتيجية الإفريقية العربية منها كيفية تمويل المشاريع المشتركة ووضع آليات لتنفيذ وتطبيق الشراكة الإستراتيجية كذلك تم التطرق إلى قضية تأمين الإستثمارات العربية في إفريقيا بسبب كثرة الاضطرابات و عدم الاستقرار فيها . كما أقر المؤتمر الثاني هذا خطة خماسية 2011 - 2016 ، كما تم الاتفاق على تشكيل صندوق إفريقي عربي لمواجهة الكوارث ، غير أنه من الناحية السياسية لم يتم التطرق بصفة واضحة للقضية الفلسطينية ، خاصة وأن هذه القضية كانت تمر آنذاك بمنعرج خطير جدا في ضوء الانقسامات الفلسطينية ، و ما أنجر عنها من آثار في المواقف العربية و المواقف الإفريقية ، و شكوى الأفارقة و انزعاجهم من طرح هذه القضية في هياكل التعاون الإفريقي العربي خاصة بعد التغلغل الإسرائيلي في إفريقيا مباشرة ، أو عن طريق الولايات المتحدة الأمريكية و إدعائها بأنها لم تبق بعد تحتل أراضي إفريقية بعد اتفاقية كامب ديفيد مع مصر و رد سيناء الى مصر .

غير أن العلاقات الإفريقية العربية ما زالت تركز على الجانب المالي لتمويل المشاريع في إفريقيا و التي تتحمل العبء الأكبر فيه الدول العربية التي إشتكت منه كثيرا .

¹ - د/ يوسف الحسن، التعاون العربي الإفريقي ، دار الوحدة ، بيروت ، 1982. ص 68

الفرع الثاني : أهداف التعاون العربي الإفريقي في قرارات مؤتمر القمة العربي الإفريقي الثالث المنعقد بالكويت بتاريخ 19-20 نوفمبر 2013.¹

- التأكيد على تعزيز التعاون بين افريقيا و الوطن العربي على أساس الشراكة الاستراتيجية التي تسعى إلى الحفاظ على العدل و السلم و الأمن الدوليين و تعزيز التعاون في المجالات السياسية و الاجتماعية و الثقافية و الاقتصادية و حرصت على انتظام آلية التعاون و إزالة العوائق التي تواجه تنشيط و تطوير التعاون الافريقي العربي وفقا للمصالح المشتركة من أجل تعزيز المرتكزات التي تعوق العلاقات بين بلدان المنطقتين و تعزيز دور و مشاركة القطاع الخاص و المجتمع المدني في منطقتنا في التنمية الاقتصادية و في تخطيط و تنفيذ البرامج و المشروعات المشتركة حيث اتفقت على عدة أهداف منها :

- النهوض بالتعاون بين البلدان العربية و الافريقية و توثيق العلاقات بين حكومات و شعوب المنطقة العربية و الافريقية من خلال تكتيف الزيارات و المشاورات على جميع المستويات .

- دعوة المؤسسات المالية الافريقية و العربية و كذلك أصحاب المصلحة والآخرين المعنيين إلى دعم التجارة بين دول المنطقتين الافريقية و العربية طبقا لخطة العمل المشتركة 2011 - 2016.²

الفرع الثالث : أهداف التعاون الإفريقي العربي من خلال مؤتمر مالابو بغينيا الإستوائية

يستخلص من قرارات قمة مالابو أنها جاءت لتقييم و لمراجعة التقدم الذي تم تحقيقه إرتباطا بما صدر عن قمة الكويت المنعقد في 19-20 نوفمبر 2013 في المجال الإقتصادي و الإجتماعي ، وفي مقدمتها مبادرة أمير الكويت لتمويل مشروعات تنمية و لتطوير البنية التحتية في إفريقيا جنوب الصحراء ، و إقرار عقد منتدى التعاون الإقتصادي على هامش قمم الشراكة بما يسمح بمشاركة القطاع

الخاص ، و تنظيم إجتماعات لوزراء الإقتصاد و المالية في إطار الإعداد للقمة العربية الإفريقية .، إضافة إلى متابعة الخطوات التي إتخذت لتنفيذ خطة عمل الشراكة 2011- 2016 ، ووضع خطة عمل جديدة تمتد من الفترة الممتدة من 2017 إلى 2021 ، كما بحثت القمة سبل تمويل هذه الخطة بما يضمن إستدامة إتاحة الموارد و تفعيل أكثر لمؤسسات التعاون العربي الإفريقي المنشأة إثر المؤتمر العربي الإفريقي المشترك الأول المنعقد في مارس 1977 والهيئات الأخرى العاملة في إطار التعاون الإفريقي العربي المشترك ، بعدما تعرضت لهزات خطيرة كادت أن تجرد نشاطاتها ، مما ينجر عنه إفشال للتعاون الإفريقي العربي المشترك و الجماعي .

¹ أنظر وثائق المؤتمر الثالث بالكويت المؤرخة في 21 نوفمبر 2013 .

² أنظر وثائق المؤتمر الثالث بالكويت 2013 . مرجع سابق .

المبحث الثاني : الهيكل التنظيمي للتعاون الإفريقي العربي المعاصر وتقييم دوره في تحقيق أهداف التعاون الإفريقي

العربي المشترك .¹

بعدما تعرفنا على أهداف التعاون الإفريقي العربي بصفة عامة ، سنتعرف في هذا المبحث على أهم الهياكل التنظيمية العامة والمالية المؤثرة فعليا في التعاون الإفريقي العربي المشترك والجماعي باعتبارها أهم القنوات السياسية و التقنية المدعمة لتجسيد هذا التعاون.

سنتطرق في هذا المبحث وفي مطلبه الأول إلى الهيكل التنظيمي العام للتعاون الإفريقي العربي المعاصر وفي المطلب الثاني إلى وسائل تحقيق هذا التعاون .

المطلب الأول: الهيكل التنظيمي العام للتعاون الإفريقي العربي:

والمقصود بالهيكل العامة في هذا المبحث ، الميكانزمات القانونية والسياسية التي أنشأتها ورائق مؤتمر القاهرة المنعقد ما بين 7 و9 مارس 1977 مع تقييمنا لها واقعبا.

بعدما شكلت جامعة الدول العربية في أبريل عام 1975 لجنة خاصة عرفت بلجنة الإثني عشر لتنظيم شؤون التعاون الإفريقي العربي، وأعيد تشكيل لجنة السبعة الإفريقية في فبراير 1975 واتسعت عضويتها لتصبح لجنة الإثني عشر الإفريقية (لجنة 24)² وبعد ندوة الخرطوم، وبعد الموافقة على مشروع إعلان برنامج عمل بشأن التعاون الإفريقي العربي. كما أقره المؤتمر الوزاري الإفريقي العربي في دكار المنعقد ما بين 19 و22 أبريل 1976 أرسى مؤتمر القمة المنعقد بالقاهرة ما بين 7 و9 مارس 1977 هياكل للتعاون الإفريقي العربي ، و التي يقصد بها مجموعة الآليات التي أنشأتها الدول العربية و الأفريقية تحت مظلة الجامعة العربية و منظمة الوحدة الأفريقية منذ انعقاد مؤتمر القمة العربي الإفريقي الأول في مارس 1977 بغية تعزيز العمل العربي الإفريقي الجماعي . و قد أنشأ المؤتمر العديد من الأطر التنظيمية لكي تنهض بمسؤولية العمل العربي الإفريقي و هي تلخص في مايلي :

الفرع الأول : الهياكل الأساسية السياسية للتعاون الإفريقي العربي .

أولا : مؤتمر القمة العربي الإفريقي .

و يضم قادة جميع الدول الأعضاء في جامعة الدول العربية و منظمة الوحدة الإفريقية (الإتحاد الإفريقي) ، و هو الجهاز الأعلى للتعاون العربي الإفريقي ، و هو الذي يرسم سياسته و يحدد توجهاته العامة ، وهو ينعقد أصلا كل ثلاث سنوات ، إلا أن هذه المواعيد لم تحترم إطلاقا ، و قد انعقد مؤتمر القمة الأول بالقاهرة في مارس 1977 ، و انعقد المؤتمر القمة العربي الإفريقي الثاني في سيرت الليبية في 9-11 أكتوبر 2010 و المؤتمر الثالث بالكويت في نوفمبر 2013 و المؤتمر الرابع بملابو بغينيا الإستوائية في 23 نوفمبر 2016 .

¹ إقتصرا على أهم الهياكل في التعاون الإفريقي العربي المشترك و هي كثيرة جدا .

² - د/ رجاء عبد الرسول ، رؤية مستقبلية التعاون العربي الإفريقي ، مجلة السياسة الدولية، عدد 80، أبريل 1985. مص ، ص 63 .

تعرض المؤتمر الأول للقمة الإفريقية العربية المنعقد في شهر مارس من عام 1977 إلى الإستراتيجية العامة للتعاون الإفريقي العربي ، ووضع الهيئات القانونية لتنظيمه و تحديد إستراتيجيته و أولوياته خاصة في الجانب السياسي و الإقتصادي (التنمية الإقتصادية و الإجتماعية) ثم الثقافي ، والإعلامي ، إذ صدر عن المؤتمر أربع وثائق أساسية تحدد مجالات التعاون وآلياته و مؤسساته المسؤولة عن تنمية هذه العلاقات ، وهذه الوثائق هي¹ :

أ- الإعلان السياسي :

وحدد الأساس القانوني و السياسي للتعاون الإفريقي العربي و المبادئ التي يستند إليها هذا التعاون إضافة إلى الأهداف التي يسعى إلى تحقيقها و هي : الدفاع عن قضايا التحرير الوطني العربي و الإفريقي ، و تدعيم التعاون الإقتصادي و تحقيق المزيد من التفاهم بين الشعوب العربية و الإفريقية .

ب- إعلان برنامج عمل التعاون العربي الإفريقي :

وتعهدت من خلاله المجموعة العربية و المجموعة الإفريقية بتنمية و تطوير علاقاتها على المستوى الثنائي و على المستوى الجماعي في الميادين المختلفة ، وإنشاء لجنة وزارية مشتركة دائمة لمتابعة التعاون بين الجانبين الإفريقي و العربي .

ج- إعلان التعاون الاقتصادي و المالي العربي الإفريقي :

أقر المؤتمر خطة للتعاون الإقتصادي و المالي المشترك تتضمن عدة نصوص أهمها : العمل على تشجيع التعاون الفني بين الدول العربية و الدول الإفريقية ، و زيادة المساعدات المالية الثنائية ، و تشجيع توظيف رؤوس الأموال العربية في البلدان الإفريقية و غيرها ، و تنظيم طريقة العمل لتحقيق التعاون الإفريقي العربي² .

كما تضمنت هذه الوثيقة الهيئات والهيكل المسؤولة عن وضع إعلان و برنامج العمل للتعاون العربي الإفريقي موضع التنفيذ وهي : مؤتمر القمة و مجلس الوزراء المشتركان ، و اللجنة الدائمة ، و مجموعات العمل و اللجان المتخصصة ، و لجنة التنسيق و المحكمة العربية الإفريقية أو لجنة التوثيق و التحكيم الذين سنتعرض لاحقا .

ثانيا : المجلس الوزاري العربي الإفريقي :

و يتكون من وزراء خارجية الدول العربية و الإفريقية ، و يشرف على عمل اللجنة الدائمة للتعاون العربي الإفريقي، ويرفع تقريره إلى مؤتمر القمة العربي الإفريقي ، و يجتمع كل 18 شهرا ، واجتمع هذا المجلس لأول مرة في مارس 1977 . كما يجوز له أن يعقد دورات استثنائية بطلب من اللجنة الدائمة ، ويتمثل دوره في التحضير للقمة الإفريقية العربية ، وتنفيذ القرارات التي تتخذها هذه الأخيرة ، وهو مكلف فضلا عن ذلك ، بترقية التعاون الإفريقي العربي في كافة المجالات التي ينبغي أن يغطيها ذلك التعاون .

¹ جريدة الأخبار البوابة نيوز السبت 19 نوفمبر 2016 .

² رواية توفيق ، الجذور التاريخية للعلاقات العربية الإفريقية ، مقال في جريدة المعرفة ليوم 03 أكتوبر 2009 . صفحة 5 .

ثالثا : اللجنة الدائمة للتعاون العربي الإفريقي .

تتكون اللجنة الدائمة من 24 وزيرا يتم اختيار 12 منهم بواسطة جامعة الدول العربية أو ممثليهم على أن يكونوا على مستوى السفراء على الأقل¹ ، (سوريا، الأردن ، الجزائر ، السعودية ، تونس، فلسطين ،مصر، العراق ، الكويت ، لبنان ، موريتانيا ، الإمارات العربية ، بالإضافة إلى ليبيا البلد المنظم للدورة الثالثة عشر.) و 12 منهم بواسطة الإتحاد الإفريقي (منظمة الوحدة الإفريقية سابقا) (أنجولا ، الكونغو، غانا ، غينيا ، موريشيوس موزمبيق ، سيراليون ، سوازيلاند ، تنزانيا ، بوركينا فاسو، المغرب . وفي بعض الأحيان تتغير هذه الدول لتحل محلها دول أخرى) (بعدما كانت تتكون كل لجنة من سبعة أعضاء) كما تضم اللجنة الأمينين العامين للمنظمتين ، و تعتبر اللجنة الدائمة القوة المحركة الرئيسية للتعاون الإفريقي العربي و الضامنة لتنفيذه و مراقبته و تطوره .

و تعقد اللجنة الدائمة إجتماعا عاديا مرتين في السنة في مقر المنظمتين بالتبادل ، إلا في حالة توجيه دعوة من إحدى الدول الأعضاء² ، و للجنة أن تعقد إجتماعات غير عادية عند الإقتضاء بناء على إتفاق الرئيسين ، وتحدد مواعيد و فترات تلك الإجتماعات بعد إجراء مشاورات بين الرئيسين و الأمينين العامين للمنظمتين . و قد عقدت اللجنة أكثر من ثلاثة عشر إجتماعا منذ ماي 1977 إلى نوفمبر 2016 .

وتختص اللجنة الدائمة بوضع التعاون الإفريقي العربي موضع التنفيذ وتسهر على تطويره في مختلف الميادين ، كما أنها تدرس وتوجه هذا التعاون نحو الأهداف السياسية والثقافية والاجتماعية والتقنية والاقتصادية التي تضمنها تصريح وبرنامج عمل التعاون الإفريقي العربي³ ، وهي من أجل ذلك تتخذ القرارات الضرورية ، كما يوكل لها القيام بالإسهامات التالية:

- وضع قرارات مؤتمر رؤساء الدول والحكومات ومجلس الوزراء، وضع التطبيق ومتابعة تنفيذها.
- دراسة المشاكل المقترحة من قبل الجانبين (الإفريقي والعربي) وتحضير الاقتراحات الضرورية لعرضها على مجلس الوزراء من أجل دراستها وتقوية التعاون الإفريقي العربي وتحديد صلاحياتها ونظامها الداخلي.
- إقرار المشاريع المقترحة من قبل لجان العمل ذات الاختصاص.
- ترتيب مسائل التنظيم والتنسيق العامة للتعاون العربي الإفريقي الموضوعة موضع التطبيق.
- تستطيع اللجنة الدائمة في حالة الضرورة اقتراح عقد اجتماع استثنائي لمجلس الوزراء.

¹ ، (سوريا، الأردن ، الجزائر ، السعودية ، تونس، فلسطين ،مصر، العراق ، الكويت ، لبنان ، موريتانيا ، الإمارات العربية ، بالإضافة إلى ليبيا البلد المنظم للدورة الثالثة عشر.) و 12 منهم بواسطة الإتحاد الإفريقي (منظمة الوحدة الإفريقية سابقا) (أنجولا ، الكونغو، غانا ، غينيا ، موريشيوس موزمبيق ، سيراليون ، سوازيلاند ، تنزانيا ، بوركينا فاسو، المغرب . وفي بعض الأحيان تتغير هذه الدول لتحل محلها دول أخرى) (بعدما كانت تتكون كل لجنة من سبعة أعضاء)

² د/ علي قضاي الدخر . ترجمة الدكتور . خالد مجد فرح. الأطر المؤسسية للتعاون العربي الإفريقي (مقارنة قانونية) طبعة أولى . مكتبة مدبولي القاهرة 2008 . ص 135-136.

³ - Déclaration programme organisation et méthode pour la coopération adaptes par la premier conférence afro- arabe ausommet du carie 7-9 mars 1977, ANNEXE N 1 (les relations Historiques et socioculturelles entre l'Afrique et le monde arabe de anos jours , p 169 -181 UNESCO.

وقامت اللجنة الدائمة للتعاون الإفريقي العربي بدور فعال لإعادة والنهوض من جديد بالتعاون الإفريقي العربي خاصة بعد تجميد هياكله لمدة ليست بالقصيرة لأسباب يعرفها الجميع ، فأخذت على نفسها مبادرة إعادة إحياء هذا التعاون خاصة في دورتها الثالثة عشر بسيرت الليبية في أكتوبر 2009 ، فبعدها وافقت على عقد مؤتمر القمة الثانية لرؤساء الدول الإفريقية والعربية في أكتوبر 2010 و ما يحتاجه من تحضيرات و تكوين لجان متخصصة في مختلف الميادين الاقتصادية والاجتماعية والثقافية و المالية والإعلامية و حماية البيئة و غيرها . قامت باستحداث آلية تنسيق جديدة لإحياء التعاون الإفريقي العربي ، و شجعت على إقامة تعاون وعلاقات عمل مباشرة بين المؤسسات الإفريقية و العربية المتماثلة ، بهدف ضمان التكاملية وتفادي ازدواجية الجهود ، كما طالبت كل من الصندوق العربي للمعونة الفنية للدول الإفريقية و المصرف العربي للتنمية الاقتصادية في إفريقيا بمواصلة دعم التعاون الإفريقي العربي في الجانب المالي وحثتهما على مواصلة دورهما وتقديم تقارير عن أنشطتهما في الاجتماع القادم للجنة .

وفي مجال التعاون التجاري والإقتصادي أكدت اللجنة الدائمة للتعاون الإفريقي العربي على إجراء دراسة تقييمية حول المعرض التجاري الإفريقي العربي الذي سبق تنظيمه و قبل تنظيم معرض تجاري جديد ، كما أكدت اللجنة على دعمها لإنشاء المنتدى الإنمائي الإفريقي العربي و دعت جميع الدول الأعضاء والقطاعات الإفريقية و العربية الخاصة و المجتمعات المدنية إلى المشاركة بصورة فعالة لتدعيمه . كما دعت المصرف الإفريقي للتنمية و المصرف العربي للتنمية الاقتصادية في إفريقيا و المؤسسات المالية الأخرى الإفريقية و العربية لرعاية عملية تنظيم هذا المنتدى و تنظيمه . كما حثت اللجنة كل من الأفرقة و العرب على المبادرة بالإجتماعات القطاعية الوزارية المختصة¹ ، و في هذا الإطار رحبت اللجنة ترحيبا بالغا بتنظيم الاجتماع المشترك لوزراء الزراعة الأفرقة و العرب لدراسة و اعتماد خطة عمل مشتركة حول التنمية الزراعية و الإكتفاء الذاتي و الأمن الغذائي في إفريقيا والعالم العربي و إستراتيجية تنفيذها و دعت اللجنة جميع البلدان و المنظمات المعنية الإفريقية العربية إلى المشاركة بفعالية في الاجتماعات المخصصة لإنجاح مثل هذه المبادرات . كما دعمت اللجنة في بيانها الختامي للدورة الثالثة عشر مقترح إنشاء غرفة إفريقية عربية مشتركة للتجارة و الزراعة والصناعة والمهن ، و حثت مفوضية الإتحاد الإفريقي و الأمانة العامة للجامعة العربية على إجراء الإتصالات مع المؤسسات ذات الصلة و تيسير إنشاء هذه الغرفة في وقت مبكر .

ومن بين أهم القرارات التي إتخذتها اللجنة الدائمة في هذه الدورة هو الفرار الخاص بإنشاء هياكل و آليات مؤسسية لدعم التجارة و الإستثمار... داعية إلى إتخاذ جميع التدابير و الإجراءات الضرورية و على وجه السرعة للتأسيس الفعال لمنطقة تجارية تفضيلية إفريقية عربية ولتعاون مالي إستثماري . كما أكدت على أهمية المبادرة الخاصة بتعزيز التعاون في مجال حقوق الملكية الفكرية . و التعاون في مجال البيئة و المناخ . كما رحبت اللجنة بتحويل المعهد الثقافي الإفريقي العربي إلى معهد إفريقي عربي للثقافة و الدراسات الإستراتيجية والذي ميزانيته المالية السنوية واحد مليون دولار تغطي مناصفة بين المنظمتين (الجامعة العربية و الإتحاد الإفريقي) .²

وكانت الدورات السابقة للجنة الدائمة للتعاون الإفريقي العربي قد ركزت تقريبا على نفس النقاط المحدولة في الدورة الثالثة عشر، محاولة إيجاد وسائل لتنفيذها ، ففي الدورة التاسعة للجنة الدائمة المنعقدة في واغادوغو عاصمة بوركينا فاسو خلال الفترة

¹ د/ علي قضاي الدخر . مرجع سابق ص 136 .

² Voix de la russie -02-11-2009-http. Ruvr/ ru/ main/php / . Ing /18/10/2009

cooperation afro- arabe :13session de la commission a tripoli . 11/10/2009 . 36215 :html :

المتنّدة من 6 إلى 11 ديسمبر 1988 دعت إلى تنشيط جميع الأجهزة في مجال التعاون الإفريقي العربي حيث تدارس الجانبان العربي و الإفريقي برامج تعزيز التضامن العربي الإفريقي في مجالات التعاون الإقتصادي والثقافي و الفني و الإعلامي ، و قد شملت البرامج و التوصيات الموضوعات التالية :

- مواصلة العمل السياسي المشترك في المحافل الدولية .

-تنسيق أعمال و جهود المنظمات العربية و الإفريقية في مجالات الثقافة و الإعلام لتنمة الجهود المشتركة في هذا الميدان .

- إستعراض أنشطة المؤسسات المتخصصة العربية الإفريقية كالمصرف العربي و بنك التنمية الإفريقي و اللجنة و اللجنة الإقتصادية لإفريقيا و المنظمات العربية و الإفريقية المتخصصة الأخرى في مختلف المجالات .

و تقوم الأمانتان العامتان للجامعة العربية و الإتحاد الإفريقي حاليا و منظمة الوحدة الإفريقية سابقا ببذل جهدهما لتنفيذ التوصيات الرئيسية الموكلين بتنفيذها و هي :

- إقامة معرض تجاري إفريقي عربي لرجال الأعمال الافارقة و العرب .

- إنشاء منطقة حرة للتجارة التفضيلية العربية الإفريقية بالتعاون مع الهيئات المتخصصة العربية و الإفريقية .

- العمل على تنظيم ندوة للأمن الغذائي العربي الإفريقي لتحديد سبل ووسائل تعزيز التعاون و مواجهة الاحتياجات الملحة في هذا المجال الحيوي .

- العمل و إتخاذ الخطوات الملائمة لإنشاء مؤسسة مالية إستثمارية عربية إفريقية .

كما أن الدورة الحادية عشر لإجتماعات اللجنة الدائمة لم تخرج من هذا الإطار (الإقتصادي و المالي أساسا) ، ففي إجتماعها بنيويورك من 3 إلى 6 أكتوبر 1989 و الذي أعتبر نقطة إنطلاق لتنفيذ التوصيات و البرامج التي أتمدت خلال عام 1989 حيث تقرر :

- قيام المعهد الثقافي العربي الإفريقي للدراسات خلال الفترة 1991/1990 و قد تم الإتفاق على تخصيص الميزانية اللازمة لبدأ أعماله .

- إقامة المعرض الإفريقي العربي الدولي الأول (1990) و قد أوكل إلى لجنة عربية إفريقية مشتركة للقيام بالإجراءات اللازمة لتسيير و تنظيم أعمال المعرض المذكور.

- إكمال إعداد الوثائق النهائية الخاصة بمشروع إتفاقية تشجيع و ضمان الإستثمار العربي الإفريقي بعد عرضها على إجتماع لمجموعة خبراء عرب و افارقة متخصصين في هذه المجالات .¹

¹ للتوضيح أكثر مصطفى العبد الله الكفري , الحوار المتمدن ، المحور الإدارة و الاقتصاد العدد 931 بتاريخ 2004/8/20. (مسيرة التعاون الإفريقي

العربي) ; [http //www.ahewar .org/debat/show.art.asp/aid22231.01/01/2001](http://www.ahewar.org/debat/show.art.asp/aid22231.01/01/2001)

المطلب الثاني : الهيئات المالية والهيئات المساعدة الأخرى العاملة في التعاون الإفريقي العربي .

سنتطرق في هذا المطلب إلى الهيئات المالية العامة في التعاون الإفريقي العربي في فرع أول ، وفي الفرع الثاني سنتطرق إلى الأجهزة الأخرى للتعاون الإفريقي العربي .¹

الفرع الأول : الهيئات المالية العاملة في التعاون الإفريقي العربي .

إضافة إلى الصناديق الوطنية العربية العاملة في مجال التعاون العربي الإفريقي مثل الصناديق الوطنية السعودية والكويتية والقطرية والإماراتية وغيرها ، وهي تنشط أساسا في إطار التعاون الثنائي بين الدول العربية والدول الإفريقية يخرج مجال هذا البحث ، لأن بحثنا يتعلق بالتعاون الجماعي العربي الإفريقي . هناك مؤسسات وبنوك مالية جماعية عديدة تعمل في ميدان التعاون الإفريقي العربي ، ولكن لضيق المجال نركز على أهمها و المتمثلة في :

أولا : المصرف العربي للتنمية الاقتصادية في إفريقيا .

تأسس المصرف العربي للتنمية الاقتصادية في إفريقيا بمقتضى قرار من مؤتمر القمة و اتخذ 1975 العربي السادس المنعقد بالجزائر في 28 نوفمبر 1973 و اتخذ من الخرطوم عاصمة جمهورية السودان مقرا له . المصرف العربي مؤسسة مالية دولية مستقلة تملكها ثماني عشرة دولة عربية عضو بجامعة الدول العربية موقعة على اتفاقية إنشائه في 18 فبراير 1974 . يهدف إنشاء المصرف إلى دعم التعاون الاقتصادي و المالي و الفني بين الدول الإفريقية و العربية و تجسيد تضامن عربي إفريقي قائم على أسس من المساواة و الصداقة و من أجل تحقيق هذه الأهداف ، عهد إلى المصرف² بالإسهام في تمويل التنمية الاقتصادية في الدول الإفريقية، و الإسهام في توفير المعونة الفنية اللازمة للتنمية في إفريقيا .

ثانيا : الصندوق العربي للمعونة الفنية للدول الإفريقية

تم إنشاء الصندوق العربي للمعونة الفنية للدول الإفريقية في عام 1974 بقرار من مؤتمر وزراء النفط العرب ، اعتمده مؤتمر القمة العربي السابع المنعقد بمدينة الرباط بالمغرب . يهدف الصندوق إلى تقديم المعونة الفنية للدول الإفريقية من خلال إيفاد الخبراء ، و تقديم المنح الدراسية و التدريبية في المجالات المختلفة . قام الصندوق منذ إنشائه بتقديم معونات فنية إلى 40 دول إفريقية و بلغ عدد الخبراء الذين أوفدهم 3814 خبير كما قدم 1270 منحة دراسية تدريبية .

ثالثا : الصندوق الخاص الإفريقي العربي .

يذكر أن هذا الصندوق مخصص لتأمين عمل الأجهزة المكلفة بتطبيق التعاون العربي الإفريقي وهو يغذى بنوعين من أنواع الدعم متكافئين في الحجم . أحدهما مستقطع من ميزانية منظمة الوحدة الإفريقية، و الآخر مستقطع من ميزانية جامعة الدول العربية .

1

<http://www.assecaa.org/images/WorkPapers/frenchworkpapers/morocco/workpaperFrenchmoroc1.pdf>
30 nov. 2012 ... Ière Partie: les défis liés à la coopération afro-arabe: « les contraintes ... d'institutions financières chargées de soutenir la coopération ...

Vu . le 29 decembre 2016 a 17h 15 mn .

² http://www.badea.org/Afro-Arab-Cooperation_fr.htm La coopération afro-arabe ,Vu le 29 decembre 2016 a 17h.

وهنالك مجال أيضا لورود بعض الإعانات الفردية من الدول الأعضاء بمهاتين المنظميتين . ويدار بصورة مشتركة بواسطة الأمين العام لجامعة الدول العربية ، و السكرتير العام لمنظمة الوحدة الإفريقية ، و تحت سلطة و مسؤولية لجنة التنسيق ، التي يتعين عليها تقديم تقرير حوله إلى اللجنة الدائمة .¹

كما يمكن تقديم المساهمات الطوعية والفردية لهذا الصندوق الخاص، وتصادق على الصندوق الخاص للجنة الدائمة ويسير من قبل السكرتير العام لمنظمة الوحدة الإفريقية وجامعة الدول العربية تحت إشراف ومسؤولية لجنة التنسيق التي تقدم تقارير دورية ومنتظمة حول العملية للجنة الدائمة.²

الفرع الثاني : الأجهزة الأخرى للتعاون الإفريقي العربي .

أولا : لجنة التنسيق للتعاون العربي الإفريقي .

تتألف من رئيسي الجانبين الإفريقي و العربي في اللجنة الدائمة ، و الأمينين العامين لجامعة الدول العربية والإتحاد الإفريقي ، و مقرري مجموعات العمل المختلفة ، و مهمة اللجنة تنفيذ القرارات الصادرة عن أجهزة التعاون العربي الإفريقي ، و التنسيق بين مجموعات العمل المختلفة ، أي تتولى لجنة التنسيق تحت سلطة اللجنة الدائمة مسؤولية تنسيق نشاطات مجموعات العمل المختلفة من ناحية ، وضمان تنفيذ القرارات الصادرة من ناحية أخرى ، و تقوم لجنة التنسيق ضمن حدود هذه الصلاحيات بمعالجة الأمور ذات الطابع العملي والإداري فحسب، والتي تتطلب قرارات عاجلة.

ثانيا : المحكمة العربية الإفريقية :

نص عليها البند رقم 05 من وثيقة التعاون العربي الإفريقي تحت إسم " اللجنة الخاصة العربية الإفريقية للصلح و التحكيم ،³ تتلخص مهمتها في تقديم التفسير القانوني وحل النزاعات التي تطرأ أثناء مسيرة التعاون الإفريقي العربي ، غير أنه من الناحية الواقعية لم يتم إنشاؤها أو تشكيلها لحد الساعة .

والتنظيم القانوني لهذه المحكمة، وما تكون ستخضع لتنظيم خاص يقوم به خبراء في الميدان تحت إشراف منظمة الوحدة الإفريقية (الإتحاد الإفريقي حاليا) وجامعة الدول العربية.

ثالثا : مجموعات العمل واللجان المتخصصة .

تتم مجموعات العمل واللجان المتخصصة بالميدان التالية : التجارة ، التعدين والصناعة الزراعية ، والغابات ، ومصائد الأسماك ، وتربية الحيوانات ، الطاقة ومصادر المياه ، النقل المواصلات السلوكية و اللاسلوكية ، التعاون المالي ، التعليم الاجتماعي ، الثقافي ، الإعلامي ، التعاون العلمي والتقني .

ويجوز للجنة الدائمة إنشاء مجموعات عمل أخرى تتكون كل لجنة ما أمكن من عدد متساو من الخبراء والأخصائيين من كلا الطرفين (الإفريقي العربي) ويسهر كل طرف ما أمكن على استمرار صلاحيات أعضائه فريقه ، ويسمى كل طرف رئيس

1 - د . علي قاضي الدخر ، ترجمة : د. خالد مجد فرح ، مرجع سابق .العربي ، ص 140

2 - للتوضيح أكثر أنظر، مجلة صامد الاقتصادي حول المراحل الهامة في مسيرة التعاون الإفريقي العربي، وما بعدها، مرجع السابق. ص 107

3 للشرح أكثر . راجع . د/ علي قاضي الدخر . مرجع سابق ، ص 139 .

مجموعته ويعلم الطرف الآخر، كما يعين كل طرف مقررا ، تستطيع لجنة العمل عند الاقتضاء أن تستشير أخصائيين ينتمون إلى قطاع عام أو قطاع خاص وفقا للحالة.

وتستطيع كل لجنة عمل أن تقدم اقتراحاتها الكاملة إلى الرئيسين خاصة فيما يتعلق باختيار طرق إنجاز المشاريع بناء على التعليمات التي تصدر إليها من قبل اللجنة الدائمة وتخضع اقتراحات لجنة العمل وتوصياتها لما تتخذه اللجنة الدائمة من قرارات بشأن الموضوع .

كما أن لكل لجنة عمل ، بعد استشارة الرئيسين ، أن تقرر تشكيل لجان متخصصة تهتم بعمل معين مما يدخل ضمن إطار صلاحياتها وتحدد لجان العمل هذه كل ضمن صلاحياتها مهمات اللجنة المتخصصة وإجراءات تنفيذ أعمال وقرارات هذه اللجان.

المطلب الثالث . تقييم دور هيئات التعاون الإفريقي العربي .

المستخلص من هذه الدراسة أن هناك أهداف نبيلة يسعى لها كل من الأفارقة و العرب لتحقيق التنمية المستدامة و الخروج من محالب التخلف ، ولتحقيق هذه الغاية يجب أن يتوصل الطرف الإفريقي والطرف العربي إلى الاتفاق على وسائل وميكانزمات هامة لتحقيق هذه الغاية ، إلا أنه من الناحية الواقعية توجد عدة عقبات عرقلت تحقيق هذه الأهداف، إذ أصبح للجنة الدائمة و لجنة التنسيق دور جزئي بسبب تشكيلهما المحدود (12) من كل جانب، ولجنة التنسيق من رئيس الجانبين والأمينين العامين ، حيث أصبح لزاما الرجوع إلى هيئة عليا أشمل لإصدار أي قرار ، وفي غياب الجهاز الأعلى المشترك أصبحت الهيئة العليا المعنية هي المجلس الوزاري الإفريقي من جهة ومجلس الجامعة العربية من ناحية أخرى ، خاصة بعد توقف اجتماعات المجالس والمؤتمرات المشتركة إضافة إلى عدم اجتماع المؤتمر المنصوص عليه إلا أربع مرات منذ 1977 إلى يومنا¹ ، أضف إلى ذلك أنه لم تقم لجنة التحكيم المنصوص عليها في وثائق القاهرة ، لتحسم كثيرا مما قام من مشاكل للوساطة الجماعية بين أعضاء المجموعتين².

أما في ما يخص لجان العمل فكان الاتفاق يدور حول إنشاء 12 لجنة متخصصة ولكن واقعا لم تظهر سوى 5 لجان لم تمض في عملها كثيرا حتى توقفت ، ثم استبدلت هذه اللجان بلجان عمل مؤقتة منتقاة من الخبراء الأكفاء تقوم بعمل معين تكلف به عند الضرورة على أن تقدم تقاريرها للأمانتين، وليس للمصرف العربي لتقدمها إلى اللجنة الدائمة³.

وتجدر الإشارة هنا كذلك إلى أن الأجهزة المنشأة في وثائق القاهرة اصطدمت واقعا بوجود أجهزة وهيئات مالية ثنائية وجماعية مقننة ومرسمة وفق قوانين داخلية محلية تعمل في إطار التعاون الإفريقي العربي ، مما أثار فيما بعد خلافات بين اللجنة الدائمة للتعاون العربي الإفريقي وهذه المؤسسات المالية العربية خاصة حول أساليب تطبيق التعاون الاقتصادي والمالي وتحديد الجهة صاحبة البت في تمويل مشاريع التنمية في أفريقيا⁴.

¹ نتيجة الصراعات العربية العربية ، خاصة مواقف الدول العربية من حرب الخليج الأولى و الثانية و تأثيرها على العلاقات العربية الإفريقية .

² - déclaration prog-organ et méthode pour la coopération adoptes par la 1 conf (af ara) .

- د/ حلمي الشعراوي، حول مسيرة التعاون الإفريقي العربي ودور مؤسساته الدائمة، المرجع السابق، ص 72.

³ - أنظر تقرير الدورة السابعة للجنة الدائمة للتعاون العربي الإفريقي، طرابلس 2، 4 أوت 1984.

⁴ - للتوضيح أكثر أنظر . د/ عبد المالك عودة: تقويم تجربة التعاون العربي الإفريقي . المستقبل العربي : ص 96-97

كذلك فإن الواقع الحالي للتعاون المشترك العربي الإفريقي و بسبب ظهور العديد من السلبيات في هذا التعاون ، خاصة في الثمانينيات و التسعينيات من القرن الماضي ، حيث شابت العلاقات في هذه الحقبة أزمات ثقة و شكوك متبادلة في نوايا كل طرف تجاه الآخر إبتداءً بآثار ونتائج إتفاقية السلام المصرية الإسرائيلية (إتفاقية كامب ديفيد و إنقسام العرب حولها ، لقضية تمويل هياكل التعاون العربي الإفريقي بين دول الخليج وبقية الدول العربية ، قضية دارفور ، ثم أخيرا قضية الجمهورية العربية الصحراوية في مؤتمر مالابو في غينيا الإستوائية نوفمبر 2016) ، وكان قد إنتشر الارتباك و التشتت في علاقات النظام العربي و أمتد ذلك إلى تفاعلات النظامين العربي و الإفريقي مما أدى إلى توقف اللجنة الدائمة للتعاون الإفريقي العربي ما بين عام 1978 وإلى عام 1982 .

ومع بداية التسعينيات وفي ظل النظام العالمي الجديد الأحادي القطبية و ما أرتبط به من أتساع دور الدول المانحة الأوروبية والأمريكية في ميدان القروض و المنح و المساعدات ، و دور البنك الدولي و صندوق النقد الدولي في دعم العديد من إقتصاديات الدول الإفريقية ، إنعكست تلك الظروف في مجملها سلبا على حجم المساعدات العربية المقدمة للدول الإفريقية ، مما دفع العديد من تلك الدول إلى التشكيك في أهداف التعاون و في مدى مصداقيته و مدى حماس الجانب العربي للتعاون مع الدول الإفريقية .

وقد أدت تلك الظروف إلى تعثر مسيرة التعاون العربي الإفريقي وانعكس ذلك بشكل سلبي على اجتماعات أجهزة التعاون و آلياته و على مدى انتظامها ، حيث اجتمعت اللجنة الدائمة في دورة عادية عام 1989 ولم تجتمع بعدها إلا في أبريل 2001 بالجزائر .

غير أن الأعوام الأولى من القرن الحادي والعشرين شهد تطورات إيجابية تبعث على الأمل في مستقبل التعاون العربي الإفريقي ، حيث طرحت القمة العربية بعمان في مارس 2001 فكرة إحياء التعاون الإفريقي العربي . كما عقدت اللجنة الدائمة للتعاون العربي الإفريقي دورتها الثانية عشر في الجزائر في أبريل 2001 بعد انقطاع استمر أكثر من عشر سنوات . و أصدرت اللجنة في ختام أعمالها بيانا يعكس مدى حرص الجانبين العربي و الإفريقي على تفعيل التعاون بينهما في مجالاته المختلفة ، والارتقاء بمستوى العمل العربي الإفريقي المشترك.

ولكن رغم هذه السلبيات و النقائص و التصادمات في بعض الأحيان بين الجانبين الإفريقي و العربي ، يجب الاعتراف بأن المؤتمر الإفريقي العربي المشترك أفرز قرارات هامة بإنشاء ميكانيزمات للتنسيق بين جهود الدول الإفريقية والعربية في مختلف الميادين الزراعية والصناعية لتقوية التعاون ، وبذلك وضع أساس تنظيم صرح شامل من أجل تنفيذ برنامج عمل طموح بين الدول العربية و الإفريقية ، خاصة إذا تداركنا حضور الستين ممثل للدول العربية والإفريقية في ذلك المؤتمر التاريخي الذي كان في واقع الأمر اتحاد كتلة من أعظم الكتل الدولية المصدرة للنفط والمواد الأولية الأخرى ، فقد كان من البديهي أن برنامج العمل الذي تبنته عندئذ - في صورة ما إذا نفذ - ستكون له آثار تاريخية خطيرة وكبيرة ليس فقط في حياة العرب والأفارقة بل في مسار العلاقات الدولية عامة ولاسيما تطور العلاقات بين الدول الفقيرة والدول الغنية في العالم¹.

¹ - مذكر الرحيم الطيب، د العرب والنظام الاقتصادي الدولي الجديد، (التعاون العربي الإفريقي جذوره، أبعاده- مشكلاته-، دار المشرق والمغرب، الطبعة الأولى، بيروت 1983 ، ص 118.

الخاتمة:

يستنتج مما سبق أن الدول العربية تدعم بقوة أطروحة التكامل مع الدول الإفريقية لأن مصالحها تفرض تنمية التعاون بينهما، كما تعمل الدول العربية على جعل الدول الإفريقية شركاء اقتصاديين حقيقيين لا مجرد مستقبلين لرؤوس الأموال .

لذلك فإن الدول الإفريقية والعربية تحاول مستقبلا، وانطلاقا من فكرة الاعتماد الجماعي على الذات ، أن تعمل على تنمية قدراتها في إطار التكامل الجهوي لتحقيق أهدافها¹ الاقتصادية والاجتماعية ، لأن ما تفتقر إليه أفريقيا اليوم ليس العون ، وإنما الاستثمارات والتجارة وهذا ما كان يريده العرب

مع التذكير أنه يمكن قيام تعاون ثلاثي بين دول الجنوب دون تدخل دول الشمال، وذلك عن طريق استبدال الدول الأوروبية بالاستفادة من الخبرة التكنولوجية المتوفرة لدى الدول الأكثر تقدما في العالم الثالث مثل الهند وكوريا الجنوبية ، والصين و البرازيل وغيرهم ، الذين حققوا تطورا تكنولوجيا رغم العراقيل التي تعرضت لها تجارتهم خاصة من قبل بريطانيا وفرنسا².

وحتى يتحقق التعاون الإفريقي العربي المعاصر ميدانيا ، يجب تحديد بادئ ذي بدء دور مؤسساته المالية والتقنية تحديدا دقيقا و فعالا ، عن طريق وضع مكانزمات وبرنامج عمل مشترك ، يأخذ بعين الاعتبار واقع أنظمة التجارة الخارجية للأقطار العربية والإفريقية بهدف وضع اتفاقات جماعية لإزالة الحواجز الحمائية ، وإرساء قواعد قانونية تجسد المعاملة التفضيلية في التجارة وفي حركة رؤوس الأموال والعمال بين الدول العربية والدول الإفريقية.

كما يجب العمل على خلق وإنشاء شركات عامة ومختلطة إفريقية عربية في ميادين القطاعات الإنتاجية الكبيرة التي تترك مفعولها في الأوساط الشعبية كالتعدين والتنقيب وبناء السدود الكبيرة، بالإضافة لإنشاء مكاتب دراسات إفريقية عربية تقوم بدراسة المشاريع المشتركة الإفريقية العربية وفقا لظروفها الخاصة ، كما يجب العمل على تسهيل عمليات التصدير والاستيراد بين الأقطار الإفريقية والعربية. إضافة إلى تدعيم العمل الميداني بين المجتمع المدني الإفريقي و نظيره العربي في مختلف الميادين مما له من آثار على التقارب الإفريقي العربي .

المراجع :

- د/ أمين أسير . أفريقيا والعرب ، طبعة أولى ، دار الحقائق . بيروت . 1980 .
- د/ بطرس بطرس غالي . العلاقات الدولية في إطار منظمة الوحدة الإفريقية ، الطبعة الأولى ، مكتبة الأنجلو المصرية، 1974 . القاهرة .
- د/ علي قضاي الدخر . ترجمة الدكتور . خالد مجد فرح. الأطر المؤسسية للتعاون العربي الإفريقي (مقارنة قانونية) طبعة أولى . مكتبة مدبولي القاهرة 2008 .
- د/ صالح أبوبكر علي أحمد . العلاقات العربية الإفريقية بين الماضي و الحاضر . دراسة متعددة الأبعاد . دار النهضة العربية . القاهرة . 2006 .
- د/ يحيى حلمي رجب . الرابطة بين جامعة الدول العربية ومنظمة الوحدة الإفريقية (دراسة قانونية سياسية) درا الفكر العربي، القاهرة 1976 .
- د/ يوسف الحسن، التعاون العربي الإفريقي ، دار الوحدة . بيروت . 1982 .
- د / رجاء عبد الرسول . رؤية مستقبلية للتعاون العربي الإفريقي ، مجلة السياسة الدولية ، عدد 80 ، أبريل 1985 .

¹ - أنظر قرارات الجمعية العام للأمم المتحدة، خاصة المتعلقة منها بالعشرية الثالثة للأمم المتحدة للتنمية، الفقرة 09 كمنها نص: "تقع الدول النامية مسؤولة تنمية ذاتها بنفسها".

² - W. Arthur Lewis l'ordre économique internationale (fondements et évolution) economica 1980, P 112/ 113.

- د/ حلمي الشعراوي . حول مسيرة التعاون العربي الإفريقي ودور مؤسساته الدائمة. المستقبل العربي العدد 53 جويلية 1983 . مركز دراسات الوحدة العربية . القاهرة .
- د / عبد المالك عودة، تقويم تجربة التعاون العربي الإفريقي ، المستقبل العربي، العدد 53، جويلية 1983، مركز دراسات الوحدة العربية. القاهرة .
- د / مدكر الرحيم الطيب . العرب والنظام الاقتصادي الدولي الجديد، (التعاون العربي الإفريقي جذوره، أبعاده- مشكلاته-) ، دار المشرق والمغرب ، الطبعة الأولى ، بيروت 1983،
- مصطفى العبد الله الكفري ، الحوار المتمدن ، المحور الإدارة و الإقتصاد العدد 931 بتاريخ 2004/8/20. (مسيرة التعاون الإفريقي العربي)
//www.ahewar .org/debat/show.art.asp/aid22231.01/01/2001 ; http;
- مجلة صامد الاقتصادي : (عدد 30 أبريل 1986) تقرير حول المراحل الهامة في مسيرة التعاون العربي الإفريقي، إعداد المصرف العربي الإفريقي للتنمية.
- د / راوية توفيق ، الجذور التاريخية للعلاقات العربية الإفريقية . جريدة المعرفة اليوم 03 أكتوبر 2009 ..
- جريدة الأخبار البوابة نيوز . السبت 19 نوفمبر 2016 . الساعة 13. 00 .
باللغة الفرنسية .

- D/ Azzouz Kerdoun: la coopération arabo africaine. dimension et perspectives. OPU Alger 1987.
- Déclaration programme organisation et méthode pour la coopération adoptes par premier conférence afro arabe (déclaration et programme d'action) le Caire Mars 1977.
- Déclaration programme organisation et méthode pour la coopération adaptes par la premier conférence afro- arabe ausommet du carie 7-9 mars 1977, ANNEXE N 1 (les relations Historiques et socioculturelles entre l'Afrique et le monde arabe de anos jours , p 169 -181 UNESCO. Voix de la russie -02-11-2009-http. Ruvr/ ru/ main/php / . Ing /18/10/2009 - cooperation afro-arabe :13session de la commission a tripoli . 11/10/2009 . 36215 :html
- W. Arthur Lewis l'ordre économique internationale (fondements et évolution) economica 1980,
<http://www.assecaa.org/images/WorkPapers/frenchworkpapers/morroco/workpaperFrenchmoroc1.pdf>
f 30 nov. 2012 ... Ière Partie: les défis liés à la **coopération afro-arabe**: « les contraintes ... d' **institutions** financières chargées de soutenir la **coopération**, Vu . le 29 decembre 2016 a 17h 15 mn .

¹ http://www.badea.org/Afro-Arab-Cooperation_fr.htm La **coopération afro-arabe** , Vu le 29 decembre 2016 a 17h.

المجلس الدستوري الجزائري

"على ضوء التعديل الدستوري 2016"

ياسمين مزاري

باحثة دكتوراه - تخصص قانون عام

كلية الحقوق و العلوم السياسية

جامعة البليدة 02- لونيبي علي

ملخص :

تتمحور هذه الدراسة حول المجلس الدستوري الجزائري ، الهيئة المكلفة بالرقابة على دستورية القوانين و ضمان احترام الدستور والتي كانت محلاً للتعديل الدستوري الأخير 2016 ، حيث سنسلط الضوء على أهم مواطن تبعية المجلس الدستوري للسلطة التنفيذية ، وأثر محدودية استقلاليته على المهام المنوطة به ومستوى أدائه الرقابي ، باعتباره مؤسسة دستورية تعكس بوادر دولة القانون و الديمقراطية .

الكلمات المفتاحية : المجلس الدستوري ، الاستقلالية ، السلطة التنفيذية ، التبعية ، الرقابة على دستورية القوانين .

Abstract :

This study focuses on the Algerian Constitutional Council, the body responsible for monitoring the constitutionality of laws and ensuring respect for the Constitution, which was the subject of the last constitutional amendment 2016. We will highlight the most important constitutional authority of the executive branch, and the impact of limited independence on the tasks entrusted to him and his level of performance As a constitutional institution that reflects the signs of the rule of law and democracy.

key words : Constitutional council, independence, Executive Authority, subordination, control of the constitutionality of laws.

مقدمة :

يعتبر مبدأ سمو الدستور من أهم بوادر الديمقراطية ، و مفاد هذا المبدأ هو عدم مخالفة القوانين لأحكام الدستور ، كونه يتضمن النص على السلطات الثلاث في الدولة و اختصاصاتها و كذا العلاقة بينها ، إضافة إلى أهم حقوق و حريات الأشخاص والضمانات الكفيلة بتكريسها و حمايتها و بهذا يكون الدستور أعلى وثيقة في الدولة ، يتعين احترام مضمونها و عدم مخالفته ، الأمر الذي لا يتأتى إلا من خلال الرقابة على دستورية القوانين و الحرص على مطابقتها لأحكام الدستور ، حيث أسندت هذه المهمة إلى هيئة تتمثل في المجلس الدستوري الذي استحدث بموجب المادة (153) من دستور 1989 نظرا لطبيعة النظام السياسي السائد آنذاك و القائم على مبادئ الديمقراطية و التعددية الحزبية ، و عليه تتمحور هذه الورقة البحثية حول المجلس الدستوري الجزائري الذي عُني بالتعديل الدستوري الأخير 2016 ، لاسيما من حيث تشكيلته و الجهات المخولة لإخطاره بعد الانتقادات الكثيرة التي وجهت إليه ، و منه ، لدراسة هذا الموضوع نطرح الإشكالية التالية :

ما مدى تمتع المجلس الدستوري الجزائري بالاستقلالية الفعلية ؟ و ما أثر ذلك على ممارسته للمهام الجوهرية

المنوطة به ؟

المبحث الأول : محدودية استقلالية المجلس الدستوري

يضطلع المجلس الدستوري بمهمة السهر على احترام الدستور و ضمان عدم مخالفة أحكامه ، و لما كان الدور المنوط به ذا حساسية و أهمية بالغتين تعين تمتع المجلس الدستوري باستقلالية عضوية و أخرى وظيفية تكفل أدائه بشكل فعال ، الأمر الذي سعى إليه المؤسس الدستوري الجزائري من خلال التعديل الأخير 2016¹ ، لا سيما من خلال تشكيلة المجلس الدستوري و الجهات المخول لها إخطاره ، كون التركيبة البشرية للمجلس و بيان الجهات التي يحق لها إخطاره تعدد من أهم المؤشرات التي تحدّد مدى استقلاليته و بالتالي إمكانية تقييم أدائه في ممارسة مهامه بالشكل المطلوب حيث عزز التعديل الأخير 2016 مظاهر استقلالية المجلس الدستوري ، إلا أنها تحمل في طياتها العديد مما يثبت عكس ذلك و يؤكد صورية استقلاليته .

المطلب الأول : تشكيلة المجلس الدستوري

لطالما كانت تشكيلة المجلس الدستوري مثار نقاش أفضى إلى اعتبارها تشكيلة غير موفقة كونها أغفلت مبدأ التوازن بين السلطات سواء من حيث طريقة اختيار أعضاء المجلس ، أو من حيث التمثيل العددي لكل سلطة ، ليستندرك المؤسس الدستوري الجزائري هذا الحكم على تشكيلة المجلس و يصحح الوضع بمحاولة نسبية لتكريس مبدأ التوازن بين السلطات و ذلك من خلال التعديل الدستوري الأخير 2016، و منه ، للوقوف على التشكيلة الجديدة للمجلس الدستوري و التماس مدى تعزيزها لاستقلالية هذا الأخير نتطرق في هذا المطلب إلى كفاءات اختيار أعضاء المجلس الدستوري (الفرع الأول)، ثم إلى شروط العضوية فيه (الفرع الثاني)، لتتناول مدة العضوية في نفس المجلس (الفرع الثالث).

الفرع الأول : كفاءات اختيار أعضاء المجلس الدستوري

يتم اختيار أعضاء المجلس الدستوري من خلال كفاءتين ، إما التعيين أو الانتخاب ، حيث يختص رئيس الجمهورية بتعيين أربعة (04) أعضاء من المجلس الدستوري بما فيهم رئيس المجلس و نائبه ، بينما يكون انتخاب باقي أعضاء المجلس للسلطتين التشريعية و القضائية² ، و في هذا الصدد يجب التنويه إلى أن المؤسس الدستوري الجزائري - و بعد انتقادات كثيرة طالت تشكيلة المجلس - قد ساوى ما بين السلطات الثلاث من حيث حصص التمثيل في المجلس الدستوري ، فوفقا للتعديل الدستوري الأخير 2016، أصبحت السلطة التنفيذية ممثلة من قبل أربعة (04) أعضاء يعينهم رئيس الجمهورية ، و أصبحت السلطة التشريعية هي الأخرى ممثلة من خلال أربعة (04) أعضاء ، اثنان (02) ينتخبهما المجلس الشعبي الوطني و اثنان (02) ينتخبهما مجلس الأمة ، حتى السلطة القضائية أصبحت ممثلة في المجلس الدستوري من خلال أربعة (04) أعضاء آخرين ، اثنان (02) تنتخبهما المحكمة العليا ، و اثنان (02) ينتخبهما مجلس الدولة³.

الأمر الذي يعزز تمثيل السلطة القضائية في تشكيلة المجلس -بعدها كانت أضعف السلطات تمثيلا من خلال عضوين فقط- وهو ما يوحي بتبني موقف وسط أو استثنائي إن صحّ التعبير بين الرقابتين السياسية و القضائية ، هذا الاتجاه الجديد الذي أصبح

¹ القانون رقم 16-01 ، المؤرخ في 06 مارس 2016، المتضمن التعديل الدستوري ، الجريدة الرسمية العدد 14 ، المؤرخة في 07 مارس 2016.

² -سليمة مسراتي ، نظام الرقابة على دستورية القوانين في الجزائر - على ضوء دستور 1996 و اجتهادات المجلس الدستوري (1989-2010)، دار هومه للطباعة و النشر و التوزيع ، الجزائر ، 2012، ص 21.

³ -المادة (182)، القانون رقم 16-01، المرجع السابق .

محبذا في الأنظمة المعاصرة¹ كونه يجمع بين مزايا الرقابة السياسية والاستعانة بدور وخبرة القضاء خاصة أن المهمة الرئيسية للمجلس الدستوري -الرقابة على دستورية القوانين- هي مهمة قانونية محضة ، وبذلك فهي تندرج ضمن صلب اختصاصات القضاء² .

إلا أن مجرد إشراك السلطات الثلاث بشكل متساو في تشكيلة المجلس لا يكفي وحده لإضفاء الاستقلالية اللازمة ، حيث يؤخذ على المؤسس الدستوري الجزائري أنه لم يغير في طريقة اختيار الأعضاء ، فيكون للسلطة التنفيذية ممثلة في رئيس الجمهورية سلطة التعيين بينما يكون للسلطتين التشريعية و القضائية طريقة الانتخاب ، الأمر الذي يعكس تفوق السلطة التنفيذية خاصة أن رئيس المجلس الدستوري و نائبه يتم اختيارهما من بين أربعة(04) أعضاء الذين يعينهم رئيس الجمهورية كما هو مذكور أعلاه، مما يعني تبعيتهما للسلطة التنفيذية بشكل أو بآخر .

ضف إلى ذلك أنه تمت دسترة ترجيح صوت رئيس المجلس الدستوري في حالة تعادل الأصوات بين

أعضائه في الفقرة الثانية(02) من المادة (183) من التعديل الأخير ، و هو نفس ما نصت عليه الفقرة الثالثة(03) من المادة (20) من النظام المحدد لقواعد عمل المجلس الدستوري³ ، مما يؤكد تفوق السلطة التنفيذية على السلطتين التشريعية و القضائية في تشكيلة المجلس الدستوري ، لذلك كان من الأجدر ترك انتخاب رئيس المجلس الدستوري و نائبه من طرف الأعضاء حتى تتوفر لهم الاستقلالية اللازمة لممارسة مهامهم⁴ .

الفرع الثاني : شروط العضوية في المجلس الدستوري

لم يضع المؤسس الدستوري سابقا أدنى عنصر قانوني يحدّد بعض الشروط التي يخضع لها اختيار أعضاء المجلس الدستوري سواء بالتعيين أو بالانتخاب لعضوية المجلس باعتباره أعلى المجالس السيادية في الدولة و لو بشرط الاختصاص أو السن ، مما يعني أن الباب كان مفتوحا على مصرعيه لهذه العضوية الحساسة التي تشكل ضمير الدولة و مؤسساتها⁵ ، إلا أن المؤسس الدستوري الجزائري قد تدارك هذا الوضع ، و انتقل من مجرد تمثيل السلطات الدستورية في المجلس إلى اختيار الكفاءات القانونية من هذه السلطات ، حيث يجب اختيار أعضاء المجلس الدستوري من بين المتمتعين بخبرة مهنية لا تقل عن خمسة عشر (15) سنة في التعليم العالي في العلوم القانونية ، في القضاء أو في مهنة محام لدى المحكمة العليا أو لدى مجلس الدولة أو في وظيفة عليا في الدولة ، علاوة على بلوغ سن أربعين(40) سنة يوم تعيينهم أو انتخابهم⁶ .

¹ - احسن راجحي ، الوسيط في القانون الدستوري ، دار هومو للطباعة و النشر و التوزيع ، الطبعة الثانية ، الجزائر ، 2014 ، ص 529.

² - المرجع نفسه ، الصفحة نفسها .

³ - النظام الداخلي المحدد لقواعد عمل المجلس الدستوري ، الجريدة الرسمية العدد 29 ، المؤرخة في 11 ماي 2016.

⁴ - سليمة مسراتي ، المرجع السابق ، ص 23-24.

⁵ - فاطمة الزهراء غربي ، أصول القانون الدستوري و النظم السياسية، دار الخلدونية للنشر و التوزيع ، الأغواط ، الجزائر ، 2016 ، ص 275.

⁶ - ادريس بوكرا ، المبادئ العامة للقانون الدستوري و النظم السياسية ، ديوان المطبوعات الجامعية ، بن عكنون ، الجزائر ، 2016 ، ص 231.

و عليه ، فإن ضبط تشكيلة المجلس الدستوري بشروط منطقية و معقولة تركز خاصة على الكفاءة القانونية و السن المتوسط ، يضمن توازن الأفكار و تناسقها داخل الجهاز ليحكم على مدى دستورية القوانين بكل مرجعية دستورية و قانونية متزنة بعيدة عن التأثير بالضغوط السياسية¹.

الفرع الثالث : مدة العضوية في المجلس الدستوري

من خلال التعديل الدستوري الأخير 2016 نجد أن المؤسس الدستوري الجزائري قد مّدّد في عهدة المجلس الدستوري إلى ثماني (08) سنوات ، حيث نصت المادة (183) في فقرتها الرابعة(04) و الخامسة(05) على أنه " يعين رئيس الجمهورية رئيس و نائب رئيس المجلس الدستوري لفترة واحدة مدتها ثماني (08)سنوات ، يظطلع أعضاء المجلس الدستوري بمهامهم مرة واحدة مدتها ثماني(08)سنوات، و يجدد نصف عدد أعضاء المجلس الدستوري كل أربعة(04)سنوات " .

وعليه ، فقد حددت مدة عضوية أعضاء المجلس الدستوري بـ ثماني (08)سنوات مرة واحدة فقط لا يمكن تجديدها ، إلا أنه وفي نفس الوقت تم الإبقاء على آلية التجديد الجزئي للأعضاء ، الأمر الذي يبرز من خلاله تناقض كبير بين فقرتي المادة ، فمن جهة تكون مدة العضوية في المجلس ثماني(08)سنوات ، و من جهة أخرى يجدد نصف الأعضاء كل أربع (04) سنوات ، مما يعني أن الأعضاء الذين يشملهم التجديد الجزئي لن يستنفذوا مدة العضوية كاملة ، أما بالنسبة لرئيس المجلس الدستوري و نائبه فيعيان لفترة واحدة لمدة ثماني (08) سنوات كاملة دون انقطاع أي دون أن يشملهما التجديد الجزئي ، و هو ما يعني منحهما امتيازاً دستورياً في عضوية المجلس بمنحهما بدوره استقلالية أكبر ، فحبذا لو ألغى التجديد الجزئي بالنسبة لكل الأعضاء ، وبهذا تمكنهم من استنفاد مدة العضوية كاملة دون انقطاع ، الأمر الذي سينعكس حتما بالإيجاب من حيث الاستفادة من خبرة كل الأعضاء طوال هذه المدة ، لا سيما بالنظر إلى المهمة الدقيقة المنوطة بهم .

المطلب الثاني : إخطار المجلس الدستوري

باستقراءنا لنص المادة (166) من دستور 1996- قبل تعديل 2016- يتضح لنا جليا أن المؤسس الدستوري كان عاجزا عن تحقيق التوازن ما بين السلطات الثلاث فيما يتعلق بمسألة إخطار المجلس الدستوري ، حيث اقتصر حق الإخطار على رئيس الجمهورية ممثلاً للسلطة التنفيذية ، و رئيسي غرفتي البرلمان ممثلين للسلطة التشريعية ، دون وجود أي تمثيل للسلطة القضائية -بالنسبة لعملية الإخطار- رغم اعتبار هذه الأخيرة جزء لا يتجزأ من تشكيلة المجلس الدستوري إلا أنها لا تمتلك حق إخطاره ، الأمر الذي له بالغ الأثر على مسألة التوازن بين المؤسسات الدستورية من جهة و كذا مسألة الحقوق والحريات من جهة أخرى ، إلا أن المؤسس الدستوري قد استدرك هذا الأمر من خلال تعديل 2016، أين وسّع حق إخطار المجلس الدستوري إلى الوزير الأول و خمسين(50)نائبا أو ثلاثين(30)عضوا من البرلمان ، كما امتد حق الإخطار إلى الأشخاص عن طريق الدفع بعدم الدستورية بناءً على إحالة من المحكمة العليا أو مجلس الدولة .

و منه ، نتطرق في هذا المطلب إلى حق رئيس الجمهورية و الوزير الأول في الإخطار (الفرع الأول) ثم إلى حق رئيسي غرفتي البرلمان و أعضائه (الفرع الثاني)، و كذا حق الأشخاص في الإخطار (الفرع الثالث) .

¹ - سليمة مسراتي ، المرجع السابق ، ص 25.

الفرع الأول : حق رئيس الجمهورية و الوزير الأول في الإخطار

نصت المادة (187) من الدستور وفقا لآخر تعديل على حق رئيس الجمهورية و الوزير الأول في إخطار المجلس الدستوري

أولا : حق رئيس الجمهورية في الإخطار

قد يمارس رئيس الجمهورية حقه هذا بصفة انفرادية ، و قد يمارسه بالاشتراك مع رئيسي غرفتي البرلمان.

أ- حق رئيس الجمهورية في إخطار المجلس الدستوري بصفة انفرادية : يبدي المجلس الدستوري بعد أن يخطره رئيس الجمهورية ، رأيه وجوبا في دستورية القوانين العضوية بعد أن يصادق عليها البرلمان، كما يفصل المجلس الدستوري في مطابقة النظام الداخلي لكل من غرفتي البرلمان للدستور¹ ، و هي رقابة سابقة أي قبل دخول هذه القوانين و الأنظمة الداخلية حيز النفاذ ، و كذلك الأمر بالنسبة لاتفاقيات الهدنة و معاهدات السلم² ، و عليه يتمتع رئيس الجمهورية بهذا الحق بصفة انفرادية ، بحيث لا يحق لرئيسي غرفتي البرلمان الإخطار في هذا المجال ، و لعلّ مرد ذلك يكمن في خصوصية كل مجال من مجالات الإخطار هذه و المتعلقة بالرقابة الوجودية و السابقة عن دخول القوانين حيز النفاذ³.

ب- حق رئيس الجمهورية في إخطار المجلس الدستوري بصفة مشتركة مع رئيسي غرفتي البرلمان : إذا تعلّق الأمر بمراقبة دستورية المعاهدات و القوانين و التنظيمات قبل دخولها حيز التنفيذ يكون حق الإخطار مشتركا بين رئيس الجمهورية و رئيسي غرفتي البرلمان ، مما يعني أن عملية الإخطار قد لا تكون إلا في حالة وجود خلاف بين رئيس الجمهورية و أحد رئيسي غرفتي البرلمان حول نص تشريعي أو تنظيمي ، ما عدا ذلك تكون احتمالات إخطار المجلس الدستوري ضعيفة نظرا للوضع السائد في النظام الجزائري حاليا أين الأغلبية البرلمانية توافق الأغلبية الرئاسية ، فمن الاحتمال الضئيل أن يخطروا المجلس الدستوري ضد نصوصهم القانونية⁴.

ثانيا : حق الوزير الأول في الإخطار

تناسبا مع مركز الوزير الأول بموجب التعديل الدستوري 2008، تضمن التعديل الدستوري الأخير 2016 حقه في إخطار المجلس الدستوري⁵ ، و ذلك كنتيجة حتمية لحق الحكومة في المبادرة بالقوانين ، كونه لا يعقل أن تقوم الحكومة بالمبادرة بالقوانين التي تناقش على مستوى مجلس الوزراء و أثناء سنّها و بعد إصدارها يُجرم الوزير الأول من الطعن في دستورتها ، خاصة إذا كانت محل تعديلات جوهرية أثناء المناقشات البرلمانية و تمت المصادقة عليها من طرف غرفتي البرلمان بتلك التعديلات ، لذلك

¹ - المادة (186) فقرة (02) و (03) ، القانون رقم 16-01 ، المرجع السابق .

² - سليمة مسراتي ، المرجع السابق ، ص 65.

³ - المرجع نفسه ، الصفحة نفسها .

⁴ - المرجع نفسه ، ص 67-69.

⁵ - المادة (187) ، القانون رقم 16-01 ، المرجع السابق .

فإن منح الوزير الأول صلاحية إخطار المجلس الدستوري ، يعتبر بمثابة الآلية و السلاح الذي يدافع به عن مشاريع قوانين اقترحتها الحكومة في مواجهة البرلمان ، و الطريقة التي يدافع بها عن مجاله التنظيمي أمام رئيس الجمهورية¹.

الفرع الثاني : حق رئيسي غرفتي البرلمان و أعضاؤه في الإخطار

لم يعد حق إخطار المجلس الدستوري مقتصرًا على رئيس مجلس الأمة و رئيس المجلس الشعبي الوطني فقط- إلى جانب رئيس الجمهورية- حيث أصبح خمسين نائبا (50) أو ثلاثين (30) عضوا من البرلمان الحق في إخطار المجلس الدستوري².

أولا : حق رئيسي غرفتي البرلمان في الإخطار

بموجب دستور 1996 تم تكريس ثنائية المؤسسة التشريعية باستحداث غرفة ثانية في البرلمان سُميت في متن النص الدستوري " مجلس الأمة" إلى جانب المجلس الشعبي الوطني³ ، و عليه فإن منح رئيس الغرفة الثانية -مجلس الأمة- حق الإخطار هو أمر منطقي لخلق توازن بين مؤسسات الدولة و توازن بين رئيسي غرفتي البرلمان⁴ ، لاسيما أن رئيس مجلس الأمة يعتبر الشخص الثاني في هرم الدولة الذي يتولى رئاستها في حالة شغور منصب رئيس الجمهورية ، علماً أن الإخطار الممنوح لرئيسي غرفتي البرلمان هو إخطار اختياري فيما يخص المعاهدات و القوانين و التنظيمات قبل دخولها حيز النفاذ ، كما أن منح حق الإخطار لرئيسي غرفتي البرلمان حتماً سيمكّنهما من الطعن في المجال التنظيمي للسلطة التنفيذية و التي قد تعتدي على صلاحيات و اختصاصات مجالات تشريع البرلمان⁵.

ثانيا : حق أعضاء البرلمان في الإخطار

من أهم ما تضمنه التعديل الدستوري الأخير 2016- فيما يتعلق بعملية إخطار المجلس الدستوري- منح حق الإخطار خمسين (50) نائبا أو ثلاثين (30) عضوا من البرلمان⁶ ، الأمر الذي فيه ضمان لحق الأقلية اللازم لكل نظام ديمقراطي⁷ و في نفس الوقت تحقيق للتوازن بين الأغلبية و الأقلية داخل البرلمان ، و في هذا السياق نشير إلى الإصلاح الهام الذي حصل في فرنسا بموجب التعديل الدستوري المؤرخ في 29 أكتوبر 1974، أين تم بموجبه توسيع حق الإخطار إلى ستين (60) نائبا في الجمعية الوطنية أو ستين (60) عضوا في مجلس الشيوخ ، و بمقتضى هذا الإصلاح أصبحت المعارضة على قدم المساواة مع الأغلبية ، فهذه الأخيرة في فرنسا تستطيع إخطار المجلس الدستوري بواسطة الحكومة أو رئيس المجلس ، أما المعارضة فيكون لها هذا الحق بواسطة

¹ - سليمة مسراتي ، المرجع السابق ، ص 80.

² - المادة (187) فقرة (02) ، القانون رقم 16-01 ، المرجع السابق.

³ - عقيلة خرباشي ، مركز مجلس الأمة في النظام الدستوري الجزائري ، أطروحة لنيل دكتوراه العلوم في العلوم القانونية ، قسم العلوم القانونية ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة الحاج لخضر ، باتنة ، الجزائر ، 2009-2010 ، ص 06.

⁴ - ادريس بوكرا ، مركز مجلس الأمة في النظام الدستوري الجزائري ، مجلة إدارة ، العدد 01 ، 2000 ، ص 74 ، نقلا عن سليمة مسراتي ، المرجع السابق ، ص 73.

⁵ - سليمة مسراتي ، المرجع السابق ، ص 73-74.

⁶ - ادريس بوكرا ، المبادئ العامة للقانون الدستوري و النظم السياسية ، المرجع السابق ، ص 232.

⁷ - ادريس بوكرا، المراجعة الدستورية في الجزائر بين الثبات و التغيير، مجلة إدارة، المجلد 08، العدد 01، 1998، ص 49، نقلا عن سليمة مسراتي، المرجع السابق، ص 83.

ستين(60)عضوا في إحدى الغرفتين¹، و على نصح ذلك قام المؤسس الدستوري الجزائري بمنح المعارضة البرلمانية جملة من الحقوق " تمكّنها من المشاركة الفعلية في الأشغال البرلمانية و في الحياة السياسية ، لاسيما منها إخطار المجلس الدستوري بخصوص القوانين التي صوّت عليها البرلمان"²، و بالتالي فتح المجال للديمقراطية الحقيقية .

الفرع الثالث : حق الأشخاص في الإخطار

بعد الانتقادات الفقهية الكثيرة التي تعلّقت بحرمان الأشخاص من حق إخطار المجلس الدستوري و اعتبار أن هذه الرقابة الدستورية مقرّرة لصالح السلطات العامة فقط³ رغم أن الهدف الرئيسي منها هو حماية الحقوق و الحريات ، قام المؤسس الدستوري الجزائري بفتح المجال للأشخاص للطعن في دستورية القوانين عن طريق الدفع بعدم الدستورية ، و ذلك من خلال السلطة القضائية بناءً على إحالة من المحكمة العليا أو مجلس الدولة⁴، و هي رقابة لاحقة بعد صدور القانون و نفاذه ، كما تعتبر ضمانات دستورية تكفل للأشخاص حماية حقوقهم و حرياتهم متى ارتأوا تهديدا لمصالحهم ، كما تعتبر كذلك فقرة نوعية في إطار إضفاء الشفافية و الفعالية على عمل المجلس الدستوري .

بناءً على ما سبق ، تجب الإشادة و تثنين ما تضمنه التعديل الدستوري الأخير 2016 فيما يتعلق بتوسيع الهيئات المكلفة بإخطار المجلس الدستوري ، و تدارك العديد من النقائص التي كانت موجودة في هذا الصدد ، إلا أن مجرد منح حق الإخطار لهيئات أخرى لا يكفي لإضفاء الاستقلالية الفعلية على المجلس الدستوري ، ذلك أن تحريك الرقابة الدستورية على القوانين يبقى رهن الإخطار من طرف هذه الهيئات مهما توسعت و تعددت ، ممّا يخلق نوعا من التبعية الوظيفية بين نشاط المجلس و السلطات التي لها حق الإخطار ، و هو ما يؤدي إلى ضعف الأداء الرقابي للمجلس الدستوري ، و عليه ، لوجود مجلس دستوري مستقل و فعال حقيقة لا بد من تكريس آلية الإخطار الذاتي و التلقائي فلا يمكننا الحديث عن استقلالية المجلس الدستوري في حين أن دوره الرئيسي يكون رهنا بالهيئات التي لها حق الإخطار .

المبحث الثاني : اختصاصات المجلس الدستوري و تأثيرها بمحدودية استقلاليته

كما سبق بيانه يضطلع المجلس الدستوري بمهمة رئيسية و أساسية و هي الرقابة على دستورية القوانين و الحرص على مطابقتها لأحكام الدستور ، حيث تنقسم هذه الرقابة إلى نوعين رقابة المطابقة و رقابة الدستورية ، و لكل منهما مجال معين ، كما يختص المجلس الدستوري بمهمة ثانوية أخرى و هي مهمة التشريع ، أين يعتبر المجلس مشرعاً مساهماً في العملية التشريعية لكن بطريقة غير مباشرة ، و من خلال هذه الوظيفة الثانوية للمجلس الدستوري سنقف على حقيقة تفوق السلطة التنفيذية على باقي السلطتين الآخرين و ليس هذا فحسب ، بل سنقف على تدخل السلطة التنفيذية في مجال اختصاص السلطة التشريعية من خلال

¹ - احسن راجحي ، المرجع السابق ، ص 534.

² - المادة(114) ، القانون رقم 16-01 ، المرجع السابق .

³ - احسن راجحي ، المرجع السابق ، ص 535.

⁴ - المادة (188) ، القانون رقم 16-01 ، المرجع السابق .

الاختصاص التشريعي للمجلس الدستوري ، ليتضح لنا تأثير محدودة استقلالية المجلس -التي ظهرت بشكل بارز من خلال المبحث الأول-على اختصاصاته المخولة له و منه على مبدأ الفصل بين السلطات .

المطلب الأول : الرقابة على دستورية القوانين اختصاص أصيل للمجلس الدستوري

تعتبر الرقابة على دستورية القوانين اختصاصا أصيلا للمجلس ، لذلك سمي بالمجلس الدستوري ، و حسب مصطلحات النص الدستوري في الطرح يمكن تصنيف هذه الرقابة إلى صنفين ، رقابة وجوبية تتمثل في رقابة المطابقة ، و رقابة جوازية تتمثل في رقابة الدستورية¹ ، و منه نتطرق في هذا المطلب إلى رقابة المطابقة (الفرع الأول) ، ثم إلى رقابة الدستورية (الفرع الثاني) .

الفرع الأول : رقابة المطابقة

يقصد برقابة المطابقة وجوب التقيد الصارم شكلاً و موضوعاً بأحكام النصوص الدستورية ، حيث يمارس المجلس الدستوري رقابة المطابقة الوجوبية على القوانين العضوية و النظامين الداخليين لعرفتي البرلمان قبل الإصدار و النشر -بالنسبة للقوانين العضوية-أو النشر -بالنسبة للأنظمة الداخلية- كونها لا تخضع لإجراء الإصدار المسند دستوريا لرئيس الجمهورية تطبيقاً لمبدأ استقلالية البرلمان و الفصل بين السلطات² .

أولاً : رقابة مطابقة القوانين العضوية

تكون رقابة المطابقة على القوانين العضوية وجوبية وقلبية لجملة من المبررات ، كون هذه القوانين :

أ-محددة الموضوع ، محصور مجالها بنص الدستور على سبيل الحصر .

ب-تعدّ نصوصاً تكميلية للدستور شارحة له ، خاصة أن موضوعاتها تخص مؤسسات الدولة أو تنظيم كيفية إنشائها و عملها أو تنظيم الحياة السياسية و النظام المالي و الأمن الوطني .

ج-تتناول بالتفصيل ما يتناوله الدستور بصفة عامة ، و بالتالي اقتصر الدستور على القواعد و المبادئ العامة دون التطرق إلى التفاصيل التي ليست من سمات الدساتير .

فمبدأ المطابقة يفيد الماثلة بين النص الأساسي (الدستور) و القانون العضوي بما يجعل هذا الأخير مكملاً أو شارحاً أو معاً دون أن يتخطى ذلك ، فموضوعات رقابة المطابقة محدّدة على سبيل الحصر و كل خروج عن مجالها يعد خرقاً لأحكام الدستور³ .

¹ - فاطمة الزهراء غربي ، المرجع السابق ، ص 277.

² - سعيد بو الشعير ، النظام السياسي الجزائري ، دراسة تحليلية لطبيعة نظام الحكم في ضوء دستور 1996 - السلطة التشريعية و المراقبة ، الجزء الرابع ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الطبعة الثانية ، الجزائر ، 2013 ، ص 253.

³ - سعيد بو الشعير ، المرجع السابق ، ص 253-254 .

ثانيا : رقابة مطابقة النظامين الداخليين لغرفتي البرلمان

تهدف رقابة المطابقة المتعلقة بالنظامين الداخليين لغرفتي البرلمان إلى تقييد المجلس المعني من تحطبي مجال إجراءات و كفاءات تنظيم المجلس داخليا بما يتطابق مع الدستور و القانون العضوي الذي يحدّد تنظيم المجلسين و عملهما و كذا العلاقات الوظيفية بينهما و بين الحكومة¹ ، و نظراً للاستقلالية التي يتمتع بها المجلسين ، فإن احتمال تضمين النص (نص النظام الداخلي) أحكاما مخالفة للدستور تمس باختصاصات السلطات الأخرى أو مشتركة كالتشريع هو أمر وارد ، لا سيما أن الأنظمة الداخلية لا تخضع -خلافاً للقوانين- لإجراء الإصدار الذي يختص به رئيس الجمهورية ، لذلك و حفاظاً على تلك الاستقلالية من جهة واحتمال التجاوز من جهة أخرى ، أقرّ الدستور إخضاع النظامين الداخليين لغرفتي البرلمان لرقابة المطابقة قبل الشروع في العمل بهما².

هذا و تجدر الإشارة إلى نص المادة (111) من الدستور التي وردت بصياغة أمره لا تدع مجالاً للشك في كونها من النظام العام و لا يجوز الاتفاق على مخالفتها ، حيث يعرض رئيس الجمهورية الاتفاقيات و المعاهدات المتعلقة بالهدنة و السلم على الرقابة الدستورية الوجوبية قبل عرضها على البرلمان للمصادقة عليها ، فإذا صدر عن المجلس الدستوري رأي يقضي بدستورية تلك الاتفاقيات أو المعاهدات يتم عرضها فوراً على مصادقة غرفتي البرلمان ، مما يعني أن هذه الرقابة إجبارية لا تصحّ مصادقة البرلمان إلا بعدها³.

الفرع الثاني : رقابة الدستورية

تتعلق رقابة الدستورية بالمعاهدات و القوانين العادية و الأوامر التشريعية و التنظيمات ، و تكون اختيارية بناءً على إخطار من إحدى الهيئات التي منحها الدستور الحق في ذلك ، و بمفهوم المخالفة إذا لم يكن هناك إخطار لا تكون هناك رقابة الدستورية حتى إذا تضمن النص أحكاماً مخالفة للدستور⁴.

هذه الرقابة الدستورية الاختيارية قد تكون رقابة سابقة أي قبل أن تصبح هذه القوانين نافذة و هنا يفصل المجلس الدستوري برأي ، وقد تكون لاحقة أي بعد دخول القوانين حيز النفاذ بإعمال آلية الدفع بعدم الدستورية و هنا يفصل المجلس الدستوري بقرار .

¹ القانون العضوي رقم 16-12، المؤرخ في 25 أوت 2016 ، يحدّد تنظيم المجلس الشعبي الوطني و مجلس الأمة و عملهما و كذا العلاقات الوظيفية بينهما و بين الحكومة ، الجريدة الرسمية العدد 50، المؤرخة في 28 أوت 2016.

² سعيد بو الشعير ، المرجع السابق ، ص 258.

³ فاطمة الزهراء غربي ، المرجع السابق ، ص 279-280.

⁴ صالح بلحاج ، المؤسسات السياسية و القانون الدستوري في الجزائر من الاستقلال إلى اليوم ، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الثانية، الجزائر ، 2015 ، ص 319 .

أولاً : رقابة دستورية المعاهدات

يفصل المجلس الدستوري -بعد إخطاره- في دستورية المعاهدة ، و نصه المرجعي في ذلك هو الدستور و ليس القانون الدولي أو المعاهدات ، و بناءً على ذلك و في حالة تعارض المعاهدة مع الدستور يفصل بعدم دستورية الأولى و ليس بعدم شرعية الثاني ، ويكون مصير المعاهدة في هذه الحالة هو عدم التصديق عليها إلى حين المبادرة بتعديل الدستور من طرف صاحب الاختصاص¹.

ثانياً : رقابة دستورية القوانين العادية

فيما يتعلق بالقوانين العادية التي يصدرها البرلمان بناءً على مشروع تقدمه الحكومة أو اقتراح يقدمه البرلمان و تتم الموافقة عليها في كلتا غرفتي البرلمان طبقاً للقواعد المعمول بها دستورياً .

ثالثاً : رقابة دستورية التنظيمات

فيما يخص التنظيمات ، يتولى المجلس الدستوري مراقبة مدى دستورية النصوص التنظيمية التي تستنها السلطة التنفيذية ، وذلك من الناحيتين الشكلية و الموضوعية ، لضمان صحة الإجراءات من جهة ، و ضمان عدم الاعتداء على الاختصاص التشريعي المخوّل للبرلمان من جهة أخرى ، و ذلك بنفس الكيفيات المتعلقة بالقوانين العادية².

المطلب الثاني : التشريع اختصاص مشتق للمجلس الدستوري

الأصل في التشريع أنه من اختصاص السلطة التشريعية التي تمارس من طرف البرلمان ، الذي يتكون من غرفتين المجلس الشعبي الوطني و مجلس الأمة ، لكن بعد استحداث الرقابة على دستورية القوانين بموجب دستور 1989 ، و خاصة بعد إخضاع القوانين العضوية لرقابة المطابقة بموجب دستور 1996 أصبح المجلس الدستوري عضواً مساهماً (*Législateur Associé*) في الوظيفة التشريعية إلا أن هذه الوظيفة لا تتخذ نفس الشكل مع البرلمان بل تتخذ شكلين هما :

-الشكل السليبي : الذي يتمثل في سلطة المجلس الدستوري بالقضاء بعدم دستورية النص المعروض عليه ، و بالتالي يفقد النص آثاره القانونية .

-الشكل الايجابي : و هو دور ديناميكي يتمثل في الفصل بالمطابقة لكن بتحفظ ، أي لا يتم الإقرار بدستورية النص إلا بتعليقه على شروط معينة³ ، و منه تنطرق في هذا المطلب إلى سلطة المجلس الدستوري في إلغاء القانون (الفرع الأول) ، ثم سلطته في تعديل القانون عن طريق تقنية التحفظات (الفرع الثاني) .

¹ - عبد القادر شربال ، قرارات و آراء المجلس الدستوري في تأويل أحكام الدستور الجزائري، دار هومه للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر ، ص 40 .

² - احسن راجي ، المرجع السابق ، ص 546.

³ - سليمة مسراتي ، المرجع السابق ، ص 56-60.

الفرع الأول : سلطة المجلس الدستوري في إلغاء القانون

بعد قيام المجلس الدستوري بممارسة رقابته على دستورية القوانين و إقراره بعدم دستورية قانون ما، يفقد هذا الأخير آثاره القانونية و هو ما يعدّ إلغاء للقانون ، الأمر الذي يجعلنا نتساءل حول إمكانية اعتبار المجلس الدستوري مشرعاً ؟ للإجابة على هذا التساؤل يعتبر الفقيه النمساوي "كلسن" أن إلغاء القانون هو عبارة عن وضع قاعدة قانونية تتّصف بالعمومية لكن بعلامة سالبة أي قاعدة مضادة ، وهي عملية تشكل وظيفة تشريعية ، و خلّص إلى نتيجة مفادها أن الجهاز الذي له سلطة إلغاء القوانين يكون بالنتيجة عضواً في السلطة التشريعية ، إذن يمكن اعتبار المجلس الدستوري مشرعاً ما دامت له سلطة إلغاء قانون -صادر عن البرلمان- بصفة أمرة و نهائية و ذلك من خلال الإقرار بعدم دستوريته ، و عليه في كل مرة يتدخل فيها المجلس الدستوري للنظر في مدى دستورية قانون ما يصبح شريكاً للبرلمان في العملية التشريعية و منافساً له في وضع القواعد القانونية ، و منه نستنتج أن البرلمان - و إن كان صاحب الاختصاص الأصيل في التشريع - إلا أنه لا يتمتع بالسيادة الكاملة و المطلقة لوضع القوانين ، و إنما يقاسمه في ذلك المجلس الدستوري وفق حدود و أشكال معينة ، ليصبح لهذا الأخير سلطة وضع قواعد موازية تقريباً لأحكام الدستور و ملزمة للبرلمان و للسلطة التنفيذية¹.

الفرع الثاني : سلطة المجلس الدستوري في تعديل القانون

يتمتع المجلس الدستوري بحرية واسعة في مواجهة النص القانوني المعروض عليه لمراقبة مدى دستوريته فيكون له إلغاؤه كما سبق ذكره ، كما يمكن له أن يتخذ موقفاً أقل صرامة فيعدّل من معناه ، و تعرف هذه العملية بتعديل القانون عن طريق تقنية التحفظات ، و تتخذ هذه التقنية شكلين هما : التحفظات البتاءة و التحفظات المجردة .

أولاً : التحفظات البتاءة

لتجنب إلغاء النص القانوني المعيب يبحث المجلس الدستوري عن تفسير لهذا النص يكون مطابقاً لأحكام الدستور ، حيث يمكن تصحيح معنى النص دون تغيير صياغته التي حُرّرت بها أي يعدّل المعنى دون تغيير الصياغة ، و هو ما يسمى بالتعديل النوعي² ، فقرارات المجلس الدستوري تكون مرتبطة كل الارتباط بالتفسير الذي يعطيه المجلس ، لكي يكون القانون المعروض عليه متطابق مع أحكام الدستور .

ثانياً : التحفظات المجردة

هي التحفظات التي يكون الغرض منها هو تجريد النص القانوني الخاضع للرقابة من العنصر الذي يعيبه ، و متى تعلّق الأمر بالتحفظات المجردة يشتمل تصريح المجلس بعدم الدستورية على العنصر المعيب وحده و ليس النص بأكمله ، حيث يعيد المجلس الدستوري صياغة العنصر لجعله يتطابق مع الدستور ، و بالتالي تعديل الصياغة الأصلية للنص و إعادة كتابته مجدداً من طرف

¹ - سليمة مسراتي ، المرجع السابق ، ص 59-60.

² - بلس شاول بشير ، إشكالية المادة 120 من دستور 1996 ، (دراسة تحليلية) ، محاضرة غير منشورة ، مقدمة يومي 06 و 07 ديسمبر 2004، نزل الأوراسي ، الجزائر ، ص 11 ، نقلا عن سليمة مسراتي ، المرجع السابق ، ص 61.

المجلس الدستوري، مما يعني تحوّل هذا الأخير من هيئة مكلفة بالرقابة على دستورية القوانين إلى هيئة تتولى التشريع¹، الأمر الذي يثبت مرة أخرى كون المجلس الدستوري مشرعاً مساهماً يقاسم البرلمان وظيفته التشريعية .

من خلال تحليلنا لاختصاصات المجلس الدستوري ، سواء ما تعلّق باختصاصه الأصيل المتمثل في الرقابة على دستورية القوانين أو اختصاصه المشتق المتمثل في التشريع ، يمكننا أن نستشف الأثر البالغ لمحدودية استقلالية المجلس الدستوري - التي كانت محل دراسة في المبحث الأول - على اختصاصات المجلس ، لا سيما ما تعلّق منها بمهمة التشريع ، ذلك أن تفوق السلطة التنفيذية على مستوى المجلس الدستوري و تبعيته لها بشكل أو بآخر كما سبق بيانه ، من شأنه أن يؤدي إلى تدخلها -السلطة التنفيذية - في مجال السلطة التشريعية بطريقة غير مباشرة من خلال الاختصاص التشريعي للمجلس الدستوري ، حيث يعتبر هذا الأخير سبيلاً آخرًا للسلطة التنفيذية للتدخل في نطاق تشريع البرلمان -ناهيك عن كونها جزءاً من السلطة التشريعية من خلال الحالات التي يشرّع فيها رئيس الجمهورية- من خلال إلغاء القوانين أو تعديلها في إطار ممارسة المجلس الدستوري للرقابة على دستورية القوانين ، خاصة أن قرارات المجلس تكون ملزمة للبرلمان، ممّا يجعل هذا الأخير رهن هذه القرارات التي تحمل بدورها العديد من ملامح سيطرة السلطة التنفيذية ، و هو ما يؤكّد التفوق الصارخ للسلطة التنفيذية على مستوى المؤسسات الدستورية و في النظام السياسي الجزائري ككل .

الخاتمة :

مّمّا سبق ، يتضح لنا مسعى المؤسس الدستوري الجزائري من خلال تعديل 2016 إلى إضفاء أكبر قدر ممكن من الاستقلالية على المجلس الدستوري ، سواء ما تعلّق بتشكيلته أو بالجهات التي يحق لها إخطاره ، فبالنسبة للتشكيلية قام المؤسس الدستوري بتوزيع حصص التمثيل بالتساوي بين السلطات الثلاث و هو ما فيه تكريس لمبدأ التوازن بين السلطات ، كما وسّع الجهات التي يخول لها إخطاره ليمنح هذا الحق إلى الوزير الأول و خمسين (50) نائبا أو ثلاثين (30) عضوا من البرلمان ، إضافة إلى حق الأفراد في الطعن بعدم الدستورية بناءً على إحالة من المحكمة العليا أو مجلس الدولة ، ناهيك عن عديد الجزئيات التي تضمّنها التعديل الأخير و تعكس الحرص على استقلالية المجلس الدستوري .

بيد أنه و في هذا الصدد لا يمكننا الجزم فعلا باستقلاليته كونها استقلالية صورية فقط و ليست فعلية ، تحمل في طياتها العديد من مظاهر تفوق السلطة التنفيذية و التبعية لها بشكل أو بآخر ، لاسيما من خلال احتفاظ رئيس الجمهورية -ممثلا للسلطة التنفيذية- بسلطة تعيين رئيس المجلس الدستوري و نائبه و ما لهما من دور أساسي في قرارات المجلس الدستوري ، إضافة إلى حرمان المجلس من آلية الإخطار الذاتي أو التلقائي ، فحتى لو تضمّنت القوانين خرقاً صارخاً لأحكام الدستور لا يستطيع المجلس التحرك من تلقاء نفسه إلا بإخطار من الجهات التي يحق لها ذلك .

كما أن الأثر السلبي المترتب عن محدودية استقلالية المجلس الدستوري و تبعيته للسلطة التنفيذية قد امتدّ إلى اختصاصات المجلس و المهام المنوطة به ، سواء بالنسبة لاختصاصه الأصيل في الرقابة على دستورية القوانين ، أو بالنسبة لاختصاصه في التشريع بصفته مشرعاً مساهماً إلى جانب البرلمان ، فتبعية المجلس الدستوري للسلطة التنفيذية من جهة ، و اضطراره بمهمة

¹ - سليمة مسراتي ، المرجع السابق ، ص 61-62.

التشريع من جهة أخرى من شأنه أن يؤدي إلى تدخل السلطة التنفيذية في صلاحيات السلطة التشريعية ، لكن بطريقة غير مباشرة و ذلك من خلال الدور التشريعي للمجلس الدستوري .

و عليه فإن الدستور الجزائري قد كلف المجلس الدستوري بوظيفة محورية في النظام السياسي الجزائري تتمثل في الرقابة على دستورية القوانين ، لكن في نفس الوقت لم يمنحه الاستقلالية الفعلية و الحقيقية التي تمكّنه من أداء هذه الوظيفة على قدر من النجاحة و الفعالية .

و في هذا المقام نقترح على المؤسس الدستوري الجزائري إعادة النظر في مواطن تبعية المجلس الدستوري للسلطة التنفيذية ، و منحه استقلالية أكبر خاصة من خلال آلية الإخطار التلقائي ، حتى تكون لدينا مؤسسة دستورية مستقلة فعليا تسهر على احترام الدستور و تكريس حقاً أسس دولة القانون و الديمقراطية .

قائمة المراجع :

أولا : قائمة النصوص القانونية

- 1- القانون رقم 16-01 ، المؤرخ في 06مارس2016،المتضمن التعديل الدستوري ، الجريدة الرسمية العدد 14 ، المؤرخة في 07مارس2016.
- 2- القانون العضوي رقم 16-12، المؤرخ في 25 أوت 2016 ، يحدّد تنظيم المجلس الشعبي الوطني و مجلس الأمة و عملهما و كذا العلاقات الوظيفية بينهما و بين الحكومة ، الجريدة الرسمية العدد 50، المؤرخة في 28 أوت 2016.
- 3- النظام الداخلي المحدّد لقواعد عمل المجلس الدستوري ، الجريدة الرسمية العدد 29 ، المؤرخة في 11ماي 2016 .

ثانيا : قائمة الكتب

- 1- احسن راجحي ، الوسيط في القانون الدستوري ، دار هومه للطباعة و النشر و التوزيع ، الطبعة الثانية ، الجزائر ، 2014 .
- 2- ادريس بوكرا ، المبادئ العامة للقانون الدستوري و النظم السياسية ، ديوان المطبوعات الجامعية ، بن عكنون ، الجزائر ، 2016 .
- 3- سعيد بو الشعير ، النظام السياسي الجزائري ، دراسة تحليلية لطبيعة نظام الحكم في ضوء دستور 1996 - السلطة التشريعية و المراقبة ، الجزء الرابع ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الطبعة الثانية ، الجزائر ، 2013 .
- 4- سليمة مسراتي ، نظام الرقابة على دستورية القوانين في الجزائر - على ضوء دستور 1996 و اجتهادات المجلس الدستوري(1989-2010)، دار هومه للطباعة و النشر و التوزيع ، الجزائر ، 2012 .
- 5- صالح بلحاج ، المؤسسات السياسية و القانون الدستوري في الجزائر من الاستقلال إلى اليوم ، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الثانية،الجزائر ، 2015 .
- 6- عبد القادر شربال ، قرارات و آراء المجلس الدستوري في تأويل أحكام الدستور الجزائري، دار هومه للطباعة و النشر و التوزيع،الجزائر، بدون سنة النشر .
- 7- فاطمة الزهراء غربي ، أصول القانون الدستوري و النظم السياسية، دار الخلدونية للنشر و التوزيع ، الأغواط ، الجزائر ، 2016 .

قائمة أطروحات الدكتوراه :

- 1- عقيلة خرياشي، مركز مجلس الأمة في النظام الدستوري الجزائري ، أطروحة لنيل دكتوراه العلوم في العلوم القانونية ، قسم العلوم القانونية ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة الحاج لخضر ، باتنة ، الجزائر ، 2009-2010 .

قائمة المقالات القانونية :

- 1- ادريس بوكرا،المراجعة الدستورية في الجزائر بين الثبات و التغيير،مجلة إدارة،المجلد08،العدد01،1998 .

- 2- ادريس بوكرا ، مركز مجلس الأمة في النظام الدستوري الجزائري ،مجلة إدارة ، العدد 01 ، 2000 .

قائمة المحاضرات :

- 1- يلس شاوش بشير ، إشكالية المادة 120 من دستور 1996 ، (دراسة تحليلية) ، محاضرة غير منشورة ، مقدمة يومي 06 و 07 ديسمبر 2004، نزل الأوراسي ، الجزائر .

ميزانية البلدية بين الاستقلالية وتقييد السلطة الوصية

بوزار مريم

طالبة دكتوراه

جامعة لونيبي علي البلدية- 02

mimibouzar@hotmail.com

ملخص :

تلعب ميزانية البلدية دورا هاما في تحقيق التنمية المحلية بمختلف أبعادها، وترسيخ مبادئ الديمقراطية المحلية، ذلك أنها أهم إدارة جوارية تتميز باحتكاكها المباشر مع المواطنين، والقدرة على معرفة احتياجاتهم والقيام بمصالحهم المتعددة والمتجددة. وقد حاولنا تسليط الضوء في هذه الورقة البحثية على جوانب استقلالية ميزانية البلدية وآليات الرقابة الوصائية الممارسة عليها، من خلال مختلف المراحل التي تمر بها، بدءا من إعداد الميزانية من طرف الأمين العام للبلدية تحت سلطة رئيس المجلس الشعبي البلدي، وكيف يتقيد هذا الأخير بما تمليه عليه التعليمات الصادرة عن وزارة الداخلية والجماعات المحلية، ومن ثم مرحلة التصويت على الميزانية من طرف المجلس المنتخب، وسلطات الوالي في هذا المرحلة عن طريق آليتي المصادقة والحلول، وانتهاء بمرحلة تنفيذ الميزانية من طرف الأمر بالصرف و المحاسب العمومي وكيف يتدخل الوالي بطريقة غير مباشرة في تحصيل الإيرادات وصرف النفقات محل رئيس المجلس الشعبي البلدي، للوصول أخيرا أنه رغم دور الوصاية في الحفاظ على المال العام والسهر على تطبيق القوانين والتنظيمات، إلا أنها تقف عائقا أمام استقلال هيئات البلدية ولاعمل بكل حرية، وتقتل فيهم روح المبادرة والعمل على تحسين الأوضاع بما يمتلكونه من إمكانيات .

الكلمات المفتاحية : الميزانية، الإستقلالية، الوصاية، الرقابة، الوالي.

Abstract

The municipal budget plays an important rôle in achieving local development in all its dimensions, and the consolidation of the principles of local democracy, and it's the most important neighborhood management characterized by direct contact with citizens and the ability to solve their needs and fulfill their multiple and renewable interests.

In this paper, we have highlighted the aspects of the autonomy of the municipal as well as the mechanisms of censorship exercised on them.

Through the different stages you go through, beginning with the preparation of the budget by the secretary general of the municipality under the authority of the president of the people's assembly, and how the latter complies with the instructions issued by the ministry of interior and local communities and then the stage of voting on the budget by the elected council and the Wali authorities at this stage through the ratification and solutions and in the final stage of the implementation of the budget by the matter of exchange and the public accountant And how the gouvernor (Wali) intervenes indirectly in the collection of revenues and disbursement of expenses in place of the President Of The People's Assembly .

Finally, despite the role of guardianship in preserving public money and ensuring the application of laws and regulations, they stand in the way of the independence of the municipal authorities and work freely and kill the spirit of initiative.

key words : Budget, independence, Guardianship, censorship, governor (Wali).

مقدمة

إن اللامركزية الإدارية باعتبارها أسلوب متميز تقوم على عدة أسس ومبادئ في مقدمتها الاعتراف بوجود مصالح ذاتية مستقلة عن المصالح المركزية، تتولاها هيئات ومجالس محلية تتسم بقربها من انشغالات الأفراد والقدرة على معرفة حاجاتهم المتنوعة والمتجددة، مما يجعلها كفيلة بضمان الأداء الفعال والمتميز في تنظيم مصالحها المحلية، وبعث مرونة في التسيير والاستجابة أكثر لمتطلبات الأفراد.

إلا أن الاعتراف بهذه المصالح المحلية المتميزة لا يكفي لتحقيق اللامركزية الإدارية بل لا بد أن تتمتع هذه الهيئات المحلية بإدارة ذاتية مستقلة عن طريق وجود نظام قانوني يسمح لهذه الإدارة الذاتية بأن تكون مستقلة عن سلطات الإدارة المركزية في الدولة ولا يكون ذلك إلا بمنحها الشخصية المعنوية مما يحقق لها الاستقلال الهيكلي والوظيفي والمالي.

وبالرجوع إلى نص المادة 16 من الدستور الجزائري نجد أن التنظيم الإداري الجزائري تبنى فكرة اللامركزية الإدارية واعتبر البلدية أصغر وحدة، وخلية أساسية وقاعدية في التنظيم الإداري، تتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي، وهو ما يجعلها تلعب دورا فعالا في تفعيل دعائم الديمقراطية المحلية وتوفير متطلبات التنمية المحلية.

ويلعب الاستقلال المالي أهمية كبرى في تحقيق سلطة التقرير، وعدم الارتباط بالسلطة المركزية وينعكس هذا الاستقلال في تمتع البلدية بميزانية مستقلة، عبر مختلف مراحلها، بداية من إعدادها من طرف الأمين العام للبلدية تحت سلطة رئيس البلدية، ثم المصادقة عليها من طرف المجلس المنتخب، وأخيرا تنفيذها من قبل الأمر بالصرف والمحاسب العمومي.

إلا أن الاستقلال المالي للبلدية ليس على مطلقه، إنما تمارس عليه نوع من الرقابة، وذلك تفيادا لتبديد الأموال العامة، والعمل في الأطر والحدود المسطرة في القوانين والتنظيمات، فلا بد من تحقيق التوازن بين الإستقلال المالي للبلدية تكريسا لمتطلبات الديمقراطية المحلية، والرقابة الوصائية التي يجب أن لا تتجاوز مستوى معين حتى لا تكون البلدية عبارة عن هيئة مشلولة.

ومما سبق يمكن طرح الإشكالية التالية: ما مدى تأثير الرقابة الوصائية على استقلالية ميزانية البلدية عبر مختلف المخطات التي تمر بها؟

وللإجابة على ذلك قسمت هذا المقال إلى ثلاث مطالب، أتناول في المطلب الأول مرحلة إعداد ميزانية البلدية، وفي المطلب الثاني مرحلة التصويت على ميزانية البلدية، وفي المطلب الثالث تنفيذ ميزانية البلدية، مع تبيان في كل مطلب مظاهر الرقابة الممارسة على كل مرحلة من طرف السلطة الوصية.

المطلب الأول : مرحلة إعداد ميزانية البلدية

المقصود من عملية إعداد الميزانية هو تحضيرها عن طريق وضع تقديرات للنفقات وما يلزمها من إيرادات ولما كان أساس هذه العملية التقدير فيجب التزام الدقة إلى أقصى حد¹.

طبقا لنص المادة 180 من القانون رقم 10/11 المتعلق بالبلدية، فإنه يعود إلى الأمين العام للبلدية، تحت إشراف وسلطة رئيس المجلس الشعبي البلدي، تحضير مشروع الميزانية¹، حيث يقوم بتقدير الإيرادات والنفقات السنوية للبلدية عن طريق مشروع الميزانية الأولية قبل بدء السنة المالية، وتعديلها عن طريق الميزانية الإضافية خلال السنة المالية².

¹ - بن مالك محمد، النظام المالي للبلديات الجزائرية، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه دولة، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، السنة الجامعية 2011-2012، ص 23.

ويساعد الأمين العام للبلدية بمناسبة تحضيره للميزانية مصالح البلدية، خاصة مصلحة المالية، كما يمكنه الاستعانة بلجنة الاقتصاد والمالية والاستثمار³، ويؤخذ بعين الاعتبار عند اعداد الميزانية مجموعة من الوثائق الهامة التي يوفرها رئيس المجلس الشعبي البلدي باعتباره المسؤول الأول عن الشؤون المالية للبلدية ضمانا للتقدير الجيد للإيرادات والنفقات⁴، ويختلف تحضير الميزانية الأولية عن الميزانية الإضافية، كما أن تقدير جانب الإيرادات، يختلف عن تقدير النفقات، فكل منهما يتطلب وثائق خاصة، ولمعرفة ذلك قسمت هذا المطلب إلى فرعين أتناول في الفرع الأول الميزانية الأولية وفي الفرع الثاني الميزانية الإضافية.

الفرع الأول: الميزانية الأولية: تعرف الميزانية الأولية على أنها الوثيقة الرسمية التي تتضمن مجموع الإيرادات والنفقات للسنة المالية والتي يجب أن تحضر قبل 31 أكتوبر من السنة التي تسبق تنفيذها.

أولاً: من جانب الإيرادات: من بين أهم الوثائق التي تساعد في إعداد الميزانية الأولية هي البطاقة الجبائية، التي يطلق عليها تسمية الملحق رقم (02) بالنسبة للبلديات العادية، والملحق رقم (06) بالنسبة للبلديات مقر الدوائر، تقدم من طرف مديرية الضرائب على مستوى الولاية، حيث تتضمن هذه البطاقة تقدير الضرائب للسنة المالية المقبلة.

وتنقسم هذه البطاقة إلى جزئين، يحتوى الجزء الأول على تقدير إيرادات الميزانية ذات الطابع الجبائي، المتمثلة في الضرائب المباشرة وغير المباشرة، مثل الرسم على النشاط المهني، الرسم على العقارات ورسم نقل القمامة المنزلية، الرسم على القيمة المضافة، الضريبة الوحيدة الجزافية، الضريبة على الدخل العقاري.

أما الجزء الثاني من البطاقة فيتضمن إضافة تقديرات أخرى لإيرادات الميزانية، كرسوم المذابح وحقوق التوقف في الأسواق، وإيرادات الإستغلال الأخرى بالإضافة إلى إيرادات خاصة بأملاك الدولة.

ويتعين على الأمرين بالصرف أثناء الإعداد التقيد بالتعليمات الصادرة عن وزارة الداخلية الجماعات المحلية التي يتم إرسالها إلى جميع البلديات، والتي تحدد كيفية تحضير وتمويل الميزانيات الأولية للبلديات، وذلك قبل بدء إعداد الميزانية الأولية، وعلى سبيل المثال بالنسبة للسنة المالية 2018، فقد نصت التعليمات على ضرورة إعطاء الميزانية الأولية أهمية في تقدير الإيرادات التي يتم تحصيلها، وكذا تقديرات نفقات التسيير لمختلف المرافق العمومية، وتجنب النفقات غير الضرورية، وقد تضمنت التعليمات مصادر تمويل الميزانية الأولية وتمثل فيما يلي⁵:

1. **الأموال الذاتية للبلدية:** تتمثل في الموارد الجبائية المتوقعة حسب البطاقة الحسائية السابقة الذكر، وكذا تقديرات مداخيل الأملاك والممتلكات، وفي حالة تسجيل تأخر في استلام تقديرات الموارد الجبائية، على البلديات إعادة تسجيل بصفة

¹ - المادة 16 من المرسوم التنفيذي رقم 320/16 المتضمن الأحكام الخاصة المطبقة على الأمين العام للبلدية، المؤرخ في 13 ديسمبر سنة 2016، ج ر ع: 73 المؤرخة في 15 ديسمبر 2016.

² - علاء الدين عشي، مدخل القانون الإداري، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، ص 137.

³ - د. مولود ديدان، أبحاث في الإصلاح المالي، دار بلقيس، الجزائر، 2010، ص 293.

⁴ - عبد القادر موفق، الرقابة المالية على البلدية في الجزائر -دراسة تحليلية ونقدية، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه علوم في علوم التسيير، جامعة الحاج لخضر باتنة، السنة الجامعية 2014-2015، ص 120.

⁵ - التعليمات الوزارية الصادرة عن وزارة الداخلية والجماعات المحلية والتهيئة العمرانية رقم 978 المؤرخة في 28 سبتمبر 2017، والتي تحدد كيفية إعداد وتمويل الميزانية الأولية للبلديات بعنوان السنة المالية 2018، غير منشورة.

بيانية الرسوم والضرائب المحصلة فعليا خلال السنة المالية السابقة، وتتم تسوية الفارق بين هذه المبالغ المسجلة وتقديرات مصالح الضرائب لسنة 2018 عن طريق فتح اعتماد مالي مسبق، أو عن طريق الميزانية الإضافية.

2. معادلة التوزيع بالتساوي¹ : يرخص للبلدية تسجيل بصفة بيانية 70% من مبلغ معادلة التوزيع بالتساوي التي استفادت منها بعنوان السنة المالية 2017.

3. الإعانة الموجهة للتكفل بالزيادة في الأجور وكذا المناصب المالية الممنوحة لفائدة البلديات سنة 2014 : حيث يرخص للبلدية تسجيل بصفة بيانية 40% من مبلغ الإعانة المخصصة للتكفل بالزيادة في الأجور التي استفادت منها البلدية بعنوان السنة المالية 2017.

4. الإعانة المخصصة للتكفل بحراسة المدارس الابتدائية وصيانتها: يرخص للبلدية تسجيل بصفة بيانية 50% من مبلغ الإعانة المخصصة للتكفل بصيانة وحراسة المدارس الابتدائية التي استفادت منها بعنوان السنة المالية 2017.

5. الإعانة المخصصة للتكفل بالتغذية المدرسية: من أجل ضمان استمرارية تموين المطاعم المدرسية بالمواد الغذائية، يرخص للبلدية تسجيل بصفة بيانية المبلغ الناتج عن عملية الضرب للمعايير الثلاث حسب كل بلدية:

- أ- عدد التلاميذ الطور الابتدائي المستفيدين من خدمات المطاعم المدرسية.
- ب- سعر الوجبة (55 دج للوجبة بالنسبة للولايات الجنوب، و45 دج للوجبة بالنسبة لولايات الشمال)
- ج- أيام التسيير 90 يوما، ما يعادل فصلين دراسيين.

ثانيا : من جانب النفقات : يراعى في تقدير النفقات ترتيبها بالمادة والمصلحة مع تصنيفها بين الإلزامية والضرورية والإختيارية، كما يوضع حد لأخذ نفقات الهياكل الممولة من ميزانية الدولة على عاتق ميزانية البلدية، بالإضافة إلى أنه يجب التكفل بصفة معقولة بنفقات الأعياد والحفلات العمومية مع الأخذ بعين الاعتبار قدرات البلدية².

وهذا ما تؤكدته التعليمات الوزارية السابقة الذكر، حيث يجب على البلديات خاصة ذات الدخل المحدود التكفل بالنفقات الإلزامية لاسيما منها الأجور، ويجب على المسيرين المحليين ترتيب النفقات كما سبق الذكر إلى نفقات إجبارية التي تكون غير قابلة للمراجعة، والنفقات الضرورية، وتلك الاختيارية القابلة للمراجعة، وذلك لمنح المجلس المنتخب مساحة ومجال لاختيار وتقدير وترتيب النفقات حسب القدرات المالية والإمكانات المادية المتاحة لكل بلدية. وعليه تمثل النفقات الإلزامية التي يجب على البلديات تغطيتها ما يلي³ :

- 2% من الإيرادات الجبائية للبلدية المخصصة لصندوق الضمان،
- 4% من الإيرادات الجبائية للبلدية المخصصة للصندوق الولائي لترقية مبادرات الشبيبة والممارسات الرياضية،
- 3% من الإيرادات الجبائية للبلدية (تخصيص خاص) لترقية مبادرات الشبيبة والممارسات الرياضية،

¹ - معادلة التوزيع بالتساوي : وهي المنحة التي يمنحها صندوق التضامن والضمان للجماعات المحلية للبلديات، وتعتمد في منحها على أساس المعدل الديمغرافي ومعامل الغنى، ويمكن لمجلس التوجيه للصندوق الإعتماد على معايير أخرى.

² - عبد الوهاب بن بوضياف، معالم لتسيير شؤون البلدية، دار الهدى عين مليلة، 2014، الجزائر، ص 71.

³ - التعليمات الوزارية المشتركة بين الوزير المكلف بالداخلية والجماعات المحلية و وزير المالية، رقم 05 المؤرخة في 30 ماي 2017، المتعلقة بكيفيات منح الإعانات التي تفوق 3% من الإيرادات الجبائية للبلدية لفائدة الجمعيات، غير منشورة.

- اقتطاع نسبة قدرها 10 % على الأقل من الإيرادات الجبائية للبلدية من قسم التسيير لفائدة قسم التجهيز والإستثمار،
- 12 شهرا من أجور مستخدمي البلدية، بما فيها الأعباء،
- مبلغ العلاوات السنوية الممنوحة للمنتخبين المحليين،
- المبلغ الإجمالي لتسديد رأسمال وفوائد القروض.

الفرع الثاني : الميزانية الإضافية

هي وثيقة مالية لموازنة تقديرات إيرادات ونفقات الميزانية الأولية، أثناء النشاط (نفس السنة المالية) بدلالة نتائج النشاط السابق¹، وبعبارة أخرى هي وثيقة تعديلية تتضمن ترحيل بواقي حسابات الميزانية السابقة التي تظهر في الحساب الإداري، وتحتوي على الإيرادات المحصل عليها والنفقات المستجدة الغير المقيدة في الميزانية الأولية.

وتكون الميزانية الإضافية أكثر دقة من الميزانية الأولية لاستنادها على الحساب الإداري للسنة المنصرمة، بالإضافة إلى أن تنفيذ الميزانية الأولية ينتج عنه معرفة الإيرادات الحقيقية التي يمكن أن تحصلها البلدية، والنفقات التي عليها صرفها، ويراعى أثناء تحضير الميزانية الإضافية مجموعة من النقاط الأساسية التي تسطرها وزارة الداخلية والجماعات المحلية، والتي يجب أن تنعكس وترجم في الميزانية الإضافية، وعليه تتم دراسة هذه النقطة عن طريق التطرق إلى قسم التسيير، وقسم التجهيز والاستثمار.

أولا : قسم التسيير : للبلديات عند إعداد الميزانية الإضافية بالنسبة للسنة المالية 2017 تسجيل التقديرات التالية:

1- بالنسبة للإيرادات : تمثل إيرادات قسم التسيير التقديرات التالية: منحة معادلة التوزيع بالتساوي، حيث يتم تقييد الفرق بين مبلغ معادلة التوزيع الممنوح للبلدية نهائيا والمبلغ المسجل بالميزانية الأولية لسنة 2017، وكذا الإيرادات الجبائية والتي تقييد بصفة إجبارية بتقديرات الإيرادات الجبائية لسنة 2017 المسجلة بالملحق رقم 06 المعد من طرف مديرية الضرائب للولاية. بالإضافة إلى إيرادات الأملاك والاستغلال، حيث يجب على المجالس الشعبية البلدية مطالبة بتأمين مداخل الأملاك والاستغلال، كما أن رؤساء المجالس الشعبية البلدية مكلفون بتقييد كل المخصصات والإعانات الممنوحة لبلديتهم بعد إعداد الميزانيات الأولية عن طريق فتح اعتمادات مالية مسبقة أو بالميزانية الإضافية مباشرة، كما يجب عند تحضير الميزانية الإضافية تطهير بواقي الإعانات المالية الممنوحة من طرف وزارة الداخلية والجماعات المحلية، وعلى سبيل المثال الإعانات الخاصة بالمسنين، وتخصيصات الخدمة العمومية، الإعانات الممنوحة لصيانة وترميم المدارس الابتدائية².

2- النفقات : أما من جانب النفقات فتقسم ما بين إجبارية، ضرورية وكمالية، حيث تمثل النفقات الإجبارية كتلة الاجور الشهرية والأعباء المرتبطة بها، تعويضات المنتخبين، الاقتطاع لقسم التسيير والاستثمار، مساهمة البلديات في صندوق الولاية لترقية مبادرات الشباب والممارسة الرياضية (4%)، المساهمة في صندوق الضمان (2%)³.

¹ - وجيز مراقبة النفقات الإلزامية، وثيقة صادرة عن وزارة المالية (المديرية العامة للميزانية)، المؤرخة في ديسمبر 2007، ص 93.

² - التعليمات الوزارية الصادرة عن وزارة الداخلية والجماعات المحلية والتهيئة العمرانية، رقم 425 المؤرخة في 06 أبريل 2017، المتعلقة بكيفيات إعداد الميزانية الإضافية للبلديات لسنة 2017.

³ - قرار وزاري مشترك مؤرخ في 26 ديسمبر سنة 2017، يحدد نسبة مساهمة البلديات في صندوق الضمان للجماعات المحلية، ج ر ع: 09 المؤرخة في 11 فبراير 2018.

أما بالنسبة للنفقات الضرورية فقد أكدت الوزارة الوصية على ضرورة التقليل من النفقات الضرورية والمتعلقة أساساً بمصاريف التسيير العام ومصاريف الأملاك المنقولة وغير المنقولة، خاصة بالنسبة للبلديات التي تعاني صعوبات في التكفل بالنفقات الإجبارية.

أما فيما يتعلق بالنفقات الكمالية فيجب تجنب تسجيل أي نفقة ذات طابع رفاهي والتي لا تضيف لسير مختلف مصالح البلدية¹.

ثانياً : قسم التجهيز والاستثمار : إن نسبة الاقتطاع لنفقات التجهيز والاستثمار يجب أن يراعى فيها الوضعية المالية الحقيقية للبلدية وذلك قياساً بمدى قدرتها على تغطية نفقاتها الإجبارية والضرورية وتجنباً لكل عجز مالي محتمل، وعليه يجب أن توجه نسبة 10 % من إيرادات قسم التسيير إلى المشاريع المتعلقة بخلق أملاك عقارية بلدية خاصة منتجة للمداخيل، أو صيانة الأملاك الموجودة المتدهورة بغرض ترميمها.

وعليه فإن عملية إعداد ميزانية البلدية ورغم ما تظهر عليه من إستقلالية في التحضير، إلا أنها مقيدة بالتعليمات الوزارية الصادرة من وزارة الداخلية التي تسطر الخطوط الكبرى، التي يجب أن تلتزم بها البلدية بمناسبة إعداد الميزانية وهو ما يجعلها لا تتمتع باستقلال فعلي وحقيقي، فما على رئيس المجلس الشعبي البلدي والأمين العام إلا إسقاط النسب المقدمة من طرف الوزارة الوصية دون تعديل بالزيادة أو النقصان.

المطلب الثاني : مرحلة التصويت على ميزانية البلدية

بعد أن يتم تحضير مشروع ميزانية البلدية من طرف الأمين العام، يتولى رئيس المجلس الشعبي البلدي طرح مشروع الميزانية على الهيئة التداولية - المجلس الشعبي البلدي - للتصويت عليه، و يلتزم المجلس الشعبي البلدي التصويت على الميزانية الأولية قبل 31 أكتوبر من السنة المالية التي تسبق تنفيذ الميزانية المطروحة للتصويت، أما الميزانية الإضافية فيحدد تاريخ التصويت عليها قبل 15 يونيو من السنة المالية التي تنفذ فيها².

وباعتبار أن المجلس الشعبي البلدي هو الهيئة التداولية في البلدية، فإن جميع أعماله وقراراته ومنها التصويت على مشروع الميزانية تكون عن طريق " المداولة"³، والتي يشترط فيها أن تكون علانية وهو ما يثبت دعائم الشفافية⁴، كما يجب أن تكون المداولات

¹ - التعليمات الوزارية رقم 425 السالفة الذكر.

² - دنيدي يحيى، المالية العامة، دار الخلدونية، طبعة 2010، ص 145.

- المادة 181 من القانون رقم 10/11 المتضمن قانون البلدية، المؤرخ في 22 يونيو سنة 2011، ج ر ع : 37 المؤرخة في 2011/07/03.

³ - تعرف المداولة على أنها :

« **Les délibérations** : les réunions du conseil, qui peuvent comporter des questions oral posées par le conseils sur les affaires de la commune, aboutissent normalement à des délibérations, votées a majorité des suffrages exprimés, qui constituent soit des décisions possédant tous les caractères juridiques de l'acte administratif unilatéral, soit des avis que le conseil est fréquemment appelé a donner en application des texte ou sur une autorités de l'Etat, soit des vœux, qu'il émet de sa propre initiative »

Voir : Jean RIVERO et Jean WALINE, Droit Administratif, 18^{édition}, Dalloz , 2000, Paris, page 372.

⁴ - د. عمار بوضياف، الوجيز في القانون الإداري، دار ربحانة، الجزائر، ص 139.

باللغة العربية، وتشمل مجموعة من البيانات الضرورية¹، وتصدر قرارات المجلس بالأغلبية البسيطة للأصوات المشاركة الحاضرة أو الممثلين عند التصويت²، وفي هذا الإطار يتم التصويت على الاعتمادات بابا ومادة مادة على إمكانية إجراء تحويل من باب إلى باب آخر داخل نفس القسم ويكون ذلك عن طريق مداولة.

كما لرئيس المجلس الشعبي البلدي الحق في إصدار قرار يتضمن تحويلات من مادة إلى المادة داخل نفس الباب على أن يخطر المجلس الشعبي البلدي في أول دورة تنعقد بعد اصدار قرار التحويل، إلا أنه يستثنى من التحويلات الاعتمادات المقيدة بتخصيص خاص³.

وتجدر الإشارة أنه هناك حالات إستثنائية قد تواجه عملية المصادقة على الميزانية من طرف المجلس البلدي والتي تؤدي لعدم التصويت عليها وضبطها نهائيا بسبب خلافات حزبية أو سحب الثقة من رئيسها أو غيرها من الأسباب⁴، فإنه يستمر العمل بالايادات والنفقات العادية المقيدة في السنة المالية السابقة إلى غاية المصادقة على الميزانية المتأخرة، وذلك في حدود جزء من إثني عشر (12) في الشهر من مبلغ اعتمادات السنة المالية السابقة⁵، وقد قسمت هذا المطلب إلى فرعين أتناول في الفرع الأول المصادقة، وفي فرع ثاني الحلول المالي.

الفرع الأول : المصادقة

إلا أن مداولة المجلس الشعبي المتضمنة ميزانية البلدية لا تكون نافذة إلا بعد المصادقة عليها من طرف السلطة الوصية، حيث تعرف المصادقة على أنها : " الإجراء اللاحق على قيام المجلس المحلي بالعمل، بحيث يجوز للجهة الوصية بمقتضاه أن تقرر بأن عملا معيناً صادر من جهة إدارية لامركزية يمكن أن يوضع موضع التنفيذ، على أساس أن لا يخالف قاعدة قانونية، ولا يمس بالمصلحة العمومية " ⁶.

وفي هذا الصدد تنص المادة 57 من القانون 10-11 المتعلق بالبلدية على أن المداولات المتعلقة بالميزانيات والحسابات لا تكون قابلة للتنفيذ إلا بعد موافقة الوالي عليها، حيث تودع المداولة المتضمنة مشروع الميزانية لدى الولاية، وللوالي مدة ثلاثين (30) يوما للمصادقة الصريحة على المداولة، وفي حالة عدم إعلان الوالي قراره خلال المهلة الممنوحة له تصبح المداولة نافذة ومنتجة لآثارها القانونية كما لو كانت مصادق عليها من طرف الهيئة الوصية، وبذلك حفظ المشرع الجزائري مكانة المجلس الشعبي البلدي وفصل في مصير المداولة بعد تجاوز المدة القانونية.

وتضيف المادة 183 من القانون 10-11 على عدم إمكانية المصادقة على الميزانية إذا لم تكن متوازنة أو تدرج ضمنها النفقات الإجبارية، وعلى الوالي إرجاعها إلى رئيس المجلس الشعبي البلدي مرفقة بملاحظات، على أن يخضعها هذا الأخير لمداولة

¹ - المادة 53 من القانون 10/11 المتعلق بالبلدية، المرجع السابق.

المادة 28 من المرسوم التنفيذي رقم 105/13، المتعلق بالنظام الداخلي النموذجي للمجلس الشعبي البلدي، المؤرخ في 17 مارس 2013، ج ر ع: 05 المؤرخة في 17 مارس 2013.

² - المادة 54 من القانون 10/11 المتعلق بالبلدية، المرجع السابق.

³ - المادة 182 من نفس القانون.

⁴ - عبد القادر موفق، المرجع السابق، ص 123.

⁵ - المادة 185 من القانون 10/11 المتعلق بالبلدية.

⁶ - د.حمدي قبيلات، ماهية القانون الإداري (التنظيم الإداري- النشاط الإداري)، الطبعة الأولى، الأردن، 2008، ص 114.

ثانية في ظرف عشرة أيام، وفي حالة إعادة التصويت على الميزانية دون الأخذ بعين الاعتبار ملاحظات الوالي، يتم اعدادار المجلس، ولهذا الأخير مهلة 08 أيام لضبط الميزانية، وفي حالة عدم التصويت عليها يتم ضبطها تلقائيا من طرف السلطة الوصية المتمثلة في الوالي.

يمكن للوالي و تحت سلطته أن يفوض رئيس الدائرة أن يصادق على مداوات المجالس الشعبية البلدية المتضمنة الميزانيات والحسابات الخاصة بالبلديات والهيئات البلدية المشتركة في البلديات التابعة للدائرة نفسها¹.

ومن هنا يبدو جليا تدخل الهيئة الوصائية في هذه المرحلة بحيث لا يكفي التصويت على الميزانية من طرف المجلس الشعبي البلدي، فلا بد من تدخل الوالي والموافقة عليها عن طريق المصادقة، وقد يذهب أبعد من ذلك عن طريق ما يسمى بالحلول المالي.

الفرع الثاني: الحلول المالي

المتعارف عليه أن الحلول خاصة من الخصائص الأساسية التي تميز السلطة الرئاسية، إلا أنه يمكن أن تكون في نظام الوصاية، والمقصود بالحلول هو: " قيام الجهة الوصية بمقتضى سلطاتها الاستثنائية المحددة قانونا مقام الجهة اللامركزية لتنفيذ بعض التزاماتها القانونية التي لم تقم بما يقصد أو بعجز أو باهمال أو لعدم احترام مبدأ المشروعية والمصلحة العامة"².

ونظرا لخطورة هذا الإجراء باعتباره خرق لمبدأ استقلالية البلدية فقد تم إحاطته بمجموعة من القيود والضمانات المحددة بدقة، عن طريق إدراج الحالات التي يمكن للوالي الحلول محل المجلس الشعبي البلدي على سبيل الحصر ضمن نص قانوني صريح، وكذا الإجراءات الواجب إتباعها.

وفي هذا الإطار تنص المادة 102 من القانون 10/11 المتعلق بالبلدية، على أن الوالي ملزم بالمصادقة على ميزانية البلدية وتنفيذها وذلك في حالة حدوث اختلال بالمجلس الشعبي البلدية يحول دون التصويت على الميزانية، حيث يقوم الوالي باستدعاء المجلس الشعبي البلدي في دورة غير عادية بعد انقضاء الأجل القانوني للمصادقة على الميزانية في الظروف العادية، للمصادقة على الميزانية، ويكون رئيس المجلس الشعبي البلدي في هذه الحالة كأى عضو من أعضاء المجلس التداولي، وفي حالة عدم التوصل إلى المصادقة على الميزانية يضبطها الوالي نهائيا³.

وعليه يعتبر الحلول من أخطر الوسائل التي تقيد المجلس الشعبي البلدي بل تتجاوز وجوده رغم أنه لا يعدمه من الناحية القانونية، إلا أنه من الناحية الفعلية والتطبيقية يصبح المجلس الشعبي البلدي عبارة عن مجلس صوري هيكلي دون روح.

المطلب الثالث : تنفيذ ميزانية البلدية

بعد أن يتم التصويت على ميزانية البلدية من طرف المجلس الشعبي البلدي، والمصادقة عليها من طرف الوالي، تنفذ الميزانية من طرف أعوان التنفيذ، وهما رئيس المجلس الشعبي البلدي باعتباره الأمر بالصرف⁴ و أمين خزينة البلدية باعتباره المحاسب العمومي¹

¹ - المادة 10 من المرسوم التنفيذي رقم 215/94 الذي يحدد أجهزة الإدارة العامة في الولاية وهيكلها، المؤرخ في 23 يوليو 1994، ج ر ع : 48 المؤرخة في 23 يوليو 1994.

² - بكر قباني، الرقابة الإدارية، دار النهضة العربية، 1985، ص 175.

³ - المادة 186 من القانون 10/11 المتعلق بالبلدية.

⁴ - المادة 26 من القانون 90-21 المتعلق بالمحاسبة العمومية، المؤرخ في 15 غشت 1990، ج ر ع : 35 المؤرخة في 15 غشت 1990.

كل حسب اختصاصه، وقد قسمت هذا المطلب إلى فرعين أتطرق في الفرع الأول إلى مراحل تنفيذ ميزانية البلدية، وفي الفرع الثاني تدخل السلطة الوصية في عملية التنفيذ.

الفرع الأول : مراحل تنفيذ ميزانية البلدية

إن تنفيذ ميزانية البلدية يعتمد على عمليتين أساسيتين وهما تحصيل الإيرادات وصرف النفقات، ويكون ذلك طبقاً لقواعد المحاسبة العمومية المطبقة على ميزانية الدولة والجماعات المحلية.

أولاً : بالنسبة لتحصيل الإيرادات : يتم تحصيل الإيرادات عن طريق ثلاث مراحل أساسية وهي على الترتيب كما يلي :

1. **الإثبات :** هو الإجراء الذي يتم بموجبه تكريس حق الدائن العمومي،
2. **التصفية :** هي إجراء يتم تحديد المبلغ الصحيح للديون الواقعة على المدين لفائدة البلدية والأمر بتحصيلها، حيث يصدر رئيس المجلس الشعبي البلدي سندات التحصيل، وفي هذا الإطار يقوم بإعداد جداول الرسوم والتوزيعات الفرعية وكشوف الخدمات الموجهة لأمين خزانة البلدية قصد تحصيلها، وهذه العملية هي عملية إدارية بحتة².
3. **التحصيل :** الإجراء الذي يتم بموجبه اثبات نشوء الدين، وهي عملية محاسبية يقوم بها المحاسب العمومي، وعليه قبل التكفل بسندات التحصيل أن يتأكد من الأمر بالصرف مرخص له ذلك، ويقوم المحاسب العمومي بمراقبة صحة إلغاء السندات، الإيرادات والتسويات وكذا عناصر الخصم التي تتوفر عليها³.

ثانياً : بالنسبة لصرف النفقات : يتم الصرف عن طريق أربع عمليات أساسية وهي على التوالي:

1. **الالتزام :** وهو اثبات نشوء الدين، وينقسم إلى الالتزام القانوني والالتزام المحاسبي، فالالتزام القانوني هو أن ينشأ التزام عن عمل إداري صادر من رئيس المجلس الشعبي البلدي أو أحد مفوضيه، كما قد ينشأ عن عمل غير إداري⁴. أما الالتزام المحاسبي فهو عملية تخصيص الاعتمادات المالية الكافية من أجل التكفل بالالتزام القانوني، ولا يمكن تجاوز الاعتمادات المالية المرصودة بالميزانية.

2. **التصفية :** التحقيق على أساس الوثائق الحسابية وتحديد المبلغ الصحيح للنفقات العمومية .
3. **الأمر بالصرف أو تحرير الحوالات :** الإجراء الذي يأمر بموجبه دفع النفقات العمومية.
4. **الدفع :** الإجراء الذي يتم بموجبه ابراء الدين العمومية، وعلى المحاسب العمومي قبل صرف النفقة أن يتأكد ويتحقق من مجموعة من العناصر والبيانات والتي تضمنتها المادة 36 من القانون 21/90 المتعلق بالمحاسبة العمومية والمتمثلة فيما يلي:
 - أ- مطابقة العملية للقوانين والأنظمة المعمول بها،
 - ب- شرعية عملية تصفية النفقة،
 - ج- توفر الاعتمادات،

¹ - المادة 205 من القانون 10/11 المتعلق بالبلدية.

² - المادتين 203 و 207 من القانون 10/11 المتعلق بالبلدية.

³ - المادة 35 من القانون 21/90 المتعلق بالمحاسبة العمومية.

⁴ - بن مالك مُجَد، المرجع السابق، ص 163.

- د- أن الديون لم تسقط أجلها أو أنها محل معارضة
ه- الطابع الإبرائي للدفع،
و- تأشيرات عمليات المراقبة التي نصت عليها القوانين والتنظيمات المعمول بها،
ز- الصحة القانونية للمكسب الإبرائي.

الفرع الثاني : تدخل السلطة الوصية في عملية تنفيذ ميزانية البلدية

لا يتوقف دور الوالي الرقابي في عملية التصويت ، وإنما يتعداه إلى مرحلة تنفيذ ميزانية البلدية، وذلك ما أقرته المادة 184 من القانون 10/11 المتعلق بالبلدية، حيث أن الوالي يتدخل باتخاذ الإجراءات التصحيحية والضرورية، وذلك في حالة حدوث عجز أثناء تنفيذ ميزانية البلدية، ولم يتخذ المجلس الشعبي البلدي جميع التدابير اللازمة لامتناعه وضمان توازن الميزانية الإضافية، فالوالي يحل محل المجلس الشعبي البلدي ويأذن بامتصاص العجز على سنتين ماليتين أو أكثر.

كما يتدخل الوالي في تنفيذ ميزانية البلدية، وذلك بمناسبة امتناع رئيس المجلس الشعبي البلدي عن اتخاذ قرارات فرض عليه القانون والتنظيمات إصدارها¹، وعليه فإن جميع القرارات الواجب على رئيس المجلس الشعبي البلدي اتخاذها باعتباره أمر بالصرف، تدخل ضمن أحكام هذه المادة باعتبار أن المشرع الجزائري لم يدرج أنواع القرارات لا على سبيل الحصر ولا على سبيل المثال، إلا أنه وبالرجوع إلى نص المادة 203 من القانون 10/11 المتعلق بالبلدية، فقد منح المشرع الوالي سلطة حلول الوالي محل رئيس المجلس الشعبي البلدي وذلك في حالة ما إذا رفض هذا الأخير القيام بإعداد حوالة قصد تغطية نفقة إجبارية أو إصدار سند تحصيل، وذلك عن طريق قرار، ولم تشر المادة إلى أسباب رفض رئيس المجلس الشعبي البلدي إصدار هذه السندات، كما لم تمنح المادة لرئيس المجلس الشعبي البلدي آجال لاستدراك الوضع، وهو ما يجعلها آلية جد خطيرة في يد السلطة الوصية، كما تعتبر خرقاً لمبدأ استقلالية البلدية باعتبارها تعكس رغبة الشعب وإرادته.

خاتمة :

ما يمكن استخلاصه مما سبق أن البلدية لبنة من لبنات التنظيم الإداري الجزائري، وتمثل إحدى هيئات اللامركزية الإدارية، التي تتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي، مما يجعلها تركز مبادئ الديمقراطية المحلية، التي تستند على أساس الاستقلال الوظيفي والهيكلي والعمل بداءة وبكل حرية عن السلطة المركزية، حيث يجب أن ينعكس هذا الاستقلال على ماليتها المحلية، خاصة فيما يتعلق بالمراحل التي تمر بها ميزانية البلدية بداية من تحضيرها من طرف الأمين العام للبلدية تحت إشراف رئيسها، ثم المصادقة والتصويت عليها من طرف هيئة المداولة، وصولاً إلى تنفيذها، إلا أن ميزانية البلدية وعبر مختلف محطاتها تبقى مرتبطة بالسلطة الوصية، هذه الأخيرة التي ترسم لها حدود لا يمكن تجاوزها، كما خول القانون السلطة الوصية عدة آليات للرقابة، كان بالإمكان ترك المجال للمجلس الشعبي البلدي باعتباره هيئة منتخبة من طرف الشعب لفرض رقابته على ميزانية البلدية، أو عن طريق استحداث مؤسسات وهيئات مالية تتسم بالاستقلال والاختصاص في المجال المالي والتخطيط لفرض رقابتها.

قائمة المراجع

¹ - المادة 101 من القانون 10/11 المتعلق بالبلدية.

أولا : الكتب

1. بكر قباني، الرقابة الإدارية، دار النهضة العربية، 1985.
 2. حمدي قبيلات، ماهية القانون الإداري (التنظيم الإداري- النشاط الإداري)، الطبعة الأولى، الأردن، 2008.
 3. ديندي يحيي، المالية العامة، دار الخلدونية، طبعة 2010.
 4. عبد الوهاب بن بوضياف، معالم لتسيير شؤون البلدية، دار الهدى عين مليلة، 2014، الجزائر.
 5. علاء الدين عشي، مدخل القانون الإداري، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر.
 6. عمار بوضياف، الوجيز في القانون الإداري، دار ربحانة، الجزائر.
 7. مولود ديدان، أبحاث في الإصلاح المالي، دار بلقيس، الجزائر، 2010.
8. Jean RIVERO et Jean WALINE, Droit Administratif, 18^{édition}, Dalloz , 2000, Paris.

الرسائل الجامعية

1. بن مالك محمد، النظام المالي للبلديات الجزائرية، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه دولة، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، السنة الجامعية 2011-2012.
2. القادر موفق، الرقابة المالية على البلدية في الجزائر -دراسة تحليلية ونقدية، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه علوم في علوم التسيير، جامعة الحاج لخضر باتنة، السنة الجامعية 2014-2015.

القوانين والتنظيمات

1. القانون 90-21 المتعلق بالمحاسبة العمومية، المؤرخ في 15 غشت 1990، ج ر ع : 35 المؤرخة في 15 غشت 1990.
2. القانون رقم 10/11 المتضمن قانون البلدية، المؤرخ في 22 يونيو سنة 2011، ج ر ع : 37 المؤرخة في 03/07/2011.
3. المرسوم التنفيذي رقم 215/94 الذي يحدد أجهزة الإدارة العامة في الولاية وهياكلها، المؤرخ في 23 يوليو 1994، ج ر ع : 48 المؤرخة في 23 يوليو 1994.
4. المرسوم التنفيذي رقم 105/13، المتعلق بالنظام الداخلي النموذجي للمجلس الشعبي البلدي، المؤرخ في 17 مارس 2013، ج ر ع : 05 المؤرخة في 17 مارس 2013.
5. المرسوم التنفيذي رقم 320/16 المتضمن الأحكام الخاصة المطبقة على الأمين العام للبلدية، المؤرخ في 13 ديسمبر سنة 2016، ج ر ع : 73 المؤرخة في 15 ديسمبر 2016.
6. قرار وزاري مشترك مؤرخ في 26 ديسمبر سنة 2017، يحدد نسبة مساهمة البلديات في صندوق الضمان للجماعات المحلية، ج ر ع : 09 المؤرخة في 11 فبراير 2018.
7. التعليم الوزارية الصادرة عن وزارة الداخلية والجماعات المحلية والتهيئة العمرانية رقم 978 المؤرخة في 28 سبتمبر 2017، والتي تحدد كفاءات إعداد وتمويل الميزانية الأولية للبلديات بعنوان السنة المالية 2018، غير منشورة.
8. التعليم الوزارية المشتركة بين الوزير المكلف بالداخلية والجماعات المحلية و وزير المالية، رقم 05 المؤرخة في 30 ماي 2017، المتعلقة بكفاءات منح الإعانات التي تفوق 3% من الإيرادات الجبائية للبلدية لفائدة الجمعيات، غير منشورة.
9. التعليم الوزارية الصادرة عن وزارة الداخلية والجماعات المحلية والتهيئة العمرانية، رقم 425 المؤرخة في 06 أبريل 2017، المتعلقة بكفاءات إعداد الميزانية الإضافية للبلديات لسنة 2017، غير منشورة.

دوريات :

1. وجيز مراقبة النفقات الإلزامية، وثيقة صادرة عن وزارة المالية (المديرية العامة للميزانية)، المؤرخة في ديسمبر 2007

مدى مساهمة قواعد التهيئة و التعمير في تحقيق الأمن البيئي

زدون مجد

باحث في صف الدكتوراه

تخصص القانون العام

أستاذ مؤقت بجامعة أبو بكر بلقايد تلمسان

mohamedzeddoundaroit@gmail.com

الملخص :

علاقة التهيئة و التعمير بالأمن البيئي هي علاقة مركبة متشابكة إذا أن لعمليات التهيئة و التعمير تأثير حقيقي على الأمن البيئي إما إيجابيا أو سلبيا خاصة أنهما تعد احد أهدافه و خلصنا في هذا البحث إلى إن التشريع العمراني في الجزائر يعد وسيلة فعالة لتحقيق الأمن البيئي إلا انه في الواقع مغيب تماما إذ باتت الآليات التي نص عليها مجرد شكليات سواء بالنسبة للمواطن أو الإدارة المعنية وذلك بسبب عدم وعي المواطن بقيمة الشهادات و الرخصة العمرانية و في نفس الوقت ضعف الرقابة من الهيئة المعنية وعليه نقول أن الأمن البيئي في الجزائر محمي نظريا و غائبا واقعا

الكلمات المفتاحية: الأمن البيئي، التنمية المستدامة، التنمية العمرانية المستدامة، التهيئة و التعمير.

Summary :

The relationship of design and reconstruction to environmental security is a complex and complex relationship if the processes of urbanization and development have a real impact on environmental security either positively or negatively, especially as it is one of its objectives and we concluded in this research that the urban legislation in Algeria is an effective way to achieve environmental security, The reality is completely absent, as the mechanisms that have been stipulated are merely formalities, both for the citizen and the administration concerned, because of the citizen's lack of awareness of the value of the certificates and the building permit, while at the same time the control is weak.

key words: Environmental security, sustainable development, sustainable urban development, development and reconstruction

مقدمة:

إن الوسط الذي يعيش فيه الإنسان يتطلب حماية دائمة مستمرة من الأخطار التي تهدده، سواء كانت أخطار طبيعية أو بفعل البشر، و هذا ما يسعى إلى تحقيقه الأمن البيئي .

ولقد عرفت الجزائر في الآونة الأخيرة ثورة كبيرة في المجال العمراني فاق قدرات الدولة فيما يخص عملية التحكم فيه رغم الترسانة القانونية الهائلة التي تخص عملية البناء ، وعليه كان لهذا التوسع العمراني انعكاسات سلبية على البيئة التي تعد المتضرر الأول ، رغم أن المشرع لم يغفل هذا الجانب بسنه قوانين تخص حماية البيئة

ولاعتبار أن أثر العمران على البيئة أثر كبير ، و الجزائر تعيش في هذه المرحلة ما أبيت إلا أن أتطرق لهذا الموضوع من زاوية دور قواعد التهيئة و التعمير في تحقيق الأمن البيئي ، نظرا لما يكسبه هذا الموضوع من أهمية الارتباط بعدة مجالات ، كيف لا وإما يكون تأثير سلبى أو إيجابى على البيئة و المساس بالبيئة هي المساس بالاقتصاد و المساس بالسياسة و المساس بالأمن الاجتماعي

و الثقافي ، إذن مجرد معيشة الإنسان حياة سليمة في جو حضاري في مجتمع ما يسبب درجات متفاوتة من التأثيرات على البيئة تتناسب ودرجة التقدم الحضاري و العمراني في ذلك المجتمع .

ويعود سبب إختياري لهذا الموضوع إلى أنه موضوع الساعة الذي لم يلقى لحد الآن حلولاً ناجعة للتحكم في التوسع العمراني بشكل يتماشى و حماية البيئة .

وكذلك النتائج الكارثية المنبثقة عن هذا التوسع على جميع الأصعدة سواء الآن أو في المستقبل ، و كذلك رغبة مني في محاولة البحث عن تشخيص حقيقي لسبب إنتشار هذه الظاهرة التي أهدرت البيئة في جميع ربوع الوطن .

وتتجسد أهداف هذا البحث في تقديم صورة حقيقية عن واقع البناء و التعمير في الجزائر و الآثار السلبية التي تولدت عنه من مساس خطير بالمجال الحيوي الذي نعيش فيه ، و ضرورة البحث عن أنجع الوسائل قصد التصدي و الوقوف في الحد من التعدي على البيئة .

و تمحورت إشكالية البحث حول مدى فاعلية أدوات التهيئة و التعمير في تحقيق الأمن البيئي؟ أو نقول ما دور أدوات التهيئة و التعمير في تحقيق الأمن البيئي؟ أو نقول هل أن أدوات التهيئة و التعمير تضمن حقيقة تحقيق الأمن البيئي؟

اعتمدنا في دراستنا هذه على المنهج الوصفي و ذلك بإعطاء وصف شامل للمفاهيم الخاصة بهذا البحث ، و إستعنا بالمنهج التحليلي عند معالجة مدى إهتمام النصوص الخاصة بالتهيئة و التعمير في الالتزام بالمحافظة على البيئة ، أما المنهج التاريخي فتجسد الرجوع إليه، أثناء التطرق إلى المراحل التاريخية التي بدا فيها الاهتمام بالبيئة كعنصر فعال في تحقيق التنمية المستدامة .

وقصد إعطاء هذا البحث حقه من الدراسة،قسمته إلى مبحثين فتناولت ماهية الأمن البيئي و التنمية العمرانية المستدامة (المبحث الأول) وكان بمثابة عرض نظري لما يخص موضوع البحث ، أما الجانب العملي و الإجرائي فخصصته لدور قواعد التهيئة و التعمير في تحقيق الأمن البيئي (المبحث الثاني).

المبحث الأول : ماهية الأمن البيئي و التنمية المستدامة

لقد أدى التطور الذي وصل إليه العالم إلى إفراز عديد المعطيات الجديدة لم تكن تؤخذ في الحسبان في الماضي ، على غرار مفهوم الأمن الذي ساير هو الآخر تطور مناحي الحياة المختلفة ، إذ كان يقتصر الأمن في الماضي على الحفاظ على سلامة الشخص في بدنه و ماله فقط ، لكن بعده ظهر ما يعرف بالأمن الإنساني الأمن الغذائي الأمن المائي الأمن البيئي و،،،، الخ ، وهذا الأخير هو ما سنتناوله في هذا المبحث من خلال توضيح ماهية الأمن البيئي (المطلب الأول) و ماهية التنمية المستدامة (المطلب الثاني)

المطلب الأول : ماهية الأمن البيئي

إذا كان الأمن البيئي يضمن لنا المحافظة على عناصر المحيط الحيوي من التلوث و تأمين احتياجاتنا ، ما يمكننا من تنفيذ الخطط التنموية على أحسن وجه، فما هو إذن الأمن البيئي (الفرع الأول) و ماهي الفروع التي يشتملها (الفرع الثاني)

الفرع الأول : مفهوم الأمن البيئي

الأمن البيئي يضم مفردتين ما يحتم علينا أن نعطي لكل واحد منهما تعريفا خاصا به ، و هذا ما يمكننا في الأخير من تقديم تعريف دقيق و شامل للأمن البيئي ، و عليه سوف نعرف الأمن أولا و ثانيا نعرف البيئة و في الأخير نعطي تعريفا جامعاً لهما

1- تعريف الأمن :

الأمن لغة يعني الأمان و الأمانة بمعنى أمنت فأنا أمن و أمنت غيري من الأمان و الأمان و الأمن ضد الخوف هكذا ورد عند الصحاح ، و جاء على لسان العرب أن الأمن هو نقيض الخوف ، أمن فلان يأمن أمانا و أمانا فهو أمين و في القرآن الكريم " و أمنهم من الخوف " (1).

أما إصطلاحا بالمعنى التقليدي فالأمن هو أمن الأراضي من العدوان الخارجي أو حماية المصالح القومية في السياسة الخارجية ، و بذلك فهو أمن مرتبط بالدول أكثر من ارتباطه بالإنسان (2)

و التعريف الحديث للأمن هو الأمن الذي يخص الإنسان لا أمن الدولة فقط ، حيث يتضمن تلبية حاجات المواطن و يمنع ضده التعسف و القهر و التسلط ، يعني أمن كل الفواعل أمن الإنسان أمن المجتمع أمن الدولة أمن العالم ، فهو أمن يضم أربعة أركان: التحرر من الخوف التحرر من الحاجة التحرر من أثار المخاطر و حرية العيش بكرامة (3).

2- تعريف البيئة : كغيره من المصطلحات فمصطلح البيئة هو الآخر يصعب تعريفه تعريفا شاملا جامعاً ، و هذا لإرتباطه بعدة عوامل تدخل في تكوينه و سنقدم له تعريفا لغويا ثم تعريفا اصطلاحيا

أ-تعريف البيئة لغة:

ورد في معجم لسان العرب المحيط أن البيئة إسم مشتق من الفعل باء و أي اتخذ منزلا و أقام فيه ، و البيئة أيضا من المائة أي المنزل كما قد تعني الحالة مثلا يقال باء بيئة سوء أي حالة سوء (4).

من هذا المعنى يتبين لنا أن البيئة تأخذ معنى المنزل ، و هذا من حيث الوظيفة التي تؤديها و هي احتضانها لجميع الكائنات الموجودة بها .

أما إصطلاحا فقد وردت حولها عدة تعاريف من ذلك تعريف أحمد عبد الكريم سلامة (1) الذي قال بأنها هي كل ما يتعلق بحياة الإنسان من تكاثر و وراثته و علاقته بالحيوان و النبات من جهة ، و ما تشتمل عليه من موارد طبيعية من مياه و نبات و حيوان و تربة من جهة أخرى .

¹-أمنية دير، أثر التهديدات البيئية على واقع الأمن الإنساني في إفريقيا "دراسة حالة دول القرن الإفريقي"مذكرة ماجستير في العلوم السياسية ، جامعة بسكرة، 2013-2014 ، ص 10 و ما بعدها

²-تقرير برامج الأمم المتحدة للتنمية البشرية "الإنسان و التنمية البشرية" نيويورك ك 1994 ص 22

³-جعفري مفيد ،البيئة و الأمن ،مذكرة ماجستير في القانون ،جامعة سطيف 2 2013_2014 ص 14

⁴معجم لسان العرب، المحيط لابن منظور، دار المعارف، الجزء الرابع، مصر، بدون تاريخ

وعرف الدكتور سمير محمود قطب⁽²⁾ البيئة على أنها ذلك الإطار الذي يجمع العناصر الطبيعية و البيولوجية و الحضارية والتاريخية ، حيث يعيش الإنسان كائنا بشريا مع الكائنات الأخرى من نبات و حيوان وجماد في كيان طبيعي ومتناسق يسوده التجانس و عدم التنافر و الصحة العضوية و النفسية ، و البقاء لكل عنصر من عناصر هذه البيئة ، و هذا هو التوازن الذي خلقه الله عز و جل .

ومنه فالبيئة من التي تمد الإنسان و الكائنات الحية بالموارد و العناصر المادية اللازمة لإستمرار حياتهم ، خاصة ما تعلق بالهواء و الماء و الطاقة و الملابس و السكن ، و بذلك فهي من ترسم ثقافتنا و أنماط حياتنا و طرق تعليمنا و تربيتنا و أنماط عملنا و حدود مستوطناتنا البشرية .

3- تعريف الأمن البيئي : ظهر حديثا في الو.م.أ، و هذا كنتيجة حتمية للأثار السلبية التي نتجت عن التطور الصناعي و ما أفرزه من تعقيدات على البيئة ، و عليه بات ضروري البحث عن حلول سريعة ،انبثق عنها خلق ما يعرف بالأمن البيئي ، و قد أشار البرنامج الإنمائي للأمم المتحدة إشارة مختصرة في التقرير السنوي حول التطور الإنساني عام 1994⁽³⁾ إلى أن مشاكل البيئة التي تواجهها الأقطار هي مزيج من التدهور المحلي و العالمي ، و أكد على أنه من الصعب المحافضة على الأمن الدولي دون تحقيق الأمن البيئي .

الأمن البيئي هو مجموعة أو جملة من السلوكيات الايجابية التي لا تؤدي إلى حدوث تأثيرات سلبية في البيئة ، يمكن أن تسبب في تلوثها أو تدهورها أو تخريب بعض مكوناتها ، مما يؤدي بالنتيجة إلى اختلال في النظام البيئي المحلي أو الإقليمي أو العالمي⁽⁴⁾ .

الأمن البيئي يعني الحماية و الوقاية للحفاظ على الموارد الطبيعية المحلية من خلال توظيف سلوك الأفراد و المجتمعات⁽⁵⁾ .

فالأمن البيئي يتطلب إذن تظاهر جهود الجميع ، الدول و الأفراد بغية تحقيق الرفاهية و التقدم الاجتماعي ، و حماية المواطن من المخاطر المحدقة به ، و ذلك بالإستثمار الأمثل للموارد الطبيعية البيئية.

الفرع الثاني: فروع الأمن البيئي

نظرا لخطورة الأمن البيئي كقضية حديثة ،فقد إهتمت بها مجموعة من الدراسات خاصة و أن الأمن البيئي متشعب المجالات إذ أنه يمس جميع العناصر الحيوية التي تضمن تحقيق التوازن البيئي ،وما يميز هذه المكونات هي تلك الصلة الوثيقة الموجودة بينهم . فاختلال عنصر حتما يؤدي إلى إختلال العناصر الأخرى سواء بصفة مباشرة أو غير مباشرة ، وما دام أن الأمن البيئي هدفه هو الحفاظ على جميع المكونات البيئية فانبثق عنه مجموعة فروع هي كالتالي:

¹ احمد عبد الكريم سلامة، قانون حماية البيئة، دار النهضة العربية، مصر، 2002 ص 67

² محمود قطب ، دور الشرطة في تقويم السلوك الإنساني نحو مقاومة التلوث البيئي ، مركز الإعلام الأمني ، ص 01 لتفصيل أكثر حول تعريف البيئة ،انظر خنتاش عبد الحق ،مذكرة ماجستير تخصص تحولات الدولة جامعة و رقلة 2010_2011 ، ص 07 و ما بعدها .

³ البرنامج الإنمائي للأمم المتحدة ، التقرير السنوي حول التطور الإنساني 1994، ص 28

⁴ ناهد ناصر داود فلمبان ،تحقيق الأمن البيئي ، شبكة الألوكة ، ص 13

⁵ إبراهيم محمد التوم إبراهيم و احمد حمد إبراهيم الفايق ، أبعاد مفهوم الأمن البيئي و مستوياته في الدراسات البيئية ص 06

- 1- **الأمن البيئي الغذائي**: يعرف الأمن البيئي الغذائي بأنه هو أن تكون لدى جميع الأطراف و في جميع الأوقات إمكانية الحصول من ناحية المدنية الاقتصادية والاجتماعية على الغذاء الكافي والمأمون والمغذي يغطي إحتياجاتهم الغذائية كي يمارسوا حياة موفورة بالنشاط و الصحة .
- غذاء الأفراد مصدره البيئة وعليه فالأمن الغذائي لا يتحقق بدون حماية البيئة ، ومنه فالأمن البيئي الغذائي هو ضمان الحفاظ على البيئة التي نؤمن منها غذائنا .
- 2- **الأمن البيئي الهوائي**: هو إمكانية حصول جميع الأفراد على هواء نقي خال من الغازات و الأذخنة و جميع الملوثات الهوائية و ذلك باستغلال الطاقات النظيفة في العملية الصناعية .
- 3- **الأمن البيئي المائي**: عرف المنتدى العالمي الثاني للمياه عام 2000 و المنعقد بهولندا تحت شعار الأمن المائي في القرن الحادي و العشرين فإن الأمن المائي من مستوى المنزل إلى المستوى العالمي ، يعني أن يكون لكل شخص إمكانية الحصول على ما يكفي من المياه بتكلفة يستطيع تحملها لعيش حياة نظيفة و صحية مع ضمان التأكيد على أن البيئة الطبيعية محمية و معززة.
- من خلال هذا التعريف نلاحظ أن حصول الفرد على النسبة العادية من كمية الماء لا يدل على تحقيق الأمن البيئي لا بد أن يكون هذا الماء ذا نوعية جيدة صحية و هذا مرتبط بالبيئة التي يؤخذ منها الماء وعليه فإن الأمن البيئي المائي هو إمكانية حصول جميع الأفراد على كمية الماء الكافية و ذات نوعية جيدة .
- 4- **الأمن البيئي الصحي**: يقصد به الطريقة المتبعة في حماية أفراد المجتمع من جميع المخاطر الصحية المحدقة بهم ،وذلك قصد توفير لهم حياة صحية آمنة و مستقرة.
- وهذا لا يتحقق إلا بضمان هواء نقي و مياه عذبة و غذاء غني متنوع و مسكن ملائم و حماية من الأمراض و بذلك تصبح البيئة عنصر الفصل في تحقيق الأمن الصحي وبضمان هذه الأشياء نكون قد حققنا الأمن البيئي الصحي.
- 5- **الأمن البيئي الاقتصادي** : الأمن الاقتصادي هو إتباع الطرق والوسائل قصد ضمان تامين الاقتصاد الوطني من التأثيرات السلبية الناتجة عن مخاطر العولمة الاقتصادية ، لإعتبرات أن إقتصاديات الدول متداخلة فيما بينها ، فأى خلل في إحداها ينعكس سلبا على الأخرى.
- وإذا كان الأمن الإقتصادي يعني ضمان الحد الأدنى من إحتياجات الفرد المادية فهذا يعني أن عدم تحقيقه يؤثر على البيئة مباشرة ،وذلك بسبب لجوء هؤلاء إلى سلوكات مدمرة للبيئة نتيجة الاستغلال العشوائي لمواردها قصد البحث عن تلبية حاجياتهم .
- ومنه فالأمن البيئي الاقتصادي هو ضمان حسن استغلال الموارد البيئية بما يتناسب و إحتياجات الأفراد و ليس تلبية إحتياجات الأفراد على حساب سلامة الموارد البيئية .
- 6- **الأمن البيئي المجتمعي**: الأمن المجتمعي هو ضمان توفير الأمن للفرد و المجتمع من التهديدات المختلفة المحدقة به و يتجلى في استقرار النظام السياسي و مشاركة المواطن في ديناميات هذا النظام وانفتاحه على التطور

فالأمن المجتمعي يوحي لنا بالارتباط القائم بين الفرد و البيئة الاجتماعية التي يعيش فيها ، إذ يقتضي ضرورة المحافظة على العلاقات الاجتماعية بين أفراد المجتمع ، و تحصينها من مختلف أشكال العنف ، هذا العنف الذي يؤدي حتما إلى المساس بالبيئة و التأثير فيها ،ومنه نقول أن الأمن البيئي المجتمعي يقي ضمان استقرار و أمن أفراد المجتمع في البيئة التي يعيشون فيها بعيدا عن الصراعات و النزاعات ،و إلا تعرضت بيئة هذا المجتمع إلى الدمار ، ما ينعكس سلبا على تحقيق الأمن البيئي المجتمعي

7-الأمن البيئي التثقيفي: هو العمل على حماية الهوية القومية التي تشمل اللغة و الدين و العادات و التقاليد الوطنية من الغزو الثقافي الأجنبي ،و يأخذ هذا المفهوم بعد دولي يتجلى دوره في تامين الحوار الثقافي و الحضاري ، بين مختلف الحضارات و توفير التعايش فيما بينها على قاعدة حق الاختلاف و المساواة⁽¹⁾.

تتحكم في التوازن البيئي عدة عوامل،من ذلك العامل الثقافي الذي يختلف باختلاف البيئة التي يقيم عليها أفراد المجتمع ، و بذلك فتقافة الفرد تبنى بحسب بيئته ، فالبيئة السليمة تعكس رفعة ثقافة المجتمع ، و بالنتيجة نتوصل إلى الأمن البيئي التثقيفي.

إن هذه الفروع تدل دلالة قاطعة على مدى الارتباط القوي فيما بينها ، و هذا من خلال عملية التأثير و التأثير ،اذ أن عدم تحقيق أحد الفروع لأهدافه ينعكس سلبا على الفروع الأخرى ، فمثلا وجود خلل في الأمن البيئي الغذائي يكون سببه إما خلل في الأمن البيئي الهوائي أو المائي أو الصحي أو الاقتصادي أو المجتمعي أو التثقيفي .

بعد إعطاء لمحة موجزة عن هذه الفروع ، نقدم الآن جدولاً عن هذه الفروع نبين فيه قابلية التعرض للخطر في حالة انعدام آليات تحقيقه

الجدول خاص بفروع الأمن البيئي و قابلية الخطر في حالة انعدامه (1)

العدد	فروع الأمن البيئي	قابلية التعرض للخطر	آليات تحقيقه
1	الأمن البيئي الغذائي	المجاعات و الفجوات الغذائية	ضبط اقتصاديات البيئة
2	الأمن البيئي الهوائي	التلوث الهوائي و الأوبئة	ضبط جودة الصناعة
3	الأمن البيئي المائي	العجز المائي و الندرة المائية	ضبط استغلال ترشيد المياه
4	الأمن البيئي الصحي	الأمراض و الأوبئة الفتاكة	ضبط معايير الصحة المجتمعية
5	الأمن البيئي الاقتصادي	تدني مستوى المعيشة	ضبط النشاط الاقتصادي
6	الأمن البيئي المجتمعي	عدم الاستقرار و الحراك السكاني	توفير آليات مستوى المعيشة
7	الأمن البيئي التثقيفي	التخلف و الجهل و المرض	التوعية و التربية البيئية

¹ منظمة التغذية و الزراعة،إعلان روما بشأن الأمن ألدغائي العالمي ، مؤتمر القمة العالمي للأغذية 1996،روما
 اقر هذا المؤتمر على أن الأمن الغذائي لا يقتصر على رصد كمية الغذاء التي يتلقاها الفرد او عدد السعرات الحرارية ، بل يشمل أيضا نوعية الغذاء المتوفرة ، انظر العقيد الركن الياس أبو جودة ،مفهوم الأمن البشري في ظل التهديدات العالمية الجديدة ، مجلة الخيش اللبناني ، العدد74 ، 2010، ص 12

من خلال هذا الجدول يتضح لنا مدى الارتباط القوي بين جميع فروع الأمن ، و يعتبر الأمن البيئي الحلقة الأساسية التي تقوم عليها الفروع الأخرى إذ أنه هو من يوفر الماديات اللازمة لتسيير نظامها ، و الأمن البيئي هو من يضمن الاستغلال الأمثل للموارد الطبيعية .

إذن الأمن البيئي له ارتباط قوي مع عدة عناصر في الحياة ، حيث يعتبر احد مركبات الأمن الإنساني الذي يشار إليه الأمن الحيوي الذي يشمل الأمن البيئي ، و له ثلاثة مستويات ، الفردي و الوطني و العالمي⁽¹⁾.

إن ما خلصنا إليه من خلال هذا المطلب هو أن الأمن البيئي هدفه تحقيق التنمية المستدامة ، و هذا ما سنتناوله في هذا المطلب.

المطلب الثاني : ماهية التنمية المستدامة :

كان لمشكلة التدهور البيئي دور حاسم في البحث عن منهج تنموي يراعي سلامة البيئة ، و هذا أفرز ظهور مصطلح جديد يعرف بالتنمية المستدامة التي أخذت على عاتقها ضرورة الحفاظ على البيئة كأولوية في البرامج التنموية و عليه فهذه التنمية تشترط حسن استخدام الموارد الطبيعية بالحفاظ عليها و ترشيد استخدامها قصد ضمان استدامتها خاصة الموارد غير المتجددة ، و تعد مجال استخدام مصطلح التنمية المستدامة إلى الجانب العمراني ، و عليه سوف نتناول التنمية المستدامة لوحدها (الفرع الأول) تم التنمية العمرانية المستدامة (الفرع الثاني)

الفرع الأول : مفهوم التنمية المستدامة

عرفت التنمية المستدامة في قمة بروتلاد عام 1987⁽²⁾، بأنها هي تلبية احتياجات الحاضر دون الإخلال بقدرات الأجيال القادمة على تلبية احتياجاتها ، أو هي تنمية قابلة للاستمرار ، و هي عملية التفاعل بين ثلاث أنظمة نظام بيئي و نظام اقتصادي و نظام اجتماعي، و يعود تاريخ ظهور التنمية المستدامة إلى (تورغو) سنة 1750 حيث أعتبر أن البيئة هي استدامة من الناحية البيئية ، مقبولة من الناحية الاقتصادية ، و عادلة من الناحية الاجتماعية ، و هذا رغم ضالة الضغوط عليها أذناك ، عكس اليوم أين كترت الضغوط نتيجة تطويل النشاطات البشرية على البيئة و البنية الاجتماعية.

و جاء في إعلان الحق في التنمية سنة (1989) على أن التنمية هي عملية اقتصادية و اجتماعية و ثقافية و سياسية شاملة تستهدف التحسين المستمر لرفاهية السكان بأسرهم و الأفراد جميعهم على أساس مشاركتهم، النشطة و الحرة و الهادفة، في التنمية، و في التوزيع العادل للفوائد الناجمة عنها⁽³⁾

و عرفت التنمية المستدامة في قمة بروتلاد في عام 1987⁽⁴⁾ بأنها هي تلبية احتياجات الحاضر دون الإخلال بقدرات الأجيال القادمة على تلبية احتياجاتها و تتمثل أهداف التنمية المستدامة حسب هذه اللجنة فيما يلي :⁽¹⁾

¹ - د-طه بن عثمان الفراء ، من الموارد المائية في دول الخليج الفربية : الواقع و المستقبل ، جريدة المستقبل الخميس 15 يناير 2015

² العقيد الركن الياس أبو جودة، مفهوم الأمن البشري في ظل التهديدات العالمية الجديدة، المرجع السابق، ص 13

³ للاطلاع على أثر التهديدات البيئية على الأمن الصحي، أنظر أمينة دير، أثر التهديدات البيئية على واقع الأمن الإنساني في إفريقيا-دراسة الحالة-دول

القرن الإفريقي —مذكرة ماجستير في العلوم السياسية، جامعة بسكرة، 2013-2014، ص 74 ومابعدها

⁴ العقيد الركن الياس أبو جودة، مرجع سابق، ص 13

-الرفع من النمو مع تغيير نوعيته

-الاستجابة للاحتياجات الأساسية: فرص العمل، الغذاء، الطاقة، المياه، الصرف الصحي

-تحقيق استدامة في عدد السكان

-حماية و ترشيد قاعدة الموارد

-تحسين استعمال التكنولوجيا و إدارة المخاطر

-اعتماد البيئة و الاقتصاد في صنع القرار

-و عرفها الأستاذ ميشال بريو : بأنها تعبير عن تنمية استهلاك الموارد الطبيعية ، إلى درجة تصبح فيها غير قادر على التجديد في المدى البعيد ، بل يجب ضمان توفرها لعدم الإضرار لا بالأجيال المقبلة ، و لا بالموارد العامة المشتركة ، على غرار الماء، الهواء ، التربة ،التنوع البيولوجي⁽²⁾

2-خصائص التنمية المستدامة :

وردت خصائص التنمية المستدامة في تقرير لجنة برونتل، و مبادئ إعلان ريو 1992 و هي كالتالي⁽³⁾ :

- ربط التنمية المستدامة بالعناية بالإنسان

-إنصاف الأجيال في الحقوق، أي أن سيشغل كل جيل احتياجاته فقط دون التعدي على حقوق الأجيال الأخرى فيما يتعلق بجميع الموارد الطبيعية.

اعتماد مشاريع تنموية قائمة على البعد البيئي .

تسعى التنمية المستدامة إلى الحصول على هدفين ، و هما مراعاة في الجيل الحالي بضمان احتياجاته الاقتصادية ، و في نفس الوقت بعدم المساس بحق الأجيال المقبلة و معه حماية البيئة⁽⁴⁾.

هناك من استعمل مصطلح التنمية الإنسانية المستدامة ، و حصر مفهومها بضمان الحرص على ما يلي :

-تحقيق تنمية اقتصادية متوازنة

-استقطاب بنية عالية من العمالة ، و تحقيق التماسك الاجتماعي و تكامله

-الاهتمام بحماية البيئة و الاستخدام المسؤول للموارد الطبيعية

-تحقيق الشفافية و انفتاح النظام السياسي

¹ للاطلاع حول العلاقة بين الفقر والبيئة، أنظر، د، كسرى مسعود، طاهري الصديق، اثر الأمن البيئي في مكافحة الفقر وتحقيق التنمية المستدامة في الجزائر، مجمع مداخلات المنتدى الدولي حول تقييم سياسات الإقلال من الفقر في الدول العربية في ظل العولمة، جامعة الجزائر، 03، 08-09 ديسمبر 2014

² العقيد الركن الياس أبو جودة، مرجع سابق، ص13

³ - العقيد الركن الياس أبو جودة، مرجع سابق، ص13

⁴ إبراهيم مجد التوم إبراهيم و احمد حمد إبراهيم الفايق أبعاد مفهوم الأمن البيئي و مستوياته في الدراسات البيئية ص 08

-تعاون الدول لتحقيق التنمية المستدامة على المستوى العالمي (1)

هذا هو مفهوم التنمية المستدامة بشكل عام و الآن نستعرض مفهوم التنمية العمرانية المستدامة باعتباره لب هذا البحث في الفرع الموالي

الفرع الثاني: مفهوم التنمية العمرانية المستدامة

يعتبر مصطلح التنمية العمرانية المستدامة حديث النشأة ، حيث أشار إليه في مؤتمر ريودي جنيرو سنة 1992، و تمت ترجمته في الأجندة 21 التمهيديّة المحليّة حول العالم و كذا في مؤتمر الهابنات 2 ،المنعقد باسطنبول سنة 1996 ، الذي أوصى بالحق في أن يمتلك كل فرد مساحة مخصصة للسكن ، و تم إعطاء أمثلة لأفضل الممارسات في تطبيق التنمية العمرانية المستدامة في المدن حول العالم في مؤتمر 21 ايرلان (برين 2000) كما استعمل مؤتمر جوهانسبورغ 2002 مصطلح التنمية العمرانية المستدامة

لقد تأصل مفهوم التنمية المستدامة في مؤتمر قمة الأرض المنعقد بالبرازيل سنة1992 ، حيث دعى المؤتمر إلى صناعة خضراء و هندسة خضراء و عمارة خضراء و حتى ثقافة خضراء.

و بذلك نرى أن مفهوم التنمية المستدامة يشمل كل القطاعات التنموية ، من ذلك قطاع العمران ، هذا القطاع الحساس أصبح وثيق الصلة بالبيئة ، اذ لا يمكننا الفصل بينهما في أي عملية تنموية ، و في المؤتمر الأول العالمي عن القطاع العمراني و التنمية المستدامة عام 1994 قدم (شارلزكبيرت) من مركز العمران و البيئة بجامعة فلوريدا، دراسة ذكر فيها ستة قواعد للتنمية المستدامة و هي "الترشيد" إعادة الاستخدام ، الاعتماد على المصادر المتجددة أولا و منتم المصادر ذات المخلفات القابلة لإعادة التصنيع و التدوير ، حماية ما حولنا من نظم بيئية ، تجنب المواد الضارة صحيا ، و أخيرا الاهتمام بجودة البيئة التي توفرها هذه المنشأة العمرانية (2)

فالتنمية العمرانية المستدامة تضمن تحسين نوعية الحياة في المدينة من الناحية العمرانية زيادة على الناحية البيئية و الثقافية و السياسية و المؤسساتية و الاجتماعية و الاقتصادية ، و ذلك في حدود الموارد المتاحة مع عدم ترك أعباء للأجيال القادمة بسبب استنزاف الموارد الرئيسية (3).

فالتنمية العمرانية المستدامة تتضمن اتجاهين ، فيشمل الاتجاه الأول على الاهتمام بالأوضاع المعيشية في المدن بيئيا و اجتماعيا و اقتصاديا ، و ذلك بالقيام بدراسات تخص الفقر و تدهور البيئة الحضرية في المدن و الأقاليم ، نتيجة افتقارها للموارد الرئيسية كالأراضي و توفر المياه الصحية و غيرها ، كما تبحث في تلوث الهواء و النقص في المناطق المفتوحة و الخضراء ، سوء تسيير فيما يخص المخلفات الصلبة، تدهور حالة السكن ، مشكلات النقل ، الخدمات الاجتماعية على عكس الاتجاه الأول فالالاتجاه الثاني يبحث في كيفية العمل على جعل عملية التنمية للمد ذات مدى طويل ، و بذلك يصب اهتمامه بالإدارة و الموارد الطبيعية و تحسين قدرات التخطيط قصد ضمان استدامة مستقبلية للمناطق العمرانية

¹ نفس المرجع و الصفحة

² Herve Deville économie et politiques de l'environnement l'harmattan paris 2010.p 11

³ اعلان الحق في التنمية المعتمد بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة ، رقم 41/128 بتاريخ 12-04-1986

بعد طرح النظري لمفهوم التنمية العمرانية المستدامة تتساءل على الكيفية التي يمكن بها تحقيق التنمية العمرانية المستدامة ، ولقد صاغ (بورلمان) مجموعة مبادئ لتحقيق التنمية العمرانية المستدامة هي كالتالي (1)

لا يوجد بيئة عالمية علمية مستدامة من دون بيئة عمرانية مستدامة

-التخطيط العمراني الدائري أفضل من التخطيط الخطي ، و هو ضروري لاسترداد الموارد.

-لا يمكن أن تكون هناك حلول بيئية عمرانية من دون تخفيف الفقر العمراني.

-لا يمكن أن يكون هناك حل دائم للفقر و لتدهور البيئة دون مجتمع مدني قوي و استعمال جديد للأراضي.

-لا يمكن أن يكون هناك تحول عمراني من دون:

تغيير الأنظمة المحركة القديمة و قواعد العمل

-تشكيل شراكات تعاونية بين القطاعات المشتركة

- ربط المحلي بالعالمي من خلال شبكات اتصال مستقلة

- لا يمكن أن تكون هناك مدينة مستدامة في القرن 21 من دون عدالة اجتماعية و مشاركة سياسية ، و كذلك فعالية اقتصادية و إعادة إحياء بيئية.

المبحث الثاني : دور قواعد التهيئة و التعمير في تحقيق الأمن البيئي:

التهيئة و التعمير هي عملية إنجاز بنايات و مرافق عمومية مختلفة اقتصادية اجتماعية سياسية... الخ قصد تلبية حاجات الإنسان و هذه العملية تقوم على مجموعة من المراحل ، بداية من الأعداد إلى التنفيذ وهذا يدخل ضمن ما يعرف بالتخطيط حيث أنه يضم مجموعة من المختصين الذين يشرفون على صياغة خطط و برامج معينة قصد تجسيد مشاريع مستقبلية ، وما يهمنا هنا هو التخطيط البيئي و التخطيط العمراني .

فالتخطيط البيئي يختلف باختلاف الأمر الذي ينظمه و عليه فالمخطط البيئي هو كل مخطط يتناول عنصرا واحدا من هذه العناصر البيئية أو جميعها (2) والمرشع الجزائري اوجد عديد المخططات الخاصة بالبيئة من ذلك ما نص عليه القانون رقم 01_20 المتعلق بتهيئة الإقليم و تنميته المستدامة و القانون رقم 03_01 يتعلق بالتنمية المستدامة للسياحة (3)... الخ.

¹ مصباحي مقداد، دور قواعد التهيئة و التعمير في حماية البيئة مذكرة ماجستير في قانون البيئة ، جامعة سطيف ، 2015-2016، ص 46

² Michel prier droit de l'environnement ;t 4 éme Ed .Daloz 2001.p 65

³ للتفصيل حول هذه الخصائص انظر مصباحي مقداد ، المرجع السابق ، ص 48 و ما بعدها ، و للاستزادة حول مفهوم التنمية المستدامة انظر ريدة ديب ، سليمان مهنا ، التخطيط من اجل التنمية المستدامة ، مجلة جامعة دمشق للعلوم الهندسية ، المجلد 25 ، العدد الأول ، 2003 ص 01 و ما بعدها

أما التخطيط العمراني فهو دراسة منتظمة و متسلسلة للوصول إلى الهدف المنشود بأقل كلفة و أعلى مردود، وهو عملية متغيرة باستمرار مع تغير الزمن و ظروف البيئة ، وجد في أصله لوضع حلول للمشاكل المعاصرة ، و التي تعاني منها المدنية أو قد تحدث في المستقبل⁽¹⁾.

التخطيط العمراني هو أسلوب علمي يهدف إلى دراسة جميع أنواع الموارد و الإمكانيات المتوفرة في الدولة أو الإقليم المدينة أو القرية أو المؤسسة ، و تحديد كيفية استخدام هذه الموارد في تحقيق الأهداف و تحسين الأوضاع⁽²⁾.

و سنعالج في هذا المبحث كل من مخططات التهيئة و التعمير كوسائل لتحقيق الأمن البيئي (مطلب أول) ونفس الأمر بالنسبة لشهادات ورخص التعمير(مطلب ثاني).

المطلب الأول : دور مخططات التهيئة و التعمير في تحقيق الأمن البيئي

يتمثل دور هذه المخططات في العمل على إيجاد حلول تتماشى مع حاجيات السكان المتزايدة، وهذا بالعمل على تنظيم عملية البناء بمراعاة عديد العوامل ، من ذلك العامل البيئي الذي هو محور هذه الدراسة ، اذ نسعى إلى توضيح مدى محاولة المشرع في خلق توازن منطقي بين البيئة و العمران.

اذ سنتناول في هذا المطلب دور مصطلحات التهيئة الإقليمية في تحقيق الأمن البيئي (الفرع الأول) ثم دور مصطلحات التهيئة الإقليمية في تحقيق الأمن البيئي (الفرع الثاني).

الفرع الأول: دور مخططات التهيئة الإقليمية في تحقيق الأمن البيئي:

كان لازدياد السكان أثره السلبي على عملية تهيئة الإقليم في الجزائر، و عليه بادرت الدولة إلى البحث عن وسائل كفيلة لمعالجة هذه الظاهرة من ذلك سن القانون رقم 01-20 المتعلق بتهيئة الإقليم و تنميته المستدامة، ومن هذا الذي جاء بها هذا القانون ما نص عليه في المادة السابعة التي بينت أن أدوات تهيئة الإقليم و تنميته المستدامة تتمثل فيما يلي :

1المخطط الوطني لتهيئة الإقليم : الذي يترجم بالنسبة لكافة التراب الوطني التوجيهات و الترتيبات الأساسية فيما يخص السياسة الوطنية لتهيئة الإقليم و تنميته المستدامة

ويتجلى دور هذا المخطط في تحقيق الأمن البيئي، وهذا من خلال ضمان تحقيق مجموعة من الغايات من ذلك التوزيع الفضائي للملائم للمدن و المستوطنات البشرية، من خلال التحكم في نمو التجمعات السكنية وقيام بنية حضرية متوازنة⁽³⁾ ، كما انه يدمج مختلف سياسات التنمية الاقتصادية و الاجتماعية التي تساهم في تنفيذ السياسة الوطنية لتهيئة الإقليم ، كما يعمل على تعبئة المواد المائية و توزيعها و تحويلها وكذا تنفيذ برامج الاستصلاح الزراعي و الري⁽⁴⁾.

¹ تقرير الأمين العام للأمم المتحدة، نيويورك، دورة 55 الملحق رقم 01، تح 2رقم: 1/55...، 2000 ص 34

² جعفري مفيد، البيئة و الأمن، المرجع السابق، ص 58 و ما بعدها

³ أ.د.عادة موسى،رزوقي السلق،ميتم حسن،مهدي الصفار،التنمية العمرانية المستدامة في مركز الكرخ التاريخي،المرجع السابق،ص7.

⁴ للاطلاع حول هدين الاتجاهين أكثر،أنظر نفس المرجع والصفحة.

12 المخططات الجهوية لتهيئة الإقليم : نصت المادة 48 من القانون رقم 01-20 على أن يؤسس كبرنامج جهات لتهيئة الإقليم و تنميته المستدامة⁽¹⁾، هذا البرنامج قسم الإقليم الوطني إلى عدة أجزاء وهذا قصد التحكم في العملية التنموية حسب كل منطقة ، وعليه فهذه المخططات هي ذات بعد جهوي تسعى إلى تجسيد التهيئة العمرانية بما يتوافق مع المخطط الوطني لتهيئة الإقليم، محاولة بذلك تسهيل هذه العملية من خلال مراعاة خصوصية كل منطقة وحاجياته ، وهذا بخلق نوع من التوازن بين هذه الجهات⁽²⁾31).

ومن بين ما يتضمنه المخطط الجهوي هو انه يضع ترتيبات المتعلقة بالحفاظ على الموارد ولاسيما منها الماء و استعمالها استعمالا رشيدا ، وكذا تنظيم المجال العمراني بما يتماشى مع التطور الاقتصادي و التضامن و اندماج السكان و توزيع الأنشطة و الخدمات والتسيير المحكم للفضاء.

كذلك يعمل على ترقية الأنشطة الفلاحية ، ويضع الترتيبات اللازمة لتنظيم البنية الحضرية و التطوير المنسجم للمدن ، ويحدد الأعمال التي تتطلبها الفضاءات الهشة بيئيا أو اقتصاديا و سبل معالجتها ، و كذا الأعمال الخاصة بالحفاظ على التراث الثقافي و التاريخي والأثري ،وله أن يوجي بوضع أدوات للتهيئة و التخطيط الحضري أو البيئي لكل فضاء خاضع الأحكام و الإجراءات الخاصة⁽³⁾.

ونخلص في الأخير إلى القول أن ما تتضمنه المخططات الجهوية لتهيئة الإقليم لدلالة واضحة بأن عملية إعدادها أعطى البيئة حيزا لازما ما يسمح بذلك على تحقيق الأمن البيئي.

3- مخططات تهيئة الإقليم الولائي : هي مخططات تحدد مجال تنظيم الخدمات المحلية ذات المنفعة العمومية ، مساحات التهيئة و التنمية المشتركة بين البلديات ، السلم الترتيبي العام و حدود تمدن التجمعات الحضرية و الريفية ، و تتخذ بمبادرة من الوالي⁽⁴⁾.

كما أنها توضح الترتيبات الخاصة بالبيئة و كذا الترتيبات الخاصة بالمخططات التوجيهية لتهيئة فضاءات الحواضر الكبرى التي تحل محل مخططات تهيئة الأقاليم الولائية لفضاء الحواضر الكبرى المحددة في المخطط الوطني لتهيئة الإقليم.

هذه المخططات تعتبر أحد الوسائل الداعمة لتحقيق الأمن البيئي ، لأن عملية إعدادها مرهون بمدى استجابته لمتطلبات حماية البيئة.

14 المخططات الجهوية لتهيئة فضاءات الحواضر الكبرى : نصت عليها المادة 07 الفقرة الأخيرة من القانون 01-20 من حيث أنها تحل محل مخططات تهيئة الأقاليم الولائية لفضاءات الحواضر الكبرى المحددة في المخطط الوطني لتهيئة الإقليم ، و تشمل أربعة مدن كبرى هي الجزائر وهران قسنطينة عنابة ، ويتجلى هدفها في مواجهة مختلف الصعوبات و المشاكل التي تتولد عن المدن

¹ ريدة ديب، سليمان مهنا، التخطيط من أجل التنمية المستدامة، المرجع السابق، ص 13 وما بعدها، للاطلاع حول مبادئ التنمية العمرانية المستدامة، راجع، أ.د. عداة موسى، رزوقي السلق، ميم حسن، مهدي الصفار، ص 47 وما بعدها.

² وناس يحي، الآليات القانونية لحماية البيئة في الجزائر، رسالة دكتوراه في القانون العام، جامعة تلمسان، 2007، ص 35.

³ للاطلاع على هذه المخططات، أنظر مولود ديدان، قانون البيئة، دار بلقيس، 2012.

⁴ مصباحي مقداد، المرجع السابق، ص 55.

الكبرى ، من ذلك ظاهرة الاكتظاظ السكاني و انتشار البناءات الفوضوية و القصدية، و التعدي على الأراضي الفلاحية و المناطق الأثرية بانجاز سكنات عليها⁽¹⁾.

أهداف هذه المخططات مبني على أساس حماية البيئة، وكذلك فهي تعتبر حقيقية وسائل فعالة لتحقيق الأمن البيئي.

الفرع الثاني: دور المخططات التهيئة العمرانية في تحقيق الأمن البيئي

تعتبر المخططات العمرانية وسيلة بيد البلدية تتحكم من خلالها في العملية العمرانية ، و تنظيمها خاصة وان مجال التعمير له عدة انعكاسات على الجانب التنموي، ما قد يؤثر سلبا على المحيط المعيشي للإنسان خاصة المحيط البيئي ولدنا نوعين من هذه المخططات ،هما المخطط التوجيهي للتهيئة والتعمير و مخطط شغل الأراضي ونجزهما فيما يلي :

1 المخطط التوجيهي للتهيئة و التعمير: عرفته المادة 16 من القانون رقم 90-29⁽²⁾ بأنه هو أداة للتخطيط المجالي و التخسير الحضاري يحدد التوجيهات الأساسية للتهيئة العمرانية للبلدية أو البلديات المعنية ،أخذا بعين الاعتبار تصاميم التهيئة و مخططات التنمية ، و يضبط الصيغ المرجعية لمخطط شغل الأراضي ، يقوم هذا المخطط على رسم التوجيهات الأساسية للتهيئة العمرانية على مستوى إقليم البلدية ، كما يحدد التخصيص العام للأراضي و يقسم الإقليم إلى قطاعات مختلفة ،قطاعات معمرة و أخرى مبرمجة للتعمير و قطاعات التعمير مستقبلية و أخرى غير قابلة للتعمير⁽³⁾.

يتجلى دور هذا المخطط في انه ينظم عملية التعمير بصفة جيدة بأخذه كل الاحتمالات الخاصة بذلك سواء كانت أماكن معمرة أو غير ذلك، و به نكون إمام عملية ترشيد استغلال الأراضي

الصالحة للبناء وحماية الأراضي الفلاحية و كذا الأراضي المحمية ، و الالتزام بكل هذه المعايير و تطبيقها على ارض الواقع يساهم في حماية البيئة من الآثار السلبية التي تنتج عنها البناءات الفوضوية ، و كذا المساس بالأراضي الفلاحية، كل هذه العوامل ينتج عنها المساس بالأمن البيئي بمفهومه الواسع أي جميع فروع و باعتراف أن خلل أي فروع يؤثر على باقي الفروع ومنه فالأمن البيئي لا يتحقق الا في ظل بيئة سليمة تراعي كل ما يحيط بها ، خاصة البيئة العمرانية التي تتدخل فيها عدة عوامل بداية من حسن استغلال الأرض الذي تشيد عليها البناءات إلى التسيير الحضري لإفراد المجتمع القاطنين في هذا المجال⁽⁴⁾.

2 مخطط شغل الأراضي: عرفت المادة 31 من القانون 90-29 المعدل و المتمم، هذا المخطط " بأنه مخطط يحدد بالتفصيل في إطار توجيهات المخطط التوجيهي للتهيئة و التعمير حقوق استخدام الأراضي والبناء".

ما يميز هذا المخطط مقارنة بالأول هو انه عبارة عن تطبيق عملي له، فالبلدية قد تضم أكثر من مخطط شغل الأراضي، فهو مخطط يقدم معطيات مفصلة ومنظمة لحقوق البناء و كيفية استغلال الأراضي، اذ انه يحدد عدد البناءات و أنماطها و أحجامها وأهدافها

¹ قماس زينب، المجمعات السكنية

² القانون رقم 20/01 المتعلق بتهيئة الإقليم وتنميته المستدامة، المؤرخ في 2001/12/12. ج.ر.ر. 77.

³ للتفصيل حول هذا المخطط راجع مصباحي مقداد، المرجع السابق، ص 110 وما بعدها.

⁴ حول تقسيم الإقليم إلى عدة جهات

، كما يعين الطرق والأحياء و الشوارع و المساحات العمومية و الخضراء ، و المواقع المخصصة المنشأة العمومية وكذا المناطق الفلاحية التي يمنع البناء فيها(38) والأراضي المعرضة للإخطار الناتج عن الكوارث الطبيعية من ذلك المناطق المعرضة للزلازل و التي تخضع عملية البناء فيها لإحكام خاصة.

مخطط شغل الأراضي هو من أدوات التعمير الذي يراعي طريقة استغلال الأرض ،باهتمامه بعملية البناء والتهيئة سواء من تعيين الأراضي المبنية أو غير المبنية ،ورسم الكيفية الخاصة باستغلال الأراضي العمرانية و عليه فكل مخالفة لهذه القواعد تنجر عنه مخالفات تمس إما الإطار المبنى أو غير المبنى.

ومن ظاهرة تجاوزات الإطار الغير المبنى انتشار ظاهرة الأحياء القصدية بصفة مستمرة ،وكتيجة لذلك عملية الربط السيئ لشبكات التهوية، أما التجاوزات الخاصة بالإطار المبنى نجد ظاهرة التوزيع العشوائي للبنىات و التي تؤثر سلبا على حماية البيئة لاعتبارات أن نطاق حماية البيئة يكون محددًا سابقا على شغل المجال⁽¹⁾ كذلك ينتج عن الأحياء العشوائية انتشار حرف و مهن لا تتماشى مع وظيفة هذه الأحياء السكنية ،كورشات الحدادة و النجارة و غيرها من الحرف المزججة وكل هذا باستطاعته أحداث تلوث سمعي.

ونخلص في الأخير إلى أن مخطط شغل الأراضي يلعب دورا مهما وحيويا في مجال الأمن البيئي ، و ذلك بمراعاته لكل أشكال حماية البيئة⁽²⁾.

بعد التعرض إلى دور مخططات التهوية و التعمير في تحقيق الأمن البيئي، سوف نعرض دور التراخيص و الشهادات العمرانية في هذا المجال.

المطلب الثاني: دور التراخيص و الشهادات العمرانية في تحقيق الأمن البيئي

التعمير عملية معقدة تتداخل فيها الكثير من الضوابط القانونية، بدءا من إثبات الملكية الخاصة بالقطعة الأرضية إلى غاية عملية الانتهاء من البناء، التي تتوج بالحصول على شهادة المطابقة في حالة التزام الباني بالمعايير الملتزم بها، والسلطة الإدارية المختصة بعملية الرقابة على البناء تستعين بهذه الرخص و الشهادات كوسائل رقابية تحاول من خلالها ضبط عملية التعمير، وسنخصص(الفرع الأول)للرخص الإدارية العمرانية كوسائل مهمة في تحقيق الأمن البيئي أما (الفرع الثاني) فنتناول فيه دور الشهادات العمرانية في تحقيق الأمن البيئي.

الفرع الأول: دور التراخيص العمرانية في تحقيق الأمن البيئي

كان لازدياد التوسع العمراني أثر كبير على المحيط العمراني ما حتم على المشرع الاستعانة بأليات رقابية تضمن ضبط وتنظيم هذا التوسع في عملية البناء، و تتمثل هذه الأليات في فرصة الحصول على رخص قبل مباشرة عملية البناء، وتشمل رخصة التجزئة ورخصة الهدم ورخصة البناء ونستعرضهما فيما يلي:

¹، راجع المادة 48 من القانون رقم 20/01 سالف الذكر.

²للاستزادة حول هذه المخططات أنظر مصباحي مقداد المرجع السابق، ص113

1- رخصة التجزئة: نصت عليها المادة 07 من المرسوم التنفيذي رقم 15-19 المتعلق بكيفيات تحضير عقود التعمير وتسليمها⁽¹⁾ حيث اشترطت لكل عملية تقسيم ملكية عقارية واحدة أو عدة ملكيات مهما كان موقعها إذا كان ذلك بهدف تشييد بناية الحصول على رخصة التجزئة.

واهم ما جاء الفصل الخاص بها هو أخذه بعين الاعتبار مهمته حماية البيئة⁽²⁾ سواء كان ذلك بطريقة مباشرة أو غير مباشرة وهذا ما نستشفه من عدة مواد كالمادة التاسعة التي تشترط في الملف التقني تحديد القطع الأرضية المبرمجة مع رسم شبكة الطرق وقنوات التموين بالمياه الصالحة للشرب والحريق و صرف المياه المستعملة كذلك توضيحه لطرق المعالجة المخصصة لتنقية المياه الراسبة الصناعية من جميع المواد السائلة أو الصلبة أو الغازية المضرة بالصحة العمومية والزراعية والبيئية ، كذلك تحديد مستوى الدخان وانتشار الغازات من جميع المواد الصارة بالصحة العمومية وتحديد مستوى الضجيج و انبعاث الطفيليات الكهرومغناطيسية كذلك إعداد مذكرة خاصة بدراسة التأثير في البيئة عن الاقتضاء .

لقد حدد المشرع شروط صارمة قصد الحصول على رخصة التجزئة اذ راعى تقريبا مختلف الآثار التي يمكن أن تنتج عن تسليم هذه الرخصة خاصة البناءات الفوضوية ،وما تفرزه من آثار سلبية على البيئة و بهذا نقول أن المشروع قد أحسن في وضع هذه الشروط لضمان تحقيق الأمن البيئي⁽³⁾

2- رخصة البناء : لقد نص عليها المرسوم التنفيذي 15/19 في الفصل الثالث القسم الأول المادة 41 ، و اشترط في كل تشييد بناية جديدة أو كل تحويل لبناية تتضمن أشغال تغيير مشتملات الأرضية و المقياس و الواجهة و الاستعمال ، أو الواجهة و الهيكل الحامل للبنية و الشبكات المشتركة العابرة للملكية حيازة رخصة بناء طبقا للقانون رقم 90/29⁽⁴⁾

و ما يهمنا حول هذه الرخصة هو مدى مراعاة المشرع لحماية البيئة عند منحها ، و بالرجوع إلى هذا المرسوم التنفيذي خاصة في المادة 43 نجد انه في الملف الإداري اشترط فيما يخص إنشاء أو توسيع مؤسسات صناعية و تجارية مصنفة في فئات المؤسسات الخطيرة و غير الصحية و المزعجة الحصول على قرار من السلطة المختصة ، وفي الملف المتعلق بالهندسة المعمارية اشترط بيان شبكات التهوية الموصولة بالقطعة الأرضية مع مواصفاتها التقنية الرئيسية ، و كذا نقاط وصل رسم شبكة الطرق و القنوات المبرمجة على المساحة الأرضية ، و في الملف التقني اشترط وصف نوع المراد السائلة و الصلبة و الغازية ، وكمياتها المضرة بالصحة العمومية و بالزراعية و المحيط الموجودة في المياه المستعملة المصروفة ، و انبعاث الغازات و أجهزة المعالجة و التخزين و التخزين و التصفية ، كذا مستوى الضجيج المنبعث بالنسبة للبنى ذات الاستعمال الصناعي و التجاري و المؤسسات المخصصة لاستقبال الجمهور ، و في المادة 76 اوجب في رخصة البناء اوجب في رخصة البناء أن تعد باحترام الأحكام التشريعية و التنظيمية المعمول بها في ميدان الأمن و النظافة و البناء و الفن الجمالي ، و في مجال حماية البيئة ، و المحافظة على الاقتصاد الفلاحي ، و نصت المادة 47 على ضرورة أخذ رأي مصلحة الدولة المكلفة بالبيئة على مستوى الولاية من طرف مصالح التعمير المختصة ، و بالرجوع إلى المادة

¹ أنظر المواد 53،54 من القانون رقم 20/01 سالف الذكر

² أنظر المادة 49 من القانون رقم 20/01 سالف الذكر

³ أنظر المادة 07 من القانون رقم 20/01 سالف الذكر

⁴ للاطلاع حول هذا المخطط أنظر عيسى مهزول، صلاحيات رئيس المجلس الشعبي البلدي في مجال العمران، الطبعة الأولى، جسور للنشر، 2014، ص 64 و ما بعدها، و فيما يخص مراعاة هذا المخطط للجانب الجمالي أنظر مصباحي مقداد، المرجع السابق، ص 114.

58 نجد أن من الأعضاء المدعويين لحضور أشغال الشباك الوحيد للبلدية عند الاقتضاء ممثل مديرية البيئة للولاية ، أما الشباك الوحيد للولاية فيوجد من ضمن أعضائه مدير البيئة للولاية ، و هذا ما نصت عليه المادة 59 .

من خلال دراسة هذه المواد يتبين لنا أن المشرع أخذ على عاتقه ضرورة الحفاظ على البيئة أثناء تحضير رخصة البناء ، و هذا مؤشر إيجابي يدل على مدى فاعلية هذه الرخصة في تحقيق الأمن البيئي

3-رخصة الهدم: تخص عملية هدم بناية موجودة لم تبقى تفي بمتطلبات مالكيها، و لخطورة هذه العملية اشترط المشرع ضرورة الحصول على رخصة مسبقة قبل الشروع في عملية الهدم ، و هذا ما تضمنته المادة 70 من المرسوم التنفيذي 19/15 ، و هذه الرخصة تتطلب تقريبا نفس شروط رخصة البناء من ذلك ضرورة إعداد ملف إداري و ملف آخر تقني ، و استشارة كذلك بعض الهيئات المختصة وهذا بحسب طبيعة البناء المراد هدمه .

و عليه نخلص إلى القول على أن هذه الرخصة هي الأخرى استند فيها المشرع ضرورة الالتزام بالحفاظ على البيئة أثناء تحضيرها، و بذلك تصبح هذه الرخصة احد الوسائل التي تساهم في تحقيق الأمن البيئي (1).

الفرع الثاني: دور الشهادات العمرانية في تحقيق الأمن البيئي:

على عكس الرخص العمرانية التي يجب الحصول عليها قبل عملية البناء، فان الشهادات العمرانية فمنها من تكون سابقة على عملية البناء كشهادة التعمير ، و منها من تكون لاحقة على عملية البناء كشهادة المطابقة و شهادة التقسيم ، و نوجزهم فيما يلي:

أ- شهادة التعمير: عرفت المادة الثانية من المرسوم التنفيذي 19/15 شهادة التعمير على أنها وثيقة تسلم بناء على طلب من كل شخص معني ،تعين حقوقه في البناء و الارتفاقات من جميع الأشكال التي تخضع لها القطعة الأرضية المعنية ، و اشترطت المادة 04 في شهادة التعمير بيان مواصفات التهيئة و التعبير المطبقة على القطعة الأرضية و الارتفاقات المدخلة بها ، وكذا الأخطار الطبيعية التي يمكن أن توتر على المعني ما ينقص من قابلية القطعة الأرضية لانجاز المشروع عليها أو منعه خاصة ظهور صدوع زلزالية نشطة على السطح ، أو انزلاقات أو فيضانات أو أخطار تكنولوجية ناجمة عن نشاط المؤسسات الصناعية الخطيرة او قنوات الصرف ، نقل المنتجات البترولية و الغازية و خطوط نقل الطاقة .

و تستمد شهادة التعمير مرجعيتها أما من المخطط التوجيهي للتهيئة و التعمير أو من مخطط شغل الأراضي.

ادن تلعب شهادة التعمير دورا حاسما في مجال حماية البيئة ، اذ تحدد مسبقا الآثار السلبية بالنسبة للقطعة الأرضية المراد البناء عليها ، و بذلك فهي تعتبر وسيلة وقائية ، و كل هذا يساهم في تحقيق الأمن البيئي

ب-شهادة المطابقة: تعتبر هذه الشهادة كتجسيد فعلي و عملي لرخصة البناء، اذ تأتي في المرحلة الأخيرة بعد انتهاء البناء قصد التأكد من مدى التزام المعني بضوابط رخصة البناء ، و عرفها البعض (2) على أنها تلك الشهادة أو الوثيقة الإدارية التي تتوج بها

¹ حول هذا المخطط أنظر عيسى مهزول، المرجع السابق، ص73

² للتفصيل حول هذه المخططات راجع مصباحي مقداد، المرجع السابق، ص 115 و ما بعدها.

العلاقة بين السلطة الإدارية مآحة رخصة البناء و المستفيد منها ،تشهد فيها الإدارة باعتبارها سلطة ضبط إداري و تتأكد من خلالها عن مدى احترام المرخص له لقانون البناء (قانون التهيئة و التعمير و قانون مطابقة البناءات و إتمام إنجازها و المراسيم التطبيقية و قرار الترخيص بالبناء)

في حالة عدم تطابق الأعمال البناء مع رخصة البناء سيتم رفض منح شهادة المطابقة و هذا طبقا للمادة 68⁽¹⁾ و منه فاحترام رخصة البناء للمعايير البيئية ينتج عنه بالضرورة التزام منح شهادة المطابقة حسب ما يتضمن حماية البيئة ،اذ أن إي مخالفة لضوابط رخصة البناء سيبعده رفض منح شهادة المطابقة .

و بالنتيجة فشهادة المطابقة كأحد أدوات التعمير تعمل تحقيق على السعي إلى تحقيق الأمن البيئي .

ج-شهادة التقسيم: هذه الشهادة و ان كان منصوص عليها في الفصل الخاص برخصة التجزئة إلا أنها مستقلة عنها، فشهادة التقسيم تخص العقار المبني لا العقار غير المبني كما هو الحال في رخصة التجزئة، و رغم أنها تأتي بعد مرحلة البناء ما يوحي على تضمنها بصفة ضمنية قواعد حماية البيئة استجابة للمراحل السابقة على طلب شهادة التقسيم ،إلا أن المشرع رغم ذلك اشترط على صاحب الطلب ملف معد من طرف مكتب دراسات في الهندسة المعمارية أو في التعمير، و من بين ما يحتويه هذا الملف هو تبيان شبكات التهيئة الموصولة بالقطعة الأرضية و الخصائص التقنية الرئيسية لذلك⁽²⁾.

فشهادة التعمير بهذا الشكل تدل لنا على إن لها دور كبير في تحقيق الأمن البيئي .

لقد جاءت هذه الشهادات حقيقة لتؤكد مرة أخرى على حرص المشرع الجزائري على ضرورة مراعاة الجانب البيئي في عملية التعمير، و بذلك فالالتزام بالضوابط القانونية في الحصول على هذه الشهادات حقيقة يساهم في تحقيق الأمن البيئي .

خاتمة:

إن أدوات التهيئة و التعمير تساهم بشكل فعال في تحقيق الأمن البيئي ، و يظهر ذلك جليا من جملة النصوص التي ننظم عملية التهيئة و التعمير، اد جاءه غالبيتها تنص على ضرورة أخذ البعد البيئي أثناء إنجاز أي مشروع سواء كان سك فردي أو جماعي أو صناعي نصف إلى ذلك إلى القيود التي تفرضها قوانين البيئة علو قطاع التهيئة و التعمير كالقانون رقم 01-19 المتعلق بتسيير النفايات و مراقبتها و إزالتها ، كذلك القانون رقم 01-20 المتعلق بتهيئة الإقليم و تنميته المستدامة و منه فالمشرع الجزائري حاول وضع إطار قانون متكامل فيما يخص ضبط الحركة العمرانية بدءا من شهادة المطابقة ، و مراعاة منح هذه الشهادات مع ما يتماشى و المخططات العمرانية و التهيئة الإقليمية .

لكن على الرغم من كل هذا فغياب الفعالية في تجسيد هذه النصوص يبقى بعيد كل البعد عن هدف تحقيق الأمن البيئي ، و هذا ما يتجلى في اكتساح البناء الفوضوي لكل المدن الجزائرية ، و الأكثر من هذا هو موجود بناء مرخص يتعارض تماما مع قواعد التهيئة و التعمير كالبناءات المشيدة فوق الأراضي الفلاحية الخصبة و البناءات المنتشرة في أماكن خطيرة جدا كالمتواجدة الأودية و المتواجدة أمام تجمعات صناعة تفتقد إلى شروط الأمن الصناعي ، هذه عينات صغيرة من التجاوزات الموجودة في ارض الواقع ، و

¹أنظر المادة 16 من القانون 90/29 في 01-12-1990 يتعلق بالتهيئة و التعمير، ج.ر.ر. 52.

²أنظر المادة 31 من نفس القانون

التي باتت و لا تزال تؤرق كاهل المواطن الجزائري كظاهرة انتشار القمامات و الفوضى و الدخان و لغازات السامة ، كل هذا ما سوف ينعكس سلبا على البيئة أولا ، و على الإنسان ثانيا.

و يعود سبب وجود هذا النسيج العمراني المشوه حقيقة للبيئة إلى عدم وجود تخطيط عمراني جيد ، وكذا عدم وجود وعي إنساني بخطورة هذه المظاهر لوجود تجاوزا خطيرة من دون أي وازع أخلاقي نقول لعدم التزام حتى أصحاب الرخص العمرانية بضوابطها ، كذلك غياب الرقابة الصارمة من طرف الإدارة ، و هذا راجع إلى غياب الإطار الكفائة المكلفة بعملية الرقابة ن حيث أنها تتساهل كثيرا مع المخالفين خاصة ما يتعلق منها تنفيذ قرارات الهدم ، و كذا عدم فرض رقابة محكمة على تجزئة أراضي الخواص ما نتج عنه انجاز تجزئات عشوائية لمتواعي عدم التهيئة و التعمير وعلى هذل نقدم عدة اقتراحات و توصيات هي كالتالي :

- 1-إعادة النظر فيما يخص إثبات الملكية العقارية الخصة بالقطعة الأرضية محل البناء ، لاعتباره انه كثيرا ما ينتج عنها نزاعات تترتب في الأخير المساس بالبيئة مثلا عدم وجود شبكات الصرف الصحي
- 2-فرض رقابة صارمة خلال انجاز التجزئات السكنية ، و فرض عقوبات قاسية على كل مخالف
- 3-نفس الأمر يقال عن باقي الشهادات و الرخص العمرانية ، اد لا بد من الصرامة في التطبيق
- 4-القيام بحملات توعية تخص عملية المحافظة على البيئة ، و هذا باحترام قواعد التهيئة و التعمير ، و نشر ثقافة عمرانية تهتم بالجانب البيئي والفني و الجمالي للمحيط
- 5-تشكيل لجان خاصة على مستوى البلديات تتكون من إطارات كفأة تسند لها مهمة رقابة و متابعة كل أصناف البناء التي البلدية على مستوى البلدية ، منحها صلاحيات واسعة ، تعمل تحت وصاية وزير السكن مباشرة و أخيرا نقول رغم بعض النقائص التي تتناوب أدوات التهيئة و التعمير في مجال تحقيق الأمن البيئي إلا أن المشكلة الحقيقية تكمن في التطبيق الفعلي لهذه الأدوات على ارض الواقع.

ضوابط التخصص في المنازعة الإدارية

أسامة جفالي

طالب دكتوراه علوم - جامعة البليدة 2.

dr.oussama12@yahoo.com

الملخص:

إن الحديث عن قاض إداري متخصص في المنازعة الإدارية، يوجب تسليط الضوء على جملة من الضوابط التي يترتب عن غيابها نزوله إلى مرتبة القاضي العادي بتكوينه وطريقة عمله، وهذه الضوابط تتمثل أساسا في وجوبية تأهيله المهني، الذي يرتكز على التكوين المتخصص في المنازعات الإدارية بشقيه، التكوين القاعدي طويل المدى والتكوين المتواصل، إلى جانب ضرورة إلمامه بعلم الإدارة وامتلاكه روح الإداري العارف بواقعها ومشاكلها، أما الضابط الثاني فمناطه اكتساب القاضي الإداري القدرة على الإبداع والتفكير، وهذا لن يتأتى إلا من خلال تحرره من عقلية القاضي النظامي وتفكيره وقدرته على ابتداء سياسات قضائية حكيمة إلى جانب امتلاكه القدرة على المبادرة والإقدام المتزن، اللذان يسمحان له بالتدخل للاجتهد في الوقت والموضع المناسبين وضمن ضوابط معينة، وهذا كله من دون إغفال مسألة تفهم خصوصية المنازعة الإدارية ومن ثمة القدرة على الموازنة بين المصلحة العامة والمصلحة الخاصة.

الكلمات الدالة: القاضي الإداري؛ التخصص؛ المنازعة الإدارية.

Abstract:

The discussion of an administrative judge specializing in administrative disputes requires highlighting a number of disciplines that result from the absence of the judge to the rank of the ordinary judge in his composition and the manner of his work. These controls are mainly the necessity of his professional rehabilitation, which is based on specialized training in administrative disputes, As well as the necessity of his knowledge of the science of management and his managerial spirit, which knows its reality and problems. The second officer is the administrative judge's ability to acquire creativity and thinking. And the ability to balance the public interest with the private interest.

Keywords: Administrative Judge; Specialization; Administrative Dispute.

مقدمة:

إذا كان التخصص أمرا مطلوباً في سائر العلوم والتخصصات، إلا أنه المجال القضائي يعدّ مطلباً لا يمكن الاستغناء عنه¹، ويقصد بتخصّص القاضي تقييده بالنظر في منازعات فرع محدّد وواحد من فروع القضاء المختلفة، له تشريعاته الخاصة وله فقهه الخاص، بحيث يسهل عليه فهم كل ما يثور من مشاكل داخل فرع معين فهما دقيقاً ومتعمّقاً²، ومن هنا، لا يمكن لقاضي المحكمة العادية من حيث درجة الكفاءة والمقدرة الفنيّة أن يستوعب ويهضم أحكام ومبادئ وقواعد نظريّات القانون الإداري، فهو ليس

1- بلجرف سامية، أثر تخصص القاضي الجنائي في تقدير الأدلة الجنائية، مجلة العلوم القانونية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الوادي، عدد 12، جانفي 2016، ص 99.

2- بوضيف عمار، القضاء الإداري في الجزائر، دراسة وصفية تحليلية مقارنة، الطبعة الثانية، دار جسر للنشر والتوزيع، الجزائر 2008، ص 87.

قادرا على فهمها وتطبيقها كما يجب أن تطبق، لأن هذه المبادئ والقواعد مختلفة عن تلك المتعلقة بالقانون الخاص، التي يتخصص بتطبيقها القضاء العادي ومن ثمّ يتحتّم إيجاد وتكوين قاض متخصص هو القاضي الإداري¹.

من المسلم به أن القضاء الإداري ليس مجرد قضاء تطبيقي يتقيد بمورود النص، بل هو في الأغلب الأعم قضاء اجتهادي يبتدع الحلول المناسبة للروابط القانونية التي تنشأ بين الإدارة والأفراد في ظل عجز التشريع عن مواكبتها وتغطيتها، وهذا التوجه يجد تبريره في تحقيق الموازنة بين الصالح العام والصالح الخاص²، غير أن تحقيق تلك الغاية مرهون بوجود طاقم بشري مؤهل ذو كفاءة عالية مشبّع بالضوابط المهنية والأخلاقية³، فلكي القاضي الإداري متخصصا في المنازعة الإدارية، يتعيّن أن تتوفر فيه جملة من الشروط التي يترتّب عن غياب أحدها نزوله إلى مرتبة القاضي العادي وبالتالي عدم تحكّمه في المنازعة التي ينظرها.

هذه الضوابط منها ما هو موضوعي مرتبط بمجال المنازعات الإدارية في حد ذاتها والتي تتجسد في ضرورة تلقي القاضي الإداري تأهيلا مهنيا كافيا وشاملا في مجال المنازعات الإدارية (محور أول) ومنها ذاتي لصيق بشخص القاضي الإداري بغض النظر عن التكوين أو التأهيل اللازم تلقيه سلفا، ويتمثل في ضرورة امتلاكه قدرة على التفكير والإبداع والتحرر من عقلية القاضي النظامي (محور ثان).

المحور الأول- التأهيل المهني:

يرتبط التأهيل المهني للقاضي الإداري بمجال المنازعات الإدارية في حد ذاتها، لذلك لا بد من تلقي هذا الأخير تأهيلا مهنيا متكامل ومنسجما مع مقتضيات التخصص في المنازعة الإدارية، إذ يتعيّن عليه أن يتلقى تكوينا متخصصا في هذا النوع من المنازعات (فرع أول) إلى جانب وجوبية إلمامه بعلم الإدارة والإحاطة بالمشكلات اليومية التي تعترض نشاطها (فرع ثان).

الفرع الأول- التكوين المتخصص في المنازعات الإدارية:

مما لا شك فيه أن الخصومة التي تتميّز بها المنازعة الإدارية تتطلب في من يختص بالفصل فيها تلقي تكوينا متخصصا في المسائل الإدارية، يجعله محيطا بطبيعة نشاط الإدارة ومدركا لصعوبة وأهمية وحجم دوره الابتكاري في خلق القواعد المناسبة للمنازعات التي تعرض عليه⁴، فالقاضي الإداري- وبمحكم أنه يتولّى الفصل في قضايا نزاعات تتعلق بالشؤون الإدارية- لا بد له أن يتوفّر على حظّ وفير من التكوين المتخصص والمعتمّق في المنازعات الإدارية، حتى يستطيع أن يفهم الظروف التي تتخذ فيها الإدارة قراراتها ويفهم طبيعة نشاطها⁵، ويتمكّن استيعاب هيكلها التنظيمي وقواعد سير عملها وآليات القيام بأنشطتها المختلفة

1- عوابدي عمار، النظرية العامة للمنازعات الإدارية في النظام القضائي الجزائري، الجزء الأول، القضاء الإداري، د. م. ج، الجزائر، الطبعة الثانية 2003، ص 65.

2- أبو الخير عادل السعيد، إجتهدات القاضي الإداري في مجال الحقوق والحريات، مجلة الإجتهدات القضائي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بسكرة العدد الثاني، ص 18.

3- بوديوة عبد الكريم، هل فقد القضاء الإداري طابعه الإجتهداتي، مجلة الندوة للدراسات القانونية، العدد السادس، ص 89.

4- بوضياف عمار، الوجيز في القانون الإداري، دار جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، الطبعة الثانية 2007، ص 41.

5- قشار زكرياء، دفاع الإدارة العامة أمام القضاء الإداري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، تخصص إدارة ومالية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2001، ص 90.

والمشكلات والصعوبات التي تحيط بها، ولا شك أن اكتساب هذا التكوين القانوني والإداري أمر ضروري لقيام القاضي الإداري بدوره الإبداعي في إنشاء القواعد القانونية الإدارية وإثرائها¹، والتقليل من احتمال الخطأ، والقضاء على ظاهرة ضعف التسبب الذي تعاني منها الكثير من القرارات القضائية².

إذا كان التكوين والتخصص ضرورة ملحة للقضاء بصفة عامة، ويؤدي إلى نتيجة مفادها أن كفاءة القاضي وتحكمه في منازعته من شأنه تقوية الرضى عن الحكم القضائي الصادر عنه وتزيد من تقبل أطراف المنازعة عنه³، فإنه يعتبر بالنسبة للقاضي الإداري أشد إلحاحا؛ وذلك راجع إلى خصوصية القانون الإداري المتمثلة في مرونة قواعده وسرعة تطوره، فحتى بالنسبة لما هو مقنن منه، فإن كثرة نصوصه وتشعبها يجعلان من الصعب الإحاطة به بسهولة ويسر، وبالإضافة لذلك، ونظرا لدور اجتهاد القضاء الإداري في ابتكار وتطوير نظريات وقواعد القانون الإداري، فإن ذلك يستلزم إحاطة القاضي الإداري بالمبادئ والنظريات التي استقر عليها هذا القضاء⁴، لذلك فإن التكوين المتخصص للقاضي الإداري في المنازعات الإدارية وحيثيات القانون الإداري حتمية لا بد منها، تقتضيها الطبيعة المعقدة والمتشابكة والحساسة للمنازعة الإدارية⁵.

من جهته، يؤدي التكوين القاعدي إلى تجسيد مبدأ التخصص وتقسيم العمل على مستوى الهيئات القضائية، بحيث يتخصص القاضي العادي بالنظر في المنازعات العادية ويتخصص القاضي الإداري بالنظر في المنازعات الإدارية، فتتخصص القضاة الإداري في المنازعة التي ينظرها مرهون باتباع سبيل التخصص في التكوين القانوني والقضائي والإداري، وهذا من شأنه أن يحوله مقدره تمكنه من السيطرة على مقتضيات نشاط الإدارة⁶، لذلك يتعين وضع برامج ملائمة للتكوين في مجال القانون الإداري والعلوم الإدارية، وتقوية الاعتقاد لدى الطلبة القضاة بأن دورهم في المنازعة الإدارية لا يقتصر على تطبيق القوانين بصفة مجردة، بل يتعداه إلى القياس والاستدلال والاستنباط ليصل في الأخير إلى ابتكار القاعدة القانونية الكفيلة بحل النزاع.

إن هذا الدور يقتضي تلقي برامج تكوينية متميزة عن تلك التي يتلقاها القاضي العادي، ومن هنا، فإنه يجب إسناد أمر تكوين القضاة الإداريين للمدرسة الوطنية للإدارة، فهذه الأخيرة تكفل التكوين المتخصص في علوم الإدارة والمنازعات الناشئة عن نشاطها⁷، فيتم تعيين القضاة الإداريين في المحاكم الإدارية بصفتهم مستمعين، ثم يرقون بعد اكتسابهم للأقدمية إلى رتبة مستشار¹،

- 1- دريد كمال، الصفات الواجب توافرها في القاضي الإداري للإضطلاع بسلطاته المنوطة به، مدخلة مقدمة ضمن الملتقى الوطني الأول حول سلطات القاضي الإداري في المنازعة الإدارية المنعقد يومي 17 و 18 ماي 2001، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قلمة، غير منشور، ص 3.
- 2- قصير علي، بونعاس نادية، تفعيل دور القاضي الإداري في ظل قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مجلة المفكر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بسكرة، العدد الحادي عشر، ص 211.
- 3- بلجراف سامية، المرجع السابق، ص 54.
- 4- عبد الناصر علي عثمان حسين، ولاية القضاء الإداري في ضوء المبادئ الدستورية، رسالة دكتوراه في القانون، جامعة القاهرة، كلية الحقوق 2006، ص 164، نقلا عن: صاش جازية، نظام مجلس الدولة في القضاء الجزائري، أطروحة دكتوراه دولة في الحقوق، فرع القانون العام، كلية الحقوق، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر 2008، ص 245.
- 5- دريد كمال، المرجع السابق، ص 3.

⁶- Michel ROUSSET, Olivier ROUSSET, Droit administratif, tome II, Le contentieux administratif, 2^{ème} éd, P.U.G, 2004, p 20.

⁷- بوحفص سيدي محمد، مبدأ حياد الإدارة في القانون الجزائري، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2007، ص

كما ينبغي تنظيم دورات للتكوين المتواصل للقضاة الإداريين العاملين، بغرض تزويدهم بما استجدّ من نصوص قانونية وعلوم إدارية ونظريات فقهية واجتهادات قضائية مقارنة²، إذ يستهدف التكوين المستمر "تحسين المدارك المهنية والعلمية للقضاة الموجودين في حالة الخدمة"³.

خلاصة القول في هذا المقام، أن الخبرة المتراكمة في ممارسة الوظيفة القضائية التي يسبقها تكوين أساسي متخصص طويل المدى، ثم الاستفادة من دورات تكوينية وتأهيلية من فترة إلى أخرى، كلّها أمور أصبحت ضرورة لا يمكن التغاضي عنها، خاصة في ظل جهود عصرنه قطاع العدالة⁴.

الفرع الثاني- الإمام بعلم الإدارة:

لا يمكن للقاضي الإداري الفصل في منازعات الإدارة إلا إذا كان ملما بمشكلاتها اليومية، وعلى درجة عالية من المعرفة بالإدارة نفسها والاطّلاع عليها، وهي مهمة جسيمة وشاقة بالنظر لكون الإدارة عالما قائما بذاته ينطوي على درجة عالية من التعقيد⁵، إلى جانب حساسية العمل الإداري وخصوصيته، الذي تتحكّم فيه ظروف معقدة وسريعة التغير، لا يستوعبها إلا من كان له باع طويل من التكوين فيها، لذلك يفترض في من يجلس للفصل في المنازعات الإدارية أن يكون مطلعاً على سير دواليب الإدارة⁶.

إن القاضي الإداري -وهو بصدد التعقيب على أعمال الإدارة- لا بدّ له من تسخير واستخدام قواعد وطرق وأساليب العلوم الإدارية، فقصده إحكام رقابة فعّالة على مشروعية تلك الأعمال بصفة عامة والقرارات الإدارية خصوصا، يتعيّن أن لا يكون القاضي الإداري غريبا عن الإدارة كليا، ذلك لأن من شروط المراقب أن يكون مطلعاً اطلّاعاً كافياً على مقتضيات الإدارة، عارفا بمهامها وخصوصياتها التي تنصبّ عليها الرقابة، لأن الجهاز المراقب كلما كان قريبا من الإدارة وعارفا بنشاطها، كان أكثر إلحاحا في طلباته في مواجهتها⁷، فقد ابتدع القضاء الإداري العديد من الحلول القضائية التي انطلقت من واقع الإدارة، ومن أمثلة ذلك نظرية الموظف الفعلي ونظرية الظروف الاستثنائية والظعن لتجاوز السلطة وغيرها كثير.

لكي يراع القاضي الإداري مقتضيات الإدارة والسلطة العامة يجب أن يطّلع عليها من الدّاخل على غرار النظام الفرنسي، حيث كان هناك تداخل بين الإدارة العاملة والإدارة القضائية لسنوات طويلة، ولم يتخلّص القاضي الإداري من الإدارة

¹- دريد كمال، المرجع السابق، ص 6.

²- قصير علي، بونعاس نادية، المرجع السابق، ص 211.

³- من المادة 42 من القانون العضوي رقم 04-11، المؤرخ في 06 سبتمبر 2004، المتضمن القانون الأساسي للقضاء، ج ر عدد 57، صادر بتاريخ 08 سبتمبر 2004.

⁴- بلجراف سامية، المرجع السابق، ص 99.

⁵- دريد كمال، المرجع السابق، ص 3.

⁶- ماحي هني موسى، طبيعة النظام القضائي الجزائري ومدى فعاليته في مراقبة أعمال الإدارة، مذكرة ماجستير، معهد العلوم القانونية والإدارية، الجزائر 1985، ص 101، نقلا عن قشار زكرياء، المرجع السابق، ص 90.

⁷- صدراتي صدراتي، القاضي الجزائري غريب عن الإدارة التي يراقبها، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، العدد الثالث 1991، ص 573.

العاملة إلا تدريجياً، بل مازال إلى يومنا هذا ملحقها بأعداد كثيرة لدى مجلس الدولة¹، كما يمكن تعيين مفوض حكومة أو مندوبها من المحيط الخارجي لمجلس الدولة، ومن بين الموظفين الإداريين، وكذلك الشأن بالنسبة للمحاكم الإدارية، التي تلجأ إلى لتعيين موظفين لهم خبرة ومعارف معمّقة بمشاكل الإدارة²، كما أنه يمكن ممارسة المهام الإدارية الأخرى بالموازاة مع المهام القضائية حتى بالنسبة لسلك مستشاري مجلس الدولة³، لذلك نادى بعض الفقهاء في الجزائر⁴ بضرورة إسناد الوظيفة الاستشارية للمحاكم الإدارية، حتى تسهم في تنوير القاضي الإداري وإحاطته بالنشاط الإداري ومقتضيات المرفق العام من خلال احتكاكه المستمر بالإداريين.

إن القاضي الإداري الفرنسي لا يمكن إلا أن يكون قاضياً متخصصاً في المسائل الإدارية، يملك روح الإداري العارف بمشاكل الإدارة وواقع العمل الإداري بشكل يجعل حكمه القضائي يمر في سياق العملية الإدارية ويكون امتداداً لها، لذلك نجد أن التعيين في سلك القضاء الإداري يتم عن طريق اختيار الخريجين الأبرز من المدرسة الوطنية للإدارة في مجال العلوم القانونية، إلى جانب التعيين الخارجي من موظفي المصالح الإدارية المختلفة من ذوي الخبرة والكفاءة، فالتشأة الأولى لمجلس الدولة الفرنسي وقربه من الإدارة، بالإضافة إلى استثنائه بالوظيفة الاستشارية لدى السلطة التنفيذية، كلّها عوامل ساهمت في إطلاعه على دوايب العمل الإداري، وجنّبته الانغلاق على نفسه وبعده عن الصعوبات والتحديات التي تواجه الإدارة بشكل يومي⁵.

المحور الثاني- القدرة على الإبداع والتفكير:

إذا كان القاضي الإداري ليس كالقاضي العادي سواء في تكوينه أو في طريقة وطبيعة عمله بل حتى في التحديات التي تواجهه أثناء قيامه بمهامه، فإنه يتعيّن عليه اكتساب القدرة على الإبداع والتفكير، وهذا لن يتأتّى إلا من خلال تحرره من عقلية القاضي النظامي وتفكيره وقدرته على ابتداء سياسات قضائية حكيمة (فرع أول) إلى جانب ضرورة امتلاكه القدرة على المبادرة والإقدام المتّزن اللذان يسمحان له بالتدخل للاجتهاد في الوقت والموضع المناسبين وضمن ضوابط معيّنة (فرع ثاني) وهذا كله من دون إغفال مسألة ضرورة تفهّم خصوصية المنازعة الإدارية ومن ثمة القدرة على الموازنة بين المصلحة العامة والمصلحة الخاصة (فرع ثالث).

الفرع الأول- التحرر من عقلية القاضي النظامي:

لا شك في أن قيام القضاء الإداري بدوره الإبداعي في خلق القواعد القانونية الإدارية يقتضي التحرر من عقلية القضاء النظامي، فيجب أن تكون عقلية القضاة الإداريين متحررة من التفكير المدني والجزائي، خصوصاً القاعدة القائلة لا اجتهاد

1- Michel ROUSSET, Olivier ROUSSET, o p. cit, p 17.

2- للمزيد من التفصيل حول التجربة الفرنسية بخصوص التركيبة البشرية للقضاء الإداري، راجع: مسعود شيهوب، المبادئ العامة للمنازعات الإدارية، الأنظمة القضائية المقارنة والمنازعات الإدارية، الجزء الأول، د. م. ج، الجزائر، الطبعة الثالثة 2005، ص 80 وما بعدها.

3- بن عبد الله عادل، القضاء الإداري في الجزائر بين التنوع القانوني والتخصص، مجلة المفكر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بسكرة، العدد السابع عشر، ديسمبر 2017، ص 128.

4- بوضياف عمار، النظام القضائي الجزائري، دار جسر للنشر والتوزيع، الجزائر، 2003، ص 284.

5- بن عبد الله عادل، المرجع السابق، ص 127.

مع مورد النص¹، التي تقتضي التقيّد بالتفسير الضيق والحرفي له، فالوضع الغالب في القانون الإداري هو غياب النصوص المكتوبة أو عدم كفايتها أو حتى تعارضها وتناقضها إلى جانب إمكانية عدم تناسبها مع الوقائع المنظورة²، كما أن الظروف التاريخية لتشكّل القانون الإداري واستقلاله عن القانون المدني ساهمت في خلق فراغ قانوني كان يجب على القاضي الإداري ملئه³.

إن القاضي الإداري لن يستطيع أداء دوره الإبداعي إذا بقي أسيرا للقواعد السائدة في القضاء العادي⁴، إذ يتعيّن عليه ألا يقتصر على تطبيق النصوص القانونية المجردة، فإذا كان النص غير قادر على حسم النزاع، أمكنه تأويله بما يتلائم مع واقع الأمور والاتجاهات السائدة⁵، إذ أن دوره يجب أن يتعدّى إلى التكييف والتصنيف والمقاربة والاستدلال والاستنتاج، وبمعنى أوضح يتعيّن عليه الاجتهاد⁶، وعليه لا يتصوّر إسناد أمر البتّ في مشروعية التصرفات الإدارية على قدر تعقيدها إلى قاض عادي بتكوينه ومحيطه وبطبيعته المدنية، المتقيّد بالتفسير الحرفي للتصوص وبجهله كل شيء تقريبا عن حيثيات العمل الإداري⁷.

في هذا المعنى، كتب الأستاذ Benoit قائلا: "لا يسمح لأيّ كان أن يكون قاضيا ممتازا بما يعرف"، ذلك لأن التقنيات والتعقيدات المتنامية التي تثيرها مشاكل تسيير المرافق العامة، لا يكف لحلّها امتلاك معارف قانونية فحسب، بل يجب أن تكون إلى جانبها قدرات ومؤهلات خاصّة، ومن ثم يتعيّن ألا يكون القاضي الفاصل في المواد الإدارية قانونيا صرفا⁸، وهذا يستلزم ممارسة نوعا من السياسة القضائية المرنة⁹، وهو ما يوجب عليه أن يملك روح الإداري وجوهر القاضي في آن واحد¹⁰.

من المسلّم به أن مواجهة الإدارة قد تكون خاسرة في بعض الأحيان، لهذا يتعيّن أن يكون القضاء الإداري مؤهلا لممارسة نوعا من السياسة، لكنها سياسة قضائية حكيمة، كاعتماد مبدأ المشروعية الاستثنائية الذي يقضي بالتخلل من بعض مقتضيات المشروعية العادية¹¹، فقد فضّل القضاء الإداري في فرنسا مجاملة الإدارة ومحاباتها مؤقتا بدلا من الدخول معها في مواجهة خاسرة انتظارا لتغيّر الظروف، ونظرية أعمال السيادة خير شاهد على ذلك، غير أنّه ضيق بفضل نظرية الإجراءات القابلة للانفصال عن أعمال السيادة من مدى هذه النظرية ونطاقها، وحدّ من خطورة آثارها بإجازة التعويض عنها، وكذلك نظرية التحصين التشريعي في مصر، إذ أقرت المحكمة الإدارية العليا بدستورية التشريعات التي تحصن قرارات إدارية ضد رقابة القضاء، إلا أنّها قصرت التحصين على القرارات المشروعة فقط¹².

1- دريد كمال، المرجع السابق، ص 3.

2- بودريوة عبد الكريم، المرجع السابق، ص 80.

3- نجاح عصام، وناس يحيى، القانون الإداري في الجزائر: قضائي أم تشريعي، مجلة الحقيقة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، أدرار، العدد 33، ص 8.

4- دريد كمال، المرجع السابق، ص 3.

5- محمّد مُجّد، الإثبات في المواد الإدارية، مجلة الإجتهد القضائي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بسكرة العدد الثاني، ص 83.

6- بودريوة عبد الكريم، المرجع السابق، ص 81.

7- صدراقي صدراقي، المرجع نفسه، ص 574.

8- المرجع نفسه، ص 577.

9- دريد كمال، المرجع السابق، ص 2.

10- ب عبد الله عادل، المرجع السابق، 128.

11- أبو الخير عادل السعيد، المرجع السابق، ص 28.

12- دريد كمال، المرجع السابق، ص 4.

الفرع الثاني- المبادرة والإقدام المتزن:

ورد في المدكرة الإيضاحية للقانون 165 لسنة 1955 المتعلق بتنظيم مجلس الدولة المصري: "يتميز القضاء الإداري بأنه ليس مجرد قضاء تطبيقي كالقضاء المدني، بل هو في الأغلب قضاء إنشائي يتدع الحلول المناسبة للروابط القانونية التي تنشئ بين الإدارة في تسييرها للمرافق العامة وبين الأفراد، وهي روابط تختلف في طبيعتها عن روابط القانون الخاص، ومن ثم ابتدع القضاء الإداري نظرياته التي استقل بها في هذا الشأن، وذلك كله يقتضي من القائمين بأمر القضاء الإداري مجهودا شاقا مضمنا في البحث والتحصيص والتأصيل ونظرا ثاقبا بصيرا باحتياجات المرافق العامة، للموائمة بين حسن سيرها وبين المصالح الفردية الخاصة"¹.

من جانبها، ورد عن المحكمة الإدارية العليا في مصر: "أن المشرع أناط بهذه المحكمة الإدارية العليا في الأصل مهمة التعقيب النهائي ... حتى تكون كلمتها هي القول الفصل في تأصيل أحكام القانون الإداري وتنسيق مبادئه واستقرارها ومنع التناقض في الأحكام، فكان من أسباب وجود المحكمة الإدارية الكبرى ... تأصيل أحكام القانون الإداري تأصيلا يربط بين شتاتها ربطا محكما ... خاصة وأن القانون الإداري يفترق مع القوانين الأخرى في أنه غير مقنن وأنه مازال في مستقبل نشأته، يكتنفه فراغ واسع في النصوص ... ومن هنا صح القول بأن القضاء الإداري ليس مجرد قضاء تطبيقي وإنما هو في الأعم الأغلب قضاء تكويني إنشائي خلّاق، يتدع الحلول المناسبة للروابط القانونية ..."².

في ضوء هذان المقتطفان، يلاحظ أن هناك رغبة جامحة لدى القضاة الإداريين في إبقاء الاجتهاد القضائي مصدرا أساسيا للقانون الإداري بعيدا عن التقنين، فتكون بذلك مهمة وضع القواعد القانونية في هذا الفرع من القانون اختصاص حصري لديهم، فلا يشركون فيه حتى المشرع نفسه³، وهذا التوجه يجد تبريره في عجز التشريع عن مواكبة تطوّر وتغيّر المرفق العام اللذان هما أبرز خاصياته⁴، إذ مهما اجتهد المشرع في وضع القواعد القانونية وتنظيم كل الوقائع والتنبؤ بكل الحالات، إلا أن مجال الاجتهاد يبقى مفتوحا سواء في تفسير النص وفق متطلبات الواقع⁵ أو في المسائل المتجددة التي لم توضع في الحسبان أو التي نظمت بشكل جزئي أو مغاير⁶، وهذا الوضع يستدعي توجه القاضي الإداري لابتداع الحلول المناسبة للدعوى المنظورة وتأصيل روح الإقدام المتزن لديه⁷.

في هذا السياق، تساءل أحد الفقهاء⁸ حول مدى إمكانية وصف سلطة القاضي الإداري في الاجتهاد والإبداع بأنها سلطة شبه تشريعية كما استرسل آخر¹ متسائلا عن مركز ودور القاضي الإداري في التشريع قائلا: "لماذا إذن يتم استخلاف هذا

1- نقلا عن أبو الخير عادل السعيد، المرجع السابق، ص 27.

2- قرار المحكمة الإدارية العليا في مصر بتاريخ 23-01-1965، نقلا عن المرجع نفسه، ص 27.

3- نجاح عصام، وناس يحيى، المرجع السابق، ص 9.

4- بن عيشة عبد الحميد، المبادئ العامة للتنظيم الإداري وتطبيقاتها في الإدارة المحلية في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، فرع إدارة ومالية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2001، ص 79.

5- محدة محمد، المرجع السابق، ص 83.

6- بودريوة عبد الكريم، المرجع السابق، ص 81.

7- البقالي وديع، تقوية دور القضاء الإداري في الموازنة بين المصلحة العامة والحريات، مجلة الفقه والقانون، العدد الخمسون، ديسمبر 2016، ص 70.

8- أبو الخير عادل السعيد، المرجع السابق، ص 36.

الحرفي الماهر صاحب النية الواضحة الذي هو القاضي بذلك الهاوي صاحب المعلومات غير الدقيقة الذي هو المشرع²، غير أن المتفق عليه، أن القاضي الإداري عندما يخلق حلاً أو يبتدع قاعدة معينة، فإنه لا يفعل ذلك إلا على أساس أنه يعبر عن نية المشرع التي لم يجدها في نصوص مكتوبة وإرادته التي لم يفصح عنها في تشريعات صريحة، فالقاضي الإداري كثيراً ما يلجأ إلى المبادئ التي اعتاد المشرع أن يهتدي بها عند وضع تشريعه³، لذلك فمهمة القاضي الإداري ليست بالضيق الذي يقتصر على مجرد تطبيق النصوص القانونية فحسب، وليست بالاتساع الذي يبلغها مرتبة التشريع.

إنطلاقاً من هذا الوضع، فقد لعب القضاء الإداري -وتحديداً مجلس الدولة الفرنسي- دوراً رئيساً في بناء قواعد القانون الإداري باحترافية عالية وتألّق مشهود عبر جملة من القرارات التأسيسية الكبرى، حيث ابتدع العديد من النظريات الإدارية التي أصل معالمها دون الاستناد إلى أية نصوص تشريعية، فأثبت قدرة فائقة على استيعاب المنازعة الإدارية وابتداع الحلول المناسبة لها، مظهرًا تفهماً كاملاً بحاجات الإدارة ومستلزماتها⁴، ثم أصبحت اجتهاداته قواعد قانونية متكاملة ومستقلة عن القواعد والنظريات المدنية وموازية لها، ولا شك في أن قيام مجلس الدولة الفرنسي بتلك المهمة الإنشائية العظيمة، جاء بفضل تكوين قضاته المتخصص وتحررهم من الجمود الذي يعانى منه القضاة العاديون⁵.

تجدر الإشارة أخيراً، إلى أن المهمة الإنشائية للقاضي الإداري لا تنته بابتكار القاعدة المناسبة لحل الدعوى المنظورة، إذ أن ترشيح المبدأ القانوني العام لا ينهي الخصومة، بل هو مجرد إنهاء للمرحلة الأولى من تلك المهمة، أما ما هو أدق وأصعب فهو تطبيق وإسقاط ذلك المبدأ تطبيقاً سليماً، تراعى فيه مقتضيات تحقيق الغايات والأهداف الكبرى للنشاط الإداري دون التضحية بحقوق وحرريات الأفراد⁶.

الفرع الثالث- تفهم خصوصية المنازعة الإدارية:

تطوي مهمة القضاء الإداري على صعوبات جمّة، فالخصم المدعى ضده في الدعوى الإدارية هو الإدارة، وهي إدارة قوية في الدول غير الديمقراطية وتتفوق على غيرها من السلطات، فلا تقبل بسهولة أن يراقب القضاء أعمالها ويحص في مدى مشروعيتها، بل ترفض أحياناً تنفيذ الأحكام القضائية الصادرة ضدها، وعليه ابتدع القضاء الإداري العديد من الحلول القضائية لإجبار الإدارة على تنفيذ أحكامه، كاعتبار امتناع الموظف عن تنفيذ الحكم القضائي خطأً شخصياً يتحمل عبئه المالي من ماله الخاص⁷.

إن اضطلاع القضاء الإداري بدوره الإبداعي يقتضي توفر نمطا خاصاً من التفكير القضائي لدى قضاته، فيفصل القاضي الإداري في منازعات ناشئة عن علاقات قانونية ناشئة بين أطراف ليسوا على نفس القدر من المساواة، ويستوي هذا

1 - G. Vedel, le droit administratif peut-il être indéfiniment jurisprudentiel ?, ECDE, 1979-1980, N° 31, p 41.

2- نقلا عن نجاح عصام، وناس يحي، المرجع السابق، ص 9.

3- أبو الخير عادل السعيد، المرجع السابق، ص 24.

4- المرجع نفسه، ص 25.

5- دريد كمال، المرجع السابق، ص 3.

6- أبو الخير عادل السعيد، المرجع السابق، ص 36.

7- دريد كمال، المرجع السابق، ص 3.

الوضع في مرحلة الإثبات كما في مرحلة التنفيذ¹، فالإدارة هي الطرف القوي في هذه العلاقات والشخص العادي هو الطرف الضعيف، منحها المشرع العديد من الامتيازات التي يطلق عليها امتيازات القانون العام لاستخدامها لتذليل الصعوبات التي قد تعترض طريقها في سبيل تحقيق الصالح العام².

غير أن تحقيق الصالح العام لا يعن مطلقا التضحية بمصالح الأشخاص المشروعة، فللشخص العادي مصالح مشروعة يتوجب حمايتها وصونها من الاعتداء فلا يجوز التضحية بمصالح الأشخاص المشروعة في سبيل المصلحة العامة إلا إذا كان ذلك ضروريا وضمن ضوابط معينة وبالقدر اللازم لذلك مع وجوبية التعويض، لهذا يتعين على القضاء الإداري البحث على نقطة التوازن الدقيق بين المصلحتين العامة والخاصة والعمل على هديها³، لذلك فإن مهمة القاضي الإداري تقتضي مجهودا مضنيا في الاجتهاد والتأصيل، وتتطلب بصيرة ثابتة قادرة على إجراء الموازنة اللازمة بين المصلحة العامة والمصلحة الخاصة وفق منهج إبداعي واضح الرؤية، فالقاضي الإداري العارف لحاجيات الإدارة وحده يمكنه الموازنة بين متطلبات المصلحة العامة وبين حقوق الأفراد، وهو ما يفضي في النهاية إلى صدور أحكام قضائية غاية في الإنصاف⁴.

إن الاجتهادات القضائية التي تؤكد هذا الفرض كثيرة، ومن ذلك نظرية التوازن المالي للعقد الإداري، فقد قرر القضاء الإداري للمتعاقد مع الإدارة حقا في توازن عقدهم ماليا لقاء ما قرره للإدارة من صلاحيات استثنائية تمارسها بإرادتها المنفردة، كما تتجلى كذلك في نظرية الظروف الاستثنائية في مجال العقود أيضا ونظرية التعسف في استعمال السلطة ونظرية الخطأ الموازنة بين المنافع والأضرار، وغيرها من النظريات التي ابتكرها القاضي الإداري للموازنة بين المصلحة العامة والمصلحة الخاصة للأفراد.

خلاصة القول، فإن إسناد الرقابة لجهة قضائية متخصصة يعني محاولة تحقيق التوازن بين المصلحة العامة والمصلحة الخاصة، وهي مهمة تتطلب الإلمام ببحوثات القانون الإداري وخصوصيات المنازعة الإدارية، والقدرة على التمييز بين علاقات القانون الخاص وعلاقات القانون العام، ولا يتحقق ذلك إلا للقاضي المتخصص ذو الكفاءة والخبرة، المتفهم لمقتضيات الإدارة العامة والأهداف التي تبتغي تحقيقها⁵.

الخاتمة:

من خلال ما سبق استعراضه في هذه الورقة البحثية، تم التوصل إلى جملة من النتائج:

* في ظل خصوصية المنازعة الإدارية يتعين تلقي القاضي الإداري تأهيلا مهنيا مزدوجا، التكوين المتخصص -سواء القاعدي أو المتواصل- والإلمام بعلم الإدارة ومشكلاتها، من خلال استقطاب رجال الإدارة وخزجي المدرسة الوطنية للإدارة، للالتحاق بمختلف جهات القضاء الإداري، بعد تلقي التكوين المتخصص المذكور.

1- قصير علي، بونعاس نادية، المرجع السابق، ص 210.

2- محدة محمد، المرجع السابق، ص 84.

3- دريد كمال، المرجع السابق، ص 4.

4- نجاح عصام، وناس يحي، المرجع السابق، ص 3.

5- صاش جازية، المرجع السابق، ص 429.

* هناك بعض الصفات الذاتية التي يتعيّن على القاضي الإداري التمتع بها كالتحرر من عقلية القاضي الإداري وتفكيره والقدرة على الابتكار والإقدام المتزن مع تفهم خصوصية المنازعة الإدارية.

في ضوء هذه النتائج، يتعيّن على المشرّع وكل القائمين على شؤون القضاء الإداري في الجزائر تحيين كل النصوص التشريعية والتنظيمية المتعلقة بالإطار البشري للقضاء الإداري وفقا لما تتطلبه المنازعة الإدارية في ضوء ما تم استعراضه في هذه المداخلة، خصوصا تلك النصوص المنظمة للتكوين المتخصص للقاضي الإداري، إلى جانب تنظيم وتوطيد علاقته بالإدارة من خلال فتح قنوات للتواصل والتعاون بين الطرفين.

قائمة المراجع:

• باللغة العربية:

أولا- المؤلفات:

- 1- بوضيف عمار، الوجيز في القانون الإداري، دار جسر للنشر والتوزيع، الجزائر، الطبعة الثانية 2007.
- 2- بوضيف عمار، النظام القضائي الجزائري، دار جسر للنشر والتوزيع، الجزائر، 2003.
- 3- بوضيف عمار، القضاء الإداري في الجزائر، دراسة وصفية تحليلية مقارنة، الطبعة الثانية، دار جسر للنشر والتوزيع، الجزائر 2008.
- 4- عوابدي عمار، النظرية العامة للمنازعات الإدارية في النظام القضائي الجزائري، الجزء الأول، القضاء الإداري، د. م. ج، الجزائر، الطبعة الثانية 2003.
- 5- مسعود شيهوب، المبادئ العامة للمنازعات الإدارية، الأنظمة القضائية المقارنة والمنازعات الإدارية، الجزء الأول، د. م. ج، الجزائر، الطبعة الثالثة 2005.

ثانيا- الرسائل الجامعية:

- 1- بوحفص سيدي محمد، مبدأ حياد الإدارة في القانون الجزائري، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2007.
- 2- صاش جازية، نظام مجلس الدولة في القضاء الجزائري، أطروحة دكتوراه دولة في الحقوق، فرع القانون العام، كلية الحقوق، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر 2008.
- 3- بن عيشة عبد الحميد، المبادئ العامة لتنظيم الإداري وتطبيقها في الإدارة المحلية في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، فرع إدارة ومالية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2001.
- 4- قشار زكرياء، دفاع الإدارة العامة أمام القضاء الإداري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، تخصص إدارة ومالية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 2001.

ثانيا- المقالات:

- 1- أبو الخير عادل السعيد، إجهادات القاضي الإداري في مجال الحقوق والحريات، مجلة الإجتهد القضائي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بسكرة العدد الثاني، دون سنة.
- 2- البقالي وديع، تقوية دور القضاء الإداري في الموازنة بين المصلحة العامة والحريات، مجلة الفقه والقانون، العدد الخمسون، ديسمبر 2016.

- 3- بلجراف سامية، أثر تخصص القاضي الجنائي في تقدير الأدلة الجنائية، مجلة العلوم القانونية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الوادي، عدد 12، جانفي 2016.
- 4- بودريوة عبد الكريم، هل فقد القضاء الإداري طابعه الإجتهادي، مجلة الندوة للدراسات القانونية، العدد السادس، دون سنة.
- 5- بن عبد الله عادل، القضاء الإداري في الجزائر بين التنوع القانوني والتخصص، مجلة المفكر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بسكرة، العدد السابع عشر، ديسمبر 2017.
- 6- صدراتي صدراتي، القاضي الجزائري غريب عن الإدارة التي يراقبها، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والإقتصادية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، العدد الثالث 1991.
- 7- نجاح عصام، وناس يحي، القانون الإداري في الجزائر: قضائي أم تشريعي، مجلة الحقيقة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، أدرار، العدد 33، دون سنة.
- 8- محدة مُجَد، الإثبات في المواد الإدارية، مجلة الإجتهد القضائي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بسكرة العدد الثاني، دون سنة.
- 9- قصير علي، بونعاس نادية، تفعيل دور القاضي الإداري في ظل قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مجلة المفكر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بسكرة، العدد الحادي عشر، دون سنة.

رابعا- أشغال المنتقيات العلمية:

- دريد كمال، الصفات الواجب توافرها في القاضي الإداري للإضطلاع بسلطاته المنوطة به، مدخلة مقدّمة ضمن الملتقى الوطني الأول حول سلطات القاضي الإداري في المنازعة الإدارية المنعقد يومي 17 و 18 ماي 2001، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قلمة، غير منشور، ص 3.

خامسا- النصوص القانونية:

- القانون العضوي رقم 04-11، المؤرخ في 06 سبتمبر 2004، المتضمن القانون الأساسي للقضاء، ج ر عدد 57، صادر بتاريخ 08 سبتمبر 2004.

* باللغة الفرنسية:

.Michel ROUSSET, Olivier ROUSSET, Droit administratif, tome II, Le contentieux administratif, 2^{ème} éd, P.U.G, 2004, P²⁰.

الحماية القانونية للطفل الجانح بين التشريعات الداخلية والدولية

سمية يحيوي (طالبة دكتوراه ل م د)

تخصص القانون العام- جامعة يحيي فارس بالمدينة

soumianourelchams26@gmail.com

جمال بن مامي (طالب دكتوراه ل م د)

تخصص القانون العام- جامعة يحيي فارس بالمدينة

benmamidj@gmail.com

الملخص:

اهتم القانون الوطني والدولي بظاهرة جنوح الأحداث وأعدا منظومة قانونية تراعى فيها كافة المعايير التي تضمن لهم حماية خاصة، من خلال تحديد قواعد بمحاكمة الأحداث الجانحين وشمولهم بتطبيق عقوبات مخففة نظرا لصغر سنهم، بالإضافة إلى تحديد مراكز متخصصة في حمايتهم لإعادة إدماجهم في المجتمع باعتبارهم من الفئات المستضعفة.

الكلمات المفتاحية: الحماية القانونية، الطفل الجانح، القانون الدولي، التشريع الداخلي

Abstract

The national and international law was concerned the phenomenon of juvenile delinquency and prepared a legal system that takes into consideration all the standards that guarantee them special protection, by establishing rules for the prosecution of juvenile delinquents, including the application of lenient sentences due to their young age and identifying specialized centers in their protection for reintegration into society as vulnerable groups.

مقدمة

إذا كان الحديث عن موضوع الطفل يسوقنا في أغلب الأحيان للحديث عن البراءة التي تحتاج إلى قمة التربية والرعاية التي تحفظ لها العيش في جو تسوده الحرية والكرامة، فان تدخل بعض العوامل الاجتماعية والاقتصادية وحتى الثقافية بما تحمله من سلبات في حياته قد تؤدي إلى تغيير نطمها بإخراجه من عالم البراءة إلى عالم الجريمة الذي تسلب فيه حريته ويقل معه التمتع بالحقوق المكفولة لكل طفل في الأوضاع العادية .

ولما كان الاهتمام بالطفل والسعي لإخراجه من المحيط الذي يؤدي إلى ضياعه وجنوحه من المواضيع المسطرة على قائمة القوانين الوطنية والدولية، فان ذلك قد ساهم في تضافر كافة الجهود لإيجاد منظومة قانونية على المستويين الوطني والدولي تحدد بموجبها أهم القواعد التي يجب مراعاتها في معاملة كل طفل يرتكب جريمة في سن معينة يفتقر فيها لعنصر الإدراك، يمكن بموجبها توفير حماية له تحول دون ضياع حقوقه وتسهم بدورها في إعادة إدماجه في المجتمع

وبالنظر للقوانين الخاصة بحماية الطفل الجانح في مختلف التشريعات الداخلية للدول العربية وما تحملة قواعد الأمم المتحدة من مبادئ حول معاملة هذه الفئة، بالإضافة لما هو مقرر في الاتفاقيات الدولية ذات الصلة يتبادر إلى أذهاننا طرح الإشكالية التالية : ما مدى كفاية الحماية المقررة للطفل الجانح على المستويين الوطني والدولي ؟

ستتم معالجتنا لهذه الإشكالية من خلال مبحثين، يتعلق المبحث الأول بدراسة قواعد الحماية الدولية للطفل الجانح، في حين يخصص المبحث الثاني لقواعد الحماية الوطنية للطفل الجانح في بعض الدول العربية كالجائر والمغرب.

المبحث الأول: قواعد الحماية الدولية للطفل الجانح

تعتبر ظاهرة جنوح الأحداث من الظواهر التي أثارت اهتمام القانون الدولي وذلك بالنظر للشخص مرتكب الجريمة الذي يكون في أغلب الأحيان شخص صغير السن يطلق عليه وصف الحدث أو الطفل وفقا للقانون الدولي ، وقد تم إعداد ترسانة دولية تهدف إلى تمكين كافة الأطفال الجانحين من التمتع بمجموعة من الحقوق في مختلف مراحل الدعوى مراعاة لصغر سنهم و للظروف التي قد تسهم في جنوحهم في ظل تصنيفهم ضمن الفئات المستضعفة التي تحتاج إلى حماية دولية.

وقد تمثلت قواعد هذه الحماية على المستوى الدولي في جهود الأمم المتحدة التي بادرت إلى إيجاد قواعد خاصة بمعاملة الطفل الجانح تجلت في كل من قواعد بكين لعام 1985 لإدارة شؤون الأحداث وكذا القواعد الخاصة بمعاملة الأحداث المجردين من حريتهم وهذا بالإضافة للقواعد المقررة بموجب الاتفاقيات الدولية العامة والخاصة بحماية حقوق الطفل الجانح في مراحل السلم أو النزاع المسلح.

المطلب الأول: مفهوم الطفل الجانح في القانون الدولي

يرتبط وصف الطفل الجانح في القانون الدولي بالطفل الذي يرتكب في حدود سن معينة جريمة معاقبا عليها بموجب القانون، تشكل الأساس في تمتعه بمجموعة من الضمانات خلال مختلف مراحل الدعوى والتي جاء النص عليها في الاتفاقيات الدولية ذات الصلة كما تشكل أيضا الأساس في استفادته من المبادئ الدولية الخاصة بكيفية معاملة كل طفل جانح والتي حددتها الأمم المتحدة بهدف ضمان حقوقه وإعادة إدماجه في المجتمع .

الفرع الأول: تعريف الطفل الجانح في القانون الدولي

قبل أن نخوض في تعريف الطفل الجانح لا بد أن نشير إلى تعريف الطفل في القانون الدولي من خلال التطرق لاتفاقية حقوق الطفل لعام 1989 باعتبارها من أهم الاتفاقيات الدولية التي تهدف إلى تحقيق حماية خاصة بالطفل في مختلف مراحل حياته باعتباره من الفئات المستضعفة، وقد جاء تعريف الطفل بموجب المادة الأولى منها على أنه : "كل إنسان لم يتجاوز ثمانية عشر سنة، ما لم يبلغ سن الرشد قبل ذلك بموجب القانون المنطبق عليه".⁽¹⁾

وفقا لهذا التعريف فان وصف الطفل يطلق على كل شخص يقل عمره عن 18 سنة ما لم تنص التشريعات الداخلية للدول على خلاف ذلك خاصة في ظل اختلافها في تحديد سن الرشد.

كما ورد تعريف آخر للطفل أو ما يسمى بالحدث طبقا لقواعد الأمم المتحدة بشأن حماية الأحداث المجردين من حريتهم لعام 1990 على أنه: "كل شخص دون الثامنة عشر من العمر".⁽²⁾

أما بالنسبة لتعريف الطفل الجانح فان قواعد الأمم المتحدة النموذجية الدنيا لإدارة شؤون قضاء الأحداث لعام 1985 أو ما يسمى بقواعد بكين قد عرفته بموجب القاعدة 2 منها في الفقرة ج على أنه: "كل طفل أو شخص صغير السن متهم بارتكاب جرم أو ثبت ارتكابه لهذا الجرم".⁽³⁾

(1) - راجع المادة الأولى من اتفاقية حقوق الطفل لعام 1989.

(2) - راجع القاعدة 11 الفقرة (أ) من قواعد الأمم المتحدة بشأن حماية الأحداث المجردين من حريتهم لعام 1990.

(3) - راجع القاعدة 2 الفقرة (ج) من قواعد الأمم المتحدة النموذجية الدنيا لإدارة شؤون الأحداث لعام 1985.

واتجه مكتب الشؤون الاجتماعية التابع للأمم المتحدة إلى تعريف الطفل أو الحدث المنحرف بأنه: " الشخص في حدود سن معينة يمثل أمام هيئة قضائية أو أي سلطة أخرى مختصة بسبب ارتكابه جريمة جنائية ليتلقى رعاية بشأنها " (4).

وبناء على ما سبق فإن الطفل الجانح هو كل طفل يقل عمره عن 18 سنة طبقا للقانون الدولي ويرتكب جريمة تؤدي إلى تغيير وصفه من مجرد طفل إلى وصف الطفل الجانح أو الحدث الجانح.

الفرع الثاني: مبادئ أو قواعد الأمم المتحدة في معاملة الطفل الجانح

يعتبر الطفل الجانح من المحاور التي شغلت اهتمام الأمم المتحدة، والتي سرعان ما تمخض عنها إقرار مجموعة من المبادئ أو القواعد الخاصة بمعاملة الأحداث الجانحين التي اعتمدها الجمعية العامة للأمم المتحدة، ولعل أهمها قواعد الأمم المتحدة الدنيا النموذجية لإدارة شؤون قضاء الأحداث (قواعد بكين) لعام 1985 وكذا قواعد الأمم المتحدة بشأن حماية الأحداث المجردين من حريتهم لعام 1990 والتي سعت في مجملها إلى كفالة حقوق وحرية الأحداث الجانحين.

فقد أشارت قواعد بكين لمجموعة من المبادئ العامة التي تهدف إلى ضرورة إحاطة الطفل بكافة ظروف الرفاهية التي من شأنها أن تحول دون جنوحه، وحثت الدول على إقامة قضاء خاص بالأحداث يعمل على تحقيق العدالة الاجتماعية وكذا الأهداف المرجوة منه والمتمثلة في تجسيد مبدأ التناسب بين الجريمة التي يرتكبها الحدث والعقوبة المقررة له وهذا مع مراعاة الظروف التي ساهمت في ارتكابه للجريمة. (5)

كما دعت هذه القواعد كافة الدول إلى تجسيدها على أرض الواقع وتمكين كافة الأحداث الجانحين من التمتع بها على قدم المساواة في كافة المراحل التي تلي ارتكاب الجريمة. (6)

أولا : في مرحلة التحقيق

يستفيد الطفل الجانح في مرحلة التحقيق من بعض الحقوق التي تتلاءم وصغر سنه والتي جاء التأكيد عليها بموجب قواعد الأمم المتحدة والمتمثلة في افتراض براءته (7) الحق في إبلاغ والديه أو الوصي عليه بوضعه، حقه في التزام الصمت، حقه في الحصول على محام حقه في احترام خصوصياته ، الاستفادة من الإفراج (8) ، حقه في الاستعانة بمترجم (9) ، حقه في عدم التعرض لأي شكل من أشكال الأذى اللفظي أو البدني (10) ، عدم جواز احتجازه من أجل

(4) - هو بن إبراهيم فخار، الحماية الجنائية للطفل الجانح في التشريع الجزائري والقانون المقارن، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2014 / 2015، ص 41.

(5) - راجع القاعدة 1 من قواعد الأمم المتحدة النموذجية الدنيا لإدارة شؤون الأحداث لعام 1985.

(6) - المرجع نفسه .

(7) - راجع القاعدة 7 من قواعد الأمم المتحدة النموذجية الدنيا لإدارة شؤون الأحداث لعام 1985.

(8) - راجع القاعدة 8 من قواعد الأمم المتحدة النموذجية الدنيا لإدارة شؤون الأحداث لعام 1985.

(9) - راجع القاعدة 9 من قواعد الأمم المتحدة بشأن حماية الأحداث المجردين من حريتهم لعام 1990.

(10) - راجع القاعدة 10 الفقرة 3 من قواعد الأمم المتحدة النموذجية الدنيا لإدارة شؤون الأحداث لعام 1985.

المحاكمة إلا كملاذ أخير ولمدة قصيرة، في حالة احتجازه من أجل المحاكمة يجب فصله عن البالغين ، استفادة الطفل الجانح من الرعاية والحماية اللازمة لصغر سنه⁽¹¹⁾ السعي لإجراء تحقيق حول الأوضاع المعيشية للطفل الجانح من طرف السلطات المختصة بذلك والمسماة بتقارير التقصي الاجتماعي.⁽¹²⁾

ثانيا: أثناء المحاكمة

يتمتع الطفل الجانح أثناء المحاكمة بحقوق من نوع خاص تتمثل فيما يلي:

- 1- يجب أن يتم الفصل في قضية الطفل الجانح من طرف الجهات المختصة والمؤهلة لذلك⁽¹³⁾
- 2- التزام السرعة في محاكمة الطفل الجانح وتفادي تسريب أية معلومات حول القضية تحت طائلة العقاب
- 3- الحق في الاستئناف
- 4- حقه في محاكمة عادلة
- 5- حقه في حضور جلسة المحاكمة ومشاركته فيها من خلال إبداء رأيه⁽¹⁴⁾
- 6- المحافظة على سرية جلسة المحاكمة لتفادي التأثير السلبي على نفسية الطفل الجانح⁽¹⁵⁾
- 7- حضور وليه أو وصيه
- 8- حضور دفاعه للجلسة⁽¹⁶⁾
- 9- الحق في استفادته من وقف إجراءات الدعوى من طرف السلطات المختصة⁽¹⁷⁾

ثالثا : بعد المحاكمة

لا يجوز أن يكون الطفل الجانح بعد المحاكمة عرضة لما يلي:

- 1- لا يجوز أن يحكم عليه بعقوبة الإعدام مهما بلغت جسامة الجريمة التي ارتكبها
- 2- لا يجوز أن توقع عليه عقوبات جسدية
- 3- لا يجوز حرمانه من الحرية الشخصية إلا في حالة العود أو في حالة الجرائم الخطيرة⁽¹⁸⁾
- 4- لا يجوز حرمانه من حقوقه المدنية والسياسية المكفولة له بموجب القوانين الوطنية والدولية⁽¹⁹⁾
- 5- لا يجوز إيداعه في مؤسسة إصلاحية إلا كملاذ أخير ولمدة قصيرة⁽²⁰⁾

(11) - راجع القاعدة 13 من قواعد الأمم المتحدة النموذجية الدنيا لإدارة شؤون الأحداث لعام 1985.
(12) - راجع القاعدة 16 الفقرة 1 من قواعد الأمم المتحدة النموذجية الدنيا لإدارة شؤون الأحداث لعام 1985.
(13) - راجع القاعدة 14 الفقرة 1 من قواعد الأمم المتحدة النموذجية الدنيا لإدارة شؤون الأحداث لعام 1985.
(14) - راجع القاعدة 14 الفقرة 1 و2 من قواعد الأمم المتحدة النموذجية الدنيا لإدارة شؤون الأحداث لعام 1985.
(15) - راجع القاعدة 7 من قواعد الأمم المتحدة النموذجية الدنيا لإدارة شؤون الأحداث لعام 1985.
(16) - راجع القاعدة 15 الفقرة 1 و2 من قواعد الأمم المتحدة النموذجية الدنيا لإدارة شؤون الأحداث لعام 1985.
(17) - راجع القاعدة 17 الفقرة 4 من قواعد الأمم المتحدة النموذجية الدنيا لإدارة شؤون الأحداث لعام 1985.
(18) - راجع القاعدة 17 الفقرة 2 من قواعد الأمم المتحدة النموذجية الدنيا لإدارة شؤون الأحداث لعام 1985.
(19) - راجع القاعدة 13 من قواعد الأمم المتحدة بشأن حماية الأحداث المجردين من حريتهم لعام 1990.
(20) - راجع القاعدة 20 الفقرة 1 من قواعد الأمم المتحدة النموذجية الدنيا لإدارة شؤون الأحداث لعام 1985.

- 6- فصله عن البالغين في الحالات التي يتواجد فيها في المؤسسة الإصلاحية
- 7- استفادة الحدث الجانح من الذكور أو الإناث المحتجزين في المؤسسة الإصلاحية من الرعاية والعلاج والحماية اللازمة لهم على قدم المساواة
- 8- استفادته من الحق في زيارة أسرته له
- 9- كفالة حقه في التعليم (21)
- 10- الاستفادة من برامج وأنشطة تساعد على تنمية قدراته وتطويرها طيلة مدة الاحتجاز (22)
- 11- حقه في اطلاع عائلته على أوضاعه الصحية والاطلاع على جنته في حالة وفاته داخل المؤسسة المتواجدا بها (23)
- 12- استفادته من الحق في الإدماج في المجتمع بعد إطلاق سراحه (24)

المطلب الثاني: حماية الطفل الجانح في المواثيق الدولية

إن الضعف الذي يتميز به الطفل في بعض مراحل حياته، فرض ضرورة شموله بحماية دولية تكفل له التمتع بكافة الحقوق التي تضمن له العيش الكريم في جو من الرفاهية لهذا لجأت معظم الاتفاقيات الدولية الخاصة بحماية حقوق الإنسان سواء أثناء السلم أو النزاع المسلح إلى إدراج نصوص قانونية تتعلق بإضفاء نوع من الحماية العامة على حقوق الطفل لكونه إنسان، ومن بينها الطفل الجانح .

ومع تطور الحاجة لتعزيز هذه الحماية في ظل الانتهاكات التي تطال حقوق الطفل الجانح ، تم التفكير في إبرام اتفاقيات دولية يتمحور موضوعها الأساسي حول الحماية الخاصة لحقوق الطفل مهما كان وصفه كالطفل الجانح باعتباره موضوع دراستنا.

الفرع الأول: الحماية المقررة للطفل الجانح في القانون الدولي لحقوق الإنسان

دفعت الانتهاكات الدولية لحقوق الإنسان بالمجتمع الدولي إلى ضرورة التفكير في إيجاد منظومة قانونية دولية تهدف إلى احترام حقوق وحرية الإنسان، والتي تمثلت أولى بوادرها في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لعام 1948 الذي كرس تمتع الإنسان بمجموعة من الحقوق في 30 مادة لكونه إنسان، ثم جاءت تكملة هذه الحقوق بموجب العهدين الدوليين للحقوق المدنية والسياسية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية لعام 1966 اللذان استحدثا آليتين تسهلمان في تأكيد إلزامية احترام الدول لهذه الحقوق أثناء السلم مما يؤدي إلى تفعيل الحماية العامة لحقوق الإنسان.

لم تقتصر الجهود الدولية على مجرد إضفاء الحماية العامة على حقوق الإنسان، بل تعدتها إلى رفع مستوى الحماية بالنسبة للفئات الضعيفة كالأطفال إلى الحماية الخاصة والتي تجسدت أهمها فيما يتعلق بالحماية الخاصة لحقوق الطفل الجانح في اتفاقية حقوق الطفل لعام 1989.

(21) - راجع القاعدة 26 الفقرة 3،4،6 من قواعد الأمم المتحدة النموذجية الدنيا لإدارة شؤون الأحداث لعام 1985.

(22) - راجع القاعدة 12 من قواعد الأمم المتحدة بشأن حماية الأحداث المجردين من حريتهم لعام 1990.

(23) - راجع القاعدة 57 من قواعد الأمم المتحدة بشأن حماية الأحداث المجردين من حريتهم لعام 1990.

(24) - راجع القاعدة 29 من قواعد الأمم المتحدة بشأن حماية الأحداث المجردين من حريتهم لعام 1990.

أولا : الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لعام 1948

تبنت العديد من الدول نصوص الإعلان العالمي لحقوق الإنسان ضمن دساتيرها الداخلية على الرغم من صدوره في شكل توصية تفتقر للصفة الإلزامية نظرا للحقوق التي يكفلها لكل إنسان على قدم المساواة والذي يعتبر الطفل الجانح أحد المخاطبين بها.

فمن خلال دراسة نصوص الإعلان العالمي لحقوق الإنسان نجد أنه قد كرس حماية عامة لحقوق الطفل الجانح على الرغم من عدم استحداثه لآلية تعمل على تفعيلها والتي تتمثل فيما يلي :

- أ- لا يجوز إخضاعه للتعذيب أو المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو الحط من كرامته
- ب- حقه في اللجوء للمحاكم الوطنية المختصة لتحقيق إنصافه وصون حقوقه المنتهكة
- ج- لا يجوز اعتقاله أو حجزه أو نفيه تعسفا
- د- يستفيد الطفل الجانح من قاعدة المتهم بريء حتى تثبت إدانته، كما لا يجوز إدانته بجرمة لم تكن وقت ارتكابها مجرمة بموجب القانون الوطني أو الدولي (25)

ثانيا : العهد الدولي الأول للحقوق المدنية والسياسية لعام 1966

يستفيد الطفل الجانح أيضا في ظل العهد الدولي الأول للحقوق المدنية والسياسية لعام 1966 من الحماية العامة لبعض الحقوق المتمثلة في:

- أ- عدم جواز الحكم بالإعدام على الأشخاص الذين يرتكبون جرائم في سن أقل من 18 سنة
- ب- عدم جواز إخضاعه للتعذيب أو المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية كما لا يجوز إخضاعه لتجارب طبية أو علمية دون رضاه
- ج- يفصل الأحداث المتهمون عن البالغين و يتم إحالتهم للمحاكمة بأسرع وقت
- د- الالتزام بسرية جلسة المحاكمة إذا تعلق الأمر بالأحداث مراعاة لمصالحهم
- هـ- اتخاذ إجراءات مناسبة في حق الأحداث تساعد على إعادة تأهيلهم (26)

لم يكتف العهد الأول بمجرد إقرار مجموعة من الحقوق المدنية والسياسية للإنسان، بل استحدثت علاوة عن ذلك آلية تسهم في تفعيل حماية هذه الحقوق على أرض الواقع تسمى باللجنة المعنية بحقوق الإنسان (27)، التي تكلف بإعداد تقارير لرصد مدى التزام الدول بتنفيذ الحقوق الوارد في العهد ويتم إحالة هذه التقارير إلى الأمين العام للأمم المتحدة الذي يجلها للجنة من أجل دراستها أو يقوم بإحالتها على الوكالات الدولية المتخصصة كل حسب

(25) - راجع المواد 9، 11، 8، 5 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لعام 1948 .

(26) - راجع المواد 6 الفقرة 5، 10، 7، الفقرة ب، 14، الفقرة 4 من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية لعام 1966.

(27) - راجع المادة 28 من العهد الدولي للحقوق المدنية و السياسية لعام 1966.

اختصاصها وهذا بعد التشاور مع اللجنة المعنية بحقوق الإنسان التي تكلف بإبلاغ الدول الأطراف في العهد بالنتائج و الملاحظات التي توصلت إليها بعد دراستها للتقارير وهذا الإجراء يخص الدول التي تعلن قبولها لاختصاص اللجنة المعنية بحقوق الإنسان. (28)

ثالثا : اتفاقية حقوق الطفل لعام 1989

يتمتع الطفل الجانح في ظل اتفاقية حقوق الطفل لعام 1989 بحماية خاصة تضمن له التمتع بمجموعة من الحقوق التي ورد ذكرها صراحة في مختلف النصوص القانونية.

فقد اتجهت المادة 3 من الاتفاقية إلى ضرورة رعاية المصلحة الفضلى للطفل في المحاكم سواء تعلق الأمر بالسلامة الجسدية أو الرعاية الصحية، وأضافت المادة 37 من نفس الاتفاقية حقوق أخرى للطفل الجانح تشمل ما يلي :

أ- عدم جواز إخضاعه للتعذيب أو المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة.
ب- عدم جواز فرض عقوبة الإعدام أو السجن المؤبد على الأشخاص الذين يرتكبون جرائم في سن يقل عن 18 سنة.

ت- عدم جواز حرمانه من حريته بصورة غير قانونية أو تعسفية.
ث- يجب أن يجري اعتقال الطفل أو احتجازه أو سجنه طبقا للقانون وأن يكون اتخاذ مثل هذا الإجراء كاملاذ أخير و لمدة قصيرة.

ج- معاملته معاملة إنسانية والعمل على فصل كل طفل محروم من حريته عن الأشخاص البالغين.
ح- حقه في البقاء على اتصال دائم بأسرته عن طريق المراسلات و الزيارات إلا في الحالات الاستثنائية.
خ- حق الطفل المحروم من حريته في الحصول على المساعدة القانونية، إضافة لثبوت حقه في الطعن في شرعية حرمانه من الحرية أما الجهات المختصة بذلك (29)

علاوة على هذه الحقوق التي ورد ذكرها سلفا نجد أن المادة 40 من الاتفاقية قد أضافت حقوقا أخرى للطفل الجانح وألزمت الدول بضرورة كفالتها والتي جاءت كما يلي :

أ- عدم جواز إدانة الطفل بأفعال لم تكن وقت ارتكابها تشكل جريمة بموجب القانون الوطني والدولي
ب- افتراض براءته إلى أن تثبت إدانته وفقا للقانون
ت- إخطاره بالتهم الموجهة إليه عن طريق والديه أو وصيه القانوني مع ثبوت حقه في الحصول على المساعدة القانونية

ث- يجب أن يتم الفصل في قضية الطفل الجانح من طرف جهات قضائية مختصة و مستقلة على وجه السرعة بحضور مستشار قانوني كذا حضور والديه أو الأوصياء عليه
ج- لا يجوز إكراهه على الإدلاء بشهادته أو الاعتراف بالذنب

(28) - راجع المادة 40 من العهد الدولي للحقوق المدنية و السياسية لعام 1966.

(29) - راجع المادة 3، 37 من اتفاقية حقوق الطفل لعام 1989.

- ح- استدعاء الشهود المناهضين و المؤيدين لقضيته للاستجواب على قدم المساواة
 خ- حقه في الحصول على مترجم في حالة تعذر فهم اللغة
 د- احترام خصوصياته في جميع مراحل الدعوى

كما حثت الاتفاقية كافة الدول الأطراف فيها بموجب الفقرة 3 من المادة 40 على ضرورة سن تشريعات خاصة بالطفل الجانح تكفل اتخاذ إجراءات خاصة بهم، مع تخصيص مؤسسات تعمل على رعايتهم في مثل هذه الأوضاع، وكان من بين النقاط التي أكدت عليها أيضا هو تحديد الدول لسن المسؤولية الجنائية واتخاذ كافة التدابير التي تكفل حقوق الطفل الجانح دون حاجة للجوء إلى الإجراءات القضائية.⁽³⁰⁾

الفرع الثاني: الحماية المقررة للطفل الجانح في القانون الدولي الإنساني

إذا كان القانون الدولي الإنساني يحيط الطفل بالحماية العامة المقررة لكافة المدنيين أثناء النزاعات المسلحة لكونه من الفئات المستضعفة التي تكون عرضة للانتهاكات الجسيمة، فإن هذه الحماية لم تقتصر على هذا الحد فقط، بل تعدتها لفرض حماية خاصة بالطفل في الحالات العادية وحتى الحالات غير العادية التي ينحرف فيها عن السلوك العادي ويرتكب جريمة معاقبا عليها، وعليه فإن أوجه الحماية الخاصة بالطفل الجانح أثناء النزاعات المسلحة تشمل المواثيق الدولية التالية:

أولا : اتفاقية جنيف الرابعة لعام 1949

أشارت اتفاقية جنيف الرابعة لعام 1949 الخاصة بحماية المدنيين غير المشاركين في الأعمال العدائية أثناء النزاعات المسلحة إلى حماية خاصة بالطفل الجانح بموجب المادة 68 منها والمتعلقة بعدم جواز إصدار حكم بإعدام كل شخص محمي بموجب الاتفاقية يقل عمره عن 18 سنة وقت اقرار الجريمة⁽³¹⁾، مما يشكل خطوة إيجابية تهدف إلى توسيع حماية الطفل حتى في حالة جنوحه وهذا مراعاة لصغر سنه .

ثانيا : البروتوكول الإضافي الأول لعام 1977

وردت حماية الطفل الجانح بموجب البروتوكول الإضافي الأول لعام 1977 والمتعلق بحماية ضحايا النزاعات المسلحة الدولية في المادة 77، التي ألزمت الدول بوضع الأطفال الذين يتم القبض عليهم أو احتجازهم أو اعتقالهم لأسباب تتعلق بالنزاع المسلح في أماكن منفصلة عن تلك المخصصة للبالغين، كما قضت بعدم جواز تنفيذ عقوبة الإعدام على الأشخاص الذين يقل عمرهم عن 18 سنة وقت ارتكاب الجريمة أثناء النزاعات المسلحة⁽³²⁾، مما يؤكد على ضرورة حماية حق الأطفال في الحياة الذي نادى به مختلف الاتفاقيات الدولية لحماية حقوق الإنسان حتى في النزاعات المسلحة باعتباره من الحقوق الأساسية التي تضمن التمتع بباقي الحقوق الأخرى .

(30) - راجع المادة 40 الفقرة 3 من اتفاقية حقوق الطفل لعام 1989.

(31) - راجع المادة 68 من اتفاقية جنيف الرابعة لعام 1949.

(32) - راجع المادة 77 من البروتوكول الاختياري الأول لعام 1977.

ثالثا : البروتوكول الإضافي الثاني لعام 1977

أكد البروتوكول الإضافي الثاني لعام 1977 المتعلق بحماية ضحايا النزاعات المسلحة غير الدولية على ضرورة حماية الطفل الجانح بموجب المادة 6 في الفقرة 4 والتي قضت بعدم جواز إصدار حكم يقضي بإعدام الأشخاص الذين يقل عمرهم عن 18 سنة وقت ارتكاب الجريمة.⁽³³⁾

الفرع الثالث: الحماية المقررة للطفل الجانح في القانون الدولي الجنائي

تعتمد المحكمة الجنائية الدولية في ممارسة اختصاصها بمعاقبة مرتكبي الجرائم الدولية على مجموعة من المبادئ المحددة بموجب نظامها الأساسي كمبدأ عدم الاعتراف بالصفة الرسمية لمرتكبي الجرائم الدولية⁽³⁴⁾، مبدأ المسؤولية الجنائية الفردية⁽³⁵⁾، ومبدأ عدم اختصاصها على الأشخاص أقل من 18 سنة، والذي يعد بمثابة معاملة استثنائية للأطفال تهدف إلى إحاطتهم بحماية خاصة تجعلهم في منأى عن أي متابعة قضائية أمام المحكمة الجنائية الدولية في حالة ارتكابهم لجريمة دولية في سن أقل من 18 سنة.⁽³⁶⁾

وعلى اعتبار أن إنشاء المحكمة الجنائية الدولية جاء بغرض معاقبة كبار مرتكبي الجرائم الدولية الذين يسهمون في أغلب الأحيان في إقحام الفئات الضعيفة كالأطفال ضمن مخططاتهم الإجرامية فان نظام روما الأساسي تصدى لمثل هذا الوضع بموجب المادة 26 وأخرج فئة الأطفال الجانحين من اختصاص المحكمة الجنائية الدولية دون أن يمنع ذلك معاقبتهم أما القضاء الوطني المختص بذلك.

المبحث الثاني: قواعد الحماية الوطنية للطفل الجانح في بعض الدول العربية

لقد أولت دول المغرب العربي أهمية كبيرة للطفل الجانح وذلك في التشريعات المدرجة في أنظمتها الداخلية، ونحن سنتطرق إلى حماية الطفل في كل من التشريع الجزائري والمغربي من خلال تعريف الطفل الجانح وكذا إبراز المراحل التي تمر بها المسؤولية الجنائية للطفل الجانح، لنصل إلى إبراز الآليات القانونية التي اتبعتها من أجل حماية الطفل الجانح.

المطلب الأول : مفهوم الطفل الجانح في التشريعات الداخلية

تأتي أهمية دراسة جرائم الأحداث في الدول المغربية على اعتبار أنها تمثل أحد الموضوعات الهامة المرتبطة بسلامة المجتمع وسلامة جميع فئاته وطبقاته بلا استثناء ضمن أولوياتها، ذلك أن هذه الدول تمتلك طاقة كبيرة فيما يخص الأطفال الأقل من 18 سنة والتي تؤثر في المجالات الاقتصادية والاجتماعية مما ينعكس على ارتكاب بعضهم أنماطا من السلوك الجانح.⁽³⁷⁾

(33) - راجع المادة 6 الفقرة 4 من البروتوكول الاختياري الأول لعام 1977.

(34) - راجع المادة 27 من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية لعام 1998.

(35) - راجع المادة 25 من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية لعام 1998.

(36) - راجع المادة 26 من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية لعام 1998.

(37) - تماضر زهري حسون، جرائم الأحداث الكور في الوطن العربي، الطبعة الأولى، دار آمنة للنشر والتوزيع، الأردن 2013، ص 13.

الفرع الأول: تعريف الطفل الجانح في بعض التشريعات الداخلية

لقد عرف المشرع الجزائري الطفل الجانح في القانون 15-12 المتعلق بحماية الطفل بأنه: "الطفل الذي يرتكب فعلا مجرما والذي لا يقل عمره عن عشر 10 سنوات وتكون العبرة في تحديد سنه بيوم ارتكاب الجريمة".⁽³⁸⁾

أما المشرع السوداني فأتجه إلى تعريف الطفل الجانح بموجب قانون الطفل لعام 2010 على أنه: "كل طفل أتم الثانية عشر ولم يبلغ الثامنة عشر سنة من عمره عند ارتكابه فعلا مخالفا للقانون".⁽³⁹⁾

فبالمقارنة بين التعريفين نجد أن المشرع الجزائري يضيف وصف الطفل الجانح على كل طفل يرتكب جريمة في سن من 10 سنوات إلى أقل من 18 سنة باعتباره السن الذي يحتفظ فيه الطفل بهذا الوصف طبقا لما هو منصوص عليه في المادة 2 من القانون 15-12 التي تعرف الطفل بأنه: "كل شخص لم يبلغ 18 سنة كاملة"، وهذا على غرار المشرع السوداني الذي يضيف وصف الطفل الجانح على كل طفل يرتكب جريمة عند بلوغه سن 12 سنة دون أن يتجاوز 18 سنة، ليرفع بذلك سن المسؤولية الجنائية إلى 12 سنة كاملة يوم ارتكاب الجريمة وان كانت هذه المسؤولية تبقى مسؤولية ناقصة.

وبهذا فان المشرع الجزائري ومن خلال تحديده للسن التي تجعل الطفل محملا للمتابعة الجزائية بموجب القانون 15-12 يكون بذلك قد واكب التعديل الوارد في قانون العقوبات بموجب القانون رقم 14-01 الصادر في 4/2/2014 المعدل والمتمم للأمر 66-156 المتضمن قانون العقوبات الجزائري في المادة 49 التي تنص على "لا يكون محملا للمتابعة الجزائية القاصر الذي لم يكمل 10 سنوات...".⁽⁴⁰⁾

الفرع الثاني: مراحل المسؤولية الجنائية للطفل الجانح في التشريعات الداخلية (الجزائر والمغرب)

تمر المسؤولية الجنائية للطفل الجانح بثلاث مراحل وقد روعي في تقسيمها معيار السن:

أولا: مرحلة انعدام المسؤولية الجنائية للطفل الجانح

طبقا للتشريع الجزائري فان المسؤولية الجنائية تنعدم في حق كل طفل جانح يرتكب جريمة في سن يقل عن 10 سنوات لانعدام تمييزه وهذا وفقا لما أكدته المادة 49 من قانون العقوبات الجزائري التي اعتبرت أيضا أن القاصر الذي يتراوح سنه من 10 سنوات إلى أقل من 13 سنة لا توقع عليه إلا تدابير الحماية والتهذيب أو التوبيخ في حالة ارتكابه لمخالفة.

(38) - راجع المادة 2 من القانون 15-12 المتضمن حماية الطفل .

(39) - راجع قانون الطفل السوداني لعام 2010.

(40) - راجع المادة 49 من القانون 14-01 الصادر في 4/2/2014 المعدل و المتمم للأمر 66-156 المتضمن قانون العقوبات الجزائري .

أما بالنسبة للتشريع المغربي فان المادة 458 من قانون المسطرة الجنائية قد حددت سن انعدام المسؤولية الجنائية بالنسبة للحدث الجانح ب 12 سنة.⁽⁴¹⁾

ثانيا: مرحلة المسؤولية الجنائية الناقصة للطفل الجانح

في هذه المرحلة يبدأ الحدث بالاتصال بالعالم الخارجي وتظهر علامات تفتح مداركه الشخصية في الظهور من خلال معرفته بما يفعله، لكن ليس له من التجربة والقدرة ما يكفي لفهم معرفته إزاء القانون وتقدير نتائج أعماله، ومن ثم تطبق على الطفل الجانح إجراءات وتدابير تهيئية يهدف المشرع من خلالها إلى إصلاحه ولا ينشأ عند ارتكابه الجريمة أي إلتزام بتحمل العقوبة.⁽⁴²⁾

وطبقا لما هو معمول به في التشريع الجزائري فان الطفل الجانح يعتبر مسؤولا مسؤولية جنائية ناقصة في سن من 13 سنة إلى 18 سنة ويخضع في هذه المرحلة لتدابير الحماية أو التهذيب أو العقوبة المخففة طبقا للمادة 50 من قانون العقوبات⁽⁴³⁾، أما بالنسبة للتشريع المغربي فان الحدث الذي لا يتجاوز 12 سنة إلى غاية بلوغه 18 سنة يعد مسؤولا مسؤولية جنائية ناقصة لعدم اكتمال تمييزه.⁽⁴⁴⁾

ثالثا : مرحلة المسؤولية الجنائية الكاملة للطفل الجانح

تحدد هذه المرحلة ببلوغ الطفل سن الرشد الجنائي و هو 18 سنة كاملة طبقا للتشريع الجزائري وقد نصت المادة 2 من القانون 15-12 الخاص بحماية الطفل على أن العبرة في تحديد سن الرشد الجنائي تكون بسن الطفل الجانح يوم ارتكاب الجريمة⁽⁴⁵⁾ وقد سلك التشريع المغربي نفس المنهج في تحديد سن الرشد الجنائي بموجب المادة 458 من قانون المسطرة الجنائي وهو 18 سنة.⁽⁴⁶⁾

المطلب الثاني: حماية الطفل الجانح في التشريعات الداخلية للدول (الجزائر والمغرب)

بحكم انضمام العديد من الدول لاتفاقية حقوق الطفل لعام 1989 وغيرها من الاتفاقيات الدولية ذات الصلة التي تهدف إلى إحاطة الطفل الجانح بحماية خاصة، فإنها قد عمدت إلى تضمين تشريعاتها الداخلية كافة القواعد الدولية سواء من حيث الإجراءات أو العقوبات التي تهدف في مجملها إلى حماية الطفل الجانح ومن أمثلتها الجزائر والمغرب باعتبارهما محل دراستنا.

(41) - راجع المادة 458 من قانون المسطرة الجنائية المغربي .

(42) - بلقاسم سويقات، الحماية الجزائرية للطفل في التشريع الجزائري، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ورقلة، ص 20.

(43) - راجع المادة 50 من قانون العقوبات الجزائري .

(44) - راجع المادة 458 من قانون المسطرة الجنائية المغربي .

(45) - راجع المادة 2 من القانون 15-12 المتضمن حماية الطفل .

(46) - راجع المادة 458 من قانون المسطرة الجنائية المغربي .

الفرع الأول: حماية الطفل الجانح في التشريع الجزائري

المشرع الجزائري ومن خلال النصوص القانونية التي المتعلقة بحماية الأحداث كان دائما يسعى الى حمايتهم بشتى الطرق، ومن هذه النصوص نجد قانون العقوبات وقانون الإجراءات الجزائية وقانون تنظيم السجون وقانون حماية الطفل.

أولا : حماية الطفل الجانح في قانون العقوبات

تطرق المشرع الجزائري في قانون العقوبات إلى الحماية الجزائية للطفل الجانح وذلك من خلال نص المادة 49 الفقرة الأولى من القانون رقم 14 - 01 الصادر في 4 / 2 / 2014 المعدل و المتمم للأمر 66 - 156 والمتضمن قانون العقوبات ، والتي تضمنت حظرا يقضي بعدم جواز المتابعة الجزائية في حق كل قاصر يقل عمره عن 10 سنوات وأضافت الفقرة 2 و 3 من نفس المادة تخفيفا من حيث العقوبات الموقعة على القاصر في سن من 10 إلى أقل من 13 سنة والتي تخص اتخاذ تدابير الحماية والتهذيب والتوبيخ فقط.

كما قام المشرع الجزائري بتخفيف العقوبة على الحدث الجانح الذي يبلغ سنه من 13 الى 18 سنة بأن تصبح العقوبة تصبح كما يلي:

- إذا كانت العقوبة التي تفرض عليه هي الإعدام أو السجن المؤبد فإنه يحكم عليه بعقوبة الحبس من عشر سنوات إلى عشرين سنة.
- وإذا كانت العقوبة هي السجن أو الحبس المؤقت فإنه يحكم عليه بالحبس لمدة تساوي نصف المدة التي كان يتعين الحكم عليه بها إذا كان بالغا.(47)
- وقد استثنى المشرع العقوبات السالبة للحرية في مواد المخالفات وأبقى على القاصر الذي يبلغ سنه من 13 إلى 18 سنة عقوبات تتراوح بين التوبيخ أو الغرامة.(48)

ثانيا : حماية الطفل الجانح في قانون الإجراءات الجزائية

نظم المشرع الجزائري حماية الطفل الجانح في قانون الإجراءات الجزائية من المادة 442 إلى 492 تحت عنوان قضاء الأحداث ، وقد عمد إلى وضع إجراءات خاصة من حيث إجراءات التحقيق أو داخل هيئة العدالة تختلف مع باقي الإجراءات المتخذة ضد البالغين.

وقد تضمنت المادة 447 من قانون الإجراءات الجزائية إجراءات التحقيق مع الأحداث حيث يسلم وكيل الجمهورية فئة الأحداث من المجرمين عن طريق التماس لقاضي الأحداث بفتح تحقيق كون التحقيق في قضايا الأحداث وجوبي فيؤدي الحدث شهادته دون أداء اليمين وهو بمثابة استثناء على الأصل ، كما يكون حضور وليه الشرعي وكذا حضور المحامي أثناء التحقيق وجوبي طبقا لما نصت عليه المادة 454 من قانون الإجراءات الجزائية كما

(47) - راجع المادة 50 من قانون العقوبات الجزائري .

(48) - راجع المادة 51 من قانون العقوبات الجزائري .

أن لقاضي الأحداث إجراء بحث إجتماعي عن الطفل الجانح حتى يتعرف عن الأسباب المؤدية إلى انحراف الحدث. (49)

وقد تطرق المشرع الجزائري في هذا القانون إلى تدابير الحماية للحدث الجانح في حالة المخالفات أما في حالة الجانح فقد يخضع الطفل الجانح لإجراءات الحماية كالإفراج تحت المراقبة طبقا لأحكام الباب الثالث والرابع الكتاب الثالث الخاص بالأحداث أو الحبس بالنسبة للحدث البالغ أكثر من 13 سنة بالنظر إلى شخصية الحدث الجانح دون خضوعه للإكراه البدني أو الإعدام ، وينظر في القضايا الجنائية قاضي الأحداث لدى محكمة مقر المجلس وليس أمام محكمة الجنايات باستثناء المتهمين القصر البالغين 16 سنة كاملة وارتكبوا أفعالا إرهابية أو تخريبية أو المحالين على محكمة الجنايات بقرار نهائي من غرفة الاتهام لخطورته وخروجه من دائرة الأحداث.

ثالثا: حماية الطفل الجانح في قانون تنظيم السجون

يعتبر موضوع التكفل بالأحداث المحبوسين ورعايتهم وإعادة تأهيلهم بغرض إعادة إدماجهم الاجتماعي مرة أخرى كأفراد صالحين أحد أهم الاهتمامات الرئيسية للمديرية العامة لإدارة السجون وإعادة الإدماج ، وذلك بالنظر إلى الأسباب التي أدت إلى جنوح الأطفال وانحرافهم عن الوسط الطبيعي .

وقد نص قانون تنظيم السجون على إجراءات خاصة ومرنة تطبق على الأحداث المحبوسين منها :

- فصل الأحداث عن المحبوسين الكبار في المؤسسات العقابية ، وكذا نص على المراكز الخاصة بإعادة تربية و إدماج الأحداث التي تختص باستقبال الأحداث المحبوسين مؤقتا والمحكوم عليهم نهائيا بعقوبة سالبة للحرية ، كما نص على تخصيص مؤسسات الوقاية ومؤسسات إعادة التربية أجنحة منفصلة للأحداث بالمادتين 28 و 29⁽⁵⁰⁾
- كما خص المشرع الجزائري الأحداث بامتيازات يراعي فيها مقتضيات سنه وشخصيته وهذا بموجب نص المادة 119 التي تنص على :
- وجبة غذائية متوازنة وكافية لنمو الجسدي والعقلي
- لباس مناسب
- رعاية صحية وفحوص طبية مستمرة
- فسحة في الهواء الطلق يوميا
- محادثة زائريه مباشرة من دون فواصل
- استعمال وسائل الاتصال عن بعد تحت رقابة الإدارة

(49) - راجع المادة 447 من قانون الإجراءات الجزائية .

(50) - راجع المادة 454 من قانون الإجراءات الجزائية .

رابعاً: حماية الطفل الجانح في قانون 15-12 المتعلق بحماية الطفل

قام المشرع الجزائري في القانون 15-12 المتعلق بحماية الطفل بمواكبة التشريعات الدولية وخاصة الاتفاقيات الدولية المتعلقة بحماية الطفل، وقد أدرج المشرع الجزائري ضمن هذا القانون باب المعنون بعنوان القواعد الخاصة بالأطفال الجانحين وقسمه إلى :

1 - حماية الطفل الجانح في التحري والتحقيق وتطبيق الحكم

لم يسمح المشرع الجزائري بموجب المادة 48 من قانون حماية الطفل أن يكون محل توقيف للنظر الطفل الذي يقل سنه عن 13 سنة المشتبه به في ارتكاب جريمة أو محاولة ارتكابها ، غير أنه وضع استثناء بخصوص الجنح التي يكون الحد الأقصى للعقوبة فيها 05 سنوات حبسا وفي الجنايات⁽⁵¹⁾، مع إلزامية إخطار والديه أو ممثله الشرعي في حالة توقيفه للنظر⁽⁵²⁾، مع فحصه من قبل الطبيب عند بداية ونهاية مدة التوقيف مع إرفاق الشهادة الطبية في ملف الإجراءات تحت طائلة البطلان⁽⁵³⁾، مع وجوب حضور المحامي أثناء التوقيف للنظر مع استثناء الطفل الجانح الذي ارتكب أفعالا ذات صلة بالإرهاب والاتجار بالمخدرات أو في إطار الجرائم المنظمة فيمكن سماع أقواله في حالة غياب التمثيل بمحامي.⁽⁵⁴⁾

وقد حمل المشرع الجزائري الممثل الشرعي للطفل الجانح المسؤولية المدنية عن الضرر الذي لحق بالغير⁽⁵⁵⁾، مع منع وضع الطفل الجانح في مؤسسة عقابية ولو بصفة مؤقتة إلا في حالة الاستحالة فإنه يتم وضعه بمركز لإعادة التربية وإدماج الأحداث أو بالجنح الخاص بالأحداث في المؤسسات العقابية عند الاقتضاء.⁽⁵⁶⁾

وقد راعى المشرع الجزائري خصوصية محكمة الأحداث وجعل جلساتها سرية وبتشكيلة مكونة من قاض ومحلفين ، وأما بخصوص غرفة الأحداث على مستوى المجلس القضائي فإنها تتكون من رئيس ومستشارين .

2 - مرحلة التنفيذ

في هذه المرحلة يتم تقييد الأحكام والقرارات الصادرة بخصوص الطفل الجانح في صحيفة السوابق القضائية رقم 2 وذلك لحماية الطفل ككائن ضعيف وهذا ما نصت عليه المادة 107 من ق 15-12.

3 - الوساطة

كما أحدث المشرع الجزائري إجراء الوساطة في كل وقت من تاريخ ارتكاب الطفل الجانح للمخالفة أو الجنحة دون الجنائية وقبل تحريك الدعوى العمومية ، سواء كان ذلك بطلب من الطفل الجانح أو ممثله الشرعي أو من

(51) - راجع المادة 49 من القانون 15 - 12 المتضمن حماية الطفل .

(52) - راجع المادة 50 من القانون 15 - 12 المتضمن حماية الطفل .

(53) - راجع المادة 51 من القانون 15 - 12 المتضمن حماية الطفل .

(54) - راجع المادة 54 من القانون 15 - 12 المتضمن حماية الطفل .

(55) - راجع المادة 56 من القانون 15 - 12 المتضمن حماية الطفل .

(56) - راجع المادة 58 من القانون 15 - 12 المتضمن حماية الطفل .

قبل وكيل الجمهورية ، وذلك حتى لا يتعرض الطفل الجانح إلى عقوبات قد تدفعه إلى الإجرام وبالتالي فإن هذه المرحلة من سنه تتطلب إعادة تربيته وإصلاحه.⁽⁵⁷⁾

الفرع الثاني: حماية الطفل الجانح في التشريع المغربي (قانون المسطرة الجنائية المغربي)

تكتسي أهمية دراسة الطفل الجانح في كل من التشريع الجزائري والمغربي أهمية بالغة على المستوى القانوني لفئة الأحداث الجانحين ، فقد خصص لها المشرع المغربي حيزا هاما من النصوص الجنائية للقواعد الخاصة لمحاكمة الجانحين، التي تهدف إلى إصلاح وتهذيب الحدث الجانح .

أولا : حق الحدث الجانح في المحاكمة أمام محكمة مختصة

تعتبر محاكمة الأطفال بعيدا عن الجهات القضائية المختصة لمحاكمة البالغين لسن الرشد الجزائري دافعا نحو إصلاح الأطفال وتكريسا لقواعد بكن التي نصت على إبعاد الأطفال في محاكمتهم مع البالغين لسن الرشد الجزائري. وتعد أهم ضمانة يمكن توفرها للحدث عند إجراء محاكمته هي مثوله أمام قاضي متخصص يكتسب معارف كبيرة بخصوص تربية الأطفال ونفسياتهم وطرق معاملتهم، إذ أن الغاية من تحديد أسلوب للتعامل مع الحدث هو التأثير إيجابا على شخصية الطفل.⁽⁵⁸⁾

ويعود سند المحاكم المتخصصة في قضايا الأحداث إلى نصوص المواد 14 و 40 من قواعد بكن واتفاقية حقوق الطفل على التوالي ، كما يلاحظ أن سمة التخصص تشمل جميع مراحل وإجراءات التقاضي بشقيها الجزائري والوقائي وهذا ما يميز القضاء المتخصص عن المحاكم المتخصصة.

ثانيا : جواز اتخاذ بعض الإجراءات في غيبة الحدث

نص المشرع المغربي في المادة 478 من قانون المسطرة الجنائية « يجري البحث والمناقشات ويصدر الحكم بجلسة سرية ويجب أن يحضر الحدث شخصيا ومساعدًا بمحاميه وممثل القانوني ما لم تعفي المحكمة الحدث أو ممثله القانوني من الحضور»، بالإضافة الى نص المادة 479 من نفس القانون على أنه «يمكن للرئيس أن يأمر في كل وقت بانسحاب الحدث من البحث والمناقشات كليًا أو جزئيًا ، ويصدر الحكم بحضوره ما لم تقرر المحكمة خلاف ذلك». ويمكن تفسير هذا الإجراء بضرورة الحفاظ على مصالح الطفل الجانح⁽⁵⁹⁾ ، وعن نفسيته الضعيفة المعرضة للاهتزاز والانحراف.

ثالثا: سرية محاكمة الأحداث

تمثل سرية محاكمة الأحداث أحد القواعد التي رسمتها اتفاقية بكن لرعاية مصلحة الأطفال في حالة نزاع مع القانون باعتبار أن تصرفات وسلوكيات الأطفال والشباب التي لا تتوافق مع القواعد والقيم الاجتماعية والتقليدية العادية هي جزء من عملية النضوج للأطفال، ومن ثم لا يجوز تحميلهم لتصرفات قاموا بها في مرحلة الطفولة.⁽⁶⁰⁾

(57) - عزيز مصطفي، الضمانات المسطرية لمحاكمة الأحداث الجانحين في التشريع المغربي، المجلة الالكترونية لندوات محاكم فاس ، العدد السادس، يناير، 2008 ، ص 15 .

(58) - عزيز مصطفي، المرجع السابق، ص 15 .

(59) - عزيز مصطفي، المرجع السابق، ص 18 .

(60) - بدون ذكر الاسم، الأحداث الجانحين وقضاء المحكمة في المملكة، عام 2008، ص 4.

ولا يخفى ما ينطوي عليه مبدأ سرية محاكمة الحدث من حرص المشرع على حماية خصوصيته عن جو الرهبة الذي يحيط بالمحاكمة مما يبعث الاطمئنان إلى نفسية الطفل ويشعره بالراحة، خاصة وأن مصلحة الحدث أثناء محاكمته تفترض السرية لأن العلانية هي أداة تشهير تؤثر في وضعه النفسي وتبث فيه سلوك الانحراف نحو الإجرام.

وتنص المادة 479 من قانون المسطرة الجنائية المغربي على «لا يقبل للحضور في البحث والمناقشات إلا الشهود في القضية و الأقارب والوصي أو المقدم أو الكافل أو الحاضن أو الممثل القانوني للحدث أو الشخص أو الهيئة المكلفة برعايته وأعضاء هيئة المحامين والمندوبون المكلفون بنظام الحرية المحروسة والقضاء والطرف المدني الذي قد يتقدم بمطالبه بالجلسة».

وتعد السرية من القواعد الأصلية في المحاكمة ويعد خرقها بمثابة خرق للنظام العام وبالتالي تكون باطلة.⁽⁶¹⁾

الخاتمة:

ما يمكن قوله في الختام أن الترسنة القانونية الوطنية والدولية المعدة لحماية الطفل الجانح من شأنها أن تضمن له التمتع بحقوقه العامة كإنسان وبحقوقه الخاصة كحدث جانح إذا تم تطبيقها بحذافيرها على أرض الواقع ، سواء من حيث شموله بقواعد خاصة بمحاكمته أو من حيث إعفائه من تطبيق عقوبة الإعدام وكذا من حيث السعي لاحتجازه في مراكز متخصصة في حمايته لحفظ كرامته وإعادة إدماجه كشخص صالح في المجتمع.

علاوة عن ذلك فإن من بين الاقتراحات التي نصل إليها بعد دراستنا لموضوع الحماية القانونية للطفل الجانح و التي ينبغي مراعاتها من طرف المشرع الوطني هي:

- السعي لفض النزاع وديا بين الطفل الجانح والضحية في حالة المخالفات والجنح من خلال جعل الوساطة أو ما يسمى بالصلح من أولى الإجراءات التي يجب التطرق إليها، وتمديدتها لأكثر من مرة مراعاة لصغر سن الحدث الجانح ولإبعاده عن المتابعة الجزائية.
- الاستعانة بأخصائيين نفسانيين أثناء التحقيق مع الحدث الجانح لتسهيل معرفة ظروف ارتكابه للجريمة، مع أخذها بعين الاعتبار.
- على المشرع الجزائري و المغربي أن يرفعا الاستثناء المتعلق باحتجاز الحدث الجانح في مؤسسة عقابية في حالة الضرورة وجعل مراكز إعادة التربية والتأهيل للأحداث الجانحين المؤسسة الوحيدة لاحتجازهم مع ضرورة احتوائها على كافة المرافق التي تضمن استمرارية التحصيل العلمي للحدث الجانح ورعايته الصحية، إضافة لجعلها إدماج الحدث الجانح من أولى اهتماماتها.

(61) - أنظر قرار المجلس الأعلى عدد 6454 الصادر بتاريخ 7 يولية 1994 ، ملف جنحي ، عدد 91 / 26154 منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى ، عدد 49 - 50 ، ص 224 .

قائمة المراجع:

أولا: الكتب:

1/ تماضر زهري حسون، جرائم الأحداث الكور في الوطن العربي، الطبعة الأولى، دار آمنة للنشر والتوزيع، الأردن 2013.

ثانيا: الرسائل الجامعية

1/ حمو بن إبراهيم فخار، الحماية الجنائية للطفل الجانح في التشريع الجزائري والقانون المقارن، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2014 / 2015.

2/ بلقاسم سويقات، الحماية الجزائرية للطفل في التشريع الجزائري، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ورقلة.

ثالثا: المقالات

1/ عزيز مصطفى، الضمانات المسطرية لمحاكمة الأحداث الجانحين في التشريع المغربي، المجلة الالكترونية لندوات محاكم فاس، العدد السادس، يناير، 2008.

رابعا: التشريعات الوطنية

1/ القانون رقم 15 -12 المؤرخ في 28 رمضان عام 1436 الموافق ل 15 يوليو سنة 2015 والمتعلق بحماية الطفل.

2/ قانون الطفل السوداني لعام 2010.

3/ القانون 14 - 01 الصادر في 2014/2/4 المعدل والمتمم للأمر 66 - 156 المتضمن قانون العقوبات الجزائري .

4/ قانون المسطرة الجنائية المغربي .

5/ قانون الإجراءات الجزائية .

خامسا: المواثيق الدولية

1/ اتفاقية حقوق الطفل، اعتمدت وعرضت للتوقيع والتصديق والانضمام بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 25/44 المؤرخ في 20 تشرين الثاني/نوفمبر 1989، تاريخ بدء النفاذ: 2 أيلول/سبتمبر 1990، وفقا للمادة 49

2/ قواعد الأمم المتحدة بشأن حماية الأحداث المجردين من حريتهم لعام 1990.

3/ قواعد الأمم المتحدة النموذجية الدنيا لإدارة شؤون الأحداث لعام 1985.

4/ الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، اعتمد ونشر على الملأ بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 217 ألف (د-3) المؤرخ في 10 كانون الأول/ديسمبر 1948.

5/ العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية، اعتمد وعرض للتوقيع والتصديق والانضمام بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 2200 ألف (د-21) المؤرخ في 16 ديسمبر 1966 ودخل حيز النفاذ 23 مارس 1976.

6/ اتفاقية جنيف الرابعة بشأن حماية الأشخاص المدنيين وقت الحرب، المؤرخة في 12 أوت 1949.

7/ البروتوكول الإضافي الأول الملحق باتفاقيات جنيف المعقودة في 12 أوت 1949 والمتعلق بحماية ضحايا المنازعات المسلحة الدولية.

8/ النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، اعتمد من قبل مؤتمر الأمم المتحدة للدبلوماسية للمفوضين المعني بإنشاء محكمة جنائية دولية بتاريخ 17 يوليو 1998 ودخل حيز النفاذ بتاريخ 1 جوان 2001.

سادسا: القرارات

1/ قرار المجلس الأعلى عدد 6454 الصادر بتاريخ 7 يولية 1994، ملف جنحي، عدد 26154 / 91 منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 49 - 50.

Les Garanties procédurales relatives aux investissements en vertu de la Loi n ° 16-09

Dr. Sebti Abdelkader
Maître de conférence classe -A
Faculté de droit et science politique
Université de Médéa
Email: sebtiaek@gmail.com

Abstract:

Algeria is working today on the need to expand the scope of investment in them, after ensuring that it is the best solution to eliminate their economic problems, especially as they have a strong opportunity and available to become a distinctive model in the development of large investments locally and regionally, If the available resources and the new Law No. 16-09 on investment promotion are used from different guarantees for investors, especially those related to facilitating procedures at the level of supervising the registration and management of investment, As well as facilitating the resolution of investment disputes that are brought to justice, as objective guarantees alone are insufficient to achieve successful investments away from bureaucracy, corruption, and the absence of state control over investment activity.

Mots-clés: Investissement - Garanties - Procédures - Arbitrage - Judiciaire – loi de l'investissement.

Introduction:

l'investissement hors hydrocarbure occupe une grande importance pour l'Etat algérien, car son objet suscite un intérêt pour les juristes, économistes, et politiques, à cause c'est aspects juridiques, économiques et politiques qui les touchent, c'est pour ce la il est primordiale d'améliorer les lois internes, et surtout la lois sur l'investissement, pour booster le climat des affaires, et créer un environnement attractifs pour les investissements, qu'ils soient nationaux ou étrangers, afin de fournir les garanties nécessaires pour encourager l'investissement en général, dans ce cadre la Loi sur l'investissement n° 16-09 de 2016, à fourni certaines garanties de fond et de procédure que nous ne pouvons pas répondre à tous dans cet article, si pour ça nous allons concentrer notre étude sur les garanties procédurales prévues par la présente loi en déterminant la meilleure gamme à appliquer. Autrement dit, pour montrer quelle est la position du législateur algérien sur l'aspect procédural dans la loi sur l'investissement ?

Afin de répondre à ce problème, nous avons divisé cette recherche en trois thèmes, l'étude préliminaire (la notion de garanties d'investissement), la première partie (garanties administratives procédurales), la deuxième partie (garanties judiciaires procédurales).

Pré-requis: Le concept de garantie d'investissement

Avant de traiter les garanties procédurales, la définition des garanties d'investissement est définie comme la langue, la convention et la loi, et ensuite la distinction entre ces types de garanties.

Première exigence: Définition des garanties d'investissement

La garantie dans la langue:

Est du verbe «garantir », se porter garant, pour assurer toute garantie de la chose et lui a donné la sécurité⁽¹⁾.

Le terme: La garantie du garant dans la mesure où il est garanti par l'obligation du droit est confirmé dans chacun d'eux⁽²⁾.

La définition des garanties dans la loi:

Signifie fournir les moyens d'assurer la sécurité juridique de la personne qui se soumet à lui pour investir et qui est garante de ses résultats (3). Les garanties dans ce sens sont parmi les éléments les plus importants du climat général d'investissement dans n'importe quel pays.

Les économistes définissent la garantie comme: (un engagement de l'État ou des organisations publics à répondre à la bonne application d'un projet en collaboration avec le contractant ou à le concurrencer⁽⁴⁾).

Il ne fait aucun doute que les risques non commerciaux comme la nationalisation, expropriation, confiscation et l'usurpation et l'autre est l'un des obstacles les plus importants à la circulation des capitaux, des investisseurs à la recherche de profit, mais en même temps, avoir peur pour son argent si elle est exposée au risque des anciens risques mentionnés, et supprimer ce sentiment ne pas être possible que En assurant et en s'assurant que ces fonds sont exposés à l'un de ces risques.

⁰¹ - Dr. Abdullah Abdul Karim Abdullah, Les garanties de l'investissement dans les pays arabes, I 1, première édition, Maison de la culture, 2008, p.23

² --<http://www.arayedde.com/content.php?id=2822>

³ - Dr. Abdullah Abd al-Karim Abd Allah: *ibid.*, P. 23.

⁴ - Omar Mustafa Jaber Ismail: Garanties d'investissement dans la jurisprudence islamique et ses applications contemporaines, Dar Al-Nafas, Première édition, Jordanie, 2010, p.27

Sur la base de ce qui précède, nous sommes conscients de l'importance des garanties accordées aux investisseurs à cet égard. La question se pose des moyens d'atteindre ces garanties, ainsi que de leur ampleur.

Ce qui a été abordé par la nouvelle loi sur l'investissement. Il y a une autre opinion sur le concept des garanties et des avantages est que l'idée de la fonction des garanties et des avantages expression businessse plutôt que l'expression d'un système juridique spécifique ⁽¹⁾, et dans le domaine de l'investissement doit être la protection des investissements contre les risques non commerciaux peuvent être exposés à et à travers les moyens de leur assurer une protection contre les risques.

La deuxième exigence: les types de garanties d'investissement

Nous devrions parler de garanties et avantages offerts à l'investisseur des moyens de faire en sorte que ses droits et préserver son investissement de tout danger ou menacé en regardant fixement et avantages divers des garanties d'investissement et des garanties entre les garanties de fond et de procédure.

A: Garanties objectives

Les garanties objectives sont les garanties que la promesse objet de garantir les droits fondamentaux de l'investisseur et la protection du capital et des bénéfices lui a valu le droit de convertir et de protéger la propriété des risques non commerciaux et les mesures prises par l'Etat contre l'investissement, l'investisseur et l'octroi de nombreux privilèges et incitations.

B: Garanties de procédure

La protection objective seul ne suffit pas, l'investisseur étranger de toutes les garanties prescrites peuvent bénéficier d'une loi pour encourager l'investissement dans les pays d'accueil des exonérations fiscales et financières, monétaires installations pour garantir le droit de conversion et la liberté de disposer du projet d'investissement ⁽²⁾, mais tout cela peut sembler sans résultat si rencontré investisseur étranger obstruction au niveau des autorités administratives, en termes de fournir les orientations nécessaires et des informations sur le projet d'investissement, ainsi que la réduction des procédures administratives nécessaires, qui sont le plus souvent en raison de la charge

¹ - Dr. Nabil Ibrahim Saad: Les garanties ne sont pas indiquées en droit privé, établissement des connaissances, Alexandrie, 2000, p14

² - Charles Albert Michalet, L'investissement direct, Capitaux ou activités le Budget au Marché, Algérie, Ministère de Finances, Alpha Edition, 2004, pp 58-59

bureaucratique caractérisée par leurs organes directeurs en général, et les investisseurs étrangers doivent se sentir la sécurité et la stabilité à l'existence d'un moyen équitable de règlement peut se produire entre eux et les excès d'investissement du gouvernement hôte, cela nécessite une première et d'avoir confiance dans le système judiciaire de ce pays et de fournir des organes judiciaires compétents dans la gouvernance des différends relatifs aux investissements.

Par conséquent, il est plus important pour les investisseurs étrangers non seulement d'énumérer leurs droits, mais aussi de s'assurer qu'ils sont en mesure de protéger et de respecter ces droits, en particulier en cas de différend entre eux et le pays hôte.

Section I: les garanties administratives procédurales

La nouvelle loi sur l'investissement prévoit un ensemble de facilités administratives pour attirer les investisseurs ⁽¹⁾, grâce à la mise en place du système d'enregistrement de l'Agence nationale pour le développement.

Investissement pour faciliter et rationaliser les procédures, consolider les fonctions du guichet unique décentralisé et clarifier la nature juridique de l'Agence et du Conseil national de l'investissement.

A. Faciliter les procédures administratives

1- La création du système d'enregistrement plutôt que l'autorisation et l'accréditation

La loi de 1993 sur l'investissement a adopté le système d'autorisation, qui est un système inhérent au principe de la liberté d'investissement, de sorte que les investissements avant le lancement de l'investissement ne sont pas soumis à l'approbation de l'administration publique ⁽²⁾. (Et ces investissements doivent être réalisés avant l'achèvement de l'objet du permis d'investissement auprès de l'Agence ...)), comme confirmé à l'article IV du dernier alinéa de la l'ordonnance n ° 01-03 modifié et complété, et de la loi n ° 16-09 "Les investissements sont sujets à achèvement avant l'achèvement C'est un des avantages prévus par les dispositions de cette loi de s'enregistrer auprès de l'Agence Nationale pour le Développement des Investissements mentionnée à l'article 26. La réalisation de

¹ -(La liberté d'investissement et de commerce est reconnue et exercée par la loi. L'Etat travaille à l'amélioration du climat des affaires et encourage l'épanouissement des institutions sans discrimination au service du développement économique national ...) - L'article 43 de la loi n ° 16-01 porte sur l'amendement de la Constitution en 1996 du 06 mars 2016, (journal officiel N ° 14 du 7 mars 2016).

² - Idris Mahnan (évolutions du système d'investissement étranger en Algérie), Magister, non publié, Faculté de droit, Université d'Alger, Ben Youssef Ben Khadah, Algérie, 2002, p.77

l'investissement nécessite donc une procédure unique d'enregistrement auprès de l'Agence ⁽¹⁾. Pour établir une institution, mais a droit à l'activité directe après avoir enregistré son investissement. L'inscription peut être faite avant même que le registre du commerce ne soit pré-établi et le numéro d'identification fiscale, et le Centre de gestion Privilège listera les marchandises et services sur les avantages dans les 48 heures ⁽²⁾.

Lorsque nous invoquons le droit de l'investisseur de bénéficier de plusieurs avantages monétaires, y compris le droit de l'investisseur d'extraire le capital du revenu entrant en devises convertibles après le paiement de ses obligations, conformément à l'article 25 de la loi n ° 16-09 (A), un code dans une monnaie librement convertible régulièrement évalué par la Banque d'Algérie⁽³⁾, et renoncé en sa faveur ... Nous rappelons ici le texte de l'article 126 de la Loi n ° 03-11 concernant la monnaie et du crédit, qui stipule que: L'Algérie transfère des capitaux à l'étranger pour assurer le financement des activités à l'étranger Complémentaires à leurs activités liées à la production de Marchandises et services en Algérie ...))⁽⁴⁾. Le Conseil de la monnaie et du crédit règlera également ce processus et établira ses propres procédures et règles en vertu des règlements ⁽⁵⁾, notamment: Règlement n° 05- 03 ⁽⁶⁾, et Règlement 14-14 ⁽⁷⁾.

Laquelle il a droit aux actions traitent des investisseurs étrangers et des obligations cotées en Algérie Bourse et a gagné l'adhésion dans les sociétés par

¹ -- L'article 80 de la loi n ° 16-09 stipule que: "L'enregistrement doit être attesté par un accusé de réception immédiatement, permettant à l'investisseur d'obtenir les privilèges auxquels il a droit aux départements et organismes concernés."

² -- L'article 07 du décret exécutif n ° 17-100 du 05 mars 2017 modifie et complète le décret exécutif n ° 06-356 du 9/10/2006, qui comprend les pouvoirs de l'Agence nationale pour le développement, l'organisation et le fonctionnement des investissements. (C, n ° 16, en date du 08/03/2017).

³ - Le texte de la loi de finances de 2014 dans son article 81 stipule: (utilisation obligatoire du crédit documentaire ou de la livraison documentaire à titre exclusif) Nous notons que le législateur algérien a autorisé l'existence d'un nouveau moyen de paiement avec le crédit documentaire De la loi n ° 09-01 portant loi de finances pour l'année 2009 modifiée et complétée par l'arrêté n ° 13-08 du 31 décembre 2013 incluant la loi de finances 2014 (n ° 68 de 2014).

⁴ La loi n ° 03-11 concernant la monnaie et du crédit du 26 août 2003 (n ° 52 du 27 août 2003) modifié et complété par la loi n ° 10-04 de 2010.

⁵ - Voir les paragraphes 10 et 20 de l'article 25 de la loi no 16-09 sur la promotion des investissements (no 46 du 6 août 2016).

⁶ -- Règlement n ° 05-03 du 06 juillet 2005 relatif aux investissements étrangers (Journal officiel n ° 53 du 31 juillet 2005, p.27

⁷ Le règlement 14-04 du 29 septembre 2014 définit les conditions de transfert de capitaux à l'étranger, intitulé «Investissement à l'étranger» par les agents économiques soumis à la loi algérienne (Journal officiel n ° 63 du 22 octobre 2014), p.34

actions, à l'exception de ceux du public, et la composition des portefeuilles d'investissement en actions, obligations et lui accorde le droit d'ouvrir des comptes en dinars algériens ou en devises étrangères avec l'une des banques en Algérie ou en dehors de la métaphore du projet et C'est une garantie monétaire importante qui aide à attirer les investissements.

Afin de promouvoir le processus de développement économique et social, développer et apporter une expertise, le développement des ressources scientifiques et techniques et humaines ⁽¹⁾ et trouver des emplois pour les Algériens pour encourager l'investissement et soutenir la mise en place de projets d'investissement en Algérie et étendu et développé à différents niveaux économiques et l'octroi des privilèges, des garanties et des exemptions pour le processus de projet.

La législation algérienne prévoit également le droit des investisseurs nationaux ou étrangers de transférer la propriété du projet à la fois ou d'une partie (affectation) ⁽²⁾ pendant la période bénéfique pour tout investisseur algérien ou étranger autre sur le nouvel investisseur continue de travailler sur le projet dans la même juridiction ou une autre juridiction après l'Agence nationale pour le développement de l'investissement, le nouvel investisseur résout les anciens droits et obligations des investisseurs qu'elle remplace en vertu de cette loi, à savoir la réalisation de tous les engagements pris par le premier investisseur qui a permis de tirer profit de ces avantages en l'absence d'engagement, retirer ces avantages ⁽³⁾.

Nous notons que cette loi n'a pas expliqué la possibilité de recrutement et l'utilisation des travailleurs de non-Algériens en l'absence de la possibilité d'utiliser un Algérien ne possède pas les qualifications nécessaires et est capable de faire la même tâche conformément aux lignes directrices établies par l'Agence nationale pour le développement des investissements, et il semble que le législateur par ce qui équivaut à un droit algérien et à l'étranger, il peut accorder aux investisseurs L'étranger a le droit de résider en Algérie et de faciliter son entrée et sa sortie de et vers l'Algérie en toute sécurité.

¹ - Apporter une expertise technique et scientifique par la conclusion de contrats de transfert de technologie, de contrats de coopération industrielle, de contrats de traitement et de contrats de participation et de recherche. - Ahmed Makhoulouf: Accord d'arbitrage en tant que méthode de règlement des différends relatifs aux contrats de commerce international, doctorat en droit, Le Caire, 2000, p.243

² - Il convient de noter ici que: (Toute concession sans permis ou licence sera considérée comme un détournement de la concession et passible des peines prévues par la législation douanière et pénale pour des cas similaires) - Article 29, paragraphe 04 de la loi n ° 16-09 ci-dessus.

³ -Article 29, paragraphe 10.20 de la Loi n ° 16-09 sur la promotion de l'investissement, Op.cit.P.23

Il a également droit à un investisseur qui croit qu'il est peut-être de bonne foi de la direction ou coûteuses dispositions sur les avantages de l'investissement des avantages de la loi ou a fait l'objet d'un tirage au sort ou le décapage de droits, contesté devant le Comité, sans préjudice du droit de recours aux autorités judiciaires ⁽¹⁾.

2: Décentralisation de la seule fenêtre (le guichet unique)

Est resté une méthode centrale de l'administration de gestion algérienne de l'investissement- une indication de la bureaucratie de l'administration algérienne, mais que, dans le but de faciliter les procédures administratives pour les investisseurs a été créé seule agence a mis à jour et le suivi des investissements, qui ensuite reconverti dans l'Agence nationale pour le développement des investissements et de supposer que l'intérêt du guichet dans toutes les entreprises Gestion de l'achèvement de tout projet, et signifie le seul réseau que le seul organisme en L'État qui a la responsabilité de coordonner de nombreuses questions concerne principalement l'entrée, la promotion et le soutien des investissements étrangers jusqu'à leur achèvement⁽²⁾.

Le seul avantage du guichet est qu'il accélère la mise en œuvre administrative du dossier d'investissement, où l'investisseur évite l'exposition aux obstacles bureaucratiques pour préparer les documents d'investissement, ce qui ne signifie pas la suppression des formalités et procédures liées à l'achèvement des investissements.

Le législateur a conservé le seul filet de l'ordonnance 01-03 modifié et complété par l'ordonnance n° 06-08, mais lui a donné une nouvelle particularité de son caractère décentralisé: l'article 23, dans son premier paragraphe, dispose: "(un guichet unique sera établi au sein de l'Agence) Dans son premier paragraphe: "(La seule fenêtre est établie à la structure décentralisée de l'Agence)".

Bien que la loi n ° 16-09 de 2016 ait abrogé la loi 01-03, le législateur a engagé le seul programme décentralisé pour mettre en œuvre les dispositions de la nouvelle loi et assurer les effets de la période transitoire, en attendant l'installation des centres mentionnés à l'article 27 de cette nouvelle loi, Centre de gestion des prestations, Centre d'achèvement des procédures, Centre de soutien à la création d'entreprises, Centre régional de promotion.

¹ - Voir l'article 11 de la loi n ° 16-09, ibid., P. 19.

² - Soumaya Kamal: Le système juridique de l'investissement en Algérie, mémoire de magister, faculté de droit, Université de Tlemcen, Algérie, 2003, p.

B: Agences de soutien à l'investissement et de développement ; Il s'agit de l'Agence nationale de développement des investissements, du Conseil national de l'investissement et de l'Agence nationale d'investissement.

1 - L'Agence Nationale pour le Développement des Investissements (ANDI)

Cette agence a été créée par l'ordonnance n ° 01-03 révoquée par la loi n ° 16-09 sur la promotion des investissements, qui était sous la tutelle du ministre chargé de la mise à niveau des formulaires. Alors que la nouvelle loi l'a considéré "... une établissement public administrative dotée de la personnalité morale et l'indépendance financière, en coordination avec les départements concernés et les organismes concernés par toutes les questions d'investissement ..." ⁽¹⁾. L'Agence s'est vu confier les tâches suivantes ⁽²⁾:

- Enregistrement d'investissement ⁽³⁾
- Promotion des investissements en Algérie et promotion à l'étranger,
- Promotion des opportunités et potentiels régionaux,
- Faciliter la pratique des entreprises et des entreprises de suivi et l'achèvement des projets,
- Soutenir les investisseurs et les accompagner et les informer des sites d'affaires,
- Qualifier les projets mentionnés à l'article 17 de la même loi et préparer l'accord d'investissement qui est soumis à l'approbation du Conseil National d'Investissement.

Cette agence comprend quatre centres de groupes d'intérêt pour fournir les services nécessaires à la création, au soutien et au développement d'institutions ainsi qu'à la création d'institutions ⁽⁴⁾.

Le rappel adresse ici les avantages des applications, par exemple, le cas de refus d'accorder des privilèges, il peut être un investisseur de soumettre un appel dans les 15 jours de déclaration la décision remplace le rejet, devant le comité spécial est déterminé par sa composition, l'organisation et le travail par

¹ - Voir l'article 26 de la loi 16-09 sur la promotion de l'investissement

² - Voir le décret exécutif 17-100 du 05 mars 2017 modifiant et complétant le décret exécutif 06-356 du 9/10/2006, qui inclut les pouvoirs de l'Agence nationale pour le développement, l'organisation et l'exploitation des investissements. (Journal officiel n° 16, en date du 08/03/2017).

³ - Voir le décret exécutif n ° 17-102 du 05 mars 2017, qui définit les modalités d'enregistrement des investissements ainsi que la forme et les résultats du certificat y afférent (voir Journal officiel n ° 16 du 08/03/2017).

⁴ - - Voir l'article 26 de la loi n ° 16-09, op cit.

l'organisation ⁽¹⁾, cet appel ne concerne pas le recours judiciaire qui bénéficie Investisseur Le comité statue sur le recours pendant un mois et sa décision est authentique devant l'administration ou l'organe concerné par l'appel.

2- Le Conseil national de l'investissement

Parce que la mise en place du Conseil national d'investissement par l'ordonnance n °01-03, ce qui est par son article 18 modifié et complémentaire à l'article 12 de l'ordonnance n ° 06-08 du ministre en charge des investissements de mise à niveau qui garantit son secrétariat, sous l'autorité du premier ministre, qui préside, et cela est conforme à l'article II du décret n ° 06-355 en ce qui concerne les pouvoirs du Conseil national d'investissement et de son équipe⁽²⁾, l'organisation et la marche, et se compose en plus du ministère chargé de la mise à niveau des investissements de plusieurs ministères en tant que membres permanents, y compris: l'agriculture, le commerce, le tourisme, l'environnement, l'industrie...

Conformément à l'article 05 du décret exécutif n ° 06-355, le Conseil se réunit au moins tous les trois mois et peut être convoqué sur demande par le président ou à la demande de l'un de ses membres, décision qui est régie par des décisions, avis et recommandations. Dans le domaine des investissements nationaux et étrangers.

les coûts du Conseil conformément à l'article 03 du décret exécutif n ° 06-355 en ce qui concerne les pouvoirs du Conseil national d'investissement et de son équipe, l'organisation et la marche sur une proposition particulière des priorités d'investissement et élaborer une stratégie, proposer l'harmonisation des mesures d'incitation à l'investissement avec les évolutions notables. L'approbation des investissements dépassant le montant / ou égal à cinq milliards de dinars (5.000.000.000) pour l'approbation préalable du Conseil national de l'investissement ⁽³⁾.

Le Conseil propose également toutes les décisions et mesures nécessaires au gouvernement pour mettre en œuvre et encourager la procédure d'aide à l'investissement ⁽⁴⁾, encourager le développement d'institutions et d'instruments

¹ - Le décret exécutif n ° 06-357 du 9 octobre 2006 comprend la formation, l'organisation et le fonctionnement du Comité d'appel des investissements (Journal officiel n ° 64 du 11 octobre), p.20

² - Article 20 du décret exécutif n ° 06-355 du 9 octobre 2006 relatif aux pouvoirs, à la composition, à l'organisation et au fonctionnement du Conseil national de l'investissement, (Journal officiel n ° 64 du 11 octobre 2006), p.12

³ - L'article 14 de la loi n ° 16-09 concerne la promotion de l'investissement.

⁴ -Mourad Hafrouf, la Protection des investissements en Algérie, mémoire présente pour obtention du D.E.A, université de perpignan, France, 2007,pp 26-27

financiers appropriés pour financer et développer l'investissement et étudier et approuver le programme national de promotion des investissements.

Section II: les garanties judiciaires

La nouvelle loi sur l'investissement, plusieurs garanties judiciaires pour les investisseurs de fournir une atmosphère adéquate et appropriée pour attirer des investissements et le développement à contribuer au paiement du processus de développement avant et réaliser les moyens de coopération dans les relations, où en lisant les textes de la loi algérienne nous montre que les moyens les plus importants de règlement judiciaire est le système judiciaire national et le recours aux garanties d'arbitrage.

A: la juridiction nationale des différends en matière d'investissement

Afficher l'étendue de la compétence des juridictions nationales algériennes de statuer sur les différends relatifs aux investissements, à l'origine des tribunaux nationaux spécialisés dans le pays où l'investissement est de régler le différend résultant, tant que le conflit a éclaté sur le territoire algérien, la juridiction du conflit a lieu d'éliminer l'Algérie, et de rappeler ici la décision de l'article 24 de la nouvelle loi d'investissement: ((toutes les chances sont sujet entre l'investisseur étranger et l'Etat algérien est causée par l'investisseur, ou être en raison des mesures prises par l'Etat algérien dans le droit, les autorités judiciaires de la région, algérienne compétente, sauf dans le cas d'un accord bilatéral ou multilatéral Diffusé par l'Etat algérien concernant la réconciliation et l'arbitrage, ou dans le cas d'un accord avec l'investisseur prévoit un règlement de clause permet aux parties de convenir d'un arbitrage spécial)) ⁽¹⁾, mais si les membres individuels du litige est algérien et sans être le résultat de la commission du crime de conflit, peut disputant accord la juridiction compétente applicable ou tout accord pour résoudre la loi des différends, et ils peuvent convenir de soumettre à l'arbitrage conformément à la loi algérienne ou toute autre entité reconnue internationalement lorsque contracté sur le projet d'investissement.

B: l'arbitrage pour le règlement des différends en matière d'investissement

L'arbitrage est considéré comme une garantie procédurale pour encourager l'investissement sur le territoire de l'Etat algérien: la nouvelle loi sur l'investissement stipule la garantie de l'arbitrage, convaincue de son efficacité dans le règlement des litiges, elle doit être inscrite dans le droit national. Des conventions internationales, qu'elles soient bilatérales ou multilatérales, ou dans le cas d'un accord spécial permettant aux parties de recourir à l'arbitrage spécial ⁽²⁾.

¹ - L'article 24 de la loi n ° 16-09 sur la promotion de l'investissement, op.cit

² - Article 24 de la loi n ° 16-09 sur la promotion de l'investissement, ibid.

Conclusion:

Nous concluons de cette recherche que les garanties procédurales ne sont pas moins importantes que des garanties objectives, adoptée par le législateur algérien dans la nouvelle loi sur l'investissement, les garanties procédurales entre les diverses garanties administratives et judiciaires, où nous avons atteint les résultats suivants:

- Conserver le Conseil national de l'investissement, modifier la nature juridique de l'Agence nationale pour le développement des investissements et renforcer certaines de ses fonctions.

- Respecter la stabilité législative exigence de législateur, qui comprend l'engagement de l'Etat algérien de ne pas modifier leurs lois relatives à l'investissement au cours de la période d'activité d'investissement tant que l'engagement de l'Etat est parmi les motivations d'investissement, cette exigence renforce l'un des principes du droit international privé, un respect des attentes de la population dans le domaine des contrats et la sécurité juridique.

- les parties à l'investissement étranger peuvent convenir d'une loi autre que la loi de l'Etat algérien à l'exception des règles pertinentes des questions de police et de sécurité nationale, et la nécessité de l'Algérie en vue de modifier certaines lois telles que le droit commercial et le droit des taxes, les frais et les lois relatives à l'agriculture afin que fournit un mécanisme facile et simple pour l'application de la loi sur l'investissement.

- Garantir le droit d'indemniser l'investisseur en une indemnisation juste et équitable, ainsi que des moyens judiciaires pour régler les litiges entre l'investisseur et l'Etat.

- Dans le cas de l'arbitraire de l'Etat algérien dans l'utilisation de ses pouvoirs, il est le droit des investisseurs étrangers de recourir à la justice internationale fondée sur la théorie de la protection diplomatique lorsque l'État des investisseurs étrangers intervient pour le protéger diplomatiquement.

Et pour la bonne application des garanties de procédure pour l'investissement en Algérie, nous vous proposons de déterminer les recommandations suivantes:

- Accélérer la promulgation de réglementation de la loi d'investissement émis pour la bonne application des dispositions.

- la futilité des garanties objectives rencontrées si l'investisseur était une entrave nationale ou étrangère au niveau des organes d'administration. La coordination entre les différents organismes chargés de l'encadrement des investissements en Algérie.

- Fournir un environnement administratif approprié en éliminant la bureaucratie et diverses formes de corruption liées à procédures importunes obstacles à l'investissement.

- restreindre la liberté des parties à l'accord d'investissement sur un contrat de droit algérien est la loi en matière de contrats de travail afin qu'ils ne soient que dans les aspects non réglementaires, les aspects réglementaires sont de la compétence inhérente de la loi algérienne comme la loi de la mise en œuvre du pays.

Bibliographie:

01 - Dr. Abdullah Abdul Karim Abdullah, Les garanties de l'investissement dans les pays arabes, I 1, première édition, Maison de la culture, 2008.

02 - Omar Mustafa Jaber Ismail: Garanties d'investissement dans la jurisprudence islamique et ses applications contemporaines, Dar Al-Nafas, Première édition, Jordanie, 2010.

03 - Dr. Nabil Ibrahim Saad: Les garanties ne sont pas indiquées en droit privé, établissement des connaissances, Alexandrie, 2000.

04 Charles Albert Michalet, L'investissement direct , Capitaux ou activités le Budget au Marché ,Algérie, Ministère de Finances, Alpha Edition ,2004 .

05. Loi n ° 16-01 portant modification de la Constitution en 1996, du 6 mars 2016 (Journal officiel n ° 14 du 7 mars 2016).

06 - Idris Mahnann: (Évolution du système d'investissement étranger en Algérie), MA, non publié, Faculté de droit, Université d'Alger Ben Youssef Ben Khadah, Algérie, 2002.

07. Loi n ° 09-01, y compris la loi de finances pour l'année 2009 modifiée et complétée par l'ordonnance n ° 13-08 du 31 décembre 2013, y compris la loi de finances 2014 (Journal officiel n ° 68 de 2014).

08. Ordonnance n ° 03-11 concernant les espèces et les crédits datés du 26 août 2003 (Journal officiel n ° 52 du 27 août 2003) modifiée et complétée par la loi n ° 10-04 de 2010.

09. Loi n ° 16-09 relative à la promotion de l'investissement (Journal officiel n ° 46 du 06 août 2016).

10. Règlement n ° 05-03 du 06 juillet 2005 relatif aux investissements étrangers (Journal officiel n ° 53 du 31 juillet 2005).

11. Le règlement n ° 14-04 du 29 septembre 2014 fixe les conditions du transfert de capitaux à l'étranger, intitulé «Investissement à l'étranger» par les agents économiques soumis à la loi algérienne (Journal officiel n ° 63 du 22 octobre 2014).

12- Dr. Ahmed Makhlouf: Accord d'arbitrage en tant que méthode de règlement des différends relatifs aux contrats de commerce international, doctorat en droit, Le Caire, 2000.

13. Soumaya Kamal: Le système juridique de l'investissement en Algérie, Thèse de maîtrise, Faculté de droit, Université de Tlemcen, Algérie, 2003.

14. Décret exécutif n ° 06-357 du 9 octobre 2006, portant notamment sur la formation, l'organisation et le fonctionnement du Comité d'appel des investissements (Journal officiel n ° 64 du 11 octobre).

15. L'article 20 du décret exécutif n ° 06-355 du 9 octobre 2006 concerne les pouvoirs, la composition, l'organisation et le fonctionnement du Conseil national de l'investissement, (Journal officiel n ° 64 du 11 octobre 2006).

16- Mourad Hafrouf, la Protection des investissements en Algérie, mémoire présente pour obtention du D.E.A, université de perpignan, France, 2007.

17- décret exécutif 17-100 du 05 mars 2017 modifiant et complétant le décret exécutif 06-356 du 9/10/2006, qui inclut les pouvoirs de l'Agence nationale pour le développement, l'organisation et l'exploitation des investissements. (Journal officiel n° 16, en date du 08/03/2017).

18- décret exécutif n ° 17-102 du 05 mars 2017, qui définit les modalités d'enregistrement des investissements ainsi que la forme et les résultats du certificat y afférent (voir Journal officiel n ° 16 du 08/03/2017).



University of MEDEA (Algérie)
laboratory of sovereignty and globalization
Faculty of law and political science



International academic and scientific journal

JOURNAL OF LEGAL STUDIES

**Published semi-annually
by the laboratory of sovereignty and globalization
University of MEDEA**

**Volume 05 -Issue 01
JAN 2019**



**ISSN 2437-0304
EISSN: 2602-5108
Dépôt légal: 2015-3039**